

## בבית המשפט העליון

בע"מ 5579/07

בפני : כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין  
כבוד השופטת ע' ארבל  
כבוד השופט י' אלון

המבקשת : פלוני

נגד

המשיב : פלוני

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי  
בבאר-שבע מיום 18.6.07 בתיק עמ' 121/07 שניתן על ידי  
כבוד השופטים נ' הנדל, צ' צפת, א' יעקב

תאריך הישיבה : כ"ה בתמוז התשס"ז (11/7/07)

בשם המבקשת : עו"ד עמרם מליץ

בשם המשיב : עו"ד אדווין פרידמן

### פסק-דין

השופטת ע' ארבל:

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר-שבע (ס'  
הנשיא נ' הנדל, כב' השופטת צ' צפת, כב' השופט א' יעקב) אשר דחה את ערעורם של  
המבקשים על פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה והורה על העברת בנם  
המשותף אל האב לבלגיה, מכוח חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים) התשנ"א-  
1991 (להלן: חוק אמנת האג; האמנה עצמה המצורפת כנספח לאותו חוק, להלן: אמנת  
האג).

רקע עובדתי

1. המבקשת, יהודיה ילידת ישראל, הינה אזרחית ישראלית שהתגוררה מרבית חייה בצרפת וכיום מתגוררת בישראל. המשיב הינו אזרח בלגי נוצרי המתגורר בבריסל. הצדדים הכירו בבלגיה בשנת 1997 במסגרת עבודתם ולאחר זמן מה החלו להתגורר שם יחד. בחודש מאי 1998 נישאו השניים בנישואים אזרחיים ובחודש ינואר 1999 נולד להם בן (להלן: הבן). בשנת 2002 החלו הצדדים בהליכי גירושין בבית המשפט בבלגיה. במסגרת אותם הליכים, מינה בית המשפט את מכון Le Gres למומחה מטעמו בעניינו של הבן. לאור חוות הדעת קבע בית המשפט כי הבן יהיה במשמורת משותפת, אך כי המשמורת הפיסית תהיה בידי המבקשת. לצד זה, נקבעו הסדרי ביקור בין המשיב לבין הבן. בחודש נובמבר 2003 הגישה המבקשת בקשה להגר עם הבן לצרפת לבית המשפט בבריסל. הבקשה אושרה בחודש ינואר 2004, תוך קביעת הסדרי ביקור בין המשיב לבן, ובחלוף חודשיים היגרה המבקשת ביחד עם הבן לשם.

2. המשיב ערער על פסק דינו של בית המשפט בבלגיה אשר התיר את הגירת המבקשת והבן לצרפת. במסגרת הערעור מונה בשנית מכון Le Gres כמומחה. המכון המליץ בחוות דעתו כי המשמורת הפיסית על הבן תהיה בידי המשיב בבלגיה תוך קביעת הסדרי הביקור עם המבקשת. בית המשפט לערעורים בבלגיה אימץ ביום 22.11.05 את המלצות המכון בחוות דעתו, קיבל את הערעור, וקבע כי החל מיום 3.1.06 יגור הבן יחד עם אביו בבלגיה, תוך קביעת הסדרי הביקור עם המבקשת. עוד קבע בית המשפט כי על כל צד להודיע לצד האחר על כוונה לנסוע עם הבן מחוץ לצרפת או מחוץ לבלגיה וחייב את המבקשת בתשלום מזונות עבור הבן לידי המשיב. בחלוף חודש ממתן פסק הדין בבית המשפט שלערעור, הגישה המבקשת תביעה למשמורת הבן בבית המשפט בצרפת. עוד בטרם מתן פסק הדין בתביעה זו, ביום 4.1.06, עזבה המבקשת את צרפת עם הבן ועברה להתגורר בישראל. בחלוף חודש נוסף, התקיים דיון בבית המשפט בצרפת בתביעת המבקשת למשמורת. המבקשת נסעה לצרפת יחד עם הבן והתייצבה לדיון, ומייד לאחריו שבה עם הבן לישראל. ביום 7.3.06 דחה בית המשפט בצרפת את תביעת המבקשת למשמורת, בקובעו כי טובת הבן נבחנה לעומקה ובאופן יסודי בבלגיה על-ידי צוות רחב של מומחים, ובהיעדר שינוי בנסיבות, נותר פסק הדין בתוקפו ויש להוציאו אל הפועל בצרפת.

ביום 18.12.06 הוגשה על-ידי המשיב תביעה שנפתחה לבסוף בבית המשפט לענייני משפחה בבאר-שבע. במסגרת תביעתו, עתר המשיב להורות על החזרתו של הבן לבלגיה לפי חוק אמנת האג. עוד טען הוא כי רק בחודש יוני 2006 נודע לו כי המבקשת הגיעה עם הבן לישראל, שאז החל בתהליכים להשבתו אשר הולידו את התביעה בבית המשפט.

## פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה

3. בית המשפט לענייני משפחה בבאר-שבע (כב' השופט פ' אסולין) קבע כי היות שלפי כללי הדין הזר, כשם שהוכחו על-ידי המשיב, היה פסק הדין שניתן על-ידי ערכאת הערעור בבלגיה תקף גם בצרפת ביום בו עברה המבקשת עם הבן מצרפת לישראל, הפרה המבקשת את זכותו של המשיב להחזיק בבן במועד המעבר לישראל, ומכאן שהרחקתו של הבן מצרפת הייתה שלא כדין. עוד קבע בית המשפט כי גם אם ייקבע שהדין הזר לא הוכח בבית המשפט בישראל, עולה מהחלת חזקת שוויון הדינים כי מכוח הוראות חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, קיימת לכל אחד מן ההורים זכות להחזיק בבן בהיעדר החלטה אחרת של בית המשפט, ומכאן שלמשיב עמדה זכות להחזיק בבן במועד מעבר האם עמו לישראל, והמעבר היה שלא כדין. בית המשפט הוסיף וקבע, כי על אף שהרחקת הבן הייתה מצרפת, יש להחזיר את הבן למקום מגורי המשיב בבלגיה. כן פסק בית המשפט, כי היות שתביעת המשיב הוגשה בטרם חלפה שנה ממועד הרחקת הבן, אין מקום לדון בטענתה של המבקשת להשתלבות הבן בישראל. בהמשך התייחס בית המשפט לעילות ההגנה הקבועות בסעיף 13 ו-20 לאמנת האג. בית המשפט דחה את טענות המבקשת מכוח סעיף 13 לאמנה, בדבר הסכמת המשיב או השלמתו עם הגעת הבן לישראל ואת טענותיה בדבר קיומו של חשש חמור לפיו החזרת הבן תחשוף אותו לנזק פיסי או פסיכולוגי או תעמידו במצב בלתי אפשרי. בית המשפט הוסיף ודחה על בסיס חוות דעת מומחה את טענת המבקשת בדבר התנגדות הקטין להחזרתו אל המשיב, שלטענתה הייתה צריכה להילקח בחשבון לאור גילו ובגרותו. לבסוף דחה בית המשפט את טענת המבקשת כי לא תזכה למשפט צדק, אם המשפט ייערך בבלגיה, משזו לא הוכחה. נגד פסק דין זה הגישה המבקשת ערעור לבית המשפט המחוזי.

## פסק דינו של בית המשפט המחוזי

4. בית המשפט המחוזי בבאר-שבע דחה את הערעור. בית המשפט קבע כי לאור תקנה 2201/2003 מיום 27.11.03 בנוגע לאכיפה ולהכרה של כלל מדינות האיחוד האירופאי בהחלטות של בתי המשפט במדינות האיחוד בעניין גירושין ואחריות הורית (להלן: תקנות בריטל) היה פסק הדין שניתן בבית המשפט בבלגיה בטרם הרחיקת הבן

מצרפת לישראל תקף בצרפת ממועד נתינתו ללא צורך בהליך מיוחד כלשהו. בעניין זה הוסיף בית המשפט כי צדק בית המשפט בהפעילו את חזקת שוויון הדינים ולמד על דרך ההיקש כי הדין הצרפתי, כמו גם הדין הישראלי, מקנים להורה מכוח היותו אפוטרופוס לבן את הזכויות המתייחסות לגופו, ובפרט את הזכות לקבוע את מקום מגוריו. עוד קבע בית המשפט כי חרף הסמכת הצדדים לפיה "מקום מגוריו הרגיל" של הבן, במובן סעיף 3 לאמנת האג, היה בצרפת, מצביעות נסיבות המקרה על כי יש לראות בבלגיה את "מקום מגוריו הרגיל" של הבן ומכאן שהפרת זכות המשמורת של המשיב הופרה אף בלא קשר להכרה בפסק הדין הבלגי בצרפת.

בהמשך דן בית המשפט בטענת המבקשת להשתלבותו של הבן בישראל על-פי סעיף 12 לאמנת האג. לפי קביעת בית המשפט, המבקשת נהגה בחוסר תום-לב בהעלימה את עובדות הרחקתו של הבן לישראל מבית המשפט בצרפת. עוד ציין בית המשפט כי עבר פרק זמן של שישה חודשים עד שנודע למשיב כי הבן נמצא בישראל ושלושה חודשים וחצי נוספים מאז שהגיע בקשתו לרשות המרכזית בישראל ועד שמקום הימצאו של הבן אותר. לאור זאת פסק בית המשפט, כי על אף שתצהירו של המשיב שהוגש בטרם חלפה שנה ממועד ההרחקה היה שלא כדין, אין לקבוע כי חלפה שנה ממועד ההרחקה ועד להגשת התביעה על-ידי המשיב, באופן המצדיק את בדיקות מידת השתלבותו של הבן במקום הרחקתו, וזאת היות שהפגם תוקן ולאור תכלית "מרוץ הזמן" שבסעיף. בשאלת ה"הגנות" הקיימות באמנה, מצא בית המשפט, כי לא היה מקום להתערב בממצאים העובדתיים שנקבעו על-ידי בית המשפט לענייני משפחה בנוגע להסכמתו או השלמתו של המשיב עם הרחקת הבן; בנוגע לאפשרות קיומו של נזק פיסי או פסיכולוגי ובנוגע להתנגדות הקטין. לפי בית המשפט, את ההגנות המפורטות באמנה יש לראות בהקשר הצר של החזרת הילד למקום ממנו הורחק ולא כאמת מידה לקביעת משמורת. לבסוף קבע בית המשפט, כי לאור בדיקת הבן על-ידי מספר מומחים, הן בבלגיה והן בישראל, ובחינת רצונו וטובתו באופן מעמיק, צדק בית המשפט קמא כשלא מצא טעם לפגוש את הקטין בנוסף לבדיקות שבוצעו על-ידם, שכן נראה שפגישה כזו לא הייתה מועילה לצורך הסקת מסקנות בעניין התנגדות הבן להחזרתו. נגד החלטה זו הוגשה הבקשה שלפנינו.

טענות המבקשת

5. בבקשתה טוענת המבקשת, כי בית המשפט בצרפת קבע מפורשות שקיימת חובה לבצע הליך מיוחד בצרפת לשם מתן תוקף לפסק הדין שניתן בבלגיה. לדידה, תקנות בריסל קובעות כי פסק דין הניתן באחת ממדינות האיחוד יקבל תוקף במדינות

אחרות רק לאחר ביצוע הליך מיוחד במדינה שבה נדרשת אכיפתו של אותו פסק דין. בין כך ובין כך, מציינת המבקשת, משלא הייתה בפני בית המשפט לענייני משפחה חוות דעת בעניין הוכחת הדין הזר, הוא תקנות בריסל, אין זה ראוי שערכאת הערעור תסתמך על קביעותיו. עוד טוענת היא כי עברה עם הקטין לישראל רק לאחר שזכתה לייעוץ משפטי שלפיו לא הפרה את הדין הבלגי בעת שעלתה עם הבן לישראל, היות שפסק הדין הבלגי טרם אומץ בצרפת באותו שלב בהליך מיוחד.

המבקשת מוסיפה וטוענת כי היה מקום לבחון את שאלת השתלבותו של הבן בישראל בפרק הזמן שבו הוא שוהה עמה בישראל, ולא להימנע מבדיקה כאמור אך בשל התנהגותה שלה ובשל אי חלוף התקופה המינימאלית לשם קיום בדיקה שכזו, עובדה שעליה היא חולקת. עוד יוצאת היא נגד התבססות פסק הדין על חוות הדעת שניתנה בעניינו של הבן על-ידי ד"ר גוטליב בנוגע ליחסים בין הבן לבין המשיב, חרף העובדה שהשיחה ביניהם התנהלה בצרפתית, שפה שהמומחה אינו שולט בה, ונגד הפגיעה, כך לטענתה, בזכויות היסוד של הבן וברצונותיו העצמאיים עקב הקביעה כי אין צורך בשמיעתו, היות שדעתו נשמעה כבר בבלגיה. לדידה, דעתו של הבן נשמעה לאחרונה כשהיה בגיל 3-4 והבדיקות לא נגעו לשאלות שעל הפרק דהיום, ובמיוחד לשאלת הנזק הפסיכולוגי שייגרם לבן במעבר מבית יהודי לבית נוצרי.

6. בשאלת "מקום מגוריו הרגיל" של הבן, מציינת המבקשת, כי שגה בית המשפט המחוזי כשקבע כי מקום מגוריו של הבן היה בצרפת, חרף הסכמת הצדדים. לדבריה, אין חולק כי הבן היה מצוי פיסית בצרפת עובר למעבר לישראל, כי נקבעו הסדרי ראייה בין המשיב ובין הבן בצרפת, וכי זכות המשמורת שהופרה לגישת המשיב, הינה זכות זו שהייתה לו בצרפת. לאור הדברים האלה, והיות שאין חולק כי הרחקתו הנטענת של הבן לא בוצעה מבלגיה, אין כל הצדקה כי הוא יוחזר אל ארץ שאינה "מקום מגוריו הרגיל" ושאינו מחלוקת כי לא נחטף ממנה.

המבקשת מוסיפה וטוענת כי לאור חוסר המעש מצד המשיב, שתיקתו הארוכה והימנעותו מיצירת קשר ממשי עם הבן במשך למעלה משנה, חרף ידיעתו, עוד בשנים 2004-2005, שהמבקשת מתעדת לעלות עם הבן לישראל, יש לקבוע כי המשיב השלים עם המציאות לפיה הבן שוהה עם אמו בישראל וויתר על השבתו המיידית אליו. עוד טוענת היא, כי יש להחיל על המקרה את ההגנה המנויה בסעיף 13(ב) לאמנה, לפיה אין חובה להורות על השבת הילד אם קיים חשש שהחזרתו תסב לו נזק פיזי או פסיכולוגי או תעמידו במצב בלתי נסבל. לדידה, הנסיבות המיוחדות במקרה דנן, שעיקרן החזרתו

של ילד בן 9, שגדל והתחנך כיהודי ולומד כיום בבית ספר חרדי, אל אביו הנוצרי ממנו סבל בעבר אלימות פסיכולוגית ונפשית קשה תסב לו נזק כאמור בסעיף.

#### טענות המשיב

7. בתגובה לדברים האלה, טוען המשיב, כי לא נדרשה במקרה דנן בדיקה של מידת השתלבותו של הבן במקום הרחקתו היות שטרם עברה שנה ממועד ההרחקה. לטענתו, פרק הזמן האמור הינו פרק זמן החלטי, ולא כזה הנתון לפרשנות. עוד טוען המשיב כי אין הוא חולק על עמדת המשיבה לפיה מקום מגוריו הרגיל של הבן הוא בצרפת, ואולם, לדבריו, האמנה אינה קובעת שיש להחזיר את הילד הנחטף למקום מגוריו הרגיל. בעניין החלטת בית המשפט שלא להיפגש עם הבן ולהסתפק בחוות הדעת, טוען המשיב, כי לא מוטלת על בית המשפט חובה כאמור על-פי אמנת האג; כי הייתה זו המשיבה אשר עמדה על כך שיש צורך בחוות דעת מומחה בעוד הוא עצמו סבר כי מוטב ריאיון על ידי בית המשפט תחתיה; וכי ממילא מהפסיקה בנושא עולה כי ילד בגיל 8 אינו בוגר דיו כדי להתחשב בעמדתו, במיוחד כשמדובר בסכסוך בין הוריו.

המשיב מוסיף וטוען כי בניגוד לתיאורי המבקשת בדבר הקושי הטמון בהשבתו של הבן, ילד חרדי, אל אביו הנוצרי, עד המעבר לצרפת בגיל 5 למד הילד בבית ספר ציבורי, לא שמר תורה ומצוות ושהה עמו כל סוף שבוע שני מבלי שהמבקשת העלתה כל טענה בנוגע לדתו. לדידו, רק לאחר המעבר לישראל החלה המבקשת כופה על הבן חינוך חרדי ואורח חיים חרדי תוך שימוש בהבדלי הדת בין הבן לבין כדי להרחיק הבן ממנו. עוד מוסיף הוא כי הצגת הדברים על-ידי המבקשת כאילו הבן היה במשמורת מאז פירודם, חוטאת לעובדות, שכן לשני ההורים היו זכויות משמורת ואף שהבן היה במשמורת פיסית אצל המבקשת, נהג הוא לשהות עמו עובר למעבר לצרפת 13 ימים בכל חודש, ולאחר המעבר- בכל סוף שבוע שני. בנוגע להתנגדותו הנטענת של הבן לשיבתו אל המשיב, טוען זה האחרון כי כשם שקבע בית המשפט קמא, מחוות דעת המומחה עולה כי הבן אינו מחזיק בעמדה אותנטית עצמאית ומציאותית בסוגיה זו, וכי עמדתו מבטאת את רצונה של המבקשת. לבסוף גורס המשיב, כי לא הוכח שקיים כל סיכון לנזק פסי או פסיכולוגי בהשבתו של הבן אליו.

8. בקשת רשות הערעור הועברה לדיון בפני הרכב של שלושה שופטים. האזנו לטענות הצדדים והחלטנו לקבל את בקשת רשות הערעור ולדון בה כבערעור. לאחר התלבטות ובחינת השיקולים הנוגדים, מצאתי כי יש להשיב את התיק לבית המשפט המחוזי לשם מינוי מהיר של מומחה בעניינו של הבן ובמקרה שהמומחה יקבע שהדבר

אפשרי- לשם שמיעת עמדתו של הבן עצמו בבית המשפט. על בסיס חוות דעת זו ודברי הבן, אם יישמעו, יקבל בית המשפט המחוזי החלטה מעודכנת בשאלה שעל הפרק. אסביר את עמדתי.

המסגרת הנורמטיבית: אמנת האג- כללים וסייגים

9. ביסודם של אמנת האג ושל חוק אמנת האג שנועד ליתן תוקף לעיקריה, עומד הרצון להשיב קטין שנחטף למקום מגוריו הרגיל במהירות האפשרית, מתוך השקפה כי שינוי הסטאטוס-קוו באופן חד צדדי על-ידי אחד מהוריו אינה עולה בקנה אחד עם טובתו (ראו למשל: בע"מ 902/07 פלוני נ' פלוני (טרם פורסם, 26.4.07); בע"מ 672/06 פלוני נ' פלונית (טרם פורסם, 15.10.06) (להלן: עניין פלוני); ע"א 4391/96 ו' 17, פ"ד נ(5) 338 (1997); ע"א 5532/93 גינזבורג נ' גרינוולד, פ"ד מט(3) 282 (1995) (להלן: עניין גינזבורג); ע"א 473/93 ליבוביץ נ' ליבוביץ, פ"ד מז(3) 63 (1993)). אף מבלי לנקוב בביטוי "חטיפה" מוסברת פעולה זו, העומדת בבסיס הוראות אמנת האג בסעיף 3 לה-

"(א) הרחקתו או אי החזרתו של ילד תיחשב לא כדין כאשר- יש בהן הפרת זכויות המשמורת המוענקות לאדם, למוסד או לכל גוף אחר, בין במיוחד ובין בנפרד, על-פי דין המדינה שבה היה מקום מגוריו הרגיל של הקטין סמוך לפני הרחקתו או אי החזרתו, וכן  
(ב) בעת ההרחקה או אי ההחזרה הופעלו אותן זכויות בפועל, בין במיוחד ובין בנפרד, או שהיו מופעלות כך אלמלא ההרחקה או אי ההחזרה"

לצד הרצון לצמצם ככל הניתן את הפגיעה בטובת הקטין הנופל פעמים קורבן למאבק המתנהל בין הוריו ומיטלטל בעל כורחו ממקום למקום, נועד ההליך המהיר והחד הנעשה מכוח האמנה גם להרתיע את ההורה החוכך בדעתו, לעיתים בצר לו, להבריח את בנו הקטין אל מדינה אחרת, אם משום רצונו להרחיקו ככל הניתן מן ההורה השני, אם מפני שהוא סבור שחוקיה או אופיה של המדינה אליה מוברח הקטין נוחים יותר מבחינתו ומגדילים את הסיכוי להשאר הקטין אצלו (ראו עניין גונזבורג, פסקה 8). עוד מכוון ההליך מכוח האמנה להטמיע ערכים של שלטון החוק, להבטיח את כיבוד החוק ואת אכיפתו המהירה וכן את כיבוד דברן של ערכאות במדינות אחרות (עניין פלוני, פסקה 8).

תכליות אלה של אמנת האג מוגשמות באמצעות חיובן של רשויות המדינה אליה נחטף הילד להביא להשבתו אל המדינה ממנה הורחק על דרך הפעלת "כל

ההליכים הדחופים ביותר העומדים לרשותן" (סעיף 2 לאמנת האג), כל זאת תוך הותרת הדיון בשאלת משמורתו הקבועה לערכאותיה המוסמכות של אותה מדינה (ראו ע"א 7206/93 גבאי נ' גבאי, פ"ד נא(2) 241 (1997) (להלן: עניין גבאי); וראו בש"א 1648/92 טורנה נ' משולם, פ"ד מו(3) 38, 44 (1992) (להלן: עניין טורנה), שם נקבע כי תפקיד בית המשפט בהליך לפי חוק אמנת האג הינו "כיבוי דליקה" או "עזרה ראשונה").

10. נסיבות החיים יוצרות לעיתים מצבים מורכבים שאין בכוחם של כללים לצפות מראש. בתחום ענייננו, אלו הם המצבים בהם מתברר כי מסיבות שונות, ובכללן גילו של הילד, משך הזמן שחלף מאז החטיפה או החשש כי יבולע לו בעקבות החזרתו אל ההורה או המקום ממנו נחטף, מורה טובת הילד דווקא על הותרתו אצל ההורה שהרחיקו ממקום מגוריו הרגיל, ולו עד לבירור תביעת המשמורת, אם תביעה שכזו תלויה ועומדת. במצבים מעין אלה נוצרת התנגשות בין אינטרסים מנוגדים: זה של טובת הילד מן הצד האחד, הנבחן אף הוא על רקע הנחת המוצא שהרחקת ילדים ממקום מגוריהם הרגיל עקב סכסוך בין ההורים אינה משרתת את טובתם, וזה של הצורך במניעה הנורמה הנפסדת של "עשיית דין עצמית" המפרה את החוק, מן הצד השני (ראו ע"א 1372/95 סטגמן נ' בורק, פ"ד מט(2) 431 (1995)). לאור הבעייתיות הגדולה הטמונה בהשאתו של הילד החטוף אצל ההורה החוטף, המעוררת תחושה קשה של "חוטא היוצא נשכר", ולאור היותו של ההליך, כאמור, הליך מהיר שנועד ל"כיבוי שרפות", אין השיקול בדבר טובת הילד נשקל במובן המלא שלו וכעיקרון על עצמאי בדומה לאופן שבו נעשה הדבר בהליכי משמורת. טובת הילד תיבחן בהקשר זה תוך איזון בינה לבין שיקולים אחרים כמו הרצון להרתיע הורים מעשיית מעשים כאמור והרצון להימנע מהפרת צו חוקי שניתן על-ידי בית משפט זר, ומתוך נקודת הנחה שטובתו של ילד מצווה כי ההכרעה בנוגע לזכויותיו תיעשה במקום מגוריו הרגיל ולא תושפע ממעשה החטיפה (שם; ראו גם בג"צ 836/86 בכר נ' גייל, פ"ד מא(3) 701, 706 (1987); בג"צ 405/83 קבלי נ' קבלי, פ"ד לז(4) 705, 712 (1983) וכן עניין טורנה בעמ' 45).

11. על מנת ליצוק תוכן מעשי לשיקולים הנוגדים נקבעו באמנה מספר חריגים שבהתקיימם רשאי בית המשפט, לפי שיקול דעתו, שלא להחזיר את הילד. במסגרת החריגים נקבע, כי לא מוטלת חובה על בית המשפט להחזיר הילד אם פרק הזמן שבו שוהה הילד במדינה אליה נחטף עולה על שנה והוכח כי הילד "השתלב בסביבתו החדשה (סעיף 12 לאמנת האג); בעל זכות המשמורת הטוען להחזרתו, נמנע מלהפעיל בפועל את זכויות המשמורת בעת החטיפה או הסכים או השלים עמן בדיעבד (סעיף

13(א) לאמנת האג; ; אם קיים חשש חמור שהשבת הילד אל המקום ממנו נחטף תחשוף אותו לנזק פיסי או פסיכולוגי או תעמידו במצב בלתי נסבל (סעיף 13(ב) לאמנת האג); ; אם הילד מביע התנגדות להחזרתו, בהינתן שהגיע לגיל ולרמת בגרות שבהם ראוי כי השקפותיו יילקחו בחשבון (סעיף 13(ב) לאמנת האג); ; וכן כאשר ההחזרה אינה מותרת על פי עקרונות היסוד של המדינה אליה נחטף הילד, כאשר להגנה על זכויות האדם וחירויות יסוד (סעיף 20 לאמנת האג).

חריגים אלה, כך נראה, פורטים את עיקרון טובת הילד לפרוטות, שכל אחת מהן עוסקת בפאן אחר של העיקרון: החל מדאגה לצרכיו ההגנתיים ולשלומו של הילד, המשך בהקפדה על יציבות והמשכיות בחייו וכלה בשמירה על האוטונומיה האישית שלו ועל זכויותיו (ראו גם דו"ח הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה בנושא הקטין בהליך הפלילי (להלן: דו"ח דוטלוי) הפורס בעמ' 94-93 את הגורמים השונים שיש לשקול בקביעת טובת הילד). כל אחד מן החריגים נבחן באופן עצמאי וניתן מכוחו בלבד להחליט במקרים יוצאי דופן על הותרת הילד אצל ההורה החוטף. יחד עם זאת, משהחריגים משקפים היבטים שונים של עיקרון טובת הילד מתקיימים ביניהם יחסי גומלין וינתן משקל לעוצמתם המצטברת והיחסית. מכל מקום, לאור תכליתה המרכזית של האמנה והשיקולים השונים שנסקרו, יפורשו החריגים האמורים בצמצום, וההחלטה שלא להחזיר את הילד תתקבל אך במקרים קיצוניים שבהם עוצמת האינטרסים והצרכים של הילד גוברת על החומרה שיש לייחס לחטיפתו (עניין פלוני, פסקה 12; עניין גינזבורג בעמ' 294; עניין דו, בעמ' 347; וכן בע"מ 902/07 הנ"ל, פסקה ד(1)).

דיון

שאלה ראשונה: האם הייתה חטיפה?

12. המרכיב הראשוני לשכלול תביעה על-פי אמנת האג הוא קיומו של מעשה חטיפה. כשם שהוסבר, לטענת המבקשת לא התרחש בענייננו מעשה חטיפה היות שבעת מעברה לישראל טרם ניתן פסק דין בצרפת המחייב אותה להעביר את הבן למשיב ומכאן שלא הופרה זכותו למשמורת הבן.

דין טענה זו להידחות. שתי הערכאות דלמטה העמיקו חקור בשאלת תוקפו בצרפת של פסק הדין שניתן בבלגיה לפיו המשיב הוא בעל זכויות המשמורת של הבן בצרפת, ומצאו כי זה הוכר בצרפת מיום הינתנו. את מסקנתן ביססו בתי המשפט על כך

שמצאו כי נעשו הפעולות הדרושות לשם הוכחת תוקפו של הדין הבלגי בצרפת והדין הצרפתי בישראל. פעולות אלה כללו הוכחת תוקפן בבלגיה ובצרפת של תקנות בריסל באמצעות הגשת עותק מהפרסום הרשמי של האיחוד האירופאי, שצרפת ובלגיה חברות בו; הגשת חוות הדעת שניתנה על-ידי הרשות המרכזית בבלגיה המסתמכת על תקנות בריסל וקובעת כי החלטה (judgment) הניתנת במדינה חברה תוכר במדינות חברות אחרות מבלי שיידרש כל הליך מיוחד; ובהגשת פסק דינו של בית המשפט בצרפת, שקבע שתקנות בריסל קיבלו תוקף ברוב מדינות האיחוד האירופי לרבות בצרפת ובבלגיה. עוד הפנו בתי המשפט לסעיף 14 לאמנת האג המתיר לרשויות המדינה אליה נחטף הילד להתייחס להחלטות שיפוטיות של המדינה בה נמצא מקום מגוריו הרגיל של הילד ללא צורך בהליכים מיוחדים להוכחת אותו דין. מכוח תקנה זו למדו בתי המשפט על היעדר הצורך בהליכים מיוחדים להוכחת הדין הצרפתי או הבלגי בישראל.

לא ראיתי להתערב במסקנתם של בתי המשפט דלמטה בשאלה זו. כללי ההוכחה וההכרה המקלים הנוהגים בהליכים לפי אמנת האג נעוצים בצורך לאפשר הליך מהיר ככל הניתן על מנת לצמצם את הנזקים הפוטנציאליים בעקבות העברתו הכפויה של ילד למדינה אחרת, פגיעה ביציבות חייו והפרדתו מהוריו האחר. ההנחה הגלומה בכללים אלה היא כי קיום הליך הוכחות רגיל, שעשוי להימשך זמן רב, עלול לסכל תכלית זו ולהעצים את הפגיעה בטובתו של הילד. ואמנם, כשם שצוין, רציונאל זה מוצא את מקומו במקומות שונים באמנה, בהם מודגש הצורך בביצוע הפעולות המהירות והדחופות ביותר לשם השבת הילד למקום מגוריו הרגיל (ראו סעיפים 1(א), 2, 9, 11, 14 לאמנת האג). אמנם פטור בלא כלום אי אפשר, במיוחד כשחלק מן השאלות שעמדו על הפרק, עניינן היה בשאלת עצם קיומה של חטיפה בעת המעבר מצרפת לישראל. ברם, המבקשת לא הציגה בפני בית המשפט שלדיון ראיות לסתור את טענות המשיב המסתמכות על הדין הזר זולת הכחשה כללית וגורפת, וגם בדבריה בפני בית משפט זה לא מצאתי כי צדקה בטענתה בדבר היעדר תוקפו של פסק הדין הבלגי בצרפת בעת מעברה לישראל עם הבן. בדברים שהובאו מטעמה מתוך פסק דינו של בית המשפט בצרפת רואה המבקשת לטעמי יותר מהאמור בהם. בית המשפט הצרפתי קובע כי "החלטות (...) בקשר לאחריות של הורה מול הילד יהיו ברי אכיפה (...) אחרי שקיבלו תוקף לפי בקשת הצד המעוניין בכך". קטע זה עניינו בפעולות הנדרשות לשם אכיפת פסק הדין הבלגי, להבדיל מעצם ההכרה בו, שבה די כדי למנוע הפרה של זכות המשמורת המוכרת של המשיב באמצעות הברחת הבן לישראל (עוד על ההבחנה בין הכרה לאכיפה, ראו עמוס שפירא הכרה ואכיפה של פסקי חוץ, עיוני משפט ד 509 (1975)). ואמנם בית המשפט מצייין בסוף ניתוחו בעניין זה כי ה"החלטה של בית המשפט לערעור בריסל (...) נשארת בתוקף ותבוא לידי ביצוע בשטח צרפת" (ההדגשה

שלי-ע.א.). טענותיה של המבקשת להתקיימות סייג מן הסייגים המנויים בסעיף 23 לתקנות בריסל להכרה בפסק דין הניתן על ידי מדינה אחרת באיחוד האירופאי גם ללא הליך מיוחד, נטענו לפנינו בלא פירוט וממילא נבחנו הסייגים על-ידי בית המשפט בצרפת. הליך מכוח אמנת האג המתקיים בישראל אינו הליך מתאים לערעור על האופן בו פירש בית המשפט הצרפתי את תקנות בריסל ולפיכך לא מצאתי להתערב בקביעתו בעניין זה. גם בטענותיה האחרות של המתלוננת בפנינו לא מצאתי כי נסתרה מסקנותיהם של בתי המשפט דלמטה, הן בדבר הוכחת הדין הבלגי בצרפת, הן בדבר הוכחת הדין הצרפתי בישראל.

שאלה שנייה: האם יש להשיב את הבן לבלגיה?

13. המבקשת יוצאת נגד החלטתו של בית המשפט המחוזי, אשר קבע כי מקום מגוריו הרגיל של הבן הוא בלגיה וטוענת כי זכות המשמורת של המשיב אשר הופרה, אם הופרה, היא זכות זו שהייתה לו בצרפת. אשר על-כן, טוענת המבקשת, במידה וייקבע שהיה מקום להחזרתו של הבן מכוח אמנת האג, יש להשיבו אל המקום ממנו נחטף, מקום מגוריו הרגיל, שהוא, כשם שקבע בית המשפט לענייני משפחה, צרפת.

יצוין כבר עתה כי אמנת האג נמנעת מלקבוע באופן מפורש כי הילד החטוף יושב למקום מגוריו הרגיל או למקום ממנו הוא נחטף ומסתפקת בעמידה על הצורך בהחזרתו מן המקום אליו הורחק (ראו למשל סעיפים 1(א), 3, 12 לאמנת האג). מקום מגוריו הרגיל של הילד מוזכר בהקשרים אחרים, ובכלל זה מוזכר הוא כמקום שעל פיו דינו ייבחנו זכויות המשמורת של ההורה האחר (סעיף 3 לאמנת האג); המקום שהיותו במדינה שהיא צד לאמנה יביא לתחולת האמנה (סעיף 4 לאמנת האג); המקום שגם אל הרשות המרכזית הפועלת בו, כמו גם לרשויות במדינות אחרות, ניתן לפנות בבקשה לסייע בהחזרתו של הילד (סעיף 8 לאמנת האג); והמקום שניתן להתייחס אל דינו ואל החלטות שיפוטיות שניתנו בו במדינה אליה נחטף הילד ללא הליכים מיוחדים (סעיף 14 לאמנת האג).

14. לא ראיתי להכריע בשאלת מקום מגוריו הרגיל של הבן משלא מצאתי כי הכרעה זו נחוצה לשם קביעת זהות המדינה שאליה יש להחזירו. אכן, אחת ממטרותיה של אמנת האג היא החזרתו של הילד למקום מגוריו הרגיל על מנת למנוע את טלטולו ממקום למקום, להשיבו אל מציאות חייו המוכרת ולחתור ליציבות. החזרת הילד אל מקום שלישי, השונה מן המקום בו חי עובר לחטיפה, עשויה שלא להגשים תכליות אלה במלואן שכן לוקה היא בכמה מן הפגמים שהשבתו המיידית של הילד אל מקום

מגוריו הרגיל נועדה למנוע. ואמנם, במרבית המקרים מוטב להשיב את הילד לאותו מקום ממנו נחטף המהווה בדרך כלל את מקום מגוריו המוכר והרגיל.

עם זאת, על הדברים יש להשקיף מנקודת מבט רחבה ותוך בחינת החלופות. במצבים מעין אלה, השבת הבן אל מקום מגוריו הרגיל אינה אפשרות מעשית ועל המאזניים ניצבות אך החלופה של הותרת הבן במקום חטיפתו, וזו של החזרתו אל מקום מגורי ההורה האחר. במקרים רבים, וכך גם בענייננו, מקום מגוריו של ההורה האחר הוא מקום המוכר לילד לאור הסדרי הראיה הנוהגים בין ההורים, או בשל קיומה של משמורת משותפת, ומכאן שהנוק הפוטנציאלי עקב העברתו אל הורה זה אינו כה גדול. מעבר לכך, במקרים כדוגמת זה שלפנינו, שבהם בוצעה החטיפה לאחר קביעה שיפוטית שיש להעביר משמורתו של הילד לידי ההורה האחר, אמור היה הילד לעבור ממילא אל המקום אליו מתבקשת החזרתו במסגרת ההליך מכוח אמנת האג. מקום זה שבו מצוי ההורה האחר, נבדק זה מכבר בהליך העיקרי ונמצא כמגשים את טובת הילד, אף יותר מן המקום ממנו הוא נחטף.

בנוסף, ובנוגע לענייננו, אם נגזור מטענת המבקשת לפיה מקום מגוריו הרגיל, של הבן הוא צרפת, כי יש להשיב את הבן לשם, יביא הדבר להתארכות מיותרת של החזרתו של הבן אל המשיב באופן שיהיה בו כדי לסכל את תכליתה של אמנת האג. ודוק: החזרת הבן לצרפת לא תביא לתום הפרשה, שכן הדין הצרפתי הכיר, כשם שנקבע, בתוקפו של פסק הדין הבלגי מיום הינתנו והורה על אכיפתו בצרפת במסגרת פסק הדין מיום 7.3.06. עם הגעת הילד לצרפת ייאכף איפוא פסק הדין שניתן בבלגיה והבן יועבר אל המשיב שם, ומה הואילו חכמים בתקנתם? ואמנם, פרופ' אליז פרז ורה שכינה כרפורטרית מוסמכת של אמנת האג מציינת בדו"ח הפרשני שכתבה לאמנת האג כי את שתיקת האמנה בנוגע למקום אליו יש להחזיר את הילד יש לראות כמתירה למדינה אליה הוא נחטף להשיב את הילד ישירות להורה האחר, בלא קשר למקום שבו הוא נמצא (ראו סעיף 110 Perez-Vera Report). מכל האמור מצאתי כי אין מניעה להחזרת הבן למשיב בבלגיה.

שאלה שלישית: חוות הדעת בענייננו של הבן

(1) חריג רצון הילד-כללי

15. כאמור, סעיף 13(ב) מתיר לבית המשפט של המדינה אליה נחטף הילד לשקול את אי החזרתו אל המקום ממנו נחטף במקרה שבו מביע הילד התנגדות לכך, כל זאת

במידה וגילו ורמת בגרותו של הילד מצדיקים כי השקפותיו יילקחו בחשבון. חריג זה, אותו ניתן לבחון באופן עצמאי וללא תלות בחריגים האחרים, מבטא תפיסה שמצאה את ביטויה גם באמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד (כתבי אמנה 31, 1038); וכן בדו"ח רוטלוי (עמ' 93). תפיסה זו רואה בילד אדם בעל אוטונומיה אישית ובעל זכויות, המצדיקים התחשבות ברצונו, תחושותיו, רגשותיו ועמדתו בנוגע לשאלות שיש בהן כדי להשפיע על עתידו, גורלו וחיי, אף מעבר למידת הגשמתם את האינטרסים והצרכים ההגנתיים שלו (לעיון נוסף, ראו והשוו גם חוות דעתו של הנשיא שמגר בע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221 (1995), שדן בשאלת המשמורת הרוחנית של הילד וקבע כי על בית המשפט לחתור להגשמת "זכויות הילד", הן זכויות הפרט הניתנת לכל בגיר, הן זכויות הנובעות מן הקשר המשפחתי ומהיותו קטין. ההכרה בזכויות הילד מחזקת, לפי הנשיא שמגר, את מעמדו של הילד בסכסוכים המשפחתיים ורואה בו אדם בעל אינטרסים עצמאיים מאלו של הוריו, גם אם היקף זכויותיו מצומצם מזה של הוריו).

16. תנאי החריג ונקודת המוצא להפעלתו נותחו בהרחבה בפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה בעניין פלוני ונקבעו בו אמות המידה המנחות באשר להחלתו: ראשית, וכשאר חריגי האמנה, יש לפרש גם את חריג רצון הילד באופן מצומצם למען לא יהפוך החריג לכלל ותסוכל תכלית האמנה. שנית, מוטל על הטוען להתקיימות תנאי החריג נטל הוכחה כבד. במסגרת זו עליו להוכיח כי גילו של הילד ורמת הבגרות שלו מצדיקים התחשבות בעמדתו; כי הילד גיבש רצון עצמאי שלא לחזור למקום היחספו, שאינו תלוי ברצון ההורה החוטף; וכי עוצמת הרצון הינה משמעותית והיא מונעת משיקולים כבדי משקל ויציבים. שלישית, אף בהתקיים תנאי החריג, נתון לבית המשפט שיקול דעת רחב במסגרתו ייבחנו מכלול הנסיבות, התוצאות וההשפעות של ההחלטה להשאיר את הילד במקום אליו הועבר, ועל בסיסם תינתן החלטתו.

פרשנות זו של חריג רצון הילד מותירה אם-כן אך פתח צר להשארת הילד אצל ההורה החוטף מכוח אותו חריג ומגבילה אותו למצב שבו הקשיים הנובעים מעקירת הילד מארצו, הרחקתו מהורהו האחר, הפרדתו מן המסגרת הלימודית והחברתית המלווה אותו וניתוקו ממצאיות חיייו היציבה והמוכרת נסוגים מפני רצונו החד הברור והעצמאי שלא להיות מוחזר. אף במקרה שכזה ייבחן רצון זה על רקע ההשלכות הכרוכות בהותרת ילד אצל מי שהרחיקו באופן חד צדדי למדינה אחרת, במונחים של הרתעה, כיבוד החוק ואכיפתו, כיבוד ההחלטות השיפוטיות שניתנו במדינות אחרות המהוות צד לאמנה, ושמירה על אחדותה הפרשנית בין המדינות השונות. ויודגש, אף כי רצון הילד אינו שיקול יחיד בקביעת טובתו (ע"א 10480/05 פלוני נ' פלוני (לא

פורסם, 5.12.05), פסקה 7), יש בו בודאי, במידה ובית המשפט מתרשם כי מדובר ברצון מנומק ומבוסס, כדי לספק אינדיקציה רבת משמעות לטובתו שראוי שתיבחן הן באופן עצמאי, הן ביחס לשאר החריגים המנויים באמנת האג, אשר כשם שהוסבר מבטאים היבטים שונים של עיקרון העל בדבר טובת הילד.

(2) עמידה על רצונו האמיתי של הילד - השימוש בחוות דעת מומחה

17. תכליתה של אמנת האג וההשלכות הקשות הנודעות להותרת ילד אצל מי שהרחיקו מסביבת חייו הרגילה באופן בלתי חוקי, הן עבור הילד, הן עבור ההורה האחר, הן לאור המסר העלול להשתקף מהחלטה מעין זו, מחייבות בחינה מקצועית, דקדקנית ומקיפה לשם איתור רצונו האמיתי של הילד ועוצמתו, איתור מניעיו ובחינת תוקפו, קודם שבית המשפט חורץ דין. עוד יש לתת את הדעת להתקיימותם של החריגים האחרים ושל אספקטים נוספים שיש בהם כדי להשפיע על טובת הילד, ולהעריך את רצונו של הילד גם ביחס אליהם. להחלטה להשאיר את הילד אצל ההורה החוטף עלולות להיות השלכות התורגות מהיותו של ההליך מכוח אמנת האג הליך ביניים שנועד לטפל בבעיה הנקודתית של החטיפה, במיוחד ככל שעובר זמן רב יותר עד להחלטה בתיק המשמורת העיקרי במדינת האם, והילד עודנו במדינה אליה הוברח. במקרים שבהם הורחק הילד למדינה אחרת לאחר מתן פסק דין בשאלת המשמורת במדינת האם, כמקרה שלפנינו, גדלה ומתעצמת רגישות ההחלטה אף יותר, שכן ההליכים בשאלת המשמורת מוצו במדינת האם, ומשמעותה המעשית של ההחלטה עלולה להיות לעיתים השארתו הקבועה של הילד באותה המדינה. מדובר איפוא בהכרעה שלא ניתן להגזים בחשיבותה ושעניינה בנימים הרגישים ביותר של דיני הנפשות.

18. לאור כל האמור, נדרש בית המשפט להשתית את החלטתו על מסד נתונים, תשתית עובדתית וביסוס תיאורטי ואמפירי רחבים ככל הניתן. לצורך כך, יש לפנות לעזרתם של מומחים בתחום הרלוונטי, שייפגשו עם הצדדים, יערכו ראיונות ומבדקים, יעמדו על מאפייניהם ודפוסיהם על בסיס ניסיונם והכתיבה התיאורטית בנושא, יאספו, ינתחו ויעבדו את הנתונים ועל יסוד כל אלה, יתוו את דעתם המקצועית באשר לרצונו של הילד ובאשר להיבטים האחרים הקשורים בילד והמשפיעים על טובתו, ובכלל זה אלו הקשורים בחריגים האחרים המנויים באמנה (ראו למשל בג"ץ 5227/97 דויד נ' בית-הדין הרבני הגדול פ"ד נה(1) 462, 453 (1998) (להלן: עניין דוד); בע"מ 9358/04 פלונית נ' פלוני (לא פורסם, 2.5.05), פסקה 10; וכן ראו דבריי בבע"מ 27/06 פלוני נ' פלונית (לא פורסם, 1.5.06) פסקה 14-16 לפסק הדין). ככלל, בהיעדר טעמים כבדי

משקל שיש בהם כדי להצדיק חריגה מהמלצות המומחים אותם מינה בית המשפט, שהם בעלי הניסיון, הידע והמומחיות בשאלה של הפרק, תאומץ חוות הדעת על ידי בית המשפט והוא ינהג על פיה (ראו למשל בע"מ 9358/04 הנ"ל, פסקה 10; עניין דויד בעמ' 463). עם זאת, כשם שציינתי בבע"מ 27/06 הנ"ל (הגם שאותו עניין עסק בהגירת קטינים לארץ אחרת שלא בדרך של חטיפה):

"ההכרעה השיפוטית מתחת ידו של השופט היא יוצאת, לא מתחת ידו של המומחה המקצועי(...) אין בית המשפט משמש "חותמת גומי" לעמדת המומחה המקצועי, אין הוא רואה בה עובדה מוגמרת אלא המלצה אשר ככלל יש ליתן לה משקל רב ביותר, אך לא מכריע. האחריות בקבלת ההכרעה מוטלת אפוא כולה על כתפי בית המשפט ואין הוא חולק בנטל האחריות עם כל מומחה (...) משהונחה בפני בית המשפט חוות דעת מומחה (...) אין בית המשפט פטור מהפעלת שיקול דעת שיפוטי עצמאי בגיבוש הכרעתו(...) תוך שהוא נעזר בחוות דעת הגורמים המקצועיים שמונו על ידי בית המשפט, בראיות נוספות אשר הובאו בפניו ואשר את המשקל שיש ליתן להן הוא בוחן, באמות המידה שהתווה המחוקק, בפסיקת בתי המשפט, ואולי יותר מכל - תוך שהוא מדריך עצמו בניסיון החיים, בשכל ישר, ברגישות ובהבנה למצבו המורכב של כל אחד מן המעורבים בעניינים אלה".

על בסיס מושכלות יסוד אלה ייבחנו חוות הדעת שניתנו בעניין רצונו של הבן בענייננו.

(3) חוות הדעת שניתנו בעניינו של הבן

19. שלוש חוות דעת ניתנו בעניינו של הבן. שתי חוות הדעת הראשונות נכתבו על-ידי מכון Le Gres והשלישית ניתנה לבקשת בית המשפט לענייני משפחה על-ידי ד"ר דניאל גוטליב ממכון שינוי. חוות הדעת הראשונה שניתנה כשהבן היה כבן שלוש, הורתה כי משמורת הבן תהיה משותפת באופן שהמשמורת הפיסית תהיה בידי המבקשת לצד קביעת הסדרי ביקור בין המשיב לבין הבן. בחוות הדעת השנייה שניתנה על-ידי המכון בחלוף קרוב לשלוש שנים, לאחר שמומחי המכון נפגשו מספר פעמים עם הבן ועם הוריו, נקבע כי בעוד שהמשיב מקדיש תשומת לב רבה לסבלו של הבן, להתקדמותו ולנסיגותיו וכן למאמציו להתמודד עם המצב הקיים, מטילה המבקשת את האחריות לכל קשייו של הבן על המשיב, היא חותרת לכך שהבן ינהג ויפעל לפי רצונה ונוטה להציג עובדות באופן דמיוני ומסולף. לאור ממצאים אלה המליצו מומחי המכון על העברת המשמורת הראשית לידי ה"הורה שכן מקבל את הקיום של השני" לצד

הרחבת משך השהייה של הבן אצל ההורה השני בתקופת החופשות. בית המשפט לערעורים בבלגיה אימץ את ההמלצה, קיבל את הערעור והורה כי מקום המגורים העיקרי של הבן יהיה אצל המשיב בבלגיה לצד קביעת הסדרי ביקור עם המבקשת. במסגרת חוות הדעת השלישית, שניתנה בעת שהבן היה כבן 8, ואשר בניגוד לשתיים הקודמות ניתנה במסגרת ההליך מכוח אמנת האג, התבקש ד"ר דניאל גוטליב להשיב על מספר שאלות שעניינן יחסו של הבן אל אפשרות החזרתו אל המשיב. ד"ר גוטליב מצא, כי על אף שבאופן עקרוני, ראוי להביא בחשבון את השקפותיו של הבן, לאור גילו ורמת בגרותו, ולמרות שהוא הביע התנגדות נחרצת לאפשרות החזרתו למשיב בבלגיה, נימוקי התנגדותו ודרך התנהלות המפגש עם המשיב מעלים שאין לשלול את האפשרות שעמדתו בסוגיה מושפעת מעמדת המבקשת ומחששו של הבן שלא להתאים את עמדתו לעמדתה. לאור חוות דעת זו החליט בית המשפט לענייני משפחה ואחריו, בית המשפט המחוזי, להורות על החזרת הבן לידי המשיב.

(4) התיאוריה שמאחורי חוות הדעת

20. חוות דעתם של מומחי מכון Le Gres נימקה את ההמלצה להעביר את הילד למשמורתו של המשיב לאור עמדתם כי המבקשת מתעלמת מקיומו של המשיב ולא משאירה לו מקום בחייו של הילד. ד"ר גוטליב הצביע כאמור בחוות דעתו על עמדתה הנחרצת של המבקשת שלא לחזור לבלגיה והביע חשש כי חרף עמדת הבן נגד החזרתו למשיב, לא ניתן לשלול את האפשרות כי עמדתו מושפעת מעמדת המבקשת.

21. עמדת המומחים הבלגים, שאושרה על-ידי ד"ר גוטליב, אף שזה האחרון לא צעד את הצעד הנוסף והביע עמדתו בשאלת המשמורת, משלא נתבקש, משקפת את האמונה כי התנכרותו של ילד כלפי ההורה שאינו משמורן שעלולה להתבטא במקרים מסוימים בעיסוק אינטנסיבי בגינויו ובהטחת האשמות כלפיו; בדחייה בוטה של כל ניסיון התקרבות מצד אותו הורה; ומן הצד השני- בהתייחסות חיובית כלפי כל דבר הקשור בהורה המשמורן, אינה תמיד מקרית. ניכור שכזה עלול להיות תוצאה של הפעלת אמצעים פסיכולוגיים שונים מצד ההורה המשמורן, המביאים לא פעם לניתוק הילד מן ההורה האחר מן הצד האחד, ולפיתוח תלות בהורה המשמורן מן הצד האחר. מלומדים שונים סוברים כי הפתרון לפעולות אלה מצד ההורה המשמורן נעוץ במקרים קשים בהפרדה בין ההורה "המזיק" לבין הילד, ובהעברתו לידי ההורה האחר, לפעמים לאחר תקופה של שהות אצל גורם שלישי. (על תסמונת זו, המכונה תסמונת הניכור ההורי" *Richard.A. Gardner The Parental Alienation Syndrome*), ראו *(Parental Alienation Syndrome)*, זאב ברגמן ואליעזר ויצטום "חטיפת ילד בידי הורה *Syndrome* (2<sup>nd</sup> edition. 1998).



נראה כי האמור בו נכון גם להקשרים האחרים. הכותבת מתארת כיצד היעדר הקול, אותו היא מדגימה באמצעות מקרה שבו הובאה לבית המשפט כראיה קלטת וידאו נטולת פס קול, נתפס בהקשר הפמיניסטי כמשל להתעלמות מצרכים ועל כן כפגיעה בעקרונות של צדק). על אף שניתן לפעמים ללמוד על תחושות, כוונות ונטיות גם ללא הבנת השפה, ותוך התמקדות בצורה שבה הדברים נאמרים, באינטונאציה ובשפת הגוף, סבורה אני כי הגם ש"טוב מראה עיניים ממשמע אוזניים" יש לתת את הדעת גם לזה האחרון. לאור האמור, ובשל רגישותה הרבה של המטריה שעל הפרק, יש לדעתי לאפשר בחינה מעמיקה מחודשת ועדכנית של האינטראקציה בין הבן לבין המשיב תוך בחינה של הדברים הנאמרים במסגרתה על-ידי מי שדובר את שפתם של השניים.

24. זאת ועוד. חוות הדעת שניתנה על-ידי ד"ר גוטליב הוגבלה מראש לשאלות קונקרטיות שאותן התבקש המומחה לבדוק. שאלות אלה עסקו בעיקרן בבחינת רצונו של הבן ובמידת תוקפו של רצון זה, הן לאור בגרותו וגילו של הבן, שעמד כאמור על 8 בעת מתן חוות הדעת, הן לאור מידת העצמאות של שיקול דעתו. אף כי במסגרת ההליך מכוח אמנת האג אין נבחנות שאלות שעניינן טובת הילד באופן רחב, כשם שהדבר נעשה בעניינים של משמורת, סבורה אני, במיוחד לאור השלכותיה הקשות של כל החלטה שתינתן בענייננו, כי יש מקום לבחון השאלה מנקודת מבט מעט רחבה יותר, אשר תבחן את השיקולים השונים לגבי טובת הילד בכללותו ולא רק את השאלה הצרה יותר של רצונו. לדעתי, בחינת האספקטים האחרים של טובת הילד, יהיה בה גם כדי לסייע בבחינת רצונו האמיתי של הבן ומידת ההשפעה של המבקשת על רצונו זה. עם זאת, וכשם שהוסבר, בבחינת טובת הילד יש להתמקד באותם החריגים המצוינים באמנת האג, אשר כשם שצוין, מבטאים רכיבים שונים של שאלה זו, ובעיקר בשאלת השתלבותו בישראל על רקע 18 החודשים שחלפו מאז מתגורר הבן בישראל ביחד עם המבקשת.

בעניין זה ייאמר עוד כי הבן בילה את מרבית שנות ילדותו והתבגרותו במשמורת עיקרית אצל המבקשת. אמנם, בשנים בהן גרה המבקשת בבלגיה הרבה הבן לפגוש את המשיב וגם בעת שגר בצרפת פגש אותו בתדירות גבוהה באופן יחסי, ואולם עד היום מעולם לא חי הבן במשמורת עיקרית אצל המשיב. על רקע זה, וחרף היותו של הליך זה הליך שנועד "לכבות שריפות" סבורה אני כי בטרם יועבר הבן לחזקת המשיב, אל ארץ ממנה התנתק לפני כשלוש שנים וחצי, עם מעברו לצרפת, ייתן המומחה דעתו גם להשפעת מעברו החד והפתאומי לחזקת המשיב על הבן, שלא התגורר עם אביו מגורים של קבע מאז גיל 3. ויוסף, כבית המשפט המחוזי אף אני סבורה כי ניתן היה לתקן את הפגם שנפל בתצהיר שהגיש המשיב במסגרת תביעתו, לראות את התביעה

שהגיש ככזו שהוגשה בטרם חלוף שנה ממועד החטיפה ולא לבחון את שאלת השתלבותו של הבן במקום אליו נחטף. עם זאת, טובתו של הבן היא אשר צריכה לעמוד במרכז הדיון, ובחלוף כ-19 חודשים שבהן נמצא הבן בישראל, וכמעט שנתיים נוספות בהן שהה הבן עם אמו בצרפת, סבורה אני כי הגם שאין לזקוף את חלוף הזמן הארוך לחובתו של המשיב, יש לבחון את השפעתו האפשרית של ניתוק הבן ממקום מגוריו בשלישית, ולשקלה לצד השיקולים האחרים הקשורים באמנה, ובעיקר התכלית המרכזית בדבר החזרה מהירה של ילד חטוף.

25. לבסוף, וכשם שהוסבר, העמדה החוזרת שהביע הבן נגד החזרתו, והקביעה כי לאור בגרותו ראוי כי דבריו יילקחו בחשבון, וכן דבריו של ד"ר גוטליב כי "לא ניתן לשלול את האפשרות כי עמדתו של הילד מושפעת מעמדתה של האם" מבלי לקבוע עמדה חדה בעניין, וכי לא ניתן להגיע למסקנה כי מדובר, בין השאר, בהשקפות ברורות ואחידות, מצדיקים לדעתי בחינה נוספת של רצונותיו, הנמקותיהם והתנהגותו, על מנת להבטיח כי בהחלטה שתתקבל בעניינו אכן יהיה כדי להגשים את טובתו.

שאלה רביעית: אי שמיעת הבן בבית המשפט בישראל

26. הערכאות דלמטה מצאו כי לא נדרשה שמיעתו של הבן בהליך זה "לאור בדיקת רצון הקטין וטובתו באופן מורחב על-ידי כל המומחים". לפי קביעת בית המשפט המחוזי, שמיעת בית המשפט את הבן לא הייתה מועילה לצורך הסקת מסקנות בדבר התנגדותו של הבן להחזרתו לבלגיה.

סבורה אני כי שגה בית המשפט בקביעתו זו וכי ראוי היה בנסיבות כפי שפורטו, שהבן היה מובא לאמירת דברו בבית המשפט באופן בלתי אמצעי. בית משפט זה קבע לא אחת כי בכפוף להיותו של הקטין בוגר דיו לשם כך, יש מקום לשמוע את דעתו בשאלות הנוגעות לחייו ולגורלו, ולתת להן משקל (ראו למשל חוות דעתו של השופט רובינשטיין בעניין פלוני; ע"א 740/87 פלונית נ' אלמוני, פ"ד מג(1) 661, 667-666; וכן דבריי בבע"מ 27/06 הנ"ל). עמדה זו אף עולה בקנה אחד עם האמור בסעיף 12 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד המקנה לילד זכות להישמע ולהביע את דעתו:

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

גם ועדת רוטלוי המליצה על שמיעה של הקטין בפני השופט הדין בעניינו, באופן מותאם ככל שניתן לצרכיו ולרצונותיו האישיים ובכפוף לגילו, לכשירותו ולנזק הפוטנציאלי הטמון במימוש זכותו להישמע (עמ' 85, 89, 99). עוד זכתה עמדה זו לעיגון בתקנה 295 ט(ה) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, שעניינה החזרת ילדים חטופים ולפיה-

"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"

ואמנם, כשם שצינתי 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.

27. כשם שהוסבר, הבן בעניינו הביע את דעתו נגד החזרתו לבלגיה, עליה חזר מספר פעמים בעת פגישתו עם ד"ר גוטליב. המומחה לא שלל את האפשרות שעמדה זו מושפעת מעמדת המבקשת ומחששו שלא להתאים את עמדתו לעמדתה וציין כי על אף שראוי להביא בחשבון את עמדתו, לא ניתן לומר שהשקפותיו היו "ברורות, עקביות, הגיוניות, בוגרות ועצמאיות". חרף כך, ציין המומחה כי הבן מזדהה עם המבקשת, כי עמדתו נובעת גם מכך "שככה גדל במשך השנים", כי הוא מעורה מאוד בכל הנעשה סביבו, כי הוא מודע למצבו וכי קיימת אצלו דעה. במצב דברים זה, שאינו מעלה תמונה ברורה ובהירה באשר לרצונו האמיתי של הבן, סבורה אני כי קיימת חשיבות להתרשמותו הישירה והבלתי אמצעית של בית המשפט למען יעמוד על מידת האותנטיות של סירובו לשוב לבלגיה ועל עמדתו ביחס למשיב וביחס למבקשת. אכן, המבקש הינו ילד צעיר, בן 8 שנים וחצי ותו לא, ועם זאת משנקבע כי יש להביא את

עמדותיו ורצונו בחשבון השיקולים בשאלת החזרתו, סבורה אני, כי בהיעדר טעמים הקשורים בשלומו הנפשי והרגשי, יש לאפשר את שמיעת עמדתו בפני בית המשפט.

107 דבר

28. אשר על-כן, אם תתקבל עמדתי, סבורה אני כי במסגרת חוות הדעת הנוספת שתינתן בענייניו תיקבע גם מידת כשירותו של הבן להופיע בפני בית המשפט לרבות אפשרות היגרמותו של נזק בעקבות הופעה כאמור. במידה וייקבע על-ידי המומחה כי הופעת הבן בפני בית המשפט אפשרית היא ולא תסב לו נזק, יוחזר התיק לבית המשפט המחוזי לשמיעת הבן ועל בסיס שמיעה זו וחוות הדעת נוספת יכריע בשאלה שעל הפרק. במידה וייקבע כי עדותו של הבן אינה רצויה ועלולה להסב לו נזק, יוכרע התיק אך על בסיס חוות הדעת החדשה שתינתן. לאור קוצר הזמן ותחילתה של שנת הלימודים שבפתח, תוגש חוות הדעת בענייניו של הבן בתוך חודש ימים והדיון בבית המשפט המחוזי בשאלה זו יתקיים בהקדם האפשרי לאחר מכן.

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

לא בלי היסוס אני מצטרף לתוצאה אליה הגיעה חברתי, בדבר השלמת ההליך בדרך של קבלת חוות-דעת נוספת, ובמידת הצורך שמיעתו של הילד בבית המשפט.

אין מחלוקת כי המבקשת נהגה שלא כדין כאשר הפרה את הוראות בית-המשפט בבלגיה, בדרגת הערעור, בדבר מגורי בנה של המבקשת יחד עם אביו בבלגיה. המבקשת לא נהגה כדין גם כשעזבה את צרפת ועברה להתגורר עם בנה בישראל, אף כי, יש לציין, היא התייצבה בצרפת יחד עם בנה לצורך הדיון בבית-המשפט שם. עם זאת, לא ניתן לשלול את השיקולים הנוטים לכיוון בירור מלא של הסיטואציה שנוצרה.

כאמור, אני מצטרף אל התוצאה אליה הגיעה חברתי, והייתי מבקש להדגיש כי יש להשלים את ההליכים בבית-המשפט המחוזי מוקדם ככל האפשר, על-מנת שאם יקבע מחדש על-ידי בית-המשפט כי יש לגרום לשובו של בנם של המבקשת והמשיב לבלגיה, ייעשה הדבר מיד לאחר שיינתן פסק-הדין.

המשנה-לנשיאה

השופט י' אלון:

1. משנמצא לנו כי המבקשת חטפה את הקטין, כמובן הדברים בסעיף 3 לאמנת האג – ועל כך אין חולק – ומשלא עמדה המבקשת בנטלי הראיה המוגדרים המוטלים עליה להוכחת טענותיה בדבר התקיימות החריגים לאמנה, נאלץ אני לחלוק על עמדת חבריי.

”תכליתה של האמנה הינה בראש וראשונה להבטיח את החזרתם המיידית של ילדים שהורחקו שלא כדין אל מדינה אחרת ולהבטיח כי זכויות המשמורת והביקור שהוקנו להורה על פי דין במדינה המתקשרת באמנה יכובדו ביעילות כשאר 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” (בע”מ 672/06 פלונית נ’ פלוני, 15.5.06, טרם פורסם).

בית המשפט לענייני משפחה ובית המשפט המחוזי מצאו כי לא הוכח לעניין זה החריג הקבוע בסעיף 13(ב) רישא לאמנה בדבר ”חשש חמור שהחזרתו של הילד תחשוף אותו לנזק פיזי או פסיכולוגי או תעמיד את הילד במצב בלתי נסבל”. לא מצאתי מקום להתערבותנו במסקנה זו. כך, לטעמי, גם לעניין חריג רצון הילד שבסעיף 13(ב) סיפא לאמנה.

לעניין חריג זה נקבע בבע”מ 672/06 הנ”ל, כי הוא יתפרש בצמצום יתר, באופן שיחול במצבים חריגים וקיצוניים בלבד המצדיקים סטייה ממטרות ותכליות היסוד של האמנה.

2. מקרה דומה לענייננו נדון זה לא מכבר בבע”מ 902/07 (26.4.07, טרם פורסם). בדעת הרוב שבאותו העניין עמדנו על הזהירות הרבה בה יש להתייחס להבעת רצונו של קטין בן עשר שלא להיות מוחזר להורה המשמורן מההורה המחזיק בו בניגוד

לאמנה. דברים שאמרנו שם נראים לי ראויים ונכונים גם לעניין הקטין דנן בן השמונה, ולא אשוב ואפרט.

מסכים אני גם עם המפורט בפסקי הדין קמא לעניין אי התקיימות חריג "רצון הילד" בעניין דנן.

יש לציין, כי ההליך המתנהל על פי אמנת האג שונה במהותו מהליכי משמורת "תוך מדינתיים", וכדברים שנאמרו בבע"מ 902/07 הנ"ל:

"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 ...

תכלית ומסגרת יחודיים 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 הינו כי הפורום שבו תיבחן סוגיה זו של טובת הילד הינו במדינת מגוריו הקבועה בטרם נחטף".

משנמצא כי הקטין אכן נחטף, ומשנקבע כי לא הוכח חריג מהחריגים שבאמנה, מצווה בית המשפט להורות על השבת הקטין להורה ממנו נחטף.

לאור זאת, ואילו דעתי היתה נשמעת, הייתי מציע לחברי למותב כי נדחה את הערעור ונותיר את פסק הדין קמא על מכונו.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ארבל כנגד דעתו החולקת של השופט אלון.

ניתן היום כ"ג באב תשס"ז (7.8.07).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה



