

## תמ"ש 22800/99

1. ל.ש. תובעים

2. א.ש. (קטינה)

3. ר.ש. (קטין)

באמצעות ב"כ עו"ד ברנקין

נגד

א.ש.

נתבעת  
באמצעות ב"כ עו"ד קוק

### פסק דין

בפני תביעת משמורת.

התובע והנתבעת נישאו זל"ז ביום 3.3.98, ונולדו להם שני ילדים: א., ילידת 14.9.00, ור., יליד 5.10.03. בעת נישואיהם התגוררו בני הזוג וילדיהם בחולון.

השניים התגרשו בשנת 2007. עובר לגירושין חתמו על הסכם בו נקבע שמשמורת הקטינים תהיה אצל אמם, נקבעו הסדרי ראייה ולינה אצל התובע (פעמיים בשבוע, בימי שני ורביעי ובכל סוף שבוע שני). עוד נקבע כי לתובע שמורה הזכות בעתיד לדרוש את שינוי המשמורת. הסכם זה אושר בבית הדין הרבני בת"א.

בשנת 2008 נישאה הנתבעת בשנית ועברה להתגורר בקריית שמונה, עיר הולדתה, בסמוך למשפחת המוצא שלה. בעלה הנוכחי של הנתבעת דתי, והשניים מנהלים אורח חיים דתי (יש לציין שהצדדים

ניהלו אורח חיים חילוני ) . מנישואי השניים נולדו לצדדים שני הקטינים נשוא התביעה (להלן :  
"הקטינים" ) .

הנתבעת ובעלה השני מתגוררים כיום בקריית שמונה.  
התובע נותר להתגורר בדירת בני הזוג בחולון.  
ביום 9.6.09 הגיש התובע תביעת משמורת בה עתר להעברת משמורת הקטינים אליו.

מונתה פק"ס ל צורך הגשת תסקיר . בשל חשש התובע מכך שאחות הנתבעת עובדת כפק"ס בשירותי  
הרווחה בקריית שמונה, קבעתי שפק"ס הארצית היא זו שתקבע איזו רשות תטפל בהכנת התסקיר.  
נקבע שתהייה זו המחלקה לשירותים חברתיים שבמועצה האזורית גליל עליון.

בתסקיר מיום 28.8.10 המליצה פקה"ס מהמועצה האזורית גליל עליון, הגב' טרוס אקרמן, על הותרת  
המשמורת בידי הנתבעת וכן כי לא תשונה מתכונת הסדרי הראייה. גם בתסקירה המשלימים של  
פקה"ס הגב' אקרמן, מיום 12.12.10 ומיום 30.10.11, נכללה המלצה דומה תוך השארת הסדרי  
הראייה על כנם. כמו כן התקבל דו"ח העו"ס איתן אשל לאחר ביקור בית שערך בבית התובע בחולון  
גם הוא המליץ שלא להורות על שינוי המשמורת.  
בנוסף התקבל תסקיר מאת עו"ס לחוק הנוער טיפול והשגחה מהמועצה האזורית גליל עליון, הגב'  
רקפת חורש יהושע, שהתייחסה לטענות אלימות הנתבעת ובן זוגה כלפי הקטינים כפי שהעלה התובע  
בטיעונו.  
מסקנות וממצאי התסקירים יפורטו בהמשך בהרחבה.

#### **טענות התובע:**

1. הוא ממשיך להתגורר בדירה בה גדלו הקטינים ועובד בעבודה מסודרת עד השעה 16:30.
2. בשל מעבר האם לקריית שמונה הוא רואה את הקטינים בימי ו', בכל סוף שבוע שני מיום ה'  
עד מוצאי שבת ובמחצית חופשות וחגים.
3. הוא האחראי הבלעדי לבריאות הקטינים. כשהבן חלה בדלקת ריאות הוא ישב לידו בבית  
חולים וסייע לו בהשלמת חומר הלימוד. הנתבעת איננה דואגת לבריאות הילדים ושולחת אותם אליו  
חולים, ללא טיפול.

4. הקטינים חווים ומתלוננים על אלימות פיזית ורגשית מצד הנתבעת ובעלה החדש, והתובע חש בהזנחה הקשה מצד הנתבעת בטיפול בילדים. התובע עשה כל שביכולתו לעצירת ההזנחה, לרבות פנייה לרשויות הרווחה בקריית שמונה והגשת תלונות למשטרת ישראל, אך נתקל באטימות ובזלזול מצידם.

5. עקב טיפולו בעניין מיתנו הנתבעת ובעלה את התנהגותם האלימה כלפי הקטינים. האלימות הפיזית כלפי הקטינים פסקה, ומצבם הרגשי של הקטינים ותפקודם השתפרו אולם הקטינים עודם חווים מצד הנתבעת ובעלה אלימות מילולית. מופעלים כלפיהם עונשים כבדים (הכנסת סחוג לפיהם, צביטות, נעילה במקלחת בחושך ועוד).

6. לבעלה של הנתבעת עבר פלילי בגין אלימות במשפחה ואבי הבעל אף ריצה עונש מאסר בפועל בגין אונס שתי בנותיו.

7. העו"ס איתן אשל, ציין בחוות דעתו כי ישנו ספק גדול באשר ליכולתיה של הנתבעת לזהות את צרכיהם הרגשיים של הקטינים ולתת להם מענה ראוי. נמתחה ביקורת על הנתבעת על כך שהעבירה את הקטינים לקריית שמונה רחוק ממקום מגוריהם ולבית ספר דתי מבלי לידע אותו.

8. אומנם עו"ס אשל הצביע על הקושי שקיים במעורבות יתר מצידו וניסיון לנהל את שגרת חיי הקטינים בבית הנתבעת, אולם מעורבות היתר של התובע מוסברת היטב על רקע תפקודה הלקוי של הנתבעת.

9. הוא מסכים להמלצות הגורמים הטיפוליים להעניק טיפול רגשי לקטינים ובקשר לעירובו בכל הקשור לטיפול ולאבחון הקטינים.

10. גם כיום, ועל אף השיפור שחל במצב הקטינים, טובת הקטינים מחייבת העברתם למשמורתו נוכח מצבם הרגשי הירוד, הטיפול הלקוי בהם, האלימות וההזנחה מצד הנתבעת. כמו כן יש ליתן משקל לעובדה כי הקטינים נולדו חילונים ומבקשים להמשיך ולחיות כחילונים.

11. תסקיר פק"ס שגוי ושטחי, התסקיר הראשון, הוגש ביום 22.8.10 ומאחר שהוגש תשעה חודשים לאחר שהוגשה התביעה הוא איננו משקף את טענות התביעה. פקידת הסעד הוזמנה לחקירה אך לא הגיעה בשל שביתת העו"ס ונסיעתה לחו"ל לאחר מכן, לבסוף, נחקרה רק ביום 29.6.11. ביום

5.1.11 לקראת הדיון שהתקיים בבית המשפט ביום 16.1.2011 היא שלחה תסקיר משלים מבלי שהתבקשה לעשות כן וזאת כדי לתקן הפגמים והטעויות עליהם הצביע התובע בתגובתו לתסקיר הראשוני.

#### **טענות הנתבעת:**

לטענת הנתבעת יש לדחות את התביעה ולאמץ את דעת הגורמים המטפלים ולקבוע כי הקטינים ייוותרו במשמורתה.

#### **התסקירים:**

**התסקיר הראשון** הוגש כאמור ביום 29.9.2010. בתסקיר ציינה פק"ס שהקטינה ילדה נבונה אך מופנמת מאוד וניתן לחוש שהיא נמצאת בעומס רגשי שלא מאפשר לה להתפנות ללימודים ולפעילות חברתית אך היא מטופלת היטב, מגיעה באופן סדיר לבית הספר ומתקיים קשר טוב עם האם.

באשר לקטין צוין שבשנת הלימודים החולפת התנהלה חקירה בשיתוף עם ההורים. נמסר שהקטין מבקר בבית הספר ומתקיים קשר זורם עם אמו.

לסיכום היא המליצה על משמורתם של הקטינים אצל אמם תוך הדגשה שכאשר מדובר בהורים גרושים יש צורך להציע את האופציה הטובה הנראית לעין. היא הציעה את האם כמשמורתית משום שהתרשמה ממצבם של הקטינים במישור המשפחתי, השתלבותם בחיי החברה וחינוך בקריית שמונה, מכך שהם מטופלים היטב ויש להם קשרים עם בני המשפחה של האם המתגוררים במקום. הקטינים ביקשו להיות בקשר אינטנסיבי יותר עם האב אך בשל המרחק הדבר לא מסתייע ולכן המליצה להותיר את הסדרי הראייה עם האב על כנם והמליצה על הדרכה הורית לשני ההורים.

**הצדדים הופנו לקבלת הדרכה הורית.**

**התסקיר השני** הוא תסקיר משלים מיום 12.12.2012 - שנשלח על דעת פק"ס. בתסקיר מצוינת תלונת האב לגבי אלימות הנקטת כלפי הקטינים אך לא נאמר דבר בקשר לכך. מהתסקיר ניתן ללמוד שהתובע שומר על קשר קבוע טלפוני עם הילדים ומסייע להם בשיעורי הבית באמצעות הטלפון ואילו האם טוענת שהם התרגלו למצב שנוצר ונהנים מקרבתם למשפחת האם. האם סבורה שהקטין חושש לספר על השיפור ביחסים שחל בינו לבין בעלה מתוך נאמנות לאביו.

בהמלצותיה מציינת פק"ס שטוב לקטינים אצל אביהם , הם נוסעים אליו ברצון אך היא תוהה אם רצוי לזעזע את המצב הנוכחי היציב ע"י העברתם מהסביבה המוכרת שבה הם גדלים כרגע (קריית שמונה) .

**התסקיר השלישי** הוא תסקיר משלים מיום 30.10.2011 . מהתסקיר ניתן ללמוד שמתקיימים הסדרי ראייה סדירים בין התובע לילדיו . התובע לוקח את ילדיו פעם בשבועיים מיום חמישי ועד מוצ"ש ופעם בשבוע מגיע ביום שישי בבוקר לקריית שמונה למספר שעות להיות עם הקטינים. מתקיים קשר טלפוני רציף איתו . האב התלונן על כך שהמשטרה סגרה את התלונה בגין האלימות שהוגשה כנגד בעלה של האם ושלמרות תלונותיו פק"ס ממשיכה לדבוק בהמלצותיה להשאיר משמורת הקטינים אצל אמם. האם הבהירה שהיא מקבלת הדרכה הורית. צוין קונפליקט בין ההורים שנבע מרצונה של האם להעביר את הקטין למסגרת דתית בשל קשיים חברתיים שהיו לקטין, למרות התנגדות האב ולבסוף החליטה האם להשאיר אותו באותה מסגרת: **" בגלל שלא טוב לעשות לו כל שנה שינויים, גם בגלל שצוות בית הספר הבטיח לשים לב יותר וגם ה בנתי שאביו של ר. מתנגד בתוקף למעבר "** .

בסיכום ציינה פק"ס שהקטינה השתלבה היטב בקריית שמונה , הילדים לומדים בצורה מסודרת , הקטינה תלמידה טובה , צייתנית ומופנמת. היא חוזרת מאביה במצב רוח ירוד ומתכנסת יותר בעצמה . לגבי הקטין מציינת את קשייו החברתיים ומוסיפה שהוא חוזר מאביו שמח וכשהוא חוזר הוא משתלב בחזרה באופן מהיר .

עוד מציינת פק"ס את הסכסוכים שבין ההורים וחוסר התקשורת כגורם של לחץ המופעל על הקטינים.

המלצותיה להשאיר המשמורת אצל האם משום שהקטינים זקוקים ליציבות. עוד היא מוסיפה שהאם מעודדת את הקשר עם האב . את הסדרי הראייה היא ממליצה להשאיר במתכונתם אף כי סבורה שיש לשקול מחדש את הסדרי החלוקה של ביצועם מאחר והסדרי הראייה כרוכים בנסיעות ארוכות. בנוסף המליצה על המשך הדרכה הורית לכל אחד מה הורים , טיפול רגשי לקטינה וטיפול בתחום "דרמה טרפיה " לקטין . אל תסקיר פק"ס צורף גם דו"ח העו"ס איתן אשל ביחס לאב ולקשר שלו עם הקטינים.

מר אשל לא חווה דעה לגבי נושא המשמורת בשל ההכרות הקצרה שלו עם המשפחה אך ציין בדו"ח את הפגיעה של ההורים בקטינים בשל הקונפליקט המתמשך. הוא מדגיש את רצונו של התובע להיות

מעורב הוא מציין ש" לאב יכולת הורית טובה ומעלה ושיש ביכולתו להעניק הורות טובה בהחלט לקטינים עם זאת לא התרשמתי מדבריהם כי קיימת עילה חזקה לבצע שינוי במשמרות עליהם שהוא שינוי בעל משמעויות מרחיקות לכת במקרה הזה " .

העו"ס שמע מהקטינה שטוב לה אצל כל אחד מההורים , שהיא קשורה למשפחה המורחבת בקריית שמונה . הוא לא התרשם שהקטינה מעוניינת בשינוי. לעומת זאת הקטין חזר גם כאשר לא נשאל על כך , שהוא רוצה לעבור לגור אצל אביו . הוא התרשם שהקטין "הגיע מוכן" למפגש ודקלם את הדברים . היה לו חשוב להעביר מסרים שליליים אודות אמו וחיוביים אודות אביו.

בסיכום הדברים הוא מציין שההורים מתקשים ליצור קשר ושקיימים ליקויים בתפקוד שני ההורים. האב חושף את הילדים ומערב אותם בקונפליקט . במקביל מציין את רצון האב לשלוט מרחוק בחיי הילדים בבית אמם. באשר לאם הוא מציין את הספקות שעולות אצלו בקשר ליכולתה לזהות את צרכיהם הרגשיים של הילדים ויכולותיה לתת מענה לצרכיהם הרגשיים . הוא שב והמליץ על הדרכה אינטנסיבית של כל אחד מהם.

מאחר והתובע התלונן על מעשי אלימות של בעלה של האם כלפי הקטינים הוכנסה פק"ס לחוק הנוער לתמונה . היא העבירה לבית המשפט ביום 31.10.2011 חוות דעת. בחוות דעתה ציטטה מתוך חקירת " חוקרת הילדים " שחקרה את הקטינה בקשר למעשי האלימות. חוקרת הילדים התרשמה כי אכן הקטינה חוותה אלימות מצד האם. הקטינה סיפרה שגם אביה סטר לה בעבר אך חוקרת הילדים לא יכולה הייתה להעריך מהימנות ולקבוע האם אכן האב אי פעם סטר לבתו. באשר לתלונה במשטרה שהוגשה כנגד האם ובעלה , היא נסגרה על ידי הפרקליטות מחוסר ראיות.

בסיכום של דברים חוזרת פק"ס לחוק הנוער על הנזק שגורמים שני ההורים לילדיהם בשל הקונפליקט המתנהל ביניהם . הקטינה הביעה את רצונה להישאר בבית האם . היא איננה מעוניינת מסיבות שונות לעבור אל בית האב. הקטין מתגעגע לאביו , מתקשה להתרכז בלימודים , מתקשה להירדם בלילות , בית הספר דיווח על קשיים חברתיים שלו בהבנת מצבים - מצב שלדעתה עשוי לנבוע מהפרעות קשב אך גם ממצוקה רגשית ואף משניהם .

בהמלצותיה מתמקדת פק"ס לחוק הנוער בטיפול שצריך לקבל כל אחד מהילדים וההורים.

התובע שלא השלים עם המלצות כל הגורמים ביקש לזמן את פק"ס לחקירה . בשל שביתת העו"ס ובשל נסיעתה לחו"ל היא נחקרה ביום 29.6.2011.

מחקירתה נראה שאת התסקירים היא ביססה על מידע שקיבלה בעיקר מהאם , המחנכים ויועצת בית הספר. היא לא שוחחה כמעט עם הקטין שכן בעת שביקרה בבית , הקטין שיחק עם המחשב ומיעט להתייחס אליה (שם, עמ' 12, שורות 22-27) . היא גם בחרה שלא לשאול אותו שאלות הנוגעות לתלונות הנוגעות לאלימות מאחר והקטין כבר נחקר על ידי חוקרת ילדים. היא גם לא מצאה לנכון לקרוא את תמלילי השיחה עם הקטין שהוקלטה על ידי האב שם התלונן בפני האם על אלימות נגדו (שם, עמ' 13, שורות 9-10). עובר לעריכת התסקיר השני שוחחה מעט עם הקטין וחשה שהוא היה יותר פתוח ונינוח כלפיה (שם, עמ' 14, שורות 5-6) .

אני מתקשה לקבל את נימוקיה של פקידת הסעד שנמנעה מלשוחח עם הקטין ואף לשאול אותו ישירות בקשר לאלימות שנטען שחווה. יש לציין שהילד נפגע בעינו וההסבר לאירוע נמסר לפק"ס על ידי המחנכת שהילד רצה להראות את כישוריו בריצה וניתקל ביד של בעלה של האם ונפגע ממפתח שהחזיק ביד. אני מוכרחה לומר שההסבר די תמוה במיוחד לאור טענות המתייחסות לאלימות שנוקט בעלה של האם.

בניגוד לפק"ס לחוק הנוער שנמנעה במועד הרלוונטי לשאול את הקטין שאלות כדי שלא "לזהם החקירה" , במקרה זה החקירה של הקטין הסתיימה לפני עריכת התסקיר והמפגש איתו , לכן אני סבורה ש פק ה"ס הייתה צריכה להתייחס לטענות החוזרות של האב בקשר לאלימות.

לא מצאתי התייחסות לתהליך שעוברים הקטינים ממעבר מבית חילוני לבית דתי. ללימודים בבית ספר חילוני בעוד בית האם הוא בית דתי.

**מצאתי שפק"ס איננה מוצאת שום סיבה שלא לבחור את האב כאב משמורן פרט: " לחשש שלה לזעזע את המצב הנוכחי היציב ע"י העברתם של הקטינים מהסביבה המוכרת שבה הם גדלים כרגע ."**

אין להתעלם מהעובדה שלאחר הגירושין האם נטלה את הקטינים את הקטין שהיה בן שנתיים והבת שהייתה בת 7 ועברה איתם לקריית שמונה ללא הסכמת התובע . האם זה איננו זעזוע ? האם נכון להתבסס על עובדות שיצרה האם ולקבוע שמאחר והן נוצרו אין מקום לזעזע את המצב? האם לא

ראוי לבדוק לעומק את רצונם של הקטינים ? את תפקודו של האב במיוחד לאור הנסיבות המיוחדות  
בתיק זה כשהילדים נותקו מסביבתם החילונית הועברו לסביבה דתית?

יחד עם זאת, אינני סבורה שיש מקום לפסול את התסקירים ואני מוצאת לאמץ חלקים נרחבים מהם.

עם זאת, בבואי להחליט על המשקל שיש ליתן לתסקירים יהיה עלי להתחשב בעובדות שהתסקיר אינו  
שלם וסובל ממחסור בנתונים מהותיים.

לא מצאתי, כטענת התובע, שחוות דעתה של פק"ס הייתה נגועה בחוסר אובייקטיביות כלפיו.  
לתובע טענת נגד - התסקיר על אף שעולה ממנו לטענתו תמונה עגומה של מצוקת הקטינים ועל אף  
שלא נשללו גילויי אלימות מצד הנתבעת ובעלה כלפי הקטינים, הדברים לא נבחנו לעומקם והראיות  
היחידות שיכולות לאשש את דברי התובע, לא נבדקו כלל. על אף שנכתב כי הקטינים הביעו רצונם .

בשל נסיבותיה של משפחה זו והחסר שמצאתי במידע החלטתי להיפגש עם הקטינים בלשכתי, ואכן,  
קיימתי שיחה כאמור עם הקטינים בלשכתי ביום 20.3.11.

בהתאם לתקנה 258(לג)8 לתקסד"א פרטי השיחה המלאים הינם חסויים בפני הצדדים.

אציין רק כי התרשמתי שהקטין מאוד מעוניין לעבור ולהתגורר עם אביו בעוד הקטינה מצאה את  
מקומה ומעוניינת להמשיך ולהתגורר בבית אמה הנתבעת.

יש לציין שהקטין חזר על רצונו זה בפני העו"ס גב' אשל ועל ידי כל הגורמים ששמעו אותו.

אני בדעה כי יש לכבד את רצון זה של הקטינים, וכי רצון זה ראוי להכרה ואנמק דבריי.

הקטינה הינה כבת 11.5 והקטין בן 8.5.

נכון שההורים לא השכילו לשמור את הקטינים מחוץ לסכסוך המר ביניהם, וייתכן כי הקטינים  
נחשפו להסתות או להשמצות הדדיות מצד הורה אחד כלפי הורה השני; עם זאת, איש מהקטינים  
לא גילה איבה כנגד מי מהוריו או התנגדות עזה להיות במשמורת של אחד מהם .



התרשמתי, כפי העולה גם מהתסקירים ומדיווחי מורות ביה"ס, כי הקטינים ילדים נבונים, בעלי יכולת שיפוט ובעלי יכולת גיבוש עמדה עצמאית בהתאם לגילם ולכישוריהם. שניהם התבטאו והביעו רגשותיהם, דעותיהם ורצונם בצורה החלטית וברורה.

הקטין הביע משאלה חד משמעית לעבור למשמורת התובע. התרשמתי שהימצאותו במשמורת אביו תתרום לו ותסייע לו להתגבר על המצוקה הרגשית שבה הוא נתון ואף על קשייו החברתיים כפי שהתבטאו בתסקירים.

התרשמתי שאף שהקטין כבן 8.5 הוא הגיע למידת בשלות הבנה ויכולת לבטא את רצונו ויש בהחלט מקום להתחשב בכך.

התרשמתי כי רצונו של הקטין לעבור להתגורר בבית אביו ולהיות במשמורתו הינו רצון רציני ורציונאלי, רצון שהובע באופן עקבי לאורך זמן בפני גורמים רבים. איני סבורה כי מדובר בגחמה חולפת, במצב רוח זמני, או במריבה מקרית עם מי מבני משפחתו.

אציין כי הקטין לא דיבר סרה באימו ולא השמיץ אותה, לא חשתי במהלך השיחה שהדברים נאמרו מתוך שהוא מוסת כלפיה. נהפוך הוא, עובדה זו מלמדת על תבונתו ובגרותו.

הקטינה הביעה אף היא בצורה חד משמעית את רצונה להישאר במשמורת הנתבעת, וזאת על אף הקשר הטוב והחם שתיארה עם התובע ועל אף שהבהירה פעמים רבות כי היא נהנית מאוד לשהות במחיצת אביה בחופשות. היא אכן שהתה במחיצתו תקופה ממושכת במהלך החופש הגדול. אף לגביה מדובר במשאלה עקבית שהובעה מספר פעמים בעבר בפני הגורמים הטיפולים. הקטינה מצאה את מקומה בקריית שמונה במסגרת החינוכית ובמסגרות החברתיות ולמעשה טוב לה עם אמה ומשפחתה המורחבת.

אני סבורה ש היא הגיעה לגיל ולמידת בגרות המחייבת להביא בחשבון את עמדתה, את השקפותיה ורצונותיה בסוגיית המשמורת.

זכותו של קטין להיות שותף בהכרעות הנוגעות לענייניו ולהשמיע קולו, דעתו ורצונותיו, כמו גם המגמה לכבד רצון זה, מעוגנת היטב בחקיקה ואף מצאה ביטוייה בפסיקת בתי המשפט.

בהתאם לתקנה 258(לג)2 (2) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: "התקסד"א") :

" בית משפט הדין בתובענה בענייני משפחה כאמור בתקנה 258(3), (6), (10) או (12) הנוגעת לילד, ייתן לילד הזדמנות להביע את רגשותיו, דעותיו ורצונותיו בעניין הנדון לפניו (להלן - שמיעת הילד) וייתן להם משקל ראוי בהחלטתו, בהתאם לגילו ולמידת בגרותו של הילד; אלא אם כן החליט בית

המשפט, מנימוקים מיוחדים שיירשמו, שהילד לא יישמע, לאחר ששוכנע כי מימוש זכותו של הילד להישמע תגרום לילד פגיעה העולה על הפגיעה שתיגרם לו משלילתה."

סעיף 12 לאמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 1038(31) 221 (נחתמה על ידי ישראל ביום 3.7.90 ונכנסה לתוקף, לאחר אשרורה (4.8.91) ביום 2.11.91) קובע:

" מדינות חברות יבטיחו לילד המסוגל לחוות דעה משלו את הזכות להביע דעה כזו בחופשיות בכל עניין הנוגע לו, תוך מתן משקל ראוי לדעותיו, בהתאם לגילו ולמידת בגרותו של הילד."

דו"ח ועדת כב' השופטת רוט-לוי, מאמץ עקרונות האמנה ומדגיש שבקביעת טובת הילד יישקלו בין היתר, רצון הילד, תחושותיו, דעותיו ועמדתו לגבי העניין הנדון וכן גילו של הילד וכשריו המתפתחים. ראה בעניין זה גם בע"א 352/80, צוקרמן נ' צוקרמן, פסק דין מיום 13.8.80, מציינת כב' השופטת בן עתו כי:

" התרשמות השופט הנכבד מרצונן הנחרץ של הבנות לחיות עם אמן, היא בעלת חשיבות רבה, וכבר נפסק לא אחת, כי רצונו של ילד שהוא למעלה מבן 10 הוא שיקול רציני - ולעיתים מכריע - לענין מקום החזקתו (ראה למשל ע"א 241/57 פלוטאל נגד פלוטאל, בע' 606; בג"צ 391/71, בע' 99; ע"א 433/67, בע' 166; בג"צ 39/55, בע' 1372). בפסקי-הדין הנ"ל נקבע גם שאפילו נוגד רצונו של הילד את טובתו, אין כופין אותו" (סעיף 3 לפסק הדין).

בע"א 503/60 וולף נ' וולף, פ"ד ט"ו 760, 766 (מול האותיות ב'ג') מציינת כב' השופט כהן כי:

" אפילו "הוסתה" על-ידי אמה - דבר אשר, כאמור, לא הוכח כלל - אין בכך בלבד כדי הצדקה להתעלם מדעתה ורצונה. התעלמות כזאת מוצדקת רק כשהילדה רוצה בדבר אשר הוא, על פניו וללא כל ספק, לרעתה ממש, או כשיש לבית-המשפט יסוד להניח שדבריה אינם משקפים את רצונה האמיתי, או שמפאת מצבה הנפשי או השכלי אינה מסוגלת ליצור או להביע רצונה. כל השיקולים האלה אינם אמורים כאן, וכל ההסתייגויות של השופט המלומד אין דיין כדי לגרוע מערך הבעת רצונה של הילדה."

שאלת המשקל שיש ליתן לרצונו של קטין תוכרע בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה ובהתאם לקטין הספציפי שעניינו עומד לדיון. בין היתר יילקחו בחשבון, גילו של הקטין, כושר האבחנה

והשיפוט שלו ומידת בגרותו, וכן תיבדק בחירתו החופשית בעמדה אותה הוא מביע והאם הופעלו עליו השפעות חיצוניות. ור' לעניין זה הדברים שנאמרו בע"א 740/87 פלונית נ' אלמוני, פ"ד מב(1) עמ' 661, בעמ' 666-667.

טובת הילד היא עיקרון העל המנחה בכל הכרעה הנוגעת לענייני קטינים, לרבות בעניין החזקתם ומשמורתם.

עיקרון זה הוא העיקרון העצמאי היחיד המנחה בכל הנוגע למשמורת ילדים, כאשר אין לצידו שיקולים עצמאים אחרים (בע"מ 10060/07 פלונית נ' פלוני, פסק דין מיום 2.10.08, סעיף 28 לפסק דינו של כב' השופט דנציגר והפסיקה המאוזכרת שם). זהו מושג אמורפי שיש לצקת בו תוכן בהתאם למקרה הקונקרטי.

טובת הקטין הינה מושג רחב, אמורפי וערטילאי, והוא מתמלא תוכן על פי הקשר הדברים ועל פי נסיבותיו הספציפיות של כל מקרה ומקרה (בע"מ 27/06 פלוני נ' פלונית, פסק דין מיום 1.5.06, סעיף 11 לפסק דינה של כב' השופטת ארבל).

נקבע זה מכבר בפסיקה כי אין די בבחינת טובת הילד באופן תיאורטי, ועל בית המשפט לבחון את טובתו של הילד הספציפי העומד בפניו. ראה בעניין זה בג"צ 5227/97 דויד נ' בית הדין הרבני הגדול, פסק דין מיום 15.9.98.

בהתייחס לטובתו של קטין שהוריו נפרדו נקבע כי:

**" בבוא בית המשפט להכריע בשאלה מהי טובתו של קטין שהוריו נפרדו זה מכבר, הרי שלמעשה הוא מחליט מהו "הרע במיעוטו" עבור אותו קטין. טובת הילד במובנה האידיאלי מחייבת, כי הילד יגדל במחיצת שני הוריו במסגרת תא משפחתי יציב ואוהב, כאשר בעת פרידתם של ההורים, מחויב בית המשפט לקבוע הסדר משמורת אשר יבטיח עד כמה שהדבר אפשרי שהילד יגדל במסגרת יציבה, במשמורתו של ההורה שנמצא מתאים יותר לשם כך "** (בע"מ 10060/07 שלעיל, סעיף 29 לפסק דינו של כב' השופט דנציגר).

לעניין מעמדו של תסקיר פקיד סעד ראוי לציין, כי התסקיר מהווה הן עדות לגבי העובדות שבשטח והן חוות דעת בתחום מדעי ההתנהגות והחברה, תחומים בהם קנה פקיד הסעד ידע וניסיון במסגרת לימודיו ועבודתו. התסקיר אמנם אינו בגדר חוות דעת מומחה, כמשמעותה בסעיף 20 לפקודת הראיות [נוסח חדש] תשל"א-1970, אולם לתסקיר מוענק מעמד מיוחד בחיקוקים שונים לאורו יש ליתן לו משקל יתר (ור' לעניין זה ע"א 3554/91 פלונית נ' היועמ"ש, תק-על 1851 (3)91, סעיף 3

לפסק הדין). כאמור לעיל, פקיד הסעד, בדומה למומחה, הוא גורם אובייקטיבי וניטראלי, הממלא חובתו בהתאם לחוק ועל פי החלטות בית המשפט.

תסקירי הסעד וחוות דעתם של מומחים מהווים אפוא אמצעי מרכזי, חשוב ומשמעותי במסכת הראיות ש מובאים בפני בית המשפט. לאור זאת, נוטים בתי המשפט לאמץ את הממצאים והמסקנות בחוות הדעת.

ככלל, לא יטה בית המשפט לסטות מחוות דעתו של מומחה בהעדר נימוקים כבדי משקל שיניעוהו לעשות כן. הטעם לכך הינו ברור: משעה שבמומחה עסקין (ובמיוחד כאשר המדובר במומחה מטעם בית המשפט) חזקה כי מדובר בגורם אובייקטיבי ונעדר עניין, אשר פועל ללא משוא פנים, בהגינות, בתום לב ובמקצועיות על מנת לסייע בפתרון המחלוקת. ככזה אין סיבה לחשוד בו כי בחר לצדד בעמדה זו או אחרת מטעמים פסולים.

עם זאת, אף במקרים בהם בוחר בית המשפט להיעזר בחוות דעת מומחה, אין הוא משחרר עצמו בכך מהחובה והאחריות להכריע בשאלה שמתעוררת בפניו. בית המשפט איננו משמש "חותמת גומי" לעמדת המומחה, וסמכות ההכרעה לעולם נשארת בידי בית המשפט. עד מומחה כמוהו ככל עד: שקילת אמינותו מסורה לבית המשפט, ואין בעובדת היותו מומחה כדי להגביל את שיקול דעתו של בית המשפט. חוות הדעת ותהא נחרצת, ברורה וחד משמעית ככל שתהא, לעולם אינה בגדר עובדה מוגמרת ומכרעת אלא בגדר המלצה בלבד עבור בית המשפט. בית המשפט הוא הפוסק האם לתת אמון בחוות דעת המומחה, איזה משקל ליתן לה אם בכלל, יש לייחס לה ומה המסקנה הסופית העולה משקלול חוות דעת זו עם שאר הראיות שבתיק. בעלי הדין רשאים להעלות ביקורת עניינית על קביעותיו והערכותיו של המומחה (לצורך כך נתונה להם האפשרות לדרוש מהמומחה הבהרות בכתב על חוות דעתו וכן לחקור אותו), ובית המשפט רשאי לקבל את עדות המומחה או לדחותה, כולה או מקצתה.

ואכן, יתכנו מקרים בהם אין מנוס מהכרעה המנוגדת לאמור בחוות הדעת, וזאת כאשר קיימות ראיות בעלות משקל מהותי המצדיקות זאת, הכל כדברי כב' השופטת ע' ארבל בבע"מ 27/06.

לאחר שקילת כל הראיות ובכלל זה התסקירים ועמדת פקידת הסעד בחקירתה, החלטתי שלא לקבל במלואן את המלצות התסקיר, בין היתר בשל החסר שמצאתי בתסקירים, שמיעת כל אחד מהצדדים בבית המשפט והשיחה עם הקטינים.

מכל מה שבא לפני מצאתי כי לשני ההורים חשובה טובת הקטינים, וכי שני ההורים אוהבים מאוד את ילדיהם, משקיעים רבות בגידולם ומבקשים את טובתם (כל אחד על פי דרכו). לשני ההורים

יכולת לאפשר שמירת קשר של הקטין עם ההורה האחר . מצאתי שהאב מוכן להשקיע בכל שבוע שעות רבות לנסוע עד קריית שמונה , עובדה שנכפתה עליו ובלבד שישמר הקשר הטוב עם ילדיו. שני ההורים טועים בכך שהם אינם מצליחים לפתור את הקונפליקט וחוסר התקשורת שביניהם.

במקביל, לא נעלם מעיני כי כל אחד ואחד מהצדדים סובל מקשיים בתפקודו ההורי :  
באשר לנתבעת - היא אומנם מעודדת מחד את הקשר בין הקטינים לתובע, אולם מאידך היא מקבלת החלטות מהותיות עבור הקטינים מבלי שהיא מוצאת לנכון לשתף את האב. הניסיון והרצון שלה לשנות את המסגרת החינוכית של הקטין ממסגרת חילונית למסגרת דתית ללא הסכמת האב מצביעה על הרצון להכחיד דפוסי התנהגות קודמים של הקטין ו יתכן שיש בכך אף רצון להרחיק אותו במידת מה מאביו.

זאת ועוד. כמפורט לעיל, הטענות בדבר אלימות כלפי הקטינים מצד הנתבעת ובעלה לא נבדקה עד תום . יש לציין שהתיק בפרקליטות נסגר מחוסר ראיות ולא מחוסר אשמה.  
אני מוכרחה לומר שלאחר עיון בתסקירים , בחוות הדעת שהוגשו ולאחר ששוחחתי עם הקטינים, נותרה בי תחושת חוסר נוחות מסוימת בהתייחס לצורת ואופן התייחסות הנתבעת ובעלה לקטין וליחס שהקטין מקבל בביתם בהשוואה לחוויות החיוביות שהוא חווה בבית האב הבאות לידי ביטוי גם במצב הרוח הטוב איתו הוא חוזר לאחר הביקור (ראה פירוט בתסקיר לעיל) .

התובע לעומת זאת - מנסה לשמר את מקומו כהורה ולשמר את הקשר ההדוק עם ילדיו אך הוא עושה זאת על ידי ריבוי ההתקשרויות שלו לילדים כדי לשלוט על הנעשה בבית האם מרחוק דבר שלא תורם לקטינים . קיים חשש שבדרך זו הוא מערב את הקטינים בסכסוך ההורי, דבר אשר שלכל הדעות מזיק להם ביותר.

באשר לקטינים, הגורמים החינוכיים והטיפוליים אחידים בדעתם כי הסכסוך ההורי בו הם מעורבים בעל כורחם פוגע בהם מאוד, מזיק להם מבחינה רגשית, ומשפיע לרעה על תפקודם.  
הקטינים חשים קרועים בין שני הוריהם, ומצב זה מסב להם סבל רב.  
שני הקטינים, כך עלה מחו"ד, זקוקים לטיפול ולתמיכה רגשית, כפי שכל אחד מההורים זקוק להדרכה הורית .

התרשמתי, שהקטין מתקשה להתחבר לאורח החיים הדתי בבית האם, אינו מוצא שם את מקומו , ניכר מהדיווחים השונים והמשיחה איתו שהוא איננו מאושר בבית הנתבעת.

אין כל ספק כי לקטין טוב בבית התובע; התובע עשוי לשמש עבורו דמות גברית לחיקוי, אשר אין ספק כי הקטין נזקק לה. עם בעלה של האם מערכת היחסיים גם אם נרגעה איננה טובה די כדי למלא את החסר בדמות אב הקבועה בחייו.

הקטינה לעומת זאת על סף גיל ההתבגרות, היא השתלבה בקריית שמונה, היא חשה מאוד נוח אצל אמה, היא מספרת על התקשורת הטובה שלה עם האם ועל הרצון להישאר אצל האם עם חברותיה ומשפחתה המורחבת.

לאחר שבחנתי את מכלול הראיות והעדויות שהובאו בפני שוכנעתי, בסופו של יום, כי יש לקבוע אחריות הורית משותפת של שני ההורים כלפי ילדיהם. במסגרת זו טובת הקטינה שתגורר אצל אמה תוך השארת זמני הביקור של האב במתכונת הנוכחית ולעומת זאת לקבוע שהקטין יתגורר אצל אביו

לצורך קביעת הסדרי ראייה בין האם לבן, נדרשת פקידת סעד להגיש תסקיר. לצורך קביעתם מוענקות לה סמכויות על פי סעיפים 19 ו- 68 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות התשכ"ב – 1962.

העברת הקטין לבית האב תודע בתקופת החופש הגדול ב תוך 30 יום ממועד פסק הדין.

ניתן היום, כ"ז סיון תשע"ב, 17 יוני 2012, בהעדר הצדדים