

**בע"מ 902/07**

בפני: כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין  
כבוד השופט א' רובינשטיין  
כבוד השופט י' אלון

המבקשת: פלונית

נגד

המשיבים: פלונים

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה בתיק בע"מ 393/06 שניתן ביום 22.1.07 על ידי כבוד הושפטים ש' שטמר, י' עמית וי' וילנר

תאריך הישיבה: כ"ח בניסן התשס"ז (16.04.07)

בשם המבקשת: עו"ד ירון אלטרזון  
בשם המשיב 1: עו"ד אפרת ורדה

**פסק-דין**

השופט י' אלון:

בפנינו בקשת רשות לערער על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה (השופטים שטמר, עמית ווילנר), ובו נתקבל ערעור המשיב על פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה בחיפה (השופטת א' מירז), ונקבע כי על המבקשת להחזיר את בתה שרון (בת השתיים עשרה) ובנה בן (בן העשר) להולנד – ארץ מגורי המשיב – אביהם של הקטינים ובעלה לשעבר של המבקשת – וזאת בהתאם להוראות חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), התשנ"א-1991 (להלן: "החוק", "האמנה").

**א. העובדות, המימצאים וההליכים**

1. המבקשת אזרחית ישראלית, יצאה את הארץ להולנד לאחר שירותה הצבאי, ושם הכירה את המשיב, אזרח ותושב הולנד. השניים נישאו בהולנד ב-1990, ושם הקימו את משפחתם. מנישואיהם נולדו להם שלושה ילדים. בנם הבכור נולד ב-1991, בתם שרון ב-1995 (להלן: הקטינה) ובנם הקטן בן ב-1997 (להלן: הקטין).

המבקשת והמשיב התגרשו זה מזו (בהולנד) בדצמבר 1999, ובהסכם הגירושין שביניהם נקבע כי הילדים יהיו במשמורתם המשותפת ויגורו במקום מגורי האשה

בהולנד. בינואר 2004, על פי החלטת בית המשפט בהולנד, עבר הבן הבכור להתגורר בבית המשיב, ושני הילדים הקטינים נשארו לגור עם אמם המבקשת.

בתחילת 2005 פנה המשיב לבית המשפט בהולנד בבקשה לצוות עליה שלא לעזוב את הולנד מבלי לקבל לכך את הסכמתו. ביום 26.1.05 ניתנה החלטת בית המשפט בהולנד, בה נתקבלה תביעתו של המשיב ונדחו טענותיה של המבקשת כנגדו. בסיפא להחלטת בית המשפט בהולנד נקבע:

”בית המשפט לא שוכנע על ידי האם שביצוע ההחזקה המשותפת יהיה אפשרי בצורה סבירה במצב שהיא, בלי הסכמת האב, תגור עם הילדים הקטינים בישראל. לסיום, בית המשפט בדיעה שהאם – כאשר היא מממשת את כוונתה להגר לישראל עם הילדים בלי הסכמת האב, בשים לב להחזקה המשותפת הקיימת בין הצדדים – נוהגת היא בכך בניגוד לסעיף 3 לאמנה לעניין חטיפת ילדים ... מנקודת ראות זו מגיע בית המשפט למסקנה, שאכן אין להתיר לאם להגר עם הקטינים בלי הסכמת ההורה השני השותף בהחזקת הילדים.”

וסיומה האופרטיבי של ההחלטה השיפוטית הנ”ל הינו:

”האם אינה רשאית, ללא הסכמת האב, לעזוב את הולנד עם הקטינים שרון ובן ולעבור לגור במקום אחר.”

ערעור שהגישה המבקשת כנגד החלטה זו נדחה על ידי ערכאת הערעור בהולנד.

2. על אף ובניגוד לכל אלה, עזבה המשיבה את הולנד עם שני הקטינים ביום 1.7.05 בטיסה לישראל. ביום 16.7.05 הודיעה למשיב כי אין בכוונתה להחזירם להולנד, ומאז ועד עתה היא מתגוררת עם שני הקטינים בישראל.

אין חולק כי במעשיה אלה הרחיקה המבקשת את שני הקטינים שלא כדין מהולנד, תוך הפרת זכויות המשמורת שנקבעו בעניינם מכוח ההחלטות השיפוטיות בהולנד – ארץ מגוריהם טרם החטיפה – ותוך הפרה של ההחלטה השיפוטית הספציפית שניתנה לעניין זה על ידי בית המשפט בהולנד בינואר 2005, כמפורט לעיל.

2. נוכח זאת, פנה המשיב ביום 24.5.06 לבית המשפט לענייני משפחה בחיפה, בתובענה לצוות על החזרתם המיידית של שני הקטינים החטופים להולנד, וזאת בהתאם להוראות סעיף 12 לאמנה.

יצויין כבר עתה, כי הן בית המשפט לענייני משפחה והן בית המשפט שלערעור קבעו כי השיהוי בהגשת הבקשה על ידי המשיב יסודו ב"כשלים מנהלתיים שאינם בשליטתו של המשיב, זמן רב שנדרש לתרגום המסמכים ותחלופה של מספר עורכי דין שהועמדו לו מטעם הלשכה לסיוע משפטי, בהיותו חסר אמצעים" (ר' סעיף 55 לפסק הדין של בית המשפט לענייני משפחה וסעיף 6 לפסק הדין שבערעור).

הוראתו המנדטורית של סעיף 12 לאמנה הינה:

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

3. בכתב ההגנה שהגישה המבקשת נטענו על ידה שלל טענות, לרבות הכחשת עצם זכות המשמורת בהולנד, הסכמת האב להוצאת הקטינים לישראל, שיהוי בהגשת התביעה ועוד. טענות אלה נדחו כולן על ידי בית המשפט לענייני משפחה, שקבע כי אכן הרחקת הקטינים מהולנד על ידי המשיבה נעשתה כמובן הדברים בסעיף 3 לאמנה, תוך הפרת זכויות המשמורת ותוך הפרת הצו השיפוטי הספציפי מינואר 2005. קביעותיו אלה של בית המשפט לענייני משפחה שבו ונתאשרו בפסק הדין שלערעור, והמבקשת אינה חוזרת עליהן עוד.

מעבר לטענות העובדה הנ"ל שנדחו, העלתה המבקשת בכתב הגנתה בבית המשפט לענייני משפחה את הטענה כי על אף חטיפת הקטינים והוראת סעיף 12 לאמנה, חלים בעניינם שני חריגים הקבועים בסעיף 13(ב) לאמנה, שזה נוסחו:

"13. על אף האמור בסעיף הקודם (דהיינו, סעיף 12 – י"א), אין הרשות השיפוטית או המינהלית של המדינה המתבקשת חייבת להורות על החזרת הילד, אם הוכיחו ... המתנגדים להחזרתו כי –

(א) ...

(ב) קיים חשש חמור שהחזרתו של הילד תחשוף אותו לנזק פיזי 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 של הילד.

4. בית המשפט לענייני משפחה קיבל בפסק דינו את טענת המבקשת, כי נתמלא בשני הקטינים החריג האמור בסעיף 13(ב) סיפא לאמנה, שכן מצא הוא מתוך הראיות שהובאו בפניו כי שני הקטינים מתנגדים להחזרתם להולנד. את רצונם של הילדים להשאר בישראל והתנגדותם לחזור להולנד הסיק בית המשפט מתוך ראיון שראיין את שני הילדים בלשכתו בנוכחות פקידת הסעד, ומהתבטאויות שונות שלהם בפני פקידת הסעד וגורמים נוספים.

וכך מסוכמים הדברים בסעיף 53 לפסק הדין:

"כאמור, האמנה אינה קובעת גיל מינימום, אך נקבע לא אחת כי דעתו ורצונו של ילד ראויה להשמע ויש להתחשב בה, אם אמנם שוכנע בית המשפט שהוא בוגר ובשל דיו כדי לגבש עמדה עניינית וכנה.

מהראיון שהיה לי עם הקטינים, בנוכחות פקידת הסעד, התרשמתי שהקטינים אינם נתונים להסתה ולשטיפת מוח, וכי רצונם הכן והאמיתי הוא להשאר בארץ, בה לטענתם מרגישים טוב, השתלבו בבית הספר ובחברה ורואים את מגוריהם בישראל כמרכז חייהם. הם מתנגדים לחזרתם להולנד, מאחר והיה להם רע שם, הרגישו בודדים, ללא משפחה מורחבת ותומכת, ואולי אפילו מוזנחים על ידי האב.

יחד עם זאת, שני הקטינים חזרו והביעו את רצונם להיפגש עם האב בארץ, ואף מבקשים כי יבוא מספר פעמים בשנה ארצה.

הקטינים (בני 10 ו-12 – י"א) בוגרים לגילם וידעו לבטא בבהירות את רצונם להשאר בארץ. יתכן שמפאת גילם אין הם מסוגלים לשקול את כל האספקטים ברמה

של אדם מבוגר ומנוסה, אך אין לי ספק כי רצונם הוא כן ואמיתי ומבטא את טובתם במובן הרחב. וכשם שביטאה זאת הבת שרון: "אם תשלחו אותנו להולנד, אני אבכה כל היום."

ומוסיף בית המשפט:

"על מנת לצקת תוכן לסעיף 13(ב) סיפא, יש לפרשו באופן שכאשר ילדים שהגיעו לגיל ולרמת בשלות מספקת, מביעים התנגדות לחזרה, דעתם לא רק תישמע אלא היא תקבל משקל ותובא בחשבון בהכרעה הכללית. נכון הוא כי מטרת האמנה לסכל חטיפות, אולם אין זה ראוי להכביד על הילד הכבדה מוגברת כמו לגבי היוצאים מן הכלל של סעיף 13(ב) רישא לאמנה, ואין להעניש את הילד באמצעות הסתרת פנים מרצונו על מנת להעניש את ההורה החוטף. הסיפא של סעיף 13(ב) העוסק ברצון הילד ובהתנגדותו להחזרתו, בא, בין היתר, לכבד ערך נוסף, והוא הערך של כיבוד הילד וכיבוד רצונו במידה האפשרית והראויה."

5. המשיב ערער על פסק הדין לבית המשפט המחוזי בחיפה, וערעורו נתקבל.

בפסק הדין מנתח בית המשפט קמא אחד לאחד את החריגים שבסעיף 13 לאמנה.

אשר לסעיף 13(א) (דהינו, הסכמת ההורה להרחקה) אישר בית המשפט שלערעור את מסקנת בית המשפט לענייני משפחה, כי חריג זה לא נתקיים כל עיקר בענייננו.

אשר לחריג שבסעיף 13(ב) רישא לאמנה, מצא בית המשפט קמא – כפי שעולה גם מפסק הדין של בית המשפט לענייני משפחה – כי:

"הנזק שמדובר בו בסעיף 13(ב) רישא לאמנה צריך שיגיע כדי כך שיעמיד את הקטין "במצב בלתי נסבל" – ולא זה המקרה שבפנינו. מהתסקירים של פקידת הסעד עולה תמונה חיובית של הקשר בין הילדים לאב, גם אם הילדים מבטאים את רצונם להישאר בארץ."

בית המשפט מוסיף ומציין, כי:

"המקרה שבפנינו רחוק כרחוק מזרח ממערב מדמותו של האב שנדונה בפסק הדין בע"א 4391/96 דו נ' 17 (פ"ד נ(5) 338), ולמרות זאת נקבע שם כי יש להורות על החזרת הילדים."

אשר לחריג שבסעיף 13(ב) סיפא לאמנה (התנגדות הילד להחזרתו), קבע בית המשפט שלערעור כי זה לא מתקיים בעניין הילדים דנן, ועיקר נימוקו:

"החריג של רצון הילד הוא חריג עצמאי שאינו קשור או מותנה בקיומו של סיכון חמור לנזק פיסי או נפשי או להעמדתו של הקטין במצב בלתי נסבל כאמור ברישא של ס"ק (ב) לאמנה ... עם זאת, נחזור ונדגיש כי החריג (13(ב) סיפא – י"א) אינו מנדטורי, אלא מותר לבית המשפט שיקול דעת. כך לעניין רצונו של הילד וכך לעניין טובתו של הילד ... את שיקול הדעת יש להפעיל במסגרת הגישה לפיה יש לפרש את החריגים (באמנה – י"א) על דרך הצמצום, תוך מתן משקל מכריע ל"גרעין הקשה" של האמנה, קרי האינטרס שבהחזרת הילד למשמורת ההורה ממנו נחטף ...

לאור זאת, הפסיקה חזרה והבהירה כי הגישה הפרשנית המצרה, חלה על כל החריגים שבסעיף 13 לאמנה, לרבות החריג של רצון הילד, שאם לא כן, נמצאת מסכל את תכליתה של האמנה..."

בית המשפט שלערעור הפנה למבחנים ולאיוונים שנקבעו לעניין זה בהלכת בע"מ 672/06 (שתפורט להלן), ועיקרם כי על הטוען להתקיימות החריג של סע' 13(ב) סיפא:

"לעמוד בשלושה תנאים מצטברים. גיל ורמת בגרות, גיבוש רצון עצמאי לאי החזרתו לארץ מושבו וקיום התנגדות להחזרה למקום המושב שהיא דומיננטית וחזקה ביותר."

בית המשפט שלערעור מצא, כי רצונם של שני הקטינים – כפי שבוטא בראיון שהתקיים עמם בלשכת השופטת בבית המשפט לענייני משפחה – אינו מגיע כדי הרצון

הנחוש והדומיננטי של הקטין שלא לחזור לארץ ממנה נחטף, כפי שנדרש לצורך החלת החריג.

עוד מצא, כי הימנעות המבקשת מהגשת חוות דעת של מומחה לעניין זה, גרמה להעדר תשתית מקצועית של ממש להשתית עליה את מסקנתו בדבר רצון הקטינים, וכי הראיון שקיים עמם בלשכתו, אין בו די להקמת תשתית שכזו.

אשר לקטין בן – קבע בית המשפט כי עקב גילו הרך (כבן עשר) יש ליתן לרצונו כפי שבוטא על ידו משקל נמוך יותר. ככלל, הוסיף וקבע בית המשפט קמא, כי לא ניתן לשלול את היות שני הקטינים חשופים מדרך הטבע למחשבות אמם, ולחשש הטבוע בילדים מפני עצם השינוי שיהיה כרוך בהחזרתם להולנד.

על אלה הוסיף ומנה בית המשפט קמא כשיקול נוסף את הנסיבות בהם נחטפו לארץ על ידי אמם, ולחומרה היתרה הנודעת לאותה חטיפה שבוצעה תוך המריית הצו המפורש שנצטוותה לעניין זה על ידי בית המשפט בהולנד בינואר 2005.

#### ב. טענות המבקשת

1. בפנינו עותרת כאמור המבקשת לרשות לערער על פסק דינו של בית המשפט המחוזי. בבקשתה מעלה היא שלוש טענות עיקריות.

הראשונה – בנסיבות הילדים דנן מתקיים החריג שבסעיף 13(ב) רישא לאמנה, שכן קם "החשש לנזק נפשי או פיזי שייגרם לקטינים או יחזרו להולנד".

השניה – כי טעה בית המשפט המחוזי במסקנתו לפיה לא מתקיים בעניין הילדים החריג שבס' 13(ב) סיפא לאמנה, ודין היה עם בית המשפט לענייני משפחה לעניין זה.

השלישית – חלוף הזמן הרב מאז הרחקת הילדים והבאתם על ידי אמם לישראל (ביולי 2005) והשתלבותם מאז ועד עתה במקום מגוריהם החדש מצדיק כשלעצמו העדפת טובתם של הילדים על דרך הימנעות מהחזרתם להולנד.

2. במקביל לבקשת רשות הערעור הגישה המבקשת בקשה נוספת, לפיה נורה בשלב זה על "עריכת חוות דעת מומחה בתחום הפסיכולוגיה אשר יאבחן את הקטינים ויגיש לבית המשפט הנכבד את חוות דעתו בעניינם".

### ג. הכרעה

1. בפתח הדברים נציין, כי טענת המבקשת לעניין התקיימות החריג לפי סעיף 13(ב) רישא לאמנה אין בה כל ממש. שתי הערכאות קמא מצאו, כי לא הוכח בנסיבות העניין קיומו של "חשש חמור שהחזרתו של הילד תחשוף אותו לנזק פיזי או פסיכולוגי או תעמיד את הילד בדרך אחרת במצב בלתי נסבל". אדרבא, הערכאות קמא מצאו, כי מערכת היחסים השוררת בין הילדים לאביהם – המשיב – הינה חיובית וטובה ביסודה.

מן הראוי להפנות בעניין זה להוראת תקנה 295א(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, לפיה:

"טען המשיב כי החזרת הילד תחשוף אותו לנזק כאמור בסעיף 13(ב) בתוספת לחוק (דהיינו, נוסח האמנה), או כי החזרת הילד פוגעת בעקרונות המפורטים בסעיף 20 בתוספת לחוק, יביא ראיות ברורות ומשכנעות לביסוס טענתו, ורשאי בית המשפט לדרוש ממנו להביא ראיות נוספות לשם כך" (ההדגשה שלי – י"א).

כאמור לעיל, המבקשת נכשלה כישלון חרוץ בנטל הראיה המוטל עליה על פי תקנה זו, ומכלול הראיות כפי שהובא בפני הערכאה הדיונית רחוק מלהצביע על החריג החמור בקיצוניותו שלעניינו הוחק סעיף 13(ב) רישא.

2. עניין זה נכרך מניה וביה גם בבקשה שהגישה לנו המבקשת למינוי מומחה בתחום הפסיכולוגיה שיחווה דעתו בעניין הילדים. בקשה זו הוגשה על ידי המבקשת לראשונה במסגרת הליכי בקשת רשות ערעור זו, והיא נמנעה מהגשת בקשה שכזו לערכאה הדיונית ולערכאת הערעור.

כפי שנפרט בהמשך הדברים, תכליתה הראשונה והבסיסית של האמנה הינה בפעולה בינלאומית מוסכמת של המדינות החברות לה, כנגד תופעת חטיפות הילדים תוך קביעת סעד החזרת החטופים כמתווה הנורמטיבי והמנדטורי שביסודה. על כן, משנמצא לנו כנקודת מוצא, הורה שחטף את ילדו (כמובן הדברים בסעיף 3 לאמנה),



מצווה בית המשפט שבמדינה אליה נחטף הילד לצוות על החזרתו המיידית למדינה ממנה נחטף, וזאת כסעד העיקרי שבתכלית האמנה.

לצד נקודת מוצא זו, נקבעו מספר חריגים באמנה שרק בהתקיימם רשאי יהיה בית המשפט לפטור מתכלית האמנה ויעודה ולהורות על השארת הילד החטוף בידי חוטפו. מתווה זה של הדברים ממחיש ומעצים את קביעת נטל הראיה להוכחת התקיימות חריג שכזה על ידי הטוען אותו כנקבע בתקנה 295א(ב) הנ"ל. תכלית ומסגרת ייחודיים אלה של אמנת האג שונים מעצם טיבם ומהותם מהליכי משמורת "תוך מדינתיים", אשר תכליתם המרכזית הינה טובתו של הילד כשיקול המרכזי והמכריע. אין האמנה מתנכרת חלילה לטובתם ושלומם של קטינים. אולם, דברה המרכזי לעניין זה הינו, כי הפורום שבו תיבחן סוגיה זו של טובת הילד הינו במדינת מגוריו הקבועה בטרם נחטף.

הנחת המוצא העיקרית של האמנה הינה, כי זכותו הבסיסית של ילד קטין שלא ייחטף ממקומו ומארצו, כי המשמורת שבה יהיה תיקבע על פי דין ארצו ומקומו ושאל לא אחד מהוריו יהיין לחוטפו ולעוקרו שלא כדין ממסגרת בסיס זו של חייו. וכך נפסקו הדברים בבע"מ 672/06 פלונית נ' פלוני (טרם פורסם, 15.10.06):

"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 ... תכלית ההסדר המעוגן באמנה כפולה. להבטיח את כיבוד החוק ואכיפתו, ולהרתיע מפני עשיית דין עצמית על ידי אחד ההורים; כן נועדה האמנה למנוע פגיעה בשלומם של הקטין, הנעקר עקב מעשה החטיפה מסביבתו הטבעית ומההורה המשמורן ומובא אל סביבה זרה, הנכפית עליו על ידי ההורה האחר. בבסיס האמנה עומדת התפיסה, כי טובת הילד מחייבת את החזרתו המיידית למשמורת ההורה במדינה ממנה נחטף."

3. לאור זאת, אין מקום לבקשת המבקשת להורות לראשונה בשלב מאוחר זה של הדברים על עריכת חוות הדעת. הוא הדין לדחייה המתבקשת מאליה בדבר טענותיה הבלתי מוכחות בעליל לעניין חריג "הסכנה לילדים" שבסעיף 13(ב) רישא.

ד. חריג רצון הילד – ס' 13(ב) סיפא

1. מהותו והיקפו של חריג זה שבאמנה נבחנו בהרחבה בפסק דינה המקיף של השופטת א' פרוקצ'יה בבע"מ 672/06 (פסק הדין מיום 15.10.06, טרם פורסם). ואלה עיקרי הדברים שנקבעו שם לעניין זה:

א. "חריג רצון הילד" – כיתר החריגים שבאמנה, יתפרש בצמצום יתר באופן שיחול במצבים חריגים וקיצוניים בלבד המצדיקים סטייה ממטרות ותכליות היסוד של האמנה, כפי שפורטו לעיל.

ב. נטל ההוכחה על הטוען להתקיימותו של חריג זה הינו כבד ונדרש משקל הוכחתי רב לצורך הוכחת התקיימותו.

ג. על הטוען להתקיימות חריג זה של "רצון הילד" לעמוד בשלושה תנאים מצטברים: גיל ורמת בגרות, גיבוש רצון עצמאי לאי החזרתו לארץ מושבו, קיום התנגדות להחזרה למקום המושב שהיא דומיננטית וחזקה ביותר.

עקרונות ומבחנים אלה מתבקשים כאמור מתוך תכליתה של האמנה, ההסדר הנורמטיבי אותו באה לכוון וסדרי העדיפויות והאיזונים המתבקשים מכך בין המערכות השונות הנושקות או חופפות לציר האמנה.

2. פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה (שניתן ביום 28.8.06, בטרם ניתן פסק הדין הנ"ל בבע"מ 672/06) אוהז במערכת מושגית ובמערך איזונים שונה לעניין חריג רצון הילד. זאת מתוך גישה פרשנית מרחיבה עד למאוד של תחולת חריג זה, מתוך הקלה מפליגה ברמת נטל ההוכחה שנדרשה ממבקשת החלת החריג דנן ומתוך הפרזה ב"אוטונומית הרצון" שנתייחסה בו לעניין שני הקטינים נשוא הליכים אלה. אכן, שני הילדים ביטאו בפני הערכאה הדיונית את רצונם להשאר בישראל ושלא להיות מוחזרים להולנד. מוכן אני גם לצאת מהנחה, כי ככל שהדברים אמורים בילדה שרון (בת 12), הרי שגילה ורמת בגרותה, כפי שהתרשמה מהם שופטת בית המשפט לענייני משפחה, מאפשרים התייחסות רצינית לכנות רצונה זה. ספק אם כך הוא גם בעניין אחיה בן, הצעיר ממנה בשנתיים.

ברם, גם כשהדברים אמורים בילדה הגדולה יותר, אין בהבאת עמדתה – כפי שפורטה בפסק הדין – לבטא את מידת הבנתה את מכלול הנתונים והמרכיבים של הסיטואציה בה היא נמצאת ואת ההשלכות העשויות להיוודע להתנגדותה לחזור להולנד, על מכלול ההיבטים המשפחתיים, התרבותיים והאחרים העשויים לנבוע מהחלטה זו.

אחרי ככלות הכל, המדובר בילדה כבת 12 שנים בלבד, הנמצאת בארץ עם אמה ועם אחיה מזה כשנה וחצי, והמצויה בעין הסערה של הסכסוך שבין הוריה. במצב דברים זה, קשה ביותר לנתק ולבודד את רצון הילד מההשפעה הבלתי נמנעת – מכוונת או עקיפה – הנודעת לו מההורה המתנגד להחזרתו.

בנסיבות אלה, אין די בהבעת הרצון המיידית של הילדה בת ה-12, ובהעדפתה את מצבה הנוכחי, אלא נדרשת רמת ההוכחה המשכנעת בדבר יכולתו של ילד שכזה לגבש רצון עצמאי ברמת היכולת לשקול במכלול השיקולים והאיזונים את מכלול ההיבטים כמפורט לעיל. שבעתיים נכונים הדברים לעניין הילד הקטן יותר, בן העשר.

3. בהינתן כל אלה, נמצא לנו כי פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה לא איזן כראוי בין יישום תכליתה העיקרית של האמנה לבין האיפוק והריסון הרבים הנדרשים בהפעלת החריגים לאותה התכלית, לאמור מניעת חטיפת ילדים שלא כדין והחזרתם למקום ממנו נחטפו, וכי פרשנותו את היקף החריג שבסעיף 13(ב) סיפא לאמנה מנוגדת למבחנים ולאיזונים שנקבעו לעניין זה בפסיקתו של בית משפט זה בכלל ובהלכת בע"מ 672/02 בפרט.

צדק איפוא בית המשפט המחוזי, בקבלו את הערעור על פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה ובצוותו על החזרת שני הילדים להולנד.

4. יש להצר על הזמן הרב שחלף מאז חטיפת הילדים (יולי 2005) ועד למתן פסק הדין בבית המשפט לענייני משפחה (28.8.06), ופסק הדין בערעור בבית המשפט המחוזי (22.1.07).

עם זאת, כפי שצינו הערכאות קמא, העיכוב שחל בהגשת תובענת המשיב לבית המשפט לענייני משפחה (מאי 2006) נבע מסיבות שלא היו בשליטתו של המשיב, והתובענה הוגשה בתוך תחום 12 החודשים הקבועים לעניין זה בסעיף 12 לאמנה.

ייתכנו אמנם מקרים ובהם חלוף תקופה ממושכת – ממועד החטיפה – יהיה בו תוספת העצמה להתקיימות אותם החריגים שבסעיף 13 לאמנה. ברם, שיקול זה יהיה בגדר אחד השיקולים הטעונים הוכחה ברורה ומפורשת על ידי המתנגד להחזרת הילד כחלק ממכלול הראיות ונטלי ההוכחה המוטלת עליו, וכזאת לא אירע בעניין דנן.

כמו כן, יש לשוב ולציין בענייננו את נסיבות החטיפה על ידי המבקשת, תוך המריית צו המשמורת בהולנד משנת 1999 והחלטה שיפוטית מפורשת וחד משמעית של בית המשפט בהולנד מינואר 2005 כשיקול נוסף התומך את מסקנת בית המשפט שלערעור.

5. סוף דבר, מתוך כל המפורט לעיל, אציע לחברי למותב לדחות את בקשת הרשות לערער, ולהורות על החזרתם של שני הקטינים – שרון ובן – להולנד.

לאור העובדה ששני הקטינים לומדים בבית הספר, אציע כי מועד החזרתם יהיה מיד עם תום שנת הלימודים הנוכחית ולא יאוחר מיום 5.7.07.

בתקופה שתיוותר ממועד זה ועד לתחילת שנת הלימודים הבאה, רשאים יהיו הורי הילדים, או מי מהם, להביא עניין המשך משמורתם בפני הערכאה המוסמכת לכך בהולנד, ובמקרה שכזה אנו תקווה ובקשה כי הערכאה השיפוטית בהולנד תדון בעניין זה בהקדם האפשרי.

בנסיבות העניין, אין צו להוצאות.

ש ו פ ט

המשנה לנשיא א' ריבלין:

אני מסכים.

המשנה לנשיא

## השופט א' רובינשטיין:

א. חוששני שאין בידי להצטרף לחוות דעתו של חברי השופט אלון. סבורני – לא בלי התלבטות – כי יש מקום ליתן רשות ערעור, לדון בבקשה כאילו הוגש ערעור ולקבלו במובן זה שהתיק יוחזר לבית המשפט המחוזי לשם שני אלה: מינוי דחוף של מומחה לעניין הקטינים וכן שמיעת הקטינים עצמם. חוות דעת המומחה צריך לדעתי שתיתן בתוך שלושה שבועות, ובתוך שבוע לאחר מכן יקום הדיון בבית המשפט המחוזי, לרבות שמיעת המומחה והקטינים. אומר כבר כאן, כי אם תתקבל דעתי, לוח הזמנים לא יגרור דחיה, ויאפשר סיום ההליך כולו עד סוף שנת הלימודים הנוכחית.

ב. כל מעייני, כפי שיוסברו בתמצית, עניינם הקטינים. לא יוכל להיות חולק הגון כי המבקשת פעלה בניגוד לצו בית המשפט בהולנד מיום 26.1.05, בכך שמשגיחה ארצה (בהסכמה) ב- 1.7.05 החליטה להישאר כאן שלא כדין. על כן לא הייתי מהסס להצטרף לדעת חברי, אילולא ספקותי בעניין הקטינים כפי שיפורטו.

ג. שותף אני לגישתו של חברי, המעוגנת בדין ובפסיקה, לרבות בע"מ 672/06 פלונית נ' פלוני שציטט, באשר לתכליתה של אמנת האג – הבטחת "החזרתם המיידית של ילדים שהורחקו כדין אל מדינה אחרת" ... (דברי השופטת פרוקצ'יה שם). באותה פרשה ציינתי אנכי, כי "אנו לא נוכל מצדנו ליתן יד לכך שהתרבות הקשורה ביחסי הורים-ילדים תהפוך לג'ונגל". דברים אלה ישימים במערך ההתייחסות השיפוטית לאמנת האג ולחוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), תשנ"א-1991. גם ער אני לכך, ש"טובת הילדים" בעניין זה נכרכת בשיקול המרכזי של החזרת הקטינים כחלק מסדר בינלאומי השולל חטיפות ומחטפים. ועוד, אף אני כחברי איני סבור כי הוכחו למצער חלק מן החששות שבסעיף 13(ב) לאמנה, קרי, חשיפת הקטינים לנזק פיזי. אשר לחששות בדבר נזק פסיכולוגי, אלה מצטרפים לסייג הנוסף שבסעיף 13(ב) – קרי, רצון הקטין, והאפשרות לסרב לצוות על החזרתו "אם התברר ... כי הילד מתנגד להחזרתו וכי הוא הגיע לגיל ולרמת בגרות שבהם מן הראוי להביא בחשבון את השקפותיו" (דבר הנבחן כמצוות הסעיף גם על פי מידע בדבר רקעו החברתי, המומצא על-ידי רשויות מקומו הרגיל). לטעמי, נושא רצונם של הקטינים טעון ברור נוסף ומיצוי.

ד. ער אני גם לפירוש המצמצם של "חריג רצון הילד" באמנת האג כדי שלא לפגוע – כפי שציננה השופטת פרוקצ'יה בע"מ 672/06 וחזר על כך חברי השופט אלון כאן – במטרות היסוד של האמנה. ואולם, גם בגדרי פירוש זה, טעון הדבר ליבון,

ודומני שלא נשלמה הבדיקה בנידון דידן. לעניין זה איני שותף – בכל הכבוד – לעולה מעמדת חברי, כי כיוון שהמבקשת לא ביקשה מינוי מומחה ולא הרימה את מלוא הנטל המוטל (ואכן מוטל) עליה, אין מקום לחקור ולדרוש עוד. כידוע, תקנה 295 ט(ה) לתקנות סדר הדין האזרחי תשמ"ד-1984, העוסקת בנושא דנא, קובעת כי "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". בענייננו שמע בית המשפט לענייני משפחה את הקטינים (הקטינה היא כיום בת קרוב ל-12 – לגיל בת המצוה, על משמעותו ההתבגרותית במסורתנו, תגיע ב-31.7.07 – והקטין בן כעשר (יום הולדתו יחול ב-23.5.07)). בית המשפט התרשם מרצונם הכן והאמיתי להישאר בארץ, ולא נמצא הסתה ו"שטיפת מוח". ציינתי בשעתו את גישתי בעניין שמיעת הילדים בבע"מ 672/06 (ראו סעיף ג(1) לחוות דעתי). אכן, באותו עניין לא נשמעו הילדים באף לא אחת מן הערכאות – בנסיבות כפי שנומקו, הן הצגת דעת הילדים על-ידי כתבי בית הדין, הן שמיעתם המפורטת על-ידי המומחית והן דעת פקידי הסעד; גם חוות הדעת המקצועיות הביעו שם דעה שהסתייגה בבירור מאותנטיות הרצון של הילדים. לא כך בענייננו.

ה. כאמור, שופטת בית המשפט לענייני משפחה התרשמה, כמותה כפקידת הסעד, מרצון הילדים להישאר בישראל. איני מתעלם מכך, שיש סייגים למשקל שיש לייחס לרצון הקטין; ועם זאת שפתי האמנה ברור מללו בסעיף 13(ב), שאם התברר לרשות השיפוטית "כי הילד מתנגד להחזרתו וכי הוא הגיע לגיל ולרמת בגרות שבהם מן הראוי להביא בחשבון את השקפותיו", כאמור, הדבר עשוי להוות בסיס לשיקול דעת בכיוון הפוך. במקרה דנא מצטרפים לכך מספר גורמים נוספים – ראשית, גיל הקטינים, בודאי הקטינה אך גם הקטין, מצוי במיתחם שבו נודעת חשיבות לדעתם על פי הפסיקה (ראו האסמכתאות בבע"מ 672/06); שנית, לא היתה – אף כי גם לא נתבקשה – חוות דעת מומחה; שלישית, וזו עיקר, הזמן שחלף, שלא הקטינים אחראים לו, ואף אם אין לזקוף אותו לחובת האב המשיב כי נבע מסיבות שלא היו בשליטתו, כנקבע, הנה אובייקטיבית (או כלשון בית המשפט המחוזי "בשל צירוף נסיבות וביש מזל") נוצר מצב שבו מצויים הקטינים כמעט 22 חודש בישראל, ופיתחו עולם לימודי וחברתי כאן; רביעית, אכן, כשהמדובר בבית משפט שלערעור אולי אין מצוות שמיעת הקטינים זהה לזו שבבית המשפט הדיוני, אף שלשיטתי כל השומעם הרי זה משובח (כך ציינתי בבע"מ 672/06). ואולם, משהחליט בית המשפט הדיוני לאחר שמיעתם, נגד החזרתם, ובית המשפט שלערעור בא להפוך זאת, דומני כי שאני, היש מקום לשוב ולשמוע. גורמים אלה דיים לדעתי כדי לטעת בלבנו ספק, המצריך בנסיבות רגישות אלה חוות דעת של

מומחה ומפגש של בית המשפט המחוזי עם הקטינים ; ועם זאת נכון הוא – כאמור – כי הדברים ייעשו בלוח זמנים קצר ככל הניתן, כדי שלא להוסיף שיהוי על שיהוי. מובן כי איני קובע מסמרות באשר לתוצאה הסופית. אוסיף, כי יש לפי הצורך מקום גם לפנות לרשויות הולנד לתוספת רקע לפי סעיף 13 (ב) לאמנה.

ו. נוכח כל האמור לא אוכל להצטרף לעת הזאת לדעת חברי שהאיזון שערך בית המשפט לענייני משפחה אין לקבלו, ואציע כאמור ליתן רשות ערעור ולקבוע כאמור ברישא, קרי, להחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי למינוי דחוף של מומחה, לשמיעתו ולשמיעת הקטינים.

ש ו פ ט

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינו של השופט י' אלון.

ניתן היום, ח' באייר תשס"ז (26.4.2007).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיא