

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 1472-02-17

לפני הרכב כב' השופטים:

סארי ג'יוסי [אב"ד]

חננאל שרעבי

אספרנצה אלון

בעניין הקטינים:

1. י.כ.

2. מ.כ.

המערערת:

נ.כ.

ע"י ב"כ עוה"ד ש. שואף-דגן

נגד

המשיב

א.כ.

ע"י ב"כ עוה"ד ד. ענבר-סברדליק

חקיקה שאוזכרה:

[פקודת הראיות \[נוסח חדש\], תשל"א-1971: סע' 20](#)

[חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962: סע' 14, 15](#)

[חוק אמנת האג \(החזרת ילדים חטופים\), תשנ"א-1991](#)

[חוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה-1995](#)

ספרות:

[חמי בן-נון, טל חבקין, הערעור האזרחי \(מהדורה 3, 2012\)](#)

[פ' שיפמן, דיני המשפחה בישראל \(כרך א, תשנ"ה\)](#)

כתבי עת:

[א"ח שאקי, "אפיונים בדיני משמורת קטינים", עיוני משפט, כרך י \(תשמ"ד-תשמ"ה\) 5](#)

[דפנה הקר, רות הלפרין-קדרי, "כללי ההכרעה בסכסוכי משמורת", משפט וממשל, טו \(ספטמבר 2013\) 91](#)

[דניאל גוטליב, "משמורת משותפת: היבטים פסיכולוגיים", רפואה ומשפט, 46 \(יולי 2012\) 223](#)

מיני-רציו:

* "טובת הקטין" אינה השיקול הבלעדי בנסיבות בהן הסדרי השהייה נקבעו במסגרת הסכם בין הצדדים, שאושר וקיבל תוקף של פסק-דין, ויש לבחון אם חל שינוי נסיבות מהותי.

* משפחה – משמורת קטינים – משמורת משותפת

* משפחה – משמורת קטינים – הסדרי ראייה

* משפחה – משמורת קטינים – הסכמת הצדדים

* משפחה – הסדרי ראייה – טובת הילד

ערעור על פסק-דין של בית משפט לענייני משפחה, במסגרתו שונתה משמורת הקטינים, כך שהאחריות ההורית תהפוך להיות משותפת והורחבו הסדרי השהייה באופן שיתווסף לילה נוסף בעת השהייה אצל המשיב.

בית המשפט המחוזי קיבל את הערעור בחלקו ופסק:

קביעת משמורת פיזית של הילד בידי מי מההורים, אין בה כדי לפגוע במשמורת המשפטית המשותפת של ההורה שאיננו ההורה המשמורן. זכותו וחובתו של ההורה שאיננו משמורן, להביע דעתו בכל ענייני היומיומיים של ילדו, ללא כל קשר להיקף הסדרי השהייה שלו. במקרים של משמורת פיזית בלעדית, יש להכיר בצמצום המשמורת המשפטית של ההורה שאיננו משמורן, באופן שהאחריות לטיפול היומיומי והשגרתי תיוחד להורה המשמורן ועל החלטות חשובות לחייו של הילד תהא משמורת משפטית משותפת. "משמורת משותפת" אינה "דרך המלך", חלוקת זמנים שווה של הילדים אצל ההורים, מגשימה את מאוויי ההורים אך לא בהכרח מיטיבה עם הילדים. "טובת הקטין" אינה השיקול הבלעדי בנסיבות בהן הסדרי השהייה נקבעו במסגרת הסכם בין הצדדים, שאושר וקיבל תוקף פסק-דין, ויש לבחון אם חל שינוי נסיבות מהותי. במקרה זה אין להתערב בקביעות בימ"ש קמא, כי האחריות ההורית תהא משותפת, כאשר הכוונה היא שהמשמורת הפיזית תהא משותפת. בנסיבות דנן, בהן זמני השהייה השוויוניים נקבעו בהסכם ומתקיימים מזה שנים, קביעת משמורת פיזית משותפת אינה מהווה שינוי בהסכם אלא מתן הגדרה חדשה להסדר הנוהג בפועל ולכן לא נדרש שינוי נסיבות. להבדיל, להוספת לילה נדרש שינוי נסיבות מהותי וזה לא הוכח, מה גם שטובת הילדים היא להותיר את הסדרי השהייה במתכונת שנקבעה בהסכם.

פסק דין

השופט סארי ג'יוסי – אב"ד

ערעור על פסק-דין של בית משפט לענייני משפחה בחיפה (כב' השופטת ענבל קצב-קרן), מיום 9.1.17, בתמ"ש 27694-06-13 (להלן: "פסק-הדין"), במסגרתו קיבל בית משפט קמא את תביעת המשיב לשינוי משמורת הקטינים, כך שהאחריות ההורית תהפוך להיות משותפת לצדדים, וכן קיבל את עתירתו של המשיב להרחיב את הסדרי השהייה של הילדים באופן שבכל סופ"ש (לסירוגין) שבו הילדים לנים אצל המשיב, ילונו הילדים אצלו לילה נוסף (הלילה שבין מוצ"ש לראשון).

השאלות המרכזיות הניצבות לפנינו בערעור זה הן אלה –

- א. האם חל שינוי נסיבות מהותי המצדיק את שינוי הסדר המשמורת והסדרי השהייה אשר נקבעו במסגרת הסכם שאושר על ידי בית המשפט לענייני משפחה וניתן לו תוקף של פסק-דין?
- ב. מה משמעות הסדר "אחריות הורית משותפת" אותו קבע בית משפט קמא כהסדר שיחול על ההורים וילדיהם? ומה בינו לבין "משמורת משותפת" (משמורת משפטית משותפת ומשמורת פיזית משותפת)?
- ג. מהם השיקולים שעל בית המשפט לשקול בנסיבות בהן מסקנות חוות-דעת המומחה מטעם בית המשפט עומדות בסתירה למסקנות פקידת הסעד בתסקירי הסעד?

רקע עובדתי רלבנטי

1. הצדדים נישאו זל"ז כדמו"י ביום 23.8.95.
2. מנישואיהם נולדו לצדדים 3 ילדים (להלן: "הילדים"):
 - ד. כיום כבן 19.5 שנים (בגיר);
 - י. כיום כבן 15 שנים (קטין);
 - מ. כיום כבת 13.5 שנים (קטינה).
3. ביום 31.3.11, ולאחר הליך גישור, נכרת בין הצדדים הסכם שכותרתו "הסכם פרידה" (להלן - **ההסכם**). ביום 26.4.11 אישר בית משפט קמא את ההסכם ונתן לו תוקף של פסק דין.
4. במסגרת ההסכם, הסדירו הצדדים את מכלול המחלוקות הכרוכות בפרידה, ובכלל זה את ענייני הרכוש, מזונות הילדים, וכן את ענייני משמורת הילדים, הסדרי הראייה לתקופות החגים, וזמני שהיית הילדים עם המשיב, אשר היוו חלק מרכזי בהסכם.
5. אלה היו עיקרי ההסכמות בנושא משמורת הקטינים והסדרי השהייה, הרלבנטיים להכרעה בערעור זה:
 - א. משמורתם והחזקתם של הילדים תהא בידי המערערת וזאת עד הגיעם לגיל 18 שנים.
 - ב. היה ומי מהילדים ירצה לעבור להתגורר עם המשיב, וכתוצאה מכך יהיה צורך בשינוי המשמורת, ידונו הצדדים במשותף בעניין כאשר טובת הילדים לנגד עיניהם ולא יעשה כל שינוי, אלא אם כן הסכימו עליו מראש.
6. הילדים ישהו עם המשיב ויהיו באחריותו יומיים בשבוע כולל לינה, מסיום הלימודים ועד למחרת (ימי שני וחמישי); ובכל סופ"ש שני, כאשר סופ"ש אחד בחודש ישהו הילדים עם המשיב ויהיו באחריותו מיום שישי עד מוצ"ש, וסופ"ש נוסף בחודש ישהו הילדים עם המשיב ויהיו באחריותו מיום שישי ועד יום ראשון לאחר סיום הלימודים.
 - א. ביום 19.11.12, נכרת בין הצדדים הסכם מתוקן, אשר עוסק בביצוע חלוקת הרכוש ואיזון המשאבים (להלן - **התיקון להסכם**; כפי שכונה על ידי בית משפט קמא). כבר

בתיקון להסכם ניתן היה לראות את ניצני הסכסוך הממשמש ובא, באופן שהצדדים ציינו בשוליו, כי קיימת ביניהם מחלוקת בענייני הילדים ובכלל זה בסוגיית זמני השהייה שלהם אצל כל אחד מההורים, וכי הם מתחייבים לפעול בשיתוף פעולה ליישוב המחלוקת. התיקון להסכם אושר על ידי בית משפט קמא וניתן לו תוקף של פסק-דין ביום 9.12.12.

ב. בהתאם להסכם, החליטו הצדדים להתגרש זמ"ז בחלוף כשנתיים, וביום 2.5.13 סודר ג"פ בין הצדדים.

7. על אף הצהרותיהם והתחייבויותיהם ההדדיות בתיקון להסכם, הצדדים לא הצליחו לגשר על המחלוקות, ובהעדר הסכמות, הגיש המשיב ביום 13.6.13, תביעה לשינוי המשמורת כך שתהא משמורת משותפת, וכן עתר לחלוקת זמני שהייה של הילדים באופן שיויוני יותר בין הצדדים.

פסק דינו של בית משפט קמא

8. בית משפט קמא ניהל הליך ממושך במסגרתו התקיימו מספר דיונים, לרבות דיוני הוכחות, במהלכם נחקרו הצדדים, וכן נחקרו המומחה מטעם בית משפט קמא, דר' דוד יגיל והעו"ס לסדרי דין אשר הגישה לבית משפט קמא מספר תסקירי סעד.

9. בית משפט קמא ניתח את עדויות הצדדים והמומחים וכתב פסק-דין אשר בחלקו מפורט ומנומק, אך חלקו השני, זה הנוגע להרחבת הסדרי השהייה, חסר הוא נימוקים. קביעות בית משפט קמא יובאו וינותחו במסגרת ההכרעה בערעור.

תמצית טענות המערערות

א. תביעת המשיב לשינוי המשמורת והסדרי השהייה, נעדרת כל עילה משפטית ו/או עובדת חדשות, המצדיקות שינוי ההסדרים שנקבעו בהסכם.

ב. ההסכם כולל מערכת שלמה ומורכבת של חיובים והסדרים השלובים זה בזה, ואי אפשר לבדדם. המשיב אינו יכול לעתור לביטול ההוראות העוסקות במשמורת והסדרי השהייה, כחלק נפרד מיתר הוראות ההסכם, אשר רובו ככולו כבר בוצע.

ג. בית משפט קמא סטה ממסקנות חוות-דעת המומחה, והעדיף על פניה את תסקיר פקידת הסעד, בלי שנתן כל נימוק ו/או טעם בעל משקל, המצדיק סטיה מממצאי חוות-הדעת.

ד. הרחבת הסדרי השהייה פוגעת בטובתו של י'. בית משפט קמא לא נתן את המשקל הראוי לצרכיו המיוחדים של י' והעדיף את טובתו של המשיב.

- ה. חוות-דעת המומחה הינה יסודית, מעמיקה, אשר נכתבה על ידי מומחה בעל מוניטין רב, שתחום התמחותו הספציפי הוא אבחון ילדים בעלי הפרעות קשב וריכוז ולקויות למידה.
- ו. המשיב אינו יכול לעתור להרחבת הסדרי השהייה שלו עם ילדיו, בא בעת שהוא אינו ממצה את הסדרי הראייה אשר נקבעו בהסכם.
- ז. הילדים הביעו רצונם המפורש, כי המצב הקיים יישמר. לחילופין, גם אם תאמר שהרצון איננו חד-משמעי, הרי שעובדה זו היתה אמורה להטות את הכף להעדפת שימור המצב הקיים ולא לשינוי ההסדר.
- ח. בית משפט קמא העניק למשיב סעדים בנוגע להסדרי השהייה בחגים ובחופשות, כאשר אלה לא נתבעו על ידו.
- ט. בית משפט קמא שגה כאשר קיבל את עמדת פקידת הסעד וקבע, כי האחריות ההורית תהא משותפת.
- י. קביעת המשמורת הבלעדית בידי המערערת לא פגעה בזכויותיו של המשיב כאפוטרופוס. המשיב אומנם מעורב בגידול הילדים, אולם בפועל האחריות ההורית מוטלת על המערערת, ולא היה כל מקום לקבוע אחריות הורית משותפת.
- יא. בית משפט קמא לא בחן כלל האם התקיימו התנאים להחלת הסדר אחריות הורית משותפת על אף שברור כי שני תנאים הכרחיים אינם מתקיימים. בית משפט קמא לא נתן משקל ראוי לקונפליקט ההורי הגבוה בו מצויים הצדדים, ולהעדר שיתוף הפעולה ביניהם, כאשר אלה אינם מאפשרים קיומה של אחריות הורית משותפת.
- יב. שינוי הכותרת בשעה שממילא מתקיימים הסדרי שהייה רחבים, דווקא יהיה "מנוף" לויכוחי סרק ויעצים את המחלוקות ביניהם.

11. טענות המשיב

- א. פקידת הסעד כתבה את עמדתה בתסקיר וחזרה על כך גם בעדותה, כי הרחבת הסדרי השהייה ללילה נוסף במוצ"ש, תתאים יותר לצרכי הילדים ולא תפגע בטובתם.
- ב. פקידת הסעד הכירה ובחנה את המשפחה במשך תקופה ארוכה, נפגשה עם הצדדים, עם הקטינים והיתה מעורבת ובקשר עם גורמים נייטרליים כגון מוסדות חינוך.
- ג. תסקיר הסעד אומנם איננו בגדר חוות-דעת כמשמעותה בסעי' 20 לפקודת הראיות [נוסח משולב], תשל"א-1970, אולם לתסקיר מוענק מעמד מיוחד בחיקוקים שונים, ונקבע כי יש לתת לו משקל יתר.

- ד. חוות-דעת המומחה פסולה, בשל היכרות קודמת בינו לבין המערערת. לא היה מקום למנותו כמומחה, ובנסיבות המקרה דנן, ניתן היה להסתפק בתסקיר הסעד.
- ה. גם כאשר מונחת בפני בית המשפט חוות-דעת מומחה, בית המשפט איננו "חותמת גומי" ואין הוא פטור מהפעלת שיקול דעת.
- ו. טובת הילד היא שיקול העל בכל הכרעה בענייני קטינים, ובוודאי בענייני החזקה והסדרי ראייה. טובת הילד מחייבת שהילד יגדל במחיצת שני הוריו במסגרת תא משפחתי יציב ואוהב. המלצות ועדת שניט טרם הפכו לחוק מחייב והנן בגדר המלצות, יחד עם זאת, לאמור בהן יש ליתן משקל רב.
- ז. השינוי שקבע בית משפט קמא בפסק-הדין, הינו שינוי מינורי של לינת לילה אחד בלבד, פעם בחודש במוצ"ש.

דיון והכרעה

12. לאחר שבחנתי את פסק-דינו של בית משפט קמא, את טענות הצדדים בכתב ובעל-פה וכן עיינתי בתיקי המוצגים, הגעתי למסקנה, כי יש לקבל את הערעור באופן חלקי כך שהסדרי השהייה, לרבות הסדר הלינה של הילדים אצל המשיב, לא יורחבו והם יוסיפו להתקיים באותה המתכונת שנקבעה בהסכמה. בכל הנוגע לקביעות בית משפט קמא באשר להחלתו של הסדר אחריות הורית משותפת, דעתי היא, כי יש לדחות את הערעור, ולהותיר את קביעת בית משפט קמא על כנה. אפרט להלן את טעמי לתוצאה אליה הגעתי.

"אחריות הורית משותפת" – הנורמה המשפטית

13. החלק האופרטיבי של פסק-דינו של בית משפט קמא, נפתח בכותרת: "קביעת 'משמורת משותפת' /אחריות הורית משותפת" (עמ' 16 לפסק-הדין). בסעי' 63 המסכם את אותו פרק, נשמט המושג "משמורת משותפת" ונותר המושג "אחריות הורית משותפת".

וכך קבע בית משפט קמא בסעי' 63:

"כאמור, עפ"י מהות העניין – האב והאם, שניהם הורים מטיבים לילדיהם ועל שניהם חלה אחריות הורית בקשר אליהם כמו גם החובה והזכות לדאוג ולספק צרכיהם.
אחריותם ההורים (צ"ל: "ההורית". ס.ג.). של הצדדים תבוא לידי ביטוי אף בחלוקת הזמן ההורי.
הנני מורה איפה (כך במקור - ס.ג.). כי האחריות ההורית תהא משותפת לצדדים".

14. מה משמעותה של "אחריות הורית משותפת"? האם הלכה למעשה מדובר בהסדר "משמורת משותפת" או שמא מדובר בהסדר בעל משמעות שונה או רחבה יותר? למה התכוון בית משפט קמא בעשותו שימוש במושג "אחריות הורית משותפת"? על שאלות אלה ונוספות נסב הדיון שלהלן.
15. עקרון "האחריות ההורית המשותפת" מעוגן באמנת האו"ם בדבר זכויות הילד (נובמבר 1989) [להלן: "האמנה"]. וכך נקבע בסעי' 18 לאמנה: "המדינות החברות יעשו כמיטב מאמציהן להבטיח הכרה בעיקרון כי לשני ההורים אחריות משותפת לגידול הילד והתפתחותו".
- ישראל אישרה את האמנה ביום 4.8.91 והיא צד לה (האמנה נחתמה ביום 20.11.89).
16. לעקרון "האחריות ההורית המשותפת" שיושם באמנה, נמצא ביטוי בסעי' 14-15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 (להלן: "חוק הכשרות") הקובעים כך:

"מעמד ההורים

14. ההורים הם האפוטרופסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים".

"תפקידי ההורים

15. אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו".
17. בדברי ההסבר להצעת החוק (ה"ח 456 מיום 26.2.1961 בסעיפים 16-22) נכתב, כי ישנם כמה קוים מאפיינים להוראות אותו פרק והם: "חובת הדאגה לילד חלה על שני ההורים כאחד (סעיף 16); קיים שיתוף ותיאום בין האב והאם (סעיפים 22, 24); מן ההורים נדרשת רמה גבוהה של אחריות (סעיפים 18, 27, 31); ורק כיוצא מן הכלל יכול ביהמ"ש לפטרם מאחריות זו (סעיף 28)".
18. האפוטרופסות המשותפת של ההורים, הקבועה בחוק הכשרות, "מחייבת קבלת החלטות משותפות על ידי שני ההורים בכל עניין הנוגע בילד, החל ברישום לחוגים וכלה בקבלת טיפול פסיכולוגי או רפואי, בין שמדובר בענייני יומיום ובין שמדובר בשינוי אורחות חיים" (ראה פרופ' דפנה הקר ופרופ' רות הלפרין-קדרי, "כללי ההכרעה בסכסוכי משמורת" – על סכנותיה של אשליית הדמיון ההורי במציאות ממוגדרת", משפט וממשל טו' (תשע"ג), 91, בעמ' 127).

19. צא ולמד : אפוטרופסות ההורים, לא רק שהיא משותפת, אלא שהיא גם שווה, ללא כל יתרון להורה אחד על השני (ראה פרופ' אבנר ח' [שאקי אפיונים בדיני משמורת קטינים](#), עיוני משפט י' (תשמ"ד) בעמ' 24).
20. כיצד באה לידי ביטוי "האפוטרופסות המשותפת" בפסיקת בתי המשפט? האפוטרופסות המשותפת היא למעשה - "המשמורת המשפטית המשותפת". המושג "משמורת" מופיע בהוראות חיקוק אחדות, כגון: חוק הנוער (דרכי טיפול והשגחה), תש"ח-1960, [חוק אמנת האג \(החזרת ילדים חטופים\)](#) תשנ"א-1991; [חוק בית המשפט לענייני משפחה](#), תשנ"ה-1995 ועוד, אך חוק הכשרות, החוק המסדיר את יחסי הורים וילדיהם, אינו נוקט בלשון "משמורת" ואין כל הגדרה בחוק למושג "משמורת", לא כל שכן "משמורת משותפת".
21. יחד עם זאת, "האפוטרופסות המשותפת" שבחוק הכשרות, זכתה בפסיקה להגדרה - "משמורת משפטית משותפת", ואילו החזקתו של הילד זכתה להגדרה "משמורת פיזית" (בלעדית או משותפת).

על כך הביע בית המשפט העליון דעתו הנחרצת בהאי-לישנא :

"מן ההסדר הקבוע בחוק הכשרות מתחדדת הבחנה בין שני מושגים של משמורת – משמורת משפטית ומשמורת פיזית. במצב הרגיל, שני ההורים הם המשמורנים המשפטיים של הילד, במובן זה שלשניהם יחד מסורה הזכות לקבוע היכן יתגורר והיכן ישהה. בשל אילוצים מעשיים, במקרים רבים שבהם אינם מתגוררים יחד, הילד גר דרך קבע בביתו של אחד מהם, כפי שמורה בית המשפט. במקרה זה, אותו הורה הוא בעל הזכות למשמורת פיזית בילד, ואילו ההורה האחר זכאי להסדרי ראייה. במקרים אחרים, שני ההורים חולקים גם במשמורת הפיזית, כך שהילד מחלק את זמנו בין בתייהם. מכל מקום, לענייננו חשוב להבהיר כי גם כאשר אחד ההורים אינו המשמורן הפיזי של הילד, הוא אינו מאבד בכך את מעמדו כאחד המשמורנים המשפטיים שלו, מן ההיבט של הזכות לקבוע היכן יגור הילד, ומה יהיו אורחות חייו" ע"פ 5463/11 פלוגית נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (26.2.13).

22. צא ולמד : קביעת משמורת פיזית של הילד בידי מי מההורים, אין בה כדי לפגוע ו/או לפגום במשמורת המשפטית המשותפת של ההורה שאיננו ההורה המשמורן (הפיזי). ראה [עמ"ש 49158-07-13 \(ת"א\) ע' ש' ב' נגד ק' ש', 11.5.14 \[אתר נבו\]](#), עמ' 11-12 לפסה"ד).

23. הביטוי "אחריות הורית משותפת" שנעשה בו שימוש בפסק-הדין של בית משפט קמא, הופיע לראשונה בדו"ח הוועדה לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין, שלב ב' – דו"ח משלים, ספטמבר 2011, עמ' 60 (להלן: "דו"ח ועדת שניטי"). ועדת שניט המליצה להחליף את המושגים "משמורת משפטית" ו- "אפוטרופסות" במושג "אחריות הורית", תוך שהוועדה מדגישה, כי אחריות ההורים לילדיהם תהא משותפת (יחד ולחוד).
24. המושג "אחריות הורית" הוגדר בסעי' 7 (א) להצעת חוק הורים וילדיהם, תשע"ו-2016, באופן הבא: "להורים אחריות שווה, יחד ולחוד, להחליט ולפעול בענייניהם של ילדם או ילדם, לממש את זכויותיהם ולייצגם, בדרך ההולמת את טובת הילדה או הילד כשיקול ראשון במעלה (בחוק זה – אחריות הורית)".
25. בדברי ההסבר לתזכיר הצעת החוק נכתב, כי גם כאשר ההורים נפרדים ומתחלקים במימוש האחריות ההורית, אחריותם לילדיהם עדיין משותפת (עמ' 5 לתזכיר הצעת החוק).
26. לפי דעתן של המלומדות פרופ' דפנה הקר ופרופ' רות הלפרין-קדרי, האחריות ההורית המשותפת דומה למצב המשפטי הנוהג כיום בחוק הכשרות, בכך שהאחריות המשותפת של ההורים נשארת בעינה, גם כאשר נקבע שהילד יהיה בהחזקתו הפיזית הבלעדית של הורה אחד (ראה מאמרו של דפנה הקר ורות הלפרין-קדרי לעיל, בעמ' 95 ו-125).
27. השאלה האם ישנה הבחנה בין אחריות הורית משותפת לבין משמורת משפטית משותפת או שמא המדובר בטרמינולוגיה גרידא, חורגת ממסגרת ההכרעה בערעור זה, מאחר וכפי שיפורט להלן, קביעת בית משפט קמא עוסקת במשמורת הפיזית של הילדים.
- בהערת אגב, אביע דעתי, כי מבחינה משפטית, מושג "האחריות ההורית המשותפת" רחב יותר ממושג "משמורת משפטית משותפת", בין היתר, משום ש"הזרקור" מופנה לעבר הילד והפריזמה לבחינה היא זכויות הילד מול ההורים.

הקשיים והמכשולים שמציבה "המשמורת המשפטית המשותפת"

28. משמורת משפטית משותפת רחבה ומלאה כאשר המשמורת הפיזית נתונה בלעדית לאחד ההורים, יוצרת קשיים רבים במצבים בהם הקונפליקט בין ההורים נמשך בעוצמה המקשה על שיתוף הפעולה. מקרים אלה, הם כר פורה ונרחב לסכסוכים ולמחלוקות רבות בין ההורים. לכאורה, במצבים שכוחים אלה, להורה שאיננו משמורן פיזי, הזכות והחובה להיות שותף לכל החלטה הנוגעת לאורחות חייו ולשגרת יומו של הילד. במילים נוספות: זכותו וחובתו של ההורה שאיננו משמורן פיזי, להביע דעתו ועמדתו בכל ענייניו היומיומיים של ילדו, שוליים ומינוריים ככל שיהיו, ללא כל קשר להיקף הסדרי השהייה שלו עם ילדיו. במקרים מסוג זה, ישנו חשש מובנה, כי האמוציות ומשחקי הכוח והשליטה בין ההורים, הם שינחו אותם במאבקי המשמורת ולא טובת הילד.

29. בשיטות משפט בחלק ממדינות אירופה (הולנד ואיטליה לדוג'), צו המשמורת כולל הן את האחריות למגורי הילד והן את האחריות לטיפול היומיומי השוטף בילד, לרבות הסמכויות החוקיות ביחס לילד, ואלה רוכזו בידי ההורה המשמורן. באותן מדינות, במצבים בהם המשמורת הפיזית אינה משותפת, קיימת הבחנה בין החלטות חשובות המחייבות את הסכמת שני ההורים, לבין החלטות שגרתיות ויומיומיות, שבהן ההורה המשמורן הפיזי רשאי להכריע בהן לבדו.

30. דומני, כי אותו מצב משפטי השורר באותן מדינות זרות הוא המצב הרצוי וניתן לטעמי להחילו בשיטת המשפט בישראל. במקרים של משמורת פיזית בלעדית, יש להכיר בצמצום המשמורת המשפטית של ההורה שהילד אינו מתגורר עמו, באופן שהמשמורת המשפטית תהא מורכבת משני רבדים: האחד, ייחוד האחריות לטיפול היומיומי והשגרתי להורה המשמורן הפיזי; השני, משמורת משפטית משותפת (כפי שמוסדרת בחוק הכשרות) החולשת על החלטות חשובות ומאגירות לחייו של הילד, כגון: מוסד חינוכי, זרם חינוכי, חוגים, מקום מגורים, ענייני בריאות וכיוצ"ב.

הלכה למעשה, בית משפט קמא קבע "משמורת פיזית משותפת"

31. במרכזו של פסק-הדין קמא עומדת הקביעה, כי "האחריות ההורית תהא משותפת לצדדים". כוונת בית משפט קמא היא לכך שהמשמורת הפיזית על הילדים תהפוך משותפת לשני ההורים. מסקנה זו עולה בבירור מניתוח סעי' 51–63 לפסק-הדין. כך נקבע בסעי' 59 לפסק-הדין: "המונח 'משמורת' אינו מצוי בהוראות חוק הכשרות, וזו נקבעת, על פי רוב, בידי ההורה אשר בחזקתו מצוי הקטין עיקר הזמן. מקום ששני ההורים חולקים בעול הטיפול, הרי שניתן לקבוע את שניהם כהורים משמורנים ולקבוע כי המשמורת בקטינים תהא משמורת משותפת. המשמורת המשותפת הנה 'דרך המלך'".

32. במסגרת תסקיר סעד שהוגש לבית משפט קמא, מיום 20.1.14, המליצה פקידת הסעד, על החלטת הסדר "אחריות הורית משותפת". פקידת הסעד, כמו גם בית משפט קמא, לא שתו ליבם לכך, כי המושג "אחריות הורית משותפת" הוא המקביל של מושג "המשמורת המשפטית המשותפת" הקבוע בחוק הכשרות. יוצא אם כן, כי השימוש שעשה בית משפט קמא במונח "אחריות הורית משותפת" אינו במשמעות האפוטרופסות המשפטית, כי אם במשמעות "משמורת פיזית משותפת".

קביעת בית משפט קמא מבוססת על חמישה נימוקים מרכזיים:

33. האחד, כאשר טובת הילדים מחייבת שינוי החלטה שניתנה בעניין משמורתם, הרי שבית המשפט אינו כבול להחלטות קודמות בעניין משמורת, לרבות בהחלטה שאישרה את הסכמת הצדדים; השני, משמורת משותפת היא "דרך המלך"; השלישי, בנסיבות בהן

הסדרי השהייה של הילדים אצל ההורים שוויוניים, אין לקביעת המשמורת כל תכלית; הרביעי, שני ההורים הינם נורמטיביים ומיטיבים עם ילדיהם; החמישי, פקידת הסעד המליצה, כי ההסדר הראוי במקרה דנן הוא "הורות משותפת".

אבחן להלן את נימוקי בית משפט קמא

34. יש להבחין בין מושג "משמורת משפטית משותפת", כפי שבא לידי ביטוי בסעי' 14-15 לחוק הכשרות, לבין מושג "משמורת פיזית משותפת" של ההורים על ילדיהם.

על משמעותה של המשמורת המשפטית המשותפת הרחבתי לעיל. על משמעותה של "משמורת פיזית משותפת" עמד פרופ' פ' שיפמן בספרו דיני המשפחה בישראל: "בשיטות משפט אחדות מורגשת נטייה לעודד הורים להגיע להסדר של 'החזקה משותפת' (joint custody) המחלק ביניהם שווה בשווה את גידולו של הילד והטיפול בו. אמנם הסדר כזה מצריך רמה גבוהה של שיתוף פעולה בין ההורים השרויים בקרע ובמתח עקב הפירוד שחל ביניהם, כשם שקשיים טכניים עלולים להכביד על ביצועה של החזקה משותפת... היתרון הטמון בהסדר להחזקה משותפת הוא, בראש ובראשונה, חיזוק תחושת האחיות השווה והמשותפת של שני ההורים לילד, להבדיל מהסדר המשחרר אחד ההורים, על פי רוב האב, מן הדאגה לילד".

ראה פ' שיפמן "דיני המשפחה בישראל" כרך ב' (תשמ"ט) בעמ' 65; ראה גם ד' הקר 'אמהות' 'אבהות' ומשפט: ניתוח סוציולוגי של השדה המעצב הסדרי משמורת וראייה בגירושין, חיבור לשם קבלת תואר שלישי (אוניברסיטת תל-אביב, 2003) בע' 256; ראה עמ' (ת"א) 1180/05 פלוני נ' פלונית, 21.9.06 (אתר נבו). ראה גם דר' דניאל גוטליב, "משמורת משותפת: היבטים פסיכולוגיים", משפטיים וחברתיים, רפואה ומשפט, גיליון 46 (יולי 2012), 223, בעמ' 230. ראה גם ע"פ 5463/11 פלונית נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] אשר צוטט לעיל, במסגרתו נקבע, כי במשמורת פיזית, הילד מחלק את זמנו בין בתייהם של ההורים.

35. בפסק-דין תקדימי שניתן לאחרונה בנושא חלוקת נטל המזונות בין ההורים בנסיבות בהן מתקיימת משמורת פיזית משותפת, קבע בית המשפט העליון, כי משמעותה של משמורת פיזית משותפת היא חלוקה שווה של זמני שהיית הקטין אצל כל אחד מן ההורים (בע"מ 919/15 פלוני נ' פלונית (19.7.17) [אתר נבו], בעמ' 3; להלן: "פרשת פלוני"). בית המשפט העליון עמד על חלק מהתנאים להחלטה של משמורת משותפת, אך לא יישם אותם, וזאת משום שבאותה פרשה ההורים הסכימו מלכתחילה לכונן משמורת פיזית משותפת והיתה זו עובדה מוגמרת (ראה עמ' 109 סע' 62 לפסה"ד של כב' השופט ד' ברק-ארז).

36. יוצא אם כן, כי כל אימת שבפועל מתקיימת חלוקה שווה או שוויונית של זמני שהיית הילדים אצל כל אחד מההורים, הרי שמתקיים, דה-פקטו, הסדר "משמורת פיזית משותפת".

37. אינני שותף לדעת בית משפט קמא, כי "משמורת משותפת" היא "דרך המלך". חלוקת זמנים שווה/שוויונית של הילדים אצל ההורים, מגשימה את מאווי ההורים ואת טובתם, אך היא אינה בהכרח מיטיבה עם הילדים. ראה לעניין זה את הרצאתה של כבוד השופטת (בדימוס) סביונה רוטלוי "מחשבות מכס השיפוט על משמורת משותפת וחזקת הגיל הרך".

"אני בטוחה, לא רק משערת, שלו היתה ניתנת הבחירה לילדים, כמעט בכל הגילאים, רובם המכריע לא היה בוחר להחליף מדי יום את מקום מגוריו, את מיטתו, את ריח חדרו, את ההשכמה בבוקר מול העץ שבחלוננו, את ההליכה המשותפת עם חברים לבית הספר, שלא לדבר על חוגים או תנועות נוער בימים קבועים". עמ' 5 להרצאה.

38. הפסיקה קבעה **מספר תנאים מוקדמים** להחלת הסדר משמורת פיזית משותפת כגון: מסוגלות הורית טובה או דומה של שני ההורים; מעורבות משמעותית של כל אחד מההורים בחיי הילד; קיומו של קשר תקין בין כל אחד מההורים לבין הילד; מקום מגורים סמוך ותפיסת הילד את שני הבתים כבתים מרכזיים בחייהם; שיתוף פעולה בין ההורים וטיב התקשורת ביניהם; רצון הילד. הרשימה שפורטה לעיל אינה רשימה סגורה (ע"מ (חיפה) 384/06 ו.א נ' ו.מ, 28.3.07, [אתר נבו]; עמ"ש 49158-07-13 ע' ש' ב' נגד ק' ש', 11.5.14 [אתר נבו], סע' 9 לפסה"ד).

אולם, בנסיבות המקרה דנן, בהן זמני השהייה השוויוניים נקבעו כבר בהסכם, ואלה מתקיימים כסדרם מזה למעלה מ-6 שנים, אין מקום וצורך לבחון את התקיימותם של התנאים הנ"ל. **הצדדים מחילים הלכה למעשה הסדר של משמורת פיזית משותפת.**

39. אין המדובר בשינוי מהותי בהסכם, כי אם במתן הגדרה חדשה או מסגרת חדשה של ההסדר הנוהג בפועל מזה כ-6 שנים, ולכן אין צורך לבחון האם חל שינוי נסיבות, אם לאו. דווקא חלוף הזמן מאז נכרת ההסכם, מחזק את הצורך להגדיר מחדש את ההסדר, גם אם המדובר בעניין סמנטי בלבד של "כותרת" – "משמורת פיזית משותפת".

כאמור לעיל, הסדר משמורת פיזית משותפת אינו משליך על המשמורת המשפטית המשותפת, הקבועה בלאו-הכי בחוק. הנה כי כן, אם המדובר בכותרת בלבד, הרי שהיא איננה משפיעה על זכויות ההורים, אינה גורעת מהן או פוגעת בהן; הכותרת החדשה להסדר, עשויה רק להועיל ליחסים בין ההורים ולילדיהם.

ודוק: לאור היחסים הרגישים שבין הורים בנוגע לילדיהם, ולאור עוצמת הסכסוכים בין הורים, גם לסמנטיקה ולטרמינולוגיה יש חשיבות רבה, במובן זה שהגדרתם של ההורים כהורים משמורנים משותפים (פיזית), עשויה לשנות את השיח בין ההורים עצמם, והיא עשויה לחלחל לתודעת ילדי הצדדים, באופן שהיא תנסוך בהם ביטחון ותחושה ששני ההורים שווים בעמדותיהם. פקידת הסעד העידה על כך בחקירתה בבית משפט קמא:

"...הילדים בעצמם מביעים את הדבר גם בהרגשה שלהם במקום הימצאם עם כל אחד מההורים..." (עמ' 25 שורות 16-9 לפרוט' דיון מיום 20.10.14).

40. לאור האמור לעיל, הגעתי למסקנה, כי אין להתערב בקביעות בית משפט קמא, כי האחריות ההורית תהא משותפת לצדדים, כאשר המשמעות המעשית של קביעה זו היא שהמשמורת הפיזית של הילדים תהא משותפת.

שינוי הסדרי השהייה אשר נקבע בהסכם שבין הצדדים

41. בית משפט קמא קבע, כי הסדרי השהייה יתקיימו באותה מתכונת אשר נקבעה בהסכם, אך בתוספת הבאה – הילדים ישהו אצל אביהם בכל סוף שבוע לסירוגין, מיום שישי ועד יום א' בבוקר. המשמעות המעשית היא שבית משפט קמא הוסיף לינה של לילה נוסף אחד, פעם בחודש במוצ"ש אצל המשיב.

לאחר שניתח את עמדת גורמי הרווחה מול המומחה שמינה, ד"ר דוד יגיל, הגיע בית משפט קמא למסקנה שלהלן, מבלי לציין נימוקיו ובזו הלשון:

"לאחר ששקלתי כל המפורט לעיל – טובת הקטינים, המלצות המומחה בכל הנוגע לקטין י', המלצות עו"ס לסדרי דין בתסקירים שהוגשו, עמדות הצדדים, רצון הקטינים ושקלול כל הנתונים שהיו בפני ובמערך המשפחתי הכולל (וטובת המשפחה) – מצאתי לאמץ את המלצות עו"ס לסדרי דין. הנני קובעת איפה (צ"ל: "איפוא" ס.ג') כי הסדרי שהיית הקטינים יתקיימו כפי שנקבע בהסכם. יחד עם זאת, בנוסף, ילונו הקטינים אצל האב במוצ"ש בכל שבועיים, בכל סופ"ש בו שוהים עמו (ולא פעם בחודש)".

42. הלכה מושרשת היא, כי פסק-דין בנושא מזונות ומשמורת ילדים, לרבות פסק-דין המאשר הסכם בעניינים אלה, לעולם איננו סופי ואינו מהווה מעשה בית-דין, אך שינוי מותנה בקיומו של שינוי נסיבות מהותי שחל מאז נכרת ההסכם (ע"א 177/81 גלעדי נ' גלעדי, פ"ד לו (3) 179, ע"א 363/81 פייגה נ' פייגה, פ"ד לו (3) 187).

43. לא זו אף זו – חשיבות רבה נודעת לעובדה שהסדרי השהייה נקבעו בהסכם פירוד/גירושין; הסכם הכולל מארג שלם של הסכמות השלובות זו בזו באופן שקשה לנתק ביניהן. מסיבה זו, נטל השכנוע להוכיח שינוי נסיבות מהותי, הינו נטל מוגבר (ע"א 4515/92 שטיין נ' שטיין, 13.6.94 [אתר נבו]).

44. בית משפט קמא קבע, כי השיקול הבלעדי המנחה את בית המשפט עת הוא דן בענייני קטינים הוא "טובת הקטין". בכל הכבוד הראוי, אין בידי להסכים עם קביעה אולטימטיבית

זו של בית משפט קמא, בנסיבות בהן הסדרי השהייה נקבעו במסגרת הסכם בין הצדדים, שאושר וקיבל תוקף פסק-דין.

45. לתמיכה בקביעה זו, ציטט בית משפט קמא את קביעות פסק-הדין שניתן ב**ע"מ (חי') 384/06** ו' א' נ' ו' ז' מ' (פורסם במאגרים המשפטיים) 28.3.07 [אתר נבו]: "...בית משפט אינו כבול בהחלטות קודמות בעניין המשמורת, ואף בהחלטה שאישרה את הסכמת הצדדים לגבי משמורת, כבמקרה דנן, זאת במידה ומוכח כי טובת הקטין מחייבת שינוי ההחלטה שניתנה בעניין משמורתו".

באותה פרשה, הגישה האם תביעה לשינוי המשמורת על הבת המשותפת בחלוף 3 חודשים בלבד מעת שנכרת הסכם הגירושין בין ההורים. מומחה מטעם בית המשפט בחן את טובת הקטינה וקבע, כי לנוכח הסתנה של הקטינה על ידי האב, טובתה מחייבת העברת המשמורת לידי האם. הנה כי כן, פסק-הדין הנ"ל אינו מבטל את הדרישה הבסיסית להוכחת שינוי נסיבות מהותי כתנאי לשינוי הסכם, אלא קובע, כי המציאות החדשה שנוצרה לאחר ההסכם, גורמת נזק לקטינה ואינה לטובתה, ועל כן הורה על שינוי הסדר המשמורת שנקבע בהסכם.

46. בנסיבות בהן נכרת הסכם בין הצדדים המסדיר את הסדרי השהייה של הילדים אצל ההורים, ובמקרה דנא הוסכם, כי הסדרי השהייה יהיו נרחבים אצל המשיב, בית המשפט אינו אמור לבחון מחדש את טובת הילדים (De Novo), בהתעלם מקיומו של ההסכם. אם נאמר, כי עקרון טובת הילד הוא שיקול בלעדי ואין צורך לבחון האם חל שינוי נסיבות מהותי, יוצר כאוס מוחלט במובן זה שבית המשפט יתערב בהסכמים, ויערוך עבור הצדדים, מדי פעם, הסכם חדש.

ודוק: יתכנו מקרים בהם לא תידרש הוכחת שינוי נסיבות, וזאת בנסיבות בהן יוכח שטובת הקטין לא נבחנה כלל על ידי בית המשפט בעת אישור ההסכם (לעניין זה ראה והשווה: את ההלכות בנושא "תביעה עצמאית למזונות"; **בג"ץ 4407/12** פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, 7.2.13 (אתר נבו)).

47. במקרה דנא, לא חל כל שינוי נסיבות, לא כל שכן שינוי נסיבות מהותי, המצדיק את תוספת הלילה (פעם בחודש) שבין מוצ"ש לבין יום א':

א. רצונו של המשיב להרחיב את הסדרי השהייה טבעי הוא ויש לברך עליו. יחד עם זאת, רצונות ומאויים של מי מההורים, אינם מהווים שינוי נסיבות המצדיק פתיחה של ההסכם ושינוי הסדרי השהייה, גם אם השינוי הוא, לכאורה, "מזערי" או "מינורי".

- ב. הדברים כל שכן בנסיבות בהן הסדרי השהייה מתקיימים במתכונת זו מאז שנת 2011 (משך כ- 6 שנים). תוספת לילה אחד היא בבחינת "מדרון חלקלק" שהתחלתו ידועה (לילה אחד נוסף בחודש), אך סופו אינו ידוע.
- ג. היכן נשרטט את קו הגבול? מהו הכלל? האין חשיבות להסכמות הצדדים? על בית המשפט לכבד את ההסכם שנכרת בין הצדדים, הן משום שזו עקרון העל בדיני החוזים, והן משום שבכך יקנה בית המשפט שקט ויציבות למשפחה, ליחסים בין ההורים, ובסופו של דבר ייטיב עם הילדים.
48. לא זו בלבד שלא חל כל שינוי נסיבות, אלא ששיקול טובת הילדים, צריך היה להנחות את בית משפט קמא להותיר את הסדרי השהייה באותה מתכונת שנקבעה בהסכם.
49. בית משפט קמא מינה את דר' דוד יגיל, מומחה בכיר בפסיכולוגיה קלינית והתפתחותית, על מנת שיחווה דעתו בשאלת הרחבת הסדרי השהייה ללילה נוסף במוצ"ש (פעם בחודש). המומחה חיווה דעתו, כי טובתו של י' היא להותיר על כנו את הסדרי השהייה שנקבעו בהסכם.
- וכך כותב המומחה :
- "ג.3. לכאורה, הציפיה של האם שכאשר י' נמצא בבית אביו בסופ"ש אחת לשבועיים – הוא ישוב לביתה במוצ"ש, על מנת שיוכל להתארגן לקראת יום הלימודים שמצפה לו למחרת – נראית שולית ואולי אפילו קטנונית. אולם, בהתחשב בליקויים שמאפיינים אותו ובמיוחד קשיי ההתארגנות והצורך בשינון מידע קודם והטרמה של מידע חדש – סבורני שיש לכך הצדקה עניינית זאת, במיוחד לאור חוסר מודעות של האב לקשייו האובייקטיביים של י'".**
50. לעומת המומחה, פקידת הסעד סברה, כי תוספת הלילה במוצ"ש (פעם בחודש) אינה "קריטית" ואין בה כדי להוסיף או לגרוע בסוגיית טובת הילדים.
- בשני תסקירי סעד, האחד מיום 1.10.14 והשני מיום 29.12.14 (תסקיר משלים שנערך בהתייעצות עם עו"ס מחוזית לסדרי דין וגורמי רווחה נוספים), המליצו גורמי הרווחה להרחיב את הסדרי השהייה שנקבעו בהסכם, כך שיתווסף לילה נוסף במוצ"ש (פעם בחודש).
51. בית משפט קמא אימץ בסופו של דבר את עמדת פקידת הסעד וסטה מחוות-דעת המומחה שמינה.
52. בית משפט קמא מינה מומחה מטעמו, מתחום הפסיכולוגיה הקלינית וההתפתחותית, בשאלה הספציפית והנקודתית של הרחבת הסדרי השהייה בלילה נוסף במוצ"ש. מינוי זה

בא בעקבות תסקיר הסעד הראשון במסגרתו המליצה פקידת הסעד על הרחבת הסדרי
השהייה. הנה כי כן, בית משפט קמא מינה את המומחה על מנת שיספק לו נתונים
מקצועיים בשאלה הממוקדת, לאור העדר הנתונים המקצועיים.

53. הלכה פסוקה היא, כי "משממנה בית-המשפט מומחה על מנת שחוות-דעתו תספק לבית
המשפט נתונים מקצועיים לצורך הכרעה בדיון, סביר להניח שבית המשפט יאמץ ממצאיו
של המומחה אלא אם כן נראית סיבה בולטת לעין שלא לעשות זאת. אכן עד מומחה כמוהו
ככל עד - שקילת אמינותו מסורה לבית המשפט ואין בעובדת היותו מומחה כדי להגביל
שיקול דעתו של בית המשפט. אך כאמור לא ייטה בית המשפט לסטות מחוות דעתו של
המומחה בהיעדר נימוקים כבדי משקל שיניעוהו לעשות כן". ע"א 293/88 חברת יצחק
ניימן להשכרה בע"מ נ' מונטי רבי [פורסם בנבו] (31.12.88).
זאת ועוד: "לא בנקל יסטה בית המשפט ממסקנותיו המקצועיות של מומחה. בעניינים
הקשורים בבריאותו הנפשית והגופנית של קטין, צריכות להיות נסיבות יוצאות דופן בהן
תדחה עמדתם המקצועית של מומחים" (ע"א 568/80 פלוני ופלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד
לח (3) 701, 714).

54. כלל הוא, כי אין בית המשפט שלערעור מתערב בממצאים עובדתיים, אינו בוחן מהימנותם
של עדים ואף אינו מעמיד עצמו במקום הדרגה הראשונה בבחינת המערכת הראייתית
שנפרשה לפניו, אלא אם כן בולטת על פני הפסק טעות משפטית שורשית או כשהדברים
מופרכים על פניהם ובלתי סבירים" (ראה בספרם של ט' חבקין וח' בן-נון הערעור האזרחי
מהדורה שלישית עמודים 474-475).
אין בכוונתי לסטות מהכלל האמור ולהתערב בממצאים העובדתיים שקבע בית משפט קמא.
יחד עם זאת, במקום שבו שגה בית משפט קמא באופן הפעלת שיקול הדעת, על בית משפט
שלערעור להתערב במסקנות בית משפט קמא, ואין בכלל אי-ההתערבות כדי להגביל את
התערבות ערכאת הערעור בקביעות בית משפט קמא.

55. בכל הכבוד הראוי לפקידת הסעד ולגורמי הרווחה, המלצתם אינה נשענת על בסיס מקצועי,
אלא על הנחה שמדובר בתוספת מינורית (אינה "קריטית") שאין בה כדי להוסיף או לגרוע
לעניין טובת הילד. בדיוק משום כך מינה בית משפט קמא את המומחה, על מנת שיספק
בידי בית המשפט נתונים מקצועיים לגבי ההשלכות הפסיכולוגיות והנפשיות של שינוי
ההסדר על י'. מאחר והמומחה סבר, שהשינוי עלול לגרום ל-י' נזק, הרי שרק נימוקי כבדי
משקל צריכים היו להביא את בית משפט קמא לסטות מחוות-הדעת של המומחה.

56. במקרה דנא, הנימוקים עליהם עמד בית משפט קמא, תומכים דווקא במסקנה, כי היה על
בית משפט קמא לאמץ את חוות-דעת המומחה.

ראשית – אין חוות-דעת מקצועית הסותרת את מסקנות המומחה. אין באמור לעיל, לגרוע
ממעמד של תסקיר הסעד כאמצעי חשוב ומרכזי במסכת הראיות המובאת להכרעת בית

המשפט. אולם במקרה דנן, התסקירים לא נשענו על אבחנה מקצועית, ומכל מקום לא כזו הסותרת את ממצאי המומחה.

שנית – גם לפי תסקירי הסעד, הלילה הנוסף אינו "קריטי" ואין בו כדי להוסיף או לגרוע לעניין טובת הילדים. אם זו עמדת פקידת הסעד, ומול עמדה זו, ניצבת עמדתו הנחרצת של המומחה, כי הלילה הנוסף עלול להסב נזק לקטין, הרי שהיה על בית משפט קמא לאמץ את המלצות המומחה.

שלישית – בית משפט קמא קבע כממצא עובדתי, כי ל-י קשיים בהתארגנות לימודית, ושובו של י' לבית האם במוצ"ש, יסייע לו. בית משפט קמא קובע, כי יש להביא בחשבון עמדה זו של המומחה, אך בסופו של דבר סטה ממנה.

רביעית – שיקול חשוב נוסף שיש ליתן לו משקל הוא רצון הקטינים, בוודאי לאור גילם, ולאור המגמה המתרחבת ליתן חשיבות לעמדת הילד (ראה [בע"מ 10480/04](#) פלונית נ' פלוני (פורסם במאגרים המשפטיים), 5.12.05 [אתר נבו]). גם בעניין זה, קבע בית משפט קמא, כי רצון הקטינים אינו חד-משמעי, וגם מטעם זה היה נכון לאמץ את מסקנות המומחה.

57. לאחר קריאת חוות דעתו של חברי, כב' השופט חננאל שרעבי, מצאתי כי מתחייבות מספר הבהרות תמציתיות:

א. כפי שציינתי בחוות דעתי, בין היתר בסעי' 39, קביעת משמורת פיזית משותפת שיקפה את המציאות, והיא אינה מהווה שינוי בהסכם כי אם מתן הגדרה חדשה להסדר הנוהג בפועל מזה כ- 6 שנים, כאשר הצדדים מחילים, הלכה למעשה, הסדר של משמורת פיזית משותפת. מכאן המסקנה: לשם מתן כותרת חדשה או הגדרה מחדש של אותו הסדר, לא נדרש אותו שינוי נסיבות, אשר כלל לא התחולל.

ב. כפי שציינתי בחוות דעתי, שינוי בהסדרי השהייה, אף אם הוא נחזה כמזערי, עלול לערער את היציבות בחיי הקטינים. כמו כן, לדעתי, חלוף הזמן, כשלעצמו, אינו מהווה שינוי נסיבות.

ג. "ציין בפני המומחה, כי הוא מעדיף שגם אחיו יחזרו במוצ"ש לאמא, אבל אם לא – הוא מעדיף בכל זאת לחזור לבד ולא להישאר אצל אבא (עמ' 66, שורה 22-23 לפרוט' הדיון מיום 8.1.15). מכל מקום, בית משפט קמא קבע, כי לגבי י' קיימת אמביוולנטיות ולא היתה הבעת רצון מפורשת שלו ביחס לאותו שינוי. כך גם התרשמה העו"ס במסגרת תסקיר מיום 30.9.14, בעוד שבתסקיר קודם מיום 20.1.14 ציינה העו"ס כי הילדים ביקשו שלא לעשות שינוי בהסדרי השהייה, אם כי ביקשו גמישות בקיומם של אלה. רק לאור כך הגיעה העו"ס למסקנה שהלינה הנוספת "יותר מתאימה".

ד. תשובות המומחה לשאלות ההבהרה היו נחרצות, ובהן נאמר: "במקרה הנדון, הקטין נזקק ונעזר בסיוע לימודי רב מצד אמו, מבלי שאביו טרח כלל לסייע לו בכך" (עמ' 4

לתשובות). באשר ליכולות של האבא, ציין המומחה בחוות דעתו: "אביו נוטה להקל ראש בקשייו, ואף להניא אותו מקבלת התאמות בדרכי האבחנות שחיוניות להצלחתו" וכן, "זאת במיוחד לאור חוסר המודעות של האב לקשייו האובייקטיביים של י" (עמ' 13 לחוות הדעת).

סוף דבר

58. מכל המקובץ לעיל, וככל שדעתי תתקבל, סבורני כי דין הערעור להתקבל באופן חלקי כמפורט בסעי' 12 לעיל.

יתר קביעות בית משפט קמא, יוותרו על כן, לרבות קביעתו בעניין הסדרי השהייה השווים במהלך החופשות.

כמו כן, אמליץ לחבריי לקבוע, לנוכח תוצאות הערעור, כי כל צד יישא בהוצאותיו.

ס. ג'יוסי, שופט

[אב"ד]

השופט חננאל שרעבי:

1. קראתי בעיון רב את פסק דינו המפורט של חברי, אב בית הדין, כב' השופט סארי ג'יוסי, ואני מסכים עם קביעתו, כי אין להתערב בקביעת המשמורת הפיזית המשותפת, אשר נקבעה ע"י השופטת קמא בפסק דינה.

2. סבורני כי קביעה זו כשלעצמה, אשר הפכה את המשמורת הפיזית היחידנית של האם (המערערת) על הקטינים, מהווה שינוי נסיבות מהותי, המצדיק בחינה מחדש של זמני השהות שנקבעו בהסכם שבין הצדדים, לכיוון של השוואתם בין הצדדים.

ראה לעניין הפיכת משמורת למשותפת כשינוי נסיבות מהותי:

רמ"ש(חי') 16093-03-15 ש.מ. נ' א.מ. [פורסם בנבו] (27.4.15).

רמ"ש(חי') 21619-03-17 ש.מ. נ' א.מ. [פורסם בנבו] (3.7.17).

3. בנסיבות אלה, ועוד נימוקים כפי שאפרט להלן, קשה לי להסכים עם קביעתו של חברי, כב' השופט ג'יוסי, כי יש להתערב בפסק הדין קמא, ולבטל את הרחבת הלינה של הקטינים אצל המשיב (האב) מוצאי שבת נוסף בחודש, למרות המלצת התסקיר בנדון.

4. נזכיר כי טעמיו העיקריים של חברי להתערבות בפסק הדין קמא, שקבע תוספת לינה במוצאי שבת, הם כדלקמן:

א. לא חל שינוי נסיבות מהותי שיצדיק הרחבת הלינה ללילה נוסף בחודש.

ב. טובת הקטינים היא, השארת זמני השהות כפי שהיו, וכפי שנקבעו בהסכם שבין הצדדים.

ג. טובתו של הקטין י' היא השארת זמני השהות כפי שהם, לנוכח היותו עם הפרעות קשב, כקביעת מומחה מטעם בית המשפט בעניינו (דר' דוד יגיל). בנדון השופטת קמא סטתה מהמלצת המומחה האמור, ללא נימוק ברור, ועל אף שקבעה בפסק הדין כי יש להביא בחשבון עמדה זו של המומחה.

5. באשר לטעם הראשון – בכך התחלנו דברינו, באומרנו כי שינוי המשמורת הפיזית למשותפת, מהווה שינוי נסיבות מהותי, המצדיק בחינת זמני השהות מחדש, והרחבתם לעבר זמני שהות שווים בין ההורים. במקרה דנן, זמני השהות לאב היו נרחבים מלכתחילה, באופן שהשוואתם או כמעט השוואתם, על-ידי הוספת לילה אחד נוסף בחודש (לינה במוצאי שבת), אינה בגדר שינוי מהותי בזמני השהות הקיימים, אלא בגדר שינוי קטן בהם.

בנוסף, ההסכם בין הצדדים, במסגרתו נקבעו זמני השהות ביניהם, אושר על ידי בית המשפט ביום 26/4/11, לפני למעלה משש שנים. במועד זה, הקטין י' היה בגיל כ-9 שנים, והקטינה מיכל בגיל כ-7 שנים.

סביר להניח, ולא נטען אחרת, כי זמני השהות נקבעו בהסכם בין הצדדים שלא תוך התחשבות בדעתם ורצונם של הקטינים, שהיו צעירים בגילם.

כיום, י' כבן 15 שנים ו-מ' כבת 13 שנים וחצי, ויכולים להביע דעתם על זמני השהות המתאימים להם יותר. במצב דברים זה, גילם של הקטינים כשלעצמו, מהווה שינוי נסיבות, אשר יכול להצדיק בחינה מחדש של זמני השהות, תוך התחשבות ברצונם (ראה לעניין זה: עמ"ש (מרכז) 24680-05-16 א.ב.ש נ' א.ב.ש. [פורסם בנבו] (פסק דין מיום 30/3/17).

במקרה דנן, וכפי שצוין בפסק הדין, הקטינים הביעו רצונם כדלקמן:

א. י' ציין בפני המומחה, כי החזרה לבית אמו במוצאי השבת, בסוף השבוע בו נמצא עם אביו, קוטעת פעילות שעושה עם אביו. בנוסף, ציין הקטין בפני המומחה כי אין

לו די זמן להיות עם אביו באמצע השבוע, שכן השילוב של שעת החזרה של אביו מעבודתו באמצע השבוע (בין השעות 17:00-18:00), עם הצורך שלו לצאת לחוג כדור-מים וחזרה ממנו בגבולות השעה 20:00, גורע מהזמן שלהם יחדיו. לכן, המסקנה היא כי הקטין מעוניין בהישארות ללינה אצל אביו במוצאי השבת המדובר (ראה ציטוט מעדכון המומחה בסעיף 18 לפסק הדין). המומחה אומנם סבר כי דברי הקטין יהונתן נאמרים למעשה "מפי האב", אך הוא לא בחן השערותיו זו (ראה סעיף 73 לפסק הדין).

ב. העו"ס לסדרי דין בתסקירה ציינה כי אצל הקטין י" קיימת אמביוולנטיות לגבי לינה פעם בחודש, אך הקטינה מ' מעוניינת בלינה במוצאי שבת אצל האב (ראה סעיף 74 לפסק הדין).

ג. העו"ס לסדרי דין סברה בתסקירה כי יש להיות קשובים לרצונם של הקטינים, שכן התבגרו בגילם וצרכיהם השתנו. נראה לה כי לינה של לילה נוסף (מוצאי שבת אצל האב), יאפשר רצף פעילות בסופי השבוע אצל האב ויטיב עם הקטינים (ראה סעיף 10 לפסק הדין).

בנסיבות אלה סבורני, כי יש לתת משקל לרצונם של הקטינים, שלטעמי הביע רצון ללון בבית האב במוצאי השבת, בסוף השבוע השני בו שוהים עמו.

6. **באשר לטעם השני** – איני סבור כי טובת הקטינים היא השארת זמני השהות כפי שהם. אכן, העו"ס לסדרי דין בחקירתה הנגדית (עמ' 16 לפרו' שו' 23-27), ציינה כי לינה הלילה הנוסף אין בה בכדי להוסיף או לגרוע מטובתם של הקטינים, אולם בתסקיר מיום 20/1/14, ציינה כי הישארות ללינה במוצאי שבת עם אביהם יותר מתאימה להם (ראה סעיף 74 לפסק הדין).

נזכיר את דברי העו"ס לסדרי דין עצמה באותו תסקיר, כי יש לקחת בחשבון שהקטינים גדלו מאז ההסכם, וגם רצונם וצרכיהם השתנו. כפי שצינו לעיל, שני הקטינים בסופו של דבר הביעו את רצונם, להישאר ללינה נוספת עם אביהם בסוף השבוע המדובר, ובכך לאפשר רצף פעילות עמו, דבר שאולי לא מתאפשר בפגישות אמצע השבוע.

לכן בראייה כוללת, ניתן לומר כי השינוי, על דרך של הוספת לינה נוספת במוצאי שבת, יביא להטבה במצבם של הקטינים ובחיזוק הקשר עם אביהם, וקשה להתעלם מכך
 [(השווה לעניין זה: עמ"ש(מרכז) 24680-05-16, המוזכר לעיל, סעיף 5 לפסק הדין)].

ראוי גם להאיר את העניין מנקודת מבט נוספת כדלקמן:

המלצת המומחה יגיל, נוגעת רק לקטין י" (שלא יישאר ללון מוצאי שבת נוספת בבית האב, אלא יחזור לבית האם), אך לא לגבי מ' שהביעה רצון ברור להישאר ללון בבית האב.

משכך, המשמעות של קבלת המלצתו היא, אפשרות הפרדת הקטינים באותו מוצאי שבת מדובר. הקטין י' יחזור לאמו והקטינה מ' תישאר ללון אצל אביה.

העו"ס לסדרי דין סברה כי הדבר אינו נכון להיעשות מבחינת הקשר הרגשי בין האחים (ראה סעיף 77 לפסק הדין קמא).

המומחה יגיל נשאל על כך ולא נתן תשובה לשאלה זו, שכן לטענתו הוא נדרש לבחון רק את הצורך של י' אך לא של הילדים האחרים וצורכיהם (ראה סעיף 77 לפסק הדין).

בנסיבות אלה, יש להעדיף את עמדתה של העו"ס לסדרי דין, שהפרדה כזו בין הקטינים, בלינת מוצאי השבת המדובר, לא תטיב לקשר ביניהם, ויש לקחת זאת בחשבון כששוקלים את טובת הקטינים.

7. **באשר לטעם השלישי** – חוות דעת המומחה יגיל והמלצתו, כי הקטין י' לא ילון לילה נוסף אצל אביו, אלא יחזור במוצאי שבת אל אמו. הטעם שנתן המומחה לכך, נעוץ בהפרעות הקשב של הקטין י', מכוחם סבר כי טובתו היא, לשוב לאמו במוצאי שבת, על מנת להתכונן כראוי ליום הלימודים הבא (ראה ציטוט מחוות דעת בסעיף 15 לפסק הדין).

אני מוכן לקבל את קביעתו של המומחה כי לנוכח הפרעות הקשב מהן סובל הבן י', יש צורך להכינו כראוי ליום הלימודים הבא. יחד עם זאת, לא מצאתי בחוות הדעת טעם משכנע מדוע רק האם יכולה להכין את הקטין כראוי ליום הלימודים הבא, אך לא האב.

בנדון יצוין, כי הקטין ישן אצל אביו פעמיים באמצע השבוע ואף מוצאי שבת אחת לחודש. מי שלמעשה מכין את הקטין ליום הלימודים הבא הוא האב, שכן הקטין י' ישן אצלו.

לא נטען, וממילא לא הוכח, כי בימים שהקטין הגיע מבית האב לבית הספר, הוא הגיע שלא כראוי או שלא מוכן דיו.

נשאל על כך המומחה, והשיב כי לא ערך כל השוואה או לא קיבל כל מידע מבית הספר, אודות התארגנות או השוואת ההתארגנות או מוכנותו של הקטין י' לבית הספר, ביחס לבית כל אחד מההורים (ראה דיון בסוגיה זו בסעיף 69 לפסק הדין).

לא זו אף זו – לא ברור מחוות הדעת מדוע האב אינו ראוי או אינו מסוגל או אינו כשיר, להכין כראוי את הבן י' או לעזור לו להתארגן או לעזור לו בשיעורי הבית או בחזרה על החומר הנלמד, באותו מוצאי שבת נוסף המיועד ללינה. לא הובהר בצורה משכנעת מדוע האם כשירה יותר מהאב לעשות כן.

אומנם המומחה סבר כי האב מתכחש לבעיותיו של י', עם זאת הוא הוסיף כי אין לו ספק שעסקינן באבא מעורב ואכפתי, שאף הביע בפניו את ההבנה שיש לו ל-י', לקשיו הלימודיים והרגשיים, ועל נכונותו לסייע ככל שיידרש על ידי אנשי מקצוע (ראה סעיף 71 לפסק הדין).

בנסיבות אלה, חוות דעתו של המומחה יגיל, שהצביעה על בעייתו של הבן י', לא שכנעה בשאלה, מדוע רק האם כשירה או מסוגלת לעזור בהתארגנות הבן י' לבית הספר, אך לא האב, למרות שאין מחלוקת כי מדובר באב אוהב, אכפתי, שהביע רצון להיעזר באנשי מקצוע, תוך גילוי הבנה לבעיותיו של י'.

לאור זאת, איני סבור שהאמור בחוות דעתו של המומחה יגיל בכל הקשור לבעיותיו של י', משכנע דיו לשלילת לינת הלילה הנוסף, לעומת המלצות התסקיר בדבר הוספת לינת הלילה הנוסף, שתטיב את מצבם של הקטינים ותחזק הקשר עם האב, שכן תאפשר רצף פעילות עם הקטינים גם בסוף השבוע.

8. טוב הייתה עושה השופטת קמא אם הייתה מביאה לידי ביטוי ברור ומפורש, תוך הנמקה, את העדפתה את המלצות התסקיר על פני חוות הדעת של המומחה יגיל. היא לא עשתה זאת, אך אני סבור שעולה מתוך פסק הדין, שלא ראתה בחוות דעת המומחה נימוק משכנע, מדוע האב אינו כשיר להתארגנות הקטין י', והכנתו, ללימודי יום א' כראוי, עד כדי שלילת לילה נוסף בביתו.

סבורני כי אנוכי לעיל השלמתי את שהחסירה השופטת קמא בהנמקה בנקודה זו.

9. **לאור כל האמור לעיל, סבורני, כי יש לדחות גם את רכיב הערעור הנוגע להוספת לינת לילה נוסף בחודש, במוצאי השבת בסוף השבוע השני, כקביעת השופטת קמא.**

סבורני כי הותרת הלילה הנוסף על כנו תעלה את הסיכוי ל"הרגעת הרוחות" בין ההורים, שאליבא דכולי עלמא, תטיב עם הקטינים.

איני סבור, כפי שסבר חברי כב' השופט ג'יוסי בחוות דעתו, כי היעדרות לבקשת האב, להוסיף לינת לילה נוסף במוצאי השבת השני בו הקטינים שוהים עמו, תהווה "מדרון חלקלק", שתביא לעוד דרישות מצד האב בכל הקשור לזמני השהות שבין ההורים והקטינים.

נזכיר כי האב בתובענה קמא דרש, מעבר ללינת לילה נוסף במוצאי שבת, גם לינת לילה נוסף באמצע שבוע, אך זנח תביעתו זו במהלך ההליך בסיכומיו, כפי שציננה השופטת קמא בפסק הדין. עובדה זו מלמדת לכאורה, כי האב הבין שיש "גבול" לדרישת זמני השהות היכולים להתקיים בין הצדדים.

עוד נזכיר כי, הוספת לינה הלילה הנוסף, תגרום לשוויון (או כמעט שוויון) בזמני השהות בין ההורים, דבר התואם את השאיפה במצב של משמורת פיזית משותפת עליה הוחלט בפסק הדין קמא, ועליה גם עמד חברי כב' השופט ג'יוסי בסעיף 35 לחוות דעתו.

10. ככל שדעתי תתקבל, התוצאה האופרטיבית היא, כי דין הערעור להידחות, תוך חיוב המערערת בהוצאות המשיב בערעור זה ובשכר טרחת עורכת דינו בסכום של 6,000 ₪, שישולמו מתוך העירבון שהופקד על ידי המערערת, שיועבר לידי המשיב באמצעות באת כוחו.

ח. שרעבי, שופט

השופטת אספרנצה אלון:

קראתי את חוות דעתם של חברי, ואני מצטרפת לחוות דעתו של אב בית הדין, כב' השופט סארי ג'יוסי.

א. אלון, שופטת

לפיכך הוחלט (על דעת הרוב של השופטים ס' ג'יוסי – אב"ד וא' אלון, ובדעתו החולקת של השופט ח' שרעבי) לקבל את הערעור בחלקו ולקבוע כמפורט בסעי' 12 לפסק דינו של אב"ד, כך שהסדרי השהיה, לרבות הסדר הלינה של הילדים אצל אביהם המשיב, לא יורחבו והם יוסיפו להתקיים באותה המתכונת שנקבעה בהסכמה.

כמו כן הוחלט (על דעת כל ההרכב) וכמפורט בסעיפים 39 ו-40 לפסק דינו של אב"ד, לדחות את הערעור בכל הנוגע לקביעות בית משפט קמא, כי האחריות ההורית תהא משותפת לצדדים, כאשר המשמעות המעשית של קביעה זו היא שהמשמורת הפיזית של הילדים תהא משותפת. כן הוחלט ברוב דעות שלא לעשות צו להוצאות.

עירבון שהפקידה המערערת, יוחזר לב"כ המערערת, עבור המערערת.

מותר לפרסום ללא שמות הצדדים והקטינים, ולאחר השמטת פרטים מזהים נוספים.

א. אלון, שופטת

ח. שרעבי, שופט

ס. ג'יוסי, שופט

[אב"ד]

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)

סארי ג'יוסי 54678313-/-

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה