

## בבית המשפט העליון

בע"מ 672/06

בפני: כבוד השופטת א' פרוקצ'יה  
כבוד השופט א' גרוניס  
כבוד השופט א' רובינשטיין

המבקש: תאופיק אבו עראר

נגד

המשיבה: פאולה רגוזו

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי  
בבאר שבע מיום 12.1.06 בע"מ 151/05 שניתן על ידי כבוד  
השופטים נ. הנדל, ש. דברת וט. ידין

בשם המבקש: עו"ד מייזלס יהודית

בשם המשיבה: עו"ד מורן שמואל ועו"ד עמרי דרור

### פסק - דין

#### השופטת א' פרוקצ'יה:

1. זו בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע (סגן הנשיא טימור, השופט הנדל והשופטת דברת) מיום 12.1.06 בו נתקבל ערעור המשיבה על פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה בבאר שבע (סגן הנשיא אסולין) מיום 8.12.05, ובו נקבע כי בהתאם לחוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), התשנ"א-1991 (להלן – "חוק אמנת האג"), על האב המבקש, המתגורר בישראל, להחזיר את שני ילדיהם המשותפים של בעלי הדין לחזקת האם המשיבה, המתגוררת באיטליה. ביום 13.3.06 קיימנו דיון בבקשה ושמענו את טיעוני בעלי הדין. ביום 14.3.06 החלטנו לדחות את בקשת רשות הערעור ולאשר בכך את קביעותיו של בית המשפט המחוזי. כן

קבענו בהחלטתנו כי החזרת הילדים לחזקת אימם תבוצע באיטליה או בישראל על פי בחירת האם, ולא יאוחר מ-10 ימים מיום המצאת החלטתנו. ביום 26.3.06 הודיע ב"כ המשיבה כי הקטינים הועברו לחזקת אימם המשיבה, והוחזרו למקום מגוריהם באיטליה. מפאת דחיפותו של הענין, החלטתנו האופרטיבית ניתנה בלא שנתלוו לה נימוקים.

להלן נימוקינו להחלטה:

### רקע, עובדות והליכים

2. המבקש הינו מוסלמי יליד ישראל, הנושא אזרחות כפולה ישראלית ואיטלקית, ורופא משפחה במקצועו. המשיבה הינה נוצריה ילידת איטליה, הנושאת אזרחות איטלקית, והיא אחות במקצועה. השניים הכירו בשנת 1987 במהלך לימודיהם באיטליה, ונישאו זה לזו בשנת 1991. במהלך נישואיהם, נולדו להם בת – בשנת 1993, ובן – בשנת 1996. בחודש ספטמבר 1997 עברו בני הזוג להתגורר עם ילדיהם בישראל.

בחודש יולי 2002 נסעה המשיבה עם הילדים לחופשה באיטליה, ובהיותה שם הודיעה למבקש כי אין בדעתה לחזור לישראל, וכי הילדים ישארו עמה באיטליה. היא פתחה בהליכי גירושין ומשמורת ילדים בבית משפט באיטליה. בחודש אוגוסט 2002 הגיש המבקש עתירה מכח אמנת האג בבית משפט לענייני משפחה באיטליה, להחזרת הילדים לישראל. עתירה זו נדחתה מן הטעם שהחזרת הילדים לישראל עלולה לחשוף אותם לסיכון ולנזק נפשי. ערעורו של המבקש לבית המשפט לערעורים באיטליה נדחה בחודש מאי 2003, ופסק הדין שדחה את העתירה להחזרת הילדים לישראל הפך חלוט. בחודש יולי 2005 פסק בית משפט באיטליה כי משמורת הקטינים תהיה בידי המשיבה, וקבע הסדרי ראייה למבקש.

המבקש הגיע לביקור באיטליה בחודש אוגוסט 2005, ובתום ביקור זה, בספטמבר 2005, לקח את הילדים לישראל בלא ידיעתה של המשיבה.

ביום 6.10.05 הגישה המבקשת תביעה לבית משפט לענייני משפחה בישראל מכוח חוק אמנת האג ותבעה את החזרת הילדים למשמורתה באיטליה.

### הסוגיה המרכזית

3. השאלה העיקרית שנבחנה בערכאות הקודמות, ואשר תעסיק אותנו בהליך זה היא – האם מתקיים במקרה זה החריג שבסעיף 13(ב) סיפא לאמנה המצדיק הימנעות מהחזרת קטינים חטופים למדינת מושבם ולחזקת ההורה המשמורן על רקע התנגדותם להחזרתם. זו לשון החריג בסעיף 13(ב) סיפא לחוק אמנת האג, הדנה ברצון הילד החטוף:

”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.”  
(להלן – גם “חריג רצון הילד”).

הסוגיה שלפנינו מצריכה, בראש וראשונה, התחקות אחר יסודותיו הפרשניים של החריג האמור על רקע תכלית האמנה. לאחר מכן, נדרשת בחינה האם נסיבות מקרה זה מקיימות את תנאיו של החריג ומצדיקות הימנעות מהחזרת הילדים החטופים.

### פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה

4. בית המשפט לענייני משפחה דחה את תביעתה של המשיבה להחזרת הילדים החטופים והורה על השארת הילדים בחזקת אביהם בישראל. הוא ניתח בהרחבה את פסקי הדין שניתנו באיטליה בהליך על פי האמנה שיזם האב להחזרת הילדים לישראל, ומצא כי, לכאורה, הם שגויים, שכן על פי הרציונל של האמנה, היה מקום להחזיר את הילדים למקום מגוריהם הרגיל בישראל משם נלקחו שלא כדין על ידי האם. עם זאת, הוא מצא כי אין מקום להכריז על בטלות אותה פסיקה, וזאת על שום עקרון ההדדיות המחייב בכבודן של הערכאות בחוץ לארץ, גם אם נראה כי שגו בפסיקתן. לצורך הענין שלפנינו, הניח בית המשפט למשפחה כי מקום מגוריהם הרגיל של הקטינים עתה הוא איטליה, שכן התגוררו עם אימם שם החל ביולי 2002 ועד ספטמבר 2005. הם היכו שורשים במקום מגוריהם החדש, השתלבו בו היטב, התערו במסגרת החינוכית ויצרו קשרים חברתיים ומשפחתיים עם משפחת האם באיטליה. בנסיבות אלה, הפכה איטליה להיות מקום מגוריהם הרגיל של הילדים ולכן עקירתם משם היוותה מעשה חטיפה, להבדיל ממעשה החזרה של הקטינים למקום מושבם הרגיל.

בית המשפט לענייני משפחה בחן את טענת ההגנה שהעלה האב לפיה חל על הענין החריג שבסעיף 13(ב) סיפא לחוק אמנת האג, הדן ברצון הילדים. לצורך בחינת

רצון הילדים במישור העובדתי, מינה בית המשפט את המומחית הפסיכיאטרית ד"ר עליזה רינג. בהעריכו את חוות הדעת שניתנה על ידה, הפריד בית המשפט בין המלצותיה שלא התייחסו כלל לעניין רצון הילדים, לבין הפרק הנוגע לשאלת הרצון, והנתונים שהובאו בהקשר לכך. לאחר ניתוח מפורט של עמדתה המקצועית של המומחית, קבע בית המשפט כי הילדה מבטאת רצון נחוש להישאר בארץ, ואילו הילד מבטא רצון פחות נחרץ לכך. הוא מצא כי הילדים מפותחים ושיפוטם תקין על פי גילם, לא הוכחה הסתה או תסמונת ניכור הורי כלפי האם. לאור כל אלה קבע, כי הקטינים מתנגדים להחזרתם לאיטליה, ויש להתחשב ברצונם זה ולכבדו, משהגיעו לרמת בגרות כזו שיש לייחס משקל לרצונם. פסק הדין הורה, איפוא, להשאיר את הילדים בישראל ולא להחזירם לאיטליה.

### פסק הדין של בית המשפט המחוזי

5. בערעורה של המשיבה לבית המשפט המחוזי, התמקדו הצדדים במשקל שיש לייחס להתנגדות הקטינים לחזור למשמורת האם באיטליה, וזאת לאור תכלית האמנה והפרשנות שניתנה לה בפסיקה, ונוכח מכלול נסיבות הענין כפי שעלו בפני בית המשפט. בית המשפט המחוזי ניתח בהרחבה את חוות דעתה של המומחית הפסיכיאטרית בהקשר להתייחסותם של הילדים לאפשרות החזרתם לאיטליה, ואת עמדתה כפי שבאה לידי ביטוי בחקירתה בבית המשפט. כן הועמד למבחן תסקירן של פקידות הסעד שהוגש בענין זה. ביישום הנתונים העולים מחוות הדעת, הדריך עצמו בית המשפט המחוזי על פי ההנחה כי יש ליתן פירוש מצמצם לחריגי ההגנה האמורים בסעיף 13(ב) לאמנה, שכן מתן פירוש מרחיב עלול לסכל את תכליתה של האמנה להחזיר ילדים חטופים למקום מושבם הרגיל. כן הניח לצורך החלת חריגי ההגנה האמורים, כי יש לסטות מאמות המידה הקובלות בסכסוכי משמורת לענין בחינת טובת הילד, ולהחיל לצורך האמנה מושגים רחבים יותר של טובת הילד המעוגנים, בין היתר, בהנחה כי טובתו מחייבת, בין היתר, שלא ייחטף על ידי הורה בניגוד לדעתו ולרצונו של ההורה המשמורן. הנטל המוטל על הטוען להתקיימותו של החריג לחובת החזרת החטוף הינו כבד, והפירוש שיש ליתן לחריג הינו מצומצם ודווקני. ספק שנותר, יתפרש כנגד הטוען.

בבואו ליישם עקרונות אלה למקרה שלפנינו, מצא בית המשפט המחוזי כי לא הוכחה הגנת "רצון הילדים" האמורה בסעיף 13(ב) סיפא לחוק, ולפיכך יש להורות על החזרת הילדים למשמורת אימם באיטליה. נקבע, כי יש לתת ביטוי לתכלית האמנה להביא להחזרתם המיידית של ילדים שנחטפו למקום מגוריהם הרגיל. בכך מושגת

טובת הילדים במוכן הרחב. בחינה מדוקדקת ומקיפה של טובת הילדים מבחינת הסדרי משמורת אמורה להתבצע בבתי המשפט המוסמכים, במדינה ממנה הורחקו הילדים. מוסיף בית המשפט ואומר לענין פרשנות סעיף 13(ב) סיפא לאמנה:

”בסעיף זה לאמנה נאמר, כי הרשות השיפוטית רשאית לצוות על השבת ילד, אם מתברר כי הילד מתנגד לחזרתו, והוא הגיע לגיל ולרמת בגרות שבהם מן הראוי להביא בחשבון את השקפותיו. אין, איפוא, קביעה קטגורית האומרת שיש לאמץ את התנגדות הילד, אלא בית המשפט רשאי להביא את ההתנגדות בחשבון, וזאת במסגרת מכלול השיקולים הראויים” (עמ’ 20 לפסק הדין).

מניתוח חוות דעת המומחית ופקידי הסעד מסיק בית המשפט כי הילדה הביעה התנגדות לחזור לאיטליה ואילו עמדת הילד היתה אמביוולנטית והוא ביקש להזדהות עם אחותו כדי שלא יופרד ממנה. בית המשפט מציין את החופש הרב לו זכו הילדים מאז הגיעם ארצה, את שחרורם ממטלות למודים, ואת סינוורם הבולט מהטוב שהושפע עליהם על ידי בני משפחת האב. כן ציין את הסתייגות המומחית ממידת מהימנותה של הבעת הרצון של הילדה לאור הלחץ הרב המופעל על הקטינים על ידי בני המשפחה בישראל והתלות והמחויבות שהם חשים כלפי ההורה עמו הם שוהים עתה. בסופו של דבר, בית המשפט מצא כי גם אם ינתן משקל להתנגדות הילדים להחזרתם למשמורת האם באיטליה, הרי בהתחשב בנסיבות כולן, לא הוכח חריג “רצון הילדים” שבחוק. הוא מציין:

”בנסיבות הנדונות, לא סביר הדבר שביכולת הילדים להתחשב ולשקול את כל הנתונים לצורך ההחלטה אם לשוב לאיטליה, אם לאו. פורטו לעיל ציפיות מופרזות של שרה והשפעת האווירה הסובבת את הילדים. גם צויינה התלות אשר חשים הילדים היום באביהם. נראה כי התנגדותם אינה בוגרת וריאלית. בחוות דעת הפסיכיאטרית ופקידות הסעד צויינה מסקנתן כי רצונם של הילדים אינו אותנטי באשר להתנגדותם לשוב לאיטליה. עמדתם זו לא הופרכה בראיות אשר הובאו בפני בית המשפט קמא.”

לאור אלה, הורה בית המשפט המחוזי על החזרת הקטינים לאימם באיטליה, משלא הוכח קיומו של חריג “רצון הילדים” על פי החוק.

## בקשת רשות הערעור

### טענות המבקש

6. בטיעונו, מתמקד המבקש בשני עניינים עיקריים: האחד – מידת ההתערבות הראוייה של ערכאת הערעור בממצאיה העובדתיים של הערכאה הדיונית; השני – הפירוש הראוי שיש ליתן לחריג "רצון הילדים" באמנה, בהתנגדותו של ילד להחזרתו למדינה שממנה נחטף. אשר לענין הראשון, טוענת ב"כ המבקש, כי הערכאה הדיונית שבפניה הובאה מלוא התשתית הראייתית, הגיעה למסקנה כי הילדים הביעו התנגדות עזה ועקבית להחזרתם לרשות אימם באיטליה. הילדים הינם בגילאים 12 ו-9½ והגיעו לרמת בגרות ובשלות כאלה שיש להתחשב ברצונם. אין מדובר בהתנגדות שהיא פרי הסתה או השפעה חיצונית כלשהי. עוד נטען, כי העובדה שקדם לחטיפת הילדים לישראל על ידי האב מעשה חטיפה דומה על ידי האם והפעם מישראל לאיטליה, מצריכה התייחסות מיוחדת להתנגדות הילדים לחזרתם לאיטליה. על פי הנטען, על רקע מעשה החטיפה הקודם, הילדים מבינים את החזרתם לישראל כשיבה הביתה, והדבר עומד ברקע התנגדותם להחזרתם לאיטליה ומצדיק לתת משקל להתנגדות זו. אשר לענין השני, טוען המבקש כי פרשנותו של בית המשפט המחוזי לחריג "רצון הילדים" שוללת את מעמדו של החריג כחריג עצמאי. במקרה זה, הוכחה בגרותם של הילדים הן בהיבט האובייקטיבי הקשור בגילם, והן בהיבט הסובייקטיבי הקשור בבשלותם להביע את רצונם, שיש לכבדו. התנגדותם לחזור לאיטליה הובהרה באופן נחרץ ועיקבי; הערכאה הדיונית קבעה כי לא הובאה ראייה על דבר הסתה, שטיפת מוח, והשפעה זרה. לאור כל אלה, נתקיימו תנאי חריג "רצון הילדים", ויש לפעול על פיו. הוסיפה ב"כ המבקש וטענה כי טעו הערכאות דלמטה בכך שלא שמעו את הילדים ולא התרשמו מהם ומטיעוניהם ורצונותיהם באופן ישיר ובלתי אמצעי. בקשתה היא כי אם יוחלט שלא לקבל את בקשת רשות הערעור, בכל מקרה יוחזר התיק לערכאה הדיונית לצורך שמיעת הילדים והערכת עמדתם.

### עמדת המשיבה

7. ב"כ המשיבה ביקש לדחות את בקשת רשות הערעור ולאמץ את קביעות בית המשפט המחוזי. הוא הדגיש את הצורך להגשים את תכלית החוק והאמנה ולהחזיר ילדים חטופים למקום מגוריהם הרגיל. הטענה היחידה בדבר התנגדות הילדים להחזרתם נדחתה על יסוד עמדותיהם המקצועיות של כל המומחים הבכירים שחיוו דעתם בהליך זה – הפסיכיאטרית ד"ר רינג; פקידת הסעד הארצית, גב' צור, ופקידת הסעד המחוזית, הגב' בקר. המומחים עמדו על כך שתגובות הילדים אינן מבטאות רצון

מבוסס, אלא הם פרי מסכת לחצים, השפעה ובלבול בהם הם נתונים. לפיכך, לא הוכח חריג של רצון הילדים על פי החוק, ולכן יש להחזיר את הילדים למקום מושבם הרגיל באיטליה.

## הכרעה

### המסגרת הנורמטיבית

#### תכלית האמנה

8. ההליך שבפנינו נשלט על ידי חוק אמנת האג, המקנה בישראל מעמד נורמטיבי מחייב לאמנת האג, אשר בקשה להשיג שיתוף פעולה בין מדינות העולם בהתמודדות כנגד תופעת חטיפות ילדים על ידי הוריהם. תופעת החטיפות החריפה בעקבות עלייה בשיעורי הגירושין, והניידות ההולכת וגוברת בין מדינה למדינה, שהפכה קלה יותר בעשורים האחרונים (ע"א 5532/93 גונזבורג נ' גרינוולד, פד"י מט(3) 282, 292; ע"א 7994/98 דגן נ' דגן, פד"י נג(3) 254, 266).

תכליתה של האמנה הינה, בראש וראשונה, להבטיח את החזרתם המיידית של ילדים שהורחקו שלא כדין אל מדינה אחרת, ולהבטיח כי זכויות המישמורת והביקור שהוקנו להורה על פי דין במדינה המתקשרת באמנה יכובדו ביעילות בשאר המדינות המתקשרות (סעיף 1 לאמנה; ע"א 473/93 ליבוביץ נ' ליבוביץ, פד"י מז(3) 63, 70). תכלית ההסדר המעוגן באמנה כפולה: להבטיח את כיבוד החוק ואכיפתו, ולהרתיע מפני עשיית דין עצמית על ידי אחד ההורים; כן נועדה האמנה למנוע פגיעה בשלומו של הקטין, הנעקר עקב מעשה החטיפה מסביבתו הטבעית ומהורה המשמורן, ומובא אל סביבה זרה, הנכפית עליו על ידי ההורה אחר. בבסיס האמנה עומדת התפיסה כי טובת הילד מחייבת את החזרתו המיידית למשמורת ההורה במדינה ממנה נחטף (ע"א 7206/93 גבאי נ' גבאי, פד"י נא(2) 241; פרשת דגן, שם). הרחקה או אי החזרה של ילד תיחשב מעשה שלא כדין אם יש בכך הפרת זכויות משמורת המוענקות לאדם על פי דין מדינת מגוריו של הקטין בסמוך לפני הרחקתו או אי החזרתו (סעיף 3). חטיפה מתרחשת כל אימת שמועברים ילדים ממדינה למדינה בניגוד להסכמת ההורה שבידו הזכות להסכים או לסרב לכך (ע"א 5271/92 פוקסמן נ' פוקסמן, תק-על 92(3) 2272).

גישת האמנה לענין אכיפה הינה כי ילד שהורחק שלא כדין על ידי אחד מהוריו, יש להחזירו לאלתר למקום מגוריו הקבוע. חובה זו הינה מוחלטת ואינה נתונה

לשיקול דעת, אלא בנתון לחריגים מסוימים. (פרשת גבאי, שם, עמ' 250). עקרון זה נגזר מתפיסה בסיסית של שלטון החוק, ומחובת כיבוד הדדי של דיני המדינות המתקשרות באמנה. כן נועד כלל זה למנוע פגיעה חמורה בטובתו של הילד, הנחטף לארץ אחרת תוך הפרת הדין וצווי בית המשפט במדינת מושבו, אשר קבעו את הסדרי המשמורת והחזקה בעניינו.

כדי להגשים את תכליות האמנה, מוטלת חובה על המדינה אליה נחטף הילד להחזירו אל המדינה ממנה נחטף בדחיפות ובמהירות האפשרית. סעיף 2 לאמנה קובע כי המדינות המתקשרות ינקטו בכל האמצעים הראויים כדי להבטיח את מימוש יעדי האמנה בתחומן ולשם כך יפעילו את ההליכים הדחופים ביותר העומדים לרשותן. הכלל הוא, איפוא, החזרה מיידית של המצב לקדמותו, ובית המשפט של מקום המגורים הרגיל הוא שיכריע בנושא המשמורת של הקטין (ע"א 4391/96 ד' נ' ד', פד"י נ(5) 338, עמ' 345).

### חריגים לחובת החזרת הילד החטוף

9. לעקרון היסוד של האמנה, לפיו יש להחזיר ילד חטוף למקום מושבו הרגיל על אתר, מספר סייגים, המעוגנים בסעיפים 12 ו-13 לאמנה. סייגים אלה, על פי טיבם, מתייחסים לסיטואציות שונות הקשורות ברווחתו של הילד הנחטף ומבקשים, במצבים חריגים, להימנע מהחזרתו למדינת המושב מקום שמתקיימות נסיבות שמשקלן גובר אף על התכלית המרכזית של האמנה למנוע מעשי חטיפה בניגוד לחוק, ולהגן על טובת הילד מפני פגיעה הכרוכה בכך. החריגים משקפים, בעיקרם, התנגשות בין שני אינטרסים – האינטרס לבטל את תוצאות מעשה החטיפה, המהווה עשיית דין עצמית של אחד ההורים בניגוד לחוק, מול הצורך להגן על טובת הילד. בהתמודדות בין אינטרסים אלה בהקשר לאמנה תכריע טובת הילד רק מקום שמשקלה גובר על התכלית המרכזית של האמנה – למנוע ולהרתיע מפני מעשי חטיפה של ילדים, ולהיאבק כנגדם בדרך נחרצת על ידי החזרת הילד החטוף במהירות למקום מושבו הרגיל (ע"א 1372/95 סטגמן נ' דורק, פד"י מט(2) 431, עמ' 8-437). על פי החריג האחד שבחוק, נילקח בחשבון משך התקופה בה שוהה הילד החטוף במדינה אליה נחטף, ואם מדובר בתקופה העולה על שנה, על הרשות השיפוטית להחזיר את הילד למקום מושבו "זולת אם הוכח כי... השתלב כבר בסביבתו החדשה" (סעיף 12). חריג נוסף מצוי בסעיף 20 לאמנה, על פיו ניתן לסרב להחזיר ילד אם החזרה אינה מתיישבת עם עקרונות יסוד באשר להגנה על זכויות אדם וחירויות יסוד הנוהגים במדינה המתבקשת (פרשת גבאי, שם, עמ' 250; פרשת דגן, שם).



סעיף 13 לאמנה מכיל בתוכו שלושה חריגים לחובת החזרת ילד חטוף בקובעו כדלקמן:

“על אף האמור בסעיף הקודם, אין הרשות השיפוטית או המינהלית של המדינה המתבקשת חייבת להורות על החזרת הילד, אם הוכיחו האדם, המוסד או גוף אחר המתנגדים להחזרתו כי –

(א) האדם, המוסד, או הגוף האחר שבידו מופקדת ההשגחה על גוף הילד, לא הפעיל בפועל את זכויות המשמורת בעת ההרחקה או אי החזרה, או הסכים עימן או השלים עימן לאחר מעשה;

או

(ב) קיים חשש חמור שהחזרתו של הילד תחשוף אותו לנזק פיסי או פסיכולוגי, או תעמיד את הילד בדרך אחרת במצב בלתי נסבל;

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.

בבואן לשקול את הנסיבות הנזכרות בסעיף זה, יביאו הרשויות השיפוטיות והמינהליות בחשבון את המידע בדבר רקעו החברתי של הילד, כפי שהומצא על ידי הרשות המרכזית או רשות מוסמכת אחרת שבמקום מגוריו הרגיל של הילד.”

על פי החריג הראשון, אין מוטלת חובת החזרת החטוף אם זה שבידו זכות המשמורת לא הפעיל את זכותו בפועל בעת החטיפה, או השלים מראש או בדיעבד עם החטיפה (סק(א)); על פי חריג השני, אין מוטלת חובת החזרה אם ביום קיים חשש חמור שהחזרה תחשוף את הילד לנזק פיזי או פסיכולוגי, או תעמיד את הילד במצב בלתי נסבל אחר (סק(ב)). חריג שלישי קובע כי אין מוטלת חובת החזרה אם הילד מתנגד להחזרתו והגיע לגיל ולרמת בגרות שבהם מן הראוי להביא בחשבון את השקפותיו (סק(ב) סיפא).

החריגים האמורים נועדו, ביסודם, לאזן בין שני אינטרסים מרכזיים:

האחד – הגשמת תכלית האמנה למנוע עשיית דין עצמית ועמידה על שלטון החוק, תוך פרישת הגנה על טובת הילד המחייבת שלא לפגוע ביציבות חייו. השני – לתת משקל מיוחד במצבים מתאימים לצרכיו של הילד ולהיבטים שונים הקשורים

בטובתו. באיזון שבין שני הערכים הללו, יש לתת, דרך כלל, משקל מכריע לאינטרס שבהחזרת הילד למשמורת ההורה ממנו נחטף, שהוא גרעינה הקשה של האמנה שתכליתה העיקרית להגן על שלטון החוק ועל כיבוד רב צדדי של משפטיהן של אומות בנות תרבות. באינטרס זה טמונה גם ההנחה כי החזרת הילד מקדמת את טובתו. אי החזרתו של הילד החטוף מותרת, במסגרת החריגים, רק במקרים קיצוניים בהם משקל צרכיו של הילד החטוף הוא בעל עוצמה כה גדולה עד כי הוא גובר אף על תכליתה המרכזית של האמנה – למנוע חטיפות ילדים וטלטולם מארץ לארץ.

ברוח האיזון האמור המעוגן במסגרת האמנה, אין מעמידים את חובת החזרת הילד החטוף על פי האמנה כנגד "טובתו" של הילד במשמעות הנודעת למושג זה בהליכי משמורת רגילים. הנחת היסוד לצורך זה הינה כי "טובת הילד" נלקחה בחשבון בעת שהוכרעו זכויות המשמורת; אם עולה טענה לפיה יש לשנות את הסדר המשמורת תוך מתן משקל להיבטים שונים, כי אז יש להכריע בכך במדינת מושבו הקבוע של הילד ותוך שיתוף עם ההורה המשמורן. "עמדת האמנה היא כי חטיפתו של ילד אינה צריכה להביא לשינוי במקום הדיון באשר לטובתו. נהפוך הוא: חטיפת הילד היא עצמה דבר העשוי לפגוע בטובתו" (דברי הנשיא ברק, בפרשת גבאי, שם). על רקע הנחת מוצא זו כי טובת הילד היא בהחזרתו למקום מגוריו הרגיל, טענות בדבר טובתו שעל פי טיבן מקומן בהליכי משמורת, אינן באות בגדרם של החריגים הצרים העשויים לשמש טענת הגנה בידי הורה חוטף ביחס לדרישת החזרתו של הילד החטוף (סעיפים 16, 17 ו-19 לאמנה; בש"א 1648/92 טורנה נ' משולם, פד"י מו(3) 38, 45-46; פרשת סטגמן, שם; 6056/93 עדן נ' עדן, פד"י נא(4) 197, 204; בג"צ 4345/97 טור סיני נ' שר החוק, פד"י נג(3) 673, 693; פרשת דגן, עמ' 296, שם).

התמלאותם של החריגים להחזרת קטין חטוף מותנים בקיומם של צרכי הקטין החטוף החורגים משיקול טובת הילד בהליך משמורת, הן בטיבם והן בעוצמתם. פועל יוצא ממבנה איזון הערכים שבאמנה, הוא פרשנותם המצמצמת והדווקנית של החריגים, המקנים הגנה מפני החזרת קטין חטוף למדינת המושב; שאם לא כן, תכליתה של האמנה עלולה להתרוקן מתוכנה (עניין גונזבורג, בעמ' 294-295; רע"א 2610/99 פלונית נ' פלוני, פ"ד נג(2) 566, 573; עניין גבאי, בעמ' 256). כך למשל נפסק לעניין סעיף 13 (ב) לאמנה, כי יש להגבילו "למקרים יוצאי דופן מבחינת המצב הבלתי נסבל וחומרת החשש להיווצרותו כתוצאה מההחזרה" (עניין טורנה, בעמ' 45), ולעניין החריג המצוי בסעיף 20 לאמנה, נקבע כי תחולתו היא "צרה עד-למאוד" (עניין טור סיני, בעמ' 695). עוד נקבע פעמים רבות כי הנטל להוכחת קיומו של החריג, מוטל על הטוען לחריג: "על ההורה החוטף, המבקש לצאת נשכר ממעשה, הנטל להוכיח את קיומו של

החריג" (עניין סטגמן, בעמ' 438; עניין דגן, בעמ' 267; עניין גבאי, בעמ' 250, וסעיף 13 רישא לאמנה).

בהתקיים התנאים האמורים בסעיף 3 לאמנה, המבססים את חובת החזרת הקטין החטוף למקום מושבו, ובהעדר ביסוס לתחולת חריג העשוי לשמש הגנה מפני החזרת החטוף, קמה חובה קטיגורית על המדינה המתבקשת להחזיר את הילד החטוף לאלתר (סעיף 12 לאמנה; פרשת רן, עמ' 345; פרשת גבאי, שם, עמ' 250).

### חריג רצון הילד

10. הדיון בפנינו מתמקד בחריג רצון הילד בסעיף 13(ב) סיפא לאמנה. עניינו של החריג ברשות הניתנת לגורם המוסמך לסרב לצוות על החזרת ילד חטוף אם התברר לו שהילד מתנגד להחזרתו, וכי הוא הגיע לגיל ולרמת בגרות שבהם ראוי להתחשב בהשקפותיו.

מה מעמדה של הגנה זו – האם מדובר בהגנה העומדת בפני עצמה או שמא קשורה היא ואחוזת בחריג שברישא לסעיף 13(ב), המדבר בקיום חשש שהחזרתו של הילד תחשוף אותו לנזק פיזי או פסיכולוגי, או תעמיד אותו בדרך אחרת במצב בלתי נסבל? מהם מרכיביו של חריג רצון הילד ומה נדרש להוכחתם? אלה השאלות המרכזיות שבפנינו.

### עצמאות חריג רצון הילד

11. חריג רצון הילד שלא להחזירו למדינה ממנה נחטף הוא חריג עצמאי, העומד לעצמו ואינו קשור או מותנה בקיומו של חשש חמור לחשיפת הילד לנזק פיסי או פסיכולוגי המעוגן ברישא לסעיף 13(ב) לאמנה (פרשת גבאי, שם, עמ' 250; פרשת עזון, שם, עמ' 202); חריג זה שם את הדגש על רצונו של הילד בשאלת חזרתו למקום מושבו הרגיל, וכאשר הוא מתנגד לכך והגיע לגיל ולרמת בגרות כזו שבהם ראוי להביא בחשבון את רצונותיו, ניתן לרצונו משקל במסגרת שיקול הדעת השיפוטי בהחלט האמנה.

התחשבות האמנה ברצונו של הילד משתלבת בהכרה האוניברסלית בדבר מעמדו של הילד, הכרה בזכויותיו, והתחשבות ברצונותיו. היא באה לידי ביטוי באמנת האו"ם בדבר זכויות הילד. אמנה זו מבוססת על התפיסה כי הכרה בכבודם של כל בני

אנוש ובזכויות האדם הבסיסיות הנתונות להם, מחייבת תשומת לב מיוחדת לזכויותיהם של ילדים. המדינות הכירו בכך כי "הילד, לשם פיתוח אישיותו המלא וההרמוני, מן הראוי כי יגדל בסביבה משפחתית, באווירה של אושר, הבנה ואהבה, ... להכנה מלאה לקראת חיים עצמאיים בחברה". בין מכלול הזכויות המפורטות באמנה, מודגשות זכויות היסוד של הילד לחופש ביטוי (סעיף 13) חופש מחשבה, מצפון ודת (סעיף 14). האמנה מבטיחה כי ילד המסוגל לחוות דעה משלו יהא גם בעל זכות להביע דעה כזו בחופשיות, ולבטא את רצונו, ומכאן שתנתן לו הזדמנות להישמע בכל הליך שיפוטי או מינהלי הנוגע אליו במישרין או בעקיפין (סעיף 12) (ראו ניתוח האמנה בדו"ח רוטלוי, עמ' 207 ואילך, ואת ניתוח חוק אמנת האג, שם, עמ' 1-240). ביטוי להכרת המשפט ברצונו של ילד ניתן גם בהקשרים שונים אחרים, כגון בחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (סעיף 7) (דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פד"י נ(1) 48, 96-98).

האמנה בדבר החזרת ילדים חטופים בנויה על תפיסה כי לילד, כמו למבוגר, ישנה אוטונומיה אישית, כבוד אישי, ורצון עצמאי הראוי להתחשבות. היא מבוססת על הרעיון כי אף שילד נתון בתקופת קטינותו לאפוטרופוסות טבעית של הוריו, שמורה לו, גם בתחומי אפוטרופוסות זו, אוטונומיה מסוימת, חופש דעה, ורצון הראויים להתחשבות, והמשפט מכיר בכך ונותן לכך משקל בהקשרים שונים ובגבולות מוגדרים (דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פד"י נ(1) 48, 97-98; ר' שוז "זכויות ילדים חטופים: האם חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), תשנ"א-1991, עולה בקנה אחד עם דוקטרינת זכויות הילד?" מחקרי משפט כ (תשס"ד) 421, 457; P.R. Beaumont, P.E. McEleavy, The Hague Convention on International Child Abduction (Oxford, 1999) 177).

עצמאותו של חריג "רצון הילד" הוכרה בפסיקתן של מדינות השותפות לאמנת האג. בנסיבות מסוימות, די בהתנגדות ילד להחזרתו למקום מגוריו הרגיל כדי להקנות לבית המשפט שיקול דעת שלא להורות על השבתו, ואין הכרח לצורך ביסוס הגנה בפני החזרה להצביע על כך כי יגרם לילד נזק פיסי או פסיכולוגי עקב כך, או שהדבר יעמידו בדרך אחרת במצב בלתי נסבל (R. Nanos, "The Views of a Child: Emerging Interpretation and Significance of the Child's Objection; Defense under the (Hague Child Abduction Convention)", 22 Brooklyn J. Int'l L. 437 (1996)).

וכך נאמר באחד מפסקי הדין של בית המשפט הפדרלי לערעורים בארצות הברית:

"We agree... that the unnumbered provision of Article 13 provides a *separate* ground for repatriation and that, under this provision, a court may refuse repatriation *solely* on the basis of considered objection to returning by a sufficiently mature child" (*Blondin v. Dubios*, 238 F.3d 153, 166).

(ראו גם: *Mendez Lynch v. Mendez Lynch*, 220 F (Supp. 2d 1347, 1361).

ובאנגליה, ראו פסק הדין המנחה בעניין

*Re S* (Child Abduction) (1993) WLR 775;

ובבית המשפט לערעורים באנגליה:

*Re J* (Children) (Abduction; Childs Objection to Return) Fam. Law 487 (2004) 1 FCR 737.

בפסק דין של בית המשפט בניו-זילנד נקבע:

"Article 13 of the Convention is drafted in a way which makes it clear that a child's objection is a stand-alone defence, and may succeed irrespective of whether the objection is associated with risks of physical or psychological harm, or the possibility of being returned to an "intolerable" situation".

(*BVC AP 36\01 High Court of New Zealand at Christchurch* (2001) (פסקה 82)).

יוצא, איפוא, כי לרצונו של הילד החטוף יש לייחס בנסיבות מסוימות מעמד עצמאי בתורת הגנה בפני החזרתו למדינת המושב, ומשפט האמנה מייחס לכך חשיבות העומדת לעצמה, הכל בכפוף לתכליות האמנה והאיזונים הנדרשים במסגרתה.

#### נקודת המוצא בהחלת חריג רצון הילד

12. בטרם נפנה לבחינת יסודותיו הפרטניים של חריג רצון הילד, נבהיר את אמות המידה המנחות באשר להחלתו, הנשאבות מתכליתה היסודית של האמנה ואלה הן:

(1) פרשנות מצידה של החריג

לצורך הגשמת תכליתה של האמנה, על חריגיה להתפרש בצמצום-יתר, באופן שיחולו במצבים חריגים וקיצוניים בלבד, המצדיקים סטייה ממטרות האמנה. גישה פרשנית מצרה זו חלה, ככלל, גם על חריג רצון הילד, ומאפשרת את החלתו במצבים קיצוניים בלבד, שאם לא כן תגרענה מטרותיה הכלליות של האמנה ותכליתה עלולה להימצא מסוכלת. (רע"א 3052/99 שבח נ' שבח, דינים עליון, כרך נו 132; פרשת רז, שם, עמ' 347; פרשת גינזבורג, שם, עמ' 294; רע"א 2610/99 פלונית נ' פלוני, פד"י נג(2)566 (פסקה 9). פרשת טור סיני, שם, עמ' 692; פרשת טורנה, שם עמ' 6-45; זוהי גם הגישה הרווחת בפסיקה בארצות הברית, והיא ננקטה בשורה ארוכה של פסקי דין: (*England v. England*, 234 F.3d 268, 272; *Escaf v. Rodriguez*, 200 F. Supp. 2d 603, 615; עניין *Mendez Lynch*, שם; ומאמרה של Nanos, שם, הסוקר את הפסיקה בארצות שונות, ומצביע על כך כי, ככלל, יש ליתן פרשנות צרה לחריג בדבר רצון הילד באמנה).

כדי להגשים את תכלית האמנה, הבנויה על הדדיות בין המדינות החתומות עליה בולטת המגמה לדבוק בפרשנות אחידה ומתואמת של האמנה על חריגיה בין המדינות השותפות. בהקשר שלפנינו בולטת חתירה לאחידות בפרשנות המצרה של חריגי האמנה לעניין חובת החזרת ילד חטוף למקום מושבו, וחריג רצון הילד בכלל זה (עניין טורנה, שם; ע"א 473/93 ליבוביץ נ' ליבוביץ, פד"י מז(3) 63, 71; עניין גונזבורג, בעמ' 295).

(2) נטל הוכחה כבד על הטוען להתקיימות החריג היקפם הצר של החריגים משליך על עוצמת נטל ההוכחה הנדרש מהטוען לתחולתם שהוא נטל הוכחה כבד (פרשת גונזבורג, שם; *Renovales v. Roosa*, 1991 Conn. Super.; LEXIS 2215 המצוטט שם, וכן (1986) 8 Conn. App. 96, 104; *Saffer v. Lindy*; ופרשת טור סיני, שם, בעמ' 6-695). נדרש, אפוא, משקל הוכחתי רב לצורך הוכחת התקיימותם של תנאי החריגים לאמנה.

(3) שיקול דעת בית המשפט: גם משמתקיימים תנאי חריג לחובת החזרת ילד חטוף על פי האמנה, עדיין אין פירוש הדבר כי חובה על בית המשפט להעתר לבקשת ההורה החוטף, ולהותיר את הילד במדינה המתבקשת. לבית המשפט שיקול דעת רחב בענין זה, ואם מצא כי במכלול הנסיבות המיוחדות של הענין, ונוכח תכליתה העיקרית של האמנה, יש להעדיף את החזרת החטוף על פני השארתו בידי ההורה החוטף, הוא רשאי שלא להחיל את החריג וליישם את הכלל הנוהג (פרשת ליבוביץ, שם; פרשת גבאי, שם, עמ' 250;

רע"א 3052/99 שבח נ' שבח, דינים עליון נו 132, פסקה 6; *Ostevoll v. Ostevoll*, (2000 U.S. Dist. Lexis 16178).

### יסודות חריג "רצון הילד" והאיזונים הנדרשים בהחלתו

13. על הטוען להתקיימות חריג "רצון הילד" לעמוד בשלושה תנאים מצטברים: גיל ורמת בגרות; גיבוש רצון עצמאי לאי החזרתו לארץ מושבו; וקיום התנגדות להחזרה למקום המושב שהיא דומיננטית וחזקה ביותר. נבחן יסודות אלה, אחד לאחד.

### מרכיב ראשון: גיל ורמת בגרות

14. מרכיב ראשון בחריג "רצון הילד" מחייב כי הילד הגיע לגיל ולרמת בגרות שבהם מן הראוי להביא בחשבון את השקפותיו. מבחן זה עניינו בקביעת מסוגלותו של הילד לגבש רצון בר-התחשבות לצורך הכרעה בשאלת החזרתו לארץ מושבו. למבחן זה שני רכיבים: רכיב הגיל של הילד ורכיב רמת בגרותו של הילד. נדרש קיום מצטבר של שני רכיבים אלה כדי לקבוע שהילד הינו בעל רצון בר-התחשבות לצורך החלת חריג רצון הילד על פי האמנה.

ברכיב הגיל, משמשים יסודות אובייקטיביים וסובייקטיביים בערבוביה. מאחר שהאמנה לא הגדירה את המושג "גיל" לצורך הענין, ניתן שיקול דעת לבית המשפט לקבוע, בנסיבות שלפניו, האם גילו של הילד מתאים מבחינת יכולת גיבוש רצון עצמאי. בהפעלת שיקול דעת סביר בענין זה ברי, כי קיים רף מינימלי של גיל שמתחת אליו, פשיטא שתנאי הגיל אינו מתקיים, משהילד אינו בר-דעת עדיין. מעבר לרף תחתון זה, קיים מיתחם שיקול דעת שיפוטי המאפשר הכרעה שיפוטית באשר לתנאי הגיל הנדרש על בסיס מאפיינים סובייקטיביים של הילד הנגזרים מנסיבותיו של המקרה הנתון:

עמדה על כך רפורטרית האמנה, פרופ' אליזה פרז-ורה:

"All efforts to agree on a minimum age at which the views of a child could be taken into account failed, since all the ages suggested seemed artificial, even arbitrary" (Explanatory Report, Pa. 30; וכן עניין *Blondin* לעיל, בעמ' 168, ועניין *Re S* לעיל).

בפרשת ע.ד.ן, שם (עמ' 202) מציינ בית המשפט כי חריג "רצון הילד"

“מעניק לילד החטוף זכות דיבור במסגרת ההליך השיפוטי. לא נקבע גיל מינימום שמתחתיו ייחשב ילד כלא בוגר מספיק, על מנת שהשקפותיו יובאו בחשבון. השאלה אם הילד הגיע לגיל ולרמת בגרות מספיקים נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט על פי התרשמותו מהילד.”

מצב דומה קיים כאשר לתנאי בדבר רמת בגרותו של הילד, הנתון לשיקול דעת בית המשפט על פי התרשמותו האינדיבידואלית מרמתו השכלית והרגשית של הילד שעניינו עומד להכרעה. דרך כלל, ישנה קורלציה הדוקה בין רמת הגיל לבין רמת הבגרות הנדרשות לצורך גיבוש רצון בר-התחשבות אצל הילד, אף כי אין הכרח בדבר, ומרכיבים אלה נבחנים, אחד לאחד, על פי נסיבות המקרה.

עיון בפסיקה בארץ ובחוץ לארץ מצביע על כך שבתי משפט שונים התייחסו התייחסות אינדיבידואלית פרטנית לילדים שהופיעו בפניהם, וקבעו על יסוד התרשמות מגילם ורמת בגרותם אם הם עונים לתנאי הגיל והבגרות הנדרשים על פי החריג. באופן זה, נקבע בפרשת עטן, כי ילדים בני 3, 5, 9 ו-10 לא עמדו בתנאי החריג (שם, עמ' 203; ראו גם ענין שבח, שם); במקרה שנדון בארצות הברית, נקבע כי אין להתחשב ברצונה של ילדה שנחטפה מאוסטרליה להישאר בארצות הברית, מאחר שהובהר כי היא אינה בוגרת דיה, סובלת מהפרעת קשב, נזקקת לתרופות פסיכיאטריות באופן קבוע, ונתונה לפחדים ולבלבול עקב הדיון בעניינה (עניין *England* לעיל, בעמ' 273). במקום אחר נקבע כי ילדים בני 4 ו-7, אינם בוגרים דיים כדי להתחשב בדעתם (*Antunez* במקרה אחר נקבע כי ילדה בת 8 הינה בוגרת ובעלת תבונה מיוחדת, וכי יש להתחשב בדעתה וברצונה שלא לשוב למקום מגוריה הרגיל בצרפת (עניין *Blondin* לעיל). צויין שם, כי אין לקרוא אל תוך האמנה מגבלות גיל מינימלי, מקום שמנסחי האמנה לא קבעו גבול תחתון כזה. גם באנגליה הוחלט להחיל את החריג על ילד בן 9 תוך הדגשה כי מדובר במקרה יוצא דופן של בגרות בילד כה צעיר (עניין *Re S* לעיל).

#### מרכיב שני: גיבוש רצון עצמאי

15. לתנאי בדבר נתוני גיל ורמת בגרות מספיקים לצורך החלת חריג “רצון הילד”, מצטרף התנאי כי הילד גיבש רצון עצמאי שלא לחזור למקום מגוריו הרגיל. לצורך תנאי זה, תיבחן מידת הבנתו של הילד את מצב הדברים בו הוא נתון, ובמיוחד האם הוא מבטא רצון עצמאי ובלתי תלוי שלא לחזור למדינת מושבו. הקושי המיוחד להגדיר את רצון הילד מבחינה זו נקשר לחשש כי ההורה החוטף ובני משפחתו עלולים להשפיע על



ילד רך בשנים ולהסיתו להביע התנגדות להחזרתו, וכי הילד המושפע כך לא ימצא כוחות נפש מספיקים לעמוד בפני השפעתו של ההורה החוטף והלחץ המשפחתי המופעל עליו מצד המשפחה המורחבת במדינה המתבקשת (ראו: Department of State [Public notice 957], 51 FR 10494, המזהיר מפני "שטיפת מוח" של ילד חטוף בידי הורה חוטף, וכן בהמלצותיו של Nanos (שם, בעמ' 463-464) בדבר החשיבות הרבה הטמונה בבחינת השאלה האם דעתו של הילד בדבר התנגדות להחזרתו למדינת מושבו ניתנת באופן חופשי ועצמאי. בע"א 6327/94 איסק נ' איסק, תק-על 165 (4)94, הורה בית המשפט להחזיר ילד חטוף למקומו, תוך שדחה את הטענה בדבר תחולת חריג רצון הילד, וקיבל את עמדת הפסיכולוג לפיה התנגדות הילד להחזרתו הושפעה מן התפנוקים שהורעפו עליו, ומכך שאצל אמו – החוטפת – הוא נמצא במסגרת חופשית בה אינו חייב ללכת ללימודים ואינו חייב לציית למבוגרים. נמצא, איפוא, כי בנסיבות אלה אין מדובר ברצון עצמאי של הילד שלא לחזור למקום מגוריו הקבוע, וחריג "רצון הילד" לא הוחל לגביו. באחד המקרים שנדונו בארצות הברית נקבע, כי אין לקחת בחשבון את דעתו של הילד, מאחר שזו משקפת את דעתו של אביו באותו מקרה (עניין *Rodriguez* לעיל, שם). בדומה לכך, הזהיר בית המשפט במקום אחר, כי יש לבדוק היטב כי דבריו של הילד משקפים את רצונו האמיתי, ואינם תולדה של חיים משותפים לאורך זמן עם ההורה החוטף והשפעה על ידיו (*Gaudin v.* *Remis*, 415 F.3d 1028, 1037). גם באנגליה, בה ניתנת פרשנות רחבה יותר לחריג רצון הילד, מושם דגש מיוחד על בדיקת עצמאות רצונו של הילד ( *B. S. Kenworthy*, "The UN-Common Law: Emerging Differences Between the United States and the United Kingdom on the Children's Rights Aspects of the Hague Convention on International Child Abduction" 12 *Ind. Int'l & Comp. L. Rev.* 329, 351-357 (2002)). עוד נקבע, כי אם נימוקו היחיד של הילד להתנגדותו לשוב למקום מגוריו הרגיל הוא רצונו להישאר עם ההורה החוטף, או אם התברר כי רצונו של הילד הושפע, עוצב או "נצבע" מרצונו של ההורה החוטף, יש לתת לדעתו של הילד משקל מועט או להימנע מלתת לה משקל כלשהו (*Re S* לעיל; *Re T* (Abduction: Child's Objection to Return), [2000] 2 FCR 159; *Re J* (Children's Objection to Return), [2004] 1 FCR 737). זוהי הדעה השלטת גם בארצות הברית, צרפת ואוסטרליה (*Beaumont & McEleavy*, שם, 189-190). בית המשפט לערעורים במדינת נובה סקוטיה בקנדה קבע במקרה אחד כי אין לשעות לרצונה של ילדה המתנגדת לשוב למקום מגוריה הרגיל, מאחר ולילדה זו יחס תלתי באימה שחטפה אותה, ורצונה של הילדה עוצב מרצונה של האם (*J.E.A. v. C.L.M.* [2002] N.S.J. No. 446).

על הצורך להימנע מליתן משקל לרצון הילד הנובע מהשפעת ההורה החוטף

עמד בית המשפט בניו-זילנד בעניין *B. v. C.H.C.*, שם, בפסקה 83, באומרו:

"Objections that are associated with improper or unfair pressure or influence emanating from an abducting parent should not prevent a child being returned. Objections based on misunderstanding on the part of a child should also not prevent a return being ordered."

### מרכיב שלישי: רצון בעל עוצמה משמעותית מנימוקים כבדי משקל ויציבים

16. גם אם הוכח כי הילד מקיים את תנאי הגיל והבגרות המאפשרים לו לגבש רצון בר-התחשבות, וגם אם הוכח כי הוא אכן גיבש רצון עצמאי להשאר בארץ אליה נחטף ולא לחזור למקום מושבו הרגיל, אין די בכך לצורך עמידה בחריג. לשם כך, יש להראות כי מדובר ברצון בעל עוצמה ניכרת. אין די בקיום העדפה בלבד של הילד להשאר אצל ההורה החוטף ולא לחזור למקום מגוריו הרגיל. יש להצביע על התנגדות עמוקה להחזרה כזו, התנגדות המעוגנת בנימוקים בעלי משקל משמעותי, יציבים, וסבירים. יש לזכור, כי אין מדובר בהליך משמורת שבו להעדפה כזו או אחרת של הקטין להיות בחזקת הורה זה או אחר ניתן משקל סגולי בקביעת המשמורת ותנאיה. בהליך החזרת ילד חטוף, משקל רצון הילד הוא אחר. נוכח תכלית האמנה להחזיר ילדים חטופים למען הגן על שלטון החוק וכיבוד צווי בית משפט, ולמען שמירה על רווחת הילדים מפני פגיעה קשה הנגרמת בחטיפתם, רק רצון דומיננטי ובעל עוצמה מיוחדת של הילד יהא בר-התחשבות לצורך החלת החריג. משעה שיוחזר למדינה המבקשת במסגרת הליך על פי האמנה, רצונו והעדפותיו של הילד ייבחנו במשקלם הרגיל במסגרת הליך משמורת שיתנהל במקום מגוריו הקבוע.

במקרה אחד בארצות הברית, לא התחשב בית המשפט ברצונו של הילד וקבע כי יש להחזירו למקום מגוריו הרגיל בקולומביה. נקבע שם כי לאור תחולתו המצומצמת של חריג "רצון הילד", אין די בכך שהילד מעדיף להישאר במדינה אליה נחטף, בנימוק שציוניו בבית הספר טובים, כי יש לו חברים וכי הוא נהנה מתחרויות ספורט (*Gonzalez Locicero v. Lurashi*, 321 F. Supp.2d 295, 298). במקרה אחר נקבע כי מלבד העובדה שדעותיו של הילד משקפות את אלו של אביו החוטף, אין הוא מתנגד לשוב למקום מגוריו הרגיל בקולומביה, וכל רצונו הוא לבלות עתה יותר זמן עם אביו, ולאחר מכן, זמן דומה עם אמו בקולומביה; משכך נקבע, אין מקום להחיל על הענין את חריג "רצון הילד" (פרשת *Rodrigues*, שם). במקרים אחרים,

בהם הביעו הילדים רצון ברור ונחרץ להשאר במדינה המתבקשת, נעתרו בתי המשפט לבקשתם, וקבעו כי אין מקום להורות על החזרתם למקום מגוריהם הרגיל. כך ארע במספר מקרים בהם התנגדו הילדים להחזרתם למקום מושבם בנימוק שהם עלולים לסבול ממעשי אלימות או התעללות מצד ההורה ממנו נחטפו (*Mcmanus v. Mcmanus*, 354 F. Supp. 2d 62, 71; *Ostevoll v. Ostevoll*, 2000 U.S. Dist. Lexis 16178). במקרה אחר נקבע כי יש לכבד את רצונם של הילדים שלא לשוב למקום מגוריהם הרגיל אצל אביהם, מאחר שנגרמה להם פגיעה עקב נסיונו של האב לחטוף אותם בחזרה, בלי להודיע על כך להם או לאמם, ומאחר שהאמינו כי בארץ אליה נחטפו יהיו להם הזדמנויות טובות יותר להצליח בחייהם בעתיד (*Arboleda v. Arenas*, 311 F. Supp. 2d 336, 343-344).

בהקשר לטיבו ולעוצמתו של רצון הילד בגדר החריג לחובת החזרת החטוף על

פי האמנה אומר בית המשפט הניו-זילנדי, שם, (בפסקה 83):

"Objections based on misunderstandings on the part of a child should also not prevent a return being ordered. Objections which are primarily associated with a preference for living with one parent over the other are sometimes seen as being of limited weight because they relate to an issue which, under the Hague Convention, is seen as usually best determined by Courts in the country of the child's habitual residence... I suspect that most... objections by children in this context are associated, directly or indirectly, with preferences for living with one parent over the other."

ראוי להוסיף, כי משחריג רצון הילד קשור קשר הדוק לתפיסת האוטונומיה האישית של הילד, הרי ככלל, המשקל הניתן לרצונו עשוי להשתנות בהתחשב בגילו ובמידת בגרותו. ככל שהוא מבוגר יותר ומפותח יותר, כך רמת ההתחשבות ברצונו תגדל.

### מן הפרט אל הכלל:

17. בנסיבות המקרה שלפנינו, סברנו כי לא נתקיימו תנאי חריג "רצון הילד" שעשויים היו להניח בסיס לשיקול דעת בית המשפט להימנע מלהורות על החזרת הילדים למקום מושבם הקבוע באיטליה. בשים לב לפרשנות הצרה של החריג, ולעוצמת ההוכחה הנדרשת של יסודותיו, לא עמד המבקש ברף ההוכחה המוטל עליו לשכנע כי תנאי החריג נתקיימו. משכך, מצוות היו ערכאות המשפט לדרגותיהן,

להורות על החזרת הקטינים למדינת מושבם. כך נהג בית המשפט המחוזי, ואנו ראינו לאמץ את עמדתו.

נפרט את הדברים:

החומר המקצוע שעמד בפני הערכאות הקודמות, אשר מתוכו ניתן היה לדלות נתונים לגבי התנאים הנדרשים לצורך החלת חריג "רצון הילד", הם תסקירי פקידי הסעד, ובעיקר חוות הדעת הפסיכיאטרית של ד"ר רינג, וכן חקירות נותני חוות הדעת בבית המשפט. יש לציין כבר בראשית הדברים, כי כל המומחים שחיוו את דעתם המליצו, בלא יוצא מן הכלל, על החזרת הקטינים למקום מגוריהם הרגיל, אולם מאחר שלא תמיד הקפידו להתייחס לתנאים המיוחדים המגולמים בחריג "רצון הילד" באמנה, יש לבחון את התייחסותם הספציפית לתנאים הפרטניים השונים הנדרשים לצורך החריג, ולבסס על כך את המסקנות הנדרשות.

#### תנאי ראשון: תנאי הגיל ורמת בגרות

18. הקטינים בענייננו הם בגילאים הבאים בעת הדיון: הבן בן 9½ והבת בת 12. מבחינת גילם, אין לשלול על הסף את כשירותם לגבש רצון בר-התחשבות. אשר לרמת בגרותם, בחומר המקצועי נמצא ביסוס למסקנה לפיה רמת בגרותם של הילדים אינה מספקת כדי לגבש רצון בר התחשבות, כנדרש לצורך החלת החריג.

בעניינה של הילדה, מציינת הפסיכיאטרית בחוות דעתה כי אף שמדובר בילדה בעלת התמצאות, יכולת חשיבה, מודעות ללא הפרעה, ושיפוט תקין, התובנה שלה חלקית (חוות הדעת בעמ' 4). אשר לילד, היא מציינת כי התפתחותו תקינה, שיפוטו תקין, אך היא מוסיפה את הנתון כי הוא בעל "תובנה-חלקית" כהגדרתה. בנייתו כולל, מגיעה המומחית למסקנה כי אף שמדובר בשני ילדים מפותחים לגילם הן מבחינה גופנית והן מבחינה נפשית, הרושם המתקבל הוא כי הם אינם מסוגלים אלא לראייה לטווח קצר, ואינם מודעים לעובדה שהקשר עם אימם, שהם קשורים אליה ואוהבים אותה, עלול להתנתק בשנים הבאות אם ישארו בישראל. גם כשהדבר נאמר להם, הם שוללים אותו, ורומזים לכך שיוכלו לחיות רק עם אביהם בלא צורך באימם. מכך מסיקה המומחית כי למרות בגרותם הרגשית על פי גילם, אין הילדים מסוגלים להבין שהחיים בנתק מאימם יסבו להם נזק (עמ' 7 לחוות הדעת). היא ממשיכה וקובעת:

"מדובר כאן בטעות בשיפוט, המתאימה לגילם אמנם, אך נתפסת כטעות בשיפוט על ידי אנשים מבוגרים".

בחקירתה בבית המשפט הסבירה המומחית את תופעת קוצר הראייה לטווח ארוך המאפיינת ילדים צעירים מבחינת אופן גיבוש רצונם, באומרה:

"הילדים לא יכולים לראות קדימה מה יקרה להם ולהתפתחותם בעתיד, ולכן צריך לקחת את הרצון שלהם באופן יחסי למדי, לא לתת לרצון שלהם משקל של 100% (עמ' 57)

והיא ממשיכה ואומרת בחקירתה:

"אני חושבת שהרצון של הילדים הוא בדיוק כמו הרצון שלהם לגבי טיפול מכאיב, ושהם לא מסוגלים לחשוב לטווח הרחוק מה תהא משמעות הקשר שלהם ללא אמא (עמ' 66).

היא מבהירה (בעמ' 71) כי

"השיפוט שלהם תקין לגילם ולהתפתחותם, אך אמרתי שהשיפוט הוא חלקי ולקוי מבחינת הטווח הארוך... השיפוט שלהם בראיית העתיד הוא לא תקין בגלל שהם ילדים..."

והיא מסבירה עוד (עמ' 9-68) באומרה:

"ביחס לבגרות והבשלות של הרצון לעשיית החלטות, האם זה לא אומר שהילד מרגע לרגע בגלל הבלבול, הלחץ, והסיטואציה הרגשית יכול לשנות את החלטותיו מרגע לרגע, ושהנימוקים העומדים ביסוד האמירות שלו הם נימוקים ילדותיים ולא בשלים? אני עונה שזה בדיוק מה שאני חושבת... כפסיכיאטרית ילדים אני אומרת שהילדים נמצאים במצב רגשי מורכב וקשה... שיפוט המציאות שלהם חלקי ולכן הוא לקוי..."

בתסקיר פקידות הסעד נאמר, בן היתר:

"מהסיטואציה בה הם נמצאים (הילדים – א.פ.) הם אינם מסוגלים, ואל לנו לדרוש מהם, להחליט היכן יתגוררו ועם מי".

על רקע דברים אלה, ניתן היה להגיע למסקנה כי, גם אם נאמר שנתקיימה לגבי הילדים דרישת הגיל, הרי לא הוכחה כנדרש רמת בגרותם ובשלותם לצורך גיבוש רצון בר-התחשבות הנדרש להחלת החריג לאמנה.

תנאי שני: גיבוש רצון עצמאי

19. גם תנאי זה לא נתבסס כראוי בחומר המקצועי שהונח בפני בית המשפט. מחוות דעת פקידות הסעד, הסתמנה המסקנה כי, כלשונן,

”הקטינים מסונוורים מהסיטואציה בה הם נמצאים, הם אינם מסוגלים, ואל לנו לדרוש מהם, להחליט היכן יתגוררו ועם מי”.

בחקירתה של פקידת הסעד גב' מ. בקר ביום 19.10.05 (עמ' 15) היא העידה על האמביוולנטיות שבעמדות הילדים ועל סערת הרגשות בה היו נתונים, באומרה:

”לשאלה אם איתרתי וביררתי את עמדתם של הקטינים, אני אומרת שקשה לי להגיד שהיא חד-משמעית, דהיינו יש לה פנים לכאן או לכאן. למעשה, יש לילדים תערוכת של עמדות... אני עצמי לא יכולה לברר עמדה מוחלטת.... עמדת הקטינים היא אמביוולנטית... (הדגשה לא במקור).

בחקירתה ביום 27.10.05 אמרה (בעמ' 22) כי הילדים מודאגים ומבולבלים, ובהמשך (בעמ' 26-22) היא מסבירה:

”הקטינים לא בטאו בפני כל התנגדות לחזור לאיטליה... אני לא יכולה לומר שהתרשמתי שהילדים מתנגדים לחזור לאיטליה... הקטינים לא הביעו התנגדות לכאן או לכאן. הילדים לא הביעו עמדה. כאשר אני אומרת שיש עמדה אמביוולנטית, זו גם עמדה.... הילדים אמביוולנטיים והם מאד רוצים שההורים יהיו יחד... התסקיר משקף את זה” (הדגשות לא במקור).

פקידת הסעד הארצית, גב' צור, העידה אף היא (ביום 27.10.05) (עמ' 33-32) ואמרה:

”אני לא חושבת שיש להם התנגדות להיות עם האמא. לא הצלחנו למצוא סרבנות קשה של הילדים להיות אצל האמא שלהם. אבל היום הילדים מחוייבים בהתרשמות שלי למה שאבא מרגיש ולמה שאבא חושב... לא יכולתי להצביע על התנגדות נחרצת מבוססת של הילדים לחזור לאיטליה” (הדגשה לא במקור).

היא הוסיפה והסבירה כי בתיקי חטיפה קיימת תופעה של יצירת תלות של הקטין באחד ההורים, ולכן קיים קושי לחשוף את הרצון האמיתי של הילד.

הפסיכיאטרית חיזקה באופן חד משמעי את התרשמותן של פקידות הסעד בענין זה. היא העידה (בעמודים 66, 68, 69, ו-70 לפרוטוקול) כי מאז חטיפתם לארץ, נעטפו הילדים על ידי משפחת האב בהטבות והנאות חומריות מפליגות, והדבר הטיל עליהם לחץ פסיכולוגי כבד. לחץ זה גרם להם לבלבול, ולקונפליקט קשה. לדבריה, "אם אפשר לדבר על רצון אמיתי שלהם, הרי שהוא "נצבע" בלחצים היום והבלבול הזה. אני מרגישה כאילו הילדים האלה לא יכולים לנשום" (עמ' 8-67).  
היא מוסיפה:

"הם נמצאים בלבה ובלחץ לא נורמלי. הם רותחים בתוך קלחת והם לא יודעים מה לעשות עם זה. זה גדול עליהם" (עמ' 69).

ראוי להוסיף כי כשנשאלה המומחית על הילדה, העידה כי לא מצאה בה "שום דבר אותנטי" כלשונה. "הכל היה FALSY מזויף, כל מה שאומרים לה, היא לא ייצגה את עצמה. היא ייצגה משהו שיכולתי לשמוע שזה בא אליה מבחוץ". לגבי הבן העידה שבשל גילו הקטן יותר ורגישותו "הוא לא יכול לעשות הצגות, וזה יוצא לו החוצה", כלשונה (עמ' 68). לדבריה, הוא היה מבולבל, אבל יותר אותנטי מאחותו.

על יסוד עמדות המומחים כמתואר לעיל, ברי כי לא נתקיים התנאי הנדרש בדבר קיומו של רצון עצמאי בילדים למנוע את החזרתם למקום מגוריהם הרגיל. מעשה החטיפה, הבאתם של הילדים לארץ בלא ידיעה והסכמה של האם, הלחץ שהופעל עליהם על ידי האב והמשפחה המורחבת בעיקר בדרך של עטיפתם בכל טוב ובהנאות שונות, יצרו אצלם בלבול-יוצרות, אי יציבות, וחוסר יכולת לגבש רצון אמיתי ובר-התחשבות ביחס לחזרתם לאימם באיטליה. ממילא, התנאי השני לחריג – גיבוש רצון עצמאי בילד לא נתקיים.

#### תנאי שלישי: דומיננטיות הרצון ומשקלו

20. משלא הוכחה התנגדותם הברורה והחד משמעית של הילדים להחזרתם לאיטליה, ממילא לא נתקיים התנאי השלישי בחריג, שעניינו עוצמת רצונו של הילד. בהעדר גיבוש רצון עצמאי שלא לחזור למדינת המושב, ממילא אין מדובר ברצון נחוש, ובעל משקל דומיננטי.

**מסקנות**

21. חריג "רצון הילד" מתפרש בצמצום רב לאור תכליותיה של האמנה. הנטל בהוכחת החריג מוטל על ההורה החוטף, המבקש לשכנע כי תנאי החריג נתמלאו וכי ראוי לחרוג מן הנוהג המתחייב על פי האמנה לפיו יש להחזיר לאלתר ילד חטוף למדינת מושבו. ספק בהתקיימותם של תנאי החריג, מביא ממילא להחלת הכלל הרגיל המחייב החזרת הילד החטוף לארצו. נטל הוכחת תנאי החריג כבד (פרשת סטגמן, שם, עמ' 438; פרשת גונזבורג, שם, עמ' 296; פרשת 17, שם, עמ' 346). בענייננו, לא עמד המבקש במשא שרביץ על שכמו להוכיח את התקיימות תנאי חריג "רצון הילד" ביחס לשני הקטינים, ולפיכך חל כלל היסוד של האמנה, המחייב להחזירם לאלתר לארץ מושבם. השארת הילדים בישראל, אליה נחטפו, היתה מהווה סטייה מלשונה ומרוחה של האמנה, והחטאת תכליתה החשובה להיאבק מאבק עיקש ואפקטיבי בתופעה הקשה, הראויה לגינוי של חטיפות ילדים מארץ לארץ על ידי הוריהם. את המאבק בתופעה זו יש למצות, כדי לאכוף את שלטון החוק ומשפט המדינות, ולפעול ביעילות כנגד עשיית דין עצמית, ולמען קידום טובת הילד, באשר הוא, הנפגע קשות ממעשה חטיפה.

**הערות בטרם נעילה**

22. אגב הדיון עלו מספר סוגיות נוספות שאבקש להתייחס אליהן בקצרה:

**משמעות החטיפה הקודמת בהערכת חלותו של חריג רצון הילד**

23. בניתוח שהובא לעיל, אשר נסב על תכלית האמנה וחלותו של חריג "רצון הילד", לא התעלמתי מן העובדה כי מקור ישיבתם הנוכחי של הילדים באיטליה נעוץ בחטיפתם הקודמת בידי האם לפני מספר שנים. לא התעלמתי גם מן העובדה כי ההליכים המשפטיים שניהל האב על פי האמנה באיטליה לצורך החזרת הילדים החטופים לישראל עשויים להעלות השגות באשר לאופן התנהלותם של אותם הליכים ובאשר לתוצאות השיפוטיות שנתקבלו בהם. כל אלה אינם גורעים, כהוא זה, מחובתו של בית משפט בישראל לקיים את הוראות האמנה כלשונן וכרוחן. בית המשפט בישראל אינו יושב כערכאת ערעור על בתי המשפט באיטליה, וגם אם סבור הוא כי נסיבות הענין היו מצדיקות כי תתקבל תוצאה שיפוטית אחרת בהליכים שהתנהלו באיטליה על פי האמנה, עליו לכבד את פסיקת הארץ האחרת, כדרך הכבוד ההדדי המתחייב בין המדינות השותפות לאמנה (פרשת טוור-טיני, שם). סעיף 3(א) לאמנה קובע כי הרחקת ילד הינה שלא כדין כאשר יש בה משום הפרת זכויות משמורת שהוענקו לאדם על פי דין המדינה של מקום מגוריו הרגיל של הקטין סמוך לפני הרחקתו. כך



הוא, גם אם קדמו לגיבושן של זכויות המשמורת מעשה חטיפה והליכים להחזרת החטופים על פי האמנה באותה מדינה. תפיסת האמנה היא כי מעשה חטיפה אחד אינו מכשיר מעשה חטיפה נגדי, בבחינת רעה אחת אינה מכשירה רעה אחרת, והוא ייחשב מעשה בלתי חוקי במושגי האמנה מעת שנתגבשו להורה זכויות משמורת על פי דין מקום מושבו של הקטין, והן הופרו עקב מעשה חטיפה (טור סני, שם, עמ' 684; ענין גנזבורג, שם, עמ' 300). לאור זאת, מעשהו של המבקש בחטיפת ילדיו לישראל היה מעשה שלא כדין על פי כל קנה מידה, והוא עומד בסתירה לאמנה, גם בהינתן עובדת החטיפה הקודמת בידי האם. צדק, איפוא, בית המשפט המחוזי כאשר הורה לאב להחזיר את הילדים החטופים למשמורת האם באיטליה.

### שמיעת דברי הילדים בבית המשפט

24. בהליכים בענין זה לא נשמעו הילדים עצמם באף אחת משלושת הערכאות בהם נדון עניינם. אנו עצמנו נתבקשנו על ידי ב"כ המבקש לשמוע את עמדת הילדים במישרין והחלטנו שלא לעשות כן. כן סברנו כי אין מקום שנורה לערכאה הדיונית לחזור ולשמוע את הילדים בטרם ניתן את החלטתנו הסופית בבקשה.

הטעמים לכך הם אלה:

כנקודת מוצא, מקובלת עלינו ההשקפה כי ילד הינו בעל ישות עצמאית, ויש לאפשר לו להביע דעה ורצון, ככל שגילו ובגרותו מתירים לו, בעניינים הקשורים לגורלו. תפיסה זו נגזרת מזכותו של הילד לכבוד אנושי, ולכך כי רצונו ומאווייו יילקחו בחשבון בקביעת גורלו, גם בעת שהוא נתון לאפוטרופסות הוריו. תפיסה זו קיבלה ביטוי נרחב באמנת האו"ם בדבר זכויות הילד (סעיף 12) והיא נדונה בהרחבה בדו"ח ועדת רוטלוי (חלק כללי, עמ' 207 ואילך) ובהלכה הפסוקה (למשל בבע"מ 10480/05 פלונית נ' פלוני (כב' השופט רובינשטיין); ובבע"מ 27/06 פלוני נ' פלונית, תק על 1055 (2)2006 (כב' השופטת ארבל); ש' אלמוג וא' בנדור, "טובת ילדים, זכויות האדם", ספר יצחק זמיר על משפט, ממשל וחברה (תשס"ה) 93). עם זאת, כאשר מדובר בהופעת קטין בבית המשפט כדי לשמוע את דעתו ורצונו בעניין הקשור אליו, יש לתת את הדעת ליחס המתבקש בין התועלת הטמונה בכך להשגת תוצאה ראויה בהליך השיפוטי, לבין הפגיעה האפשרית מחשיפתו של הילד להליכים משפטיים, במיוחד כאשר הם עוסקים בסכסוך בין הוריו, שבו הוא נדרש להיות מעורב. איזון זה בין התועלת לנזק בא בגדר שיקול הדעת הנתון לבית המשפט, האם להתיר הופעת ילד

בהליך שיפוטי כדי לשמוע את דבריו (פרשת עזרן שם, עמ' 202; פרשת איטק, שם, פסקה 8).

בהליך משפטי להחזרת ילדים חטופים המתנהל על פי חוק אמנת האג, קובעת תקנה 295ט(ה) בפרק כב1 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 כדלקמן:

(ה) היה הילד בגיל וברמת בגרות שמן הראוי להביא בחשבון את השקפותיו, לא יחליט בית המשפט בתביעה לפני שישמע אותו, אלא אם כן לא ראה בית המשפט צורך בכך מטעמים מיוחדים שיירשמו.

(הדגשה לא במקור).

על פי הוראות התקנה, החובה לשמוע את הילד בהליך על פי האמנה קמה מקום שתנאי הגיל ורמת הבגרות של הילד הם כאלה שמן הראוי להביא בחשבון את השקפותיו. החובה הדיונית אינה חלה על פי התקנה מקום שתנאים אלה אינם מתקיימים. יש להניח כי הסדר דיוני מוגבל זה הביא בחשבון באיזון הכולל את הפגיעה העלולה להיגרם לרווחתו הנפשית של ילד רך בשנים מהתייצבותו בבית המשפט להשמיע את דברו. במיוחד כך הוא כשמדובר בהליך המערב אותו בסכסוך בין הוריו, הכרוך בהתייצבות בפני מערכת מוסדית בלתי מוכרת ובביטוי רצונותיו והעדפותיו בפניה ביחס להוריו המתדיינים ביניהם. כנגד שיקול זה, ישנה חשיבות להתרשמות הבלתי אמצעית של בית המשפט מרצונו של הילד, במקום שיש לכך משקל מיוחד בהפעלת שיקול הדעת השיפוטי. בכל מקרה, נתון לבית המשפט שיקול דעת לענין שמיעת הילד, כעולה מנוסח התקנה המובא לעיל.

בנסיבות מקרה זה, לא ראינו מקום לזמן את הילדים, ולו מן הטעם כי מאז התועלת מול הפגיעה האפשרית בילדים מהופעתם בדיון המשפטי נטה בבירור לכף הפגיעה. באווירת הלחץ הסביבתי הקשה בו היו הילדים נתונים בעת התנהלות ההליכים, ובהינתן הקרע שחל בנפשם עקב הסכסוך הקשה בין הוריהם שנתלווה לו מעשה חטיפה, והצורך לנקוט בו עמדה, דרישת ההופעה בבית המשפט לצורך השמעת העדפותיהם ביחס להוריהם היתה עלולה להיות כרוכה בפגיעה שנוקה רב מתועלתה. והעיקר, ספק רב מה ניתן היה למצות מהופעה כזו של הילדים בפני בית המשפט, כאשר ההתחקות אחר רצונם האמיתי היתה קשה ביותר בשל הלחץ והשפעת המשפחה המורחבת להם היו נתונים. בנסיבות אלה, ראוי היה שההתחקות אחר רצונם האמיתי,

להבדיל מהביטוי המילולי החיצוני לרצונם, תיעשה בידי אנשי מקצוע, בכלים מקצועיים מיומנים שבידיהם, ולא בידי בית המשפט, וכך אכן נעשה.

25. מכלל הטעמים שהובאו, דחינו את בקשת רשות הערעור, כאמור.

המבקש ישלם למשיבה את שכר טרחתה בהליך זה בשיעור 20,000 ₪.

ש ו פ ט

השופט א' גרוניס:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' רובינשטיין:

א. חוות דעתה המקיפה של חברתי השופטת פרוקצ'יה בהנמקת פסק הדין שניתן על-ידינו מקובלת עלי, אך אטול חרות לעצמי להוסיף הדגשים אחדים המשקפים את גישתי.

ב. (1) אפתח ואומר, כי ההכרעה בתיק דנא היתה קשה מאוד, ואף לאחר ההחלטה נותרה בי מועקה שלא סרה. זאת – משני טעמים עיקריים: הראשון – תולדותיהם העגומות של היחסים בין הורי הילדים, שבהם אין צד שומר חוק וצד מפר, אלא מערכת של הפרות משני הצדדים: הגעתם של הילדים לאיטליה יסודה היה בחטא מצד האם, והשאלה היתה האם העובדה שבתי המשפט באיטליה לא פסלו זאת צריכה להשפיע על יחסם של בתי המשפט בישראל לאכיפתה במקרה דנא של אמנת האג שאומצה בחוק הישראלי, משנעשתה "חטיפת נגד". לא בלי התלבטות באתי כשלעצמי לכלל מסקנה דומה לשל חברי. אכן, העובדה שבתי המשפט במדינה אחרת מצאו הנמקות, שהדעת נותנת שאינן מקובלות עלינו, שלא לאכוף את האמנה בקשר לחטיפת הילדים מישראל בשעתו, מעוררת תחושה כבדה; אך אנו לא נוכל מצדנו ליתן יד לכך שהתרבות הקשורה ביחסי הורים-ילדים תהפוך לג'ונגל, וחטיפה תפנה מקומה לחטיפה נגדית, בחינת "עין תחת עין". לפיכך, כשהמדובר בהחלטותיהם של בתי המשפט האיטלקיים,

אין מנוס מקבלת הדין, ולוא בלב כבוד; עם כל האמור – ויהא מי שיאמר כי קבלת הדין היא בתרוק שיניים – המדובר בהליך במדינה בעלת מערכת משפט מוכרת, והמשיב היה מיוצג, כמו גם הרשות המרכזית של ישראל וזו של איטליה, שהביעו שתייהן לעת הדיונים שם עמדה נגד ההחלטה להותיר את הילדים באיטליה. בעניין זה אין לי בסופו של יום אלא להצטרף לעמדתן של שתי הערכאות הקודמות, וכמובן לעמדת חברי. זאת, מתוך התפיסה העקרונית שעליה מושתתת אמנת האג כל כולה, כפי שתיארה חברתי, ושעל תכליתה אין חולק; בפרשת דגן (בעמ' 266) אמרה השופטת ביניש: "האמנה נועדה להילחם בתופעה שהפכה לנפוצה ביותר בעולם שבו הניידות רבה וקלה...", ואכן בתי המשפט בישראל נותנים ידם למלחמה זו. ולהלן נאמר (שס) "תפקידו של בית המשפט הדין בהליך על-פי האמנה, נתפס כ'כיבוי דליקה' או כמתן 'עזרה ראשונה', לשם שלילת תוצאות החטיפה ומניעת פירות החטיפה מהחוטף על דרך של החזרת המצב לקדמותו". אוסיף, כי נכון ש'עזרה ראשונה' במונחי שלוש ערכאות משפטיות היא עניין הנמשך זמן מה (בענייננו כחמישה חודשים), אך בהתחשב בכובדו של הנושא בו עסקינן ניתן להבין זאת. כללם של דברים, החטיפה שלא כדין מלכתחילה לאיטליה לא הצדיקה חטיפה שכנגד; דרך זו אינה יכולה להיות דגם פעולה ביחסים הבינלאומיים, גם אם במקרה הספציפי נותרה ישראל, בכבדה את האמנה, כשידה על התחונה במאזן כולל.

(2) ועוד נאמר בעניין דגן, כי "בהתחשב באופיו הזמני של ההליך, קיבלו עליהם בתי המשפט הדנים על פי האמנה לקבוע מסגרת צרה ומצומצמת בבחינת שאלת טובת הילד. האמנה הותירה את תפקיד ההגנה על טובתו ושלומו של הילד לטווח הארוך בידי בית המשפט הדין במשמורת" (עמ' 272); וכפי שציינה חברתי השופטת פרוקצ'יה בפסק דינה, "אין מעמידים את חובת החזרת הילד החטוף על פי האמנה כנגד 'טובתו' של הילד במשמעות הנודעת למושג זה בהליכי משמורת רגילים. הנחת יסוד לצורך זה הינה כי טובת הילדים נלקחה בחשבון בעת שהוכרעו זכויות המשמורת. אם עולה טענה לפיה יש לשנות את הסדר המשמורת תוך מתן משקל להיבטים שונים, כי אז יש להכריע בכך במדינת מושבו הקבוע של הילד ותוך שיתוף עם ההורה המשמורן". הפסיקה הבחינה איפוא ביישומו של עקרון טובת הילד בין גדרי משמורת לגדרי אמנת האג, בכפוף כמובן לחריגים שבאמנת האג. בענייננו ישנן נסיבות לא שיגרתיות, כאמור, אבל לא יכולנו לתת יד לדרך של התנהלות הכוללת חטיפה. אבוא עתה לחריג שבסעיף 13(ב) לאמנת האג.

ג. (1) אכן, הטעם השני להתלבטותי היה השאלה שהדידה שינה מעיני – לא רק טרם החלטתנו אלא גם לאחריה – קרי, עניין שמיעתם של הילדים. גישתי הבסיסית, כפי שהובעה לא אחת בעבר, וגם נהגתי כך בפועל הן בבית המשפט המחוזי בשעתו והן בבית משפט זה בדן יחיד, היא כי "... יש ככלל מקום לשמוע את דעתו של קטין, אף קטין בגיל 10 למשל, ולא כל שכן ככל שהוא מתבגר והשנים נוקפות, ויש לייחס משקל ניכר לעמדתו, כמובן על פי שיקול דעת והשכל הישר... זו גם גישת האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד" בסעיף 12 (בע"מ 10480/05 פלונית נ' פלוני (טרם פורסם)); כן ראו בע"מ 27/06 פלוני נ' פלונית (השופטת ארבל); השופטת (כתארה אז) רוטלוי בע"מ (ת"א) 3/98 ב' נ' ב' (לא פורסם) דיברה על גיל 11; כן ראו ע"א 740/87 פלונית נ' אלמוני, פ"ד מג(1) 661, 666-667 (השופט בייסקי), המצטט את מאמרו של פרופ' א"ח שאקי "עיון מחדש בטיבה של זכות ההורים למשמורת ילדיהם הקטינים", עיוני משפט ט' 59, 79, בו מדובר על כך שמגיל 10 ואילך ניתן לזהות רצון ילד "המובע בצורה צלולה ואינו נראה על פניו קאפריציוזי או מעושה" – עם טובתו האמיתית. ראו גם תמר מורג, "פסיקת בתי המשפט שלאחר הצטרפות ישראל לאמנה בדבר זכויות הילד – האומנם עידן חדש", המשפט 22, יולי 2006, 21; המאמר אמנם אין עניינו אמנת האג בה עסקינן, והמחברת נדרשת (עמ' 31-32) להכרה בזכות הילד להישמע בעניין משמורתו (ראו למשל השופטת פרוקצ'יה ברע"א 3009/02 פלונית נ' פלוני, פ"ד נו(4) 872, 898).

(2) הגישה האמורה בכל הנוגע לתיקי משמורת מעוגנת, בין השאר בסעיף 12 באמנת זכויות הילד, הקובע "(1) מדינות חברות יבטיחו לילד המסוגל לחוות דעה משלו את הזכות להביע דעה זו בחופשיות בכל עניין הנוגע לו, תוך מתן משקל ראוי לדעותיו, בהתאם לגילו ולמידת בגרותו של הילד; (2) למטרה זו תינתן לילד הזדמנות להישמע בכל הליך שיפוטי או מינהלי הנוגע לו במישרין או בעקיפין, בצורה המתאימה לסדרי הדין שבדין הלאומי". יש שוני מסוים בניסוח סעיף זה מול נוסח סעיף 13(ב) לאמנת האג, נשוא ענייננו, המרשה לסרב להחזרת ילד חטוף "אם התברר ... כי הילד מתנגד להחזרתו, וכי הוא הגיע לגיל ולרמת בגרות שבהם מן הראוי להביא בחשבון את השקפותיו". הלשון באמנת האג "רכה" יותר מאשר באמנת זכויות הילד. אשר לאמנת האג, שעניינה "עזרה ראשונה", השאלה היא כיצד בודקים אם הילד מתנגד להחזרתו. מחוקק המשנה הישראלי הלך קדימה: תקנה 295 ט(ה) בפרק כ"ב לתקנות סדר הדין האזרחי תשמ"ד-1984, העוסק בהחזרת ילדים חטופים לחוץ לארץ, קובעת כך: "היה הילד בגיל וברמת בגרות שמן הראוי להביא בחשבון את השקפותיו, לא יחליט בית המשפט בתביעה לפני שישמע אותו, אלא אם כן לא ראה בית המשפט צורך בכך מטעמים מיוחדים שיירשמו"; קרי, מחוקק המשנה סבר, כי ככלל יש לשמוע את הילד,

ניסוח מרחיק לכת יותר מאשר באמנה גופה, המבקשת לברר את השקפותיו של הילד אך אינה קובעת כי הדבר צריך להיעשות על ידי שמיעתו בבית המשפט, להבדיל מהצגת דעתו באמצעות אחרים, קרובים או מומחים; זאת - אלא אם לא ראה בית המשפט צורך בכך, ובמקרה כזה עליו לנמק זאת. בדיונים לקראת ההכרעה התלבטתי בעניין זה בהקשר דנא, שכן המדובר בילדים שהיו השנה בני 13 ו-10, גיל שבו שמיעת דעתם משמעותית יותר. מה שהכריע את הכף שלא לשמוע בערכאה זו את הילדים היו טעמים אלה: ראשית, דעת הילדים הובאה בבירור בפנינו באמצעות ההחלטות וכתבי בית הדין; שנית, מומחית פסיכיאטרית בכירה המתמחה בנוער, שאותה מינה בית המשפט, ד"ר ע' רינג, שמעה את הילדים, וכמותה גם פקידות הסעד, וניתנה התיחסות מפורטת גם בכתב וגם בעדות בבית המשפט לענייני משפחה שתיארה את עמדת הילדים. בית המשפט לענייני משפחה עצמו החליט ביום 24.11.05 שלא לשמוע את הילדים, בנימוק כי אין בידי בית המשפט כלים טובים לעמידה על רצון הילדים מאשר באמצעות המומחית, ושמה ייגרם נזק יתר על התועלת. הדבר שונה מן המקרים שאליהם נדרשתי בעבר, שהיו - ראשית - תיקי משמורת, ושנית, בהם לא היה לפני בית המשפט חומר מסוג זה שהונח כאן או אף קרוב לכך. במקרה דנא, לא נותרו איפוא הילדים ללא שעמדתם הובאה לידיעת בתי המשפט, ואדרבה. למותר לציין כי חוות הדעת המקצועיות הביעו דעה שהסתייגה בבירור מאותנטיות הרצון של הילדים בהקשר הרחב, הקשור בנתק מאמם מזה ובהשפעה הנרחבת של משפחת האב בה שהו מזה, ודי לחכימא. התחושה היתה בסופו של יום, כי לא יהא ערך מוסף של ממש לשמיעת הילדים בבית משפט זה, ואילו החזרת התיק לבית המשפט לענייני משפחה, תוך הבאה בחשבון של תהליך הערעור שלאחר מכן, היתה מאריכה את הדיונים ללא תועלת, ואדרבה, בחשש נזק. על כן הצטרפתי לעמדת חברי גם בנושא זה.

ד. בחתימת דברי אביע תקווה, כי הצדדים ימצאו דרך לקיום הסדרים נאותים שישמרו על זיקה ראויה של הילדים לשני הוריהם, ובהתבגרם יוכלו להחליט היכן ימשיכו להתגורר בהמשך.

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

ניתן היום, כ"ג בתשרי תשס"ז (15.10.06).

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט