



## בבית המשפט העליון

בע"מ 2270/13

לפני: כבוד השופט א' רובינשטיין  
כבוד השופט ח' מלצר  
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

המבקשת: פלונית

נגד

המשיב: פלוני

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז (השופטות נד"ב, ברנט ופלאוט) מיום 21.3.13 בתיק עמ"ש 16666-02-13

תאריך הישיבה: ט"ו באייר התשע"ג (25.4.13)  
כשם המבקשת: עו"ד שמואל מורן  
כשם המשיב: עו"ד ורדה אפרת

### החלטה

#### השופט א' רובינשטיין:

א. בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז (השופטות נד"ב, ברנט ופלאוט) מיום 21.3.13 בתיק עמ"ש 16666-02-13, במסגרתו נקבע כי על המבקשת להחזיר את בנה הבכור להולנד. עניינה של הבקשה – מחלוקת לעניין הפרדה בין שני אחים בהליך אמנת האג.

ב. הנה עיקרי דברים: המבקשת הגיעה עם שני ילדיה לישראל ללא ידיעתו של אביהם, לאחר שקצה נפשה בחיי הזוגיות עמו ובחיים בהולנד, שם התגוררו יחדיו בחמש השנים קודם לכן. כעת מסרבת היא להשיב את הילדים להולנד, לסביבתם הטבעית עד הנה. כזו היא מסכת העובדות האופיינית למרבית התיקים העוסקים באמנת האג, בהם מיטלטל הקטין ממדינה ומשלם את מחיר המאבק בין

הוריו. כאשר נטילת הילד ממקום מגוריו נגועה באי-חוקיות נוכח פגיעה בזכויותיו ההוריות של ההורה השני, כבנדון דידן, מוגדר המעשה על ידי האמנה כחטיפה, ונדרשת השבתו המידית של הילד למקום מגוריו הרגיל. מכאן בקשת רשות הערעור הנוכחית, על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז שבמסגרתו התקבל חלקית (בקשר לאחד משני בניהם של הצדדים) ערעורה של המבקשת על פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה בראשון לציון (השופטת שירה) מיום 3.2.13 בתיק תמ"ש 36930-09-12. בית המשפט לענייני משפחה הורה למבקשת להחזיר את שני ילדיה להולנד על פי חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), התשנ"א-1991. הבקשה מעלה, בין השאר, עתירה למנות מומחה לבחינת הנזק הצפוי להיגרם לאח הבכור כתוצאה מהפרדתו מאחיו הקטן נוכח החזרתו.

#### רקע והליכים

ג. המבקשת (להלן האם), אזרחית ישראל, הגיעה להולנד בשנת 2005 לצורך לימודים בתחום רכיבת סוסים וקפיצות, ובשנת 2007 הכירה במסגרת לימודיה את המשיב (להלן האב). הצדדים נקשרו במערכת יחסים זוגית ועברו להתגורר יחד. תוך זמן קצר, ב-29.8.08, נולד בנם הבכור ר', ופחות משנתיים לאחר מכן, ב-4.5.10, נולד אחיו הקטן ד'. בהתאם לדין בהולנד, ילדים הנולדים להורים שאינם נשואים מוחזקים במשמורת אמם, אלא אם כן נרשם אביהם כהורה משמורן משותף עמה (ואם האם מתנגדת, נדרש בירור בבית משפט). במקרה דנא נעשה הליך רישום זה לגבי ר', וטרם נעשה באשר לד'. במארס 2012 נפרדו הצדדים, וביום 17.4.12 הגיש האב בבית משפט בהולנד תביעה למשמורת משותפת ביחס לד', ובסמוך לאחר מכן, ביום 21.4.12, הגיש תביעה בהולה לזכות שימוש בלעדית בדירה ולקבלת שני הילדים לחזקתו הפיסית, או לחלופין לקביעת הסדרי ראייה והפקדת דרכוניהם אצלו. ביום 21.4.12 הגיעה האם עם שני הילדים לישראל, בלא ידיעת האב. היא והילדים מתגוררים בקיבוץ במרכז הארץ בסמוך להוריה, ולדיונים בבית המשפט בהולנד התיצבה מטעמה רק באת כוחה.

ד. מהכא להתם קבע בית המשפט בהולנד ביום 21.9.12, בהמלצת המועצה לשלום הילד שם, כי כמו ר' יהא גם ד' במשמורת משותפת זמנית של שני ההורים. שאלת מקום מגוריהם הקבוע של הילדים צפויה להתברר אף היא במסגרת ההליך בהולנד, אולם את ההחלטה בעניין זה דחה בית המשפט עד לבירור ההליך דנא.

ה. בד בבד הגישה ביום 3.7.12 אף האם תביעת משמורת בבית המשפט בישראל (תמ"ש 6816-07-12), וכן עתרה לקבלת משמורת זמנית, במעמד צד אחד, בטענה לקיומו של חשש שהמשיב יחטוף את הילדים. חרף זאת ביקש בית המשפט את תגובתו של האב, ולבקשת שניהם הוקפאה תביעה זו גם היא עד לבירור ההליך דנא.

#### ההליך בבית המשפט לענייני משפחה

ו. ביום 16.9.12, בהיסמכו על אמנת האג, הגיש האב תביעה לבית המשפט לענייני משפחה להחזרת הילדים להולנד, בטענה כי ביום 21.4.12 הורחקו משם על ידי האם שלא כדין כאמור. לשיטתו היה הוא המפרנס היחיד של המשפחה, והדמות העיקרית שטיפלה בילדים ובמטלות הבית, הואיל והאם לא הצליחה להשתקם מהתמכרותה לצריכת אלכוהול וסמים. לטענת האב הרחיקה האם את הילדים לישראל במטרה לסכל את הליכי המשמורת שבהם הוחל בהולנד, מחשש פן יוכרע כי מקום מגוריהם הקבוע יהא אצל האב, ותביעתה בישראל מהווה איפוא שימוש לרעה בהליכי משפט. האם טענה, כי אין מתקיימים במקרה דנא התנאים לתחולתה של האמנה, ומשאין היא חלה לא ניתן לחייבה להחזירם. לטענתה, היתה זו היא שנשאה לבדה בגידול הילדים בעוד האב התנכר להם, ועזיבתם נבעה מן המצוקה שבה חיו היא והילדים במחיצתו, נוכח התנהגותו האלימה והמתעללת, בצד התמכרותו לשתית אלכוהול ולחומרים אחרים. על רקע זה טענה בין היתר, כי ממילא אין להחזיר את הילדים להולנד, הואיל ומתקיימים תנאי ההגנה של סעיף 13(ב) לאמנת האג, המאפשר לבית המשפט באופן חריג שלא להורות על החזרתו של קטין למקום מגוריו הרגיל, במקרה של "חשש חמור שהחזרתו של הילד תחשוף אותו לנזק פיסי או פסיכולוגי או תעמיד את הילד בדרך אחרת במצב בלתי נסבל".

ז. לבקשת האם, וחרף התנגדותו של האב, הורה בית המשפט לענייני משפחה בהחלטתו מיום 25.10.12 על מינוי מרכז מומחים, כדי לבדוק אם ניתן – כטענת האם – ללמוד מהתנהלותם של הילדים, ובעיקר של הבן הגדול ר', על קיומו של חשש כאמור בסעיף 13(ב) לאמנה באשר לשני הילדים. עוד טענה האם, כי אם ידחה בית המשפט את התביעה אך באשר לד' ויורה על החזרתו של ר', עשויים האחים להימצא במצב בלתי נסבל כתוצאה מהפרדתם זה מזה, ובנוסף עשוי ר' להיות מנותק מאמו, וקיים חשש שיגרם להם נזק פסיכולוגי כבד לאין שיעור. סיכומו של מרכז המומחים היה, כי לשני ההורים בעיות משלהם; לאם מורכבות, ועם זאת מוכנות להבנת הבעיות ולטיפול בהן; האב אדם עצור, בעל קשיים נפשיים ויכולות רגשיות מוגבלות, ובהן אי הבנת המורכבות בקשר בין ההורים לילדים, תוך חשש הקשור ביכולת לפגוע בילדים

בלא הדרכה ותמיכה אינטנסיביים; זאת – אף שלא נצפה חשש של הילדים ממנו באינטראקציה שנבדקה, וראו גם פסקה י' להלן; האב יכול להפיק תועלת מהדרכה וטיפול מתאימים.

פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה

ח. פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה ניתן ביום 3.2.13. ראשית נדרש בית המשפט לרקע העובדתי של הפרשה. בחודש יוני 2011 הגיעה כל המשפחה לישראל לצורך ניתוח רפואי של האם. לאחר שבועיים נאלץ האב מטעמי עבודה לחזור להולנד, והאם נשארה עם הילדים בישראל כדי להתאושש ולהחלים מן הניתוח. עוד עולה מפסק הדין, כי הביקור התארך מעבר למה ששיוה האב בנפשו, וכי נוכח התערערות היחסים עם האם עוד קודם לנסיעה חשש כבר אז, כי אין בכונתה לחזור עם הילדים להולנד. לבסוף שבו לאחר כששה חודשים. בית המשפט לענייני משפחה מצא, כי טרם נסיעה זו החלה האם לתכנן את צעדיה כדי שיהא בידה להביא את הילדים לישראל ללא הסכמת האב, באופן שהוראות האמנה לא יחייבו את החזרתם, וכי למן אותו ביקור היו פעולותיה, כולל השיבה להולנד, מוכוונות לכך.

ט. בית המשפט לענייני משפחה הוסיף וקבע, כי ביום 21.4.12 הרחיקה האם את ר' מהולנד שלא כדין תוך שמנעה מן האב להפעיל את סמכותו ההורית כלפיו, וכי מיום שקבע בית המשפט בהולנד, ב-21.9.12, כי להורים תהא משמורת משותפת גם על ד', אי-החזרתו של ד' להולנד מנוגדת לאמנה אף היא. עוד נקבע, כי האב לא הסכים להרחקת הילדים ולא השלים עם התרחשותה, ומשחלה האמנה על שני האחים, אין מקום לדון בנוק שעלול להיגרם להם, כטענת האם, כתוצאה מהפרדה ביניהם. למעלה מן הצורך צוין, כי טענתה זו של האם מקוממת, הואיל ובעשותה דין לעצמה הובילה היא עצמה למצב בו קיים חשש להפרדה בין שני בניה, ומשכך ממילא לא היה מקום לקבלת הטענה, כדי שלא תהא חוטאת נשכרת.

י. אשר להגנותיו של סעיף 13(ב) לאמנה, בית המשפט לענייני משפחה נדרש לדיווחיהן הנפרדים של העובדות הסוציאליות השונות שנכחו במפגשי האב עם הילדים ביחידת הסיוע, והללו לא זיהו בקרב הילדים סימנים של חשש מפניו. הן התרשמו, כי האב קשוב לרצונותיהם של הילדים, כי התרגש מאוד והילדים יצרו עמו קשר קרוב, וכי אין ספק שהן האב הן הילדים הפיקו מן המפגש הנאה ושמחה רבה. עוד נדרש בית המשפט לחות דעתו של המומחה שמונה מטעמו, אשר ערך להורים ולילדים בדיקות מקיפות, והתרשם כי הילדים שמחו לראות את האב ואינם פוחדים

ממנו. נוכח האמור לא מצא בית המשפט לענייני משפחה כי מתקיימות ההגנות הקבועות בסעיף 13(ב), והורה על השבת שני הילדים למקום מגוריהם הרגיל בהולנד ועל התנאים בהם יש לעשות כן, כדי שהצדדים ימשיכו שם את הדיונים בענייני המשמורת. ביצעו של פסק הדין עוכב והאם עירערה עליו.

#### בית המשפט המחוזי

יא. בערעורה בבית המשפט המחוזי חזרה האם על טענותיה, ובעיקר השיגה על הקביעה לפיה חלה האמנה על ד', שבנוגע אליו טרם היתה לאב משמורת עת שעזבו היא והילדים את הולנד. בדיון שהתקיים בבית המשפט המחוזי ביום 20.3.13 הסכימו הצדדים, כי לעניין ד' יתקבל הערעור במובן שאין האמנה חלה עליו, וכי לעניין ר' יצטמצם הערעור אך לשאלת החשש שייגרם לו נזק פסיכולוגי, כמשמעו בסעיף 13(ב) לאמנה, כתוצאה מהפרדת האחים.

יב. לטענת האם, משחלה האמנה רק על ר' ולא על ד', אין מתקיימת הנחת המוצא של בית המשפט לענייני משפחה, כי האחים לא יופרדו, ומשכך יש למנות מומחה שיבחן לגבי ר' את הנזק שעלולה החזרתו להולנד, במנותק מאחיו להסב לו. עוד נטען, בין היתר, כי על סוגיה זו להיבחן בנפרד משאלת התנהגותה של האם, שלא כקביעותיו של בית המשפט לענייני משפחה.

יג. האב השיב, כי על שאלת הנזק לקטינים כתוצאה מהפרדתם להיבחן בבית המשפט בהולנד במסגרת הדיונים בתיק המשמורת הקבועה, וכי ככל שקיים חשש כזה גם לעניין תקופת ההליכים, הנה על מנת שלא להפר את הוראות האמנה על המשמעות להיות החזרתו של ד' יחד עם ר', ולא השארתו של ר' יחד עם ד'. בסיום הדברים הובע ספק לגבי היות הנזק הצפוי מהפרדה בין האחים חמור מן הנזק הצפוי לר' כתוצאה מהפרדתו מאביו.

יד. בפסק דינו מיום 21.3.13 לא מצא בית המשפט המחוזי לבקש חות-דעת משלימה של המומחה, הואיל וממילא מוכן היה להניח כי הפרדת האחים תסב להם נזק; בהיסמכו על פסק דינו של חברי השופט ג'ובראן בבע"מ 2338/09 פלונית נ' פלוני (2009) (להלן עניין פלונית) ציין, כי הואיל וההפרדה היא תוצאה ישירה של מעשי האם, הנה אם יימנע בית המשפט מהורות על החזרתו של ר' מטעם זה, יפעל בניגוד לאחת מתכליות האמנה, שכן האם תצא נשכרת מן החטיפה; זאת, כפרט הואיל

ובידיה למנוע את הנזק, בכך שתחזור עם שני הילדים יחד להולנד. משכך התקבל הערעור, בהסכמת הצדדים, בכל הנוגע לד', אך נדחה באשר לר'.

#### הבקשה והדיון בפנינו

טו. כלפי פסק דין זה הוגשה ביום 24.3.13 הבקשה הנוכחית למתן רשות ערעור, ונטען לגביה כי אין המשמעות של קבלתה דיון בגלגול שלישי, שכן לשאלת הנזק הצפוי לר' כתוצאה מהפרדתו מאחיו לא ניתנה הדעת באף לא אחת משתי הערכאות הקודמות שדנו בתיק. לטענת האם, בית המשפט לענייני משפחה דחה את הצורך בבחינת הנזק שייגרם לר' כתוצאה מהפרדתו מאחיו, מן הטעם שקבע מתחילה כי האחים לא יופרדו (שכן האמנה חלה על שניהם); משבוטלה קביעה זו בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, ונוכח היעדרה של תשתית מקצועית ועובדתית לעניין זה, נולד צורך זה מחדש. עוד נדרש בא כוחה של האם לפסק הדין בעניין פלונית שעליו התבסס בית המשפט המחוזי, וטען כי לא נשללה בו הפרדת אחים כשיקול בהליכי אמנה, וכי השופט ג'ובראן הכיר באפשרות שבמקרים חריגים יוצר כתוצאה מכך נזק כהגדרתו בסעיף 13(ב) לאמנה. עוד נטען, כי שונות היו הנסיבות שם מן הנסיבות דנא, שכן בעניין פלונית לא נתבקשה חות דעתו של מומחה לעניין ההפרדה מתחילה, וכן ממילא לא הספיק הבן הבכור שם להיקשר לאחיו התינוק, שאך נולד אותה עת.

טז. משכך נטען, כי בנסיבות, בסירובו להורות על קבלת חות דעת משלימה לעניין זה חרף בקשותיה החוזרות של האם, מנע ממנה בית המשפט המחוזי את זכותה לטעון לכך שהמקרה דנא בא בגדר החריגים האמורים; וזאת, בניגוד להלכה לפיה יש לבסס הכרעות במסגרת האמנה על תשתית עובדתית רחבה, ובפרט כשנוגעות הן לטובת הילד, שאז יש חשיבות רבה לחות דעתו של מומחה, אף אם יהא בכך כדי לעכב את ההליך. כן נטען, כי בפסיקה הזרה מקובל העיקרון שאין להחזיר ילד מכוח האמנה, אם יופרד עקב כך מאחיו, שעליו אין חלה האמנה; ובדיון בפנינו הוסיף בא כוחה של האם, כי בחמש השנים האחרונות היה בית המשפט העליון בישראל, בקביעתו בעניין פלונית, היחיד שהורה על החזרתו של ילד בהתאם לאמנה חרף הפרדתו מאחיו באופן זה.

יז. עוד נטען, כי "בנסיבות תיק זה לא ניתן לראות את האם, שהיתה חשופה לאלימות והתעללות בלתי פוסקת מהאב, נסה על חייה עם ילדיה לישראל, לאחר שהאב גירשם מהבית, נמנע כליל מלספק את מחייתם והפך את חייהם שם לבלתי

אפשריים – כמי ש'חטאה' (פסקה 46), ומשכך שגה בית המשפט המחוזי בקביעתו, כי ההפרדה הצפויה נובעת ממעשי האם. הוטעם, כי משהיתה הרחקתו של ד' חוקית, בית המשפט הוא שגורם – בהחלטתו להחזיר את ר' – להפרדה בין האחים, ומחובתו לבחון באופן מקיף ומקצועי את החשש לקיום תנאיו של סעיף 13(ב) לאמנה. כן נטען, כי משישראל היא צד לאמנה בדבר זכויות הילד (כתבי אמנה 31, 221) (נפתחה לחתימה ב-1989)), על בית המשפט לראות את טובתו של ר' כשיקול ראשון במעלה, ואם נפגעת טובתו כתוצאה מהפרדתו מאחיו, מדובר בפגיעה אסורה. לפיכך, נתבקשנו לבטל את פסק דינו של בית המשפט המחוזי ולדחות את תביעת האב בנוגע לר', ולחלופין להורות על עריכתה של חות דעת משלימה לעניין הנזק הצפוי לו מהפרדתו מאחיו.

יח. התבקשה תשובה של האב לבקשה ובה נטען, כי לא בכדי אין האמנה מציבה אי-הפרדה בין אחים כתנאי להחזרת ילד שנחטף בהתאם להוראותיה, וכי כשם שאין מחויב בית המשפט למנות מומחה בכל מקרה שבו משמעות ההחזרה היא הפרדת הילד מאמו, קל וחומר אין חובה זו קמה שעה שעלול הוא להיות מופרד מאחיו. יתרה מכך נטען, כי בעוד האם מתריעה בדבר הנזק הצפוי כתוצאה מן ההפרדה בין האחים, אין היא מייחסת חשיבות להשלכות של הפרדתם מאביהם – על פי בחירתה שלה – שעה שאת שני הדברים יש בידה למנוע בשובה להולנד עם שני הילדים. בדיון בפנינו (ביום 25.4.13) הטעימה באת כוחו של האב, כי הכרעתו של בית המשפט המחוזי אינה מובילה בהכרח להפרדה בין האחים, וזו נתונה לבחירה של האם, הרשאית לשוב להולנד. עוד נטען, כי בפסיקה הזרה מעוגן העיקרון לפיו אין הנזק כתוצאה מהחזרת ילד לפי האמנה יכול לנבוע מסירוב של הורה לשוב עמו, לרבות אם ינותק מן האם או מאחיו האחרים. הוטעם, כי הימנעותו של בית המשפט לענייני משפחה להידרש לנזק הנטען כתוצאה מן ההפרדה, לא נבעה אך מקביעתו כי האמנה חלה על שני הקטינים, אלא התבססה גם על העיקרון ש"אל יהא חוטא נשכר", ותוך ששוכנע כי לא צפוי לילדים כתוצאה מהחזרתם להולנד נזק המצדיק שלא לעשות כן.

הכרעה

יט. בעבר נזדמן לי לציין את הדמיון שבין תיקי אמנת האג לתיקי משמורת או אימוץ, בכך שבמוקד הדיון בהם מצויות "נפשות רכות שלא חטאו ושעל גבן חרשו חורשים, הורים שסרחו או הצהובים זה לזו עד אין קץ" (בע"מ 5024/10 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (2010), בפסקה ט'). בתיקים אלה, העוסקים בעתידם של ילדים צעירים, ניתנת רשות הערעור בגלגול שלישי ברוחב יחסי של יד ולב, נוכח

רגישותם העמוקה ויוצאת הדופן, וכדי למצות את הבדיקה השיפוטית ככל הניתן (דנ"א 1892/11 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית (2011), בפסקה ד'). ואולם, לאחר עיון בבקשה, בתגובה ובנספחיהן, כמו גם באסמכתאות שהוגשו, לא מצאנו להתערב במקרה דנא בהחלטותיהם של בתי המשפט קמא.

אמנת האג – חובה להחזיר ילד שנחטף למקום מגוריו הרגיל

כ. בישראל אומצה אמנת האג כלשונה, ומופיעה בתוספת לחוק אמנת האג בתרגומה הרשמי. התכלית שביסוד האמנה קבועה בסעיף 1 שבה – להבטיח כי ילדים שהורחקו שלא כדין ממקום מגוריהם הרגיל למדינה אחרת יוחזרו לאלתר, ולמנוע ביעילות ובמהירות את האפשרות בידי הורה לשנות חד צדדית מצב קיים של זכויות המשמורת והביקור אשר הוקנו להורה השני על פי דינה של המדינה המתקשרת, וזאת בפעולת חטיפה, תוך ניסיון לעשיית דין עצמית (בש"א 1648/92 טורנה נ' משולם, פ"ד מו(3), 38, 42 (1992) (להלן עניין טורנה); ליבוביץ נ' ליבוביץ, פ"ד מז(3), 63, 70 (1993); בע"מ 672/06 אבו עראד נ' דגוז (2006), בפסקה 8 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (להלן עניין אבו-עראד)). בסעיף 3 לאמנה קבועים התנאים שבהתקיימם נוגדת הרחקתו של ילד את הדין, ומשמתקיימים תנאים אלה מחייב סעיף 12 לאמנה, כי המדינה שאליה הורחק הילד תורה על החזרתו המידית. חובה זו היא מוחלטת (עניין אבו-עראד, שם; ע"א 7206/93 גבאי נ' גבאי, פ"ד נא(2), 241, 250 (1997) (להלן עניין גבאי)). האמנה מגלמת הסכמיות של סדר בינלאומי, החיוני בעולם גלובלי כדי למנוע "איש הישר בעיניו יעשה" (שופטים, י"ז, ו'). עיקרון זה גובר זמנית על העיקרון הבסיסי של טובת הילד ה"רגילה", קרי, נדרשים (למעט חריגים) בראש וראשונה לחובות הסדר הבינלאומי; וכדברי הנשיא ברק "זוהי 'טובת ילד' מיוחדת וצרה. אין היא המסגרת הרגילה של 'טובת הילד' הנדונה בקביעת זכות המשמורת הקבועה. זוהי 'טובת ילד' הנבחנת במסגרת העזרה הראשונה של השבת המצב לקדמותו" (עניין גבאי, בעמ' 251-252; השוו ע"א סטגמן נ' בורק, פ"ד מט(2) 431, 437-438 (1995), בפסק דינו של השופט א' גולדברג (להלן עניין סטגמן)).

כא. בשונה מתיקי אימוץ או משמורת, מתאפיינת הקביעה במסגרת הליכים לפי האמנה בארעיות ואינה מכריעה לעניין מקום מגוריו ומשמורתו הקבועים של הילד. הסעד הניתן במסגרתה, בהתאם לתכליתה, הוא סעד של חרום במקרי חטיפה, אשר נועד להיות מהיר, דחוף ומידי. מעין "עזרה ראשונה" לשלילת תוצאות החטיפה, שהתרופה לה היא החזרת המצב לקדמותו, על מנת למנוע נזקים כתוצאה מעיכוב ההחזרה (עניין טורנה, בעמ' 46; עניין גבאי, בעמ' 251). אכן התפיסה המעוגנת בה



בגרות שבהם מן הראוי להביא בחשבון את השקפותיו.

בבואן לשקול את הנסיבות הנזכרות בסעיף זה, יביאו הרשויות השיפוטיות והמינהליות בחשבון את המידע בדבר רקעו החברתי של הילד, כפי שהומצא על ידי הרשות המרכזית או רשות מוסמכת אחרת שבמקום מגוריו הרגיל של הילד" (ההדגשות הוספו – א"ר).

שתיים הן השאלות העומדות לפתחנו: האם נזק נטען כתוצאה מהפרדת האחים בא בגדרו של הנזק המתואר בסעיף 13(ב), ואם כן – האם בנסיבות יש בנזק נטען זה כדי להטות את הכף לטובתה של המבקשת. לעניין סעיף זה הטעימה השופטת נתניהו, כי "מגמת האמנה היא להביא להחזרה מידית של ילד 'שנחטף' ואת סעיף 13(ב) יש להגביל למקרים יוצאי דופן מבחינת המצב הבלתי נסבל וחומרת החשש להיווצרותו כתוצאה מההחזרה" (עניין טורנה, בעמ' 45; ההדגשה הוספה – א"ר). במבט זה, ונוכח האמור מעלה באשר לטיב השיקולים בתיקי אמנת האג, יש לבחון איפוא את טענת האם, כי נוכח פסק דינו של בית המשפט המחוזי, יש חשש שר' יועמד במצב בלתי נסבל וייגרם לו, אם יוחזר להולנד, נזק פסיכולוגי חמור, כתוצאה מן ההפרדה מאחיו, ויש למנות מומחה שיחווה דעתו בענין זה.

כג. בטרם אפנה להשיב יצוין, כי כבית המשפט המחוזי נצא גם אנו בדיוננו מתוך הנחה, כי ההפרדה לא תיטיב עם האחים. דומני כי השכל הישר יכול ללמדנו זאת, ולמותר יהא להכביר מלים; דרך הטבע היא גידולם של האחים בצוותא. השאלה היא, אם כן, האם הנחה זו מצדיקה, בנסיבות העניין, את הותרתו של ר', האח הבכור, בישראל.

נוק כתוצאה מהפרדה בין אחים

כד. אשר לשאלה אם בא הנזק מן ההפרדה בגדרו של סעיף 13(ב), הנה נדרש חברי השופט ג'ובראן לשאלה זו בפסק דינו בעניין פלונית, בציינו כי:

"אין לקבוע כלל שכל אימת שקיים חשש כי יופרדו שני אחים זה מזה, או ילד מאחד מהוריו, לא יוכל בית המשפט להפעיל את סמכותו להחזרת הילד למקום מגוריו על פי אמנת האג, שהרי כלל שכזה יאיין לחלוטין את אחת מתכליות האמנה, והיא שההורה החוטף לא יצא נשכר ממעשיו. אמנם מוכן אני לקבל את הטענה שבמקרים יוצאי דופן תוכל תוצאה זו להביא לידי כך כי

בית המשפט יימנע מלהחזיר קטין למקום מגוריו. אך המקרה שבפנינו, מכל מקום, אינו נופל בגדר אותם מקרים חריגים" (עניין פלונית, בפסקה 30; ההדגשות הוספו – א"ר).

עוד הפנה השופט ג'ובראן לפסיקה זרה באותה רוח (שם, בפסקה 29). קרי, סעיף 13(ב) לאמנה יפון, על רקע טענה של נזק כתוצאה מהפרדה בין אחים, במקרים יוצאי דופן בלבד.

כה. אמנם, כדי לתמוך בטענתו – שעל פני הדברים אינה עולה בקנה אחד עם הפסיקה בעניין פלונית – כי הכלל המנחה הוא שאין להפריד בין אחים, הגיש בא כוחה של האם בדיון שנערך בפנינו, כידו הטובה, פסיקה ענפה, ובחלקה עדכנית יותר מפסק הדין בעניין פלונית, של בתי משפט ברחבי העולם, במדינות שהן צד לאמנת האג. באותה פסיקה – כנטען – נקבע פעם אחר פעם, כי כאשר אין האמנה מחייבת את החזרת כל האחים למקום מגוריהם הרגיל, הפרדתו של ילד אחד מאחיו תגרום לו נזק פסיכולוגי ותעמידו במצב בלתי נסבל כמשמעותם בסעיף 13(ב) לאמנה, והוחלט שלא להורות על כך. ברם, בחנו פסיקה זו, וכמוסבר בהמשך, דומני כי אין המקרים שהובאו מצביעים על כלל אחר מזה אשר נקבע בפרשת פלונית, שכן באים הם בגדר אותם מקרים חריגים ויוצאי דופן שפסק הדין הכיר בהיתכנותם.

כו. מהם איפוא אותם מקרים חריגים ויוצאי דופן? דומני, כי על שאלה זו יהא ניתן להשיב אם נבחן את מקרי ההפרדה בין אחים, במשקפי הבעיה שעמה נועדה האמנה להתמודד; זו מוגדרת בסעיף 15 למסמך הפרשנות הרשמי של אמנת האג, כך:

"15 ... it can firmly be stated that the problem with which the Convention deals – together with all the drama implicit in the fact that it is concerned with the protection of children in international relations – *derives all of its legal importance* from the possibility of individuals establishing *legal and jurisdictional links which are more or less artificial*" (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* (Vol. III, 1980), p. 429 (להלן דו"ח Perez-Vera; ההדגשה הוספה – א"ר).

התכלית של השבת המצב לקדמותו נועדה להתמודד עם נסיבות משפטיות חדשות שנוצרו על ידי ההורה החוטף באופן מלאכותי כתוצאה ממעשיו; זאת, כאמור, מתוך תפיסה בסיסית כי אין זו טובתו של הילד שינותק מסביבתו הטבעית והרגילה מבלי שנבדק קיומן של בטוחות מתאימות לשמירה על יציבות עולמו. כאשר, לעומת זאת, מתנגש הצורך לבטל את הניסיון הכוחני של ההורה החוטף לעשיית דין עצמי עם הצורך להגן על הילד מפני נזק חמור שיבולע לו – מורנו סעיף 13(ב) לאמנה, כי טובתו של הילד עשויה לחייב, שאינטרס היציבות שלו – ואוסף, אינטרס הסדר הבינלאומי – ייסוג מפני הצורך להגן על שלומו (דו"ח Perez-vera, בפסקה 29; השו"ע עניין סטגמן, בעמ' 437-438). ודוק, לא בכל מקרה שבו עלולה השבתו של הילד לסביבתו הטבעית להיות מלווה בנזק חמור, תהא התוצאה החלת החרג שבסעיף 13(ב). הדבר נתון לשיקול דעת וניתן לחשוב על פתרונות לאיונו של אותו נזק. ככל שניתן להחזיר את הילד למקום מגוריו הרגיל מבלי לחשפו לנזק, פשיטא כי זו דרך המלך. ואולם, במקרה של נזק חמור בהיעדר פתרון ראוי, לא יוחזר הילד. כללם של דברים, "אי החזרתו של הילד החטוף מותרת, במסגרת החרגים, רק במקרים קיצוניים בהם משקל צרכיו של הילד החטוף הוא בעל עוצמה כה גדולה עד כי הוא גובר אף על תכליתה המרכזית של האמנה – למנוע חטיפות ילדים וטלטולם מארץ לארץ" (עניין אבו-עראר, בפסקה 9 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה). וכשהמדובר במקרה כגון עניינו, כמובן, כל עוד קיימת אפשרות להשיב את הילד מבלי שהחזרתו תגרור בהכרח הפרדה בין האחים, יש להיזהר ממצג מלאכותי בעקבות החטיפה, שלפיו תגרור ההחזרה הפרדה בין האחים, שכן הימנעות מהחזרה במצב זה תתעלם משורש הבעיה שביסוד האמנה, בחינת "החטפת וגם נשאת". הבנה כזו של הדברים אף מתמודדת עם החשש, שלא יצא ההורה החוטף נשכר ממעשיו, שכן העילה להימנע מהחזרה צריכה שתהא חורגת מן הנסיבות המלאכותיות שנוצרו עקב החטיפה.

כזו. על רקע האמור נבחן את הפסיקה הזרה שהובאה בפנינו מטעם האם. במרבית אותם מקרים מצאו בתי המשפט, לעתים לאחר שנשמעה חות דעתו של מומחה ולעתים בהעדרה, כי הילדים המבוגרים יותר התנגדו בבירור להחזרתם, וכי היו בוגרים דיים לבטא את רצונותיהם באופן כן ומושכל, באורח בלתי תלוי ברצונותיו של ההורה החוטף (על פי רוב האם). ברוב רובם של המקרים היו הילדים הגדולים יותר בני 10 ומעלה. משכך הוחלט, כי ראוי להתחשב בעמדתם ולא להורות על החזרתם, בהתאם לסיפא של סעיף 13 לאמנה, אשר מורה כאמור, כי: "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". בעקבות זאת נקבע באותם מקרים, כי אם יוחזרו הילדים הצעירים, שטרם הגיעו לרמת

בגרות המאפשרת להתחשב בעמדותיהם או שלא הביעו התנגדות לחזור, ללא אחיהם הגדולים, ייגרם להם כתוצאה מן ההפרדה נזק פסיכולוגי כבד מנשוא, והם ייקלעו למצב בלתי נסבל. לפיכך, משהוחלט להתחשב ברצונות האחים הגדולים, נקבע כי אין לאיין את זכותם להתנגד להחזרה עקב החשש מהפרדתם מאחיהם הצעירים, או באמצעות אילוץ האם לבחור אם לחזור עם הילדים הצעירים או להישאר עם אחיהם הגדולים, ומשכך אף שתנאי האמנה חלים על הצעירים, אין להחזירם ( B. v. K. [1993] 1 FCR 382; Urness v. Minto [1994] SC 249; In the Marriage of S.S. and D.K. Bassi [1994] FLC 92-4, pars. 51-56; Secretary for Justice v. P., ex parte C. [1995] NZFLR 827; Singh v. Singh [1998] SC 68; Re T. [2000] 2 FCR 159; Re W. (MINORS) [2010] EWCA civ 520, pars. 13(b) 26; State Central Authority v Hotzner (No 2) [2010] FamCa 1041, pars. 194-199, 233-234; WF v. RJ and BF and RF [2010] EWHC 275, par. 55 (NBQN [2010] J.M.H v. A.S. [2009], pars. 68-69). במקרים אחרים – של ילדים קטנים יותר – בכתי המשפט בסקוטלנד ובארצות הברית, עמדו האמהות בנטל ההוכחה לקיומו של חשש לנזק פיסי או פסיכולוגי (שאינו נובע מן ההפרדה) לילדותיהן הבכורות עם החזרתן, בשל רקע של התעללות מצד האב, ונקבע כי אין זה מן הנמנע שחשש זה קיים אף בנוגע לאחיהן הצעירים, וכן צוין, כי אין זה רצוי להפרידם זה מזה ( Miltiadous v. Tetervak [2010] 686 SLT 243; Q. Petitioner [2001] F. Supp. 2d 544). היינו, במקרים אלה היתה ההפרדה יוצרת הנזק תולדה של רצונם הברור והמפורש של האחים הבכורים, המבוגרים יותר, שלא לחזור, או תולדה של חשש לנזק פיסי או פסיכולוגי שייגרם לאחד הילדים (שלא כתוצאה מהפרדה).

כת. עינינו הרואות: במקרים האמורים, ההצדקה שלא להורות על החזרת חלק מן הילדים, ושל אחיהם עקב כך, נבעה מגורמים שחרגו מבחירתו של ההורה החוטף לעזוב את מקום מגוריהם הרגיל של הילדים. באותם מקרים, לא היתה אפשרות ממשית להשיב את המצב לקדמותו, שכן לא ניתן היה אל נכון להחזיר את כל האחים יחד למקומם הרגיל, בשל גורמים החורגים ממעשה החטיפה ומהתנהלותו של ההורה החוטף (רצונו של אחד הילדים, או החשש כי יגרם לאחד מהם נזק פיסי או פסיכולוגי שלא נבע מן ההפרדה). בנוגע לחריג של רצון הילד, ראו את דברי השופטת פרוקצ'יה בעניין אבו-עראר בציינה, כי "האמנה בדבר החזרת ילדים חטופים בנויה על תפיסה כי לילד, כמו למבוגר, ישנה אוטונומיה אישית, כבוד אישי, ורצון עצמאי הראוי להתחשבות. היא מבוססת על הרעיון כי אף שילד נתון בתקופת קטינותו לאפוטרופסות טבעית של הוריו, שמורה לו, גם בתחומי אפוטרופסות זו, אוטונומיה מסוימת, חופש דעה, ורצון הראויים להתחשבות, והמשפט מכיר בכך ונותן לכך משקל בהקשרים שונים ובגבולות מוגדרים" (בפסקה 11 לפסק דינה של השופטת

פרוקציה). הנה, המקרים שהובאו יוצאי דופן הם, ויכולים הם לבוא בגדר התריגים שאליהם כיון חברי השופט ג'ובראן בפרשת פלונית, כמצוטט מעלה.

כט. מכאן באים אנו להשיב על השאלה הקונקרטית הניצבת בפנינו. האם דומים פני הדברים במקרה דנא? חוששני שאין התשובה בחיוב. החשש כי ר' יופרד מאחיו ד', אינו נובע מרצונו של ד' להישאר בישראל, או מחשש לנזק שייגרם לו כתוצאה מהחזרתו להולנד, כי אם מכך שאין האם רוצה לשוב להולנד ואין היא מחויבת להחזירו לשם. לשון אחרת – החשש להפרדה בין האחים ולנזק שייגרם להם הוא תולדה של התנהלותה של האם גרידא. בצדק אפוא נדרשו הן בית המשפט לענייני משפחה הן בית המשפט המחוזי לעניין פלונית, שכן נסיבותיו של המקרה דנא דומות לתשתית העובדתית והמשפטית הרלבנטית שבפרשה שם. באותו עניין התגוררו בני הזוג בצרפת עם ילד שנולד להם, והאם שבה עמו לישראל כדי ללדת את בנם הצעיר, והתכוונה להישאר כאן עם שני הילדים. תחולתה של האמנה התפרשה רק על הבן הבכור. לאחר שנדחו טענותיה של האם בבית המשפט לענייני משפחה לעניין הנזק שנשקף לו מאביו אם יוחזר לצרפת, טענה האם בערעור לבית המשפט המחוזי ובבקשת רשות ערעור לבית משפט זה, בין היתר, לנזק בלתי נסבל שייגרם לבכור אם יוחזר לצרפת, נוכח הפרדתו עקב כך ממנה ומאחיו הצעיר, שיישאר בישראל. שם, כאמור, לא נמצא כי נסיבותיו של המקרה באות בגדרי מקרי ההפרדה התריגים שנוקם נכלל בסעיף 13(ב) לאמנה. גם משהנחנו, כאמור, כי טובתו של ר' תיפגע כתוצאה מהפרדתו מד', אין הנסיבות באות לכלל הנזק החמור המצדיק החלת הסעיף, על פי פרשנות האמנה.

ל. שאלנו עצמנו היש מקום להידרש למשאלת האם למינוי מומחה לעניין הנזק. כאמור, יוצאים אנו מן ההנחה כי נזק מסוים ייגרם, ומנגד מדובר בילדים קטנים, הגדול בן 5 בעוד כשלושה חודשים, והקטן בן שלוש, שאינם בגיל בו ניתן לקבל את דעתם שלהם, וכידי האם גם לצאת להתדיינות בהולנד אם כך תבחר. מסכימים אנו בסופו של יום עם בית המשפט המחוזי (פסקה 10) כי התשתית שבפנינו מספקת להכרעה, על כן לא ראינו בנסיבות הספציפיות מקום למינוי מומחה.

לא. לבסוף, למעשה טוענת האם, כי לא רצונה לחיות בישראל הוא המפריד בין האחים, כי אם עצם היעדר התחולה של האמנה על ד'. אין להלום טענה זו. אמנם אין האם מחויבת להשיב את ד' להולנד, אולם אין כל מניעה לפי האמנה כי תעשה כן. משקיימת האפשרות להשיב את ר' למקומו הרגיל מבלי שיופרד מאחיו, הצגת

ההחזרה כמחייבת הפרדה בין האחים מלאכותית היא, ואין קבלת הטענה עולה בקנה אחד עם תכליות האמנה. אם נתבונן במצב הדברים במשקפים של "השכת המצב לקדמותו", אילולא היתה האם חוטפת את ר', היה הנזק נגרם לו כתוצאה מעזיבתה לישראל ולא כתוצאה מהחזרתו, שכן אין מניעה שד' ישאר עמו בהולנד לשם בירור והכרעה שיפוטית. ברי כי טובתו של ר' היא כי לא יופרד מד', אולם הפרדתם, כאמור, אינה גזרה משמים. גם אם ייקבע – בלא שנביע דעה, כמובן – כי שני הילדים יחיו כאן, בהסכמה בין ההורים או לפי צו שיפוטי הולנדי, אין מקום לאיין את תחולת האמנה.

לב. אשר על כן איננו נעתרים לבקשה; ר' יוחזר תוך שבועיים מהיום, בהתאם לפסק דינו של בית המשפט המחוזי. ככל שתחפוץ האם לשוב עם ד' להולנד – וחזקה עליה שטובת ילדיה לנגד עיניה – עד לסיום ההליכים המשפטיים לעניין החזקה על הילדים, אציע כי החזרה תבצע בתנאים שנקבעו בפסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה מיום 3.2.13, שבהם, כך דומני, יש כדי להפיג את חששותיה לעניין מקום מגורים הולם עבורם, כמו גם במידת מה את החשש הנטען מפני חיכוכים נוספים עם האב. אם לא תבחר האם לשוב עם ד', יגיע האב לישראל לקחת את ר' עמו והוא יהיה במשמורתו עד להכרעה בערכאות המוסמכות לכך בהולנד, שם תתברר סוגיית המשמורת הקבועה, והשיקול הוא – כרגיל ואל נכון – בראש וראשונה טובת הילדים, ויש להניח כי טענות הצדדים ייבחנו לפני ולפנים; וכפי שנכתב בעניין פלונית (פסקה 50), בידי האם להעלות טיעוניה לעניין משמורת משותפת על האחים לטובת הילדים, לרבות נוכח דברים שנאמרו על-ידי צוות המומחים שמינה בית המשפט לענייני משפחה. יוטעם, כאמור, כי אין בהכרעתנו כאן כדי להביע דעה בסוגיה זו.

לג. ארשה לעצמי לסיים בדברים מחוות דעתי בעניין פלונית (פסקאות ב' – ג):

"תיקי אמנת האג מטבעם מייצגים טרגדיות אנושיות, מלחמה בין הורים, העשויים להיות אנשים נורמטיביים בתכלית, אך המבקשים לחיות כל אחד או אחת בארץ אחרת. הסדר הבינלאומי ב"כפר הגלובלי" ובניידות הקלה האופיינית לו קבע את אמנת האג, לשם הבטחת "החזרתם המיידית של ילדים שהורחקו שלא כדין אל מדינה אחרת" (השופטת פרוקצ'יה בבע"מ 672/06 פלונית נ' פלוני (טרם פורסם), פסקה 8), וכפי שציינה, בכגון דא מכריעה טובת הילד "רק מקום שמשקלה גובר על התכלית המרכזית של האמנה". כל תיק מתיקים אלה מייצג עולמות אנושיים, ועל כולנה עולמו של הקטין המיטלטל ממקום למקום. באת כוח המבקשת העלתה

במסגרת זו את כל הטיעונים האפשריים, אף שדעתה לא נתקבלה.

אכן, בנידון דידן עסקינן בתיק שהוא יוצא דופן במידה מסוימת, אף בתיקי אמנת האג, בשל ההבדל המשפטי בין שני בניהם של בני הזוג - שהאחד, הגדול, מצוי תחת רשתה של האמנה, והאחר, התינוק - אינו כן. יש איפוא קושי מובנה בכך שיהא על המבקשת להגיע לצרפת, מטבע הדברים, גם עם בנה הקטן על כל המשתמע. ועם זאת המבנה המשפטי של ההסדר אשר ביסוד האמנה הוא, שעל סוגיית המשמורת להיות מוכרעת במקום שממנו נחטף הילד. במקרה דנא ראוי שהתמונה כולה תבוא בפני בתי המשפט הצרפתיים, כולל זרותה של האם בצרפת, והגישה הבסיסית שלפיה טבעי כי שני אחים יהיו יחד, וכי המשמורת בקטני קטנים מסורה ככלל לאם. ואולם, בסופו של יום עלינו לקיים את מחויבויות אמנת האג...".

דברים אלה, סבורני, הולמים גם את ענייננו.

כללם של דברים

לד. כאמור, אין בידינו להיעתר לבקשת רשות הערעור. אין צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופט ת'ד' ברק-ארז:

אני מסכימה לחוות דעתו המקיפה של חברי, השופט א' רובינשטיין.

1. המקרה שבפנינו מחדד את המתח הבסיסי שביסודה של האמנה בדבר ההיבטים האזרחיים של חטיפה בינלאומית של ילדים (להלן: אמנת האג) – המתח בין דחיית האפשרות לדיון "דה נובו" בטובת הילד במסגרת ההליך להשבת הילד החטוף (דיון שצריך להיעשות בפני בית המשפט המוסמך לכך) לבין ההכרה בחריגים לכך בגדרו של סעיף 13(ב) לאמנה במצבים קיצוניים של "מצוקה" או "נזק".

2. ייחודו של המקרה נעוץ בכך שסיכון ההפרדה בין האחים גלום בתנאי הרקע שלו – העובדה שרק אחד מן האחים הוא "ילד חטוף" שעליו חל ההסדר שבאמנה. במקרה מסוג זה ההפרדה בין האחים היא מן היסודות המאפיינים את המצב שבו נדרש בית המשפט להכריע. זהו מצב שונה מן המקרה הטיפוסי שבו מתעוררת השאלה של

הפרדה בין אחים – כאשר כל ילדי המשפחה הועברו על-ידי אחד ההורים למדינת מושבו (כלומר, נחטפו כולם). במקרים אלה, לא אחת, רק הילד הבוגר או הילדים הבוגרים יכולים להביע את עמדתם בשאלת ההחזרה, וכאשר הם מתנגדים התנגדות נחרצת לכך, עלול להיווצר מצב שבו רק אח צעיר, שעדיין אינו בשל להתייחסות לשאלה, ייצא מוחזר ללא אחיו. זהו המצב הטיפוסי שנדון בפסקי הדין שעליהם הסתמך בא-כוחה של האם, כפי שהיטיב להבהיר חברי השופט א' רובינשטיין בחוות דעתו. במקרים אלה, החריג להשבת הילדים הבוגרים חל באופן בלתי תלוי בשאלת ההפרדה מן האח או האחות הצעירים ונובע מקשיים במערכת היחסים שבין ההורה המבקש את השבת הילדים לבין ילדיו הבוגרים. האח או האחות הצעירים אינם מושבים כדי שלא ייצאו נפגעים מכך שאינם יכולים עדיין להציג עמדה בשלה ועצמאית בפני בית המשפט.

3. ענייננו שונה בכמה אופנים ממקרה טיפוסי זה. השוני העיקרי נעוץ בכך שבנסיבות העניין, לא נמצאה הצדקה עצמאית לאי-השבתו של הבן הבוגר. האם מבקשת לתלות את אי-השבתו לאב רק בכך שהתוצאה תהיה הפרדה מאחיו. קיים חשש גדול לכך שאם נאפשר אי-השבתו של ילד להורה ממנו נחטף רק בשל קשר לאח שהאמנה לא חלה עליו – נרחיב במידה משמעותית את החריג שנקבע בסעיף 13(ב) לאמנה באופן שעלול לחתור תחתיה. הדיון במקרים מסוג זה אינו שכיח, אך כאשר הגיע אל בתי משפט גם במדינות אחרות, ניתן להצביע על הכרה בצורך להשיב את הילד החטוף, חרף התוצאה של הפרדה בין אחים. (ראו: *Cawdrey v. Cawdrey* 2010 ONCA 29 (Canada); *ONCA 5573 (Canada)*).

4. באופן כללי יותר, יש לומר שהפרדה בין אחים היא אכן תוצאה קשה, לנוכח ערכו של הקשר הבלתי אמצעי בין אחים – כקבוצת תמיכה, כחברים, כמשענת רגשית וחומרית, בין בהווה ובין לעתיד לבוא. חשיבותו של הקשר הקיים בין אחים זוכה להכרה גוברת הן בפסיקתו של בית משפט זה (ראו למשל: רע"א 9192/12 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, בפסקה 12 לפסק דינו של השופט י' דנציגר, וכן בדבריו של חברי השופט רובינשטיין (17.2.2013)) והן בספרות המשפטית (ראו למשל: *Jill Elaine* (2012) *Hasday, Siblings in Law* 65 *Vand. L. Rev.* 897). פסק דיננו אינו חותר תחת הכרה זו. דא עקא, בענייננו, המחיר של הפרדה בין אחים אינו עומד בפנינו לבדו. הבחירה האמיתית במקרה מסוג זה היא הבחירה בין הפרדה בין אחים לבין ניתוקם למעשה של האחים כולם מן האב. התוצאה היא קשה כך או כך. בנסיבות אלה, יש לתת משקל לחלקה של האם ביצירת המצב שנוצר – לא משיקולים של אשמה דווקא, אלא



בעיקר כדי למנוע חתירה תחת תכליותיה של אמנת האג. ביסודם של דברים, ומלכתחילה, יש לזכור שטובתם של ילדים מחייבת שההכרעה בשאלות שעניינן משמורת וטיפול לא תתקבל על דרך של "כל דאלים גבר". פרשנותה של האמנה צריכה להיעשות לאורה של תכלית זו, תוך צמצום החריגים להפעלתו של כלל ההחזרה למצבים שבהם הקושי קשור בהורה המבקש את השבת הילד או בסביבת המחייב שהוא יכול לספק לילד.

ש ו פ ט ת

#### השופט ח' מלצר:

אני מצטרף בהסכמה לחוות דעתו הממצה של חברי, השופט א' רובינשטיין, ולהערותיה של חברתי, השופטת ד' ברק-ארז.

נראה לי שהתוצאה אליה הגיעו חבריי מוצדקת גם לפי "מבחן משפט שלמה", שהרי האב נתן פה הסכמתו לאי-תחולת האמנה על ד', הוא האח הצעיר. קשה לזקק את כל המניעים לגישה זו של האב, ואולם היא הביאה לכך שהקטין בו מדובר נשאר עם אמו ויושם כאן למעשה "מבחן משפט שלמה" (השוו לפסק-דיני ב-דנ"א 1892/11 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית (22.05.2011)). בדרך זו הושגה גם "טובת הילד" בנסיבות, בהתחשב בגילו של הרך ובהזקקותו לאמו.

קריטריון דומה ניתן להפעיל גם לגבי ההפרדה שנוצרה בין האחים: ד' ו-ר', אשר בידי המבקשת לבטלה, או למזער אותה (ולו עד הכרעה במחלוקת בפני הפורום המוסמך) – זאת על פי "מבחן משפט שלמה", היה והדבר יידרש.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' רובינשטיין.

ניתנה היום, כ"א בסיון התשע"ג (30.5.13).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט