

א

ב

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
[14.6.1999]

לפני הנשיא א' ברק והשופטות ט' שטרסברג-כהן, ד'
ביניש

ג

הצדדים הם בני-זוג ישראליים, שנישאו בישראל בשנת 1990 ונסעו, בשנת 1994, לארצות-הברית, שם מתגוררים הורי המבקש, והחליטו להישאר שם לתקופה מסוימת. בשנת 1995 נולד לבני-הזוג בן (להלן – הקטין), שהוא אזרח אמריקני. כשנה לאחר מכן נסעה המשיבה עם הקטין לישראל לביקור, אולם מאז לא שבה לארצות-הברית. המבקש הגיש לבית-משפט לענייני משפחה בישראל בקשה על-פי חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), תשנ"א-1991 (להלן – החוק) להחזרת הקטין לארצות-הברית. בקשתו נתקבלה. אולם בערעור שהגישה המשיבה לבית-המשפט המחוזי הוחלט, בדעת רוב, כי המבקש השלים "בדיעבד" עם אי-החזרתו של הקטין לארצות-הברית, ולפיכך קמה למשיבה הגנה על-פי סעיף 13 לאמנת האג (להלן – האמנה), שיש בה כדי למנוע את החזרת הקטין. מכאן הערעור.

ד

ה

ו

בית-המשפט העליון פסק:

א. (1) הכלל הוא כי בהתקיים התנאים הקבועים בסעיף 3 לאמנה – סעיף הקובע מהי "הרחקתו או אי-החזרתו של ילד שלא כדין" (להלן – חטיפה) – חובה על בית-המשפט הדין בהליך לפיה, לצוות על החזרת הילד החטוף למדינה שממנה נחטף. הלשון הקטגורית של סעיף 12 לאמנה מצביעה כי לרשות, ובעניין דגן – לבית-המשפט, אין שיקול-דעת; חובה היא להורות על החזרת הקטין למקום מגוריו הרגיל שממנו נחטף (1266 – ד267).

ז

(2) הכלל בדבר ההחזרה המיידית של הילד למקום מגוריו הרגיל שממנו נחטף אינו סוף פסוק. האמנה מכירה בחריגים מספר לכלל עקרוני זה, ואם עולה בידו של הנתבע להוכיח כי עניינו נכנס בגדר אחד מאותם החריגים, לא תוטל על בית-המשפט

החובה הקטגורית להורות על החזרת הילד החטוף, אלא
ההחזרה הופכת להיות עניין שבשיקול-דעת (1267).
(3) הגשמת מטרות האמנה, המבוססת על הדדיות, מחייבת
פרשנות אחידה בכל המדינות החברות. מאחר שהכלל על-פי
האמנה הוא החזרה מיידית של הילד החטוף למקום

מגוריו הרגיל, כעולה מסעיף 12 לאמנה, נפסק פעמים רבות כי הנטל הוא על ההורה החוטף המתנגד להחזרה, לשכנע את בית-המשפט כי עניינו נכנס לגדרו של אחד מחריגי האמנה, באופן שאין חובה להורות על החזרת הילד למקום מגוריו הרגיל. פירושו של דבר הוא כי ספק בקיומו של החריג יביא להחזרת הילד למקומו. כמו כן נפסק כי יש לפרש את תחום התפרסותם של החריגים באופן מצמצם ודוקני, שכן פירוש מרחיב יתר על המידה עלול להביא לריקונה של האמנה מתוכנה, ולהופכה לאות מתה (268ה – 1).

ב. (1) לפי הוראת סעיף 13(א) לאמנה, אין חובה להורות על החזרת הקטין אם הוכח כי ההורה הנחטף השלים לאחר מעשה עם ההרחקה או עם אי-החזרה של הקטין למקום מגוריו הרגיל. אובייקט "ההשלמה" היא זכות המשמורת או הביקור של ההורה הנחטף. הורה "משלים" עם הרחקת הילד או עם אי-החזרתו, כאשר ניתן להסיק מהתנהגותו כי הוא מוותר על הגשמה דחופה של זכות המשמורת או הביקור, הנתונה לו על-פי דין המדינה שבה היה מקום מגוריו הרגיל בסמוך לפני הרחקתו של הקטין או אי-החזרתו (273ה – 1).

(2) ההשלמה יכולה להיות במעשה או במחדל; היא יכולה למצוא את ביטויה בהתנהגות חד-פעמית ומפורשת והיא יכולה גם להיות משתמעת, פרי התפתחות הדרגתית ברצף של אירועים, המגיע בשלב מסוים לידי השתכללות ההשלמה. עם זאת, מאחר ש"ההשלמה" היא ביטוי של ההורה הנחטף לויתור על מימוש מידי של זכותו למשמורת, עליה להיות ברורה וחד-משמעית (274ה – 1, 276ד).

(3) ניתן להכריע בשאלת קיומה של הגנת "ההשלמה" לא רק על בסיס עדויותיהם של בעלי-הדין, אלא גם על בסיס ראיות ועדויות חיצוניות. עם זאת, על ההורה המבקש להוכיח את הגנת "ההשלמה" להציג ראיות ברורות ומשכנעות לכך שההורה הנחטף ויתר על זכותו להחזרה מיידית של הילד למקומו. אין לקבוע כי התקיימה הגנת "ההשלמה" על בסיס אמרות דו-משמעיות או על יסוד התנהגות עמומה הניתנת לפירושים שונים (1276 – ז).

(4) כדי שההשלמה תהיה אפקטיבית, היא צריכה להיעשות מתוך מודעות לנתונים הענייניים. על-כן, השלמה שנעשתה מתוך טעות, הטעיה, כפייה או עושק, חשופה לביטול (1274 – ז).

(5) ההשלמה מבוססת, מעצם טיבה, על רצונו הסובייקטיבי של ההורה הנחטף, המוצא את ביטויו בהתנהגות חיצונית-

א

ר

ג

ד

ה

ו

ז

אובייקטיבית. התנאי המשלים להשתכללותה של השלמה הוא שההשלמה נקלטה אצל ההורה האחר באופן שההורה החוטף מודע לכך שההורה הנחטף מוותר על שינוי הסטטוס קוו. על-כן, אם ההורה החוטף סבור כי ההורה הנחטף אינו מוותר על זכותו להחזרה המיידית של הילד למקומו, הוא לא יוכל לטעון להשלמה מצד אותו הורה, גם אם השלמה כזו עשויה להתפרש בעיניו של האדם הסביר. מכאן שהפרשנות הניתנת להשלמה אינה זו של האדם הסביר אלא זו של ההורה החוטף הספציפי (274ז – 275א).

- (6) עצם ההימנעות מפנייה לבית-המשפט בהליך לפי האמנה, היא כשלעצמה אינה שקולה כנגד השלמה, אם להימנעות כזו יש הסבר שאינו מצביע בהכרח על השלמה. בנוסף, כאשר נעשים על-ידי ההורה הנחטף סידורים להקלת השהייה של הילד במדינה שאליה נחטף, יש לבחון אם הם ביטוי לרצונו של ההורה לוותר על החזרתו המיידית של הקטין למקום מגוריו הרגיל, או שמא הם ביטוי לדאגה לילד בתקופת הביניים, עד שתוסדר החזרת הילד, בלא שיש בכך ויתור כלשהו. הנטל בעניין זה מוטל על הטוען לקיומה של השלמה (275ב, ו).
- (7) לאחר שנתגבשה השלמה, אין ההורה המשלים המעוניין לחזור בו מהשלמתו, יכול לבטל את ההשלמה שהשתכללה למפרע, שכן הזמן של "כיבוי הדליקה" ו"העזרה הראשונה" כבר חלף. במצב כזה, החובה להורות על החזרה לאלתר של הקטין למקומו אינה קמה לתחייה, אלא היא בגדר שיקול-דעתו של בית-המשפט (275ז).
- ג. (1) במקרה דנן, יש לפרש את השיחות הטלפוניות בין בני-הזוג כמשא ומתן על עיצוב הסדר הגירושין, ובין היתר – על עיצוב הסדר משמורת תוך מתן זכויות ראייה למבקש. נוכח אימרתיו המפורשות של המבקש שהוא מחכה לשובו של הקטין לארצות-הברית, אין לראות בשיחות שקיים "השלמה" עם המצב החדש שנוצר (1277 – ז).
- ה. (2) ניסיונותיו של המבקש להשיב את הקטין לארצות-הברית בהסכמה של המשיבה, הם לגיטימיים. על רקע זה, יש לפרש את הסכמתו של המבקש לרישומו של הקטין לגן ילדים וכן את הסכמתו לביטוח רפואי של הקטין בישראל, כדאגה להסדרים נאותים לילד בתקופת הביניים עד להחזרתו לארצות-הברית (278א – ג).
- ו. (3) חלוף הזמן הוא שיקול במסגרת כלל השיקולים הנוגעים לעניין, ומשקלו ייקבע על-פי נסיבותיו של כל מקרה לגופו. במקרה דנן, שיחותיו של המבקש עם המשיבה, תוך ניסיון להגיע להסדר מוסכם עמה, אינן מצדיקות לראות במשך הזמן שחלף מעת החטיפה ועד לפתיחת ההליכים, כשלעצמו, אינדיקציה לויתור של המבקש על החזרה מיידית של הקטין לארצות-הברית (278ד – ה).
- ז. (4) מהשיחות בין בני-הזוג עולה, כי המשיבה לא האמינה שהמבקש השלים עם המצב החדש שנוצר לאחר חטיפת הקטין לישראל (278ז).

(5) טענתה של המשיבה שלפיה המבקש ניתק מגע עם הקטין מאז הגעתו של הקטין לישראל ועד היום, אין בה כשלעצמה כדי להכריע בשאלת ה"השלמה", ועליה להיטען במסגרת תביעת המשמורת אשר תתברר בניו-ג'רסי, מקום מגוריו הרגיל של הקטין. גם טענתה שלפיה המבקש לא התעניין במשך הזמן בילד ובקורה אותו, היא טענה שמקומה בבית-המשפט הדין במשמורת. הוא הדין בעניין השתלבותו של הקטין בישראל, נוכח הזמן שחלף מאז פתיחת ההליכים ועד היום. שיקולים אלה אין מקומם בהליך המתנהל על-פי האמנה (280ז – 281ב).

(6) הטענה כי אם תימסר המשמורת בסופו של דבר למשיבה, הטלטול מישראל לארצות-הברית ואז החזרתו לישראל למשמורת המשיבה עלול לפגוע בו, נכונה בכל מקרה

שבו מתבררת שאלת משמורת של קטין רך בשנים אצל אמו, ובכל מקרה שבו ההליכים מתמשכים; למעשה, קבלת טענה זו עלולה לסכל כל הליך של החזרה לפי האמנה (281ב – ג). ד. (1) תפקידו של בית-המשפט הדין בהליך על-פי האמנה נתפס כ"כיבוי דליקה" או כמתן "עזרה ראשונה", לשם שלילת תוצאות החטיפה ומניעת פירות החטיפה מהחוטף על דרך של החזרת המצב לקדמותו (269א – ב).

א

(2) גישתה של האמנה תואמת את ההנחה כי כל בית-משפט מעצם מהותו ותפקידו השיפוטי, יימנע ממתן יד לאי-חוקיות, ויעשה כל שביכולתו כדי שחוטא לא יצא נשכר. דיון בסוגיית המשמורת בנסיבות שבהן מתקיים הליך על-פי האמנה, מסבך את בית-המשפט במתן תוקף לאי-חוקיות. כמו כן עלול הביורור במדינה שבה מצוי הילד עקב חטיפה, לעודד הורים המעוניינים לשנות את סדרי המשמורת, לפעול בדרך של חטיפה, כדי לבחור לעצמם פורום התדיינות נוח. לכך יש להוסיף, כי בירור סוגיית המשמורת בבית-המשפט של המדינה שבה נמצא הקטין שנחטף, כאשר הוריו מבקשים לחיות במדינות שונות, עלול להיות ממושך וסבוך ולסכל את רעיון ההחזרה המיידית (269ג – ה).

ב

ג

ד

(3) בהתאם לכך קובעת האמנה כי בהליך המתקיים על-פי האמנה, לא תתברר שאלת המשמורת. כתוצאה מתכליתו של ההליך על-פי האמנה, אף אין מתבררת "טובת הילד" כשיקול עצמאי בפני בית-המשפט הדין בהחזרת הילד על-פי האמנה, להבדיל מבהליך העוסק במשמורת, שהדיון בו סב כולו סביב "טובת הילד". התפיסה המונחת בבסיס האמנה הינה כי סוגיית המשמורת תידון בפני בית-משפט במדינה שאליה יוחזר הקטין שנחטף (269ה – ו).

ה

(4) עקרון טובת הילד הוא ערך חשוב ומרכזי בכל שיטת משפט של המדינות השונות שהן צד לאמנה, ואין שום דיון בעניינם של קטינים המתעלם מטובתם. לפיכך, גם אם עקרון טובת הילד אינו ערך עצמאי באמנה, הוא ללא ספק עיקרון שהובא בגדר העקרונות שבאו לידי ביטוי באמנה. התחשבותה של האמנה בטובת הילד לעניין הליך החזרתו, באה לידי ביטוי בקביעת החריגים המעניקים לבית-המשפט שיקול-דעת להימנע מלהחזיר את הילד בהתקיים אותם חריגים (270ב – ד).

ו

ז

חקיקה ראשית שאזכרה:

פסקי-דין, כרך נג, חלק שלישי, תשנ"ט/תש"ס 1999

260

- [חוק אמנת האג \(החזרת ילדים חטופים\)](#), תשנ"א-1991, [התוספת, סעיפים 3, 3\(א\), 3\(ב\), 7\(ג\), 10, 12, 13, 13\(א\), 13\(ב\), 14, 16, 17, 19, 20.](#)

פסקי-דין של בית-המשפט העליון שאזכרו:

[1] [ע"א 96/4391 רו נ' רו \(יעקובוביץ\), פ"ד נ \(5\) 338.](#)

[2] [ע"א 93/7206 גבאי נ' גבאי, פ"ד נא \(2\) 241.](#)

פ"ד נג (3) 254

- [3] [ע"א 93/5532 גונזבורג נ' גרינוולד, פ"ד מט \(3\) 282.](#)
- [4] [ע"א 95/1372 סטגמן נ' בורק, פ"ד מט \(2\) 431.](#)
- א [5] [בש"א 92/1648 טורנה נ' משולם, פ"ד מו \(3\) 38.](#)
- [6] [ע"א 92/5271 פוקסמן נ' פוקסמן \(לא פורסם\).](#)
- [7] [ע"א 93/473 ליבוביץ נ' ליבוביץ, פ"ד מז \(3\) 63.](#)
- [8] [רע"א 99/2610 פלונית נ' פלוני, פ"ד נג \(2\) 566.](#)

ר

פסקי-דין אמריקניים שאזכרו:

- [9] *Levesque v. Levesque* 816 F. Supp. 662 (1993).
- [10] *Friedrich v. Friedrich* 78 F. 3d 1060 (1996).
- ג [11] *Wanninger v. Wanninger* 850 F. Supp. 78 (1994).

פסקי-דין אנגליים שאזכרו:

- [12] *Re A and anor (minors) (abduction: acquiescence)* [1992] 1 All E.R. 929 (C.A.).
- ד [13] *In re H. (Abduction: Acquiescence)* [1997] 2 W.L.R. 563 (H.L.).

מאמרים זרים שאזכרו:

- [14] L. Silberman "Hague Convention on International Child Abduction: A Brief Overview and Case Law Analysis" 28 *Fam. L.Q.* (1994-1995) 9.

ה

בקשת רשות ערעור על פסק-דינו בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (סגן הנשיא ח' פורת והשופטים א' משאלי, ס' רוטלוי) מיום 13.12.1998 בע"א [97/107](#). שבו נתקבל ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט לענייני משפחה בתל-אביב-יפו (השופט י' גרניט) מיום 8.9.1997 בתמ"ש [97/26310](#). הבקשה נדונה כערעור. הערעור נתקבל.

ו

רמי ביאזי, יהורם שקד – בשם המבקש;

ז

פרופ' דוד ליבאי, שמואל מורן, יוסי מנדלסון – בשם המשיבה.

פסק-דין

השופטת ד' ביניש

א

הסכסוך שלפנינו נוגע לשאלת החזרתו לארצות-הברית של בנם של המבקש והמשיבה, שנולד ב-29.12.1995 (להלן – הקטין או הילד), והובא מניו-ג'רסי לישראל על-ידי המשיבה. המבקש הגיש בקשה לבית-המשפט לענייני משפחה להחזרת הקטין לניו-ג'רסי, ארצות-הברית, על-פי [חוק אמנת האג \(החזרת ילדים חטופים\)](#), תשנ"א-1991 (להלן – חוק אמנת האג או החוק); התוספת לחוק אמנת האג תיקרא להלן – אמנת האג או האמנה). הבקשה התקבלה בבית-המשפט לענייני משפחה (כבוד השופט י' גרניט), באופן שנקבע כי הקטין יוחזר לניו-ג'רסי. ערעורה של המשיבה לבית-המשפט המחוזי התקבל ברוב דעות (השופטים ס' רוטלוי וא' משאלי כנגד דעתו החולקת של סגן הנשיא ח' פורת). דעת הרוב קבעה, כי אין להורות על החזרת הילד לארצות-הברית, שכן הוכח שהמבקש השלים בדיעבד עם המצב החדש שנוצר לאחר הרחקת הקטין לישראל. על פסק-דין זה הוגשה בקשת רשות הערעור אשר לפנינו.

ב

ג

ד

לאחר ששמענו את באי-כוחם של הצדדים, החלטנו ליתן למבקש רשות ערעור. הסכסוך שהובא לפתחנו הוא כאוב; כדרכם של סכסוכים כאלה, טוב היה אילו גורלו של קטין, המונח על כף המאזניים, היה נקבע על דרך ההסכמה, בלי שניזקק להכרעה שיפוטית על-פי הדין. במהלך שמיעת הטיעונים בעל-פה, הבענו תקווה כי הצדדים יצליחו להגיע לפתרון מוסכם, אך לשווא. משכך, נכריע בבקשה כאילו הוגש לנו ערעור על-פי הרשות שניתנה.

ה

ו

הרקע העובדתי והשתלשלות העניינים:

1. הצדדים הינם בני-זוג ישראליים, ללא אזרחות נוספת. הורי המשיבה חיים בישראל ואילו הוריו של המבקש חיים בארצות-הברית זה 20 שנה. המבקש למד לימודי תואר ראשון בארצות-הברית, ותואר שני בישראל. הוא שירת בצה"ל שירות חובה ושירות קבע. בני-הזוג נישאו בישראל כדת משה וישראל ביום 28.8.1990. הם חיו בארץ בשכירות חודשית, ופרט למיטלטלין ולמכונית – לא היה להם כל רכוש בישראל.

ז

2. בקיץ 1994 נסעו בני-הזוג לארצות-הברית לשם ביקור בן שבועיים אצל הורי המבקש. תוך כדי הביקור, הסכימו בני-הזוג להישאר בארצות-הברית לתקופה של "כשנתיים", שבמהלכן ינסה המבקש להתבסס בעסק שיפתח, ואילו המשיבה תלמד (בני-הזוג חלוקים בשאלה מה היה אורך תקופת השהייה בארצות-הברית שעליה

הסכימו ביניהם מראש). חודשים ספורים לאחר מכן, נסע המבקש לישראל על-מנת למכור את המיטלטלין ואת המכונת, והביא עמו לארצות-הברית את בגדיהם של בני-הזוג. בתחילת דרכם בארצות-הברית, רכשו בני-הזוג מכונת, ואף פתחו בהליכים לקראת קבלת מעמד של תושבים, תוך מאמצים להשגת התעודה המכונה: "גרין-קארד" (הטיפול בהשגת הגרין-קארד נעשה על-ידי המבקש). בשנת 1995 רכשו בני-הזוג דירה בארצות-הברית, שמומנה על-ידי הוריהם (כשני-שלישים) ועל-ידי משכנתה (כשליש). המבקש הקים, יחד עם אביו, חברה העוסקת בניהול מרכז רפואי פרטי בניו-ג'רסי, ואילו המשיבה למדה לקראת תואר שני. לאחר גמר לימודיה, החלה המשיבה לחפש עבודה בארצות-הברית ופנתה לכמה מקומות עבודה פוטנציאליים.

ביום 29.12.1995, בהיותם בניו-ג'רסי, נולד לבני-הזוג בן, הוא הקטין נושא הבקשה שלפנינו. הקטין הינו אזרח אמריקאי. עד סוף נובמבר 1996 הוא היה במשמורתם של שני הוריו ולא התקיים כל הליך משפטי בנוגע למשמורתו.

במהלך שהותם של בני-הזוג בארצות-הברית, התגלעו ביניהם סכסוכים, בין היתר – וכנראה בעיקר – עקב רצונה של המשיבה לחזור לישראל, ורצונו של המבקש להישאר בארצות-הברית. הצדדים אף דיברו על גירושין, ופנו ליועצת נישואין וקיימו עמה כ-12 פגישות. כפי הנראה, הייעוץ לא נשא פרי, והמשיבה רצתה לחזור לישראל.

בסופו של דבר, בסוף נובמבר 1996, הסכים המבקש כי המשיבה תיסע עם הקטין לישראל. על-פי כרטיסי הטיסה שהוגשו כמוצג בפני בית-המשפט לענייני משפחה, מועד הטיסה של המשיבה ושל הקטין מארצות-הברית לישראל היה 28.11.1996, ואילו מועד טיסתם חזרה מתל-אביב לארצות-הברית היה אמור להיות ביום 29.12.1996. בפועל, לא חזרה המשיבה לארצות-הברית, אלא נשארה עם הקטין בישראל. מועד זה הוא מועד ה"חטיפה" לעניין הפעלתה של אמנת האג.

3. לאחר שהמשיבה לא חזרה עם הקטין לארצות-הברית, קיימה המשיבה מהארץ שיחות טלפוניות עם המבקש, ואף הקליטה אותן. השיחה המוקלטת הראשונה הייתה ביום 29.12.1996. שאר השיחות בין הצדדים הוקלטו בחודשים ינואר ופברואר 1997 (השיחה האחרונה המוקלטת בין בני-הזוג היא

פסקי-דין, כרך נג, חלק שלישי, תשנ"ט/ט/תש"ס 1999 265

דגן נ' דגן

רע"א 7994/98

השופטת ד' ביניש

פ"ד נג (3) 254

מיום 19.2.1997). בחודשים ינואר ומארס 1997, הקליטה המשיבה גם שיחות בינה לבין רן מרגלית, ישראלי החי בארצות-הברית.

כל אחד מבני-הזוג פתח בהליכים משפטיים. המשיבה דאגה להוציא לקטין תעודת זהות ישראלית, וכן הגישה לבית-המשפט לענייני משפחה בישראל תביעת מזונות

פסקי-דין, כרך נג, חלק שלישי, תשנ"ט/תש"ס 1999

266

[-/users/victoriastephens/dropbox/incadat/cases to upload/israel/dagan - supreme court judgment.doc](#)

12/24/18 12:27:00 PM – 12/24/18 – 12:27 PM

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

[/Users/victoriastephens/Dropbox/INCADAT/Cases to upload/Israel/Dagan - Supreme Court Judgment.doc](#)

בשמה ובשם הקטין (תמ"ש 97/26310), תביעה רכושית (תמ"ש 97/26311) ותביעת משמורת (תמ"ש 97/26312). ביום 5.3.1997, במסגרת הליכים אלה, עוכבה יציאתו של הקטין מן הארץ ונקבע כי המשמורת הזמנית של הקטין תהיה בידי המשיבה. כן נפסקו מזונות זמניים למשיבה ולקטין (כל זאת, טרם נקט המבקש הליך להחזרת הקטין לפי האמנה).

א

בסוף מארס 1997 הגיש המבקש תביעת משמורת לבית-המשפט בניו-ג'רסי. באפריל 1997 הגיש המבקש לבית-המשפט לענייני משפחה בישראל, בקשה על-פי חוק אמנת האג להחזרת הקטין לניו-ג'רסי, ארצות-הברית.

ר

ביום 22.5.1997, במסגרת תביעת המשמורת שהגיש המבקש, קבע בית-המשפט בניו-ג'רסי (כבוד השופט Grossi) כי המבקש לא הסכים להעברת הקטין לישראל ואף לא להישארותו שם. בית-המשפט המשיך וקבע כי לפי הדין במדינת ניו-ג'רסי, בעת העברת הקטין על-ידי המשיבה לישראל הייתה לשני בני-הזוג זכות שווה למשמורת על הקטין, לחינוכו, לגידולו ולדאגה לשלומו. נוכח העובדה שהמשיבה הגישה תביעת משמורת בבית-המשפט לענייני משפחה בישראל, לא ראה בית-המשפט בניו-ג'רסי להכריע באותו שלב בתביעת המשמורת, והחליט להמתין לתשובת בית-המשפט לענייני משפחה בישראל בשאלת הפורום הנאות להתדיינות בנושא החזקת הקטין.

ג

ד

ה

פסיקתו של בית-המשפט לענייני משפחה במסגרת תביעת המבקש על-פי האמנה:

ו

4. ביום 25.8.1997 ניתן בבית-המשפט לענייני משפחה בתל-אביב-יפו (כבוד השופט גרניט) פסק-דין חלקי, ובו נפסק כי הקטין הורחק ממקום מגוריו הרגיל או לא הוחזר אליו שלא כדין לפי האמנה, וכי לא נתקיימה אף אחת מן ההגנות הקבועות באמנה שנטענו על-ידי המשיבה. לפיכך, נפסק כי יש להחזיר את הקטין לארצות-הברית. בפסק-דין משלים מיום 8.9.1997 קבע בית-משפט קמא את תנאי החזרתו של הקטין ואת מועד ביצועה.

ז

בפני בית-המשפט לענייני משפחה הובאו ראיות רבות ונשמעו עדויות ביחס לכל אחת מהשאלות השנויות במחלוקת בין הצדדים. בסופו של הליך קבע בית-המשפט לענייני

משפחה כי מקום מגוריו הרגיל של הקטין עובר להעברתו לישראל היה בארצות-הברית.

עוד קבע בית-המשפט לענייני משפחה, כי מהחלטת בית- המשפט בניו-ג'רסי מיום 22.5.1997 עולה, כי החוק של מדינת ניו-ג'רסי מעניק לשני ההורים את זכות המשמורת על ילדם. בהתחשב בכך, הגיע בית-המשפט לענייני משפחה למסקנה כי באי-החזרת

א הקטין לארצות-הברית, הפרה המשיבה את זכות המשמורת של המבקש, זכות אשר הופעלה על-ידי עובר להוצאת הקטין מארצות-הברית. בכך הרחיקה המשיבה את הקטין ולא החזירה אותו למקום מגוריו הרגיל שלא כדין, כאמור [בסעיף 3](#) לאמנה.

ב בית-המשפט לענייני משפחה בחן אם הוכיחה המשיבה הגנה על-פי האמנה, שיש בה כדי למנוע את החזרת הקטין לארצות-הברית. מסקנתו הייתה, כי לא נתקיימו ההגנות הקבועות [בסעיף 13](#) לאמנה; לא הגנת ה"הסכמה" מראש להוצאתו של הקטין מארצות-הברית תוך ויתור על החזרתו המיידית, ואף לא הגנת ה"השלמה" בדיעבד עם חטיפתו של הקטין בידי המשיבה.

ג בפסק-דינו ציין בית-המשפט לענייני משפחה כי לדעתו, המבקש היה אמין ונתן גירסה עקבית וחד-משמעית, ואילו המשיבה הצטיירה בעיניו כלא אמינה.

ד בהיעדר קיומה של הגנה למשיבה, קבע בית-המשפט לענייני משפחה כי הקטין יוחזר לארצות-הברית, בציינו כי החזרת הקטין תתבצע אף אם המשיבה לא תתלווה לקטין. בהתאם לכך נקבע, כי הפורום המתאים לבירור תביעת המשמורת של הקטין הוא בית-המשפט במדינת ניו-ג'רסי, ארצות-הברית. עקב כך, ביטל בית-המשפט לענייני משפחה את צו עיכוב היציאה מן הארץ של הקטין וכן את המזונות הזמניים שנפסקו כנגד המבקש בשלב שבו טרם הוגשה הבקשה לפי האמנה. על פסק-דין זה, על כל חלקיו, ערערה המשיבה לבית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו.

פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי:

ז 5. בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו נחלקו הדעות. דעתו של אב בית-הדין סגן הנשיא פורת נותרה דעת המיעוט. עמדת הרוב הובאה בחוות-דעתה של השופטת רטלוי, ואליה הצטרף השופט משאלי, ולפיה נתקבל הערעור ובוטל פסק-דינו של בית-המשפט לענייני משפחה, על יסוד הקביעה כי המבקש השלים "בדיעבד" עם אי-החזרתו של הקטין לארצות-הברית.

המחלוקת שנתגלעה בין שופטי בית-המשפט המחוזי הייתה חריפה והתייחסה הן לשאלות המשפטיות העקרוניות הנוגעות לפרשנותן של הוראות האמנה, והן ליישומן של ההוראות על עובדות המקרה. כל אחד מהשופטים פרס בחוות-דעתו יריעה רחבה והציג עמדה מנומקת היטב, הנתמכת באסמכתאות ובניתוח חומר הראיות, אך כל אחד מהם הגיע למסקנות שונות.

א בפסק-דינו, הביע סגן הנשיא פורת מורת רוח משפע הראיות ומריבוי העדים שהובאו בפני בית-המשפט לענייני משפחה. הוא עמד על תכליתה של האמנה לעודד הליכים מהירים ויעילים, כדי שילדים שהוברחו בידי אחד מהוריהם יוחזרו למקום מגוריהם הרגיל שבו מצוי הפורום המוסמך לדון בעניין משמורתם. לדעתו, שפע הראיות שהובאו בפני בית-משפט קמא לשם בירור הסכסוך שלפנינו, סיבך והאריך את הדיונים שלא לצורך. ר

ג לגוף העניין סבר השופט פורת, כי המדד היחיד הרלוונטי לקביעת "מקום המגורים הרגיל" של קטין, כמשמעותו [בסעיף 3](#) לאמנה, הוא המצב העובדתי הפיזי, שאינו מושפע מתכניות או מהסכמות בין ההורים; לדעתו, יש לקבוע את "מקום המגורים הרגיל" על-פי מיקומו הפיזי של הילד ומנקודת ראותו של הילד בלבד.

ד בהתאם לגישתו זו, הגיע השופט פורת למסקנה, כי מקום מגוריו הרגיל של הקטין שעליו נסב הסכסוך שלפנינו, היה בארצות-הברית. שם נולד, גדל וחי הקטין עד להרחקתו לישראל על-ידי האם בלי להחזירו במועד המוסכם, וזאת שלא כדין.

ה השופט פורת בחן את טענות ההגנה שהעלתה המשיבה – ה"הסכמה" מראש וה"השלמה" בדיעבד – היינו, בחן את השאלה אם ויתר האב על החזרתו המיידית של הקטין. על יסוד ניתוח העובדות והפסיקה, קבע כי הגנות אלה לא הוכחו.

ו מסקנתו הסופית הייתה שיש לדחות את הערעור על פסק-דינו של בית-המשפט לענייני משפחה, וכי יש להחזיר את הקטין על-ידי אמו לארצות-הברית בהקדם האפשרי.

ז 6. חוות-דעתה של שופטת הרוב, השופטת רטלוי, רחבה ומקיפה ומבטאת את השקפתה בכל הנוגע לאמנת האג. השופטת מייחסת חשיבות רבה לשפע הראיות שהיו בפני בית-משפט קמא, מנתחת את הראיות ומבחינה את עובדות המקרה מפרשיות דומות שנידונו בבית-משפט זה. בנתחה את הראיות, לרבות קריאת התמלילים והאזנה לשיחות המוקלטות שהתקיימו בין המבקש למשיבה, הגיעה השופטת למסקנה, כי טעה השופט קמא בכך שהעדיף את גירסתו של המבקש על זו של המשיבה.

פסקי-דין, כרך נג, חלק שלישי, תשנ"ט/תש"ס 1999 271

על יסוד הראיות, הגיעה השופטת למסקנה כי המבקש עשה שימוש באמנת האג כדי לאיים על המשיבה ולהכפיפה לתנאיו הכספיים. לדעתה, השלים המבקש לאחר מעשה עם הישארותו של הקטין עם אמו בארץ.

בביסוס מסקנתה, נתנה השופטת הטלוי משקל רב לכך שהמבקש לא נקט מיד הליכים לפי האמנה, אף שנעזר ביעוץ משפטי מתחילת הדרך. עוד התרשמה השופטת, כי אף שהמבקש היה מודע להקלטת שיחותיו הטלפוניות עם המשיבה, הייתה "שתיקתו בעניין החזרת הילד רועמת". השופטת נתנה משקל להסכמתו של המבקש ללימודי הקטין בגן הילדים ולהסכמתו לרישום הקטין בקופת חולים בארץ, ובמיוחד לעובדה שהמבקש התעניין במהלך שיחותיו הטלפוניות עם המשיבה, אם היא מצאה עבודה בישראל. כל אלה מעידים, לשיטתה של השופטת, על החלטה מודעת של המבקש לוותר על זכות ההחזרה המיידית של הקטין לארצות-הברית, ולא על ביטוי של דאגה לקטין בתקופת הביניים שעד להחזרתו. מסקנתה הייתה אפוא, כי המשיבה הייתה יכולה להסיק ואף הסיקה בפועל, כי המבקש השלים עם הישארותו של הקטין בארץ. מטעם זה סברה השופטת, כי נתקיים החריג הקבוע [בסעיף 13\(א\)](#) לאמנה המצדיק השארת הקטין בישראל.

מעבר לעובדות המקרה, התייחסה השופטת הטלוי לאמנת האג ולבעיות המשפטיות והפרשניות שהיא מעוררת לדעתה.

בפסק-דינה מותחת השופטת ביקורת על אמנת האג, אשר יש בה לדעתה "התחשבות בטובת הילד הכללי ובשום אופן לא תמיד בטובת הילד הספציפי".

השופטת המלומדת סבורה כי הקביעה שטובת הקטין תתברר בסכסוך המשמורת ולא בעת הדיון בהחזרתו על-פי האמנה, אינה מתיישבת עם זכותו של הילד שעניינו עומד לדיון בפני בית-המשפט הדין בהליך לפי האמנה. היא גם אינה מהססת לקבוע, כי:

"אמנת האג, בעניינים מסויימים אינה מתיישבת עם 'טובת הילד' על פי האמנה לזכויות הילד 1989, ועם זכויות הנשים על פי האמנה לביעור כל צורות האפליה כנגד נשים 1979" (עמ' 67 לפסק-הדין).

לעניין מהותו של "מקום מגורים רגיל" על-פי האמנה, חולקת השופטת על הגישה שלפיה המדד הרלוונטי היחיד לקביעת מקום המגורים הרגיל של הילד הינו המצב העובדתי הפיזי, והיא סבורה כי הסכמה בין ההורים יש בכוחה לשנות

פסקי-דין, כרך נג, חלק שלישי, תשנ"ט/תש"ס 1999 273

את מקום המגורים הרגיל; אלא שבעניין שלפנינו, לא הייתה השופטת משוכנעת כי הראיות שהובאו מעידות באופן חד-משמעי על כך שבעת הגעתם של בני-הזוג לארצות-הברית, הוסכם ביניהם מראש על שהייה למשך תקופה קצובה, ומכל מקום ניכר, לדעתה, כי בני-הזוג עשו צעדים להארכת שהותם בארצות-הברית. לפיכך, על-אף פרשנותה

המרחיבה את המושג "מקום מגורים רגיל", לא הייתה השופטת מוכנה לקבל את הערעור על בסיס טיעון זה.

א

מסקנתה הסופית של השופטת הייתה כי יש לקבל את טענת ההגנה הנוגעת ל"השלמה" מצד המערער, לפי [סעיף 13\(א\)](#) לאמנה. למסקנה זו הצטרף השופט משאלי. כך התקבל הערעור ברוב דעות.

ר

הדיון בערעור:

7. הערעור שלפנינו אינו מחייב דיון בכל השאלות העקרוניות ששופטי בית-המשפט המחוזי נחלקו ביחס אליהן. כך ביחס לשאלה מהו המבחן הראוי לקביעת "מקום מגורים רגיל" לפי האמנה, וכך גם ביחס לטיבה של הגנת ה"הסכמה" מראש העומדת להורה החוטף, על-פי [סעיף 13\(א\)](#) לאמנה.

ג

על-אף גישותיהם השונות של שופטי הרוב והמיעוט בשאלת אופן קביעת "מקום המגורים הרגיל", היו השופטים מאוחדים בדעה כי "מקום מגוריו הרגיל" של הקטין עובר להבאתו לישראל היה בארצות-הברית. לא ראינו להתערב בקביעה זו של בית-המשפט המחוזי.

ד

סגן הנשיא פורת, כמו השופט גרניט בבית-המשפט לענייני משפחה, סבר כי המשיבה ביקשה להסתמך על הגנת ה"הסכמה", אך לא הצליחה להרים את הנטל בעניין זה. השופטת רוטלוי הייתה בדעה כי טענת הגנה זו כלל לא נטענה בשם המשיבה. כך או כך, לא עלתה בפנינו כל טענה לעניין קיומה של "הסכמה" מראש מצד המערער לאי-החזרתו של הקטין לארצות-הברית.

ה

ו

נותרה אפוא שאלה אחת הטעונה הכרעה בערעור זה, והיא – אם עלה בידי המשיבה לבסס את טענתה, כי המערער השלים בדיעבד עם אי-החזרתו של הקטין לארצות-הברית.

ז

לצורך ההכרעה בשאלה שלפנינו, עלינו לעמוד תחילה על טיבה של הגנת ה"השלמה", וכן על האופן שבו ניתן לקבוע כי נתקיימה ההגנה כמשמעותה באמנה. לאחר שניתן דעתנו לאלה, נבחן אם עובדות המקרה שלפנינו מצביעות על "השלמה" כמשמעותה בהוראת [סעיף 13\(א\)](#) לאמנה.

המסגרת הנורמטיבית

8. אמנת האג קבעה הסדר בין-מדינתי אשר תכליתו הייתה להבטיח את החזרתם המיידית של ילדים, אשר הורחקו שלא כדין ממקום מגוריהם הרגיל, תוך הפרת זכויות המשמורת, בדרך-כלל של אחד ההורים, על דרך הברחתם למדינה אחרת.

האמנה נועדה להילחם בתופעה שהפכה לנפוצה ביותר בעולם שבו הניידות רבה וקלה, תופעה של קביעת עובדות הנוגעות למשמורתו של קטין בפעולה חד-צדדית של אחד ההורים, המשנה מקום מגוריו של ילד שלא על דעת ההורה המשמורן השני.

האמנה מבטאת הסכמה בין-לאומית מצד כל המדינות החתומות עליה, ביחס לצורך שלא ליתן למהלך חד-צדדי כזה להצליח על דרך של העתקת סמכות השיפוט ביחס למשמורתו של קטין ממדינת מגוריו הרגילה למדינה אחרת, על-פי בחירת אחד ההורים. ההשקפה שבבסיס האמנה רואה באור שלילי את עשיית המעשה החד-צדדי שלא בדרך חוקית; אי-החוקיות האמורה פסולה על פניה, פוגעת בזכויות המשמורת של ההורה שממנו נחטף הילד, ועל-פי השקפת האמנה היא פוגעת גם בטובת הילד, אשר חטיפתו והעתקת מקום מגוריו נעשית בלא בדיקה מראש של ערכאה מוסמכת ומתאימה, תוך טלטולו ממקום למקום וניתוקו מאחד ההורים. לפיכך, קובעת האמנה הסדרים אחידים לשיתוף פעולה בין-לאומי כדי שיוחזר המצב לקדמותו, והקטין יושב בפעולה מיידית ודחופה למקום מגוריו הרגיל.

בישראל קיבלה האמנה מעמד של [חוק הכנסת](#) עם חקיקת חוק אמנת האג, אשר אימץ את האמנה כלשונה.

מאז חקיקתו של חוק אמנת האג נזקקו בתי-המשפט להליכים לפיו פעמים רבות והאמנה שהוראותיה נכללו בו, זכתה לפרשנות ענפה גם בבית-משפט זה. אשר-על-כן, אין אנו חורשים עוד היום חריש ראשון כדי לרדת לחקר הוראותיה של האמנה, ודי אם נסקור בקצרה את פסיקתנו מן העבר

הקרוב, כדי לעמוד על הכללים הבסיסיים המתחייבים מהאמנה.

9. הכלל הוא כי בהתקיים התנאים הקבועים [בסעיף 3](#) לאמנה – סעיף הקובע מהי "הרחקתו או אי החזרתו של ילד... שלא כדין" (להלן – חטיפה) – חובה על בית-המשפט הדן בהליך לפיה, לצוות על החזרת הילד החטוף למדינה שממנה נחטף. חובה זו קבועה במפורש [בסעיף 12](#) לאמנה, בזו הלשון:

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

הרשות השיפוטית או המינהלית תצווה להחזיר את הילד, אף אם החלו ההליכים לאחר תום התקופה של שנה אחת האמורה בפסקה הקודמת, זולת אם הוכח כי הילד השתלם כבר בסביבתו החדשה.

היה לרשות השיפוטית או המינהלית במדינה המתבקשת יסוד להאמין כי הילד נלקח למדינה אחרת, רשאית היא לעכב את ההליכים או לדחות את הבקשה להחזקת הילד".

הלשון הקטגורית של [סעיף 12](#) לאמנה ("תצווה הרשות הנוגעת בדבר להחזיר את הילד לאלתר") מצביעה על כך כי לרשות, ובענייננו – לבית-המשפט, אין שיקול-דעת; חובה היא להורות על החזרת הקטין למקום מגוריו הרגיל שממנו נחטף. ובלשונו של כבוד השופט מ' חשיך:

"ניתן דעתנו – ונדגיש – כי כלל עקרוני זה הוא כלל מכאניסטי. קביעתן של עובדות מסוימות אלו ואחרות מוליכה מעצמה למסקנה כי שומה עליו על בית המשפט להורות על החזרת קטין למקום מגוריו" ([ע"א 96/4391](#) רו נ' רו (יעקובוביץ) [1], בעמ' 345).

(ראו גם [ע"א 93/7206](#) גבאי נ' גבאי (להלן – הילכת גבאי או פסק-דין גבאי [2]), בעמ' 250-251).

הכלל בדבר ההחזרה המיידית של הילד למקום מגוריו הרגיל שממנו נחטף, אינו סוף פסוק. האמנה מכירה בחריגים מספר לכלל עקרוני זה, ואם עולה בידו של הנתבע להוכיח כי עניינו נכנס בגדר אחד מאותם החריגים, לא תוטל על בית-המשפט החובה הקטגורית להורות על החזרת הילד החטוף,

אלא ההחזרה הופכת להיות עניין שבשיקול-דעת. וכך קובע
[סעיף 13](#) 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) האדם, המוסד או הגוף האחר שבידיו 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 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.

"...

חריג נוסף שהוכחתו פוטרת מן החובה לצוות על החזרתו של הילד למקום מגוריו הרגיל, מצוי [בסעיף 12](#) לאמנה, שנוסחו הובא לעיל. לפי סעיף זה, אם פתיחת ההליכים לפי האמנה החלה לאחר תום שנה מתאריך החטיפה, והוכח כי הילד כבר השתלב בסביבתו החדשה, לא קמה חובה על הרשות השיפוטית או המינהלית לצוות על החזרת הילד. כן יש להזכיר, כי ניתן לסרב להחזיר ילד חטוף למקומו, אם ההחזרה אינה מותרת לפי עקרונות היסוד של המדינה המתבקשת "באשר להגנה על זכויות אדם וחירויות יסוד" ([סעיף 20](#) לאמנה).

הגשמת מטרות האמנה, המבוססת על הדדיות, מחייבת פרשנות אחידה בכל המדינות החברות. מאחר שהכלל על-פי האמנה הוא החזרה מיידית של הילד החטוף למקום מגוריו הרגיל, כעולה [מסעיף 12](#) לאמנה, נפסק פעמים רבות כי הנטל הוא על ההורה החוטף המתנגד להחזרה, לשכנע את בית-המשפט כי עניינו נכנס לגדרו של אחד מחריגי האמנה, באופן שאין חובה להורות על החזרת הילד למקום מגוריו הרגיל. פירושו של דבר הוא כי ספק בקיומו של החריג יביא להחזרת הילד למקומו. כמו כן נפסק, כי יש לפרש את תחום התפרסותם של החריגים באופן מצמצם ודווקני, שכן פירוש מרחיב יתר על המידה עלול להביא לריקונה של האמנה

מתוכנה, ולהופכה לאות מתה (ראו: [ע"א 93/5532](#) גומזבורג נ' גרינוולד [3], בעמ' 293-294; [ע"א 95/1372](#) סטגמן נ' בורק [4], בעמ' 438 וכן [ע"א 96/4391](#) הנ"ל [1], בעמ' 346-347).

10. בטרם אעבור לנתח את חריג ה"השלמה" הקבוע [בסעיף 13\(א\)](#) לאמנה, הוא החריג הרלוונטי למקרה שלפנינו, רואה אני להעיר בשאלת היחס בין טובת הילד לבין החוק והאמנה, שאלה אשר הטרידה את השופטת הוטלוי עד כדי העלאת ספקות בדבר האפשרות ליישם את חוק אמנת האג.

רע"א 7994/98 דגן נ' דגן
פ"ד נג (3) 254 השופטת ד' ביניש

כשלעצמי, אינגוואה כי יש יסוד לפקפק בעקרונות שנקבעו באמנה, עקב צמצום היקף התחולה של עקרון "טובת הילד". מכל מקום, ודאי שאין בסיס להרהר אחר החובה ליישם את האמנה, שכן חובה זו נקבעה בחוק.

תפקידו של בית-המשפט הדין בהליך על-פי האמנה, נתפס כ"כיבוי דליקה" או כמתן "עזרה ראשונה", לשם שלילת תוצאות החטיפה ומניעת פירות החטיפה מהחוטף על דרך של החזרת המצב לקדמותו (ראו החלטתה של השופטת נתניהו ב"בש"א [92/1648](#) טורנה נ' משולם [5], בעמ' 45, אשר קביעותיה ההילכתיות אומצו כחלק מפסקי-הדין בע"א [92/5271](#) פוקסמן נ' פוקסמן [6]; כן ראו פסק-דין גבאי הנ"ל [2], בעמ' 251).

גישה של האמנה תואמת את ההנחה כי כל בית-משפט, מעצם מהותו ותפקידו השיפוטי, יימנע ממתן יד לאי-חוקיות, ויעשה כל שביכולתו כדי שחוטא לא יצא נשכר. דיון בסוגיית המשמורת בנסיבות שבהן מתקיים הליך על-פי האמנה, מסבך את בית-המשפט במתן תוקף לאי-חוקיות.

כמו כן עלול הבירור במדינה שבה מצוי הילד עקב חטיפה, לעודד הורים המעוניינים לשנות את סדרי המשמורת, לפעול בדרך של חטיפה, כדי לבחור לעצמם פורום התדיינות נוח.

לכך יש להוסיף, כי בירור סוגיית המשמורת בבית-המשפט של המדינה שבה נמצא הקטין שנחטף, כאשר הוריו מבקשים לחיות במדינות שונות, עלול להיות ממושך וסבוך ולסכל את רעיון ההחזרה המיידית.

בהתאם לכך, קובעת האמנה כי בהליך המתקיים על-פי האמנה, לא תתברר שאלת המשמורת (סעיפים 16, 17 ו-19 לאמנה). כתוצאה מתכליתו של ההליך על-פי האמנה, אף אין מתבררת "טובת הילד" כשיקול עצמאי בפני בית-המשפט הדין בהחזרת הילד על-פי האמנה, להבדיל מבהליך העוסק במשמורת, שהדיון בו סב כולו סביב "טובת הילד". התפיסה המונחת בבסיס האמנה הינה כי סוגיית המשמורת תידון בפני בית-משפט במדינה שאליה יוחזר הקטין שנחטף.

כך סיכם הנשיא ברק את המצב המשפטי בעניין עקרון טובת הילד בפסק-הדין גבאי הנ"ל [2], בעמ' 251:

"הדיבור 'טובת הילד' אינו מוזכר באמנת האג. עם זאת, אין לומר כלל כי טובת הילד אינה רלוונטית לעניינה של האמנה. אין כל אפשרות לעסוק בעניינם של קטינים בלא לבחון את טובתם. אכן, הנחת היסוד של האמנה

הינה כי טובתו של הילד הובאה בחשבון והוכרעה בעת שנקבעו זכויות המשמורת. אם מועלית טענה כי טובת הילד מחייבת שינוי בזכויות המשמורת, יש מקום לדון בה במקום מגוריו הרגיל של הילד בטרם נחטף. עמדת האמנה הינה כי חטיפתו של ילד אינה צריכה להביא לשינוי במקום הדין באשר לטובתו. נהפוך הוא: חטיפת הילד היא עצמה דבר העשוי לפגוע בטובתו".

(וכן ראו ע"א 93/5532 גונזבורג הנ"ל [3], בעמ' 296-297).

עקרון טובת הילד הוא ערך חשוב ומרכזי בכל שיטת משפט של המדינות השונות שהן צד לאמנה, ואין שום דיון בעניינם של קטינים המתעלם מטובתם. לפיכך, גם אם עקרון טובת הילד אינו ערך עצמאי באמנת האג, הוא ללא ספק עיקרון שהובא בגדר העקרונות שבאו לידי ביטוי באמנה.

התחשבותה של אמנת האג בטובת הילד לעניין הליך החזרתו, באה לידי ביטוי בקביעת החריגים המעניקים לבית-המשפט שיקול-דעת להימנע מלהחזיר את הילד בהתקיים אותם חריגים.

לעניין זה, נקבע החריג [בסעיף 13\(ב\)](#) לאמנה הקובע, לאמור:

"קיים חשש חמור שהחזרתו של הילד תחשוף אותו לנזק פיזי או פסיכולוגי או תעמיד את הילד בדרך אחרת במצב בלתי נסבל".

על טיבו והיקפו של חריג זה עמד בית-משפט זה בשורה של פסקי-דין. כך בלשוננו של הנשיא ברק:

"זוהי 'טובת ילד' מיוחדת וצרה. אין היא המסגרת הרגילה של 'טובת הילד' הנדונה בקביעת זכות המשמורת הקבועה. זוהי 'טובת הילד' הנבחנת במסגרת 'העזרה הראשונה' של השבת המצב לקדמותו" (פסק-דין גבאי הנ"ל [2], בעמ' 252).

הנה-כי-כן, אין באמנה התעלמות מטובת הילד; יש בה חובה כלפי כל ילד, למנוע חשיפתו לנזק פיזי או נפשי או העמדתו במצב בלתי נסבל בנסיבות שבהן יש לבית-המשפט יסוד לקבוע כי קיים חשש חמור לנזק כזה. בכך ניתנת הגנה לילד מפני פגיעה פוטנציאלית, הצפויה מהחזרתו למקום המגורים הרגיל.

אמנם נכון, כי טובת הילד מוגנת בהליך על-פי האמנה באופן מצומצם יותר ועל דרך השלילה, היינו מניעת פגיעה משמעותית בילד עקב החזרתו, אך נראה כי אין יסוד לחשש שמביעה השופטת המלומדת של בית-המשפט המחוזי מפני התעלמות האמנה "מטובת הילד", ואף איני מוצאת כי יש מקום לחשש שהביעה השופטת:

"שטובת הילד איננה נלקחת בחשבון באותם המקרים בהם מדובר בילד רך בשנים, שהדמות המטפלת העיקרית בו הינה האם, הנמלטת על נפשה מחמת התעללות בעלה או אבי ילדה" (בעמ' 66 לפסק-הדין).

החריג שנועד למנוע נזק נפשי לילד, או העמדתו במצב בלתי נסבל, יכול שיחול, בנסיבות המתאימות, על מקרה שבו אין מתאפשרת חזרתה של האם לארץ המגורים הרגילה מחמת התעללות בה, וזאת כשאין להפריד בינה לבין הילד ללא גרימת נזק משמעותי לילד.

אין די בחששות ערטילאיים הנובעים מהדאגה לשלום הילד, כדי לפטור את בית-המשפט מלצוות על החזרתו כמתחייב על-פי האמנה. עם זאת, בית-המשפט אינו פטור מלשקול ולבחון לגופו כל מקרה של חשש חמור לפגיעה בטובת הילד ושלומו, כאשר טענה של נזק כמשמעותו [בסעיף 13\(ב\)](#) לאמנה הוכחה במידה מספקת על-ידי ההורה החוטף.

על היחס בין החריגים שיש בהם כדי למנוע החזרת הילד, לבין עקרון טובת הילד במובנו הרחב, נאמר בבית-משפט זה מפני השופט גולדברג:

"...אין האמנה מתעלמת מטובת הילד, ובצד המטרות העומדות ביסודה, היא קובעת חריגים להחזרת הילד, המבטאים את טובתו. חריגים אלה באמנה באו ליתן מוצא למקרה של התנגשות בין שני אינטרסים: הצורך לבטל את מעשה החטיפה – שהוא בגדר עשיית דין עצמי שעשה אחד ההורים – בהחזרת המצב לקדמותו, והצורך להגן על טובתו של הילד.

...טובת הילד אינה עומדת להכרעה כשהיא לעצמה, והיא באה, בהתקיים אחד מן החריגים שבאמנה, אך ורק כשיקול המכריע את הכף בהתנגשות שבין שני האינטרסים שעליהם עמדנו לעיל, והמצדיק הימנעות מהחזרת הילד למקומו" (ע"א 95/1372 הנ"ל [4], בעמ' 437-438).

האמנה מביאה בחשבון, תוך הסתמכות על האחידות שבשיטה המשפטית בעניין זה, שכל בית-משפט של מדינה שהיא צד לאמנה, לא יזניח את עקרון טובת הילד כאשר

סוגיית המשמורת תבוא בפניו להכרעה. תפקידו של בית- המשפט הדין בהחזרה על-פי האמנה הוא אפוא, לשמש מעין תחנת מעבר זמנית בדרך לקיום ההליך הסופי.

בהתחשב באופיו הזמני של ההליך, קיבלו עליהם בתי- המשפט הדנים על-פי האמנה לקבוע מסגרת צרה ומצומצמת בבחינת שאלת טובת הילד. האמנה הותירה את תפקיד ההגנה על טובתו ושלומו של הילד לטווח הארוך בידי בית-המשפט הדין במשמורת.

ניתן אפוא לסכם, כי הנורמה שנקבעה באמנה משקללת את המשקל היחסי של האינטרסים הראויים להגנה בנושא חטיפת ילדים כפי שנתפסו בעיני מנסחי האמנה: השמירה על החוק; כיבוד זכויותיהם הלגיטימיות של ההורים כפי שנקבעו על-פי הדין בארץ המגורים הרגילה וכן, כמובן, טובת הילד כפי שהיא נתפסת בדרך-כלל.

בהתאם לכך, החזרת הילד החטוף לאלתר הוא הכלל המחייב, והשארות במדינה שאליה נחטף מחשש לפגיעה צפויה עקב ההחזרה הוא החריג, המסור לשיקול-דעתו של בית-המשפט.

זוהי נוסחת האיזון שמעצבי האמנה בחרו בה, על-מנת ליצור דין אחיד וברור למניעת חטיפות ילדים, ולקידום טובתם של ילדים בדרך-כלל.

ההסדר שקובעת האמנה על נוסחת האיזון שבו, עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של שיטתנו. הוא אומץ על-ידי המחוקק הישראלי, ובהתאם לכך מצווים לפעול בתי-המשפט שלנו.

האם התקיימו התנאים המחייבים החזרת הקטין

11. לשם בחינת שאלת החזרת הקטין במסגרת ההליך שלפנינו, עלינו לבחון תחילה אם נתקיימו התנאים המחייבים על-פי האמנה את החזרתו.

כפי שכבר נאמר, הנחת הדיון במקרה שלפנינו הינה שארצות-הברית היא מקום מגוריו הרגיל של הקטין, עובר להבאתו לישראל על-ידי המשיבה. אין חולק כי על-פי דיני מדינת ניו-ג'רסי, הן למשיבה והן למבקש הייתה זכות שווה לגדל את הקטין ולטפל בו (כך עולה מפסק-הדין של בית-המשפט בניו-ג'רסי מיום 22.5.1997, אשר על-פי [סעיף 14](#) לאמנה ניתן להתייחס אליו ישירות). גם אין חולק כי עד לנסיעתה של המשיבה יחד עם הקטין לישראל, היה הקטין במשמורתם של שני הוריו, כך שהמבקש הפעיל בפועל את זכויותיו, כנדרש [בסעיף 3\(ב\)](#) לאמנה.

על-פי קביעתו של בית-המשפט לענייני משפחה, שנתקבלה גם על-ידי כל שופטי ההרכב בבית-המשפט המחוזי, המבקש הסכים לנסיעתה של המשיבה יחד עם הקטין לישראל ביום 28.11.1996, אולם הסכמתו הייתה כפופה לכך שהקטין יחזור לארצות-הברית עד יום 29.12.1996. כאשר המשיבה לא החזירה את הקטין לארצות-הברית ביום 29.12.1996, היא הפרה שלא כדין את זכויות המשמורת של המבקש אשר נתונות לו על-פי דיני מקום מגוריו הרגיל של הקטין ([סעיף 3\(א\)](#) לאמנה). מכאן, שהחל מיום 29.12.1996 הייתה אי-החזרתו של הקטין שלא כדין, ועל-כן זה הוא מועד ה"חטיפה" לצורך ההליך שלפנינו.

ישראל וארצות-הברית הן צדדים לאמנה. גילו של הקטין שלפנינו הוא פחות מגיל 16 (בעת החטיפה היה הקטין כבן שנה. כיום הוא כבן שלוש וחצי). התביעה להחזרת הקטין על-פי האמנה הוגשה על-ידי המבקש בבית-המשפט לענייני משפחה בישראל באפריל 1997, כארבעה חודשים מיום החטיפה, קרי בטרם חלפה שנה מהחטיפה. בהתחשב בכך, נקודת המוצא הנורמטיבית נעוצה [בסעיף 12](#) לאמנה, המורה על החזרת הקטין לאלתר לארצות-הברית. החריג שאת קיומו יש לבחון על-פי טיעוני הצדדים לפנינו, הוא חריג ה"השלמה" הקבוע [בסעיף 13\(א\)](#) לאמנה.

הגנת ה"השלמה" על-פי סעיף 13(א) לאמנה

12. החריג לחובת החזרת הקטין שנקבע [בסעיף 13\(א\)](#) לאמנה, מבחין בין "הסכמה" ל"השלמה". השוני בין שני אלה הוא במישור הזמן. ה"הסכמה" ניתנת מראש ואילו ה"השלמה" נעשית בדיעבד. אנו נתמקד בחריג ה"השלמה" בדיעבד.

לפי הוראת [סעיף 13\(א\)](#), אין חובה להורות על החזרת הקטין אם הוכח כי ההורה הנחטף השלים לאחר מעשה עם ההרחקה או עם אי-החזרה של הקטין למקום מגוריו הרגיל.

אובייקט ה"השלמה" היא זכות המשמורת או הביקור של ההורה הנחטף. הורה "משלים" עם הרחקת הילד או עם אי-החזרתו, כאשר ניתן להסיק מהתנהגותו (במובן הרחב) כי הוא מוותר על הגשמה דחופה של זכות המשמורת או הביקור, פסקי-דין, כרך נג, חלק שלישי, תשנ"ט/תש"ס 1999 290

הנתונה לו על-פי דין המדינה שבה היה מקום מגוריו הרגיל בסמוך לפני הרחקתו של הקטין או אי-החזרתו. אם כך, החריג משמעותו היא שמן הנסיבות ומהתנהגותו של ההורה הנחטף ניתן להסיק כי הוא השלים עם שינוי הסטטוס-קוו, תוך ויתור על זכותו להשבה מיידית של המצב לקדמותו (ראו פסק-דין גבאי הנ"ל [2], בעמ' 258-257 וההפניות שם).

החריג בדבר ההשלמה בדיעבד עם מעשה החטיפה, מתבקש מעצם התכלית המונחת ביסוד אמנת האג, כפי שנקבע על-ידי המשנה לנשיא אלון:

"ההנמקה לסייג זה היא, כי אם וכאשר ההורה, שממשמורתו הורחק הקטין, הסכים למעשה ההרחקה או השלים עמו, שוב אין צורך ב'עזרה ראשונה' ובפעולה דחופה ומיידית של 'כיבוי דליקה'. משמצויות הסכמה או השלמה כאלה, ניתן להסיק מהן, שההורה שילדו הורחק ממקום מגוריו מעדיף לטפל בעניין בדרך שונה מהחזרה מיידית למקום המגורים הרגיל.

...

הורה שהשלים עם מעשה ההרחקה מבטא בכך שאין במציאות שנוצרה כתוצאה מהרחקת הקטין ממקום מגוריו הרגיל משום דחיפות ובהילות, המחייבות את הפעלת האמנה דווקא, לאלתר וללא דחייה, וכי ניתן למצוא דרכים אלטרנטיביות לפתרון הסכסוך ביחס לזכויות המשמורת של הקטין במסגרת המציאות החדשה שנוצרה עם מעשה ההרחקה" (ע"א 93/473 ליבוביץ נ' ליבוביץ [7], בעמ' 70-71).

חריג ה"השלמה" נותח בהרחבה בהילכת גבאי [2], בפסק-דינו של הנשיא ברק. כמו לגבי יתר החריגים, נקבע גם לגבי חריג ההשלמה, כי נטל הוכחתו מוטל על הטוען להתקיימותו, וכי החריג יפורש בצמצום על-מנת שלא לרוקן את האמנה מכל תוכן (פסק-דין גבאי הנ"ל [2], בעמ' 256-257).

כן נפסק, כי ההשלמה יכולה להיות במעשה או במחדל; היא יכולה למצוא את ביטויה בהתנהגות חד-פעמית ומפורשת, כגון חתימה על הסכם עם ההורה החוטף בדבר אי-החזרת הילד. ההשלמה יכולה גם להיות משתמעת, פרי התפתחות הדרגתית ברצף של אירועים, המגיע בשלב מסוים לידי השתכללות ההשלמה (פסק-דין גבאי הנ"ל [2], בעמ' 258. כן ראו ע"א 93/473 הנ"ל [7], בעמ' 72-73).

תנאי מקדים לקיומה של השלמה עם מעשה החטיפה הוא שההורה הנחטף יהיה ער לעצם הרחקתו של הילד ולכך שההורה החוטף פגע בזכויותיו. במילים אחרות, כדי שההשלמה תהיה אפקטיבית, היא צריכה להיעשות מתוך מודעות לנתונים הענייניים. על-כן, השלמה שנעשתה מתוך טעות, הטעיה, כפייה או עושק, חשופה לביטול.

ההשלמה מבוססת, מעצם טיבה, על רצונו הסובייקטיבי של ההורה הנחטף, המוצא את ביטויו בהתנהגות חיצונית-אובייקטיבית. התנאי המשלים להשתכללותה של השלמה הוא שההשלמה נקלטה אצל ההורה האחר, באופן שההורה החוטף מודע לכך

שההורה הנחטף מוותר על שינוי הסטטוס-קוו. על-כן, אם ההורה החוטף סבור כי ההורה הנחטף אינו מוותר על זכותו להחזרה המיידית של הילד למקומו, הוא לא יוכל לטעון להשלמה מצד אותו ההורה, גם אם השלמה כזו עשויה להתפרש בעיניו של האדם הסביר. מכאן, שהפרשנות הניתנת להשלמה אינה זו של האדם הסביר אלא זו של ההורה החוטף הספציפי (פסק-דין גבאי הנ"ל [2], בעמ' 258).

עוד נקבע, כי עצם ההימנעות מפנייה לבית-המשפט בהליך לפי האמנה, היא כשלעצמה אינה שקולה כנגד השלמה, אם להימנעות כזו יש הסבר שאינו מצביע בהכרח על השלמה. ייתכן שההורה הנחטף חיפש את ילדו ולא פנה לבית-המשפט כי לא ידע היכן מצוי הילד; ייתכן שההורה הנחטף לא היה מודע לזכויותיו; ייתכן שניהל משא ומתן אשר באמצעותו ביקש להגשים את זכותו להחזרת הילד בדרכי שלום (האמנה מעודדת תופעה זו [בסעיף 7\(ג\)](#) [ובסעיף 10](#)). כדברי הנשיא ברק:

"אפילו מתארך המשא והמתן – ואפילו במהלכו הילד הולך לגן ילדים או לבית ספר – אין בכך בלבד כדי להצביע על 'השלמה'. הוא הדין אם במהלך המשא והמתן מועלית ונידונה האפשרות שהילד יישאר בארץ שאליה נחטף. כפי שראינו, השלמה היא החלטה מודעת לוותר על זכות ההחזרה המיידית הנתונה להורה הנחטף. ניהול משא ומתן בתום-לב, אינו מתיישב, בדרך כלל, עם ויתור שכזה" (פסק-דין גבאי הנ"ל [2], בעמ' 258).

בהמשך לדברים אלה, קבע הנשיא ברק כי רבים המקרים שבהם ההורה הנחטף ממשיך במאמציו להשבת הילד, אולם מתוך דאגה לו, מסכים הוא לכך שהילד ילך לגן ילדים או לבית ספר. הסכמה זו לשהותו של הילד בארץ שאליה נחטף, אינה בהכרח הסכמה לסטטוס-קוו החדש שנוצר, תוך ויתור על ההגשמה לאלתר של זכות המשמורת או הביקור הנתונה להורה הנחטף על-פי האמנה (פסק-דין גבאי הנ"ל [2], בעמ' 257-258). כאשר נעשים על-ידי ההורה הנחטף סידורים להקלת השהייה של הילד במדינה שאליה נחטף, יש לבחון אם הם ביטוי לרצונו של ההורה לוותר על החזרתו המיידית של הקטין

א

ר

רע"א 7994/98 דגן נ' דגן
פ"ד נג (3) 254 השופטת ד' ביניש

למקום מגוריו הרגיל, או שמא הם ביטוי לדאגה לילד בתקופת הביניים, עד שתוסדר החזרת הילד, בלא שיש בכך ויתור כלשהו. הנטל בעניין זה מוטל על הטוען לקיומה של השלמה (פסק-דין גבאי הנ"ל [2], בעמ' 258-259).

לאחר שנתגבשה השלמה, אין ההורה המשלים המעוניין לחזור בו מהשלמתו, יכול לבטל את ההשלמה שהשתכללה למפרע, שכן הזמן של "כיבוי הדליקה" ו"העזרה הראשונה" כבר חלף. במצב כזה, החובה להורות על החזרה לאלתר של הקטין למקומו אינה קמה לתחייה, אלא היא בגדר שיקול-דעתו של בית-המשפט (ע"א 93/473 הנ"ל [7], בעמ' 73).

ו

ז

כללים מנחים אלה אשר נקבעו בפסיקתנו עולים בקנה אחד עם הפירוש המקובל לחריג ה"השלמה" גם בפסיקה של מדינות אחרות שהן צד לאמנה (ראו בארצות-הברית: *Levesque v. Re* [9] (1993) *Levesque* וכך: [10] *Friedrich v. Friedrich* (1996); באנגליה: [12] *A and anor (minors) (abduction: acquiescence)* (1992) וכך: [13] *In re H. (Abduction: Acquiescence)* (1997); לגבי פרשנות חריג ה"השלמה" בצרפת ראו L. Silberman "Hague Convention on International Child Abduction: A Brief Overview and Case Law Analysis" [14].

יש בגישה פרשנית זו להוראת [סעיף 13\(א\)](#) כדי לצקת תוכן ממשי לצורך בפרשנות מצמצמת של חריגי האמנה, על-מנת לאפשר השגת יעדיה של האמנה בלי להופכה לאות מתה.

13. השאלה אשר יהיה על בית-המשפט לשאול כשבאה בפניו ההכרעה בדבר קיומה של "השלמה" היא, אם הניח ההורה החוטף תשתית עובדתית מספקת כדי לקבוע כי ההורה הנחטף השלים עם שינוי הסטטוס-קו, ובכך ויתר על החזרתו המיידית של הקטין.

קשה להגדיר מראש את כל הנסיבות שניתן מהן להסיק "השלמה". עם זאת, מאחר שה"השלמה" היא ביטוי של ההורה הנחטף לויתור על מימוש מידי של זכותו למשמורת, עליה להיות ברורה וחד-משמעית.

מעשה פוזיטיבי של השלמה הוא בדרך-כלל קל יותר לזיהוי והוא יבוא לידי ביטוי ברור בכתב או בעל-פה. אין להסיק מאמרות הניתנות לפירושים שונים, אמרות שלא נקלטו בבירור אצל ההורה החוטף. כאשר ההשלמה אינה מפורשת אלא משתמעת מהתנהגות, קשה יותר לזהותה, ובדרך-כלל יש להסיק את קיומה מהתנהגות עקבית ומתמשכת שאינה משתמעת לשתי פנים (לעניין השלמה אקטיבית ופסיבית ראו: [12] *Re A and anor (minors) (abduction: acquiescence)* וכך *In re H. (Abduction: Acquiescence)* [13].

ניתן להכריע בשאלת קיומה של הגנת ה"השלמה" לא רק על בסיס עדויותיהם של בעלי-הדין, אלא גם על בסיס ראיות ועדויות חיצוניות. עם זאת, על ההורה המבקש להוכיח את פסקי-דין, כרך נג, חלק שלישי, תשנ"ט/תש"ס 1999 296

הגנת ה"השלמה", להציג ראיות ברורות ומשכנעות לכך שההורה הנחטף ויתר על זכותו להחזרה מיידית של הילד למקומו. אין לקבוע כי התקיימה הגנת "השלמה" על בסיס אמרות דו-משמעיות או על יסוד התנהגות עמומה הניתנת לפירושים שונים.

מן הכלל אל הפרט: האם השלים המבקש עם החטיפה?

14. בפני בית-המשפט לענייני משפחה הוצגו שפע של ראיות. שופטת הרוב בבית-המשפט לערעורים בחנה את הראיות במשקפיה של הערכאה הדיונית, ואף האזינה לקלטות השיחות שבין בני-הזוג.

באי-כוח המשיבה חזרו והצביעו בפנינו על ראיות שיש בהן לבסס את הטענה, כי המבקש השלים בדיעבד עם הסטטוס-קוו החדש שנוצר עם העברת הקטין מארצות-הברית לישראל על-ידי המשיבה. נופח אופייה הרגיש של המחלוקת, ראיתי גם אני להיזקק לניתוח הראיות, ובמיוחד לשיחות שהוקלטו בין בני-הזוג.

לאחר שעיינתי בראיות שאליהן הופנינו על-ידי הצדדים, סבורה אני כי המשיבה לא הרימה את הנטל, ולא הוכיחה "השלמה" של המבקש עם חטיפת הקטין.

כדי להרים את הנטל שמוטל עליה, היה על המשיבה להביא ראיות ברורות, בהירות ומשכנעות לקיומה של "השלמה". בעת בחינת שאלת התקיימותו של חריג ה"השלמה" אין להסתפק בקטעי דברים בלבד; חשוב לנקוט הסתכלות כוללת ולבדוק את כלל הנסיבות. אין להתמקד בפרט זה או אחר, אלא להשקיף על מלוא המציאות, ועל המובן העולה ממנה באשר להשלמת ההורה הנחטף (ראו פסק-דין גבאי הנ"ל [2], בעמ' 259-260).

מתוך תמלילי השיחות הטלפוניות בין בני-הזוג בחודשים ינואר ופברואר 1997, וכן מתצהיריהם של רונן רובין ועורך-הדין דן אבידן עולה, כי המבקש היה ער לכך שנישואיו עם המשיבה הגיעו לקצם. נראה כי הוא שקל להסכים לכך שהקטין יגדל עם המשיבה בישראל, אולם הסכמתו לכך הייתה מותנית בהשגתו של הסדר כולל; עולה כי המבקש סירב לתת יד לעיצובו של הסדר כזה, כל עוד שוהה הקטין בישראל.

בהתאם לכך, סבורה אני כי יש לפרש את השיחות הטלפוניות בין בני-הזוג בחודשים ינואר עד מארס, כמשא ומתן

פסקי-דין, כרך נג, חלק שלישי, תשנ"ט/תש"ס 1999

298

על עיצוב הסדר הגירושין, ובין היתר – על עיצוב הסדר משמורת תוך מתן זכויות ראייה למבקש. נוכח אימרתיו המפורשות של המבקש שהוא מחכה לשובו של הקטין לארצות-הברית, אין לראות בשיחות שקיים "השלמה" של המבקש עם המצב החדש שנוצר. אמנם, יש לבחון את אימרות המבקש בזהירות, בהתחשב בכך שנוסחו על-פי עצתו של עורך-דין (ונראה כי יש לסברה זו בסיס, שהרי אדם מן השורה לא ידע לבקש את החזרת הילד "למקום מגוריו הקבוע"), אך עדיין, יש באמרות אלה כדי להעיד שהמבקש לא השלים עם נוכחותו של הקטין בישראל. מסכימה אני עם טענת המשיבה כי המבקש לא זעק או איים במהלך השיחות

עמה בדרישתו להחזרת הקטין לאלתר לארצות-הברית, אולם אין בכך כדי להעיד על "השלמה" אלא על ניסיונות לניהול משא ומתן עם המשיבה.

ניסיונותיו של המבקש להשיב את הקטין לארצות-הברית בהסכמה של המשיבה, הם לגיטימיים. כאמור, סבורה אני כי יש להיזהר מלפרש משא ומתן בין בני-זוג בגבולות הסביר, כוויתור של ההורה הנחטף על זכותו להחזרה מיידית של הקטין, וכן יש לאפשר לצדדים להשיג פתרון מוסכם (ראו לעניין זה מאמרה הנ"ל [14] של פרופ' Silberman, בעמ' 26, הקוראת לבתי-המשפט להיזהר מפני פירוש משא ומתן כ"השלמה". כן ראו [11] *Wanninger v. Wanninger* (1994) וכך *In re H.* [13], at p. 574 (Abduction: Acquiescence).

על רקע זה, יש לפרש את הסכמתו של המבקש לרישום של הקטין לגן ילדים וכן את הסכמתו לביטוח רפואי של הקטין בישראל, כדאגה להסדרים נאותים לילד בתקופת הביניים עד להחזרתו לארצות-הברית.

אכן, חלפו כשלושה חודשים מיום החטיפה ועד שהמבקש הגיש תביעת משמורת בניו-ג'רסי; כן חלפו כשלושה חודשים וחצי מיום החטיפה ועד שהמבקש פתח בהליכים להשבת הקטין לפי אמנת האג. זאת, אף שהמבקש היה מודע לקיומה של אמנת האג עוד טרם יום 29.12.1996, הוא יום החטיפה. חלוף הזמן הוא שיקול במסגרת כלל השיקולים הנוגעים לעניין, ומשקלו ייקבע על-פי נסיבותיו של כל מקרה לגופו (ראו ע"א 93/473 הנ"ל [7], בעמ' 72-73). במקרה דנן, נראה לי כי שיחותיו של המבקש עם המשיבה, תוך ניסיון להגיע להסדר מוסכם עמה, אינן מצדיקות לראות במשך הזמן שחלף מעת החטיפה ועד לפתיחת ההליכים, כשלעצמו, אינדיקציה לויתור של המבקש על החזרה מיידית של הקטין לארצות-הברית.

הנה-כך, אין לראות בדבריו או בהתנהגותו של המבקש משום "השלמה" או ביטוי ל"ויתור" על החזרת הקטין לארצות-הברית, לצורך קביעת המשמורת ותנאיה שם. לא זו בלבד שלא הייתה "השלמה" מצד המבקש, אלא שגם אילו ניתן היה לייחס למבקש התבטאות שיש בה "השלמה", הרי ברור מתוכן

השיחות שהמשיבה לא הסיקה קיומה, ולפיכך לא השתכללה במקרה דנן "השלמה".

מהשיחות בין בני-הזוג עולה, כי המשיבה לא האמינה שהמבקש השלים עם המצב החדש שנוצר לאחר חטיפת הקטין לישראל. כך למשל, בתמליל השיחה המוקלטת מיום 1.1.1997 בין המשיבה לרן מרגלית, ידיד ישראלי בארצות-הברית, אמרה המשיבה:

"הלכתי לעורך-דין, הוא אמר לי את מטומטמת, לא הקלטת שום דבר, ודווקא לא מיליטנטי. הוא אמר לי, אבל, תלכי עכשיו תחזרי הביתה, תפתחי

את הטייפ, תקליט ציוד טוב ותשבי ותקליטי ואכן עשיתי את זה. הקלטתי אותו שיחה ארוכה. הוא ידע שהוא מוקלט בה כי זאת היתה 'חליבה', פה ושם הוא מעד והמעידות שלו מספיקות כדי שאני היום אוכל לגדל את בן בארץ בשקט ובסבבה. זה כל מה שהייתי צריכה..." (ההדגשה שלי - ד' ב').

מוכנה אני לקבל את גירסת המשיבה בכתבי-טענותיה, שלפיה המבקש ידע שהוא מוקלט ועל-כן בפועל לא "נחלב", כלשונה. אף-על-פי-כן, נראה כי אילו המשיבה הייתה מאמינה כי המבקש השלים עם הסטטוס-קוו החדש שנוצר, לא הייתה עושה שימוש בטרמינולוגיה זו.

השיחות המוקלטות מלמדות, כי שני הצדדים תודרכו בידי עורכי-דין. בשיחה מיום 12.1.1997, חזר המבקש כ"תוכי" על הדרישה כי המשיבה תחזור הביתה, וכי נקטה צעדים חד-צדדיים. קשה לקבץ שמשחה זו, יכולה הייתה המשיבה ללמוד על "השלמה". גם הסכמתו של המבקש העולה משיחה זו, שלפיה הקטין יישאר במשמורתה של המשיבה עד גיל 13, מלווה בה בעת בדרישה לקביעת תנאים להסדר ראיה. לא זו בלבד שהמשיבה לא הפנימה מסר של "השלמה" מצד המבקש, אלא מתברר כי היא השיבה כל הזמן באופן עקבי לדרישתו "לחזור הביתה", כי היא תעשה כן רק אם יבטיח לה שתוכל לחזור לישראל עם הילד, אם לא תהיה מאושרת. המבקש מצדו לא היה מוכן לתת כל התחייבות כזו או להיעתר לכל בקשה בעניין הגבלת תקופת השהות בארצות-הברית.

עוד אני מוצאת בתמליל השיחה בין בני-הזוג מיום 12.1.1997, כי נאמר בו:

"שירלי: אז למה אתה שולח עורך-דין?"

טירן: ...אם את רוצה לבוא לכאן אני מוכן לנסות מחדש. שום מכתבים, שום התחייבויות, שום דבר... אם לא אז בואי נדבר על הסדר גירושין וגמרנו.

...

שירלי: תראה, בינתיים נשלח אליי חגי [עו"ד חגי כרמון - ד' ב'] בכדי להזהיר אותי בפני אמנת האג וזה מאוד הפחיד אותי...

פסקי-דין, כרך נג, חלק שלישי, תשנ"ט/תש"ס 1999

302

טירן: מה לעשות, זו המציאות, זה המציאות. זה העובדות.

שירלי: כן, אתה עומד להגיש נגדי תביעה?

טירן: לא, אני לא פתחתי בשום הליכים שיכולתי לפתוח גם לפני חודשיים".

דברים אלה אינם משתלבים בשום פנים עם קליטת מסר של "השלמה".

נושא האמנה והאפשרות שהמבקש יפעיל אותה, שב ועלה מפי המשיבה פעמים מספר בשיחות שונות (ב-14.1.1997 וב-19.2.1997).

מהשיחות עולה אפוא, כי המשיבה לא האמינה באמת ובתמים שהמבקש ויתר על החזרתו של הקטין לארצות-הברית. מאחר שהבנת ההורה החוטף, ולא הבנתו של "האדם הסביר", היא הקובעת בשאלת השתכללותה של הגנת ה"השלמה", יש גם בכך כדי לשלול את חריג ההשלמה בענייננו.

בניסיון להבחין בין העניין שלפנינו לעניין שנדון בהילכת גבאי הנ"ל [2], נתנה השופטת המלומדת של בית-המשפט המחוזי משקל רב לכך שהמבקש הסכים לכך שהמשיבה תעבוד בישראל.

בעניין זה אוסיף, כי לא התרשמתי שהמבקש עודד את המשיבה למצוא עבודה בישראל, באופן שהועבר למשיבה מסר שאינו משתמע לשתי פנים, כי המבקש ויתר על החזרת הקטין לארצות-הברית. אמנם, בתמליל השיחה מיום 12.1.1997 אמר המבקש למשיבה: "את נמצאת בארץ. את הולכת להתחיל למצוא עבודה בארץ. יש לך ילד". אולם, דברים אלה נאמרו על-ידי המבקש באגב אורחא, במסגרת שיחה בין בני-הזוג בדבר גובה סכום הכסף שהמבקש ישלח למשיבה. נושא עבודתה של המשיבה בישראל עלה שוב בשיחתם של בני-הזוג מיום 19.2.1997. בשיחה זו, ציינה המשיבה באוזני המבקש כי היא אינה מוכנה שהקטין ישהה אצל המבקש בארצות-הברית חודשיים בשנה, שכן הסדר כזה יחייב אותה להתנתק במשך חודשיים כל שנה מעבודה שתמצא בישראל, כדי להתלוות לקטין. העלאת נושא עבודתה של המשיבה בישראל נעשתה על-ידי המשיבה. בהקשרם הכולל של הדברים, נראה לי כי נושא עבודתה של המשיבה בישראל הועלה במסגרת המשא ומתן בין בני-הזוג בנוגע להסדרי המשמורת והראייה של הקטין, באופן שאין לייחס לו חשיבות מכרעת לעניין ה"השלמה".

נכון הדבר, כי במסגרת שיחותיו של המבקש עם המשיבה, לא התעניין המבקש במידה ראויה בגורל בנו ובמצבו, ועיקר התעסקותו הוקדשה ליחסים שבינו לבין המשיבה. עם זאת, לא ניתן כל ביטוי, מפורש או משתמע, לויתור מצדו על החזרת הילד, ללא קביעת הסדרים מתאימים בהליכים שיתקיימו בארצות-הברית.

בסופו של ההליך, יש להזכיר כי גם אילו – על-אף כל הדברים האמורים לעיל – היה נותר ספק בנוגע להתקיימותה של הגנת ה"השלמה", הרי הוא פועל לטובתו של המבקש.

15. טענתה של המשיבה שלפיה המבקש ניתק מגע עם הקטין מאז הגעתו של הקטין לישראל ועד היום, אין בה כשלעצמה כדי להכריע בשאלת ה"השלמה", ועליה

להיטען במסגרת תביעת המשמורת אשר תתברר בניו-ג'רסי, מקום מגוריו הרגיל של הקטין. גם טענתה שלפיה המבקש לא התעניין במשך הזמן בילד ובקורה אותו היא טענה שמקומה בבית-המשפט הדין במשמורת. הוא הדין בעניין השתלבותו של הקטין בישראל, נוכח הזמן שחלף מאז פתיחת ההליכים ועד היום. אם טענות אלה יוכחו, חזקה על בית-המשפט בניו-ג'רסי כי יביא גורמים אלה במניין הכרעותיו בשאלת משמורתו של הקטין ובשאלת מקום מגוריו העתידי. אולם, שיקולים אלה אין מקומם בהליך שלפנינו המתנהל על-פי האמנה (השווה: ע"א [96/4391](#) הנ"ל [1], בעמ' 350-351; ע"א [93/5532](#) הנ"ל [3], בעמ' 301-302 וכך רע"א [99/2610](#) פלוגית נ' פלוני [8]).

יטען הטוען, כי בהתחשב בסיכוי שהמשמורת תימסר בסופו של הליך לאם, עצם טלטולו של הקטין לארצות-הברית ואז החזרתו לישראל למשמורת המשיבה, עלולים לפגוע בו. טענה זו נכונה, בדרך-כלל, בכל מקרה שמתבררת בו שאלת משמורת של קטין רך בשנים אצל אמו, ובכל מקרה שבו ההליכים מתמשכים; למעשה, קבלת טענה זו עלולה לסכל כל הליך של החזרה לפי האמנה. ניתן להבין ללבה של המשיבה אשר מעוניינת להמשיך את חייה בישראל במסגרת משפחתית חמה הדואגת לה ולבנה, ובסביבתה החברתית והתרבותית המוכרת. אין בכל אלה כדי להוות צידוק לאי-החזרת הקטין לארצות-הברית על-פי האמנה, לשם התדיינות שם על המשמורת, כשם שאין בחטיפה כדי לפגוע בזכויותיה של המשיבה למשמורת. אם ניעתר לבקשה שלא להחזיר את הקטין, נחרוג מן היישום המקובל של האמנה, נצמצם את המקרים שבהם יחויב הורה שחטף את ילדו להחזירו למקום מגוריו הרגיל, ומטרת האמנה תסוכל.

לסיום אני רואה לציין, כי באופן יוצא-דופן, עוררה הפרשה שבפנינו התייחסות המביעה עמדה קיצונית, כמעט אישית, מצד השופטים כלפי הצדדים המעורבים.

הן מפסק-דינו של בית-המשפט לענייני משפחה והן מפסק-דינו של סגן הנשיא פורת בבית-המשפט המחוזי, מצטיירת תמונה שלפיה המשיבה פעלה בחוסר תום-לב, תוך סחיטה רגשית של המבקש (עמ' 49 לפסק-הדין המחוזי). השופטת רוטלוי סברה כי המבקש הוא אשר נקט גישה אכזרית וצינית כלפי המשיבה,

תוך הפעלת סחיטה רגשית כנגדה (עמ' 76 לפסק-הדין המחוזי).

הדיון הממושך חשף תמונה של הצדדים, של התנהגותם ורגשותיהם. כל אחד מבני-הזוג הרגיש מאוכזב ופגוע, כפי שנפוץ למרבה הצער בין זוגות מסוכסכים בהליכי גירושין, כל אחד מבני-הזוג נקט צעדים שאינם בהכרח תמי-לב, ונהג בתקיפות בלתי מתפשרת שאינה ראויה כלפי מי שאתו ניהל בעבר חיי משפחה ואהבה. עם זאת עולה מחומר הראיות, כי המבקשת היא אם מסורה אשר הדאגה לבנה בראש מעייניה. כולי תקווה כי שני בני-הזוג אשר לפנינו ישכילו לשנות דרכיהם, ולהגיע להסדר אשר ישרת

את טובת הילד, ואשר יסיים את הסכסוך ביניהם במהירות, על-מנת שכל אחד מהם יוכל לפתוח דף חדש בחייו.

על יסוד כל האמור לעיל, הגעתי למסקנה כי המשיבה לא הרימה את הנטל ולא הוכיחה כי התקיימה הגנת ה"השלמה" הקבועה [בסעיף 13\(א\)](#) לאמנה. אשר-על-כן, דינו של הערעור להתקבל, באופן שהקטין יוחזר על-ידי המשיבה לארצות-הברית, בכפוף לתנאים שנקבעו על-ידי כבוד השופט גרניט בבית-המשפט לענייני משפחה, ובכפוף לתיקון אשר הכניס כבוד סגן הנשיא פורת בבית-המשפט המחוזי. המשיבה תתלווה לקטין לצורך ההליך שיתקיים בארצות-הברית בתנאים שנקבעו כאמור.

בשולי הדברים אעיר, כי ממכתב שהוגש לבית-המשפט המחוזי מטעם מנהלת המחלקה לעניינים בינלאומיים בפרקליטות המדינה עלה, כי חל שינוי במדיניות רשויות ההגירה וההתאזרחות בארצות-הברית וכן במדיניות משרד החוץ האמריקני. התברר לנו, כי כיום ישנה אפשרות להורה אשר אינו זכאי לקבל ויזה לארצות-הברית, אך חויב על-ידי בית-המשפט להחזיר את ילדו לארצות-הברית, לקבל היתר מיוחד לשהייה שם עד תום ההליכים הדיוניים בהחזקת הילד. בהתחשב בכך, תוכל המשיבה לחזור לארצות-הברית עם הקטין למשך קיום משפט המשמורת שם. חזקה על בית-המשפט בניו-ג'רסי שישקול במסגרת הדיון על המשמורת של הקטין ועל מקום מגוריו העתידי, את העובדה שלמשיבה אין מעמד חוקי בארצות-הברית.

אשר-על-כן, דין הערעור להתקבל. המשיבה תישא בשכר טרחת עורך-דין ובהוצאות בסך כולל של 10,000 ש"ח.

הנשיא א' ברק

אני מסכים.

השופט ט' שטרסברג-כהן

אני מסכימה.

הוחלט כאמור בפסק-דינה של השופטת ביניש.
ניתן היום, ל' בסיוון התשנ"ט (14.6.1999).

ג החלטה

עם מתן פסק-הדין, ביקש מאתנו בא-כוח המשיבה, כי נסדיר תנאים נוספים ומפורטים הנוגעים לאופן החזרתו של הקטין לארצות-הבכית. שקלנו את הבקשות והחלטנו כדלקמן:

1. בהסכמת המבקש, יישאר הקטין בעת השהות בארצות-הברית עם אמו ולא יופרד ממנה.

2. הרשות המרכזית לפי אמנת האג תסייע להשגת ויזה למשיבה לכל תקופת הימשכות ההליכים. שני הצדדים ישתפו פעולה כנדרש לצורך קבלת הוויזה, וינקטו את כל הצעדים הנדרשים מהם לשם השגתה. הרשות המרכזית אף תברר עם השלטונות האמריקניים את שאלת קיומם של הליכים פליליים בארצות-הברית נגד המשיבה בגין החטיפה.

3. דמי המזונות שנפסקו לתקופת ההחזרה על-פי החלטת בית-המשפט לענייני משפחה ועל דעת פרקליטי הצדדים, בסך \$1,250 לחודש, ישולמו בכל חודש למשך כל תקופת השהייה בארצות-הברית, אלא אם יינתן לעניין המזונות פסק-דין או החלטה אחרת של בית-משפט מוסמך בארצות-הברית.

דמי המזונות בעבור החודשיים הראשונים בסך \$2,500 יופקדו מראש בישראל בידי בא-כוח המשיבה, בטרם צאתה לארצות-הברית. סכומים אלה יועברו למשיבה לכשתגיע לארצות-הברית.

4. אם הוגשה על-ידי המבקש תלונה פלילית בארצות-הברית כנגד המשיבה, יודיע המבקש לשלטונות המוסמכים בארצות-הברית על ביטולה, וכן יגיש לנו תצהיר כי עשה כן, וכי הוא מתחייב שלא ליזום הליכים פליליים נגד המשיבה בפרשה זו.

בהסכמת בא-כוח המבקש, אנו קובעים כי מועד החזרת הקטין יהיה לא יאוחר מיום 31.7.1999.

ניתנה היום, ל' בסיוון תשנ"ט (14.6.1999).

מיני-רציו:

* משפחה – משמורת קטינים – החזרת ילדים חטופים

על-פי [חוק אמנת האג \(החזרת ילדים חטופים\)](#), תשנ"א-1991 –
מטרות אמנת האג – הכלל בדבר חובת החזרת קטין למקום
המגורים שממנו נחטף – היעדר שיקול-דעת לבית-המשפט –
החריגים הקבועים באמנה – שיקול-דעת לבית-המשפט
במקרה שמתקיים אחד החריגים – פרשנות החריגים והנטל
להוכיחם – חריג ההשלמה בסעיף 13(א) לאמנת האג –
פרשנותו – היחס בין טובת הילד לבין חוק אמנת האג
(החזרת ילדים חטופים) ואמנת האג.

[הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה
ועוד באתר נבו - הקש כאן](#)