

מזונות ילדים – בין מיתוס למציאות: הדין הדתי, הפסיקה ומה שביניהם

מאת

יואב מזא"ה*

גובה מזונות הילדים מעצב במידה רבה את חייהם של כל בני המשפחה לאחר הגירושין. על פי החוק בישראל, מזונות ילדים נקבעים על פי הדין הדתי. במשך עשרות שנים קבעה הפסיקה שצורכיהם ההכרחיים של הילדים הם "חיוב אבסולוטי" של האב, ללא קשר ליכולתו הכלכלית. בהתאם לכך, בתי המשפט חייבו אבות בלמעלה מ-1,400 ש"ח לילד (לא כולל מדור, חינוך ותוספות אחרות), גם כאשר לאב אין יכולת לעמוד בתשלומים אלה. חיובים אלה נקבעו גם כשהאם משתכרת יותר מהאב, וגם כאשר הילדים נמצאים חלק משמעותי מהזמן בבית האב.

מאמר חדשני זה הוביל את בית המשפט העליון לאמץ דין אחר בנוגע למזונות ילדים. המאמר מראה כי הפרשנות האמורה לדין הדתי אינה נכונה. בדין הדתי חיוב המזונות כפוף ליכולת הכלכלית של האב. כמו כן, על פי דעות רבות בהלכה, חיוב המזונות שמעל גיל 6, (שנעשה על פי תקנת הרבנות הראשית), חל בצורה שווה על ההורים.

המאמר מראה כי פסקי דין רבים של בית המשפט העליון תומכים בפרשנות שמציע המאמר לדין הדתי. אך למרות זאת, הפרקטיקה של הערכאות הדיוניות יצרה נורמות אחרות לחלוטין, שאינן מגובות בדין הדתי ו\או בפסיקת בית המשפט העליון. פרקטיקה זו גורמת לפגיעות חוקתיות קשות, לא רק בשוויון אלא אף בזכות לקיום אנושי בכבוד, בזכות החוקתית לחיי משפחה ולממש את ההורות בפועל ובחופש העיסוק.

על בסיס זה קובע המאמר כי בתי המשפט צריכים לפרש את הדין הדתי על פי הדעות בהלכה שמובאות במאמר, ולהגיע לתוצאות מאוזנות יותר מבחינה מגדרית. לתוצאות אלה יש עיגון נרחב בדין הדתי ובפסיקת בית המשפט העליון.

* ראש מכון המחקר למשפחה, שוויון ומשפט. מרצה בכיר בפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו ועמית בפורום קהלת. תודתי לעו"ד משה פולסקי ולעו"ד דוד ברלינר על סיועם המסור במחקר ולרחלי סלומון על עבודתה הנפלאה.
טיוטת מאמר זה פורסמה ב־SSRN בראשית 2015. המאמר אומץ בסדרה של פסקי דין, ובראשם לאחרונה בבע"מ 919/15 פלוני נ' פלונית (פורסם בנוב, 2017). את עמדת המאמר קיבל היועץ המשפטי לממשלה בחוות דעתו בתיק זה. לאחר שבית המשפט העליון דן בהרחבה במאמר בדיונים שהתקיימו לפניו, אימץ פה אחד בהרכב של שבעה שופטים את המודל שהוצע במאמר.

הן יהיו מעוגנות מבחינה חוקתית, מעל הכל, הן יאפשרו לילדים ליהנות מטיפולם של שני ההורים.

מבוא. א. רקע. ב. מזונות ילדים בדין הדתי; 1. רקע: החיוב במזונות אישה; 2. מזונות ילדים כחלק ממזונות אישה – צרכים הכרחיים עד גיל 6; 3. מזונות ילדים כחיוב עצמאי; (א) תקנת אושא – צרכים הכרחיים עד גיל 6; (ב) תקנת הרבנות הראשית – צרכים הכרחיים עד גיל 15 (ואולי אף גיל 18); (ג) חיוב צדקה – החל בכל גיל ועל כל סוגי הצרכים; 4. צורכי האב (והמיתוס של "חיוב אבסולוטי"); 5. סיכום. **ג. מזונות ילדים בפסיקה בית המשפט העליון;** 1. האם היכולת הכלכלית של ההורה רלוונטית? (א) התחשבות בהכנסה פוטנציאלית; (ב) התחשבות בצורכי האב; 2. האם החובה בצרכים ההכרחיים בגיל 6 עד 15 חלה על שני ההורים? 3. סיכום. **ד. מזונות ילדים בפרקטיקה של בתי המשפט;** 1. סטנדרט המזונות בפסיקה: שיעור הצרכים ההכרחיים בהתעלם מיכולת האב; 2. מזונות ילדים ומעורבות האב; 3. סיכום. **ה. הפגיעה בזכויות חוקתיות;** 1. הזכות החוקתית לשוויון; 2. הזכות החוקתית לקיום אנושי בכבוד; 3. הזכות החוקתית למימוש ההורות; 4. הזכות החוקתית לחופש העיסוק ולקניין; 5. האם הפגיעה מידתית? 6. טיעוני נגד; 7. שמירת דינים; 8. סיכום. **סיכום.**

מבוא

פסיקת מזונות הילדים מעצבת במידה רבה את חייהם של כל בני המשפחה. מזונות נמוכים מדי עלולים להביא את האם והילדים למצוקה כלכלית. מזונות גבוהים מדי – ישפיעו בצורה דומה על האב (ועל הילדים כשהם איתו) וימנעו ממנו לתפקד כהורה משמעותי.¹ חשוב שקביעת המזונות תבטא את אורח חייה של המשפחה הספציפית, בהתייחסות ליכולת הכלכלית של שני ההורים ולהיקף טיפולם בילדים, הן לפני הגירושין והן לאחריהם. מובן גם שצריך להתאים את קביעת המזונות למציאות של ימינו. אך החוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות) קובע שהדין החל (הן בבתי הדין הדתיים והן בבתי המשפט האזרחיים) הוא הדין הדתי.² אומנם סעיף 3א לחוק קובע גם חובה אזרחית במזונות ילדים, אך הסעיף אינו חל על מי שחייב במזונות ילדיו על פי הדין הדתי שלו.³

מאמר זה יעסוק אפוא בדין הדתי במקרה של יהודים ובפרשנותו של דין זה בפסיקה. **התפיסה המקובלת בפסיקה היא שעל פי דין זה האב בלבד אחראי לצורכי הילדים (לכל**

1 מטעם זה, יחיאל ש' קפלן טוען שאינטרס הילדים בנוגע למזונות ילדים שונה מאינטרס האם, ולכן צריך שהילד ייוצג בנפרד מהאם. ראו: יחיאל ש' קפלן, "מטובת הילד לזכויות הילד – ייצוג עצמאי של קטינים", **משפטים** לא (תשס"א) 623, בעמ' 665.

2 סעיף 3 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט–1959, ס"ח 72.

3 שם.

הפחות ל"צרכים ההכרחיים"), וחובה זו אינה תלויה ביכולתו הכלכלית. אף שבהלכה "צרכים הכרחיים" מוגדרים בצמצום רב מאוד,⁴ הפסיקה פירשה צרכים אלה בהרחבה רבה – כ-1,300 עד 1,400 ש"ח בחודש לילד (לא כולל דיור, חינוך, בריאות, חוגים ותוספות אחרות). אם כן, בתי המשפט מחייבים את האב ב"צרכים הכרחיים" אלה כרף החיוב התחתון, גם כשאין לו יכולת לעמוד בכך, גם כשהאם משתכרת יותר ממנו, וגם כשהילדים הם בהשגחתו של האב חלק ניכר מהזמן.

תפיסה זו נסמכת במידה רבה על עמדתו של שאוה, שטען שבדין העברי האב אחראי לצרכים ההכרחיים של הילדים, ואחריותו אינה תלויה ביכולתו הכלכלית.⁵ במובן מסוים לגישה זו הצטרף שרשבסקי שהסכים שהאחריות לצרכים ההכרחיים של הילדים היא על האב "אף אם הוא עני",⁶ אם כי נראה בהמשך שהוא סייג זאת והתנה את הדברים בפוטנציאל ההשתכרות של האב.⁷

אך עם חלוף השנים, וככל שהתרבו המקרים שבהם מצבם הכלכלי של שני ההורים היה דומה, ובמיוחד כששניהם השתתפו בנטל הטיפול בילדים, הביא החיוב החד-צדדי של האב במזונות לתוצאות בעייתיות. כדי להתמודד עם בעיה זו, שיבר לדוגמה סקר פתרונות פנים-הלכתיים שנקטו שופטים כדי להטיל על שני ההורים את האחריות לצורכי הילדים, למשל השימוש בדיני היושר שבמשפט העברי וצמצום פרשנות "הצרכים ההכרחיים" החלים רק על האב (והגדלת "הצרכים הלא הכרחיים" החלים על שני ההורים).⁸ ניתוח מעמיק יותר של הדין הדתי קיים אצל בזק,⁹ גילת¹⁰ ופרבר.¹¹ לטענתם, הדין הדתי מטיל את האחריות הכלכלית לצרכים ההכרחיים של הילדים על שני ההורים, ודאי כאשר הילדים הם מעל גיל 6, ולפי חלק מהדעות אף קודם לכן.¹² בדומה לזה,

4 ראו להלן, הערות 58–61.

5 מנשה שאוה, "מזונות ילדים קטינים במשפט העברי ובמשפט הפוזיטיבי (חלק ראשון)", **עיוני משפט** ז (תשל"ט–תש"ם) 316, בעמ' 323. למחברים נוספים שאימצו את עמדת שאוה מבלי לבחון אותה, ראו לדוגמה: תיאודור אורין, "עוד לעניין חובת האם להשתתף במזונות ילדיה", **הפרקליט** לד (תשמ"א) 308; מור יוגב ואילת גלעדי, "אמא תני לי: שוויון במזונות ילדים", **הארץ דין** ג (תשס"ו) 1.

6 בן ציון שרשבסקי, **דיני משפחה** (מהדורה שנייה, תשי"ח) בעמ' 363.

7 שם, בעמ' 381.

8 יאיר שיבר, "מזונות ילדים קטינים: מגמות חדשות", **משפחה במשפט** ג–ד (תשס"ט–תש"ע) 227. לסקירה דומה של פתרונות אלה, על בסיס הפסיקה, ראו גם: יוגב וגלעדי (לעיל, הערה 5) בעמ' 3.

9 יעקב בזק, "חובת האם להשתתף במזונות ילדיה על פי המשפט העברי", **הפרקליט** לב (תשל"ח) 357.

10 ישראל צבי גילת, "חילוקי הדינים בעניין חובת המזונות של אב לילדיו על-פי ההלכה – הצעה למודל", **מחקרי משפט** יג (תשנ"ז) 507.

11 זאב פרבר, "השתתפות האם במזונות ילדים", **תחומין** כז (תשס"ז) 273.

12 שיבר (לעיל, הערה 8) בעמ' 234–237.

ויגודה והללה אימצו במידה רבה את המלצותיו של מאמר זה והציעו לקבל את הפרשנות ההלכתית השוויונית יותר למזונות ילדים, כפי שתוצג בהמשך.¹³

למרות זאת רוב בתי המשפט המשיכו לאורך השנים ליישם את התפיסה המקובלת שראינו. על רקע זה הציע קוריןאלדי שאם הדין הדתי פוטר את האם מתשלום מזונות ילדים, יש לחייב אותה על פי סעיף 3א לחוק (המחיל חבות אזרחית על הורים שאינם חבים במזונות ילדיהם על פי הדין הדתי).¹⁴ ועדת שיפמן הלכה צעד נוסף והציעה חוק מזונות חדש, שיחליף את הדין הדתי בדין אזרחי א-מגדרי, וכנהוג בעולם, המזונות ייקבעו לפי שיעור הכנסות ההורים ומידת טיפולם בילדים.¹⁵

לעומת זאת כתיבה פמיניסטית עסקה בסכנה שבהחלת מזונות א-מגדריים בשל פערים שקיימים בנושאים אחרים בין גברים לנשים, ובכלל זה סוגיית הגט, שוק העבודה וכדומה.¹⁶ אל מול גישה זו שקד והלר-כריש טוענים שאין הצדקה שמזונות הילדים ישנו את חלוקת הנטל שהייתה בין ההורים במהלך הזוגיות, ושיישום המודל ההסכמי ועקרון תום הלב (שנקבעו בפסיקה בנוגע לחלוקת רכוש ומזונות אישה) מביא לכך שעל מזונות הילדים לשקף את חלוקת הנטל הכלכלי בין שני ההורים כפי שהייתה לפני שנפרדו.¹⁷

מאמר זה אינו בוחן אם ראוי לבטל את החלת הדין הדתי במזונות ילדים (שאלה שאותה יש להפנות למחוקק), אלא מפנה לבית המשפט את השאלה כיצד יש ליישם את הדין הדתי בפסקי הדין. המאמר טוען שלוש טענות, שאם יתקבלו, יאפשרו לבתי המשפט להגיע לתוצאות ראויות יותר גם על פי הדין הקיים.

הטענה הראשונה, שתובא בפרק ב, היא ש"התפיסה המקובלת", שלפיה בדין הדתי חיוב המזונות חל רק על האב ואינו תלוי במצבו הכלכלי, אינה משקפת דין זה באותנטיות. בדין הדתי אי אפשר לחייב את האב במזונות ילדים שאינם מותרים בידיו משאבים מספיקים לצורכי עצמו. יתרה מזאת, החיוב במזונות חל לפי חלק מהפוסקים גם על האם אפילו בנוגע לילדים שהם מתחת לגיל 6, וודאי שהדברים נכונים כאשר הילדים הם מעל גיל 6. מכאן שלא זו בלבד שאין לחייב את האב ביותר מיכולתו הכלכלית, אלא שהדין הדתי מאפשר לחייב במזונות גם את האם לפי יכולתה הכלכלית.

הטענה השנייה, אותה נראה בפרק ג, היא שאף שנהוג לייחס לבית המשפט העליון את התפיסה המקובלת שעליה עמדנו, פסיקת העליון בנושא מבולבלת ואינה אחידה.

- 13 מיכאל ויגודה ואליעזר הללה "חיוב האם במזונות ילדים" (טרם פורסם).
- 14 מיכאל קוריןאלדי, "שוויון חובות ההורים בדיני מזונות ילדים", **דיני אישים, משפחה וירושה – בין דת למדינה** (מיכאל קוריןאלדי – עורך, 2004) 119; פנחס שיפמן, "משמורת ומזונות ילדים", **מעמד האשה בחברה ובמשפט** (פרנסס רדאי ואח' – עורכים, תשנ"ה) 534, בעמ' 542.
- 15 משרד המשפטים, **דוח הוועדה לבחינת נושא מזונות הילדים בישראל** (2012) (להלן: דוח **ועדת שיפמן**); רות זפרן, "קביעת מזונות ילדים בישראל – מהפך?", **הלשכה** 97 (תשע"ג) 19; יוגב וגלעדי (לעיל, הערה 5) בעמ' 15.
- 16 ראו להלן, הערה 320.
- 17 יהורם שקד וענת הלר-כריש "מזונות ילדים בראי מודל הסכמי" (פורסם בנבו, 2016).

הפסיקה אומנם קובעת שלאב יש חובה "אבסולוטית" לצרכים ההכרחיים של הילדים, אך קובעת גם שחיוב האב במזונות צריך להשאיר בידיו כסף לצרכיו. פעמים רבות היא קובעת שהאחריות הכלכלית חלה על שני ההורים. פרק ג יפריך את המיתוס בנוגע לפסיקת העליון ויעמוד על הפערים שבין מה שמיוחס לפסיקה זו לקביעות העמומות שבאמת נקבעו בפסקי דין אלה. פרק ד יבחן לראשונה את יישום פסיקת המזונות בערכאות הדיוניות ואת התוצאות הקשות של פסיקה זו ויראה את פירושן הבעייתי של הערכאות הדיוניות לפסיקת בית המשפט העליון וכיצד הן יוצרות נורמות אחרות לחלוטין שאינן מגובות בדין הדתי או בפסיקת בית המשפט העליון.

הטענה **השלישית**, עליה נעמוד בפרק ה של המאמר היא שפסיקת המזונות לפי התפיסה המקובלת פוגעת בזכויות יסוד ומנוגדת לעקרונות החוקתיים שמעוגנים בחוקי היסוד ובפסיקת בית המשפט העליון. מלבד פגיעתה הקשה בזכות לשוויון, היא פוגעת גם בזכות לקיום אנושי בכבוד, בזכות החוקתית לממש את ההורות בפועל ואף בחופש העיסוק ובזכות הקניין. לפיכך מרגע שמקבלים את אפשרות קיומן של שתי הפרשנויות לדין הדתי: זו המקובלת וזו המוצעת כאן, בתי המשפט נדרשים מבחינה חוקתית ליישם את הפרשנות המוצעת במסגרת מאמר זה.

על רקע דברים אלה המאמר יציע שקביעת המזונות תהיה כפופה ליכולת הכלכלית של ההורה (במובן זה שלא יהיה ניתן לחייב הורה בתשלום שיביא אותו למצוקה כלכלית), ואם להורים תהיה יכולת כלכלית, חישוב המזונות ייעשה לפי היחס ביכולת הכלכלית בין שני ההורים והוצאותיהם הישירות על גידול הילדים, ויראה כיצד גישה זו עולה בקנה אחד עם הדין הדתי.

א. רקע

הדין האישי (כלומר הדין הדתי של הצדדים) חל במזונות ילדים ובנושאים נוספים בדיני משפחה כשריד של שיטת המשפט העות'מאנית. כחלק מסובלנותה הדתית כלפי נתיניה החילה האימפריה העות'מאנית בדיני משפחה את הדין הדתי של בעלי הדין.¹⁸ המשפט המנדטורי אימץ קביעה זו,¹⁹ ובשנת 1959 קבעה הכנסת, משיקולי יציבות (משפטיים ופוליטיים) ואולי כחלק מאתוס המשפחה והתפיסה הפטריארכלית באותה תקופה, שהדין האישי ימשיך לחול בנוגע למזונות ילדים.²⁰ מצב זה נותר בתוקף עד היום ומחייב את הצדדים **אף בבתי המשפט האזרחיים**.

במקרה של יהודים מדובר במשפט העברי. דיני מזונות ילדים בהלכה נוצרו בתקופה שבה הייתה בין ההורים חלוקה מגדרית ברורה. אבות פרנסו את המשפחה, ואימהות

18 שרשבסקי (לעיל, הערה 6) בעמ' 2.

19 סעיף 47 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922.

20 סעיף 3 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות).

דאגו לבית ולטיפול בילדים. האב קיבל את כל הרכוש שנצבר במהלך הנישואין ברוב מקרי הגירושין והאם נותרה בחוסר כול. לכן באותה תקופה היה צורך להבטיח שהאם והילדים יוכלו להתקיים גם לאחר התפרקות התא המשפחתי.

לחולשה האינהרנטית של נשים בהלכה יש להוסיף את תלות האישה בגט ואת החשש מפני ניצול הגבר של כוחו בסוגיה זו כדי לסחוט ויתורים מהאישה. חוסר איזון זה בין גברים לנשים – ובכלל זה הפער הכלכלי והמקצועי בין המגדרים ודפוסי הורות שונים בין גברים לנשים – קיים במידה מסוימת גם היום. משום כך יש הטוענים שראוי להותיר את הדין הדתי במזונות ילדים (על חוסר האיזון שבו) עד שיימצא איזון גם בסוגיות האחרות.

במסגרת מאמר זה לא נוכל לדון במכלול סוגיות אלה. נעיר בקצרה שהגט הוא אכן סוגיה כאובה. בעשור האחרון חל שיפור ניכר בטיפול של בתי המשפט בנושא,²¹ ושיפור זה הביא לירידה ניכרת מאוד בהיקף השימוש לרעה בגט,²² ונקווה שיחס זה, ובעקבותיו צמצום התופעה, יימשכו. מובן שאין לאפשר לצד כלשהו להשיג יתרונות לא הוגנים באמצעות סחטנות. הטיפול בסרבנות גט צריך להיעשות בכלים המיועדים לטפל בבעיה זו, כגון פיצויים נזיקיים בגין סרבנות גט, הטלת סנקציות במקרים של סרבנות וכדומה.²³ אך חשוב להדגיש שסוגיית הגט אינה מצדיקה בעינינו עיוותים בתחום המזונות. בראש ובראשונה כיוון שכפי שנראה בהמשך, הדבר פוגע בילדים. יתרה מזאת, גם ארגוני הנשים מסכימים שברוב המקרים הגט ניתן ללא כל ויתורים מצד האישה,²⁴ ומכל

21 תמ"ש (משפחה י-ם) 19270/03 **כ.ש. נ' כ.פ.** (פורסם בנבו, 2004); תמ"ש (משפחה ר"ג) 24782/98 **נ.ש. נ' נ.י.** (פורסם בנבו, 2008); תמ"ש (משפחה י-ם) 44248-05-10 **כ.ש. נ' כ.ש.** (פורסם בנבו, 2011); רונן פרי ויחיאל קפלן, "על אחריותם בניזיקין של סרבני גט", **עיוני משפט** כח (תשס"ו-תש"ז) 773.

22 בתי הדין הרבניים, נתונים על החלטות בתי הדין הרבניים בין השנים 2012–2016 בנושאי סרבנות גט (2017) (להלן: בתי הדין הרבניים).

23 שלמה דיכובסקי, "צעדי אכיפה ממוניים כנגד סרבני גט", **תחומין** כו (תשס"ו) 173; שאר-ישוב כהן, "כפיית הגט בזמן הזה", **תחומין** יא (תש"ן) 195; רחל לבמור, "הסכמי קדם-נישואין למניעת סרבנות גט בישראל", **שנתון המשפט העברי** כג (תשס"ה) 127; יחיאל קפלן, "תביעות נזיקין בגין סרבנות גט בישראל לאור עקרונות המשפט העברי: מחילוקי דעות בין בית המשפט לבית הדין לפשרה המשכינה שלום", **משפחה במשפט** ו-ז (תשע"ג-תשע"ד) 263; אליאב שוחטמן, "הפקעת קידושין – דרך אפשרית לפתרון בעיית מעוכבות הגט?", **שנתון המשפט העברי** כ (תשנ"ה-תשנ"ו) 349; בנימין שמואלי, "פיצוי נזיקי למסורבות גט", **המשפט יב** (תשס"ז) 285.

24 פרוטוקול ישיבה מס' 89 של הוועדה לקידום מעמד האישה, הכנסת השש-עשרה (23.3.2005) בעמ' 3-4, 20, המתייחס לסקר שנערך עבור מרכז רקמן לקידום מעמד האישה, ושבנו נשאלו נשים שעברו הליכי גירושין אם במסגרת הליכים אלה העלה הבעל דרישה כלשהי החורגת מהזכויות המוקנות לו בחוק (כפי שהסבירו עורכות הסקר את החוק לנשאלות). ממצאי הסקר העלו שיותר ממחצית מהמשיבות טענו שהבעל לא העלה כל דרישה חריגה (וגם במקרים שבהם לטענת המשיבות הבעל העלה בשלב כלשהו דרישות כאלה ואחרות, אין בסקר ממצאים בנוגע למספר המקרים שהאישה נענתה לדרישות אלה).

מקום מזונות הילדים משפיעים שנים רבות לאחר מתן הגט וממשיכים לעצב את חייהם של כל הצדדים עד בגרותו של אחרון הילדים. הם משפיעים גם על קבוצה הולכת וגדלה של הורים שמעולם לא נישאו (כגון ידועים בציבור), ושמושם כך אינם צריכים להתגרש ואינם תלויים בגט.

הפער בין גברים לנשים שרלוונטי הרבה יותר לסוגיית המזונות הוא הפער הכלכלי. ברוב המשפחות האב מרוויח יותר מהאם. בהקשר זה ניסו וייצמן (Weitzman) ואחרים להציג את משק הבית של האם כחלש מבנית מזה של האב וטענו שלאחר הגירושין האם סובלת מירידה דרמטית ברמת החיים בעוד רמת החיים של האב עולה.²⁵ הצגה זו של הדברים הייתה מגמתית ולא מדויקת, ונמתחה עליה ביקורת קשה שהביאה את וייצמן עצמה להודות בטעותה,²⁶ אם כי בכל זאת קיימים פערים כלכליים בין גברים לנשים. ברוב המשפחות בישראל האב הוא המפרנס העיקרי, ובמקרים רבים קיימים פערי שכר ניכרים בין האב לאם. פערים אלה מתבטאים בין השאר בהפרש הניכר בין השכר הממוצע לגברים ולנשים.

אך מנתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה עולה שפער זה הצטמצם במהלך השנים, עד שכיום בכשליש מהזוגות במדינת ישראל האישה מרוויחה יותר מבן זוגה.²⁷ כפי שמצאו קפלן והרבסט, בקרב זוגות אלה שיעור הגירושין גבוה יותר.²⁸ לצד השינויים בהשתכרות, שינוי חשוב נוסף הוא חלוקת הרכוש במקרי פרידה או גירושין. אם בעבר קיבל הגבר את כל הרכוש שנצבר בנישואין, הדין כיום מחלק רכוש זה שווה בשווה בין בני הזוג.

כד בבד חלו, הן בחו"ל והן בארץ, שינויים רבים במבנה המשפחה ובהתייחסות אליה. שינויים אלה כללו עלייה חדה בשיעור הגירושין ובמספר המשפחות היחידניות. שינוי תפיסתי שהתרחש בתקופה זו הוא המעבר מתפיסה של זכויות ההורים לתפיסה הרואה בילד את המרכז ושמה דגש על חובות ההורים כלפיו ועל אחריותם של שני ההורים ועל זכות הילד לקשר משמעותי עם שני הוריו. שינויים אלה עולים מהאמנה בדבר זכויות הילד²⁹ ומדוחות רוטלוי,³⁰ שניט³¹ ושיפמן.³²

25 Lenore J. Weitzman, *The Divorce Revolution: The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America* (1985)

26 שחר ליפשיץ, "על נכסי עבר, על נכסי עתיד ועל הפילוסופיה של חזקת השיתוף", **משפטים** לד (תשס"ה) 627, בעמ' 728, בה"ש 354 והמקורות הרבים שמביא שם, ובכלל זה Lenore J. Weitzman, "The Economic Consequences of Divorce Are Still Unequal: Comment on Peterson", 61 *American Sociological Review* (1996) 537.

27 עיבוד מיוחד מתוך נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, **סקר הוצאות משק הבית 2010 – סיכומים כללים** (2012) (נמצא אצל המחבר).

28 Amit Kaplan & Anat Herbst, "Stratified Patterns of Divorce: Earnings, Education, and Gender", 32 *Demographic Research* (2015) 949, p. 961.

29 סעיף 9(3) לאמנה בדבר זכויות הילד, 1989 (כ"א 31, עמ' 205).

השינוי בתפיסת ההורות ובתפקיד האב הביא לשינוי דרמטי במידת המעורבות של האבות, ובכלל זה במעורבותם לאחר הגירושין. בשונה מאוד מההסדרים שהיו נהוגים לפני שנים לא רבות, כיום משמורת משותפת, או לכל הפחות זמני שהות הקרובים לשוויוניים, הם בררת המחדל.³³ כפי שהראיתי במחקר נפרד, סוגיית המשמורת היא שולית לסוגיה החשובה יותר של זמני השהות.³⁴ זמני השהות קובעים היכן נמצא הילד, ואילו המשמורת היא בעיקר תואר סמלי. גם במקרים שבהם רק אחד ההורים הוגדר משמורן אין בכך אינדיקציה שהורה זה נושא בטיפול בילדים הרבה יותר מההורה האחר.³⁵

המציאות בישראל ב-2016 מורכבת. במשפחות מסורתיות נשמרת החלוקה של אב מפרנס ואם שהטיפול בילדים הוא נחלתה הבלעדית, אך בחלקים גדלים והולכים באוכלוסייה חלוקת התפקידים המגדרית עוברת שינוי הן בנוגע לשותפות בפרנסת המשפחה והן בנוגע לטיפול בילדים.

על רקע זה ברור שיש לבחון מחדש את הדין של מזונות ילדים. חוסר ההלימה בין חלוקת הרכוש והאחריות הטיפולית בילדים (הקובעים את משאבי ההורים והוצאותיהם עבור הילדים) על פי הדין האזרחי הא-מגדרי, ויישום עיוור של הדין הדתי במזונות ילדים מביא לעיוותים שמיטיבים להסביר את האיסור הקיים בתורה מפני שעטנו וכלאיים.³⁶

ב. מזונות ילדים בדין הדתי

פרק זה יעמוד על הדעות השונות בהלכה בנוגע למזונות ילדים. כידוע, הדין הדתי טולרנטי לדעות הלכתיות שונות, ובמקרים רבים אין דעה הלכתית אחת מחייבת. אומנם יש

-
- 30 משרד המשפטים, הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה (2003).
- 31 משרד המשפטים, דין וחשבון הוועדה לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין (2010).
- 32 דוח ועדת שיפמן (לעיל, הערה 15).
- 33 תמ"ש (משפחה קר') 10440/07 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 2008); תמ"ש (משפחה קר') 17120/07 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 2010); תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 7856-02-10 ש.א. נ' ס.א. (פורסם בנבו, 2012).
- 34 יואב מזא"ה, "משמורת ילדים: מושג מהותי או כותרת חלולה?", מחקרי משפט כח (תשע"ג) 207.
- 35 שם, בעמ' 222–225. לדיון נוסף בנושא ראו: יואב מזא"ה וגיא מירון, "מאבקי ההורות והמשמורת בישראל, השיח הפמיניסטי וגבולות השוויון המגדרי", תרבות דמוקרטית 16 (תשע"ה) 81, בעמ' 125–131.
- 36 ויקרא, יט 19; דברים, כב 11.

פוסקים הלכתיים חשובים כמו הרמב"ם והשולחן ערוך, אך גם עמדתם אינה מחייבת חיוב מוחלט, ולא פעם יש פוסקים רבים שחולקים עליהם. יתרה מזו, גם כאשר דמות הלכתית דומיננטית, כגון השולחן ערוך, פוסקת בעניין כלשהו, מתפתח במקרים רבים דיון בין הפרשנים כיצד יש לפרש את פסיקת השולחן ערוך או כיצד ליישם את פסיקתו למקרה קונקרטי. על רקע ריבוי הדעות המובנה במסגרת ההלכה, המשפט העברי קובע שבמקרה שקיימת יותר מדעה הלכתית אחת, רשאי הנתבע להשתמש בטענת "קיים לי"³⁷, המאפשרת לו להסתמך על דעות בהלכה שמטיבות עימו ולדרוש שדינו ייקבע לפי דעות אלה.³⁸

נראה שבמזונות ילדים החיובים במסגרת הדין הדתי נחלקים לשני סוגים עקרוניים: חיובים שהם חלק מחובת הבעל במזונות האישה וחיובים עצמאיים של ההורה כלפי ילדיו. את החיובים השונים נציג לפי עוצמת החיוב שלהם: הפרק יתחיל בסקירת חובת הבעל במזונות האישה עצמה; משם נבחן את החיוב במזונות ילדים כחלק מחובת הבעל במזונות אשתו; לבסוף נעמוד על מזונות ילדים כחובה עצמאית של ההורה שאינה תלויה בחובות ההורה כלפי בן או בת זוגו.

הפרק יראה כי שלא ככתפיסה המקובלת בפסיקה, בדין הדתי החיוב במזונות ילדים תלוי במשאבים הכלכליים של ההורה. חיוב מזונות אינו יכול להביא את ההורה שמשלם אותם לידי מצוקה כלכלית. כמו כן נראה שלפי חלק גדול מהדעות בהלכה, חיוב המזונות חל גם על האם, לכל הפחות לאחר גיל 6, ולפי חלק מהדעות גם לפני גיל זה.

1. רקע: החיוב במזונות אישה

סוג המזונות הראשון, שממנו נגזרים סוגי המזונות האחרים, הוא החיוב במזונות אישה. מהציווי בתורה ש"שארה כסותה ועונתה לא יגרע"³⁹, למדו חז"ל שעל הבעל לספק את צורכי אשתו במהלך הנישואין.⁴⁰ זהו חיוב עוצמתי, מכמה טעמים: ראשית, לפי חלק מהדעות זהו חיוב דאורייתא (כלומר חיוב הכתוב בתורה וככזה בעל רמת חיוב גבוהה);

37 הטרימינולוגיה ההלכתית היא שה"מוחזק", כלומר מי שהכסף או הנכס השנוי במחלוקת נמצא ברשותו, רשאי להעלות את טענת "קיים לי". גם בית הדין רשאי להעלות את טענת "קיים לי" לטובת ה"מוחזק". ראו: זאב פרבר "חלוקת נטל מזונות ילדים בין הורים פרודים" (פורסם בנבו) בעמ' 25.

38 לדיון בסוגיית "קיים לי", ראו: ע"א 63/69 יוסף נ' סלאמה-יוסף, פ"ד כג(1) 804 (1969); ד"ן 23/69 יוסף נ' יוסף, פ"ד כד(1) 79 (1970); חנינה בן-מנחם, "טענת 'קיים לי': המקור ההסטורי והמשפטי", דיני ישראל ג (תשל"ב) 89; יצחק אנגלרד, "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי (חלק שלישי – המשך)", משפטים ו (תשל"ה-תשל"ו) 5, בעמ' 17. לעמדתו החולקת של השופט גרינברגר, הגורס שטענת "קיים לי" אינה קבילה בבתי המשפט, מהיותה פרוצדורלית, ראו: תמ"ש (משפחה י-ם) 2480/04 ב.ס. נ' ג.מ. (פורסם בנבו, 2006); שיבר (לעיל, הערה 8) בעמ' 234-235.

39 שמות, כא 10 (אם כי הפסוק מתייחס לאמה עבריייה).

40 בבלי, כתובות מז, ע"ב; משנה תורה, אישות, יב, ב; ארבעה טורים, אבן העזר, סימן ס סעיף ט.

שנית, בשעת החתונה הבעל מתחייב בכך במסגרת הכתובה, ולכן לפי חלק מהדעות, חיוב זה גובר על חיובים שייווצרו מאוחר יותר.⁴¹ ביטוי לעוצמת החיוב הוא שהוא **אבסולוטי** במובן זה שהבעל חייב במזונות אשתו גם אם היא אמידה ובעלת נכסים. יתרה מזו, הבעל אינו מחויב לספק לאשתו רק צרכים בסיסיים אלא צריך להעניק לה יותר ככל שהוא מסוגל לכך. לכן אם במהלך הנישואין חל שיפור במצבו הכלכלי, האישה זכאית שרמת החיים שהוא מספק לה תעלה בהתאם (מה שמכונה "עולה עמו").⁴² אך היקף המזונות שבהם חייב הבעל תלוי ביכולתו הכלכלית.⁴³ צורכי האישה אינם קודמים לצורכי הבעל, והאישה אינה זכאית לדרוש מזונות שיגרמו לו להיכנס למצוקה כלכלית.⁴⁴ כפי שקבע בעניין זה ר' יהושע פלק, מגדולי הפוסקים במאה השש־עשרה, הבעל אינו מחויב לתת לאישה מזונות יותר מיכולתו הכלכלית "מפני שהתורה לא חייבתו ליתן לה מזונות אלא כשיש לו, ואז תאכל היא עמו ותהא כגופו, מה שאין כן זה שאין לו".⁴⁵

דין נוסף שמבטא את עוצמת החיוב במזונות אישה הוא שאם הבעל אינו עובד, ניתן לחייבו לעבד את שדהו כדי שיהיו בידיו משאבים לצרכיה של אשתו (לכל הפחות לצרכיה ההכרחיים).⁴⁶ אך כאשר לצורך תשלום המזונות הבעל צריך לעבוד כשכיר (וייתכן שבעבודות שנחשבו באותו זמן לפחות מכובדות מחקלאות) נחלקו הדעות ההלכתיות אם ניתן לחייבו לעבוד בעבודות אלה, או שחירויות הפרט של הבעל, ובכלל זה הזכות שלא לעבוד בעבודה שאינה לטעמו, גוברות על חובתו למזונותיה.⁴⁷

2. מזונות ילדים כחלק ממזונות אישה – צרכים הכרחיים עד גיל 6

חיוב הבעל במזונות אשתו כולל גם את הסוג הראשון של החיוב במזונות הילדים, המתייחס לצורכיהם ההכרחיים עד גיל 6. חיוב זה קיים רק אם הבעל חייב במזונות האם. גישה זו עולה מהגמרא.⁴⁸ כפי שהסביר רבינו ניסים (הר"ן), שהיה מגדולי הפוסקים

41 שלמה דיכובסקי, "מזונות הבנים – תקנת חכמים מיוחדת בידי צדקה", תחומין טז (תשנ"ו) 87, בעמ' 88.
 42 בבלי, כתובות מח, ע"א.
 43 בית שמואל, אבן העזר, סימן ע סעיף ג; וחלקת מחוקק, שם; שו"ת חת"ם סופר, חלק ג, אבן העזר א, סימן קלא.
 44 פרישה, חושן משפט, סימן צז.
 45 סמ"ע, חושן משפט, סימן צז ס"ק נז.
 46 דין זה נובע מהתחייבות הבעל בכתובה: "אנא אפלו ואוקיר ואכלכל".
 47 בית יוסף, אבן העזר, סימן ע סעיפים א–ג; רמ"א, אבן העזר, סימן ע סעיף ג. מנגד, ראו את דעת רבינו תם המובאת בתוספות, כתובות סג, ע"א, ד"ה "באומר"; פרישה, חושן משפט, סימן צז; חשוקי חמד, כתובות קיב, ע"ב, שהביא בשם הגר"א ש"דעת רוב הפוסקים כרבינו תם"; וכן שו"ת בנימין זאב, סימן נ.
 48 בבלי, כתובות סה, ע"ב.

במאה הארבע-עשרה, אם האב לא יזון את הילדים, תיאלץ האם לתת לילדים ממזונותיה, והיא עצמה תישאר ללא מזון.

אומנם שרשבסקי ואחרים הבינו שלדעת הר"ן החיוב היחיד במזונות ילדים הוא זה הנובע ממזונות האם ומכך הסיקו שדעת הר"ן לא התקבלה להלכה,⁴⁹ אולם כפי שנראה להלן, גם לדעת הר"ן קיימים חיובים משלימים שמתווספים לחיוב הבסיסי של מזונות הילדים מכוח מזונות האם.⁵⁰ עיון בספרות ההלכתית מלמד שעמדתו של הר"ן התקבלה על ידי שורה ארוכה של פוסקי הלכה חשובים.⁵¹ לדוגמה, ר' משה פיינשטיין, שהיה מגדולי הפוסקים במאה הקודמת בארצות הברית, פסק לפי דעת הר"ן, בקובעו שאת דעת הר"ן קיבלו אף רש"י, הרא"ש בשם המהר"ם מרוטנבורג והרמב"ם.⁵²

העובדה שמזונות אלה הם חלק ממזונות האם היא חשובה. ראינו לדוגמה שהבעל חייב במזונות אשתו גם היא בעלת נכסים. לפיכך המהר"ם מרוטנבורג (גדול הפוסקים במאה השלוש-עשרה) פוסק שהאב חייב במזונות הילדים כפי שהוא חייב במזונות האם (כלומר, גם אם לילדים יש נכסים). פסיקת המהר"ם התקבלה על ידי פוסקים רבים, ובהם הרא"ש,⁵³ הטור⁵⁴ והשולחן ערוך, הקובע בהלכות כתובות (העוסקות במזונות אישה) כי "חייב אדם לזון בניו ובנותיו עד שיהיו בני שש, אפילו יש להם נכסים שנפלו להם מבית אבי אמם".⁵⁵

עם זאת החיוב הנגזר במזונות הילדים אינו שווה במעמדו לחיוב הראשי – במזונות האם עצמה. אחד ההבדלים בין סוגי מזונות אלה בא לידי ביטוי בנוגע לחובת המזונות לאחר מותו של האב. אף שהבעל חייב במזונות אשתו ובנותיו לאחר מותו, מזונות האישה קודמים למזונות הבנות. משום שמזונות הבנים מוסדרים באמצעות דיני ירושה, הם באים אחר כך, ורק אם נשאר מספיק בעיזבון לאחר מזונות האישה והבנות. וכך כותב הרמב"ם בעניין:

49 שרשבסקי (לעיל, הערה 6) בעמ' 378; עניין ב.ס. נ' נ.מ. (לעיל, הערה 38) פסקאות 43–48.
50 שאוה (לעיל, הערה 5) בעמ' 320–325; שמואל ברוך ורנר, "בחובות האב לזון את בניו", התורה והמדינה ה-10 (תשי"ג–תשי"ד) קסח.
51 משנה תורה, אישות, יב, יד ואת המשנה למלך, שם, שהסביר שדעת הרמב"ם היא כדעת הר"ן, כלומר שמזונות הילדים הם חלק ממזונות האם. עמדה זו מובאת גם בב"ח, אבן בעזר, סימן עא סעיף א ובסעיף ארעא דרבנן (מערכת מ' ס' תו) וכן בשו"ת מהר"ם אלשיך, סימן לח; שו"ת דברי מלכיאל, חלק ה, סימן קסה; ורנר (לעיל, הערה 50) בעמ' קעא, קעד. לדעה אחרת בנוגע לרמב"ם ראו: אבני מילואים, אבן העזר, סימן עא ס"ק א.
52 אגרות משה, אבן העזר, פרק א, סימן קו.
53 הרא"ש, כתובות, פרק ד, סעיף יד.
54 ארבעה טורים, אבן העזר, סימן עא.
55 שולחן ערוך, אבן העזר, סימן עא סעיף א.

הניח אלמנה וכת ממנה או מאשה אחרת ואין בנכסים כדי שיזונו שתיהן
האלמנה ניזונת והבת תשאל על הפתחים, וכן אני אומר שמזונות הבת
קודמין לירושת הבן.⁵⁶

וכך אם נכסיו של האב אינם מספיקים למזונות אשתו, בנותיו ובניו – מזונות האישה
קודמים למזונות הילדים, והילדים יחזרו על הפתחים.

ראינו גם שבנוגע למזונות האישה הבעל אינו מחויב רק לצרכיה ההכרחיים אלא צריך
להעלות את סכום המזונות ככל שיכולתו מאפשרת. אך במזונות הילדים, גם אם האב
עשיר הוא מחויב לתת לילדיו רק את צורכיהם הבסיסיים. כפי שכתוב בשולחן ערוך
בהקשר זה, "אינו נותן להם כפי עשרו, אלא כפי צרכן בלבד".⁵⁷ אומנם על בסיס צדקה
ניתן לחייב אב עשיר במזונות מורחבים לפי יכולתו, אך כפי שיוסבר להלן, חיוב הצדקה
שונה מהותית מהחיוב הנדון כאן.

צרכים הכרחיים מוגדרים בהלכה הגדרה אובייקטיבית ומינימליסטית מאוד.⁵⁸ נוסף
על מזון הם כוללים שלושה רכיבים: כסות (ביגוד), כלי תשמיש (מיטה, כיסא, סכ"ם
וצלחות) ומדור (דיוור).⁵⁹ בכל אחד מרכיבים אלה החיוב הוא ברמה הבסיסית ביותר.⁶⁰
עבור המזון נקבע בפסיקה ההלכתית כי מדובר ב"מזונות כל דהוא", במובן זה שהילדים
לא יצאו רעבים מסעודתם.⁶¹ אם כי יש הגורסים שסטנדרטים אלה צריכים לשקף את רוח
התקופה,⁶² ובמונחים מודרניים היה מי שהציע שמדובר ברמת חיים של העשירון
התחתון.⁶³ אומנם שרשבסקי היה בעמדה שצרכים אלה הם סובייקטיביים ולכן הצרכים

56 שם, הלכה י"ז; משנה תורה, אישות, יט, כא. השוו שולחן ערוך, אבן העזר, קיב, הלכות
יא-יב.

57 שולחן ערוך, אבן העזר, סימן עג סעיף ו בחלקת מחוקק ובבית שמואל, וכן שו"ת
הרשב"ש, סעיף תק"ב; שו"ת ריב"ם שטיינוד, חושן משפט, סימן יד; משנה תורה, אישות,
יג; ודעת המגיד משנה, שם, הלכה ו (לעניין כסות שהוא הדין למזונות).

58 ראו בעניין זה: גם אצל הרמב"ם, משנה תורה, אישות, יג, הדין במזונות אישה ואשר אגב כך
קובע בהלכה ו: "ולא האישה בלבד, אלא בניו ובנותיו הקטנים בני שש או פחות – חייב
ליתן להם כסות המספקת להם, וכלי תשמיש ומדור לשכון בו. ואינו נותן להם לפי עשרו
אלא כפי צרכן בלבד". וכן ראו: בית שמואל, אבן העזר, סימן ע סעיף ו.

59 שולחן ערוך, אבן העזר, סימן עג סעיף ו; משנה תורה, אישות, יג, ו.

60 עבור המדור של האם עצמה נקבע כי הבעל מחויב לספק לה דיוור של ארבע אמות על ארבע
אמות (כ"ד מ"ר) עם שירותים בחצר. בנוגע לילדים ראינו שחבות האב נמוכה אף יותר.
ראו: שולחן ערוך, אבן העזר, סימן עג סעיף ב. משנה תורה, אישות, יג, ג. גם בנוגע לכסות
וכלי תשמיש האב מחויב בצמצום רב ובדווקנות. ראו: הר"י קאפח כב, ב; פד"ר ט 259
"שאינו חייב אלא כדי צרכם בדקדוק".

61 החלקת מחוקק, אבן העזר, סימן עא, שדן בדעת הרא"ש שכתב שניתן להסתפק ב"מזונות
כל דהוא" ובדיון בחינא וחסדא, חלק ג, דף מה.

62 משפטיך ליעקב, חלק ב, סימן מד(ה).

63 עניין ב.ס. נ' נ.מ. (לעיל, הערה 38) פסקה 29; תמ"ש (משפחה י-ם) 3640/10 א.ב. נ' צ.ב.,
פסקאות 102-104 (פורסם בנבו, 2012); תמ"ש (משפחה י-ם) 21412-09-11 ס.ש. נ' מ.ש.,

ההכרחיים של ילדים בעשירון העליון שונים מאלה של ילדים בעשירון התחתון, ⁶⁴ אולם דעה זו נוגדת להבנתנו את הקבוע בעניין בשולחן ערוך ובפוסקים, ⁶⁵ והיא אף לא התקבלה בפסיקה הישראלית. ⁶⁶

היבט חשוב נוסף שבו קיים הבדל בין החיוב במזונות אישה לחיוב הנגזר במזונות הילדים הוא שלא כמזונות אישה, **עבור מזונות הילדים אי אפשר לחייב את האב לצאת לעבוד כלל.** ⁶⁷ עמד על כך התוספות יום-טוב, מגדולי חכמי אשכנז במאה השבע-עשרה, שקבע שחיוב הבעל לצאת לעבוד עבור מזונות האישה נובע מהתחייבותו בכך במסגרת הכתובה, "אבל [עבור מזונות ילדים] ודאי אינו חייב להשכיר עצמו כפועל לפרנסם. אפילו לסברת ר' אליה שכתב שם בטור דבאשה [שעבור צורכי האישה] חייב [הבעל להשכיר עצמו כפועל] דהתם [כיוון שבנוגע למזונות אישה] היינו טעמא דמספר כתובה נלמד [חובת הבעל נובעת מהתחייבותו בכתובה] 'אנא אפלח' וכו' [מה שאין כן בנוגע למזונות הילדים]." ⁶⁸

בספר "משא יד" נאמר שמזונות אישה הם חוב בדרגת חיוב גבוהה במיוחד (עד שניתן אפילו לחייב את הבעל לצאת לעבוד), ואילו מזונות ילדים הם חוב בדרגת חיוב נמוכה יותר ונחשב חוב רגיל, שבענייני חלים הכללים ההלכתיים של הגנת בעל חוב ("מסדרין לבעל חוב"). בגין חובות אלה אי אפשר לחייב אדם לצאת לעבוד ולא ניתן לגבות חוב זה באופן שיתיר את החייב ללא משאבים לעצמו:

ולפי זה אף דכתב הר"מ "כשם" וכו', אין הכוונה דבתקנת מזונות הבנים הוי כחיוב מזונות אשתו, דודאי איכא חילוק [יש הבדל] גדול בזה [בין מזונות אשה למזונות ילדים], דמזונות אשתו הוי מחיובי האישות ומשום הכי [כך] באין לו לזון סבירא ליה להר"מ דיוציא וכו"ל, וכמו כן לישראל רבינו אליהו "חייב להשכיר עצמו", אמנם [אכן] נראה דבאין לו [כשאיין לאב משאבים] למזונות בניו לא אמרינן דיוציא או דישכיר עצמו [אין לחייב את האב לעבוד כפועל] כיון דזה לא חייב מחיוב האישות והוי כמו כל בעל חוב [כיוון שהחיוב למזונות הילדים הוא בדומה לחוב רגיל, שעבורו לא ניתן לחייב את בעל החוב לצאת לעבוד], ואכן כבר הבאנו

פסקאות 18-20 (פורסם בנבו, 2013); תמ"ש (משפחה נצ') 35921-05-13 ש.ל.ג. נ' מ.ג., פסקה 25 (פורסם בנבו, 2015).

64 שרשבסקי (לעיל, הערה 6) שם.

65 ראו לעיל, הערה 59.

66 ע"א 591/81 פורטוגו נ' פורטוגו, פ"ד לו(3) 449, בעמ' 461 (1982); תמ"ש (משפחה נצ') 55615-10-12 ע.ב. נ' ש.ב., פסקאות 31-34 (פורסם בנבו, 2013).

67 שו"ת שופריה דיעקב, חלק א, סימן ס; שו"ת תשובות והנהגות, כרך ה, סימן רעט.

68 תוספות יום טוב, כתובות ד, ו.

לעיל דהתוספות יום טוב כתב דעל מזונות בניו אין חייב להשכיר עצמו
וכמו שכתבנו.⁶⁹

העמדה ההלכתית בעניין זה מעוררת קשיים. ניתן להבין את הגישה שמזונות הילדים צריכים לשקף את רמת החיים של הוריהם, אך קשה להצדיק את הגישה שאב הבוחר שלא לעבוד פטור ממזונות ילדיו (אפילו לצורכיהם ההכרחיים מתחת לגיל 6). גישה זו אינה מתיישבת עם התפיסה המודרנית שלהורים יש מחויבות כלפי ילדיהם. היא מעודדת אנשים שלא לדרווח על מלוא הכנסותיהם וכן להימנע מלמצות את כושר השתכרותם, ובכך להטיל על ההורה האחר או על החברה את הדאגה לצורכי ילדיהם. מכל מקום, מזונות ילדים כחלק ממזונות האם הם חלק מחובות הבעל כלפי אשתו. האב חייב בהם רק אם וכאשר הוא חייב במזונות האם. אך החיוב במזונות הילד קל מזה של מזונות האישה במובנים שונים: האב מחויב במזונות רק עד לסף נמוך מאוד של צרכים הכרחיים, ולא יותר מכך; אי אפשר לחייב את האב לעבוד לצורך תשלום מזונות לילדים, ועוד. מזונות האישה מצויים אפוא גבוה במדרג לעומת מזונות הילדים הנגזרים מהם.

3. מזונות ילדים כחיוב עצמאי

בעיה מרכזית בחיוב האב לזון את הילדים כחלק ממזונות האם היא שחיוב זה תקף רק אם האב מחויב במזונות האם. במקרים רבים האם אינה זכאית למזונותיה, כגון שזינתה, עשתה מעשה כיעור, הודיעה לבעלה ש"איני ניזונת ואיני עושה" וכדומה. יתרה מזו, גם כשאישה זכאית למזונותיה, זכות זו פוקעת כשבני הזוג מתגרשים. בכל המקרים האלה האב אינו חייב במזונות הילדים.⁷⁰

לשם כך יצרה ההלכה נדבכים נוספים של חיובים במזונות ילדים שהם "עצמאיים" (כלומר נובעים מקשר ההורות ולא ממערכת היחסים שבין האב לאם) ונועדו להעניק רשת ביטחון לילדים שאינם זכאים למזונות כחלק ממזונות אימם (או עבור צרכים שאינם מכוסים כחלק ממזונות האם). במסגרת דיון זה נעמוד על שלושה סוגים של חיובים עצמאיים במזונות ילדים: תקנת אושא, תקנת הרבנות הראשית וחיוב מזונות על בסיס חיוב הצדקה הכללי.

כפי שנראה בסעיף 3(ג) להלן, נקודת המוצא להתפתחות ההלכתית הייתה חובת צדקה. חובה זו אינה לתמוך ספציפית באדם כלשהו אלא חובה כללית לתת צדקה לנזקקים, המשאירה במידה רבה לנותן הצדקה את שיקול הדעת למי הוא ייתן. קיימות

69 שו"ת משא יד, חלק ב, מה. כך נפסק גם בפד"ר ב 92.
70 אגרות משה, אבן העזר, פרק א, סימן קו; ורנר (לעיל, הערה 50) בעמ' קעא, קעד; אבני מילואים, אבן העזר, סימן עא ס"ק א; משנה למלך, אישות, פרק יב, הלכה יד; שו"ת דברי מלכיאל, חלק ה, סימן קסה.

הלכות נוספות בנוגע לחובת הצדקה, ובהן הכלל שרק אדם שיש לו יכולת כלכלית מחויב לתת צדקה; מגבלה מרבית של 20% מהכנסתו של הנותן; שאלות בדבר יכולת האכיפה של הקהילה כלפי אדם שמסרב לתת צדקה ועוד.

בסוף תקופת בית שני, כשהמצב החברתי-כלכלי בארץ ישראל היה קשה מאוד, החיוב הכללי בצדקה כבר לא היה מענה ראוי לצורכי הילדים.⁷¹ ילדים, ואף פעוטות, נותרו רעבים. במקרים שבהם האב היה מחויב במזונות אשתו, היה ניתן לחייב את האב במזונות הילדים עד גיל 6. אך כשהאב היה פטור ממזונות האם, חובתו היחידה כלפי ילדיו הייתה החיוב הכללי בצדקה, חיוב משפטי חלקי וחלש. על רקע זה נוצר צורך ליצור חיוב עצמאי נוסף במזונות ילדים, ושרמת חיובו תהיה גבוהה מחיוב הצדקה הכללי.

(א) תקנת אושא – צרכים הכרחיים עד גיל 6

החיוב המוגבר במזונות נקבע בסנהדרין (שישבה באותה תקופה באושא) באמצעות "תקנת אושא". תקנה זו קבעה שבמקרים שבהם האב פטור ממזונות הילדים מכוח מזונות האם, הוא יחויב **בצרכים ההכרחיים של הילדים עד גיל 6**, מכוח התקנה.⁷² אומנם בגמרא קיים דיון אם תקנת אושא חלה עד גיל מצוות (גיל 12 לבנות ו-13 לבנים), אך נפסק שהתקנה חלה רק עד גיל 6.⁷³

חובת המזונות שנוצרה בתקנת אושא היא חובה עצמאית, ובכך היא שונה מהותית מחובת המזונות כחלק ממזונות האם. על העובדה שתקנת אושא חלשה יותר ניתן ללמוד מכך שהיא נועדה לשמש רשת ביטחון למקרים שבהם האב אינו חייב במזונות כחלק ממזונות האם (ואינה מוסיפה דבר במקרים שבהם הילדים זכאים למזונותיהם כחלק ממזונות האם).

יתרה מזו, במגוון היבטים היא חלשה מחיוב המזונות כחלק ממזונות האם. לדוגמה, היא אינה מקנה זכות למזונות לאחר מותו של האב.⁷⁴ אינדיקציות נוספות לחולשתה היחסית של תקנת אושא הן מחלוקות שקיימות בנוגע לתקנת אושא (בשאלות שלא עמדו

71 בזק (לעיל, הערה 9) בעמ' 359; גילת (לעיל, הערה 10) בעמ' 359; מנשה שאוה, "מזונות ילדים קטינים במשפט העברי ובמשפט הפוזיטיבי (חלק שני)", **עיוני משפט** ז (תשל"ט-תש"ס) 583, בעמ' 598.

72 ורנר (לעיל, הערה 50) בעמ' קסט-קע; גילת (לעיל, הערה 10) בעמ' 513; פרבר (לעיל, הערה 11, בעמ' 277); שאוה (לעיל, הערה 5) בעמ' 319-323. והמקורות הרבים שמביא לעניין זה. אם כי אצל שאוה, שם, בעמ' 317-318, מובאת גם דעה שחיוב זה אינו נובע מתקנת אושא.

73 רש"י, כתובות, מ"ט, ב, ד"ה "תא שמע"; שו"ת מהר"ם לובלין, סימן עט; ורנר (לעיל, הערה 50) בעמ' קע; שאוה (לעיל, הערה 5) בעמ' 333; בזק (לעיל, הערה 9) בעמ' 364; גילת (לעיל, הערה 10) בעמ' 513.

74 שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קיב סעיף ה; בית שמואל וחלקת מחוקק, אבן העזר, סימן עא.

על הפרק בנוגע לחובת המזונות מכוח מזונות האם). ראינו לדוגמה שהאב חייב במזונות ילדים מכוח מזונות האם גם אם לילדים יש נכסים. אך סוגיה זו שנויה במחלוקת כשהחייב הוא על פי תקנת אושא. אומנם יש הסבורים שהאב חייב במזונות על פי תקנת אושא גם במקרים אלה,⁷⁵ אך אחרים קובעים שתקנת אושא פוטרת את האב ממזונות ילדיו אם יש בבעלותם נכסים. כך לדוגמה פוסק הרשב"א, שהיה מגדולי הראשונים: "וכשהוא [הבן] קטן קטנים, כופין אותו [את האב לזון את הבן] בבית דין לפי שאין לו [לבן משאבים כלכליים], ו[הבן] אינו יכול להשתדל כלל. אבל כל שיש לו [לבן משאבים כלכליים], למה יתחייב האב לזונו?"⁷⁶ בכמה מקומות היו שניסו לטעון שדעת הרשב"א התקבלה רק בנוגע למזונות שלאחרי גיל 6,⁷⁷ אולם עיון בספרות ההלכתית מלמד שפוסקים רבים קיבלו בעניין זה את דעת הרשב"א וקבעו אף הם שגם מתחת לגיל 6 האב אינו חייב במזונות הילדים אם לילדים יש משאבים כלכליים.⁷⁸

יתרה מזו, בנוגע לתקנת אושא קיים בהלכה ויכוח בדבר טיב החיוב ומעמדו, כאשר חלק מהפוסקים סבורים שמדובר בחיוב מן הדין, אך אחרים סבורים שהוא חיוב צדקה בלבד.⁷⁹ עמדה זו נקטו לדוגמה ר' ישמעאל הכהן (מחבר ה"זרע אמת", מגדולי רבני צפון איטליה במאה השמונה-עשרה),⁸⁰ ר' אפרים נבון (מחבר "מחנה אפרים", מגדולי הפוסקים בארץ ישראל במאות השבע-עשרה והשמונה-עשרה)⁸¹ והחת"ם סופר (מגדולי הפוסקים במאות השמונה-עשרה והתשע-עשרה). כפי שקבע החת"ם סופר, כשהאב אינו חייב במזונות האם, "כל חיוב המזונות לבנו הוא בתורת צדקה",⁸² ובמקום אחר הוא כותב שחובת האב במזונות "אינו חיוב ממון אלא צדקה בעלמא".⁸³

75 ארבעה טורים ושולחן ערוך, אבן העזר, סימן ע"א.
 76 שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שצא.
 77 זרח ורפטיג, "תקנות הרבנות הראשית", תחומין טו (תשנ"ה) 81, בעמ' 102; ערעור תשי"ח/152 תשי"ט/13, פד"ר א 172 (להלן: עניין פד"ר א 172); ערעור (גדול) תשי"ט/44 א. נ"ב, פד"ר ד 7 (להלן: עניין פד"ר ד 7).
 78 שו"ת דברי מלכיאל, חלק ה, סימן קסה; ורנר (לעיל, הערה 50); תיק (אזורי ת"א) 7011/כ"ז א. נ"ב, פד"ר ז 136 (1967) בעמ' 148-149 (להלן: עניין פד"ר ז 136).
 79 דיכובסקי (לעיל, הערה 41) בעמ' 95.
 80 שו"ת זרע אמת, חלק ב, יורה דעה, סימן קח, דף ק"כ.
 81 מחנה אפרים, צדקה, סימן א. ראו כי הוא מתייחס באחידות לכל הגילים עד גיל מצוות, ובמיוחד שמסביר את ההבדל בין דעת הר"ן לדעות האחרות, וכידוע הר"ן עסק בחיוב שעד גיל 6.
 82 שו"ת חת"ם סופר, אבן העזר א, חלק ג, סימן קלג(ד).
 83 שם, אבן העזר ב, חלק ד, סימן קס; ורנר (לעיל, הערה 50) בעמ' קע: "מתוך דברינו מתבאר דתקנת אושא היתה ... [כ] שאין חיוב על האם לזונם גם לפני שש, כגון שאינו חייב במזונות אמם, שהם יהיו נגררים אחריה, אז שוב יתחייב מדין צדקה. באופן שתקנת אושא היתה שבזמן שאינם נגררים אחרי אמם חיוב המזונות, תיקנו הם שיוזנם מדין צדקה. ... דעיקר חיוב המזונות עד שש אינה מתקנת אושא. אלא רק בגונא שאינו חייב במזונות אמם אז חל עליו תקנת אושא מדין צדקה, ודין צדקה זה שוה לפני שש כלאחרי שש".

על פי עמדתם של המחנה אפרים והחת"ם סופר, השוני בין חובת הצדקה הכללית לתקנת אושא הוא שתקנת אושא הטילה על האב חובה קונקרטי לזון את הילדים, ובמקרים שבהם בית הדין קבע שעל האב לשלם את המזונות ניתן לאכוף חיוב זה. הזרע אמת מסכים שתקנת אושא יצרה חיוב קונקרטי על האב לזון את ילדיו, אך סבור שגם לאחר תקנת אושא אי אפשר לאכוף חיוב זה (אלא אם האב עשיר ממש). מה שמוסכם על פוסקים אלה הוא שתקנת אושא חיזקה במידה מסוימת את החיוב במזונות עבור ילדים שמתחת לגיל 6, אך גם על פי תקנת אושא החיוב נותר במהותו חיוב צדקה.⁸⁴

הנה כי כן, מטרתה של תקנת אושא הייתה לשמש רשת ביטחון למקרים שבהם האב אינו חייב במזונות הילדים כחלק ממזונות האם, מתוך ההבנה שילדים שזכאים למזונות מכוח מזונות האם יעדיפו לקבל את מזונותיהם על פי חיוב חזק זה, ולא על פי החיוב המוחלש יותר של תקנת אושא.

לא בכדי סוגיות שלא עמדו כלל לדיון בנוגע למזונות ילדים כחלק ממזונות האם, שנויות במחלוקת בנוגע לתקנת אושא. דוגמאות לכך הן המחלוקות אם האב חייב במזונות על פי אושא כשלילד יש נכסים, ואם החיוב על פי אושא הוא צדקה. להבנת, העובדה שקיימות מחלוקות בנושאים אלה מלמדת על החולשה של תקנת אושא בהשוואה למזונות ילדים כחלק ממזונות האם (וזאת גם לפי הגישות שפוסקות לחומרא בשאלות אלה).

ממילא תקנת אושא גם מוגבלת עד לסף של הצרכים ההכרחיים, ואף שהדבר לא נדון ספציפית, מהעובדה שהיא חלשה ממזונות מכוח מזונות האם ברור לדעתי שגם תקנת אושא כפופה להכנסתו של האב בפועל (ולא להכנסתו הפוטנציאלית).⁸⁵

(ב) תקנת הרבנות הראשית – צרכים הכרחיים עד גיל 15 (ואולי אף גיל 18)

עד שנת 1944 היו ילדים זכאים למזונות רק עד גיל 6 (אם כחלק ממזונות האם ואם מכוח תקנת אושא), ומגיל זה חלה חובת הצדקה הכללית בלבד. אולם בשנת 1944 החליטה הרבנות הראשית לתקן בעניין תקנה. כיוון שבתקופת המנדט הבריטי חל הדין האישי על ענייני המעמד האישי, ובכלל זה על מזונות ילדים, יכלו בתי הדין הדתיים באותה תקופה לחייב אבות במזונות ילדים לפי הקבוע בדין האישי. לפיכך במקרים שהדין הדתי אפשר זאת, ובכפוף לנסיבות, חויבו האבות במזונות ילדיהם גם לאחר גיל 6 על פי חובת הצדקה.

אך משבאה האם לאכוף את פסק הדין בבית המשפט המנדטורי, טען האב שהחיוב לאחר גיל 6 הוא חיוב צדקה, ולכן אי אפשר לחייבו במזונות אלה. השופטים הבריטים תרגמו את המונח "צדקה" ל-charity, ועל פי זה קבעו שמדובר בתשלום נדבה וולונטרי

84 עניין פד"ר ז 136 (לעיל, הערה 78); שו"ת משפטי שלמה, סימן כו: "בדין חיוב האב במזונות ילדיו אם יש בזה גזילה".

85 כך נקבע לדוגמה, בפד"ר ב 92.

שאי אפשר לכפותו.⁸⁶ הם לא הבינו את מורכבות המושג ההלכתי של חיוב צדקה אכף שלפיו במקרים מסוימים ניתן לאכוף אותו. הפרשנות הבעייתית של בתי המשפט המנדטוריים למונח ההלכתי של "צדקה" הטרידה מאוד את הרבנות הראשית, גוף שהקים הממשל הבריטי שימש נציגות של הקהילה היהודית בפני השלטונות הבריטיים. ברבנות הראשית החליטו אפוא לתקן תקנה שתביא לכך שבתי המשפט המנדטוריים יאכפו את החלטות בתי הדין הדתיים גם בנוגע לחיוב מזונות שהוא לאחר גיל 6. וכך קובעת התקנה:

כשם שמאז ומעולם עד היום הזה היה כח בית־דין של ישראל יפה לחייב את האב בחיוב משפטי גמור, ולכופו בממונו ובכל הכפיות האפשריות החוקיות לפרנס את בניו ואת בנותיו עד הגיל של שש שנים, כך **יהא** מעתה ואילך **כחם יפה** לחייבו בחיוב משפטי גמור, ולכופו בממונו ובכל הכפיות האפשריות החוקיות לפרנס את בניו ואת בנותיו עד הגיל של חמש־עשרה שנה.⁸⁷

בשנים שלאחר תיקון התקנה התפתח דיון על משמעותה. גישה אחת העולה מפסקי הדין הרבניים מתעלמת מהתקנה ולמעשה אינה מכירה בה.⁸⁸ גישה שנייה היא שתקנת הרבנות הראשית העלתה את רמת החיוב מחיוב צדקה לחיוב מכוח תקנה עצמאית.⁸⁹ לפי דעה זו, החיוב על פי תקנת הרבנות הראשית אינו חיוב צדקה אלא חיוב בעל מעמד מחייב יותר. כך קבע בית הדין הרבני הגדול בשנת 1959:

מוטעת היא ההנחה כאילו תקנת הרבנות הנ"ל מבוססת על החיוב המוסרי של צדקה גרידא. לפי האמת אין הדבר כן, אלא התקנה בעצמה יוצרת

86 מנשה שאוה, **הדין האישי בישראל** (מהדורה רביעית, תשס"א) בעמ' 277; עניין פורטוגו (לעיל, הערה 66) בעמ' 459.

87 תקנת הרבנות הראשית תש"ד (ההדגשות שלי – י"מ). יש לציין כי מהקשרים רבים בתקנה עולה כי התקנה התייחסה למצב שבו האב מחויב במזונות אישה. לדוגמה, מצוין בתקנה כי "אירעו מקרים שהאב התאכזר מרוע לב בכדי להכריח את אשתו לקבל ממנו גט, ובתי המשפט הממשלתיים פטרו אותו על היסוד שהילדים היו למעלה משש". כלומר, מדובר בשלב שלפני הגירושין, כאשר הבעל עודו מחויב במזונות אישה. כמו כן יש התייחסות נרחבת בתקנה לאפשרות של שינוי תנאי הכתובה, וכך החיוב לזון את הילדים יהיה עד גיל 15. גם בהקשר זה החיוב בכתובה מתייחס לחיובי הבעל כלפי אשתו כל עוד היא אשתו, וכאשר הוא חייב כלפיה במזונותיה. ראו: שם, בעמ' 448–449.

88 אליאש בן ציון, "החקיקה הרבנית בפסיקה הרבנית – התעלמות ושברה", **דיני ישראל** – יא (תשמ"א–תשמ"ג) קעז, בעמ' קפז; דיכובסקי (לעיל, הערה 41) בעמ' 97; זרח ורהפטיג, "למקורות החובה למזונות ילדים", **תחומין** א 255 (תש"ם) 270; פד"ר א 63; פד"ר א 119–118; תיק (אזורי ת"א) 226/תשי"ד, פד"ר א 146; פד"ר ב 298; תיק תשכ"ד/1115 א. נ' ב., פד"ר ה 333; פד"ר ו 225, בעמ' 247; עניין פד"ר ז 136 (לעיל, הערה 78).

חובה משפטית עצמאית גמורה, שהיא איננה נובעת מדיני צדקה כלל ואיננה מוגבלת, איפוא, ע"י ההקף המצומצם של דיני צדקה.⁹⁰

ברור אפוא שעל פי גישה זו החיוב על פי תקנת הרבנות הראשית אינו חיוב צדקה במובן המוסרי. אולם על פי גישה זו לא ברור מהם ההבדלים בין חיוב זה לחיוב אכיף של צדקה. כך לדוגמה, תומכי גישה זו מסכימים שהתקנה אינה חלה במקרים שבהם לילדים יש נכסים משל עצמם.⁹¹

קיסטר כותב שהנפקא מינא בין חיוב מזונות מצדקה לחיוב מזונות מתקנה היא זכות העמידה של מבקש המזונות (זכות שקיימת במקרה של תקנה ואינה קיימת במקרי צדקה גרידא), אך לבד מזאת אין נפקא מינא בין השניים (למעט עניינים דתיים פרוצדורליים כדרישה לשבועה בבית הדין הרבני וכדומה).⁹² גישה זו, שאינה רואה הבדל מהותי בין חיוב צדקה לחיוב על פי תקנה, עולה גם מפסיקתו של הרב הראשי לשעבר הרב שלמה גורן, שקבע כי "מזונות ילדים... למעלה מגיל שש, תוקפם הוא מכוח צדקה או תקנה בלבד, כאמור באבן העזר סי' ע"א סעיף א".⁹³

נראה שבמסגרת הפסיקה ההלכתית, העמדה השלישית שהתקבלה על ידי רוב הפוסקים היא שהחיוב בצרכים ההכרחיים מעל גיל 6 נותר חיוב מדין צדקה, ותקנת הרבנות הראשית רק העניקה יכולת אכיפה לחיוב הצדקה עד גיל 15.⁹⁴ לעמדה זו הצטרף גם שרשבסקי בספרו.⁹⁵ אכן, פסיקות הלכתיות רבות קבעו שתקנת הרבנות הראשית היא חיוב צדקה. הרב שאול ישראלי, מי שהיה דיין בית הדין הרבני הגדול ומבכירי רבני הציונות הדתית, פסק כי "במקרה דנן, שהילד כבר למעלה משש, אין החיוב מכוח התקנה אלא מדין צדקה בלבד".⁹⁶ הרב מרדכי אליהו, לשעבר הרב הראשי, פסק כי "הבת הגדולה חיובו במזונותיה הוא מדין צדקה".⁹⁷ כך פסקו גם הרב יוסף שלום אלישיב⁹⁸

90 תיק (גדול) 1/15/707 א. נ' ב.; ערעור (גדול) 138/תשיט א. נ' ב., פד"ר ג 299 (לא פורסם), אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לא"י עמוד קמח, בעמ' קנ (ההדגשה שלי – י"מ).

91 כך לדוגמה אפילו ורהפטיג, המייצג את הגישה המחמירה יותר, מסכים ש"לגבי בני הגילים 6-15 קבלו את דעת הרשב"א, שאם הם מובטחים בפרנסתם אין לחייב את האב במזונות" ורהפטיג (לעיל, הערה 77); עניין פד"ר א 172 (לעיל, הערה 77); עניין פד"ר ד 7 (לעיל, הערה 77).

92 יצחק קיסטר, "דיני צדקה בשימושם במשפט בישראל", הפרקליט כד (תשכ"ז) 168, בעמ' 174.

93 ערעור (גדול), פד"ר י 261 (לא פורסם).

94 ראו להלן, הערה 107.

95 שרשבסקי (לעיל, הערה 6) בעמ' 379, שם הוא קובע כי מגיל 6 החיוב במזונות ילדים הוא מדין צדקה.

96 ערעור (גדול) תשלג/39, פד"ר ט 251, בעמ' 263 (לא פורסם) (להלן: עניין פד"ר ט 251).

97 פד"ר ט 354, 352 (לא פורסם).

98 ערעור תשי"ח/152, פד"ר ג 170 (לא פורסם); עניין פד"ר ד 7 (לעיל, הערה 77).

והרב עובדיה יוסף,⁹⁹ הנחשבים במידה רבה לשני גדולי הפוסקים בעת האחרונה, הרב עובדיה הדאיה, רב בעל שם ולשעבר דיין בבית הדין הרבני הגדול,¹⁰⁰ ורבנים חשובים נוספים.¹⁰¹ העולה מדבריהם הוא שמבחינה מהותית, החיוב בצרכים ההכרחיים בין הגילים 6 ו-15 נותר חיוב צדקה גם לאחר תקנת הרבנות הראשית. אולם התקנה העניקה כוח מחייב לבית הדין הרבני, ולכן **אם** לאחר בדיקת נסיבות המקרה יחליט בית הדין שהאב חייב במזונות הילדים, יהיה לפסק דינו של בית הדין תוקף הניתן לאכיפה.

על רקע דברים אלה דעתו של הרב קרליץ בשו"ת משפטי שלמה היא שמשום שתקנת אושא ותקנת הרבנות הראשית הן חיובי צדקה, הרי שמשעת הגירושין חיובי המזונות בכל גיל (וגם לצרכים ההכרחיים) הם צדקה. מכך מסיק הרב קרליץ שיש מניעה לחייב אב אמיד לספק מזונות גבוהים רק משום שמצבו הכלכלי איתן: "ומה שכתב כבוד תורתו [השואל ששלח את השאלה] שבת"הדין בארץ ישראל נוהגין לחייב את האב כפי עשרו, הנה לפי דעתי הוא חשש גזילה ואין ראייה ממה שיש בתי דין כאלה שמחייבים. ויש עוד דברים שבת"הדין פוסקים ... ולדעתי זה גזילה גמורה".¹⁰²

עמדה זו נתמכת גם ברקע שהביא לתיקון התקנה. להבנתנו, מטרת התקנה לא הייתה לשנות את ההיקף המהותי של החיוב על פי הדין האישי כפי שהייתה – להפוך את החיוב שהיה קיים על פי דיני צדקה לכזה שייאכף בבתי המשפט המנדטוריים. לפיכך קבעה התקנה שלבתי הדין הדתיים יש כוח, במקרה שיראו לנכון, לאכוף את פסקי דינם גם עד גיל 15.

נקודה נוספת שיש לעמוד עליה היא שכפי שראינו, גם לפני תקנת הרבנות הראשית וגם מתחת לגיל 6, היה החיוב תלוי במשאבי האב (ולפי חלק מהדעות גם במשאבי הילדים עצמם).¹⁰³ התקנה נוקטת את הביטוי "חיוב משפטי גמור" הן כלפי חיוב שהיה בעבר מתחת לגיל 6 והן כלפי החיוב מעל גיל זה לאחר התקנה. אך משמעותו של ביטוי זה אינה שהאב חייב במזונות ללא קשר ליכולתו, אלא **שאם** – על בסיס כל הנסיבות – החליט בית הדין שניתן לחייב אב במזונות ילדו שמתחת לגיל 6, כי אז לבתי"הדין "היה כח ... לחייב את האב בחיוב משפטי גמור" ובר אכיפה, ובעקבות התקנה לבתי הדין הדתיים תהיה **סמכות** דומה ("**יהא** מעתה ואילך **כחם יפה**") גם בנוגע לצרכים ההכרחיים של הילדים עד גיל 15.

בשנת 1976 נעשה ניסיון נוסף לתקן תקנה נוספת מטעם הרבנות הראשית ולהאריך את חיוב המזונות מדין צדקה עבור הצרכים ההכרחיים של הילדים עד גיל 18. אולם תקנה זו לא נתקבלה.¹⁰⁴ בשנת 1980 נעשה ניסיון נוסף להעביר תקנה זו, ויש הטוענים

99 שו"ת יביע אומר, חלק ח, אבן העזר, סימן כב.

100 שו"ת ישכיל עבדי, חלק ו, אבן העזר, סימן כח.

101 תיק 226/תשי"ד **הבעל א. נ' האשה ב.**, פד"ר א 145; פד"ר ב 92.

102 שו"ת משפטי שלמה, סימן כו, בעמ' קכו.

103 שו"ת דברי מלכיאל, חלק ה, סימן קסה; ראו לעיל, הערות 80–84.

104 ערעור (גדול) 109/מא, פד"ר יז 311 (לא פורסם); גילת (לעיל, הערה 10) בעמ' 524.

שבמועד זה התקבלה התקנה השנייה.¹⁰⁵ אולם בעניין זה כתב הרב דיכובסקי ש"למעשה רובם של בתי הדין הרבניים, אינם מחייבים מזונות מעבר לגיל חמש עשרה, ולא רואים את התקנה האחרונה כתקיפה, למרות שאין ספק בחיוניותה במציאות של ימינו".¹⁰⁶ הגישה שסבורה שתקנת הרבנות הראשית השנייה התקבלה קיבלה לאחרונה חיזוק בהחלטה שפרסמה מועצת הרבנות הראשית.¹⁰⁷

בהחלטה זו התייחסה מועצת הרבנות הראשית לתקנה משנת 1980 כבעלת תוקף והוסיפה כי בנוגע לתקנת הרבנות הראשית משנת תש"ד (1944) קבעו "רוב הפוסקים" שמדובר בחיוב מדין צדקה, אך אחרים סברו שמדובר בתקנה. לפיכך נמנעה מועצת הרבנות הראשית להכריע בשאלה זו, אך קבעה שעל פי שתי הדעות, בקביעת חיוב המזונות יש להתחשב גם בהכנסות האם.

(ג) חיוב צדקה – החל בכל גיל ועל כל סוגי הצרכים

מלבד חיובי המזונות הספציפיים, הכלי ההלכתי השיוורי שניתן להשתמש בו לחיוב במזונות ילדים הוא החיוב הכללי בצדקה. חיוב הצדקה מבוסס על היכולת הכלכלית של התורם ועל המצוקה שאליה נקלע האדם שזקוק לתרומה. ראינו שבשונה מהתפיסה המקובלת שצדקה היא תשלום וולונטרי לחלוטין, ההלכה מתייחסת לצדקה כאל חיוב שניתן לאכוף אותו.¹⁰⁸ אנשים בעלי יכולת כלכלית מחויבים במקרים מסוימים להירתם לתמיכה בנזקקים, ובסיטואציות מסוימות ציווי זה הוא אכיף.

עם זאת לחיוב הצדקה הכללי כמה מגבלות. המגבלה הראשונה נוגעת למצבו הכלכלי של הנותן. החיוב בצדקה חל רק על מי שיש לו יכולת כלכלית לכך. אסור לאדם לתת צדקה אם הוא עצמו נתון במצוקה כלכלית או אם מתן הצדקה יביא אותו לכך שלא יהיו לו משאבים מספיקים לצורכי עצמו.¹⁰⁹ מלבד זאת קיימת מגבלה של מתן צדקה עד 20% מהכנסתו של הנותן ולא למעלה מזה.¹¹⁰

מגבלה נוספת נוגעת לזכות התביעה של מבקש הצדקה. חובת הצדקה הכללית היא חובתם של אנשים בעלי אמצעים לתרום לנזקקים. חובה זו היא החובה לתת. היא אינה מטילה על הנותן חובה קונקרטית כלפי נזקק ספציפי, ולכן לנזקק אין זכות תביעה שהנותן ייתן לו צדקה, כי לנותן יש שיקול דעת לאיזה נזקק הוא בוחר להעניק. אומנם

105 קוריאנאדי (לעיל, הערה 14) בעמ' 341.

106 דיכובסקי (לעיל, הערה 41) בעמ' 98.

107 החלטה של מועצת הרבנות הראשית, "חיוב האב במזונות ילדיו" (30.11.2015).

108 משנה תורה, מתנות עניים, ז, י; שלמה דיכובסקי, "צדקה כחיוב משפטי", תורה שבעל פה לא (תש"ן) קטז; קיסטר (לעיל, הערה 92) בעמ' 169.

109 ארבעה טורים, יורה דעה, סימן רנ"א, וכן רמ"א, יורה דעה, סימן רנ"א סעיף ג, דברים אלה כפופים לכך שלפי חלק מהפוסקים, לענין יש חובה לתת צדקה סמלית (שליש שקל בשנה); משנה תורה, מתנות עניים, ז, ה, וכן ערוך השולחן, יורה דעה, סימן רמח סעיף ג.

110 שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רמ"ט, וכן הרמ"א שם.

קיים כלל שקרוביו של נזקק קודמים לציבור הרחב בצורך לתמוך בו, אך עניין זה נוגע במידה רבה למערכת היחסים שבין הקהילה לקרובי העני, ולא בהכרח למערכת היחסים שבין העני לקרובי משפחתו.

מצוות הצדקה אינה תלויה מגדר, והיא חלה בשווה על גברים ועל נשים.¹¹¹ מצוות שדורשות ביצוע של פעולה בזמן ספציפי מכונות בהלכה "מצוות עשה שהזמן גרמן", והן חלות על גברים בלבד. אך משום שאת מצוות הצדקה אין צורך לבצע בזמן ספציפי, אין בעניינה כל הבדל בין נשים לגברים. כך עולה בין השאר מ"ספר החינוך" (שנכתב כפי הנראה בסוף המאה השלוש-עשרה, והוא אחד המקורות המוסמכים להגדרת המצוות), הקובע שמצוות הצדקה חלה הן על גברים והן על נשים.¹¹²

משום שחיוב הצדקה חל בראש ובראשונה על קרוביו של האדם הנזקק, הוריו של אדם הם הראשונים שמחויבים לתמוך בו כלכלית, במיוחד אם הוא קטין.¹¹³ על כן, כפי שראינו, חובת הצדקה היא הכלי השיורי לחיוב ההורים במזונות במקרים שבהם אין חיוב מזונות בדרגה גבוהה יותר (או עבור צרכים שאינם מכוסים במסגרת חיובי המזונות האחרים).

אך האם החיוב במזונות מכוח חובת צדקה חל שווה בשווה על שני ההורים? חובת הצדקה, כפי שראינו, חלה רק על אלה שיש להם יכולת כלכלית. מבחינה היסטורית, גברים היו ברוב המקרים המפרנסים היחידים, ועל פי ההלכה הם גם שקיבלו את מלוא הרכוש בשעת הגירושין. ממילא על פי מבחן היכולת הכלכלית, רק הם היו חייבים בצדקה, ולפיכך הדיונים ההלכתיים שעסקו במזונות ילדים מדין צדקה התייחסו לחובת האב.¹¹⁴

נוצר אפוא פער בין דיני צדקה, החלים שווה בשווה על גברים ועל נשים, לכתיבה ההלכתית שעוסקת במזונות ילדים מדין צדקה, שמתייחסת לחובת האב במזונות אלה (וההתייחסות בה לחובת הנשים היא שולית ובמקרים רבים עוסקת במקרי קיצוץ).¹¹⁵ במציאות שבה גברים היו המפרנסים היחידים ובעלי הרכוש, כמעט שלא היה צורך לדון אם חובת המזונות מדין צדקה חלה על נשים, משום שבשל מצבן הכלכלי היה הרוב המכריע של הנשים פטור מחובת הצדקה.¹¹⁶

אולם עם שינוי המציאות החברתית והעלייה במספר המקרים שבהם גם לאם יכולת כלכלית, עלתה השאלה אם מזונות ילדים מכוח דיני צדקה חלים כמו כל חיובי הצדקה

111 אם כי לדיון בנוגע לעצמאות הכלכלית של נשים באותו זמן ולהשפעה של זה על יכולתן וכשירותן לתת צדקה; שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רמח סעיף ד.

112 ספר החינוך, מצווה תעט.

113 שרשבסקי (לעיל, הערה 6) בעמ' 383–384; דיכובסקי (לעיל, הערה 41) בעמ' 94; שאוה (לעיל, הערה 71) בעמ' 601–602; קיסטר (לעיל, הערה 92) בעמ' 170.

114 בבלי, כתובות מט, ע"א; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן ע"א.

115 בני אהובה, אישות, פרק כא, הלכה טז; בית מאיר, אבן העזר, סימן פ"ה ס"ק ה.

116 השו"ע, משנה תורה, ממרים, ו, ו.

שווה בשווה על שני ההורים (לפי מצבם הכלכלי), או שחובה זו חלה על כל אחד מההורים במידה אחרת. גישה אחת היא שאומנם חיוב הצדקה חל שווה בשווה על גברים ועל נשים, אך בנוגע לחיוב צדקה כלפי הילדים חובתו של האב קודמת, ולאם יש חובה רק במקרים שבהם לאב אין יכולת לשאת בצורכי הילדים בעצמו.¹¹⁷ בגישה זו תמכו לדוגמה שרשבסקי וקורין אלדי.¹¹⁸

גישה אחרת היא שחובת המזונות מדין צדקה חלה שווה בשווה על שני ההורים. על פי גישה זו, העובדה שהכתיבה ההלכתית מתייחסת לחובת האב מבטאת את המציאות באותה תקופה, שבה ברוב המכריע של המקרים היה האב בעל ההון ויכולת ההכנסה, ואילו האם הייתה מוחלשת מבחינה כלכלית.¹¹⁹ אך חיוב המזונות מכוח צדקה, ככל חיובי צדקה, אינו מגדירי וחל על האם ועל האב באותה במידה. דוגמה לגישה זו עולה מדברי הרמ"ך (ר' משה הכהן מלוניל, מגדולי חכמי פרובנס במאה האחת-עשרה), שהתנגד לפרשנות שחובת המזונות חלה במובחן על האבות, אפילו מתחת לגיל 6:

תמה הוא זה אם האב חייב לזון את בניו עד בן שש, האם אמאי [מדוע] אינה חייבת לזון את בניה כיון שהן קטני קטנים ומה הפרש יש בין אב לאם? ואמאי [מדוע האם] לא תזונם עד שיהיו בני שש? ואמאי [מדוע היא] יכולה להשליכם על הקהל? ואם היא עשירה אמאי [מדוע] לא יכופו אותה [לזון את הילדים] אפילו היו יותר מבני שש? וצריך עיון.¹²⁰

ברוח זו, בשו"ת "משפטי שמואל" נפסק: "ש[כאשר חובת] מזונותיהם [של הילדים] מוטלת על האב רק משום צדקה [כי] כמו שהאב חייב בצדקה כך האם מצווה על כך, והם שווים זכויות וחובות בכך".¹²¹ כך גם בספר "משפטיך ליעקב" נקבע ש"בחוב [מזונות מכת] צדקה שוה האשה לאיש. שאף שקיימא לך [מקובל בדין] שאין מקבלין מן הנשים [הנשואות] צדקה אלא דבר מועט [כיוון שרכושן הוא בחזקת בעליהן], מכל מקום בידוע ש[אם] לאשה יש ממון מיוחד שאין לבעלה רשות בהם, או באשה גרושה, ודאי שחובה שוה לאיש".¹²²

117 מעשה רוקח, אישות, פרק כא, הלכה יח.
118 שרשבסקי (לעיל, הערה 6) בעמ' 372; קורין אלדי (לעיל, הערה 14). לגישה דומה ראו: עמ"ש (מחוזי מר') 50603-01-14 ל.ר. ג' ד.ר., פסקה 12 ואילך (פורסם בבנו, 6.1.2015), אם כי כשביית המשפט הגיע ליישום הדברים הוא חייב את האם בצדקה בהיקף של 50% אף שלאב היו משאבים.
119 שו"ת משנה הלכות, חלק יז, סימן סח; פתחי תשובה, אבן העזר, סימן פב סעיף ג.
120 הגהות הרמ"ך, אישות, פרק כא, הלכה יח (ההדגשה שלי – י"מ).
121 משפטי שמואל, סימן יא, בעמ' צה. יצוין כי לדידו, תקנת אושא חלה עד גיל מצוות, ולכן חובת הצדקה מתחילה מגיל זה.
122 משפטיך ליעקב, חלק ב, סימן מד(ה).

לדעה שחיוב מזונות הילדים מדין צדקה חל שווה בשווה על האב ועל האם הצטרפו גם המלומדים פרופ' שאוה המנוח,¹²³ ויבדל"א פרופ' בזק,¹²⁴ פרופ' גיל ת¹²⁵ ואחרים.¹²⁶ נסיים דיון זה בדבריו של הרב שאול ישראלי שכתב:

כשזה מדין צדקה יש לברר את אפשרויותיה של האם, שכן גם האשה מחוייבת מדין צדקה. ובמקרה שגם היא אמידה יש לדון על חלוקה נאותה של חיוב זה מדין צדקה שעל האב והאם כאחד.¹²⁷

שאלות נוספות בהקשר של מזונות מדין צדקה הן אלה: אם בהיבטים אחרים חלים הדינים הרגילים של דיני צדקה, או שבחלק מהסוגיות חלים דינים ייחודיים לחובת צדקה זו; אם מידת האכיפה שניתן לנקוט במזונות אלה שווה לחיוב צדקה רגיל, או שקיימת אכיפות יתר בנוגע למזונות; אם במזונות אלה חלה המגבלה שאין לתת יותר מ-20% מההכנסות של הנותן; אם בדומה לדיני צדקה הרגילים, לילדים אין זכות תביעה כלפי הוריהם. בשאלות אלה אין תמיד הכרעה ברורה, אך לא מן הנמנע שהדין שונה בסוגיות אלה מהדין החל על צדקה שאינה קשורה למזונות.¹²⁸ מה שברור הוא שמזונות הצדקה כפופים ליכולתו הכלכלית של ההורה. יתרה מזו, כשחיוב המזונות הוא מכוח צדקה, הוא אינו בהכרח גובר על חיובי צדקה אחרים שבהם חייב ההורה. כפי שפסק בעניין זה ר' יעקב בן אשר (בעל הטורים, מגדולי הפוסקים במאות השלוש-עשרה והארבע-עשרה) בהסתמכו על דברי ר' סעדיה גאון:

כתב הגאון רבי סעדיה: חייב אדם להקדים פרנסתו לכל אדם, ואינו חייב לתת צדקה עד שיהיה לו פרנסתו שנאמר "וחי אחיך עמך", חייך קודמין לחיי אחיך. וכן אמרה הצרפית לאליהו "ועשיתי לי ולבני תחילה", לי ואחר כך לבני, והודה לה אליהו ואמר לה "לך ולבנך תעשה באחרונה". ואחר שיפרנס נפשו, יקדים פרנסת אביו ואמו לפרנסת בניו, ואחר כך פרנסת בניו.¹²⁹

דברים אלו נכתבו על כל חיובי הצדקה לילדים, מבלי להתייחס לגילם. על בסיס דברים אלה קבע הרמ"א (ר' משה איסרליש, גדול פוסקי אשכנז במאה השש-עשרה):

123 שאוה (לעיל, הערה 71) בעמ' 586.
 124 בזק (לעיל, הערה 9) בעמ' 358, 362-363.
 125 גילת (לעיל, הערה 10) בעמ' 550.
 126 שיבר (לעיל, הערה 8) בעמ' 230, 235.
 127 עניין פד"ר ט 251 (לעיל, הערה 96) (ההדגשה שלי – י"מ); פד"ר ט 334.
 128 דיכובסקי (לעיל, הערה 41) בעמ' 94-96.
 129 ארבעה טורים, יורה דעה, סימן רנא.

פרנסת עצמו קודמת לכל אדם. ואינו חייב לתת צדקה עד שיהיה לו פרנסתו. ואחר כך, יקדים פרנסת אביו ואמו, אם הם עניים. והם קודמים לפרנסת בניו. ואחר כך בניו, והם קודמים לאחיו, והם קודמים לשאר קרוביו.¹³⁰

המצב מורכב יותר בנוגע לחיוב המזונות על פי תקנת אושא ותקנת הרבנות הראשית. ראינו שלשיטת הזרע אמת, המחנה אפרים, החת"ם סופר ופוסקים נוספים,¹³¹ החיוב של תקנת אושא הוא חיוב צדקה. דעה זו קיימת אף ביתר שאת בנוגע לתקנת הרבנות הראשית.¹³² עם זאת תקנות אלה נועדו לשדרג את חיוב הצדקה שהיה קיים קודם, ולכן גם אם הן מבוססות על דיני צדקה, הן מהוות מעמד ביניים של חיוב צדקה מוגבר, השונה במובנים רבים מהחיוב הכללי בצדקה.

כך לדוגמה בחיוב הצדקה הכללי לתורם יש שיקול דעת למי להעניק, אך בחיוב הצדקה על פי תקנות אלה קיים חיוב ספציפי לתת את הצדקה לילדים ולכן לילדים יש זכות תביעה לצדקה מהוריהם.¹³³ בעקבות זאת חיוב מזונות הילדים לפי תקנות אלה גובר כפי הנראה גם על החובה של אדם לתמוך כלכלית בהוריו. ברור גם שהמגבלה שלא לתת יותר מ-20% מהכנסתו של הנותן אינה חלה בנוגע לתקנת אושא ותקנת הרבנות הראשית.¹³⁴ הברדל חשוב נוסף נוגע לאכיפות של החיובים, ולפי רוב הפוסקים, תקנות אושא והרבנות ראשית ניתנות לאכיפה מיטבית, יותר ממידת האכיפה של חובת הצדקה הכללית.¹³⁵

4. צורכי האב (והמיתוס של "חיוב אבסולוטי")

השאלה האחרונה שנבחן בפרק זה היא אם על פי הדין הדתי חיובי המזונות השונים כפופים ליכולתו הכלכלית של ההורה.

התפיסה המקובלת בפסיקת בתי המשפט ובספרות היא שלפי הדין הדתי החיוב בצרכים ההכרחיים של הילדים עד גיל 15 מוטל על האב, והוא אבסולוטי במובן שהוא אינו תלוי ביכולתו הכלכלית ומחייב אותו גם אם יביאו אותו למצוקה כלכלית קשה. תפיסה זו מתבססת במידה רבה על שני מקורות הלכתיים שנבחן עתה.

הראשון הוא פירוש הרמב"ם למשנה במסכת כתובות, שם נכתב: "וזה שהאדם חייב במזונות בניו עד שישלמו שש שנים, ירצה או לא ירצה, וכופין אותו על זה בין שהוא

130 רמ"א, יורה דעה, סימן רנא סעיף ג; שמואל ברוך ורנר, "דין קדימה במזונות הורים ובנים", **התורה והמדינה** ז-ח (תשט"ו) קלב, בעמ' קלב.

131 ראו לעיל, הערות 80-84.

132 ראו לעיל, הערות 96-102.

133 רמ"א, יורה דעה, סעיף רמט, א; ורנר (לעיל, הערה 130) בעמ' קלו.

134 שו"ת שאילת יעבץ, חלק א, סימן ג.

135 ראו לעיל, הערה 128.

עשיר או עני.¹³⁶ על בסיס זה היו שטענו שחובת האב בצרכים ההכרחיים של ילדים עד גיל 6 אינה תלויה במצבו הכלכלי של האב (חובה שלכאורה תקנת הרבנות הראשית האריכה עד גיל 15).

אולם את הדברים כתב הרמב"ם בצעירותו כפירוש למשנה ולא כטקסט בעל תוקף הלכתי. במשנה תורה, שאותו כתב כקודיפיקציה הלכתית מחייבת, הדברים ברורים פחות. בחיבור זה מתייחס הרמב"ם קונקרטי להיקף החובה של בעל עני במזונות האישה,¹³⁷ אך בנוגע למזונות ילדים כותב הרמב"ם בצורה עמומה, שהאב "אינו נותן להם לפי עשרו אלא כפי צרכן בלבד".¹³⁸ דברים אלה ניתן לפרש כמחילים חובה גם על אב עני, אך הדברים אינם מפורשים או חד-משמעיים.

יתרה מזו, צריך להיזהר מיישום שגוי של המושג "עני". משמעות מילים בימינו עשויה להיות שונה מזו שהייתה להן לפני 800 שנה. הדברים נכונים במיוחד בנוגע למונח "עני", שמשמעותו היא תלוית זמן והקשר, ובמידה רבה שרירותית ויחסית. לדוגמה, לצורך הקביעה מי הוא עני, לעניין הזכאות להטבות הסוציאליות של לקט, שכחה, פאה ומעשר עני (חלק מהיכול שבעל השדה חייב להשאיר לעניים), נקבע בהלכה ש"עני" הוא מי שאין לו כסף לצרכיו השונים לשנים-עשר החודשים הבאים.¹³⁹ מוסיפים הטור והשולחן ערוך שדין זה היה נכון בעבר, כאשר פעם בשנה היה העני יכול ליטול מעשר עני. אבל כיום (כלומר בימיהם) עלה הסף להגדרת עני והוא כולל את כל מי שאין לו נכסים שמניבים רווח המספק לצרכיו.¹⁴⁰

בדומה לזה, בהלכות מתנות עניים דן הרמב"ם בשאלה אם עני זכאי לקבל תרומות לפני שמכר נכסים שבבעלותו:

עני שצריך [תמיכה כלכלית] ויש לו [בית ו]חצר וכלי בית, אפילו היו לו כלי כסף וכלי זהב, אין מחייבין אותו למכור את ביתו ואת כלי תשמישו אלא מותר [לו] ליקח [תרומות]. ומצוה ליתן לו [תמיכה]. במה דברים אמורים? בכלי [כסף וכלי זהב ל-] אכילה ושתייה ומלבוש ומצעות וכיוצא בהן. אבל אם היו [לו] כלי כסף וכלי זהב [להכנת האוכל] כגון מגרדת או

136 פירוש המשנה לרמב"ם, כתובות ד, ו; עניין פורטוגז (לעיל, הערה 66) בעמ' 456.

137 משנה תורה, אישות, יב, יא, ושם, יג, ה. וראו שם את מגדל עוז, שמתייחס לעני בהקשר זה כפי שהוא מוגדר בהלכות מתנות עניים; ראו להלן, הערה 141.

138 שם, יב, ו.

139 ארבעה טורים, יורה דעה, סימן רנג.

140 שם, "אבל האידנא, שאין כל זה [יכולת לקבל מעשר עני וכו'], יכול ליטול עד שיהיה לו קרן כדי להתפרנס מן הריוח"; השולחן ערוך, שם, ב.

עלי וכיוצא בהן, מוכרן ולוקח פחות מהן [כלומר, עליו למכור את כלי הכסף והזהב כדי שיהיה עליו לקבל פחות תרומות].¹⁴¹

"עני", על פי הגדרת הרמב"ם, יכול אפוא להיות אדם שבבעלותו לא רק בית וחצר, אלא אף כלי אוכל, כוסות, בגדים וכלי מיטה – **העשויים מכסף ומזהב** – והוא אף לא נדרש למכור אותם בטרם ייטול תרומות. ולכן בכל הכבוד הרב, אין להפריז במשמעות המעשית של התייחסות הרמב"ם לעני בפירושו למשנה.¹⁴²

המקור ההלכתי השני שעשוי להיות רלוונטי הוא פסיקת המהר"ם מרוטנבורג שלפיה כשמזונות ילדים הם חלק ממזונות האם, רמת החיוב של מזונות האם והילדים דומה, במובן זה שהן האם והן הילדים זכאים למזונותיהם גם אם יש בבעלותם נכסים.¹⁴³ הזכאות למזונות אלה אינה תלויה במצבו הכלכלי של **מקבל** המזונות. במובן זה, ובמובן זה בלבד, החיוב הוא "אבסולוטי".

אלא ששאוה ואחרים הניחו בטעות שאם המזונות אינם תלויים ב**נוקקות של מקבל** המזונות, הרי שהם גם אינם תלויים ב**יכולתו של נותן** המזונות. הם הסיקו אפוא שהאב חייב במזונות הילדים (כשהם מכוח מזונות האם) ללא קשר למצבו הכלכלי, וגם אם תשלום המזונות ימנע ממנו את היכולת לספק את צרכיו.¹⁴⁴ וכך כותב שאוה: "פוסק המהר"ם מרוטנבורג, שחיובו של אב במזונות ילדיו קטני הקטנים הוא חיוב **אבסולוטי** [ההדגשה במקור], החל בכל תנאי, כמו במזונות אשה. לפיכך, מוטל עליו חיוב זה אף כשאין לו [הדגשות אלה הן שלי, י"מ] ויש לילד".¹⁴⁵

141 משנה תורה, מתנות עניים, ט, יד. לעומת זאת הטור והשולחן ערוך, יורה דעה, רנג, קובעים שדברים אלה נכונים כל עוד הוא מקבל צדקה מיחידים ולא מקופת הציבור. אך אם רוצה ליטול מקופת הציבור, צריך למכור את כלי הכסף והזהב תחילה.

142 לעניין הגדרת עני בהלכה בהקשר זה, קיסטר (לעיל, הערה 92) בעמ' 171.

143 דברי המהר"ם מרוטנבורג מובאים ברא"ש, כתובות, פרק ד, סימן יד: "דחייב לזון בניו ובנותיו כשהן קטני קטנים ואפילו יש להם נכסים שנפלו להם מבית אבי אמם פסק רבינו מאיר דחייב לזונם דכיון דתקנת חכמים היא זכו במזונותיהם אפי' יש להם להתפרנס משלהן דומיא דמזונות האשה מדכלל מזונות האשה דקתני ומוסיפין לה על מזונותיה בשביל הקטן אלמא דין אחד להם"; ארבעה טורים, אבן העזר, סימן עא, וכן בב"ח שם.

144 נעיר שבעניין זה כותב שרשבסקי (לעיל, הערה 6) בעמ' 372 כי האב חייב במזונות הילדים "אף אם הוא עני". מכך היו שהסיקו שדעתו של שרשבסקי היא שהחיוב האבסולוטי אינו תלוי ביכולת הכלכלית של האב. אך כפי שנראה בהמשך, בנוגע ליכולת ההשתכרות של האב דעתו של שרשבסקי היא שבניגוד לדין הדתי, ניתן לחייב את האב לפי יכולת השתכרותו ולא רק לפי הכנסתו בפועל: "אם המדובר במינימום הדרוש לילד לפי כל הנסיבות, לא יתחשב בית המשפט במה שהאב מרוויח אלא במה **שאפשרותו** להרוויח, כי לולא כך, היו נותנים יד להתחמקות האב ממילוי חובתו כלפי ילדיו" בעמ' 381. כך גם לדעתו אפילו החיוב המינימלי לצרכים ההכרחיים של הילדים תלוי ביכולת הכלכלית של האב.

145 שאוה (לעיל, הערה 5) בעמ' 328.

קשה להבין על סמך מה הגיע שאוה למסקנתו, שהרי אפילו חיוב הבעל במזונות האישה עצמה כפוף ליכולתו הכלכלית ולאפשרותו של הבעל לשאת בתשלומים אלה, ועל אחת כמה וכמה כאשר מדובר בחיוב הנגזר עבור הילדים, המצוי נמוך יותר במדרג המזונות. ייתכן שמה שתמך בהבנה שגויה זו היא הקביעה ההלכתית שהאב חייב במזונות הילדים גם אם אינו אמיד.¹⁴⁶ אלא שהכוונה ההלכתית היא שגם אב שאינו מבוסס כלכלית יתר על המידה עדיין חייב במזונות ילדיו.¹⁴⁷ הכוונה אינה שאב עני יחויב במזונות ילדיו, או שהחיוב יביאו לכך שלא יוכל לדאוג לצרכיו.¹⁴⁸

טעותו של שאוה מתבררת נוכח העיקרון ההלכתי היסודי הקובע שאי אפשר לחייב אדם בחיוב כספי שיביא אותו למצוקה כלכלית. לדוגמה, על פי ההלכה, לחייב יש זכות יסוד הדומה למה שנראה בהמשך כזכות לקיום אנושי בכבוד.¹⁴⁹ לפיכך אי אפשר לגבות חוב אם הדבר יביא את החייב למצוקה כלכלית (הלכות שנקראות "מסדרין לבעל חוב").¹⁵⁰

גישה זו נראית מוצדקת כאשר הזכאי (זה שחייבים לו את הכסף) הוא אדם מבוסס. אך על פי ההלכה, זכות החייב לצרכיו אינה מותנית ביכולתו הכלכלית של הזכאי, ולכן היא קיימת גם אם הזכאי עצמו במצב כלכלי קשה. יתרה מזו, פוסקים רבים, ובכללם המהר"ם מרוטנבורג, קובעים שדין "מסדרין לבעל חוב" אינו רק לצורכי הקיום המינימליים של החייב אלא אף לצורכי קיום ברמה גבוהה יותר.¹⁵¹ משום שמזונות הילדים נחשבים חוב של האב,¹⁵² יש בסיס לטענה שהלכות "מסדרין לבעל חוב" חלות גם על חיוב המזונות.¹⁵³

על רקע ההכרה בזכות היסוד של החייב לצורכי קיום ניתן להבין מדוע בתפיסה ההלכתית לא היה צורך כלל לדון בשאלה אם ניתן לחייב את האב במזונות גבוהים מכפי יכולתו הכלכלית. מה גם שלא רק ברמה המוסרית, אלא אף ברמה המעשית קשה להבין את התועלת של חיוב אדם יותר מיכולתו.¹⁵⁴ אם החיוב לא יותיר לו משאבים מספיקים

146 שולחן ערוך, אבן העזר, סימן עא סעיף א.
 147 נתיבות המשפט, חושן משפט, דף קנ"ב.
 148 ראו לעיל, הערות 80–84; דיכובסקי (לעיל, הערה 41) בעמ' 94.
 149 ראו להלן, פרק ה' סעיף 2.
 150 משנה תורה, מלווה ולווה, א, ז. ארבעה טורים, חושן משפט, סימן צז, שולחן ערוך, חושן משפט, סימן צז סעיף כג. אומנם יש הסבורים שהלכות אלה חלות רק בנוגע למלווה ולא לבעל חוב רגיל, אך ראו: שולחן ערוך, שם, סעיף כט.
 151 שו"ת מהר"ם רוטנבורג, סימן נא; ארבעה טורים, שם; הדרכי משה, חושן משפט, סימן צז (1).
 152 דיכובסקי (לעיל, הערה 41) בעמ' 87–96.
 153 שו"ת משא יד, חלק ב, בעמ' מה. אך ראו לעיל, הערה 68, הסבור שדיני מסדרין לבעל חוב אינם חלים בכגון דא.
 154 הכוונה כאן היא שהחיוב הוא יותר מיכולת ההשתכרות גם לאחר הבאה בחשבון של פוטנציאל ההשתכרות.

דין ודברים יא תשע"ח מזונות ילדים – בין מיתוס למציאות: הדין הדתי, הפסיקה ומה שביניהם

לצרכיו, יש להניח שברוב המקרים הוא יתמוטט כלכלית, ואז מן הסתם לא ישלם כלל. דברים אלה מבהירים את מיעוט ההתייחסות לשאלה אם ניתן לחייב את האב במזונות שהם גבוהים מכפי יכולתו.

יתרה מזו, קיימת פסיקה הלכתית הקובעת מפורשות שחייב האב במזונות ילדים חל רק אם הוא מסוגל לעמוד בתשלומים אלה. כך לדוגמה קובע המהרשד"ם, מגדולי הפוסקים במאה השש-עשרה, שמתייחס בביקורתיות חריפה לטענה שהאב יחייב במזונות יותר מכפי יכולתו הכלכלית: "דמה נפשך: או יש ספק [משאבים מספיקים] ביד האיש הזה לפרנס את בניו או אין ספק בידו. **אם אין ספק בידו פשיטא שאפילו קטני קטנים אין לכוף אותו – וכי מן הסלע נוציא מים?**"¹⁵⁵ לעמדה זו הצטרף גם חכם יעקב בירדוגו, מראשי רבני צפון אפריקה במאה השמונה-עשרה והתשע-עשרה ומחבר שו"ת שופריה דיעקב:

נראה דבידוע שאין לו [לאב] כי אם די סיפוקו, אפי' בתוך [גיל] שש אין עליו חיוב לזון את בניו. דעד כאן לא חלקו חכמים בין תוך שש לאחר שש אלא [באדם] שאינו אמוד ליתן צדקה המספקת אך [הוא] אמוד [באופן שיכול] ליתן דבר מועט שאינו מספיק. אבל בשאינו אמוד ליתן כלום, אין הפרש בין תוך שש בין לאחר שש. ובכל גוונא פטור. וסברא הוא דכיון שאין לו כי אם די סיפוקו, פשיטא דחייב קודמין [ולכן לא חייב ליתן כלום].¹⁵⁶

כך קבע גם שו"ת שושנים לדוד: "שמאחר שאין לאל ידו כמו שהעידו העדים, הדבר פשוט שאין עליו שום חיוב מזונות אפילו להבת קטנה... בשאינו אמוד ליתן כלום אפילו בתוך שש אין עליו חיוב מזונות אפילו לחם ולפתן".¹⁵⁷ ברוח זו כתב גם ר' ברוך טולדנו בשו"ת שאלו לברוך:

וזאת מן המודיעים, שאם ישאר לו ריוח על מזונות עצמו, מזונות אלו היונקים קודמים למזונות שאר בניו היתרים על שש שנים... ומה שטענה עוד [האם] שאפילו יתברר שאין לו כי אם שיעור מזונות עצמו, ימכור חלקת קרקע וכו', נ"ל דלא צדקה בדבריה, שהרי הדירה גם היא צורך עצמו היא כמזונות עצמו, דחייב קודמים.¹⁵⁸

דברים אלה באו לידי ביטוי בתיק רבני 8-22-4455 (אם כי באותה פרשה דובר בילדים הגדולים מגיל שש). האב, שהיה אסיר בכלא, טען שיש לפטור אותו מחובת המזונות

155 שו"ת מהרשד"ם, יורה דעה, סימן קסו (ההדגשה שלי – י"מ).

156 שו"ת שופריה דיעקב, חלק א, סימן ס (ההדגשה שלי – י"מ).

157 שו"ת שושנים לדוד, חלק ב, סימן כב (ההדגשה שלי – י"מ).

158 שו"ת שאלו לברוך, אבן העזר, סימן טו (ההדגשות שלי – י"מ).

כיוון שאין לו יכולת להשתכר. טענה זו מקוממת. בשונה ממקרים אחרים, שבהם האב אינו אשם בהיעדר יכולתו לזון את הילדים, כאן האב הוא שאשם במצבו. ניתן אפוא היה לצפות שטענתו תידחה על הסף. אולם בפסק הדין, שאושר בבית הדין הרבני הגדול, פטר בית הדין את האב כיוון שמבחינה הלכתית חיוב המזונות חל רק על מי שיש לו יכולת לשלם: "הרי שמוסכם על הפוסקים שאינו חייב ללוות ולהידחק כדי לפרנס ילדיו. כל שכן שאין לפסוק לאשתו מזונות שתוכל לגבותם בהוצאה לפועל, כאשר אינו יכול כלל להשיג אמצעי תשלום (כגון באסיר), כאשר סך התשלומים שמועברים לילדים יזקפו עליו כחוב".¹⁵⁹

5. סיכום

הנה כי כן, כאשר מזונות ילדים הם חלק ממזונות האם, מדובר בחיוב אבסולוטי. אך משמעותו של חיוב זה היא שהאב חייב במזונות גם אם לילדים יש נכסים משל עצמם. לכך אין דבר עם חיוב האב יותר מכפי יכולתו. בכל סוגי המזונות חובת המזונות כפופה ליכולת הכלכלית של האב. דברים אלה נכונים גם בנוגע לחיוב הבעל במזונות אשתו, שהוא החיוב בעל רמת החיוב הגבוהה ביותר, וקל וחומר שהם נכונים לחיוב הנגזר של מזונות ילדים מכוח מזונות האם, שהוא חיוב חלש יותר. על אחת כמה וכמה שדברים אלה נכונים בנוגע לחיוב הנמוך עוד יותר שתוקן במסגרת תקנת אושא, וודאי שהדברים נכונים גם בנוגע למזונות על פי תקנת הרבנות הראשית ועל פי החיוב הכללי בצדקה. את הדברים שראינו בפרק, ובכלל זה את המדרג של חיובי המזונות השונים, ניתן לסכם באמצעות הטבלה הבאה הזאת:

-
- 159 תיק (אזורי חי') 4455-22-8 **פלונית נ' פלוני**, 2 (פורסם בנבו, 2009) (ההדגשה שלי – י"מ); אושר בתיק (אזורי חי') 4455-22-1 **פלונית נ' פלוני** (פורסם בנבו, 1.12.2009). אומנם בתיק זה היו הילדים מעל גיל 6, ולכן עיקר הדיון עוסק בגילאים אלה. פסק הדין אינו חד־משמעי בנוגע לפטור במצב זה במקרה שבו הילדים מתחת לגיל 6.
- 160 גם לפי הדעות שמדובר בצדקה, ראו לעיל, הערות 84-80, מדובר בצדקה מוגברת, כפי שעמדנו לעיל.
- 161 שם.
- 162 אפילו ורהפטיג (לעיל, הערה 77), המייצג את הגישה המחמירה יותר, מסכים ש"לגבי בני הגילאים 6-15 קבלו את דעת הרשב"א, שאם הם מובטחים בפרנסתם אין לחייב את האב במזונות."; עניין **פד"ר א 172** (לעיל, הערה 77); עניין **פד"ר ד 7** (לעיל, הערה 77).
- 163 בנוסף לכך, לפי הדעה שתקנת הרבנות הראשית השנייה לא התקבלה, חובת הצדקה הכללית מכסה גם את הצרכים ההכרחיים מגיל 15 עד גיל 18.

האם היל משווה על האם והאם?	האם ניתן להייר במזונות מעבר ליכולתו הכלכלית?	האם ניתן להייר לעבוד לצורך תשלום מזונות?	האם ההייר חל כשלתקן של נכסים?	האם אכיף?	האם ההייר צדקה?	מקור ההייר	התולת ההייר	סוג הייר המזונות
לא	לא	כן (מהלוקת האם רק בשדרו או גם כשכיר)	כן (חייב אבסולוטי)	כן	לא	דאורייתא? חרזי משעת החתונה	כל צורכי האשה, בהתאם ליכולת המעל	מזונות אשה
לא	לא	לא	כן (חייב אבסולוטי)	כן	לא	דאורייתא? חרזי משעת החתונה	צרכים הכרחיים עד גיל 6; אם הייב במזונות האם	מזונות ילדים כחלק ממזונות אשה
לא ברור	לא	לא	מהלוקת	כן	מהלוקת 160	תקנת סנהדרין	צרכים הכרחיים עד גיל 6; בלי קשר לחייב במזונות האם	מזונות ילדים ע"פ תקנת אושא
מהלוקת	לא	לא	לא 162	כן	מהלוקת 161	תקנת ר"ר, 1944	צרכים הכרחיים, גילאי 6–15	מזונות ילדים ע"פ תקנת הרבנות הראשית
מהלוקת	לא	לא	לא	לא ברור	כן	מהלוקת אם בתוקף	צרכים הכרחיים, גילאי 15–18	תקנת ר"ר ו מהלוקת
מהלוקת	לא	לא	לא	חלקית	כן	מזונות צדקה	חייב שיווי ליחל הצרכים, בכל גיל 163	מזונות ילדים ע"פ חובת הצדקה הכללית

ג. מזונות ילדים בפסיקת בית המשפט העליון

משבחנו את הדין הדתי בנוגע למזונות ילדים, נעבור עכשיו לבחינה דסקריפטיבית של עמדתו של בית המשפט העליון בסוגיה זו. בשני היבטים חשובים פסיקת בית המשפט העליון ברורה ועקיבה. הראשון נוגע לשאלת חיוב האם במזונות מדין צדקה (והאם חובתה שווה לחובת האב). בעניין זה ראינו בפרק הקודם שבשל מיעוט המקרים שבהם היו נשים בעלות יכולת כלכלית, ההתייחסות ההלכתית לנושא מועטת. אך בבתי המשפט נדונה שאלה זו פעמים רבות, ועמדת בית המשפט העליון בנושא אחידה ונחרצת: כשחיוב מזונות מבוסס על דיני צדקה, הוא חל שווה בשווה על שני ההורים (לפי יכולתם הכלכלית). כך נקבע בהלכות **גולדמן**,¹⁶⁴ **משכיל לאיתן**,¹⁶⁵ **נתוביץ**,¹⁶⁶ **ינקוביץ**,¹⁶⁷ **גרובשטיין**,¹⁶⁸ **פורטוגו**,¹⁶⁹ **נוטקוביץ**,¹⁷⁰ **גלבר**,¹⁷¹ **מזור**¹⁷² ועוד רבים אחרים.¹⁷³

ההיבט השני הברור בפסיקת בית המשפט העליון הוא שבית המשפט אינו מכיר בתקנת הרבנות הראשית השנייה, ומבחינתו מזונות ילדים מגיל 15 הם חיוב צדקה כללי.¹⁷⁴ מובן שזהו גם מעמדם של הצרכים שאינם הכרחיים, בכל הגילים.¹⁷⁵ ממילא ברור שמזונות אלה חלים שווה בשווה על שני ההורים לפי מצבם הכלכלי.

- 164 ע"א 166/66 **גולדמן נ' גולדמן**, פ"מ כ(2) 533 (1966).
- 165 ע"א 425/68 **משכיל לאיתן נ' משכיל לאיתן**, פ"ד כג(1) 309, בעמ' 321 (1969).
- 166 ע"א 508/70 **נתוביץ נ' נתוביץ** (נתיב) **נתוביץ**, פ"מ כה(1) 603, בעמ' 609 (1971).
- 167 ע"א 254/76 **ינקוביץ נ' ינקוביץ**, פ"ד לא(3) 169, בעמ' 172 (1977).
- 168 ע"א 466/82 **גרובשטיין נ' גרובשטיין**, פ"ד לו(4) 157 (1982).
- 169 עניין **פורטוגו** (לעיל, הערה 66) בעמ' 457.
- 170 ע"א 744/80 **נוטקוביץ נ' נוטקוביץ**, פ"ד לז(4) 197 (1983).
- 171 ע"א 210/82 **גלבר נ' גלבר**, פ"ד לח(2) 14, בעמ' 20 (1984).
- 172 ע"א 687/83 **מזור נ' מזור**, פ"ד לח(3) 29, בעמ' 35 (1984).
- 173 ע"א 109/75 **אברהם נ' אברהם**, פ"ד כט(2) 690, בעמ' 696 (1975); ע"א 222/83 **פלונית נ' אלמוני**, פ"ד לח(4) 418, בעמ' 420 (1984); ע"א 469/84 **הדרי נ' שני**, פ"ד לט(3) 197 (1985); ע"א 130/84 **קרונברג נ' קרונברג**, פ"ד לט(3) 358 (1985); ע"א 93/85 **שגב נ' שגב**, פ"ד לט(3) 822 (1985); ע"א 514/89 **מורד נ' מורד** (פורסם בנבו, 1989); ע"א 4523/90 **קאהן נ' קאהן** (פורסם בנבו, 1991); ע"א 5265/92 **בן משה נ' בן משה** (פורסם בנבו, 10.2.1994); בוק (לעיל, הערה 9) בעמ' 364; שאוה (לעיל, הערה 71, בעמ' 585–586). לעמדה שחובת הצדקה חלה קודם על האב, ורק אחר כך על האם, ראו לעיל, הערה 118. כך סבר גם אוריין (לעיל, הערה 5) אם כי עמדתו מבוססת על ההנחה שבית המשפט בעניין **ינקוביץ** (לעיל, הערה 167) קיבל את עמדתו של שרשבסקי שחובת הצדקה אינה חלה שווה בשווה על האב ועל האם. לאמיתו של דבר, פסק הדין בעניין **ינקוביץ** הפוך, ונקבע בו, בעמ' 172, שחובת הצדקה חלה שווה בשווה על ההורים.
- 174 ע"א 1375/93 **אביטבול נ' אביטבול**, פ"ד נ(1) 215, בעמ' 219 (פורסם בנבו, 1996); עניין **פורטוגו** (לעיל, הערה 66) בעמ' 459; עניין **גלבר** (לעיל, הערה 171) בעמ' 15, 20; ע"א 393/83 **דלי נ' דלי**, פ"ד לח(3) 613, בעמ' 616 (1984).
- 175 ש.ם.

השאלה היא מהי עמדת הפסיקה בנוגע למזונות עבור ה**צרכים ההכרחיים** כשהילדים הם מתחת לגיל 15. לצורך דיון זה נחלק שאלה זו לשתי שאלות משנה: הראשונה היא אם החיוב במזונות אלה צריך להתחשב ביכולתו הכלכלית של ההורה החייב ובצרכיו; השנייה היא אם החיוב בצרכים ההכרחיים עד גיל 15 חל על האב לבדו, או שהחובה בצרכים אלה חלה על שני ההורים.

1. האם היכולת הכלכלית של ההורה רלוונטית?

ראינו שהתפיסה המקובלת מייחסת לבית המשפט העליון את הדעה שחובת האב בצרכים ההכרחיים של הילדים עד גיל 15 היא אבסולוטית, במובן זה שעל האב לשאת בהם ללא קשר ליכולתו הכלכלית (ואף ללא קשר ליכולתה הכלכלית של האם ולהיקף הזמנים שהילדים נמצאים בביתו).¹⁷⁶ פסק הדין המנחה בעניין הוא **פורטוגו נ' פורטוגו**,¹⁷⁷ שם קבע השופט שינבויים (בהסכמת השופטים שמגר ובך):

לגבי ילד בגיל שבין 6 ל-15 (לאחר תקנת הרבנות הראשית, תש"ד) מחייבים את האב בצרכיו ההכרחיים ואת שני ההורים, מדין צדקה, כשיש בידם האפשרות לכך, כהשלמת מזונותיו.¹⁷⁸

ההתחשבות ביכולתם הכלכלית של ההורים ("כשיש בידם האפשרות לכך") נעשית בנוגע לצרכים שאינם הכרחיים. משתמע אפוא שחובת האב בצרכים ההכרחיים בגיל 6 עד 15 אינה כפופה ליכולתו הכלכלית. בהמשך מסביר בית המשפט כי הוא אומנם אינו מגדיר בבירור מהם הצרכים ההכרחיים או מה שיעורם, אך צרכים אלה נקבעים על פי הצרכים ההכרחיים של העניים:

מהם הצרכים ההכרחיים? מתוך ההגדרה עצמה נראה, כי המדובר באותם דברים בסיסיים, שבלעדיהם אין הילד יכול להתקיים ממש; ומתוך הדין, שקובע, כי אין מחייבים בהם לפי עושרו של האב, יוצא, שצרכים אלה שווים הם לעני ולעשיר.¹⁷⁹

176 המ' 534/62 דגני נ' ויינגרטן, פ"ד טז 2898, בעמ' 2900 (1962); מ"א (מחוזי י-ם) 652/93 פלוניות נ' אלמונית, פ"מ תשנ"ה(2) 204 (1995); מ"א (מחוזי י-ם) 1571/95 בן עזרא נ' בן עזרא (פורסם בנבו, 21.11.1996); תמ"ש (משפחה י-ם) 1886/04 א.ל. נ' פ.ל. (פורסם בנבו, 2006); תמ"ש (משפחה י-ם) 27170/06 ו.א.ע. נ' ו.א. (פורסם בנבו, 2009); תמ"ש (משפחה נצ') 6290/08 ע.פ. נ' פ.ר. (פורסם בנבו, 2013); תמ"ש (משפחה י-ם) 12316-04-12 א.ר. נ' מ.ר. (פורסם בנבו, 2014).
177 עניין פורטוגו (לעיל, הערה 66).
178 שם, בעמ' 461.
179 שם.

גם בפרשת **גלבר** (השופטים שינבוים, שמגר ושלמה לוין) התייחס בית המשפט ליכולתו הכלכלית של ההורה כשיקול רלוונטי רק בהקשר של צרכים שאינם הכרחיים, אשר בהם חייבים שני ההורים שווה בשווה מדין צדקה:

מעבר לחובה מינימאלית זו [לספק את הצרכים ההכרחיים] חייב האב לספק לילדיו אמצעים לשם קיום רמת החיים, אשר הם הורגלו אליה, או שהם ראויים לה. חובה זו, אשר אף היא חובה משפטית מלאה, נובעת מדיני הצדקה. היא תלויה ביכולתו של האב.

בדין צדקה שווה האם לאב, וחיובה תלוי ביכולתה.¹⁸⁰

הביטוי "חובה משפטית מלאה", שבו השתמש בית המשפט גם בנוגע לצדקה, פירושו שהחוב אינו וולונטרי, והוא ניתן לאכיפה (ולא שהחוב אבסולוטי ואינו תלוי ביכולתו הכלכלית של האב). נמצא אפוא שהן בפורטוגו והן בגלבר מתייחס בית המשפט ליכולת הכלכלית של ההורים רק בנוגע לחובתם במזונות מדין צדקה, בצרכים שאינם הכרחיים. נראה אפוא שמצבו הכלכלי של האב אינו רלוונטי ככל שהוא נוגע לחובתו לספק את הצרכים ההכרחיים של הילדים (עד גיל 15). זו הייתה עמדתו של שאוה.¹⁸¹

הדברים נאמרו בקיצוניות רבה יותר, אם כי רק עד גיל 6, בפסק דין בעניין דלי נ' דלי, שם קבע בית המשפט כי "חובתו [של האב] לזון את הילד עד גיל שש הינה אבסולוטית, והיא חלה, אפילו יש לילד כדי להתפרנס מעצמו, ואפילו האב הינו חסר אמצעים".¹⁸² אולם דברים אלה נאמרו כאמרת אגב, משום שבאותה פרשה דובר באב אמיד מאוד, והילדים היו גדולים מגיל 6. לעומת זאת בנוגע לגילים שבין 6 ל-15, בית המשפט בפרשת דלי לא הכריע סופית, והיה מוכן להניח שהחובה לזון את הילדים בגילים אלה מבוססת על צדקה (וממילא חלה על שני ההורים, וכפופה ליכולתם הכלכלית).¹⁸³

נדגיש כי העובדה שחלק מפסקי הדין משתמשים במונח "חובה אבסולוטית" בנוגע לחובת האב בצרכים ההכרחיים אינה מביאה כשלעצמה למסקנה שהחובה מנותקת מיכולתו הכלכלית. חובה אבסולוטית בהלכה, כפי שראינו, מתעלמת ממצבו הכלכלי של מקבל המזונות אך לא ממצבו של מי שצריך לשלם. לכן האב חייב במזונות גם אם לילדים יש נכסים, אך הוא אינו חייב בהם אם הדבר יביאו למצוקה כלכלית. בפסק הדין בעניין דהן נ' דהן לדוגמה קבע השופט שמגר שחובת האב היא אבסולוטית. אך בכל זאת הפחית את המזונות מתוך התחשבות בצורכי האב.¹⁸⁴

180 עניין גלבר (לעיל, הערה 171) (ההדגשה שלי – י"מ).

181 ראו לעיל, הערה 5.

182 עניין דלי (לעיל, הערה 174) (ההדגשות שלי – י"מ).

183 השוו לעניין דלי, שם, בעמ' 616 עם הכתוב בעמ' 617.

184 ע"א 5989/92 דהן נ' דהן (פורסם בנבו, 1994).

(א) התחשבות בהכנסה פוטנציאלית

את הגישה שחובת האב בצרכים ההכרחיים אינה תלויה במצבו הכלכלי היו שניסו לבסס על הפסיקה שקבעה שבנוגע לצרכים אלה ניתן לחייב את האב לפי פוטנציאל ההשתכרות שלו ולא רק לפי מצבו הכלכלי בפועל.¹⁸⁵ בפרשת דרהם נ' דרהם לדוגמה חייב בית המשפט גבר אמיד במזונות אישה ומזונות ילדים (שבצרכים ריאליים בשנת 2017 הם כ-300 ש"ח לילד),¹⁸⁶ בקובעו:

מינימום זה חייב הבעל לספק לאשתו, והאב לילדיו, יהיו אשר יהיו הכנסותיו, ובלבד שאין הוא חולה או מסיבה אחרת שאינה תלויה בו, בעצמו זקוק לתמיכה. שאלת גובה הכנסותיו [בפועל י"מ] והיקף נכסיו מתעוררת בתביעת מזונות רק כשהוא נדרש לספק מזונות למעלה מן ההכרחי – שהרי אשתו רשאית לומר, עולה אני עמו וכמידת עשרו מן מידת מזונותיו. ...

כשמכסת המזונות בה הוא מתחייב בפסק הדין אינה עולה על מינימום הדרוש למחייתם, אין בית-המשפט חייב להיזקק לראיות בדבר יכולתו הכספית [בפועל י"מ], אלא רשאי הוא להתחשב 'במה שבאפשרותו להרוויח, ולא במה שהוא מרוויח למעשה' (כלשון שרשבסקי, דיני משפחה, ע' 119).¹⁸⁷

כלומר, כדי לחייב את האב בצרכים שאינם הכרחיים יש לבדוק שהכנסתו בפועל מאפשרת לו זאת. אך עבור הצרכים ההכרחיים, שהם ברמת חיוב גבוהה יותר, ניתן לחייב את האב לא רק לפי הכנסתו בפועל אלא גם על פי הכנסתו הפוטנציאלית. על המתח שבין חיוב על פי ההכנסה בפועל לחיוב על פי ההכנסה הפוטנציאלית עמדנו לעיל. ראינו כי בדין הדתי החיוב הוא על פי ההכנסה בפועל בלבד והתייחסנו לבעייתיות שבכך, ובכלל זה לחשש מאי-יכולת מיצויו של פוטנציאל ההשתכרות (כמו גם החשש מהעלמת הכנסות) והפגיעה בילדים שעלולה להיגרם מגישה זו. אך חשוב לעמוד על הקשר שבין סוגיית ההשתכרות הפוטנציאלית לבין ההתחשבות בצורכי האב. עמדתו של שאוה כפי שראינו היא שחובת האב בצרכים ההכרחיים אינה תלויה ביכולתו.¹⁸⁸ לעומתו, שרשבסקי סבור שחובת האב כפופה ליכולתו הכלכלית,

185 עניין דגני (לעיל, הערה 176).

186 הגבר חויב במזונות אישה של 100 לירות ומזונות ילדים של 25 לירות לשלושת ילדיו הצעירים. עבור הילד הגדול, שהיה כבן 15, לא חויב האב במזונות משום שהבן עבד. סכומים אלה, בערכים ריאליים בשנת 2017, הם כ-1,200 ש"ח לאישה וכ-300 ש"ח לכל אחד משלושת הילדים הצעירים.

187 ע"א 206/60 דרהם נ' דרהם, פ"ד יד 1726, בעמ' 1731–1732 (1960) (ההדגשות שלי – י"מ); ראו להלן, הערה 189.

188 שאוה (לעיל, הערה 5).

אולם בחישוב יכולת זו, "אם המדובר במינימום הדרוש לילד לפי כל הנסיבות, לא יתחשב בית המשפט במה שהאב מרוויח אלא במה שבאפשרותו להרוויח, כי לולא כך, היו נותנים יד להתחמקות האב ממילוי חובתו כלפי ילדיו".¹⁸⁹ ההבדל בין גישותיהם יבוא לידי ביטוי במקרים שבהם פוטנציאל ההשתכרות של האב אינו מאפשר לו לשלם את הצרכים ההכרחיים של הילדים: שאוה סבור שמצבו הכלכלי של האב אינו משפיע על חיובו, ולכן עליו לשאת בצרכים ההכרחיים, אך עמדתו של שרשבסקי היא שאי אפשר לחייב את האב יותר מכפי יכולתו הכלכלית, ולכן במקרים אלה הוא פטור.

יש הקוראים את פסק הדין בעניין דרהם כמעניק פטור לאב רק במצבי קיצון.¹⁹⁰ אולם קביעתו המפורשת של פסק הדין היא כי חובת האב בצרכים ההכרחיים כפופה למבחן ההכנסה הפוטנציאלית. לא בכדי הסתמך בית המשפט על עמדתו של שרשבסקי בעניין.¹⁹¹ הדברים עולים גם מפסקי דין נוספים שבהם יישם בית המשפט העליון את הלכת דרהם. פרשת לוי נ' לוי,¹⁹² לדוגמה, עסקה בחיוב האב בצרכים ההכרחיים של ילדה בת פחות מ-6. בית המשפט יישם את הלכת דרהם וקבע שפוטנציאל ההשתכרות של האב רלוונטי לחיובו בצרכים ההכרחיים של הילדה, במובן זה ששיעור המזונות בצרכים אלה כפוף לכך ש"באפשרותו של ה[אב] להרוויח במידה מספקת, כך שיוכל לשלם את הסכום הזה".¹⁹³

(ב) התחשבות בצרכי האב

אכן, מפסקי דין רבים עולה שבקביעת המזונות בתי המשפט צריכים להתחשב ביכולתו הכלכלית של האב ולהותיר בידי משאבים לצרכיו. כך לדוגמה בפרשת דהן נ' דהן נדונו מזונות לילדה בת שלוש.¹⁹⁴ בית המשפט קבע כי יש להפחית את מזונות הילדה "כדי לשלול אפשרות תיאורטית ומעשית שהאב יישאר ללא אמצעים לכיסוי צרכי מחייתו".¹⁹⁵ גם בפרשת קרמר נ' קרמר הפחית בית המשפט העליון מזונות לילדים בגיל 5 ו-8, משום שסכום המזונות שנקבע לא הותיר לאב סכום מספיק לצרכיו הכלכליים.¹⁹⁶

בפסק הדין בפרשת אוחנה נ' אוחנה חייב בית המשפט למשפחה את האב בצרכים ההכרחיים של הבנות (שהיו באותה עת כבנות 4, 5 ו-6), אך בית המשפט המחוזי קבע שאי אפשר לחייב אב במלא הצרכים ההכרחיים אם הדבר יביאו למצוקה כלכלית, ולכן

189 שרשבסקי (לעיל, הערה 6) בעמ' 381.
 190 עניין דרהם (לעיל, הערה 187) בעמ' 1730.
 191 שם, בעמ' 1731.
 192 ע"א 267/64 לוי נ' לוי, פ"ד יח(4) 119 (1964).
 193 שם, בעמ' 122.
 194 עניין דהן (לעיל, הערה 184).
 195 שם.
 196 ע"א 6765/95 קרמר נ' קרמר (לא פורסם, 1996).

הקטין את סכום המזונות שבו חויב האב.¹⁹⁷ האם הגישה לבית המשפט העליון בקשת רשות ערעור בטענה שחבות האב בצרכים ההכרחיים של הבנות אינה תלויה בצרכיו, אך השופטת פרוקצ'יה דחתה את בקשתה בקובעה שצורכי האב הם גורם חשוב בקביעת מזונות, **אפילו אם מדובר בילדים שהם מתחת לגיל 6**:

בהערכת המזונות שעל אב לשלם לילדיו נוהג בית המשפט לקחת בחשבון את צרכיו של הילד וכן את גובה הכנסתו של אב ויכולתו הכלכלית. ...

פסיקת בית המשפט המחוזי בענייננו הולכת בתלם הפסיקה מבחינה זו, ומיישמת הלכה למעשה דרך זו בהפחיתה בנסיבות ענין זה את שיעור המזונות שעל האב לשלם לבנותיו בשים לב ליכולת הכלכלית שלו, ליכולתה הכלכלית של האשה, ולצרכי הבנות.¹⁹⁸

יש המנסים לצמצם את משמעותם של פסקי דין אלה ולטעון שהכרתם בזכות האב לצרכיו באה רק בנוגע לצרכים הלא הכרחיים של הילדים ולא בנוגע לצורכיהם ההכרחיים. דוגמה הממחישה זאת היא פסק דינה של השופטת פרוקצ'יה בפרשת **צינובוי**.¹⁹⁹ אולם דברים אלה אינם נכונים ככל שהדברים נוגעים לפסק הדין בעניין **אוחנה**, שבו אישרה השופטת פרוקצ'יה את הפחתת המזונות על חשבון הצרכים ההכרחיים.

בפסקי דין שסקרנו הפחיתו בתי המשפט מזונות שנקבעו לילדים מתחת לגיל 6 בנימוק ששיעור המזונות חייב להתחשב בצורכי האב. אילו סברו שההתחשבות בצורכי האב רלוונטית רק לצרכים שאינם הכרחיים, מדוע לא ציינו זאת? העובדה שלא קבעו שההתחשבות בצורכי האב רלוונטית רק לצרכים שאינם הכרחיים מעלה את האפשרות הסבירה שלכל הפחות בפסקי דין אלה, העיקרון שפסיקת המזונות חייבת להתחשב בצורכי האב הוא עיקרון כללי, החל בכל גיל וגם על הצרכים ההכרחיים.²⁰⁰ במידה רבה קיבלו לאחרונה בתי המשפט המחוזיים את עמדת המאמר בעניין זה בעמ"ש **א.א. נ' מ.א.**²⁰¹ ובעמ"ש **ר.מ. נ' פ.מ.**²⁰²

פרשנות זו מנוגדת לתפיסה המקובלת, המושתתת על הלכות **פורטוגו וגלבר**, שלפיה יכולת האב אינה רלוונטית כשהיא נוגעת לצרכים ההכרחיים של הילדים עד גיל 15.

197 ע"מ (מחוזי י-ם) 367/02 **אוחנה נ' אוחנה** (פורסם בנבו, 2003).
198 בע"מ 5750/03 **אוחנה נ' אוחנה**, פסקה 5 (פורסם בנבו, 2005).
199 בע"מ 2433/04 **צינובוי נ' צינובוי**, פסקה 6 (פורסם בנבו, 2.10.2005).
200 עניין **בן משה** (לעיל, הערה 173), שם נקבע בנוגע לילדים שגילם הוא 6 ומעלה, כי חובת האב בצורכיהם ההכרחיים כפופה ליכולתו הכלכלית.
201 עמ"ש (מחוזי ת"א) 1180-05-14 **א.א. נ' מ.א.**, בעמ' 3-5, 11 (פורסם בנבו, 2015).
202 שם; עניין **ל.ר. נ' ד.ר.** (לעיל, הערה 118) פסקה 14.

המפתח לפסיקת המזונות, על פי תפיסה זו, טמון אפוא בהגדרת הצרכים ההכרחיים. לפיכך פסקי הדין של בית המשפט העליון היו צריכים לא רק לקבוע הגדרה ברורה לצרכים אלה אלא אף לקבוע ספציפית בפסקי הדין השונים מהו שיעור הצרכים ההכרחיים בנסיבות המקרה, וממילא לקבוע שבסכומים אלה חייב האב ללא קשר למשאביו.

אולם בפועל, הן בפורטוגו והן בגלבר הסתפק בית המשפט באמירה הכללית שצרכים הכרחיים הם "דברים בסיסיים, שבלעדיהם אין הילד יכול להתקיים ממש"²⁰³, ולא נדרש לסוגיית שיעורם של צרכים אלה. במקום זאת בשני פסקי הדין יישם בית המשפט את הכלל שטבע השופט שמגר בהלכת **חטב נ' חטב**,²⁰⁴ ולפיו בקביעת המזונות צריך "לבחון, זה לצד זה, את הכנסותיהם של האב והאם כדי להסיק מהי חלוקה סבירה, אשר יש בה כדי להבטיח צרכיהם של הקטינים ולהשאיר גם בידי ההורים אמצעים כספיים לצורך כיוסי צרכיהם הם"²⁰⁵.

לכן מצד אחד משתמע מהלכות פורטוגו וגלבר שלפחות ברמה העקרונית, בדין הדתי החובה בצרכים ההכרחיים עד גיל 15 אינה כפופה למצבו הכלכלי של האב, ומצד שני, ברמה המעשית פסקי דין אלה מיישמים את עקרון האיזון, אשר לפיו יש לבחון את משאבי שני משקי הבית, לוודא שבכל אחד מהם יש משאבים מספיקים לצורכי בני הבית ולהטיל חבות יתר מסוימת על האב, אך להקפיד שיוכל לקיים רמת חיים סבירה בנסיבות העניין.

אך אם האב חייב בצרכים ההכרחיים ללא קשר ליכולתו ולצרכיו, מדוע דורשים בתי המשפט לאזן בין המשאבים של שני משקי הבית? לכאורה, כדי ליישב את הדברים באופן שיעלה בקנה אחד עם התפיסה המקובלת, יש לטעון שעל פי פסקי הדין הללו חובת האב בצרכים ההכרחיים עד גיל 15 אינה תלויה במצבו הכלכלי, והלכות פורטוגו וגלבר הביאו את עקרון האיזון כדרך לשקלל את חובת האב בצרכים ההכרחיים עם החובה המשותפת של שני ההורים בצרכים שאינם הכרחיים. כשלשני ההורים הכנסה גבוהה, אך הכנסת האב גדולה במקצת מהכנסת האם, אם האב ישלם את הצרכים ההכרחיים, ייוותרו בידי ההורים משאבים שבשל חובת הצדקה החלה על שניהם, יביאו בסופו של דבר ליצירת איזון בין שני משקי הבית, עם חבות עודפת כלשהי על האב. אולם לפי הסבר זה, על בית המשפט היה לקבוע שעקרון האיזון חל רק במשפחות בעלות מצב כלכלי מסוים מאוד. במקרים רבים יישום עקרון האיזון יביא, לפי התפיסה המקובלת, לתוצאות שגויות. לדוגמה, כשההורים אמידים והכנסת כל אחד מהם שווה

203 עניין פורטוגו (לעיל, הערה 66); בניסוח דומה, בעניין גלבר (לעיל, הערה 171), "צורכי הקיום ההכרחי ממש".

204 ע"א 756/77 חטב נ' חטב, פ"מ לב(2) 470 (1978).

205 שם, בעמ' 475 (ההדגשות שלי – י"מ); הדברים צוטטו ויושמו בעניין פורטוגו (לעיל, הערה 66) בעמ' 462; עניין גלבר (לעיל, הערה 171) בעמ' 22–23.

לזו של האחר, אם האב יישא בעלות הצרכים ההכרחיים ייותרו בידיו משאבים פחותים מאלה שבידי האם. יהיו אפוא מקרים שבהם את הצרכים שאינם הכרחיים יהיה צריך להטיל על האם שיקזזו את הצרכים ההכרחיים שבהם נשא האב. בניגוד לגישה שלכאורה עולה מפורטוגו וגלבר, במקרים אלה אין הצדקה להטיל על האב חבות עודפת.²⁰⁶ יתרה מזו, אם מצבה הכלכלי של האם טוב מזה של האב, ייתכן שלאחר הקיזוז יהיה על האם לשלם מזונות לידי האב.

מנגד, כשלהורים אין יכולת לשלם עבור צרכים שאינם הכרחיים, לפי התפיסה המקובלת, מלוא חיוב המזונות עד גיל 15 אמור לכאורה לחול על האב, גם אם אין לו יכולת לשאת בתשלומים, וגם אם בכך ייווצר חוסר איזון מוחלט בין משקי הבית של שני ההורים. אך לאחר גיל זה שני ההורים חייבים במזונות שווה בשווה, בכפוף ליכולתם, ולכן ייתכן שלאחר גיל 15 לא יהיה האב חייב במזונות כלל.

למעט במשפחות בעלות מצב כלכלי ספציפי מאוד, עקרון האיזון אינו עולה בקנה אחד עם התפיסה המקובלת. אם אכן תמכו הלכות פורטוגו וגלבר בתפיסה המקובלת, קשה להבין מדוע הציגו את עקרון האיזון כעיקרון כללי, או אף הזכירו עיקרון זה כלל, שהרי הוא חותר תחת הנחת היסוד הבסיסית של התפיסה המקובלת, המתעלמת מצורכי האב כשמדובר בצרכים ההכרחיים של הילדים.

המסקנה המוצעת היא שהלכות פורטוגו וגלבר אינן תומכות בתפיסה המקובלת. פסקי הדין בפרשות אלה אומנם סקרו את הדין הדתי ההיסטורי כפי שהבינו אותו, וסקירה זו אכן תואמת במידה רבה את התפיסה המקובלת, אך כשהגיעו לפסוק בפועל בחרו שלא להחילה אלא ליישם את עקרון האיזון באופן שיבטא את הדין הדתי על רבדיו השונים, בהתחשב בשיקולים נוספים, ובכלל זה במשאבי ההורים ובצורכיהם.

חזוק פרשנות זו להלכת פורטוגו (שנפסקה בידי השופטים שינבויים, שמגר ובך) ולהלכת גלבר (שנפסקה בידי השופטים שינבויים, שמגר ושלמה לויזן) ניתן למצוא בפסקי דין רבים שנתנו שופטים אלה. אף שלא בדקנו בשיטתיות את כל פסקי הדין של כל אחד מהשופטים, פסקי הדין בפרשות רבני,²⁰⁷ חטב,²⁰⁸ דלי,²⁰⁹ חגג,²¹⁰ קרונברג,²¹¹

206 השוו תמ"ש (משפחה ר"ג) 49165-10-10 ת.ס. נ' ע.ס. (פורסם בנבו, 2013), שהגיע לקיזוז מלא והאב אפוא לא שילם מזונות כלל לעניין א.א. נ' מ.א. (ראו לעיל, הערה 201), שבו האם הייתה עשירה והרוויחה הרבה יותר מהאב, ובכל זאת חויב האב לשלם לה מזונות.

207 בפרשה זו חייב השופט שינבויים, בבית המשפט המחוזי, תמ"א (מחוזי ת"א) 182/76 רבני נ' רבני (לא פורסם, 18.5.1978), את האב במזונות אישה ומזונות עבור ילד בן פחות מ-6 בסכום נמוך מאוד (1,500 לירות עבור שניהם יחד, שבערכים של שנת 2017 הם כ-1,500 ש"ח), וגם זאת רק לאחר שהשתכנע שלאב יש יכולת כלכלית. פסק דין זה אושר בבית המשפט העליון בע"א 386/78 רבני נ' רבני (פורסם בנבו, 1979), בידי השופט שמגר ובהסכמת השופטים ויתקון ואשר.

208 עניין חטב (לעיל, הערה 204), שבו קבע השופט שמגר את עקרון האיזון בהסכמת השופטים ויתקון ואשר.

209 עניין דלי (לעיל, הערה 174) השופט בך, בהסכמת השופטים שמגר וגולדברג.

אדלשטיין²¹² ו**בן משה**²¹³ ניתנו בידי השופטים שישבו בפרשות **פורטוגו וגלבר**, וגם מפסקי דין אלה עולה בבירור שחובת האב במזונות, גם בצרכים ההכרחיים, תלויה ביכולתו הכלכלית, ושגם מתחת לגיל 15 האם שותפה לאחריות לצרכים ההכרחיים.²¹⁴

2. האם החובה בצרכים ההכרחיים בגיל 6 עד 15 חלה על שני ההורים?

על רקע דברים אלו אנו מגיעים כעת לשאלה השנייה של פרק זה, והיא אם החיוב בצרכים ההכרחיים של הילדים בין גיל 6 ל-15 חל רק על האב או שחל על שני ההורים. שאלה זו נגזרת מהפרשנות לתקנת הרבנות הראשית.

ראינו לעיל שעל פי התפיסה המקובלת, תקנת הרבנות הראשית חלה רק על האב (וכי חובת האם היא שיוויון וחלה רק בנוגע לצרכים הלא הכרחיים).²¹⁵ אולם אל מול גישה זו קיימת בבתי המשפט גישה אחרת המתבססת על הפסיקה ההלכתית הנרחבת שקבעה שתקנת הרבנות הראשית היא בבחינת חיוב צדקה (אם כי צדקה אכיפה).²¹⁶ לפיכך קבע בית המשפט העליון בסדרה של פסקי דין שחבות ההורים בצרכים ההכרחיים שלאחר גיל 6 חלה על שני ההורים.

דברים אלה נקבעו כבר בשנת 1969 בהלכת **משכיל לאיתן**.²¹⁷ פסק דין זה עסק באם שהחזיקה בילד בן 14 בניגוד להוראת בית הדין והביאה לכך שהוא יסרב להיות בקשר עם האב. השאלה המרכזית הייתה אם יש קשר בין סרבנות קשר לבין מזונות ילדים, ובנושא זה פסק הדין הוא ההלכה המנחה, שלפיה בשל העובדה שחובת המזונות בגיל 6 עד 15 היא מדין צדקה וחלה על שני ההורים, סרבנות הקשר של הילד מפחיתה במידה ניכרת מאוד את חובת האב במזונותיו.

210 ע"א 574/83 **חגג נ' חגג**, פ"ד לח(3) 331 (1984), השופט דב לוין בהסכמת השופטים שמגר ושלמה לוין.

211 עניין **קרונברג** (לעיל, הערה 173) השופט שמגר בהסכמת שלמה לוין ודב לוין.

212 ע"א 4322/90 **אדלשטיין נ' אדלשטיין**, פ"מ מו(1) 289 (1991), שמגר, בהסכמת בך ודב לוין.

213 עניין **בן משה** (לעיל, הערה 173) שמגר, בהסכמת השופטים דב לוין ואור.

214 ראו גם: עניין **דהן** (לעיל, הערה 184) שמגר, בהסכמת בך ודב לוין (אם כי שם לא נדונה חובת האם), וכן עניין **הדרי** (לעיל, הערה 173) בעמ' 204, שם סוקר בית המשפט את עניין **פורטוגו** (לעיל, הערה 66) ועניין **גלבר** (לעיל, הערה 171) על מורכבותן ומתייחס למבחן המוצע בהן: "לפי המבחן הנוח יותר לאם, כאמור לעיל (בהלכות פורטוגו וגלבר), לפיו יש להטיל על האב מידת יתר מסוימת של הוצאות לשם כיסוי הצרכים ההכרחיים".

215 עניין **דגני** (לעיל, הערה 176); עניין **ינקוביץ** (לעיל, הערה 167); עניין **שגב** (לעיל, הערה 173) בעמ' 828; עניין **אביטבול** (לעיל, הערה 174).

216 ראו לעיל, הערות 95–102.

217 עניין **משכיל לאיתן** (לעיל, הערה 165).

אולם מה שחשוב לענייננו היא קביעתו העקרונית של בית המשפט, שאינה ייחודית למצבים הללו, והיא שחובת המזונות בגיל 6 עד 15, גם עבור הצרכים ההכרחיים, היא חיוב צדקה אכיף (שנקבע בתקנת הרבנות הראשית) החל על שני ההורים (בכפוף למצבם הכלכלי). כך קבע השופט קיסטר:

ייתכן והיה מקום לחייב את האב להשלים את אשר חסר לו אצל האם, כאשר אין ביכלתה לתת לו די מחסורו, וזה מדין צדקה, אשר חייבים בו הן האב והן האם (ראה ע"א 166/66 גולדמן נ' גולדמן ב"ע 536). יש לזכור, כי תקנת חכמים בדבר מזונות ילד מעל גיל שש הותקנה על יסוד הדין הרחב של צדקה והינה ענפה ויעילה יותר לקטין מדיני צדקה הכלליים.²¹⁸

ובהמשך, מפי השופט (כתוארו אז) לנדוי:

מוכן אני להסכים לפתרון אותו מציע חברי הנכבד, השופט קיסטר, אחרי הבדיקה שהוא ערך במקורות ההלכה: שהדין יתקיים במסגרת חובתם של האם והאב גם יחד לזון את הילד מדין צדקה, ושכמסגרת זו תהיה החובה הראשונית מוטלת על האם, שבמחיצתה נמצא הילד בניגוד לצו של בית-הדין הרבני, והאב יהא חייב להשלים אותו חלק מן הסכומים הדרושים לפרנסת הילד שהאם אינה מסוגלת לשאת בו (אם אמנם יתברר שכן הוא). פתרון זה נראה לי צודק, כי הוא שומר על מה שנראה לי העיקר: שענין פרנסתו של הילד לא ייהפך לשוט כלפי הילד עצמו, והוא גם הולם את מציאות ימינו המחייבת לא רק שיווי זכויות האשה אלא גם שיווי חובותיה.²¹⁹

הגישה שתקנת הרבנות הראשית יצרה חיוב צדקה אומצה בסדרת פסקי דין, ובהם רבני נ' רבני,²²⁰ קרונברג נ' קרונברג²²¹ ובן משה נ' בן משה.²²² העמדה שלפי הדין הדתי החיוב לאחר גיל 6 הוא חיוב צדקה התקבל על ידי השופט רובינשטיין בבע"מ 1356/08 פלוני נ' פלונית,²²³ ואומצה בפסקי דין נוספים, ובהם חגג נ' חגג,²²⁴ אדלשטיין נ' אדלשטיין²²⁵

218 שם, בעמ' 321 (ההדגשות שלי – י"מ).

219 שם, בעמ' 323–324 (ההדגשות שלי – י"מ).

220 עניין רבני (לעיל, הערה 207). כפי הנראה, בפסק דין זה הניח בית המשפט שתקנת הרבנות הראשית חלה מגיל מצוות ואילך, וקבע כי "חיובו של אב טבעי למזונות ילדו מעל גיל י"ג נובע מדיני צדקה ולא מן הדין".

221 עניין קרונברג (לעיל, הערה 173) בעמ' 359.

222 עניין בן משה (לעיל, הערה 173).

223 בע"מ 1356/08 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 2008).

224 עניין חגג (לעיל, הערה 210).

225 עניין אדלשטיין (לעיל, הערה 212).

ואחרים.²²⁶ נוסף על זה, כפי שראינו, בפרשת **אוחנה נ' אוחנה**²²⁷ בית המשפט אומנם לא דן מפורשות בדין הצדקה אך קבע שהחובה בצורכי הילדים היא משותפת ותלויה ביכולת הכלכלית של ההורים. כך שהלכה למעשה, גם פסק דין זה תומך בגישה שתקנת הרבנות הראשית היא צדקה.

ממילא, כפי שראינו בתחילת הפרק, משעה שחיוב מזונות מוגדר כנובע מדין צדקה, סדרה ארוכה של פסקי דין בבית המשפט העליון קבעו בבירור שחיוב זה חל שווה בשווה על שני ההורים.²²⁸

3. סיכום

התפיסה המקובלת מייחסת לבית המשפט העליון את העמדה שהאב לבדו חייב בצרכים ההכרחיים של הילדים, ושחובה זו אינה תלויה ביכולתו הכלכלית. כשניגשנו לעשות מחקר זה, גם אנו היינו שותפים לנקודת מוצא זו. אך במסגרת כתיבת המאמר, כשחיפשנו עיגון לתפיסה זו, גילינו להפתעתנו שלא מצאנו פסקי דין שביססו את התפיסה המקובלת ביסוס קוהרנטי. ייתכן שהטעות בהבנת פסיקת העליון נובעת בין השאר מפרשנות לא נכונה למושג "חובה אבסולוטית".

אכן, פסיקת בית המשפט העליון אינה ברורה בנוגע לאחריות ההורים למזונות ילדיהם. בחנו את פסקי הדין שעליהם בנויה התפיסה המקובלת, אך ראינו שפסקי דין אלה מורכבים יותר. הם כוללים ביטויים שעשויים ללמד על חיוב האב ללא קשר ליכולתו, אך בסופו של דבר המבחן שיישמו מבטא את עקרון האיזון בין שני משקי הבית.

נסכם אפוא את עמדת בית המשפט העליון בארבע נקודות:

- א. חיוב מזונות החל מדין צדקה חל שווה בשווה על שני ההורים.
- ב. פסיקת בית המשפט העליון, גם זו שלאחר 1980, אינה מכירה בתקנת הרבנות הראשית השנייה. לכן מגיל 15 ומעלה כל החיובים, גם אלה של הצרכים ההכרחיים, הם מדין צדקה בלבד.
- ג. בית המשפט העליון יוצא מנקודת הנחה שהחובה בצרכים ההכרחיים עד גיל 6 חלה על האב בלבד.
- ד. למרות אמירות שאפשר שישתמע מהן שחובת האב בצרכים ההכרחיים עד גיל 15 אינה תלויה ביכולתו הכלכלית, התקשינו למצוא ביסוס קוהרנטי לעמדה זו בפסיקת בית המשפט העליון. פסיקת העליון, כפי שהראינו, קובעת במקרים רבים דווקא את ההפך, כלומר שגם צרכים אלה כפופים ליכולתו הכלכלית של האב.

226 ראו לדוגמה: עמ"ש (מחוזי ת"א) 28592-05-13 י.ג. נ' י.ג. (פורסם בנבו, 2014).

227 עניין **אוחנה** (לעיל, הערה 197).

228 ראו לעיל, הערות 164–173.

ה. בפסיקת בית המשפט העליון קיימת מחלוקת בשאלה אם תקנת הרבנות הראשית הראשונה (זו החלה על הצרכים הכרחיים בגילאי 6 עד 15) חלה על האב בלבד או על שני ההורים. פסקי דין רבים שקבעו שתקנה זו היא מדין צדקה, ומכך נובע שלשיטתם היא חלה על שני ההורים שווה בשווה.

ד. מזונות ילדים בפרקטיקה של בתי המשפט

בפרק הקודם עמדנו על פסיקת בית המשפט העליון בנוגע למזונות ילדים. אולם בעקבות הצורך ליצור התמקצעות של שופטים בדיני משפחה הוקמו בשנת 1995 בתי המשפט למשפחה.²²⁹ אחת התוצאות של מהלך זה היא שבית המשפט העליון הפך לערכאה שלישית בתיקי משפחה, ובעקבות זאת ערעורי מזונות, ככל הערעורים בדיני משפחה, אינם מוגשים לבית המשפט העליון כערעורים בזכות אלא כבקשות רשות ערעור. ברוב המקרים של המקרים מסרב בית המשפט להעביר את הדיון למותב ודוחה את הבקשה על הסף, בין השאר בהסתמכו על הלכת **חניון חיפה**,²³⁰ הקובעת שגם תוצאה לא צודקת בערכאה הנמוכה אינה מצדיקה את התערבות בית המשפט העליון אם אין בעניין חשיבות ציבורית גדולה או שאלות משפטיות חשובות או חוקתיות המונחות על הכף. התוצאה היא, למרבה הצער, שחרף בקשות ערעור רבות בית המשפט העליון כמעט שאינו דן מהותית בתיקי מזונות ילדים. המציאות אפוא נקבעת בפועל בעיקר בבתי המשפט למשפחה ובפסקי הדין המנחים של בתי המשפט המחוזיים.

1. סטנדרט המזונות בפסיקה: שיעור הצרכים ההכרחיים בהתעלם מיכולת האב

פרקטיקת המזונות בפסיקה עוצבה במידה רבה בשנת 2003 בבית המשפט המחוזי בתל אביב בבר"ע 1895/02.²³¹ בפרשה זו היה האב בעל נכות נפשית והשתכר 3,300 ש"ח, אך השופטת שטופמן קבעה כי –

הלכה פסוקה היא כי צרכיו הכרחיים של קטין שאינם דורשים ראיות מפורטות משהם בידיעה הכללית השיפוטית, עומדים על סך של 1,150

229 חוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה–1995; מיכל בן-שבת ואח', "שולחן (משפחת) עגול – עשור לבית המשפט לענייני משפחה: חזון ומציאות", **משפחה במשפט** ב (תשס"ט) 1; חיים פורת, "האם התגשם חזונו של השופט אלישע שינבויים? בית המשפט לענייני משפחה במלאת עשור להקמתו", **משפחה במשפט** ב (תשס"ט) 271.
230 ר"ע 103/82 **חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור בע"מ**, פ"ד לו(3) 123 (1982).
231 בר"ע (מחוזי ת"א) 1895/02 **ב.י. נ' ב.נ.** (פורסם בנבו, 20.1.2003).

נח ללא הוצאות מדור וללא הוצאות גן [שבגינם על האב לשלם בנוסף].²³²

יישום נוסחה זו הביא את בית המשפט לחייב את האב במזונות עבור ילד אחד, שבצירוף המדור והתוספות האחרות הגיעו ל-2,400 ש"ח בחודש.²³³ קביעה זו של בית המשפט נעשתה ללא בדיקה מדוקדקת של צורכי הילד ויכולת האב. אף שידיעה שיפוטית היא חזקה הניתנת לסתירה, בתי המשפט דבקו בסכומים אלה גם כשמרמת החיים של המשפחה היה ברור שהוצאותיהם על הילדים היו נמוכות יותר.²³⁴ בכך נוצר הסטנדרט לסף המינימלי של מזונות ילדים, שאותו מטילים בתי המשפט על האב ללא קשר לשיעור הכנסתו והכנסת האם או למידת מעורבותם בטיפול בילדים.²³⁵ פסקי דין מאוחרים יותר אף טענו כי יש להעלות את הסטנדרט שקבעה השופטת שטופמן בגין עליית המדד וכדומה,²³⁶ ובפסיקה הערכנית יש שמתייחסים לסף המינימום שאינו דורש ראיה כאל 1,300 ש"ח עד 1,400 ש"ח בחודש לילד.²³⁷ נוסף על סכום זה צריך האב לשלם את רכיב המדור (המחושב כבין שלישי למחצית מעלות הדיור של דירת האם) וכן תשלום ה"מחציות" של הוצאות רפואיות חריגות, חינוך, חוגים וקייטנות. נוסף על תשלומים אלה, קצבאות הביטוח הלאומי עבור הילדים מועברות לידי האם.

במסגרת המחקר שהוביל למאמר זה בחנתי מאות פסקי דין שעסקו במזונות ילדים. את המשמעות המעשית של הסטנדרט שנקבע בפסיקה והעובדה שהוא אינו תלוי ביכולת האב, ניתן ללמוד מהדוגמאות הבאות. בתמ"ש (י-ם) 3778-10-10 א.פ. נ' ר.ג.²³⁸ דובר בזוג עם ילדה בת 5. האם עבדה כרוקחת והרוויחה כ-8,500 ש"ח בחודש. האב היה מובטל, אך בית המשפט העריך שהוא יכול לעבוד בשכר מינימום, ולכן חישב את הכנסתו הפוטנציאלית בכ-4,300 ש"ח בחודש. למרות זאת חייב השופט את האב במזונות של 1,300 ש"ח, שבתוספת מדור, תשלום לצהרון וכו' הגיעו לבין 2,300 ש"ח

232 שם, בפסקה ד.

233 האב חויב במזונות של 1,000 ש"ח, בתשלום של 500 ש"ח עבור הגן ובכ-900 ש"ח מדור. קצבת הביטוח הלאומי הועברה אל האם.

234 למקרה קיצוני, שבו אב נכה 100% חויב במזונות הגבוהים מקצבת הנכות שלו, ראו: תמ"ש (משפחה י-ם) 24532/01 (לא פורסם, 10.5.2005). פסק דין זה אושר בערעור, בטיעון שהמזונות שנפסקו הם נמוכים ביחס לצרכים ההכרחיים המקובלים, ע"ם (מחוזי י-ם) 787/05 א.ב.ל. נ' ב.א.ב.ל (פורסם בנבו, 2005).

235 ע"ם (מחוזי י-ם) 789/05 ע.ד. נ' ע.י. (פורסם בנבו, 2006).

236 עמ"ש (מחוזי ת"א) 1057/09 ש.ת. נ' ד.ג., פסקה 18 (פורסם בנבו, 17.10.2010).

237 עמ"ש (מחוזי ת"א) 20511-10-10 פלוני נ' אלמוני, פסקה 29 (פורסם בנבו, 2013); תמ"ש (משפחה טב') 1216-08-12 פלונית נ' אלמוני, פסקה 46 (פורסם בנבו, 2015); עניין ל.ר. נ' ד.ר. (לעיל, הערה 118) פסקה 25. לסכומים גדולים אף יותר, ראו: עניין ש.ת. נ' ד.ג. (לעיל, הערה 236).

238 תמ"ש (משפחה י-ם) 3778-10-10 א.פ. נ' ר.ג. (לא פורסם, 4.11.2014).

ל-2,750 ש"ח בחודש. עוד קבע בית המשפט, כי סכומים אלה נקבעו על בסיס העובדה שהאב מובטל או משתכר 4,300 ש"ח, אך עליו להראות לשופט כעבור שנה את מאמציו למציאת עבודה טובה יותר, ואם יגדיל את הכנסתו, ישקול השופט את הגדלת המזונות. בתמ"ש (טב) 1216-08-12 דובר באב לשישה ילדים, שהצעירה שבהם הייתה בת 10 (הבן הגדול שהיה בן 18 גר עם האב). האב הרוויח כמתמחה 5,000 ש"ח בחודש, אך בית המשפט חייב אותו במזונות על בסיס החישוב של 1,400 ש"ח לילד כמזונות בסיס (ולאחר הפחתה מסוימת עבור הבנות שהיו בנות 15 ומעלה) חייב את האב ב-6,000 ש"ח בחודש, נוסף על הוצאות אחרות של יותר מ-1,400 ש"ח בחודש, בקובעו כי "באשר לטענות האב בדבר תשלום מזונות לפי יכולתו, יודגש ויובהר כי אין במצבו הכלכלי של האב בכדי להפחית מחובתו לזון ילדיו".²³⁹ פסקי דין אלה אינם החריג אלא הנורמה הנהוגה בפסיקה.²⁴⁰

מלבד ההנחה הבעייתית שחובת האב בצרכים ההכרחיים אינה תלויה ביכולתו, פסיקת בתי המשפט מתבססת על הקביעה השרירותית בנוגע לשיעור הצרכים ההכרחיים (שאינם דורשים ראיה מאחר שהם בידיעה שיפוטית). למרות ההשלכות העקרוניות של קביעה זו, החליט עליה בית המשפט ללא סימוכין הלכתיים או משפטיים (בנוגע לתוכן של צרכים אלה) וללא כל עיגון כלכלי בדבר עלות הצרכים הללו, על פי נתונים המתייחסים להוצאות משקי בית, כגון של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה או של בנק ישראל.²⁴¹

"צרכים הכרחיים", כפי שראינו בפרק ב לעיל, מוגדרים בהלכה בצמצום רב.²⁴² בית המשפט העליון פירש צרכים אלה כ"אותם דברים בסיסיים, שבלעדיהם אין הילד יכול להתקיים ממש".²⁴³ לכן ברור שביגוד בעלות של כ-150 ש"ח לחודש לילד, קייטנות, חוגים וכן הלאה אינם בגדר "צרכים הכרחיים".²⁴⁴ "צרכים הכרחיים", כפי שקבע

239 עניין תמ"ש 1216-08-12 (לעיל, הערה 237) בפסקה 29, נוסף על זה קיבלה האם קצבת ילדים 1060 ש"ח.

240 לפסקי דין נוספים, המביאים לתוצאות קשות, ראו: תמ"ש (משפחה י-ם) 6032/02 ב. נ' מ. (פורסם בנבו, 2004); ע"מ (מחוזי י-ם) 590/04 פלוני נ' אלמונית, פ"מ תשס"ג(2) 329 (2005); תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 14711/01 פלונית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 2006); ע"ם (מחוזי י-ם) 1099/06 פלוני נ' פלונית (לא פורסם, 2007); תמ"ש (משפחה טב) 12107-04-10 ס.ג. נ' ע.ג. (פורסם בנבו, 2011); עניין א.פ. נ' ר.ג. (לעיל, הערה 238).

241 ראו להלן, הערה 247 והדיון בסמוך לה.

242 ראו לעיל, הערות 59–61.

243 עניין פורטוגז (לעיל, הערה 66); עניין גלבר (לעיל, הערה 171).

244 תמ"ש (משפחה ת"א) 13990/96 פלונית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 1996); תמ"ש (משפחה י-ם) 203098/98 פלונית נ' פלוני (לא פורסם, 1999).

השופט גרינברגר, הם היקף ההוצאה החודשית על ילדים בקרב העשירון התחתון,²⁴⁵ ומדובר בהגדרה שקיימים בעניינה נתונים אמפיריים.²⁴⁶ אולם מתברר שסכום זה כפי שנקבע בפסקי הדין שראינו שונה מהותית מהנתונים הכלכליים שמצאו בעניין זה הגופים המוסמכים לעשיית מחקרים אלה. מחקרם האמפירי המקיף של ד"ר עדי ברנדר ופרופ' מישל סטרבצ'ינסקי מחטיבת המחקר של בנק ישראל מעלה ש"קיומו של ילד בן 0–3 במשפחה מוסיף כ-650 ש"ח להוצאה החודשית של המשפחה. סכום זה יורד לכ-300 ש"ח בקבוצת הגיל 4–14 אך הוא מטפס לכ-1,000 ש"ח בגילים המתקדמים יותר – 15 עד 17".²⁴⁷ סכומים אלה אינם מתייחסים ספציפית לעשירון התחתון.

ברוח ועדת שיפמן כתב פרופ' ראובן גרונאו, מבכירי חוקרי הכלכלה בארץ, שהיה חבר בוועדה, פרק מקיף של "מדידת הוצאות התמיכה הכלכלית בילדים".²⁴⁸ מחקרן, שמתבסס במידה רבה על נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, בוחן מהי התוספת בתצרוכת למשפחה עם התווספות ילד או ילדים למשק הבית, ומבחין בעניין זה בין השליש התחתון לאמצעי ולעליון באוכלוסייה, מבחינת שיעור ההכנסה המשפחתית. ממצאיו של דוח זה מלמדים שבשליש התחתון של האוכלוסייה התוספת בתצרוכת עבור ילד אחד היא 314 ש"ח בחודש, והתוספת עבור שני ילדים היא 544 ש"ח.²⁴⁹

נתונים אלה דורשים מחקר מעמיק יותר, ובכלל זה מיפוי סוג ההוצאות שנבדקו, ניתוח על פי עשירונים ועל פי מספר הילדים וגילם וכדומה. כמי שאינו כלכלן, אם היה עליי לנקוב בסכום כלשהו מבלי שאבדוק את העניין לעומק, הייתי מן הסתם מעריך את ההוצאות המתווספות בגין ילדים בסכום גדול בהרבה. קשה להבין כיצד התווספות ילד למשק הבית מגדילה בכה מעט את ההוצאות המשפחתיות. אך טעות נפוצה בביצוע הערכות היא השלכה של עולמו של המעריך על חייו של המוערך. העובדה ששופטים, שהכנסתם היא בעשירון העליון,²⁵⁰ מוציאים סכומים גדולים בהרבה על ילדיהם אינה צריכה להביא למסקנה שהעלות המינימלית של גידול ילדים היא גבוהה יותר אלא לחדד את החשש מפני הטיה לא מודעת של השופטים בהערכתם את עלות גידול הילדים בקרב העשירון התחתון.

245 תמ"ש (משפחה י-ם) 22601/03 מ.ר. נ' ד.פ.ר., פסקה 61 (פורסם בנוב, 2005); שיבר (לעיל, הערה 8) בעמ' 236.

246 הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, סקר הוצאות משק הבית 2011 – סיכומים כלליים (2013).

247 עדי ברנדר ומישל סטרבצ'ינסקי, **מדיניות הממשלה ביחס להורים צעירים** (בנק ישראל, חטיבת המחקר, 2014) בעמ' 7.

248 דוח ועדת שיפמן (לעיל, הערה 15) בעמ' 78.

249 שם, בעמ' 85, לוח 3.

250 חוזר העת – תעריפים עדכון 2016-4-2 "שכר והסכמי עבודה" (16.1.2016); הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, **"הכנסות של בני 15 ומעלה – נתונים מסקר הוצאות משק הבית 2014"** (2016), בלוח 7 – הכנסה חודשית ברוטו לשכיר, לפי עשירון, מספר שנות לימוד, משלח יד (סיווג 2011) ומין.

2. מזונות ילדים ומעורבות האב

ניתן להניח כי אחד מהגורמים שהביא את בתי המשפט לקבוע את הסטנדרטים שראינו הוא התפיסה שבכך הם דואגים לרווחתם של הילדים. כפי ששופטים אומרים לא פעם, מנקודת מבטם של הילדים, אם תהיינה טעויות בפסיקת מזונות הילדים, מוטב שהן תהיינה בפסיקת מזונות יתר ולא מזונות חסר. גישה זו מושתתת על ההנחה שהילדים נמצאים רק בבית האם, או בעיקר בבית זה, וממילא רמת חייהם נקבעת על פי רמת החיים בבית האם. כדי לדאוג לטובת הילדים יש אפוא להבטיח רמת חיים נאותה בבית האם, גם אם הדבר בא על חשבון רמת החיים של האב.

אך האם ההנחה שהילדים נמצאים בעיקר בבית האם ומושפעים רק מרמת החיים בבית זה, נכונה? למרבה הצער, בפסקי דין רבים העוסקים במזונות ילדים בתי המשפט אינם מציינים את זמני השהות.²⁵¹ אולם מפסקי הדין שבהם יש התייחסות לסוגיית זמני השהות עולה שגם כאשר הילדים נמצאים חלק ניכר מהזמן בבית האב, בתי המשפט מחייבים את האב במזונות במנותק מיכולתו הכלכלית ואינם בוחנים את השפעת חיוב המזונות על משק הבית של האב ואת יכולתו לדאוג לילדים בשעה שהם נמצאים אצלו.

פסק דין שממחיש את הדברים הוא תמ"ש (י-ם) 19278-03-11 **פלונת נ' פלוני**,²⁵² אשר בו לבני הזוג היו ארבעה ילדים בני 4 עד 15, ונקבעה משמורת משותפת. האב השתכר כ־8,500 ש"ח בחודש והאם השתכרה כ־5,000 ש"ח בחודש. מלבד הדירה המשותפת של בני הזוג היו לאישה גם בית וחסכוניות בחו"ל. בית המשפט חייב את האב במזונות ומדור של 6,750 ש"ח בחודש, נוסף על מחציות של הוצאות רפואיות חריגות, חוגים, קייטנות, תשלום לתנועת הנוער וכו'. כמו כן נקבע שקצבת הביטוח הלאומי – 960 ש"ח – תועבר אל האם.

בהנחה שהתשלום של כל הורה על ה"מחציות" היה כ־750 ש"ח בחודש,²⁵³ לאב ולארבעת הילדים השהים עימו קרוב למחצית מהזמן נותרו למחייתם כ־1,000 ש"ח בחודש, ואילו למשק הבית של האם ולארבעת הילדים השהים עימה קצת יותר היו כ־12,000 ש"ח. למרות זאת, משערער האב על פסק הדין, הביא בית המשפט המחוזי את הצדדים לידי פשרה שהפחיתה את המזונות בכ־1,000 ש"ח בלבד.²⁵⁴ הנתונים בפסק דין זה ממחישים שחיוב יתר של מזונות עשוי לפגוע לא רק באב אלא גם בילדים.

בתקופה האחרונה הגיעה סוגיית מזונות הילדים במקרים שבהם יש משמורת משותפת וזמני שהות שווים למרכז השיח הציבורי והמשפטי. נגד הבעייתיות בחיוב האב במזונות במקרים אלה יצאו כמה שופטי משפחה, ובהם השופטים מקייס, שקד, כהן, פלקס ואלפסי, עת קבעו שבמצבים אלה, ואם הכנסות ההורים דומות, ניתן לפטור את

251 לדוגמה, ראו עניין ב.י. נ' ב.ב. (לעיל, הערה 231).

252 תמ"ש (משפחה י-ם) 19278-03-11 **פלונת נ' פלוני** (לא פורסם, 16.6.2013).

253 ראו את פירוט ההוצאות: שם, בפסקה 34 ופסק הדין.

254 עמ"ש (מחוזי י-ם) 17219-09-13 **פלונת נ' פלוני** (לא פורסם, 16.6.2013).

האב מתשלום מזונות לידי האם. לדידם, כל הורה יישא בהוצאות הילדים כשהם אצלו, ואילו בהוצאות חיצוניות, כהוצאות חינוך, חוגים וכדומה, יתחלקו ההורים שווה בשווה.²⁵⁵ אך פסקי דין אלה הם חריגים מאוד, וברוב המקרים של המקרים ממשיכים בתי המשפט לחייב אבות במזונות ילדים גם כאשר הילדים הם במשמורת משותפת. יתרה מזאת, במקרים שהגיעו לבתי המשפט המחוזיים קבעו בתי משפט אלה שמשמורת משותפת מצדיקה הפחתה חלקית בלבד מסכום המזונות. פסיקת בתי המשפט המחוזיים בעניין אינה אחידה, ויש הבדלים ניכרים בין פסקי הדין בנוגע למידת ההפחתה של המזונות ולאופן חישובה. לדוגמה, בכמה פסקי דין קבעה השופטת וילנר שמשמורת משותפת מצדיקה הפחתה של כ-25% מסכום המזונות (ללא הפחתה בתשלומי המדור).²⁵⁶ גישתה של השופטת וילנר יושמה בסדרה ארוכה של פסקי דין. פסק דין שממחיש את עמדתה הוא תמ"ש 12107-04-10, שבו הרוויחה האם 17,500 ש"ח והאב הרוויח 6,500 ש"ח. לבני הזוג היו שני ילדים ששהו זמנים שווים אצל שני ההורים. בית המשפט יישם את גישתה של השופטת וילנר וקבע שעל פי זה על האב לשלם לאם מזונות ילדים 2,350 ש"ח נוסף על המחציות של הוצאות החינוך והצהרונים.²⁵⁷ אל מול גישה זו, שני הרכבים בבית המשפט המחוזי-מרכז קבעו שכאשר הכנסות ההורים דומות, משמורת משותפת מצדיקה הפחתה של 50% מסכום המזונות, אך הרכב אחד החיל את ההפחתה גם על תשלומי המדור,²⁵⁸ ואילו השני הותיר את תשלומי המדור על כנם.²⁵⁹ בפרשת **א.א. נ' מ.א.**²⁶⁰ הצטרף בית המשפט המחוזי בתל אביב לדעה שמשמורת משותפת והוצאות האב הכרוכות בה מפחיתות בכ-50% את הוצאות האם על הצרכים הכרחיים של הילדים, ולכן מפחיתים את חבות האב בכמחצית, אך הוסיף שמכיוון שתשלום זה מותיר בידי האב משאבים פחותים לצרכים הלא הכרחיים של הילדים, יש לבדוק את ההכנסה הפנויה של כל אחד מההורים לאחר תשלום המזונות, וייתכן שהאם תשלם לאב עבור הצרכים הלא הכרחיים (מה שעשוי להביא לקיצוץ מסוים במזונות שאותם שילם האב על הצרכים הכרחיים).

255 השופטת רבקה מקייס בתמ"ש (משפחה כ"ס) 28102/05 **ר.ג. נ' א.ג.** (לא פורסם, 14.2.2010); השופט יהורם שקד בעניין **ת.ס. נ' ע.ס.** (לעיל, הערה 206); השופט יעקב כהן בתמ"ש (משפחה ראשל"צ) 16785-09-12 **ס.ר. נ' ד.ר.** (פורסם בנבו, 2013).
מקרים שעסקו במשמורת מפוצלת שהגיעו לתוצאה דומה: השופט נמרוד פלקס בעניין **ס.ש. נ' מ.ש.** (לעיל, הערה 63) והשופטת ענת אלפסי בתמ"ש (משפחה אשד) 53490-09-12 **האב נ' האם** (פורסם בנבו, 2014).
256 עמ"ש (מחוזי חי') 54256-09-14 **א.ב. נ' ב.ב.** (פורסם בנבו, 2015); ע"מ (מחוזי חי') 318/05 **פלוני נ' פלונית** (פורסם בנבו, 2006).
257 עניין **ס.ג. נ' ע.ג.** (לעיל, הערה 240).
258 עמ"ש (מחוזי מר') 25027-02-14 **פלונית נ' פלונית** (פורסם בנבו, 2014).
259 עניין **ל.ר. נ' ד.ר.** (לעיל, הערה 118).
260 עניין **א.א. נ' מ.א.** (לעיל, הערה 201).

המשותף לפסקי הדין האחרונים שסקרנו הוא הניסיון לצמצם את מידת החיוב של האב במזונות ילדים כאשר המשמורת היא משותפת, ועל כך יש לברך. אולם פסקי דין אלה מדגישים את מה שנראה בעינינו תקרת זכוכית. ראשית, פסקי דין אלה עוסקים כאמור בהפחתה של מזונות הילדים במקרים של משמורת משותפת וזמני שהות שווים. ההפחתה במזונות במקרים אלה נובעת מהכרת הפסיקה שלצד הוצאותיה של האם על הילדים גם האב מוציא הוצאות ישירות על גידול הילדים כאשר הם נמצאים בביתו. אך הוצאות אלה קיימות לא רק במקרים של משמורת משותפת וזמני שהות שווים. הן קיימות גם אם פורמלית האם היא המשמורתית אך הילדים נמצאים אצל האב בימי שני ורביעי וכל סוף שבוע שני (חלוקת ימים שבמחזור של שבועיים היא ביחס של 8:6). במצבים אלה מותרת הפסיקה את סטנדרט המזונות הרגיל ואינה מתחשבת כלל במעורבות האב ובהשלכות הכלכליות שיש לזה עליו.

שנית, גם במקרים המובהקים של משמורת משותפת וזמני שהות שווים, כשהאם מרוויחה הרבה יותר מהאב בתי המשפט אינם מחייבים אותה לשלם לאב מזונות ילדים.²⁶¹ הזכרנו בהקשר זה את תמ"ש 12107-04-10, שבו הייתה הכנסת האם כמעט פי שלושה מהכנסת האב, אך הוא שחויב לשלם לה מזונות. בדומה לזה, בפרשת **א.א. נ' מ.א.**²⁶² דלעיל דובר באם עשירה מאוד ונוסף על זה הייתה הכנסתה השוטפת גבוהה בהרבה מזו של האב, וגם שם חייב בית המשפט את האב לשלם מזונות לאם.

שלישית, אפילו במקרים (הנדירים לכשעצמם) שבהם הילדים הם במשמורת האב, בתי המשפט אינם מחייבים את האם במזונות שבהם היו מחייבים את האב אילו היה המצב הפוך. בחלק מהמקרים מחייבים בתי המשפט את האב המשמורן לשלם מזונות לאם הלא משמורתית.²⁶³ במקרים אחרים הם פוטרים את האב המשמורן מתשלום

261 עניין **ו.א.ע. נ' ו.א.** (לעיל, הערה 176); בעניין **ס.ג. נ' ע.ג.** (לעיל, הערה 240), דובר במשמורת משותפת, שבה האם הרוויחה 17,500 ש"ח בחודש והאב הרוויח 6,500 ש"ח בחודש. אך בכל זאת חייב בית המשפט את האב במזונות של יותר מ-2,350 ש"ח בחודש. בתמ"ש (משפחה ר"ג) 26574-04-12 **פלונית נ' אלמוני** (פורסם בנבו, 2014) דובר במשמורת משותפת שבה האם הרוויחה הרבה יותר מהאב. למרות זאת חייבה השופטת אסל את האב בסכום ניכר בגין מדור.

262 עניין **א.א. נ' מ.א.** (לעיל, הערה 201).

263 ע"מ (מחוזי ת"א) 1155/03 **פלונית נ' פלונית** (פורסם בנבו, 2005); בע"מ 2561/08 **פלונית נ' פלונית** (פורסם בנבו, 2008); תמ"ש (משפחה קר') 9881/07 **פלונית נ' פלונית** (פורסם בנבו, 2009); תמ"ש (משפחה נצ') 1618-07-12 **ל.ב. נ' מ.צ.** (פורסם בנבו, 2013).

מזונות.²⁶⁴ רק במקרים חריגים מחייבים בתי המשפט את האם הלא משמורנית לשלם מזונות לידי האב, וגם אז מדובר בדרך כלל בסכומים קטנים.²⁶⁵

3. סיכום

הסטנדרט שיצקו בתי המשפט לעלות הצרכים ההכרחיים נקבע ללא כל עיגון ובסכומים שאינם עולים בקנה אחד עם הנתונים הכלכליים של בנק ישראל ושל הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה. למרות המקרים הרבים שבהם הכנסת האם דומה להכנסת האב, והנורמה שעל פיה אבות מעורבים מאוד בגידול הילדים (אף אם במידה פחותה מהאם), ברוב המקרים של המשפט ממשיכים להחיל את הסטנדרטים הבעייתיים שראינו בפרק זה, בהתעלם מיכולתו הכלכלית של האב, מיכולתה הכלכלית של האם וממידת מעורבותו של האב בגידול הילדים.

ה. הפגיעה בזכויות חוקתיות

בפרק זה נבחן את סוגיית מזונות הילדים בפרספקטיבה חוקתית. כפי שנראה בהמשך, פסיקת בג"ץ קבעה פעמים רבות כי חוקי היסוד והעקרונות החוקתיים של שיטת המשפט חלים גם בדיני משפחה.²⁶⁶ הדברים נכונים גם כאשר הדין המהותי הוא דין דתי.²⁶⁷

264 עניין גרובשטיין (לעיל, הערה 168); תמ"ש (משפחה חי') 27821/97 קשתי נ' ים (לא פורסם, 25.3.2002); תמ"ש (משפחה חי') 35031/99 ר.א. נ' א.א. (פורסם בנבו, 2006); תמ"ש (משפחה ב"ש) 15991/06 ר.ס. נ' ר.ב.מ. (פורסם בנבו, 2009); תמ"ש (משפחה קר') 9822/07 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 2009); תמ"ש (משפחה ר"ג) 29888/00 א.א. נ' נ.א. (פורסם בנבו, 2010).

265 עניין גלבר (לעיל, הערה 171); ע"א 4951/92 ידוביץ נ' כהן (פורסם בנבו, 1993); מ"א (מחוזי ת"א) 5677/93 הינד נ' הינד (פורסם בנבו, 1994); עניין א.ל. נ' פ.ל. (לעיל, הערה 176); תמ"ש (משפחה ר"ג) 20812/07 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 2010); תמ"ש (משפחה ב"ש) 34894-08-10 ש.ג. נ' מ.ג. (פורסם בנבו, 2011); תמ"ש (משפחה חי') 43781-01-14 י.ג. נ' א.ג. (פורסם בנבו, 2014); לפסקי דין שעסקו בחיוב האם במזונות מכוח הסכם, ראו: עניין מורד (לעיל, הערה 173); תמ"ש (משפחה ב"ש) 14303/05 ב.ר. נ' ב.י. (פורסם בנבו, 2007).

פסק דין שבו חויבה האם במזונות סבירים הוא תמ"ש (משפחה פ"ת) 10968-06-10 ל.ד. נ' מ.ד. (פורסם בנבו, 2013). אולם גם בפסק דין זה, אילו היו הנסיבות הפוכות, ברור שהמזונות שהיו נקבעים היו גבוהים בהרבה.

266 ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח(3) 837 (1994); ע"א 7038/93 סולומון נ' סולומון, פ"ד נא(2) 577 (1995); ע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221 (1995); ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578 (1995); בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פ"ד נז(1) 419 (2002); בג"ץ 2898/03 פלונית נ' בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד נח(2) 550 (2004); בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים, פ"ד ס(1) 124 (2005);

השאלה שנבחן היא אם פרקטיקת בתי המשפט במזונות ילדים מעוגנת מבחינה חוקתית. הפרק יתחיל בבחינת הזכויות החוקתיות הנפגעות מפסיקת המזונות. בחלקו השני של הפרק נדון בתכלית של מזונות הילדים (ההגנה על צורכי הילדים) ונשאל אם הפגיעות הנגרמות מוצדקות מבחינה חוקתית, ומה נדרש בית המשפט לעשות כדי לצמצמן.

1. הזכות החוקתית לשוויון

הזכות הראשונה שנעמוד עליה בהקשר זה היא הזכות לשוויון. זכות זו היא מאבני היסוד של שיטת המשפט בישראל. היא חלק מכבוד האדם ומעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.²⁶⁸ פסיקת בית המשפט העליון הבהירה שוב ושוב את מעמדה החוקתי של זכות זו.²⁶⁹ דברים אלה נקבעו ספציפית לזכות לשוויון בהקשר המשפחתי,²⁷⁰ וקונקרטי יותר, גם בנוגע למזונות ילדים.²⁷¹

היבט נוסף של זכות זו, אשר עליו נעמוד בהמשך, הוא הזכות לשוויון בין נשים לגברים, בין השאר בנוגע לתנאי מחייה בסיסיים, לעבודה, לדיוור ולרווחה חברתית. הדברים עוגנו בשנת 2000 בתיקון לחוק שיווי זכויות האשה, הקובע בסעיף 6 כי "לכל אישה ואיש זכות שווה לקיום בכבוד אנושי, ובכלל זה לשוויון בתחומי העבודה, החינוך, ההשכלה, הבריאות, הדיוור, איכות הסביבה והרווחה החברתית".²⁷² הזכות לשוויון היא לשוויון מהותי ולא פורמלי. שוויון פורמלי הוא מתן יחס שווה לאנשים שמבחינה עניינית הם שונים, מה שעשוי להביא לפגיעה בשוויון המהותי.²⁷³ לענייננו, מזונות ילדים נועדו להגן על צורכיהם הכלכליים של הילדים. הם תשלום

-
- בג"ץ 7052/03 עראלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, בעמ' 296–297 (2006).
- 267 ראו להלן, הערה 330.
- 268 בג"ץ 5394/92 הופרט נ' יד ושם, רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח(3) 353, בעמ' 362 (1994); בג"ץ 721/94 אל-על נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, בעמ' 762 (1994).
- 269 בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501 (1994); בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995); בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006); עניין עראלה (לעיל, הערה 266).
- 270 ראו לעיל, הערות 266 ו-269.
- 271 ע"ם 590/04 (לעיל, הערה 240); עניין אוחנה (לעיל, הערה 197); עניין צינובוי (לעיל, הערה 199); עניין ב.ס. נ' נ.מ. (לעיל, הערה 38); בע"ם 1356/08 (לעיל, הערה 223).
- 272 סעיף 6 לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951 (ההדגשות שלי – י"מ); דפנה ברק-ארז, "פמיניזם חברתי וזכויות חברתיות של נשים", זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל (יורם רבין ויובל שני עורכים, תשס"ה) 855, 867; על משמעותו הספציפית של סעיף זה, ראו להלן פרק ה סעיף 2.
- 273 עניין מילר (לעיל, הערה 269); בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221, בעמ' 242 (1988); ברק-ארז (לעיל, הערה 272) בעמ' 886–887; יצחק זמיר ומשה סובל, "השוויון בפני החוק", משפט וממשל ה (תש"ס) 165, בעמ' 191–192.

ש"ההורה המפרנס" (שהוא בדרך כלל האב) צריך להעביר אל "ההורה המטפל" (שהיא בדרך כלל האם) כדי שהורה זה יוכל לדאוג לצורכי הילדים. הכנסות ההורים ומידת הטיפול בילדים הם אפוא גורמים מהותיים בנוגע לקביעת חיובי המזונות. חלוקת נטל המזונות על שני ההורים "שווה בשווה" (במובן ששני ההורים ישלמו לילדים את אותו סכום) מבלי להביא בחשבון את ההבדלים בשיעור הכנסותיהם ומידת טיפולם בילדים, תביא לחוסר שוויון מהותי. ייתכן שבמסגרת זו יש להתחשב גם בפוטנציאל ההשתכרות ובנכסים של ההורים. בשל פערי השכר המקובלים בין גברים לנשים (ואולי אף פערים בנוגע לבעלות על נכסים) ניתן להניח שבמרבית המקרים עיקר חיוב המזונות יחול על האב. כשהדבר נובע מהקריטריונים הענייניים – כלומר היכולת הכלכלית של ההורים ומידת הטיפול בילדים – אין הוא בבחינת אפליה אלא מבטא שוויון מהותי.

אולם גם אם על פי השיקולים הענייניים במרבית המקרים יהיה על האב לשאת במזונות, חובה לשקול כל מקרה לגופו לפי הקריטריונים המהותיים. קביעה עקרונית שהאבות הם שחייבים במזונות, וחבות האימהות היא שולית בלבד, מהווה אפליה פסולה הפוגעת קשה בשוויון. היא אינה מבטאת את השוויון המהותי אלא פוגעת בו. ביטוי מוחשי לאפליה זו הם המקרים (המתרבים והולכים) של משמורת משותפת כאשר משכורות ההורים שוות, או שהאם מרוויחה יותר מהאב, ולמרות זאת בתי המשפט מחייבים את האב לשלם מזונות לאם עד הגיע הילדים לגיל 18.²⁷⁴

בהיבטים מסוימים אפליה זו נשענת על הדין הדתי, אך כפי שראינו, קיים פער ניכר בין היקף הפגיעה בשוויון כפי שקיים בדין הדתי לבין זה שיצרה הפסיקה, ומכל מקום, נעמוד בהמשך הפרק על החובה של בתי המשפט לצמצם את הפגיעה בשוויון באמצעות אימוץ הפרשנות הפוגענית פחות במסגרת הדין הדתי.

2. הזכות החוקתית לקיום אנושי בכבוד

הזכות החוקתית השנייה שיש לבחון בהקשר של פסיקת המזונות היא הזכות לקיום אנושי בכבוד. בית המשפט העליון קבע פעמים רבות שתנאי מחיה מינימליים הם חלק מכבוד האדם. הם מוגנים ברמה החוקתית²⁷⁵ וכוללים בין השאר את הזכות לדיוור ראוי.²⁷⁶ המשפט הבין-לאומי מכיר בזכות לתנאי מחייה **נאותים** (ולא מינימליים),²⁷⁷

²⁷⁴ ראו לעיל, הערות 261–262.

²⁷⁵ בג"ץ 161/94 **אטרי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 1994); עניין **סולומון** (לעיל, הערה 266); בג"ץ 5578/02 **מנור נ' שר האוצר**, פ"ד נט(1) 729 (2004); בג"ץ 366/03 **עמותת מחוייבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר**, פ"ד ס(3) 464 (2005).

²⁷⁶ סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז–1967, ס"ח 116, מגן על זכות החייבים לדירת מגורים סבירה; רע"א 7700/95 **נגולה נ' חזן**, פ"ד נ(1) 338 (1996).

ובגישה זו תומכים מלומדים רבים, ובהם גביון, 278 שני, 279 מונדלק, 280 מריץ 281 ואחרים. על הפגיעה החוקתית שיש בהותרת אדם בחוסר כול וללא אפשרות לדאוג לצרכיו הבסיסיים, עמדה הנשיאה (כתוארה אז) ביניש בבג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי: 282.

בשורה של פסקי דין כבר נקבע כי כבוד האדם במובנו החוקתי מקיף וכולל בתוכו גם זכות למינימום של קיום אנושי בכבוד. ...

הזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד מצויה בליבו ובגרעינו של כבוד האדם. חיים בחרפת רעב, ללא קורת גג, תוך חיפוש מתמיד מנין יבוא עזרו של אדם, אינם חיים בכבוד. מינימום של קיום בכבוד הוא תנאי לא רק לשמירה ולהגנה על הכבוד האנושי, אלא גם למיצוי יתר זכויות האדם. אין כל פואטיקה בחיים בעוני ובמחסור. ללא תנאים חומריים מינימאליים, אין לאדם יכולת ליצור, לשאוף, לבחור את בחירותיו ולממש את חירויותיו. במילותיו היפות של השופט ' זמיר, "אסור שזכויות האדם ישמשו רק את האדם השבע. צריך שכל אדם יהיה שבע, כדי שיוכל ליהנות, למעשה ולא רק להלכה, מזכויות האדם." (בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ ואח', פ"ד נב(1) 289, 340 (1998).²⁸³

על בסיס זה נקבעו לדוגמה הגנות שונות על צורכי הקיום של חייבים. חוק הגנת השכר וחוק ההוצאה לפועל קובעים שבמקרה של עיקול המשכורת חייבים להותיר לחייב סכום

277 סעיף 25 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם; סעיף 11 לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205.
278 רות גביון, "על היחסים בין זכויות אזרחיות-פוליטיות ובין זכויות חברתיות-כלכליות", **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** (יורם רבין ויובל שני עורכים, תשס"ה) 25.
279 יובל שני, "הזכויות החברתיות – רעיון שהגיע זמנו", **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** (יורם רבין ויובל שני עורכים, תשס"ה) 297.
280 גיא מונדלק, "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם", **ספר ברנזון** (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, תש"ס) 183, בעמ' 207–235.
281 יובל מריץ, "הזכות לחיי משפחה ולנישואין (אזרחיים) – משפט בינלאומי ומקומי", **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004) 663, בעמ' 681.
282 בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 2012).
283 שם, בפסקאות 34–35 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

מסוים לצרכיו;²⁸⁴ קיימת הגנה על דירת המגורים של החייב (או על זכותו לדירה חלופית סבירה);²⁸⁵ החייב יכול לבקש שתיערך לו חקירת יכולת ושהתשלומים שבהם יחויב יתאמו את יכולתו הכלכלית;²⁸⁶ אי אפשר לאסור חייבים בגין חובות שאין ביכולתם לשלם.²⁸⁷

אך מרבית הגנות אלה אינן קיימות בנוגע לחייבי מזונות.²⁸⁸ ההנחה היא שבניגוד לחוב רגיל, חיובי מזונות נקבעים לאחר שבית המשפט בוחן את יכולת החייב, ולכן סכום המזונות מבטא את יכולתו הכלכלית. אולם כפי שראינו, הנחה זו מופרכת, כיוון שבתי המשפט אינם מביאים בחשבון את יכולת האב ואת צרכיו בעת שהם מחייבים אותו במזונות.

בשונה מבג"ץ חסן דלעיל, שעסק בזכות העותר לקצבת ביטוח לאומי, המקרה של מזונות ילדים חמור אף יותר, כיוון שכאן אין האב מבקש שהמדינה תספק את צרכיו. הוא מבקש כי לא ייטלו ממנו את שהשתכר מעמל יומו, וכי יותירו לו את הנחון לו למחייתו.²⁸⁹

אומנם התכלית לפגיעה זו ראויה. היא נועדה למנוע מצוקה כלכלית של הילדים השוהים עם האם. בחלק גדול מהמקרים הילדים והאם עלולים להגיע לפת לחם אם האב לא יישא בתשלומי המזונות, וגם להם יש זכות חוקתית לקיום אנושי בכבוד. אלא שמבחינה חוקתית זכויותיהם של הילדים והאם הן כלפי המדינה ולא כלפי האב. הם יכולים לדרוש שהמדינה תגן על זכויותיהם החוקתיות, אך אין להם זכות לדרוש שהאב הוא שידאג לצורכיהם.²⁹⁰ כפי שכתב בעניין אהרן ברק:

חוקת המשפחה פועלת ביחסים שבין הפרט לבין רשויות השלטון (הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת, לרבות בתי הדין

284 סעיפים 8(א), (1א) לחוק הגנת השכר, תשי"ח-1958, ס"ח 86; סעיף 50(א)(3) לחוק ההוצאה לפועל.
 285 שם; סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל.
 286 שם, בסעיפים 67 ו-69.
 287 שם, בסעיף 70.
 288 סעיף 8(ב) לחוק הגנת השכר; וכן סעיפים 45ג, 50(ב), 1א66, 66ב(א)(2), 69(ה) ו-74 לחוק ההוצאה לפועל; ורדה שוורץ, **מזונות: הליכי גבייה בלשכת ההוצאה לפועל** (תשע"ה) בעמ' 123-124. הזכות היחידה שלכאורה קיימת גם לחייב מזונות היא זו הנוגעת לדיוור חלוף בסעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל. אולם בניגוד להוצאה לפועל, שצריכה להגן על זכות זו, בתי המשפט קבעו שניתן לחייב אב במזונות על בסיס הדירה שבבעלותו ולגבות את המזונות מתמורת הדירה. לעניין זה, ראו: ע"א 130/83 פרייס נ' פרייס, פ"ד לח(1) 721 (1984).
 289 לדיון על ההבחנה בין הזכות השלילית לזכות החיובית ראו: שם, בפסקאות 26-34 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; מריץ (לעיל, הערה 281); מונדלק (לעיל, הערה 280).
 290 אהרן ברק, "חוקת המשפחה: היבטים חוקתיים של דיני המשפחה", **משפט ועסקים טז** (תשע"ד) 13, בעמ' 23-24.

3. הזכות החוקתית למימוש ההורות

תחום נוסף של זכויות חוקתיות שהוא בעל חשיבות מיוחדת לדין זה הוא הזכות למשפחה.²⁹⁵ הוא כולל בין השאר את הזכות להינשא או ליצור קשר משפחתי,²⁹⁶ את הזכות לקיום חיי משפחה וספציפית את זכות ההורים לגדל את ילדיהם. כפי שקבע הנשיא (דאז) ברק:

ההגנה על התא המשפחתי מקבלת ביטוי מיוחד כאשר בתא המשפחתי נכלל קטין. הגנה זו מתחייבת הן מזכותם של ההורים לגדל את ילדיהם, והן מזכויותיו של הילד עצמו. אכן, "זכותם של ההורים לגדל את ילדיהם היא זכות טבעית, ראשונית, שקשה להגזים בחשיבותה" (פ' שיפמן, דיני המשפחה בישראל כרך ב 219 (תשמ"ט–1989)).²⁹⁷

אכן, פעמים רבות קבע בית המשפט העליון שהזכות החוקתית להורות אינה רק הזכות להורות אלא גם הזכות לגדל את הילד.²⁹⁸

זכותו המשפטית של ההורה היא כי הוא, ולא אחר, יקיים את החובות כלפי ילדו ... זכות זו של ההורים היא זכות קונסטיטוציונית חשובה, שכן היא מהווה ביטוי לקשר הטבעי – "קול-הדם" בלשונו של מ"מ הנשיא, השופט חשין, בע"א 50/55, בעמ' 799 – שבין הורים לילדיהם.²⁹⁹

בפרשה אחרת חזר השופט חשין על הדברים:

משפט הטבע הוא, שאם ואב מן הטבע יחזיקו בבנם, יגדלו אותו, יאהבו אותו וידאגו למחסורו עד אם גדל והיה לאיש. זה יצר הקיום וההישרדות שבנו – "קול הדם", ערגת קדומים של אם לילדה – ומשותף הוא לאדם

Germany, const. chap. 1, art. 6; Spain, const. chap. 2, sec. 18, chap. 3, sec. 39; Portugal, const. chap.1, art. 36(1); Italy, const. chap 1, art. 29; Switzerland, const. chap. 1, art. 14; Nina Dethloff & Kathrin Kroll, "The Constitutional Court as Driver of Reforms in German Family Law", 2006 *Int'l Surv. Fam. L.* (2006) 217; June Sinclair, "Ebb and Flow: The Retreat of the Legislature and the Development of a Constitutional Jurisprudence to Reshape Family Law", 2002 *International Survey of Family Law* (2002) 393

296 יפעת ביטון, "השפעתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על מעמדם של זוגות חד-מיניים", קרית המשפט ב (תשס"ב) 401. לדין על הזכות החוקתית לצאת מקשר משפחתי, ראו: פרי וקפלן (לעיל, הערה 21) בעמ' 8–14.

297 עניין עדאלה (לעיל, הערה 266) בפסקה 26 לדברי הנשיא ברק.
298 ע"א 50/55 הרשקוביץ נ' גרינברגר, פ"ד ט 791 (1955); ע"א 488/77 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"מ לב(3) 421 (1978); ע"א 436/76 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"מ לא(2) 239 (פורסם בנבו, 1997).

299 ע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד לח(1) 461, בעמ' 467 (1984).

לחיה ולעוף. "גם-הנני (תנים – מ' ח') חלצו שד היניקו גוריהן" (איכה, ד, ג [ד] ...)

כך מצדם של הורים כלפי ילדיהם, וכך מצדם של ילדים כלפי הוריהם: משפט הטבע הוא שילד יחזק בידי הוריו, בביתם של הוריו יגדל, אותם יאהב, ומחסורו יהיה עליהם. חוק טבע זה אף הוא נספג אל משפט המדינה, וכך הפך "אינטרס" של ילדים ל"זכות" על-פי דין. להורים זכות לגדל את ילדיהם, ולילדים זכות כי הוריהם יאהבו אותם ויספקו להם את מחסורם. זכות כנגד זכות וזכויות כנגד חובות (לשני הצדדים). תירגומם של אלה לשפת המשפט ינוסת, בין השאר, על דרך של חזקה: חזקה על-פי חוק היא, ש"טובתו" של ילד תימצא בבית הוריו; מי כהורים שיאהבו את ילדם וידאגו למחסורו, וקטנים יחזירו אהבה ויתלו עצמם בצווארי הוריהם.³⁰⁰

אולם כדי לממש את ההורות יש צורך בתנאי מחיה נאותים.³⁰¹ כתיבה פמיניסטית ענפה הראתה שהיעדר משאבים מספקים שולל את היכולת לקיום חיי משפחה.³⁰² אישה שאינה זכאית לחופשת לידה בתשלום אינה יכולה לממש את זכותה להורות. אם יחידנית שנאלצת לעבוד בשתי עבודות כדי לשרוד כלכלית אינה באמת יכולה לממש את זכותה לגדל את ילדיה הקטנים.³⁰³ מצוקה כלכלית מביאה אפוא לפגיעה חוקתית כפולה: היא פוגעת בזכות לקיום אנושי בכבוד ובכך מונעת את מימוש הזכות לחיי משפחה. העובדה שזכויות חוקתיות אלה הן אנכיות (בין הפרט למדינה) הביאה ליצירת חוקים סוציאליים שונים שנועדו לוודא שהמדינה תעמוד במחויבותה לדאוג לזכויות אלה (באמצעות מתן חופשת לידה בתשלום, קצבאות שונות וכן הלאה).³⁰⁴ אולם כשם שלנשים יש זכות שהמדינה תדאג לתנאים שיאפשרו להן לקיים חיי משפחה, זכות זו עומדת גם לגברים. ההחלטה אם לחייב אדם במזונות ילדיו, ואם כן מה יהיה שיעורם, משפיעה דרמטית על יכולתו כהורה להיות שותף פעיל בגידול ילדיו.

300 דנ"א 7015/94 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלתי**, פ"ד נ(1) 48, בעמ' 103 (1995); עניין **פלתי** (לעיל, הערה 266) בעמ' 232.

301 מונדלק (לעיל, הערה 280) בעמ' 207; מרין (לעיל, הערה 281); ראו לעיל, הערה 277.
302 ברק-ארז (לעיל, הערה 272) בעמ' 858; רות הלפרין-קדרי, "מזונות אשה: מתפישה של שונות לתפישה של (אי)שוויון", **משפט וממשל ז** (תשס"ה) 767; נויה רימלט, "אמא טובה, אמא רעה, אמא לא רלוונטית: הורות במשפט, בין אידיאל השוויון למציאות האימהית", **משפטים** לט (תש"ע) 573.

303 עניין **פלתי** (לעיל, הערה 266) בעמ' 381–286; דפנה הקר ומיכל פרנקל, "הורות פעילה ושוויון הזדמנויות בעבודה: הצורך בשינוי מאפייניו של שוק העבודה", **עבודה, חברה ומשפט** 11 (2005) 275.

304 ברק-ארז (לעיל, הערה 272); Jane Lewis, "Gender and the Development of Welfare Regimes", 2 *Journal of European Social Policy* (1992) 159.

כשם שהאם אינה יכולה לממש את הורותה אם אינה יכולה להחזיק משק בית משל עצמה, כך גם האב. כל הורה שאינו יכול להחזיק דירת מגורים ולקיים אורח חיים תקין על כל המשתמע מכך, אינו יכול להביא את ילדיו לביתו ולממש את הורותו. בדומה לזה, אם בגין המזונות הורה נאלץ לעבוד בעבודה נוספת כדי לשרוד כלכלית, כיצד יוכל לממש את ההורות שלו ולהיות מעורב באופן פעיל בגידול ילדיו?³⁰⁵ חיוב הורה במזונות שהם למעלה מיכולתו הכלכלית פוגע אפוא בזכותו החוקתית של ההורה לממש את הורותו ולתפקד כדמות הורית משמעותית ופוגע בזכות הילדים לטיפול המעורב של הורה זה.³⁰⁶

4. הזכות החוקתית לחופש העיסוק ולקניין

שתי זכויות חוקתיות אחרונות שנוכר בקצרה, ושנדון בהן במשותף, הן חופש העיסוק וזכות הקניין.³⁰⁷ כפי שראינו לעיל, ובהסתמך על המקורות ההלכתיים שהבאנו בנושא, הדין הדתי, להבנתנו, מאפשר לחייב את האב רק לפי הכנסתו בפועל ולא לפי יכולת הכנסתו.³⁰⁸ באפשרות לחייב את האב במזונות על בסיס הרכוש שבבעלותו לא עסקנו במאמר, אך הדין הדתי כפי הנראה מכיר באפשרות זו, לכל הפחות עד גיל 6.³⁰⁹ חיוב האב במזונות לפי הכנסתו הפוטנציאלית, או על בסיס רכושו, עלול אפוא לפגוע במידה כזו או אחרת בזכותו לחופש העיסוק ולקניין. עם זאת נקודת המוצא לדיון במזונות ילדים היא שלהורים יש אחריות כלפי ילדיהם, ובכלל זה אחריות כלכלית. מובן שאין לאפשר להורה להתחמק מאחריות זו באמצעות הפסקת העבודה ביוזמתו. עמדנו בהקשר זה גם על החשש מפני העלמת הכנסות. נכסיו של ההורה רלוונטיים אף הם למידת היכולת שלו לדאוג לצורכי ילדיו.

305 הקר ופרנקל (לעיל, הערה 303) בעמ' 281–286; ראו גם: לליב כהן ישראלי, "אבא הלך לעבודה: השלכות כלכליות של גירושין על אבות בישראל", **חברה ורווחה** לה (2015) 481, שמצאה שלמעורבות גבוהה של אבות בטיפול בילדיהם יש השפעה שלילית על הכנסתם.
306 ראו בעניין זה את דבריהם הקולעים של השופט שקד בעניין **ת.ס. נ' ע.ס.** (לעיל, הערה 206); השופט יעקב כהן בתמ"ש (משפחה ראשל"צ) 16785-09-12 **ס.ר. נ' ד.ר.**, פסקה 24 (פורסם בנבו, 2013); השופטת ארבל-אסל בתמ"ש (משפחה ר"ג) 26574-04-12 **פלונית נ' אלמוני** (פורסם בנבו, 2014); השופטת אלפסי בעניין **האב** (לעיל, הערה 255).
307 אייל גרוס, "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוקיסוד: כבוד האדם וחירותו", **עיוני משפט** כא (תשנ"ח) 405; אייל גרוס, "כיצד היתה 'התחרות החופשית' לזכות חוקתית? – בנפתולי הזכות לחופש העיסוק", **עיוני משפט** כג (תש"ס) 229.
308 ראו לעיל, הערות 67–69.
309 רמב"ם, משנה תורה, אישות, יב, יז; בית שמואל וחלקת מחוקק, אבן העזר, סימן עא. אך ראו שו"ת שאלו לברוך, לעיל הערה 158.

ואכן, בתי המשפט מחייבים אבות במזונות לא רק לפי הכנסתם בפועל אלא גם לפי הכנסתם הפוטנציאלית, כפי שהם מעריכים אותה.³¹⁰ הם מתחשבים גם בנכסים שבבעלות האב לצורך חיובו במזונות, בטענה שהאב יכול למכור אותם ובכך לממן את תשלום המזונות.³¹¹ פסיקות אלה מבטאות את התפיסה שהאחריות הכלכלית לרמת החיים של הילדים גוברת על חופש העיסוק וזכות הקניין של האב.

אולם כשהדברים נוגעים לאחריות האם לצורכי הילדים, גישת בתי המשפט הפוכה. בתי המשפט מאפשרים לא פעם לאימהות לא רק לעבוד בעבודה מכניסה פחות אלא גם לא לעבוד כלל.³¹² הדברים נכונים גם כלפי אם שעד לגירושין עבדה בעבודה בשכר גבוה, ואשר לקראת הגירושין החליטה לעבור לעבודה מניבה פחות או להפסיק בכלל לעבוד.³¹³ אם בתי המשפט בוחנים את הכנסת האם בהקשר של מזונות ילדים, הם עושים זאת על פי רוב רק באשר להכנסתה בפועל ולא באשר לפוטנציאל השתכרותה.³¹⁴ כך חופש העיסוק של האם, כמו גם חירותה שלא לעבוד כלל, מוצבים במובחן מעל צורכי הילדים.

הדברים נכונים גם לרכושה של האם. אם האישה עשירה או בעלת נכסים המשקל שמרבית בתי המשפט מייחסים לכך הוא קטן מאוד, אם בכלל.³¹⁵ הם אינם מחייבים את האם לממש נכסים כלשהם על מנת לספק לילדים רמת חיים גבוהה יותר. הדברים נכונים הן באשר לצורכיהם ההכרחיים של הילדים והן באשר לצרכים שאינם הכרחיים.

כפי שראינו לעיל, את ההשוואה בין אבות לאימהות צריך לעשות בצורה שתיווצר שוויון מהותי ולא שוויון פורמלי. במקרים רבים הורים, ובדרך כלל אימהות, נוקטים ויתורים מקצועיים כדי לטפל בילדים, ויתורים שיש להם השלכות כלכליות ושבדרך כלל ישפיעו על קריירת ההורה שנקט את הויתורים גם בטווח הארוך. יש משמעות גם לחוסר מיצוי של פוטנציאל ההשתכרות שנקט לצורך הטיפול בילדים. אך העובדה שבחברה נשים נוקטות ויתורים מקצועיים עבור הטיפול בילדים יותר משגברים עושים זאת אינה

- 310 ע"א 239/85 עמיצור נ' עמיצור, פ"ד מ(1) 147 (1986); ע"א 5348/92 טויק נ' רינגר-טויק (פורסם בנבו, 1994).
- 311 עניין פרייס (לעיל, הערה 288); ע"ש (מחוזי ת"א) 1478/99 סרוסי נ' לשכת הסיוע המשפטי – מחוז תל-אביב והמרכז (פורסם בנבו, 2000); עמ"ש (מחוזי ת"א) 6564-03-11 ס.ד. נ' ב.ד. (פורסם בנבו, 2012); תמ"ש (משפחה י-ם) 19491/97 פלונית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 2001); תמ"ש (משפחה חד') 3710/06 ש.ת. נ' ר.ג. (פורסם בנבו, 2007);
- 312 עניין פלוניות (לעיל, הערה 176), והמקורות המובאים שם, בעמ' 215.
- 313 לדיון נרחב בעניין זה, אם כי בהקשר של מזונות אישה, ראו: יחיאל ש' קפלן, "דיני המשפחה בעידן של מדיניות חדשה: מחקיקה שיפוטית לחקיקה שהיא מלאכת מחשבת", **דין ודברים** ו (תשע"א) 259, בעמ' 319.
- 314 תמ"ש (משפחה ר"ג) 56135/98 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 2004); עניין האב (לעיל, הערה 255); עניין פלונית (לעיל, הערה 33).
- 315 עניין גלבר (לעיל, הערה 171); עניין קרונברג (לעיל, הערה 173); עניין פלונית נ' פלוני (לעיל, הערה 252); עניין א.א. נ' מ.א. (לעיל, הערה 201). הדברים עולים גם מבג"ץ 8638/03 אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (פורסם בנבו, 2006).

יכולה להצדיק החלת מבחנים שונים מהותית על גברים ועל נשים רק מפאת מינם. הדיון צריך להיעשות על פי פרמטרים ענייניים, המתייחסים לפוטנציאל ההשתכרות, לטיפול בילדים, לנכסי ההורה וכדומה.

לעומת זאת משבוחנים את פסיקת בתי המשפט רואים שהשונויות אינה נעוצה במצבם של ההורים הספציפיים. מדובר בהחלת מבחנים שונים מהותית על גברים ועל נשים. במונחים חוקתיים עמדת בתי המשפט היא שאינטרס הילדים לרמת חיים גבוהה גובר על חופש העיסוק ועל זכות הקניין של האב, אך חופש העיסוק של האם (כמו גם החופש שלא לעבוד) וזכות הקניין שלה גוברות על צרכי הילדים, גם אם מדובר בצורכיהם ההכרחיים.

5. האם הפגיעה מידתית?

ראינו אפוא את הפגיעות הנגרמות מהפסיקה במזונות ילדים. כדי שפגיעות אלה תהיינה חוקתיות עליהן להיות סבירות ומידתיות.³¹⁶ במסגרת זו יש לשקול את מידת הצורך שבשמו נגרמה הפגיעה, את עוצמת הפגיעה, ואם קיימות חלופות פוגעניות פחות. מקרים שבהם יש פגיעה שאינה קשה בזכויות ההורה, לשם מניעה של עוני קשה של הילדים, עשויים להיות מוצדקים, בוודאי כאשר אין בנמצא מקורות אחרים לצורכי הילדים. אולם מידת ההצדקה פוחתת ככל שהפגיעה בהורה קשה יותר, הצורך של הילדים חמור פחות, או שקיימות חלופות אחרות למימון צורכי הילדים.

שאלה חשובה נוספת היא מהי תכליתה של חובת המזונות, ואם יש הלימה בין תכלית זו לבין הקריטריונים של חובת המזונות.³¹⁷ בסוגיה זו התכלית של חיובי המזונות ראויה במובן זה שהיא נועדה להגן על צורכיהם הכלכליים של הילדים (באמצעות חיוב ההורה המפרנס בהעברת תשלום להורה המטפל). השיקולים הענייניים בהקשר זה הם היכולת הכלכלית של ההורים ומידת טיפולם בילדים. חיוב המזונות צריך להתבסס על שיקולים אלה. החלת קריטריונים שונים לחיוב גברים ונשים במזונות ילדיהם היא אפליה פסולה. לא רק שהיא אינה משרתת את הילדים, במקרים מסוימים היא אף פוגעת בהם: כפי שראינו, גם כשמצבה הכלכלי של האם טוב מזה של האב, האב מחויב במזונות, ופעמים רבות בשל חיובו זה נמנע ממנו לתפקד כדמות משמעותית עבור הילדים.

הדברים נכונים גם לפגיעה בחופש העיסוק של האב ובקניינו. על בתי המשפט לבחון זה לצד זה את משאבי שני ההורים. אם השתכרותו הפוטנציאלית ורכושו של האב

316 אהרן ברק, **מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** (תש"ע).
 317 קריטריונים שאינם רלוונטיים אינם עומדים במבחן הסבירות. בג"ץ 720/82 **אליצור אגוד ספורטיבי דתי סניף נהריה נ' עיריית נהריה**, פ"ד לז(3) 17, בעמ' 21 (1983); עניין **אל-על** (לעיל, הערה 268) בעמ' 782–783; עניין **מילר** (לעיל, הערה 269) בעמ' 140; ברק (לעיל, הערה 316) בעמ' 373–389.

רלוונטיים לחיובו בתשלומי המזונות, השתכרותה הפוטנציאלית ורכושה של האם צריכים להיות רלוונטיים באותה מידה.

בתי המשפט אינם יכולים להניח כברירת מחדל כי ביתם העיקרי של הילדים הוא אצל האם, ונוכחתם אצל האב היא בגדר מותרות. סוגיית השהות בבתי ההורים צריכה להיבחן בחינה עניינית ולא על בסיס מינם של ההורים. הקביעות המובחנות בפסיקה, המיישמות קריטריונים מפלים ולא רלוונטיים לגופם של דברים, הן אינדיקציה מובהקת לפגיעה הלא מידתית שגורמת פסיקה המזונות.

מלבד זאת, כפי שראינו, דאגה לצורכי הילדים אינה יכולה להצדיק פגיעה בזכות האב לקיום אנושי בכבוד. הדברים בוודאי נכונים במקרים שבהם אין חשש כי הילדים יגיעו לעוני. בחינת הפרקטיקה של בתי המשפט מלמדת שבתי המשפט מחייבים את האב לשלם לילדים את הסטנדרט שעליו עמדנו בפרק ד חלק 1 לעיל (ובכלל זה חוגים, קייטנות וכדומה) גם אם בכך הם מונעים מהאב את המינימום שבמינימום של צרכיו.³¹⁸ פגיעה זו אינה מידתית במובן הצר של מידת התועלת לרווחת הילדים אל מול הפגיעה ברווחת האב.³¹⁹

אולם גם בנוגע לצרכים הבסיסיים יותר, וכשהנסיבות מעידות על חשש אמיתי שללא חיוב האב במזונות יגיעו הילדים למצוקה כלכלית ממש, הזכות החוקתית של הילדים לצורכיהם היא כלפי המדינה. סיפוק מזונות הילדים במקרים אלה באמצעות קצבה מהביטוח הלאומי תהיה חלופה שאינה פוגעת באב, ולכן המדינה אינה יכולה להתנער מאחריותה במחיר פגיעה בקיומו האנושי בכבוד של האב. התנערות זו גורמת, כפי שראינו, גם לפגיעה הקשה ביכולת האב לממש את ההורות שלו, דבר שממילא פוגע גם בזכות הילדים למעורבות ההורית של אביהם.

6. טיעוני נגד

כותבות פמיניסטיות מסוימות מצדיקות את חיוב האב במזונות בטענות שונות. לדידן, מדובר בפגיעה מוצדקת ומידתית, המבוססת על שונות מהותית ולא על אפליה פסולה.³²⁰ על פי טענה זו, נשים מוחלשות בחברה ככלל, ולאחר גירושין שיעור הנשים

318 תמ"ש (משפחה נצ') 27143-09-14 מ.א. נ' ש.ק.א., פסקה 29 (פורסם בנבו, 2015); תמ"ש (משפחה נצ') 10538-11-13 ש.ל. נ' א.ש.ל., פסקה 8 (פורסם בנבו, 2015); תמ"ש (משפחה נצ') 1724-02-15 ע.ג. נ' א.ג., פסקה 19 (פורסם בנבו, 2016).

319 עניין מילר (לעיל, הערה 269) בעמ' 140–141.

320 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 (תשע"ז) 1235; דפנה הקר ורות הלפרין-קדרי, "כללי ההכרעה בסכסוכי משמורת – על סכנותיה של אשליית הדמיון ההורי במציאות ממוגדרת", **משפט וממשל** טו (תשע"ג) 271, בעמ' 336–340.

במעגל העוני גבוה במיוחד.³²¹ נשים הן המטפלות העיקריות בילדים הן במהלך הנישואין והן לאחריהם, והדבר פוגע במסלול הקריירה שלהן פגיעה קשה, גם אם בשלב כלשהו מבקש האב להגדיל את מעורבותו בטיפול בילדים. טענתן היא שמזונות הילדים צריכים להתחשב במחלשות המובנית של האם, כמו גם בנחיתות שלה בכל הנוגע לסוגיית הגט.

טענות נוספות הן שהטיפול בילדים צריך להיות מתוגמל מבחינה כספית. כמו כן כיוון שהילדים נמצאים אצל האם מרבית הזמן היא נושאת ישירות ברוב ההוצאות ותשלומי המזונות מבטאים רק חלק קטן מעלות הטיפול בילדים. גם כאשר נקבעים משמורת משותפת וזמני שהות ממושכים לאבות, בפועל האבות אינם ממלאים חלק שווה לזה של האימהות בגידול הילדים, ועיקר הנטל הטיפולי והכלכלי נותר על האם. טיעונים אלה מעלים נקודות חשובות. מובן כי אין להחיל שוויון פורמלי המחייב את שני ההורים לשאת שווה בשווה במזונות, בהתעלם ממצבם וממידת טיפולם בילדים. מצבה הכלכלי של האם ומצבו של האב הם נקודת הפתיחה לכל דיון בנוגע למזונות. מסלול הקריירה של שני ההורים כפי שהוא בא לידי ביטוי ביכולת ההכנסה שלהם אף הוא רלוונטי. להיקף הטיפול בילדים צריך להינתן משקל הן בגלל השפעתו על יכולת העבודה והן בגלל הערך הכספי שצריך לייחס לעצם הטיפול. וכמוכן, את מזונות הילדים יש לחלק בהתחשב בשאלה מי מוציא על הילדים הוצאות ישירות, כגון ברכיבי הדיור שלהם, קניית בגדים, מזון, חוגים וכן הלאה.

מובן שאת היקף הטיפול וההוצאות הישירות יש לבחון כפי שהם נעשים בפועל ולא על הנייר. אם מתברר שמידת המעורבות של אחד ההורים קטנה מזו שהיוותה את הבסיס לקביעת המזונות, יש לאפשר להורה האחר להגיש בקשה להתאמת המזונות שתשקף את מידת המעורבות בפועל של ההורה השני.

כך, אגב, נהוג במדינות רבות בעולם, כאשר המזונות נקבעים לפי שיעור ההכנסות של ההורים ולפי היקף טיפולם בילדים,³²² וניתן בקלות יחסית להגיש בקשה לעדכון

321 הרבסט (לעיל, הערה 292) בעמ' 35.

322 "Child Support Guidelines", 45 *Family Law Quarterly* (2012) 498; Douglas W. Allen & Margaret F. Brinig, "Child Support Guidelines: The Good, the Bad, and the Ugly", 45 *Family Law Quarterly* (2011) 135; Laura W. Morgan & Mark C. Lino, "A Comparison of Child Support Awards Calculated under States' Child Support Guidelines with Expenditures on Children Calculated by the U.S. Department of Agriculture", 33 *Family Law Quarterly* (1999) 191; Jane C. Venohr & Tracy E. Griffith, "Child Support Guidelines: Issues and Reviews", 43 *Family Court Review* (2005) 415.

לדין האנגלי, ראו: Stephen Gilmore and Lisa Glennon, *Hayes and Williams' Family Law* (2016) p. 320; House Of Commons, Committee of Public Accounts, "Child Maintenance Service: Fourteenth Report of Session 2016–17: Report, Together with Formal Minutes Relating to the Report" (2017).

שיעור המזונות אם משתנות הנסיבות.³²³ גם בישראל כתי המשפט חייבו אבות בקנסות במקרים שבהם הם לא קיימו את זמני ההורות שנקבעו להם.³²⁴ אולם בכל השיקולים הללו אין הצדקה להבחנה מובהקת בין גברים לבין נשים. ההבחנה צריכה להיות עניינית, לפי כלל הפרמטרים שמנינו. גם אם מקבלים את הטענה שמרבית הנשים בחברה מוחלשות ביחס לגברים, בית המשפט מכריע בין גבר ספציפי לאישה ספציפית בעניין מזונות ילדיהם המשותפים. על בית המשפט לבחון את מצבם של בני הזוג ולהכריע בהתאם. אם יש שונות מהותית ביניהם, שיקול זה הוא רלוונטי, אך אם ראובן מרוויח פחות מדינה, אין הצדקה לחייב אותו במזונות רק כי מרבית הגברים מרוויחים יותר מבנות זוגם, או שמרבית הנשים מוחלשות בפרמטרים נוספים. מלבד האפליה הפסולה שיש בדבר, גם קשה לראות כיצד חיובו של ראובן בתשלום מזונות לדינה יועיל לנשים המוחלשות, שדינה אינה נמנית עימהן. גם הטיעון בדבר החולשה האינהרנטית של נשים בסוגיית הגט אינו יכול להצדיק את האפליה במזונות ילדים. כפי שצינו לעיל, דיני המזונות חלים גם על הורים שמעולם לא נישאו (ולכן אינם נדרשים לסוגיית הגט). הם חלים על אבות שנתנו לאם את הגט מייד כשנתבקשו לכך. הם חלים גם על המקרים שבהם הגבר הוא שהגיש את תביעת הגירושין (כלומר הוא שמעוניין במתן הגט) וגם על אלה שבהם הגבר הוא מסורב הגט.³²⁵ האם יש הצדקה עניינית להעניש את כלל האבות על פשעם של קומץ סרבני גט? הטיפול בסרבני הגט צריך להיעשות במסגרת התיקים של סרבנות גט ולא במסגרת מזונות ילדים.

7. שמירת דינים

השאלה הנשאלת היא מהי מידת הרלוונטיות של טיעונים חוקתיים שעה שאנו עוסקים בהחלת דין דתי, על פי חוק משנת 1951.³²⁶ סעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של

לדין האוסטרלי, ראו: Lisa Young et al., *Family Law in Australia* (2012) p. 713.
323 Deborah Greenberg Baron, "The Many Faces of Child Support Modification", 16 *American Academy of Matrimonial Lawyers* (1999) 259; Ryan Larson, "Modifying Modifications: The Future of Child Support Is Electronic", 51 *Family Court Review* (2013) 149, pp. 154-157; J. Thomas Oldham, "New Methods to Update Child Support", *Child Support: The Next Frontier* (J. Thomas Oldham & Marygold Shire Melli eds., 2000) 128; Ruthanne Withers, "Sjc Clarifies Legal Standard Used in Child Support Modification Cases", 57 *Boston Bar Journal* (2013) 1.
324 תמ"ש (משפחה חי') 29910-10-13 ש.ד. נ' י.ד. (פורסם בנבו, 2016); תמ"ש (משפחה קר') 37245-07-13 פלוגית נ' פלוני (פורסם בנבו, 2014); תמ"ש (משפחה י-ם) 28718-06-13 מ. נ' ר. (פורסם בנבו, 2015).
325 בתי הדין הרבניים (לעיל, הערה 22).
326 סעיף 3 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות).

חוק-היסוד".³²⁷ אולם בהקשר זה נקבע פעמים רבות שבתי המשפט נדרשים לפרש גם חוקים שקדמו לחוקי היסוד בהתאם לחוקי היסוד ולערכים החוקתיים שבהם הכירה מערכת המשפט:³²⁸

יש לו, לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, השפעה פרשנית על הדין הישן. אמת, חוק היסוד אינו יכול לשנות את תוקפו של הדין הישן. אך חוק היסוד צריך להשפיע על מובנו של הדין הישן [...] פרשנותו של הדין הישן צריכה להיעשות ברוח הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אכן, סעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שמר על תוקפה (validity) של החקיקה הישנה. הוא לא שמר על מובנה (meaning).³²⁹

אף שבענייננו הפגיעה בערכים החוקתיים נגרמת לכאורה על פי הדין הדתי, ההשפעה הפרשנית של חוקי היסוד חלה גם על דין זה. כפי שנקבע בבג"ץ לא פעם, בתי הדין הדתיים ובתי המשפט נדרשים לפרש את הדין הדתי פירוש שיביא לידי ביטוי את העקרונות החוקתיים וימזער ככל הניתן את הפגיעה בערכים אלה.³³⁰ יתרה מזאת, בענייננו הפגיעות החוקתיות הקשות שעליהן עמדנו אינן נגרמות בידי הדין הדתי עצמו, אלא מהפירוש הבעייתי שבתי המשפט מפרשים אותו: הטלת החובה העודפת על האב עד לגיל 18 ואף לאחר מכן; הקביעה שחיוב האב אבסולוטי במובן זה שאינו מתחשב ביכולתו הכלכלית של האב ובצרכיו; החיוב של האב במזונות גם במקרים שהכנסת האם דומה לשלו או אף גבוהה ממנה; ההפחתה הקטנה (אם בכלל) בשיעור המזונות בעת שהילדים נמצאים הרבה אצל האב; חיוב האב במזונות בהתייחס ליכולת ההכנסה הפוטנציאלית שלו ולנכסיו מבלי להביא בחשבון את יכולת ההכנסה הפוטנציאלית והנכסים של האם וכן הלאה.

327 סעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150.
 328 עניין הופרט (לעיל, הערה 268); עניין שדולת הנשים (לעיל, הערה 269) בעמ' 535–536; בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, בעמ' 42–43 (1997).
 329 בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, בעמ' 410–411 (1995); דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, בעמ' 653 (1995); ברק (לעיל, הערה 39) בעמ' 52.
 330 לעניין השפעת העקרונות החוקתיים על פרשנות הדין הדתי, ראו: בג"ץ 359/66 גיתיה נ' הרבנות הראשית והמועצה הדתית, ירושלים, פ"ד כב(1) 290, בעמ' 297–298 (1968); בג"ץ 44/86 ענף האיטליזים של מחוז ירושלים נ' מועצת הרבנות הראשית לירושלים, פ"ד מ(4) 1, בעמ' 6 (1986); בג"ץ 7120/07 אסיף ינוב גידולים בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, פסקה 3 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 2007); בע"מ 9606/11 עזבון המנוח פלוני נ' פלוני, בעמ' 29–33 (פורסם בנבו, 2013). פסקי דין נוספים שעסקו בנושא הם בג"ץ 5009/94 מיטראל בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, פ"ד מח(5) 617 (1994); בג"ץ 6111/94 הוועד לשומרי מסורת נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, פ"ד מט(5) 94 (1995); בג"ץ 7471/05 בלדי בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, פ"ד סב(2) 370 (2007).

קביעות אלה של בתי המשפט אינן בהכרח נובעות ממה שקבוע בדין הדתי, ולעיתים הן אף מנוגדות אליו. בחלק גדול מהסוגיות קיימת בדין הדתי יותר מדעה אחת. לאור עקרונות הפרשנות החוקתיים נראה שבתי המשפט נדרשים לפרש את הדין הדתי לפי הדעות ההלכתיות השוויוניות יותר שעליהן עמדנו במאמר זה, ובכלל זה הדעה שתקנת הרבנות הראשית היא צדקה החלה שווה בשווה על שני ההורים, אולי גם שתקנת אושא היא צדקה, וכמובן אין לחייב את האב יותר מכפי יכולתו הכלכלית.

8. סיכום

בפרק זה עמדנו על הפגיעות החוקתיות הנגרמות מהפרקטיקה של בתי המשפט שלפיה מחייבים את האב במזונות ילדים ללא קשר להכנסתו ולהכנסת האם וללא התחשבות במעורבות האב בגידול הילדים. חריג לדבר הוא המקרים המעטים שבהם מדובר במשמורת משותפת וזמני שהות שווים לחלוטין, אז יתחשב בית המשפט במעורבות האב בקביעת המזונות. אולם על אף הקטנת המזונות, גם במקרים אלה תימשך האפליה נגד האב, ובתי המשפט יחייבו אותו לשלם מזונות לאם, בוודאי כשהכנסות ההורים שוות, ואפילו כשהכנסת האם גבוהה יותר.³³¹ קביעת המזונות אינה מושתתת אפוא על שיקולים ענייניים אלא בראש ובראשונה על מינם של ההורים. בכך יש פגיעה קשה בזכות לשוויון.

פגיעה זו באה לידי ביטוי בין היתר בסטנדרט הכפול ובפגיעה הלא שוויונית בחופש העיסוק ובזכות הקניין של האב לעומת אלה של האם. מלבד הפגיעות הללו, בחינת הפרקטיקה של בתי המשפט כפי שנעשתה בפרק ד הראתה שסכומי המזונות שבהם מחייבים בתי המשפט מותירים את האב במקרים רבים ללא יכולת לדאוג לצרכיו ולקיים משק בית. בכך נגרמת לאב פגיעה קשה בזכות החוקתית לקיום אנושי בכבוד כמו גם בזכותו למימוש ההורות שלו לילדיו.

חמורה עוד יותר היא העובדה שלתוצאות אלה מגיעים בתי המשפט גם במקרים שבהם נקבעה משמורת משותפת או זמני שהות ממושכים אצל האב. וכך לפגיעות שמנינו מצטרפת פגיעה קשה בזכות הילדים לקיום אנושי כשהם אצל האב, ולזכותם שאביהם יוכל לממש את הורותו כלפיהם.

סיכום

התפיסה המקובלת היא שעל פי הדין העברי, האב חייב לבדו בצרכים ההכרחיים של הילדים עד גיל 15, וחיוב זה אינו תלוי ביכולתו הכלכלית. הסטנדרט שנקבע בפסיקה לצרכים ההכרחיים הוא בין 1,300 ל-1,400 ש"ח בחודש לילד, לא כולל דיור, חינוך,

331 ראו לעיל, הערות 261–262.

בריאות, חוגים ותוספות אחרות. על בסיס זה מחייבים בתי המשפט את האב בסכומים הללו כרף החיוב התחתון גם כשאין לו יכולת לעמוד בכך, גם כשהאם משתכרת יותר ממנו, וגם כשהילדים נמצאים בטיפול חלק ניכר מהזמן.

במאמר זה עמדנו על הפער הרחב בין הדין הדתי בנושא ופירושו בבית המשפט העליון, לבין התפיסה המקובלת של הדין הדתי ויישמו בערכאות הדיוניות. פרק ב של המאמר סקר את הדין הדתי. כפי שראינו, דין זה נוצר בתקופה שבה בדרך כלל היה האב המפרנס היחיד, הטיפול בילדים הוטל על פי רוב על האם, והאב קיבל את הרכוש המשפחתי כולו. מטעם זה לבדו נדרשת זהירות באופן יישום הדין הדתי במציאות בת ימינו.³³² מלבד זאת ובניגוד לתפיסה המקובלת, המאמר הראה שבדין הדתי חבות האב במזונות הילדים, אפילו בצורכיהם ההכרחיים מתחת לגיל 6, אינה מנותקת ממצבו הכלכלי. כשלאב אין משאבים לספק את צורכי עצמו, לפי הדין הדתי הוא פטור מהמזונות.

יתרה מזאת, כשהאב אינו חייב במזונות האם, החיוב בצרכים ההכרחיים של הילדים מתחת לגיל 6 הוא על פי תקנת אושא, שלפי חלק מהפוסקים היא חיוב צדקה. לאחר גיל 6 חלה תקנת הרבנות הראשית. לפי חלק גדול מהפוסקים החיוב מכוח תקנת הרבנות הראשית הוא במעמד של "צדקה אכיפה", וגם לשיטת אלה שאין מדובר בחיוב צדקה, החובה כפי הנראה חלה על שני ההורים.

בפרק ג סקרנו את פסיקת בית המשפט העליון וראינו את העמימות שבפסיקתו. לדוגמה, הפסיקה מתייחסת לחובת האב בצרכים ההכרחיים של הילדים כ"חובה אבסולוטית", אך הראינו שבניגוד לתפיסה המקובלת, "חיוב אבסולוטי" אינו מחייב את האב במזונות אם אינו יכול לספק את צרכיו. ככלל, ראינו את החולשה בטענה שפסיקת העליון גורסת שבשם חובת המזונות ניתן להשאיר את האב ללא משאבים מספיקים לצורכי עצמו. להפך, בסדרה של פסקי דין קבע בית המשפט העליון שבפסיקת המזונות יש חובה להתחשב בצורכי האב, גם כאשר מדובר בצרכים ההכרחיים של הילדים מתחת לגיל 6, וכי יש לאזן את המשאבים בין משק הבית של האם לבין משק הבית של האב. ודאי שדברים אלה נכונים לחיוב המזונות שלאחר גיל 6.

אל מול הדברים הללו, פרק ד הראה שבתי המשפט, בעיקר בערכאות הדיוניות, הבנו מציאות שונה, על בסיס שני יסודות רעועים: הראשון הוא ההנחה הבעייתית שחובת האב במזונות אינה תלויה ביכולתו הכלכלית וביכולתה של האם; השני הוא הקביעה השרירותית בדבר שיעור הצרכים ההכרחיים, שנעשתה ללא כל ביסוס כלכלי, אף שהיא אינה עולה בקנה אחד עם נתוני בנק ישראל והלשכה המרכזית לסטטיסטיקה בדבר עלות הגידול של ילדים. על בסיס יסודות אלה בתי המשפט מחייבים את האב בסכומים שראינו ללא קשר ליכולתו, ובכך מביאים את האב כעניין שבשגרה לידי עוני ממש, גם כאשר

332 ראו בעניין זה את פסק דינו המרתק של סגן הנשיא זגורי בעניין ש.ל.ג. נ' מ.ג. (לעיל, הערה 63) בפסקה 33.

מצבה הכלכלי של האם אינו מחייב זאת, וגם כשהילדים נמצאים בבית האב חלק ניכר מהזמן.

גישת הפסיקה, כפי שראינו, אינה עומדת בביקורת חוקתית. היא פוגעת קשה בזכות לשוויון בכך שהיא מחילה על אבות קריטריונים שונים מהותית – שאינם קשורים לטיב העניין – מאלה שהיא מחילה על אימהות. היא פוגעת בחופש העיסוק ובזכות הקניין של האב לעומת אלה של האם. מלבד זאת, סכומי מזונות שמוותרים את האב ללא משאבים מספיקים לצרכיו פוגעים בזכותו החוקתית למינימום של קיום אנושי בכבוד. מי שאין לו יכולת לשכור מגורים נאותים לעצמו ולילדיו ולרכוש מזון ושאר צרכים בסיסיים, כבודו כאדם נשלל ממנו. ממילא גם נגרמת פגיעה קשה בזכותו החוקתית של האב למימוש ההורות שלו לילדיו.

זאת ועוד, פסיקת המזונות כפי שהיא נעשית לא תמיד עולה בקנה אחד עם טובת הילדים. במרבית המקרים שוהים הילדים בבית האב חלק ניכר מהזמן.³³³ חיוב האב במזונות הגורמים לו למצוקה כלכלית משליך ישירות על הילדים, אם משום שהילדים חווים עוני בעת שהם שוהים עם האב, ואם משום שמצוקתו הכלכלית של האב מאלצת אותו לעבוד בעבודה שנייה ושלישית, או מביאה אותו אל סף עוני, שמכריח אותו לוותר על תפקידו ההורי.

כפי שראינו בתחילת המאמר, דרך אחת להתמודד עם קשיים אלה היא לבטל את הדין הדתי וליצור דיני מזונות ילדים שאינם מוטים מגדרית, אלא בודקים את המצב על פי שיעור הכנסות ההורים ומידת טיפולם בילדים. כך הציעה ועדת שיפמן וכך גם נהוג בעולם.³³⁴ על פי נוסחה זו משקללים את יחס ההכנסות של ההורים עם היקף ההוצאות של כל אחד מהם על הילדים (כפי שבא לידי ביטוי בזמני השהות), ועל פי זה מחשבים את סכום המזונות שכל הורה צריך לשלם.

אולם מאמר זה הראה שחלק גדול מהבעיות הקיימות כיום אינו נובע מהדין הדתי עצמו אלא מפרשנות בעייתית שניתנה לדין זה בפסיקה. אם יש כמה פרשנויות אפשריות, חובה על בית המשפט לבחור בפרשנות שמקדמת את השוויון ואת יתר הערכים החוקתיים. עניין זה צריך לבוא לידי ביטוי בראש ובראשונה באי-חיוב האב במזונות שמוותרים אותו במצוקה כלכלית. מלבד זאת, המקורות ההלכתיים שעליהם עמדנו מראים שעל פי חלק גדול מפוסקי ההלכה האחריות הכלכלית לילדים מוטלת שווה בשווה על שני ההורים, על פי יכולתם הכלכלית. הדברים בוודאי נכונים מגיל 6, וכפי שראינו, לפי דעות כבדות משקל בהלכה, גם מתחת לגיל זה.

333 ראו לעיל, הערה 33; דפנה הקר, **הורות במשפט – מאחורי הקלעים של עיצוב הסדרי משמורת וראייה בגירושים** (חנה נוה, חנה הרצוג ואורלי לובין – עורכים, 2008) בעמ' 280, לוח 2, שמצאה שבכמחצית מהמקרים שנבדקו הייתה מעורבות האב רבה מאוד (אם כי נרשמו פערים בנוגע ללינה). נתונייה של הקר הם משנת 1996 עד 1999. ולכן בשל העלייה במעורבות האבות בשנים האחרונות ניתן להניח כי כיום היקף המעורבות גדול אף יותר.

334 ראו לעיל, הערה 322; דוח **ועדת שיפמן** (לעיל, הערה 15).

עם זאת החובה שחלה על שני הורים צריכה לחול עליהם על פי שוויון מהותי ולא שוויון פורמלי. מובן שאין לחייב את שני ההורים לשלם לילדיהם את אותו סכום, בהתעלם מהיכולת הכלכלית שלהם וממידת טיפולם בילדים ומההוצאות שהם מוציאים עליהם. כבסיס לדיון אפשרי מוצע המודל הזה:

ראשית, יש לבחון את צורכי הילדים, **הן אצל האם והן אצל האב** (להלן: "עלות הילדים"). עלות זו תביא בחשבון תשלומים שההורים משלמים לצדדים שלישיים (כגון תשלומים לחוגים וקייטנות וכדומה) ואת זהות ההורה שמשלם בפועל תשלומים אלה. עמדתנו היא שאת עלות הילדים יש לחשב בכל מקרה לפי נסיבותיו. אם בתי המשפט מעוניינים ליצור חזקות כלשהן בנוגע לעלות הילדים, חזקות אלה צריכות להיות מגובות בנתונים כלכליים של הגופים המוסמכים לכך במדינת ישראל ולהתייחס כמובן לעלות הילדים אצל שני ההורים.

שנית, יש לבחון את היכולת הכלכלית של כל אחד מההורים. בבחינה זו יביא בית המשפט בחשבון לא רק את הכנסתם בפועל של ההורים אלא גם את הנכסים שעומדים לרשותם ואת פוטנציאל ההשתכרות שלהם (להלן: "היכולת הכלכלית" של ההורים). פוטנציאל ההשתכרות משקלל את הפערים בפיתוח הקריירה של ההורים במהלך הנישואין, אם היו כאלה, ואת מידת הטיפול שלהם בילדים לאחר הגירושין, המשפיעה אף היא על פוטנציאל ההשתכרות.

שלישית, בכפוף לכך שהדבר לא יביא את ההורה לידי מצוקה כלכלית, ההורים יעבירו ל"קופה רעיונית" את עלות הילדים המשותפת, וחלקו של כל הורה בתשלום ייקבע לפי היחס שבין יכולתם הכלכלית. אם למשל היכולת הכלכלית של האב כפולה מזו של האם, יעביר האב לקופה הרעיונית שני שלישים מעלות הילדים המשותפת, והאם תעביר את השליש הנותר.

מקופה רעיונית זו יהיה כל הורה רשאי למשוך את עלות הילדים בביתו. כך לדוגמה אם עלות הילדים בבית האם היא 3,000 ש"ח, ועלותם בבית האב היא 2,000 ש"ח (עלות משותפת של 5,000 ש"ח), והיחס בין יכולתו הכלכלית של האב לזו של האם הוא 1:4, האב יעביר לקופה הרעיונית 4,000 ש"ח, והאם תעביר 1,000 ש"ח, ומסכום זה ימשוך כל הורה את ההוצאות שהוא מוציא על הילדים בביתו. וכך בפועל, במקרה זה האב ישלם לאם 2,000 ש"ח.

אם עלות הילדים בשני הבתים שווה, והיכולת הכלכלית של ההורים שווה, שום הורה לא יצטרך לשלם לרעהו מזונות, וההוצאות לצדדים שלישיים יחולו על שני ההורים שווה בשווה.³³⁵ תוצאה זו נובעת מהיחס שבין יכולתם הכלכלית ההורים ועלות הילדים אצל כל הורה. הדברים נכונים גם אם חלוקת הזמן של הילדים בשני הבתים אינה זהה אך עלות הילדים בשני הבתים שווה. לעומת זאת אם יכולתו הכלכלית של האב גדולה

335 כפי שצינו, בחישוב עלות הילדים בכל בית מביאים בחשבון גם את התשלומים לצדדים שלישיים.

בהרבה מזו של האם, יישא האב בחלק של עלות הילדים המשותפת לפי היחס שבין יכולתם הכלכלית ויעביר לאם את ההפרש.

כמבט ראשון נראה שמודל זה מיישם את גישת ועדת שיפמן ומדינות העולם החילונית³³⁶ וסותר את הדין הדתי. אולם לאמיתו של דבר, אין סתירה בין הדתי למודל המוצע. בדין הדתי קיימת הגנה על צורכי החייב, כפי שמופיעה במודל. מלבד זאת, את הדין הדתי ניתן לפרש כמחיל חובה משותפת על שני ההורים, ודאי לאחר גיל 6, ולפי חלק מהדעות גם קודם לו. חובה משותפת זו צריכה לחול לפי יכולתם הכלכלית של ההורים ובאופן שיביא לידי ביטוי את ההוצאות שכל אחד מהם מוציא ישירות על הילדים.

ברור שפרשנות זו של הדין הדתי אינה משקפת את התפיסה המקובלת של דין זה. אך פרק ב של המאמר הראה את הדעות ההלכתיות הרבות שרואות בחיובי המזונות חובה משותפת של האם והאב. המשקל הפרשני של הזכויות החוקתיות, וחובת בתי המשפט לבחור בפרשנות שמצמצמת את הפגיעה בערכים אלה,³³⁷ הם בעיניי שיקול כבד משקל התומך באימוץ גישתו של המאמר והמודל המוצע בו.

גישה זו תבטא שווין מהותי בין ההורים לפי יכולתם הכלכלית ולפי מידת טיפולם בילדים. שקלול היכולת הכלכלית וצורכי הילדים בשני הבתים יביא ככל שניתן לחלוקת משאבים שתאפשר לשני ההורים לקיים משק בית ראוי עם ילדיהם. היא תאפשר להם לממש את זכותם להיות שותפים בגידול ילדיהם, תשמור על זכותם לקיום אנושי בכבוד, תוך התייחסות ראויה לחופש העיסוק ולזכות הקניין של שניהם. במקום שהמזונות ייקבעו על בסיס מגדרי, לא ענייני, המביא במקרים רבים לפגיעה קשה בילדים, המזונות שייקבעו יבטאו את יכולת ההורים ואת מידת טיפולם בילדים ויאפשרו לילדים ליהנות מקשר משמעותי עם שני הוריהם ובכלל זה שהייה משמעותית בשני הבתים.

המודל המוצע עולה בקנה אחד עם התיקון משנת 1981 בסעיף 3א לחוק המזונות.³³⁸ סעיף זה, החל על אלה שאינם חייבים במזונות על פי הדין הדתי, קובע כי –

(א) אביו אמו של קטין חייבים במזונותיו.

(ב) בלי להתחשב בעובדה בידי מי מוחזק קטין יחולו המזונות על הוריו בשיעור יחסי להכנסותיהם מכל מקור שהוא.

אלא שבשונה מסעיף זה, המודל המוצע מגיע לתוצאה זו לפי דין הדתי ולא בניגוד אליו.

336 ראו לעיל, הערה 322; דוח ועדת שיפמן (לעיל, הערה 15).

337 ראו לעיל, הערות 328–330.

338 ראו לעיל, הערה 2.