



בג"ץ 4407/12 - פלוני ואח' נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים ואח'

משפחה וירושה - מזונות

בג"ץ 4407/12 - פלוני ואח' נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים ואח'עליון
בג"ץ 4407/12

1. פלוני
2. פלוני
3. פלוני
4. פלוני
5. פלוני

נ ג ד

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

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק
[07.02.2013]

כבוד השופט א' רובינשטיין

כבוד השופט נ' הנדל

כבוד השופט י' עמית

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

בשם העותרים:

עו"ד יגאל זנדר; עו"ד גליה אליהו

בשם המשיבים 1-2:

עו"ד הרב שמעון יעקבי

בשם המשיב 3:

עו"ד הרב צוריאל בובליל; עו"ד רונה קרקר

פסק-דין

השופט י' עמית:

עניינה של עתירה זו בסוגיית התביעה העצמאית של קטינים.

עתירה נגד החלטתו של בית הדין הרבני הגדול מיום 3.5.2012 בגדרה נדחתה בקשת העותרים לרשות ערעור על

החלטת בית הדין האזורי בירושלים מיום 18.3.2012.

התשתית העובדתית

1. העותרת 1 (להלן: העותרת או האם) והמשיב 3 (להלן: המשיב או הבעל, וביחד בני הזוג) נישאו ביום 1995 כדמו"י, ומנישואים אלו 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 כנגד המשיב פסקי דין בהיעדר הגנה ולפיהם משמורת הילדים הוענקה לעותרת ונקבע כי המשיב חייב במזונות הילדים בסך 8,000 ₪ לחודש; במחצית ההוצאות הרפואיות והלימודיות; ובמזונות אישה בסך 2,500 ₪ לחודש (להלן: פסקי הדין בהעדר הגנה).
2. זמן קצר לאחר שניתנו פסקי הדין בהעדר הגנה, הגיש המשיב תביעה לבית הדין הרבני האזורי בירושלים (להלן: בית הדין) (תיק מספר 032303158-21). בדין שהתקיים בבית הדין ביום 31.12.2008, הגיעו בני הזוג להסכם גירושין לפיו יופחתו מזונות הילדים לסך 5,000 ₪; המשיב ישלם מחצית ההוצאות הרפואיות של הילדים שאינן מכוסות על ידי קופת חולים וכן מחצית ההוצאות של לימודיהם; ודירת בני הזוג הרשומה על שם שניהם תועבר לילדים בחלקים שווים כאשר האישה תהא רשאית להתגורר בה עם הילדים או אחד מהם (להלן: הסכם הגירושין). בית הדין אישר את הסכם הגירושין ונתן לו תוקף של פסק דין, ובני הזוג התגרשו.
3. למעלה משנה לאחר מכן, ביום 17.2.2010, הגיש המשיב תביעה לבית הדין הרבני בגדרה תבע הפחתה של מזונות הילדים. ביום 2.5.2010 התקיים דיון בתביעה ובהמלצת בית הדין הגיעו בני הזוג להסכמה לפיה סכום מזונות הילדים בסך 5,000 ₪ יישאר בעינו בהתאם להסכם הגירושין, אולם סכום זה יכלול גם את חלקו של האב בהוצאות החינוך (החייב במחצית ההוצאות הרפואיות נותר בעינו); העותרת תוותר על חוב מזונות העבר של המשיב; צו עיכוב היציאה מן הארץ שהוטל על המשיב יבוטל; והמשיב 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 משכנתא על הדירה). לא למותר לציין כי בעת הדיון העותרת הייתה מיוצגת בעוד המשיב ייצג את עצמו. בית הדין אישר את ההסכם ונתן לו תוקף של פסק דין (להלן: ההסכם החדש).
4. בחלוף למעלה משנה, ביום 3.8.2011, הגישו ארבעת הקטינים תביעת מזונות באמצעות אימם-העותרת, לבית המשפט לענייני משפחה (תמ"ש 7229-08-11), בגדרה בקשו צווי גילוי מסמכים לגבי מצבו הפיננסי של המשיב (להלן: תביעת הקטינים).

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. בעקבות החלטת בית הדין, מחק בית המשפט לענייני משפחה בהחלטתו מיום 3.4.2012 את תביעת הקטינים, בהתאם לעיקרון כיבוד הערכאות.

5. ביני לביני, הגישה העותרת בקשת רשות ערעור לבית הדין הרבני הגדול לערעורים בירושלים (להלן: בית הדין הגדול), וביום 3.5.2012 דחה בית הדין הגדול את בקשת רשות הערעור. מכאן העתירה שלפנינו, המבקשת לבטל את החלטותיהם של בית הדין הגדול ובית הדין האזורי בירושלים. תמצית טענות הצדדים

6. ב"כ העותרים טען, בין היתר, כי תביעת הקטינים הינה תביעה עצמאית וחדשה; כי נושא 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 צרכי הקטינים.

7. מאידך גיסא, תמך בא-כוח המשיב בהחלטות בתי הדין וטען כי תביעת הקטינים אינה עצמאית אלא תביעה להגדלת דמי המזונות מבלי שהוכח שינוי נסיבות; כי בית הדין קנה סמכות מתמשכת בנושא מזונות הקטינים; וכי הקטינים לא קופחו בסכום המזונות שנפסק לזכותם במסגרת ההליכים שהתנהלו בבית הדין הרבני. לגופן של טענות להגדלת סכום המזונות, טען המשיב כי הוא עובד בליטוש יהלומים, אין לו כיום מקום מגורים והוא מתמודד עם חובות כבדים. המשיב טען כי הוא הצד החלש בסכסוך, וכי אף הציע לעותרת לבטל את כל ההסכמים ביניהם ולהתחיל את הדיון בנושאים הרכשיים והממוניים מבראשית, אך העותרת סירבה לכך.

הערה מקדמית

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 החלטת בית הדין, שאם תתקבל העתירה, יוכלו העותרים לחזור ולפנות לבית המשפט לענייני משפחה, באשר כבר לא מתקיימת העילה של כיבוד הערכאות שעמדה בבסיס פסק הדין.

דיון

9. השאלה המרכזית העומדת לפתחנו היא אם תביעת הקטינים הינה תביעה ראשונית/עצמאית/מקורית למזונות כטענת העותרים, או תביעה להגדלת מזונות כטענת המשיב. הבחנה זו, נבהיר כבר עתה, הינה 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. תביעת מזונות עצמאית של קטינים - כללי:

10. חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 (להלן: חוק האפוטרופסות), קובע כי ההורים הם האפוטרופוסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים ומוסמכים לייצג את עניינם. על כן, במצב הדברים הרגיל מוסמכים ההורים לקבל הכרעות ולחתום על הסכמים הנוגעים לענייניו של הקטין. הרציונאל 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 ידם בעבורו מחייבת את הקטין. כך, לדוגמה, אם ההורים הגישו תביעה בשם הקטין או התגוננו בשמו, הקטין יהיה מנוע בעתיד להגיש תביעה חדשה באותו נושא מכוח מעשה בית דין. יש פעולות מסוימות של ההורים בשם הקטין, המחייבות אישור בית המשפט. כך, סעיף 20 לחוק האפוטרופסות קובע מספר עניינים בהם נדרש אישור בית המשפט לפעולות של ההורים עבור הקטין, כמו פעולות אשר תוקפן תלוי ברישום בפנקס המתנהל על פי חוק (למשל, עסקאות מקרקעין). דוגמה נוספת היא סעיף 13 לחוק השמות, התשט"ז-1956, המצריך אישור בית המשפט עבור שינוי שם משפחה של קטין. כאשר ההורים נמצאים בהליכי גירושין ומגיעים להסכמה ביניהם על שיעור המזונות של הקטין, נדרש אישור בית המשפט לפי סעיף 12(א) לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט-1959 (להלן: חוק לתיקון דיני המשפחה) הקובע כלהלן:

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

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

11. יכול הקורא לסבור 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 סעיף 3(ג) לחוק בית המשפט לענייני משפחה. אלא שבמהלך השנים הלכה והתפתחה הלכת התביעה העצמאית או התביעה הראשונית או התביעה המקורית (לשם הנוחות נשתמש להלן במונח התביעה העצמאית - י.ע.), ולפיה רשאי הקטין "לפתוח" מחדש הסכמות אליהן הגיעו ההורים בהסכם הגירושין בקשר למזונותיו. כפי שנראה בהמשך, התפתחה הלכה זו והוחלה גם על עניינים נוספים, כמו משמורת ומקום מגורים, הסדרי ראייה וחינוך.

הרציונל המוצהר שבבסיס הלכת התביעה העצמאית הוא כי כאשר ההורים נמצאים בהליכי גירושין, קיים חשש כי החזקה לפיה טובת הילד עומדת נגד עיניהם אינה מתקיימת. הורים הנמצאים בעיצומם של הליכי גירושין ונאבקים על ענייניהם הכלכליים ועל קבלת הגט, עשויים לעיתים לקפח, אם במכוון או מבלי משים, את טובתו של הקטין. כך, לדוגמה, קיים חשש כי האם "תקנה" את הסכמתו של האב למתן גט, בתמורה להפחתת דמי המזונות של הקטינים.

12. הפסיקה, שחששה ממצב בו תפגע ותבלע טובתו של הקטין תוך כדי המאבק המשפטי בין הוריו, פיתחה אפוא את מוסד התביעה העצמאית על מנת להגן על עניינו של הקטין. כאשר במזונות של קטין עסקינן, ובכך עסקה מרבית הפסיקה, מוסד התביעה העצמאית מאפשר לבית המשפט לבחון מחדש (de novo) את המזונות שנפסקו לזכות הקטינים - מבלי להיות כבול ומבלי ליתן משקל לסכום דמי המזונות שנפסקו להם בעבר - תוך בחינת צרכי הקטינים והכנסות ההורים. זאת, להבדיל מתביעה רגילה לשינוי מזונות, אשר לגביה - בהיותה חריג לעקרון 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" (עתיד להתפרסם במשפחה ומשפט ו) (להלן: כהן - חלוקת הרכוש המשפחתי). לצורך בהוכחת שינוי נסיבות מהותי ראו, לדוגמה, פסקי הדין הבאים: ע"א 177/81 גלעדי נ' גלעדי, פ"ד לו(3) 179 (1982); ע"א 363/81 פייגה נ' פייגה, פ"ד לו(3) 187 (1982); ע"א 442/83 קם נ' קם, פ"ד לח(1) 767 (1984); ע"א 749/83 ליפנסקי נ' ליפ (ליפנסקי), פ"ד לח(3) 126 (1984); ע"א 3924/90 לסמן, קטינה נ' לסמן (לא פורסם, 31.12.1990); ע"א 1418/90 מאור נ' הרשנהורן, פ"ד מה(3) 95 (1991); ע"א 5651/91 לב-רן נ' לב-רן (לא פורסם, 29.6.1993).

הבדל נוסף בין תביעה עצמאית לבין תביעה "רגילה" לשינוי מזונות הוא לעניין נטל ההוכחה. בעוד שבתביעה רגילה לשינוי סכום המזונות, הנטל על המבקש להוכיח כי חל שינוי נסיבות מהותי, 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 השלכה גם על נושא הסמכות הנמשכת, למרות הרציונלים השונים שבבסיס שני המוסדות. שאם מגיעים אנו למסקנה כי הקטין משוחרר מכבלי ההסכם שנערך על ידי הוריו, הוא אף אינו כבול לזהות הערכאה עליה הסכימו הוריו בשמו. לכן, לדוגמה, אם אושר בבית הדין הרבני הסכם גירושין הכולל גם הסדר ביחס למזונות הקטין, וככל שנקבע כי הסכם זה אינו מחייב את הקטין מכוח הלכת התביעה העצמאית, הקטין יהיה רשאי להגיש תביעת מזונות עצמאית לבית המשפט לענייני משפחה.

וכעת, לאחר שהצבענו על נפקויות 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, פ"ד כה(1) 378, 373 (1971) (להלן: עניין עברון). על פי הלכת עברון, על מנת שההסכם יחייב את הקטין, יש להגיש תביעה נפרדת בשמו של הקטין ונדרש דיון נפרד בעניינו של הקטין, שלא במסגרת הסוגיות האחרות בתביעת הגירושין. משלא נתמלאו שני תנאים פרוצדורליים אלה, אזי אפילו אם יתברר שהקטין לא קופח במסגרת ההסכם הגירושין, הדבר אינו מעלה ואינו מוריד, והקטין יהיה רשאי לפתוח מחדש את עניינו במסגרת התביעה העצמאית. בעקבות הלכת עברון, הלך בית המשפט בשורה של פסקי דין, כמו ע"א 527/72 דוידסון נ' דוידסון, פ"ד כז(2) 20, 22 (1973) וע"א 591/81 פורטוגז נ' פורטוגז, פ"ד לו(3) 453, 449 (1982). ובקיצור, על פי גישה זו, אין תוקף לפסק דין מזונות של קטין, אם הדיון בו נכרך עם הדיון בהסכם הגירושין של ההורים.

הגישה בהלכת עברון, המדגישה את המבחן הפרוצדוראלי, השתנתה עם חלוף הזמן לגישה שמיקדה את הדגש במבחן המהותי. על פי מבחן זה, 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 תוך התייחסות 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, פ"ד לב(1) 449 (1977); ע"א 289/82 דאובה נ' דאובה, פ"ד לו(4) 628, 625 (1982); ע"א 544/82 חממי נ' חממי, פ"ד ל"ח(3) 605 (1984) (להלן: עניין חממי); ע"א 17/81 סער נ' סער, פ"ד לו(3) 207 (1982); ע"א 210/82 גלבר נ' גלבר, פ"ד לח(2) 14 (1984); ע"א 328/84 צארום נ' צארום, פ"ד ל"ח(4) 136, 139 (1984).

על דרך השלילה נקבע במסגרת המבחן המהותי, כי בהיעדר אינדקציה כלשהי לכך שבית המשפט לא בחן את שאלת המזונות או שבית המשפט התעלם מחובתו לבחון את נסיבות עריכת הסכם, אין לבטל את תוצאותיו של ההליך ואין לשנות את סכום המזונות על נקלה, אלא במקרים בולטים (ע"א 413/85 רוט נ' רוט, פ"ד מ(1) 835, 840-839 (1986) (להלן: עניין רוט); ע"א 4515/92 שטיין נ' שטיין (לא פורסם, 13.6.1994) (להלן: עניין שטיין); רע"א 6308/98 פלדמן נ' פלדמן (לא פורסם, 2.12.98). עוד על התפתחות ההלכה בנושא התביעה העצמאית, ראו א' רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל - בין קודש לחול 382-380 (הוצאת פפירוס - בית ההוצאה באוניברסיטת תל אביב, תש"ן - 1994) (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, פ"ד נח(2) 550, 560 (2004) (להלן: עניין פלונית הראשון). אציין כי באותו מקרה נדונה הסוגיה של משמורת הילדים ומקום מגוריהם, להבדיל מסוגית המזונות שנדונה בסדרת פסקי הדין שנזכרו לעיל. וכך נאמר שם על ידי השופטת (כתוארה אז) ביניש: "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

[...] 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 מעיניהם 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, עמ' 561, 563).

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

פסק דין פלונית הראשון הביא מלומדי משפט למסקנה כי הפסיקה חזרה למבחן הפרוצדורלי (יצחק כהן "מעמד העצמאי של הקטין בדיני משפחה - תהליכים, מגמות ודרכים לאיזון מחודש" משפטים מא 255 (התשע"א) (להלן: כהן - מעמד הקטין)). במאמרו, סוקר כהן בהרחבה את התפתחות הפסיקה ומגיע למסקנה כי המטוטלת חזרה לאחור בשל סיבה לא מוצהרת והיא - על מנת לצמצם את סמכותו של בית הדין הרבני.

15. כשלעצמי, אני סבור כי הלכת פלונית הראשון, חזרה והציבה על כנה את הלכת עברון על המבחן הפרוצדורלי הנוקשה הכלול בה. כך עולה מפסק דינו של בית משפט זה בבע"מ 7916/03 פלונית נ' פלוני, פ"ד נט (5) 183 (2005) (להלן: עניין פלונית השני) המאוחר לעניין פלונית הראשון. באותו מקרה נדונה תביעת קטינים להגדלת סכום המזונות שנפסק עבורם במסגרת הסכם גירושין בבית הדין הרבני. בהתייחסה להלכת עברון אומרת השופטת חיות (שם, עמ' 189-190):

"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. [...])."

לטעמי, ניתן לאבחן את הלכת פלונית הראשון משורת ההלכות שהציבו במרכז את הבחינה המהותית של הדברים. ראשית, הדיון בעניין פלונית הראשון נסב בעיקרו על סוגית הסמכות הנמשכת ולא על סוגיית התביעה העצמאית, וכאמור, הרציונלים שבבסיס שני נושאים אלה הוא שונה. ודוק: לא נעלם מעיני כי סוגיית הסמכות הנמשכת משיקה לנושא התביעה העצמאית כפי שנזכר לעיל (כהן- מעמד הקטין, עמ' 268 ה"ש 309), אך יש בכך כדי להקהות עד מאוד את עוקצה של הטענה כי בית המשפט נתכוון להסב את הגלגל לאחור חזרה להלכת עברון. שנית, עיון זהיר בפסיקה מעלה הבחנה בין תביעה עצמאית בעניין מזונות ילדים - שאז עומדת הלכת הבדיקה המהותית על כנה - לבין תביעה עצמאית בנושאי משמורת, מגורים, הסדרי ראייה וחינוך. נראה כי בנושאים אלה נטה בית המשפט להרחיב גבולותיה של הלכת התביעה העצמאית, שמא על מנת להרחיב הביקורת השיפוטית על בית הדין בנושאים אלה, ולשם כך משתמש בטכניקה של המבחן הפרוצדורלי. עניין פלונית הראשון עוסק, כאמור, במשמורת ובמקום מגורים, וכך גם שורה של פסקי דין בהם נראה כי בית המשפט החיל את המבחן הפרוצדורלי: בג"ץ 6378/04 שרעבי נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (לא פורסם, 19.8.2004) - שם נדונו ענייני משמורת הקטינים; בג"ץ 9539/00 איתן נ' בית-הדין הרבני האזורי ירושלים, פ"ד נו(1) 125, 133 (2001) - שם נדון עניין חינוך הבנות ונקבע כי לא קיימת סמכות נמשכת מאחר שבבית הדין הרבני לא נערך דיון של ממש בשאלת חינוך הבנות.

העולה מן המקובץ, כי בכל הקשור למזונות ילדים, נותרה הלכת הבדיקה המהותית על כנה. 16. בנקודה זו, אחזור ואזכיר את הרציונל שבבסיס מוסד התביעה העצמאית. כאמור, ההנחה היא כי בלהט ההתכתשות בין ההורים, נזנח עניינו של הקטין, ועל מנת להבטיח את טובתו, אל לנו להסתפק בהסכם אליו הגיעו הוריו של הקטין, ולכן נדרש בית המשפט לתהות על קנקנו של ההסכם ולוודא שהוא אכן תואם את טובת הקטין ועונה באופן ראוי לצרכיו (עניין פלונית השני בפסקה 8 והאסמכתאות שם).

לצד רציונל זה, ניתן להצביע על יתרון נוסף הצומח ממוסד התביעה העצמאית, והוא הגנה על אינטרס האם. במצב הדברים דהיום, כאשר האשה תלויה ברצונו של הבעל לצורך קבלת הגט, ונוכח דרך הייסורים הצפויה לאשה אם יסרב הבעל ליתן גט, היא נכונה לויתורים מרחיקי לכת על מנת לקבל את גטה. ההנחה היא כי לאחר קבלת הגט, האשה יכולה להתייצב למערכה נוספת והפעם כשהיא משוחררת מהחרב המתנופפת מעל ראשה. רוצה לומר, כי הרטוריקה שבבסיס מוסד התביעה העצמאית היא הגנה על עניינו של הקטין, אך למעשה, מוסד התביעה העצמאית מאפשר לבית המשפט לתקן ולאזן את הטעון תיקון במישור הממוני בין בני הזוג. יש בכך להסביר מדוע הרוב המכריע של התביעות העצמאיות הן תביעות של האשה בשם הקטין להגדלת המזונות (כהן מצביע על רציונל נסתר נוסף העומד בבסיס התביעה העצמאית, והוא הרצון להפעיל בקרה שיפוטית "ערעורית" על בית הדין תוך הרחבת סמכות הערכאות האזרחיות - כהן - מעמד הקטין, בעמ' 295-296).

17. לצד היתרונות במוסד התביעה העצמאית, ניתן להצביע על שורה ארוכה של חסרונות, ואעמוד עליהם להלן. (-) פגיעה בעקרון מעשה בית דין: מוסד התביעה העצמאית מהווה חריג למצב הדברים הרגיל, בו 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).

האפשרות לתבוע שינוי בסכום המזונות, היא כשלעצמה חריג לעקרון מעשה בית דין. הפסיקה הכירה בחריג זה, מאחר שפסק דין מזונות - הן מזונות ילדים והן מזונות אשה - הוא פסק דין שביצועו הולך ונמשך בעתיד, וככזה הוא מסווג כעילה הולכת ונמשכת (נינה זלצמן מעשה בית דין בהליך אזרחי 284 (1991); כהן - חלוקת הרכוש המשפחתי, פסקה 1א)). אולם הפגיעה בעקרון סופיות הדיון מכוח התביעה העצמאית היא חזקה במיוחד וחורגת מהפגיעה בעקרון מעשה בית דין בתביעה "רגילה" לשינוי פסק דין מזונות. זאת, מאחר שהתביעה העצמאית איננה "מאוזנת" על ידי שתי הדרישות שהוצבו לגבי תביעה לשינוי מזונות, קרי, הדרישה לשינוי נסיבות מהותי ונטל ההוכחה המוטל על המבקש (כהן - מעמד הקטין, בעמ' 279).

אף ניתן לומר כי מוסד התביעה העצמאית מתמרץ את ההורה לפתוח את ההסכם תוך זמן קצר, ואפילו תוך מספר ימים לאחר שניתן פסק דין המאשר את הסכם הגירושין. זאת, לשיטתם של הגורסים כי חלוף הזמן מכרסם בטענה לתחולת התביעה העצמאית, וככל שעבר זמן ניכר יותר ממועד אישור ההסכם, יש בכך כדי להצביע שסופקו כדבעי צרכי הקטין (ראו פסק דינו של השופט שנלר בע"מ (מחוזי ת"א) 1167/07 פלוני נ' פלונית, בפסקה 34 סיפא (לא פורסם, 21.10.2009)).

(-) היעדר סופיות, ריבוי הליכים ועומס על בתי המשפט: האפשרות לפתוח מחדש נושא שכבר נדון, מביאה לריבוי התדיינות בבית המשפט ומעמיסה על מערכת בתי המשפט בכלל, ובתי המשפט לענייני משפחה בפרט. נושא מזונות הילדים, ובמסגרתו 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 והתדיינות ביניהם אינה מסתיימת.

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

(-) "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. ומזוית נוספת: התביעה העצמאית מרוקנת מתוכן, מבחינת מעשה בי"ד, את הנפקות המשפטית של פסק הדין שאישר הסדר מזונות קטינים במסגרת הסכם גירושין כולל.

(-) מזונות הילדים כחלק בלתי נפרד מהמערך הכולל של ההסדר: קשה לבודד את עניינם של הקטינים, ובעיקר את נושא מזונות הקטינים, מכלל הנושאים הרכשיים והממוניים שבהסכם הגירושין. הסכם הגירושין הוא מעשה רקמה עדינה, שמזונות הילדים הוא אחד החוטים המרכזיים בו. אם פרמת חוט זה, נמצאת מפר את מערכת האיזונים שבבסיס ההסכם. כך, לדוגמה, ייתכן כי ההורים הגיעו להסכמה שהאב ישלם סכום מזונות מסויים לילדים, מתוך הבנה לא מופרכת כלל, כי האב אוהב את ילדיו ורוצה ביקרם, ירכוש עבורם ביגוד, יסע איתם לחופשות בארץ ובחו"ל, יעניק להם מתנות, וכיו"ב דברים שאינם מעוגנים בהתחייבות מפורשת בהסכם הגירושין. ייתכן כי האב ויתר על חלק מהרכוש מתוך הנחה כי בכך הוא מותיר מקור הכנסה נוסף שימש את האם עבור הילדים, או שויתר על חלק מהרכוש כדי לרשמו על שם הילדים על מנת להבטיח את עתידם. מכאן, שההפרדה בין מזונות הילדים לבין מכלול הנושאים בהסכם הגירושין, היא לעיתים קרובות הפרדה מלאכותית.

(-) התביעה העצמאית אינה עצמאית כלל: ההבחנה בין הקטין לבין ההורה המייצג אותו היא לעיתים 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).

(-) היעדר וודאות ויציבות: ככל שאנו מחזקים את מוסד התביעה העצמאית, כך אנו מערערים את היציבות והוודאות החוזית-משפטית בין ההורים, מה שבתורו עשוי להגביר עוד יותר את החשדנות ביניהם, לכרסם במוטיביציה להגיע להסכם גירושין, ולהקשות על בני הזוג להגיע להסכם גירושין. זאת, מאחר שכל צד חושד במשנהו שההסכם מהווה עבורו רק שלב ביניים עד לפניה חוזרת לבית המשפט (עניין שטיין). 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 שלעיתים בן הזוג מתקשה למצוא צד שלישי שיהיה נכון לערוב לו (למוסד הערבים לשיפוי תוך הבטחת מנגנון זה באמצעות ערבות ראו דנ"א 4/82 קוט נ' קוט, פ"ד לח(3) 197 (1984); ע"א 806/86 מילנר נ' מילנר, פ"ד מב(3) 414 (1987); רוזן-צבי, בעמ' 382-390).

(-) אי כיבוד הסכמים, פגיעה בהורים ובטובת הקטין: כפועל יוצא ממוסד התביעה העצמאית, ומהחשש "לתכסיסנות" מצד בן הזוג, ניתן להצביע על תופעות לוואי שליליות נוספות, כגון: כרסום בעקרון כיבוד הסכמים; מאזן אימה שמביא את בן הזוג שלא למצות את יכולתו להשתקם כלכלית או להסוות את שיקומו הכלכלי; חשש לניצול לרעה על ידי מי מבני הזוג למטרות שאין בינם לבין טובת הקטין ולא כלום; המשך ההתכתשות בין ההורים משך שנים רבות לאחר הסכם הגירושין, מה שמעצים בתורו את הפגיעה בילדים ומעכיר עוד יותר את היחסים בין הקטינים להורים ובין ההורים לבין עצמם. זאת, בניגוד גמור לטובת הקטין העומדת בבסיס מוסד התביעה העצמאית (דברי השופט אשר בפרשת שר; כהן - מעמד הקטין, בעמ' 283).

18. דומני כי כל החסרונות שמנינו לעיל, תומכים בגישת המבחן המהותי. גישה זו, לעומת המבחן הפרוצדוראלי, 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 לגיטה. 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:

"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, עמ' 839-840) (הדגשה הוספה - י.ע.).

שאלה היא, אם דברים אלה, עליהם חזר השופט ברק בעניין פלדמן, אינם עומדים בסתירה להלכה לפיה 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.

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

בשלב הראשון יש לבחון האם 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 "חזק" יותר כאשר בית המשפט אף גילה מעורבות בגיבוש ההסכם. עם זאת, נוכח סמכותו של בית המשפט לענייני משפחה לאשר הסכם גירושין גם מבלי שהוגשה תביעה, חזקה על בית המשפט כי גם במסגרת אישור הסכם שלא היה מעורב בגיבושו, בחן בית המשפט אם יש בהסכם מענה לצרכי הקטינים. אם התמללה דרישה זו, בכך מסתיים מסענו והתביעה תיבחן במסלול של תביעה לשינוי מזונות עקב שינוי נסיבות מהותי.

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

בשלב השני יש לבחון האם בפועל הקטינים אכן קופחו בסכום המזונות שנפסק לזכותם בעת אישור הסכם הגירושין. במסגרת זו, על בית המשפט לבחון את גילו של הקטין, צרכי הקטין הבסיסיים, צרכי המיוחדים והכנסות כל אחד מההורים. ככל שנמצא כי הקטין לא קופח במזונותיו, הרי שאין טעם "לפתוח" את ההסכם, אף אם לא נתמללה הדרישה הראשונה של דיון ענייני במזונות הקטינים.

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 ב (1989). המחבר גורס כי נדרשת רביזיה בפסיקה על מנת 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:

"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 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, עמ' 267).

20. סיכום ביניים:

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

ב. סוגית התביעה העצמאית משיקה לסוגית הסמכות הנמשכת - למרות הרציונלים השונים בבסיס שתי הסוגיות - שאם נקבע כי בתביעה עצמאית עסקינן, אין סמכות נמשכת.

ג. הגישה הפרוצדוראלית מרחיבה את מוסד התביעה העצמאית בעוד הגישה המהותית מצמצמת מוסד זה. לבחינת השאלה אם מדובר בתביעת מזונות עצמאית של קטין נוקטת הפסיקה במבחן הגישה המהותית. בנושא החזקת הילדים, משמורת, חינוך והסדרי ראייה, נראה כי הפסיקה נוקטת במבחן הגישה הפרוצדוראלית.

ד. מוסד התביעה העצמאית מבוסס על ההנחה כי עניינו של הקטין נזנח ויש בו כדי להגן על אינטרס האם. מנגד, למוסד זה יש חסרונות לא מבוטלים (פגיעה בעקרון מעשה ב"ד; ריבוי הליכים ועומס על הערכאות; "חזקת הזנחת הילד" מצד ההורים ומצד בית המשפט; פרימה של מכלול הסכם הגירושין; עצמאות התביעה היא פיקציה; היעדר וודאות ויציבות; אי כיבוד הסכמים; פגיעה בהורים ובטובת הקטין).

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

האם מדובר בתביעת מזונות עצמאית במקרה שלפנינו?

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

אקדים ואומר כי דין הטענה להידחות.

22. כזכור, עניין מזונות הקטינים נדון פעמיים בפני בית 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, ושכספו אישר בית-המשפט הסכם בין הצדדים, דווקא התקיים דיון כזה" (עניין פלונית השני בעמ' 191 מול האות ב). בסיטואציה דומה, בה התקיים דיון נפרד בעניין מזונות הילדים, נאמר על ידי הנשיא שמגר בעניין רוט:

"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 שקוים 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, בעמ' 839-840).

כאמור, הדיון השני ביום 2.5.2010 שבעקבותיו נעשה ההסכם החדש, התקיים בעקבות תביעתו הנפרדת של המשיב להפחתת מזונות הילדים, כך שברי כי על שאלה זו נסב הדיון. מפרוטוקול הדיון - במהלכו הייתה העותרת מיוצגת בעוד המשיב ייצג את עצמו - נחזה כי בית הדין שמע את טענות הצדדים לגבי השתכרותם ולגבי צרכי הקטינים, גם אם הדיון "התפזר" 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 והאשה, 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 הפרוצדוראלית, לא ניתן לומר כי בית הדין לא נתן דעתו למזונות הקטינים.

לאור מהלך הישיבה בה הגיעו הצדדים להסכם החדש, איני נדרש לטענת העותרים כי בישיבה הראשונה במהלכה הגיעו הצדדים להסכם גירושין, בית הדין לא קיים דיון בנושא מזונות הילדים אלא אך 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 ועל דעתו של בית הדין. לכן, אין מקום לטענה כי אישור בית הדין את ההסכם היה בגדר פעולה טכנית בלבד. מקום בו בית המשפט או בית הדין היה מעורב באופן פעיל בגיבוש ההסכם, ניתן להניח כי בחן את הסכם הגירושין לגופו בעת שאישורו, ובכלל זאת את נושא מזונות הילדים (ראו בג"ץ 9268/02 ריכטר נ' ריכטר (לא פורסם, 29.7.2003) המבחין בין נסיבות בהן בית המשפט או בית הדין היו מעורבים בגיבוש ההסכם, לבין מצב בו אושר ההסכם כלשונו כפי שנוסח על ידי הצדדים, כמו במקרה שנדון בבג"ץ 8578/01 חליוה נ' חליוה, פ"ד נו(5) 634 (2002)).

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

24. סיכומי של דבר, שאין לראות את תביעת הקטינים כתביעה עצמאית, שכן עניינם נידון בפעם השניה בפני בית הדין, בהליך אשר יוחד לשם כך.

לאור מסקנה זו איני נדרש לבחון את השלב השני, אך למעלה מן הצורך אומר כי על פניו, הסכום של 5,000 ₪ בצירוף מחצית הוצאות רפואיות שנפסק עבור ארבעת הילדים אמנם נמוך מהסכום המינימלי המקובל לצרכים ההכרחיים, העומד על כ-1,250 ₪ לילד בצירוף הוצאות מדור. עם זאת, פסיקת מזונות למספר ילדים אינה נעשית בדרך של מכפלת סכומי המינימום, וידועה האמרה נר לֶאָמֵד - נר לְמַעָה, או כי לצורך הכנת מרק לאחד יש צורך בחומרים רבים, אך על מנת להאכיל מספר נוסף של אנשים די להוסיף מים (השופט ניצן סילמן בתמ"ש (קריית 11650/07 פלונית נ' פלוני (לא פורסם, 22.1.2009)). זאת ועוד. במסגרת קביעת המזונות מתחשב בית המשפט גם ברכוש הצדדים, ובמקרה דנן ויתר המשיב על חלקו בדירה לטובת הילדים, מה שמאזן את סכום המזונות הנמוך-יחסית וגם פותר לכאורה את שאלת המדור.

האם קנה בית הדין סמכות מתמשכת בעניין מזונותיהם של הקטינים?

25. לטענת העותרים, קביעת בית הדין הרבני לגבי סמכותו לדון במזונות הילדים, עומדת בסתירה להלכה שנקבעה בבג"צ 8638/03 סימה אמיר נ' בית הדין הגדול בירושלים, פ"ד סא(1) 259 (2006) (להלן: עניין סימה אמיר), שם נקבע כי אין לבית הדין סמכות נמשכת לדון בתביעה לאכיפת תניית שיפוי בהסכם גירושין לאחר שהדין בתביעת הגירושין תם.

סוגיית היקף סמכותו של בית הדין לאחר מתן הגט עומדת בימים אלו על המדוכה בבית משפט זה (בג"ץ 6929/10 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול (החלטה מיום 7.3.2012)). עם זאת, איני סבור כי המקרה שלפנינו מצדיק להידרש לסוגיה ולשאלות שתידונה באותו מקרה (השוו בג"ץ 488/12 פלונית נ' פלוני, בפסקה 7 (לא פורסם, 5.6.2012); בבג"ץ 7706/11 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, בפסקה ד (לא פורסם, 24.4.2012). זאת, נוכח המסקנה אליה הגענו לעיל ולפיה אין לראות את תביעת הקטינים כתביעה עצמאית. כאמור, נושא התביעה העצמאית משיק לשאלת הסמכות הנמשכת, שאם תאמר כי בתביעה עצמאית עסקינן הרי שאין הקטינים כבולים לערכאה בה בחרו הוריהם להתדיין קודם לכן.

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.

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 פ"ד נב(5) 838,817 מול האות ו והאסמכתאות שם (1998)). עם זאת, ספק אם ניתן להסיק מהוראת סעיף זה להסכם הגירושין הסכמה ברורה של בני הזוג להקנות סמכות לבית הדין. נוכח ספק זה, בצירוף הלכת סימה אמיר, אני נכון להניח כי ניתן לטעון שהסכמת העותרת לדון במסגרת הסכם הגירושין במזונות הילדים, לא מקנה לבית הדין סמכות נמשכת לדון בנושא המזונות.

אולם, נחזור ונזכיר כי ביום 2.5.2010 הגיעו בני הזוג בשנית לבית הדין על מנת לדון בתביעת הבעל להפחתת דמי המזונות. דיון זה במזונות הילדים נערך בהסכמתם של העותרת לעניין הסמכות, ולמצער, השלמה עם סמכות זו (ראו: בע"מ 5037/12 פלונית נ' פלוני פסקה ח' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (לא פורסם, 23.7.2012). משהסכימה העותרת להתדיין בפני בית הדין הרבני, היא מושתקת ומנועה "מלעורר עכשיו את הטענה שכל מה שעשה בית-המשפט [במקרה שלנו - בית הדין] עשה בלי סמכות ושצויו כאין וכאפס הם" (בג"ץ 7341/06 פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי אשקלון, פסקה י' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (לא פורסם, 14.2.2008)). במקרה דנן, הדיון נערך לאחר הגירושין, כך שבאותה עת התייצבותה של העותרת כאפוטרופוס של הקטינים אף לא הייתה נגועה בניגוד עניינים והסכמתה לסמכות 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 (לא פורסם, 17.5.2005)). 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 משמעות 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, וכלשוננו: "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 בשמם של הקטינים ולייצג את עניינם כאשר אין אביהם מסכים למהלך זה.

28. ולא היא. העובדה שתביעת מזונות מוגשת בשם הקטינים על ידי האם כאפוטרופא 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 15 לחוק האפוטרופסות קובע כי על הורי הקטין לשתף פעולה בהחלטות הנוגעות לגידולו, ובאין הסכמה מצידם, קובע סעיף 18 כי יובא הדבר להכרעה שיפוטית. ברם, בעת שהאם מגישה תביעה בשם הקטינים, יכול 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. לסופו של יום, מצאתי כי תביעה 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.

ש ו פ ט

השופט א' רובינשטיין:

א. חברי השופט עמית בחוות דעתו היסודית, "אחז בקרניו" את נושא תביעת הילדים לשינוי מזונות, הקרויה התביעה העצמית, שיסודה ומעלתה (כפי שציין בפסקה 16), החשש כי עניינו של הקטין נפגע במאבקי הוריו. זאת - בנוסף לחשש מהיסחטות האם-האשה טרם הגט, בעוד שלאחריו ידיה משוחררות יותר מכבלי האב-הבעל. מנגד ציין (בפסקה 17) חסרונות שונים של מוסד התביעה העצמאית. אוסיף בעניין זה, כי החשש ממניפולציות אינו חד כיווני, כמובן, ויתכן מצב שבו הבעל-האב חש מרומה לאחר שהסכם שכרת זה עתה נפתח בדלת צדדית מייד לאחר מכן, אלא אם כן הייעוץ המשפטי שקיבל הזהירו מראש. העולה מאלה - מכל מקום - היא אכן, גישת המבחן המהותי. בית המשפט למשפחה מתבקש לבחון בכל מקרה בראש וראשונה את המהות, קרי, בשורה התחתונה, האם מה שנפסק לקטינים כמזונות - לאחר דיון ראוי - משקף את צרכיהם לאמיתם. הגישה המהותית היא איפוא עיקר, והיא תכליתו של ההליך - אי קיפוח הקטינים. ההיבט הדיוני הוא משרתו של ההיבט המהותי; חשיבותו היא בהבטחת השימוע לכל, 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' פלונית (לא פורסם), פסקה 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 הועדה לבחינת נושא מזונות הילדים בישראל. בראשות פרופ' פנחס שיפמן, שהוגש לשר המשפטים לאחרונה. המלצות הועדה, המוציאות את נושאי המזונות מדיני המעמד האישי, מחלקות את האחריות הטיפולית והכלכלית בין שני ההורים, תוך 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, בודאי בלא הבעת דעה עליהן לגופן. לטעמי ולענייננו החשוב הוא כי גם מהן עולה לכאורה - כך דומני - המבחן המהותי.



ג. ולסופו של יום עיינתי בחוות דעתו המאלפת של חברי השופט הנדל. אכן, מתחילה לא היה בכוונתי להידרש לנושאים שאינם מזונות, אשר אינם נחוצים להכרעה בענייננו. ואולם, משנדרש אליהם גם חברי השופט הנדל בחוות דעתו המעמיקה ושני חברי הגדילו תורה והאדירו, אומר אף אנכי מלה. אציין כי גם לשיטתי, כמו לשיטת השופט הנדל, בכל ענייני הקטין הקריטריון הוא זה המהותי, קרי, האם 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 כאלה ואחרים, לא יתן בית משפט זה יד. המבחן הוא איפוא אמיתיות ההליך בכל הנוגע לקטין, לאחר שבית המשפט וידא, באמצעות ייצוג וחווה דעת לפי הנחוץ, כי ענייניו של זה נשקלים באופן שאינו טבול בסכסוכי הוריו. כדי לדובב שפתי ישנים אציין, כי עוד מקדם דן השופט (כתארו אז) זילברג בחשש פן יישחק הקטין במאבקי הוריו, והציע כי פקידי סעד יהיו מעורבים כנציגי הקטין (ביד"מ 1/60 וינטר נ' בארי, פ"ד טו(2) 1457, 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 שמבלי להוסיף דפים נוספים לסקירות חבריי ניתן לחלץ מהם את עמוד האש ועמוד הענן, כוכב הצפון, והוא שכבר אמרנו: דיון מהותי אמיתי בצרכי הקטין, יהיו אשר יהיו; "דן ופסק" - דן כפשוטו ובהמשך פסק. לוא יהי.

ה. ובנידון דין התוצאה מוסכמת על כולנו.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

1. עיינתי היטב בחוות הדעת 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, משמורתם, חינוכם וסוגיות נוספות בעלות השפעה ישירה על טובתם בהווה ובעתיד. כחברי השופט א' רובינשטיין מצטרף גם אני לחוות דעתו "המהותית (תרתי משמע)" של חברי השופט י' עמית ומסכים לתוצאה אליה 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.

לצד הדרך שפילס חברי השופט י' עמית ואשר מוליכה לתוצאה האמורה, פנתה חוות דעתו אף לשבילים צדדיים בהם 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 מספר הערות.

2. בפתח הערותי אבקש לחדד את המושגים בהם אנו דנים. מוסד התביעה העצמאית של קטינים לשינוי מזונותיהם, משמורתם ויתר העניינים אשר הם צד להם הינו חריג אשר ההצדקה לו מצויה בחשש כי בהיות ההורים המתגרשים עסוקים בהגנה על ענייניהם שלהם, ולעיתים לא פחות מכך בחבלה בענייני זולתם, עשוי עניינם של הקטינים להיזנח בין מדעת ובין שלא מדעת. בע"א 404/70 עברון נ' עברון, פ"ד כה(1) 373 (1971) (להלן: הלכת עברון) קיבל חשש זה ניסוח חריף במיוחד ואף היתרגם על ידי השופט צ' ברנזון בדעת הרוב לכדי מבחן פורמאלי ופרוצדוראלי נוקשה ביותר אשר יקבע באילו תנאים תתייטר תביעתם העצמאית של קטינים. לשיטתו: "רואה אני צורך שבכל מקרה כזה יופרד ענין הילדים כליל מענין ההורים ויידון בדרך של תביעה נפרדת בשמם של הילדים" (שם, עמ' 376). כל עוד עניינם של הילדים לא נדון בתביעה נפרדת אשר הוגשה בשם הקטינים - לא יחייבו מסקנות הערכאה הראשונה את הקטינים והם יהיו חופשיים לפנות למסלול התביעה העצמאית. עמדה פורמאלית זו פינתה את מקומה בראשית שנות ה-80 לגישה מרוככת יותר המכונה בפסיקה "המבחן המהותי". על פי גישה זו, מקום בו בית המשפט או בית הדין דן לגוף עניינם של הקטינים, באופן מובחן ונפרד, הרי שהקטינים יהיו מחויבים לתוצאה גם אם לא התקיימו התנאים הפורמאליים שצינו בהלכת עברון. זה כשלושים שנה מושל בכיפה, לכאורה, מבחן מהותי זה, אולם בחוות דעתו מציע חברי בחינה מחודשת של קביעה זו ורומז לקיומה של תזוזה בנושא, כבמעין תנועת מטוטלת, לכיוונה של הלכת עברון, גם אם באופן חלקי ומסויג. חזרה להלכת עברון?

2. האמנם חזרה הפסיקה להלכת עברון? בפסקה 20 ג. לחוות דעתו מציע חברי השופט י' עמית את ההבחנה לפיה "לבחינת השאלה אם מדובר בתביעת מזונות עצמאית של קטין נוקטת הפסיקה במבחן הגישה המהותית", בעוד "בנושא החזקת הילדים, משמורת, חינוך והסדרי ראייה, נראה כי הפסיקה נוקטת במבחן הגישה הפרוצדוראלית". למסקנה זו מגיע חברי בעקבות השוואה שהוא עורך בין "עניין פלונית הראשון" (בג"ץ 2898/03 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נח(2) 550, 560 (2004)) לבין "עניין פלונית השני" (בע"מ 7916/03 פלונית נ' פלוני, פ"ד נט(5) 183, 189-190 (2005)). אינני מקבל הבחנה זו בין הסוגיות וסבור כי הן על ענייני מזונות והן על ענייני משמורת ועניינים אחרים חל ואף צריך לחול דין זהה. שטח פניו של הסדק המאפשר הגשת תביעה עצמאית בשם הקטינים איננו שונה, ואיננו צריך להיות שונה, בין הנושאים השונים, ומידותיו כמידתו של המבחן המהותי.

אל ההבחנה שלו מגיע חברי בעקבות מלומדים (יצחק כהן) "מעמדו העצמאי של הקטין בדיני משפחה - תהליכים, מגמות ודרכים לאיזון מחודש" משפטים מא 255 (התשע"א)) אשר זיהו בפסק הדין שניתן בעניין פלונית הראשון משום נקודת מפנה. את עיניהם לכד הניסוח הבא, אשר יש בו משום דו-משמעות לכאורה בשאלה זו:

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 (עניין פלונית הראשון, עמ' 563).

אם נבוא ונאמר כי "הרמה המהותית" היא "המבחן המהותי", ואילו "הרמה הדיונית" אינה אלא המבחן הפורמאלי של הלכת עברון, כי אז דברים אלה אכן מייצגים לכאורה תפנית של ממש בהשבתם את המבחן של הלכת עברון אל מרכז הבמה. מקריאת פסקה זו מתוך פסק הדין, מסקנה שכזו הינה אפשרית אך רחוקה מלהיות הכרחית לטעמי הואיל והזיהוי של "הרמה הדיונית" עם המבחן הפרוצדוראלי אינו מתחייב. יתרה מכך, אם חוזרים אנו למבחן פרוצדוראלי זה, מה לנו עוד צורך בבדיקה נוספת של המבחן המהותי, הגמיש ממנו? רוצה לומר, הקסם הראשוני של הלכת עברון הוא בפשטותה: המבחן הקובע הוא מי התובע בהליך בו נקבעו ענייני הקטין. היה והתשובה איננה הקטין - כי אז יש לדון בעניין דה-נובו (De Novo). על פי הלכה זו, המבחן הפורמאלי בדבר זהות התובע עומדת בפני עצמה ואין אנו נדרשים לשאלת המהות. כלשונו של פסק הדין: "יידון בדרך של תביעה נפרדת בשמם של הילדים". ההנחה בהלכת עברון היא שכל עוד הקטין אינו בגדר תובע עניינו לא נדון. פסק דין פלונית הראשון מתייחס למהות הדין ובתור שכזה מוציא את עצמו מהלכת עברון. על פי קו זה, פירוש הלכת פלונית הראשון כך שמדובר במבחנים מצטרפים - הלכת עברון והמבחן המהותי - איננה סבירה שכן משעברנו את המשוכה של הלכת עברון אין מקום עוד להפעיל את המבחן המהותי.

אולם, התבוננות בפיסקה זו בהקשרה מלמדת לטעמי כי מסקנת החזרה להלכת עברון לא רק 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 ובהן גם חלוצות הפסיקה אשר יצרו את "המבחן המהותי" כתחליף להלכת עברון. יתרה מזאת, את המסקנה הזו מציב פסק הדין במפורש אל מול הלכת עברון אשר הוא מפנה אליה לאחר מכן בתורת השוואה בלבד. ללמדך, כי בדברה על "הרמה הדיונית" לא מבקשת הלכת פלונית הראשון להחזירנו אל ימי הלכת עברון ואל דרישת התביעה הנפרדת, כי אם להדגיש שעל הסוגיות הנוגעות לילדים להיות נידונות באופן מובחן ברמה הדיונית - לקבוע מקום לעצמם בדיונים בתיק, בבדיקת ההסכם על ידי בית המשפט, ובניסוח ונימוק החלטותיו.

כמו כן, מסקנה זו מתבקשת גם מניתוח ההיסטוריה הפסיקתית שמאז נכתבה הלכה זו. שמונה השנים שחלפו מאז מתן פסק הדין בעניין פלונית הראשון ועד להליך שבו עומדות רגלינו כעת לא חלפו בתוהו. הלכת פלונית הראשון צוטטה והתפרשה פעמים רבות. בבג"ץ 1073/05 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, פסקה 12 (25.6.2008) קבע בית המשפט (מפי חברתי השופטת א' חיות ובהסכמת חברי השופט א' א' לוי והנשיא א' גרוניס), תוך הסתמכות על עניין פלונית הראשון, 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 כמצוי בתחומי "המבחן המהותי" גם בבג"ץ 6021/10 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים, פסקה 12 (4.10.2010) אשר עסק בהסדרי ראייה וקבע (מפי חברתי המשנה לנשיא מ' נאור ובהסכמת חברי המשנה לנשיאה א' ריבלין והנשיא א' גרוניס) כי "בהיעדר דיון מהותי לגוף הסוגיה לא די בכך על מנת לקבוע כי בית הדין "דן ופסק" בשאלת הסדרי הראייה". גם בבג"ץ 1318/11 פלונית נ' בית הדין השרעי לערעורים, פסקה 3 (23.11.2011) חזרתי על פרשנות זו, שוב בעניין הסדרי ראייה, ונקבע (בהסכמת חברי השופטים א' א' לוי ו' דנציגר) כי "בית הדין השרעי אף נדרש לטענות הצדדים לגופן, "דן ופסק" בעניין הסדרי הראייה ועניינם של הקטנים נבחן לגופו כעניין עצמאי ונפרד מיתר סוגיות הגירושין" תוך הסתמכות על האמור בעניין פלונית הראשון.

עינינו הרואות, אם כן, כי בית משפט זה לא ראה בעניין פלונית הראשון תמרור המורה לנו לשוב על עקבותינו ולהכפיף עצמנו למבחן הפורמאלי הנוקשה של הלכת עברון, לא בענייני מזונות ואף לא בענייני משמורת והסדרי ראייה כפי שראינו. סימנים לטענת החזרה להלכת עברון בכל הנוגע למשמורת, הסדרי ראייה וחינוך, מצא חברי בבג"ץ 6378/04 גיליאן שרעבי נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (19.8.2004) שעניינו במשמורת, ובבג"ץ 9539/00 יוסף איתן נ' בית הדין הרבני האזורי ירושלים, פ"ד נו(1) 125 (1999) העוסק בסמכות נמשכת בשאלת חינוך ילדים. לטעמי, עיון מדוקדק בשני פסקי דין אלה, דוגמת זה שערכנו בעניין פלונית הראשון, מעלה תמונה שאינה בהכרח תומכת במסקנה בכל הנוגע לטענת החזרה להלכת עברון. אמנם, בכמה מפסקי הדין המקבילים את טענת הקטנים ישנה התייחסות להיעדר הליך פורמאלי, אך אין בכך לטעמי להוכיח את התזה של חזרה להלכת עברון. הטעם בדבר הוא כי היה וסוגיית הקטין לא נידונה בפועל מבחינה מהותית כי אז החסר הפורמאלי לפיו הוא לא היה צד להליך בולט יותר ואף עשוי למצוא ביטוי בפסקי הדין. למרות זאת, קו ההכרעה הוא במבחן המהותי ולא במבחן הפורמאלי של הלכת עברון. כאשר מוצא בית המשפט כי מהבחינה המהותית עניינם של הקטנים לא נדון לגופו - עשוי הוא לציין גם את היעדרו של הליך פורמאלי, אך וודאי שלא ניתן להסיק מכך כי מדובר בתנאי בלעדיו אין. העמדה לפיה אין לטעון שהמבחן הפך למשולב ומצטבר, מעין שיתוף בין הלכת עברון והמבחן המהותי, אינה מפתיעה שכן הלכת עברון קובעת מבחן חד-ממדי שעל פי כלליו אינו זקוק לבחינה מהותית.

נראה אם כן, כי הפרשנות לפיה המבחן המהותי נותר המבחן המכריע בענייני מזונות בלבד איננה מתיישבת עם סקירת הפסיקה. אדרבה, אם נבקש לתור אחר הדברים המפורשים ביותר הנאמרים בזכות המבחן הפרוצדוראלי - ועיונית מעדיף אני לכנותו "הלכת עברון" או "המבחן הפורמאלי" - (ואשר חלקם מופיע גם במאמרו של כהן, לעיל, 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, פ"ד נג(2) 175, 184 - 185 (1999) בו נקבע, תוך ציטוט מהלכת עברון, 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 10109/02 כץ נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נז(2) 875, 880 (2003) במקרה שעסק הן בענייני משמורת והן בענייני מזונות.

מכל האמור עולה אם כן, כי דרך המלך בפסיקה בשלושים השנים האחרונות מבכרת באופן ברור את המבחן המהותי על פני הלכת עברון הן בענייני מזונות והן בעניינים אחרים. החריגים לכך מעטים, נער יספרם, וודאי שאין למצוא בהם שיטה או כלל המקשר בין תוכן הסוגיה לבין זהות המבחן המופעל. בין אם מדובר בשניים ובין אם בארבעה, 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 במסגרתו, בעשרות מקרים מאז שנות ה-80 ועד היום, ניתנה הבכורה לעריכת מבחן מהותי בסוגיה זו, בלא הבחנה בין נושאי דיון שונים. ההלכה אשר קבעה את המבחן המהותי יושמה בטרם ניתן פסק הדין בעניין פלוני הראשון אך לא נס ליחה גם לאחריו, כפי שפסק דין זה התפרש בשנים הבאות. ומה לנו דברים מפורשים יותר מהדברים שנאמרו בעניין פלוני השני באשר לאי תקפותו של המבחן הפורמאלי: "גישה זו, המעוגנת בהבחנה שהיא בעיקרה פרוצדוראלית-פורמאלית, אינה נוהגת עוד, ואת מקומה תפסה גישה המעוגנת במבחן מהותי" (עניין פלוני השני, עמ' 189).

מעבר לטעמים אלה, המתחקים אחר נתיבה של ההלכה הפסוקה כפי שזו נהגה בפועל, ואשר הם תיאוריים באופיים, אני סבור כי גם מהבחינה הנורמטיבית-מהותית אין מקום ליצור הבחנות מלאכותיות בעיני בין נושאים שונים - למשל בין ענייני מזונות לבין ענייני משמורת, וכן על זו הדרך. על מנת שהחלטות הנוגעות לקטינים במישרין, בכל עניין, יוכלו לחייבם, צריכות הן 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 ומה לי משמורת. אם כן, הבחנה בין מזונות לבין שאר התחומים אינה מעוגנת בפסיקה, ומנקודת מבטם של הקטינים אינני מוצא כל הצדקה לעריכתה. המבחן הדו-שלבי

3. 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 שבה במידה סבור אני גם 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 איננה תלויה בשאלת הקיפוח 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 שכדברי חברי "בכך מסתיים מסענו והתביעה תיבחן במסלול של תביעה לשינוי מזונות עקב שינוי נסיבות מהותי". אך בשונה מחברי, סבור אני כי אף אם נשיב על שאלה זו בשלילה, גם בכך יבוא לסיום מסענו 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 זכותם לכך שעניינם ייבחן באופן נפרד ועצמאי. אם הוא נבחן ככזה במסגרת ההליך העיקרי - מוטב; אולם אם לא נבחן ככזה - תעמוד לקטינים הזכות כי יתקיים דיון עצמאי בערכאה אותה בחרו. משול הדבר לשעון שעמד מלכת אשר מראה את השעה הנכונה פעמיים ביום. גם אם בדרך מקרה יראה את השעה הנכונה באחת מהפעמים שנתבונן בו, אין הדבר פוטר אותנו מנטילתו והולכתו לשעון על מנת שיבדוק ויתקן את הטעון תיקון. כך הדבר גם אצלנו - תוצאה תקינה (על פניה) איננה פוטרת אותנו מלוודא כי ההליך תקין וענייני ביחס לסוגיה הנוגעת ישירות לקטין, ובמידה ואינו כזה - יש להעבירו לערכאה אותה בחרו הקטינים. נטל ההוכחה

4. הערתי האחרונה נוגעת לשאלת נטל ההוכחה, אליה התייחס חברי השופט י' עמית בפסקה 18 לחוות דעתו. לשיטתו, נטל ההוכחה במסגרת המבחן 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). 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" אכן מהווה נטל שאינו כבד?

שנית, גם מן הבחינה המהותית, הצבת נטל ההוכחה לפתחו של המבקש להסתמך על ההסכמות וההחלטות הקודמות סובלת מאותם קשיים אשר הטיב לתאר חברי השופט י' עמית באשר לחסרונות מוסד התביעה העצמאית ואשר מהם ביקש להימנע (פסקה 17 לחוות דעתו). כאשר 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 שמשמעות הדברים למעשה הינה יצירה של מעין "חזקת הזנחת הילד" הן מצידם של ההורים והן מצידו של בית הדין או בית המשפט שפסק בסוגיה. חזקה שכזו, או מעין-חזקה שכזו, איננה ראויה ואיננה 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 עלי הדברים שנפסקו על ידי הנשיא מ' שמגר בעניין רוט ולפיהם תבטל 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". 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 (2.12.1998)) אשר קבע, בצטטו מהלכת רוט, כי "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 השלילי הכפול שהציע חברי איננו במקרה. 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 מעבר 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 ומעיקרון 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 בו קיבל הסכם ההורים תוקף. ראיה זו מטבעה הינה אובייקטיבית במובן זה שהיא מדברת בעד עצמה ואינה בשליטת מי מהצדדים. זוהי תשובה נוספת מדוע הקביעה לפיה הנטל רובץ על הקטין שעליו להצביע על אינדיקציה שעניינו לא נדון מבחינה מהותית אינה אמורה ליצור מכשול.

5. אסכם את הדברים לשיטתי. המבחן הנוהג בשאלת התביעה העצמאית הינו המבחן המהותי, בין לענייני מזונות בין לשאר ענייני הקטין. הקריטריון להפעלת המבחן המהותי הוא זה המכונה בפסיקה "דן ופסק" - האם הערכאה אשר נתנה את החלטתה בענייני הקטין שקלה לגופם את ענייניו וטובתו. תשובה חיובית תביאנו לפסול מסלול תביעה עצמאית זו, ואילו תשובה שלילית תאפשרו. נטל ההוכחה הראשוני מוטל על הקטין במובן זה שעליו להצביע על אינדיקציה לכך שעניינו נבלע בענייני הוריו והסוגיה לא נדונה מבחינה מהותית ונפרדת. או אז יעבור הנטל אל ההורה המסתמך ועליו יהיה להוכיח כי התוצאה היא פרי שקילה ודיון לגוף עניינו של הקטין. כאשר לתיק הנדון, כאמור בפתח דבריי, דעתי כדעת חברי כי דין העתירה להידחות.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, כ"ז שבט התשע"ג (7.2.2013).