

**העותרים:** 1. פלונית

2. פלונית

3. פלוני

4. פלוני

5. האגודה לזכויות האזרח בישראל

6. כייאן - ארגון פמיניסטי

7. מואססת חדאנאת אלנאסרה

8. סיוע לנשים ונערות נגד אלימות

9. שדולת הנשים בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד סוניה בולוס ו/או דן יקיר ו/או דנה אלכסנדר ו/או אבנר פינצ'וק ו/או מיכל פינצ'וק ו/או עאוני בנא ו/או לילה מרגלית ו/או באנה שגרי-בדארנה ו/או שרון אברהם-ויס ו/או לימור יהודה ו/או עאזם בשארה ו/או עודד פלר מהאגודה לזכויות האזרח בישראל רח' העצמאות 102 חיפה 31336 טל': 8526333/4/5-04 ; פקס: 8526333-04

- נגד -

**המשיב:** 1. בית-הדין השרעי לערעורים

רח' כנפי נשרים 7  
ת"ד 34331 ירושלים

2. בית-הדין השרעי בחיפה

רח' ח'ורי 2  
ת"ד 45462 חיפה 31000

3. פלוני

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה למשיבים 1 ו-2, המורה להם לבוא וליתן טעם מדוע לא יבוטלו פסקי דינם, לפיהם הועברה המשמורת על העותרים 2-4 מהעותרת 1 למשיב 3.

### **בקשה לקביעת דיון דחוף ביותר בעתירה**

1. עניינה של עתירה זו הוא החלטותיהם של המשיבים 1 ו-2 להעביר את המשמורת על העותרת 2, שהינה בת 10, העותר 3, שהינו בן 9, והעותר 4, שהינו בן 7 ממשמורת אמם, העותרת 1 (להלן - "העותרת"), למשמורת של אביהם, המשיב 3 (להלן - "המשיב").
2. החלטה זו התבססה בעיקר על חזקה הלכתית-שרעית, שעל-פיה טובתו של ילד מעל גיל 7 וילדה מעל גיל 9 להיות אצל אביהם, זאת, בניגוד גמור להוראות חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 (להלן: "חוק הכשרות") וחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951 (להלן: "חוק זכויות האשה").
3. זאת ועוד, החלטתו של המשיב 2 התקבלה ללא כל תשתית עובדתית ראויה לשמה, תוך הפרה בוטה של עקרון טובת הילד, שמהווה עקרון על לצורך ההכרעה בענייני משמורת על קטינים. הדבר בא לידי ביטוי במתן החלטה ללא הסתמכות על תסקיר של פקידת סעד או גורם מקצועי אחר, ותוך פסילת תסקיר של פקידת הסעד, שלוותה את המשפחה במשך שנים ארוכות, בטענה, כי לא הוגש עותק מקורי של התסקיר, וכי מדובר בתסקיר ישן יחסית.
4. לא זו אף זו, המשיב הוא פלסטיני מחברון שקיבל אזרחות ישראלית עקב נישואיו עם העותרת. הוא הצהיר בהזדמנויות שונות במהלך הדיונים בסכסוך המשמורת נשוא עתירה זו, כי הוא מתגורר בו-זמנית הן ב..... והן בחברון. המשיב 2 החליט להעביר את המשמורת על העותרים 2-4 למשיב מבלי לחקור אותו על הצהרה זו ומבלי לבדוק את השלכותיה על העותרים 2-4, בהנחה שהוא יקבל אותם.
5. **יודגש, כי העותרים 2-4, שהועברו למשמורת אביהם ביום 9.1.06, כעת הם מתגוררים בחברון, שם הם במשך שלושה שבועות מחוץ לכותלי בית הספר.**
6. בנוסף, העותרים 2-4, ובמיוחד העותרת 2, הלינו בפני אמם על יחסו השלילי של אביהם כלפיהם, וטענו, כי הוא מחטיף להם סטירות כשהם רבים איתו. אי לכך, העותרת הגישה

תלונה במשטרה ביום 20.1.05, אך בשל היעדר חוקר נוער ערבי, החקירה של העותרים -2-4 נדחתה בשבוע.

7. ביום 1.2.06 התקשרה העותרת למשטרת חיפה כדי לברר לגבי המשך הטיפול בתלונה, ואז נודע לה, כי התלונה הועברה למשטרת חברון. ביום 2.2.06 פנתה הח"מ בכתב למשטרת חברון, וביקשה לברר האם התקבלה החלטה לגבי המשך הטיפול בתלונה. בפנייה הובהר, כי המידע הנדרש הינו חיוני לטיפול משפטי בעניין המשמורת על העותרים 2-4. עד למועד הגשת העתירה לא התקבלה תשובה.

#### **מצ"ב העתק של הפניה כנספח ע/1.**

8. זאת ועוד, העותרת 2 סובלת מבעיה רפואית של בריחת שתן בלילה, והעותרת דאגה לכך שהילדה תקבל טיפול אצל רופא מומחה. הילדה השתמשה במכשיר בשעות הלילה, שמצפצף כדי להעיר במידת הצורך. אחרי תקופה ממושכת של טיפול מצבה של הילדה השתפר באורח ניכר. עם העברתה למשמורת של המשיב חלה רגרסיה במצבה. בביקור השני של הילדה אצל העותרת, הבחינה האחרונה בכתמים אדומים ובפצעים אצל העותרת 2 באזור הפות. העותרת 2 עברה בדיקה במיון ילדים בבית חולים בני ציון בחיפה, והיא אובחנה כסובלת מפטרייה, וכי הפצעים נגרמו כתוצאה מגירוד. הרופא המליץ על טיפול מקומי באגיסטון. בריחת השתן המלווה בהזנחה ובהיעדר היגיינה נאותה אחראים במידה רבה להופעת פטרייה באזור רגיש זה.

**מצ"ב העתק של הדו"ח הרפואי מבית חולים בני ציון כנספח ע/2(א); מצ"ב העתק של דו"ח מעקב אצל הרופא המטפל כנספח ע/2(ב).**

9. לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על קיום דיון דחוף בעתירה.

#### **ואלה נימוקי העתירה:**

#### **העותרים**

1. העותרת הינה ערבייה תושבת ..... , שנולדה למשפחה נוצרית, אך התאסלמה עובר לנישואיה עם המשיב. העותרת עובדת כמטפלת סיעודית לפרנסתה.
2. בשנת 1994 נישאה העותרת למשיב, שהינו ערבי מוסלמי יליד חברון, והוא התאזרח עקב נישואיו עמה. הם התגרשו בשנת 2001.

3. במהלך נישואיהם של העותרת והמשיב נולדו להם בת ושני בנים : ..... , העותרת 2, שנולדה ביום ..... , העותר 3, שנולד ביום ..... , ו..... , העותר 4, שנולד ביום .....

4. העותרים 5-9 הם ארגוני זכויות אדם, העוסקים בקידום זכויות נשים, והם הקימו בשנת 1995 קואליציה, הנקראת "ועד הפעולה לשוויון בענייני אישות". הקואליציה הוקמה למען קידום השוויון בין המינים בענייני אישות בחברה הפלסטינית בישראל.

## הרקע העובדתי

### א. המחלוקת בין העותרת לבין המשיב על החזקת ילדיהם

5. העותרת והמשיב נישאו זו לזה בשנת 1994. העותרת, אשר נולדה למשפחה נוצרית, התאסלמה עובר לנישואיה שנערכו בטכס מוסלמי. בני הזוג התגוררו ב..... במהלך נישואיהם.

10. נישואיהם של בני הזוג עלו על שרטון, זאת עוד לפני שנולד העותר 4. הסכסוך בין בני הזוג נמשך תקופה ארוכה, עד כדי הוצאת צו הרחקה נגד המשיב בזמן שהעותרת הייתה בהריון עם הילד השלישי. ניסיונותיהם של בני הזוג לשקם את מערכת היחסים ביניהם לא צלחו, והם התגרשו בשנת 2001 אחרי מאבק גירושין מר, שבמהלכו הוגשו תביעות שונות הן לבית המשפט לענייני משפחה והן לבית הדין השרעי בענייני משמורת, מזונות ומדור, ותלונות רבות למשטרה, על-ידי שני הצדדים, בגין תקיפה, הטרדה והפרה של צו הרחקה, והפרה של הסדרי הראייה של הילדים.

11. יצוין, כי סוגיית המשמורת על העותרים 2-4 הוכרעה לראשונה על-ידי בית הדין השרעי בחיפה ביום 25.6.00 עוד לפני הגירושין. אז החליט הקאדי אסדי להעביר את העותרים 2-4 למשמורת העותרת. הקאדי אסדי קבע עוד, כי הסדר הראייה יהא על-פי המלצותיה של פקידת הסעד. המשיב ניסה את מזלו שוב, והוא הגיש תביעה חדשה למשמורת על העותרים 2-4 בחודש ספטמבר 2000 בטענה, כי העותרת המירה את דתה לנצרות. תביעתו זו נדחתה וגם הערעור שהוא הגיש בגינה נדחה משום שהוא לא הוכיח, כי העותרת אכן המירה את דתה לנצרות.

### **מצ"ב העתק של החלטת המשמורת הראשונה כנספח ע/3.**

12. המשיב נישא בשנית אחרי גירושו מהעותרת, ונולדו לו ולאשתו השנייה בת ובן.

13. ביום 20.3.05 הגישה העותרת תביעה לתיקון סדרי הראייה בין המשיב לבין העותרים -2-4. בתביעה נטען, כי המשיב גורם נזק לילדיו משום שהוא מסית אותם נגד בני משפחתה של העותרת בשל היותם בני העדה הנוצרית, ומכביד עליהם ומבלבל אותם בדיבוריו, בין היתר, על "הקונפליקט" בין מוסלמים לבין נוצרים. בתביעה נטען עוד, כי אשתו של המשיב מסרבת לקבל את הילדים בביתה באופן שגורם לילדים להרגיש דחויים. בתביעה נתבקש בית-הדין השרעי לקבוע, כי הביקורים של המשיב אצל העותרים 2-4 יתקיימו במרכז הקשר ב..... תחת פיקוח, כדי למנוע ממנו לגרום להם נזק לילדים, בשל המסרים הקשים שהוא מעביר להם.

### **מצ"ב עותק של התביעה כנספח ע/4.**

14. בתגובה לתביעה זו, הגיש המשיב ביום 29.3.05 תביעה למשמורת על העותרים 2-4. בתביעה נטען, כי העותרת חזרה לנצרות והיא מגדלת את העותרים 2-4 כנוצרים, ועל כן יש להעביר את המשמורת על הילדים אליו.

### **מצ"ב עותק של התביעה כנספח ע/5.**

15. יודגש, כי המשיב ציין בכתב התביעה באופן מפורש, כי הוא מתגורר בו זמנית הן בחברון והן ב....., וכי הוא מחלק את זמנו בין שתי הערים "בהתאם למצבו". כלומר - המשיב הודה באופן מפורש שהוא אינו מתגורר באופן קבוע ב.....

16. המשיב 2, בית הדין השרעי בחיפה (להלן - "בית הדין השרעי"), החליט לאחד את הדיון בשני התיקים. בדיון הראשון, שהתקיים ביום 18.4.05, המשיב חזר על טענותיו, כי העותרת מגדלת את ילדיהם כנוצרים, וכי הוא מחלק את זמנו בין..... לבין חברון.

17. העותרת הציגה בדיון תעודה ממשרד הפנים, המוכיחה שהיא עדיין רשומה כמוסלמית, אך העותרת הבהירה בפני בית הדין השרעי שהיא אינה מתפללת, וכי היא מנהלת אורח

חיים חילוני. העותרת ציינה, כי אמה לקחה את הילדים לכנסייה פעמיים בלבד, אך היא ביקשה ממנה שלא לקחת אותם עוד מהחשש, כי הדבר יבלבל אותם. היא טענה עוד, כי היא ביקשה מהחונך של הילדים מתוכנית פר"ח, שהוא בחור מוסלמי, ללמד את בניה שיעורי דת.

18. בתום דיון זה הורה בית הדין השרעי למשיב להגיש כתב תביעה מפורט ולעותרת להציג ראיות המוכיחות, כי העברת המשמורת על העותרים 2-4 למשיב תגרום להם נזק.

#### **מצ"ב ההחלטה של בית הדין השרעי כנספח ע/6.**

19. ביום 16.5.05 הגיש בא-כוחו של המשיב כתב תביעה כאמור, המפרט את הטענות, שהועלו בכתב התביעה המקורי, בו הוא הסתמך בעיקר על שלושה תסקירים, שהוגשו על-ידי גב'....., פקידת סעד לסדרי דין (להלן – "פקידת הסעד") מתביעות קודמות בין בני הזוג. בכולם פקידת הסעד מציינת, כי נושא הדת, ובכללו החינוך הדתי של הילדים, מהווה סלע מחלוקת משמעותי בין בני הזוג. ההסתמכות על תסקיריה של פקידת הסעד נועדה להוכיח, כי העותרת אכן המירה את דתה לנצרות.

20. בכתב התביעה המתוקן נטען עוד, כי העובדה שהילדים מתגוררים בבית הוריה של העותרת, וכי הם לומדים בבית-הספר ".....", שהוא בית-ספר קתולי, מהווה הוכחה נוספת לטענתו, כי העותרת מגדלת את ילדיהם ברוח הנצרות. אלא שהוא שכח לציין, כי ילדיו למדו בבית ספר "....." עוד לפני שבני הזוג החליטו להיפרד ללא כל התנגדות מצדו, וכי אחוז לא מבוטל של התלמידים הלומדים בבתי ספר כנסייתיים אינם נוצריים.

21. המשיב טען עוד, כי האח של העותרת הוא כומר ידוע, ובתנאי ל..... הוא נדרש ללחוץ על אחותו לחזור בה מהחלטתה להתאסלם. יודגש, כי מדובר בטענת סרק שאין לה על מה שתסמוך, והיא נועדה כדי ליצור אנטגוניזם כלפי העותרת בבית הדין השרעי.

22. במקביל, העותרת הגישה תסקיר מאת פקידת הסעד, המאשש את טענותיה בדבר הלחצים שמפעיל המשיב על ילדיו. תסקיר זה הוכן לצורך ההכרעה בתביעה לתיקון סדרי הראיה. בתסקיר זה פקידת הסעד כותבת באופן חד-משמעי, כי המשיב אכן מעביר לילדיו מסרים קשים, בעיקר לגבי "הקונפליקט" הן האידיאולוגי והן המזוין בין נוצרים לבין מוסלמים. הדבר בא לידי ביטוי הן בהתנהגותם של הילדים והן בצירורים:

"בביקור הבית שערכתי בבית האם ..... שיחק עם משחקים שמבטאים מלחמה, משטרה, כלי נשק, פיצוצים. גם הציורים שלו מעידים על כך שהנושאים הללו מעסיקים אותו מאוד והוא לא פנוי רגשית ללימודים והדבר ניכר בהתנהגותו ואי יכולתו לתפקד בבי"ס. 2. הילדים ניסו לשתף אותי בחוויות שלהם והתרשמתי שהקשר עם האבא חשוב להם מחד אך הם מקבלים ממנו מסרים קשים".

### מצ"ב העתק של התסקיר כנספח ע/7.

23. פקידת הסעד המליצה לקיים את המפגשים בין המשיב לבין ילדיו במרכז קשר ב..... כדי שיתקיימו תחת פיקוח.

24. ברם, הקאדי עדוי, ששמע את התביעה, החליט שלא לקבל את התסקיר כראייה משום שמדובר בעותק לא מקורי של התסקיר, וגם משום שמדובר בתסקיר שהוכן שנה וחצי לפני הדיון השני שהתקיים בתיק. **יודגש, כי הקאדי עדוי בחר שלא לזמן את פקידת הסעד ובחר גם שלא להזמין תסקיר נוסף בעניין.**

25. העותרת הגישה ספר, לפיו מלמדים בבית-הספר ".....", שכולל פרקים על דת האסלאם. גם הפעם החליט הקאדי עדוי לא לקבל את הספר כראייה בטענה, כי לא הוכח שהוא אכן נכלל בתוכנית הלימודים של הילדים. הקאדי עדוי החליט לפסול גם את הציורים, שצייר העותר 3 בפני הפסיכולוג שמטפל בו, בטענה שלא ניתן להוכיח, כי אכן מדובר בציורים שצוירו על-ידי העותר 3, למרות שגם הפעם הקאדי עדוי יכול היה לזמן את הפסיכולוג כדי לברר האם אכן מדובר בציור של הקטין, ואם כן, מה ניתן ללמוד ממנו על מצבו הנפשי של העותר 3.

26. הקאדי עדוי החליט לזמן את העותרים 4-2 כדי לשמוע את דבריהם, ואכן ביום 15.9.05 הם נחקרו על-ידי הקאדי עדוי, שלא בנוכחות העותרת או בנוכחות בא-כוחה.

27. הקאדי עדוי נתן את פסק הדין באותו יום לאחר ששמע את דבריהם של העותרים 4-2. בפסק דינו הוא קובע, שהתרשם מעדותם של הילדים, כי העותרת הכינה אותם לקראת העדות והסיתה אותם נגד המשיב. זאת משום ששלושתם דיברו באותו טון שלילי על אביהם ושלושתם סירבו לכנות אותו אבא וקראו לו בשמו הפרטי.

28. במהלך חקירתם של העותרים 4-2, שלושתם דיברו על ביקור אחד אצל אביהם. באותו ביקור אשתו של המשיב סירבה לקבלם בבית, לכן הוא נאלץ לשבת עם ילדיו במסעדה.

מהעובדה שכולם סיפרו על תקרית זו, הקאדי עדוי הסיק, כי העותרת הכינה את ילדיה "באופן אינטנסיבי" לקראת הדיון, והוא בחר להתעלם מהאפשרות הסבירה ביותר, כי חווית דחייה זו, שהינה חוויה כואבת ביותר לילדים קטנים בגילם, תעלה במהלך עדותם של הילדים על קשריהם עם המשיב, והעדיף להגיע למסקנה, כי העותרת מסיתה אותם נגד המשיב.

29. הקאדי עדוי קבע עוד, כי העובדה שכל הילדים סירבו לעבור לגור אצל המשיב מלמדת, כי העותרת נוטעת בלבם שנאה כלפי אביהם, ובכך היא גורמת להם נזק בלתי הפיך, המחייב את בית-הדין השרעי להתערב כדי "להצילם". זאת כמובן תוך התעלמות מוחלטת מתסקיר פקידת הסעד, אותו הוא החליט לפסול, שמבהיר, כי המשיב מפעיל לחצים כבדים על ילדיו ומעביר להם מסרים קשים, וכי הוא אינו מקיים קשר סדיר איתם.

30. הקאדי עדוי קבע, כי בית הדין "חרד לדתם" של הילדים מפני העותרת, ומפני הסביבה שהם חיים בה. הוא מדגיש עוד, כי התעקשותו של העותר 4 לקרוא לעצמו בשם הלועזי "....." ולא בשמו המקורי ".....", והעובדה כי הילדים אינם יודעים להתפלל למעט פרק "אל-פאתחה", מעידות, כי אין להם כל קשר לאיסלם.

31. לקראת סוף פסק הדין השופט עדוי קובע באופן מפתיע, כי העותרת לא הפריכה את החזקה ההלכתית-שרעית, על-פיה טובתו של ילד מעל לגיל 7 וילדה מעל גיל 9 להיות אצל אביהם. על כן הוא החליט להעביר את המשמורת על העותרים 2 ו-3 לאביהם. כמו כן הוא קבע, כי יש להעביר גם את העותר 4 למשמורת של אביו, משום שטובתו מחייבת שלא להפרידו מאחותו ומאחיו הבכורים.

32. לגבי הביקור של העותרים 2-4 אצל העותרת, בית הדין קבע, כי הביקור אצל העותרת יתקיים בסופי שבוע.

**מצ"ב עותק של פסק הדין כנספח ע/ 8(א); מצ"ב תרגום פסה"ד כנספח ע/8(ב).**

33. ביום 21.9.05 הגישה העותרת ערעור על החלטתו של בית-הדין קמא, למשיב 1, בית הדין השרעי לערעורים (להלן - "בית הדין לערעורים"). בערעור נתבקש בית-הדין לערעורים לבטל את פסק הדין נשוא הערעור בהתבסס על טיעונים רבים, שעיקרם יפורטו להלן:

1. בית הדין שגה עת לא הכריע במחלוקת בין בני הזוג על-

ידי החלתו ויישומו של עקרון טובת הילד.



2. ההלכה השרעית שהחיל בית הדין עומדת בסתירה להוראות חוק הכשרות המשפטית ולהוראות חוק שיווי זכויות האשה, שכל בית דין דתי כפוף להם.
3. בית הדין שגה עת החליט לפסול את התסקיר של פקידת הסעד ולא להתייחס אליו בכלל.
4. עקרון טובת הילד מחייב חקירתו של המשיב בדבר יכולתו לספק לעותרים 2-4 תנאי מחייה הולמים ובכלל זה האם יש לו בית בישראל. אלא שבית הדין קמא פסק לטובתו של המשיב מבלי לברר עניינים אלה.
5. העובדה, כי העותרת לא מתפללת אינה מהווה עילה להעברת הילדים למשיב 3.

#### מצ"ב עותק של הערעור כנספח ע/9.

34. ערעורה של העותרת לבית הדין לערעורים נדחה מהטעמים שיפורטו להלן.
35. בית הדין לערעורים אימץ אותה חזקה שרעית, שעל-פיה טובתו של ילד מעל גיל 7 וילדה מעל גיל 9 להיות אצל אביהם, וקבע, כי העותרת לא הפריכה חזקה זו, וכי הראיות שהיא הגישה לבית הדין קמא, **אשר נפסלו ברובן על-ידי הקאדי עדוי**, אינן מוכיחות, כי העברת הילדים לאביהם תגרום להם נזק, אלא הן מוכיחות את תנאי מחייתם של העותרים 2-4 אצל העותרת.
36. בית הדין לערעורים דחה את טענתה של העותרת, כי בית הדין קמא לא שקל את טובתם של העותרים 2-4, תוך שהוא מדגיש, כי חזקת הגיל שהובאה לעיל משרתת את עקרון טובת הילד; וכדי להפריך חזקה זו, העותרת הייתה אמורה להוכיח את הנזק שייגרם לילדים אם יועברו לאביהם, שהוא בעל הזכות, ואין להסתפק בהוכחת מצבם הטוב אצלה.
37. בית המשפט דחה באופן נחרץ את הטענה, כי בתי הדין השרעיים כפופים לחוק הכשרות המשפטית ולחוק שיווי זכויות האשה, בציינו:

"לגבי טענתה [של העותרת] בדבר הטעות שנפלה בהחלטתו של בית הדין קמא בשל אי-החלתו את חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות משנת 1962 וחוק שיווי זכויות האשה משנת 1951 - אשר לטענתה מחייבים את

בתי הדין השרעיים - כפי שנקבע בפסיקתו של בית המשפט הגבוה לצדק, אנו אומרים, כי הנוהג של בתי הדין השרעיים קובע שלא להתבסס על חקיקה אזרחית שאינה שאובה מהשריעה הנשגבת. זאת, משום שמקור משפטנו הוא השריעה הנשגבת שטומנת בחובה סדר משפטי כוללני ושלם. אנו אמרנו את זה קודם: השריעה הנשגבת היא סדר שלם וכוללני והיא אינה זקוקה לחוקים אזרחיים לחיזוקה". (התרגום שלי, ס' ב').

38. לגבי טענתה של העותרת בדבר אי-הסתמכותו של בית הדין קמא על התסקיר של פקידת הסעד, בית הדין לערעורים קבע, כי העותרת הגישה תסקיר ישן יחסית, לכן בית הדין קמא היה מוסמך לשקול אם לקבלו כראיה אם לאו, וכי החלטתו לפסול את התסקיר אינה מהווה עילה לביטול פסק הדין. בית הדין לערעורים מוסיף באופן שאינו מתיישב עם קביעתו הקודמת, כי הוא היה מעדיף שבית הדין קמא היה מבקש תסקיר מטעם שירותי הרווחה לעניין המשמורת.

39. לקראת סוף פסק דינו, בית הדין לערעורים כותב בהערת אגב, כי שייכותה הדתית של העותרת אינה מהווה שיקול רלבנטי לעניין המשמורת משום לא הוכח, כי היא המירה את דתה באופן רשמי, וכי גם אם דובר באם מוסלמית, החזקה שצוטטה לעיל חלה באותה מידה.

מצ"ב העתק של פסק הדין כנספח ע/10(א); מצ"ב תרגומו של פסק הדין כנספח ע/10(ב).

## ב. המסוגלות ההורית של העותרת

40. יודגש, כי לאורך כל שנות הסכסוך בין בני הזוג בעניין המשמורת על העותרים 4-2 ובסכסוכים נוספים הנוגעים לילדיהם, לא הוטל דופי כלשהו בתפקודה של העותרת כאם. זאת ניתן ללמוד מכל התסקירים שהוכנו על-ידי פקידת הסעד, גב'....., שמנהלת גם את הענף לאישות ואפטרופסות באגף לשירותי רווחה בעיריית..... (בעלת תואר שני בעבודה סוציאלית וותק של 23 שנה), כולל אותם תסקירים שצוטטו וצורפו לכתב התביעה המתוקן, שהוגש על-ידי המשיב.

41. למשל, בתסקיר מיום 24.12.00, שצוטט על-ידי המשיב, פקידת הסעד מציינת, כי:

"..... התנה את נושא הגט בכך שהילדים לא יהיו בידי אמם, אלא יועברו לפנימיות שם יגדלו על פי דת האיסלם. בשיחה עמי הסברתי לו כי..... היא אם חיובית ביותר וחמה ואין תוכנית להעביר את הילדים למוסדות" (ההדגשה שלי, ס' ב').

היא מוסיפה עוד:

"היא משקיעה את כל זמנה ויכולתה בחינוך הילדים ועל פי יכולתה מספקת את כל צרכיהם בחום".

### מצ"ב העתק של התסקיר כנספח ע/11.

42. בתסקיר האחרון, שהגישה פקידת הסעד מיום 28.1.04, אשר נפסל על-ידי הקאדי עדוי, היא מציינת שוב, כי:

"האם משתדלת לתת להם מסגרת, חינוך לערכים, חינוך לעצמאות והקפדה על מנהגי ניקיון והכנת שיעורי בית. יש לה קשר רציף וקבוע עם מערכת בית הספר, המורות והיועצת, והיא משתדלת לתת לילדים מערכת יציבה ובריאה בכל תחומי החיים".

### ראו נספח ע/7.

43. מתסקירי פקידת הסעד עולה במקביל, כי דווקא הקשר של המשיב עם ילדיו הוא בעייתי. כך, למשל, בתסקיר מי וס 24.12.00, שכאמור צוטט על-ידי המשיב, פקידת הסעד כותבת: "התרשמתי ש..... עדיין משמיץ את האם בנוכחות הילדים ובכך פוגע בהם וכן כנראה מראה העדפה לבן..... לעומת הבת".

44. בתסקיר נוסף שצוטט על-ידי המשיב מיום 27.2.00, פקידת הסעד כותבת:

"הוא [המשיב] מעוניין לראות את הילדים בתוך הבית וזה לדעתי מצב מאוד לא רצוי כי הילדים יחוו שוב צעקות, קללות ואלימות בין ההורים. כמו-כן..... טוען שאם לא אפעל על פי רצונו הוא יתלונן עלי שאיני ממלאת את תפקידי כראוי...הוא משתמש בהסדרי ביקור כסיבה לריב איתה ולהגיע למו"מ כפי שהוא מכתוב ו"מעניש" אותה ואת הילדים בנושא תשלומי כספים וזאת על אף שמצהיר שידאג וישלם את כל צרכי הילדים".

### מצ"ב עותק של התסקיר כנספח ע/12.

45. יודגש, כי המשיב סירב להיפגש עם פקידת הסעד לקראת הכנת התסקיר האחרון משנת 2004, וטען שאינו מוכן לדבר עם עובדת סוציאלית שאינה מוסלמית. בדו"ח זה, שנפסל כאמור על-ידי הקאדי עדוי, פקידת הסעד כותבת:

"באופן ממושך (מאז היכרותי את המשפחה)..... לא קיים קשר קבוע עם ילדיו. אני מתרשמת שהוא עסוק בהשרדות כלכלית וייתכן שבגלל שבנה משפחה חדשה הוא פנוי פחות לילדיו. גם כשהוא נפגש עמם המסרים שהוא מעביר על אמם...החשיפה של הילדים...לקונפליקט בין נוצרים ומוסלמים וכיו"ב - נושאים שלא קלים לילדים. מצב זה מעורר שאלה לגבי יכולתו להמשיך לראות את הילדים ללא מסגרת מפקחת. לפיכך אני ממליצה להעביר את הסדר הביקורים למרכז קשר שם האב יוכל לראות את הילדים באופן מסודר וקבוע".

46. מסקנותיה של פקידת הסעד נתמכות גם בחוות דעתה של גב'....., פסיכולוגית  
חינוכית, מיום 30.8.05. הפסיכולוגית טיפלה בעותר 2 בהתאם להמלצתו של הפסיכולוג  
של בית הספר:

"..... מתפקד ברמה אינטלקטואלית כללית גבוהה עם פער בין התפקוד  
המילולי לביצועי לטובת הביצועי דבר שמעיד על פוטנציאל יותר גבוה אבל  
אינו בא לידי ביטוי בתפקוד היום יומי והלימודי בשל בעיות רגשיות אשר  
מהוות מחסום להתקדמותו. בטסט בלטו אצל..... סימנים למתח וחרדה.  
הוא מוצף רגשית ואינו שולט ברגשות שלו. יכול להתפרץ באופן לא מבוקר.  
הממצא הכי בולט אצלו הוא תפיסתו את העולם כמקום לא מוגן כאשר  
הדמויות ההוריות הינם המקור לאי בטחון ובמיוחד דמות האב. בטסט עלו  
הרבה חרדות שגורם חיצוני כמו גברים או משטרה וחיילים יבואו ויהרגו את  
הילדים...הוא מאוד אמביוולנטי בקשר שלו עם האב. מצד אחד הוא מפחד  
וברח ממנו ורואה בו כדמות לא נותנת בטחון, מצד שני הוא מביע צורך  
בקשר שלו עם אביו" (ההדגשה שלי, סי' ב').

#### מצ"ב עותק של חוות הדעת כנספח ע/13.

47. מכל האמור לעיל עולה באופן חד-משמעי, כי לא הוטל דופי כלשהו בתפקודה של העותרת  
כאם, נהפוך הוא, מהתסקירים עולה שהיא אם חמה וחיובית, והיא אף למדה להיעזר  
בשירותי רווחה, קיבלה ייעוץ פסיכולוגי לגבי הטיפול בילדים, נמצאת בקשר טוב עם בית  
הספר והמורים של הילדים.

#### הטיעון המשפטי

48. אימוץ חזקת גיל, השאובה מנורמות דתיות, על-ידי המשיבי ס 1 ו-2 (להלן –  
"המשיבים"), והמקנה עדיפות לגברים במשמורת על בניהם שמעל גיל 7 ובנותיהם שמעל  
גיל 9, עומד בניגוד להוראות חוק הכשרות המשפטית, משום שחזקה זו אינה מתיישבת  
עם עקרון טובת הילד, כפי שנוסח בחוק הכשרות המשפטית.

49. זאת ועוד, ההחלטה של בית הדין השרעי, שאושרה על-ידי בית הדין לערעורים, לא  
התבססה על תשתית עובדתית ראויה, ובכך פעלו המשיבים באופן המנוגד לעקרון טובת  
הילד.

50. אימוץ חזקת גיל דתית, כאמור לעיל, מפלה את ציבור הנשים לרעה, ובכללן העותרת, והוא עומד בסתירה גמורה להוראות חוק שיווי זכויות האישה, שגם בתי הדין הדתיים כפופים להן.

51. התעלמותם של המשיבים מהוראות החקיקה האזרחית המופנות אליהם מהווה חריגה מסמכות, המחייבת את התערבותו של בית משפט נכבד זה, כדי להכריז על בטלות החלטותיהם של המשיבים.

#### **א. הפגיעה בעיקרון טובת הילד**

52. סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית קובע, כי לגבי בני זוג פרודים, שאינם מגיעים להסכמה בשאלה מי מהם יחזיק בילדיהם הקטינים, בית המשפט רשאי להכריע במחלוקת בין ההורים כפי שייראה לו לטובת הקטין. כלומר - עקרון העל, שאמור להנחות את בית הדין שדן במחלוקת על אחזקת ילדים, הוא עקרון טובת הילד. סעיף 79 לחוק הכשרות קובע במפורש, כי חוק זה חל על גם על בתי דין דתיים.

53. ברם, וכפי שהובא בפרק עובדתי של עתירה זו, המשיבים יישמו חזקת גיל שרעית שאינה מתיישבת עם הוראות חוק הכשרות המשפטית, והעבירו את המשמורת על הילדים מבלי להתבסס על תשתית עובדתית ראויה לשמה, ובכך הם הפרו את החובה החוקית המוטלת עליהם להכריע את הסכסוך בהתבסס על עקרון טובת הילד. לעניין תחולתו של עקרון זה על בתי הדין הדתיים ראו בג"צ 1842/92, בלויגרונד נ' בית הדין הרבני הגדול ואח', פ"ד מו(3) 423, 439 (להלן - "פרשת בלויגרונד"):

"בהתאם להוראות סעיף 25 לחוק הכשרות אמור בית משפט לקבוע בהחזקתו של קטין "כפי שייראה לו לטובת הקטין" - לאמור, טובת הקטין היא השיקול המכריע והיא האמורה להדריך את בית המשפט בהכרעתו - וסעיף 79 לחוק הכשרות מוסיף וקובע כי ציוויו של סעיף 25 מפנה עצמו לא אך אל בית המשפט אלא אף אל בתי דין דתיים בתחום סמכותם. הוראת סעיף 25 מכוונת עצמה, איפוא, במישרין אל בתי הדין הדתיים - לשון אחר: בתי הדין הדתיים חייבים ואמורים לפסוק על פיה - וטובתו של קטין היא שתכריע. התערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק נדרשת, איפוא - והיא תבוא - במקום שבית דין דתי לא פסק כמצווה עליו - עלפי טובתו של הקטין - אלא על-פי שיקולים שאינם בהכרח טובתו של הקטין".

54. עקרון טובת הילד מעוגן גם באמנה הבינלאומית לזכויות הילד משנת 1989 (להלן - "אמנת הילד"), שאושרה על-ידי מדינת ישראל והיא כיום מחויבת להוראותיה. סעיף 3 לאמנת הילד קובע:

1. In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.

55. ההחלה של חזקת הגיל השרעית, המקנה עדיפות לגברים במשמורת על בניהם שמעל גיל 7 ובנותיהם שמעל גיל 9, אינה מתיישבת עם עקרון טובת הילד, המעוגן בחוק הכשרות המשפטית. זאת משום שחזקה זו מנוגדת למציאות החברתית בישראל, שבה נשים, כפי שיפורט בהרחבה בפרק הבא, הן המטפלות העיקריות בילדיהן.

56. החלתה של חזקת גיל זו פוגעת בעקרון טובת הילד משום שהיא תביא להפרדתם של קטינים מאמהותיהן, שהן, ברוב המקרים, המטפלות העיקריות בהם. זאת כמובן ללא כל הצדקה עניינית ובאופן המנוגד לרוח חוק הכשרות המשפטית.

57. בנוסף, התגבשה בפרקטיקה השיפוטית גישה, המבוססת על מחקרים פסיכולוגיים, בעיקר על תאוריית ההתקשרות (attachment theory), המעודדת המשכיות ויציבות בקשרים, שפיתחו הילדים במהלך התקופה, שבה היו בחזקתו של ההורה המשמורן. המשכיות במשמורת מבטיחה יציבות בחייהם של הקטינים ומונעת מהם זעזועים מיותרים:

"על-פי תיאוריית ההתקשרות, קיימת נטייה מולדת ואוניברסאלית להתקשר אל מי שמכונן קשרים עם הילד. "לומר על ילד שהוא קשור אל מישהו או שיש לו התקשרות אל מישהו, משמעותו שהוא נוטה לחפש קרבה או מגע עם דמות ספציפית זו, והוא עושה זאת בסיטואציות מסוימות, במיוחד כאשר הוא מפוחד, עייף או חולה" (Bowlby 1984, P. 371).

כמו-כן מדובר בקשר רגשי נמשך בין הילד לבין המטפל; קשר רגשי זה מתפתח במשך שנת החיים הראשונה, וממשיך להתפתח ולהתגבש במשך תקופת הפעוטות, הילדות ואף מעבר לזה (Bowlby, 1984). כל זמינות קבועה ועקבית של קשר בין תינוק לבין דמות כלשהי מובילה להתקשרות עם דמות זאת. הילד יוצר התקשרות גם לאב וגם לאם באופן בלתי תלוי. יתרה מכך, התערבות מקצועית המרשה לעצמה פירוק מערכות התקשרות אלה, מבלי לשקול היטב את העניין, עשויה לגרום לנזקים ולסיכונים אמיתיים לילד. (Gauthier, Fortin, & Jeliu, 2004)<sup>1</sup>

<sup>1</sup> אבי שגיגא שוורץ, טעויות שיפוטיות בענייני אימוץ: טובת הילד נפגעת כשחוות-דעת פסיכולוגיות אינן נתמכות בבסיס ידע ראוי, פסיכואקטואליה, אוקטובר 2004.

תאורייה זו מרתיעה מפני ניתוק או פגיעה בקשר בין הילד לבין ההורה המשמורן ללא סיבות מוצדקות. הפרקטיקה השיפוטית משקפת גישה זו, והיא נמנעת מקטיעת ההמשכיות במשמורת על ילדים בהיעדר נסיבות מיוחדות, הקשורות לטובתו של הילד.<sup>2</sup>

58. בנוסף, אין להתייחס לעקרון טובת הילד כמס שפתיים או כסיסמה ריקה. עקרון טובת הילד מחייב בראש ובראשונה, כי בית המשפט יבסס את החלטתו על תשתית עובדתית ראויה ובכלל זה על תסקיר של פקידת סעד, שבוחן את טובת הילד באופן עובדתי ואובייקטיבי, בהתאם לנסיבותיו המיוחדות של כל מקרה ומקרה. בעניין זה יפים דבריו של השופט חשין בפרשת **בלויגרונד**:

"הכרעה בעניין טובתם של ילדים - ובמקום שההורים אינם דרים תחת קורת גג אחת, ההכרעה אם יחזיק בהם האב או אם תחזיק בהם האם - הינה קשה מכל קשה, והרי לא תחת אלוהים הוא השופט. קשיים אלה בהכרעה, דווקא הם, חייבים להוליך למסקנה שבית-משפט יבקש לשמוע עוד ועוד אודות טובתו של ילד, מפי מומחים לדבר ואחרת. אכן, בית-משפט אינו קשור בחוות-דעתם של מומחים - האחריות להכרעה בית המשפט נושא בה, והיא בצד סמכות ההכרעה שבידי ו - ואולם כמי שאמור להכריע בסמכות ובאחריות, יבקש בית-משפט לאסוף חומר רקע ככל הניתן כדי להזין את שיקול-דעתו. ודומים הדברים לדרכי פעולתה הנאותות של רשות מינהלית, שעד שהיא מחליטה בנושא שלפניה חייבת היא לאסוף חומר שלעניין והוא בתשתית ההחלטה" (שם בעמ' 438).

ראו גם בג"צ 4238/03 לוי ואח' נ' ביה"ד הרבני הגדול ואח', פ"ד נח (1) 480, שם ביטל בית משפט נכבד זה את החלטתו של בית הדין הרבני הגדול בעניין המשמורת על קטינים וחינוכם בשל היעדר תסקיר מאת פקיד סעד:

"אף שמצאנו כי בית הדין האיזורי רכש סמכות בנושאים הנזכרים, הרי דין ההוראות שנתן בכל הנוגע להעברת הילדים למסגרת חינוכית דתית להתבטל. כזכור, הילדים התחנכו במסגרת חילונית במשך מספר שנים. לפני בית הדין האיזורי לא הובא תסקיר של פקידת סעד או חוות דעת מקצועית כלשהי בשאלה מהי טובת הילדים בכל הנוגע לחינוכם" עמ' 489.

59. ברם, בית הדין השרעי בחיפה הפר חובה זו בעניינם של העותרים 2-4 משום שהוא סירב להתייחס לתסקיר שהוכן על-ידי פקידת הסעד בטענה, כי לא מדובר בעותק מקורי, וכי מדובר בתסקיר ישן. גם אם נקבל את עמדתו של הקאדי עדוי, כי אין להסתמך על

<sup>2</sup> ראו גם מיכאל קורנילדי "מגמות חדשות בדיני משפחה: יישום עקרון השוויון בדיני הורים וילדים" שם הוא כותב: "חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, קובע כי באין הסכם בין הורים החיים בפירוד לעניין משמורת הילד, יקבע בית-המשפט את הסדר המשמורת: "כפי שייראה לו לטובת הקטין ובלבד שילדים עד גיל שש יהיו אצל אמם, אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת". כלל זה ידוע כ"חזקת הגיל הרך" והוא מעניק עדיפות כללית לאם, למעשה אף מעל גיל שש: אם ההורים נפרדו לפני שהילד הגיע לגיל 6, הילד נשאר אצל האם. כשהילד מגיע לגיל 6, סיכויי האב לקבל את הילד להחזקתו, אם המסוגלות ההורית של שני ההורים שווה, נחותים. טובת הילד מחייבת יציבות ודציפות באופן שהאם, שהילד נמצא במשמורתה עד גיל שש, נמצאת ביתרון, במובן זה, גם מעל גיל 6". ניתן לעיין במאמר ב:

[http://www.psakdin.co.il/fileprint.asp?FileName=/Mishpaha/Public/art\\_bmtb.htm](http://www.psakdin.co.il/fileprint.asp?FileName=/Mishpaha/Public/art_bmtb.htm)

התסקיר משתי הסיבות הללו, הרי שהייתה חובה לבקש מפקידת הסעד להכין תסקיר נוסף ולזמן אותה לדיון כדי לחקור אותה על ממצאיה.

60. יודגש, כי כתב התביעה המתוקן שהוגש על-ידי המשיב, מבוסס במידה רבה על תסקירה של פקידת הסעד משנת 1999 ומשנת 2000, אך בית הדין לא ראה שום פסול בכך.

61. החלטתו של בית הדין לערעורים שלא לבטל את פסק הדין, חרף קביעתו, כי הוא היה מעדיף ביסוסה של ההחלטה על תסקיר מאת פקידת הסעד תמוהה עוד יותר.

62. יודגש עוד, וכפי שצוטט בחלק עובדתי של עתירה זו, כי מהתסקיר האחרון של פקידת הסעד עולה תמונה בעייתית ביותר אודות המסרים הקשים, שמעביר המשיב לילדיו. קביעה זו כשלעצמה, גם אם לקאדי עדוי היו ספקות לגבי נכונותה, מחייבת אותו לפחות לברר את פשר הדבר.

63. יתר על כן, המשיב הודה באופן מפורש, ובהזדמנויות שונות, כי הוא מחלק את זמנו בין ..... לבין חברון. מחדלו של בית הדין השרעי בחיפה, אשר לא הפנה למשיב שאלות בסיסיות, המתחייבות מהצהרה זו, זועק לשמים.

64. בית הדין לא שאל את המשיב, שהוא כזכור יליד חברון, האם יש לו דירה הרשומה על שמו ב..... או האם הוא מתגורר בדירה שכורה ב..... בית הדין לא שאל אותו האם הוא מתכוון לגור עם הילדים ב..... או שמא הוא מתכוון להעבירם לביתו בחברון, ואיך הדבר ישפיע על לימודיהם של הילדים. בית הדין לא שאל אותו מי יפקח על הילדים בעת שהותו של המשיב בעיר האחרת. כל אלו הן שאלות בסיסיות ביותר, המתחייבות מנסיבותיו האישיות של המשיב, אך באופן תמוה ביותר בית הדין לא שאל אותם. בית הדין השרעי הסתפק בהצהרתה של אשתו של המשיב בדבר נכונותה לגדל את העותרים 2-4 מבלי לשאול אותה איך היא יכולה לעמוד בנטל זה כשהיא מגדלת גם את שני ילדיה הפעוטים.

65. לצערנו, וכפי שפורט בבקשה לקביעת דיון דחוף, תוצאות מחדלו של בית הדין השרעי (שקיבל גושפנקא של בית הדין לערעורים), כבר הוכחו בשטח. העותרים 2-4 שהו במשך שלושה שבועות מחוץ לכותלי בית הספר, שלושתם מתקשים בסביבתם החדשה בחברון, שנכפתה עליהם ללא כל הכנה מוקדמת חרף ידיעתו של המשיב, כי סביבה זו שונה במידה רבה מבחינה חברתית-תרבותית מהסביבה שגדלו בה ב.....

66. יתר על כן, העותרת 2 סובלת מבעיה רפואית של בריחת שתן בלילה, והעותרת דאגה לכך שהילדה תקבל טיפול אצל רופא מומחה. הילדה השתמשה במכשיר בשעות הלילה, שמצפצף כדי להעיר במידת הצורך. אחרי תקופה ממושכת של טיפול מצבה של הילדה



השתפר באורח ניכר. עם העברתה למשמורת של המשיב חלה רגרסיה במצבה. בביקור השני של הילדה אצל העותרת, הבחינה האחרונה בכתמים אדומים ובפצעים אצל העותרת 2 באזור הפות. העותרת 2 עברה בדיקות בחדר המיון במחלקת ילדים בבית חולים בני ציון בחיפה. שם היא אובחנה כסובלת מפטרייה, וכי הפצעים נגרמו כתוצאה מגירוד. הרופא המליץ על טיפול מקומי באגיסטן. בריחת השתן המלווה בהזנחה ובהיעדר היגיינה נאותה אחראים במידה רבה להופעת פטרייה באזור רגיש זה.

67. יוצא, אפוא, כי החלטתו של בית הדין השרעי בחיפה מפרה באורח בוטה את עקרון טובת הילד.

68. החלטתו של בית הדין לוקה אף בחוסר סבירות קיצוני. כתב התביעה המתוקן, שהוגש על-ידי המשיב ביום 16.5.05, מבוסס על ציטוטים סלקטיביים מתוך שלושה תסקירים, שהוכנו על-ידי פקידת הסעד, שמטרתם להוכיח, כי העותרת היא נוצרייה. **המשיב אף צירף את התסקירים לכתב התביעה המתוקן.**

#### **מצ"ב העתק של כתב התביעה המתוקן כנספח ע/14.**

69. תסקירים אלה, שצוטטו בהרחבה בחלק עבודתי של עתירה זו, מוכיחים, **כי העותרת היא אם חיובית וחמה ביותר.** במקביל, מתסקירי פקידת הסעד עולה, **כי המשיב לא שמר על קשר סדיר עם העותרים 2-4, ואף מעבר לכך, פקידת הסעד קובעת שהוא מעביר להם מסרים קשים, שגרומים להם נזק.**

70. זאת ועוד, התנגדותם הנחרצת של העותרים 2-4 לגור אצל אביהם, כפי שעולה במפורש מהחלטתו של הקאדי עדוי מבליטה את אי-סבירותה של החלטה זו. רצונם של העותרים 2-4 להישאר אצל העותרת הוא שיקול רלוונטי לעניין קביעת המשמורת.

71. סעיף 12 לאמנת הילד, קובע כי יש להתחשב ברצונו של הילד בכל החלטה הנוגעת לו:

1. States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child.

72. על פרשנותו של סעיף 12 הנ"ל עמדה ועדת האו"ם לזכויות הילד:

Respect for the young child's agency - as a participant in family, community and society - is frequently overlooked, or rejected as inappropriate on the grounds of age and immaturity. In many

countries and regions, traditional beliefs have emphasized young children's need for training and socialization. They have been regarded as undeveloped, lacking even basic capacities for understanding, communicating and making choices. They have been powerless within their families, and often voiceless and invisible within society. The Committee wishes to emphasize that article 12 applies both to younger and to older children. As holders of rights, even the youngest children are entitled to express their views, which should be "given due weight in accordance with the age and maturity of the child" (art. 12.1). Young children are acutely sensitive to their surroundings and very rapidly acquire understanding of the people, places and routines in their lives, along with awareness of their own unique identity. They make choices and communicate their feelings, ideas and wishes in numerous ways, long before they are able to communicate through the conventions of spoken or written language.<sup>3</sup>

73. כשעמדתם של העותרים 2-4 עולה בקנה אחד עם סידרה של תסקירים, שהוכנו על-ידי פקידת הסעד, אך בית הדין פוסק בניגוד לעמדתם של הילדים וגם בניגוד גמור לתסקירים, מבלי לבסס את החלטתו על תשתית עובדתית אלטרנטיבית, אזי מדובר בהחלטה הלוקה בחוסר סבירות קיצונית, ודינה להתבטל.

## **ב. הפגיעה בזכותה החוקתית של העותרת בפרט ושל נשים בכלל לשוויון זכויות**

74. עקרון טובת הילד הוא עקרון על, שאמור להנחות כל בית משפט בישראל, שהוקנתה לו סמכות לדון בענייניהם של קטינים.

75. לעקרון טובת הילד מתווסף עיקרון השוויון בין המינים. סעיף 1 לחוק זכויות האשה קובע, כי "דין אחד יהיה לאשה ולאיש לכל פעולה משפטית; וכל הוראת חוק המפלה לרעה את האשה, באשר היא אשה, לכל פעולה משפטית - אין נוהגים לפיה". סעיף 7(ב) לחוק קובע באופן מפורש, כי "כל בתי המשפט ינהגו לפי חוק זה; כן ינהג לפי חוק זה כל בית דין המוסמך לדון בענייני המעמד האישי, אלא אם כל הצדדים הם בני שמונה-עשרה שנה ומעלה והסכימו לפני בית הדין, מרצונם הטוב, להתדיין לפי דיני עדתם".

---

<sup>3</sup> GENERAL COMMENT No. 7 (2005) UN Doc. CRC/C/GC/7

76. בית משפט נכבד זה קבע עוד בשנות החמישים, כי עקרון השוויון בין המינים מחייב את בתי הדין השרעיים. ראו לדוגמה בג"צ 187/54 בריה נ' קאדי ביה"ד השרעי בעכו, פ"ד ט 1193, בעמ' 1195 נקבע, כי:

"כל בית משפט שינהג שלא על-פי החוק, פעולותיו תהיינה מחוסרות סמכות. כי חוק שיווי האישה הגביל וצמצם את סמכותם של בתי-הדין הדתיים לנהוג על-פי החוק הדתי, כפי שעשו זאת לפני חקיקת החוק".

77. על מעמדו החוקי וחשיבותו האידיאולוגית של חוק שיווי זכויות האשה עמד בית משפט נכבד זה בפרשת **בבלי** :

"חוק שיווי זכויות האשה הוא חוק "מלכותי". הוא מעגן בחקיקתה של המדינה את עקרון השוויון... עיקרון זה הוא מעקרונותיה הבסיסיים של שיטת המשפט הישראלית. חוק שיווי זכויות האשה נותן לבוש של דבר חקיקה לעיקרון ההלכתי. "מטרתו של החוק, כפי ששמו מעיד עליו, היא להשוות אשה לאיש, ולמנוע ולעקור כל אפליה משפטית שהיא לרעת האשה" (השופט זילברג בבג"צ 49/54 מלחם נ' השופט השרעי, עכו והמרכז [35], בעמ' 916)... **בית-משפט זה התייחס לחוק זה כאל חוק מיוחד במינו: "...לא הרי חוק זה כהרי חוק רגיל אחר! לפנינו חוק אידיאולוגי, מהפכני, משנה-סדרי-חברה** - אשר שמו וסעיפו הראשון, ה'פרוגרמטי', מעידים עליו כי הוא - פרט לסייג אשר בסעיף 5 - ביקש לעקור מן השורש כל ענין בו קיים, לפי החוק הקיים, קיפוח משפטי כל שהוא של האשה..." (השופט זילברג בבג"צ 202/57 סידיס נ' הנשיא וחברי בית-הדין הרבני הגדול אחי' [37], בעמ' 1537). חוק זה אינו מכוון לבתי המשפט האזרחיים בלבד. הוא חל בכל ערכאת שיפוט. בית הדין הרבני חויב במפורש לנהוג על פיו" (ההדגשה שלי, סי' ב').

בג"צ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול ואח', פ"ד מח(2) 221, 241.

78. בית משפט נכבד זה חזר שוב ושוב על אותה הלכה, כי חוק זכויות האשה ועקרון השוויון בין המינים חלים על בתי דין דתיים כשהם דנים בענייני אפוטרופסות או משמורת על ילדים. לעניין זה אנו מפנים לדבריו של השופט חשין (כתוארו אז) בבג"צ 5227/97 דויד נ' בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד נה (1) 453, 461:

"וזו היא אמנם, ההלכה, לאמור: בית-דין דתי - כמוהו כבית משפט אזרחי - אמור להכריע בענייניהם של קטינים - בתחומי המעמד האישי - על-פי שיקול-העל של טובת הקטין. **על הוראות חוק הכשרות נוסף את חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951**, שלפי הוראת סעיף 3(ב) בו, אפוטרופסותם הטבעית של הורים אין בה כדי לפגוע בסמכותו של בית-משפט לנהוג בענייני אפוטרופסות על ילדים "בהתחשב עם טובת הילדים בלבד". על כך מוסיף וקובע סעיף 7 לאותו חוק, כי "ינהג לפי חוק זה כל בית-דין המוסמך לדון בענייני המעמד האישי"; פירוש: הוראת סעיף 3(ב) תחול גם על בית-הדין

הרבני. ראו עוד: פנחס שיפמן, דיני המשפחה בישראל, (תשמ"ט-1989, כרך שני), 241-243. " (ההדגשה שלי, ס' ב').

79. אלא שבית הדין השרעי מתעלם באופן שיטתי מקביעה זו, כפי שעולה בבירור מפקס הדין נשוא עתירה זו. רק במקרים המועטים, שבהם נשים מגיעות לשעריו של בית משפט נכבד זה, בית הדין לערעורים נאלץ לשקול שוב את עמדתו באופן שמתיישב עם הוראות החוק.

80. כדי להמחיש טענה זו אנו מפנים את בית המשפט הנכבד לבג"צ 4018/05 פלונית ואח' נ' בית הדין השרעי לערעורים ואח'. באותה פרשה נתבקש בית משפט זה לבטל את פסק דינו של בית הדין לערעורים, אשר דחה את ערעורה של פלונית על החלטת בית הדין השרעי ביפו למנות את בן זוגה לשעבר כאפוטרופוס הבלעדי על ילדיהם המשותפים, על אף שהיא היתה המשמורנית על הילדים, ודאגה באופן הטוב ביותר לגידולם, לחינוכם ולרווחתם של ילדיה.

81. בית הדין לערעורים אישר את ההחלטה של הערכאה הראשונה, שהתבססה אך ורק על הוראות הדין השרעי, שמכיר בזכותו הבלעדית של האב להתמנות כאפוטרופוס, כאשר כישוריה של האם העותרת או התאמתה להיות אפוטרופא לא הוטלו בספק, וממילא מעולם לא נבחנו.

#### **מצ"ב עותק של העתירה כנספח ע/15.**

82. בית המשפט זה זימן את פרקליטות המדינה לדיון, כדי שתביע עמדה בנושא העתירה לגופו. בתגובה שהוגשה על-ידי פרקליטות בחודש ספטמבר 2005 נקבע באופן חד-משמעי, כי ההחלטה בדבר האפוטרופסות צריכה להתקבל בראש ובראשונה על בסיס עקרון טובת הילד, דבר שמחייב היעזרות בתסקיר של פקידת סעד כתשתית לקבלת ההחלטה. **בתגובה צוין עוד, כי קביעה זו מקובלת על היועץ המשפטי של בתי הדין השרעיים.**

83. בתגובה הובהר עוד, כי הסוגייה של תחולת חוק הכשרות המשפטית וחוק שיווי זכויות האשה על בתי הדין השרעיים הועלתה לאחרונה בבג"צ 8906/04 פלונית נ' פלוני (טרם פורסם), שבו נפסק, כי בית הדין השרעי כפוף להוראות החוק האמורות. הפרקליטות אף צירפה עותק של פסק הדין. לאור זאת, הדיון בסוגיית האפוטרופסות הוחזר לבית הדין השרעי, שנתבקש לבחון אותה שוב בהתאם לקביעות דלעיל.

**מצ"ב עותק של תגובת הפרקליטות ועותק של פסק הדין כנספחים ע/16(א) ו/ע/16(ב) בהתאמה.**

84. לא עברה חצי שנה מהגשת תגובת הפרקליטות, שנתמכת בשורה ארוכה של פסקי דין, הקובעים באופן חד-משמעי, כי חוק שוויון זכויות האשה וכן חוק הכשרות המשפטית חלים על בתי הדין הדתיים, ובית הדין לערעורים הכריז שוב, כי אינו כפוף לחוקים אלה.

85. ההתעלמות השיטתית של בתי הדין השרעיים מהוראות החקיקה האזרחית יצרה מציאות מקוממת שהיא בבחינת איפה ואיפה, שבה רק נשים משכילות ואמידות, או נשים שארגוני זכויות האדם מגיעים אליהן מממשות את זכותן החוקתית לשוויון, ואילו הנשים העניות והלא-משכילות, שהן הרוב, מקבלות את רוע הגזירה ומוותרות על זכויותיהן.

86. העובדה, כי נשים מוחלשות ועניות מתקשות לממן שכר טרחה של עורך דין ולכן הן מעדיפות (או נאלצות) לפנות לטוענים שרעיים, שאינם בקיאים בחקיקה האזרחית ואינם מוסמכים להגיש עתירה לבג"צ, מחריפה את מצוקתם.

87. יודגש, כי חזקת הגיל השרעית לא רק שהיא מפלה נשים, אלא מדובר בחזקה, המנוגדת למציאות החברתית בישראל, שבה נשים הן המטפלות העיקריות בילדיהן. מציאות זו משתקפת בחזקת הגיל הרך, המעוגנת בסעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית, שעל-פיה טובתם של ילדים קטנים עד גיל 6 להיות אצל אמם, אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת.

88. לא בכדי יצאו מרביתם של ארגוני הנשים בישראל נגד הניסיון לבטל את חזקת הגיל הרך, בתואנה, כי ביטולה של חזקת הגיל הרך ישרת את עקרון השוויון בין המינים ויעודד את הגברים לשאת בנטל שוויוני בגידול ילדיהם.

89. כך, למשל, בנייר עמדה, שהוגש מטעם ועד הפעולה לשוויון בדיני אישות לוועדת שניט לבחינת ההיבטים המשפטיים לאחריות הורית בגירושין, הוועד התנגד לביטולה של חזקת הגיל הרך, בשל המציאות החברתית הבלתי-שוויונית בישראל:

"על אף השינויים שחלו, מאז שנות החמישים, במעמד האשה ובדפוס הנישואים, חלקן של הנשים בעבודות הבית ובגידול הילדים עדיין גדול בהרבה מזה של הגברים (Gunter & Gunter, 1990; 1991; Shelton, 1990; Rabin & Shapira-Berman, 1998). ואולם, למרות השינויים שחלו במעמד האשה בתחום הפוליטי והתעסוקתי, נראה כי התחומים של חיי משפחה ונישואים מפגרים מאחור, מבחינת ההישגים (McDermid, Huston, 1990 & McHale). השינוי העיקרי בחלוקת התפקידים במשפחה, בעקבות כניסתן המוגברת של הנשים לעולם העבודה-בתשלום, הוא שהן מבצעות כיום, פחות עבודות בית מכפי שנהגו לעשות בתקופה בו תפקידן העיקרי היה 'עקרות בית'. לעומת זאת, תפקידיהם של בני זוג, לא השתנו באופן

משמעויותי וחלקם בעבודות הבית והמשפחה נשאר קטן יחסית (Pleck, 1997).<sup>4</sup>

ראו גם את נייר העמדה שהגיש ארגון איתך לועדת שניט בעניין זה :

"השוויון" מוזכר תכופות כעילה מרכזית לשאיפה לבטל את חזקת הגיל הרך. עבודתנו עם אמהות משכבות מוחלשות ובעוני מלמדת, כי ישנה אי בשלות חברתית לביטולה של חזקת הגיל הרך בישראל והמרתה במודל אחר (כגון "ההורה העיקרי המטפל"). יותר מכל, אנו חשות חובה לחשוף את השיח השוויוני והניטרלי מיגדרית, שבשמו מנוהל הדיון בנוגע להסדרי המשמורת הראויים, כשהם באים במגע עם המציאות בשטח.

אנו סבורות כי ישנה סכנה בשינויים שוויוניים לכאורה בחברה לא שוויונית בעליל. השוויון אינו קיים בסוגיות הקשורות לפירוד וגירושין, כפי שאינו קיים ביתר התחומים בין גברים לנשים (נשים משתכרות פחות מגברים ומהוות רוב מבין מקבלי הקצבות). באופן מעניין, מהווה חזקת הגיל הרך איזון כלפי אי השוויון שחוות נשים בהליכי הגירושין, במערכת הקיימת בישראל כיום. עמדתנו הינה כי לא ניתן ליטול את מעט החקיקה שמגינה על נשים ועל כן גם על ילדים, בהליכי גירושין, ולבטלה בתואנה שהיא פוגעת בשוויון, זאת כאשר יתר המבנים ימשיכו לעמוד על כנם.<sup>5</sup>

90. מהאמור לעיל עולה, כי חזקת הגיל הרך מקנה עדיפות לציבור הנשים מסיבות ענייניות, הנובעות מהמציאות החברתית בישראל. ברם החזקה השרעית, שנותנת עדיפות לגברים במשמורת על בניהם שמעל לגיל 7 ובנותיהם שמעל גיל 9, אינה נובעת משיקולים ענייניים, נהפוך הוא, חזקה זו פוגעת במרביתם של הילדים, משום שהיא מפרידה אותם מההורה, שהוא המטפל העיקרי בהם, קרי אמם.

91. למעלה מן הצורך נציין עוד, כי מדינות איסלמיות רבות, כמו תוניסיה, טורקיה וקמרון, ביטלו כליל את החזקה שהובאה לעיל, ובמדינות אחרות חזקה זו הוכפפה לעיקרון טובת הילד, והיא אינה משקפת אותו עוד.

92. התנאי היחיד, שבהתקיימותו בית-הדין השרעי יהא פטור מהחלת הוראות חוק זכויות האישה, הוא ש"כל הצדדים הם בני שמונה-עשרה שנה ומעלה והסכימו לפני בית הדין, מרצונם הטוב, להתדיין לפי דיני עדתם". תנאי זה אינו מתקיים לגבי העותרים הקטינים, ואינו מתקיים לגבי רוב הנשים, שבית הדין השרעי מקפח את זכויותיהן.

## ג. ההשלכות של אי-החלת החקיקה האזרחית

<sup>4</sup> נסרין עלימי-כבהא, נייר עמדה מטעם ועד הפעולה לשוויון בדיני אישות, המוגש לועדת שניט לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין (נובמבר 2005).

<sup>5</sup> גילה ברזילי-נודלמן ודנה מירטנבאום, נייר עמדה מטעם ארגון איתך, המוגש לועדת שניט לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין (נובמבר 2005).

93. הלכה מושרשת היא, כי חוק זכויות האשה וחוק הכשרות המשפטית חלים על בתי דין דתיים, וכי התעלמותם של האחרונים מהם מהווה חריגה מסמכות, המצדיקה את התערבותו של בית משפט נכבד זה בהחלטותיהם של בתי דין דתיים. בעניין זה אנו מפנים שוב לפרשת בלויגרונד :

"סקירת ההלכה תלמדנו, כי בשלושה אלה עשוי בית המשפט הגבוה לצדק להתערב בהחלטותיהם על בתי-דין דתיים : בחריגה מסמכות ; בפגיעה בעיקרי הצדק הטבעי ; ובמקום שהכרעת הדין בבית הדין הדתי נוגדת הוראת חוק המכוונת לבית הדין הדתי, סוטה מהוראת חוק כזו או מתעלמת ממנה. על חריגה מסמכות אין צורך לעמוד, והרי היא אם כל חטאת. אשר לפגיעה בעיקרי הצדק הטבעי, את אלה דימה בית המשפט לחריגה מסמכות, ובחנית זו התערב בהחלטותיהם של בתי-דין דתיים ; כך מאז הלכת בג"צ 10/59 [6]. פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי דימוה לחריגה מסמכות, הואיל והיה מקובל עלינו כי בית המשפט הגבוה לצדק מתערב בבתי-דין דתיים אך במקום שאלה חורגים מסמכותם, וברור היה לכול, שאין מדברים אנו בחריגה מסמכות במובנה הראשוני והרגיל. באותה דרך הלכו בתי המשפט באשר לפגימה שפגם בית-דין דתי בהחלתה של הוראת חוק המכוונת אליו, וגם כאן סווגה ההתערבות כבאה מפאת חריגה מסמכות. כך היה בבג"צ 187/54 [3] (חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951), וכך היה בפסיקה שבאה בעקבותיו. ראה עוד והשווה : בג"צ 202/57 [7], בעמ' 1539 (חוק שיווי זכויות האשה); בג"צ 197/74 [8] (חוק שיווי זכויות האשה ומשמורת קטין); ד"נ 10/69 [9], בעמ' 15; בג"צ 128/72 [5]; בג"צ 185/72 [10]; בג"צ 450/74 [11], בעמ' 644 (משמורת קטין); המ' 427/78, ע"א 807/71 [12] (ירושה); בג"צ 323/81 (המ' 533/81) [13]; בג"צ 181/81 [1], בעמ' 107 (משמורת קטין); בד"מ 1/81 [14], בעמ' 383; בג"צ 7/83 [2] (משמורת קטין); בג"צ 113/84 (בשג"צ 175/84, 172/85) [15], בעמ' 376" (שם בעמ' 438-439).

94. המשיבים התעלמו באופן חד-משמעי מהוראות חוק שיווי זכויות האשה ומהוראות חוק הכשרות המשפטית, חרף ידיעתם, כי חוקים אלה מופנים גם אליהם, ומחייבים אותם כמו שהם מחייבים כל בית דין דתי או בית משפט אחר, המחליט בענייני משמורת על קטינים.

95. ההתעלמות השיטתית של המשיבים מהוראות חוק אלה יצרה מציאות מקוממת, שבה רק לנשים אמידות ומשכילות יש את היכולת לממש את זכותן החוקתית לשוויון, באמצעות מאבק משפטי יקר ומתיש, שבסופו הן מגיעות לשעריו של בית משפט נכבד זה, אופציה שאינה עומדת למרביתן של הנשים העניות.

אשר על כן מתבקש בית משפט נכבד זה ליתן צו על תנאי כמבוקש בעתירה זו, ולאחר קבלת תשובת המשיבים לעשותו למוחלט, וכן לחייב את המשיבים בהוצאות משפט ושכר טרחת עו"ד.

---

סוניה בולוס, עו"ד  
ב"כ העותרים