

מגמות חדשות בדיני החזקת ילדים

מיכאל קורניאלדי*

1. מבוא

בפסיקה האזרחית, הוכרה זכותו של הילד כבעל דין נפרד בענייני מזונות, עד כדי כך שנפסק כי התדיינות או הסכמים בין הורים, במסגרת הליכי גירושין, בעניין מזונות הילד אינה חוסמת את דרכו של הילד לתביעה נפרדת ועצמאית בנושא מזונותיו, אפילו אם ההורים ייצגו או התיימרו לייצג את ילדם¹. לעומת זאת, השאלה בדבר החזקת הילד נתפסה כעניין שבין ההורים ולא הוכרה זכות הילד כבעל דין נפרד². יש מקום רב לביקורת על תפיסה זו, כפי שיפורט בהמשך. בכל אופן, חידושי חקיקה ופסיקה מבטאים את המגמה החדשה להכרה בזכות הילד כבעל דין בענייניו, לרבות בעניין החזקתו. מאמר זה בא להוכיח, כי יש להרחיב את ההלכה הפסוקה בעניין מעמד הילד כבעל דין נפרד בנושא מזונותיו, אף לנושא החזקתו.

בראש ובראשונה יש לציין את זכות הילד כבעל דין, כפי שבאה לידי ביטוי בסעיף 3(ד) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה-1955³, ב"ע ענין מעניני המשפחה הנוגע לקטין, רשאי פקיד סעד, באמצעות או באישור היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו, להגיש תובענה לפי חוק זה; וכן רשאי הקטין, בעצמו או על ידי ידיד קרוב, להגיש תובענה כאמור בכל ענין שבו עלולה זכותו להיפגע פגיעה של ממש⁴.

- * פרופסור למשפטים, דיקן הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית. מבוסס על הרצאה שניתנה ביום עיון בנושא: "מגמות חדשות בהגדרת מוסד המשפחה בדין הישראלי" שהתקיים בבית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל, דצמבר 2000. תודתי לחבר מערכת כתב העת **המשפט**, מר אייל רייך, על הסיוע בעריכת המאמר לפרסום. גרסה מקוצרת של מאמר זה התפרסמה בהמשפט 12 (2001).
- 1 הלכה זו נקבעה לראשונה בע"א 42/49 **משקה נ' משקה**, פ"ד ג 88, והשתרשה, במרוצת השנים, לא רק לגבי הליכים בבית הדין הרבני, אלא אף לגבי ייצוג הקטין על ידי הוריו במסגרת הליכים ביניהם בבית משפט אזרחי, ראו: ע"א 411/76 **שר נ' שר**, פ"ד לב(1) 449; א' רוזן צבי **דיני המשפחה בישראל - בין קודש לחול** (תש"ן) 58; פ' שיפמן **דיני משפחה בישראל** (תשמ"ט, כרך ב) 257, והאסמכתאות שם.
- 2 ראו לעניין זה למשל: ביד"מ 1/60 **וינטר נ' בארי**, פ"ד טו 1457, 1464-1469 (להלן: פרשת **וינטר**); בג"צ 552/83 **שלו נ' בית הדין הרבני האזרחי**, פ"ד לח(2) 67 (להלן: פרשת **שלו**); שיפמן, שם, בע' 275; א' שוחטמן "למהותם של כללי ההלכה בסוגיית החזקת הילדים" **שנתון המשפט העברי** ה (תשל"ח) 285, 311. כן ראו השגותיו של י"צ גילת **דיני משפחה - יחסי הורים וילדים: מזונות, יחסי ממן, משמורת וחינוך** (תשס"א) 507, 511, 513, לעניין שיטת המשפט העברי.
- 3 חוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה-1995 (להלן: חוק בית המשפט לענייני משפחה).

סעיף זה מרחיב את עקרון זכות הגישה לבתי המשפט, אף לקטין עצמו⁴. בכך המחוקק הישראלי הרחיק לכת, אף מעבר לאמנת האו"ם בדבר זכויות הילד (1989), שהעניקה לקטין "זכות להישמע בכל הליך שיפוטי או מנהלי הנוגע לו, במישרין או בעקיפין, באמצעות נציג או גוף מתאים". עוד יש לציין, כי אף קודם לחוק בית המשפט לענייני משפחה, הוסמך בית המשפט בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, "לנקוט אמצעים, זמניים או קבועים, לשמירת ענייניו של קטין", וזאת לבקשת היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו, או לבקשת צד מעוניין, או "אם הקטין... פנה אליו בעצמו".⁵ אולם הוראה זו, כאמור בכותרת לסעיף, מוגבלת ל"סמכות כללית לאמצעי שמירה", כלומר, למקרים בהם דרושה התערבות חיצונית להגנת הילד. לעומת זאת, הסמכות החדשה לפי סעיף 3(ד) לחוק בית המשפט לענייני משפחה היא רחבה יותר, וחלה "בכל ענין שבו עלולה זכותו [של הקטין] להיפגע פגיעה של ממש". סעיף זה נתפרש בהרחבה על ידי בתי המשפט לענייני משפחה, וכבר ניתנו שורה של פסקי דין והחלטות בעקבות בקשות עצמאיות של קטינים⁶. אזכיר את המחלוקת בפסיקה, כפי שבאה לידי ביטוי בע"א 2266/93 פלוני נ' אלמוני⁷, בעניין המבחן הראוי לשיקול הדעת השיפוטי בענייני הילד: טובת הילד (דעת הרוב) למול גישתו החדשה של נשיא בית המשפט העליון דאז, השופט שמגר, בדבר זכויות הילד (דעת המיעוט). נושא זה נידון על ידי במאמר נפרד⁸. עם זאת ברור, כי סעיף 3(ד) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, שנחקק לאחר פסק הדין הנזכר, תומך בגישת זכויות הילד.

- 4 יושם בתקנה 258(ג) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 (להלן: תקנות סדר הדין האזרחי). הוראה מיוחדת זו לעניין תובענות בענייני משפחה, גוברת על תקנה 32(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, המגבילה את זכות פסול דין "לתבוע דין על ידי אפוטרופסו או יידו הקרוב" ("פסול דין" כולל "קטין", ראו סעיף 1 לתקנות סדר הדין האזרחי). נוסף על כך, נראה כי תקנה 32(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, בכל הנוגע לקטין, שנושאת אופי מהותי הותקנה מתוך חריגה מסמכות (ultra vires) והיא חסרת תוקף. ראו לעניין זה י' אנגלרד **חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 ס' 1-13** (מהדורה שנייה, תשנ"ה) 63-64. כמו כן, ראו סעיף 13 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 (להלן: חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות), כי הוראות גיל הכשרות המשפטית "אינן גורעות מכל דין הקובע לעניין פלוני גיל כשרות".
- 5 על זכות הגישה לבית המשפט בכלל וכזכות יסוד, ראו: ע"א 733/95 **ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ**, פ"ד (3א) 577; ש' לויין "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו והדין האזרחי" **הפרקליט מב** (1996-1995) 451; י' רבין "זכות הגישה לערכאות" **כוחות חוקתית** (תשנ"ח); י' גייפמן "הזכות לייצוג בתובענות בענייני משפחה" **דיני המשפחה בישראל בעידן בית המשפט למשפחה ג** (2000) 1205.
- 6 סעיף 12.2 לאמנה בדבר זכויות הילד, 20 לנובמבר 1989 כ"א(31) 221, 227. אמנה זו אושררה על ידי ישראל ביום 4.8.91 ונכנסה לתוקף ביום 2.11.91.
- 7 סעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.
- 8 ראו למשל תמ"ש (י"ם) 19120/97 **פלוני נ' אלמוני** (לא פורסם), תקדין משפחה 98(2) 146 (החלטה של השופט מיימון מיום 3.6.1998, בדיון בעניין היתר יציאת קטין לסיוור בחו"ל, לפי בקשה עצמאית של הקטין, חרף התנגדות האב).
- 9 ע"א 2266/93 **פלוני נ' אלמוני**, פ"ד מט(1) 221 (להלן: פרשת פלוני).
- 10 M. Corinaldi "Access to Justice as a Fundamental Right" *Israeli Reports to the XV International Congress of Comparative Law, The Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law* (Jerusalem, A.M. Rabello ed., 1999) 333-360

זכות הגישה של הילד לבית המשפט משווה את מעמד הילד לכל בעל זכות: הילד, ככל בעל זכות, הוא בעל דין למימוש זכויותיו, לא רק באמצעות ייצוג של הוריו¹¹ אפוטרופסיו, אלא, כאמור, "אף בעצמו או על ידי ידי קרוב". קביעת הזכות הדיונית החדשה משקפת תפיסה כי הזכויות המהותיות הנוגעות לילד, הן זכויות של הילד¹². להגנה על זכויות אלה, התקין המחוקק מסלול דיוני של ייצוג עצמאי לילד ואף גישה ישירה לבית המשפט. סעד זה, ככל סעד, בא לממש זכות מהותית של הילד, על פי העיקרון Ubi Jus Ibi Remedium ("יֵלֵךְ הַסֵּעַד אַחַר הַזְכוּת")¹³. יתר על כן, הזכות הדיונית משפיעה ומעצבת את הזכויות המהותיות של הילד.

המגמה החדשה להכרה במעמד הילד, לעניין החזקתו, באה לביטוי בפסק דין של השופטת אילה פרוקצ'יה, לפיו הקטין אינו כבול להסדר החזקת הילד שבהסכם גירושין (שאושר וקיבל תוקף של פסק דין בבית הדין הרבני)¹⁴.

נקודת המוצא בירור הנושא היא פרשת וינטר: השופט זילברג דחה את הטענה שתביעת החזקת ילד אינה יכולה להיות כרוכה בתביעת גירושין בין הוריו (ראו הגדרת הטענה בלשונו של השופט זילברג: "כי היכן מצינו, שתביעתו של הבן ראובן, תשמש סניף לתביעת אביו 'עקב או אמו לאה?'").¹⁵ עם זאת, השופט זילברג לא ראה צורך לברר את עמדת המשפט העברי כלפי אופייה הפרוצסואלי של תביעת החזקת ילדים, בנימוק כי "אלה הם דברי דיון, שבהם אין בית המשפט אורחי גוקק לדיני ישראל"¹⁶.

הביקורת על קביעה זו נאמרת הן מצד קליטת המשפט העברי בתחום זה, והן מצד המשפט הישראלי (הפרוצסואלי והמהותי). כן חלו בינתיים, בעקבות חוק בית המשפט לענייני משפחה, שינויים בדין, לפיהם הוכרה זכות הילד כבעל דין, לרבות לעניין החזקתו, כפי שיפורט בהמשך.

2. מעמד הילד במשפט העברי – "זכין לאדם שלא בפניו ואין תבין לאדם שלא בפניו"

ראשית, יש להקדים ולציין כי גיל הגדלות לפי ההלכה שונה וקודם מגיל הבגירות שבחוק. אין צריך לומר כי "קטן" לפי ההלכה הוא עד י"ג שנים ויום אחד, ו"קטנה" עד י"ב שנים

11 ראו בעניין זה, למשל: פסק דינו של השופט גייפמן תמ"ש (ת"א) 23860/96 פלוני נ' אלמונית (לא פורסם), תקדין משפחה 19(2)97 בפסקאות 11-12 לפסק הדין; תמ"ש (ת"א) 65190/90 פלוני נ' אלמוני (לא פורסם), (החלטה של השופט שוחט מיום 31.10.99, עותק שמור במערכת).

12 H. Broom *Broom's Legal Maxims* (London, 10th ed., 1939) 118 והאסמכתאות שם.

13 בר"ע 1016/99 אנגלמן נ' אנגלמן (לא פורסם), (החלטה מיום 7.9.99, להלן: פרשת אנגלמן, עותק שמור במערכת). השופטת פרוקצ'יה, בשבתה כערכאת ערעור בבית משפט מחוזי, אישרה בכך החלטה של בית המשפט לענייני משפחה בירושלים – המ' 1081/98 פלוני נ' אלמוני (לא פורסם), (החלטה של השופט פיליפ מרכוס מיום 4.1.1999, עותק שמור במערכת).

14 ראו פרשת וינטר, לעיל הערה 2, בע' 1464.

15 שם, בע' 1469.

16 לגבי הבת יש הבחנות מסוימות בין "נערה", בת שתיים-עשרה שנה ויום אחד, לבין "בוגרת" בת שתיים-עשרה וחצי ויום אחד. ראו לעניין זה: רמב"ם, הלכות אישות, ב, א, ואין צריך להיכנס כאן לפרטי הבחנה זו.

ויום אחד¹⁶, בעוד שבחוק "קטין" (זכר ונקבה) הוא עד גיל שמונה-עשרה. המונחים, אם כן, מצד ההלכה הם "קטן" ו"גדול" ומצד החוק – "קטין" ו"בגיר"¹⁷.

לפי ההלכה "זכין לאדם שלא בפניו", ואין חבין לאדם שלא בפניו¹⁸, והעיקרון חל גם לגבי קטן. אלא שיש הבחנה רבה בין קטן לגדול: גדול זכאי, כמובן, שכל ענייניו ייעשו בפניו, ועל כן מזמינים אותו לדין, ו"אין חבין לאדם שלא בפניו", ואילו קטן שאינו בר דעה, אפשר לפעול לזכותו, אך אי-אפשר לפעול לחובתו.

יצוין, כי על פי ההלכה פעולת ההורים עבור הקטן מוגבלת לזכותו ולטובתו, שכן הם רשאים לזכות את הקטן מדין "זכין לאדם שלא בפניו", כשם שהכול רשאים לזכות אדם שלא בפניו; אולם, ההורים או האפוטרופוס אינם מוסמכים לפעול לחובת הקטן כי בכך הם "חבין לאדם שלא בפניו", ואין לפעולה כזו תוקף הלכתי. ביטוי קולע לכך מצוי בדברי רש"י: "דקטנים כשלא בפניו דמו" (דיון בענייני קטנים כמוהו שלא בפניהם)¹⁹.

יתרה מזאת, אפילו אם ההורים או האפוטרופוס לקטן פועלים כשליחי הקטן, עומדת לקטן, אף כלפיהם הטענה "לתקוני שדרתיך ולא לעיוותי" (שלחתיך לתקן ולא לקלקל)²⁰, באופן שאף מצד זה הפעולות לחובת הקטן הן חסרות תוקף הלכתי. יתר על כן, ככל שהקטן מגיע להבנה, יש לו כשרות חלקית בענייניו ויש לשמוע את דעתו. כשרות חלקית זאת היא אינדיבידואלית ("כל חד וחד לפי חורפיה [חריפותו])"²¹.

העיקרון של "זכין" ו"אין חבין לאדם שלא בפניו" יסודו בדיני ממונות. לעניין "זכין" חזקה היא שאדם רוצה לזכות ברכוש ואין צריך הסכמתו לכך ומאידך אין לחייבו שלא בפניו. לפיכך, לדוגמא, "אין נזקקין לנכסי קטן"²², כלומר, אין נפרעים מנכסי קטן. עם זאת, כלל זה, המכביד על הנושים בקטן, צומצם בהדרגה בתלמוד ובפוסקים²³. עיקרון זה חל בכל תחומי ההלכה, ללא הבחנה בין איסורא וממונא²⁴. כך, לדוגמא, העיקרון חל בענייני גיור קטנים: "אמר רב הונא: גר קטן מטבילין אותו על דעת בית דין דזכות הוא לו, וזכין לאדם שלא בפניו"²⁵.

17 סעיף 3 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

18 תלמוד בבלי, בבא מציעא יב, א; קידושין מב, א; כתובות יא, א; ערכין כב, א.

19 רש"י, קידושין מב, א, ד"ה "אלא". יודגש, כי אין מקבלים עדות נגד קטן אפילו בפניו ("דכיון דקטן הוא בפניו כשלא בפניו דמי": שו"ע, חו"מ, כה, יט), להוציא מקרים חריגים, כגון, קטן תובע ובתנאי שנתמנה לו אפוטרופוס. ראו לעניין זה: שו"ע, חו"מ, קי, ט; א' שוחטמן סדר הדין (תשמ"ח) 302.

"וכשיגדלו היתומים יוכלו לחזור ולתבוע... כיוון שלא הועילה עדותם אלא לדחות התביעה ולא שיהיו [העדים] נאמנים לגמרי": שוחטמן, שם, בע' 296 הערת שוליים 169, וזאת בהתבסס על שו"ת מהרי"ט, ח"ב, חו"מ, לב; קצות החושן, שו"ע, חו"מ, כה, ס"ק ט.

20 תלמוד בבלי, קידושין מב, ב; תלמוד בבלי, בכורות, סא, א; תלמוד בבלי, כתובות, פה, א.

21 תלמוד בבלי, גיטין, נט, א.

22 תלמוד בבלי, ערכין, כב, א: "אין נזקקין לנכסי יתומין [למכרם] אלא אם כן ריבית אוכלת בהן" (והדברים אמורים לעניין הלוואה מנכרי). ובתוספות, שם, ד"ה "אלא" פירשו: "שאינן האפוטרופוסין רשאים לחוב בנכסי יתומים... בתביעת חובות שיש לאחרים עליהם דשמה לא יתבעום כשיגדלו".

23 שוחטמן, לעיל הערה 19, בע' 81 ואסמכתאות שם.

24 העיקרון ש"אין חבין לאדם שלא בפניו" הוא אחד הטעמים לכלל שאין מקבלים עדות שלא בפני בעל דין. לפיכך נפסק, לדוגמא, שעדות שניתנה לטובת בעל דין בענייני איסורא (ונזת אשה) תקפה. ראו לעניין זה: שו"ת דור רביעי, ח"ב, מה; שוחטמן, לעיל הערה 19, בע' 298.

לענייננו אציין את המשנה: "הנושא את האשה ופסקה עמו כדי שיוזן את בתה חמש שנים - חייב לזונה חמש שנים. נשאת לאחר ופסקה עימו כדי שיוזן את בתה חמש שנים - חייב לזונה חמש שנים. לא יאמר הראשון לכשתבוא אצלי, אוזנה, אלא מוליך לה מזונותיה למקום שהיא אמה [מקום שאמה שם]"²⁶ - אדם שהתחייב לשאת במזונות בת אשתו מנישואין קודמים, אפילו התגרש מאשתו והאישה נישאה לאחר, התחייבותו בעינה עומדת, מפני שהיא - הבת - כבעלת חוב. מטעם זה - שהבת היא בעלת החוב - הסיקו ראשונים שהאם אינה רשאית לפטור את האיש מהתחייבות זו, כי "אין חבין לאדם שלא בפניו"; "ואם האם פוטרת אותו מלזונה... אין שומעין לה... להפסיד בתה"²⁷.

וכך גם בענייני החזקת הילד, מצויות הלכות לרוב בספרות הפוסקים, לעניין מעמד הילד כבעל דין. יש לחלוק על הדעה כי החזקת ילדים אינה "נושא ליריבות בין שני בעלי דין", כאשר "אינה עניין ממוני"²⁸. כפי שהוכחנו, עניין החזקת הילד הוא זכות של הילד והוא בעל דין בעניינו - היריבות קיימת אף על פי שאין זה עניין ממוני. תחולת הכלל "אין חבין לאדם שלא בפניו", אף בענייני החזקת ילדים, כמפורט להלן, תוכיח. אפרט את עיקרי המקורות בנושא.

הרמב"ם פוסק כי רשאי האב לטעון, לעניין ילד מעל שש שנים: "אם הוא אצלי, אתן לו מזונות, ואם הוא אצל אמו, איני נותן לו כלום"²⁹. מהלכה זו ברור כי הילד הוא בעל הזכות ("אתן לו" או "איני נותן לו כלום")³⁰, אך הקשר בין מקום החזקת הילד לבין חובת האב במזונותיו, כפוף לטובת הילד בדבר מקום החזקתו. כלומר אם טובת הילד שלא להימצא אצל אביו, אין בכך כדי לפטור את האב מחובתו, כלשון הפסיקה הרבנית: "אם המניעה היא מצד ביה"ד, שביה"ד קובע שלטובת הילד הוא צריך להיות במקום אחר, לא אצל האב, ברור שאין האב יכול לטעון אם אין שומע לקולי להיות אצלי, אין עלי חיוב לפרנסו"³¹.

25 תלמוד בבלי, כתובות יא, א. בנוסף ראו: תיק 912/תשס"ו, פד"ר א 375, 377; תיק 33/תשנ"א, פד"ר טו 196, 196; בהרחבה מ' קוריאנאלי "סמכות ומהות בענייני גיור" המשפט א (תשנ"ג) 303-309. אוסף כאן את קושיית תוספות: "קטן ישראל יש לו דין זכין מה שאין כן קטן נכרי", ומתריצים: "כיון דזכייתו וידו באין כאחד שאני" (תוספות, כתובות מה, ב, ד"ה "קטן"). כלומר הגיור והזכייה כרוכים זה בזה והקטן מתגייר וזוכה כישראל בעת ובעונה אחת.

26 משנה, כתובות, יב, א.

27 טור, אה"ע, קיד; שו"ע, אה"ע, קיד, ג; וראו גם חלקת מחוקק על שו"ע, שם.

28 שוחטמן, לעיל הערה 2, שם.

29 רמב"ם, הלכות אישות, כא, יז; וראו גם שו"ע, אה"ע, פב, ז.

30 ראו לעניין זה את דברי השופט קיסטר בע"א 425/68 משכיל איתן ג' משכיל איתן, פ"ד כג(1) 309, 316.

31 תיק 2496/תשי"ב, פד"ר א 55, 61-62. ראו גם דברי השופט קיסטר המ' 1696/60 רון ג' קפלן, פ"מ כד 329, 340-341, והאסמכתאות שם. ראוי לציין בעניין זה את הביקורת בספרו של גילת, לעיל הערה 2, בע' 511, הסובר כי אין לחידוש זה תימוכין בספרות ההלכה. ביקורת זו אינה במקומה משני טעמים: ראשית, מצינו בספרות השו"ת, באופן ברור, את עקרון טובת הילד כמבחן בעניינים הללו, כמפורט בהמשך. שנית, ההלכה היא דינמית, והפסיקה הרבנית אכן מדגישה את טובת הילד כעקרון על, ואסמכתאות לכך מצויות לרוב בפסקי הדין הרבניים.

המבי"ט³² מדגישה את יסוד רצון הקטן, וזאת בתשובה לעניין בנות קטנות שנמסרו בהסכמת האם הגרושה למשמורת האב, שלאחר מכן, נשא האב אישה אחרת "והבנות אומרות שהן מצטערות בבית אביהן ורוצות לחזור לבית אמן". והשיב: "דפשיטא שאין כוח באביהן להתחיק בהן בעל כרחן... כי מה שאמרו הבת אצל אמה... לתיקון הבת, שתלמוד דרך ארץ עם אמה"³³.

המבי"ט פסק כי הבנות חוזרות לבית אמן וזאת על אף ההסכמה בין האב לאם ("אפילו נתרצית האם לתתן לאב"), כלומר, רצון הבנות גובר על ההסכם בין ההורים³⁴. הרשב"ש³⁵ פסק לעניין אלמנה שרצתה להוציא את בנותיה הקטנות לארץ ישראל וקרוביה מעכבים כי: "אם הבנות היו גדולות ובאו לכלל אחת עשרה, ישאלו את פיהם ואם רוצות לילך אחר אמן, יעשו כרצונן"³⁶.

יודגש, כי הבנות, בעניין שדן בו הרשב"ש, היו בנות אחת-עשרה, כלומר קטנות אפילו מבחינת ההלכה, ואף על פי כן הרשב"ש מכנה אותן "גדולות", וכוונתו בכך לגדולות בדעת. במילים אחרות, התנאי להתחשבות ברצון הילד הוא, כמובן, כאשר הוא בעל הבנה (בר דעת).

המהרשד"ם³⁷ נשאל לעניין אלמנה שרצתה לצאת, עם בתה היונקת, לעיר מולדתה. אולם, הודו של הבת, מצד האב, שמונה בצוואת המנוח כאפוטרופוס לבת, התנגד מטעמים של טובת הבת. המהרשד"ם פסק, לאור עקרון טובת הבת, לעכב את יציאת הבת מהעיר, וזאת תוך קביעת הכלל הבא: "כלל דמלתא [כלל הדבר] כי כל זכות שחז"ל בדבורם הבת אצל האם לעולם... בזכותה דברו ולא בזכות האם... וכן בבן בזכות הבן דברו"³⁸.

המהרשד"ם מסיק כי "הבת אצל האם לעולם", רק כשהיא אצל אמה באותה העיר, אך האם אינה רשאית להוציאה לעיר אחרת ובכך לנתקה, למעשה, ממשפחת האב, שאין חבין לאדם שלא בפניו³⁹.

לעומת זאת, מהר"י בן לב³⁹ פוסק שהבת אצל האם לעולם, ואפילו אם תלך האם לעיר

32 רבי משה בן יוסף מטארני, א"י, המאה ה"16.

33 שו"ת מבי"ט, ח"ב, סכ. ראו גם באר היטב על השו"ע, אה"ע, פב, ו.

34 על רצון הילד כשיקול בהחוקת הילדים, ראו גם: שו"ת מהר"ם פדואה, נג; שו"ת רשב"ש, קט"ז; ומתוך הספרות המשפטית נציין, לדוגמא: א"ח שאקי "עיון מחודש בטיבה של זכות ההורים למשמורת ילדיהם הקטינים" **עיוני משפט** ט (תשמ"ג) 59, 79; א"ח שאקי "אפיונים דיני משמורת קטינים תוך דגש על יישום עקרון טובת הילד" **עיוני משפט** י (תשמ"ד) 5, 32; "רונן שיתוף הילד בקביעת משמורתו (תשנ"ז) 25-40; ב' שרשבסקי **דיני משפחה** (מהדורה רביעית, תשנ"ג) 407, סובר שיש קשר בין רצון הילד לבין טובת הילד: "אין כופין אותו להיות אצל האב או האם בניגוד לרצונו כי קשה להניח כי יהיה זה לטובתו".

35 ר' שלמה בן שמעון דוראן, צפון אפריקה, המאה ה"15.

36 שו"ת הרשב"ש, קטו.

37 רבי שמואל בן משה די מדינה, סלוניקי, המאה ה"16.

38 שו"ת מהרשד"ם, אה"ע, קכג. ראו בעניין זה גם שו"ת הרדב"ז, ח"א, שס.

39 רבי יוסף בן לב (מהריב"ל), קושטא, המאה ה"16.

אחרת: "בית דין אביהם של יתומים אמרו, שיש להם כוח האב אבל לא יותר מכוח האב"⁴⁰. הרב מרדכי הלוי⁴¹ מיישב את המחלוקת ואומר כי "הכל לפי הנידון של כל אחד ואחד"⁴², היינו, ראות בית דין לתקנת הילד (עקרון טובת הילד).

אין מקום לפירוט נוסף של השתלשלות ההלכה ונעבור להתפתחות ההלכה בדורנו, כפי שבאה לביטוי בשיטת הרב אליעזר גולדשמידט⁴³. העמדה הפרוצסואלית של המשפט העברי בנושא החזקת ילדים נובעת ומבטאת, לא רק זכות פרוצסואלית של הילד, אלא את זכות הילד לפי הדין המהותי בהלכה, כלשונו: "השאלה מי הוא בעל הדין ענין מהותי הוא; כי עיקרה הוא: בעל הזכות מי הוא; והחיוב כלפי מי הוא, ואין לך שאלה יותר מהותית מזו, וקביעת עצם הזכות והחיוב קובע את התוצאה: מי הוא 'בעל דברים' אשר יגש לדין"⁴⁴.

הרב גולדשמידט מוסיף כי אין ההורים בעלי דין לעניין החזקת הילד ומוזנותיו: "בעל הדין הוא תמיד הילד עצמו והוריו אינם אלא אפוטרופסין המייצגים אותו לפני בית הדין ומדברים בשמו. לא רק זה בלבד שהם [ההורים] אינם כלל בעלי דין, אלא שמסופקני אם יש להם אפילו הצדדים הנוגעים בדבר... ובהחזקת ילדים השיקול של טובת הילדים... זהו השיקול היחיד, זה ותו לא. וכל שיקול אחר אשר הוא ענין של ההורים או של אחד מהם לא ייחשב ולא ישפיע כמלוא נימא בהכרעה נגד שיקול כל-שהוא של טובת הילד"⁴⁵.

היסוד לשיטתו, הוא כי אין זכויות הורים אלא רק חובות הורים, כלשונו: "ההלכות בדבר החזקת ילדים אינן הלכות בטובת ההורים אלא הלכות בטובת הילדים. אין הבן או הבת 'חפץ' לזכויות אב או אם. אין כאן זכויות לאב או לאם, רק חובות ישנם כאן... רק שיקול אחד... והוא, טובתו של הילד אצל מי תהיה ובאיזה אופן תהיה. אבל זכויות אב ואם, זכויות כאלו לא קיימות כלל"⁴⁶.

סוגיה זו של זכויות ההורים לצד זכויות הילד במשפט העברי בכלל ומעמד האב בהלכה בפרט, טעונה בירור נפרד⁴⁷. לענייננו, די בקביעה שלילת זכויות מהותיות, ומכאן מעמדו הנפרד כבעל דין. שיטתו של הרב גולדשמידט, מוכחת גם מכוח הכלל ש"אין חבין לאדם שלא בפניו", המצביע בבירור על זכויות הקטן. דוגמא נוספת, לעניין הסכמים בין ההורים בענייני הילד, ככל שיש בהסכם כזה כדי לפגוע בילד – ההסכם אינו מחייב את הילד, מכוח העיקרון "אין חבין לאדם שלא בפניו", וכלשון ד"ר שרשבסקי: "מאחר שבכללים הנ"ל בדבר החזקת הילדים המדובר הוא בזכותם ולא בזכות ההורים, אין בידי ההורים לפגוע בזכות

40 שו"ת מהריב"ל, ח"א, א, נו.

41 ר' מרדכי הלוי, מצרים, המאה ה-17.

42 שו"ת דרכי נועם, אה"ע, לה.

43 אב בית דין בבית הדין הרבני הגדול לערעורים ואחד מחשובי הפוסקים בדורנו; נפטר בשנת תשנ"ב. עיקר כתביו של הרב גולדשמידט הוציא לאור בספר **עור במשפט** (תשנ"ד).

44 פרשת ויגדר, לעיל הערה 2, בע' 1486.

45 שם, בע' 1485.

46 תיק 226/תשי"ד, פד"ר א 145, 157.

47 על תולדות ההלכה בנושא ראו י' פלישמן **הורים וילדים במשפט המחוז הקדום ובמשפט המקראי** (תשנ"ט); מ' הלברטל **מהפכות בפרשנות בהתהוותן** (תשנ"ז).

הנ"ל ע"י הסכמים ביניהם כי הם פוגעים בזה בזכות של אחר (של הילד), בלי הסכמתו ואין חבין לאדם שלא בפניו"⁴⁸.

כיוצא בזה כתב השופט קיסטר: "לפי תפיסת המשפט העברי לא ידוע אף מונח של 'זכות חזקה בילד', רק נאמר כי הבן 'אצל האב או אצל האם'. והדבר פורש בהלכה כי לא מדובר בזכויות הורים אלא בזכויות ילד להימצא אצל הורה פלוני לפי מה שנראה כי זוהי טובתו"⁴⁹. עם זאת, יצוין כי נמתחה ביקורת בפסיקה הרבנית על שיטת הרב גולדשמידט כי אין זכויות הורים. הרב וולדינגברג כתב לעניין זכויות האב, במקרים שטובת הילדים להימצא אצל אמם: "לא שללו על-ידי כך מהאב את עיקרי זכויותיו היסודיות בילדיו, ובתוך זה שמירת הקשר בינו לבינם... ולא רק בכדי לחנכם... כי אם גם בכדי להעניק להם רחמי אב ולקבל מהם אהבת בנים לאביהם. קשר האב עם הילדים צריך להתקיים גם כשהילדים אצל האם ובן ובת שווים לעניין זה"⁵⁰.

וכן כתב הרב קאפח כנגד דברי הרב גולדשמידט: "נראה כי אין ההורים חפץ דומם. גם ההורים מורכבים מגוף ונפש, וגם להם רגשות, גם לאם זכות טבעית לסיפוק נפשי לחבק את ולדה. להורים זכות להשיג סיפוקם הנפשי-רגשי לראות ולדם גדל ומתפתח כראוי, מצטיין בלימודיו בהתאם"⁵¹.

לדעת הרב קאפח, זכויות הביקור של ההורה הלא-משמורן הן, כמוכן, לטובת הילד, אך הן באות גם למלא את הצורך הנפשי ההורי.

עם כל הענווה, יש מקום לביקורת על הגדרותיו של הרב גולדשמידט (ההורים "אינם כלל בעלי דין אלא מסופקי אם יש להם אפילו המעמד של הצדדים הנוגעים בדבר") וכן קשה ניסוחו כי "זכויות אב ואם לא קיימות כלל"⁵². כמו כן ראוי לציין את זכויות ההורים מדין כיבוד אב ואם.

ניתן ליישב את הביקורת על שיטת הרב גולדשמידט, בדבר חוסר מתאם בין חובות ההורה לבין הסיפוק הנפשי החיוני להורים והכרוך בהחזקת הילד או בביקורו, בכך שהחזקת הילד, לרבות הצורך הנפשי של ההורים, אינם בגדר זכויות הורים במשמעות משפטית-קניינית, אלא זכות למלא חובתם, כפי שיפורט בהמשך"⁵³. והערה אחרונה לעניין יישום המשפט העברי בבתי הדין הרבניים בישראל. לפי ההלכה,

48 שרשבסקי, לעיל הערה 34, בע' 405. מפנה לשו"ת המבי"ט, שם, שם וראוי להפנות גם לתשובת המהרש"ם, לעיל הערה 38. תשובה אחרונה זו אינה עוסקת בהסכם בין הורים, אך העיקרון העולה מהתשובה כי אין האם מוסמכת לחוב לקטן. ראו גם: ערעור 170/תשי"ט פד"ר ג 353, 358; ערעור 100/תשכ"ז פד"ר ז 3, 9.

49 בג"צ 391/71 פלוני נ' אלמונית, פ"ד כו(1) 85, 100. בנוסף ראו: ע"א 488/77 פלוני נ' הי"ם, פ"ד לב(3) 421, 430; תיק 3301/תשט"ו, פד"ר ב 298, 301; י' קיסטר "זכויות הורים בילדיהם במשפט העברי ובמשפטי אומות העולם" ניב המדרשה יג (תשל"ח) 124-139.

50 ערעור 240/תשמ"ב, פד"ר יג 17, 23.

51 ביד"מ 1/81 נגר נ' נגר, פ"ד לה(1) 365, 412 (להלן: פרשת נגר).

52 ראו גם את ביקורתו של גילת, לעיל הערה 2, בע' 471.

53 ראו להלן ליד הערות שוליים 66-73.

כמובן, הילד הוא גדול בהגיעו למצוות ולפיכך, לפחות מצד ההלכה, הילד הוא בעל דין לכל דבר ועניין. אולם, למעשה, בתי הדין הרבניים, לפי הנוהג המקובל אצלם, מתייחסים גם לילדים הגדולים מבחינת ההלכה, כקטינים במובן גיל הכשרות שבחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. יש לבקר את הנעשה בבתי הדין הרבניים שכן, לפי דין תורה מן הראוי ליתן לגדול, אף שעדיין אינו בגיר, זכויות דיוניות רגילות. יתר על כן, לפי ההלכה, דיני החזקת ילד אינם שייכים בגדול כלל, והדברים פשוטים. שלחתי לשאול את אבות בתי הדין הרבניים בתל-אביב – הרב שיינין, הרב עמאר והרב שאנן, ואף בירושלים, ואין תשובה בפייהם. ואני מפנה גם לכלל הידוע "אפוטרופוס לדיקנני לא מוקמינן (אפוטרופוס לבעל זקן – גדול – לא ממנים)".⁵⁴ האם רשאי מאן דהוא, מבחינת ההלכה, לייצג ילד גדול שלא על דעתו או בעל כורחו? השאלה אינה נוגעת לאפוטרופסות אלא לעצם הדיון בהחזקת ילד גדול. התשובה המקובלת היא כי חוקי המדינה כופים על בתי הדין הרבניים סיטואציה זו, שעליהם לדון בדבר החזקת ילד גדול (בן מעל גיל שלוש-עשרה ובת מעל גיל שתיים-עשרה), אף על פי שהדבר חסר נפקות מצד ההלכה. אכן, חוק שיווי זכויות האישה, הקובע את אפוטרופסות ההורים, מחייב את בתי הדין הרבניים⁵⁵, אך אין בכך כדי לחייב אותם לדון בהחזקת ילד גדול ועל כל פנים, לילד גדול לפחות זכות תביעה והופעה בעצמו. מבחינה זאת, יש מקום לקידום התפיסה כי הילד הוא בעל הדין, לפחות לגבי ילדים מעל גיל מצוות, בבתי הדין הרבניים.

3. הילד כבעל דין לעניין החזקתו עד חוק בית המשפט לענייני משפחה (1995)

השופט זילברג, בפרשת וינטר, דחה את הטענה כי זכות החזקת הילד כתביעת הילד אינה יכולה להיות כרוכה בתביעת גירושין המוגשת על ידי הוריו⁵⁶, ופסק כי "הרבנים יהיו מוסמכים להכריע בעת מתן הגט גם בדבר החזקתם של ילדי בני הזוג, וגם בדבר מזונותיהם, וכי הכרעה זו תחייב לא רק את בני הזוג המתגרשים אלא גם את הילד גופו"⁵⁷. עוד הסיק השופט זילברג, כי במשפט הפרוצסואלי הישראלי הילד אינו בעל דין נפרד לעניין החזקתו⁵⁸, אך הוא לא ציין אסמכתא לכך. על כך יש להעיר כי בפסיקה שקדמה לפרשת וינטר אומצה עמדת המשפט העברי. לדוגמא, נפסק כי אין להוציא לפועל פסק דין רבני להחזקת ילד בן

54 תלמוד בבלי, בבא מציעא, לט, א.

55 ראו סעיפים 3 ו-7 לחוק שיווי זכויות האישה, תשי"א-1951 (להלן: חוק שיווי זכויות האישה). ביחס לסעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, אין עדיין הכרעה בפסיקה האם חוק זה, הקובע, כלשון סעיף 79 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, שכותרתו "שמירת דינים ושיפוט", מחייב את בתי הדין הרבניים. פ' שיפמן במאמרו "טובת הילד בבית דין רבני" משפטים ה (תשל"ה) 421, גורס על יסוד סעיף 79 הנ"ל, כי המחוקק "לא רצה לחייב את בתי הדין לנהוג לפי ההוראות המטריאליות של אותו חוק". לעומת זאת, דעה בכיוון אחר עולה בבג"צ 128/72 נאצר נ' בית-הדין הרבני הגדול לערעורין, פ"ד כו(2) 403.

56 פרשת וינטר, לעיל הערה 2, בע' 1464.

57 שם, בע' 1466.

58 שם, בע' 1469.

עשר וחצי בידי האב, בשל סירוב הילד לציית לפסק הדין⁵⁹. אמנם בית המשפט אמר כי בדרך כלל בחירתו של הילד אינה עדיפה על החלטתו של בית המשפט, אך בנסיבות העניין, בשל התנגדותו העיקשת של הבן, אין לכופף על הילד את פסק הדין הרבני. הגימוק לכך יסודו בעמדת ההלכה, כלשון השופט חשין: "בדיני ישראל החזקתו של בנם רק מכוח הבן עצמו... זכותו של הקטין היא זו ולא זכותם של ההורים. הוא, הילד, לא היה צד בדיונים שנתקיימו בבית-הדין הרבני ופסה"ד משום כך אינו ניתן לביצוע נגדו בכוח הזרוע"⁶⁰ (ההדגשה שלי - מ.ק.).

יתר על כן, עמדה זו, מבחינת הדין המהותי, באה לידי ביטוי אפילו בפסיקה של השופט זילברג - אדריכל התפיסה המודרנית במשפט הישראלי - כי הילד אינו "אובייקט" אלא "סובייקט" כלשונו: "משהתרום המחוקק לדרגת התפיסה המודרנית - ובתפיסה מודרנית זו נוקטים חכמי ישראל זה עידן ועידנים - כי הילד אינו 'אובייקט' של שמירה והחזקה להנאתו או לטובתו של אחד ההורים, אלא הוא עצמו 'סובייקט' הוא גופו 'בעל-דין'. בשיטה חיונית זו, הרי לא יתכן להתעלם מן האינטרסים שלו בשום צירוף נסיבות שהוא, ולא יתכן כי נדחה אותם מפני 'זכות' של מישהו אחר, ויהא זה האב או האם שלו"⁶¹.

המילים "בעל דין" בהיגד "הוא גופו בעל-דין בשאלה חיונית זו" הושמו על ידי השופט זילברג במרכאות; אולם בדיני ישראל יש מקום לומר לא רק בזכותו של הילד עסקינן (ולא בזכותם של ההורים), אלא אף כי הילד הוא בעל הדין (ללא מרכאות).

יתר על כן, השופט זילברג נימק את סמכותו הנמשכת של בית הדין הרבני בעניין החזקת הילד (כנושא כרוך בתביעת גירושין), תוך קל וחומר מההלכה הפסוקה בעניין מזונות הילד, ואמר "מזונות הילדים אפילו הם נדרשים על-ידי הילדים גופם ולא על-ידי ההורים המתגרשים נחשבים לעניין הכרוך בתביעת הגירושין ועל אחת כמה וכמה עניין החזקת הילד"⁶².

אך, כאמור, עוד לפני פרשת וינסר ובפרט לאחר מכן, נפסק כי כל עוד נתבעים מזונות הילד, בשמו הוא, הם אינם עניין הכרוך בתביעת גירושין, במובן סעיף 3 לחוק השיפוט הרבני, כך שפסיקת בית הדין הרבני אינה מחייבת את הילד, הרשאי לפתוח מחדש (באמצעות אחד מהוריו) את הדין בנושא מזונותיו בבית משפט. לפיכך, יש מקום לקל וחומר הפוך, שלא כדברי השופט זילברג: אם בנושא מזונות הילד, שבהם האינטרס של ההורה המחזיק בילד והאינטרס של הילד כרוכים זה בזה (הורה המוציא הוצאות למזונות הילד יכול לתבוע בעצמו את השבתם), הילד יכול בעצמו, כשהוא מיוצג על ידי אחד מהוריו, לתבוע את מזונותיו מן ההורה החייב⁶³, על אחת כמה וכמה שיש מקום לראות את הילד כבעל דין

59 בג"צ 86/55 דרעי נ' יושב ראש ההוצאה לפועל, פ"ד ט 1938 (להלן: פרשת דרעי). כיוצא בזה נדחתה בבג"צ 39/55 בר נ' בר, פ"ד ט 1367, הטענה שהילד אינו צד נוגע בדבר לפי סעיף 9 לחוק שיפוט בית דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953 (להלן: חוק השיפוט הרבני). עם זאת ההורים מוסמכים, כמובן, לייצג את הילד אף בעניין זה לאור סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

60 פרשת דרעי, שם, בע' 1943.

61 המ' 209/54 שטיינר נ' הי"מ, פ"ד ט 241, 251.

62 פרשת וינסר, לעיל הערה 2, בע' 1465.

לעניין החוקתו, שם אך ורק זכות הילד וטובתו עומדים על הפרק. ראוי ליישם את ההבחנה הקיימת במזונות ילדים (בין תביעת הילד לבין תביעת ההורה) אף וביתר שאת בהחזקת הילד, שהיא נושא לזכות עצמאית של הילד. במילים אחרות, יש להרחיב את תחומי ההלכה הפסוקה שהתדיינות או הסכם בין ההורים בכרוך לתביעת גירושין בענייני מזונות הילד, אינם מחייבים את הילד, אף לנושא החזקת הילד וכל הכרוך בכך. עם זאת, יש לברר את גדרה המשפטית של סמכות החזקת הילד על ידי ההורים, כמפורט בסעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, וזו לשונו: "אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו".

הוראה זו, בעניין החזקת הקטין, מתעלמת, לכאורה, מן התפיסה בדבר מעמד הילד. עם זאת, כמובן, ההסדר כפוף לעקרון טובת הילד⁶³. אולם, הפסיקה והספרות המשפטית משלבים את מעמד הילד בהסדר בסעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תוך ניתוח הבסיס המשפטי של הוראה זו. קיימות גישות שונות, והדברים טרם נתבררו כל צורכם, ואפרט בקצרה את הגישות.

בראש ובראשונה נציין את הגישה כי המונח "רשות" ("הרשות להחזיק בקטין") מבטא את סמכותם של ההורים, אותה עליהם להפעיל לטובת הילד ולזכותו. לפיכך, יש להבחין בין מעמד ההורים כלפי חוץ, המעניק להם סמכויות של משמורת הילד, לבין מעמדם כלפי פנים, כלפי הילד, שאינו אלא חובה. כדברי ד"ר שרשבסקי: "רק כלפי חוץ קיימות זכויות מסוימות, יותר נכון סמכויות של ההורים בנידון - לא כלפי - ילדיהם על-מנת שיוכלו למלא אחרי חובתם הנ"ל... אך כלפי פנים, כלומר כלפי הילד, אין לדבר על זכויות ההורים, אלא נהפוך הוא: יש כאן רק מקום לזכויות הילדים כלפי הוריהם בעוד שעל ההורים מוטלות רק חובות בנידון זה"⁶⁴.

גישה שנייה, המבוססת, בעיקרה, על מקורות המשפט העברי⁶⁵, באה לידי ביטוי בדברי השופטים קיסטר ואלון. השופט קיסטר כותב כי אף על פי שאין לאב זכות חזקה בכל אופן "יכול הורה לדרוש שבנו יהיה אצלו, כדי שיוכל [ההורה] למלא חובותיו כלפי ילדו"⁶⁶. "מצווה" זו של גידול בנים, אינה בגדר זכות במשמעות משפטית-קניינית, וזאת להבדיל מהעמדה השונה בתכלית, של המשפט הרומי (patria potestas)⁶⁷. על כך כותב גם השופט

63 לאור ההלכה שנקבעה בבר"ע 120/69 שרגאי נ' שרגאי, פ"ד (כג) 171.

64 ראו גם סעיפים 17, 24 ו-25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, וכן סעיף 3(ב) לחוק שיווי זכויות האשה.

65 שרשבסקי, לעיל הערה 34, בע' 401.

66 עקרונות חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות בנושא זה מבוססים, לגישה זו, על המשפט העברי, ובמקרים של לקונה יש לפנות לעקרונות "מורשת ישראל" (סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, תש"ם-1980).

67 קיסטר, לעיל הערה 49, בע' 128. בנוסף ראו תיק 3301/תשס"ו לעיל הערה 49, שם.

אלון (לעניין חינוך הילד): "מצווה על האב לחנך את בנו, וללמדו תורה ואמנות, אך קיומה של מצווה זו אין לו ולא כלום עם זכות הורית - במובן של זכות במשמעות משפטית קניינית... הזכות שיש להורים בחינוך, בלימוד ובכל ענייני האפוטרופסות היא הזכות למלא חובתם"⁶⁶.

ויש אומרים - במינוח "ההופלדייני"⁷⁰ - כי "הרשות להחזיק בקטין" אינה "חרות" אלא אף היא "חובה-זכות" (בסדר זה דווקא), כלשון סעיף 15 רישא לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות⁷¹. במילים אחרות, זו היא חובה הנושאת בתוכה זכות למלא חובה זו⁷². גישה שלישית, של השופט חיים פורת, מדגישה כי סמכויות ההורים הן אכן זכויות הורים ממש "ללא הדגשת החובה כלפי הילדים בלבד" וראויים דבריו לציטוט מלא, וזו לשונו:

"זכות ההורים הוא זכות קונסטיטוציונית חשובה, שכן היא מהווה זכות טבעית, ביטוי לקשר הטבעי בין הורים לילד, ילד שהוא בשר מבשרם. אין זוהי זכות קניין או מעין קניין בילדיהם. זכות זו מתבטאת בכך שקיום חובותיו כלפי ילדו, יעשה ההורה ולא זולתו... אולם, יש בה אף זכות ממש ללא הדגשת החובה כלפי הילדים בלבד"⁷³.

השופט פורת מסיים בציטוט דברי הרב יוסף קאפה, שהובאו לעיל, בדבר הזכות הטבעית של ההורים לסיפוק נפשי בקשר עם ילדיהם. יש מקום להבהיר כי שיטה אחרונה זו (של השופט חיים פורת) אינה גוררת התנגשות בין זכויות ההורים לבין זכויות הילד, שכן לכל הדעות, זכויות ההורים כפופות לעקרון טובת הילד.

סמכויות ההורים כמתואר לעיל, אינן גורעות מזכויות הילד לעניין מקום החוקתו, ואין מקום להסיק מחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות שמעמד הילד לעניין החוקתו נחות ממעמד הילד לעניין מזונותיו. עם זאת, אכן ראוי כי המחוקק הישראלי יעגן בחוק את אמנת זכויות הילד.

68 על התפתחות המשפט הרומי בתחום זה, ראו למשל: R.W. Leage *Roman Private Law* (London, 3rd ed., 1961) ועל ההשוואה בין המשפט העברי למשפט הרומי, ראו: B. Cohen *Jewish and Roman Law, A Comparative Study* (New-York, 1966); קיסטר, **לעיל** הערה 49, בע' 132 ואילך.

69 פרשת נגר, **לעיל** הערה 51, בע' 393. ראו גם: מ' אלון **המשפט העברי** (מהדורה שלישית, תשמ"ח, כרך ד) 1397-1398; שאקי "עיון מחודש בטיבה של זכות ההורים למשמורת ילדיהם הקטינים", **לעיל** הערה 34, בע' 83, 118; שאקי "אפיונים בדיני משמורת קטינים תוך דגש על יישום עקרון טובת הילד", **לעיל** הערה 34, בע' 32.

70 W.N. Hohfeld "Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning" *Lloyd's Introduction to Jurisprudence* (London, 5th ed., 1985) 541.

71 ראו לעניין זה: שאקי "עיון מחודש בטיבה של זכות ההורים למשמורת ילדיהם הקטינים", **לעיל** הערה 34, בע' 83-90; רונן, **לעיל** הערה 34, בע' 113-115.

72 ראו לעניין זה את דברי הנשיא שמגר (כתוארו או) בפרשת פלונים, **לעיל** הערה 9, בע' 237 שהפנה לדעתו של: S.J.Stoljar *International Encyclopaedia of Comparative Law* (vol. IV, Ch. 7) 41-42. כי "זכותו של הורה כלפי ילדו 'זכות מועברת' בשל היותה זכות הנושאת בחובה חובה", אך סדר המונחים שבחוק הוא 'חובה זכות' דווקא. עיינו גם ע"א 577/83 הי"מ נ' פלונית, פ"ד לח(1) 461, 467-468.

למעשה, תפיסתו של השופט זילברג, כי החזקת ילד היא זכות פרוצסואלית של ההורים, בהליכי גירושין, נשתרשה בפסיקה. בית המשפט העליון דחה ניסיון להקיש מזכות הילד למוזנותיו לזכות הילד לעניין החזקתו מטעמי יציבות הדין, וזאת בע"א 116/80 **ענתבי נ' ענתבי**⁷³. מאחר שהלכה זו לא פורסמה, נפרט כאן את עיקרי העובדות.

הבעל הגיש תביעת גירושין, שבה כרך גם את מוזנות האישה והבת, ואילו האישה והבת הגישו תביעה למוזנות והחזקת הבת בבית המשפט המחוזי. השופט בוק החליט להעביר, מחוסר סמכות, את כל התביעות לבית הדין הרבני, ואילו בית המשפט העליון בערעור התערב והחליט על פיצול הדיון: החזקת הבת בבית הדין הרבני, בכרוך לתביעת הגירושין, ומוזנות הבת בבית המשפט המחוזי.

השופטת בן-ענתו בדעת מיעוט חלקה על פיצול הדיון ואמרה: "אילו נדרשתי לדרג את שתי הזכויות הללו, הייתי אני מעניקה עליונות דווקא לזכות ההחזקה. המוזנות אך את רמת החיים הם קובעים... לעומת זה החלטתה הקובעת היכן יוחזק הילד, על-ידי מי התחנך, באיזו אוריה יגדל, האם יופרד מאחיו – החלטה זו בנפשו של הילד היא, ועשויה לקבוע את גורלו לכל החיים. האם לא דין הוא שעניין החזקה יושוה, איפוא, לעניין המוזנות, ואפילו יזכה לעדיפות? אם סבורים אנו שתביעה של הילד למימוש זכותו, טוב לה שתידון בנפרד מתביעת ההורים זה נגד זה – מקל וחומר מתבקשת המסקנה שלא רק עניין מוזנותיו אלא גם עניין החזקתו במשמע"⁷⁴.

השופטת בן-ענתו אימצה קונסטרוקציה לפיה גם בנושא החזקת הילדים, כמו בנושא מוזנות הילדים, קיימת זכות תביעה כפולה. מצד אחד זכותו העצמאית של הילד לעניין החזקתו, ומצד שני זכות ההורים לקיים את מצוות גידול הילד וחינוכו, שהיא "עילה להורים להתדיין ביניהם על זכותם שלהם לקיום אותה מצווה, אגב תביעת הגירושין"⁷⁵. השופטת בן-ענתו הוסיפה והשיבה על קושיית ההתדיינות הכפולה, כי: "זכותו של הילד עדיפה... ותקנתם של ההורים היא בכך שיקפידו כי בהתדיינות [ביניהם תישמר טובת הילד מכל הבחינות האפשריות, ואז סביר להניח ששום קערה לא תתהפך על פיה, אפילו יתבע הילד בנפרד בבית משפט אחר"⁷⁶.

אכן השופטת בן-ענתו מודה, כי לא רצוי מצב המאפשר התדיינות כפולה באותו נושא בשני בתי משפט, אך זהו, לדעתה, הרע במיעוטו, כי עיקר העיקרים הוא שמירת זכויות הילד וממילא אף במקרה של גירושין, אפשר לשלול את סמכות בית הדין הרבני לעניין החזקת הילד על ידי הקדמת תביעת החזקת הילד בבית המשפט. על כך יש להוסיף כי עצם הפיצול בין מוזנות הילד להחזקתו הוא מלאכותי, שכן המוזנות כרוכים בהחזקה. זאת ועוד: צו הרחקה מדין מוזנות (מדור) שולל למעשה מן המורחק את המשמורת⁷⁷. לפיכך, משנפסק, בהתנגשות הסמכויות, כי עניין מוזנות הילד בסמכות בית משפט לענייני

73 ע"מ 1125/99 (ת"א) פלוני נ' פלונית (לא פורסם) (עותק שמור במערכת), בע' 7 לפסק הדין.

74 ע"א 116/80 **ענתבי נ' ענתבי** (לא פורסם), (החלטה מיום 5.8.80, עותק שמור במערכת), (להלן: פרשת **ענתבי**).

75 שם, בע' 18.

76 שם, בע' 21. עילה זו היוותה את הבסיס לתביעה בפרשת **נגר, לעיל** הערה 51.

77 פרשת **ענתבי**, שם, שם.

משפחה, יש להשאיר בידי בית משפט זה אף את עניין המשמורת.

השופט אהרן ברק (כתוארו דאז) שהצטרף לדעת הרוב, כנגד דעת השופטת בן-ענתו, כתב כי אין לסטות מהלכת וינסר מטעמי יציבות ההלכה: "אין נימוקים עניינים כבדי משקל מצדיקים סטייה [מההלכה בפרשת וינסר]... דבר המכנים 'מהומה ומבוכה' בתחום נרחב שמעצם טבעו וטיבו דורש בטחון משפטי ויציבות... לא מן הדין הוא כי נסטה מההלכה הנוהגת, לפיה החזקת ילדים כרוכה היא בתביעת הגירושין בין אם ההורים תובעים בשמם הם ובין אם הם תובעים בשם ילדיהם"⁷⁹. בכך נחסמה, בשעתו, הדרך לתביעה עצמאית של הילד לעניין החזקתו, בניגוד לדרך הפתוחה בפניו (באמצעות אחד מהוריו) בעניין מזונותיו.

השופט ברק הוסיף כי ההלכה בפרשת וינסר "נתקבלה לא משום שהבחנה בין זכות הילד לבין זכות הוריו נעלמה מעיני בית המשפט, אלא דווקא על יסוד הבחנה זו ותוך הכרה בעובדה כי החזקה היא בראש ובראשונה זכותו של הילד עצמו"⁸⁰. אכן השופט זילברג דן בטענה כי זכות החזקה היא של הילד, אך בכל אופן סבר, כי לפי המשפט הישראלי יש להורים זכות תביעה פרוצסואלית בעניין החזקת הילד בכרוך לגירושין, בעוד שאילו היה נוקט גישה של ההלכה, כי החזקת הילד היא זכות פרוצסואלית עצמאית ונפרדת של הילד דווקא (כשיטת הרב גולדשמידט), הרי שעניין זה לא היה נשוא לכריכה בגירושין, מה גם שהילד אינו צד להליכי גירושין. לביקורת כלפי ההלכה בפרשת וינסר יש להוסיף את הדעה כי בעת קליטת דין, הקלסיפיקאציה נעשית על פי המשפט הנקלט⁸¹, וכאמור בהלכה, הזכות של הילד לעניין החזקתו היא דין מהותי, שנקלט במשפט הישראלי באופן שיש מקום לייצוג עצמאי של הילד אף בעניין החזקתו. על כל פנים הדברים באו על תיקונם בסעיף 3(ד) לחוק בית המשפט לענייני משפחה.

נימוק אחר להבחנה בין מזונות הילד להחזקת הילד הוא כי "האבחנה [בין זכות הילד לזכות ההורים] מחוסרת משמעות לחלוטין לגבי החזקת הילד, אשר לגביה לא ניתן להבחין בין זכות הילד לזכות ההורים: אלה הם שני צדיה של אותו מטבע"⁸². התשובה לכך כפולה: ראשית, ענייני החזקת הילד הם, כאמור לעיל, זכות של הילד, שלגביה ההורים פועלים כאפוסטרופסיו. שנית, התפתחות ההלכה הפסוקה בדבר הזכות הנפרדת של הילד מבוססת גם על ניגוד האינטרסים שההורים נקלעים לתוכו בהליכי גירושין, באשר קיים חשש שאינם מייצגים כראוי את ענייני הילד⁸³. חשש זה, בדבר ניגוד עניינים, חל ביתר שאת בענייני החזקת הילד. לפיכך, השופט זילברג הזהיר: "מי לכפנו יתקע כי ההורים הבהולים על סידור

78 ראו ע"א 33/78 הסנרנץ נ' הסנרנץ (לא פורסם) (החלטה מיום 4.7.78, עותק שמור במערכת) (להלן: פרשת הסנרנץ), שתמציתו מובאת להלן.

79 פרשת ענתבי, לעיל הערה 74, בע' 24.

80 שם, בע' 23.

81 השוו' מ' שאוה הדין האישי בישראל (מהדורה רביעית, תשס"א, כרך א) 139.

82 שיפמן, לעיל הערה 1, בע' 275.

83 ע"א 404/70 עברון נ' עברון, פ"ד כה(1) 373, 379 (להלן: פרשת עברון).

הגט, לשם סיפוק רצונו או תאוותיו של אחד מהם יתחשבו כראוי באינטרסים של הילד ולא יקפחו אותו תוך בהלה זו?⁸⁴.

ואכן נפסק כי ההורים המתדיינים מצויים במצב של ניגוד אינטרסים בינם לבין הילד: "הם עלולים - ולו מבלי דעת או בהיסח הדעת - לא להקפיד במידה מספקת על הבטחת האינטרס של הילד... כאשר הוא נכרך בתביעת הגירושין של הילדים ומאבד את ייחודו, קיימת סכנה ממשית לקיפוח... במקרה כזה הצהרת ההורים שהם פועלים גם בשמו של הילד אינה מעלה ואינה מורידה. ההורים מנסים לעשות בעת ובעונה אחת שני דברים שאינם מתיישבים. מחד גיסא, בעניינים הנוגעים להם, הם מופיעים כשני צדדים יריבים. מאידך גיסא, במה שנוגע לענייני הילד, הם באורח פלא הופכים פתאום את עורם ומתיימרים לפעול בשמו ובצוותא כבעלי דעה אחת... הלכה מושרשת של בית משפט זה היא שהסכם שהורים עושים ביניהם בנוגע לענייני ילדם מחייב את ההורים בלבד ולא את הילד"⁸⁵.

ניגוד אינטרסים זה בין ההורים לבין הקטין בהליכי גירושין קיים בפועל לא רק במזונות, אלא אף ולעתים ביתר שאת בענייני החזקת הילד.

4. הילד כבעל דין לעניין החזקתו לאחר חוק בית המשפט לענייני משפחה

מאז פרשת ענתבי חל שינוי בפסיקה. בית המשפט לענייני משפחה דן בסמכות נמשכת של בית דין רבני לאחר הסכם גירושין, והחליט לשלול את סמכות בית הדין הרבני, בהסתמך גם על זכות התביעה העצמאית של הילד (סעיף 3ד) לחוק בית המשפט לענייני משפחה)⁸⁶. לעומת זאת, בערעור⁸⁷ הפנתה השופטת פרוקצ'יה לסעיף 25 לחוק בית המשפט לענייני משפחה - שמירת הסמכויות של בית הדין הדתי - ולא ראתה צורך להכריע בהשלכה של זכות תביעת הקטין, "מאחר שבלאו הכי קגויה לבית משפט אזרחי סמכות לדון בעניין מכות עקרוניות כלליים"⁸⁸. העקרונות שמציינת השופטת פרוקצ'יה הם כעמדת דעת המיעוט של השופטת בן-עתו בפרשת ענתבי. השופטת פרוקצ'יה לא אזכרה, בפסק דינה, את פרשת ענתבי, ויש מקום להסיק כי פסק דין זה לא היה ידוע לשופטת פרוקצ'יה. השופטת פרוקצ'יה קובעת בלשון זו: "הלכה מושרשת היא כי קטינים אינם קשורים בהסכמי גירושין שנחתמו בין הוריהם, מקום שלא היו צדדים עצמאיים לאותם הסכמים ומקום שלא התקיימו הליכים ישירים בעניינם. אם לא נתקיימו תנאים אלה, כי אז הקטינים אינם כבולים להסדרים שנתקבלו בעניינם עלידי הוריהם"⁸⁹.

84 פרשת וינסר, לעיל הערה 2, בע' 1466.

85 פרשת עברון, לעיל הערה 83, בע' 379.

86 המ' 1081/98, לעיל הערה 13.

87 פרשת אנגלמן, לעיל הערה 13.

88 שם, בע' 9.

89 שם, בע' 6.

במילים אחרות, השופטת פרוקצ'יה מחילה את ההלכה הפסוקה בענייני מזונות, בהם יש לקטין זכות עצמאית, גם לגבי ענייני החזקת ילדים: "הקטין עצמאי, איפוא, לברור לו את הערכאה הרצויה"⁹⁰. יוצא, אפוא, לשיטתה, כי אין צורך להיוקק לסעיף 3(ד) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, שכן בלאו הכי יש לקטין זכות עצמאית. עם זאת, יש להעיר כי אין מקום לגרוע מזכות הקטין כבעל דין, בשל סעיף שמירת הסמכויות, שכן כמו לגבי מזונות הילד, מדובר בזכות נפרדת ונוספת של הילד, מעבר לזכות הקיימת של ההורים להביא להכרעת בית הדין הרבני את נושא החזקת הילד⁹¹. זכות הילד אינה תלויה בפסקה הפרוצסואלית שבסעיף 3(ד) לחוק בית משפט לענייני משפחה, אלא היא נובעת מהזכות המהותית השייכת לקטין⁹². אין מקום להחמיר בנושא החזקת הילד, לעניין כפיפות לבית דין רבני יותר מאשר במזונות הילד, וכל הלכות הסמכות בענייני מזונות הילד צריכות לחול גם על החזקתו.

כמו כן, יש מקום לביקורת על צד אחר בפרשת **אנגלמן**, המשאירה פתח להבחנה (הקיימת גם במזונות) שאם עניין הקטין כן נשקל לגופו ובנפרד בבית הדין הרבני, הפסק הרבני יחייב גם את הילד. על כך יש להעיר, כי כמעט בלתי אפשרי ליישם בבית הדין הרבני הפרדה כזו. אם הקטין אינו צד להסדר הגירושין, כיצד יחייב אותו הסדר המשמורת? זאת ועוד: ההלכה בפרשת **עברון** אינה מחייבת, לצורך עיון מחדש במזונות הילד בבית משפט אזרחי, הוכחה כי הילד קופה, אלא הלכה זו קובעת, באופן כללי, כי אין הורים יכולים לפעול בשם הקטין כאשר הם עסוקים בענייני גירושין. די בעצם החשש לניגוד אינטרסים כדי לשלול את זכותם לייצג את ילדם בבית הדין הרבני.

השופטת פרוקצ'יה מוסיפה וקובעת שאפוטרופסות היא עניין של מעמד אישי הנתון לסמכות מקבילה בהסכמת הצדדים⁹³, ומתעלמת מההלכה הפסוקה כי החזקת הילד הוא "עניין אשר לפי עצם טיבו וטבעו כרוך בתביעה של גירושין"⁹⁴. לגבי מזונות הילד נקבע מפורשות בסעיף 3 לחוק השיפוט הרבני, כי השיפוט אגב גירושין מקנה לבית הדין סמכות ייחודית בכל עניין הכרוך בגירושין, "לרבות מזונות לאישה ולילדי הוגג". הלכה פסוקה היא

90 שם, בע' 8. על ניצני מגמה זו ראו אמרת אגב של השופטת קינן בתמ"ש (חי') 29840/97 **פלונת ג' אלמוני** (לא פורסם), תקדין שלום 2628 (2)98, פסקה 9 לפסק הדין (להלן: **פרשת פלונת**). נראה כי מגמה זו, באשר למעמד הילד כבעל דין עצמאי, הנה בעיצומה של תהליך הרחבה לכל ענייני הילד. ראו למשל: תמ"ש 22800/99 (י"ם) **פלונת (קטין) ג' פלונת** (לא פורסם), תקדין משפחה 4)99 (4) 11, פסקאות 15-14 לפסק הדין.

91 ראו גם דברי השופטת בן-עזיתו בפרשת **ענתבי, לעיל** הערה 75.
92 ראוי לציין בהקשר זה את הדעה המבססת את מעמד הילד כבעל דין נפרד לעניין החזקתו, גם כזכות פרטיקולרית הנגזרת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו בעניין זה אמרות אגב של השופט גייפמן בפרשת **פלונת, לעיל** הערה 11, פסקה 11 לפסק דינו, וכן של השופטת קינן בפרשת **פלונת, לעיל** הערה 90, פסקה 8 לפסק דינה.

93 בהסתמך על סעיף 9 לחוק השיפוט הרבני.
94 פרשת **וינטר, לעיל** הערה 2, בע' 1467. הסיווג של החזקת הילד נקבע כעניין "אשר לפי עצם טיבו וטבעו כרוך בתביעה של גירושין", וזאת על בסיס המבחן הדיוני הכללי שנקבע לראשונה בע"א 8/59 **גולדמן ג' גולדמן**, פ"ד יג 1085, 1091.

כי לא ניתן לכוון בתביעת הגירושין את זכותו העצמאית של הילד למוזנותיו. ואם כך הדבר לגבי מזונות הילד, שסעיף 3 לחוק השיפוט הרבני דן בהם מפורשות, על אחת כמה וכמה לגבי החזקת הילד. כמו כן, בהנחה שהמשמורת היא זכות של הילד, לא ניתן לחסום דיון נפרד בשאלת המשמורת בתביעת הילד, והסכמת ההורים בשם הילד בתביעת גירושין שהילד אינו צד בה, אינה מועילה מחשש ניגוד אינטרסים, כאמור.

עם זאת, בעקבות השינוי בחוק, המכיר בזכות הילד כבעל דין נפרד, יש מקום לשנות את ההלכה הפסוקה כי דבר החזקת הילדים לפי "עצם טיבו וטבעו כרוך בתביעה של גירושין"⁹⁵. יש מקום לחדש, כי דיון בעניין החזקת הילד, במסגרת הליכי גירושין בין ההורים, מצריך כריכה דיונית, תוך פירוט הנושא והסעד המבוקש, כדוגמת ההלכה הפסוקה לגבי ענייני משפחה אחרים. כריכה זו, והכרעה בה על ידי בית הדין הרבני, לא יכולה לחסום את זכות הילד, שלא היה צד לדיון בבית הדין הרבני, לתבוע מחדש סעדים בעניין החזקתו בבית המשפט לענייני משפחה.

עוד יודגש, כי הפסיקה כבר החילה את פיצול הסמכויות, לאור ההפרדה בין זכות הילד לבין זכות ההורים, גם בעניינים אחרים. לדוגמה, בפרשת **הסנפרניץ** נכרך עניין מזונות האישה בתביעת גירושין בבית הדין הרבני, ונדחתה תביעת האישה למוזנות ולהפרדה. לאחר מכן האישה הגישה תביעה נוספת, בשם הילד, למוזנות, כולל סעד של הרחקה מדין מדור, וזכתה. פסק דין זה הרחיק לכת, בכך שניתן, לפי תביעת הילד, צו להרחקת האב, אף שהאלימות הייתה כלפי האם. יש לציין, כאמור, כי צו הרחקה שולל מן המורחק, למעשה, גם את החזקת הילד.

לפיכך, מתן הסעד היה כרוך גם בשאלה של סמכות. החזקת הילד נדונה בבית הדין הרבני בתביעת הגירושין הקודמת, וצו איסור כניסת האב לבית משמעותו למעשה פסיקה בדבר החזקת הילד על ידי האם. נוסף על כך, התעוררה השאלה אם רשאי הילד, שהאלימות לא הופנתה כלפיו, לתבוע את הרחקת אביו מהדירה. בית המשפט העליון התיר ספקות אלה באומרו כי סעד ההרחקה הוא סעד זמני להבטחת המדור השקט והבטוח של הקטין, ואין כאן התערבות בנושא החזקת הילד. וכך אומר בית המשפט: "בנסיבות המיוחדות שבפנינו היה בהבטחת מדור שקט ובטוח לאם תנאי מוקדם להבטחת מדור בטוח לקטין, ואי מתן [הצו] משמעו, למעשה, סילוקו של הקטין ממדורו"⁹⁶.

אכן, במישורין יש כאן הכרעה בנושא מדור, אך בעקיפין יש בכך הכרעה גם בנושא החזקת הילד, שכן בהרחקת האב מהבית סוכלה תביעת החזקת הילד של האב בבית הדין הרבני, אך אם ההרחקה מוגבלת לתקופה קצרה, אין בכך סיכול מוחלט של תביעת האב. כמו כן, לא ראה בית משפט פגם בכך שסעד ההרחקה מבוקש על ידי הילד נגד אביו. לעומת זאת השופט אשר, בפסק דין נפרד, חלק על כך וכתב: "לבי אינו שלם עם גרושו של האב מהדירה המשפחתית על פי תביעתו של בנו בן השלוש... חובתו של הבעל להבטיח לאשתו... מדור שקט ובטוח... מבוססת על המשפט העברי רק לגבי האישה, ולא מצאתי כי

95 פרשת וינטר, שם, שם.

96 פרשת הסנפרניץ, לעיל הערה 78, בע' 4.

גם ילד קטין רשאי לדרוש מאביו שיעזוב את בית המשפחה על מנת להבטיח מדור לילדו⁹⁷. עם זאת, בנסיבות המיוחדות של המקרה, הצטרף השופט אשר לדעת הרוב בנימוק, כי גם הילד סבל מהאלימות כלפי אמו, וכי אם יורשה האב לחזור לבית יהיה בכך כדי לגרש ממנו את האישה, ודבר זה ישפיע לרעה על מצבו של הילד.

פיצול סמכויות נוסף בעניין חינוך הילד. הלכה פסוקה היא כי החינוך הוא עניין של אפוטרופוסות הנפרד מעניין החזקת הילד, והפיצול של משמורת רוחנית ומשמורת פיזית גורם לכך שהורה רשאי לכרוך בפועל את נושא החינוך כעניין הכרוך בתביעת הגירושין (בגדר סעיף 3 לחוק השיפוט הרבני), אך אם לא עשה כן או שהורה אחר הקדים תביעה לבית משפט לענייני משפחה (לפני תביעת הגירושין), כי אז הסמכות נתונה לבית המשפט לענייני משפחה⁹⁸. יתר על כן, אין לחסום את תביעתו העצמאית והנפרדת של הילד בבית משפט לענייני משפחה, אפילו אם הנושא נכרך קודם לכן בתביעת גירושין בין ההורים. כמו כן, ניתן להקדים את סמכות בית המשפט לענייני משפחה לעניין חינוך הילד, גם בדרך של הגשת תביעה להחזקת הילד בלבד ללא צורך בכריכה דיונית מפורשת של נושא חינוך הילד (וזאת, שלא כמתחייב בבית הדין הרבני)⁹⁸.

5. סיכום

הפולמוס בשאלה אם הילד הנו בעל הדין ובעל הזכות לעניין החזקתו, הוכרע על ידי חוק בית המשפט לענייני משפחה (סעיף 3(ד)). עתה, בעקבות תפיסת זכות הילד כבעל דין, יש מקום להכיר בזכות התביעה הנפרדת של הילד לעניין החזקתו, או לפחות בזכותו לבחינה מחודשת של ענייני החזקתו, כשההורים פעלו, תוך ניגוד אינטרסים, שלא לטובתו. חוק בית המשפט לענייני משפחה שינה, אפוא, את התפיסה הפרוצסואלית לגבי מעמד הילד כבעל דין, ולפיכך, בעקבות החוק, חל שינוי, מה גם שההלכה בפרשת וינטר כבר נפרצה על ידי פרשת אנגלמן. לפיכך, כיום, יש מקום למסקנה כי לילד נתונה זכות פרוצסואלית נפרדת כבעל דין לעניין משמורתו. יתרה מזאת, יש ליתן נפקות מלאה לזכות הילד כבעל דין בכל ענייניו, ולהרחיב את ההלכה הפסוקה בדבר זכות תביעת מזונות של הילד בנוסף לזכות התביעה של אחד מהוריו, גם על שאר ענייני האפוטרופוסות. התפיסה החדשה, הרואה את הזכויות הנוגעות לילד כזכויות של הילד, שהוא בעל דין בכל ענייניו, מחייבת בחינה מחודשת לגבי מעמדו של הילד כבעל דין בכל ענייניו בסיטואציות של משבר במשפחה, שבהם הוריו נקלעים לחשש ניגוד עניינים. בכך יצמצמו דיני המשפחה את המציאות הקיימת, לעתים, לפיה נושא החזקת ילדים משמש כנשק במאבק בין ההורים ועקרונות טובת הילד וזכויות הילד יזכו ליישום רחב יותר, הלכה למעשה.

97 שם, שם.

98 ראו בעניין זה, למשל: בג"צ 181/68 פלורסהיים נ' בית הדין הרבני האזורי חיפה, פ"ד כב(2) 723; פרשת שלו, לעיל הערה 2, בע' 77; ע"א 680/84 שני נ' שני, פ"ד לט(2) 444, 447; פרשת פלוגים, לעיל הערה 9, בע' 260-261; רוזן צבי, לעיל הערה 1, בע' 57-58. למען הדיוק, ראוי לציין כי בתקופה טרם כניסת חוק בית המשפט לענייני משפחה לתוקפו (7.8.95), הייתה נתונה הסמכות בידי בית משפט אזרחי.

נוסף על כך אין להסתפק בעקרון טובת הילד או אף זכויות הילד, אלא יש להבטיח לילד, כבעל דין, בדומה לעמדת ההלכה, ייצוג ראוי בכל סכסוך הנוגע לזכויותיו⁹⁹. אפנה לתיקון החוק שהציע השופט זילברג "שכל עניין הילדים (החזקה, מזונות וכד') שסודר בהסכם הגירושין של הזוג, לא יהא לו תוקף חוקי כלפי הילד בלתי אם פקיד הסעד... הופיע כנציג הילד בדיון הגירושין של הזוג ונתן הסכמתו לאותו הסדר"¹⁰⁰. אכן בעבר נקבע כנוהג בבתי הדין הרבניים, לצוות על תסקיר פקיד סעד ביחס לתנאי הסכם הגירושין, אך אין מקפידים עוד על כך. לעתים, אף בית המשפט לענייני משפחה אינו מחייב תסקיר פקיד סעד טרם אישור תנאי הסכם גירושין. מן הראוי לקבוע הן בבית הדין הרבני והן בבית המשפט לענייני משפחה, נוהל מחייב בדבר קבלת תסקיר פקיד סעד לפני אישור הסדר משמורת שבהסכם גירושין. בבית המשפט לענייני משפחה ניתן להיעזר ביחידת הסיוע. כיום, למעשה, רק במקרים חריגים נפסק על ייצוג עצמאי לקטין. לדוגמא, בע"א 878/96 פוזילוב נ' פוזילוב¹⁰¹, מקרה שבו האם והילדים לא היו מיוצגים בתביעה להחזקת ילדים, ובית משפט סטה מחזקת הגיל הרך, והעביר את הילדים לאב. בית המשפט של ערעור הפך את פסק הדין, וזו לשונו: "המקרה הוא קשה, תוך שטובת הילדים מחייבת בחינה מדוקדקת, במנותק מהרצון הסובייקטיבי של כל אחד מההורים. בנסיבות אלה נדרש כי תוצג בפני בית המשפט תמונה אובייקטיבית באשר לטובת הילדים... בית משפט מינה לילדים אפוטרופוס לדין מכוה סמכותו לפי סעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית. ייצוג זה חשוב הוא בכל אותם המקרים בהם קיימת תשתית עובדתית לכך כי במאבק בין ההורים עשויה טובת הילדים להיזנה, והרי טובת הילדים, העיקר"¹⁰².

אכן סמכות הייצוג הרגילה נתונה להורים, אך במקרים שבהם קיים חשש ניגוד אינטרסים בין הילד להוריו, או שקיים חשש כי המאבק המשפטי בין ההורים יפגע בטובת הילד, יש לאפשר לילד, באמצעות אחד מהוריו, דיון מחדש בעניין משמורתו (לפי ההלכה הפסוקה בענייני מזונות), או להעמיד לילד ייצוג אחר באמצעות ידיד קרוב או אפוטרופוס לדין, ו"בית דין הוא אביהם של יתומים"¹⁰³.

99 לאור ההלכה שנקבעה בע"א 5507/95 אמיר נ' בית הדין הרבני האזורי חיפה, פ"ד (3) 221. עיינו גם רוזן צבי, שם, בע' 57, שכתב כך עוד טרם פרשת אמיר, וכן גייפמן, לעיל הערה 5, בע' 1208-1211. על הקשיים בייצוג זה עיינו שיפמן, לעיל הערה 1 בע' 239-240.

100 פרשת וינסר, לעיל הערה 2, בע' 1466.

101 ע"א 878/96 פוזילוב נ' פוזילוב, פ"ד (5) 208.

102 שם, בע' 215.

103 רא"ש, גיטין, ד, יד; טור, חו"מ, רצ.