

משמורת קטינים – "טובת הילד" והכרה בפסקי-חוק

מאת

ד"ר עמוס שפירא

פתח דבר

המשפט הישראלי, כמו שיטות משפט אחרות, רואה ב"טובת הילד" שיקול עליון בסוגיית משמורת קטינים. במקביל, ושוב בדומה לשיטות אחרות, דוגל המשפט הישראלי בכיבודם של פסקי-חוק בענין משמורת קטינים. שני עקרונות משפטיים אלה אינם עולים תמיד בקנה-אחד. הם עלולים להקלע למצב של התנגשות חזיתית במקרים של חטיפת ילדים מארצות-חוץ והבאתם ארצה, תוך הפרת פסקי-משמורת זר. להלן ננסה ללכד עקרונות אלה ולאזן בין האינטרסים הגלומים בהם.

א. משמורת קטינים ו"טובת הילד"

מושג "טובת הילד", כעקרון-על בסוגיית משמורת קטינים, אומץ לראשונה על-ידי המחוקק הישראלי בסעיף 3 לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א—1951:¹
("א) האם והאב כאחד הם האפוטרופסים הטבעיים על ילדיהם...;
(ב) אין בהוראת סעיף קטן (א) כדי לפגוע בכוחו של בית-משפט או בית-דין מוסמך לנהוג בענייני אפוטרופסות על ילדים... בהתחשב עם טובת הילדים בלבד".²
עקרון זה עובר כחוט השני בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב—1962.³

1 סה"ח 82, תשי"א, עמ' 248.
2 ב"ע"א 209/54 שש"ת נ. יהודה/מ, י"ח פס"ע, 116, קבע השופט זילברג, בהתייחסו לסעיף 3(ב) לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א—1951, כי "מבחן טובת הילדים הוא עקרון שאין למעלה הימנו... אם עקרון זה, של טובת הילדים, עדיף ודוחה אפילו את עקרון שיווי זכויות האשה, הרי קל וחומר... שהיא עדיף ודוחה... את עקרון החלת החוק הלאומי...". (שם, בעמ' 124).

3 סה"ח 380, תשכ"ב, עמ' 120. ראה, בעיקר את הסעיפים דלקמן:
"14. ההורים הם האפוטרופסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים.
15. אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין... וצמודה לה תרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו...
17. באפוטרופסותם לקטין חייבים ההורים לנהוג לטובת הקטין כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות הענין.
24. היו הורי הקטין חיים בנפרד... רשאים הם להסכים ביניהם על מי מהם תהיה האפוטרופסות".

סעיף 76(2) לחוק מסמיך את בתי-המשפט בישראל "לפעול לפי הפרק השני והשלישי לחוק זה בכל מקרה שהצורך לעשות כן התעורר בישראל". סעיף 77 מורה כי "על ענייני חוק זה יחול דין מקום מושבו של הקטין...". המשפט הישראלי שאב את מוטג "טובת הילד" ממעיינות המשפט האנגלו-אמריקאי וממכמני הדין העברי. כיוון שכך, ראוי להתחקות אחר שרשיו של עקרון זה בקרקע צמיחתו האנגלו-אמריקאית והעברית, וכן לעמוד על עיקר השיקולים — במיוחד הפסי-כולוגיים — השזורים בו.

1. "טובת הילד" במשפט האנגלו-אמריקאי ובדין העברי

(א) במשפט האנגלו-אמריקאי

המשפט המקובל האנגלי הקדום התייחס למשמורת קטינים כאל זכות השמורה לטובתו של בעליה. רק בהדרגה התגבשה הדעה שזכות זו כרוכה באחריות כלפי הקטין:

"When [English Law] issued from the middle ages... it had looked at guardianship and paternal power merely as profitable rights, and had only sanctioned them when they could be made profitable. A statute was required to convert the profitable rights of the guardian in socage into a trust to be exercised for the infant's benefit [Prov. Westm. (1259) c. 12; Stat. Marl. (1267) c. 17]."⁵

במשפט המקובל האנגלי הקדום היתה לאב — שנחשב לאפוטרופוס הטבעי של יוצאי חלציו⁶ — זכות כמעט מוחלטת להתחזקתם של ילדיו החוקיים הקטינים. ההתחזקה נשללה מהאב רק במקרים קיצוניים של אי-כשירות או התנהגות בלתי הולמת, למשל — כשהילד החזוק בתנאים העלולים להדיחו מדרך הישר. היה זה קשה ביותר, אם לא

טרופסות לקטין, כולה או מקצתה, מי מהם יהוה בקטין, ומה יהיו זכויות ההורה שלא יחויק בקטין, לבוא עמו במגע; הסכם כזה טעון אישור בית המשפט...
 25. לא באו ההורים לידי הסכם כאמור בסעיף 24, או... ההסכם לא בוצע, רשאי בית המשפט לקבוע את העניינים האמורים בסעיף 24 כפי שייראה לו לטובת הקטין, ובלבד שילדים עד גיל 6 יהיו אצל אמם, אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת.
 27. הורה של קטין... רשאי בית המשפט לשלול ממנו את אפוטרופסתו על הקטין או להגבילה.
 28. מת אחד ההורים, תהא האפוטרופסות על הקטין להורה השני; ואולם רשאי בית המשפט, בנוסף על אותו הורה, לכנות לקטין אפוטרופוס... והוא הדין אם אחד ההורים הוכרז פסול-דין, או שאינו כסוגל למלא חובותיו... או שהאפוטרופסות... נשללה ממנו על ידי בית המשפט...
 30. לא ימנה בית המשפט אפוטרופוס בנוסף על הורה, אלא אם ראה סיבה מיוחדת לכך לטובת הקטין...
 74. בית המשפט רשאי לשנות או לבטל החלטותיו לפי חוק זה אם נשתנו הנסיבות או נתגלו עובדות נוספות לאחר שנתן החלטתו".
 4 הפרק השני לחוק (סעיפים 14–32) דן ב"הורים וילדיהם הקטינים"; הפרק השלישי (סעיפים 33–67) עוסק ב"אפוטרופסים עליפי מינור".
 5 Pollock & Maitland, *The History of English Law*, (1905), 2d ed., p. 444
 6 ראה: 3 Holdsworth, *A History of English Law*, (1909) 397

בלתי אפשרי למעשה, להוכיח את חוסר כשירותו של האב ולהניע את בית המשפט לפסוק נגדו אפילו לטובת האם.

במחצית הראשונה של המאה ה-18 הכירו בתי המשפט של ה-Chancery באם כאפוטרופוס טבעי על ילדיה לאחר מות האב. הכרה זו הביאה בסופו של דבר לחיקתם, באנגליה ובארצות-הברית, של חוקים, המצהירים על זכותם השווה של האב והאם למשמורת ילדיהם והקובעים אפוטרופוסות משותפת של שני ההורים.⁷ תרומתם של בתי המשפט של ה-Chancery להתפתחות הדין בסוגייה זו היתה ניכרת. מקור שיפוטם על גופם ונכסיהם של קטינים לוט בערפל. הדעה המקובלת היא, שתפקידם בנדון נבע ממעמדו של המלך כמגן כל הקטינים בממלכה. הסמכות לדאוג לענייניהם של קטינים, שהיא חלק מחובתו הכללית של הכתר בתור *parens patriae* לשמור על האינטרסים של אלה שאינם מסוגלים לעזור לעצמם, הוענקה על-ידי הכתר לצ'נסלור בבית-משפט ה-Chancery. פרשת Hampden משנת 1696 נחשבת כמקרה הראשון בו השתמש הצ'נסלור בפועל בסמכות למנות לקטין אפוטרופוס. מאז נעשה שימוש רצוף בסמכות זו, כמעט ללא עוררין.

בית המשפט של ה-Chancery לא היסס לקצץ בזכויותיהם המקובלות של ההורים, שנחשבו באורח מסורתי "*guardians by nature or by nurture*", כל אימת שהתערבותו נדרשה למען הגנתם של קטינים. זכות ההורים למשמורת ילדם הוגדרה כהגנה גרידא, הכפופה תמיד לשיקולי טובתו ורווחתו של הילד.

כרגיל מופקדים ההורים על משמורת ילדיהם. אך פיקדון זה מותנה בטיפולם הגאות בילד. לכן יתערב בית המשפט של ה-Chancery וימנה אדם מתאים לאפוטרופוס, אם יתברר כי –

"a father is guilty of gross ill-treatment or cruelty towards his infant children; or that he is in constant habits of drunkenness and blasphemy ... or that he otherwise acts in a manner injurious to the morals or interests of his children."⁸

עקרונות דיני היושר ביחס למשמורת קטינים מעוגנים עכשיו בחוק התרות באנגליה. לפי ה-Guardianship of Infants Acts משנת 1886⁹ ומשנת 1925¹⁰, רשאי בית המשפט להורות, לפי ראות עיניו, על החזקתו של קטין, בהתחשבו בטובת הקטין ובהתנהגותם ומשאלותיהם של ההורים. סעיף 1 של החוק משנת 1925 קובע במפורש, שטובת הקטין ("*the welfare of the infant*") הוא השיקול הראשון והמכריע בסוגיית משמורת קטינים.

בתי-המשפט בארצות-הברית מעולם לא אימצו לעצמם את עמדת המשפט המקובל האנגלי הקדום בדבר זכותו הכמעט מוחלטת של האב להחזקת יוצאי חלציו. האב נחשב, אמנם, כאפוטרופוס טבעי של ילדיו הקטינים וכמי שזכאי כרגיל להחזקתם. אך מעמדו זה

7 אבני-פינה בהתפתחות החקיקה באנגליה בנדון הם החוקים הבאים: The Talfourd's Act, 1839, 2 & 3 Vict. c. 54; The Infants Custody Act, 1873, 36 & 37 Vict. c. 12; The Guardianship of Infants Act, 1925, 15 & 16 Geo. V. c. 45

8 3 Story, *Commentaries on Equity Jurisprudence* (1918), 14th ed., 375

9 49 & 50 Vict. c. 27.

10 15 & 16 Geo. V. c. 45

לא גבע מאיזו זכות טבעית או טבועה של האב עצמו, אלא מההנחה שבדרך כלל יהיה זה לתועלתו של הקטין אם ימצא בחסותו של אביו מולידו. בתי המשפט האמריקאיים לא התקשו להכיר בכך, שהקריטריון המרכזי בענף זה של הדין אינו זכותם של ההורים כהורים אלא זכותו של הקטין, שענין משמורתו יוסדר לפי מיטב האינטרסים שלו עצמו. יהיו זכויותיהם בנדון של ההורים אכזר יהיו, לעולם כפופים הם לשיקולי טובתו של הילד.¹¹

עקרון "טובת הילד", כקריטריון מכריע בסוגיית משמורת קטינים, גובש ופותח בפסיקה האמריקאית — בבקשות *habeas corpus*, בעתירות לפי דיני היושר ובהליכי גירושין ופירוד — וכיום אין עליו עוררין.¹²

(ב) בדין העברי

הדין העברי יחס תמיד השיבות ראשונה במעלה לעקרון "טובת הילד". מעקרון זה, העובר כחוט השני בהלכות משמורת קטינים במשפט העברי, גזורים כללים, האמורים להבטיח את טובת הילד, כדלקמן:

1. מקומם הטבעי של ילדים וילדות עד גיל שש הוא אצל האם. חסותה של האם חיונית בגיל רך זה, המצריך טיפול גופני מסור;
2. ילדים למעלה מגיל שש צריכים להמצא בדרך-כלל אצל האב, האחראי לחינוכם

"The father is the natural guardian and is *prima facie* entitled to the custody of his minor child. This right springs from two sources... the other reason is that it is a law of nature that the affection which springs from such a relation... is stronger... than any which springs from any other human relation... [Parental right of custody] is not like the right of property, an absolute and uncontrollable right... whether the courts will enforce the father's right to the custody of the child, will depend mainly upon the question whether such custody will promote the welfare and interest of such child... Above all things, the paramount consideration is, what will promote the welfare of the child?" Judge Brewer in *Chapsky v. Wood* (1881), 26 Kan., 650, 652, 653, 654

12 סקירה הסטורית זו של התפתחות סוגיית משמורת קטינים במשפט האנגלו-אמריקאי מבוססת על המקורות דלקמן: (1) Madden, *Persons and Domestic Relations* (1931), 369-372; (2) Sayre, Awarding Custody of Children, in *Selected Essays on Family Law* (Compiled and edited by a committee of the Association of American Law Schools), 1950, 588, 592-3; (3) Note, Custody and Control of Children, (1936), 5 *Wordham Law Rev.* 400, in *Selected Essays on Family Law*, 607, 609-610; (4) Brown, Comment, The Custody of Children, (1926), 2 *Ind. L.J.* 325; (5) The Custody of Children, (1910), 45 *The London Law Journal* 369; (6) Note, (1910) 16 *Virginia Law Register*, 317-18; (7) Jacobs & Goebel, *Domestic Relations* (1952), 3d ed., 942-43; (8) 1 Schouler, *Marriage, Divorce, Separation and Domestic Relations* (1921), 6th ed., 790-794, 799-800; (9) Tiffany, *Persons and Domestic Relations* (1921), 3d ed., 343-44; (10) 2 Kent, *Commentaries on American Law* (1896), 12th ed., 303-4, 319-20; (11) 3 Story, *Commentaries on Equity Jurisprudence As Administered in England and America* (1918), 14th ed., 361-63, 371, 374-76; (12) Halsbury-Simonds, *The Laws of England* (1957), 3d ed., Vol 21, 192-93, 204-205, 214; (13) *Halsbury's Statutes of England* (1949), 2d ed., Vol. 12, 928

והחייב ללמד תורה. ילדות צריכות בדרך-כלל לדור במחיצתה של האם, כי כבוד הבת והיגונה בדרכי הצניעות ובארהות הנשים מחייבים שתגדל אצל אמה.

ראוי להדגיש, שכללים אלה אינם אלא הנחות באשר לטובתו המשוערת של הילד, הנחות המגלמות בתוכן תבונה, הגיון ונסיון חיים. לעולם כפופים הכללים לנסיבותיו המיוחדות של המקרה הגדון, ואין לשעות אליהם כל אימת שמחייבת טובת הילד פתרון אחר. אין בהם, כשלעצמם, כל קדושה – נפקותם תלויה ומותנית בקידום העקרון המונח ביסודם. דיון אחראי לא ימהר, כמובן, לסטות מכללים מקובלים אלה, אך במקרים מתאימים, כשטובת הילד דורשת זאת, מוסמך בית-הדין, ואף מחוייב, לפסוק אחרת. כך, למשל, יוכל להורות, אם תובעות זאת הנסיבות, שילד שטרם מלאו לו שש שנים יהיה אצל אביו, אפילו ירצה האב להוציאו לחוץ-לארץ על מנת שיגדל שם. אגב, ההלכה קובעת כי בדרך-כלל אין להוציא ילד יהודי מהארץ, כיוון שחוקה שהמקום הטוב ביותר לחינוכו של ילד כזה הוא בארץ-ישראל.

מעמד המשפטי של ההורים בסוגיית משמורת קטינים בדיון העברי רצוף כולו חובות, בעוד שלילדים זכויות בלבד כלפי הוריהם: "לפי תפיסת המשפט העברי לא ידוע אף מונח של 'זכות חזקה בילד', רק נאמר כי הבן 'אצל האב' או 'אצל האם', והדבר פורש בהלכה כי לא מדובר בזכויות הורים אלא בזכויות ילד להמצא אצל הורה פלוני לפי מה שגראה שזוהי טובתו"¹³. הוא הדין גם ביחס לביקורי ילד אצל ההורה שאין הוא מתגורר עמו דרך קבע: הסדרי הביקור מכוונים לטובת הילד וכפופים לה. אין הם נתפשים, מבחינה משפטית, כזכות של ההורה, אלא דווקא כחוב המוטל עליו למענו של הילד. הפקדת המשמורת בידי הורה פלוני או שלילתה מהורה אלמוני לעולם איננה בבחינת פרס או עונש על מעשים טובים או רעים. התנהגות ההורים היא רלבנטית אך ורק במידה שהיא עשויה להשפיע במישרין על רווחתו של הילד עצמו, אחרת אין היא מעלה או מורידה. זאת ועוד: כיוון שגורל המשמורת נחתך בלעדית בהתאם לשיקולי טובתו של הילד, אין נפקות להסכם בין ההורים המתיימר לקבוע סדרי החזקה או ביקור הגוגדים את הכללים המקובלים הנ"ל או את טובתו של הילד במקרה הקונקרטי.

פסק משמורת, לפי תפיסת המשפט העברי, לעולם אינו סופי. הוא ניתן לשינוי בכל עת, אם הנסיבות שנסתנו מחייבות הסדר אחר, מטעמי טובת הילד. במסגרת שיקולי טובת הילד יש להתחשב ברצונו, לגבי מקום החזקתו, אם לפי גילו והתפתחותו ראוי לתת משקל למשאלות לבו. בדרך-כלל אין כופין ילד, שראוי להתחשב בדעתו, להיות אצל הורה בניגוד לרצונו, אך גם רצון זה כפוף תמיד לשיקול העליון של טובת הילד¹⁴.

2. "טובת הילד" – תוכן פסיכולוגי בקנקן משפטי

עקרון "טובת הילד", הטבוע בהיקוקים ובפסקי-דין שעניינם הוא משמורת קטינים, הוא מושג מורכב, העשוי לקפל בתוכו שיקולים משיקולים שונים, כגון: כשירותה הטבעית של אם לטפל בילד רך בשנים, הצורך בהשפעת דמות האב על עיצוב אופיו של ילד מתבגר, הסיכון או הסיכוי שבהחלפת מקום מגורים (בעיקר כשהמדובר באפשרות של מעבר מארץ לארץ), תנאים כלכליים, אווירה חברתית, רקע תרבותי או דתי וכיוצא

13 דברי השופט קיסטר בבג"צ 391/71 פלונית נ. אלמוני, כ"ו פד"י (1), 85, בעמ' 100.
14 ראה שרשבסקי, דיני משפחה (הוצאת ראובן מס, ירושלים, תשי"ח), עמ' 343–350.

באלה. המימד הפסיכולוגי של "טובת הילד" הוא, לעיתים קרובות, הגורם המכריע בהחלטות בענין משמורת קטינים.

שופט האמון על ברכי הסכלה משפטית פורמלית, אין לו, כשלעצמו, הכלים הדרושים להחליט מהי "טובת הילד" במקרה נתון. בדיקה פסיכולוגית, מבוססת על ידע ונסיון מקצועיים, היא תנאי מוקדם להחלטות נאותות במקרים כאלו. שופט, השואף באמת ובתמים לפסוק בהתאם ל"טובת הילד", שומה עליו להשען על עצתם של אלה ששבילי הפסיכולוגיה נהירים להם.

מחקרים שנעשו, בעיקר על-ידי אנה פרויד, הוכיחו שכל ילד זקוק לרציפות של קשרי חיבה וסטימולציה.¹⁵ המשכיותם הבלתי מופרעת של קשרים כאלה היא מרכיב יסודי של תחושת הבטחון, החיניית כל-כך לרווחתו הנפשית של הילד. אך ספק אם כמה מהכללים הנקוטים בידי בתי-המשפט, אצלנו ובמדינות אחרות, בסוגיית משמורת קטינים עשויים לתרום לסיפוקו של צורך נפשי חשוב זה. כך, למשל, נוהגים בתי-משפט לפרקים לפצל את ההחזקה של ילד בין שני הוריו או להורות על תקופות ביקור ממושכות (בחדשי הקיץ, לדוגמה) של ילד אצל ההורה שאין הוא מתגורר עמו דרך קבע. יתר על כן: החלטות בענין משמורת קטינים מסוגות כזמניות מטבען, בהיותן כפופות המיד לאפשרות של שינוי. הדוקטרינה של "מעשה בית-דין", במשמעותה המקובלת, אינה תופשת כאן. לפנינו, איפוא, כללים משפטיים שהפעלתם עלולה לפגום ברקמת קשריו של הילד, לנתק את רצף חייו — והכל למען "טובת הילד", כביכול.¹⁶

כיוון שרציפות והמשכיות הן יסוד חיוני של "טובת הילד", צריך בית-המשפט לתמוך, ככל האפשר, בהמשכותם של קשרי חיבה וסטימולציה קיימים. ברוח זו פסק בית-משפט אמריקאי בענין *Painter v. Bannister*¹⁷ — פרישה שהסעירה לפני שנים אחדות את ארצות-הברית כולה. במקרה זה ביקש אב להחזיר לעצמו את משמורתו של בנו בן השבע. מאז מות אמו התגורר הילד, במשך שנתיים וחצי, בבית סבו וסבתו (מצד האם) עמם קשר נפשי הדוק. בית המשפט קבע, שהן האב הטבעי והן הורי האם המנוחה כשירים וראויים לגדל את הילד. ועוד ציין בית המשפט, שבאופן מסורתי גטה הדין להעניק את הבכורה, במקרים כאלה, לאב הטבעי. אך למרות זאת החליט, בסופו של דבר, להעדיף את טובת הילד ולא לנתק את היחסים שנתרקמו בין הילד לבין סבו וסבתו:

"Mark has established a father-son relationship with [the grandfather], which he apparently had never had with his natural father. He is happy,

A. Freud, *Cindy*, in J. Goldstein & J. Katz, *The Family and the Law* (1965), 15 1051, 1053: "According to the psychoanalyst's experience, the best interests of an infant are safeguarded under the condition that three needs are fulfilled: the need for *affection* (for the unfolding and centering of the infant's own feelings); the need for *stimulation* (to elicit inherent functions and potentialities); and the need for *unbroken continuity* (to prevent damage done to the personality by the loss of function and destruction of capacities which follow invariably on the emotional upheavals brought about by separation from, death or disappearance of the child's first loveobjects)"

16 ראה: Goldstein, *Psychoanalysis and Jurisprudence*, 77 *Yale L. J.* (1968), 1053, 1074: 16 258 *Iowa* 1390, 140 N.W. (1966), 2d 152 17

welladjusted and progressing nicely in his development. We do not believe it is for Mark's best interest to take him out of this stable atmosphere in the face of warnings of dire consequences from an eminent child psychologist. . . . Regardless of our appreciation of the father's love for his child and his desire to have him with him, we do not believe we have the moral right to gamble with this child's future. . . ."¹⁸

מעניין להיווכח, שגם בעבר היו שופטים אמריקאיים שחשו, ולו רק בדרך אינטואיטיבית, בחשיבותו של הצורך בהמשכות מסכת קשריו הנפשיים של הילד. בפסק-דין משנת 1883¹⁹ סירב בית המשפט לצוות על מסירת ילדה בת ארבע למשמורתה של אמה, לאחר שהילדה גדלה מאז לידתה בבית הסב והסתבא (מצד האב שנפטר). בדברי הנמקתו ציטט השופט מפסק-דין קודם²⁰ את הדברים המאלפים הבאים:

"After the affections of both child and adopted parent become engaged, and a state of things has arisen which cannot be altered without risking the happiness of the child, and the father wants to reclaim it, the better opinion is that he is not in a position to have the interference of the court in his favor."

ובפסק-דין משנת 1949²¹ אמר בית המשפט²² את הדברים דלקמן:

"A child of two years of age or under will form new attachments quickly. . . . but when a child is much beyond the age of two years, it becomes strongly attached to those who stand in parental relationship to it and who have tenderly cared for it. Its bonds of affection have become so strong that to sunder them suddenly may result not only in the child's unhappiness, but also in its physical injury. . . . Nothing could be more cruel than the forceable separation of a child from either its real or foster parents by whom it has been lovingly cared for and to whom it is bound by strong ties of affection. . . ."²³

Id. at 1400, 140 N.W. 2d at 158 18

Bonnett v. Bonnett (1883), 61 Iowa 199, 16 N.W. 91 19

Clark v. Bayer, 32 Ohio St. 299 20

Commonwealth ex rel. children's Aid Soc. v. Gard (1949), 362 Pa. 85, 66 A. 2d 21 300

22 בעמ' 306.

23 וראה גם: *People v. Porter* (1887), 23 Ill. App. 196. (בפסק-דין זה דחה בית המשפט את בקשתו של אב לקבל החזקתו את בתו בת האחת-עשרה, וזאת לאחר שמספר שנים קודם לכן מסר האב (שאשתו נפטרה) את הבת למשמורתו של זוג); *Schroeder v. Filbert* (1894), 41 Neb. 745 60 N.W. 89 (בענין זה לא נעתר בית המשפט לאב, שביקש למסור למשמורתו את שתי בנותיו, האחת בת חמש והשנייה בת שבע שנים. מאז מות אמן התגוררו הילדות בבית ההורים החורגים של האם); *Berkshlre v. Caley* (1901), 157 Ind. 1; (בפרשה זו סירב בית-המשפט למסור את החוקתה של ילדה בת תשע שנים לידי אביה. שנתיים קודם לכן נתגרשו הורי הילדה והאם עברה לגור, יחד עמה, בבית הסב. בינתיים נפטרה האם); *Wood v. Wood* (1910), 77 N.J.Eg. 593, 77 Atl. 91; (בפסק-דין זה

ברי כי שופטים, הגדרשים לדוש במטריה פסיכולוגית, חייבים לשאוב מהידע ומהנסיון של אלה שמקצועם בכך²⁴. חוקה על בתי-משפט, הנוקקים להורכה פסיכולוגית מקצועית, שיתמכו תמיכה מירבית בהמשכותם של קשריו הנפשיים הקיימים של הילד.

ב. הכרה בפסקי-משמורת זרים ו"טובת הילד"

כמו בסוגיות אחרות של המשפט-הבינלאומי-הפרטי, כך גם בענין כיכודם של פסקי-משמורת זרים צועד המשפט הישראלי בעקבות הלכות המשפט המקובל בנדון. ראוי, לכן, לבחון הלכות אלה כפי שנתגבשו באנגליה ובארצות-הברית.

1. באנגליה

פסק הדין המנחה לענין הכרתם באנגליה של פסקי-משמורת זרים הוא — Re B's Settlement²⁵. עובדות המקרה היו כדלקמן: אביו ואמו של ילד בן אחת-עשרה התנצחו ביניהם בשאלת החזקתו. כל הצדדים המעורבים היו בלגים והליכי גירושין בין בני הזוג היו תלויים ועומדים בבלגיה. בית-משפט בלגי ציווה בשנת 1937, וחזר ואישר בשנת 1939, שהילד יהיה במשמורתו של האב. אך האם גטלה את הילד והביאה אותו לאנגליה, מקום בו המשיכו הצדדים להתדיין על החזקתו. השופט Morton קבע, שיש להחיל בנדון את העקרון הטבוע בסעיף 1 של ה-Guardianship of Infants Act, 1925, היינו, שבכל הליך משפטי בענין משמורתו של קטין ההווה "טובת הילד" שיקול ראשון ומכריע ("first and paramount consideration"). במקרה דנו, פסק השופט, חייבה "טובת הילד" שישאר בהחזקתה של אמו.

יש להדגיש, שבית המשפט האנגלי לא כפר בסמכותו של בית המשפט בבלגיה (שהיתה, כאמור, מדינת לאומיותו של הקטין) ולא הטיל דופי בכשרותו של צו ההחזקה הבלגי. הוא רק קבע, שאין כתי המשפט האנגליים, בדגום בשאלת החזקתם של ילדים — אפילו זרים — הנמצאים באנגליה, חייבים בציות עיוור לצווי משמורת שניתנו עלי-ידי בתי-משפט בחו"ל. חזקה על בתי המשפט האנגליים, לפסוק בכל מקרה, ללא יוצא מן הכלל, לאור העקרון של "טובת הילד".

נזונה שאלת החזקתה של ילדה, שבהיותה בת שש שנים נמסרה על-ידי הוריה למשמורתן של דודותיה. לאחר מות אבי הילדה, כשכבר מלאו לה שתיים-עשרה שנים, ניסתה דאם לקחתה אליה. בית המשפט פסק, שטובת הילדה מחייבת שהשאר במשמורתן של דודותיה).
24 אין, כמוכן, להתעלם מן העובדה, שלא תמיד עשויות הוות'דעת המומחים הפסיכולוגים (המבוססות לפרקים על בדיקה שטחית גרידא והתפורות לעתים קרובות לפי מידותיה של עמדת בעל-דין זה או אחר) להיות לעור רב לבית המשפט. ראה למשל, בג"צ 391/71 פלונית נ. אלמני, כ"ו פד"י (1), 85, בעמ' 92, 101.

25 [1940] Ch. 54 וראה שם, דברי השופט Morton:

"[to render] it in any way improper or contrary to the comity of nations if I now consider, when the boy has been in this country for nearly two years, what is in the best interests of the boy. I do not think that it would be right for the court exercising its jurisdiction over a ward who is in this country, although he is a Belgian national, blindly to follow the order made in Belgium..."

הלכת *Re B's Settlement* אומצה, כעשר שנים לאחר מכן, על-ידי מועצת-המלכה בפרשת *McKee v. McKee*²⁶. הלורד Simonds קבע כי –

"To this paramount consideration [of the infant's welfare] all others yield. The order of a foreign court of competent jurisdiction is no exception. Such an order has not the force of a foreign judgement. Comity demands not its enforcement but its grave consideration."²⁷

עקרון "טובת הילד" עדיף, איפוא, על כל שיקול אחר. בית-משפט באנגליה לא יתן תוקף לפסק משמורת זר – אפילו נפסק בבית-משפט נוכרי מוסמך – אם "טובת הילד" מחייבת הסדר החזקה שונה ממה שנקבע בפסק הור. אך בהעדר פגיעה ב"טובת הילד", ייטו בתי המשפט האנגליים לכבד פסק בענין משמורת קטין שניתן בבית-משפט מוסמך בחו"ל²⁸.

ב-*Re H. (Infants)*²⁹ התחבטו שופטים אנגליים בפרשה של מה שמכונה "חטיפת ילדים". המדובר היה בשני ילדים אמריקאיים – בנים להורים שנתגרשו – שהובאו על-ידי אמם לאנגליה, בניגוד לצו של בית-משפט ניו-יורקי שהורה על החזקתם במדינת ניו-יורק. בית-משפט ניו-יורק ציווה על החזרת הילדים לניו-יורק. האם התנגדה לכך. בית המשפט האנגלי הורה להחזיר את הילדים לארצות-הברית, על מנת שבית המשפט בניו-יורק יחליט לגופה של שאלת משמורתם. השופט Cross ציין כי –

"When, in what I may call . . . a kidnapping case, the judge has to decide whether to send the child back whence he came or to allow the case to be fought out to the end over here, he has to weigh various considerations which may to some extent conflict with one another. On one side there is the public policy aspect, the question of comity and the question of *forum conveniens*. Again, on the same side, there is the question of the injustice which may be done to the wronged parent if the court delays matters and allows the kidnapped child to take root in this country. On the other side, the court has to be satisfied, before it sends the child back, that the child will come to no harm."³⁰

In *Re Lyon and Lyon* (1969) : אבל ראה: [1951] A.C. 352, [1951] 1 All E.R. 942 26
10 D.L.R. (3d) 287

J. v. C. [1970] A.C. 668; *Re G. (An Infant)* [1969] *Id.* at 365 27
1 W.L.R. 1001; *Re Kernot* [1965] Ch. 217; *Re T.* [1969] 1 W.L.R. 1608; *Re A.*
[1970] Ch. 665

28 ראה: *Re E. (D.) (An Infant)* [1967] Ch. 761
Dacey & Morris, Conflict of Laws (8th Ed., Stevens & Sons, 1967), 397-399

29 [1966] 1 W.L.R. 381; [1966] 1 All E.R. 886
30 *Id.* at 393. *Cf. Re T. (An Infant)*, [1969] 1 W.L.R. 1608
לאחרונה בכמה וכמה מקרים של "חטיפת ילדים" (היינו – הבאתם מחו"ל לאנגליה, לרוב על-ידי הורה אחד בניגוד לרצונו של הורה ואחר או תוך הפרה של צו משמורת זר), כגון:
Re E. (D.) (An Infant), [1967] Ch. 761, [1967] 2 All E.R. 881; *Re T. (Infants)*,
[1968] Ch. 704; [1968] 3 All E.R. 411

הבעייה המרכזית שניצבה בפני השופטים האנגליים במקרי חטיפה היא, אם לדון בכלל לגופו של ענין, לשמוע עדויות ולקבל ראיות ביחס ל"טובת הילד" מכל צדדיה. במקרים אחדים גילו השופטים נטייה לא להכנס לפרטי פרטים ולהורות על החזרת הילד למדינה ממנה הובא, ובלבד שגחה דעתם שלא ייגרם לילד נזק ממשי כתוצאה מכך³¹. אולם, אם כל הראיות הצריכות לענין נמצאות כבר בפני בית המשפט, בדרך כלל לא ימנע מלהחליט לגופה של שאלת ההחזקה. למותר לציין, שאין בתי המשפט האנגליים מסתכלים בעין יפה על חטיפת ילדים ועל הפרת צווים של בתי-משפט זרים. לא בנקל ייאותו לאשר מצב, בו יהנה החוטף מפרי מעשהו הבלתי חוקי או הבלתי מוסרי. אך, בסופו של דבר, עיקר אחריותם של בתי המשפט היא כלפי הילד הניצב בפניהם וטובתו-שלו היא שצריכה להכריע³².

2. בארצות-הברית

ההשקפה המקובלת בארצות-הברית היא, שפסק של מדינה אחת בענין משמורת קטינים ראוי בדרך כלל להכרה במדינות-אחרות. אבל משמעות של "מעשה-בית-דין" תיחוס אך ורק למימצאים העובדתיים שנקבעו על-ידי בית המשפט הזר בהתאם לנסיבות ששררו בעת הדיון ולעובדות שנתבררו בהליכים. עובדות נוספות, נסיבות חדשות, עשויות תמיד לשמש בסיס הולם לדיון משפטי חדש, ולפסק שונה, במדינה אחרת.

בפרשת *Kovacs v. Brewer*³³ קבע בית המשפט העליון האמריקאי, מבלי להכריע בשאלה העקרונית אם פיסקת ה-"Full Faith and Credit" בחוקה האמריקאית חלה לגבי פסקי-משמורת קטינים, כי בכל מקרה רשאי בית-משפט במדינה א' להתעלם מפסק משמורת שניתן במדינה ב', אם נתברר לו שהנאום שגשתנו מאז מצדיקים החלטה שונה בנדון. בענין *Ford v. Ford*³⁴ החליט בית המשפט העליון, שפסק משמורת שניתן במדינת וירג'יניה על סמך הסכם בין הצדדים, ושלא נחשב סופי ומוחלט בוירג'יניה עצמה, אין בכוחו למונע בית-משפט בדרום-קרולינה מלדון בענין מחדש על סמך עדות ביחס ל"טובת הילדים" ("welfare of the children"). החלטה בענין משמורת הניתנת לשינוי במדינת מוצאה לא תהווה מחסום למתן החלטה אחרת בנדון במדינה-אחרת, בפרט אם הנימוקים להחלטה האחרת עשויים היו להצדיק את שינוי החלטה המקורית במדינת מוצאה. מאידך גיסא, הדעה הרווחת היא, כי ראוי לכבד פסק משמורת תקף של מדינה-אחרת, אם לא נתגלו נסיבות חדשות או לא נשתנו התנאים באשר ל"טובת הילד"³⁵.

- 31 ראה: *Re T. (Infants)*, [1968] Ch. 704, 716. ראה גם: *J. v. C.* [1969] 2 W.L.R. 540, 573; *Morris, Conflict of Laws*, (London, Stevens & Sons, 1971), 186-187.
- 32 ראה: *Re T. (Infants)*, [1968] Ch. 704, 716; *cf. Norman v. Norman (No. 1)* (1968), 12 F.L.R. 29.
- 33 *Kovacs v. Brewer*, 356 (1958), U.S. 604.
- 34 *Lyerla v. Ramsay*, (1966), 82 Nev. 250, 415 P. 371 (1962), U.S. 187 34 2d 623.
- 35 ראה: *Restatement (Second), Conflict of Laws (Proposed Official Draft, Part I)*, 1967, 297-298.

"טובת הילד" היא השיקול העיקרי בהליכי משמורת קטינים במשפט האמריקאי. מסיבה זו אין בתי המשפט האמריקאיים רואים עצמם מחוייבים לאכוף, אוטומטית וללא כל בדיקה משלהם, פסקי-משמורת נוכריים. האינטרסים של ההורים אינם בלתי רלבנטיים, אך חשיבותם היא משנית גרידא. הוא הדין באשר ליחסם של ההורים לצווי בית המשפט:

"Even disobedience of court orders by the parent seeking custody should not influence the court against that parent to the disadvantage of the child."³⁶

ואולם במציאות, לא תמיד מקפידים בתי המשפט על יישומו של עקרון "טובת הילד" הלכה למעשה. כמה וכמה פסקי-דין אמריקאיים בסוגיית משמורת קטינים מגלים נטייה מצד שופטים להעניש הורה שהמרה את פי בית המשפט (בכך, למשל, שחטף ילד בניגוד לפסק משמורת תקף), אפילו על חשבון "טובת הילד"³⁷.

ג. חוטפים וחטופים בדין הישראלי – "טובת הילד" מול הכרה בפסקי-משמורת זרים

בית המשפט העליון, בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק, דן לא אחת בשאלת "טובת הילד" במקרים של חטיפת ילדים מארצות חוץ. בכמה ממקרים אלה התעוררה גם בעיית ההכרה שיש או אין להעניק לפסקי-חוז בענין משמורת קטינים. בפסק הדין המנחה אמארו נ. טנהל מחנה העולים, פרדס חנה ואח'³⁸, קבע הנשיא זכורה את ההלכות הבאות:

"כל זמן שזכות לשמירת הילד עדיין לא נקבעה על-ידי בית-משפט מוסמך ועצם הזכות שנויה במחלוקת bona fide, הרי התובע זקוק לקביעת הזכות על-ידי בית-משפט... נקבעה הזכות על-ידי בית-משפט מוסמך לטובת אחד ההורים והצד השני פועל בניגוד לכך ומוציא את הילד מתוך משמרו החוקי או ממשיך להחזיק בו שלא כדין, הרי התרופה היא הגשת בקשה מסוג הביאס קורפוס... קיימא לן שההלכה הפסוקה היא... כי טובת הילדים צריכה להיות מכרעת בשיקול השיפוטי, גם בדיונים של הביאס קורפוס... גם בשים-לב לדרישת טובת הילדים, לא על נקלה ישנה בית המשפט את החלטת בית המשפט בחוץ-לארץ, בדבר זכות השמירה... יש להניח בדרך כלל שבפני בית המשפט בחוץ-לארץ היו יותר נתונים מסייעים לשיקול מאשר בפני בית המשפט הנדרש אחר כך בארץ אחרת להכיר בפסק הדין הקודם. חשיבות מיוחדת יש גם לזמן שעבר בין החלטת בית המשפט המקורי ובין החלטת הנדרשת מבית המשפט בארץ אחרת על סמך פסק-הדין שניתן בחוץ-לארץ... הלילה לנו מעשות את ארצנו מקלט לאנשים אשר תוך סכסוכים בחיי הגישואין שלהם מבריהים ילדים בניגוד לחוק ומשפט"³⁹.

36 R. Leflar, *American Conflicts Law* (stu. ed. Bobbs-Merrill, 1968), 589; 37 *Leathers v. Leathers*, (1958), 162 Cal. App. 2d 768, 328 P. 2d 853; למשל: 38 *Chandler v. Chandler*, (1960), 56 Wash. 2d 399, 353 P. 2d 417; *Scott v. Brown*, (1923), 160 Ark. 489, 254 S.W. 1074; Annot., (1937), 107 A.L.R. 642.

38 בג"צ 125/49, ד' פד"י, 4.
39 בעמ' 13, 20, 21. ראה גם: בג"צ 11/58 אלטראו נ. גרונברגר ואח', י"ב פד"י, 486; בג"צ

לאחרונה נודמן לבית המשפט העליון להתחבט בסוגייה זו שלוש פעמים, בנו אחר זו. שתיים משלוש הפרשיות שנדונו בשלהי שנת 1971 הוכרעו ברוב דעות. לבטיהם של שופטי הרוב והמיעוט ממחישים את מורכבותה של הבעייה בה עסקינו, את מיגוון האינטרסים (המנוגדים לפרקים) השזורים בה ואת הקושי בעיצוב פתרונות הולמים. בפרשת לנדור נ. לנדור⁴⁰ היו הצדדים הנצים בעל ואשה, שניהם ילידי גרמניה ותושבי ארצות-הברית. הבעל הוא יהודי מלידה והאשה גיורת. הם נישאו זה לזו בארצות הברית ובשנת 1964 נולדה להם בת. משנת 1970 התגוררו בני הזוג בנפרד, לאחר שפרצו ביניהם סכסוכים. הבת המשיכה לגור עם אמה אך היתה נמצאת בחברתו של אביה לעתים קרובות. באפריל 1970 הגיש הבעל תביעה לגירושין ולהחזקת הבת לבית-משפט בניו-יורק. באותו זמן הגישה האשה תביעת גירושין ותביעת מזונות. באוקטובר 1970, בהיות הילדה בדרכה לבית-הספר, לקחה האב וטס עמה לישראל. הוא הביע את רצונו להשתקע בארץ עם הילדה. האם הגיעה ארצה בפברואר 1971 ולבקשתה ניתן צו-על-תנאי בבית המשפט הגבוה לצדק, בהליכים מסוג הביאס קורפוס. האב הגיש תביעה לבית-המשפט המחוזי להחזקת הילדה. ברוב דעות החליט בית המשפט הגבוה לצדק לדחות את העתירה.

שופטי הרוב (השופט י. כהן והשופט לנדוי) הוקיעו, אמנם, את התנהגותו של האב, שנטל את הילדה ללא ידיעת האם וללא הסכמתה והטיסה מארץ מושבה לישראל, אך לדידם נודעת חשיבות מכרעת לעובדה, ששום בית-משפט – לא בארץ ולא בחו"ל – לא פסק עדיין בשאלת החזקתה של הילדה. בנסיבות אלה, ולאור קיומו של סכסוך כן ורציני בין הצדדים ביחס להחזקתה של הילדה, ראו שופטי הרוב לנכון לדחות את העתירה ולהשאיר את ההכרעה בנדון בידי בית המשפט המחוזי⁴¹, שיפסוק בהתאם לעקרון "טובת הילד". שופט המיעוט (השופט ויתקין) גורס, לעומתם, שהתנאי הקובע לסמכות התערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק הוא העדרה של מחלוקת-בתום-לב על הזכות להחזקת הילד. מחלוקת כזו יכול שתעדר אף במקרה בו טרם ניתן צו של בית-משפט מוסמך בענין החזקה, וכך בענייננו: מה ששנוי במחלוקת-בתום-לב בין ההורים אינו זכותם המשותפת להחזיק בבתם (שהרי הבת גרה, בהסכמת האב או, לפחות, ללא כל התנגדות מצדו, אצל האם), אלא זכותו של האב לקבוע, באופן חד-צדדי, את מקום מושב המשפחה כאן בארץ. על כן אין צורך לערוך דיון לגופה של שאלת החזקה בבית המשפט המחוזי ויש מקום להתערבותו המיידית של בית המשפט הגבוה לצדק, כדי לסכל את מעשה החטיפה. לדעת השופט ויתקין, מן הראוי היה לעשות את הצו מוחלט.

בפרשת דקין נ. קוהן⁴² היו העובדות דלקמן: האם העותרת היתה נשואה לאב המנוח ובשנת 1962 נולד להם בן. בשנת 1963 הגישו המנוח והעותרת תביעות גירושין הדדיות

195/59 אליאם נ. אליאם, י"ג פד"י, 1689; בג"צ 10/60 שזכמבר נ. שטרקס, י"ד פד"י, 299; בג"צ 95/62 רזאי נ. רזאי ואח', ט"ז פד"י, 1384; בג"צ 96/63 פלוני נ. אלמונית, י"ז פד"י, 2213.

40 בג"צ 76/71, כ"ה פד"י (2), 258.

41 סמכותו של בית-המשפט המחוזי לדון בענין החזקת הילדה נובעת מהוראות סעיף 76(2) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב–1962, המצוטט לעיל.

42 בג"צ 301/71, כ"ה פד"י (2), 372.

משמורת קטינים – "טובת הילד" והכרה בפסקי-דיון

לבית-משפט בצרפת. באותה שנה ציווה בית המשפט הצרפתי שהילד יימסר לרשות האם, ובשנת 1964 אושר צו זה בפסק-דין⁴³. בשנת 1968, בהיות הילד בביקור אצל אביו, חטף אותו האב למקום בלתי ידוע ולא החזירו לרשות אמו. רק שנתיים לאחר מכן גודע לאם כי הילד נמצא בישראל. האב נפטר בינתיים והילד נמצא בהחזקתה של אומנתו, היא המשיבה. משסירבה האומנת למסור את הילד לרשות אמו, הגישה האם את עתירתה לבית המשפט הגבוה לצדק.

השופט ה. כהן, שכתב את פסק הדין, לא חסך שבחים מהאומנת על אופן טיפולה המסור בילד. הוא אף ציין כי – "אין אנחנו מתעלמים מן העובדה הפשוטה והטבעית שבמרוצת השנים נקשרה נפש הילד בגפשה של המשיבה, הוא מרגיש בטוב אצלה ואינו רוצה להפרד ממנה"⁴⁴. ואולם, כך הדגיש, אפילו השתנו הגסיבות מאז פסקו בתי המשפט הצרפתיים בנדון, הרי ש"כל שינוי שחל בגסיבות חל בעקבות מעשה (ה)חטי"פה... הזמן שעבר מאז ועד היום עבר בהיפושים אחרי הילד שהוסתר מאמו; והסתרה זו אינה אלא הוספת חטא על פשע החטיפה. בגסיבות אלו אין כל נפקא מינה מה אורך הזמן שעבר מאז מתן פסק הדין ועד היום"⁴⁵. הטענה – הלגיטימית כשלעצמה – שהגסיבות השתנו עד כדי הכרח לשנות את פסק הדין הקודם, היא טענה הראויה להתברר בפני בתי המשפט המוסמכים בצרפת דווקא. הצו-על-תנאי נעשה למוחלט והאומנת חוייבה למסור את הילד לרשות אמו.

בפרשת פלוגית נ. אלמוזני⁴⁶ התגלע סכסוך בין הורים לגבי החזקת שלוש בנותיהם. האם העותרת נישאה לאב המשיב בשנת 1957, בהיות שניהם תושבי ארצות-הברית. מנישואים אלה נולדו להם שלוש בנות – הראשונה בשנת 1960, השנייה בשנת 1963 והשלישית בשנת 1964. בשנת 1966 חתמו בני הזוג על הסכם פירוד, לפיו יהיו הילדות במשמורת האב ואילו האב יורשה לבקרן ואף לקחתן לביתו לעתים מזומנות. האב התחייב במפורש שלא להוציא את הבנות מתוך תחום השיפוט של מדינת ניו-יורק. שלוש פעמים גיסה האב להניע את בתי המשפט בניו-יורק לצוות על מסירת הילדות לרשותו, אך נכשל בגסינותיו אלו. בשנת 1969 אישר בית המשפט בניו-יורק מחדש את זכותה של האם למשמורת הבנות. בראשית אוגוסט 1971 נטל האב (שנישא בינתיים בשנית) את הילדות אליו לחופשת הקיץ בהתאם להסכם. האם הסכימה לכך שהילדות יבלו את החופשה, יחד עם האב ובני משפחתו החדשה, בישראל. לאמיתו של דבר מכר האב את ביתו בניו-יורק ונסע לישראל במטרה להשתקע בה. בסוף חודש אוגוסט כתב האב לאם כי – "קמה עכשיו האפשרות שאוכל לחיות ולעבוד בישראל", כי היא זה ל"טובת כל משפחתי להישאר כאן" וכי הוא מתכוון לגור בירושלים ואף רשם כבר את הילדות בבית-ספר. האם פנתה לבית המשפט הגבוה לצדק בבקשה לצו הביאס

43 צו המשמורת לזכות האם אושר שוב ב-1966 וב-1967 בבתי-משפט בצרפת.

44 שם, בעמ' 374.

45 שם, שם. השווה קביעה מרחיקת לכת זו עם דברי השופט י. כהן בפסק-דין לנדרר, שם, בעמ' 269: "אין בית המשפט בעניינים מסוג זה מעניש הורה מפר חוק ומעניק פרס להורה שומר חוק, אלא התנגדות הורה היא רק אחד מהשיקולים שבית-המשפט מביא בחשבון, כשרוא פוסק לפי טובתו של הילד...".

46 בג"צ 391/71, כ"ו פד"י (1), עמ' 85.

קורפוס. הצוי-על-תנאי בוטל, ברוב דעות, לגבי הבת הגדולה ונעשה מוחלט לגבי הבנות הקטנות.

כל שלושת השופטים שישבו בדין (מ"מ הנשיא (זוסמן), השופט קיסטר והשופט י. כהן) היו תמימי דעים, כי יש להורות על החזרת שתי הבנות הקטנות לאמן האמריי-קאית, כמצוות פסקי הדין הניו-יורקים בנדון⁴⁷. באשר לילדה הגדולה, שהיתה בעת הדיון בבית המשפט העליון בת אחת-עשרה שנה ו-9 חודשים, נחלקו הדעות. השופטים קיסטר וי. כהן סברו, שיש להתחשב ברצונה הנחוש להשאר בבית אביה ואין לכופה לחזור לאמה ולארצות-הברית על אפה ועל חמתה, באשר כפייה כזו תהיה בניגוד לטובתה⁴⁸. כמובן שאם תסכים לחזור, לא יהיה האב רשאי לעכבה. מ"מ הנשיא זוסמן, לעומת זאת, לא ראה מקום לייתס ממשקל מיוחד לרצונה של הילדה הגדולה וגרס, כי יש לצוות על החזרת כל שלוש הבנות לאמן.

מתן ההלכות המסתמנות ממיגוון זה של דעות רוב ומיעוט של שופטי בית המשפט העליון? האם ניתן בכלל לעצב פתרונות שיטתיים בסוגייה של חטיפת ילדים? סבורנו שכדי לגבש תמונה ברורה של הבעייה הנדונה עלינו לאתר, קודם כל, את האינטרסים הרלבנטיים, לסמן את הפתרונות האפשריים ולבור לנו את ההסדר ההולם, אפילו אין הוא אלא בנחינת הרע במיעוטו בנסיבות הענין. נבחין, לצורך הדיון, בין מקרי חטיפה בטרם ניתן פסק משמורת על-ידי בית-משפט מוסמך בחו"ל, לבין מקרי חטיפה תוך הפרה של פסק זה.

I. חטיפת ילדים בטרם ניתן פסק משמורת בחו"ל

א. האינטרסים הרלבנטיים

1. "טובת הילד".
2. לא לתת יד לחטיפות, "שלא יצא תוטא נשכר"⁴⁹.

47 ראוי להעיר, כי השופט קיסטר הצטרף בחוסר רצון בולט למסקנה זו. בעמ' 98 של פסקי-הדין הוא כותב: "אכן, מדיניותו של בית-משפט זה היא למעט במידת האפשר בשקילת טובת הילד אחרי שהדבר נפסק בחוק-לארץ הקופת לא ארוכה לפני שהענין הגיע לפניו... לגבי הילדות הקטנות הייתי אומר, שלפי הפסיקה הקיימת יש לצוות עליו למסור אותן לאמן ויחדינו מחדש בחוק-לארץ... מכיוון שמבין אנשי שחברי לא יסכימו לשינוי הפסיקה" (ההדגשה שלנו - ע.ש.).

פסק-דינו של השופט קיסטר שופע מימרות בדבר זיקתם של ילדים יהודים לישראל. כך, למשל, הוא מכריז בעמ' 94 כי - "אכן, אזהבים ילדים טיולים ונסיעות ואחרי כן נעים להם לחזור למולדתם, אך כאשר מדובר על ילד יהודי שנולד בתפוצות ובא לישראל, המצב הוא שונה. אי-אפשר לעצום את העינים מן התופעה של ימינו שיהודים - זקנים וצעירים - ... כמהים לבוא ארצה ולהשתקע בה... האם אין זה טבעי שילדות בגיל בית-ספר שניתן להן לבוא לישראל, לחיות בירושלים, ללמוד בבית-ספר עברי ולראות מדינה יהודית קיימת - תמצאנה קורת רוח כמגוריהן בארץ?" קשה לאמץ אמירות אלה, שיש בהן לא מעט מן ההכללה והפשטנות, כתהליף לבדיקה קונקרטיית-אינדיבידואלית של "טובת הילד" בכל מקרה ומקרה.

48 שופטי הרוב לא התייחסו כלל לאפשרות, שהפירוד בין הבת הגדולה לבין אחיותיה הצעירות עלול לפגוע בטובתן. סבורנו שמן הראוי היה לשקול אפשרות כזו.

49 כדברי השופט ויחקון בפסק-דין לנדרר הנ"ל, בעמ' 274: "... עצם החטיפה הוא עוול בפני עצמו, שרק במקרים הנדירים ביותר... מותר לבית-משפט זה להשלים עמו".

3. לא להפוך את ישראל ל"עיר מקלט" של חוטפים וחטופים יהודים.

ב. פתרונות אפשריים

1. לצוות בכל מקרה על החזרה מיידית של הילד לארץ מוצאו וכך להשיב, ללא דחייה, את המצב לקדמותו. בית המשפט המוסמך בארץ המוצא יוכל, אם יתבקש לכך, לדון ולהכריע בענין המשמורת.
2. לצוות בדרך כלל על החזרה מיידית של הילד לארץ מוצאו, אלא אם כן קיימות נסיבות מיוחדות השוללות – מטעמי "טובת הילד" – אפשרות זו והמחייבות דיון והכרעה בשאלת החזקתו על-ידי בית-משפט ישראלי.
3. להפנות את הצדדים לבית המשפט המחוזי בישראל, על מנת שידון ויכריע לגופה של שאלת ההחזקה בהתאם לעקרון "טובת הילד". במקרים מיוחדים, כשהתמונה העובדתית ברורה ו"טובת הילד" היא הדומיננטית ואינה מצריכה חקירה מפורטת ויסודית, יוכל בית המשפט הגבוה לצדק בעצמו להחליט בענין ההחזקה.

סבורנו שיש לאמץ את הפתרון השלישי, וזאת מכמה טעמים. ראשית, אל לו לבית המשפט המחוזי להתחמק ממיצוי סמכותו השיפוטית הקיימת – לפי הוראות סעיף 76(2) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב–1962 – כל אימת "שהצורך לעשות כן התעורר בישראל". שנית, הובתו הראשונה במעלה של בית המשפט הישראלי בסוגיית משמורת קטינים היא – להחליט בהתאם ל"טובת הילד", במסגרת השיקולים הצריכים לענין זה והמקובלים בתפיסה המשפטית המקומית.⁵⁰ חובה זו מקבלת משנה תוקף כאשר הלפה תקופת זמן ניכרת מאז הובא הילד ארצה ועד שהחלו כאן התליכים השיפוטיים. שלישית, יסוד ה"חטיפה" מצטמק, אם לא נעלם כליל, כשהבאת הילד לישראל לא היתה בניגוד לפסק כלשהו של בית-משפט בחו"ל, ומכל שכן כשלא היתה כרוכה בהפרה ממשית של הסכם קודם בין הצדדים.

יחד עם זאת, ראוי להמליץ שבית המשפט המחוזי יתן עדיפות מירבית לתיקי משמורת קטינים שהובאו מחו"ל וידון בהם בדחיפות ובמהירות האפשרית.⁵¹ רצוי גם להעמיס את נטל ההוכחה בדבר "טובת הילד" על הצד ששיגה את הסטוס-קוו והמבקש לקבל להחזקתו את הקטין.

50 כפי שציין השופט י. כהן בפסק-דין לנדרר הנ"ל, בעמ' 269: "... השיקול העליון הוא טובת הילדה, ושיקולים חשובים אחרים כגון הצורך להרתייע בפני הטיפת ילדים בחוק-לארץ והבאתם ארצה, והחשש פן תיהפך הארץ למעין עיר-מקלט למי שעושה דין לעצמו, חייבים להידחות בפני השיקול של טובת הילדה". בי"ע"א 209/54 שטיינר נ. היוה"מ, ט' פד"י, 241 העיר השופט זילברג, בעמ' 251: "מבחן טובת הילדים, לדעתי לא יימלט בו אחד מן השניים: או שאינו שיקול רציני כלל, או שמתחשבים בו, ובו בלבד, כגורם החלטי, מכריע, הדוחה (במקרה התנגשות) כל שיקול אחר. פטרה לא תתכן כאן; הוא אינו ניתן לחלוקה ואין למוגו ולערבבו באיזה שהוא שיקול אחר".

51 כמוצע על-ידי השופט לבדוי בפסק-דין לנדרר הנ"ל, בעמ' 280. הסכנה בהתמשכות הדיון, בשל עומס העבודה של בתי-המשפט או כתוצאה מסחבת מכוונת, היא בכך ש"כל יום וכל שבוע העובר והילד בידי החוטף יוצר עובדה מוגמרת... ברבות הימים יבואו מומחים לתורת הנפש והחינוך ויוכיחו לנו באותות ובמפתים, שכעת התרגל כבר הילד לסביבתו החדשה בארץ ושאין לעקור אותו ממנה" (דברי השופט ויתקון בפסק-דין לנדרר הנ"ל, בעמ' 274. ראה גם בעמ' 276).

II. חטיפת ילדים בניגוד לפסק משמורת שניתן בחו"ל

א. האינטרסים הרלבנטיים

1. "טובת הילד".
2. לא לתת יד לחטיפות ולא לסייע בידי מי שעושה דין לעצמו.
3. לא להפוך את ישראל ל"עיר מקלט" של חוטפים וחטופים יהודים.
4. לכבד פסקים של בתי-משפט מוסמכים כמדינת חוץ (שהיא, ברגיל, מדינת מרכז החיים של הקטין והוריו).⁵²

ב. פתרונות אפשריים

1. לכבד את פסקי-החוק ולצוות בכל מקרה על החזרה מיידית של הילד לארץ מוצאו וכך להשיב, ללא דיחוי, את המצב לקדמותו. בית המשפט המוסמך בארץ המוצא יוכל, אם יתבקש לכך, לדון מחדש בענין המשמורת ואולי לשנות מהחלטתו הקודמת בנדון.⁵³
2. להתעלם מפסקי-החוק ולהפנות את הצדדים לבית המשפט המחוזי בישראל, על-מנת שידון ויכריע לגופה של שאלת ההחזקה בהתאם לעקרון "טובת הילד". במקרים מיוחדים, כשהתמונה העובדתית ברורה ו"טובת הילד" היא חד-משמעית ואינה מצריכה חקירה מפורטת ויסודית, יוכל בית המשפט הגבוה לצדק בעצמו להחליט בענין ההחזקה.⁵⁴
3. לכבד בדרך-כלל את פסקי-החוק ולצוות ברגיל על החזרה מיידית של הילד לארץ מוצאו, אלא אם כן קיימות נסיבות מיוחדות השוללות — מטעמי "טובת הילד" — אפשרות זו והמחייבות דיון והכרעה בשאלת ההחזקה על-ידי בית-משפט ישראלי. במקרה כזה יש להפנות את הצדדים לבית המשפט המחוזי בישראל, על מנת שידון ויכריע לגופה של שאלת ההחזקה בהתאם לעקרון "טובת הילד", אם התמונה העובדתית ברורה ו"טובת הילד" היא חד-משמעית ואינה מצריכה חקירה מפורטת ויסודית, יוכל בית המשפט הגבוה לצדק בעצמו להחליט בענין ההחזקה.⁵⁵ על הצד שעשה דין לעצמו, ברצותו לשנות את הסטטוס-קו, יוטל עומס ההוכחה בדבר קיומן

52 בלשון השופט ויתקון בפסק-דין לנדרר הנ"ל, בעמ' 272: "כיבוד שיפוטם של בתי-משפט זרים". בפסק-דין פלונית נ. אלמוני הנ"ל, כתב מ"מ הנשיא (זוסמן), בעמ' 90, את הדברים הבאים: "... משנדון הענין על-ידי בית-משפט זר בתוקף סמכותו, אין אנו נוקטים כאן לתביעת שינוי. לא זו בלבד שהדבר אינו מתיישב עם הנורג של מדינות נאורות, המכבדות זו את פסקי הדין של מדינה אחרת, אלא שבית המשפט שכבר דן בפרשה... הוא מסוגל מאין כמותו לפסוק באיזו מידה הוכח שינוי המחייב לשנות ממסקנתו הקודמת... מפני תיקונו של עולם, אין לפתוח פרשת המשמורת מחדש בפני פורום אחר, כל אימת שתורה מצליח להעביר ילדים אל שיפוטו של בית משפט אחר".

53 ראה פסק-דין דקן נ. קוהן הנ"ל, בו הורה השופט ח. כהן שיש להחזיר את הילד לידי אמו הצרפתית, וזאת למרות שחלפה כבר תקופת זמן ארוכה יחסית מאז פסקו בתי-המשפט בצרפת בענין משמורתו של הילד. ראה גם את דעת המיעוט של מ"מ הנשיא (זוסמן) בפסק-דין פלונית נ. אלמוני הנ"ל.

54 נטיית-מה בכיוון זה מבצבצת מפסק-דינו של השופט קיסטר בפרשת פלונית נ. אלמוני הנ"ל. 55 כך פסק בתי-המשפט העליון, ברוב דעות, לגבי הילדה הגדולה בפרשת פלונית נ. אלמוני הנ"ל.

משמורת קטינים – "טובת הילד" וחכרת בפסקי-חוק

של גסיבות מיוחדות המחייבות, מטעמי "טובת הילד", שלא יכובד פסקי-חוק ושייקבע הסדר החזקה שונה.

גסיבות מיוחדות, לצורך זה, יכול שיכללו את המקרים הבאים:

- (1) מאז ניתן פסקי-חוק חלפה, מסיבה זו או אחרת⁵⁶, תקופת זמן ממושכת.
- (2) מאז מתן פסקי-חוק חלו שינויים משמעותיים בגסיבות ואין בית המשפט הגבוה לצדק רואה טעם לשלוח את הצדדים לפורום הזר על-מנת שיתדיינו שם מחדש בענין המשמורת⁵⁷.
- (3) הילד נשוא-הדיון גדל בינתיים ויש להתחשב, מטעמי טובתו, במשאלות לבו⁵⁸.

הפתרון השלישי נראה לנו כרצוי ביותר, באשר יש בו משום איזון גאות של האיני-טרסים הרלבנטיים. הוא נותן ביטוי לרצון לכבד פסקים זרים ולא לסייע בידי חוטפים, אך מעמיד, בסופו של דבר, את עקרון "טובת הילד" בראש מערכת השיקולים הצריכים לענין. גם במקרים אלה ראוי שבית-המשפט המחוזי ידון ויפסוק בענין החזקה במהירות המירבית. וכאמור, הצד שעשה דין לעצמו חייב להצביע על סיבה משכנעת, המעוגנת בגסיבות המיוחדות של המקרה לאור שיקולי "טובת הילד", שיש בה כדי למנוע את בית המשפט הגבוה לצדק מלהשתמש בשיקול דעתו לטובת הצד המסתמך על פסקי-חוק.

56 ואפילו באשמתו של הצד שעשה דין לעצמו.

57 וזאת, למשל, כיון שבית-המשפט הגבוה לצדק משוכנע, שבשל השוני שנתחולל במצבם של הצדדים המעורבים אין עוד לקיים את הסדר החזקה הקודם, או כיון שמחמת סיבה ממשית כלשהי אין בית-המשפט הגבוה לצדק סומך על הפורום הזר שיתן את המשקל הראוי לשינויים שחלו.

58 כפי שקרה, אליבא דדעת הרוב, בפרשת פלוגית נ. אלמזני הנ"ל.