

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 13008-02-21

18 מאי 2021

**לפני כב' השופט שאול שוחט, סגן נשיא
כב' השופטת עינת רביד
כב' השופט נפתלי שילה**

**מערערת א' ק'
ע"י ב"כ עו"ד דוד חיים אלול**

נגד

**משיב מ' ע' ק'
ע"י ב"כ עו"ד אלברט רפאלוב**

כתבי עת:

יואה מזא"ה, "משמורת ילדים": מושג מהותי או כותרת חלולה?," מחקרי משפט, כח (2013) 207

חקיקה שאוזכרה:

חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962: סע' בתוספת לחוק, 15, 18, ו 18(א), סק (ב), 24, 25
תקנות בית משפט לענייני משפחה (סדרי דין), תשפ"א-2020: סע' 15(א)
תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 (כפי שהיו נכון ליום 31.12.2020): סע' 258ז

מיני-רציו:

* במסגרת הנורמטיבית הקיימת כיום, ראוי להימנע מקביעת הורה זה או אחר כמשמורן. תחת זאת יש לשאוף לכך שההסדרים שנקבעים על ידי בית המשפט, בכל הנוגע לאחריות ההורית ולהסדרי השהות יהיו כאלה שיאפשרו את מימוש האחריות ההורית בצורה המטיבה ביותר, מבחינת טובתו של הקטין.

* משפחה – משמורת קטינים – טובת הילד

* משפחה – משמורת קטינים – הסדרי שהות

ערעור על פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה בו נקבע כי יש להותיר את המשמורת על ילדיהם הקטינים של הצדדים בידי שניהם, במתכונת של משמורת משותפת, תוך אימוץ הסדרי השהות שנקבעו בתסקיר ומתן הוראות להתאימם בהתאם להתפתחויות שיחולו באשר למקום מגוריו של המשיב.

בית המשפט המחוזי דחה את הערעור ופסק:

הצדדים הסכימו שהערעור יידחה, בכפוף לכך שיובהר שהאחריות היא אחריות משותפת, תוך התייחסות לזמני השהות. קביעת האם המנכרת היא לא במקום. ממצאי התסקיר מפנים אצבע מאשימה לשני הצדדים גם יחד.

הגיעה העת שהשיח המשפטי יכוון לאחריות ההורים – להבדיל ממשמורת – ולחלוקת זמני השהות. שיח משפטי ברוח זו, כך יש לקוות, יביא ל'הרגעת רוחות המלחמה' על המשמורת גם בהקשר של חזקת הגיל הרך. במסגרת הנורמטיבית הקיימת כיום, ראוי להימנע מקביעת הורה זה או אחר כמשמורן. תחת זאת יש לשאוף לכך, שההסדרים שנקבעים על ידי בית המשפט, בכל הנוגע לאחריות ההורית ולהסדרי השהות יהיו כאלה שיאפשרו את מימוש האחריות ההורית, שמבוטאת כיום במושג האפוטרופסות של שני ההורים, בצורה המטיבה ביותר, מבחינת טובתו של הקטין. במסגרת ההסדרים שייקבעו ייתן בית המשפט את דעתו, באותם מקרים בהם יהא נכון לעשות כן, על זהותו של מי מההורים כ"הורה אחראי" לקבלת אותן החלטות שהן "טפלות או אינהרנטיות" ושנוגעות לטיפול השגרתי והיומיומי בקטין.

פסק דין

השופט שאול שוחט, סגן נשיא, אב"ד:

ערעור על פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה במחוז תל אביב יפו (כב' הש' ארז שני בתלה"מ [11845-03-20](#)), [פורסם בנבו] מיום 15.12.20, בו נקבע כי יש להותיר את המשמורת על ילדיהם הקטינים של הצדדים - הורים לשניים – בידי שניהם, במתכונת של משמורת משותפת, כפי שנקבע בהחלטה זמנית מיום 20.10.20, תוך אימוץ הסדרי השהות שנקבעו בתסקיר ומתן הוראות להתאימם בהתאם להתפתחויות שיחולו באשר למקום מגוריו של המשיב, עניין שייבחן על ידי האפוטי' לדין שמונתה לקטינים (להלן: **פסק הדין**).

בערעור שהונח לפנינו מלינה המערערת, האם, על המתכונת של משמורת משותפת ועותרת לקביעתה של זו בידיה תוך שהיא קובלת על תיוגה כאם מנכרת, תיוג שהביא 'להענשתה', על דרך של גריעת המשמורת מידיה.

בתום הדיון ולאחר שהובהרו עמדות הצדדים אמרנו את הדברים הבאים:

"שאלת הגדרת המשמורת היא לא העניין ומה שמפריע זה קביעת קמא שהדביקה תווית על המצח של האם כאמא מנכרת, בעוד שהתסקיר מכוון להתנהלות לא נורמטיבית של שני ההורים בכל הנוגע לילדים ואין קביעה מקצועית שהיא אמא מנכרת. אבל לא צריך לשנות את הקביעה של משמורת משותפת, מבחן התוצאה מלמד שזה מה שמביא לרגיעה" ולאחריהם הצענו "שהערעור יידחה, בכפוף לכך שיובהר ע"י בית משפט שהאחריות היא אחריות משותפת, תוך התייחסות לזמני השהות, קביעת האם המנכרת היא לא במקום וניתן לצפות ששניהם יבינו שטובת הילדים מעל הכול והאחריות ההורית מחייבת אותם לשתף פעולה בצורה מקסימלית".

הצדדים נתנו את הסכמתם תוך שכל אחד מהם נותן דגשים לעמדת מרשתו/מרשו מתוך הבנה לצורך החיוני במערכת יחסים עניינית בין השניים לטובתם של הילדים.

אנו מברכים את הצדדים על ההבנה שגילו.

מעיון בתסקיר, החומר המקצועי היחיד שהיה לפני בית משפט קמא, עולה כי הקביעה שעניין לנו באם מנכרת הייתה נמהרת מדי. ממצאי התסקיר מפנים אצבע מאשימה לשני הצדדים גם יחד. מבחינה זו הטיבו השניים להבין את דברינו ומהתשובות שקיבלנו באשר לקיומם של הסדרי השהות התרשמנו, כי הם מתקיימים כסדרם מה שנותן תקווה שיחסי הצדדים יעלו על דרך המלך.

לפיכך אנו דוחים את הערעור, מאשרים את הסכמת הצדדים ונותנים לה תוקף של פסק דין.

יכול הייתי לחתום את פסק הדין כאן ועכשיו. עם זאת, ההליך שלפני נותן לי הזדמנות נוספת לחזור על אשר קבעתי בעמ"ש 49158-07-13 ו- 18700-08-13 ע' ש' ב' נ' ק' ש' [פורסם בנבו]; 11.5.14 שם נדרשתי, בהרכב שונה, למונחי יסוד [בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות](#), תשכ"ב – 1962. אחזור על הדברים ואוסיף עליהם מהתובנות שהופנמו בי במהלך שבע השנים מאז הינתנו. וכך כתבתי, בהסכמת חבריי להרכב אז:

"7. מערכת הזכויות, החובות והאחריות של הורים כלפי ילדיהם הקטינים מוסדרת בהוראות הפרק השני של [חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות](#), תשכ"ב-1962 (להלן: "חוק הכשרות"). ההורים הם האפוטרופסים הטבעיים על ילדיהם הקטינים וככאלה מוטלת עליהם "החובה והזכות" לדאוג לצרכיהם, לרבות חינוכם, לימודם, הכשרתם לעבודה ולמשלח יד ועבודתם, וכן שמירת נכסיהם, ניהולם ופיתוחם. לאפוטרופסות צמודה גם הרשות "להחזיק" בקטין ולקבוע את מקום מגוריו והסמכות לייצגו (סעיפים 14-15 לחוק הכשרות).

האפוטרופסות, על כלל היבטיה, לרבות הרשות "להחזיק" בילדיהם הקטינים הצמודה לה, נתונה, אפוא, לשני ההורים, ומטבע הדברים, תבוא לכלל ביטוי מלא כל עוד ההורים מתגוררים ביחד, תחת אותה קורת גג, עם ילדיהם הקטינים, זולת אם נשללה או הוגבלה אפוטרופסותו של מי מהם בהוראת בית משפט (סעיפים 26-30 לחוק הכשרות).

ומה אם ייפרדו ההורים ויחיו בנפרד? במקרה כזה קיימים שני תרחישים:

- ההורים רשאים להסכים ביניהם בידי מי מהם תהיה האפוטרופסות לקטין, כולה או מקצתה, מי מהם יחזיק בקטין ומה יהיו זכויות ההורה שלא יחזיק בו לבוא עמו במגע. הסכם כאמור חייב לעלות בקנה אחד עם טובת הקטין והוא טעון אישור בית משפט (סעיף 24 לחוק הכשרות).
- לא באו ההורים לידי הסכם, בית המשפט הוא שיקבע בידי מי מהם תהיה האפוטרופסות לקטין, כולה או מקצתה, מי יחזיק בו ומה יהיו זכויות ההורה האחר לבוא עמו במגע, כפי שייראה לו לטובת הקטין "ובלבד שילדים עד גיל 6 יהיו אצל אמם אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת" (סעיף 25 לחוק הכשרות).

שתי הוראות אלה מקדימות את קביעת זהותו של ההורה ש"יחזיק" בקטין, בין בהסכמה בין בהכרעה שיפוטית, וקביעת זהותו של זה מקבעת את מעמדו של ההורה האחר כמי שזכאי לבוא עם הקטין במגע.

8. קביעותיו אלה של המחוקק, ובפרט זו שבסעיף 25 לחוק הכשרות הקרויה "חזקת הגיל הרך", שלא תוקנה/שונתה מאז חקיקתה, זכו לעדנה מחודשת, על אף הקולות שקמו עליהן לכלותן, בהחלטה של ביהמ"ש העליון [בבע"מ 1858/14 פלוני נ' פלונית](#) [פורסם בנבו] [3.4.14]. בפרשה זו הבהיר בית המשפט העליון, כי כל עוד הקולות שקוראים לשינוי בחזקת הגיל הרך לא באו לידי ביטוי חקיקתי "אין לנו אלא החוק כמות שהוא" לפיו קטין שטרם מלאו לו שש שנים, רך הוא בשנים, וחזקה כי טובתו אצל אמו. חזקה זו אינה חזקה חלוטה והיא ניתנת לסתירה ובלבד שהוצגו "ראיות כבדות משקל" בדבר התקיימותן של נסיבות מיוחדות.

אמנם, לשון סעיף 24 לחוק הכשרות – וממילא סעיף 25 לחוק זה שמעמיד את בית המשפט בעמדת המחליט – אינה שוללת את האפשרות ששני ההורים, על אף שגרים הם בנפרד, יחזיקו בקטין באופן שווה. עם זה, אפשרות זו כפופה להתקיימותם של תנאים מסוימים ומעל לכל, גם אם מתקיימים, כפופה היא לטובת הקטין, כש"חזקת הגיל הרך" אינה מאבדת ממעמדה גם במצב דברים זה.

הטרמינולוגיה החקיקתית בה עשיתי שימוש אז, כן עתה, הינה זו שמופיעה [בסעיפים 15, 24-25](#) לחוק הכשרות – "החזקה"; "זכויות מגע". ההיגד משמורת כלל לא מופיע בחוק הכשרות, לפחות בפרק השני שעוסק ביחסי הורים וילדיהם הקטינים. גם לא ההיגד "הסדרי ראייה". הפירוש הלשוני והתכליתי של הביטוי – "החזקה" – מוביל לדיבור "משמורת". הפירוש הלשוני והתכליתי של הביטוי "זכויות מגע" מוביל לדיבור "הסדרי ראייה" ששונה עם הזמן לביטוי "הסדרי שהות או זמני שהות". אכן, ההיגד משמורת נתפס כמושג רחב יותר בהתאם להקשר החקיקתי בו הוא מופיע, אך בהקשר של חוק הכשרות משמעותו דומה למשמעות שיש לייחס לביטוי "החזקה" – המכוונת "לנוכחותו הפיזית של הילד יחד עם אותו הורה שמחזיק בו, מטפל, מגדל, משגיח ואחראי עליו"

בביתו (תמ"ש (טב') 5782-08-09 א' ק' נ' נ' ק' [פורסם בנבו]; 23.10.11). להבדיל משאר ענייני האפוטרופסות המהווים "חובה וזכות" של ההורים, ההחזקה בקטין – המשמורת – המסורה ברגיל בידי שני ההורים, הינה אך "רשות" הצמודה לאפוטרופסות (לשון סעיף 15 לחוק הכשרות), מה שמלמד על האפשרות לוותר עליה, לנתק אותה, בין לצמיתות בין לפרקי זמן כאלה ואחרים, ומסירתה בידי אחד מהם, כעניין של כורח מציאות אם חיים הם בנפרד. לפיכך, גם ההורה שהוענקו לו, לצורך העניין, "הסדרי שהות" עם הקטין, ייחשב הוא כמחזיק בו באותו פרק זמן בו הקטין נמצא בביתו או תחת אחריותו. השוני הוא בזמני ההחזקה מי יותר מי פחות ואם שווה בשווה.

והיכן "האחריות ההורית המשותפת", מטבע לשון שטרם נטבע כמושג משפטי בטרמינולוגיה החקיקתית שלנו, גם בחלוף 7 שנים מאז פסק הדין? האחריות ההורית המשותפת תמצא לנו (עדיין) בסעיף 15 לחוק הכשרות הקובע את אחריות ההורים כאפוטרופוסים טבעיים על ילדיהם הקטינים לדאוג, כחובה וזכות, לצרכיהם, לרבות חינוכם, לימודם והכשרתם לעבודה... וכו' ובסעיף 18(א) לחוק זה הקובע: "בכל עניין הנתון לאפוטרופוסותם חייבים שני ההורים לפעול תוך הסכמה; הסכמתו של אחד מהם לפעולתו של רעהו יכולה להינתן מראש או למפרע, בפירוש או מכללא. לעניין מסוים או באופן כללי; וחזקה על הורה שהסכים לפעולת רעהו כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר", כשבעניין שאינו סובל דיחוי "רשאי כל אחד מההורים לפעול על דעת עצמו". מכאן, ואינני אלא מכוון למושכלות ראשונות (בג"צ 181/68 פלורסהיים נ' בית הדין הרבני, פ"ד כב(2) 723; ע"א 2266/93 פלוני, קטין נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221 ורבים אחרים בערכאות השיפוט לדרגותיהן), אין במסירת ההחזקה הפיסית של הקטין לידי מי מההורים כדי לפגוע ו/או לגרוע מאפוטרופסותו של ההורה שנקבעו לו "הסדרי שהות", ומ"החובה והזכות" המוטלת גם עליו לדאוג לכל אותם עניינים הנתונים לאפוטרופסותו. את זאת צריך לדעת גם ההורה שנקבע כמחזיק בקטין וחובה עליו לכבד זאת. לא בכדי תוקן סעיף 18 לחוק הכשרות והוסף לו ס"ק (ב) הקובע, כי גופים המנויים בתוספת לחוק זה (ובהם מוסד פיננסי, המוסד לביטוח לאומי, מוסד חינוכי, רשות מקומית או אזרית, מוסד רפואי) והמחויבים על פי דין למסור מידע בכתב להורה בעניין ילדו הקטין וקיבל מהורהו של הקטין הודעה בכתב על רצונו לקבל עותק מהמידע בנפרד מהמידע שנמסר להורהו האחר של הקטין, ימסור את המידע גם לאותו הורה. גוף כאמור לא יהא חייב לעשות כן רק אם נשללה או הוגבלה האפוטרופסות של אחד ההורים ופשיטא שקביעת החזקה בידי אחד ההורים ומתן הסדרי שהות בידי האחר אינם בגדר שלילה או הגבלה של ההורה שלא נקבע כמחזיק.

דבריי אלה אינם בגדר משנה ראשונה. ראו בהקשר זה דו"ח וועדת שניט (כמובן) ומאמרו של דר' יואב מאז"ה "משמורת ילדים: מושג מהותי או כותרת חלולה" מחקרי משפט כח, התשע"ג – 2012 בו הוא לא מציע לבטל את מושג המשמורת אלא לחדול מלעשות בו שימוש משום שאין לו, בפועל תפקיד מהותי בעל משמעות בדין הקיים. רוצה לומר שהגיעה העת שהשיח המשפטי יכוון לאחריות ההורים – להבדיל ממשמורת - ולחלוקת זמני השהות. בכך, עם מעבר כובד המשקל של השיח המשפטי לאחריות ההורית ולחלוקת זמני השהות יובהר להורים הנצים, כי ככל שהאחריות ההורית הינה משותפת, אף ההחזקה (המשמורת) היא משותפת, גם אם זמני השהות אינם זהים או שווים.

כל אחד מההורים, כחלק מהאחריות ההורית המשותפת, מחזיק בקטין בזמן שהוא נמצא ברשותו, בהחזקתו, במשך כל פרק הזמן של הסדרי השהות שלו עמו, גם אם מדובר בקטין מתחת לגיל שש שנים (ראו דברי ברמ"ש 56347-11-12 נ' ב' מ' נ' ד' ב' מ' [פורסם בנבו]; 24.2.13). שיח משפטי ברוח זו, כך יש לקוות, יביא להרגעת רוחות המלחמה על המשמורת גם בהקשר של חזקת הגיל הרך.

ניצנים לשינוי זה, גם בחקיקה, אמנם בחקיקת המשנה, אנו מוצאים בתקנות המשפחה החדשות – **תקנות בית המשפט לענייני משפחה (סדרי דין), התשפ"א-2020**. בתקנה 15(א) לתקנות אלה, שכותרתה "סעדים בשל תובענות שונות", אשר קובעת את החובה להגיש תובענה נפרדת בשל כל אחד מהעניינים שמפורטים בתקנה, נקבע בתקנת משנה (3) כי, גם "תובענה בעניין קטין לרבות בקשה להסדר שנושאה זמני שהות, חינוך... וגו'" תוגש בנפרד. בתקנה זו נפקד מקומה של ה"משמורת" שהופיעה בתקנה 258 לתקנות הישנות, שעסקה באותו נושא שנוסחה "תובענה בעניין קטין שנושאה זכויות משמורת... וגו'".

לפיכך, במסגרת הנורמטיבית הקיימת כיום, אציע להימנע מקביעת הורה זה או אחר כמשמורן. תחת זאת יש לשאוף לכך, שההסדרים שנקבעים על ידי בית המשפט, בכל הנוגע לאחריות ההורית ולהסדרי השהות יהיו כאלה שיאפשרו את מימוש האחריות ההורית, שמבוטאת כיום במושג האפוטרופוסות (ויש מי שמכנה זאת "משמורת משפטית משותפת") של שני ההורים, בצורה המטיבה ביותר, מבחינת טובתו של הקטין. במסגרת ההסדרים שייקבעו ייתן בית המשפט את דעתו, באותם מקרים בהם יהא נכון לעשות כן, על זהותו של מי מההורים כ"הורה אחראי" לקבלת אותן החלטות שהן "טפלות או אינהרנטיות" ושנוגעות לטיפול השגרתי והיומיומי בקטין, אליהן מכוון הש' שילה.

בנסיבות העניין אציע לחברי שלא ייעשה צו להוצאות והעירבון שהפקידה המערערת יושב לה באמצעות בא כוחה.

שאל שוחט, שופט
סגן הנשיא, אב"ד

השופט נפתלי שילה:

אני מסכים לדבריו של חברי, אב"ד השופט שוחט, לפיהם יש ככלל להימנע מקביעת הורה זה או אחר כמשמורן וראוי לעבור לשיח אחר. אכן, פעמים רבות המלחמה על "תווית" ההורה המשמורן מיותרת וגורמת רק להעצמת הסכסוך ואין בה כל צורך.

ברם, לעיתים קיימת דווקא חשיבות לקבוע מי ההורה המשמורן.

כקבוע בחוק הכשרות המשפטית וכמפורט ע"י השופט שוחט, ללא קשר לשאלה מי ההורה המשמורן, כל החלטה עקרונית ביחס לילדים צריכה להתקבל במשותף ע"י שני ההורים. מאידך, החלטות בנושאים שאינם מהותיים, הם בידי ההורה המשמורן. כפי שנקבע בע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221 בעמ' 239-240:

"ייתכן שלגבי עניין משני וקל ערך הנוגע לחינוכו של קטין בבית ההורה המחזיק בילד, תהא זכות ההכרעה בידי אותו הורה... מובן שאין האמור נוגע לכלל ההחלטות שעל ההורה לקבל בנוגע לילדיו וברור שלהורה המשמורן נתון שיקול הדעת לקבל החלטות שהן טפלות או אינהרנטיות לזכות למשמורת, בלא צורך להיוועץ בהורה האחר... קשה לגדור את קו הגבול בין אותם נושאים שהם טפלים ונגררים אחר המשמורת, לבין נושאים שההכרעה בהם נותרת בידי שני ההורים..."

לעיתים, כאשר הסכסוך בין ההורים נמצא בעצימות גבוהה, קיימת אי הסכמה אף ביחס לנושאים פעוטים והדבר כמובן מקשה מאוד על קבלת החלטות לטובת הקטינים. לכן, על מנת לאפשר לקטין שגרת חיים תקינה, לעיתים דווקא קביעת אחד ההורים כהורה משמורן, תיטיב עם הקטין ותביא לירידת רמת הקונפליקט. ההורה שאינו משמורן לא יוכל "לשים מקלות בגלגלים" ולהתנגד לכל החלטה שגרתית, רק בגלל שיש גם לו את זכות הווטו בקבלת החלטות. הדבר דומה לקביעת "הורה מרכז" לצורך קבלת תשלומי המזונות כשאף מנגנון זה נועד להבטיח שהקטין יקבל את כל צרכיו ולא ייפגע כתוצאה ממלחמות שהוריו מנהלים על גבו.

בעמ"ש 1472-02-17 נ.כ. נ' א.כ. [פורסם בבנו] (31.8.17) ציין כב' השופט ג'יוסי כי זכותו וחובתו של ההורה שאינו משמורן פיזי "להביע עמדתו בכל ענייני היומיומיים של ילדו, שוליים ומינוריים ככל שיהיו, ללא קשר להיקף הסדרי השהייה שלו על ילדו. במקרים מסוג זה, ישנו חשש מובנה, כי האמוציות ומשחקי הכוח והשליטה בין ההורים, הם שינחו אותם במאבקי המשמורת ולא טובת הילד".

ברם, על מנת למנוע ניצול לרעה של זכות זו, קבע שם ביהמ"ש כי:

"במקרים של משמורת פיזית בלעדית, יש להכיר בצמצום המשמורת המשפטית של ההורה שהילד אינו מתגורר עמו, באופן שהמשמורת המשפטית של ההורה שהילד אינו מתגורר עמו, באופן שהמשמורת המשפטית תהיה מורכבת משני רבדים: האחד: ייחוד האחריות לטיפול היומיומי והשגרת ההורה המשמורן הפיזי, והשני, משמורת משפטית משותפת (כפי שמוסדרת בחוק הכשרות) החולשת על החלטות חשובות ומאג'וריות לחייו של הילד, כגון: מוסד חינוכי, חוגים, מקום מגורים, ענייני בריאות וכיוצ"ב".

מסכים אני עם דברים אלו ויש לקחת שיקולים אלו בחשבון, שעה שמבוקש לקבוע הורה משמורן.

נפתלי שילה, שופט

השופטת עינת רביד:

מסכימה ומצטרפת לפסק דינו של אב"ד, השופט שוחט, ולהערותיו של השופט שילה.

עינת רביד, שופטת

הוחלט כאמור בפסק דינו של סגן הנשיא כב' השופט שאול שוחט.

פסק הדין מותר לפרסום באופן בו נחתם ללא פרטים מזהים.

ניתנה היום, ז' סיוון תשפ"א, 18 מאי 2021, בהעדר הצדדים.

נפתלי שילה, שופט

עינת רביד, שופטת

שאול שוחט, שופט, סגן הנשיא
אב"ד

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

שאול שוחט 54678313- /

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה