

הסטנדרט המעורפל של שינוי נסיבות עיון מחודש בדיני המשפחה

יצחק כהן*

1. תקציר
2. מבוא
3. פרק ראשון: מוסד העילה הנמשכת – הדין הפוזיטיבי
 - א. הרציונל של מוסד העילה הנמשכת בדיני המשפחה
 - ב. מוסד העילה הנמשכת בשיטת המשפט האמריקנית
4. פרק שני: מוסד העילה הנמשכת וסטנדרט השינוי שבו – הדין הנורמטיבי
 - א. ההכבדה על סיומו של סכסוך הגירושים
 - ב. תניות השיפוי
 - ג. צמצומו של סטנדרט שינוי הנסיבות – המשפט האמריקני
5. פרק שלישי: סטנדרט שינוי הנסיבות – מודל חדש
 - א. ההכרח במנגנון לשינוי ואופיו הראוי של המנגנון
 - ב. קווים מנחים לשינוי – שיטת המשפט האמריקנית
 - ג. קווים מנחים לשינוי – שיטת המשפט הישראלית
 - ד. המודל הנזיקי של תשלומים עתיים
 - ה. האם השינוי יתמקד בצורכי הזכאי למזונות או שמא בהכנסות החייב?
6. סיכום

1. תקציר

בשיטת המשפט הישראלית מקובל שהכרעות בסוגיות המשמורת, מזונות הילדים ומזונות האישה ניתנות להתדיינות חוזרת ועשויות להשתנות לאחר מתן פסק דין

* פרופסור למשפטים, הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו; חוקר-אורח באוניברסיטת קולומביה, ניו-יורק, ארצות-הברית, בשנים 2012–2013; מרצה-אורח באוניברסיטת מקגיל, מונטריאול, קנדה, בשנת 2013; מרצה-אורח במכון עזריאלי באוניברסיטת קונקורדיה, מונטריאול, קנדה, בשנת 2014; מרצה מן החוץ, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. אני מבקש להודות לקורא החיצוני וכן לחברי מערכת כתב העת על הערות מחכימות ומאירות עיניים.

סופי. גישה זו חלה גם על הסכמות שהושגו בין צדדים ואף אם כלולה בהן תניה מפורשת האוסרת נקיטת הליך עתידי. זהו מוסד העילה הנמשכת. הסטנדרט הקובע זכות להתדיינות חוזרת ולשינוי הוגדר בפסיקה כ"שינוי נסיבות מהותי". האפשרות לפתוח הליך שכבר הוכרע, היא פתח תקווה לקטין שיוכל לשפר בעתיד את מצבו וזכויותיו שנפסקו בשלב הליכי הגירושים. אפשרות זו מבורכת, ויש שיאמרו הכרחית, על רקע העובדה שהליכי הגירושים בישראל כפופים לדין האישי, המצריך את רצונם הטוב של בני הזוג כדי להתגרש. דא עקא שאפשרות ההתדיינות החוזרת, בפרט כשהיא מודרכת על ידי סטנדרט מעורפל זה, ללא כל קווים מנחים, מותירה את סכסוכי המשפחה כולם תלויים ועומדים, מאריכה את ההליכים לאחר הגירושים, ומפרה את העיקרון היסודי של סופיות הדיון ומעשה בית דין – RES JUDICATA. מאמר זה מבקש להתמודד עם טיבו של סטנדרט השינוי באמצעות מודל חדש. מודל זה מבקש להשיג איזון טוב יותר, הוגן יותר ויעיל יותר בין האינטרסים המתגוששים בזירת דיני המשפחה בכלל ובזירת ההתדיינות החוזרת בפרט. שיטת המשפט האמריקנית משמשת מקור השראה למודל החדש, אך הוא לומד גם מהמודל הנזיקי הישראלי לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, ומציע לתחום את מוסד העילה הנמשכת באמצעות סטנדרט ברור לשינוי שיוגדר באמצעות קווים מנחים, בין בחקיקה בין בפסיקה. מודל זה יסייע הן לבני זוג הן למערכת המשפט בקביעת מפת דרכים ברורה בנוגע לסכסוכים לאחר גירושים.

2. מבוא

בשיטת המשפט הישראלית פיתחו דיני המשפחה מוסד חריג ויוצא דופן שאינו כלול בשאר ענפי המשפט והוא מוסד העילה הנמשכת. הכרעות או הסכמות השייכות למוסד זה ניתנות להתדיינות חוזרת ולשינוי בעתיד. מוסד זה נולד בפסיקת שנות השישים. אף שהדבר לא נאמר במפורש, יש להניח כי אחד מהגורמים שהביאו להולדתו הוא המבנה המשפטי של דיני הגירושים בארץ. כידוע, אין בית הדין או בית המשפט יכולים להביא לגירושיהם של בני הזוג ללא הסכמתם של הצדדים. כדי להשיג את הסכמת הצדדים, בן הזוג המעוניין יותר בגירושים נדרש לוותר בנושאים אחרים שבמשא ומתן על כלל תנאי הגירושים. אפשרות פתיחת ההליך בעתיד עשויה לאזן ויתורים אלו שנעשו על כורחו. מלבד זאת, החלטות בעניינים של מזונות אישה ומזונות ילדים ובענייני משמורת עלולות להתברר כלא מתאימות במרוצת הזמן לאור הדינמיקה של החיים והתפתחותם של הילדים. השארת פתח לשינוי ההחלטה נראית סבירה ואולי אף הכרחית.

דא עקא שפרקטיקה זו מפרה את העיקרון של מעשה בית דין וסופיות הדיון החולש על כלל ההליכים בשיטה המשפטית. פרקטיקה זו מאפשרת לבעל דין ליזום ולפתוח הליך שנדון זה מכבר ובלבד שיצביע על "שינוי נסיבות מהותי". סטנדרט

מעורפל זה לשינוי אינו משמש חסם מפני תביעות להתיינות חוזרת, או למצער סנן שלהן. ייתכן שיש בו כדי לדחות את התביעה לגופה, אך בהיעדר קווים מנחים, אין הוא מונע מלכתחילה את הגשתה. פרקטיקה זו תורמת להתארכות ההליכים ולהתמשכות הקשר בין בני הזוג תוך הפרה של עקרון ה-clean break¹. מוסד העילה הנמשכת, וסטנדרט השינוי המעורפל הכלול בו, האיץ את התפתחותו של מוסד נוסף בשיטה הישראלית והוא תניות השיפוי בהסכמי הגירושים. תניות אלו מוסיפות ומעכבות את סיומם והשלמתם של הסכמי הגירושים. הן סותרות את רעיון היעילות הכלכלית שכל שיטת משפט מחפשת ומבקשת לקדם, אם כי לא רק יעילות כלכלית מניעה את המבנה המוסדי המורכב של דיני המשפחה בישראל². מוסד העילה הנמשכת רלוונטי בעיקר להליכים לאחר הגירושים, אך בל נטעה, הוא מפרנס מאות ואלפי הליכים בישראל, ומתנוסס כחרב מעל כל שאר פרשיות הגירושים³.

מטרתו של מאמר זה היא לבחון את הצדקותיו והיקפו של מוסד העילה הנמשכת, עם הסטנדרט המעורפל שלו. יתרונותיו של מוסד זה ברורים, שכן הוא מקדם את ערך האמת על פני ערך היציבות. הוא נצרך אף יותר בשיטת המשפט הישראלית על רקע העובדה שהליכי הגירושים בה כפופים לדין האישי, כאמור. לאחר שאנתח מוסד זה אציע מודל חדש שיש בו כדי לאזן בצורה טובה יותר את האינטרסים המתגושים בזירת דיני המשפחה. מודל זה יביא ליתר ודאות, ליתר בהירות וליתר צפיות. מודל זה יקטין את היקף ההתיינות בסכסוכי משפחה, ויציע תכנית עבודה ומפת דרכים

¹ על עיקרון זה ראו למשל: MARY ANN GLENDON, *THE NEW FAMILY AND THE NEW*; June Carbone, *Feminism, Gender, and the Consequences of*; PROPERTY 60 (1981); *Divorce, in DIVORCE: WHERE NEXT?* 181, 189 (Michael Freeman ed., 1996); כמו כן, ראו: שחר ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומיד! על ההסדרה האזרחית של הגירושים" **עיוני משפט** כז (2007) 671.

² בהקשר זה יש לציין גם את תביעת המזונות בשם הילדים מכוח מעמדו העצמאי של הקטין, שלפיה ניתנת אפשרות לפתוח הליך, בדרך לא דרך, מכיוון שהמבנה המשפטי בישראל מביא נשים לידי קבלת הסכמי גירושים גרועים מעמדת מיקוח נחותה. ראו: להלן ה"ש" 6; כן ראו: עמיחי רדזינר "מלבוב לתל-אביב: פסיקות 'גט מוטעה' בשל הפרת הסכם הגירושים בבתי הדין הרבניים בעקבות תיק (אזורי ת"א) 1-29-9322 (19.3.06)" **משפטים** לט 155 (2010).

³ בבדיקתי באתר "נבו" ב-7 בינואר 2015, לפי הצירוף "הליכי תמ"ש", שבהם נמצאים יחד הביטויים "שינוי נסיבות" ו"מזונות", קיבלתי לא מעט תוצאות. חילקתי זאת לכמה תקופות עוקבות (שאם לא כן, בחיפוש כללי, מתקבל נתון האומר כי התקבלו יותר מ-500 פסקי דין). מ-1.10.2008 עד 7.1.2015, כלומר במשך כשבע שנים, נפתחו 307 תיקים. בשמונה השנים שלפני כן, כלומר מ-1.10.2001 עד 1.10.2008, נפתחו 305, ובשבע השנים שלפני כן, משנת 1995 ואילך, שנת הקמתו של בית המשפט לענייני משפחה, עד 1.10.2001 נפתחו 165 תיקים. לפני תקופה זו קשה לאתר פסקי דין היות שסוג ההליך אינו ברור. עוד נאמר שמרכז רקמן מציג עמדה שלפיה רק 15% מפסקי הדין שניתנו, מגיעים בסופו של דבר לידי פרסום. כלומר גם בפרסום חלקי ומועט זה של הפסיקה מתקבלים כ-750 תיקים, כמובן, מלבד ההליכים המתנהלים בבית הדין הרבני.

ברורה ליישוב סכסוכים לאחר הגירושים. מודל זה יוריד את מפלס המתח הנלווה לסכסוכים לאחר גירושים, המכביד על בני הזוג, על ילדיהם ועל החברה כולה. להבניית המודל המאמר מסתייע בשיטת המשפט האמריקנית, המקיימת מצב משפטי זהה למצב המשפטי הקיים בשיטת המשפט הישראלית. המאמר מסתייע גם במודל הנזיקי הישראלי של תשלומים עתיים.

המאמר מחולק לשלושה פרקים עיקריים. הפרק הראשון יציג את הדין הפוזיטיבי בתמצית. הפרק השני יציג את הדין הנורמטיבי, ובו בעיקר ביקורת על מתכונתו הנוכחית של מוסד העילה הנמשכת ועל הסטנדרט המעורפל שלו בשיטה הישראלית. הפרק השלישי יציג את המודל החדש לסטנדרט שינוי הנסיבות.

3. פרק ראשון: מוסד העילה הנמשכת – הדין הפוזיטיבי

א. הרציונל של מוסד העילה הנמשכת בדיני המשפחה

בדיני המשפחה יש שלוש עילות החורגות מהעיקרון של מעשה בית דין (res judicata) וסופיות הדין.⁴ בסכסוכי גירושים שבהם עילות אלו רלוונטיות, אחד הצדדים רשאי ליוזם הליך חדש בעילה שכבר הוכרעה ונחתמה, ובלבד שיצביע על שינוי נסיבות מהותי.⁵ סטנדרט שינוי הנסיבות נועד להכביד על יוזם ההליך ולמנוע

⁴ על העיקרון בשיטה הישראלית, ראו: ע"א 246/66 קלוז'נר נ' שמעוני, פ"ד כב(2) 561, 583 (1968); ע"א 219/87 ארצי בע"מ נ' שמש הדר חברה קבלנית לבנין בע"מ (בפירוק), פ"ד מג(3) 489, 497 (1989); נינה זלצמן מעשה בית דין בהליך אזרחי 3-12 (1991). על העיקרון בארצות-הברית, ראו: "The doctrine of res judicata states that cause of action once finally determined, without appeal, between the parties, on the merits, by a competent tribunal, cannot afterwards be litigated by new proceedings either before the same or any other tribunal". Zollie Steakley & Weldon U. Howell, Jr., *Ruminations on Res Judicata*, 28 Sw. L.J. 355, 359 (1974); "Under the doctrine of res judicata, a final judgment rendered by a court of competent jurisdiction on the merits is conclusive as to the rights of the parties and their privies, and, as to them, constitutes an absolute bar to a subsequent action involving the same claim, demand or cause of action". Cnty. of Wayne v. City of Detroit, 590 N.W.2d 619, 620-621 (Mich. Ct. App. 1998)

⁵ פסק הדין המוביל בעניין שינוי הנסיבות הוא: ע"א 363/81 פייגה נ' פייגה, פ"ד לו(3) 187 (1982) (להלן: עניין פייגה); הרברים נכונים הן לפסק דין שניתן על יסוד הכרעה הן לפסק דין שניתן על יסוד הסכמה. ראו: עניין פייגה, בעמ' 189; ע"א 149/88 פרי נ' פרי, פ"ד מב(3) 289, 292 (1988); ע"א 1880/94 קטן נ' קטן, פ"ד מט(1) 220, 215 (1995) (להלן: עניין קטן). בשיטה האמריקנית ראו למשל את שני המאמרים האלה: "The change of circumstances standard is based on principles of res judicata". Sally Burnett Sharp, *Modification of Agreement-Based Custody Decrees: Unitary or Dual Standard?*, 68 Va. L. Rev. 1263, 1264 n.9 (1982); "Each of the approaches to modification applications described above

התדיינות מיותרת מבני הזוג ומילדיהם.⁶ שתי השאלות המרכזיות שיידונו להלן הן אם סטנדרט זה אכן ממלא את ייעודו ואת מטרתו, ואם לא – כיצד ניתן לשכללו. העילה הבולטת ביותר מבין העילות הנמשכות היא עילת משמורת הילדים והסדרי הראייה.⁷

represents an attempt to balance competing policy interests. Trying to balance the policies behind the *res judicata* doctrine on the one hand, and the policies in favor of making the best-advised contemporary determination of the child's welfare on the other, the traditional changed circumstances doctrine holds that not just any changed circumstances, but only substantial ones, should warrant changing custody". Joan G. Wexler, *Rethinking the Modification of Child Custody Decrees*, 94 Yale L.J. 757, 779 (1985).

דוגמה לכך: [O]ne of the purposes of the [changed-circumstance] rule is to recognize the finality of judgments and protect the parties and the child from harmful and needless relitigation of the issues of custody and visitation". Richard Montes, Harold J. Cohn, and Shelley L. Albaum, *PRACTICE TIPS: The Changed-Circumstance Rule and the Best Interest of the Child*, 24 n.4 FAMILY LAW NEWS 12 (2002). חשוב לציין כי יש עיקרון נוסף המאפשר לשנות הכרעות או לפתוח הסכמים שאושרו ואף קיבלו תוקף של פסק דין. העיקרון הוא מעמדו העצמאי של הקטין. בתביעות מסוג זה הקטין הוא התובע ואין הוא טוען לשינוי נסיבות כי אם לכך שהוריו הזניחו את האינטרסים שלו, ולפיכך אין הוא מחויב בהסכמות שאליהן הגיעו הוריו. ראו: יצחק כהן "מעמדו העצמאי של הקטין בדיני המשפחה – תהליכים, מגמות ודרכים לאיזון מחודש" **משפטים** מא(1) 255 (התשע"א). בית המשפט העליון דן לאחרונה בהבחנה בין תביעות מכוח שינוי נסיבות לבין תביעות מכוח מעמדו העצמאי של הקטין. ראו: בג"ץ 4407/12 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים (פורסם בנבו, 7.2.2013) (להלן: עניין פלוני). בית המשפט העליון אימץ את מסקנות המאמר הנ"ל וקבע כי המבחן אם לאפשר לקטין לתבוע תביעה עצמאית הוא המבחן המהותי. כלומר כל עוד עניינו של הקטין נדון לגופו, לאחר שבית המשפט וידא, באמצעות ייצוג וחוות דעת לפי הנחוץ, כי עניינו נשקלים באופן שאינו טבול בסכסוכי הוריו, אף אם לא בתביעה נפרדת בשמו, ייחסם הקטין מלתבוע מכוח מעמדו העצמאי. הוא בכל זאת יוכל לתבוע מכוח טענה של שינוי נסיבות. השופט עמית הוסיף כי בשלב שני יש לבחון את סכום המזונות ואם אכן יתברר כי הקטין קופה, הרי יש לפתוח את ההסכם. הלכה זו אומצה ואוזכרה מאז בעשרות פסקי דין בערכאות הנמוכות. ראו: תמ"ש (משפחה נצ') 47050-03-11 ס. (קטינה) נ' ס. (פורסם בנבו, 2.4.2013); תמ"ש (משפחה טב') 20687-01-12 פלוני נ' אלמוני (פורסם בנבו, 30.6.2014). כמובן, גם כאן ראוי שלא להתעלם מההקשר המבני שמעורר ומחזק את הדברים במציאות הישראלית שבה מוחל הדין האישי, המביא לידי כך שהסכמי הגירושים אינם מאוזנים ואינם מעניקים לילד את סכום המזונות שהוא ראוי לו, מכיוון שלרוב אמו ויתרה על חלק מהסכום, לטובת השגת הגט. זכות מעמדו העצמאי של הקטין מאפשרת למעשה פתיחה מחדש של ההכרעות בהליכי הגירושים באופן פשוט יותר מאשר במוסד העילה הנמשכת: הנטל מוטל על מי שמבקש להשאיר את ההחלטה הקודמת בעינה, אין צורך להוכיח שינוי נסיבות, וכן אין צורך לשוב לאותה ערכאה. אם נעמיק בכך יותר, נראה כי מוסד זה הוא למעשה מוסד ערעור בבית המשפט לענייני משפחה על החלטות בית הדין הרבני. כאמור, הלכת בג"ץ לעיל ריסנה מעט את זכותו העצמאית של הקטין. ביד"ם 1/60 וינטר נ' בארי, פ"ד טו 1457, 1468 (1961) (להלן: עניין וינטר). לאחרונה נתקבלה

יש כמה טעמים ונימוקים ביסוד הרציונל המאפשר שינוי עתידי על אף המקובל בכל ענפי המשפט. ראשית, הכרעה אזרחית רגילה דורשת קביעה בנוגע לעובדות או למעשים שנעשו בעבר, ולא צפייה של פני העתיד. ברוב ההתדיינות הרגילות התוצאות תלויות בהכרעת בית המשפט אם אירוע עובדתי מסוים התרחש בעבר אם לאו. לעומת זאת, דיוני המשמורת מנסים לצפות את העתיד יותר מאשר לקבוע את שהיה בעבר.⁸ דיוני המשמורת מתמקדים יותר בנפשות הפועלות, כמו האב, האם והילד, מנסים לחזות את התנהגותם בעתיד, ומתמקדים פחות באירועים שאירעו בעבר.⁹ ההכרעה בסכסוכי המשמורת צופה פני עתיד כלפי המשך חיי המשפחה בעתיד. בדיוני משמורת על השופט לבחון את הכושר והמסוגלות ההוריים, את גישות ההורים ואת אישיותם, כדי להגיע להחלטה הטובה ביותר לילד.¹⁰ החלטה בעניין המשמורת דורשת לרוב צפייה לעתיד בנוגע להתנהגות כל הצדדים. זאת בשונה מהכרעות בהתדיינות רגילות בבתי המשפט שאינן דורשות הערכה של היחסים העתידיים בין כל הצדדים המתדיינים.¹¹ מוסד העילה הנמשכת כולל גם את עילת מזונות הילדים, בהתבסס על אותו רציונל.¹² מוסד העילה הנמשכת כולל גם את עילת מזונות האישה.¹³ אולם חשוב לציין כי עילת מזונות האישה בישראל היא מכוח הדין

הלכה שלפיה אין מדובר בעילה אחת כי אם בשני נושאים נפרדים, ראו: בג"ץ 6021/10 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים, פס' 16 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 4.10.2010). יש להלכה זו לא מעט השלכות בענייננו, כך למשל, אם התקיים דיון בעניין משמורת בלבד, ולא נדונו הסדרי ראייה, אין סמכות נמשכת לאותה ערכאה ואפשר לפתוח את הדיון בהסדרי הראייה בערכאה אחרת.

Robert H. Mnookin, *Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy*, LAW & CONTEMP. PROBS. 226, 250 (1975) ⁸

לעמדה אחרת הקוראת להסתמך פחות על חוות הדעת של הגורמים המקצועיים, ראו: רות זפרן "הקשיים הכרוכים בחוות הדעת המקצועיות – טעם נוסף לעיצוב מחדש של הדין בשאלת חלוקתה של האחריות ההורית" **עיוני משפט** לו 269 (2013). ⁹

Mnookin, לעיל ה"ש 8, בעמ' 251. ¹⁰

שם, בעמ' 253. ¹¹

בג"ץ 53/59 הויזמן נ' יו"ר ההוצל"פ ירושלים, פ"ד ז 1142, 1147 (1959) (להלן: עניין הויזמן); כן ראו: Franke v. Franke, 268 2d 360 (Wis. 2004); Wisconsin Stat. § 767.32(1) provides that modification of a child support order may be made only if there has been a substantial change in circumstances affecting the parties; "It is common ground that these sections (ss 83 and 96 of the Law Reform (Marriage and Divorce) Act 1976) give to the court a general power to vary or rescind any subsisting periodical payments for the wife (s 83) and/or the children (s 96) of the marriage where it is satisfied that it was based on any misrepresentation or mistake of fact or where there has been any material change in the circumstances". Gisela Gertrud Abe v. Tan Wee ¹²
Kiat, 2 MLJ 297, 298 (1986).

ע"א 167/63 ג'ארח נ' ג'ארח, פ"ד יז 2617, 2624 (1963) (להלן: עניין ג'ארח). ¹³

האישי.¹⁴ לפיכך היא עילה נמשכת כל עוד לא ניתן הגט. מעת מתן הגט מזונות האישה פוסקים לחלוטין, ואין מה לטעון לשינויים בעתיד.¹⁵ לעומת זאת, כאשר מזונות האישה ניתנים מכוח היחסים החוזיים שבין הצדדים, כגון במקרה של ידועים בציבור או נישואים אזרחיים,¹⁶ המזונות עשויים להימשך גם לאחר הפירוד, וממילא התביעה לשינויים עשויה לבוא גם לאחר הפרידה.¹⁷ עניין מרכזי שמניע תהליכים רבים בדיני המשפחה בישראל, ועומד במידה רבה גם מאחורי מוסד העילה הנמשכת, הוא כפל הסמכויות המוסדי. בשיטת המשפט הישראלית, בתנאים מסוימים, יש סמכות מקבילה לערכאה הדתית ולערכאה האזרחית בכל הנושאים הנלווים לגירושים, ובכללם: מזונות הילדים, משמורת הילדים, מזונות האישה ורכוש.¹⁸ המבחן הקובע איזו ערכאה תדון בנושאים אלה הוא מבחן הזמן, כלומר היכן הוגשה התביעה הראשונה.¹⁹ אף שהן הערכאה הדתית הן הערכאה האזרחית אמורות להחיל את אותן הדין,²⁰ התוצאות המתקבלות בשתי הערכאות הן שונות זו מזו, לעתים שינוי מובהק, ובייחוד בשלוש העילות הנמשכות – עילת המשמורת, עילת מזונות הילדים ועילת מזונות האישה.²¹ מלבד העובדה ששלוש עילות אלו צופות פני עתיד, ייתכן גם שמרחב שיקול הדעת הנתון לערכאה השיפוטית בשלוש עילות אלו, לעומת המרחב בעילות אחרות, והפער שעלול להיווצר בין פסיקות הערכאות בעקבות זאת,

¹⁴ ס' 2 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959, ס"ח 72.

¹⁵ עצם עובדת הגירושים שוללת מאישה את הזכות למזונות, שכן הזכות למזונות יסודה מעצם הנישואים. ראו: בבלי, כתובות צ"ו, ע"ב; שם, כתובות ק"ז, ע"ב. כן כותב הרמב"ם כי "הגרושה אין לה מזונות", משנה תורה, אישות, פרק כ"א הלכה י"ז; וכן שולחן ערוך, אבן העזר, סימן פ"ב, סעיף ו'; מגיד משנה: "זה ברור שכל זמן שהיא מגורשת גמורה אין בעלה חייב במזונותיה".

¹⁶ דוגמה לכך ניתן למצוא ברע"א 8256/99 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(2) 213 (2004).

¹⁷ תמ"ש (משפחה ת"א) 50580-09 א.א.נ' מ.א. (פורסם בנבו, 11.3.2012); בהקשר זה חשוב לציין הלכה שניתנה לאחרונה בבית המשפט העליון, הקובעת כי גם בנישואין כדת משה וישראל, יש מקום לבחון מזונות לאחר הגט, ואלו יהיו מזונות אזרחיים. ראו: בע"מ 3151/14 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 5.11.2015). יש בהלכה זו הרבה היגיון והגינות, שכן ייתכן תרחיש, לא כל כך נדיר, שבת הזוג לא פיתחה את כושר השתכרותה, ולאחר שלוש שנים או ארבע שנים שנות נישואים הבעל נותן לה גט, משחרר אותה מקשרי הנישואים, אך משחרר גם את עצמו מחיוב המזונות ומאחריות לשיקומה של גרושתו. מנגד, יש לציין שהלכה זו מיושמת כיום פחות בעקבות ההלכה שקבעה שבחלוקת הרכוש יש לחלק גם את המוניטין שצבר האישי. ראו: בע"מ 4623/04 פלוני נ' פלונית, פ"ד סב(3) 66 (2007).

¹⁸ שני מקורות הסמכות לתוצאה זו הם: חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953, ס"ח 162, 165, בעיקר ס' 3 ו-9 לחוק; כנגדם, חוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995, ס"ח 390, 393, בעיקר ס' 1 ו-3 לחוק.

¹⁹ ס' 25 לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995, אשר בין היתר מסדיר מרוץ זה.

²⁰ ס' 47 ו-51 לדברי המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922 עד 1947; כן ראו: ס' 2, 3, ו-19 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959, ס"ח 72.

²¹ אריאל רוזן-צבי "הלכת ה'כריכה' ו'מירוץ הסמכויות' והשפעתם על המשפחה ודיני המשפחה" עיוני משפט יד(1) 67 (התשמ"ט).

הם שייחדו את מוסד העילות הנמשכות רק לשלוש עילות אלו. פער זה בין היתר מזין ומניע את מרוץ הסמכויות בשיטה, שלפיו כל צד מנסה להיות ראשון ולהגיש את התביעה בערכאה הנוחה לו.²² אך טבעי הוא שבן זוג שנלכד בערכאה שאינה נוחה לו, ושהכריעה לרעתו לתפיסתו, ינסה לפתוח את ההליך בעתיד, יטען לשינוי נסיבות ולפיכך לשינוי התוצאה, על אחת כמה וכמה ביודעו שבערכאה האזרחית, למשל, נפסקים סכומים גבוהים יותר למזונות ילדים. אף שהמניע הפסיכולוגי כאן ברור, יש לו חיסרון אחד: מוסד העילה הנמשכת, בשונה ממוסד תביעת העצמאית של הקטין, מרשה אמנם לפתוח הליך, אך הוא מחייב לפתוח את ההליך באותה ערכאה מכוח עקרון הכיבוד ההדדי בין הערכאות.²³

ב. מוסד העילה הנמשכת בשיטת המשפט האמריקנית

חלק משיטות המשפט במדינות ארצות-הברית הסדירו את מוסד העילה הנמשכת בחקיקה עצמה, והרשו לבתי המשפט לשנות הכרעות שניתנו זה מכבר.²⁴ בטרם יורה בית המשפט על שינוי, עליו לקבוע כי שינוי הנסיבות מחייב את שינוי ההחלטה הקודמת, וכי שינוי זה הוא לטובת הקטין.²⁵ שיטות אלו מאפשרות לבתי המשפט

²² מנשה שאוה "על 'כרוך' ועל 'כנות' – היפסק 'מירוץ הסמכויות' בענייני מזונות בין בית המשפט המחוזי לבין ביה"ד הרבני?" **עיוני משפט** ב(3) 719 (התשל"ג); אשר מעוז "כרוך זה הכרוך על עקבנו – על הכריכה בתביעת הגירושין" **עיוני משפט** יד(1) 101 (התשמ"ט).

²³ יצחק כהן "הסמכות בדיני משפחה לאחר הסכם בין בני זוג – על עקרון הכיבוד ההדדי, על מבחן הסיכול ועל דן ופסק – עיון מחודש" **משפט ועסקים** יט (2016); שם טענתי כי עיקרון זה מנציח למעשה את הפערים בין הערכאות ומחריף את מרוץ הסמכויות, שכן פסיקת הערכאה בהליך הראשון קובעת למעשה את הערכאה גם בדיונים הבאים.

²⁴ "The law in every state, whether statutory or common permits the courts to modify Wexler ;orders directing the custody of a child upon the divorce of his or her parents" לעיל ה"ש 5, בעמ' 760.

²⁵ "An award of custody of a child or visitation with the child may be modified if the court determines that a change in circumstances requires the modification of the award and the modification is in the best interests of the child", ALASKA STAT. § 25.20.110(a) (2011); Lee v. Cox, 790 P.2d 1359, 1361 (1990); Garding v. Garding, 767 P.2d 183, 184–185 (Alas 1989). מדינות נוספות מלבד ארצות-הברית מחילות את הסטנדרט של שינוי נסיבות בענייני משמורת. ראו בחוק הקנדי: "the court shall satisfy itself that there has been a change in the condition, means, needs or other circumstances of the child [...] the court shall take into consideration only the best interests of the child", Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3, s. 17(5) (Can.); *Sampson v Hartnett* (No. 10) Melissa Curry, *Who Gets to Visit? A* כן ראו: (2007) 215 Fam LR 155, 164 (Austl.) *History of Third-Party Visitation Rights in Family Court*, 16 J. CONTEMP. LEGAL ISSUES 289 (2007).

לשנות את ההכרעות בכל שלוש העילות הנזכרות, ובלבד שהמבקש לשנות יצביע על שינוי בנסיבות, וכן שהשינוי הוא לטובת הקטין.²⁶ בתי המשפט רשאים לשנות לא רק צווים קודמים של בית משפט אלא גם הסכמים כתובים בין בני הזוג, בין שאושרו כפסק דין ובין לאו.²⁷ זהו המצב המשפטי בארצות-הברית.²⁸ במדינות מסוימות הסכמים בין בני זוג חייבים לשמר את האפשרות לשינוי עתידי בכל שלוש העילות

²⁶ “Subject to § 8.103 of this article and on the petition of either party, the court may modify the amount of alimony awarded as circumstances and justice require”, MD. CODE ANN FAM. LAW § 11-107(b) (2005); Colleen Marie Halloran, *Petitioning a Court to Modify Alimony When a Client Retries*, 28 U. BALT. L. REV. 193, 234 (1998–1999); Scott Bassett, *Changing Circumstances, Changing Agreements: Standards for Modification are Uniform, but how the Courts Apply Them Varies*, 8 FAM. ADVOC. 29, 31 (1986)

²⁷ הקביעה החוזרת שוב ושוב בתביעות לשינוי היא זו: “ההלכה המשפטית קבעה כי הסכם המזונות מכיל בתוכו תנאי מכללא, לפיו כל שינוי נסיבות מהותי מתיר ומאפשר פניה חוזרת לבית המשפט לשם שינוי גובה דמי המזונות שהוסכם עליהם”, תמ”ש (משפחה ת”א) 46342/08 א.ש.נ' ג.ש.פס' 7 לפסק הדין (פורסם בנבו, 28.3.2011) (להלן: עניין א.ש.).

²⁸ “Enforcement and modification of support, maintenance, or alimony agreements or orders. – (1)(a) When the parties enter into an agreement for payments for, or instead of, support, maintenance, or alimony, whether in connection with a proceeding for dissolution or separate maintenance or with any voluntary property settlement, or when a party is required by court order to make any payments, and the circumstances or the financial ability of either party changes [...] either party may apply [...] for an order decreasing or increasing the amount of support, maintenance, or alimony, and the court has jurisdiction to make orders as equity requires, with due regard to the changed circumstances”. FLA. STAT. ANN. § 61.14(1)(A) (WEST 2012); “When a child support agreement is incorporated in a child support order, the obligation created is deemed court-imposed rather than contractual, and the order is subsequently modifiable despite the agreement’s language to the contrary”. *Armstrong v. Armstrong* 15 Cal. 3d 942 (1976); “The court determined that regardless of whether the father’s child support was based on a court hearing or a mediated agreement, the change in circumstances standard should be interpreted in the same way”. *In re Marriage of Kraft* 868 N.E.2d 1181, 1182 (Ind. Ct. App. 2007)

מכל מקום, ישנו הבדל מסוים ביישומו של סטנדרט השינוי. כאשר ההחלטה הראשונית לא הייתה מבוססת על הצגת ראיות, כי אם על הסכמה בלבד, בית המשפט רשאי לפתוח את כל הדיון מחדש, כמוגדר בפסק הדין הבא בקנוסוס: “[W]here a custody decree is entered in a default proceeding, and the facts are not substantially developed and presented to the court, the trial court may later, in its discretion, admit and consider evidence as to facts existing at the time of the earlier order, and upon the full presentation of the facts the court may enter any order which could have been made at the initial hearing change in circumstances has since occurred or not”. *Hill v. Hill*, 620 P.2d ‘whether a .1114, 1119 (Kan. 1980)

הללו.²⁹ יתרה מזו, גם אם בני הזוג יסכימו ביניהם לוותר על האפשרות לשינוי במקרה של שינוי נסיבות, תניה זו לא תהא אכיפה מחמת תקנת הציבור.³⁰ בשיטת המשפט האמריקנית מנגנון שינוי הנסיבות הוא פשוט יותר להערכה מכיוון שהקביעה הראשונית מתבססת על קווים מנחים וברורים. כל תביעה לשינוי נבחנת על פי קווים מנחים ראשוניים אלו. קווים מנחים אלו גובשו בעקבות דאגתו של הקונגרס מפגיעה אפשרית בזכויות הקטינים אם הללו לא יקבלו את סכום המזונות הראוי להם. קביעת מזונות נמוכים בין בני הזוג הניחה נטל כבד על גופי הסיוע האמריקניים שהיו אמורים להשלים פער זה לרווחת הילדים.³¹ ב-1984 החליט הקונגרס להתנות את מתן הסיוע למדינות השונות בקביעת כללים מנחים למזונות הילדים.³² ב-1988 הקונגרס הוסיף ודרש שהקווים המנחים הללו יקבלו מעמד של חזקה משפטית, וכל המבקש לסטות מהם חייב להציג הנמקה בכתב.³³ לאור דרישה זו הוגדרו קווים מנחים בכל מדינות ארצות הברית.³⁴ שיעור מזונות הילדים מחושב על פי נוסחה הקובעת כי הסכום יהיה אחוז מסוים מהכנסות ההורים. למרות זאת, ייתכן שמזונות הילדים יהיו שונים מהקווים המנחים בעקבות הסכמים בין ההורים.³⁵

²⁹ "It is the policy of this State to allow, by agreement of all parties, the arbitration of all issues arising from a marital separation or divorce, except for the divorce itself, while preserving a right of modification based on substantial change of circumstances related to alimony, child custody, and child support" N.C. GEN. STAT. §§ 50-41(a) (2013).

³⁰ Fernandez v. Fernandez, 222 P.3d 1031, 1034-1035 (Nev. 2010); לעומת זאת, בשיטת המשפט הישראלית רק במקרים קיצוניים מאוד, כשסכום המזונות היה למשל נמוך באופן יוצא מגדר הרגיל, קבע בית המשפט כי התניה בטלה. ראו: ע"א 4262/96 וואיה נ' וואיה, פ"ד נא(5) 231 (1997); אך לרוב בית המשפט אינו מבטל את התניה אלא מתערב בה ומשנה את תנאיה. פסק הדין המוביל בעניין זה הוא: ד"נ 4/82 קוט נ' קוט, פ"ד לח(3) 197 (1984) (להלן: הלכת קוט).

³¹ Gale M. Phelps & Jerald L. Miller, *the New Indiana Child Support Guidelines*, 22 Indiana L. Rev. 203, 204-205 (1989).

³² Child Support Enforcement Amendments of 1984 § 18 (codified as amended at 42 U.S.C. § 667).

³³ Family Support Act of 1988, Pub. L. No. 485-100, § 102, 103 Stat. 2343, 2346 (codified at 42 U.S.C. § 667).

³⁴ CONN. GEN. STAT. ANN. §§ 46b-215a to 215b (West 2009), GA. CODE ANN. § 19-6-15(c)(1) (West 2010 & Supp. 2012), LA. REV. STAT. ANN. § 9:315.1-19 (2012), MD. CODE ANN., FAM. LAW §§ 12-202, 204 (LexisNexis 2013), MISS. CODE ANN. § 43-19-101 (West Supp. 2013), NEB. REV. STAT. ANN. § 42-364.16 (LexisNexis 2011).

³⁵ בהקשר זה ראוי לציין את משרד המשפטים דוח הוועדה לבחינת נושא מזונות הילדים בישראל (2012) (להלן: ועדת שיפמן). הוועדה סברה כי חובת ההורים היא חובה אזרחית, ועל כן זכות הילד לתמיכה כלכלית אינה אמורה להיות קשורה לדיני המעמד האישי. הוועדה המליצה לבסס את מזונות הילדים על נוסחה כלכלית קבועה שתתבסס על הכנסות ההורים ועל משך הזמן

4. פרק שני: מוסד העילה הנמשכת וסטנדרט השינוי שבו – הדין הנורמטיבי

כאמור, מאמר זה בוחן מחדש את השימוש הראוי בסטנדרט שינוי הנסיבות ואת הפרקטיקה של דיון חוזר בעילות הנמשכות. הביקורת שתוצג בפרק זה נועדה לסלול את הדרך להבנייתו של מודל חדש ליישומו של מוסד העילה הנמשכת, והוא יוצע בפרק השלישי.

א. ההכבדה על סיומו של סכסוך הגירושים

הקביעות המסוגלות עילות מסוימות כעילות נמשכות ומאפשרות לשנותן עם כל שינוי נסיבות מהותי, הן יצירות הפסיקה ונקבעו לפני שנים רבות.³⁶ הללו ייסדו מוסד משפטי חריג בשיטת המשפט, אשר הפך למוכן מאליה כל כך עד שהן בפסיקה הן בספרות אין חושבים כלל לערער על קיומו. אם נצא קמעא מהיער הסבוך והאמוציונלי של דיני המשפחה ונביטה לעברו מבעד לערכי הפרוצדורה הדיונית, כגון עילות, ודאות, סופיות וצפיות,³⁷ תעלינה תמיהות ותהיות על שום מה ולמה מקבלת הפסיקה את מוסד העילה הנמשכת כגזרת הכתוב שאין לשנותה או שאין לתחום אותה בגבולות ברורים יותר. כיום, ההכרעות בסכסוכי הגירושים אינן סופיות ואינן

שהילד שוהה אצל כל הורה והורה. בס' 57 לדו"ח נאמר כי לדעת הוועדה, אימוץ נוסחה מחייבת, שממנה יהיה ניתן לסטות רק במקרים יוצאים מן הכלל, לקביעת התמיכה הכלכלית בילדים, להבדיל מקביעת "קווים מנחים" להערכת שיעור התמיכה הכלכלית, הוא פתרון נכון יותר, שכן הוא מבטיח עקיבות ויציבות, יוצר שקיפות מרבית, ומסייע לביטול התחושה שדמי המזונות משקפים לעתים הכרעה התלויה בשיקול דעתו האישי של כל שופט ושופט. כאמור, מדובר בקביעה בהליך הראשון ולא בתביעה לשינוי פסיקתו.

³⁶ עניין **וינטר**, לעיל ה"ש 7; עניין **הויזמן**, לעיל ה"ש 12; עניין **ג'ארה**, לעיל ה"ש 13; כן ראו בפסיקה האמריקנית: "It is well established that in divorce proceedings the court has the power to vary and modify its decree as to the custody of the minor children from time to time as circumstances change". Crater v. Crater, 67 P. 1049 (Cal. 1902); The Uniform Marriage and Divorce Act, 9A U.L.A. 147 (1987). אומץ סטנדרט נוקשה של שינוי מזונות הילדים. שינוי יורשה רק כאשר הנסיבות של הצדדים השתנו כל כך עד שהחלטה שניתנה אינה הגיונית עוד. ראו: UNIF. MARRIAGE & DIVORCE ACT § 316(a), 9A U.L.A. 102 (1998).

³⁷ "[F]rom the ex ante point of view, procedure has another role—to guide action after the formal legal proceedings have ended and the judgment has become final. This is the real work of procedure—to guide primary conduct after the judgment is rendered". Lawrence B. Solum, *Procedural Justice*, 78 S. CAL. L. REV. 181, 188 (2004); Stephen Goldstein, *The Influences of Constitutional Principles on Civil Procedure in Israel*, 17 ISRAEL. L. REV. 467, 481 (1982).

מאפשרות לבני הזוג לצאת לדרך חדשה. קשה לומר כי הסטנדרט של "שינוי נסיבות מהותי" משמש חסם של ממש, או למצער: סנן, המגביל תביעות עתידיות. גם אם במקרה נתון יביא סטנדרט זה בסופו של דבר לדחיית התביעה לשינוי, אין הוא מונע את הגשתה מלכתחילה ואין הוא מונע את ההתדיינות החוזרת, כפי שהיה מצופה ממנו שיעשה. בתי המשפט יכולים לווסת את התופעה באמצעות פסיקת הוצאות משפט בכל מקרה שבו התביעה לשינוי נדחית (ex-post). ייתכן שמכשיר ההוצאות אכן מווסת את הגשת התביעות מראש (ex-ante), אך הפרקטיקה מלמדת, ובפרט העיון בתביעות שנדחו, כי המצב עדיין טעון שיפור.³⁸ שנית, ההחלטה אם התרחש שינוי בנסיבות אם לאו, כמו גם ההחלטה המקורית בעניין קביעת המזונות, נתונה לשיקול דעת רחב של בית המשפט.³⁹ שלישי, מערכת המשפט, לרבות מערכת בתי המשפט לענייני משפחה, עמוסת תיקים ואין לה הפריבילגיה לנהל התדיינות חוזרת בשעה שתיקים אחרים טרם נדונו כלל.⁴⁰ התועלת של סיווג עילה כעילה נמשכת

³⁸ כמעט כל התביעות להפחתת מזונות נדחות – ראו באריכות להלן בה"ש 41 – ובכל זאת הן מוגשות חדשות לבקרים. מכאן שמכשיר ההוצאות אינו חוסם תביעות שלא היו צריכות להיות מוגשות.

³⁹ תמ"ש (משפחה נצ') 12126-12-12 נ.ק. נ' י.ק., בעמ' 2 (פורסם בנוב, 29.7.2014) (להלן: עניין נ.ק. נ' י.ק.): "אמנם נהוג לצטט את ההלכות, לפיהם חלקו של אב במדור 3 קטינים עומד על 40%–50%, אולם אין אחידות בפסקי-הדין המפרשים הלכות אלה וטוב שכן. פסיקת מזונות מסורה תמיד לשיקול הדעת השיפוטי של היושב בדין והיא תשתנה ותיקבע בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה כאשר 'המפתח' של השתתפות אב במדור כל אחד מילדיו ייגזר ממשנתנים נוספים 'לבר מדור', כגון הכנסה פנויה הנותרת בידו לאחר חיוב המזונות, עלות המדור וטיבו וכיו"ב". כך למשל בית המשפט בניו יורק קבע כי "החופש" המושג בהליך הגירושים הוא כשלעצמו שינוי בנסיבות. ראו: "As soon as the parent's marital freedom is adjudicated, the parent's 'circumstances' thereby *ipso facto* are changed by the new freedom itself. Having been safely separated, divorced or the marriage annulled, the parent for the first time is in a radically 'changed' position – to litigate freely, to strive vigorously for an equitable order of support without fear of refusal by the other parent to cooperate in the separation, divorce or annulment by consenting to appear, or by declining to controvert the proof. Here in the Family Court, the Judge is for the first time given both sides of the circumstances as contended for by the respective parents, and he can find the facts as they are rather than as a separation agreement and mute parents made them appear to another court" *Guillermo v. Guillermo*, 252 N.Y.S.2d 171, 181 (Fam. Ct. 1964).

⁴⁰ בארצות-הברית בתי המשפט מציינים בקביעות את חששם כי סכסוכי הגירושים מציפים את בתי המשפט: "Unfortunately, this is not a soap opera. Real people are involved; and, for the fourth time in less than seven years an appellate court of this State is called upon to resolve the post-marital financial disputes between these warring parties. Would only that [their daughter] have had the benefit of the fortune invested in this seemingly interminable litigation". *Rand v. Rand*, 392 A.2d 1149 (Md. Ct. Spec. App.

לעומת עלותו של הסיווג מוטלת אפוא בספק בייחוד כאשר מוסד העילה הנמשכת תלוי בסטנדרט המעורפל של שינוי הנסיבות. יתרה מזו, גם טובת הילד עלולה להיפגע מאפשרות זו, שכן לא אחת התביעות החוזרות הן להפחתת המזונות.⁴¹

(1978).

41 אנו פוגשים לא מעט תביעות להפחתת מזונות אף מהעת האחרונה. למשל: תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 11115-03-11 **פלוני נ' פלונית** (פורסם בנבו, 20.7.2014) שבו קבע בית המשפט כי יש להתחשב בבוטנציאל השתכרות ודחה תביעת אב להפחתת מזונות ילדיו אף שקטנה הכנסתו בפועל; תמ"ש (משפחה ב"ש) 2642/05 **ג. ג. נ' ג. ג.** (פורסם בנבו, 25.6.2009) שבו נדחתה תביעת אב להפחתת מזונות ילדיו מכיוון שלא הוכיח שינוי נסיבות מהותי; בעניין **א.ש.** לעיל ה"ש 27, נדחתה תביעת האב מכיוון שלא הוכיח שינוי נסיבות מהותי; תמ"ש (משפחה חי') 13807-01-09 **מ.ר. נ' י.ר.** (פורסם בנבו, 23.1.2013) שבו נדחתה התביעה אף שמשכורתו של האב קטנה בכארבעים אחוזים; תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 9062/04 **ו. ח. נ' א. ש.** (פורסם בנבו, 3.6.2012) שבו נדחתה תביעה אב להפחתת מזונות ילדיו למרות תאונת דרכים שעבר והבאת ילד חדש לעולם; תמ"ש (משפחה קר') 5324-03-09 **י. פ' נ' י. ב'.** (פורסם בנבו, 8.4.2010) שבו הוגשו תביעות הדדיות: האחת של האב להפחתה והאחת של האם להגדלה. תביעת האב נדחתה ותביעת האם נתקבלה חלקית; תמ"ש (משפחה ת"א) 31250-07 **פלונית נ' פלוני** (פורסם בנבו, 23.5.2012) ובו נדחתה טענת האב לשינוי נסיבות שיש בכוחו להפחית את חיוב מזונותיו לבנו הקטין, בשל אירועי האם. נפסק שהאב החורג או הארוס אינו חייב לזון את הילד של האב הביולוגי.

התביעות להגדלה נפוצות יותר. כמו כן, תביעות להגדלה נענות לעתים בחיוב ואילו תביעות להפחתה נדחות באופן די גורף. נתון זה עשוי להסביר מדוע תביעות להפחתה נפוצות פחות מתביעות להגדלה. מדוע תביעות להפחתה נדחות בדרך כלל? לדעתי אפשר להסביר את התופעה באמצעות הדיון שהתקיים בתמ"ש (משפחה ת"א) 12500/07 **ג.י. נ' ד.א.** (פורסם בנבו, 6.7.2009). בתקן זה הוגשה תובענה מטעם אבי קטין להקטנת מזונותיו. לטענת האב, אין ביכולתו עוד לעמוד בנטל המזונות, שכן נישא שנית, ומנגד ירדה משכורתו, והקטין כבר מעל גיל 7 ופחתו כל ההוצאות הכבדות בשל היותו פעוט. בית המשפט דחה את התביעה וקבע כי הפחתת המזונות תביא לידי מזונות הנופלים מתחת לסף הנדרש, ומתחת למזונות המינימום שנקבעו בפסיקה. ברוב רובם של המקרים הנדונים בפסיקה ניכר כי המזונות שנקבעו בפסק המקורי או בהסכם המקורי תואמים את מזונות הסף, שהפכו לקו המנחה למזונות. לאור זאת כל בקשה להפחתה תביא לירידה ממזונות הסף, ולכן התביעות הללו נדחות על פי רוב. כך גם אירע למשל בתמ"ש (משפחה י-ם) 11849-07-10 **ט. א. נ' מ. א.** (פורסם בנבו, 6.4.2011); לעומת זאת, תביעות להגדלה אינן פוגעות במינימום. אדרבה, תביעות אלו מתיישבות יותר עם המונח "מינימום" (בשונה למשל מהמונח מזונות "סבירים" או המונח מזונות "מומצעים") והן באות למעשה לומר כי במקרה הספציפי הנוכחי אין להסתפק במינימום אלא יש לפסוק מזונות גבוהים יותר. קל וחומר שתתקבלנה תביעות להגדלה אם הסכום שהוסכם בין ההורים היה פחות מרף המינימום שנקבע בפסיקה. לדוגמה, ראו: תמ"ש (משפחה ת"א) 45124-02-12 **א.ז. נ' ג.ס.** (פורסם בנבו, 29.5.2013); אם כי מנגד ראו את פסיקתו של השופט שקד בתמ"ש (משפחה ת"א) 32604-04-13 **ד' (קטין) נ' פלוני** (פורסם בנבו, 26.2.2014). אפשר גם לומר כי ההנחה הסמויה (או הגלויה) היא שהסכמי הגירושים מטילים חובת מזונות נמוכה מדי (כחלק מעמדתה הנחותה של האישה בסכסוכים אלו), ולפיכך נתונה הסכמה (לכל הפחות אפירורית) להגדיל את המזונות. זאת ועוד, תביעה להפחתת מזונות אינה נדונה כתביעה חדשה של הקטין למזונותיו,

השימוש בסטנדרטים מעורפלים אינו ייחודי לדיני המשפחה. הוא מאפיין את השינוי באופי המשפט הישראלי משנות השמונים.⁴² המגמה הכללית בשיטת המשפט הישראלית בעשורים האחרונים שמה פניה אל עבר התכלית והמהות תוך דחיקת הפרוצדורה והפורמליזם.⁴³ סטנדרט מעורפל עשוי לסייע לשופט שתחושות הצדק שלו מכוונות להחלטה אחרת מההחלטה שתתקבל אם ידבק בדרישות צורניות פורמליסטיות. הסטנדרט המעורפל מרשה, ברוח התקופה, לקבוע את התוצאה הרצויה מבחינה מהותית. נראה לי כי אי-אפשר לנתק את הסוגיה גם מתהליך נוסף שעובר על המשפט הישראלי והנוגע לגישה הדיונית הראויה. בשיטה הישראלית, הגישה הפרוצדורלית המסורתית היא הגישה האדוורסרית. שיטה זו נשאבת מהשיטה האנגלית-אמריקנית.⁴⁴ הגישה מבוססת על כללים ברורים ואחידים שתכלית בריאתם היא לכבול את התערבותו של בית המשפט.⁴⁵ הגישה האדוורסרית גורסת כי יש

אלא יש להוכיח שינוי נסיבות מהותי בין שני מועדים – מועד עריכת ההסכם ומועד הגשת התובענה. ראו בעניין זה: ע"א 381/86 אבין נ' אבין (פורסם בנבו, 31.12.1986); עניין קטן, לעיל ה"ש 5. קביעה זו מחלישה את התביעה להפחתה מכיוון שתמיד היא מעמידה אותה בקטגוריה של שינוי נסיבות, הקשה יותר להצלחה בגלל נטליה הכבדים. לעומתה, הקטגוריה של תביעות העצמאית של הקטין, אין בה כמעט נטל על הקטין. גורם שלישי המביא לדחיית התביעות להפחתה הוא הקביעה שפסיקת מזונות שהאב חייב לילדיו אינה מבוססת רק על כושר השתכרותו הממשי אלא גם על כושר השתכרותו הפוטנציאלי: יכולתו למצות את כישוריו ולהגדיל את הכנסותיו, ולא רק הכנסותיו מעבודה אלא גם ממקורות אחרים, כולל רכושו. ראו: ע"א 239/85 עמיצור נ' עמיצור, מ(1) 147 (1986).

מנגד, במקרים אחדים מתקבלות תביעות להפחתה, אך אלה בעיקר מקרים שבהם העילה היא שינוי המשמורת. כך למשל בתמ"ש (משפחה ת"א) 12-12-59153 א.ק. נ' ת.ק. (פורסם בנבו, 10.08.2014), התקבלה התביעה מכיוון שנרשם במפורש בהסכם כי אם המשמורת תעבור לידי האב, אזי יש להקטין את סכום המזונות. התביעה התנהלה בנוגע לילד השני שבעניינו לא נקבעה תניה כזאת. כן יפים דברי השופט בעניין פלונית: "נמצא, אפוא, כי לא יכול להיות חולק, כי לחלוקת זמני השהות של הילד בין הוריו ישנה השפעה על אופן הנשיאה בין הוריו". תמ"ש (משפחה ת"א) 13-11-1745 פלונית נ' פלוני, פס' 26 לפסק הדין (פורסם בנבו, 17.8.2014).

⁴² "שלעצמי, נראה לי, כי ראוי לשקול את הנושא מחדש הן לאור ההתפתחויות במשפט, שעבר כברת דרך מפורמליזם למהות", ע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב, נג(4) 199, 226 (1999).

⁴³ מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז(3) 503 (1993) (להלן: מאוטנר "ירידת הפורמליזם"); מיגל דויטש "תום-לב בשימוש בזכויות – 'קווים אדומים' לתחולת העקרון?" עיוני משפט יח(1) 261 (1994); עמרי ידלין "תום-הלב במשפט העבודה בישראל: מן הכלל אל הפרט" עיוני משפט כב(3) 867 (1999).

⁴⁴ פנחס גולדשטיין "זכויות דיוניות' של בעלי הדין ו'ברירת סדר הדין האזרחי'" הפרקליט לב(א) 189 (1978); כן ראו למשל: John H. Langbein, *The German Advantage in Civil* (1985) 52 U.CHI. L. REV. 823; John C. Reitz, *Why We Probably Cannot: Procedure*; ולעומתו: Adopt the German Advantage in Civil Procedure, 75 IOWA L. REV. 987 (1990).

⁴⁵ Solum; Judith Resnik, *Tiers*, 57 S. CAL L. REV. 837, 858 (1984); לעיל ה"ש 37, בעמ' 189-188.

להפקיד את ניהול ההליך בידי הצדדים. לעומתה, הגישה האינקוויזיטורית, המאפיינת שיטות משפט קונטיננטליות, גורסת כי יש להפקיד את ניהול ההליך בידי בית המשפט. משנות התשעים ואילך, בין היתר בהשפעת המהפכה החוקתית, מתחולל בשיטה הישראלית כרסום ביסודות האדוורסריים הקלאסיים תוך אימוץ יסודות בעלי אופי אינקוויזיטורי.⁴⁶ כרסום זה מתבטא בין היתר בהחלה הולכת וגוברת של עקרון תום הלב בדין הפרוצדורלי ובדין המהותי. גישה זו מאפשרת יתר התערבות מצד בית המשפט ומעניקה לו מתחם שיקול דעת רחב יותר. דומני כי הכרסום הנ"ל ביסודות האדוורסריים וחיזוק היסודות האינקוויזיטוריים, בשיטה בכלל ובדיני המשפחה בפרט, העניקו יתר כוח לכתי המשפט לעצב את ההכרעות המשפטיות ושלא להיות כבולים לכללים מוגדרים. הסטנדרט המעורפל ויישומו מתיישב אפוא עם שני תהליכים מרכזיים אלו שעברו ועוברים על המשפט הישראלי, וניזון מהם.

מנגד, אינטרס מובהק של כל שיטה משפטית הוא כי צדדים לסכסוך יגיעו לפתורנו ולסיומו מתוך הסכמה, על אחת כמה וכמה בסכסוך בדיני המשפחה, המשפיע על צדדים שלישיים החשופים ורגישים לפגיעה, הלוא הם ילדי בני הזוג.⁴⁷ כפועל יוצא מכך השיטה המשפטית אמורה לשמור מכל משמר כי הסכמים שנחתמו בין צדדים לסכסוך יישמרו במתכונתם, לא ייפרמו, לא ישונו בעתיד, וכי לא יהיה ניתן לבטלם אלא במקרים קיצוניים.⁴⁸ אם לא כן, נימצא מרפים את ידיהם של צדדים לסכסוך לסיימו בהסכמה, ומזיקים אותם לפנות לדרך הארוכה של ההכרעה השיפוטית. אינטרס זה מלווה ומדריך את הפסיקה גם בדיני המשפחה. הסכם גירושיים הוא בדרך כלל בגדר הסדר כולל של פרטים רבים שבמחלוקת המלווים במאפיינים אמוציונליים לא פשוטים כמו רגשות אשמה, נקמה, נטישה והפניית עורף, תסכול ופחד מהלא נודע. ההסכם נועד ליישב "רעידת אדמה" בחייהם של בני הזוג. יש לנסות להקנות לו יציבות ואמינות כדי לטפח הסדרים מוסכמים ביניהם, שאם לא כן, לא יהיה ערך להסכם הגירושיים וכל הסכם יהיה רק בגדר שלב ביניים עד לפנייה חוזרת לבית המשפט שתביא לפתיחה של פצע שטרם הגליד.⁴⁹

⁴⁶ סטיבן גולדשטיין "ארבעים שנה לסדר-הדין האזרחי" **משפטים** יט (4) 663 (1990).

⁴⁷ A.J. Cherlin, FF Furstenberg Jr, L Chase-Lansdale, KE Kiernan, PK Robins, DR Morrison, JO Teitler, *Longitudinal Studies of Effects of Divorce on Children in Great Britain and the United States*, 252 Sci. 1386, 1386 (1991); Sara McLanahan & Gary Sandefur, *GROWING UP WITH A SINGLE PARENT: WHAT HURTS, WHAT HELPS* (1994).

⁴⁸ ע"א 5490/92 פגס נ' פגס, תק-על (3) 94 (1994); ע"א 226/87 זועבי נ' ניקולא, פ"ד מג (1) 714 (1989); רע"א 4976/00 בית הפסנתר נ' מור, פ"ד נו (1) 577 (2002).

⁴⁹ ע"א 4515/92 שטיין קומרוב נ' שטיין (פורסם בנבו, 13.6.1994).

ב. תניות השיפוי

הכבדה על סיום הסכסוך בהסכמה עלולה לנבוע מהיבט נוסף בשיטה הנוכחית והוא תניות השיפוי והדרישה לערבים בהסכמי הגירושים, שהן נגזרת של מוסד העילה הנמשכת. אסביר: אם בכל זאת יחליטו בני הזוג לחתום על הסכם, הרי יעשו הם כל שיש לאל ידם להתגבר על אפשרות השינוי העתידי. בן זוג החושש מתיבעה עתידית בשל שינוי נסיבות יתעקש לקבוע מנגנוני הגנה באמצעות תניות השיפוי. תניית שיפוי לרוב לובשת את הצורה הזאת: האב משלם המזונות מתנה עם האם בהסכם הגירושים כי אם היא תגיש בעתיד תביעה להגדלת מזונות הילד, ובגללה הוא יחויב להוסיף על המזונות שנקבעו בהסכם הגירושים, תשפה אותו האם ותשלם לו את התוספת שבה הוא חויב בבית המשפט.⁵⁰ בהיעדר חסם או מסנן בר משמעות, תביעה להתדיינות חוזרת בעילות אלו היא שכיחה ותדירה. מצב זה מגדיל את הצורך בתניות שיפוי. הפסיקה ראתה תניות שיפוי מסוימות בעין לא אוהדת, ובהלכות מספר התערבה בחופש החוזי, ביטלה אותן והותירה צד לחוזה חשוף לפגעי שינוי הנסיבות בלי יכולת להגן על ענייניו כראוי.⁵¹

הדבר הביא לדרישה, בעיקר מצד הבעל, שערבים יערבו למימוש תניות השיפוי. לרוב, הערבים הם בני משפחה ויש בכך כדי למנוע את בן הזוג, או למצער לעכבו, מלפתוח בהליך עתידי מחשש שמא ימצאו בני משפחתו חבים בחוב החדש שנקבע כעת. הדבר גם מקשה לגייס ערבים. הלכה מרכזית בהקשר זה היא הלכת **קוט**.⁵² בעניין זה סוכם בהסכם הגירושים בין בני הזוג כי החזקת הילד תימסר לאם כולל הזכויות בדירה וכי האב יישא במזונות הילד בסכום של 50 ל"י. ההסכם כלל תניית שיפוי שלפיה אם ייתבע האב להגדיל את מזונות הילד, שכאמור אין אפשרות למנוע תביעה זו בשום דרך, תשפה האם את האב ותשלם כל סכום שיידרש לשלם מעל לסכום של 50 ל"י. חברתה של האישה חתמה כערבה על מסמך זה. כעבור זמן הגיש הקטין בן השמונה תביעה, באמצעות אמו, להגדלת מזונותיו. האב שלח הודעת צד שלישי לאם ולערבה, ולפיה אם יחויב בדמי מזונות גבוהים יותר, הן תשפינה אותו בסכום ההעלאה. בית המשפט המחוזי לא ביטל את תניית השיפוי אך קבע כי האם תשלם רק כאשר תעשיר וכך גם הערבה. האב ערער, הפסיד, והגיש בקשה לדיון נוסף. בית המשפט העליון בדיון הנוסף שינה את החלטת בית המשפט המחוזי ואת החלטת בית המשפט העליון בערעור וקבע כי אכן חיובה של האם בשיפוי האב יידחה עד

⁵⁰ ע"א 210/82 גלבר נ' גלבר, פ"ד לח(2) 14 (1984); ע"א 806/86 מילנר נ' מילנר, פ"ד מב(3) 414 (1988).

⁵¹ ע"א 4262/96 וואיה נ' וואיה, פ"ד נא(5) 231 (1997), שבו בוטלו הן תניית השיפוי הן תניית הערבות מטעמים של תקנת הציבור.

⁵² הלכת **קוט**, לעיל ה"ש 30.

שתעשיר, אך חיוביה של הערבה יחול לאלתר. בית המשפט, מפי הנשיא ברק, קבע כי ההבחנה ביניהם מוצדקת מכיוון שאלו הן ציפיות הצדדים, ועל הערב לתניית שיפוי להביא בחשבון שהוא יידרש לשאת בחיוב עוד לפני האם, החייבת העיקרית. לא זו אף זו, הערב אינו רשאי לחזור אל האם לאחר שנשא בחובה מכיוון שגם חיובה כלפיו נדחה עד שתעשיר. לדעת ברק, הערב מקבל עליו סיכון זה, שכן לרוב הוא ייד קרוב או בן משפחה. בסופו של דבר נקבע אפוא כי הבעל ייפרע מהערבה. ברק הוסיף כי קביעה אחרת תביא לידי כך שבני זוג לא יחתמו על הסכמים. החלטה זו מותירה למעשה את הערב חשוף בצריח: מחד גיסא האב רשאי להיפרע ממנו מיד, מאידך גיסא אין הוא רשאי להיפרע מהאם. על הלכת קוט יש להוסיף את הלכת לוי שקבעה כי הדין החל על תניות השיפוי הוא הדין האזרחי, הואיל ומדובר בשאלה חוזית ולא בעניין מענייני המעמד האישי. לפיכך דיון עתידי בהפעלתה צריך להתקיים בבית המשפט האזרחי ולא בבית הדין הרבני.⁵³

מציאות זו של אפשרות להתדיינות חוזרת, ניסיון להגבילה באמצעות תניות שיפוי, וניסיון להבטיחן במנגנון ערבות, יצרה אפוא מעגל קסמים המעכב השגת הסכם בין בני הזוג. ככל שהשיטה מקלה יותר את פתיחת ההליך בסיבוב השני, כך היא מקשה יותר את השגת סיום הסכסוך בהסכם בסיבוב הראשון. לא הוכח כי אינטרס התאמת פסק הדין לנסיבות המשתנות, למקרה שישתנו הצרכים בעתיד (הסיבוב השני), אכן גובר על אינטרס סיום הסכסוך בהסכמה ובמהירות (הסיבוב הראשון). כמוכן, בד בבד צריך גם להביא בחשבון, ולא לחינם כל הפרשות שצוינו בסעיף זה מציגות אותו תרחיש, מקרה שבו ויתרה האם על סכום מזונות ילדים ראוי תמורת קבלת הגט. כלומר יש מקום לכבד את ההכרעה או ההסכמה בהליך הראשון רק אם היא מאוזנת.⁵⁴ בפרק השלישי להלן, שבו אציע את המודל הראוי, אדון גם בעניין זה.

מוסד העילה הנמשכת במתכונתו הנוכחית מחבל ברציונלים של עקרון מעשה בית דין. המגמה הכללית של הפסיקה, המשתקפת ברעיון מעשה בית דין, גורסת כי יש ליתן הגנה לבעל דין שלא יהא מוטred שוב ושוב בגין אותה עילה לאחר שהוכרעה.⁵⁵ יש לאפשר לכל אחד מבעלי הדין לילך לדרכו ולכלכל צעדיו בבטחה ובוודאות, לפי מפת דרכים בעלת גבולות ברורים, ובלי לחשוש שמא "ייקרא" על ידי יריבו פעם נוספת לבית המשפט.⁵⁶ יתר על כן, בשימורו של קשר כלכלי בין בני הזוג

⁵³ בג"ץ 6103/93 לוי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(4) 591 (1994).

⁵⁴ רות הלפרין קדרי "מזונות אישה: מתפיסה של שונות לתפיסה של (אי) שוויון" משפט וממשל ז 767 (2004).

⁵⁵ לעיל ה"ש 4.

⁵⁶ ניתן להביא דוגמה מן הפסיקה הקנדית: "While some issues, like custody and access, have an inherent fluidity that tracks a child's evolutionary needs, and while support may vary if a material change in circumstance occurs, property matters can usually be ascertained with

עלול להיפגע האינטרס הציבורי שבני הזוג ישתקמו לאחר הפרידה. לאב החייב במזונות ילדיו והחב במזונות בן זוגו, לא תהא מוטיבציה להשתקם ולהגדיל הכנסותיו מחשש שמא בכך יחשוף עצמו לתביעה להגדלת שיעור המזונות בעילת שינוי הנסיבות.⁵⁷ נקל לשער כי לאם, המשמורנית על פי רוב, לא תהא כל מוטיבציה להשתקם ולהגדיל הכנסותיה לאחר הגירושים, שהרי בכך תחשוף עצמה לתביעה להקטנת מזונות הילדים, או לתביעה להקטנת מזונותיה.⁵⁸ אכן, בתי משפט הביעו חשש שמא אפשרות השינוי של מזונות הילדים עלולה להביא לאבטלה יזומה.⁵⁹ סיווג העילות כנמשכות פוגע אפוא באינטרס הציבורי שתשוקם המשפחה בשני תאיה החדשים, ומעודד את בני הזוג לשעבר שלא להשתקם ואולי אף להרע את מצבם.⁶⁰

sufficient clarity to permit the parties to exit from a marriage with an economic map delineating clearly marked boundaries. No matter the issue, subject always to the transcendent duty of fairness, the goal is to create enough certainty that each spouse can make personal and financial decisions about the future based on legitimate and enforceable expectations". *Stein v. Stein*, [2008] 2 S.C.R. 263, para. 35 (Can.)

57 כן למשל בעניין **פלוני טען** האב כי משכורתו פחתה ולכן יש להפחית את המזונות. בית המשפט לא דחה טענה זו באופן עקרוני אלא כפסק כן: "גם אם לא אקבל את טענת הנתבעת, לפיה התובע הפחית את השתכרותו במכוון מאז הוגשה התביעה – עדיין לא מצאתי כי התובע הרים את הנטל להוכחת שינוי נסיבות לרעה. לא ניתן להתעלם מבחינת פוטנציאל ההשתכרות, וכן הרכוש אשר בבעלות האב; ע"א 239/85 **עמיצור נ' עמיצור**, פ"ד מ(1) 147 (1986); ע"א 130/83 **פרייס נ' פרייס**, פ"ד לח(1) 721 (1984): "לא מצאתי כי יש מניעה לתובע למצוא עבודה קבועה בה ישתכר, לכל הפחות, שכר ממוצע במשק, בהתאם לפוטנציאל השתכרותו המוכח"; תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 11115-03-11 **פלוני נ' פלונית**, פס' 56 לפסק הדין (פורסם בנבו, 20.7.2014). כך גם בעניין אחר: "ואולם, התובעת הצליחה גם הצליחה להסב תשומת לב לשאלה אליה לא התייחס הנתבע לאמור, מדוע אין הוא ממצה פוטנציאל השתכרותו או במילים אחרות יוצא לעבודה". תמ"ש (משפחה ת"א) 45124-02-12 **א.ז. נ' ג.ג.**, פס' 54 לפסק הדין (פורסם בנבו, 29.5.2013).

58 כן למשל פסק בית המשפט ש"פסיקת מזונות במקרה של פירוד רב שנים, מנציחה מציאות בה אף מקבלת המזונות אינה יכולה לשקם חייה – היא אינה יכולה לצאת לעבוד (שאו ינוכו מעשי ידיה)". תמ"ש (משפחה קר') 3632/01 **פלוני נ' פלונית**, פס' 18 לפסק הדין (פורסם בנבו, 17.9.2009). כמו כן, מוגשות תביעות שבהן האב מבקש להפחית ממזונותיו עקב הגידול בהכנסות האישה. ראו למשל: עניין **א.ש.**, לעיל ה"ש 27; עניין **פלוני**, לעיל ה"ש 6.

59 תמ"ש (משפחה נצ') 17732-07-12 **י.א. נ' ח.ק.א.** (פורסם בנבו, 6.1.2013); *Rozsko v. Rozsko*, 705 P.2d 951, 954 (Ariz. Ct. App. 1985); *In re Marriage of Powell*, 474 N.W.2d 531, 534 (Iowa Sup 1991).

60 מאבק על הצגת הכנסות הולכות וקטנות מצד שני בני הזוג, ראו למשל בתוך: תמ"ש (משפחה כ"ס) 28050/04 **א.ג. נ' א.מ.** (פורסם בנבו, 20.3.2006).

ג. צמצומו של סטנדרט שינוי הנסיבות – המשפט האמריקני

מלבד המבט הכולל במוסד העילה הנמשכת, יש לבחון פרטנית את מנגנון השינוי המאפשר התדיינות חוזרת. שיטת המשפט האמריקנית מתמודדת במדינות השונות עם השאלה מהו שינוי נסיבות המצדיק את שינויו של הצו הקודם.⁶¹ שיקול דעת רחב מסור לבתי המשפט בערכאות הנמוכות בעניין זה.⁶² החלטותיהם לא תיהפכנה בקלות על ידי ערכאות הערעור.⁶³ שיקול דעת רחב זה הביא לידי יישום לא אחיד של כלל שינוי הנסיבות,⁶⁴ וגרר אי-אחידות נורמטיבית.⁶⁵ במדינות מסוימות הרחיקה לכת הפסיקה וקבעה כי כלל שינוי הנסיבות אינו כלל "נוקשה" וניתן לשנות החלטות קודמות אף בהתעלם ממנו.⁶⁶ מיותר לציין עד כמה חשובה הבהירות הפסיקיתית

Steven Pradell, *Family Law: Changes to Custody Orders*, 32 ALASKA BAR RAG 21 (2008).⁶¹

"The determination of whether any change in circumstances is significant is fact-specific, and wide discretion is vested in the trial court" Ada Orakwusi, *Child Custody, Visitation and Termination of Parental Rights*, 8 GEO. J. GENDER & L. 619, 632–633 & n.70–83 (2007).⁶²

"The trial court has broad discretion to determine whether a change of circumstances has occurred [...] [Its] decision will not be reversed absent a clear abuse of discretion". Pridgeon v. Superior Court of the State of Arizona, 655 P.2d 1, 3 (Ariz. 1982); "We set aside judgments [of modifications] only when they are clearly erroneous, and will not substitute our own judgment if any evidence or legitimate inferences support the trial court's judgment". Kirk v. Kirk, 770 N.E.2d 304, 307 (Ind. 2002).⁶³

Scott Bassett, *Changing Circumstances, Changing Agreements: Standards for Modification Are Uniform, but How the Courts Apply Them Varies*, 8 FAM. ADVOC. 29, 29–30 (no. 2, 1986).⁶⁴

"The changed-circumstance rule is a judicially created doctrine rooted in the concept of res judicata. The intent of the rule is to supplement the statutorily mandated 'best interest of the child' standard by recognizing the child's right to stability and continuity in his or her living arrangements. In the application of the rule, however, what is or is not a change of circumstances has been inconsistently defined, ill-defined, and most often not defined at all" Richard Montes et al., *The Changed-Circumstance Rule and the Best Interest of the Child*, L.A. LAW. 12, 12 (Dec. 2001).⁶⁵

Goto v. Goto, 338 P.2d 450, 453 (Cal. 1959); "Despite its apparent rationality, the changed circumstances standard has been rejected by some courts and legislatures on the ground that the interests of the children for outweigh the policies behind the res judicata doctrine, and that therefore a pure best interests standard is preferable. Criticism of the traditional standard has also come from the opposite pole, with the assertion that there is no inconsistency between res judicata policies and an individual child's best interests; children are more likely to fare best when left with their current
⁶⁶

בעניינים העוסקים בבני זוג ובילדים הנתונים במשבר הפרידה. השימוש בסטנדרט מעורפל של "שינוי נסיבות מהותי" ללא קווים מנחים מעצים את הקושי. לפיכך כמה שיטות שלא רוו נחת מסטנדרט זה מצאו דרכים שונות לסייגו ולצמצמו, או לבטל כליל את האפשרות להתדיינות חוזרת.

אחת המגמות היא להקשות את פתיחת ההליך בשל שינוי נסיבות, הגם כשמדובר בשינוי נסיבות מהותי.⁶⁷ כך למשל, שיטת המשפט באוהיו קובעת כי ערכאה שיפוטית אינה מוסמכת לשנות את שיעור מזונות האישה או את משכו אם ההסכם שנכרת בין הצדדים לא הסמיכה במפורש לכך. כמו כן, אין ערכאה רשאית לשנות צו של ערכאה שיפוטית, אם לא הוסמכה מפורשות על ידי הצו.⁶⁸ כך גם שיטות משפט אחדות קובעות כי נסיבות מסוימות שנדונו ונצפו עוד במהלך ההסכמה הראשונית או ההחלטה הראשונית, לא ישמשו בסיס לפתיחת הליך בגין שינוי נסיבות.⁶⁹ בית המשפט בטקסס הקשה אף הוא את פתיחת הליך כאשר זו מבוססת על שינוי במשכורת או שינוי במצב הכלכלי של בני הזוג.⁷⁰ כמו כן קבע בית משפט נוסף בטקסס כי הסכם המזונות בין האישה לבעל שהיה כרוך בפסק דינו של בית המשפט ואושר על ידיו, הפך לחלק מפסק הדין, ויש לפרשו לפי הכללים של דיני החוזים. כלומר בהיעדר הסכמה בין הצדדים, תנאי ההסכם לא ישתנו אלא במקרים של מרמה

Wexler, custodian", לעיל ה"ש 5, בעמ' 779.

⁶⁷ "In my view, having regard for the wording of s. 17(4) of the Act, the preliminary threshold test ensures that child support orders will not be re-assessed by courts anytime a change, however minimal, occurs in the circumstances of the parties or their children. This approach recognizes the value in some degree of certainty and stability between the parties. Parties must be encouraged to settle their difficulties without coming before the courts on each and every occasion", Willick v. Willick, [1994] 3 S.C.R. 670. (להלן: עניין Willick).

⁶⁸ OHIO REV. CODE ANN. § 3105.18(E) (LexisNexis Supp. 2013).
⁶⁹ Michel v. Michel, 67 O.R. 2d 60, para. 10 (Can. Ont. Sup. Ct. 1988); Gaudet v. Gaudet, 70 Nfld. & P.E.I.R. 107, para. 9, 11 (Can. P.E.I. Sup. Ct. 1988); "Modification of spousal support was not warranted where the changed circumstances, the husband's retirement and health problems and the wife's increase in income, were contemplated or foreseeable at the time of the stipulation and decree regarding support". Wheeler v. Wheeler, 548 N.W.2d 27, 31 (N.D. Sup. Ct. 1996); Holley v. Holley, 864 S.W.2d 703, 706-707 (Tex. App. 1993). "The fact that a change in circumstances was foreseeable is not fatal to a petition to modify a decree of divorce". Manners v. Manners, 706 P.2d 671, 675 (Wyo. 1985).

⁷⁰ "Small changes in a parent's net resources and assertions of change without proof will not support a child support modification". Payne v. Dial, 831 S.W.2d 457, 459 (Tex. App. 1992); Warren v. Warren, No. 13-05-00429-CV, Tex. App. LEXIS 1859 (2008).

או טעות הדדית בעובדות.⁷¹

סעיף זה מצביע על מגמה בעולם של חוסר נחת ממוסד העילה הנמשכת. החשש הוא, כפי שהוסבר לעיל, שהסכמים הנפתחים שוב ושוב מביאים לידי חוסר ודאות וחוסר יציבות בחייהם של הילדים ופוגעים בערך סופיות הדין.⁷² חוסר נחת זה עומד ביסוד המאמר הנוכחי. בשיטה הישראלית אמנם נשמע חוסר נחת זה, אך בקול ענות חלושה.⁷³ ייתכן שהוא אינו תקיף מחמת המצב המשפטי בישראל, שבו נישואים וגירושים בישראל מטופלים לפי הדין הדתי ונתונים בכפל סמכויות, והסכמי הגירושים לא אחת אינם מאוזנים. לפיכך מנגנון שינוי נסיבות בעתיד נועד לאזן הסכם שאינו מאוזן, ויוצא הפסדה של השיטה בשכרה. במילים אחרות, אי-הנחת של בית המשפט העליון מכך שהסיבוב הראשון של התדיינות הגירושים כפוף לדין הדתי, גדול ורב מאי-הנחת בפתיחה של ההליך מחדש. בית המשפט העליון מוכן להכיל את חסרונותיו ופגמיו של מוסד העילה הנמשכת ובלבד שהוא יתקן את תוצאות הסיבוב הראשון של הליכי הגירושים. איני מתנגד עקרונית לכך, אך לטעמי אפשר להציע מודל חדש שיאזן בין חוסר הנחת מכך ומכך.

5. פרק שלישי: סטנדרט שינוי הנסיבות – מודל חדש

א. ההכרח במנגנון לשינוי ואופיו הראוי של המנגנון

המודל שאציע ימצע בין הדין הפוזיטיבי שהוצג בפרקו הראשון של המאמר לבין הדין הנורמטיבי שהוצג בפרקו השני של המאמר. בטרם אציג את המודל אומר כי ביטול מוסד העילה הנמשכת אמנם ישמור על הוודאות ועל סופיות הדין, על תמריץ

⁷¹ Schwartz v. Schwartz, 247 S.W.3d 804, 806 (Tex. App. 2008). יש מדינות שאפשרו לבני הזוג להסכים שהסכם המזונות שלהם לא יהיה נתון לשינוי עתידי. ראו למשל: INN. STAT. § 518.552, (5) (2006).

⁷² Wexler, לעיל ה"ש 5; Willick, לעיל ה"ש 67.

⁷³ בית המשפט קבע כי הולדת ילדים נוספים ותשלום מזונות להם הם בגדר עובדה שניתן לצפותה, ולכן אין באלה כדי לשנות את ההכרעה הקודמת. ראו: תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 9062/04 ח נ' א. ש (פורסם בנבו, 3.6.2012); ע"א 145/87 בירנבוים נ' בירנבוים (פורסם בנבו, 31.12.1987). כמו כן לעתים שופטים מצמצמים את האפשרות לפתיחת הליך מכוח שינוי נסיבות מהותי באמצעות עקרון תום הלב. ראו למשל: ע"א 442/83 קס נ' קס, פ"ד לח(1) 767 (1984); תמ"ש (משפחה חי') 12000/03 ו.מ נ' ש.ר (פורסם בנבו, 19.9.2004); תמ"ש (משפחה ת"א) 107782/00 ח.א נ' מ.ח. (פורסם בנבו, 17.5.2006); תמ"ש (משפחה קר') 13970/05 ר.ל. נ' ר.ד. (פורסם בנבו, 29.8.2006); תמ"ש (משפחה קר') 13724/04 פ.א. נ' א.א. (פורסם בנבו, 1.4.2007); להרחבה בעניין זה ראו מאמרי, יצחק כהן "עקרון תום הלב בסדרי הדין בדיני המשפחה" משפטים מג(1) 293, 322 (2012). כפי שציינתי שם, קשה לפתור את בעיית הערפול שבסטנדרט שינוי הנסיבות, בעזרת סטנדרט מעורפל אחר של תום הלב.

השיקום מצד החייב במזונות ומצד מקבלם, ועל המוטיבציה לסיים את סכסוך הגירושים בהסכם, ואף ימנע את הצורך בתניות שיפוי ובערבים להן, אולם יש להתחשב בתרחישים אפשריים לא מעטים. ראשית, מנגנון שאינו מאפשר את הגדלת שיעור מזונותיו של ילד שהתפתחו אצלו צרכים הכרחיים, חינוכיים או רפואיים, מטיל את כל הנטל האמור על ההורה המשמורן ואין הדבר ראוי. שנית, אין הצדקה שהחייב במזונות ימשיך לשאת באותה רמת תשלום גם אם פוטר מעבודתו, חלה או ספג פגיעה בכושר השתכרותו. שלישית, ראוי להגדיל את סכום המזונות כאשר מקבל המזונות פוטר מעבודתו או נפגע בכושר השתכרותו.⁷⁴ על אלו אפשר להוסיף תרחישים רבים מספור המצדיקים את השינוי בצו המשמורת, צו מזונות הילד או צו מזונות האישה. המטרה של תשלומי המזונות היא לענות על צורכי הילד וצורכי בן הזוג בהתמודדותם עם מציאות חדשה הנוצרת בעקבות גירושים, שבה בית אחד פוצל לשני בתים. מנגנון המאפשר שינוי והתאמה של צווי משמורת, מזונות הילד ומזונות בן הזוג הוא אפוא הוגן, הכרחי ובלתי נמנע.⁷⁵

מנגנון המאפשר שינוי במזונות הילדים הוא הכרחי גם, ויש שיאמרו בעיקר, בגלל האופי המיוחד של דיני המשפחה בישראל. כאמור, הגירושים בישראל נדונים על פי הדין האישי, ולפיכך תלויים ברצונם ובהסכמתם של בני הזוג. בלעדי רצונם המלא, ובעיקר בלא רצונו של הבעל, אי-אפשר לסיים את הליך הגירושים.⁷⁶ ערכאה

⁷⁴ כמובן, בהנחה שיש מזונות בין בני הזוג. הדין הישראלי מאמץ את הדין האישי, כאמור בס' 2 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959, ס"ח 72. לפיכך עם מתן הגט, פוסקת חובת המזונות ותביעה לשינוי אינה רלוונטית אף אם יוכח כי אכן האישה זקוקה לתקופת שיקום זו או אחרת. אם כי לעתים אנו מוצאים בדין הדתי מזונות אישה גם לאחר הגירושים. ראו ע"מ (ת"א) 17/97 מלאך נ' מלאך, פס"מ לב(2) 90, פס' 33 לפסק הדין (1998) (להלן: עניין מלאך): "אפשר לסכם ולומר כי המקור המשפטי למזונות גרושה בדין העברי הוא בדרך כלל (למעט חריגים לגבי אשה גרושה שכתובתה לא שולמה), התחייבות הבעל לשלם לאשתו מזונות בעת שהשניים עדיין נשואים על מנת שיפרעו לאחר הגירושין, ובתי הדין מאשרים התחייבויות כאלה ונותנים להן תוקף של פסקי דין תוך מטרה ברורה ומוצהרת שיגבו כדרך שגובים מזונות לאשה". וכאמור לאחרונה נקבעה הלכה בבית המשפט העליון ולפי יש מקום למזונות אזרחיים גם לאחר גירושים כדת משה וישראל. ראו: עניין פלונית, לעיל ה"ש 17. כן ראו: J. Thomas Oldham, *Putting Asunder in the 1990s*, 80 CAL. L. REV. 1091, 1100 (1992).

⁷⁵ June Carbone, *Income Sharing: Redefining the Family in Terms of Community*, 31 HOUS. L. REV. 359, 362 (1994); Milton C. Regan, Jr., Commentary, *The Boundaries of Care: Constructing Community after Divorce*, 31 HOUS. L. REV. 425, 442, 448 (1994).

⁷⁶ וזאת בין היתר על סמך הכתוב בדברים, כד, 1: "והיה אם לא תמצא חן בעיניו [...] וכתב לה ספר כריתת ונתן בידה ושלחה מביתו". בעקבות זאת קובעת המשנה "אינו דומה האיש המגרש לאשה מתגרשת שהאשה יוצאה לרצונה ושלא לרצונה והאיש אינו מוציא אלא לרצונו" – משנה, יבמות יד, ב. וראו דברי התלמוד: בבלי, יבמות קיד, ע"ב; כן בבלי, גיטין מט, ע"ב; כן משנה תורה, גירושין, פרק א, הלכה ב. כן שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קיט, סעיפים ג, ו. למרות

שיפוטית, בין דתית ובין לאו, אינה יכולה לקבוע בפסק דין כי בני הזוג גרושים. לפיכך למעשה מתקיים משא ומתן בין הצדדים כדי לסיים את ההליך בהסכמה. זהו משא ומתן מורכב בלא מוצא במובן זה שחייבים להגיע להסכמה, מכיוון שערכאה שיפוטית אינה יכולה לסייע ולהביא את הזוג לסיום ההליך. לפיכך לעתים כדי "לקנות" את הסכמת הבעל למתן הגט, האישה נדרשת לוותר על חלק ממזונות הילדים הראויים. לא בכדי רוב התביעות לשינוי מזונות הן תביעות להגדלת המזונות ולא להפחתתן, ואלו האחרונות מתקבלות בעין אוהדת פחות בבתי המשפט. מן הראוי אפוא לאפשר תביעה לשינוי המזונות בקרות שינוי נסיבות מהותי,⁷⁷ אולם יש לשכלל את מנגנון השינוי כדי שיתן מענה מאוזן וראוי לסוגיות שצוינו לעיל.

לטעמי, המנגנון הקיים כיום בשיטה הישראלית, התולה את הדיון החוזר בסטנדרט "שינוי נסיבות מהותי", הוא בעייתי. הסטנדרט מעורפל ואינו קונקרטי. הוא תלוי בשיקול דעת רחב של בתי המשפט ואין בו כל קנה מידה או קווים מנחים לבעלי הדין, ואף לא לבתי המשפט, לדעת כיצד לכלכל את צעדיהם.⁷⁸ הוא אמנם מתאים

זאת קבעו חכמים הגבלות בנוגע לנסיבות המצדיקות גירושם. ראו: אליקים אלינסון "הגבלות חז"ל בגירושין – תוקפן וטיבן" דיני ישראל ה' 37 (1974); כן יחיאל קפלן "מגמה חדשה בנוגע לקיום פסקי-דין של גירושין: שיקולי מדיניות לאור עקרונות המשפט העברי וחוקי היסוד" מחקרי משפט (2) 609, 613 (2005); לימים התקין רבנו גרשום מאור הגולה את חרמו המפורסם ולפיו אי-אפשר לגרש אישה על כורחה, ובכך השווה את מעמדה של האישה לזה של האישה, אם כי לא לחלוטין: ההיזקקות לרצונו של הבעל ליתן את הגט היא מדין תורה והיא מוחלטת למדי. ההיזקקות להסכמתה של האישה לקבל את הגט היא רק מכוח חרמו של רבנו גרשום, והוא בגדר תקנת חכמים. כך למשל מקובל שרבנו גרשום לא תיקן את תקנתו לנשים שאינן כשרות. כמו כן מקובל שהתקנה של רבנו גרשום חלה רק עד סוף האלף החמישי, ולפיכך בטלה כיום, וכן יש דעות שתקנתו אינה מחייבת את בני עדות הספרדים. נוסף על כך, גם במקומות שברור שהתקנה חלה, אפשר לפטור את הבעל מהצורך בהסכמת האישה באמצעות היתר מאה רבנים. לפיכך בפועל יש פער של ממש בין כוחו של הגבר לסרב ליתן גט לכוחה של האישה לסרב לקבלו. בתי דין רבניים כופים על נשים קבלת גט מכוח חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), התשנ"ה-1995 ביתר קלות משהם כופים את האישה. ראו: אבישלוס וסטרייך "הזכות לגירושין – גירושין ללא אשם במסורת היהודית" המכון הישראלי לדמוקרטיה (2014).

77 ראוי לציין כי בתי המשפט מאפשרים ומקבלים מעת לעת תביעה לשינוי שיעור מזונות, אך ממעטים לאפשר ולקבל תביעה לבטל הסכם גירושין בטענה מאוחרת של עושה וכפייה, אף אם לדעתם ההסכם הושג בעקבות הרצון לקבל את הגט. כך למשל נאמר: "נטל משמעותי ביותר מוטל כאמור על המבקש לבטל הסכם ממון מחמת עושה או מחמת כפייה, נוכח הליך האישור הנזכר ונוכח מהותם המיוחדת של יחסי בני זוג, שכן דרך העולם מלמדת כי לעיתים מוכן צד לוותר ויתורים אפילו משמעותיים על מנת לקנות חירותו ולהשתחרר מקשר נישואין מבן זוגו, (מ.א. 4504/90, זקין נ' זקין)". תמ"ש (משפחה כ"ס) 23761/07 א.א. נ' א.א., פס' 28 לפסק הדין (פורסם בנבו, 20.10.2010).

78 מלבד זאת, יש לא מעט פרמטרים שבהשתנותם אפשר לטעון לשינוי נסיבות. כך למשל נאמר ש"שינוי נסיבות יכול שיהא באחד מרכיבים אלו: עצם החיוב במזונות, שיעור החיוב, צרכי

לרוח הלא פורמליסטית והמהותית המאפיינת את בית המשפט,⁷⁹ אך גם באקלים זה של שיקול דעת יש מקום לגבולות קונקרטיים יותר. אומר זאת בזהירות, לא אחת מתקיימים דיונים עקרים בבתי המשפט בנוגע לשאלה, אם אכן השינוי שהתרחש הוא מהותי אם לאו. דיון זה מתקיים ללא כל קנה מידה ברור וללא כל הנמקה מלבד קביעות שרירותיות: שופט אחד סובר כי העובדות נחשבות לשינוי נסיבות מהותי, שופט אחר חולק עליו וסובר שלא.⁸⁰ יש למשל פסיקות הקובעות כי הולדת ילדים נוספים לחייב משלם המזונות היא עילה מספיקה לשינוי המזונות, וכנגדן יש פסיקות הסוברות להפך.⁸¹ עוד מתברר כי מעת לעת בתי המשפט מנסים להגדיר את הסטנדרט עצמו אך אינם מוסיפים לו בהירות שיש בה כדי להנחות את הצדדים או את בתי המשפט. ראו למשל את ההגדרה של בית המשפט העליון בעניין **גמזו**: "לא כל שינוי נסיבות מצדיק פתיחה מחדש של הדיון בחוב המזונות. רק שינוי היורד לשורשו של עניין, ואשר משפיע באופן משמעותי ומתמשך על עצם קיומו של החוב שנפסק, שיעורו או תנאיו".⁸² סטנדרט מעורפל זה תורם לריבוי הדיונים, מעמיק את חוסר

הזכאי, יכולת החייב, יכולת ההורה המשמורן ורכושו של הקטין" תמ"ש (משפחה ב"ש) 2642/05 ג' נ' נ' (פורסם בנבו, 25.6.2009).

⁷⁹ הדיון לעיל בסעיף 2.א.

⁸⁰ בג"ץ 2331/10 **פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול** (פורסם בנבו, 6.4.2011); בע"מ 7935/11 **פלוני נ' פלוני** (פורסם בנבו, 15.1.2012); בג"ץ 2593/06 **פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי פתח תקווה** (פורסם בנבו, 16.8.2006).

⁸¹ כך למשל בית המשפט אינו מחשיב הולדה של שני ילדים ופגיעה בהשתכרות של החייב למצדיקות שינוי בחיוב. ראו: בע"מ 9789/06 **פלוני נ' פלוני**, פס' 2-3 לפסק הדין (פורסם בנבו, 15.07.2007). לעומת זאת במקום אחר קבע בית משפט כי הולדת ילדים נוספים ותשלום מזונות להם הם בגדר עובדה שניתן לצפותה ולכן אין בהם כדי לשנות את ההכרעה הקודמת. ראו: תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 9062/04 **ח נ' א. ש** (פורסם בנבו, 3.6.2012); כן: ע"א 145/87 **בירנבוים נ' בירנבוים** (פורסם בנבו, 31.12.1987). בעניינים אחרים נאמר כי עצם גדילתם של הקטינים אינה מהווה שינוי נסיבות מהותי, אלא אם כן מצטרפת אליה נסיבה מהותית נוספת – שאינה קשורה בגיל: ע"א 49/82 **מהגר נ' גואלי**, פ"ד ל"ח(1) 558, 555 (1984); ע"א 269/80 **הוד נ' הוד**, פ"ד לה(2) 446 (1981) ועוד.

⁸² רע"א 3050/12 **גמזו נ' ישעיהו**, פס' 5 לפסק הדין (פורסם בנבו, 18.11.2012). כמו כן בית המשפט העליון מפנה להלן להגדרה ברורה כביכול, אך גם היא אינה ברורה דיה. וכך נכתב באחד מפסקי הדין: "את המושג 'שינוי נסיבות' בהקשר זה נהוג לפרש באורח דווקני, שאם לא כן עשוי להיות מופר האיזון בין המגמה להביא לסופיות הדיון לבין הצורך להתאים את גובה המזונות לצרכי חיים ולמצבי חיים משתנים (מ"א (ירושלים) 410/94 **הלוי נ' הלוי** (לא פורסם)". בע"מ 3148/07 **פלוני נ' פלוני**, פס' 5 לפסק הדין (פורסם בנבו, 13.6.2007); בעניין נוסף נכתב מבחן מנחה כלשהו, אך גם הוא מעורפל ונוטה לשיקול דעת: "שינוי כזה ייעשה במקרים נדירים בלבד, ובכפוף לשלושה תנאים מצטברים: עקב השינוי המהותי בנסיבות לא יהיה זה צודק להשאיר את פסק הדין על כנו. הצדדים השאירו פתח במפורש או מכללא לשינוי בנסיבות, וכי מבקש השינוי פעל בתום לב". תמ"ש (משפחה ת"א) 50580-09 **א.א. נ' מ.א.** (פורסם בנבו, 11.3.2012); ראו: ע"א 442/83 **קס נ' קס**, פ"ד לה(1) 761 (1984); "המונח 'צודק' הוא המפתח

הוודאות ומגדיל את ההוצאות הדיוניות. צדדים אמורים לדעת מראש את סיכויי התביעה בטרם הגישה, ובאילו מקרים לא כדאי כלל לנסות להגיש תביעה. כיום אין שום קווים מנחים בידי הצדדים מלבד אותן סטנדרט מעורפל.

אבקש להציע מודל חדש. מודל זה יגדיר את סטנדרט "שינוי הנסיבות המהותי" באמצעות כללים ברורים לדיון חוזר ויוציאוהו מערפולו הנוכחי. האיזון הראוי בין כללים קבועים (rules) לבין כללים של שיקול דעת (standards) נדון לא מעט במשפט הישראלי⁸³ ובמשפט האנגלו-אמריקני.⁸⁴ גם מומחים בדיני המשפחה דנו בסוגיה רחבה זו.⁸⁵ כללים הנקבעים על ידי המחוקק משקפים למעשה מדיניות מסוימת שהמחוקק מעוניין בה. לעומת זאת סטנדרט של שיקול דעת בדרך כלל מאפשר לשופט לקבוע את המדיניות. למנגנון שיקול הדעת יש כמה השלכות שליליות. ראשית, התוצאות צפויות פחות ולכן הסכמי פשרה מראש אינם מעודדים.

לאי הבהירות והכוח לשיקול דעת רחב שנתון בידי בית המשפט. הלכת קם כשלעצמה אינה מנוסחת בצורה טובה יותר". בהחלטה אחרת הוסיף בית המשפט תנאים על תנאי בסיסי זה, וכך נאמר בבש"א (משפחה ת"א) 13094/08 ק.מ. נ' ג.ק. קטין (פורסם בנוב, 27.4.2009): "על הצד העותר לשינוי דמי המזונות מוטל נטל ההוכחה, להוכיח שינוי שלא ניתן היה לצפותו מראש, על אחת כמה וכמה כאשר מדובר בדמי מזונות המוסכמים על הצדדים. השינוי המדובר נדרש להיות מהותי ומתמשך ולא אך זמני. כמו כן, שינוי נסיבות יכול שיהא באחד מרכיבים אלו: עצם החיוב במזונות, שיעור החיוב, צרכי הזכאי, יכולת החייב, יכולת ההורה המשמורן ורכושו של הקטין". ראו גם: עניין פייגה, לעיל ה"ש 5; ע"א 177/81 גלעדי נ' גלעדי, פ"ד לו(3) 179 (1982); ע"א 552/83 מבורך נ' טייב, פ"ד לח(1) 526 (1984). בעניין נוסף החריף בית המשפט את ניסוחו וכך כתב: "בית המשפט יתערב בסכום המזונות רק כשנוצר מצב בלתי נסבל באופן בולט לאחד הצדדים המתקשרים, בשל נסיבות שלא ניתן היה לצפותן, כאמור, בעת חתימת ההסכם", ראו: תמ"ש (משפחה ת"א) 57910/02 ס.ד. נ' א-נ.ד, פס' 17 לפסק הדין (פורסם בנוב, 18.5.2006).

להבחנה בין נורמות מסוג אמות המידה לנורמות מסוג של כללים ראו: מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" משפטים יז(2) 321 (1987); מאוטנר "ירידת הפורמליזם", לעיל ה"ש 43; זלצמן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 295-296. כן ראו את דבריו של הנשיא ברק ברע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 279 (1999) (להלן: עניין רוקר). בהתייחסו לעקרון תום הלב: "מעצם מהותו, עקרון תום-הלב מהווה אמת-מידה 'פתוחה' המשקפת את תפיסות היסוד של החברה הישראלית באשר להתנהגות ראוייה בין בני-אדם. הקטגוריות של תום-לב לעולם אינן סגורות; לעולם אינן נוקשות ולעולם אינן שוקטות על השמרים. תום-הלב מכניס לשיטתנו יסוד של גמישות המאפשר לשיטה להתאים את עצמה לצורכי החיים המשתנים".

⁸³ Kathleen M. Sullivan, *Foreword: The Justices of Rules and Standards*, 106 HARV. L. REV. 22, 57-58 (1992); Louis Kaplow, *Rules Versus Standard: An Economic Analysis*, 42 DUKE L.J. 557 (1992); RONALD DWORIN, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY*, Ch.2 (1977).

⁸⁵ יחיאל קפלן "דיני המשפחה בעידן של מדיניות חדשה: מחקיקה שיפוטית לחקיקה שהיא מלאכת מחשבת" דין ודברים ו(1) 259, 333 (2011); Mary Ann Glendon, *Fixed Rules and Discretion in Contemporary Family Law and Succession Law*, 60 TUL. L. REV. 1165 (1986); Carl E. Schneider, *Discretion, Rules, and Law: Child Custody and the UMDA's Best-Interest Standard*, 89 MICH. L. REV. 2215 (1991).

לעומת זאת הצפיות והוודאות הנוצרות עם כללים מקטינות את הוצאות ההתדיינות ומקדמות הסכמי פשרה.⁸⁶ שנית, סוגיות שיש בהן שיקול דעת מושפעות במידה זו או אחרת מהשקפתו ומתפיסותיו האישיות של השופט. תוצאות שונות במקרים דומים עלולות להיות הרסניות לאמון הציבור במערכת המשפט. לעומת זאת כללים דורשים ממקבלי ההחלטות לטפל במקרים דומים באופן זהה, ובכך מוקטנת ההטיה. מנגד, אוהדי הסטנדרט יטענו כי סטנדרט המאפשר שיקול דעת הוא גמיש ומאפשר להגיב על שינוי בצרכים ולטפל בו בלא תהליך ארוך של חקיקה. מנגנון של שיקול דעת יכול להגיב במהרה על השינויים החברתיים ולעודד יצירתיות. לעומתו, כללים ברורים הם מכשיר רגולטורי קפדני אשר מיושם באופן טכני שלא תמיד תואם את המציאות בשטח. הבחנה זו בין כללים לסטנדרטים נושקת להבחנה לעיל בין פרוצדורה למהות, ובין גישה אדוורסרית לגישה אינקוויזיטורית, בהתאמה.

בטרם אשלים את הצעתי, אבחן את המצב במשפט האמריקני וממנו אבקש לשאוב השראה להצעתי הנוגעת לשיטת המשפט הישראלית.

ב. קווים מנחים לשינוי – שיטת המשפט האמריקנית

כאמור, בשיטה האמריקנית נקבעו קווים מנחים לקביעת שיעור המזונות (יודגש, קביעתם בסיבוב הראשון, ולא בדיון החוזר). קביעה זו בשיטת המשפט האמריקנית מצביעה על נטיית המחוקקים לכללים ולצמצום שיקול הדעת. לקווים המנחים יש מעמד של חזקה, הם נקבעו בשיטות משפטן של כל המדינות ורק על פיהם נקבע הסכום הראשוני של המזונות. לעומת זאת, לשופטים בבתי המשפט לענייני משפחה בארצות הברית הוענק שיקול דעת רחב בסוגיית הדיון החוזר בעילה הנמשכת. כמה ממומחי דיני המשפחה הציעו להגביל שיקול דעת זה.⁸⁷ צמצום שיקול הדעת התבטא בקווים מנחים גם לפתיחה עתידית של ההליך. כך למשל בוויסקונסין נקבע בחקיקה כי נושא לא יידון שוב אלא לאחר שנתיים מיום מתן הצו הראשון בעניין.⁸⁸ זוהי מגבלת הזמן הקיימת גם בשיטת המשפט במונטנה וכן במלזיה.⁸⁹ בטקסס נקבעה

Jane C. Murphy, *Eroding the Myth of Discretionary Justice in Family Law: The Child Support Experiment*, 70 N.C. L. REV. 209, 223 (1991) ⁸⁶

Jon Elster, *Solomonic Judgments: Against the Best Interest of the Child*, 54 U. CHI. L. REV. 1, 36–43 (1987) ⁸⁷
לעיל ה"ש 8, בעמ' 262.

WIS. STAT. ANN. §767.451(1)(a)(West 2009). After the two-year period, these orders may be modified upon a substantial change in circumstances if in the best interests of the child. *Id.* § 767.451(1)(b) ⁸⁸

"Except as provided in 40-4-251 through 40-4-258, whenever the decree proposed for modification does not contain provisions relating to maintenance or support, modification under subsection (1) may only be made within 2 years of the date of the decree". MONT. CODE ANN. § 40-4-208(2)(a) (2013); "As a general rule, consent order ⁸⁹

בחקיקה מגבלת זמן של שלוש שנים בטרם יוגש הליך לדיון חוזר.⁹⁰ באינדיאנה מגבלת הזמן היא רק של שנה אחת.⁹¹ החקיקה במינסוטה קובעת מגבלות זמן המשתנות על פי הנסיבות⁹² ועוד.⁹³ שיטות משפט אחרות הגדירו בחקיקה לא רק מגבלות זמן, בטרם יידון העניין שוב, כי אם גם הגבלות של היקף השינוי שבגיניו ידון העניין שוב. כך למשל, החוק בטקסס קובע שניתן לשנות צו קודם רק כאשר סכום המזונות שנקבע על פי הצו שונה בעשרים אחוז או במאה דולר מהסכום שהיה ניתן לילד על פי הקווים המנחים.⁹⁴ החוק באינדיאנה קובע מגבלה דומה,⁹⁵ וכך גם מדינות נוספות.⁹⁶

cannot be set aside, varied or discharged. Though, there are statutory exceptions to this rule in matrimonial matters, it is incumbent on the court as a matter of public policy to ensure that the issues are not re-litigated again; and again and in this case within less than two years after the consented divorce petition was allowed. This is in line with the concept of 'clean break' principles", *Lau Hui Sing v. Wong Chuo Yong*, 5 MLJ 846, para. 7 (2008)

"Grounds for Modification of Child Support (a) Except as provided by Subsection (a-1), (a-2), or (b), the court may modify an order that provides for the support of a child, including an order for health care coverage under Section 154.182, if: (1) the circumstances of the child or a person affected by the order have materially and substantially changed since the earlier of: (A) the date of the order's rendition; or (B) the date of the signing of a mediated or collaborative law settlement agreement on which the order is based; or (2) it has been three years since the order was rendered or last modified and the monthly amount of the child support award under the order differs by either 20 percent or \$ 100 from the amount that would be awarded in accordance with the child support guidelines". TEX. FAM. CODE ANN. § 156.401

"(b) Except as provided in section 2 of this chapter, modification may be made only: (1) upon a showing of changed circumstances so substantial and continuing as to make the terms unreasonable; or (2) upon a showing that: (A) a party has been ordered to pay an amount in child support that differs by more than twenty percent (20%) from the amount that would be ordered by applying the child support guidelines; and (B) the order requested to be modified or revoked was issued at least twelve (12) months before the petition requesting modification was filed". IND. CODE § 31-16-8-1 (Supp. 2007)

כך למשל קובע החוק במינסוטה שנה אחת בין הקביעה הראשונית לתביעה הראשונה בעילת שינוי הנסיבות, ושנתיים בין התביעה הראשונה לשינוי נסיבות לתביעה הבאה אחריה. ראו: (MINN. STAT. ANN. §518.18(a)-(b) (West 2006)

"A general rule of no modification until two years after custody order", UNIF. MARRIAGE & DIVORCE ACT § 409(a), 9A U.L.A. 439 (1998)

לעיל ה"ש 90

לעיל ה"ש 91

KY. REV. STAT. ANN. § 403.213(2) (2016) (15%); *In re Marriage of Pugliese*, 761

למרות כללים ברורים אלו, הסטנדרט המעורפל של "שינוי נסיבות מהותי" נותר על מכונו. ברוב המדינות עדיין אפשר באמצעותו בלבד להגיש תביעה חדשה לשינוי צו קודם בטענה של שינוי נסיבות מהותי, אף אם העניין אינו עומד בקווים המנחים לשינוי, כגון אלו המפורטים לעיל. מתברר כי בחלק מהמדינות מגבלת שיעור השינוי או מגבלת הזמן נקבעו רק במקביל לזכות לפתוח הליך מכוח "שינוי נסיבות מהותי". שתי אופציות אלו לדיון חוזר, האחת התלויה בשיקול דעתה של הערכאה השיפוטית, והשנייה המודרכת על פי קווים ברורים בחקיקה, הן חלופיות ואינן מצטברות. לפיכך על פי האלטרנטיבה הראשונה עדיין נותר שיקול דעת רחב לבית המשפט לשנות צו קודם, ללא קווים מנחים. סביר שהסטנדרט המעורפל של "שינוי נסיבות מהותי" מעודד הגשת תביעות מתוך תקווה של מגיש התביעה כי בית המשפט יישם את החלופה הראשונה ולא ישעה לכללים ולמגבלות הקבועים בחלופה השנייה. האחרונים עלולים להביא לדחיית התביעה מראש, או אף לאי־הגשתה כלל. התביעה לשינוי תוגש לרוב על פי החלופה הראשונה, הסטנדרט המעורפל של שינוי נסיבות מהותי, והלה תלוי למעשה בשיקול דעת רחב מאוד של בתי המשפט.

לעומת זאת יש מדינות שהתעקשו להגדיר קווים מנחים לסטנדרט שינוי הנסיבות, לא כאחת החלופות כי אם כאפשרות בלעדית. הן ביקשו לצמצם את שיקול הדעת השיפוטי כדי לשמר אחידות ובהירות בפסיקה. כך למשל במדינת אלסקה נקבע כי לשינוי נסיבות ייחשב רק שינוי בשיעור של 15% מעל או מתחת לסכום המזונות שנקבע בצו המקורי.⁹⁷ כך למשל בפלורידה נקבע כי שינוי מקום מושבו של ילד ייחשב לשינוי נסיבות רק כאשר מקום מושבו החדש רחוק מרחק של חמישים מייל ממקום המושב שנקבע בצו המקורי של בית המשפט.⁹⁸ כך גם בוויסקונסין

P.2d 277, 278 (Colo. Ct. App. 1988) (10%); Mullin v. Mullin, 612 A.2d 796, 798–799 (Conn. App. Ct. 1992) (15%)

ALASKA R. CIV. P. 90.3(h)(1). Modification (1) Material Change of Circumstances. A final child support award may be modified upon a showing of a material change of circumstances as provided by state law. A material change of circumstances will be presumed if support as calculated under this rule is more than 15 percent greater or less than the outstanding support order.⁹⁷

FLA. STAT. ANN § 61.13001(1)(e) (West Supp. 2013) Parental relocation with a child.⁹⁸
 (1) Definitions. : (a) "Change of residence address" means the relocation of a child to a principal residence more than 50 miles away from his or her principal place of residence at the time of the entry of the last order establishing or modifying the designation of the primary residential parent or the custody of the minor child
 נוספת ראו: Merle H. Weiner, *Inertia and Inequality: Reconceptualizing Disputes over Parental Relocation*, 40 U.C. DAVIS L. REV. 1747, 1755 (2007); Charles P. Kindregan, Jr., *Family Interests in Competition: Relocation and Visitation*, 36 SUFFOLK U. L. REV. 31, 37-38 (2002); Ruth Zafran, *Children's Rights as Relational Rights: The Case of Relocation*, 18 AM. U. J. GENDER SOC. POL'Y & L. 163, 174–176 (2010)

נקבעו בחקיקה העניינים שייחשבו לשינוי נסיבות, ושיקול הדעת של בתי המשפט הוגבל.⁹⁹ כך גם בשיטת המשפט הקנדית נקבעו בחקיקה כללים להגדרת שינוי הנסיבות אשר רק בגינם ניתן לשנות צו קודם.¹⁰⁰ עם זאת, גם מדינות אלו התייחסו רק לכמה היבטים רלוונטיים אך לא לכולם.¹⁰¹

99 “1)f)c). In any action under this section to revise a judgment or order with respect to an amount of child support, any of the following may constitute a substantial change of circumstances sufficient to justify revision of the judgment or order: 1. Unless the amount of child support is expressed in the judgment or order as a percentage of parental income, a change in the payers income, evidenced by information received under s. 49.22 (2m) by the department or the county child support agency under s. 59.53 (5) or by other information, from the payers income determined by the court in its most recent judgment or order for child support, including a revision of a child support order under this section. 2. A change in the needs of the child. 3. A change in the payers earning capacity. 4. Any other factor that the court determines is relevant”.
Wis. Stat. § 767.59 (2015)

100 “Before the court makes a variation order in respect of a child support order, the court shall satisfy itself that a change of circumstances as provided for in the applicable guidelines has occurred since the making of the child support order or the last variation order made in respect of that order”. Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3, s. 17(4).
(Can.)

101 מעניין לציין שבמזונות האישה אין כל קווים מנחים, לא לשינוי וגם לא לקביעה הראשונית. ראו למשל: “Of the three financial issues raised by divorce-asset division, child support, the question of alimony is typically the least predictable – and spousal maintenance and the most contentious. With assets, judges even in equitable distribution jurisdictions tend to apply a presumption of equal division in most marriages of significant duration [...] On the issue of child support, while there remains room for bargaining by higher-income parents, most couples settle within the shadow, if not by strict application, of statutory child support guidelines. Only with regard to alimony is there no fixed frame of reference for discussions. Spousal support negotiations are particularly difficult because of the absence of any objective standard for judging fairness or predicting outcomes. Statutes simply list factors for trial courts to consider without providing any guidance as to how the judge should weigh or apply them”. Robert Kirkman Collins, *The Theory of Marital Residuals: Applying an Income Adjustment Calculus to the Enigma of Alimony*, 24 HARV. WOMEN'S L.J. 23 (2001)

ג. קווים מנחים לשינוי – שיטת המשפט הישראלית

אציע לאמץ בשיטה הישראלית מודל חדש, הכולל כללים וקווים מנחים לסטנדרט שינוי הנסיבות. לשם איזונים של האינטרסים השונים והמנוגדים שהועלו במאמר זה, הסטנדרט יישאר בגדר "סטנדרט" אך עם מוטת שיקול דעת מצומצמת על ידי כללים. כללים אלו יקבעו למשל גבולות של זמן בטרם יהיה ניתן לפתוח הליך של התאמת הצו לשינוי הנסיבות. בשיטת המשפט הישראלית אין מוצע כיום, לא בחקיקה ולא בפסיקה, סטנדרט קבוע כלשהו שישמש מצפן להחלטה אם להגיש תביעה המבוססת על שינוי נסיבות אם לאו. אפשר לטעון כי מודל זה אינו רלוונטי לשיטת המשפט הישראלית, המחילה דין אישי על תחום מזונות הילדים. מרכיב מרכזי בדין זה הוא כי אב חייב במזונות ההכרחיים של ילדיו הקטינים.¹⁰² אין בקביעה זו נוסחה ברורה, ואין בה קווים מנחים כבשיטת המשפט בארצות-הברית, אף לא בדין הראשון. אין כאן למשל קביעה על בסיס אחוזים ממשכורתו של האב אל מול היקף השעות שבו הילדים נמצאים במשמורתו וכולי.¹⁰³ ממילא יכולה להישמע הטענה שאין מקום לקבוע כללי שינוי קבועים אם להחלטה המקורית עצמה אין כללים קבועים. ובכן, למקרא מדוקדק של הפסיקה בישראל, אפשר כבר לומר בפה מלא כי הקונספט של "הקווים המנחים" (guidelines) שנוסד בארצות-הברית הגיע זה מכבר לשיטת המשפט הישראלית והושרש בה! נכון, הקווים המנחים הישראליים לא נקבעו בחקיקה.¹⁰⁴ נכון, השיטה הישראלית עדיין כפופה לדין אישי ולא לנוסחאות, אולם בתי המשפט האזוריים פיתחו להם זה מכבר, עוד בטרם ניתנו המלצות ועדת שיפמן, כללים ונוסחאות כיצד להפוך דין ערטילאי זה לנוסחה שאפשר להשתמש בה בשגרה. ראו למשל את ההחלטה הבאה, אחת מיני רבות, אשר כל כולה נוגעת לנוסחאות קבועות שכביכול אינן:

¹⁰² "בהתאם לדינו האישי, הדין העברי, הטילה ההלכה הפסוקה על האב היהודי את החובה לסיפוק מזונותיהם ההכרחיים של ילדיו הקטינים עד גיל 15 באופן אבסולוטי". תמ"ש (משפחה ת"א) 50770/03 כ.י. נ' כ. א, פס' 4 לפסק הדין (פורסם בנבו, 8.11.2005); כן ראו: "המדובר באותם דברים בסיסיים שבלעדיהם אין הילד יכול להתקיים ממש, ומתוך הדין שקובע כי אין מחייבים בהן לפי עושרו של האב, יוצא שצרכים אלה שווים לעני ולעשיר". ע"א 591/81 פורטוגז נ' פורטוגז, פ"ד לו(3) 499, 461 (1982); ע"א 210/82 גלבר נ' גלבר, פ"ד לח(2) 14, 20 (1984). בשורה ארוכה של פסקי דין נקבע כי עם צורכיהם ההכרחיים של ילדים נמנים מזון, ביגוד והנעלה, חינוך, בריאות ומדור (שכר דירה והוצאות אחזקה). ראו: ע"מ 41/98 בן דוד נ' בן דוד (לא פורסם); ע"א 328/72 לנגל נ' לנגל, פ"ד כז(2) 474, 470 (1973); ע"א 52/87 הראל נ' הראל, פ"ד מג(4) 201 (1989).

¹⁰³ כמו שלמשל ניסה דו"ח ועדת שיפמן למסד. ראו: ועדת שיפמן, לעיל ה"ש 35.

¹⁰⁴ שם. הוועדה המליצה כאמור לבסס את מזונות הילדים על נוסחה כלכלית קבועה שתבסס על הכנסות ההורים ועל משך הזמן שהם מקדישים לילד. קשה לראות כיצד המלצות אלו תתקדמנה לחקיקה במציאות הפוליטית הנוכחית.

"אמנם, הפסיקה המנחה קבעה רף ל'פסיקת מינימום' בגובה של 1,400 ש"ח לחודש, אולם פסיקה זו ניתנה כשנתיים וחצי לאחר אישור ההסכם (עמ"ש 20511-10-10 (פורסם בנבו, מיום 4.4.13)) ובמועד אישור ההסכם, 'פסיקת המינימום' החודשית עמדה על כ-1,250 ש"ח לילד. בשים לב להלכה לפיה סכום המזונות עבור מספר ילדים אינו מכפלה של מספר הילדים בסכום המזונות עבור ילד אחד (ע"א 552/87 ורד נ' ורד, פ"ד מב(3) 599) ובשים לב לעקרון התוספת השולית הפוחתת, הרי שפסיקת מינימום בעבור שלושה ילדים הייתה בתחום הסכום הקבוע בהסכם".¹⁰⁵

כוונתי היא אפוא בעיקר ל"מזונות הסף" או "מזונות מינימליים" שהפכו זה מכבר לנקודת ארכימדס בפסיקה הישראלית.¹⁰⁶ הדבר החל בפסיקת בית משפט מחוזי שקבעה סכום של 1,150 ש"ח לצרכיו של ילד וקבעה כי הדבר נתון ב"דיעה כללית שיפוטית".¹⁰⁷ כעבור זמן ניתנה פסיקה שעדכנה את הסכום והעמידה אותו על 1,250 ש"ח.¹⁰⁸ כעבור זמן נוסף ניתנה פסיקה מחוזית אשר קבעה שיש לעדכן את הסכום ל-1,400 ש"ח.¹⁰⁹ הפסיקה בערכאות הנמוכות, בתי המשפט לענייני משפחה, התאימה עצמה לעדכון זה. כמעט אין כיום בית משפט לענייני משפחה שאינו מתייחס לנקודת סף זו, הן בהחלטה המקורית לקביעת מזונות הן בהחלטה אם לשנות את הקביעה המקורית בעקבות תביעה להגדלה או להפחתה. גם בבתי הדין הרבניים ישנם סכומים מקובלים (אם כי נמוכים יותר).

אימוץ מודל זה בשיטה הישראלית יסייע למערכת המשפט ולבני הזוג להתוות מפת דרכים מדויקת יותר בנוגע לאפשרות פתיחת ההליך. לצדדים יהיה ברור מראש אם השינוי שהתרחש מצדיק את הגשת התביעה אם לאו, ובכך תימנענה התדייניות מיותרות לאחר שהליך הגירושים הושלם. כך למשל, תביעות להפחתת מזונות כמעט אינן מתקבלות בשיטה הישראלית, למעט במקרים של שינוי משמורת. אמירה ברורה

¹⁰⁵ תמ"ש (משפחה ת"א) 13-04-32604 ד' נ' פלוני, פס' 41 לפסק הדין (פורסם בנבו, 26.2.2014).

¹⁰⁶ לשימוש במונח "מן המפורסמות" בהקשר זה ראו למשל: תמ"ש (משפחה כ"ס) 23761/07 א.א.נ' (פורסם בנבו, 20.10.2010) (להלן: עניין א.א.): "מן המפורסמות הוא, כי שיעור מזונות מינימלי לקטין עומד על כ-1,250 ש"ח ללא רכיב המדור (ראה לענין זה, ע"מ 1895/02 ענין בן עמי, וכן ע"מ (ירושלים) 525/04 ענין י.ב. נ' ל.ב.) [פורסם בנבו]. כך גם נהוג לפסוק שיעור מדורם של שני קטינים בשיעור של כ-40 אחוז מתוך דמי השכירות המשולמים".

¹⁰⁷ בבר"ע (ת"א) 1895/02 ב' י' נ' ב' נ', פס' ד' לפסק הדין (פורסם בנבו, 20.1.2003) (להלן: עניין ב' י') נקבע כי: "צרכיו ההכרחיים של קטין שאינם דורשים ראיות מפורטות משהם בידיעה הכללית השיפוטית, עומדים על סך של 1,150 ₪ ללא הוצאות מדור וללא הוצאות גן".

¹⁰⁸ עניין א.א., לעיל ה"ש 106.

¹⁰⁹ עמ"ש (ת"א) 20511-10-10 פלוני נ' אלמוני (פורסם בנבו, 4.4.2013). אם כי בעניין פלוני, לעיל ה"ש 6, ציין השופט עמית כי הסכום המינימלי הוא 1,250 ש"ח.

שכזאת הייתה יכולה לחסוך לא מעט הליכים מיותרים.¹¹⁰ אפשר היה למשל לקבוע כי תביעה להפחתת מזונות תתקבל רק במקרים של שינוי של ממש במשמורת, ואף לקבוע אחוז כלשהו של שינוי, או לקבוע שרק במקרים של הפחתת משכורתו של משלם המזונות באחוז מסוים מהמשכורת שעל פיה נקבע הצו הראשוני, תישמע טענת שינוי נסיבות. אפשר שלא לקבוע קביעה ברורה בנושא וליתן לכוחות השוק לעשות את שלהם, כלומר ללמד את התובעים שתביעה כזאת אינה משתלמת מבחינה כלכלית, אך כפי שראינו, מכשיר ההוצאות ומורשת של דחיות אינם מועילים, בפרט באקלים פסיכולוגי של אמוציות קשות המונעות לא אחת מרצון לפגוע בן הזוג השני. קווים ברורים עשויים לחסום את התביעה מראש.

ד. המודל הנזיקי של תשלומים עתיים

דומני שניתן לבסס את עקרונותיו של המודל המוצע גם על הסדר הקיים בשיטת המשפט הישראלית והקרוב קרבה רעיונית לנושא מאמר זה – התשלום העתי בדיני הנזיקין.¹¹¹ ובכן, אף בדיני הנזיקין כאשר עסקינן "בהוצאות מתמשכות הצופות פני עתיד" המחוקק מאפשר לבתי המשפט לפסוק לניזוק פיצוי אשר ישולם בתשלומים עתיים.¹¹² אף בדיני הנזיקין קיים חשש שהחלטה שניתנה בעבר תתברר בעתיד

¹¹⁰ לעיל ה"ש 41. כך למשל יש תביעות המוגשות בתוך פרק זמן קצר ביותר מיום ההכרעה המקורית, פחות משנה, ובעקבות שינוי קל ביותר מהקביעות שבהכרעה המקורית. ראו למשל: עניין **א.ש.**, לעיל ה"ש 27. קביעת כללים ברורים הייתה יכולה למנוע את הגשת התביעה (ex ante) או לפחות להביא לדחייתה כעבור זמן שיפוטי קצר (ex post).

¹¹¹ ודוק, אין כוונתי לעסוק להלן בשאלה המהותית של חלוקת הרכוש ובמחלוקת בין המצדדים בגישת הפרידה הנקייה, המדגישה את אינטרס היחידים להתנתק מקשרים וממסגרות, והיונקת מעקרונות ליברליים, למצדדים בגישה המנוגדת המבכרת תשלום הולך ומתמשך. לעניין זה ראו בהרחבה: שחר ליפשיץ "על נכסי עבר, על נכסי עתיד ועל הפילוסופיה של חזקת השיתוף" **משפטים** לד(3) 627, 738 (2004). בהקשר זה מציין ליפשיץ את עניין התשלום העתי כהסדר העשוי להקל על ההכרה בכושר השתכרות ובנכסי קריירה כנכסים בני חלוקה. הצעתי להלן יכולה להתיישב עם כל אחת מהגישות הללו, משום שאין היא עוסקת אלא בהיבט הפרודורלי, המטפל בשאלה אם ראוי לשנות את ההכרעות המשפטיות, להתאימן לשינוי הנסיבות ולהוציאן מסופיותן, וזאת בין שמדובר בתשלום חד-פעמי ובין שמדובר בתשלום עתי. יש כמובן גם הבדל קונספטואלי עמוק בין הנדונים: ליפשיץ עוסק בנכסים עכשוויים (שבני הזוג שותפים בהם – או בפוטנציאל שלהם), שיש לחלקם בהווה, גם אם על סמך העתיד; המאמר הנוכחי עוסק בעניינים שמטבעם שייכים לעתיד, כגון מזונות ילדים.

¹¹² ס' 6 לחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975, ס"ח 233, 235, שנחקק בעקבות "דוח ועדת ברנזון": משרד המשפטים **דוח הוועדה לפישוט העניינים ולשיפור ההליכים בתביעות נזיקין** (1972). בעקבותיו הותקנו: תקנות הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים (תשלומים עיתיים), התשל"ה-1978, ק"ת 705 (להלן: תקנות הפיצויים). וכך קובעת תק' 1: "בית המשפט מוסמך לפסוק כי פיצויים בשל הפסד כושר השתכרות והוצאות מתמשכות, כולם או מקצתם

כמסבה עוול לניזוק או למזיק, ולשיטת המשפט יש אפוא אינטרס ברור להתאים את הפיצוי למצב העדכני (ולהפחיתו או להגדילו לפי הצורך). לשם איזונים של אינטרסים אלו לא ייסדה השיטה מוסד חריג כמוסד "העילה הנמשכת" שבדיני המשפחה, ולא התירה שינוי גובה הפיצוי עם כל "שינוי נסיבות מהותי". האיזון בדיני הנזיקין הושג על ידי המחוקק הראשי ומחוקק המשנה בקביעת קריטריונים ברורים להתאמת הפיצוי באמצעות התשלום העתי.¹¹³ לשם מניעת ריבוי התדיינות ויצירת ודאות נקבעו תנאים שרק בהתקיימם ניזוק רשאי להגיש תביעה להגדלת תשלומים. כך למשל, תקנה 2 לתקנות הפיצויים קובעת:

2. בקשה להגדלת התשלומים

(א) נפגע רשאי לבקש מבית-המשפט שיגדיל את התשלומים

שנפסקו אם נתקיימו שנים אלה:

(1) חלה החמרה במצבו, לרבות בכושר השתכרותו,

כתוצאה מתאונת הדרכים והוא המציא ראייה

לכאורה על כך;

(2) חלפו ששה חדשים ממועד הקביעה האחרונה

בענינו".

נקבע אפוא כי לא כל החמרה ולא כל "שינוי מהותי בנסיבות" יכולים להביא לתביעה להגדלת התשלומים.¹¹⁴ ישנו מועד מינימום להגשת התביעה לדיון חוזר.¹¹⁵ לא כל ניזוק רשאי לבקש להיכלל בהסדר זה.¹¹⁶ התביעה לשינוי ניתנת רק בידי הניזוק, ולא בידי המזיק, כדי להבטיח את אינטרס שיקומו של הניזוק בלי שיחשוש מפני מעקב

ישולמו בתשלומים עיתיים שיהיו צמודים למדד המחירים לצרכן בכל אחד מאלה: (1) הנפגע יפסיד כתוצאה מתאונת הדרכים 40% או יותר מכושר השתכרותו בעתיד; (2) הפיצויים ישמשו לנפגע מקור עיקרי למחייתו; (3) הפיצויים ניתנו לתלויים בנפגע שנפטר".

¹¹³ דניאל מור "תשלומים עיתיים לנפגעי תאונות דרכים" **עיוני משפט** ו(3) 645 (1979); יצחק אנגלרד **פיצויים לנפגעי תאונות דרכים** (מהדורה שנייה, התש"ן).

¹¹⁴ לפי לשונה של תק' 2 לתקנות הפיצויים: (1) חלה החמרה במצבו ... **כתוצאה** מתאונת הדרכים והוא המציא ראייה לכאורה על כך" (ההדגשה הוספה). ראו: מור, לעיל ה"ש 113, בעמ' 654. כלומר אם ההחמרה תנבע משינוי נסיבות כלכליות או חיסול הענף הכלכלי ללא קשר לתאונה, לא יוכל הנפגע לבקש הגדלת תשלומים. כמו כן בס' 6 לחוק הפיצויים נקבע כי התשלומים צמודים למדד המחירים לצרכן, ובכך נמנעת מראש האפשרות של התדיינות חוזרת בשל שינויים אינפלציוניים. ראו: זלצמן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 294.

¹¹⁵ מור, לעיל ה"ש 113, בעמ' 654, הטוען כי לטעמו מועד זה הוא קצר מדי וכי ועדת ברנזון המליצה על פרק זמן של שנתיים.

¹¹⁶ תק' 1(1) לתקנות הפיצויים קובעת: "הנפגע יפסיד כתוצאה מתאונת הדרכים 40% או יותר מכושר השתכרותו בעתיד".

מתמיד של חברת הביטוח.¹¹⁷ תקנה נוספת אף מטפלת ב"שינוי נסיבות" של "נישואים מחדש".¹¹⁸

תקנות אלו יוצרות איזון ראוי בין האינטרסים המעורבים בדיני הנזיקין. לעומת זאת בשיטת המשפט הישראלית לא נקבע בדיני המשפחה, לא בחקיקה ואף לא בפסיקה, כל קריטריון לדיון חוזר בעילה הנמשכת מלבד הדרישה "לשינוי נסיבות מהותי", הנתון כל כולו לשיקול דעתו הרחב של בית המשפט ומותר בערפל משפטי את הצדדים לסכסוך. כך למשל, אין הגבלה הקובעת מי מבני הזוג רשאי להגיש את התביעה החוזרת, אין הגבלה באשר לתקופת "הצינון" טרם הגשת התביעה,¹¹⁹ אין הגבלה בנוגע למידת ההחמרה ולגורמיה, והתביעה החוזרת יכולה להיות הן להגדלת הסכום הן להפחתתו. שיטה זו אמנם מאפשרת גמישות מרבית לבתי המשפט להתאים את ההחלטה לכל "שינוי נסיבות מהותי", אך יתרונה זה הוא גם חסרונה. זאת ועוד, בירורה של התדיינות המבוססת מלכתחילה על דיון בשאלה אם השינוי הוא "שינוי מהותי", מורכבת ואטית יותר מבירור עובדתי אם שינוי נסיבתי עומד בכללים שנקבעו מראש אם לאו, כבדיני הנזיקין.¹²⁰

¹¹⁷ "הזכות לרביזיה או לעיון חוזר ניתנה בסעיף 6 לחוק ובתקנה 2 לנפגע בלבד [...] בתי המשפט אינם בני חורין, איפוא, להקטין את התשלומים. ההגיון המסתתר מאחורי חד-צדדיות זו של הזכות לעיון חוזר נעוץ בכך, שהתרת זכות כזו גם לנתבע המקורי עלולה לחבל קשות בשיקומו של הנפגע ולפגוע בפרטיותו". ראו: מור, לעיל ה"ש 113, בעמ' 652.

¹¹⁸ תק' 5 לתקנות הפיצויים קובעת: "זכות אלמנה שנישאה: אלמנה זכאית לפיצויים עיתיים כאמור בתקנה 3 כל ימי אלמנותה; ואם נישאה זכאית היא לקבל עם נישואיה קיצבה לחמש שנים נוספות בסכום חד-פעמי". את הגיונה של התקנה מסביר מור, לעיל ה"ש 113, בעמ' 659, כך: "ההוראה המאפשרת לאלמנה לקבל עם נישואיה קצבה לחמש שנים נוספות בסכום חד פעמי נובעת מהחשש שאלמנות תירתענה מלהינשא, עקב שלילת הקיצבה ותעדיפנה, תחת זאת ל'חיות בחסא'. הוראה כזאת איננה מוצדקת מבחינה פיצויית טהורה. מבחינה תיאורטית, מוצדק היה במקרה כזה לערוך מאזן כלכלי בין מצבה הכלכלי של האלמנה לפני נישואיה, לבין מצבה הכלכלי אחריהם. אלא שעריכת מאזן כזה כרוכה בהוצאות מינהליות ואין, איפוא, לבוא בטרוניה אל מחוקק המשנה שבוחר בפתרון הפרקטי הקבוע בתקנה 5". יצוין שתפיסה זו משקפת גישה כלכלית פטריארכלית (שננקטה בעניין גמלה לאלמנות חללי פעולות איבה), וביסודה ההנחה שאלמנה הנישאת תשוקם כלכלית בעזרת בעלה. על מציאות זו נמתחה ביקורת בעבר. ראו: פנחס שיפמן **מי מפחד מנישואין אזרחיים?** (1995).

¹¹⁹ למעט הקבוע בס' 13(ב) לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959, ס"ח 72: (א) בית המשפט רשאי לשנות את אשר נקבע בהסכם, בויתור ובפסק-דין, אם ראה לעשות כן על סמך נסיבות שנועדו למבקש או שנשתנו אחרי ההסכם, הוויתור או פסק-הדין. (ב) רשאי בית המשפט שלא להיזקק לבקשת שינוי שהוגשה לפני שעברו ששה חודשים לאחר בקשה קודמת". אם כי, כידוע, החוק אינו חל על מי שחייבים לשלם מזונות לפי דינים האישי (ראו סעיף 2 (א) ו-3 (א) לחוק זה). משמע שהוא אינו חל על רוב רובם של אזרחי המדינה. ושנית, אין אנו רואים בפסיקה שימוש בסעיף זה. חיפשתי באתר של נבו אזכורים של סעיף זה בארבעים השנים האחרונות וקיבלתי אפס תוצאות.

¹²⁰ זלצמן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 295.

לכן לטעמי, מוטב לקבוע קריטריונים ותנאים מגבילים, בין בתקנות המשנה בין בפסיקה, גם בדיני המשפחה.¹²¹ לטעמי, ראוי לקבוע תקופת "צינון" לתביעה המבוססת על שינוי נסיבות, וכן למשל לקבוע כי אפשרות שינוי שיעור תשלום המזונות תעמוד רק לרשות הילד.¹²² תנאי מגביל זה יאפשר לפחות להורה המשמורן, לרוב האישה, להשתקם כלכלית בלי לחשוש שמא בכך תיחשף לתביעה להקטנת המזונות. לחלופין רצוי לקבוע כי לא תוגש תביעה להפחתת מזונות כאשר המזונות עומדים ממילא על "מזונות המינימום".¹²³ מלבד יתרונות אלו, אין ספק כי הקשחת הקריטריונים לשינוי עתידי תביא ליתר זהירות בשלב גיבושם של תנאי הסכם הגירושים ותגרוור ניסיון רציני להביא בחשבון תרחישים עתידיים מגוונים.¹²⁴ לא מן הנמנע שהקשחה זו גם תביא למציאת פתרונות יצירתיים מצד בני הזוג בעזרת בתי המשפט.¹²⁵ איני מתכוון לתניות שיפוי כמצוין לעיל, אלא לכך שלכשתוכבד האפשרות לפתוח הסכם בנושא הילד, סביר שבתי המשפט לא יאשרו בקלות הסכם המקפח את מזונותיו, או כזה שאינו צופה פני עתיד בצורה מיטיבית. גישה שכזאת מצד בית המשפט תביא לעיצוב אחר ומאוזן יותר של הסכמי הגירושים. מודל זה ודאי

¹²¹ במשפט המשווה ראו הדוגמאות המובאות לעיל בה"ש 97–100.

¹²² ברוב רובם של המקרים תביעות להפחתת מצד האב נדחות, ראו לעיל ה"ש 41. תביעות אלו מוגדרות לרוב כתביעות שאינן בשם הילד, ואינן חוסות תחת הקטגוריה "תביעתו העצמאית של הקטין". לו הייתה קביעה חד-משמעית כי תביעה להפחתה לא תתקבל אלא במקרים קיצוניים ומוגדרים, היו נמנעים השחתת זמן שיפוטי יקר, מתח וכולי, והיה הדבר מקל על המערכת ועל הצדדים. אפשר לקבוע כי תביעת הפחתת מזונות תוגש רק במקרים שבהם השתנה היקף המשמורת של האב או השתנתה הכנסתו הפנויה בשיעור מסוים מהכנסתו עובר להכרעה הראשונה.

¹²³ ברוב רובם של המקרים שבהם המזונות לא עמדו ברף מינימום, לא התקבלה התביעה לשינוי. ראו שם.

¹²⁴ כך למשל נאמר: "ודוק, כאשר משלם אדם לילדו סך מזונות שהוא נמוך מן הסך ההכרחי אזי כל התפוגגות של מקור מימון המשמש את הקטין, משמעוטי הוא, ואם אין חייב במזונות רוצה להיחשף לתובענות חוזרות ונישנות, יואיל וישתדל לפרוע, למצער, את הסך ההכרחי, כך יוגן הוא וכך ישמר כבוד האדם של הקטין אשר זכותו למזונות מוגנת ע"פ חוק יסוד כבוד האדם וחירותו (וראה תמ"ש (ת"א) 10-11-25361 י.ד. ואח' נ' י.ח. (פורסם במאגרים משפטיים) [פורסם בנבו]).". תמ"ש (משפחה ת"א) 12-02-45124 א.ז. נ' ג.ס, פס' 72 לפסק הדין (פורסם בנבו, 29.5.2013). עוד נפסק: "יש להניח כי בשיטה הישראלית בה אין מוקנית זכות לעיון חוזר לנתבע המקורי, יזהירו השופטים עצמם כי פסיקתם היא סופית מבחינתו של הנתבע". ראו: מור, לעיל ה"ש 113, בעמ' 653.

¹²⁵ "מן הראוי גם שנלמד מהניסיון שנצבר במדינות אחרות. בצרפת ובשווייץ למשל יש פער עצום בין המלה הכתובה בספרי החוקים לבין הפרקטיקה הנוהגת. למרות שלהלכה – הנורמה שם היא פסיקת פיצויים בתשלומים עיתיים, הרי למעלה מ-99% מהמקרים מסתיימים בפיצוי חד פעמי בין בפשרות מחוץ לכותלי בית המשפט ובין בפשרות בין כותלי בית המשפט. זוהי תוצאה מתבקשת נוכח עמדת כל הגורמים הנוגעים בדבר, המעדיפים פיצוי כזה". ראו: מור, לעיל ה"ש 113, בעמ' 661.

עדיף מהמודל הקיים כיום, שלפיו פרקליט עלול להדריך את לקוחותיו להניח כי ההסכם הוא רק שלב ביניים, וכי אל להם לטרוח ולחשוב על כל תרחיש אפשרי, שכן ממילא ההסכם פתוח לשינויים בעתיד.¹²⁶

במודל המוצע ניתן גם לפתח שילובים שונים לאור ההסדרים הקיימים ברחבי העולם בדיני הנזיקין. וכך כתב הנשיא ברק בעניין ברדה:

"מרבית ארצות המשפט האזרחי (כגון גרמניה, איטליה) נוקטות גישה של תשלומים עתיים, הניתנים לשינוי בעתיד [...] במספר שיטות מקובלות גישה ביניים, אם בדרך של פסיקת סכום חד-פעמי, הניתן לשינוי עם שינוי הנסיבות (כגון נורבגיה, דנמרק), ואם בדרך של פסיקת סכום עתי, שניתן לשנותו רק בנסיבות יוצאות דופן (כגון צרפת, בלגיה) [...] בתי המשפט בישראל נוקטים, למעשה את שיטת הסכום החד-פעמי והבלתי משתנה אלא אם כן הצדדים הסכימו אחרת".¹²⁷

כך למשל ניתן להציע תשלום חלק משיעור המזונות כתשלום עתי, שאינו ניתן לשינוי כלל מלבד הצמדה, או הניתן לשינוי רק בנסיבות יוצאות דופן לפי קריטריונים ברורים. חלקו האחר של תשלום המזונות ישולם כתשלום חד-פעמי ולא יהיה נתון לשינוי.¹²⁸ אולם לטעמי מוטב להשתמש בניסיון המשפטי שנצבר בעניין הסדר הישראלי הקיים זה מכבר בדיני הנזיקין.

בתוך כך אציע לאמץ בשיטה הישראלית את פרק הזמן המקובל לצינון ברוב רובן של המדינות, ואשר הוצע בתחילה גם בישראל במודל הנזיקי, והוא פרק זמן של שנתיים. כלומר לא יהיה ניתן לנקוט הליך נוסף אלא רק בחלוף שנתיים מיום

¹²⁶ ועדת שיפמן, לעיל ה"ש 35, ס' 4.3.10, הציעה מנגנוני עדכון אך לא ברמת הפירוט המוצעת כאן. וכך נאמר: "על מנת לאזן כהלכה בין הצורך בייעילות ופשטות של הליך הערכת שיעור התמיכה הכלכלית בילדים, ובין הרצון להתאים את גובה התמיכה לנסיבות המשתנות, ממליצה הוועדה שלא לקבוע 'מועדי עדכון' יזומים, ולהסתפק במתן אפשרות לצדדים לטעון לשינוי נסיבות רלוונטי. לכן, כאשר חל שינוי במספר הלילות בהם לן הילד עם הורה מסוים, או בגובה ההכנסה החייבת של אחד ההורים, הוא יהיה רשאי לבקש הערכה מחודשת כדי לעדכן בהתאם לשינוי את שיעור התמיכה הכלכלית".

¹²⁷ ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762, 780 (1982).

¹²⁸ מור, לעיל ה"ש 113, בעמ' 651. כך למשל אם האב ישלם מדור בסכום מהוון בשלב ההסכם, הדבר יביא ליציבות ולא יהיה ניתן לפתוח זאת בעתיד בתביעה לשינוי נסיבות. כך גם היה בתמ"ש (משפחה ת"א) 12-08-6935 ג' נ' ע' (פורסם בנבו, 3.3.2013), תובענה שהגישו קטינים באמצעות אמם, ובמרכזה השאלה: האם ניתן לראות אב לשלושה ילדים אשר שילם מראש סך של \$120,000 לצורכי מדור שלושת ילדיו, כמי שהופטר (על פי אמירה מפורשת שבהסכם) מחיובי מדור? שמה בכללות הסכום, יכולים הקטינים לחזור ולדרוש ממנו דמי מדור? התביעה אכן נדחתה.

ההכרעה הקודמת. שנית, אמליץ לאמץ גם את מבחן שיעור השינוי, כלומר שינוי נסיבות יובא בחשבון רק אם הוא מביא לפסיקה של עשרים אחוז מעל או מתחת לסכום המזונות שנקבע בצו המקורי. כדי להקל את הנוקשות במבחן המוגדר על פי כללים, אציע להצמיד את תשלומי המזונות למדד המחירים לצרכן, או למדד יוקר המחיה.¹²⁹ אין ספק שהאינפלציה עלולה לגרום לתשלומי המזונות להישחק במרוצת הזמן. לשחיקה זו יש השפעה שלילית מהותית על רמת החיים של ההורה המשמורן וכן על הילד.¹³⁰ הצמדה עשויה לשמור על ערך הכסף, והשפעתה הפסיכולוגית עשויה אף היא לתרום להפחתת ההתדיינויות והגשת ההליכים. הצמדה זו תיעשה באופן אוטומטי ולא יידרש הליך משפטי נוסף להבטחתה.¹³¹

¹²⁹ להבחנה ביניהם ראו: ע"א 749/83 ליפניסקי נ' ליף, פ"ד לח(3) 126 (1984).

¹³⁰ Gale M. Phelps & Jerald M. Miller, *The New Indiana Child Support Guidelines* 22 (1988).
Indiana L. Rev. 203, 210 (1988).

¹³¹ ואכן בתי משפט בארץ נוקטים דרך זו. ראו: ע"א 175/74 בנין נ' בנין, פ"ד כט(2) 46 (1975); ע"א 177/81 גלעדי נ' גלעדי, פ"ד לו(3) 179 (1982). המקובל בשיטה הישראלית הוא להצמיד את חוב המזונות למדד כל שלושה חודשים. ראו למשל: תמ"ש (משפחה ת"א) 50580-09 א.א.נ' מ.א.מ, פס' 28.2 לפסק הדין (פורסם בנבו, 11.3.2012). אם כי הצמדה זו אינה חוסמת את התביעה לדיון חוזר. כן ראו: ועדת שיפמן, לעיל ה"ש 35, בעמ' 64.

ה. האם השינוי יתמקד בצורכי הזכאי למזונות או שמא בהכנסות החייב?

קביעת קווים מנחים לשינוי דורשת את בחינתה של סוגיה נוספת: האם הקווים המנחים לשינוי מזונות הילד יתמקדו בצורכי הילד או שמא בהכנסות ההורים? לדעתי, הקביעה הראשונית, כלומר שיעור המזונות המקורי, צריכה להביא בחשבון הן את צורכי הילד הן את הכנסות ההורים.¹³² לעומת זאת בחינת השינוי צריכה להתמקד בצרכים המשתנים של הילד ולא בהכנסות ההורים, למעט שינויים קיצוניים של איבוד פרנסה מוחלט, למשל. התמקדות בהכנסות ההורים עלולה לגרום לאבטלה סמויה, להסתרת הכנסות או לחוסר מוטיבציה להשתקם ולהעלות את רמת ההכנסה.¹³³ התמקדות זו עלולה גם לגרום לקשר שלילי ולמעקב מתמשך בין ההורים, הטומן בחובו מתח רב. המבחן לשינוי מזונות הילדים צריך להיות מבוסס על צורכי הילד. מבחן זה קובע את מזונות הילדים לפי ההוצאות שיש להוציא על הילדים ולא לפי הכנסות ההורים. אם צורכי הילד ישתנו במידה ניכרת – כלומר לפי תנאי המודל החדש: באחוז מסוים מעל השיעור שנקבע בזמנו בצו המקורי, בשיעור המזונות ההתחלתי – אזי יש טעם לטעון לשינוי הצו. מודל זה קרוב רעיונית למבחן "טובת הילד" מכיוון שהוא מתמקד בצורכי הילד ולא בהכנסות ההורים.

לעומתו, המודל המתחשב בהכנסות ההורים גורס למעשה שהילד זכאי לחלק מסוים מהכנסתו של ההורה החייב במזונותיו, ללא קשר לצרכיו האמתיים. מנגד, אפשר לטעון כי יש קשר בין הכנסות ההורה לרמת החיים של הילד ויש היגיון לשמור על רמת חיים דומה גם לאחר הפרידה, או אף להעלותה בהתחשב בעלייתה ברמת החיים של האב. נקודת מבט זו תואמת בעיקר את הגישה הטוענת שילד אינו אמור להיפגע מכך שהוריו התגרשו, וכפי שהיה זכאי ליהנות משיפור ברמת החיים לו הוריו לא היו נפרדים, כך זכאי הוא ליהנות מכך גם לאחר פרידתם. בהקשר זה, המונח "עולים עמו ואינם יורדים" נשאל אמנם ממזונות האישה אך הוא רלוונטי גם בהקשר מזונות הילדים לאחר הפרידה.¹³⁴ כמו כן, יש היגיון לנסות ולחתור לרמת חיים דומה בשני הבתים, של האב ושל האם, לאחר הגירושים ולצמצם פערים קיצוניים. מודל של תשלום לפי צורכי המקבל מתאים בשינויים המחויבים גם למזונות האישה (או

¹³² אלו היו גם המלצות ועדת שיפמן, לעיל ה"ש 35, בעמ' 63.

¹³³ בע"מ 3542/04 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 20.6.2005), עוסק כל כולו בטענה של הסתרת הכנסות, שנטענה בדיון הפחתת המזונות. כן ראו לעיל ה"ש 41.

¹³⁴ "שאין מזונות הילדים מתרבים והולכים לפי עושרו של האב, ובמקביל להתגדלות ולהתרבות היכולת של האב (כשם שאשה "עולה עמו", עם בעלה), אלא, שנוסף על הצרכים ההכרחיים, פוסקים לילד יותר ברווח ובנחת, ולא בצמצום ובצער, כאשר האב בר הכי מבחינה כלכלית [...] אכן אם הילד הורגל לרמת חיים גבוהה, אין להמעיט מרמה זו". מ"א (חי') 957/90 פלונית נ' פלוני, פ"מ תשנ"ד (1) 198, 202 (1993); כן ראו: ע"א 4523/90 קאהן נ' קאהן, פ"ד מה (5) 529 (1991).

למזונות בן הזוג כשמדובר במזונות אזרחיים בנישואים אזרחיים או בבני זוג ידועים
בציבור).¹³⁵

ובכן, אף על פי שמנגנון התאמה אוטומטי, כמו למשל בעקבות שינוי באחוז מסוים מהכנסתו של החייב במזונות, עשוי להקטין את הצורך לנקוט הליך חדש לשם התאמת הצו לשינוי בהכנסת החייב, הדבר לא יבטל את ההליך מכול וכול.¹³⁶ יתרה מזו, שינוי של תשלומי המזונות בעקבות שינוי בהכנסתו של החייב עלול להביא לחישובים של פוטנציאל השתכרות ולטענה כי החייב יכול להשתכר יותר מכפי שהוא משתכר בפועל.¹³⁷ חישובים אלו עלולים להרחיב את שיקול הדעת של בית המשפט עם כל ההשלכות שנדונו לעיל. כך למשל בית המשפט בקליפורניה הוסמך להפעיל שיקול דעת בדבר שיעור ההכנסה שיש לייחס לכל אחד מההורים. כך נמצא שמזונות הילדים נקבעים על פי פוטנציאל ההכנסה של ההורים ולא על פי הכנסתם בפועל.¹³⁸ זאת ועוד, שינוי נסיבות עשוי לכלול כל דבר שמשפיע על ההכנסה ועל מצבו הכלכלי של מי מבני הזוג. התלות בהכנסות ההורים תביא לידי כך שכל שינוי בשוק המניות יסתיים בתביעה חדשה לשינוי נסיבות. הדבר עלול גם לפגוע בקטין בסופו של דבר מכיוון ששינוי בשוק המניות עלול להביא גם להפחתה של מזונות הילדים.

אם כן, אימוץ הכללים הקונקרטיים שהוצעו לעיל בהפעלתו של מנגנון שינוי הנסיבות יסייע הן לשיטה המשפטית הן לצדדים המתדיינים. הדבר ימסד מנגנון מדויק יותר לשינוי וימנע התדיינות מיותרות לאחר הגירושים. הן הצדדים הן בתי המשפט ידעו לזהות באופן מדויק יותר, ולעתים מראש, מתי השינוי נחוץ והכרחי ומתי אפשר לדחות את התביעה מלכתחילה (ex post) או אף שלא להגישה כלל (ex ante). כמובן, לאור הניתוח לעיל, יש מחיר להצעה זו. כאמור, לא בכדי המשפט נע בדיני המשפחה ובתחומים אחרים מפרוצדורה למהות, מכללים לסטנדרטים ואמות מידה, ומגישה אדוורסרית לגישה אינקוויזיטורית. קביעת מנגנון כמוצא כגון תביא להטלת כבלים מסוימים על שיקול דעתו של בית המשפט. זהו מתח ידוע במשפט ובמאמר זה אני מבקש לצדד בצד הפרוצדורלי המתאפיין בכללים ברורים, אם כי ברור שהקשחה של הכללים עלולה להסב אי-צדק במקרים מסוימים. בעניין זה אטען כי ראשית, צריך לבחון את הכללים מעת לעת ולראות אם אכן הם מגשימים את הצדק. כך למשל, מעבר מבית לבית בתנאי תחבורה מסוימים אינו דומה לאותו מעבר בתנאי תחבורה מפותחים בחלוף השנים. מלבד זאת, דומני שנכון יהיה גם לקבוע מוצא של שיקול דעת למקרים קיצוניים שהכללים אינם עונים עליהם ואינם צופים אותם.¹³⁹

¹³⁵ רע"א 8256/99 פלנית נ' פלוני, פ"ד נח(2) 213 (2003).

¹³⁶ Edwards v. Edwards, 665 P.2d 883 (Wash. 1983).

¹³⁷ על בסיס אותו היגיון שהביא לדחיית תביעות האב להפחית את מזונות ילדיו כשקטנו הכנסותיו, בטענה כי פוטנציאל ההשתכרות שלו לא נפגע, ראו לעיל ה"ש 41.

¹³⁸ Schlakman v. Schlakman, 886 N.Y.S.2d 758, 759 (App. Div. 2009).

¹³⁹ תמ"ש (משפחה נצ') 17732-07-12 י.א. נ' ת.ק.א (פורסם בנבו, 6.1.2013). בית המשפט ציין כי

אך לפחות תשרד השיטה, וידעו בעלי הדין, כי הקווים המנחים הם המדריכים את בתי המשפט, ויש לפעול על פיהם, וכי במקרים קיצוניים יינתן לבית המשפט שיקול דעת לשנות את ההחלטה. מקרים אלו ייקבעו עקב בצד אגודל.

6. סיכום

כלל ידוע בשיטת המשפט הישראלית הוא כי עילת מזונות ילדים, עילת משמורת הילדים ועילת מזונות האישה הן עילות נמשכות, מושא להתדיינות חוזרת ולשינוי ההכרעה הקודמת, ובלבד שיתרחש שינוי נסיבות מהותי. ניתוח הרציונל המגדיר עילה כעילה נמשכת בדיני המשפחה, בחינתה על רקע עקרונות יסוד בשיטה כמו סופיות הדיון ומעשה בית דין, ובחינתה לעומת ענפי משפט אחרים מעוררים שאלות ותהיות באשר להצדקתה של פרקטיקה זו, ובעיקר בנוגע לסטנדרט הנכון והראוי לדיון חוזר בעקבות תביעה לשינוי המזונות או המשמורת. מאמר זה מבקש לאתגר את הפרקטיקה הנוכחית המאפשרת דיון חוזר על פי סטנדרט מעורפל של שינוי נסיבות מהותי. סטנדרט זה נתון לשיקול דעת רחב של בתי המשפט וחסר כל קווים מנחים ליישומו. אפשרות ההתדיינות החוזרת על בסיס סטנדרט מעורפל מצמיחה כמה בעיות וביניהן: חוסר ודאות, חוסר צדק, חוסר הרמוניה נורמטיבית, חוסר מוטיבציה לסיים את הסכסוך בהסכמה, חוסר מוטיבציה להשתקם, התדייניות מיותרות, הגדלת הוצאות ההתדיינות ותניות שיפוי.

מאמר זה מציע מודל חדש. המודל שואב השראה משיטת המשפט האמריקנית ומהמודל הנזיקי בישראל של תשלומים עתיים. המודל מציע שסטנדרט שינוי הנסיבות יוגדר באמצעות כללים ברורים בחקיקה או בפסיקה. הללו יכללו הגבלת זמן של שנתיים בטרם יורשה מי מהצדדים ליזום ולפתוח את ההליך מחדש. כמו כן שיעור השינוי המצדיק דיון מחדש בהכרעות הקודמות יהיה של עשרים אחוזים לפחות. מודל זה לשינוי מתאפשר מכיוון שלמעשה השיטה הישראלית מאמצת זה מכבר קווים מנחים גם בפסיקת המזונות המקורית, בהכרעה הראשונית, כפי שהובהר במאמר זה. הקביעה הראשונית מבוססת כיום על כללים ברורים ואחידים ודי מזכירה את השיטה בארצות-הברית. כוונתי בעיקר ל"מזונות הסף" או "מזונות המינימום" שהפכו לנקודת ארכימדרס בפסיקה הישראלית בכל תביעה למזונות ילדים.

במובנים מסוימים המודל המוצע מנוגד למגמה המאפיינת את המשפט הישראלי משנות השמונים ואילך, והיא מגמה המעדיפה את המהות על פני הפרוצדורה, את

האב לא הוכיח כל שינוי נסיבות מהותי, אך אכיפת הסכם המזונות לא תהיה צודקת עקב מצבו הבריאותי והכלכלי של האב. בית המשפט הפחית את סכום המזונות מ-2,000 ש"ח ל-1,300 ש"ח; כן ראו: "רק כשנוצר מצב בלתי נסבל באופן בולט לאחר הצדדים המתקשרים, בשל נסיבות שלא ניתן היה לצפותן, כאמור, בעת התימת ההסכם". תמ"ש (משפחה ת"א) 57910/02 ס.ד נ' א.נ.ד, פס' 17 לפסק הדין (פורסם בנבו, 18.5.2006).

הסטנדרטים ואמות המידה הפתוחים על פני הכללים הברורים, ואת מתן שיקול דעת נרחב לבית המשפט על פני כבילתו לקווים מנחים. עם זאת, ריבוי התביעות לשינוי נסיבות, ושיטות המשפט המשווה, מצדיקים שינוי בגישה. את המקרים הקיצוניים אפשר להשאיר לשיקול דעת. מודל זה עשוי לסייע הן לבני הזוג הן לשיטה המשפטית בקביעת מפת דרכים ברורה יותר ויציבה יותר להסדרת סכסוכים לאחר גירושים.