



בית משפט לענייני משפחה בפתח תקווה

תלה"מ 19-06-38653 פלוגית נ' אלמוני ואח'

תיק חיצוני: מספר תיק חיצוני

בפני כבוד השופטת אפרת ונקרט

תובעת

פלוגית (קטינה)

ע"י ב"כ עוה"ד קרן ארקין

מטעם מערך ייצוג הקטינים של הסיוע המשפטי

נגד

נתבעים

1. פלוני (האב)

2. פלוגית (האם) (פורמלי)

ע"י עו"ד חגית שרים

החלטה

בפני תביעתה העצמאית של קטינה אשר הוגשה ביום 18.6.19 ובה מבוקש כי בית המשפט יתיר לקטינה ללמוד במסגרת החינוכית בה מבקשת היא ללמוד, וזאת בניגוד לעמדת אביה וכן מבוקש כי אתיר לאם הקטינה (הנתבעת 2) לחתום לבדה על כל מסמך נדרש לצורך לימודיה של הקטינה במסגרת המבוקשת. כמו כן, הוגשה יחד עם התביעה בקשה לקיום דיון דחוף בפני בעניין התביעה.

עוד ביום 18.6.19 ניתנה החלטתי בדבר הגשת תגובתו של הנתבע 1 בתוך 7 ימים.

הנתבע 1, אביה של הקטינה הגיש ביום 3.7.19 בקשה ובה עתר כי יינתנו לו 30 יום להגשת כתב הגנתו וזאת בהתאם לקבוע בתקנות סדר הדין האזרחי. בנוסף, בסיפא של בקשתו, טען הנתבע 1

בקיצור נמרץ כי אין לבית משפט זה סמכות עניינית לדון בתביעה שכן הסמכות נתונה לבית הדין הרבני.

עוד באותו יום (3.7.19) עתרה ב"כ התובעת וביקשה כי אכריע שהסמכות הבלעדית לדון בתביעה נתונה לבית משפט זה וכן אקבע דיון דחוף לדון בתביעת הקטינה או לחילופין כי יינתן במעמד צד אחד צו המאפשר לקטינה ללמוד בשנה"ל הבאה במסגרת המבוקשת על ידה.

המשיב מיהר להגיש "הודעה" מטעמו ביום 4.7.19 ובה פירט כי ביום 2.7.19, דהיינו כשבועיים ימים לאחר שהוגשה תביעת הקטינה לבית משפט זה, התקיים דיון בבית הדין הרבני, דיון אותו יום הנתבע 1, אשר היה המבקש בדיון זה, ובאותו דיון "עלה כי האב מבין שהילדה לא תלמד בחינוך ..., והוא מוכן ללימודיה ב"...." אולם דורש התחייבות שתשמור על לבוש צנוע כפי שנהגה". עוד נקבע על ידי כב' ביה"ד הרבני בהחלטתו מיום 3.7.19 כי דיון ההמשך נקבע בהרכב מלא מיד לאחר החזרה מפגרת הקיץ ואין אפשרות לקבוע מועד מוקדם יותר לדיון והבקשה נדחת.

בנוסף ל"הודעה" שהוגשה, הגיש הנתבע 1 ביום 4.7.19 בקשה לדחיית תביעתה של הקטינה על הסף, וזאת מהטעם שאין לבית משפט זה סמכות עניינית לדון בתביעה שכן ביום 19.11.11 אושר בביה"ד הרבני הסכם גירושין בין הצדדים וניתן לו תוקף של פסק דין, ובמסגרת הסכם זה הקנו הצדדים סמכות בלעדית לביה"ד הרבני האזורי ב.... בעניין כל הכתוב בהסכם בעניין המזונות, פירוק השיתוף והמשמורת וכן לדון בהפרת או אי קיום ההסכם. משכך, לטענת הנתבע 1 נכרכה הסמכות לדון בכל ענייני הקטינים בבית הדין הרבני ויש לבית הדין הרבני "סמכות נמשכת" להמשיך ולדון בעניין הקטינים, וזאת בין השאר מפאת כלל כיבוד הערכאות.

לטענת המבקש הגיש אף הוא ביום 18.6.19 בקשה למתן צו מניעה בבית הדין הרבני האזורי ב..., למנוע את רישומה של הקטינה למסגרת המבוקשת על ידה ("....") ובית הדין הרבני קיים את הדיון הדחוף ביום 2.7.19 וזאת לאור סמכותו הבלעדית לדון בסוגיה, כך לטענת הנתבע 1, וכן קבע כב' ביה"ד, כי ימשיך בדיון בהרכב מלא לאחר הפגרה.

משכך, טען המבקש כי הסמכות הבלעדית לדון בתביעה הינה לביה"ד הרבני ופתוחה הדרך בפני המשיבות (התובעת והנתבעת 2) להגיש את הבקשה בבית הדין הרבני וזאת בהתאם להסכם הגירושין. הנתבע 2 הפנה את בית המשפט לבג"ץ 8638/03 סימה אמיר, שהוא לטענת הנתבע 1 ההלכה המחייבת ואשר לפיו, כך לטענתו, נתונה הסמכות לביה"ד הרבני.

נוכח העובדה שמהחלטת כב' ביה"ד הרבני מיום 3.7.19 שצורפה להודעת האב למדתי כי האב מסכים ללימודיה של הקטינה במסגרת המבוקשת, לא מצאתי אז להכריע בסוגיה מהסוגיות שעלו (שאלת הסמכות ושאלת המסגרת החינוכית) לגופו של עניין, ובהחלטתי מיום 4.7.19 קבעתי כי לאור הסכמת האב למבוקש על ידי הקטינה בעניין המסגרת החינוכית נראה כי התביעה מתייתרת וכן קבעתי כי תוגש תשובה בתוך 7 ימים.

ביום 5.7.19 הוגשה בקשה על ידי הקטינה ובה התבקש בית המשפט בשנית לקבוע מועד דחוף לדיון ולחילופין ליתן צו במעמד צד אחד המתיר לאם לחתום לבדה על כל מסמך נדרש לצורך לימודיה של הקטינה ב... או לחילופין ב..., כמבוקש על ידי הקטינה.

עוד בטרם ניתנה החלטה בבקשת הקטינה מיום 5.7.19, הגיש הנתבע 1 ביום 7.7.19 שוב בקשה מנומקת כי אקבע שהסמכות לדון בעניין נתונה לביה"ד הרבני, וכתיומכין לכך הסתמך הנתבע 1 על כך שביום 26.7.09 (דהיינו לפני כעשר שנים) הוגש בתמ"ש..... תסקיר, וכב' השופט צבי ויצמן נתן לתסקיר תוקף של החלטה שיפוטית ולאחר מכן הועבר הדיון לביה"ד הרבני, משכך, טוען הנתבע 1 שהתקיים דיון לגופו של עניין בעניין הקטינים וכן התקיים לדבריו גם "המבחן המהותי" כפי פסיקת כב' השופט הנדל בבג"צ 4407/12 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול ולפיכך לטענתו הן מן הטעם שהסכמת ההורים לסמכות בית הדין ניתנת גם בשם הילדים והן מטעם שלאור העובדה שהונח תסקיר בפני בית הדין כאשר נתן תוקף להסכם בין הצדדים ולפיכך התקיים "המבחן המהותי" ולכן הסמכות נתונה לבית הדין ומבוקש כי בית המשפט יקבע שאין לבית משפט זה סמכות לדון בתביעה. זאת ועוד, הנתבע 1 טען כי ב"כ הקטינה "עוברת עבירה פלילית" שכן לא קיבלה את הסכמת המבקש, שהוא אפטרופוס הטבעי של הקטינה, להגשת התביעה והתביעה הוגשה בניגוד לסעיף 18א לחוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות התשכ"ב – 1962.

ביום 9.7.19 ניתנה החלטתי ובה הוריתי לב"כ הקטינה להידרש להחלטתי ולהבהיר האם לא מתייטר הדיון בתביעה וזאת נוכח הסכמת האב בביה"ד הרבני כי הקטינה תלמד ב..... כמבוקש על ידה. מטעם זה, אף לא מצאתי באותו שלב להכריע בסוגיית הסמכות.

ביום 9.7.19 הוגשה תגובת האם (הנתבעת 2) אשר לפיה יש מקום להכריע בסוגיית הסמכות ולדון בתביעה לגופו של עניין וזאת מהטעם שהסכמת האב בפני ביה"ד הרבני לכך שהקטינה תלמד ב..... מותנה בתנאים בהם אין הקטינה יכולה לעמוד, ומשכך, אין בהסכמתו ממש ויש לדון בסוגיה ולהכריע בה. זאת ועוד, לטענת הנתבעת 2 יש להכריע בשלב זה בשאלת הסמכות, והסמכות נתונה לבית משפט זה, וזאת מן הטעם שמדובר בתביעה עצמאית של הקטינה ויתירה מכך, בית הדין הרבני עדיין לא התחיל לדון בשאלת הסמכות, שכן בדיון ביום 2.7.19 קבע בית הדין כי הצדדים יגישו סיכומים ואסמכתאות בעניין הסמכות בתוך 14 ימים ויגיבו לסיכומי הצד השני בתוך 7 ימים ומשכך, רק ביום 23.7.19, לאחר שיקבל בית הדין את כל טענות הצדדים ותגובותיהם, ידון בית הדין בשאלת הסמכות. מנגד, טוענת הנתבעת 2, בירור שאלת הסמכות בבית משפט זה נמצא בשלב מתקדם יותר שכן כל טענות הצדדים כבר נפרשו בפני בית משפט זה וכל שנותר הוא קבלת הכרעה.

לעניין זה מפנה הנתבעת 2 להלכת פלמן נ. פלמן בבג"ץ 8497/00 (פורסם בנבו ביום 27.1.03) לפיה במצב בו תלויה ועומדת שאלת סמכות בפני שתי ערכאות וטרם ניתנה הכרעה בשאלת הסמכות על ידי אחת מבין 2 הערכאות, הרי שאם אחת הערכאות החלה כבר לדון בטענות נגד סמכותה והדיון מצוי בפניה בשלב מתקדם, על הערכאה האחרת לשקול אם להימנע מדיון ולהמתין להכרעת הערכאה הראשונה בעניין הסמכות.

לאור האמור, טוענת הנתבעת 2, הגישה היא ביום 7.7.19 הודעה לבית הדין הרבני במסגרתה התבקש בית הדין הרבני להימנע מלדון בשאלת הסמכות עד למתן הכרעה על ידי בית משפט זה.

היום הוגשו בתיק שתי בקשות, האחת על ידי הנתבע 1, אשר בה עותר הוא לסגירת התיק שכן, ביום 11.7.19 ניתנה החלטת בית הדין הרבני, בבקשה אשר הצדדים לה הם הנתבע 1 והנתבעת 2, וכוותרתה של ההחלטה היא: "הפחת/ביטול מזונות" ובהחלטה זו, בבקשת האב להתנות את

הסכמתו לרישומה של הבת ל..... בפטור מתשלום, למוסד החינוכי הורה כב' בית הדין על תגובת האם (הנתבעת 2) בתוך 5 ימים. משכך טוען הנתבע 1 כי הסמכות קנויה לבית הדין הרבני אשר ממשיך לדון בבקשות האב בעניין זה. יחד עם זאת, ובאותה נשימה, מפרט האב בבקשתו לבית משפט זה, באופן ענייני את נימוקי התנגדותו ללימודי הקטינה ב.....

הבקשה השנייה אשר הוגשה היום, הוגשה על ידי הקטינה, ובה התבקש בית המשפט שוב לדון בבקשה ולהכריע בדחיפות הן בשאלת הסמכות והן מבוקש כי ייקבע דיון בהול לדון בתביעה. הקטינה מנמקת את בקשתה בכך שמדובר בתביעה עצמאית ונפרדת שהוגשה על ידי הקטינה כנגד אביה בעניין המסגרת החינוכית הראויה בעיני הקטינה ולפיכך הסמכות הנמשכת של בית הדין אינה חלה, מקום שמדובר בתביעה עצמאית של ילדה והילדה אינה כפופה לסמכותו הנמשכת של בית הדין ועומדת לה הזכות לתבוע את אביה בבית המשפט לענייני משפחה.

דיון והכרעה

לאחר שעיינתי עיון רב ומעמיק בטענות הצדדים, אני מוצאת להכריע בשאלת הסמכות, ומוצאת אני כי הסמכות לדון בתביעתה של הקטינה נתונה לבית משפט זה, וכי בשלב זה, מצוי בית משפט זה בשלב מתקדם יותר מכב' בית הדין הרבני בדיון בשאלת הסמכות ולפיכך נכון וראוי שבית משפט זה יכריע בשאלת הסמכות, ואנמק.

ביום 18.6.19 הוגשה תביעת הקטינה לבית משפט זה, ובה עתרה הקטינה כי יינתן לה מבוקשה וכי תוכל ללמוד ב.... הכל כמנומק בפירוט בתביעה. הקטינה ביקשה בתביעתה כי הנתבע 1 יוזמן לדיון וכי בית המשפט ייתן צו לפיו תתחנך הקטינה בשנה"ל הבאה ב..... או לחילופין ב..... וכן תוסמך אם הקטינה לחתום לבדה על כל מסמך נדרש לצורך רישומה של הקטינה למסגרת החינוכית המבוקשת.

כמפורט בהרחבה בחלקה הראשון של החלטתי, משלב זה ולאחר שניתנו החלטות בדבר תגובות, הוגשו לבית המשפט מספר רב של כתבי טענות מאת כל אחד מהצדדים ובהם התייחסות וטענות מפורטות בעיקר לשאלת סמכותו של בית משפט זה לדון בתביעה, שכן הנתבע 1 טען כי אין בסמכותו של בית משפט זה לדון בתביעה ויתירה מכך טען כי אין לקטינה יכולת להגיש תביעה עצמאית ואף האשים את ב"כ הקטינה בעבירה פלילית בכך שהגיש את התביעה והחתימה את הקטינה על תצהיר.

משכך, קובעת אני כי החל מיום הגשת התביעה ועובר לקבלת תגובות הצדדים, החל בבית משפט זה הדיון בשאלת הסמכות, ומשכך, ולאור שהוגשו כבר מספר רב של כתבי טענות בעניין הסמכות לבית משפט זה, יכולה אני בשלב זה להכריע בעניין סמכותו של בית משפט זה לדון בתביעה, וכך אעשה.

זכותה של הקטינה להגיש תביעה עצמאית

חוק בתי המשפט לענייני משפחה התשנ"ה – 1995 ("החוק") קובע בסעיף 3(ד) כי בנסיבות המנויות בסעיף, זכאי יהיה קטין לייצוג נפרד ועצמאי:

"בעניין מענייני משפחה הנוגע לקטין....רשאי הקטין, בעצמו או על ידי ידיד קרוב, להגיש תובענה כאמור בכל עניין שבו עלולה זכותו להיפגע פגיעה של ממש; לעניין סעיף זה, "הגשת תובענה" לרבות הגשת בקשה במסגרת תובענה שהוגשה על ידי אחר ולרבות הופעה בבית המשפט...."

הרעיון של ייצוג עצמאי לקטין, כקבוע בסעיף 3(ד) לחוק, זו קיבל משנה תוקף בהמלצות הוועדה לבחינת עקרונות היסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה, בדו"ח ועדת המשנה בנושא ייצוג נפרד לילדים בהליכים אזרחיים, (להלן: "דו"ח ועדת רוטלוי") אשר הגישה, בשנת 2004, לשר המשפטים הצעת חוק בנושא "ייצוג ילדים ובני נוער" במסגרתה נקבעו העילות למינוי מייצג בענייני משפחה.

בין העילות הקבועות בסעיף 4 להצעת החוק, מציעה הוועדה כלהלן:

4. (א) בכל עניין מענייני המשפחה ימנה בית המשפט מייצג לקטין, אם מצא שקיים חשש כי ללא מינוי כאמור עלולים זכויותיו של הקטין, צרכיו או האינטרסים שלו להפגע פגיעה של ממש.

(ב) בבחינת התקיימותם של התנאים המנויים בס"ק (א), ייתן בית המשפט דעתו, בין היתר לאפשרות של ממש לניגוד עניינים בין הקטין לבין הוריו או לקיומן של הנסיבות הבאות:

(1)

.....

(6) קיומה של מחלוקת תרבותית או דתית בין הצדדים, הנוגעת לאורח חייו של הקטין;...."

בדברי ההסבר להצעת החוק, המפורטת לעיל נכתב כלהלן:

"מחלוקות תרבותיות ודתיות מניעות "מלחמות עולם". בעניינו של הילד עשויים שיקולים מעין אלו לגבור על דאגת ההורה לטובת הילד על מכלול היבטיה ולהביא לדריסת

האינטרסים העצמאיים של הילד. מחלוקות תרבותיות או דתיות מובילות אף לעוצמות גבוהות של סכסוך ועימותים רגשיים, שמטשטשים את האינטרסים העצמאיים של הילד. בבג"צ דוד, שבו דן בית המשפט העליון במחלוקת בין הוריו הגרושים של הילד ובו אחד ההורים ביקש כי הילד יזכה בחינוך ממלכתי דתי והשני בחינוך ממלכתי, קבע השופט חשין כי במצב שבו ברור כי ההורים מבקשים להחיל את השקפתם הערכית דתית, יתכן כי ידחקו הזכויות העצמאיות של הילד ועל כן זכאי הילד לייצוג נפרד.

זאת ועוד, יש שהמאבק בין ההורים מעורר חשש ממשי כי טובתו של הילד תיזנח וזכותו לייצוג הולם תיפגע. במקרים אלה - מקרים של ניגוד עניינים בין ההורים לבין הילד - קמה ועומדת זכותו של הילד לייצוג עצמאי ונפרד משל הוריו (ראה- עוד: ע"א 878/96 פוזילוב נ' פוזילוב, פ"ד (5) 208, 214-215). וככלל, בסוגיות הקשורות בנושא חינוכו של קטין – סוגיות שיש בהן כדי להשליך במישרין על עתידו ודרך חייו – יש להעניק לקטין את זכותו להביע דעתו.

מהאמור לעיל עולה, באופן שאינו משתמע לשתי פנים, כי מגמת המחוקק והפסיקה הינה לראות בקטינים כמושאים לזכויות וכי לייצוגו העצמאי של הקטין בנסיבות מסוימות יכול ותהא חשיבות חוקתית מירבית.

משכך, ואף בטרם הכרעתי בשאלת הסמכות, דוחה אני את טענות האב בדבר חוסר יכולתה של הקטינה להגיש תביעה עצמאית ודוחה אני מכל וכל את טענותיו בדבר "ביצוע עבירה פלילית" לכאורה על ידי עו"ד קרן ארקין, ב"כ הקטינה אשר מונתה לייצגה על ידי מערך ייצוג הקטינים של הלשכה לסיוע משפטי. טענות אלו טוב היה משלא נטענו כלל והן אינן ראויות ואינן מוסיפות לטיעון אלא אף גורעות ממנו.

משקבעתי כי לקטינה זכות קנויה בחוק להגיש תביעה עצמאית אתיחס לעניין סמכותו של בית

משפט זה לדון בתביעתה העצמאית של הקטינה.

סמכות בית המשפט לדון בתביעתה העצמאית של הקטינה

טוען הנתבע 1, כי אין לבית משפט זה סמכות לדון בתביעה שכן הסמכות נתונה בידי בית הדין הרבני שכן ביום 19.11.11 אושר בביה"ד הרבני הסכם גירושין בין הצדדים וניתן לו תוקף של פסק דין, ובמסגרת הסכם זה הקנו הצדדים סמכות בלעדית לביה"ד הרבני האזורי ב.... בעניין כל הכתוב בהסכם בעניין המזונות, פירוק השיתוף והמשמורת וכן לדון בהפרת או אי קיום ההסכם. משכך, לטענת הנתבע 1 נכרכה הסמכות לדון בכל ענייני הקטינים בבית הדין הרבני ויש לבית הדין הרבני "סמכות נמשכת" להמשיך ולדון בענייני הקטינים, וזאת בין השאר מפאת כלל כיבוד הערכאות.

הנתבע הפנה להלכות אשר לטעמו מצביעות על כך כי בנסיבות העניין נתונה הסמכות לבית הדין הרבני. זאת ועוד, טוען הנתבע כי בית הדין כבר קנה לעצמו סמכות שכן החל לדון

בתביעה ואף קבע דיון המשך לאחר הפגרה וכן נתן החלטה אף ביום 11.7.19 בבקשתו של האב להתניית הסכמתו ללימודי הקטינה במסגרת המבוקשת על ידה.

אין בידי לקבל טענות אלו של האב ואסביר, שאלת הסמכות עלתה אף בבית הדין הרבני, שכן בד בבד עם הגשת התביעה על ידי הקטינה לבית משפט זה, הוגשו בקשות על ידי האב לבית הדין הרבני, ועלתה גם שם שאלת הסמכות שכן נמסרה הודעה על ידי הנתבעת 2 לבית הדין הרבני כי הנושא מצוי בפני בית משפט זה אשר הועלתה בפניו שאלת הסמכות. נוכח הבקשות שהונחו לפתחו של בית הדין על ידי הנתבע 1, כב' בית הדין הרבני קבע בהחלטתו מיום 2.7.19 כי הצדדים (הנתבע 1 והנתבעת 2) יגישו סיכומים ואסמכתאות **בעניין הסמכות** בתוך 14 ימים וגיבו לסיכומי הצד השני בתוך 7 ימים ומשכך, רק ביום 23.7.19, לאחר שיקבל בית הדין את כל טענות הצדדים ותגובותיהם, יוכל כב' בית הדין לדון בשאלת הסמכות. בירור שאלת הסמכות בבית משפט זה נמצא בשלב מתקדם יותר שכן כל טענות הצדדים כבר נפרשו בפני בית משפט זה וכל שנותר הוא קבלת הכרעה.

לעניין זה, מקבלת אני את טענת ב"כ הקטינה כי חלה ההלכה הקבועה בבג"ץ פלמן נ. פלמן 8497/00 (פורסם בנבו ביום 27.1.03) לפיה במצב בו תלויה ועומדת שאלת סמכות בפני שתי ערכאות וטרם ניתנה הכרעה בשאלת הסמכות על ידי אחת מבין 2 הערכאות, הרי שאם אחת הערכאות החלה כבר לדון בטענות נגד סמכותה והדיון מצוי בפניה בשלב מתקדם, על הערכאה האחרת לשקול אם להימנע מדיון ולהמתין להכרעת הערכאה הראשונה בעניין הסמכות.

נוכח העובדה כי לבית משפט זה הוגשו זה מכבר טענות הצדדים לעניין הסמכות במספר כתבי טענות סבורה אני כי הדיון בעניין הסמכות בבית משפט זה נמצא כבר בשלב מתקדם המאפשר מתן הכרעה, בעוד שבבית הדין הרבני לא הוגשו כלל כתבי הטענות עדיין בעניין הסמכות.

לגופו של עניין, בעניין הסמכות, פורט מעלה טענותיו של האב לפיהן טוען הוא שהסמכות קנויה לבית הדין הרבני מכוח ההסכם בין הצדדים אשר קיבל תוקף של פסק דין בבית הרבני עוד ביום 19.11.11 וכן טוען הוא שההסכם מחייב גם את ילדיהם הקטינים של הנתבעים, זאת ועוד, טוען הנתבע 1 כי נוכח העובדה שעובר לאישור ההסכם הונח בפני כב' בית הדין תסקיר עו"ס לסדרי דין בעניין הקטינים, הרי שהתקיים "המבחן המהותי" כנדרש על ידי כב' השופט הנדל וזאת כמפורט בבג"ץ 4407/12 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול (פורסם בנבו 7.2.13) ומשכך, אף מטעם זה אין לאפשר תביעה עצמאית של הקטינה לבית משפט זה שכן הקטינה "כבולה" בסמכות שנקנתה על ידי הוריה, טוען הנתבע 1, כי יכולה הקטינה להגיש תביעתה לבית הדין.

לאחר ששקלתי את טענותיו של הנתבע 1 ועיינתי בטענות הקטינה אין בידי לקבל טענותיו אלו של הנתבע 1, ואני סבורה כי לבית משפט זה יש סמכות לדון בתביעתה העצמאית של הקטינה ואין הקטינה כבולה בהסכמות ההורים אשר הקנו את הסמכות לבית הדין הרבני וזאת בהסכם הגירושין ביניהם.

בשאלת הסמכות עצמה, באופן כללי, הכריעה הפסיקה בהתאם למבחן "דן ופסק" לפיו על מנת שיוכרע שהסמכות נתונה לערכאה מסוימת, יש לקבוע כי באותה ערכאה התקיים דיון בסוגיה הנדונה, נקבעו לגביה ממצאים וניתנה הכרעה שיפוטית, קיומם של כל אלו הוא תנאי בלעדיו אין לצורך רכישת סמכות נמשכת. רוצה לומר, יש צורך בהכרעה שיפוטית ואין די באישור טכני של הסכם. כאשר בית הדין רק אישר את ההסכם ותו לא, ולא הכריע במחלוקת כלשהי, אף לא קם החשש שערכאה אחת תסיג את גבולה של החלטה שיפוטית של ערכאה קודמת. משכך, לשם רכישת סמכות על ידי ערכאה כלשהי (אם בית הדין ואם בית המשפט לענייני משפחה) יש צורך בדיון, בקביעת ממצאים ובהכרעה, רק אז מתקיים מבחן "דן ופסק". כל התנהלות אחרת, אין בה כדי להקנות סמכות נמשכת לערכאה שקיימה את ההליך הקודם, ואף אין במקרה כזה חשש של הסגת גבול הערכאה הקודמת, שכן זו לא קיבלה הכרעה שיפוטית.

ההלכה המפורטת לעיל הינה ההלכה הכללית לעניין הסמכות הנמשכת, לעניין זה, ראה מאמרו של פרופ' יצחק כהן "סמכות נמשכת בדיון משפחה לאחר אישור הסכם בין בני זוג: על כיבוד הדדי, על מבחן הסיכול ועל מבחן ה"דן ופסק" – מודל חדש" משפט ועסקים יט, תשע"ו אוגוסט 2016 עמ' 767-820.

יחד עם זאת, לעניין תביעה עצמאית של קטין, מוחל "המבחן המהותי" כפי שיפורט להלן. מבחן ה"דן ופסק" בענייני קטין נולד מחמת החשש שמא יזניחו ההורים את עניינו של הקטין במסגרת מאבקם האישי. המבחן בא לוודא שעניינו של הקטין לא ייבלעו בעניינים שבין הוריו וכי האינטרסים שלו לא יקופחו, לעניין זה ראה אף הלכת משקה נ' משקה פד' ג' עמ' 88 (1950).

תשובה שלילית למבחן "דן ופסק" בענייני קטין מביאה לידי כך שהכרעות או הסכמים שבין הוריו אינן מחייבות אותו והוא רשאי לפתוח בהליך נפרד בעניינו בערכאה אשר חפץ בה וזאת אף ללא צורך בהוכחת שינוי נסיבות. מבחן "דן ופסק" בעניינו של קטין, מסתפק בדיון נפרד בעניינו של הקטין ולכאורה מספיק שהערכאה תפעיל את ידיעתה השיפוטית או תערוך דיון מהותי בעניינו של הקטין ותדאג שעניינו לא יקופחו, אלו תנאים שאין בהם די לעניין הסמכות הנמשכת ולכאורה המבחן בעניינו של קטין הוא "קל יותר" ממבחן "דן ופסק" הכללי.

נשאלת השאלה האם ייתכן שעקרון הכיבוד ההדדי בין הערכאות נחשב בעיני הפסיקה יותר מעניינו של הקטין? התשובה לעניין זה הינה שבעניינו של הקטין המבחן הוא מהותי ולא פרוצדוראלי, בעניינו של קטין המבחן הוא מבחן התוצאה שהתקבלה, בין בהסכמה ובין בהכרעה שיפוטית, השאלה הנשאלת, כנגזרת של עיקרון העל של טובת הילד היא האם התוצאה שהתקבלה מגינה על האינטרס של הילד, דהיינו מבחן מהותי ולא פרוצדוראלי, זהו מבחן מחמיר לעניין התוצאה.

לעניין זה מפנה, ובצדק, ב"כ הקטינה לבג"ץ 4407/12 פלונית נ' בית הדין הגדול פד' סו חלק ראשון, התשע"ב - התשע"ג עמ' 369, שם נקבע המבחן המהותי אשר הוא מבחן דו שלבי, בשלב ראשון יש לבחון האם התקיים דיון ענייני בעניין הקטינים ובשלב השני יש לבחון האם

נשמרו האינטרסים של הקטינים ובמקרה של קיפוח שומה על בית המשפט לבחון מחדש את החלטה. הגישה המהותית היא העיקר והיא תכליתו של ההליך – אי קיפוח הקטינים.

מבין זה, אליבא דכב' השופט הנדל הוא המבחן הנוהג בדבר התביעה העצמאית של קטין, בין לענייני מזונות ובין לשאר ענייני הקטין. הקריטריון להפעלת המבחן המהותי, הוא זה המכונה בפסיקה "דן ופסק" – והשאלה הצריכה לבדיקה היא האם הערכאה אשר נתנה החלטה בענייניו של הקטין, ובענייניו החלטת כב' בית הדין הרבני אשר אישור את הסכם הגירושין בין ההורים ביום 26.11.11, האם החלטה זו שקלה לגופו של עניין את ענייניה ואת טובתה של הקטינה (אשר הייתה אז כבת 5 והיום היא בת 15). תשובה חיובית תביא לפסילת המסלול העצמאי ואילו תשובה שלילית תאפשר. ומוסיף לעניין זה כב' השופט רובינשטיין, שבכל ענייני הקטין, הקריטריון הוא זה המהותי, קרי: אם נשקלו באופן ספציפי ולגופם הנושאים הקשורים בקטין, על ידה הערכאה שדנה.

כב' השופט עמית קובע שם כי לפי הלכת התביעה העצמאית, רשאי הקטין "לפתוח" מחדש הסכמות שאליו הגיעו ההורים בהסכם גירושין בקשר למזונותיו. הלכה זו התפתחה והוחלה גם על עניינים נוספים כמו משמורת, מקום מגורים, הסדרי ראייה וחינוך. ובהמשך (שם בעמ' 380) מפי השופט עמית: "למוסד התביעה העצמאית נודעת השפעה גם על נושא הסכמות 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 בשמו. לכן, לדוגמה, אם אושר בבית הדין הרבני הסכם גירושין הכולל גם הסדר באשר למזונות הקטין, ככל שנקבע שהסכם זה אינו מחייב את הקטין מכוחה של הלכת התביעה העצמאית, יהיה הקטין רשאי להגיש תביעת מזונות עצמאית לבית המשפט לענייני משפחה" ובהמשך, שם בעמ' 384 נאמר מפי כב' השופט עמית: "עיון זהיר בפסיקה מעלה הבחנה בין תביעה עצמאית בעניין מזונות ילדים – שאז עומדת ההלכה בדבר הבדיקה המהותית על כנה – לבין תביעה עצמאית בנושא 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 הפרוצדוראלי.... 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"

מכל המקובץ לעיל, עולה כי במקרה שלפנינו לא נחסמה הדרך בפני הקטינה התובעת מלהגיש תביעה עצמאית לבית משפט זה ואין היא כבולה על ידי ההסכמות בדבר מתן סמכות בלעדית לבית הדין הרבני ב.... עליהן הסכימו הוריה בהסכם הגירושין אשר לו ניתן תוקף של פסק דין בשנת 2011.

אין בידי לקבל את טענות האב כי עצם העובדה שעובר לאישור ההסכם הונח בפני בית הדין תסקיר עו"ס לסדרי דין, יש בה כדי לומר כי נערך דיון נפרד ולגופו של עניין באשר לטובת הקטינים וחינוכם. זאת ועוד, יודגש כי כאמור מפי כב' השופט עמית בענייני חינוך הנטייה היא כן להחיל את המבחן הפרוצדוראלי המחייב כפי המפורט בדיון בעניין "דן ופסק", הבאת

ראיות, דיון אמתי והכרעה שיפוטית, כאשר דבר מכל אלו לא נעשה בעת שאושר ההסכם על ידי בית הדין הרבני בשנת 2011 במסגרתו ניתן תוקף להסכמות הצדדים, הא ותו לא.

סיכומו של עניין, אני מוצאת כי בין אם אחיל את המבחן הפרוצדוראלי ובין אם אחיל את המבחן המהותי, הרי שהקטינה אינה כבולה בסמכות עליה הוסכם בין הוריה, ופתוחה בפניה הדרך להגשת תביעה עצמאית לבית משפט זה, ומשהוגשה תביעה זו על ידה נתונה הסמכות לבית המשפט לדון בתביעה.

בשולי הדברים אוסיף, כי סבורה אני שההחלטות שניתנו עד כה על ידי כב' בית הדין הרבני במסגרת הבקשות שהגיש הנתבע 1 כנגד הנתבעת 2, בין אם ההחלטה מיום 3.7.19 בה צוין כי "עלה כי האב מבין שהילדה לא תלמד בחינוך, והוא מוכן ללימודיה ב ... אולם דורש התחייבות שתשמור על לבוש צנוע כפי שנהגה" לרבות ההחלטה כי דיון ההמשך יתקיים בהרכב מלא מיד לאחר החזרה מפגרת הקיץ ואין אפשרות לקבוע מועד מוקדם יותר לדיון והבקשה נדחת. ובין אם ההחלטה מיום 11.7.19 ובה מתבקשת תגובת האם לתנאים שמציב האב ללימודי הקטינה ב.... אין בהן כדי לקנות סמכות לבית הדין, מה גם שבית הדין עצמו, טרם הכריע בשאלת הסמכות וממתין הוא לסיכומי הצדדים ולתגובותיהם ההדדיות לסיכומים. מה גם שהחלטה מיום 11.7.19, כותרת נושא הבקשה היא : "הפחתת/ביטול מזונות" ולא חינוך. מכאן שהבקשה כלל לא נדונה באופן מהותי כעניין של חינוך אלא כנושא כספי.

סוף דבר, נוכח נסיבות העניין, מבחני הפסיקה באשר לזכותו של קטין להגיש תביעה עצמאית ומתוך שאני נותנת משקל לזכויותיה החוקתיות של הקטינה, ביניהן זכות הגישה לערכאות, בהתאם לסעיף 3(ד) לחוק, אני קובעת כי לבית משפט זה נתונה הסמכות לדון בתביעתה של הקטינה.

נוכח נסיבות המקרה ולוחות הזמנים אני מוצאת לקבוע דיון דחוף בפני וזאת ליום בשעה 12:00 אליו יתייצבו הקטינה התובעת, הנתבעים וב"כ.

תואיל המזכירות לקבוע מועד זה ביומני וכן תואיל לזמן את הצדדים בדחיפות וזאת נוכח לוחות הזמנים.

ניתנה היום, י"ב תמוז תשע"ט, 15 יולי 2019, בהעדר הצדדים.

אפרת ונקרט, שופטת