**1)**אין הסכם בין ההורים בנוגע להגירה **(ס׳ 25+24 לחוק הכשרות)** ולכן, אמת המידה היא עקרון טובת הילד **(בע״מ 4575/00, ס׳ 17)**. הבחינה מתבססת על תשתית עובדתית נאותה, חלק חשוב ממנה הוא חוו״ד מומחים, בהעדר ראיות סותרות בעלות משקל, ביהמ״ש ייטה לאמץ את מסקנותיהן **(בע״מ 27/06)**. ירון יטען שיש להעניק לו משמורת עקב שינוי הנסיבות בהן רננה מעוניינת להגר לאיטליה **(ס׳ 74)**. רננה תשיב שיש להשאיר את ההסדר על כנו, ביהמ״ש קבע לפני כשנה שמשמורת הילדים תהיה בידי רננה ושבחלק מהזמן ישהו אצל ירון. יתרה מכך, פק״ס התרשמה שרננה דומיננטית יותר ובעלת מסוגלות הורית טובה יותר. **שאלת ההכרח בהגירה:** אינה רלוונטית להכרעה בסוגיית המשמורת ע״פ עקרון טובת הילד **(4575/00)**. מנגד, ירון עשוי לטעון שרננה מרוכזת בטובתה שלה בלבד ומעדיפה את הקריירה שלה על פני הילדים ולכן, מהווה חריג לכך. אולם, נראה שחריג זה לא מתקיים שכן, רננה מעוניינת בטובת הילדים. רננה תטען שזכותה להמשיך בחייה לאחר הגירושים ולפתוח בדרך חדשה באיטליה. מנגד, ירון יטען לזכותו לשמור על קשר רציף עם ילדיו ובכל אופן, שיקולים אלו יובאו מתוך מטרה לקבוע מהי טובת הילד ולא כשיקולים עצמאיים **(27/06)**. בעת בחינת עקרון טובת הילד ביהמ״ש יתחשב באלו **(4575/00)**: **א)דעות הילדים:** אילן- לא רוצה לעזוב את ישראל. יפעת- רוצה לטוס לאיטליה. ירון יטען שאין להתייחס לדעת יפעת באופן ישיר שכן, היא מתחת לגיל 9 **(רובינשטיין, 10060/07)**. יעל- לא ניתן לשאול בשל גילה הצעיר. **ב)איכות הקשר בין הילדים להורים:** אילן-אוהב את שני ההורים שלו.יפעת- אוהבת יותר את אימה. יעל-צעירה מכדי להביע את דעתה, אולם פק״ס התרשמה שהיא קשורה יותר לאימה. **ג)היכולת האובייקטיבית והסובייקטיבית לשמירת קשר בין הילדים להורה שהמשמורת לא בידיו:** אובייקטיבית- ירון עובד בהייטק, ייתכן שישנה גמישות בעבודתו המאפשרת עבודה מרחוק, כמו גם משכורת גבוהה וכך, ביכולתו לבקר את ילדיו בתדירות רבה. מקום לינה (ר׳ להלן). סובייקטיבית- רננה הבטיחה לירון שיוכל לבקר בכל עת ואף מציעה לו מקום מגורים בעת השהות. **ד)נכונות ההורה המשמורן לסייע בקיום הקשר**: רננה מבטיחה שירון יוכל לבקר בכל עת שירצה ומציעה מקום לינה, משמע היא מוכנה לאפשר אף יותר זמן עם הילדים מאשר בהסדר הנוכחי. **ה)מסוגלות הילדים להיקלט בסביבה המתבקשת:** יפעת- הביעה רצון לטוס ולכן, לא נראה שתהיה לה בעיה להיקלט בסביבה. יעל- מאוד קטנה, בדר״כ בגיל הזה הקושי יהיה מועט יותר. אילן- לא רוצה לעזוב את ישראל, אוהב את ביה״ס והחברים שלו. ייתכן שיהיה לו קשה להיקלט בביה״ס החדש ולרכוש חברים חדשים, כנראה יחווה הכי הרבה קושי מהילדים. באשר לכל הילדים, ככל הנראה יחוו קושי בקליטת שפה חדשה, בהגעה לסביבה חדשה ובניתוק מהחברים והמשפחה, בייחוד מהוריה של רננה אשר גרים בשכונתם. אולם, בגילאים אלו ניתן להסתגל לשינויים ולקלוט שפה בצורה קלה יותר. בנוסף, רננה היא רופאה בבית חולים, ייתכן ותצטרך לעבוד שעות רבות תוך טיפול בילדים לבדה, דבר אשר יקשה עליהם. אולם, שלושתם אוהבים את אימם, יפעת אף אוהבת את אימה יותר ויעל קשורה אליה יותר ולכן, זה עשוי להקל על המעבר. **חזקת הגיל הרך, ס׳ 25 לחוק:** יעל בת 3, רננה תטען שבגיל הרך הקשר בין הילד לאימו חזק יותר ולכן, עליה להישאר עמה. בנוסף, לא הוכחו נסיבות מיוחדות להורות אחרת, להפך, פק״ס התרשמה שיעל קשורה יותר לאימה **(2328/19)**. מנגד, ירון יטען כי שיקול זה הוא רק אחד מהשיקולים שיש לקחת בחשבון ביחס לקביעה בידי מי יוחזק הקטין, והוא אינו שיקול בלעדי **(19660/07)**. יש להתייחס להרחקת הקטין מאביו, מהמשפחה ומהסביבה המוכרת לו. בנוסף, נחיצות החזקה מוטלת בספק כיום. **2)** החוק הרלוונטי הינו **חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים)**, מדובר בחוק פרוצדורלי, הכלל הינו השבת המצב לקדמותו ולפיכך, אין נפקות לשאלת המשמורת לגופה **(רו)**. איטליה וישראל חתומות על האמנה, הילדים מתחת לגיל 16 ולכן, האמנה חלה גם עליהם **(ס׳ 4)**. **ס׳ 12 לאמנה** מורה להחזרת הילד למדינה שממנה הגיע, אם הורחק/לא הוחזר כדין. לא חלפה שנה מהמועד כנדרש בסעיף. **האם הילדים הורחקו כדין (ס׳ 3)?** א)הפרת זכויות משמורת: הסדרי השהות שנקבעו בהסכם אשר אושר ע״י ביהמ״ש באיטליה הופרו, הילדים לא ראו את אביהם החל ממועד ההרחקה. ב)הפעלת הזכויות בפועל: רננה תטען שזכויות המשמורת (**ס׳ 5**, כולל זכויות ביקור) לא היו מופעלות בפועל שכן, ירון טייל עם איזבלה במשך 4 חודשים ולכן, אף לולא ההרחקה לא היו מופעלות. מנגד, ירון יטען שהותיר שינוי בזכויות לתקופה קצובה (חופשת חנוכה) אך אין בה לאיין את זכויותיו אשר לולא ההרחקה היו ממשיכות. ג)שאלת מקום המגורים הרגיל (בע״מ 741/11): **האסכולה העובדתית-** צופה פני עבר. ירון יטען כי מקום המגורים הגיאוגרפי-פיסי של הילדים עובר למעשה ההרחקה היה איטליה, ההורים אף רכשו דירות באותה שכונה. מנגד, רננה תטען כי אסכולה זו אינה מהווה ביטוי טכני אלא משקפת מציאות חיים נמשכת **(גבאי)**. מרבית חייהם גרו הילדים בדירה שרכשו הזוג בישראל, בעוד באיטליה גרו במשך שנתיים בלבד ולכן, ישראל היא מקום מגוריהם הרגיל. **האסכולה הכוונתית-** ירון יטען שכוונת ההורים הייתה להישאר באיטליה, רכשו דירה ומצאו עבודה וירון אף התחתן עם איזבלה האיטלקייה. רננה תשיב שירון התנגד נחרצות למעבר והתנה אותו בכך שיימשך עד 5 שנים מה שמעיד על כוונתו כי ישראל תהווה מקום המגורים הרגיל. בנוסף, לרננה יש משפחה בארץ, היא חזרה לעבודתה הקודמת והילדים רשומים למסגרות. יתרה מכך, רננה קשורה מאוד להוריה, הזוג גר בשכונתם בעבר. רננה נסעה בכדי להיות קרובה לאביה החולה **(בע״מ 5548/14)**. נסיבות המעידות על כוונתה להישאר בארץ בייחוד לאור מצבו. ירון ישיב שמטרת הנסיעה של רננה הייתה מוגבלת לחופשת החנוכה ולא לצמיתות. בנוסף, השניים סיכמו שיישארו באיטליה עד 5 שנים אך חלפו רק שנתיים והסכמה זו אינה מעידה על כוונה מידית או הסכמה לחזור לגור בישראל אלא לכל היותר על מחשבה עתידים לעשות זאת **(741/11)**. עם זאת, רננה תטען כי נקודת המבט בבחינת מקום המגורים היא של הילדים **(גבאי)**, מאחר וכולם מחוברים לסביבתם ואף גדלו בישראל, זה הוא מקום מגורם הקבוע. יתרה מכך, רננה תטען שהסעיף כולו לא מתקיים מאחר וביהמ״ש בישראל קבע את זכויות המשמורת בעת מגורם בישראל (מקום מגורם הרגיל) ולכן, אין תחולה לחוק האמנה ויש לפעול לפיהם. האם חלים החריגים לקיום האמנה? רננה תטען להם ולכן, עליה נטל ההוכחה **(רו)**. **ס׳ 13(א) לאמנה, חריג ההשלמה/ההסכמה:** האם עסקינן בהסכמה או השלמה? (741/11) **הסכמה-** ניתנת בטרם המעשה ויכולה להיעשות במשתמע/במפורש **(גבאי)**. לא נראה שמתקיים, ניתן לומר שהיעדר התנגדותו מהווה הסכמה משתמעת אך, זו הייתה למשך חג החנוכה בלבד. **השלמה-** נוצרת בדיעבד, יכול שתתהווה במעשה אקטיבי/במחדל ויכול שתהא מפורשת/משתמעת **(ליבוביץ)**. רננה תטען שהעובדה שירון המשיך לטייל במשך 4 חודשים עם איזבלה, מעידה על השלמה משתמעת במחדל. **האם הנסיבות והתנהגותו של ההורה "הנחטף" מתיישבות עם כוונתו לעמוד על זכויותיו באשר להשבת הסטאטוס קוו, או שמא מלמדות על השלמה?** **(ליבוביץ) מועד ההרחקה-** מחד, בטרם הנסיעה לחופשת החנוכה ירון לא גילה התנגדות ואף לאחר שהודיעה רננה כי הילדים נותרים בארץ, היה מוכן שיישארו לתקופה קצרה. מכאן שמדובר בחטיפה במחדל (אי-החזרה) שהחלה בעת שסירבה רננה לחזור **(741/11)**. מאידך, העדר התנגדותו לא מהווה הסכמה ולכן, ייתכן ומדובר בחטיפה אקטיבית (הרחקה) אשר החלה ממועד הגעה לארץ. תנאי מוקדם לקיום ההשלמה הוא **מודעות להרחקתם של הילדים** **(ליבוביץ)**, בשני המקרים, ירון היה מודע לכך שהילדים מורחקים ממנו. **משך הזמן מהווה אמת מידה חשובה** **(ליבוביץ)**, רננה תטען שירון לא הגיב למעשה ההרחקה בזמן סביר שכן, מדובר ב-4 חודשים. ירון ישיב שמדובר בזמן סביר אשר בגדר השנה הקבועה באמנה **(גבאי)**. רננה תטען כי ירון לא פעל כהורה נורמטיבי להחזרת המצב לקדמותו, הוא ידע היכן הילדים ומה הם זכויותיו ובכל זאת, **לא פנה לביהמ״ש**. בנוסף, העובדה שירון לא הביע התנגדות **לרישום הילדים למסגרות בישראל**, מעידה שהשלים עם שינוי הסטאטוס קוו. ירון ישיב שלא התנגד בשל דאגתו לטובת הילדים ואין לראות בכך השלמה עם המעבר לישראל **(גבאי)**. רננה תשיב כי טענה זו תקפה בנסיבות בהם מאמצי ההורה להשבת הילד נמשכים במקביל כפי שנפסק בגבאי. ברם, ירון לא ניהל כל מאבק להשבת הילדים בזמן זה, להפך, המשיך לטייל ולכן, מדובר בהשלמה. כמו״כ, התנהגותו לעיל יצרה יסודות צפיות והסתמכות לפיהם פעלה רננה **(741/11)**. ירון ישיב כי עמד על כך שהילדים יחזרו לאיטליה ולכן, אין נפקות להסתמכות זו. לחלופין, השלמה היא פעולה חוזית במהותה, עליה חלים דיני החוזים. מכאן שהשלמתו נעשתה מתוך הטעיה של רננה שהילדים יחזרו בתום החופשה ודינה להתבטל. **ביהמ"ש יחווה דעה בהתאם לנסיבות, ע"פ עקרון טובת הילד (ליבוביץ)**. רננה תטען כי יש להתחשב בחלוף הזמן, אילן התגעגע לחבריו ואינו רוצה לעזוב אותם, יעל השתלבה בגן וקשורה לסבה וסבתה ויפעת אוהבת את החברות בארץ ומתקשה עם המעברים. מכאן שעליהם להישאר בישראל. מנגד, ירון יטען שטובת הילדים לחזור לאיטליה, מצבה של יפעת הינו בשל המעבר חזרה לישראל אשר העמיס עליה, היא הייתה עצובה לעזוב את החברות באיטליה ולכן צריכה לחזור. בנוסף, פק״ס התרשמה שיעל בקשר מצוין עם שני הוריה. **חריג לפי ס׳ 13(ב):** א)נזק פיזי- אין חשש בעניינינו. ב)נזק פסיכולוגי- רננה תטען כי קיים חשש חמור לנזק פסיכולוגי באם יחזרו הילדים לאיטליה ויהיו מנותקים מסביבם. יפעת מתקשה מאוד עם המעברים, היא עצובה ומפוחדת ואף פק״ס אשר ביהמ״ש נסמך על דעותיה **(741/11)**, חוששת כי ליפעת חרדת נטישה. בנוסף, ניתוק אילן מחבריו בשנית ויעל מסבה וסבתה אותם מבקרת מידי יום, עשוי לגרום לנזק פסיכולוגי. מנגד, ירון יטען שיש לראות את ״טובת הילד״ באופן צר על מנת שלא לסכל את תכלית האמנה **(רו)**. מכאן שהנסיבות אינן מקיימות חריג זה, שכן, יפעת חשה עצב ופחד גם כאשר עזבה את איטליה. ואף אם החריג חל ביחס אליה, אין הוא חל ביחס לאילן ויעל. בתגובה, רננה תטען כי הפרדת האחים תהווה נזק. ירון ישיב שטענה זו תתקבל במקרים חריגים בלבד **(בע״מ 2270/13)**. ג)מצב בלתי נסבל- רננה תטען שהחזרת יפעת לאיטליה תהווה מצב בלתי נסבל עבורה מאחר ואינה מוכנה לגור עם איזבלה. לגבי אילן ויעל ר׳ לעיל. ירון ישיב שלא מדובר במצב בלתי נסבל אלא הסתה ע״י רננה שכן, היא מכנה אותה ״מכשפה חורגת״. יתרה מכך, נקבע שהחריג מתייחס לסכנה אם יוחזר למקום ממנו נחטף ולא כתוצאה מהחזרתו להורה שממנו נחטף **(741/11)**. מבחן הקש״ס (רו)- רננה תטען כי החזרת הילדים לאיטליה תגרום להם לנזק ובייחוד ליפעת. הילדים מכירים את החיים באיטליה ועדיין מעדיפים את השהות בישראל וכך גם עולה מהחוו״ד, קיים קש״ס. ירון ישיב שאין קש״ס, חריגים אלו אינם חלים על העדפת הילד, אלא רק כאשר המסקנה לפיה קיים חשש ממשי לגרימת נזק לקטין היא כה חריפה שאין להתעלם ממנה **(בע״מ 2808/15).** הילדים לא סבלו באיטליה ומאחר ומצבה של יפעת נגרם ממעברים תכופים ולא עקב המגורים באיטליה באופן ספציפי, אין כל מניעה להשבתם לאיטליה. **חריג רצון הילד (2808/15), ס׳ 13 סיפא :** **קיומה של התנגדות-** אילן לא מעוניין לעזוב את חבריו ויפעת לא מוכנה לעזוב את אימה ובטח לא לגור עם איזבלה. **נכונות להביא את ההתנגדות בחשבון:** גיל ורמת בגרות- **אילן:** בן 15, גדול ובוגר מספיק לפי הפסיקה. **יפעת:** בת 9, ישנם מקרים בודדים בהם נשמע קולם של ילדים בני פחות מעשר שנים **(2808/15)** ונראה כי יפעת ביניהם לאור רמת בגרותה, היא מכירה את החיים באיטליה ואף את החיים בישראל, ארץ מולדתה. דבריה מבטאים בבירור את רצונה ותחושותיה ואת מכלול הנתונים, המרכיבים וההשלכות של הסיטואציה בה היא נמצאת **(בע״מ 902/07)**. **יעל:** קטנה מכדי להביע את דעתה. **התנגדות באיכות שראוי להביא בחשבון:** נראה כי נימוקיו של אילן הינם סבירים ואובייקטיבים. ייתכן כי יעל נתונה להסתה (דיון להלן), אך יש לתת משקל משמעותי לדעותיה לאור החשש כי יש לה חרדת נטישה. א)התנגדות דומיננטית וחזקה ביותר **(902/07)**- **אילן:** לא הביע התנגדות כזאת אולם, מאחר ובטרם עזיבתם לאיטליה לא רצה אילן לעזוב את ישראל ואף לאחר שהייתו שם, נשאר בדעתו, ייתכן וניתן לייחס להתנגדותו עוצמה רבה יותר מאשר העדפה גרידא. **יפעת:** התנגדותה חריפה שכן, על אף העצב שחשה מעזיבת החברות מאיטליה והקושי אשר חווה עם המעברים, אינה מוכנה לעזוב את אימה ולעבור לגור עם איזבלה. **יעל:** בשל גילה הצעיר לא הביעה דעה, אך פק״ס התרשמה כי השתלבה היטב בגן והיא מאוד קשורה לסבה וסבתה אותם מבקרת מידי יום. ב)גיבוש רצון עצמאי לאי הרחקה- **אילן:** ביכולתו לערוך השוואה בין החיים באיטליה לחיים בישראל לפיכך, שיקוליו משקפים את המציאות האובייקטיבית. אילן רואה את מגוריו בישראל כמרכז חייו ורצונו מבוסס ועצמאי **(902/07)**. **יפעת:** מחד, ניתן לומר כי היא נתונה להסתה ורצונה הוא פרי השפעה של אימה אשר מכנה את איזבלה ״מכשפה חורגת״. מאידך, יהיה זה בלתי ריאלי לצפות שהעדפת הקטין לא תושפע במידה מסוימת מעמדתו של הורה מסור **(2808/15).** השפעת רננה היא בלתי ראויה שכן, מסיתה היא את יפעת כנגד אשתו של אביה, אך ייתכן ויש ביסוס לדבריה לאור העובדה שאיזבלה הפצירה בירון להמשיך לטייל איתה כמה חודשים במקום לטוס מיד לילדיו. זאת ועוד, יפעת תמכה את רצונה גם בנימוקים אובייקטיבים (ר׳ לעיל). יתר על כן, פק״ס חוששת כי ליעל חרדת נטישה אך לא אמרה דבר על הסתה. **חריג לפי ס׳ 20-** לא חל בעניינינו. אם לא מתקיימת האמנה, ירון יטען **לס׳ 15(ד)(1) לחו"י השפיטה** המסמיך את בג״צ לתת צו לשחרור אנשים שנעצרו/נאסרו שלא כדין. רננה תשיב שהשיקול המרכזי להימנעות מהפעלת הסמכות הוא התערותו של הילד בישראל בתקופת החטיפה והפיכתה ל"מרכז חייו" **(גונזבורג)**- ישראל הינה מרכז חייהם הן לאור השתלבותם בישראל (ר׳ לעיל) והן לאור העובדה שמרבית חייהם גרו בישראל. בהינתן וביהמ״ש יצווה על החזרת הילדים, עולה השאלה האם יחזרו לבדם או עם רננה. נראה שרננה לא רוצה לחזור לאיטליה, היא חזרה לעבודתה הקודמת והודיעה לירון כי היא מסרבת לחזור. אולם, מן הראוי שתצטרף לנסיעה ולו לתקופה קצרה שכן, הגעתה תקל על הקשיים הצפויים לילדים **(1855/08)**. **מועד החזרה (1855/08):** ירון יטען שיש להחזירם לאלתר, כל יום שעובר מעצים את הקושי ואינו מתיישב עם תכלית האמנה **(פרוקצ׳יה)**. רננה תטען כי במצב בו יש חשש לנזק פסיכולוגי חמור, נדרש לבצע התאמות ותקופת ביניים. החשש קיים ביחס ליפעת ולכן, יש להחזירם כעבור 3 וחצי חודשים. יתרה מכך, מועד זה הינו לאחר סיום שנה״ל ולכך חשיבות מכרעת לשמירה על יציבות וביטחון הילדים **(ארבל)**. מנגד, ירון יטען כי להבדיל מהפס״ד בו הקטין לא ראה את אביו ולא שהה באותה מדינה במשך זמן רב, בעניינינו הילדים חיו באיטליה במשך שנתיים לצד אביהם ולכן, אין צורך בזמן רב. לבסוף, יטען לגישת הביניים **לפי ג׳ובראן**, מועד ההחזרה הינו כעבור חודשיים, זמן ראוי להתארגנות שאינו יוצר קושי רב ואף הולם הוא למועד סיום שנה״ל. לגישתם של ארבל וג׳ובראן, זמן ארוך יותר יאפשר בחינת הצטרפותה של האם, אף לשלב ההסתגלות הראשונית.