

- א. 1. פלונית
 - 2. פלוני
 - 3. פלוני
 - 4. פלוני
 - 5. פלוני
- ב
נגד

- 1. בית הדין הרבני הגדול
- 2. בית הדין הרבני האזורי בירושלים
- 3. פלוני

ג

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

[7.2.2013]

לפני השופטים א' רובינשטיין, נ' הנדל, י' עמית

ד

העותרת 1 (להלן: העותרת) והמשיב 3 (להלן: המשיב) כרתו הסכם גירושין, ובו הוראות באשר למזונות ילדיהם (העותרים 2–5, להלן: הקטינים) ולהסדרים כלכליים אחרים בנוגע לקטינים. המשיב 2 אישר את ההסכם ונתן לו תוקף של פסק דין. למעלה משנה לאחר מכן תבע המשיב הפחתה של סכום המזונות. העותרת והמשיב הגיעו להסכם חדש בנושאי המזונות והזכויות הכלכליות של הילדים, והמשיב 2 אישר אותו ונתן לו תוקף של פסק דין. בחלוף למעלה משנה הגישו הקטינים, באמצעות העותרת, תביעת מזונות נגד המשיב לבית המשפט לענייני משפחה. לבקשת המשיב, הצהיר המשיב 2 כי התביעה היא תביעה להגדלת מזונות ולא תביעה עצמאית וחדשה, ולכן הסמכות לדון בה נתונה לו. בית המשפט לענייני משפחה מחק את תביעת הקטינים. המשיב 1 דחה את בקשת העותרת לרשות ערעור על החלטתו של המשיב 2. מכאן העתירה.

ה

ו

בית המשפט העליון (מפי השופט י' עמית) פסק:

א. (1) לפי הלכת התביעה העצמאית, רשאי הקטין "לפתוח" מחדש הסכמות שאליהן הגיעו ההורים בהסכם הגירושין בקשר למזונותיו. הלכה זו

ז

- התפתחה והוחלה גם על עניינים נוספים, כמו משמורת ומקום מגורים, הסדרי ראייה וחינוך. (ג379-ד)
- א (2) בעוד שבתביעה רגילה לשינוי סכום המזונות הנטל הוא על המבקש להוכיח כי חל שינוי מהותי בנסיבות, הרי שבתביעה עצמאית הנטל הפוך, והצד המבקש להותיר על כנו את סכום המזונות לקטין הוא שנדרש להוכיח כי "בסיבוב הקודם" נערך דיון מהותי בעניין מזונותיו של הקטין. (ג380-ד)
- א (3) למוסד התביעה העצמאית נודעת השפעה גם על נושא הסמכות הנמשכת, למרות הרציונלים השונים שבבסיסם של שני המוסדות: שאם מגיעים למסקנה כי הקטין משוחרר מכבלי ההסכם שנערך על ידי הוריו, הוא אף אינו כבול לזהות הערכאה שעליה הסכימו הוריו בשמו. (ה380-ד)
- ב (1) ב. על פי המבחן המהותי, אין צורך בהגשת תביעה נפרדת ובדיון נפרד בעניינו של הקטין, ודי בכך שבית המשפט דן לגופו בעניין מזונות הילדים ובחן את ההסכם שנערך בין בני הזוג בהתייחס לטובת הילדים ולמזונותיהם. (ג381)
- ג (2) הנטל אמנם רובץ על המבקש להסתמך על ההסכם שאושר "בסיבוב הראשון", אולם הנטל אינו כבד, ודי להראות שאין אינדיקציה לכך שבית המשפט אכן לא נתן דעתו לשאלת המזונות בעת שאישר את ההסכם. (ג388)
- ג. (1) ג. הבדיקה המהותית היא דו-שלבית: בשלב הראשון יש לבחון אם התקיים דיון ענייני במזונות הקטינים. בהיעדר אינדיקציה לסתור, נקודת המוצא היא שבית המשפט בחן גם את עניינם של הקטינים כאשר אישר את ההסכם הגירושין. אם התמלאה דרישה זו, בכך מסתיים המסע והתביעה תיבחן במסלול של תביעה לשינוי מזונות עקב שינוי מהותי בנסיבות. (ג388-ב389)
- ה (2) בשלב השני יש לבחון אם בפועל הקטינים אכן קופחו בסכום המזונות שנפסק לזכותם בעת אישור ההסכם הגירושין. בגדר כך על בית המשפט לבחון את גילו של הקטין, את הצרכים הבסיסיים של הקטין, את צרכיו המיוחדים ואת הכנסותיו של כל אחד מההורים. ככל שנמצא כי הקטין לא קופח במזונותיו, הרי שאין טעם "לפתוח" את ההסכם, אף אם לא נתמלאה הדרישה הראשונה של דיון ענייני במזונות הקטינים. (ג389-ד)
- ו (3) עם זאת, במקרה של קיפוח מהותי הזועק על פניו לגבי מזונות הקטין, בין בתביעה עצמאית, בין בתביעה להגדלת מזונות, שומה על בית המשפט לבחון מחדש את מזונות הקטין. (ה389)
- ז (4) לבחינת השאלה אם מדובר בתביעת מזונות עצמאית של קטין נוקטת הפסיקה את מבחן הגישה המהותית. בנושאי החזקת הילדים, משמורת, חינוך והסדרי ראייה, נראה כי הפסיקה נוקטת את מבחן הגישה הפרוצדורלית. (ד390-ג)
- ט (5) (אליבא דשופט א' רובינשטיין): בית המשפט לענייני משפחה מתבקש

לבחון בכל מקרה, בראש ובראשונה, את המהות, קרי: בשורה התחתונה, אם מה שנפסק לקטינים כמזונות – לאחר דיון ראוי – משקף את צורכיהם לאמיתם. הגישה המהותית היא אפוא עיקר, והיא תכליתו של ההליך – אי קיפוח הקטינים. (ג396)

א

ד. (1) בנסיבות דנן, אין לראות את תביעת הקטינים כתביעה עצמאית, שכן עניינם נדון בפעם השנייה לפני המשיב 2 בהליך אשר יוחד לשם כך. (ז392)

(2) בנסיבות דנן, על פניו, הסכום שנפסק בעבור הקטינים הוא אמנם נמוך מהסכום המינימלי המקובל לצרכים ההכרחיים. עם זאת, פסיקת מזונות לכמה ילדים אינה נעשית בדרך של מכפלת סכומי המינימום. זאת ועוד: בקביעת המזונות מתחשב בית המשפט גם ברכוש הצדדים, והמשיב ויתר על חלקו בדירה לטובת הקטינים, מה שמאזן את סכום המזונות הנמוך באופן יחסי וגם פותר, לכאורה, את שאלת המדור. (ג393-א3)

ב

ה. בנסיבות דנן, משהסכימה העותרת להתדיין בבית הדין הרבני, היא מושתקת ומנועה מלעורר עכשיו את הטענה שכל מה שעשה בית הדין – עשה בלי סמכות, ושצוויי כאין וכאפס הם. (ד394)

ג

ו. (1) העובדה שתביעת מזונות מוגשת בשם הקטינים על ידי האם כאפוטרופה טביעת של הקטינים, אין בה כדי לאיין את האפשרות שמדובר בתביעה עצמאית, ולא זה המבחן לקביעת עצמאותה של התביעה. (ג395)

(2) בעת שהאם מגישה תביעה בשם הקטינים, רשאי בית המשפט לאשר את התביעה או לדחותה בעת ההליך עצמו, ואין צורך בהליך נפרד קודם כדי להקנות לאם סמכות לייצג את הקטינים בתביעה. (ה395-ד)

ד

ז. (אליבא דשופט נ' הנדל):

(1) המבחן הנוהג בשאלה בדבר התביעה העצמאית הוא המבחן המהותי, בין לענייני מזונות, בין לשאר ענייני הקטין. (א406)

(2) הקריטריון להפעלת המבחן המהותי הוא זה המכונה בפסיקה "דן ופסק" – אם הערכאה אשר נתנה את החלטתה בענייני הקטין שקלה לגופם את ענייניו ואת טובתו. תשובה חיובית תביא לפסול את המסלול של תביעה עצמאית זו, ואילו תשובה שלילית תאפשרו. (ב406)

(3) נטל ההוכחה הראשוני מוטל על הקטין במובן זה שעליו להצביע על אינדיקציה לכך שענייניו נבלע בענייני הוריו ושהסוגיה לא נדונה מבחינה מהותית ונפרדת. אר"אז יעבור הנטל אל ההורה המסתמך, ועליו יהיה להוכיח כי התוצאה היא פרי שקילה ודיון לגוף ענייניו של הקטין. (ג406-ב)

(4) (אליבא דשופט א' רובינשטיין): בכל ענייני הקטין הקטין הקריטריון הוא זה המהותי, קרי: אם נשקלו באופן ספציפי ולגופם הנושאים הקשורים בקטין על ידי הערכאה שדנה. (ב397-א)

ה

ו

ז

חקיקה ראשית שאוזכרה:

- חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, סעיפים 18, 19, 20.
- א חוק השמות, התשט"ז-1956, סעיף 13.
- חוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959, סעיף 12(א).
- חוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995, סעיפים 3(ג), 3(ד).

ב חקיקת משנה שאוזכרה:

- תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, תקנה 258כז.

פסקי דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

- א [1] ע"א 177/81 גלעדי נ' גלעדי, פ"ד לו(3) 179 (1982).
- [2] ע"א 363/81 פייגה נ' פייגה, פ"ד לו(3) 187 (1982).
- [3] ע"א 442/83 קס נ' קס, פ"ד לח(1) 767 (1984).
- [4] ע"א 749/83 ליפניסקי נ' ליף (ליפניסקי), פ"ד לח(3) 126 (1984).
- [5] ע"א 3924/90 לסמן נ' לסמן (לא פורסם, ניתן ביום 6.7.1992).
- ד [6] ע"א 1418/90 מאור נ' הרשנהורן, פ"ד מה(3) 95 (1991).
- [7] ע"א 5651/91 לב-רן נ' לב-רן (לא פורסם, ניתן ביום 29.6.1993).
- [8] ע"א 404/70 עברון נ' עברון, פ"ד כה(1) 373 (1971).
- [9] ע"א 527/72 דוידסון נ' דוידסון, פ"ד כז(2) 20 (1973).
- [10] ע"א 591/81 פורטוגז נ' פורטוגז, פ"ד לו(3) 449 (1982).
- ה [11] ע"א 411/76 שר נ' שר, פ"ד לב(1) 449 (1977).
- [12] ע"א 289/82 דאובה נ' דאובה, פ"ד לו(4) 625 (1982).
- [13] ע"א 544/82 חממי נ' חממי, פ"ד לח(3) 605 (1984).
- [14] ע"א 17/81 סער נ' סער, פ"ד לו(3) 207 (1982).
- [15] ע"א 210/82 גלבר נ' גלבר, פ"ד לח(2) 14 (1984).
- ו [16] ע"א 328/84 צארום נ' צארום, פ"ד לח(4) 136 (1984).
- [17] ע"א 413/85 רוט נ' רוט, פ"ד מ(1) 835 (1986).
- [18] ע"א 4515/92 שטיין נ' שטיין (לא פורסם, ניתן ביום 13.6.1994).
- [19] רע"א 6308/98 פלדמן נ' פלדמן (לא פורסם, ניתן ביום 2.12.1998).

- [20] בג"ץ 2898/03 פלונית נ' בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד נח(2) 550 (2004).
- [21] בע"מ 7916/03 פלונית נ' פלוני, פ"ד נט(5) 183 (2005).
- [22] א בג"ץ 6378/04 שרעבי נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (לא פורסם, ניתן ביום 19.8.2004).
- [23] בג"ץ 9539/00 איתן נ' בית-הדין הרבני האזורי ירושלים, פ"ד נו(1) 125 (2001).
- [24] ב ד"נ 4/82 קוט נ' קוט, פ"ד לח(3) 197 (1984).
- [25] ע"א 806/86 מילנר נ' מילנר, פ"ד מב(3) 414 (1987).
- [26] בג"ץ 9268/02 ריכטר נ' ריכטר (לא פורסם, ניתן ביום 29.7.2003).
- [27] בג"ץ 8578/01 חליווה נ' חליווה, פ"ד נו(5) 634 (2002).
- [28] ג בג"ץ 8638/03 אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד סא(1) 259 (2006).
- [29] בג"ץ 6929/10 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול (לא פורסם, ניתן ביום 7.3.2012).
- [30] בג"ץ 488/12 פלונית נ' פלוני (לא פורסם, ניתן ביום 5.6.2012).
- [31] ד בג"ץ 7706/11 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול (לא פורסם, ניתן ביום 24.4.2012).
- [32] ע"א 3868/95 ורבר נ' ורבר, פ"ד נב(5) 817 (1998).
- [33] בע"מ 5037/12 פלונית נ' פלוני (לא פורסם, ניתן ביום 23.7.2012).
- [34] בג"ץ 7341/06 פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי אשקלון (לא פורסם, ניתן ביום 14.2.2008).
- [35] ה בע"מ 2434/04 לוי נ' לוי (לא פורסם, ניתן ביום 17.5.2005).
- [36] בע"מ 7038/12 פלוני נ' פלוני (לא פורסם, ניתן ביום 16.10.2012).
- [37] ביד"מ 1/60 וינסר נ' בארי, פ"ד טו 1457 (1961).
- [38] ו בג"ץ 1073/05 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול (לא פורסם, ניתן ביום 25.6.2008).
- [39] בג"ץ 6021/10 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים (לא פורסם, ניתן ביום 4.10.2010).
- [40] ז בג"ץ 1318/11 פלונית נ' בית הדין השרעי לערעורים (לא פורסם, ניתן ביום 23.11.2011).

- [41] ע"א 16/98 מאיר נ' מאיר, פ"ד נג(2) 175 (1999).
- [42] בג"ץ 78/03 כץ נ' בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד נז(2) 875 (2003).
- א פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים שאוזכרו:
- [43] ע"מ (מחוזי ת"א) 1167/07 פלוני נ' פלונית (לא פורסם, ניתן ביום 21.10.2009).
- ב פסקי דין של בתי משפט השלום שאוזכרו:
- [44] תמ"ש (שלום קר) 11650/07 פלונית נ' פלוני (לא פורסם, ניתן ביום 22.1.2009).
- ספרים ישראליים שאוזכרו:
- ג [45] אריאל רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל – בין קודש לחול (1990).
- [46] נינה זלצמן מעשה-בית-דין בהליך אזרחי (1991).
- [47] פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך שני (1989).
- ד מאמרים ישראליים שאוזכרו:
- [48] יצחק כהן "עילת חלוקת הרכוש המשפחתי כעילה סופית? עיון מחודש בדיני המשפחה בישראל" (צפוי להתפרסם במשפחה ומשפט 1-2).
- [49] יצחק כהן "מעמדו העצמאי של הקטין בדיני המשפחה – תהליכים, מגמות ודרכים לאיזון מחודש" משפטים מא 255 (2011).
- ה שונות:
- [50] דו"ח הוועדה לבחינת נושא מזונות הילדים בישראל.
- ו עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים. העתירה נדחתה.
- ז יגאל זנדר; גליה אליהו – בשם העותרים;
שמעון יעקבי – בשם המשיבים 1-2;
צוריאל בובליל; רונה קרקר – בשם המשיב 3.
- ח

פסק דין

השופט י' עמית:

א

עניינה של עתירה זו בסוגיית התביעה העצמאית של קטינים.

עתירה נגד החלטתו של בית הדין הרבני הגדול מיום 3.5.2012 שבגדרה נדחתה בקשת העותרים לרשות ערעור על החלטתו של בית הדין האזורי בירושלים מיום 18.3.2012.

ב

התשתית העובדתית

1. העותרת 1 (להלן: העותרת או האם) והמשיב 3 (להלן: המשיב או הבעל, וביחד: בני הזוג) נישאו ביום 21.9.1995 כדמו"י, ומנישואים אלה נולדו להם ארבעה ילדים ילידי 1996, 1998, 2002 ו-2004, הם העותרים 2–5 (להלן: הקטינים). הנישואים לא עלו יפה, ובחודש ספטמבר 2008 עזב המשיב את הבית, לטענת העותרת, לאחר שנהג כלפיה באלימות פיסית ומילולית. בעקבות כך הגישה העותרת ביום 21.9.2008 תביעת מזונות ומשמורת בבית המשפט לענייני משפחה בירושלים (תמ"ש 22960/08 ותמ"ש 22961/08 בהתאמה). ביום 2.12.2008 ניתנו נגד המשיב פסקי דין בהיעדר הגנה, ולפיהם הוענקה משמורת הילדים לעותרת ונקבע כי המשיב חייב במזונות הילדים בסך 8,000 ש"ח לחודש, במחצית ההוצאות הרפואיות והלימודיות ובמזונות אישה בסך 2,500 ש"ח לחודש (להלן: פסקי הדין בהיעדר הגנה).

ג

ד

ה

2. זמן קצר לאחר שניתנו פסקי הדין בהיעדר הגנה, הגיש המשיב תביעה לבית הדין הרבני האזורי בירושלים (להלן: בית הדין) (תיק מספר 21-032303158). בדיון שהתקיים בבית הדין ביום 31.12.2008, הגיעו בני הזוג להסכם גירושין שלפיו יופחתו מזונות הילדים לסך 5,000 ש"ח; המשיב ישלם את מחצית ההוצאות הרפואיות של הילדים שאינן מכוסות על ידי קופת חולים וכן את מחצית ההוצאות של לימודיהם; דירת בני הזוג הרשומה על שם שניהם תועבר לילדים בחלקים שווים, כאשר האישה תהא רשאית להתגורר בה עם הילדים או

ו

ז

עם אחד מהם (להלן: הסכם הגירושין). בית הדין אישר את הסכם הגירושין ונתן לו תוקף של פסק דין, ובני הזוג התגרשו.

- א 3. למעלה משנה לאחר מכן, ביום 17.2.2010, הגיש המשיב תביעה לבית הדין הרבני שבגדרה תבע הפחתה של מזונות הילדים. ביום 2.5.2010 התקיים דיון בתביעה. בהמלצתו של בית הדין, הגיעו בני הזוג להסכמה שלפיה הסכום של מזונות הילדים בסך 5,000 ש"ח יישאר בעינו בהתאם להסכם הגירושין, אולם סכום זה יכלול גם את חלקו של האב בהוצאות החינוך (החויב במחצית ההוצאות הרפואיות נותר בעינו); העותרת תוותר על החוב של המשיב בגין מזונות העבר; הצו לעיכוב היציאה מן הארץ שהוטל על המשיב יבוטל; המשיב יעביר את חלקו בדירה על שם העותרת, כאשר תירשם על הדירה הערת אזהרה לטובת הילדים שתבטיח את זכויותיהם בדירה (יצוין כי בהסכם הגירושין מיום 31.12.2008 נקבע כי הדירה כולה תועבר על שמות הילדים, אלא שהדבר לא התאפשר, בשל סירובו של הבנק שלזכותו רשומה משכנתה על הדירה). לא למותר לציין כי בעת הדיון הייתה העותרת מיוצגת בעוד שהמשיב ייצג את עצמו. בית הדין אישר את ההסכם ונתן לו תוקף של פסק דין (להלן: ההסכם החדש).
- ט 4. בחלוף למעלה משנה, ביום 3.8.2011, הגישו ארבעת הקטינים תביעת מזונות באמצעות אמם-העותרת לבית המשפט לענייני משפחה (תמ"ש 7229-08-11), ובגדרה ביקשו צווים לגילוי מסמכים לגבי מצבו הפיננסי של המשיב (להלן: תביעת הקטינים).
- ה ביום 19.12.2011 הגיש המשיב בקשה לבית המשפט לענייני משפחה לדחייה על הסף של תביעת הקטינים בשל חוסר סמכות עניינית. במקביל, פנה המשיב לבית הדין בבקשה להצהיר כי הסמכות העניינית לדיון במזונות הקטינים נתונה לבית הדין. ביום 14.2.2012 התקיים דיון לפני בית הדין, וביום 18.3.2012 קבע בית הדין כי תביעת הקטינים אינה תביעה עצמאית וחדשה, אלא תביעה להגדלת מזונות, ובשל כך הסמכות לדון בה נתונה לבית הדין.
- ך בעקבות החלטתו של בית הדין, מחק בית המשפט לענייני משפחה בהחלטתו מיום 3.4.2012 את תביעת הקטינים, בהתאם לעיקרון בדבר כיבוד הערכאות.
- ט

5. ביני לביני, הגישה העותרת בקשה לרשות ערעור לבית הדין הרבני הגדול לערעורים בירושלים (להלן: בית הדין הגדול), וביום 3.5.2012 דחה בית הדין הגדול את הבקשה לרשות ערעור.

א

מכאן העתירה שלפנינו, המבקשת לבטל את החלטותיהם של בית הדין הגדול ושל בית הדין האזורי בירושלים.

תמצית טענותיהם של הצדדים

ב

6. בא כוחם של העותרים טען, בין היתר, כי תביעת הקטינים היא תביעה עצמאית וחדשה; כי הנושא של מזונות הילדים לא הועלה קודם לכן כנושא עצמאי בבית הדין, ועל כן לא קנה בית הדין סמכות לדון בעניין זה; כי הילדים הקטינים קופחו בסכום המזונות שנפסק לזכותם, בהתחשב בהכנסותיו של המשיב שעוסק בסחר ביהלומים, ומשלא הובאו ראיות לגבי הכנסותיו של המשיב ולגבי צורכי הקטינים.

ג

7. מאידך גיסא, תמך בא כוחו של המשיב בהחלטותיהם של בתי הדין וטען כי תביעת הקטינים אינה עצמאית אלא תביעה להגדלת דמי המזונות בלי שהוכח שינוי נסיבות; כי בית הדין קנה סמכות מתמשכת בנושא של מזונות הקטינים; כי הקטינים לא קופחו בסכום המזונות שנפסק לזכותם בהליכים שהתנהלו בבית הדין הרבני. לגופן של הטענות להגדלת סכום המזונות, טען המשיב כי הוא עובד בליטוש יהלומים, כי אין לו כיום מקום מגורים וכי הוא מתמודד עם חובות כבדים. המשיב טען כי הוא הצד החלש בסכסוך, וכי אף הציע לעותרת לבטל את כל ההסכמים ביניהם ולהתחיל את הדיון בנושאי הרכוש והממון מבראשית, אך העותרת סירבה לכך.

ד

ה

הערה מקדמית

ו

8. העותרים לא הגישו ערעור על פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה שמחק את תביעת המזונות בעקבות פסק דינו של בית הדין הרבני, כך שבמובן זה פסק הדין הוא חלוט. עם זאת, אין בכך כדי לייתר את העתירה התוקפת את החלטתו של בית הדין, שאם תתקבל העתירה, יהיו העותרים רשאים

ז

לחזור ולפנות לבית המשפט לענייני משפחה, באשר כבר אין מתקיימת העילה של כיבוד הערכאות שעמדה בבסיסו של פסק הדין.

א

דיון

9. השאלה העיקרית העומדת לפתחנו היא אם תביעת הקטינים היא תביעה ראשונית־עצמאית־מקורית למזונות, כטענת העותרים, או תביעה להגדלת מזונות, כטענת המשיב. הבחנה זו, נבהיר כבר עתה, היא בעלת נפקות רבה לגבי מהות ההליך ולגבי המסד העובדתי שעל העותרים להניח לצורך תביעתם לשינוי דמי המזונות שנקבעו בהסכם החדש. נקדים אפוא סקירה בנושא זה, ולאחר מכן נבחן את המקרה שלפנינו.

ב

תביעת מזונות עצמאית של קטינים – כללי

ג

10. חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 (להלן: חוק האפוטרופסות), קובע כי ההורים הם האפוטרופוסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים והם מוסמכים לייצג את עניינם. על כן, במצב הדברים הרגיל, מוסמכים ההורים להכריע ולחתום על הסכמים הנוגעים לענייניו של הקטין. הרציונל העומד בבסיס סמכות זו הוא שחזקה על הורה כי יפעל לטובת האינטרס של ילדו הקטין. הנפקות המשפטית של מתן סמכות להורים לייצג את הקטין היא כי פעולה משפטית שנעשתה על ידיהם בעבורו מחייבת את הקטין. כך, לדוגמה, אם ההורים הגישו תביעה בשם הקטין או התגוננו בשמו, הקטין יהיה מנוע בעתיד מלהגיש תביעה חדשה באותו נושא, מכוח מעשה בית דין.

ד

ה

יש פעולות מסוימות של ההורים בשם הקטין, המחייבות אישור מבית המשפט. כך, סעיף 20 לחוק האפוטרופסות קובע כמה עניינים שבהם נדרש אישור מבית המשפט לפעולות של ההורים בעבור הקטין, כמו פעולות אשר תוקפן תלוי ברישום בפנקס המתנהל על פי חוק (למשל, עסקאות במקרקעין). דוגמה נוספת היא סעיף 13 לחוק השמות, התשט"ז-1956, המצריך אישור מבית המשפט לשינוי שם משפחה של קטין. כאשר ההורים נמצאים בהליכי גירושין ומגיעים להסכמה ביניהם על שיעור המזונות של הקטין, נדרש אישור מבית המשפט לפי סעיף 12(א) לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959 (להלן: חוק לתיקון דיני המשפחה), הקובע כלהלן:

ו

"הסכם בדבר מזונות של קטין וויתור על מזונות כאלה אינו קושר את הקטין, כל עוד לא אושר על ידי בית המשפט".

א בהקשר זה נזכיר כי סעיף 3(ג) לחוק בית המשפט לעניני משפחה, התשנ"ה-1995 (להלן: חוק בית המשפט לעניני משפחה), מסמיך את בית המשפט לאשר הסכמים בכל עניין הנכלל בגדר "עניני משפחה" וליתן להסכם תוקף של פסק דין גם בהיעדר תביעה תלויה ועומדת. כן ראו תקנה 258כז לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, המנחה את בית המשפט לעניני משפחה להסביר לבעלי הדין את נפקותן של הוראות ההסכם ולוודא כי ההסכם נערך מתוך הסכמה חופשית.

ג 11. יכול שהקורא יסבור כי די בכך שבית המשפט מאשר הסכם גירושין בין בני זוג, הסכם הכולל גם התחייבות והסכמה לגבי מזונות הילדים הקטינים, ובכך התקיימה מצוותו של סעיף 12(א) לחוק לתיקון דיני המשפחה או של סעיף 3(ג) לחוק בית המשפט לעניני משפחה. אלא שבמהלך השנים הלכה והתפתחה הלכת התביעה העצמאית או התביעה הראשונית או התביעה המקורית (לשם הנוחות נשתמש להלן במונח "התביעה העצמאית" – "ע"), ולפיה רשאי הקטין "לפתוח" מחדש הסכמות שאליהן הגיעו ההורים בהסכם הגירושין בקשר למזונותיו. כפי שנראה בהמשך, התפתחה הלכה זו והוחלה גם על עניינים נוספים, כמו משמורת ומקום מגורים, הסדרי ראייה וחינוך.

ה הרציונל המוצהר שבבסיסה של הלכת התביעה העצמאית הוא כי, כאשר ההורים נמצאים בהליכי גירושין, קיים חשש כי החזקה, שלפיה טובת הילד עומדת לנגד עיניהם, אינה מתקיימת. הורים הנמצאים בעיצומם של הליכי גירושין והנאבקים על ענייניהם הכלכליים ועל קבלת הגט, עשויים לעתים לקפח, אם במכוון ואם בלי משים, את טובתו של הקטין. כך, לדוגמה, קיים חשש כי האם "תקנה" את הסכמתו של האב למתן גט, בתמורה להפחתת דמי המזונות של הקטינים.

ז 12. הפסיקה, שחששה ממצב שבו תיפגע ותיבלע טובתו של הקטין תוך כדי המאבק המשפטי בין הוריו, פיתחה אפוא את מוסד התביעה העצמאית כדי להגן על ענייניו של הקטין. עת במזונות של קטין עסקינן, ובכך עסקה מרבית הפסיקה, מוסד התביעה העצמאית מאפשר לבית המשפט לבחון מחדש (*de novo*) את

המזונות שנפסקו לזכות הקטינים – בלי להיות כבול ובלי ליתן משקל לסכום של דמי המזונות שנפסקו להם בעבר – תוך כדי בחינת צורכי הקטינים והכנסות ההורים. זאת, להבדיל מתביעה רגילה לשינוי מזונות, אשר לגביה – בהיותה חריג לעיקרון בדבר מעשה בית דין – נדרש להוכיח שינוי נסיבות מהותי המצדיק את שינוי סכום המזונות, אם להגדלה ואם להפחתה (ראו בהרחבה במאמרו של יצחק כהן "עילת חלוקת הרכוש המשפחתי כעילה סופית? עיון מחודש בדיני המשפחה בישראל" [48], להלן: כהן, "חלוקת הרכוש המשפחתי". לצורך בהוכחת שינוי נסיבות מהותי ראו, לדוגמה, פסקי הדין הבאים: ע"א 177/81 גלעדי נ' גלעדי [1]; ע"א 363/81 פייגה נ' פייגה [2]; ע"א 442/83 קס נ' קס [3]; ע"א 749/83 ליפניסקי נ' ליפ (ליפניסקי) [4]; ע"א 3924/90 לסמן נ' לסמן [5]; ע"א 1418/90 מאור נ' הרשנהורן [6]; ע"א 5651/91 לב-רן נ' לב-רן [7].

הבדל נוסף בין תביעה עצמאית לבין תביעה "רגילה" לשינוי מזונות הוא לעניין נטל ההוכחה. בעוד שבתביעה רגילה לשינוי סכום המזונות הנטל הוא על המבקש להוכיח כי חל שינוי מהותי בנסיבות, הרי שבתביעה עצמאית הנטל הפוך, והצד המבקש להותיר על כנו את סכום המזונות לקטין הוא שנדרש להוכיח כי "בסיבוב הקודם" נערך דיון מהותי בעניין מזונותיו של הקטין.

למוסד התביעה העצמאית נודעת השפעה גם על נושא הסמכות הנמשכת, למרות הרציונלים השונים שבבסיסם של שני המוסדות: שאם מגיעים אנו למסקנה כי הקטין משוחרר מכבלי ההסכם שנערך על ידי הוריו, הוא אף אינו כבול לזהות הערכאה שעליה הסכימו הוריו בשמו. לכן, לדוגמה, אם אושר בבית הדין הרבני הסכם גירושין הכולל גם הסדר באשר למזונות הקטין, וככל שנקבע כי הסכם זה אינו מחייב את הקטין מכוחה של הלכת התביעה העצמאית, יהיה הקטין רשאי להגיש תביעת מזונות עצמאית לבית המשפט לענייני משפחה.

וכעת, לאחר שהצבענו על נפקויותיו של מוסד התביעה העצמאית, נעמוד בקצרה על קנקנו של אותו מוסד, וכפי שנראה להלן, ניתן להצביע על התפתחות בהלכה לגבי מוסד זה.

13. כסמן "הקיצוני" של מוסד התביעה העצמאית, ניתן להצביע על ההלכה שנקבעה על ידי השופט ברנזון בדעת רוב בע"א 404/70 עברון נ' עברון [8], בעמ' 378 (להלן: עניין עברון). על פי הלכת עברון [8], כדי שההסכם יחייב את הקטין,

יש להגיש תביעה נפרדת בשמו של הקטין ונדרש דיון נפרד בעניינו של הקטין, שלא כחלק מהסוגיות האחרות בתביעת הגירושין. משלא נתמלאו שני תנאים פרוצדורליים אלה, אזי אף אם יתברר שהקטין לא קופח בהסכם הגירושין, הדבר אינו מעלה ואינו מוריד, והקטין יהיה רשאי לפתוח מחדש את עניינו בתביעה העצמאית. בעקבות הלכת עברון [8] הלך בית המשפט בשורה של פסקי דין, כמו ע"א 527/72 דוידסון נ' דוידסון [9], בעמ' 22, וע"א 591/81 פורטוגו נ' פורטוגו [10], בעמ' 453. ובקיצור, על פי גישה זו, אין תוקף לפסק דין מזונות של קטין, אם הדין בו נכרך עם הדין בהסכם הגירושין של ההורים.

הגישה בהלכת עברון [8], המדגישה את המבחן הפרוצדורלי, השתנתה עם חלוף הזמן לגישה שמיקדה את הדגש במבחן המהותי. על פי מבחן זה, אין צורך בהגשת תביעה נפרדת ובדין נפרד בעניינו של הקטין, ודי בכך שבית המשפט דן לגופו בעניין מזונות הילדים ובחן את ההסכם שנערך בין בני הזוג בהתייחס לטובת הילדים ולמזונותיהם. עם זאת, וכפי שהזכרנו לעיל, נקבע כי נטל ההוכחה לכך שעניינם של מזונות הילדים נדון לגופו על ידי בית המשפט עובר לאישור הסכם הגירושין, רובץ על הצד המבקש להסתמך על אותה הסכמה (ראו: ע"א 411/76 שר נ' שר [11], להלן: ענין שר; ע"א 289/82 דאובה נ' דאובה [12], בעמ' 628; ע"א 544/82 חממי נ' חממי [13]; ע"א 17/81 סער נ' סער [14]; ע"א 210/82 גלבר נ' גלבר [15]; ע"א 328/84 צארום נ' צארום [16], בעמ' 139).

על דרך השלילה נקבע במבחן המהותי כי, בהיעדר אינדיקציה כלשהי לכך שבית המשפט לא בחן את שאלת המזונות או שבית המשפט התעלם מחובתו לבחון את נסיבות עריכתו של הסכם, אין לבטל את תוצאותיו של ההליך ואין לשנות את סכום המזונות על נקלה, אלא במקרים בולטים (ע"א 413/85 רוט נ' רוט [17], בעמ' 839–840, להלן: עניין רוט; ע"א 4515/92 שטיין נ' שטיין [18], להלן: עניין שטיין; רע"א 6308/98 פלדמן נ' פלדמן [19], להלן: עניין פלדמן. עוד על התפתחות ההלכה בנושא התביעה העצמאית ראו אריאל רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל – בין קודש לחול [45], בעמ' 380–382, להלן: רוזן-צבי).

14. לאחר שורה ארוכה של פסקי דין שהלכו בעקבות המבחן המהותי, יש הגורסים כי ניתן לזהות חזרה למבחן הפרוצדורלי בהלכה שנקבעה בבג"ץ 2898/03 פלונית נ' בית-הדין הרבני הגדול [20], בעמ' 560 (להלן: עניין פלונית

הראשון). אציין כי באותו מקרה נדונה הסוגיה של משמורת הילדים ומקום מגוריהם, להבדיל מסוגיית המזונות שנדונה בסדרה של פסקי הדין שנוכרו לעיל. וכך נאמר שם על ידי השופטת (כתוארה אז) ביניש:

א

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

ב

[...]

ג

[...] אף אילו צוין בהסכם בין ההורים כי הוא נערך בשמן של הקטינות, לא היה בכך בלבד כדי להועיל. הלכה פסוקה היא כי ככלל, קטינים אינם כבולים לתוכן הסכמים שנערכו בעניינם במסגרת הליך גירושין בין ההורים, ואין הם קשורים לערכאה השיפוטית שנבחרה על-ידי הוריהם. הטעם לכך נעוץ בחשש כי במסגרת מאבק הגירושין עיקר מעייניהם של ההורים נתון לסידור ענייניהם האישיים, והם עלולים – ולו מבלי דעת או בהיסח הדעת – שלא להקפיד במידה מספקת על הבטחת האינטרסים של ילדיהם ועל טובתם. 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" (שם [20], בעמ' 561, 563, והדגשות הוספו – י' ע').

ה

ו

מדברים אלה עולה, לכאורה, כי, למרות שנקודת המוצא היא כי בית הדין שקל את טובתן של הקטינות בעת אישור הסכם הגירושין, אין די בכך, והמבחן הפרוצדורלי הוחזר בדרך הראשית לפסיקה.

ז

פסק דין פלונית הראשון [20] הביא מלומדי משפט למסקנה כי הפסיקה חזרה למבחן הפרוצדורלי (יצחק כהן "מעמדו העצמאי של הקטין בדיני המשפחה – תהליכים, מגמות ודרכים לאיזון מחודש" [49], להלן: כהן, "מעמד הקטין"). במאמרו סוקר כהן בהרחבה את התפתחות הפסיקה ומגיע למסקנה כי המטוטלת חזרה לאחור בשל סיבה לא מוצהרת, והיא כדי לצמצם את סמכותו של בית הדין הרבני.

א

15. כשלעצמי, איני סבור כי הלכת פלונית הראשון [20] חזרה והציבה על כנה את הלכת עברון [8], על המבחן הפרוצדורלי הנוקשה הכלול בה. כך עולה מפסק דינו של בית משפט זה בבע"מ 7916/03 פלונית נ' פלוני [21] (להלן: עניין פלונית השני) המאוחר לעניין פלונית הראשון. באותו מקרה נדונה תביעת קטינים להגדלת סכום המזונות שנפסק בעבורם בהסכם גירושין בבית הדין הרבני. בהתייחסה להלכת עברון [8] אמרה השופטת חיות (שם [21], בעמ' 189–190):

ב

ג

"גישה זו, המעוגנת בהבחנה שהיא בעיקרה פרוצדורלית-פורמאלית, אינה נוהגת עוד, ואת מקומה תפסה גישה המעוגנת במבחן מהותי. על-פי מבחן זה, די בכך שעניין מזונות הילדים נידון לגופו, גם אם לא הוגש בעניין זה הליך נפרד בשם הילדים, ובלבד שבית-המשפט בחן כדבעי את ההסכם שנערך בין בני-הזוג באספקלריה של טובת הילדים, ככל שהוא נוגע למזונותיהם (ראו: ע"א 411/76 שר נ' שר [...]; ע"א 289/82 דאובה נ' דאובה [...]), בעמ' 628; ע"א 544/82 חממי נ' חממי [...]; ע"א 328/84 צארום נ' צארום [...])."

ד

ה

לטעמי, ניתן להבחין בין הלכת פלונית הראשון [20] לבין שורת ההלכות שהציבו במרכז את הבחינה המהותית של הדברים. ראשית, הדיון בעניין פלונית הראשון [20] נסב בעיקרו על סוגיית הסמכות הנמשכת ולא על סוגיית התביעה העצמאית, והרציונלים שבבסיס שני נושאים אלה הם, כאמור, שונים. ודוק: לא נעלם מעיני כי סוגיית הסמכות הנמשכת משיקה לנושא התביעה העצמאית, כפי שנזכר לעיל (כהן, "מעמד הקטין" [49], בעמ' 268, ה"ש 30), אך יש בכך כדי להקהות עד מאוד את עוקצה של הטענה שלפיה בית המשפט נתכוון להסב את הגלגל לאחור חזרה להלכת עברון [8]. שנית, עיון זהיר בפסיקה מעלה הבחנה בין תביעה עצמאית בעניין מזונות ילדים – שאז עומדת ההלכה בדבר הבדיקה

ו

המהותית על כנה – לבין תביעה עצמאית בנושאי משמורת, מגורים, הסדרי ראייה וחינוך. נראה כי בנושאים אלה נוטה בית המשפט להרחיב את גבולותיה של ההלכה בדבר התביעה העצמאית, שמא כדי להרחיב את הביקורת השיפוטית על בית הדין בנושאים אלה, ולשם כך הוא משתמש בטכניקה של המבחן הפרוצדורלי. עניין פלונית הראשון [20] עוסק, כאמור, במשמורת ובמקום מגורים, וכך גם שורה של פסקי דין שבהם נראה כי בית המשפט החיל את המבחן הפרוצדורלי: בג"ץ 6378/04 שרעבי נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים [22] – שם נדונו העניינים של משמורת הקטינים; בג"ץ 9539/00 איתן נ' בית-הדין הרבני האזורי ירושלים [23], בעמ' 133 – שם נדון העניין של חינוך הבנות ונקבע כי אין סמכות נמשכת, מאחר שבבית הדין הרבני לא נערך דיון של ממש בשאלה בדבר חינוך הבנות.

העולה מן המקובץ הוא כי, בכל הקשור למזונות ילדים, נותרה ההלכה בדבר הבדיקה המהותית על כנה.

16. בנקודה זו, אחזור ואזכיר את הרציונל שבבסיס המוסד של התביעה העצמאית. כאמור, ההנחה היא כי בלהט ההתכתשות בין ההורים נזנח עניינו של הקטין, וכדי להבטיח את טובתו, אל לנו להסתפק בהסכם שאליו הגיעו הוריו של הקטין. לכן, נדרש בית המשפט לתהות על קנקנו של ההסכם ולוודא שהוא אכן תואם את טובת הקטין ועונה באופן ראוי לצרכיו (עניין פלונית השני [21], בפסקה 8, והאסמכתאות שם).

לצד רציונל זה, ניתן להצביע על יתרון נוסף הצומח ממוסד התביעה העצמאית, והוא הגנה על האינטרס של האם. במצב הדברים דהיום, כאשר האישה תלויה ברצונו של הבעל לצורך קבלת הגט, ומפאת דרך הייסורים הצפויה לאישה אם יסרב הבעל ליתן גט, היא נכונה לויתורים מרחיקי לכת כדי לקבל את גטה. ההנחה היא כי, לאחר קבלת הגט, האישה מסוגלת להתייצב למערכה נוספת, והפעם כשהיא משוחררת מהחרב המתנופפת מעל ראשה. רוצה לומר: הרטוריקה שבבסיס המוסד של התביעה העצמאית היא הגנה על עניינו של הקטין, אך, למעשה, מוסד התביעה העצמאית מאפשר לבית המשפט לתקן את הטעון תיקון במישור הממוני בין בני הזוג ולאזן אותו. יש בכך כדי להסביר מדוע הרוב המכריע של התביעות העצמאיות הן תביעות של האישה בשם הקטין

להגדלת המזונות (כהן מצביע על רציונל נסתר נוסף העומד בבסיס התביעה העצמאית, והוא הרצון להפעיל בקרה שיפוטית "ערעורית" על בית הדין תוך כדי הרחבת סמכותן של הערכאות האזרחיות – כהן, "מעמד הקטין" [49], בעמ' 295–296).

א

17. לצד היתרונות במוסד התביעה העצמאית, ניתן להצביע על שורה ארוכה של חסרונות, ואעמוד עליהם להלן.

(–) פגיעה בעיקרון בדבר מעשה בית דין: מוסד התביעה העצמאית הוא חריג למצב הדברים הרגיל, שבו רואים את ההורים כמייצגים של הקטין וכמי שמעשיהם מחייבים אותו. למצער, ניתן היה לסבור כי יש להחיל מעשה בית דין על הקטין, גם אם לא היה צד ישיר בהתדיינות הקודמת, מכוח עקרון הקרבה המשפטית (privity).

ב

ג

האפשרות לתבוע שינוי בסכום המזונות היא כשלעצמה חריג לעיקרון בדבר מעשה בית דין. הפסיקה הכירה בחריג זה, מאחר שפסק דין בעניין מזונות – הן מזונות ילדים, הן מזונות אישה – הוא פסק דין שביצועו הולך ונמשך בעתיד, וככזה הוא מסווג כעילה הולכת ונמשכת (נינה זלצמן מעשה-בית-דין בהליך אזרחי [46], בעמ' 284; כהן, "חלוקת הרכוש המשפחתי" [48], בפסקה ה(1)(א)). אולם, הפגיעה בעיקרון בדבר סופיות הדיון מכוח התביעה העצמאית היא חזקה במיוחד וחרגת מהפגיעה בעיקרון בדבר מעשה בית דין בתביעה "רגילה" לשינוי פסק דין מזונות. זאת, מאחר שהתביעה העצמאית אינה "מאוזנת" על ידי שתי הדרישות שהוצבו לגבי תביעה לשינוי מזונות, קרי: הדרישה לשינוי נסיבות מהותי ונטל ההוכחה המוטל על המבקש (כהן, "מעמד הקטין" [49], בעמ' 279).

ד

ה

אף ניתן לומר כי מוסד התביעה העצמאית מתמרץ את ההורה לפתוח את ההסכם בתוך זמן קצר, ואפילו בתוך ימים מספר לאחר שניתן פסק דין המאשר את הסכם הגירושיין. זאת, לשיטתם של הגורסים כי חלוף הזמן מכרסם בטענה לתחולתה של התביעה העצמאית, וככל שעבר זמן ניכר יותר ממועד אישורו של ההסכם, יש בכך כדי להצביע שסופקו כדבעי צורכי הקטין (ראו פסק דינו של השופט שנלר בע"מ (מחוזי ת"א) 1167/07 פלוני נ' פלונית [43], בפסקה 34 טיפא).

ו

ז

א (-) היעדר סופיות, ריבוי הליכים ועומס על בתי המשפט: האפשרות לפתוח מחדש נושא שכבר נדון מביאה לריבוי התדייגויות בבית המשפט ומעמיסה על המערכת של בתי המשפט בכלל, ועל בתי המשפט לענייני משפחה בפרט. הנושא של מזונות הילדים, ובתוכו מוסד התביעה העצמאית, הוא אחד הגורמים העיקריים לאחת התופעות הייחודיות לבית המשפט לענייני משפחה לעומת בתי המשפט הרגילים – היעדר סופיות הדיון, כאשר אותם צדדים חוזרים שוב ושוב לבית המשפט וההתדייגות ביניהם אינה מסתיימת.

ב (-) "חזקת הזנחת הילד" מצד ההורים: בעוד שבמצב הדברים הרגיל עומדת החזקה כי ההורים פועלים לטובת ילדם, הרי שבבסיס המוסד של התביעה העצמאית עומדת חזקה הפוכה ולפיה ההורים אינם פועלים לטובת ילדם, בבחינת "חזקת הזנחת אינטרס הקטין" (כהן, "מעמד הקטין" [49], בעמ' 264).

ג (-) "חזקת הזנחת הילד" מצד בית המשפט: מוסד התביעה העצמאית, על "חזקת הזנחת אינטרס הקטין" שבבסיסו, עומד גם בניגוד לחזקה שבית משפט או בית דין, שאישר הסכם גירושין הכולל גם הסדר מזונות לילדים, בחן את הוראות ההסכם גם באספקלריה של טובת הקטין. מכאן, שההנחה הסמויה העומדת בבסיס התביעה העצמאית היא שבית המשפט או בית הדין הזניח את עניינו של הקטין ופעל כ"חותמת גומי" של הצדדים.

ד ומוזווית נוספת: התביעה העצמאית מרוקנת מתוכן, מבחינת מעשה בית דין, את הנפקות המשפטית של פסק הדין שאישר הסדר בדבר מזונות קטינים בהסכם גירושין כולל.

ה (-) מזונות הילדים כחלק בלתי נפרד מהמערך הכולל של ההסדר: קשה לבודד את עניינם של הקטינים, ובעיקר את הנושא של מזונות הקטינים, מכלל נושאי הרכוש והממון שבהסכם הגירושין. הסכם הגירושין הוא מעשה רקמה עדינה, שמזונות הילדים הוא אחד החוטים העיקריים בו. אם פרמת חוט זה, נמצאת מפר את מערכת האיזונים שבבסיס ההסכם. כך, לדוגמה, ייתכן כי ההורים הגיעו להסכמה שהאב ישלם סכום מסוים של מזונות לילדים, מתוך הבנה בלתי מופרכת כלל כי האב אוהב את ילדיו ורוצה ביקרם, ירכוש בעבורם ביגוד, ייסע איתם לחופשות בארץ ובחו"ל, יעניק להם מתנות וכיוצ"ב דברים שאינם מעוגנים בהתחייבות מפורשת בהסכם הגירושין. ייתכן כי האב ויתר על

חלק מהרכוש מתוך הנחה כי בכך הוא מותיר מקור הכנסה נוסף שישמש את האם בעבור הילדים, או שוויתר על חלק מהרכוש כדי לרושמו על שם הילדים כדי להבטיח את עתידם. מכאן, שההפרדה בין מזונות הילדים לבין מכלול הנושאים בהסכם הגירושין היא לעתים קרובות הפרדה מלאכותית.

א

(-) התביעה העצמאית אינה עצמאית כלל: ההבחנה בין הקטין לבין ההורה המייצג אותו היא לעתים קרובות פיקציה. התביעה הראשונה מוגשת על ידי ההורה בשמו של הקטין, וגם התביעה השנייה מוגשת על ידי ההורה בשמו של הקטין, אך הפעם כתובענה נפרדת בכובע של תביעה עצמאית (אך ראו סעיף 3(ד) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, המאפשר לקטין להגיש תובענה לבית המשפט לענייני משפחה שלא באמצעות אפוטרופוס).

ב

(-) היעדר ודאות ויציבות: ככל שאנו מחזקים את מוסד התביעה העצמאית, כך אנו מערערים את היציבות ואת הודאות החוזית-משפטית בין ההורים, מה שבתורו עשוי להגביר עוד יותר את החשדנות ביניהם, לכרסם במוטיבציה להגיע להסכם גירושין ולהקשות על בני הזוג להגיע להסכם גירושין. זאת, מאחר שכל צד חושד במשנהו שההסכם הוא בעבורו רק שלב ביניים עד לפנייה חוזרת לבית המשפט (עניין שטיין [18]). מוסד התביעה העצמאית אף מגביר את הדרישה לתניות שיפוי ול"ערבים לשיפוי" למקרה שסכום המזונות יוגדל, מה שמקשה עוד יותר על הצדדים להגיע להסכם כולל, מאחר שלעתים בן הזוג מתקשה למצוא צד שלישי שיהיה נכון לערוב לו (למוסד הערבים לשיפוי תוך כדי הבטחת מנגנון זה באמצעות ערבות ראו: ד"ר 4/82 קוט נ' קוט [24]; ע"א 806/86 מילנר נ' מילנר [25]; רוזן-צבי [45], בעמ' 382-390).

ג

ד

ה

(-) אי כיבוד הסכמים, פגיעה בהורים ובטובת הקטין: כפועל יוצא ממוסד התביעה העצמאית ומהחשש ל"תכסיסנות" מצד בן הזוג, ניתן להצביע על תופעות לוואי שליליות נוספות, כגון כרסום בעיקרון בדבר כיבוד הסכמים; מאזן אימה שמביא את בן הזוג להסוות את שיקומו הכלכלי או שלא למצות את יכולתו להשתקם מבחינה כלכלית; חשש לניצול לרעה על ידי מי מבני הזוג למטרות שאין בינן לבין טובת הקטין ולא כלום; המשך ההתכתשות בין ההורים במשך שנים רבות לאחר הסכם הגירושין, מה שמעצים בתורו את הפגיעה בילדים ומעכיר עוד יותר את היחסים בין הקטינים לבין ההורים ובין ההורים

ו

ז

לבין עצמם. זאת, בניגוד גמור לטובת הקטין העומדת בבסיס המוסד של התביעה העצמאית (דברי השופט אשר בפרשת שר [11]; כהן, "מעמד הקטין" [49], בעמ' 283).

א

18. דומני כי כל החסרונות שמנינו לעיל תומכים בגישת המבחן המהותי. גישה זו, לעומת המבחן הפרוצדורלי, מצמצמת את השימוש במוסד התביעה העצמאית ונותנת לבית המשפט מכשיר גמיש לתקן בעת הצורך את המעוות, אם כלפי הקטין ואם כלפי אמו שנאלצה לוותר בשמו על מזונות ראויים בתמורה לגטה. לטעמי, נקודת המוצא היא שבית המשפט או בית הדין שאישר את הסכם הגירושין בחן גם את עניינם של הקטינים. אולם, ניתן לסטות מנקודת מוצא זו בעת הצורך ואם הוכח אחרת, כפי שעולה מדברי הנשיא שמגר בעניין רוט [17]:

ב

ג

"הסכם בין ההורים אין בו אמנם כשלעצמו כדי לחסום דרכו של הקטין, התובע מזונותיו ממי שחייב בהם (ע"א 169/75 [...]), אולם אם ההסכם אושר בבית המשפט בהליך שהוקדש אך לכך, אין לבטל 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" (שם [17], בעמ' 839, ההדגשות במקור – י' ע').

ד

ה

שאלה היא אם דברים אלה, שעליהם חזר הנשיא ברק בעניין פלדמן [19], אינם עומדים בסתירה להלכה שלפיה נטל ההוכחה רובץ על הצד המבקש להסתמך על ההליך הקודם. דומני כי ניתן ליישב בין השניים בכך שהנטל אמנם רובץ על המבקש להסתמך על ההסכם שאושר "בסיבוב הראשון", אולם הנטל אינו כבד, ודי להראות שאין אינדיקציה לכך שבית המשפט אכן לא נתן דעתו לשאלת המזונות בעת שאישר את ההסכם.

ו

19. הגענו אפוא למסקנה שהפסיקה אוחזת עדיין במבחן הבדיקה המהותית. לטעמי, הבדיקה המהותית היא דו־שלבית:

ז

בשלב הראשון יש לבחון אם התקיים דיון ענייני במזונות הקטינים. כאמור, בהיעדר אינדיקציה לסתור, נקודת המוצא היא שבית המשפט בחן גם את עניינם של הקטינים כאשר אישר את הסכם הגירושין. כוחה של נקודת המוצא הוא "חזק" יותר כאשר בית המשפט אף גילה מעורבות בגיבוש ההסכם. עם זאת, לאור סמכותו של בית המשפט לענייני משפחה לאשר הסכם גירושין גם בלי שהוגשה תביעה, חזקה על בית המשפט כי גם באישור הסכם שלא היה מעורב בגיבושו בחן בית המשפט אם יש בהסכם מענה לצורכי הקטינים. אם התמלאה דרישה זו, בכך מסתיים מסענו והתביעה תיבחן במסלול של תביעה לשינוי מזונות עקב שינוי מהותי בנסיבות.

א

ב

במאמר מוסגר: מכאן נובעת האחריות המיוחדת המוטלת לפתחו של בית המשפט המאשר הסכם גירושין הכולל מזונות ילדים. אישור ההסכם, כשלעצמו, מפחית, כאמור, את הסיכוי לתביעה עצמאית.

ג

בשלב השני יש לבחון אם בפועל הקטינים אכן קופחו בסכום המזונות שנפסק לזכותם בעת אישור הסכם הגירושין. בגדר כך על בית המשפט לבחון את גילו של הקטין, את הצרכים הבסיסיים של הקטין, את צרכיו המיוחדים ואת הכנסותיו של כל אחד מההורים. ככל שנמצא כי הקטין לא קופח במזונותיו, הרי שאין טעם "לפתוח" את ההסכם, אף אם לא נתמלאה הדרישה הראשונה של דיון ענייני במזונות הקטינים.

ד

עם זאת, במקרה של קיפוח מהותי הזועק על פניו לגבי מזונות הקטין, מה לי תביעה עצמאית ומה לי תביעה להגדלת מזונות? בשני המקרים שומה על בית המשפט לבחון מחדש את מזונות הקטין. תימוכין לכך אני מוצא בדבריו של המלומד פנחס שיפמן בספרו דיני המשפחה בישראל כרך שני [47]. המחבר גורס כי נדרשת רוויזיה בפסיקה כדי להחזיר את האיזון בין הצורך בכיבוד ההסכם לבין הצורך בהגנה על הילד. המחבר אינו מבחין לעניין זה בין תביעה עצמאית לבין תביעה להגדלת מזונות עקב שינוי נסיבות:

ה

ו

"[...] אם הקטין יכול לקבל די מחסורו מן האם, לא מתקפחות זכויותיו, אם לא ניתנת לו זכות תביעה כלפי האב. לעומת זאת, שלילת זכות התביעה כלפי האב נהפכת לקטין לרועץ, אם אימו איננה מסוגלת לפרנסו כדרוש. לענין זה אין נפקא מינה אם כבר בעת

ז

עריכת ההסכם, ברור היה שהילד לא יוכל לקבל את מלוא מזונותיו מן האם, וההסדר פסול מראשיתו, או שמא רק עקב שינוי הנסיבות, מתבקשת פניה אל האב" (שם [47], בעמ' 267).

א

20. טיכום ביניים:

א. יש להבחין בין תביעה "רגילה" לשינוי מזונותיו של קטין לבין תביעה עצמאית של קטין.

ב

ב. סוגיית התביעה העצמאית משיקה לסוגיית הסמכות הנמשכת – למרות הרציונלים השונים שבבסיס שתי הסוגיות – שאם נקבע כי בתביעה עצמאית עסקינן, אין סמכות נמשכת.

ג

ג. הגישה הפרוצדורלית מרחיבה את מוסד התביעה העצמאית, בעוד שהגישה המהותית מצמצמת מוסד זה. לבחינת השאלה אם מדובר בתביעה מזונונת עצמאית של קטין נוקטת הפסיקה את מבחן הגישה המהותית. בנושאי החזקת הילדים, משמורת, חינוך והסדרי ראייה, נראה כי הפסיקה נוקטת את מבחן הגישה הפרוצדורלית.

ד

ד. מוסד התביעה העצמאית מבוסס על ההנחות כי עניינו של הקטין נזנח וכי יש בו כדי להגן על האינטרס של האם. מנגד, למוסד זה יש חסרונות בלתי מבוטלים (פגיעה בעיקרון בדבר מעשה בית דין; ריבוי הליכים ועומס על הערכאות; "חזקת הזנחת הילד" מצד ההורים ומצד בית המשפט; פרימה של מכלול הסכם הגירושין; עצמאות התביעה היא פיקציה; היעדר ודאות ויציבות; אי כיבוד הסכמים; פגיעה בהורים ובטובת הקטין).

ה

ה. מבחן הבדיקה המהותית בתביעת מזונות עצמאית של קטין הוא דו-שלבי.

ו

האם מדובר בתביעת מזונות עצמאית במקרה שלפנינו?

21. ומהתם להכא. לתמיכה בטענתם, שלפיה מדובר בתביעת מזונות עצמאית אשר לא נידונה בעבר, ציינו העותרים כי סכום המזונות שנקבע בהסכם הגירושין ובהסכם החדש אושר על ידי בית הדין בלי שהתקיים דיון ענייני וממזה בצורכי הקטינים.

ז

אקדים ואומר כי דין הטענה להידחות.

22. כזכור, מזונות הקטינים נדונו פעמיים בבית הדין: בפעם הראשונה ביום 31.12.2008, עת אישר בית הדין את הסכם הגירושין בין בני הזוג, ובפעם השנייה ביום 2.5.2010, עת התקיים דיון בתביעת המשיב להפחתת מזונות ואושר ההסכם החדש. אזכיר כי ההליך נפתח על ידי האב תחת הכותרת "תביעה להפחתת מזונות הילדים". במצב דברים זה "ההנחה היא כי בהליך שהוקדש כולו לעניין המזונות, ושכסופו אישר בית-המשפט הסכם בין הצדדים, דווקא התקיים דיון כזה" (עניין פלונית השני [21], בעמ' 191). בנסיבות דומות, שבהן התקיים דיון נפרד בעניין מזונות הילדים, נאמר על ידי הנשיא שמגר בעניין רוט [17]:

"לו היה מדובר, למשל, על התדיינות בין ההורים, אשר בה היווה עניין המזונות רק חלק שולי מן הנושאים שבמחלוקת, יכולה הייתה, למשל, לעלות השאלה, אם לא נבלע עניין המזונות בדיון הרחב יותר שקיים בעניין, ואם לא נגרע בשל כך חלקם של הקטינים. במקרה כגון זה אך סביר הוא, שבית המשפט יוסיף ויבחן, אם היה דיון ענייני ונפרד במזונותיהם של הקטינים; אולם אם עניין המזונות סוכם בהסכם נפרד, אשר מובא גם לאישורו של בית המשפט המחוזי כהליך שהוקדש אך ורק למזונותיהם של הקטינים, אין להבין, מדוע סברה הערכאה הראשונה, כי לא נתקיים דיון נפרד בעניינו של הקטין, או מדוע סבר, כי העניין לא נשקל על-ידי בית המשפט בנפרד מן הסכסוך בין ההורים" (שם [17], בעמ' 839–840, ההדגשה הוספה – 'ע).

כאמור, הדיון השני ביום 2.5.2010, שבעקבותיו נעשה ההסכם החדש, התקיים בעקבות תביעתו הנפרדת של המשיב להפחתת מזונות הילדים, כך שבדין כי על שאלה זו נסב הדיון. מפרוטוקול הדיון – שבמהלכו הייתה העותרת מיוצגת בעוד שהמשיב ייצג את עצמו – נחזה כי בית הדין שמע את טענות הצדדים לגבי השתכרותם ולגבי צורכי הקטינים, גם אם הדיון "התפורר" לנושאים נוספים, כפי שקורה לא אחת בדיונים מעין אלה, ולבסוף הביא בית הדין את הצדדים להסכם החדש. אציין כי בהסכם החדש אנו מוצאים תיקון

בכתב יד, ובמקום "הבעל" או "האיש" ו"האשה" נכתב "האב" ו"האם" – במקום האיש והאישה, מה שעשוי אף הוא ללמד כי ההסכם נערך בכובעם של השניים כהורי הקטינים. לכן, גם לשיטתם של המבקשים להרחיב את מוסד התביעה העצמאית ואפילו על פי הגישה הפרוצדורלית, לא ניתן לומר כי בית הדין לא נתן דעתו למזונות הקטינים.

לאור מהלך הישיבה שבה הגיעו הצדדים להסכם החדש, איני נדרש לטענת העותרים כי בישיבה הראשונה, שבמהלכה הגיעו הצדדים להסכם גירושין, לא קיים בית הדין דיון בנושא של מזונות הילדים ואך אישר את הסכמת הצדדים. עם זאת ולמעלה מן הצורך, אציין כי מפרוטוקול הדיון עולה שאין מדובר בהסכם מוגמר שהביאו הצדדים לאישורו של בית הדין, אלא בהסכם גירושין שהוכתב לפרוטוקול, ככל הנראה בעזרתו של בית הדין ועל דעתו. לכן, אין מקום לטענה שלפיה אישורו של בית הדין את ההסכם היה בגדר פעולה טכנית בלבד. מקום שבו היה בית המשפט או בית הדין מעורב באופן פעיל בגיבוש ההסכם, ניתן להניח כי הוא בחן את ההסכם היה בגדר פעולה טכנית זאת את הנושא של מזונות הילדים (ראו בג"ץ 9268/02 ריכטר נ' ריכטר [26], המבחין בין נסיבות שבהן היה בית המשפט או בית הדין מעורב בגיבוש ההסכם לבין מצב שבו אושר ההסכם כלשונו כפי שנוסח על ידי הצדדים, כמו במקרה שנדון בבג"ץ 8578/01 חליווה נ' חליווה [27]).

23. זאת ועוד: הזכרנו את החשש כי, כדי לקבל את הגט, תהא האם נכונה לשלם "במטבע קשה" בדמות הפחתה ניכרת בסכום המזונות שייפסק לזכות הילדים בהסכם הגירושין. אכן, בהסכם הגירושין הופחתו מזונות הילדים מסך של 8,000 ש"ח שנפסקו על ידי בית הדין למשפחה לסכום של 5,000 ש"ח, אך יש לזכור כי פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה ניתן בהיעדר הגנה. מכל מקום, החשוב לעניינינו הוא כי, במקרה דנן, הצדדים כבר הגיעו להסכם גירושין והתגרשו, כך שהדיון השני שנערך לאחר מכן וההסכם החדש שגובש בעקבותיו נערכו כאשר האם כבר הייתה משוחררת מלחץ הגט.

24. סיכומי של דבר, אין לראות את תביעת הקטינים כתביעה עצמאית, שכן עניינם נדון בפעם השנייה לפני בית הדין בהליך אשר יחד לשם כך.

לאור מסקנה זו, איני נדרש לבחון את השלב השני, אך, למעלה מן הצורך, אומר כי, על פניו, הסכום של 5,000 ש"ח בצירוף מחצית ההוצאות הרפואיות שנפסק בעבור ארבעת הילדים הוא אמנם נמוך מהסכום המינימלי המקובל לצרכים ההכרחיים, העומד על כ-1,250 ש"ח לילד בצירוף הוצאות מדור. עם זאת, פסיקת מזונות לכמה ילדים אינה נעשית בדרך של מכפלת סכומי המינימום, וידועות האמרות "נר לאחד – נר למאה", או כי לצורך הכנת מרק לאחד יש צורך בחומרים רבים, אך כדי להאכיל מספר נוסף של אנשים די להוסיף מים (השופט נ' סילמן בתמ"ש (שלום קר') 11650/07 פלונית נ' פלוני [44]). זאת ועוד: בקביעת המזונות מתחשב בית המשפט גם ברכוש הצדדים, ובמקרה דנן ויתר המשיב על חלקו בדירה לטובת הילדים, מה שמאזן את סכום המזונות הנמוך באופן יחסי וגם פותר, לכאורה, את שאלת המדור.

א

ב

האם קנה בית הדין סמכות מתמשכת בעניין מזונותיהם של הקטינים?

ג

25. לטענת העותרים, קביעתו של בית הדין הרבני לגבי סמכותו לדון במזונות הילדים עומדת בסתירה להלכה שנקבעה בבג"ץ 8638/03 אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים [28] (להלן: עניין סימה אמיר), שם נקבע כי אין לבית הדין סמכות נמשכת לדון בתביעה לאכיפת תניית שיפוי בהסכם גירושין לאחר שהדיון בתביעת הגירושין תם.

ד

הסוגיה בדבר היקף סמכותו של בית הדין לאחר מתן הגט עומדת בימים אלה על המדוכה בבית משפט זה (בג"ץ 6929/10 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול [29]). עם זאת, איני סבור כי המקרה שלפנינו מצדיק להידרש לסוגיה ולשאלות שתידונה באותו מקרה (השור: בג"ץ 488/12 פלונית נ' פלוני [30], בפסקה 7; בג"ץ 7706/11 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול [31], בפסקה ד'). זאת, לאור המסקנה שאליה הגענו לעיל ולפיה אין לראות את תביעת הקטינים כתביעה עצמאית. כאמור, נושא התביעה העצמאית משיק לשאלה בדבר הסמכות הנמשכת, שאם תאמר כי בתביעה עצמאית עסקינן הרי שאין הקטינים כבולים לערכאה שבה בחרו הוריהם להתדיין קודם לכן.

ה

ו

26. מכל מקום, אף איני נדרש במקרה דנן לשאלה אם תביעה רגילה לשינוי מזונות נופלת בגדר סמכותו הנמשכת של בית הדין גם לאחר הגירושין, כפי שיובהר להלן.

ז

- סעיף ו' להסכם הגירושין בין הצדדים קובע כי "בזה מתבטלים כל פסקי הדין שניתנו בערכאה אחרת". ברי כי הצדדים התכוונו בכך לפסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה מיום 2.12.2008, וכי הסכימו כי הסכם הגירושין שאושר על ידי בית הדין יבוא במקומו. ככלל, יש בכוחה של הסכמה "ברורה ומיוחדת" של הצדדים "אף להקנות סמכות לערכאה שונה מזו שהייתה מוסכמת לדון על-פי כלל ההמשכיות" (ע"א 3868/95 ורבר נ' ורבר [32], בעמ' 1838, והאסמכתאות שם). עם זאת, ספק אם ניתן להסיק מהוראת סעיף זה להסכם הגירושין הסכמה ברורה של בני הזוג להקנות סמכות לבית הדין. בשל ספק זה, בצירוף הלכת סימה אמיר [28], אני נכון להניח כי ניתן לטעון שהסכמת העותרת לדון בגדר הסכם הגירושין במזונות הילדים אינה מקנה לבית הדין סמכות נמשכת לדון בנושא המזונות.
- אולם, נחזור ונזכיר כי ביום 2.5.2010 הגיעו בני הזוג בשנית לבית הדין כדי לדון בתביעת הבעל להפחתת דמי המזונות. דיון זה במזונות הילדים נערך בהסכמתה של העותרת לעניין הסמכות, ויש בו, למצער, משום השלמה עם סמכות זו (ראו בע"מ 5037/12 פלונית נ' פלוני [33], בפסקה ח' לפסק דינו של השופט רובינשטיין). משהסכימה העותרת להתדיין בבית הדין הרבני, היא מושתקת ומנועה "מלעורר עכשיו את הטענה שכל מה שעשה בית-המשפט [במקרה שלנו – בית הדין] עשה בלי סמכות ושצויו כאיין וכאפס הם" (בג"ץ 7341/06 פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי אשקלון [34], בפסקה י' לפסק דינו של השופט רובינשטיין). במקרה דנן, הדיון נערך לאחר הגירושין, כך שבאותה עת התייצבותה של העותרת כאפוטרופה של הקטינים אף לא הייתה נגועה בניגוד עניינים, והסכמתה לסמכותו של בית הדין הייתה הסכמה מדעת, ונזכיר כי העותרת אף הייתה מיוצגת בדיון.
- אציין כי, במרבית פסקי הדין בסוגיית הסמכות הנמשכת, האם היא שהתייצבה לפני בית הדין כתובעת בעניין זכויות הקטינים, בעוד שבמקרה דנן האם התייצבה כנתבעת בתביעה להקטנת מזונות (ראו כדוגמה נוספת בע"מ 2434/04 לוי נ' לוי [35]). אולם, משהייתה העותרת מיוצגת בעת הדיון השני לפני בית הדין, ומשהתקיים הדיון השני לאחר מתן הגט, איני רואה נפקות להבחנה זו.

הערה לפני סיום

27. לפני סיום, ולמרות שהגעתי למסקנה כי דין העתירה להידחות, אעיר כי אין נפקות הדבר שאני מאמץ את הנמקותיו של בית הדין האזורי בפסק דינו מיום 18.3.2012, שבו דחה את טענות העותרת. מפסק הדין עולה כי בית הדין ייחס חשיבות רבה לעובדה שהעותרת הגישה את התביעה בבית המשפט בשם הקטינים, וכלשונו: "גם בשני הדיונים שהתקיימו בבית הדין בנושא המזונות, לפני סידור הגט ושנה וחצי אחר כך, דנה האם במזונות הילדים כאפוטרופא טבעית, והיכן כאן השינוי?".

כן העלה בית הדין בפסק דינו ספק אם רשאית העותרת להגיש תביעה בשם של הקטינים ולייצג את עניינם כאשר אין אביהם מסכים למהלך זה.

28. ולא היא. העובדה שתביעת מזונות מוגשת בשם הקטינים על ידי האם כאפוטרופה טבעית של הקטינים, אין בה כדי לאיין את האפשרות שמדובר בתביעה עצמאית, ולא זה המבחן לקביעת עצמאותה של התביעה. אף אין ממש בספק שהעלה בית הדין לגבי כוחה של העותרת לייצג את הקטינים. סעיף 18 לחוק האפוטרופסות קובע כי על הורי הקטין לשתף פעולה בהחלטות הנוגעות לגידולו, וסעיף 19 קובע כי, באין הסכמה מצידם, יובא הדבר להכרעה שיפוטית. ברם, בעת שהאם מגישה תביעה בשם הקטינים, רשאי בית המשפט לאשר את התביעה או לדחותה בעת ההליך עצמו, ואין צורך בהליך נפרד קודם כדי להקנות לאם סמכות לייצג את הקטינים בתביעה.

סוף דבר

29. בסופו של דבר, מצאתי כי תביעת הקטינים אינה תביעת מזונות עצמאית, אלא תביעה להעלאת דמי המזונות מצד האם, וכי הסמכות לדון בתביעה זו מסורה לבית הדין הרבני.

אשר על כן, דין העתירה להידחות. בנסיבות העניין, ולפנים משורת הדין, אין צו להוצאות.

השופט א' רובינשטיין:

- א. חברי השופט עמית בחוות דעתו היסודית "אחז בקרניו" את הנושא של תביעת הילדים לשינוי מזונות, הקרויה "התביעה העצמית", שיסודה ומעלתה (כפי שציין בפסקה 16) הם החשש כי עניינו של הקטין נפגע במאבקי הוריו. זאת, נוסף לחשש מהיסחטות האם-האישה טרם הגט, בעוד שלאחריו ידיה משוחררות יותר מכבלי האב-הבעל. מנגד, הוא ציין (בפסקה 17) חסרונות שונים של מוסד התביעה העצמאית. אוסיף בעניין זה כי החשש ממניפולציות אינו חד-כיווני, כמובן, וייתכן מצב שבו הבעל-האב חש מרומה לאחר שהסכם שכרת זה עתה נפתח בדלת צדדית מיד לאחר מכן, אלא אם כן הייעוץ המשפטי שקיבל הזהירו מראש. העולה מאלה, מכל מקום, היא אכן גישת המבחן המהותי. בית המשפט לענייני משפחה מתבקש לבחון בכל מקרה, בראש ובראשונה, את המהות, קרי: בשורה התחתונה, אם מה שנפסק לקטינים כמזונות – לאחר דיון ראוי – משקף את צורכיהם לאמיתם. הגישה המהותית היא אפוא עיקר, והיא תכליתו של ההליך – אי קיפוח הקטינים. ההיבט הדיוני הוא משרתו של ההיבט המהותי; חשיבותו היא בהבטחת השימוע לכול, הצדק הטבעי וייצוג האינטרס של הקטין. אף איני שולל כשלעצמי כי במקרים מסוימים – הם יהיו חריגים, כמובן – ייוצג הקטין על ידי היועץ המשפטי לממשלה, כפי שנקבע בהסדר לעניין הממזרות (להבדיל) שנערך בסוף 2003; ראו בע"מ 7038/12 פלוני נ' פלוני [36], בפסקה י"ד והאסמכתאות שם. כללם של דברים, מצטרף אני לחוות דעתו המהותית (תרתי משמע) של חברי בנושאי המזונות.
- ב. אחר הדברים האלה נתוודעתי לקיומו של דו"ח הוועדה לבחינת נושא מזונות הילדים בישראל [50] בראשות פרופ' פנחס שיפמן, שהוגש לשר המשפטים לאחרונה. המלצות הוועדה, המוציאות את נושאי המזונות מדיני המעמד האישי, מחלקות את האחריות לטיפול ולכלכלה בין שני ההורים, תוך כדי הדגשת זכות הילד לתמיכה כלכלית כזכות עצמאית שלו ששני הוריו אחראים למימושה. מוצע גם לקבוע כי הסכמת ההורים הפוגעת בזכות הילד לתמיכה הכלכלית או בשיעור החיוב ההורי – בטלה. הואיל והצעות אלה טרם היו לחוק, נסתפק בהזכרתן, בוודאי בלא הבעת דעה עליהן לגופן. לטעמי ולענייננו, החשוב הוא כי גם מהן עולה, לכאורה – כך דומני – המבחן המהותי.

ג. ולסופו של דבר עיינתי בחוות דעתו המאלפת של חברי השופט הנדל. אכן, מתחילה לא היה בכוונתי להידרש לנושאים שאינם מזונו, אשר אינם נחוצים להכרעה בעניינינו. ואולם, משנדרש אליהם גם חברי השופט הנדל בחוות דעתו המעמיקה ושני חבריי הגדילו תורה והאדירו, אומר אף אנוכי מילה. אציין כי, גם לשיטתי, כמו לשיטת השופט הנדל, בכל ענייני הקטין הקריטריון הוא זה המהותי, קרי: אם נשקלו באופן ספציפי ולגופם הנושאים הקשורים בקטין על ידי הערכאה שדנה. הגינות וטובת הקטין – הן והן; אך ל"כרכור" בין הערכאות – כניסוחו של בית הדין הרבני באחת הפרשיות מכבר – לשם השגת יתרונות אלה ואחרים לא ייתן בית משפט זה יד. המבחן הוא אפוא אמיתות ההליך בכל הנוגע לקטין לאחר שבית המשפט וידא, באמצעות ייצוג וחוות דעת לפי הנחוץ, כי ענייניו של זה נשקלים באופן שאינו טבול בסכסוכי הוריו. כדי לדובב שפתי ישנים, אציין כי עוד מקדם דן השופט (כתוארו אז) זילברג בחשש פן יישחק הקטין במאבקי הוריו, והציע כי פקידי סעד יהיו מעורבים כנציגי הקטין (ביד"ם 1/60 וינטר נ' בארי [37], בעמ' 1466).

ד. אודה כי עצוב למדי לקרוא את הסאגה הפסיקתית המייגעת והבלתי נלאית, על עליותיה ומורדותיה, הנסקרת על ידי חבריי. אכן, בית המשפט בונה את פסיקתו על כתפי קודמיו, נדבך על גבי נדבך, אך נדמה לי שבלי להוסיף דפים נוספים לסקירות חבריי ניתן לחלץ מהם את עמוד האש ועמוד הענן, כוכב הצפון, והוא שכבר אמרנו: דיון מהותי אמיתי בצורכי הקטין, יהיו אשר יהיו; "דן ופסק" – דן כפשוטו ובהמשך פסק. לו יהי.

ה. ובנידון דידן התוצאה מוסכמת על כולנו.

השופט נ' הנדל:

1. עיינתי היטב בחוות דעתו המקיפה של חברי השופט י' עמית בנושא הרגיש של תביעות עצמאיות של קטינים המסתייגים מההסכם שבין הוריהם אשר קיבל תוקף בהליך משפטי. חברי היטיב להציג את המסגרת ההיסטורית וכן את השיקולים הרלוונטיים המצדדים והמסתייגים ממסלול זה המאפשר הגשת תביעה עצמאית על ידי קטינים בעניינים הנוגעים למזונותיהם, למשמורתם, לחינוכם ולסוגיות נוספות בעלות השפעה ישירה על טובתם בהווה ובעתיד.

א כחברי השופט א' רובינשטיין, מצטרף גם אני לחוות דעתו "המהותית (תרתי משמע)" (פסקה א לחוות דעתו של השופט רובינשטיין) של חברי השופט י' עמית ומסכים לתוצאה שאליה הגיע בתיק זה ולפיה אין לראות את תביעת הקטינים כתביעה עצמאית בעניין מזונותיהם, הואיל ועניינם נדון לגופו על ידי בית הדין הרבני. את תביעתם יש לראות כתביעה להעלאת דמי מזונות, והסמכות לדון בה מסורה לבית הדין הרבני אשר "דן ופסק" בכך בגלגול הקודם.

ב לצד הדרך שפילס חברי השופט י' עמית ואשר מוליכה לתוצאה האמורה, פנתה חוות דעתו אף לשבילים צדדיים שבהם סקר את עמדותיו בהיבטים נוספים הנוגעים לסוגיה הכללית שלפנינו. גם אני סבור כמותו כי ההכרעה בעניינים אלה אינה נדרשת במקרה שלפנינו, אולם מצאתי לנכון, בשל חשיבות העניין, לצרף כמה הערות.

ג 2. בפתח הערותיי אבקש לחדד את המושגים שבהם אנו דנים. מוסד

התביעה העצמאית של קטינים לשינוי מזונותיהם, משמורתם ויתר העניינים אשר הם צד להם, הוא חריג אשר ההצדקה לו מצויה בחשש כי בהיות ההורים המתגרשים עסוקים בהגנה על ענייניהם שלהם, ולעתים לא פחות מכך בחבלה בענייני זולתם, עלול עניינם של הקטינים להיזנח בין מדעת ובין שלא מדעת. בע"א 404/70 עברון נ' עברון [8] (להלן: הלכת עברון) קיבל חשש זה ניסוח חריף במיוחד ואף היתרגם על ידי השופט צ' ברנזון בדעת הרוב לכדי מבחן פורמלי ופרוצדורלי נוקשה ביותר אשר יקבע באלו תנאים תתייר תביעתם העצמאית

ד של קטינים. לשיטתו, "רואה אני צורך שבכל מקרה כזה יופרד ענין הילדים כליל מענין ההורים ויידון בדרך של תביעה נפרדת בשם של הילדים" (שם [8], בעמ' 378). כל עוד עניינם של הילדים לא נדון בתביעה נפרדת אשר הוגשה בשם

הקטינים, לא יחייבו מסקנותיה של הערכאה הראשונה את הקטינים והם יהיו חופשיים לפנות למסלול התביעה העצמאית. עמדה פורמלית זו פינתה את מקומה בראשית שנות השמונים לגישה מרוככת יותר המכונה בפסיקה "המבחן המהותי". על פי גישה זו, מקום שבו בית המשפט או בית הדין דן לגוף עניינם של הקטינים באופן מובחן ונפרד, הרי שהקטינים יהיו מחויבים לתוצאה גם אם לא התקיימו התנאים הפורמליים שצוינו בהלכת עברון [8]. זה כשלושים שנה

ט מושל בכיפה, לכאורה, מבחן מהותי זה, אולם בחוות דעתו מציע חברי בחינה

מחודשת של קביעה זו ורומז לקיומה של תזווה בנושא, ככמעין תנועת מטוטלת, לכיוונה של הלכת עברון [8], גם אם באופן חלקי ומסויג.

חזרה להלכת עברון [8] א

3. האמנם חזרה הפסיקה להלכת עברון [8]? בפסקה 20(ג) לחוות דעתו מציע חברי השופט י' עמית את ההבחנה שלפיה "לבחינת השאלה אם מדובר בתביעת מזונות עצמאית של קטין נוקטת הפסיקה במבחן הגישה המהותית", בעוד ש"בנושאי החזקת הילדים, משמורת, חינוך והסדרי ראייה, נראה כי הפסיקה נוקטת את מבחן הגישה הפרוצדורלית". למסקנה זו מגיע חברי בעקבות השוואה שהוא עורך בין עניין פלונית הראשון (בג"ץ 2898/03 פלונית נ' בית-הדין הרבני הגדול [20], בעמ' 560) לבין עניין פלונית השני (בעמ' 7916/03 פלונית נ' פלוני [21], בעמ' 189–190). איני מקבל הבחנה זו בין הסוגיות, ואני סבור כי הן על ענייני מזונות והן על ענייני משמורת ועל עניינים אחרים חל – ואף צריך שיחול – דין זהה. שטח פניו של הסדק המאפשר הגשת תביעה עצמאית בשם הקטינים אינו שונה – ואינו צריך שיהיה שונה – בין הנושאים השונים, ומידותיו כמידתו של המבחן המהותי.

אל ההבחנה שלו מגיע חברי בעקבות מלומדים (יצחק כהן "מעמדו העצמאי של הקטין בדיני המשפחה – תהליכים, מגמות ודרכים לאיזון מחודש" [49]) אשר זיהו בפסק הדין שניתן בעניין פלונית הראשון [20] משום נקודת מפנה. את עיניהם לכד הניסוח הבא, אשר יש בו משום דר־משמעות, לכאורה, בשאלה זו:

"מטעם זה נפסק כי הסכם גירושין בין הורים שאושר וקיבל תוקף של פסק-דין, יחייב את הקטינים רק כאשר ברמה הדינית עניינם של הקטינים נבחן לגופו כעניין עצמאי ונפרד מיתר סוגיות הגירושין, וברמה המהותית שוכנעה הערכאה המוסמכת כי ההסכם בין ההורים משרת את טובת הקטין" (עניין פלונית הראשון [20], בעמ' 563).

אם נבוא ונאמר כי "הרמה המהותית" היא "המבחן המהותי", ואילו "הרמה הדינית" אינה אלא המבחן הפורמלי של הלכת עברון [8], כי אז דברים אלה אכן מייצגים, לכאורה, תפנית של ממש בהשבתם את המבחן של הלכת עברון [8] אל מרכז הבמה. מקריאת פסקה זו מתוך פסק הדין, מסקנה שכזו היא אפשרית אך

רחוקה מלהיות הכרחית, לטעמי, הואיל והזיהוי של "הרמה הדיונית" עם המבחן הפרוצדורלי אינו מתחייב. יתרה מכך, אם חוזרים אנו למבחן פרוצדורלי זה, מה לנו עוד צורך בבדיקה נוספת של המבחן המהותי, הגמיש ממנו? רוצה לומר, א

הקסם הראשוני של הלכת עברון [8] הוא בפשטותה: המבחן הקובע הוא מי התובע בהליך שבו נקבעו ענייני הקטין. היה והתשובה אינה הקטין – כי אז יש לדון בעניין דה-נובו (*de novo*). על פי הלכה זו, המבחן הפורמלי בדבר זהות התובע עומד בפני עצמו ואין אנו נדרשים לשאלת המהות. כלשונו של פסק הדין [8], בעמ' 378: "[...] יידון בדרך של תביעה נפרדת בשמם של הילדים". ההנחה ב

בהלכת עברון [8] היא כי, כל עוד הקטין אינו בגדר תובע, עניינו אינו נדון. פסק דין פלונית הראשון [20] מתייחס למהות הדיון ובתור שכזה מוציא את עצמו מהלכת עברון [8]. על פי קו זה, פירושה של הלכת פלונית הראשון [20] כך שמדובר במבחנים מצטרפים – הלכת עברון [8] והמבחן המהותי – אינה סבירה, ג

שכן, משעברנו את המשוכה של הלכת עברון [8], אין מקום עוד להפעיל את המבחן המהותי.

אולם, התבוננות בפסקה זו בהקשרה מלמדת, לטעמי, כי המסקנה בדבר החזרה להלכת עברון [8] לא זו בלבד שאינה מתחייבת כי אם גם אינה מסתברת. את האמירה "מטעם זה נפסק" סומך פסק הדין על רשימת הלכות קודמות, כולן בעידן שהוא בגדר בתר הלכת עברון [8], ובהן גם חלוצות הפסיקה אשר יצרו את "המבחן המהותי" כתחליף להלכת עברון [8]. יתרה מזאת, את המסקנה הזו מציב פסק הדין במפורש אל מול הלכת עברון [8], אשר הוא מפנה אליה לאחר מכן בתורת השוואה בלבד. ללמדך כי בדברה על "הרמה הדיונית" אין מבקשת הלכת פלונית הראשון [20] להחזירנו אל ימי הלכת עברון [8] ואל הדרישה בדבר התביעה הנפרדת, כי אם להדגיש שעל הסוגיות הנוגעות לילדים להיות נדונות באופן מובחן ברמה הדיונית – לקבוע מקום לעצמם בדיונים בתיק, בבדיקת ההסכם על ידי בית המשפט, בניסוח החלטותיו ובנימוקן.

כמו כן, מסקנה זו מתבקשת גם מדיון בהיסטוריה הפסיקתית מאז שנכתבה הלכה זו. שמונה השנים, שחלפו מאז מתן פסק הדין בעניין פלונית הראשון [20] ועד להליך שבו עומדות רגלינו כעת, לא חלפו בתוהו. הלכת פלונית הראשון [20] צוטטה והתפרשה פעמים רבות. בבג"ץ 1073/05 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול [38], בפסקה 12, קבע בית המשפט (מפי חברתי השופטת א' חיות

ובהסכמת חבריי השופט א' א' לוי והשופט א' גרוניס), תוך הסתמכות על עניין פלונית הראשון [20], כי "הסכמת הורה להתדיין בנושא משמורת הקטין בבית הדין הרבני, אשר הושגה כחלק אינטגרלי מהתדיינות בנושא מתן גט, אינה מחייבת את הקטין מקום שבו הוא לא היה צד להסכם וטובתו לא נבחנה כעניין העומד לעצמו בנפרד מיתר סוגיות הגירושין". בית משפט זה חזר ופירש את עניין פלונית הראשון [20] כמצוי בתחומי "המבחן המהותי" גם בבג"ץ 6021/10 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים [39], בפסקה 12, אשר עסק בהסדרי ראייה ושקבע (מפי חברתי השופטת מ' נאור ובהסכמת חבריי המשנה לנשיאה א' ריבלין והשופט א' גרוניס) כי "בהיעדר דיון מהותי לגוף הסוגיה לא די בכך על מנת לקבוע כי בית הדין 'דן ופסק' בשאלת הסדרי הראיה". גם בבג"ץ 1318/11 פלונית נ' בית הדין השרעי לערעורים [40], בפסקה 3, חזרתי על פרשנות זו, שוב בעניין הסדרי ראייה, ונקבע (בהסכמת חבריי השופטים א' א' לוי וי' דנציגר) כי "בית הדין השרעי אף נדרש לטענות הצדדים לגופן, 'דן ופסק' בעניין הסדרי הראיה ועניינם של הקטינים נבחן לגופו כעניין עצמאי ונפרד מיתר סוגיות הגירושין", בהסתמך על האמור בעניין פלונית הראשון [20].

א

ב

ג

עינינו הרואות, אם כן, כי בית משפט זה לא ראה בעניין פלונית הראשון [20] תמרוך המורה לנו לשוב על עקבותינו ולהכפיף עצמנו למבחן הפורמלי הנוקשה של הלכת עברון [8] לא בענייני מזונות ואף לא בענייני משמורת והסדרי ראייה, כפי שראינו. סימנים לטענת החזרה להלכת עברון [8] בכל הנוגע למשמורת, להסדרי ראייה ולחינוך מצא חברי בבג"ץ 6378/04 שרעבי נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים [22], שעניינו במשמורת, ובבג"ץ 9539/00 איתן נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים [23], העוסק בסמכות נמשכת בשאלה בדבר חינוך ילדים. לטעמי, עיון מדוקדק בשני פסקי דין אלה, דוגמת זה שערכנו בעניין פלונית הראשון [20], מעלה תמונה שאינה בהכרח תומכת במסקנה בכל הנוגע לטענת החזרה להלכת עברון [8]. אמנם, בכמה מפסקי הדין המקבלים את טענת הקטינים יש התייחסות להיעדר הליך פורמלי, אך אין בכך, לטעמי, כדי להוכיח את התזה של חזרה להלכת עברון [8]. הטעם בדבר הוא כי, היה וסוגיית הקטין לא נדונה בפועל מבחינה מהותית, כי אז החסר הפורמלי, שלפיו הוא לא היה צד להליך, בולט יותר ואף עשוי למצוא ביטוי בפסקי הדין. למרות זאת, קו ההכרעה הוא במבחן המהותי ולא במבחן הפורמלי של הלכת עברון [8]. כאשר מוצא בית המשפט כי מהבחינה המהותית עניינם של הקטינים לא נדון לגופו – עשוי הוא

ד

ה

ו

ז

לציין גם את היעדרו של הליך פורמלי, אך ודאי שלא ניתן להסיק מכך כי מדובר בתנאי בלעדיו-אין. העמדה שלפיה אין לטעון שהמבחן הפך למשולב ולמצטבר, מעין שיתוף בין הלכת עברון [8] לבין המבחן המהותי, אינה מפתיעה, שכן הלכת עברון [8] קובעת מבחן חד-מימדי שעל פי כלליו אינו זקוק לבחינה מהותית.

נראה, אם כן, כי הפרשנות, שלפיה המבחן המהותי נותר המבחן המכריע בענייני מזונות בלבד, אינה מתיישבת עם סקירת הפסיקה. אדרבה, אם נבקש לתור אחר הדברים המפורשים ביותר הנאמרים בזכות המבחן הפרוצדורלי – ומבחינה עיונית מעדיף אני לכנותו "הלכת עברון" [8] או "המבחן הפורמלי" – ואשר חלקם מופיע גם במאמרו של כהן [49] אך לא בחוות דעתו של חברי, הרי שהם אמורים דווקא בהקשר של תביעה עצמאית בענייני מזונות. כך, בפסק דין מפי השופט מ' אילן (ע"א 16/98 מאיר נ' מאיר [41], בעמ' 184–185) נקבע, לצד ציטוט מהלכת עברון [8], כי "בתביעה נפרדת בשם הילדים יש יותר סיכוי, שעניין המזונות לא יידחק לקרן זווית כטפל לעניין הגירושין, אלא שבהיותו נושא ועיקר, יידון במלוא תשומת הלב הראויה". דברים דומים, אם כי מפורשים פחות, נאמרו גם בדעת רוב על ידי השופטת א' פרוקצ'יה בבג"ץ 78/03 כץ נ' בית הדין הרבני הגדול [42], בעמ' 880, במקרה שעסק הן בענייני משמורת, הן בענייני מזונות.

מכל האמור עולה, אם כן, כי דרך המלך בפסיקה בשלושים השנים האחרונות מבכרת בכירור את המבחן המהותי על פני הלכת עברון [8] הן בענייני מזונות, הן בעניינים אחרים. החריגים לכך הם מעטים, נער יספרם, וודאי שאין למצוא בהם שיטה או כלל המקשר בין תוכן הסוגיה לבין זהות המבחן המופעל. בין שמדובר בשניים ובין שבארבעה, לחריגים אלה מלאו עשור ואף יותר, והרי הם כיוצאים מן הכלל אשר לא על הכלל באו ללמד כי אם על עצמם בלבד. על הכלל נלמד לא מיובליה המשניים של ההלכה הפסוקה כי אם מערוצה המרכזי אשר בו, בעשרות מקרים מאז שנות השמונים ועד היום, ניתנה הבכורה לעריכת מבחן מהותי בסוגיה זו, בלא הבחנה בין נושאים שונים לדיון. ההלכה אשר קבעה את המבחן המהותי יושמה בטרם ניתן פסק הדין בעניין פלונית הראשון [20], אך לא נס ליחה גם לאחריו, כפי שפסק דין זה התפרש בשנים הבאות. ומה לנו דברים מפורשים יותר מהדברים שנאמרו בעניין פלונית השני [21] באשר לאי תקפותו של המבחן הפורמלי: "גישה זו, המעוגנת בהבחנה שהיא בעיקרה

פרוצדורלית-פורמאלית, אינה נוהגת עוד, ואת מקומה תפסה גישה המעוגנת במבחן מהותי" (עניין פלונית השני [21], בעמ' 189).

א מעבר לטעמים אלה, המתחקים אחר נתיבה של ההלכה הפסוקה כפי שזו נהגה בפועל ואשר הם תיאוריים באופיים, אני סבור כי גם מהבחנה הנורמטיבית-מהותית אין מקום ליצור הבחנות מלאכותיות, בענייני בין נושאים שונים – למשל, בין ענייני מזונות לבין ענייני משמורת, וכן על זו הדרך. כדי שהחלטות הנוגעות לקטינים במישרין בכל עניין יהא בכוחן להייבם, עליהן להתקבל על בסיס דיון מהותי שהתקיים בעניינם באופן המבטיח שטובתם נשקלה כשהיא לעצמה. אם נחה דעתנו כי דיון שכזה אכן התקיים – יחייב זה את הקטינים, ומה לי מזונות, מה לי משמורת. אם כן, הבחנה בין מזונות לבין שאר התחומים אינה מעוגנת בפסיקה, ומנקודת מבטם של הקטינים איני מוצא כל הצדקה לעריכתה. ג

המבחן הדו-שלבי

ד 4. נקודה אחרונה זו מוליכה אותי להערה נוספת הנוגעת ל"מבחן הדו-שלבי" שהציע חברי השופט י' עמית (פסקאות 19, 20(ה) לחוות דעתו). אם בשאלת ההבחנה בין ענייני מזונות לשאר עניינים סברתי כי אין להרחיב את חריג התביעה העצמאית כהצעת חברי, הרי שסבור אני, בה במידה, כי אין להצר אותו באמצעות המבחן הדו-שלבי המוצע. זכאים הקטינים לכך כי טובתם ועניינם יישקלו ויבחנו לגופם, בלא תלות ישירה בעניינים שבין הוריהם. זוהי תכליתו של חריג התביעה העצמאית. זכות זו אינה תלויה בשאלה בדבר קיפוח בפועל. על כן, לשיטתי, בשערי הכניסה למסלול התביעה העצמאית עומד מבחן אחד, ואחד בלבד, הוא המבחן המהותי: האם עניינם של הקטינים נדון לגופו תוך שטובתם נשקלת באופן ברור ונפרד מיתר ענייני הגירושין? אם השבנו על שאלה זו בחיוב, הרי כי, כדברי חברי (בפסקה 19), "בכך מסתיים מסענו והתביעה תיבחן במסלול של תביעה לשינוי מזונות עקב שינוי מהותי בנסיבות". אך, בשונה מחברי, סבור אני כי, אף אם נשיב על שאלה זו בשלילה, גם בכך יבוא מסענו לסיום בלא שנדרש למבחן השני המוצע, זה הבוחן את שאלת קיומו או אי קיומו של קיפוח הקטינים. זכותם של הקטינים לממש את תביעתם העצמאית צומחת ללא קשר לשאלת התוצאה בפועל. לזכותם למזונות הוגנים קודמת ז

זכותם לכך שעניינם ייבחן באופן נפרד ועצמאי. אם הוא נבחן ככזה בהליך העיקרי – מוטב; אולם, אם לא נבחן ככזה – תעמוד לקטינים הזכות כי יתקיים דיון עצמאי בערכאה שבחרו. משול הדבר לשעון שעמד מלכת אשר מראה את השעה הנכונה פעמיים ביום. גם אם בדרך מקרה יראה את השעה הנכונה באחת הפעמים שנתבונן בו, אין הדבר פוטר אותנו מנטילתו ומהולכתו לשעון כדי שיבדוק ויתקן את הטעון תיקון. כך הדבר גם אצלנו: תוצאה תקינה (על פניה) אינה פוטרת אותנו מלוודא כי ההליך הוא תקין וענייני באשר לסוגיה הנוגעת במישרין לקטיין, ואם אינו כזה – יש להעבירו לערכאה שבחרו הקטינים.

נטל ההוכחה

5. הערתי האחרונה נוגעת לשאלה בדבר נטל ההוכחה, שאליה התייחס חברי השופט י' עמית בפסקה 18 לחוות דעתו. לשיטתו, נטל ההוכחה במבחן המהותי רובץ על המבקש להסתמך על ההסכם, אולם מדובר בנטל שאינו כבד ועל הנדרש להרימו "[...] די להראות שאין אינדיקציה לכך שבית המשפט אכן לא נתן דעתו לשאלת המזונות בעת שאישר את ההסכם" (שם). יש שני חסרונות בהגדרה זו, לשיטתי. ראשית, מדובר בניסוח שלילי כפול אשר קשה לגזור את הדרישה בפועל מהצדדים המשתמעת ממנו. כיצד יוכל להראות בעל הדין המבקש להסתמך על ההחלטות הקודמות היעדרה של אינדיקציה לכך שעניין הקטינים לא נשקל? האם דרישה להצביע על "היעדר אינדיקציה" היא אכן נטל שאינו כבד?

שנית, גם מן הבחינה המהותית, הצבת נטל ההוכחה לפתחו של המבקש להסתמך על ההסכמות ועל ההחלטות הקודמות סובלת מאותם קשיים אשר היטיב לתאר חברי השופט י' עמית באשר לחסרונותיו של מוסד התביעה העצמאית ואשר מהם ביקש להימנע (פסקה 17 לחוות דעתו). עת באים הקטינים בבקשה לאפשר להם הגשת תביעה עצמאית, ובית המשפט אינו מקדים ופונה אליהם בבקשת הנמקה והוכחה כי אם פונה דווקא להורה הנסמך על קביעת הערכאה אשר הכריעה בתיק, הרי שיש בכך טעם לפגם, כיוון שתוצאת הדברים, למעשה, היא יצירה של מעין "חזקה בדבר הזנחת הילד" הן מצידם של ההורים, הן מצידו של בית הדין או בית המשפט שפסק בסוגיה. חזקה שכזו, או מעין־חזקה שכזו, אינה ראויה ואינה רצויה, הואיל והיא הופכת את היוצרות: במקום

לצאת מנקודת הנחה – הניתנת להפרכה אמנם – כי הורי הקטינים פעלו לטובת ילדיהם, וטובתם היא שגם עמדה לפני בית המשפט או בית הדין, יוצאים אנו מנקודת מוצא הפוכה אשר, באופן א־פריורי, מטילה דופי בכוונותיהם של ההורים ובאי משוא הפנים של הערכאה הקודמת גם יחד. על כן, מקובלים עליו הדברים שנפסקו על ידי הנשיא מ' שמגר בעניין רוט [17], בעמ' 839, ולפיהם תבוטל תחולתו של ההסכם על הקטינים רק כאשר "יש אינדיקציה כלשהי לכך, שבית המשפט המחוזי, שדן בעניין, לא נתן דעתו, עובר למתן אישורו להסכם, לשאלה שלפניו ולא בחן שאלת המזונות כדבעי" (הדגשה במקור הוסרה – נ' ה'). כל המשנה – ידו על התחתונה, ואת הספק – למצער, את ראשיתו – על הקטינים המבקשים את פתיחת עניינם בשנית לעורר. עמדה זו התקבלה על ידי הנשיא ברק בעניין פלדמן (רע"א 6308/98 פלדמן נ' פלדמן [19]) אשר קבע, בפסקה 6, בצטטו מהלכת רוט [17], בעמ' 839:

"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... צריך להיות טעם ענייני כלשהו לביטולו של פסק הדין, שניתן אחרי בחינה עניינית של הנושא".

המבחן השלישי הכפול שהציע חברי אינו מקרי. זוהי תוצאה של העברת הנטל אל כתפי הצד המסתמך על ההסכם. אמנם, ניתן לטעון כי העברת הנטל על מגיש התביעה – הוא הקטין – מקשה עליו. לכך אשיב כי, נוסף לכך שבחינת המציאות המשפטית מלמדת כי לא הוא מביא את התביעה אלא בדרך כלל הורה "מטעם", מוטב, בכל מקרה, לשמור על הכלל של הטלת הנטל על יוזם ההליך. תוצאה זו מוסיפה סדר להליך ואף ראויה יותר מבחינת מתן האמון המשתמע ממנה ומהעיקרון בדבר הכיבוד ההדדי בין ערכאות. יודגש כי אין בכוונתי להטיל נטל כבד על הקטין. כל שעליו להראות הוא כי יש אינדיקציה לכך שהסוגיה הרלוונטית – משמורת, מזונות – לא נדונה מבחינה מהותית מנקודת מבטו של הקטין. משהצביע על אינדיקציה שכזו – עמד בנטל, וממילא יהיה על ההורה המסתמך להשיב. בהיבט המעשי ראיה חשובה לבחינת השאלה, אם התקיים דיון מהותי אם לאו, היא פרוטוקול הדיון בהליך שבו קיבל הסכם ההורים תוקף. ראיה זו מטבעה היא אובייקטיבית במובן זה שהיא מדברת בעד

עצמה ואינה בשליטת מי מהצדדים. זוהי תשובה נוספת לשאלה מדוע הקביעה, שלפיה הנטל רובץ על הקטין שעליו להצביע על אינדיקציה שעניינו לא נדון מבחינה מהותית, אינה אמורה ליצור מכשול.

א

6. אסכם את הדברים לשיטתי. המבחן הנוהג בשאלה בדבר התביעה העצמאית הוא המבחן המהותי, בין לענייני מזונות, בין לשאר ענייני הקטין. הקריטריון להפעלת המבחן המהותי הוא זה המכונה בפסיקה "דן ופסק" – אם הערכאה אשר נתנה את החלטתה בענייני הקטין שקלה לגופם את עניינו ואת טובתו. תשובה חיובית תביאנו לפסול את המסלול של תביעה עצמאית זו, ואילו תשובה שלילית תאפשרו. נטל ההוכחה הראשוני מוטל על הקטין במובן זה שעליו להצביע על אינדיקציה לכך שעניינו נבלע בענייני הוריו ושהסוגיה לא נדונה מבחינה מהותית ונפרדת. א־אז יעבור הנטל אל ההורה המסתמך, ועליו יהיה להוכיח כי התוצאה היא פרי שקילה ודיון לגוף עניינו של הקטין.

ב

ג

באשר לתיק הנדון, כאמור בפתח דבריי, דעתי היא כדעת חבריי כי דין העתירה להידחות.

ד

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, כ"ז בשבט התשע"ג (7.2.2013).

ה

ו

ז