עמ"ש 19292-11-20 פלונית נ. פלוני

בפני כבוד השופטת ו. פלאוט, אב"ד
כבוד השופט צ. ויצמן
כבוד השופטת י. טויסטר ישראלי

מערערת	פלונית
	נגד
משיב	פלוני

פסק דין

פתח דבר

ערעור על החלטת בית המשפט לענייני משפחה בפ"ת (כב' הש' מ. אליהו) מיום 16.8.20 (תלה"מ 17368-01-17), במסגרתו נקבע כי לצדדים תהא משמורת משותפת על ילדיהם הקטינים וכן נקבעו זמני שהות נרחבים ודומים לכל אחד מהם.

ערעור זה עוסק בפרק נוסף במחלוקת מתמשכת בין המערערת, אמם הביולוגית של הקטינים ובת זוגה לשעבר (להלן- בת הזוג או בת הזוג לשעבר) לבין המשיב – אביהם הביולוגי של הקטינים, בכל הקשור להתנהלותם עם ילדיהם הקטינים. זאת אחר שבהליך קודם נדחתה תביעת המערערת ובת זוגה להכיר בבת הזוג כהורה נוסף לקטינים או כאפוטרופוס נוסף עליהם (עמ"ש (מרכז) 52550-10-18 - ע. נ. נ' ד. מ.(2019)).

בהליך שלפנינו טוענת המערערת כנגד קביעת בית משפט קמא, שניתנה במסגרת תביעת משמורת שהוגשה ע"י המשיב, המורה כי הקטינים יהיו במשמורתם המשותפת של ההורים – המערערת והמשיב, וכן באשר לזמני השהות הנרחבים שנקבעו למשיב.

את עיקר טענתה מפנה המערערת לכך שבית המשפט בהחלטתו התעלם מטובת הקטינים ולמעשה לא בחן כלל את טובתם – זו על כל פנים המעטפת בה נעטף הערעור, ואולם דומה כי עיון מדוקדק בפרטי הערעור מגלה כי טרוניית המערערת מופנית בעיקרה לכך שקביעות בית משפט קמא מצמצמות בפועל את זמני השהות

שלה עם הקטינים שכן היא נאלצת לחלוק בהם יחד עם בת הזוג לשעבר, אשר על חשיבות הקשר בינה לבין הקטינים אין היא חולקת כלל ועיקר.

*

נאמר כבר בפתח הדברים – לא מצאנו ממש בטענות המערערת ואנו סבורים כי דין הערעור היה להידחות מכוח הוראת סע' 460 (ב) לתקנות סדר הדין האזרחי התשמ"ד – 1984 וזאת אחר שמצאנו כי אין להתערב בממצאים העובדתיים שנקבעו ע"י בית המשפט וכי אלו תומכים במסקנותיו המשפטיות וכי אין לגלות בפסק הדין טעות שבחוק. על אף שכך, ומכיוון שעסקינן בעניינם של קטינים וטובתם, ומשום שאנו סבורים כי יש אף להוסיף על נימוקי בית משפט קמא ולחדדם, לא נסתפק באמירה זו, המסכמת את עמדתנו באשר לפסק הדין ומסקנותיו, ונרחיב מעט בפירוט נימוקינו.

הרקע למחלוקת

1. המערערת נישאה לבת זוגה בנישואים אזרחיים בשנת 2013. בנות הזוג היו מעוניינות בהרחבת התא המשפחתי שלהן ומתוך שכך פנתה המערערת למשיב, אותו הכירה עוד מילדותם באורוגוואי, במטרה לעשות שימוש בזרעו להבאת ילד בהליך של הפריה חוץ גופית.
ואכן ביום xx.xx.14 נולד הקטין ש. (להלן – הקטין) וביום xx.xx.16 נולדה הקטינה א. (להלן- הקטינה, יחדיו יכונו להלן- הקטינים). הקטינים נולדו מהפריה חוץ גופית של ביצית המערערת מזרעו של המשיב.
המערערת והמשיב רשומים בלשכת רישום האוכלוסין כהוריהם של הקטינים.

2. עוד קודם להולדתם של הקטינים, ביום 25.6.13, חתמו המערערת והמשיב (והם בלבד) על הסכם שכותרתו "הסכם להורות משותפת", אשר אושר וקיבל תוקף של פסק דין ע"י בית המשפט לענייני משפחה בפ"ת ביום 10.12.13 (להלן - הסכם ההורות או ההסכם).

בהסכם ההורות ציינו המערערת והמשיב כי הם מעוניינים להביא לעולם בצוותא ילדים ולשמש להם "כאם וכאב" (ראו ה"הואיל" הראשון בהסכם ההורות) תוך

הבטחת שלומם, טובתם ורווחתם. הצדדים הוסיפו וציינו כי אין הם מתכוונים לנהל משק בית משותף אלא להתנהל בתאים משפחתיים נפרדים, כאשר בצד הורתם המשותפת יהיה כל אחד מהם רשאי לקיים מערכות יחסים זוגיות עם בני זוג אחרים (ראו עמ' 1 להסכם פרק ה"הואיל" וכן חלק א' להסכם). כך צוין בהסכם ההורות כי -

> "ההורים (=המערערת והמשיב - ה.ש) מעוניינים לקבוע את התנאים להורתם המשותפת, תוך הסדרת האופן בו יגדלו את ילדיהם המשותפים והגדרת חובותיו וזכויותיו של כל אחד מהם הן כלפי הילדים והן כלפי ההורה השני"

הצדדים הוסיפו והדגישו כי -

> "... ההתקשרות בניהם נעשית אך ורק לשם יצירת מסגרת מוסכמת להורות משותפת לגבי ילדיהם המשותפים על מנת להבטיח את טובתם ורווחתם של הילדים"

3. עוד הוסיפו הצדדים והסכימו על עניין הרלבנטי לנדון - הוסכם על הצדדים כי המשמורת על הקטין שיוולד תהא בשנתיים הראשונות לאם <u>ולאחרי כן תהא משותפת</u>, כן הסכימו על ויתור הדדי לתשלום מזונות ועל הפרדה רכושית בניהם.

כך ראוי לציין כי הוסכם על הצדדים שבת הזוג של המערערת, אף שאינה הורה ביולוגי לקטינים שיוולדו, תהא שותפה להחלטות הנוגעות לחינוך וגידול הקטינים, ובלשונו של סע' 3 להסכם -

> "כל ההחלטות הנוגעות לחינוכם וגידולם של הילדים המשותפים, לרבות טיפולים רפואיים ואחרים להם יזקקו, החלטות באשר למוסדות החינוכיים בהם ילמדו, החלטות בענייני כספים ורכוש הנוגעות לילדים - יתקבלו ע"י שני ההורים ובת זוגתה של האם במשותף לאחר התייעצות בניהם, והכל תוך שמירה על טובת הילדים" (עמ' 3 להסכם ברישא)

ויותר מכך, במקרה בו, חו"ח, מי מההורים ילך לבית עולמו תשמש בת הזוג כמשמורנית משותפת עם ההורה הנותר בחיים -

> "במידה ומי מההורים ילך חו"ח לעולמו או לא יהיה כשיר לטפל בילדים המשותפים - יעברו כל הילדים המשותפים הקטינים ...למשמורת משותפת בין בת זוגתה של האם והאב (כך במקור - ה.ש)...ההורים מסכימים כי באם מי מהם ילך חו"ח לעולמו ימשיך ההורה השני ובן/בת זוגתו לשמור על קשר רצוף והדוק בין הילדים המשותפים לבין משפחתו המורחבת של ההורה שנפטר"

4. כאמור, המערערת ובת זוגה עתרו למתן פסק דין הצהרתי או צו הורות פסיקתי לפיו גם בת הזוג היא הורה של הקטינים או, לחלופין, צו הממנה את בת הזוג כאפוטרופוסית לקטינים, בנוסף לאפוטרופסותם של שני ההורים – המשיב והמערערת.

תביעתן זו נדחתה הן בפסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה (תלה"מ 17368-01-17) והן בערעור שהוגש עליו לבית המשפט המחוזי במחוז המרכז (עמש (מרכז) 52550-10-18 - ע. נ. נ' ד. מ., (2019)).

בפסק הדין של בית המשפט המחוזי, אשר לא הוגשה בקשת רשות ערעור בעניינו, והוא חלוט, נקבע, בין השאר, כי אין בדין הקיים אפשרות לקימום הורות משולשת, אין באפשרותם של פרטים ליצור משפחה שכזו במודל הסכמי, וכי עניין זה הוא עניין למחוקק לקבוע בו נוכח השלכות הרוחב המשמעותיות שיש לקביעה זו על דמותה של המשפחה בציבוריות הישראלית. מתוך שכך נדחתה התביעה להכיר בבת הזוג כהורה נוסף על שני ההורים הביולוגיים של הקטינים.

זאת ועוד - נדחתה התביעה להכיר בבת הזוג כאפוטרופוס נוסף לקטינים, בנוסף על אפוטרופסותם של ההורים, ואף זאת מתוך כך שהמחוקק לא מצא להתיר מינוי אפוטרופוס שלישי בצד שני אפוטרופוסים טבעיים מתפקדים. נביא מעט מלשונו של פסק הדין –

> "...כאשר הנושא הנדון הוא צורתו של התא המשפחתי... סוגיה אשר לה השלכות חברתיות, אתיות וכלכליות משמעותיות ביותר וכאשר אין מצוקה פרטית המחייבת פתרון חירום, מהיר וחפוז, <u>שהרי יש לילדים את הוריהם הביולוגיים בצד הכרתם האישית בנוכחות המערערת כנוכחות קיימת ומשמעותית</u>, ראוי להותיר המלאכה בידי המחוקק, על מנת שיוכל ליצור מתווה מושכל כולל אשר יעשה אחר בחינת כלל ההשלכות העשויות לנבוע ממנו, שכן בניית מתווה משפטי תוך התייחסות למקרים פרטניים, עלולה ליצור חקיקה פסיקתית

שאינה מאוזנת ואינה משקללת את כל הנדרש לכללו של הציבור" (הדגשה שלנו).

5. בהערת אגב נעיר, כי מאז שניתן פסק הדין הנזכר בעניינם של הצדדים, נמצא חיזוק ואישוש לקביעות בית המשפט המחוזי הנזכרות לעיל בפסיקה עניפה הן של בית המשפט העליון והן של ערכאות המחוזי השונות, כך בבע"מ 3518/18 ב"כ היועמ"ש נ' פלוני (2020) הבהיר בית המשפט העליון כי –

> "אזכיר כי הדין הישראלי אינו מכיר בהורות משפטית משולשת, וכי התאים המשפחתיים שבהם הוא עוסק מורכבים משני הורים לכל היותר (ראו, למשל, סעיף 18(א) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962; סעיפים 3(א) ו-3א לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951; וסעיף 21 לחוק השמות, התשט"ז-1956. ראו גם עמ"ש (מחוזי מרכז) 52550-10-18 נ. נ' מ. (2019))"

ובדומה בעמש (תל אביב) 52453-02-20 - היועץ המשפטי לממשלה נ' א', (2021) נשללה האפשרות למינוי אפוטרופוס שלישי עת קיימים הורים ביולוגיים מתפקדים–

> "האם ניתן בהתבסס על סעיף זה למנות את בן הזוג של ההורה הביולוגי לאפוטרופוס נוסף - שלישי - לאחר שכבר קיימים שני הורים שהם אפוטרופוסים טבעיים?
>
> ...בניגוד לעמדת בית המשפט קמא, אני סבור שבנסיבות התיק דנן התשובה שלילית. <u>מינוי של אפוטרופוס נוסף לקטין ניתן לבצע רק במקרים המפורטים בסעיפים 28 או 29 לחוק הכשרות. מדובר ברשימה סגורה של מקרים</u> שבהם כאמור, אחד משני האפוטרופוסים הטבעיים לא נמצא או אינו יכול לתפקד כשורה וסעיף 30 לחוק הכשרות קובע, שמינוי כזה יבוצע רק בנסיבות מיוחדות כשהדבר לטובת הקטין. מדובר במינוי קבוע שבא במקומו של מי שחדל לשמש כאפוטרופוס בנסיבות שמפורטות בסעיפים אלו....סעיף 68(א) לחוק הכשרות לא בא לאפשר הרחבה של אפשרויות למינוי אפוטרופוס קבוע נוסף לקטין, שעה שמדובר במצב שבו לקטין שני הורים כשירים ומתפקדים ללא דופי אשר דואגים לכל צרכיו. סעיף זה הוא סעיף שיורי שנועד "לשמור על ענייניו של קטין" שעה שמתעורר בכך צורך זמני להבדיל מקבוע. דהיינו, כאשר טובת

הקטין מחייבת פעולה חריגה על מנת להגן עליו" (הדגשה שלנו).

עוד ראו בכל הקשור לשלילת הורות משולשת או אפוטרופוס שלישי בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניין עמש (תל אביב) 23848-05-19 - פלוני נ' פלונית, (2020).

6. אחר הדברים האלה, הוסיפו המערערת והמשיב להתדיין באשר לסוגיית המשמורת והסדרי השהות עם הקטינים. ודוק – ההליכים המשפטיים נוהלו בין המערערת למשיב בלבד, ובת הזוג לא הייתה צד להם.

עוד נוסיף ונציין בפן העובדתי כי, בין לבין, נפרדו המערערת ובת הזוג, וכעת המערערת חיה עם בת זוג אחרת (הנמצאת בהריון). לטענת המשיב כפי שנטענה לפני בית משפט קמא, המערערת ובת הזוג נפרדו זו מזו לפני זמן רב (בחודש מרץ 2018), אף קודם שניתן פסק הדין הנזכר ששלל את הכרזתה של בת הזוג כהורה שלישי, אך הן בחרו להסתיר את הדבר והמשיכו להציג עצמן כבנות זוג בפני בית המשפט ורשויות הרווחה במסגרת ההליכים שנוהלו (ראו תצהיר משלים ודו"ח חוקר מיום 27.6.19). המערערת טוענת מנגד, כי אכן חל משבר ביחסי בנות הזוג ואולם פרידתם בפועל נעשתה רק אחר שנערך דו"ח החוקר מטעם המשיב.

מכל מקום, בתביעתו עתר המשיב לקיומה של משמורת משותפת הן מתוך הסכמות הצדדים עצמם בהסכם ההורות, הן מתוך זכותו הבסיסית לממש את הורותו באופן המיטבי והן מתוך טובתם של הקטינים, המשיבה מנגד טענה כי יש לקבוע את המשמורת בידיה בלבד, ובחלוקת זמני השהות לצמצם את זמני השהות למשיב, על מנת שיתאפשר לקטינים לשהות אף עם בת הזוג בה הם מכירים ב"הורה פסיכולוגי".

7. לצורך בחינת סוגיית המשמורת וחלוקת זמני השהות פנה בית המשפט לקבלת תסקירי רשויות הרווחה (העו"ס הגב פלורה לוי) וכן מונה כמתאם הורי, ד"ר דניאל גוטליב (ראו החלטת בית משפט קמא מיום 25.11.18), והתקיימו דיוני הוכחות בהם נחקרו הצדדים והמומחה.

על דרך הקיצור נאמר כי מטעם רשויות הרווחה הוגשו מספר תסקירים. בתסקיר ראשוני שהוגש ביום 4.5.17, עת הייתה הקטינה כבת 7 חודשים בלבד, הומלץ כי המשמורת תהא בידי המערערת וכי המשיב יהיה עם הקטינים בימי ראשון ושלישי, כאשר ביום שלישי רק הקטין ילון בבית האב, וכן סופי שבוע לסירוגין כאשר הקטין ילון בבית האב והקטינה תפגוש בו בימי שבת למספר שעות. בתסקירה עומדת העו"ס על היכולות ההוריות של כל אחד מההורים ועל מחויבותו של המשיב לקטינים התסקיר מתייחס אף לבת זוגה של המערערת ומציין כי "שתיהן אמהות לכל דבר לילדים" (ראו עמוד 9 לתסקיר) וציינה כי "יש לבחון את מעמדה ומקומה של בת הזוג אשר הינה שותפה מלאה בגידול הילדים ורואה באב כמנסה לבטל את מקומה כליל ומתנגדת נחרצות גם היא למשמורת משותפת" (ראו עמוד 11 לתסקיר).

העו"ס מוסיפה כי בשלב הנוכחי לאור המשבר בין ההורים- הקונפליקט בין האב לבת זוגתה של האם, לא ניתן יהא לקיים משמורת משותפת. בעתיד, ניתן יהא לבחון את החלופה. בנוסף, לאור מעבר האב להתגורר בסמוך לבית האם, המליצה על הרחבת זמני השהות והוספת לינה של הקטין פעם בשבוע.

ביום 29.4.18 ניתן תסקיר נוסף באשר לחלוקת זמני השהות בחגים. העו"ס ציינה כי השנה (2018) הקטינים התחילו ללון אצל האב. העו"ס המליצה על הרחבת הלינה בבית האב תוך בחינת הסתגלות הקטינה ללינה.

ביום 28.6.18 הוגש תסקיר נוסף וזאת לאחר שגם הקטינה החלה ללון בבית האב אחת לשבועיים בסופי שבוע. העו"ס הביאה את התרשמותה כי הקטינה הסתגלה ללינה בבית האב ודירתו בהחלט מתאימה לשהות של שני הקטינים בה.

העו"ס ציינה כי בין ההורים קיים נתק בתקשורת והם מתקשרים רק באמצעות הודעות. העו"ס המליצה כי הקטינים ילונו בבית האב פעמיים בשבוע ואחת לשבועיים בסוף שבוע החל מיום שישי ועד למוצאי השבת בשעה 19:00, כאשר בסופי שבוע בהם לנים בבית האב, ילונו בביתו רק פעם אחת באמצע השבוע וזאת על מנת ש"לא ייווצר זמן ארוך בו הילדים לא ישהו עם האם בהתחשב בגילם הצעיר" (ראו עמוד 2 לתסקיר). כמו כן, המליצה לצדדים להתחיל בתהליך תיאום הורי.

8. נוכח המלצתה האחרונה של העו"ס מצא בית משפט קמא להוסיף ולהיעזר במתאם הורי, ד"ר דניאל גוטליב, אשר ציין בחוות דעת שהגיש לבית המשפט ביום 26.2.19 כי התנהלות הצדדים האחד מול השני היא התנהלות מכבדת. באופן עקרוני, אין חילוקי דעות בין ההורים בכל הקשור ליום יום של גידול הילדים. יש אמנם ויכוח על סוג המשמורת וזמני השהות, אולם אין בהן להשפיע על חיי היומיום של הקטינים או על האופן בו רואים את ההורים. וכי אין למי מההורים ביקורת של ממש על עצם ההורות של השני והם ידעו להתנהל זה מול זה בצורה ראויה סביב חלוקת הזמן.
בהתייחס לחוות הדעת הנזכרות ולהתרשמותו של בית משפט קמא מהצדדים עצמם ניתן פסק דינו .

פסק דינו של בית משפט קמא

9. בית המשפט קיבל את תביעת המשיב למשמורת משותפת ביחס לקטינים, וזאת אחר שמצא כי למרות המחלוקת והקונפליקט בין הצדדים, שני ההורים "טובים ומיטיבים עם הקטינים ומעורבים עד מאוד בחייהם". מתוך שכך, ובהתייחס לזמני השהות הנרחבים שמתקיימים ממילא בין המשיב לקטינים, מצא בית המשפט כי האפשרות לפיה הצדדים יחלקו משמורת משותפת על הקטינים עדיפה ועולה בקנה אחד עם טובתם. בית המשפט בקביעתו זו נסמך, בין השאר, על העובדה שהמשיב שינה את מקום מגוריו על מנת להתגורר בקרבת הקטינים וכן נסמך על תסקירי רשויות הרווחה וחוות דעת המתאם ההורי באשר להורותם המטיבה של המשיב והמערערת כאחד.

10. בית המשפט מצא לחרוג מהמלצות תסקיר רשויות הרווחה להסדרי ראיה המסדירים, מחד, זמני שהות לבת הזוג ומתוך שכך מצמצמים את זמני השהות של המשיב, וזאת אחר שקבע כי אין לבת הזוג כל זכויות משמורת על פי דין. בית המשפט לא התעלם מכך שבת הזוג מהווה דמות משמעותית בחיי הקטינים ונכחה בחייהם מיום היוולדם ועד פרידת בנות הזוג, שנתיים קודם למתן פסק הדין, ואולם סבר כי גם במסגרת ההסכם אליו הגיעו הצדדים לא ניתנו לה זכויות כשל הורה או

אפוטרופוס לקטינים, אלא לכל היותר זכות להביע עמדתה ביחס למקום מגוריהם או חינוכם של הקטינים. יתר על כן, נקבע כי מקום בו בנות הזוג נפרדו כבר לפני למעלה משנתיים, הרי שגם זכותה של בת הזוג להביע עמדתה ביחס לנושאים אלו –נשללה (סע' 78 לפסק הדין). מתוך שכך קבע בית המשפט כי יש לדחות את בקשתה של המערערת לקביעת זמני שהות בין "שלוש הדמויות המשמעותיות בחיי הילדים", מקום בו נפסק כי אין לבת הזוג כל מעמד המקנה לה זכויות ביחס למשמורתם של הקטינים, למעט אלו שהוזכרו בהסכם ואינן רלוונטיות שעה שנפרדו בנות הזוג. בית המשפט סבר כי– "דומה כי הנתבעת ביקשה לעשות שימוש בהליך משפטי זה ולהופכו לערעור נוסף על פסקי הדין שניתנו בעניינם של הצדדים אודות מעמדה של ***(בת הזוג - הערה שלנו)" וכי ככל שסברה בת הזוג כי עומדות לה זכויות באשר לזמני שהות עם קטינים שומה היה עליה להגיש תביעה מתאימה בעניין. עוד הוסיף בית משפט קמא והעיר כך –

> "בנדון, בנות הזוג נפרדו כבר למעלה משנתיים ויש להניח כי זוגתה החדשה של האם ממלאה תפקיד דומה בחייהן. האם יש בעובדה זו כדי להצדיק מתן זכויות לזוגתה החדשה של האם ביחס לקטינים? ... מסופקני. ..יתרה מזו. יש להניח שבחייהם של הקטינים דמויות משמעותיות נוספות כדוגמת סבתא, מטפלת קרובה או קרוב משפחה אחר הקשורים בכל מאודם לקטינים ומשקיעים בהם מזמנם, כספם ומרצם. עובדה זו בלבד לא תהפוך אותם להורים או אפוטרופוסים של הקטינים ותקנה להם זכויות עליהם" (סע' 85-84 לפסק הדין)

נוכח הדברים האמורים קבע בית משפט קמא זמני שהות רחבים למשיב, באופן הבא–

> א. <u>שבוע ראשון:</u> ימים שני ורביעי - כולל לינה.
> <u>שבוע שני:</u> ימים שני ורביעי , שישי עד ראשון – כולל לינה
> ב. עם הגיע הקטינה אליה לגיל 4, יתווסף לזמני השהות של האב עם הקטינים גם יום חמישי אחת לשבועיים, בשבוע שבו הילדים לא שוהים בסוף השבוע עם האב, ישירות מהמסגרת החינוכית ועד ליום שישי בבוקר ישירות למסגרת החינוכית.
> ג. הצדדים יחלקו באופן שווה את זמני השהות בחגים, במועדים ובחופשות ממוסדות החינוך. לצורך חלוקת זמני השהות בחגים- יפנו הצדדים לעו"ס לסדרי דין שסמכויותיה מוענקות בזאת לצורך עניין זה בלבד, בהתאם לסעיפים 19 ו-68 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות .

מכאן הערעור.

תמצית טענות המערערת

11. שגה בית המשפט בבוחנו את טובת הקטינים. טובת הקטינים מחייבת חלוקת זמן בין 3 דמויות משמעותיות בחייהם – ההורים, היינו המערערת והמשיב, ובת זוגה לשעבר של המערערת, אשר שמשה כאמא וכהורה פסיכולוגי לקטינים מרגע היוולדם. שגה בית המשפט בהתעלמו מהמלצות רשויות רווחה ומהעוול שנגרם לבת הזוג בשל קביעות בית משפט קמא באשר למשמורת המשותפת וחלוקת זמני השהות. כך שגה בית המשפט בכך שלא נדרש לתסקיר עדכני אחר פרידת בנות הזוג נוכח שינוי הנסיבות שיש באירוע זה. עוד שגה בית המשפט בהתעלמו מחזקת הגיל הרך.

12. בית המשפט שגה בכך שהתעלם מהיחס המנוכר של המשיב לבת הזוג, דבר המעיד על פגם במסוגלותו ההורית, שגה בהסתמכו על הסכם ההורות שאינו אלא הצהרת כוונות בכל הקשור לסוגיית המשמורת, ומנגד שגה בהתעלמו מההסכם בכך ששלל מבת הזוג את זכויותיה בהסכם לקבוע את מקום המגורים ומוסדות החינוך לקטינים.

תמצית טענות המשיב

13. הערעור בנדון הוא ניסיון לעקוף את פסק הדין בעניינם של הצדדים השולל "הורות משולשת" ולקבוע הורות שכזו בפועל אף שנדחתה למעשה. יתר על כן, המערערת ובת זוגה הסתירו מהמומחים בתיק את דבר פרידתן ואין לעניין זה כל אזכור בתסקירים ובחוות הדעת, ובכך הוצג למומחים מצג שאינו תואם את הקשר המשפחתי האמתי.

14. המערערת אינה תובעת את זכויותיה שלה אלא את זכויות בת זוגה לשעבר. אין למערערת מעמד בתביעה לפיצול הסדרי שהות בין הורים לבין אדם שלישי. ככל שלבת הזוג טענות באשר לזכויות משמורת או שהייה עם הקטינים שומה היה עליה להגיש תביעה מתאימה לבית המשפט.

15. בית משפט קמא בחן היטב את סוגיית טובת הקטינים, וקבע כי טובת הקטינים וזכותם היסודית לחוות את כל אחד מהוריהם כהורה משמורן, מעת שנקבעה הורותם המטיבה של כל אחד מהורי הקטינים יש לקבוע כי הם יחדיו ישמשו כמשמורנים לקטינים וכי זמני השהות שלהם יהיו דומים. גם אם קיימת חשיבות לקשר שבין הקטינים לבת זוגה של המערערת הרי שקשר זה יכול להתקיים במסגרת זמני השהות שנקבעו למערערת. הורתו של המשיב אינה צריכה להיפגע בשל בת הזוג, ולמעשה אך ורק על בסיס הורות שכזו הסכים המשיב להורתם של הקטינים. בית המשפט בחן הן את תמלילי השיחות שהוצגו לו, מהם עולה ניסיון להדיר את המשיב מהורתו, והן את העולה מתסקירי רשויות הרווחה וחוות דעת המתאם ההורי באשר לשיוויוניות בזמני השהות בה נהגו ההורים בתקופת הקורונה ובאשר ליכולות ההוריות של כל אחד מההורים, ומתוך שכך מסקנותיו מיוסדות על ראיות עובדתיות ותואמות את טובת הקטינים.

*****

16. כאמור, לסברתנו דין הערעור להידחות.

נאמר סוף דבר מראשיתו – עסקינן בקטינים להם שני הורים ביולוגיים אוהבים ומתפקדים, בצד זה קיימת דמות נוספת בחייהם, בת זוגה לשעבר של המערערת. בית משפט קמא קבע הסדרי ראיה להורים בלבד ואולם בזה לא היה בכדי להדיר את דמותה של בת הזוג מחיי הקטינים. אין חולק כי הקטינים נפגשים ומתראים עם בת הזוג ואולם זאת בחלק ממתחם זמני השהות שנקבעו למערערת. לא מצאנו כי יש בכך לפגוע בטובת הקטינים. ההסדר שקבע בית המשפט מדגיש את הורותם של ההורים הביולוגיים ומחזק את מעמדם בעיני הקטינים ובצד זה אין בו לסלק מחייהם את בת הזוג המוכרת להם משחר ילדותם כדמות משמעותית ומשפיעה בחייהם. טובת הקטינים נענית ואף טובת ההורים עצמם, אשר הקדימו וקבעו את תנאי המשמורת הנזכרים עוד קודם ללידתם של הקטינים ואף קודם להורותם.

כעת נבוא לתוכנם וגופם של דברים בדין ובמעשה.

17. נקדים הערה חשובה העומדת בבסיס הנדון - עקרון "טובת הקטין", על אף חשיבותו הרבה והיותו עומד בבסיס שיקוליו של בית המשפט עת הוא בא להכריע בסוגיות שונות הקשורות בקטין, אינו יכול לשמש ככרטיס המקנה זכות להתעלם מן הדין והחוק.

הובהר בפסיקתו של בית המשפט כי בישראל, למצער בשלב זה, אין מקום לקיומה וכינונה של הורות משולשת. אמירה זו אינה בגדר "פרפראזה" ריקה ואינה כותרת למאמר אקדמאי המעניין רק את קהל קוראיו המצומצם. אמירה זו היא הדין והדין חל על הכול ומחייב קיום ומעשה ככתבו וכלשונו. איננו יכולים לומר, מחד, כי החוק אינו מתיר קיומה של הורות משולשת אך, מאידך, בפועל להקנות לשלוש דמויות זכויות הוריות ביחס לקטינים. מעת שנקבע כי לקטינים שני הורים ביולוגים אין מקום להכנסתו של הורה נוסף לתא המשפחתי, לא בהֶעֲלֵם, לא בתחפושת ולא בקריצת עין. לא ניתן לרמוס את דברו של החוק בשל טענות, ותהיינה שובות לב ככל שתהיינה, להורות פסיכולוגית בצידה של ההורות הביולוגית, או להורות היברידית, פוליאמורית, קומונארית או כל הורות אחרת אותה מבקשים פרטים ליצור בניגוד לעמדת המחוקק, יהא התיוג אשר ישימו בכותרתה אשר יהא. אכן אפשר שהמעשה, הנוהג, הגישות, הדעות והסברות מקדימות את דבר המחוקק, ואפשר אף שהם חכמים וצודקים ממנו, אך על אף שכך, שומה עלינו שלא לאפשר את הנחלתם של אלו בניגוד לחוק הכתוב – זהו עוקצו של הדין בצד דיבשו. מעת שקבע המחוקק כי לאדם יש שני הורים בלבד, הרי שרק שניים אלו יזכו בזכויות הוריות – זכויות שחובות בצדן, זכויות משמורת, זכויות שהייה, זכות לקבוע את מקום מגוריהם של הקטינים וכיוצ"ב. אם לא תאמר כן – הפכת את מילתו של המחוקק לאות מתה, חספא בעלמא, דיבור שכל אחד צר על פי דעתו והבנתו שלו, מעת שכך יעשה לא חוק וסדר יהיו לפנינו אלא אנדרלמוסיה, תוהו ובוהו, לא ימצא האזרח ידיו ורגליו ולא ידע את דרך הילוכו הנכון, ולכך אין לתת יד.

18. אכן, עקרון טובת הילד נוכח בכל עת כאשר אנו דנים בעניינו של קטין, ואמת - הוא נוכח אף כאשר לקטין שני הורים ביולוגים אך טובתו דורשת מגע עם אחר. כך הם הדברים באשר לצורך אפשרי של קטין בקשר עם הסבים (ראו סע' 28 ב לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות **תשכ"ב – 1962**), או אף עם מאן דהוא אחר, הזר לקשר הדם המשפחתי, שהקטין נקשר אליו או נדרש לו, וזאת מכוח

סמכותו הכוללת של בית המשפט לעשות כל פעולה נדרשת לטובתו של קטין מכוח הוראת **סע' 68** לחוק הכשרות המשפטית, **ובלשונו -**

> **68(א) בית המשפט רשאי, בכל עת, לבקשת היועץ המשפטי לממשלה או בא-כוחו או לבקשת צד מעוניין ואף מיזמתו הוא, לנקוט אמצעים זמניים או קבועים הנראים לו לשמירת ענייניו של קטין, ושל אדם שמונה לו אפוטרופוס, אם על-ידי מינוי אפוטרופוס זמני או אפוטרופוס-לדין, ואם בדרך אחרת; וכן רשאי בית המשפט לעשות, אם הקטין או האדם שמונה לו אפוטרופוס פנה אליו בעצמו.**

ואולם, השימוש בסע' 68 לחוק הכשרות המשפטית **צריך שיעשה בזהירות מרבית, וככל הניתן מבלי לפגוע בזכויותיו של אחר, ועל דרך הכלל השימוש בו יעשה כאשר אין פתרון ספציפי אחר זמין הקבוע בדין (וראו לעניין זה באריכות בעמש (תל אביב) 52453-02-20 הנ"ל).**

19. בנדון שוכנענו מעבר לכל ספק כי קביעת משמורת משותפת לשני ההורים, קביעה שחשיבותה עולה כאשר יש גורם נוסף המבקש להתערב בזכויות ההוריות הבסיסיות של ההורים, היא הקביעה הראויה והנכונה בנדון והיא זו העומדת בקנה אחד עם טובת הקטינים.

הדברים עולים באופן ברור מתוך קביעות הגורמים המקצועיים באשר ליכולתם ההורית הטובה של כל אחד מההורים, הורות המכירה בהורתו של ההורה האחר. כך מצאנו בדבריה של העו"ס בתסקיר מיום 4.5.17 לפיה המשיב –

> **"מסור לילדיו, מגלה מוטיבציה להצליח למלא את תפקידו ההורי, אנרגיה רבה שלו מופנית לתפקוד ההורי" (ראו עמוד 8 לתסקיר).**

וביחס למערערת כי –

> **"האם מסורה לילדיה...קיימת בשלות שלה ושל האב לתפקיד ההורי"**

קביעתה כי –

"הרחבת זמני השהות של הילד אצל האב תחזק את הקשר ביניהם ותאפשר לילד להיות עם האב זמן רב יותר. גם לגבי הילדה, האב יוכל להיות עמה יותר להתחיל לטפל בה בהתאם לצרכים שלה ולגילה. הילד שמח להיות עם האב" (ראו עמודים 12-13 לתסקיר).

כמו גם התרשמותו של המתאם ההורי, ד"ר דניאל גוטליב, בחוות דעתו מיום 26.2.19 לפיה –

"באופן עקרוני אין חילוקי דעות בין ההורים בכל הקשור ליום יום של גידול הילדים"

וכי -

" ההתנהלות של ההורים אחד עם השני הינה מכובדת".

יתר על כן, היותם של ההורים הורים מטיבים המשתפים פעולה לטובת הצדדים עולה אף מתוך עדותם שלהם האחד כלפי משנהו – כך מחקירת המשיב עלה כי למרות המחלוקת וההליך המשפטי המתנהל, מתקיימת בין הצדדים תקשורת עניינית אודות הקטינים וכך היה לדוגמה כאשר בתקופת הקורונה הסכימו הצדדים לחלוק את זמני השהות על הקטינים באופן שווה. בעניין זה ראו עמוד 36 לפרוטוקול, שורות 1-6:

"ש- האם זה היה בהסכמה עם האם?
ת- כן
ש- מההתחלה הסכמתם על הענין
ת-מהשבוע הראשון
ש-היו בעיות של תקשורת
ת-לא"

ואף המערערת העידה -

"ש- אם אתם מתקשרים טוב ואם הוא דואג לילדים, למה אנחנו פה, אם הוא טיפל בילדים כשאין מסגרת חינוכית, ימים שלמים בצורה שוויונית, שזה הרבה יותר קשה מאשר כשיש מסגרת ולא היו בעיות, למה אתם פה, הוא אבא טוב לא?
ת- אנחנו לא פה בגלל שיש לי ספק אם הוא אבא טוב, אני מאמינה כאמא שאם הם לא יהיה להם יום אחד בשבוע או

שעות מסויימות שהם לא יראו את ע. (=בת הזוג- ה.ש) יהיה להם רע..."
(ראו עמוד 36 לפרוטוקול, שורות 17-21)

20. אומנם העו"ס לא המליצה בתסקירה על משמורת משותפת, אלא שתסקירה הראשון ניתן בהיותה של הקטינה בת 7 חודשים בלבד (בעוד התסקירים המאוחרים יותר התייחסו לסוגיות נקודתיות ולא לשאלת המשמורת בכללותה), ומכל מקום, המלצתה זו נבעה בעיקר בשל סברתה לזכויות כאלה ואחרות של בת הזוג, ואולם סברתה זו אינה עולה בקנה אחד עם הוראות הדין ואינה מתיישבת עם הזכויות ההוריות המגיעות להורים, כפי שהובהר לעיל באריכות, לפיכך אין להלין על בית משפט קמא כי סטה מההמלצות הנוגעות לעצם אופייה של המשמורת.

בנדון, קביעה כי המשמורת תהא למערערת או למשיב אך ורק תגביר ותחדד את המחלוקות בין הצדדים, ותביא להרעה של ממש במצבם של הקטינים. שכן אם, כדוגמה, תינתן המשמורת בידי המערערת, קיים חשש של ממש כי היא תצמצם את מקומו של המשיב לצורך הרחבת מקומה של בת הזוג, ולהיפך לו תינתן המשמורת בידיו של המשיב.

קביעת מעמד שווה לשני ההורים יהא בה להגדיר ולחדד את מעמדם בעיני הקטינים ובכך לתרום לטובתם. ועיקר - אין בכך כדי בהכרח בכדי להדיר את בת הזוג מחיי הקטינים, כפי שיובהר להלן בהמשך הדברים.

21. טענת המערערת כי בית משפט קמה התעלם מחזקת הגיל הרך - אין בה ממש. השימוש בחזקת הגיל הרך יעשה כאשר בית המשפט אינו מוצא אפשרות משמורנית טובה יותר לקטינים (ואגב כיום הנטייה היא להתעלם כליל מסוגיית המשמורת ולדון אך ורק בסוגיית זמני השהות של כל אחד מההורים, וזאת גם לגבי קטינים שטרם מלאו להם שש, שכן עיקר זכויותיהם וחובותיהם ההוריות עולות מעצם אפוטרופסותם על הקטינים (וראו לעניין זה בהרחבה בפסק הדין בעניין **עמ"ש 13008-02-21** א.ק נ. מ.ע.ק. (2021) וכן **רמ"ש 56347-11-12** נ.ב.מ. נ. ד.ב.מ. (2013) **תלה"מ 6303-10-18** פלוני נ. פלונית (2021)). יתר על כן, בנדון הקטין הוא כבן 7, לפיכך בעניינו לא חלה חזקת הגיל הרך, וכידוע על דרך הכלל אין לחלק בין

המשמורת הנוגעת לאחים ויש להתאמץ ולהחיל משמורת במתכונת זהה לכלל האחים.

22. אחר שמצאנו כי אין עילה של ממש המצדיקה שלא לקבוע את המשמורת כמשותפת בין ההורים, יש להוסיף ולבחון האם בעצם קביעתה ובקביעת זמני שהות דומים להורים יש משום פגיעה בטובת הקטינים, היות ויש בכך לצמצם, לכאורה, את זמני השהות שלהם עם בת הזוג, זמני שהות שלא נקבעו על ידי בית המשפט? ובכן אף בחשש זה אין כל ממש.

אין חולק כי בפועל הקטינים אינם מודרים מבת הזוג והם בנפגשים עמה בקביעות בתוך מסגרת הזמן שנקבעה כזמן השהות של המערערת עמם, עניין זה אומנם מצמצם מאליו את פרקי הזמן בו שוהים הקטינים עם בת הזוג והמערערת, ואולם אין בכך כדי לפגוע בטובתם. טובת הקטינים אינה בהכרח כי ישהו עם המשיב, המערערת ובת הזוג פרקי זמן שווים וזהים, טובתם נענית בכך שקיים קשר רציף וקבוע בינם ובין כל הדמויות המשמעותיות בחייהם, בראש ובראשונה הוריהם – המשיב והמערערת, ובצד זה נשמר הקשר אף עם הדמות המשמעותית הנוספת אשר אינה זכאית לזכויות הוריות – בת הזוג לשעבר.

מילים אחרות, אפשר שהסדר חלוקת הזמנים שנקבע פוגע במערערת, ודומה כי הערעור אכן הוגש מתוך ראייתה הסובייקטיבית של המערערת כי הסדרי השהות פוגעים בה והם מצומצמים בעיניה משום מחויבותה כלפי בת זוגתה לשעבר, אך בוודאי שאין בחלוקת הזמנים שנקבעה כדי לפגוע בטובת הקטינים, והרי כאמור, טובת הקטינים היא זו העומדת במרכז דיון זה.

הנה כי כן, נקטנו בדרך בה ניתנות להורים מלוא הזכויות ההוריות המגיעות להם, ובצד זה נשמר קשר רציף בין הקטינים לבת זוג, נראה, אפוא, כי זו הדרך המיטבית, בנסיבות הנדון, ואין מקום לסטות ממנה.

23. סוף דבר הערעור נדחה.

המערערת תישא בהוצאות המשיב בסך של 20,000 ₪ שישולמו תחילה מתוך הערבון שהופקד על ידי המערערת והיתרה ישירות על ידה.

24. ניתן לפרסום ללא פרטי שמות הצדדים.

ניתן היום, י"ב סיוון תשפ"א, 23 מאי 2021, בהעדר הצדדים.

ורדה פלאוט, שופטת **אב"ד**	**צבי ויצמן, שופט**	**יעל טויסטר ישראלי, שופטת**