

# משפט רפואי

## הגירת קטינים מישראל - קונפליקט בין הורים גיבוש קריטריונים משפטיים

חברתית ומשפטית קשה: מה יקרה עם הילדים כאשר הורה מבקש לעקור עמם לחו"ל שעה שההורה האחר נשאר בישראל. הגירת הורה עם ילדו לארץ אחרת, כשההורה האחר נותר בארץ המוצא, ונמצא מנותק (לעתים לתקופות ממושכות) מילדו, מעמידה סוגיה קשה להתדיינות והכרעה. במשפטי הגירה עולה במלוא חריפותה התנגשות, לא רק של אינטרסים אלא זכויות יסוד ממש. מתד: זכות ההורה המבקש להגר, לבחור את מקום חייו. וזוהי זכות למימוש עצמי, לקריירה, לנישואין ולבניית תא משפחתי חדש. מאידך: זכות ההורה האחר לקשר עם ילדו וזכותו של הילד לקשר עם הורהו. וכבר נאמר, לא אחת, כי "קשר הדם" שבין ילד להורהו הינו הקשר הראשוני, אולי החזק מכל.

משפטי משמורת הם משפטיים קשים. משפטי הגירה קשים אולי יותר, שכן הם מחדדים את הניתוק האפשרי בין הורה לילדו. במשפטי משמורת מקבל אחד ההורים את ההחזקה, אולם - לרוב - נשמרות זכויותיו של ההורה האחר לשותפות בחייו השוטפים של הילד: סדרי ביקור, מפגשים אחת לכמה ימים, בילוי משותף בחגים, מעורבות בהחלטות משמעותיות הנוגעות לילד וכיו"ב.

הורה המבקש להגר עם ילדו, חושף את ההורה האחר לניתוק פיזי הטומן בחובו ניתוק משמעותי מחיי היום-יום של הילד. ההגירה היא בדיכ למדינות מרוחקות, והמפגשים האפשריים בין הילד להורה כרוכים בטיסות ממושכות, בהוצאות כספיות ובקשיים אחרים. זאת ועוד - הגירה פירושה, לא אחת, גם ניתוק מסביבה, מחברה, מתרבות, מהמשפחה, המורחבת - גם באלה טמון קושי לא קטן.

אין בישראל חוק העוסק בהגירה. המחוקק לא קבע קריטריונים להכרעה בסוגיה שמימדיה אינם מבוטלים והם אך הולכים וגדלים. כל שקבע המחוקק (בס' 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות תשכ"ב - 1962) הוא כי בהעדר הסכמה על עניין מענייני האפוטרופסות, יכריע בו בית המשפט על פי טובת הילד. המחוקק התעלם מהאינטרסים של שאר הנוגעים בדבר (למשל זכויות ההורים) והשאיר לבית המשפט שיקול דעת רחב בדרך אל ההכרעה. אין התייחסות ישירה



שמואל מורן

### א. הגדרת התופעה

במאמר זה ננסה להגדיר, לסווג ולנתח סוגיה משפטית המטפלת בתופעה חברתית, אשר מימדיה הולכים וגדלים - תופעת "ההגירה" של ילדים ממדינה למדינה.

המונח "הגירה" הושם בין מרכאות, שכן אינו אלא תרגום לא מדויק של המונח האנגלו-אמריקאי Relocation - "שינוי מיקום" והוא מתייחס למעבר מגורים ומרכז חיים ממדינה למדינה או מאזור לאזור.

אנו מבקשים לתאר את ההתייחסות של הדין והפסיקה בישראל לנסיון של הורה לעקור עם ילדו מן הארץ, כנגד רצונו והסכמתו של ההורה האחר.

הדין, הפסיקה ואף הספרות המשפטית בישראל, דלים בהתייחסותם לתופעה אף כי מספר התיקים בבתי המשפט המטפלים בנושא זה הולך וגדל.

בשלהי המאה העשרים הלך וגדל מספר האנשים, בהם הורים גרושים לילדים שחיפשו לעקור למדינה אחרת. כך בעולם, כך בישראל. אמצעי התחבורה המשוכללים והזולים, התקשורת העולמית, המסחר והניידות העולמית הפכו את העולם ל"כפר גלובאלי". אנשים יוצאים תכופות לחו"ל, פוגשים בני זוג חדשים, מקבלים משרות במדינות זרות, יוצאים ללימודים ממושכים במדינות אחרות ולעיתים, כאשר מדובר בהורים פרודים או גרושים, נילוות לתופעה שאלה

הכותב - עו"ד העוסק בדיני משפחה, בעל תואר שני במשפטים ותואר ראשון בעבודה סוציאלית. מלמד בביה"ס לעבודה סוציאלית / אוני ת"א

בחוק כלשהוא, לקריטריונים ראויים להכרעה בסוגייה. זאת ועוד - סקירת הפסיקה הישראלית והבינלאומית מלמדת, כפי שנפרט בהמשך, כי הגם שישנה רשימת שיקולים רחבה, קשה לגבש מתוכה כללים ברורים הנדרשים להכרעה.

## ב. המסגרת המשפטית

קביעת מקום מגוריו של ילד, הינה עניין מענייני האפטרופסות. כך נקבע בס' 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות - תשכ"ב 1962. חוק זה קובע כי שני ההורים הינם אפטרופסים טבעיים של ילדיהם הקטינים (ס' 14), משמע: קביעת מקום המגורים הוא עניין **משותף** לשני ההורים בהיותם אפטרופסים של ילדם. כאשר הורים נפרדים או מתגרשים זה מזה נמסרת ההחזקה הפיזית בקטינים לאחד מהם (או מחולקת בין שניהם) ונקבעים סדרי המגוע של ההורים עם הילדים. זאת בין על דרך של הסכמה (ס' 24 לחוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות תשכ"ב - 1962) ובין על דרך של הכרעה שיפוטית, בהעדר הסכמה (ס' 25 לחוק).

כאן המקום להדגיש כי כאשר נקבעים סדרי ההחזקה והביקורים **אין הם שוללים את אפטרופסותם הטבעית והנמשכת של שני ההורים**. הורה, אשר אינו המחזיק, נשאר **אפטרופוס טבעי**, בעל זכויות וחובות כלפי ילדו לרבות הזכות לבקרו, לבוא עימו במגע ולומר דברו בשאלות חינוכו, רפואתו, **מקום מגוריו ושאר צרכיו**.

הורה, אשר קיבל את זכות ההחזקה בקטין מבקש לעתים, להעתיק את מקום מגוריו הרחק ממגורי ההורה האחר, ולעיתים הרחק ממרכז חייו של הילד עד לאותה עת. בהעברת ילד ממדינה למדינה ע"י אחד ההורים ישנן סכנות רבות: הרחקת הורה אחד מן הילד והפיכתו להורה שהילד מתראה עימו לעיתים רחוקות; ניתוק הילד מסביבתו הרגילה; שינוי מסגרת חינוכית; שינוי בחברת בני גילו; ניתוקו ממשפחה מורחבת; שינוי בשפה; שינוי אורחות חיים ומנהגים; שינוי בתרבות ובעיצוב מסלול חייו לעתיד.

לצורך המעבר למדינה אחרת של אחד ההורים עם הקטין מתבקשת על-פי הדין בישראל, הסכמת ההורה האחר, שכן **שני ההורים גם יחד הינם אפטרופוסים על ילדם והאפטרופוסות כוללת זכות שווה להכריע בשאלת מקום מגוריו של הקטין**. ישנן מדינות בהן לזכות ההחזקה, המשמורת, צמודה מאליה הרשות הבלעדית של ההורה

המשמורן לקבוע את מקום מגורי הילד, ולהורה האחר אין זכות לנקוט עמדה. לא כך בישראל. זכות המשמורת מצומצמת להחזקה פיזית בקטין, אך זכויות אחרות, לרבות הזכות לקבוע את מקום המגורים של הקטין (המסוגלת כזכות אפטרופסות) נותרות שוות ומשותפות לשני ההורים.

בהעדר הסכמה של ההורה האחר חייב ההורה המבקש את העקירה לבקש רשות מבימ"ש מוסמך לשינוי מקום מגוריו של הקטין. בית המשפט אשר ידון בבקשה, יבחן את שאלת העקירה על-פי הקריטריונים החוקיים והפסיקטיים ויכריע.

ההורה הפועל על דרך של עשיית דין עצמית ומרחיק את ילדו למדינה אחרת, בין אם הוא הורה משמורן ובין אם לאו, ללא הסכמת ההורה האחר, ובהעדרה - בלא הרשאת בית המשפט בארץ המגורים הקבועה, מבצע **מעשה חטיפה**. למעשה כזה ישנם היבטים אזרחיים ופליליים כאחד, אולם לא בכך יעסוק מאמר זה.

## ג. הגישות להגירה באנגליה, ארה"ב וקנדה

באנגליה, בארה"ב ובקנדה מרבית בתי המשפט לעסוק בבקשות לשינוי מקום מגורים של קטינים. את שיקול הדעת השיפוטי בתיקי הגירה במדינות אלה מאפיינים:

- א. אי-אחידות והכרעה ממקרה למקרה.
- ב. שיקול עיקרי ובסיסי של טובת הילד.
- ג. מתן משקל לסיבת ההגירה המבוקשת.
- ד. עריכת איזון בין השיקולים השונים בכל מקרה לגופו.

הבחון את הפסיקה, עשוי למצוא הכרעות נוגדות במקרים דומים. בטרם ננתח את הפסיקה וננסה לאבחן קריטריונים מרכזיים, להלן תקציר מספר פסקי דין חשובים:

### ארצות הברית

**Weiss V. Weiss. 52 NY 2d 170. 436 NYS 2D. 682. 418 ne 2D 377 (1981)** נקבע כי הזכות להסדרי ראייה הינה זכות משותפת, של ההורה הלא-משמורן ושל הילד, וככזו היא ראויה להגנה לא פחות מזכות ההורה המשמורן. לאור הנ"ל ראה ביהמ"ש את בקשת ההגירה כנחזית לפגוע בטובת הילד, ועל ההורה הלא-משמורן היה להוכיח כי למרות הנחה זו, יש להתיר את ההגירה, בשל "נסיבות מיוחדות ודוחקות". נוכח ריחוק המגורים, הפגיעה בזכות הביקורים, ותוכניות לא מגובשות דיין של האם, נטה משקל האינטרסים לצד אי ההגירה והבקשה סורבה.

המשמעותי והתכוף בין הילד להורה הלא-משמורן) ועל פיו להכריע התיק כולו, אלא יש לבחון את כל הנסיבות וכל הרכיבים הרלוונטיים, במאוחד, ועל פי איזונים לקבוע איזו תוצאה תיטיב יותר עם הילד.

ביהמ"ש אף ציין כי אין זה מציאותי לצפות לאותם דפוסים של קשר אשר היו קיימים בין ההורים לילדיהם לפני הגירושין, וברור כי שמירת הקשר בין הילד לבין כל אחד מהוריו באופן שווה - אינה יכולה להתקיים ממילא - כאשר המשפחה מתפרקת, ולכן אין לראות בשמירת הקשר עם ההורה הלא-משמורן חובה אשר גוברת על זכותו של ההורה המשמורן להמשיך בחייו להיפך: ההורה המשמורן והילד (ובן זוג חדש של ההורה, אם קיים) הם עכשיו יחידה משפחתית חדשה, אשר טובתה מבטאת את טובת הילד. ניתן לצמצם את הנוק הנגרם מההגירה לקשר הילד עם ההורה האחר, ולפצות באמצעות קביעת הסדרי ראייה וביקורים רחבים לאחר ההגירה.

במסגרת אותה בחינה של "מכלול הרכיבים" בתיק, הזכיר ביהמ"ש את נימוקי ההגירה וההתנגדות לה, איכות הקשר והיחסים בין הילד לשני הוריו, השפעת המעבר על כמות ואיכות קשריו של הילד עם ההורה הלא-משמורן בעתיד, הרמה בה ישתפר מצבם של ההורה המשמורן והילד כתוצאה מההגירה - כלכלית, רגשית, חינוכית, והאפשרות לשמירת קשר משמעותי עם ההורה האחר באמצעות הסדרי ראייה ריאליים. לאחר ריכוז כל התשובות לשאלות אלו, יכריע ביהמ"ש, עפ"י מאזן ההסתברויות - האם ההגירה המוצעת תואמת את טובת הילד.

במילים אחרות: ביהמ"ש קבע כי גם במקרה בו הפגיעה בקשר בין ההורה הלא-משמורן לילד ברורה וקשה, עדיין ניתן לאשר את ההגירה באיזון בין אובדן הקשר הנ"ל לבין הנוקים שייגרמו בסירוב ההגירה או היתרונות הקיימים בה. שיפור נוסף למצבו של ההורה המשמורן המבקש את ההגירה נעשה באמצעות הרחבת הנושא של נימוקי ההגירה, מ"נסיבות מיוחדות ודוחקות" לנסיבות לגיטימיות, כך שבנוסף לנימוקים כגון צורך בריאותי או כלכלי דחוף שהיו קיימים קודם, נתווספו לנימוקים הלגיטימיים עילות כגון נישואין מחדש, רצון בלשיפור איכות חיים ואפילו רצון לפתוח דף חדש במקום אחר וכיו"ב (כל עוד לא מדובר בנימוק של רצון לחבל בקשרי הילד עם ההורה האחר). שיקולים נוספים שנלקחו בחשבון בהכרעה היו: ההתקשרות של הילד להורה המשמורן ולהורה האחר, אפשרות עריכת הסדר ביקורים הולם שיצמצם את השפעות ההגירה על הקשר עם ההורה הלא-משמורן,

### **Radford 190 7d 2d 93. 597 NYS 2d 767 2d (1993) Dept.**

בית המשפט ציין שלושה שלבים לבחינת השאלה. 1. האם ההגירה המבוקשת עלולה לפגוע בקשר המשמעותי התכוף של ההורה הלא-משמורן עם הילד, ואם התשובה לכך חיובית (וברוב המקרים היא כזו). 2. ביהמ"ש יבחן קיום של נסיבה חיונית להגירה. לכאן נכנסו בדר"כ נסיבות של צורך בריאותי או כלכלי דחוף. 3. לאחר קביעת קיום נסיבות אלו, יבחן ביהמ"ש את שאר השיקולים בעד ונגד ההגירה.

### **Tropea V. Tropea. 87 NY 2d 727. NYS 2d. NYLJ 3-27-96 (1996)**

העובדות: הורים התגרשו ע"פ הסכם גירושין משנת 1992, לפיו קיבלה האם המשמורת על הילדים, והאב קיבל הסדרי ראייה שלוש פעמים בשבוע ומחצית החופשות. כן נכללה בהסכם הוראה כי מעבר של האם עם הילדים מחוץ לאזור השיפוט של המחוז, טעונה אישור מראש של ביהמ"ש. האם קשרה חייה עם גבר אחר, ארכיטקט, לו התכוונה להינשא, והיתה בחודשי הריונה הראשונים ממנו. בן זוגה החדש עבד בעיר אחרת (מרחק של כשעתיים וחצי). האם היתה מוכנה להסיע את הילדים לביקורים, ומאחר וביקורי אמצע השבוע לא יוכלו להתקיים במתכונתם הקודמת, היא מוכנה להרחיב את הסדרי ראייה בסופי שבוע וחופשות. ביהמ"ש קמא חזר על מבחני פסק-הדין בעניין וויס ורדפורד, ציין כי הם הזדך המקובלת להכרעה בתיקי משמורת, וקבע כי מאחר שהילדים ייפגעו ע"י הניתוק מן האב ויימנע מהם הקשר המשמעותי והתכוף איתו, הרי שיש למנוע הגירה, ונימוקי האם ברצון להתחלה חדשה בעיר אחרת, אין בהם כדי לשמש משקל נגד לפגיעה בקשר עם האב (אשר הוכיח כי הוא מקיים קשר קבוע וסדיר עם הילדים).

**ביהמ"ש לערעורים** הפך את פסה"ד של ביהמ"ש קמא, ואת הגישה שנקבעה בו, דחה את המבחן הטכני של שלושת השלבים, וקבע כי יש צורך במבחן רחב וגמיש יותר, אשר יתרכז בטובת הילד ולא בצרכי מי מהוריו (למעשה - הדחייה של החשיבות המכרעת של נימוקי ההגירה ומעבר כביכול למבחן כללי של טובת הילד, שינו באופן ברור את המאזן לטובת ההורה המשמורן, בעיקר במקרים בהם ההגירה נדרשת לצורך פתיחת דף חדש עם יחידה משפחתית חדשה, לאור ראיית טובת היחידה הנ"ל כמבטאת גם את טובת הילד).

ביהמ"ש קבע כי אין לקחת רכיב אחד בלבד (הפגיעה בקשר

איכות החיים לה יזכה הילד במקום החדש, ההשפעה השלילית הנוצרת בעוינות בין ההורים מבחינת הנכונות לשמור על הקשר, ההשפעה של קיום משפחה מורחבת במקום המגורים החדש (ובהערת שוליים בפסק-הדין - קיומו של הסכם גירושין או צו משמורת קודם המתייחס לאפשרות של הגירה עתידית).

(הערת: פסק-דין זה הינו פסק-דין חשוב ביותר שכן הינו ממחוללי השינוי בגישת המשפט בארה"ב לסוגיית ההגירה, בשנים האחרונות).

### **In Re the MARRIAGE of BURGESS, 51 Cal. Rptr. 2d 444 (1996)**

אם משמורת הגישה בבימ"ש בקליפורניה בקשה להגירה. ביהמ"ש התייחס לתיק זה כהזדמנות להתוות פריצת דרך ושינוי עמדות בתיקי הגירה בכלל באמצעות העדפת זכות ההורה המשמורן להמשיך את חייו כרצונו על פני זכותו של הילד לקשר תקוף ומשמעותי עם שני הוריו. ביהמ"ש קבע כי להורה בעל המשמורת הפיזית הבלעדית, קיימת זכות לשנות את מקום מגורי הילד, וההורה הלא משמורן יכול למנוע שימוש בזכות זאת, רק אם יוכיח כי המאבק יזיק לקטין. במילים אחרות ביהמ"ש הפך את הנטל שהיה קיים עד אז והעבירו לכתפי ההורה המתנגד להגירה ולמעשה ביטל את הצורך בהוכחת "נסיבות מיוחדות ודחוקות להגירה" כפי שפורש בפסיקה עד אז.

כתוצאה מפסק הדין ניתן כיום משקל מכריע ל"תוויות" הפורמליות של הגדרת תפקידי ההורים ביחס לילדם שכן ההנחה העולה מפסק הדין הינה כי ההורה המשמורן מקבל עדיפות בבקשות להגירה על פני משנהו אשר ממילא חי בנפרד מהילד וממילא מקבל אותו לביקורים בלבד.

בשולי פסק הדין ניתנה התייחסות לשאלת העברת המשמורת עקב בקשת הגירה ונקבע כי אין בעצם הגשתה עילה לפתיחת דיון מחודש בשאלת המשמורת. יצויין כי ההשלכה של פסק הדין גדולה בהרבה מהזווית הצרה של התיק עצמו הן בשל ההלכה הכללית שנקבעה בו והן בשל העובדה כי בתי המשפט מתייחסים להלכות של בית המשפט בקליפורניה כברומטר לשינויים עתידיים בתחום.

### **Browner V. Kenwool 87 NY 2J 727 NYS 2d, NY int 48 (1996)**

הורים חתמו על הסכם גירושין לפיו האם קיבלה משמורת, והאב קיבל הסדרי ראייה רחבים, שכללו לינות באמצע השבוע, וכל סוף שבוע שני. ע"פ הוראות ההסכם אמורה היתה האם לקבל אישור מביהמ"ש לכל מעבר עם הילד למרחק מעל 35

מייל מדירת מגוריהם של בני הזוג, טרם הגירושין. האם ביקשה להתיר הגירה למקום המרוחק כ-130 מייל מביתה, לעיר מגורי הוריה, טענתיה היו כי ניסתה לחפש עבודה בניו-יורק ללא הצלחה. העבודה שמצאה במקום מגורי הוריה (מדינת מסצ'וסטס) מאפשר לה שכירת דירה הולמת, ושיפור מצבה הכלכלי, וציינה כי הוריה יתמכו בה, יעזרו בטיפול בילד, וכי הילד קשור מאד לסביו ולדודניו החיים בקירבת מקום.

ביהמ"ש הלך בדרך של פס"ד טרופי ובחן את טובת הילד כמכלול. הזמן והוגש דו"ח פסיכולוגי אשר קבע כי ההגירה הינה לטובת הילד, כי הילד ינהנה מהיתרונות הקיימים במקום החדש וכי דווקא ההגירה יכולה למנוע את הנזק הקיים כיום הנובע מהעוינות הרבה הקיימת בין שני ההורים. ביהמ"ש ציין במאמר מוסגר כי מאחר ולא מצא כי תתקיים פגיעה משמעותית בקשר בין הילד לאביו, הרי שממילא אין הוא נכנס לשאלה אם נימוקי ההגירה שהציגה האם הינם "נסיבות מיוחדות" כנדרש ע"פ פסיקה קודמת.

### **D'onofrio v. D'onofrio 144 N.J Supper 200, 365 A 2d 27 1976**

ביהמ"ש התיר לאם לעקור מניו ג'רסי לקרוליינה הדרומית עם שני ילדיה בני 4 ו-6. בפס"ד נקבעה שורת שיקולים ובעיקרם:

- א. הסיבה והמניעים למעבר תוך הדגשה שהמעבר אמור לשפר במידה משמעותית את איכות החיים של האם והילדים (דהיינו בחינת טובת הילד ולא רק ההורה).
- ב. תינתן הזדמנות ריאלית לביקורים, במקום הביקורים השבועיים, אשר ישמרו בסיס מתאים של הקשר עם האב.
- ג. שיקול המרחק שימש גם הוא שיקול חשוב שכן מדובר היה במרחק לא רב, שאיפשר לשמור קשרים טובים עם האב לרבות הבאת הילדים לניו-ג'רסי לביקורים.

### **Russenberger 654 So. 2d 207 (Fla. App. 1dist 1955)+(Fla 669 So 2d 1044 1996)**

בימ"ש בפלורידה נמנע מלהתיר הגירה מפלורידה לניו-יורק (למרות שדובר בצורך של עבודה של בן-זוג) עקב חשש לאי-שמירת קשר בין הילד להורה הנותן מאחור, עקב סרבנות קשר קודמת מצד האם, העדר גמישות, העדר מוכנות לווייתורים, חוסר הידברות מצד האם ביחס לאב וקשיים שהערימה על האב בסדרי הראייה בעבר.

בית המשפט קבע כי יש לבחון את אינטרס הילד ותום הלב בהגירה ולהראות כי ההגירה תקדם את אינטרס הילד לעומת המצב כיום. בית המשפט השליך מהתנהגויות העבר בסיכול

אם ביקשה להגר עם שני ילדים בני 6 ו-9 מאנגליה לאוסטרליה, שם גרה שנים רבות ושם גרים הוריה. כמו-כן סודר לה שם מקום מגורים ועבודה. לאב היה קשר טוב והדוק עם הילדים, אם כי האם ניסתה לפגוע בקשר זה ואף עברה לעיר אחרת.

בפסה"ד סוקר בית המשפט שורה של פסקי-דין בהם הותרה הגירה כשלאם היתה סיבה אמיתית וסבירה להגירה. במקרה זה החליט בית המשפט לדחות את הבקשה, שכן האם לא נישאה מחדש וניתוק הקשר עם האב הביולוגי אליו הילדים קשורים, יפגע בילדים בלא שתינתן להם דמות אב חליפית. גם המרחק והאמצעים המצומצמים לקיום בקורים עמדו בניסוד השיקולים לדחיית הבקשה. בית המשפט בחן גם את שאלת השפעת הסירוב להגר על האם והילדים ומצא כי הנוק אינו שקול כנגד נזק הניתוק.

#### **M. V. M. (1992) Fam. Law 291 C.A**

בית המשפט לערעורים ביטל פסק-דין בערכאה ראשונה ודחה בקשת אם להגר עם ילדיה בגילאי 8 ו-18.5 לצרפת. הדגש בפסק-דין זה היה על נסיון האם להסית את הילדים במגמה לנתק את הקשר עם אביהם. בית המשפט ראה בנוק הפירוד מהאב, במיוחד לאור מעשי הסתה של האם ותוך הסתמכות על חו"ד מומחים, נזק גדול יותר מאשר הנוק שיגרם לאם בסירוב לבקשתה להגירה.

#### **RE. K. (Aminor) 1992 Fam Law 240 F.D.**

בימ"ש סירב לבקשת אם להגר עם בתה בת ה-4 לארה"ב. בית המשפט שם את הדגש בסירוב על חוסר סבירות בתוכניות ההגירה, חוסר תכנון והעדר תוכנית מסודרת ומבוססת במקום אליו התבקשה ההגירה. כמו-כן הדגיש בית המשפט כי הקשר בין האב לילדה היה חשוב להתפתחותה וכי בארה"ב לא הוצע כל תחליף גברי לילדה.

#### **Lonslow V. Henning (1986) 2 FLR 378 CA**

בימ"ש התיר עקירה של הורה משמורן עם שתי בנות בגיל 10 ו-12 לניו-זילנד. הסיבה לבקשת ההגירה - לצרכים כלכליים ותעסוקתיים.

בית המשפט פסק כי העקרון המנחה הוא עקרון טובת הילד ויש לבחון כל מקרה לגופו ולא ללכת על-פי דפוסים קבועים מראש. בית המשפט נתן משקל יתר ליכות ההורה המשמורן וקבע כי אם הסיבה להגירה סבירה והתוכניות מבוססות יש לאפשר לו להגר, אלא אם הצד השני יוכיח מעבר לכל ספק סביר נזק חמור לאינטרס של הילד. בית המשפט שם במרכז את אינטרס הקטין ובחן גם את הנוק שיגרם בסירוב אפשרי.

הביקורים על תום הלב בהגירה המבוקשת. וקבע כי יש לשלול הגירה הבאה מתוך נקמנות או רצון לסכל קשר עם ההורה האחר וזאת יש להסיק מהתנהגויות העבר.

#### **Ramos 697 SO. ZD280 LA APP 5 CIR (1997)**

בימ"ש בלואיזיאנה דחה בקשת אם להגר עם בנה בן ה-5 למקום עבודתו של בעלה החדש תוך ציון, בין היתר, של חשיבות הקשר בין בן זכר לאביו בגיל זה והצורך בקשר **תכוף עימו**. השיקולים להכרעה: נימוקי ההגירה, קיום מערכת תומכת במקום ההגירה, גילו של הילד (ככל שהוא קטן יותר - הנוק בפגיעה בקשר עם ההורה האחר - גדול יותר) מינו של הילד (לילדים זכרים חשיבות רבה יותר בקשר עם אב), מסוגלות הורית של שני ההורים, יכולתו הכללית של הילד לעמוד במעבר, קשריו של הילד עם סיבתו הנוכחית, והדמויות המשמעותיות כיום בחייו, יכולתו ומוכנתו של ההורה המשמורן לשמור על קשר של הילד עם הורה האחר.

רצונה של אם לעבור לקליפורניה - שם יש לבעלה החדש עבודה, בית ומשפחה - היא סיבה לגיטימית. אולם, זו בלבד אינה מספיקה, יש להוכיח שהמעבר יהיה לטובת הילד (להבדיל מטובת של ההורה המבקש להגר). בהעדר הוכחה כני"ל, יגבר הנוק הקיים בפגיעה בקשר של הילד שהוא בן 5 שנים בלבד, עם אביו, על כל יתרון אחר שיש בהגירה. עצם העובדה שהאם ביקשה לצמצם את הסדרי הראיה הקיימים, וטענתה כי האב ישא בנטל מימון הביקורים, מעידה על אי נכונות לשמור קשר, ובתיקי הגירה, יותר מתיקי משמורת רגילה - זהו שיקול מכריע.

#### **Stearns V. Boxter (5.3.98 פורסם)**

ביה"מ העליון בניו יורק בהרכב מורחב סירב להתיר הגירה תוך הדגשת קשרי הילד עם משפחה מורחבת ומערכות תמיכה רבות במקום מגוריו העיקרי אשר כולן ינותקו אם תאופשר ההגירה.

#### **Oshea V. Brennan 387 N.Y.S 2d 212**

כשיקול מרכזי נגד הגירה יש להביא בחשבון ניטרול ניכר של ההורה הלא משמורן מהשפעה אמיתית על גידול ילדו וליווי ההורה בגדילתו וכן העברתו לתרבות ומנטאליות אחרת במרחק גדול (טרנס אטלנטי) מהורהו, שלא יאפשר קשר הולם.

(על נושא זה ראה גם *Maaka V. Field* 1996 NZFLR 132)

#### **אנגליה**

#### **Tyler v. Tyler (1989) 2 FLR 158 C.A**

## קנדה

### (Carter v. Brooks (1990) RFL 3d 53 ont CA)

זהו פסק דין חשוב ומנחה לא רק משום היותו מפורט מאד ומונה באופן מסודר את הגורמים שיש להביא בחשבון בתהליך איזון האינטרסים, אלא משום שבית המשפט בארץ, בפסק-דין גולדמן (מ.א. 92/2069) - שהינו פסק-דין ממצה ומנחה בסוגיית ההגירה בישראל אימץ את הגישה שננקטה שם וקבע למעשה כי היא הגישה הראויה להינקט בישראל.

בשל חשיבות פסה"ד נביא ציטוטים מפסה"ד של ביהמ"ש המחוזי בפרשת גולדמן (מ.א. 92/2069 הנ"ל) בנתחו את פסק הדין.

העובדות: בקשת אם לילד כבן 6 להגר עם בעלה החדש (להם אף נולד ילד נוסף) מאונטריו לקולומביה הבריטית. לאב היו קשרי ביקורים עם הבן ולאור בקשת ההגירה, בקש האב את המשמורת בילד.

ביהמ"ש בקנדה דחה את בקשת האם (ביהמ"ש ערב בדיון את נציג האפוסטרופוס הכללי על מנת שאינטרס הילד ייוצג בנפרד במשפט). בית המשפט שם את הדגש על הילד וטובתו ולא על זכויות ההורים, וקבע כי אין לנקוט גישה נוקשה בסוגיה, אלא לבחון כל מקרה לגופו על פי שורה של קריטריונים, אשר יש לאזנם לגופם בכל פעם בהתאם לנסיבות המיוחדות העולות בכל חוק.

בית המשפט מציע שורה של אינטרסים אשר יש לאזנם ולשקלם.

א. ברוב המקרים חשוב לקחת בחשבון לטובת המשמורת שדאגתו יום יום לילד מניחה שטובת הילד היא להישאר עימו.

ב. סביר להניח כי המשמורת כוללת את זכות ההכרעה של המשמורת לקבוע את מקום חייו של הילד.

ג. כאשר קיימת יחידה משפחתית חדשה מנישואין שניים של ההורה המשמורת, טובת אותה יחידה משליכה אף על טובת הילד.

ד. הקשר בין הילד להורה המבקר הוא נושא חשוב. ככל שהקשר קרוב יותר והילד תלוי בו למען שלומו הנפשי וההתפתחותי כך סביר שייגרם לילד נזק מהעקירה.

ה. סיבת העקירה חשובה, אם המטרה היא לסכל את זכות המגע. ביהמ"ש אינו נוטה לאשרה, אולם אם העקירה חשובה לקיום תעסוקה, יילקח הדבר בחשבון לטובת

העקירה.

ו. המרחק שיווצר עקב העקירה הוא שיקול בסיסי. ככל שהמרחק גדול יותר, כך חמורה יותר ההשלכה על הקשר עם ההורה המבקר.

ז. מידת החומרה תושפע במישורין אף ממשאביו הכלכליים של ההורה המבקר ואף משאבים כלכליים של ההורה המבקש לעקור.

ח. הדעה של הילד חשובה.

ט. כוונותיו של ההורה המשמורת לאפשר קשר עם ההורה בעתיד - הוא גורם ראוי לשיקול כאשר פוסקים בענייני המשמורת.

י. בית המשפט בוחן את השאלה האם אי-אפשר להשיג את המטרה שלשמה התבקשה ההגירה (קידום מקצועי, קריירה, שיפור מצב כלכלי) ללא ההגירה, באותו מקום בו נמצאים שני ההורים.

בשקלו את מכלול הגורמים הגיע בית המשפט בקנדה למסקנה כי סיבת ההגירה יכולה להיות מסופקת גם ללא ההגירה, או לפחות לא נעשו מאמצים מספקים להשיגה. זאת, יחד עם חשיבות הקשר עם האב, המרחק שנוצר ושאר הגורמים מוליכים למסקנה כי יש לדחות את בקשת ההגירה.

### (Ganz V. Ganz (1986))

בימ"ש לערעורים באונטריו סירב להעתיק לאם שביקשה לעקור עם ילדיה מטורונטו לניו-יורק ולשהות שם בקרבת בני משפחתה. האב לא תבע משמורת בילדים ורק ביקש למנוע הוצאתם מן הארץ. הוזמנה חוו"ד מומחה.

ביהמ"ש פסק כי העקרון המנחה הוא עקרון טובת הילד ועל פיו יש להכריע, ובבואו לדון בטובת הילד התחשב בחמישה גורמים:

א. חוו"ד המומחה.

ב. ההורים נזקקו לתהליך יעוף וגישור.

ג. האם צפויה לעשות כל שביכלתה על מנת להפוך את זכויות המגע לבלתי אפשריים.

ד. הילדים נזקקים לאהבה, ליחס ולמגע הקרוב שהאב יכול להעניק בטורונטו.

ה. יהיה זה טראומטי לילדים לדרוש מהם לעזוב את בית ספרם, הכנסיה, החברים, הסבים ואביהם.

### (Coulter V. Coulter (1985))

בימ"ש לערעורים באונטריו סרב להרשות לאם לעקור עם ילד מתחום השיפוט. בהסכם בין הצדדים ניתנה משמורת לאם תוך קביעת זכויות מגע נרחבות לאב, לרבות הוראות

ללמוד בגן), אינו ריאלי, כי מדובר בנסיעה ארוכה ותכופה מדי עבור הילד, וסביר שהאם תוכל לפנות לביהמ"ש במקום מגוריה החדש ולבקש שינוי ההסדר. לאור הנ"ל, יש לקבוע כי ההגירה המבוקשת אינה לטובת הילד, ותהווה פגיעה בקשר התכוף והמתמשך בין הילד לאביו. אם האם תחליט בכל זאת לעבור - המשמורת בילד תהא לאב.

ניתוח הפסיקות מחו"ל שהבאנו, מלמד על הגישות המרכזיות:

**הגישה הבריטית** - (המקובלת גם באוסטרליה וניו-זילנד) שמה את הדגש על בחינת הסיבה להגירה ועל התוכניות של ההורה המבקש להגר ביחס להגירה.

הבריטים אינם שוללים את ההגירה מיסודה, אלא אם היא גורמת נזק לקטין ופוגעת בטובתו. עם זאת, עמדת המוצא היא כי הזכות לקשר של הילד עם שני הוריו היא בעלת משקל רב. הפסיקה האנגלית בוחנת בדקדקנות מהן תוכניות ההורה המבקש להגר בארץ היעד, עד כמה הן סבירות, מגובשות ועולות בקנה אחד עם צרכי הילד. עוד בוחנת הפסיקה הבריטית את השפעת ההכרעה על טובת הילד בשתי האפשרויות ואת תגובות ההורים להכרעה אפשרית.

**הגישה האמריקאית** - בשנים האחרונות חל מפנה דרמטי בגישה בארה"ב. למרות שקשה לדבר על גישה אחידה, שכן ההכרעות הן בהתאם לדין פנימי של כל מדינה בארה"ב, הרי שניתן לראות באחרונה קו משותף, ליבראלי יותר, ביחס לבקשות הגירה.

פסקי-דין מנחים שניתנו בקליפורניה (Burgess) ובניו-יורק (Tropea) המובאים לעיל שינו את הגישה הקודמת שבאה לידי ביטוי בפסקי דין Weiss, D'onfrorio, המובאים לעיל, לפיה הנחת היסוד היתה כי הגירה אינה רצויה, יש עדיפות לשמירת הקשר בין הילד לשני הוריו וכל הגירה עתידה לפגוע בטובת הקטין. על פי גישה זו נדרש ההורה המבקש להוכיח כי ההגירה נחוצה "מסיבות מיוחדות ודוחקות" וכי טובת הילד תישמר ולא תיפגע.

פסקי-הדין Burgess ו-Tropea ואחרים בעקבותיהם (למשל פסק דין Browner הנוכח לעיל) יצאו מנקודת מוצא של זכות ההורה המשמורן להגר עם ילדו, אלא אם כן יוכיח ההורה האחר כי ההגירה גורמת נזק לילד. פסקי הדין הללו נתנו משקל לזכות ההורה המשמורן והיחידה המשפחתית החדשה שההורה הזה יצר וראו את טובתם כמשתלבת בטובת הילד. ההנחות הבסיסיות של פגיעה בטובת הילד בכלל הגירה - מותנו.

ההשלכה המיידית המתוארת היא החשיבות שיש לקביעת המשמורת בעת ההתדיינות הראשונית או בעת עריכת הסכמי

נרחבות לגבי זכותו שיוועצו בו. הוסכם על איסור עקירה מתחום השיפוט ללא הסכמת האב אלא אם סרובו אינו סביר. ביהמ"ש ציין שיש להבדיל בין מקרים שהיו בהם הסכם קודם או הכרעה שיפוטית קודמת לבין מקרים בהם לא כך היה המצב. לגבי המקרים בהם לא היה הסדר קודם מניח ביהמ"ש שטובת הילד להיות עם המשמורן, וכל עוד תוכניותיו סבירות - בכך שהן מקדמות את מעמדו וכישוריו ואינן מכוונות לפגוע במתכוון בזכויות ההורה האחר - ביהמ"ש לא יתערב. **אולם כאשר היה הסכם מפורש או מכללא על דבר קביעת מקום מגורים, המקרה נכנס לגדר המקרים של איחפת הסכמי גירושין כפוף לסמכות ביהמ"ש להפעיל שיקול דעת לעקוף את ההסכם בגלל עקרון טובת הילד.** נטל הבאת הראיות הוא על ההורה המבקש לעקור ובמקרים כאלה לא די בקיום התנאים שכונות ההורה לשפר את חייו ואינו מתכוון לנשל במתכוון את ההורה האחר מזכויות המגע. גישה זו לדעת בית המשפט משקפת את עקרון "טובת הילד".

#### **Woodhouse 136 D.L.R (4th) 577app.den. S.C.C 6.2.1997**

ביהמ"ש העליון לא התיר הגירה לסקוטלנד של אשה גרושה ובעלה החדש למרות מצבם הכלכלי הקשה של האם ובעלה החדש ולמרות שהוכח בפניו כי ההגירה תאפשר לבעלה של האם תעסוקה שכן עלה חשד ברור (לאור נסיון העבר) כי האם לא תקיים את הסדרי הראייה שנקבעו ותבקש לשנותם בעתיד.

השיקולים שיש לשקול כאן: מי ההורה המשמורן, מה הקשר של הילד עם שני ההורים, נימוקי המעבר, תנאי המעבר, אפשרות ריאלית לביקורים ומוכנות לקיום הביקורים. ביהמ"ש אף מדגיש את חשיבות הקשר בין האב לילדים בגילאי 5-7 והצורך בקיום מפגשים תכופים אשר ההגירה לא תאפשר. כן מדגיש ביהמ"ש את חשיבות ההקפדה על מעורבות שני ההורים בגידול ילדיהם.

#### **LABA 98 D.L.R (4th) 541**

ביהמ"ש העליון בקולומביה הבריטית לא אישר הגירת ילד בן 3.5 לעיר המגורים והעבודה של בן הזוג החדש של האם משום שהמרחק הנוצר (שעתיים טיסה) אינו ריאלי לקים ביקורים סדירים הנחוצים על מנת לשמר קשר של הקטין עם אביו והדבר (המרחק, הטיסות או הקטנת הקשר) יגרום נזק גדול לקטין. לקראת פסה"ד אמרה האם כי אינה יכולה להחליט מה תעשה אם ההגירה לא תאושר. ביהמ"ש קבע כי במקרה כזה תמסר המשמורת לאב. ביהמ"ש קבע כי טובתו של הילד מתבטאת בקיום קשר תקין ומתמשך עם שני הוריו. הסדר הביקורים המוצע של שבוע בחודש (עד שהילד יתחיל

גירושין. נוכח "זכויות היתר" שניתנו להורה המשמורן תיווצר שאיפה להרחיב את זכויות המשמורת בעת ההכרעה הראשונית, ומנגד - ליצור מסגרות של משמורת משותפת או לפחות הרחבה ניכרת בהסדרי הראייה, כדי להקטין את סיכויי ההורה האחר לזכות בהגירה בעתיד. ברבה הנדשו טוענת כי גישה זו מסלימה את מאבקי המשמורת ומקשה על השגת הסכמים.

השלכה נוספת היא במשקל שיש לייחס לסעיפים בהסכמים המתייחסים להגירה עתידית. בתי המשפט ציינו כי סעיפים כאלה הם "רכיב נוסף בהכרעה" אשר מחייב הורים החותמים על הסכמי משמורת להרחיב בסוגיית הגירה אפשרית ולבטא את עמדותיהם המוסכמות בקשר לכך לעתיד לבוא.

#### ע"א 2784/95 טריף נ' טריף (לא פורסם)

כאמור, פסקי הדין מניו-יורק וקליפורניה אינם ממצים את הגישה האמריקאית בכללותה, אך מלמדים על הרוח המרכזית המנשבת בה.

**הגישה הקנדית** - ניתן לומר, מייחסת משקל חשוב להתניות חוזיות שעשו הצדדים בהסכמים קודמים ביחס להגירה אפשרית - יותר מאשר בארה"ב ובאנגליה. בתי המשפט בקנדה מקפידים גם על ניתוח מעמיק של סוגיית טובת הקטין ביחס להגירה, מקפידים לבחון את הכנות של סבת הגירה המבוקשת וההכרח בקיומה. בתי המשפט בקנדה בוחנים בהקפדה את רשימת הקריטריונים (כמפורט בפרק שיקול הדעת השיפוטי, לעיל) יותר מאשר במדינות אחרות.

ביהמ"ש העליון אישר את פס"ד של ביהמ"ש המחוזי ת.מ.א. (ת"א) 94/1464 טריף נ' טריף והתיר לאב (נוצרי) להוציא את בנו בן ה-7 מישראל ולהגר עימו לצמיתות לארה"ב, כנגד התנגדות האם, גם היא נוצריה (ההורים בניס לאבות יהודים עלו יחד מרומניה לישראל והתגרשו בישראל). בקשת ההגירה באה לאחר שהאב קשר את חייו עם בת זוג (יהודיה ילידת ארה"ב) שביקשה לחזור ולהתגרור בקירבת הוריה בארה"ב. הקטין היה במשמורת האב לאחר סכסוך ממושך קודם. יודגש כי ביהמ"ש התיר את ההגירה למרות איסור מפורש על כך בהסכם הגירושין שהיה בין הצדדים ואושר כפסק דין. ביהמ"ש קבע כי טובת הילד בעת הגשת הבקשה היא הקובעת ולא הסכמים קודמים שעשו הצדדים, שכן טובת ילד יכולה להיבחן בכל פעם מחדש. בית המשפט חוזר על העקרונות והקריטריונים שנקבעו בפסקי-דין קודמים (גולדמן) וקובע כי אין ספק שיש להתיר את ההגירה שכן האם פסולה מלהיות משמורנית ואף מזיקה לילד. לא מדובר בילד יהודי והמעבר הוא מטעמים לגיטימיים.

כאמור, פסקי הדין מניו-יורק וקליפורניה אינם ממצים את הגישה האמריקאית בכללותה, אך מלמדים על הרוח המרכזית המנשבת בה.

כאמור, פסקי הדין מניו-יורק וקליפורניה אינם ממצים את הגישה האמריקאית בכללותה, אך מלמדים על הרוח המרכזית המנשבת בה.

הגישה הקנדית - ניתן לומר, מייחסת משקל חשוב להתניות חוזיות שעשו הצדדים בהסכמים קודמים ביחס להגירה אפשרית - יותר מאשר בארה"ב ובאנגליה. בתי המשפט בקנדה מקפידים גם על ניתוח מעמיק של סוגיית טובת הקטין ביחס להגירה, מקפידים לבחון את הכנות של סבת הגירה המבוקשת וההכרח בקיומה. בתי המשפט בקנדה בוחנים בהקפדה את רשימת הקריטריונים (כמפורט בפרק שיקול הדעת השיפוטי, לעיל) יותר מאשר במדינות אחרות.

#### ע"א 90/86, מרטינסון פד"י (מ) 498

ילדים הושארו בארץ כי האם שביקשה לעזוב את הארץ לא התאימה להיות משמורנית ולא התמודדה אף בעבר עם גידולם ולכן לכאורה כל שאר הנימוקים מחוירים כנגד נימוק זה. הנימוקים פורטו בהרחבה בעמ' 502-503 של פסה"ד. טובתו של הילד היא בעיקר מבחינה נפשית ורגשית ופחות מן הגורמים החמריים. משקל רציני יתן להיבט של התערות חברתית, העובדה שהילדים היכו שורשים בארץ והנזק מעקירתם מסביבתם. ביהמ"ש הדגיש כי ישראל הפכה למרכז חיי הילדים שיצרו קשר נפשי עם הסביבה, החברים, המורים ועם דפוסי החיים הטבעיים, מורשת תרבותית וחינוכית בחיי היום-יום וכיו"ב.

#### ד. הגירה - שיקול דעת שיפוטי בישראל

בישראל אין חוק העוסק בהגירה והקריטריונים המנחים נלקחו מפסקי דין בארץ ובחו"ל. הבוחן את הפסיקה בארץ ימצא מגוון רחב של שיקולים ושל איזונים בין השיקולים השונים. בטרם ננתח את הקריטריונים שנקבעו ונגדיר את הקווים המנחים שהתוותה הפסיקה, נסקור בקצרה את פסקי הדין החשובים שניתנו בסוגיית ההגירה בארץ, שברובם לא פורסמו.

#### ע"א 630/77 בולשטיין פ"ד לב(1) 378

ע"א 724/84 יונגרייז נ' יונגרייז (לא פורסם)

אם בקשה להוציא שני ילדים, 9, 15, למגורים לצמיתות בקנדה. הוזמנה חוות דעת פסיכולוגית. ביהמ"ש העליון אישר פס"ד של ביהמ"ש המחוזי והתיר את יציאת הילדים לקנדה. הנימוק העיקרי היה טובת הילדים ומסוגלותה והתאמתה הרבה של האם לספק את צרכיהם,

#### ע"א 724/84 יונגרייז נ' יונגרייז (לא פורסם)

אם בקשה להוציא שני ילדים, 9, 15, למגורים לצמיתות בקנדה. הוזמנה חוות דעת פסיכולוגית. ביהמ"ש העליון אישר פס"ד של ביהמ"ש המחוזי והתיר את יציאת הילדים לקנדה. הנימוק העיקרי היה טובת הילדים ומסוגלותה והתאמתה הרבה של האם לספק את צרכיהם,

### ע"א 352/80 צוקרמן, פ"ד לד(4) 689

הותרה הוצאת ילדות בנות 12 ו-14 מן הארץ לפי רצון התקיף ביותר. ביהמ"ש נתן משקל מכריע לטובת הבנות ורצונן, והכריע לפי עקרון טובת הילד, בניגוד למוסכם מראש בהסכם הגירושין.

### ע"א 209/54 המרצה 141/54 שטיינר, פד"י ט 241

בית המשפט מנע הוצאת ילדים מהארץ מטעמים רפואיים (לרבות בריאות נפשית).

### מ.א. 91/89 גיטיק נ' גיטיק (לא פורסם)

אם לילדה כבת 9 בקשה לצאת ללימודים אקדמיים בחו"ל לתקופה של שנתיים. האב התנגד. הוזמן תסקיר סעד, ועל-פי התסקיר שני ההורים טובים, אולם חשובה מאד המשכיות הקשר של הילדה עם האם שמגדלת אותה. נפסקה - בהכרעה מעורבים אינטרסים נוגדים - הורות מול קידום מקצועי. בסדר העדיפויות נשקלת טובת הקטינה. בית המשפט יימנע ככל האפשר מניתוק לצמיתות מההורה השני, אולם השיקולים שונים כשמדובר בנסיעה מוגבלת לשנתיים. ההכרעה היא כמשולש שווה שוקיים: הבסיס העיקרי - טובת הקטינה ובכל אחת משוקי אינטרס אחר: זה של האב בקשר וזה של האם בקידום. נוכח שיקול טובת הילדה וזכות האם לקידום, עומדת הפגיעה בזכויות האב אותה אפשר לצמצם על-ידי הבטחת שובה של האם לישראל בתום שנתיים וביקורים בתקופת שהות בחו"ל. להבטחת הביקורים והחזרה ניתן לקבוע ערבויות. ביהמ"ש קבע ביקורים של 45 יום בקיץ, על חשבון האם וכן קשר טלפוני. הערבויות נקבעו ל-30,000 ש"ח ערבות בנקאית בצירוף ערבות עצמית וערבות צד ג' של שני ערבים טובים ע"ס 75,000 ש"ח כ"א.

### ע"א 3201/90 גיטיק נ' גיטיק (לא פורסם)

ערעור על פס"ד של ביהמ"ש המחוזי בירושלים. ביהמ"ש העליון התיר את יציאת הקטינה לחו"ל ובנקודה זו דחה את הערעור. מאידך ביהמ"ש העליון התערב בכמה נקודות בפסק-הדין דלמטה: הוספה של ביקור אחד כל שנה, ביקורים בעת שהאב שוהה בארה"ב, מנגנון של התכתבות בין האב לבת, המשך בירור תביעות המשמורת שהגיש האב למרות שהאם שוהה עם הבת בשלב זה בחו"ל.

### ת.מ.א. 294/88 פרנק נ' פרנק (לא פורסם)

אם ביקשה לקבל רשות להעביר לאחזקתה, באנגליה, את הבן המשותף לה ולנתבע. האם נסעה לאנגליה ונישאה שם

והשאירה את בנה אצל קרובי משפחה בארץ. עתה היא מבקשת לקבל אותו לחזקתה באנגליה מול התנגדות האב. ביהמ"ש דחה את הבקשה. הדגש הושם על הקשר עם האב, והעובדה כי שני הצדדים ילידי ישראל, גדלו, התחנכו וקנו בה את השכלתם ואורחות חייהם. לשניהם משפחות עניפות המתגוררות דרך קבע בארץ וגם הקטין נולד התחנך כאן. בנסיבות אלה ובהסתמך על תסקירים בדבר טובת הקטין, נדחתה הבקשה.

### מ.א. 2069/92 גולדמן נ' גולדמן (לא פורסם)

פסק-דין זה חשוב במיוחד, שכן הוא סוקר בהרחבה את סוגיית ההגירה תוך עריכת משפט השוואתי עם דינים זרים ומנסה לגבש מדיניות ראויה להחלה בישראל.

העובדות: בקשה של אם להגר עם שני ילדים בני 7 ו-10 לקנדה. האם קשרה קשר של מגורים משותפים ללא נישואין עם גבר שהיה בהליכי גירושין ומונה לנהל מלון בקנדה. תנאי השכר שהוצעו לו היו טובים מאלה שבישראל אם כי לא היתה ודאות כי בשלב מסויים בעתיד, לא יעתיק אותו גבר את מגוריו למקום אחר. ביהמ"ש הזמין חוו"ד פסיכולוגית אשר המליצה כבחירה בין האלטרנטיבות לאפשר את ההגירה, מתוך הנחה כי לא ניתן לחייב את האם להשאר בישראל ואילו עזיבתה ללא הילדים גרועה יותר שכן לאב יש בעיות קשות במסוגלותו ההורית ולא יוכל לגדל את הילדים לבדו.

נפסק: הכרעה בשאלת ההגירה דורשת איזון בין אינטרסים. **מצד אחד** יש לאם אינטרס לממש את הזוגיות שלה, ואת אמהותה על הילדים ולבחור את מקום חייה. **מצד שני** יש לאב זכות למימוש אבהותו בביקורים ולממש את ההסכם עליו חתמו בני הזוג בעת גירושיהם כי אם האם תבקש להגר, תועבר המשמורת לידי.

**שיקול שלישי:** לילדים יש זכויות להנות משני הוריהם. לגדול בבריאות גוף ונפש, לשמור על קשר הדוק עם משפחת המוצא שלהם ולגבש את זהותם והשתייכותם (ישראלית, לאומית, יהודית וכו').

ביהמ"ש סוקר בהרחבה פסיקה מחו"ל ומסקנתו כי הגישה הראויה להינקט בישראל היא זו ה**בודקת ביתר קפידה את טעמי ההגירה ואת השפעת הניתוק על הילד** (כמו בקנדה ובאנגליה). שיקולי תרבות וחינוך ישראליים, תודעת הלאום והזהות היהודית והלאומית, וההשתייכות לישראל - כל אלה חזקים יותר ביהדות ובישראל יותר מאשר ארה"ב. יש, כמובן, לשקול את השפעת המעבר על ההורה המשמורן (דהיינו שייטיב עמו). לדעת ביהמ"ש אין התנגשות בין חופש התנועה

שונים: מסוגלות הורית של כ"א מההורים, יכולת לספק צרכי הילד (רגשי, פיזי כלכלי), מי מההורים יבטיח לילד קשר טוב יותר עם ההורה האחר, הסתגלות חברתית בארץ ובחו"ל, אפשרויות החינוך בחו"ל, רצון הילד (בגיל מתאים) ועוד. ככלל, אין לעודד הגירה ומצבי פרידה והתנתקות של ילד ממי מהוריו, - **עם זאת ההגירה הותרה:** סיבת ההגירה היא נישואין לאורח ותושב קנדי שפרנסתו שם והקשר נראה איתן. דמות הבעל החדש הוכרה כחיובית. שיקול זה הוא שיקול מכריע על פני שיקולים אחרים, שכן רצונה של האם לחיות עם בעלה החדש הוא כן ואמיתי. אצל האב אובחנו בעיות במסוגלות ההורית, בעיקר בהצבת גבולות וערבויות למימושן.

### וולף נ' וולף פד"י ט"ו (1) 760

אם קיבלה החזקה בילדה בת 11 (לאחר שקודם לכן שהתה הבת עם אביה) וביקשה לקחתה עמה לאוסטרליה, שם נישאה והשתקעה.

ביהמ"ש פסק כי האם רשאית לעקור עם הבת בעיקר נוכח רצונה העז של הבת, הסתייגותה מהאב והעובדה שקשריה לישראל לא היו עמוקים ומושרשים. בית המשפט קבע כי היא זה לטובתה אם תקבל רשות הגירה.

ביהמ"ש ממזער את החשיבות של השיקול הלאומי ביחס למי שגדל במדינה. ביהמ"ש אומר שאין לזלזל בנוק שבהחזקת ילד יהודי מכור מחצבתו לארצות הגולה, אולם שיקול טובת ילדה להשאיר בחיק אימה גובר. כן ניתן משקל לרצון הילדה ונאמר כי רק כאשר ביהמ"ש מתרשם כי הרצון מנוגד לטובת הילד או שהרצון המובע אינו מבטא רצון אמיתי או כשהילד נעדר יכולת לרצון חופשי (מבחינה שכלית או נפשית) אין להתחשב ברצון זה.

### ת.מ.א. 2923/95 ווסלי נ' עצמון

אם משמורנית ביקשה להגר עם בתה לארה"ב שם חי בעלה החדש. לבני הזוג תינוק משותף. הבעל עבד בעבר תקופה מסויימת בישראל, ונשלח מטעם המעביד חזרה לחו"ל. לאב היו הסדרי ביקור ונקבע בהסכם הגירושין כי מעבד מגורים דורש הסכמה משותפת. ביהמ"ש הזמין וקיבל חו"ד פסיכולוגית.

**נפסק:** ביהמ"ש התיר את ההגירה תוך קביעת סדרי ביקורים וערבויות להבטחתם. בית המשפט בחן בדקדקנות כמה גורמים:

- א. האם יש להעביר את המשמורת לאב? ביהמ"ש קובע כי זו אלטרנטיבה גרועה, שכן האב כשיר הרבה פחות מהאם.
- ב. האם יש להשאיר את הילדה עם האם בארץ (האם הצהירה כי לא תנטוש את הילדה)? ביהמ"ש דוחה אלטרנטיבה זו,

ובין איסור להוציא את הילד. אין איסורים על ההורה לעבור, אלא לקחת עמו את הילד, וההורות מחייבת ויתורים. תוך אימוץ הקריטריונים מפסיקה זרה מונה ביהמ"ש את האלמנטים העיקריים הראויים להישקל בעת דיון בשאלת ההגירה:

**טעמי ההגירה יש** לאבחן בין טעמים לגיטימיים כגון פרנסה, קידום מקצועי ונישואין לבין טעמים פסולים כגון רצון לניתוק הילד. במקרה של קשר עם בן-זוג חדש, יש לבחון את יציבות הקשר.

**בידי מי המשמורת** - מקובל לחשוב כי להורה המשמורן יש עדיפות על פני ההורה הלא-משמורן.

**המרחק** - ככל שהמרחק גדול יותר ואינו מאפשר קשר ביקורים רצוף, כך גם ביהמ"ש יטה פחות לאפשר את ההגירה ולהיפך. **יכולת כלכלית** - ואפשרות לקיום מפגשים סבירים. יכולתם הכלכלית של ההורים לממן נסיעות לחו"ל לביקורים.

**צרכים מיוחדים של הילדים** - אם לילדים צרכים מיוחדים (חינוכיים ופסיכולוגיים או רפואיים), האם ניתן לספקם בחו"ל?

**רצון הילדים** - ככל שהילד בוגר יותר יש להתחשב ברצונו. **התאמת כל אחד מההורים לשמש משמורן** - מבחן המסוגלות ההורית ומי מההורים יכול לספק טוב יותר את צרכי הילד.

**היכולת להבטיח קשר עם ההורה האחר** - היתרון הוא לצד ההורה המסוגל להבטיח קשר עם הילדים. הגירה "כפתרון" לניתוק - פסולה.

**תגובת הילדים ותגובת ההורים להחלטה** - יש לבדוק את הנוק העשוי להיגרם לילדים ולהורים מכל החלטה.

**התנאים בחו"ל והסידורים לסיפוק צרכי הילדים שם** - יש לבחון האם הילדים יקבלו בחו"ל מקום מגורים יציב, חינוך וטיפול ההולמים את צרכיהם.

**הקשרים החברתיים והמשפחתיים של הילד בארץ המוצא** - ככל שהקשרים חזקים יותר כך הניתוק פחות רצוי. **תנאי הסכם הגירושין** - שיקול זה אינו המכריע, אולם בעל משקל ויש לבחון מה הוסכם בין ההורים בעת גירושיהם, באשר להגירה לחו"ל.

מסקנת בית המשפט היתה שלא להתיר את ההגירה.

### מ.א. 3343/87 קרסו נ' עמר

תביעה של אם להגירה לקנדה לצמיתות, עם ילד בן 11. האב מתנגד ותובע משמורת. האם נשואה בשנית לאזרח קנדי. הוזמן תסקיר (חסוי מהצדדים אך לא מפרקליטיהם). נפסק: בשקלו רשות הגירה צריך ביהמ"ש לשקול נימוקים

לראיין אותו, ושמע מהילד התנגדות לנסיעה, אולם החליט למרות ההתנגדות המילולית, לאשר את הנסיעה.

ביהמ"ש מדגיש בפס"ד זה את זכותו של ילד להיות שותף להליך המשפטי ולהביע את דעתו - כזכות יסוד במשפט. עוד נפסק כי יציאה לחו"ל לשנתיים אינה מפקיעה את סמכות ביהמ"ש בישראל על הילד (מקביעה זו הסתייג מאוחר יותר אחד משופטי ההרכב, כבוד השופט חיים פורת, בפסק-דין אחר, שעסק בחטיפה עע"מ 97/70 דגן נ' דגן).

ניתוח הפסיקה בישראל מוביל למסקנה כי הקריטריונים בפסיקה אינם אחידים. כל מקרה נבחן לנסיבותיו ושיקולול הקריטריונים נעשה בכל תיק לגופו. עם זאת, ניתן למצוא כמה יסודות המאפיינים את מרבית פסקי הדין בארץ:

#### (א) העקרון הבסיסי הינו עקרון טובת הילד -

במרבית פסקי הדין, מצהיר ביהמ"ש על מחויבותו לעקרון טובת הילד כעקרון הגובר על כל שאר האינטרסים בתיקי ההגירה. טובת הילד נבחנת לא מעט ביחס לאינטרסים של המבוגרים, ההורים, אולם בתי המשפט תמיד ישאלו את עצמם - האם בהתרת ההגירה או בסירוב לה נשמרת טובת הילד. מובן כי טובת הילד בתיקי הגירה היא טובה יחסית, שהרי כולם מסכימים כי ברוב מקריע של המקרים טוב היה לו הילד היה גדל במחיצת שני הוריו (ואם אפשר שלא היו מתגרשים - עדיף...). אולם, משעלה הצורך בהגירה, יש ליתן את הדעת האם באספקלריה של טובת הילד, עולה הסירוב לה או התרתה בקנה אחד עם שמירת טובת הילד. על-מנת להגיע להכרעה בנושא זה, נעזר ביהמ"ש במומחים (פסיכולוגים, פסיכיאטרים ועו"סים) וכן בשורה של קריטריונים שיפורטו בהמשך.

#### (ב) חשיבות הסיבה לבקשת ההגירה -

הואיל ונקודת המוצא היא כי טובת הילד היא עם שני הוריו, הרי שהורה המבקש להגר עם ילדו צריך לנמק זאת בסיבה לגיטימית בעלת משקל ראוי. ככל שהסיבה תהא לגיטימית יותר, כך יעלה הסיכוי לקבלת היתר ההגירה.

הלגיטימיות אשר הוכרה בפסיקה בדרי"כ נוגעת לעניינים יסודיים של מימוש עצמי: נישואין, פרנסה, קידום מקצועי או אקדמי משמעותי. סיבות פחות לגיטימיות הן: רצון סתמי להחלפת מגורים, קשר לא בשל עם בן-זוג חדש ואשר סיכוייו להשמר נראים קלושים, תוכניות לא מגובשות דיין במקום אליו מבקשים לעקור וכיו"ב. סיבה מאד לא לגיטימית היא רצון לגרום להרחקה או ניתוק

שתגרום פגיעה קשה לאם שכבר נישאה, בעלה חי בחו"ל ויש להם ילד משותף. רגשי האשמה של הילדה במקרה זה יהיו קשים.

ג. האם נעשה נסיון ע"י הבעל החדש להשאר בישראל? ביהמ"ש מייחס משקל רב לנקודה זו ומציין כי המעבר לארה"ב היה מעבר של "אין ברירה". הבעל עשה נסיונות רבים למצוא עבודה בישראל ואילו היה מסרב לדרישת מעבידו לעבור לארה"ב היה נפגע פגיעה כלכלית קשה. ביהמ"ש מדגיש כי המעבר הוא משיקול לגיטימי וסביר ולא כדי לסכל את הקשר עם האב.

ד. שיקולים להתיר את ההגירה - בית המשפט משקלל את כל השיקולים ובודק אם הם לטובת הילד: ההנחה שלהורה המשמורן זכות עודפת, ההנחה כי הורה משמורן זכאי לקבוע את מקום מושב הילד, מניעי ההורה המשמורן, המסגרת המשפחתית החדשה שהקים, עד כמה יישמר הקשר עם ההורה האחר, התנאים בחו"ל (חינוך יהודי, פרנסה וכיו"ב), הקשר בין הבעל החדש והילדה - כל אלה נמצאו משתלבים עם טובת הילדה.

בית המשפט דן בכמה נקודות נוספות כגון הניתוק מחיי השגרה בארץ, רצון הילדה, שימור מקומו של האב בחיי הילדה ויציבות התא המשפחתי החדש ומוצא כי כולם משתלבים עם טובת הילדה בהתרת ההגירה.

#### תמ"ש 53701/96 מורן נ' מורן

אשה נישאה בשנית וביקשה ליטול את בנה בן ה-10 מנישואיה הקודמים יחד עם בעלה השני, לארה"ב למשך שנתיים. הנסיעה היתה לצרכי השתלמות מקצועית של הבעל השני. האב התנגד, דרש להעביר את הילד למשמורתו, והסתמך על סירובו של הילד לנסיעה. הוזמנה חוו"ד פסיכולוגית.

**נפסק: תוך הסתמכות על טובת הקטין, התיר ביהמ"ש לענייני משפחה את הנסיעה, וקבע כי סירובו של הקטין נובע מהסתה ומהזדהות עם האב, אולם אינו מבטא רצון אמיתי. ביהמ"ש סבר כי המשכיות המשמורת של ההורה המשמורן (האם), התנאים בחו"ל, מטרות הנסיעה, התקשורת החיובית הקיימת בין הבעל החדש לילד, הבטחת הקשר עם האב ועוברת היות הנסיעה לתקופה קצובה ומוגבלת בזמן, כל אלה סבירים, ולכן התיר את הנסיעה תוך קביעת ביקורים בישראל ובארה"ב.**

#### עע"מ 90/97 מורן נ' מורן

ערעור על פס"ד של ביהמ"ש לענייני משפחה נדחה. יצויין כי בעוד ביהמ"ש לענייני משפחה נמנע מלשוחח עם הילד, לנוכח הערת הפסיכולוגית כי הוא מוסת, החליט ביהמ"ש לערעורים

הילד מההורה האחר.

בתי המשפט מייחסים חשיבות רבה לשאלה האם לא ניתן לספק את הצורך בנטיעה, בארץ המוצא, ללא הגירה. למשל "האם הקידום התעסוקתי בחו"ל אינו אפשרי בארץ המוצא או האם בן הזוג החדש אינו יכול לעקור לארץ המגורים של הילדים ובכך ייחסך הצורך בהגירה על הנזקים הנלווים לה.

#### (ג) נטל הראייה ונטל השכנוע -

נטל הראייה מוטל מלכתחילה על התובע. במשפטי הגירה, הואיל והנחת המוצא המהותית היא כי טובת הילד לגדול בקרבת שני הוריו, בסביבתו הטבעית, במקום שהיה מרכז חייו, הרי שהמבקש את ההגירה, צריך להוכיח לבית המשפט במידה ראויה של נימוקים וראיות כי ההגירה נחוצה, כי ההגירה תיטיב עם הילד יותר משתזיק לו וכי שלילת ההגירה תגרום נזקים שיש להם השלכה על עקרון טובת הילד. הרמת הנטל אינה עניין קל במשפטי הגירה, שכן הנחת היסוד המשפטית היא כי התרתה היא האפשרות הפחות טובה מבין מכלול האלטרנטיבות. עם זאת, יש מקרים (למשל כאשר קיים הורה לא משמורן, אשר הקשר שלו עם ילדו מזיק, או סובל מהפרעה קשה עקב פגמים מהותיים במסוגלות ההורה) בהם ההגירה יכולה להחשב פתרון המתיישב עם טובת הילד (ראה לעניין זה פסק-דין טריף המופיע ברשימת פסקי-הדין בפרק זה).

בארה"ב, חלה בשנים האחרונות תזווה מהותית בנושא נטל השכנוע המוטל על הורה משמורן המבקש להגר עם ילדו. בשני פסקי-דין שניתנו "מחוף לחוף" - פסק-דין Tropea בניו-יורק ופסק-דין Burgess בקליפורניה - נקבעה הנחת יסוד על פיה כאשר הורה **משמורן** מבקש להגר עם ילדו לחו"ל, ובעיקר כאשר הורה זה הקים יחידה משפחתית חדשה, יש להורה המשמורן ומשפחתו, אינטרס לגיטימי וזכות בעלת משקל משמעותי לעשות כן, ואין לכבול אותו בחזקות והנחות כי המעשה עומד בסתירה לטובתו הבסיסית של הילד. במילים אחרות, בית המשפט האמריקאי צעד לכיוון של הכרה בזכות ההורה המשמורן להגר עם ילדו, אלא אם כן הצד המתנגד לכך, יוכיח כי הדבר נוגד את טובת הילד.

בהקשר זה יש לזכור כי לא כל מדינות ארה"ב צעדו בעקבות שינוי מהפכני זה, וכן כי רשות ההגירה במקרים הנ"ל התבקשה בין מדינות שונות בארה"ב ולא אל מחוצה לה. ספק אם השינוי ראוי שיתחולל גם בישראל, שכן הגירה מישראל יוצרת ניתוק גאוגרפי, תרבותי, וחברתי משמעותי בהרבה מהגירה בין מדינות בתוך ארה"ב.

(ד) היסוד הרביעי והאחרון העולה מתוך ניתוח הפסיקה הוא

הצורך שרואה לעצמו בית המשפט, לערוך **איזון משוקלל בין קריטריונים** שהוכרו בפסיקה בארץ ובעולם, כקריטריונים מקובלים לעריכת שיקול הדעת השיפוטי בדרך אל ההכרעה.

רשימת הקריטריונים שבוחרים בתי המשפט במרבית המקרים כוללת בין השאר:

1. **סיבת ההגירה המבוקשת** - זהו אחד היסודות בכל תיק הגירה ומהווה נידבך חשוב באיתור הלגיטימיות שבה. ביהמ"ש בוחר בקפידה האם אין דרך לקיים את הסיבה להגירה במדינת המוצא ללא צורך בהגירה.
2. **זכויותיו של ההורה המשמורן** - במרבית המקרים מיחס ביהמ"ש משקל לנקודת המוצא כי להורה המשמורן יש עדיפות בבחירת מקום המגורים שלו עצמו ומכללא גם של ילדו הנמצא במשמורתו, על פי הסכמת ההורה האחר או לפי פסק דין.
3. **מידת הקשר עם ההורה הלא משמורן** - ככל שהקשר של הילד עם ההורה הלא משמורן חזק יותר וחיוני יותר להתפתחות הילד, כך קשה יותר התרת ההגירה וההיענות לה ולהיפך.
4. **היכולת של ההורה המשמורן לשמר את הקשר של הילד עם ההורה האחר** - ככל שההורה המשמורן מקפיד לשמר את הקשר של ילדו עם ההורה השני, מסוגל לקבל קשר זה ורואה בו (באופן אמיתי) נושא הראוי לשמירה וטיפוח, כך ייקל על השופט להניח כי ההגירה לא תיצור ניתוק מוחלט בין הילד להורה הנותר בארץ המוצא.
5. **קיום אלטרנטיבה ועמדת ההורה ביחס לתוכניותיו אם ההגירה תסורב** - תיק הגירה הינו בעקיפין (ולעיתים במישרין בתביעה שהוגשה) תיק משמורת. אחת האלטרנטיבות היא שבית המשפט לא ירשה את ההגירה ובמקרה כזה נישאלת השאלה מה מתכוון ההורה המשמורן לעשות - לוותר או להגר בכל מקרה. ואז עולה שאלה נוספת: האם ההורה האחר (בעצמו או עם תמיכה משפחתית או אחרת) מהווה אלטרנטיבה אפשרית לשמש הורה משמורן. מסיבה זו, משפטי הגירה רבים מערבים בדיקות של מומחים בנושא המסוגלות ההורית. שאלת עמדתו של ההורה המשמורן המבקש את ההגירה, ביחס לתוכניותיו אם ההגירה תסורב היא קשה ובעייתית. הורה האומר כי הוא מהגר בכל מקרה, גם ללא ילדו, מציג עצמו כמי שמוכן לנטוש את ילדו ומעלה בכך

10. **המקום אליו רוצים להגר** - בתי המשפט בוחנים את האלטרנטיבה המוצעת לילד במקום החדש. תנאי חיים (מגורים, לימודים, חברה, רפואה וכיו"ב) הוגנים וסבירים שאינם נופלים מהמקום הקודם. מובן כי הגירה למקום בו קיימת סכנה או אין שירותים סבירים הנחוצים לגידולו של ילד, תסורב.
- חשוב במיוחד לבחון שאלה זו אצל ילדים בעלי צרכים מיוחדים (ליקויי למידה, ליקוי דיבור, בעיות נפשיות או בעיות רפואיות). יש חשיבות לשאלה האם במקום אליו רוצים להגר ישנם שירותים המעניקים טיפול דרוש לצרכיו המיוחדים של הילד. העדר שירותים, כאמור, הוא שיקול כנגד התרת ההגירה.
11. **המרחק הגאוגרפי** - ככל שהמרחק הגאוגרפי אשר נוצר עקב ההגירה גדול יותר, כך בוחן ביהמ"ש ביתר קפדנות את בקשת ההגירה. ההנחה בכל מקרה היא שאל להגירה ליצור נתק עם ההורה האחר. מרחק גאוגרפי גדול עלול להקשות על הקשר. לכן הגירות למרחקים קצרים וסבירים זוכות ליתר אהדה בפסיקה.
12. **אמצעים כלכליים של ההורים** - ככל שאלה גדולים יותר וההורים מבוססים יותר מבחינה כלכלית, כך קל יותר לביהמ"ש להתיר את ההגירה, שכן להורים יש אפשרות לממן ביקורים תכופים של הילדים או אצל הילדים. אצל משפחות מעוטות יכולת עלול חסרון הכיס ליצור קושי למימוש ביקורים - וממילא להוות שיקול נגד ההגירה.
13. **שיקולים לאומיים ודתיים** - למדינת ישראל ייחוד מסויים מאד, במיוחד לאחר השואה ולאחר קום המדינה. שופטים אחדים סברו כי טובתו של ילד יהודי לגדול בישראל. התפיסה של מדינת ישראל כמרכז לעם היהודי גיבשה קוי מחשבה כי ניתוק של ילד יהודי מישראל עלול ליצור נזק במובן של דת (חשש התבוללות), פגיעה בלאומיות וסטייה מההוויה היהודית-ציונית. כיום גישה זו אינה שלטת, אם כי בתי המשפט בהחלט מביאים בחשבון שאלות מעשיות כגון קיום בית ספר יהודי במקום אליו מבקשים להגר, קהילה יהודית, שמירה על ציביון יהודי-ישראלי, שמירת שפה, קשר עם חברה יהודית או ישראלית וכיו"ב.
14. **תניות חוזיות קודמות ביחס להגירה** - בתי המשפט נותנים משקל מסויים להסכמות בין הורים ביחס להגירה, כפי שנעשו בהסכמים קודמים ביניהם. אין זה אומר כי ביהמ"ש אוכף הסכמות אלה באופן

סימני שאלה בדבר מסוגלותו ההורית. מאידך, אם ההורה השני נעדר יכולת הורית לשמש משמורן, הרי שהוא מגביר בכך את סיכוייו לזכות בבקשת ההגירה - בבחינת הרע במיעוטו. מנגד, הורה משמורן אשר מבהיר לבית המשפט מראש כי בכל מקרה לא יגור ללא ילדו, ואם ההגירה לא תותר, יותר על תוכניותיו, משפר את תדמיתו כהורה משמורן, אך מניח לבית המשפט מוצא נוח לסרב להגירה ובכך לשמר את המצב בו הילד ממשיך לגדול באותו מקום במחיצת שני הוריו.

6. **תגובה אפשרית להכרעה שיפוטית** - בקריטריון זה בוחן ביהמ"ש את תגובת ההורים להכרעה השיפוטית האפשרית. ייתכן כי הורה אשר תסורב בקשתו, ייקלע לעמדה של האשמת הילד בכשלון מימושו העצמי או ייקלע למצב נפשי קשה. על בית המשפט להביא זאת בחשבון בשקלו את טובת הילד בהגירה. מנגד גם ההורה הלא-משמורן, העלול להתמוטט נפשית עקב הניתוק, עשוי להוות גורם בשיקולי טובת הילד, במיוחד כאשר הקשר בין אותו הורה לילד, קרוב וחיוני להתפתחות הילד.
7. **הקשר עם הסביבה** - על ביהמ"ש לבחון גם גורמים חברתיים וסביבתיים. ההנחה כי ניתוק ילד ממרכז חייו יוצרת קשיים, מחייבת לבחון עד כמה הילד נטוע בסביבתו, מה קשריו החברתיים והחינוכיים ועד כמה יש סיכוי להסתגלותו לסביבה חדשה.
8. **הקשר עם המשפחה המורחבת** - בדומה לשיקול הסביבתי, יש להביא בחשבון גם קשר עם המשפחה המורחבת ושמירתו. כמובן שהדבר תלוי במידת הקשר הקיים ומה ההקשרים המשפחתיים בכל מקרה. לדוגמה: יש להביא בחשבון שיקול של ניתוק בין אחים, כאשר הורה מבקש להגר רק עם חלק מהילדים בעוד החלק האחר נמצא במשמורת ההורה השני.
9. **רצון הילד** - כמו בכל המשפטים העוסקים בקטינים הולכת וגוברת ההכרה והנטיה בקרב שופטים לייחס משקל גובר לרצון הילד, שעה שמדובר בילד שהוא בוגר דיו - כרונולוגית ומנטאלית - להביע דעה עצמאית. שופטים נוטים לראיין ילדים בוגרים בהקשר לשאלת ההגירה וקשה להעלות על הדעת הגירה לילד בוגר העומד על דעתו ומתנגד בצורה משכנעת ועקבית. כמובן שיש לאתר מקרים בהם ההתנגדות היא מהשפה ולחוץ ומקורה בהסתה או בהזדהות לא בריאה עם ההורה הנשאר מאחור.

וגדל, נוגעת בזכויות היסוד שלו עצמו (להבדיל מהוריו)? שאלה זו תתעורר קרוב לוודאי בעתיד הלא רחוק ובתי המשפט יצטרכו ליתן עליה את הדעת.

### 1. סיכום - דין מוצע

ניתוח שיטתי של סוגיית ההגירה והפסיקה העוסקת בה, מביא למסקנות הבאות:

1. סוגיית ההגירה נפוצה והמקרים המגיעים להתדיינות אינם בודדים.
2. משפטי הגירה הם משפטים קשים, יקרים, מתישים וגורמים להקצנת עמדות.
3. משפטי הגירה מערבים בתוכם סוגיות של משמורת ומהווים לעיתים "סיבוב שני" של מאבק משמורת.
4. למשפטי הגירה היבטים קשים הנוגעים לטובת הילד ולגורלו.
5. משפטי הגירה עוסקים בזכויות יסוד של הורים וילדים.
6. הפסיקה קבעה קריטריונים, אולם אלה לא מוסדרו בחקיקה מסודרת ועל כן ההכרעה אינה שיטתית והיא משתנה משופט לשופט וממדינה למדינה.

### 2. החקיקה הדרושה

הצורך בחקיקה בינלאומית אשר תסדיר קריטריונים להגירה תוך הפחתת הנוק, עשוי לתרום להקטנת מקרי החטיפות ולהבהרת הדין ויציבותו!

למרות המסקנות דלעיל עדיין לא התייחס המחוקק הישראלי לנושא ההגירה בחוק נפרד, ונמנע מהגדרה מסודרת של נוהלים וקריטריונים להסדרת הדין בסכסוכים אלה.

העדר חקיקה בולט במיוחד במדינה כמו ישראל, בה ההגירה משמעותית יותר מהגירות "קרובות" כמו אלה המתרחשות בין מדינות בארה"ב או המתרחשות בין מדינות שונות כשהמרחק הגאוגרפי שנוצר אינו כה משמעותי.

האקדמיה האמריקאית לעורכי-דין העוסקים בדיני משפחה בארה"ב, ניסחה טיוטה של הצעת חוק בענייני הגירה וממנה ניתן לאמץ בהתאמה, גם בישראל, לכל הפחות את ההסדרים הבאים:

- א. יש לקבוע בדין זמן מוגדר מראש בו על הורה המבקש להגר למסור הודעה על כוונתו זו (האקדמיה האמריקאית מציעה 60 יום).

אוטומטי ונמנע מלדון בהן מחדש על פי עקרון טובת הילד בעת הרלוונטית, אולם אין גם לומר כי להסכמות אלה אין כל משקל בשיקולול הנתונים בכללותם.

שיקולים מרכזיים אלה (ולעיתים גם אחרים) מהווים את עמוד השידרה של כל הכרעה שיפוטית במשפטי הגירה. הם מהווים קריטריונים לבחינת טובת הילד ולעריכת מאזן היתרונות והחסרונות לילד אם ההגירה תאושר או תסורב. נקודת המוצא של שוויון בין הורים וזכותו של ילד לקשר עם שני הוריו קיימים כבסיס במרבית התיקים, וההכרעה על-פי טובת הילד היא פונקציה של איזון השיקולים הנ"ל.

### ה. הגירה וזכויות יסוד

**חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו** קובע את הזכות ליציאה מישראל כזכות יסוד. החוק מעניק מעמד של זכויות יסוד לזכות לכבוד לפרטיות (ובכלל זה ניתן להביא גם את החופש למימוש עצמי ובחירת מקום מגורים).

**חוק יסוד: חופש העיסוק** מעניק מעמד של זכות יסוד לחופש העיסוק ובכלל זה ניתן לכלול גם זכות לבחירת עיסוק אף אם הוא בחו"ל.

חקיקת חוקים אלה מעלה את השאלה האם אין בהם כדי לסלול גישה ליבראלית יותר לבקשות הגירה: מנגד, הזכות להורות גם היא זכות יסוד מכח משפט הטבע והצדק הטבעי. זכותו של הורה להיות חלק אינטגרלי של גידול ילדו הוכרה בפסיקה כזכות חוקתית (ראה ע"א 83/577 פד"י לח(1) 461). אין זאת אלא התנגשות בין זכויות בדרגה שווה ושוב אנו נמצאים בהתנגשות אינטרסים בעלי כח משפטי רב.

בפסה"ד בעניין גולדמן (מ.א. 2069/92 - לא פורסם) קובע ביהמ"ש המחוזי כי הכרעה בנושא הגירה של ילד אינה עוסקת בזכות התנועה של ההורה, שכן ההורה רשאי לצאת ולבוא כרצונו. דעה זו, בכל הכבוד, גם אם היא מנתחת נכונה את המצב המשפטי, מתעלמת מהצד המעשי, שכן מרבית ההורים המשמורנים לא יעקרו ללא ילדיהם ובאיסור העקירה יש השלכה על זכויות היסוד האמורות, הזכות להגנת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

היבט נוסף של "זכויות יסוד" קיים גם בהקשר לזכויותיו של הילד. הפסיקה הישראלית, בעיקר בשנים האחרונות, הניחה תשתית למושג "זכויות הילד" בצד טובת הילד. נשאלת השאלה - האם עקירה של הילד ממקום חייו הקבוע בו נולד

יא. יש להגדיר את ההיזקקות לרצון הילד בגילאים מתאימים, כחלק מהשיקולים.

יב. יש להתייחס בצורה ברורה לשאלת נטל הראייה והשכנוע ולהגדיר על מי חל הנטל הזה בכל שלב.

יג. רצוי כי תפורט בחקיקה רשימת קריטריונים (גם אם לא ברשימה סגורה) אשר תהווה הנחיה לבתי המשפט בבואם לדון בתיקי הגירה.

לסיכום - חקיקה מסודרת עשויה להקל מאד על מתדיינים ועל בתי משפט וליצור דפוסים ברורים, יציבים ו"מדעיים" יותר להכרעה שיפוטית.

לא מיותר לציין כי הקהילה הבינלאומית צריכה לשקול ניסוח אמנה בינלאומית, הודדית, בדומה לאמנת האג העוסקת בדיני חטיפות ואולי אף כהשלמה לה. אמנה כזו תייסד מכה משותף של קריטריונים, ותבטיח אכיפה הודדית של הסדרי ראייה ושיתוף פעולה להקלת התוצאות של ההגירה (כגון שרות רווחה בינלאומי, מרכזי קשר, מרכזי תקשורת בין מחשבים ליצירת קשר בין הילד להורה הנותר מעבר לים וכיו"ב).

המוביליות העולמית הגוברת והמחוייבות הבינלאומית לעקרון טובת הילד מאפשרים - אם לא מחייבים, התייחסות רצינית מגובשת ואחידה לסוגיית ההגירה. אפשר וראוי כי ישראל תשמש חלוץ של קידמה בנושא זה.

ב. בהעדר התנגדות מצד ההורה השני בתוך זמן מוגדר (מוצע 30 יום) תאושר ההגירה.

ג. הוגשה התנגדות - יקוים דיון במעמד הצדדים.

ד. ייקבע זמן קצוב לניהול דיון ומתן החלטה נוכח אופי הנושא והמתח הגדול שהוא יוצר.

ה. הורה המבקש להגר יחויב לפרט את נימוקי ההגירה בצירוף מסמכים ולפרט את תוכניותיו במקום החדש בכל הנוגע למגורים ולחינוך הילד.

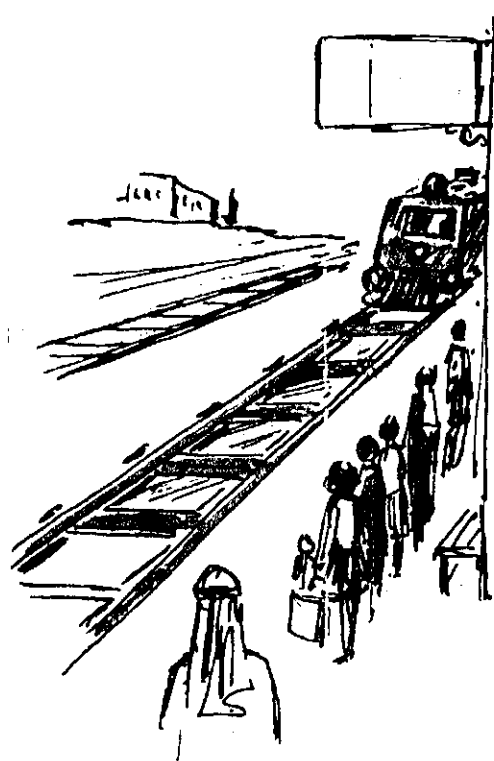
ו. כל בקשה להגירה תכלול הצעה מפורטת למפגשים והסדרים אחרים לשמירת הקשר בין הילד להורה האחר וכן פירוט הערבויות המוצעות.

ז. יש להגדיר, לפחות עקרונית, התייחסות נפרדת ומחמירה להגירה של ילדים בגיל רך לאור ההסכמה הכללית כי ילד בגיל רך עלול לסבול כתוצאה מההגירה פגיעה חמורה יותר ביחס לקשייו עם ההורה השני.

ח. יש להציע בחוק הסדרי מינימום למפגשים וסדרי ראייה נדרשים, על-פי הגילאים השונים וכן הסדרים מינימאליים לערבויות.

ט. יש לקבוע בחוק כי הגירה המשרתת בעיקרה ניתוק קשר בין הילד להורה האחר לא תאושר.

י. הורה המבקש להגר יחויב לפרט בתצהירו מה יחסו להגירה במקרה והגירת הילד לא תאושר.



## מקורות:

### א. ספרות ישראלית:

- Court Appeals Decisions** / Barbara Ellen Handchu  
Family Law Review / Vol. 28, No. 2 / 1996
8. **Moving the Child** / Sandra W. Jacobson / Family Law Review, Vol 28, No. 2 / 1996.
  9. **Relocation's "Exceptional Circumstances" Test: Economic Necessity and the Requisite Addition Factor** / Jessica Bacal / Family Law Review. Vol. 27, No. 2 / 1995
  10. **Relocation: What ought to be** / Cheryl S. Kerner / Family Advocate, Vol. 20, No. 2 / Fall 1997.
  11. **Beyond Burgess** / Richard M. Bryan / Family Advocate, Vol. 20, No. 2 / Fall 1997.
  12. **A Panoramic View of Relocation**, / Norma Levin Trusch / Family Advocate, Vol. 20, No. 2, / Fall 1997.
  13. **Setting Relocation Issues Through ADR**, / Henley M. Gurwin / Family Advocate, Vol. 20, No. 2, / Fall 1997.
  14. **How A Child Views The Move** / Samuel Roll / Family Advocate, Vol. 20, No. 2, / Fall 1997.
  15. **A Move In Right Direction** / Sandra Morgan Little / Family Advocate, Vol. 20, No. 2, / Fall 1997.
  16. **The Trial: Opposing Relocation** / Dorene Marcus and Jeffrey I. Garfinkel / Family Advocate, Vol. 20, No. 2, / fall 1997.
  17. **The Trial: Proposing Relocation** / bradly A. Grundy / Family Advocate, Vol. 20, No. 2, / fall 1997.
  18. **Sample Relocation Clauses** / Family Advocate, Vol. 20, No. 2, / fall 1997.
  19. **Child Custody and Parental Relocation: Loving your Child from a Distance** / F. G. Adans / Duguenshe Law Review, 1994.
  20. **Notes: The Judicial Role in Post Divorce Child-Relocation Contraversies** / Jenet Bulow and Steven G. Gellman / 35 Stanford Law Review, 1983.

1. פרופ' פ. פישמן, **דיני המשפחה בישראל**, כרך ב', המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי על שם הארי סאקר, תשמ"ט 1989.
2. א. רוזן צבי, **דיני המשפחה בישראל בין קודש לחול**, פפירוס, 1990.

### ב. ספרות זרה:

1. **The Law of Domestic Relations in the United States** / Prof. Homes H. Clark J.r / 2 nd ed. West. Vol.2 / 1987.
2. **Butterworths Family Law Service**, Vol.2, E280 / Prof.p.m.Bromly / H.K.Bevan / 1993.
3. **Family Law, Cases, Notes and Materials** / Bererd Hovius, 3 rd ed. Carswell / 1992.

### ג. מאמרים:

1. **To Move or not to Move: Psychological and Legal Considerations in the Relocation of Children following Divorce** / J.S.Wallerstein, T.J.Tanke. / Family Law Quarterly Vol. 30 No.2/1996.
2. **Relocation: No Common Ground** / Emanuel A. Berlin / M. Fam. Advocate (3) 7/1989.
3. **The Law of Parent - Child Relationship - a hand book** / Scott E Friedman / 1992.
4. **Access and Parental mobility Rights** / Harold Niman / Custody, 4, C.L.F.Q 95/1989.
5. **A Survey Of Child Custody Law in Ontario** / Robert Kevin / 9 C.F.L.Q 11/1993
6. **Recent Decisions, Legislation and Trend** / Joel R. Brands and Carole L. Weidman Family Law Review / Vol. 28, No. 2 / 1996
7. **Revolution in Relocation Law Impact of Recent**