

בבית המשפט העליון

בע"מ 2338/09

בפני: כבוד השופטת מ' נאור
 כבוד השופט א' רובינשטיין
 כבוד השופט ס' גובראן

המבקשת: פלונת

נגד

המשיב: פלוני

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה מיום 13.1.2009 בתיקים עמ"ש 4646-11-08 ועמ"ש 7972-12-08 [פורסם בנבו], שניתן על ידי כבוד השופטים: ש' שטמר, י' עמית וי' וילנר

תאריך הישיבה: ז' בניסן התשס"ט (1.4.2009)

בשם המבקשת: עו"ד חיה רודניצקי-דרורי

בשם המשיב: עו"ד אדווין פרידמן

לבקשת רשות ערעור בטענות (07-06-2009): בעמ 2338/09 פלונת - ב"ב עו"ד חיה רודניצקי-דרורי נ' פלוני עו"ד: חיה רודניצקי-דרורי

חקיקה שאוזכרה:

חוק אמנת האג (התורת ילדים חטופים), תשנ"א-1991

חוק בית המשפט לעניני משפחה, תשנ"ה-1995: סע' 9

תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984: סע' 295ט(ה)

חוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981

מיני-רציו:

* ביהמ"ש העליון דחה את הערעור והורה על השבת הקטין לצרפת, מכח אמנת האג. מקום מגוריו הרגיל של הקטין הוא בצרפת, המערערת לא הוכיחה קיומם של חריגים המצדיקים השארת הקטין בארץ ולא הוכח כי נפגעו זכויות הקטין מכח האמנה לזכויות הילד, בדבר שקילת טובת הקטין וזכות הקטין שדעתו תישמע.

* משפחה – משמורת קטינים – החזרת ילדים חטופים

* משפחה – משמורת קטינים – עקרון טובת הילד

בר"ע על פסק דינו של ביהמ"ש המחוזי בת"א שעניינו, בהחזרת ילדים חטופים, עפ"י אמנת האג. המבקשת, ישראלית, והמשיב, צרפתי, התגוררו בארץ עם בנם (להלן: הקטין 1) כחמש שנים, ואז עברו לצרפת. לאחר כשנה וחצי, לפני לידת בנם השני (להלן: הקטין 2) חזרה המערערת עם הקטין 1 לארץ, ולאחר לידת הקטין 2, סירבה לחזור לצרפת. בימ"ש לענייני משפחה הורה על מחיקת תביעת האם למשמורת על הקטין 1 והחזרתו לידי אביו, לצורך החזרתו לצרפת. נקבע כי מקום מגוריו הרגיל של הקטין 1 הינו בצרפת, כי חוק אמנת האג חל בעניינו של הקטין 1, וכי לא מתקיימים החריגים הקבועים באמנת האג המצדיקים את השארת הקטין 1 בישראל. ערעור שהוגש לביהמ"ש המחוזי נדחה ומכאן בר"ע זו, במסגרתה נטען, כי מקום המגורים של הקטין 1 הוא בישראל לחילופין נטען לקיומם של שני חריגים המצדיקים את השארת הקטין 1 בארץ: א. כי המשיב הסכים כי היא והקטין 1 יחזרו לישראל לצורך מגורים ולחילופין כי השלים עם חזרתם לאחר מעשה; ב. הקטין 1 אכן ייחשף לנזק אם יחזור לצרפת זאת בהתייחס לטיב יחסיו עם אביו וכן בשל הפרדתו מאחיו הקטן. עוד נטען, כי החזרת הקטין 1 לצרפת אינה מתיישבת עם זכותו, מכח האמנה לזכויות הילד, כי טובתו תישקל בכל הליך הנוגע לעניינו. וכן כי הופרה זכות הקטין 1 שדעתו תישמע (עיקרון השתתפות ילדים בהחלטות הנוגעות לחייהם (להלן: עיקרון ההשתתפות) – סעיף 12 לאמנה לזכויות הילד). בשל מורכבות המקרה, בו ייתכן ויופרדו שני הקטינים אחד מהשני, הוחלט לקבל את הבקשה ולדון בה כבערעור.

ביהמ"ש העליון (מפי השופט ס' גובראן ובהסכמת השופטים מ' נאור וא' רובינשטיין) דחה את הערעור מהטעמים הבאים:

סעיף 3 לאמנת האג קובע כי מקום בו ילד הוצא או לא הוחזר למקום מגוריו הרגיל, דהיינו נחטף, תוך הפרת זכויות המשמורת של הורה אחר אשר נקבעו במדינה זו, תובה על בית משפט לצוות על החזרתו של הילד למדינה ממנה הוצא לאלתר. לחובה זו מספר חריגים, אשר ענינם בטובת הילד נשוא ההליך, ובהתקיימם נתון לבית המשפט שיקול הדעת האם להורות על החזרת הילד למקום מגוריו. הלכה היא, כי רק במקרים חריגים וקיצוניים תחייב טובת הילד הנחטף את השארתו בישראל, בניגוד לכלל העומד בבסיס האמנה אשר נועד למנוע חטיפת ילדים למדינה זרה שלא כדין. כמו כן, נטל ההוכחה להתקיימותן של חריגים אלו הוא על ההורה החוטף, המבקש ליהנות מפירות הפרת חוקי המשמורת של מדינת מגוריו הילד.

בעניינו, מנקודת מבטו של הקטין 1, נראה שהצדק עם הערכאות הקודמות כי מקום מגוריו הרגיל של הקטין 1 הינו בצרפת. יתר על כן, גם אם קביעת מקום מגוריו הקטין 1 הינה גם תולדה של כוונת הוריו בעת המעבר לצרפת, הרי שגם כוונה זו מובילה לאותה המסקנה.

טענות המערערת לקיומם של חריגים המצדיקים השארת הקטין בישראל נדחו. כן נדחתה טענתה לעניין פגיעה בזכויות מכח האמנה לזכויות הילד. שכן, קליטתה של אמנת האג בדין הפנימי מגשימה ומקדמת את זכויותיהם של ילדים כי לא יועברו בעל כרחם ממדינה למדינה (סעיף 11 לאמנה לזכויות

הילד). ההסדר הדיוני האמור משרת אפוא את טובת הילד ככלל. עם זאת, יש טעם בדבריה של המבקשת כי ייתכן ומקרהו הפרטני של הקטין 1 שונה הוא, וטובתו מחייבת את השארתו בארץ לעת הזו. בדיוק למצבים מעין אלו נקבעו החריגים לכלל המחייב את החזרת הקטין נשוא ההליך למקום מגוריו, אלא שהמבקשת כאמור, לא עמדה בנטל להוכיח כי מקרה זה נופל בגדר אותם מקרים יוצאי דופן.

הנסיבות מחייבות כי הקטין 1 יוחזר למקום מגוריו, אף אם כתוצאה מכך ייפרדו דרכיהם של האחים או יופרד הקטין 1 מאימו, באופן זמני. אין לקבוע כלל שכל אימת שקיים חשש כי יופרדו שני אחים זה מזה, או ילד מאחד מהוריו, לא יוכל בית המשפט להפעיל את סמכותו להחזרת הילד למקום מגוריו על פי אמנת האג, שהרי כלל שכזה יאיין לתלוטין את אחת מתכליות האמנה, והיא שההורה החוטף לא יצא נשכר ממעשיו. אמנם, במקרים יוצאי דופן תוכל תוצאה זו להביא לידי כך כי בית המשפט יימנע מלהחזיר קטין למקום מגוריו. אך המקרה שלפנינו, מכל מקום, אינו נופל בגדר אותם מקרים חריגים. מאזן השיקולים העומד בבסיס האמנה מוביל למסקנה כי על הקטין 1 לחזור למקום מגוריו, עם או בלי אחיו.

כן נדחתה הטענה כי הופרה זכות הקטין 1 שדעתו תישמע. התנאים להתקיימותו של חריג רצון הילד על פי אמנת האג הם שלושה בעיקרם: הילד הינו בגיל ורמת בגרות בהם מן הראוי להביא בחשבון את השקפותיו; התגבשות רצון עצמאי אצל הילד לאי החזרתו לארץ מגוריו; והתנגדות דומיננטית ותזקה ביותר של הילד להחזרתו. תנאים אלו הם ביטוי למשקל הראוי שיש לתת להשקפותיו של ילד בעת הליך לפי חוק אמנת האג, לאור הצורך בפרשנות מצמצמת ואחידה אשר נועדה להגשמת תכליות האמנה, ובכללן טובת הילד עצמו (פרשת פלונית).

בענייננו, בית המשפט לענייני משפחה מצא כי לאור דבריהם של פקידת הסעד והפסיכולוג המומחה על בגרותו ורצונותיו של הקטין 1, אין זה מן הראוי לתת משקל להשקפותיו. לאור רצונו החלש של הקטין 1 להישאר בארץ, יחד עם הספק שנתור לגבי רמת בגרותו, לא נמצא כי עלה בידי המבקשת להוכיח את התקיימותו של חריג רצון הילד.

כן אין מקום להתערב בהחלטת ביהמ"ש לענייני משפחה שלא לשמוע את הקטין 1 באופן בלתי אמצעי. בפני בית המשפט לענייני משפחה עמדו חוות דעתם של שני גורמים מקצועיים, אשר נפגשו עם הקטין 1 והציגו לפני בית המשפט תמונה מעודכנת באשר להעדפותיו ועמדו על רמת בגרותו. בנוסף, לאור הפגיעה האפשרית בקטין 1 הכרוכה במתן עדות בפני בית המשפט בסכסוך בין אביו לאימו, נראה שהתועלת בכך מועטה היא, בעוד הסכנה כי הדבר יזיק לו ממשית היא. גם כאן, ההחלטה עולה בקנה אחד עם חובותיה של ישראל על פי האמנה לזכויות הילד, שכן סעיף 12 ב מורה כי ילד יכול להישמע גם בעקיפין, באמצעות גורם מקצועי, ובהתאם לסדרי הדין בישראל.

השופטים מ' נאור וא' רובינשטיין: סבורים שמלכתחילה טוב היה עושה בית המשפט לענייני משפחה אילו היה שומע את עמדת הילד. שכן לשיטתם, אם אין חשש כי ייגרם נזק לקטין (כפי דעתם בענייננו), עדיף שבית המשפט ישמע את הקטין. ואולם, בדיעבד אין טעם בהחזרת הדיון לבית המשפט לענייני משפחה לצורך שמיעת הילד. התועלת שתצמח מכך היא קטנה, אם בכלל, ובפרט במסגרת הליך על פי אמנת האג. מאידך, יביא הדבר לעיכוב בהליך לפי אמנת האג החייב להיות הליך מהיר, כדי להגשים את התכלית ביסוד האמנה.

פסק-דין

השופט ט' ג'וברא:

1. בפנינו בקשת רשות ערעור על פסק דינו בית המשפט המחוזי בחיפה מיום 13.1.2009 בתיקים עמ"ש 4646-11-08 [פורסם בנבו], ועמ"ש 4646-11-08 ועמ"ש 464 לטה משלימה שניתנה על ידי בית המשפט לענייני משפחה בחדרה יום 9.12.2008.

העובדות הצריכות לעניין

2. ואלו העובדות הצריכות לעניין ושאינן שנויות במחלוקת, כפי שנקבעו על ידי הערכאות הקודמות. המבקשת הינה אזרחית ישראלית, חברת קיבוץ לשעבר, ואילו המשיב הינו אזרח צרפתי. השניים הכירו במסגרת עבודתם בפסטיבל קולנוע בצרפת בחודש מרץ 2001, לאחריו הגיע המשיב לבקר את המבקשת בישראל. לאחר שהות של שלושה חודשים בארץ, נסעו השניים לצרפת. ביום 12.9.2001 חזרה המבקשת לארץ וכעבור חודשיים הגיע המבקש בעקבותיה. ביום 30.4.2002 נולד בנם הראשון (להלן: הקטין 1) וביום 4.10.2004 התחתנו השניים בנישואים אזרחיים בקפריסין. סך הכול התגוררו בני הזוג בקיבוץ כחמש שנים. בחודש יולי 2006 נסעה המשפחה לתודש ימים לצרפת, וביום 1.9.2006 נסעו לצרפת שוב, כאשר הפעם ויתרה המבקשת על חברותה בקיבוץ וקיבלה בשל כך רמי עזיבה, לאחר שבקשתה לצאת את הקיבוץ לשנתיים הופש סורבה.

3. כמהלך שהותם השנייה בצרפת, ביקרה המבקשת בארץ שלוש פעמים, כאשר המשיב התלווה אליה באחת מהפעמים. בני הזוג שהו בצרפת עד ליום 26.3.2008 כאשר הקטין 1 במשמורתם המשותפת, עת חזרה המבקשת לישראל ברכיעת בכדי ללדת את בנם השני. בעקבות האם, הגיע המשיב לישראל ביום 24.4.2008, ובתגובה הגישה המבקשת בקשה לצו הגנה כנגדו לבית המשפט לענייני משפחה בחיפה (תמ"ש 13310/08) אשר ניתן לה במעמד צד אחד. ביום 1.5.2008 נתן בית המשפט לענייני משפחה בחיפה תוקף של פסק דין להסדר שהושג בין הצדדים בדבר הסדרי ראייה זמניים למשך תקופת שהותו של המשיב בארץ, וכן צו עיכוב יציאה מן הארץ לקטין 1. יום קודם לכן, הוגשה לבית המשפט לענייני משפחה בחדרה תביעת משמורת לקטין 1 על ידי המבקשת (תמ"ש 2363-01-09). ביום 12.5.2008 הגיש המשיב תביעה לבית המשפט לענייני משפחה בחדרה (תמ"ש 2191/08) להחזרת הקטין 1 לצרפת לפי תוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), התשנ"א-1991 (להלן: חוק אמנת האג). למחרת

היום ילדה המבקשת את בנם השני (להלן: הקטין 2). במסגרת הליך זה ביום 15.7.2008 החליטה כבוד השופטת ה' גולדקורן כי אין טעם שתיפגש בלשכתה עם הקטין 1, מאחר וקולו נשמע באמצעות גורמים טיפוליים שונים במסגרת ההליך. אוסיף על סקירה זו כי ביום 30.10.2008 הגיש המשיב עתירה לצו הביאס קורפוס לבית המשפט לענייני משפחה בחדרה (תמ"ש 2192/08) בעניינו של הקטין 2, לצורך החזרתו לצרפת.

4. ביום 3.11.2008 הורה בית המשפט לענייני משפחה בחדרה על מחיקת תביעת האם למשמורת על הקטין 1 והחזרתו לידי אביו, לצורך החזרתו לצרפת. נקבע כי מקום מגוריו הרגיל של הקטין 1 הינו בצרפת, שכן המשפחה נסעה לחפש את מזלה בצרפת ללא הגבלת זמן, ולאחר שבקשת המבקשת לקבל חופש מהקיבוץ סורבה, והיא ויתרה על חברותה בקיבוץ. נמצא גם כי בני הזוג קיבלו דמי עזיבה מהקיבוץ, שלחו את חפציהם במכולה לצרפת, והמבקשת התלה בהליכי תושבות מול הרשויות הצרפתיות. לאור זאת, ולאור גילו של הקטין 1, נמצא שתקופת שהותו בצרפת, תחת משמורת שני הוריו, הייתה משמעותית ומדינה זו הפכה למקום מגוריו הרגיל. על כן קבע בית המשפט לענייני משפחה בחדרה כי חוק אמנת האג חל בעניינו של הקטין 1.

5. מכאן עבר בית המשפט לענייני משפחה לבחון האם התקיימו במקרה זה החריגים המנויים בחוק אמנת האג, אשר בעטיים ישקול בית המשפט האם אין להחזיר את הקטין 1 למדינה ממנה נחטף. ראשית נמצא כי לא הוכח כי המשיב הסכים לחזרתו לצמיתות של הקטין 1 לישראל, ומהתנהגותו ניתן ללמוד על התנגדות עקבית למהלך זה. בכדי לבחון האם החזרת הקטין 1 לצרפת מקימה חשש חמור להיקרות נזק פיזי או פסיכולוגי אצלו, וכן האם הינו מצוי ברמת בגרות כה יש לקחת בחשבון את דעתו על חזרה אפשרית לצרפת, מינה בית המשפט לענייני משפחה פסיכולוג מומחה ופקידת סעד. בית המשפט לענייני משפחה מצא כי הפסיכולוג המומחה לא מצא סימוכין לטענות השונות שהעלתה המבקשת כנגד התנהגות המשיב כלפי הקטין 1 וכלפיה, או לכך שהחיים בצרפת הזיקו לקטין 1. אשר לפקידת הסעד, נקבע כי על אף שתסקירה העלה קיומם של חיכוכים בין הקטין 1 לבין אביו, הרי שערכו של תסקיר זה מוגבל לאור העובדה שלא פגשה את המשיב באופן אישי, ובכל מקרה אין מדובר בראיות חד משמעיות לכך שייגרם לקטין 1 נזק חמור, ומצדיקות מניעת החזרתו למקום מגוריו. לבסוף דחה בית המשפט את הטענה כי יש להתחשב בדעתו של הקטין 1 אשר מתנגד לחזרתו לצרפת, וזאת על סמך תווך דעתו של הפסיכולוג המומחה כי המדובר בדעה

של ילד בן שש שנים שדעתו אינה מגובשת או חד משמעית, ועל כן אין להתחשב בהשקפותיו. כסיפא של פסק דינו הוסיף בית המשפט לענייני משפחה תנאים לביצוע פסק הדין, אשר יחולו אם תחליט המבקשת לחזור לצרפת יחד עם ילדיה. ביום 9.12.2008 נתן בית המשפט לענייני משפחה החלטה משלימה, בה הובהרו ועובו התנאים לעיל.

6. על פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה והחלטתו המשלימה ערערה המבקשת לבית המשפט המחוזי בחיפה (עמ"ש 4646-11-08 ועמ"ש 10320-12-08 בהתאמה) ואילו המשיב ערער על החלטתו המשלימה של בית המשפט לענייני משפחה כלבד (עמ"ש 7972-12-08). ביום 13.1.2009 דחה בית המשפט המחוזי (כבוד השופטים ש' שטחור, י' עמית ו-י' וילנר) את הערעורים כולם. אשר לערעורה של המבקשת, בית המשפט המחוזי דחה את טענותיה כי ישראל היא מקום מגוריו הרגיל של הקטין 1. עיקר טענותיה לעניין זה נגעו סביב מכתב הבקשה לחופשה אותו כתבה לקיבוץ ובו צוין שהמעבר לצרפת נועד בכדי להסדיר את חייהם בקיבוץ ובישראל לכשיחזרו מהנכר, וכן עדותה של אחותה אשר העידה על כך ששכרה בשביל בני הזוג בית בזיכרון-יעקב לשנה בטרם חזרה המבקשת לארץ. אלא שבית המשפט המחוזי לא ראה לנכון להתערב בקביעה כי עדויות בני משפחתה של המבקשת אינן אמינות וכי אין היגיון בטענה שבני הזוג התכוונו לגור יחדיו בדירה שכורה, לאור טענות המבקשת עצמה בדבר מצב נישואיהם עת חזרה לארץ. בית המשפט המחוזי קבע גם כי לאחר שנכשל ניסיונה של המבקשת להישאר כחברת קיבוץ, הסדרת ענייניה הכספיים עם הקיבוץ מעידים שהשלימה עם החלטת העזיבה והמעבר למגורים בצרפת, שמשמעה כי יהיה עליה לעבור את הליכי הקבלה במלואם אם תחליט לחזור לקיבוץ. מעבר לכך הוריים, התמקד בית המשפט המחוזי בבחינת מקום מגוריו של הקטין 1 מנקודת מבטו שלו, ומצא כי הקטין 1 שהה בצרפת למעלה משנה וחצי החל מהיותו בן 5 שנים והחל להשתלב בסביבתו. משכך נמצא כי אכן צרפת הינה מקום מגוריו הרגיל של הקטין 1, וספק בדבר, ככל שישנו, פועל לתובתה של המבקשת.

7. אשר להתקיימות החריגים להחזרת ילד חטוף אשר חל עליו חוק אמנת האג, בית המשפט המחוזי מצא שבדין נקבע כי אלו לא התקיימו בענייננו. אשר לחריג ההסכמה, בית המשפט המחוזי דחה את טענת המבקשת כי היה מקום לאפשר לה להציג בבית המשפט קמא את תצהירה של באת כוחה דאז, עו"ד אתי סידיס-פרל, בו נטען כי המשיב הסכים לחזרתה לארץ, וקבע כי אף אם האמור בתצהיר היה נלקח בחשבון, הרי

שמשקלו היה מועט לאור מצבו הנפשי של המשיב בעת שנאמדו הדברים, עת הגיע לארץ וקיבל צו הרחקה מבנו. כאשר לטענה כי החזרת הקטין 1 למקום מגוריו תגרום לו נזק, וכן כי היה מקום לתת לקטין 1 להשמיע את דבריו בבית המשפט בעצמו, לא ראה לנכון בית המשפט המחוזי להתערב בהחלטת הערכאה הדיונית אשר הסתמכה על תווית דעתו של הפסיכולוג המומחה כי אין טעם לשמוע את הקטין, כיוון שטרם הגיע לדמת בגרות מספיקה. עוד ציין כי המבקשת לא נתנה הסבר מניח את הדעת מדוע חזרה לצרפת שלוש פעמים מחופשותיה בישראל, או מדוע לא ביקשה עזרה כלשהי בזמן הביקורים בארץ, אם אכן סבלה מהתעללות מצד המשיב.

8. בית המשפט המחוזי דחה אף את טענתה של המבקשת כי הפרדת הקטין 1, נשוא ההליך הנוכחי, מאחיו הקטן, הוא הקטין 2, עלולה לגרום לו לנזק פסיכולוגי, ועל כן לא ניתן להחזירו לצרפת. בית המשפט המחוזי מצא שטענה זו נטענה ללא תשתית ראייתית, ומכל מקום לא ניתן לומר כי הולדת ילד נוסף, שאמנת האג אינה חלה עליו, מאיינת את החזרת אחיו החטוף, שהרי בכך תסוכל מטרת אמנת האג. עוד הוסיף בית המשפט המחוזי כי נשוא ההפרדה בין האחים הוא נושא שיצטרך לעמוד עליו בית המשפט הצרפתי, כבואו להחליט בדבר חלוקת המשמורת בין בני הזוג.

טענות הצדדים

9. טענתה הראשונה של המבקשת מכוונת נגד הקביעה כי מקום מגוריו הרגיל של הקטין 1 הינו בצרפת. לטענתה, כאשר עזבה המשפחה את הקיבוץ לטובת צרפת, היה זה לביקור קצוב בזמן של מספר חודשים בלבד, אשר בסופו היו אמורים לחזור לישראל. במשך שמונת החודשים הראשונים לביקור לא גרו במקום קבוע אלא אצל מכריו של המשיב, או אצל אימו. רק לאחר שמונה חודשים שכרו דירה קטנה וחסרת ריהוט משל עצמם, כאשר רוב רכושם נשאר בישראל. מצבם הכלכלי בצרפת היה בכי רע, ומחיתתם התבססה על דמי העזיבה שקיבלה המבקשת מן הקיבוץ והלוואה מאת אמה, וכשחזרו היה זה משום שכספם אזל, ולא ניתן היה לפרנס את המשפחה בצרפת. אשר לקטין 1, המבקשת טוענת כי לא הצליח ליצור קשרים חברתיים בגן הציבורי אליו גרשם וסבל מאלימות. כך, גם היא בעצמה לא הצליחה לתקשר עם סביבתה עקב קשיי שפה, ועל כן הייתה תלויה באופן תמידי בבעלה. המבקשת טענה גם כי במשך שהותם בצרפת לא נעשה לקטין 1 או לה ביטוח רפואי, בעוד היא הקפידה כי יהיו זכאים לביטוח רפואי ולזכויותיהם בביטוח לאומי בישראל. עוד מוסיפה וטוענת המבקשת, כי

שגו הערכאות הקודמות בפרשנות שנתנו לבקשתה לצאת את הקיבוץ לחופשה של שנתיים. לדידה, המשפחה נקטה בצעד זה כיוון שזוהי תקופת הזמן המינימאלית לה ניתן לצאת לחופשה מהקיבוץ, וכן בידיעה כי יוכלו להתקבל לקיבוץ מחדש כחברים כבוא היום, ובוא בעת לגבות את דמי העזיבה לשם מימון נסיעתם. לבסוף טענה לעניין מקום מגורי המשפחה, כי החלה בהליכים לקבלת תושבות בצרפת כדי למנוע את גירושה לאחר שמיצתה את שלושת תודשי השהיה המותרים לתייר, ולא משום שהמשפחה התכוונה להשתקע בצרפת.

10. טענתה השנייה של המבקשת מכוונת לדחיית טענתה התליפית כי המשיב הסכים לחזרת המשפחה לגור בישראל. לעניין זה טוענת היא כי שגה בית המשפט לענייני משפחה משלא קיבל את עדויות בני משפחתה וראיות נוספות, כולל הסכמתו לשכירת דירה בזכרון-יעקב, אשר הוכיחו כי המשיב הסכים כי תעבור לגור יחד עם הקטין 1 בישראל. לחילופין, המשיבה טוענת כי הסכימה מלכתחילה לעבור עם כנה לצרפת לביקור קצוב בזמן, והמשיב ניצל זאת לצורך מעבר קבוע בניגוד לדעתה. משהושגה הסכמתה במצג שווא, טוענת היא כי אין צורך בהסכמת האב לחזרתה עם הקטין 1 לישראל. טענה נוספת אותה מעלה המבקשת היא שהמשיב השלים עם חטיפת הקטין 1 לישראל. לפי טענה זו, התנהגות המשיב בעת שהותו בארץ ועד להגשת התביעה לפי חוק אמנת האג מהווה השלמה בפועל עם המצב הקיים. השלמה זו נלמדת מההסכם שהושג וקיבל תוקף של פסק דין בבית המשפט לענייני משפחה בחיפה ביום 1.5.2008, בו התחייב שלא להוציא את הקטין 1 ממשמורת המבקשת, וכן משיחה שערך עם באת כוחה דאז ועליה העיד בפני בית המשפט לענייני משפחה.

11. טענתה השלישית, עניינה בקיומו של חשש תמור לנזק פיסי או פסיכולוגי לקטין 1 אם יוחזר למקום מגוריו. ראשית טוענת היא כי הערכאות הקודמות שגו כאשר כמעט ולא נתנו משקל לתסקירה של פקידת הסעד מיום 10.7.2008, אשר עולה ממנו כי הקטין 1 גילה סימני מצוקה וחוסר התאמה חברתית, בניגוד למסקנה אליה הגיע בית המשפט לענייני משפחה. עוד מפרטת הבקשה את האמור בתצהירה של המבקשת באשר ליחס המחפיר של המשיב אליה וכלפי הקטין 1, והאווירה הקשה שהנהיג המשיב בבית. המבקשת גורסת כי היה על בית המשפט לענייני משפחה לתת את הדעת על כך שפקידת הסעד פגשה את האב, לאחר שהוגש התסקיר שערכה, אך לא חזרה בה מעמדתה. לדידה, התסקיר וכן עדותה של פקידת הסעד מלמדים כי החזרת הקטין 1 לרשות אביו בצרפת תחשוף אותו לסיכון ממשי.

12. טענה מעניינת אותה מעלה המבקשת עניינה בזכותו וטובתו של הקטין 1. לפי טענה זו, מאז נחקק חוק אמנת האג, הצטרפה ישראל ואשררה את האמנה בדבר זכויות הילד (1989) (כתבי אמנה 1038, כרך 31) (להלן: האמנה לזכויות הילד). המבקשת טוענת כי האמנה לזכויות הילד דורשת כי טובתו של הקטין 1 תילקח בחשבון בכל הליך הנוגע לחייו, ועל כן אין לומר שטובתו תישקל בהליך המשמורת בבית המשפט בצרפת, ובכך לפתור את העניין. לדידה, החזרת קטין לארץ מגוריו אמנם מתיישבת עם טובת ילדים באופן כללי, אך לעיתים עומדת בסתירה לטובתו של הקטין נשוא ההליך שעומד בפני בית המשפט, כדוגמת הקטין 1. המבקשת מוסיפה כי הרציונל העומד מאחורי האמנה בדבר ההיבטים האזרחיים של חטיפה בינלאומית של ילדים (להלן: אמנת האג) של הרחעת הורים מחטיפת ילדיהם לארץ זרה, אינו יכול לגבור על זכויותיו של הקטין 1, אשר הינו בעל זכויות ולא רק מושא לזכויותיהם של הוריו. על כן מעבר להתחשבות בטובת הילד, יש גם לקחת בחשבון את זכויותיו, וביניהן הזכות להתחשבות הולמת בדעתו בכל הנוגע לעתידו ומצבו, כפי שהיא מופיעה בסעיף 12 לאמנה לזכויות הילד. מכאן טוענת המבקשת כי שגה בית המשפט לענייני משפחה משבחר שלא להתרשם באופן אישי מהקטין 1, שבקרוב יהיה בן שבע שנים, והוא ילד נבון ואינטליגנטי המביע את רצונו בבהירות. לטענתה, במקרה זה רצונו הוא להישאר בישראל יחד עם אימו, ולא לחזור לניכור אותו חווה בצרפת. עוד מוסיפה היא כי במסגרת הסדרי הראייה שנעשו לאתרונה על ידי פקידת הסעד, הקטין 1 מסרב לעיתים לבקר את אביו.

13. טענה נוספת אותה מעלה המבקשת נוגעת להפרדת הקטין 1 מאחיו הקטן, הוא הקטין 2. לגרסתה, עד להגשת העתירה למתן צו הביאס קורפוס על ידי המשיב ביום 30.10.2008, הלה כלל לא התעניין במצבו של הקטין 2. זה האחרון אף לא נלקח בחשבון במסגרת שיקוליו של בית המשפט המחוזי. לפי טענה זו, החזרת הקטין 1 לצרפת בעוד הקטין 2 יישאר בידי המבקשת, ייצור מצב בלתי נסבל בו שני האחים מופרדים אחד מהשני. המבקשת אף מוסיפה כי החזרת הקטין 1 לצרפת יכולה להביא לידי כך כי תחזור יחד עם שני ילדיה לצרפת כך שבחלוף הזמן יחול חוק אמנת האג אף על הקטין 2, והמשיב יחל בהליכים משפטיים בכדי להשאיר את ילדם השני בצרפת.

14. המשיב לעומת זאת סומך את ידיו על פסק דינו של בית המשפט המחוזי וטוען שאין הבקשה מגלה עילה להתערבות בית משפט זה כערכאה שלישית, שכן טענותיה

של המבקשת נידונו בהרחבה בפני הערכאות הקודמות. אשר לטענות לגופן, הוא טוען כי התמונה העובדתית אותה מתארת המבקשת הינה שגויה וחלקית, שכן דחיית בקשתה לצאת לחופשה מן הקיבוץ, ונסיעת המשפחה לצרפת אף על פי כן, מעידה על כך שצרפת הינה מקום מגורי המשפחה. עוד טוען הוא כי הליכים על פי חוק אמנת האג אמורים להיות מזורזים, ועל כן מינוי פסיכולוג מומחה ופקידת סעד לבדיקת המקרה היה מיותר, וקל וחומר שלא היה מקום לשמוע את הקטין 1 בבית המשפט, שבזמנו אף לא מלאו לו שבע שנים, וטרם הגיע לרמת בגרות נאותה בכדי שיתחשבו בדעתו. המשיב ממשיך וטוען כי המבקשת לא עמדה בנטל להוכיח כי החזרת הקטין 1 לצרפת תגרום לו נזק פיזי או פסיכולוגי. לדידו, מחוות דעתו של הפסיכולוג המומחה ואף מעדותה של פקידת הסעד ומשפחת המבקשת, עולה בבירור שמדובר בטענות סרק. אשר לטענה כי החזרת הקטין 1 לצרפת בהכרח תפריד בינו לבין אחיו, המשיב טוען כי מדובר בניצול העובדה שאמנת האג אינה חלה על הקטין 2, ומכל מקום משום כך עתר לקבלת צו הביאס קורפוס בנוגע לקטין 2, על מנת ששני הילדים יחזרו יחדיו לצרפת. לכסוף המשיב טוען כי לא השלים עם חטיפת הקטין 1 כלל וכלל, שהרי ההסדר שהושג בין הצדדים היה זמני בטבעו, והוא פעל באופן מיידי לשם החזרת בנו החטוף לצרפת.

15. ביום 28.4.2009 הגישה המבקשת בקשה להוספת ראייה חדשה, אשר עניינה פסק דין שניתן על ידי בית משפט השלום כפריז ביום 17.3.2009 בעניין תביעת המשמורת של המשיב (להלן: פסק הדין הצרפתי), ובו הוחלט כי הקטין 1 יתגורר אצל המשיב, ואילו הקטין 2 יגור אצל המבקשת. הבקשה כוללת גם תרגום פסק הדין הצרפתי לעברית על ידי עורכת הדין של הקונסוליה הצרפתית בחיפה, צילום כרטיס תושב צרפתי והזמנה לאספו מאת משטרת פריז, וכן חוות דעת מאת ד"ר מישל קלוו (להלן: ד"ר קלוו), מומחה לדין הצרפתי. בחוות הדעת נטען, כי מהמסמכים המצורפים לבקשה עולה כי הוצא למבקשת כרטיס תושב בצרפת והיא התבקשה לסור לאספו באופן אישי. משלא עשתה כן, תצטרך להתחיל בהליכי התושבות מחדש. עוד נכתב בחוות הדעת כי משהוגשה בקשת גירושין על ידי המשיב, אין ביכולתה של המבקשת להתחיל בהליכי התושבות מחדש, ועל כן שהייתה בצרפת מעתה תהיה מוגבלת לכדי שלושה חודשים כמעמד של תיירת. ד"ר קלוו ממשיך וטוען כי עולה מפסק הדין הצרפתי כי המבקשת תוכל לגור עם הקטין 2 באשר תחפוץ, אך בשל תוסר מעמדה של המבקשת בצרפת, החזרת הקטין 1 לצרפת תפריד בינו לבין אימו ואחיו. בנוסף טענה המבקשת כי בפסק הדין הצרפתי נפלו טעויות באשר להבנת ההליכים המתקיימים כעת

בישראל בעניין הקטין 1, טעויות עובדתיות ומשפטיות, וכן טענה כי בית משפט השלום בפריז נעדר סמכות לדון בעניינו של הקטין 2 שנולד בישראל.

16. הבקשה הועברה לדיון בפני הרכב של שלושה שופטים, ובשל מורכבות המקרה, בו ייתכן ויופרדו שני הקטינים אחד מהשני, הוחלט לקבל את הבקשה ולדון בה ככערעור.

דיון

17. מצויים אנו בתחום פועלו של חוק אמנת האג, חוק אשר קלט את אמנת האג לדין הישראלי הפנימי לצורך יישומה. בית משפט זה עמד לא פעם על תכליתה של אמנה זו אשר נחתמה על רקע התופעה של חטיפת ילדים על ידי הוריהם ממדינה למדינה, בעידן בו שיעורי הגירושין בעלייה, וכד כבד המעבר בין מדינות נעשה דבר שבשגרה (ע"א 5532/93 גונזבורג נ' גרינוולד, פ"ד מט(3) 282, 291 (1995) (להלן: פרשת גונזבורג); ע"א 7994/98 דגן נ' דגן, פ"ד נג(3) 266, 254 (1999) (להלן: פרשת דגן); בע"מ 672/06 פלוני נ' פלוני (לא פורסם, [פורסם בנבו], 15.10.2006) (להלן: פרשת פלוני); בע"מ 1855/08 ביטון נ' וינסנט (לא פורסם, [פורסם בנבו], 8.4.2008) (להלן: פרשת ביטון)). מנסחי האמנה ראו לנכון להתמודד עם תופעה זו על ידי יצירת מנגנון לשיתוף פעולה הדוק בין הרשויות השיפוטיות והמנהליות של המדינות החברות, בכדי להכטיח את החזרתם המהירה של הילדים אשר הוצאו או לא הוחזרו שלא כדין ממדינת מגוריהם, כדי שזו האחרונה תכריע בשאלת המשמורת על הילד (Elisa Perez-Vera, *Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention*, Hague Conference on Private International Law, Acts and Documents of the Fourteenth Session (Vol. III, 1980), p. 435 (להלן: דו"ח פרז-ורה)). בכך מבטיחה אמנת האג כיבוד הדדי של חוקי המדינות החברות, הרתעת הורים מעשיית דין עצמי ואת טובת הילד עצמו, אשר הוצא מסביבת מגוריו לסביבה הנכפית עליו על ידי אחד מהוריו (פרשת גונזבורג, בעמוד 292 לפסק הדין; ע"א 7206/93 גבאי נ' גבאי, פ"ד נא(2) 241, 253-250 (1997) (להלן: פרשת גבאי); פרשת דגן, בעמודים 266-272 לפסק הדין).

18. סעיף 3 לאמנת האג קובע כי מקום בו ילד הוצא או לא הוחזר למקום מגוריו הרגיל, דהיינו נחטף, תוך הפרת זכויות המשמורת של הורה אחר אשר נקבעו במדינה

זו, חובה על בית משפט לצוות על החזרתו של הילד למדינה ממנה הוצא לאלתר. לחובה זו מספר חריגים, אשר עניינם בטובת הילד נשוא ההליך, ובהתקיימם נתון לבית המשפט שיקול הדעת האם להורות על החזרת הילד למקום מגוריו. הלכה היא, כי תכלית האמנה מחייבת שחריגים אלו יפורשו בצמצום, שאם לא כן לא יושגו התכליות אשר לשמן נוסחה האמנה, ותימנע פרשנותה האחידה בכלל המדינות החברות (פרשת גונזבורג, בעמוד 295 לפסק הדין; פרשת גבאי, בעמוד 256 לפסק הדין; פרשת דגן, בעמוד 268 לפסק הדין; פרשת ביטון; דו"ח פרז-ורה, בעמוד 435). על כן, רק במקרים חריגים וקיצוניים תחייב טובת הילד הנחטף את השארתו בישראל, בניגוד לכלל העומד בבסיס האמנה אשר נועד למנוע חטיפת ילדים למדינה זרה שלא כדין (פרשת פלונית; פרשת ביטון). כמו כן, נטל ההוכחה להתקיימותן של חריגים אלו הוא על ההורה החוטף, המבקש ליהנות מפירות הפרת חוקי המשמורת של מדינת מגורי הילד (פרשת גבאי, בעמוד 256 לפסק הדין; פרשת דגן, בעמוד 268 לפסק הדין; פרשת פלונית).

19. על רקע מסגרת נורמטיבית זו, טענתה הראשונה של המבקשת היא כי מקום מגוריו הרגיל של הקטין 1 הינו בישראל, ועל כן חוק אמנת האג אינו חל בעניינו. אך במקרה זה, לא מצאתי לנכון להתערב בקביעת בית המשפט המחוזי כי מקום מגוריו הרגיל של הקטין 1 הינו בצרפת. בפרשת גבאי התייחס בית משפט זה לעניין קביעת מקום מגוריו הרגיל של קטין לצורך קביעת תחולת אמנת האג:

“מקום המגורים” אינו ביטוי טכני. זה אינו ‘דומיסיל’ או ‘residence’. 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 היומיום של העבר ולא בתכניות העתיד. כאשר ההורים חיים יחד, מקום המגורים הרגיל של הילד הוא בדרך כלל מקום מגורי הוריו”. (פרשת גבאי, בעמוד 254 לפסק הדין).

לפי מבחן עובדתי זה, מנקודת מבטו של הקטין 1, נראה שהצדק עם הערכאות הקודמות כי מקום מגוריו הרגיל של הקטין 1 הינו בצרפת. על פי עדותה של המבקשת בבית המשפט לענייני משפחה ביום 8.7.2008, נראה שהקטין 1 פיתח סדר יום קבוע בצרפת, כאשר ברגיל הוא הולך לגן ובימי רביעי השתתף בתוגי כדורגל ובחוגי קרטה. עוד סיפרה האם כי כעבור מספר חודשים שכרה המשפחה דירה משלהם בפריז, כך שהקטין 1 התגורר במקום קבוע. בצדק ציין בית המשפט המחוזי כי לשהייתו של

הקטין 1 בצרפת לתקופה של שנה ומחצה משקל רב בהתחשב בכך שבעת המעבר היה ילד בן חמש, רך בשנים. יתר על כן, גם אם קביעת מקום מגורי הקטין 1 הינה גם תולדה של כוונת הוריו בעת המעבר לצרפת (על הדעות השונות לעניין זה ראו בפרשת דגן, בעמודים 262-265 לפסק הדין), הרי שגם כוונה זו מובילה לאותה המסקנה. בתצהירה טוענת המבקשת כי המעבר לצרפת נועד ליצור תשתית כלכלית לצורך ביסוס המשפחה בישראל, והוסכם כי הנסיעה תוגבל לזמן קצוב של מספר חודשים. לחיזוק טענתה הציגה מכתב שנשלח לקיבוץ ובו ביקשה כי תינתן לה חופשה קצובה של שנתיים. אלא שהקיבוץ סרב לבקשתה, ואף על פי כן המבקשת בחרה לוותר על חברותה בקיבוץ בכדי לנסוע לצרפת. זאת ועוד, מלכתחילה לא פנתה למחלקת משאבי האנוש בקיבוץ כמקובל כאשר חבר קיבוץ מעוניין לקחת חופש למספר חודשים, כפי שהעיד חבר הקיבוץ אייל אלקלעי, אלא ביקשה חופשה של שנתיים ממזכירות הקיבוץ, עובדה העומדת בסתירה לטענתה היא. על כן, הקביעה כי צרפת הינה מקום מגוריו הרגיל של הקטין 1 עומדת על כנה.

20. משהגעתי למסקנה זו, נדרש אני לטענותיה החלופיות של המבקשת, כי למקרה הזה התקיימו חריגים הקבועים באמנת האג המצדיקים את השארת הקטין 1 בישראל. כפי שצינתי לעיל, תכלית האמנה מחייבת כי חריגים אלו יפורשו על דרך הצמצום. שני החריגים הראשונים להם טוענת המבקשת, מעוגנים בסעיף 13(א) לאמנת האג אשר מורה כי בית המשפט יכול שלא להורות על החזרת למדינת מגוריו, אם ההורה החוטף הוכיח כי:

”האדם, המוסד או הגוף האחר שבידו מופקדת ההשגחה על גוף הילד לא הפעיל כפועל את זכויות המשמורת בעת ההרחקה או אי ההחזרה, או הסכים עמן או השלים עמן לאחר מעשה”.

על בסיס סעיף זה טוענת המבקשת כי המשיב הסכים כי היא והקטין 1 יחזרו לישראל לצורך מגורים ולחילופין כי השלים עם חזרתם לאחר מעשה. ההבחנה בין הסכמה להשלמה נעוצה בזמן בו ביטא ההורה הרלוונטי את רצונו. בעוד הסכמה עוסקת במתן אישור להרחקת הילד ממקום מגוריו עובר למעשה עצמו, השלמה עניינה במתן אישור לאותו אקט לאחר מעשה (פרשת גבאי, בעמוד 257 לפסק הדין). אף שמדובר בהסכמה או השלמה המתגבשות באופן סובייקטיבי אצל ההורה, ניתן ללמוד על התקיימות חריגים אלו מהתנהגותו החיצונית, המבטאת ויתור על הגשמה דחופה

של זכות המשמורת הנתונה לו על פי דין מקום מגורי הילד (שם), בעמודים 257-258 לפסק הדין).

21. במקרה שלפנינו, דין שתי טענות אלה להדחות. על אף טענותיה של המבקשת, התנהגותו של המשיב אינה מלמדת על הסכמה או השלמה עם הרחקת בנו מצרפת. אשר להסכמה, המבקשת לא השכילה להוכיח כי המשיב הסכים להעברת הקטין 1 לישראל לצורך מגורים, ולא למטרת ביקור בלבד. בית המשפט לענייני משפחה קבע כי יש לייחס משקל מועט לעדויות בני משפחה של המבקשת ותברותיה לעניין זה, בהיותן מגמתיות ומבוססות על עדות שמיעה. כמו כן מצא סתירה פנימית בטענות המבקשת כי בני הזוג התכוונו לגור יחדיו ולשם כך שכרו דירה בזיכרון-יעקב כמשותף, שכן המבקשת טענה חזור ושוב כי הייה בחברת המשיב היו בלתי נסבלים. לא מצאתי מקום להתערב בקביעות אלו, שכן עמד על כך בית המשפט לענייני משפחה כי לא הוצגה אף ראיה אובייקטיבית התומכת בגרסה זו. כאן אעיר כי שליחת תמונות של הדירה האמורה לכחובת הדואר האלקטרוני המשותף לבני הזוג על ידי אחותה אין בה כדי להראות שהמשיב הסכים למעבר הקטין 1 לישראל. מעבר לכך, מעדותה ותצהירה של המבקשת ומעדות בני משפחה וחברותיה, עולה כי המשיב היה עקבי בהתנגדותו לחזרת המשפחה לישראל לכל אורך שהותם בצרפת, ולא ניתן הסבר כלשהו מדוע שינה לפתע את דעתו, והסכים לחזרת המבקשת והקטין 1 כעת. בית המשפט לענייני משפחה ציין כי העדה אכיבה מגנוס כתבה בסעיף 6 לתצהירה כי המבקשת סיפרה לה שלאורך תקופת שהותה בצרפת, המשיב היה מעוניין שהקטין 1 יישאר במדינה. בעדותה מיום 8.7.2008 העידה המבקשת עצמה כי המשיב היה עקבי ברצונו זה, וכך ניתן להבין אף מעדות אימה ואחותה מאותו היום. בשולי הדברים אוסיף כי משלא התקבלה טענתה של המבקשת כאילו התכוונה לעבור לצרפת למספר חודשים בלבד, הרי שאין רגליים לטענה כי התגוררה בצרפת על בסיס מצג שווא, ועל כן כלל לא היה צורך בהסכמת המשיב להעברת הקטין 1 לישראל. טענת ההסכמה נדחת אפוא.

22. אשר לטענת השלמת המשיב בדיעבד עם חטיפת הילד לישראל, לטענה זו אין על מה לסמוך. המבקשת מסרה בתצהירה כי ביום 21.4.2008, כחודש לאחר שהגיעה לישראל, התקשר אליה המשיב ואיים עליה כי הוא מגיע לארץ לקחת חזרה את הקטין 1. לפי עדותה בבית המשפט לענייני משפחה, עובר לשיתה זו איים עליה המשיב בשלוש שיחות טלפון דומות. ואכן, ביום 24.4.2008 הגיע המשיב לישראל, וביום 12.5.2008 הגיש את התביעה נשוא הליך זה. התנהגות המשיב מלמדת כי לא השלים

כלל עם חטיפת בנו, והוא נחוש בדעתו להחזירו למקום מגוריו. ודוק, להסכמה הזמנית בין בני הזוג בנוגע להסדרי הראייה של המשיב עם הקטין 1, אין שום נפקא מינה לעניין השלמת המשיב עם המצב הקיים. ההסדר, מעצם טבעו, הוא זמני, וצוין בו מפורשות כי יישאר בתוקף "עד אשר יינתן פסק דין אחר על ידי בית המשפט המוסמך" בעניינו של הקטין 1. עצם העובדה כי השניים השכילו להסדיר באופן זמני את מפגשי הקטין 1 עם אביו, והתחייבותו של המשיב כי לא יפעל להוציא את הקטין 1 מישראל בטרם יפסוק בעניין בית המשפט, אינה מעידה כהוא זה על ויתור כלשהו של המשיב על זכותו לתבוע את השכת בנו למקום מגוריו, כפי שאף מעיד ההליך שלפנינו, וטוב היה לולא הועלתה טענה זו (עוד לעניין זה ראו פרשת גבאי, בעמודים 257-258 לפסק הדין). על כן גם טענת ההשלמה דינה להדחות.

23. חריג נוסף לו טוענת המבקשת עניינו הנזק שייגרם לקטין 1 אם יוחזר לצרפת. סעיף 13(ב) לאמנת האג קובע שבית המשפט רשאי לקבוע כי ילד לא יוחזר למקום מגוריו כאשר הוכח כי:

"קיים חשש חמור שהחזרתו של הילד תחשוף אותו לנזק פיזי או פסיכולוגי או תעמיד את הילד בדרך אחרת במצב בלתי נסבל."

טענות המבקשת לעניין היחס אותו קיבלו היא והקטין 1 מאת המשיב פורטו כהרחבה בתצהירה ובעדותה, והיא אף שיתפה את משפחתה ואת פקידת הסעד בטענותיה. עם זאת, לא מצאתי כי עמדה בנטל להוכיח כי הקטין 1 אכן ייחשף לנזק אם יוחזר לצרפת. טענותיה נסכו בעיקר סביב המשקל הראוי שיש לייחס לתסקיר פקידת הסעד מיום 10.7.2008, שם אכן מציין הקטין 1 לפני פקידת הסעד כי לא אהב את הגן בצרפת ולא היה לו שם חברים, וכן כי פחד כאשר אביו היה צועק. עוד נאמר בתסקיר כי הקטין 1 נהנה בישראל ולא אהב להיות בצרפת. עם זאת, מהתסקיר עולה גם שהקטין 1 נהנה מחברת אביו והוא מצפה לפגישותיו עמו, ולכסוף לא ניתנו בתסקיר המלצות כלשהן. בנוסף, בעדותה בבית המשפט לענייני משפחה ביום 13.7.2008, ציינה פקידת הסעד כי אין בידה כלים לבדוק את טענות האם בדבר תסמיני מצוקה שהופיעו אצל הקטין 1 בצרפת, כגון הרטבת מכנסיו בלילה, כיוון ששני ההורים הצהירו שלא נעשו פניות לגורמים חיצוניים בנידון. עוד יצוין תסקיר נוסף שערכה אותה פקידת סעד מיום 29.12.2008 במסגרת העתירה לצו הביאס קורפוס שהגיש המשיב (תמ"ש 2192/08), בו נאמר במפורש שהקטין 1 מרגיש טוב בנוכחות אביו. לכך ניתן להוסיף את חוות

דעתו של הפסיכולוג המומחה, אשר ציין את האינטראקציה החיובית בין האב לבנו ואת רצונו של זה האחרון כי אביו יישאר בקרבתו, והגיע למסקנה כי החיים בצרפת לא ייגרמו לנזק לקטין 1. כפי שעמד על כך בית המשפט לענייני משפחה, טענותיה החמורות של המבקשת בדבר התנהגותו הקשה והמתעללת של המשיב כלפיה וכלפי הקטין 1 מוכחות מכל וכל על ידו. משכך, לא ניתן לומר שהוכח כי קיים חשש חמור שהשבת הקטין 1 לצרפת תגרום לו נזק כלשהו, ועל כן דין טענה זו להדחות גם כן.

24. ביום 2.9.1990 נכנסה לתוקף האמנה לזכויות הילד, אותה אשררה ישראל ביום 4.8.1991. האמנה מבטאת מעבר מתפיסה פטרנליסטית הקובעת לילד את אשר טוב בשבילו, כלומר שקילת "טובת הילד" על פי הערכת בית המשפט, לתפיסת הילד כמושא לזכויות עצמאיות וכבעל דעה עצמאית משלו כאשר לחיו וגורלו. על מעבר זה, בהקשר של תביעות משמורת, עמד הנשיא שמגר:

"מושג "זכויות הילד" מורה לנו כי לילד נתונות זכויות. מושג "זכויות הילד" הוא בגדר פרישת סוכת ההגנה החוקתית על הילד. ביטוייה בהכרה בזכויותיו ובכך שמיכלול הזכויות הוא גם ערובה להבטחת טובתו. כקנה מידה לפתרון סכסוכי משמורת או סכסוכים המתעוררים בין הורים לילדים, התפיסה שמקפל המושג בתוכו היא זו: הילד הוא יצור אוטונומי בעל זכויות ואינטרסים עצמאיים מאלה של הוריו. אמנם, היקפן של הזכויות עשוי להיות צר מזכויותיהם של מבוגרים, אולם בכך אין כדי לשמוט את הקרקע תחת הנחת היסוד בדבר זכויות הילד. על כן, על פי גישה זו, התפיסה בדבר זכויות הילד יכולה לשמש קנה מידה ראוי לפתרון סכסוכי משמורת, מאחר והוא מגן בצורה טובה יותר על הילד וטובתו הכללית מאשר עקרון טובת הילד...זכויות הילד' אינן המרה של מושג "טובת הילד". היפוכו של דבר, הן מושג רחב יותר ממושג "טובת הילד" והן כוללות אותו בתוכן. הרבותא שבפניה אל זכויות הילד היא כי 'טובת הילד' היא מושג רגשי-סובייקטיבי שנשען על שיקול הדעת וההערכה העובדתית של בית המשפט במקרה ספציפי, בו בזמן ש'זכויות הילד' הן מושג חוקתי-נורמטיבי הנשען על מערכת זכויות מוכרת וקיימת, אך המודרך כמובן גם כן על ידי השאיפה להכיר בטובת הילד." ע"א 2266/93, פלוני נ' אלמוני, פ"ד מט(1), 221, 253-254 (1995).

על בסיס תפיסה זו, האמנה לזכויות הילד מושתתת על ארבעה עקרונות מרכזיים: עיקרון השוויון, עיקרון טובת הילד, עיקרון החיים ההישרדות וההתפתחות, ועיקרון השתתפות ילדים בהחלטות הנוגעות לחייהם (להלן: עיקרון ההשתתפות) (דו"ח הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה בראשות השופטת ס' רוטלוי משנת התשס"ד-2003, בעמוד 41 (להלן: דו"ח רוטלוי); SHARON DETRICK, A COMMENTARY ON THE UNITED NATIONS CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD, p.92 (1999) (להלן: דטריק); Child, *General Guidelines Regarding the Form and Content of Periodic Reports to be submitted by States Parties under Article 44, Paragraph 1(b), of the Convention*, of 29 November 2005, CRC/C/58/Rev.1, pp. 5-6).

25. בטרם אחיחס לטענות המבקשת על פי האמנה לזכויות הילד, אציין בקצרה כי נורמות בינלאומיות הן חלק מהדין הישראלי, וניתן להסתמך עליהן לפני בית משפט זה, ככל שהן מבטאות משפט בינלאומי מנהגי, אלא אם כן הן עומדות בסתירה לחקיקה ישראלית פנימית. לחילופין, כאשר במשפט בינלאומי הסכמי עסקינן, הנורמות הבינלאומיות אינן חלק מהדין הפנימי עד שהן נקלטות בהליך חקיקה, כגון במקרה של אמנת האג (בג"צ 785/87 עפ"ו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 4, 37-38 (1988)). עם זאת, ישנה חזקה כי החוק הפנימי תואם את הנורמות הבינלאומיות בהן ישראל חייבת, ועל כן יש לפרשו בהתאם לנורמות אלו ככל שניתן (בג"צ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834, 846 (2002); ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, [פורסם בנבו], 11.6.2008)). במקרה שלפנינו, אין צורך להכריע במעמדן של הזכויות המנויות באמנה לזכויות הילד עליהן התבססה המבקשת, בדין הישראלי הפנימי, וזאת משום שלא מצאתי כי החזרת הקטין 1 לצרפת לפי חוק אמנת האג עומדת בסתירה לזכויות אלו. הדבר נובע מטיבו של ההליך על פי חוק אמנת האג ועל כך אפרט להלן.

26. לענייננו, נוגעים עיקרון טובת הילד (סעיף 3 לאמנה לזכויות הילד) ועיקרון ההשתתפות (סעיף 12). לשונו של סעיף 3 (א) מורה כדקלמן:

"בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות בידי מוסדות רווחה סוציאלית ציבוריים או פרטיים ובין בידי בתי משפט, רשויות מינהל או גופים תחיקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה."

המבקשת טוענת כי החזרת הקטין 1 לצרפת מתנגשת עם טובתו ועל כן סותרת את התחייבותיה הבינלאומיות של ישראל. ואכן, לשונו של סעיף 3 לאמנה לזכויות הילד מחייבת שקילת טובת הילד בכל הליך משפטי המתנהל בעניינו, אף בהליכים המהירים מטבעם לפי חוק אמנת האג, אך אינה קובעת כי יהיה זה השיקול היחיד או העיקרי הנשקל במסגרת ההליך. לעומת זאת, בהקשרים ספציפיים ראו לנכון מנסיחי האמנה לזכויות הילד לקבוע מפורשות כי טובת הילד יהיה השיקול המכריע או הבסיסי (ראו לדוגמא סעיף 18(1) וסעיף 20 לאמנה לזכויות הילד) או אפילו השיקול היחיד (ראו סעיף 9(1) לאמנה לזכויות הילד; עוד לעניין זה ראו בדו"ח רוטלוי, עמודים 130-131; דטריק, בעמוד 91). כפי שצוין לעיל, אחת מתכליות אמנת האג הינה הגנה על טובת הילד החטוף, שכן לא ניתן לעלות על הדעת כי הליך שמושאו הינו קטין, לא יתחשב בטובתו (פרשת גבאי, בעמוד 251 לפסק הדין). אלא מאי, לאמנת האג תכליות חשובות נוספות – כיבוד הדדי של חוקי המדינות החברות והרתעת הורים מעשיית דין עצמי – כחלק מתפיסה כללית הגורסת שהחזרת הילד למקום מגוריו במהירות האפשרית משרתת את טובתו שלו, כפי שציין הנשיא ברק:

“ילד אינו חפץ, ואין לטלטלו ממקום למקום כדי לקבוע את מקום הדיון בזכויות הנוגעות לו. הילד הוא עצמו בעל זכות, וטובתו דורשת כי ההכרעה בזכויותיו תעשה במקום מגוריו הרגיל, ולא תהא מושפעת מפעולות של חטיפה.” (פרשת גבאי, בעמוד 250 לפסק הדין).

הנחת היסוד העומדת בבסיס אמנת האג היא כי עקב מורכבותה של קביעת המשמורת על קטינים, והקושי המובנה בשקילת טובת הילד במדינה אליה נחטף, על הליך זה להתבצע במקום מגוריו הרגיל, שם יוכל בית המשפט לשקול ככובד ראש את כלל השיקולים הנוגעים לעניין, ולהקדיש לצורך זה את הזמן הראוי לכך (פרשת גונזבורג, בעמוד 292 לפסק הדין; על מורכבותו ואורכו של הליך קביעת המשמורת בהקשר של יחסים חוצי גבולות בין בני זוג ראו דבריו של השופט א' גרוניס בדנ"א 9201/08 פלוני נ' פלונית (לא פורסם, [פורסם בנבו], 5.4.2009)). על כן, הגו המדינות החברות לאמנת האג מנגנון דיוני באופיו, אשר נועד לאפשר את החזרתו המהירה של הילד החטוף למדינת מגוריו, בכדי לאיין את ההשלכות אפשריות שתהא להוצאתו משם שלא כדין על זכויותיו וטובתו (דו"ח פרז-ורדה, בעמוד 431; ע"א 1372/95 סטגמן נ' בורק, פ"ד מט(2) 431, 437 (1995) (להלן: פרשת סטגמן); פרשת ביטון). יעילות המנגנון תלויה במהירות ההליכים בדיון, ועל כן נקבע כי הליך לפי חוק אמנת האג הינו מעין הליך של "עזרה ראשונה" או "כיבוי שריפות", וטובת הילד נשקלת בו רק במידה

ונמצא כי עצם החזרתו למקום מגוריו עומדת בניגוד לטובתו (פרשת גבאי, בעמוד 251 לפסק הדין). מנגד, אופייה הפרוצדוראלי של אמנת האג אינו מאפשר לשקול בשלב זה את טובת הילד נשוא ההליך במובנה המלא והיסודי, וזאת אינה עומדת להכרעה בפני בית המשפט בשלב זה, ועל כן אין האמנה מתיימרת לקבוע את זכויות המשמורת על הילד כלל וכלל, שכן אלו ייקבעו במקום מגוריו לכשיוחזר לשם (ראו סעיף 19 לאמנת האג; בש"א 1648/92 טורנה נ' משולם, פ"ד מו(3) 38, 45-46 (1992); פרשת סטגמן, בעמוד 437-438 לפסק הדין; פרשת גבאי, בעמוד 252 לפסק הדין).

27. כאשר אמנת האג על אופייה הדיוני לנגד עיניהם, ראו לנכון מנסחי האמנה לזכויות הילד לנסח סעיף המגן על זכותו של הילד שלא להיות חשוף להעברתו ממדינה למדינה שלא כדין (דטריק, בעמודים 210-207). כך נולד סעיף 11 לאמנה לזכויות הילד הקובע כי:

א. המדינות החברות ינקטו צעדים כנגד העברה בלתי-תוקית של ילדים מחו"ל, או אי-החזרתם לשם.

ב. למטרה זו יקדמו המדינות החברות כריתת הסכמים דו-צדדיים, או הצטרפות להסכמים קיימים.

רואים אנו אפוא כי קליטתה של אמנת האג בדין הפנימי מגשימה ומקדמת את זכויותיהם של ילדים כי לא יועברו בעל כרחם ממדינה למדינה. ההסדר הדיוני האמור משרת אפוא את טובת הילד ככלל. עם זאת, יש טעם בדבריה של המבקשת כי ייתכן ומקרהו הפרטני של הקטין 1 שונה הוא, וטובתו מחייבת את השארתו בארץ לעת הזו. בדיוק למצבים מעין אלו נקבעו התריגים לכלל המחייב את החזרת הקטין נשוא ההליך למקום מגוריו, אלא שהמבקשת לא עמדה בנטל להוכיח כי מקרה זה נופל בגדר אותם מקרים יוצאי דופן. כבר עמדתי על כך שלא הוכח כי החזרת הקטין 1 לצרפת תגרום לו נזק פיזי או פסיכולוגי בהתייחס לטיב יחסיו עם אביו. קביעה זו יפה היא גם בהתייחס לטענתה בדבר הנזק הפסיכולוגי שייגרם לו מהפרדתו מאחיו הקטן.

28. יצוין כי המשיב הגיש עתירת הביאס קורפוס בעניינו של הקטין 2 אך ההחלטה שתינתן בעתירה זו חורגת מעניינו, משום שהליך זה מתייחס לקטין 1 בלבד, והצדדים אינם חלוקים בכך שתוק אמנת האג אינו חל על הקטין 2. החזרת הקטין 1 לצרפת, במידה והמבקשת תחליט שלא להצטרף אליו יחד עם הקטין 2, תביא להפרדה בין

האחים, ובין הקטין 1 ואימו, תוצאה מצערת עד מאד. מפסק הדין הצרפתי שהוגש במסגרת הבקשה להוספת ראייה חדשה עולה כי בית משפט השלום כפריז הפריד בין האחים אף לעניין המשמורת, עובדה אשר לדעת המבקשת, מחזקת את טענתה כי החזרת הקטין 1 לצרפת תגרום לו נזק פסיכולוגי. בטענותיה לפני בית המשפט המחוזי אף הפנתה המבקשת לפסק דין אשר ניתן בבית המשפט לענייני משפחה באנגליה לפי אמנת האג, (U.K.) (Eng. F.D. 1991) 1 F.C.R. 382 [1993] B v K. בפסק הדין דובר במקרה בו האם האנגלייה הוציאה את שלושת ילדיה ממקום מגוריהם בגרמניה לארץ מולדתה שלא כדין. בית המשפט האנגלי מצא כי שני הילדים הגדולים, בני תשע ושבע בהתאמה, הביעו את דעתם הנחרצת כי אין ברצונם לחזור לגרמניה, ועל כן מתקיים החריג להחזרתם המצוי בסעיף 13(ב) לאמנת האג. אשר לילד הקטן מבין השלושה, בית המשפט מצא כי לא הגיע לרמת בגרות נאותה בכדי שדעתו תילקח בחשבון. עם זאת, בית המשפט האנגלי קבע כי ייגרם לו נזק פסיכולוגי אם יוחזר לגרמניה ללא שני אחיו, ועל כן הוחלט ששלושת הילדים יישארו יחדיו באנגליה.

29. אלא שנראה שהפסיקה האנגלית המאוחרת יותר נוטה להורות על החזרת הילד למקום מגוריו גם במצבים בהם התוצאה הינה הפרדת שני אחים, או הפרדת הילד הנחטף מההורה החוטף, עד שזכויות המשמורת על הילדים יוכרעו באופן סופי. במקרה שהיה לפני בית המשפט לענייני משפחה באנגליה, (Eng. F.D.) S v B, [2005] 2 F.L.R. 878 (F.D.), חזרה אם אנגלייה לתופשת מולדת מניו-זילנד בידיעת בן זוגה, יחד עם בתה הפעוטה ובנה מזוגיות קודמת. לאחר שמיאנה לחזור למקום מגוריהם בניו-זילנד, פתח האב בהליכים לפי אמנת האג בנוגע לבתו הפעוטה. הבן הבכור, אשר בזמן ההליכים היה בן 13, הביע את דעתו הנחרצת כי אין ברצונו לחזור לניו-זילנד, והאם טענה כי אין להורות על החזרת הבת הפעוטה – אז בת 20 חודשים – חזרה לניו-זילנד, שהרי אז יופרד הבן הגדול ממנה ומאחותו, או יאלץ לחזור לניו-זילנד בעל כורחו. בקביעתו החשובה לענייננו, הדגיש בית המשפט האנגלי כי הסיטואציה הכלתית אפשרית שנוצרה הינה באשמת האם, ותכלית אמנת האג מחייבת כי "חוטא לא יצא נשכר" והילד עליו חלה אמנת האג יוחזר למקום מגוריו, באותו מקרה הבת הפעוטה, למעט במקרים חריגים. כך, ציין בית המשפט:

"The principle that it would be wrong to allow the abducting parent to rely upon adverse conditions brought about by a situation which she herself created by her own conduct is born of the proposition that it would drive a coach and horses

through the 1985 Act if that were not accepted as the broad and instinctive approach to a defence raised under Art 13(b) of the Convention". (וראו פסקאות 49-50 לפסק הדין).

למסקנה דומה הגיע בית המשפט לערעורים באנגליה במקרה של Re C, (Abduction: Grave Risk of Physical or Psychological Harm) [1999] 2 F.L.R. 478 (Eng. C.A.) וכך בלשונו של השופט Buttler-Sloss:

"The position of A is a relevant factor in the case to which the court has to have regard. But the mother had the opportunity to consider the implications of returning to England with both children. On the facts of this case I do not consider that the consequences of that return on A should deflect the court from concentrating upon the right of B to have his future decided in the State of his habitual residence".

30. מבלי להביע דעה לכאן או לכאן על ערכן של פסיקות אלו, נראה לי שבמקרה שלפנינו, הנסיבות מחייבות כי הקטין 1 יוחזר למקום מגוריו, אף אם כתוצאה מכך ייפרדו דרכיהם של האחים או יופרד הקטין 1 מאימו, באופן זמני. אין לקבוע כלל שכל אימת שקיים חשש כי יופרדו שני אחים זה מזה, או ילד מאחד מהוריו, לא יוכל בית המשפט להפעיל את סמכותו להחזרת הילד למקום מגוריו על פי אמנת האג, שהרי כלל שכזה יאיין לחלוטין את אחת מתכליות האמנה, והיא שההורה התוטף לא יצא נשכר ממעשיו. אמנם, מוכן אני לקבל את הטענה שבמקרים יוצאי דופן תוכל תוצאה זו להביא לידי כך כי בית המשפט יימנע מלהחזיר קטין למקום מגוריו. אך המקרה שלפנינו, מכל מקום, אינו נופל בגדר אותם מקרים חריגים. אף אם ייגרם לשני האחים נזק מהפרדתם, דבר שלא הוכח בפני עצמו, לא נראה שנוזק זה גדול הוא מהנזק הנגרם לקטין 1 כתוצאה מהפרדתו מאביו ומסביבת מגוריו. על אותו משקל, אין לומר כי הפרדת הקטין 1 מאימו, אשר פעלה שלא כדין, חמורה היא מהפרדתו העכשווית מאביו. בהתחשב בזאת, וכן כאשר לוקחים בחשבון את תכליותיה הנוספות של אמנת האג, עליהם עמדתי קודם לכן, מאזן השיקולים העומד בבסיס האמנה מוביל למסקנה כי על הקטין 1 לחזור למקום מגוריו, עם או בלי אחיו.

31. אשר לפסק הדין הצרפתי שהוגש במסגרת הבקשה להוספת ראייה חדשה, בו הוחלט על הפרדת האחים במסגרת הליכי המשמורת, זה אינו מעלה ומוריד, שכן אמנת האג נועדה להתזיר את הסטאטוס קוו הקיים עובר למעשה החטיפה, בין אם קבע בית המשפט במקום המגורים הסדרי משמורת זה מכבר, ובין אם עתיד הוא לקובעם לאחר החזרת הילד (דו"ח פרז-ורה, בעמוד 430). ההסדר באמנת האג קובע כי בית המשפט אשר ראוי שידון בטובתו של הקטין 1 ובזכויותיו הינו בית המשפט בצרפת. קביעת משמורת משותפת על האחים למען לא ייפרדו, ראוי לה שתישקל בכובד ראש לפני בית המשפט הדין במשמורת ההורים על ילדיהם, ועל המבקשת להעלות טיעוניה לעניין זה לפני בית המשפט המוסמך לכך בצרפת. אף אם האמור בחוות הדעת של ד"ר קלוו אמת הוא, והמבקשת חסרת מעמד בצרפת – תוצר נוסף של מעשה החטיפה שביצעה – הרי שגם זו טענה אשר יש להעלות לפני בית המשפט הדין בעניין משמורת על האחים. כעולה מפסק הדין הצרפתי שהובא לפנינו, מדובר בהחלטה זמנית, ועל כן למבקשת היכולת להעלות את שלל טענותיה במסגרת ההליכים לפני בית המשפט בצרפת, ויש לשער שהדברים יילקחו בחשבון במסגרת שיקולי בית המשפט הצרפתי, יחד עם התחשבות בשאר נסיבות המקרה. משכך גם אין מקום לקבל את בקשת המבקשת להוספת פסק הדין הצרפתי והמסמכים שהוגשו עימו כראייה חדשה. אמנם, סעיף 9 לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995, מותיר שיקול דעת רחב יחסית לבית המשפט לקבל ראיות חדשות בשלב הערעור, אך זאת אימתי שהוא סבור שהדבר דרוש לשם בירור התיק, ובמקרה שלפני אין הראיות החדשות מקדמות את טענותיה של המבקשת, ולכן אין מקום לקבלן (ראו בע"מ 1913/05 פלונית נ' פלוני (לא פורסם, [פורסם בנבו], 16.10.05); ע"א 4151/99 בריל נ' בריל, פ"ד נה(4) 709, 719 (2001)). לסיכום נקודה זו, לא מצאתי כי החזרת הקטין 1 לצרפת אינה מתיישבת עם זכותו כי טובתו תישקל בכל הליך הנוגע לעניינו.

32. טענתה השנייה של המבקשת מכוח האמנה לזכויות הילד, היא כי הופרה זכות הקטין 1 שדעתו תישמע, כמצוין בסעיף 12 לאמנה לזכויות הילד:

א. מדינות חברות יבטיחו לילד המסוגל לחוות דעה משלו את הזכות להביע דעה כזו בחופשיות בכל עניין הנוגע לו, תוך מתן משקל ראוי לדעותיו, בהתאם לגילו ולמידת בגרותו של הילד.

ב. למטרה זו תינתן לילד הזדמנות להישמע בכל הליך שיפוטי או מינהלי הנוגע לו במישרין או בעקיפין.

באמצעות נציג או גוף מתאים, בצורה המתאימה לסדרי
הדין שבדין הלאומי."

סעיף זה מעגן את עיקרון ההשתתפות שהוא מרכזי לאמנה לזכויות הילד, ונועד
לחת לילד הזדמנות להתבטא ולהישמע, וכן לעודדו לקחת חלק בכל ההליכים
וההחלטות הנוגעות לו, מתוך הכרה שילד הינו אדם בעל זכויות, ואישיות עצמאית
משלו (עוד בנושא זה ראו בדו"ח דוטלוי, בעמודים 213-207). אמנת האג נותנת ביטוי
אף היא לרצונו של הקטין נשוא ההליך בסעיף 13(ב) כך:

"הרשות השיפוטית או המינהלית רשאית כמו כן לסרב
לצוות על החזרת הילד אם התברר לה כי הילד מתנגד
להחזרתו וכי הוא הגיע לגיל ולרמת בגרות שבהם מן
הראוי להביא בחשבון את השקפותיו."

התנאים להתקיימותו של חריג רצון הילד על פי אמנת האג פורטו זה מכבר על
ידי בית משפט זה בהרחבה בפרשת פלונית, והם שלושה בעיקרם: הילד הינו בגיל
ורמת בגרות בהם מן הראוי להביא בחשבון את השקפותיו; התגבשות רצון עצמאי אצל
הילד לאי החזרתו לארץ מגוריו; והתנגדות דומיננטית וחזקה ביותר של הילד
להחזרתו. תנאים אלו הם ביטוי למשקל הראוי שיש לתת להשקפותיו של ילד בעת הליך
לפי חוק אמנת האג, לאור הצורך בפרשנות מצמצמת ואחידה אשר נועדה להגשמת
תכליות האמנה, ובכללן טובת הילד עצמו (פרשת פלונית).

33. לענייננו, בית המשפט לענייני משפחה מצא כי לאור דבריהם של פקידת הסעד
והפסיכולוג המומחה על בגרותו ורצונותיו של הקטין 1, אין זה מן הראוי לתת משקל
להשקפותיו. במיוחד הודגשה העובדה כי חוות דעתו של הפסיכולוג המומחה מעידה
על כך שרצונו של הקטין 1 להישאר בארץ אינו רצון של ממש, והדבר קשור גם לרמת
בגרותו של הקטין 1. לא מצאתי פגם במסקנתו זו של בית המשפט לענייני משפחה
מהטעמים הבאים. באשר לרמת בגרותו של הקטין 1, פקידת הסעד העידה שהקטין 1
הינו ילד חכם המתבטא יפה לגילו ומודע למצבו. הפסיכולוג המומחה סבר אף הוא
שמדובר בילד פיקח, אלא שבהתאם לגילו, המצוי ברף הנמוך של ילדים שניתן
להתחשב בדעתם, הוא נוטה להגזים ולהכליל, כך שנותר ספק בידי הפסיכולוג המומחה
באשר לאמיתות דברי הקטין 1. אשר לדומיננטיות של רצונו של הקטין 1, בית המשפט
לענייני משפחה עמד על כך כי כחות דעתו של הפסיכולוג המומחה צוינה שהתנגדותו
של הקטין 1 לחזרתו לצרפת הינה קלה ואינה חד משמעית, וייתכן כי כלל אינה מבטאת

רצון של ממש. בנוסף, הן לפי עדות פקידת הסעד והן לפי עדות הפסיכולוג המומחה, עולה כי ייתכן והקטין 1 מעדיף אמנם להישאר בישראל, אך טוב לו עם אביו וברצונו לבלות ולגור עימו גם. בניגוד להליך משמורת, שם להעדפותיו של הילד משקל רב יותר, בהליך שלפנינו אין די בקיומה של העדפה בלבד של הקטין 1 להישאר בארץ כדי למנוע את חזרתו למקום מגוריו, אלא נדרש רצון חזק וברור (פרשת פלונית). לאור רצונו החלש של הקטין 1 להישאר בארץ, יחד עם הספק שנותר לגבי רמת בגרותו, לא מצאתי כי עלה בידי המבקשת להוכיח את התקיימותו של חריג רצון הילד.

34. אף לא מצאתי מקום להתערב בהחלטת בית המשפט לענייני משפחה מיום 15.7.2008 בה החליט שלא לשמוע את הקטין 1 באופן כלתי אמצעי. אמנם, תקנה 295ט(ה) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: תקנות סדר הדין האזרחי) קובעת כי בית המשפט ישמע את דבריו של ילד אשר הגיע לגיל ורמת בגרות שמצדיקה התחשבות בהשקפותיו – אשר במקרה של הקטין 1 נתונה בספק – למעט מטעמים מיוחדים שיירשמו. אלא שלפני שהשופט היושב בדין נפגש עם ילד פנים מול פנים, עליו לשקול שיקולים נוספים:

”כאשר מדובר בהופעת קטין בכית המשפט כדי לשמוע את דעתו ורצונו בעניין הקשור אליו, יש לתת את הדעת ליחס המתבקש בין התועלת הטמונה בכך להשגת תוצאה ראויה בהליך השיפוטי, לביים הפגיעה האפשרית מחשיפתו של הילד להליכים משפטיים, במיוחד כאשר הם עוסקים בסכסוך בין הוריו, שבו הוא נדרש להיות מעורב. איזון זה בין התועלת לנוק בא בגדר שיקול הדעת הנתון לבית המשפט, האם להתיר הופעת ילד בהליך שיפוטי כדי לשמוע את דבריו.” (פרשת פלונית; ע”א 6056/93 עדן נ’ עדן, פ”ד נא(4) 197, 202 (C)).

מאחר ובפני בית המשפט לענייני משפחה עמדו חוות דעתם של שני גורמים מקצועיים, אשר נפגשו עם הקטין 1 והציגו לפני בית המשפט תמונה מעודכנת באשר להעדפותיו ועמדו על רמת בגרותו; ולאור הפגיעה האפשרית בקטין 1 הכרוכה במתן עדות בפני בית המשפט בסכסוך בין אביו לאימו, אשר לפי המצוי לפנינו ולפי עדות הגורמים המקצועיים מטיחים אחד בשני האשמות קשות, לא מצאתי פגם בהחלטת בית המשפט לענייני משפחה שלא לשמוע את הקטין 1 בעצמו, וזאת משום שנראה שהתועלת בכך מועטה היא, בעוד הסכנה כי הדבר יזיק לו ממשית היא. גם כאן, ההחלטה עולה בקנה אחד עם חובותיה של ישראל על פי האמנה לזכויות הילד, שכן

סעיף 12 ב מורה כי ילד יכול להישמע גם בעקיפין, באמצעות גורם מקצועי, ובהתאם לסדרי הדין בישראל.

35. יוצא אם כן שדין טענות המבקשת להידחות כולן. לפני סיום אעיר כי מקרה זה, כמקרים רבים הנידונים לפי חוק אמנת האג, קשה הוא, שכן מסגרת הדיון מציבה בפני בית המשפט שאלות קשות והכרעה בין שתי אפשרויות, אשר כל אחת מהן בעייתית בדרכה שלה. מקרים כגון דא ממחישים שהמשפט מוגבל הוא ביכולותיו, וכי טובת שני האחים במקרה זה היא בראש ובראשונה בידי הוריהם, וביכולתם למצוא סידור אשר ייטיב עם ילדיהם עד כמה שניתן בעת גירושיהם. אך משנדרש בית המשפט להכריע בסוגיה שלפנינו, דומה כי החזרת הקטין 1 לצרפת לעת הזו היא בבחינת בחירה ברע במיעוטו, כאשר ההנחה היא שבית המשפט בצרפת יראה לפניו את טובת הילד כמובנה השלם ואת זכויותיו השונות, לכשיכריע באופן סופי בשאלת המשמורת בין שני הוריו.

36. סוף דבר, אציע לחבריי לדחות את הערעור. הקטין 1 יוחזר עד ליום 15.7.2009 למקום מגוריו הרגיל בצרפת, כתנאים שנקבעו בפסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה מיום 3.11.2008, והחלטתו המשלימה מיום 9.12.2008.

ש ו פ ט

השופטת מ' נאור:

אני מסכימה לפסק דינו של חברי השופט ג'ובראן.

כשלעצמי סבורה אני שמלכתחילה טוב היה עושה בית המשפט לענייני משפחה אילו היה שומע את עמדת הילד. לפי חוות דעת המומחה, לילד לא היה נגרם נזק כתוצאה מהמפגש עם השופטת בלשכתה. אולם, להערכתו התועלת במפגש הייתה מועטה, לאור העובדה שהקטין אינו מביע עמדות ברורות לגבי השאלות העומדות על הפרק, וזאת, בין השאר בשל גילו הרך. אני סבורה שאם אין חשש כי ייגרם נזק לקטין, עדיף שבית המשפט ישמע את הקטין ולו כדי שלא יחוש כחפץ שמחליטים בעניינו בלי לשמוע אותו. כפי שציינה השופטת ארבל ב-בע"מ 5579/07 פלוני נ' פלוני (טרם פורסם, [פורסם בנבו], 7.8.2007):

"ואומנם, כשם שציינתי כבר במקום אחר, שמיעת הילד טומנת בחובה יתרונות שונים, ובכלל זה מתן אפשרות לבית המשפט להתרשם מן הילד באופן בלתי אמצעי, דבר שיש בו כדי לסייע בקבלת החלטה מושכלת, והעברת מסר לילד כי עמדתו חשובה, כי אינו אך חפץ המיטלטל בין הוריו וכי הוא לוקח חלק בהחלטות הקשורות בחייו (בע"מ 27/06 הנ"ל, פסקה 18). ככל שהילד מביע רצון להופיע בפני בית המשפט, ובית המשפט מסיק כי הופעתו בפניו לא תפגע בטובתו, לא תעמידו במצב שבו עליו להיקרע בין רצונותיהם הנוגדים של הוריו, ולא תגרור עמה תוצאות רגשיות ונפשיות בלתי רצויות (שם), יש איפוא לשקול בחיוב, בכפוף לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, ולצרכיו הייחודיים של אותו ילד, לאפשר את שמיעתו". (וראו עוד: בע"מ 27/06 פלוני נ' פלוני, סעיף 18 לפסק הדין (טרם פורסם, [פורסם בנבו], 1.5.2006); בע"מ 1855/08 פלונית נ' פלוני, דברי השופטת ארבל בפתח פסק דינה (טרם פורסם, [פורסם בנבו], 8.4.2008); בע"מ 672/06 פלונית נ' פלוני, פסקה ג(1) לפסק דינו של השופט רובינשטיין (טרם פורסם, [פורסם בנבו], 15.10.2006); בע"מ 902/07 פלונית נ' פלוני, פסקה ה' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (טרם פורסם, [פורסם בנבו], 26.4.2007))."

כך, מלכתחילה. ואולם, כדיעבד אינני רואה טעם בהחזרת הדיון לבית המשפט לענייני משפחה לצורך שמיעת הילד. נראה, נוכח הנימוקים שהביא חברי, כי התועלת שתצמח מכך היא קטנה, אם בכלל, ובפרט במסגרת הליך על פי אמנת האג. מאידך, יביא הדבר לעיכוב בהליך לפי אמנת האג החייב להיות הליך מהיר, כדי להגשים את התכלית ביסוד האמנה.

ש ו פ ט ת

השופט א' רובינשטיין:

א. בסופו של יום מסכים אני לתוצאה שאליה הגיע חברי השופט ג'ובראן בחוות דעתו המקפת.

ב. תיקי אמנת האג מטבעם מייצגים טרגדיות אנושיות, מלחמה בין הורים, העשויים להיות אנשים נורמטיביים בתכלית, אך המבקשים להיות כל אחד או אחת בארץ אחרת. הסדר הבינלאומי ב"כפר הגלובלי" ובניידות הקלה האופיינית לו קבע את אמנת האג, לשם הבטחת "התזרתם המיידית של ילדים שהורחקו שלא כדין אל מדינה

אחרת" (השופטת פרוקצ'יה בבע"מ 672/06 פלונית נ' פלוני (טרם פורסם), [פורסם בנבו], פסקה 8), וכפי שציינה, בכגון דא מכריעה טובת הילד "רק מקום שמשקלה גובר על התכלית המרכזית של האמנה". כל תיק מתיקים אלה מייצג עולמות אנושיים, ועל כולנה עולמו של הקטין המיטלטל ממקום למקום. באת כוח המבקשת העלתה במסגרת זו את כל הטענות האפשריים, אף שדעתה לא נתקבלה.

ג. אכן, בנידון דידן עסקינן בתיק שהוא יוצא דופן במידה מסוימת, אף בתיקי אמנת האג, בשל ההבדל המשפטי בין שני בניהם של בני הזוג - שהאחד, הגדול, מצוי תחת רשתה של האמנה, והאחר, התינוק - אינו כן. יש איפוא קושי מובנה בכך שיהא על המבקשת להגיע לצרפת, מטבע הדברים, גם עם בנה הקטן על כל המשתמע. ועם זאת המבנה המשפטי של ההסדר אשר ביסוד האמנה הוא, שעל סוגיית המשמורת להיות מוכרעת במקום שממנו נחטף הילד. במקרה דנא ראוי שהתמונה כולה תבוא בפני בתי המשפט הצרפתיים, כולל זרותה של האם בצרפת, והגישה הבסיסית שלפיה טבעי כי שני אחים יהיו יחד, וכי המשמורת בקטני קטנים מסורה ככלל לאם. ואולם, בסופו של יום עלינו לקיים את מחויבויות אמנת האג, וכפי שתיאר חברי במפורט, אין מתקיימים החריגים לאמנה.

ד. חברתי השופטת נאור נדרשה - ואני מסכים לכל דבריה - לעניין הצורך ככלל בשמיעת הקטין. דומני כי שעה שמתלבט בית המשפט אם לשמוע את דעתו של קטין, קרי, בשעה שהקטין בגיל גבולי, שבו שאלה היא אם מתקיימים תנאי תקנה 295ט(ה) לתקנות סדר הדין האזרחי כאשר לגיל ולרמת בגרות המצדיקה התחשבות בהשקפותיו - צריכה הכף לנטות לכיוון שמיעתו. לדעתי גם על בית המשפט עצמו ייקל ככלל להכריע לאחר שמיעת הקטין, ולוא בדיעה ובהבנה כי הוא נתון להשפעות. נזכור, למשל, כי בחוק אימוץ ילדים תשמ"א-1981 נאמר, כי אם "מלאו למאומץ תשע שנים, או שטרם מלאו לו תשע שנים אך הוא מסוגל להבין בדבר, לא יתן בית משפט צו אימוץ אלא אם נוכח שהמאומץ רוצה שאותו מאמץ יאמצו...". בהמשך לדברי חברתי, ראו הערתי בבע"מ 672/06 פלונית נ' פלוני (לא פורסם); [פורסם בנבו], בע"מ 5579/07 פלוני נ' פלוני (לא פורסם) [פורסם בנבו]; בע"מ 902/07 פלונית נ' פלוני (לא פורסם) [פורסם בנבו] (השופטת ארבל). נסיוני בבית המשפט המחוזי ובבית משפט זה לימדני כי במקרה בו שמעתי קטינים, סייע הדבר מאוד להכרעתי. ידוע לי כי ישנן גם דעות המביעות חשש, כפי שגם תיעד חברי; ואולם, הדבר תלוי נסיבות, וכאמור, לדידי הכף נוטה לכיוון שמיעת הקטין. אוסיף, כי במקרים שבהם יישמע הקטין ראוי לדעתי כי בית המשפט ישמענו ככלל ביחידות (כמובן עוזרת/משפטי/ת או מתמחה יכולים להשתתף

ולרשום), בלא נוכחות ההורים, וכן יקבע מראש על-ידי מי יובא הקטין, בהתאם לגילו ולנסיבות. במקרה דנא הגיל גבולי – שבע – ועל פי הנמקת חבריי, לא בלי התלבטות, איני רואה מקום להחזרה - והדברים נאמרים איפוא במבט צופה פני עתיד.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן.

ניתן היום, י"א בסיון התשס"ט (3.6.2009).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

מ' נאור 54678313-2338/09

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 09023380_H12.doc ש
מרכז מידע, טל' 02-6593666; אתר אינטרנט, www.court.gov.il
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן