

# עבודה 2 - החזקת ילדים, הגירה וניכור הורי

מרצה : פרופ' שחר ליפשיץ  
מתרגלת : עו"ד הדס רייכלסון

17.01.2021, ד' שבט התשפ"א

ארנסט איבניצקי  
323586073

**1**) האפוטרופוסים הטבעיים של הילדים אלו ההורים (ס' **14 לחוק הכשמ"א, להלן: "החוק"**). אפוטרופוסות זו כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, הרשות להחזיק בו ולקבוע את מקום מגוריו (ס' **15 לחוק**). האב רצה החזקה משותפת אך האם התנגדה בכל תוקף. לפי ס' **25 לחוק**, רשאי ביהמ"ש להכריע בסוגיה זו, וזאת לטובת הקטין. טובת הקטין היא "עקרון העל", עקרון המנחה היחיד בסוגיה זו (בע"מ 27/06 פלוני). **חזקת הגיל הרך (סע' 25 לחוק הכשרות)**: תמר תטען למשמורת עיקרית ליעל (בת 4). חזקה זו בוססה גם **בבע"מ 27/06 פלוני**. האב: מכיוון שטובת הילד היא השיקול המרכזי, יש לפרשה על פי מסקנות **דוח שניט** על מעבר מ"אפוטרופוסות" ל"אחריות הורית" ודאגה משותפת לזכויות ילדים. טובת הילד דורשת קיום קשר בינו לבין הוריו ק"ו כאשר הקשרים בין כל אחד מהם אליו טובים ומשמעותיים כמתואר אצלנו. גם בגיל הרך יש להעדיף משמורת משותפת המשקפת יותר את טובת הילד, הפתרון הכי קרוב למצב המשפחתי השלם, על פני חזקה אפריורית של משמורת יחידנית בידי האם. ההתייחסות לחזקת הגיל הרך בפסיקה היא **כשיקול מרכזי אך לא יחידני (רע"א 4575/00 פלונית)**. עדיין יש לבחון את טובת הילד ככלל שנתון לפרשנות **בימ"ש**, מכוח זאת ומכוח דוח שניט ראוי לפרש כי **משמורת משותפת לא בהכרח סותרת את החזקה**. אין מדובר בעקירת הפעוטה מהאם, מקומה משתמר כחלק אינטגרלי מחייה בצד מימוש הקשר עם האבא. האם: גם **בדו"ח שניט** וגם **בבע"מ 2328/19 פלוני**, מסיקים כי אין לשנות את החזקה האמורה, שקבועה בחוק הכשרות (ס' 25). מאחר ויעל מתחת לגיל 6, לפי **בע"מ 2328/19 פלוני** ניתן היה לסטות מחזקת הגיל הרך, רק אם יש ראיות ממשיות לקיום נסיבות מיוחדות. במקרה דנן לא כך הדבר. **גל יטען** כי יש מסוגלות הורית שווה לשני ההורים, ויש לקחת זאת בחשבון. האב יוסיף גם שהוא **ההורה הדומיננטי (בע"מ 27/06 פלוני)** והוא מעורב הרבה יותר בחיי הילדים מאשר האם. האם **תטען מנגד** כי: בימי הקורונה, היא בחל"ת ולכן נמצאת הרבה יותר עם הילדים כרגע. **במידה ובימ"ש יקבע כי יש להחיל משמרת משותפת**, גם פה עיקרון העל המנחה הוא טובת הילד. לפי **בע"מ 27/06 פלוני**, לחו"ד מקצועיות יש משקל רב ביותר- כי הן מבססות תשתית עובדתית אובייקטיבית לקביעת 'טובת הילד'. מבחנים לקביעת "טובת הילד" (רשימה פתוחה), **בפס"ד י.ג.נ' ג.ג.ה.א**: מסוגלות הורית טובה/דומה של שני ההורים – כשירות שווה לפי המומחה; **ב**. מעורבות משמעותית של שני ההורים בחיי הילד – גל מעורב מאוד, תמר מעורבת גם כן אם כי פחות; **ג**. קיום קשר תקין בין כל אחד מההורים לבין הילד – הראל אומר שהוא מעדיף את גל אך גם אוהב את תמר, יעל לא נשאלה; **ד**. מקום מגורים סמוך ותפיסת הילד את שני הבתים כבתים מרכזיים – גל עבר להתגורר במרחק סביר מביתה של תמר, והילדים נמצאים אצלו פעמיים בשבוע; **ה**. שת"פ וטיב התקשורת בין ההורים – תמר משתפת פעולה, לא מונעת את פגישת הילדים, ולמרות ההתנהגות לא מהווה מכשול לקשר של הילדים עם גל; **ו**. רצון הילד – יעל לא נשאלה מפאת היותה קטינה, אם כי המומחים חושבים כי קשורה יותר לאמה, הראל מעדיף לגור אצל אביו. **בנוסף גל יטען** כי יש לקחת בחשבון את רצונו של הראל, ולתת החזקה משותפת על שני הילדים, למרות חזקת הגיל הרך שכן לפי **פס"ד א.מ.נ' א.מ.** ישנו עיקרון אי-הפרדת ילדים זה מזו; להכריע בעניינם של מספר אחים, עליו לשקול את טובת כל ילד בנפרד, כשאחד הפרמטרים הנשקלים הוא חשיבות הימצאותם יחדיו לבריאותם הנפשית, ככל שהקשר הנפשי חזק יותר כך יגדל משקל פרמטר זה. האם **תטען מנגד** כי כיבוד רצון הקטין הינו רכיב מבין קשת רכיבים שונים שעל ביהמ"ש לשקול ושמיעת רצון ילד לא תטה את כף ההכרעה. לפי דעתי, ביהמ"ש יפסוק החזקת הילדים אצל תמר, משום מתן משקל ממשי לחזקת הגיל הרך, ולצד זאת יפסוק הסדרי ראייה דומים לנוכחיים. **2**) בעניין שאלת ההגירה, משמורת מקום המגורים, גם כאן העקרון המנחה הוא טובת הילד. טובת הילד צריכה להיות מבוססת על תשתית עובדתית, המבוססת בעיקרה על חו"ד מומחים; לחו"ד פקידת הסעד משקל משמעותי. הלה טענה כי **לשני ההורים מסוגלות הורית** דומה וכי לדעתה יעל מעדיפה את אמה, בעוד הראל את האב ואת סביבתו הנוכחית (החברים בב"ס). **גל יטען**: כי יש להעביר אליו את המשמורת על הילדים נוכח ההגירה, שכן מדובר על שינוי נסיבות

לפי ס' 74 לחוק – העתקת מרכז חיים של האם והילדים למקום אחר. לחילופין גל יוכל לבקש צו מונע ע"מ למנוע את ההגירה. ביהמ"ש בהחלטתו יצטרך לקחת בחשבון כי מדובר על הרחקת הילדים מהאב ומהסביבה המוכרת להם. האיזון בין שיקולי טובת הילד לבין הסדר המשמורת הראשון שנפסק עשוי להשתנות (רע"א 4575/00 פלונית). כמו כן, לא קיימת אינדיקציה כי תמר התחשבה בטובת הילדים בהחלטתה זו, אין זו טובת הילדים להיות עם הורה שלא שם את הילדים את טובתם תחילה. תטען האם: שאלת ההכרח בהגירה לא רלוונטית בנוגע למשמורת (רע"א 4575/00 פלונית). כמו כן, גם אם יופחתו המפגשים עם גל, הניתוק מהאם עלול להסב יותר נזק ליעל, ואת הילד לא נכון להפריד מאחותו. הרע במיעוטו יהיה לאפשר לאם להגר עם ילדיה (פס"ד 10-08-39341). העבודה החדשה תאפשר לה לתת להם רמת חיים גבוהה יותר מזו בישראל, וכן בשאלת הניכור מהאב היא מבטיחה כי תאפשר לאב לשמור על קשר עם הילדים ולבקרם במהלך חופשותיו מהבית ספר. כמו-כן, תטען כי זכותה להמשיך בחייה, לקבועה את חייה ולפתוח בדרך חדשה (בע"מ 27/06 פלוני). גל יטען: כי הוא זכאי לקשר רציף עם ילדיו, ואם תיעשה ההגירה זכות זו תישלל ממנו (בע"מ 27/06 פלוני). האם תטען: שיקול זה אינו שיקול עצמאי ויש להביאו כדי לקבוע מהי טובת הילדים במקרה דנן. את טובת הילד בשאלה הזו נבחן לפי מבחנים המובאים רע"א 4575/00 פלונית והם: א. דעת הילדים – ראה בשאלה 1; ב. איכות הקשר בין הילדים לכל אחד מההורים – הראל יותר קשור לגל ויעל לאם, אולם גם אותה מקפיד האב לבקר פעמיים בשבוע; ג. היכולת סובייקטיבית והאובייקטיבית לשמור על קשר בינו לבין הילדים תיפגע, ד. נכונות ההורה המשמורן לסייע בקיומו של קשר זה - האם נכונה לסייע לשמור על הקשר בין הילדים עם האב; ה. מסוגלות הילדים להיקלט בסביבה שאליה מתבקשת ההגירה – הראל לא רוצה לעזוב את חבריו, וכפי שכבר הוזכר לעיל, בגילו כבר גיבש דעה, נקשר ופיתח זיקה לישראל, לסביבתו ולחבריו. ליעל יהיה קל יותר מפאת גילה. גל יטען: שהילד לא רוצה לעזוב, שכן הוא אוהב גם את אביו ורוצה להימנע מהניתוק ממנו ומחבריו מבית הספר. הוא גדל ונקשר למקום שבו הוא נמצא ומחזיק בתובנות משמעותיות יותר. ישנו חשש שניתוקו מהסביבה יעצים אצלו חרדת נטישה (בע"מ 10060/07 פלונית) (מבחינת בית המשפט בחינת טובת הילד לא תיעשה במנותק מהמכלול המשפחתי אליו משתייך, בכלל זה גם השפעת החלטת ביהמ"ש על כל אחד מהוריו (ריחוק מהאב עלול להזיק לאב, וכן לקשר הילדים עם האב, מה שלא עומד בבחינת "טובת הילד"). ו. חזקת הגיל הרך – שיקול נוסף, שחל על יעל, לכן עליה להיות עם אמה, בעוד גל יגיד כי טובת הילד במקרה דנן מצריכה לסטות מחזקה זו, כאמור לעיל. מנגד, האם תטען: הישארות ללא רצונה בישראל, ישפיע עליה לרעה וכך גם על ילדיה - כי טובת הקטין מושפעת במישרין ממצבם של הוריו (בע"מ 10060/07 פלונית), וכן זה פוגע בזכותה לחופש התנועה. גל יטען: הטיעון לפגיעה בחופש התנועה אינו מהווה טעם להתרת ההגירה (בע"מ 10060/07 פלונית). גל יטען: הריחוק יוריד את תדירות המפגשים, תעלה שאלת עלויות הטיסה, עלות שהות במדינת ההגירה עבור האב, הפסד ימי העבודה של האב ועוד. האם תטען גם: כי אין נסיבות מיוחדות לביטול חזקת הגיל הרך (ס' 25 לחוק), וזו חלה על יעל ותחזור שוב לטיעון אי הפרדת הילדים (פס"ד 10-08-39341), ולכן תתקש על השארת הילדים בהחזקתה. בראייתי, בית הדין הנכבד, בדיונו יתייחס לשאלת האיזונים: חשיבות קרבת הילדים לאביהם והעובדה שהתרגלו לישראל מול העובדה שהאם היא המשמורן העדיף. טובת הקטינים תיתכן לכל כיוון, אך מההכרח של יחסי הילדה ואמה יש למצוא פתרון יצירתי (רובינשטיין שמסכים עם דברי דניציגר בע"מ 10060/07 פלונית). לאור כלל השיקולים המוזכרים לעיל, יתיר ביהמ"ש את הגירתה של האם, וזאת במספר תנאים אפשריים: האם תממן חלק מהטיסות של האב ו/או טיסות הילדים (בע"מ 10060/07 פלונית), שהילדים יירשמו לביה"ס יהודיים ועוד. (3 א) פנייתו של גל תיעשה בהתאם לס' 74 לחוק, שכן נשתנו במקרה דנן נסיבות ונתגלו עובדות נוספות לאחר שניתנה ההחלטה. גל יטען: כי מתקיימת פה "תסמונת הניכור ההורי", אשר מוגדרת ב"ס 58557-04-19 האם, ועל מנת לקבוע תופעה זאת יש להגדירה לפי הפס"ד: א. האם קיימת פגיעה בקשר בין הורה

לבין ילדיו – הילדים אינם רוצים לראות את האב ולא ראו אותו כבר חודשיים. הפגיעה מתקיימת; **ב.** האם פגיעה זו נובעת מהסתה של הורה אחד כנגד משנהו או שמא בגלל התנהגות ההורה "המנוכר" – נתון לנו כי האם מכפישה את שם האב ומציירת אותו כמסוכן בעיני הילדים, דהיינו – אכן נובעת מהסתת האם. הניכור ההורי בא לידי ביטוי באי-רצון הילדים לתקשר עם האב (תמ"ש 58854-07-14 פלוני). הפסיקה מכירה בתופעה זו כעילה לתביעה נזיקית, אשר חוסה תחת עוולת הפח"ח- ס' 63' **לפקודת הנזיקין (להלן: "הפקנ"ז")**. במקרה דנן, מדובר על הפח"ח לפי הס' 287 **לחוק העונשין**. סעד נזיקי נוסף העומדת לטובת גל, הינה עוולת הרשלנות לפי ס' 35' **לפקנ"ז**, בגינן ניתן לקבל סעדים. נבחן את המבחנים לרשלנות מתוך הפקנ"ז (תמ"ש 58854-07-14 פלוני) **א.** קיומה של חובת זהירות של המעוול (האם) כלפי הניזוק- יש לאם חובת זהירות כלפי האב, עליה לנהוג כך שהילד המשותף יוכל קיים קשר עם ההורה; **ב.** הפרת חובה זו – מפעילה מניפולציות ושקרים לילדים על מנת למנוע ממנו את הזכות לקשר; **ג** קיומו של נזק - הילדים מנעיים כבר חודשיים לראות את אביהם ואינם מעוניינים בקשר עם אביהם - הרי יש נזק(תלה"מ 57367-12-18 מ.ח.); **ד.** קש"ס בין ההפרה לנזק – כתוצאה מאמירותיה של האם, הילדים חוששים לצאת מהבית כשאביהם בא לאסופם. **האדם הסביר** יכול לצפות שהסתה של ילד ע"י הורה א' כלפי הורה ב' תביא לפגיעה בקשר בין הילדים להורה ב', ותסב נזק לאחרון. **האם תטען:** כי מדובר על רצונותיהם של הילדים וזכותם להחליט שלא להיפגש עם האב. **האב יטען:** שאחריות קיום קשר חלה על ההורה משמורן ואינו יכול "להתחבא" מאחורי דברי הקטינים (תלה"מ 57367-12-18 מ.ח.). **האב יטען:** התקיימה פה הפח"ח, וזאת נבחן בהתאם למבחנים הרלוונטיים: **1.** חובה המוטלת על המזיק מכח חיקוק – בס' 287 **לחוק העונשין** ישנה חובה לקיים הוראות ביהמ"ש, דהיינו על האם לאפשר את הסדרי הראיה של האב. **2.** החיקוק נועד לטובתו או הגנתו הניזוק – ס' 287 **לחוק העונשין** נועד להגן על זכויותיו של האב, במקרה לדנן, להיות בקשר עם ילדיו וההפך. **3.** המזיקה הפרה את החובה המוטלת עליה – האם נהגה האם גרמה לילדיה שלא לרצות לראות את האב, ובכך הפרה את הוראת ביהמ"ש והחובה המוטלת עליה מתוקף ס' 287. **4.** ההפרה גרמה לניזוק נזק – היחסים בין גל לילדיו נמצאים בשפל ואינו ראה את ילדיו כבר חודשיים. **5.** הנזק שנגרם אליו הוא סוג הנזק שאליה התכוון החיקוק – הדבר גרם לנזק אותו היתה כוונה למנוע, ונפגעו זכויותיו של גל כאב (תלה"מ 57367-12-18 מ.ח.). גל יוכל בהתאם לאלו לבקש פיצויים ע"ס 250,000 ₪ (תמ"ש 58854-07-14 פלוני). **גל יטען:** טובת הילדים היא להימצא עימו, ולכן להעביר את הילדים למשמורת זמנית אליו, מאחר ולטענתו יש פה די לסטות מהפס"ד המקורי (ס' 74' **לחוק**), וזאת נוכח כל העובדות החדשות והניכור ההורי המתקיים פה, שכן האם מעוות את המציאות והתפיסה של הילדים ופוגעת בהם רגשית וחברתית, תוך גרימת שלילת הורותו של גל (תלה"מ 8490-17-ד.ח.ג). טענה נוספת שיעלה האב, כי יש להטיל קנס על האם על כל ביקור שלא התממש (תלה"מ 57367-18 מ.ח.), וכן יוסיף כי מאחר והופר ס' 287 **לחוק העונשין**, יש לאסור את תמר, ובכך ידרוש משמורת קבועה על הילדים שכן טובת הילד היא לא להימצא עם הורה מורשע בפלילים. גל, במכלול כלל הטענות יבקש משמורת מלאה, שכן יטען כי בראש מעייניו טובתם, ופגיעה באמם לא התוצאה הרצויה. **בראייתי ביהמ"ש יפסוק משמורת זמנית אצל גל, עם הסדרי ראיה במרכז קשר עבור האם, ימנע מלהחיל סעד פיצויי ופלילי, ע"מ לא לפגוע בקשר בין ההורים עצמם ובין הילדים להוריהם. (ב3) תשובתי הייתה משתנה. בפסיקה בה עסקנו עד כה היה ניכור הורי מובהק. חוסר רצון לא בא מצד הילדים, אלא מצד אמם. כעת, האם תוכל להגיד שטובת הילד היא להימנע מלהימצא במחיצת אב שתיין שעלו להוות השפעה שלילית על ילדיו ואינו יכול לפקח עליהם. תנאי הסף לניכור הורי בתמ"ש 58854-14-פלוני אינן מתקיימים במלואן- יש פגיעה בקשר בין האב לילדים, ברם אין קש"ס ואין זה נובע כתוצאה מהסתה של תמר, אלא כתוצאה ממעשיו שלו (אלכוהוליזם) לכן הפסיקה לא תהיה כנגד האם. יתרה מכך: כפי שקרה ב"ס 58557-04-19, עלול ביהמ"ש לפסוק נגד גל הוצאות לאוצר המדינה כדוגמא, שמא ייעשה שימוש בסרק בטענת "ניכור הורי".**