

בבית המשפט העליון

בע"מ 1855/08

בפני: כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופטת ע' ארבל
כבוד השופט ס' גיבראן

המבקשת: פלונית

נגד

המשיב: פלוני

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
בבאר שבע מיום 20.2.08 בתיק ע"מ 104/08 שניתן על-ידי
כבוד סגן הנשיא נ' הנדל והשופטים צ' צפת וא' ביתן

תאריך הישיבה: ו' באדר ב' התשס"ח (13.03.08)

בשם המבקשת: עו"ד ת' פיינברג, עו"ד י' לנגה, עו"ד ש' מנטש

בשם המשיב: עו"ד א' פרידמן

פסק-דין

השופטת א' פרוקצ'יה:

1. זוהי בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' סגן הנשיא הנדל, וכב' השופטים צפת וביתן) מיום 20.2.08, אשר על-פיו הוחלט ברוב דעות כי יש להחזיר את הקטין, בנם של המבקשת והמשיב, לאביו בבלגיה, במסגרת חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים) התשנ"א-1991 (להלן - חוק אמנת האג).

2. במסגרת הדיון בפנינו, ניתנה בהסכמת בעלי הדין רשות ערעור, ולפיכך ההליך נדון בפנינו כערעור לגופו.

3. השתלשלות האירועים וההליכים בתיק זה הינה ארוכה ומורכבת, והגיעה עתה לתחנתה האחרונה. נפרט בקצרה את הרקע ואת השתלשלות הדברים עד לשלב הנוכחי.

השתלשלות ההליכים מחוץ לישראל

4. המבקשת (להלן גם - "האם") הינה יהודיה, אזרחית ישראלית, המתגוררת כיום ביישוב אופקים. המשיב (להלן גם - "האב") הינו נוצרי, אזרח בלגי, המתגורר בבריסל. הצדדים נישאו בצרפת בשנת 1998, וביוני 2002 הגישה המבקשת תביעת גירושין נגד המשיב בבית משפט בבלגיה. ב-14.10.04 נרשמו בני הזוג כגרושים. בנם הקטין של בני הזוג נולד ביום 18.1.99 בבלגיה.

ביום 30.7.02 נתן בית משפט בבלגיה החלטה לפיה הקטין יוחזק במשמורת האם. בהחלטה נוספת ומאוחרת יותר בבית משפט בבלגיה מיום 23.1.04, ניתנה רשות לאם לעבור להתגורר עם הקטין בצרפת, ובמקביל נקבעו הסדרי ביקור בין האב, שהמשיך להתגורר בבלגיה, לבין הקטין, שאמור היה להתגורר עם אמו בצרפת. במרץ 2004 עברה האם להתגורר בצרפת עם בנה.

ביום 22.11.05 ניתן פסק דין בבית משפט לערעורים בבלגיה לפיו, החל ביום 3.1.06, מקום מגוריו העיקרי של הקטין יהיה אצל אביו בבלגיה. פסק דין זה קבע הסדר מפגשים בין האם לבין הקטין. כן נקבע הסדר מזונות לקטין, וכל צד נצטווה להודיע לזולתו מראש על כוונתו לנסוע עם הקטין מחוץ לצרפת או לבלגיה.

ביום 21.12.05 הגישה האם תביעת משמורת על הקטין בבית משפט בצרפת.

ביום 4.1.06 הגיעה האם עם הקטין לישראל, בלא הסכמת האב.

ביום 7.2.06 התקיים בבית משפט בצרפת דיון בתביעת האם למשמורת. האם והקטין הגיעו במיוחד לצרפת לצורך דיון זה, ונכחו בו. בתום הדיון חזרו לישראל, ומאז הם שוהים כאן כל העת.

ביום 7.3.06 פסק בית המשפט בצרפת כי יש לדחות את תביעת האם למשמורת, וכי פסק הדין שניתן בבית המשפט לערעורים בבלגיה הינו בר-תוקף ובר-אכיפה בצרפת.

השתלשלות ההליכים בישראל

הליך ראשון: בית המשפט לענייני משפחה (תמ"ש 3450/07)

5. ביום 18.12.06 הגיש האב את תביעתו בישראל להחזרת הקטין למשמורתו בבלגיה, וזאת בהסתמך על חוק אמנת האג.

6. ביום 25.4.07 ניתן פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה בבאר שבע (כב' השופט אסולין), אשר קיבל את תביעת האב והורה על העברת הקטין לאביו בבלגיה. בפסק דינו, קבע בית המשפט לענייני משפחה כי הופרו זכויות המשמורת של האב כפי שאלה הוגדרו על-ידי בתי המשפט בבלגיה ובצרפת, בסמוך לפני הרחקת הקטין מצרפת לישראל. הוא הורה כי יש להחזיר את הקטין למקום בו יש לממש את זכויות המשמורת הנתונות לאב, שהוא בבלגיה. עוד נפסק, כי אין תחולה במקרה זה לסעיף 12 לאמנת האג (להלן גם - האמנה), מהטעם כי טרם חלפה שנה בין מועד הרחקתו של הקטין לישראל ועד למועד בו נפתחו ההליכים על-פי תובענה זו. כן נקבע, כי לא עלה בידי האם להוכיח כי האב הסכים מלכתחילה, או השלים בדיעבד, עם מגורי הקטין בישראל במובן סעיף 13(א) לאמנה. בית המשפט בחן בצורה מעמיקה גם את החריג בסעיף 13 סיפא לאמנה - קרי: קיום התנגדות הקטין להחזרתו, והיותו בגיל וברמת בגרות שבהם מן הראוי להביא בחשבון את השקפותיו. לצורך בירור עילה זו, מונה בהסכמת הצדדים המומחה, ד"ר דניאל גוטליב (פרוטוקול מיום 20.2.07). למומחה הוצגו שאלות מפורטות בידי בית המשפט לגבי העניינים שעליו לבדוק לצורך מתן חוות דעת מלאה בשאלות המצריכות הוכחה. מניתוח חוות דעת המומחה גוטליב, ומעמדתם של הגורמים המקצועיים בשירותי הרווחה, הגיע בית המשפט למסקנה כי הקטין נמצא ברמת בגרות שבה יש להביא בחשבון את השקפותיו. כן נמצא כי הקטין מביע התנגדות להחזרתו למשמורת אביו בבלגיה, אלא שהתנגדות זו מקורה אינו בעמדת הקטין עצמו, ואין מדובר בעמדה עניינית המחוברת לעובדות במציאות. בית המשפט קבע כי, אין לשלול את האפשרות כי עמדת הקטין מושפעת מעמדת האם, ומחששו של הילד שלא להתאים את עצמו לרצונותיה (פסקה 8(ז) לפסק הדין). הטענה בדבר תחולת החריג של סעיף 13(ב) סיפא לאמנה נדחתה, איפוא.

בית המשפט דן גם בחריג בסעיף 13(ב) רישא לאמנה, המדבר בחשש חמור לקיום נזק פיסי או פסיכולוגי בהחזרת הקטין למשמורת ההורה המבקש, או בחשש חמור להעמדתו במצב בלתי נסבל בדרך אחרת עקב החזרתו כאמור. בית המשפט קבע כי הנטל להוכחת חריג זה רובץ על הטוען לו, ומדובר בנטל כבד מאד, שגם עם הוכחתו, נתון שיקול דעת שיפוטי לבית המשפט שלא להפעילו. קיום ספק בתחולתו של החריג על הענין הנדון צריך להביא לדחיית ההגנה הנטענת כנגד תחולת האמנה.

בענין זה נקבע, כי האם הצביעה על שני עניינים שבשלם עשוי להתקיים החריג האמור: האחד - טענת אלימות האב כלפי הקטין; והשני - שיקולי דת ולאום, המצדיקים את החלת הסייג האמור. בית המשפט שלל את נכונותן של שתי הטענות הללו כאחת: הוא קבע, כי לא נמצא ביסוס לחשש של אלימות מצד האב כלפי הקטין, ולמד זאת מחוות דעת המומחה, והשירותים הסוציאליים בישראל. הדבר עלה גם מהליכי המשמורת בצרפת ובבלגיה, אשר שללו טענה זו, והורו על משמורת הילד בידי האב.

הטענה בדבר שיקולי דת ולאום הועלתה בהקשר לכך שהילד מתחנך עתה בחינוך חרדי, התאקלם בישראל, ואילו אביו אינו יהודי והוריו נוצרים אדוקים. ניתוקו של הילד מהסביבה בה התערה בינתיים בישראל עלול לגרום לו נזק רב, כך על-פי טענת האם. בהקשר לטענה זו בית המשפט קבע כי, אכן, מציאות החיים של הורים בני דתות ולאומים שונים יוצרת מורכבות מיוחדת, אך היא אינה יכולה לשמש הצדקה לחטיפת ילד בניגוד לצווי משמורת תקפים במדינת המוצא. אורח החיים הדתי של הקטין עשוי להיות נתון רלבנטי לצורך מבחן ההשתלבות על-פי סעיף 12 לאמנת האג, או לענין הליכי משמורת במדינת המוצא, אך לא לענין החזרת חטוף על-פי האמנה. בית המשפט לענייני משפחה דחה גם את טענת האם לפיה יש להימנע מהחזרת הקטין לאביו מן הטעם שיש חשש כי לא יזכה למשפט הוגן בבית המשפט בבלגיה. בית המשפט הורה בסופו של יום על החזרת הקטין למשמורת אביו בבלגיה.

הליך ראשון: ערעור בבית המשפט המחוזי (ע"מ 121/07)

7. על פסק דין זה הגישה האם ערעור לבית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' סגן הנשיא הנדל, וכב' השופטים צפת ויעקב), והוא פסק, ביום 18.6.07, כי יש לדחות את הערעור.

8. בפסק הדין בערעור (מפי כב' השופטת צפת) אימץ בית המשפט את גישת בית המשפט לענייני משפחה לענין זכותו של האב למשמורת על-פי הדינים הזרים החלים על הענין, וקבע כי על-פיהם, המשמורת נתונה לאב בבלגיה, ויש להחזיר את הקטין למשמורתו. כן קבע, כי צדק בית המשפט קמא כאשר קבע כי סעיף 12 לאמנה אינו חל על הענין, שכן התביעה הוגשה בטרם חלפה שנה ממועד החטיפה. בית המשפט חזר והדגיש את החובה לפרש בצמצום רב את ההגנות הנתונות באמנה. לענין החריג בדבר קיום חשש לנזק פיסי או פסיכולוגי והחריג בדבר רצון הילד העיר בית המשפט המחוזי את ההערה הבאה:

”יש להסב את תשומת הלב כי הבדיקה במקרה זה אינה מבוצעת כחריש בקרקע בתולה. הקטין נבדק פעמיים בידי מומחים מטעם בית המשפט בבלגיה (מכון Le Gres) בפרקי זמן שונים. בפעם הראשונה, בטרם קביעת המשמורת ומתן היתר להגירה לצרפת, ובפעם השנייה במסגרת הדיון בערעור, כאשר הקטין נמצא כבר עם אמו בצרפת. הבדיקה שבוצעה בישראל על ידי ד”ר גוטליב, המומחה שמונה על ידי בית משפט קמא במסגרת הליך זה, הינה השלישית במספר. כאמור, על יסוד המלצות חוות דעת של המומחה אשר מונה בבלגיה, נקבעה משמורתו של הקטין בידי המשיב.”

עוד נפסק, כי טענות האם בדבר הנזק שעלול להיגרם כתוצאה מניתוק הקטין מלאומיותו ודתו אינן ממין הטענות שיש להן מקום במסגרת ההגנות המצומצמות הקבועות באמנה, ואינן כלולות במסגרת ההגנה מפני חשש חמור לנזק פסיכולוגי לילד, אליו כיוונה האמנה בחריג שקבעה. מקומן להידון במסגרת בדיקת טובת הקטין בהליך משמורת.

הליך ראשון: בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון (בע”מ 5579/07)

9. על פסק דין זה הגישה האם בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון. בפסק דינו, הורה בית המשפט העליון ביום 7.8.07 ברוב דעות (של כב’ המשנה לנשיאה א’ ריבלין וכב’ השופטת ע’ ארבל, כנגד דעתו החולקת של כב’ השופט י’ אלון) להחזיר את הענין לבית המשפט המחוזי, כדי שימנה מומחה מטעמו לצורך הכרעה בשאלת תחולת הוראות סעיף 13(ב) סיפא לאמנת האג, קרי: האם הילד מתנגד להחזרתו, והאם הגיע לגיל ולרמת בגרות שבהם מן הראוי להביא בחשבון את השקפותיו. עוד נקבע בפסק הדין, כי אם ייקבע בחוות דעת המומחה כי הופעת הקטין בפני בית המשפט אפשרית, ולא תסב לו נזק, כי אז על בית המשפט המחוזי לשמוע גם את הקטין לצורך הכרעה בשאלת התנגדותו.

בהליך זה, בית המשפט העליון אימץ ברוב דעות את קביעות הערכאות הקודמות בכל הקשור לקיומו של מעשה חטיפה, ולתחולת האמנה בכלל הקשור לחובת החזרת הקטין למשמורת אביו בבלגיה. עם זאת, בענין חריג רצון הילד שבסעיף 13(ב) סיפא לאמנה, מצא בית המשפט בדעת רוב, כי שלוש חוות הדעת שניתנו בעניינו של הילד - שתיים על-ידי מכון Le Gres בבלגיה והשלישית על-ידי ד”ר גוטליב בישראל, לא פרשו תמונה שלמה בנושא הנדון. כן קבע בית המשפט, כי ראוי שבנסיבות הענין בית המשפט ישמע את דברו של הילד באופן בלתי אמצעי. בית המשפט העליון לא התערב ולא סטה מקביעות הערכאות קמא, לפיהן לא מתקיים בקטין החריג שבסעיף

13(ב) רישא, ולא מתקיים בעניינו חשש חמור לנזק נפשי או פיסי באם יוחזר למשמורת אביו בבלגיה.

הליך שני: בית המשפט המחוזי (בע"מ 121/07)

10. על-פי מצוות בית המשפט העליון, מינה בית המשפט המחוזי כמומחה נוסף את ד"ר גבריאל וייל, וכן שמע את הקטין עצמו לצורך בדיקת תחולת חריג "רצון הילד" לגביו. לאחר שמיעתם, נתן בית המשפט המחוזי פסק דין נוסף מטעמו ביום 21.10.07. בפסק דין זה, דחה בית המשפט את טענת האם בדבר תחולת סעיף 13(ב) סיפא לאמנת האג, הוא חריג "רצון הילד" על הקטין בעניינו, וקבע כי הראיות החדשות שהוגשו - קרי: עדות הקטין ועדות המומחה, אך מחזקות את המסקנה כי אין תחולה לחריג האמור בענין נשוא דיון זה.

עם זאת, בית המשפט המחוזי בפסק דין זה ראה ביוזמתו להעביר את הענין לבית המשפט לענייני משפחה, כדי שיבחן את תחולת הסייג שבסעיף 13(ב) רישא לאמנה על הקטין, הנוגע לשאלת קיום חשש חמור לנזק פיסי או פסיכולוגי לילד מהחזרתו להורה המשמורן.

הליך שני: בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון (בע"מ 9114/07)

11. על פסק דין זה של בית המשפט המחוזי הגישה האם בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון. בקשה זו נדחתה על-ידי כב' השופטת ארבל ביום 30.10.07.

המשמעות המשפטית של ההחלטה בהליך זה היא כי קביעות בית המשפט המחוזי ביחס לאי-תחולת החריג של "רצון הילד" הפכו חלוטות. נותרה פתוחה לדיון אך שאלת חלות החריג בדבר קיום חשש חמור לנזק לילד, ושאלה זו נדרש בית המשפט לענייני משפחה לברר.

חוות דעת המומחה בענין חריג החשש החמור לנזק לילד

12. על-פי הוראת בית המשפט המחוזי, מינה בית המשפט לענייני משפחה את ד"ר וייל לצורך מתן חוות דעת בשאלה שנותרה להכרעה, והיא - האם קיים חשש חמור לנזק פיסי או פסיכולוגי לילד מהחזרתו, או לקיום מצב בלתי נסבל אחר עקב החזרתו כאמור. בית המשפט למשפחה הגדיר למומחה בצורה מדויקת את השאלות שעליהן הוא מתבקש לחוות את דעתו.

עיקרי חוות דעת המומחה

13. המומחה, ד"ר וייל, חיווה דעתו כי לא צפוי לקטין נזק פיסי מהחזרתו לאביו לבלגיה, והסביר כי הסבירות לכך שאביו יגרום לו לנזק פיסי אם יועבר למשמורתו - נמוכה ביותר.

אשר למידת הנזק הפסיכולוגי הצפוי לקטין, קבע המומחה כי אין ספק שצפוי לו נזק כזה, אלא שיש להעמיד נזק זה אל מול הנזק הצפוי לו אם יישאר בארץ בחזקת אמו, שאז קיימת סכנה של ניתוק מוחלט בין הקטין ואביו, דבר העלול לגרום לו פגיעה חמורה.

לשאלה באיזו מידה עלולה החזרתו של הקטין לבלגיה להעמידו במצב בלתי נסבל, כמובנו של מושג זה בסעיף 13(ב) סיפא לאמנה, השיב המומחה כי יש להבחין בין שני מצבים: במצב האחד, אם האם תישאר בישראל, כי אז עלולה פרידת הקטין מאמו להיות טראומטית, ולהוות מבחינתו מצב בלתי נסבל. במצב השני, אם האם תשתף פעולה, ותיסע עם הקטין לבלגיה, היא תוכל לתת סיוע חשוב בתהליך הסתגלותו של הילד למסגרת חייו החדשים בבלגיה. המומחה העלה גם את הקושי והספק הנלווים לשאלת שיתוף הפעולה מצד האם להקלת תהליך ההסתגלות של הילד לביתו בבלגיה, לאור התנהגותה בחטיפה ולאחריה, ונוכח פעילותה העיקבית לנתק את הילד מאביו.

המומחה הוסיף וציין בחוות דעתו כי קיימים נתונים נוספים המרחיפים את הקושי הכרוך בביטול תוצאות החטיפה: הקטין הוא בן 9, וכמעט לא ראה את אביו מזה שנתיים, וקודם לחטיפה ראה אותו במסגרת הסדרי ביקורים, בתכיפות לא גדולה. לפיכך, אין מדובר בחזרה של הקטין לסביבה טבעית שבה חי בעבר, אלא למסגרת חיים אותה עזב הקטין כשהיה בן 5. בינתיים, הוא הסתגל לסביבה חדשה בפריז במשך שנתיים, ולאחר מכן לסביבה חדשה בישראל, למשך שנתיים נוספות. יתר על כן, הקטין עבר שינוי זהות מילד בלגי יהודי, לילד יהודי חרדי בישראל.

14. לאחר שהצביע על מכלול ההיבטים הקשורים בהחזרתו של הילד למשמורת אביו, סיכם המומחה את חוות דעתו, באומרו:

"השארתי ... (הקטין) אצל אמו באופקים הוא פתרון רע שגורם נזק לילד, כפי שפורט לעיל, והוא מהווה פרס לחטיפה, ודבר זה ודאי איננו ראוי. העברתי (הקטין)

לבלגיה למשמורת אביו עלולה לסכן את הילד בצורה חמורה אם האם לא תתמוך ותלווה אותו כפי שפרטנו; אך מאידך, אין ספק שטובתו דורשת חיבור מחדש לאביו, מעבר לציות להחלטות בית המשפט בבלגיה" (עמ' 14 לחוות הדעת).

ההליך השלישי: פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה (תמ"ש 3450/07)

15. בית המשפט לענייני משפחה, בפסק דין מיום 9.1.08, דחה בקשה לפסול את חוות דעת המומחה וייל, בקובעו כי המומחה התייחס לשאלת טובת הילד בלבד, ומשלא מצא פגם בעמדתו מבחינת הנייטרליות והאובייקטיביות הנדרשים לצורך הבעת עמדה מקצועית.

16. לגוף הענין, בית המשפט בחן את המסגרת הנורמטיבית החלה, והדריך עצמו על-פי העקרונות הבאים: התקיימות החריג של חשש חמור לנזק לקטין בשל החזרתו להורה המשמורן אינה שוללת את שיקול הדעת של בית המשפט אם להחזירו, אם לאו. הנטל להוכיח את החשש לנזק לילד מוטל על ההורה הטוען לכך, ומדובר בנטל כבד מאד; בירור יסודות החריג אינו כרוך בבחינת טובת הקטין כמשמעות מושג זה בהליכי משמורת. לצורך קיום החריג, נדרשת הוכחת נזק או מצב בלתי נסבל, כמשמעות ובמשקל המצדיקים הימנעות מהחזרת ילד חטוף להורה המשמורן במדינת המוצא.

17. בענין הנדון, בית המשפט קבע כי לא הוכח כי לקטין צפוי נזק פסי בהחזרתו לחזקת האב בבלגיה, וזאת על יסוד כלל החומר שהוגש, וחוות דעת המומחה וייל שהוצגה בפניו. אשר להשפעה של גורם "הדת והלאום", ועל יסוד דברי המומחה, קבע בית המשפט כי השינוי הצפוי בסביבה התרבותית-דתית של הקטין עם החזרתו לבלגיה הוא אמנם משמעותי, אך אין הוא, כשלעצמו, עולה כדי העמדת הקטין במצב בלתי נסבל.

אשר להיבט הקשור בניתוק הקטין מאמו, קבע בית המשפט על יסוד חוות דעת המומחה, כי כיום האם היא הדמות ההורית העיקרית בחיי הילד. הקטין מרוחק מהאב תקופה ארוכה, והחזרתו לאב, פירושה חזרה לסביבה אותה עזב בגיל 5. אל מול הנזק הכרוך בניתוק מהאם, קיים נזק לקטין בניתוק מהאב, ואם יישאר הילד בישראל וינותק מהאב באופן סופי, תיגרם לו פגיעה קשה. האם שמה לה למטרה לנתק את הילד מאביו, ופועלת בעקביות להשגת מטרה זו. על רקע כל אלה, קבע בית המשפט לענייני משפחה:

”בצד החשש החמור בדבר קיומו של נזק פסיכולוגי לקטין, והעמדתו במצב בלתי נסבל אם יהא עליו לשוב לבלגיה ללא האם, ניצב ועומד חשש חמור לנזק אשר ייגרם לקטין אם הוא ישאר בחזקת אמו בישראל, וזאת בשל ניתוקו המלא של הקטין מאביו”.

עוד נקבע, כי המפתח לצמצום משמעותי של הנזק הצפוי לקטין בהחזרתו לבלגיה נתון בידי האם, והוא מותנה בכך שהיא תצטרף לילד בנסיעתו, ותשתף פעולה בקידום חיובי של הקשר בין הקטין לאב.

18. על יסוד הניתוח האמור, בית המשפט פסק: לא הוכח קיומו של חשש, ובוודאי לא חשש חמור, לקיום נזק פיסי בהחזרת הקטין לאביו; כן לא הוכח כי שינוי סביבתו התרבותית-דתית של הקטין, כשלעצמו, עלול להסב לו נזק פסיכולוגי או להעמידו במצב בלתי נסבל.

עוד נקבע, כי הוכח כי קיים חשש חמור שהחזרת הקטין לבלגיה עלולה לחשוף אותו לנזק פסיכולוגי, ולהעמידו במצב בלתי נסבל אם אמו לא תצטרף אליו לבלגיה. מאידך, הוכח חשש חמור לנזק פסיכולוגי לקטין אם ישאר בישראל עם אמו, ואם ינותק סופית מאביו, תוצאה שהאם חותרת להשיג. אם תלווה האם את הילד, ותשתף פעולה חיובית בתהליך הסתגלותו לחיים בבלגיה, יהא בכך כדי לצמצם באופן ניכר את הנזק והקשיים שהילד עלול להיתקל בהם. אם האם לא תלווה את הקטין, הוא ייחשף, כאמור, לנזק פסיכולוגי ויעמוד במצב בלתי נסבל. אך מנגד, אם לא יוחזר, ייגרם לו נזק נגדי בניתוקו מאביו, שגם הוא נזק קשה מנשוא. לדעת בית המשפט, אין לומר כי הנזק הצפוי בניתוק הקטין מהאם, ובהינתן שיקולי דת ולאום, גובר בעוצמתו על הנזק הצפוי לילד מניתוקו מאביו. לצורך הסייג שבסעיף 13(ב) רישא לחוק אמנת האג, אין לתקן נזק משמעותי אחד, ביצירת תנאים להיווצרות נזק משמעותי אחר. לשיקול לשיקולים זה מצטרפת גם האפשרות שהאם תלווה את הקטין לבלגיה, ותקל עליו בכך את הסתגלותו. כמו כן, החזרת הילד לאב המשמורן אינה מייצרת את קיומם של הליכי משמורת בארץ המוצא, בה ניתן לברר בהליך משמורת את שאלת טובתו של הילד, על כל היבטיה, על-פי הנסיבות העדכניות.

בית משפט לענייני משפחה חזר על הוראתו המקורית בפסק הדין בהליך הראשון להחזיר את הילד לאביו בבלגיה. הוא קבע תנאים להחזרה במקרה שהאם תודיע כי היא מוכנה להתלוות לקטין לבלגיה.

ההליך השלישי: פסק הדין של בית המשפט המחוזי בערעור (ע"מ 104/08)

19. בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' סגן הנשיא הנדל והשופטים צפת וביתן) החליט ברוב דעות של השופטים הנדל וצפת, ביום 20.2.08, לאמץ את קביעות בית המשפט לענייני משפחה בפסק דינו בהליך השלישי. בית המשפט בדעת הרוב הדריך עצמו בשני אלה: את החריגים לאמנה יש לפרש בצמצום רב, והנטל להוכיחם רובץ על ההורה הטוען לתחולתם; יש לראות את הסדר האמנה כמשקלל אל תוכו את טובת כלל הילדים, בשאיפה להילחם, מלכתחילה ובדיעבד, בתופעה המגונה של חטיפת ילדים. החריג של נזק פיזי או פסיכולוגי לילד אינו מדבר בטובת הילד כמובנו של מושג זה בהליך משמורת, אלא עניינו במניעת "רעה" מהקטין, בעלת עוצמה רבתי, שרק היא עשויה להצדיק הימנעות מהגשמת תכליות האמנה.

20. בפסק דינו, ציין השופט הנדל את הנתונים הבאים: האב קיים הסדרי ראייה רצופים עם הקטין, ועשה מאמץ כן להמשיך את הקשר עמו. האם מצידה פעלה בכל דרך אפשרית להביא לניתוק הקשר בין הילד לאביו. האם סיגלה לה ולקטין אורח חיים חרדי. האב, שהוא אתאיסט, הביע נכונות להתייחס לשינוי שחל באורחות החיים של הקטין, והסכים לאפשר לקטין לשמור מצוות, שבת וכשרות, וללמוד בבית-ספר יהודי דתי בבלגיה; הילד התגורר בפעם האחרונה בבלגיה בשנת 2004. מאז התגורר שנתיים בצרפת ושנתיים בארץ. גם כאשר התגורר בפרז, נסע מדי שבועיים לבריסל לבקר את אביו; אישיותו של הילד בעלת מבנה שברירי ורגיש באופן מיוחד.

אשר להשוואת הנזקים להם צפוי הילד מהחזרתו לבלגיה לעומת הישארותו בארץ, בית המשפט המחוזי העריך כי הנזק הצפוי מההחזרה גובר. עם זאת, הוא לא היה נכון להכריע את הדין בהסתמך על הצהרת האם כי לא תלווה את הקטין לבלגיה, בבחינת מעוול המבקש ליהנות מפירות עוולתו. הוא נתן משקל רב לעובדה כי לאחר החזרת הילד ניתן לקיים הליכי משמורת בבלגיה לצורך בירור טובתו. לאחר ניתוח הנתונים השונים, הגיע בית המשפט בדעת רוב למסקנה כי החריג בסעיף 13(ב) רישא אינו חל על מקרה זה, והורה על דחיית הערעור, תוך אימוץ עמדתו העיקבית של בית המשפט לענייני משפחה.

21. השופט ביתן בדעת מיעוט נקט דעה שונה. הוא הצביע בפסק דינו על קביעות המומחה, לפיהן החזרת הקטין לבלגיה עלולה לגרור תגובות קיצוניות ומצב בלתי נסבל לגביו. הוא עמד על פגיעותו ושבריריותו של הילד, על כך שלא פגש את אביו תקופה ארוכה, על כך שהחזרתו לאביו היא החזרה לסביבה שאינה טבעית לו, וכן

התייחס למהפך שחל בזהותו כשהפך לילד חרדי. לאור ניתוח הנתונים שהתבררו, השתכנע השופט ביתן כי קיים חשש חמור שהחזרת הקטין לבלגיה תחשוף אותו לנזק פסיכולוגי, ותעמידו במצב בלתי נסבל, מה גם שאין בטחון כי האם תצטרף אליו בנסיעתו לבלגיה. הוא הוסיף, כי גם אם תצטרף, לא ברור מה יהיה אופי השפעתה על הילד ביחסיו עם אביו. מנגד קבע השופט ביתן, כי אין בטחון שאם הקטין יישאר בארץ הוא אכן ינותק כליל מאביו. מכל מקום, הנזק בהקשר זה הוא קטן ולא מידי, וניתן להביא למניעתו. לדבריו, הנזק הצפוי מהחזרת הילד לבלגיה עולה בעוצמתו לאין ערוך על הנזק הצפוי לו אם יישאר בישראל. השופט ביתן הציע לקבל את הערעור, ולבטל את החלטת ההחזרה של הקטין לבלגיה. הוא הציע להפעיל תכנית טיפולית שתאפשר חידוש הקשר בין הקטין לאביו, תוך שקילת האפשרות לכפות ביקורי הקטין בבלגיה בליווי אמו או בלעדיה. כן הציע השופט ביתן כי אם האם לא תתלווה לקטין לבלגיה, ייעשו בארץ צעדי הכנה משמעותיים לילד ולאביו, בליווי מקצועי ראוי, לקראת ההחזרה. כן הציע כי ההחזרה תיעשה בכל מקרה לא לפני תום שנת הלימודים הנוכחית.

הכרעה

22. מקרה זה היה נתון למסע ארוך ולהליכים מסועפים בערכאות השונות ובמספר שלבים. מורכבות ההליכים, משך הזמן שנדרש לניהולם, והנתונים שהתבררו במסגרתם, מצריכים הבהרה, בתמצית, של התשתית הנורמטיבית העומדת ביסוד חוק אמנת האג, על תכליותיו. חוק אמנת האג נועד ביסודו לרפא עוולה חמורה שנעשתה לזכויות יסוד של ילד ושל הורה טבעי לחיות ביחד, זה לצד זה, ולקיים בכך את צו הטבע, שהמשפט הכיר בו ונתן לו גושפנקא בחוק המדינה, ובאמנות בין מדינות בנות-תרבות.

23. חוק אמנת האג נתן תוקף נורמטיבי פנימי לאמנת האג, אשר ביקשה להשיג את שיתוף הפעולה של מדינות העולם בהתמודדות נגד תופעת חטיפת ילדים על-ידי אחד מהוריהם, תוך שלילת זכות הילד וההורה המשמורן לחיות יחדיו זה עם זה. תכלית האמנה היא להבטיח את החזרתם המיידית של ילדים שהורחקו שלא כדין על-ידי הורה אחד ממשמורת של הורה אחר, והועברו אל מדינה אחרת, ולהבטיח כי זכויות המשמורת שהוכרו במדינת המוצא יכובדו על-ידי המדינה אליה נחטף הקטין. הסדר האמנה נועד להבטיח את כיבוד שלטון החוק ואכיפתו, לא רק במדינה פנימה, אלא גם ביחסים שבין מדינת העולם, ולהרתיע מפני עשיית דין עצמית על-ידי אחד ההורים; כן נועדה האמנה למנוע פגיעה בשלומם ובטובתו של הקטין, הנעקר עקב החטיפה מסביבתו הטבעית, ומההורה המשמורן, ומובא אל סביבה אחרת, הנכפית עליו על-ידי ההורה האחר. 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 (1997); רע"א 7994/98 דגן נ' דגן, פד"י נג(3) 254, 266 (1999); בע"מ 672/06 פלוני נ' פלונית (לא פורסם, 15.10.06), פסקה 8 (להלן - פסק דין פלוני)). מעבר לחובה לתקן את עוולת החטיפה בשם עקרון שלטון החוק ואיסור עשיית דין עצמית, מבקשת האמנה לקדם את טובת הילד במניעת מצב בו ייהפך כדור משחק בידי הורה המפר חוק, ועושה דין לעצמו, ולתת נפקות לצווי משמורת שהוצאו כדין במדינת המוצא, לאחר בחינה מעמיקה של טובת הילד, על כל היבטיה. אכן, "חטיפת הילד היא עצמה דבר העשוי לפגוע בטובתו" (הנשיא ברק בפרשת גבאי, שם, בעמ' 251). ואמנם, על-פי האמנה, הרחקה או אי-החזרה של ילד נחשבות מעשה שלא כדין, מקום שיש בכך הפרת זכויות משמורת המוענקות לאדם על-פי דין מדינת המוצא (סעיף 3 לאמנה).

24. על-פי האמנה, ילד שהורחק שלא כדין על-ידי אחד מהוריו, יש להחזירו באופן מיידי לידי ההורה המשמורן. חובה זו היא בעלת אופי מוחלט, ואינה נתונה לשיקול דעת שיפוטי, בנתון לחריגים מסוימים שהאמנה מונה. גישה זו נגזרת מתפיסה בסיסית של שלטון החוק, מחובת כיבוד הדדי של דיני המדינות המתקשרות באמנה, ומאינטרס ציבורי מובהק אשר נועד למנוע פגיעה חמורה בטובת הילד, הטמונה בהברחתו למדינה אחרת, תוך הפרת הדין וצווי בית המשפט במדינת מגוריו, אשר קבעו את הסדרי המשמורת והחזקה בעניינו, לאחר בחינת כל ההיבטים הקשורים בטובתו. כאשר נשללת תחולת החריגים לאמנה, חובת ההחזרה היא קטיגורית, ואינה נתונה לשיקול דעת שיפוטי. לעומת זאת, אם מתקיים חריג לחובת ההחזרה, עדיין נתון לבית המשפט שיקול דעת אם להורות על החזרת הילד החטוף או להימנע מכך (ע"א 4391/96 ר' נ' 17, פד"י נ(5) 338, 345-346 (1997); ע"א 5532/93 גונזבורג נ' גרינוולד, פד"י מט(3) 282, 293 (1995)).

25. חובת ההחזרה של הילד החטוף להורה המשמורן במדינתו חייבת להיעשות בדחיפות ובמהירות האפשרית, וכך קובע סעיף 2 לאמנה:

"המדינות המתקשרות ינקטו את כל האמצעים הראויים כדי להבטיח את קיומם של יעדי האמנה בתחומן; לשם כך, הן יפעילו את ההליכים הדחופים ביותר העומדים לרשותן".

שעון הזמן עומד בגרעין הקשה של ענין החטיפה והוא ממהותו של ענין, כדי לרפא את עוולת החטיפה מהר ככל הניתן, לשם כיבוד החוק הפנימי והבינלאומי, ולמען טובתו של הילד.

26. הכלל הבסיסי בהפעלת האמנה, הוא, איפוא, ריפוי מידי של עוולת החטיפה על-ידי החזרה מיידית של המצב לקדמותו, ומקום שעולות שאלות של טובת הילד מבחינת הסדרי המשמורת, עליהן להתברר במדינת המוצא (פרשת 17, שם, בעמ' 345). כלל הריפוי המידי של עוולת החטיפה עונה לדרישת כיבוד שלטון החוק, ולכיבוד חוקי המדינות והאמנה הבינלאומית, המבטאת מחוייבות לשיתוף פעולה כלל-מדינית להשגת תכלית מניעת תופעת החטיפות; הוא עונה לדרישה לקדם את טובת הילד בהחזרתו למדינת המוצא להורה המשמורן, שהחזקתו מקדמת את טובת הילד בהתאם לצו המשמורת שהוצא (בש"א 1648/92 טורנה נ' משולם, פד"י מו(3) 38 (1992)).

27. האמנה מונה מספר חריגים לעקרון היסוד המונח בתשתית האמנה, המחייב החזרת ילד חטוף למדינת המוצא על-אתר. החריגים בנויים על תפיסה לפיה, תיתכנה נסיבות מיוחדות וחריגות הקשורות במצבו של הקטין, שמשקלן המיוחד עשוי לגבור אף על התכלית המרכזית של האמנה. קיומם של החריגים משקף התנגשות בין שני אינטרסים: אינטרס הנעוץ במגמה לבטל לאלתר את תוצאות החטיפה, להרתיע מפני עשיית דין עצמית, ולקדם את טובת הילד כמובן רחב, לבין גורם מיוחד ויוצא דופן הקשור בקטין, שיש לתת לו משקל. בהתמודדות בין אינטרסים אלה, יכריע עניינו המיוחד של הילד רק מקום שמשקלו גובר באופן בולט על תכליתה המרכזית של האמנה - למנוע ולהרתיע מפני מעשי חטיפה, כאשר בהרתעה זו עצמה מובנית תפיסה שנועדה להגן גם על טובת הילד כמובנו הרחב של מושג זה (ע"א 1372/95 סטגמן נ' בורק, פד"י מט(2) 431, 437-8 (1995)).

28. בין החריגים באמנה, מצויים החריגים שבסעיף 13, ובהם החריג בדבר קיום חשש חמור שהחזרתו של הילד תחשוף אותו לנזק פיסי או פסיכולוגי, או תעמיד אותו בדרך אחרת במצב בלתי נסבל (להלן - חריג החשש החמור). חריג נוסף מתקיים מקום שמתברר כי הילד מתנגד להחזרתו, והוא הגיע לגיל ולרמת בגרות שבהם מן הראוי להביא בחשבון את השקפותיו (להלן - חריג רצון הילד). זו לשון סעיף 13(ב) לאמנה:

“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) ...

(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 הרגיל של הילד".

החריגים האמורים נועדו לאזן בין שני אינטרסים יסודיים: האחד - הגשמת תכלית האמנה להגן על שלטון החוק, למנוע עשיית דין עצמית, להגן על טובת הילד המגולמת בצו המשמורת שניתן במדינת המוצא, ולמנוע נזק הנגרם ממעשה החטיפה. השני - לתת במצבים מתאימים וחריגים משקל לעניינו המיוחד של הילד, שיש לו רלבנטיות ישירה וחשובה לצורך שיקולי החזרתו למדינת המוצא.

29. באיזון בין שני הערכים המתנגשים האמורים, יש בדרך כלל לתת משקל מכריע לאינטרס לקיים את תכלית האמנה, הקוראת להחזרת הילד להורה המשמורן במדינת המוצא. באינטרס זה טמונה גם הנחה שההחזרה מקדמת את טובת הילד במובן הרחב. אי-החזרת הילד החטוף במסגרת אחד החריגים לאמנה שמורה למצבים נדירים וקיצוניים בלבד:

"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 חטיפת ילדים וטלטולם מארץ לארץ" (פסק דין פלוני, שם, פסקה 9).

30. המושג "טובת הילד" על-פי תפיסת האמנה אינו זהה למושג "טובת הילד" בהליכי משמורת. הנחת האמנה היא, כי טובת הילד במובן המקובל והרחב נלקחה בחשבון כשהוכרעו זכויות המשמורת של ההורה המשמורן במדינת המוצא. אם עולה טענה כי יש לשנות את הסדרי המשמורת, תוך מתן משקל להיבטים שונים, כי אז יש להכריע בכך בהליך משמורת במדינת המוצא, תוך שיתוף ההורה המשמורן, ובמסגרת הליכים על-פי חוק. מעשה החטיפה פוגע, איפוא, בטובת הילד, ועומד בסתירה חזיתית לצו המשמורת שניתן במדינת המוצא, לאחר שנבחנה שאלת טובת הילד, והוכרעה כפי שהוכרעה. על רקע הנחת מוצא זו, טענות בדבר טובת הילד במובן המקובל אין מקומן

במסגרת החריגים הצרים לאמנה (סעיפים 16, 17 ו-19 לאמנה; בג"צ 4365/97 טור סיני נ' שר החוק, פד"י נג(3) 673, 693 (1998); פסק דין פלוני, שם, פסקה 9).

31. שיקולים הקשורים בעניינו של הקטין לצורך החלת החריגים לאמנה, חורגים, איפוא, משיקולי "טובת הילד" בהליך המשמורת, הן בטיבם והן בעוצמתם. ממבנה האמנה, מניסוחה, ומתכליותיה, עולה כי, נדרשת פרשנות מצמצמת ודווקנית של החריגים, שאם לא כן, תכלית האמנה תתרוקן מתוכן (רע"א 2610/99 פלונית נ' פלוני, פד"י נג(2) 566, 573 (1999); ענין גונזבורג, שם, בעמ' 294-5; ענין גבאי, שם, בעמ' 256). באשר לחריג "החשש החמור" נפסק, כי יש להגבילו למקרים יוצאי דופן מבחינת המצב הבלתי נסבל וחומרת החשש, להיווצרותו כתוצאה מהחזרה (ענין טורנה, שם, בעמ' 45).

32. עוד עולה מהניתוח האמור, כי הנטל להוכחת תחולתו של החריג במקרה העומד לדיון, מוטל על הטוען לו (סעיף 13 רישא לאמנה; ענין סטגמן, שם, בעמ' 438; ענין דגן, שם, בעמ' 267; ענין גבאי, שם, בעמ' 250). הותרת ספק בדבר תחולתו של החריג במקרה הנדון מביאה, ממילא, להחלת הכלל הרגיל, המחייב החזרת ילד חטוף לארצו (פרשת סטגמן, שם, בעמ' 438; פרשת 17, שם, בעמ' 346; פסק דין פלוני, שם, בפסקה 21). הנטל להוכחת קיומו של החריג אינו מוטל על בית המשפט, ויש להניח כי מקום שיש ביסוס אמיתי בעובדות לחלותו, הצד הטוען לו ישכיל לבסס את טענתו, ובית המשפט לא נדרש, בדרך כלל, לעורר את הגנת החריג מיוזמתו, ולפעול בכוחו הוא להמצאת ראיות לביסוסו.

33. הנטל להוכחת תחולת החריג על המקרה הקונקרטי הוא כבד מאד, כנגזר מתכליותיה של האמנה. כשלון בהרמת הנטל על-ידי הטוען לחריג, מטיל על בית המשפט חובה קטיגורית להורות על החזרת הקטין החטוף למדינת המוצא, מהר ככל הניתן, ואין בידו שיקול דעת לענין זה (סעיף 12 לאמנה; פרשת 17, שם, בעמ' 345-347; ענין גבאי, שם, בעמ' 250).

34. בשל אילוצי הזמן הכבדים שהסדר האמנה מחיל על החזרת ילד חטוף להורה המשמורן, מוטל על בית המשפט לפעול במהירות מיוחדת לצורך בירור התנאים לתחולת האמנה, ובכלל זה גם טענות ההורה החוטף בדבר תחולת הגנות החריגים המסייגים את חובת החזרה על-פיה. מימד הזמן הוא מהותי ביותר במערכת ההסכמית הבינלאומית להחזרת ילדים חטופים שהועברו ממדינה למדינה. מימד הזמן הוא פועל

יוצא מהוראות מפורשות של האמנה, ומתכליתה העניינית. מימד הזמן לביצוע הוראות האמנה קשור קשר הדוק גם לשיקולי טובת הילד, שהרי ככל שזמן שהייתו במדינה אליה נחטף הולך ומתארך, כך גובר החשש כי יכה שורשים במקום, יסתגל למסגרת חיים חדשה, וניתוקו מסביבה זו לצורך החזרתו למדינת המוצא יהיה קשה ומר יותר. לאור זאת, מצוות הרשויות ומצווים בתי המשפט לעשות כל אשר לאל ידם על מנת למצות הליכים על-פי האמנה להחזרת ילד חטוף בצורה כוללת, מרוכזת, ובמהירות ככל הניתן, תוך היזקקות למלוא חומר הראיות וחוות דעת המומחים שיוגשו להם בלוחות זמנים קצרים ביותר. התייחסות אחרת עלולה לפגוע במטרות האמנה, ולפגוע במקומה של ישראל במערכת ההסכמית הבינלאומית הקיימת בינה לבין מדינות העולם, המשתקפת באמנה. היא עלולה גם להביא להעצמת הקושי בניתוק הילד מסביבתו החדשה, אשר ככל שהזמן חולף, העזיבה והנזק הכרוך בה נעשים קשים יותר.

מן הכלל אל הפרט

35. בענייננו, לאור קביעות הערכאות קמא בכל ההליכים, ולאור הכרעת בית משפט זה בבע"מ 5579/07, אין עוד חולק כי חוק אמנת האג חל על נסיבות הבאתו של הקטין לישראל בידי אמו. כן אין עוד מחלוקת על כך כי לאב נתונות זכויות משמורת ביחס לילד, על-פי צווים שניתנו כדין הן בבלגיה והן בצרפת. על-פי האמנה, מתקיימים כאן התנאים הבסיסיים המחייבים את החזרתו של הילד לאלתר לאב המשמורן בבלגיה.

עוד יש להניח, כי אין חלות בענייננו לסייג שבסעיף 12 לאמנה, הקובע חריג לחובת ההחזרה של קטין חטוף אם חלפה יותר משנה מאז החטיפה, והוכח כי הילד השתלב בינתיים בסביבתו החדשה. הטעם לכך הוא שההליכים המשפטיים בישראל להחזרת הילד החלו לפני חלוף שנה מאז הובא הילד לישראל.

36. כן יש לצאת מתוך הנחת מוצא, כי האב זכה במשמורת הקטין הן על-פי צווים בבלגיה והן בצרפת לאחר שטובתו של הילד, על כל היבטיה, נבחנה ונבדקה. בחינת עניינו של הילד במסגרת הליכים על-פי האמנה אינה בנויה על תשתית אמורפית ביחס להיבט טובת הילד במובנה הרחב. טובת הילד נבחנה ועוגנה בצווי משמורת שניתנו הן בבלגיה והן בצרפת, חברות לאמנה, אשר קבעו כי טובת הילד מצדיקה שהאב הוא שיחזיק בו. ישראל מכבדת את צווי מדינת המוצא, ומתייחסת אליהם כמשקפים את מכלול ההיבטים הנדרשים לצורך הכרעה בענין המשמורת. יוצא מכך, כי לא רק שאיננו עוסקים במסגרת האמנה בבדיקת טובת הילד במובן הרחב, אלא עלינו להניח כי "טובה" זו נבחנה לעומקה במדינות המוצא והוכרעה, וקיימת חזקת תקינות שלא

הופרכה כי הצווים שניתנו על-ידן מבוססים על שיקולים ענייניים וראויים. גם הכבוד ההדדי בין הערכאות ובין המדינות מצדיק הנחת יסוד זו.

37. במסגרת ההליכים שהתנהלו בענין הנדון נותרו לדיון שני חריגים על-פי סעיף 13(ב) רישא וסיפא לאמנה. אלה הם החריג בענין "החשש החמור" וחריג "רצון הילד". נבחן אותם לגופם.

החריג בסעיף 13(ב) סיפא - רצון הילד

38. בהליך הראשון פסקו בית המשפט לענייני משפחה ובית המשפט המחוזי כי לא מתקיים במקרה זה החריג האמור, וזאת, בין היתר, בהסתמך על חוות דעתו של ד"ר גוטליב, אשר התמנה כמומחה בהסכמת הצדדים. ערכאות אלה קבעו כי לא עלה בידי האם להוכיח הגנה זו, ולאור חוות דעת המומחה גוטליב, אין מדובר בביטויי התנגדות של הקטין המשקפים את עמדתו העצמאית, אלא בביטויי התנגדות המושפעים במישרין מעמדת האם, ומחששו של הילד שלא להפיס את דעתה אם יביע עמדה שונה.

39. בית המשפט העליון הורה בפסק דינו בהליך הראשון בבע"מ 5579/07 כי חריג רצון הילד ייבחן בחינה נוספת בבית המשפט המחוזי על-ידי מומחה נוסף, ונתן הנחיות שונות לצורך כך.

40. בחינה זו העלתה בהליך השני בבית המשפט המחוזי, כי ניתן חיזוק-יתר למסקנת הערכאות קמא בהליך הראשון, לפיה חריג "רצון הילד" אינו מתקיים במקרה זה. בפני בית המשפט המחוזי עמדו חוות דעת ד"ר גוטליב והמומחה הנוסף, ד"ר וייל, וכן עדותו של הקטין שהעיד בפני בית המשפט במעמד צד אחד. בית המשפט התרשם ממכלול החומר הנוסף שהונח בפניו, כי ניתן אישור וחיזוק להכרעתו המקורית, לפיה אין תחולה לחריג רצון הילד במקרה הנדון. בית המשפט נימק את עמדתו בכך, שאמנם הילד מבחינה סובייקטיבית רוצה להישאר בארץ, ולא להעתיק את מקום מגוריו לאביו לבלגיה, אך עמדתו משדרת "בלבול, התחמקות, חכמה ואף מצוקה", כלשון בית המשפט. האם השפיעה רבות על התייחסות הבן כלפי אביו, והדבר הביא לכך שהילד אינו מבטא רצון עצמאי (פסקה 4 לפסק דינו של השופט הנדל). כן נקבע, כי הקטין אמנם יצר רושם שהוא חכם ובוגר לגילו, אך אין מקום, בנסיבות הענין, לקבוע כי הוא בוגר דיו כדי להעניק משקל לעמדתו, כנדרש על-פי החריג שבסעיף 13(ב) סיפא. נתונים וקביעות אלה של בית המשפט המחוזי בהליך השני, המאמצים קביעות שנקבעו בהליך הראשון, ואשר נתאשרו על-ידי ראיות נוספות, אינם מצדיקים את התערבותו

לענין החריג הנדון. הסוגיה של רצון הילד נבחנה במלוא היקפה במישור העובדתי והמשפטי, ונעשתה אף בדיקה משלימה באמצעות חוות דעת מומחה נוספת ועדות הילד בפני בית המשפט, שאך חיזקו את המסקנות המקוריות שנתקבלו בענין זה.

יתר על כן, בבקשת רשות ערעור 9114/07 פלונית נ' פלוני שהוגשה לבית משפט זה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בהליך השני בענייננו, דחה בית המשפט (מפי כב' השופטת ארבל) את הבקשה, בקובעו כי אין להתערב בהחלטת בית המשפט המחוזי לדחות את תחולת חריג רצון הילד, אשר מתבססת על קביעות שבעובדה, וממצאים שנתקבלו בעקבות חוות דעת מומחה.

בנסיבות אלה, אין אלא לקבוע כי חריג רצון הילד אינו מתקיים בענייננו.

החריג בסעיף 13(ב) רישא - החשש החמור

41. חריג החשש החמור כי החזרת הילד למדינת המוצא תחשוף אותו לנזק פיסי או פסיכולוגי, או תעמידו בדרך אחרת במצב בלתי נסבל, נדונה כבר בהליך הראשון בפני בית המשפט לענייני משפחה ובערעור בפני בית המשפט המחוזי. בהחלטותיהם נקבע במפורש, כי האם לא עמדה בנטל הוכחת החריג האמור, ולכן אין לו חלות בנסיבות מקרה זה. עניינו של חריג זה אף לא הושאר כשאלה פתוחה בפסק דינו של בית המשפט העליון בהליך הראשון בבע"מ 5579/07, אשר התמקד כל-כולו בחריג "רצון הילד", שלשם בירורו בלבד הוחזר הענין לבחינה נוספת לבית המשפט המחוזי. בית המשפט המחוזי, אגב דונו בחריג "רצון הילד", הורה מצידו על העברת הענין לבית משפט לענייני משפחה לצורך קבלת חוות דעת מומחה לבחינת חריג "החשש החמור", ובכך נפתחה חזית חדשה נוספת שהצריכה, למעשה, פתיחת הליך שלישי בפרשה. חוות דעת כזו הוגשה מטעם ד"ר וייל. המומחה נחקר, ובסופו של יום, הן בית המשפט בערכאה הדיונית, והן בית המשפט בערכאת הערעור, סברו כי לא הורם נטל ההוכחה המוטל על האם לבסס את תחולתו של חריג "החשש החמור". במקרה דנא, קביעות הערכאות קמא בענין חריג זה, הן בלבד מצויות כיום במוקד הערעור שלפנינו. לאור מספרם הרב של ההליכים שהתקיימו בפרשה זו, אשר במסגרתם ניתנו עד כה שבעה פסקי דין, ולאור מידת הפירוט הרב בהם, ניתן וראוי להציג את העמדה בערעור זה בתמצית ובקצרה.

42. מהמשקל המצטבר של כלל הנתונים שהובחרו בהליכים השונים, לרבות עמדת המומחה ד"ר וייל, מצטיירת התמונה הבאה:

העברת הילד להורה המשמורן בבלגיה הינה, ללא ספק, מהלך מורכב ורב-פנים מבחינת השפעתו על הקטין. בהקשר זה, נשללה מכל וכל הטענה בדבר חשש לקיומו של נזק פסי מהחזרת הילד אל אביו. השאלה מתמקדת בחשש לנזק נפשי לקטין, או לקיומו של מצב בלתי נסבל בדרך אחרת, הטמון בהחזרתו. לענין זה, עולה מן הנתונים כי, מצד אחד, הילד נקשר בקשר הדוק ביותר לאמו, שהיא כיום ההורה המשמעותי בחייו. כמו כן, הילד נקלט בסביבתו החדשה בישראל, ובמסגרת בחינוך דתי-חרדי, השונה בתכלית מסביבת חייו בחוץ-לארץ. בהקשר לכך, בדין קבעו הערכאות קמא כי קיומם של שיקולי דת ולאום והסביבה התרבותית בה שוהה הילד עתה אינם מרכיב עצמאי שיש לשוקלו במסגרת חריג "החשש החמור", אלא יש לבחון אותם אך ורק בהקשר ישיר לשאלת קיומו של חשש חמור לנזק פסיכולוגי העלול להיגרם עקב ניתוק הילד מהסביבה לה הורגל בישראל. קליטתו של הילד בסביבה החדשה בישראל קשורה לא מעט גם במעבר הזמן הרב שחלף מאז הבאתו לישראל בתחילת ינואר 2006, שמאז ועד היום חלפו למעלה משנתיים ימים. משך הזמן הרב שחלף כאמור, תרם לעומס הרגשי הרב המוטל על הילד, והוא תובע מחיר כבד על נפשו.

עם כל זאת, הערכאות קמא קבעו, ובדין כך, כי עצם הניתוק מהסביבה אינו יוצר, כשלעצמו, חשש רציני לנזק נפשי לילד. לעומת זאת, ניתוק הילד מהאם עלול ליצור נזק כזה. פרידתו של הילד מאמו עלולה להוות מהלך קשה בחייו, וגורם זה מצריך התייחסות מיוחדת; מנגד, כעולה מקביעות הערכאות קמא, צפוי לקטין נזק נפשי ממשי גם אם יישאר בארץ אצל אמו, לאור הנתק המוחלט שהיא מבקשת ליצור בין הילד לאביו, כאשר הקו המאפיין את התנהגותה הוא יצירת חיץ מוחלט ביניהם. בשיקול הכולל של הנזק הנפשי הקשה הצפוי לילד מניתוקו מן האם, מול הנזק הנפשי הצפוי לילד מניתוקו מן האב, ובשים לב לעובדה כי צו המשמורת במדינת המוצא קבע כי טובת הילד מצדיקה את מתן המשמורת על הקטין לאב, קבעו הערכאות קמא כי לא הורם הנטל לביסוס חריג "החשש החמור" בנסיבות מקרה זה.

נראה לי כי צדקו הערכאות קמא בשיקול המקצועי, הזהיר, הענייני והקפדני שערכו בין הנתונים השונים שהוכחו בפניהם, ותוך התייחסות מעמיקה לחוות דעת המומחה, על מסקנותיה, תוך עמידה לא רק על נוסחאותיה הלשוניות, אלא גם על רוחה ועומק התובנה המצוי בה.

43. תחולתו של חריג "החשש החמור" מחייבת קיומו של מצב קיצוני, יוצא דופן וחד-משמעי המקים חשש חמור לנזק פסיכולוגי לילד, העלול להיגרם מהחזרתו לארץ

המוצא, ואשר משקלו גובר אף על תכליתה הבסיסית של האמנה, המחייבת החזרת ילד חטוף לאלתר. המערכת המושגית, ומערך האיזונים הנדרש על-פי תכלית האמנה, מגבילים את החלת החריג למצבים קיצוניים החורגים מהנזק הרגיל הצפוי והמוכנה באופן טבעי בהחזרת ילד חטוף להורה המשמורן.

44. בנסיבות שלפנינו, חשש חמור לנזק נפשי ברמה המיוחדת הזו - לא הוכח, מה גם ששאלת הנזק הנפשי של הקטין בענייננו נושאת מורכבות מיוחדת גם מבחינת הישארותו בישראל.

אין צריך לומר, כי עצם מעשה חטיפה, וכל מעשה חטיפה באשר הוא, טומן בחובו נזק חמור לקטין הנחטף, המורחק מהורו המשמורן. בעקבות נזק זה, נגרמת לילד גם פגיעה קשה בהחזרתו מההורה החוטף להורה המשמורן, ובצורך להתנתק שוב מהורה אחד ולהסתגל לחיים חדשים אצל ההורה האחר. טלטולו של הילד הנה והנה, מהורה להורה, אגב ביצוע מעשה עוולה שהילד בוודאי ער לו, טומנים בחובם נזק ופגיעה עמוקים לילד רך בשנים.

זוהי מסכת קשה ומורכבת של פגיעות נפשיות מורכבות הנגרמות לילד בעטיו של מעשה החטיפה, ומכאן הצורך הנוקב להילחם בתופעה זו באמצעים יעילים, ובהם - החזרת המצב לקדמותו, ותיקון עוולת החטיפה מהר ככל הניתן. מעשה החטיפה עצמו הוא אם-כל-חטאת, לא רק כלפי שלטון החוק במדינה ובין מדינות העולם, אלא בראש וראשונה, כלפי הילד וטובתו. נזקו של הילד הוא נזק נמשך, הנפתח בהרחקתו מההורה המשמורן, ונמשך כאשר הוא נדרש להיפרד מההורה החוטף ולחזור להורה המשמורן, שבינתיים הורחק ממנו, וכאשר הוא נמצא, לא אחת, באווירה עוינת ומתנכרת לו. תופעות אלה מובנות בעצם הליך החטיפה, וככל שחולף הזמן עד להחזרה, הקושי שבהחזרת הילד הולך ומתגבר, הן בשל עוצמת העוינות להורה המשמורן המתגברת עם הזמן, והן בשל העמקת הקשר של הילד להורה החוטף ונוכח הסתגלותו של הילד לסביבתו החדשה.

נסיבות כאלה, שעניינן נזק פסיכולוגי מובנה לילד, שמקורו בעצם מעשה החטיפה והניתוק הממושך מההורה המשמורן, לרבות הקושי הטבעי של פרידה מההורה החוטף ומסביבת ההסתגלות החדשה, אינן מקיימות, בדרך כלל, הן כשלעצמן, את התנאי יוצא הדופן והמיוחד, של חשש חמור ל"נזק פסיכולוגי" במובן החריג לאמנה. אילו כך היה הדבר, היו מרבית מקרי החטיפה נכנסים לגדר החריג, ומצדיקים אי-החזרת קטין חטוף. כדי להיכנס לגדרו של החריג האמור, נדרש בדרך כלל "דבר מה

נוסף", המצביע על קושי יוצא דופן, ייחודי לקטין מסוים, היוצר מניעה מיוחדת מהחזרתו למדינת המוצא כדי להגן על שלומו הנפשי.

חשוב עוד להדגיש בהקשר לדרישת ההחלה הצרה והדווקנית של חריג זה, כי קשיים שילד חווה בתהליך החזרתו בשל ניתוקו מההורה החוטף, ולאור קריעתו מהסביבה החדשה אליה הסתגל במדינה המחזירה, עשויים לשמש עילה מיידית לניהול הליכי משמורת מחודשים במדינת המוצא, אשר במסגרתם תיבחן בהערכה מחודשת טובת הילד במשמעותה הרחבה. החזרת ילד חטוף למדינת המוצא אין משמעותה הפקרתו לנפשו; משמעותה היא החזרתו להורה משמורן שקיבל בצווי בית משפט את החזקה על הילד לאור שיקולי טובתו. משמעותה היא כמו כן, כי מערכת בתי המשפט במדינת המוצא ערוכה גם לדון מחדש בטובתו של הילד בהליכי משמורת מחודשים, שבהם ייבחנו וייבדקו באופן עדכני מכלול צרכיו על כל היבטיהם.

45. בענייננו, אין ספק כי הקטין ניזוק נזק רב מחטיפתו מההורה המשמורן ומניתוקו ממנו; אין גם ספק כי הזמן הרב שחלף מאז הובא לישראל יוצר קושי רב בהחזרתו בעיקר מבחינת ניתוקו מאמו, אליה הוא קשור בקשר עמוק ביותר, וגם מסביבת חייו החדשה, שהיא שונה בתכלית מזו לה הורגל קודם לכן. יידרשו גם זמן ומאמץ רב כדי להביא את הילד להסתגל לסביבתו השונה אצל אביו, ממנו היה מנותק זמן רב. אולם, כל אלה אינם מגיעים כדי עמידה בנטל קיומו של חריג "החשש החמור", ואינם מצדיקים הימנעות מהחלת האמנה.

יתר על כן, גם אם היה נותר ספק בהתקיימותו של החריג, די היה בכך כדי להחיל את הוראות האמנה, על-פי כללי נטל ההוכחה החלים במקרה זה. ומעבר לכך - אומר, כי אפילו היה מורם נטל ההוכחה לבסס את קיומו של החריג, אינני שוללת אפשרות כי היה מקום שבית המשפט יפעיל במקרה זה את שיקול דעתו ויורה על החזרת הקטין, מתוך הנחה ברורה ששאלת טובתו של הילד, על רקע מצבו הנפשי עקב ההחזרה, עשויה להתברר, במידת הצורך, בהליכי משמורת במדינת המוצא. לטעמי, זו התשובה הראויה למקרה מסוג זה שלפנינו, המשלבת דאגה אמיתית לטובת הילד, ביחד עם מימוש התכלית החשובה של האמנה לפעול להחזרת ילדים חטופים להורה המשמורן, אמנה שישראל חתומה עליה.

46. הערכאות דלמטה סברו, על רקע חוות דעת המומחה, כי הצטרפותה של האם לבנה בדרכו לבלגיה לחזקת אביו עשויה להקל על הבן את הסתגלותו בתקופה

הראשונה. חשוב לציין, כי הן המומחה והן ערכאות אלה הניחו כי אפשרות הצטרפותה של האם כאמור נותרת בסימן שאלה מסיבות שונות, לרבות נוכח חשש האם להיכנס לבלגיה בשל פתיחת הליכים פליליים נגדה בגין מעשה החטיפה. הובע אף החשש, והוא אינו מבוטל, כי הגעתה של האם לבלגיה עם הקטין עלולה להקשות ולא להקל, ואולי אף לחבל במאמצים שייעשו לשלב את הילד במסגרת חיים חדשה במשמורת האב, וזאת, אם האם תמשיך לנקוט קו פעולה עויין ביחס לקיום הקשר בין הילד לאביו.

אכן, העמדת התנאי של הצטרפות האם לבנה בנסיעה לבלגיה, שהיא תנאי הנתון להחלטת האם עצמה, והשאלה עד כמה תהא תועלת בהצטרפותה לילד אינם חד-משמעיים ואינם חד-ערכיים.

47. בית המשפט לענייני משפחה בפסק דינו בהליך השלישי קבע תנאים להצטרפותה של האם לבנה (תמ"ש 3450/07, פסקה 17 ופסק הדין). תנאים אלה מעלים בעיני קשיים שונים, משפטיים ומעשיים. כן עולה חשש בלבי כי הצבת תנאים אלה עלולה לשמש בידי האם אמצעי להביא לדחייה נוספת של מהלך החזרת הקטין לאביו. יחד עם זאת, מאחר שבא-כוח האב לא השיג על תנאים אלה, אין מקום להתערב בכך בערעור שלפנינו, ויש לקוות כי לא ייעשה במנגנון אפשרי זה שימוש לרעה, ואם חלילה ייעשה, כי בית המשפט יפעל למנוע הסטת מהלך זה לנתיב לא ראוי.

48. לאור האמור, מסקנתי היא כי לא מתקיים בענייננו חריג "החשש החמור", ויש להחזיר את הילד לאביו במדינת המוצא בהקדם ככל הניתן, כמצוות האמנה.

49. אשר לתנאי החזרה של הקטין לאביו, יש לאמץ את התנאים שנקבעו בפסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה בתמ"ש 3450/07 מיום 9.1.08, פסקאות 17(א) עד (ד), ובלבד שהעברה תעוכב כאמור למשך 21 יום כדי לאפשר לילד ולאמו להתארגן כראוי לקראת מעברו של הילד לאביו בבלגיה. במשך תקופה זו, ראוי כי רשויות הסעד המוסמכות ישקדו על הכנת האם והילד למעבר כאמור, כדי להקל על התהליך במידת האפשר. כן חשוב במיוחד לשתף את האב בתהליך ההכנה לקראת ההעברה עוד בטרם מועד החזרה, כנדרש לטובת הילד.

דחיית מועד החזרת הילד

50. בהקשר למועד ביצוע החזרת הילד לאביו, אבקש לציין את הדברים הבאים:

בדעת המיעוט של כב' השופט ביתן בבית המשפט המחוזי הוצע, לחלופין, כי אם יוחלט על החזרת הקטין לבלגיה שלא בליויית אמו, יש לעשות בארץ צעדי הכנה משמעותיים לילד ולאביו, בליויי מקצועי ראוי, לקראת נסיעת הילד לבלגיה. כן הובעה העמדה כי מוטב שבמקרה זה העברת הילד לבלגיה תיעשה לא לפני תום שנת הלימודים הנוכחית.

עמדה זו אינה נראית לי.

חלק מהקושי הגדול שנוצר במקרה זה בהחזרת הילד להורה המשמורן נובע ממעבר הזמן הרב שחלף מאז הבאתו לישראל ועד הנה. המתנה נוספת עד לביצוע ההחזרה אינה ראויה מכמה בחינות: ככל שהזמן חולף, קשיי הניתוק של הילד מאמו ומסביבתו בישראל הולכים ומתעצמים, ובענין זה גם פרק זמן של חודשים הוא משמעותי, כאשר הילד בישראל למעלה משנתיים.

יתר על כן, לא הובאה כל חוות דעת מומחה התומכת בהמתנת-ביניים נוספת עד ההחזרה, ולא הובעה כל היענות אמיתית מצד בעלי הדין לשתף פעולה ביניהם לצורך ריכוך תהליך ההחזרה במשך תקופה של מספר חודשים; המחשבה כי תקופת ביניים כזו עשויה להועיל לכל המעורבים אינה נתמכת, בין בעמדה מקצועית כלשהי, ובין בגישת הצדדים עצמם, והמתנה נוספת בביצוע החזרת החטוף עלולה לשמש אבן נגף בהליך החזרה תקין, שצריך היה להתרחש כבר לפני זמן רב.

בנוסף לכך, המתנה לתקופת ביניים נוספת לצורך ההחזרה אינה מתיישבת עם תכליות האמנה, ועם חובתה של ישראל כלפי המדינות החתומות על האמנה. דרישת האמנה היא להחזרה מיידית של קטין חטוף, שעניינו נכנס בגידרה. המתנה נוספת, לא רק שתוסיף לקשיי הניתוק של הילד מסביבתו, אלא יש בה גם סטייה מרוח האמנה, והחטאה של תכלית חשובה להיאבק מאבק עיקש ואפקטיבי בתופעה הקשה של חטיפות ילדים על-ידי הוריהם. ההתמודדות עם תופעה זו מתחייבת במסגרת החובה לאכוף את שלטון החוק במשפט המדינות, לפעול ביעילות נגד עשיית דין עצמית בתחום יחסי המשפחה, ונוכח המחויבות העיקרית למנוע את הפגיעה האנושה בטובת הילד, שהוא הנפגע העיקרי ממעשה החטיפה, ומשלם עליה את המחיר הכבד ביותר.

בטרם נעילה

51. לפני סיום, ראוי להעלות מספר שאלות הקשורות קשר הדוק לדרך ניהולם של ההליכים בפרשה הנדונה, שיש להן השלכה כללית על אופן הטיפול בהליכי החזרת קטין חטוף על-פי האמנה.

בפרשה שלפנינו ניתנו עד כה שבעה פסקי דין בערכאות שונות, ופסק דין זה הינו השמיני במספר. הפרשה נדונה בשלושה מהלכים דיוניים שונים ונפרדים, אשר חלפו על פני ערכאות השיפוט על כל דרגותיהן מספר פעמים. הדיון בשאלות השונות הנוגעות לתחולת החריגים לאמנה פוצל ונדון בנפרד בערכאות לסוגיהן, והדבר תבע הן מאמץ שיפוטי רב, והן מחיר יקר של זמן, על אף שכל הערכאות פסקו מבחינתן ללא דיחוי רב. המהלכים הדיוניים המורכבים והמסועפים בכל הערכאות בפרשה זו מעלים את השאלה כיצד ניתן וראוי למצות באופן מלא את בדיקת כל השאלות הטעונות בירור במסגרת מהלך דיוני אחד, בלא פיצולן למהלכים דיוניים עוקבים שונים, המתפרשים בין ערכאות שונות, באופן שיאפשר מצד אחד בדיקה ראויה של הסוגיות, ומצד שני, יענה לתכלית האמנה מבחינת מימד אילוצי הזמן, וימנע מצב שבו לעצם התארכות ההליכים אפשר ותהיה השפעה על החמרת החשש לנזק לילד בהחזרתו למדינת המוצא, או על קיום עילה אחרת לאי החזרתו. אפשר, שאחת הדרכים להתמודד עם קושי זה היא בקיום מאמץ דיוני מיוחד לרכז את בירור כל השאלות במלואן במהלך דיוני אחד, ובמידת הצורך, להשלים חסר שנוצר בידי ערכאת הערעור, שתבוא בנעלי הערכאה הדיונית בשל שיקולי זמן, שהם ממהותם של ההליכים הנוגעים להחזרת קטין חטוף.

שאלה נוספת העולה בעקבות ההליכים בפרשה זו היא מהם גבולות היוזמה שערכאת שיפוט ראוי שתזקק לה בהעלאת סוגיות לדיון ולהוכחה, שהנטל הכבד להוכיחן רובץ מראשיתו על הטוען לאי-תחולת האמנה, ומקום שדי בקיום ספק לגבי התקיימות הטענה, כדי לדחותה.

השאלות האמורות, חרף אופיין הדיוני, עשויות להיות בעלות אופי קריטי להליכים על-פי האמנה, המחייבים פעילות שיפוטית מרוכזת, מהירה, מדויקת ומקצועית. פרשה זו מצדיקה כי ניתן להן את הדעת במבט אל העתיד.

109 דבר

52. לאור האמור, אציע לחברי כדלקמן:

לדחות את הערעור, ולהורות על החזרת הילד לאביו בבלגיה כאמור בפסקאות 17א עד 17ד לפסק הדין של בית המשפט לענייני משפחה בתמ"ש 3450/07, מיום 9.1.08, שאלה הם עיקריו:

- (א) הקטין יוחזר לידי אביו בבלגיה.
- (ב) האם תעביר את הילד לידי האב בישראל לשם העברתו לבלגיה על-ידי האב.
- (ג) צו עיכוב היציאה מן הארץ שניתן כנגד הקטין יוסר לאחר העברתו לידי האב, ועל-פי פנייתו של האב לבית המשפט;
- (ד) באם חלילה לא תפעל האם על-פי האמור לעיל, תסייע המשטרה בידי האב בביצוע החזרת הקטין, תוך שיתוף גורמי הרווחה והסעד המוסמכים לצורך הענין.
- (ה) החזרת הקטין תבוצע בתום 21 יום מיום מתן פסק דין זה.
- (ו) רשויות הסעד והרווחה יפעלו במהלך התקופה האמורה בס"ק (ה) לעיל להכנתו של הילד להעברה לבלגיה, וככל האפשר בשיתופו של האב, ובשיתוף פעולה מצד האם.
- (ז) באם תודיע האם כי היא מסכימה ללוות את הקטין לבלגיה על-פי התנאים הנקובים בפסקה 17(ו) לפסק הדין בתמ"ש 3450/07, כי אז יחולו התנאים האמורים בסעיף ו(1) עד (5) לאותו פסק דין.
- המבקשת תשלם למשיב שכר טרחת עורך-דין בגין הליך זה בסך 15,000 ש"ח.

ש ו פ ט ת

השופטת ע' ארבל:

"קטן אינו חפץ הניתן להיטלטל מיד-אל-יד ולו ככלי-יש-חפץ-בו. קטן הוא אדם, הוא בן-אדם, הוא איש – גם אם איש קטן בממדיו. ואיש, גם איש קטן, זכאי בכל

זכויותיו של איש גדול" (השופט (כתוארו אז) מ' חשין
 בע"א 6106/92 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד
 מח(2) 833, 836 (1994)).

1. נקודת המוצא לדיוננו עניינה בהוראת סעיף 12 לאמנת האג - היא ה"אמנה בדבר ההיבטים האזרחיים של חטיפה בינלאומית של ילדים" (להלן: האמנה) - כפי שהוא מופיע בתוספת לחוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), התשנ"א-1991 (להלן: החוק). בהתאם להוראת הסעיף, משעשה אחד מהוריו של ילד מעשה חטיפה ולקח אותו עמו שלא כדין ממקום מגוריו הרגיל למדינה אחרת, על בית המשפט לפעול להשבת המצב לקדמותו לאלתר על-ידי החזרת הילד, וכפי שנאמר:

"לרשות - קרי, לענייננו: בית המשפט - אין שיקול-דעת אם להחליט כך או אחרת; חובה היא המוטלת עליה להורות על החזרת הקטין למקומו. הנה הוא אפוא הכלל העקרוני, וההלכה הדגישה אותו חזור והדגש. ... הכלל הוא החזרת המצב לקדמותו, על יסוד הנחה כי בית המשפט שבמקום מגוריו הרגיל של הקטין הוא שיכריע בנושא משמורתו: מי מן ההורים יחזיק בקטין, והיכן יחזיק בו אותו הורה. לשון אחר: שאלת טובתו של הילד - והיא שתכריע בסוף כל הסופות במשמורתו של מי מן ההורים יהיה הילד - יחליט בה בית המשפט של מקום מגוריו הרגיל, הוא ולא בית המשפט של המדינה שאליה נחטף" (ע"א 4391/96 ר' נ' ר' (יעקובוביץ), פ"ד נ(5) 338, 345 (1997); להלן: עניין ר').

2. על הטעמים השונים העומדים בבסיסו של כלל יסוד זה, ובפרט על הצורך במניעת פגיעה בשלומו של הילד עקב חטיפתו מסביבתו הטבעית; על הצורך בהבטחת כיבוד החוק והאמנה ובאכיפתם; ועל הצורך בהרתעת הורים מפני עשיית דין עצמי, עמדתי ב"גלגולה" הקודם של פרשה זו בבית משפט זה, תוך שמצאתי להדגיש את הדברים הבאים:

"ביסודה 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-קו באופן חד צדדי על-ידי אחד מהוריו אינה עולה בקנה אחד עם טובתו ... 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 שנעשה 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 שתוקיה או אופיה של המדינה אליה מוברח הקטין נוחים יותר מבחינתו ומגדילים את הסיכוי להשארת הקטין אצלו. ... 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" (בע"מ 5579/07 פלוני נ' פלוני, פסקה 9 לפסק הדין (טרם פורסם, 7.8.2007) וההפניות שם).

3. לצד כלל זה נקבעו באמנה מספר חריגים אשר בהתקיימם רשאי בית המשפט, לפי שיקול-דעתו, להורות שלא להחזיר את הילד, כאשר "חריגים אלה אמורים ליתן ביטוי לאינטרסים נעלים הנוגדים את אינטרס החזרת הילד למקום מגוריו, ובעיקר אמורים הם להגן על הילד" (עניין 17, בעמ' 345). כך, מורה האמנה כי לא מוטלת חובה על בית המשפט להחזיר את הילד אם פרק הזמן שבו הוא שוהה במדינה שאליה נחטף עולה על שנה והוכח כי הוא "השתלב כבר בסביבתו החדשה" (סעיף 12 לאמנה); אם בעל זכות המשמורת הטוען להחזרתו נמנע מלהפעיל את זכויות המשמורת בעת החטיפה או הסכים או השלים עימן בדיעבד (סעיף 13(א) לאמנה); אם קיים חשש חמור שהחזרתו של הילד תחשוף אותו לנזק פיזי או פסיכולוגי או תעמיד אותו בדרך אחרת במצב בלתי נסבל (סעיף 13(ב) לאמנה); להלן: חריג החשש החמור); אם הילד מביע התנגדות להחזרתו, בהינתן שהגיע לגיל ולרמת בגרות שבהם מן הראוי להביא בחשבון את השקפותיו (סעיף 13(ב) סיפא לאמנה); להלן: חריג רצון הילד) וכן כאשר ההחזרה אינה מותרת על-פי עקרונות היסוד של המדינה אליה נחטף הילד באשר להגנה על זכויות האדם וחירויות היסוד (סעיף 20 לאמנה).

4. במקרה דנן, ב"גלגוליה" השונים של הפרשה נדונה שאלת התקיימותם של מספר חריגים - הן החריג הקבוע בסעיף 12 לאמנה והן החריגים הקבועים בסעיף 13 לאמנה: חריג החשש החמור וחריג רצון הילד. בסיכומו של דבר, לאחר שהעניין נבחן לאורכו ולרוחבו בזהירות ובקפדנות כפי שהתחייב ממורכבותו ורגישותו של העניין ובהתבסס על חוות-דעת המומחה שמונה לדבר, מצאו שתי הערכאות - הן בית המשפט לענייני משפחה, הן דעת הרוב בבית המשפט המחוזי - כי החריגים האמורים אינם מתקיימים ועל כן יש להורות על החזרת הקטין שנחטף על-ידי אמו לישראל לידי אביו, הוא ההורה המשמורן, בבלגיה. כפי שמציינת חברתי השופטת פרוקצ'יה בפסק דינה, שאלת התקיימותם של החריג הקבוע בסעיף 12 לאמנה ושל חריג רצון הילד אינה עומדת עוד לבחינתנו בהליך הנוכחי, משהקביעות באשר אליהם הפכו זה מכבר חלוטות. מכאן נדרשת השופטת פרוקצ'יה בפסק דינה לבחינת התקיימותו של חריג החשש החמור, ובסיכומו של דבר - לאחר ניתוח קביעותיהן של הערכאות דלמטה ועמדת המומחה שמונה לבחינת הסוגיה, הפסיכולוג הקליני והחינוכי, ד"ר גבריאל וייל (להלן: המומחה) - מאמצת את מסקנותיהם של אלו וקובעת כי אף חריג זה אינו מתקיים בענייננו.

אני מצטרפת, לאחר התלבטות והגם שלא בלב קל, למסקנתה של השופטת פרוקצ'יה, הבאה כאמור בהמשך לקביעותיהן של הערכאות דלמטה ובהתבסס על עמדת המומחה, כי משלא הוכח כי מתקיים בענייננו חריג מן החריגים שיש בהם כדי להצדיק את אי-החזרתו של הקטין לידי אביו, יש להחיל את הכלל הקבוע באמנה ולהורות על החזרתו לבלגיה. ויודגש: אין במסקנתנו זו כדי להצביע על כך שהחששות השונים שהועלו על-ידי דעת המיעוט בבית המשפט המחוזי בהתייחס לצעד זה הינם נטולי בסיס. לחששות אלו מצוי לטעמי בסיס לא מבוטל בעמדתו של המומחה עצמו. ואולם, משהערכאות דלמטה מצאו לאמץ את חוות דעתו המקצועית של המומחה, לא מצאתי כי קמה לנו הצדקה להתערב בקביעתן כי השארת הקטין אצל אמו תגרום להעמקת הניכור בינו לבין אביו ואף לניתוק סופי של הקשר ביניהם, בעוד שהעברתו לבלגיה למשמורת אביו עלולה לסכנו בצורה חמורה אם אמו לא תתמוך בו ותלווה אותו, ומשכך, בהתחשב בכך שעל פי כל אחת מן האפשרויות ייגרם נזק לקטין, סבורה גם אני כי מסקנותיו של המומחה מובילות להחלת הכלל ולא להחלת חריגיו.

יחד עם זאת, אם דעתי תישמע, נורה כי חובת החזרתו של הקטין לאביו בבלגיה, בהצטרפות האם או שלא בהצטרפותה, תחול מיום 15.7.08 - היינו, בחלוף זמן קצר מתום שנת הלימודים הנוכחית, דבר שיאפשר את ההתארגנות המתבקשת לצורך המעבר. בפרק הזמן עד למועד זה יינקטו צעדים משמעותיים ואינטנסיביים להכנת הקטין לקראת המעבר, ובכלל זאת פעולות להקלת הסתגלותו לסביבה החדשה אליה הוא מועבר; לחידוש ראשוני של הקשר בינו לבין אביו; ולרתימת האם לשיתוף-פעולה עם המעבר ולבחינת היתכנות הצטרפותה אל הקטין. כל זאת, בהתאם לתוכנית שתגובש על-ידי רשויות הסעד ובפיקוח בית המשפט לענייני משפחה.

אסביר את עמדתי.

5. אין מחלוקת על כי ככלל, החזרתו של ילד חטוף להורה המשמורן במדינתו צריכה להיעשות בדחיפות האפשרית, וזאת תוך הותרת הדיון בשאלת המשמורת הקבועה של הקטין בידי הערכאות המוסמכות במדינת המוצא. כך עולה מסעיף 2 לאמנה, וכך נובע ממהותם של הדברים, ובפרט מן הצורך לרפא לאלתר את פגעי החטיפה למען טובתו של הילד אשר נותק באופן חד-צדדי מסביבתו הטבעית ומההורה המשמורן, ומן הצורך להגן על שלטון החוק ולמנוע היווצרותן של נורמות התנהגות פסולות של עשיית דין עצמי. "דחיפות הטיפול בהחזרת ילד שהורחק שלא-כדין ולא הוחזר, תוך הפרת זכויות משמורת או ביקורים, היא ביסוד האמנה, היא ארוגה בתוכה.

היא עוברת בה כחוט השני" (בש"א 1648/92 טורנה נ' משולם, פ"ד מו(3) 38, 44 (1992); להלן: עניין טורנה). עוד אין מחלוקת כי ההליכים במסגרת אכיפת החוק והאמנה אינם המסגרת המתאימה לבחינת טובת הילד ב"מובן המלא שלה" וכי תפקידו של בית המשפט בהליך על-פי החוק הוא רק "כיבוי דלקה" או "עזרה ראשונה" לצורך החזרת המצב לקדמותו (כדברי השופטת נתניהו בעניין טורנה, בעמ' 45). יחד עם זאת, אני סבורה כי בנסיבות המיוחדות והמורכבות המתקיימות בענייננו ישנה הצדקה, שניתן לראות בה אף משום חובה, להורות על דחיית החזרתו של הקטין לתקופה קצרה ביותר ומוגדרת, והכל למען הבטחת שלומו וטובתו ומבלי שהגשמתם של יתר הרציונלים העומדים ביסוד חובת החזרה המיידית תיפגע. במה דברים אמורים.

6. המומחה, ובעקבותיו הערכאות דלמטה, הגיעו למסקנה כי החזרתו של הקטין לבלגיה אינה טומנת בחובה חשש לנזק פיזי העלול להיגרם לו, אך ללא ספק צפויה לחשוף אותו לנזק פסיכולוגי משמעותי. כך, ציין המומחה בחוות-דעתו כי "במציאות שנוצרה אין ספק שהעברה לבלגיה תגרום למשבר קשה עבור הילד: הוא ייקרע מהסביבה התרבותית והחברתית אליה הסתגל יפה, הוא יתרחק מאימו במידה זו או אחרת ... ויעבור למסגרת תרבותית-חברתית חדשה" (חוות-דעת המומחה מיום 17.12.07 המצורפת כנספח ב' לבקשה (להלן: חוות-הדעת השנייה), בעמ' 10). עוד ציין המומחה כי "ייתכנו תגובות קיצוניות שיבטאו את מצוקתו" (שם, בעמ' 12); כי בלא הצטרפות האם למעבר "נראה שהפרידה עלולה להיות טראומטית ולהוות מצב בלתי נסבל עבור הילד" (שם, בעמ' 13); ובסיכומם של הדברים, כי "העברת (הקטין) לבלגיה למשמורת אביו עלולה לסכן את הילד בצורה חמורה אם האם לא תתמוך ותלווה אותו" (שם, בעמ' 14). בעדותו בבית המשפט המחוזי אף הביע המומחה את דעתו כי מצב זה יהיה מבחינת הקטין "קטסטרופה, אסון. הכוונה לסבל נפשי חריף ביותר, דכאון ... הוא יהיה מאוד מיואש, בדכאון קשה" (פרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי מיום 20.9.07, נספח א' בתיק מוצגי המבקשת, בעמ' 8).

7. לאור ממצאי המומחה קבע בית המשפט לענייני משפחה כי הוכח שקיים חשש חמור לכך שהחזרתו של הקטין תחשוף אותו לנזק פסיכולוגי ותעמיד אותו במצב בלתי נסבל מקום בו תבחר אמו שלא להצטרף אליו (פסקה 13 לפסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה). בעוד שבית המשפט לענייני משפחה סבר כי עשוי להתקיים מעין "קיצוץ" בין הנזק הצפוי לקטין אם יועבר לבלגיה לבין הנזק הצפוי לו אם יישאר בישראל, מצא בית המשפט המחוזי כי הנזק הראשון, היינו- זה הצפוי כתוצאה מן המעבר, עולה על האחרון. כך, הגם שבסיכומו של דבר סבר בית המשפט כי המנגנון שהוצע להחזרת הקטין לבלגיה תחת משמורת אמו ותוך קביעת תנאים למניעת נקיטת

הליכים פליליים נגדה שם, מאזן בין התוצאה המתבקשת על-פי האמנה, היא אי-החלת החריג לכלל, לבין התווית דרך שתקל על הקטין את המעבר לבלגיה (פסקה 9 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי).

8. החששות האמורים מפני נזק פסיכולוגי משמעותי הצפוי להיגרם לקטין כתוצאה מהחזרתו למשמורת אביו בבלגיה הינם בעלי מורכבות יתרה עקב שילובן של מספר נסיבות המאפיינות את המקרה: התקופה הארוכה שחלפה מאז עזב הקטין את בלגיה ומאז אירוע החטיפה והגעתו לישראל; הניתוק הממושך שנוצר בינו לבין אביו לעומת החיבור הדומיננטי לאמו; השינוי שחל באורחות חייו של הקטין בארץ; ומאפייני אישיותו של הקטין וההתנגדות שהביע להחזרתו לבלגיה. אדרש בקצרה לכל אחד מגורמים אלו.

הזמן שחלף ממועד עזיבת הקטין את בלגיה וממועד החטיפה והגעתו לישראל

9. כזכור, הקטין, כיום בן כשמונה וחצי, עזב את בלגיה יחד עם אמו ועבר להתגורר בצרפת בחודש מרץ 2004, היינו- בהיותו בן כ-5 שנים בלבד. במשך קרוב לשנתיים התגורר עם אמו בצרפת וזאת עד שבחודש ינואר 2006 הגיעו השניים לישראל. חלפו אפוא ארבע שנים מאז ביקר הקטין לאחרונה בבלגיה, היא המדינה אליה מצווה הוא לחזור כעת, כאשר בפרק זמן זה שהה תקופה של קרוב לשנתיים בצרפת ותקופה של למעלה משנתיים נוספות בישראל. כאמור, מורכבות המצב ורגישותו חייבו בדיקה מעמיקה בכל הערכאות שלפתחן הובא העניין. בתי המשפט התייחסו בזהירות רבה לסוגיות השונות שהתעוררו, הסתייעו במומחים וניתחו באיזמל מנתחים דק את המצב - דבר שארך זמן. בינתיים השתרש הקטין בסביבתו החדשה, שהפכה להיות הסביבה היחידה המוכרת לו למעשה, בעוד שבלגיה - אליה הוא מוחזר כעת - היא עבורו סביבה חדשה כמעט מן היסוד. עמד על כך המומחה: "לא מדובר בחזרה לסביבה שבה חי הילד אלא בסביבה שהילד עזב כשהיה בן 5, הסתגל לסביבה חדשה בפריו במשך שנתיים וסביבה חדשה נוספת בשנתיים הבאות. בודאי שבלגיה איננה עבורו ארץ זרה, אך המקום שאליו הסתגל בגילאים יותר משמעותיים של מודעות והבנה (מעבר לכיתה א' - גילאי 5-6) הוא פריז ולכן יש כאן שוני" (חוות-הדעת השנייה, בעמ' 13), וכן: "מבחינתו זו הגירה מחודשת לבלגיה (כי לא מדובר בחזרתו לאותו מקום כמו בחטיפה רגילה אלא בחזרה למקום שהוא התרחק ממנו)" (חוות-הדעת השנייה, בעמ' 9).

ודוק: במשך הזמן שחלף מאז מעשה החטיפה אין כדי להוות גורם הפועל לטובתה או להגנתה של האם, היא ההורה החוטף, או כדי להוות שיקול לאי-החזרתה של הקטין בהתאם לאמנה. זאת, מאחר וכאמור, לאחר הבחינה והבדיקה בערכאות השונות כפי שפורט, נקודת המוצא המוסכמת על כולנו הינה כי אין מנוס מהחזרת הקטין לידי אביו, כבעל זכות המשמורת עליו, במדינת המוצא. בהקשר זה ראוי להזכיר גם כי ככלל, "מתן משקל להתמשכות ההליכים ולחלוף הזמן מאז מעשה החטיפה, כשיקול שבידו לגבור על חובת החזרה של הילד למקום מגורי הקבע שלו, היה מעניק פרס להורה החוטף, בבחינת חוטא יוצא נשכר, דבר שאין בידינו להשלים עמו" (רע"א 2610/99 פלונית נ' פלוני, פ"ד נג(2) 566, 575 (1999); להלן: עניין פלונית). יחד עם זאת, אני סבורה כי לא ניתן להתעלם מגורם הזמן האמור בעת התווית הדרך שבה תבוצע החזרת הקטין לידי אביו ומתוך ניסיון לצמצם ככל האפשר את הנזק שעלול להיגרם לו כתוצאה מהמעבר, במיוחד כאשר הדבר ייעשה, כפי שמצטייר בפנינו, שלא בליווי האם.

הניתוק שנוצר בין הקטין לאביו והקשר החזק והדומיננטי עם אמו

10. כפי שציין המומחה, במהלך השנתיים האחרונות מאז הגיע הקטין עם אמו לישראל, כמעט ולא התראה הוא עם אביו, וגם בשנתיים שקדמו, לא התראו השניים בתכיפות רבה (חוות-הדעת השנייה, בעמ' 13). בית המשפט לענייני משפחה, על יסוד חוות-דעת המומחה, קבע כי האם היא כיום הדמות ההורית העיקרית בחייו של הקטין, לאחר תקופה ארוכה של ניתוק מהאב (פסקה 9 לפסק הדין) וברוח זו ציין גם בית המשפט המחוזי כי הקשר בין הקטין לאמו הוא הדוק ביותר, כי היא ההורה הפסיכולוגי עבורו, וכי ניתוק ממנה עלול להיות חוויה קשה ביותר עבורו (פסקה 7 לפסק הדין). החזרת הקטין לאביו פירושה אפוא החזרתו לידי הורה שגם אם אינו זר לו, בשנים האחרונות לא היה עבורו דמות קרובה ונוסכת אמון וביטחון, בעוד שהאם היא המשענת העיקרית שעליה נשען הקטין, על ברכיה גדל, ועל דמותה התומכת נסמך.

השינוי שחל באורח חייו של הקטין מאז הגיע לישראל

11. מכלל החומר שהונח בפנינו עולה כי בשנים האחרונות סיגלה לעצמה האם, ובעקבותיה הקטין, אורח חיים דתי-חרדי וכי הקטין אף לומד כיום במוסד חינוכי חרדי, בו לכל הדעות השתלב בצורה יפה. מכאן, כי גם בהתחשב בהצהרת האב - שהוא אתאיסט - באשר לנכונותו להתייחס לשינוי שחל באורחות חייו של הקטין ובהסכמתו לאפשר לו להמשיך ולשמור על מצוות הדת, כשבכללן מצוות שמירת השבת וכללי

הכשרות, כמו גם לאפשר לו ללמוד בבית ספר יהודי דתי בבלגיה, אין ספק כי קיים כיום פער תרבותי-חברתי-דתי ניכר ומשמעותי בין הקטין לבין הסביבה שאליה הוא מועבר - פער אשר לבטח יחייב זמן ומאמצים לגישורו. עמד על כך המומחה: "גם אם כל זה יתקיים אין ספק שמדובר מבחינת הילד במעבר קשה ביותר מהבחינות האלה. זה להשתלב בסביבה לא יהודית כשהסביבה הזו היא הסביבה של האב שהוכרז כמשמורן" (פרוטוקול הדיון בבית המשפט לענייני משפחה מיום 27.12.07, בעמ' 143). ועוד ציין המומחה בהקשר זה: "הילד עבר טראנספורמציה זהותית ... מילד בלגי יהודי ללא יציאת תוכן ממשי ליהדות זו לילד יהודי חרדי ישראלי עם כל המתחייב מכך" (חוות-הדעת השנייה, בעמ' 14). בנוסף, באשר להשתלבותו של הקטין בסביבת חייו הנוכחית, ציין המומחה כי כל הסימנים מעידים שהקטין עשה "תהליך הסתגלותי מוצלח מבחינה לימודית ... חברתית התנהגותית ורגשית. הוא חש משולב במשפחתו, בסביבתו והוא משדר בעיקר שביעות רצון (חוות-דעת המומחה מיום 9.9.07 (להלן: חוות-הדעת הראשונה), בעמ' 15).

הנה כי כן, גם על רקע היכולות שהקטין הוכיח בעבר ובהווה להסתגלות לסביבות חיים חדשות ולאורחות חיים חדשים, המעבר לבלגיה טומן בחובו שינוי משמעותי ומורכב, אשר לבטח ידרוש זמן ממושך ומאמצי הסתגלות ניכרים. בהינתן העובדה כי כאמור, המעבר אינו רק לסביבה תרבותית-חברתית-דתית חדשה אלא גם לידיו של הורה שעומו לא היה לו קשר משמעותי בשנים האחרונות, דומה כי לא יהיה זה מוגזם לומר כי הקשיים הצפויים מועצמים שבעתים.

מאפייני אישיותו של הקטין וההתנגדות שהביע להחזרתו לבלגיה

12. רביעית ואחרונה, יש ליתן משקל למאפייני אישיותו של הקטין כפי שהתרשם ממנו המומחה. בהקשר זה, ציין המומחה בחוות-דעתו כי "מדובר בילד רגיש, פגיע ונראה שהמבנה שלו שברירי והוא מתקשה לספוג לחצים המוציאים אותו מכלל איזון. הוא במיטבו במצבים ברורים (ולא עמומים), יציבים (ולא בתנודות), ומוכרים (ולא מתחלפים) ואז הוא מתפקד ברמה אופטימטלית ... במצב ההפוך (עמום, לא יציב וזר), השיפוט יורד, הוא נכנס לבלבול, אי ספיקה ויש סימנים לחרדות ולביטויים סומאטיים" (חוות-הדעת הראשונה, בעמ' 11). עוד ציין המומחה בהקשר זה בעדותו בבית המשפט כי "הילד הוא בעל מבנה שברירי ורגיש באופן מיוחד, פגיע אשר לחצים מוציאים אותו מכלל איזון ושיש לו רגישויות ושבריריות מסויימות שאינן נחלת כל הילדים" (פרוטוקול הדיון בבית המשפט לענייני משפחה מיום 27.12.07, בעמ' 152). לא ניתן להתעלם גם מההתנגדות שהקטין הביע להחזרתו לידי אביו, אשר הגם שנקבע כי אין

בה כדי להצדיק סטייה מהכלל שלפיו יש להחזיר קטין שנחטף לידי ההורה המשמורן, אני סבורה כי יש בה כדי ללמד כבר עתה על הקשיים הצפויים בהסתגלותו של הקטין לסביבה חדשה ולחיים עם אביו, בהם הוא אינו מעוניין וכלפיהם צבר חששות וכעסים, תהא סיבתם של אלה אשר תהא. כך, ציין בהקשר זה המומחה כי הקטין "הביע עמדה נחרצת כנגד חזרתו לאביו לבלגיה וזאת בצורה עיקשת וקיצונית" (חוות-הדעת הראשונה, בעמ' 12) וכי הוא מסר לו כי "הוא רוצה להישאר בישראל עם אימו. הוא מעדיף למות מאשר ללכת לאביו" (שם, בעמ' 4). (והשוו בהקשרים אלו לעניין שנדון ברע"א 5253/00 פלוני נ' אלמונית (לא פורסמה, 21.1.2001), שם נדחתה על-ידי השופטת פרוקצ'יה בקשת רשות לערער על החלטה שלא להחזיר ילד שנחטף על-ידי אמו לישראל, על רקע קיומה של סכנה מוחשית להתאבדותו של הקטין אם יוחזר לידי אביו בארצות הברית).

סיכומם של הדברים עד כה

13. המומחה, בית המשפט לענייני משפחה ובית המשפט המחוזי, צפו כולם כי לקטין עלול להיגרם נזק משמעותי ניכר כתוצאה מהמעבר לידי אביו בבלגיה, כאשר לדעת בית המשפט לענייני משפחה ושופטי הרוב בבית המשפט המחוזי, המפתח לצמצום הנזק האמור טמון באם - בהצטרפותה לנסיעת הקטין לבלגיה ובשיתוף-פעולה שלה בקידום הקשר עם האב. לעומת זאת, צפו הם קשיים ניכרים ככל שהאם לא תתלווה לקטין בשעה שהוא מוחזר אל בית אביו - לעולם חדש ממנו התנתק לפני זמן רב, השונה מבחינה תרבותית ודתית מן העולם שאליו הסתגל פה, ואשר כלפיו ככל הנראה הוסת וצבר כעסים וחששות. קשיים וחששות אלו מקבלים כאמור משנה תוקף לאור נסיבותיו המיוחדות של המקרה כפי שפורטו לעיל.

לצד זאת, כפי שמציינת השופטת פרוקצ'יה, שתי הערכאות הניחו, ובדין לטעמי, כי אפשרות הצטרפותה של האם עומדת, מסיבות שונות, בסימן שאלה, כאשר לדבריה שלה, העמדת הצטרפותה של האם כתנאי להחזרת הקטין לידי אביו והשאלה עד כמה תהיה בכך תועלת, אינם חד-משמעיים ואינם חד-ערכיים. מכל מקום ניתן לדעתי לומר כי בנסיבות העניין, בעת הזו אין הסיכויים לכך נראים גבוהים, וזאת במיוחד על רקע הצהרתה של האם בפני המומחה כי היא אינה מוכנה לחזור לבלגיה בשום פנים ואופן וכי היא רואה בדבר חזרה "לגיהנום" (חוות-הדעת השנייה, בעמ' 4; וכן פרוטוקול הדיון בבית המשפט לענייני משפחה מיום 27.12.07, נספח א' בתיק מוצגי המשיב, בעמ' 139). גם בפנינו נאמר מפורשות כי אין בכוונתה של האם לנסוע לבלגיה עם הקטין. לכך יש להוסיף גם את כוונתה המוצהרת של האם להינשא בקרוב

בשנית ואת החשש שהביעה מהליכים שיינקטו נגדה על-ידי הרשויות בבלגיה ובצרפת, אשר מבססים גם הם את ההנחה כי ככל הנראה היא לא תצטרף לקטין ולא תעבור עמו לבלגיה.

14. תיקים מסוג זה מתאפיינים תמיד במורכבות וקושי מיוחדים. הם מדירים שינה מעיני כל הנוגעים בדבר, בתי המשפט והגורמים המקצועיים השונים כאחד, התרים כולם אחר הפתרון הראוי וההולם ביותר, הן בראי החוק והאמנה - על העקרונות המשפטיים והחברתיים הקבועים בה - הן בראי עקרון טובתו של הילד, הזוכה אף הוא לביטוי ועיגון ברור באמנה. כפי שציין בית המשפט המחוזי, לצערנו, נראה כי לא מצויה בידינו בתיק זה הברירה בין פתרון טוב לפתרון רע. עלינו להכריע בין פתרון רע לפתרון רע יותר או בין פתרון רע לפתרון רע מעט פחות. בנסיבות אלו, ועל רקע מכלול נתוני המקרה כפי שנפרשו על-ידי בתמצית וכפי שפורטו בהרחבה על-ידי הערכאות דלמטה, אני סבורה כי מחוייבים אנו לנסות ולאתר את הדרך שבה, גם במקרה שבו האם לא תצטרף לנסיעתו של הקטין לבלגיה, החזרתו לידי אביו תעשה בדרך הקלה ביותר, תוך צמצום ומזעור של הנזקים שאליהם ייחשף ותוך ריכוך הקשיים הצפויים לו כתוצאה מן המעבר. לצורך כך אין מקום לספק בעיני כי נדרש שיתוף הפעולה, ככל הניתן, של האם, ונדרש סיוע וליווי של גורמים מקצועיים.

15. תוצאה זו ניתן יהיה להשיג לטעמי אך אם נורה כי החזרתו של הקטין לבלגיה לא תעשה באופן מידי, ואף לא בתוך פרק זמן של 21 יום כהצעתה של חברתי השופטת פרוקצ'יה, כי אם בתוך פרק זמן של שלושה חודשים וחצי - לאחר סיום שנת הלימודים הנוכחית ולא יאוחר מיום 15.7.08 - כאשר במהלך תקופה זו יבוצעו צעדים מכינים משמעותיים לקראת המעבר, בהתאם לתוכנית שתגובש על-ידי רשויות הסעד, ובפיקוחו של בית המשפט לענייני משפחה. בפרט אני מציעה כי תוכנית זו תכלול פעולות לביסוס היכרות של הקטין עם מאפייני הסביבה אליה הוא מועבר (בהיבטי דת, תרבות, שפה וכיוצא בזאת); פגישות מונחות עם האב בליווי מקצועי, לשם חידוש הקשר ביניהם; וכן פעולות ליצירת שיתוף-פעולה של האם באשר לחידוש הקשר בין האב לבנו, כמו-גם לבדיקת היתכנות הצטרפותה לנסיעת הקטין, ולו למשך פרק זמן ראשוני. זאת, בתקווה שתגבש אצל האם ההבנה כי החזרתו של הקטין לבלגיה אינה נתונה עוד בסימן שאלה ואינה תלויה ועומדת עוד בפני ערכאות שיפוטיות, אלא מדובר כעת בעובדה מוגמרת אשר ככל שתופנם על-ידה במהרה, יהיה בכך כדי לפעול לטובתו של הקטין. בנוסף, בפרק זמן זה ימציא האב, כפי שהתחייב, אישור משלטונות התביעה בבלגיה על כך שלא יינקטו נגד האם הליכים בהתייחס לחטיפת הקטין ולהפרת צווי

בית משפט בהקשר זה, וכן, ככל שהדבר ניתן על-ידו, אישור דומה מהרשויות בצרפת. עוד ימציא הוא התחייבות מצדו שלא ליזום בעצמו הליכים נגד האם בהקשר זה.

16. כפי שמציינת השופטת פרוקצ'יה, ככל שהזמן חולף וככל ששהייתו של קטין במדינה שאליה נחטף מתארכת, גוברים הקשיים בהחזרתו: "גובר החשש כי יכה שורשים במקום, יסתגל למסגרת חיים חדשה, וניתוקו מסביבה זו לצורך החזרתו למדינת המוצא יהיה קשה ומר יותר. ... העזיבה והנזק הכרוך בה נעשים קשים יותר" ו"הקושי שבהחזרת הילד הולך ומתגבר, הן בשל עוצמת העוינות להורה המשמורן המתגברת עם הזמן, והן בשל העמקת הקשר של הילד להורה החוטף ונוכח הסתגלותו של הילד לסביבתו החדשה" (פסקאות 34 ו-44 לפסק דינה). בנסיבות אלו, דומה כי לא יכולה להיות מחלוקת, וכך אמנם סבורה גם חברתי, כי נדרשים זמן ומאמצים ניכרים על מנת שהקטין יסתגל מחדש לסביבה חדשה אליה הוא מועבר ושממנה התנתק לפני זמן כה רב, לא כל שכן להורה שעמו לא היה בקשר רציף ומשמעותי. אף השופטת פרוקצ'יה סבורה אפוא כי יש צורך במתן אפשרות לקטין ולאמו להתארגן כראוי לקראת המעבר וכן בפעולות מצד רשויות הסעד לשם הכנת הקטין ואמו למעבר ובשיתוף האב בתהליך ההכנה עוד בטרם מועד ההחזרה. ואולם, לדעתה די ב-21 ימים על מנת לבצע פעולות אלו. לכך אין בידי להסכים. מורכבותו ורגישותו של העניין, על רקע הזמן הארוך שחלף ונסיבותיו המיוחדות כפי שפורטו, מלמדים לטעמי כי יש צורך בתקופת זמן משמעותית יותר על מנת להקל באופן אמיתי על החזרת הקטין לידי אביו. הנתק המשמעותי כל כך שנוצר בין הקטין לאביו; החיבור והתלות הקיימים בינו לבין אמו; הפערים הדרמטיים הקיימים בין מאפייני סביבת חייו הנוכחית למאפייני הסביבה שאליה הוא מועבר; וכן עמדתו של הקטין ביחס למעבר ומאפייני אישיותו, מחייבים כולם בנסיבות מקרה זה, כי יתאפשר לכל הצדדים - לקטין ולהוריו - פרק זמן מסוים לגישור על הפערים, לאיחוי הקרעים שנוצרו ולמניעת נזקים או מזעורם ככל הניתן, במבט לעתיד. בשלושה שבועות אין לשם כך די. בנוסף, וכאמור, לטעמי נדרש בענייננו ליווי משמעותי מצד רשויות הסעד (והשוו לעמדת המומחה בהקשר זה, בעמ' 14 לחוות-הדעת השנייה), כאשר ליווי כזה מטבעו קשה שיישא פירות בתקופה כה קצרה כפי זו המוצעת על-ידי חברתי. לבסוף, אני רואה חשיבות גם במתן אפשרות לקטין לסיים את שנת הלימודים הנוכחית עד תום, באופן שבו השתלבותו במערכת החינוכית בבלגיה תיעשה בתחילתה של שנת הלימודים הבאה ולא במהלכה של שנת הלימודים הנוכחית, הנמצאת כבר במחציתה השנייה, עם כל הקשיים הנלווים לכך.

למותר לציין בהקשר זה כי לא אחת, במקרים בהם הורה בית משפט על החזרת קטין חטוף למדינת המוצא, נקבע מועד ההחזרה לתום שנת הלימודים (וראו לדוגמה:

בג"צ 5891/91 קוארט נ' קוארט-שרשו (לא פורסם, 24.5.1992); בע"מ 902/07 פלונית נ' פלוניס, פסקה 5 לפסק דינו של השופט אלון (טרם פורסם, 26.4.2007); השוו גם לאמור בהקשר זה בעניין פלונית, שם נדחתה אפשרות כאמור בעיקר מן הטעם כי לימודיהן של הקטינות לא נעשו בצורה מסודרת וברציפות כך שלא היה בהחזרתן כדי לגרום להפסקת תכנית לימודים מסודרת (שם, בעמ' 574 להחלטה). כן ראו, בהקשר שונה: בע"מ 27/06 פלוני נ' פלונית, פסקה 24 לפסק הדין (לא פורסם, 1.5.2006). אכן, קביעה זו משקפת היטב את ההכרה בחשיבותם של היציבות, האמון והביטחון בחיי הקטין, אשר ממילא עומדים בפני טלטלה של ממש, ואת הצורך בפרק זמן להתארגנות והכנה לקראת המעבר הצפוי, גם תחת חובת קיומן של הוראות האמנה.

17. בפסקה 50 לפסק דינה מביעה חברתי השופטת פרוקצ'יה את דעתה כי המתנה נוספת של מספר חודשים עד לביצוע החזרת הקטין לידי אביו אינה ראויה בשל התעצמותם הצפויה של קשיי הניתוק שלו מאמו, כאשר לדבריה גם פרק זמן של מספר חודשים הוא משמעותי בהקשר זה, וכן בהינתן שלא הובאה כל עמדה מקצועית התומכת בצורך בהמתנת-ביניים נוספת כאמור, ולא הובעה היענות מצד בעלי הדין לשיתוף-פעולה עם צעד מעין זה. עוד סבורה היא כי המתנה לתקופת ביניים נוספת אינה מתיישבת עם תכליות האמנה ועם חובותיה של מדינת ישראל על-פיה.

ראשית אומר, כי לטעמי, נזק משמעותי יותר עלול להיגרם לקטין כתוצאה מניתוקו מאמו ומהסביבה אליה הורגל והתרגל במהלך השנתיים האחרונות באופן חד ומהיר כאיבחת מאכלת, תוך הצבתו בסביבה שאינה רחוקה מלהיות סביבה חדשה לגמרי עבורו ותוך העברתו למשמורת מלאה של אביו עמו לא היה לו קשר בשנים האחרונות, או שעמד עמו בקשר רופף בלבד.

שנית אומר, כי איני סבורה שיש לייחס משמעות רבה לעובדה כי צורך בתקופת הכנה כאמור לא הובע מפורשות בעמדת הגורמים המקצועיים. לטעמי, די בכך שהגורמים המקצועיים בבדיקתם המקיפה והיסודית הביעו עמדה מפורשת באשר לקשיים ולסיכונים המשמעותיים הצפויים לקטין כתוצאה מהחזרתו לידי אביו, בכדי שניתן יהיה ללמוד מעמדתם זו כי פעולות להכנת הקטין למעבר ולריכוך וצמצום הקשיים הצפויים עשויות להצמיח תועלת, ומכל מקום לא לגרום לנזק נוסף לזה שנוצר ממילא. עוד אין מקום לטעמי לראות את העובדה כי בעלי הדין לא הצהירו על נכונותם לשותף פעולה לצורך ריכוך תהליך ההחזרה, כמכריעה את הכף, וזאת מן הטעם כי אפשרות שכזו לא עמדה בפניהם באופן אמיתי על הפרק, וגם אם הוצגה בקצרה במהלך הדיון, הם לא התבקשו לשקלה במלוא הרצינות והדעת נותנת כי לא עשו כן, כאשר

האם מקווה בכל מאודה שהקטין יישאר עמה ואילו האב כלל לא נכח בדיון ובא-כוחו עמד על מיצוי ההליכים ועל החזרתו המיידית של הקטין נוכח הזמן הרב שחלף. מכל מקום, תקוותי הינה כי משההליכים השיפוטיים מגיעים כעת לסיומם, ישכילו הצדדים שניהם למצות את פרק הזמן המוצע להכנת הקטין לחידוש הקשר עם אביו ולמעבר למקום מגוריו של האב, כמו גם להכנה שלהם עצמם לשינוי הצפוי.

לבסוף, אשר לפגיעה הנטענת בתכליות האמנה ובמחויבותיה של מדינת ישראל על-פיה. כפי שציינתי בראשית דבריי, אין מחלוקת כי ההליכים השיפוטיים מכוח החוק והאמנה אינם השלב לבירור טובתו של הקטין בהיקפה היסודי והמלא. אין מחלוקת גם כי מדינת ישראל מחויבת בקיום החובות שנטלה על עצמה במסגרת האמנה. כפי שכבר הובהר בעבר, להסדר על פי האמנה תכלית 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 ומההורה 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” (בע”מ 672/06 פלוני נ’ פלונית (לא פורסם, 15.10.2006)).

מכאן, עקרון טובת הילד אינו זר לאמנה, גם אם מרכז הכובד שלה הוא על כך שהפורום בפניו תתברר שאלת טובתו של הילד יהא במדינה בה התגורר בטרם נחטף (בע”מ 902/07 פלונית נ’ פלוני (לא פורסם, 26.4.2007)). לעובדה שהוראותיה של האמנה התגבשו לאור עקרון טובת הילד ולתפיסה שבבסיסה כי טובתו של קטין מחייבת “השבת המצב לקדמותו” כפי שהיה עובר למעשה החטיפה, לפחות עד תום ההליך המשפטי בעניינו, יש חשיבות לטעמי גם במקרה מעין זה הנוכחי. שכן, מקום שחלף זמן רב ממועד ביצוע החטיפה ועד למועד החזרת הקטין החטוף אל מדינת המוצא כבענייננו, ומשהתוצאה האופרטיבית של החלטתנו הינה כי יש לאכוף את הכלל הקבוע בחוק ובאמנה ולהורות על החזרת הקטין לידי ההורה המשמורן בארץ המוצא, הרי שדחייה קצרה בלבד של המועד להחזרת הקטין לשם קידום טובתו אינה חותרת תחת האמנה ותחת עמידתה של מדינת ישראל בחובותיה על פי האמנה. יתר על כן, לא ניתן להתעלם מכך שבנסיבות המקרה דנן מדובר בנתק של מספר שנים של הקטין מאביו וממדינת המוצא. במצב דברים זה עומדת בעינה אמנם התחייבותה של ישראל במסגרת האמנה, אולם ברי כי התפישה הרואה את טובת הילד בהחזרתו המיידית אל המדינה ממנה נחטף, תפישה שבבסיסה גם הצורך ביציבות בחיי הילד, אינה נהנית עוד

מאותו תוקף. לפיכך, משהוחלט כי אין המקרה שבפנינו מצדיק סטיה ממצוות האמנה והחוק, ובנסיבות האמורות, נראה כי עיכוב קל וראוי בביצוע החזרתו של הקטין לבלגיה לצורך הכנתו לשינוי שעתיד הוא לחוות ומזעור ככל הניתן של הנזק הכבד שאין חולק כי ייגרם לו, אינם עומדים בסתירה לאמנה ולחוק אלא אף מתיישבים עם עקרון טובת הילד שבבסיסה. סיכומה של נקודה זו: חובתנו לכבד את החוק והאמנה אינה שנויה במחלוקת, היא ברורה ואין להרהר אחריה. ואולם, כאשר ניתן לקיים חובה זו ובה בעת לצמצם את הפגיעה הכה קשה שעתידה להיגרם לקטין, עליה עמד המומחה, על-ידי עיכוב קל בלבד בביצוע ההחלטה לצורך הכנת הקרקע למעבר לארץ המוצא, אין בדבר כדי לגרוע כהוא זה מקיום מצוות האמנה, אלא הוא משתלב דווקא בעקרון טובת הילד שבבסיסה. אדגיש כי בענייננו מדובר בעיכוב קל שבקלים, בפרט בהתחשב במשך התקופה בה נמצא הקטין במדינה אליה נחטף.

סוף דבר

18. יהיה מי שיתהה מדוע הרחבתי כפי שהרחבתי, בהינתן כי יריעת המחלוקת ביני לבין חברתי מצטמצמת לשאלת מועד החזרתו של הקטין לידי אביו, בשונה משאלת עצם חובת החזרתו, אשר לגביה מסכימה אני כאמור, גם אם לא בלב קל, לתוצאה שאליה הגיעה חברתי ושאליה הגיעו שתי הערכאות דלמטה. על כך אבקש לומר אך זאת: גורם הזמן הוא גורם מורכב ורב-פנים. אין ספק כי פעמים רבות, ואולי אף במרביתם של המקרים, חלוף זמן ניכר יחייב פתרון מהיר ומיידית לתיקון המצב, וזאת בין היתר בשל החשש כי המשך התארכותם של ההליכים והמצב הקיים יטמון בחובו נזק נוסף - בין למי מהנוגעים בדבר ובין לאינטרסים רחבים יותר. פעמים אחרות, לעומת זאת, וכך הוא לטעמי במקרה הנוכחי, משחלף זמן כה רב ממועד ביצוע העוולה - ובענייננו: ממועד חטיפת הקטין - דווקא ניסיון לתיקון המצב בפעולה מיידית, מהירה וחדה, עלול לטעמי להיות בעוכרי הדברים ואף לסכל או להקשות על הצלחתו של פתרון שבנסיבות העניין נמצא כפתרון הרע במיעוטו. הן בהקשר שבענייננו, הן בהקשרים אחרים, גורם הזמן עשוי אפוא להיות רב-משמעות. ואם בכך לא די, הרי שגורם זה נושא עמו משמעויות מיוחדות כשעסקינן בקטינים ובהחלטות באשר לטובתם ולשלומם, ודומה כי אין מתאימים יותר בהקשר זה מדבריי המשנה לנשיא (בדימ') חשין בפרשה מורכבת אחרת, אשר הגם שנאמרו בהתייחס להליכי אימוץ, נכונה לטעמי רוחם גם לענייננו:

”מֶר-זֶמֶן, אוֹתוֹ מְמַד רְבִיעֵי הַמְלוּוָה אוֹתָנוּ כֹּל חַיִּינוּ,
מֶמַד רֵאשׁוֹן בְּמַעֲלָה הוּא בְּחַיּוֹ שֶׁל קֶטֶן. וְכֵן, בְּצִידָם שֶׁל
מֶרְת-אֵם, מֶר-אֵב וּמֶר-צִיבוּר, עוֹמֵד-נִיצֵב לוֹ מֶר-זֶמֶן

כיסוד מכוון במערכת ... מר-זמן אין הוא יסוד מישני במערכת. מקומו מקום כבוד הוא כיסוד ראשוני ומכריע.

...

מר-זמן מישקלו רב הוא בחייו של כל אדם – ניתן אף לומר כי החיים הם הזמן – ואולם מישקל כבוד ביותר נודע לו למר-זמן בחייו של קטן" (בע"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פסקאות 2-3 לפסק דינו של השופט חשין (לא פורסם, 26.10.2005)).

אשר על כן, אם תישמע דעתי, הרי שנורה כאמור בפסקה 52 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, ובלבד שתחת האמור בסעיף קטן (ה) לפסקה זו ייקבע כי החזרת הקטין לבלגיה תבוצע לא יאוחר מיום 15.7.08. במהלך התקופה עד למועד זה ייערכו צעדים מכינים משמעותיים לקטין, וככל הניתן גם לאביו ולאמו, בהתאם לתכנית מקצועית שתגובש על-ידי רשויות הסעד, ובפיקוחו של בית המשפט לענייני משפחה. תכנית זו תכלול פעולות לביסוס היכרותו של הקטין עם מאפייניה השונים של הסביבה אליה הוא עתיד לעבור, הכנה ליצירת קשר מחודש עם האב, אשר תכלול ככל הניתן גם פגישות עם האב בליווי מקצועי, ופעולות ליצירת שיתוף-פעולה של האם באשר לחידוש הקשר בין הקטין לאביו, כמו-גם בחינת היתכנות הצטרפותה לנסיעת הקטין לבלגיה, ולו לתקופה הראשונית. עוד אציע לקבוע, כי ככל שהאם אכן תחליט להצטרף לנסיעת הקטין לבלגיה, יחויב האב בתשלום הוצאות הגעתם של האם והקטין לבלגיה ושהייתם שם עד להכרעת בית המשפט המוסמך בבלגיה, כאשר ההנחה היא כמובן כי הליכים באשר לסוגית המשמורת על הקטין יתנהלו עוד בבלגיה. כן יחויב האב במקרה שכזה להמציא עובר ליום 15.7.08 אישור משלטונות התביעה בבלגיה ובצרפת על כך שהאם לא תועמד לדין על-ידם בגין חטיפת הקטין או בקשר לכך. בנוסף יגיש האב לבית המשפט לענייני משפחה התחייבות שלא ליזום הוא עצמו הליכים נגד האם בהקשר זה.

בנוסף, אציע לחבריי להימנע מליתן צו להוצאות במסגרת הליך זה.

לאחר הדברים האלה

19. לאחר שנשלמה כתיבת חוות-דעתי הונחה בפניי חוות-דעתו של חברי, השופט ג'ובראן. במצב הדברים שנוצר, כאשר הצורך במזעור הנזק העתידי לקטין ככל הניתן הוא העומד לנגד עיני, ובשים לב להוראת תקנה 190(ב) סיפא לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, החלטתי להצטרף לקביעתו של השופט ג'ובראן כי הקטין יוחזר לבלגיה לא יאוחר מיום 1.6.08. אמנם, כפי שהבהרתי לעיל, סבורני כי על מנת לערוך את פעולות ההכנה הנדרשות נכון היה לאפשר פרק זמן ממושך יותר. ואולם, אין

מקום לספק בעיני כי מוטב לערוך פעולות הכנה עד ליום 1.6.08, שיאפשרו צמצום מסוים של הנזק, מה שלא ניתן יהיה להשיג לדעתי אם הקטין יוחזר לבלגיה בתוך פרק זמן קצר יותר. כאשר במצב הדברים הנוכחי הברירה היא בין שתי חלופות אלה, מצטרפת אני למועד המוצע על-ידי השופט ג'ובראן, כאשר נימוקי פסק דיני כולם נותרים בעינם. תקופה זו תנוצל לביצוע צעדים מכינים לקראת המעבר, כמפורט בסעיף 18 לחוות-דעתי.

ש ו פ ט ת

השופט ט' ג'ובראן:

בפנינו מקרה קשה מנשוא, אשר בו נדרשים אנו להכריע. אין ספק, כי מקרים מסוג זה מדירים שינה מעיננו. בנסיבות המקרה, קשה לדעת מה יהיה הפתרון הטוב ביותר וכפי שמציינת חברתי השופטת ארבל נראה, כי עלינו להכריע בין פתרון רע לפתרון רע יותר או בין פתרון רע לפתרון רע מעט פחות.

הכל מסכימים ועל כך אין כל מחלוקת, כי אין מנוס מהחזרת הקטין לידי אביו, כבעל זכות המשמורת עליו במדינת המוצא, בלגיה.

עם זאת, נוכח העובדה, שהקטין מתגורר ושווה עם אמו מאז היותו בן 5; נוכח העובדה, כי כיום האם הינה הדמות ההורית הדומיננטית בחייו של הקטין ולקטין יש קשר הדוק ביותר עמה; נוכח העובדה, כי מחוות-דעת המומחה עולה, שניתוק מהאם עלול להוות חוויה קשה ביותר עבור הקטין; נוכח העובדה, כי הקטין לא ראה את אביו מזה שנתיים וקודם לחטיפה ראה אותו במסגרת הסדרי ביקורים בלבד, לעתים לא תכופות; נוכח העובדה, כי במשך 4 שנים לא ביקר הקטין בבלגיה ומדובר בסביבה שאינה טבעית עבורו וחדשה לחלוטין; נוכח העובדה, שהקטין הביע התנגדות לחזור לידי אביו ואף נוכח העובדה, כי העמדת הצטרפותה של האם לבלגיה עומדת בסימן שאלה ונראה כי הסיכויים להצטרפותה אינם גבוהים, דבר אחד ברור הוא לכולם - והוא, כי עלינו למצוא את הדרך בה החזרתו של הקטין לאביו בבלגיה תעשה בדרך הקלה ביותר עבורו, תוך מזעור הנזק הפסיכולוגי בפרט והנזקים אליהם עלול הקטין להיחשף בכלל וריכוך הקשיים העשויים להתרחש.

חברתי השופט א' פרוקצ'יה סבורה, כי יש להחזיר את הקטין לבלגיה בתוך פרק זמן של 21 יום, שכן ככל שהזמן חולף וככל ששהייתו של הקטין במדינה שאליה נחטף מתארכת, גוברים הקשיים בהחזרתו והרי הוא עלול להסתגל למקום, להעמיק את קשרו עם אמו, להשתלב במסגרת חיים חדשה ובמצב זה ניתוקו מן הסביבה וחזרתו לבלגיה תהיה קשה פי כמה. בנוסף לכך, לטענתה, המתנה לתקופת ביניים נוספת לצורך ההחזרה אינה מתיישבת עם תכליות האמנה ועם חובתה של ישראל כלפי המדינות החתומות על האמנה להחזרה מיידית של קטין חטוף, שעניינו נכנס בגדרה.

לעומתה, סבורה חברתי השופטת ע' ארבל, כי יש להחזיר את הקטין לבלגיה בתוך פרק זמן של שלושה חודשים וחצי, לאחר סיום שנת הלימודים הנוכחית ולא יאוחר מיום 15.7.08, כאשר במהלך תקופה זו יבוצעו צעדים מכינים משמעותיים לקראת המעבר, בהתאם לתכנית שתגובש על-ידי רשויות הסעד ובפיקוחו של בית-המשפט לענייני משפחה.

חברותיי מסכימות, כי יש צורך במתן אפשרות לקטין ולאמו להתארגן כראוי לקראת המעבר וכן בפועלות מצד רשויות הסעד לשם הכנת הקטין ואמו למעבר לבלגיה ואף לשתף את האב בהליך ההכנה בטרם מועד החזרה. ברם, חברתי השופטת פרוקצ'יה סבורה, כאמור, כי די ב- 21 ימים על-מנת לבצע פעולות אלה, שכן המתנה נוספת של מספר חודשים עד להחזרת הקטין לידי אביו עשויה להעצים את קשיי הניתוק שלו מאמו, בעוד שחברתי השופטת ארבל סבורה, כאמור, כי בשל מורכבותו ורגישותו של המקרה, יש צורך בתקופת זמן משמעותית יותר של שלושה חודשים וחצי בכדי לגשר על הפערים שנוצרו, לאחות את הקרעים ולמזער נזקים.

לאחר מחשבות ותהיות רבות, הגעתי לכלל מסקנה, כי יש לקבוע את מועד החזרה של הקטין לידי אביו בבלגיה כך, שמחד גיסא יאפשר זמן ראוי להתארגנות לקראת המעבר ופעולות מצד רשויות הסעד לשם הכנת הקטין ואמו למעבר, כמו גם שיתוף האב בתהליך ההכנה עוד בטרם מועד החזרה וכל זאת אף על-מנת שניתוקו מאמו ומהסביבה אליה הורגל בשנים האחרונות לא ייעשה באופן חד וקר ומאידך גיסא זמן שלא יהיה ממושך מדי, על-מנת שלא יעצים ויקשה את קשיי הניתוק של הקטין מאמו בעת החזרה. בנסיבות אלה, הייתי מציע לחברותיי, כי נורה על החזרתו של הקטין לבלגיה בתוך פרק זמן של חודשיים ולא יאוחר מיום 1.6.08, כאשר במהלך תקופה זו ניתן יהיה להספיק לבצע את כל ההכנות המשמעותיות לקראת המעבר, בהתאם לתכנית מקצועית שתגובש על-ידי רשויות הסעד ובפיקוחו של בית-המשפט לענייני משפחה. וחשוב ביותר הוא, כי בפרק זמן זה ילמד הקטין על מאפייני הסביבה

אליה הוא מועבר וייפגש עם אביו לשם חידוש הקשר ביניהם ופעולות ליצירת שיתוף פעולה אף של האם בנוגע לחידוש הקשר בין הקטין לאב ובחינת הצטרפותה של האם לנסיעת הקטין לבלגיה, אף לשלב ההסתגלות הראשונית. במידה והאם תסכים להצטרף לחזרתו של הקטין לבלגיה, ולו לשלב ההסתגלות הראשונית, יתחייב האב להמציא עד למועד החזרה, משמע עד ליום 1.6.08, אישור משלטונות התביעה בבלגיה ובצרפת על כך, שהאם לא תועמד לדין על-ידם בגין חטיפת הקטין או בקשר לכך וכן האב יגיש לבית-המשפט לענייני משפחה התחייבות שלא ליזום בעצמו הליכים משפטיים כנגד האם בגין חטיפת הקטין או בקשר לכך, ויחולו התנאים שנקבעו על-ידי בית-המשפט לענייני משפחה בתמ"ש 3450/07.

כולי תקווה, שהאם תשכיל ותבין, כי מאחר והמפתח לצמצום ניכר של הנזק הצפוי לקטין עם חזרתו לבלגיה מותנה בכך, שהיא תצטרף לנסיעתו ואף תשתף פעולה בקידום חיובי של הקשר בין הקטין לאביו, היא תחליט להצטרף אל חזרתו של הקטין לבלגיה, ולו לתקופה קצרה, אשר תהווה דרך חדשה ומשמעותית עבור הקטין ותקל עליו את הקשיים הצפויים לו. באם תודיע האם, כי היא מסכימה להתלוות לקטין לבלגיה, כי אז יש להחיל, כאמור, את התנאים שנקבעו בסעיף ו(1) ועד (5) לפסק-הדין של בית-המשפט לענייני משפחה בתמ"ש 3450/07.

כמו-כן, אציע לחברותיי, כי בנסיבות המקרה דנן, לא נעשה צו להוצאות.

ש ו פ ט

לפיכך התוצאה היא ברוב דעות כאמור בפסק דינו של השופט ג'ובראן.

ניתן היום, ג' בניסן תשס"ח (8.4.08).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט