

עילת חלוקת הרכוש המשפחתי כעילה נמשכת?

עיון מחודש בדיני המשפחה בישראל

מאת

יצחק כהן*

בתחילת דרכה של הפסיקה הישראלית נקבע כי יש להחריג עילות מסוימות בדיני המשפחה מתחולת עקרון ה"סופיות" ו"מעשה בית דין". באותן עילות רשאי בן הזוג האחד לחזור ולפתוח הליך באותו עניין בגל התדיינות שני ולא יושק בטענת מעשה בית דין, ובלבד שיצביע על שינוי נסיבות מהותי. העילות אשר סווגו בפסיקה כעילות שניתן לחזור ולדון בהן בשנית הן מזונות הילדים, החזקת הילדים (המשמורת הפיזית) ומזונות האשה (להלן: עילות נמשכות). עילות אלו מוכרות כעילות נמשכות גם בשיטות המשפט ברחבי העולם. אלא שבשיטה הישראלית, המכילה שתי ערכאות שיפוט מקבילות ומתחרות (אזרחית ודתית), מתעוררים קשיים סביב השאלה היכן יתקיים סיבוב ההתדיינות השני. עקרון הכיבוד ההדדי בין הערכאות מחייב לכאורה שהערכאה שדנה בסיבוב הראשון תמשיך ותדון גם בסיבוב השני.

בהלכת **אמיר** נקבע כי תניית השיפוי בהסכמי הגירושין היא עילה רכושית, וככזו אין היא עילה נמשכת, ולפיכך אין לבית הדין סמכות לדון בה אף אם הדיון הראשון התקיים בין כתליו. המאמר מראה כי הקביעה "עילה רכושית אינה עילה נמשכת" שנויה במחלוקת בין הפסיקות השונות של בית המשפט העליון. למרות זאת אף אחת מהן לא ראתה לנכון לבסס ולנמק את רציונל שיטתה. ברור כי קביעה זו אינה קביעה פרוצדורלית גרידא כי אם נועדה להשיג תכלית עניינית-ערכית. קביעה "פרוצדורלית" זו עשויה לאזן מחדש את כוחם של בני הזוג ולעצב מחדש את הסכם הגירושין שאליו הגיעו בבית הדין.

* דוקטור למשפטים, מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו. חוקר אורח באוניברסיטת קולומביה בניו יורק שבארצות-הברית, 2012–2013. מרצה אורח באוניברסיטת מקגיל, מונטריאול, קנדה, 2013. מרצה מן החוץ, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

טרם סגירת הגיליון זכה מאמר זה להכרה בבית המשפט העליון. ראו בג"ץ 4407/12 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים (פורסם בנבו, 7.2.2013).

המאמר מבקש לבחון מחדש את מקומו, הצדקתו והיקף תחולתו של מוסד העילה הנמשכת בכלל ואת יחסי הגומלין בינו לבין העילה הרכושית. המאמר מציע שתי הצעות המבקשות לאזן איזון טוב יותר את האינטרסים הקיימים בדיני המשפחה ואת האנומליות הקיימות כיום. הצעה ראשונה טוענת כי הרציונלים בבסיס קביעת העילה הנמשכת ככזו נכונים אף לעילה הרכושית. כמו כן העילות כרוכות בטבורן זו בזו ומאזנות זו את זו, ומתן אפשרות לפתוח את האחת מבלי לפתוח את האחרת גובל בחוסר צדק ובחוסר הגינות. לפיכך יש ליצור הרמוניה, להרחיב את מוסד העילה הנמשכת ולהחילו גם על העילה הרכושית. הצעה שנייה פונה לקצה השני וטוענת כי יש לבטל לחלוטין מוסד חריג זה מדיני המשפחה וליצור אחידות עם כלל השיטה המשפטית. ההצעה מפרטת כמה כשלים מובנים במוסד זה ומוצאת תמיכה לרעיונותיה במשפט המשווה.

א. מבוא

ב. כלל "מעשה בית דין" כנגד "גל התדיינות שני" – הילכו שניים יחדיו?

1. כלל "מעשה בית דין" נדחה מפני "עילות נמשכות"
 2. כלל "מעשה בית דין" נדחה מפני עקרון הייצוג העצמאי של הקטין
 3. כלל "מעשה בית דין" נדחה מפני "שינוי נסיבות מהותיות"
- ג. **סמכות שיפוט נלווית – טבועה לערכאה שיפוטית בגל ההתדיינות השני**
1. סמכותה הטבועה של ערכאה שיפוטית לדון בעילות נמשכות
 2. סמכותה הטבועה של ערכאה לבטל פסק דין בשל "שינוי נסיבות מהותיות"
 3. סמכותה הטבועה של ערכאה שיפוטית לדון בעניין "התלוי ועומד בפניה"
- ד. **הלכת לוי והלכת אמיר – ניתוח וביקורת: הסיפור הישראלי**
1. למי מסור השיפוט בתניית שיפוי בהסכם גירושין שאושר בבית דין?
 2. הלכת לוי מתמודדת עם הגדרת העילה הרכושית כעילה נמשכת
- ה. **"עילה נמשכת" – עיון מחודש**
1. עילה נמשכת – הרחבת הסיווג והחלתו על עילה רכושית
 2. "עילה נמשכת" – על מה ולמה? קריאה לביטול המוסד
- ו. **אחרית דבר**

א. מבוא

סמכות השיפוט של ערכאה שיפוטית בעילה רכושית בגל התדיינות שני היא אחת הסוגיות הסבוכות בסוגיית סמכות השיפוט. השאלה מתעוררת כאשר סוגיית חלוקת הרכוש נפתחת בשנית על ידי אחד הצדדים בבקשה לשנות צו קודם או צו שאישר הסכמה קודמת. בשיטת המשפט הישראלי השאלה מורכבת יותר בשל קיומן של שתי ערכאות שיפוט, אזרחית

ודתית, בעלות סמכות מקבילה בכמה עניינים. השאלה מחריפה אף יותר כאשר הדיון הראשון בעילה הרכושית התקיים בבית הדין הרבני, וכעת הדיון נפתח בשנית בעקבות שינוי נסיבות. סוגיה זו אינה פשוטה הואיל וערכאת בית הדין נתפסת כאיבר חריג במערכת השיפוט הישראלית,¹ והוראות החקיקה המקנות לה סמכויות, ולו בגל ההתדיינות הראשוני-המקורי, נתפרשו ומתפרשות על ידי בית המשפט העליון במשורה ובצמצום.² הלכת לוי³ והלכת אמיר,⁴ שניתנו בשנים האחרונות על ידי בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ והעוסקות כל כולן בגל ההתדיינות השני, המשיכו בתלם צמצום סמכויות זה. הלכות אלו הביאו לשינוי המצב המשפטי שנהג עשרות בשנים בבית הדין הרבני, בקבען כי ערכאת בית הדין הרבני משוללת סמכות שיפוט בגל ההתדיינות השני, אף אם הדיון הראשון התקיים בין כתליה.⁵

1 אריאל רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל – בין קודש לחול 57 (התש"ן), וכן דקדקו בניסוחו של ס' 25 לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה–1995, המחליף את ס' 40(2) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984 (להלן: חוק בתי המשפט). כן ראו מנשה שאוה "היחס בין סמכותו של בית-המשפט לענייני משפחה לבין סמכותו של בית-הדין הרבני" הפרקליט מד 44 (1999).

2 ראו בג"ץ 3/73 כהנוף נ' בית-הדין הרבני האזורי בתל-אביב, פ"ד כט(1) 449, 453 (1974): "אין לשכוח, כי מדובר בהענקת סמכות לבית-דין שמחוץ למערכת בתי-המשפט האזרחיים הרגילים, וכידוע סמכות כזאת יש לפרשה בצמצום ככל האפשר"; בג"ץ 5507/95 אמיר נ' בית הדין האזורי בחיפה, פ"ד נ(3) 321, 334 (1996): "בתי המשפט האזרחיים... הינם אבריה הראשיים והעיקריים של הרשות השופטת; והמבקש לקפח את סמכותם... שומה עליו לתלות עצמו בהוראת חוק מפורשת וחד-משמעית". ככל שהגדרת "ענייני נישואין וגירושין" בס' 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג–1953 (להלן: חוק השיפוט) נתפרשה בצמצום – הלכה והצטמצמה סמכותו הייחודית של בית הדין הרבני. ראו פסקי דין בעניין סידים, להלן ה"ש 57. ככל שנשמטו עניינים מהגדרת "ענייני מעמד אישי" בס' 9 לחוק השיפוט, הלכה והצטמצמה סמכותו המקבילה של בית הדין הרבני.

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

4 בג"ץ 8638/03 אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד סא(1) 259.

5 המערכת הרבנית ראתה בכך פגיעה במעמדה המשפטי. זו בכה וזו בכה, עד שנחשף שוב כי לבושן המשפטי של הטענות אינו אלא כסות לאי-אמון חריף השורר זה עשרות בשנים בין מערכת השיפוט האזרחית למערכת השיפוט הרבנית. למותר להכביר מילים על מתח זה, הגובל לעתים בעוינות של ממש. ראו למשל דברים שכתב השופט (כתוארו אז) ברק לפני כמחצית יובל השנים: "... איני יכול שלא להביע את הזדעזעותי העמוקה מגישתו של בית הדין הרבני האזורי... האם כך ניתן להכריע בגורלו של אדם?... האם כך דרכו של בית הדין הרבני האזורי בחיפה?"; בג"ץ 113/84 בנקובסקי נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה, פ"ד לט(3) 365 (1985). וראו דברים דומים בבג"ץ 3023/90 פלונית, קטינה נ' בית-הדין הרבני האזורי רחובות, פ"ד מה(3) 808, 816 (1991). כן ראו דברי השופט אלון: "... לפנינו תמונה עגומה של תחרות בין שתי ערכאות שיפוט בדבר סמכות השיפוט... טרם נודמן לידי מקרה כה בולט של התרוצצות וחוסר כבוד הדדי בין שתי ערכאות שיפוטיות, כאשר שונות, שנוח היה להן

סוגיה זו נחשבת על פני הדברים לסוגיה פרוצדורלית-דיונית הנמצאת בתווך בין סוגיות וכללים דיוניים שונים: סופיות הדיון ומעשה בית דין כנגד עילות נמשכות, סמכות נמשכת כנגד עקרון הייצוג העצמאי של הילד, סמכות ייחודית כנגד סמכות מקבילה, סמכות מקורית כנגד סמכות נלווית ועוד. אולם מפתיע הדבר עד כמה סוגיה פרוצדורלית זו, שלא לומר טכנית, מערבת בתוכה, וספק אם מאזנת, ערכים מהותיים ואידאולוגיות שונות בשיטת המשפט הישראלית: כיבוד הדדי בין הערכאות כנגד תפיסת עולם שונה, דין אישי (דתי) כנגד דין טריטוריאלי (אזרחי), דין דתי עתיק יומין כנגד מציאות חיים דינמית ומשתנה, השקפת עולם שמרנית אל מול השקפת עולם ליברלית, מעמד האיש אל מול מעמדה של האישה ועוד. כל אחת ואחת מאלו הסוגיות כשלעצמה גררה, ועדיין גוררת, פולמוסים מרובים, ונשתברו בה לא מעט קולמוסין. והנה, בסוגיית סמכות השיפוט של בית הדין בעניין רכושי בגל התדיינות שני נזדמנו להן כל אלו הסוגיות לפונדק אחד, וכל אחת ואחת מהן תובעת את מקומה ומבקשת כי יעמידוה בראש. ברם רשימה זו לא באה לבחון כי אם את סוגיית העילה הנמשכת על היבטיה הפרוצדורליים. לכן תעסוק רשימה זו בברירת הסמכות (שיפוט) ותדיר את רגלה מעיסוק בברירת הדין (משפט). הגם כי הפרדה דיכוטומית זו היא מלאכותית ואין היא מתאפשרת כל אימת שנחפז בכך, וזאת על שום שלשאלת זהות הערכאה המוסמכת יש השלכות עקיפות, ואף ישירות, על התוצאה המהותית של פסק הדין.⁶

מטרת הרשימה, בצל הלכות לוי ואמיר, היא לצאת מתוך הדיון בסמכות השיפוט בעילה הרכושית בגל התדיינות שני ולבחון מחדש את מקומו, הצדקתו והיקף תחולתו של מוסד העילה הנמשכת. לאחר שאשטח ביקורתי ואצביע על האנומליות הקיימות סביב מוסד העילה הנמשכת וסביב יחסי הגומלין של מוסד זה עם העילה הרכושית בפרט, אציע שתי

שלא נאמרו משנאמרו" (בד"ם 1/81 נגר נ' נגר, פ"ד לח(1) 365, 379 (1984)); יצחק כהן "שיפוט רבני ושיפוט חילוני" דיני ישראל ז', רה, רו (התשל"ו).

בהיותה כפופה לפסיקת בג"ץ, לא נותר למערכת השיפוט הרבני אלא להעביר את "זירת ההתגוששות" לבית המחוקקים, בהניחה כי בזו הזירה סמכות השיפוט ש"תוענק" לה תהיה רחבה יותר, ואכן, בס' 26 להסכם הקואליציוני שנכרת בין מפלגת קדימה למפלגת ש"ס לקראת הקמת הממשלה ה-31 נאמר כך: "הממשלה תגיש הצעת חוק, המקנה לבית הדין הרבני סמכות שיפוט בעניינים היכולים לשמש נושא להסכם בין הצדדים, כשהצדדים הסכימו על כך, וכן בתובענות שעילתן בפסק דין או בהסכם שניתן או אושר על ידי בית דין רבני". התחייבות זו תורגמה לשתי הצעות חוק שנוסחו על ידי משרד המשפטים. ביום 23.7.2007 עברה אחת ההצעות בוועדת השרים. ערר שהגיש שר הרווחה יצחק הרצוג עיכב את היזמה. מחבר הרשימה מונה כנציגו של השר לנסות לפשר בין הצדדים ולהגיע לנוסח מוסכם. לעניין זה ראוי לייחד רשימה נפרדת.

⁶ זאת, לנוכח העיקרון הידוע: הולך הדין אחר הדיין. ע"א 238/53 כהן ובוסליק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח(4) 19 (1954).

הצעות שונות העשויות לפתור אנומליות אלו. אני תקווה כי יהיה בהצעות אלו להביא ליתר ודאות, יתר בהירות, יתר צפיות ולהפחתת שיעור הדיונים בסכסוכי המשפחה, ובכך אף להקטין את מפלס המתח בין הערכאות, הנחרש בסופו של יום על גבי בני הזוג וצאצאיהם.

ב. כלל "מעשה בית דין" כנגד "גל התדיינות שני" – הילכו שניים יחדיו?

אבקש לבחון בתחילה את יחסי הגומלין בין סוגיית סמכות השיפוט בגל ההתדיינות השני לבין כלל "מעשה בית דין". לשון אחרת: הכיצד ניתן לכלול בכפיפה אחת את "גל ההתדיינות השני" עם עקרון "סופיות הדיון", שהפך זה מכבר לעקרון יסוד בשיטת המשפט הישראלית?⁷ כלום ניתן לפתוח הליך נוסף בגין אותה עילה ובין אותם צדדים, ולו יהא זה בשל שינוי בנסיבות, כאשר חרב מעשה בית דין מרחפת מעל?⁸ היאך מתיישבת פתיחת הליך בשנית עם עקרון גמר המלאכה?⁹ ובכך, מציאות זו תתאפשר בכמה מצבים, חלקם ייחודיים לדיני המשפחה וחלקם נכונים לכל הליך אזרחי, ועל תמציתם אעמוד כדלהלן:

1. כלל "מעשה בית דין" נדחה מפני "עילות נמשכות"

בתחילת דרכה של הפסיקה הישראלית נקבע כי יש להחריג עילות מסוימות בדיני המשפחה מתחולת עקרון סופיות הדיון ומעשה בית דין. באותן עילות רשאי בעל דין לחזור ולפתוח הליך באותו עניין בגל התדיינות שני ולא יושק בטענת מעשה בית דין, ובלבד, וכאן נקבעה נקודת האיוון,¹⁰ שיצביע על שינוי נסיבות מהותי של פסק הדין הראשון.¹¹ כלומר הכרעת

7 ואלו דברי הנשיא אגרנט בע"א 246/66 קלוז'נר נ' שמעוני, פ"ד כב(2) 561, 583 (1968): "כידוע, תורת ה-*res judicata* של המשפט המקובל מושתתת על שני כללים עיקריים. הכלל האחד הוא: מקום שתביעה נדונה לגופה והוכרעה על-ידי בית-משפט מוסמך, שוב אסור להיזקק לתביעה נוספת בין אותם הצדדים או חליפיהם, אם זו מבוססת על עילה זהה; וכן, אם במשפט הראשון זכה הנתבע בדין, אזי אומרים שקם מחסום (BAR) המשתיק את התובע מלחזור על תביעה שניה המבוססת על אותה עילה, בחינת היותה חסומה או מושקת... 'השתק העילה'".

8 ראו ע"א 151/87 ארצי חברה להשקעות בע"מ נ' רחמני, פ"ד מג(3) 489, 497 (1989); נינה זלצמן מעשה בית דין בהליך אזרחי 3–12 (1991).

9 ראו ע"א 9085/00 שטרית נ' אחים שרבט חברה לבנין בע"מ, פ"ד נז(5) 462, 475 (2003).

10 נקודת איוון זו קיימת אף בשיטות משפט ברחבי העולם, כפי שיפורט להלן, ולעת עתה ראו Sally Burnett Sharp, *Modification of Agreement-Based Custody Decrees: Unitary or Dual Standard?* 68 VA. L. REV. 1263, 1264, fn. 9 (1982) ("The change of circumstances standard is based on principles of *res judicata*"); Joan G. Wexler, *Rethinking the*

בית המשפט בעילות המפורטות לקמן איננה סופית, וניתן לשנותה מעת לעת. בלשון אחר: ההכרעה היא סופית כל עוד לא תשתנינה הנסיבות. הכפפת השינוי ל"שינוי נסיבות מהותי" נועדה אפוא למנוע דיונים מיותרים ומזיקים לבני הזוג ולילדיהם.¹² העילה הראשונה שאותה סיווגה הפסיקה כעילה נמשכת היא עילת מזונות הילדים, וכך נקבע בפרשת הויזמן:

נמצא אפוא כי פסק דין בענין מזונות, לעולם אינו פסק דין "סופי". לפיכך, משנתן בית דין החלטה בענין מזונות, אין לומר כי סמכותו מצטמצמת רק לדיון באותה עתירה אשר היתה אותה שעה בפני בית הדין. העילה, מטבעה, הולכת ונמשכת, וניתנת לשינויים, ולא עוד אלא שכוחו של בית הדין לשנות את החלטתו הוא מן הכוחות הטבועים בסמכותו... ומן הצורך הוא שהדין אשר פסק בענין לראשונה יתאים את פסקו מידי פעם בפעם לשינוי אשר חל בנסיבות, לגבי אותה השאלה שהיתה נשוא ההחלטה הראשונה.¹³

Modification of Child Custody Decrees, 94 YALE L.J. 757, Sec. D (1985) ("Each of the approaches to modification applications described above represents an attempt to balance competing policy interests. Trying to balance the policies behind the res judicata doctrine on the one hand, and the policies in favor of making the best-advised contemporary determination of the child's welfare on the other, the traditional changed circumstances doctrine holds that not just any changed circumstances, but only substantial ones, should warrant changing custody")

רק שינוי נסיבות מהותי יכול לשמש עילה לפתיחת פסק הדין. ראו ע"א 363/81 פייגה נ' פייגה, פ"ד לו(3) 187 (1982). הדברים נכונים הן לפסק דין שניתן על יסוד הכרעה והן לפסק דין שניתן על יסוד הסכמה (ראו שם, בעמ' 189 לפסק הדין). כן ראו ע"א 149/88 פרי נ' פרי, פ"ד מב(3) 289, 292 (1988); זלצמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 290. וראו להלן הטקסט לאחר ה"ש 20, שבשיטת המשפט במדינת פלורידה בארצות הברית נקבע מפורשות בחקיקה כי ניתן לשנות לאחר זמן הן צווים של בית משפט והן הסכמות של הצדדים. כן ראו § 4811; *Armstrong v. Armstrong*, 15 Cal. 3d 942 (1976) ("When a child support agreement is incorporated in a child support order, the obligation created is deemed court-imposed rather than contractual, and the order is subsequently modifiable despite the agreement's language to the contrary")

Richard Montes, *The Changed-Circumstances Rule and the Best Interest of the Child*, 24 LOS ANGELES LAWYER 12, 13 (2001) ("One of the purposes of the rule (changed circumstances – Y. C.) is to recognize the finality of judgments and protect the parties and the child from harmful and needless relitigation of the issues of custody and visitation")

13 בג"ץ 59/53 הויזמן נ' יו"ר ההוצל"פ ירושלים, פ"ד ז(2) 1142, 1147 (1953).

הפסיקה הרחיבה חידוש זה והחריגה גם את עילת החזקת הילדים – המשמורת הפיזית, מעקרון מעשה בית דין. וכך קובעת הלכת וינטר, המתייחסת לציטטה זו מפרשת הויזמן, וממשיכה ואומרת:

נאמרו הדברים לגבי פסק דין של מזונות, ועל אחת כמה וכמה, וקל וחומר בן בנו של קל וחומר לגבי פסק החזקת ילדים, שבו הקשר בין פסק הדין המקורי לבין פסק הדין המשנה אותו הוא בהרבה יותר אדוק והדוק.¹⁴

העילה השלישית, שסווגה כעילה הולכת ונמשכת, היא עילת מזונות האישה, וכך נאמר בעניין ג'ארח:

הצד השווה בתביעת מזונות ובתביעת החזקת ילד הוא, שלגבי שתיהן מוציא בית הדין (או בית משפט) הדין בדבר, פסק הקובע זכויות וחובות לעתיד לבוא. היחסים בהם פוסק בית הדין הם לפי טבעם יחסים הולכים ומתמשכים. בית הדין או בית המשפט הפוסק מזונות לאשה פוסקם לא רק לגבי העבר אלא גם לעתיד.¹⁵

חשוב להדגיש כי בשיטת המשפט הישראלי אין מדובר ברשימה סגורה, וכל עילה שיש בהכרעה בעניינה כדי לקבוע זכויות וחובות לעתיד עשויה לכאורה לבוא בקהל העילות הנמשכות, וכך נאמר למשל בפרשת איתן:

ראשית, שאלה שאינני רואה להכריע בה היא אם נושא חינוך ילדים מהווה עניין מתמשך ומשתנה לפי טיבו, כדוגמת מזונות ילדים או החזקתם.¹⁶

מוסד העילה הנמשכת במשפט המשווה

ראוי לציין כי סיווג שלוש העילות האמורות כעילות נמשכות מקובל כמעט בכל שיטות המשפט ברחבי העולם, בחלקן אף הוסדר בחקיקה ולא רק בפסיקה כבשיטת המשפט הישראלית. הדבר נקבע בבירור רב באשר לעילת משמורת הקטין והסדרי הראייה. בכל

14 בד"ם 1/60 וינטר נ' בארי, פ"ד טו 1457, 1468 (1961). לשם השלמת התמונה אציין כי זו דעת הרוב מפי השופט זילברג. השופט כהן, לעומתו, סובר כי "טעות היא לחשוב שיש כאן סטייה כלשהיא מן הכללים הידועים של מעשה בית דין הנוהגים לגבי פסקי דין סופיים אחרים... עם שינוי הנסיבות לא רק משתנית עילת התובענה כי אם נולדה עילה חדשה".

15 ע"א 167/63 ג'ארח נ' ג'ארח, פ"ד יז (1) 2617, 2624 (1963).

16 בג"ץ 9539/00 איתן נ' בית-הדין הרבני האזורי ירושלים, פ"ד נו (1) 125, 133 (2001).

המדינות בארצות הברית מרשה המשפט לערכאות לשנות צווים קודמים שניתנו בעניין זה.¹⁷ כך למשל קובע החוק באלסקה:

Alaska Statutes Sec. 25.20.110. Modification of child custody or visitation

(a) An award of custody of a child or visitation with the child may be modified if the court determines that a change in circumstances requires the modification of the award and the modification is in the best interests of the child.¹⁸

יכולת השינוי הניתנת לבתי המשפט נכונה גם בתשלומי מזונות ילדים (וגם בתשלומי מזונות אישה). כך למשל ראו ההתייחסות הבאה לשיטת המשפט במלזיה:

It is common ground that these sections (ss 83 and 96 of the Law Reform (Marriage and Divorce) Act 1976) give to the court a general power to vary or rescind any subsisting periodical payments for the wife (s 83)

Joan G. Wexler, *Rethinking the Modification of Child Custody Decrees*, 94 YALE L.J. 757, 760 (1985) ("The law in every state, whether statutory or common, permits the courts to modify orders directing the custody of a child upon the divorce of his or her parents").

18 Lee v. Cox, 790 P.2d 1359, 1361 (Alaska 1990); Garding v. Garding, 767 P.2d 183, 184–185 (Alaska 1989); Kelly v. Joseph, 46 P.3d 1014, 1017 (Alaska 2002) (citing Pinneo v. Pinneo, 835 P. 2d 1233, 1238 (Alaska 1992)) ("Superior court may not modify existing custody arrangement 'unless it determines that a change in circumstances requires the modification of the award and the modification is in the best interests of the child.'") כזהו המצב גם בקליפורניה. ראו § 3021, 3103 Cal. Family Code, וכן בהלכה התקדימית בעניין קרטר: Crater v. Crater, 67 P. 1049 (Cal. 1902) ("It is well established that in divorce proceedings the court has the power to vary and modify its decree as to the custody of the minor children from time to time, as circumstances change") כזהו המצב גם בווינגטון. ראו § 26.10.160(3), Washington Rev. Code, ובהרחבה ראו Melissa Curry, *Part Three: Custody and Visitation: Who Gets to Visit? A History of Third-Party Visitation Rights in Family Court*, 16 J. CONTEMP. LEGAL ISSUES 289 (2005) מקובל גם בשיטת המשפט האוסטרלית. ראו Sampson v. Hartnett, FAMCA 1365, Family Law Reform, Court of Australia, 38 Fam. LR 315, 22 (2007) וכן בשיטת המשפט במלזיה: Swiss Civil Code Art 134 (Marriage and Divorce) Act 1976, Sec. 83 (אבקש להודות לעו"ד ברנרד גלר, תושב שווייץ, שהפנה אותי לסעיף זה ולתרגומו הרשמי באנגלית).

and/or the children (s 96) of the marriage where it is satisfied that it was based on any misrepresentation or mistake of fact or where there has been any material *change* in the *circumstances*.¹⁹

מוסד זה מקובל בשיטות המשפט של רוב מדינות ארצות הברית גם בעילת מזונות אישה:

Indeed, almost every jurisdiction in the United States permits its courts to modify alimony awards when a party can demonstrate a change in circumstance.²⁰

וכך נקבע למשל בחקיקה בפלורידה בנוגע לכל שלוש העילות האמורות, ואף נקבע כי לבית המשפט יש סמכות לשנות לא רק צווים קודמים של בית המשפט אלא גם הסכמים בין בני הזוג:

Fl. ALS 61.14 Enforcement and modification of support, maintenance, or alimony agreements or orders –

(1)(a) When the parties enter into an agreement for payments for, or instead of, support, maintenance, or alimony, whether in connection with a proceeding for dissolution or separate maintenance or with any voluntary property settlement, or when a party is required by court order

19 Gisela Gertrud Abe v. Tan Wee Kiat, [1986] 2 MLJ 297–298 (ההדגשות שלי – י"כ). כן ראו Franke v. Franke, No. 01-3316, Supreme Court Of Wisconsin, 2004 WI 8; 268 Wis. 2d 360 ("Wisconsin Stat. § 767.32(1) provides that modification of a child support order may be made only if there has been a substantial change in circumstances affecting the parties").

20 Colleen Marie Halloran, *Petitioning a Court to Modify Alimony When a Client Retires*, 28 U. BAL. L. REV. 193, 209 (1998) כן ראו Scott Bassett, *Changing Circumstances*, *Changing Agreements: Standards for Modification are Uniform, but how the Courts Apply Them Varies*, 8 FAM. ADVOC. 29, 31 (1986) ("Forty-six jurisdictions in the United States have statutory provisions authorizing the modification of alimony under changed circumstances"). וראו למשל גם החוק במרילנד, Family Law Article § 11-107: "(a) Subject to § 8-103 of this article, the court may extend the period for which alimony is awarded, if: (1) circumstances arise during the period that would lead to a harsh and inequitable result without an extension; and (2) the recipient petitions for an extension during the period. (b) Subject to § 8-103 of this article and on the petition of either party, the court may modify the amount of alimony awarded as circumstances and justice require".

to make any payments, and the circumstances or the financial ability of either party changes... either party may apply... for an order decreasing or increasing the amount of support, maintenance, or alimony, and the court has jurisdiction to make orders as equity requires, with due regard to the *changed circumstances*.

ובקרוליינה הצפונית למשל ניתנת האפשרות לבני הזוג להגיע להסכמות ולפשרות בכל ענייני הגירושין (למעט אקט הגירושין עצמו), אולם בד בבד אמורים בני הזוג לשמור על הזכות לשינוי עתידי של שלוש העילות הללו, בכפוף לשינוי נסיבות מהותי, וכך נקבע:

N.C. Gen. Stat. § 50-41. Purpose; short title

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

גם בשיטת המשפט הקנדית נקבע בחקיקה כי בתי המשפט רשאים לשנות את פסיקתם בכל אחת משלוש אלו העילות בכפוף לשינוי נסיבות מהותי.²¹

2. כלל "מעשה בית דין" נדחה מפני עקרון הייצוג העצמאי של הקטין

מציאות נוספת המאפשרת להתגבר על כלל מעשה בית דין היא פתיחת הליך נוסף בשם הקטין, וזאת אף ללא כל שינוי בנסיבות. הקטין רשאי לפתוח הליך לשינוי עניין אשר סוכם זה מכבר בין הוריו, ולא תישמע נגדו טענת השתק בגין מעשה בית דין.²² ואם ישאלך השואל: וכי למה שתישמע? והלא כלל זה חל רק בין אותם צדדים להליך הראשון והקטין לא היה כלל צד להליך זה? אף אתה אמור לו כי פורמלית אמנם הקטין לא היה צד להליך,

21 Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.); Se 17 Variation, Rescission or Suspension of Orders; Se 17(4) Factors for child support order; Se 17(4.1) Factors for spousal support order; Se 17(5) Factors for custody order

22 ראו דברי הנשיא שמגר בע"א 411/76 שר נ' שר, פ"ד לב (1) 449 (1977); דברי השופט אור בע"א 289/82 דאובה נ' דאובה, פ"ד לו (4) 625 (1982); דברי השופט חלימה בע"א 544/82 חממי נ' חממי, פ"ד לח (3) 605 (1984); ע"א 591/81 פורטוגו נ' פורטוגו, פ"ד לו (3) 449; ע"א 210/82 גלבר נ' גלבר, פ"ד לח (2) 14 (1984).

אך מהותית העניינים שנדונו בין הוריו נדונו בשמו ובשבילו.²³ ורק אם אין הוא מרוצה מההסדר שנקבע בשבילו, שמורה לו הזכות לפתוח הליך חדש באותו עניין. שנית, יש מקרים אחרים שבהם הקטין לא היה צד להליך הראשון, ולמרות זאת ההליך כן מחייבו. וכך נקבע למשל בפרשת דאובה:

בדרך כלל, דבר היותו של קטין צד להליכים נקבע על-פי האמור בכתב התביעה, כפי שהוגש לבית הדין, והשאלה הנשאלת היא, אם הקטין מופיע בו כתובע אם לאו. אך לעתים, אף כי אין הקטין נכלל כצד פורמאלי לדין על-פי כתבי הטענות, בפועל נדונה תביעתו לגופם של דברים, ובית הדין הכריע בה. בנסיבות כאלה, כשמוכח, שעל-פי תוכנו של הדין, התקיים בפועל דיון כהלכתו בתביעת הקטין למזונות, וניתנה בו החלטה, יש מקום לראות בכך הליכים, בהם הקטין היה צד, ויש בהם לחייבו.²⁴

23 בתי המשפט עסקו לאורך השנים בשאלה עד כמה ההורים אכן דואגים לאינטרסים של הקטין, ראו למשל המובאה הבאה, ע"א 404/70 עברון נ' עברון, פ"ד כה(1) 373, 378 (1971): "אמנם חזקה על הורה שהוא דואג לילדו. אבל, כאשר, כמו במקרה של גירושין, עיקר מעיינים של הורים נתון לסידור העניינים האישיים שלהם, הם עלולים – ולו מבלי דעת או בהיסח הדעת – לא להקפיד במידה מספקת על הבטחת האינטרס של הילד... ההורים מנסים לעשות בעת ובעונה אחת שני דברים שאינם מתיישבים. מחד גיסא, בעניינים הנוגעים להם, הם מופיעים כשני צדדים יריבים. מאידך גיסא, במה שנוגע לענייני הילד, הם באורח פלא הופכים פתאום את עורם ומתיימרים לפעול בשמו ובצוותא כבעלי דעה אחת". לעומת זאת פסיקה ענפה אחרת ראתה את ההורים כמתחייבים עבור הקטין, ראו למשל את דבריו של השופט אלון בפרשת נגר המחלק בין מזונות לשאר ענייני אפוטרופסות, וכך כתב: "מה שאין כן בכל ענייני האפוטרופסות, כאשר ההסכמה לשיפוט אינה מעלה לכאורה כל חשש של ניגוד אינטרסים בין ההורים לבין הקטין, שאזי הסכמת ההורים, האפוטרופוסים הטבעיים, גם הסכמתו של הקטין היא, שאותו הם מייצגים ובשמו הם מסכימים" (ההדגשות שלי – י"כ) (עניין נגר, לעיל ה"ש 5, בעמ' 388).

24 ע"א 289/82 דאובה נ' דאובה, פ"ד לו(4) 625, 628 (1982). והשוו לעמדה שלפיה כדי לחייב את הקטינים בהסכמות שבין ההורים במסגרת הליך גירושין יש צורך בתביעה פורמלית נפרדת בשמם של הילדים: גישתו של השופט ברנזון בע"א 404/70 עברון נ' עברון, פ"ד כה(1) 373 (1971), וכן דברי הנשיא לנדוי בע"א 527/72 דוידסון נ' אלן, פ"ד כז(2) 20 (1973).

לעניין יחס הגומלין בין העילה הנמשכת לבין עקרון הייצוג העצמאי של הקטין חשוב להדגיש כי גם כשההסכם בין ההורים מחייב את הקטינים,²⁵ אין בכך כדי להוציא את העילה מכלל עילה נמשכת, ורשאי הקטין לפתוח הליך נוסף מכוח מוסד זה. אולם כאן מוגבל הוא לשינוי נסיבות מהותי (משפט), ומוגבל הוא לאותה ערכאה שדנה בראשונה (שיפוט).

3. כלל "מעשה בית דין" נדחה מפני "שינוי נסיבות מהותי"

עניין זה אינו ייחודי לדיני המשפחה, והוא נכון לכל ענפי המשפט בשיטת המשפט הישראלית אם כי מוגבל הוא לפסק דין המאשר הסכם אשר בשל אופיו זה המיוחד "חלות עליו הן דרישות דיני חוזים והן דרישות דיוניות הנוגעות למעמדו כפסק דין", וכך נאמר בפרשת קם:

גם משניתן פסק-דין המאשר הסכם, הרי אם הוכח, שמאז הינתנו חל שינוי מהותי בנסיבות, וכי יהיה זה בלתי צודק להשאירו על כנו, ניתן לפתוח את העניין מחדש... פסק-דין, שניתן בהסכמה, אין לפתחו אלא במקרים נדירים, וזאת בשל אופיו ההסכמי... כשם שניתן לפתוח מחדש פסק-דין רגיל למזונות, שניתן על יסוד הכרעתו העניינית של בית המשפט, כשמשתנות הנסיבות שינוי מהותי, כן ניתן לפתוח פסק-דין, גם אם הוא ניתן בהסכמה... מגמת היסוד היא האיזון בין שני אינטרסים, היינו בין אינטרס הסופיות של פסק הדין לבין האינטרס, שלא יישאר על כנו פסק-דין, שאכיפתו הפכה עקב שינוי נסיבות, לבלתי צודקת לחלוטין.²⁶

²⁵ ראו עוד פרשת איתן, לעיל ה"ש 16, בעמ' 133; בג"ץ 8578/01 חליוה נ' חליוה, פ"ד נו(5) 634, 639 (2002). ההסכם בין ההורים מחייב את הקטינים כאשר בית המשפט "דן ופסק" וקיים דיון נפרד בעניינם. וכך נאמר בבג"ץ 2898/03 פלונית נ' ביה"ד הרבני הגדול, פ"ד נח(2) 550, 561 (2004). "ודוק, בניגוד להסכם ממון בין בני-זוג שאישורו נושא אופי פורמאלי, הרי הסכם משמורת בין הורים מחייב את הערכאה המוסמכת בדבר לבחון את תוכן ההסכם ולשקול אם הוא משרת את טובת הילד טרם אישורו. על-פי החלטתו של בית-הדין הרבני האזורי, יש להניח כי בטרם אישר בית-הדין את ההסכם הוא אמנם שקל בינו לבינו את טובת הבנות על סמך עיון בהסכם שערכו הצדדים. עם זאת נוכח היעדרו של דיון פרונטלי מהותי לגופה של סוגיית המשמורת אין די בשקילה כאמור כדי להוביל למסקנה כי בית-הדין 'דן ופסק' בסוגיה האמורה לצורך רכישת סמכות נמשכת".

²⁶ ע"א 442/83 קם נ' קם, פ"ד לח(1) 767, 771 (1984), וכן ע"א 9318/03 שובל נ' גרי אלכסנדר בע"מ, פ"ד נט(1) 828 (2004).

אם כן, לצד העילות לביטולו של הסכם שאושר בפסק דין, שעניינן דיני החוזים,²⁷ מכיר המשפט בעילה נוספת לביטולו, המעוגנת בשינוי בנסיבות,²⁸ שאותה ניתן לבסס למעשה על עילת הטעות.²⁹ אין מדובר בפרק זה בשינוי נסיבות שגרתיות העוסק באחד מתנאי ההסכם כי אם בשינוי נסיבות קיצוני ונדיר, ההופך את ההסכם כולו ל"בלתי צודק לחלוטין". שאם לא תאמר כן, לא ייתמו ההתדיינויות ולא יהיה אמוץ בהסכמים.³⁰ ובכן, כאמור יש מצבים שבהם ניתן לפתוח הליך בגל התדינויות שני ולא תישמע טענת מעשה בית דין.³¹ עד כאן עסקנו במישור המשפט (הדין) וראינו מתי רשאים הצדדים לפתוח הליך נוסף באותה עילה למרות עקרון מעשה בית דין. שאלה נוספת החשובה לענייננו היא במישור השיפוט (הסמכות): למי מסורה הסמכות (שיפוט) כאשר ייפתח ההליך בשנית (בתביעה חדשה) בעילות המפורטות לעיל? כידוע, סמכותה של ערכאה שיפוטית נרכשת משני מקורות עיקריים: סמכות מקורית-ראשונית וסמכות נלווית-טבועה. הראשונה מוסדרת בחקיקה ראשית,³² והשנייה מוסדרת בעקרונות שנקבעו בפסיקה.³³ להלן אתמקד במקורות הסמכות הנלווית-הטבועה, לפי שהיא רלוונטית יותר בשאלת הסמכות הנמשכת.

ג. סמכות שיפוט נלווית – טבועה לערכאה שיפוטית בגל ההתדינויות השני

- 27 ראו ס' 14–18 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג–1973 (להלן: חוק החוזים).
28 יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי 549 (מהדורה שביעית, שלמה לוין עורך, 1995).
29 ס' 14 לחוק החוזים.
30 ע"א 116/82 לבנת נ' טולידאנו, פ"ד לט (2) 733, 729 (1985).
31 כל נשכח כי כלל מעשה בית דין אינו קיים במערכת בית הדין הרבני, ראו תקנות קכח-קכט לתקנות הדיון בבתי-הדין הרבניים בישראל, התשנ"ג–1953 וכן דברי הדיין גולדשמידט בפרשת וינטר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 1487; רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 36 והאסמכתאות שם. לדיון רחב בתקנות האמורות בהיבט זה ראו תיק (אזורי רח') 24-2-2235 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 9.10.2007).
32 חוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה–1995, וכן חוק השיפוט.
33 במקרה של בית הדין קיימת סמכות נוספת שאכנה אותה: "סמכות אלטרנטיבית", היונקת מכוח הדין הדתי, ראו דברי השופט טל בבג"ץ 3269/95 כץ נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים, פ"ד נ(4) 590, 620 (1996): "בית הדין פועל בכל עת ב'כובע' המסורתי שלו מימות עולם, בין בענייני נישואין וגירושין ובין בענייני ממונות וקהל" (בכך ביקש השופט טל למנוע התערבות בג"ץ בהפעלת סמכות דתית על ידי בית הדין בעניין חרם ונידוי). וראו דעתם החולקת של חבריו להרכב. כן ראו בג"ץ 732/84 צבן נ' השר לענייני דתות, פ"ד מ(4) 141, 152 (1986).

לכל ערכאה שיפוטית יש מטבע ברייתה סמכות "טבועה" לדון בעניינים נוספים הנוגעים להליך שבפניה. סמכות "טבעית" זו כשמה כן היא, ואין הוראת חוק מפורשת המסדירה אותה. אין מדובר בתוספת לדין המהותי כי אם ב"אותה סמכות מינימאלית בענייני נוהלי יעילות המשפט וצדקתו, הדרושה לבית המשפט כדי שיוכל למלא את התפקיד שלמענו הוא קיים: עשיית משפט צדק".³⁴ סמכות זו היא דיונית (פרוצדורלית) בעיקרה ונלווית היא לסמכותה המקורית של כל ערכאה שיפוטית.³⁵ כלומר, אין לערכאה שיפוטית סמכות טבועה בעניין מסוים אם מלכתחילה לא נמסרה לה סמכות מקורית מכוח חיקוק מפורש באותו עניין. היות שסמכות זו אינה מוסדרת מפורשות בחקיקה, יש להשתמש בה במשורה ובזהירות.³⁶ חשוב לציין כי רשימה זו עוסקת בסמכותה הטבועה של ערכאה שיפוטית בגל ההתדיינות השני, כלומר לאחר סיומו של ההליך הראשוני ולא במהלכו. אף סמכות זו אינה מוגדרת מפורשות בחקיקה והיא נובעת מכוח סמכותה הטבועה של ערכאה שיפוטית לדון בשנית בנושא שכבר נדון בפניה בעבר. להלן אציין שלוש דוגמאות לסמכות טבועה זו.

1. סמכותה הטבועה של ערכאה שיפוטית לדון בעילות נמשכות

לאחר שייסדה הפסיקה את מוסד העילות הנמשכות, הוסיפה וייסדה רובד נוסף והוא כלל ההמשכיות (הסמכות הנמשכת), שלפיו הערכאה שדנה בגל ההתדיינות הראשון היא, ורק היא, מוסמכת לדון בגל ההתדיינות השני אף שהעילה במקורה (בגל ההתדיינות הראשון) הייתה מסורה לסמכותן המקבילה של שתי הערכאות. כלומר, מעת ש"בחר" בעל דין להביא עניינו בפני ערכאה מסוימת, וזו דנה בעניינו ונתנה פסק דין "מתמשך",³⁷ הרי שסמכותה של אותה ערכאה הולכת ונמשכת גם בגל ההתדיינות השני. וכך נאמר בפרשת ג'ארח:

34 ראו דברי השופט ברנזון בד"ץ 22/73 בן שחר נ' מחלב, פ"ד כח(2) 89, 96 (1974); בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי, פ"ד מח(2) 491, פס' 8 (1994); ע"א 6185/00 עו"ד מאהר חנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 366, פס' 15–16 (2001).

35 ראו דברי השופט מצא בע"א 4845/95 ניר, עו"ד נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(2) 639, 646 (1995): "הכלל הוא, שבסמכותו הטבועה אין בית המשפט משתמש אלא במקרים שבהם נדרש הדבר באופן חיוני, למטרה הכרחית שאין בידי בית המשפט להשיגה במסגרת סמכותו הרגילה".

36 ראו דברי השופט מצא בע"א 230/87 שקולניק נ' זכאי, פ"ד מו(3) 279, 285 (1992): "אך כשם שראוי לו לבית המשפט שלא להירתע מעשיית שימוש בסמכותו הטבועה... כך מוטל עליו להישמר מפני עשיית שימוש בסמכות האמורה במקרה שבו אין ההימנעות מכך מובילה לאי-צדק ברור ובולט...". כן ראו רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 263 (1999).

37 ודוקו, אין די שיהיה עניין בעל אופי נמשך, אלא יש צורך שגם התוצאה הסופית בפסק הדין תהא נמשכת, כלומר חוב הנושא פניו לעתיד, מדי חודש בחודשו. או חיוב המתחדש מדי יום

לכאורה, ניתנה בידי האישה ברירה, רצתה – פונה בתביעת מזונות אל בית-דין רבני; רצתה – פונה אל בית המשפט המחוזי... ואולם משהשתמשה בברירתה וניתן לה "פסק הולך ומתמשך, לביצוע בעתיד"... שינויו או ביטולו הם בגדר סמכותו של אותה ערכאה ממנה יצא.³⁸

הרציונל הטמון בעיקרון זה, כל כולו יציר הפסיקה, הוא עקרון הכיבוד ההדדי בין הערכאות, והרצון למנוע התערבות הדדית בעבודתן. וכך ממשיך השופט זוסמן בפרשת ג'ארח ואומר:

שאם לא תהא למי שנתן את פסק הדין סמכות ייחודית החולשת על הענין בעתיד, ייווצר אצלנו אותו מצב בלתי נסבל של התערבות הדדית בפסקי דין בין בתי משפט שונים והפרעה בביצועם שהיה קיים באנגליה עד לפני כמאה שנה. הכלל: חיוב במזונות שיצא מבית הדין הרבני, רק אותו ב"ד מוסמך לשנותו, עקב שינוי נסיבות... אבל הכלל האמור אינו נובע מזהות העילות, כמבואר לעיל, אלא מן הצורך למנוע התערבותו של בית משפט במלאכתו של בית הדין, ולהיפך, מפני תיקונו של עולם.³⁹

אם כן, ובמונחי חוק השיפוט, סמכותה המקבילה של הערכאה בגל ההתדיינות הראשון הופכת לסמכות ייחודית בגל ההתדיינות השני, ואין עוד אפשרות לבעלי הדין לבחור את הערכאה הרצויה להם, כשם שעמדה לרשותם בפתיחת ההליך הראשון. זהות הערכאה בגל ההתדיינות השני הוכרעה למעשה בגל ההתדיינות הראשון. ממילא נבין כי בכך יש גם כדי להפחית בגל ההתדיינות השני את מפלס המתח הנובע מ"מירוץ הסמכויות" בין הערכאה הדתית לאזרחית לאור החובה לחזור לערכאה הראשונה. מובן שכלל ההמשכיות אינו רלוונטי לעילות המסורות מלכתחילה לסמכות ייחודית של בית הדין, לפי שבהן הדיון העתידי יתקיים אף הוא בערכאת בית הדין לא מכוח הסמכות הנמשכת כי אם מכוח סעיף 1 לחוק השיפוט.

מעניין לציין כי גם בשיטות משפט ברחבי העולם קיים כלל ההמשכיות בעילות הנמשכות שלפיו הערכאה שדנה ראשונה תמשיך ותדון גם בדיון העתידי. כמובן, אין כלל זה בא לשמר את הדין בערכאה הדתית על פני הערכאה האזרחית או להפך, שהרי ערכאה דתית איננה מקובלת ברחבי העולם כערכאה שיפוטית מוסמכת, אלא שכלל ההמשכיות נועד

ביומו כגון משמורת ילדים או כל צורה אחרת של המשכיות. וראו ע"א 15/64 מוזס נ' מוזס, פ"ד יח(3) 141 (1965).

38 פרשת ג'ארח, לעיל ה"ש 15, עמ' 2626.

39 שם, שם (ההדגשות שלי – י"כ). ראו עוד פרשת נגר, לעיל ה"ש 5, בעמ' 397; פרשת איתן, לעיל ה"ש 16, בעמ' 133; בש"א 644/06 מ.כ. נ' א.כ. (פורסם בנבו, 26.2.2006).

נועד בעיקר לשמר את סמכותה של הערכאה שדנה ראשונה על פני ערכאות במדינות אחרות, הגם כי כולן אזרחיות.⁴⁰

2. סמכותה הטבועה של ערכאה לבטל פסק דין בשל שינוי נסיבות מהותי

כאמור, שינוי נסיבות מהותי, ההופך את קיומו של פסק הדין לבלתי צודק בעליל, יכול להביא לביטולו. כעת אבחן את מישור סמכות השיפוט ואצביע על הדרך הדיונית לביטולו של פסק הדין. ובכן, לשם ביטולו של פסק דין שאישר הסכם בין צדדים יש להגיש תביעה חדשה, וכך נאמר בפרשת טולידאנו:

אם צד טוען, שנפל פגם בהליכי המשפט, לרבות בסדרי הדין או בפסק הדין (כולל מקרה בו נטען כי פסק הדין ניתן רק בלחצו של בית משפט), יגיש ערעור לערכאה גבוהה יותר. מאידך גיסא, כאמור כבר, אם ההליך השיפוטי היה תקין, אולם נפל פגם בהסכם, אין מקום לערעור, אלא יש להגיש תביעה חדשה, שהרי בדרך כלל יש גם צורך לשמוע ראיות בקשר לפגמים שבחוזה.⁴¹

הפרוצדורה הדיונית לביטולו של פסק הדין היא אפוא הגשת תביעה חדשה, ומהי הערכאה המוסמכת?

כלל גדול הוא בדין, כי הטריבונל המוסמך לשנות או לבטל את החלטותיו הוא – מטעמי אונאה, העלמת עובדות וכיו"ב – הוא הטריבונל שהחליט

See e.g. Fl. ALS 61.13: "...The court initially entering an order requiring one or both parents to make child support payments shall have continuing jurisdiction after the entry of the initial order to modify the amount and terms and conditions of the child support payments when the modification is found necessary by the court in the best interests of the child, when there is a substantial change in the circumstances of the parties" לעומת זאת בקרוליינה הדרומית נקבע בחוק כי בית משפט למשפחה יכול לאכוף ולשנות כל צו הנוגע להחזקת הילדים שניתן בכל בית משפט באותה מדינה; S.C. Acts 361, Article 3, Child Support, General Provisions Section 63-17-310: "The family court has the authority to enforce the provisions of any decree, judgment, or order regarding child support of a court of this State, including cases with jurisdiction based on the revised Uniform Reciprocal Enforcement of Support Act, provided that personal jurisdiction has been properly established. This authority includes the right to modify any such decree, judgment, or order for child support as the court considers necessary upon a showing of changed circumstances"

41 ראו פרשת טולידאנו, לעיל ה"ש 30, בעמ' 732; פרשת רחמני, לעיל ה"ש 8.

מעיקרו בדבר. סמכות זו נובעת מתוך הסמכות המקורית שהיתה נתונה לו בעת מתן פסק־הדין הנתקף. מכיוון שכך, אין צורך בהסכמה חדשה, ובית־הדין רשאי לדון בענין על סמך ההסכמה הראשונה.⁴²

ניתנת אפוא ביד אותה ערכאה סמכות שיפוט לביטול החלטותיה,⁴³ וסמכות זו גוברת למעשה על כל הכללים האחרים, לרבות עקרון "הייצוג העצמאי של הקטין".

3. סמכותה הטבועה של ערכאה שיפוטית לדון בעניין "התלוי ועומד בפניה"

לכל ערכאה שיפוטית סמכות טבועה להידרש לכל נושא התלוי ועומד בפניה עד לסיומו של ההליך. כל עוד לא ניתן פסק דין סופי, הולכת ונמשכת סמכותה השיפוטית, ומשניתן זה – תמה המלאכה.⁴⁴ מקרה פרטי לסמכות כללית זו הוא המקרה הנפוץ הזה: לבית הדין הוגשה תביעת גירושין ונכרכה בה עילה רכושית. לרוב מגיע ההליך לסיומו עם הגשת הסכם גירושין לאישורו של בית הדין. לפרקים מחליט בית הדין לדון בראשונה בתביעת הגירושין גופה, להסדיר גט בין הצדדים, ורק לאחר מכן לדון בתביעה הרכושית שנכרכה בה. ומניין לו סמכות לדון בעילה הרכושית? והלא תביעת הגירושין, התביעה העיקרית, נסתיימה זה מכבר? ובכן, סמכותו נשאבת מכוח סמכותה הטבועה של כל ערכאה לדון בעניין התלוי ועומד בפניה. סמכות זו תלך ותימשך עד אשר יכריע בית הדין בכל שאר העניינים שנכרכו בתביעת הגירושין. וכך נאמר בפרשת שרעבי:

במקרה שלפנינו, נושא החזקת הילדים נכרך מלכתחילה בתביעת הגירושין והעובדה שבית הדין פיצל את הדיון ודן תחילה בעניין הגירושין, אינה פוגעת בסמכותו להמשיך ולדון בהחזקת הילדים, גם לאחר מתן ההחלטה בעניין הגירושין ואף אם בינתיים הצדדים התגרשו.⁴⁵

כמובן, עלולה להתעורר שאלה של מידה והיקף: עד מתי ועד היכן ממשיכה סמכות טבועה זו. אך טבעי הוא כי בית הדין ייטה לפרש סמכות זו בהרחבה וייקחנה למחוזות אשר לא ישערום שופטי בית המשפט העליון.⁴⁶

- 42 בג"ץ 124/59 גלאובהרדט נ' בית־הדין האזורי, חיפה, פ"ד יג 1490 (1959).
- 43 ראוי לציין כי אם אישורה של הערכאה היה פורמלי בלבד, הרי שפתוחה הדרך בפני בעל הדין לפנות לכל ערכאה מוסמכת. ראו ע"א 359/85 קוך נ' קוך, פד"י לט(3) 421 (1985).
- 44 ע"א 420/54 אריאל נ' ליבוביץ, פ"ד ט 1337 (1955); רע"א 2919/01 אושרוביץ נ' ליפה (פריד), פ"ד נה(5) 592 (2001); זוסמן, לעיל ה"ש 28, בעמ' 550.
- 45 בג"ץ 6378/04 שרעבי נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (פורסם בנבו, 19.8.2004).
- 46 ראו למשל תיק (גדול) 7846-22-1 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 15.7.2007), שבו קובע בית הדין כי סמכותו הולכת ונמשכת אף לאחר סיום ההליך. וכן תיק (אזורי ת"א) 9288-21-1 פלוני

אל לנו לטעות מרשימת האפשרויות בשלושת תתי-הפרקים האחרונים. על אף אופייה ה"טבעי" והגמיש של "הסמכות טבועה", הרי שאין מדובר כי אם ברשימה סגורה. זולת המפורט אין לערכאה סמכות טבועה להידרש לעניין שנדון בפניה לאחר שהכריעה בו, ואין בידה להוסיף על החלטתה, לפרשה, להבהירה, לגרוע הימנה או לתקנה.⁴⁷ פנייה לאותה ערכאה, לאחר שסיימה הכרעתה, בשאלת פרשנות או הבהרה איננה נכללת במסגרת הסמכות הנמשכת.

ד. הלכת לוי והלכת אמיר – ניתוח וביקורת: הסיפור הישראלי

1. למי מסור השיפוט בתניית שיפוי בהסכם גירושין שאושר בבית דין?

כעת, לאחר שניתחנו בתמצית את אפשרויות פתיחת ההליך בשנית למרות כלל מעשה בית דין, ואת סמכותה הטבעית של ערכאה שיפוטית לדון בגל התדיינות שני, הבה ננתח את הלכות לוי ואמיר. הבעייתיות שנוצרה בהן, על רקע מציאותן של שתי ערכאות "מקבילות" בדיני המשפחה בשיטת המשפט הישראלית, מוסיפה ומחזקת את המסקנות שאליהן מבקשת להוביל רשימה זו. ראשית, מהי תניית שיפוי בהסכם גירושין? הסכם גירושין מכיל תנאים המסדירים את יחסי בני הזוג לאחר הגירושין. בשל עקרון הייצוג העצמאי של הקטין ומשום שדיני המשפחה מכילים בקרבם עילות נמשכות, ומשום שאי אפשר להגביל את אפשרות השינוי העתידית בעילות אלו,⁴⁸ הרי שקיים חשש, ונמצא כי אין זה רק חשש, שמא אחד מן הצדדים יבקש לשנות תנאי מתנאי ההסכם בגל התדיינות שני ובכך יפר את האיזון שנקבע

נ' פלונית (פורסם בנבו, 3.5.2007), שבו נקבע כי גם סגירת תיק לאחר פסק דין לשלום בית אינה ממצה את הסמכות, שכן "סגירה היא 'הרדמה' זמנית של ההליכים עד למתן החלטה נוספת בדבר המשכם של ההליכים או ביטולם המוחלט".

47 בג"ץ 897/78 יגאל נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לג(2) 6, 7 (1979). אמנם קיימות שתי אפשרויות לפנות לאותה ערכאה גם לאחר הכרעתה, אך הללו הוגדרו בחקיקה ראשית ואינן נובעות מ"סמכות טבועה". וכך נאמר בע"א 5403/90 מדינת ישראל נ' ר.א.מ. רבחי את איברהים, פ"ד מו(3) 463, 459 (1992): "בנדון זה קיימות שתי הוראות. האחת היא זו הנוגעת לתיקון טעות לשון... על-פי סעיף 81(א) לחוק בתי המשפט. ההוראה השנייה מצויה בסעיף 12 לחוק ההוצאה לפועל...". כן ראו ע"א 159/90 סולל בונה בע"מ נ' ברק אור בע"מ, פ"ד מז(4) 17, 22 (1993); יצחק כהן "תיקון טעות בפסק דין" – אליה וקוצים בה: הצעה לסיקולם מחקרי משפט כו 789 (2010).

48 אי אפשר להגביל את אפשרות השינוי, ולו בהסכמת הצדדים. ראו זלצמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 291, וכן שם בהערה 40: "הסכם מזונות יפורש תמיד כמי שיש בו תנאי לשינוי". כן ראו פרשת קם, לעיל ה"ש 26, בעמ' 770: "כוונת הצדדים אינה מכריעה בכגון דא".

בהסכם הגירושין.⁴⁹ חשש זה מביא לכך שבן הזוג האחר מבקש להבטיח עצמו עוד בהסכם הגירושין מפני תביעות עתידיות אלו. אחד ממנגנוני ההגנה המקובלים הוא תניית השיפוי, שלפיה מתנים בני הזוג בהסכם הגירושין כי היה ומי מהם יפתח בהליך בגל התדיינות שני, מתחייב הוא לשפות את בן הזוג האחר, אם בתשלום סכום כספי⁵⁰ ואם בהשבתו בעין של חלק מהרכוש שקיבל לפי תנאי ההסכם⁵¹ וכיו"ב. זו תמציתה של תניית השיפוי.⁵² ייעודה המקורי הוא מניעת, ומטרתה לחסום מראש תביעות עתידיות לשינוי תנאי ההסכם. רק משלא עולה ביד התניה למלא את ייעודה זה, ואכן הוגשה תביעה לאחר הגירושין, אין מנוס לבן הזוג השני אלא לעתור להפעלתה.⁵³

ומן הכלל אל הפרט. כעת אתאר את התשתית העובדתית בבסיס הלכות לוי ואמיר, ובכללה את תניית השיפוי. הלכת לוי עסקה בבני זוג אשר פנו לבית הדין כדי שיאשר הסכם גירושין שנכרת ביניהם. האישה התחייבה בהסכם שלא להגיש תביעת מזונות עתידית בשם הילדים, שאם לא כן תשפה את האיש בכל סכום שיחויב מעבר למזונות שנקבעו בהסכם – תניית שיפוי. בית הדין אישר את ההסכם. כעבור חודשים בודדים הגישה האישה לבית המשפט המחוזי תביעת מזונות בשם הילדים נגד אישה. בית המשפט המחוזי הגדיל את סכום המזונות הגדלה ניכרת. בתגובה הגיש האיש לבית הדין הרבני תביעת שיפוי נגד האישה בגין ההפרש במזונות הילדים שבו חויב. בית הדין קיבל תביעתו וחייב את האישה בהשבת ההפרש. האישה עתרה לבג"ץ נגד החלטות בית הדין, והגם שלא העלתה את טענת

49 במונח "איוון" מתכוון אני ל"שם הפעולה" בלבד, ואינני בא לטעון כי הסכמי הגירושין במדינת ישראל הם בהכרח "מאוזנים" (תואר). בהקשר זה חשוב להדגיש כי כוחה המשפטי של האישה חלש מכוחו המשפטי של האיש בהליכי הגירושין המתנהלים לפי הדין האיש (ס' 2 לחוק השיפוט), וזאת, בין היתר, בשל המשנה בבבלי, יבמות ק"ב, ב, האומרת: "אינו דומה האיש המגרש לאשה המתגרשת, שהאשה יוצאה לרצונה ושלא לרצונה והאיש אינו מוציא אלא לרצונו". וראו דברי התלמוד שם, וכן בבלי, גיטין מט, ב; דברי הרמב"ם, משנה תורה, גירושין פרק ב; M.A. FRIEDMAN, JEWISH MARRIAGE IN PALESTINE: A CAIRO GENIZA STUDY (1980). אמנם חרם דרבינו גרשום ביקש לאזן את כוחה של האישה ושאלף להשוותו לכוח האיש (שולחן ערוך, אבן העזר, ס' קט, ס' ו), אולם אין בכוח תקנת חכמים מאוחרת להשתוות מבחינה נורמטיבית לקביעה מן התורה; בן ציון שרשבסקי דיני משפחה 58 (מהדורה רביעית, 1993). פער כוחות זה משפיע גם על חלוקת הרכוש על אף שנדונה היא לפי הדין האזרחי.

50 כזו הייתה תניית השיפוי בהלכת לוי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 598.

51 כזו הייתה תניית השיפוי בהלכת אמיר, לעיל ה"ש 4, פס' 3.

52 לפרקים, מובטח מנגנון שיפוי זה באמצעות ערבות. ראו ד"נ 4/82 קוט נ' קוט, פ"ד לח (3) 197 (1984); ע"א 806/86 מילנר נ' מילנר, פ"ד מב (3) 414 (1987); ע"א 4262/96 וואיה נ' וואיה, פ"ד נא (5) 231 (1997).

53 וראו התייחסותו של השופט אלון לתניות השיפוי בכלל בע"א 255/81 קוט נ' קוט, פ"ד לו (1) 236 (1981).

הסמכות, החליט בג"ץ להעלותה מיזמתו.⁵⁴ משהגיע למסקנה כי בית הדין נעדר היה סמכות שיפוט בעניין הרכושי (תניית השיפוי), הורה על ביטול החלטותיו. התשתית העובדתית בהלכת אמיר קרובה לתשתית העובדתית בהלכת לוי. בפרשת אמיר, יחסי בני הזוג עלו על שרטון והם פנו לבית הדין לשם אישור הסכם גירושין. בהסכם זה קבעו בני הזוג סכום מזונות ילדים נמוך מהמקובל, וסיכמו כי סכום זה לא יועלה. בתמורה לכך העביר האיש את חלקו בדירת המגורים לאישה. להבטחת התחייבויות אלו נוסח מנגנון תניית שיפוי, שלפיו היה והאישה תגיש תביעה להגדלת מזונות הילדים – תשפה היא את האיש באופן שתוחזר לו מחצית הדירה. עוד הסכימו בני הזוג כי היה ולאחר הגירושין יתגלעו חילוקי דעות ביניהם, מתחייבים הם לפנות לבית הדין הרבני בלבד. כעבור שנה ושנתיים הגישה האישה בשם הילדים תביעה לבית הדין להגדלת המזונות. כצפוי, וכמצופה, שמר בית הדין על מסגרת ההסכם שאושרה על ידיו ודחה תביעותיה.⁵⁵ לאחר כשלוש שנים הגישה האישה תביעת מזונות בשנית נגד האיש, אלא שהפעם עתרה לערכאה המקבילה, בית המשפט לענייני משפחה. זה העלה את סכום המזונות בהרבה. בתגובה הגיש האיש תביעה לבית הדין, ובה עתר להפעלת תניית השיפוי ולקבלת מחצית הדירה. בהסתמך על הלכת לוי טענה האישה כי בית הדין משולל סמכות שיפוט. טענתה נדחתה, כמו גם ערעורה לבית הדין הגדול. בעתירתה לבג"ץ נקבע כי הסכמת הצדדים להקנות סמכות לבית הדין בעניין רכושי אינה מועילה, ולכן החלטותיו בטלות.

54 פסק דין שניתן בחוסר סמכות עניינית בטל מעיקרו הואיל ומדובר בעניין של כשרות, ולכן על בית המשפט לעורר העניין מיזמתו, אף אם הצדדים לא העלוהו. וראו אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 10 (מהדורה שמינית, 2005); זוסמן, לעיל ה"ש 28, בעמ' 47. ההלכה הפורמלית קובעת כי ניתן להעלות טענת סמכות עניינית בכל שלב של הדיון, אף בשלב הערעור. אם כי בשנים האחרונות הולכת ונחלשת הלכה זו ובית המשפט ייטה שלא לקבל את הטענה אם היא עולה בשלב הערעור. ראו ע"א 1049/94 דור אנרגיה (1988) בע"מ נ' חמדן, פ"ד נ(5) 820 (1997). הלכה נוספת השמיעה קולה כי במקרה של חוסר תום לב לא יאפשר בית המשפט העלאת הטענה בשלב מאוחר אלא יישם את כלל ההזדמנות הראשונה. ראו ע"א 1662/99 חיים נ' חיים, פ"ד נו(6) 295, 310 (2002). לעומת זאת בכל מה שקשור לערכאות הדתיות, בג"ץ אינו אמור להושיט עזרה בעתירה נגד בית הדין הדתי אם לא העלה העותר טענת חוסר סמכות בהזדמנות הראשונה, ראו ס' 15(ד)(4) לחוק-יסוד: השפיטה, התשמ"ד-1984.

55 בית הדין נזהר שלא לפרוץ מסגרת הסכם לאור ה"אומדנא דמוכח" שהגט ניתן רק על דעת התנאים שסוכמו בהסכם. שינוי באלו מעורר שאלה של "גט מוטעה" ומשליך על כשרותו של הגט. לו נישאה האישה בשנית והביאה ילדים לעולם, אפשר שהיה מתעורר חשש ממזרות לגביהם. ראו תיק (ערעור) 032675951-21-1, הדין והדיין 9, 17 (2008). כמו כן הסכם שיפוי מיתר את הטעם לפתוח את ההסכם בשל טענת "הפוכי מטרטא למה לי". ראו תיק (אזורי ת"א) 7028/ שמ(לא פורסם); שלמה דיכובסקי "תשלום מזונות מראש" תחומין יג 309 (התשנ"ב).

כעת אבחן את רובד סמכות השיפוט. טרם בחנו ההלכות למי מסורה סמכות השיפוט בתניית השיפוי היה עליהן לסווג ולמיינה. הלכת לוי קבעה כי "הסכם שיפוי... מסווג עצמו כחוזה מסוג מיוחד, ונמנה הוא עם משפחת החוזים... תביעה לבית הדין הרבני עתה מייסדת עצמה על עילה חדשה שנושאה אכיפת הסכם, או: אכיפת פסק-דין שבממון".⁵⁶ לפיכך המשיכו ההלכות וקבעו כי עניין רכושי זה אינו מסור לסמכות השיפוט המקורית מכוח סעיף 1 לחוק השיפוט, באשר אין הוא "מענייני נישואין וגירושין";⁵⁷ אין הוא מסור לסמכות השיפוט מכוח סעיף 9 לחוק השיפוט באשר הוא אינו מענייני "מעמד אישי"; אין הוא מסור לסמכות השיפוט מכוח סעיף 3 לחוק השיפוט הואיל וסמכות זו מותנית בכריכתו לתביעת גירושין, וזו הרי נסתיימה במקרה של תניית השיפוי, הנדונה מטיבה ומטבעה רק לאחר סיום ההליך. משלא אותר ערוץ סמכות שיפוט מקורית, המשיכו ההלכות ובחנו שמא עניין רכושי זה מסור לסמכותו הטבעה של בית הדין, וכך נקבע בקליפת האגוז: אין הוא מסור לסמכותו הנמשכת הואיל ועילה רכושית איננה אחת מהעילות הנמשכות;⁵⁸ אין הוא מסור לסמכותו

56 הלכת לוי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 592. וראו ביקורתו של ברכיהו ליפשיץ "גן התעוהים של 'ענייני נישואין וגירושין' " משפחה במשפט ב 107, 119 (2008), שלפיה חוזה הוא רק מכשיר טכני ולא ייתכן כי הוא יקבע את המהות.

57 קביעה זו אינה כה פשוטה. בתחילת דרכה של הפסיקה נקבע כי ענייני רכוש שמקורם ביחסי הנישואין הם חלק מ"ענייני נישואין וגירושין", ראו ביד"ם 1/50 סידים נ' יו"ר ההוצל"פ ירושלים, פ"ד ח 1020 (1954) (להלן: עניין סידים הראשון); ביד"ם 1/55 סידים נ' סידים, פ"ד יב(2) 1121, 1132 (1958). אולם לאחר מכן יוחד המונח לעניינים הנוגעים לתוקפם של הנישואין והגירושין ולא לענייני רכוש. ראו בג"ץ 202/57 סידים נ' הנשיא וחברי בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד יב(2) 1528 (1958), שבו נקבע, בהסתמך על ס' 2 לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951, כי אין עוד תחולה למוסד נכסי מלוג במדינת ישראל. בעקבות חקיקת סעיף זה קבע השופט חיים כהן בבג"ץ 185/72 גור נ' בית-הדין הרבני האזורי בירושלים, פ"ד כו(2) 765, 768 (1972), כי "נשרר" מענייני הנישואין... נכסי האשה וזכויות הבעל (או 'המשפחה') בהם". כן ראו התייחסותו של השופט (כתוארו אז) ברק לטענתו של השופט אלון בע"א 2/77 אזוגי נ' אזוגי, פ"ד לג(3) 1, 27 (1979) (אם כי כבר נפסק בבג"ץ באופן מאוד תמוה כי המונח ענייני נישואין וגירושין פורש בהרחבה, והוא מפנה לעניין סידים הראשון (!) ראו בג"ץ 9858/07 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול (פורסם בנבו, 30.3.2008). וראו ביקורתו הנוקבת של ברכיהו ליפשיץ "תוכן וקליפה בהלכת שיתוף הנכסים" המשפט ג 239, 244 (1996), הטוען כי "העניין עצמו ממשיך להיות עניין מענייני הנישואין", אלא שלכל היותר דרך קביעתן של הזכויות באותם נכסים צריכה להיות שונה ולהעשות על-פי ההנחיות שניתנו על-ידי בתי-המשפט".

58 מעניין כי תקנה י(3) לתקנות הדיון בבתי-הדין הרבניים בישראל (שאמנם עוסקת בסמכות מקומית ולא בסמכות עניינית), אינה מפרידה כלל בין העילות השונות וכולן נמשכות מבחינתה (!) ושמא נובע הדבר מאופיו של הדין הדתי שבו נעדר מקומו של כלל סופיות הדיון? למקורן הסטטוטורי של תקנות אלו ולמשקלן. ראו בג"ץ 4976/02 היועץ המשפטי לממשלה נ' בית-הדין הרבני האזורי, נתניה, פ"ד נו(5) 345, 353 (2002); בג"ץ 1912/97 ריש, עו"ד נ' מועצת

הטבועה של בית הדין מכוח "שינוי נסיבות קיצוני" הואיל ושינוי באחד מתנאי ההסכם, הגדלת מזונות הילדים, אינו עונה להגדרה זו;⁵⁹ אין הוא מסור לסמכותו הטבועה של בית הדין מכוח "עניין התלוי ועומד בפניו" הואיל ולאחר שנסתיים הליך הגירושין, תביעה עתידית היא תביעה חדשה, אף אם סומכת היא את עצמה על הסכם הגירושין שאושר בבית הדין.⁶⁰

ובכן, הלכות אלו הגיעו למסקנה כי עילת השיפוי אינה מסורה לסמכותו של בית הדין בשום ערוץ סמכות קיים. אלא שלקריאת פסק דינו של השופט חשין בהלכת לוי, שעליו מסתמכת גם הלכת אמיר, מתברר כי הקביעה כי עילה רכושית אינה עילה נמשכת שנויה במחלוקת בפסיקה הישראלית, וכי קיימת סיעה של שופטים הגורסת כי עילה רכושית היא עילה נמשכת, וממילא בגל התדיינות שני מסורה היא לבית הדין.

2. הלכת לוי מתמודדת עם הגדרת העילה הרכושית כעילה נמשכת

כאמור, סיווגה של תניית השיפוי כעניין רכושי גזר את הוצאתה מסמכותו המקורית של בית הדין בגל ההתדיינות השני. לשם הוצאתה גם מסמכותו הטבועה (הנמשכת) של בית הדין קבע השופט חשין כי עילה רכושית אינה עילה נמשכת. אלא שקביעה זו מתנגשת עם כמה הלכות קודמות שלפיהן נקבע כי גם עילה רכושית היא עילה נמשכת. וכך למשל קובע השופט אלון בפרשת עמרני:

משמצאנו כי עניין דירת המגורים נכרך כדת וכדין בהליך הגירושין שבין בני הזוג שלפנינו, ומתוך כך נתונה בידי בית הדין סמכות השיפוט בעניינה, ממשיכה סמכות שיפוט זו להישאר בידי בית הדין, גם לאחר שסיים את הדיון בעניין, והוא חזר ומתעורר כעבור זמן, אף לאחר מתן הגט, משנתברר, שלא הגיע בעניינו לפתרון סופי ומוחלט. עיקרון זה של המשכיות השיפוט נקבע בשורה ארוכה של פסקי-דין בבית-משפט זה, שהוא 'מן הכוחות הטבועים בסמכותו של בית הדין'.⁶¹

השופט חשין בוחר לדחות הלכה זו, וכך כתב:

עו"ד נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, פ"ד נב(5) 650 (1998).

59 הלכת לוי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 606.

60 ראוי לציין כי ההלכות בחנו גם מקורות סמכות "אלטרנטיביים" ודחו אותם. כך למשל אין בהסכמת הצדדים כדי להקנות סמכות שיפוט לבית הדין מכוח חוק הבוררות, התשכ"ח-1968; אין הוא מסור לסמכות השיפוט של בית הדין מכוח סמכותו הדתית; ראו גם פנחס שיפמן דיני משפחה בישראל כרך א 37-42 (מהדורה שנייה, 1995); פרשת כץ, לעיל ה"ש 33, בעמ' 607.

61 בג"ץ 566/81 עמרני נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד לז(2) 1, 8 (1982).

לא נמצא לי כי יש בפסק-דין זה כדי לשנות מן ההלכה המקורית, ומשני טעמים עיקריים: האחד, פסקי הדין שבית המשפט מצטט כאסמכתאות לדבריו עניינם בהלכה הרגילה שייסדה את הסמכות הנמשכת (החזקת ילדים ומזונות), ולא בעניין כגון זה שנדון לפניו. הטעם האחר הוא, שבפרשת עמרני היה נכון וראוי לדחות את עתירתו של העותר "למען הצדק", כפי שהדגיש בית המשפט בהדגשת יתר.

אם כן, השופט חשין סובר, בניגוד לדעתו של השופט אלון, כי אין ראוי להרחיב את התקדים המשפטי שהגדיר את עניין המזונות והמשמורת עילה נמשכת ולהחילו על העילה הרכושית. השופט אלון ביקש כנראה להמשיך את הקו המוצג בתחילת הרשימה ולפיו התקדים המשפטי בדבר הגדרת עילה כעילה נמשכת הלך והתרחב מעילה לעילה: בפרשת הויזמן⁶² סווגה לראשונה עילה נמשכת, הלא היא עילת מזונות הילדים. כעבור כמה שנים באה פרשת וינטר⁶³ ובהסתמכה על הלכת הויזמן הרחיבה וסיווגה כעילה נמשכת גם את עילת החזקת הילדים. כעבור כמה שנים נוספות באה פרשת ג'ארח⁶⁴ ובהסתמכה על אלו הרחיבה את תחולת האופי הנמשך גם לעילת מזונות האישה.⁶⁵ השופט חשין סובר כי אין מקום להרחיב את מוסד הסמכות הנמשכת ולהחילו גם על העילה הרכושית. הלכה נוספת שצעדה בדרך הלכת עמרני היא הלכת וינברג, וכך קבעה:

מכיוון שכך, הרי שכלל ההמשכיות המקובל עלינו מקדמת דנא מחייב, כי המשך בירורה – שכאן היא על דרך של חידוש הבירור – של פרשת מחצית הדירה יהיה בבית הדין הרבני האזורי דווקא, בהיות שורשיו של בירור זה שלוחים בפסק-דינו המקורי ויונקים ממנו.⁶⁶

62 לעיל ה"ש 13.

63 לעיל ה"ש 14.

64 לעיל ה"ש 15.

65 ראו לעיל הטקסט הצמוד לה"ש 13–15. בשנים האחרונות באה פרשת איתן, לעיל ה"ש 16, והשמיעה קולה כי רשימת העילות הנמשכות אינה רשימה סגורה.

66 בג"ץ 635/82 וינברג נ' בית הדין הרבני האזורי בתל אביב-יפו, פ"ד לז(4) 253, 259 (1983). במקרה זה הגישה האישה תביעת גירושין בבית הדין וכרכה בה את תביעת הרכוש ובכללה בקשה לקבל את שווי מחצית הדירה. בית הדין הרבני קבע כי אכן יש לאישה זכות של מחצית בדירה. כעבור זמן גילה הבעל ראיות חדשות לטענתו שלפיהן רישום הדירה לטובתה נעשה במרמה וביקש לפתוח בהליך בשנית. האישה טענה כי אין סמכות לבית הדין, בפרט משום שהיא הגישה תביעה לבית משפט שלום לפירוק השיתוף. בג"ץ קבע כי הסמכות לדון בטענות המחודשות של הבעל היא של בית הדין, לפי הציטטה דלעיל.

הלכה נוספת יוצאת אפוא מתחת ידו של בית המשפט העליון וקובעת כי יש לראות בעילה הרכושית עילה נמשכת. ומה משיב על כך השופט חשין:

נשלים דברים באומרנו כי בתוך כך נתערבבו אלה באלה הליכים בבית הדין הרבני ובבית-משפט השלום. השופט טירקל קבע (בדעת יחיד) כי "כלל ההמשכיות המקובל עלינו מקדמת דנא" יתפוס בהתדיינות על אותה דירה גם לאחר מתן פסק הגירושין. לתמיכה בדבריו מביא השופט טירקל כמה וכמה אסמכתאות, אך כולן – למעט פרשת עמרני – עניינן בכלל ההמשכיות המקובל.

השופט חשין דבק אפוא בעמדתו כי אין להחיל את כלל העילה הנמשכת על העילה הרכושית. ראוי לציין כי עמדתו של השופט טירקל בפסק הדין אינה עמדת יחיד (!) השופטת בן-פורת הגיעה בעקבותיו לאותה תוצאה, מבלי לחלוק עליו בנושא הנדון. השופט השלישי במושב הצטרף אליהם וקיבל את חוות דעתם (1)⁶⁷ מלבד שתי הלכות אלו מוצאים אנו הלכה נוספת מבית מדרשו של העליון, הקובעת כי עילה רכושית היא עילה נמשכת. וכך נאמר בפרשת ברוק:

סעיף 3 לחוק שיפוט... קובע אמנם שלבית-הדין הדין בתביעת גירושין מוקנית סמכות שיפוט ייחודית אף בכל ענין הכרוך באותה תביעה. נכון גם שסמכות זו נשארת בידי בית-הדין אף משזה סיים את הדיון בעניין, והוא מתעורר שנית כעבור זמן, אבל במה דברים אמורים, כשהצדדים המתדיינים אמנם כרכו את אותו ענין שבגורא בתביעתם...⁶⁸

ומה משיב על כך השופט חשין:

אם נקרב מבטנו לעובדות אותו עניין, יימצא לנו כי בנסיבותיו המיוחדות ניתן היה, אמנם, לייסד כלל של המשכיות, אך לא נאריך בפירושו ובביאור.⁶⁹

אם כן, שוב מוצאים אנו את אותה מחלוקת בשאלה אם להגדיר את העילה הרכושית כנמשכת אם לאו. אמנם בהלכת ברוק נאמרו הדברים באמרת אגב, משום שבפועל עניין

67 וכך כתב השופט יהודה כהן: "אני מסכים עם חבריי הנכבדים, שיש לדחות את העתירה על סמך הנימוקים המפורטים בחוות-דעתם" (שם, בעמ' 262).

68 ע"א 316/65 ברוק נ' ברוק, פ"ד כ(2) 6, 9 (1966).

69 הלכת לוי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 612.

הרכוש לא נכרך, אולם מובן שיש בהם אמירה מפורשת המסווגת את העילה הרכושית כעילה נמשכת.⁷⁰

לסיכומו של פרק זה ייאמר כך: מחד גיסא עומדות שלוש הלכות של בית המשפט העליון הקובעות כי עילה רכושית היא עילה נמשכת. מאידך גיסא השופט חשין חולק וקובע כי עילה רכושית אינה עילה נמשכת. יצוין כי אף לא אחת מההלכות ראתה לנכון למקם מדוע יש לראות או אין לראות בעילה הרכושית עילה נמשכת, ובמילים אחרות: האם ראוי ומדוע להחשיב החלטה בעניין חלוקת הרכוש כהחלטה סופית שאותה אי אפשר יהיה לשנות בעתיד? לכן קשה לעמוד על הרציונל של כל הלכה והלכה. שמא ניתן למצוא הסבר לכך, ואומר זאת בזהירות, בזהותם הדתית של השופטים שכתבו את ההלכות החולקות

70 מתברר כי שלוש ההלכות הללו לא היו המשוכה היחידה בדרכו של השופט חשין. הלכה אחרת קבעה כי צדדים יכולים להעניק לבית הדין סמכות בעניין רכוש לאחר הגירושין מכוח הסכמתם אף אם אין היא מסווגת כעילה נמשכת. וכך כתבה השופטת בן-פורת בבג"ץ 402/87 איזמן נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב, פ"ד מב(1) 105 (1987): "האפשרות היחידה להעניק לבית-דין רבני סמכות לדון בענייני הרכוש של בני-זוג בשלב שלאחר פסק הדין לגירושין היא, ששני הצדדים יסכימו לכך". השופט חשין מבחין נסיבות הלכה זו מנסיבות הלכת לוי, וכך כתב: "האם יש בדבריה האחרונים של המשנה לנשיא כדי לסטות מהלכה זו שעמדנו עליה? לדעתנו התשובה היא בשלילה. המשנה לנשיא דיברה בנושא שניתן היה לכורכו מלכתחילה בתביעת הגירושין, אך משום מה לא נכרך בתביעה. על נושא זה אומרת המשנה לנשיא בן-פורת, כי בהסכמת שני הצדדים ניתן לדון בו כאילו נכרך בתביעת הגירושין מלכתחילה. גם אם נסכים לדברים, אין הם אוצלים על ענייננו שלנו. ראשית לכול, בענייננו לא הסכימו הצדדים להכרעתו של בית הדין הרבני בגל ההתדיינות השני. שנית, בענייננו המדובר הוא בנושא שלא ניתן היה לכורכו מלכתחילה בתביעת הגירושין, והרי הסכם השיפוי עניינו, על-פי עצם טיבו, בחילוקי דעות שלעתיד" (הלכת לוי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 604, 618). אכן בנסיבותיה של פרשת לוי לא הסכימו הצדדים לשיפוטו של בית הדין בגל ההתדיינות שני. כמו כן לא ברור על מה מסתמכת קביעתה של השופטת בן-פורת, הסותרת הלכות קודמות וידועות, שלפיה צדדים אינם יכולים להקנות סמכות בהסכמה בעניין שאינו מענייני מעמד אישי, לפי שאינו נכלל בס' 9 לחוק השיפוט. מנגד, קשה להבין על מה עומדת הבחנתו של השופט חשין בין עניין רכוש שניתן לכורכו מלכתחילה לבין עניין רכוש שאותו "לא ניתן לכרוך מלכתחילה"? מה לי אם ניתן היה לכרוך ולא נכרך, מה לי אם לא ניתן היה לכרוך? זה כזה לא נכרך פורמלית בתביעת הגירושין, ובוזה כזה לא ניתן להקנות סמכות מכוח כריכה רק על סמך אותו "פוטנציאל כריכתי"? במסגרת המבחן המשולש נקבע בשפעת הפסיקה כי יש צורך בכריכה כדין, ועליה להיות מפורשת ומפורטת (ע"א 118/80 גבעולי נ' גבעולי, פ"ד לד(4) 155 (1980)). לפיכך אין ב"פוטנציאל כריכתי" כל ממש. אמנם ניתן לכרוך באמצעות כתב הגנה ואף תוך כדי הליך הגירושין גופו, אך גם דרכים אפורמליות אלו מעולם לא הכשירו כריכה לאחר סיומו של ההליך, ואף לא היה בהן "סיוע" להקמת סמכותו של בית הדין מכוח הסכמה. לא מצינו כי "פוטנציאל כריכתי" עשוי לחבור ל"הסכמה" כדי להקנות, בכוחות משותפים כביכול, סמכות שיפוט לבית הדין לאחר הגירושין.

ובהשקפתם ה"חובית" על תפקידי בית הדין הרבני וסמכויותיו.⁷¹ לא סוד הוא שאין עסקינן בדיון פרוצדורלי טהור הנבחן בעיניים פורמליות של ענייני סמכות. אך ברור הוא כי קביעה פרוצדורלית זו נועדה להשיג תכלית עניינית. כל בר דעת מבין כי הקביעה כי עילה רכושית היא עילה נמשכת מותרת את הדיון העתידי בסמכותו של בית הדין הרבני ומאפשרת לבית הדין לשמר את כוחו וליישם את הדין כפי שהוא רואה לנכון, בלא חשש שמא ישתנה בעתיד. קביעה "פרוצדורלית" זו מבטיחה כי דיון עתידי יתקיים אף הוא בין כתליו של בית הדין, ובכך יש כדי להשליך ישירות על כוחו של בית הדין בעיצוב ההסכם לפי הנורמות הראויות בעיניו כבר בגל ההתדיינות הראשון, ובהבטיחו למי מבני הזוג כי הוא ישמור על האינטרסים שלו גם בעתיד. מנגד, הקביעה ההפוכה, שלפיה עילה רכושית אינה עילה נמשכת, מוציאה את הדיון העתידי מסמכותו של בית הדין ומאפשרת למעשה לבית המשפט לעצב מחדש את הסכם הגירושין שאושר בין כותלי בית הדין.⁷² בגל ההתדיינות השני יכול בית המשפט למעשה לסגור את הפער בין נורמות הדין הדתי, שהשפיעו מן הסתם על עיצובו של הסכם הגירושין שנערך בין כותלי בית הדין, לבין הנורמות המקובלות על רוב הציבור הישראלי, המיושמות בבתי המשפט למשפחה.⁷³ קביעה "פרוצדורלית" זו (סמכות השיפוט) עשויה אפוא לאזן מחדש את כוחם של בני הזוג.⁷⁴

בטרם אעבור לדיון בקביעות אלו ולניתוחן אציין כי ברוב רובן של שיטות המשפט ברחבי העולם, אולי אף בכולן,⁷⁵ מקובלת התפיסה כדעתו של השופט חשין בהלכת לוי,

71 ראו למשל דברי השופט טל בפרשת כץ, לעיל ה"ש 33, בעניין סמכותו הדתית הרחבה של בית הדין, וכן דברי אלון בפרשת נגר, לעיל ה"ש 5, פס' 11-13, ועוד.

72 וראו צמצום סמכות בעל מטרות דומה אצל רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 381.

73 ראו אריאל רוזן-צבי "בתי-הדין הרבניים, ההלכה והציבור: גשר צר מאוד" משפט וממשל ג 173, 178 (1995) הכותב: "בתוך חברה בעלת אידיאולוגיה חברתית המוצהרת כפלורליסטית, חופשית ופתוחה, משתמר תחום המעמד האישי, בעיני רוב הציבור, כהסדר שמרני המטיל על החברה נורמות דתיות, המפנימות ערכים דתיים והמושתתות על תמונת עולם אחרת מזו המקובלת על רוב הציבור... המתח שבין הדין למציאות, בין הנורמטיבי (מבחינת המצב המשפטי) לגיטימי (מבחינה חברתית), מלווה בפער בין הציבור לערכאה השיפוטית העוסקת בהכרעת ענייני האישות והמשפחה, בין ציבור היעד של בתי-הדין לציבור ההתייחסות של הדיינים, בין רצון הציבור וציפיותיו לתודעת האחריות ומידת הנכונות של הדיין להיעתר למצוקות המתגלות לפניו".

74 ראו לעיל ה"ש 49.

75 NORMA HARWOOD, A WOMAN'S LEGAL GUIDE TO SEPERATION AND DIVORCE IN ALL 50 STATES 34 (1985) ("There is one other steadfast rule recognized by all courts in all states: No part of a court-ordered property division can later be changed by the court unless the court expressly reserves the power in the original decree").

ולפיה העילה הרכושית אינה עילה נמשכת, וכי צו שניתן בעניין חלוקת הרכוש הוא צו סופי ואינו מושא לשינוי אף אם תשתנינה הנסיבות בשלב מאוחר יותר.⁷⁶

ה. "עילה נמשכת" – עיון מחודש

כאמור, אחת מאבני הפינה בהלכות לוי ואמיר, שהביאה לשלילת סמכותו של בית הדין בגל התדיינות שני, היא הקביעה כי עילה רכושית אינה עילה נמשכת כי אם סופית.⁷⁷ בשיטת המשפט בישראל, שבה יש שתי ערכאות המוסמכות לדון בדיני המשפחה, האזרחית והדתית, הנמצאות במאבק תמידי על סמכויותיהן, יש לקביעה זו השלכות נוספות: קביעה זו הביאה לסחרור ולפתיחת "מירון סמכויות" סמוי בין בית הדין הרבני לבית המשפט האזרחי בגל ההתדיינות השני.⁷⁸ כעת לא ברור דיו היכן יש לפתוח את ההליך בפעם השנייה בעילה הרכושית. פסיקה רחבה של בית הדין הרבני מכשירה דיון בין כתליה על אף הלכות לוי ואמיר.⁷⁹ מכאן אבקש לצאת לדיון הכללי, ובו אבקש לבחון מחדש את מקומו, הצדקתו

- 76 כך למשל במיזורי נקבע בחקיקה עצמה: Mo. Rev. Stat. § 452.330.5: "Disposition of property and debts, factors to be considered... 5. The court's order as it affects distribution of marital property shall be a final order not subject to modification..."
 כך למשל בשיטת המשפט באוהיו: Ratliff v. Ratliff, 1998 Ohio App. LEXIS 3614 (10th Dist. 1998) ("the division of marital assets pursuant to RC § 3105.17.1 does not provide for modification due to change of circumstance")
 כך למשל גם בשיטת המשפט בקונטיקט: Ricciuti v. Ricciuti, Conn. Super. Ct. 2003, LEXIS 1927 ("Pensions are treated as property in financial orders in a dissolution, and are, therefore non-modifiable"); 77 Conn. App. 9. ("Assignment of property may only be made at the time of the marital dissolution and is not thereafter subject to modification as are periodic orders")
 כך למשל גם בשיטת המשפט באינדיה: Voigt v. Voigt, 645 N.E.2d 623, 1994 Ind. App. LEXIS 1790 (1994) ("The legislature intended finality for dissolution decrees as they relate to the disposition of property")
- 77 וכך נכתב: "אכן, להבדילה מהחלטות בנושאי תשלום מזונות או החזקת ילדים, הכרעה בנושא ממון הינה, כעיקרון, הכרעה סופית" (הלכת לוי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 594).
- 78 על "מרוץ הסמכויות" בגל התדיינות ראשון ראו מנשה שאווה "על 'כרוך' ועל 'כנות' – הייפסק 'מירון הסמכויות' בענייני מזונות בין בית המשפט המחוזי לבין בית הדין הרבני?" עיוני משפט ב 719 (1972); אריאל רוזן-צבי "הלכת 'הכריכה' ו'מירון הסמכויות' והשפעתם על המשפחה ודיני המשפחה" עיוני משפט יד 67 (1989).
- 79 ראו למשל תיק (גדול) 1-21-8894 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 27.1.2008); תיק (גדול) 1-22-7846, לעיל ה"ש 46.

והיקף תחולתו של מוסד העילה הנמשכת בכלל ואת יחסי הגומלין בינו לבין העילה הרכושית.

1. עילה נמשכת – הרחבת הסיווג והחלתו על עילה רכושית

(א) הרציונל ביסוד העילה הנמשכת נכון אף לעילות רכושיות – היבט עובדתי

לטעמי, הרציונל המשפטי ביסוד קביעת העילות הנמשכות בשיטת המשפט הישראלית קיים גם קיים ביסוד העילה הרכושית. אם נבחן אחד לאחד את הנימוקים ביסוד סיווגה של עילה כנמשכת ניווכח כי נכונים הם גם לעילה הרכושית. כך למשל מנמק זוסמן בפרשת הויזמן את סיווגה של עילת מזונות הילדים כעילה נמשכת:

ענין זה מטבעו שונה בתכלית מחיוב אחר לתשלום כסף. בעוד שבד"כ משהוגשה תביעה כספית לבית הדין, נגמרת מלאכתו של הדיין עם מתן פסק הדין, עשוי החיוב בתשלום מזונות להשתנות גם אחרי מתן פסק הדין. ירדו הכנסות האב, רשאי הוא לפנות לבית הדין, כדי שזה יקטין את סכום המזונות אשר הוא חייב בתשלום. גדלו צרכי הילד רשאית האם אשר ברשותה נמצא הילד, לדרוש הגדלת הסכום אשר הוקצב לה. כל שינוי במסיבות המשמשות גורם בקביעת גובה החיוב, מצדיק פניה לבית הדין, אשר יעיין מחדש בהחלטתו.⁸⁰

פסקה זו יוצרת הבחנה, יש מאין, בין הכרעה לתשלום מזונות לבין הכרעה לתשלום כסף, ואין היא לטעמי אלא הבחנה מלאכותית: האם הצדקותיה של "חלוקת הרכוש" אינן עשויות להשתנות לאחר מתן פסק הדין? הלא בחלוקת הרכוש המשפחתי מתחשב בית המשפט לא אחת בתרומה ההדדית של בני הזוג, במעמדם המקצועי בעת הפרדה, ביכולות שרכשו במהלך הנישואין, בהתנהגות לא ראויה של אחד מבני הזוג ועל פי אלה מעצב את חלוקת הרכוש.⁸¹ האם לא ראוי ולא צודק אפוא לעצב מחדש את חלוקת הרכוש עם השתנות

80 עניין הויזמן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 1147.

81 ראו ס' 28(2) לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973. ודוק, אף אם החלוקה הראשונית התעלמה לחלוטין מנתוני בני הזוג וחילקה את הרכוש שווה בשווה, הרי ייתכן כי לאחר זמן יתברר כי לא היה ראוי לחלק שווה בשווה אלא ליתן לבן הזוג החלש יתרון בחלוקת הרכוש כדי לסגור פער ביכולת ההכנסה בין בני הזוג למשל. כמו כן בכל שיטות המשפט ברחבי העולם, אף אלו שאינן תולדות גירושין באשמה, להתנהגות לא הולמת מצד אחד מבני הזוג יש השפעה בחלוקת הרכוש, ולא אחת היא מביאה לכך שהחלוקה לא תהיה שווה בשווה ויש "פיצוי" לבן הזוג השני. ראו *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations – Chapter 1: Introductory Materials – Topic 1: Summary Overview of*

הנסיבות כדי לאזן מחדש את כוחם של בני הזוג? האם לא הוגן להמשיך ולהעניק יתרון עודף לבן הזוג החלש, אשר חולשתו באה לו מויתורו על התפתחותו המקצועית במהלך שנות הנישואין, למשל? ואם אשאל את לשונו זו של זוסמן: "ומה אם ירדו הכנסות הבעל"? מדוע אין הוא "רשאי לפנות לבית הדין כדי שזה" יחלק אחרת את הרכוש שחולק? ומה אם "גדלו צרכי האם"? מדוע אין היא רשאית לדרוש הגדלת הרכוש אשר נמסר לה? מדוע ולמה בענייני חלוקת הרכוש אין "כל שינוי במסיבות המשמשות גורם בקביעת גובה החיוב, מצדיק פניה לבית הדין, אשר יעיין מחדש בהחלטתו"? הלא חלוקת הרכוש עוצבה כפי שעוצבה לפי מסיבות מסוימות, האם לא ראוי בשינוי לשנותה אף היא? מה דמה של עילת תביעת מזונות סמוק מדמה של העילה הרכושית? הלא בזו כזו עלול להתרחש שינוי שיביא לכך כי ההכרעה שניתנה בזמן עבר לא תהלוך זמן עתיד.

לא זו אף זו: גם הרציונל שהביא לסיווגה של עילת החזקת הילד כעילה נמשכת תואם להפליא את אופייה של העילה הרכושית, וכך נאמר בפרשת וינטר:

נאמרו הדברים לגבי פסק דין של מזונות, ועל אחת כמה וכמה, וקל-וחומר
בן בנו של קל-וחומר לגבי פסק החזקת ילדים, שבו הקשר בין פסק הדין
המקורי לבין פסק הדין המשנה אותו הוא בהרבה יותר אדוק והדוק.⁸²

ושוב אשאל את לשונו של פסק הדין ואשאל: כלום בחלוקת רכוש "הקשר בין פסק הדין המקורי לבין פסק הדין המשנה אותו" אינו "אדוק והדוק"?

of the Remaining Chapters Chapter Two, 8 DUKE J. GENDER L. & POL'Y 1, 39-40 (2001): "There are two senses in which marital misconduct affects property disposition and alimony orders in even the most thoroughly no-fault jurisdictions... First, it appears that all states allow divorce courts to adjust the allocation of marital property to compensate one spouse for the other's financial misconduct, often referred to as the waste or dissipation of marital assets... Second, because under existing law relative need is the dominant factor in alimony orders, and in most states an important factor in property allocations, misconduct affects both alimony and property allocations to the extent it enlarges either spouse's need. Courts in no-fault states have observed that domestic violence which leaves one spouse with increased medical costs or a reduced earning capacity may for this reason enlarge the victim's financial claims under no-fault principles". אף בטקסט החליט בית המשפט להתחשב בניאוף מצד הבעל, ובאי-הבעת חרטה, והדבר הביאו לחלוקה לא שווה של הרכוש: Smith v. Smith, 836 S.W.2d 688, 693 (Tex. App. 1992); Tex. Fam. Code Ann. 3.63 (that directs the court to divide marital property as it "deems just and right").

82 פרשת וינטר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 1468.

ואם ישאלך אדם ויאמר כי עילת מזונות הילדים ועילת החזקתם סווגו כעילות נמשכות הואיל ועוסקות הן בטובת הילד, וכעניין שבמדיניות העדיפה הפסיקה להשאיר אותן "בנות-שינוי" לפי השינוי בצורכי הילד, מה שאין כן בעניין הרכושי המתמקד ביחסי ההורים בלבד, שעליו העדיפה הפסיקה להחיל את כלל הסופיות? אף אתה השב לו בשתיים: ראשית, את ההגנה לילד ניתן להבטיח באמצעות "עקרון הייצוג העצמאי של הקטין".⁸³ הגנה זו טובה יותר באשר היא מאפשרת לילד לפתוח הליך חדש בלא לשאת בנטל החמור של "שינוי נסיבות מהותי", המחויב במסלול העילה הנמשכת. שנית, והיא עיקר, לו היו העילות הנמשכות הקיימות בפסיקה מתמצות בענייני הקטין, היה הדבר סותם את הגולל על טענותי, אלא שהפסיקה המשיכה וסיווגה גם את עילת מזונות האשה כעילה נמשכת. וכך נקבע בפרשת ג'ארח:

הצד השווה בתביעת מזונות ובתביעת החזקת ילד הוא, שלגבי שתיהן מוציא בית-הדין... פסק הקובע זכויות וחבויות לעתיד לבוא. היחסים בהם פוסק בית-הדין הם, לפי טבעם, יחסים הולכים ומתמשכים. בית-הדין או בית-המשפט הפוסק מזונות לאשה פוסקם לא רק לגבי העבר אלא גם לעתיד. אף פסק דין הקוצב לתובע שניזק בתאונה סכום פלוני כפיצוי על נזקו בא לפצותו גם על נזק שבעתיד, אך הרי זה פסק דין "סופי" שאין אחריו ולא כלום. גם אם יחזור התובע לאיתנו וכושר השתכרותו יהא כמו שהיה לפני התאונה, או שירד למטה מאומדנת השופט, פסק הדין שריר וקיים. מה שאין כן בפסק מזונות ששינוי צרכי האשה או שינוי יכולת הבעל משמשים עילה לפתוח בדיון מחדש ולהתאים את פסק הדין לשינוי שחל בנסיבות.⁸⁴

טובת הילד איננה אפוא הגורם "בלעדיו אין" לסיווג עילה כעילה נמשכת. מרגע שהוסיפה הפסיקה וסיווגה את עילת מזונות האשה כעילה נמשכת, הרי שהלך ונשמט מסיווג זה כל רציונל המותנה בטובת הילד. יתר על כן, גם בחינת רציונל סיווגה של עילת מזונות האשה כעילה נמשכת, כעולה מציטטה זו, מחזקת את הקושי להבין מדוע לא זכתה העילה הרכושית לסיווג זהה. ודוק, מלבד טענות רטוריות אין ציטטה זו, כמו גם שאר פסק הדין, מציינת כל יסוד רעיוני להבחנה בין חיוב כספי רגיל לחיוב מזונות (!) האם פסק חלוקת רכוש אינו "פסק הקובע זכויות וחבויות לעתיד לבוא"? האם חלוקת הרכוש הקובעת אילו נכסים יישארו בידי בני הזוג, ובהכרח היכן יתגוררו ועוד, אינה פסיקה "לא רק לגבי העבר אלא גם לעתיד"? כלום חלוקת רכוש לא יכולה להתברר, על רקע שינויים בעתיד, כלא

83 ראו לעיל הטקסט הצמוד לה"ש 22–25.

84 פרשת ג'ארח, לעיל ה"ש 15, בעמ' 2624.

צודקת? מדוע בחלוקת הרכוש אין "שינוי צרכי האישה או שינוי יכולת הבעל משמשים עילה לפתוח בדיון מחדש"? מדוע אין שייך בה הצורך "להתאים את פסק הדין לשינוי שחל בנסיבות"? ומה, למשל, אם בן הזוג האחד יחדל להשתכר בעתיד וחלוקת הרכוש התחשבה בזמנו בכושר השתכרותו?⁸⁵ מעניין לציין כי אף הפסיקה בראשית שנות החמישים לא הבחינה כלל בין עילת המזונות לעילה הרכושית.⁸⁶

מלבד זאת, קיים לדעתי כשל לוגי מובנה בטענה כי העילה הרכושית אינה עילה נמשכת. תנו דעתכם, פועל יוצא של קביעה זו הוא כי חל בעניינה כלל "סופיות הדיון". ובכן, אם אכן העילה הרכושית שונה מהעילות הנמשכות בהיותה סופית, איננה פסק לעתיד, ואינה עשויה להשתנות כביכול, מדוע צריך להסיגה ולהגבילה באמצעות כלל סופיות הדיון? והלא מהותו של כלל זה נועדה לחסום את טענת שינוי הנסיבות, והחלתו אפוא על העילה הרכושית מוכיחה מניה וביה כי העילה הרכושית עשויה להשתנות בעתיד.⁸⁷ אמור מעתה: "אמרת סופיות הדיון" – "אמרת יש סיכוי לשינוי נסיבות בעתיד" – "אמרת יש סיכוי לשינוי נסיבות בעתיד" – "אמרת עילה נמשכת"! מדוע אפוא שיעדר מקומה מכלל היצירה שהתפתחה בדיני המשפחה אשר סיווגה עילות מסוימות כעילות נמשכות?⁸⁸ ואם לא די באמור, הנה לאחרונה התקבל פסק דין בבית המשפט לענייני משפחה בנושא חלוקת מוניטין עסקי וכושר השתכרות, עניין רכושי מובהק, ובו קובע בית המשפט למשפחה, ומחצה מחזיק אחריו בית המשפט המחוזי בישבו כערכאת הערעור,⁸⁹ כי בעניין רכושי זה ראוי לפסוק בדרך של תשלומים עתיים, המתחדשים מעת לעת, וכן ליתן אפשרות לבעל לשנות את שיעור התשלום, אם וכאשר יחול שינוי בנסיבות, וכך נכתב:

85 ראו לעיל ה"ש 81. על כך אוסיף, אילו הייתה הפסיקה מחלקת בין תשלומים מחזוריים לבין תשלום חד-פעמי (הראשון מקובל בתשלום מזונות, השני מקובל בחלוקת רכוש) באופן שאת הראשון ניתן לשנות ואת השני לא – היה אולי ניתן לראות בכך הסבר משכנע. אולם ראשית, הפסיקה אינה אומרת זאת. שנית, קיימים לא מעט מקרים שבהם בתי המשפט פוסקים מזונות בתשלום אחד ומחלקים רכוש בכמה תשלומים, וההבחנה בין עילה נמשכת ללא נמשכת אינה תולה עצמה במחזוריות התשלום.

86 וכך כתב אגרונט בעניין סידים הראשון, לעיל ה"ש 57, בעמ' 1026: "אכן מבחינת הסמכות קשה למצוא יסוד הגיוני להבדיל בין זכות כספית מהסוג של מזונות לבין זכות כספית או רכושית אחרת הנובעת לבעל או לאשה מהנישואין". פסקה זו אמנם עסקה בשאלת הסמכות, אך אם אין להבחין ביניהן בעניין הסמכות, מדוע שנבחין ביניהן סיווגן כעילה נמשכת? כמובן, ניתן לנסח את הדברים אחרת ולומר כי מזונות ומשמורת כפופים אף הם לכלל "סופיות הדיון", והפסיקה היא סופית כל עוד לא השתנו הנסיבות. לעומת זאת עילת הרכוש כפופה לכלל "סופיות הדיון" אך אינה כפופה לכלל של שינוי הנסיבות. אולם יהא הניסוח אשר יהא, עצם העניין שניתן לפתוח הליך נוסף, ולו בכפוף לשינוי נסיבות, הוא העיקר לענייננו.

88 בפרט שאין המדובר ברשימה סגורה. ראו פרשת איתן, לעיל ה"ש 16.

89 ע"מ (מחוזי ת"א-יפו) 1033/03 ע' נ' ל' (פורסם בנבו, 19.4.2004).

ההשבה יכולה להיעשות על-ידי הערכת שווי התשלום העתי ותשלומי בסכום חד-פעמי, אולם נראה כי תשלום חד-פעמי הוא פחות צודק מכיוון שאינו מביא בחשבון שינוי נסיבות... את השינויים במצב הכלכלי ניתן לפתור על-ידי אפשרות לשנות את הסכום עקב שינוי נסיבות... התשלום העתי כפוף לשינוי נסיבות עקב מצב הכנסותיו של הנתבע כך שהנתבע יוכל לפנות לבית-המשפט ולבקש הפחתת הסכום עקב הפחתה בהכנסותיו.⁹⁰

הכרעה רכושית היא אפוא הכרעה לעתיד, וככזו אמורה היא להתחשב בשינוי נסיבות (!) מנגד, ניתן לומר כי עצם הזכות לחלוקת כושר ההשתכרות בין בני הזוג נקבעה עוד בעת הפרדה על בסיס נתוני העבר, ומכאן ואילך התשלומים הם רק אמצעי טכני כדי להעריך את שווי הזכות מעת לעת ואין זו חלוקה מחדש, אולם לטעמי העיקרון קרוב, אם לא זהה, לעניין המזונות: אף במזונות האישה הזכות נקבעה והוגדרה על בסיס נתוני העבר,⁹¹ אלא שתרגום שווי הצרכים לסכום כספי נעשה מעת לעת. אם כן, מה עילת המזונות היא בת-שינוי, אף עילה רכושית תהא בת-שינוי, או לפחות בחלק מהפרמטרים המרכיבים את העילה הרכושית.⁹²

אמנם בית המשפט העליון, ביטבו כערכאת ערעור שני בהליך הזה, סבר כי תשלום חד-פעמי עדיף על פני תשלום עתי, אך זאת לא מחמת שדחה את רציונל הצורך בהתאמה לשינוי הנסיבות בעניין רכושי, אלא רק מפאת סברתו כי אין זה נכון להמשיך את הקשרים בין בני הזוג לאחר הגירושין, ודי להם בכך שקשריהם נמשכים ממילא בעקבות ילדיהם. בית המשפט העליון מציין כי ייתכן שבמקרה אחר יהיה נכון לפסוק תשלום עתי, וכך כתב:

90 תמ"ש (משפחה ת"א) 37181/97 ל' ט' נ' ע' ט', פ"מ משפחה התשס"א 577, 623 (2002) (ההדגשות שלי – י"כ).

91 בשיטת המשפט הישראלי קובע ס' 2 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959 (להלן: חוק המזונות), כי אדם חייב במזונות בן זוגו לפי הדין האישי, ואם כן בדין העברי עצם קשר האישות הוא המחייב את הבעל במזונות אשתו.

92 כדי לתמוך טענתי שלפיה אין לייחד את שינוי הנסיבות רק לתשלום כושר ההשתכרות העתידי אבקש להפנות למדינת קונטיקט, שם נקבעה ההלכה הזאת בהתייחס לשינוי בתשלומי משכנתה: "Ex-husband's motion to modify a financial order directing him to pay the mortgage and property tax on a family home was improperly denied after the youngest child turned 18, because no assignment of property occurred, thus the order could be modified"; Passamano v. Passamano, 28 Conn. App. 854, 612 A.2d 141, 1992 Conn. App. LEXIS 339 (1992), reversed by 228 Conn. 85, 634 A.2d 891, 1993 Conn. LEXIS 405 (1993).

הטעמים העיקריים התומכים בשיטת התשלום העיתי הינם, ראשית, האפשרות להתאים את התשלום לשינויים בחייו המקצועיים של בן הזוג החיצוני. אם חפץ הוא לחדול מעבודה או להסב את מקצועו, ניתן יהיה ליתן לכך ביטוי בתשלומים... (אולם) בנסיבות של גירושין, קיימת חשיבות רבה להפרדה הסופית בין בני הזוג. התשלום החד-פעמי מקל על הפרוד... אולם אין לקבוע מסמרות. ראוי לה להלכה שתתפתח ממקרה למקרה, ויהיו בוודאי נסיבות בהם יתאימו יותר תשלומים עיתיים.⁹³

בית המשפט העליון מכיר אפוא בעילה רכושית כעילה שנסיבותיה נתונות לשינוי ומותיר פתח לאפשרות התשלום העתי ברה-שינוי. על מה ולמה אפוא לא תסווג העילה הרכושית כעילה נמשכת? קושייתי זו הולכת ומתחזקת נוכח שלוש הלכות העליון לעיל, שאכן סיווגו את העילה הרכושית כעילה נמשכת. אם כן, לו "תכונת הסופיות", שהוצמדה לעילה הרכושית, היא קביעה עובדתית, הרי שלנוכח האמור דומה כי אין לה על מה לעמוד. אולם גם אם מדובר בקביעה נורמטיבית, הרי שקביעה זו נתקלת בקשיים, כדלקמן.

(ב) העילה הרכושית מעורבת בעילות הנמשכות האחרות – היבט נורמטיבי

הסכמי גירושין או הכרעות שיפוטיות בהליכי גירושין משקללים איזונים בין כל העניינים שעל הפרק. אך ברור הוא אפוא כי חלוקת הרכוש מתעצבת לפי יחסיה עם שאר העניינים, ושאר העניינים מתעצבים לפי יחסיהם עם חלוקת הרכוש. כך למשל לא אחת נגזרת חלוקת הרכוש מההחלטה בדבר החזקת הילדים, ובן הזוג המשמורן מקבל מן הרכוש חלק גדול מזה שהיה מקבל אילו היה נושא בעול זה. לפרקים, שיעור מזונות הילדים מופחת מהשיעור המקובל בתמורה לנתח גדול יותר בחלוקת הרכוש להורה המשמורן.⁹⁴ לפרקים, קביעת שיעור המזונות מתחשבת בחלוקת הרכוש.⁹⁵ ולפרקים, מתחשבת חלוקת הרכוש

93 בע"מ 4623/04 פלוני נ' פלונית פ"ד סב(3) 66, פס' 24 (2007).

94 כך עוצבה החלוקה בפרשת אמיר, לעיל ה"ש 4, וכן למשל תיק (גדול) 1-21-8894, לעיל ה"ש 79.

95 ראו למשל ס' 2 לחוק המזונות, ועל אותו אופן קובע למשל החוק באוהיו: ORC Ann. § 3105.18: "Award of spousal support; modification of spousal support:... (C)(1) In determining whether spousal support is appropriate and reasonable, and in determining the nature, amount, and terms of payment, and duration of spousal support, which is payable either in gross or in installments, the court shall consider all of the following factors: a) The income of the parties, from all sources, including, but not limited to, income derived from property divided, disbursed, or distributed under section 3105.171 [3105.17.1] of the Revised Code..."

בסכום מזונות האישה ששולם עד שלב החלוקה.⁹⁶ ומה לנו דברים מפורשים יותר מדבריו מאירי העיניים של רוזן צבי:

מכל מקום, בהתדיינות הנוגעת לזכויות בני-הזוג בעת התרת הקשר חייבת קביעת המזונות להתחשב בחלוקת הרכוש ולהיפך. במידה מסוימת עשויה קביעת המזונות לאחר הגירושין לשמש גם אמצעי המתקן או המשלים את חלוקת הרכוש במקרה האינדיבידואלי ולשבץ קורטוב של שיקול דעת במערכת.

ומן המשפט המשווה ממשיך רוזן-צבי ולומד כי –

הדין האנגלי והדין האוסטרלי הרחיקו לכת והסדירו הענקת מזונות לאחר גירושין גם בדרך של תשלום סכומים חד-פעמיים. על-ידי כך הם קירבו ביותר את שני המוסדות האחד למשנהו. יתר-על-כן, בדינים אלה, הגורסים שיטה של שיקול דעת שיפוטי בכל הנוגע להסדר יחסי הרכוש בעת הגירושין, אין עוד הפרדה, לא בדיון ולא בהחלטה, בשתי שאלות אלה. גם השיקולים שעל בית-המשפט לשקול בעת הדיון בשני ענינים אלה הם זהים או קרובים. כך יכולה גם שיטה של הענקת מזונות באמצעות תשלום חד פעמי לשמש למטרה של התאמת רכוש בתוך המשפחה. לשיטת שיקול הדעת יש יתרון כפול: היא מונעת חלוקה מלאכותית בעת ההכרעה בשני תחומים המשלימים זה את זה ומאפשרת הסדר כל השאלות הכלכליות בין בני-הזוג בעת ובעונה אחת. סיפוק כל הצרכים דורש שקלול של כל המקורות השונים שבידי בני המשפחה.⁹⁷

הכיצד ניתן אפוא לבתר הסכמי גירושין או סכסוכי גירושין ולראות בחלק מעילותיהם עילות נמשכות תוך מתן אפשרות לשנותן בעתיד מחד גיסא, ובחלק אחר מעילותיהם עילות שאינן נמשכות תוך שלילת האפשרות לשנותן בעתיד, מאידך גיסא? האין הפסיקה סותרת את

96 ראו למשל ע"א 6557/95 אבנרי נ' אבנרי, פ"ד נא(3) 541, 545 (1996), שם נדון עניין המזונות אל מול הפנסייה החודשית של הבעל, וכך נאמר: "התוצאה תהיה, שהמשיבה זכאית לגבוה בין השניים: סכום המזונות שנפסק לה או החלק היחסי שהיא זכאית לו בפנסיה החודשית של המערער". כן ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 67910/00 פלונית נ' אלמוני, פס' 31 לפסק הדין (פורסם בנבו, 10.4.2007), שבו נאמר: "כמובן שפס"ד זה למזונות יילקח בחשבון בעת מתן פסה"ד בתביעת התובעת למוניטין, שהרי הא בהא תליא, ונראה כי הסכומים, ככל שייפסקו בעתיד במסגרת התביעה הרכושית, הינם חופפים".

97 אריאל רוזן-צבי יחסי ממון בין בני זוג 24–25 (1992). הפסיקה מודרכת מתפיסה זו. ראו למשל תמ"ש 37181/97 לעיל ה"ש 90, בעמ' 619; תמ"ש 67910/00, לעיל ה"ש 96, פס' 31.

עצמה בהתייחסה לעילת המזונות ולעילת הרכוש כמשלימות זו את זו מחד גיסא, ובקבעה כי את האחת ניתן לפתוח בעתיד ואת האחרת לא, מאידך גיסא? האין השכל הישר מחייב כי כל שינוי באחת מעילות ההסכם יגרור שינוי בעילותיו האחרות בהיותן כרוכות בטבורן זו לזו? ואם אין מתחייב הדבר מצד השכל הישר, האין הוא מתחייב מצד ההגינות המינימלית? רובד נוסף לקושי הוא שלא תמיד פשוט לזהות אם התשלום שמשלם בן זוג אחד למשנהו הוא במסגרת חלוקת הרכוש או שמא במסגרת מזונות.⁹⁸ ואכן, בשיטת המשפט במלזיה למשל ראתה הפסיקה לנכון לקבוע כי אם אכן העילה הרכושית מעורבת בעילת המשמורת, אזי יש מקום לשנותה אף היא במקרה של שינוי נסיבות, וכך נאמר:

There are one or two exceptions to "clean break" concept. For example, consent order for a property settlement is a final order. However, if the said consent order is inextricably interwoven with the maintenance order, the court has discretion to amend.⁹⁹

ואף בהודו למשל במקרה שבו העילות הנמשכות היו מעורבות בעילות שאינן נמשכות מטבען, קבע בית המשפט כי יש לשנות גם את חלוקת הרכוש ולהתאימה לשינוי בנסיבות.¹⁰⁰ ומלבד זאת, אם הצדדים סיכמו כי רשאים הם לשנות את ההסכם עם שינוי הנסיבות, הרי שבית המשפט יאכוף תניה זו אף אם מדובר בעילה הרכושית.¹⁰¹ וכן אם צו

98 וראו למשל הפסיקה בדקוטה הצפונית, המבקשת ליתן סימנים כדי להבחין בין האי להאי: Redlin v. Redlin, 436 N.W.2d 5 (N.D. 1989) ("In discerning whether an amount paid by one spouse to the other is a property division or spousal support, several factors must be considered. Factors which may indicate that the payments are distributions of property include: payments that do not terminate after the obligee dies, payments that continue even after obligee remarries excluding the payments in controversy, a large disparity in the property divided which is otherwise unexplained, payments that do not terminate on the obligor's death. In addition, security for payment may tend to indicate property distribution since deferred-property payments are dischargeable in bankruptcy, unlike spousal-support payments")

99 Lau Hui Sing v. Wong Chuo Yong, [2008] 5 MLJ 846, para 7
100 Dewbrew v. Dewbrew, 849 N.E.2d 636, 2006 Ind. App. LEXIS 1155 (2006) ("Where a settlement agreement combined rehabilitative alimony and child support, and because the child support was taxable under the agreement, under the best interests of children standard, modification was required to re-evaluate child support and the property distribution under the agreement")

101 Vossberg v. Vossberg, 2005 Ohio App 2408 LEXIS 2285 ("When a husband and wife agreed to a post-decree modification of the property distribution in their divorce, it was

בית המשפט שמר לעצמו את הזכות לשנות את חלוקת הרכוש בעתיד, הרי שהוא רשאי לעשות זאת.¹⁰²

ומלבד הלוגיקה, ההיגיון, ההגינות והמשפט המשווה, דומה כי גם כעניין של מדיניות משפטית יש מקום לסווג את העילה הרכושית כעילה נמשכת תוך מתן אפשרות לשנותה עם שינוי הנסיבות. ודעת למבין, אפשרות השינוי עשויה לשמש מנגנון הגנה פנימי, ולא מן הנמנע כי בכך ייחסך הצורך בתניות שיפוי למיניהן. מעתה, בן הזוג המבקש לשנות עילה הנתונה לשינוי נסיבות כדוגמת מזונות הילדים יימנע מלעשות כן, או למצער יחשוב פעמיים בטרם יעשה כן, בידעו כי הדבר עלול להביא לחלוקה אחרת של הרכוש. האין מנגנון הגנה פנימי זה עדיף על פני מנגנון תניות השיפוי? ובמעגל נוסף, ושוב בשיטת המשפט הישראלי, ייתכן כי אפשרות זו תמנע, או למצער תפחית, את העלאת טענת הגט המוטעה מצד הבעל בהתנחמו כי כתגמול להגדלת שיעור המזונות רשאי הוא להחזיר לעצמו חלק מהרכוש שנמסר לחזקת האישה. עוד אפשר כי בית הדין עצמו יימנע מליתן גושפנקה לטענת הגט המוטעה לנוכח סיווגה של העילה הרכושית כעילה נמשכת, המחייב ממילא את החזרת הדיון בגל ההתדיינות השני לערכאה שדנה בגל ההתדיינות הראשון.¹⁰³

זהו כיוון חשיבה אחד שמציעה רשימה זו, ולפיו יש להרחיב את מוסד העילה הנמשכת ולהחילו אף על העילה הרכושית. הצעה זו יוצרת לטעמי איזון טוב יותר, ודאי הוגן יותר, בין האינטרסים הקיימים בדיני המשפחה, מאשר האיזון במצב הנוכחי, שבו מבוטלות עילות הגירושין, חלקן מסווגות כנמשכות וניתנות לשינוי עם כל שינוי נסיבות מהותי, וחלקן כסופיות ואינן ניתנות לשינוי כלל. בפרק הבא אציע כיוון חשיבה מנוגד העשוי אף הוא כשלעצמו לאזן טוב יותר את האינטרסים בדיני המשפחה, ואף עשויה להיות לו תרומה במעגלים נוספים. כיוון חשיבה זה יודרך מהשאיפה לקצר ככל הניתן את דרכם של בני הזוג אלי חיסול מלא ויעיל של יחסיהם.¹⁰⁴

error for a trial court to refuse to enforce the modification on the grounds that the trial court had no jurisdiction because, while the trial court could not modify the property division, the parties could, and the trial court's enforcement of such a modification agreed to by the parties did not violate the principle that the court had no jurisdiction to modify a property division").

102 HARWOOD, לעיל ה"ש 75 : "There is one other steadfast rule recognized by all courts in all states: No part of a court-ordered property division can later be changed by the court unless the court expressly reserves the power in the original decree"

103 ראו תיק (גדול) 1-21-8894, לעיל ה"ש 79; תיק (אזורי ת"א) 1-21-0428 אלמונית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 20.2.2002); תיק (גדול) 1-24-7009 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 22.1.2006); תיק (אזורי ת"א) 1-23-9997 (פורסם בנבו, 10.7.2006), ועוד.

104 ע"א 8/59 גולדמן נ' גולדמן, פ"ד יג 1085, 1091 (1959).

2. עילה נמשכת – על מה ולמה? קריאה לביטול המוסד

ההלכות המסווגות עילות מסוימות כעילות נמשכות ומאפשרות לשנותן עם כל שינוי נסיבות מהותי נקבעו לפני כיובל וייסדו מוסד משפטי חריג בשיטת המשפט הישראלית, אשר הפך ברבות השנים כה מובן מאליו עד שהן בפסיקה והן בספרות אין רואים כלל לערער על קיומו ולהרהר אחריו.¹⁰⁵ לטעמי, סיווג זה נדרש לבחינה מחודשת. אם נצאה קמעא מהיער הסבוך של דיני המשפחה ונביטה לעברו מבעד ערכי הפרוצדורה הדיונית,¹⁰⁶ כדוגמת יעילות, ודאות, סופיות, ציפיות ועוד, תעלינה בקרבנו תמיהות ותהיות על שום מה ולמה מקבלת הפסיקה את מוסד העילה הנמשכת כגזרת הכתוב שאין לשנותה. האם לא הגיעה העת לקיים אחידות נורמטיבית בפסיקה הישראלית בין כל ענפי המשפט ולבטל מוסד זה בדיני המשפחה? האם היסודות והרציונלים שביסודו אכן מצדיקים הבחנה בין דיני המשפחה לכל ענף משפטי אחר? על רקע המציאות הקשה של סכסוכי גירושין בישראל, שבה הכרעות שיפוטיות הן הכרעות מותנות, נפתחות מעת לעת¹⁰⁷ ומקשות על בני הזוג לילך לדרכם החדשה, ועל רקע העומס המוטל על בתי המשפט, כלום לא הגיעה השעה להפוך על פניהן את קביעותיו הישנות של זוסמן בהלכות הויזמן, וינטר וג'ארח?¹⁰⁸ האם התועלת בסיווג

105 ראו למשל שרשבסקי, לעיל ה"ש 49, בעמ' 399; רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 35–47; שיפמן, לעיל ה"ש 60, בעמ' 52; זלצמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 279.

106 ראו למשל Stephen Goldstein, *The Influences of Constitutional Principles on Civil Procedure in Israel*, 17 ISR. L. REV. 467, 481 (1982); Lawrence B. Solum, *Procedural Justice*, 78 S. CAL. L. REV. 181, 184 (2004).

107 קשה לומר כי הדרישה ל"שינוי נסיבות מהותי" מהווה סנן לתביעות מעין אלו. ראשית, משום שהדבר נתון לשיקול דעת רחב של בתי המשפט, וכל בית משפט משקיף על הסוגיה במשקפיו שלו. במדינות מסוימות יש קריאה, מוצדקת בעיניי, לראות בעצם הגירושין שינוי נסיבות, כלומר ההסכם הראשוני נעשה כפי שנעשה משום שכן הזוג האחד חפץ בשיתוף הפעולה של בן הזוג השני בהליך הגירושין, ומכאן סביר להניח כי התפשר על זכויות המגיעות לו. מיד לאחר הגירושין הוא במצב אחר, משוחרר מאותו חשש שמא בן הזוג השני יקשה את הליך הגירושין, וכעת זהו שינוי נסיבות, משום שהנה כאן ניצב בפני בית המשפט אדם במצב אחר מזה שניצב בפניו לפני ההסכם (ראו להלן ה"ש 114). שנית, אינני משוכנע כי נטל זה משמש חסם להגשת התביעה, הגם כי ייתכן כי הוא יביא לדחייתה.

108 כמובן, אי אפשר להתעלם מהעובדה כי אפשרות פתיחת התיק בעתיד נועדה גם "לתקן" הסדרים שונים בין בני הזוג שנתקבלו בשל ויתורים לשם השגת הגט. אין כל ספק כי כריכת חלוקת הרכוש ושאר העניינים בתביעות הגירושין כמתאפשר מס' 3 לחוק השיפוט, הולידה לא מעט קשיים והיא העקב אכילס של הליכי הגירושין בישראל. בעיקר בשל הדרישה בדין האיש-הדתי לרצונו של האיש לשם קיום הגירושין; ראו לעיל ה"ש 49. לפתרון כולל של בעיות אלו ראו הצעותיו של רוזן-צבי "הלכת הכריכה" ו"מירוץ הסמכויות", לעיל ה"ש 78. הצעותיי ברשימה זו יוצאות מנקודת הנחה שהצעותיו רחוקות מלהתקבל בשל המבנה הפוליטי בישראל, המקשה על ניתוק העניינים הממוניים מענייני הגירושין וניהולם בבית המשפט

עילות כעילות נמשכות, המאפשרת התאמת פסק הדין לנסיבות המשתנות, אכן עולה על העלות הנגרמת כתוצאה מסיווג זה?¹⁰⁹ הניתוח לעיל בדבר ההבחנה חסרת הפשר בין עילה רכושית לעילות נמשכות אחרות מעורר אף הוא מחשבה כי לא די שאין להגדיר את העילה הרכושית עילה נמשכת אלא שיש מקום לשקול ברצינות לבטל מוסד משפטי אנומלי זה מדיני המשפחה. טרם אגיש הצעתי אבקש לחזור לדעת המיעוט של השופט כהן, הגם כי מסויגת היא, וכך כתב:

רחוק אני מלחלוק על כך שפסק דין למזונות אישה או להחזקת ילדים אין בו כדי "פתרון סופי ומוחלט", אלא ניתן הוא לשינוי עם שינוי המסיבות. מה נשתנה ענין מזונות וכל ענין הקשור בשלומם וטובתם של ילדים קטינים מכל ענין אחר – שמשפסק בית משפט... נעשה מעשה בית דין ואין בעל דין רשאי לעורר אותו ענין שנית לא באותו בית המשפט או בית דין שפסק בו לראשונה, ולא בבית משפט או בבית דין אחר. מה שאין כן בענייני מזונות או בעניינים הנוגעים לילדים, שגם לאחר שפסק בהם בית המשפט או בית דין מוסמך אין מניעה שיחזרו וידונו ויפסקו בעניינים ההם שנית ושלישית ורביעית, ככל ששינוי העיתים והנסיבות יחייבו.¹¹⁰

אכן, מה נשתנה? זו השאלה המובילה את הפרק הנוכחי. את חיוניותו של מוסד זה אבקש משלושה היבטים שונים, כדלקמן.

(א) פגיעה במישור ההסכמי: עילות נמשכות מביאות לאי-כיבוד הסכמים

אינטרס מובהק של כל שיטה משפטית הוא כי צדדים לסכסוך יגיעו לפתרון ולסיומו מתוך הסכמה. ואם בכל סכסוך כך, על אחת כמה וכמה בסכסוך בדיני המשפחה, המשליך על צדדים שלישיים, החשופים ורגישים לפגיעה, הלא הם ילדי בני הזוג.¹¹¹ כפועל יוצא מכך

המשפט האזרחי. מבחינה זו ניתן בהחלט לראות בהצעותי ברשימה זו בבחינת "הרע במיעוטו".

109 מלבד החסרונות והעלויות שאמנה להלן, בל נשכח כי אפשרות התאמת התשלומים לנסיבות עלולה לעתים אף לפגוע במקבל תשלומי המזונות, למשל בקרות אירוע המקטין הכנסתו של משלם המזונות. ראו ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762, פס' 23 (1982); ד"נ 4/68 "לפידות" חברת נפט לישראל בע"מ נ' שליטל, פ"ד כג(1) 771, 778 (1968). כן ראו שחר ליפשיץ "על נכסי עבר, על נכסי עתיד ועל הפילוסופיה של חזקת השיתוף" משפטים לד' 627, 739 (2004).

110 פרשת וינטר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 1472.

111 ובמעגלים נוספים: בני הזוג וילדיהם בנישואים הבאים.

אמורה השיטה המשפטית לשמור מכל משמר כי הסכמים שנחתמו בין צדדים לסכסוך יישמרו במתכונתם: לא ייפרמו, לא ישונו בעתיד, וכי אי אפשר יהיה לבטלם אלא במקרים קיצוניים.¹¹² אם לא כן, נמצאת מרפה את ידיהם של צדדים לסכסוך מלסיימו בהסכמה, ונמצאת מזקיין לפנות לדרך הייסורין של ההכרעה השיפוטית. אינטרס זה מלווה ומדריך את הפסיקה גם בדיני המשפחה, ויפים דבריו של הנשיא שמגר בכגון דא:

כאשר מדובר על סכום מזונות שנקבע בהסכם בין ההורים, אין לשנות את המזונות כפי שנקבעו על נקלה, אלא אך ורק במקרים בולטים. הסכם גירושין הוא בדרך כלל בגדר הסדר כולל של נקודות רבות שבמחלוקת ויש לבחון אותו כשלמות אחת; יש לנסות להקנות לו יציבות ואמינות כדי לטפח הסדרים מוסכמים בין בני זוג שנפלה ביניהם מחלוקת שאינה ניתנת ליישוב, אחרת לא יהיה ערך להסכם גירושין וכל הסכם יהיה רק בגדר שלב ביניים עד לפניה חוזרת לבית המשפט.¹¹³

בשל אינטרס זה של הקניית יציבות ואמינות להסכמי גירושין לא ברור כלל מדוע לא צעדה הפסיקה צעד אחד נוסף ולא ראתה לנכון לבטל את מוסד העילה הנמשכת. על רקע המציאות ה"נמשכת" בישראל של הפרת הסכמים, באצטלת טענת "שינוי הנסיבות", האם לא הגיעה השעה לבטלו?¹¹⁴

112 ראו ע"א 5490/92 פגס נ' פגס (פורסם בנבו, 29.12.1994); ע"א 226/87 זועבי נ' ניקולא, פ"ד מג(1) 714 (1989); רע"א 4976/00 בית הפסנתר נ' מור, פ"ד נו(1) 577 (2001).

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

114 עוד הגדיל לעשות בית משפט למשפחה בניו יורק כאשר קבע, הגם כי יש צדק בדבריו, כי עצם ה"חופש" שהושג באמצעות הגירושין, שהתאפשרו בזכות ההסכם בכל הסוגיות, הוא כשלעצמו מהווה שינוי נסיבות, משום שזהו כעת מצב חדש, ואלו דבריו: "As soon as the parent's marital freedom is adjudicated, the parent's 'circumstances' thereby *ipso facto* are changed by the new freedom itself. Having been safely separated, divorced or the marriage annulled, the parent for the first time is in a radically 'changed' position – to litigate freely, to strive vigorously for an equitable order of support without fear of refusal by the other parent to co-operate in the separation, divorce or annulment by consenting to appear, or by declining to controvert the proof. Here in the Family Court, the Judge is for the first time given both sides of the circumstances as contended for by the respective parents, and he can find the facts as they are rather than as a separation agreement and mute parents made them appear to another court"; Guillermo v. Guillermo, Family Court of New York, New York County, 43 Misc. 2d 763; 252 N.Y.S.2d 171; 1964.

אֶל נֶקֶל ראש בתוצאותיו החמורות של מוסד משפטי חריג זה: הוא מסרב את ההליך הדיוני, מאפשר לצד לסגת מדברים שסיכם עם בעל דינו, מאפשר לצד להפר הסכמים מבלי שייחשב ככזה, הופך את ההתקשרויות וההסכמים בדיני המשפחה להתקשרויות על תנאי, עלול להביא לחוסר צדק, להתעללות ולאמלול, ליד איש ברעהו, לחוסר ודאות, לחוסר ביטחון, לחוסר שלוה ועוד. מוסד זה מתמרץ (שלילית) בני זוג שלא להגיע לידי הסכמים מחמת החשש לשינוי עתידי, הגם כי מהותי, בנסיבות. באין חתירה להסכם נותר הסכסוך באֶבו, ובני הזוג נותרים במצב "תלוי ועומד". מציאות ערפילית זו של "פרדה לא פרדה" מכבידה על בני הזוג ובעיקר על ילדיהם הנמצאים בהשפעת הליכים משפטיים במשך שנים מספר. בהיעדר הסכם, יוכרע הסכסוך באפיק המצרף והמייסר של ההכרעות שיפוטיות, ואין צורך להכביר מילים על ההבדל בין דא לדא.

לו יאיר המזל, ולמרות החשש מפני מוסד זה יחליטו בני הזוג לחתום על הסכם, הרי שיעשו הם כל שלא ידם להתגבר על הנזק העלול לצמוח הימנו: בן הזוג החושש מתביעה עתידית בשל שינוי נסיבות יתעקש על מנגנוני הגנה בדמותן של תניות השיפוי. תניות אלו נהוג להבטיח על ידי חתימת צדדים שלישיים על כתב ערבות. דרישה זו מכבידה על חתימת ההסכם לפי שאין למצוא בנקל צד שלישי השש להיות ערב לתניית שיפוי, שאפשר שתופעל כל אימת שתוגש תביעה בשינוי נסיבות, הנתפסת כתביעה שגרתית. אף הפסיקה ראתה תניות שיפוי מסוימות בעין לא יפה,¹¹⁵ ובהלכות מספר התערבה בחופש החוץ, ביטלה אותן והותירה צד לחוזה חשוף לפגעי שינוי הנסיבות המהותי בלא יכולת להגן על אינטרסיו כראוי.¹¹⁶ פסיקה זו יצרה אפוא מעגל קסמים המעכב מבעד בני זוג מלהגיע להסכם (!)

115 כמובן, רק אותן תניות שיש בהן כדי לפגוע בקטין, וראו דבריו של השופט אלון בע"א 255/81 קוט' נ' קוט, לעיל ה"ש 53, בעמ' 243: "וכלל גדול הוא בדינו, שמטבתו של הציבור ומחינוכו בדרך הטוב והישר הוא לשמור על הסכמים ולקיים את דברם וכתבם, ומאוד נהא זהירים, עד שנבוא לפגוע בזכויות, ששני צדדים יצרו ביניהם בהסכם, שנערך כדת וכדין. וכלל זה יפה וטוב הוא אף לעניין הסכמים, הנערכים בין שני בני-זוג בדבר הסדר יחסי הממון שביניהם, לרבות הסדר המזונות לקטין ולא זו בלבד, אלא מתן תוקף וכיבודם של הסכמים אלה, בעיקרו של דבר, יש בהם משום טובת הקטין, שטוב ורצוי גם מבחינת שלומו וחינוכו, שסידור העניינים הכספיים שבין הוריו, הנפרדים זה מזו ופונים איש לדרכו ולביתו החדש, ייעשה בהסכמה ומרצון, ללא מריבות ומלחמות, הנחרשות בראש ובראשונה על גבם הרך ומוחם הרופס של הילדים הקטינים. אך, כידוע, הסכם כזה שבין בני הזוג. אם הוא נוגע לשלומו של קטין ולרווחתו, נבדק הוא לאור עקרון-העל של טובת הקטין. ומאחר שנקבע בפסיקתו של בית-משפט זה – ובדין ובצדק כך נקבע – כי מקום יש לעכב באופן זמני ביצוע הסכם שבין בני הזוג בדבר חובת שיפוי, כאשר יש בביצועה של חובה זו משום פגיעה בטובת הקטין ובפרנסתו..."

116 ראו למשל פרשת וואיה, לעיל ה"ש 52, שבה בוטלה הן תניית השיפוי והן תניית הערבות מטעמים של תקנת הציבור. לעומת זאת בע"א 255/81 קוט' נ' קוט, לעיל ה"ש 53, ניתנה הגנה

לנוכח האמור, האם אינטרס התאמת פסק הדין לנסיבות המשתנות שמא, ודגש על שמא, ישתנו הצרכים בעתיד, עולה על האינטרס הברור המונע בני זוג, ודאי לא מעודדם, מלהגיע להסכם בחששם משינוי? וכאילו לא די בכך, ותחת לחזות במגמה של ביטול סיווג העילות הנמשכות, ולמצער צמצומו, באה הפסיקה ומותירה את רשימת העילות הנמשכות כרשימה פתוחה, אף מעבר למקובל בשיטות המשפט ברחבי העולם, והיד עוד נטויה.¹¹⁷

(ב) פגיעה באינטרס הציבורי: עילות נמשכות כובלות את בני הזוג בקשר הרסני

המגמה הכללית של הפסיקה, המשתקפת ברעיון מעשה בית דין, גורסת כי יש ליתן הגנה לבעל דין שלא יהא מוטלד שוב ושוב בגין אותה עילה אחר שהוכרעה. יש לאפשר לכל אחד מבעלי הדין לילך לדרכו ולכלכל צעדיו בבטחה ובוודאות, מתוך מפת דרכים בעלת גבולות ברורים, מבלי לחשוש שמא "ייקרא" על ידי יריבו פעם נוספת לבית המשפט.¹¹⁸ מגמה זו קיימת גם בדיני המשפחה בישראל ואף ברחבי העולם.¹¹⁹ כך למשל בפרשת חסל ביקשה אישה לערוך חישוב מדי שנה בשנה לרווחי עסק הרשום על שם בעלה בטענה כי בשל המאמץ המשותף בהקמת ה"עץ" במהלך הנישואין, אין סיבה שלא תזכה בחלקה מה"פרות" לאחר הגירושין. בית המשפט דחה טענתה זו, ואלו היו שיקוליו, בין השאר:

טעם נוסף שלא להוסיף ולזכות את בני הזוג בעתיד בחלקיהם בפירותיו של הנכס שהיה משותף הוא הרצון שלא לאלץ בני-זוג שנפרדו להמשיך ולקיים קשר ביניהם. הסדר ממוני הקושר את בני הזוג זה לזה אחרי פרידתם אינו רצוי, והוא מאריך שלא לצורך את התהליך המייסר של הפרידה... גם בתחום הנדון מלמד הניסיון שמוטב להם לבני הזוג הנפרדים ללכת בדרך

טובה יותר לבעל, ולפיה מימושה של תניית השיפוי יידחה עד שתעשיר האישה, אולם התחייבות הערב תחול כבר כעת. אולם גם הלכה זו סויגה בפרשת מילנר, לעיל ה"ש 52.

¹¹⁷ פרשת איתן, לעיל ה"ש 16.

¹¹⁸ ראו זלצמן, לעיל ה"ש 8, עמ' 13; ע"א 718/75 עמרם נ' סקורניק, פ"ד לא (1) 29 (1976); ע"א 140/56 מוגרבי נ' ורדימון, פ"ד יא 1242, 1250 (1956).

¹¹⁹ וכך למשל נאמר בפסיקה במשפט הקנדי: "While some issues, like custody and access, have an inherent fluidity that tracks a child's evolutionary needs, and while support may vary if a material change in circumstance occurs, property matters can usually be ascertained with sufficient clarity to permit the parties to exit from a marriage with an economic map delineating clearly marked boundaries. No matter the issue, subject always to the transcendent duty of fairness, the goal is to create enough certainty that each spouse can make personal and financial decisions about the future based on legitimate and enforceable expectations"; Stein v. Stein, S.C.J. No. 35 (2008).

של חלוקה מהירה, שלמה וסופית של רכושם, בלי להשאיר לקט, שכחה ופיאה, שהם עלולים לחזור ולנבור בהם.¹²⁰

אם כן, אף שסביר להניח כי החלוקה מדי שנה בשנה תהיה צודקת יותר והוגנת יותר, בית המשפט מבכר את ערך הוודאות ותכנון העתיד (המגולם בכלל "סופיות הדיון") על פני ערך האמת (המגולם בכלל "שינוי הנסיבות המהותיות"). וכך גם בהלכה נוספת שניתנה לאחרונה, שבה הפך בית המשפט העליון את החלטת הערכאות הנמוכות להשית על הבעל חוב של תשלום המוניטין העסקי לאישה בדרך של תשלומים עתיים, וכך נכתב:

לאור טעמים אלה, אנו סבורים כי על דרך הכלל, וככל שהדבר אפשרי ומועיל, עדיפה שיטת התשלום החד-פעמי. הטעם המרכזי לכך הוא הימנעות משימור קשר כלכלי בין הצדדים אם אין הם רוצים בכך. בדרך זו יכול גם בן-הזוג מקבל התשלום לתכנן את עתידו על סמך הסכום שקיבל באופן וודאי.¹²¹

האין מגמה ברורה זו ל"מניעת שימור כל קשר כלכלי בין הצדדים" סותרת את מציאותו של מוסד העילה הנמשכת, המקיים למעשה קשר קבוע ומותנה בין הצדדים?¹²² יתר על כן, בשימורו של קשר כלכלי בין בני הזוג עלול להיפגע האינטרס הציבורי לשיקומם של בני הזוג לאחר הפרדה. אמנם הדברים הבאים נכתבו בדיני הנזיקין, אולם יפים הם לענייננו, וכך כתבה זלצמן:

... (גישה זו) פותחת למעשה לפני כל אחד מבעל דין, את הפתח להטרדת יריבו בתביעות קפריזיות בדבר "שינוי מהותי בנסיבות". בכך לא רק שנפגע

120 ע"א 5640/94 חסל נ' חסל, פ"ד נ(4) 250, 251 (1977); עניין ברדה, לעיל ה"ש 109, פס' 18.

121 בע"מ 4623/04 לעיל ה"ש 93, פס' 25. ראו גם תמ"ש (משפחה ת"א) 20644/96 סטריק נ' סטריק, פס' 19 (ג) (פורסם בנבו, 9.2.2004): "הסדר ממוני הקושר את בני-הזוג זה לזה אחרי פרידתם אינו רצוי, והוא מאריך שלא לצורך את תהליך הפרידה. מטרת בית-המשפט למשפחה ללכת בדרך של חלוקה מהירה, שלמה, וסופית של רכוש בני-הזוג".

122 משמאה הפסיקה כי נכון להפריד בין בני הזוג בענייני רכוש, מדוע לא ראתה לנכון לקבוע כך גם בענייני מזונות? שאלה זו מתחזקת על רקע הקרבה הרעיונית בין תשלום המזונות לחלוקת הרכוש. אין זה אומר בהכרח כי המזונות ישולמו בתשלום חד-פעמי, דבר שוודאי ייצור בעיית תזרים מזומנים בידו של החב במזונות, אלא בהחלט ניתן לקבוע תשלום מדי חודש בחודשו שאינו ניתן לשינוי, או תשלום חד-פעמי בפריסה לכמה תשלומים. בדרך זו הלך בית המשפט בבע"מ 4623/04, לעיל ה"ש 93. שיקולים אלו הביאו את הדין האנגלי לפתח את הדוקטרינה של ה-clean break. לפי גישה זו יש לחתור להפרדה מוחלטת לאחר גירושין ולהעדיף תשלום חד-פעמי על פני מזונות שוטפים לאחר הגירושין. ראו Dunford v. Dunford, (1980) 1 All E.R. 122; MARY ANN GLENDON, THE NEW FAMILY AND THE NEW PROPERTY 60 (1981).

באופן משמעותי השיקול העומד מאחרי הרעיון של סוף להתדיינויות, אלא שאף קיים החשש לפגיעה באינטרס הציבור לשיקומו של הניזוק. שהרי נקל לשער כי לאחרון לא תהא מוטיבציה להשתקם כל עוד הוא יכול לתבוע את המזיק, מצד אחד, או כל עוד הוא צפוי למעקב מתמיד של המזיק המבקש למצוא עילה כלשהי לתבוע את הקטנת שיעור התשלום, מצד אחר.¹²³

ובהקשרנו, בלשון השאלה מציטטה זו בשינויים המתחייבים, נקל לשער כי לאב החייב במזונות ילדיו¹²⁴ והחב במזונות אשתו¹²⁵ לא תהא מוטיבציה להשתקם ולהגדיל הכנסותיו מחשש שמא בכך יחשוף עצמו לתביעה להגדלת שיעור המזונות בעילת שינוי הנסיבות.¹²⁶ נקל לשער כי לאישה, המשמורנית על פי רוב,¹²⁷ לא תהא כל מוטיבציה להשתקם ולהגדיל הכנסותיה לאחר הגירושין, שהרי בכך תחשוף עצמה לתביעה להקטנת מזונות הילדים,¹²⁸ או לתביעה להקטנת מזונותיה.¹²⁹ סיווג העילות כנמשכות פוגע אפוא באינטרס הציבורי לשיקומה של המשפחה על שני תאיה החדשים ומעודדם שלא להשתקם ואולי אף להרע

123 זלצמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 295.

124 ס' 3 (א) לחוק המזונות המפנה להוראות הדין האישי.

125 ס' 2 לחוק המזונות, המפנה להוראות הדין האישי.

126 טענה זו אינה באה לסתור את המחקרים שהראו כי רמת החיים של הבעלים עולה עלייה ניכרת לאחר הגירושין. ראו למשל (1985) LEONORE J. WEITZMAN, THE DIVORCE REVOLUTION. אולם ייתכן כי רמת החיים אף הייתה עולה על האמור. שנית, אי אפשר להתעלם מהגדלת ההוצאות עובר להליכים המשפטיים לשם הקטנת ההכנסה הפנויה, שממנה ייגזר שיעור המזונות. ראו הפסיקה להלן בה"ש 130.

127 זאת לאור חזקת הגיל הרך הקבועה בס' 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962. ראו דן שניט "חזקת הגיל הרך" ביישוב סכסוכי משמורת ילדים: המשכיות, שינוי או ביטול" עיוני משפט יט 185, 220 (1994). לסדקים בחזקה זו ראו רע"א 4575/00 פלונית נ' אלמוני, פ"ד נה(2) 321 (2001); משרד המשפטים דוח הוועדה הציבורית לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין (2008).

128 בפרט כיום כאשר מגמת הפסיקה המתפתחת היא להביא בחשבון את הכנסותיה של האישה וליצור שוויון בחובת מזונות הילדים בין האיש לאישה על אף הוראות הדין האישי. ראו בע"מ 5750/03 אוחנה נ' אוחנה (פורסם בנבו, 6.8.2005); בע"מ 2433/04 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 2.10.2005); תמ"ש (משפחה ת"א) 13990/96 פלונית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 24.6.2006); תמ"ש (משפחה ת"א) 82010/96 י.ס. נ' י.ח. (פורסם בנבו, 8.12.1997); יעקב בוק "חובת האם להשתתף במזונות ילדיה על פי המשפט העברי" הפרקליט לב 357 (1979); רות הלפרין-קדרי "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל – לקראת השלמה: על הכבוד, הצדק, השוויון והכוונה ישתתף מעתה דיני המשפחה" מחקרי משפט יז 105 (2001).

129 ראו למשל ע"א 5930/93 פדן נ' פדן (פורסם בנבו, 22.12.1994); ע"א 6136/93 ביקל נ' ביקל (פורסם בנבו, 6.7.1994).

מצבם.¹³⁰ ניהא, ואין בדבריי הבאים כדי להכשיר התופעה, בפרק הזמן עד להכרעה השיפוטית הראשונית נעשה ניסיון מצד בני הזוג להסתיר הכנסותיהם ונכסיהם או ליצור מציאות פיקטיבית לשם השפעה על שיעור המזונות, אך מדוע יעודד המשפט הארכת תקופה לא בריאה זו ויהפכה לשגרת חיים?

(ג) פגיעה באחידות הנורמטיבית: מה בין סכסוך כספי לסכסוך בדיני המשפחה?

הרציונל שביסוד העילות הנמשכות עשוי להיות רלוונטי גם לתיקי נזיקין וגם לסכסוכים כספיים. למעשה, אותן ההצדקות שמכוחן ביקשתי לעיל לסווג את העילה הרכושית כעילה נמשכת נכונות לחלק לא מבוטל מן הסכסוכים הכספיים הרגילים ומתיקי נזיקין. ודוק, אף באלו האחרונים ייתכן כי הפיצוי שנקבע צופה פני עתיד. וממילא ייתכן כי פיצוי זה לא יתאים לזמן עתיד ויהיה מקום לשנותו, בפרט בראשי נזק כגון אבדן כושר השתכרות, נידות ועוד. בנוסף, די לבחון את הנימוקים בספרות ובפסיקה לטובת התשלום העתי בדיני הנזיקין כדי להצדיק הגדרתן של עילות כספיות ועילות נזיקיות מסוימות כעילות נמשכות.¹³¹ לכן לא ברור מדוע ראתה הפסיקה להבחין בין עילות כספיות לעילות בדיני המשפחה – על הראשונות להחיל את כלל סופיות הדיון, ועל האחרונות להחיל את כלל העילה הנמשכת – כאשר אופיין בהקשרנו דומה ואף זהה?

ומן הכיוון ההפוך אוסיף ואקשה: הרציונל ביסוד כלל מעשה בית דין, הנכון לכל סכסוך כספי, נכון אף לדיני המשפחה. וראו למשל את הלכת שטרית בהצדקותיה לעקרון סופיות הדיון:

עקרון "גמר המלאכה" "Functus Officio" נועד להבטיח כי יהא סוף לדיונים ולמחלוקות בין צדדים כדי להגשים ערך של ודאות, ביטחון משפטי ומניעת הטרדת בעלי-דין לאחר סיום משפטם. הוא נועד גם להבטיח את תקינות פעולתה של מערכת השיפוט ולמנוע את עיסוקה בעניינים חוזרים במחלוקת שכבר הוכרעה, בעוד מחלוקות רבות שטרם הוכרעו ממתונות בשער.¹³²

130 ראו למשל המאבק על הצגת הכנסות הולכות וקטנות מצד שני בני הזוג: תמ"ש (משפחה כ"ס) 12560/04 פלזניט נ' אלמוני (פורסם בנבו, 3.6.2004); תמ"ש (משפחה ת"א) 50770/03 כ.י. נ' כ.א. (פורסם בנבו, 8.1.2005); תמ"ש (משפחה כ"ס) 28050/04 א.ג. נ' א.מ. (פורסם בנבו, 20.3.2006).

131 אהרן ברק, מישאל חשין ויצחק אנגלרד דיני נזיקין – תורת הנזיקין הכללית 339, 341 (מהדורה שנייה, התשל"ז); פרשת ברדה, לעיל ה"ש 109, פס' 19.

132 עניין שטרית, לעיל ה"ש 9, בעמ' 475.

האם דיני המשפחה חסינים מפני נזקי ריבוי התדיינויות? האם אין בהם עומס המקשה להבטיח פעולה תקינה וחסכונית של המערכת השיפוטית? האם נעדרים הם את הצורך להבטיח את היציבות והוודאות באשר לכוחו המחייב של המעשה השיפוטי אף לאחר שינוי נסיבות מהותי?¹³³ ניתן להבין מוסדות חריגים בדיני המשפחה הנובעים מהפנים הייחודיות של הסכסוך המשפחתי,¹³⁴ כמו למשל דיון בדלתיים סגורות,¹³⁵ שחרור מכבלי הראיות וסדרי דין,¹³⁶ פיקוח בית המשפט עצמו על ביצוע פסקי דין¹³⁷ ועוד.¹³⁸ אך מה לפנים ייחודיות אלו ולהיעדר תחולתו של כלל מעשה בית דין? האין מקום לבחון בשנית את הצדקות הפגיעה באחידות הנורמטיבית בשיטת המשפט הישראלית בהחילה על נושאים בעלי אופי דומה וקרוב דינים מנוגדים לחלוטין?

גם הניסיון שלא ליצור מוסדות חריגים בשיטה המשפטית ולעגן את אפשרות פתיחת ההליך העתידי בדיני המשפחה בדוקטרינות הקיימות זה מכבר בשיטה, נתקל בקשיים. וכך כתבה זלצמן:

בהיעדר תנאי מפורש בהסכם עצמו בדבר היותו כפוף לשינוי, הרי משום טיבו של ההסכם, קורא בית המשפט לתוכו תנאי מכללא, כי שינוי בנסיבות מתיר פניה חוזרת לערכאות... מה טיבו של תנאי זה שקורא בית המשפט לתוך ההסכם ו"כופה" בכך על הצדדים מצב של אי ודאות בעתיד... אפשרות שספק אם אמנם היו הצדדים מוכנים באמת להביאה בחשבון בעת שערכו את ההסכם, שהרי הם עצמם נמנעו מלהתייחס אליה במפורש... (ומה) כאשר גילו הצדדים דעתם במפורש כי ברצונם לשים בכך סוף להתדיינות ביניהם, כלום אין לומר שבכך דחו הצדדים במפורש אפשרות

133 זלצמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 14: "אינטרס החברה הוא לשים סוף להתדיינות ובכך לשמור על כבודה ויוקרתה של המערכת השיפוטית ולהבטיח יציבות וודאות לגבי כוחו המחייב של המעשה השיפוטי".

134 דן ארבל ויהושע גייפמן "חוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995" הפרקליט מג 431 (1997).

135 ס' 68(ה) לחוק בתי המשפט.

136 ס' 8 לחוק בית המשפט לענייני משפחה, וכן תקנה 258ב(ג) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.

137 ס' 7 לחוק בית המשפט לענייני משפחה.

138 וכך כותב הנשיא ברק ברע"א 6558/99 חבס נ' חבס, פ"ד נד(4) 337, פס" 7 (2000): "נקבעו סדרי דין ודיני ראיות מיוחדים, המבקשים להתמודד עם יחסי האמון המיוחדים השוררים בתוך המשפחה. הוקמו מסגרות טיפוליות אשר מסייעות לבית-המשפט המקצועי בהכרעותיו בסכסוך שבין בני המשפחה".

כלשהי להכללתו של תנאי מכללא, הסותר בתוכנו, כאמור, את המוסכם במפורש ביניהם?¹³⁹

באמצעות דוקטרינות קיימות קשה אפוא למצוא צידוק רעיוני לאפשרות פתיחת ההליך בעתיד.¹⁴⁰ מה גם שאת אותו הסכם מכללא ה"כפוי" על הצדדים ניתן לקרוא בכל קביעת נזק. ואם הוא אינו נכון שם, אין הוא נכון בדיני המשפחה (!)

(ד) המשפט המשווה – מגוון דרכים לצמצום מוסד העילה הנמשכת

כפי שראינו בתחילת הרשימה, מוסד העילה הנמשכת קיים אף בשיטות המשפט ברחבי העולם, ואף באלו הוא מכיל את עילת החזקת הילדים, מזונות הילדים ומזונות האשה. עילת חלוקת הרכוש אינה נתונה לשינוי בשל השתנות הנסיבות. מטבע הדברים מתמודדות שיטות משפט אלו עם השאלה מהו שינוי נסיבות מהותי המצדיק את שינויו של הצו הקודם.¹⁴¹ בעניין זה יש שיקול דעת רחב לבתי המשפט בערכאות הנמוכות,¹⁴² והחלטותיו לא תתהפכנה בקלות על ידי ערכאות הערעור.¹⁴³ שיקול דעת רחב זה הביא מטבע הדברים ליישום לא זהה של כלל שינוי הנסיבות¹⁴⁴ וגרר אי-אחידות נורמטיבית ואי-בהירות בפסיקה.¹⁴⁵ במדינות מסוימות אף קבעה הפסיקה כי כלל שינוי הנסיבות אינו כלל

139 זלצמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 290.

140 עוד יצוין כי מוסד חריג זה אף אינו מסתמך על הסדר נוסף בדיני החוזים, הקרוב לו רעיונית, והעוסק בביטולו של חלק מחוזה, והוא ס' 19 לחוק החוזים (חלק כללי) וס' 7(ג) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970.

141 ראו למשל Steven Pradell, *Family Law: Changes to Custody Orders*, 32 AK. BAR. RAG. 21 (2008).

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

143 *Pridgeon v. Superior Court*, 655 P.2d 1, 3 (Ariz. 1982) ("trial court has broad discretion to determine whether change of circumstances has occurred and decision will not be reversed absent clear abuse of discretion"); *Kirk v. Kirk*, 770 N.E.2d 304, 307 (Ind. 2002) ("trial court's judgment in modifying custody and visitation rights will only be reversed if 'clearly erroneous'").

144 Scott Bassett, *Changing Circumstances, Changing Agreements: Standards for Modification are Uniform, but how the Courts Apply Them Varies*, 8 FAM. ADVOC. 29, 29 (1986).

145 Richard Montes, *The Changed-Circumstances Rule and the Best Interest of the Child*, 24 LOS ANGELES LAWYER 12 (2001) ("The changed-circumstance rule is a judicially

"נוקשה", וניתן לשנות החלטות קודמות אף בהתעלם ממנו.¹⁴⁶ למותר להכביר מילים עד כמה חשובה הבהירות הפסיקתית בעניינים אלו, העוסקים בבני זוג ובילדים הנמצאים במשבר הפרדה, ועד כמה הוודאות והיציבות הן מצרכים חיוניים לנפשות הפועלות. דומה כי שיטות המשפט ברחבי העולם לא רוו נחת ממוסד זה ומצאו דרכים שונות לסייגו ולצמצמו. המגמה הרווחת היא להקשות על פתיחת הליך בשנית בשל שינוי נסיבות גם אם מהותי.¹⁴⁷ שיטת המשפט באוהיו למשל קובעת כי ערכאה שיפוטית אינה מוסמכת לשנות את שיעור מזונות האישה או את משכו אם ההסכם שנערך בין הצדדים לא הסמיכה מפורשות לכך, או במקרה של הכרעה על ידי צו של ערכאה שיפוטית, אם לא הוסמכה מפורשות על ידי הצו:

ORC Ann. (2008) § 3105.18. Award of spousal support; modification

(E) ...the court that enters the decree of divorce or dissolution of marriage does not have jurisdiction to modify the amount or terms of the alimony or spousal support unless the court determines that the circumstances of either party have changed and unless one of the following applies:

created doctrine rooted in the concept of *res judicata*. The intent of the rule is to supplement the statutorily mandated 'best interest of the child' standard by recognizing the child's right to stability and continuity in his or her living arrangements. In the application of the rule, however, what is or is not a change of circumstances has been inconsistently defined, ill-defined, and most often not defined at all")

146 ראו למשל *Goto v. Goto*, 52 Cal. 2d 118, 123 (1959). כן ראו *Joan G. Wexler, Rethinking the Modification of Child Custody Decrees*, 94 YALE L.J. 757, Sec D (1985) ("Despite its apparent rationality, the changed circumstances standard has been rejected by some courts and legislatures on the ground that the interests of the children for outweigh the policies behind the *res judicata* doctrine, and that therefore a pure best interests standard is preferable. Criticism of the traditional standard has also come from the opposite pole, with the assertion that there is no inconsistency between *res judicata* policies and an individual child's best interests; children are more likely to fare best when left with their current custodian")

147 *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670, para 99 ("In my view, having regard for the wording of s. 17(4) of the Act, the preliminary threshold test ensures that child support orders will not be re-assessed by courts anytime a change, however minimal, occurs in the circumstances of the parties or their children. This approach recognizes the value in some degree of certainty and stability between the parties. Parties must be encouraged to settle their difficulties without coming before the courts on each and every occasion")

- (1) In the case of a divorce, the decree or a separation agreement of the parties to the divorce that is incorporated into the decree contains a provision specifically authorizing the court to modify the amount or terms of alimony or spousal support.
- (2) In the case of a dissolution of marriage, the separation agreement that is approved by the court and incorporated into the decree contains a provision specifically authorizing the court to modify the amount or terms of alimony or spousal support.¹⁴⁸

כמו כן שיטות משפט מסוימות הציבו גבולות של זמן, בדרך כלל שנתיים, בטרם יהיה ניתן לפתוח הליך של התאמת הצו לשינוי הנסיבות.¹⁴⁹ שיטות משפט אחרות הגדירו, לעתים אף בחקיקה, מה ייחשב שינוי נסיבות וביקשו לצמצם את שיקול דעתה של ערכאה שיפוטית, ובכך לשמר אחידות ובהירות בפסיקה.¹⁵⁰ שיטות אחרות קבעו כי נסיבות מסוימות שנידונו

148 את בשונה משיטת המשפט הישראלית שלפיה אין צורך בהסמכה מפורשת כדי שערכאה שיפוטית תהא רשאית לשנות צו קודם, ודי כי הצדדים או הצו שתקו כדי לאפשר השינוי. לא זו אף זו, אף אם הצדדים יגבילו מפורשות בהסכם את אפשרות השינוי, הדבר לא יועיל להם, משום שרואים בהסכמים בעניינים האמורים – מכילים אינטגרלית את אפשרות השינוי. ראו לעיל ה"ש 48.

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

כן ראו למשל: 2005 Wis. ALS 443, Se 767.451: "Revision of legal custody and physical placement orders: (1)(a) Within 2 years after initial order... a court may not modify any of the following orders before 2 years after the initial order, unless a party seeking the modification, upon petition, motion, or order to show cause shows by substantial evidence that the modification is necessary because the current custodial conditions are physically or emotionally harmful to the best interest of the child"

וכן למשל החוק במונטנה: Mont. Code Anno., § 40-4-208 (2007): "(2)(a) Except as provided in 40-4-251 through 40-4-258, whenever the decree proposed for modification does not contain provisions relating to maintenance or support, modification under subsection (1) may only be made within 2 years of the date of the decree"

150 ראו למשל Alaska Rules. Civ. Proc. 90.3: "... (h) Modification – (1) Material Change of Circumstances. A final child support award may be modified upon a showing of a material change of circumstances as provided by state law. A material change of

ונצפו עוד במהלך ההסכמה הראשונית או ההחלטה הראשונית לא יישמשו בסיס לפתיחת הליך בגין שינוי נסיבות.¹⁵¹ למרבה הצער, שיטת המשפט הישראלית לא אימצה ולו אחת מדרכים אלו כדי לקבוע גבולות ברורים יותר לפתיחת הליך בגין שינוי נסיבות, ובכך הותירה את הצדדים לסכסוך המשפחתי לערפל משפטי המביא לחוסר ודאות, לפגיעה בצפיות ולחשש תמידי מפני פתיחת הליך נוסף.

ו. אחרית דבר

הלכת לוי והלכת אמיר, העוסקות בסוגיית סמכות השיפוט של בית הדין בעילה הרכושית בגל ההתדיינות השני, שימשו נקודת מוצא לרשימה זו. הלכות אלו קבעו, בניגוד להלכות קודמות בבית המשפט העליון, כי העילה הרכושית אינה עילה נמשכת, ממילא לא חל עליה כלל ההמשכיות, וממילא אין בית הדין רוכש סמכות בעניינה בגל ההתדיינות השני אף אם הדיון הראשון התקיים בין כתליו. קביעה זו הביאה לטלטלה בדיני המשפחה בישראל במנעה מבית הדין להמשיך ולדון בהסכם שאותו אישר. ניתוח הלכות אלו מעורר למחשבה ולתהייה בדבר מקומו והצדקתו של מוסד העילה הנמשכת בדיני המשפחה בישראל, בדבר יחסי הגומלין בינו לבין עילת החלוקה הרכושית והשוואתו למצב המשפטי במדינות העולם. הלכות אלו גלגלו לפתחו של בית המשפט העליון הזדמנות לבחינה מחודשת של מוסד זה על עילותיו השונות ועל העילות החסרות בו. לטעמי, הייתה זו העת כי בית המשפט העליון

circumstances will be presumed if support as calculated under this rule is more than 15 percent greater or less than the outstanding support order”

כן למשל קובע החוק בפלורידה מהו המרחק שהורה יעביר את הילד ממקום מושבו כדי שייחשב הדבר שינוי נסיבות: – Parental relocation with a child – 2008 Fl. ALS 61.13001: (1) Definitions. As used in this section: (a) ‘Change of residence address’ means the relocation of a child to a principal residence more than 50 miles away from his or her principal place of residence at the time of the entry of the last order establishing or modifying the designation of the primary residential parent or the custody of the minor child.”

151 ראו למשל Michel v. Michel, (1988), 18 R.F.L. (3d) 182 (Ont. S.C.); Gaudet v. Gaudet (1988), 15 R.F.L. (3d) 65 (P.E.I.C.A.); Wheeler v. Wheeler, 548 N.W.2d 27 (N.D. 1996) (“Modification of spousal support was not warranted where the changed circumstances, the husband’s retirement and health problems and the wife’s increase in income, were contemplated or foreseeable at the time of the stipulation and decree regarding support”).

יביט על הסוגיה כולה בפריזמה רחבה יותר, יבחן את הקשיים הניצבים בפני בני זוג בסכסוך גירושין בשיטת המשפט הישראלית, כעולה מפרשות אלו, ויעלה הצעות עקרוניות ורוחביות לסילוקם.

רשימה זו ביקשה להשלים דיון חסר זה ובתוך כך קראה תיגר על מתכונתו הנוכחית של מוסד העילה הנמשכת בדיני המשפחה בישראל. דומה כי ההסדר הנהוג כיום בסוגיה זו אינו מאזן נכונה בין כל האינטרסים הקיימים בזירה. סיווג עילות מסוימות בלבד כעילות נמשכות, תוך מתן אפשרות לשנותן, ללא כל תנאים מוגדרים לשינוי וללא כל הגבלות מלבד הדרישה ל"שינוי נסיבות מהותי", מביא ללא מעט רעות חולות: ריבוי התדיינויות, חוסר ודאות, חוסר הגינות, חוסר אחדות נורמטיבית, פגיעה במוטיבציה לסיים הסכסוך בהסכם, פגיעה במוטיבציה לשיקום ועוד. רשימה זו הציעה שתי הצעות המבקשות לאזן, כל אחת בפני עצמה, איזון טוב יותר את האינטרסים הקיימים בדיני המשפחה. הצעה אחת הציעה להרחיב את תחולת העילה הנמשכת ולהחילה על כל העילות בדיני המשפחה, לרבות ובעיקר על העילה הרכושית, וזאת לשם יצירת איזון ראוי והוגן יותר בין כל העילות. הצעה שנייה, לעומתה, הציעה לבטל לחלוטין את מוסד העילה הנמשכת ולהחיל על דיני המשפחה את ההסדר החל על כל השיטה המשפטית, מעשה בית דין וסופיות הדיון. גם משיטות המשפט ברחבי העולם ניתן ללמוד על מורת הרוח ממוסד העילה הנמשכת ועל הגבלתו באופנים שונים.