

פלונית
נגד
אלמוני

א

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
[8.1.2001]

ב

לפני השופטים א' מצא, מ' חשין, ד' דורנר

ג

המבקשת והמשיב (להלן – האם והאב) התגרשו בהיותו של בנם כבן שנה ומאז נותר הבן במשמורתה של האם, תוך מתן זכויות ביקור נרחבות לאב. כחמישה חודשים לאחר הגירושין ביקשה האם לעבור ולהתגורר עם הבן בלונדון, לאחר שפגשה גבר העובד ומתגורר בלונדון ובהמשך אף נישאה לו ונולדה להם בת. האב התנגד לבקשת האם, ובית-המשפט לענייני משפחה, תוך שהוא מאמץ חוות-דעת של מומחית בפסיכולוגיה התפתחותית, קבע כי אישור הגירת הקטין עם האם לאנגליה תשמור על טובת הילד באופן מרבי. בית-המשפט המחוזי קיבל את ערעורו של האב בהטילו ספק במסוגלות ההורית של האם לנוכח החלטתה להגר, ולאחר שדחה את חזקת הגיל הרך, שלפיה בהיעדר סיבה מיוחדת יהיו ילדים עד גיל שש אצל אמם. מכאן הבקשה לרשות ערעור.

ד

ה

בית-המשפט העליון פסק:

א. (1) אמת-המידה המנחה בעת דיון בענייני משמורת ילדים היא טובת הילדים. אמת-מידה זו אמורה להנחות הן את ההורים, כאמור בסעיפים 15 ו-17 [לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות](#), תשכ"ב-1962 (להלן – החוק), והן את בית-המשפט, כאמור בסעיף 25 לחוק, בקבלם החלטות הנוגעות לילדים (330ז – 331א).

ו

ז

(2) לרוב, שקילת טובתם של ילדים שהוריהם נפרדו אינה אלא תפיסת הרע במיעוטו. זאת, מכיוון שטובת הילדים מחייבת כי יגדלו במחיצת אביהם ואמם במסגרת תא משפחתי יציב ואוהב, ואילו בפרדה של הורים כרוכה מידה של ניתוק בין אחד ההורים לילדיו. לפיכך במציאות הנוצרת לאחר פרדת ההורים על בית-המשפט לקבוע הסדר משמורת המגשים במידה המרבית האפשרית את אינטרס הילדים ליהנות ממסגרת יציבה במשמורתו של ההורה שנמצא מתאים יותר ועם זאת לשמור קשר בין הילדים לבין ההורה האחר. לשם כך על בית-המשפט לערוך בחינה מדוקדקת של מכלול ההיבטים של כל אחת מהאפשרויות הקיימות, לרבות השפעתה על ההורים, ככל שהדבר עשוי להשפיע על יחסם אל

הילדים (331א – ג).

- א (3) בחינה זו צריכה להתבסס על תשתית עובדתית נאותה. חשיבות רבה במיוחד יש לחוות-דעת של מומחים. זאת, הן בשל יכולתם לבחון את השאלות המתעוררות בכל מקרה בעין מקצועית והן בשל היותם גורם ניטרלי לעומת ההורים היריבים. על-כן, בהיעדר ראיות בעלות משקל לסתירת האמור בחוות-דעת המומחים, ייטה בית-המשפט לאמץ את מימצאי חוות-הדעת ומסקנותיהן (331ד – ו).
- ב (4) במקרים שבהם הילדים הינם רכים בשנים מיתוספת לשיקוליו של בית-המשפט חזקת הגיל הרך, שלפיה ילדים קטנים יימסרו למשמורת אמם, אלא אם הוכחו נסיבות מיוחדות להורות אחרת, כאמור בסעיף 25 לחוק. אין להמעיט מן האחריות השווה של ההורים כלפי ילדיהם המתחייבת מן השוויון בין איש לאישה וממציאות החיים במשפחה המודרנית. עם זאת עדיין בדרך-כלל הקשר בין ילדים רכים בשנים לבין אמם חזק מהקשר בינם לבין אביהם. על-כן אף כיום אין להמעיט במשקלה של חזקת הגיל הרך הקבועה בסעיף 25 לחוק (331ז – 332ג).
- ד. (1) אם מבקש ההורה שבידיו המשמורת להגר למדינה אחרת עם הילדים עשוי האיזון בין השיקולים השונים להשתנות. שכן, אישור ההגירה כרוך בהרחקה נוספת של הילד מההורה האחר וכן בהרחקת הילד מהסביבה המוכרת לו (332ד).
- ה (2) שאלת ההכרח בהגירה ככלל אינה רלוונטית להכרעה בסוגיית המשמורת על-פי עקרון טובת הילדים. אמנם להחלטת ההורה להגר השפעה ניכרת על חיי הילדים, אך על בית-המשפט להכריע מהי האפשרות הטובה ביותר בעבור הילדים במצב שנוצר בלי להסיט את מבטו מטובת הילדים להתנהגות נאותה בעיניו של ההורה. זאת, אלא אם ניכר מהתנהגות ההורה כי הוא אינו שוקל את טובת הילד ומרוכז הוא בטובתו שלו בלבד, ובמקרה זה ממילא אין זה מטובתו של הילד להיות עם הורה זה (332ז).
- ו (3) בקשת הגירה של הורה עם ילדיו תיבחן לאור עקרון טובת הילדים בלבד. בעניין זה יתחשב בית-המשפט בדעת ההורים; באיכות הקשר בין הילדים לכל אחד משני ההורים; ביכולת האובייקטיבית והסובייקטיבית לשמירת קשר בין הילדים להורה שהמשמורת לא בידיו, אם תאושר הגירת הילדים, ונכונות ההורה שבידיו המשמורת לסייע בקיומו של קשר זה ובמסוגלות הילדים להיקלט בסביבה שאליה מתבקשת ההגירה. אמות-מידה אלה יישקלו לאור נסיבותיו המיוחדות של כל מקרה. אף בדיון בבקשה להגירת הילדים שהם עדיין בגיל רך יש להוסיף לשיקולים אלה את חזקת הגיל הרך (333ג – ה).
- ז. (1) במקרה דנן מדובר בקטין כבן ארבע, שכשנה לאחר היוולדו נמסר למשמורת האם על-פי הסכם גירושין בינה לבין האב ובאם שתוארה בחוות-הדעת המומחית כמסורה לילד, מפגינה ערנות לצרכיו ולקשייו ומגיבה, בדרך-כלל, בצורה

נכונה. אין חולקים כי הן לאב והן לאם מסוגלות הורית טובה, ושניהם עושים כמיטב יכולתם לענות לצורכי הילד. החלטת האם להגר אינה נראית כפסולה על פניה ואינה מוכיחה כי בניגוד לאמור בחוות-הדעת המומחית, מסוגלותה ההורית נמוכה (333ז – 334ד).

(2) ההכרעה אם להתיר את הגירת הילד עם האם לאנגליה או להעביר את הילד למשמורתו של האב, מצריכה תשתית עובדתית רחבה ככל הניתן. במקרה דנן המימצאים העובדתיים נקבעו על-ידי בית-המשפט לענייני משפחה, אשר בדין העניק משקל רב לחוות-דעתה של המומחית. ממימצאים אלה עולה באופן חד-משמעי כי טובתו של הילד מחייבת את השארתו עם האם על-ידי מתן היתר ההגירה המבוקש (335ד).

חקיקה ראשית שאוזכרה:

- חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, סעיפים 15, 17, 25.

פסקי-דין של בית-המשפט העליון שאוזכרו:

- [1] ע"א 503/60 וולף נ' וולף, פ"ד טו 760.
 [2] בג"ץ 5227/97 דויד נ' בית-הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נה(1) 453.

פסקי-דין של בתי-המשפט המחוזיים שאוזכרו:

- [3] מ"א (ת"א) 2069/92 פלונית נ' פלוני (לא פורסם).

פסקי-דין קנדיים שאוזכרו:

- [4] *Carter v. Brooks* (1990) 77 D.L.R. (4th) 45.
 [5] *Gordon v. Goertz* (1996) 134 D.L.R. (4th) 321.

ספרים ישראליים שאוזכרו:

- [6] פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל (כרך ב, תשמ"ט).

מאמרים זרים שאוזכרו:

- [7] R.L. Klaff "The Tender Years Doctrine: A Defence" 70 *Calif. L. Rev.* (1982) 335.

בקשת רשות ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (סגן הנשיא ח' פורת והשופטים א' משאלי, ס' רוטלוי) מיום 28.5.2000 בע"מ 1026/99, 1125, 1006/00 שבו נתקבל ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט לענייני משפחה ברמת-גן (סגנית

הנשיא י' שטופמן) מיום 5.1.1999 בתמ"ש 6173/95 הבקשה נדונה כערעור. הערעור נתקבל.

א

פסק-דין

ב

השופטת ד' דורנר

עובדות המקרה

ג

1. א', כבן ארבע שנים (להלן – הילד), הוא בנם של המבקשת (להלן – האם) והמשיב (להלן – האב). כשנה לאחר לידת הילד התגרשו האם והאב. תנאי המשמורת על הילד נקבעו בהסכם בין האם לאב, שקיבל תוקף של פסק-דין. בהסכם נקבע כי הילד יישאר במשמורתה של האם תוך מתן זכויות ביקור נרחבות לאב. כן נקבע, כי כשאחד ההורים שוהה בחוץ-לארץ הילד יימצא אצל ההורה האחר.

ד

ה

בתוך כך פגשה האם בי', ישראלי לשעבר המכהן כמנכ"ל חברה בריטית לסחר בחומרי גלם ומתגורר בלונדון, אנגליה. עם התפתחות מערכת היחסים בינה לבין י', וכחמישה חודשים לאחר גירושיה מהאב, ביקשה האם לעבור ולהתגורר עם י' בלונדון. על-כן פנתה לבית-המשפט לענייני משפחה ברמת-גן בבקשה למתן צו, שלפיו יותר לה להגר עם הילד לאנגליה תוך קביעת הסדרי ראייה מתאימים בין הילד לאב. בבקשה זו טענה האם, כי בינה לבין י' מערכת יחסים יציבה והם מתעתדים להקים משפחה ביחד, ובה יזכה הילד לתא משפחתי שלם, יציב ואוהב, שבו לא זכה עד כה בשל הפירוד בינה לבין האב. על-כן, ומכיוון שי' מתגורר בלונדון, שם נושא הוא בתפקיד ניהולי בכיר שהכנסה גבוהה בצדו, היא מעוניינת לקחת עמה את הילד ולעבור להתגורר עם י' בלונדון. יצוין, כי במהלך ההליכים בפני הערכאות קמא נישאו האם וי', ובמאוס 1999 נולדה להם בת.

ו

האב התנגד לבקשה וטען כי העברתו של הילד לאנגליה עומדת בניגוד לטובתו, שכן הריחוק הגאוגרפי הרב יגרום לנתק בינו לבין הילד; כי על רקע מערכת היחסים העכורה בין האם לבינו חפצה האם להעביר את הילד לאנגליה כדי לנתקו ממנו וכי לילד, שנולד בארץ לשני הורים ישראלים, זכות להתחנך עם בני גילו בארץ, ולא לעקור למדינה אחרת, במיוחד משלא הוכחו יתרונות שיצמחו לילד משהייה באנגליה.

השאלה המרכזית שעמדה בפני בית-המשפט לענייני משפחה הייתה אם מתן היתר ההגירה המבוקש עולה בקנה אחד עם טובת

הילד. כדי להכריע בשאלה זו, ולבקשת הצדדים, מינה בית-המשפט לענייני משפחה את פרופ' רחל לוי-שיף, מומחית בפסיכולוגיה התפתחותית, להעריך את מסוגלותם ההורית של האם ושל האב ולחוות דעתה בשאלה מהו הסדר המשמורת הטוב ביותר בנסיבות שנוצרו. פרופ' לוי-שיף הגישה חוות-דעת ולאחריה חוות-דעת משלימה המחזקת את האמור בחוות-הדעת הראשונה (חוות-הדעת השנייה תכונה מכאן ואילך – חוות-הדעת).

א

ב

2. פרופ' לוי-שיף מצאה כי לשני ההורים מסוגלות הורית טובה ומערכת יחסים טובה עם הילד. כן נמצא, כי אף עם י' פיתח הילד מערכת יחסים טובה, וי' הביע נכונות לתמוך כלכלית ורגשית באם ובילד. עם זאת הקשר בין הילד לאב חזק משמעותית מהקשר בין הילד לי', וממילא י' אינו מתיימר לתפוס את מקום אבי הילד. לעומת מערכות היחסים הטובות של כל אחד מהם עם הילד, בין האם לאב מערכת יחסים עכורה ביותר, המלווה בעוינות ובחשדנות. מערכת יחסים זו, הליך הגירושין המורכב והפרדות מההורה שעמו הוא נמצא בתחילת כל ביקור ובסיומו החלו נותנים בילד את אותותיהם בצורת עצבנות ואותות מצוקה אחרים במצבי פרדה. פרופ' לוי-שיף מצאה כי בנסיבות אלה, ודווקא לאור העוינות הרבה שבין האם לאב, י' מהווה גורם מייצב המעודד את הקשר שבין הילד לאב ותורם לאיזון מערכת היחסים המורכבת שנוצרה.

ג

ד

ה

3. על רקע נתונים אלה בחנה פרופ' לוי-שיף את האפשרויות הקיימות במצב שנוצר. על-פי האפשרות הראשונה, האם תהגר לאנגליה בלי שתורשה לקחת עמה את הילד. על-פי האפשרות השנייה תהגר האם לאנגליה עם הילד, ועל-פי האפשרות השלישית תישאר האם עם הילד בארץ, ואילו י' יישאר באנגליה.

ו

פרופ' לוי-שיף מצאה כי כל אחת מאפשרויות אלה כרוכה בפגיעה בילד. שתי האפשרויות הראשונות כרוכות בהרחקת הילד מאחד מהוריו, שעם כל אחד מהם פיתח קשר חזק ויציב. האפשרות השלישית כרוכה באילוץ האם להישאר בארץ בניגוד לרצונה והבנתה, כתנאי להשארת הילד במשמורתה, כשההשלכות השליליות שיהיו לכך עליה ישפיעו אף על הילד ובהותרת הילד ללא תא משפחתי יציב ומתפקד. בהמשך התברר כי על-פי עמדתה של האם, אפשרות שלישית זו אינה ממשית. על-כן נותר לבחון איזו מבין שתי האפשרויות שנתרו פגיעתה בילד היא הפחותה ביותר.

ז

על-פי האפשרות הראשונה, יורחק הילד מהאם ומהתא המשפחתי של האם וי', ויתגורר עם האב בארץ. נמצא, כי האב

מסוגל לשמש כבעל המשמורת היחיד של הילד הן מבחינה נפשית והן מבחינה כלכלית. עם זאת אפשרות זו אינה רצויה בשל הנזקים החמורים הצפויים להיגרם לילד כתוצאה מהרחקתו מאמו, שבמשמורתה היה נתון עד כה, בגיל כה צעיר:

"אין ספק שמצב כזה הוא מאד לא רצוי ונתק כזה מהאם, גם אם ייערכו ביקורים, יפגע מאד בילד. לנתק כזה מהאם עלולות להיות השלכות קשות לטווח קצר ולטווח ארוך. לאם תפקיד דומיננטי בחיי הילד ואין ערוך לחשיבותה, במיוחד שמדובר בשלבי התפתחות של הגיל הרך, במיוחד שמדובר באם טובה לילדה, ובילד שמאד קשור לאמו".

ג על-פי האפשרות השנייה, יישאר הילד עם האם וישתלב בתא המשפחתי של האם וי' שיתייצב כתוצאה מההגירה. הדבר יתרום לילד באופן ישיר ובאופן עקיף - כתוצאה מהשיפור במצבה האישי של האם. עם זאת ייגרם ריחוק נוסף בין האב לילד, אשר יגרום אף הוא לנזקים לילד:

"לפגיעה בקשר של אב-בן עלולה להיות השפעה קשה על א' גם בטווח המיידי וגם לטווח ארוך, במיוחד שההתקשרות בין א' לאביו היא טובה וחזקה, ויש לאב תפקיד מרכזי בחיי הילד".

ה עם זאת ציינה פרופ' לוי-שיף, כי מכיוון שמצבם הכלכלי של האם ושל האב מאפשר ביקורים תכופים של האב באנגליה ושל האם בארץ, כך שיתאפשרו מפגשים תכופים של הילד עם האב, ניתן לרכז את הפגיעה בילד הכרוכה בריחוק מהאב.

ו 4. מסקנת חוות-הדעת הייתה כי האפשרות שתשמור על טובת הילד באופן מרבי היא אישור הגירתו עם האם לאנגליה:

"כל אחת מהאלטרנטיבות המצוינות לעיל עלולה לפגוע בטובת הילד.

ז על פי הדעה המקובלת בין המומחים להתפתחות הילד בגיל הרך, האפשרות של משמורת לאם וביקורים תכופים ויותר ממושכים של האב או אצל האב, היא האפשרות שסביר להניח שתגרום פחות נזק לילד בהשוואה לאלטרנטיבות אחרות".

בעדותה בפני בית-המשפט לענייני משפחה הסבירה פרופ' לוי-שיף כי מסקנתה זו התבססה, בין היתר, על מחקרים עדכניים שנערכו על-ידי מומחים להתפתחות הילד:

"כל הזמן אנחנו בודקים מחדש את הידע שעומד לפנינו. כי הרבה קביעות שהיו בעבר לא תקפות יותר. למשל,

פעם חשבו שגם האב לא חשוב בגיל הרך. והנה בודקים ורואים שזה לא כך... אני חשבתי שמן הראוי הוא שאני אעבור מחדש על כל הספרות כדי לדעת אם יש הערכה מחודשת של העמדה הזאת [חזקת הגיל הרך] או לא. והנה... למרות השינויים הרבים... עדיין בתחום הזה, זו העמדה העדכנית".

א

סיכומה של חוות-הדעת היה אפוא כי לילד קשר טוב וחיוני עם כל אחד מהוריו, ועל-כן כל אחת מהאפשרויות הקיימות, הכרוכה בפגיעה בקשר זה, עשויה להביא לפגיעה בילד. עם זאת, לאור גילו הרך של הילד ולאור הדעה הרווחת בקרב המומחים כיום באשר למשמורת העדיפה לילדים בגיל זה, האפשרות הפוגעת פחות היא השארתו במשמורת האם ומתן היתר ההגירה המבוקש.

ב

ג

פסק-דינו של בית-המשפט לענייני משפחה

5. בית-המשפט לענייני משפחה (סגנית הנשיא ל' שטופמן) אימץ את המימצאים והמסקנות של חוות-הדעת וקבע כי המצב הקיים, שבו נתון הילד במשמורתה של האם, הוא המצב הטוב והרצוי ביותר בעבור הילד, ושינוי מצב זה יפגע קשות בילד. כן נקבע, כי בשל העובדה שבלונדון קהילה יהודית גדולה ומוסדות חינוך יהודיים ברמה גבוהה ביותר, ירוכך הזעזוע שייגרם לילד בעקבות ההגירה מהארץ. על יסוד נתונים אלה קבע בית-המשפט:

ד

ה

"נראה, איפוא, כי תוך בחינת קריטריונים שונים לבדיקת סבירות בקשת ההגירה והאם אמנם מחייבת טובתו של הקטין הגירתו יחד עם אימו, הדעת נותנת כי יש לאשר את הגירתו של א' יחד עם אימו לאנגליה".

ו

בית-המשפט לענייני משפחה התיר אפוא לאם להגר עם הילד לאנגליה תוך קביעת זכויות ביקור לאב ובכפיפות להפקדת התחייבות עצמית וערבות צד ג' על-סך 50,000 דולר ארה"ב. בהתאם, שינה בית-המשפט לענייני משפחה את זכויות הביקור המקוריות שנקבעו לאב על-פי הסכם המשמורת וקבע את הסדר הביקורים הזה: בכל סוף חודש למשך סוף-שבוע ארוך (יום חמישי בערב עד יום ראשון בצהריים) בארץ, כשהאם תדאג להביא את הילד לארץ; סוף-שבוע אחד (יום חמישי אחרי-הצהריים עד מוצאי שבת) נוסף בלונדון ובלבד שלא יהיה רצוף לסוף-השבוע שבו ישהה הילד בארץ; שבוע בארץ בחופשת חנוכה ושבוע בחופשת פסח וכן שבועיים בארץ בעת חופשת הקיץ, במועדים שיתואמו בין הצדדים.

ז

6. על פסק-דין זה ערערו הן האם והן האב בפני בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו. האב טען כי החלטת האם להגר התקבלה בלי שנשקלה טובת הילד וממניעים פסולים – רצונה של האם להביא לנתק מלא בין הילד לאב, וכי ההגירה המבוקשת אינה הכרחית. בערעור שכנגד טענה האם כי הסדר הביקורים שנקבע על-ידי בית-המשפט לענייני משפחה רחב יתר על המידה.

ב בית-המשפט המחוזי (סגן הנשיא ח' פורת והשופטים א' משאלי, ס' רוטלוי) ניסה תחילה לבחון את האפשרות שלפיה יחזור י' להתגורר בארץ, ובכך יתייחר הצורך בהגירת הילד לאנגליה, ולחלופין, הסדר ביקורים שיהיה כרוך בפחות נסיעות של הילד. לשם בירור סוגיות אלה הוחזר התיק לבית-המשפט לענייני משפחה.

7. בית-המשפט לענייני משפחה קיים דיונים אחדים, שבהם שמע, בין היתר, את עדותם של י' ושל פרופ' לוי-שיף. י' העיד כי למרות ניסיונות מרובים לא הצליח למצוא עבודה בארץ ההולמת את כישוריו. פרופ' לוי-שיף הגישה חוות-דעת משלימה (להלן – חוות-הדעת המשלימה) והעידה באשר להשפעתו הצפויה של הסדר הביקורים שנקבע על-ידי בית-המשפט לענייני משפחה על הילד. פרופ' לוי-שיף ציינה כי עד כה לא נהנה הילד מתא משפחתי יציב, ואף חש בעקיפין את ההשפעות השליליות שהיו לתהליך הגירושין על האם. לפיכך להתייצבות התא המשפחתי של האם וי' ולהשתלבות הילד בתא משפחתי זה צפויה השפעה חיובית על הילד, ויש לתת משקל רב לשיקול זה בעת בחינת ההכרח בהגירתה של האם עם הילד.

כך מצאה פרופ' לוי-שיף, כי למרות גילו הצעיר של הילד סביר להניח שיתמודד היטב עם הקשיים הכרוכים בהסדר הביקורים שנקבע. זאת לאור מערכת היחסים התומכת בינו לבין האם:

"א' הוא ילד נוח, טוב מזג ומשתף פעולה. מערכת היחסים של האם עם הילד טובה. היא ערה לצרכיו ולקשייו, ובדרך-כלל היא מגיבה בצורה נכונה. אי לכך יש אפשרות סבירה, שלמרות גילו הצעיר יסתגל הקטין לטלטולים ולעייפות הכרוכים בטיסה מלונדון לארץ... כמו כן, אני סבורה שיש בידי האב היכולת לעזור לילד בהגיעו לארץ".

8. בית-המשפט לענייני משפחה קיבל את טענת י' שלפיה ניסה כפי יכולתו למצוא עבודה ההולמת את כישוריו בארץ אך הדבר לא עלה בידיו. כן קבע בית-המשפט, לאור חוות-הדעת המשלימה ועדותה של פרופ' לוי-שיף, כי בנסיבות העניין הסדר

הביקורים שנקבע הוא בבחינת הרע במיעוטו ואין אפשרות לשפר את תנאיו. על-כן הותיר בית-המשפט את הצו שניתן בתוקפו.

א

התיק הוחזר אפוא לבית-המשפט המחוזי להמשך דיון בערעור.

פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי

9. בית-המשפט המחוזי קיבל את טענותיו של האב והפך את פסקי-הדין של בית-המשפט לענייני משפחה.

ב

בית-המשפט המחוזי בחן את טענות הצדדים על-פי אמות-המידה שנקבעו בפסק-הדין של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו במ"א (ת"א) 2069/92 פלונית נ' פלוני (להלן – עניין פלונית [3]), מיום 27.8.1993. בפסק-דין זה, שניתן מפי סגן הנשיא ח' פורת, אימץ בית-המשפט המחוזי את אמות-המידה שנקבעו בפסק-הדין הקנדי [4] *Carter v. Brooks* (1990), ולפיהן בעת בחינת בקשת הגירה של ילד יש לבחון, בין היתר, את שיקולי ההורה שבגינם הגיש את בקשת ההגירה, ואם הוכח הכרח בהגירה. לפיכך בחן בית-המשפט המחוזי את ההכרח בהגירה בעניינינו וקבע, תוך הפיכת פסק-דינו המשלים של בית-המשפט לענייני משפחה, כי לא הוכח שי' עשה כל שביכולתו למצוא מקום עבודה ההולם את כישוריו בארץ, ועל-כן לא הוכח שההגירה המבוקשת הכרחית.

ג

ד

ה

בנוסף דחה בית-המשפט המחוזי את מסקנתה של פרופ' לוי-שיף, שלפיה האפשרות הטובה ביותר בעבור הילד היא הגירה עם האם לאנגליה. הוא קבע, כי בגיבוש מסקנת חוות-הדעת ניתן משקל רב יתר-על-המידה ל"חזקת הגיל הרך" הקובעת כי בהיעדר סיבה מיוחדת יהיו ילדים עד גיל 6 אצל אמם. זאת, בעוד שמציאות החיים המשתנה מעלה ספקות באשר להתאמת חזקה זו לזמננו. כן נקבע, כי לאור האיבה שרוחשת האם לאב, סביר להניח שאם יותר לה לקחת עמה את הילד לאנגליה היא תגרום לניכור בינו לבין האב, ועל-כן יתעצמו הפגיעות בילד הכרוכות באפשרות זו.

ו

ז

בית-המשפט המחוזי אף דחה את מימצאיה של פרופ' לוי-שיף, שלפיהם לאם מסוגלות הורית טובה. בית-המשפט המחוזי זקף לחובת האם את הצהרת בא-כוחה בפניו, שלפיה תעקור לאנגליה בין שיותר לה לקחת את הילד עמה ובין שלא, וקבע כי מההצהרה עולה ספק באשר למסוגלותה ההורית של האם ולכוננותה לוותר על נוחיותה למען טובת הילד:

א "הורה המודיע כי הוא מהגר בכל מקרה, גם ללא ילדו, מציג עצמו למעשה כמי שכבר הכריע בדילמה, הוא מוכן לעזוב את ילדו, ומתכחש לצרכיו בגלל אי הנוחות הנגרמת לו עצמו, מבלי לשקול את טובת הילד. בכך מעלה אותו הורה סימני שאלה בנושא מסוגלות ההורית".

ב כן קבע בית-המשפט המחוזי כי העובדה שאת בקשת ההגירה הגישה האם כעבור חמישה חודשים בלבד ממועד גירושה מהאב מעידה על כך שהאם פועלת בפזיזות. זאת, הגם שבינתיים התבסס הקשר בין י' לאם, והם נישאו ונולדה להם בת. מטעמים אלה קיבל בית-המשפט המחוזי את הערעור וביטל את ההיתר שניתן לאם להגר עם הילד לאנגליה. בנסיבות אלה, ומכיוון שבא-כוחה של האם הצהיר כי האם תהגר לאנגליה בכל מקרה, הוחזר התיק לבית-המשפט לענייני משפחה לקביעת הסדרי ראייה בין האם לילד.

ד טענות הצדדים

ה 10. מכאן בקשת הרשות לערער שלפנינו, שבגדרה טענה האם כי בית-המשפט המחוזי התערב בקביעותיו העובדתיות של בית- המשפט לענייני משפחה בלי שהונחה בפניו תשתית ראייתית מספקת לעשות כן; כי בית-המשפט המחוזי לא ייחס את המשקל הראוי לחוות-הדעת שהוגשו ושגה בהתערבו במימצאיה ובמסקנתה; כי חזקת הגיל הרך שרירה וקיימת, כקבוע בחוק; כי שורה ארוכה של הלכות מצביעה על כך שלהורה שבידיו המשמורת יש זכות להגר עם ילדו בנסיבות דומות לנסיבות המקרה דנן וכי בעת בחינת ההכרח בהגירה יש להתייחס למכלול הנתונים, לרבות השפעת דחיית בקשת ההגירה על יכולתו של ההורה לשקם את חייו לאחר הגירושיין.

ז האב תמך בפסק-דינו של בית-המשפט המחוזי והדגיש כי לא הוכח הכרח בהגירת האם לאנגליה ועל-כן יש לראות ברצונה להגר ובהצהרתה שתהגר אף אם לא יותר לה לקחת את הילד עמה ראיות למסוגלות הורית נמוכה.

החלטנו לקבל את בקשת הרשות לערער ולדון בה כאילו ניתנה רשות לערער והוגש ערעור על-פי הרשות שניתנה.

המסגרת הנורמטיבית

11. אמת-המידה המנחה בעת דיון בענייני משמורת ילדים היא טובת הילדים. אמת-מידה זו אמורה להנחות הן את ההורים (סעיפים 15 ו-17 [לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות](#),

תשכ"ב-1962; להלן – החוק) והן את בית-המשפט (סעיף 25 לחוק) בקבלם החלטות הנוגעות לילדים. עם זאת, לרוב, שקילת טובתם של ילדים שהוריהם נפרדו אינה אלא תפיסת הרע במיעוטו מכיוון שטובת הילדים מחייבת כי יגדלו במחיצת אביהם ואמם במסגרת תא משפחתי יציב ואוהב, ואילו בפרדה של הורים כרוכה מידה של ניתוק בין אחד ההורים לילדיו. ראו [ע"א 503/60](#) וולף נ' וולף [1], בעמ' 764. לפיכך במציאות הנוצרת לאחר פרדת ההורים על בית-המשפט לקבוע הסדר משמורת המגשים במידה המרבית האפשרית את אינטרס הילדים ליהנות ממסגרת יציבה במשמורתו של ההורה שנמצא מתאים יותר ועם זאת לשמור קשר בין הילדים לבין ההורה האחר. לשם כך על בית-המשפט לערוך בחינה מדוקדקת של מכלול ההיבטים של כל אחת מהאפשרויות הקיימות, לרבות השפעתה על ההורים, ככל שהדבר עשוי להשפיע על יחסם אל הילדים. ראו פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל (כרך ב) [6], בעמ' 220.

א

ב

ג

ד

בחינה זו צריכה להתבסס על תשתית עובדתית נאותה. חשיבות רבה במיוחד יש לחוות-דעת של מומחים הן בשל יכולתם לבחון את השאלות המתעוררות בכל מקרה בעין מקצועית והן בשל היותם גורם ניטרלי לעומת ההורים היריבים. יפים לעניין זה דבריו של השופט מ' חשין ב**בג"ץ 5227/97** דויד נ' בית-הדין הרבני הגדול בירושלים [2], בעמ' 462:

ה

"טובתו של ילד אינה מושג תאורטי. לעניינה נדרש בית-המשפט לקביעת מימצאים-שבעובדה. מימצאים אלה בית-משפט לא יוכל לקובעם – על דרך הכלל – אלא אם יובאו לפניו ראיות וראיות לענייננו פירושן הינו – בעיקרם של דברים – חוות-דעת של מומחים".

ו

על-כן, בהיעדר ראיות בעלות משקל לסתירת האמור בחוות-דעת המומחים ייטה בית-המשפט לאמץ את מימצאי חוות-הדעת ומסקנותיהן.

ז

12. במקרים שבהם הילדים הינם רכים בשנים מיתוספת לשיקוליו של בית-המשפט חזקת הגיל הרך, שלפיה ילדים קטנים יימסרו למשמורת אמם, אלא אם הוכחו נסיבות מיוחדות להורות אחרת (סעיף 25 לחוק). אכן, אין להמעיט מן האחריות השווה של ההורים כלפי ילדיהם המתחייבת מן השוויון בין איש לאישה וממציאות החיים במשפחה המודרנית. עם זאת עדיין בדרך-כלל הקשר בין ילדים רכים בשנים לבין אמם חזק מהקשר בינם לבין אביהם. כך עולה ממחקרים עדכניים רבים הדנים בקשר

א הפסיכולוגי המיוחד שנבנה בין האם לילדיה ובנוק ששעווי להיגרם לילדים, במיוחד בגיל הרך, מניתוקם מן האם שטיפלה בהם מאז לידתם והעניקה להם חום ואהבה, וזאת אף במקרים שבהם לאב תפקיד משמעותי בחיי הילדים:

ב "...even where the father has participated significantly in the child's daily care, existing evidence indicates that unless the father rather than the mother is the primary caregiving parent or the mother's care has been significantly deficient, there is greater disruption and risk of immediate and long range emotional damage for the child in separation from its mother than from its father" (R.L. Klaff "The Tender Years Doctrine: A Defence" [7], at p. 347).

ד על-כן דעתי היא כי אף כיום אין להמעיט במשקלה של חזקת הגיל הרך הקבועה בסעיף 25 לחוק.

ה 13. אם מבקש ההורה שבידיו המשמורת להגר למדינה אחרת עם הילדים עשוי האיזון בין השיקולים השונים להשתנות. שכן, אישור ההגירה כרוך בהרחקה נוספת של הילד מההורה האחר וכן בהרחקת הילד מהסביבה המוכרת לו. אכן, אף בנסיבות אלה אין חולקים על זכות ההורה שבידיו המשמורת להגר מהארץ. אך מתעוררת השאלה אם השיקולים ביסוד החלטה להגר רלוונטיים להכרעה בנושא המשמורת.

ו שאלה זו טרם הוכרעה בפסיקת בית-משפט זה. כאמור, בית- המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, שדן באריכות בשאלה זו בפסק- דינו בעניין פלונית הנ"ל [3], שבו נקבע כי הוכחת ההכרח בהגירה היא תנאי לאישור הבקשה, אימץ את האמור בפסק-דינו של בית- המשפט לערעורים באונטריו בעניין *Carter* הנ"ל [4]. ברם הילכת פסק-דין זה נהפכה בפסק-דינו של בית-המשפט העליון הקנדי בעניין [5] *Gordon v. Goertz* (1996), שבו נקבע כי אין מקום לבחון את השיקולים שעמדו ביסוד החלטת ההורה להגר אלא אם ניתן ללמוד מהם כי הוא אינו מייחס חשיבות לשמירה על טובת הילד.

ז ואכן, גם לדעתי שאלת ההכרח בהגירה ככלל אינה רלוונטית להכרעה בסוגיית המשמורת על-פי עקרון טובת הילדים. אמנם להחלטת ההורה להגר השפעה ניכרת על חיי הילדים, אך על בית- המשפט להכריע מהי האפשרות הטובה ביותר בעבור הילדים במצב שנוצר בלי להסיט את מבטו מטובת הילדים להתנהגות נאותה בעיניו של ההורה. זאת, אלא אם ניכר מהתנהגות ההורה

כי הוא אינו שוקל את טובת הילד ומרוכז הוא בטובתו שלו בלבד, ובמקרה זה ממילא אין זה מטובתו של הילד להיות עם הורה זה. יפים לעניין זה דבריה של הנשיאה *McLachlin* בפסק-הדין בעניין *Gordon* הנ"ל [5], בעמ' 332-333:

א

“Parental conduct, however meritorious or however reprehensible, does not enter the analysis unless it relates to the ability of the parent to meet the needs of the child.

ב

This stipulation is important in applications for variation of custody based on relocation of the custodial parent. All too often, such applications have descended into inquiries into the custodial parent's reason or motive for moving... the focus thus shifts from the best interests of the child to the conduct of the custodial parent”.

ג

ד

בקשת הגירה של הורה עם ילדיו תיבחן לאור עקרון טובת הילדים בלבד. בעניין זה יתחשב בית-המשפט בדעת הילדים; באיכות הקשר בין הילדים לכל אחד משני ההורים; ביכולת האובייקטיבית והסובייקטיבית לשמירת קשר בין הילדים להורה שהמשמורת לא בידיו, אם תאושר הגירת הילדים, ונכונות ההורה שבידיו המשמורת לסייע בקיומו של קשר זה ובמסוגלות הילדים להיקלט בסביבה שאליה מתבקשת ההגירה. אמות-מידה אלה יישקלו לאור נסיבותיו המיוחדות של כל מקרה. כך, לדוגמה, ככל שהילדים פיתחו זיקה חזקה יותר לסביבתם, תקטן הנטייה לנתקם ממנה. אם ההורה שבידיו המשמורת נישא בשנית, יש לבחון את מערכת היחסים בין בן-הזוג החדש לילדים ואת נכונותו של בן-הזוג החדש לקלוט את הילדים לתא המשפחתי החדש. כמוכן, אף בדיון בבקשה להגירת הילדים, שהם עדיין בגיל רך, יש להוסיף לשיקולים אלה את חזקת הגיל הרך, שעליה עמדתי לעיל.

ה

ו

ז

מן הכלל אל הפרט

14. ממסגרת נורמטיבית זו עולה כי פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי אינו יכול לעמוד. כאמור, פסק-דין זה הושתת על שני אדנים: האחד, דחיית חזקת הגיל הרך, והשני, הטלת ספק במסוגלותה ההורית של האם, לאור החלטתה להגר.

ראשית, כאמור, חזקת הגיל הרך עדיין שרירה וקיימת, אף כשמדובר במשפחה מודרנית. הדברים נכונים במיוחד בענייננו,

א שבו מדובר בילד כבן ארבע, שכשנה לאחר היוולדו נמסר למשמורת האם על-פי הסכם הגירושין בינה לבין האב, ובאם שתוארה בחוות-הדעת כמסורה לילד, מפגינה ערנות לצרכיו ולקשייו ומגיבה, בדרך-כלל, בצורה נכונה. אכן, מאז התמסדות הקשר בין האם לי', ובמיוחד לאחר הולדת בתם, מרבה האם בנסיעות לאנגליה, כשהיא מנועה מלהוציא את הילד מגבולות הארץ, ובעת הנסיעות נמצא הילד אצל האב. אך בכך אין כדי להוות יסוד מספיק לסתירת קביעת בית-המשפט לענייני משפחה, על-פי חוות-דעתה של המומחית, כי טובת הילד תהיה לשהות במשמורת אמו באנגליה.

ג אכן, אין חולקים כי הן לאב והן לאם מסוגלות הורית טובה, ושניהם עושים כמיטב יכולתם לענות לצורכי הילד. בנסיבות אלה היה מוטב לילד, אילו הוריו – האב והאם – היו חיים בשלום ומאפשרים לו לגדול במחיצת שניהם, במסגרת תא משפחתי יציב ואוהב. אלא שמציאות החיים היא שונה.

ד המציאות בענייננו היא כי האב והאם נפרדו. הילד נמסר למשמורת האם, והאם הקימה משפחה חדשה עם י', המתגורר בלונדון. במציאות זו יש להכריע אם ישאר הילד עם האם או יימסר למשמורתו של האב. לדעתי, החלטת האם אינה נראית כפסולה על פניה ואינה מוכיחה כי בניגוד לאמור בחוות-הדעת, מסוגלותה ההורית נמוכה.

ה את עיתוי הגשת בקשת ההגירה והצהרת בא-כוחה של האם כי תהגר בין שיותר לה לקחת את הילד עמה ובין שלא, יש לבחון לאור נסיבותיו המיוחדות של המקרה. האם חפצה לפתוח דף חדש בחייה עם י', המתגורר ועובד בלונדון. ואכן, עד מהרה התבססה מערכת היחסים בין האם לי', ובמהלך ההליכים בפני הערכאות קמא הם נישאו, ואף נולדה להם בת. בנסיבות אלה ניכר כי בקשת ההגירה הוגשה על-ידי האם כחלק משינוי מהותי באורח חייה, ולא בהחלטה רגעית ופזיזה המעידה על מסוגלות הורית נמוכה.

ו על יסוד האמור לעיל אף ניתן להבין את עמדת האם, שלפיה אין ביכולתה להמשיך ולחלק את זמנה בין אנגליה לארץ, כמונעת על-ידי הרצון ליצור תא משפחתי יציב ומתפקד שיפעל, באופן עקיף, לטובת הילד. לכך יש להוסיף כי מצב שבו הייתה האם נשארת בארץ לבדה עם הילד ועם בתה התינוקת באופן קבוע, בניגוד לרצונה ותוך פיצול התא המשפחתי החדש שיצרה, סביר להניח שהיה אף הוא פוגע בילד, שכן שוב היה הילד מוצא עצמו חלק מתא משפחתי בלתי יציב, אשר בראשו אם השרויה במתחים רבים.

זאת ועוד, שהות של האם בישראל הייתה פוגעת קשות בבתה. זו הייתה גדלה בלא אביה, ואף מחוץ לכל תא משפחתי יציב. החלטת האם מלמדת על איזון ראוי בין טובת שני ילדיה. בהתנכרות לצורכי הבת התינוקת לא היה כדי להעיד על מסוגלות הורית טובה במיוחד.

א

על-כן אינני מקבלת את מסקנתו של בית-המשפט המחוזי, שלפיה מהתנהגותה ומהצהרתה של האם בכל הנוגע להגירה ניתן ללמוד על כך שלאם מסוגלות הורית נמוכה, וכי אינה שוקלת את טובת הילד בקבלה החלטות המשליכות על עתידו.

ב

לאור זאת אין יסוד אף לטענה כי החלטתה של האם להגר הונעה על-ידי רצונה לנקום באב על-ידי הרחקת הילד ממנו תוך התעלמות מהשלכות אפשריות שיהיו לכך על הילד. מסקנה זו אך מתחזקת לאור העובדה שלילד, שהיה נתון במשמורתה של האם, מערכת יחסים טובה עם האב, ומכאן שלמרות האיבה בינה לבין האב לא פעלה האם ליצירת נתק בין הילד לבין האב.

ג

ד

15. אם כן, חוזרים אנו לנקודת המוצא שלפיה לשני ההורים מסוגלות הורית טובה, והאפשרויות הן להתיר את הגירת הילד עם האם לאנגליה או להעביר את הילד למשמורתו של האב. כאמור, הכרעה זו מצריכה תשתית עובדתית רחבה ככל הניתן. בענייננו נקבעו המימצאים העובדתיים על-ידי בית-המשפט לענייני משפחה, אשר בדין העניק משקל רב לחוות-דעתה של פרופ' לוי-שיף. ממימצאים אלה עולה באופן חד-משמעי כי טובתו של הילד מחייבת את השארתו עם האם על-ידי מתן היתר ההגירה המבוקש.

ה

ו

כאמור, בית-המשפט לענייני משפחה קבע כי לילד מערכות יחסים טובות עם שני הוריו, ועל-כן הרחקתו מכל אחד מהם אינה רצויה. עם זאת נקבע כי הרחקת הילד מהאם ומהתא המשפחתי החדש של האם ו' שבו החל להשתלב צפויה לפגוע בו יותר משתפגע בו הרחקתו מהאב. זאת, במיוחד לאור גילו הצעיר של הילד, שבו לאם תפקיד קריטי בהתפתחותו, אך גם, וחשוב לא פחות, עקב הקשר החם והתומך שבין האם לילד.

ז

אף לניתוק הילד מהסביבה שהתרגל לה עד כה אין צפויות השפעות קשות עליו. באשר להסתגלות לחיים בלונדון קבע בית-המשפט לענייני משפחה, כי לאור גילו הצעיר ואופיו הנוח והחברותי של הילד, סביר להניח כי יצליח להסתגל ללא קושי מיוחד לחיים באנגליה בכלל ובלונדון במיוחד, שקיימים בה קהילה יהודית וישראלית גדולה ומוסדות חינוך יהודיים ברמה

גבוהה.

- א בכך אין כמובן כדי לגרוע מחשיבות הקשר שבין האב לילד. לפיכך יהיה על כל הצדדים להקפיד על הסדר הביקורים שנקבע, המאזן נכונה בין השארת הילד במשמורת האם לבין שמירת קשר יציב בין הילד לאב. נוסף על כך, כדי לשמור על זיקתו של הילד לבית האב ולארץ שבה נולד יש לחייב את האם לרשום את הילד למוסדות חינוך יהודיים. לבסוף, יש לאפשר בחינה מחודשת של הסדר המשמורת לאחר פרק זמן של שנתיים, אז ייבחנו הסתגלות הילד ועמידת הצדדים בהסדר הביקורים שנקבע.

סוף דבר

- ג 16. אשר-על-כן אני מציעה לקבל את הערעור ולהחזיר את פסק-דינו של בית-המשפט לענייני משפחה על כנו, בשני שינויים: האחד הוא, כי האם תחויב לדאוג לכך כי הילד ילמד באנגליה במוסדות חינוך יהודיים. השני הוא, כי בתוך שנתיים מהיום יוכל האב לשוב ולפנות לבית-המשפט לענייני משפחה בבקשה לבחינה מחודשת של הסדר המשמורת.

בנסיבות העניין הייתי מציעה שלא לעשות צו להוצאות.

- ה השופט א' מצא
אני מסכים.
- ו השופט מ' חשין
אני מסכים.
- ז הוחלט כאמור בפסק-דינה של השופטת דורנר.

ניתן היום, י"ג בטבת תשס"א (8.1.2001).

* משפחה – משמורת קטינים – העדפת האם במשמורת קטין
חזקת הגיל הרך – התאמתה למציאות החיים המודרנית –
ולעקרון השוויון בין איש לאישה – בקשה של אם להגר עם
ילד רך שבמשמורתה – שיקולי בית-המשפט בהחלטה האם
להתיר את ההגירה.