

מעמדו העצמאי של הקטין בדיני המשפחה – תהליכים, מגמות ודרכים לאיזון מחודש

מאת

יצחק כהן*

המאמר בוחן את זכות מעמדו העצמאי של הקטין בדיני המשפחה, על נסיבות התפתחותה בעשרות השנים האחרונות, על הבעיות שהיא מעוררת ועל מגמותיה העתידיות. זכות זו נועדה להתמודד עם החשש שמא הורים הנמצאים בהליכי גירושין יקפחו את אינטרס ילדיהם. המאמר טוען כי בפסיקה הישראלית התפתח חשש זה לכדי חזקה משפטית של ממש, "חזקת הזנחת אינטרס הקטין". חזקה זו מנוגדת לנקודת המוצא הקבועה בחוק הישראלי, שלפיה ההורים הם האפוטרופוסים הטבעיים של ילדיהם.

המאמר מנסה לאפיין את התהליך הפסיקטי אשר רומם את מעמדו של הקטין, ובתוך כך טוען כי הפסיקה עברה בתנועת מוטטלת מדרישות של פרוצדורה לדרישות של מהות ובחזרה. מגמה אחרת היא החלת זכויות הנובעות ממעמדו העצמאי של הקטין אף על סוגיות שבעבר לא היו נתונות לתחולתו של עיקרון זה. המאמר מצביע על שני תהליכים אשר הביאו למעמדה הנוכחי של הזכות: הראשון, התפתחות תפיסות וערכים מודרניים המעניקים משקל לזכויותיו של הקטין; השני, ירידת האמון של הערכאה האזרחית בערכאה הדתית.

המאמר מוצא בחוסנה של זכות זו בעייתיות מרובה: פגיעה בביטחון החוץ ובסופיות הדיון; בזכויות זמן שיפוטי; החרפת המתח בין הערכאה האזרחית לערכאה הדתית; המשך מלחמתם המרה של בני הזוג באצטלת הדאגה לקטין. המאמר מציע כמה דרכי התמודדות עם הבעיה העולה כאן, ובכללן: חיוב הערכאה המשפטית שדנה בענייניו של קטין להתחשב בטובתו ומתן משקל מחייב לתפקידה זה; קביעת קווים מנחים וברורים בחקיקה להגדרת טובת הילד כדי למנוע פתיחת הליך בעתיד; הגבלת ההורים מלנהל משא ומתן בענייניו של ילדם; מינוי ייצוג עצמאי לקטין. בדרכים אלו יש כדי ליצור נוסחת איזון ראויה יותר בין הערכים הפועלים בזירה ולהקהות את הנזקים הנגרמים מהעמקת זכות מעמדו העצמאי של הקטין בשיטת המשפט הישראלית.

* דוקטור למשפטים, מרצה בכיר בפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו. מורה מן החוץ בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. ראשיתו של המחקר התקיים בין כתליו של המכון למחקר המשפט המשווה השוכן בשווייץ (SICL – Swiss Institute of Comparative Law), שבו שהיתי כחוקר אורח בשנת תשס"ט (2008) הודות לשיתוף פעולה בין המכון לבין הקריה האקדמית אונו. אני מבקש להודות לחברי מערכת כתב העת משפטים על עבודת עריכה מסורה ומושקעת.

רקע. א. זכות מעמדו העצמאי של הקטין כמשרתת את אינטרסיו – סקירה וניתוח. 1. עקרון מעשה בית דין; 2. האפוטרופסות הטבעית של ההורים וחששות הפסיקה מפניה בדיני המשפחה; 3. זכות מעמדו העצמאי של הקטין ונגזרותיה – מפרוצדורה למהות ובחזרה; 4. הרחבת היקף הסוגיות שבהן תחול זכות הקטין למעמד עצמאי; 5. זכות מעמדו העצמאי של הקטין ונגזרותיו – משפט משווה; ב. העמקתה של זכות מעמדו העצמאי של הקטין ודחיקתה ערכים אחרים בדיני המשפחה. 1. זכות מעמדו העצמאי של הקטין דוחקת את עקרון מעשה בית דין והופכת את הנטל בהליך; 2. זכות מעמדו העצמאי של הקטין וניצולה לרעה במערכה העקובה בין בני הזוג; 3. העמקתה של זכות מעמדו העצמאי של הקטין כחלק מהכרה מודרנית בזכויותיו; 4. זכות מעמדו העצמאי של הקטין כמסווה לאי-האמון בבית הדין הרבני; ג. מעמדו העצמאי של הקטין – דרכים והצעות לאיזון מחודש. 1. חיוב הערכאה להתחשב בטובת הקטין; 2. קביעת קווים מנחים בחקיקה להגדרת טובת הילד; 3. הגבלת ההורים מלנהל משא ומתן בענייני הקטין; 4. מינוי ייצוג עצמאי לקטין; ד. סוף דבר.

רקע

כמות הליכי הגירושין הולכת וגדלה בארץ ובעולם.¹ שיעור הילדים המעורבים בהליכים אלו הולך וגדל אף הוא משנה לשנה.² להכרעות המתקבלות בהליכי הגירושין יש השפעה מכרעת על חייהם והתפתחותם של הילדים, על ביטחונם ועל שלווה אף על פי שלא היו כלל צד בהליכי הגירושין, המתנהלים לרוב בין הוריהם בלבד. הפסיקה חששה לניגוד אינטרסים בין ההורים לילדיהם. החשש הוא שמא במערכה בין ההורים על טובתם וחירותם האישית יזניחו אלו את אינטרס ילדיהם ויקפחוהו. לשם הגנה על אינטרס הקטין פיתחה הפסיקה וביססה את זכות הקטין למעמד עצמאי בהליכי הגירושין

- 1 Randall W. Leite & Kathleen Clark, *Participants' Evaluations of Aspects of the Legal Child Custody Process and Preferences for Court Services*, 45 FAM. CT. REV. 260 (2007) ("Throughout the United States, domestic relations courts experience large, often unmanageable caseloads. In fact, domestic relations cases are the largest and fastest growing segment of state-court civil caseloads") *In re Marriage of Burgess*, 913 P.2d 473, 480 (Cal., 1996); ראו: Carol S. Bruch & Janet M. Bowermaster, *The Relocation of children and custodial Parents: public, past and present*, 30 FAM. L.Q. 245, 248 (1996).
- 2 John David Meyer, *The "Best Interest of the Child" Requires Independent Representation of Children in Divorce Proceedings*, 36 BRANDEIS J. FAM. L. 445 (1998) ("Divorce is a common occurrence that disrupts the lives of over one million children each year, affecting their psychological and physical well-being").

(להלן: הזכות) בקבעה כי הכרעות או הסכמות שנתקבלו בהליך בין ההורים אינן מחייבות את הקטין, והוא רשאי אפוא "לפתוח" את אותן הסכמות בהליך מטעמו. בהליך חוזר זה, אינטרס הקטין מופיע לראשונה בנפרד מענייני הוריו, אך סביר הוא כי יקבל את "יומו" הראוי לו, וכי ההחלטות הקודמות תשתנינה.

דא עקא ששימוש מופרז בזכות זו גורע מסופיותן של ההכרעות בדיני המשפחה ומותירן למעשה תלויות ועומדות.³ הדבר עלול לפגוע במוטיבציה של בני הזוג להגיע להכרעה בסכסוך ביניהם. זכות זו עלולה גם לשמש כלי נשק במערכה בין בני הזוג ואף להכביד על המערכת כולה בניהול תביעות חוזרות כשתביעות חדשות עדיין לא קיבלו את יומן. מנגד, שימוש מוגבל ומצומצם בזכות זו עלול להביא לפגיעה בזכויות הקטין, אשר ייתכן שהוקרבו על מזבח האינטרס האישי של הוריו. לפני כשני עשורים הביע פרופ' שיפמן חששותיו שמא הפסיקה הישראלית לא מצאה את נוסחת האיזון הראויה, וכך כתב:

[...] חוששני שמתוך הדגשה חשובה זו של "טובת הילד", אנו נדחפים לעיתים להגזמה והפרזה. אף שאנו מדגישים את חובותיהם של ההורים, אל לנו להתכחש לזכויותיהם.⁴

לעניין זה התייחסו גם מלומדים אחרים.⁵

אמירות אקדמיות אלו נאמרו לפני למעלה מעשרים שנה וחדלו. לעומת זאת, הפסיקה בדיני המשפחה הלכה מאז כברת דרך. בחלקה הראשון של הרשימה אבקש להשלים חלל מחקרי זה ואתח את התהליכים שעברה זכות זו בעשורים האחרונים, את מקומה הנוכחי ואת מגמותיה העתידיות. בד בבד אבחן זכות זו במשפט המשווה. מטבעם של דברים, זכות זו איננה נמצאת בריק משפטי ויש לה השלכות משמעותיות על שאר השחקנים בזירת דיני המשפחה. לפיכך בחלקה השני של הרשימה אעריך ואבחן את האיזון הנוכחי בין עקרון טובת הילד וזכות מעמדו העצמאי לבין טובת החוזה וביטחונו, סופיות הדיון וזכות הנתבע-ההורה שלא להיגרר שוב ושוב לערכאות. איזון זה נתקל בקושי נוסף בשיטת המשפט הישראלית לנוכח קיומן של ערכאה אזרחית וערכאה דתית, החולקות סמכות שיפוט מקבילה בענייני המשפחה, ובכללם בענייני הקטין. לפיכך אבקש לבחון

3 Leite & Clark, לעיל ה"ש 1, בעמ' 261: "From a legal point of view, divorce traditionally required a couple to address grounds for the divorce, property distribution, alimony, child custody, and child support. Today, only those issues associated with children remain open issues in most states"

4 פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך ב 218 (תשמ"ט-1989), ובעמ' 236 כתב: "הגישה הפטרנליסטית, אותה מבקשים לרסן בתחומים רבים של המשפט, פועלת ללא מעצור בענייניהם של קטינים".

5 ראו למשל בנציון שרשבסקי דיני משפחה 287, 291 (מהדורה רביעית, 1993) וכן אריאל רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל בין קודש לחול 381 (1990).

גם את יחסי הגומלין בין זכות הקטין למעמד עצמאי לבין עקרון הכיבוד ההדדי בין הערכאות. לאחר שאשרטט את מקומה הנוכחי של הזכות ואת מקומם של השחקנים השונים בזירת דיני המשפחה ביחס אליה, אבחן בחלקה השלישי והאחרון של הרשימה את דרכי התמודדותן של שיטת המשפט הישראלית ושל שיטות המשפט ברחבי העולם עם זכות זו. בחינת דרכי ההתמודדות תיעשה לשם בניית נוסחת איזון המאזנת באופן ראוי יותר את הערכים השונים המתגושים בזירת דיני המשפחה בישראל.⁶

א. זכות מעמדו העצמאי של הקטין כמשרתת את אינטרסיו – סקירה וניתוח

1. עקרון מעשה בית דין

עקרון "מעשה בית דין" הוא עיקרון יסודי בשיטת המשפט המקובל ואומץ בשיטת המשפט הישראלית.⁷ עיקרון זה קובע כי אין לדון בשנית בין אותם צדדים בסוגיה שהוכרעה זה מכבר על ידי בית משפט מוסמך.⁸ הרציונל העומד ביסוד עיקרון זה הוא "סופיות הדין" ו"מניעת ריבוי התדיינויות", ולפיו אין להטריד בשנית נתבע שנוהלה תביעה בעניינו, ואין לחזור שוב ושוב ולהתדיין בסוגיה שהוכרעה זה מכבר. משנתן בית

6 ראוי להזכיר את עבודתה הברוכה והמקיפה של הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה בראשותה של השופטת סביונה רוטלוי, אשר מונתה ביום 27 ביוני 1997 (להלן: ועדת רוטלוי). ועדה זו התפצלה לשש ועדות משנה. אחת הוועדות, בראשותה של עו"ד (כתוארה אז) תמר מורג, עסקה ב"ייצוג נפרד לילדים בהליכים אזרחיים". דוח ועדת המשנה הוגש לשר המשפטים בפברואר 2003, והוא פורסם באתר משרד המשפטים: www.justice.gov.il/MOJHeb/Havaad (להלן: דוח ועדת המשנה). מושא דיוני ועדת המשנה – ייצוג העצמאי של הקטין שלא על ידי הוריו – עשוי בהחלט לשמש אחד הפתרונות לשאלות שתועלינה ברשימה זו, ואתיחס לכך בהרחבה בחלקה השלישי של הרשימה.

7 ואלו דברי הנשיא אגרנט בע"א 246/66 קלוז'נר נ' שמעוני, פ"ד כב(2) 561, 583–584 (1968): "כידוע, תורת ה-RES JUDICATA של המשפט המקובל מושתתת על שני כללים עיקריים. הכלל האחד הוא: מקום שתביעה נדונה לגופה והוכרעה על-ידי בית-משפט מוסמך, שוב אסור להיזקק לתביעה נוספת בין אותם הצדדים או חליפיהם, אם זו מבוססת על עילה זוהי; וכן, אם במשפט הראשון זכה הנתבע בדיון, אזי אומרים שקם מחסום (BAR) המשתיק את התובע מלחזור על תביעה שנייה המבוססת על אותה עילה, בחינת היותה חסומה או מושתקת [...] 'השתק העילה'".

8 ראו לדוגמה: Jullie Steakley & Weldo U. Howell, *Ruminations on Res Judicata*, 28 Sw. L.J. 355 (1974) ("The doctrine of res judicata states that cause of action once finally determined, without appeal, between the parties, on the merits, by a competent tribunal, cannot afterwards be litigated by new proceedings either before the same or any other tribunal").

משפט מוסמך פסק דין סופי, קם מחסום דיוני בפני בעלי הדין ומונע כל התדיינות נוספת ביניהם באותה עילה. עקרון מעשה בית דין מכיל למעשה שלושה תנאים מצטברים: הכרעה סופית על ידי בית משפט מוסמך, זהות הצדדים וזהות העילה.⁹ חשיבותו של עיקרון זה והיעילות הטמונה בו הביאו להרחבתו בכמה מישורים. למשל אין עיקרון זה מצטמצם רק לצדדים שנכחו פורמלית בדיון הראשון, ויש אשר הוא חוסם פתיחת הליך גם בפני אחרים הנמצאים ביחסי "קרבה משפטית" (privity) עם הצדדים הפורמליים להתדיינות הראשונה.¹⁰ הדוגמה הקלאסית של יחסי קרבה משפטית מעין אלו, ובה בין היתר תעסוק רשימה זו, היא האפוטרופסות הטבעית של ההורים, המוסמכים לייצג את עניינם של ילדיהם הקטינים. הדבר הוסדר אף בחקיקה ראשית, וכך קובעים סעיפים 14 ו-15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות:¹¹

מעמד ההורים

14. ההורים הם האפוטרופסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים.

תפקידי ההורים

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.

- 9 ראו לדוגמה: "The Amstadt v. U.S. Brass Corp., 919 S.W. 2d 644, 652 (Tex., 1996) ("The elements of res judicata are: (1) a prior final judgment on the merits by a court of competent jurisdiction, (2) identity of parties or those in privity with them, and (3) a second action based on the same claims as were raised or could have been raised in the first action"); Wayne Co. v. Detroit, 233 Mich. App. 275, 277 (1998) ("Under the doctrine of res judicata, 'a final judgment rendered by a court of competent jurisdiction on the merits is conclusive as to the rights of the parties and their privies, and, as to them, constitutes an absolute bar to a subsequent action involving the same claim, demand or cause of action')".
- 10 להרחבה ראו נינה זלצמן מעשה בית דין בהליך אזרחי 412 (1991). כן ראו בפסיקה בטקסס: Getty Oil Co. v. Insurance Co. of N. Am., 845 S.W. 2d 794, 800 (Tex., 1992) ("People can be in privity in at least three ways: (1) they can control an action even if they are not parties to it; (2) their interests can be represented by a party to the action; or (3) they can be successors Mathison v. Public Water Supply District No. of Jackson County, 401 S.W. 2d 424, 431 (Mo., 1996) ("to make one 'privity' to an [earlier] action he must have acquired his interest in the subject matter of the action subsequent to the commencement of the suit or rendition of judgment").
- 11 חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, ס"ח 380 (להלן: חוק הכשרות).

להורים ניתנה אפוא הסמכות לייצג את עניינו של הקטין הן בפעולות משפטיות והן בהליכים בפני בתי המשפט. המשמעות המשפטית של סמכות ייצוג זו היא בין היתר כי הכרעה שתינתן בעניינם של קטינים מחייבת אותם ומונעת מהם להגיש תביעה חדשה באותו נושא. הרציונל העומד בבסיס חיובו של הקטין בתוצאות הליך משפטי מבלי שנכח בו מובן דיו, ולפיו חזקה על הורים כי הם דואגים לאינטרס ילדם הקטין, ובייצגם אותו הם עושים את המרב שהלה "יקבל יומו" בנאמנות מלאה. לפיכך הכרעה המתקבלת בהליך שיפוטי מחייבת אותו לכל דבר ועניין. ואף אם בעתיד יתברר לו או לנציגו כי ההכרעה שנתקבלה אינה בהכרח משרתת את אינטרסיו כיאות – הרי שמעשה בית דין חוסם אותו מלפתוח הליך משפטי בשנית.

2. האפוטרופסות הטבעית של ההורים וחששות הפסיקה מפניה בדיני המשפחה

כאמור במבוא, עניינם של הקטינים בתחום דיני המשפחה עולה ונדרן באופן תדיר כחלק בלתי נפרד מהליכי הגירושין, ולפיכך אך ברור הוא כי שאלת מעמדו העצמאי של הקטין היא סוגיה שיש ליתן עליה את הדעת בהרחבה. ובכן, מתברר כי דווקא בתחום זה החזקה הטבעית, שנקבעה על ידי המחוקק ולפיה הורים דואגים לילדיהם, אינה מתקבלת באופן כה פשוט. חזקה זו נתקלת בחששות רבים בפסיקה, ולפיה הורים הנמצאים בהליכי גירושין, הנאבקים על ענייניהם הפרטיים, על מידת החופש שלהם, ולעתים אף על האפשרות ה"מתוקה" לנקום בבן זוגם, עלולים להזניח, מבלי דעת או בהיסח הדעת, את טובתם של ילדיהם הקטינים. בני הזוג המתמקדים בהוכחת מסוגלותם ההורית וכושרם ההורי או בהוכחת אי-מסוגלותו ההורית של בן זוגם, עלולים לקפח את טובת ילדיהם. לא אחת גורמים הליכי הגירושין למשבר וקרע בין הילדים להוריהם, וייתכן כי ההורים לא יהיו רגישים כלל, שלא לומר לא מודעים, לצורכי ילדיהם. חמור מכך, לעתים אינטרס ההורים אף סותר את אינטרס ילדיהם, למשל: אף כי עקרונית הסדרי ראייה רחבים עם שני ההורים הם לטובת הילד, בהחלט ייתכן כי ההורה הלא משמורן יעדיף הסדרי ראייה מצומצמים יותר כדי שאלו לא יכבידו עליו באיתור עבודה חדשה, במעבר למקום מגורים אחר או בהקמת משפחה חדשה.

התמונה המוצגת בפני בית המשפט המתארת את מצב הילדים עלולה להיות מסולפת: האווירה בהליכי גירושין עוינת וטעונה, בני הזוג עסוקים בהשגת הישגים אישיים, והאינטרס המוצג בפני בית המשפט הוא האינטרס שלהם ולא אינטרס ילדיהם.¹² הילדים הופכים להיות כלים במערכה בין הוריהם, משמורת הילדים למשל משמשת קלף מיקוח במשא ומתן בין ההורים על סוגיית הרכוש ועל סוגיית המזונות.

12 Donald N. Bersoff, *Representation for Children in Custody Decisions: All That Glitters is not Gault*, 15 J. FAM. L. 27, 31 (1977).

מציאות כאובה זו, השכיחה בכל שיטה משפטית, מקבלת משנה תוקף בשיטת המשפט הישראלית, המאופיינת כשיטת משפט אדוורסרית. על פי עקרונות אדוורסריים אין השופט משתתף פעיל בדיון ואין הוא חוקר בעצמו את הצדדים, כי אם מקבל מידע ומתרשם בעיקר מראיותיהם המוגשות בפניו.¹³ בסילופם של אלו, או בהיעדרם, אין לבית המשפט כלים להעריך את התמונה האמתית, ואינטרס הילדים עלול להיפגע פגיעה חמורה יותר.

חששות אלו הטרידו את הפסיקה הישראלית בדיני המשפחה עוד מימי הורחה, וכך נאמר בפרשת משקה:

אין לומר שההורים, שניהם יחד או אחד מהם יכולים לפעול כאפוטרופסים טבעיים של הקטן, בכוח המחייב את הקטן, [...] וכי לשם הקניית תוקף להסכם גם כלפי הקטן יש צורך במינוי אפוטרופוס מיוחד – אדהכי [או אפוטרופוס לשעה].¹⁴

אמנם דברים אלו נאמרו בטרם נחקק חוק הכשרות, המעניק כאמור אפוטרופסות טבעית להורים ומעמידם תחת חזקה טבעית כי דואגים הם לצורכי ילדיהם, אולם גם לאחר חקיקת החוק לא חדלה הפסיקה הישראלית לחזק ולבסס חששות אלו, ולפיה בדיני המשפחה הורים הם בחזקת חשודים שמא יקפחו את אינטרס ילדיהם. אחת האמירות החשובות בביסוס החששות נאמרה בפרשת עברון:

אמנם חזקה על הורה שהוא דואג לילדו. אבל, כאשר, כמו במקרה של גירושין, עיקר מעינם של הורים נתון לסידור העניינים האישיים שלהם, הם עלולים – ולו מבלי דעת או בהיסח הדעת – לא להקפיד במידה מספקת על הבטחת האינטרס של הילד. הכל יודעים והכל מודים, כי בענין הנוגע לילד, האינטרס שלו והאינטרס שלו בלבד צריך לעמוד לנגד עיני העוסקים בו. כאשר הוא נכרך בתביעת הגירושין של ההורים ומאבד את ייחודו, קיימת סכנה ממשית שהוא יתקפח. לדעתי, במקרה כזה הצהרת ההורים שהם פועלים גם בשמו של הילד אינה מעלה ואינה מורידה. ההורים מנסים לעשות בעת ובעונה אחת שני דברים שאינם מתיישבים. מחד גיסא, בענינים הנוגעים להם, הם מופיעים כשני צדדים יריבים. מאידך גיסא, במה שנוגע לעניני הילד, הם באורח פלא הופכים פתאום את עורם ומתיימרים לפעול בשמו ובצוואת כבעלי דעה אחת.¹⁵

13 דודי שוורץ סדר דין אזרחי חידושים, תהליכים, מגמות 38 ואילך (2007).

14 ע"א 42/49 משקה נ' משקה, פ"ד ג' (1) 88, 92 (1950).

15 ע"א 404/70 עברון נ' עברון, פ"ד כה' (1) 373, 379 (1971), וראו גם המ' 413/65 לאהר נ' לאהר, פ"ד יט' (3) 153, 151 (1965).

הפסיקה חושדת אפוא שמא הורים יזניחו את טובת ילדיהם. חזקת המחוקק מחד גיסא וחששות הפסיקה מאידך גיסא אינם מתגוששים רק במגרש עיוני-אקדמי. להתגוששות זו כמה השלכות משפטיות חשובות אשר תידונה להלן.

3. זכות מעמדו העצמאי של הקטין ונגזרותיה – מפרוצדורה למהות ובחזרה

הנגזרת החשובה ביותר של חששות אלו היא פיתוח זכותו של הקטין למעמד עצמאי, ולפיה הסכם וולונטרי בין ההורים בעניינו של הילד אינו מחייבו (אף אם אושר בבית משפט), ובאותה מידה: הכרעה משפטית בהליך שבו ייצגו ההורים את הקטין ודיברו בשמו אינה מחייבת אותו. לשון אחר: הקטין רשאי לפתוח הליך משפטי חדש בעניין שנדון זה מכבר וניתנה בו הכרעה אף על פי שלא התרחש כל שינוי מהותי בנסיבות שהיה יכול להצדיק דיון חוזר בעניין.¹⁶ למשל, בפרשת שרגאי הייתה תלויה ועומדת בבית הדין הרבני תביעה למזונות הילדים שבה יוצגו הקטינים על ידי הוריהם. בד בבד הגישו הקטינים באמצעות אמם תביעת מזונות נגד אביהם בבית המשפט המחוזי. האב התגונן בטענה כי העניין תלוי ועומד בבית הדין והוא שרכש סמכות לדון בעניין. בית המשפט המחוזי דחה טענתו. האב ערער לבית המשפט העליון וזה אישר את הכרעת המחוזי בקבעו:

כאשר מתגונן הנתבע בבית המשפט המחוזי מפני תביעת מזונות של ילד בטענה שהיה מעשה בית דין בבית הדין הרבני, יש וקיים ספק אם אמנם היה הילד צד להליכים בבית הדין הרבני – שבמקרה זה חסומה לו הדרך לבית משפט מחוזי עקב מעשה בית דין שהיה – או שמא התדיינו שם ההורים בינם לבין עצמם, אפילו התדיינו הם על ענין הנוגע לילד שבמקרה זה פסק דינו של בית הדין הרבני הוא כלפיו בבחינת *res inter alios acta* [...] כבר ב"ע"א 42/49, פסק בית-משפט זה, כי הסכם בין

16 שינוי מהותי בנסיבות מצדיק פתיחת הליך בשנית מכוח כללי העילה הנמשכת. להרחבה ראו מאמרי "עילת חלוקת הרכוש המשפחתי כעילה סופית? עיון מחודש בדני המשפחה בישראל", העתיד לראות אור בכתב העת משפחה ומשפט. חשוב לציין כי בעילות הנמשכות אין ההורים רשאים לחסום את הדרך בפני תביעה בעתיד אף ללא שום קשר לחשש שמא יזניחו הורים את טובת ילדיהם אלא רק משום שלכל הסכם בעניין נמשך, כמזונות וכמשמורת, נלוות האפשרות לשנותו בעתיד כשיתרחש שינוי מהותי בנסיבות. וכך נאמר למשל בע"א 51/81 בראור נ' בראור, פ"ד לה (4) 231, 237 (1981): "[...] מאחר שמדובר בחוזה, הכולל תנאים בעניין שיעור המזונות, הרי הוא יפורש תמיד ככולל גם את התנאי, כי שינוי הנסיבות יכול להביא לשינוי ההסכמה על סכום המזונות, שהרי זאת תכונה, המתלווית לכל קביעה של שיעור המזונות. ההסכמה בין הצדדים, שהיא יסוד לפסיקתו של בית המשפט, אינה משנה מן היסוד, הנלווה לכל קביעה של שיעור המזונות, ואינה יוצרת מציאות משפטית, השונה מזו אשר הייתה נוצרת, לו היה בית המשפט מכריע בעניין המזונות ללא הסכמת הצדדים אלא על יסוד החומר שבפניו בלבד".

ההורים שענינו מזונות הילד אינו מחייב אלא את ההורים עצמם שהתקשרו באותו הסכם, וההסכם אינו מעכב בעד הילד מלהגיש בשמו הוא תביעת מזונות נגד אביו שלא על-פי תנאי ההסכם. כיוצא בזה, אף פסק-דין שיצא במשפט שבין ההורים אינו גורע מזכות הילד לתבוע את מזונותיו בשמו שלו.¹⁷

לא זו אף זו, גם אם תרצו לומר כי הקביעה בפרשת שרגאי, שלפיה תביעה התלויה ועומדת בבית דין איננה מחייבת את הקטינים, היא רק משום שלא צוינו בה כבעלי דין או משום שההסכם לא נעשה בשבילם, הנה באה בשנות השבעים פרשה אחרת, פרשת עברון, וקבעה כי קטינים אינם כפופים להליך שבין הוריהם אף אם הללו חתמו בשם הקטינים. בפרשה זו הסכימו בני זוג להתגרש בעקבות מחלתו של הבעל. בהסכם שנערך ביניהם קבעו את האם כבעלת החזקה, הסדירו את גובה מזונות הילדים וציינו מפורשות בהסכם כי הם פועלים גם בשם הילדים כאפוטרופוסיהם הטבעיים. ההסכם אושר על ידי בית הדין הרבני. לאחר זמן קצר הגישה האם – בשם הילדים – תביעה להגדלת המזונות בבית המשפט המחוזי. בית המשפט דחה התביעה בקבעו כי בית הדין הוא בעל הסמכות מכוח הסכמת ההורים בהליך הראשון.¹⁸ בית המשפט העליון הפך החלטתו וקבע בדעת הרוב מפי השופט ברנזון:

כדי שהסכם הנעשה על-ידי הורים בענין מזונות ילדם וכדי שפסק-דין הנותן תוקף להסכם כזה יחייב את הילד, לא די בכך שזה נעשה במסגרת משפט גירושין של ההורים. ענין המזונות חייב להיות נושא בפני עצמו הנדון בתביעה מיוחדת בשמו של הילד למזונותיו, כאשר ברור כי טובת הילד לבדה היא לנגד עיני כל הנוגעים בדבר [...] כשלעצמי, כדי להשיג מטרה זו, רואה אני צורך שבכל מקרה כזה יופרד ענין הילדים כליל מענין ההורים ויידון בדרך של תביעה נפרדת בשמם של הילדים. רק אז תיראה הסכמת ההורים בשם הילדים כהסכמה של ממש [...] במקרה שלפנינו, אינני יודע אם בפועל קופחו הילדים בסכום המזונות שקצבו להם ההורים בהסכם הגירושין שלהם, ואין בדעתי לחקור בדבר זה. זה אינו קובע בשבילי. בשבילי קובע הצד העקרוני המחייב לדעתי הפרדה בין עניני ההורים ועניני הילדים כדי להבטיח שהאינטרס של הילדים לא יקופח.¹⁹

17 בר"ע 120/69 שרגאי נגד שרגאי, פ"ד כג(2) 171, 175 (1969).

18 ס' 9 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953 (להלן: חוק השיפוט).

19 פרשת עברון, לעיל ה"ש 15, בעמ' 378. השופט זוסמן, בדעת מיעוט, חלק על תוצאה זו וכתב בעמ' 383: "התוצאה היא, שלא רק ענין האשה נדון בבית-הדין הרבני, אלא גם ענין הילד עצמו. במידה שהנסיבות לא נשתנו, קם מעשה-בית-דין המגן על האב מפני תביעה שניה, ובמידה שנשתנו הנסיבות, בית-הדין הרבני, והוא בלבד, מוסמך להוסיף ולדון בענין שהובא בזמנו לפניו. השיפוט לא

אם כן, צירופם של הקטינים להליך והצהרת ההורים כי הם עורכים את ההסכם לטובת ילדיהם אינה מעלה ואינה מורידה. יתרה מכך, גם אם יתברר למפרע כי אכן ההסכם מספק את צורכי הילד ומשרת את טובתו אין בכך די: כל עוד לא יתמלאו שני תנאים פרוצדורליים – תביעה נפרדת בשמו של הקטין ודיון נפרד בעניינו שאינו מאוחד עם שאר סוגיות הגירושין – אין ההכרעה מחייבת את הקטין, ורשאי הוא אפוא להגיש באמצעות נציגו תביעה חדשה לערכאה אשר יחפוץ.

קביעה זו בפרשת עברון היא גורפת ביותר משום שהיא על "הצד העקרוני". אין היא מותירה שיקול דעת לבית המשפט לבחון אם אכן נפגע אינטרס הקטין ושמה ההורים אכן ייצגו את עניינו כראוי.²⁰ היסוד המהותי נדחק לחלוטין מפני היסוד הפרוצדורלי, וכל עוד לא התמלאו שני תנאים פרוצדורליים אלו (תביעה נפרדת ודיון נפרד) אין ההליך מחייבו. קשה להסכין עם קביעה פרוצדורלית גורפת זו. קביעה זו, יצירת הפסיקה, אף מתעלמת מקביעת המחוקק אשר העמיד את ההורים בחזקה כמי שממלאים את תפקידם כראוי ומינה אותם אפוטרופוסים טבעיים על ילדיהם. למעשה, קביעה זו מעלה את החששות בדבר הזנחת הקטין לרמת חזקה הפוכה בפסיקה הישראלית, ואותה אכנה ברשימה זו "חזקת הזנחת אינטרס הקטין".

בפרשות מאוחרות מזו התקבלו עמדות ענייניות יותר וגורפות פחות, הראשונה שבהן היא פרשת שר, שניתנה בדעת רוב מפי השופט שמגר:

איננה מקובלת עלי, עם כל הכבוד, דעת הרוב בע"א 404/70 במידה ועולה ממנה כי לעולם אין תוקף לפסק-דין מזונות שניתן בתביעתו של קטין, אם הדיון בתביעה זו נכרך יחד עם הדיון בהסכם גירושין בין ההורים, אשר בו היתה כלולה גם תניה בקשר לדמי-המזונות. מי ששוקד על זכויותיו של הקטין הוא בראש וראשונה בית-המשפט, אשר בפניו מתבררת התביעה, בין בנפרד לחלוטין ובין כתביעה המתנהלת בפני אותה ערכאה בריבונות עם תביעת ההורים.²¹

קריאת הכיוון האחרת של הנשיא שמגר ברורה. בתרגומה לשפת המעשה קבע:

אמנם היתה הקטינה צד להליכים שקוימו בעת שההורים ביקשו לאשר את הסכם הגירושין שביניהם, אך לא נתקיים כל דיון בענינה של הקטינה

ניתן לבית-המשפט המחוזי. בדרכה של דעת הרוב נפסק גם בע"א 527/72 דוידסון נ' דוידסון, פ"ד כז(2) 20, 22 (1973). כן ראו שיפמן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 266.

20 וראו גם ע"א 109/75 אברהם נ' אברהם, פ"ד כט(2) 690, 697 (1975).

21 ע"א 411/76 שר נ' שר, פ"ד לב(1) 454, 449 (1977).

[...] מאחר ולא הוכח בפנינו שהיתה התייחסות נפרדת כלשהי לענינה של

הקטינה, הרי לא יכול היה להיות בדיון המשפטי האמור כדי לחייבה.²²

רצוי אפוא כי הדיון בעניין הקטינים יתקיים בתביעתם הנפרדת, אולם אין זה תנאי בלעדיו אין, וייתכן אף ייתכן כי הדיון יחייב את הקטינים אף אם הוא נכרך בהסכם הגירושין. אמנם בפרשה זו היה הקטין צד פורמלי בתביעתו הנפרדת, אלא שלדעת השופט שמגר אין לחייב תביעה נפרדת בשמו ואפשר להסתפק "בהתייחסות נפרדת כלשהי" בעניינו של הקטין כדי לחייבו בתוצאות ההליך. אין זאת כי אם החלשה של התנאים הפרוצדורליים עד כדי ביטול הדרישה ל"תביעה נפרדת", ואף כרוסום בדרישה ל"דיון נפרד".²³

נסיגה זו²⁴ מהלכת עברון לא עצרה בפרשת שר. בפרשת דאובה נשמע שוב קול שפוי יותר לטעמי בסוגיית מעמדו העצמאי של הקטין: אם הגישה בבית הדין תביעת מזונות בשמה, אך בדיון הצהירה כי בפועל תובעת היא מזונות רק לילדיה. בית הדין קיים דיון בצורכי הילדים ופסק בשבילם דמי מזונות. לאחר מכן הגישה האם תביעה למזונות בבית המשפט המחוזי בשם הילדים. המחוזי קבע כי ההכרעה הראשונה מחייבת את הילדים, ולכן הסמכות נתונה לבית הדין הרבני. בית המשפט העליון אישר פסיקתו זו, וכך נקבע:

בדרך כלל, דבר היותו של קטין צד להליכים נקבע על-פי האמור בכתב התביעה, כפי שהוגש לבית הדין, והשאלה הנשאלת היא, אם הקטין מופיע בו כתובע אם לאו. אך לעתים, אף כי אין הקטין נכלל כצד

22 שם, בעמ' 455.

23 השופט אשר בדעת המיעוט הלך אף רחוק יותר מהשופט שמגר, וכך כתב, שם, בעמ' 457: "חברי השופט שמגר הביע בחוות-דעתו הסתייגות מההלכה שנקבעה ב-ע"א 404/70, ואני מצטרף, בכל הכבוד, לדברי הבקורת שהושמעו על-ידו בענין זה. לעומת זאת לא אוכל להשלים עם המלצתו שהסכמים בדבר מזונות הילדים ייערכו אחרי תום הליכי הגירושין של ההורים. על הגזירה של עריכת שני הסכמים נפרדים, אחד בדבר הגירושין עצמם ושני בדבר קביעת מזונות לילדים, יוכלו הצדדים המעוניינים להתגבר ללא קושי, אך לא כך הדבר לגבי הגזירה הנוספת המחייבת את ההורים להשלים תחילה את הליכי הגירושין ורק לאחר מכן לבוא לידי הסכם בדבר תשלום המזונות" (ההדגשה שלי – י.כ.). וראו גם שרשבסקי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 291, ה"ש 22א: "הדעה שהובעה בעברון נדחתה בשר, מאידך ההצעה בשר שבמשפט בין ההורים ידון בית המשפט בענין מזונות הילדים באופן נפרד אחרי שסיים את הדיון בריב בין ההורים אינה נראית מעשית. ראו גם דעתו של השופט אשר".

24 אני משתמש במונח "נסיגה" ולא במונח "הקלה" משום שלמרבה הצער המשחק בדיני משפחה הוא "משחק סכום אפס", כלומר הקלה על האחד היא החמרה על האחר, ובמילים אחרות, שלצערו שמישות יותר בשיח דיני המשפחה בישראל ובכלל: "ניצחון של האחד הוא הפסד של השני", ולכן המונח הקלה או החמרה מדויק פחות. ראו גם: Lucy S. McGough, *Protecting Children in Divorce: Lessons from Caroline Norton*, 57 ME. L. REV. 13 (2005) ("Finally, in most lawsuits, litigation is a zero sum game: one party wins, the other party loses").

פורמאלי לדיון על-פי כתבי הטענות, בפועל נדונה תביעתו לגופם של דברים, ובית הדין הכריע בה. בנסיבות כאלה, כשמוכח, שעל-פי תוכנו של הדיון, התקיים בפועל דיון כהלכתו בתביעת הקטין למזונות, וניתנה בו החלטה, יש מקום לראות בכך הליכים, בהם הקטין היה צד, ויש בהם לחייבו.²⁵

הלכת דאובה מוסיפה אפוא ומכרסמת בהלכות משקה ועברון בקבעה כי אין הכרח כי הקטינים יהיו צדדים פורמליים בהליך ("תביעה נפרדת"), וכי די בכך ש"בפועל נדונה תביעתו לגופם של הדברים" וכי "התקיים בפועל דיון כהלכתו". כלומר, אף כאן הדרישה היא לאותה "התייחסות נפרדת" ותו לא. הדבר מלמד על ויתור על היסוד הפרוצדורלי, או למצער על כרסום בו, ועל הדגשת היסוד המהותי תחתיו.²⁶

כרסום נוסף בהלכת עברון, תוך חיזוק הלכת דאובה, נמצא בפרשת חממי. בפרשה זו תבעה קטינה את אביה לתשלום מזונותיה על אף קיומו של הסכם בין הוריה בדבר שיעור מזונותיה, אשר קיבל תוקף של פסק דין בבית הדין הרבני כשלושה חודשים קודם לכן. בית המשפט המחוזי קיבל את התביעה בחלקה. האב טען בערעור לחוסר סמכותו של המחוזי. בית המשפט העליון קיבל את הערעור, וכך קבע:

אולם ההלכה הרווחת, שהצירוף הפורמאלי של הילדים בתביעה שבין בני הזוג בבית הדין אינו תנאי, שבלעדיו לא יוכל המערער להתגונן על יסוד הטענה האמורה. אם מתגלה מהחומר שבתיק שעל-אף העדר צירוף פורמאלי נדונה תביעתה של המשיבה לפני בית הדין וניתנה לגביה החלטה לעיצומה, די בכך על-מנת לחייב את המשיבה עצמה.²⁷

אם כן, הלכת שר, דאובה וחממי, כולן בתחילת שנות השמונים במאה הקודמת, מדגישות את היסוד המהותי ומבכרות אותו על פני היסוד הפרוצדורלי. וכל עוד מתקיים דיון

25 ע"א 289/82 דאובה נ' דאובה, פ"ד לו(4) 625, 628 (1982).

26 וכך גם בהמשך פסק הדין, נאמר: "השופט המלומד קבע בהחלטתו, שעניין המזונות נדון בתיק נפרד מעניין הגירושין. במהלך דיון זה הפכו המערערת לצד מהותי בדיון, ובית הדין פסק להן מזונות" (שם, בעמ' 627. ההדגשה שלי – י.כ.). יודגש כי אף כשבית המשפט מציין את התנאי של "דיון נפרד" בהמשך פסק הדין כתב כך: "אם נחזור לענייננו, הנני סבור שלא יכול להיות ספק, שצדקה הערכאה הראשונה בקבעה, שהדיון בבית הדין, בו נפסקו מזונות למערערת, עמד במבחן הצורך בדיון נפרד בתביעתן כנדרש" (שם, בעמ' 629). כלומר, בית המשפט קובע כי התייחסות כלשהי לענייניו של הקטין ממלאת את התנאי של "דיון נפרד". זהו בעיניי מבחן מהותי, ומכאן כותרת הפרק.

27 ע"א 544/82 חממי נ' חממי, פ"ד לח(3) 605, 608 (1984).

בעניין הקטינים, אף על פי שאינם צדדים פורמליים בהליך, ואף על פי שדיון זה לא נפרד ממש מהדיון בסוגיית ההורים, יש בכך כדי לחייבם.²⁸ אלו ההלכות החשובות בשנות השמונים.²⁹ לעומת זאת בהלכות שניתנו בעשור האחרון אפשר לדעת לזהות נסיגה מהלכות שר, דאובה, חממי ואחרות וחזרה להלכת עברון הגורפת ואף להלכת משקה, שכזכור ניתנה עוד בטרם קבע המחוקק את ההורים אפוטרופוסים טבעיים לילדיהם. לשם ביסוס טענתי אבקש לבחון את הבולטת שבהלכות אלו והיא הלכת פלונית: הליך הגירושין וגלווי התנהלו בבית הדין ובמהלכו הוסדרו סוגיית המזונות וסוגיית משמורת הילדים. חודשים אחדים לאחר מכן הגישה האם בשם הבנות תביעה לבית המשפט למשפחה שיאפשר הגירתן לארצות הברית. הלה קבע כי הוא המוסמך לדון בתביעה. האב פנה לבית הדין הרבני וזה קבע כי הוא המוסמך ולא בית המשפט למשפחה. שתי ערכאות אוזוזות בסמכות, זו אומרת כולה שלי וזו אומרת כולה שלי. בצר לה עתרה האם לבג"ץ. בהכריעו בעתירה קבע בג"ץ כי אף על פי שבית הדין הרבני אכן רכש סמכות שיפוט במשמורת בהליך הראשון, הרי שלא רכש בכך סמכות נמשכת להליך השני. כלומר הכרעתו בהתדיינות הראשונה איננה מחייבת את הקטינות בעתיד, וכך נימק זאת:

בנסיבות המקרה שלפנינו אין לומר כי בית־הדין הרבני "דן ופסק" בשאלת המשמורת [...] לא התקיים דיון מהותי במעמד הצדדים בנוגע לבנות ולטובתן, ולא הובאו בפני בית־הדין הרבני פרטים נוספים או ראיות בעניינן [...] ודוק, בניגוד להסכם ממון בין בני־זוג שאישורו נושא אופי פורמאלי, הרי הסכם משמורת בין הורים מחייב את הערכאה המוסמכת בדבר לבחון את תוכן ההסכם ולשקול אם הוא משרת את טובת הילד טרם אישורו. על־פי החלטתו של בית־הדין הרבני האזורי, יש להניח כי בטרם אישר בית־הדין את ההסכם הוא אמנם שקל בינו לבינו את טובת הבנות על סמך עיון בהסכם שערכו הצדדים. עם זאת נוכח היעדרו של דיון פרונטלי מהותי לגופה של סוגיית המשמורת אין די בשקילה כאמור

28 מעניין כי בהלכות אלו לא צוין כי הפסיקה בהליך הראשון היתה "לטובת הילד", אולם אפשר להניח כי הדרישה ל"דיון נפרד" בעניינם מכוונת למעשה לטובת הילד, שהרי לשם מה לי דיון נפרד בעניינם אם לא לשם טובתם?

29 ועל אלו יש להוסיף את ההלכות המאוזכרות בדבריו של שיפמן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 266, המתייחס לפסיקות מאוחרות מאלה בשנות השמונים, ומציין: "בפסיקה מאוחרת יותר נאמר שאין צורך להפריד ממש את הדיון בתביעתו של הקטין אלא יש להסתפק בהתייחסות נפרדת לעניינו: ראו ע"א 17/81 סער נ' סער, פ"ד לו(3) 207, ע"א 210/82 גלבר נ' גלבר, פ"ד לח(2) 14, ע"א 328/84 צארום נ' צארום, פ"ד לח(4) 136, 139."

כדי להוביל למסקנה כי בית-הדין "דן ופסק" בסוגיה האמורה לצורך רכישת סמכות נמשכת.³⁰

אם כן, אף על פי שבג"ץ מתרשם כי בית הדין אכן שקל את טובתן של הבנות אין הוא מוכן לחייבן בתוצאת ההתדיינות. זאת לנוכח דרישות חדשות שהציב: יש להבין מה משמעותה המלאה של הדרישה לדיון "פרונטלי מהותי" ומה משמעות המונח "דן ופסק" כמו גם מהם גבולותיה של הדרישה ל"דיון של ממש" בפרשה סמוכה לה, פרשת איתן.³¹ דרישות אלו לא נזכרו בפסיקות הקודמות, ואין ברור אם באו הן להחמיר את הדרישות כתנאי לחיובם של הילדים או שמא להקל מעליהן ולחייבם ביתר קלות. אמנם בג"ץ מציין כי הוא צועד בדרכן של הלכות שר, דאובה וחממי, אך לטעמי מדובר ברטוריקה בלבד. עיון בהמשך הלכת פלונית נותן מזור לשאלות הללו ומלמד כי הלכת פלונית אינה באמת צועדת בדרכן של הלכות שנות השמונים:

מטעם זה נפסק כי הסכם גירושין בין הורים שאושר וקיבל תוקף של פסק-דין, יחייב את הקטינים רק כאשר ברמה הדיונית עניינם של הקטינים נבחן לגופו כעניין עצמאי ונפרד מיתר סוגיות הגירושין, וברמה המהותית שוכנעה הערכאה המוסמכת כי ההסכם בין ההורים משרת את טובת הקטין [...] אמנם במקרה דנן הגיעו הצדדים להסכמה בנוגע להחזקת הבנות ובנוגע להסדרי ראייתן בשלבים מוקדמים של הליך הגירושין, ונקבעו הסדרי משמורת וראייה כמעט שוויוניים בין ההורים. בנסיבות

30 בג"ץ 2898/03 פלונית נ' בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד נח(2) 560, 550 (2004). אמת, פרשת פלונית עוסקת בסמכות נמשכת, ורשימה זו עוסקת בזכות מעמדו העצמאי של הקטין. אלו שני מוסדות שונים (ארחיב על כך להלן בגוף הטקסט בין ה"ש 61–73), אולם יש להם נקודת השקה והיא אם הדיון שהתקיים בעניין הילד מחייב את הילד: אם הדיון מחייב את הילד הרי שהוא יוכל לפתוח הליך עתידי רק מכוח מוסד העילה הנמשכת. אם הדיון איננו מחייב את הילד הרי שהוא רשאי לפתוח הליך חדש מכוח מוסד מעמדו העצמאי של הילד. המבחנים למתן מענה לשאלה זו הם אותם מבחנים.

31 ראו בג"ץ 9539/00 איתן נ' בית-הדין הרבני האזורי ירושלים, פ"ד נו(1) 125, 133 (2001). הבעל מסר גט לאשתו. מייד באותו היום הגישה האישה תביעה לבית הדין הרבני לחינוך הבנות במסגרת חרדית. האב הגיש בתגובה תביעה לבית המשפט למשפחה לחינוך הבנות במסגרת ממלכתית דתית. בית הדין הרבני קבע כי הוא בעל הסמכות ומכאן עתירת האם לבג"ץ. הלה קבע כי בית הדין הרבני אינו מוסמך לדון בעניין, וכי ההסכם שנקבע בין כתליו אינו מחייבן: "עקרון הסמכות הנמשכת חל במצבים שבהם בית-הדין דן ופסק בעניין שלפניו, ועל-כן מן הראוי שימשיך ויפסוק בהתדיינות הנוספת שהתעוררה בין בני-הזוג. לעומת זאת במקרה שלפנינו תביעת הגירושין בין בני-הזוג הסתיימה בלא שבית-הדין דן ופסק בנושא החינוך: מפרוטוקול הדיונים שהתקיימו בבית-הדין בנוגע לתביעת הגירושין עולה כי לא נערך דיון של ממש בשאלת חינוך הבנות. ההמלצה שניתנה בחוות-הדעת של העובדת הסוציאלית שהוגשה לבית-הדין בשנת 1996, עניינה במשמורת הבנות ולא בחינוכן".

אלה פוחת החשש האינהרנטי כי עקב רצונם של בני-הזוג להתגרש
קופחה בלי משים טובתן של הבנות. אף-על-פי-כן ההכרה במעמדו של
הקטין כבעל-דין עצמאי מחייבת כי על דרך העיקרון לא תחויבנה הבנות
בהסכמות שבין הוריהן – לרבות הסכמה בנוגע לסמכות שיפוטו של
בית-הדין הרבני – בלי שהתקיים דיון פרונטלי ומהותי בעניינן בנפרד
מיתר סוגיות הגירושין.³²

הלכת פלונית בניסוחה זה מלמדת לטעמי על נסיגתה מהלכות שנות השמונים – שר,
דאובה, חממי ואחרות – וחזרתה להלכות שנות השבעים, עברון ומשקה: ודוק, אף על פי
שנתברר כי ההכרעה הייתה לטובת הבנות וכי הסדרי הראייה טובים היו וראויים, ואף על
פי שהתקיים דיון נפרד בעניינן, או למצער "התייחסות נפרדת כלשהי", התעלם מכך בית
המשפט העליון וקבע "על דרך העיקרון" כי על בתי המשפט להפעיל מבחן פרוצדורלי
לחלוטין. וכל עוד, כך המשיך וקבע, לא התקיים דיון נפרד של ממש בעניינם של
הקטינים (הגם שלא "תביעה נפרדת בשמם") ובנפרד מיתר סוגיות הגירושין, אין ההליך
מחייבם – תהא תוצאתו אשר תהא.³³ אפשר לזהות מגמה זו, המבכרת את היסוד
הפרוצדורלי על פני היסוד המהותי, גם בפרשת איתן,³⁴ גם בפרשת שרעבי³⁵ ואף בפרשת
מאיר, קודמתן.³⁶ חזקת הזנחתו של אינטרס הקטין הועמקה בפסיקת השנים האחרונות
והקריבה את המהות על מזבח הפרוצדורה.³⁷ מגמה זו ראויה לציון בעיקר על רקע

32 הלכת פלונית, לעיל ה"ש 30, בעמ' 563.

33 ראוי לציין כי תמר מורג במאמרה, "פסיקת בתי המשפט שלאחר הצטרפות ישראל לאמנה בדבר
זכויות הילד – האמנם חדש?" המשפט 21, 27 (2006), סוברת כי בית המשפט בפסק דין זה אמנם
קידם מאוד את טובת הילד אך הלך רק חלק מהדרך בכך שלא ביטל את הלכת וינטר (ביד"מ 1/60
וינטר נ' בארי, פ"ד טו 1457 (1961) בנושא כריכת תביעת המשמורת לתביעת הגירושין).

34 פרשת איתן, לעיל ה"ש 31.

35 בג"ץ 6378/04 שרעבי נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (פורסם בנבו, 19.8.2004).

36 ע"א 16/98 מאיר נ' מאיר, פ"ד נג(2) 175, 185 (1999), אף על פי שמהותית נדון הנושא וניתנו
מזונות קובע בית המשפט כי היה צריך לקיים דיון נפרד, וכך נאמר: "אני סבור, שגם טענות בדבר
דיון נפרד כזה אין בה ממש. דיון נפרד, לגופו של ענין ותוך הסבת מלוא תשומת-הלב הראויה לו, לא
הוכח כאן".

37 לאור מסקנתי זו מסכים אני עם חלקם הראשון של דבריו של השופט שוחט, המתייחס למצב
המשפטי ההיסטורי, אך אין בידי להסכים לחלקם השני המתייחס למציאות כיום, או למצער יש
לעדכן דבריו אלו לאור ההלכות שניתנו מאז כתב הדברים בתמ"ש (משפחה ת"א) 65190/98 פלוני נ'
פלוני (פורסם בנבו, 31.10.1999): "לענין זה יאמר שאם בתחילתה הציבה ההלכה מבחן פרוצדוראלי
בפני האב לשם הרמת נטל השכנוע, עד כדי דרישה להפרדה פורמלית בין ענינם של ההורים לענין
מזונותיו של הקטין על דרך של תובענה נפרדת, הרי שכיום המבחן הינו מהותי-עניני ודי בכך שענינו
של הקטין זכה להתייחסות נפרדת מעניינם של ההורים, נבדק והוכרע לגופו מנקודת הראות של
טובתו שלו". ובאותה מידה יש לעדכן את דבריו של רוזן-צבי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 65 ובעמ' 381,

צעידתה בכיוון ההפוך למגמה הכללית בשיטת המשפט הישראלית בשנים האחרונות, השמה פניה אל עבר התכלית והמהות תוך דחיקת הפרוצדורה והפורמליזם.³⁸

4. הרחבת היקף הסוגיות שבהן תחול זכות המעמד עצמאי

מתברר כי גם בהיקף הסוגיות שבהן תחול זכות המעמד העצמאי חלה התפתחות מעניינת בפסיקה, הצועדת אף היא לכיוון העמקת חוסר האמון בהורים כמי שיבטיחו את טובת ילדיהם.

(א) מזונות הילדים

במשך שנים רבות, ומעניין כי גם כאן אפשר לזהות את שנות השמונים כנקודת ציון, הפרשות שפרנסו את חזקת אי-האמון בהורים עסקו בסוגיית מזונות הילדים ובה בלבד. בכל שאר הסוגיות בררת המחדל הייתה כי הסכמת ההורים מחייבת את הקטין, וכך סיכם השופט אלון את העניין:

מה שאין כן בכל ענייני האפטרופסות, כאשר ההסכמה לשיפוט אינה מעלה לכאורה כל חשש של ניגוד אינטרסים בין ההורים לבין הקטין, שאזי הסכמת ההורים, האפטרופסים הטבעיים, גם הסכמתו של הקטין היא, שאותו הם מייצגים ובשמו הם מסכימים.³⁹

הלכות אלו התיישבו גם עם קביעת המחוקק בסעיף 12(א) לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959, ולפיה: "הסכם בדבר מזונות של קטין וויתור על מזונות כאלה אינו קושר את הקטין, כל עוד לא אושר על ידי בית המשפט". המחוקק לא ייחד הוראה

הכותב בשנת 1990: "בראשית הדרך הוצבו מכשולים פרוצדוראליים קפדניים לפני האב [...] בגלגול הנוכחי המבחן הוא ענייני ומהותי. המבחן אינו פורמלי. אין צורך בהגשת תביעה נפרדת ואין צורך בהפרדה פרוצדוראלית".

38 ראו מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (1993). וכן תחילת מאמריהם של מיגל דויטש "תום-לב בשימוש בזכויות – קווים אדומים לתחולת העקרון? עיוני משפט יח 261 (1994) ושל עמרי ידלין "תום-הלב במשפט העבודה בישראל: מן הכלל אל הפרט" עיוני משפט כב 867 (1999). רוזן-צבי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 65.

39 בד"מ 1/81 נגר נ' נגר, פ"ד לח(1) 365, 387 (1984) (ההדגשה שלי – י.כ.).

מעין זו לשאר הסוגיות הנוגעות לקטין⁴⁰ הגם כי נראה שאין צורך חיוני לבתי המשפט בהוראת חוק זו כדי לקבוע כי הסכם בעניינו של קטין אינו מחייבו.⁴¹

(ב) כלל ההמשכיות – סוגיה פרוצדורלית

בצד סוגיית מזונות הילדים נקבע כי הסכמת ההורים, המקנה סמכות לערכאה שיפוטית, איננה מחייבת את הקטינים. הדבר אמנם נאמר בשולי הפסיקות הקודמות, אך בפרשת כץ היה נושא זה עיקר הדיון. בפרשה זו הסכים הבעל למסור גט לאשתו בתנאי שתסכים למסור את כל ענייני הקטין להרכב מיוחד בבית הדין הגדול. שניים מחברי ההרכב פרשו, ועקב כך עתרה האשה לבג"ץ לבטל הסכמתה לסמכות השיפוט. בקבלו את עתירתה קבע בג"ץ:

הסכמת בני-הזוג להקנות סמכות לבית-הדין הרבני הגדול להכריע בענייניו של הקטין ניתנה על רקע המאמצים לסיים את הקשר הזוגי ביניהם ולסדר את הגט. לא ענייני הקטין עמדו במרכז ההסכמה הזו, אלא מאמצי בני-הזוג ובית-הדין להגיע להסדר שיאפשר את גירושיהם. בתנאים אלה אין לראות בקטין כמי שהסכים והצטרף להסכם בין בני-הזוג בדבר הקניית הסמכות לבית-הדין הרבני לדון בעניינו. כבר נפסק לא אחת כי לקטין עצמו, באמצעות אפוטרופסו, מעמד עצמאי במשפט לקבוע איזו תהא הערכאה השיפוטית שתדון בעניינו מקום שמדובר בסמכות מקבילה של שתי ערכאות. הסדרים מוסכמים שהושגו בין הורי הקטין בין לעניין הסמכות הדיונית ובין בנושאים מהותיים שונים, אינם יכולים לחייב את הקטין מקום שלא היה צד להם, והוא רשאי, באמצעות אפוטרופסו, לעמוד על זכויותיו בעניין זה.⁴²

ובכן, לא זו בלבד שקטינים אינם כבולים לתוכן הסכמים שנערכו בין הוריהם בעניין מזונותיהם, אלא שהם אף אינם כבולים לזהות הערכאה שעליה הסכימו ההורים בשמם,

40 ולעניין הוראה זו ראוי לציין את הדברים שנאמרו בפרשת אברהם, לעיל ה"ש 20, בעמ' 695: "למותר להזכיר כי הוראת החוק הנ"ל מתשי"ט הקדימה את הסדרי הפיקוח על-ידי בית-המשפט שנקבעו בסעיף 20 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, ומשנה חשיבות לה, לאור מסקנתו של בית-משפט זה, לפיה האמור בסעיף 20(5) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, אינו חל על תובענת מזונות של קטין נגד הורה".

41 וכך נאמר בפרשת בראור, לעיל ה"ש 16, בעמ' 239: "אין כלל נפקא מינה, אם חל סעיף 12 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), או אם לאו. אין בהוראה הנ"ל שבחוק החרות אלא ביטוי לגישה, אותה היה בית המשפט מאמץ ממילא. האמור בע"א 411/76 הנ"ל אינו מעוגן בסעיף 12, וכל שנאמר בו לא היה משתנה, אילו סעיף 12 האמור לא היה קיים כלל".

42 בג"ץ 78/03 כץ נ' בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד נז(2) 875, 880 (2003). הדברים נאמרו גם בפרשת פלונית, לעיל ה"ש 30, בעמ' 563.

בין בהסכמה ישירה ובין בהסכמה בהתנהגות הנוצרת בעקבות השתתפות בדיון קודם.⁴³ הקטינים רשאים אפוא להביא עניינם העצמאי בפני ערכאה אחרת. עקרון "כלל ההמשכיות" נדחה ואינו מחייבם לפתוח את ההליך בעניינם באותה ערכאה שבה התנהל הדיון הראשון.⁴⁴

מפרספקטיבה עקרונית יותר זכות הייצוג העצמאי של הקטין, הנובעת מעקרון-העל בדבר "טובת הילד" ומהחשש שמא הורים בהליכי גירושין יקפחו את טובת ילדיהם, גוברת על חובת הכיבוד ההדדי בין הערכאות. לפיכך עומדת לרשותו של הקטין הזכות לפתוח את ההליך בעניינו בגל ההתדיינות השני בערכאה הרצויה לו. אולם אם יתברר, ושאלה עובדתית היא, כי הערכאה הראשונה קיימה דיון מהותי ונפרד בעניינו (ברמות השונות, כדלעיל) אזי זכות מעמדו העצמאי של הקטין תידחה מפני עקרון חובת הכיבוד ההדדי בין הערכאות, הערכאה הראשונה תרכוש סמכות נמשכת בגל ההתדיינות השני, והקטין יהא רשאי לפתוח את ההליך השני אך ורק בערכאה שבה נפתח ההליך הראשון.⁴⁵

(ג) החזקת הילדים – משמורת והסדרי ראייה

למרות אמירתו החד-משמעית של השופט אלון בפרשת נגר המסכמת למעשה את ההלכה עד שנות השמונים, באה הלכת פלונית בשנים האחרונות והרחיבה בהינף קולמוס את היקף הסוגיות שבהן עלול להתעורר החשד כי הורים יזניחו את טובת ילדיהם. הלכה זו החילה את חזקת ההזנחה גם על סוגיית משמורת הילדים:

לא נעלם מעינינו כי ההלכה שלפיה הסכם אגב גירושין אינו מחייב את הקטינים אלא בהתקיים התנאים שפורטו לעיל, נפסקה בנוגע למזונות קטינים. עם זאת אין סיבה שלא להחילה גם בנוגע להחזקת ילדים: ראשית, מטבע הדברים, החשש מפני ניגוד אינטרסים בין ההורים לבין

43 ראו בג"ץ 141/71 הספל נ' ביה"ד הרבני, פ"ד כה (2) 471 (1971).

44 עניין זה עולה מדי יום ביומו בבתי משפט למשפחה, בהליך שבו האב מבקש על פי רוב לדחות על הסף את תביעת מזונות הקטינים שהוגשה באמצעות אמם. כך, למשל, כתבה השופטת גליק: "ספק בכלל, בעיני אם עקרון הסמכות הנמשכת מתקיים בעניין שלפני – וזאת מכיוון שאין המדובר באותם צדדים לסכסוך, שהרי בפני בית המשפט לענייני משפחה, תובעים קטינים בעוד בבית הדין הרבני תבעו הוריהם", בש"א (משפחה חד) 644/06 מ.כ. נ' א.כ. (פורסם בנבו, 26.2.2006), וכן ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 48231/04 פלוני נ' אלמוני (פורסם בנבו, 14.6.2005).

45 לעניין הסמכות הנמשכת וכלליה ראו: בג"ץ 59/53 הויזמן נ' יו"ר ההוצל"פ ירושלים, פ"ד ז 1142 (1953); ע"א 167/63 ג'ארה נ' ג'ארה, פ"ד יז 2617 (1963), פרשת וינטר, לעיל ה"ש 33.

הילד במסגרת הליך הגירושין מתעורר לא רק בנוגע למזונות הילדים אלא גם בנוגע להחזקתם ולהסדרי ראייתם.⁴⁶

בפרשה אחרת הוחלה "חזקת ההזנחה" על סוגיית המשמורת לא רק בדרך השלילה, כבהלכת פלונית, כי אם על דרך החיוב, וכך נקבע בפרשת שרעבי:

עצם הקניית הסמכות לבית הדין הרבני אינה יכולה לפגוע בזכויות הקטינים, שלהם אישיות משפטית עצמאית, ואינה יכולה לכפות אותם להסכם שנעשה על-ידי הוריהם בעניין הגירושין, בו הוסדרו, אגב כך, גם עניינים הנוגעים לקטינים, בכלל זה נושא ההחזקה, בלא שטובת הילדים נבחנה, כנושא אשר עומד בפני עצמו בנפרד מסוגיות הגירושין.⁴⁷

סוגיית המשמורת והסוגיה הנלווית אליה – הסדרי הראייה – נוספו אפוא על הסוגיות שבהן לא תחייב הסכמת ההורים את הילדים, והללו יהיו רשאים להביא עניינם זה בשנית, בפני הערכאה הרצויה להם.

(ד) התמו הסוגיות שבהן תחול זכות הקטין למעמד עצמאי? סוגיית החינוך דומה כי היד עוד נטויה וכי עדיין לא נאמרה המילה האחרונה בהיקף הסוגיות שיהיו הקטינים רשאים להביא בשנית בפני בית המשפט. וכך נאמר בפרשת איתן:

לעומת זאת במקרה שלפנינו תביעת הגירושין בין בני-הזוג הסתיימה בלא שבית-הדין דן ופסק בנושא החינוך: מפרוטוקול הדיונים שהתקיימו בבית-הדין בנוגע לתביעת הגירושין עולה כי לא נערך דיון של ממש בשאלת חינוך הבנות. ההמלצה שניתנה בחוות-הדעת של העובדת

46 הלכת פלונית, לעיל ה"ש 30, בעמ' 563. וכן ראו עמדת השופטת פרוקצ'יה בבר"ע (מחוזי י-ם) 1016/99 אנגלמן נ' אנגלמן (פורסם בנבו, 7.9.1999).

47 הלכת שרעבי, לעיל ה"ש 35. וראו הערת השופט שוחט בתמ"ש 48231/04, לעיל ה"ש 44, בפסקה 36 להחלטתו, שלפיה הלכה זו ביחס למשמורת נכונה אך ורק למקרה שבו הוקנתה הסמכות בהסכמה. ברם אם הוקנתה הסמכות בכריכה אין ייצוג עצמאי לקטין, וכך כתב: "עם זאת, הלכה זו מכוונת להקניית הסמכות לביה"ד הרבני מכוח הסכמת הצדדים במסגרת הליכי הגירושין ביניהם להבדיל מהקניית הסמכות מכוח כריכה. על אבחנה זו עומד ביהמ"ש העליון בבג"צ 6378/04 גיליאן שרעבי [...] להבדיל ממזונות קטינים שאינם ניתנים לכריכה, כך על פי ההלכה הפסוקה, משמורת ילדים היא והינו, גם על פי הפסיקה הנ"ל, ענין הכרוך מעצם טיבו וטבעו בתביעת הגירושין ומשמוגשת תביעת גירושין ביה"ד הוא המוסמך יחודית לדון בו". צר לי, אך לא מצאתי תימוכין להבחנתו זו בהלכת שרעבי, אם כי אמירתו זו ודאי מלמדת על חוסר הנוחות שחשים בתי המשפט בהרחבת מעמדו העצמאי של הקטין גם לסוגיות אחרות, המאפשרת לפתוח עניין שהוכרע זה מכבר, לעתים אף כאשר בית הדין אכן נתן דעתו על טובת הקטין (!).

הסוציאלית שהוגשה לבית-הדין בשנת 1996, עניינה במשמורת הבנות ולא בחינוכן.⁴⁸

אם כן, גם בסוגיית חינוך הקטינים יש צורך לבחון אם בית הדין "דן ופסק" ואם נערך "דיון של ממש". שאם לא כן רשאים הקטינים להתעלם מהסכמת ההורים או מההכרעה שניתנה בעניינם ולהביאו בשנית בפני הערכאה הנוחה להם.

לסיכום חלקה הראשון של הרשימה, אפשר לדעת לזהות עם השנים, ובמובחן בין פסיקת שנות השמונים במאה הקודמת לפסיקת העשור האחרון, את העמקת החשש מפני ניגוד אינטרסים בין הורים לילדיהם וביסוס מעמדו העצמאי של הקטין. ביסוס זה בא לידי ביטוי בשני היבטים עיקריים: ההיבט הראשון הוא הדגשת היסוד הפרוצדורלי לעומת היסוד המהותי, הבאה לידי ביטוי בדרישה לדיון נפרד "של ממש", "פרונטאלי ומהותי", בענייני הקטינים אף אם נתברר כי ההכרעה הייתה לטובתם. מגמה זו בולטת על רקע תנועתה בכיוון הפוך למגמה הכללית של הפסיקה בשנים האחרונות המבכרת את התכלית והמהות על פני הפרוצדורה והפורמליזם. ההיבט השני הוא הרחבת היקף הסוגיות שבהן רשאים הקטינים לפתוח בהליך עצמאי ולא יחויבו בהסכמות שבין הוריהם: שנים רבות עמדה זכות מעמדו העצמאי של הקטין לטובתו בסוגיית מזונותיו בלבד, לעומת זאת בשנים האחרונות היא הולכת ומקיפה גם את סוגיית המשמורת והסדרי הראייה, ואף את סוגיית החינוך. מתקבל הרושם כי היד עוד נטויה, בעיקר על רקע מגמת הפסיקה בשנים האחרונות לסווג סוגיות אלה, לבודדן זו מזו, ולהחשיבן לסוגיות נפרדות באופן די מלאכותי, לטעמי. כזו היא למשל הקביעה כי חינוך וחזקה הם שני עניינים נפרדים, וכי דיון בעניין החזקה אינו מגביל דיון עתידי בעניין החינוך.⁴⁹ וכזו למשל היא העמדה כי חזקה ומקום מגורים הם שני עניינים נפרדים, וכי דיון בעניין

48 פרשת איתן, לעיל ה"ש 31, בעמ' 133.

49 ראו ההלכה בבג"ץ 181/68 פלורסהיים נ' בית הדין הרבני, פ"ד כב(2) 723 (1978), שלפיה משמורת הילדים וחינוכם אינם אותו נושא, ולפיכך אין ברכישת הסמכות של בית הדין בסוגיית המשמורת כדי לחסום פתיחת הליך בסוגיית החינוך בערכאה האזרחית. לעומת זאת בהלכה מאוחרת מזו, בבג"ץ 5507/95 אמיר נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה, פ"ד נ(3) 321 (1996), נקבע כי בבית המשפט, בשונה מבית הדין, חזקה וחינוך הם אותו נושא, ולפיכך משהוקנתה סמכות לבית המשפט בנושא החזקה אי אפשר לפתוח את סוגיית החינוך בבית הדין. על קביעה זו רבו העוררים. ראו למשל דנג"ץ 6490/96 אמיר נ' אמיר, פ"ד נ(5) 55 (1996). לעניין זה אציין גם את פרשת איתן, לעיל ה"ש 31, ראו גוף הטקסט ליד ה"ש 48, הנוקטת הפרדה דומה ולפיה כביכול הראיות שעסקו במשמורת לא עסקו בחינוך. הפרדה זו בשתי פרשיות אלו היא מלאכותית לטעמי, שהרי כל בר-דעת מבין כי ההמלצות הניתנות בעניין המשמורת בוחנות תמונה כוללת, ובוודאי נשקל ונדון גם נושא החינוך. פירוק נושאים לתתי-נושאים ולסוגיות נפרדות מאפשר למעשה את ביסוס זכות מעמדו העצמאי של הקטין, ולפיכך אפשר לראות בכך המשך ישיר לנסיגה מהלכות שנות השמונים.

החזקה אינו מגביל דיון עתידי בעניין מקום המגורים.⁵⁰ אין ספק כי העמקת זכות מעמדו העצמאי של הקטין וביסוסה באים להיטיב עם הקטין ולהגן על האינטרסים שלו. אולם בהמשך הרשימה, לאחר סקירת המשפט המשווה כדלקמן, אעמוד על פניה השליליות של העמקת הזכות ואנסה לנתח את הגורמים שהביאוה למקומה הנוכחי.

5. זכות מעמדו העצמאי של הקטין ונגזרותיו – משפט משווה

שיטות משפט ברחבי העולם ערות לפער הקיים בין טובת ההורים לטובת הילדים בהליכי הגירושין. החשש הוא כי העימות הטעון בין ההורים עלול להטות את דעתם מאינטרס הילדים.⁵¹ וכך למשל נאמר בפרשת *Jaramillo*:

When, however, the interests of a third party (or parties – the children) are not only significantly affected by the outcome of the litigation but indeed are paramount in determining that outcome, placing on one party the burden of establishing that his or her interests are the ones that should be vindicated can subordinate the interests of the third party – who may be absent and may not even be represented – in the clash over the other two parties' competing hopes and desires.⁵²

כמו כן הניכור המתפתח בין ההורים בהליכי הגירושין מעיב על השיפוט ההורי את טובת ילדיהם, וכך נאמר בפרשת *Ford*:

Unfortunately, experience has shown that the question of custody, so vital to a child's happiness and well-being, frequently cannot be left to the discretion of parents. This is particularly true where, as here, the estrangement of husband and wife beclouds parental judgment with emotion and prejudice.⁵³

50 ראו פרשת פלונית, לעיל ה"ש 30, בעמ' 555, עמדת הערכאה קמא שלפיה עניין המשמורת ועניין מקום המגורים אינם חד.

51 ראו לדוגמה: *Taff v. Bettcher*, 730 F. Supp. 1037, 1039 (D. Colo., 1990); *Short v. Short*, 646 A.2d 875, 878 (Conn. App. Ct., 1994).

52 *Jaramillo v. Jaramillo* 823 P. 2d 299, 307-308 (N.M., 1991).

53 *Ford v. Ford*, 371 U.S. 187, 193 (1962).

וכך כותבת גם Tricia Kelly במאמרה:

The practice of court review reflects various concerns about parents who are going through divorce, including a fear they may compromise their child's interests in favor of their own.⁵⁴

אף בשיטות משפט אלו החשש שמא הורים יקפחו את אינטרס ילדיהם לא נותר במישור האקדמי-עיוני בלבד: הליך שנוהל בין ההורים, ובעיקר הליך שנוהל ללא התגוששות או הליך שיושב בהסכמה, אין בו כדי לחייב בית משפט אחר כאשר עניינו של הילד מופיע בפניו לראשונה בנפרד מעניין הוריו. הורה איננו רשאי לקנות את חירותו האישית במחיר ביטחונו ושלמותו של ילדו, אף אם בית המשפט מאשר הסכם שכזה, וכך נאמר בפרשת :Guillermo

[...] a matrimonial litigation, particularly an uncontested one, or one settled during its course by consent decree, or by "dismissed agreed" decree, cannot by its incidental provision of support for a child, control a subsequent court where the child's interests are first separately litigated by parents unincumbered by their own personal purpose to win their freedom, or even a separation, from what appears to them to be a hopeless marriage. No parent should be able to bind a child by buying matrimonial freedom at the price of selling a child's material or other security, even if a court approves such agreement [...] No child support decree should be sacrosanct if "incidental" to, and inequitably incidental to, the problems of adults.⁵⁵

הילדים, כך נקבע, אינם חליפיהם של ההורים בהליך הגירושין ולפיכך אין הם מחויבים לממצאי ההליך שהתקיים בין ההורים, וכך נאמר גם בפרשת Simcox:

[...] that children are not privies of their parents in dissolution proceedings and, as such, are not bound by findings of paternity in such proceedings unless they are parties to the proceedings.⁵⁶

Tricia Kelly, *Comment and Casenote: Presumption, Burdens, and Standards, Oh My: In re Marriage of Lamusga's Search for A Solution to Relocation Disputes*, 74 U. CINCINNATI. L. REV. 213 (2005).

Guillermo v. Guillermo, 43 Misc. 2d 763, 773 [N.Y. Fam. C.T.] (1964) 55

Simcox v. Simcox, 546 N.E. 2d 609, 611 (Ill., 1989) 56
 האבהות, אך הם נכונים גם להקשרים אחרים. וראו גם: Marvin v. Marvin, 18 Cal. 3d 660, 683

רציונל אחר לכך שההליך איננו מחייב את הקטין הוא הנימוק כי לקטין אין שליטה על ההליך ולא על הטקטיקה שננקטה בו, ועל כן אין סיבה כי ממצאיו יחייבוהו.⁵⁷

למרות אמירות חד־משמעיות אלו הרי שהתמונה מורכבת יותר, ויש מקרים שבהם ההליך המתקיים בין ההורים כן מחייב את הילדים, אף ללא צורך בדיון נפרד מיתר ענייני הגירושין, ואף ללא צירופו של הקטין כבעל דין, כי אם די בבחינה של "זהות האינטרסים". הווי אומר, כאשר לאם המייצגת את הקטין יש אינטרסים משותפים עם הקטין, נראה בהליך המשפטי הליך המחייב את הקטין אף על פי שהוא לא השתתף בו כלל. בפרשת *Armstrong* למשל ביקשו קטינים להגדיל את שיעור מזונותיהם באמצעות תביעה שהגישה אמם בשמם בניגוד לתוצאת הליך קודם בין ההורים. בית המשפט מניח כי אכן יש מקרים שבהם אינטרס הילדים נטמע באינטרס ההורים עד אשר הוא הופך להיות טפל לאינטרס העכשווי של ההורים, אולם לא כך הוא במקרה דנן, שבו אינטרס האם ואינטרס הילדים היה זהה וחופף, וייצוגה אותם היה ייצוג נאמן, וכך נקבע:

The doctrinal reach of the *res judicata* bar extends, however, to those persons "in privity with" parties [...] We have previously held that privity exists where the person involved is "[...] so identified in interest with another that he represents the same legal right." [...] In the present case, plaintiffs' mother was entrusted with their care and custody and was a proper representative of their interests. While in similar situations we can conceive of a commingling of interests of parent and child in the negotiation of a marital dissolution agreement to the degree that the future interests of a child are clearly and deliberately subordinated to the present interests and advantages of a parent, the record before us discloses no such circumstances. For this reason, we conclude that plaintiffs are bound by the judgment in the divorce action to which their mother was a party.⁵⁸

(1976) ("We hold that in dealing with the prospective rights of a minor child to establish paternity, the child, if not formally a party, is not bound by a paternity determination in a marital dissolution action")

Minton v. Cavaney, 56 Cal. 2d 576, 581 (1961) ("The child has no control over the litigation, choice of tactics or right to appeal") 57

Stevens v. Kelley, 57 Cal. App. 2d 318, 323 (1943); *Murdock v. Eddy*, 38 Cal. App. 2d 551, 554 (1940); *Ruddock v. Ohls*, Cal. App. 3d 271, 276 (1979) ("Under California law children who are not parties to a divorce action still may be bound by some aspects of a marital dissolution proceeding if the interests of the child are adequately represented by one of the parents") 58

המבחן לחיובו של צד שלא נכח בהליך הוא אפוא מבחן מהותי של זהות האינטרסים בלבד.⁵⁹

ב. העמקתה של זכות מעמדו העצמאי של הקטין ודחיקתה ערכים אחרים בדיני המשפחה

עד הלום ניתחתי את דרכה של הפסיקה הישראלית בקדמה למרכז הבמה את עקרון טובת הילד, ומכוחו את מעמדו העצמאי של הקטין בהליכי הגירושין. אין ספק כי פסיקה זו מחזקת את טובת הילד, ויתרונותיה הברורים בצדה. אולם כבכל סוגיה משפטית הכרעות שיפוטיות מעצם טיבן באות לאזן בין ערכים שונים. הדגשת ערך אחד באה בדרך כלל על חשבון ערך אחר ודוחקתו הצדה, אם מעט ואם הרבה. הכרה בזכותו של האחד עלולה לגרוע מזכותו של האחר.⁶⁰ ובענייננו: בהעמקתה של זכות מעמדו העצמאי של הקטין יש כדי לדחוק ערכים אחרים בזירת דיני המשפחה. בחלק זה, חלקה השני של הרשימה, אבקש לבחון מקרוב את הפגיעה בערכים אלו, את ההשלכות שיש לחזקה זו על הנטלים במשפט, על הנחות המוצא ועל התמקמות השחקנים השונים בזירת דיני המשפחה בעקבותיה.

1. זכות מעמדו העצמאי של הקטין דוחקת את עקרון מעשה בית דין והופכת את הנטל בהליך

הערכים הראשונים להידחק מכוח זכות מעמדו העצמאי של הקטין הם הערכים המגולמים בעקרון "מעשה בית דין", ובכללם "סופיות הדיון", "מניעת ריבוי התדייניות",

59 ראו גם: Amstadt v. U.S Brass Corp., 919 S.W. 2d 644, 652 (Tex., 1996) ("To determine whether subsequent plaintiffs are in privity with prior plaintiffs, we examine the interests the parties shared. Privity exists if the parties share an identity of interests in the basic legal right that is the subject of litigation").

במדינת גאורגיה הכרעה בעניין מזונות קבועים לילדים נלווית לגיטימית להליך גירושין, וסמכות בית המשפט ביחס להורים בעניין זה מקיפה גם את הקטינים: Yarborough v. Yarborough, 290 U.S. 202 (1933) ("The provision which the Georgia law makes of permanent alimony for the child during minority is a legal incident of the divorce proceeding. As that suit embraces within its scope the disposition and care of minor children, jurisdiction over the parents confers *eo ipso* jurisdiction over the minor's custody and support. Hence, by the Georgia law, a consent (or other) decree in a divorce suit, fixing permanent alimony for a minor child is binding upon it, although the child was not served with process, was not made a formal party to the suit, and no guardian *ad litem* was appointed therein").

60 ע"א 2266/93 פלוני, קטין נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, 230 (1995).

עקרון "גמר המלאכה",⁶¹ זכותו של בעל דין לא להיות מוטרד שוב ושוב באותו עניין, הצפת בית המשפט בתביעות חוזרות כשתביעות חדשות עומדות וממתינות בשער⁶² ועוד.⁶³ אמת, עקרון מעשה בית דין בתחום דיני המשפחה הוא גמיש מהרגיל ביתר ענפי המשפט.⁶⁴ על גמישות זו הרחבתי במקום אחר במסגרת כתיבה על מוסד העילות הנמשכות, ובכללן עילת מזונות הילדים, משמורתם, הסדרי הראייה ועילת מזונות האשה.⁶⁵ באלו קבעה הפסיקה, בניגוד לעקרון מעשה בית דין, כי עם שינוי הנסיבות יהיה אפשר לשנות את ההכרעה הסופית ולהתאימה למציאות החדשה. לשם האיזון בין ערך התאמת הפיצוי לשינוי הנסיבות מחד גיסא לבין ערך סופיות הדיון מאידך גיסא, נקבעה בפסיקה הדרישה ל"שינוי נסיבות מהותי".⁶⁶ נקודת איזון זו טומנת בחובה שני תנאים בולטים ושניהם באים לאזן ו"לפצות" על הפגיעה בעקרון סופיות הדיון: ראשית, הנטל להוכיח את שינוי הנסיבות מוטל על המבקש לשנות את ההכרעה הקודמת, פותח ההליך השני. שנית, אין די בהוכחת שינוי נסיבות בלבד כי אם בהוכחת שינוי נסיבות מהותי, ולא נטל קל הוא.

לעומת זאת בעניין מעמדו העצמאי של הקטין הפגיעה בעקרון מעשה בית דין אינה מאוזנת כלל, והנטל הוטל על המבקש להותיר את ההחלטה הקודמת על כנה. הווי אומר, זכות מעמדו העצמאי של הקטין שינתה למעשה את הנחת המוצא (החזקה ההפוכה): זכות זו מניחה כי ייצוג עניינו של הקטין בהליך הראשון על ידי הוריו לא היה ייצוג הולם, ממילא אין הקטין מחויב בו, ממילא רשאי הוא לפתוח הליך חדש לשם שינוי התוצאה, וממילא הנטל כעת מתהפך ומוטל על המתנגד לפתיחת ההליך, כלומר על המבקש להותיר את המצב הקיים על כנו ולא על המבקש לשנותו (!). הנושא בנטל זה

61 ע"א 9085/00 שטרית נ' אחים שרבט חברה לבנין בע"מ, פ"ד נז(5) 475, 462 (2003).

62 Penelope Pether, *Inequitable Injunctions: The Scandal of Private Judging in the U.S. Courts*, 56 STAN. L. REV. 1435 (2004) ("Finally, 'the doctrines of res judicata and collateral estoppel are designed to preserve judicial resources by preventing relitigation of issues that had been thoroughly aired in a prior proceeding'").

63 ראו ע"א 219/87 ארצי בע"מ נ' שמש הדר בע"מ, פ"ד מג(3) 497, 489 (1989), וכן זלצמן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 12-3.

64 Barry B. McGough & Gregory R. Miller, *Annual Survey of Georgia Law, Domestic Relations*, 56 MERCER L. REV. 221 (2004) (The court of appeals, however, held that "the doctrine of res judicata is less strictly applied in divorce and alimony cases, including cases dealing with child support issues").

65 ראו מאמרי, לעיל ה"ש 16.

66 ראו ע"א 363/81 פייגה נ' פייגה, פ"ד לו(3) 187 (1982). הדברים נכונים הן לפסק דין שניתן על יסוד הכרעה והן לפסק דין שניתן על יסוד הסכמה (ראו עמ' 189 לפסק הדין). כן ראו ע"א 149/88 פרי נ' פרי, פ"ד מב(3) 292, 289 (1988); זלצמן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 290.

לא ייצא ידי חובה אלא אם יוכיח כי ייצוגו של הקטין בהליך הראשון היה ייצוג הולם.⁶⁷ כל זאת בניגוד לחזקה הטבעית, שנקבעה על ידי המחוקק, המניחה כהנחת מוצא שההורה ממלא תפקידו נאמנה ולפיכך ייצוגו את הקטין ייצוג הולם.⁶⁸ הפסיקה הפכה אפוא את הנחת המוצא המקובלת והניחה הנחה הפוכה, ולפיה בדיני המשפחה ייצוג ההורים את ילדם אינו ייצוג הולם, וכל המבקש לטעון כי ייצוגם ייצוג הולם – עליו הנטל.⁶⁹

67 עניין *Ruddock*, לעיל ה"ש 58, בעמ' 277: "If a judgment determining the existence of the parent-child relationship is to be binding upon the nonparty minor child, respondent has the burden of proving the minor was a party to the action or in some other manner is bound prospectively by the findings and judgment in the parents' marital dissolution action"

68 וכך למשל כתב השופט זוסמן בדעת המיעוט בפרשת עברון, לעיל ה"ש 15, בעמ' 385: "המחוקק העמיד הורי הילד בחזקה שהם ימלאו תפקידם כאפוטרופסים נאמנה. לפיכך אין בידי להסכים לטענה שלכאורה יהא הורה חשוד על מעילה בענין ילדו ופסול לייצג אותו".

69 אם נרצה לחדד את הקושי נאמר: אחד ההורים אשר היה שותף לגיבוש ההחלטה הקודמת רשאי לפתוח, הפעם בשם הקטין, הליך לשינוי ההחלטה, ולא יושתק בטענת מעשה בית דין. ניסוח זה של הדברים, הוואה גם בדיון השני כמתנהל בין ההורים ולא דיון חדש המתנהל בין הילד לאחד ההורים מביא אותי לפרשת *Jaramillo*, לעיל ה"ש 52. הטלת הנטל דווקא על הצד המבקש להשאיר את המצב הקיים על כנו הטרידה את בית המשפט בפרשה זו. בית המשפט קבע כי אף על פי שמדובר בעניינם של קטינים, ראוי לקבוע חזקה לטובת הצד המבקש להשאיר את המצב הקיים, ואת נטל הבאת הראיות יש להטיל על מבקש השינוי: "When parents are operating under a joint custody arrangement and one of them seeks to alter the arrangement, it makes perfectly good sense to impose a presumption in favor of the parent who wishes to continue to operate under the joint custody decree and to place on the party wishing to change the decree the burden to produce evidence that the arrangement is no longer workable and needs to be changed" שם, בעמ' 307.

בית המשפט הוסיף והסביר כי ככלל הטלת נטל על אחד ההורים להצדיק את הותרת המצב הקיים על מכונו או להפך עלולה להביא לידי התמקדות בית המשפט בשאלה אם אותו צד הרים את הנטל אם לאו, וטובת הקטין עלולה להיפגע, וכך נאמר: "But beyond this presumption in favor of an existing joint custody arrangement, further presumptions for or against the relocating parent and the one who remains behind only frustrate achievement of the ultimate goal of determining the arrangement that will best serve the child's interests" שם, בעמ' 307–308. ולענייננו, הנטל בהליך איננו אמור להתמקד באי-האמון בהורים כי אם בשאלה אם כעת השינוי המתבקש הוא טובת הילד אם לאו. בית המשפט ממשיך ומתאר כיצד ההתמקדות בחזקה עלולה לגרום לכך כי ההכרעה תהיה נגד מי שלא הצליח לסתור את החזקה, אך לא בהכרח לטובת הילד: "Accepting for purposes of discussion the court of appeals' formulation of the applicable burden in litigation over a custody arrangement (burden on the relocating party to show that the relocation is in the child's best interests), suppose the relocating party fails to carry that burden? Should the court's decision, by something akin to default, favor the resisting

מובן ששאלת הנטל אינה עניין תאורטי גרדא. שאלה זו קובעת למעשה כעניין שבמדיניות מי יזכה בהליך המשפטי ומי יפסיד. עניין זה מקבל משנה תוקף בשיטת המשפט הישראלית בהיותה שיטת משפט אדוורסרית, ולהנחות המוצא ולנטלים יש בה משקל מכריע בתוצאות ההליך, וכך נאמר:

In the typical bipolar model of adversary litigation – in which one party's interests are pitted against those of the opposing party – the use of presumptions and the assignment of burdens of proof probably effectuate, in most instances, the relevant policy goals involved in determining who wins and who loses.⁷⁰

פתיחת הליך שני מכוח זכות הייצוג העצמאי של הקטין נבדלת מפתיחת הליך שני מכוח מוסד העילה הנמשכת בעוד הבדל אחד והוא היעדר הדרישה ל"מהותיות" השינוי בנסיבות. המבקש לשנות את המצב המשפטי אינו נושא בנטל כלל וממילא אין הוא נדרש לרמת הוכחה שכוז. ההחלטה הקודמת שנתקבלה בעניינו של הקטין, אשר קיבלה גושפנקה שיפוטית על ידי ערכאה מוסמכת, כאילו הייתה ואיננה, ולפחות ההליך אין צורך להתמודד עמה כלל! לא בכדי מוגשות תביעות לשינוי ההכרעה מכוח זכות הייצוג העצמאי תוך ימים בודדים בלבד מעת מתן ההחלטה, כששום שינוי לא נראה בשטח.⁷¹ ודעת לנכון, אי-הטלת הנטל על פותח ההליכים ואי-הצבת הדרישה ממנו להוכחת שינוי נסיבות מהותי מעודדות אותו לפתוח ההליכים.⁷² התמריץ השלילי הבולט להגשת תביעה, הנטל הכבד המוטל דרך כלל על פותח ההליך, נעקר ואיננו.⁷³

party? The result of this will be that the resisting party will be awarded custody or will prevail in his or her proposed modification of the joint custody arrangement. Can the court, or anyone else, say with any confidence that this result will be in the child's best interest?"

שם. 70

למשל, בתיק (אזורי ת"א) 0428-21-1 אלמונית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 20.2.2002, הדיינים: שיינפלד, אבוזגלו, ריגר), שישה ימים בלבד לאחר סידור הגט הגישה האם תביעה בשם ילדיה להגדלת מזונותיהם. וראו התייחסות לכך בתמ"ש (משפחה ת"א) 37181/97 ל.ט. נ' ע.טי (פורסם בנבו, 26.11.2002). וכן ראו בג"ץ 6103/93 לוי נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד מח(4) 591 (1994), שם הוגשה תביעת האם לאחר שלושה חודשים בלבד מיום סידור הגט, ועוד.

הוסף על כך את העובדה כי האגרות לפתיחת הליך בבית המשפט למשפחה נמוכות מהמקובל בהליכים אזרחיים רגילים, והרי נטרלת מעכב נוסף מפני הגשת התביעה. ראו והשוו פרט 1 לתוספת הראשונה לתקנות בית המשפט לענייני משפחה (אגרות), התשנ"ו-1995 לפרט 1 לתוספת לתקנות בתי המשפט (אגרות), התשס"ז-2007.

לשם השלמת התמונה ולנוכח השוואת מוסד העילה הנמשכת למוסד זכות הייצוג העצמאי של הקטין, אציין עוד שני היבטים ביחסי הגומלין ביניהם: הראשון, גם אם ירים ההורה הנבדע את הנטל ויוכיח כי הקטין מחויב להליך הראשון, עדיין אין בכך כדי לסכל את שינוי ההכרעה הראשונה, אלא

2. זכות מעמדו העצמאי של הקטין וניצולה לרעה במערכה העקובה בין בני הזוג

זכות זו, המתרכזת לכאורה בטובתו של הקטין, עלולה לשחק לידי של מי מבני הזוג ולאפשר לו לחמוק מהתחייבויותיו. למשל, בן זוג שזה עתה התחייב על מכלול תנאי הפרידה והגירושין, וזה עתה סיים לערוך ולגבש עם בן זוגו את מכלול הוויתורים והאיוונים בנושאי הרכוש המשותף, המשמורת, המזונות ועוד, חוזר ותוקף את אותו הסכם ומבקש לשנותו בתואנה כי לא את תביעתו הוא מגיש כי אם את תביעתו של הקטין.⁷⁴ חזקה זו פותחת פתח למי מבני הזוג להתחמק מהתחייבות שנטל על עצמו באמצעות "תכסיסים פרוצסואליים".⁷⁵ לא אחת הגדירה הפסיקה תביעות אלו כפיקציה בהתברר כי הקטין הוא כה קטין עד שאינו יודע כלל להביע צרכיו, ודאי לא חסרונותיו, והגשת ההליך ודאי אינה מיזמתו, שלא לומר: לא על דעתו.⁷⁶ חזקה זו עלולה לשמש פריצה המאפשרת לבן זוג אחד לנצל מעמדו כאפוטרופוס בהליך נפרד ולהתחמק מהתחייבויותיו בהסכם.⁷⁷ זכות מעמדו העצמאי של הקטין עלולה להביא באמתחתה לפגיעה קשה ב"טובת החוזה" וב"בטחון החוזה", ולהקשות על בני זוג לכלכל דרכם לעתיד.⁷⁸ זכות זו יוצרת מעין מאזן אימה, המהלך אימים על הצדדים ועלול לתמרצם

שהפעם יאלץ הקטין, או ההורה הטוען בשמו, לפעול מכוח מוסד העילה הנמשכת, דהיינו: הוא עצמו באמצעות נציגו יישא בנטל הוכחת שינוי נסיבות מהותי (משפט), ועליו לפעול על פי כלל ההמשכיות (שיפט) ולפתוח את ההליך באותה ערכאה שבה התנהל הדיון הראשון. היבט שני, היה ויעלה ביד הקטין לשנות את ההכרעה הראשונית מכוח זכות הייצוג העצמאי של הקטין (כמו גם מכוח מוסד העילה הנמשכת), הרי שרשאי הוא לבקש לשנות את ההכרעה גם בשלישית וברביעית, אלא שכאן הוא מחויב להכרעה בהליך השני ועליו לשאת בנטל הוכחת שינוי הנסיבות המהותי, וכן עליו להגיש את ההליך השלישי והרביעי באותה ערכאה שבה נפתח ההליך השני – כלל ההמשכיות.

74 וכך כתב ברק בד"נ 4/82 קוט נ' קוט, פ"ד לח (3) 197 (1984): "הרכוש חולק, והסדרי המזונות נקבעו ביניהם על יסוד הנחות מסוימות באשר לתשלומי מזונות לילדים הקטינים, והנה, הסדרים אלה, המבוססים על איוון עדין בין ההורים, משתנים לאור הצלחת הקטינים בתביעתם".

75 כגון החלפת שמו של התובע מהאם עצמה לילד המיוצג על ידי אמו, שיפמן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 259.

76 וכך למשל נכתב בפרשת שר, לעיל ה"ש 21, בעמ' 454: "הרי גם תביעה המוגשת לאחר מכן, בנפרד, על-ידי הקטין איננה מוגשת אלא על-ידי אחד מן ההורים שהתדיין קודם לכן במשפט הגירושין וברוב המקרים, כגון במקרה שבפנינו בו מדובר על קטין בשנות חייו הראשונות, הוא כלל אינו יודע שהוגשה תביעה כאמור, והגשת התביעה בשמו אינה אלא פעולה פורמלית. מכאן שקורה כי אחד מן ההורים ממשיך בדרך זו את מלחמתו נגד בן-זוגו לשעבר, אך הפעם תחת האיצטלה של שם הקטין".

77 פרשת פלונית, לעיל ה"ש 30, בעמ' 564.

78 וכך למשל נאמר בע"א 508/70 נתוביץ נ' נתוביץ, פ"ד כה (1) 603, 615 (1971): "ברצוני להעיר כי בדרך כלל אין סיבה לזלזל בהסכמים שנעשו לקראת גירושין, כאשר נקבעים בהם סידורים כספיים ובמיוחד כאשר מדובר בבני-זוג שאינם עשירים. כל אחד מבני-הזוג מקווה שיוכל שוב להקים משפחה [...] אין גם עוול בכך שבן-זוג ירצה לסמוך בחשבונותיו הכלכליים, על ההסכמים שנעשו

שלא להשתקם כלכלית, או למצער להסתיר את שיקומם, מחשש מפני תביעה חוזרת בנושא שנידון בעבר.

חשיבות השמירה על מסגרת ההסכם בין בני הזוג הועלתה על נס בפסיקת בית המשפט העליון, וכך למשל נאמר בפרשת קוט, מפי השופט אלון:

כלל גדול הוא בידינו, שמטובתו של הציבור ומחינוכו בדרך הטוב והישר הוא לשמור על הסכמים ולקיים את דברם וכתבם, ומאוד נהא זהירים, עד שנבוא לפגוע בזכויות, ששני צדדים יצרו ביניהם בהסכם, שנערך כדת וכדין. וכלל זה יפה וטוב הוא אף לעניין הסכמים, הנערכים בין שני בני-הזוג בדבר הסדר יחסי הממון שביניהם, לרבות הסדר המזונות לקטין;

ולא זו בלבד, אלא מתן תוקף וכיבודם של הסכמים אלה, בעיקרו של דבר, יש בהם משום טובת הקטין, שטוב ורצוי גם מבחינת שלומו וחינוכו, שסידור העניינים הכספיים שבין הוריו, הנפרדים זה מזו ופונים איש איש לדרכו ולביתו החדש, ייעשה בהסכמה ומרצון, ללא מריבות ומלחמות, הנחרשות בראש ובראשונה על גבם הרך ומוחם הרופס של הילדים הקטינים.⁷⁹

אם כן, נודעת חשיבות לשמירה על מסגרת ההסכם וסופיותו גם כאשר עסקינן בעניינם של קטינים. חשיבות ערך כיבוד ההתחייבויות עולה על רקע זה שלא אחת היחסים בין בני זוג שהתגרשו הם יחסים נמשכים, לעתים שנים (לפחות עד הגיע אחרון הילדים לגיל 18), והפרת החוזה מצד בן זוג אחד, באצטלה כזו או אחרת, עלולה להעלות את מערכת היחסים ה"פוסט גירושין" על מסלול עקוב של הפרות חוזרות ונשנות בעניין הסדרי ראייה, בענייני חינוך וכיוצא באלו. השופט אלון מתייחס בדבריו להיבט נוסף ואומר כי שמירת מסגרת החוזה בין בני הזוג משרתת בסופו של יום גם את טובת הקטין. בדבריו אלו אפשר למצוא רמז לדברים שנאמרו כעשור לפניו בדעת המיעוט בפרשת שר מפי השופט אשר:

וכשמדובר בטובתו של הקטין, שהשמירה עליה היא נר לרגלו של בית-המשפט, רצוני להפנות את תשומת-הלב לכך שלא רק בגובה המזונות היא מתבטאת, אלא גם בדברים רבים אחרים; בבית שבו רבים ההורים ללא הרף והאוירה ספוגה שנאה והתמרמרות רצוי, לא פעם,

בדבר מידת חובותיו וחייביו לילדיו מזיווגו הקודם". וראו גם דברי ברק בפרשת קוט, לעיל ה"ש 74, בעמ' 222, הטוען כי יש ליצור מסגרת נורמטיבית כדי שתהיה סופיות להסכמים בין ההורים.
79 ע"א 255/ 81 קוט נ' קוט, פ"ד לו(1) 236, 243 (1981). אמירתו זו של אלון צוטטה על ידי השופט (כתוארו אז) ברק בדיון הנוסף באותו תיק, לעיל ה"ש 74.

שלטובת הילדים יבוא קץ למתיחות וההורים יתגרשו. במילים אחרות, יתכנו מקרים שהילד מעוניין בהפרדת ההורים לא פחות מאשר ברווחתו הכלכלית.⁸⁰

אם עובר לגירושין כך, לא פחות אף לאחר גירושין. ביצורו של הסכם בין ההורים משרת בסופו של יום לא רק את טובת החוזה וביטחונו כי אם גם את טובת הילד.⁸¹ לא נכון הוא אפוא לבחון הסכם בין בני זוג רק בהיבט אריתמטי צר של גובה המזונות. שיעור נמוך של מזונות אינו מלמד בהכרח כי טובתו של הקטין קופחה וכי ייצוגו על ידי הוריו לאו ייצוג הוא (!).

מלבד הפרת הביטחון החוזי והתחמקות מהתחייבויות חששה הפסיקה גם מפני שימוש לרעה בחוקה זו על ידי מי מבני הזוג לשם המשך המערכה נגד בן הזוג האחר, וכך כתב השופט אשר:

כל מי שטיפל בתביעותיהם של ילדים למזונות יודע שעצם הגשת התביעה היא, לרוב, תוצאה של יחסים מעורערים הקיימים בין ההורים, ולא הכסף הוא תמיד חשוב בעיניהם, כי אם ההתנצחות ביניהם לבין עצמם.⁸²

דברים ידועים אלו מחזקים לדעתי את הקושי להבין את הדואליות שבה נוהגת הפסיקה: מחד גיסא, כאשר ההורה עורך את ההסכם עם בן זוגו, אין הפסיקה נותנת בו אמון כי הוא ידאג לצורכי הקטין. מאידך גיסא, כאשר הוא מגיש לאחר זמן תביעה נפרדת נגד בן זוגו, ניתן בו אמון שכזה.⁸³ והרי ייתכן כי כל מטרתו בתביעה החדשה היא המשך המערכה בבן זוגו, וטובת הילד עדיין ממנו והלאה.⁸⁴ ממה נפשך, אם ההורה חשוד בענין כמי

80 פרשת שר, לעיל ה"ש 21, בעמ' 457.

81 וראו דברי ברק בפרשת קוט, לעיל ה"ש 74, בעמ' 222. וכן בפרשת פלוני, לעיל ה"ש 60, בעמ' 260: "חיווק 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 בעבור ילדיהם".

82 פרשת שר, לעיל ה"ש 21, בעמ' 457.

83 וראו פרשת דאובה, לעיל ה"ש 25, בעמ' 628: "השאלה הראשונה המתעוררת היא, אם הייתה לפני בית הדין תביעת מזונות של המערערות, להבדיל מתביעה של האם. ברי שבתביעה כזו יכולות היו להיות מיוצגות על-ידי האם, וייצוג כזה היה תקף הן מבחינת זכות האם לייצגן והן מבחינת ההסכמה, הנדרשת על-ידי קטין, לסמכות בית הדין לפי סעיף 9 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, המ' 322/64 לוי נ' לוי, קטינה, פ"ד יח(4) 577. וכן ע"א 425/63 מזרחי נ' מזרחי, פ"ד יח(1) 325".

84 ראו הציטטה הבאה בפרשת שר, לעיל ה"ש 21, בעמ' 454: "מכאן שקורה כי אחד מן ההורים ממשיך בדרך זו את מלחמתו נגד בן-זוגו לשעבר, אך הפעם תחת האיצטלה של שם הקטין. יתירה מכך, אם הורה זה לא היה נאמן בעיני בית-המשפט כי ישקוד על טובתו של הקטין כאשר ערך את הסכם

שדואג לאינטרסיו ומזניח את אינטרס ילדו, מה לי אם נמצאים אנו עובר לגירושין, מה לי אם נמצאים אנו לאחריהם? הלא אם חשוד הוא בעינינו, האין לנו להחזיקו ככזה בכל שלבי המערכה בינו לבין בן זוגו?⁸⁵

גמישותו של הסכם בין בני הזוג ואפשרות שינויו מעת לעת מביאות גם לפגיעה במוטיבציה שלהם לפתור את הסכסוך בדרך של הסכם. ודוק, אמנם גם מוסד העילות הנמשכות עלול להביא לשינוי ההסכם, ואכן גם הוא משמש מכשול להבשלתו, אך למצער הנטל הכבד שם מוטל על המבקש לשנות ההסכם. נטל זה מבצר את ההסכם ומחזקו. לעומת זאת זכות מעמדו העצמאי של הקטין מטילה כאמור את הנטל על המבקש להותיר ההסכם על כנו, וידו של המבקש לשנות היא על העליונה. קביעה זו מכשילה את הבשלת ההסכם. מכשלה זו בולטת במיוחד על רקע חינויותם של ההסכמה והרצון בדיני המשפחה בישראל לשם סיום הסכסוך. ודוק, רובם המוחלט של תיקי הגירושין בין בני זוג יהודים בישראל מגיע לסיומו עם חתימת הסכם גירושין ולא בהכרעה שיפוטית. מציאות נפוצה זו איננה נובעת, למרבה הצער, מרצונם הטוב של בני הזוג להגיע לעמק השווה, אלא בעיקר לנוכח הדרישה הבלתי מתפשרת בדין הדתי למתן גט וקבלתו אך ורק ברצונם המלא של הצדדים.⁸⁶ אי אפשר לשנות סטטוס של בני זוג

הגירושין וכאשר התנהלו הדיונים בקשר אליו, לא מחוור מדוע יחול מהפך באפיו ומדוע ניתן לראותו כמי שדואג נאמנה לטובתו של הקטין, כאשר הוא מגיש תביעה נפרדת.

85 אף במשפט המשווה נתקלנו בדואליות בעייתית מעין זו ביישומה של החזקה. כך למשל נקבע כי הסכם בין הורים מחייבם ביחסים שביניהם, אולם ביחסים שבינם לבין הילדים אותו הסכם ואותם תנאים אינם מחייבים, וכך נאמר בפרשת Hunter v. Hunter, 170 Cal. App. 2d 576, 583 (1959) ("A parent may not waive on behalf of children amounts reasonably due for present or future support, but between themselves an agreement is binding"). מה משמעותה של תקפות ההסכם ביניהם אם אחד מהם רשאי לשנותו בשם הקטין? מה לי אם הורה חותר לשינוי ההסכם בשמו שלו, מה לי אם הוא חותר לכך בשם הקטין? גם בפרשת Todd למשל מצאנו התייחסות דואלית דומה: מחד רואים באם מי שפעלה למען הילד וייצגה אינטרסיו, ולפיכך אין ניתנת לאב האפשרות להתנגד לממצא ולומר כי לא מונה ייצוג לילד. מאידך, כאשר הקטין מבקש לפתוח את ההליך בניגוד להסכמות שנתקבלו על ידי אמו, מתעלמים מפעולתה של האם: Van Buskirk v. Todd, 269 Cal. app.2d 680, 687 (1969) ("A father could not object to a judgment finding paternity on appeal because a guardian ad litem had not been appointed for the child. Under such circumstances it is presumed that the mother acted in a manner of such a guardian"). לא ברור כיצד אפשר להביט על האם באותם הליכים ממש ובאותן הסכמות כפועלת לטובת הקטין לשם חיוב האב מחד גיסא, וכך בבר כפועלת שלא לטובת הקטין במערכת היחסים בינה לבינו, מאידך גיסא.

86 וזאת בין היתר על סמך הכתוב בדברים כד א: "והיה אם לא תמצא חן בעיניו [...] וכתב לה ספר כרית ונתן בידה ושלחה מביתו". וכך קובעת המשנה במסכת יבמות, פרק יד: "אינו דומה האיש המגרש לאשה מתגרשת שהאשה יוצאה לרצונה ושלא לרצונה והאיש אינו מוציא אלא לרצונו", וראו דברי התלמוד שם, וכן בבלי, גיטין מט, ב. וכן ראו דברי הרמב"ם הלכות גירושין, פרק ב. וכן שולחן

נשואים כדת משה וישראל, אלא אם בעלי הדין ישתתפו השתתפות פעילה ומרצון בתהליך כתיבת הגט ומסירתו.⁸⁷ פסק הדין ממלא אפוא תפקיד דקלרטיבי בלבד. לפיכך משרוב הליכי הגירושין נדרשים ל"רצון", הרי שהם מגיעים לסיומם ב"הסכם גירושין". בהסכם זה מיישבים ממילא את מכלול העניינים הנלווים, ובכללם את ענייני הקטין. זכות מעמדו העצמאי של הקטין, המנקבת ככברה את ההסכם, תקשה אפוא את הגירושין גופם.

ובכן, על אף הפיתוי ללכת שבי אחר זכות מעמדו העצמאי של הקטין, המגינה על אינטרס הקטינים בהליך המשפטי, אי אפשר להתעלם מהשלכותיה השליליות, העלולות להביא בסופו של יום אף לפגיעה בקטין עצמו. "חזקת הזנחת אינטרס הקטין", יצירת הפסיקה, מנוגדת לחזקה הטבעית, יצירת המחוקק, ומנוגדת למקובל בכל תחומי המשפט האחרים. למשל, בתחום דיני הנזיקין מיוצגים קטינים על ידי הוריהם כדבר שבשגרה, ולא מצינו טענה כי ההורים "מותשים מההליך המשפטי מול הגורם המזיק ומבטחו".⁸⁸ ושוא חתימתם על הסכם פשרה בשביל הקטין אינה בהכרח לטובתו כי אם לטובתם שלהם בלהיטותם לשלשל סכום כספי מידי לכיסם.⁸⁹ אמנם נכון כי בתחום הנזיקין אין ההורים נמצאים במערכה זה נגד זה, אולם ראשית, לא רק "מערכה" עלולה להאפיל על

ערוך, אבן העזר, סימן קיט סעיפים ג, ו. למרות זאת קבעו חכמים הגבלות בנוגע לנסיבות המצדיקות גירושין. ראו אליקים ג' אלינסון "הגבלות חז"ל בגירושין – תוקפן וטיבן" דיני ישראל ה' 37 (1974). ראו גם: M.A. FRIEDMAN, JEWISH MARRIAGE IN PALESTINE (1980), וכן יחיאל ש' קפלן "מגמה חדשה בנוגע לקיום פסקי-דין של גירושין: שיקולי מדיניות לאור עקרונות המשפט העברי וחוקי היסוד" מחקרי משפט כ' 609, 613 (2005). לימים התקין רבינו גרשום מאור הגולה את חרמו המפורסם ולפיו אי אפשר לגרש אישה על כרחה, ובכך השווה את מעמדה של האישה לזה של האיש. ראו שרשבסקי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 278.

87 ואין בהלכת בג"ץ 2232/03 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א-יפו (פורסם בנבו, 21.11.2006) כדי לשנות ממושכלות אלו. בהלכה זו נקבע כי בית הדין יכול להתיר נישואיהם של בני זוג בפסק דין, אלא ששם דובר רק על התרת הנישואין האזרחיים לאחר שהוכרע כי נישואין אלו לא תפסו כלל כדת משה וישראל.

88 גם דוח ועדת המשנה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 36, מציין כי הוועדה לא בחנה את ייצוגו העצמאי של הקטין בתחום הנזיקין, אם כי המליץ לעשות כן.

89 ראו למשל הפסקה הבאה בפרשת מאיר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 184, המתייחסת לדיני המשפחה ומסבירה מדוע ההסכם לא יחייב הילד: "במערכות הליכי הגירושין עלולים להישמט מעם ההורים נתונים חשובים הקשורים לאינטרסים של ילדיהם, ועלולה להיטשטש יכולתם לצפות את צורכי ילדיהם בעתיד. כבילת הילדים בהסכם שבין ההורים עלולה לפגוע בהם בהמשך". האם אי אפשר לומר זאת גם בתיקי נזיקין בשינויים המתחייבים? כן ראו למשל מקצת הנימוקים של השופט ברנזון, בפרשת עברון, לעיל ה"ש 15, בעמ' 380: "[...] הסכמה כביכול בשם הילדים אינה משנה את האפשרות הסבירה, שההורים יהיו מונעים על-ידי האינטרס שלהם יותר מאשר על-ידי החובה כלפי הילדים, ונוצר חשש רציני לקיפוח האינטרס של הילדים". שוב, האם אי אפשר לומר זאת בתיקי נזיקין בשינויים המתחייבים?

שיפוטם ההורי. שנית, בדיני המשפחה זכות הקטין למעמד עצמאי חיה ובוועטת אף אם ההורים הגיעו להסכם שלא מתוך מערכה.⁹⁰

דומני כי כשם שבכל תחום משפטי אחר מיושמת החזקה הטבעית יצירת המחוקק – וההורים מוחזקים בחזקת "כשרות" כדואגים לאינטרס ילדיהם, כך יש לשוב ולשאול אם הפסיקה בדיני המשפחה לא הלכה בפסיקותיה האחרונות רחוק מדי בהעמקתה וביסוסה של זכות מעמדו העצמאי של הקטין. העמקה זו מחמירה את הפגיעה בטובת החוזה ובביטחון החוזה, מביאה לידי אי-כיבוד התחייבויות, מרחיבה את הפתח לניצול לרעה על ידי מי מבני הזוג ולהמשך המערכה ביניהם, מעמיקה את הפגיעה במוטיבציה לסיום הסכסוך בדרך של הסכם ומקשה על הגירושין גופם. אנסה להציע שני הסברים למגמתה זו של הפסיקה: האחד פשוט, האחר טעון. האחד נוגע ליחסי החוץ – אשרורה של מדינת ישראל את האמנה הבין-לאומית לטובת הקטין. האחר נוגע ליחסי הפנים – למערכה המרה לא בין בני הזוג כי אם בין הערכאה האזרחית לערכאה הדתית. את אלו אפרט בשני הפרקים הבאים.

3. העמקתה של זכות מעמדו העצמאי של הקטין כחלק מהכרה מודרנית בזכויותיו

אין ספק כי התפתחות מדינת הרווחה המודרנית בלוויית הערכים שהביאה באמתחתה תרמו להכרה בישותו העצמאית של הילד, ומכוחה בזכותו למעמד עצמאי נפרד מהוריו. ואלו היו דבריו של השופט שמגר:

הלוא מימים ימימה הוכרה זכותו הטבעית של ההורה לגדל ולחנך את ילדיו לפי מיטב שיקוליו ומצפונם, כשהוא נהנה מאוטונומיה מלאה [...] 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 העיקרון 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 שהעומות הישיר הוא בין ההורים לבין עצמם.⁹¹

90 ראו דוח ועדת המשנה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 72, וכן ע"א 3352/80 צוקרמן נ' צוקרמן, פ"ד לד(4) 689 (1980); ת"א (ת"א) 577/61 חסין נ' חסין, פ"מ מב 233, 239 (1964).

91 פרשת פלוני, לעיל ה"ש 60, בעמ' 234.

שמגר ממשיך ומתייחס למושג חדש: "זכויות הילד". לטענתו, מושג זה רחב ממושג "טובת הילד": האחרון נשען על שיקול דעת והערכה עובדתית של בית המשפט, ואילו הראשון הוא מושג חוקתי נורמטיבי, ו"טובת הילד" היא אך אחד מנדבכיו. המבחן של זכויות הילד מקבע את עצמאות זכויותיו של הילד ואת החובה להכיר בהן ולכבדן.⁹² ובכלל חובה זו יש לראות בילד "ייצור אוטונומי בעל זכויות ואינטרסים עצמאים מאלה של הוריו".⁹³

הביטוי המעשי ביותר להתפתחות זו בהכרה בזכויות הילד הוא הצטרפותה של מדינת ישראל לאמנה הבין-לאומית משנת 1989.⁹⁴ אמנה זו חיזקה את ההכרה בקטין כבעל דין עצמאי. וכך נאמר מפורשות בפרשת פלונית דלעיל, אחת הפרשות הבולטות שבה הורחבה זכות הייצוג העצמאי של הקטין:

האמנה בדבר זכויות הילד משנת 1989, שנקלטה למשפטנו הפנימי בשנת 1991, הכירה בזכותו של הילד להישמע בכל הליך משפטי הנוגע לו. אמנה זו ולצדה חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מחזקים את ההכרה בקטין כבעל-דין עצמאי, בעל זכויות ואינטרסים נפרדים משל הוריו.⁹⁵

דומה כי דברים אלו מסתמכים בעיקר על סעיף 12 לאמנה הבינלאומית לזכויות הילד הקובע:

(1) מדינות חברות יבטיחו לילד המסוגל לחוות דעה משלו את הזכות להביע דעה כזו בחופשיות בכל ענין הנוגע לו, תוך מתן משקל ראוי

92 שם, בעמ' 254.

93 ראו גם דברי השופט זילברג בע"א 209/54 שטיינר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ט 241, 251 (1955).

94 האמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1991), היא המסמך הבין-לאומי המקיף והחשוב ביותר בתחום זכויות הילדים עד היום. ישראל חתמה על האמנה ב-3 ביולי 1990 והיא נכנסה לתוקף, לאחר אשרורה, ביום 2 בנובמבר 1991. לפרטים נוספים ראו אתר משרד המשפטים: www.justice.gov.il/MOJHeb/HavaadLeZhuyot/Amana.htm.

95 פרשת פלונית, לעיל ה"ש 30, בעמ' 564. ראוי לסייג את הדברים בעקבות דבריו של קפלן הטוען כי "סיכומה של סוגיה: בפסיקה הישראלית אין פריצת דרך משמעותית בכיוון של אימוץ דוקטרינת זכויות הילד והעדפתה על פני הדוקטרינה הוותיקה יותר, זו של טובת הילד. לעתים השתמשו השופטים בטרמינולוגיה של 'זכויות הילד', אך המהות לא השתנתה". יחיאל ש' קפלן "מטובת הילד לזכויות הילד – ייצוג עצמאי של קטינים" משפטים לא 623, 647 (2001). כן יש לסייג את הדברים בעקבות מאמרה של מורג, לעיל ה"ש 33, הטוענת כי אמנם לאמנה הייתה השפעה על הפסיקה אך אין מדובר על שינוי מהפכני או שינוי המבשר עידן חדש. לטענתה גם הפסיקה שלפני האמנה משתמשת לא מעט בביטוי זכויות הילד, וכי השינוי בפסיקה איננו מלמד על אימוץ מלא של תפיסות האמנה.

לדעותיו, בהתאם לגילו ולמידת בגרותו של הילד. (2) למטרה זו תינתן לילד הזדמנות להישמע בכל הליך שיפוטי או מנהלי הנוגע לו במישרין או בעקיפין באמצעות נציג או גוף מתאים בצורה המתאימה לסדרי הדין שבדין הלאומי.

על התפתחויות אלו ראוי להוסיף את חקיקתו של סעיף 3(ד) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה–1995, שבו הורחבה עד מאוד, ברמה הדיונית, זכות הגישה של הקטין לבית המשפט למשפחה, בין בעצמו ובין באמצעות ידיד קרוב. המחוקק מאפשר לקטין גופו להגיש תובענה לבית המשפט לענייני משפחה שלא באמצעות אפוטרופוס.⁹⁶ אם כן, הקטין אינו זכאי רק להגנה של בית המשפט אלא זכאי הוא גם לכיבוד זכותו לייצוג בהליך השיפוטי. התפיסה הנורמטיבית כיום היא שבעל הדין הוא הקטין עצמו, בכל הנוגע לעניינים המהותיים הנוגעים לו. בכך השווה המחוקק את מעמד הילד לבעל דין למימוש זכויותיו לא רק באמצעות ייצוג של אפוטרופסיו – הוריו (סעיף 15 לחוק הכשרות) – אלא אף בעצמו או על ידי ידיד קרוב.⁹⁷

בהתפתחות מודרנית זו אפשר להסביר את ההבדל בין מגמת הפסיקה בהלכות שנות השמונים לבין מגמתה בעשור האחרון. מכאן אבקש להציע יסוד עמוק יותר לטעמי להבדל בין סדרת ההלכות.

4. זכות מעמדו העצמאי של הקטין כמסווה לאי-האמון בבית הדין הרבני

בפרק זה אטען כי העמקת זכות מעמדו העצמאי של הקטין היא מסווה להעמקת אי-האמון בערכאה הדתית. בחינת הפרשיות בעשור האחרון כדלעיל מגלה בתמיהה כי אף על פי שתוצאת ההליך הראשוני אושרה או הוכרעה על ידי ערכאה שיפוטית, לא ראה בית המשפט העליון לכבד החלטתה ולקבוע כי היא אמונה בעיניו כמי שדאגה לטובת הקטין.⁹⁸ בית המשפט העליון הרשה לקטין לפתוח בהליך חדש, ואת הנטל הטיל על המתנגד לפתיחתו. לעומת זאת אישורה של ערכאה שיפוטית בהליך הראשוני בשתי הלכות מרכזיות בשנות התשעים הביא לידי נסיגתה לאחור של זכות מעמדו העצמאי של הקטין. הנחת המוצא חזרה להיות החזקה הטבעית המקורית, שלפיה ייצוגו של הקטין בידי הוריו ייצוג הולם הוא, וההליך מחייבו אלא אם יוכח אחרת. הנטל להוכיח אחרת

96 לשם ביצוע הוראת הסעיף הותקנה גם תקנה 258 (ג) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984.

97 ראו גם פרשת פלוני, לעיל ה"ש 37.

98 באי-אמונו זה יצא בית המשפט העליון כנגד הדברים האלה שנאמרו למשל בפרשת שר, לעיל ה"ש 21, בעמ' 457: "חפקידו של השופט הדין בתביעות למזונות אינו קל. הוא חייב לדאוג לטובתו של הילד אך טובה זו כרוכה, לא פעם, בטובתם של ההורים באופן שאין להפריד ביניהן. אינני חושב שעלינו להכביד עוד יותר על השופטים הדנים במשפטי המזונות על-ידי הבעת אי-אמון בכשרם להבחין ולשמור על טובתו של הילד, להבדיל מהאינטרסים של ההורים".

הוטל על פותח ההליך בשם הקטין ולא על המתנגד לפתיחתו. וכך נאמר בפרשת רוט מפי הנשיא שמגר:

ההורים ערכו הסכם נפרד ומפורט בעניין מזונותיהן של הקטינות. הסכם בין ההורים אין בו אמנם כשלעצמו כדי לחסום דרכו של הקטין, התובע מזונותיו ממי שחייב בהם, אולם אם ההסכם אושר בבית המשפט בהליך שהוקדש אך לכך, אין לבטל את תוצאותיו של ההליך, אלא אם יש אינדיקציה כלשהי לכך, שבית המשפט המחוזי, שדן בעניין, לא נתן דעתו, עובר למתן אישורו להסכם, לשאלה שלפניו ולא בחן שאלת המזונות כדבעי. אין הצדקה לביטולו של פסק־דין אשר אישר הסכם, למרות שאין סימנים לכך, שבית המשפט התעלם מחובתו לבדוק את הנסיבות שסבבו את עריכתו של ההסכם ואת תוכנו. הווה אומר, צריך להיות טעם ענייני כלשהו לביטולו של פסק הדין, שניתן אחרי בחינה עניינית של הנושא.⁹⁹

לניסוח זה של הנטל ושל הנחת המוצא לא הורגלנו. אישורה של הערכאה בהליך זה שינה את נקודת ההנחה הרגילה ותחתיה נקבע כי עניינו של הקטין נדון כראוי ולכן ההליך מחייבו.

הלכה זו שימשה יתד להלכה אחרת, הלכת פלדמן. בעניין זה נחתם בין הורי קטינות הסכם גירושין אשר הסדיר את שאלת מזונותיהן ומדורן. ההסכם אושר בבית המשפט. כארבע שנים לאחר הגירושין הגישו הקטינות תביעה למזונותיהן. בית המשפט לענייני משפחה קבע כי ההכרעה הראשונית אינה מחייבת. ערעור ברשות שהוגש לבית המשפט העליון נתקבל, וכך נאמר מפי הנשיא ברק:

בהלכת רוט נקבע, אכן, כי הסכם בין ההורים אין בו כשלעצמו בכדי לחסום תביעת מזונות של הקטין כלפי מי שחייב בהם. בה בעת נקבע, כי אם אושר הסכם כאמור בין ההורים בבית המשפט, אין לבטל את תוצאותיו של ההליך אלא אם יש אינדיקציה כלשהי לכך, שבית המשפט שדן בעניין, לא נתן את דעתו, עובר לאישור ההסכם, לשאלה שבפניו, ולא בחן את שאלת המזונות כדבעי [...] במקרה שבפני, ובהתייחס להלכת רוט האמורה קבע בית המשפט לענייני משפחה, כי המקרה שבפני שונה הוא מהלכת רוט, שכן כאן לא קדם להסכם שאושר הליך כלשהו, בעוד שבהלכת רוט קדמה לאישור ההסכם תביעה בבית הדין הרבני. בית

99 ע"א 413/85 רוט נ' רוט, פ"ד מ(1) 835, 839 (1986).

המשפט לא נימק מדוע יש בקיומו של הליך כאמור בכדי לאיין את הלכת רוט האמורה.¹⁰⁰

אם כן, כשההליך הראשוני אושר בערכאה שיפוטית, הנחת המוצא היא כי הוא מחייב את הקטין אלא אם יוכח אחרת. הנטל שב והוטל על כתפיו של המבקש לשנות את ההכרעה הראשונה, כמקובל בכלל שיטות המשפט. הלכת פלדמן אף צועדת מעבר להלכת רוט בקבעה כי אף אם לא התקיים כל דיון נפרד בהליך הראשוני, עדיין הנחת המוצא היא כי ההסכם מחייב את הקטין. לעומת הלכות אלו בכל הפרשיות בעשור האחרון אושר ההסכם על ידי ערכאה שיפוטית, ולמרות זאת קבע בית המשפט העליון כי אין ההליך מחייב את הקטין. אין כל דרך ליישב את הלכות רוט ופלדמן עם שאר הלכות העשור האחרון כי אם בהבדל היחיד שבתשתיתן העובדתית: הערכאה השיפוטית שאישרה את התוצאה בהליך הראשון בהלכות רוט ופלדמן הייתה הערכאה האזרחית, ואילו הערכאה השיפוטית אשר אישרה את תוצאת ההליך הראשון בהלכות העשור האחרון הייתה הערכאה הדתית, בית הדין הרבני.¹⁰¹

להבהרה העניין יש לקרוא את כל ההלכות האמורות בקונטקסט המלא שלהן – דיני המשפחה בישראל. בניגוד לשיטות המשפט ברחבי העולם מתקיימת בשיטת המשפט הישראלית מציאות אנומלית, שבה מתגושות ערכאה דתית וערכאה אזרחית, החולקות אותה סמכות שיפוט באותם הנושאים ממש.¹⁰² כל המצוי בדיני המשפחה עוקב בדאגה אחר האמון ההולך ופוחת בין הערכאות ואחר העמקתו של חוסר הכיבוד ההדדי ביניהן. ראשית אנסה לרדת לשורש אי-אמונה של הערכאה האזרחית בערכאה הדתית בענייני

100 רע"א 6308/98 פלדמן נ' פלדמן (פורסם בנבו, 2.12.1998).

101 כמובן, בהלכת רוט, לעיל ה"ש 99, בעמ' 839, טורח הנשיא שמגר ומסביר מדוע אין הוא מקבל את הקביעה כי ההסכם שנחתם בין ההורים איננו מחייב את הילדים. בתוך כך הוא תולה את הדברים בכך שלא הייתה אינדיקציה שבית המשפט לא קיים דיון בעניינם משום שהדיון התקיים רק בשאלת החזקה. לטעמי, מדובר ברטוריקה בלבד. נקודת המוצא, או בררת המחדל, היא שההסכם יחייב את הקטין אלא אם יוכח הפוך. בכל הפרשות הקודמות נקודת המוצא היא כי "הסכם בין ההורים לא מחייב את הקטין, אלא אם כן דן ופסק". ההבדל בין נקודות מוצא שונות אלו קובע גם את שאלת הנטל, כאמור.

102 הס מלהזכיר כי הדבר הקובע איזו ערכאה תדון בפועל, ובכך השיטה מאבדת את עצמה לדעת, הוא "מירוץ הסמכויות", כלומר מי הגיש ראשון את ההליך המשפטי (!). ראו: מנשה שאווה "על 'כרוך' ועל 'כנות' – הייפסק 'מירוץ הסמכויות' בענייני מזונות בין בית המשפט המחוזי לבין בית הדין הרבני?" עיוני משפט ב 719 (1972); אריאל רוזן-צבי "הילכת הכריכה ומירוץ הסמכויות והשפעתם על המשפחה ודיני המשפחה" עיוני משפט יד 67 (1989); אשר מעוז "כרוך זה הכרוך על עקבנו" – על הכריכה בתביעת הגירושין" עיוני משפט יד 101 (1989); ולאחרונה אף "מירוץ ההחלטות" ראו בג"ץ 8497/00 פייג-פלמן נ' פלמן, פ"ד נז(2) 118 (2003).

הקטין.¹⁰³ דומני כי אפשר לעמוד על כך, בדרך הקוריוז, על רקע דבריו של השופט ברנזון בהלכת עברון דלעיל,¹⁰⁴ ובלבד שאשנה מדבריו ובכל מקום שבו נכתב המונח "הורים" אמירו במונח "ערכאת בית הדין" תוך הוספת השינויים המתחייבים:

אמנם חזקה על "ערכאת בית הדין" שהיא דואגת לקטין. אבל, כאשר, כמו במקרה של גירושין, עיקר מעיינה של "ערכאת בית הדין" נתון לסידור ההלכתי של הגירושין, היא עלולה – ולו מבלי דעת או בהיסח הדעת – לא להקפיד במידה מספקת על הבטחת האינטרס של הילד. הכל יודעים והכל מודים, כי בענין הנוגע לילד, האינטרס שלו והאינטרס שלו בלבד צריך לעמוד לנגד עיני העוסקים בו. כאשר הוא נכרך בתביעת הגירושין של ההורים ומאבד את ייחודו, קיימת סכנה ממשית שהוא יתקפח.

אינני מעוניין להחריף את אי-האמון הקיים בין הערכאות, אך נראה לי כי בעיני הערכאה האזרחית אפשר לומר גם את חלקם השני של דברי השופט ברנזון בפרשת עברון, שוב בהמרת המונח "הורים" במונח "ערכאת בית הדין", ובשינויים המתחייבים:

לדעתי, במקרה כזה קביעת "ערכאת בית הדין" שהיא פועלת גם בשמו של הילד אינה מעלה ואינה מורידה. "ערכאת בית הדין" מנסה לעשות בעת ובעונה אחת שני דברים שאינם מתיישבים. מחד גיסא, היא מבקשת להביא את האיש ליתן את הגט מרצונו המלא כדי שלא יאלץ ליפול ברשת של גט מעושה (רצון זה מושג לא אחת באמצעות הקטנת שיעור מזונות הקטין או צמצום אחר בזכויותיו). מאידך גיסא, במה שנוגע לענייני הילד, היא מתימרת לומר כי היא בחנה גם את אינטרסיו.¹⁰⁵

דומני כי הפסקאות המתקבלות לאחר "משחק מילים" זה מביעות נאמנה את רציונל אי-האמון שרוחשת הערכאה האזרחית כלפי ערכאה הדתית. ולכן אף על פי שערכאת בית הדין אישרה את ההסכמים בכל אחת מפרשיות העשור האחרון, לא ראה בית המשפט העליון לקבוע כי עניינו של הקטין נידון כראוי, ולא קבע כי ההסכם שנערך בין כותלי בית הדין ובאישורו מחייב את הקטין.

103 אתמקד דווקא בצדה הזו של המשוואה משום שההתנגשויות שבהן עוסקת הרשימה הן אי-אמונו של בית המשפט העליון בבית הדין הרבני. כמו כן בית המשפט העליון הוא המוסמך להכריע אחרון בסוגיות הנדונות. מובן שצדה האחר של המשוואה הוא אי-אמונו של בית הדין הרבני בבית המשפט, ולעניין זה ראוי לייחד רשימה נפרדת, ולעת עתה רק נאמר כי אי-אמון זה קיים אף קיים, ובעצמה לא פחות גבוהה, וראו למשל תיק (ערעור) 8894-21-1 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 27.1.2008); תיק (ערעור) 0428-21-1 אלמונית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 5.9.2002); תיק (ערעור) 7009-24-1 (פורסם בנבו, 22.1.2006); תיק (ערעור) 9997-23-1 (פורסם בנבו, 1.7.2006) ועוד.

104 הלכת עברון, לעיל ה"ש 15.

105 שם, בעמ' 379.

וכיצד רציונל אי-האמון בבית הדין נוגע למעמדו העצמאי של הקטין? ובכן, לטעמי לא פחות משזכות מעמדו העצמאי של הקטין משקפת את אי-האמון בהורים, משקפת היא את אי-האמון בבית הדין הרבני. ככל שהולך ופוחת האמון בין הערכאות ומעמיק חוסר הכיבוד ההדדי ביניהן, כך הולכת ומעמיקה זכות מעמדו העצמאי של הקטין.¹⁰⁶ בירידת אמון זו, ההולכת ומעמיקה עם השנים, אפשר לתלות את ההבדל בין הלכות שנות השמונים להלכות העשור האחרון. ומה בין האי להאי? אין זה סוד כי על אף סמכויותיו המקבילות הרחבות של בית הדין בנלווי הגירושין, כאשר אלו נכרכו כדין או בהיתן הסכמת הצדדים,¹⁰⁷ הרי שעיקר מלאכתו ועיקר מומחיותו מתרכזות בסידור הגט ובפיקוח על כשרות הגירושין והנישואין. לשם כך אף הוקנתה לו, ורק בכך, סמכות שיפוט ייחודית ובלעדית.¹⁰⁸ מבחינה הלכתית טהורה משימה זו היא המורכבת ביותר מבין המשימות המונחות על כתפי הדיינים. רק פיקוח זה יתיר אשת איש להינשא כפנויה, ימנע ממזרות וישמור על טהרת היוחסין של משפחות בישראל. גט כשר הוא בין היתר, ובעיקר, גט הניתן מרצונו המלא של האיש. רצונו המזוקק ללא סיגים של כפייה כלשהי. גט הניתן שלא לרצונו עומד בספק לנוכח בעיית הגט המעושה.¹⁰⁹ אשר על כן, אף על פי שיש בידי בית הדין אמצעים מגוונים לכופ את הבעל ליתן גט,¹¹⁰ ואף על פי שייתכן שהעילות שבפניו מתאימות לכך, מבכר בית הדין להימנע מלהפעילם אם יכול הוא להביא את הבעל ליתן את הגט מרצונו המלא. אלא שהדרך להשגת "רצון" זה נסללת לרוב דרך ויתורו של בן הזוג המשמורן, לרוב האם, על שיעור מזונות הקטינים. הואיל ועל פי הדין האישי בישראל החובה לזון את הקטין מוטלת על האב,¹¹¹ הרי שהפחתה בשיעור המזונות משרתת בעיקר את האב, ותמורתה ייתכן כי הוא יהא מוכן ליתן את הגט

106 לא בכדי אין חזקה כזו בבית הדין והסכם בין ההורים מחייב את הקטינים כדבר שבשגרה אלא אם כן יתברר כי אין שום אפשרות לאם לפרנס את הקטין. ראו פרשת נתובין, לעיל ה"ש 78, בעמ' 611; וכן ערעור שכנגד (גדול) תשי"ט/71, פד"ר ד, בעמ' 7.

107 המוקנות לו מכח סעיף 3 וסעיף 9 לחוק השיפוט בהתאמה.

108 ראו ס' 1 לחוק השיפוט, הקובע סמכות ייחודית לבית הדין בשונה מההסדר שהיה קבוע בסימן 47 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922–1947. לעומת זאת עניינים שאינם בליבת הנישואין הוצאו מסמכותו. ראו בג"ץ 202/57 סידים נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד יב 1528 (1958).

109 ראו שרשבסקי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 327, וההפניות שם, והכול כמובן בכפוף לעילות הגירושין. ראו שם, בעמ' 293.

110 ס' 6 לחוק השיפוט, וכן חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), התשנ"ה–1995, והתקנות על פיו.

111 ס' 3 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות) התשי"ט–1959, המפנה לדין האישי, ועל פיו האב הוא שחייב במזונות ילדיו. ראו בהרחבה ע"א 591/81 פורטוגו נ' פורטוגו, פ"ד לו(3) 448, וכן שרשבסקי, לעיל ה"ש 5, סעיף 60, בעמ' 370 ואילך.

"מרצון". שאיפתו של בית הדין לסיים את הליך הגירושין מתוך "רצון" עלולה אפוא לקפח את אינטרס הקטין (!).¹¹²

יתרה מכך, לא רק החשש לכשרות הגט מביא לפער בין פסיקת בית הדין לפסיקת בתי המשפט בענייני הקטין כי אם גם תפיסות העולם החלוקות בין דייני בית הדין לשופטי בית המשפט. אמנם נכון כי סעיף 79 לחוק הכשרות קובע כי ציוויו של סעיף 25 לחוק, הקובע את עקרון "טובת הילד" כשיקול מכריע בעניינו של ילד, מחיל עצמו לא רק בבתי המשפט אלא אף בבתי דין דתיים, אולם אין צורך לומר כי עיקרון זה הוא גמיש מעצם טיבו, ולפיכך מיושם יישום שונה בכל אחת מהערכאות. אך טבעי הוא כי הנורמות המקובלות בבתי הדין שונות מהנורמות המקובלות בערכאה האזרחית.¹¹³ עיון בפרשיות שבהן הכריע בית הדין בסוגיות הנוגעות לטובת הילד והגיעו לביקורתו של בית המשפט העליון מלמד כי זה האחרון אינו רואה בפער זה שונות לגיטימית כי אם הפרה מצד בית הדין את תפקידו ומחויבותו כלפי הקטין.¹¹⁴ ביקורתו השיפוטית של בית המשפט

112 ואין ספק כי זהו אחד הגורמים הבולטים לשיעור הנמוך של מזונות הילדים המאושרים בהסכמי גירושין על ידי בית הדין או הנפסקים על ידיו. ראו רוזן-צבי, לעיל ה"ש 102.

113 ראו פסק דינו של השופט אלון בפרשת נגר, לעיל ה"ש 39, שבה קבע בית הדין כי האב יחליט בחינוך הילדים. אלון מעורר שאלה, רטורית יש לומר, וכך כתב: "מעניין מה היתה החלטת בית הדין אם הבעל הוא זה שהיה חילוני והאם גם אז היה אומר ביד"ר כי האב הוא שאחראי על החינוך ולכן הוא יקבע?"; בג"ץ 113/84 בנקובסקי נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה, פ"ד לט (3) 365 (1985); בג"ץ 3023/90 פלונית, קטינה נ' בית-הדין הרבני האזורי רחובות, פ"ד מה (3) 816, 808 (1991); פנחס שיממן דיני המשפחה בישראל כרך ב 28 (התשנ"ה); קפלן, לעיל ה"ש 95, בעמ' 631.

114 הדוגמאות לכך הן רבות וראו למשל הפרשיות בשנים האחרונות, בג"ץ 4238/03 בלה לוי נ' בית-הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נח (1) 488, 481 (2003): "המסגרת שבה יתחנכו הילדים אינה יכולה להיות מבוססת באופן בלעדי על הסדרי פשרה. השיקול העליון חייב להיות כמובן טובתם של הילדים [...] יש מקום להתערבותו של בית-המשפט הגבוה לצדק. כדי לברר מהי טובת הקטין היה על בית-הדין לבקש חוות-דעת של מומחה". כן ראו בג"ץ 1842/ 92 בלייגרונד נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד מו (3) 423, 437 (1992). אמנם הוחלט לדחות את עתירת האשה, אך השופט חשין מביע דעתו כי בית הדין לא פעל כראוי מבחינת טובת הילד, וכי העדפתו למסור את המשמורת לאב הייתה רק משום שהוא חרדי, והאם לעומת זאת מחללת שבת, וכך כתב: "אכן, דומני כי בהתעלמו מעיקרי חוות-דעתה של העובדת הסוציאלית ובסרבן לקבל חוות-דעתה של פסיכולוג-מומחה, לא הנהיג בית הדין הרבני עצמו – וכמוהו בית הדין הרבני לערעורים – בדרך הנכונה לבחינת טובתו של ילד, כראוי לגוף משפטי, המופקד על טובתם של ילדים ואשר טובתם של ילדים אמורה להכריע בשיקוליו ובהכרעותיו". עוד ראו: בג"ץ 5227/ 97 דויד נ' בית-הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נה (1) 465, 453 (1998): בית הדין הכריע לטובת החינוך הממלכתי דתי אף על פי ששני ההורים אינם שומרי תורה ומצוות ואף על פי ששלוש חוות דעת קבעו כי עליו ללמוד במסגרת ממלכתית. השופט חשין לא חסך שבט לשונו מבית הדין על דרגותיו השונות, להלן תמצית דבריו: "מכל מקום, משידענו כי בית-הדין לא נדרש לכל חוות-דעת של מומחים, אין ספק בדעתי כי מחדלו זה – בנסיבות הענין – היה בו כדי לחתור תחת הכרעתו. בלא שנדרש לחוות-דעת של

העליון¹¹⁵ אמנם עשויה לסגור את הפער בין הנורמות המיושמות על ידי בית הדין לבין הנורמות המקובלות על בית המשפט העליון, אולם הליכים אלו כרוכים בהגשת עתירות לבג"ץ כנגד בית הדין, ואלו אינן דבר של יום ביומו, ואף הוצאתן וטרחתן מרובה.

(א) זכות מעמדו העצמאי של הקטין מאפשרת בקרה שיפוטית על הערכאה הדתית אין דרך סטריילית ואלגנטית לסגור את הפער בין הערכאות – הנוצר עקב חרב הגט המתהפכת מעל הליכי הגירושין ובעקבות הנורמות השונות המיושמות בבית הדין – יותר מבאמצעות ביסוסה והעמקתה של זכות מעמדו העצמאי של הקטין, ומכוחה מתן הרשאה לקטין לפתוח הליך עצמאי לתביעת מזונותיו. הדיון בעניינה הוא לכאורה פרוצדורלי: האם הקטין היה צד פורמלי להליך, ואם הדיון בעניינו היה נפרד. אולם בל נטעה – הוא רחוק מלהיות כזה. אין זה סוד כי קביעות "פרוצדורליות" בדיני המשפחה משרתות לעתים תכליות ענייניות ומהותיות.¹¹⁶ מאחורי הקביעה ה"פרוצדורלית" כי הקטין לא היה מיוצג וכי אין הדיון מחייבו עומד מטען אידיאולוגי. זכות פרוצדורלית זו להגשת הליך חדש ומקורי מאפשרת לבתי המשפט האזרחיים, שם לרוב נפתח ההליך השני, לעצב מחדש את ההכרעות בענייני הקטין שנתקבלו בבית הדין ולהתאימן לנורמות המקובלות בפסיקה האזרחית והמקובלות על רוב החברה הישראלית.¹¹⁷ וברובד עמוק יותר, זכות מעמדו העצמאי של הקטין מאפשרת למעשה להעביר את החלטות הערכאה הדתית תחת ביקורת שיפוטית של בית המשפט למשפחה, כבערעור ממש, אף על פי שהערכאה הדתית אינה כפופה לביקורתו השיפוטית. ולא עוד אלא שדרכו של ה"מערער" (ההורה בשם הילד) פשוטה יותר שכן אין הוא נושא בנטל ה"ערעור": אין הוא נדרש לתקוף החלטה קיימת, אין הוא מוגבל במועדי ערעור כלשהם, ואין הוא

מומחים, בית-הדין הרבני לא היה יכול, בנסיבות הענין, לקבוע מה היא טובתו של הקטין. ומשקבע מה שקבע, ממילא הוגה עצמו מן המסילה שקבעה החוק". וראו ניתוחו של קפלן את השיקולים המהותיים הסמויים של השופט חשין בפרט ושל בית המשפט העליון בכלל בעניין זה. קפלן, לעיל ה"ש 95, בעמ' 677 ואילך.

115 מכוח סעיף 15(ג) וסעיף 15(ד)(4) לחוק-יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 1110.

116 ראו רוזן-צבי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 381.

117 ראו אריאל רוזן-צבי "בתי-הדין הרבניים, ההלכה והציבור: גשר צר מאוד" משפט וממשל ג 173, 178 (1995), הכותב: "בתוך חברה בעלת אידיאולוגיה חברתית המוצהרת כפלורליסטית, חופשית ופתוחה, משתמר תחום המעמד האישי, בעיני רוב הציבור, כהסדר שמרני המטיל על החברה נורמות דתיות, המפנימות ערכים דתיים והמושתתות על תמונת עולם אחרת מזו המקובלת על רוב הציבור [...] המתח שבין הדין למציאות, בין הנורמטיבי (מבחינת המצב המשפטי) ללגיטימי (מבחינה חברתית), מלווה בפער בין הציבור לערכאה השיפוטית העוסקת בהכרעת ענייני האישות והמשפחה, בין ציבור היעד של בתי-הדין לציבור ההתייחסות של הדיינים, בין רצון הציבור וציפיותיו לתודעת האחריות ומידת הנכונות של הדיין להיעתר למצוקות המתגלות לפניו".

מוגבל לשאלות משפטיות בלבד כי אם רשאי הוא לפתוח לדיון גם עניינים עובדתיים מובהקים (!).¹¹⁸

לשם חידוד העניין אחזור קמעא ליחס בין מוסד העילה הנמשכת למוסד מעמדו העצמאי של הקטין: פתיחת הליך מכוח מוסד העילה הנמשכת איננה מפרה את הכיבוד ההדדי בין הערכאה הדתית לערכאה האזרחית משום ש"כלל ההמשכיות" מחייב לחזור לאותה ערכאה שבה התנהל הדיון הראשון. ממילא פתיחת ההליך לא באה לאפשר לערכאה אזרחית לבקר את פסיקת הערכאה הדתית. לעומת זאת פתיחת הליך מכוח מעמדו העצמאי של הקטין פוגעת בערך הכיבוד ההדדי בין הערכאות, שכן הקטין אינו מחויב לשוב לאותה ערכאה. ואכן, בכל ההלכות דלעיל, שבהן הוכרה זכותו זו של הקטין, נפתח ההליך השני בערכאה האזרחית בניגוד להליך הראשון.

(ב) זכות מעמדו העצמאי של הקטין כמגנה על אינטרס האם

זכות זו משרתת אינטרס מרכזי אחר והוא הגנה על האישה: ההליך הראשון בין ההורים התנהל כשחורב הגט וסידור הגירושין מרחפת מעל, ואילו ההליך השני מתנהל בהיעדרה: הגט ניתן זה מכבר ובני הזוג ניצבים כעת בתביעה ממונית כ"שווי כוחות". לא בכדי תביעות אלו מוגשות לעתים לאחר ימים בודדים מסידור הגט.¹¹⁹ בתקופה קצרה זו ההוצאות בשביל הילד לא באמת גדלו, מחירי המצרכים לא באמת האמירו, והקטין לא בגר לפתע פתאום וגילה כי מזונותיו חסרים.¹²⁰ רק עניין אחד השתנה: האם, מגישת ההליך השני על פי רוב, משוחררת כעת מכבלי הגט, "גטה בידה", וכעת קל לה יותר לנהל מערכה על ענייני הקטין.¹²¹ הערכאה האזרחית פתחה שעריה לרווחה להגשת

118 לתנאי הערעור ראו: יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי 749 ואילך (מהדורה שביעית, שלמה לוין עורך, 1995); אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 599 (מהדורה תשיעית, 2007); חמי בן נון הערעור האזרחי 133 (מהדורה שנייה, 2004).

119 ראו לעיל ה"ש 71.

120 ואכן, לא אחת רואה בית הדין בתביעות הקטין כסות לתביעות האם מתוך מטרה לשנות את הסכם הגירושין לאחר שסודר הגט, וראו למשל הדברים החריפים בתיק אלמונית, לעיל ה"ש 71, אשר הובילו את בית הדין לראות בגט שניתן בעקבות ההסכם גט מוטעה, ולפסלו.

121 קיימת אף פסיקה מעניינת בארצות הברית הטוענת כי עצם ה"שחרור" לאחר פסק הגירושין משמש "שינוי נסיבות", וממילא אפשר לפתוח את התיק בשנית לא רק מכוח זכות מעמדו העצמאי אלא גם מכוח מוסד העילה הנמשכת (וזאת אף כאשר השיטה שם איננה דורשת כלל "רצון" לגט ובית המשפט שם יכול ליתן פסק גירושין ללא שיתוף פעולה של הצדדים), וכך נאמר: "As soon as the parent's marital freedom is adjudicated, the parent's 'circumstances' thereby *ipso facto* are changed by the new freedom itself. Having been safely separated, divorced or the marriage annulled, the parent for the first time is in a radically 'changed' position – to litigate freely, to strive vigorously for an equitable order of support without fear of refusal by the other parent to co-operate in the separation, divorce or annulment by consenting to appear, or by

תביעה חוזרת וראתה בכך "תיקון להליכי הגירושין" שהתנהלו בבית הדין. ולשם כך אף הלכה וביססה את מעמדו העצמאי של הקטין. זכות זו שימשה את הערכאה האזורית כדי "להציל" את הקטין, אך לא פחות מכך – כדי "להציל" את האם. אמנם ההליך השני הוא רק בענייני הקטין ולא בענייני בני הזוג, אך לא סוד הוא כי באמצעות ענייני הקטין אפשר, לו רק יחפוץ בית המשפט, לאזן ולתקן אף את ענייניהם המובהקים של בני הזוג.¹²² אל לנו לשכוח כי בסופו של יום אין מדובר על גופים נפרדים ואין הבחנה מוחלטת בין כספים המגיעים לקטין לבין כספים המגיעים להורה המשמורן.¹²³

אוסף ואומר כי אמנם חזקת הזנחתו של אינטרס הקטין מנוסחת בפסיקה בלשון ניטרלית כמתייחסת כביכול לשני ה"הורים" כמי שעלולים לקפח את אינטרס הילד, אולם בשיטת המשפט הישראלית חזקה זו פוגעת בעיקר באינטרס האב. עיון בכל הפרשיות שנותחו לעיל מלמד כי ברובן המוחלט מגיש ההליך השני בשם הקטין הוא האם והנטל למניעת פתיחתו הוטל על האב. כלומר, האב הוא שמשלם את מחיר זכות המעמד העצמאי של הקטין והוא אשר סובל מכוחה נחיתות דיונית בהליך השני. כמובן, יש לאזן את התמונה ולומר מנגד כי חזקה זו באה לפצות על העליונות הדיונית שהייתה לאב בהליך הראשון לנוכח הדרישה ההלכתית למתן הגט ל"רצונו" בלבד. חזקת אי-האמון בהורים באה אפוא לאזן את כוחם של בני הזוג ולסגור את הפער בין כוחם בהליך הראשון לכוחם בהליך השני, בין היתר באמצעות הקניית סמכות לערכאה האזורית בענייני הקטין אף אם הסמכות הראשונית הייתה של בית הדין הרבני.¹²⁴

declining to controvert the proof. Here in the Family Court, the Judge is for the first time given both sides of the circumstances as contended for by the respective parents, and he can find the facts as they are rather than as a separation agreement and mute parents made them appear to another court". פרשת *Guillermo*, לעיל ה"ש 55, בעמ' 773.

122 ראו למשל אריאל רוזן-צבי יחסי ממון בין בני זוג 24–25 (1983).

123 וכך נכתב בפרשת נתובין, לעיל ה"ש 78, בעמ' 608, מפי הערכאה קמא.

124 יש לציין כי העמקת זכות מעמדו העצמאי של הקטין מתיישבת גם עם המגמה הכללית של הוצאת עניינים רכושיים מבית הדין הרבני, הבאה להגן אף היא על אינטרס האם. ראו: פנחס שיפמן "בתי-הדין הרבניים – לאן?" משפט וממשל ב 523, 527 (1994). מנגד יש לציין כי אפשרות פתיחת ההסכם לא בהכרח מיטיבה עם האישה, המשמורנית בדרך כלל, משום שאם הכנסות האב פחתו אזי גם הוא זכאי לבקש כי האם תשתתף במזונות הילד, בייחוד כיום כאשר מגמת הפסיקה המתפתחת היא להביא בחשבון את הכנסותיה של האישה וליצור שוויון בחובות מזונות הילדים בין האיש לאישה על אף הוראות הדין האיש. ראו: בע"מ 5750/03 אוחנה נ' אוחנה (פורסם בנבו, 8.6.2005); בע"מ 2433/04 צינובוי נ' צינובוי (פורסם בנבו, 2.10.2005); תמ"ש (משפחה ת"א) 13990/96 פלונית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 24.6.1996), תמ"ש (משפחה ת"א) 82010/96 סער (קטין) נ' חפר (לא פורסם); יעקב בזק "חובת האם להשתתף במזונות ילדיה על פי המשפט העברי" הפרקליט לב 357 (1979).

(ג) זכות מעמדו העצמאי של הקטין – לאן?

ובכן, באצטלת ההגנה על הקטין מפני הוריו מגנה הפסיקה על הקטין ועל האם מפני בית הדין הרבני (!). על פי מתווה זה אפשר להעריך כי ככל שיעמיק אי-האמון בין הערכאות, ולמרבה הצער הוא הולך ומעמיק,¹²⁵ תלך ותתבסס זכות מעמדו העצמאי של הקטין. אלא שגם אם נראה במהלכים סמויים ומוסווים אלו מהלכים מבורכים, המאזנים את פער הכוחות בין האיש לאישה, עדיין יש מקום לעצור ולשאול את עצמנו אם נכונה דרכה של שיטת המשפט הישראלית, המאפשרת בידועין לערכאה שיפוטית מוסמכת לקיים דיון מלא בעניינים מסוימים תוך שמיעת עדויות, הבאת מומחים, זמן שיפוטי יקר וכתביט החלטות, בידעה כי ההכרעות הללו אינן מחייבות, וכי יהיה אפשר לפתחן שוב בהליך חדש ומקורי. האין כאן "עצימת עיניים" בעייתית מבחינת משאבים שיפוטיים?! האין זהו עוול כלפי בני הזוג המולכים שולל להליך שיפוטי שאין לו בעצם סוף?! האם הרחבתו וביסוסו של מעמדו העצמאי של הקטין, המשאירים למעשה את ההחלטות בדיני המשפחה תלויות ועומדות, אינם מכבידים על אי-הוודאות, חוסר השלווה והביטחון שהם מנת חלקם ממילא של קטינים בהליכי גירושין?! האם משוכנעת הפסיקה כי התועלת מביסוס זכות מעמדו העצמאי של הקטין עולה על העלות הנגרמת מניצולה לרעה?! האין בביסוס זה תיקון עוול אחד (איום הגט) בעוול אחר (השלכותיה השליליות של הזכות)?!

ובמבט נוסף לעתיד, אפשר לשער כי בית הדין לא יישאר אדיש לביסוסה והרחבתה של זכות מעמדו העצמאי של הקטין, הפוגעת בסמכויותיו שלו בסופו של יום. נקל להבין כי מבלי יכולת להבטיח לבני זוג כי ההסכם ביניהם לא ישונה בעתיד, יקשה על בית הדין להביאם לסיום הסכסוך. אחת מדרכי ההתמודדות של בית הדין, המתפתחת ומעמיקה בשנים האחרונות, היא מתן גושפנקה לטענת "גט מוטעה", המועלית על ידי הבעל בתגובה לפתיחת הליך עצמאי בשם הקטין בבית המשפט למשפחה.¹²⁶ טענה זו מאפשרת לבית הדין להשיב "מלחמה שערה" ולהחזיר את הדיון אל בין כתליו. כך נוצר מצב שבו בסיום משחק "הפינג-פונג הבין-ערכאתי" חוזר הכדור למגרשו של בית הדין, ובמסגרתו יכול בית הדין לעצב שוב (כעת, בסיבוב שלישי) את הסכם הגירושין תוך

125 וראו למשל דברי השופט (כתוארו אז) ברק בבג"ץ 3023/90 פלונית, קטינה נ' בית-הדין הרבני האזורי רחובות, פ"ד מה(3) 816, 808 (1991). וכן ראו דברי השופט אלון בפרשת נגר, לעיל ה"ש 39, בעמ' 379; יצחק כהן "שיפוט רבני ושיפוט חילוני" דיני ישראל ז' 205 (1976).

126 ראו למשל: תיק (אזורי) מס' 032675951-21-1 (לא פורסם, התשס"ו); תיק (גדול) מס' 032675951-21-1 (לא פורסם, התשס"ז), לתקצירים ראו הדין והדיין 16, 8 (2007); תיק מס' 032675951-21-1 (לא פורסם, התשס"ח), לתקציר ראו הדין והדיין 17, 10 (2008) (חוברות עלון הדין והדיין זמינות באתר: www.yadlaisha.org.il/page.aspx?id=31); עניין פלונית, לעיל ה"ש 103; וכן עמיחי רדזינר "מלכודת תל-אביב: פסיקות 'גט מוטעה' בשל הפרת הסכם הגירושין בבתי הדין הרבניים – בעקבות תיק (אזורי ת"א) 9322-29-1 (19.3.06) ואחרים" משפטים לט 155 (2010).

ייתור כל היתרונות שלהם זכתה האם כשניהלה את התביעה השנייה בערכאה האזרחית (בסיבוב שני).

דרך אחרת להתמודד עם פתיחת הליך שני, בשם הקטין כביכול, היא תניות השיפוי אשר התווספו להסכמי גירושין על ידי בעלים, ואשר נועדו להבטיח כי אם ייפתח הליך בשם הקטין (אשר כאמור אי אפשר לחסום את דרכו) תחויב האם לשפות את האב. אפשר להבין כי בתי המשפט לא ראו תניות אלו בחיוב באשר הן עלולות לפגוע בטובת הקטין, ואכן בכמה פסיקות עקרוניות ביטלון וסייגון.¹²⁷ בתגובה לביטול תניות השיפוי החלו בעלים לדרוש ערבות צד ג' להסכמי הגירושין מתוך אותה מטרה: הגנתם מפני תביעת ילדים עתידית להגדלת המזונות.¹²⁸ משלא נמצאו בקלות ערבים המוכנים לשאת על כתפיהם את מחיר מעמדו העצמאי של הקטין, ובמיוחד משנקבע כי יש לדחות את חזרת הערב לאם עד שזו תעשיר,¹²⁹ הלך הדבר והקשה על סיום הליך הגירושין. באין ערבות אין הסכמים, באין הסכמים אין סיום להליך הגירושין, באין סיום להליך הגירושין הולכים ומעמיקים אי-הוודאות, הבלבול, התסכול, וטובתו של הילד היא הראשונה להיפגע. זכות מעמדו העצמאי של הקטין עלולה להפוך בסופו של יום גם לו לרועץ.

ג. מעמדו העצמאי של הקטין – דרכים והצעות לאיזון מחודש

הפתרון לסבך האמור טמון בנוסחת איזון ראויה בין הערכים המתנגשים והגנה עליהם: טובת הילד וזכות מעמדו העצמאי אל מול טובת החווה, סופיות הדיון והכיבוד ההדדי בין הערכאות. בחלק הנוכחי אבקש לבחון את הדרכים הקיימות והמוצעות במשפט הישראלי ואת הדרכים הקיימות בשיטות משפט שונות ברחבי העולם במאמצן לאזן בין ערכים אלו, תוך בחינה אם יש בהן להקל – וכיצד – את תגובת השרשרת המחריפה בין בני הזוג ובין הערכאות השונות בשיטת המשפט הישראלית.

1. חיוב הערכאה להתחשב בטובת הקטין

הדרך הפשוטה ביותר לפתרון הבעיות העולות ברשימה זו היא חיוב הערכאה הדנה בעניין הקטין, והמאשרת הסכמים בעניינו, לבחון בחינה מדוקדקת את טובתו, ומזה נגזר

127 ראו למשל: פרשת קוט, לעיל ה"ש 74; ע"א 806/86 מילנר נ' מילנר, פ"ד מב(3) 414 (1987); ע"א 4262/96 וואיה נ' וואיה, פ"ד נא(5) 231 (1997).

128 ניתוח שלם של תניות השיפוי יחרוג ממסגרת רשימה זו. ואשאר לו את מקומו. ראו פרשת קוט, לעיל ה"ש 74, וכן פרשת פלוני, לעיל ה"ש 37. כן ראו שיפמן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 269, הכותב כי חיוב הילד בהסכם מייתר את הצורך בחיזור אחר ערבים וכן בהסכמי השיפוי למיניהם, ואף חוסך את הצורך בניסוח הסכמים מפורטים ומתוחכמים המצריכים תשלום שכר טרחה גבוה לעורכי הדין.

129 פרשת קוט, לעיל ה"ש 74.

מתן אמון בערכאה, שהיא מבצעת את מלאכתה נאמנה. הנחת המוצא אמורה להיות כי הערכאה דואגת לאינטרס הקטין, ולפיכך עניינו נדון כראוי, וכל המבקש לטעון אחרת עליו הראיה ועליו הנטל. ההנחה, או אף החזקה, כי הערכאה בחנה את טובת הקטין תביא לסופיותן של החלטות, תעודד בני זוג להגיע להסכמים ותמנע מירון מערכאה לערכאה. למעשה, החקיקה הישראלית מעגנת את חובת הערכאה להתחשב בקטין בחקיקה, וכל פעולה משפטית בין הקטין להוריו טעונה אישור בית המשפט, וכך נקבע בחוק הכשרות:

20. פעולות טעונות אישור בית המשפט

ואלה הפעולות שבהן אין ההורים מוסמכים לייצג את הקטין בלי שבית־המשפט אישרן מראש: [...] (5) פעולה משפטית בין הקטין לבין הוריו או קרובי־הוריו, זולת קבלת מתנות הניתנות לקטין.¹³⁰

על הוראת חוק זו נוספת הוראת סעיף 24 לחוק הכשרות, הקובע:

היו הורי הקטין חיים בנפרד [...] רשאים הם להסכים ביניהם על מי מהם תהיה האפוטרופסות לקטין [...] הסכם כזה טעון אישור בית־המשפט, והוא יאשרו לאחר שנוכח כי ההסכם הוא לטובת הקטין.

למרות הוראות מפורשות אלו מתברר כי יכולתם של בתי המשפט להבטיח כי ההסכם שהוגש לאישורם הוא אכן לטובת הילד – מוגבלת. אמנם בתי המשפט רשאים לזמן עדים ולאסוף ראיות, אולם אין הם מקבלים על עצמם את תפקיד ניהול המשפט. יכולת גישתם לראיות מוגבלת, אין הם מתחקים אחר מידע חדש, אין הם מזמנים מומחים ואף לא חוקרים אותם.¹³¹ על יכולת מוגבלת זו עמדו גם במשפט המשווה. וכך תוארו הדברים בספרות בהתייחס למצב במרבית מדינות ארצות הברית:

[...] under most states' laws a court must review an agreement to determine whether it is in the child's best interests [...] Despite the appearance of review, however, independent judicial inquiry is difficult because of the inaccessibility of facts that might dictate a different result. The result is the worst of both worlds: parents enter the divorce process with their autonomy to make arrangements for their children officially

130 להוראה זו אף קדמה הוראת סעיף 12 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959, המתמקדת בענייני מזונות ילדים. ראו לעיל גוף הטקסט ליד ה"ש 40.
131 דוח ועדת המשנה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 55 והערות השוליים שם.

abridged, and yet arrangements that might truly be detrimental to children are unlikely to be identified.¹³²

ובכן, אישורה של ערכאה שיפוטית איננו אמור להיות חותמת גומי בעלמא. אישורה אמור להבטיחנו כי אינטרס הקטין קיבל הגנה ראויה ומספקת. הגנה זו אמורה להשליך על הנחות המוצא ולקבוע כי ההליך המשפטי מחייב את הקטין ואין הוא רשאי לפתוח דיון בשנית, כפי שאכן קבע בית המשפט העליון בהלכת רוט ובהלכת פלדמן.¹³³ הקושי בשיטת המשפט הישראלית, המתווסף על הקושי הקיים בשיטות המשפט ברחבי העולם,¹³⁴ הוא כי הערכאות המוסמכות בישראל לדון בענייני הקטין חולקות נורמות שונות, וכשהאחת משוכנעת כי הבטיחה את "טובת הילד", סוברת האחרת כי היא דווקא הפרה את זכויותיו. לפיכך קשה לראות כיצד הערכאה האזרחית תחזיק את בית הדין כמי שפועל לטובת הילד ותיתן לכך גושפנקה בדמות איסור על פתיחת דיון עתידי במסגרתה שלה. בעיה כפולה זו – יכולתן המוגבלת של ערכאות שיפוטיות לזהות את טובת הילד ותפיסות העולם השונות מערכאה לערכאה – מחדדת את המסקנה שמא הוראות החוק המשתמשות במונחים כמו "טובת הילד", הסובלים פרשנות גמישה, אין בהן די, בייחוד לשיטת המשפט הישראלית. יש מקום לקבוע הגדרות ברורות יותר למונח הערטילאי "טובת הילד" ולפרקו לגורמיו. בפרק הבא אבקש לבחון הצעה זו בהשראת שיטת המשפט האמריקאית.

2. קביעת קווים מנחים בחקיקה להגדרת טובת הילד

מתברר כי בשיטת המשפט האמריקאית היה הקונגרס מודאג שמא תפגע זכותו של הקטין ולא ייקבעו דמי מזונות ראויים בשבילו. פסיקת דמי מזונות נמוכים מטילה נטל כבד על גופי הסיוע האמריקאיים (בעבר: AFDC – Aid to Families with Dependent Children וכיום: TANF – Temporary Assistance for Needy Families). בשנת 1984 התנה הקונגרס את סיועו למדינות ולגופים המסייעים לקטין בקביעת קווים מנחים ברורים

¹³² Kelly, לעיל ה"ש 54.

¹³³ ראו דברי השופט שוחט בפרשת פלוני, לעיל ה"ש 37: "בהיות הקטין צד להסכם הגירושין בכל הנוגע לסוגיית מזונותיו, הופך הוא להיות קשור להסדר המוסכם, גם ללא סעיפי שיפוי וערב צד ג' אלא אם ההסדר אינו לטובתו. את הבחינה יבצע ביהמ"ש בטרם יאשר את ההסדר ולצורך כך יכול הוא לבחון את כל הוראות ההסכם באספקלריה של טובת הילד על כל היבטיה בסכסוך הספיציפי המובא בפניו ולא רק מבחינת ההסדר הצר של מזונותיו. הספיות במקרה זה מובטחת בכך שבפני הקטין אשר יגיש תביעתו אם על ידי אמו אם בעצמו או באמצעות ידיו קרובי יעמוד המחסום של שינוי נסיבות".

¹³⁴ לעניין זה ראו את מאמרו של קפלן, לעיל ה"ש 95, בעמ' 633, המצטט רשימה של מלומדים אמריקאים הסוברים כי אין שופט, מקצועי ככל שיהיה, המסוגל להשתחרר לחלוטין מהשקפותיו האישיות, הדתיות, המוסריות והאחרות בבואו לקבוע מהי טובת הילד במקרה ספציפי.

לחובת מזונות הילד. ב-1988 דרש הקונגרס כי קווים מנחים אלו יקבלו כוח של חזקה בהליך המשפטי, ומי שיבקש לשנות מהם יצטרך לנמק זאת בכתב. ואכן, בכל המדינות כיום בארצות הברית נקבעו קווים מנחים לחישוב גובה המזונות הבסיסיים כאחוז עקרוני מהכנסת ההורים:

In the third quarter of the twentieth century Congress persistently expressed concern about the adequacy of child support awards and the burdens that inadequate awards cast on federal and state government, particularly on the categorical public assistance program formerly called Aid to Families with Dependent Children (AFDC) [...] In 1984, as a condition for state receipt of federal AFDC funds, Congress required states to adopt non-binding guidelines for establishing child support obligations. In 1988, Congress additionally required that the guidelines be given presumptive effect, and that any different result be justified in writing or on the record. All states now calculate the basic child support obligation as a percentage of parent earnings. Congress has not mandated any particular percentages, and there is wide variation [...] American child support guidelines generally base child support obligations on estimates of marginal child expenditure in two-parent families.¹³⁵

ואכן, בכל 50 המדינות בארצות הברית,¹³⁶ שבהן נחקקו ונקבעו סטנדרטים ברורים וקווים מנחים לחישובי מזונות הילד ולדרכי האכיפה של תשלום המזונות, הביא הדבר ל"סופיותו" של הנושא בסכסוכים מאוחרים. לעומת זאת סוגיות המשמורת והסדרי הראייה, שבהן לא נקבעו סטנדרטים אחידים, נותרו פתוחות ושנויות במחלוקת. וכך כתבו המחברים Clark ו־Leite:

From a legal point of view, divorce traditionally required a couple to address grounds for the divorce, property distribution, alimony, child custody, and child support. Today, only those issues associated with children remain open issues in most states. Additionally, while all

135 Kelly, לעיל ה"ש 54, בעמ' 221.

136 חשוב לציין כי דיני המשפחה בארצות הברית הם משפט מדינתי, וכל מדינה ומדינה רשאית לעצב לעצמה את חוקיה: "stating 'the whole subject of the domestic relations of husband and wife, parent and child, belongs to the laws of [each] State, and not to the laws of the United States'" Boddie v. Connecticut, 401 U.S. 371, 376 (1971). ראו גם:

50 states have enacted some form of standardized child support calculation and child support enforcement networks, both child custody and visitation remain often hotly contested issues in divorce proceedings.¹³⁷

ובכן, סטנדרטים אחידים – בחקיקה או בפסיקה – עשויים להפוך נושאים לסופיים. ובהשראתה של השיטה האמריקאית: שר המשפטים מינה ועדה בראשות פרופ' פנחס שיפמן לבחינת סוגיית מזונות הילדים. לפי כתב המינוי שניתן לוועדה, עליה לבחון דרכים ושיטות כדי להגיע לאחידות בפסיקת מזונות הילדים במדינת ישראל תוך קביעת קווים מנחים אובייקטיביים לחישוב גובה המזונות וחלוקתם בין ההורים. אין ספק כי קווים מנחים אחידים עשויים לתרום לסופיותו של הדיון, לחזק את עקרון מעשה בית דין ואת הביטחון החוזי ולמנוע את ניצולה לרעה של הזכות במערכה העקובה בין בני הזוג. קווים מנחים אלו עשויים גם להקטין את מפלס המתח בין הערכאות ולתרום לכיבוד ההדדי ביניהן. מתח זה נוצר בין היתר בשל פערים דרמטיים בין פסיקת מזונות הילדים בערכאה הדתית לבין פסיקתם בערכאה האזרחית.¹³⁸ קווים מנחים אחידים יביאו לצמצום פערים אלו, וממילא ערכאה אחת לא תבקש להמיר את החלטת חברתה באצטלת מעמדו העצמאי של הקטין וזכותו להליך בפני עצמו. המלצותיה של הוועדה עשויות אפוא להעמיד את הזכות במקום הראוי לה.

עד אשר תפורסמה המלצות הוועדה, ועד אשר תתקבלנה בחקיקה, אם בכלל, אפשר לדעת להיעזר במוסד שנראה כאילו הלך ונעלם בשנים האחרונות¹³⁹ – ולטעמי זהו אחד הסממנים של ירידת האמון בין הערכאות – והוא "בית דין מיוחד", אשר הוקם בעת הצורך (אד הוק) לטובת בירור השאלה אם נושא מסוים נכלל בענייני המצב האישי, ובו חברו להרכב אחד שני שופטי בית המשפט העליון ודיין אחד מבית הדין הרבני הגדול.¹⁴⁰ שמא אפשר לחדש מוסד זה ולהביא בפניו סוגיה כמו קביעת סטנדרטים ברורים ואחידים לעניין מזונות הילדים, אשר יביאו בהכרח לצמצום אפשרות פתיחת ההליך בשנית.¹⁴¹

137 Leite & Clark, לעיל ה"ש 1, בעמ' 261.

138 רוזן-צבי, לעיל ה"ש 102.

139 וראו דברי השופט רובינשטיין בבג"ץ 5918/07 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול (פורסם בנבו, 23.6.2009): "מוסד בית הדין המיוחד, שלאחרונה הופעל ככל הנראה בשנת 1994, והוא כמעט בחינת נשכחות בקצב השוטף של חיינו ופסיקתנו, מסמן אפשרות לשיתוף פעולה בין הגופים השיפוטיים, ומבטא את הכיבוד ההדדי אליו אנו קוראים".

140 ס' 55 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922–1947.

141 ראו דברי השופט (כתוארו אז) ברק בפרשת קוט, לעיל ה"ש 74, בעמ' 222 בדבר חיוניות קביעת מסגרת נורמטיבית שיש בה יסוד של סופיות. וכן למשל ע"א 259/75 שטראוס נ' שטראוס, פ"ד (2) 358 (1976): "שיטת ההצמדה של המזונות למדד יוקר המחיה היא שיטה טובה, כדי למנוע פניות

3. הגבלת ההורים מלנהל משא ומתן בענייני הקטין

קיימות שיטות משפט אשר אינן מאפשרות כלל להורים להגיע להסכמות בעניין הנוגע לילדיהם. כלומר, ההורים רשאים לדון בענייניהם שלהם במהלך הסכמי הגירושין, אולם מראש הם יודעים, ומבחינה זו למצער אין הם מולכים שולל, כי ענייני ילדיהם אינם נושא למשא ומתן כלל, וכך למשל נקבע במדינת וירג'יניה:

In Virginia, the parents cannot make agreements which will bind courts to decide a custody case one way or the other. The Virginia Supreme Court of Appeals has emphasized this deep-rooted Virginia policy by declaring: "The custody and welfare of children are not the subject of barter".¹⁴²

יש מקום לבחון שמא נכון לאמץ מודל דומה בשיטת המשפט הישראלית, וכך הורים יוכלו להתדיין בהליכי הגירושין רק ביחסים ביניהם. במסגרת זו ייתכנו ויתורים לשם קבלת הגט, אולם הם יהיו בעניינים הישירים ביניהם כמו חלוקת הרכוש המשפחתי ועוד, אך לא בענייניו של הקטין. לרעיון זה מוצאים אנו ניצנים בפסיקה הישראלית.¹⁴³ למעשה קיימת כיום הוראה קרובה לכך, יצירת הפסיקה, אשר קבעה כי על אף דברי סעיף 3 לחוק השיפוט, המתיר כריכה של מזונות הילדים בתביעת הגירושין בבית הדין, אין אפשרות לכרוך את תביעת מזונות הילדים העצמאית בתביעת הגירושין המתנהלת בין ההורים.¹⁴⁴

חוזרות אל בית-המשפט [...] ומשנקטו בניהוזג שיטה זו בהסכם שביניהם, הביעו את רצונם מראש שכך ולא אחרת יותאם סכום המזונות לשינויים ביוקר המחיה. נישואיו השניים של המשיב והחובות החמירות הנוספות שהמשיב קיבל על עצמו בעקבות נישואיו אלה היו בגדר הצפוי מראש". ראו גם רוזן-צבי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 390–394.

Berry v. Chaplin, 74 Cal. 142 (1938); Buchanan v. Buchanan, 170 Va. 458, 477 (1938); ראו גם: App. 2d 652 (1946); Lewis v. Lewis, 174 Cal. 336, 341 (1917).

143 פרשת בראור, לעיל ה"ש 16, בעמ' 236: "לענין תוקפו של הויתור על-ידי האם בשם הילד, ציין בית המשפט, כי אין צורך להכריע בשאלה, אם חל סעיף 12 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט-1959, כי אין תוקף להסכם כאמור ללא אישורו של בית המשפט, כפי שנובע מסעיף 20(5) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962. בית המשפט, שדן בבקשת ההורים בהליך הקודם, ציין מפורשות, כי אינו מתיר להורים לחתום בשם הילד".

144 ראו פרשת שרגאי, לעיל ה"ש 17, וכן ראו לאחרונה דברי השופט עמית, בר"ע (מחוזי חי') 1926/04 פלוני נ' אלמוני, פס"מ התשס"ד(2) 212 (2006): "מבלי לקבוע מסמרות, דומני כי ראוי לחזור ולהרהר שמא הגיעה העת ליישם את ההבחנה הקיימת לגבי מזונות – שלפיה תביעת הילד מהווה תביעה נפרדת ועצמאית מתביעת ההורה, גם בנושא החזקת הילד. למצער, יש לבחון אם הגיעה העת לסטות מביד"מ 1/60 וינטר, שלפיה החזקת הילדים היא נושא שלפי 'עצם טיבו וטבעו כרוך בתביעה של גירושין', כך שהמבחן המשולש של הכריכה, יחול גם בנושא זה. בית-המשפט העליון, לא מצא לסטות מההלכה הפסוקה לגבי סמכות בית-הדין הרבני בנושא החזקת ילדים, למרות שהנושא הונח

על אותו משקל יש מקום לאסור כריכת עניינם של הקטין בהליכי הגירושין הן בערכאה הדתית והן בערכאה האזרחית באמצעות חקיקה ברורה. כך הצדדים לא יולכו שולל, ואף לא הערכאות, והמערכת תפנים כי ענייני הקטין אינם נושא למשא ומתן כלל ובוודאי אינם נושא לפשרות.¹⁴⁵ כדי שהצעה זו תהיה מעשית עלינו לבחון שילובה עם המודל הבא.

4. מינוי ייצוג עצמאי לקטין

דומני כי ההצעה המעשית ביותר לפתרון, או למצער מניעת החרפת הבעיות העולות ברשימה זו, היא חיובו של הקטין בהליך בין הוריו באמצעות מינוי ייצוג עצמאי לקטין.¹⁴⁶ הסמכות למנות ייצוג לקטין קיימת זה מכבר בשיטת המשפט הישראלית, והיא מעוגנת בסעיף 29 לחוק הכשרות. לשם כך יש להגביל את האפוסטרופוסות הטבעיות של ההורים, להראות לבית המשפט סיבה מיוחדת לצידוק ההגבלה ולשמוע את דבר ההורים.¹⁴⁷ אף על פי שקיימות לא מעט הוראות חוק העוסקות במינוי זה, הרי שהשימוש בו כיום הוא מינורי מאוד.¹⁴⁸ גם כאשר העלתה הפסיקה הישראלית את חשש ניגוד העניינים בין ההורים לבין הקטין היא ציינה את אפשרות המינוי בקול ענות חלושה, בשולי הדברים ובהערות אגב.¹⁴⁹ מה גם שהפסיקה לא הגדירה מפורשות את מעמדו, מחויבותיו, וגבולותיו של מינוי זה.

לאחרונה פעמיים לפתחו (בג"ץ 4238/03 הנ"ל, בג"ץ 6378/04 הנ"ל). וכן ראו מיכאל קוריאלידי "מגמות חדשות בדיני החזקת ילדים" המשפט ז' 283 (2002).

145 מובן שקביעה זו איננה פשוטה כלל באשר היא מצמצמת סמכויותיו של בית הדין. אולם לו יצומצמו סמכויות אלו כולן בעת ובעונה אחת גם בבתי המשפט, יש סיכוי טוב יותר כי הדבר יתקבל בברכה גם בערכאת בית הדין, על נציגיה בגוף המחוקק.

146 מאמרו של קפלן, לעיל ה"ש 95, עוסק בהרחבה בנושא זה אולם לא באספקלריית הבעיות העולות במאמר הנוכחי כי אם באספקלריית טובתו של הקטין וזכויותיו. במילים אחרות: מאמרי מתמקד בטובת ההליך המשפטי וחותר ליציבותו, ואילו מאמרו של קפלן מתמקד בטובתו של הילד. מובן שיש נקודות השקה בין זוויות ראייה אלו, אך מאמר זה עוסק בנקודת ההתנגשות ביניהן דווקא ומראה כי העדפת טובתו של הילד פגעה במישורים רבים אחרים בהליך המשפטי. בקריאתו של קפלן לעבור מטובת הילד לזכויות הילד יש כדי להחריף את הבעיות העולות ברשימה זו.

147 ס' 30 לחוק הכשרות.

148 ראו ס' 33–68 לחוק הכשרות, ועל כך ביכתה גם ועדת המשנה. ראו עמ' 41 לדוח הוועדה, לעיל ה"ש 6.

149 פרשת עברון, לעיל ה"ש 15, בעמ' 385, וכן פרשת שר, לעיל ה"ש 21, בעמ' 455: "למותר להוסיף, כי יתכנו אפילו נסיבות שבהן יחליט בית-המשפט כי לא יוכל להמשיך ולדון בענינו של הקטין, אלא אם כן יתמנה אפוסטרופוס לשעה, לצורך תביעת המזונות (סעיף 29 לחוק הכשרות). ההכרעה בדבר צורת הדיון היא בידי בית-המשפט, הנושא על שכמו את הדאגה לטובתו של הקטין". וראו פסק דינו המנחה של הנשיא ברק בעניין ע"א 878/96 פוזילוב נ' פוזילוב, פ"ד נ(5) 208 (1997).

על מדוכה זו בין היתר ישבו חברי אחת משש ועדות המשנה של ועדת רוטלוי.¹⁵⁰ ועדת המשנה המליצה כי הנחת המוצא תהיה, כשם שקובעת גם הוראת סעיף 15 לחוק הכשרות, כי טובת הילד היא שהוריו הם שייצגוהו.¹⁵¹ אם נבצר מהם למלא תפקידם זה, המליצה הוועדה למנות ייצוג עצמאי לילד. הוועדה שמעה לא מעט ביקורות על ייצוג עצמאי זה, אך דחתה את כולן. לדעת הוועדה ייצוג עצמאי לילד בדמות עורך דין לא יביא להימשכות ההליכים, אלא אדרבה – בהיותו בלתי תלוי ובלתי כפוף לשיקולי ביורוקרטיה ותקציב יקפיד עורך הדין שההליך יזורז. הוועדה דחתה גם את טענת ה"משפטיזציה" שתבוא לכאורה על חשבון ההיבטים הטיפוליים. לדעת הוועדה, כל עוד ההחלטות מתקבלות במסגרת הליך משפטי, אין מנוס מלמנות עורך דין לייצוג הקטין. הוועדה דחתה גם את החשש מפני ריבוי הדמויות בחיי הילד בטענה כי אפשר לחייב את עורך הדין לקיים קשר רציף ומחייב במשך כל זמן ניהול תיק, ויש להקים מסגרת ממוסדת להבטחת ייצוג קבוע.¹⁵² הוועדה דחתה גם את הטענה בדבר הפגיעה בסמכות ההורית, שכן לטענתה עילות מוגדרות וברורות למינוי הייצוג, שעליהן גם המליצה, עשויות לאזן פגיעה זו.

פקידי סעד טענו בפני הוועדה כי הם ממלאים את תפקיד ייצוג הקטין, וכי אין ראוי למנות ייצוג עצמאי נפרד של עורך דין לשם כך. הוועדה דחתה טענות אלו, שכן המשפט הישראלי איננו מסמיך את פקידי הסעד לייצג את הקטין.¹⁵³ הוועדה סברה כי גם מבחינת המשפט הראוי מוטב לשמר את תפקיד הייצוג לעורך הדין ולא לפקיד הסעד, שכן האחרון כפוף לשיקולי משרד הרווחה, לשיקולי מדיניות, תקציבים ועוד, ולא תמיד אלו עולים בקנה אחד עם טובת הילד.¹⁵⁴ עוד טענה הוועדה כי ראייתו של פקיד הסעד היא ראייה משפחתית רחבה שאינה מתמקדת רק בילד, מה שאין כן ייצוגו הנפרד. הוועדה דחתה גם את הטענה כי באי כוח היועץ המשפטי לממשלה עשויים לייצג את אינטרסיו

150 ועדת רוטלוי, לעיל ה"ש 6. ראוי לציין כי ועדת משנה אחרת עסקה גם היא ברעיון קרוב לרעיון הייצוג העצמאי בהקשר מאמר זה, והוא רעיון "שיתוף ילדים בהליכים שיפוטיים בבתי המשפט לענייני משפחה". ראו דוח ועדת המשנה, לעיל ה"ש 6, עמ' 133 ואילך. הוועדה לא דנה בשאלה אם יש בהשתתפות זו כדי להביא לחיובו של הקטין בהליך. נראה לי כי בהיבט סופיות הדיון ויציבות ההליך מוטב למנות עורך דין ולחייב את הילד בתוצאות ההליך, ולא לחייבו בתוצאות ההליך מבלי שהיה מייצג.

151 שם, בעמ' 53.

152 ראו גם דבריו של השופט טירקל בדבר הקמת יחידת סיוע משפטי מיוחדת בצמוד ליחידת הסיוע, רע"א 6810/97 בן שושן נ' בן שושן, פ"ד נא(5) 378, 375 (1997).

153 ראו למשל ס' 3 וס' 8 לחוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך-1960, וכן תקנות הנוער (טיפול והשגחה), התשכ"ב-1962. ס' 15 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 הוא החריג היחיד והוא המלמד על הכלל.

154 דוח ועדת המשנה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 53. הוועדה הדגישה כי לפקיד הסעד יקשה לצאת נגד מדיניות משרדו בהקצאת המשאבים וכיו"ב. ראו שם, בעמ' 59.

של הקטין בצורה טובה בהיותם הם עצמם עורכי דין. לדעת הוועדה, בא כוח היועץ המשפטי לממשלה, על אף היותו משפטן, מייצג בסופו של יום את אינטרסי המדינה ותפקידו לממש את חובות המדינה וסמכויותיה בפעולתה לשם הגנה על ילדים בסיכון, ואין בכך כדי לייצג את הילד המסוים והפרטי.¹⁵⁵

חברי הוועדה לא התייחסו לשאלה כיצד ישפיע הייצוג העצמאי על הבעיות העולות ברשימה זו. לפיכך אוסיף משלי ואומר כי הכרעות או הסכמות שתתקבלנה בהליכים שבהם מונה לקטין ייצוג עצמאי ונפרד אמורות לקבל גושפנקה של מעשה בית דין, ולא תיפתחנה בעתיד בטענה כי אינטרס הקטין לא זכה לייצוג הולם. אם תתקבל המלצה ברוח זו, אם בשגרת הפסיקה ואם בחקיקה, עשוי הדבר לשים קץ לפתיחת הליכים חוזרים ונשנים בענייני הילד, או למצער להפחיתם הפחתה ניכרת. הדבר גם יעודד בני זוג להגיע להסכמים וימתן את המתח בין הערכאות.

בפסקאות הבאות אבקש לבחון את סוגיית הייצוג העצמאי במשפט המשווה ולאורה לבחון את המלצות הוועדה. המגמה המודרנית מכירה בצורך לייצוג עצמאי של הקטין כשההורים מתדיינים בענייניו, בשל החשש שמא ההורים יקפחו את אינטרס הקטין. מינוי ייצוג עצמאי מבטיח כי הליך חקירת העובדות יהא מוגן, וכי ההורים לא יפתחו בעתיד נושאים שנדונו זה עתה. סופיות הדיון היא בעלת חשיבות ניכרת, ומינוי ייצוג עצמאי משרת מטרה זו בהחלט.¹⁵⁶ המלומד פרופ' Speca ניתח את כל המקרים במדינת מיזורי הנוגעים לסמכותו הטבועה של בית המשפט למנות ייצוג לקטין לשעה, והגיע למסקנה חד-משמעית כי ילדים הם בעלי זכויות משל עצמם, ואין הם זוכים להגנה ראויה בהליכי גירושין כי אם בייצוג עצמאי.¹⁵⁷ למרות מגמה מודרנית זו, רק מדינת ויסקונסין מחייבת בחקיקה את מינויו של עורך דין לייצוג עצמאי לקטין בהליכי גירושין.¹⁵⁸ שאר המדינות מסתפקות בהענקת שיקול דעת רחב לבתי המשפט למנות אפוטרופוס לשעה להליך המשפטי:

Currently, only the state of Wisconsin requires the appointment of an attorney to serve as a guardian ad litem for the child in a divorce proceeding. Several other states have adopted the provisions of the

155 קפלן, לעיל ה"ש 95, בעמ' 649, מציין קושי נוסף בייצוג קטין והוא הקושי לוודא מהי עמדתו של ה"לקוח" בנוגע לאינטרסים שלו.

156 S. v. S. 595 S.W.2d 357, 358 (Mo. App. 1980) ("First, the modern trend of authority recognizes the necessity for independent representation of a child when the parents in a dispute over the custody of the child do not, in any proper sense, protect the best interests of the child [...]").

157 John Speca & Robert L. Wehrman, *Protecting the Rights of Children in Divorce Cases in Missouri*, 38 U. MO. KAN. CITY L. REV. 1 (1969).

158 ראו גם דוח ועדת המשנה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 45.

Uniform Marriage and Divorce Act, which provide the court with discretionary power to appoint a guardian ad litem for a minor or dependent child in proceedings for support, custody, and visitation.¹⁵⁹

ואכן, לא מעט שיטות משפט הלכו בדרך זו.¹⁶⁰ במדינות מסוימות המינוי לקטין, הגדרת תפקידו ומחויבותו הוסדרו בחקיקה באופן רחב,¹⁶¹ כמו גם אחריותו לחקירת הראיות ללא כל פניות.¹⁶² לצד זה נשמעת קריאה מפי מלומדים רבים לא להסתפק בהגנת בית המשפט לאינטרס הקטין ולא בחזקה הטבעית של ההורים כדואגים לאינטרס זה כי אם למנות לקטין ייצוג עצמאי.¹⁶³ חיוניות המינוי מודגשת בשיטת משפט אדוורסרית, שבה בית המשפט ניזון מראיות הצדדים ואינו מלקטן בעצמו.¹⁶⁴ גם שיטת המשפט האוסטרלית הסדירה את עקרונות מינוי הייצוג העצמאי וראתה אותו בעין חיובית בכל מקום שבו אינטרס הקטין חייב זאת.¹⁶⁵ בשיטת המשפט הקנדית עדיין אין הנחיות ברורות מתי יש

159 Meyer, לעיל ה"ש 2, בעמ' 45.

160 Tari Eitzen, *A Child's Right to Independent Legal Representation in a Custody Dispute*, 19 FAM. L.Q. 53, 67 (1985).

161 ראו לדוגמה: The Uniform Marriage and Divorce Act § 310 (1971); Cal. Rules of Court, Rule 5.240 (2008).

162 S.C. Acts 361, sec. 63-3-830 ("(A) The responsibilities and duties of a guardian ad litem include [...] (1) representing the best interest of the child; (2) conducting an independent, balanced, and impartial investigation to determine the facts relevant to the situation of the child and the family").

163 ראו לדוגמה: Robert F. Drinan, *The Rights of Children in Modern Family Law*, 2 J.FAM.L. 101, 107 (1962); Rober W. Hansen, *Guardians Ad Litem in Divorce and Custody Cases: Protection of the Child's Interests*, 4 J. FAM. L. 181 (1964).

164 Hon Marshall & A. Levin, *Guardian Ad Litem in Family Court*, 34 MD. L. REV. 341 (1974) ("without independent representation of the child's interests, the adversary system cannot properly effectuate the legal test of what is in the best interests of the child") בקונטיקט הדין בעניין זה כה מתקדם עד שהחלו מתדיינים בשאלות של "פוסט מינוי", כמו למשל אם עורך הדין המייצג יזכה לחסינות מפני תביעות של רשלנות מקצועית, ואם לא, עד כמה ישפיע הדבר על עורכי הדין מלייצג קטינים ועוד. ראו: Nicole A. Demers, "An Attorney is an Attorney is an Attorney", except when that Attorney is also a Guardian Ad Litem: An Analysis of the Connecticut Appellate Court's Decision in Carrubba v. Moskowitz Regarding Immunity, 24 QUINNIPIAC L. REV. 847 (2006).

165 Stefureak v. Chambers [2004] O.J. No. 4253 (Can.) ("when the child's interests require independent representation, appointments should normally be made where (i) cases involve allegations of child abuse, (ii) cases where there is an apparently intractable conflict between the parents")

למנות וכיצד יתבצע המינוי, אולם לבתי המשפט יש שיקול דעת רחב למנות ייצוג שכזה.¹⁶⁶

בפסיקה בקנדה ניתנו שלושה מודלים שונים לאופי ייצוגו העצמאי של הקטין:

Three models are frequently referred to in the literature and cases dealing with legal representation for children: the amicus curiae, the litigation guardian and the child advocate.¹⁶⁷

המודל השלישי תואם גישות הסוברות כי ייצוגו העצמאי של הקטין אמור להיות ייצוג "קנאי", כלומר פרקליט אשר ייצג בקנאות את אינטרסיו של הקטין כמו כל לקוח אחר. המצדדים במודל זה מדגישים את האוטונומיה של הקטין כלקוח ואת חשיבות השתתפותו כצד בהליך המשפטי. לטענתם, ייצוג זה מקדם את טובת הילד משום שבית המשפט איננו מביט על הילד במשקפיים של פגיעות והתחשבות אלא רואה בו בעל כוח ובעל זכויות, וכך טענה Atwood:

[...] those who endorse a child's attorney model emphasize the child's basic right to have his or her wishes presented by a zealous advocate. Proponents emphasize the child client's autonomy and the value to the child and to the court of the child's participation in the proceedings. Under this approach, the child's dignity interests are served when the child has a representative committed to advocating the child's preferences.¹⁶⁸

מעיון בדוח ועדת המשנה מתקבל הרושם כי זהו המודל שהוועדה ראתה לנגד עיניה כשביכרה בלהט את ייצוגו העצמאי של הקטין דווקא על ידי עורך דין בדחותה דחייה עקיבה וגורפת את הביקורות שנשמעו בפניה. מודל זה עשוי לפתור את הבעיות העולות ברשימה זו ולהביא לסופיותו של הדיון. אולם עד כמה שמודל זה נשמע מפתה בתחילה, הרי שעם בחינתו לעומק מתברר פוטנציאל נזקן להליך המשפטי. דומני כי בשיטת המשפט הישראלית לא יהיה נכון לאמץ מודל זה, בעיקר על רקע קיומן של שתי ערכאות: גורם "קנאי" הנוסף למערכה בין בני הזוג עלול לנצל נקודת תורפה זו, להאריך

Puszczak v. Puszczak [2005] A.J. No. 1715 ABCA (Can.) ("The case law in Canada is not highly developed in setting out guidelines to determine when counsel should be appointed in private custody cases and how that should be accomplished")
166
Dormer v. Thomas [1999] B.C.J. No. 1463, B.C.S.C (Can.)
167
Barbara Ann Atwood, *Representing Children: The Ongoing Search for Clear and Workable Standards*, 19 J. AM. ACAD. MATRIMONIAL L. 183, 195 (2005)
168

את הדיון ולהרחיק את פתרון הסכסוך.¹⁶⁹ מלבד זאת הוא עלול להגביר את העוינות בין בני הזוג. המלומדת McGough טוענת כי שילוב עוד עורך דין אחד בהליך הטעון בין ההורים עלול לגרום לעודף מחלוקות, לתוספת בלבול בתפקידו של בית המשפט כמגן על קטינים ולהגדלת עלויות ההליך. זו הסיבה, לטענתה, מדוע רק לעתים רחוקות מתמנה עורך דין לייצוג הילד.¹⁷⁰ בשל חששות אלו טוענת McGough כי מינוי עורך דין לייצוג עצמאי אינו מוצדק ככל שמדובר במקרים רגילים אף על פי שיהיה נכון להפקיד בידי בית המשפט סמכות למנותו במקרים חריגים, במקום שהאינטרסים של ההורים נמצאים בסתירה חריפה לאלה של הילדים. במסגרת זו אפשר למנות אפוטרופוס שאינו מינוי קבוע אלא מינוי להתדיינות ספציפית (litigation guardian). אותו 'אפוטרופוס לשעה' משמש אף כבורר או כמגשר בין ההורים והוא ממליץ לבית המשפט כיצד להגיע להחלטה ראויה יותר. בשונה מהמלצת ועדת המשנה, היא ממליצה שלא למנות עורך דין לתפקיד זה משום שלרוב הוא חסר הכשרה מקצועית בהתפתחות הילד או בדינמיקה משפחתית, וכי מוטב למנות אנשי מקצוע בתחום הטיפול.¹⁷¹ דומה כי בדבריה מאמצת היא את המודל הראשון למינוי הייצוג העצמאי – ידיד בית המשפט (amicus curiae).¹⁷²

169 כדי לסבר את האוזן טלו לדוגמה את פרשת A.M. שבה נתמנה פרקליט לשם ייצוגו העצמאי של הקטין. פרקליט זה ביקש בשם מרשו הקטין להביא ראיות משלו, לחקור את העדים בחקירה נגדית, לזמן מומחים מטעמו, ובכל בקשה כזו נדרשה תגובת שני ההורים בנפרד כמשיבים. A.M. (Guardian ad litem of) v. K.A.A.M. [2008] N.J No. 267 (Can.) ("The child argued that he was granted a role as a fully participating party and sought to call evidence, question witnesses and retain experts. The mother agreed with the child. The father objected to the child making applications")

Lucy S. McGough, *Protecting Children in Divorce: Lessons from Caroline Norton*, 57 ME. 170 L. REV. 13, 26 (2005) ("Throwing another lawyer into the fray, however, may not be the solution. The third attorney may compound or even create unnecessary adversarialness in the trial, cause additional confusion about the court's role as the protector of the child, produce delay, and add to the costs of the case. The persuasiveness of these counterarguments explains why separate counsel is rarely appointed for the child")

171 שם, בעמ' 27: ("More states authorize the appointment of a guardian ad litem for the child. [...] The guardian need not be an attorney [...] Aside from needless expense and role confusion, lawyers or guardians typically have no special knowledge of child development or family dynamics [...] why not appoint a child psychiatrist or child psychologist who can conduct an investigation, interview all parties, analyze the child's best interests, and tell the court how it should decide?")

172 אף ועדת המשנה התייחסה לעניין זה והבחינה בין עורך דין לבין אפוטרופוס מהתחום הטיפולי על פי גילו של הקטין. ראו דוח ועדת המשנה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 97 וכן הצעת החוק מטעמה בתחילת הדוח.

דומני כי עם הקמת יחידת הסיוע בצמוד לבתי המשפט למשפחה¹⁷³ ערוכה שיטת המשפט הישראלית לאמץ בטבעיות את המודל הראשון – ייצוג עצמאי של הקטין כידיד בית המשפט. ביחידה זו מכהנים אנשי מקצוע בתחום הטיפולי ומינויים כייצוג עצמאי לקטין יהיה קל ליישום, עשוי לחסוך בעלויות ההליך, ויש להניח כי חוות דעתם תהיה אובייקטיבית. התועלת הישירה בהקשר רשימה זו היא כמובן צירוף הקטין כצד להליך וסופיות הדיון.¹⁷⁴ מלבד זאת ראוי לציין כי הקמת יחידות סיוע בצמוד לבתי דין היא אולי חשובה יותר משום שדווקא הדיון בבית הדין מתנהל בחשש כבד יותר להזנחת אינטרס הקטין. גורם המלווה את התיק בבית הדין הרבני עשוי לגרום לבתי המשפט לכבד יותר את פסקי הדין הניתנים בבית הדין, והם ייטו לראות בהם פסקי דין סופיים.¹⁷⁵ אי אפשר להתעלם מהיתרון הנוסף בצדה של יחידת הסיוע והוא כי ההחלטה שתתקבל תהיה נכונה יותר כאשר אנשי מקצוע יהיו מעורבים בהליך וימליצו על פתרונות מתחום הידע שלהם, שבתי המשפט חסרים אותו.¹⁷⁶ ראוי לציין כי גופים סטטוטוריים מעין אלו קיימים בשיטות משפט שונות ואכן תורמים תרומה לא מבוטלת להליכים שבהם מעורבים הקטינים.¹⁷⁷ מינוי זה הופך את הקטין לצד בהליך,¹⁷⁸ ההכרעה הופכת להיות סופית ומחייבת את הקטין, והוא חסום מפני פתיחת הליך נוסף באותו עניין.¹⁷⁹

173 ראו ס' 5 לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה–1995 וכן דברי הנשיא אהרון ברק ברע"א 6558/99 חבס נ' חבס, פ"ד נד(4) 337, 342 (2000); דן ארבל ויהושע גייפמן "חוק בית-המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה–1995" הפרקליט מג 431, 433 (1997).

174 ראו שרשבסקי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 289.

175 ראוי להדגיש כי עניין הקמת יחידות הסיוע בצמוד לבתי הדין עולה מעת לעת, וכיום הוא מצוי אף בתזכיר חוק בתי דין דתיים (יחידות סיוע), התשס"ו–2006.

176 כך גם דוח ועדת המשנה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 71. הוועדה ציינה בדוח שלה כי אף על פי שהיא רואה בחיוב מינוי עצמאי לקטין שאינו מהתחום הטיפולי, הרי שבמקרים פשוטים שבהם האינטרסים די ברורים אפשר להיעזר במלווה בלבד מיחידות הסיוע כדי שייטיב לבית המשפט לקבל החלטה מושכלת וראויה.

177 A.I v. Ontario (Director, Child and Family Services Act) [2005] O.J N.o 2358 (Can.) ("Office of the Children's Lawyer (OCL) – The OCL is statutorily mandated to act in the best interests of the children it represents. It is axiomatic, therefore, that a position taken by the OCL is one which the OCL believes to be in the best interests of the child [...] The OCL is frequently an invaluable resource to this court, and I find this case no exception. I found the OCL's involvement to be very helpful")

178 *In re A.K. v. Kirchner*, 620 N.E.2d 572, 579 (Ill. App. Ct. 4th Dist., 1993) ("when a child is represented by a guardian ad litem, the child is a party to the dissolution")

179 *Simcox v. Simcox*, 546 N.E.2d 609, 612 (Ill. 1989) ("The presence of a guardian ad litem, the legal representative for the child, would have theoretically made the paternity order binding upon the child, thus strengthening the argument that the prior judgment should have been recognized under the theories of res judicata and collateral estoppel")

דווקא לאור המודלים השונים למינוי ייצוג לקטין ראוי כי המחוקק, ולחלופין בית המשפט העליון, לא ישאירו סוגיה זו בערפולה הנוכחי ויגדירו מפורשות את מעמדו, מחויבותיו וגבולותיו של הייצוג העצמאי. יש להניח כי כל עוד לא יוגדרו תפקידיו של מייצג הקטין יימנעו בתי המשפט מלמנותו. וראו הערת המלומד Davies:

The lack of an express appointment power in the Children's Law Act means that a judge and the parties are left to rely on the court's *parens patriae* jurisdiction to appoint legal representation for a child. While this has been done in the past it would be preferable to have the parameters of such appointment power delineated expressly so that the role of the child's counsel is clearly understood.¹⁸⁰

ד. סוף דבר

ברשימה זו ביקשתי לבחון ולנתח את זכות מעמדו העצמאי של הקטין בדיני המשפחה, תהליכים שעברה הזכות בעשורים האחרונים, מקומה הנוכחי ומגמותיה העתידיות. ובכן, עוד מימי הורתה הביעה הפסיקה הישראלית, כמו גם שיטות משפט שונות ברחבי העולם, חששות שמא הורים הנמצאים בהליכי גירושין יקפחו את אינטרס ילדיהם ויזניחוהו. חששות אלו התפתחו לטעמי לכדי חזקה במשפט הישראלי, שאותה כינתי "חזקת הזנחת אינטרס הקטין", והיא מנוגדת לחזקה הטבעית שבה העמיד המחוקק את ההורים כאפוטרופסים טבעיים של ילדיהם. ככל שגברו החששות מפני ניגוד האינטרסים בין ההורים לילדים כך הלך והתבסס מעמדו העצמאי של הקטין. הראיתי כי הפסיקה נעה בתנועת מוטלת מפרוצדורה למהות וממהות לפרוצדורה: בשנות השבעים במאה הקודמת העניקה הפסיקה משקל מכריע לזכות מעמדו העצמאי של הקטין בהפעילה מבחן פרוצדורלי, ולפיו כל עוד לא התקיים דיון נפרד לחלוטין בעניינו של הקטין, בתביעה נפרדת מטעמו, אין ההליך מחייבו אף אם יתברר כי עניינו נדון כראוי. לעומת זאת בשנות השמונים נסוגה הפסיקה מהלכות אלו בהפעילה מבחן מהותי יותר, וכל עוד נדון עניינו של הקטין כראוי, ודי בהתייחסות נפרדת כלשהי, יחייבו ההליך. התפתחות זו התיישבה עם המגמה הכללית של שיטת המשפט הישראלית, הצועדת אל כיוון מהותי יותר ופרוצדורלי פחות. אלא שבעשור האחרון חזרה הפסיקה באופן מפתיע להלכות שנות השבעים, הדגישה שוב את הדרישות הפרוצדורליות והוסיפה לבסס את מעמדו העצמאי של הקטין. בד בבד הורחבה זכות המעמד העצמאי והוחלה אף על סוגיות

Christine Davies, *Access to Justice for Children: The Voice of the Child in Custody and Access Disputes*, 22 C.L.F.Q 153, 164–165 (2004)

שבעבר לא היו כלולות בה. הצבעתי על שני תהליכים אשר הביאו לטעמי למקומה הנוכחי של הזכות: הראשון, התפתחות תפיסות וערכים מודרניים, המעניקים משקל לזכויותיו של הקטין. השני, ירידת האמון של הערכאה האזרחית בערכאה הדתית. הראיתי כי אפשר לזהות קורלציה בין ירידת האמון בבית הדין לבין ביסוס מעמדו העצמאי של הקטין, וככל שהלך ופחת האמון בין הערכאות כך הלכה והעמיקה זכות מעמדו העצמאי של הקטין. בתהליך זה אפשר למצוא הסבר גם להבדל בין הלכות שנות השמונים להלכות העשור האחרון.

באצטלת זכותו של הקטין למעמד עצמאי מאפשרת הערכאה האזרחית לפתוח בשנית את ההכרעות שניתנו בהליכי הגירושין בערכאה הדתית, ולמעשה לעצב מחדש את תנאי ההסכם הנוגעים לילדים, ואף את התנאים הנוגעים ליחסים שבין בני הזוג. העליתי תהיות והרהורים בדבר נכונות דרכה של הפסיקה, אשר במאמציה לסגור את הפער בין הנורמות המיושמות בערכאה הדתית לנורמות המיושמות בערכאה האזרחית פוגעת היא בביטחון החוזי ובסופיות הדיון, מאפשרת היא לבן הזוג האחד להמשיך מלחמתו העקובה בבן זוגו, מכלה זמן שיפוטי יקר, מוליכה שולל את בני הזוג באפשרה להם לנהל תביעתם בבית הדין, ומנהלת תביעות חוזרות כשתביעות חדשות מחכות ליומן. תהיתי אם הפסיקה לא צעדה רחוק מדי בביסוס זכות הקטין למעמד עצמאי, ואם המשקל הנוכחי הניתן כיום לזכות זו לא היה לרועץ לקטין עצמו. עוד תהיתי לאן מועדות פניה של זכות זו, ובמסגרת זאת הצבעתי על תגובת שרשרת פוטנציאלית מצד בית הדין בעקבות ביטול הכרעותיו. לבסוף, בחלק השלישי של הרשימה, בחנתי את דרכי התמודדותן של שיטת המשפט הישראלית ושיטות המשפט השונות בסוגיה זו: האחת, חיוב הערכאה המשפטית שדנה בעניינו של קטין להתחשב בטובתו ומתן משקל מחייב לתפקידה זה; השנייה, קביעת קווים מנחים וברורים בחקיקה להגדרה מדויקת של טובת הילד כדי למנוע פתיחת הליך בעתיד; השלישית, הגבלת ההורים מלנהל משא ומתן בעניינו של ילד; הרביעית, מינוי ייצוג עצמאי לקטין. הראיתי כי יש באלו הדרכים, או בשילוב שלהן, כדי ליצור נוסחת איזון ראויה יותר בין הערכים הפועלים בזירה ובכך להקהות את הנזקים הנגרמים מהעמקת זכות מעמדו העצמאי של הקטין בשיטת המשפט הישראלית.