



## בבית המשפט העליון

בע"מ 741/11

בפני: כבוד השופטת ע' ארבל  
כבוד השופט ח' מלצר  
כבוד השופט ע' פוגלמן

המבקשת: פלונית

נגד

המשיב: פלוני

דיון בבקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בנצרת מיום 20.1.11 בעמ"ש 044293-12-10 שניתן על ידי כב' השופטים א' אברהם, י' אברהם וד' צרפתי

תאריך הישיבה: א' באדר ב' תשע"א (7.3.11)

בשם המבקשת: עו"ד ט' איטקין

בשם המשיב: עו"ד ג' טורס

### פסק-דין

השופטת ע' ארבל:

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בנצרת (כבוד השופטים א' אברהם, י' יונתן, ד' צרפתי), שקיבל בחלקו את ערעור המבקשת על פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה בנצרת (כבוד השופט ס' ג'יוסי), והורה על החזרת בתם המשותפת של המבקשת והמשיב לניו ג'רזי, ארצות הברית, מכוח חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים) התשנ"א-1991 (להלן: חוק האמנה).

1. המבקשת והמשיב, שניהם ילידי הארץ, גדלו והכירו בעיר מגוריהם בישראל. החל משנת 2006, חיו השניים כבני זוג במדינת ניו ג'רזי שבארצות הברית, בה שהו מכוח אשרת תייר. בשנת 2007, החלה המבקשת ללמוד, ואילו המשיב המשיך בעיסוקיו בעבודות מזדמנות. מכוח לימודיה של המבקשת, קיבלו השניים אשרת שהייה לסטודנט ולבן זוגו. בשנת 2008, נישאו המבקשת והמשיב כדת משה וישראל בארץ, ומיד בתום חגיגות החתונה שבו לארצות הברית. בחודש ספטמבר 2009, נולדה בתם הבכורה בארצות הברית (להלן: הבת). כחודשיים לאחר מכן, הגיעה המבקשת לביקור בישראל עם הבת הפעוטה, ובהמשך הצטרף המשיב אל השתיים. במהלך ביקורם זה בארץ, שנמשך כחודשיים, פתחו בני הזוג חנות לבגדי ילדים בעיר מוצאם. כשנסתיימו סידורי פתיחת החנות, שבו השלושה לארצות הברית. במרץ 2010, הגיעו שוב לישראל לחופשת הפסח (להלן: הביקור האחרון). המשיב שב לארצות הברית ביום 19.4.10, ואילו המבקשת ובתם היו אמורות להצטרף אליו ביום 20.6.10. ואולם, המבקשת והבת נותרו בישראל, בהן שוהות עד עתה.

2. למען שלמות התמונה, יצוין, כעולה מפסק דינו של בית משפט השלום, כי בשלב מסוים במערכת היחסים, החל המשיב לאמץ אורח חיים דתי, בעוד שהמבקשת לא שינתה את אורחות חייה. הדבר יצר מחלוקות בין בני הזוג, ובמהלך הריונה של המבקשת, המשיב אף שקל להתגרש ממנה. בביקורם האחרון בישראל הגיע הסכסוך בין בני הזוג לשיאו, כאשר כל אחד מהם שהה בנפרד בבית בני משפחתו. ביום 7.4.10, עת שהו השניים בארץ, הגישה המבקשת תביעת גירושין בבית הדין הרבני, אליה כרכה את סוגיית המשמורת על הבת המשותפת. ביום 11.4.10, נפגשו המבקשת והמשיב, ובעזרת רואה חשבון שגישור ביניהם, הגיעו להסכם בדבר סיום יחסי הנישואין ביניהם, שכותרתו "הסכם ממון" (להלן: ההסכם או הסכם הממון). בהסכם, נקבעו סעיפים שמטרתם הסדרת חלוקת הרכוש בין בני הזוג, וכן סעיפים המסדירים את עניין המשמורת על הבת המשותפת, דמי המזונות והסדרי הראיה. בסופו של דבר לא נחתם ההסכם, כיוון שהמבקשת סירבה לחתום עליו לאחר שהמשיב דחה דרישה שהעלתה, הנוגעת לזכויות רכושיות של השניים. המשיב שב לארצות הברית כמתוכנן, לאחר שהמבקשת הסכימה להסיר את צו עיכוב היציאה מן הארץ, שהוצא נגדו לבקשתה. בסמוך למועד חזרתן המתוכנן של המבקשת והבת לארצות הברית, שלח המשיב באמצעות עורך דינו, התראה למבקשת, בה ציין כי הוא מצפה לשובן כמתוכנן. בחודש יולי 2010, משלא שבו המבקשת והבת לארצות הברית, הגיש המשיב תביעה להחזרת

הבת בבית משפט בניו-ג'רזי. בהמשך הגיש תביעה דומה לבית משפט לענייני משפחה  
בנצרת, בה ביקש להורות על החזרת הבת לארצות הברית לפי התוספת לחוק האמנה  
(היא האמנה בדבר ההיבטים האזרחיים של חטיפה בינלאומית של ילדים, כ"א 31, 43  
(נפתחה לחתימה ב-1980); להלן: האמנה).

פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה

3. בית המשפט לענייני משפחה בנצרת, קבע שאי-החזרת הבת לארצות הברית  
מהווה מעשה חטיפה כמוגדר באמנה, ובהיעדר תחולת החריגים לפיה, יש להחזיר את  
הבת לארצות הברית. תחילה הוכרע כי אירעה חטיפה, כמובנה בסעיף 3 לאמנה, כאשר  
עיקר הדיון התמקד בשאלה האם בעת החטיפה "מקום המגורים הרגיל" של הבת היה  
ארצות הברית. בית המשפט בחן סוגיה זו באמצעות שתי אסכולות שונות, שהן  
"האסכולה העובדתית" ו"האסכולה הכוונתית". הכרעתו של בית המשפט נסמכה בעיקר  
על "האסכולה העובדתית", לפיה קבע כי מקום המגורים הגיאוגרפי-פיזי של הבת עובר  
למעשה החטיפה היה ארצות הברית. כמו כן, דן בית המשפט ב"אסכולה הכוונתית",  
בבוחנו את כוונת הצדדים ביחס למקום המגורים הנוכחי והעתידי. נקבע כי השכרת  
דירה בארצות הברית ואירוח מכרים בה, וכן הקמת חברה עסקית בארצות הברית,  
מעידים על כוונה להשתקע במדינה זו. מאידך, נקבע כי החלטתה החד-צדדית של  
המבקשת להפסיק את לימודיה בארצות הברית, פתיחת חנות בישראל, שמירת זכויות  
סוציאליות, נכסי נדל"ן וחשבונות בנק בישראל, אינם מעידים על כוונה מיידית לשוב  
לישראל, אלא לכל היותר על מחשבה עתידית לעשות זאת.

לאחר שקבע כי אירעה חטיפה, כמובנה בסעיף 3 לאמנה, דן בית המשפט  
בטענות ההגנה שהעלתה המבקשת. נקבע, כי החריג בדבר הסכמת ההורה "הנחטף"  
למעשה החטיפה, הקבוע בסעיף 13(א) לאמנה (להלן: חריג ההסכמה), אינו חל  
בנסיבות המקרה. ראשית, נמצא כי החשש שהביעה המבקשת בפנייתה לבית הדין  
הרבני, כי המשיב יחטוף את הבת, מעיד על סירובו להישאר בישראל. שנית, נקבע כי  
אין בהסכם שנתגבש כדי להעיד על הסכמה, מפני שלא הבשיל לכדי חוזה מחייב, וכן  
מפני שהסכם זה התגבש כשהמשיב היה נתון בלחץ רב, משום צו עיכוב היציאה מן  
הארץ שהוצא נגדו. כן נדחתה הטענה לתחולת החריג בדבר השלמה עם מעשה  
החטיפה, כמובנו בסעיף 13(א) לאמנה (להלן: חריג ההשלמה), וזאת משום שהמשיב  
שלח התראה למבקשת בסמוך למועד החזרה המתוכנן לפיה הוא מצפה לשובן של  
השתיים לארצות הברית, וכן משום שפנה לרשויות בארצות הברית בנוגע לחטיפת

הבת, כחודש לאחר שהמבקשת והבת אמורות היו לשוב לארצות הברית. לבסוף, נקבע כי גם החריג בדבר החשש החמור לנזק לקטין, לפי סעיף 13(ב) לאמנה (להלן: חריג החשש החמור לנזק), אינו חל בנסיבות המקרה. בית המשפט דחה את טענת המבקשת, לפיה שהייה לא חוקית בארצות הברית של ההורים עלולה לגרום לבת נזק, והבהיר כי שאלת מעמדם החוקי של הצדדים אינה נוגעת במישרין לתחולתו של חריג זה, שהרי די בכך שכניסת הבת לארצות הברית אפשרית, בהיותה בעלת אזרחות אמריקאית. לפיכך, הורה בית המשפט על החזרת הבת לארצות הברית, בכפוף להפקדת סך של 6,000 דולר להבטחת מזונות הבת, ובכפוף להבטחת מדורן של השתיים בדירה בה התגוררו בארצות הברית, או בדירה חלופית, לתקופה של 6 חודשים.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

4. בית המשפט המחוזי בנצרת דחה ברוב דעות את ערעור המבקשת, בכפוף לשינויים שקבע בתנאים להחזרת הבת. דעת הרוב (כבוד השופטים י' אברהם וצ' צרפתי), קבעה כי אין מקום להתערב בממצאים העובדתיים שנקבעו בבית משפט לענייני משפחה, הן לעניין מעשה החטיפה והן לעניין היעדר תחולת החריגים לחובת ההחזרה. צויין כי תכלית האמנה למנוע עשיית דין עצמי על ידי ההורה החוטף, מחייבת כי הטוען לתחולת החריגים יציג ראיות מוצקות לקיומם. משלא הרימה המבקשת נטל זה, נקבע כי יש להחזיר את הבת לארצות הברית, בכפוף להפקדת 10,000 דולר על ידי המשיב, להבטחת מזונות הבת ובכפוף להמצאת אישור על פתיחת תובענה למשמורת בבית המשפט בניו ג'רזי על ידי המשיב. דעת המיעוט (ס' הנשיא א' אברהם), סברה כי יש לקבל את הערעור, בשל התקיימות חריג ההשלמה. על פי עמדה זו, נקודת המוצא לדיון הייתה שמקום המגורים הרגיל של הבת הוא ניו ג'רזי, ולפיכך ניתן להגדיר את מעשה המבקשת "אי החזרה שלא כדין". עם זאת, בנסיבות המקרה הראיות מלמדות כי חל חריג ההשלמה: ראשית, להסכם שלא השתכלל כדי חוזה מחייב, הוענק משקל ראייתי להוכחת השלמתו של המשיב עם אי-ההחזרה. שנית, ביטול צו עיכוב היציאה מן הארץ, בהסכמת המבקשת, בסמוך ולאחר כתיבת ההסכם, פורש כביטוי להבנות שהושגו בהסכם וכניסיון לקיים את אחד מסעיפיו. שלישית, חזרתו של המשיב לארצות הברית הוצגה כמלמדת כי המשיב ויתר על מימושה לאלתר של זכות המשמורת שלו, כמו גם על החזרתה לאלתר של הבת לארצות הברית.

עתה מתבקשת רשות לערער על פסק דין זה.

## טענות המבקשת

5. המבקשת טוענת בבקשת הערעור, כי בנסיבות המקרה לא מתקיימים התנאים הקבועים בסעיף 3 לאמנה, ולפיכך אין לקבוע כי אי-החזרתה של הבת לארצות הברית אינה כדין. נטען, כי הצדדים שהו בארצות הברית באופן ארעי, ולכן שגה בית המשפט קמא בקובעו כי מקום המגורים הרגיל של הבת היה ארצות הברית. כן נטען, כי המשיב לא הוכיח שזכויות המשמורת שלו הופרו וכי בעת הדיון בבית משפט קמא לא היה תלוי ועומד כל הליך משפטי בעניין המשמורת בערכאה מוסמכת בארצות הברית.

לחילופין, טוענת המבקשת כי מתקיימים החריגים לכלל חובת ההחזרה. ראשית, נטען כי מתקיימים חריגי ההסכמה וההשלמה לפי סעיף 13(א) לאמנה. על פי הנטען, המשיב הגיש את התביעה דנן, לאחר שהסכים לסמכות השיפוט הייחודית של בית הדין הרבני בעניין הגירושין ובסוגיות הכרוכות. לאור הסכמתו, בוטל צו עיכוב היציאה מן הארץ שהוצא נגדו, והוא שב בגפו לארצות הברית. בנוסף, בהסכם נתן המשיב את הסכמתו להישארות הבת בישראל, לתשלומי מזונות בשקלים וכן להסדרי ראייה מוסכמים בעת ביקוריו בישראל. לטענת המבקשת, המשיב היה נכון לקבל את ההסכם כמות שהוא, בעוד שהיא זו שסירבה לחתום עליו, בשל מחלוקת כלכלית בין הצדדים. שנית, נטען כי מתקיים חריג החשש החמור לנזק לפי סעיף 13(ב), וכי טובת הקטינה מחייבת השארתה בישראל. על פי הטענה, בנסיבות בהן לבת אין ביטוח רפואי בארצות הברית, ולהוריה אין אשרת שהייה שם כדין, הקטינה חשופה לנזק של ממש אם תוחזר לארצות הברית. מכך, מבקשת המבקשת להסיק כי אף אם היא ביצעה מעשה אי-החזרה בניגוד לדין, אין להורות בנסיבות המקרה על החזרתה המיידית של הבת לארצות הברית. מכל הטעמים שלעיל, עותרת המבקשת ליתן לה רשות ערעור על פסק דינו של בית משפט קמא, ולבטל את החלטת בית משפט קמא, המורה על החזרת הבת לארצות הברית.

## טענות המשיב

6. המשיב טוען מנגד, כי יש לדחות את בקשת רשות הערעור, שכן אין מדובר במקרה המעורר סוגיה משפטית עקרונית החורגת מעניינם של הצדדים. לעצם העניין טוען הוא, כי במקרה דנן מתקיימים התנאים הקבועים בסעיף 3 לאמנה. נטען, כי זכויות המשמורת של המשיב הופעלו בהתאם לחוקי מדינת ניו-ג'רזי, הקבועים כי לשני ההורים משמורת משותפת על הבת, וכי בהתאם להחלטת בית המשפט קמא, הוגשה

תביעת משמורת לבית המשפט בניו ג'רזי, כך שהמשיב הפעיל בפועל את זכויות המשמורת שלו, כמתחייב על פי האמנה. עוד גורס המשיב, כי אין הצדקה להתערב בקביעתו העובדתית של בית המשפט לענייני משפחה, כי מקום המגורים הרגיל של הבת הוא ארצות הברית. לכתב תשובתו צירף המשיב ראיות שונות, שנדונו בבית משפט קמא, מהן עולה לטענתו כי שהיית הצדדים בארצות הברית לא הייתה ארעית או מוגבלת לזמן לימודיה של המבקשת. בין היתר הוצגו אישור ניהול חשבונות בנק ואסמכתא המעידה על הארכת חוזה השכירות של דירת המגורים של בני הזוג בארצות הברית.

המשיב סבור עוד כי החריגים לחובת ההחזרה, להם טענה המבקשת, אינם חלים בענייננו. נטען, כי ההסכם שנערך אינו מלמד על הסכמה או השלמה, משום שלא נחתם, וכן משום שהמבקשת היא שכתבה בטיטה שצורפה להסכם, בכתב ידה "חוזרים לארץ". לדידו, הערה זו מלמדת על היעדר גמירות דעת בעניין מקום המגורים. המשיב מוסיף כי גם חריג הנזק אינו מתקיים בנסיבות המקרה. לדבריו, אין חשש כי הצדדים יגורשו מארצות הברית בשובם, וזאת משום שקיבלו אשרת שהייה לעובד במקצוע נדרש לתקופה של כשנתיים, ואילו למבקשת אשרת שהייה לתייר לתקופה דומה. הוא מטעים כי מילא אחר כל התנאים שהוצבו בבית משפט קמא להבטחת שלומה של הבת לכשתשוב לארצות הברית. חוזה שכירות הדירה הוארך בהתאם, והופקד הסכום הנדרש להבטחת מזונות הקטינה. לפיכך, טוען הוא כי דין בקשת רשות הערעור להידחות ומבקש להורות על החזרת הבת לארצות הברית לאלתר.

7. לאחר שעיינו בטענות הצדדים וקיימנו דיון בעל-פה, החלטנו ליתן רשות ערעור ולדון בבקשה כאילו הוגש ערעור על-פי הרשות שניתנה.

דיון והכרעה

8. במקרה שבפנינו, מתעוררות שתי שאלות מרכזיות. הראשונה היא האם ביצעה המבקשת מעשה אי החזרה שלא כדין, כמוגדר בסעיף 3 לאמנה, בכך שלא החזירה את הבת לארצות הברית בתאריך המתוכנן. באם התשובה חיובית, עולה השאלה השנייה - האם ניתן להסיק מנסיבות המקרה כי חל חריג מהחריגים לחובת ההחזרה המיידית הקבועה באמנה, כך שאין להורות על החזרתה לאלתר של הבת לארצות הברית כמצוות האמנה. אדון בשאלות אלו לפי סדרן.

9. בעשורים האחרונים, ככל שהפך העולם כפר גלובלי, בו מעבר בין מדינות מתאפשר על נקלה, ואנשים נעים בין מדינות לעיתים תכופות, התעורר צורך ממשי בשיתוף פעולה בינלאומי בהתמודדות עם תופעת חטיפתם של ילדים על ידי אחד מהוריהם, תוך הפרת זכויות המשמורת של ההורה האחר. במרבית המקרים הנופלים בגדרי האמנה, עניין לנו בהורים ממדינות מוצא שונות, אשר הפירוד ביניהם עורר מחלוקת באשר למקום המגורים, כאשר כל הורה מבקש לגדל את הילד המשותף בארץ מולדתו. לעיתים, אחד ההורים מחליט לנקוט בפעולה חד צדדית של הרחקת הילד למדינה אחרת, ללא הסכמת ההורה השני ותוך הפרת זכויות המשמורת שלו. מעשה של עשיית דין עצמי כגון דא, מחייב סעד מהיר ויעיל, שיכול להינתן רק בדרך של שיתוף פעולה בין מדינות העולם. על רקע זה נחתמה האמנה. עמד על כך השופט מ' חשין בכותבו:

“אמנת האג וחוק האמנה נועדו לקבוע הסדר בין-מדינתי לתופעה שנראתה, אמנם, גם בעבר אך בימינו הפכה לשכיחה יותר ויותר. העולם שבו חיים אנו אינו כעולם של אתמול... ביקוריהם של בני ארץ אחת בארצות אחרות נעשו שכיחים ביותר, וביקורים אלה מביאים מעצמם למפגשים בין צעירים וצעירות. מפגשים אלה יש שהם מציתי אהבה בינו לבינה... בני הזוג, החיים יחדיו באהבה, חייבים להחליט ביניהם: היכן יגורו - בארצו או בארצה? ההכרעה נופלת, ובן-זוג אחד הולך אחרי האחר. עוברים ימים, ונמצא להם לבני הזוג כי אין ביכולתם לחיות איש במחיצת רעהו. בן הזוג שגלה מארצו מבקש בדרך הטבע לחזור לארצו, שבה נולד וגדל. ומבקש הוא - גם זאת בדרך הטבע - שלא להיפרד מילדו. באין הסכם והבנה בין בני הזוג באה החטיפה. ואולם גם בן הזוג האחר אינו מוכן לוותר על ילדו, וכך עולה הנושא ובא לפני בית המשפט. והשאלה היא: במשמורתו של מי יהיה הילד, ובאיזו מדינה יתגורר. אמנת האג לא נועדה לחול, כמובן, רק על מקרים מעין אלה, אך ידענו כי מקרים אלה שכיחים במיוחד” (ע”א 4391/96 פול רו נגד דפנה רו, פ”ד נ(5) 338, 343 (1997); להלן: פרשת רו).

ביסוד האמנה ניצבות מספר תכליות הקשורות זו בזו. ראשית, השגת שיתוף פעולה בין מדינות בהתמודדות עם חטיפת ילדים, תוך הפרת זכויות המשמורת שנקבעו במדינת המוצא. שנית, כיבוד שלטון החוק לא רק בתוך המדינה פנימה, אלא גם ביחסים שבין מדינות העולם. שלישית, הרתעה מפני עשיית דין עצמי על ידי אחד

ההורים ולבסוף, מניעת פגיעה בטובתו של הקטין הנעקר מסביבתו הטבעית בעקבות מעשה החטיפה (ראו: בע"מ 1855/08 פלונית נ' פלוני (לא פורסם, 8.4.08); להלן: פרשת פלונית). בכדי לממש תכליות אלו, קובעת האמנה סעד המוגדר "עזרה ראשונה" למעשה החטיפה, ומחייב את המדינות המתקשרות להורות על החזרת הילד אל המדינה ממנה נחטף בדחיפות ובמהירות האפשרית (ראו: ע"א 7206/93 גבאי נ' גבאי פ"ד נא(2) 241 (1997); להלן: פרשת גבאי), תוך הותרת מרחב שיקול דעת מצומצם ביותר לבית המשפט הדן בבקשת ההחזרה.

התנאים המקדמיים לתחולת האמנה

10. הוראה להחזרת ילד למדינה שממנה הורחק או אליה לא הוחזר, יכולה להינתן אך בהתקיים התנאים המקדמיים לתחולת האמנה, הקבועים בסעיף 3 לה, ומקימים מעשה "חטיפה". יש להבחין בין שני סוגי מקרים החוסים תחת סעיף זה. המקרה הראשון הינו מעשה של "חטיפה אקטיבית", היינו, הרחקה ממקום המגורים הרגיל של הקטין, אל מדינה מתקשרת. המקרה השני הינו מעשה "חטיפה במחדל", היינו, אי-החזרת הקטין ממדינה מתקשרת אל מדינת מגוריו הרגילים של הקטין (ראו: בע"מ 9802/09 פלונית נ' פלוני (לא פורסם, 17.12.09); להלן: פרשת פלונית (1)).

11. סעיף 4 לאמנה קובע את רף הגיל של קטין עליו מבקשים להחיל את הוראות האמנה, ומעמידו על גיל 16 שנים. סעיף 3 לאמנה קובע שלושה תנאים מקדמיים מתי תיחשב הרחקתו, או אי-החזרתו של קטין "שלא כדין", שאז תחול האמנה: נדרש כי המעשה הפר את זכויות המשמורת של ההורה "הנחטף"; כי זכויות אלו הופעלו בפועל; וכי המדינה ממנה הורחק הקטין או המדינה אליה לא הוחזר, הייתה מקום מגורים הרגיל של הקטין. המונח "מקום מגורים רגיל" אינו מוגדר באמנה, כנראה משום מטרת מנסחיה לאפשר גמישות ויכולת לקיים דיון בכל מקרה ונסיבותיו, בשים לב למגוון המצבים האפשריים. המגמה הפרשנית הינה ליתן למונח "מקום מגורים רגיל" פרשנות דווקנית ומצמצמת, שהרי פרשנות מרחיבה יתר על המידה, עלולה לפגוע בהגשמת תכליות האמנה ואף לרוקנה מתוכן (ראו: ש"ס, בפס' 9; פרשת גבאי, בעמ' 254-255).

12. בשאלה מהו "מקום המגורים הרגיל" של הקטין, התפתחו בפסיקה שתי אסכולות, המכונות "האסכולה העובדתית" ו"האסכולה הכוונתית". האסכולה העובדתית מבוססת על בחינת מקום המגורים הגיאוגרפי-פיסי עובר להרחקת הקטין.



זוהי בחינה עובדתית ולא משפטית. אסכולה זו צופה פני עבר. במסגרתה, אין לבחון כוונות או תוכניות עתידיות של ההורים, יחד או לחוד, באשר למקום המגורים. השאלה היחידה הנשאלת הינה היכן התגורר הקטין דרך קבע עובר למעשה ההרחקה, מנקודת מבטו, או מנקודת המבט של הוריו, אם אינו בגיל הבגרות להעיד באשר למקום מגוריו:

”מקום המגורים אינו ביטוי טכני ... הוא מבטא מציאות חיים נמשכת. הוא משקף את המקום שבו גר כרגיל הילד עובר לחטיפה. נקודת המבט היא של הילד והמקום שבו הוא גר. הבחינה מתמקדת בחיי היום-יום של העבר ולא בתוכניות העתיד. כאשר ההורים חיים יחד, מקום המגורים הרגיל של הילד הוא בדרך כלל מקום מגורי הוריו.” (הנשיא (בדימוס) א' ברק, שם, בעמ' 254)

לצד האסכולה העובדתית, הלכה ונתפתחה אסכולה נוספת, המכונה ”האסכולה הכוונתית”. תחת אסכולה זו, אין בוחנים רק את מקום המגורים הפיסי של הקטין עובר לחטיפתו, אלא גם את כוונת ההורים באשר למשך ולנסיבות השהות במדינה. כך למשל, לנתון כי ההורים היגרו למדינה כלשהי לצמיתות או שמא עברו אליה לתקופה קצובה, נפקות שונה בקביעת ”מקום המגורים הרגיל” לפי אסכולה זו. כוונת ההורים נלמדת מנסיבות המקרה ומהפרשנות הניתנת לעובדות שהייתם במדינה (ראו: פרשת פלונית (1) והאסמכתאות המובאות שם).

13. מהדברים האמורים עולה כי האסכולה הכוונתית מתמקדת ”בעניינים שבלב” ובנסיבות שניתן להתווכח על פרשנותן, בעוד שהאסכולה העובדתית מציגה מבחן קל ופשוט, אובייקטיבי במהותו, אשר מקשה לעיתים על התחשבות במציאות יותר מורכבת. שאלת היחס בין שתי האסכולות והמשקל שיש ליתן לכל אחת מהן, נותרה בצריך עיון (ראו: ע”א 7994/98 דגן נ’ דגן, פ”ד נג(3) 254 (1999) (להלן: פרשת דגן); דנ”א 10136/09 פלונית נ’ פלוני (לא פורסם, 21.12.09)), אם כי מקובל לבחון בעיקר את האסכולה העובדתית, משום החשש שבחינת כוונת ההורים תכרסם בתכליות האמנה. לטעמי, ראוי לשלב בין שתי האסכולות, באופן שיותר את המוקד בבחינת שאלת עובדת המגורים הפיסי, אך ייתן גם משקל מסוים לכוונת הצדדים ולמציאות חייהם. מכל מקום, איננו נדרשים להכריע בסוגיה זו במקרה דנן. ואכן, גם במקרה בו עסקינן, נבחנו על ידי הערכאות הקודמות שתי האסכולות, במסגרת הדיון בשאלת ”מקום המגורים הרגיל” של הבת. המסקנה אליה הגיעו היא כי מקום המגורים הרגיל של הבת עובר לאי-החזרתה היה ארצות הברית.

## החריגים לחובת ההחזרה

14. התפיסה שבבסיס האמנה היא שמעשה החטיפה פוגע בטובת הילד ובשלומו, עקב עקירתו מסביבתו הטבעית ומההורה המשמורן והבאתו לסביבה זרה, הנכפית עליו על ידי ההורה האחר. הגם שהמונח "טובת הילד" אינו מוזכר באמנה, עקרון זה מונח ביסודה, שהרי לא ניתן לעסוק בעניינם של ילדים, מבלי לשקול את טובתם (ראו: פרשת גבאי, בעמ' 251; לדיון על הקשר שבין האמנה לזכויות הילד ראו: רונה שוז "זכויות ילדים חטופים: האם חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים) תשנ"א-1991, עולה בקנה אחד עם דוקטרינת זכויות הילד?" מחקרי משפט כ 421 (2004)). שאלת טובת הילד היא שתכריע את המחלוקת המהותית על משמורת הילד. הדיון בהליכים לפי חוק האמנה עניינו בפורום שידון בשאלה זו. בהתחשב בתכליות האמנה, ובעיקר בתכלית חשיבות כיבוד שלטון החוק ברמה הבינלאומית, כלל ברירת המחדל הוא שטובת הילד תידון במקום המגורים הרגיל שלו ולא במדינה אליה נחטף הילד.

15. עם זאת, לעיתים החזרת הילד למקום המגורים הרגיל, עלולה לפגוע בו, כך שהיא עומדת בניגוד לטובתו. למקרים כגון דא נועדו החריגים לחובת ההחזרה, המעוגנים בסעיפים 12, 13, ו-20 לאמנה. לפי סעיף 12 לאמנה, חובת ההחזרה לא תחול, מקום בו הילד שהה במדינה אליה נחטף מעל שנה, והוכח כי הוא השתלב בסביבתו החדשה. בסעיף 13 קבועים שלושה חריגים לחובת ההחזרה: חריגי ההסכמה וההשלמה, חריג החשש החמור לנזק וחריג ההתחשבות ברצון הקטין, בהגיעו לגיל ולרמת בגרות מתאימים. חריג נוסף מצוי בסעיף 20, על פיו ניתן לסרב להחזיר ילד אם ההחזרה אינה מתיישבת עם עקרונות היסוד של המדינה הדנה בבקשה בדבר ההגנה על זכויות האדם וחירויות היסוד. בבסיס החריגים לחובת ההחזרה המיידית, ניצבת החובה להגן על טובת הילד והצורך למנוע נזקים חמורים, העלולים להיגרם כתוצאה מהחזרתו.

חריגים אלו, עומדים במידה רבה בניגוד לתכליות מרכזיות אחרות של האמנה, הלא הן התכליות של מניעת עשיית דין עצמי על ידי ההורה החוטף, וכיבוד שלטון החוק על פי אמות מידה אוניברסאליות. באיזון בין שתי התכליות הללו, נקבע כי יש לעשות שימוש שקול וזהיר בחריגים לחובת ההחזרה, פן יהפוך החריג לכלל, באופן שיערער את תכליות האמנה וירוקן מתוכן את התחייבויות המדינות המתקשרות. מכאן גם הקביעה כי נטל ההוכחה הרובץ על הטוען לקיומם של החריגים, הינו נטל כבד, שלא יורם בנקל (ראו: בע"מ 672/06 אבו עראר נ' דגוזו (לא פורסם, 15.10.06); Elisa

Perez-Vera, Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, Hague Conference on Private International Law, Acts and Documents of the Fourteenth Session 426, 460 (1980); להלן: דו"ח פרז-ורה). ודוק, הרמת נטל ההוכחה אינה סותרת את הגולל על אפשרות החזרתו של הקטין למדינה שממנה הורחק או לא הוחזר. הוכחת התקיימות החריגים אך מעניקה לבית המשפט שיקול דעת האם בנסיבות העניין ראוי להשאיר את הקטין במדינה אחיה נחטף או להחזירו למדינת מגוריו, הכל בהתחשב בתכליות האמנה. למותר לציין כי במקרה כגון דא, בראש מעייניו של בית המשפט תעמוד טובת הילד הקטן, העומד בתווך בין שני הוריו.

16. החריגים שבחינתם נדרשת לענייננו קבועים בסעיף 13 לאמנה, וזו לשונו:

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

- (א) האדם המוסד או הגוף האחר שבידו מופקדת ההשגחה על גוף הילד לא הפעיל בפועל את זכויות המשמורת בעת ההרחקה או אי ההחזרה, או הסכים עמן או השלים עמן לאחר מעשה, או
- (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 המנהלית רשאית כמו כן לסרב לצוות על החזרת הילד אם התברר לה כי הילד מתנגד להחזרתו וכי הוא הגיע לרמת הבגרות שבהם מן הראוי להביא בחשבון את השקפותיו... (ההדגשות שלי, ע.א.).

אדון במהותם ובהיקפם של החריגים הנוגעים לעניין לפי סדרם.

חריגי ההסכמה וההשלמה

17. כאמור, סעיף 13(א) לאמנה קובע שני חריגים לחובת ההחזרה המיידית: חריג ההסכמה וחריג ההשלמה. לשני חריגים אלו שתי תכליות מרכזיות. התכלית הראשונה הינה מתן מענה הולם למצב בו ההורה “הנחטף” הסכים או השלים עם מעשה החטיפה, באופן המייתר את הצורך בהחזרת המצב לקדמותו באופן בהול ומייד (ראו: ע”א 473/93 ליבוביץ נ’ ליבוביץ פ”ד מז(3) 63 (1993); להלן: פרשת ליבוביץ). התכלית

השנייה הינה מניעת שימוש ציני בסעד ההחזרה המיידית המוענק במסגרת האמנה, באופן שיהפוך את האמנה לכלי מיקוח בידי ההורה הנחטף:

"On the other hand, the guardian's conduct can also alter the characterization of the abductor's action, in cases where he has agreed to, or thereafter acquiesced in, the removal which he now seeks to challenge. This fact allowed the deletion of any reference to the exercise of custody rights 'in good faith', and at the same time prevented the Convention from being used as a vehicle for possible 'bargaining' between the parties" (461 בעמ' פד"ר, 461).

18. מושא ההסכמה או ההשלמה הינו זכויות המשמורת. היינו, הסכמה או השלמה של ההורה עם המצב העובדתי שנוצר ביחס לזכויות המשמורת בקטין (ראו: פרשת גבאי, בעמ' 257). בשונה מקביעת מקום המגורים הרגיל תחת סעיף 3 לאמנה, שאז נהוג ליתן לכוונת ההורים ולתוכניותיהם העתידיות משקל מועט, תחת חריגים אלו יש לתת את הדעת לכוונת ההורים באשר למקום המגורים של הקטין, לציפיותיהם, ולתוכניותיהם העתידיות (ראו: שמואל מורן, אלון עמירן והדרה בר, הגירה וחטיפת ילדים, היבטים משפטיים ופסיכולוגיים 88-89 (2003)). באם אלו מעידים על הסכמה או על השלמה עם מעשה ההרחקה או אי-ההחזרה, אין לצוות על החזרת הקטין למדינת מקום המגורים הרגיל באופן מיידית. חובת ההחזרה המיידית אינה עוד בגדר חובה, והיא הופכת נתונה לשיקול דעת בית המשפט הדין בדבר.

19. חריג ההסכמה וחריג ההשלמה דומים במהותם ובמאפייניהם, הגם שהפסיקה דנה בעיקר בחריג ההשלמה (ראו למשל: פרשת דגן; פרשת ליבוביץ). השוני המרכזי בין שני החריגים הללו נעוץ במישור הזמן – בעוד שהסכמה ניתנת בטרם מעשה ההרחקה או אי-ההחזרה, השלמה נוצרת בדיעבד, לאחר מעשה כאמור (פרשת גבאי, בעמ' 257; פרשת ליבוביץ בעמ' 72). לפיכך, בבואנו לקבוע אילו מבין שני החריגים חל בנסיבות המקרה העומד בפנינו, יש לבחון תחילה האם עסקינן בהסכמה שניתנה עובר למעשה החטיפה, או שמא עסקינן בהשלמה, המאוחרת למעשה החטיפה. בשלב השני, יש לבחון את השאלה המרכזית הנשאלת ביחס לתחולתם של חריגים אלו, והיא האם ההורה שזכויותיו נפגעו פעל כפי שהיה פועל הורה שמטרתו הינה החזרת המצב לקדמותו לאלתר, או שמא פעל באופן המלמד על הסכמתו למעשה או השלמתו עימו:

”קיומה של השלמה נבחן אפוא לאור השאלה: האם התנהגותו של ההורה ”הנחטף” מתיישבת עם כוונתו לעמוד על זכויותיו באשר להשבת הסטאטוס קוו, היינו השבת הילד למקום מגוריו הרגיל שהימנו הורחק באופן מיידי, או שמא הנסיבות והתנהגותו מלמדות על השלמה עם שינוי הסטאטוס קוו, עם העברת הילד למקום החדש?” (המשנה לנשיא (כתוארו אז), השופט אלון, שס, בעמ' 72)

20. ההיגיון מחייב שמקרים בהם עולה שאלת תחולתם של החריגים יתבררו לגופם, כל מקרה ונסיבותיו הוא. לפיכך, אין לקבוע אמות מידה צרות לבחינת שאלת ההסכמה או ההשלמה. עם זאת, מן ראוי לתחום את גבולות החריגים הללו, שכאמור, תכליות האמנה מחייבות ליתן להם פרשנות מצמצמת ולהפעילם בזהירות ובריסון. שלושה מאפיינים עיקריים, מסייעים בבחינת תחולתם של החריגים ובהבנת הגבולות להתפרסותם: אופייה וטיבה של ההסכמה או ההשלמה; תחולת דיני החוזים; והמשקל שיש ליתן לסיבות ההסכמה או ההשלמה ולמשך הזמן שחלף (פרשת גבאי, בעמ' 255-259; פרשת ליבוביץ, בעמ' 75-71). כל אלו יסייעו בידינו להשיב לשאלה, האם ההורה המבקש ויתר על הסעד של החזרת הקטין לאלתר, בכך שהסכים מלכתחילה למעשה או השלים עימו בדיעבד. הכל כפי שיפורט.

21. ראשית, עלינו להתוות את אופייה וטיבה של ההסכמה או ההשלמה. נקבע, כי אין הכרח כי אלו תהיינה מפורשות או תעשינה בדרך של מעשה אקטיבי. ניתן ללמוד על הסכמה למעשה החטיפה או על השלמה עימו, גם מהתנהגות שבמחדל או מהתנהגות משתמעת. יחד עם זאת, אין בכוחו של כל צעד של מי מהצדדים כדי להעיד על הסכמה או ויתור. מדובר בבחינה מהותית של התנהגות ההורה הנחטף במובנה הרחב – עלינו להסיק ממכלול הנסיבות ומהסתכלות על תמונת המציאות הכוללת, כי ההורה ויתר על הגשמתן הדחופה של זכויות המשמורת או הביקור שהיו נתונות לו מכוח דינה של מדינת מקום המגורים הרגיל עובר למעשה ההרחקה או אי-החזרה (ראו: פרשת דגן, בעמ' 273). בחינה זו הינה אובייקטיבית בעיקרה. הלך רוחו הסובייקטיבי של ההורה הנחטף ייבחן רק ככל שהוא יבוא לידי ביטוי בהתנהגותו החיצונית האובייקטיבית (ראו: פרשת ליבוביץ, בעמ' 74). קיומה של הסכמה או השלמה, נלמד בין היתר אף ממודעות ההורה ”הנחטף” לפגיעה בזכויותיו. אין צורך כי המודעות תהיה לגבי הזכויות המדויקות המוענקות להורה מכוח האמנה. די בהכרה כללית כי זכויות ההורה נפגעו או כי הן עתידות להיפגע כתוצאה מפעולת ההורה השני, כדי ללמד על מודעות. כך למשל, אם ההורה ידע שנעשה מעשה שלא כדין, ולא פעל

לקבלת ייעוץ משפטי בעניין, הדבר עלול ללמד על השלמה עם מעשה החטיפה (ראו: פרשת דגן, עמ' 274).

22. הסכמה או השלמה, הן חוזיות במהותן, שהרי זוהי פעולה חד צדדית הנעשית על ידי אחד ההורים, משתכללת אצל ההורה השני, ויוצרת אצלו אינטרס הסתמכות באשר לשינוי הסטאטוס קוו. לפיכך, נקבע כי על חריגי ההסכמה וההשלמה חלים דיני החוזים, על כל המשתמע מהם (פרשת ליבוביץ, בעמ' 73 והאסמכתאות המובאות שם; פרשת גבאי, בעמ' 258). כך למשל, דינה של הסכמה או השלמה שנעשתה תוך טעות, הטעייה, כפיה או עושק, כדין חוזה שנעשה בנסיבות דומות וניתן לביטול. כמו כן, אם ההורה החוטף היה מודע לכך שההורה הנחטף אינו מוותר על שינוי הסטאטוס קוו, הרי שטענה מטעמו לתחולת החריגים תעמוד בניגוד לעקרון תום הלב. בנוסף, יש לתת את הדעת ליסוד ההסתמכות של ההורה שביצע את מעשה החטיפה. באם הלה עשה צעדים שהביאו לשינוי מצבו בעקבות ההסכמה או ההשלמה של ההורה השני, יש להתחשב בכך במכלול השיקולים הנבחנים תחת חריג זה, אם כי מן הראוי שהתחשבות באינטרס ההסתמכות כאמור תעשה בזהירות, פן ייחנה ההורה החוטף מפירות העוולה שיצר (פרשת ליבוביץ, בעמ' 71).

23. בנוסף, יש להתייחס למשקל שיש ליתן לנסיבות השונות בהן ניתנה ההסכמה או ההשלמה, ובייחוד למשקל שיש ליתן לסיבות להסכמה ולמשך הזמן שחלף ממעשה ההרחקה ועד להגשת התביעה על פי האמנה. כך נקבע, כי הסיבות שבגינן הסכים ההורה למעשה החטיפה או השלים עימו לא תילקחנה בחשבון בעת בחינת טיב ההסכמה או ההשלמה, שכן ייתכן שהוא לא היה מעוניין בטלטול הקטין ממדינה למדינה, או שהיה מעוניין שסוגיית המשמורת תידון במדינה אליה נחטף הקטין, בהיותה מדינת מולדתם של ההורים. יהיו סיבותיו אשר יהיו, באם התנהגות ההורה מלמדת על הסכמה או השלמה עם מעשה החטיפה, יש להסיק מכך כי הוא וויתר על הסעד המהיר והמיידית המוענק באמנה, ונכון לפתור את הסכסוך בדרכים אלטרנטיביות (פרשת ליבוביץ, בעמ' 70).

אלמנט הזמן מהווה גם הוא שיקול בבחינת השאלה האם התנהגות ההורה במשך התקופה שחלפה עולה בקנה אחד עם דרישתו המאוחרת להחזרת הקטין. בהתייחס לחריג ההשלמה, הוכרע בפסיקה כי יש לבחון את משך הזמן שחלף מיום החטיפה ועד ליום הגשת התביעה על פי האמנה, ואם ניתן להסיק מכך, יחד עם נסיבות נוספות, השלמה של ההורה עם המצב שנוצר. בהקשר זה נקבע שמשך התגבשות

ההשלמה אינו מוגדר, וראוי שיילמד ממקרה למקרה, בהתאם לנסיבות (שס, בעמ' 72-74). בבחינת חריג ההסכמה, אלמנט הזמן משמעותי פחות. ייתכן כי יחלוף פרק זמן קצר או ארוך מרגע החטיפה ועד ליום הגשת התביעה, אך במרבית המקרים לא תהיה לכך נפקות, שהרי ההסכמה מעצם טיבה ניתנת מראש, לפני מעשה החטיפה. לפיכך, תחת חריג ההסכמה השאלה המרכזית הינה שאלה של משקל, היינו, מהן הנסיבות המלמדות על ההסכמה, ועד כמה מעידות הן ברחל בתך הקטנה על הסכמת ההורה "הנחטף" לויתור על "העזרה הראשונה" הניתנת בחסות האמנה, וכל זאת בכפוף לגבולות החריגים, שהוצגו לעיל.

24. במקרים אחדים, ייתכן שהורה שהסכים או השלים עם מעשה החטיפה, יבקש לחזור בו מהסכמתו. הכלל הוא כי לא ניתן לחזור מהסכמה או מהשלמה ולבטלה למפרע. משנתגבשה הסכמה או השלמה, רואים את ההורה שזכויות המשמורת שלו נפגעו כמי שוויתר על הסעד המידי הניתן במסגרת האמנה (שס, בעמ' 73; פרשת דגן, בעמ' 275). גם שינוי נסיבות אינו מצדיק חזרה מהסכמה או מהשלמה. כאמור, השאלה המרכזית שראוי שתעמוד לנגד עיניו של בית המשפט היא, האם מהתנהגות ההורה ניתן להסיק באופן ברור כי הלה וויתר על סעד "העזרה הראשונה". באם התשובה לכך חיובית, החזרת הילד למדינת מקום המגורים הרגיל אינה באה בגדרי החובה המיידית המוטלת על בית המשפט להורות על החזרת הקטין למקום מגוריו הרגיל. הזמן לסעד התכוף חלף עבר לו, ולבית המשפט הדן בדבר שיקול הדעת להורות כי העניין יידון במדינה המתבקשת או במדינת מקום המגורים הרגיל, כשלנגד עיניו עומדת טובת הילד שעניינו נבחן.

חריג החשש החמור לנזק

25. סעיף 13(ב) לאמנה קובע כי מקום בו קיים חשש חמור שהחזרתו של הקטין תגרום לו לנזק פיסי או פסיכולוגי, או תעמידו בדרך אחרת במצב בלתי נסבל, אין בית המשפט חייב להורות על החזרתו. הלכה היא כי טובת הילד הנשקלת במסגרת חריג זה, צרה מזו הנשקלת בהליכי המשמורת הרגילים, משום החשש שהרחבת יתר של החריג תרוקן מתוכן את תכליות האמנה (ראו: פרשת פלונית, בפס' 33-29). לפיכך, השתמש בית המשפט בשני כלים שמטרתם צמצום תחולת החריג. ראשית, נקבע כי הנטל הרובץ על הטוען לקיומו של חריג הנזק הינו מעל לספק סביר, שהוא כמובן נטל הוכחה כבד מאוד. שנית, תחולת החריג צומצמה מאוד בדרך פרשנית, משנקבע כי העיקרון השולט

על החריג הינו זה הקבוע בסיפא של סעיף 13(ב), לפיו הילד לא יוחזר רק אם קיים חשש חמור שהחזרתו תעמידו במצב בלתי נסבל:

”העיקרון השולט על הוראת סעיף 13(ב) לאמנה הוא זה הבא בסופה, ואשר עניינו העמדת הילד במצב בלתי נסבל אם יוחזר למקום מגוריו הרגיל...הנוסחה השליטה עניינה בהעמדת הילד במצב בלתי נסבל...לאמור: ניתן שלא להורות על החזרת ילד אם החזרתו תעמיד אותו ”במצב בלתי נסבל“: בין שאותו מצב בלתי נסבל בא בשל חשש חמור שהחזרה תחשוף את הילד לנזק פיזי או פסיכולוגי ובין שהחזרתו תעמיד אותו במצב בלתי נסבל ”בדרך אחרת“. (פרשת 70, בעמ' 347)

בנוסף, נקבע כי החריג דנן מתייחס לנזק שייגרם לקטין כתוצאה מהחזרה למדינה שממנה הורחק, ולא כתוצאה מחזרתו להורה שממנו נחטף, או מניתוקו מההורה החוטף (ראו: בש"א 1648/92 טורנה נ' משולם פ"ד מו(3) 38, 46 (1992)). בהתאם לכך, במקרים רבים, נדחתה טענת חוסר מסוגלות הורית של הורה המבקש את הסעד מכוח האמנה, וכן טענה כי ההורה החוטף צפוי לעמוד בפני גירוש או קושי כלכלי משמעותי כתוצאה מחזרתו עם הילד למדינה אותה עזב (ראו לדוגמה: ע"א 5532/93 גונזבורג נ' גרינוולד, פ"ד מט(3) 282 (1995)). בית המשפט נסמך בהקשר זה על קביעות מומחים בלבד, מהם עלה בבירור כי החשש לנזק פיסי או פסיכולוגי ממשי ביותר. מהדברים עולה כי חריג הנזק מצומצם ביותר, אך במקרים בהם החזרת הקטין תעמידו במצב בלתי נסבל, שייגרם מפני שהקטין יהיה חשוף לנזק פיסי או פסיכולוגי חמור ביותר, או מפני שיהיה חשוף למצב בלתי נסבל מסיבה אחרת.

מן הכלל אל הפרט

26. במקרה שבפניי, המבקשת והמשיב שניהם ילידי הארץ אשר נסעו לחפש את מזלם בארצות הברית, בה התגוררו למן תחילת הקשר הזוגי ביניהם. המבקשת החלה ללמוד, ואילו המשיב עסק בעבודות שונות, ובשלב מסוים הקים חברה עסקית בשותפות עם המבקשת. בארצות הברית נולדה בתם הבכורה. לאורך כל התקופה, הם שמרו על קשר עם הארץ, כשהגיעו לביקורים בישראל לעיתים תכופות, שמרו על זכויותיהם הסוציאליות ואף פתחו חנות בעיר מולדתם. בהסכמה, הגיעו המבקשת והמשיב עם הבת המשותפת לחופשת חג הפסח בישראל. באותה החופשה, החליטו להיפרד זה מזו. המשיב שב לארצות הברית כמתוכנן, בעוד שהמבקשת לא עשתה כן,



משהחליטה להישאר עם הבת בישראל. בעקבות אי החזרת הבת לארצות הברית במועד המתוכנן, הגיש המשיב תביעה להחזרתה לפי אמנת האג.

27. מכאן, שעניין לנו במקרה של אי-החזרה, והשאלה העולה הינה האם נתקיימו התנאים לתחולת האמנה. הקטינה אותה מבקש המשיב להחזיר לארצות הברית רכה בשנים. במועד בו הייתה אמורה לשוב לכאורה לארצות הברית הייתה בת תשעה חודשים בלבד, ומכאן שגילה עומד ברף הגיל הקבוע בסעיף 4 לאמנה, המעמיד את רף הגיל לתביעת השבתו של קטין לפי האמנה על 16 שנים. בנוסף, הוכח בבית משפט קמא כי הדין במדינת ניו ג'רזי, בה התגוררו המבקשת והמשיב, הינו שזכויות המשמורת על ילדים הינן זכויות משותפות. לפיכך, נתקיים התנאי הראשון הקבוע בסעיף 3 לאמנה, שכן אי-ההחזרה הפרה את זכויות המשמורת של המשיב על בתו. בהמשך, בית המשפט קמא הורה על הגשת הליך לקביעת המשמורת במדינת ניו - ג'רזי, בטרם תוחזר הבת לארצות הברית, והמשיב צירף לתשובתו אסמכתאות המעידות שהליך כזה אכן נפתח. בכך, הפעיל המשיב את זכויות המשמורת שלו בפועל, ונתקיים התנאי השני הקבוע בסעיף 3 לאמנה, לפיו על הורה התובע השבת קטין לפי האמנה חלה חובה להפעיל את זכויות המשמורת הנתונות לו. לבסוף, נקבע על ידי בית המשפט לענייני משפחה כי מקום המגורים הרגיל של הבת היה ארצות הברית, כך שמתקיים התנאי השלישי הקבוע בסעיף 3 לאמנה להוכחת מעשה חטיפה. בבחינת סוגיית מקום המגורים הרגיל באמצעות האסכולה העובדתית והאסכולה הכוונתית, הגיע בית המשפט לענייני משפחה למסקנה זחה באשר למקום המגורים הרגיל עובר למעשה אי-ההחזרה. גם שופטי בית המשפט המחוזי קיבלו קביעה עובדתית זו. אינני מוצאת לנכון להתערב בקביעה עובדתית זו של הערכאה הדיונית. כלל ידוע הוא כי ערכאת הערעור לא מתערבת ככלל בממצאי הערכאה הדיונית (ראו: בע"מ 911/07 פלונית נ' פלוני (לא פורסם, 30.10.2007)). לאחר ששתי ערכאות בחנו את נסיבות המקרה והגיעו למסקנה זחה, ולאחר שבחנתי את טיעוני הצדדים, אינני מוצאת הצדקה לבחינה עובדתית נוספת של התנאי בדבר מקום המגורים הרגיל, ולסטייה מכלל אי-ההתערבות בהקשר זה.

סיכומה של נקודה זו - מבחינת התנאים המקדמיים לתחולת האמנה, כפי שקבע בית המשפט המחוזי, המבקשת ביצעה מעשה של אי-החזרה בניגוד לדין. בשלב זה שומה עלינו לבחון אפוא האם מתקיים חריג מהחריגים לחובת ההחזרה המיידית.

28. כדי לקבוע האם בנסיבות המקרה חל חריג ההסכמה או חריג ההשלמה, יש לבחון תחילה את מישור הזמן, היינו, האם הנסיבות מעידות על כך שהמשיב הסכים

מראש לאי-החזרה או השלים עימה בדיעבד. הנחת המוצא לדיון בבית המשפט לענייני משפחה, שאומצה גם בבית משפט קמא, הייתה שמועד אי-החזרתה של הבת הינו ביום 20.6.10, היום בו היו המבקשת והבת אמורות לשוב לארצות הברית, על פי כרטיסי הטיסה שנרכשו עובר להגעת הצדדים לישראל (להלן: מועד אי-החזרה). המשיב הגיש תביעה לפי אמנת האג להחזרת הבת לארצות הברית, מיד ובסמוך למועד אי-החזרה. בנקודה זו אבהיר כי אני מודעת לכך שדעת המיעוט בבית המשפט קמא התמקדה בתחולתו של חריג ההשלמה. ברם, לאור ההבחנה עליה עמדתי בין שני החריגים, נראה כי בנסיבות המקרה פעולתו המיידית של המשיב אינה מאפשרת לראות בהתנהלותו השלמה עם אי-החזרת הבת. לפיכך, החריג המתאים לעניינינו הינו חריג ההסכמה, לפיו יש לבחון האם ממכלול הנסיבות ניתן ללמוד שהמשיב הסכים למעשה אי-החזרה ולשינוי הסטאטוס קוו, ובכך וויתר למעשה על סעד "העזרה הראשונה" הניתן במסגרת האמנה? כפי שאנמק להלן, סבורני כי יש להשיב לשאלה זו בחיוב, שכן מנסיבות המקרה עולה שהמשיב הסכים עובר למועד אי-החזרתה של הבת כי המשמורת עליה תיוותר בידי המבקשת.

29. בית המשפט קמא קבע כי המבקשת והמשיב הגיעו לארץ בהסכמה לחופשת הפסח. במהלך חופשה זו, בה שהה כל אחד מהם בבית משפחתו, גמרו אומר להיפרד זה מזה. המבקשת פנתה לבית הדין הרבני, ופתחה בהליך גירושין, אליו כרכה את סוגיית המשמורת על הבת. לבקשתה, הוציא בית הדין הרבני צו עיכוב יציאה מן הארץ כלפי המשיב וכלפי הבת. המשיב פנה לבית הדין הרבני בבקשה דחופה לבטל צו זה. בבקשתו שטח המשיב בפני בית הדין הרבני את השתלשלות האירועים בין בני הזוג, ואף הצהיר כי הוא מוכן להתגרש מהמבקשת לאלתר ולהגיע עימה להסדר מזונות כנדרש. בכך, יש להדגיש, אין די כדי ללמד על הסכמתו לכך שהמשמורת על הבת תיוותר בידי המבקשת.

בהמשך, החליטו הצדדים להידבר ביניהם ולהגיע להסכם פירוד, שיהיה מקובל על שניהם. בתיווכו של רואה חשבון, שהינו חבר משותף, נוסח הסכם, שכותרתו "הסכם ממון". מסעיפי ההסכם ניתן להסיק כי הצדדים הסכימו לכך שהמבקשת והבת יישארו להתגורר בישראל, ואילו המשיב ישוב לארצות הברית לעסקיו. כך נקבע בסעיף 1 להסכם כי המבקשת תסיר את צו עיכוב היציאה מן הארץ אשר עמד נגד המשיב לבקשתה; בסעיף 2 נקבע כי סכום המזונות החודשיים לבת ישולם בשקלים; בסעיף 3 התחייב המשיב להעביר על שמו חוזים מסוימים שהמבקשת הייתה חתומה עליהם במסגרת שותפותה בחברה בארצות הברית; בסעיף 4 הסכים המשיב להעביר את ציודן

של המבקשת והבת לישראל; ובסעיף 7 קבעו הצדדים הסדרי ראייה מוסכמים אם ישוב המשיב להתגורר בישראל. מכלול ההסכמות בהסכם זה מלמד באופן ברור על הסכמת הצדדים כי כל אחד מבני הזוג ילך לדרכו – המשיב יחזור לארצות הברית והמבקשת והבת תישארנה בישראל.

ברם, בסופו של יום, בשל מחלוקת כלכלית שהתעוררה, ככל הנראה אצל המבקשת, לא נחתם הסכם הממון. אף על פי כן, עשתה המבקשת צעדים המעידים כי התחילה לקיים את התחייבויותיה לפי ההסכם. על כך אנו למדים מהסכמתה להסרת צו עיכוב היציאה מן הארץ, שהוטל נגד המשיב לבקשתה, הסכמה שבעקבותיה שב המשיב בגפו לארצות הברית.

30. בהקשרים אחרים, נאמר כי "אין כל קדושה בחתימה" (ד"נ 40/80 קניג נ' כהן פ"ד לו(3) 701, 724 (1982)), כך שאם מתקיימים בהסכם יסודות גמירת הדעת והמסוימות, הוא יהיה תקף גם בהיעדר חתימת הצדדים (ראו לדוגמה: ע"א 692/86 בוטקובסקי נ' גת פ"ד מד(1) 57 (1989)). כמובן, אין להחיל כלל זה בנסיבות המקרה דנן, שכן אין מחלוקת בין הצדדים כי הסכם הממון לא נשתכלל לכדי חוזה מחייב. ברם, סבורני כי צדק שופט המיעוט בבית משפט קמא, משקבע כי להסכם זה משמעות "מעין ראייתית" בבחינת הסכמת המשיב לכך שהמשמורת על הבת תיוותר בידי המבקשת. ההסכם לא נחתם בסופו של דבר מפני שהמבקשת סירבה לחתום עליו, בעוד שהמשיב היה נכון לקבלו כמות שהוא, לרבות הסעיפים המעידים על הסכמתו להישארותה של הבת בישראל, במשמורתה של המבקשת. בנסיבות אלו סבורני כי יש לראות בהסכם ראייה מרכזית, המסייעת בהשלמת תמונת המציאות הכוללת, ממנה עולה כי המשיב וויתר על הגשמתן הדחופה של זכויות המשמורת שהיו נתונות לו מכוח דין מדינת ניו-ג'רזי.

לא נעלם מעיני כי המשיב צירף לכתב תגובתו טיוטת הסכם נוספת, שנכתבה לטענתו בכתב ידה של המבקשת, עליה נכתב "חוזרים לארץ" (להלן: הטיוטה). לטענתו, יש בכך כדי להעיד על כך שלא הייתה הסכמה בין הצדדים לעניין מקום המגורים של הבת, ולפיכך גם על כך שלא הייתה הסכמה מוקדמת לעניין המשמורת. בית המשפט לענייני משפחה שדן בטיוטה זו, התייחס אליה כאל טיוטה להסכם הממון, ואילו בית המשפט המחוזי לא דן בנפקותה. מעיון בטיוטה, עולה כי תוכנה כלל אינו מתיישב עם תוכנו של הסכם הממון, שכן עניינה במצב של התפייסות בין המבקשת למשיב ולא במצב של פירוד וגירושין. לא הובהר – וממילא גם לא הוכח – מתי נכתבה

טיוטה זו ועל ידי מי. בהיעדר נתונים אלו אין בכוחה של הטיוטה האמורה ללמדנו את שמבקש המשיב, וממילא דומה כי אין חולק כי הטיוטה הסופית של הסכם הממון היא זו שנערכה על ידי רואה החשבון, ומדברת בפירוד ובהישארות המבקשת ובתה בישראל.

31. סיכומה של נקודה זו - הסכמה נלמדת ממכלול הנסיבות ואין כל הכרח שתהיה מפורשת. ואכן, במקרה שבפניי התנהלותו של המשיב מלמדת עליו כי הסכים לכך שהמבקשת והבת המשותפת לא ישובו לארצות הברית. הוא היה שותף לניסוח הסכם הממון, בו הסכים בין היתר לעניין המשמורת ולהסדרי הראייה. בהמשך, אף עשה צעד אקטיבי בכך שפנה עם המבקשת לבית הדין הרבני, בבקשה להסרת צו עיכוב היציאה מן הארץ, ושב לארצות הברית לענייניו, כשהמבקשת והבת נותרות בישראל. אבהיר כי ייתכן בהחלט שהמשיב קיווה לחזרתן של המבקשת והבת לארצות הברית במועד אי-החזרה, ואולי אף סבר כי יעשו כן, בעיקר לאור העובדה שקשר הנישואין לא נחתם באופן סופי. אלא, שהתנהגותו האובייקטיבית של המשיב מלמדת על הסכמתו לכך שהמשמורת על הבת תיוותר בידי המבקשת, ולכך שהשתיים יוסיפו להתגורר בישראל. אין די בהלך רוחו הסובייקטיבי של המשיב, בתחושותיו ובציפיותיו כדי להסיק שלא נתן הסכמתו להישארות המבקשת והבת בישראל, אל מול מעשיו המפורשים והגלויים.

32. כאמור, פעולת ההסכמה הינה פעולה חוזית במהותה. לאחר שהצדדים נדברו ביניהם על נושא המשמורת, ולאחר שהמבקשת הסכימה להסרת צו עיכוב היציאה מן הארץ שעמד נגד המשיב, הוא עזב את הארץ וחזר לעיסוקיו בארצות הברית. סביר בהחלט להניח כי השתלשלות האירועים, ובפרט עזיבתו את הארץ בהסכמתה של המבקשת, לאחר שנכתב הסכם הממון, וחלקו אף קויים, יצרה בליבה של המבקשת הסתמכות באשר לשינוי הסטאטוס קוו, שעיקרו פרידה בין בני הזוג והישארותה עם הבת בישראל. בדונו בנפקות ההסכם שנערך בין הצדדים, קבע בית המשפט לענייני משפחה כי:

”התובע היה נתון ללחצים שעה שכנגדו הוצא צו עיכוב יציאה מישראל שהיה בו כדי לשבש את תוכניותיו לפיהן התעתד לחזור לארצות הברית...למקרא הטיוטה יקשה להשתחרר מאותו רושם המתקבל לפיו זו נערכה תחת צילו הכבד של צו עיכוב היציאה מן הארץ, וגם אם נתקבלה הסכמתו של התובע לאמור בטיוטה, הרי שהיא ניתנה והושגה בשל אותו לחץ שהופעל עליו בדמות צו

העיכוב" (פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה, פסקה 28 בעמ' 14; ההדגשות שלי, ע.א.).

אין בידי לקבל השערה זו לפיה הסכים המשיב להישארות הבת בישראל, אך משום שהיה נתון לחץ בשל צו עיכוב היציאה מן הארץ שעמד נגדו. בניהול משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה, כל צד נתון בוודאי ללחצים ומושפע משיקולים שונים, ובהתאם מכלכל את צעדיו. הלכה היא כי את חופש הרצון יש לפרש בצורה רחבה, וכי אין לראות בלחצים שונים, כלכליים, חברתיים או פוליטיים, כפוגמים בחופש הרצון החוזי, ובלבד שאין אלו לחצים כבדים, הפוגמים בעצם הרצון המינימאלי (ראו והשוו: ע"א 1569/93 מאיה נ' פנפורד פ"ד מח(5) 705 (1994); ע"א 1912/93 שחם נ' מנס פ"ד נב(1) 119 (1998)). לאור זאת, אינני סבורה כי נכונה הקביעה לפיה המשיב היה נתון תחת לחץ כבד בשל צו עיכוב היציאה, וכי הסכמתו ניתנה בשל אותו לחץ, מבלי שיכול היה להפעיל שיקול דעת. בל נשכח כי כנגד הלחץ בו היה שרוי המשיב להמשיך בתוכניותיו, עמד עניין המשמורת על בתו, שהוא כשלעצמו עניין בעל חשיבות עליונה.

33. ייתכן כי צעדיו המאוחרים של המשיב, בסמוך למועד אי-החזרה, מלמדים על כך ששינה את דעתו באשר להישארות הבת בישראל, או שעדיין קיווה כי יתפייס עם המבקשת. המשיב שלח למבקשת באמצעות עורך דינו מכתב התראה, בסמוך למועד אי-החזרה. הוא אף הגיש תביעה להחזרת הבת לארצות הברית לפי האמנה, בערכאה המוסמכת בישראל, כחודשיים לאחר מועד זה. כמו כן, פעל להשגת אשרת שהייה עבורו בארצות הברית; הציג מסמכים המעידים על הארכת חוזה השכירות ועל תשלום דמי ביטוח בריאות לבת בארצות הברית; ובהמשך, עמד בתנאים המוקדמים להחזרת הבת, כפי שנקבעו על ידי בית המשפט קמא. צעדים אלה מעידים על רצונו בכך שהבת תשוב לארצות הברית, וכי שאלת המשמורת בעניינה תוכרע במדינת מגוריו. ברם, אין בכוחם של הצעדים המאוחרים הללו כדי למחוק את ההסכמה שנתן המשיב קודם לכן להישארות הבת בישראל, עובר למעשה אי-החזרה. כאמור, הכלל הוא שלא ניתן לחזור מהסכמה שניתנה, שכן הסכמת המשיב לאי חזרתן של המבקשת והבת לארצות הברית, מלמדת על וויתורו על הסעד המידי הניתן במסגרת האמנה. אי לכך, נוכח התמונה הכללית העולה מן העובדות שפורטו, מתקיים בענייננו חריג ההסכמה. לפיכך, שאלת החזרת הבת לארצות הברית נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט, ואינה בגדר חובתו המיידית להחזירה לפי הקבוע באמנה.

34. לאור הקביעה כי נתקיים חריג ההסכמה, אין צורך להעמיק ולדון בטענת המבקשת בדבר התקיימותו של חריג החשש החמור לנזק, שהרי די בהוכחת אחד החריגים כדי להקנות לבית המשפט הדין בדבר שיקול דעת האם להורות על החזרת הבת או לאו. בקצרה, אעיר כי נטל ההוכחה הרובץ על הטוען להוכחת חריג זה הינו כבד במיוחד, והפרשנות שניתנה לו מצומצמת ביותר. נדמה, כי בהיעדר חוות דעת מומחה בעניין, ובהיעדר התקיימותן של נסיבות קיצוניות, המעידות על חשש חמור לנזק, לא ניתן לקבוע כי נתקיים חריג זה במקרה דנן.

35. סיכומו של דבר, האמנה חלה על ענייננו, שכן נתקיימו התנאים המקדמיים לתחולתה, והמבקשת ביצעה מעשה אי החזרה לארצות הברית בניגוד לדין. ואולם, במקרה דנן חל חריג ההסכמה, שכן ממכלול הנסיבות, ובראשן הסכם הפירוד והתנהגות הצדדים לאחר כתיבת הסכם זה, יש להסיק כי המשיב הסכים להישארותן של האם והבת בארץ. לפיכך לא קמה חובת החזרה המיידית לפי האמנה והדבר נתון לשיקול דעת בית המשפט. לשיקולים הרלוונטיים להכרעה זו אפנה כעת.

36. לאחר ששקלתי את מכלול הנסיבות, נחה דעתי כי אין להורות על החזרת הבת לארצות הברית, וכי ראוי שעניין המשמורת יתברר בערכאה המוסמכת בישראל. המבקשת והמשיב התגוררו בארצות הברית כארבע שנים, למן תחילת הקשר הזוגי ביניהם. הם אינם בעלי אזרחות אמריקאית - למשיב אשרת עבודה זמנית למשך שנתיים בלבד, ולמבקשת אשרת שהייה מסוג תייר, שאינה מאפשרת לה להתפרנס למחייתה. משפחתם המורחבת של שני הצדדים שוהה בארץ ואין להם בית קבע בארצות הברית. עת התגוררו בארצות הברית, הם הקימו עסק בארץ והמשיכו לנהל חשבונות בנק ולשמור על זכויותיהם הסוציאליות בישראל. כל טיב השהות בארצות הברית, גם אם נמשכה מספר שנים, נושא אם כן אופי של זמניות. משהחליטו להיפרד זה מזו, ביקש המשיב לשוב לעסקיו בארצות הברית, ואילו המבקשת ביקשה להישאר בישראל, במסגרת משפחתית תומכת, כאשר בתווך עומדת הבת המשותפת, ילדה רכה בשנים, אשר בוודאי שני ההורים מבקשים בטובתה. לדידי, טובת הקטינה מחייבת כי הליכי המשמורת בעניינה יתבררו בישראל ולא בארצות הברית. מרבית ימי חייה מתגוררת הבת, שטרם מלאו לה שנתיים, עם המבקשת, שהיא הדמות ההורית הדומיננטית בחייה, בפרט בהתחשב בשהותו הארוכה של המשיב בארצות הברית, הנמשכת אף בימים אלה, וזאת במנותק מבתו. בנסיבות הפירוד בין בני הזוג, חזרתן של המבקשת והבת לארצות הברית לצורך בירור סוגיית המשמורת, עלולה להציב את המבקשת במצב בלתי נסבל, אשר יעמוד בסופו של דבר בניגוד לטובת הקטינה. ראשית, אין לצפות כי לאחר

שנפרדו, יוסיפו המבקשת והמשיב להתגורר בדירת המגורים בה חיו כבני זוג, אשר השכירות בה הוארכה בהתאם להחלטת בית המשפט קמא, לשם הבטחת מדור הקטינה. ודוק, בנסיבות בהן המבקשת אוזחת אשרת תייר בלבד, ואינה רשאית לעבוד למחייתה בארצות הברית, לא תוכל המבקשת להתפרנס ולממן לה ולבת מגורים בנפרד מהמשיב, ואם תעשה כן, היא צפויה לעמוד בפני סכנת גירוש מארצות הברית. אף אם החשש לקרות אירוע שכזה אינו חמור, סבורה אני כי אין להסתכן בניתוק המבקשת מבתה הפעוטה, באופן העומד בניגוד לטובתה של הבת הרכה בשנים (ראו: רע"א 4575/00 פלונית נ' אלמוני פ"ד נה(2) 321, 331 (2001)). לחילופין, ייתכן כי המבקשת תאלץ לשוב ולהתגורר עם המשיב תחת קורת גג אחת, אך בהתחשב בניתוק ובניכור המתמשכים שהפגינו הצדדים במסגרת ההליכים המשפטיים דנן, סביר להניח כי גם מגורים משותפים של הורים שאינם חיים בשלום זה עם זה, יהיו בניגוד לטובת הקטינה. הנה כי כן, סבורני כי השיקולים שמניתי לעיל, ובראשם היותה של הבת מקטני קטנים, ומצבה החוקי של המבקשת בארצות הברית, מצביעים על כך שטובת הקטינה מחייבת כי סוגית המשמורת תתברר בישראל, ועל כן אין להורות על השבתה לארצות הברית לצורך בירור סוגיה זו.

37. בשולי הדברים אעיר שתי הערות באשר להשתלשלות ההליך שבפני. ראשית, המשיב הגיש בקשה להציג בפנינו את תיק המוצגים שהוגש לבית המשפט קמא, והמבקשת השיבה כי היא מותירה את העניין לשיקול דעת בית המשפט. עיינתי בתיק כמבוקש (באמצעות נט המשפט), אך לא מצאתי את המוצג בו כמאיר נקודות נוספות שנדונו בהחלטה זו. הדברים שם ודאי נמצאים ברקע החלטתי זו, אך אין בהם כדי לשכנע כי יש לקבל את עמדת המשיב.

הערה נוספת נוגעת להודעה שהגיש המשיב לבית המשפט, בה הודיע כי הוא נאלץ לעזוב את הארץ ולשוב לעסקיו בארצות הברית, בטרם נסתיימו ההליך המשפטי שלפנינו. המבקשת הגישה תגובתה להודעה זו וטענה כי חזרתו של המשיב לארצות הברית בוצעה תוך הפרת צו עיכוב יציאה מן הארץ שעומד נגדו. בתשובתו, דחה המשיב טענה זו. מבלי לדון בטענה לגופה, שכן הדבר אינו נדרש ואין בידינו די פרטים לקבוע כל קביעה לגביה, נדמה כי סכסוך הגירושין הביא את הצדדים לידי עימות מר ומנוכר. כולי תקווה כי משנסתיים ההליך בו עסקינן, ישכילו המבקשת והמשיב להגיע במהרה להסכמה ויפתרו את המחלוקות ביניהם, כשבראש מעייניהם טובתה של בתם המשותפת, הזכאית לנוכחותם של שני הוריה בחייה.

אשר על כן, אציע לחברי לקבל את הערעור ולקבוע כי החלטת בית המשפט המחוזי בדבר החזרת הבת לארצות הברית על פי האמור באמנה מבוטלת בזאת. כמו כן אציע לבטל את חיוב המבקשת בהוצאות המשפט, כפי שנקבע בבית משפט לענייני משפחה. בנסיבות העניין לא מצאתי שיהיה נכון לחייב את המשיב בהוצאות הדיון שבפנינו.

לאחר הדברים קראתי את עמדתו של חברי, השופט פוגלמן, ומצאתי לנכון להאיר שתי נקודות. ראשית, אני סבורה כי יהיו מקרים בהם החפיפה בין דיני החוזים האזרחיים לדיני החוזים במסגרת המשפחתית לא תהיה מלאה, ויהיה צורך להתייחס באופן ייחודי לחוזה שנערך במסגרת המשפחתית (ראו למשל: רע"א 8791/00 שלם נ' טווינקו, פס' 7 (לא פורסם, 13.12.06); שחר ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי במשפט הישראלי – מתווה ראשוני" קרית המשפט ד 271 (תשס"ד)). שנית, באשר לחשש שמעלה חברי מההשלכות השליליות בכל הנוגע לנכונותם של צדדים לקיים משא ומתן ענייני, אני סבורה כי חשש זה אינו חשש ממשי, שכן מקרה זה ייחודי בנסיבותיו. במקרה זה היה הסכם גמור ושלם שלא נחתם לבסוף רק בשל סירובה של המבקשת בעוד המשיב היה נכון לממשו. מעבר לכך, כפי שהדגשתי, בני הזוג החלו לפעול בהתאם להסכם בבטלם בהסכמה את צו עיכוב היציאה מהארץ שהוצא כנגד המשיב, והמשיב אף עזב את הארץ ושב לארצות הברית, כשהבת והמבקשת נותרו בישראל. נסיבות ייחודיות אלו מצדיקות לטעמי לראות בהסכמותיו של המשיב במסגרת המשא ומתן בין הצדדים אינדיקציה לתחולת חריג ההסכמה.

ש ו פ ט ת

השופט ח' מלצר:

1. אני מצרף הסכמתי לתוצאה אליה הגיעה חברתי, השופטת ע' ארבל בחוות דעתה ולעיקרי הנמקתה. עם זאת, לשיטתי ההצדקה התומכת במסקנה אליה הגיעה בפסק דינה צריכה להתבסס יותר על "חריג ההשלמה" הקבוע בסעיף 13(א) לאמנה, כמשמעה בחוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), התשנ"א-1991 מאשר על "חריג ההסכמה" הכלול באותו סעיף. טעמי לכך יובאו להלן.

2. מהנסיבות המתוארות בפסק דינה של חברתי וכן בחוות דעת המיעוט של סגן הנשיא, השופט א' אברהם בבית המשפט המחוזי בנצרת, נראה לי שהמשיב – עם צאתו



לאחרונה לארצות הברית "השלים" למעשה – למצער לאותו זמן – עם אי-החזרת הילדה לארצות הברית והשארותה בחיק אמה בישראל בשלב זה. האמור ניתן להסקה מהבקשה שהגיש המשיב לבית הדין הרבני לביטול צו עיכוב היציאה מן הארץ שהוצא כנגדו ביוזמת המבקשת – הליך אשר בסיומו בוטל הצו האמור בהסכמה. בהקשר זה יש להזכיר כי לבית הדין הרבני שיפוט ייחודי בתביעה לגירושין בין הצדדים, בהיותם אזרחים ישראלים שנישאו בארץ על פי דין תורה. יתר על כן המשיב היה נכון במסגרת "הסכם הממון" שנדון בין הצדדים (ואשר לא נחתם לבסוף בגין הסתייגויות שהעלתה דווקא המבקשת) – להתחייב להעביר את כל הציוד האישי של הקטינה ארצה ולשלם עבורה מזונות חודשיים בשקלים. במקביל הוא ביקש להבטיח לעצמו הסדרי ראייה עם הילדה, כל אימת שיגיע לישראל.

נתונים אלה, הנלמדים מתוך הראיות שבתיק, מספיקים על מנת לראות בהם, בנסיבות המיוחדות של המקרה שלפנינו, מעין-"השלמה" ויותר על סעדי "העזרה הראשונה" שמכוח האמנה. עיינו: ע"א 7206/93 גבאי נ' גבאי, פ"ד נא(2) 241, 259-256 (1997); רע"א 7994/98 דגן נ' דגן, פ"ד נג(3) 254, 276-273 (1999). דברים אלה נאמרים בלי שאחווה דעתי לגבי הליכי ההמשך שבין הצדדים.

זאת ועוד – אחרת. גם אם נאמר שהמשיב לא הביע במפורש את "השלמתו" עם אי החזרת הילדה לארצות הברית בשלב זה, הרי שהמבקשת יכולה היתה להסיק מן ההסכמות שהושגו במהלך ניהול המשא ומתן עם המשיב לקראת חתימתו של "הסכם הממון" הנ"ל כי הוא השלים בפועל לעת הזו עם מעברה של הילדה לישראל, או הסכים לדבר. לפיכך, מכוח דיני ההשתק – אין המשיב זכאי לסעד הזמני המבוקש על ידו. ביטוי לגישה דומה ניתן למצוא בהנמקה (אם כי לא בתוצאה) הנזכרת בפסק דינו של בית הלורדים באנגליה בפרשת *IN RE H AND OTHERS (MINORS) [1997] UKHL 12* (שדן אף הוא בבני זוג ישראלים) – מפיו של הלורד *BROWNE-WILKINSON*, שראה להדגיש כי זהו חריג לכלל. ראו גם: *IN RE AZ (MINOR) [1993] 1 FLR 682*.

אף בצרפת מוכר בפסיקה חריג שכזה, שהביא לתוצאה דומה, כמו זו שמותווית על ידינו כאן. ראו: פסק הדין *AUBREY v AUBREY*, כפי שהוא מצוטט בספר: *Beaumont & McEleavy THE HAGUE CONVENTION ON INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION* (1999) בעמ' 122 (יצוין כי הספר האמור מבקר את פסק הדין הנ"ל ומאזכר גם פסיקה צרפתית נוגדת – *HORLANDER c HORLANDER. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1992 Bull. Civ. L. No* – (91-18177; D.S 1993, 570).

3. נוכח כל האמור לעיל – דין הערעור להתקבל, כמוצע על ידי חברתי, השופטת ע' ארבל.

## ש ו פ ט

### השופט ע' פוגלמן:

1. מסכים אני למרבית הקביעות המפורטות בחוות דעתה של חברתי השופטת ארבל, ולהנמקות שבצדן. מסכים אני אף לקביעתה, כי לא חל בעניינו "חריג ההשלמה" הקבוע בסעיף 13(א) לאמנה, כמשמעה בחוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), התשנ"א-1991. עם זאת, לצערי, אין בידי להצטרף לקביעתה כי הוכח במקרה דנן חריג ההסכמה הקבוע באותו סעיף, המאפשר את אי החזרת הבת המשותפת לארה"ב; זאת בשל הסכמת המשיב לכך במסגרת טיוטה מוקדמת שהוכנה בגדר משא ומתן לכריתתו של "הסכם ממון", שלא השתכלל בסופו של יום.

2. כפי שמציינת חברתי, על חריג ההסכמה חלים דיני החוזים, על כל התנאים המשתמעים מהם. עיקרון יסוד בדיני החוזים שהוא בעל רלוונטיות גם בענייננו הוא עיקרון ההדדיות. בהתאם לעיקרון זה, היתרון שבחווזה, כלומר, טובת ההנאה המתקבלת מן הצד השני, והחיסרון – משמע, הדבר שיש ליתן לצד השני, צריכים להיות הדדיים (ראו דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים 149 (כרך א', 1991) (להלן: פרידמן וכחן)). מצב שבו קיים פיצול במעמדם המשפטי של שני המתקשרים, כך שאחד מהם נתפס על דבריו וויתורו במסגרת המו"מ, ואילו הצד השני פטור ומשוחרר מהסכמותיו – מציב את המתקשרים בעמדה שאינה שווה, ואינו עולה, אפוא, בקנה אחד עם העיקרון האמור.

3. טיוטת ההסכם בענייננו היא תוצאה של מו"מ בין הצדדים, שבה איש מן הצדדים לא הגשים את מלוא רצונותיו. בחינת מרכיביו השונים של החווזה מעלה כי כל צד ויתר והתפשר עד שלבסוף התגבשה הסכמה לטיוטה, שבה החיובים השונים תלויים ומותנים זה בזה. ההנחה כי הסכמתו של המשיב לכך שהמבקשת והבת יישארו בישראל הינה התחייבות חד-צדדית, בלתי מותנית, אינה מתיישבת, לטעמי, לפי התשתית העובדתית המונחת לפנינו, עם מרכיביו השונים של החווזה, ולא עם תכליתו – ליישב את מכלול הסוגיות השנויות במחלוקת באופן שיאפשר את סיום יחסי הנישואין בין הצדדים. משכך, כשבסופו של יום, לא התגבשה הטיוטה לכדי הסכם מחייב, לא

השתכללו ההתחייבויות הכלולות בה, שהיו מותנות בביצוען על-ידי כל אחד מן הצדדים באופן הדדי.

4. אמנם, כפי שמציינת חברתי "אין כל קדושה בחתימה", ואם מתקיימים בהסכם יסודות גמירת הדעת והמסוימות, יהיה לו תוקף גם בהיעדר חתימה. ואולם, כפי שמציינת היא, יסודות אלה, ובעיקר יסוד גמירת הדעת, לא התקיים בענייננו ולפיכך לא השתכלל החוזה. במצב דברים זה, איני סבור כי ניתן להפריד את הסכמת המשיב שהתייחסה לאחד מרכיבי טיוטת ההסכם, מן המכלול ההסכמי השלם, ולהותירו בעינו, הגם שהמסגרת שבה הוא אמור היה להשתלב לא באה לאוויר העולם. אוסיף עוד, כי אין בדברים אלה לשלול את אפשרות יצירתה של התחייבות בעלת תוקף משפטי – ואפילו חד-צדדית היא באופיה – גם במסגרת משא ומתן לכריתת חוזה שלא הבשיל בסופו של יום לכדי הסכם. כאלה למשל הם מצבים שבהם נוצרה הסתמכות סבירה של צד לחוזה, בעקבות התחייבויות שניתנו או מצגים שהוצגו על-ידי חברו במסגרת המשא ומתן (פרידמן וכהן, בעמ' 519-648). ואולם, איני סבור כי בענייננו, מצביעה התשתית העובדתית שהיתה מונחת לפני הערכאה הדיונית על כך שנאמרה על-ידי המשיב אמירה או הוצג מצג שעשויים היה להביא את המבקשת לכדי הסתמכות סבירה המצדיקה את הגנת הדין.

5. מעבר לאמור, שימוש בהסכמות במסגרת טיוטת משא ומתן לכריתת הסכם, שכשל בסופו של יום, עשויה לשאת עימה השלכות שליליות בכל הנוגע לנכונותם של צדדים לקיים משא ומתן ענייני לכריתת חוזה. ודוק: הצדדים עלולים להימנע ממצגים, הצהרות או הצעות, הטומנים בחובם ויתור לטובת הצד השני, מחשש שוויתור כאמור ישמש ראיה לרעתם בהליך עתידי שעשוי להתנהל בין הצדדים (ראו ע"א 172/89 סלע חברה לביטוח בע"מ נ' סולל בונה בע"מ, פ"ד מז(1) 311, 333 (1993)). הדבר עלול להערים קשיים על הגעה להסכם, לסכל פשרות ולהאריך התדיינות שלא לצורך.

משלא התקיים חריג ההסכמה, אין מנוס, להשקפתי, מדחיית הערעור.

הוחלט ברוב דעות, כאמור בפסק דינה של השופטת ע' ארבל.

ניתן היום, י"ג באייר תשע"א (17.5.11).

שופט

שופט

שופט