



בבית המשפט העליון

בע"מ 7784/12

לפני: כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

המבקשת: פלונית

נגד

המשיב: פלוני

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
בירושלים בעמ"ש 034551-09-12

תאריך הישיבה: י"ב בתמוז התשע"ג (20.06.13)

בשם המבקשת: עו"ד דב פרימר; עו"ד אילנית ווייל; עו"ד עומר
רוזן

בשם המשיב: עו"ד יהודית מייזלס; עו"ד נגה לנגהולץ-לוי

פסק-דין

השופט נ' הנדל:

1. מונחת לפנינו בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופטים ב' גרינברגר, ר' וינוגרד ומ' בר עם) בעמ"ש 34551-09-12 אשר דחה את ערעורה של המבקשת על פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה בירושלים (כב' השופטת א' שמאי-כתב) בתמ"ש 51997-05-12 בגדרו התקבלה תביעת

המשיב על פי חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), התשנ"א-1991 (להלן: חוק אמנת האג) וניתנה הוראה להשבת שלושת ילדיהם הקטינים של הצדדים לקנדה.

עיקרי העובדות וההליכים הקודמים

2. הצדדים נישאו זה לזה בישראל בשנת 1995. בשנים הראשונות לנישואיהם חיו בני הזוג בישראל ואף רכשו בית מגורים משותף ברמת פולג. בשנת 2002 נסעה המשפחה לוונקובר שבקנדה וחייתה שם בדירה שכורה עד לאוגוסט 2011. טרם יציאתם לקנדה נולד בישראל בשנת 1997 הבן הבכור (להלן: הבן הבכור), ובשנת 2005, בהיותם בקנדה, נולדו לבני הזוג תאומים (להלן: התאומים). לכל חמשת בני המשפחה אזרחות ישראלית וקנדית, וכן דרכונים של שתי המדינות.

במרץ 2010, בשלב בו יחסי הצדדים היו מצויים במשבר, ביקשה המבקשת לצאת לביקור בישראל עם התאומים. קודם ליציאה חתמו הצדדים על הסכם חינוך ועל הסכם מגורים אשר קבע כי מקום המגורים הרגיל של הקטינים הוא בקנדה והסדיר את יציאתם לישראל. הסכם אחרון זה קיבל ביום 5.3.2010 תוקף של צו שיפוטי בבית המשפט העליון בבריטיש קולומביה. לבקשת הצדדים, ביום 17.6.2010 נתן בית המשפט לענייני משפחה בירושלים "צו מראה" המאפשר את אכיפת הצו הקנדי בישראל.

לאחר חזרת המבקשת והתאומים מקנדה החלה המבקשת בהליכי גירושין. במסגרת תביעת הגירושין הגישה המבקשת גם תביעת הגירה על מנת לאפשר לה לעבור לישראל עם שלושת הילדים. ביום 18.7.2011 התגרשו הצדדים בגירושין אזרחיים וביום 5.8.2011 ניתן פסק דין אשר קבע כי המבקשת תוכל לעבור לישראל עם שלושת הילדים. צו שיפוטי משלים, על ידי אותה ערכאה, קבע הוראות בדבר הסדרי הראייה שבין המשיב לקטינים בין אם הצדדים יוותרו בקנדה ובין אם יעברו לישראל. בקשת המשיב לעיכוב ביצוע פסק הדין נדחתה והוא הודיע על הגשת ערעור על פסק הדין, ערעור אשר הוגש בספטמבר 2011.

על אף הגירושין המשיכו הצדדים לחיות תחת קורת גג אחת עד למעברם לישראל. קודם למעבר ניהלו הצדדים עם הקטינים שיחת הכנה, ארוזו את תכולת הדירה, זרקו חלק מהחפצים ופינו את הדירה השכורה. באוגוסט 2011 הגיעו הצדדים וילדיהם בטיסה אחת לישראל. המשיב, אשר התפטר מעבודתו בקנדה, ניסה – ללא הצלחה –

להתקבל לעבודה בישראל בתחום המחשבים, פתח חשבון בנק, עבר להתגורר בסמוך לדירת המבקשת והילדים, וחתם על טופס לביטוח הלאומי בו הצהיר כי הוא תושב חוזר. ביום 31.8.2011, ערב פתיחת שנת הלימודים תשע"ב, חתמו הצדדים על הסכם ארוך טווח באשר לחינוכם של הקטינים בישראל.

בישראל פתחו הצדדים במספר הליכים בבית המשפט לענייני משפחה ולהלן יפורטו עיקרי הדברים הנחוצים לענייננו: ביום 2.11.2011 הגישה המבקשת בקשה (אפ"ח 4688-11-11) למתן צו זמני לשמירת הסטטוס-קוו בעניין הסדרי הראיה כמתחייב מפסק הדין של בית המשפט הקנדי. בתגובתו ציין המשיב כי בעקבות פסק הדין הקנדי "עברה המשפחה כולה להתגורר בישראל" ולא הזכיר כי הגיש ערעור על פסק דין זה. המבקשת הגיבה לתגובת המשיב וציינה בדבריה את עמדתו השלילית של המשיב כלפי אפשרות המגורים בישראל. ביום 29.11.2011 הודיעה המבקשת כי לנוכח העובדה שהמשיב הגיש ערעור על פסק הדין הקנדי, לא ניתן יהיה לאכוף את ביצוע פסק הדין בישראל, כמבוקש, ועל כן תגיש תביעה חדשה בענייני האפוסטרופסות והסדרי הראיה. תביעה זו הוגשה ביום 7.12.2011 (תמ"ש 12499-12-11). יצוין כי בכתב ההגנה שלו לתביעה זו הזכיר המשיב את הערעור שהגיש בקנדה, וכך נהג גם מכאן ואילך.

ביום 22.11.2011 הגישה המבקשת תביעה למזונות (תמ"ש 41016-11-11). בכתב ההגנה ביקש המשיב למחוק מהתביעה את הבן הבכור שעבר להתגורר עמו. כן טען כי הצדדים קבעו את מרכז חייהם בקנדה ושהמעבר לישראל בה אין לו אפשרות להתפרנס נעשה בעקבות פסק הדין הקנדי, בניגוד לעמדתו, הואיל ו"לא הייתה לו כל ברירה מלבד הליכה אחר ילדיו".

המשיב מצידו הגיש ביום 28.2.12 שתי תביעות לבית המשפט לענייני משפחה. הראשונה (תמ"ש 52649-02-12) עניינה תביעת מזונות עבור הבן הבכור. בכתב תביעה זה פרש המשיב את גרסתו להתפתחויות המשפחתיות ותיאר את נסיבות המעבר לישראל ככזה שנכפה עליו על ידי המבקשת. בתביעה השנייה (תמ"ש 52649-02-12) ביקש המשיב משמורת מלאה על הבן הבכור ומשמורת משותפת על התאומים.

מנהון להון, ביום 5.4.2012 קיבלה ערכאת הערעור הקנדית את הערעור שהגיש המשיב, ביטלה את פסק הדין של הערכאה הראשונה, וקבעה כי המשיב יהא זכאי לחזור לוונקובר עם שלושת ילדיו ביום 30.6.2012. בקשת המבקשת לעיכוב ביצוע

פסק הדין נדחתה על ידי בית המשפט בקנדה ביום 15.6.2012 ובקשת רשות ערעור שהגישה נדחתה אף היא.

בעקבות פסק הדין של ערכאת הערעור הקנדית הגיש המשיב הודעה לבית המשפט לענייני משפחה בישראל ובה ביקש למחוק את התביעות שהגיש למשמורת ומזונות, והודיע כי לנוכח פסק הדין, אין לבתי המשפט בישראל עוד סמכות לדון בעניינם של הילדים, זולת בנושא השבתם לקנדה. בד בבד, הגיש המשיב לבית המשפט לענייני משפחה את התביעה נושא ההליך שלפנינו ובה עתר כי בית המשפט יורה למבקשת על השבת הקטינים לקנדה על פי חוק אמנת האג; יבהיר כי הסמכות לדון בכל נושאי המשמורת על הילדים היא של בית המשפט בקנדה; ויקבע כי אי החזרת הקטינים לקנדה מהווה חטיפה על פי חוק אמנת האג. המבקשת מצידה טענה כי אמנת האג איננה חלה. לחילופין טענה המבקשת כי אף לעניין אמנת האג יש לראות את מעברם של הקטינים כמעבר של קבע; כי מקום מגוריהם הרגיל הוא בישראל; וכי חלות ההגנות של השלמה ו/או הסכמה.

פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה

3. בפסק הדין מיום 6.9.2012 קיבל בית המשפט לענייני משפחה (כב' השופטת א' שמאי-כתב) את תביעת המשיב במלואה. בפסק הדין קבע בית המשפט לענייני משפחה כי לצדדים הייתה כוונה משותפת להתיישב בקנדה באורח קבע וכי "מקום המגורים הרגיל" של הקטינים לעניין סעיף 3 לאמנה, עובר למעבר המשפחה לישראל באוגוסט 2011 הוא בקנדה. למסקנה זו הגיע בית המשפט בעקבות ניתוח כלל הנסיבות ובהן השהות הארוכה בקנדה שלא תוחמה בזמן ובמהלכה אף כמעט ולא ביקרו בני המשפחה בישראל. הודגש אף ההסכם מיום 5.3.2010 בו הצהירה המבקשת כי מקום מגורי הקטינים הוא בקנדה. בהמשך לכך נקבע כי המבקשת לא עמדה בנטל ההוכחה להראות שהמעבר לישראל שינה את זהות "מקום המגורים הרגיל" של הקטינים מקנדה לישראל ואף הייתה מנועה למעשה מלטעון לכך. המעבר לישראל, כך קבע בית המשפט, נעשה בעקבות פסק הדין הקנדי בערכאה הראשונה, פסק דין שאינו חלוט ועל כן תוצאתו הייתה מותנית והפיכה. לנוכח זאת נקבע כי "מתן אפשרות להורה הפועל על פי פסק דין שאינו חלוט, אשר מהגר ממדינה שהיא מקום המגורים הרגיל של הקטינים, למדינה אחרת, שעה שעניין ההגירה שנוי עדיין במחלוקת וטרם הוכרע סופית, להוכיח כי המדינה האחרת הפכה, בתקופה שעד ההכרעה בערעור – למקום המגורים הרגיל של הילדים – סותרת את תכלית האמנה" (עמ' 14 לפסק הדין).

בהתאם לכל האמור פסק בית המשפט לענייני משפחה כי שהותם בישראל של הקטינים הייתה זמנית ברשות בית המשפט בקנדה – מקום מגוריהם הרגיל. שהות זו הסתיימה ביום 30.6.2012, בהתאם לפסק הדין של ערכאת הערעור הקנדית, באופן שקמה על המבקשת חובה אופרטיבית להשיב את הקטינים לקנדה בהתאם לסעיף 12 לאמנה.

מכאן פנה בית המשפט לענייני משפחה לרון בטענות ההגנה אותן העלתה המבקשת, בהתאם לאמור בסעיף 13(א) לאמנה – טענות להסכמה ו/או השלמה. נקבע כי נטל ההוכחה רובץ על כתפי המבקשת הטוענת את טענת ההגנה, ועוצמתה הנדרשת היא למעלה מכל ספק סביר, כנטל ההוכחה בפלילים. בית המשפט קבע כי ככל שהדברים נוגעים לתקופה שלאחר מתן פסק הדין הקנדי בערכאת הערעור (5.4.2012) אין ספק כי המשיב לא "הסכים" ואף לא "השלים" עם שהות הקטינים בישראל. למעשה, כך נקבע, כל פעולותיו בתקופה זו אף מראים את ההיפך מכך.

גם באשר לתקופה בת ה-8 חודשים ממועד הגעת המשפחה לארץ ועד ל-5.4.2012, מועד מתן פסק הדין הקנדי, דן בית המשפט בהרחבה בטענות הצדדים. כחיזוק לטענות "ההסכמה" ו"ההשלמה" ציינה המבקשת את שיחת ההכנה שערכו לילדים בטרם המעבר, את התפטרותו של המשיב והגעתו לישראל, את חיפושי העבודה מצדו בישראל, את חשבון הבנק שפתח, את העובדה כי המשיב הצהיר בפני הביטוח הלאומי על היותו תושב חוזר, את הסכם החינוך ארוך הטווח, את מעורבות המשיב בפעילות בתי הספר של הילדים ואת השתלבותם במסגרות בהן שהו, את המשא ומתן שניהלו הצדדים במסגרתו היה מוכן המשיב כי ילדיהם יוותרו בישראל, וכן את העובדה כי המשיב הגיש בישראל כתבי בי דין מבלי לטעון לסמכות בלעדית של בתי המשפט בקנדה.

המשיב מצדו טען כי המעבר נכפה עליו לאור פסק הדין בערכאה הראשונה בקנדה, וכי המעבר נעשה בשל רצונו להישאר לצד ילדיו, בין היתר על בסיס יעוץ שקיבל ולפיו לא היה לערעור שהגיש סיכוי ריאלי להתקבל. לצד זאת ציין המשיב את נחישותו ומאמציו בהכנת הערעור וכי המשא ומתן שניהל עם המבקשת נעשה בתנאים של חוסר ודאות תוך ניסיון לבנות רשת ביטחון לעתידו ועתיד ילדיו. כן מנה המשיב אלמנטים נוספים דוגמת סעיף "שחרור" בחוזה בעניין הדירה ששכר בישראל, העובדה כי לא רכש כי אם שכר רכב בישראל והעובדה כי המשיך בטיפול בבקשה למתן מספר

ביטוח לאומי בקנדה לתאומים. על בסיס כל אלה ועוד ביקש להראות כי שהותו ושהות הילדים בישראל נתפסה מבחינתו כזמנית בלבד.

כאמור, בית המשפט ביכר את טיעוני המשיב על פני טיעוני המבקשת בעניין זה. נקבע כי קבלת טענות המבקשת משמעה יצירת מצב בלתי הומאני אשר איננו עולה בקנה אחד עם תכלית האמנה ולפיו היה על המשיב להישאר בקנדה הרחק מילדיו לפרק זמן לא ידוע (ולמצער להגיע לישראל אך להיוותר ללא עבודה ומגורים) על מנת שלא להיחשב כמסכים או כמשלים עם מעבר הקטינים לישראל (עמ' 26 לפסק הדין). בית המשפט אף עמד על כך שגם המבקשת לא טענה להסכמה או להשלמה של המשיב בפנותה לערכאות בקנדה.

בעקבות כל האמור הורה בית המשפט לענייני משפחה על החזרת הקטינים לקנדה באופן מירי, על כך שאי החזרה מהווה "אי החזרה" שלא כדין במובן של סעיף 3 לאמנה ועל כך שהסמכות הבלעדית בכל נושא המשמורת נתונה לערכאות בקנדה. בית המשפט קבע כי צו עיכוב היציאה מהארץ שהוצא לקטינים יבוטל ביום 13.9.2012, הורה למבקשת לשתף פעולה עם המשיב בכל הקשור בהכנות לחזרת הקטינים לקנדה וחייב אותה בהוצאות ההליך בסך של 20,000 ₪.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

4. על פסק הדין של בית המשפט לענייני משפחה הגישה המבקשת ערעור לבית המשפט המחוזי. בית המשפט המחוזי סקר בהרחבה את עובדות המקרה, פרש את הכרעותיו ונימוקיו של בית המשפט לענייני משפחה וקבע כי דין הערעור להידחות. בית המשפט המחוזי קבע כי "טיעוניה של המערערת [המבקשת] מתעלמים למעשה מן העובדה המרכזית המחייבת הכרעה לטובתו [של המשיב] והיא כי כל עוד שהיה תלוי ועומד ערעורו של המשיב בקנדה על פסק הדין אשר התיר למבקשת להגר לישראל עם הילדים, ולאחר שבית משפט בקנדה דחה את בקשת האב לעיכוב בביצוע ההגירה האמורה לישראל, לא הייתה לאב כל ברירה אלא לעבור אף הוא לישראל על מנת להישאר קרוב לילדיו האהובים, ולנקוט בכל הפעולות הדרושות כדי לבסס את חייהם השוטפים, גם של הילדים וגם של האב עצמו, במגוריהם בישראל, אשר אכן נכפו עליו כתוצאה מפסק הדין שבקנדה". בית המשפט המחוזי אף ציין כי בדחותו את בקשת המשיב לעיכוב ביצוע פסק הדין של הערכאה הראשונה בקנדה הסתמך בית המשפט הקנדי על הצהרת בא כוחה של המבקשת אשר אישר בשמה כי היא אכן מתחייבת לציית לכל פסק דין שיינתן בערעור, ושתשיב את הילדים לקנדה אם תחויב לעשות כן.

בעקבות האמור החליט בית המשפט המחוזי (כב' השופטים ב' גרינברגר, ר' וינוגרד ומ' בר עס) כי צדק בית המשפט לענייני משפחה בקבעו כי מקום מגוריהם הרגיל של הקטינים היה ונותר בקנדה, ועל כן בסירובה של המבקשת להחזירם לקנדה הרי שהיא מפרה את זכויות המשיב מכוח חוק אמנת האג. ערעורה של המבקשת נדחה והיא חויבה לשאת בהוצאות משפט ושכר טרחת עורכי דין בסך 20,000 ₪. לעניין צו עיכוב היציאה מהארץ נקבע כי זה יתבטל ביום 28.10.2012. בקשת המבקשת לעיכוב ביצוע פסק הדין התקבלה על ידי בית המשפט המחוזי (כב' השופט ב' גרינברגר) בהחלטה מיום 26.10.2012.

ההליכים בבית משפט זה

5. ביום 28.10.2012 הגישה המבקשת בקשת רשות ערעור זו שלפנינו. בכתב הבקשה טענה המבקשת כי טעה בית המשפט המחוזי בקבעו כי נטל ההוכחה לגבי מקום מגוריהם של הילדים מוטל על המבקשת. עוד נטען כי המשיב לא פעל כמי שכוונתו לשהות בארץ היא זמנית עד לבירור הערעור בקנדה, אלא כמי שהסכים ו/או השלים עם המצב המשפטי החדש שנוצר ולפיו הילדים מתגוררים בישראל דרך קבע. בתוך כך הודגש תצהירו של המשיב בפני הביטוח הלאומי על היותו תושב חוזר, וכן קיומו של המשא והמתן בין הצדדים. המבקשת שבה בבקשתה גם על יתר הטענות שהועלו בפני הערכאות הקודמות והמסקנה אשר לכאורה עולה מהן והיא שמקום מגוריהם הרגיל של הילדים עבר לישראל ושהמשיב הסכים או השלים עם עובדה זו.

ימים ספורים לאחר הגשת הבקשה, ובטרם נדונה ונשמעה, התקבלה "הודעה דחופה ביותר" מטעם המבקשת ולפיה נודע לה זה עתה כי המשיב פנה שלא כדין למזכירות בית המשפט המחוזי, קיבל לידיו את דרכוני הילדים וכן צווים לביטול צווי עיכוב היציאה מן הארץ, ללא ידיעתה. אם לא די בכך, שלח המשיב למבקשת הודעת דוא"ל קצרה בלילה שבין 7 ל-8 בנובמבר 2012 וכל תוכנה מתמצה בארבע מילים -

נסענו לקנדה
מצפים לבואך

בתגובת באת כוח המשיב להודעה זו מיום 9.11.2012 נאמר כי "הח"מ מתכבדת להודיע, בתדהמה, כי בהתאם להודעה שהתקבלה לפני זמן קצר, במשרדה של הח"מ מהמשיב, הוא והילדים אכן בקנדה". באת כוח המשיב אף העירה בתגובתה כי למדה לראשונה על נסיעת המשיב לקנדה מהודעת המבקשת. עוד ציינה כי "בשולי הדברים,

הח"מ מרגישה צורך להוסיף כ-officer of the court ובעיקר כאדם, כי היא מביעה צער על האמור בהודעה זו".

בעקבות התפתחות זו הוגשה מטעם המבקשת בקשה לבית משפט זה על מנת שיורה כי הרחקת הילדים לקנדה בידי המשיב נעשתה שלא כדין כמשמעות המונח בסעיף 3 לאמנה, ומשכך יורה על החזרתם לישראל באופן מידי.

בטיעוניו בכתב ביקש המשיב לדחות את הבקשה למתן רשות ערעור לנוכח פסקי הדין בבית המשפט לענייני משפחה ובבית המשפט המחוזי, וכן פסקי הדין הקנדיים בערעור ובבקשת רשות הערעור לבית המשפט העליון הקנדי. לשיטתו, בקשת רשות הערעור "חותרת תחת עקרונות ותכליות אמנת האג" בהביאה להפרת המחויבות הבינלאומית של ישראל כמדינה המחויבת לעקרונות האמנה. לגופם של דברים טוען המשיב כי העובדות הייחודיות של המקרה מבססות כדבעי את המסקנות אליהן הגיעו ערכאות קמא הן בקביעה כי מקום מגורי הילדים היה ונותר בקנדה, והן בקביעה כי לא הייתה כל הסכמה ו/או השלמה מצדו עם שינוי מקום מגוריהם הרגיל לישראל.

6. ב-6.12.2012 התקיים בפנינו דיון בהשתתפות באי כוח הצדדים אך בהיעדר הצדדים עצמם אשר שהו עם הילדים בקנדה. בתום הדיון ניתנה החלטה ובה התבקש המשיב להודיע האם בדעתו לחזור ארצה עם ילדיו לשמיעת הבקשה. עוד נקבע כי "היה והמשיב יודיע כי אין בכוונתו לחזור ארצה, כי אז הוא יבהיר את עמדתו בהליך שבפנינו נוכח עובדת התנהלותו הנ"ל".

בהתאם להחלטה זו מסר המשיב את הודעתו ביום 4.1.2013. לאחר פתיחתו בדברי התנצלות על הדרך בה נקט סקר המשיב את נסיבות המקרה בהקשרו הרחב וטען כי לנוכח נסיבות התנהלות המבקשת "התברר למעלה מכל ספק, שגם אם אזכה בבית המשפט העליון, המערערת [המבקשת] תמנע את יציאת הילדים ויהי מה וזאת בהמצאת עוד ועוד תביעות סרק שיעכבו את חזרתם לקנדה, עד שיחלוף פרק זמן שלאורו היא שוב תטען ש'הנסיבות השתנו בכך שהילדים נקלטו בישראל' ומשום כך יש לדון בכל מחדש". לטענתו לא יכול היה להסכין עם תוצאה זו לנוכח דאגתו לטובת הילדים והמשמעות הכלכלית של המשך ניהול ההליכים. את הודעתו סיים בהבהרה כי "בשל כל האמור במכתבי זה, ולאחר שקיבלתי יעוץ משפטי בקנדה, והובהר לי שמצבי המשפטי בקנדה יכול להיפגע באופן מהותי באם אבוא לישראל, וכן משום דאגה לטובתם ושלומם של הילדים, ילדי ואני לא נוכל לבוא לישראל".

ביום 20.6.2013 התקיים בפנינו דיון המשך בתיק ובו חזרו באי כוח הצדדים על טענותיהם וכן שטחו את עמדתם באשר למשמעות יציאת המשיב עם הילדים לקנדה ואי התייצבות הצדדים לדיון. באת כוח המשיב התבקשה להשיב לבקשה, הן מבחינה מהותית והן מבחינה דיונית. בהיבט האחרון נשאלה הפרקליטה האם בנסיבות שנוצרו יש מקום לשמוע את טיעוני המשיב או שמא יש לראותו כצד שלא התייצב על המשתמע מכך.

דיון והכרעה

7. "איש נורמטיבי וישר שכיבוד בית המשפט הוא נר לרגליו". במילים אלו בחר המשיב להכתיר עצמו בהודעתו מיום 4.1.2013. אלא שיש לזכור כי הודעה זו הוגשה על רקע עשיית המשיב דין לעצמו, ועל מנת להסביר את פשר יציאתו מהארץ באישון לילה, תוך שהוא מבריח עמו את שלושת ילדיו הקטינים בניגוד להחלטתו המפורשת של בית המשפט המחוזי בדבר עיכוב הביצוע ובעוד בקשת רשות הערעור בפני בית משפט זה תלויה ועומדת. לא למותר לציין כי הן נטילת דרכוני הילדים ממזכירות בית המשפט והן המעבר בביקורת הדרכונים נעשו לכאורה בדרכים שאינן כשרות, וזאת מבלי לקבוע ממצאים בנושא שהוגשה בגינו תלונה למשטרה.

ובכן, נורמטיביות אין כאן, יושר דיוני אין כאן, וכבוד בתי המשפט ודאי שאין כאן. עוד יצוינו בהקשר זה טענות המשיב בפני הערכאות בקנדה ואשר הוגשו לפנינו ולפיהן בעצם ניהול ההליך בישראל על ידי המבקשת יש משום בזיון החלטות בתי המשפט הקנדיים שניתנו בעניינו. אין בסמכותנו לקבוע מה רשאי המשיב לטעון בבית משפט זר. אך אף אם טעם יש בטענה זו, גם טעם לפגם יש בה כאשר המשיב הוא שפתח בהליך שלפנינו, הליך שטרם מוצה. אף לא צוין בחומר האמור שהוגש בקנדה כי המשיב הוא אשר פתח בהליך בישראל לפי אמנת האג. כמובן, אין בכך פסול, וצד רשאי לפתוח בהליכים משפטיים בענייני משפחה ביותר ממדינה אחת. ברם, על הרקע הדיוני הנוכחי, הגדרת המשיב בפני בית המשפט בקנדה את השתתפות המבקשת בהליך שלפנינו כצעד של בזיון מעצימה את הפגם באי התייצבותו בהליך דנא, במיוחד לאחר שקיבל הזדמנות נוספת להתייצב בפנינו בדמות דחיית הדיון. כיבוד אמיתי וכן של ההליך המשפטי מחייב הכרה בכך שזכויותיו הדיוניות של הצד שכנגד ראויות למיצוי באופן זהה לאופן בו ראויות לכך זכויותך שלך. אף פתיחת הליך תוך עשיית פלגינין דיבורא לתוצאותיו – פסק הדין לחוד והחלטת עיכוב הביצוע לחוד מלמדת על חוסר

משמעותי של תום לב דיוני. לא יהיה זה מוגזם להניח כי לו בית המשפט המחוזי היה נעתר לערעורה של המבקשת כי אז המשיב היה המבקש בהליך זה.

האם לחוסר תום לב חמור מסוג זה – לרבות נקיטת הליכים כדי להעביר את שלושת הקטינים לקנדה בניגוד להחלטת בית המשפט המחוזי – תהיה נפקות מבחינת זכויותיו המהותיות והדיוניות של המשיב? בא כוח המבקשת טען כי התשובה לכך צריכה להיות חיובית תוך שימת דגש על הזכויות המהותיות. כחיזוק לעמדתו הביא את פסקי הדין בע"א 700/81 פ' נ' פ', פסקה 7 לפסק דינו של המשנה לנשיא מ' אלון (24.6.1984) ובע"א 579/83 זוננשטיין נ' אחים גבסו בע"מ, פ"ד מב(2) 278, פסקה 5 לחוות דעתה של המשנה לנשיא מ' בן פורת (1988). באמצעות אסמכתאות אלו ביקש בא כוח המבקשת להדגיש את חובת תום הלב ואת ההשלכות האפשריות של הפרת חובה זו על זכויות מהותיות של צד הנוהג בחוסר תום לב דיוני, ולו בטענה לחוסר סמכות.

דעתי היא כי לא יהיה זה נכון לקבוע כי יישללו זכויות מהותיות של המשיב עד כדי שטעם זה יביא לקבלת הבקשה והערעור. בל נשכח כי אף אם המשיב הפגין חוסר תום לב דיוני בעוצמה גבוהה, עדיין בית המשפט מחויב לפעול על פי המתווה הדיוני של ההליך. אבהיר. בית המשפט המחוזי דחה את ערעור המבקשת. בפנינו בקשה למתן רשות ערעור. אף אם המשיב ובאת כוחו לא היו מתייצבים, עדיין אין הדבר אומר כי יש לקבל את הבקשה. שינוי מהותי כזה דורש שהדין יעמוד לצידה של המבקשת. לא בכדי, כלל הוא כי אי התייצבות מערער משמעותה מחיקת ההליך שהוזנח, ואילו אי התייצבות משיב בערעור מחייבת דיון בטענות לגופן (ראו תקנה 450 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984).

המסגרת הדיונית של ההליך דנא עונה לטענה נוספת שהעלה בא כוח המבקשת והיא כי הרחקת הילדים לקנדה בידי המשיב נעשתה שלא כדין, כמשמעות הדברים בסעיף 3 לאמנה. עקב כך ביקש שנורה על השבת הקטינים לישראל באופן מידי. הגם שטענה זו לפיה מעשיו של המשיב עולים בעצמם כדי הפרה של אמנת האג מחודדת היא, הרי שאין בהתנהגות המשיב לשנות את העובדה כי אנו מצויים בהליך בו בית המשפט המברר וערכאת הערעור בזכות קיבלו את עמדת המשיב. לא ניתן להתעלם מההליך הקיים ולנסוע במסלול עוקף דיון כדי להגיע לתוצאה הפוכה. הליך חדש מכוח אמנת האג יש לפתוח בדרכים המקובלות לכך.

נותרה נקודה אחת במישור המהותי והיא דברי בא כוח המבקשת לפיה בנושא ההסכמה וההשלמה, התנהגות המשיב פגעה ביכולתו לטעון את הטענה. נושא זה דורש דיון בפני עצמו שהרי הטענה אינה שיש לשלול את הזכויות המהותיות של המשיב אלא שהמשיב בהתנהגותו פגע בזכויות המהותיות של המבקשת. לכך אדרש בהמשך.

8. ומכאן למישור הדיוני. לאמור, האם על בסיס מניעות בשל חוסר תום לב ועקב התנהגות המשיב נכון יהיה למנוע ממנו מלטעון לפנינו בהליך דנא. בית משפט זה דחה את הדיון על מנת שהמשיב יתייצב ושאלה לגיטימית היא האם סירובו לעשות כן מקים עילה לראות בו כצד שלא התייצב גם אם באי כוחו התייצבו. הנגזר מכך יהיה שלא נשמע את טענות המשיב.

לא בלי התלבטות, ומבלי לקבוע מסמרות בסוגיה המשפטית, סבורני כי עם כל החומרה שבמעשי המשיב אין לגזור מהתנהגותו חסרת תום הלב הדיוני נפקות לעניין זכויותיו לטעון בהליך שלפנינו. ליסוד תום הלב תחולה רחבה במשפטנו, ומצודתו פרושה אף על זכויות שונות בהליך שנוהל בחוסר תום לב. יחד עם זאת, לא הובאה בפנינו אסמכתא להחלת עיקרון זה בהליך רגיש מהסוג בו עומדות רגלינו כעת, ואף אני סבור כי יש לנקוט זהירות רבה טרם בית משפט יצעד במסלול זה. כידוע, בתי המשפט נוהגים בגמישות דיונית מקום בו טובתם של ילדים עומדת על הפרק דוגמת דיני אימוץ, בסוגיות הקשורות לאמנת האג ובנושאים נוספים. גמישות זו יכולה לבוא לידי ביטוי בהארכת מועדים, בקבלת בקשות לרשות ערעור שאינן עומדות במבחנים שנקבעו בפרשת חניון חיפה (ר"ע 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו(3) 123 (1982)) ובדרכים נוספות (וראו ע"א 640/86 פלוניס נ' היועץ המשפטי לממשלה (17.2.1987)); בע"מ 2205/09 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 7 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס (22.4.2009)). אף מחוקק המשנה נתן דעתו לכך עת קבע לעניין בתי המשפט לענייני משפחה את תקנה 258.ב(ג) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 הקובעת כי "בית המשפט רשאי לסטות מהוראות שבפרקים אחרים שבתקנות אלה, ולנהוג בדרך הנראית לו הטובה ביותר לעשיית משפט צדק". אף באופן ספציפי באשר לסדרי הדין הנוגעים לחוק אמנת האג נקבע בתקנה 295.א(א) כי "לא התייצב התובע לדיון והמשיב התייצב, לא ידחה בית המשפט את התביעה וידון בה לגופה", וזאת להוציא מהאמור בתקנה 157. כאמור, בנידון דידן אין מדובר ב"אי התייצבות" גרידא, אולם אינני סבור כי לחוסר תום הלב של המשיב, מובהק ככל שיהיה, צריכה להיות השפעה על זכויותיו הדיוניות שאחרי הכל קשורות קשר בל ינתק

לזכויותיהם המהותיות של הקטינים. על כן מוצא אני, ככלות הכל, טעם והצדקה לבררן.

אעיר עוד כי מסקנה זו מתחייבת גם בבחינת ממאי נפשך. הרי לא בכל מקרה בית משפט חייב לדון בבקשת רשות ערעור לגופה. טענות המבקשת מופיעות במסגרת דל"ת אמותיהם של שני פסקי הדין בערכאות קמא. ואף על פי כן, הגם שמדובר בגלגול שלישי, הבקשה הובאה לדיון בפני הרכב בשל חשיבותה העניינית. עובדה זו משמשת כחרב פיפיות. דהיינו, שיקול זה משליך על הצידוק להעניק גם למשיב את יומו, גם בבית משפט זה. אמנת האג נסובה סביב, בראש ובראשונה, גורלם של הקטינים. ההשפעה שיש להתנהגותם חסרת תום הלב של ההורים המתדיינים על זכויות הקטינים אינה יכולה להיות רחבה מדי.

לנוכח כל האמור אפנה כעת לבחינת הטענות לגופן. אגב, אף בא כוח המשיב לא טען (וראו תגובתו מיום 10.3.2013) כי הרחקת הילדים למדינה זרה משמיטה את סמכותנו להמשיך ולדון בתיק מכוח אמנת האג, וברי כי הסמכות נותרה בעינה (וראו לאחרונה *Chafin v. Chafin* 133 S.Ct. 1107 (2013) (להלן: עניין *Chafin*)).

“מקום המגורים הרגיל”

9. כזכור, שני ראשים לטענות המבקשת. הראשון, כי מקום מגוריהם הרגיל של הקטינים היה בישראל. השני, כי גם אם מלכתחילה מקום מגוריהם הרגיל היה בקנדה, הרי שהסכמת המשיב או השלמתו מקימות את אחד החריגים שבסעיף 13(א) לאמנה. אתייחס לטענות אלו כסדרן.

בפרשת גבאי נאמר בעניין בחינת “מקום המגורים הרגיל” כך:

“מקום המגורים” אינו ביטוי טכני... הוא מבטא מציאות חיים נמשכת. הוא משקף את המקום שבו גר כרגיל הילד עובר לחטיפה. נקודת המבט היא של הילד והמקום שבו הוא גר. הבחינה מתמקדת בחיי היום יום של העבר ולא בתכניות העתיד (ע”א 7206/93 גבאי נ’ גבאי, פ”ד נא(2) 241, פסקה 15 לפסק דינו של הנשיא א’ ברק (1997) (להלן: עניין גבאי)).

גישה זו אשר זכתה לכינוי “האסכולה העובדתית” משלה בכיפה לאורך שנים רבות. בד בבד הלכה ונתפתחה גישה חלופית – “האסכולה הכוונתית” אשר כשמה כן

היא – שמה את הדגש על כוונת ההורים. בע"א 7994/98 דגן נ' דגן, פ"ד נג(3) 254, 263 (1999) (להלן: עניין דגן) נותרה שאלת מקומה של "האסכולה הכוונתית" בצריך עיון, וכך גם בפסקי דין מאוחרים יותר שם הובאה התייחסות לעמדת ביניים לפיה יש לשלב בין האסכולות (בע"מ 9802/09 פלונית נ' פלוני, פסקאות 9 – 10 לחוות דעתו של השופט י' עמית (17.12.2009); בע"מ 741/11 פלונית נ' פלוני, פסקאות 12 – 13 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל (17.5.2011)).

ראוי להעיר כי בפסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה נקבע כי "כיום, נוטה הפסיקה ל'אסכולה הכוונתית' או למיזוג בין שתי האסכולות". בשל חשיבות הסוגיה אבקש להבהיר את העניין אף תוך אזכור פסיקה שניתנה במדינות שונות בשנים האחרונות וכן יינתן משקל לתכלית האמנה וללשונה. בהקשר זה יוערו שתי נקודות. האחת, היעדר עמדה ברורה מבית משפט זה הותיר ואקום מסוים בבתי המשפט המחוזיים שם ננקטו גישות שונות ואף סותרות (לסקירה ראו ע"מ (ב"ש) 130/08 פלונית נ' פלוני, פסקה 2 לחוות דעתי (31.8.2008) (להלן: ע"מ 130/08)). השנייה, עיון בפסיקה מעבר לים ואף בפסיקה ישראלית מלמד כי המבחן להגדרת המונח החשוב – מקום מגוריו הרגיל – השתנה באופן שהוא כולל הדגשים נוספים וראוי שהדברים יבוארו.

באתר הרשמי של האמנה הוצג המצב המשפטי בדבר הגדרת המונח מקום

מגוריו הרגיל של הילד, או במקור - Habitual Residence:

The interpretation of the central concept of habitual residence (Preamble, Art. 3, Art. 4) has proved increasingly problematic in recent years with divergent interpretations emerging in different jurisdictions. There is a lack of uniformity as to whether in determining habitual residence the emphasis should be exclusively on the child, with regard paid to the intentions of the child's care givers, or primarily on the intentions of the care givers. At least partly as a result, habitual residence may appear a very flexible connecting factor in some Contracting States yet much more rigid and reflective of long term residence in others.

Any assessment of the interpretation of habitual residence is further complicated by the fact that cases focussing on the concept may concern very different factual situations. For example habitual residence may arise for consideration following a permanent relocation, or a more tentative move, albeit one which

is open-ended or potentially open-ended, or indeed the move may be for a clearly defined period of time.

(<http://www.incatat.com/index.cfm?act=analysis.show&sl=3&lng=1>).

פרשנות האתר אינה מחייבת. אך נראה כי היא משקפת נאמנה את המצב המשפטי בשנים האחרונות. עולה למשל כי ישנו חוסר אחידות גם בבתי משפט פדרליים שונים בארצות הברית (וראו הסקירה שהובאה בע"מ 130/08). לצד זאת צוין כי קשה ללמוד ממקרה למקרה בשל השוני בתשתית העובדתית בין המקרים. סעיף 3 עומד במרכז האמנה הואיל והוא תוחם את תחולתה. לכן חשוב ואף חיוני לשאוף לקביעת מבחן משפטי כולל. אתיחס אף להדגשים שונים במדינות שונות בשנים האחרונות. לטעמי דווקא הקושי שהוזכר בדבר השוני העובדתי בין מקרה למקרה עשוי לסלול דרך פרשנית נאותה. כפי שיוסבר, המבחן המוצע ישלב בין עקרונות פרשנות של האמנה בתחילת דרכה, ובין פסיקה עדכנית במדינות שונות.

פרופ' אליסה פרז-ורה (Elisa Pérez Vera) אשר שימשה כרפורטרת מוסמכת

של האמנה, כתבה בסעיף 66 לדו"ח הפרשני שחיברה בסמוך לכינון האמנה, כך:

we shall not dwell at this point upon the notion of habitual residence, a well established concept in the hague conference, which regards it as *a question of pure fact*, differing in that respect from domicile (ELISA PÉREZ-VERA, EXPLANATORY REPORT ON THE 1980 HAGUE CHILD ABDUCTION CONVENTION 445 (1982)) (ההדגשה לא במקור).

העמדה לפיה Habitual Residence ("מקום המגורים הרגיל") הינה סוגיה של "Pure Fact", עובדה טהורה, משמעה שעל הבדיקה להיות מקיפה ומעמיקה. התוצאה של הבריור העובדתי הטהור היא שלעיתים עובדה מסוימת תזכה למשקל רב בשקלול הסופי של כלל הנתונים ולעיתים עובדה אחרת תזכה בכורה. בדיקה עובדתית טהורה חייבת להיות רחבה וכוללנית. מארג העובדות בהחלט יכול את כוונות ההורים ואת ההחלטות שקיבלו, אך אין ליתן לכוונותיהם משקל עצמאי וחיצוני לבחינה העובדתית. הכוונה אף היא חלק מהתמונה העובדתית. מטבע הדברים, נתון הכוונה מפנה את הבדיקה להורים. אף כאן יש לתת את המשקל הממשי למונח המדויק Habitual Residence – "מקום מגוריו הרגיל של הילד" השם את הזרקור על הילד. במובן זה יש לשמוע את קולו של הילד. זאת לא במובן בו בית המשפט ישאל אותו למקום מגוריו הרגיל שהרי אין אנו עוסקים בסוגיה סובייקטיבית, אלא במובן האובייקטיבי המופשט במידת מה. על פי ראייה זו חשוב לבחון את חיי הילד כפי שהם,

אך המסקנה עשויה לכלול את כוונת ההורים שאף היא רלוונטית בתור עובדה. כמובן, יש חשיבות לשיקולים אחרים כגון מטרת הנסיעה למדינה אחרת, תחמת הנסיעה בזמן ואף גילו של הילד. ודוק, יש לבחון לא את מקום מגוריו של הילד כי אם את מקום מגוריו הרגיל על המשתמע מכך.

התמקדות בעובדות, להבדיל משילוב בין מבחן עובדתי למבחן כוונתי, תביא לתוצאות שונות שלא על בסיס קיומן של אסכולות משפטיות מתחרות, כי אם על בסיס המארג העובדתי הייחודי לכל מקרה ומקרה. יודגש אף כי גם בחינת העובדות לא נעשית מנקודת המבט של ההורים אלא מנקודת מבטו של הילד, בבחינה אובייקטיבית של נקודת מבט זו. רוצה לומר, בבוא בית המשפט להניח את אצבעו על מפת העולם, להצביע על אחת המדינות ולקבוע "כאן מקום מגוריו הרגיל של הקטין", עליו לשוות לנגד עיניו את מפת עולמו של הקטין, על פסיפס העובדות המרכיבות אותה.

מבחן עובדתי טהור תוך מיקוד בילד הכולל את כוונת הוריו בגדר עובדה תואם גם את פסק הדין בעניין גבאי, וגם את הפסיקה העדכנית שניתנה בבית משפט זה לפיה אין ליצור חיץ בין העובדות לבין הכוונות. המבחן אף תואם את הפסיקה במדינות זרות המחויבות אף הן כישאל ללשון האמנה ותכליותיה. בקנדה נקבע, למשל, שהמונח "מקום מגוריו של הילד" הינו בגדר סוגיה משפטית טהורה שתוכרע על פי המציאות של חיי הילד ולא זו של הוריו (Droit de la famille 3713, Cour d'appel de Montréal, 8 septembre 2000, No 500-09-010031-003). אף בגרמניה הגישה מציבה את הילד במרכז (2 UF 115/02). וראו גם הדגש על חיי הילד בפסיקה בחלק מהמחוזות הפדראליים בארצות הברית (Koch v. Koch, 450 F.3d 703 (7th Cir.2006); Silverman v. Karkkainen v. Kovalchuk, 445 F.3d 280; v. Silverman, 338 F.3d 886 (8th Cir. 2003); Rona Schuz, *Habitual Residence of Children under the Hague Child Abduction Convention: Theory and Practice*, 13 CHILD AND FAMILY LAW QUARTERLY 1 (2001); Rona Schuz, *Policy Considerations in Determining Habitual Residence of a Child and the Relevance of Context*, 11 JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW AND POLICY 101 (2001).

10. ומן הכלל אל הפרט: הצדדים חיו ועבדו בקנדה 9 שנים בלא שהוכחה כל הגבלה בזמן למשך השנות. הבן הבכור היגר בגיל צעיר ואילו התאומים נולדו שם וחיו שם ברציפות עד הגיעם לבית הספר היסודי. הצדדים וילדיהם קיבלו אזרחות קנדית ודרכונים קנדיים והמשיכו לשהות בקנדה אף לאחר קבלת האזרחות והדרכונים. לאורך תשע השנים בהן חיו הצדדים בקנדה נסעה המבקשת פעם אחת בלבד לישראל עם הבן

הבכור (בשנת 2003) ופעם אחת בלבד עם התאומים (בקיץ 2010). המבקשת ראתה עצמה כפופה למערכת המשפט הקנדית אליה בחרה לפנות בתביעת הגירושין. בתוך הבחינה העובדתית של פסיפס "מציאות החיים הנמשכת", כלשון פסק הדין בפרשת גבאי, שמורות כאמור כמה מהאבנים גם לבחינת כוונת הצדדים, כחלק מהמארג העובדתי. גם אבנים אלו צבועות בבירור בצבעי הדגל הקנדי – הסכם החינוך ארוך הטווח עליו חתמו הצדדים בקנדה, התנגדותו הנחרצת של המשיב לאפשרות המגורים בישראל (התנגדות שהדגישה המבקשת עצמה, הן בפני הערכאות בישראל והן בפני הערכאות בקנדה, וראו למשל בעמודים 7 ו-11 לפסק הדין של בית המשפט לענייני משפחה), המינוח בו השתמשה המבקשת – "להגר" לישראל (עמוד 47 לפרוטוקול בבית המשפט לענייני משפחה), וכן ההסכם מיום 5.3.2010 בו הצהירה המבקשת מפורשות כי מקום מגוריהם הרגיל של הקטינים הוא בקנדה. לנוכח כל האמור, קביעת בית המשפט לענייני משפחה כי מקום המגורים הרגיל של הקטינים עובר לנסיעתם לישראל בחודש אוגוסט 2011 היה בקנדה מבוססת היטב ומעוגנת בכלל העובדות שהונחו לפניו.

האם השתנה "מקום מגוריהם הרגיל" של הקטינים בעקבות נסיעת בני המשפחה לישראל באוגוסט 2011? לטעמי התשובה לכך שלילית. נסיעת בני המשפחה לישראל, כפי שהצהירה המבקשת עצמה, נעשתה מכוח פסק הדין הקנדי מהערכאה הראשונה, ומכוחו בלבד. המשיב אשר לא השלים עם התוצאה הגיש בקשה לעיכוב ביצוע פסק הדין על מנת למנוע מהמבקשת והקטינים לנסוע לישראל. בקשתו אמנם נדחתה, אולם חשוב להדגיש כי בית המשפט נימק את דחיית הבקשה בכך שגם אם יתקבל ערעורו של המשיב, ניתן יהיה להשיב את הילדים לקנדה. קביעה זו נסמכה בין היתר על הצהרת המבקשת ולפיה היא רואה עצמה מחויבת לכל החלטה שתתקבל בערכאת הערעור, ועל כן תשיב את הילדים לקנדה אם בית המשפט יורה על כך (וראו הלשון "I agree with [המבקשת] that it is not irreparable and it is not irreversible" בפסקה 28 בהחלטה מיום 12.8.2011; כן ראו את דברי המבקשת בעמוד 56 לפרוטוקול הדיון מיום 17.7.2012 בבית המשפט לענייני משפחה). הנסיעה לישראל נעשתה אם כן על בסיס פסק דין שאיננו חלוט ואשר תוצאתו הייתה הפיכה וכך גם נתפסה על ידי הצדדים. כידוע, התוצאה אכן נהפכה בהכרעת דינה של ערכאת הערעור מאפריל 2012. כלל הנסיבות המתוארות מחייבות את המסקנה כי מקום המגורים הרגיל של הקטינים לא השתנה בעקבות הנסיעה לישראל.

בשולי דברים אלה אעיר כי הצדדים חלוקים בשאלת ההשלכה שיש לפסק הדין המחוזי בע"מ (ב"ש) 121/07 פלונית נ' אלמוני (18.6.2007) (להלן: ע"מ 121/07) על הנדון בענייננו. הטעם לכך הוא כי זהו המקרה היחיד ככל הנראה שנדון בערכאות בישראל בו עלתה בעבר שאלה דומה לזו שלפנינו – האם מעבר אחד ההורים עם הילדים מארץ אחת לארץ אחרת מכוח פסק דין שאיננו חלוט יוצר שינוי בקביעת "מקום מגוריהם הרגיל" של הילדים, גם כאשר ערכאת הערעור הופכת את התוצאה? בנידון דידן, בתי המשפט קמא סמכו את תשובתם השלילית לשאלה זו, בין היתר, על המסקנה העולה כביכול מע"מ 121/07, בעוד בא כוח המבקשת ביקש לגזור מפסק דין זה – על ריבוי הדעות שבו ועל האופן בו התייחס אליו בית המשפט העליון בבע"מ 5579/07 פלונני נ' פלונני (7.8.2007) – את המסקנה ההפוכה. מבלי לקבוע גדרים מוחלטים, סבורני כי אכן, כטענת בא כוח המבקשת, יתכן מקרה בו מעבר שכזה יביא לשינוי במקום מגוריהם הרגיל של הקטינים לעניין סעיף 3 לאמנה. לאמור, אין לשלול אפשרות זו א-פרירי (והשוו בע"מ 9802/09 פלונית נ' פלונני, פסקאות 12 – 14 לחוות דעתו של השופט י' עמית (17.12.2009)). המפתח הנורמטיבי מצוי בסעיף 3 לאמנה על תנאיו אך קשת התשתיות העובדתיות רחבה היא. יחד עם זאת, הסוגיה שלפנינו איננה באה בגדר מקרה שכזה. אף כאן, בחינה עובדתית של נסיבות המקרה ובכללן גם כוונת הצדדים, מלמדת כי מקום המגורים הרגיל של הקטינים היה בקנדה, ואילו המגורים בישראל לא הפכו למצב קבע ב"מציאות החיים הנמשכת" של הילדים, וכי היה זה מעבר זמני, קצר מועד, הפיך וככזה גם נתפס.

חריגי ההסכמה וההשלמה

11. הכלל הוא כי בהתקיים התנאים לתחולת האמנה – ובליבם הקביעה בדבר הרחקה או אי החזרה שלא כדין של קטין ממקום מגוריו הרגיל – יש לצוות על החזרתו של הקטין, כלשון סעיף 12 לאמנה:

ילד, אשר לא כדין, הורחק או לא הוחזר כאמור בסעיף 3, וביום פתיחת ההליכים בפני הרשות השיפוטית או המינהלית של המדינה המתקשרת שבה נמצא הילד חלפה תקופה של פחות משנה מתאריך ההרחקה או אי החזרה, שלא כדין, תצווה הרשות הנוגעת בדבר להחזיר את הילד לאלתר.

לכלל זה, המנוסח בלשון פסקנית ישנם מספר חריגים. הרלוונטיים לענייננו קבועים בסעיף 13(א) לאמנה ולפיהם בית המשפט אינו חייב להורות על החזרה מקום בו "האדם, המוסד או הגוף האחר שבידו מופקדת ההשגחה על גוף הילד לא הפעיל

בפועל את זכויות המשמורת בעת ההרחקה או אי ההחזרה, או הסכים עמן או השלים עמן לאחר מעשה".

בפסיקה נקבע כי את החריגים לתחולת האמנה יש לפרש באופן מצמצם ודווקני אך תוך נאמנות לתכליות האמנה (ע"א 5532/93 גונזבורג נ' גרינוולד, פ"ד מט(3) 282, פסקה 20 (1995); עניין גבאי, פסקה 19; דנ"א 4117/11 פלוני נ' פלונית (12.7.2011); בע"מ 8540/11 פלוני נ' פלונית, פסקה 4 להחלטתי (1.12.2011)). כן נקבע כי הנטל להוכיח את קיומו של החריג מוטל על הטוען לקיומו ומדובר בנטל כבד (ראו למשל ע"א 1372/95 סטגמן נ' בורק, פ"ד מט(2) 431, פסקה 9 לחוות דעתו של השופט א' גולדברג (1995); עניין גבאי, פסקה 19).

בבית המשפט לענייני משפחה ובבית המשפט המחוזי הקדישו באי כוח המבקשת מקום רחב בטיעוניהם לטענה בדבר התקיימותם של חריג ההסכמה ו/או חריג ההשלמה שבסעיף 13(א). כך נהגה המבקשת גם בבקשת רשות הערעור שהוגשה בכתב. יוער, כי לנוכח המארג העובדתי לא בכדי טען בא כוח המבקשת מעין הגנה משולבת – הסכמה ו/או השלמה. ברם, בדרך כלל יש מקום לנסות ולהבחין ביניהם. הבחנה זו מצויה במימד הזמן – הסכמה ניתנת מלכתחילה בעוד השלמה היא עניין שבדיעבד (עניין גבאי, פסקה 20; בע"מ 8540/11 פלוני נ' פלונית, פסקה 4 (1.12.2011); אך ראו לעניין הקושי בזיהוי החריג את המחלוקת שנפלה בין השופטת ע' ארבל והשופט ח' מלצר בבע"מ 741/11 פלונית נ' פלוני (17.5.2011)). כך או כך, בעוד הבקשה תלויה נסע המשיב עם הילדים לקנדה. מה יעלה כעת בגורל טענת החריגים – ההגנות?

בדיון שנערך בפנינו טען בא כוח המבקשת כי מהעובדה שהמשיב והקטינים שוהים כבר הלכה למעשה בקנדה, נפגעה האפשרות שהייתה בידיו להוסיף ולטעון לקיומן של ההגנות המאפשרות לבית המשפט שלא להורות על החזרת הילדים למקום מגוריהם הרגיל – קנדה. יחד עם זאת, הדגיש כי הוא עודנו עומד על טיעוני ההסכמה וההשלמה אך זאת לא כחריגים לסעיפים 3 ו-12 אלא כחלק מהם. דהיינו כי ההסכמה ו/או ההשלמה לכאורה מצד המשיב מוציאים את ההרחקה או את אי ההחזרה מגדר "שלא כדין" כנדרש בסעיף 3. מהלך זה של בא כוח המבקשת מעורר שני ספקות כבדי משקל. הראשון, האמנם אבדו לה למבקשת כל טענות ההגנה (ואמנם ראו לעניין זה את הדיון בעניין *Chafin*)? האחר, האם בנטילת חריגי ההסכמה וההשלמה ממקומם כ"חלונות מילוט" צרים, ובקביעתם בשערי הכניסה הראשיים לתחולת האמנה (סעיף 3), לא תרוקן האמנה מתוכן ותסוכל באופן מובהק תכליתה?

כאמור, שני ספקות אלה אינם פשוטים. לו הייתי משתכנע מטיעוני ההסכמה וההשלמה כי אז היה מקום לדון בשאלות מקומן של טענות אלו. במקרה הנוכחי, מאחר ונכוחות בעיני קביעותיהם של בית המשפט לענייני משפחה ובית המשפט המחוזי, אינני רואה צורך להידרש לכך ולקבוע מסמרות בדבר. אעיר רק שלוש הערות. הראשונה, כי השינוי במציאות לא מחייב את ביטול האפשרות לטעון לחריג. אמנם, כהערת בא כוח המבקשת, הסעיף פותח במילים "על אף האמור בסעיף הקודם, אין הרשות השיפוטית או המינהלית של המדינה המתבקשת חייבת להורות על החזרת הילד, אם...". מובנת האפשרות הפרשנית לפיה בהינתן שהילדים כבר הוחזרו אזי אין עוד מקום להידרש לחריג. יחד עם זאת, תיתכן פרשנות חלופית אשר על אף השינוי במציאות תיקח בחשבון את העובדה שההליך שלפנינו עודו עוסק בקיומה או אי קיומה של חובת החזרה. סעיף 12 מופנה למתן הוראות על ידי הרשות השיפוטית והמנהלית ולא כלפי עשיית דין עצמי על ידי אחד הצדדים. פרשנות זו אף היא מעוררת קושי מסוים אך עשויה להיות תואמת לתכלית האמנה בגדר "שלא יהא חוטא נשכר". התוצאה לפיה המבקשת מנועה מלטעון טענות השלמה ו/או הסכמה שעמדו במרכז הדיונים הקודמים בשל התנהגות חסרת תום לב של המשיב – קשה היא. בכל מקרה, פרשנות כזו לא נטענה על ידי המבקשת. ההערה השניה, באשר לאפשרות הבחינה של הסכמה/השלמה במסגרת הדיון בסעיף 3, אפשרות שטרם נדונה בבית משפט זה, אציין רק כי ישנה פסיקה זרה התומכת בבחינה שכזו (וראו למשל פסיקה מסקוטלנד משנת 1994 - 1994 GWD 32-1893 *Murphy v. Murphy*) אך נדמה כי אין זו הדעה הרווחת היום (וראו פסיקה סקוטית עדכנית - 2004 S.C. 323 *T. v. T.*, וכן פסיקה מאוסטרליה - 1115 Fam CA [2005] *Director-General, Department of Child Safety v. Stratford*). עניין זה קשור להערה השלישית והיא כי גם אם היה מקום לבחון את טענות ההסכמה וההשלמה כחלק מהדיון בתנאי הסף לתחולת האמנה – הרחקה או אי החזרה שלא כדיון – כי גם אז היה עלינו ליתן לטיעונים אלה משקל מצומצם, באותה מידה בה ניתנת פרשנות מצמצמת לתחולת החריגים בדרך כלל.

את חריגי ההסכמה וההשלמה יש להבין ככאלה העולים בקנה אחד עם תכליותיה העיקריות של האמנה. אחת מהתכליות העיקריות של האמנה היא להביא במהירות וביעילות להחזרתו של קטין שנחטף והיא בגדר הושטת "עזרה ראשונה" וסעד מהיר למחזיק בזכויות המשמורת ממנו נחטף הקטין. במקום בו המחזיק בזכויות הסכים או השלים עם ההרחקה או עם אי החזרה אין עוד צורך בהול בהשבת המצב לקדמותו, וזכויות המשמורת – ובכללן מקום המגורים – יוכלו להיבחן ואף לזכות

להכרעות שיפוטיות באפיקים חיצוניים לאמנה ובמסלולים דיוניים רגילים (ראו ע"א 473/93 ליבוביץ נ' ליבוביץ, פ"ד מז(3) 63, 70 – 71 (1993); עניין גבאי, פסקה 19).

12. במקרה שלפנינו, יציאתם של הקטינים מקנדה לישראל ואי החזרתם לקנדה לא נעשו בהסכמת המשיב. יציאת הקטינים לישראל נעשתה מכוח פסיקת בית המשפט הקנדי בערכאה הראשונה בניגוד לעמדת המשיב. כזכור, אף המבקשת ציינה את עמדתו הנחרצת של המשיב אשר שלל כל אפשרות מעבר לישראל. המשיב הודיע על כוונתו להגיש את הערעור עם מתן פסק הדין ואף הגיש בקשה לעיכוב ביצוע פסק הדין טרם הגשת הערעור. לנוכח כל האמור, מתחייבת הקביעה כי הסכמה מלכתחילה של המשיב – לא הייתה.

אף השלמה שבדיעבד אין כאן. לעניין הפרשנות שיש ליתן למונח "השלמה" נפסק כי השלמה תיתכן בין במעשה, בין במחדל. כן נאמר כי היא יכולה למצוא את ביטויה בהתנהגות חד פעמית – כגון בחתימה על הסכם עם ההורה "החוטף", אך יכולה להיות גם משתמעת ממכלול עובדתי מסוים על פני רצף התפתחותי של אירועים. חריג ההשלמה, כך נפסק, מבוסס על רצונו הסובייקטיבי של בעל הזכויות במשמורת, המוצא את ביטויו בהתנהגות חיצונית הנמדדת בכלים אובייקטיביים. הזרקור מופנה אם כן להורה המסויים, ולא להורה הסביר בבחינה עובדתית ולא נורמטיבית. כמו כן, ככל פעולה חוזית, "הסכמה" או "השלמה" אשר ניתנו מתוך טעות, הטעה, כפייה או עושק ניתנות לביטול, בהתאם לסעיפים 14 – 17 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג - 1973 (עניין גבאי, פסקאות 20 – 22; עניין דגן, עמ' 273 – 276; בע"מ 741/11 פלונית נ' פלוני, פסקאות 17 – 24 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל (17.5.2011); בע"מ 8540/11 פלוני נ' פלונית, פסקה 4 (1.12.2011)). טענה ל"השלמה" תיבחן אם כן בזהירות רבה. במרכז הדיון ניצבת העמדה הסובייקטיבית של ההורה ממנו "נחטף" הילד.

כאמור, התבוננות רחבה על נסיבות המקרה שלפנינו מלמדת כי לא ניתן להצביע על השלמה מצד המשיב עם המצב שנוצר. אדרבה, המשיב עשה כל שביכולתו לשנות את המצב. בית המשפט לענייני משפחה סקר באופן מעמיק ורגיש את הנסיבות מכללן מתקבלת תמונה אחת שאושרה גם בערכאת הערעור: המשיב פעל ללא לאות להשבת הילדים לקנדה. דעתו באשר למגורי הילדים בישראל הייתה ונותרה שלילית לאורך הדרך כולה כשברקע הדברים בולט מקומו של ההסכם עליו חתמה המבקשת ב-2010 ואשר קיבל תוקף משפטי הן בקנדה והן בישראל. במקביל, ומבלי לסתור את

האמור, ביקש המשיב, כמי שטובת ילדיו וטובתו עומדות לנגד עיניו לא רק בטווח הארוך כי אם גם בטווח הקצר, "למזער נזקים" ולהתאים עצמו לנסיבות אותן קיווה לראות כזמניות. כך הבינה הערכאה הדיונית את נסיעתו לישראל במטרה לשהות לצד ילדיו וכך אף הבינה את חיפוש העבודה, שכירת הדירה והרכב והמעורבות בחינוך הילדים. כאמור, הערכאה המבררת בדקה את העניין ביסודיות וכלל אי ההתערבות בממצאים עובדתיים על ידי ערכאת הערעור, בזכות או ברשות, עומד לצידו של המשיב בעניין זה.

יתרה מזו, כפי שהדגישו בתי המשפט קמא, נפסק כי היבט נוסף של השלמה הוא שעליה "להיקלט" אצל ההורה האחר, תוך שהוא מודע לכך שההורה ה"חוטף" סובר כי ההורה ה"נחטף" מותר על שינוי הסטטוס קוו (עניין גבאי, פסקה 21; בע"מ 741/11 פלונית נ' פלוני, פסקאות 17 – 24 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל (17.5.2011); בע"מ 8540/11 פלוני נ' פלונית, פסקה 4 (1.12.2011)). בענייננו קבע בית המשפט לענייני משפחה, ואינני מוצא מקום להתערב בקביעה עובדתית זו, כי "כפי שעולה מעדותה של האם – האם עצמה, בחודש מאי 2012 [במסגרת בקשתה – שנדחתה – לעיכוב ביצוע פסק הדין של ערכאת הערעור הקנדית], עדיין לא קלטה [כלשון הפסיקה] כי האב הסכים לכאורה לשינוי הסטטוס קוו" (עמ' 30 לפסק הדין).

אף מהתנהגויות נוספות המאוחרות למתן פסק הדין הקנדי, ובטרם נפתח ההליך לפי אמנת האג, ניתן להסיק על כך שהמשיב מעולם לא השלים עם השארת הילדים בישראל. כך נלמד מפנייתו למבקשת בבקשה לכבד את פסק הדין הקנדי, פנייה שנותרה ללא מענה, מפנייתו לשגרירות קנדה בישראל ולמשרד החוץ הקנדי בבקשת עזרה, ממחיקת התביעות שהגיש בישראל, מהודעה לבתי הספר על חזרת הילדים לקנדה ומכרטיסי הטיסה שרכש עבורם (וראו עמ' 19 – 20 לפסק הדין של בית המשפט לענייני משפחה).

13. בית המשפט לענייני משפחה הדגיש שתי עובדות אותן מצא בכל זאת כבעייתיות – אם כי לא שינו את מסקנתו בדבר היעדר "השלמה". הראשונה היא עובדת הגשת התביעות העצמאיות לבית המשפט לענייני משפחה על ידי המשיב. השנייה היא ניהול המשא ומתן בין המשיב למבקשת. אל נקודות אלו, וכן אל שתי נקודות נוספות – הסכם החינוך ארוך הטווח שנחתם בין הצדדים בישראל ב-31.8.2012 וטופס הביטוח הלאומי עליו חתם המשיב אבקש להתייחס כעת ביתר פירוט.

באשר להגשת התביעות, כטענת המבקשת, המשיב אמנם פתח שני הליכים בבית המשפט לענייני משפחה בישראל, בענייני מזונות ובענייני משמורת. אולם בהקשר הרחב יש לראות את היוזמה כנתונה בידי המבקשת בעוד המשיב פעל כמגיב בלבד. המבקשת היא שפתחה במספר הליכים כנגד המשיב ובהם תביעת מזונות עבור שלושת הילדים. את תביעת המזונות שהגיש המשיב עבור הבן הבכור ואת תביעתו למשמורת על הבן הבכור לצד משמורת המשותפת על התאומים יש לראות אם כן כתגובה וכמהלך אליו נגרר המשיב ולא כמהלך אותו יזם. זאת במיוחד לנוכח טענתו שהבן הבכור עבר להתגורר עמו. יודגש עוד כי בתביעתו חזר המשיב שוב על הנרטיב בו הימצאותו והימצאות הילדים בישראל נכפתה עליו. על כן אף בעובדה זו אין לראות השלמה והיא משתלבת היטב בתמונת המצב לפיה המשיב התמיד במאמציו להחזיר את הילדים לקנדה תוך שהוא מבקש ככל האפשר למזער נזקים, מבחינתו, בנסיבות שנוצרו. יצויין עוד כי עם קבלת ערעורו בקנדה ביקש האב למחוק את התביעות שהגיש בישראל.

לעניין קיום המשא והמתן, נזכיר כי משא ומתן בדרכי שלום על ידי הצדדים הוא אפיק פעולה אותו מעודדת האמנה (וראו סעיף 7(ג)). בהקשר זה נאמר בעניין גבאי

כי –

אפילו מתארך המשא והמתן – ואפילו במהלכו הילד הולך לגן ילדים או לבית ספר – אין בכך בלבד כדי להצביע על "השלמה". הוא הדין, אם במהלך המשא ומתן מועלית ונידונה האפשרות שהילד יישאר בארץ שאליה נחטף. כפי שראינו, השלמה היא החלטה מודעת לוותר על זכות ההחזרה המיידית הנתונה להורה ה"נחטף". ניהול משא ומתן בתום לב אינו מתיישב, בדרך כלל, עם ויתור שכזה (עניין גבאי, פסקה 22).

פסיקה מאוחרת יותר חזרה על הזהירות שיש לנקוט במתן פירוש של "השלמה" או "הסכמה" למשא ומתן שלא הבשיל לכדי הסכם (ראו למשל דבריה של הנשיאה ד' ביניש בעניין דגן, עמ' 278). המבקשת בטיעוניה טוענת כי בבע"מ 741/11 פלונית נ' 9701 (17.5.2011) מסתמן מפנה בכך שבאותה פרשה הוכר משא ומתן שלא הבשיל להסכם חתום כנסיבה המקיימת את חריג ההשלמה. מבלי להכריע בשאלה העקרונית, יובהר כי אין הנידון דומה כלל לראיה. באותה פרשה אכן ראתה דעת הרוב מפי השופטת ע' ארבל אליה הצטרף השופט ח' מלצר את טיוטת ההסכם כמבטאת השלמה, וזאת כנגד דעתו החולקת של השופט ע' פוגלמן. אולם יש להדגיש כי אף דעת הרוב הדגישה שהגיעה לתוצאה זו "בנסיבות המיוחדות של המקרה שלפנינו" כדברי השופט ח' מלצר בחוות דעתו (ההדגשה במקור). נסיבות אלו, המתוארות בהרחבה בפסק הדין

שונות מהותית מאלו שלנו. לענייננו די להזכיר כי במקרה האחר הצדדים הגיעו להסכמות מתקדמות שלא יצאו אל הפועל בשל הסתייגות הצד "החוטף" וכן נטענה והתקבלה טענת הסתמכות. ואילו אצלנו כל שדובר היה בגימושים בלבד בין עורכי הדין, בלא פגישה בין הצדדים, בלא טיוטת הסכם, ותוך שההליכים בקנדה ממשיכים להתנהל.

באשר להסכם בדבר חינוך הילדים שנחתם ערב שנת הלימודים תשע"ב ראוי לפתוח ולהבהיר כי מהסכמה להשתלבות במערכת החינוך בארץ אליה "נחטפו" קטינים, אין ללמוד בהכרח על קיומה של "הסכמה" או "השלמה" לעניין סעיף 13. בעניין גבאי הדגיש הנשיא א' ברק כי –

רבים הם המקרים שבהם הורה "נחטף" הדואג לטובת הילד, מסכים לכך שהילד ילך לגן ילדים או לבית ספר כל עוד מאמצי ההורה להשבת הילד נמשכים. הסכמה כזו לשהותו של הילד בארץ שאליה נחטף אינה הסכמה לסטטוס קוו החדש שנוצר, ואין לראות בה ויתור על הגשמה לאלתר של זכות המשמורת או הביקור הנתונה לו על פי האמנה (עניין גבאי, פסקה 20).

עוד יש להזכיר כי ההסכם נחתם כ-7 ימים לאחר הגעת בני המשפחה לישראל, ויממה לפני פתיחת שנת הלימודים. כפי שהוכח בפני בית המשפט לענייני משפחה (וראו עמ' 23 לפסק הדין), העובדה כי ההסכם נחתם אך ברגע האחרון (ועל כן אף נאלצו הקטינים להפסיד יום הכנה בטרם פתיחת שנת הלימודים) הינה תוצאה של התעקשות המשיב על ניסוח אשר להשקפתו ישמור על זכויותיו המשפטיות ולא יהווה מחסום בפני יישומו של פסק דין לטובתו בערכאת הערעור הקנדית, אם יתקבל כזה. עולה אם כן כי יותר משהסכם החינוך מלמד על השלמה, הרי שנסיבות כריתתו מלמדות על היעדרה.

ואחרון, אתיחס אל הטופס לביטוח הלאומי עליו חתם המשיב ביום 29.3.2012, לאחר מועד הדיון בערעור שהגיש בקנדה, ובו הצהיר כי הוא תושב חוזר החל מחודש אוגוסט 2011 וכי סיים את מרכז חייו בחו"ל. גם בעניין זה ביכרה הערכאה המבררת את גרסת המשיב ואת טענתו כי מדובר בטופס סטנדרטי שהחתימה עליו נועדה להסדיר את ענייניו בקופת חולים וכי לא התאפשר לו לחתום על טופס אחר או לשנות את ניסוחו. טענתו כי מדובר היה ב"כפיה אדמינסטרטיבית" וכי מסר לפקידה את המצב המדויק בחיי היום יום התקבלה על דעת בתי המשפט קמא. אף בעניין זה מדובר בממצא עובדתי שאינני מוצא עילה להתערבות בו.

בחינת מכלול העובדות המרכיבות את הפרשה מעלה כי גם אם נצא מתוך הנחה כי יש נתונים עובדתיים התומכים בעמדות שני הצדדים עד כי המקרה מכיל בתוכו סממנים גבוליים, עדיין בסופו של דבר הוא נופל לצד תחולתה של האמנה ושליטת קיום החריגים לה. המסקנה היא כי הקביעה בדבר היעדר הסכמה או השלמה נדונה לאורך ולרוחב ואין למצוא טעות משפטית לנוכח קביעותיו העובדתיות של בית המשפט לענייני משפחה שאושרו על ידי בית המשפט המחוזי. בכך כאמור נסללה הדרך להחלתה של האמנה ולתוצאה אליה הגיעו הערכאות הקודמות בהיבטיה המהותיים.

לנוכח מקום הימצאותם של הקטינים – קנדה – אין צורך במתן הוראות בעניינם במסגרת פסק דין זה.

14. סיכומם של דברים, מציע אני לחבריי כי נקבל את הבקשה, נדון בה כבערעור ונדחה אותו לגופו בהתאם להנמקות שלעיל, זולת בנושא ההוצאות. כזכור, בא כוח המבקשת ביקש בטיעונו כי יבוטלו ההוצאות שהושתו על מרשתו בהליכים הקודמים. לנוכח כל האמור ובכלל זה חוסר תום ליבו של המשיב תוך אי ציות לתוצאות ההליכים בהם פתח הוא עצמו, מציע אני כי הן ההוצאות שפסק לטובת המשיב בית המשפט לענייני משפחה והן אלו שפסק בית המשפט המחוזי – יבוטלו. עוד מוצע כי על רקע האמור ובהתחשב בתוצאה אליה הגעתי כל צד יישא בהוצאותיו בהליך זה.

ש ו פ ט

השופט ח' מלצר:

אני מצטרף בהסכמה לפסק דינו הממצה והמאלף של חברי, השופט נ' הנדל.

הנני מניח עוד כי פסק דיננו זה יובא לידיעת בתי המשפט בקנדה.

ש ו פ ט

השופטת ד' ברק-ארז:

אני מסכימה לפסק דינו המקיף של חברי השופט נ' הנדל.

1. כפי שעולה מפסק דינו של חברי, התפתחות האירועים בהליך שבפנינו עוררה, באופן בולט, את השאלה מה צריכה להיות התגובה השיפוטית להתנהלותו של צד להליך משפטי אשר מאיימת לחבל בתוצאותיו של הליך זה. בנסיבות העניין, המשיב הוציא את ילדיהם המשותפים של בני הזוג מישראל בניגוד לצו שניתן בעניין (מיום 26.10.2012), וזאת לאחר שפעל לקבל לידי את דרכוניהם של הילדים אשר היו מופקדים באותה עת במזכירות בית המשפט קמא. מעבר לכך שהתנהלות חמורה זו של המשיב היא בניגוד לדין ולכאורה עשויה לשמש בסיס לאחריות במישור הפלילי (מבלי להכריע בעניין, כמובן), פעולותיו אף הטילו צל על המשמעות המעשית של תוצאות ההליך הנוכחי: אף לו קיבלנו את עמדתה של המבקשת, זכייתה בהליך הייתה מתרוקנת מתוכן, במידה רבה, מבחינת יכולתה לממש את הסעד שעשוי היה להיפסק לטובתה. בנסיבות העניין, הדיון בשאלה דלעיל צריך להיעשות לאורה של החובה לנהוג בתום לב גם בתחום הדיוני (ראו והשוו: בר"ע 305/80 שילה נ' רצקובסקי, פ"ד לה (3) 449, 461-462 (1981) (להלן: עניין שילה); רע"א 2919/01 אושרוביץ נ' ליפה (פריד), פ"ד נה (5) 592, 597-598 (2001); ע"א 9542/04 רותם חברה לביטוח בע"מ נ' נחום, בפסקה 8 (2.1.2006); בש"א 6479/06 בנק דיסקונט נ' שנפ, בפסקאות 4-5 (15.1.2007) (להלן: עניין שנפ)). חברי דן בחריגתו של המשיב מן החובה לנהוג בתום לב בהליכי משפט בהתייחס לכך שנמנע מלהתייבב לדיון בפנינו. אולם, לשיטתי, שאלת תום הלב הדיוני של המשיב מתעוררת עוד בשלב קודם, ונוגעת גם לכך שהוציא את ילדיו מישראל בניגוד לצווים שיפוטיים שניתנו במסגרת ההליך שלו הוא היה צד.

2. אכן, המקרה שבפנינו שונה מן המצב הטיפוסי שבו נבחנת תחולתם ותוצאתם של דיני תום הלב הדיוני. על-פי רוב, נהוג לייחס חוסר תום לב דיוני לבעל דין אשר מנצל לרעה את המנגנונים הדיוניים העומדים לרשותו. כך למשל, בית משפט זה ראה בעבר חוסר תום לב באי-התייצבות חוזרת ונשנית של בעל דין לדיונים (ראו: רע"א 3454/04 ודקדק נ' הראל (5.6.2005) (להלן: עניין ודקדק)), בהתחמקות מהמצאה (ראו: עניין שגפ) ובחשיפתם המכוונת של שופטי ערכאת הערעור לראיה שלא הייתה בפני הערכאה הדיונית (ראו: רע"א 6658/09 מולטילוק נ' רב בריח (12.1.2009)). לעומת זאת, בענייננו, מעשהו החמור של המשיב הוא במובן מסוים "חיצוני" להתדיינות בין הצדדים. הוא נועד להשפיע על היכולת לאכוף את פסיקתו של בית משפט זה (ככל שזו לא הייתה נוטה לעברו של המשיב), ולא על תוכן פסיקתו או על אופן התנהלותו של ההליך העיקרי.

3. כאן מתעוררת אפוא שאלה נוספת: האם חובתו של בעל דין לנהוג תום לב בהתנהלותו הדיונית מוגבלת לדל"ת אמותיו של ההליך השיפוטי, או שמא היא חלה גם על פעולות המשפיעות על יכולת האכיפה של פסק הדין? לכאורה, ניתן לטעון, שפסק הדין עומד על מקומו ללא קשר לשאלת אכיפתו. כך, אדם המבזבז את כספו לא ייחשב כמי שנוהג בחוסר תום לב כלפי בעל דין שהגיש נגדו תביעה כספית ומקווה לאכוף את פסק דין שיינתן לטובתו בסוף ההליך. אכן, פעולה שעשויה לשבש את תוצאותיו המעשיות של פסק הדין אינה נחשבת, כשלעצמה, לחוסר תום לב דיוני. אולם, לעתים, נוצר קשר בין הזירה השיפוטית לבין החתירה לכך שלהכרעה בה יהיו תוצאות בעולם המעשה. אלה הם פני הדברים באותם מצבים שבהם בית המשפט נותן סעדים זמניים, לרבות סעדים זמניים בערעור, שתכליתם היא להבטיח את היכולת לממש את הזכייה האפשרית בהליך (עיקול, צו איסור יציאה מן הארץ וכיוצא באלה). תקנות סדר האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: תקנות סדר הדין) מגדירות (בתקנה 1) "סעד זמני" כ"סעד שניתן להבטחת קיומו התקין של ההליך או ביצועו היעיל של פסק הדין" (ראו גם: אורי גורן סוגיות בסדר הדין האזרחי 519-521 (מהדורה עשירית, 2009)). לשיטתי, המסקנה הנובעת מכך צריכה להיות שהפרה מכוונת של סעד זמני – המבקשת לקעקע את האפשרות לממש את פסק הדין או את קיומו התקין של ההליך – עשויה, במקרים המתאימים, להיחשב לא רק לביזיון בית משפט או לעבירה פלילית (לפי העניין) אלא גם לחוסר תום לב דיוני. כפי שציננה, בהקשר אחר, השופטת א' פרוקצ'יה בעניין ודקדק: "כנגד הזכות החוקתית לפנות לערכאות, עומדת חובתו של בעל דין לקבל על עצמו את עולם של סדרי הדין ושל צווי בית המשפט כדי להבטיח את זכויותיהם

הדיוניות של בעלי הדין, וכדי לאפשר את מהלכם התקין של הליכי בית המשפט להגנה על אינטרס הציבור כולו" (שם, בפסקה 4).

4. במובן מסוים, הפרת הסעד הזמני שניתן לטובת הצד שכנגד מכרסמת במשמעותה של זכות הגישה לערכאות של אותו צד, מאחר שהיא עלולה לעקר סעד זה מתוכן ובהמשך לכך לפגוע באפשרות לממש את תוצאותיו של ההליך. לא למותר לציין, כי יש המגדירים את זכות הגישה לערכאות ככוללת בתוכה גם את הזכות לקבל סעד ואף לאוכפו (ראו: יורם רבין "זכות הגישה לערכאות: מזכות רגילה לזכות חוקתית (בעקבות ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ)" המשפט ה 217 (2000); משה קשת הזכויות הדיוניות וסדר הדין במשפט האזרחי – הלכה ומעשה כרך ב

1371 (מהדורה חמש עשרה, 2007)). דומה שהד לכך נמצא גם בפסיקתו של בית המשפט, אם כי, עד כה, מבלי שנושא זה עמד במרכז הדיון (ראו למשל: בג"ץ 9198/02 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, בפסקה 36 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור (2008)).

5. למעשה, החשיבות שיוחסה בפסיקה לזכות הגישה לערכאות קשורה בכך שזכות זו אמורה להבטיח את ההגנה על הזכויות האחרות (ראו: ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, נא(3) 593, 629 (1997)). ההגנה על זכויות אלה אמורה להיות הגנה אפקטיבית. על כן, הסעד הזמני אינו אך "שביל צדדי" של ההליך העיקרי. לעיתים, עשויה ההכרעה בבקשה לסעד זמני להכריע באופן מעשי את התובענה כולה (ראו: רע"א 2508/98 מתן י. מערכות תקשורת ואיתור בע"מ נ' מילטל תקשורת בע"מ, פ"ד נג(3) 26, 31 (1998)). אלה הם פני הדברים גם בנסיבותינו. הוצאת הילדים מן הארץ לא רק שיבשה את הסיכוי לכך שפסק הדין, אם היה ניתן נגד המשיב, ייאכף, אלא גם היוותה הפרה של החלטות שיפוטיות במסגרת ההליך, החלטות שנועדו להבטיח את תוצאותיו המעשיות.

6. בשולי הדברים, ניתן להעיר כי דרישת תום הלב אופפת את הדיון בסעדים הזמניים גם כאשר מדובר בבקשה להוציאם, ולא רק כאשר נבחנת שאלת כיבודם – שהרי תקנות סדר הדין קובעות בעניין זה כי כאשר בית המשפט נדרש לבקשה למתן סעד זמני, עליו לבחון, בין השאר, האם זו הוגשה בתום לב (תקנה 362 (ב)(2) לתקנות סדר הדין).

7. חשוב להדגיש: הקביעה שצד נהג בחוסר תום לב דיוני אינה סוף פסוק, אלא רק נקודת מוצא להמשך הדיון בשאלת תוצאותיו של חוסר תום לב זה. אכן, התנהלות דיונית לא ראויה עשויה להוליד תוצאות שונות, בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה – החל בפסיקת הוצאות, במקרים קלים יחסית; המשך בסירוב להיענות לבקשה או לאפשר פעולה דיונית מסוימת; וכלה – במקרים החמורים ביותר – בסירוב מוחלט לדון בטענותיו של אותו צד (היינו, סילוק על הסף של התובענה או הערעור כאשר בעל הדין שנהג בחוסר תום הלב הוא יוזם ההליך המשפטי, ולחלופין, קבלת התובענה או הערעור כאשר אותו בעל דין הוא המשיב בהליך). ככלל, הימנעות מהידרשות לטענותיו של בעל דין אמורה להיות חריגה ביותר, בשל השלכותיה הקשות על זכות הגישה לערכאות, המוקנית לשני הצדדים להליך, גם לצד שנהג בחוסר תום לב (ראו: עניין שנפ, בפסקה 8). ככל שניתן, נודעת עדיפות לסעד שאינו פוגע בזכותו של בעל דין – גם

בעל דין שחטא – להישמע בפני בית המשפט. עם זאת, כל מקרה צריך להיבחן לגופו, ואת הפגיעה בזכות הגישה לערכאות של בעל הדין שחטא, יש לשקול למול הפגיעה שעשויה להיגרם לבעל הדין שכנגד.

8. במקרה שבפנינו עולה במלוא עוזה שאלת המענה הראוי להתנהגות קלוקלת של בעל דין. לכאורה, ניתן לפקפק האם סנקציה שאינה משליכה על תוצאת הדיון, כגון השתתפות הוצאות משפט או הימנעות מהשתתף, לפי העניין, היא מספקת במקרה כגון זה שבפנינו. זאת, הן בשל כך שסנקציות בעלות אופי כספי עלולות "לדהות" אל מול חשיבות "השורה האחרונה" מהיבטם של הצדדים, והן משום שהתנהגותו של המשיב פגעה בהליך באופן קשה ביותר – בכך שהטילה צל על הסיכוי לממש את תוצאותיו. אולם, בסופו של דבר, דומה שהכף נוטה לכיוון האחר. הטעם העיקרי לכך – כפי שהיטיב חברי להסביר – נעוץ באופיו הרגיש של ההליך ובחשיבות הנודעת לכך שתוצאותיו יבטיחו את טובתם של ילדי בני הזוג. יחד עם זאת, אבקש להבהיר כי לשיטתי יש להיזהר גם מפני מחילה גורפת על התנהלות דיונית לקויה כל אימת שההליך המשפטי נסב על סוגיות הנתפסות כחשובות או רגישות. אין לשכוח כי במקרים מסוימים – בפרט מקום בו התנהלות חסרת תום הלב של צד להליך הקנתה לו יתרון בלתי הוגן על פני הצד השני – עלולה ההחלטה למחול על חוסר תום הלב להוביל לתוצאה שגורמת פגיעה קשה בצד השני, דווקא כאשר הסכסוך נסב על עניין בעל חשיבות מיוחדת (ראו והשוו: יצחק כהן "עקרון תום הלב בסדרי הדין בדיני המשפחה" משפטים מג 293 (2013)). מכל מקום, בנסיבות העניין קיים טעם נוסף

התומך בתוצאה אליה הגיע חברי, טעם העולה מהתבוננות על התמונה הדיונית בכללותה: אף המבקשת לא עמדה, למעשה, בהתחייבותה כלפי בית המשפט בקנדה לשוב לשם אם יתקבל ערעורו של המשיב. בנסיבות אלה, אף אני איני סבורה שיש מקום לכך שהתנהגות המשיב תישא תוצאות במישור הדיוני באופן שחורג מן התחום של פסיקת ההוצאות, מבלי לגרוע מכך שהיא ראויה להיבחן במישור המשפט הפלילי. למעלה מן הצורך, ניתן להוסיף, כי למעשה אף לולא נדרשנו לטענותיו הנוספות של המשיב בשלב הדיוני שהתקיים בפנינו לאחר מעידתו החמורה, די היה באמור בפסק דינו של בית המשפט קמא כדי להשיב על כל טענותיה של המבקשת.

ש ו פ ט ת

אשר על כן, הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נ' הנדל.

ניתן היום, כ"א באב התשע"ג (28.7.2013).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט