

מזונות ילדים בגלאים 6 עד 15, במצבי משמורת משותפת?

מבט פרשני וגישורי בעקבות בע"מ 919/15

ענת ליפשיץ* ושחר ליפשיץ*

תוכן עניינים

מבוא

פרק א: הלכת 919:

1. ניתוח אנליטי של השאלות שהוצבו בפני בית המשפט – השוויון בנטל וסוגיית הקיזוז

- א. הבחנה בין טענת "השוויון בנטל" ל"משל החתול"
- ב. היתכנותם של מודלים שונים להתחשבות בהוצאות הישירות המוצאות על ילדים: על קיזוז מלא וקיזוז מהותי
- ג. סוגיית המדור
- ד. עצמאותן של סוגיית השוויון בנטל וסוגיית הקיזוז

2. הדינאמיקה בפסק הדין

- א. פסק דינו של השופט פוגלמן
- ב. פסק דינה של השופטת דפנה ברק ארז
- ג. האם אימץ פסק דינה של השופטת ברק ארז את שיטת החתול לגבי ההוצאות תלויות השהות ותשלומי המדור אף כאשר קיימים פערי השתכרות בין ההורים?
- ד. תגובת השופט פוגלמן, עמדת השופטים הנוספים וגיבוש הלכת הפסק

פרק ב: פרשנות הלכת 919:

1. קשיים בפרשנות, ניתוח ויישום הלכת 919

2. ניסיונות המלומדים ליישב בין ההכרעות השונות בפסק הדין והקשיים בהם

- א. האם יש לצמצם את הלכת פסק הדין למצבי משמורת משותפת והשתכרות שקולה? עמדת חוקרי רקמן ודחייתה
- ב. האם קובע פסק הדין שני הסדרים שונים, האחד למשמורת בלעדית והשנייה למשמורת משותפת? עמדת יואב מזא"ה ודחייתה

3. הפרשנות הראויה להלכת הפסק, היחס בין חלקיה ותחולתם בחלוקות שונות של זמני שהות

4. מבט מחודש על קביעת הצרכים ויחסי הכנסות – בעקבות הלכת 919

- א. רקע תיאורטי: חלוקת הנטל הכלכלי בין ההורים בעקבות הלכת 919 בין דיני מזונות אזרחיים מכוח סעיף 3א לדיני הצדקה
- ב. קביעת היקף הצרכים

* ממונה מחוזית על עורכות הדין במחוז תל אביב והמרכז, יחידת הסיוע משרד הרווחה.

* פרופ' מן המניין, הפקולטה למשפטים אוניברסיטת בר אילן.

ג. התחשבות בהכנסה פוטנציאלית לצורך דין צדקה

ד. מהן הכנסות פנויות

ה. הגנת המשמורן הבלעדי בעקבות הלכת 919

5. מחשבה נוספת על היחס שבין משמורת משותפת ומדור

פרק ג: יישום הלכת 919 בפסיקה הדיונית:

1. הדגם הראשון: חלוקת הנטל על פי היכולת הכלכלית וביצוע קיזוז מלא בשיטה הטכנית ללא התייחסות להבחנה בין הוצאות תלויות שהות להוצאות שאינן תלויות שהות
2. הדגם השני: חלוקת הנטל על פי היכולת הכלכלית ואי התחשבות בהוצאות המוצאות הישירות על ידי ההורה המשלם בעת שהילדים אצלו
3. הדגם השלישי: חלוקת הנטל על פי דין צדקה ושימוש נרחב בשיטת האומדנה ללא הבחנה בין סוגי ההוצאות השונים
4. הדגם הרביעי: פרשנות מילולית של פסק דינה של השופטת ברק ארז - חלוקת ההוצאות שאינן תלויות שהות על פי היכולת הכלכלית ויישום שיטת החתול בהקשר להוצאות תלויות שהות והמדור
5. סיכום וביקורת
6. פסקי הדין העוסקים בדין הצדקה ובסעיף 3א לחוק לתיקון דיני משפחה מזונות כמקור פרשני להלכת פסק הדין

פרק ד: מהלכה למעשה - מודל ששת השלבים ליישום הלכת 919:

1. קביעת שיעור ההשתתפות של כל הורה בהוצאות על פי יחס ההכנסות פנויות (Pf) עבור האב ו-Pm עבור האם.
2. קביעת כלל ההוצאות (E), תוך חלוקתן להוצאות תלויות שהות (Er) ולהוצאות שאינן תלויות שהות (Ea).
3. קביעת שיעור שהות אצל כל אחד מההורים (Rf) שיעור שהות הילדים עם האב ו-Rm שיעור שהות אצל האם.
4. חישוב רכיב המזונות הנגזר מההוצאות תלויות שהות (Er)
5. חלוקת החיוב לגבי הוצאות שאינן תלויות שהות Ea וקביעת המנגנון לתשלומם
6. חישוב המדור והוצאות המדור שאינן תלויות שהות (H)

פרק ה: מבט גישורי על הלכת 919: מקושי להזדמנות:

1. משא ומתן בצל החוק
2. אתגרים ביישום מתווה הלכת 919 בגישור

אפילוג

סוגיית חלוקת הנטל הכלכלי בין ההורים במזונות ילדיהם מסעירה לאחרונה יותר ויותר את עולם המשפט הישראלי בכלל, ובמצבים של משמורת משותפת או למצער של שהות משמעותית של הילדים בבתי שני ההורים, בפרט. עוסקים בסוגיה שופטים,¹ מחוקקים,² אנשי אקדמיה³ וארגונים חברתיים,⁴ והיא חושפת מתחים בין ארגוני גברים לארגוני נשים, בין הדין הדתי לעקרונות אזרחיים. היא מעוררת מחשבה על סוגים שונים של שוויון מגדרי, על היחס בין סמכויות וזכויות הוריות לעקרון טובת הילד⁵ וזכויותיהם של ילדים⁶ ועל יכולת המשפט להתמודד עם מציאות משתנה ומורכבת.

סעיף 3(א) לחוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), התשי"ט-1959 (להלן: "**חוק המזונות**") קובע כי: "אדם חייב במזונות הילדים הקטינים שלו והילדים הקטינים של בן-זוגו לפי הוראות הדין האישי החל עליו, והוראות חוק זה לא יחולו על מזונות אלה".

לנוכח סעיף זה היקף חובת המזונות וחלוקת נטל המזונות בין הורים יהודיים נקבעת לפי הדין העברי. על פי הפרשנות שניתנה עד לאחרונה לדין העברי בפסיקת בית המשפט העליון, ככל שמדובר בילדים שגילם מתחת ל-15, לאב אחריות כלכלית בלעדית על צרכיהם ההכרחיים המינימליים. לעומת זאת, חיוב ההורים לגבי הצרכים שמעבר לצרכים המינימליים הוא מדין "צדקה" וכזוה הוא מוטל באופן שווה על שני ההורים על פי מצבם הכלכלי.⁷ מצב עניינים זה מעורר טרוניה במצבים שבהם שני ההורים משתכרים ברמה שווה או כמעט שווה ולמרות זאת הנטל לשאת במזונות ההכרחיים נופל על שכמו של האב לבדו.⁸ אמנם הפסיקה מתנה את אי השוויון על ידי הגדרה מינימאלית של הצרכים ההכרחיים המשולמים אך ורק על ידי האב, אולם עדיין במרבית המקרים הפרשנות שניתנה לדין העברי הטילה את עיקר נטל המזונות על שכמם של האבות.

¹ עמש (מרכז) 50603-01-14 ל' ר' ואח' נ' ד' ר' (פורסם בנבו 06.01.2015), בע"מ (מחוזי חי) 318/05 פלוגי נ' פלוגי, (פורסם בנבו 30.10.2015). עמ"ש (מחוזי חי) 54256-09-14 א"כ נ' ב"כ (פורסם בנבו 08.2.2015), תמש (ראשלי"צ) 16785-09-12 ס.ר נ' ד.ר, (פורסם בנבו, 11.12.13), עמ"ש (תא) 1180-05-14 א' א' נ' מ' א', (פורסם בנבו 30.03.2015).

² משרד המשפטים דו"ח הוועדה לבחינת נושא מזונות הילדים בישראל (2012) <http://www.justice.gov.il/PubliCations/Articles/Documents/DochShifman.pdf> (להלן: דו"ח ועדת שיפמן).

³ השוו: רות הלפרין-קדרי, קרן הורוביץ ושי זילברברג "על הכאוס בקביעת דמי מזונות במצבי משמורת משותפת: מבט ביקורתי על הפסיקה ועל המלצות ועדת שיפמן" **משפט ועסקים** יט', 1235 (2016) (להלן: קדרי, הורוביץ וזילברברג). עם: יואב מזא"ה "מזונות ילדים- בין מיתוס למציאות" (נוסח לא סופי, צפוי להתפרסם בדין ודברים).

⁴ "החלטת מועצה הרבנות הראשית בנושא מזונות" (נייר עמדה של המרכז לקידום מעמד האשה ע"ש רות ועמנואל רקמן, 28.12.2015), וכן: "ההשלכות הכלכליות והחברתיות של דין אזרחי למזונות ילדים" (נייר עמדה של עמותת לצדכם שהוגש לוועדה לקידום האשה ולשוויון מגדרי, 23.1.2017). ראו גם מכתב של עמותת הורות משותפת=טובת הילד" לשופטי בית המשפט לענייני משפחה בעקבות וועדת שיפמן (פברואר 2013 לא פורסם) וכן רפורמה בדיני משפחה בין הרצוי למצוי" (נייר עמדה של עמותת הורות משותפת = טובת הילד נובמבר 2017).

⁵ בנימין שמואלי "מה לפמיניזם ולזכויות הילד? השפעת תיאוריות פמיניסטיות על איסור ענישה גופנית לילדים כמקרה מבחן" **משפחה במשפט** 57 (תשס"ז).

⁶ יחיאל קפלן "מטובת הילד לזכויות הילד - ייצוג עצמאי של קטינים" **משפטים** לא' 623 (תש"ס-תשס"א).

⁷ ראו לדוגמא ע"א 81/591 פורטוגו נ' פורטוגו, פ"ד לו (3) 449 (1982). ע"א 469/84 הדרי נ' שני, פ"ד לט (3) 197, 199 (1985), ע"א 4523/90 קאהן נ' קאהן, פ"ד מה (5) 529, 531 (1991), ע"א 426/65 רינת נ' רינת פ"ד כ (2) 21, 26 (1966), ע"א 210/82 גלבר נ' גלבר, פ"ד לח 14, 20 (1984).

⁸ לביקורת חריפה על דיני המזונות בישראל, כפי שפורשו ויושמו בפסיקת בתי המשפט. ראו יואב מזא"ה, לעיל הערה 3.

הטרוניה לגבי חלוקת נטל המזונות קיימת אף במקרים שבהם המשמורת הפיסית נקבעה אצל אחד ההורים, אולם היא התגברה במצבים שבהם נקבעה משמורת משותפת וזאת משתי סיבות:

ראשית, במצבים שבהם משמורת משותפת משקפת חריגה מדפוסי המשפחה המסורתיים וחלוקה שוויונית אמתית של נטל גידול הילדים, מתגבר העיוות בכך שרק האב חב בצרכים ההכרחיים של ילדיו, ללא קשר למצבם הכלכלי של הצדדים (להלן: **"הדרישה לשוויון בנטל"**).

שנית, ללא קשר להיקף החבות הכלכלי של האבות, נטען כי הדין הקיים המחייב את ההורה המשלם, שבמרבית המקרים הוא האב, לשלם את המזונות **לידי האם**, מתעלם מן העובדה שבמצבים של משמורת משותפת כמו גם במקרים של זמני שהות משמעותיים שאינם עולים כדי משמורת משותפת, חלק משמעותי מצרכי הילדים משולמים באופן ישיר על ידי האבות בזמני השהות של הילדים אצלם (להלן: **"טענת הקיזוז"**).

פתרון כולל לבעיות הללו הוצע במסגרת ועדת שיפמן, אשר ביקשה לבטל את תחולת הדין האישי בהקשר למזונות הילדים ולבססם על דין אזרחי. לפי פתרון זה יש לראות את שני ההורים כחייבים במזונות הילדים, תוך שהחויב ביניהם יחולק על פי מצבם הכלכלי היחסי וחלוקת ימי ההורות ביניהם.⁹ ממצאי וועדת שיפמן עוררו וויכוח ציבורי ואקדמי,¹⁰ אולם במישור המעשי נמנע המחוקק עד כה מלנקוט בצעדי חקיקה המבוססים על הדו"ח.

על רקע שתיקת המחוקק החלו הערכאות הדיוניות להתמודד כל אחת בדרכה עם המצב הבעייתי. מיעוטן התמודדו עם בעיית **השוויון בנטל** בכך שהציעו פרשנויות מחודשות לדין העברי לפיהן חובת מזונות הילדים, לפחות החל מגיל 6 עד 15, תחולק באופן שוויוני יותר בין ההורים.¹¹ אחרים, עסקו בטענת **"הקיזוז"** והציעו נוסחאות שונות להתחשבות בתשלומי המזונות המשולמים באופן ישיר על ידי האבות בזמן שהילדים שוהים אצלם¹² וכן בנטל המדור המוטל עליהם. עם זאת, לנוכח הפתרונות המגוונים והשונים זה מזה, הבהירות המשפטית נפגמה והיה מי שכינה את המצב הקיים **"כאוס"**.¹³

זהו הרקע להתכנסותו של בית המשפט העליון בבע"מ 919/15 (להלן: **"הלכת 919"** או **"פסק הדין"**) אשר דן במשולב בערעור שני בשני פסקי דין, שעסקו במזונות ילדים בני 6 עד 15 המצויים במשמורת משותפת,¹⁴ בהרכב מורחב של שבעה שופטים וזאת מתוך כוונה להבהיר את המצב המשפטי. ואכן, על

⁹ דו"ח ועדת שיפמן, לעיל הערה 2

¹⁰ ראו לעיל הערות 3-4.

¹¹ ראו למשל **ל' ר' נגד ד' ר'**, לעיל הערה 1 פסק דינו של השופט ויצמן, בפסק זה נקבע כי יש לאמץ את הפרשנות של תקנת הרבנות הראשית לפיה, החיוב מגיל 6-15 הוא מדין צדקה ולכן מוטל על שני ההורים. עם זאת לדעת ויצמן גם כאשר החיוב מצד צדקה הוא מוטל בראש ובראשונה על האב ובכך בכל זאת נותר אפקט לא שוויוני. לטענה נרחבת יותר לפיה יש לזנוח את הדין הדתי ולהשתית את דיני המזונות על אדנים שוויוניים, ראו פסק דינו של השופט כהן **ס.ר. נ' ד.ר.**, לעיל הערה 1.

¹² ראו: **ס.ר. נ' ד.ר.**, שם. פסקי דינה של השופטת וילנר: **א.ב. נ' ב.ב.** לעיל, הערה 1, פסק דינה של השופטת פלאוט עמש (מרכז) 10881-01-16 **ת. מ' נ' ז. מ** (פורסם בנבו 11.12.2016) וכן: **ל' ר' נגד ד' ר'**, שם. כן ראו את הנוסחה המוצעת על ידי השופט שוחט בהלכת **א' א' נ' מ' א'**, לעיל הערה 1.

¹³ לסקירת המצב המשפטי עובר לבע"מ 919/15 **פלוגי נ' פלוגית**, (פורסם בנבו 19.07.2017) (להלן: **פסק הדין**) ולטענה כי מדובר בכאוס ראו: רות הלפרין-קדרי, קרן הורוביץ ושי זילברברג, לעיל הערה 3.

¹⁴ **פסק הדין**, שם. לעובדות הספציפיות ראו פסקאות 36-43, 47-51 לדברי השופט פוגלמן.

אף ששופטי בית המשפט העליון לא הכריעו במקרים הספציפיים שהובאו בפניהם ולמרות שבמסגרת פסק הדין התגלו חילוקי דעות משמעותיים בין השופטים בשאלות שונות עקרוניות ומעשיות, הם הסכימו בסופו של דבר פה אחד על העקרונות שינחו מעתה את המשפט הישראלי בנושא. ברם, למרבה הצער, הסכמת השופטים בהרכב המורחב לא סתמה את הגולל על הוויכוח. להיפך, מיד לאחר פרסום פסק הדין הכריזו ארגוני נשים וארגוני גברים על ניצחונם.¹⁵ כנסים שונים שנערכו בעקבות פסק הדין חשפו עמימות גבוהה לגבי פרשנותו.¹⁶ במחקר האקדמי הובעו עמדות הפוכות לגבי פרשנותו ותחולתו.¹⁷ ומטריד מכל, סדרת פסקי דין של בתי המשפט הדיוניים בעקבות פסק הדין חושפת הבדלים משמעותיים בין השופטים לגבי הבנת הלכת הפסק.¹⁸ לפחות על פי ניתוחינו בהיבטים שונים, פסקי הדין הללו חורגים מן העקרונות שנקבעו בהלכת הפסק. על רקע זה לא ייפלא שגם דיווחים מאנשי השטח מתארים עמימות גבוהה המקשה על האפשרות להגיע להסדרים מוסכמים.¹⁹ מצב עניינים זה הוליד אותנו לכתיבת המאמר הנוכחי.

אכן איננו מכחישים, כי ריבוי העמדות בפסק הדין, כמו גם הדינאמיקה הייחודית בין שופטיו, עלולים להקשות על חילוץ הלכת הפסק. לכך, מצטרף קושי נוסף: חלק ניכר של **פסק הדין** 919 עוסק בדיונים עקרוניים וכוללניים באופי המשפטי של חובת המזונות בגילאים 6-15 ובטכניקות להתחשבות בהוצאות הישירות של האב על ילדיו בזמן שהם שוהים אצלו. מאידך, במקרים הספציפיים שנדונו ובמקרים רבים, הדוגמאות הספציפיות שהביאו השופטים במהלך הדיון, עסקו במצבי משמורת משותפת המאופיינת בזמני שהות זהים אצל כל אחד מן ההורים ובהורים בעלי הכנסה שווה או כמעט שווה. המתח בין כלליות הדיון לפרטניות היישום והדוגמאות המספריות המובאות בפסק הדין עשויים לבלבל, וכפי שנראה בהמשך הם בלבלו בפועל את קוראי פסק הדין. נוסף על כך, כמה משפטים בודדים בפסק הדין, המיושמים על ידי חלק משופטי המשפחה על פי פרשנותם המילולית ולא כחלק מן המכלול הרחב של פסק הדין והגיונו, הוליכו אף הם ליישום שגוי של פסק הדין.

¹⁵ השוו לדיווחים על **פסק הדין**: רות הלפרין-קדרי "בין פייק ניוז לשוויון מגדרי" **הארץ** 25.07.2017 <https://www.haaretz.co.il/opinions/premium-1.4296592>, עם יואב מזא"ה "צדק היסטורי עם המשפט העברי" **ערוץ 7** 20.07.2017 <https://www.inn.co.il/News/News.aspx/351286>

¹⁶ ראו למשל דבריו של השופט שאול שוחט בהרצאה לא כתובה ביום עיון "סדר, אי סדר, יהיה בסדר?", באוניברסיטת בר אילן, 4.9.2017 (להלן: יום העיון) שבו ניתח את העמימות בשאלה האם הלכת פסק הדין לגבי חיוב של בני זוג מדין צדקה רלוונטית גם במצבים שאינן משמורת משותפת. ראו גם את דבריו של פרופ' פרימר באותו הכנס הניתוח עמימות משמורתית שנותרת לדרך שבה ייושם דין הצדקה. גם פרופ' הלפרין קדרי בדבריה באותו יום עיון הביעה חשש כי פסק הדין לא פיזר את הכאוס ששרר לפניו. ראו גם את נייר העמדה של: המרכז לקידום מעמד האישה ע"ש רות ועמנואל רקמן "הלכת בע"מ 1709, 919/15 פלוגי נ' פלונית-הצגה וניתוח" https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3031326 (להלן עמדת רקמן).

¹⁷ השוו בין עמדת רקמן שם, לפיה פסק הדין בכללותו ישים רק למצבים המצומצמים של משמורת משותפת מלווה בהכנסה שווה, (לביקורת על עמדת מרכז רקמן בנושא ראו להלן הערה 88) לבין יואב מזא"ה הסבור כי פסק הדין בכללותו עוסק בכל סוגי הילדים אך הוא קובע שני הסדרים הנבדלים באופן דרמטי זה מזה האחד לגבי משמורת רגילה והשני לגבי מקרים המסווגים כמשמורת משותפת. ראו: יואב מזא"ה "מהפכת מזונות הילדים: בעקבות פסיקת בית המשפט העליון בבע"מ 919/15" (עתיד להתפרסם 2018) לביקורתנו על עמדת מזא"ה ראו להלן, הערה 118 והטקסט המתייחס אליה.

¹⁸ ראו בהרחבה **להלן פרק ג**.

¹⁹ אחת מכותבות המאמר היא ממונה מחוזית על עורכי הדין ביחידת הסיוע במשרד הרווחה. במסגרת תפקידה היא נפגשת עם זוגות רבים ועם עורכי דינם ומדווחת על מצוקה ועמימות בעקבות **פסק הדין** ועל הקושי של צדדים להגיע להסכמות בעקבות העמימות.

עדיין, חרף הקשיים עליהם הצבענו, לדעתנו קריאה נכוחה של פסק הדין מאפשרת פרשנות ברורה וצופה פני עתיד של דיני מזונות ילדים בישראל, לפחות בטווח הגילים שבין 6 ל-18.

לצורך כך, נתייחס **לפסק הדין** כטקסט הדורש פרשנות. בהמשך, ניישם כללי פרשנות משפטית כגון ההבחנה בין פרשנות מילולית לפרשנות תכליתית²⁰ והצגת הטקסט המפורש באורו המיטבי,²¹ כללים המשמשים ברגיל לפרשנות טקסטים משפטיים, לצורך פרשנות פסק הדין, תוך התמודדות עם האתגר של חילוץ הלכת פסק אחת ממעשה יצירה המכיל קולות רבים. לנוכח השימוש בכללי הפרשנות הללו נטען כי העקרונות שהוצעו בסופו של דבר במכלול פסק הדין, אם יפורשו בהתאם לאמות המידה שהוצעו במאמר הנוכחי, מהווים עקרונות ראויים להסדרת הנושא. עם זאת, חרף המאמץ לפרש את הלכת הפסק באופן בהיר, גם לדעתנו נושאים מסוימים נותרו בעימותם למרות פסק הדין, ובמסגרת המאמר נבקש להצביע על נושאים אלה ועל הכיוונים שבהם לדעתנו על המשפט הישראלי לפסוע בהקשר להם.

בפרק הראשון נציג את פסק הדין ואת הבנתנו את עמדות השופטים השונים בו. בפרק השני, נצביע על הקשיים הפרשניים המקשים על הבנת הלכת פסק הדין, את העמימות המשפטית לגבי יישומו בפסיקה הדינית ובנוסף נציג ונדחה את הפרשנות שניתנה לפסק הדין בכתיבה האקדמית עד כה ולאחר מכן נציג את פרשנותנו להלכת פסק הדין לרבות עמדתנו באשר לנושאים שלא הוכרעו בו ומתוך כך נציע עקרונות לדיני מזונות ילדים בישראל בעידן שלאחר הלכת 919. בפרק השלישי נתח את הפסיקה הדינית שניתנה בעקבות פסק הדין ונצביע על הגישות השונות שהתפתחו בה ואת הקושי המסתמן ליישם את פסק הדין בכללותו. בפרק הרביעי, נבקש להציע הדרכה מעשית קונקרטית ובכללה מתווה מפורט בן שישה שלבים ונוסחה מתמטית שתסייע ליישום הממשי של פסק הדין. בפרק החמישי נבקש להצביע על כמה מתודות שעשויות לסייע בהליכי גישור בנושא המזונות בעקבות פסק הדין. באפילוג נעסוק בלקחים שונים לגבי גיבוש וניסוח פסיקה מרובת משתתפים וכן בשינויי חקיקה עתידיים.

פרק א: הלכת 919

1. ניתוח אנליטי של השאלות שהוצבו בפני בית המשפט - השוויון בנטל וסוגיית הקיזוז

בפני בית המשפט העליון הובאו שני מקרים "קלאסיים" שעסקו במזונות ילדים בגילאים בין 6-15 במצבי משמורת משותפת. כעולה מן המבוא נדרש בית המשפט העליון להכריע בשני נושאים עקרוניים:

(1) קביעת **היקף** חובת המזונות בגילאים הללו, ו**חלוקת הנטל** בין ההורים תוך התייחסות לטענת השוויון בנטל.

(2) **דרך מימוש הנטל** המוטל על כל הורה ובכלל זה ההתחשבות בתשלום הישיר של המזונות על ידי ההורה המשלם הכולל גם את הוצאות המדור העודפות של ההורה המשלם (טענת הקיזוז).

²⁰ אהרן ברק **פרשנות תכליתית במשפט** (תשס"ג-2003).

²¹ למתודה פרשנית זו ראו Ronald Dworkin *Law's Empire*, 250-254 CAMBRIDGE (1986).

בטרם נבחן כיצד הכריע בית המשפט העליון בשני העניינים הללו נדגיש ארבע נקודות :

(א) ההבחנה בין טענת "השוויון בנטל" ל"משל החתול"

בגרסתה המקובלת, טענת השוויון בנטל משמעה כי שני ההורים צריכים לשאת במשותף בכלל הוצאות ילדיהם בהתאם למצבם הכלכלי, ללא קשר למגדר, וכפי שנראה להלן, תוך התחשבות בהוצאות המוצאות באופן ישיר על הילד בתקופה שבה הוא שוהה עם ההורה. עם זאת בשיח הציבורי הפופוליסטי מושמעת מפעם לפעם גרסה רדיקלית יותר של הטענה, לפיה במצבי משמורת משותפת משמעות השוויון הינה שכל הורה אחראי בלעדי לילד בתקופה שבה הוא שוהה אצלו, אך אין לו כל אחריות למזונות הילד בתקופה שבה הוא שוהה אצל בן זוגו. כך למשל, בתכנית טלוויזיה שעסקה בנושא²² הציג אחד הדוברים את "משל החתול". על פי המשל כשם שבמקרה של שני שותפים החולקים בעלות בחתול, ומסדירים את משמורתו בחלוקה של ימים, ברור שכל צד אחראי לשאת במזונות החתול בימים שהוא אצלו, בהתאם גם ברור שבמקרה של הורים החולקים ילד במשמורת משותפת, על כל הורה לשאת באופן בלעדי בצרכי הילד בימים שהוא אצלו. למותר לציין כי "משל החתול" סותר את כל העקרונות המקובלים בדבר טובת הילד וזכויותיו ואחריות שני ההורים לסיפוק צרכיו, כמו גם את המקובל בכל מערכות המשפט המוכרות לנו. עם זאת הגישה הרדיקלית, המשתקפת במשל החתול, מהדהדת מפעם לפעם, יתכן שלא במודע, בפסיקות בתי המשפט וכפי שנראה להלן יש המפרשים רכיבים חשובים בפסק הדין מושא מאמר זה כמאמצים היבטים משמעותיים שלה,²³ ועל כן חשוב להזכירה ולהכחידה.

(ב) היתכנותם של מודלים שונים להתחשבות בהוצאות הישירות המוצאות על ילדים: על קיזוז מלא וקיזוז מהותי

הערטנו השנייה מתייחסת לקיומם של מודלים שונים לדרישה להתחשבות בהוצאות המוצאות באופן ישיר על ידי ההורה המשלם בזמן שהילדים מצויים אצלו (התחשבות זו מכונה לעיתים בפסק הדין קיזוז בעין). דומה כי כיום, הכול מודים שיש מקום להתחשבות בהוצאות הללו, אולם קיימת מחלוקת נוקבת לגבי דרך ההתחשבות. מודל אחד, שהנחה למשל את וועדת שיפמן בנושא, מניח כי קיים יחס ישר בין זמני השהות של הילד אצל הוריו לבין ההוצאות בעין שמוציא כל הורה על הילד. על פי מודל זה, במקרים של זמני שהות שווים המכונים לעיתים, משמורת משותפת שווה, יש להניח כי כל אחד מן ההורים מוציא באופן ישיר חצי מהוצאות הנדרשות לילד בעת שהם שוהים אצלו (להלן: "גישת הקיזוז הטכני או המלא"). לעומת מודל זה, מודלים אחרים מסכימים כי יש להתחשב במזונות המוצאים על ידי "ההורה המשלם" בעת שהילד שוהה אצלו. ברם לטענתם, אין מתאם מלא בין יחס ההוצאות ליחס השהות.²⁴ לכן, על פי המודלים הללו יש לבצע קיזוז חלקי בלבד של ההוצאות בהתאם ליחס השהות,

²² אמנון לוי "הפנים האמתיות של האבות הגרושים" ערוץ 10 25.07.2016 <http://10tv.nana10.co.il/Article/?ArticleID=1200889>

²³ כך מפרש מזא"ה, לעיל הערה 17, את פסק דינה של השופטת ברק ארז ובעקבות זאת את הלכת הפסק בכל הקשור לאחריות ההורים על המדור ועל המזונות תלויי השהות מקרים של משמורת משותפת. כך, גם מפרשים את הלכת הפסק חלק משופטי המשפחה ראו **להלן פרק ג חלק 4**.

²⁴ לביקורת על וועדת שיפמן בהקשר זה ראו: קדרי, הורוביץ וזילברברג, לעיל הערה 3, עמ' 1259-1260. וכן דפנה הקר ורות הלפרין קדרי "כללי - ההכרעה בסכסוכי משמורת על סכנותיה של אשליית הדמיון ההורי במציאות ממוגדרת" **משפט וממשל** טו, 91, 151 (2013).

וזאת מתוך הנחה כי חלק מן ההוצאות מוצאות ברגיל על ידי אחד מן ההורים ללא קשר לזמן שהות.²⁵ עוד מוצעות נוסחאות שמטרתן להבחין בין "הוצאות תלויות שהות" כגון מזון, חשמל וכיו"ב, שלגביהן ניתן להציע נוסחת קיזוז טכנית, לבין "הוצאות שאינן תלויות שהות" שלגביהן יש להשתמש בהורה מרכז/גזבר²⁶ שיהיה אחראי על תשלום ההוצאות הללו ו/או להציע מנגנונים אחרים לתשלום ההוצאות.²⁷

(ג) ייחודיותה של סוגיית המדור

טענת ההתחשבות בהוצאות ישירות המוצאות על ידי שני ההורים על ילדיהם במצבי משמורת משותפת/זמני שהות נרחבים, מעוררת קושי מיוחד בהקשר לסוגיית המדור. מחד, אף במקרים אלה טוענים ההורים המשלמים, כי חיובם בעלות מדור הילדים אצל בן זוגם, מתעלמת מהוצאות המדור שלהם בשל שהות הילדים אצלם. מאידך, בניגוד לרכיבים האחרים של מזונות הילדים, בהם נשיאת אחד ההורים במזונות הילדים בתקופת שהותם אצלו מפחיתה את העלות של רכיב מזונות זה אצל ההורה השני, לגבי הוצאת מדור המצב שונה, ונשיאת ההורה האחד בתשלום המדור בעת שהילדים אצלו, לא מפחיתה באופן קורלטיבי את הוצאות המדור של הורה השני.²⁸

(ד) עצמאותן של סוגיית השוויון בנטל וסוגיית הקיזוז

שאלת השוויון בנטל וסוגיית הקיזוז הן שתי שאלות עצמאיות שההכרעה באחת מהן לא גוררת באופן אוטומטי את ההכרעה ברעותה. כך, למשל, באופן עקרוני יכול בית המשפט לדחות את טענת השוויון בנטל ולדבוק בפרשנות המסורתית של הדין העברי לפיה החובה לספק צרכים הכרחיים מוטלת כולה על האב ועדיין לקבל את הטענה כי יש לקזז מחבות האב את הסכום המשולם באופן ישיר לילדיו, בין היתר על פי השיטה הטכנית הסבורה כי יש לגזור את סכום הקיזוז משיעור שהות של הילדים אצל כל הורה. כמו כן באופן רעיוני תתכן גם עמדה הפוכה המאמצת פרשנות חדשנית "שוויונית לדין העברי" לפיה היקף החבות צריך להיות על פי הכנסות ההורים ללא קשר למגדר ועדיין להסתייג משיטות של "קיזוז טכני" והעדפת מודלים מתחרים, כגון הקיזוז החלקי וההבחנה בין הוצאות תלויות שהות להוצאות שאינן תלויות שהות או שיטת ההורה הגזבר. עם זאת, חרף עצמאותן האנליטית של שאלות היקף החבות והקיזוז, לא תמיד נשמרה בפסק הדין ההבחנה בין השאלות הללו. עניין זה הוליד דינאמיקה ייחודית בפסק הדין בין פסק הדין של השופט פוגלמן לבין פסק הדין של השופטת ברק-ארז, אליה אנו עוברים כעת.

²⁵ זהו ככל הנראה הרציונל העומד בבסיסם של כמה פסקי דין שקדמו להלכת 919 ובהם נקבע קיזוז חלקי של ההוצאות הישירות על הילדים כפי שחושבו בהתאם למודל טכני. ראו לדוגמא פסק דינה של השופטת וילנר **פלוני נ' פלונית**, לעיל הערה 1 שבו בוצע קיזוז חלקי.

²⁶ ראו במקורות המאוזכרים לעיל הערה 24. רעיון זה אומץ עוד לפני **פסק הדין**, על ידי השופט שוחט בפסק הדין עמ"ש (מחוזי ת"א) 59072-02-15 **ע' מ' (קטין) נ' ע' ג'**, פסקה 8 לדברי השופט שוחט (פורסם בנבו 03.07.16).

²⁷ כך למשל, ניתן להציע פתיחת חשבון בנק משותף לצורך תשלום ההוצאות שאינן תלויות שהות.

²⁸ ראו בהקשר זה את דבריה הנכוחים של השופט וילנר **בע"מ (מחוזי חיפה) 318/05 פלוני נ' פלונית**, [פורסם בנבו] סעיף 15 לפסק הדין (30.1.06).

2. הדינאמיקה בפסק הדין

א. פסק דינו של השופט פוגלמן

פסק הדין הפותח ניתן על ידי השופט פוגלמן. רובו המכריע של פסק דינו עסק בשאלה הראשונה, דהיינו, חלוקת הנטל של תשלומי המזונות בין ההורים של ילדים בגילאי 6-15. מלכתחילה, המשפט העברי חייב את האב לזון את ילדיו בגילאים 0-6²⁹ אך לא הטיל על האב חיוב לזון את ילדיו מעבר לגיל זה. ברם במהלך ההיסטוריה ההלכתית הורחבה חובת האב באמצעות שתי תקנות: הראשונה מתקופת חז"ל המכונה תקנת אושה, שהטילה על האב את החובה לזון את בנו עד גיל 13 ואת בנותיו עד גיל 12,³⁰ והשנייה, שעמדה במרכז פסק הדין הנוכחי, של הרבנות הראשית מתקופת המנדט ובה הורחב החיוב עד לגיל 15.³¹ עד לאחרונה הפרשנות המקובלת של תקנת הרבנות הראשית, בפסיקה האזרחית בישראל,³² הייתה שבעקבות הרחבה זו, חובת האב לספק את הצרכים ההכרחיים של ילדיו היא חובה מוחלטת מן הדין³³ שאינה תלויה באמידותו³⁴ והיא קודמת לחובת האם. לעומת זאת, בחלק מן הפסיקה הדיונית שקדמה להלכת 919 הוצגה גם פרשנות שונה של הדין העברי, לפיה תקנת הרבנות הראשית אפשרה את אכיפת החיוב לזון את הילדים בגילאים 6-15 אולם טיב החיוב הוא מדין צדקה³⁵ וככזה הוא מוטל באופן שווה על שני ההורים על פי אמידותם.³⁶ פרשנות זו נתמכה בחוות דעת מיוחדת של היועץ המשפטי לממשלה שהוכנה לקראת פסק הדין.³⁷ לאחר דיון מעמיק במשפט העברי ובפרשנויות השונות האפשריות לתקנת הרבנות הראשית, ובכלל זה בהחלטה מיוחדת של מועצת הרבנות הראשית

²⁹ ככל שמדובר בילדים בגילאים 0-6 הפרשנות שניתנה לעמדת המשפט העברי בפסיקה חד משמעית: האב חייב חובה מוחלטת לספק את צרכיו ההכרחיים של ילדיו, באופן בלעדי וללא קשר למצב הכלכלי של בני הזוג, בעוד שסיפוק צרכי הילד מעבר לצרכים המינימאליים מקורו בדין צדקה ועל כן האב והאם חייבים בו באופן שווה מדין צדקה בהתאם למצבם הכלכלי. לביקורת על הפרשנות המקובלת בפסיקה אף בחקשר זה ראו מזא"ה, לעיל הערה 8.

³⁰ על תקנת אושה, מקורותיה והאפשרות לאוכפה באופן משפטי. ראו: אלימלך וסטרייך "מקורות משפטיים היסטוריים לחיוב הורים במזונות ילדיהם" דיני ישראל יט קסא, קסח (1997) וכן: מנשה שאוה **הדין האישי בישראל** כרך א 254, 277 (מהדורה רביעית מורחבת, 2001). (להלן: שאוה) יש לציין כי תקנת אושה הרחיבה את חובת המזונות עד גיל 12 לבנות ו-13 לבנים ורק תקנת הרבנות היא שהעלתה את גיל החיוב לגיל 15.

³¹ תקנת הרבנות הראשית נתקנה בשנת תש"ד 1944 על הרקע לתקנה ועל תכנה ראו וראה ישראל צבי גילת, **יחסי הורים וילדים: מזונות, יחסי ממון, משמורת וחינוך** (תל-אביב תשס"א), 502, כן ראו בבע"מ 919/15 **פלוני נ' פלונית** פסקאות 16-18 לדברי השופט פוגלמן.

³² ראו לעיל הערה 8.

³³ לדעות השונות בקרב דייני ישראל בנושא זה ראו החלטה מס' 3 של מועצת הרבנות הראשית לישראל (30.11.15) www.rabanut.gov.il/VF/ib_items/726/Protocol_21.pdf. לביקורת על הפרשנות המקובלת של המשפט העברי בסוגייה זו, ובפרט על אי ההתחשבות בעמדות שראו מאז ומעולם בתקנה כמבוססת על דין הצדקה ראו מזא"ה, שם.

³⁴ עם זאת גם על פי הפרשנות הזו, קיים הבדל מסוים בין הקטגוריות של 0-6 ו 6-15 המתייחס לילד שיש לו מקורות הכנסה משל עצמו. ככל שמדובר בקטני הקטנים חובה אבסלוטית של האב קיימת אפילו במקרה זה, לעומת זאת בגילאים 6-15 החובה קיימת רק עבור ילד שאין לו יכולת לפרנס את עצמו ממקורותיו. ראו **עניין פורטוגז**, לעיל הערה 7, בעמ' 454.

³⁵ ראו ל' ר' נגד ד' ר', לעיל הערה 1.

³⁶ עם זאת בניגוד להבנה לפיה דין צדקה קובע חובה שווה לאב ולאם, השופט ויצמן, שם, סבר בכל זאת שגם מדין צדקה חובת האב קודמת לחובת האם.

³⁷ "חיוב האם במזונות ילדים" (חוות דעת של ד"ר מיכאל ויגודה ועו"ד אליעזר הללה שהוגשה למשרד המשפטים 16.09.2015).

שניתנה בעניין זה לאחרונה,³⁸ מכריע השופט פוגלמן כי יש לשנות את ההלכה הקיימת ולאמץ את הפרשנות האלטרנטיבית לפיה החיוב מגיל 6 עד 15 הוא מדין צדקה. הכרעה זו של השופט פוגלמן, לפיה יש לשנות את ההלכה הקיימת ולאמץ את הפרשנות האלטרנטיבית לתקנת הרבנות הראשית, בוססה על שלושה נדבכים: 1. מעין עקרון "שוויון הדינים" לפיו יש לקרב את הדין העברי לעמדת הדין האזרחי כפי שהיא משתקפת בסעיף 3א לחוק לתיקון דיני משפחה מזונו. 2. עקרון השוויון המהותי והפורמאלי אשר לדעת השופט פוגלמן אינו מתיישב עם הפרשנות הקיימת לדין העברי, המטילה כזכור את החובה הבסיסית על האב בלבד ללא קשר למצב הכלכלי.⁴⁰ 3. עקרון טובת הילד, על פיו יש לדאוג לרווחת הילד בשני הבתים בהם הוא שוהה.⁴¹

לנוכח האמור מסכם השופט פוגלמן:⁴²

"דעתי היא אפוא כי האיזון בין מכלול השיקולים שעליהם עמדנו תומך באימוץ פרשנותה החלופית של תקנת תש"ד שלפיה בגילאי 6-15 תחול על שני ההורים האחריות למזונות הילדים מדין צדקה, וכי חלוקת החיוב ביניהם תיעשה על סמך יכולתם הכלכלית היחסית מכלל המקורות, לרבות הכנסה מעבודה, כמו גם יתר נסיבות העניין".

בניגוד לעמדה הברורה שהציג פסק הדין בשאלת חלוקת הנטל, קשה להסיק מפסק הדין "המקורי" של השופט פוגלמן, מהי עמדתו בהקשר לשאלת דרך ההתחשבות בהוצאות הישירות שמוציא ההורה המשלם על ילדיו בזמן שהם שוהים אצלו. האם תומך השופט פוגלמן בנוסחת קיזוז טכני דוגמת זו המוצעת בדוח שיפמן,⁴³ או שמא הוא מאמץ טכניקות גמישות יותר שאינן מניחות בהכרח כי ההוצאות של ההורים בגין הקטינים מתחלקות בהתאם לזמני השהות שלהם?⁴⁴ בוודאי שלא ניתן לחלץ מפסק דינו משנה סדורה בשאלת המדור.

³⁸ החלטה מס' 3 של מועצת הרבנות הראשית לישראל (30.11.15) VF/ib_items www.rabanut.gov.il/726/Protocol_21.pdf.

³⁹ **פסק הדין**, לעיל הערה 13, פסקה 10 לדברי השופט פוגלמן.

⁴⁰ ראו פסקאות 144-100 לדברי השופט פוגלמן ב**פסק הדין**, שם, בהן מציב השופט את עקרון השוויון כתומך באימוץ הפרשנות החדשה לתקנת הרבנות הראשית ודוחה מגוון טענות נגד.

⁴¹ ראו את פסקאות 94-80 לחוות דעתו של השופט פוגלמן ב**פסק הדין**, שם.

⁴² ראו את סיכום הניתוח בפסקה 142, שם.

⁴³ כך הבינה השופטת ברק ארז את פסק דינו. ראו פסקה 6 לדברי השופטת ברק- ארז ב**פסק הדין**, שם. אף מוז"ה, לעיל הערה 17, מכנה את גישת פוגלמן גישת הקיזוז המלא. נציין כי פוגלמן לא מאמץ עמדה זו במפורש אף כי רוחה עשוי לעלות בכמה קטעים בפסק דינו, ראו למשל בפסקה 125 לפסק דינו "אימוצה של פרשנות זו יאפשר להבחין בין מקרי משמורת פיזית משותפת שבהם מוצדק להוסיף ולהטיל חיוב במזונות על האב; לבין מקרים שבהם אין הצדקה לחייב מי מההורים להעביר תשלום מזונות לידי השני. החלופה האחרונה תאפיין בדרך כלל מקרים של משמורת פיזית משותפת המתאפיינים בשקילות כלכלית ברורה בין האב לבין האם או בהכנסה יתרה של האם לעומת האב. ראו גם פסקה 92 סיפא לפסק דינו: "ואולם, באותם מקרים של משמורת פיזית משותפת שבהם ההורים שקולים מבחינה כלכלית, או כשמצבה של האם אף משופר יותר, יכול שטובת הילד תחייב כי כל הורה יישא במזונותיו." עם זאת ראוי להודות שהשופט פוגלמן אינו קבוע בנושא מסמרות אלא מעלה רק את האפשרות להגיע להסדר כזה שבו כל צד ישא בהוצאותיו.

⁴⁴ ראו למשל בפסקה 126 **לפסק הדין**, שם: "וגם זאת יש לומר אין מדובר בקביעת נוסחאות אריתמטיות נקשות הקושרות בין הכנסות ההורים והיקף המשמורת הפיזית המסורה לכל אחד מהם לבין שיעור המזונות. פסיקת המזונות לעולם לא תסמוך אך על "המספרים היבשים" – אם לעניין נתוני ההשתכרות של ההורים, אם לעניין יחס השהייה אצל כל אחד מהם. בטרם יפסוק באופן סופי את סכום המזונות על בית המשפט להוסיף ולהתבונן היטב על התא המשפחתי שלפניו ועל נסיבותיו הפרטניות, ולהבטיח את חלוקת הנטל ההולמת ביותר תנאים אלה. הקביעה תהיה נטועה תמיד במכלול נסיבות העניין, כשישקול העל המנחה אותה הוא טובת הילד ורווחתו בבתי שני ההורים." ראו עוד פסקה 97 **לפסק הדין** של השופט פוגלמן, שם: "לפיכך, במקרים המתאימים שבהם יראה לו הדבר דרוש, אינני רואה קושי בכך שבית המשפט ימנה את אחד ההורים כהורה האחראי לאותן הוצאות חריגות, ויקבע את מנגנון השיפוי וההתחשבות בין ההורים, אם מראש, אם בדיעבד

עמימות זו, הולכה לשיחה הייחודית בהלכת 919 בין פסק דינו של השופט פוגלמן לבין פסק דינה של השופטת ברק ארז, כאשר מחד מייחסת השופטת ברק-ארז לשופט פוגלמן תמיכה בשיטות הקיזוז הטכני ומבקרת אותו על כך, ומאידך השופט פוגלמן הודף את הביקורת, דוחה את סיווגה של השופטת ברק ארז את שיטתו ובסופו של דבר מצטרף לעמדתה המהותית בנושא.

ב. פסק דינה של השופטת ברק ארז

השופטת ברק ארז פותחת את פסק דינה, בהכרזה כי הסכמתה לחוות דעתו של פוגלמן נושאת אופי חלקי בלבד.⁴⁵ עיקרי עמדתה של השופטת ברק ארז יפורטו להלן.

(1) קביעת היקף החיוב בהתאם למצב הכלכלי ואימוץ משתמע של דיני הצדקה

בשאלה המרכזית שבה עסק השופט פוגלמן, פרשנות תקנת הרבנות הראשית ושאלת השוויון בנטל הנגזרת ממנה, מקבלת השופטת ברק ארז את מסקנתו המרכזית, לפיה הפרשנות המקובלת של תקנת הרבנות הראשית, המטילה את החובה לשאת בצרכים ההכרחיים של הילדים על האב בלבד בטלה,⁴⁶ וכי יש לאמץ את העמדה האלטרנטיבית לפיה החובה מוטלת בשווה על שני ההורים בהתאם למצבם הכלכלי.⁴⁷

עם זאת, במובנים רבים, פסק דינה של השופטת ברק-ארז מהווה תמונת ראי לזה של השופט פוגלמן. פוגלמן עסק באריכות רבה בשאלת קביעת היקף החבות וחלוקת הנטל ובכלל זה בפרשנות תקנת הרבנות הראשית, ומיעט לעסוק בשאלת קיזוז ההוצאות שהוציא הורה על ילדיו באופן ישיר. לעומת זאת, השופטת ברק-ארז הביעה את הסכמתה לעמדת פוגלמן בנושא הראשון בקצרה ואת עיקר פסק דינה היא הקדישה לשאלה השנייה, הלא היא שאלת "מימוש המחויבות" ובפרט בדרך ההתחשבות בהוצאות שהוציא ההורה המשלם על ילדיו באופן ישיר.

(2) דחיית גישת הקיזוז המלא/טכני

בנושא מימוש המחויבות, מייחסת השופטת ברק ארז לשופט פוגלמן תמיכה בגישה אותה היא מכנה "הקיזוז המלא", הקיזוז בעין או הקיזוז הטכני, גישה שלפיה ניתן להניח שהורים מספקים את צרכי ילדיהם ביחס ישיר לאחוזי השהות של הילדים אצלם. משמעות הגישה היא שבמצבים של משמורת

..... עוד אעיר כי לעניין זה, אפשר שבית המשפט ייתן דעתו גם לאופן שבו נשאו ההורים באחריות לעניינים כספיים מעין אלה בתקופת הנישואין קודם לסכסוך ויבחן בין היתר את האפשרות להותיר את האחריות לנשיאה בהוצאות החריות אצל אותו הורה שהיה אמון על כך בתקופת הנישואין". ואכן השופט פוגלמן מפנה לפסקה זו (ראו פסקה 146 (ב) **לפסק הדין**, שם), כאשר הוא מבקש להדוף את ביקורתה של השופטת ברק ארז ואת סיווגה של שיטתו כתומכת בקיזוז מלא או בקיזוז טכני. עם זאת יש להודות כי השופט פוגלמן ממוקד בפסקה זו בהוצאות חריגות המכונות בעגה "מחציות". לעומת זאת, גישת ההורה המרכזי, בה תומכת השופטת ברק-ארז סבורה כי גם הוצאות שוטפות שאינן תלויות שהות אינן צריכות להתחלק באופן יחסי לזמני השהות.

⁴⁵ ראו פסקה 1 לדברי השופטת ברק ארז **בפסק הדין**, שם.

⁴⁶ כך בפסקה 8 לדברי השופטת ברק ארז **בפסק הדין**, שם, קובעת השופטת " גם לשיטתי אבד הכל על הדין הנוהג, אשר אינו תואם את המציאות החברתית הקיימת כיום" ובהמשך בפסקה 29 "אכן, מציאות החיים מאז עיצובו של הדין העברי בשאלה זו השתנתה וצודק חברי השופט פוגלמן כי לא קיימת הצדקה להטיל על האב, באופן אוטומטי, את תשלום מזונות הילדים".

⁴⁷ ראו פסקה 40 לחוות דעתה " אני מסכימה עם חברי השופט פוגלמן שקביעת היקף השתתפות של ההורים בתשלומי המזונות אמורה להיעשות גם בהתאמה לשיעורי ההשתכרות שלהם .. לכך, ככלל, הנשיאה בתשלומי המזונות והמדור צריכה להיעשות באופן יחסי לשיעור ההכנסה של ההורים ותוך התחשבות בפוטנציאל ההשתכרות שלהם. זאת, כמובן, בכפוף לכללים המנחים שיפורטו להלן".

משותפת וההשתכרות דומה לא יועברו תשלומי מזונות בין ההורים.⁴⁸ השופטת ברק ארז מצביעה על שני עקרונות יסודיים שאמורים לדעתה להתוות את ההסדר שיקבע את מימוש חובת המזונות במקרה של משמורת משותפת: טובת הילד,⁴⁹ ושוויון מהותי-תוצאתי.⁵⁰ נוסף על כך, היא מצביעה על הצורך לקחת בחשבון שיקולים מעשיים שיפשטו את היכולת לאכוף את החובה.⁵¹ על בסיס השיקולים הערכיים והמעשיים, היא דוחה בנחישות את גישת הקיזוז המלא אותה היא מייחסת לפוגלמן בשל החשש שגישת זו אינה רגישה מספיק להבדלים משמעותיים שעדיין קיימים בין דפוסי ההורות שבין גברים ונשים ושהיא תותיר את הילדים ללא אחראי ברור למילוי צרכיהם.

(3) ההבחנה בין הוצאות תלויות שהות להוצאות שאינן תלויות שהות

חלף הגישה המציעה קיזוז בעין של ההוצאות על בסיס נוסחה טכנית של ימי שהות, מציעה השופטת ברק-ארז כי יש להבחין בין שני סוגי הוצאות: הוצאות תלויות שהות, או בלשונה של השופטת ברק ארז הוצאות יומיומיות- כגון אוכל וחשמל, והוצאות שאינן תלויות שהות, כגון בגדים, ספרי לימוד וכיו"ב המאופיינות בכך שהן אינן חלק מהפעילות המשפחתית היומיומית וכמו כן הן בנות דחייה.

(4) אימוץ שיטת הקיזוז המלא בהקשר להוצאות תלויות שהות

לדעת השופטת ברק-ארז, "כאשר הילד נמצא במהלך היום אצל אחד ההורים, ממילא אותו הורה מספק בפועל את ההוצאות הנוגעות לפעילות היומיומית השוטפת, וכך למעשה הוצאות אלה מתקזזות בעין בין ההורים".⁵²

כלומר, לדעת השופטת ברק-ארז ככל שמדובר בהוצאות תלויות שהות, ניתן להניח כי הוצאות אלה משולמות באופן ישיר על ידי ההורים ביחס לינארי לאחוזי השהות של הילד אצלם. משום כך, בהקשר להוצאות אלה ניתן לקזז מהחבות הכללית של כל הורה את ההוצאות שהוציא על הילד בעת שהותו אצלו, כאשר סכום הקיזוז נגזר באופן ישיר מזמני השהות אצל ההורים. אולם השופטת ברק ארז צועדת צעד נוסף מעבר לאימוץ גישת הקיזוז הטכני בהקשר להוצאות תלויות שהות. לגישתה "העקרונות שעליהם עמדתי לעיל מובילים למסקנה כי בכל הנוגע למזונות הילדים בנוגע להוצאות אלה, כל הורה יישא בהם בעצמו בזמן שבו הילדים שוהים עמו, ולא יהיה צורך בהעברת כספים ביניהם." (ההדגשות שלנו ש.ל. ע.ל.)⁵³

⁴⁸ ראו בפסקה 6 לדברי השופטת ברק-ארז בפסק הדין, שם.

⁴⁹ ראו פסקאות 16-19 לפסק הדין, שם. תורף דבריה של השופטת ברק-ארז הנם כי עקרון טובת הילד דורש (א) דאגה לכך שדיני המזונות יבטיחו ככל את המשך רמת החיים שהייתה לילדים לפני הגירוש, (ב) מנגנון תאום בין הורי שיבטיח כי צרכי הילדים לא יפלו בין הכיסאות ו-(ג) הבטחת שלומם הנפשי של הילדים בין היתר על ידי מניעת חיכוכים בין ההורים. שיקולים אלה מוליכים את השופטת ברק ארז לדחות את גישת הקיזוז הטכני ובמקומה לקבוע כברירת מחדל הורה מרכז האחראי על ההוצאות המשפחתיות.

⁵⁰ ראו פסקאות 21-31 לפסק הדין, שם. תורף דבריה של השופטת ברק-ארז הנם כי אין להסתפק בשוויון פורמאלי אלא יש לשאוף לשוויון מהותי המכיר בצורך של המשפט להגיב להבדלים מגדריים ולעקרונות של שוויון תוצאתי. כהמשך לכך מסבירה ברק ארז כי מחקרים המלמדים על שונות בין גברים ונשים לא רק בהקשר למשכורת אלא גם בהקשר של דפוסי השקעה בילדים ונטילת אחריות אליהם הופכים גישה של קיזוז טכני למסוכנת עבור נשים וילדיהם.

⁵¹ ראו פסקאות 32-36 לפסק הדין, שם. שיקולים אלה כוללים את הצורך לבנות מנגנון העוקף את אי האמון הקיים בין הצדדים, את הצורך להתגבר על דרישת משמורת לא אותנטית שמטרתה הפחתת מזונות, וכן מכניזם המביא בחשבון את הפער בין הסדר המשמורת הפורמאלי לדינאמיקה של חיי הגירוש.

⁵² ראו פסקה 41 לפסק הדין.

⁵³ ראו שם, שם.

(5) קביעת מנגנון ההורה המרכז כבירית מחדל למימוש חובת המזונות בהקשר להוצאות שאינן תלויות

שהות

לדעת השופטת ברק-ארז, כאשר מדובר בהוצאות שאינן תלויות שהות, אין להניח שהוצאות אלה משולמות ביחס ישיר לזמני השהות אצל ההורים ועל כן אין לקזז באופן אוטומטי הוצאות אלה כפועל יוצא של השהות אצל שני ההורים. לכן לדעת ברק ארז יש לקבוע מנגנון ייחודי לתשלום ההוצאות שאינן תלויות שהות.

מנגנון אחד, שהוא המנגנון המומלץ לדעת ברק ארז, הוא מנגנון ההורה המרכז.⁵⁴ על פי מנגנון זה, אחד ההורים, לרוב זה שנטל על עצמו את התפקיד גם בעת הנישואים,⁵⁵ ייבחר כגזבר. ההורה השני יעביר אל ההורה המרכז את חלקו היחסי בהוצאות אלו, בהתאם ליחסי ההשתכרויות שלהם, וההורה המרכז יהיה אחראי על תשלום ההוצאות הללו. לצד מנגנון ההורה המרכז פותחת השופטת ברק-ארז פתח גם למנגנון נוסף לתשלום ההוצאות שאינן תלויות שהות והוא פתיחת חשבון בנק משותף אליו יזרימו ההורים את חלקם במזונות ותשלום ההוצאות מתוך חשבון זה.⁵⁶ השופטת ברק ארז חותמת חלק זה בקביעה כי לגבי ההוצאות החריגות (בריאות, חינוך וכיו"ב) יחלקו בני הזוג בהתאם לשיעור השתכרותם, ללא צורך במנגנונים מיוחדים.⁵⁷

(6) התחשבות בהוצאה שהוציאו שני ההורים על מדור הילדים במקרה משמורת משותפת

השופטת ברק ארז עומדת על הקושי המיוחד שמעוררת סוגיית המדור. מחד, במצבים שבהם נקבעה משמורת משותפת ו/או חלוקת זמני שהות נרחבים הכוללים לינות, עקרון השוויון כמו גם עקרון טובת הילד דורש כי הילדים ייהנו מרמת חיים שווה בשני הבתים. בה בעת, היא מציינת כי במקרים רבים הצורך לספק מדור מותאם בשני הבתים, בניגוד למקרה של הוצאות תלויות שהות, ההוצאה של אחד מן ההורים על המדור לא חוסכת מן העלויות של השני, וזה יבוא על חשבון האפשרות של בני הזוג לספק את צרכי הילדים. על רקע זה, מגיעה השופטת ברק ארז למסקנות הבאות: ראשית, היא מציבה הערת אזהרה משמעותית כנגד קביעת הסדרי משמורת משותפת המצריכים דיור ברמה שווה בשני הבתים. לדעתה, דווקא בגלל הצורך לדאוג למדור שווה לילדים בשני הבתים יש להורות על משמורת משותפת רק כאשר המצב הכלכלי של הצדדים מאפשר זאת.⁵⁸ בהמשך לכך, גורסת ברק ארז כי "בהנחה שבית המשפט מגיע למסקנה כי השכר המצרפי של ההורים מאפשר קיומה של משמורת משותפת מבלי לפגוע בצרכי הילדים, אני סבורה כי אין הצדקה לכך שהורה יישא בהוצאות המדור של ההורה האחר. במלים

⁵⁴ ראו פסקה 49 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז.

⁵⁵ ראו פסקה 50 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז.

⁵⁶ ראו פסקה 54 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז, שם.

⁵⁷ לסיכום עמדת ברק ארז לגבי הוצאות שאינן תלויות שהות בהוצאות החריגות ראו (סעיף 61 ב-ו ג, לפסק הדין).

⁵⁸ ראו פסקה 59 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז, שם "אני סבורה אפוא שכל אימת שבית המשפט מורה על משמורת משותפת שומה עליו לבחון האם רמת ההכנסה הפנייה של ההורים מאפשרת להם לדאוג לצורכי הילדים גם ללא השתתפות (ולו חלקית) של ההורה האחר בהוצאות המדור. אם התשובה על כך היא שלילית, על בית המשפט לחזור ולבחון את ההחלטה להורות על משמורת משותפת".

אחרות, במקרים אלה עקרון השוויון מוליך לכך שכל הורה יישא "בעין" בהוצאות המדור של הילדים".⁵⁹

ג. האם אימץ פסק דינה של השופטת ברק ארז את שיטת החתול לגבי ההוצאות תלויות השהות ותשלומי המדור אף כאשר קיימים פערי השתכרות בין ההורים?

קביעותיה של השופטת ברק-ארז לפיה, במצבי משמורת משותפת כל צד יישא "בעין" בהוצאות תלויות השהות ובמדור הצדדים, מצאו את דרכם אף לפסקת הסיכום של פסק דינה, פסקה שכפי שנראה בהמשך הפכה לחלק מן הפסיקתא של פסק הדין.⁶⁰

האמת חייבת להיאמר כי לפחות ברמה המילולית, פסק דינה של ברק ארז לא מגביל הכרעות אלה למצבים של השתכרות זהה בין בני הזוג. ואכן, בשיח הציבורי, בכתיבה האקדמית ובפסיקה הדיונית היו שפירשו את ההכרעות של השופטת ברק ארז כהוראות כלליות שאינן מותנות בשכר ההורים.⁶¹ פרשנות זו הולכה כמה שופטים להימנע מפסיקת העברה כספית בין ההורים, במצבי משמורת משותפת לגבי ההוצאות תלויות השהות והמדור, וזאת גם כאשר התקיימו פערי השתכרות בין ההורים.⁶² על פי הגישות הללו, במצבי משמורת משותפת, למעט הוצאות שאינן תלויות שהות המתחלקות על פי מצבם הכלכלי של הצדדים בהתאם לאחת הטכניקות שנקבעו בפסק דינה של השופטת ברק-ארז, יתר רכיבי המזונות דהיינו ההוצאות היומיומיות (תלויות השהות) והמדור נקבעות על פי "גישת החתול" לפיו כל צד יישא בהוצאותיו וזאת גם כאשר קיימים פערי השתכרות בין ההורים.

ברם, פרשנות מילולית זו, של ס' 61 לפסק הדין, אינה מתקבלת על הדעת בשל כמה טעמים: ראשית, כפי שהסברנו בהרחבה, הלכת 919 עוסקת בשתי שאלות מרכזיות: (1) חלוקת הנטל ו-(2) דרך מימוש, ובכלל זה מעמד הוצאות שהוצאו בעין על ילדים. בהקשר לשאלה הראשונה, לא רק השופט פוגלמן אלא אף השופטת ברק ארז אימצה את העיקרון לפיו חלוקת הנטל תהיה על פי מצבם הכלכלי של ההורים.⁶³ לכן, לא הגיוני שטכניקת המימוש המוצעת על ידי תחתור תחת עקרון זה לגבי שניים מהרכיבים המשמעותיים ביותר של דיני המזונות: ההוצאות תלויות השהות והמדור.

שנית, ברמה המהותית, שני הרציונאליים המרכזיים המנחים את גישתה של השופטת ברק ארז הם עקרון השוויון המהותי-תוצאתי ועקרון טובת הילד. יישום הפרשנות המילולית לפסק דינה בעניין ההוצאות תלויות השהות והמדור ימנע את מימוש הרציונאליים הללו. טלו בני זוג שלהם שלושה ילדים,

⁵⁹ ראו שם, פסקה 60 לפסק דינה של ברק ארז. מעניין כי שבעוד שבפסקה 59 **לפסק הדין**, המבחן שציננה ברק ארז הוא האפשרות של כל הורה לממן מדור מבלי לקבל השתתפות מן ההורה השני. בפסקה הנוכחית, אימצה השופטת ברק ארז מבחן אחר לפיה השכר המצרפי של הצדדים מספיק למשמורת משותפת.

⁶⁰ 61 (א) "במשמורת משותפת יישא כל הורה בעין בהוצאות הקיום השוטפות הנוגעות לילדים (כלומר ההוצאות תלויות השהות ע.ל.ו.ש.ל.) ולכן הוצאות אלה "ייתקזזו" ללא צורך בהעברת תשלומים בין ההורים וכן (ד) כל הורה יישא בעין בהוצאות המדור של הקטינים, בכפוף לכך שהערכאה הדיונית תקדים ותבחן האם העול הכפול של נשיאה במדור המתאים לילדים אינו פוגע ביכולתם של ההורים לעמוד בתשלום המזונות שלהם נזקקים הילדים".

⁶¹ ראו מזא"ה, לעיל הערה 17. ראו גם באתרים פופולריים כגון: הורות משותפת = טובת הילד - <https://shared-parenting.co.il>.

⁶² ראו תמ"ש 21810-06-16 **פלונית נ' פלוני** (פורסם בנבו 09.10.2017). נציין כי אף שופטים שלא אימצו את "שיטת החתול" לעניין ההוצאות תלויות השהות פרשו את דבריה של השופטת ברק ארז בהקשר למדור כפשוטם וסברו כי במצבי משמורת משותפת על כל צד לדאוג להוצאות המדור שלו גם כאשר יש פערי השתכרות בין הצדדים. ראו למשל תלה"מ 17237-01-17 **ג' נ' ג'**, פסקה 41 לפסק הדין (פורסם בנבו 17.10.2017). כן ראו להלן **פרק ג' חלק 4**.

⁶³ ראו פסקה 40 לפסק דינה, שהוזכרה ונותחה לעיל הערה 47.

ההכנסה הפנויה של ההורה הראשון היא 15,000 ₪ בעוד שההכנסה הפנויה של ההורה השני היא בסך של 5,000 ₪. צרכי הילדים, שהוערכו על בסיס ההכנסה המצרפית של שני הצדדים ורמת החיים שלהם הורגלו, נקבעו בסך של כ- 7,500 ₪ מתוכם 5,000 ₪ תלויי שהות ו- 2,500 ₪ שאינם תלויי שהות. כל אחד מבני הזוג שוכר בעקבות הגירושים דירה ב- 4,000 ₪. בני הזוג הסכימו על חלוקה שווה של זמני שהות, כך שעלות חלקם של הילדים במדור בכל אחד מן הבתים היא 2,000 ₪. על פי הפרשנות המילולית של פסק הדין, כל אחד מבני הזוג יצטרך לשאת בעצמו בשכר הדירה ובהוצאות תלויות השהות של הילדים. לעומת זאת, ההוצאות שאינן תלויות שהות מתחלקות על פי יחס ההכנסה הפנויה. לכן, על פי הפרשנות המילולית במקרה דנן ההורה הראשון (להלן הורה א') יישא ב- 3/4 מן ההוצאות שאינן תלויות שהות דהיינו ב- 1,875 ₪, כמו כן יישא הורה א' ב- 2,500 ₪ הוצאות תלויות שהות שישולמו בעין וב- 2,000 ₪ הוצאות מדור ילדים, שישולמו ישירות לצד ג'. סך הכל ישלם אם כן הורה א' הוצאות ילדים בסך 6,375 ₪, מה שיותר אותו עם 8,675 ₪ עבור עצמו בנוסף להכנסה הפנויה. לעומת זאת, ההורה השני (להלן הורה ב') יישא ב- 1/4 מההוצאות שאינן תלויות שהות דהיינו- 625 ₪ וכמו כן הוא ישא במדור ילדים בסך 2,000 ₪, ובהוצאות תלויות שהות בסך 2,500 ₪, סך הכל 5,125 ₪. הנה כי כן למרות שחלקו היחסי של הורה ב' בהכנסות בני הזוג הוא 1/4 הוא יאלץ לשאת בסופו של דבר, בעובדות המקרה, ב- 44 אחוזים מההוצאות הילדים (5125/11500). לדעתנו, לא ניתן להגן על תוצאה כזו מנקודת מבט הממוקדת בשוויון מגדרי מהותי וצדק תוצאתי. ודוק, במוקד ביקורתה של השופטת ברק ארז על גישתו של השופט פוגלמן עמד החשש כי גישתו, כפי שפורשה על ידי ברק ארז, לפיה במצבי זמני שהות שווים ומשכורת שווה אין צורך בהעברה כספית, פוגעת בנשים.⁶⁴ השופטת ברק ארז הבהירה בהקשר זה, כי אפילו תשלומי העברה שמטרתם איזון פערי ההשתכרות במצבי משמורת משותפת שווה, לא יספיקו בכדי להשיג שוויון מהותי ומשום כך, פיתחה את מנגנון ההורה המרכז עבור ההוצאות שאינן תלויות שהות. על רקע זה אין זה מתקבל על הדעת שבסופו של דבר הפרשנות של גישתה של ברק ארז תהא כזו הפוגעת פגיעה קשה בנשים.

יתרה מזו, הפרשנות המילולית של פסק דינה של השופטת ברק ארז מנוגדת גם לעקרון טובת הילד. מאחר שההכנסה הפנויה של הורה ב' על פי המקרה היא 5,000 ₪, ניתן לראות בנקל כי הוצאותיו גדולות מההכנסה הפנויה ב- 125 ₪, בעוד הורה א' כאמור יוותר לאחר תשלומי המזונות עם 8,625 ₪ מעבר להכנסה הפנויה. על פי המבחן שקבעה השופטת ברק ארז בפסק הדין, הכנסות שני הצדדים במקרה כזה מאפשרים למשפחה כמכלול לעמוד בהוצאות המדור הכפולות כמו גם ביתר הוצאות הילדים ולכן ניתן לפסוק משמורת משותפת.⁶⁵ ברם, מאחר שעל פי הגישה השוללת תשלומי העברה בהקשר להוצאות תלויות השהות והמדור, נותר הורה ב' עם סכום שאיננו מאפשר לו לספק את צרכיו הבסיסיים, מתעורר החשש שבסופו של דבר הורה ב' יקמץ בהוצאות הילדים באופן שיפגע בסופו של דבר גם ברווחתם, וזאת

⁶⁴ ראו פסקה 9 לפסק דינה.

⁶⁵ ודוק כפי שראינו לעיל הערות 58-59 מפסק דינה של ברק ארז לא ברור האם התנאי המקדמי לקיום משמורת משותפת הוא האפשרות לממן מדור כפול מבלי לפגוע בהוצאות הילדים על ידי **המשכורת המצרפית** של בני הזוג (כאמור בפסקאות 60 ו- 61 לפסק דינה), או שמא המבחן הינו האפשרות של כל אחד מן הצדדים לממן מדור בכוחות עצמו (להלן מבחן היכולת העצמאית). בדוגמא דנן, מתקיים מבחן ההכנסה המצרפי אך לא מתקיים מבחן היכולת הכלכלית העצמאית. ברם דווקא הדוגמא דנן, מוכיחה את חוסר ההיגיון שבמבחן היכולת העצמאית. אם אכן אינטרס הילדים הוא במשמורת משותפת ואם ההכנסה המצרפית של שני בני הזוג יכולה לאפשר אותה, מדוע לקבוע כלל כי כל צד יישא בהוצאות המדור של עצמו, ובעקבות זאת למנוע מן הילדים את חלוקת זמני השהות המתאימה להם ושההכנסה המצרפית של ההורים יכולה לאפשר.

בניגוד לעקרון טובת הילד שהנחה את פסק הדין. לכן, בסופו של דבר, "גישת החתול" לפיה בהוצאות תלויות השהות והמדור יישא כל הורה בפני עצמו, צפויה לפגוע לא רק בעקרונות של שוויון מגדרי אלא גם בטובת הילדים.

מהי אם כן הפרשנות הנכונה של פסק דינה של ברק-ארז בהקשר לרכיבי המזונות שמקורן בהוצאות תלויות השהות והמדור?

לשיטתנו, המפתח לתשובה טמון בהבחנה בין שאלת חלוקת הנטל לבין דרך מימושו. חלוקת הנטל עוסקת בשיעור ההשתתפות של כל אחד מההורים במזונות והיא נקבעת בהתאם למצבם הכלכלי. שיעור ההשתתפות שנקבע זהה לגבי כל סוגי ההוצאות: הוצאות תלויות שהות, הוצאות שאינן תלויות שהות, הוצאות חריגות והמדור.⁶⁶ השוני בין סוגי ההוצאות השונים רלוונטי רק בהקשר לשאלת דרך המימוש. בהקשר זה, סבורה השופטת ברק ארז כי יש ליישם את נוסחת הקיזוז הטכני המלא על ההוצאות תלויות השהות ומשום כך, היא סבורה כי יש לחשב את ההוצאות ששולמו ישירות לילדים בעת שהותם אצל הוריהם כפונקציה של זמני השהות ולקזז את הסכום מסך החבות.

לכן, המתודולוגיה הנכונה לטיפול בהוצאות תלויות השהות היא: (1) חישוב סך ההוצאות תלויות השהות בשני הבתים, (2) קביעת שיעור ההשתתפות של כל הורה בהתאם ליחסי ההכנסות, (3) קיזוז מחבותו של כל הורה את הסכומים שהוציא בעין בהתאם לנוסחה של קיזוז מלא המחשבת את ההוצאות שהוצאו בעין במתאם לזמני השהות, (4) העברת או קבלת ההפרש בין שיעור ההשתתפות לבין הסכומים שהוצאו בעין להורה השני.

מדרך חישוב זו עולה כי במצבים של משמורת שווה והשתכרות שווה, התוצאה הנובעת ממודל של קיזוז טכני/מלא היא כי כל צד יישא בהוצאותיו באופן ישיר באופן שאינו מצריך תשלומי העברה. לדעתנו הפרשנות הסבירה של ההתבטאויות של השופטת ברק ארז לגבי העדר הצורך בתשלומי העברה, תלמד כי התבטאות זו מכוונת אך ורק למצבים הללו.⁶⁷ לעומת זאת, לדעתנו, מן העיקרון הכללי לפיו חובת

⁶⁶ משום כך, אם ניישם את שיטת חישוב שהוצגה על ידנו כפרשנות התכליתית של גישת ברק ארז, על הדוגמא המספרית שבה פתחנו את הפסקה הנוכחית, נמצא כי לפי גישתנו יש לחלק לא רק את ההוצאות שאינן תלויות שהות אלא גם את ההוצאות תלויות שהות ואת מדור הילדים בהתאם ליחסי ההשתכרות. גישה כזו הייתה מוליכה לכך שחלקו של הורה ב' בכלל הוצאות הילדים (רבע מכלל ההוצאות לרבות המדור בשני הבתים) היה מגיע ל- 2,875, שמה שהיה מאפשר לו לפרנס את הילדים בתאם לרמת החיים שאלה הורגלו ואף מותר לו כ- 2,125, שם לכלכלת עצמו. לעומת זאת, חלקן של הורה א' היה מגיע ל- 7,125, שם כך שהוא היה נותר עם 7,875, שם לכלכלת עצמו. הסדר כזה היה מתאים את סך הנשיאה בכלל הוצאות הילדים, ליחס ההכנסות בין הצדדים, מצמצם אף כי לא מבטל את הפער בין ההורים וכמו כן הוא היה מונע את החשש שבשל צמצום המשאבים בידי הורה ב' יפגעו מזונות הילדים.

⁶⁷ מקריאת פסק דינה של השופטת ברק ארז עולה בבירור כי המצב העובדתי, שאותו ראתה לנגד עיניה בדוגמאות שבהן עסקה היה כזה העוסק בהשתכרות שווה. כך למשל, בפסקה 56 לפסק דינה העוסקת בהוצאות שאינן תלויות שהות, קבעה ברק ארז כי יש להעביר להורה המרכז חצי משווי ההוצאות הבלתי תלויות. קביעה זו נכונה רק במקרים של השתכרות זהה אך גם שם השופטת לא ציינה זאת במפורש. מכאן ניתן ללמוד כי כוונתה הסובייקטיבית של השופטת בדוגמאות כוונה למצבים של השתכרות זהה. תמיכה נוספת בהקשר זה יספק סעיף 61 (ב) שבו חוזרת השופטת ברק ארז על כך שלפי שיטת ההורה המרכז יש להעביר חצי מן ההוצאות שאינן תלויות שהות להורה המרכז, דבר הנכון כמובן רק במקרים של השתכרות זהה. עם זאת באותו המקרה היא טורחת להדגיש שמדובר במקרה של הכנסות זהות, כך שהמקטרג עלול לחשוב שבמקרה של שתיקה אין לצמצם את פסק הדין למקרה של השתכרות זהה בלבד. ביקורת נוספת על גישתנו עשויה להתבסס על ס' 61 (ג) שבו מבהירה השופטת ברק ארז כי את ההוצאות החריגות יש לחלק בהתאם ליחס ההשתכרויות, מה שמוביח שלפחות בהקשר זה לא התייחסה השופטת גם להורים שיש ביניהם פערי הכנסה. עם זאת, לדעתנו חרף העמימות הלשונית המאפשרת לכאורה תהיה תחולת פסק דינה של השופטת ברק ארז במקרים של הכנסות שונות, שיקולי העומק וניתוח הרציונל של פסק הדין של ברק ארז מבהירים באופן חד משמעי כי ההוראה כנגד העברה כספית מכוונת אך ורק למצב של השתכרות זהה. עם זאת לשיטתנו אין ללמוד מכך שפסק הדין כולו מוגבל למצבים אלה. להיפך, המכניזם המוצע להבחנה בין הוצאות תלויות שהות ושאין תלויות שהות ושל קיזוז טכני בהתאם לאחוזי שהות של ההוצאות מן הסוג הראשון, נכון תמיד. היישום הנקודתי, השולל תשלומי העברה, נכון רק במקרה של הכנסות זהות.

המזונות של ההורים נקבעת על פי מצבם הכלכלי, נגזר **שבמצבים שבהם קיים פער השתכרות בין ההורים**, ידרשו בכל זאת תשלומי העברה.

פרשנותנו את המנגנון שנקבע בפסק הדין של ברק ארז לגבי שאלת המדור מבוססת על עקרון דומה. ראשית, לדעת ברק ארז, במצבי משמורת משותפת, ובכפוף להיתכנות הכלכלית, אינטרס הילדים הוא במדור הולם בשני הבתים ועל כן יש לראות **בהוצאות המדור הנוספות של שני ההורים** בגין ילדיהם, כהוצאות המדור של הילדים. שנית, יש לחלק בין שני ההורים את הוצאות הדיור בשני הבתים בהתאם לשיעור ההשתתפות הכללי שלהם במזונות כפי שנקבע על פי מצבם הכלכלי. לבסוף, יש לקזז מן החלק של כל הורה את ההוצאה הישירה שהוציא בגין המדור, כאשר בשונה מן ההוצאות תלויות השהות, שהקזוז לגביהן הוא בהתאם לזמני השהות המדויקים, אחד מחידושיו של פסק הדין הינו שבמצבי משמורת משותפת שבה זמני השהות שווים או אפילו כמעט שווים, הקזוז של הוצאות המדור של כל אחד מן ההורים הוא מלא ובינארי ללא קשר לזמני השהות המדויקים.

מדרך חישוב זו נגזר **שבמצבים של משמורת משותפת המלווה בהשתכרות שווה**, השילוב של חלוקת נטל על בסיס יכולת כלכלית כנגזר מדיני הצדקה, ההתייחסות למדור בשני הבתים כצורך של הילדים ושיטת הקיזוז, מוליכה לכך שכל הורה יישא בהוצאות מדורו.⁶⁸ בניגוד לכך, לשיטתנו במצבים של משמורת משותפת זהה **כאשר קיימים פערים כלכליים בין ההורים**, יידרשו בכל זאת תשלומי העברה, ולא ניתן יהיה להסתפק בקביעה כי כל צד יישא בהוצאות המדור שלו.

ד. תגובת השופט פוגלמן, עמדת השופטים הנוספים וגיבוש הלכת הפסק

כזכור, ביקורתה המרכזית של השופטת ברק ארז כלפי עמדת פוגלמן, מכוונת כלפי אימוץ מודל הקיזוז המלא. אולם מסתבר שהשופט פוגלמן כופר בפרשנות זו של עמדתו על ידי השופטת ברק ארז. לשיטתו⁶⁹ "בחוות דעתי הצעתי כי תאומץ פרשנות חלופית של תקנת תש"ד המאפשרת החלת האחריות למזונות הילדים בגילאים 6-15 על שני ההורים; וכי חלוקת החיוב בין האחרונים תיעשה על סמך יכולתם הכלכלית היחסית, כמו גם יתר נסיבות העניין. להבדיל מכך, ושלא כפי המיוחס על ידי חברתי, חוות דעתי אינה מציעה כלל המכונה על ידי חברתי "קיזוז מלא". זאת ועוד – כפי שהובהר, אינני שולל העברת כספים בין בני הזוג במקרים מתאימים, כמו גם מינוי הורה אחראי להוצאות חריגות ("הורה מרכז" במינוח אותו מציעה חברתי) וקביעת מנגנון השיפוי וההתחשבנות בין ההורים במקרה כזה (ראו פסקה 97 לחוות דעתי); הכל לפי שיקול דעתה של הערכאה הדיונית, כנגזר מנסיבותיו של כל מקרה ומקרה".

⁶⁸ וכאמור לשיטתנו למקרה זה בלבד כיוונה השופטת ברק ארז כאשר קבעה כי אין צורך בתשלומי העברה.

⁶⁹ ראו סעיף 146 (ב) לפסק דינה, לעיל הערה 67.

לאחר הדברים האלה מסכם השופט פוגלמן⁷⁰ כי ניתן להתייחס לפסקה 61 לחוות דעתה של השופטת ברק ארזי⁷¹ כיישום העקרונות הקבועים בפסק דינו, ובפרט של הכרעתו כי חובת המזונות של ילדים בגילאים 6 עד 15 יבוססו על דיני הצדקה, למצבי משמורת משותפת. עם זאת הוא מדגיש כי בהקשר האחרון יש להעניק בכל זאת לבית המשפט לענייני משפחה את שיקול הדעת לגבי המימוש המדויק של חובת המזונות.

יתר השופטים בפסק הדין מוסיפים תובנות וקביעות חשובות, בהקשר למתודולוגיה להכרעה בסוגיות הנדונות ובכללן הדינאמיקה המיוחדת של הסכסוך המשפחתי והצורך לנקוט בעמדה התומכת בצד החלש כלכלית,⁷² האינטראקציה בין המשפט העברי למשפט האזרחי⁷³, האם ראוי להחיל את עקרון השוויון לגבי מזונות ילדים לטובת גברים, כאשר בתחומים אחרים של דיני המשפחה עקרון השוויון מופר לרעת נשים?⁷⁴ בקריטריונים לקביעת משמורת משותפת⁷⁵ ולניהול ההחלטות הכלכליות בהקשר לילדים,⁷⁶ ובכלל זה החשש מפני תביעות מניפולטיביות למשמורת משותפת⁷⁷ ואו מצבים של משמורת משותפת פורמאלית שאינם משקפים טיפול ואחריות שווה בילדים.⁷⁸ עם זאת, פסקי הדין כל השופטים מאמצים את שני היסודות עליהם מבוססים פסקי הדין של השופט פוגלמן ושל השופטת ברק ארזי, דהיינו:

- (1) חלוקת נטל המזונות בין שני בני הזוג, על פי מצבם הכלכלי בהתאם לדין הצדקה העברי.
- (2) בהקשר למימוש הנטל וקיוזו ההוצאות שהוצאו בעין על ידי ההורים, אימוץ העקרונות שהוצעו בפסק דינה של השופטת ברק ארזי: הבחנה בין הוצאות תלויות שהות ושאינן תלויות שהות, קיוזו בעין של הראשונות וקביעת מנגנון תשלום, דוגמת הורה מרכז או חשבון בנק משותף, לגבי ההוצאות השניות וההוצאות בסוגיית המדור. עם זאת בהקשר למימוש הנטל, בעקבות

⁷⁰ ראו סעיף 146 (ג) **לפסק הדין**, שם. "בהינתן האמור בחוות דעתי, על רקע הבהרות אלו, משמגיע אני לפסקת הסיכום של חברתי (פסקה 61 לחוות דעתה), אני מצטרף למסקנתה המעשית כי מדובר ביישום ראוי של העקרונות שעליהם עמדת בפסקה 142 לחוות דעתי, במקרה הטיפוסי של משמורת פיזית משותפת כברירת מחדל שניתן לסטות ממנה; למותר לציין בצד האמור כי על בית המשפט לענייני משפחה להפעיל את שיקול דעתו בנסיבות כל מקרה ומקרה."

⁷¹ זו הקובעת את טכניקת התשלום במצבי משמורת משותפת, תוך הבחנה בין מזונות תלויי שהות, מזונות שאינם תלויי שהות, ואת ההסדר המיוחד לגבי המדור, ושעל פי פרשנותה המילולית לגבי מזונות תלויי שהות ומדור לא נדרשים תשלומי העברה.

⁷² ראו פסקה 2 **לפסק הדין**, שם, של השופט סולברג ומדרש חז"ל היפה המובא שם.

⁷³ ראו להלן, **פרק ב, חלק 4**, (א). את הניתוח של גישות פוגלמן, ברק ארזי, מזוז וסולברג בסוגיה.

⁷⁴ ראו למשל פסקה 5 לפסק דינו של השופט סולברג העומד על כך שאין מתקנים עוול בעוול אך מציע כי בכל זאת בית המשפט העוסק במזונות יתחשב בהסדר רכושי שהוא תוצר סחטנות גט בדונו בעניין המזונות. ראו בעניין זה גם דבריה של ברק ארזי בפסקאות 63-68 לפסק דינה ושל השופט פוגלמן בפסקאות 128 ואילך לפסק דינו.

⁷⁵ כך לדוגמה השופט מזוז בפסקה 6 **לפסק הדין**, שם, מצטרף לאזהרתה של השופטת ברק ארזי מפני קביעה נמהרת של משמורת משותפת המחייבת מדור ברמה שווה בשני הבתים במקרים שבהם אמצעי המשפחה אינם מאפשרים זאת.

⁷⁶ ראו למשל פסקה 4 **לפסק הדין** של השופט סולברג, שם. נקודה זו זכתה להבלטה במיוחדת בפסק דינו של השופט מזוז הסבור כי יש לפסוע צעד נוסף מעבר לגישת ההורה המרכז ולמנות את אחד ההורים כאחראי מרכזי על ההחלטות הכלכליות לגבי הילדים (ראו פסקה 7 לפסק דינו).

⁷⁷ ראו פסקה 9 **לפסק הדין** של השופט מזוז המציע בין היתר לקבוע מעין תקופת מבחן בטרם תקבע משמורת משותפת.

⁷⁸ ראו למשל את פסקה 8 **לפסק הדין** של השופט מזוז, שם. בעקבות הדברים הללו מחזק השופט מזוז את המסקנה לפיה יש להמנע מקיוזו טכני, של ההוצאות שאינן תלויות שהות. הוא אף מוסיף ורומז לצורך לקבוע הסדרים הנותנים מענה כלכלי למצבים שבהם, נגרם נזק כלכלי להורה המטפל וראו בעניין זה גם להלן **פרק ב, חלק 3**.

השופט פוגלמן הם עמדו על הצורך בהותרת שיקול דעת לבית המשפט בהקשר ליישום הספציפי.

על רקע זה נוסחה פסקת הפסיקתא בנוסח הבא: "בגילאי 6-15 חבים שני ההורים באופן שווה במזונות ילדיהם מדין צדקה, תוך שהחלוקה ביניהם תקבע על פי יכולותיהם הכלכליות היחסיות מכלל המקורות העומדים לרשותם, לרבות שכר עבודה, בנתון לחלוקת המשמורת הפיזית בפועל, ובשים לב למכלול נסיבות המקרה. יישום עקרון זה במקרה הטיפוסי של משמורת פיזית משותפת, ייעשה ברוח העקרונות האמורים בפסקה 61 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז, כברירת מחדל שניתן לסטות ממנה. בצד האמור, על בית המשפט לענייני משפחה להפעיל את שיקול דעתו בנסיבות כל מקרה ומקרה".

פרק ב: פרשנות הלכת 919

1. קשיים בפרשנות, ניתוח ויישום הלכת 919

בחוות הדעת אשר חתמה את פסק הדין, הציגה השופטת (כתארה אז) חיות את העמימות שקדמה לפסק הדין ואת ריבוי האסכולות בפסיקת בתי המשפט הדיוניים כמצב לא תקין.⁷⁹ השופטת חיות הסבירה את הצטרפותה לפסק הדין המשולב של פוגלמן ושל ברק ארז ברצון "לכנס את ההכרעה שאליה הגענו פה-אחד בסוגיה הנורמטיבית לכלל מסקנה מעשית-יישומית סדורה אשר על פיה יוכלו הערכאות הדיוניות לפסוק ולהכריע בסוגיית מזונות ילדים בגילאי 6-15 תחת משמורת משותפת המובאת תדיר לפתחן".⁸⁰ אף השופטת ברק ארז גרסה כי "אחד התפקידים החשובים של פסק דינו הוא לא רק הבהרת העקרונות החלים על פסיקת מזונות במשמורת משותפת, אלא גם פיזור הערפל באשר לאופן שבו יש לממשם".⁸¹

ברם למרבה הצער, לפחות בשלב זה, פסק הדין לא הצליח להפיג את העמימות הקיימת בנושא⁸² והשונויות בפסיקה הדיונית אף הולכת ומתגברת.⁸³ כך, עיון בפסיקתא של פסק הדין, כפי שהובאה לעיל, מעלה לכאורה הבחנה בין הרישא של הפסיקתא, המתייחסת להכרעות העקרוניות בפסק הדין ובראשן אימוץ הפרשנות המחודשת המעגנת את חובת המזונות בדין העברי לגבי ילדים בגילאים 6-15 בדין הצדקה כאמור בפסק דינו של השופט פוגלמן, הנכונות לכל סוגי המשמורת,⁸⁴ לבין הסיפא של הפסיקתא המפנה לדרך היישום הספציפי של המתווה העקרוני למצבים של משמורת משותפת הקבועה בסעיף 61 לפסק דינה של השופטת ברק ארז. ברם עיון מדוקדק יותר בפסק הדין בכללותו מגלה בכל זאת עמימות בהקשר לטווח הסדרי המשמורת וזמני

⁷⁹ ראו פסקה 3 לפסק הדין של השופטת חיות, שם. "דומה כי אין מי שיחלוק על כך שמצב "מרובה אסכולות" זה המוביל לחוסר אחידות בפסיקתן של הערכאות הדיוניות בסוגיית המזונות במקרים של משמורת משותפת, הוא מצב בלתי רצוי"

⁸⁰ ראו שם.

⁸¹ שם, פסקה 5 לחוות דעתה של השופטת ברק ארז.

⁸² ראו דבריה של פרופ' רות הלפרין קדרי בדברי הפתיחה לכנס רקמן, לעיל הערה 16 אף דבריהם של השופט שוחט ושל פרופ' פרימר באותו הכנס התמקדו בקושי לחלץ את הלכת פסק הדין מן המקרה.

⁸³ ראו פרק ג'

⁸⁴ ברישא של הפסיקתא עוד לפני הפסקה העוסקת ביישום למצבי משמורת משותפת נאמר במפורש "בנתון לחלוקת המשמורת הפיזית בפועל", מכאן משמע לכאורה שחלק זה רחב מן הסיפא ורלוונטי לכלל סוגי המשמורת.

השהות שלגביהם יחולו ההלכות שנקבעו בפסק הדין. כך מפסקי הדין של חלק מהשופטים משתמע, בדומה לדרך הניסוח של הפסיקתא, שמעתה ולהבא כל סכסוך מזונות בגילאים 6 עד 15 יבוסס על דין הצדקה ללא קשר למשמורת או לחלוקת זמני השהות.⁸⁵ לעומת זאת מדבריהם של שופטים אחרים עולה לכאורה, כי כל הלכת הפסק, לרבות פרשנות תקנת הרבנות הראשית, כפועלת מדין צדקה מוגבלת רק למצבים המוגדרים כמשמורת פיסית משותפת.⁸⁶ על פי חוקרי מרכז רקמן זוהי דעת רוב השופטים בפסק הדין⁸⁷ וכך גם יש לפרש את הלכת הפסק.⁸⁸ עמימות נוספת קיימת לגבי תחולת הסיפא של הפסיקתא, שעל פי ניסוחה עוסקת אך ורק במצבי משמורת משותפת. ודוק, המונח משמורת משותפת עשוי להיות רלוונטי למגוון רחב של חלוקות זמני שהות, אולם בפסק הדין הנוכחי הבהיר השופט פולגמן כי "ער אני לכך כי לעתים נעשה שימוש בביטוי "משמורת פיזית משותפת" גם כדי לתאר חלוקה שאינה שוויונית של המשמורת הפיזית, אך דיונו יעסוק במצב הראשון שבו הילד שוהה בביתו של כל אחד מן ההורים פרקי זמן זהים: 7 לילות ב-14 ימים או 15 לילות ב-30".⁸⁹ אם אכן צמצום הלכת הסיפא של הפסיקתא למצבי "משמורת משותפת" עוקבת אחר הגדרה זו של השופט פולגמן, המשמעות היא שהלכה זו חלה אך ורק על מצבי משמורת זהה. ברם, ניתוח ההסדרים הקונקרטיים המוצעים בפסק דינה של ברק ארז שעליו מבוססת הסיפא של הפסיקתא יגלה שהסדרים אלה רלוונטיים למגוון רב של הסדרים הכוללים זמני שהות משמעותיים אצל כל אחד מן ההורים, אף שאינם מסווגים באופן טכני כמשמורת משותפת ובוודאי שלא משמורת משותפת שווה.

קושי משמעותי מעורר ההסדר הקבוע בס' 61 (א) ו-(ד) לפסק הדין של השופטת ברק ארז, המהווה כזכור חלק מהלכת פסק הדין, אשר לפי פרשנותו המילולית מעגן את "שיטת החתול" וקובע כי במצבי

⁸⁵ כך כפי שראינו לעיל, בפסקאות הסיום (147) קובע השופט פולגמן **בפסק הדין**, לעיל הערה 81 "לפיכך, לו תשמע דעת נקבע כי בגילאי 6-15 חבים שני ההורים באופן שווה במזונות ילדיהם מדין צדקה, תוך שהחלוקה ביניהם תקבע על פי יכולותיהם הכלכליות היחסיות מכלל המקורות העומדים לרשותם, לרבות שכר עבודה, בנתון לחלוקת המשמורת הפיזית בפועל, ובשים לב למכלול נסיבות המקרה". כלומר ההכרעה היא בכל מצב משמורת והיא תיושם בהתאמה למצבי המשמורת הפיזית בפועל. בדומה לכך, ראו את דבריו השופט סולברג "דעתי כדעתו של חברי, השופט ע' פולגמן, כי חובת תשלום מזונות ילדים בגילאי 6-15 – לרבות ביחס לצרכים ההכרחיים – חלה באופן שווה על האם והאב, בהתאם ליכולותיהם הכלכליות היחסיות מכלל המקורות העומדים לרשותם, בנתון לחלוקת המשמורת הפיזית בפועל, ובשים לב למכלול נסיבות העניין. בהתאם לכך, מסקנתי לגבי הערעורים שלפנינו – כמסקנתו. עמדתו של השופטת סולברג לגבי האימוץ הנרחב של דין צדקה, ניכרת עוד יותר בפסקה 4 לפסק דינו "פסק דין זה קובע את העקרון המנחה לגבי אופן חלוקת חובת תשלום מזונות הילדים, ואת המסקנה המעשית למקרה טיפוסי של משמורת פיזית משותפת" (פסקה 147(ג) לחוות דעתו של חברי)".

⁸⁶ ראו למשל את הפתיחה **לפסק הדין**, שם, של השופט גובראן "אף אני כשאר חברי ההרכב מסכים למסקנתו של חברי השופט ע' פולגמן כי בפסיקת מזונות של ילדים בגילאים 6-15 שלגביהם נקבעה משמורת פיזית משותפת – חבים ההורים באופן שווה במזונות ילדיהם מדין צדקה, לרבות צרכיהם ההכרחיים, בהתחשב בין היתר באמצעים הכספיים העומדים לרשות כל הורה ולהוצאותיו בעין לטובת הילדים". כך עולה לכאורה מדבריה של השופטת חיות בפסקה 1 לפסק דינה ת"מימת דעים אני עם חברי השופט ע' פולגמן כי בשלה העת לאמץ פרשנות חלופית לתקנת תש"ד ולפיה החיוב במזונות ילדים בגילאי 6-15 חל מדין צדקה על שני ההורים גם בכל הנוגע למזונות ההכרחיים במקרים של משמורת משותפת וזאת תוך חלוקת החיוב ביניהם לפי יכולותיהם הכלכליות היחסיות מכלל המקורות העומדים לרשותם, לרבות הכנסה משכר עבודה".

⁸⁷ על פי חוקרי מרכז רקמן, לעיל הערה 16, השופטים ברק ארז, חיות, מזוז, גובראן שייכים לעמדה המצמצמת בעוד פולגמן וסולברג למחלקה המרחיבה. לדעת חוקרי מרכז רקמן עמדתו של השופט דניציגר בנושא משתמעת לשתי פנים. מנגד, מזוז, לעיל הערה 16, סבור כי גם השופט מזוז ואפילו חיות, חרף דבריה שצוטטו לעיל, מסכימים כי המעבר לדין צדקה נכון לכל סוגי המשמורת. לעומתם השופט שוחט, בדבריו, שהוזכרו לעיל הערה 16, סבר כי השופטים חיות מזוז וגובראן מקדו את החלק הראשון הפסק רק במצבי משמורת משותפת בעוד שהשופטים פולגמן, סולברג ודניציגר ראו במעבר לדין הצדקה הלכה כללית. בעוד השופטת ברק ארז עסקה בעיקר בשאלת היישום ומשום כך לא ניתן לחלץ בבירור את עמדתה לגבי היקף חלוקת הנטל.

⁸⁸ ראו רקמן שם.

⁸⁹ ראו שם פסקה 3.

משמורת משותפת, בהקשר ההוצאות תלויות השהות והמדור, יישא כל הורה בהוצאותיו ללא צורך בהעברה כספית. כפי שטענו בעת שניתחנו את הסעיף, יישום סעיף זה, על פי פרשנותו המילולית גם במצבים של הורים עם פערי השתכרות חותר תחת ההכרעות ברישא של הלכת פסק הדין, לפיהן חלוקת הנטל בין הצדדים תהיה על פי היכולת הכלכלית שלהם. לכן, מי שלא אימץ את פרשנותו התכליתית לפסק דינה של ברק ארז ונותר נאמן לפרשנות המילולית של פסק הדין, נאלץ לבצע לוליינות של ממש כדי ליישב את הסיפא של הלכת פסק הדין המבוססת על פסק דינה של ברק ארז עם הרישא של הלכת פסק הדין שלכל הדעות מאמצת את דין הצדקה, לפיה חלוקת הנטל תהיה לפי המצב הכלכלי של בני הזוג.

2. ניסיונות המלומדים ליישב בין ההכרעות השונות בפסק הדין והקשיים בהם

א. האם יש לצמצם את הלכת פסק הדין למצבי משמורת משותפת והשתכרות שקולה? עמדת חוקרי רקמן ודחייתה

הקושי ליישב את ההכרעות השונות בפסק הדין ובמיוחד הקושי שמציבה הפרשנות המילולית של סעיפים 61 (א) ו-ד) לפסק דינה של השופטת ברק ארז, הולוכו את מומחי מרכז רקמן לטעון בנייר עמדה, שהוצג על ידי המרכז בעקבות פסק הדין כי *"ההלכה שנפסקה על כל מרכיבה כולל מרכיב הקיזוז בעין, מוגבלת למצבי משמורת פיסית משותפת, כאשר הכנסותיהן הפנויות של ההורים שקולות כפי שהיה בנסיבות שני המקרים שנדונו בפסק הדין"*.⁹⁰

להצגה מצומצמת זו של הלכת פסק הדין איננו מסכימים. נפתח בכך שאנו תומכים בקריאה הפשוטה של פסק דינו של פוגלמן כמו גם של הרישא של הפסיקתא, לפיה אימוץ הפרשנות של תקנת הרבנות הראשית כפועלת מדין צדקה אינה מוגבלת למצבי משמורת משותפת והיא נכונה לכל חלוקה של זמני שהות.⁹¹ עמדה זו נתמכת בנימוקים המהותיים הבאים:

ראשית, המהלך הפרשני של השופט פוגלמן, לפיו חלוקת הנטל בין הצדדים תהיה על פי יכולתם הכלכלית, בוסס על המרת הפרשנות המסורתית של תקנת הרבנות הראשית כאילו זו מחילה חיוב בלעדי על האב, לפרשנות אחרת של התקנה המעוגנת אף היא בדין העברי לפיה תקנת הרבנות הראשית פועלת מדין צדקה. לשתי הפרשנויות של תקנת הרבנות הראשית, המסורתית והחדשה, יש עיגון במשפט העברי. לעומת זאת, אין במשפט העברי כל מקור לפרשנות המבחינה בין תחולת התקנה במצבי משמורת משותפת לבין אי תחולתה במצבים אחרים.

שנית, הבחירה של השופט פוגלמן בפרשנות המיוחדת של התקנה נבעה משלושה שיקולים מרכזיים: (1) ניסיון לקרב את חובת המזונות על פי המשפט העברי לעקרונות הקבועים בסעיף 3(א) לחוק לתיקון

⁹⁰ ראו רקמן, לעיל הערה 17, בעמ' 17.

⁹¹ לעמדה דומה ראו את פסק דינו של השופט שוחט בעמ"ש (ת"א) 14612-10-16 פ.ב. ג. 'א.ב. (פורסם בנבו 20.12.2017). וכן תמש 33549-04-16 פלוגית נ' פלוגי, פסק דינו של השופט שנלר (פורסם בנבו 02.11.17). זוהי גם העמדה הרווחת בפסיקת בתי המשפט לענייני משפחה. ראו להלן, הערה 132. מהנימוקים המובאים בטקסט אנו מצטרפים לעמדות הללו ודוחים את הביקורת שהושמעה עליהן לאחרונה, לפיה מדובר בפסיקה בעייתית הפוגעת בנשים. ראו למשל דבריה של פרופ' קדרי כפי שצוטטו באתר העיתון גלובס, <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001217551>. כמוסבר במאמר זה, עם הסכנה הנשקפת לנשים מפרשנות לא ראויה של הלכת 919, יש להתמודד באמצעות פרשנות תכליתית של ההלכה כמוצע במאמר ולא על ידי צמצום תחולתה למצבים של משמורת משותפת מלווה בהשתכרות זהה כמוצע על ידי חוקרי מרכז רקמן.

דיני משפחה מזונות (2) עקרון השוויון (3) עקרון טובת הילד. שני הנימוקים הראשונים רלוונטיים לא רק במצבי משמורת משותפת אלא גם במנעד רחב של זמני שהות⁹² ואפילו במשמורת בלעדית. הנימוק השלישי העוסק בטובת הילד ומבקש להבטיח את טובתו בשני הבתים, אינו רלוונטי אמנם במצבים של משמורת פיסית בלעדית, אבל הוא רלוונטי למגוון רחב של חלוקת זמני שהות נרחבים שאינם עולים כדי משמורת משותפת זהה. משום כך, ניתוח תכליתי של פסק הדין המכוון להגשמת הרציונליים שבבסיסו ילמד כי הפרשנות הראויה של הלכת הפסק מוכוונת לכלל מצבי המשמורת.

שלישית, אחד מהשיקולים שעלו שוב ושוב בפסק הדין הוא החשש מריבוי התדינויות בנושא משמורת ובמיוחד החשש מפני דרישות מניפולטיביות למשמורת משותפת, שמקורן ברצון לחסוך בדמי המזונות.⁹³ קביעת קטגוריות בינאריות, לפיהן במצבי משמורת משותפת יחול דין הצדקה בעוד במצבים שאינם כאלה יחול הדין הקודם לפיו האב חב לבדו בצרכים ההכרחיים, יעצימו את הפיתוי לדרוש משמורת משותפת גם כאשר הסדר כזה אינו משקף את רצון הצדדים. בוודאי שמיקוד כל ההלכות המחודשות של פסק הדין בהתקיימות משמורת משותפת שווה, תהפוך את המחלוקת על "היום או היומיים הנוספים" ההופכים את זמני השהות הנרחבים שאינם נחשבים למשמורת משותפת כמובנה בפסק הדין, למשמורת משותפת זהה, למניפולטיבית במיוחד. לעומת זאת, החלת דיני הצדקה על כלל הסדרי המשמורת, והנוסחה המאוזנת המוצעת בפסק דינה של השופטת ברק ארז לקיזוז ההוצאות המוצאות כפונקציה של זמן השהות מאידך, יפחיתו בצורה משמעותית את התמריץ למאבק מניפולטיבי על חלוקת זמני השהות.

בוודאי ובוודאי שלצמצום הלכת הפסק בכללותה למצבים של השתכרות זהה אין עיגון לא בלשונם של השופטים ולא בלשונה של הלכת הפסק.⁹⁴ יתרה מזו, צמצום הלכת הפסק, למצבים של משמורת משותפת ושל השתכרות זהה, תהפוך את המקרים שבהם ניתן ליישם את הלכת הפסק לחריגים ביותר ומשכך היא תרוקן מתוכן את השאיפה הברורה של שופטי בית המשפט העליון, לקבוע הלכות רחבות שינחו מכאן ולהבא את שופטי בית המשפט הדיוניים במנעד רחב של המקרים.

ב. האם קובע פסק הדין שני הסדרים שונים, האחד למשמורת בלעדית והשנייה למשמורת משותפת? עמדת יואב מזא"ה ודחייתה

⁹² כך למשל, סעיף 3 (א) לחוק לתיקון דיני משפחה מזונות המחלק את נטל המזונות בהתאם למצבם הכלכלי של הצדדים. מציין במפורש כי חלוקת הנטל תהיה **ללא קשר לשאלה מיהו ההורה המחזיק בילד**. בדומה לכך, ההבדלים הרחביים בין גברים לנשים אינם שוללים את העובדה שבמקרה נקודתי יש לחלק את הנטל בין הצדדים לפי חלוקת ההכנסות ביניהם בפועל. עם זאת כפי שנדגיש להלן, הבדלים בין גברים לנשים השפיעו ובצדק על דרך ההתחשבות בהוצאות המוצאות על ידי כל הורה.

⁹³ כך למשל אחד מטיעוני הנגד שעמם מתמודד השופט פוגלמן הוא החשש שהפחתת מזונות בשל קביעת משמורת משותפת או בשל זמני שהות נרחבים תוליך גברים לדרוש באופן מניפולטיבי הסדרים כאלה. (ראו פסקאות 127 **לפסק הדין**) ראו גם פסקה 36 לחוות דעתה של ברק ארז. עוד קודם לכן **בע"מ (מחוזי חיפה) 318/05 פלוני נ' פלונית**, [פורסם בנבו] (30.1.06). עמדה השופטת וילנר על החשש מפני מאבק מניפולטיבי על הסדר המשמורת. (ראו פסקה 14 לפסק דינה).

⁹⁴ בהערת אגב נציין, כי לפחות באחד מן המקרים הספציפיים שנדונו בהלכת 919 נקבע בערכאה הדיונית לאם יכולת השתכרות של 8,000 ₪ ולאב של 10,000 ₪ כך שמדובר בהשתכרות קרובה אך לא זהה.

לעומת חוקרי מרכז רקמן, מפרש המלומד יואב מזא"ה את הקביעות בסעיף 61 (א) ו-(ד) בפסק דינה של השופטת ברק ארז, לפיהן, במצבי משמורת משותפת לא תתקיים העברה כספית לגבי המזונות תלויות השהות והמדור באופן מילולי, כחלות בכל מצב של משמורת משותפת לרבות במקרים של פערי השתכרות. לכן, על מנת ליישב בין הכרעות אלה לבין הרישא של פסק הדין שבה נקבע במפורש כי חלוקת המזונות תהיה בהתאם למצבם הכלכלי של הצדדים, מציע מזא"ה כי בפסק הדין נקבעו למעשה שני הסדרים שונים: הסדר אחד, שבו עוסק השופט פוגלמן ובו גם עוסקת הרישא של הפסיקתא, מתייחס למצבים שאינם מסווגים כמשמורת משותפת וקיימת שונות משמעותית בין זמני השהות של ההורים, והסדר אחר שבו עסקה השופטת ברק ארז ואליו מתייחסת הסיפא של הלכת הפסק, עוסק במצבי משמורת משותפת.

במצב הראשון, שאינו מסווג כמשמורת משותפת, תחול הלכת הצדקה ולכן יחולק הנטל בהתאם לפערי ההשתכרויות בין הצדדים. עם זאת, מחלקו של ההורה המשלם יקוּזוּ על פי נוסחה של "קיוזו מלא", ההוצאות הישירות המוצאות על ידי כל אחד מן ההורים ללא הבחנה בין הוצאות תלויות שהות והוצאות שאינן תלויות שהות. לעומת זאת, במצב השני, המסווג כמשמורת משותפת, יחול הסדר שונה לחלוטין, לפיו, בהתאם לפרשנות המילולית של ברק ארז, המדור וההוצאות תלויות השהות אשר על פי מזא"ה מגיעים ל- 95 אחוזים מסך ההוצאות בגין הילדים, יחולקו על פי שיטת החתול, דהיינו כל צד יישא בהוצאותיו. לעומת זאת, ההוצאות שאינן תלויות השהות יחולקו בהתאם ליחסי ההשתכרויות. אף עמדה זו אינה מתקבלת על הדעת:

ראשית, עמדתו של מזא"ה מותירה את הפרשנות המילולית של עמדת ברק ארז לפיה במצבי משמורת משותפת תחול "שיטת החתול" אשר אינה מתחשבת בפערי השתכרות לגבי הרכיבים המשמעותיים ביותר של מזונות הילדים. מהסיבות שפורטו לעיל, בעת שדחינו את הפרשנות המילולית של ס' 61 לפסק הדין,⁹⁵ עמדה זו אינה מתקבלת על הדעת, לא כעמדתה של ברק ארז ולא כהלכת הפסק וזאת גם אם היא מצומצמת למצבי משמורת משותפת.

שנית, על פי מזא"ה, במצבים שאינם מסווגים כמשמורת משותפת, יתבצע קיוזו מלא של ההוצאות שהוצאו על ידי ההורה הלא משמורן, ללא התחשבות בהבחנה בין הוצאות תלויות שהות להוצאות שאינן תלויות שהות. הביקורת של ברק ארז כנגד שיטת הקיוזו המלא הטכני, מתגברת ביתר שאת במצבים שבהם קיים הורה משמורן מרכזי אשר קרוב לוודאי הוא האחראי על תשלום ההוצאות שאינן תלויות שהות. לכן, לא ברור מדוע דווקא במצבים אלה נקבע בהלכת פסק הדין מנגנון של קיוזו מלא שאינו מתחשב בהבחנה בין הוצאות תלויות שהות להוצאות שאינן תלויות שהות.

לבסוף, פרשנותו של מזא"ה, מקצינה את הדיכוטומיה בין מצבי משמורת משותפת למצבים שאינם כאלה, שכן היא קובעת הסדרים השונים באופן דרמטי בין המצבים הללו: במצבים שאינם מסווגים כמשמורת משותפת התחשבות בפערי השתכרות ושיטת קיוזו מלא, ללא הבחנה בין הוצאות תלויות שהות והוצאות שאינן תלויות שהות, ולעומת זאת במצבי משמורת משותפת תחול "שיטת החתול" לגבי המדור וההוצאות תלויות שהות וחלוקה על פי פערי השתכרות רק בנגזרת המצומצמת של הוצאות שאינן תלויות שהות. פער דרמטי כזה, בין הסדרים שכל ההבחנה ביניהם עומדת לעיתים על לינה של לילה

⁹⁵ לעיל פרק א' חלק 2 סעיף ג.

אחד בשבוע, צפוי לעורר התנהלות מניפולטיבית והתדיינות בלתי פוסקות בנושא הסיווג של חלוקת זמני השהות כהסדר משמורת משותפת.

3. הפרשנות הראויה להלכת הפסק, היחס בין חלקיה ותחולתם בחלוקות שונות של זמני שהות

אנו סבורים כי המפתח להבנת הלכת פסק הדין טמון ביכולת להתגבר על דינאמיקת הוויכוח שבין ברק ארז לפוגלמן ובהבנה כי פסקי הדין שלהם התמקדו בעיקרם בשאלות נפרדות: חלוקת הנטל מזה, ודרך מימוש הנטל מזה:

כפי שהבהרנו בעת הניתוח הראשוני של פסק הדין, פסק דינו של השופט פוגלמן עסק בשאלת השוויון בנטל ובו נקבע כי מזונות ילדים בגילאים 6 עד 15 יהיו על פי דין צדקה וככאלו ייקבעו על פי היכולת הכלכלית של ההורים. חוות דעתו של השופט פוגלמן היוותה את הבסיס לרישא של הפסיקתא. על פי פרשנותנו לפסק הדין, הנתמכת בלשונה ובהגייונה, הכרעה זו אינה תלויה בחלוקת זמני השהות והיא רלוונטית מכאן ולהבא לכל דיון במזונות ילדים בגילאים 6 ומעלה.

לעומת זאת, הסיפא של הפסיקתא המבוססת על חוות דעתה של השופטת ברק ארז, עוסקת בשאלת מימוש הנטל ובקיוזו ההוצאות הישירות שהוצאו על הילדים בעת שהותם אצל הוריהם. בניגוד לחלוקת הנטל, מימוש הנטל רגיש לחלוקת זמני השהות בין בני הזוג. לכן, קובעת השופטת ברק ארז את ההבחנה בין הוצאות תלויות השהות והוצאות שאינן תלויות שהות ומורה על יישום שיטת הקיוזו הטכני לגבי הראשונות, ואת יישום שיטת ההורה המרכזי ולחלופין את שיטת חשבון הבנק המשותף או שיטות חלופיות נוספות.

מן הבחינה המתמטית הטהורה, הנוסחאות העוסקות בקיוזו הטכני של ההוצאות תלויות השהות והתשלום להורה המרכזי ניתנות ליישום אף במקרים של חלוקת זמני שהות לא מאוזנים ואפילו במקרים של משמורת בלעדית.⁹⁶ עם זאת, קיימות שיטות משפט הקובעות בכל זאת זמן שהות מינימאלי כתנאי לקיוזו הוצאות ישירות בעין.⁹⁷ בשלב זה אנו נמנעים מלהכריע בעניין, אולם נחזור ונדגיש כי בוודאי שאין לצמצם את פסק דינה של ברק ארז בהיבטים הללו (של ההוצאות תלויות השהות וההוצאות שאינן תלויות השהות למעט הוצאות המדור) אך ורק למצבי משמורת משותפת זהה שבה זמני שהות שווים לחלוטין. להיפך, יש ליישם את המנגנונים הללו למגוון רחב של חלוקת זמני שהות אצל שני ההורים, ואפילו במקרים שבהם יש פערים גדולים בין ההורים בזמני השהות ובלבד שבסופו של דבר הילדים שוהים פרקי זמן משמעותיים אצל שני ההורים באופן שמצדיק את קיוזו ההוצאות שהוצאו בעין על הילדים בשני הבתים.

לעומת זאת, מיקוד הסיפא של פסק הדין במצבי משמורת משותפת, ואפילו שווה או קרובה לשווה, חיוני בהקשר להסדר המדור, שכן רק במצבים שבהם זמני השהות של הילדים בבתי שני ההורים זהים

⁹⁶ כאשר במצבי משמורת בלעדית לא יקוּזו כל סכום על תשלום בעין ולכן ההורה הלא משמורן ישלם את מלוא חלקי ההורה המשמורן ובמקרים של זמני שהות מינימאליים יקוּזו באופן טבעי סכום נמוך.

⁹⁷ כך למשל, גם דוח וועדת שיפמן, לעיל הערה 2, שבוסס על גישת הקיוזו המלא הטכני, נמנע מליישם את הנוסחה הזו על זמני שהות שבהם אחד מן ההורים אחראי להלנת הילד ארבעה או פחות לילות בשבוע. להלן, **פרק ב' חלק 4 סעיף (ה)** נשוב ונעסוק בנקודה זו ונציג את השיקולים הנורמטיביים לגבי ההכרעה בה.

או לפחות קרובים מאד זה לזה, מוצדק להתייחס למדור הכפול ברמה שווה בשני הבתים כצורך של הילדים.

הנה כי כן, על פי פרשנותנו, הרישא של הפסיקתא עוסקת בחלוקת הנטל והיא ישימה לכל חלוקת שהות, בעוד הסיפא עוסקת בשאלת מימושה ובפרט בהתחשבות בהוצאות הישירות המוצאות על הילדים ובנושא המדור, ולפחות בהקשר האחרון היא רלוונטית רק למצבי משמורת משותפת ואפילו משמורת משותפת שווה או קרובה לשווה. ואולם בניגוד לגישה המוצגת על ידי מזא"ה, לפיה החלק השני של הפסיקתא קובע הסדר עצמאי הנבדל מן ההסדר שנקבע בחלק הראשון שלה, לשיטתנו פסק דינה של השופטת ברק ארז, ובוודאי ס' 61 המסכם את הנחיותיו המעשיות, אינם עומדים בחלל ריק אלא הם מבוססים על המהלך הראשוני לפיו כלל הוצאות הילדים, תלויות השהות, שאינן תלויות שהות ואף מדורם, הם באחריות שני ההורים שחבים בהם לפי יכולתם הכלכלית. משום כך, יש לדבוק בפרשנות התכליתית של חוות דעתה של ברק לפיה יש לקבוע תחילה את שיעור ההשתתפות של כל הורה בכל סוגי ההוצאות, תלויות השהות שאינן תלויות שהות והמדור (הכפול במקרה של משמורת משותפת ובלבד שלפי המבחן הכלכלי מדור כפול אינו פוגע בתשלום יתר המזונות) ואז לקזז מחבותו של ההורה את הסכומים שהוציא על ההוצאות תלויות השהות בהתאם לנוסחה של קיזוז מלא, ולהתחלק בהוצאות שאינן תלויות שהות בהתאם למנגנון שנבחר, וכן לקזז את הוצאות המדור שהוציא כל הורה.⁹⁸ לכן, לדעתנו, במקרה של בני זוג המשתכרים באופן שונה יש ליישם את המתודה העקרונית ולאחר קיזוז בשיטה הטכנית, יש לבצע העברה כספית בין בני הזוג אף לגבי ההוצאות תלויות השהות והמדור. לעומת זאת, במקרים של זמני שהות זהים והכנסות שוות המשמעות תהיה שלילת תשלומי העברה לגבי הוצאות תלויות השהות והמדור.

4. מבט מחודש על קביעת הצרכים ויחסי הכנסות – בעקבות הלכת 919

מעבר להסדר השוויוני בין ההורים שקובע דין הצדקה, הרי שלהכרעה כי דיני מזונות הילדים בגילאים 6 עד 15 יבוססו מעתה על דיני הצדקה השלכות חשובות נוספות, הן לעניין קביעת היקף המזונות והן לעניין חישוב ההכנסות של ההורים.

א. רקע תיאורטי: חלוקת הנטל הכלכלי בין ההורים בעקבות הלכת 919 בין דיני מזונות אזרחיים מכוח סעיף 3א לדיני הצדקה

ס' 3 (א) לחוק לתיקון דיני משפחה מזונות קובע כי חובת המזונות תהיה על פי הדין האישי. באופן תיאורטי הכרעת פסק הדין עודנה במתחם הדין העברי, אך מעדיפה את הפרשנות לפיה פועלת תקנת הרבנות הראשית מדין צדקה על פני הפרשנות לפיה מדובר בחובה מן הדין. מכך נובע כי גם לאחר פסק הדין קביעת היקף הצרכים וחלוקת הנטל בין ההורים צריכה להיקבע בהתאם לכללים הפרטניים הקבועים בדיני הצדקה, שעליהם מבוססת מהיום חובת המזונות בגילאים 6 עד 15. ככלל, העקרונות

⁹⁸ עם זאת כדי שלא להעדיף הורה שבחר או שיכול היה להרשות לעצמו מדור ברמה גבוהה יותר, אין לקבל באופן אוטומטי ללא הצדקה מיוחדת, את ההוצאות בפועל כסכום שאותו יש לקזז, אלא יש לקזז סכום זהה המשקף לדעת בית המשפט את צרכי המדור המתאימים. ככלל אצבע, למעט מקרים חריגים יש להניח כי במצבי משמורת משותפת שהוצאות המדור בשני הבתים צריכות להיות שוות.

הקבועים בדיני הצדקה של המשפט העברי, כפי שהם פורשו בפסק הדין ובראשם הדרישה מן ההורים לשאת בכלל צרכי הילדים וחלוקת הנטל בהתאם ליכולות הכלכליות מזכירים את הוראות ס' 3א לחוק לתיקון דיני משפחה מזונות שיושם עד היום רק במקרים מצומצמים.⁹⁹ עם זאת, לא ברור שהתוכן הקונקרטי של דיני הצדקה במשפט העברי בשאלות כגון קביעת היקף הצרכים, מימוש הכנסות פוטנציאליות מנכסים, הדרישה למיצוי כושר ההשתכרות וקיצוץ ההוצאות של כל הורה עבור עצמו, אכן קרובות לפרשנות האזרחית של ס' 3(א) ולערכים של צדק שוויון וטובת הילד שעליהם בוסס פסק הדין. מקריאת הלכת 919, ניתן לזהות ניואנסים בגישות השופטים אף בהקשר זה. פסק דינו של השופט פוגלמן נתן מקום רב לעמדת המשפט העברי, ורק לאחר שנוכח לדעת כי קיימות במשפט העברי שתי פרשנויות לגיטימיות בחר בזו המשתלבת עם העקרונות האזרחיים.¹⁰⁰ השופט סולברג מציג אף הוא את ההכרעה הנדרשת ככזו המשתלבת הן עם המשפט העברי והן עם עקרונות המשפט האזרחי, עם זאת הוא מדגיש את גמישותו של המשפט העברי ואת הצורך ליטול את העקרונות העמוקים ולהתאים את פרטי הדינים לנסיבות העכשוויות.¹⁰¹ עמדה שלישית, לכאורה, מציגה השופטת ברק ארז המתארת *"פער בין המקום הפורמאלי שיש למשפט העברי בסוגיה שבפנינו לבין העובדה שלמעשה הוא נשאר בסופו של דבר בשולי הדיון מן הבחינה המעשית"*. בהמשך הדברים קובעת ברק ארז *"שבמצב דברים זה, עלינו לפנות לתפיסות הצדק והשוויון הכלליות של השיטה המשפטית במטרה להכריע בשאלה של אופן חלוקת המזונות בכל הנוגע לילדים בגילאי 6-15 המצויים במשמורת משותפת של הוריהם"*.¹⁰² נחרצת אף יותר היא עמדתו של השופט שוחט בפסק דין מאוחר להלכת 919 לפיו *"פרשנות זו, לפרמטרים שאמורים לשמש את הערכאה הדיונית בעבודתה, אינה מכוונת לדיני הצדקה כמשמעותם במשפט העברי... פרשנות זו, מכוונת לטעמי לחוק לתיקון דיני משפחה (מזונות)"*.¹⁰³ הבחירה בין הגישות הללו, עשויה להשפיע על המינון של הפניות למקורות המשפט העברי לעומת קביעת מדיניות אזרחית עצמאית לגבי שאלות עתידיות שיתעוררו לגבי יישום דין הצדקה בעקבות פסק הדין. במסגרת הנוכחית לא נוכל להציג משנה סדורה בשאלה זו המעוררת התלבטויות יורספידנטליות לא פשוטות. עם זאת בסעיפים הבאים של הפרק, בעת שנציג היבטים שונים של המעבר לדין הצדקה, נצביע מפעם לפעם על סוגיות מסוימות שלגביהן מעבר להכרה הכללית בחובה המשותפת מדין צדקה של שני ההורים, הפרשנות הקיימת של דין הצדקה במשפט העברי עומדת בקונפליקט עם העקרונות האזרחיים המקובלים. במרבית המקרים הללו תאומץ גישה הסבורה כי אף אם המשפט העברי הוא המקור המחייב בסוגיה, יש לפרשו ברוח דבריו של השופט סולברג, על פי עקרונותיו הכלליים העמוקים ותוך

⁹⁹ לפסיקה בנוגע לסעיף 3א ראו להלן פרק ג' חלק 2.

¹⁰⁰ אף השופט מזוז קבע כי כאשר קיימות שתי פרשנויות במשפט העברי חובה לפנות לזו המשתלבת יותר עם עקרונות המשפט האזרחי.

¹⁰¹ ראו פסקה 3 לחוות דעתו של השופט סולברג בפסק הדין.

¹⁰² ראו פסקה 4 לחוות דעתה, שם. נציין כי מן האמור בטקסט לא ברור האם לדעתה של ברק-ארז תפיסות הצדק והשוויון הכלליות הן להכריע לטובת אחת מן האפשרויות הקיימות במשפט העברי, שזו הייתה למעשה המתודולוגיה שבה נקט השופט פוגלמן בפסק דינו, או שמא לדעתה משנחלקו הדעות במשפט העברי, הוא מאבד את תפקידו כמקור הנורמטיבי הקובע בסוגיה ובסופו של דבר תפיסות השוויון והצדק הכלליות מהוות מקור עצמאי לקביעת דיני מזונות ילדים.

¹⁰³ ראו עמ"ש (ת"א) 14612-10-16 פ.ב. נ. א.ב. (פורסם בנבו 20.12.2017).

התאמה לנסיבות הזמן ולערכים המנחים של שוויון וטובת הילד. מתודה כזו, צפויה למתן אף כי לא לבטל כליל את המתח בין יישום דווקני של המשפט העברי לעקרונות המשפט האזרחי.

ב. קביעת היקף הצרכים

הכרעת בית המשפט כי דין המזונות בגילאים 6-15 הינו מדין צדקה רלוונטית לא רק לעניין קביעת שיעור ההשתתפות של ההורים, אלא גם לגבי קביעת סך ההוצאות: במרבית המקרים סך ההוצאות יהיה גבוה מסכום המזונות שנקבע בפסיקה לסיפוק הצרכים ההכרחיים, וזאת משום שחויב המזונות מדין צדקה כולל את כלל הוצאות הילדים ולא רק את סיפוק צרכיהם ההכרחיים (ועל כן יכול שיכלול גם צרכים שאינם בסיסיים כמו רכישה ואחזקה של טלפונים סלולאריים, הוצאות בילוי, מינויים לקאנטרי, ועוד... בהתאם לרמת החיים שמוותאמת לאותה משפחה).¹⁰⁴ יתרה מזו, על פי הדין הישן, האב חב לבדו בצרכים ההכרחיים של ילדיו. על מנת למתן את אי השוויון, נטתה הפסיקה לפרש צרכים הכרחיים באופן מינימליסטי.¹⁰⁵ משום כך יש לזנוח ולעדכן את כללי האצבע, כגון סך של בין 1,300 ₪ עד 1,400 ₪ שנקבעו בפסיקה הדיונית כאמת מידה להערכת הצרכים ההכרחיים לילד, אשר אינם משקפים את כלל צרכי הילדים. עוד יש לתת את הדעת כי במצבים של זמני שהות נרחבים ומשמורת משותפת, כלל ההוצאות עבור כל אחד מהרכיבים גבוה יותר, שכן כלכלת ילד והתשלומים הנלווים ליצירת שני בתים עיקריים גבוהה יותר מאשר קביעתה בבית אחד.¹⁰⁶ לכן גם מסיבה זו סכום ההוצאות הטיפוסי שיקבע בשלב קביעת הצרכים יהיה גבוה מהסכומים המוכרים בעידן שלפני פסק הדין. עם זאת, חשוב לקבוע סכום הוצאות ריאלי הלוקח בחשבון שבאופן טבעי, לפחות במשפחות המאופיינות ברמת חיים בנונית ומטה, הגירושים והמעבר לשני בתים מחייבים ירידה מסוימת ברמת החיים. באופן כללי אנו סבורים כי כללי האצבע שפותחו בפסיקה, אינם עדכניים ואינם מבוססים על מחקר מדעי. הן בוועדת שיפמן והן לאחרונה במסגרת עבודה של כונס הנכסים הרשמי נעשו ניסיונות לגיבוש אמות מידה מקצועיות יותר להערכת הצרכים המשפחתיים. אנו קוראים למחוקק ליטול משימה זו על עצמו ולגבש אמות מידה מעודכנות שיהוו בסיס להערכת צרכי הילדים.¹⁰⁷

ג. התחשבות בהכנסה פוטנציאלית לצורך דין צדקה

¹⁰⁴ ראו **בהלכת 919** פסקה 18 לחוות דעתה של ברק-ארז "פסיקת המזונות אמורה להבטיח את צרכיהם של הילדים ברמה מספקת – רמה שנקבעת בהתאמה לרמת החיים הקודמת שלה הורגלו עובר לגירושין (גם אם אינה יכולה להבטיח את שימורה של רמה זו)".

¹⁰⁵ ראו בהקשר זה את דבריו של השופט גרינברג בתמ"ש (י-ם) 2480/04 ב.ס. נ' נ.מ., פסקה 29 (פורסם בנבו 8.6.2006). על "הקטנת החבות החלה על האב בלבד ביחס ל"צורכיהם ההכרחיים" של הקטינים, וזאת בדרך של צמצום בהגדרת הצרכים ההכרחיים, באופן שמונח זה יכלול אך ורק צרכים קיומיים ממש (ברמת חיים של משפחה בעשירון התחתון)" דברים אלה מצוטטים על ידי השופט מזוז בפסקה 3 לפסק דינו, כמדגימים את הדין הישן.

¹⁰⁶ ראו בנושא זה ניתוחו של השופט פוגלמן בפסקה 91 **להלכת 919**.

¹⁰⁷ להתערבות חקיקתית במשפט המשווה בעניין מזונות המבוססת על טבלאות מכוונות ואף מחייבות ראו להלן הערה 120.

עיון בפסיקת בית המשפט העליון מגלה כי חישוב היכולת הכלכלית אינו מבוסס אך ורק על ההכנסה נטו אלא נדרשת התחשבות רחבה ביכולת ההשתכרות, בנכסים¹⁰⁸ ואפילו פוטנציאל ההשתכרות מעבודה.¹⁰⁹ התבטאויות ברוח זו קיימות אף בהלכת 919.¹¹⁰ פסקי הדין הדיוניים שימשו את הלכת 919 המשיכו קו זה ומפעם בפעם כאשר סברו שאחד הצדדים אינו מממש את יכולת ההשתכרות שלו, הם הוסיפו למשכורת בפועל את פוטנציאל ההשתכרות.¹¹¹ ברם, עיון בהלכות צדקה של המשפט העברי מגלה כי הדברים אינם פשוטים. להיפך, הגישה המקובלת במשפט העברי היא כי ניתן לחייב הורה לממש את פוטנציאל השתכרותו מעבודה רק כאשר מדובר בחיוב מן הדין ולעומת זאת כאשר מדובר בדין הצדקה, המבוסס כזכור על אמידות ההורים, חישוב ההכנסה אינו אמור להביא בחשבון פוטנציאל השתכרות מעבודה.¹¹²

בכנס שנערך בעקבות פסק הדין, ביקר פרופ' פרימר את שופטי הלכת 919 על כך שלא דייקו בדיני הצדקה¹¹³ ועל כן חרף קביעתם שתקנת הרבנות הראשית פועלת מדיני הצדקה החילו עליה נורמות המתאימות לחיוב על פי דין. אנו מסכימים לביקורתו העיונית של פרופ' פרימר ועם זאת אנו סבורים כי ברמה המעשית והערכית זהו סוג המקרים, הדורשים את התאמת העקרונות הכלליים של המשפט העברי לנסיבות המודרניות ולערכי השוויון והצדק. עם זאת לדעתנו גם לגופו של עניין על הדרישה למימוש פוטנציאל השתכרות, להתמקד במקרים של הפסקות עבודה מניפולטיביות לרגל הגירושים ו/או במקרים קיצוניים של חוסר נכונות לשאת בנטל, כגון אדם צעיר המסרב לעבוד או שבוחר לעבוד בהיקף משרה מינימאלי, ללא הצדקה סבירה, אך יש להישמר משיפוט ערכי מוגזם של התנהלות המקצועית והביתית של ההורים.

¹⁰⁸ ראו למשל ע"א 130/83 פרייס נ' פרייס, פ"ד לח(2) 721, 725 (1984) "כך הדבר גם לעניין מזונות הבנות, שאותם יש למדוד לפי צורכיהן. אם אין לו די לכך מהשתכרותו, יש לחייבו לשאת בצורכיהן ממקורותיו האחרים, בין מכספים פנויים שנשארו לו, אם נשארו, כחלקו בתמורת הדירה שנמכרה, ובין - אם אלה אינם מספיקים - מהדירה שקנה, גם אם פירוש הדבר, שיהיה עליו למכרה ולגור בדירה שכורה". עוד ראו בעניין זה ע"א 687/83 מזור נ' מזור, פ"ד לח(3) 29 (1984).

¹⁰⁹ עוד ראו בנושא זה לאחרונה בדבריו של השופט רובינשטיין בבצע 3432/09 פלוני נ' פלונית, עמ' 6 (פורסם בנבו 23.06.2009). "בעת הערכתה של זו (היכולת הכלכלית של ו.ע.ל) ההסתכלות היא רחבה; היא נגזרת לא רק מן המשכורת – בודאי לא משורת ה"נטו" במשכורת שלעתיים קרובות אינה משקפת תמונה מלאה, ואין צורך להכביר על כך מלים – אלא מסך כל המקורות הכלכליים העומדים לרשות משלם המזונות, כולל נכסים, חסכונות, ואף פוטנציאל ההשתכרות".

¹¹⁰ ראו פסקה 28 לפסק הדין של השופט פוגלמן ופסקה 40 לפסק דינה של השופטת ברק ארז.

¹¹¹ כך לדוגמא, בתלה"מ 16-11-53712 ו. כ. נ' כ. ב, עמ' 20 (פורסם בנבו 23.10.2017) (להלן ו.כ.נ' כ) קובע השופט שמ "כי מכל המקובץ ומהתרחשותי, משעה שמדובר באדם משכיל ובריא, ולא נתן הוא כל הסבר המניח את הדעת מדוע אינו ממצה את פוטנציאל השתכרותו, אני קובע כי כושר השתכרותו של האב כולל מימוש אוספיו, מגיע לכ-17,000 ש"ח נטו לחודש בממוצע". באופן דומה, בתלה"מ 16-07-11985 ע.ע נ' נ.נ. (פורסם בנבו 21.10.2017) נפסק כי פוטנציאל ההשתכרות של האישה לצורך קביעת יחסי השתכרויות הוא 6,500 ש"ח למרות שלא עבדה כלל.

¹¹² למעשה אחד מן הרציונאליים המרכזים של מתקני תקנת הרבנות הראשית ואחת מהסיבות המרכזיות לפרשנות התקנה כקובעת חובה מן הדין הייתה העובדה שחיוב מן הדין בניגוד לדין הצדקה יאפשר לדרוש מימוש פוטנציאל השתכרות, ראו לדוגמא פסק דינו של בית הדין האזורי באשקלון בתיק (אזורי אשקלון) 1063320/10 פלונית נ' פלוני (לא פורסם, 14.04.2017) <http://www.daat.ac.il/daat/psk/psk.asp?id=1672> (וכן את פסק דינו של בית הדין הרבני בצפת בתיק (אזורי צפת) 616800/6 פלונית נ' פלוני (לא פורסם 16.12.2015) <http://www.daat.ac.il/daat/psk/psk.asp?id=1332> כך ראו את דברי הרב שיינפלד בתיק (אזורי ת"א) 8399/שן התובע נ' הנתבעת פד"ר טו' 134, 142 (התשי"ן). "ולכן גם הפוסקים שסוברים שאפשר לכוף בעל לעבוד ולהשתכר לצורך פרנסת אשתו, מודים שאינו כן באב שאינו רוצה לעבוד לצורך פרנסת ילדיו, ובדאי שאי אפשר לחייבו לעבוד מעבר לשעות העבודה המקובלות ולדרוש ממנו מאמץ נוסף לשם כך. ועוד, האם יש מי שסובר שאפשר לכוף אדם לעבוד, כדי שיוכל לתת צדקה"? אנו מודים לפרופ' רדזינר על ההפניות לפסקי הדין הנ"ל.

¹¹³ עיקר דבריו של פרופ' פרימר, בכנס מרכז רקמן שהוזכר בהערה 16 לעיל, הוקדשו לביקורת זו על הלכת 919.

ד. מהן הכנסות פנויות

על פי דין הצדקה המקורי, כפי שהובן בפרשת פורטוגז ובפרשות שבאו לאחריו, חישוב ההכנסות מדין הצדקה אמור להביא בחשבון גם את הצרכים של שני ההורים שאותם יש לקזז מן המשכורת בעת שמחושבת ההכנסה הפנויה. ברוח זו, בפסיקה שקדמה להלכת 919 נבדק מה הוא הסכום שיש להותיר כמינימום הכרחי לקיומו של ההורה.¹¹⁴ בפסיקה הדיונית החלה בשלב מסוים להסתמן הנחת עבודה כי הסכום המינימאלי אמור להתבסס על קצבת הבטחת הכנסה.¹¹⁵ אולם ניתן להרחיבו לתנאים של בני הזוג הספציפיים. לעומת זאת בשנים האחרונות ובפרט לאחר הלכת 919, לצד פסקי דין שממשיכים להשתמש בטרמינולוגיה של הכנסה פנויות,¹¹⁶ פסקי דין אחרים החלו להשתמש בטרמינולוגיה של יחסי השתכרויות ללא התייחסות לצרכים ההכרחיים.¹¹⁷ יתרה מזו, אף פסקי הדין העוסקים ביחסי הכנסות פנויות מסתפקים בדרך כלל, בקיזוז דמי שכירות אך הם אינם מקזזים דמי מחייה נוספים.¹¹⁸ ד"ר מזא"ה סבור כי אכן לצורך מימוש דין הצדקה יש לקבוע את יחסי ההשתכרויות על פי ההכנסה נטו ללא קיזוז דמי השכירות שמוציא כל אחד מן ההורים עבור עצמו ובוודאי שללא קיזוז נוסף של דמי מחייה מינימאליים הנחוצים לבני הזוג, אולם דעתנו שונה. אנו סבורים, כי הרעיון החלוקתי העומד מאחורי דין הצדקה במשפט העברי ומאחורי שיקולי הצדק והשוויון האזרחיים מחייבים הפחתת הוצאות חיוניות בטרם תחושב ההכנסה וזאת כדי להעריך את היכולת הממשית של כל הורה לשאת בנטל. נוסף ונאמר כי מצב בו שני ההורים מתחלקים ביניהם על פי הפרשי השתכרות, ללא קיזוז צרכים אישיים חיוניים, עלול להביא למצב שלהורה לא תהא בררה אלא להתקיים ממזונות שהיו מיועדים לילדו וכך תיפגע באופן משמעותי טובתם של ילדים.¹¹⁹ עוד נציין כי בעיננו הסכום המבוסס על הבטחת

¹¹⁴ בע"מ 1715/07 פלוני נ' פלונית ואח', (פורסם בנבו 6.3.2008) באותם מקרים דובר על המינימום ההכרחי לקיומו של האב על מנת שיוותר לו לקיומו שלו ולסיפוק צרכיו ההכרחיים

¹¹⁵ ראו למשל תמ"ש (נצ') 39427-06-11 ר.ש נ' ע.ש, פסק דינו של השופט זגורי (פורסם בנבו 08.08.2012)

¹¹⁶ ראו (עמ) ת"א 1098/07 פלוני נ' אלמוני, פסק דינו של השופט שנלר (פורסם בנבו, 31.08.2008) הנוקט במטבע הלשון של הכנסה פנויה.

¹¹⁷ ראו למשל את הנוסחה המוצעת על ידי השופטת בעמש (חי') 42513-09-14 א.ש נ' י.ש (פורסם בנבו 04.01.2015), המתמקדת ביחסי השתכרות. אף השופט שקד ב-תמ"ש 21810-06-16 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו 09.10.2017) חישב יחס השתכרויות בהתאם לסכומי הנטו.

¹¹⁸ ראו למשל תמ"ש 16207-01-16 ש.ד נ' א.ד (פורסם בנבו 14.09.2017) וכן תמ"ש 29329-07-16 מ.ג ואח' נ' ג.ג, (פורסם בנבו 09.11.2017) שבו קוזזו הוצאות מדור בלבד לצורך חישוב הכנסה פנויה. עם זאת במקרים מסוימים אף בהעדר הוצאות מדור קוזזו סכומים משמעותיים עבור מחייה, ראו למשל ו.כ. נ' כ. לעיל הערה 111.

¹¹⁹ ניתן להמחיש זאת על ידי דוגמא מספרית. טלו מקרה שבו הורה א' משתכר 5,000 ש"ח נטו ואילו הורה ב' משתכר 15,000 ש"ח נטו (יחסי השתכרות של 75% להורה א' ו 25% להורה ב'). בהנחה שמדובר בשלושה ילדים ושהוצאות כל אחד מהילדים 5,000 ש"ח בשני הבתים (תלויי שהות ושאינם תלויי שהות ללא מדור). הורה א' יישא בתשלומים שישולמו בעין בסכום של 3,750 ש"ח מהוצאות הילדים, והורה ב' יישא בתשלום של 11,250 ש"ח (חלקו ישולם בעין וחלקו ישולם על ידי העברת תשלומים להורה א'). לשם הפשטות נניח שלשני הצדדים דירה בבעלותם. בהנחה שקיום בסיסי של כל אחד מההורים הוא 2,000 ש"ח, נבדוק עתה אם סכום כזה נותר להם לאחר תשלום הוצאות הילדים. ואכן, במצב עניינים זה לאחר תשלום המזונות (בעין) יישאר להורה א' סכום של 1,250 ש"ח שאיננו יספיק די מחייתו, ולהורה ב' יוותר לאחר תשלום הוצאות הילדים (בעין או על ידי העברת סכומים להורה א') סכום של 3,750 ש"ח. במצב עניינים זה ברור כי הורה א' ישתמש בכספים שברשותו ראשית לצורך קיומו הבסיסי, והסכום שהיה אמור להיות מוקדש להוצאות הילדים יופחת והילדים לא יקבלו את צרכיהם. לבעיה זו ניתן למצוא פתרון על דרך חישוב נכון של ההכנסות הפנויות, על דרך הפחתה של צרכי ההורה המינימליים מההכנסה לצורך חישוב הכנסה פנויה לצורך מזונות. ודוק, לדעתנו יש להפחית סכום קיום ראוי מכל אחד מן ההורים ללא קשר להוצאותיו. כך לדוגמא, בחירה של אחד ההורים לשכור דירה יקרה במיוחד איננה משנה את חישוב ההכנסה הפנויה. לדוגמא במקרה דנן, בהנחה ש-2,000 ש"ח הוא הסכום המוערך לקיום סביר של כל אחד מההורים, ההכנסה הפנויה של הורה ב' תהא 13,000 ש"ח והכנסתו הפנויה של הורה א' תהא 3,000 ש"ח (81.25% לאם ו 18.75% לאב). במצב עניינים זה יישא הורה א' ב-2,812.5 ש"ח והורה ב' ב-12,187.5 ש"ח. במצב זה לאחר הוצאת הסכומים עבור הילדים יישאר הורה ב' עם סכום של 2812.5 ש"ח בכל חודש לאחר הוצאות הילדים, ואילו הורה א' יישאר עם סכום של 2,187.5, כך שכל אחד מן

הכנסה הוא הסכום המינימאלי, אך יש להתאימו לנסיבות הספציפיות כגון, צרכי המדור של בני הזוג. כמו כן, לצורך חישוב ההכנסה הפנויה יש להביא בחשבון גם חובות מזונות נוספות של בני הזוג, כלפי ילדים שאינם משותפים. להשלמת הטיעון נציין שהדרישה להפחתת דמי קיום, משתלבת אף עם הגדרת אמידות במשפט העברי וכך גם מקובל במשפט ההשוואתי.¹²⁰

ה. הגנת המשמורן הבלעדי בעקבות הלכת 919

על פי הלכת 919, לאור אימוץ דין הצדקה, חלוקת נטל המזונות בהתאם למצב הכלכלי של הצדדים תהיה אף במצבי משמורת בלעדית. כאשר במקרה טיפוסי של משמורת בלעדית ישמש ההורה המשמורן כהורה המרכז וההורה השני יעביר להורה המשמורן את מלוא חלקו. מצב עניינים זה יוצר קושי עבור משמורן בלעדי, שמעבר לתרומה הכספית לכיסוי צרכי הילדים, משקיע גם זמן לא פרופורציונאלי בטיפול בהם ובמקרים רבים על חשבון התפתחותו המקצועית. ודוקו, הפרשנות המסורתית של המשפט העברי לפיה האב חב לבדו בצרכים ההכרחיים של הילדים בוססה על מודל המשפחה המסורתית המניח חלוקת תפקידים מגדרית בין בני הזוג. לנוכח חלוקת תפקידים זו, הנטל הבלעדי שהוטל על האב לשאת בצרכים ההכרחיים, קיזז חלקית, את אי השוויון בנטל בין ההורים לגבי הטיפול בילדים במצבי משמורת בלעדית. לעומת זאת, המשטר החדש, שקבעה הלכת 919, הניטרלי למגדר, אינו יכול לקחת כמובן מאליו פערים משמעותיים בנטל הטיפול בילדים ולכן הוא מחייב מתן מענה לפערים כלכליים שמקורם באי שוויון בנטל הטיפול בילדים. אנו סבורים כי ניתן וצריך למתן קושי כלכלי זה על ידי הכלים המשפטיים הבאים:

(1) דמי טיפול – בעבר דמי טיפול היוו חלק אינטגרלי מן הזכויות של ההורה המשמורן.¹²¹ דמי הטיפול עודם חלק מן המשפט הישראלי, אבל ניתן לאפיין שחיקה מסוימת בשימוש בהם. חלק מן השחיקה קשורה מפורשות בעובדה שעל פי הדין הישן גברים חבו באופן בלעדי בצרכים ההכרחיים. משום כך, חלק מן השופטים ראו בטיפול היתר על ידי האשה, כמאזן את אי השוויון של הדין הישן.¹²² לכן, לנוכח המעבר לדיני הצדקה, לדעתנו יש לחדש את פסיקת דמי

ההורים יוכל להתקיים קיום בסיסי ומעבר לכך גם לכלכל את הילדים. נדגיש כי ההכנסה הפנויה לתשלום מזונות הינה הכנסת ההורה נטו בניכוי ההוצאות המינימליות הדרושות לקיומו (כלומר הפחתה של חלקו במדור, והוצאות הנצרכים לקיום בסיסי). בדרך חשבונית זו בכל מקרה שהסכום המצטבר על סך הוצאות הילדים בשני הבתים (תלוי שהות ושאינם תלוי שהות) והוצאות הבסיס של שני ההורים קטן מסך הכנסות שני ההורים, הרי ששני ההורים יוכלו להתקיים ולכלכל את הילדים. להשלמת התמונה יודגש כי בכל מקרה על בית המשפט לוודא שסכום קיום בסיסי להורה והוצאות הילדים בשני הבתים נמוכים מההכנסה המצרפית של שני בני הזוג. במידה שהתשובה שלילית יש להעריך את סכום ההוצאות לכל ילד מחדש ולהתאימה לרמת החיים שתהא לאחר הפירוד או לשקול שנית את קיומה של המשמורת המשותפת.

¹²⁰ כך למשל באנגליה ובאוסטרליה נוסחת החישוב של ההכנסה מבוססת על ניכוי צרכים אישיים מסך ההכנסות ראו Ridge, T, *Supporting Children? The Impact of Child Support Policies on Children's Wellbeing in the UK and Australia* JOURNAL OF SOCIAL POLICY, 34 (1), 121-142 (2005). נוסף ונציין שאף במדינות שבהם הנוסחאות מבוססות על הכנסה נטו כגון קנדה ושיטת ה- percentage of income model המקובלת ב- 15 חלק ממדינות ארצות הברית, יש זכות להורה לבקש הפחתת תשלום אם יוכיח כי לנוכח צרכיו האישיים לא יוכל לעמוד בתשלום חלקו או לנוכח צרכים מיוחדים של אחד ההורים. ראו: Laura W. Morgan and Mark C. Lino, *A Comparison of Child Support Awards Calculated by the U.S. Calculated Under States' Child Support Guidelines with Expenditures on Children Department of Agriculture, FAMILY LAW QUARTERLY*, Vol. 33, No. 1, Child Support Symposium, pp. 191, 193 (1999). לעניין קנדה ראו DEPARTMENT OF JUSTICE (August 23, 2017) <http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-lf/child-enfant/guide/sbs-eng.pdf>

¹²¹ ראו למשל ע"א 378/80 יצהר נ' יצהר, פ"ד לה(1) 334, 328 (1980). וכן ע"א 4280/90 כהן נ' כהן (פורסם בנבו 31.12.90)

¹²² תמש (י-ם) 22601/03 מ. ר. נ' ד. פ. ר, עמ' 13 (פורסם בנבו 24.08.2005).

הטיפול במקרים המתאימים. נציין בהקשר זה כי גם וועדת שיפמן תמכה בשימוש בכלי של דמי הטיפול.

(2) מזונות משקמים ופיצוי על הפסדי קריירה – בשנים האחרונות החל המשפט הישראלי להכיר בצורך לפצות בני זוג ביתיים, ואף בני זוג עובדים שמשרתם נפגעה, על הפסדי קריירה שנגרמו להם במהלך הנישואים. אנו סבורים כי מצבים של משמורת בלעדית חשופים במיוחד לסכנות אלה ולכן אפשר וצריך לעשות בכלים הללו שימוש נרחב כאשר לנוכח המשמורת הבלעדית נפגעה הקריירה של אחד מבני הזוג.¹²³ יתרה מזו, ככל שפירוק המשפחה מתחולל בשלב מוקדם של הקריירה של הצדדים וככל שמדובר בפערים בולטים בין ההורים לגבי הטיפול בילדים, יש להפעיל את המנגנונים הללו לא רק כלפי פערי השתכרות שכבר נוצרו אלא גם כמכניזם צופה פני עתיד לנוכח טיפול לא שוויוני בילדים.¹²⁴

(3) עוד נציין כי לדעתנו, במקרים שבהם קיימים הסדרי שהות מינימליים אצל אחד מן הצדדים, יש להעניק לבית המשפט את שיקול הדעת שלא לקזז הוצאות תלויות שהות בימים שבהם הילדים שוהים אצל הורה זה, כאמצעי לקיזוז של הנטל הטיפולי המוגבר המוטל על ההורה המשמורן.

5. מחשבה נוספת על היחס שבין משמורת משותפת ומדור

מן האמור בפרק זה עולה כי הסיווג הפורמאלי של חלוקת זמני שהות כמשמורת משותפת מאבדת את חשיבותה בכל האמור לתשלומי המזונות. ראשית, חלוקת הנטל נקבעת בכל מקרה לפי היכולת הכלכלית ללא קשר להסדר המשמורת. שנית, מימוש הנטל לגבי ההוצאות שאינן תלויות שהות יהיה בכל מקרה על ידי ההורה המרכז או על פי המנגנונים הנוספים הקבועים בפסק הדין, ללא קשר להסדר המשמורת שנקבע. לבסוף, קיזוז ההוצאות תלויות שהות נגזר באופן לינארי מחלוקת זמני שהות ולא מהכרעה דיכוטומית בנושא המשמורת.

שונים הדברים לגבי המדור, אליו התייחסה השופטת ברק ארזי כקטגוריה נפרדת השונה הן מן ההוצאות תלויות שהות והן מן ההוצאות שאינן תלויות שהות.¹²⁵ כפי שמסבירה ברק ארזי, בניגוד להוצאות תלויות שהות, שבהקשר להן ההוצאה של ההורה האחד אמורה להפחית את ההוצאה של ההורה האחר, הרי שבמקרה של המדור העובדה שההורה הראשון שכר דירה המספיקה גם לילדים, עבור מחצית מן הימים

¹²³ ראו פסק דינה של ברק ארזי בפסקה 68 **להלכת 919**. עמדתו של השופט מזוז, לעיל הערה 78 וכן ראו בבע"מ 3151/14 **פלוני נ' פלוני**, פסקאות 47-49 לדברי השופטת דפנה ברק-ארזי (פורסם בנבו, 05.11.2015) וכן ראו שחר ליפשיץ **השיתוף הזוגי** פרקים ח-י (2016), שם נדונים מגוון סעדים שמטרתם פיצוי על הפסדי קריירה. לאימוץ המנגנון של פיצוי על הפסדי קריירה בפסיקה ראו למשל את פסק דינו של השופט שילה בתמ"ש (ת"א) 47769-01-12 **פלוני נ' אלמוני** (פורסם בנבו 26.8.14).

¹²⁴ מן האמור בטקסט נובע גם הצורך להתאים את המכניזם הרגיל לחישוב פיצוי על הפסדי קריירה המבוסס על משך נישואים ארוך ועל פערי הכנסות שהתגבשו כבר בעת הגירוש, למכניזם אחר דינאמי יותר וצופה פני עתיד הרלוונטי גם לגירוש בעקבות נישואים קצרים. דיון מעמיק בדרך המדויקת לבניית מכניזם כזה הוא מעבר להיקפו של המאמר הנוכחי. וראו בהקשר דומה אך רחב יותר את הטיעון המובא במאמר איילת בלכר פריגת "מזוגיות להורות משותפת מסגרת משפטית להסדרת – היחסים הכלכליים בין הורים במשותף" **משפט ועסקים** יט (תשע"ו) 821.

¹²⁵ ראו הכתרת של סעיף 58 לפסק דינה של ברק ארזי המגדיר את המדור כקטגוריה מיוחדת.

לא מאפשרת להורה השני לצמצם את הוצאות המדור שלו בימים אלה.¹²⁶ לכן, באותם מקרים שבהם נפסק כי משמורת משותפת, משקפת את טובתם של הילדים, אזי המשמעות הכלכלית הינה כי רכיב מדור הילדים שבו אמורים לשאת שני ההורים יחדיו בהתאם ליחסי ההכנסות הפנויות ביניהם, יהיה מדור כפול המורכב מעלות מדור הילדים ברמה שווה בשני הבתים.¹²⁷ משום כך, על פי המכניזם שנקבע בפסק הדין, משנפסקה משמורת משותפת ומשמצא בית המשפט כי ההכנסה המצרפית של ההורים מאפשרת להם לשאת במדור כפול עבור הילדים מבלי לפגוע בצרכיהם הסכומיים הנדרש למדור הכפול יחולק בהתאם ליחסי ההכנסות הפנויות ואז יקוּז מחלקו של כל הורה רכיב המדור המשולם על ידו והמוכר על ידי בית המשפט כמדור ראוי, ובהתאם לכך, ישולמו תשלומי העברה. לעומת זאת, על פי הגיונו של פסק הדין, במקרים שלא יסווגו מראש כהסדר משמורת משותפת, או במקרים שבהם לנוכח המצב הכלכלי נסוג בית המשפט מהסדר המשמורת המשותפת, לא יחול ההסדר ולכאורה רק הוצאות המדור של הילדים אצל המשמורן העיקרי יחושבו כהוצאות מדור ויתחלקו בהתאם ליחס ההכנסה הפנויה, בעוד שלהורה השני לא יותר לקזז את רכיבי מדור הילדים, גם אם זמני השהות של הילדים אצלו הגדילו את הוצאות המדור שלו. הסדר זה מעורר שלוש שאלות:

- (1) מהי ההגדרה של משמורת משותפת, שבהתרחשותה יחושב המדור הכפול בשני הבתים כמשמורת משותפת? האם מדובר בתיוג בפסק הדין של בית המשפט לענייני משפחה? האם מדובר בחלוקת זמני שהות זהים דהיינו 7 ימים מתוך 14? או שמא גם זמני שהות קרובים אך לא זהים, כגון הסדר של 6 ימים מתוך 14 יחשבו כמשמורת משותפת לעניין המדור?
- (2) מה דינם של תשלומי המדור שמוציא ההורה שאיננו המשמורן העיקרי, אך הילדים שוהים ולנים אצלו פרקי זמן משמעותיים? האם על בית משפט להתעלם מהם לחלוטין שכן ההסדר איננו הסדר משמורת משותפת או שמא ניתן להתחשב בהם בכל זאת ולו באופן חלקי?
- (3) כיצד ינהג בית המשפט באותם מצבים שבהם מלכתחילה פסק משמורת משותפת, אך לאחר שבחן את המצב הכלכלי נסוג מהחלטה זו? האם ישנה את זמני השהות, עד שירדו מתחת הסף המצדיק מדור כפול ברמה שווה בשני הבתים? או שמא הוא ישנה את התיוג כמשמורת משותפת ואת הסדר תשלומי המזונות הנגזרים ממנו וזאת כדי לאפשר לקטינים לפחות בית אחד ברמה סבירה, אך יותיר את חלוקת זמני השהות על פי התכנית המקורית?

נשיב לשאלות כסדרן.

¹²⁶ ראו שם פסקה 59 לפסק דינה של ברק ארז. כן ראו עמדת השופטת וילנר שהוזכרה לעיל הערה 28.

¹²⁷ בהערת אגב נציין כי לטעמנו, על מנת למנוע מניפולציות מצד ההורים, הדרך הנכונה לחשב הוצאות מדור במצבי משמורת משותפת היא להתעלם מן התשלום בפועל כך שמחד הוצאות מדור ראויים יפסקו גם במקרים שבהם אחד מן ההורים מתגורר עם הילדים בדירה בבעלותו, ומאידך במקרים שבהם הורה שוכר דירה גדולה מבן זוגו לא תוכר מלוא ההוצאה. עמדה זו הובעה בעבר על ידי השופט שוחט ראו א' נ' מ' א', לעיל הערה 1. ואנו מצטרפים אליה. על הקושי בחישוב דמי המדור בהתאם לשווי הקונקרטי של ההחזר החודשי של המשכנתא ראו יהורם שקד "בין משכנתא למדור", (פורסם באתר נבו 2013). יש לציין כי החשש המוצדק שמעלה השופט שקד במאמרו יגיע אף הוא לפתרונו אם בכל מקרה יחושב מדור רעיוני ראוי ללא כל קשר אם מדובר במשכנתא או בדמי שכירות. העובדה כי לאחד הצדדים דירה בבעלותו בניכוי חוב המשכנתא הרובץ עליה תילקח בחשבון בעת חישוב ההכנסות הפנויות לצורך חישוב יחסי ההשתכרויות. עם זאת סוגיה זו זקוקה לדיון מעמיק יותר הן בפסיקה הקיימת והן בהיבטים הכלכליים של רכיבי המדור השונים והיא מעבר להיקפו של מאמר זה.

לעמדתנו בשאלה הראשונה רמזנו בעת שהוצגה פרשנותנו לפסק הדין. לטעמינו המבחן למשמורת משותפת, בהקשר המדור הוא מבחן מהותי. דהיינו, ככל שזמני השהות בשני הבתים נרחבים דיים בכדי להגדיר את שני הבתים כבתי הקבע של הילדים ובכפוף להיתכנות הכלכלית, יש להפעיל את המכניזם הדורש, להכיר בהוצאות המדור בשני הבתים כהוצאות המדור של הילדים. כפי שהסברנו לנוכח מבחן זה יתכן שגם כאשר זמני השהות אינם זהים יופעל בכל זאת המכניזם של הכרה במדור הכפול, חלוקה על פי יחסי הכנסות פנויות וקיוזו שווה של רכיב המדור של הילדים אצל כל הורה חרף הבדלים מינוריים בזמני השהות.

באשר לשאלה השנייה, הלכת 919 אינה מתייחסת להוצאות המדור של ההורה שאיננו משמורן. דומה כי שתיקה זו משמשת כהסדר שלילי ושבאופן שגרתי התחשבות בהוצאות המדור המלאות של ההורה שאיננו משמורן, עלולה לחתור תחת ההסדר הקבוע בהלכת 919. עם זאת, אנו סבורים כי אין לקבוע בדבר מסמרות וכי במקרים מסוימים שבהם מתקיימת חלוקת זמני שהות משמעותיים שאינם עולים כדי חלוקת זמנים שווה או כמעט שווה, ניתן לאפשר בכל זאת הכרה בהוצאות מדור מצומצמות ההכרחיות לשם קיום זמני שהות משמעותיים. במקרים אלה רשאי בית המשפט להחשיב **חלק** מהוצאות המדור של ההורה שאיננו משמורן כהוצאות מדור עבור הילדים **אף כי אין לחשב אותן באופן זה** להוצאות הנדרשות עבור מדור קבע כפול. כך למשל, בית המשפט עשוי לקבוע כי כאשר מדובר בהורה שילדיו לנים אצלו 5 לילות בשבועיים, הוא יכיר בחלק מהוצאות המדור משום שזמני השהות מאפשרים מגורים בצפיפות שאינם רצויים במקרים של חלוקת זמנים שווה. במקרה כזה, על בית המשפט להוסיף להוצאות המדור המלאות שנפסקו אצל ההורה האחד את הוצאות המדור המצומצמות בהם יש להכיר לגבי ההורה השני, לחלק את הסכום בהתאם ליחס ההכנסות הפנויות ואז לקזז מכל הורה את סכום המדור שהותר לו ולהורות על תשלומי העברה לגבי ההפרש. הצעה זו שיש בכדי להגמיש את החלוקה הדיכוטומית שנקבעה בהלכת 919 לגבי הכרה בהוצאות מדור יש לסייג בשניים: ראשית, על בית המשפט לבחון האם ההכרה החלקית בהוצאות מדור הילדים בבית ההורה שאיננו המשמורן, כאשר היא מצטרפת להכרה המלאה בהוצאות המדור בבית המשמורן אינה פוגעת ביכולת ההורים לספק את יתר צרכי הילדים. שנית, אין לעשות שימוש במנגנון ההכרה החלקית בהוצאות המדור של ההורה שאיננו משמורן במקרים של זמני שהות נמוכים. בהמשך המאמר בעת שנפרט את גישתנו לנוסחה קונקרטית נדגים מספרית את מתחם האפשרויות העומד בפני בית המשפט לנוכח פרשנותנו.

לגבי השאלה השלישית, התשובה המתבקשת לכאורה מן הניתוח בפסק הדין היא כי כאשר בית המשפט נסוג מהסדר משמורת משותפת לנוכח אי היתכנות כלכלית,¹²⁸ עליו להקטין את זמני השהות אצל אחד ההורים באופן שייתר את הצורך במדור כפול. אנו מסכימים עם מסקנת הלכת 919 לפיה, חלופה שבה נפסק מדור כפול בשני הבתים אך בשל כך יתר צרכי הילדים אינם מסופקים, אינה קבילה. עם זאת, מצב שבו נסיבות כלכליות מונעות מימוש של הסדר משמורת משותפת או הסדרי שהות נרחבים, כאשר זה הוא הפתרון הנכון מן הבחינות האחרות, מעורר אי נוחות עמוקה. על רקע זה אנו רוצים להציע אפשרות נוספת מורכבת יותר, לפיה, במצבים מסוימים, יותיר בית המשפט זמני שהות נרחבים מאד בשני הבתים ועדיין לנוכח המצב הכלכלי, ייקבע כי בית אחד ייחשב כבית הקבע ולגביו יחושבו הוצאות

¹²⁸ דהיינו במקרים שבהם ההכנסה הפנויה המצרפית קטנה מהסכום של מדור כפול פלוס יתר הוצאות הילדים.

המדור בעוד שהבית השני ייחשב כבית המשני, עניין שישליך על היקף ההוצאות המדור שבהם ניתן יהיה להתחשב לגבי בית זה. לדוגמא, בבית הראשי יהיה חדר לכל ילד בעוד שבבית המשני יתגוררו הילדים יחדיו או שהם יעשו שימוש בחדרי אורחים וכיו"ב. ודוק, מצב שבו למרות זמני שהות כמעט שווים בשני הבתים, בית אחד נחשב לבית הראשי והשני למשני, הוא מצב לא רצוי. ואכן, בפסק הדין, מתבטאים השופטים כנגד מציאות של בית עשיר ובית עני. עם זאת איננו יכולים לקבל באופן נחרץ ועקבי את העדפת החלופה של צמצום משמעותי של זמני השהות באחד הבתים על פני האפשרות שתאפשר זמני שהות נרחבים בשני הבתים, אך תקבל בלית ברירה פערים ברמת הדיור בין הבתים. על פי המודל הגמיש שהוצע בפסקה הקודמת, במקרה כזה, יוכרו הוצאות מדור הילדים באופן מלא בבית האחד ובאופן מצומצם יותר בבית השני ושני ההורים יחלקו בסכום המדור בשני הבתים על פי יחסי ההכנסה הפנויה.

לסיום חלק זה נציין, כי בניגוד להלכת 919, בשיח המשפטי היו שכפרו באופי המיוחד של הוצאות המדור. על פי גישות אלה דינם של הוצאות המדור כהוצאות תלויות שהות. לכן, על פי הדעות הללו גם במקרה משמורת משותפת יש לחשב את הוצאות המדור, כאילו מדובר בהוצאות מדור בבית אחד, ולחשב את חלקו היחסי כל הורה כנוסחה טכנית הנגזרת מיחס ההכנסות ומזמני השהות.¹²⁹ לדעתנו יש לדחות את העמדות הללו. כפי שהסברנו הוצאות תלויות שהות טיפוסיות אינן נספרות באופן כפול שכן הילדים אינם אוכלים פעמיים ועל כן ההוצאה אצל ההורה האחד חוסכת מן ההורה השני. שונים הדברים לגבי הוצאות המדור, שכן בניגוד למלון ההורים לא יכולים לשכן אורחים אחרים בחדרי הילדים בעת שהם שוהים בבית ההורה השני ולכן עליהם לשלם דמי שכירות, ארנונה וועד בית מלאים גם בתקופה שבה הילדים שוהים אצל ההורה האחר. משכך ככל שהחליט בית המשפט שטובת הילדים היא משמורת משותפת ברמה שווה בשני הבתים, המשמעות היא שצרכי הילדים כוללים דמי מדור כפולים. אי ההבחנה האנליטית והכלכלית בין המדור לצרכים תלויי השהות עלולה להוליך לשלוש תוצאות בעייתיות:

ראשית, מנקודת מבטם של הילדים. אחד מן העקרונות החשובים שנקבעו בהלכת 919 הוא הדרישה לוודא כי קיימת היתכנות כלכלית, למשמורת משותפת מבלי לפגוע ביכולת ההורים לספק את יתר צרכי הילדים. חישוב המדור במשמורת משותפת כמדור כפול מאפשר לבית המשפט לבדוק שלשני ההורים קיימים משאבים מספיקים לדאוג הן למדור הכפול בשני הבתים והן ליתר צרכי הילדים. לעומת זאת התייחסות למדור אחד וחלוקתו בהתאם לזמני שהות, תוך התעלמות מהנטל הנוסף של המדור המוטל על כל הורה גם בעת שהילדים נמצאים אצל ההורה אחר, עלול לעוות את החישוב ולגרום לכך שתפסק משמורת משותפת גם כאשר משאבי ההורים בפועל אינם מספיקים, כך שרווחת הילדים תפגע.

שנית, טלו מקרה, שבו ההכנסות של שני ההורים זהות ובמצטבר הן מאפשרות מדור כפול וסיפוק יתר צרכי הילדים ובית המשפט קובע חלוקת זמנים כמעט שווה, לפיה האב שווה עם הילדים פעמיים בשבוע כולל לינה ובכל סוף שבוע שני (כולל מוצאי שבת), כלומר, 57% אצל

¹²⁹ ראו להלן פרק ג חלק 7 את תיאור הפסיקות הדיוניות המאמצות עמדה זו.

האם ו- 43% אצל האב. על פי גישתנו במקרה כזה, לא תידרש העברה כספית בגין המדור כלל. לעומת זאת, על פי הגישה הרואה בהוצאות המדור הוצאות תלויות שהות תדרש בכל זאת העברה כספית מן האב לאם למרות שפועל ההוצאה של שני ההורים בגין המדור זהה. כיו"ב חשבו על מקרה זה שבהם קיימים פערי הכנסות בין ההורים. לגישתנו במקרה כזה מטרתם היחידה של תשלומי העברה תהיה להביא לכך ששני ההורים יישאו בנטל המדור הכפול בהתאם ליכולותיהם הכלכליות. לעומת זאת, על פי הגישה המתחרה, תדרש העברה כספית נוספת בשל הפער בזמני השהות למרות שבפועל פער זה אינו רלוונטי להוצאות המדור הממשיות.

לבסוף, טלו מקרה הפוך של פערים משמעותיים בזמני השהות כגון מקרים שבהם הילדים לנים עם האב פעם אחת בשבוע ובכל סוף שבוע שני לא כולל מוצאי שבת ועם האם ביתר הזמן, דהיינו 79 אחוזים אצל האם ו- 21 אחוזים אצל האב (שישה ימים בחודש). על פי גישת הלכת 919 במקרה כזה על שני ההורים לחלוק בהוצאות המדור של הילדים אצל האם בהתאם ליחס ההכנסות הפנויות שלהם, ללא הכרה בהוצאות המדור של האב. לעומת זאת, על פי הגישה הרואה בהוצאות המדור הוצאות תלויות שהות יקוזזו תשלומי האב בגין המדור, וזאת למרות שבפועל האם תמשיך לשלם את מלוא דמי השכירות והעובדה שהילדים שוהים שישה ימים בחודש אצל האב לא תפחית כהוא זה מהוצאותיה, וככל הנראה גם לא תגדיל את הוצאות האב (משום שבזמני שהות כל כך מצומצמים ניתן להלין את הילדים ללא צורך בהתאמת המדור לילדים, לדוגמא בחדר אורחים), כך שבפועל צרכי הילדים יפגעו.¹³⁰

פרק ג: יישום הלכת 919 בפסיקה הדיונית

בחינת פסקי הדין מבית היוצר של בית המשפט לענייני משפחה שניתנו מאז בע"מ 919, מגלה תמונה מורכבת. מחד, ברמה המשפטית הגלויה, בתי המשפט הדיוניים קבעו כי ניתן להחיל את פסק הדין גם על הליכים משפטיים שהחלו בטרם פורסם פסק הדין אלא שלא ניתן בהם עדיין פסק דין חלוט.¹³¹ כהמשך לכך, הם מרבים לצטט מפסק הדין ורובם גם תומכים בפרשנויות המרחיבות של פסק הדין

¹³⁰ ודוק על פי לשונה של הלכת 919 אף במקרים של זמני שהות משמעותיים שאינם עולים כדי משמורת משותפת לא תהיה התחשבות בצרכי מדור הילדים של ההורה שאינו המשמורן. בניגוד לכך, בחלק זה הצענו כי ניתן להציע הסדר גמיש יותר המכיר במצבים של הסדרי שהות משמעותיים גם בהוצאות המדור של ההורה שאינו המשמורן. עם זאת, לשיטתנו הכרה כזו צריכה להיות על בסיס ענייני תוך בחינה מהותית של הצרכים העודפים ולא על אחוזי השהות שכאמור אינם מספקים מדד מספק לקביעת צרכי המדור.

¹³¹ ראו הניתוח היפה של ההלכה הפסוקה בהקשר זה המופיע בפסק דינו של השופט שקד תמ"ש 21810-06-16 **פלונת נ' פלונת** פסקאות 20-23 (פורסם בנבו 09.10.2017). ראו גם פסק דינו של השופט שני תמש (ת"א) 29329-07-16 **נ' ואח' נ' ג' (פורסם בנבו 09.11.2017)** שהפנה לפסק דינו של שקד בעניינים הללו. וכן את פסק דינה של הכרעת הערעור **פ.ב. נ' א.ב.**, לעיל הערה 103. נציין כי אף בנושא זה לא קיימת הסכמה מלאה בין פסקי הדין. כך, מרבית השופטים סברו כי אין להחיל את הלכת פסק הדין רטרואקטיבית על פסקי דין שכבר נפסקו. לעומת זאת, השופטת מירה רום פלאי סברה שניתן להחיל את עקרונות פסק הדין באופן רטרואקטיבי. תמ"ש (ראשלי"צ) 48528-04-15 **נ.י. נ' ר.**, פסקאות 21-29 לדברי השופטת מירה רום פלאי (פורסם בנבו 25.10.2017). נציין כי בשאלת הרטרואקטיביות עמדתנו כדעת רוב הפסיקה הדיונית הסבורה כי נכון להחיל את הלכת 919 על תיקים תלויים ועומדים אך אין לפתוח את ההכרעות בתיקים שהסתיימו, בטענה שהשתנתה ההלכה.

המחילות אותו על כלל סוגי חלוקות זמני שהות ואף במצבים של פערי השתכרות.¹³² מאידך, בחינת פסקי הדין ברמה המעשית, מגלה כי הלכת 919 פורשה ויושמה באופן לא עקבי על ידי בתי המשפט. חמור מכך, למעט פסק דין אחד, אף לא אחד מפסקי הדין שניתנו הצליח ליישם את הלכת פסק הדין כפי שהיא משתקפת בפסיקתא על שני חלקיה. למרבה הצער, פסק הדין היחיד שאכן התייחס לכל רכיביה של ההלכה בחר בפרשנות המילולית של הסיפא בדרך שלשיטתנו היא שגויה ומסוכנת. להלן נדגים עניינים אלה.

1. הדגם הראשון: חלוקת הנטל על פי היכולת הכלכלית וביצוע קיזוז מלא בשיטה הטכנית ללא התייחסות להבחנה בין הוצאות תלויות שהות להוצאות שאינן תלויות שהות:

דגם אחד של יישום הלכת 919 בפסיקה הדיונית מאמץ את הרישא של הלכת 919, דהיינו חלוקת הנטל על פי דין הצדקה, ובהקשר לשאלת ההתחשבות בהוצאות הישירות מבצע קיזוז טכני של דמי המזונות בהתאם לאחוזי השהות, ללא הבחנה בין מזונות תלויי שהות למזונות שאינם תלויי שהות.

פסק הדין שאימץ דגם זה באופן מובהק היה פסק דין של בית המשפט לענייני משפחה בראשון לציון תמ"ש 48528-04-15.¹³³ מדובר במקרה שבו עסק בית משפט לענייני משפחה במותב אחר, עוד לפני הלכת 919 (להלן: "**פסק הדין המוקדם**") ונקבע בו כי צרכי הילדה לרבות מדור (בהפחתה של 20 אחוזים בשל המשמורת המשותפת), הנם 2,400 ₪ ובהתאם לכך, ועל פי הדין שקדם להלכת 919, נקבע כי על האב לשאת במזונות הללו.

בפסק הדין שלפנינו נקבע כי "**יש להתאים את חיובו של הנתבע הן למצב העובדתי והן למצב המשפטי אשר כאמור השתנה**", היינו, על פי פסק דין זה הלכת 919 מהווה שינוי נסיבות מהותי.

מאחר שמדובר במקרה שבו זמני השהות בין שני ההורים היו שווים ופערי ההשתכרות היו 45% לאם ו- 55% לאב,¹³⁴ פעל בית המשפט על פי המתודולוגיה הבאה: ראשית חילק בית המשפט את סך הצרכים שנקבע בפסק הקודם על פי יחס ההשתכרויות, ולאחר מכן פעל בית המשפט בשיטת הקיזוז הטכני המלא, המניחה כי ניתן לגזור מאחוזי השהות את אחוז ההוצאות שהוצאו בפועל על ידי כל אחד מן ההורים. משכך קבע בית המשפט כי סך המזונות החודשי יצומצם מ-2,400 ₪ כפי שהיה על פי פסק הדין המוקדם ל-240 ₪ לחודש.¹³⁵

¹³² ראו הדיון הנרחב בתמש (ת"א) 16207-01-16 ש.ד. נ' א.ד., פסקה 48 ואילך לדברי השופטת גליק (פורסם בנבו 14.09.2017). תלהמ (ת"א) 53712-11-16 פלונית נ' פלוני, פסקאות 60 ואילך לדברי השופט שני (פורסם בנבו 23.10.2017), וכן תמש (ת"א) 29329-07-16 מ.ג. נ' א.ג. (פורסם בנבו 09.11.2017) חרף המחלוקות ביניהם לגבי פרשנות פסק הדין כל השופטים שעסקו בו עד היום אימצו מסקנה זו. לאימוץ פרשנות זו גם על ידי ערכאות הערעור של בתי המשפט למשפחה לפחות במחוז תל אביב ראו פ.ב. נ' א.ב., לעיל הערה 103 (פסק דינו של השופט שוחט) וכן תמש 33549-04-16 פלונית נ' פלוני, פסק דינו של השופט שנר (פורסם בנבו 02.11.17).

¹³³ ראו י.נ. נ' י.ר., לעיל הערה 131

¹³⁴ נציין כי הפרשי ההשתכרות חושבו על פי יחס השתכרות הצדדים. כפי שנראה בהמשך, דרך נכונה יותר לחשב מצב כלכלי הוא על ידי הכנסה פנויה הלוקחת בחשבון לפחות את הוצאות המדור האישיות של כל אחד מן הצדדים. עם זאת, לפחות בהקשר זה הלכת 919 לא קבעה הנחיות ברורות ועל כן אין לאמר שמדובר בחריגה מפסק הדין.

¹³⁵ נציין כי הסכום של 240 ₪ משקף ככל הנראה טעות חישובית לטובת האשה, שכן על פי שיטתה של השופטת חלקו של האב בהוצאות צריך להיות 1,320 ₪ (55 אחוזים) בעוד חלק האם אמור להיות 1,080 ₪ (45 אחוזים). מאחר שלגישת השופטת

בראשית דברינו נציין אנו מסכימים למתודה העקרונית שבה פעל בית המשפט, הפוסעת בשני שלבים: (1) קביעת הנטל על פי המצב הכלכלי של הצדדים (2) קיזוז ההוצאות המוצאות באופן ישיר על ידי הצדדים. עם זאת אנו סבורים כי פסק דין זה משקף יישום לקוי של הלכת 919 בכמה מובנים:

ראשית, החלק המרכזי של פסק דינה של השופטת ברק ארז כוון כנגד גישת הקיזוז הטכני, אותה היא ייחסה לשופט פוגלמן הגוזרת את גובה הקיזוז מחלוקת ההוצאות. כהמשך לכך, הבהירה השופטת ברק ארז כי יש להבחין בין הוצאות תלויות שהות להוצאות שאינן תלויות שהות. עמדה זו אומצה בסופו של דבר על ידי כל השופטים. ברם, בניגוד גמור למהלך זה של השופטת ברק ארז, בית המשפט אינו מזכיר את ההבחנה בין הוצאות תלויות שהות להוצאות שאינן תלויות שהות ואת הצורך לקבוע מנגנון של הורה מרכז או מנגנון חלופי אחר לגבי הוצאות אלה. חלף זאת, מציג ומיישם בית המשפט בדיוק את הגישה שנדחתה על ידי פסק הדין כגישה הראויה ובלשון הפסק: "המזונות, המשמורת, זמני השהות בין הקטינים להורים, צרכיהם הרגילים של הקטינים וצרכיהם החריגים והמיוחדים של הקטינים, יתחלקו בין הוריהם, באופן שוויוני. שיעור החלוקה יהיה בהתאם לשיעור הכנסותיהם מכלל המקורות ובהתאמה ליחס הזמנים בהם שוהים הקטינים עם כל אחד ואחת מהוריהם".¹³⁶ (ההדגשות שלנו ש.ל. ע.ל.).

שנית, אחת מן ההשלכות החשובות של הלכת 919 והמעבר לדין הצדקה הינה ביטול ההבחנה בין הצרכים ההכרחיים לבין הצרכים שאינם הכרחיים והדרישה כי הצדדים ימלאו את כלל צרכי הילדים בהתאם ליכולותיהם הכלכלית. כפי שראינו בעבר בתקופה שבה הוטלה על האב החובה המוחלטת לשאת בצרכים ההכרחיים של הילדים, איזנו בתי המשפט חובה זו על ידי הגדרת הצרכים ההכרחיים באופן מינימאלי. משום כך, לא ניתן לגזור את צרכיו של ילד לפי הדין החדש מן הנורמות שנהגו על פי הפסיקה הישנה.¹³⁷ ברם במקרה הנוכחי, בית המשפט לא חישב מחדש את צרכי הילדה, אלא ראה בדמי המזונות שנקבעו בהכרעה הקודמת, 2,400 ₪ כולל מדור, כמשקפים את כלל צרכי הילדה. הנטייה הבעייתית להתייחס לצרכים ההכרחיים המינימאליים כפי שהיה מקובל לפסוק אותם בטרם הלכת 919, כקו הבסיס לחלוקת כלל הצרכים מדין צדקה בהתאם ליכולת הכלכלית של הצדדים, מאפיינת גם פסקי דין נוספים של בתי המשפט לענייני משפחה.¹³⁸

זאת ועוד, על אף שפסק הדין המוקדם ניתן במצב של משמורת משותפת, וכפי שנאמר בפסק הדין לפחות בהקשר למדור הם שיקפו הפחתה של 20 אחוזים בערך המדור ולהערכתנו אף ביתר הרכיבים, גובה

לנוכח החלוקה הזוהה של זמני השהות ניתן להניח כי כל הורה משלם באופן ישיר כ- 1200 ₪ לילדיו, היה על האב להעביר לאם 5% מהצרכים בלבד כלומר 120 ₪ ולא 240 כפי שנפסק.

¹³⁶ שם, פסקה 29.

¹³⁷ ראו על כך בהרחבה להלן פרק ד' חלק 4 (א).

¹³⁸ כך למשל בפרשת 17237-01-17 ג' נ' ג' (פורסם בנבו 17.10.2017) התייחס בית המשפט לצרכי הקטינים על פי המפתח של 1,300 לילד כפי שהיה מקובל בפסיקה שקדמה להלכת 919, ואז חילק סכום זה בין ההורים על פי יחס ההשתכרות שלהם. גם בפסקי דין נוספים ממשיכים בתי המשפט הדיוניים להתייחס למונח צרכים הכרחיים כקו הבסיס לחישוב צרכי הילד ולחלוקת הנטל מדין צדקה. ראו למשל תמש (ראשל"צ) 29073-06-14 מ.נ. ג' א.ג., פסקה 39 (פורסם בנבו 24.10.2017) באופן דומה בפסק הדין 53712-11-16 ו.כ.נ' ב, לעיל הערה 111, קובע בית המשפט (בפסקה 101) כי הוצאות שהוצאו במהלך חייהם המשותפים של הצדדים אינם צרכים הכרחיים ועל כן לא יחולקו בין הצדדים.

צרכי הילדה הכוללים נקבעו על פי צרכי הילדה המקווצים על פי הפסק המוקדם ומהם קווצו בשנית ההוצאות המיוחדות לאב, בעת שהילדה שהתה אצלו.

2. הדגם השני: חלוקת הנטל על פי היכולת הכלכלית ואי התחשבות בהוצאות המוצאות ישירות על ידי ההורה המשלם בעת שהילדים אצלו

בדומה לדגם הקודם אף בדגם זה, מיושם דין צדקה על בני הזוג וחלוקת הנטל נערכת על פי יחסי ההשתכרויות/הכנסה פנויה. בכך מיישם דגם זה היטב את החלק הראשון של הלכת הפסק ברם דגם זה, מתעלם מהדרישה להתחשב בתשלום ההוצאות ישירות בזמן שהות של הילדים אצל הוריהם ולקצוץ. דוגמא מובהקת למקרה כזה הוא תלה"מ (ת"א) 53712-11-16¹³⁹. בפסק דין זה מצטרף בית המשפט לעמדה המתגבשת בבתי המשפט הדיוניים, כי יש להחיל את עקרונות הלכת 919 גם על מקרים שהחלו להתברר לפני שניתן הפסק. כהמשך לכך, מבסס בית המשפט את העמדה אשר גם אנו שותפים לה, לפיה יש להפעיל את עקרונות פסק הדין על מלוא המנעד של זמני שהות ומשמורת ולא רק על מצבי משמורת משותפת¹⁴⁰, מונח שאיבד לדעתו של בית המשפט חלק משמעותי מחשיבותו בעקבות הלכת 919. בבואו ליישם עקרונות אלה, מחשב בית המשפט כנדרש על פי דין הצדקה את חלוקת הנטל כ-70 אחוזים על אב ו-30 אחוזים על האם, בהתאם ליחס ההשתכרויות הפנויות של הצדדים. לאחר מכן מחשב בית המשפט את הוצאות הילדים וקובע כי סך ההוצאות של כל אחד מן הילדים הנו בסך של 2,500 ₪ ומשכך החלק של האב הנו 1,750 ₪ לכל ילד. ברם, למרות שמדובר היה במקרה שבו זמני שהות של הילדים בבית הוריהם היו שווים כמעט לחלוטין, בפועל התעלם בית המשפט לחלוטין מדרישת הקיזוז והשית על האב להעביר לאם את מלוא חלקו בדמי המזונות, ללא התחשבות בהוצאות המוצאות על ידו באופן ישיר¹⁴¹. עוד נציין כי למרות זמני שהות השוויוניים, אף בהקשר למדור השית בית המשפט על האב את חלקו היחסי בדמי המדור של הקטינים אצל האם, 70 אחוזים מתוך 40 אחוזים משכר הדירה, כמקובל לגבי שני ילדים, ובחר שלא להתחשב בהוצאות המדור הנוספות של האב הנדרשות בשל הסדרי הלינה הנרחבים של הילדים אצלו. יישום דומה של דגם זה, המתחשב אמנם בדין הצדקה אך אינו מבחין בין הוצאות תלויות שהות ושאינן תלויות שהות ונמנע מלקצו את ההוצאות מהסוג הראשון שהוצאו באופן ישיר על הילדים, נערך גם בפסקי דין נוספים¹⁴².

¹³⁹ ראו לעיל הערה 111

¹⁴⁰ ראו פסקאות 44, 53 ו-64-60 **לפסק הדין** בהם דן השופט שני בנושא בהרחבה ומסיק בצורה נחרצת כי **הלכת 919** חלה לגבי כלל הילדים מעל גיל 6 ללא קשר להסדרי המשמורת שנקבעו.

¹⁴¹ ודוק, בית המשפט הדגיש כי חרף זמני שהות השווים אין מדובר במשמורת משותפת כמובנה בפסק הדין בין היתר בשל העובדה שכלל הנראה שימשה האם באותו המקרה כגזברית המשפחתית. ברם, על פי **הלכת 919** שאלת הגזברות רלוונטית רק לגבי ההוצאות שאינן תלויות שהות, ובניגוד לכך בית המשפט במקרה זה התעלם מחובתו לקצו את השתכרות האב במזונות לגבי ההוצאות תלויות שהות. ההעלמות מן ההבחנה בין ההוצאות תלויות שהות להוצאות שאינן תלויות שהות עולה אף בהמשך פסק הדין עת קבע השופט כי חרף החלטתו כי האב יעביר לאם את מלוא חלקו בתשלום המזונות, והצדדים רשאים להסכים גם על תשלום המזונות באחד המנגנונים האחרים הקבועים בהלכת 919 כגון פתיחת חשבון בנק משותף. אף קביעה זו של בית המשפט התעלמה מכך שהמנגנונים הללו עוסקים אך ורק בהוצאות שאינן תלויות שהות בעוד שהוצאות תלויות שהות יש לקצו באופן ישיר.

¹⁴² ראו למשל תמ"ש 28050-05-16 **פלונית נ' פלוני**, (פורסם בנבו 01.10.2017). בפסק דין זה נקבעה חלוקת הנטל כ-2/3 על האב ו-1/3 על האם וזאת על בסיס כושר ההשתכרות שלהם. בהמשך לכך העריך בית המשפט את כלל הוצאות הילדים מבלי לפלח את ההוצאות להוצאות תלויות שהות ושאינן תלויות שהות, והשית על האב לשלם כ-2/3 מהם, ללא קיזוז ההוצאות תלויות שהות המשולמים באופן ישיר על ידי האב. זאת למרות זמני שהות נרחבים יחסית אצל האב (חמישה ימים מתוך 14). עם זאת דווקא לגבי רכיב המדור התחשב בית המשפט בשהות הנרחבת אצל האב והפחית 25 אחוזים מרכיב המדור.

3. הדגם השלישי: חלוקת הנטל על פי דין צדקה ושימוש נרחב בשיטת האומדנה ללא הבחנה בין סוגי ההוצאות השונים

הדגם השלישי מורכב מסדרה של פסקי דין שבהם ברמה העקרונית אזכר בית המשפט את העקרונות והמתודות המרכיבים את הלכת 919, כגון חלוקת הכנסות מדין צדקה והבחנה בין הוצאות תלויות שהות להוצאות שאינן תלויות שהות, אך בפועל במקום פילוח ההוצאות להוצאות תלויות שהות והוצאות שאינן תלויות שהות כנדרש על פי הלכת 919, עשה בית המשפט שימוש נרחב באומדנות כתחליף ליישום שיטתי של העקרונות והמתודות שנקבעו בהלכת 919. ודוק, בדונה בפסיקה שקדמה להלכת 919, מצינת השופט ברק ארז כי בעקבות פסק דינה נדרשים בתי המשפט להמיר את שיטת הקיזוז החלקי באמצעות אומדנה בפילוח מדוקדק של כלל ההוצאות בין ההוצאות תלויות שהות להוצאות שאינן תלויות שהות, תוך יישום מנגנון הקיזוז המלא רק לגבי הראשונות.¹⁴³ הנחייה זו לא יושמה בפסק דין בפסיקה הדיונית. כך למשל, במסגרת תמ"ש 16207-01-16¹⁴⁴ עסק בית המשפט במזונות של שלושה קטינים בגילאים 6-15. בית המשפט קבע כי חרף זמני שהות נרחבים של הילדים אצל האב (החלוקה הייתה 58% אצל האם ו-42% אצל האב), אין מדובר במשמורת משותפת. עם זאת, בית המשפט סבר כי לעניין זה אין חשיבות, שכן הלכת 919 אינה מוגבלת למצבי משמורת משותפת. כהמשך לכך קבע בית המשפט את צרכי הילדים כנעים בין 2,800-3,000 ש"ח לילד ואת יחס ההכנסות הפנויות, ובעקבות זאת את שיעור הנשיאה בנטל, כ-0.75 על הבעל ו-0.25 על האשה. לנוכח זאת קבע בית המשפט כי על האב לשאת ב-2,100 ש"ח עבור כל ילד. לכאורה בשלב זה בהתאם למתודה הקבועה בפסק הדין, היה על בית המשפט להבחין בין ההוצאות תלויות שהות להוצאות שאינן תלויות ולהפחית מחלקו של האב בהוצאות תלויות שהות את התשלום הישיר שהוציא על הילדים בעת שהותם אצלו בהתאם ליחסי שהות. ברם בית המשפט נמנע מליישם מתודה זו ובמקום זאת מציין בית המשפט כי קביעת שיעור ההוצאות על הצד הנמוך דהיינו על 2,800 ש"ח מבטא את ההתחשבות בכך שהאב נושא בהוצאות תלויות שהות בעת שהילדים שוהים אצלו. השימוש באומדנה כתחליף ליישום שיטתי של עקרונות פסק הדין בולט עוד יותר בפסק דין בהקשר לסוגיית המדור שבו נפסק כי על האב להשתתף בסך של 16.66% מההוצאה הישירה למדור, מבלי שבית המשפט מבהיר מה עומד בבסיס קביעת שיעור השתתפות זה. שימוש באומדנות כתחליף ליישום שיטתי של עקרונות הלכת 919 ניתן למצוא אף בפסקי דין נוספים.¹⁴⁵

בנוסף לכך, לנוכח זמני שהות הפחית בית המשפט גם מרכיבי ההסעות. ברוח דומה בתמ"ש 17237-01-17 שהוזכר לעיל בהערה 138, חילק בית המשפט את סך ההוצאות על פי יחסי ההשתכרויות. אולם למרות זמני שהות היו כמעט זהים בית המשפט נמנע מהבחנה בין הוצאות תלויות שהות להוצאות שאינן תלויות שהות וקבע כי על האב להעביר לידי האם את כלל חלקו בהוצאות הילדים מבלי להתחשב בהוצאות שהוציא ישירות עליהם. אף השופט נחשון בתלה"מ 7531-05-17 **פלונית נ' פלוני** (פורסם בנבו 14.11.2017) חילק את צרכי הילדים בהתאם לאחוזי ההשתכרות, אך נמנע מלקזז את התשלום הישיר ששילם האב בגין ההוצאות תלויות שהות למרות שהילדים שהו 40 אחוזים מן הזמן אצל האב. למהלך דומה ראו לאחרונה תמ"ש 31626-07-15 (פסק דין מיום 19.12.17 לא פורסם) גם שם חילק בית המשפט את ההוצאות מדין צדקה אך נמנע לקזז הוצאות ישירות בהתאם לזמני שהות.

¹⁴³ ראו פסקה 55 לחוות דעתה של ברק-ארז **בפסק הדין**.

¹⁴⁴ ראו תמ"ש (ת"א) 16207-01-16 **ש.ד. נ' א.ד.** (פורסם בנבו 14.09.2017)

¹⁴⁵ דוגמא נוספת מובהקת אף יותר לשימוש באומדנות כתחליף ליישום עקרונות פסק הדין מייצג תמ"ש (ראשל"צ) 29073-06-14 **מ.נ. נ' א.נ.** (פורסם בנבו 24.10.2017) בפסק דין זה דובר בשני קטינים, האחת בגיל 5 ומשכך אין היא כפופה להלכת הפסק, והשני בגיל 9, ששהו עם אביהם בזמני שהות מצומצמים (לינה פעם אחת בשבוע). צרכי שני הקטינים נקבעו ל-4,000

4. הדגם הרביעי: פרשנות מילולית של פסק דינה של השופטת ברק ארז - חלוקת ההוצאות שאינן תלויות שהות על פי היכולת הכלכלית ויישום שיטת החתול בהקשר להוצאות תלויות שהות והמדור

מן האמור עד כה, עולה כי ההבחנה בין ההוצאות תלויות שהות להוצאות שאינן תלויות שהות וקביעת מנגנון תשלום שונה לגבי שני הסוגים שהיוותה את הנדבך המעשי המשמעותי ביותר בפסק דינה של השופטת ברק ארז וכהמשך לכך בפסיקתא של הלכת 919, לא היוותה רכיב משמעותי באף אחד מהדגמים שפותחו בפסיקה הדיונית בעקבות פסק הדין ולמעשה על פי בדיקתנו היא נזנחה לחלוטין על ידי הפסיקה הדיונית. על רקע זה, בולט בייחודיותו תמ"ש ¹⁴⁶21810-06-16. פסק דין זה עסק במזונותיהם של ילדים בני 18, 15 ו-12 אשר קיבלו מזונות זמניים בטרם הלכת 919 בסך 7,500 ₪ סך הכל. זמני שהות של ההורים עם ילדיהם הינם כמעט שוויוניים, כאשר אלו מבלי עם אביהם 43%-50%, ועם אמם – 50%-57% ועל כן נקבעה משמורת משותפת, וזאת על אף שעל פי הנטען נוכח עבודת האב זמני שהות עם האם נרחבים יותר. הכנסת האם, נטו, הוערכה בכ- 14,000 ₪ לחודש, והכנסת האב, נטו, הוערכה ב- 21,257 ₪ לחודש. ¹⁴⁷ בית המשפט קבע כי האב יהיה חייב ב-2/3 מהוצאות הילדים שאינם תלויות שהות וזאת למרות שיחס ההשתכרויות הוא 40% לאם ו-60% לאב. ¹⁴⁸ בית המשפט מפרש באופן מילולי את פסק דינה של השופטת ברק ארז ולכן לדעתו הוראות סעיף 61 (א) ו-61 (ד) הקובעות כי במצבים של משמורת משותפת שווה, בהוצאות המדור ובהוצאות תלויות שהות יישאו כל אחד מבני הזוג, הנן הוראת מהותיות שיש ליישמן ללא קשר לפערי ההשתכרות בין הצדדים (במונחי מחקר זה, "גישת החתול"). לכן בית המשפט אינו נזקק לחישוב ההוצאות הללו במקרה הנוכחי, שכן הוא קובע שכל צד יישא בהוצאותיו.

לעומת זאת עורך בית המשפט חישוב מדוקדק של ההוצאות שאינן תלויות שהות שהגיעו לסך של 4,130 ש"ח. על פי בית המשפט הוצאות אלה חולקו על פי יחס ההשתכרויות ועל כן נקבע חיוב האב ל-2,750 ₪. בית המשפט קובע מנגנון היברידי לתשלום ההוצאות שאינן תלויות שהות. חלק מן ההוצאות הללו בסך של 1,280 ש"ח ישולמו על ידי האב והיתרה תועבר לאם שתמונה להורה המרכז לגבי יתר ההוצאות. גרסה רחבה אף יותר של "שיטת החתול", לפיה כל צד במשמורת משותפת יישא בהוצאותיו,

שה, השתכרות האם עמדה על 60% ושל האב 40%. בית המשפט אמור היה להבחין בין צרכי הקטינה, שלגביהם רלוונטית ההבחנה בין הצרכים ההכרחיים לצרכים שמעבר להכרחיים, לבין צרכי הקטין שלגביו היה מקום להפעיל את המתודולוגיה של פסק הדין. חלף זאת קבע בית המשפט, בהתבסס על שיקול הדעת שהוענק בהלכת 919 לבתי המשפט הדיוניים, כי על האב לשלם 1,200 ש"ח עבור הקטינה ו-1,800 ₪ עבור הקטין, כלומר סך הכל 75 אחוזים מכלל הוצאותיהם (כאשר סך ההשתכרות של האב עמד כאמור על 40 אחוזים מסך ההשתכרות הכללי של ההורים, כאשר לפחות לגבי הקטין לכאורה הוא היה אמור לשלם לכאורה לא יותר מ-800 ₪) ללא כל הסבר על דרך החישוב שנערך.

¹⁴⁶ ראו לעיל הערה 117.

¹⁴⁷ כמקובל בחלק מפסקי הדין חישוב היכולת הכלכלית התבסס על ההכנסה נטו ללא הפחתה של צרכים מינימאליים עבור ההורים או למצער דמי מדור עבור ההורים עצמם. דבר שהיה אף מגדיל את פערי השתכרות הצדדים.

¹⁴⁸ בכך שגה בית המשפט שכן הוא חילק את השתכרויותיהם של ההורים זה בזה במקום לחלק את השתכרותו של כל הורה מסך ההשתכרויות כנדרש.

אומצה גם במקרה נוסף המאופיין בנסיבות מיוחדות.¹⁴⁹ שופטים אחרים, נמנעו מיישום שיטת החתול לגבי ההוצאות תלויי השהות אבל יישמו גישה זו לגבי הוצאות המדור.¹⁵⁰

5. סיכום וביקורת

הנה כי כן, בחינת הפסיקה הדיונית מגלה חוסר אחידות כאשר אף לא אחד מפסקי הדין יישם באופן מלא את הלכת 919. כפי שראינו, פסק הדין היחידי שהתייחס באופן רציני לסיפא של הפסיקתא ולהבחנה בין הוצאות תלויות שהות ושאינן תלויות שהות, פירש אותה באופן מילולי באופן שדילל למעשה את הרישא של פסק הדין ואת הצורך לחלק את כלל ההוצאות לפי דיני הצדקה. ואילו בפסקי דין אחרים שישמו את דין הצדקה, כמצוות פסק דינו של השופט פוגלמן והרישא של הלכת פסק הדין, לא יושמה הסיפא כנדרש. משכך בפסקי הדין הללו, לא קוּזְזו ההוצאות הישירות של ההורים, או שקוּזְזו באופן חלקי או לחלוטין קוּזְזו באופן מלא, בלי להתחשב בהבחנה בין הוצאות תלויות שהות ושאינן תלויות שהות. ההבחנה שכפי שראינו נזנחה כמעט לחלוטין בפסיקה שלאחר פסק הדין. פסקי דין שונים מיישמים באופן שונה את חיוב המדור, כאשר בחלק גדול מן המקרים מיושמת שיטת החתול לגבי המדור וזאת גם במצבים של פערי השתכרויות. סכומי הבסיס של הצרכים ההכרחיים, לא עודכנו בחלק גדול מפסקי הדין כפי שנדרש על פי דין הצדקה, והגדרת הכנסה פנויה לצורך חישוב יחס הכנסות משתנה אף היא מפסק לפסק. ודוק, הלכת 919 הכירה בצורך של הערכאה הדיונית להפעיל שיקול דעת. עם זאת, היא קבעה גם אמות מידה, ברירות מחדל ומתודולוגיה. התמונה המתגלה מקריאת פסקי הדין אינה של הפעלת שיקול דעת מודע על מנת לסטות מנוסחה במקרה חריג, אלא של אי בהירות לגבי תוכן ההלכה ולעיתים גם טרונייה כלפי עצם הצורך להזדקק לה.¹⁵¹

לסיום הדיון, נבקש להתריע על תופעה שמצאנו בכמה פסקי הדין של בתי המשפט לענייני משפחה. מדובר במקרים שבהם נקבעו חלוקת זמני שהות זהים או כמעט זהים בשני הבתים, אולם בית המשפט מציין כי מאחר שלא התקיימו המשתנים העובדתיים, המשמשים ברגיל כתנאי סף לקביעת משמורת משותפת, כגון מגורים קרובים ותקשורת טובה בין ההורים, אין מדובר במשמורת משותפת. עמדה זו מתמיהה בשתיים: ראשית, אם אכן לא התקיימו תנאי הסף הפסיכולוגיים והעובדתיים לקביעת משמורת משותפת מדוע הסכים בית המשפט לחלוקת זמני שהות זהה או קרובה לזהה? הלא הסיבות

¹⁴⁹ כך בתמ"ש (פ"ת) 39920-01-15 **פלונית נ' פלוני** (פורסם בנבו 01.09.2017) עסק בית המשפט במקרה שבו ארבעת ילדי המשפחה חולקו שניים אצל האב ושניים אצל האם. בית המשפט ראה בכך סוג של משמורת משותפת ולמרות פערי השתכרות קבע כי כל צד ישא בהוצאותיו. עם זאת באותו המקרה אחד מהילדים שהיה באחריות ההורה בעל המשכורת הנמוכה שהה בפנימיה ובעניין זה יש בכדי לאזן את פערי ההשתכרויות.

¹⁵⁰ כך למשל בפרשת 17237-01-17 **פלונית נ' פלוני**, לעיל הערה 142, בו חולק הנטל הכללי בין הצדדים על פי דין הצדקה, בהתאם ליחסי ההשתכרות שלהם, קבע בית המשפט "לא מצאתי לחייב את אחד מהצדדים בגין השתתפות במדורו של השני וזאת לאור העובדה ששני ההורים זקוקים לדירה על מנת לספק מדור לשלושת הקטינים בזמן שהם שוהים אצל כל אחד מהם, ושני ההורים יתחילו מאותה נקודת התחלה של מחצית משווי הדירה שבעלותם". בדומה לכך, בתלה"מ 7531-05-17 **פלונית נ' פלוני**, לעיל הערה 142 לא חויב האב במדור הבת בנסיבות שבהם זמני השהות אצל האב היו 40 אחוזים מכלל זמני השהות. כן ראו לאחרונה ממש תמ"ש 31626-07-15 (לא פורסם, פסק דין מיום 19.12.17) בו בית המשפט קבע כי כל צד ישא בהוצאות מדורו למרות פערי השתכרות משמעותיים.

¹⁵¹ כך למשל, בתלה"מ 7531-05-17, שם, לאחר שסקר את כל פסקי הדין שניתנו בעקבות פסק הדין, גרס השופט פישר כי לא לילד הזה פיללו שופטי בית המשפט העליון. כהמשך לכך, הוא הסתייג מן הצורך בנוסחאות אריתמטיות והציע נוסחה חליפית של השוואת המצב הכלכלי בין הבתים. לרתיעה של הערכאות הדיוניות מפסיקה מבוססת נוסחאות וביקורת על כך שבשל רתיעה זו נמנע לפחות במקרה הקונקרטי הנדון בית המשפט מליישם את עקרונות ההלכה ראו את פסק דינו של השופט שוחט ב.ב. נ' א.ב., לעיל הערה 103.

שבגינן יש להימנע מקביעת משמורת משותפת במקרים של תקשורת רעה או העדר קרבה פיסית רלוונטיות גם כשיקולים כנגד קביעת זמני זהות זהים במצבים הללו. שנית, אם בסופו של דבר, חרף השיקולים שהוזכרו החליט בית המשפט על חלוקת זמני זהות זהים, שומה עליו לקזז בעין את ההוצאות תלויות השהות ולקבוע הורה מרכז לגבי ההוצאות שאינן תלויות שהות, שכן מנגנון ההורה המרכז הוא המתאים ביותר להורים שאינם מתקשרים היטב. אולם בהקשר למדור, אם אכן מדובר בזמני שהות זהים, ברירת המחדל צריכה להיות שיש להפעיל את המכניזם המקובל לגבי מדור במשמורת משותפת, שכן אם הילדים שוהים זמן שווה בשני הבתים על פי הנחיות פסק הדין ואם אכן ההכנסות המצרפיות מאפשרות זאת יש להכיר בהוצאות המדור שלהם בשני הבתים כהוצאות מדור וזאת חרף היחסים העכורים.

6. פסקי הדין העוסקים בדין הצדקה ובסעיף 3א לחוק לתיקון דיני משפחה מזונות כמקור פרשני להלכת פסק הדין

לנוכח הקשיים אותם אנו מזהים בפסיקה שלאחר הלכת 919, מצאנו לנכון להפנות לקו מסוים בפסיקה שקדמה לפסק הדין ושהטרימה חלק גדול מעקרונותיו.¹⁵² כוונתנו לפסיקה שעסקה ביישום ס' 3א לחוק לתיקון דיני משפחה מזונות לגבי מי שאין להם דין אישי או שאינם חייבים במזונות על פי הדין האישי ובפסיקה שעסקה במזונות ילדים יהודים בגילאים 15-18, שמאז ומעולם נקבעו על פי דין הצדקה. סעיף 3א לחוק לתיקון דיני משפחה מזונות קובע כי "א) אביו ואמו של קטין חייבים במזונותיו. (ב) בלי להתחשב בעובדה בידי מי מוחזק קטין יחולו המזונות על הוריו בשיעור יחסי להכנסותיהם מכל מקור שהוא."

הפסיקה שפרשה את הסעיף הבהירה שחלוקת הנטל אכן נקבעת ללא קשר למשמורת, על פי המצב הכלכלי של הצדדים, ולעומתה דרך הנשיאה בנטל, כתשלום ישיר לילדים או בתשלום העברה לבן הזוג מושפעת מהמשמורת.¹⁵³ ההבחנה בין חלוקת הנטל, הנקבעת בהתאם למצב הכלכלי ובמנותק מהסדר חלוקת זמני השהות הספציפי, לבין ההתחשבות בזמני השהות בהקשר לשאלת מימוש הנטל וקיצוז ההוצאות שהוצאו במישרין על הילדים, נקבעה ויושמה גם בהקשר להורים לילדים יהודים בגילאים 15 עד 18, שאף לפני פסק הדין היו כפופים לדין הצדקה ומשום כך חלוקת נטל המזונות ביניהם נקבעה על פי מצבם הכלכלי.¹⁵⁴ יתרה מזו, מאחר שפסקי הדין הללו, עסקו במזונות מכוח הדין האזרחי או בדין היהודי מדין הצדקה, הם חישבו את היקף הצרכים באופן המותאם לחלוקת נטל שוויונית ומשכך היקף הצרכים שנקבע בהם עלה בצורה משמעותית על כללי האצבע שגובשו בפסיקה שעסקה במזונות ההכרחיים. יתרה מזו, לפחות באחד מפסקי הדין הללו אף אומצה ויושמה ההבחנה בין הוצאות תלויות

¹⁵² לקו מחשבה דומה ראו פ.ב. ג' א.ב., לעיל הערה 103 (פסק דינו של השופט שוחט) וכן תמ"ש 33549-04-16 פלוגי נ' פלוגי, לעיל הערה 132, המפנים את בתי המשפט לענייני משפחה להתבסס על הפסיקה הדיונית שעסקה במי שאין לו דין אישי וילדים בגילאים 15 עד 18 ביישום את הלכת 919.

¹⁵³ ראו ע"מ 1098/07 פלוגי נ' אלמוני, לעיל הערה 116, וכן עמ"ש (חי') 42513-09-14 א.ש נ' י. ש (פורסם בנבו 04.01.2015).

¹⁵⁴ ראו ע"מ מ' (קטין) נ' ע' ג', לעיל הערה 26, פסק דינו של השופט שוחט.

שהות להוצאות שאינן תלויות שהות.¹⁵⁵ לשיטתנו, הלכת 919 מאפשרת ליישם את העקרונות שנקבעו בדין הישראלי בהקשרים הללו, אף שהיא מתקנת אותם ומוסיפה להם בכמה היבטים חשובים.

1. ראשית, בפסיקת בתי הדין הדיוניים נהוג לעסוק במודל משולש לפיו ראשית מחושבות ההוצאות, שנית נקבעת חלוקת הנטל לפי יחס ההכנסות, ולבסוף דרך מימוש הנטל. בחשיבה המקובלת בבתי המשפט הדיוניים, הן קביעת הצרכים והן חלוקת הנטל אינן תלויות בזמני השהות. בניגוד לכך, על פי שיטתנו בעוד שחלוקת הנטל אינה קשורה בזמני השהות, קביעת ההוצאות תלויה בזמני השהות בשני מובנים. ראשית, בעוד שבהסדרי משמורת בלעדית יש לתמחר עבור צרכי הילדים מדור בבית אחד, הרי שכאשר מתקיימת חלוקת זמני שהות שווה, יש לתמחר כבר בשלב הצרכים מדור בשני בתים. בדומה לכך, אף כי באופן קיצוני פחות, גם צרכים נוספים של הילדים גדלים במצבים של חלוקה שווה של זמני השהות. לכן אנו סבורים כי יש לתקן את המבחן המשולש ולהדגיש כי חישוב הוצאות בניגוד לחלוקת הנטל מושפעים מחלוקת זמני השהות.

2. שנית, בעוד שברגיל חלוקת זמני השהות נקבעים בשלב מוקדם לקביעת המזונות, הרי שפסק דינה של ברק ארזי ובעקבותיו הלכת 919 מבהירים כי יש לדון בהם במשולב, שכן הכנסה מצרפית המאפשרת מדור כפול ובנוסף נשיאה בכלל הוצאות הילדים מהווה תנאי מינימום לקביעת משמורת משותפת.

3. שלישית, בעוד שבפסיקה הדיונית קיימת נטייה להתייחס למדור כהוצאה תלוית שהות ובהתאם לכך, לקזזו על פי ימי השהות,¹⁵⁶ הרי שעל פי הלכת 919 יש להבחין בין המדור לבין יתר ההוצאות תלויות השהות ולהחיל על המדור את ההסדר המיוחד שתואר בהרחבה בפרק הקודם.¹⁵⁷

4. לבסוף בעוד שחלק מן הפסיקה המחוזית, שעסקה בס' 3(א) זיהתה יחס הכנסות עם יחסי משכורות נטו, על פי גישתנו יש להקפיד על ההבחנה בין המשכורת לבין ההכנסה הפנויה.

¹⁵⁵ ראו שם.

¹⁵⁶ ראו שם. חרף הלכת 919 דבק בית המשפט המחוזי לאחרונה בעמדה זו ראו פ.ב.נ. א.ב., לעיל הערה 103 (פסק דינו של השופט שוחט)

¹⁵⁷ וראו בהקשר זה בהרחבה את דיונו לעיל פרק ב' חלק 5 בעניין המדור ואת יישומו המתמטי של דיון זה להן פרק ד' חלק 6.

פרק ד: מהלכה למעשה - מודל ששת השלבים ליישום הלכת 919:

לנוכח הקושי המסתמן ביישום הלכת 919/15, להלן נציע מודל מתמטי שאותו ניתן להפעיל בחישוב מזונות לקטינים מעל גיל 6, בכל סוג של חלוקת זמני שהות או הסדר משמורת. לפני הצגה מפורטת של אופן קביעת המשתנים המעורבים והשיקולים המשפטיים השונים, נציג כאן בקצרה את הנוסחה הסופית.

לשם הפשטות, הנוסחה קובעת כמה ישלם האב לאם. (במידה והסכום שלילי, יש להחליף בין ההורים ולקבוע באמצעות אותה נוסחה כמה תשלם האם לאב). תשלומי האב לאם הם:

$$Er * (Pf - Rf) + (Ea * Pf - Tf) + (Pf * (Hf + Hm) - Hf)$$

נוסחה זו מפרקת את התשלום כסכום של מרכיביו המתוארים בהמשך.

נוסחה חלופית המביאה לאותן תוצאות היא $Pf * (Er + Ea + Hf + Hm) - (Er * Rf + Tf + Hf)$, המציגה את חיובו של האב כהפרש בין חלקו בכלל ההוצאות לבין הוצאותיו בפועל.

כאשר

Er = סכום ההוצאות תלויות שהות (בשני הבתים);
 Ea = סכום ההוצאות שאינן תלויות שהות (בשני הבתים);
 Hf = הוצאות מדור הילדים בבית האב;
 Hm = הוצאות מדור הילדים בבית האם;
 Tf = הוצאות האב שאינן תלויות שהות (בעין);
 Tm = הוצאות האם שאינן תלויות שהות;
 Pf = חלק האב בסכום ההכנסות הפנויות של ההורים; Pm = חלק האם באותו סכום;
 Rf = שיעור הזמן שהילדים בבית האב;
 Rm = שיעור הזמן שהילדים בבית האם.

המשתנים מוגדרים באופן כזה שתמיד $Tf + Tm = Ea - Rf + Rm = 100\%$, $Pf + Pm = 100\%$.

לצורך הדיון אנחנו נעסוק בזוג עם שלושה ילדים בני 6 עד 15. סך ההכנסות הפנויות של הבעל לאחר קיזוז צרכיו ההכרחיים הן 14,000 ₪. בעוד שסך ההכנסות הפנויות של האשה לאחר קיזוז צרכיה ההכרחיים הינו 7,000 ₪. סך ההוצאות בגין שלושת הילדים הם 5,000 ₪, מתוכם 3,000 ₪ הן הוצאות תלויות שהות. בנוסף, כל אחד מההורים שוכר דירה וחלק מדורם של הילדים בכל אחד מבתי ההורים הוא 2,000 ₪ בכל אחד מהבתים. נבחן כעת מהם הפעולות והשלבים האנליטיים הנדרשים על ידי בית המשפט במקרה מעין זה.

1: קביעת שיעור ההשתתפות של כל הורה בהוצאות על פי יחס ההכנסות פנויות (Pf עבור האב ו-Pm עבור האם).

ההכרעה הראשונה שעל בית המשפט לקבל בכל דיון במזונות היא מהו שיעור ההשתתפות של כל אחד מבני הזוג בכלל ההוצאות. שיעור ההשתתפות ייושם לכל סוגי ההוצאות שיפורטו להלן: תלויות שהות, לא תלויות שהות ומדור.

שיעור ההשתתפות בהוצאות של כל הורה (Pf עבור האב ו-Pm עבור האם), מחושב על פי היחס בין ההכנסה הפנויה של ההורה לבין סך ההכנסות הפנויות של שני ההורים.

בהקשר של קביעת שיעור ההשתתפות נציין גם את המרכיבים הבאים:

(1) כושר השתכרות כולל לא רק את משכורת הצדדים אלא גם התחשבות בהכנסות פוטנציאליות מנכסים.

(2) כאשר יש צפי לעליית משכורת או ירידה כדאי לקחת גם זאת בחשבון מראש בקביעת השיעור וזאת על מנת שלא כל שינוי במשכורת הצדדים יגרום לתביעות מחודשות, אלא רק שינוי מהותי ביכולות ההשתכרות של הצדדים.

(3) על בית המשפט לקבוע עמדה משפטית בשאלת מיצוי פוטנציאל ההשתכרות¹⁵⁸ ובהתאם לעמדה זו לקבוע האם רמת ההכנסה אליה יתייחסו היא רק הקיימת או גם האפשרית.

(4) על בית המשפט לקבוע עמדה משפטית בשאלה האם שיעור ההשתתפות מחושב מהכנסות בפועל או מהכנסות פנויות. ככל שייקבע החישוב מההכנסות פנויות כהמלצתנו, על בית המשפט לקבוע מהן ההוצאות האישיות המקוזזות מכל אחד מן הצדדים. בהקשר האחרון יש לשים לב שלא לקזז הוצאות מדור ילדים, אלא את החלק במדור המשוך להורה בלבד, שכן בשלב האחרון מדורם של הילדים ממילא יחולק בין ההורים, וקזוז הוצאות אלו בשלב חישוב קביעת ההכנסות הפנויות ייצור קזוז כפול.¹⁵⁹

(5) על אף הקושי שבקביעת יחס השתכרויות שיביא לקביעת דמי מזונות יציבים וישתנה רק בעקבות שינוי נסיבות מהותי, אין לדלג על שלב זה. חשיפת השיקולים בקביעת יחס ההשתכרויות עשויה ללמד בעת העלאת השאלה שוב עקב תרחיש עתידי, האם ארע שינוי נסיבות מהותי המצדיק פתיחת שאלת המזונות בשנית.

במקרה דנן, כדי לפשט נניח כי בית משפט החליט לקבוע את שיעור ההשתתפות על פי יחס ההכנסות הפנויות ועל כן סך ההכנסות הפנויות של שני ההורים הוא $14,000 + 7,000 = 21,000$, שיעור ההשתתפות של האב הוא $Pf = 2/3$ ($14,000/21,000$) בעוד שיעור ההשתתפות של האם הנו $Pm = 1/3$ ($7,000/21,000$).

2. קביעת כלל ההוצאות (E), תוך חלוקתן להוצאות תלויות שהות (Er) ולהוצאות שאינן תלויות שהות (Ea).

משנקבע שיעור ההשתתפות של כל אחד מן ההורים, יש לגשת לקביעת הוצאות הילדים. ההחלטה כי מזונות הילדים בגילאים 6-15 יהיו מדין צדקה, גררה את ביטול ההבחנה בין הצרכים הכרחיים המינימאליים לבין כלל צרכי הילדים. לכן, סכום ההוצאות יהיה גבוה מאשר כללי האצבע שפותחו בעידן הישן ושנועדו לאמוד צרכים הכרחיים מינימאליים. נוסף על כך, יש להביא בחשבון בעת קביעת ההוצאות את העלות העודפת שמקורה במשמורת המשותפת. אם כך, כלל ההוצאות (E) מתקבל מסיכום ההוצאות עבור הילדים בשני הבתים, בין אם הן תלויות שהות ובין אם לא. לאחר קביעת כלל ההוצאות יש לחלקן בין הוצאות תלויות שהות (Er), דהיינו הוצאות יומיומיות המוצאות באופן רגיל

¹⁵⁸ ראו דיונונו לעיל פרק ב חלק 4 (ב).

¹⁵⁹ ראו דיונונו לעיל פרק ב חלק 4 (ג).

על ידי ההורה שהילד שוהה אצלו בזמן נתון (כגון אוכל, טואליטיקה, צריכה עודפת של חשמל, וכיו"ב), הנמצאות בפרופורציה לזמן השהות אצל כל הורה, לבין הוצאות שאינן תלויות שהות (Ea) (כגון: ספרי לימוד, ביגוד והנעלה, אחזקת מכשיר סלולרי וכיו"ב). המדור עצמו יוחרג, וכך גם הוצאות המדור שאינן תלויות שהות יטופלו בנפרד וייוחד להן חלק נפרד, ועל כן לא ידובר בהן בשלב זה. אולם הוצאות המדור שאופייין תלוי בשהות ייכנסו אף הן לרכיב זה. להבהרת חלק זה נציין כי הוצאות השכירות, הארנונה וועד הבית, אינן תלויות בחלוקת זמני השהות אצל כל אחד מן ההורים, שכן הן מוצאות ללא כל קשר לזמני השהות של הילדים אצל ההורה, ואילו לעומתן רכיב התשלום עבור הוצאות החשמל והמים של הילדים הינו תלוי שהות.

לצורך המשך הדיון נניח כי במקרה המדובר נקבע שסך ההוצאות המשפחתי בגין שלושת הילדים הנו 5,000 ₪. מתוך ה- 5,000 ₪, אנו מניחים ש-3,000 ₪ הן הוצאות תלויות שהות.

3. קביעת שיעור שהות אצל כל אחד מההורים (Rf שיעור שהות הילדים עם האב ו-Rm שיעור שהות אצל האם).

ככלל, שיעור שהות אצל כל הורה מתקבל כאשר מחלקים את סך הימים בהם שוהה ההורה עם הילדים במשך תקופה, למשל שבועיים, באורך התקופה. עם זאת, גם בנושא זה מתקיים שיקול דעת לבית משפט ולא בהכרח זמן השהות שנקבע בהסדר המשמורת הוא זה שיקבע באופן מוחלט את קביעת שיעור השהות לצורך קביעת המזונות. כך למשל, במצבים שבהם מתרשם בית המשפט שקביעת זמני השהות אינה מיושמת בפועל בדייקנות (למשל במקרים של שביתה, מחלה או חופשה, שבהם הילדים נמצאים בפועל אצל אחד ההורים מעבר לחלקו הפורמאלי), יכול בית המשפט להתאים את שיעור השהות למצב הממשי.

במקרה דנן, מדובר בהסדר שבו הילד שוהה אצל כל אחד מן ההורים 7 ימים מתוך 14 ולכן שיעור השהות של כל אחד מן ההורים הוא 1/2.

משקבענו את (1) שיעור ההשתתפות של כל הורה בהוצאות, (2) את היקף ההוצאות בכלל ואת חלוקת ההוצאות בין הוצאות תלויות שהות להוצאות שאינן תלויות שהות ו- (3) את שיעור השהות של הילד אצל כל אחד מן ההורים, אנו בשלים לקבוע את סכום המזונות בפועל.

4. חישוב רכיב המזונות הנגזר מההוצאות תלויות שהות (Er)

כאמור "שיטת החתול" לפיה כל צד נושא לבדו בהוצאותיו נכונה רק לגבי בעלי הכנסה שווה וזמני שהות שווים. לעומת זאת, כאשר מדובר בהורים שיש ביניהם פערי השתכרות, יש לפעול על פי שני תבליבים: בתת השלב הראשון, 4(א), יש לחשב את גובה החיוב של כל הורה על פי יחס ההשתכרויות. עניין זה נכון לגבי כל אחד מסוגי ההוצאות, תלויות שהות ושאינן תלויות שהות, ורק אז בתת השלב השני, 4(ב), כאשר מדובר בהוצאות תלויות שהות, יש לקזז את ההוצאות המוצאות בעין על ידי כל אחד מן ההורים.

נפתח בתת השלב הראשון, 4 (א) - שלב קביעת החיוב העקרוני:

כדי לקבוע את החיוב העקרוני של כל הורה יש להכפיל את שיעור ההשתתפות של ההורה כפי שנקבע: $Er*Pf$ עבור האב, ו- $Er*Pm$ עבור האם. כלומר במקרה שבו כלל ההוצאות תלויות השהות הן 3000 ₪, ושיעור השתכרות האב הוא $2/3$ בעוד שיעור השתכרות של האם הוא $1/3$, אזי גובה החיוב של האב הוא 2000 ₪ וגובה החיוב של האם הוא 1000 ₪.

כעת נמשיך לתת השלב השני, 4(ב) – הקיזוז:

על פי השיטה הישנה, המניחה שכל ההוצאות תלויות השהות מוצאות על ידי האם, בשלב זה היה על האב להעביר לידי האם סך של 2000 ₪. אולם על פי הגישה החדשה יש לקזז מסכום זה את ההוצאות תלויות השהות שאותן מוציא האב באופן ישיר על הילדים בזמן שהם שוהים אצלו. כיצד לחשב את גובה הקיזוז?

לגבי הוצאות תלויות שהות יש לאמץ נוסחה טכנית לפיה סכום ההוצאות שנושא האב בתקופה שבה הילדים אצלו הוא מכפלת כלל ההוצאות תלויות השהות עם שיעור השהות אצל האב.

במודל המתמטי אם כן יש להכפיל את כלל ההוצאות תלויות השהות – שסימנו ב- Er - בשיעור השהות אצל האב, שאותו סימנו ב- Rf . לכן בדוגמא שלנו, בהנחה שהילדים שוהים אצל האב כ-7 ימים בכל שבועיים, אזי שיעור השהות אצל האב הוא $1/2$. שיעור ההוצאות תלויות השהות בכלל הוא 3,000 ש"ח ולכן סך ההוצאות תלויות השהות שאותן יש לקזז מחלקו של האב הוא 1,500 ₪

ומכאן אנו מגיעים לשלב ההעברה הכספית. לשם כך, עלינו להפחית מהחלק שאותו על האב לשאת שהוא $Er*Pf$ (זה שחושב בשלב הקודם ובדוגמא שלנו הוא 2,000 ₪) את הסכום שאותו האב משלם ישירות בזמן שהילדים אצלו $Er*Rf$ (במקרה שלנו 1,500 ₪).

מרכיבים אלו בהתאמה מקזזים את ההוצאות תלויות השהות עבור ההוצאות אשר הוציא כל הורה בעין. כלומר, במקרה שההפרש $Er*Pf - Er*Rf$ הוא חיובי, יעביר האב לאם תשלום איזון עבור רכיב זה בגובה הנוסחה שלעיל, ובמקרה שהוא שלילי תעביר האם לידי האב את הסכום המנוגד, היינו $(Er*Pm - Er*Rm)$.

לכן בסופו של התהליך בדוגמא שלנו האב ישלם 1,500 ₪ בעין לילדים ויעביר 500 ₪ לאם. בכך ימלא האב את חלקו שהוא 2,000 ₪. האם לעומתו מוציאה בפועל 1,500 ₪ על הילדים בזמן שהם אצלה ומקבלת 500 ₪ מן האב, ועל כן בסופו של דבר היא משלמת ממשאביה 1,000 ₪, שזה חלקה על פי יחס ההשתכרויות.

5. חלוקת החיוב לגבי הוצאות שאינן תלויות שהות (Ea) וקביעת המנגנון לתשלומם

השלב החמישי עוסק בקביעת המנגנון להוצאות שאינן תלויות שהות. אף שלב זה מחולק לשני תת שלבים: הראשון - 5(א) קביעת גובה החיוב של כל הורה על פי ההשתכרויות, והשני סעיף 5(ב) קביעת המנגנון לתשלומים בפועל.

שלב 5(א) חלוקת החיוב: שלב זה זהה לחלוטין למכניזם שנעשה לגבי הוצאות תלויות שהות, אולם כעת מחשבים את הסכום היחסי שבו כל הורה יישא לגבי הוצאות שאינן תלויות שהות (Ea) על פי יחס ההשתכרויות, ועל כן הנוסחה הינה $Ea*Pf$ עבור האב, ו- $Ea*Pm$ עבור האם. בדוגמא שלנו, מאחר שכלל

ההוצאות שאינן תלויות שהות הן 2000 ₪, ומאחר שיחס ההשתכרויות הוא 2/3 לאב ו-1/3 לאם, הרי שבשורה התחתונה בהוצאות הללו האב יישא בסך של 1333 ₪ בעוד האם תישא ב-667 ₪.

לצד קביעת החיוב בהוצאות, יש לקבוע את מנגנון התשלום ובמידה שנבחר מנגנון שמפצל את תשלום ההוצאות שאינן תלויות שהות בין ההורים יש לקבוע מי מההורים אחראי על תשלום בפועל של כל רביב ספציפי. כלומר יש לחלק את מכלול ההוצאות שאינן תלויות שהות בין ההורים. בהמשך נסמן ב- T_f את ההוצאות האב בסעיף זה, וב- T_m את ההוצאות האם. מכיוון שסך ההוצאות הוא E_a , מתקיים השוויון $E_a = T_m + T_f$. כלומר לאחר שקבענו את החיוב של הורה בהוצאות שאינן תלויות שהות יש להפחית מחלקו את ההוצאות הישירות על רכיב זה ואת ההפרש יש להעביר להורה השני, דהיינו,

$$(E_a * P_f - T_f)$$

שלב 5 (ב) קביעת מנגנון התשלום:

(1) **הורה מרכז** – על פי מנגנון זה מועבר מלוא חלקו של ההורה השני להורה המרכז המשמש כגזבר עבור הוצאה זו. ההורה המרכז יהיה אחראי על תשלומים עבור הוצאה זו ולהורה השני יוענק פטור מתשלום עבור הוצאה זו. בדוגמא שלנו, אם ייבחר מנגנון זה ואם האם תבחר כהורה מרכז, כי אז בנוסף ל-500 ₪ שראינו שהאב ישלם לאם כל חודש בגין ההוצאות תלויות שהות, הוא ישלם לה גם סך נוסף של 1,333 ₪, אולם במקרה כזה האב יהיה פטור מכל תשלום נוסף בעין בגין ההוצאות שאינן תלויות שהות. בשיטה זו $T_f = 0$ ו- $T_m = E_a$ (כלומר כל ההוצאות נופלות על האם, אם היא ההורה המרכז) או להיפך, $T_m = 0$ ו- $T_f = E_a$ (אם האב הוא ההורה המרכז).

(2) **קופה משותפת** – על פי מנגנון זה יהיה חשבון בנק משותף שבו יפקידו כל אחד מההורים על פי שיעור חיובם את ההוצאות שאינן תלויות שהות. במקרה דנן האב יפקיד כל חודש 1333 ₪ והאם 667 ₪. כל אחד מההורים יוכל להוציא עבור הילדים את מלוא ההוצאות הללו מאותה קופה משותפת. במקרה זה T_m ו- T_f הם ההפקדות שהושתו על שני ההורים לקופה המשותפת.

יש לציין כי מנגנון זה נוצר בחובו סיכונים, ויצירת קופה משותפת סותרת מגמות של ניתוק כלכלי בין בני הזוג. כמו כן, פערים בין בני הזוג בדבר אופן ניהול הוצאותיהם של הילדים, עשויים לבוא לידי ביטוי וליצור מחלוקות עתידיות.

(3) **חלוקה בתשלום על פי קבלות** – מנגנון נוסף שלא הוצע במסגרת הלכת 919 אך מקובל היה עוד לפני פסק דין זה לגבי ההוצאות החריגות, הוא החלטה מראש בין ההורים על תשלומים ספציפיים. זהו מנגנון שיכול גם להיות מגובה בהצגת קבלות על התשלומים שהוצאו. גם על פי מנגנון זה סך החבות של האב יהיה 1333 ₪ ושל האם 666 ₪, אולם חלק מן התשלומים ישלם האב ישירות (למשל חשבון סלולרי וכיו"ב) ואת היתרה יעביר לידי האם על פי החלקים היחסיים שנקבעו. במקרה זה T_m ו- T_f הם ההוצאות שני ההורים בפועל.

לסיום הדיון בהוצאות שאינן תלויות שהות נזכיר, כי דינן של ההוצאות החריגות (כגון הוצאות בריאות וחינוך ייחודיות), שהיו ידועות עד היום בז'רגון **כמחציות**, כדין הוצאות שאינן תלויות שהות. לכן גם

לגבי הוצאות אלה יש לקבוע בפסק הדין את נוסחת החלוקה של הוצאות אלה בהתאם ליחס ההשתכרויות. בדוגמא שלפנינו שליש ושני שליש בהתאמה וכן לקבוע מנגנון לתשלומם בפועל.

6. חישוב המדור והוצאות המדור שאינן תלויות שהות (H)

הפרשנות הנכונה של הלכת פסק הדין הינה כי כנגזר מדיני הצדקה, שני ההורים צריכים לשאת ביחד במלוא צרכי המדור של ילדיהם על פי יחסי ההשתכרויות שביניהם. אולם בהקשר זה הלכת 919 קובעת הבחנה בין מקרים של משמורת משותפת אשר לפי פרשנותנו אינה מחייבת חלוקת זמני שהות זהים דווקא, לבין מקרים של חלוקת זמני שהות עם פערים משמעותיים בין ההורים.

במקרה הראשון, זמני השהות רחבים דיים בשני הבתים ועל כן הם מחייבים כל אחד מההורים לדאוג לדירת מגורים עבור הילדים בעת שהותם אצלו. כך שצרכי הילדים כוללים למעשה מדור כפול ברמה שווה בשני הבתים. לכן במקרה זה, יחושבו דמי המדור המוכרים על ידי בית המשפט כמדור הילדים, בשני הבתים, לעומת זאת, במקרה השני, מוכרים רק צרכי המדור הראוי של הילדים בבית ההורה המשמורן.

כלומר, בהנחה שהוצאות עבור מדור ראוי עבור הילדים בכל אחד הבתים הן H_f עבור האב, ו H_m עבור האם, הרי שהחויב הכולל במדור הוא $H_f + H_m$ ויחס ההשתתפות של האב הוא כזכור P_f . לכן תשלומי ההעברה מן האב לאם יהיו $P_f \cdot (H_f + H_m) - H_f = P_f \cdot H_m - P_m \cdot H_f$.

במקרה שהסכום אליו התחייב האב חיובי הוא יעביר אותו לאם, ולחלופין במקרה שהוא שלילי האם תעביר את הערך המנוגד לאב.

נדגים עניין זה. נניח שבדוגמא המלווה שלנו הוצאות המדור הראוי בגין הילדים הן בבית האב H_f והן בבית האם H_m הינן 2,000 ₪ לכל בית. אם כן, סך הוצאות המדור הן $H = H_m + H_f$ שהם 4,000 ש"ח. כעת יש לקבוע את החיוב של כל צד בהתאם לשיעור ההשתתפות הכללי שלהם בהוצאות. במקרה דנן ראינו שההשתתפות של האב היא $2/3$ ושל האם $1/3$. לכן השתתפות של האב על פי רכיב זה במזונות צריכה להיות במקרה דנן $2/3 \cdot (2000 + 2000) = 2667$.

מאחר שהאב מוציא 2,000 ₪ באופן ישיר על חלק השכירות שמיועד עבור הילדים, יש לקזז מן הסכום של 2,667 את הסכום של 2,000 שאותו משלם ישירות ולכן עליו להעביר לאם בדוגמא הספציפית סכום של 667 ₪.

לעומת זאת, בכל מקרה שבו לא נפסק מדור כפול, הסדר המדור שצוין בסעיף זה לא יחול ועל כן שני הצדדים יחלקו בהוצאות המדור של הילדים אך ורק אצל ההורה המשמורן. לדוגמא, במקרה שבו הוצאות הילדים בבית האם הם 2,000 ₪ ושיעור ההשתתפות של האב $2/3$ הוא יעביר לאם שני שליש מהסכום, היינו, 1,333 ₪.

בנקודה זו נעיר כמה הערות:

ראשית, על פי הקריאה הפשוטה של פסק הדין, ההבחנה בין מצבי משמורת משותפת למצבי משמורת בלעדית היא דיכוטומית. על פי קריאה זו, בכל מצב שבו בית המשפט אינו מתיר הכרה בעלות מדור

כפול, הוצאות המדור של ההורה שאינו משמורן לא יוכרו. מצב עניינים זה איננו הגון כלפי הורה שאינו משמורן אך הילדים נמצאים אצלו זמני שהות משמעותיים גם אם לא קרובים לשווים. על רקע זה נזכיר את הצעתנו, הגם שלא עוגנה בפסק הדין, למתן לגיטימציה גם להסדרים גמישים יותר, המאפשרים התחשבות חלקית בהוצאות המדור של ההורה שאינו משמורן תוך התחשבות בכך שמדובר יהיה ברמת מדור נמוכה מזו הקיימת בבית ההורה המשמורן. כלומר, בדוגמא שהבאנו לעיל, נניח שהוצאות האם לשכירות עבור הילדים המשקפות מצב של חדר נפרד לכל ילד הם 2,000 ₪ ולאב נכיר בהוצאות המשקפות תוספת של חדר אחד עבור כל הילדים שראוי ומתאים לזמנים שהם ישהו אצלו בגובה 1,000 ₪, ולכן הוצאת המדור הכוללת עבור שני הילדים היא 3,000 ₪. במקרה זה, האב נושא 2/3 מהוצאות המדור בגובה 2,000 ₪, מסכום זה נפחית את ההוצאה בגובה 1,000 ₪ והוא יעביר לאם 1,000 ₪ (סכום ביניים בין 667 ₪ במקרה הראשון ובין 1,333 ₪ במקרה השני).

שנית, נזכיר את הערת האזהרה בפסק הדין לפיה, אין לפסוק משמורת משותפת הדורשת מדור ברמה מספקת בשתי הדירות במקום שלצדדים אין משאבים מספיקים.

שלישית, נזכיר כי ההוצאות שיוכרו כהוצאות מדור הילדים, אינן זהות להוצאות בפועל על המדור אלא מדובר בהוצאות הראויות. לכן, לדעתנו ברירת המחל של ההכרה במדור הכפול צריכה להיות שווה ובמקרים שבהם אחד מן ההורים בחר להגדיל את הוצאות המדור ללא הצדקה רשאי בית המשפט ואף מומלץ שינהג כך, להפחית את הוצאות המדור המוכרות.

סיכום

על מנת לחשב את המזונות אשר ישלם הורה א' (בדרך כלל בעל ההכנסה הגבוהה) להורה ב' (בעל ההכנסה הנמוכה) יש לחבר שלושה רכיבים, כך ש:

$$[\text{סכום המזונות}] = [\text{רכיב מדור}] + [\text{רכיב תלוי שהות}] + [\text{רכיב לא תלוי שהות}]$$

על מנת להגיע לשלושה רכיבים אלו יש להשתמש בשני קבועים:

$$[\text{שעור ההשתכרות של הורה א'}] = [\text{הכנסתו הפנויה של הורה א'}] \text{ לחלק ל} [\text{סך ההכנסות הפנויות של שני ההורים}],$$

$$[\text{שעור השהות של הורה א'}] = [\text{מספר ימי השהיה אצל הורה א' בשבועיים}] \text{ חלקי } 14.$$

באמצעות קבועים אלו ולאחר קביעת כלל הוצאות הילדים בשני הבתים, ומי מההורים ישא בהוצאות שאינן תלויות שהות, ניתן לחשב את תשלומי ההעברה בין ההורים הנדרשים עבור שלושת רכיבי המזונות המוזכרים לעיל:

$$[\text{רכיב תלוי שהות}] = ([\text{שעור ההשתכרות}] \text{ פחות } [\text{שעור השהות}]) \text{ כפול } [\text{גובה ההוצאות תלויות השהות}];$$

$$[\text{רכיב לא תלוי שהות}] = ([\text{שעור ההשתכרות}] \text{ כפול } [\text{גובה ההוצאות שאינן תלויות שהות}]) \text{ פחות } [\text{הוצאותיו בעין של ההורה שאינן תלויות שהות וזאת בהתאם למנגנון המדויק שנקבע בפסק הדין}].$$

דין ההוצאות החריגות כדין שאר ההוצאות שאינן תלויות שהות. ההסדר הקובע לגבי המדור, משתנה כדלהלן:

במקרה של זמני שהות שווים או כמעט שווים מוכרים הוצאות המדור בשני הבתים כהוצאות המדור של הילדים ולכן תחול הנוסחה הבאה :

[רכיב מדור] = ([שעור השתכרות] כפול [רכיב מדור הילדים הראוי בשני הבתים]) פחות [הוצאות מדור הילדים הראויות ששילם ההורה בעין]

לעומת זאת, במקרה של זמני שהות מצומצמים אין להכיר בהוצאת מדור אצל הורה שאיננו משמורן ואין לייחס את הוצאות המדור של אותו הורה כהוצאה של הקטין. במקרה כזה יחושב רכיב המדור כדלקמן :

[רכיב מדור] = [שעור השתכרות] כפול [רכיב מדור הילדים בבית ההורה השני]

על פי הצעתנו, במקרים בהם קיימים זמני שהות משמעותיים אצל אחד ההורים שאינם עולים בכדי משמורת משותפת ניתן בכל זאת, להכיר בהוצאת מדור קטנה יותר עבור הבית שבו הילדים שוהים באופן פחות (לדוגמא, הכרה בחדר נוסף עבור הילדים בבית של ההורה שאינו משמורן בניגוד לבית ובו כל ילד גר בחדר נפרד), ואז ניתן להשתמש בנוסחת רכיב המדור הכפול גם עבור מקרה זה, בשים לב כי ההכרה בהוצאת המדור עבור הילדים לא תהא זהה בשני הבתים.

פרק ו: מבט גישורי על הלכת 919: מקושי להזדמנות

1. משא ומתן בצל החוק

להלכת 919 השלכות רבות גם על עולם הגישור. מחד, פסק הדין מאמץ רטוריקות גישוריות כגון בדיקת צרכים מול יכולות שהן הבסיס לכל הליך של הידברות גישורית. גם בחינת אופן הניהול של ההוצאות שאינן תלויות שהות על פי הצעותיה של השופטת ברק ארז מתאים יותר לתפיסות גישוריות מאשר לתפיסות משפטיות, וזאת משום שתפיסות גישוריות מבוססות על בחינה בכל מקרה של צרכי הצדדים הספציפיים והתאמת הפתרונות ליכולות הצדדים ולאופיים. מאידך, מכיוון שכל משא ומתן,¹⁶⁰ ובכלל זה גישור, נעשה בצל הדין, העמימות המשפטית השוררת בעקבות פסק הדין ויישומו השונה בערכאות הדיוניות, מוליכים לפערים גדולים בעמדות הפתיחה של הצדדים, פערים שבעקבותיהם הצדדים יחשבו כי המקרה אינו ניתן לגישור.¹⁶¹ זאת ועוד, לעיתים צד לא יוכל לעמוד במחשבה שלו היה בוחר בהליך משפטי היה זוכה לתוצאה הרבה יותר טובה מזו שהתפשר עליה. במקרים אלו הוא יעדיף שיתקבל פסק

¹⁶⁰ ראו Robert H. Mnookin and Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 YALE LAW JOURNAL, 950.

¹⁶¹ השווה "settlement is likely when the following factors are present: (1) both parties have similar expectation on the probability that the defendant will be found liable in a trial; (2) both parties have similar estimates of the settlement, given that the defendant is found liable in a trial; (3) neither party has strong preferences for risk; (4) the costs of a trial including lawyer's fees, time costs of the plaintiff and defendant, court fees, etc. exceed the costs of a settlement. Alternatively, the more dissimilar the plaintiff's and defendant's estimates of liability and damages (providing the plaintiff's estimates are higher, the greater their preference for risk, and the lower court costs relative to settlement costs, the more likely a trial". William M. Landes, *An Economic Analysis of the Courts*, 14 J.L. & ECON. 61, 108 (1971) Robert Mnookin "Why Negotiations Fail: An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict" 8 OHIO STATE JOURNAL ON DISPUTE RESOLUTION, 35 (1993)

דין שייטול את האחריות מקבלת החלטה שגוייה מבחינתו, מאשר לקבל בעצמו את ההכרעה על סכום המזונות בהסכמה ולקחת האחריות על הבחירה המלווה בחשש שמא היה מקבל הסדר טוב יותר בבית המשפט. לצד הקושי ניתן להסתכל על חוסר הוודאות כהזדמנות גישורית. במצב של חוסר וודאות כל כך גדול, הסיכונים שלוקח על עצמו כל צד הם גדולים וייתכן שהפתרון שיכפה עליהם בבית משפט יהיה פתרון שלא יוכלו לעמוד בו כלל. במצב זה, כאשר הצדדים עומדים בפני "מסך הבערות", שיח שבו ישוקפו צרכי הילדים והיכולות של כל אחד מהם עשוי להביא אותם למקום שבו ההסכמה תהיה על מזונות שבהם יוכלו לעמוד שני הצדדים, תחת המקרה שאחד מהצדדים יקבל הכרעה שלא יוכל לעמוד בה. על כן שימוש בכלים של שיחות אישיות ובהן בוחן מציאות שמבליט גם את הסיכון שהצדדים עלולים לקחת על עצמם בבחירת הליך משפטי, והסיכון המשפטי הקיים במקרה שתתקבל העמדה של הצד השני, עשויים לרתום אותם לתהליך של הסכמה.

בשיחות אישיות ניתן לבדוק את אופיים של הצדדים ולתת משקל לשיקולים השונים המתבטאים באופי הצדדים, עליהם נדון בהמשך חלק זה לגבי חיפוש פתרונות רלוונטיים. כאשר יגיעו צדדים שונאי סיכון, הנטייה שלהם תהא להסכים לשיח מגשר ולהיפרד מהעמדות הראשוניות שלהם ויהיה קל יותר מאשר במקרים של צדדים אוהבי סיכון שמוכנים "להמר" על הליך משפטי ובלבד שתתקבל עמדתם. כאן יש לזכור ולשקף כי גם צדדים שמוכנים לקחת סיכונים מבחינה כלכלית, לא תמיד יהיו מוכנים לקחת סיכונים רגשיים. תהליכים ארוכים של קביעת משמורת תוך שימוש בהמלצות של עובדים סוציאליים לסדרי דין, הם בעלי מחירים רגשיים לצדדים ולילדיהם. הליכים מסוג זה והליכים משפטיים ככלל מעבירים את השליטה על חיי הצדדים לגורמים שלישיים. שיקולים אלו עשויים לגרום לצדדים לבחור בגישור גם לאחר הלכת 919. זאת ועוד, פסק הדין מציע מודל שבו מזונות לילדים עד גיל 6 שונים ממזונות לילדים מעל גיל 6. שוני זה מלאכותי ואיננו יכול להיות מעוגן בנימוק הקשור למציאות חיי בני הזוג. במהלך גישור ניתן להסכים על סכום אחיד לכל התקופה שיהיה מעוגן בין שני שיעורי מזונות אלו על מנת להטיל נטל קבוע על ההורים במשך כל התקופה.

2. אתגרים ביישום מתווה הלכת 919 בגישור

ככלל, בגישור המטרה היא העברת האחריות להצעת הפתרונות לצדדים. יחד עם זאת כחלק מהמידע אותו נותן המגשר לצדדים, הוא יכול להציע כלים במסגרתם יוכלו הצדדים להציע את הצעותיהם (כמובן שייתכן שהצדדים יחליטו לסטות מהם). פעמים רבות הצדדים יעדיפו להשתמש בכלים הדומים ככל האפשר לכללים המשפטיים וזאת על מנת למצוא את נקודת שיווי המשקל שביניהם.

על אף הוגנותה של ההצעה במודל החישובי שתיארנו בהרחבה לעיל בפרק הקודם, ולכאורה התאמתה ליישום ככלי גישור אותו ניתן להציע לצדדים, ניסיון ליישם מודל זה בגישור יוצר מספר אתגרים איתם יש להתמודד:

1. קושי בהסכמה על סך הוצאות של הילדים. על פי הגישה של הלכת 919 שבצילה נעשה הגישור

לאחר פסק דין זה, יש לבדוק את כלל הוצאות הצדדים מעבר להוצאות המינימליות ואת כולן מחלקים על פי יחסי ההשתכרויות כפי שכתבנו לעיל. לשם כך יש חשיבות בהערכה של כלל הוצאות הצדדים. כאמור לעיל, ברבים מהמקרים רמת החיים של שני הצדדים תרד בעקבות הפירוד, כך שצדדים שחיו ברמת חיים בינונית- נמוכה ייאלצו לחיות ברמת חיים נמוכה,

וצדדים שחיו ברמת חיים בינונית- גבוהה יחיו ברמת חיים בינונית- נמוכה. השלמת הצדדים עם עובדה זו קשה לצד אשר ציפה לקבל מזונות גבוהים שיאפשרו לו לשמור על אותה רמת חיים שהייתה לפני הפירוד. מצד שני, ההוצאה של גידול ילדים בשני בתים גדולה מההוצאה של גידול הילדים בבית אחד. הובלת התהליך בעקבותיו הצדדים משלימים ולוקחים בחשבון שתי נקודות אלו היא אחד מהאתגרים העומדים בפני המגשר.

2. **קביעת פוטנציאל ההשתכרות של הצדדים.** אחת מבעיות יישום פסק הדין אצל הצדדים היא קביעת אותו יחס בין השתכרויות הצדדים וזאת במיוחד במקרים בהם הצדדים באותה העת לא ממצים את מלוא יכולתם (כגון נקודת זמן בה אחד הצדדים מפוטר מהעבודה). במקרים בהם אחד מן הצדדים לאורך זמן לא מיצה את פוטנציאל ההשתכרות, או העדיף לעבוד במשרה חלקית או לא לעבוד כלל במשך חיי בני הזוג מבחירה שגרמה לקונפליקט בחיי הזוג, ואולי אף הייתה אחד הגורמים לפרידה, נקודה זו תבוא לידי ביטוי ביתר שאת.

3. כאשר דנים בהוצאות שאינן תלויות שהות מגיעים לידי ביטוי **פערים בתפיסות לגבי גובה ההוצאות הראויות** בסעיף זה. ברבים מהמקרים קונפליקטים אלו אפיינו גם את החיים המשותפים של הצדדים. לדוגמא, כאשר היו פערים בתפיסות לגבי רמת המותגים לעניין לבוש והנעלה של הילדים, בזמן הפירוד יש להגיע להסכמה גם בנושאים אלו. לשם הדוגמא הצד שבתפיסתו יש לרכוש מותגים יקרים לא יסכים לכך שרק הוא ירכוש מותגים יקרים והצד השני ירכוש מותגים זולים, ולעומתו הצד השני לא יסכים לכפיה של ערכיו של הצד הראשון.

4. המודל החישובי שהצענו לעיל עלול להיות **מסובך מדי להבנה** לחלק מן המגושרים.

3. ומה בכל זאת ניתן לעשות?

בעוד ששופטי בתי המשפט הדיוניים, כפופים לעקרונות שנפסקו בהלכת 919, המודל הפסיקתי הוא רק אחד מהכלים האפשריים לעבודת המגשר, ויתכן שהצדדים יסכימו לאפשרויות אחרות יצירתיות יותר שיחרגו מהמתווה של פסק הדין, אך יתאימו יותר לצרכי הצדדים.

אחת הדרכים האפשריות היא איזון השתכרויות עתידיות בכל מקרה שבו קיימת משמורת משותפת או חלוקת זמני שהות כמעט שווים. הצעה זו תתקבל בדרך כלל כצודקת על ידי הצדדים במקרים שפערי ההשתכרות שבין הצדדים לא גדולים, כך ששני הצדדים נשארים עם אותו סכום על מנת לנהל את כלכלת הילדים במחצית הזמן שהם אצלם. אכן, הצעה זו אינה משקפת את המצב המשפטי הקיים שאינו כולל מחויבות לשוויון ברמת החיים המשפחתית לאחר הגירושים, משום כך הסתייגנו במהלך הדיון מהערת אגב באחד מפסקי הדין שביקשה לבסס את ההכרעה השיפוטית על עקרון זה. ברם, במקרה זה מה שאסור לשופט, אפשרי למגשר בהסכמת הצדדים. לכן, בהסכמת הצדדים וכאשר הפערים בין ההכנסות של הצדדים אינם גדולים וזמני השהות שווים, העברת סכום השווה למחצית מההפרש של ההכנסות של הצדדים לצד שמרוויח פחות, היא הגיונית. הצדדים חשים שבמקרה זה שניהם מקבלים נקודת התחלה שווה מבחינה כלכלית מדי חודש בחודשו. יש להאיר את עיני הצדדים במקרה זה, כי העברת תשלום איזון תפתור את נושא ההוצאות תלויות השהות, משום שאחרי תשלום סכום האיזון שני הצדדים נמצאים במצב כלכלי שווה. אכן, במקרה של משמורת משותפת אין צורך

לעשות תחשיבי קיזוז הן לגבי ההוצאות תלויות שהות והן לגבי הוצאות הדיור ובנסיבות אלו כל צד יישא בהוצאותיו, אך עדיין יש לדון בנטל ההוצאות שאינן תלויות שהות על הצדדים. בחלק הבא נדבר על רכיב המזונות שאינם תלויי שהות והאתגרים השונים בעיצוב ההסכם בנוגע לטיפול בהוצאות אלו.

הוצאות שאינן תלויות שהות:

השלב הראשון בטיפול בהוצאות שאינן תלויות שהות הוא קביעתן. סיווג ההוצאות לתלויות שהות ולכאלו שאינן תלויות שהות אינו בהכרח חד ממדי ואף הוא תלוי ברצון הצדדים ובהידברות שביניהם. לדוגמא, מתנות יום הולדת לחברי הקטינים, ניתן לסווגם כהוצאה תלוית שהות כאשר ההורים קובעים מנגנון שבו כל הורה יקנה מתנות לחברים בימים בהם הילד שוהה עימו, וניתן לסווג נטל הוצאה זו כהוצאה שאינה תלוית שהות, כאשר יש הורה מרכז שמקבל תוספת למזונות עבור הוצאות אלו באופן גלובלי.

בשלב השני יש לבחון כיצד מחולקות הוצאות אלו, מאחר שבפסק דינה הציעה השופטת ברק ארז מספר מודלים לאופן תשלום ההוצאות שאינן תלויות שהות, ומאחר שגם בעבר היה מודל קודם של חלוקה בהוצאות תמורת קבלות, מודל זה מצטרף לשני המנגנונים שהציעה ברק ארז, וקיימים יחדיו שלושה מודלים אותם יש לבחון. נבחן את שלושת המודלים להלן, יתרונותיהם וחסרונותיהם, כפי שהם מתבטאים בעולם הגישור:

(א) קופה משותפת – המודל לפיו מנוהלת קופה משותפת על ידי שני הצדדים הוא מודל מפתח לכאורה מהבחינה השוויונית. מדובר על קופה שבה שני הצדדים מפקידים סכומים קבועים, ומוציאים עבור צרכי הילדים מקופה זו. מנגד, מודל זה חשוף לסיכונים שבהם שני הצדדים או אחד מהם יוציאו על הילדים הוצאות שלא מקובלות על הצד השני. ניתן אומנם לנהל גישור ולהגיע להסכמה בדבר אופן ההוצאות ופרוט אלו סוגי הוצאות ניתן להוציא מחשבון זה, אלא שלא ניתן לצפות את כל התרחישים העתידיים. קיימת סכנה שפערים בדרך ניהול ההוצאות יגרמו לקונפליקטים עתידיים, ביחוד אם קונפליקטים מסוג זה אפיינו אותם בזמן הנישואים. ניתן בגישור להתמודד עם כך על ידי דרישת שתי חתימות או הסכמה לפני כל הוצאה העולה על סכום קבוע, ואולם שיטה זו תיצור תרחישים הפוכים בהם סכומים של כספים מצטברים בקופה המשותפת ולא ניתן להוציא אותם לטובת הילדים בהעדר הסכמה. לעיתים פתרון מסוג זה מתאים, לדוגמא כשיש ילד עם צרכים מיוחדים וקיימת החלטה של ההורים לחסוך את קצבת הנכות בנפרד, ושהכספים בקופה זו יהיו מיועדים להוצאות של אותו ילד. אך גם אז כדאי לנהל שיח ולבדוק האם קיימת הסכמה בין ההורים על ניהול ההוצאות מקופה זו. כאמור, יש לבחור במודל זה רק כאשר ברור שהוא לא יגרום לכך שצרכי הילד לא ימולאו.

(ב) מודל של ניהול אסמכתאות על ההוצאות וחלוקה תמורת קבלות – מודל זה היה קיים גם טרם הלכת 919 בפסיקה המקובלת בבית משפט לענייני משפחה וברוב הסכמי הגישור, כאשר דובר על הוצאות חריגות שאינן קבועות, דוגמת חינוך ורפואה חריגים. אלא שלענייננו מדובר על הוצאות נוספות שאופיין איננו תלוי שהות בסכומים יחסית קטנים. חלוקה ותיאום של כל הוצאה תגרור פנקסנות והתחשבנות מייגעת בין הצדדים. המודל הזה יכול להתאים במקרים בהם ההוצאה גדולה יותר, לדוגמא כאשר מדובר ברכישת ביגוד והנעלה עונתיים המוגבלים

לסכום מוסכם, לעומת זאת חלוקה כספית בקנייה של כל בגד ובגד תגרום לפנקסנות ולקושי של הצדדים להתנהל באופן יומיומי שוטף.

(ג) הורה מרכז – על פי מודל זה אחד ההורים יהיה אחראי להוצאות שאינן תלויות שהות. נקודת ההכרעה לגבי הסכום תהיה בזמן המשא ומתן הגישורי. ואולם, בשלבים מאוחרים יותר על ההורה המרכזי יוטל התפקיד לכלכל את ילדיו באמצעות סכומי הכסף שיועברו אליו מדי חודש, והצדדים לא יצטרכו לבצע החלטות ולתקשר ביניהם לגבי סכומים אלו. ברור שמודל זה נוח יותר לתפעול, מונע קונפליקטים עתידיים ואינו מצריך שיתוף פעולה. ברור מאליהם גם שמודל זה מתאים ואף מיושם דרך קבע גם אם בלי משים כאשר נקבעת משמורת יחידנית, וההורה המשמורן מקבל סכומים אלו כחלק מתשלום המזונות. במקרה שבו קשה לאם לקבל מצב שבו סכום המזונות נמוך בהרבה מהסכום הנהוג לפני הלכת 919, העברת הסכום של ההורה המרכזי אליה תקל עליה להסכים לזמני השהות הרחבים ולסכום המזונות, גם אם קיימת חלופה אחרת זהה לה מבחינה כלכלית. אלא שהניסיון מלמד כי במקרים של משמורת משותפת בדרך כלל תהיה התנגדות של שני הצדדים למצב בו ההורה השני ירכז את הוצאות הילדים תלויות השהות. בחוויה הפנימית של הצדדים קביעה של הורה מרכזי פוגעת בשוויון ובסימטריה. פרט לכך, הורים רבים מיחסים חשיבות לחזות כלפי הילדים לפיה ההורה המרכזי הוא זה שרוכש לילדים את צרכיהם, ולדעתם כתוצאה מכך הופך הצד השני להורה משני, בניגוד לשני המודלים הקודמים. בנוסף, בניגוד לחוויה של ההורים בשני המודלים הראשונים כי הם משלמים מזונות עבור ילדיהם, החוויה של רבים מההורים שפועלים על פי מודל זה כי הם משלמים מזונות להורה המרכזי.

לדעתנו, יש להתאים את המודל הקיים לזוג הספציפי ודפוסי התקשורת המאפיינים אותו. בנוסף, ניתן לעבוד במודל היברידי לגבי הוצאות מסוגים שונים, כך שעבור חלוקת חלק מההוצאות מיישמים מודל אחד ועבור חלוקת הוצאות מסוג אחר מיישמים מודל אחר. כך למעשה משלבים כמה מודלים בו זמנית לעניין הוצאות מסוגים שונים, ומתקיים ניסיון ליהנות מכל העולמות.

אפילוג

מאמרים בעקבות פסקי דין מאופיינים בדרך כלל באי הסכמה של הכותבים עם פסק הדין והנמקותיו. שונים הדברים במקרה הנוכחי.

ראשית, אנו סבורים כי ההלכה החדשה, המבוססת על פסק דינו של השופט פוגלמן, לפיה חלוקת נטל המזונות בין ההורים לגילאים 6 עד 15 תהיה בהתאם למצבם הכלכלי וללא קשר למגדר, היא הלכה מוצדקת ויש להחילה ללא קשר לזמני חלוקת השהות במקרה הספציפי. אנו אף מסכימים למתודולוגיה שבה נקט השופט פוגלמן, שזיהה את האפשרות הקיימת במשפט העברי לפרשנות חילופית לזו הנהוגה ובחר בין שתי הפרשנויות בהתאם לשיקולים האזרחיים. עם זאת כפי שהדגשנו במהלך הדברים, יש ללוות את המעבר לדין הצדקה בהתאמת כללי האצבע הנהוגים כיום לקביעת צרכים הכרחיים, לכללי אצבע חדשים המתאימים לדין הצדקה, וכמו כן יש להביא בחשבון את התוספת לצרכי הילדים הנובעת מן ההוצאה הכפולה במקרים של משמורת משותפת. עוד יש להקפיד על הדרישות למיצוי כושר השתכרות ולקיצוץ צרכים הכרחיים של ההורה עצמו בטרם תחושב ההכנסה הפנויה. עוד הדגשנו את

הצורך לעדכן ולחדש כלים משפטיים, כגון דמי טיפול ופיצוי על הפסדי קריירה במקרים של משמורת בלעדית או של פערים קיצוניים בין ההורים לגבי זמני השהות.

שנית, אנו שותפים לטענה העקרונית כי יש להביא בחשבון את ההוצאות שמוציא כל הורה באופן ישיר על ילדיו, ובו זמנית אנו מצטרפים לביקורת של השופטת ברק ארז על שיטת הקיזוז המלא הטכני. כהמשך לכך, אנו שותפים לעמדתה כי יש להבחין בין ההוצאות תלויות השהות ושאינן תלויות השהות, וכי לגבי האחרונות יש לבחור במנגנון ההורה המרכז או במנגנונים חלופיים נוספים. נוסף על כך, אנו מסכימים שבמצבי משמורת משותפת, יש לראות בעלות המדור בשני הבתים כהוצאת המדור של הילדים ומשום כך לאחר חלוקת הנטל הכפול בין ההורים בהתאם ליכולתם הכלכלית יש לקזז לכל הורה את ההוצאות שהוציא בפועל על המדור, וזאת בכפוף להערת האזהרה, שהוצבה בפסק דינה של ברק-ארז כנגד הסדרי משמורת משותפת שעלולים להוליך לפגיעה ביכולת ההורים לשאת במזונות ילדיהם. עם זאת בנושא זה סברנו כי יש להעניק לבתי המשפט שיקול דעת האם במקרים הללו, עליהם לוותר לחלוטין על המשמורת המשותפת ולקביעת זמני השהות השווים המלווים אליה או לאפשר מנגנוני אמצע מורכבים יותר שאותם פרטנו במהלך המאמר.

לבסוף, אנו סבורים שככל שתתקבל פרשנותנו לפיה, החלקים בפסקי הדין העוסקים בהתחשבות בהוצאות המוצאות באופן ישיר לגבי הילדים, לרבות הוצאות המדור, אינן הוראות עצמאיות אלא הן מבוססות על חלוקת הנטל בהתאם למצב הכלכלי, הרי שהלכת פסק הדין בכללותה צודקת ומאוזנת.

ואולם דווקא בשל העובדה שברור לנו שבהלכה 919 הושקעה חשיבה רבה ומעמיקה ולנוכח הסכמתנו עם עיקריה של הלכה זו, אנו מצרים על כך שפסק הדין לא הצליח להסיר את העמימות המלווה את פסיקת מזונות הילדים. יתרה מזו, חלק ניכר מפסק הדין עסק בדרך שבה ביטול האפליה כלפי גברים, הבאה לידי ביטוי במעבר לדין הצדקה ולחלוקת נטל עיוורת מגדר, תאוזן על ידי קביעת מנגנונים שיבטיחו שוויון מגדרי מהותי והגנה על ילדי המשפחה. על רקע זה, אנו נאלצים לדווח שהאווירה הציבורית בעקבות פסק הדין והחרדה מאימוץ הפרשנויות המילוליות של פסק הדין, מוליכה במקרים רבים את ההורים החלשים כלכלית להתפשר על זכויותיהם ואפילו על טובת ילדיהם. הרצון למנוע מצב דברים זה הוליך אותנו לכתוב את המאמר הנוכחי. אנו מקווים שמאמר זה יאומץ על ידי הפסיקה הדיונית ויכוון את הדרך שבה תפורש מכאן ולהבא הלכת 919, בדרך שתצמצם את העמימות ותקטין את הפגיעה בילדים ובהורים חלשים כלכלית. עם זאת לא נוכל להימנע משתי הערות סיום.

ההערה הראשונה, מופנית לדרך גיבוש החלטות בהרכבים מורחבים בנושאים הדורשים יישום משפטי קונקרטי בערכאות הדיוניות. ראשית, במקרים של פסקי דין רבי משתתפים, אנו סבורים שיש להקפיד לא רק על הבהירות ועל הקוהרנטיות של כל פסק דין בפני עצמו,¹⁶² ואף אין להסתפק בניסוח מוסכם של הפסיקתא, אלא יש לייצר מכניזם שימנע סתירות בהנחיות המופיעות בפסקי הדין של השופטים

¹⁶² ראו בנושא זה את מאמרו המרתק של יהושע ויסמן "על "מצוות עשה" ועל "מצוות לא תעשה" בכתיבת פסקי דין" עלי משפט ט' 307 (תשע"א)

עצמם, למשל כפי שהיה במקרה שלנו לגבי תחולת הלכת הצדקה במצבים שאינם משמורת משותפת.¹⁶³ נוסף על כך, ראוי להקפיד על כך שכאשר כמה שופטים משתמשים במינוח מסוים, כגון משמורת משותפת, הם מתכוונים לאותו מובן של מינוח זה. יתרה מזו, קיימת ספרות מרתקת על הדרך שבה ניתן לייצר תהליך דליברטיבי המשפר את איכות פסקי הדין בהרכבים רבי משתתפים.¹⁶⁴ מבלי להיכנס לכלל ההצעות בספרות האקדמית, אנו סבורים כי במקרים שבהם לאחר מחלוקת ראשונית בסופו של דבר הושגה הסכמה, יש מקום לשקול את האפשרות לכתיבה מחודשת של פסק דין אחד משותף לכמה שופטים. טלו למשל את המקרה דנן, בסופו של דבר השופטת ברק ארזי מקבלת את עמדתו של פוגלמן לגבי חלוקת הנטל על פי המצב הכלכלי כאמור בדין צדקה. נוסף על כך, לאחר קריאת פסק דינה של ברק ארזי מבהיר השופט פוגלמן כי הוא מסכים למנגנונים המוצעים על ידי לגבי שאלת הקיזוז. אנו תוהים האם חלף הותרת פסקי דין המקוריים מלווים באווירת מחלוקת ואי הסכמה, ותפירתם יחדיו בפסיקתא בתפרים לא מדויקים דיים,¹⁶⁵ לא היה מקום לכתיבה מחודשת של פסק דין משותף, שחלקו הראשון יוקדש אך ורק לאימוץ דין הצדקה בהקשר לשאלת חלוקת הנטל, כאמור בפסק דינו של השופט פוגלמן וחלקו השני יוקדש להתחשבות בהוצאות המוצאות באופן ישיר על הילדים לרבות סוגיית המדור כאמור בפסק דינה של ברק ארזי. אנו מודעים לכך, שמדובר בחריגה מן הדרך הקונבנציונאלית שבה נכתבים פסקי דין בישראל.¹⁶⁶ עם זאת, לנוכח התופעה ההולכת וגוברת של מינוי הרכבים רבי משתתפים לדיון בנושאים אזרחיים ופליליים שההלכה שתקבע בהם אמורה להיות ברורה וחד משמעית, יש מקום לשקול גם שינוי או לפחות למתן אפשרות לחריגה מן הקונבנציה המקובלת.

הערתנו השנייה מופנית כלפי המחוקק. הלכת 919 אינה עוסקת בגילאים 0-6 ובנוסף היא מכוונת ליהודים, ולא להורים מעדה דתית מוכרת אחרת. יתרה מזו, אפילו כאשר מדובר ביהודים, הלכת 919, לפחות באופן רשמי, מבוססת על דין הצדקה הדתי. בתי הדין הרבניים מפרשים את דין הצדקה על פי ההלכה ואין כל וודאות שיאמצו את עקרונות הלכת 919 ושלא ימשיכו במדיניות הקודמת, המטילה על

¹⁶³ יודגש איננו טוענים כי לצורך השגת קונצנזוס יש להשתיק דעות מיעוט של שופטים יחידים. ראו בעניין זה י' טירקל "לעיל דעת היחיד" מחקרי משפט יט (תשס"ג) 413. אנו אף מבינים את החשיבות בכך ששופטים המסכימים לדעת הרוב אך מסתייגים מן הנימוקים של שופטי הרוב יביעו את דעתם בפסק הדין. כל שבקשנו לטעון הינו שבאותם המקרים שבהם התגבשה הכרעת רוב או אף הכרעה פה אחד, יש להקפיד שהכרעה זו תובא בבהירות בפסק הדין ושאימירות פרטניות של שופטים חשובות ככל שיהיו לא יעמעמו את תכניה של ההכרעה שהושגה. נוסף על כך, הצענו לחשוב על מנגנונים שיאפשרו תהליך דליברטיבי שעשוי לגרום לכך, שחרף טיטוטות סותרות בשלב ראשון בשלב השני יפורסם פסק דין המשקף הסכמה ממשית שהושגה בסופו של התהליך.

¹⁶⁴ ראו למשל Mathilde Cohen, *Ex Ante Versus Ex Post Deliberations: Two Models of Judicial Deliberations* in *COURTS OF LAST RESORT* 951 (62 Am. J. Comp. L., (2014) כן ראו איתי ליפשיץ "דין ודברים בקרב שופטים" **שנתון המשפט העברי** כו 263 (2012). למעלות השיח הדליברטיבי בהקשרים חוקתיים כללים יותר ראו Jon Elster, *Deliberation and Constitution Making, in* DELIBERATIVE DEMOCRACY 97 (Jon Elster ed., 1998).

¹⁶⁵ חלף תיאור הסיפא של הפסיקתא כיישום הפסיקתא במצבי משמורת משותפת, נכון היה להבהיר כי הרישא עוסקת בחלוקת הנטל בעוד הסיפא עוסקת בדרך שבה יש לקזז מחלקו של צד כפי שחושבו ברישא תשלומים שהוצאו בעין לגבי הילדים. נוסף על כך היה מקום להבהיר כי הסדרי הקיזוז לגבי הוצאות תלויי שהות והסדר ההורה המרכז לגבי הוצאות שאינן תלויות שהות רלוונטיים במגוון חלוקות של זמני שהות, בעוד ההסדר לגבי מדור רלוונטי רק במצבי משמורת שווה או במצבים של חלוקת זמני שהות כמעט שווים.

¹⁶⁶ לקופסה השחורה לגבי תהליך כתיבת פסקי הדין ראו ליפשיץ, לעיל הערה 164, בעמ' 266.

אב אמיד את מלוא האחריות למזונות הילדים.¹⁶⁷ וודאי ובוודאי שקשה להניח שבתי הדין הרבניים יסכימו להתאמות הנוספות של דין הצדקה עליהן המלצנו במאמר זה כגון הדרישה למיצוי פוטנציאל השתכרות. לפחות עד היום נמנע בית המשפט העליון מלכפות על בתי הדין הרבניים את פרשנותו לדין האישי בנושאים המצויים בסמכותם.¹⁶⁸

אנו סבורים כי לנוכח העמימות המשפטית טוב יעשה המחוקק אם יסדיר את סוגיית המזונות בחוק אזרחי שיאחד את ההלכות לכל הגילאים ולכל העדות הדתיות, ושיבוסס על העקרונות שנקבעו בהלכת 919 כפי שפורשה על ידנו. עוד אנו סבורים כי טוב יעשה המחוקק אם תקדם לחקיקת החוק כאמור, עבודה מחקרית מקצועית על אודות צרכים של משפחות שונות, תוך התחשבות באזורי מגורים, מספר נפשות ורמה כלכלית, ומתוך כך יונחו בתי המשפט לגזור הן את ההוצאות הנדרשות עבור הילדים, והן את ההפחתה הנדרשת מן ההכנסה נטו לצורך סיפוק הצרכים ההכרחיים של ההורים עצמם.

¹⁶⁷ ראו תיק (אזורי ב"ש) 147728/12 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו 24.7.17). בית הדין דוחה את הלכת 919 וקובע כי לאב חובה ראשונית לזון את ילדיו בגיל זה אולם השוו להערתו של הרב שפיינר, שם.

¹⁶⁸ ראו בג"צ 5969/94 אליהו אקנין נ' בית הדין הרבני האזורי נ (1) 370 (1996). אולם השוו לדעת המיעוט של השופט חשין שם.