

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

תיק 1086472/1

ב"ה

### בבית הדין הרבני הגדול ירושלים

לפני כבוד הדיינים:

הרב אליעזר איגרא, הרב א' אהרן כץ, הרב שלמה שפירא

המערער: פלוני (ע"י ב"כ עו"ד מירב יהושע)

המשיבה: פלונית (ע"י ב"כ עו"ד זהבה סנדרס)

הנדון: ויתור על סמכות בפנייה לערכאה אחרת והאפשרות להפריד הסדרי שהות ממשמורת

### פסק דין

א. בפני בית הדין מונח ערעורו של האב על החלטת בית הדין האזורי הקובע שבית הדין משולל סמכות לדון בתביעת האב למשמורת והסדרי השהות של הילדים.

הצדדים מתדיינים בפני בית הדין הרבני החל משנת 2000 בתביעת הגירושין של הבעל שבה נכרכו עניני המשמורת והסדרי השהות, עוד לפני הגירושין התגלו בעיות רבות בתפקודם ההורי של שני הצדדים ובעיקר בתפקודה של האם. בית הדין האזורי דן ופסק בעניינים אלו.

ביום כ"א בטבת תשס"ז (11/01/2007) התגרשו הצדדים, למרות הבעיות הרבות בתפקוד האם, נקבע בהסכם הגירושין שהבנות יהיו במשמורת האם והסדרי השהות יערכו בתיאום.

לאחר זמן לא רב ובעקבות המשך חוסר תפקוד של האם נדרשה התערבות בית המשפט למשפחה בת"א על פי חוק הנוער, ביום ד' באייר תשס"ז (22/04/2007) הבנות הקטינות הוכרזו כקטינות נזקקות ובמסגרת זו הועברה משמורתם לאב. במשך שנים לא התקיימו הסדרי שהות מסודרים בין הבנות לאם.

ביום י"א באייר תשע"ד (11/05/2014) הגישה האם תביעה לבית המשפט לקביעת הסדרי שהות בינה ובין הבנות.

בדיון שנערך בבית המשפט ביום ט"ו באלול תשע"ד (10/09/2014) הופיעו הצדדים והעלו טענותיהם בנושא זה, האב לא טען כנגד סמכות בית המשפט, בית המשפט קבע הסדרי שהות זמניים וקבע מועדים נוספים לדיון. החלטות בית המשפט הובילו ליצירת קשר מחודש בין האם לבנותיה, לשביעות רצון הגורמים המטפלים.

ביום כ"ז בתמוז תשע"ה (14/07/2015) נערך מפגש הסדרי שהות בין האם לבנותיה, לאחר המפגש, הוגשה תלונה במשטרה כנגד האב, הבנות סירבו לחזור לבית האב וממועד זה והילך, הבנות החלו לפתח סרבנות קשר עם האב, מסרבות לחזור לביתו והועברו בפועל למשמורת אימן, ההעברה למשמורת בפועל היא במסגרת תביעתה להסדרי שהות ואין קביעה שיפוטית על משמורת זמנית. עקב סרבנות הקשר והטענות הקשות שהעלו הבנות כנגד האב נקבעו מפגשים בין האב לבנות במרכז קשר.

בדיונים הרבים שנערכו בבית המשפט בנושא הסדרי השהות, לא העלה האב טענות והתנגדות לסמכות בית המשפט.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

ביום י"ט באב תשע"ה (04/08/2015) לפני דיון שנקבע לאותו יום בתביעה להסדרי שהות, הגישה האם תביעה למשמורת בבית המשפט, התביעה נמסרה באותו יום לאב ואזכרה גם בפרוטוקול הדיון במועד זה, גם בדיון זה לא הועלתה התנגדות האב לסמכות בית המשפט. בית המשפט בהחלטתו במועד זה אישר העברת הבנות לאם. וציין שהוגשה תביעת משמורת ע"י האם אשר טרם נידונה ולא ניתנו הוראות במסגרתה.

**ב.** ביום א' באלול תשע"ה (16/08/2015) הגיש האב תביעה לבית הדין האזורי שכותרתה: "בקשה דחופה ביותר למתן צו לקביעת סמכותו הבלעדית של בית הדין לדון בעניין הקטינות".

בית הדין קבע את העובדות במקרה שבפנינו שמהם נגזרת הסמכות:

אין חולק על העובדה שהיתה סמכות לבית הדין, והשאלה העומדת על הפרק היא רק האם היתה הסכמה להעברת מקום הדיון, ונמצא שלא היתה כל התנגדות מצדו באותה שעה לסמכותו של בית המשפט.

טענתו שכאשר האם פתחה בהליך להעברת המשמורת מיד פתח הוא תיק בבית הדין – אינו מדויק, מפני שהאב התדיין בעניין המשמורת בפני בית המשפט ללא כל ערעור על סמכותו של בית המשפט בתאריך י"ט באב תשע"ה (04/08/2015), ורק כשבסופו של יום ניטלה ממנו המשמורת – פנה הלה לבית הדין הרבני, אך כבר "איחר את הרכבת"...

בית הדין בהחלטתו הבהיר הסמכות השיפוטית במצבים כאלו:

דבר זה מתבאר בע"א 159/82 ויז'נסקי נגד רידר פ"ד לו (4) 757, שם נפסק שאם בהסכמת הצדדים או ע"י התנהגותם הועבר הדיון לערכאה אחרת – בטל כלל הסמכות הנמשכת:

"הצדדים עצמם – על-פי הסכמה ביניהם או בהתנהגותם – יכולים להביא לכך, שאותה רשות, שהעניין הובא לפניה ראשונה, תחדל לדון בעניין, והעניין יועבר לדיון אל רעותה. אם, למשל, הוגשה תביעה לבית הדין הרבני, אך זו בוטלה, או התיק בבית הדין "נסגר", אין כל מניעה, שבית-משפט מחוזי ייזקק לתביעה שתוגש אליו (ראה: ע"א 438/78 [6]). כך הוא גם המצב, אם פסק בית הדין הרבני בתביעת גירושין, והסדיר בפסק הדין גם את עניין החזקת הקטינים, והכוח כלל ההמשכיות מסורה הייתה לו הסמכות לשוב ולדון בעניין החזקתם, אשר התעורר כעבור זמן, אך הצדדים, מתוך הסכמה ביניהם, החליטו לפנות לבית המשפט המחוזי. על כגון דא נאמר בע"א 534/73 [7], בעמ' 492 מול האות ו, על-ידי כבוד השופט ויתקון:

"אינני רואה כל סיבה, לא במשפט ולא בהגיון, מדוע אין הצדדים יכולים לוותר על ייחודיות הסמכות שהם עצמם הקנו קודם לכן לבית הדין ולהסכים ביניהם להתדיין בבית-המשפט המחוזי, אשר מבחינת החוק גרידא, מוסמך אף הוא לדון בסכסוכם".

לפיכך קבע בית הדין האזורי שאין סמכות לבית הדין לדון בענייני המשמורת וראיית הילדים.

**ג.** על טענות וקביעות אלו מוגש ערעורו של האב. לדבריו:

**א.** מאחר והצדדים התדיינו בבית הדין הרבני במשך זמן רב לפני גירושיהם ובית הדין דן ופסק בענייני המשמורת והסדרי שהות, בית הדין קנה סמכות בעניינים אלו.

**ב.** אף שאח"כ הבנות הועברו למשמורתו בהחלטת בית המשפט למשפחה ועל פי חוק הנוער, עובדה זו לא מפקיעה הסמכות הראשונית של בית הדין.

**ג.** גם כשהוגשה תביעת האם להסדרי שהות ואף שהתקיימו דיונים ארוכים בבית המשפט בתביעת זו אין הדבר מפקיע הסמכות המקורית שרכש בית הדין. מכיוון שלא הביע הסכמתו לסמכות בית

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

המשפט, אדרבה בכתבי טענותיו הזכיר שבית הדין הרבני דן בעבר בעניינים אלו, וזה לכשעצמו מהווה אי הסכמה לסמכות בית המשפט ואף שלא טען דברים אלו במפורש, חובת בית המשפט הייתה לזוּם דיון לעניין קביעת הסמכות.

ד. הדברים לעיל אמורים לעניין תביעת האם להסדרי שהות. אך כאשר לתביעתה הנוספת למשמורת, האב הביע התנגדות לדון בתביעה זו בבית המשפט מידית, הגיש תביעה לבית הדין לקביעת סמכותו לדון בעניין המשמורת והסדרי שהות, ועכ"פ מעולם לא נערך דיון בבית המשפט בעניין המשמורת שיכול להורות על הסכמתו לסמכות בית המשפט לדון בעניין המשמורת, ומשכך הסמכות לדון בענייני המשמורת נשארה לבית הדין מכח הסמכות הנמשכת.

ד. חובה עלינו להתייחס פרטנית לטענות שהועלו ולאחר מכן לקבוע התייחסותנו לערעורו של האב. עניין זה של סמכותה הנמשכת של ערכאה שיפוטית לדון בתביעה בה דנה ופסקה בעבר הוזכר רבות בפסיקת בתי הדין ובתי המשפט. עניין זה סוכם בארוכה בפס"ד של השופט אדמונד לוי בבג"ץ 4117/07 להלן חלקים מפס"ד זה הנוגעים לעניינינו:

6. על-פי חוק, מוסמך בית-הדין הרבני לדון "בכל ענין הכרוך בתביעת הגירושין" (סעיף 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953). הוגשה תביעת גירושין לבית-הדין, ומי מבין הצדדים ביקש לכרוך בה עניינים נוספים דוגמת המשמורת על ילדיהם המשותפים, קנה לעצמו בית-הדין סמכות, ולא סתם סמכות כי אם סמכות ייחודית לדון בנושאים שנכרכו, ובלבד שהכריכה נעשתה כדין (רע"א 9357/96 הר נ' הר, פ"ד נא (2) 618, 621 (1997); בג"ץ 8497/00 פייג-פלמן נ' פלמן, פ"ד נז (2) 118, 132 (2003); בג"ץ 2232/03 פלונית נ' בית-הדין הרבני האזורי תל-אביב-יפו, בפסקה 31 לפסק-דינו של הנשיא (בדימ') א' ברק (פורסם בנבו), ל' בחשון תשס"ז (21/11/2006)); סעיף 25 לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995). מקל וחומר הוא הדבר, שעה שבני-הזוג כורכים יחדיו את הסוגיות הנלוות לגירושין, בהסדר שהם מניחים לפתחו של בית-הדין הרבני למען יעוגן כפסק-דין (בג"ץ 566/81 עמרני הנ"ל, בעמ' 7; ע"א 3868/95 ורבר נ' ורבר, פ"ד נב (5) 817, 840 (1998)).

7. ברם, כל אשר נאמר – ביחס לסמכותו המקורית של בית-הדין נאמר. ככלל, משהגיע ההליך לסימו, מוצתה סמכות זו ועברה מן העולם (בג"ץ 2898/03 פלונית הנ"ל, בעמ' 560; בג"ץ 6378/04 שרעבי נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (פורסם בנבו), ב' באלול תשס"ד (19/08/2004)); אריאל רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל בין קודש לחול 33 (1990)).

על מנת שיוכל לשוב ולהידרש לסוגיות שנדונו בפניו, על בית-הדין לקנות סמכותו ממקור אחר, וכזה עשוי להימצא לו ברעיון של סמכות נמשכת (ובשמו האחר, כלל המשכיות). על-פיו, תהא הערכאה המקורית – והיא בלבד – מוסמכת לעסוק בגלגולו המאוחר של ענין שנדון בפניה בעבר. אולם, בהיותה של הסמכות הנמשכת – חריג, ושל עקרון הברירה החופשית בין ערכאות – הכלל (בג"ץ 6103/93 לוי נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד מח (4) 591, 608 (1994)), טיב העניינים בהם נקנית אותה סמכות הוא מוגבל. בפסיקתנו נדונו פרשות-לעשרות בהן התעוררה שאלת קיומה של סמכות נמשכת. מספרם הרב של המקרים שנדונו, ריבוי המשתנים על-פיהם נקבע דבר ומורכבות הניואנסים בהם דיברה הפסיקה קוראים, כמו מאליהם, לביאורה של הסוגיה.

8. אפתח בהצגת העקרון עליו מייסדת עצמה, להשקפתי, ההכרעה בשאלת הסמכות הנמשכת. בלשון תמציתית ניתן לכנותו בשם "מבחן הסיכול". אותו רעיון מיוסד על חשש, כי הכרעה שיפוטית שניתנה בעבר כדין ובסמכות – היא עצמה או רוחה – עלולות להימצא מסוכלות, מקום בו שבה הפרשה שבגדרה ניתנה אותה הכרעה ומעסיקה את הערכאות. זהו חשש הטבוע בעשייה השיפוטית מעצם טיבה, כאשר

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

נושאה – ההתנהגות האנושית, לעולם אינו שוקט אל השמרים, ובפרט נכון הדבר שעה שמדובר ביחסים משפטיים ארוכי טווח, דוגמת אלה המעורבים בסוגיות של משמורת לאחר גירושים. אולם, אותו חשש מעמיק באורח ניכר מקום בו מונחת סוגיה משפטית להכרעתן של ערכאות בנות סמכות שיפוט מקבילה, המחזיקות בכללי החלטה נבדלים, כפופות למסורות משפטיות אחרות ונוהגות על-פי דינים שונים. רעיון הסמכות הנמשכת – ולצדו הכלל המשלים בדבר ענין תלוי ועומד (Lis Alibi Pendens, וראו דברי השופט י' זמיר בע"א 3868/95 ורבר הנ"ל, בעמ' 835) – שואבים מעקרון הכיבוד ההדדי בין ערכאות, שלא לשמו בלבד הוא קיים, כי אם להבטחתה של היכולת לממש הכרעות שיפוטיות שניתנו, או שעתידות לקרום עור וגידים, ולמנוע דיסהרמוניה בהכרעות המתקבלות (בד"מ 1/81 נגר נ' נגר, פ"ד לח (1) 398, 365 (1984); ע"א 2626/90 ראש חודש נ' ראש חודש, פ"ד מו (3) 212, 205 (1992); בג"ץ 6103/93 לוי הנ"ל, בעמ' 608). הדעת נותנת, כי אם יונח לאותה ערכאה לשוב ולהידרש להכרעה שיצאה תחת ידה, יקטן הסיכון מפני סיכולה של זו, או מפני סיכולו של הקו השיפוטי שנקטה, והוא רלוונטי אף אם השתנו הנסיבות באופן שאינו מאפשר עוד להיזקק לאותה הכרעה.

9. מן המבחן העקרוני נגזרים שני יסודות מעשיים, שהצטברותם יחד משיתה את הבסיס להכרה בקיומה של סמכות נמשכת. לאלה ניתן ביטוי במרביתם של פסקי-הדין שעסקו בסוגיית הסמכות, ובאמצעותם ניתן להתוות קווים ברורים לדמותה של ההלכה המחייבת. התנאי הראשון הוא, כי ההחלטה המקורית ניתנה לאחר בירור ושקילה. עליה לשקף הליך של דיון משפטי, שבמהלכו נשמעו או הוגשו טיעוני הצדדים, נקבעו ממצאים ונתקבלו הכרעות. על כן ברור, ראשית, כי סוגיה מאוחרת שכלל לא נדונה בערכאה המקורית וממילא לא הוכרעה, לא תקים סמכות נמשכת לאותה ערכאה ואפילו היא קשורה לענינים אחרים, שכן נדונו (ע"א 811/80 בלום נ' שטרן, פ"ד לה (3) 761, 757 (1981); בג"ץ 6012/96 גרייבר (סגל) נ' בית הדין הרבני האזורי אשדוד, פ"ד נ (5) 401, 397 (1996); בג"ץ 6193/98 קדור (חלבי) נ' שיח'הוא, פ"ד נג (2) 630, 625 (1999)).

...

11. התנאי השני להכרה בקיומה של סמכות נמשכת הוא שהסוגיה המאוחרת קרובה במידה מספקת לזו המקורית, עד כי נשמר צביונו המתמשך של הענין, שהוא המצדיק שיבה אל הערכאה אשר בראשונה (רע"א 158/89 ברכיה בע"מ נ' ביטון, בפסקה הששית לפסק-דינו של השופט ת' אור ([פורסם בנבו], י"א באדר ב' תשנ"ד) (22/02/1994); בג"ץ 9539/00 איתן הנ"ל, בעמ' 133; בג"ץ 2898/03 פלונית הנ"ל, בעמ' 560). גם לענין זה יפה מבחן הסיכול, שכן החשש מפני סיכולה של ההכרעה המקורית או של רוחה מצטמצם ככל שגדל המרחק בינה לבין הסוגיה החדשה שעל הפרק. "ריחוק בין המחלוקת שפרצה ובין המחלוקת הקודמת שחוסלה, מבחינת הזמן, הוא לבד נותן שהדיון בבית-המשפט לא יתפרש כהסגת גבולו של בית-הדין, שדן בענין הקודם" (השופט י' זוסמן בע"א 167/63 ג'ראח נ' ג'ראח, פ"ד יז (4) 2617, 2626 (1963)). אותו ריחוק יכול שיתבטא, בין השאר, בתוכנה של המחלוקת; בזהותם של בעלי-הדין (ע"א 686/86 רובינשטיין נ' רובינשטיין, בפסקה השנייה לפסק-דינו של הנשיא מ' שמגר ([פורסם בנבו], י"ג בחשון תשמ"ח (05/11/1987)); ע"א 737/88 חרותי נ' חרותי, בפסקה הששית (הראשונה) לפסק-דינו של הנשיא ([פורסם בנבו], כ"ג בטבת תשמ"ט (31/12/1988)); בפער זמנים שנתגלע; ואפילו במרחק גיאוגרפי (ע"א 3868/95 ורבר הנ"ל, בעמ' 836).

12. להשלמת התמונה, ולמען יודגש כי מוקד הדברים מצוי בהחלטה השיפוטית שניתנה ובצורך לקיימה, אציין גם כי הסכמתם המוקדמת של הצדדים להביא את

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

ענינם בפניה של ערכאה מסוימת, אין פירושה כי אותה ערכאה קנתה לעצמה סמכות להידרש אף לגולגוליו המאוחרים של אותו ענין. "הסמכות הנמשכת", הסביר השופט זמיר, "אינה נובעת מהסכמת הצדדים. היא יונקת את חיותה מפסק-הדין שנתן בית-הדין, וממנו בלבד. ואילו הסכמת הצדדים להתדיין בפני טריבונל מסוים, אין בכוחה אלא להסמיכו לברר את ריבם עד לסיום ההליך התלוי ועומד לפניו" (ע"א 3868/95 ורבר הנ"ל, בעמ' 838). רק מקום בו הסכימו הצדדים לכבול עצמם גם בעתיד לסמכות הערכאה שבפניה באו בראשונה, יקום לזו הכוח לשוב ולהידרש לענין (ע"א 534/73 טננהולץ (כהן) נ' כהן, פ"ד כח (2) 492, 490 (1974); ע"א 159/82 ויז'נסקי נ' רידר, פ"ד לו (4) 763, 757 (1982); בג"ץ 6103/93 לוי הנ"ל, בעמ' 611; ע"א 3868/95 ורבר הנ"ל, שם). הסכמה לסמכות נמשכת אפשר שתיעשה מבעוד מועד, ולחלופין בשלב מאוחר. אולם, לצורך רכישתה המאוחרת, לא די בעובדה שבעל-דין נטל חלק בהתדיינות בערכאת המשך, אלא יש להראות כי עשה כן בלא שהביע, מייד כשהיה הדבר בידו, הסתייגות מן הסמכות (בג"ץ 573/77 ז"ק נ' בית-הדין הרבני האזורי תל-אביב-יפו, פ"ד לב (1) 281, 289 (1977); בג"ץ 9539/00 איתן הנ"ל, בעמ' 132; בג"ץ 8543/03 פלונית הנ"ל, בפסקה השביעית לפסק-דינה של הנשיאה ביניש).

13. אין זה מיותר לציין, כי כל שנאמר אינו יפה אך באשר לבית-הדין הרבני. אותה הלכה מקיפה גם בתי-דין דתיים אחרים, ואת בית-המשפט לעניני משפחה (בג"ץ 6193/98 קדרור הנ"ל, בעמ' 630; בג"ץ 8578/01 חליווה הנ"ל, בעמ' 642).

עמדה זו נתקפה בתביעות מאוחרות, אך בפועל הניסיונות לשנות הגדרת כללי הסמכות הנמשכת לא צלחו. ולפיכך העקרונות שנקבעו בפסק דין זה הם המחייבים בסוגיא זו.

ומעתה לנידון דידן מכיוון שבית הדין דן בעניני המשמורת והסדרי השהות של בנות הצדדים, בדיונים אלו ובתסקירי לשכת הרווחה הועלתה הבעייתיות בתפקוד האם ובתפקוד האב ובית הדין הכריע ופסק בעניינים אלו. חוסר התפקוד של האם שהתגלה ונידון לפני הגירושין המשיך גם לאחריהם ולכן הוצרכה התערבות בית המשפט על פי חוק הנוער. ומעתה מכיוון שהבעיות שצפו ועלו בדיונים שנערכו בעבר בבית הדין והמשיכו גם אחרי כן, הסמכות העקרונית המתמשכת לדון בעניינים אלו הייתה של בית הדין מכיוון שהתקיימו התנאים הנזכרים בפסק הדין הנז"ל:

א. בית הדין דן ופסק בעניינים בעלי אופי מתמשך.

ב. המחלוקת בין הצדדים היא אותה מחלוקת שעליה דן בית הדין בעבר ומשכך קיים החשש לסיכול רוח ההכרעה. ולכן משורת הדין, כלל זה היה אמור לנהוג בעניינינו.

ואף שאחרי הגירושין הוצרך בית המשפט להתערב בענייני המשמורת והסדרי השהות בכובעו כבית המשפט לנוער ועפ"י חוק הנוער. ובמסגרת כובעו זה הכריז בית המשפט על הבנות כקטינות נזקקות ובשלב מאוחר העבירם למשמורת האב, אין בעובדה זו לכשעצמה בכדי להקנות סמכות לבית המשפט שהרי התערבות זו היא התערבות חירום מוטלת על בית המשפט לנוער מכח חוק הנוער. אך כשנגמר מצב החירום חזרה הסמכות לערכאה השיפוטית שלה הייתה הסמכות לפני מצב החירום.

לפיכך אין ספק שהמערער צודק בטיעונו הראשוניים.

ה. אך באשר לטיעונו השלישי שמכיוון שהזכיר העובדות לעיל בכתב הגנתו, על בית המשפט היה ליזום תחילה דיון בעניין הסמכות. דבר זה אינו נכון ואינו הגיוני. חובת הטענה שרשות שיפוטית משוללת סמכות מוטלת על בעל הדין שנידון בפניה ועליו להעלות טענה זו במפורש בהזדמנות הראשונה שהדבר ניתן בידו. הדבר נזכר רבות בפסיקת בתי הדין ובתי המשפט. והוזכר גם בפס"ד שציטטנו לעיל. כמתואר לעיל בדיונים הרבים שנערכו בבית המשפט ואף בדיון האחרון שבו נודע לאב על הגשת תביעה למשמורת לא נטענה טענת חוסר סמכות, ומשכך שתיקתם של

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

הצדדים מהווה הסכמה לסמכות בית המשפט, בשתיקתם זו הקנו הצדדים את הסמכות לבית המשפט לדון בעניין בו דן, דהיינו הסדרי השהות בין האם לבנותיה המצויים משפטית במשמורת האב.

כאמור לעיל, בית הדין האזורי, כתב בהחלטתו את הנימוקים בפסיקת בתי המשפט המאפשרים לצדדים למשוך בהסכמתם הסמכות מערכאה אחת ולהעבירה לערכאה אחרת. דבר זה נכון גם על פי דין מפני שהפה שאסר הוא הפה שהתיר. מי שהעניק לערכאה השיפוטית את הסמכות לדון בעניינו, יכול למשוך הסמכות כשהדבר נעשה בהסכמה ואינו פוגע בצד השני. ולפיכך אחרי ששני הצדדים שטחו טענותיהם במשך מספר דיונים בבית המשפט ולא העלו טענת חוסר סמכות הם מושתקים מלטעון שוב טענה זו.

ולפיכך אין בעובדה שבעבר הייתה סמכות לבית הדין לדון בהסדרי השהות בכדי להמשיך סמכותו גם כיום. טעם הדבר הוא, מפני שהדיונים שנערכו בבית המשפט ללא העלאת טענה לחוסר סמכות, מהווים הסכמה לסמכותו, ויוצרים ממילא הפקעת סמכות בית הדין, שהרי לא יעלה על הדעת ששתי ערכאות ידונו במקביל באותו נושא. ולפיכך הכללים להסדרת "מירוץ הסמכויות". כפי שנקבעו בבג"ץ 8497/00 אירה פייג-פלמן נ' ג'אורג' פלמן, המתייחס לנסיבות בהן הוגשו תביעות מקבילות לשתי ערכאות שיפוטיות. ינהגו גם במקרה שבפנינו. ואין מקום לדון האם העובדה שלבית המשפט יש סמכות לדון בעניינים אלו, שוללת סמכות בית הדין או היא עניין של נימוסים בלבד, ועיין מש"כ השופט מ' אלון בפרשת נגר בעמ' 398-399:

"הרעיון שביסודם של דברים אלה הוא עקרון הכיבוד והכבוד ההדדיים, שעל בתי המשפט ובתי הדין הדתיים לנהוג אלו באלו. כיבוד הדדי זה אינו עניין של נימוסים תקינים והנהגה טובה בלבד, אלא חיוני הוא לקיומה של מערכת שיפוט תקינה, במיוחד בתחום המשפטי הרגיש של ענייני המעמד האישי, שבו שתי ערכאות שיפוטיות מתרוצצות בקרבה של המערכת המשפטית. כיבוד הדדי זה נובע, כדבריו של הנשיא זוסמן המנוח, 'מן הצורך למנוע התערבותו של בית-המשפט במלאכתו של בית-הדין, ולהיפך, מפני תיקונו של עולם... ריצת בעלי-הדין מבית-משפט למשנהו'... אינה הולמת את כבודם של בתי-המשפט ולא של בתי-הדין והיא נוגדת את הסדר הציבורי" (פרשת נגר, בעמ' 398-399).

והדברים סוכמו בבג"ץ 8497/00 אירה פייג-פלמן נ' ג'אורג' פלמן הנזכר עמ' 141-140:

"הלכה ידועה היא כי כאשר אחת משתי הערכאות – בית-הדין הרבני או בית- המשפט האזרחי (כיום בית-המשפט לענייני משפחה) – קנתה סמכות לדון בעניין שנתבע בפניה כדין, לא תיזקק לאותו העניין הערכאה האחרת אף אם נתונה לה סמכות שיפוט מקבילה. כיום מעוגנת הלכה זו בסעיף 25 (ב) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה-1995. על-כן כאשר תביעה לחלוקת רכוש בין בני-זוג הוגשה כדין לבית-משפט לענייני משפחה, כריכה מאוחרת של ענייני הרכוש בתביעת הגירושין לא תועיל, באשר בית-המשפט הקדים ורכש סמכות בעניין, ולהפך: כאשר ענייני הרכוש נכרכו כדין בתביעת גירושין שהוגשה לבית-הדין הרבני, ומתקיימים לגביהם תנאי הכריכה, הרי הגשת תביעה מאוחרת לחלוקת רכוש בבית-המשפט לענייני משפחה לא תועיל, ובית-המשפט לא ייזקק לה, באשר בית-הדין הקדים ורכש סמכות שיפוט ייחודית בסוגיה זו (ראו והשוו בג"ץ 706/80 סופר נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו (להלן – בג"ץ 706/80 סופר [7]), בעמ' 16-17; כן ראו: בג"ץ 170/56 רחמני נ' רחמני [8], בעמ' 250; בד"מ 1/81 נגר נ' נגר (להלן – בג"ץ 1/81 נגר [9]), בעמ' 373-374; ע"א 159/82 ויזנסקי נ' רידר [10], בעמ' 762-763 (לגישה הסבורה כי מקור ההלכה האמורה בכלל של LIS ALIBI PENDENS ראו ע"א 3868/95 ורבר נ' ורבר [11], בעמ' 831, אך ראו עמדת השופט אנגלרד, הסבור כי מדובר בהסדר של שלילת סמכות שיפוט: בג"ץ 8754/00 רון נ' בית-הדין הרבני הגדול [12], בעמ' 666-668).

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

1. נוסף ונאמר מצב זה שבו מתאפשר לצד מן הצדדים לקבוע הערכאה השיפוטית בפניה יידון, ועד מתי נתונה לו זכות הבחירה, מבואר בשו"ע חו"מ סימן י"ג ס"ב ע"ש ברמ"א שכתב:

“וי”א דמשטענו בפניהם אינן יכולים לחזור, אף על פי שלא כתבו”

מקור דבריו הוא מדברי הנימוק”י ב”מ יא, ב מדפי הרי”ף שכתב:

ואיכא מ”ד דאע”פ שלא נכתב משטענו בפניהם אינם יכולין לחזור בהם ואף על פי שלא קבלו ולא [כתבו] וכן משמע בירושלמי דגרסינן התם בפרק דיני ממונות בתרא (פרק ג הלכה ד) קבל עליו בפני שנים יכול לחזור בו בפני ג’ אין יכול לחזור בו ומשמע דקבלה מקרי משהתחילו לטעון בפניהם כן כתבו הרשב”א והרנב”ר ז”ל.

ונראה שהנימוק”י גרס בדברי הירושלמי שקבל בפני שלשה, היינו שטען טענותיו ולא גרס קיבל, ומיושב מה שהקשו האחרונים על דברי הנימוק”י.

והנה דעת הנימוק”י מקורה בדברי הרמב”ן בחידושויו בב”מ כ, א שכתב:

“רבינו הגדול ז”ל כתב בתשובה שמי שבירר לו דיין לדון לו יש לו לחזור בו עד שיגמר הדין, ומשמע דה”מ דלא כתבו שטרי בירורין אבל כיון שעל פיו כתבו הוה ליה כמאן דקנו מיניה ואינו יכול לחזור בו כדכתיבנא, ואיכא מ”ד משטענו בפניהם אף על פי שלא כתבו ולא קנו אינו חוזר, ובירושלמי פרק זה בורר מצאתי קבל עליו בפני שנים יכול לחזור בו בפני שלשה אינו יכול לחזור בו, וזו ראייה ללשון האחרון.”

והביאוהו הרשב”א הר”ן והריטב”א בחידושיהם שם והסכימו עימו.

שמענין מדבריהם שברגע שטוען בפני שלשה ואפילו אינם כשרים לדון, הרי הוא מקבל סמכותם ושוב אינו יכול לחזור בו.

יש להוסיף שאף במקום שאדם יכול לבחור את הערכאה בפניה יידון, הדברים אמורים כל עוד לא החל הדיון בפני אותה ערכאה, אבל משהחל הדיון לא יוכל לטעון לבי”ד אחר אזילנא.

ועיינן בב”ק קי”ב ב שכותבת הגמ’:

“אמר מר עוקבא, לדידי מיפרשא לי מיניה דשמואל: כגון דפתחו ליה בדיניה ושלחו ליה ולא אתא, אבל לא פתחו ליה בדינא, מצי א”ל: אנא לב”ד הגדול אזילנא. אי הכי, כי פתחו ליה נמי מצי א”ל: לב”ד הגדול אזילנא”

ומבואר שהיכא שפתחו לו בדינא אין יכול לטעון אלך לדון לפני בי”ד אחר כמוכם ודוקא לבי”ד הגדול יכול לטעון משום דחכימי טפי.

והדברים ק”ו אחרי שהמערער דן בפני בית המשפט לא טען כנגד סמכותו ולמעשה העניק לו סמכות, ורק עתה כשהפסיקה לא מוצאת חן בעיניו הוא מעלה טענותיו בעניין הסמכות.

ועיינן עוד בשו”ת מהרי”ק שורש קפ”ז שכתב בתוך דבריו:

אף על גב שכת’ שיש פסקו דמי ששעבד עצמו בשטר ישפט בפניהם כו’ וכן מצאתי בתוספות וכמדומה אנכי שהוא בשם רבינו יצחק ב”ר פרץ וז”ל ואומר אני אם בני אדם נאסרים לחבריהם בחותם מלכות ואחר כך רוצה חבירו לתובעו בדין מאותה תביעה שהוא נאסר לו באותו חותם אין נזקקין לו כיון שהניח ד”י ובחר להאסר בדיני אומות העולם שוב אין נזקקין לו מאותה תביעה דדינא דמלכותא דינא עד כאן לשונו הלא דבר פשוט הוא לכל מבין דלא פליג אלא במעשה הדיוט שבין אדם לחבירו שהיה יכול לעשות סופר ישראל ועדים ישראלים התם הוא דאיכא למימר דמדהניח דיני ישראל ובחר ליאסר בדתי אומות העולם גלי אדעתיה שרוצה להיות נדון בפניהם...

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

ודברי המהרי"ק הינם המקור למה שהביא הרמ"א בחו"מ סימן כ"ו ס"א שמי שהלך לדון בערכאות ואחר שיצא חייב בדינו רוצה לדון בפני בי"ד ישראל שוב אין נזקקין לו מדין קנס, ודברי המהרי"ק שהזכרנו הינם מטעם נוסף שכיוון שקיבל עליו מרצונו פסיקת הערכאות אין מקום לדונו שנית, ובפרט בנידון דידן שעיקר סמיכתנו וסמיכת בית המשפט היא על תסקירי לשכת הרווחה שהם כדין מושיבין נשים נאמנות ביניהם, שלא ראוי שנדון בדבר שנית.

ומעתה אף שהצדדים דנו בעניינים אלו בבית הדין לפני גירושיהם (לפני 2007) מכיוון שעתה (שנת 2014) טענו הצדדים טענותיהם בפני בית המשפט ולא העלו טענת חוסר סמכות לא בכתב ההגנה ולא בהופעה בבית המשפט, בזה פעלו שתי פעולות מצד אחד משכו הסמכות מבית הדין ומצד שני הקנו סמכות לבית המשפט, ומשפקעה סמכות בית הדין לא שייך כלל להחיותה, שהרי עתה הסמכות הבלעדית היא לבית המשפט ואף אם התיק נסגר בבית המשפט. סגירה זו היא סגירה טכנית ולא מפקיעה הסמכות הבלעדית של הערכאה השיפוטית שלה הסמכות הנמשכת מעתה ואילך. שמשגהישה האם תביעה להסדרי שהות בבית המשפט, האב טען טענותיו ולא עורר עניין הסמכות, יש בדבר משום הקניית סמכות לבית המשפט במה שדנו בפניו.

ז. והנה אף אם היינו אומרים שבסגירת התיק בטלה סמכות בית המשפט, אין בכך בכדי לעורר מחדש סמכות בית הדין אחרי שפקעה.

תחילה נבהיר האופנים בהם נקבעת סמכות בית הדין.

חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953 קובע:

3. הוגשה לבית דין רבני תביעת גירושין בין יהודים, אם על ידי האשה ואם על ידי האישי, יהא לבית דין רבני שיפוט יחודי בכל ענין הכרוך בתביעת הגירושין, לרבות מזונות לאשה ולילדי הזוג.

...

9. בעניני המעמד האישי של יהודים כמפורט בסעיף 51 ל"דבר המלך במועצתו על ארץ-ישראל 1947-1922" או בפקודת הירושה, אשר בהם אין לבית דין רבני שיפוט יחודי לפי חוק זה, יהא לבית דין רבני שיפוט לאחר שכל הצדדים הנוגעים בדבר הביעו הסכמתם לכך.

על פי סעיף 3 לחוק כשצד מן הצדדים מגיש תביעה וכורך בה העניינים הכרוכים בגירושין, הדבר מקנה סמכות לבית הדין, יש עניינים שצריכים להכרך במפורש כגון מזונות וחלוקת רכוש, אך משמורת הילדים והסדרי שהות כרוכים מעצם טיבן וטבען בגירושין, ולכך במקרים אלו קונה בית הדין סמכות עם הגשת התביעה לגירושין אם לא הוקנתה הסמכות מוקדמת לערכאה אחרת. וכמו שנקבע בפסיקתו של בית-המשפט העליון, בע"א 8/59 גולדמן נ' גולדמן, פ"ד יג (2) 1085, 1091: בד"מ 1/60 וינטר נ בארי, פ"ד טו (2) 1457, 1467.

בנסיבות המקרה שלפנינו, הצדדים הקנו בעת נישואיהם סמכות לבית הדין. על פי אותה סמכות דן בית הדין ופסק בענייני המשמורת הסדרי שהות ומזונות הבנות לפני הגירושין ומשכך הסמכות לדון בעניינים אלו נשארה לו גם לאחר הגירושין,

אך כשהקנו הצדדים סמכות לבית המשפט, פקעה הסמכות הראשונית שהייתה לבית הדין והדרך היחידה להקניית סמכות לבית הדין עתה, היא באמצעות סעיף 9 לחוק דהיינו בהסכמת הצדדים, ומשכך, מכיוון שהאם מתנגדת לסמכות בית הדין, אין אפשרות לחדש את סמכות בית הדין.

ח. ומעתה נעתיק עצמנו לטענתו הרביעית של האב. כאמור לעיל בי"ט באב תשע"ה (04/08/2015) הגישה האם תביעה למשמורת בבית המשפט, התביעה נמסרה באותו יום לאב



# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

ואוזכרה גם בפרוטוקול הדיון (בתביעה להסדרי שהות) שנערך במועד זה. בית המשפט בהחלטתו בדיון זה אישר העברת הבנות לאם. וציין שהוגשה תביעת משמורת ע"י האם אשר טרם נידונה ולא ניתנו הוראות במסגרתה. בית המשפט נענה גם לבקשת האב לעיכוב ההליכים עד מתן החלטת בית הדין בעניין הסמכות. למרות החלטת בית הדין האזורי מיום כ"ד באייר תשע"ו (01/06/2016) ולפיה הסמכות נתונה לבית המשפט, והחלטת בית המשפט מיום י"ד בסיון תשע"ו (20/06/2016) שמבוקש עידכון ע"י הצדדים אם ניתנה החלטת בית הדין בנושא הסמכות, וללא הודעה כנ"ל ייסגר תיק התביעה, האם זנחה תביעתה ולפיכך סגר בית המשפט בי"ט באב תשע"ו (23/08/2016) את תיק המשמורת מחוסר מעש. לאחר מכן נסגר גם תיק הסדרי השהות.

בפועל המצב כיום הוא, שלמרות שכפי שטוען האב בערעורו בפנינו, המשמורת החוקית היא בידו, הבנות שוהות בפועל אצל האם ולא מתקיימים הסדרי שהות בין האב לבנותיו. וצריכים אנו להבין מהי תביעתו, שהרי אם לעניין משמורת, המצב המשפטי הוא שהבנות הינם במשמורתו ולא צריכים כלל החלטה שיפוטית נוספת בעניין זה. ואף שבית הדין האזורי קבע שהסמכות לדון בענייני המשמורת נתונה לבית המשפט, החלטה זו לכשעצמה לא מפקיעה משמורתו.

אלא שהאב מתנגד לסמכותו של בית המשפט, לדבריו מעולם לא הוקנתה לבית המשפט סמכות בעניין המשמורת וקביעת בית הדין האזורי שבית המשפט דן בעניין המשמורת והאב הקנה סמכות בעניין זה, היא מוטעית. האב מתעקש שבית הדין ידון בנושאים אלו, ובפרט עתה שלא מונחת תביעת משמורת בבית המשפט. אך עדיין צריכים אנו להבין מהי מטרתו בתביעה ודרישה זו. אין ספק שמצב זה בו האב מנותק מבנותיו, ואין רשות שיפוטית שיכולה לדון בעניין הוא לא תקין ולא סביר, עם זאת, אין בדבר זה לכשעצמו בכדי להקנות הסמכות לבית הדין הרבני.

והנה עתה אחרי שבית המשפט סגר את תיק תביעת המשמורת של האם, התיק שלא דן בו ותיק הסדרי השהות שדן והחליט בו, יש לעיין היכן תתנהל (אם תצטרך להתנהל) תביעת האב למשמורת. דאף שהצדדים הקנו סמכות לבית המשפט בעניין הסדרי שהות סמכות שהוקנתה על ידי הדיון בעניינים אלו, שהפקיעה סמכות בית הדין. נושא המשמורת לא נידון. בית המשפט הורה לאם להגיש תביעה למשמורת, האם אכן גם הגישה תביעת משמורת, אך האב התנגד לסמכות בית המשפט בנושא זה, ומעתה ענין הסמכות בעניין המשמורת שונה לכאורה מעניין הסמכות בהסדרי השהות. דהרי אין ספק שהסמכות בענייני המשמורת הייתה של בית הדין לפני הגירושין ומכללי הסמכות הנמשכת היא נשאת בסמכותו גם לאחר הגט. ומעתה אחר שהצדדים לא דנו בבית המשפט בעניין המשמורת וכשהוגשה תביעת המשמורת אמר האב שמתנגד לסמכות בית המשפט, הסמכות שנקנתה לפני הגירושין ממשיכה גם לאחריהם, ולפי זה מאחר שבית המשפט עדיין לא קנה סמכותו לא פקעה סמכות בית הדין.

ונחזי אנו, בית הדין האזורי דן ופסק לפני הגירושין בענין המשמורת הסדרי השהות ומזונות הבנות של הצדדים לפיכך קנה סמכות נמשכת בעניינים אלו גם אחרי הגירושין, וזה ברור שאף שהצדדים הקנו סמכות לבית המשפט בענין הסדרי השהות מאחר שדנו בפניו ולא הועלתה טענת חוסר סמכות, התנהלות זו מפקיעה הסמכות רק בענין הסדרי השהות, אבל ברור שענין המזונות שבית הדין דן ופסק בו לפני הגירושין נשאר עדיין בסמכותו גם לאחריהם, מכיוון שלא נעשתה הפקעת סמכות בית הדין בנושא זה. שהרי אין ספק שהפקעת סמכות בעניין אחד לא מפקיעה סמכות בעניינים אחרים. ולפי זה לכאורה יש מקום לקבל טענתו של האב, בערעור שבפנינו שבעניין הסדרי השהות הקנו הצדדים סמכות לבית המשפט, ובזה הפקיעו סמכות בית הדין. בענייני המשמורת שהיא תביעה נפרדת (וכהדגשת בית המשפט שהוא לא דן בעניין המשמורת) לא פקעה סמכות בית הדין, ונראה שאף שנקבעו הסדרי שהות ע"י בית המשפט גוף ענין המשמורת הוא בסמכות בית הדין.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

ט. ומעתה מכיוון שמשמורת האב לא הופקעה וגם סמכות בית הדין לדון במשמורת לא פקעה, כל אחת מהערכאות השיפוטיות המקבילות היא בעלת הסמכות בנושא בו קנתה סמכות. אך ענין זה קשה לאומרו, שהרי משמורת והסדרי שהות הינם שני פנים של המטבע וכרוכים זה בזה שהמשמורת ניתנת לאחד ההורים ומשכך חובה לקבוע הסדרי שהות להורה השני. והנה בבתי הדין כותרת התיק (אחד ולא שניים) בעניין זה הייתה "ה. ילדים/הסדרי ראייה" וכיום "החזקת ילדים/הסדרי שהות", דהיינו שהתביעה אחת ושני פנים לה. אך בבית המשפט מתייחסים לתביעות כתביעות נפרדות ולכן אף שהאם הגישה תביעה להסדרי שהות ובית המשפט דן ופסק בהם. הוצרכה האם להגיש תביעה חדשה למשמורת וגם אחרי ההודעה על הגשת תביעה זו, הודיע בית המשפט שהדיון לא נערך בעניין המשמורת וצריך שיתקיים דיון בעניין זה בנפרד, משמע שגישתו היא שעניין המשמורת עומד בפני עצמו ואין הוא יכול לדון בו במסגרת התביעה להסדרי שהות.

משנמחקה תביעת המשמורת בבית המשפט, יש להסתפק מי ידון בעניין זה, האם בית הדין שקנה סמכות בענייני המשמורת וסמכות זו לכאורה לא הופקעה ממנו, שהרי הצדדים לא קיבלו במעשיהם סמכות בית המשפט בעניין זה. ובבית המשפט התביעות נפרדות. ומשכך מכיוון שלא פקעה סמכות בית הדין אין סמכות לבית המשפט. או שנימא שמכיוון שהצדדים הפקיעו סמכות בית הדין בהסדרי שהות נגרת עימה גם הסמכות בענייני משמורת ועיין שבת ע"א סוגיא דגרירה, ועיין עירובין מ"א, א בתר רישא אזיל גופה וצריך לקבוע מי הגוף ומי הראש. ואף אם נאמר שכשצדדים מקנים סמכות לבית המשפט בעניין הסדרי שהות שוב הם מנועים להקנות סמכות לבית הדין במשמורת, נידון דידן שונה שהרי בית הדין כבר קנה סמכותו בעניין המשמורת ומהיכי תיתי דהפקעת הסמכות בהסדרי שהות תפקיע הסמכות שקנה בית הדין.

ואף שהיה אפשר לפצל העניינים טכנית, ולומר שערכאה אחת תקבע המשמורת ולאחר מכן יפנו בעלי הדין לערכאה השנייה שתקבע הסדרי שהות. וכמו שאר הפיצולים בתביעות שונות המתנהלות בשתי ערכאות, ואף שוודאי המצב לא ראוי, וכמו שכבר התריעו בנושא זה של מירוף הסמכויות, אין באפשרותנו להתנהל אלא באופן זה משום שזוהי המציאות המשפטית הנוהגת כיום. ואף אם היא מקשה על הצדדים, במקרה בו לא הגיעו הצדדים להסכמה וקביעת ערכאה מוסכמת שתדון בכל ענייניהם כל ערכאה תדון במה שקנתה בו סמכות. ואף שגם בנידון דידן הצדדים יכולים להגיע להסכמה שערכאה אחת תדון בעניינם. דהיינו שאם יסכימו הצדדים במשותף שבית הדין ידון בהסדרי הראייה, הסכמתם תועיל להפקיע סמכות בית המשפט ולהקנות לבית הדין סמכות על פי סעיף 9 לחוק בתי דין רבניים. וכן איפכא, אם יביעו הסכמתם לסמכות בית המשפט, יש בהסכמה זו להפקיע סמכות בית הדין בענייני המשמורת כמו שהפקיעו סמכותו בעניין הסדרי שהות. אך כאמור אין הסכמה בנושא זה בין הצדדים ולפיכך עלינו להכריע בנושא זה.

י. לכשעצמנו נראה לומר, שאף שיש אפשרות לפצל נושאים שונים בין בני זוג, למרות שאין זה רצוי, הדבר יכול להעשות דווקא בעניינים שונים זה מזה כגון משמורת ומזונות, אך מהיכי תיתי לפצל שתי תביעות קשורות אגודות וכרוכות זו בזו, שמתן הכרעה באחת מצריכה באופן מיידי הכרעה בתביעה השנייה הנגזרת מן הראשונה. ואף שבבג"ץ 5507/95 ע' אמיר נ' בית הדין האזורי חיפה נקבע שאף שעקרונות תביעה למשמורת ילדים כוללת את נושא חינוכם. שהרי ברור שמי שהילד נמצא במשמורתו אמור לדאוג לו בין לצרכיו הגשמיים ובין לצרכיו הרוחניים הכוללים חינוך, יש אפשרות משפטית להפריד בין הדבקים, שלא כנושא החזקתם של ילדים, שכרוך "לפי עצם טיבו וטבעו" בתביעה של גירושין. חינוך אינו כן. ולכן יכול בעל דין להקנות סמכות שיפוט לבית הדין בענייני המשמורת, אך הדבר לא יקנה סמכות בענייני החינוך עד שיכרוך ויציין את

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

נושא החינוך במפורש בכתב התביעה. ולפיכך אם לא כרך במפורש והצד השני הגיש תביעה בעניין החינוך לבית המשפט העניינים יפוצלו וכל אחד מהם יידון בערכאה אחרת. אך עדיין יש לעיין האם פיצול מלאכותי זה ניתן להעשות גם בנידון שלפנינו, הסדרי שהות ומשמורת, שאף שהם כרוכים מעצם טבעם בגירושין ומועד התעוררותם כאחד, עם פרידת האב והאם זה מזו, והם כרוכים ודבוקים זה בזה, האם עצם היותם נושאים נפרדים קשרי האב עם ילדו וקשרי האם עם ילדה יאפשרו פיצול הנושאים של משמורת והסדרי שהות ויאפשר דיון בכל אחד מהם בערכאה אחרת. (ועל פי זה נוכל לפצל באופן מלאכותי משמורת ילד אחד תהייה בערכאה אחת והילד השני בערכאה מקבילה) הגיונית אין הדבר מסתבר, אף ששערי חילוקים ופיצולים לא ננעלו.

ועיין בבג"ץ 2621/11 פלונית נ' בית הדין השרעי בדברי השופט ס' גובראן שכתב:

22. ... אני מוצא לנכון להעיר כי תהיתי האם יש מקום להורות כי ככלל אין לפצל את הדיון בין ענייני המשמורת להסדרי ראייה. כך, ניתן לקבוע כי מרגע שהוקנתה הסמכות לערכאה מסוימת לדון בענייני המשמורת הרי שסמכותה חולשת גם על הסדרי שהות בהיות האחרונה כאמור, בבחינת סוגיית-בת לראשונה. כך גם, משרכשה ערכאה כלשהי סמכות לדון בהסדרי שהות, תהיה מקבילתה מנועה מלדון בענייני המשמורת לרבות הסדרי שהות. כל זאת אלא אם שוב הסכימו שני הצדדים לוותר על סמכותה של הערכאה לה הסכימו לראשונה ולהעביר את עניינם לערכאה המקבילה (ראו ע"א 534/73 טננהולץ (כהן) נ' כהן, פ"מ כח (2) 492 490 (1974) ; ע"א 159/82 ויד'נסקי נ' רידר ואח', פ"ד לו (4) 763 757 (1982) ). כלל כזה עשוי לתקן ולו במקצת את העוול הנגרם למשפחות רבות בעקבות הפיצול בשיפוט הנהוג בשיטתנו על השלכותיו הפוטנציאליות. יפים לענייננו דבריו של פרופ' רוזן-צבי (רוזן-צבי, בעמודים 129-130):

"עקב אכילס של השיטה הישראלית הוא החלקיות של ההתבוננות בשבר המשפחתי בעיני כל אחת מערכאות השיפוט, המוסמכות לעסוק בעניין כלשהו מענייני המעמד האישי. דיון מופצל בערכאות שונות בהיבטים שונים של יחסי בני הזוג – ממקד את הדיון בהיבט חלקי וצר של התסמונת ביחסי המשפחה של הצדדים. (...) במקרים רבים מטפחים הצדדים את הגישה המבודדת ונמנעים בכוונה תחילה מפרישת היריעה בשלמותה לפני בית-המשפט. לצדדים ולפרקליטיהם נדמה, כי הם יכולים לנצל את הפרצות בשיטה לטובתם. הם מדמים בנפשם להפיק תועלת אישית מן הפיצול ולצאת נשכרים מחלקיות התמונה. הצדדים ובתי-המשפט, כל אחד ממניעיו הוא, משתפים אפוא פעולה בהצגה חלקית של תמונת המשבר במשפחה, שלא בטובת המשפחה ובניגוד לאינטרסים החברתיים."

ובכל זאת, **איני מוצא לנכון לקבוע כלל גורף בנושא לעת הזו**. כאמור, אומד דעתם של הצדדים בענייננו אינו כולל פיצול בין הסדרי המשמורת לבין הסדרי שהות. האפשרות לפיצול הדיון בהן לשתי ערכאות נפרדות, עלתה רק עם התעוררותו של סכסוך מחודש בין בני הזוג, ועם ניסיונו של המשיב להעביר את הדיון לערכאה השרעית. ברי כי פיצול כזה סותר את תכלית ההסכם ובהיעדר הוראה מפורשת שלפיה הצדדים מסכימים לו, אין מקום להסיק כי לכך הוא מכוון.

לעומת זאת השופט ניל הנדל באותו פסק דין חולק על עמדה זו, וז"ל:

באשר להערותיו בסעיף 22 לפסק דינו ביחס לסוגיה האם נכון לפצל את הדיון בין ענייני המשמורת לבין הסדרי הראייה, אעיר כי לשיטתי ייתכן ויש להבחין בין הדין המצוי לבין הדין הרצוי (וראו והשוו: בג"ץ 1318/11 פלונית נ' בית הדין השרעי לערעורים [פורסם בנבו] (כ"ו בחשוון תשע"ב (23/11/2011)).

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

שאלה מעניינת שלא נדרשת להכרעה כאן היא: האם יש להבחין בין זכותו של צד לפצל מלכתחילה תביעה בענייני משמורת בערכאה שיפוטית אחת לעומת תביעה להסדרי ראייה בערכאה שיפוטית מקבילה, לבין הדרך שבה יש לפרש הסכם בין הצדדים שמתייחס רק לאחד הנושאים ולא לשניהם.

הרי שעניין זה לא הוכרע ועכ"פ מהעובדה שבית המשפט לא דן בענייני המשמורת ודרש הגשת תביעה בעניין זה משמע שתפיסתו היא שהעניינים לא בהכרח קשורים זה בזה. ואולי הצורך בהגשת תביעה היה פרוצדוראלי גרידא.

יא. אך תהיה גישתם מה שתהיה חובה עלינו לקבוע עמדתנו בערעור המונח בפנינו, האם ניתן לפצל שתי תביעות אלו זו מזו. והנה כבר הארכנו במקום אחר לבאר ההנחות הקובעות עמדתו של בית הדין בנושא משמורת ילדים והסדרי שהות, ועל פי זה יש לברר מהי המהות של תביעות אלו למשמורת והסדרי שהות. וכבר הארכנו והאריכו בזה רבות בפסיקות בתי הדין

שנינו בכתובות (קב,ב):

"אמר רב חסדא זאת אומרת בת אצל אמה וכו' שמעת מינה בת אצל האם לא שנא גדולה לא שנא קטנה."

ופרש"י שם:

"דקתני למקום שאמה ולא קתני לבית אחיה למדנו שכן הוא הדין שתגדל הבת אצל אמה ובת הניזונית מן הבנים זנין אותה בבית אמה ואין כופין אותה לגור אצלם."

ומפשט סוגיא זו משמע שמשמורת הבת היא אצל האם, אמנם חזינן, מדברי רש"י, שסוגיית הגמ' מיירי במקום שמת האב וניזונית מהאחים, ויש לעיין מהו הדין במקום שיש אב ודורש שהמשמורת תהיה אצלו.

ובדברי הרא"ש בכתובות שם (פי"ב ס"ד) איתא:

"י"א הא דאמרין הבת אצל האם ה"מ באלמנה אבל בגרושה שבקינן לה אצל אביה, והר"מ מאיר הלוי ז"ל כתב שראה בתשובת הגאונים דה"ה בגרושה והביא ראיה ממתניתין דהנושא את האשה סתמא קתני ומשמע בין גרושה בין אלמנה ועלה קתני למקום שהיא אמה לאשמועינן דהבת אצל האם אפילו בבת גרושה נמי."

ומדברי רש"י בכתובות משמע שסוגיית הגמ' היא כדעת י"א שבדברי הרא"ש, ועיין בטור בסימן פב' שהביא המחלוקת שהביא אביו הרא"ש. ובתשובת הגאונים שערי צדק (דף ס"ד ע"ב סימן מו) בין תשובות רב שרירא גאון הביא שאלה זו:

"וששאלתם אשה שנתגרשה מבעלה ויש לה ממנו בנות קטנות והלכה ונישאת לאיש אחר ובנותיה עמה, עמד אביהן של בנות ואמר שאיני מניח את בנותי אצל אחרים ולא על שולחנן וכו'... דמילתא פסיקתא אמור רבנן וכו' והרי דברים ברורים שאעפ"י שנישאת הבת אצלה ולא קמפליג בין אלמנה וגרושה וכו'."

והוא כדברי הרמ"ה וכן כתב גם בתשובות הגאונים הרכבי סימן רכ"ז, ועיי"ש בתשובת הגאונים שערי צדק מש"כ שאם בעל האם פרוץ או אינו נאמן שמעינן לטענת האב להרחיק הבנות מבעל אמם.

והרמב"ם בהלכות אישות (פכ"א הי"ז) פסק: "והבת אצל אמה לעולם ואפילו לאחר שש."

ומבואר מדבריו שם דמיירי אף בגרושה ואף כשהאב רוצה שהבת תהיה במשמורתו. וכן פסק השו"ע בסימן פ"ב ס"ז: "והבת אצל אמה לעולם ואפילו לאחר שש."

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

ולכאורה הרמב"ם והשו"ע פסקו כדעת הגאונים ולא כדעת הראשונים שהביאו הרא"ש והטור ולא כרש"י, (ועיין בדברי הב"ש סק"ט מש"כ מדברי רש"י שאין כופין אותה להיות עם האב, ובאמת רש"י הזכיר רק אחים ועיין בקרבן נתנאל אות ע' שתמה מדוע השמיט השו"ע הדעה הראשונה שהביא הרא"ש), אמנם יש לומר שדעת הרמב"ם והשו"ע מוסכמת לכולי עלמא וכמו שמצאנו בדברי הר"י מגאש בתשובותיו סימן ע"א דנשאל על ראובן שגירש את אשתו והיה לו ממנה בת והלך לעיר אחרת ונתעכב שם וכשחזר רצה לקחת את בתו והאם לא נתנה לו את הבת ודורשת שתתעכב אצלה עד שתכניסנה לחופה.

וכתב שם וז"ל:

"עמדנו על שאלה זו ועיינו בכוונותיו ודבר זה כבר נשאל עליו רב שרירא גאון ז"ל והורה שהבת תהיה אצל האם לא אצל האב וכן כתב גם בה"ג ואין ספק שהם סוברים במה שאמר התלמוד זאת אומרת בת אצל האם שהוא נאמר בענין ההכרעה אם תהיה אצל האב או אצל האם, ואנחנו גם כן דעתנו שהמאמר הנזכר לא נאמר אלא לאחר מיתת האב, לענין ההכרעה אם תהיה הבת אצל האם או אצל האחים כמו שיעיר על זה המשך לשון התלמוד, מ"מ להורות הלכה למעשה בכל כיוצא בנדון זה בפרטות אם יארע, נראה ללכת בעקבות הגאונים ז"ל הנזכרים ובקבלתם ולהמשך אחר סברתם ובו נפסוק הדין ונדון כשיתאמת אצלנו תועלת הבת בזה, להיות שהאם עכ"פ יותר משמרתה מהאב והיא המלמדת אותה ומדריכתה במה שיצטרכו הבנות להתלמד ולהרגיל בו כמו הטוייה והפקוח בצרכי הבית וכל כיוצא בזה וללמד אותה דרך הנשים ומנהגם, וכל זה אינה ממלאכת האב ולא מטבעו והראוי שלא יניחו ראובן זה להוציא הבת מאמה אבל תשאר אצלה כאשר היתה בתחלה בפרט מה שנראה מהתועלת וההנאה בזה לקטנה בהיות אמה אומרת שתתחייב להכניסה לחופה ולתת לה נדוניה משלה והיות האב רגיל לפרוש לארץ אחרת ואין להאמין שישאר ולא יפרוש".

חזינן מדברי הר"י מגאש דאף שסבר דלענין ביאור סוגית הגמ' דעתו כדעה הראשונה ברא"ש וכמש"כ רש"י, מכל מקום לענין הלכה סבר כדעת הגאונים שעקר ההסתכלות שלנו היא על טובת הבת, ומשכך כל היכא שטובתה מורה שצריכה להיות אצל האם מוקמינן לה ביד האם שזוהי טובתה, ולא ביד האב שמעיקר הדין היתה צריכה להיות משמורתה בידו. והיינו שהגורם הדומיננטי בקביעת המשמורת הוא טובת הילד, ולא זכות האב וחובתו לגדל את בתו ולפרנסה ויש לומר שהרמב"ם אזיל בשיטת רבו הר"י מגאש וכן היא דעת השו"ע, וטעמא דמילתא דבת אצל האם משום דזו היא טובת הבת.

**יב.** והנה לענין משמורת הבן, שנינו בעירובין פ"ב, ב דאפילו בן שש בצוותא דאימיה ניחא ליה ולכן יוצא בעירוב שיעירבה אמו ולא בערוב שעירב אביו, ומהאי טעמא פסק הרמב"ם בהלכות אישות פכ"א הי"ז:

"אם רצת המגורשת שיהיה בנה אצלה אין מפרישין אותו ממנה עד שיהיה בן שש שנים גמורות אלא כופין את אבי הבן ונותן לו מזונות והוא אצל אמו, לאחר שש שנים יש לאב לומר אם הוא אצלי אתן לו מזונות ואם הוא אצל אמו איני נותן לו כלום."

והראב"ד שם הקשה על הרמב"ם וז"ל:

"א"א אין הדעת סובלת שנכוף את האב להפריד בנו ממנו עד שיהיה בן שש והוא חייב לחנכו תורה בן ארבע וכן חמש ואיך יחנכנו והוא גדל בין הנשים."

חזינן שסברת הראב"ד שכיון שחובת החינוך מוטלת על האב ואפשרות החינוך יכולה להיות רק אצלו, אם כן גם לפני גיל שש הבן צריך להיות אצל אביו כדי שיחנכו.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

וטעמא דמילתא דחינוך הוא חובת האב, וטובת הבן, ומשכך מכיון שאביו הוא בעל היכולת לחנכו, ממילא משמורתו צריכה להיות ביד האב, ואף שהגמ' אומרת שעד בן שש בצוותא דאימיה נחא ליה, יש לומר שבאמת לבן נוח יותר בצוותא דאמו דהיא מפנקתו יותר מאביו, אך עכ"פ טובתו שיהיה אצל אביו והוא יחנכו ולכן אזלינן בתר טובתו. ועיין בכ"מ שכתב: "ואין זה קושיא שחינוך זה אפילו אצל האם יכול הוא לחנכו לפעמים כשיבא אצלו."

ומבואר מדבריו שהיות הבן אצל אמו אינו מונע מהאב לחנכו את החינוך הראוי לו לפני גיל שש, ולהכי עדיף שיהיה אצל האם, שבצוותא דידה נחא לבן ואין נמנע חינוכו עקב עובדה זו, ועכ"פ שמעינן מדברי כולם שטובת הבן היא הגורם הדומיננטי בקביעת המשמורת.

ועיין בשו"ע (סימן פ"ב ס"ז) דפסק כדעת הרמב"ם, שעד גיל שש הבן אצל אמו, ומגיל שש והילך הבן אצל אביו, ועיין בח"מ סק"ט שאם האם מוחלת על מזונות יכולה להחזיק הבן אצלה וכתב שזה כנגד המושכל, וכתב הח"מ שמיירי כשהבן אינו רוצה להפרד מאמו, וכן הביא הב"ש משמו, חזינן לדעתם שכיון שהבן רוצה להיות אצל אמו, אף שבאופן מוחלט אין זה טובתו כיוון שבסיטואציה שנוצרה רצונו של הבן להיות עם אמו שבקינן ליה ביד אמו ואין זה כנגד המושכל.

ועיין עוד במה שכתב הרדב"ז בתשובותיו ח"א ס' תכט, דבבן הצריך לאמו הרי הוא כבת, וטעמא משום דבצוותא דאימיה נחא ליה, ובכהאי גוונא לא שנא, אם האם נשארה אלמנה או גרושה או שנישאה לאחר, דבכל ענין שטובתו של הבן שיהיה אצל אמו, בחזקת אמו מוקמינן ליה ולא חיישינן לערעורו של האב או של קרוביו עיי"ש בתשובתו ואכמ"ל.

וסברא זו מפורשת גם בדברי תשובות הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סימן ל"ח, וז"ל:

"והבת לעולם אצל האם ואפילו נשאת האם, לא שנא גדולה או קטנה כדאיתא פרק הנושא, והטעם כדי שתרגיל האם לבת ותלמדה דרך נשים ושלא תרגיל עצמה בפריצות, אבל הבן יותר ראוי להיות אצל האנשים הקרובים שהם ירגילוהו וילמדוהו דרך הלמוד ודרך אנשים יותר מן האם, שבני אלמנה דרכם דרך זר."

וביאור דבריו הוא שמקום המשמורת של הילדים נקבע לפי טובתם, ומשכך מכיון שחינוך הבת יהיה טוב יותר אם תהיה עם אמה לכן הבת נשארת במשמורתה משא"כ בבן שראוי שיהיה אצל אנשים קרובים והם יגדלוהו דבאופן זה יהיה טוב יותר משיגדל אצל אמו ולכן משמורתו אינה אצל האם, וכמו שכתב הרשב"א שבני אלמנה דרכם דרך זר, ועכ"פ סיים שם הרשב"א בתשובתו וביאר המדד שצריך להדריך את בית הדין וז"ל:

"לעולם צריך לדקדק בכלל דברים אלו אחר מה שיראה בעיני בית דין בכל מקום ומקום שיש בו תיקון ליתומים, שבית דין אביהם של יתומין לחזור אחר תקונן."

וברור שאין כוונתו דווקא ליתומים אלא שבכל ענין חובת בית הדין לחוש לטובת הקטינים בענין קביעת משמורתם.

והנה מסוגיית הגמ' בכתובות מוכח שבת אצל האם, ויש לדקדק מסוגיא זו שדוקא בת אצל האם אבל הבן אינו אצל האם (ועכ"פ מגיל שש ומעלה). והאם הכוונה שאינו אצל האם היינו דוקא היכא שאיכא אב או אף היכא שאין אב, שיהיה אצל קרובי האב, ולכאורה דין זה תלוי במחלוקת בין רש"י וי"א שבדברי הרא"ש והרמ"ה שהביא דעת הגאונים בביאור סוגית הגמ', ומדברי הרשב"א בתשובות המיוחסות משמע שאף קרובי האב עדיפי על האם וכך כתב בשו"ת תשב"ץ (ח"ב ס' רט"ז) ויש להאריך בזה ואכ"מ.

ועכ"פ איפכא במקום דאיכא אב וקרובות האם כגון אם האם או אחות האם הדורשות לגדל הבת, בזה פשיטא לראשונים ששומעים לאב והוא עדיף מקרובות האם, ועיין בזה בשו"ת הרא"ש כלל פב' אות

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

ב' ובשו"ת תשב"ץ (ח"ג ס' קמ"ד) ושם ס' רי"ח, ועיין עוד בשו"ת חוט המשולש (שבסוף ס' תשב"ץ) טור ראשון סימן ל"ח, ואכמ"ל.

יג. ובגוף הך דינא דמקום המשמורת כבר הבאנו דעת הראשונים שהבת אצל האם והבן אצל האב משום דבכהאי גוונא הוי טובת הילד. והנה דברי הגמ' הם בסתמא, וברור שעיקר הדין בנוי על יסוד זה, ולמש"כ ענין היות הבת אצל האם והיא תחנך אותה והבן אצל האב והוא יחנכו, כן הוא בסתמא שזה החינוך העדיף והטובה ביותר גדולה לילד. ויש לעיין אם דינים אלו הן קטגוריים או שיש להביא בחשבון גם טעמים נוספים של טובתם ויש לשקללם לפי שיקול דעת בית הדין בקביעת המשמורת וכמו שכתב הרשב"א בתשובות המיוחסות בסוף תשובתו.

ויש לעיין באיזה מקרה ובאיזה אופן מתחשבים בדעת הילדים בענין זה של קביעת המשמורת, ועיין מש"כ בזה בנתיבות המשפט על רבינו ירוחם דף רס"א ע"א, ועוד יש לעיין במקום שהאם רוצה לגור במקום שאין האב או קרובי האב גרים, האם גם בכהאי גוונא אמרינן שהבת אצל האם, עיין מש"כ בזה בשו"ת רשב"ש (ס' קט"ו) ובשו"ת מהריב"ל (ח"א ס' נה) ובשו"ת מהרשד"ם (ח' אבע"ז ס' קכ"ג) וכתבתי להעיר ולא עת האסף ובכל ענין יש לשקול לגופו, אך ברור שהגורם הדומיננטי בקביעה זו היא טובת הילד, ולא תלינן ליה ברצון ההורים.

ובשו"ת "דרכי נועם" (סימן כ"ו) ביאר דברי הרשב"א בתשובות המיוחסות וז"ל:

"כי חכמי התלמוד אמרו על הסתם, דסתם מילתא הבת אצל האם והבן גם כן בקטנותו, ואחר כך עם האב... שכל זה תיקון הולד על הסתם, אבל אם ראו בי"ד שאין בזה תיקון אלה אדרבא קלקול מחזרין אחר תקנתן כפי ראות עיני הדיינים, וכל הפוסקים הסכימו לזה שהכל תלוי כפי ראות עיני בי"ד מה שהוא תיקון לולד."

העולה מדבריו שמה שנאמר בגמ' ונפסק בפוסקים הוא בסתמא, אבל אם יראה לבית הדין שטובת הילדים היא משמורת באופן אחר מהאמור בגמ' ובפוסקים אזלינן בתר טובתם.

וסברא זו של הרשב"א בתשובות המיוחסות שהכל תלוי בראות עיני בית הדין את טובת הילדים מוסכמת על גדולי האחרונים, עיין בדברי הרמ"א (באבע"ז ס' פב ס"ז) שהביא דברי המהר"ם פדוואה וז"ל:

"ודוקא שנראה לבי"ד שטוב לבת להיות עם אמה, אבל אם נראה להם שטוב לה יותר לישיב עם בית אביה אין האם יכולה לכופף שתהיה עמה."

ועיין מה שהאריך בזה המבי"ט בתשובתו בח"א ס' קס"ה שכתב בתוך דבריו:

"נראה דהכל לפי ראות בי"ד תקנתם של יתומים וכו'."

עיי"ש בדבריו, וכן כתב בח"ב סימן סב':

"כי מה שאמרו הבת אצל אמה לא בשביל קירוב ואהבת האם לבת יותר מן האב נגעו בה, אלא לתיקון הבת שתלמד דרך ארץ עם אמה."

ומבואר מדבריו דעיקר דין המשמורת תלוי בתועלת לבת, ועיי"ש עוד בדבריו שכתב:

"וכ"ש כשהיתה גדולה שאפילו שלא תרצה לשבת עם אמה לא נוכל לכופף אותה שלא תשב אצל מי שתרצה דבקטנה שייך כפיה להושיב עם אמה לא בגדולה וכו'."

וחזינן מדבריו דבבת גדולה אין כופין אותה בענין המשמורת כנגד רצונה אלא אזלינן בתר רצונה דזוהי טובתה.

ועיין עוד בשו"ת רדב"ז (ח"א ס' קכ"ג) שנשאל:

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

"בראובן שמתה אשתו והניחה לו בן קטן יונק חולה והוא אצל אם אמו ורצה ראובן לקחת אותו והנה הוא לא נשא אשה והוא עני ובזמן שיוצא לחוץ מניח את הבן אצל השכנים אם טוב שיעמוד הבן אצל אם אמו או אצל אביו, תשובה הדבר ברור שהבן אצל אמו אמרו ולא אצל אם אמו, אבל אם ראו ב"ד שתקנת הולד שיעמוד אצל אם אמו לפי שהיא מרחמת עליו יותר מאחרים מניחים אותו אצל אם אמו וכו' כללא דמילתא הכל תלוי בראות ב"ד באיזה מקום יש תקנה לולד יותר."

וכן כתב גם בשו"ת מהרשד"ם (ח' אבהע"ז ס' קכ"ג) וז"ל:

"כללא דמילתא כי כל זכות שאמרו הבת אצל האם לעולם בזכותה דברו ולא בזכות האם, וכן בבן עד שש בזכות הבן דברו ולא בזכות האם, דבן שש בצוותא דאימיה ניחא ליה."

ועוד שם:

"אלא ע"כ יש לך לומר שחכמים דברו על הסתם, אמנם אם יראו בעין שתקנת הבת אינה להניחה אצל אמה, ודאי ואין ספק שיש כח לבית הדין לראות על תקנתה."

העולה מכל האמור לעיל שעניין זה של משמורת הילדים, אינו ענין של זכות ההורים או אחד מהם אלא כל כולו ענין של טובת הילדים ועל פי טובתם נקבעת המשמורת וברור שהכוונה בטובתם בין טובה גשמית ובין טובה רוחנית, וטובה זו היא המהווה המדד היחיד בקביעת המשמורת, ודע שסברא זו מקובלת על כל הפוסקים ולית מאן דפליג בהאי מילתא.

יד. ויש לומר דגם הסדרי השהות בין האב לילדיו הנמצאים במשמורת האם או בין האם לילדיה הנמצאים במשמורת האב הינם מטעם זה של טובת הילדים, ורמז לדבר מציינו בדברי הכ"מ בה' אישות פכ"א הי"ז שהבאנו לעיל, שכתב בכיור שיטת הרמב"ם, שהחינוך המוטל על האב לפני היות בנו בן שש, יכול לעשותו ולחנכו לפעמים לכשיבוא אצלו, ולפי"ז עצם הסדרי השהות הינם לצורך חינוכו של הבן וכן לצורך הקשר בין ההורה שאינו משמורן לילדו וכמו ששינו בעירובין פ"ב א בצוותא דאימיה ניחא ליה, היינו שעצם היותו במחיצת אמו נוח לו. הכי נמי הקשרים בין האב והאם כשאינם משמורנים עם ילדם, היא תנאי הכרחי לגידולו הנורמלי (עד כמה שאפשר) של הילד.

ולפיכך קיום הסדרי השהות הינם בראש ובראשונה לצורך מילוי צרכיהם של הילדים, אף שאין ספק שזהו רצון טבעי של ההורה, וכל אב ואם נורמלים אינם יכולים לעמוד במצב של ניתוק הקשר מילדיהם, אבל עכ"פ הסדרי השהות אינם זכותם של ההורים אלא חובתם ונקבעת לפי טובת הילד.

ונראה דקיום הסדרי השהות בין אב לבנו הוא כדי שיקיים חובותיו כלפי בנו וכמו ששינו בקידושין כט.א' לגבי חובות האב, ומאחר שחייב האב ללמד בנו תורה וכן אומנות אינו יכול לעשות כן אלא כשהבן נמצא במשמורת האב וכסברת הראב"ד בה' אישות שהבאנו לעיל, אך במקום שדברים אלו יכולים להתקיים גם ללא משמורת, אין ספק שהסדרי השהות נעשים לצורך קיום חובות האב כלפי בנו.

ועיין בתשובת המהרשד"ם (בח' אהע"ז ס' קכ"ג) שנשאל על אם שרצונה לעזוב מקום מגוריה בזמן הנישואים, מקום בו גרה משפחתו של האב, ורוצה לקחת את בתה עמה, בהסתמך על הדין שהבת אצל האם וכתב שם המהרשד"ם להוכיח באריכות, דהך דינא שהבת אצל האם אינו דין מוחלט, ותלוי בזה שהאב או קרוביו יוכלו להיות בקשר עם הבת ולדאוג לכל צרכיה המוטלים עליהם. והוכיח הדבר מסברת הכ"מ שהבאנו לעיל, שדוקא משום שהאב יכול לקיים חלקו בחינוך הבן בעת ביקוריו את הבן, להכי מוקמינן לבן בחזקת אמו עד גיל שש, הא לאו הכי היינו קובעים משמורתו ביד האב וכדעת הראב"ד ועיין היטב בתשובתו שמוכח מדבריו שטובת הבת מתקיימת בתרתי שמתגוררת אצל אמה ושכני משפחת



# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

האב מפקחים על כל צרכיה, ולכן כתב שאם האם רוצה לחזור לעיר ממנה הגיעה, אין לה זכות ליטול את בתה עמה אלא תשאר עם משפחת האב.

ועיין עוד בשו"ת מהר"ם אלשיך סימן ל"ח, שפשיטא ליה שבבן הגדול משש שנים ורוצה להיות עם אמו שמעינן ליה, דזוהי טובתו שיהא אצל אמו ולא מקבלים תביעת האב ומשפחתו שיהיה עמם.

והנה למש"כ כל מערכת היחסים שבין הילדים להוריהם דהיינו המשמורת ובמקביל לה הסדרי השהות, צריכים להעשות באופן שהילדים יוכלו להפיק את התועלת הגדולה ביותר מקשריהם עם שני ההורים, וכיון שענין זה של משמורת והסדרי השהות הוא זכותם של הילדים ולא זכות ההורים אלא חובתם יש לקבוע המשמורת והסדרי השהות באופן שיהיה הטוב ביותר לילדים.

ולמה שכתבנו ענין תביעה למשמורת והסדרי השהות במהותה, אינה תביעה עצמית של ההורה שהרי כפי שכתבנו והארכנו לעיל תביעות אלו אינם דנות בזכותם של האב והאם למשמורת ולהסדרי השהות, אלא הינם תביעות הדנות בזכותו של הבן להיות במקום הטוב ביותר הראוי לו, וכן להיפגש עם הוריו בהתאם לצרכיו ותביעותיו, ולפי זה כל תביעה כזאת המוגשת בפנינו, מהוה במהותה תביעה ההורה האפוטרופוס הטבעי של הילד בשם ילדו, לקביעת המשמורת והסדרי השהות הטובים ביותר לילד. ולפיכך בכל תביעה כזו, חובת בית הדין לעשות המוטל עליו לבחון ולבדוק טובת הילד (ולא רצון הוריו, שלפעמים רצונם אינו תואם את טובת הילד), וההסכמות אליהם הגיעו ההורים אינם כפופים לשאר ההסכמות שסוכמו כתנאי לגירושין, מפני שנושא זה של משמורת הילד והסדרי השהות הינם במובהק נושא בו טובת הילד היא הגורם הבלעדי המדריך את בית הדין בנתינת פסק דין, או באישור הסכמות ההורים ונתינת תוקף של פסק דין להסכמות אלו.

חובת בית הדין באשרו את ההסכמה למשמורת ולהסדרי השהות אליהם הגיעו ההורים לבחון ענין זה לגופו, אמנם ההנחה הרווחת היא שטובת הילדים עומדת ברוב רובם של המקרים לעיני ההורים ולכן עניינים אלו יקבעו לפי הבנתם את טובת הילדים, אך אין ספק שבמקום שיש ספק אם טובת הילדים עמדה לעיני ההורים בית הדין מנוע מאישור ההסכם עד שיבחן טובת הילדים.

**טו.** השקפה זו שהארכנו להוכיח מדברי הראשונים והאחרונים, הוזכרה רבות בפסיקת בתי הדין, ועיין בזה בפד"ר ח"א מעמוד 157 ואילך, ובח"ג עמוד 358 ואילך, וכרך י"א עמודים 368 – 369, ובפד"ר כרך י"ג עמוד 331 ואילך. והדברים פשוטים וברורים.

וכבר הסביר הדברים הגר"א גולדשמידט זצ"ל בספרו "עזר משפט" (סימן כח, עמוד שמב), ומקור הדברים הוא בפד"ר ח"א שהזכרנו:

"כי 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, שמחויבים הם לגדל את ילדיהם. ובבוא בית הדין לקבוע בדבר מקומו של הילד, בדבר המגע בינו ובין הוריו, רק שיקול אחד נגד עיניו והוא: טובתו של הילד אצל מי תהיה ובאיזה אופן תהיה. אבל זכויות אב ואם, זכויות כאלו לא קיימות כלל [...] ומכיוון שכך, הרי הילד הוא בעל הדין בעניין סידורו, בזמן הגירושין, והוא בעל הדין לאתר הגירושין, הוא ואין זולתו."

השקפה הלכתית זו עולה גם מהחוק ומפסיקות בתי המשפט (ראה דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ (1) 48: "ילד איננו חפץ שלהוריו זכות קניין בו, להחזיקו לטובתם, הוא בעל ישות עצמאית, ולו זכויות ואינטרסים משלו"; ע"א 209/54 שטיינר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ט 241; וע"א 2266/93 פלוני, קטין ואח' נ' פלוני, פ"ד מט (1) 253), היא אשר תנחה אותנו בבואנו לתת את הדעת למתן ההכרעה בערעור זה.

וכן כתבו בבג"ץ 7/83 מסודי ביארס נ' בית הדין הרבני האזורי חיפה, פ"ד לח (1) 673:

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

"אין צורך להרחיב את הדיבור על העיקרון של טובת הילדים כשיקול מכריע [...] הדברים עתיקי יומין הם, ומקורם במשפט העברי (וראה המקורות המובאים בע"א 137/81 (ב"ש 705/82) [14], בעמ' 515), והם מקובלים כעיקרון עליון בפסיקת בתי המשפט ובתי הדין מאז ומתמיד, לרוב גם כשיקול יחיד [...] ובנדון זה לא צריך להיות הבדל מהותי בין הערכאות המשפטיות השונות, היינו בתי המשפט ובתי הדין הרבניים."

וראה עוד מאמרו המקיף והמעמיק של הפרופסור אליאב שוחטמן, "למהותם של כללי ההלכה בסוגיית החזקת ילדים", (בשנתון העברי, ה' (תשל"ח), עמ' 295-320).

נוסיף ונאמר שמכיוון שעל כף המאזניים עומדים לפנינו אך ורק שלומם וטובתם של הילדים הקטינים. כמובן שבמסגרת זו, שומה על הערכאה השיפוטית לבחון את מצבם של הילדים במבט רחב המשקיף על הסביבה בה הם חיים ועל השפעתה עליהם. וחובת בית הדין לבחון לא רק את צרכיהם החומריים של הילדים אלא גם את התפתחותם הנפשית והמוסרית, ולקבוע כללים למשמורת והסדרי הראייה באופן שלא יגרום נזק כלשהו לילדים, בין חומרי בין גופני ובין נפשי. ועיין בזה בפד"ר כרך ד' עמוד 337. טובת הילדים תיבחן באמת מידה אובייקטיבית, עד כמה שניתן, בהתאם לנתונים והממצאים הספציפיים של הילדים.

במקרים שבהם אורח החיים של ההורים שונה מקום מגוריהם ורצונותיהם שונים, דבר המשליך על אופן גידול הילדים ועל חינוכם בהווה ובעתיד, על כתפי בית הדין מוטלת האחריות לצמצום הנזקים הנפשיים הנגרמים לילדים מהקונפליקט ההורי, וכדברי הריטב"א בתשובה (סימן קסב):

"כשם שבית דין חייבים להיטפל בנכסי יתומים כך חייבים להיטפל בנכסי כל אדם שאין לו מי שיטפל בהם ואפילו הוא גדול [...] וכשם שבית דין אביהם של יתומים כך הם אביהם של אלו. ולא דברו ביתומים אלא בהווה."

**טז.** אחרי שהארכנו בביאור העקרונות המנחים את בית הדין ונראה שגם את כל רשות שיפוטית, עקרונות אלו יהיו המסד להחלטת בית הדין בנוגע לסכסוך המתנהל בין ההורים על גבם של הילדים, בין בקביעת המשמורת ובין בקביעת זמני הסדרי הראייה, אופן קיומם והמוסדות בהם הם יתחנכו.

ואף שכתבנו שהדבר הקובע את משמורת הילדים, הסדרי הראייה, אופן חינוכם ושאר הדברים הנצרכים לילדים לצורך גידול תקין הינם זכות וטובת הילד, ובהתאם לדברים אלו חלה חובה על ההורים לספק לו צרכים והסדרי ראייה, אין ספק שהמשמורת והסדרי הראייה הינם גם טובתו ורצונו של ההורה האוהב ודואג לשלומם וטובתם של ילדיו ורוצה בקשר הדוק עימם, וכדאמרינן "כרחם אב על בנים", ו"התשכח אשה עולה מרחם בן בטנה", ועיקר עמלנו בעולם הזה הוא לצורך ילדינו, וכמאמר חז"ל: "ואת עמלנו – אלו הבנים". ולכן בדרך כלל, ובהורים שדואגים לטובת ילדיהם, הסדרי הראייה נקבעים בהסכמה, וכשטובת הילדים עומדת לעיני ההורים. אך במקרה שההורה המשמורן, או סיבות אחרות מונעות הסדרי ראייה בין ההורה השני לילד, מוגשות תביעות לקביעת הסדרי ראייה, כשרוב ככל תביעות אלו הינם של ההורה המנוע מהסדרי ראייה עם ילדיו, ותובע שיקבעו לו הסדרי ראייה קבועים, שייקבעו לפי טובת הילד, אך יספקו גם את הצורך הנפשי של ההורה בקשר עם ילדו.

העולה מכל מה שכתבנו והארכנו שהמשמורת והסדרי השהות הינם מוכוונים מטרת טובת הילדים, מבלי להתעלם ממאויי ההורים ולכן רק מבט רחב של בחינת הצרכים והיכולות של כל הורה לתת את המיטב לילדו הם שישליכו על קביעת עיקר המשמורת להורה אחד והסדרי השהות למשנהו, באופן שכל אחד מהם ייתן את המירב לילדו. ולכן לא ראוי שיהיה פיצול בנושא זה בין ערכאות שונות מפני שרק ערכאה אחת הבוחנת כל האמור לעיל במבט רחב תוכל לקבוע היחס הנאות בין הנושאים השונים. לפיכך נראה שאין להפריד בין הדבקים (שלא כמו ההפרדה המדומה בין משמורת לחינוך, הפרדה שאינה הפרדה בעצם, אלא לעניין סמכות גרידא) והערכאה שקנתה סמכות בעניין המשמורת לה תהיה קנויה באופן אוטומטי גם הסמכות בעניין הסדרי השהות. וכן איפכא הערכאה שקנתה סמכות בעניין הסדרי

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

השהות היא זו שתקבע גם בעניין המשמורת. ולהכי בבתי הדין התביעה היא אחת משמורת מצד אחד והסדרי שהות לצד השני ואין אפשרות להפריד בין הדבקים. ומשכך כמו שלעניין הקנאת סמכות, הקנאה באחד מנושאים אלו מקנה סמכות בנושא הכרוך לו. הוא הדין שמישכת וביטול הסמכות באחד מהנושאים מושך ומבטל הסמכות גם בנושא השני.

ולפיכך בערעור שבפנינו שהצדדים התדיינו בעניין הסדרי השהות בבית המשפט ועשו בזה שתי פעולות ביטול סמכות בית הדין והקניית סמכות לבית המשפט במעשה זה ביטלו גם סמכות בית הדין בעניין המשמורת ונתנו סמכות לבית המשפט גם בנושא זה. ואף שלא הקנו הסמכות במפורש בעניין המשמורת ואף לא דנו כלל בנושא זה. עצם מעשיהם בעניין הסדרי השהות הקשורים בעניין המשמורת מקנים סמכות גם בנושא זה ואין זה מעלה או מוריד אם היה דיון בפועל או הוגשה תביעה בנושא זה.

אף אם נאמר שגישת בית המשפט בנושא זה תהיה שונה ועצם התביעה לפתוח תיק משמורת מורה לכאורה על זה. אין זה מעלה או מוריד לעניין סמכותנו, שמכיוון שביארנו שלטעמנו אין לחלק בין הדבקים. האב במעשיו הפקיע עכ"פ סמכות בית הדין בהסדרי השהות ומשכך גם בעניין המשמורת. ומשפקעה סמכותנו הדרך היחידה להקנות הסמכות לבית הדין היא כאמור לעיל אות דהיינו הגשת תביעה בהסכמת שני הצדדים בהתאם לסעיף 9 לחוק בתי דין רבניים, דבר שלא נעשה, ואם כן הסמכות השיורית עתה היא של בית המשפט.

יז. בנידון דידן יש להוסיף עוד, אף אם היינו קובעים שיש לחלק בין הנושאים, תביעתו של האב עתה היא בחוסר תום לב ומטרתה עקירת החלטת בית המשפט בנושא הסדרי השהות, החלטה שניתנה אחרי שבמעשיו ובשתיקתו העניק הסמכות לבית המשפט. ונבאר דברינו, לעיל הערנו שלא ברורה לנו תביעת האב עתה, שבית הדין יקבע סמכותו בעניין המשמורת לאחר שתביעת המשמורת של האשה נמחקה. שהרי המצב המשפטי עתה הוא שמשמורת הבנות עכ"פ משפטית היא בידו. ועל כרחק שתביעתו אינה לעניין קביעת מעמדו המשפטי ההצהרתי, אלא לשנות את מה שקורה עכשיו בפועל, שהבנות שוהות אצל האם במסגרת הסדרי השהות, ובעיקר אינם שוהות אצלו למרות משמורתו, וכל יכולתו לראותם (ואיננו יודעים אם מתקיימים הסדרים אלה) היא רק בתנאי הסדרי השהות שקבע בית המשפט. ולפיכך כוונת תביעתו היא שבית הדין יקבע שהסמכות נתונה לו בעניין המשמורת ומשכך גם בהסדרי השהות מתוך ציפייה שבית הדין יוציא החלטה שתעקור ותשנה את החלטת בית המשפט בעניין זה.

אין ספק שתביעה זו היא תביעה בחוסר תום לב, על מנת שבית הדין ישמיט ויבטל החלטתו של בית המשפט שניתנה בסמכות וברשות בתביעת הסדרי השהות שהאב בעצמו הקנה הסמכות לבית המשפט כאמור לעיל. בהתנגשות של החלטות סותרות בין שתי ערכאות מקבילות, חובה על ערכאה אחת לסגת ולא לתת הכרעה סותרת אפילו במקום שהסמכות הראשית בנושא זה נתונה לה, והערכאה השנייה נתנה החלטתה כסמכות נגרת. בשאלה שהכרעתה דרושה לבירור והשלמת הליך זה, ולהכריע בשאלה זו לצורך אותו עניין, בכך לא נוטל בית-משפט לעצמו סמכות לא לו, אלא פוסק הוא במסגרת הסמכות האגבית המסורה בידו.

דברים אלה נקבעו בע"א 2626/90 ראש חודש נ' ראש חודש, :

משהחליט בית-משפט השלום בעניין המדור על פי סמכותו (האגבית), הרי שלא היה מקום לבטל את החלטתו, רק מן הטעם שהחלטה זו אינה מתיישבת עם החלטתו של בית הדין הרבני...

**החלטתו של בית-משפט השלום, אשר ניתנה, כאמור, בסמכות, הפכה להיות מעשה-בית-דין לצורך פירוק השיתוף בדירה. בכך אין נשללת אמנם הסמכות עצמה מבית הדין הרבני לדון, במסגרת המעמד האישי של הצדדים, בתביעת האישה לפניו לחיוב**

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

בעלה במזונותיה ובמדורה. אולם סמכות זו איננה מעניקה לבית הדין הרבני את הכוח לשנות את החלטה שנתן בית-משפט השלום בעניין המדור, ככל שהיא נוגעת לפירוק השיתוף בדירה... כי בסופו של דבר אין השוני בין החלטות נוגע למהות ולמקור של חיוב הבעל לספק לאשתו מדור ראוי, אלא לדרך יישומה של חובה זו. על פי העיקרון האמור אין מקום לקיים הליכים זהים באותו עניין בבית-משפט ובבית-דין רבני בעת ובעונה אחת, "וכאשר ערכאה אחת מבין שתי ערכאות אלה דנה ופסקה בעניין שבסמכות שיפוט, אין הערכאה האחרת נזקקת לתביעה חוזרת באותו עניין עצמו..." (בד"מ 1/81 [5], בעמ' 397). וכפי שהוסבר שם, בעמ' 398, מפי השופט (כתוארו אז) אלון:

"כיבוד הדדי זה אינו עניין של נימוסים תקינים והנהגה טובה בלבד, אלא חיוני הוא לקיומה של מערכת שיפוט תקינה, במיוחד בתחום המשפטי הרגיש של ענייני המעמד האישי, שבו שתי ערכאות שיפוטיות מתרוצצות בקרבה של המערכת המשפטית" (וראה בג"צ 669/82 [6], בעמ' 719).

מכאן, כי החלטתו של בית-משפט השלום, אשר היה הראשון שנתן בסמכות את החלטתו בעניין המדור (בג"צ 706/80 [7], בעמ' 17), ראויה הייתה שתכובד על-ידי בית הדין הרבני, אם אמנם ידע עליה. אולם, בכל מקרה, תוקף החלטת הביניים שנתן בית הדין הרבני הוגבל על ידיו לתקופה של כחודשיים בלבד, משמע שהחלטתו היא זמנית בלבד, ואין בה להצביע על התנגשות בין החלטתו לעתיד ובין החלטת בית-משפט השלום. שכן מקובלת גם על בית הדין הרבני זכותה של האישה למדור, ואת מגוריה בדירת בני הזוג ראה כמגורים זמניים בלבד, כאמור.

וק"ו במקרה שבפנינו, שעכ"פ הסמכות בעניין הסדרי השהות נתונה לבית המשפט שנתן החלטתו בסמכות וברשות במסגרת תביעה שהוגשה בפניו ולא כפסיקת המשך למימוש פסק הדין.

ומעתה הוא הדין בנידון דידן אף אם היינו קובעים שהסמכות לדון בעניין המשמורת נתונה לבית הדין, לא היה ראוי שבית הדין ייתן החלטה הסותרת את מה שהכריע בית המשפט, שכאמור נתן החלטתו אחרי שהאב והאם קבעו סמכותו, ולפיכך משיש לבית המשפט סמכות ראשית לדון בדבר. בית הדין יימנע מלהוציא החלטה סותרת לפיכך על האב להגיש בקשתו ועתירותיו לבית המשפט שלו קנויה הסמכות על מנת שיוכל לממש חובתו וזכותו לקשר עם בנותיו.

לאור האמור לעיל בית הדין דוחה ערעורו של האב.

מותר לפרסם לאחר השמטת שמות הצדדים.

הרב שלמה שפירא

מצטרפים למסקנה.

הרב א' אהרן כץ

הרב אליעזר איגרא

נפסק כאמור.

ניתן ביום כ' בכסלו התשע"ז (20/12/2016).

הרב שלמה שפירא

הרב א' אהרן כץ

הרב אליעזר איגרא