

1. ישראל וארה"ב הן מדינות מתקשרות באמנת האג (להלן: האמנה), כשיעדיה הבטחת חזרה מיידית של ילדים שהוצאו ממדינתם שלא כדין (ס' 1 לאמנה). ולהבטיח שזכויות משמורת וביקור על פי הדין של מדינה מתקשרת יכובדו ביעילות בשאר המדינות המתקשרות 1(ב) לאמנה. כאמור הילדים הוצאו ממקום מגוריהם הרגיל, ארה"ב, בסמוך להפרה של זכויות משמורת וכולם מתחת לגיל 16 (ס' 4 לאמנה). רוס יטען שארבעת ילדיו שלא שבו לארה"ב נחטפו (סעיף 3 לאמנה). **כשהתנאים לחטיפה: הפרת זכויות המשמורת של האב הנחטף** - בעניינו של רוס נקבעו הסדרי שהות מכוח החלטה השיפוטיות בארה"ב (ס' 3(א) לאמנה). ריצ'ל פגעה בזכויות אלו מסוף חודש אוגוסט ועד נובמבר. ריצ'ל - לרוס אין משמורת על הילדים ולכן אין לו זכויות לטעון לחטיפה. רוס ישיב שיש לו הסדר שהות על פי חוק האמריקאי, וס' 4 לאמנה. **זכויות המשמורת היו בפועל 3(ב) - לא נאמר שרוס הפר את הסדרי שהות שנקבע, ולכן אניח שהיו. הילדים נחטפו מארץ מגוריהם - רוס יטען שהילדים נולדו והתחנכו בארה"ב, שם היה מרכז חייהם הקבוע (בע"מ 5548/14).** בשאלת ארץ מגוריהם הרגיל של הילדים ביהמ"ש יבחן באמצעות: האסכולה העובדתית - מקום המגורים גיאוגרפי - צופה פני עבר, עובר למעשה החטיפה היה ארה"ב, כשנאמר שהילדים נולדו וגדלו בניו יורק. יש לפרש את המונח "מקום מגורים" בצמצום על מנת שלא לפגוע בעקרונות האמנה. האסכולה הכוונתית - צופה פני עתיד, בבוחנו את כוונת הצדדים ביחס למקום המגורים הנוכחי והעתיד. לא ידוע על כוונתה של ריצ'ל להגר, עד לביקורה הראשון (פס"ד 11\741). מקובל לבחון בעיקר את האסכולה העובדתית, בשל החשש שבחינת כוונת ההורים תכרסם בתכליות האמנה. בפס"ד גבאי נקבע שבחינת מקום מגורים קבוע הוא של הילד. רוס פונה לביהמ"ש מכוח ס' 8 לאמנה בבקשה לסייע להשבת ילדיו, מתן "עזרה ראשונה" (08\1855). סעיף 12 לאמנה על המדינה המתקשרת לצוות על השבת הילדים ללא שיקול דעת אלא בהתקיימות חריגים. רוס יטען שריצ'ל ביצעה חטיפה במחדל. **ריצ'ל - החריגים**: ראשית אדגיש שפקידת הסעד קבעה שריצ'ל היא ההורה הדומיננטי, פיבי בת השנתיים קשורה לריצ'ל, ומוניקה ילדה בוגרת מאוד. בימה"ש ייטו לקבל את חו"ד המומחה אלא אם כן קיימים טעמים ממשיים לסטייה ממנה. **חריג השלמה המופיע באמנה (ס' 13(א) לאמנה)** השלמה משתמעת במחדל ומעשה 13(א) לאמנה - השלמה - נבחנת לאור השאלה: האם התנהגותו של רוס מתיישבת עם כוונתו לעמוד על זכויותיו בנוגע להשבת הסטטוס קוו (פס"ד ליבוביץ'), **ריצ'ל** - השלמת השתקעות הילדים בישראל, ע"י הסכמה לרישומם במסגרות חינוכיות, המתין שלושה חודשים טרם הגשת התביעה בישראל וארה"ב למרות מודעותו שזכויותיו נפגעו (פס"ד ליבוביץ'). אמת מידה להשלמה משך הזמן: רוס לא הגיב ולא פעל בזמן אמת על אף הפגיעה בסידורי הראייה, לא הגיע לישראל עם ידיעת המצב, השתהה במשך 3 חודשים (מסוף חודש אוגוסט ועד נובמבר) מה שהביא לציפייה והסתמכות לפיהם פעלה ריצ'ל. שימוש באמנה היא למקרים דחופים "עזרה ראשונה" ולא להגשת תביעה בחלוף חודשים, ניתן למצוא דרכים אלטרנטיביות לפתרון הסכסוך ביחס לזכויות המשמורת (פס"ד ליבוביץ'). הבעת השלמה לפי המבחן האובייקטיבי שנקבע בפסיקה: לא פעל כפי שהיה פועל הורה נורמטיבי להחזרת המצב לקדמותו (741/11). פתיחת ההליך בישראל מלמדת על השלמה וסימן מובהק להסכמתו להקנות סמכות מלאה לביהמ"ש בישראל. **רוס** - יש לבחון את הרגשתו הסובייקטיבית אלא את ביטוייה במעשים, אינו השלים עם המצב, אם ניתן לומר שהוא "השלים", הרי שהשלמה והסכמה הייתה לנסיעת שורשים לישראל, מתוך לחץ שריצ'ל תסלח לו. אך הפציר בפניה שיש להשיבם לארה"ב בתום החופשת הקיץ. אי הגשת התביעה בארה"ב נבעה מרצונו שלא לטלטל את הילדים ממדינה למדינה, אין לראות בהסכמתו לחינוכם הזמני ורצון בטובתם, ויתור על הגשמה לאלתר של זכות משמורת הנתונים לו, כשמאמציו להשבתם נמשכים (

גבאי). בפסיקה נקבע שאי הגשת תביעה אינה מעידה על ויתור והשלמה (גבאי). רוס הודיע על כוונתו להגיע לישראל בחג ההודיה בכדי להשיבם, ואכן הגיע במועד, מעיד על חוסר השלמה (פס"ד 11\741). מהודעת ריצ'ל בסוף אוגוסט ועד הגשת התביעה חלפו 3 חודשים, אין מדובר בפרק זמן ארוך דיו על מנת ללמד על השלמה (14-07-45040). האמנה מקנה שנה להגשת תביעה (ס' 12). נזק פסיכולוגי ס' 13 (ב) לאמנה, ריצ'ל - השבת הילדים לארה"ב עם התערותם בישראל במשך 5 חודשים עלול להוות נזק. רוס יטען שהאמנה הקציבה שנה ממועד החטיפה עד לפתיחת ההליכים, מכאן שהשתלבות של מספר חודשים לא נחשבת זמן משמעותי. (פס"ד גבאי) לקיום החריג נדרשת הוכחה מעל לספק סביר לנזק חמור ביותר, והוכחה זו צריכה להתבסס על חוות דעת מומחים (11\741). חטיפת ילד ביום בהיר אחד היא כשלעצמה דבר העשוי לפגוע בטובתו (השופט ברק בפס"ד גבאי). העמדה במצב בלתי נסבל (תחת חשש חמור) - תטען שבחזרת שלושת האחים לארה"ב הם יאלצו להיפרד מאחותם פיבי בת השנתיים על פי חזקת גיל הרך, נשאת בחזקתה של האם, אלא אם מתקיימת חריגים מיוחדים להורות אחרת (סעיף 25 לחוק הכשרות). יש לתת חשיבות רבה לעיקרון אי הפרדת הילדים (03\2270), מאחר וזה נוגד את טובתם ועלול להעמידם במצב בלתי נסבל כאמור בס' 13 (ב) לאמנה. יש משקל לקביעת ביהמ"ש בארה"ב שהעניק לה משמרות ועל כן אין להשיבם לארה"ב ולעקור אותם מההורה בעל המשמרות והדומיננטי, בעוד שבית המשפט פסק שלרוס הסדרי שהות מצומצמים. מבחן קשר סיבתי- בין השבת הילד לבין הנזק (פול נ' רון): ריצ'ל תטען כי מתקיים קש"ס, שכן לילדים טוב בישראל, הם השתלבו במוסדות חינוך – ולכן השבתם לניו יורק עלול להוות נזק- רוס- כי לא מתקיים קש"ס, יובהר שבתקופה שקדמה לחטיפת הילדים לישראל, הילדים חיו בבית תקין, ניהלו חיי משפחה נורמטיביים ככל שניתן, לא נגרם להם נזק בארץ מוצאם ויש להצביע על נזק ממשי (פסיכולוגי או גופני) המחייב את הישארותם בארץ. (2808/15) רוס - החשש להפרדה בין האחים ולנזק שייגרם להם הוא תולדה של התנהלותה של ריצ'ל, משקיימת האפשרות להשיב את הילדים למקום הרגיל מבלי שיופרדו מפיבי, הצגת ההחזרה כמחייבת הפרדה בין האחים מלאכותית היא. בשאלת הנזק הנובע מהפרדה של אחים והחזרת הילד למקום מגוריו, בית המשפט מפעיל את סמכויותו על מנת שלא לרוקן את תכלית האמנה. (השופט ג'ובראן פס"ד 09\2338). חריג התנגדות הקטין לחזרתו: חריג עצמאי השם דגש על רצון הילד בהגיעו לבגרות, לביהמ"ש שיקול דעת רחב בדבר התייחסות להתנגדות זו. לחריג שלושה תנאים (פלוגי 07/902) נדרשת הכרעה עובדתית ונורמטיבית (פלוגי 15/2808). גיל, רמת בגרות וגיבוש רצון עצמאי (עוצמתי המבוסס על נימוקים יציבים) ג'ואי- רוס יטען שע"פ כל הפסיקה נראה גילו מתאים, בנוגע לבגרותו מספיק גדול ובוגר כדי להביע עמדה, (פס"ד 07\902) מעוניין לשוב בשל רצונו להתאחד עם חבריו ומשפחתו טענה המעידה על בגרות. ריצ'ל - אמנם גדול מספיק אך הוא אינו בוגר ולא מבין את ההשלכות של הפרדת אחים. צ'נדלר- בגיל המתאים, ריצ'ל תטען שמספיק בוגר מפני שהוא לא רוצה לשוב לצרפת בשל מעשי אביו מעידה על בגרות, רוס ישיב- אמירתו שיברח אם יכריחו אותו לשוב, מעידה על ילדותיות, למרות גילו הגדול יחסית. אין לתת משקל להתנגדותו, משום שהוא נמצא בארץ עם ריצ'ל ומצוי בעין הסערה של הסכסוך שבין הוריו. במצב דברים זה, קשה ביותר לנתק ולבודד את רצונו מההשפעה הבלתי נמנעת – מכוונת או עקיפה מההורה המתנגד לחזרה. נדרשת רמת ההוכחה המשכנעת בדבר יכולתו של ילד שכזה לגבש רצון עצמאי ברמת היכולת לשקול, במכלול השיקולים והאיזונים את מכלול ההיבטים של אי חזרה לארה"ב (בע"מ 902/07). ולא ניתנה הוכחה מעל לספק סביר לנזק החמור שייגרם לו. (לחזור לפס"ד שקובע שגם כשיש ניתוק משיבים למדינה) מוניקה - מסרבת לשוב לארה"ב בשל התערות חברתית ורצון ללמוד תורה - רוס יטען שמוניקה (12) הנוגעת לבגרותה, ומידת הבנתה את מכלול הנתונים והמרכיבים של הסיטואציה בה היא נמצאת ואת

ההשלכות של להתנגדותה לחזור לניו יורק, על מכלול ההיבטים מוגבלת. (07\902) וכן האמנה הקציבה שנה ממועד החטיפה עד לפתיחת ההליכים, מכאן שהשתלבות של מספר חודשים במוסד לימוד נחשבת לפרק זמן סביר. (פס"ד גבאי). **בנוסף** אין בשיקולי לאום ודת ושינוי סביבתו של קטין כדי להעלות חשש חמור לגרימת נזק כדי להטות את הכף נגד החזרת הקטין למקום מושבו הרגיל, מוניקה יכולה לסגל לעצמה אורח חיים דתי גם בניו יורק, והוא ישתף פעולה עם רצונה נדרשת התנגדות עמוקה לחזרה לארה"ב ולא העדפה בלבד. (בע"מ 741/11) וכן היו מקרים שהפסיקה לא קיבלה את עמדתו של ילד בגילה. **פיבי** - ריצ'ל שמתקיימת חזקת הגיל הרך (סעיף 25 לחוק) והיא בחזקתה הבלעדית אלא בהתקיימותם של חריגים, ולכן עליה לשהות עם אימה. לכך ישיב רוס שבכל מקרה יש לדון בהסדרי המשמורת והגירה בארה"ב. **אין זו תביעה למשמורת אלא תביעה שלפי חוק אמנת האג, ומכאן שיחולו על ענייננו הוראותיו של אותו חוק.** (פס"ד רו נ' רו). חובת החזרה מפורשת בהרחבה, ואילו את החריגים לה יש לפרש בצמצום על מנת לא לסכל את תכלית האמנה להבטיח את כיבוד החוק ואכיפתו, ולהרתיע מפני עשיית דין עצמית ע"י אחד ההורים (07\902) כמו כן שעל ריצ'ל נטל ההוכחה הכבד. ריצ'ל תטען שטובת הילדים גוברת, וטובתם כיהודים היא בארץ ישראל, במיוחד כשמוניקה התחברה לשורשיה, לכך יענה רוס שטובת הילד לא קשורה בהכרח לעמו ומולדתו אלא לקשריו האישיים לסביבתו, ובניתוק הילדים מסביבתו הטבעית, ומהורה נוכח מרגע לידתם יש פגיעה בטובתם. לטעמי לרוס סיכוי רב בהצלחת תביעתו להשבת הילדים לארה"ב.

2. ס' 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (להלן: החוק): קביעת מקום מגורי הקטין הוא אחד מתפקידי ההורים ובמידה ולא הגיעו להסכמה בנושא זה, בית המשפט יכריע **"כפי שייראה לו לטובת הקטין"** (סעיף 25 לחוק). בהתאם לס' 3 לחוק כל הילדים נחשבים קטינים (מתחת לגיל 18). בשאלת ההגירה ומשמורת, העקרון "טובת הילד" מתבסס על תשתית עובדתית, הנתמכת בעיקרה על חו"ד מומחים. לחו"ד פקידת הסעד משקל משמעותי והיא קבעה שלשני ההורים מסוגלות הורית דומה אך ריצ'ל היא הדומיננטית ופיבי בת ה-5 קרובה לשני הוריה. **רוס** - יש להעביר לחזקתו את משמורת הילדים נוכח ההגירה, שכן מדובר על שינוי נסיבות לפי ס' 74 לחוק - העתקת מרכז חיים של האם והילדים למקום אחר, ועל פי קבלת תסקיר פקיד הסעד, נקבע שהוא בעל מסוגלות הורית. לחילופין רוס יוכל לבקש צו מונע ע"מ למנוע את ההגירה (ס' 15 לחוק יסוד השפיטה). ביהמ"ש יקח בחשבון שמדובר על הרחקת הילדים מהאב והסביבה המוכרת להם, ויתרה מכך לאחר שהיגרו לישראל לפני כשלוש שנים והתערו. האיזון בין שיקולי טובת הילד לבין הסדר המשמורת הראשון שנפסק עשוי להשתנות (רע"א 00/4575). לא קיימת אינדיקציה שריצ'ל התחשבה בטובת הילדים בהחלטתה להגר לצרפת לאחר היכרות קצרה מאוד עם גונתר, ולנתק בשנית את הילדים מסביבתם, כשאינם מכירים את בן זוגה החדש. אין זה בטובתם להיות עם הורה שלא שם את טובת הילדים לנגד עיניו (סעיף 17 לחוק הכשרות) **ריצ'ל**: שאלת ההכרח בהגירה לא רלוונטית בנוגע למשמורת (רע"א 00/4575 פלונית). כמו כן, גם אם יופחתו המפגשים עם רוס, הניתוק מהאם עלול להסב יותר נזק לילדים, ולא נכון להפרידם מפיבי בת ה-5 (חזקת גיל הרך). הרע במיעוטו יהיה לאפשר לה להגר עם ילדיה (פס"ד 10-08-39341) הזוגיות החדשה תאפשר לילדים בית יציב וקבוע כפי שהכירו טרם הגירושים, בעוד שבישראל הילדים נודדים מבית לבית. המצאותה **במקום שבו היא מאושרת, משפיע על הילדים, ומניעת הגירה יביא אף להסלמה ביחסיה עם רוס.** זכותה להמשיך בחייה ולפתוח בדרך חדשה (בע"מ 06/27), **רוס** - שהות הילדים בביתו בימים קבועים, הוא אינו "אדם חדש" עבורם (פס"ד 07/19550). הטיעון לניתוק מבן זוגה אינו מהווה טעם להתרת הגירה, שכן גונתר יכול להגר לישראל, ולא הוכח שישנן מגבלות המונעות ממנו למצוא עבודה ולהשתקע (פס"ד 4575/00). בפסיקה נקבע שחופש התנועה אינו מהווה הצדקה

להגירה (בע"מ 07/10060). רוס ישיב שהוא זכאי לקשר רציף עם ילדיו, ואם תתאפשר ההגירה, זכות זו תישלל ממנו (בע"מ 06/27 פלוני) ריצ'ל תטען: שיקול זה אינו שיקול עצמאי ויש להביאו כדי לקבוע מהי טובת הילדים במקרה דנן. בקשת הגירה של הורה עם ילדיו תיבחן לאור עקרון טובת הילדים בלבד. בעניין זה יתחשב בית- המשפט **בדעת הילדים** שעיון לה מצוי גם בסעיף 12 לאמנת האום. **ג'ואי** אוהב את אמו אך מעוניין להישאר בישראל, להתגייס לצבא ולסיים את שנתו האחרונה בתיכון עם חבריו. מוניקה אוהבת את שני הוריה אף היא מעוניינת להישאר וללמוד תורה ומציינת שבצרפת לא תוכל להגשים את רצונה ללמוד בבית ספר דתי. צ'נדלר מעוניין להגר בשל איבתו לאביו וחוסר התקשורת הרעועה בין השניים, בשל גילה של פיבי, לא נשמעה דעתה. **ריצ'ל** פס"ד א.מ.נ' א.מ. ישנו עיקרון אי- הפרדת ילדים ובעת ההכרעה בעניינם של מספר אחים, על ביהמ"ש לשקול את טובת כל ילד בנפרד, כשאחד הפרמטרים הנשקלים הוא חשיבות הימצאותם יחדיו לבריאותם הנפשית, ככל שהקשר הנפשי חזק יותר כך יגדל משקל פרמטר זה. **איכות הקשר בין הילדים לכל אחד משני ההורים**: ג'ואי בעל קשרים טובים עם שני הוריו וגם מוניקה, צ'נדלר אינו מעוניין בקשר עם אביו לאור מעשה הבגידה, ופיבי בת 5 קרובה לשני הוריה. **יכולת האובייקטיבית והסובייקטיבית לשמירת קשר בין הילדים להורה שהמשמורת לא בידיה** - אם תאושר הגירת הילדים רוס יטען שתפגע יכולתו לשמור על קשר עם ילדיו מאחר והמרחק בין צרפת לישראל הינו גדול ולא מאפשר המשך קיום הסדרי שהות. הוא היגר לישראל על מנת לשמור על קשר רציף עם הילדים. ריחוק מהאב עלול להזיק, דבר שלא עומד בבחינת "טובת הילד", "בחסך אבהי". אובדן הסדרי השהות משמעו הפקעת זכותו הטבעית של ההורה לגדל את ילדו וזכותו של הילד להיות מטופל על ידי אותו הורה. (השופט עמית פס"ד 384/06). **נכונות ההורה שבידיו המשמורת לסייע בקיומו של קשר זה** - ריצ'ל מבטיחה שתאפשר לילדים לבקר את רוס בישראל מתי שירצו, בחגים ובחופש הגדול. **מסוגלות הילדים להיקלט בסביבה אליה מתבקשת ההגירה** - לג'ואי זיקה חזקה לישראל, עתיד להתגייס, ומעוניין לסיים את לימודיו עם חבריו. הוא גדל ונקשר למקום שבו הוא נמצא ומחזיק בתובנות משמעותיות יותר. טובתו של ג'ואי היא חיים בישראל, מסוגלת הקליטה תהיה בלתי אפשרית לאור העובדה שמדובר בשנתו האחרונה במוסד לימודים והוא עתיד להתגייס. סעיף 15 לחוק הכשרות קובע שעל ההורה לדאוג לרווחת הקטין, והרחקתו של ג'ואי מישראל אינה לטובתו. צ'נדלר בעל מסוגלות גבוהה להסתגל, מאחר וקרוב לאמו וחי במנותק מאביו במשך 3 שנים. מוניקה-תוכל להיקלט במערכת חינוך יהודית בצרפת, פיבי-חזקת גיל הרך, קשורה לשני הוריה, לפי החזקה ילדים ימסרו למשמרות האם, אם הוכחו נסיבות מיוחדות להורות אחרת (ס' 25 לחוק הכשרות). עמדתו: בית המשפט יתיר לריצ'ל להגר עם מוניקה, צ'נדלר ופיבי, אך ג'ואי יהיו תחת משמרותו של רוס.