



בית משפט לענייני משפחה בראשון לציון

תמ"ש 12720-06-17 א. מ. א. ואח'

בפני כבוד השופטת מירה רוס פלאי

תובע: מ. א.

נגד

נתבעת: ש. מ. א.

בעניין: ד. א. (קטינה)
א. ל. א. (קטין)

תביעה לפי חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), התשנ"א-1991

פסק דין

בפני הצורך להכריע בתביעה אותה הגיש התובע, כנגד הנתבעת, להחזרת ילדיהם הקטינים, למקום מגוריהם, במיאמי- ארה"ב, ערב הגעתם לישראל, מכח הוראות חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), התשנ"א-1991 (להלן – "החוק או האמנה").

רקע עובדתי

1. הצדדים, שניהם יהודים אזרחי ישראל, נשאו זל"ז כדמו"י ביום 03.11.2009 והתגוררו בישוב *****.
2. מנשואיהם נולדו לצדדים שני ילדים: בתאריך *.*.2010 נולדה בישראל הקטינה ד. ל. א., ובתאריך *.*.2011 נולד בישראל הקטין א. א. (להלן – "הקטינים").
3. עקב קשיים פיננסיים החליטו הצדדים לעבור לארה"ב. בחודש אפריל 2013 המשפחה עברה לגור באורלנדו פלורידה וביוני 2016 עברו לגור בעיירה באזור מיאמי.



בית משפט לענייני משפחה בראשון לציון

תמ"ש 12720-06-17 א. נ' מ. א. ואח'

4. בתאריך 23.01.2017, הנתבעת נטלה את הקטינים ממסגרות החינוך שלהם, ועלתה עימם לטיסה לישראל, וזאת מבלי שהתובע ידע על כך. הדבר נודע לו רק בשעות הצהריים של אותו יום, עת הגיע לאסוף את הקטינים מהמסגרות שלהם.

5. מאז ועד היום, הקטינים שוהים בישראל עם אמם, ואילו התובע נותר במיאמי.

כרונולוגיה דיונית - מהסוף להתחלה

6. בתאריך 12.06.17 הגיש התובע תביעה זו בתמ"ש 12720-6-17, אשר עניינה החזרת ילדיו החטופים לסענתו וזאת על פי חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים) תשנ"א-1991 (להלן – "החוק או האמנה").

7. במסגרת תביעה זו נתקיימו שלושה דיונים: קדם משפט, דיון לשמיעת ראיות הצדדים ומועד בו סיכמו באי כח הצדדים בעל פה. במהלך הדיונים שני הצדדים היו מיוצגים אולם התובע בעצמו לא נכח בדיונים מאחר והוא נמנע מלהגיע לארץ ועדותו נשמעה באמצעות שיחת וידאו.

8. בתאריך 16.07.17 -מועד שמיעת הסיכומים, נתקבלה חוות דעת מטעם מומחית בית המשפט "הבית של טלי" לתיק בית המשפט. אף נתקבלה עמדת הקטינים כפי שהובאה ע"י האפטרופא לדין, אשר מונתה על ידי הלשכה לסיוע משפטי בהתאם להחלטה מיום 10.07.17.

9. בתאריך הוחלט על עריכת תסקיר אשר ישלב חוות דעת הלשכה לשירותים חברתיים ברחובות וכן חוות דעת בינלאומית באמצעות הלשכה לשירותים חברתיים במיאמי. על החלטה זו הוגשה בר"ע אשר נדחתה ביום 4.7.17.

10. ביום 11.07.17 נתקבלה הודעה, על פיה לא ניתן לערוך את התסקיר הבינלאומי עד המועד שנקבע בהחלטת בית המשפט.



בית משפט לענייני משפחה בראשון לציון

תמ"ש 12720-06-17 א. נ' מ. א. ואח'

11. בהחלטה מיום 12.07.17 בית המשפט, בקש תסקיר בינלאומי מצומצם אשר נוגע לשלוש שאלות ספציפיות, אולם עד מועד כתיבת פסק הדין, לא נתקבל כזה, יחד עם זאת, תשובות לשאלות אלה, נתגבשו לאחר קבלת חוות הדעת וכן ממכלול הראיות שהובאו בפני בית המשפט לרבות אינפורמציה שנתקבלה מהקטינים באמצעות האפוטרופא לדין.

12. בתאריך 29.6.17 ניתנה החלטה על עיכוב הליכים בתביעות למזונות קטינים ומשמורת שהוגשו על ידי הנתבעת.

13. בתאריך 6.6.17 עוכבה יציאתם מהארץ של הקטינים בהתאם לבקשת התובע.

14. כחודש ימים עובר לפתיחת התביעה לפי האמנה, בתאריך 18.05.2017 הגישה הנתבעת תביעה למזונות קטינים בתמ"ש 38432-05-17 ולמשמורת עליהם בתמ"ש 38413-05-17 וכן בקשה לפסיקת מזונות זמניים בתאריך 21.05.17.

15. עוד לפני כן בתאריך 03.05.17, הגישה הנתבעת בקשה לשוב סכסוך בבית המשפט לענייני משפחה במחוז תל אביב אולם זו נסגרה בתאריך 16.05.17 משנתקבלה החלטה על קיצור תקופת עיכוב ההליכים והתיק הועבר לבית המשפט בראשון לציון, נוכח מקום מגוריה של הנתבעת והקטינים ברחובות.

16. מן המקובץ עולה כי חלפו חמישה חודשים מהיום בו עזבו הקטינים את ארה"ב בתאריך 23.01.17 ועד ליום 12.06.17, בו עתר התובע לבית המשפט בתביעה לפי האמנה. זאת הוא עשה, לאחר שקודם לכן, הנתבעת הגישה בקשה לשוב סכסוך בתאריך 03.05.17 ומשהוחלט על קיצור ההליכים, הגישה תביעות למזונות הקטינים ומשמורת עליהם בתאריך 18.05.17.

טענות הצדדים

17. לטענת התובע בתאריך 23.01.17 הנתבעת חטפה את שני הקטינים לישראל, נטלה אותם מהמסגרות החינוכיות שלהם, באופן חד צדדי, מאחורי גבו של התובע והוא נדהם לגלות



בית משפט לענייני משפחה בראשון לציון

תמ"ש 12720-06-17 א. נ' מ. א. ואח'

זאת, כאשר לתומו, הגיע לאסוף אותם, בשעות הצהריים, מהמסגרת בו כל אחד מהקטינים, למד.

18. התובע טוען כי רק לאחר בירורים אשר בצע במהלך אותו יום, נודע לו, כי התובעת נסעה לישראל עם הקטינים ללא הסכמתו וללא ידיעתו.

19. עוד מוסיף התובע כי ניסה לדבר עם הנתבעת על מנת לשמור על שלום בית אולם הבין כי התובעת החליטה בטרם הרחקת הקטינים לישראל כי ברצונה לסיים את נישואיהם. משהבין, כי, אין אפשרות להחזרת ילדיו בדרכי נועם, התחיל התובעת להתעניין בזכויות המשפטיות העומדות לרשותו עד שבתאריך 12.06.17 הגיש תביעה זו בישראל, באמצעות בא כוחו.

20. כמו כן, טוען התובע מאז הרחקת הקטינים, הנתבעת מפריעה לקשר בינו לבין הקטינים והקשר היחיד שלו עמם הוא באמצעות שיחות טלפון דרך המסגרות החינוכיות של הקטינים וכי ברור מתוכן, כי, הקטינים מוסתים נגדו.

21. טוען עוד התובע כי הוא מעולם לא הסכים ולא השלים עם הרחקת ילדיו ממנו. לא לאחר הרחקתם ממנו, ובוודאי שלא טרם הרחקתם החד צדדית ממנו.

22. התובע טוען, כי, כאביהם של הקטינים וכמי שגר עמם כל חייהם, יש לו זכויות משמורת על פי הגדרתן בסעיף 5 לחוק. לחיזוק טענתו, צרף התובע חוות דעת בנוגע לדין בפלורידה. חוות דעת, אשר לאחר שנתקבלה באופן חלקי, בר"ע שהוגשה בעניינה, תורגמה וצורפה לתיק בית המשפט.

23. בהתאם לחוות הדעת מטעם התובע, עומדות לזכותו זכויות משמורת על הקטינים ומשכך, המעשה של הנתבעת מהווה הרחקה שלא כדין על פי האמנה. לפיכך, בהתאם לסעיף 12 לאמנה, על בית המשפט להורות על השבתם המידית של הקטינים לארה"ב.

24. התובע מבקש לפסול את חוות הדעת שהוגשה על ידי הנתבעת מאחר והיא קובעת קביעות שאינן בגדר חוות דעת, יחד עם זאת, טוען ב"כ התובע כי על פי שתי חוות הדעת, הן של התובע והן של הנתבעת, לשני ההורים זכויות שוות כל עוד לא נפסק אחרת.



בית משפט לענייני משפחה בראשון לציון

תמ"ש 12720-06-17 א. נ' מ. א. ואח'

25. להעצמת טיעוניו, הוסיף ב"כ התובע כי פרק 78703 לחוקי מדינת פלורידה : "בהעדר צו שיפוטי הקובע זכויות משמורת או הסדרי ראייה של כל קטין ... לוקח את אותו הקטין עם כוונת זדוןעובר עבירה פלילית מדרגה שלישית"(צורף וסומן ת 1). וכן כי החוק הפדרלי קובע כי: "מי שמוציא ילד מארה"ב.. בכוונה למנוע את הפעלת המשמורת המשפטית של צד שני, הוא עובר עבירה פדרלית."

26. לטענת התובע, מקום המגורים הרגיל של הקטינים, הנו בארה"ב מאחר והם חיו ולמדו שם במשך כמעט ארבע שנים. להוכחת טענותיו צרף התובע מסמכים המאשרים את העובדה כי הקטינים למדו במסגרות חינוכיות בארה"ב.

27. עוד טוען התובע כי היחסים בינו לבין הנתבעת היו מצוינים ותקינים וכי לא התרחשו אירועי אלימות ביניהם ואף לא הובאה כל ראיה לכך.

טענות הנתבעת

28. הנתבעת אינה מתכחשת לעובדה כי היא נטלה את הקטינים מארה"ב לישראל באופן חד צדדי מבלי לקבל את הסכמתו ואף מבלי ידיעתו של התובע. יחד עם זאת, טוענת היא כי הקטינים הינם אזרחי ישראל ותושבי ישראל אשר שהו תקופה קצרה מחוץ לישראל.

29. לנתבעת היה ברור כי הקטינים לא יכלו להישאר בארה"ב מאחר ושהותם בארה"ב איננה חוקית, מעמדם כתיירים בתוקף אך ורק לחצי שנה וכן לא היתה להם קורת גג יציבה, ולכן, הם עברו ממקום למקום, נאלצו להתגורר בחמש דירות שונות, כמה בימים ברחוב, בבתי מלון, פעם אצל האח הזה ופעם אחרת אצל אח אחר. בכל דירה גרו כחצי שנה בלבד, לנו ברכב ומדובר במצב בלתי נסבל עבור הילדים.

30. עוד טוענת הנתבעת כי התובע נקט כלפיה באלימות מינית לרבות קיום יחסי מין בכפייה בנוכחות אישה אחרת ואף באלימות פיזית, שכן, כשאמרה לו התובעת כי היא חייבת לעזוב , התובע לקח סכין ואיים כי יפגע בעצמו.



בית משפט לענייני משפחה בראשון לציון

תמ"ש 12720-06-17 א. נ' מ. א. ואח'

31. טוענת ב"כ הנתבעת כי עצם העובדה שהתובעת לא פנתה לרשויות, אין בכך כדי ללמד על הפרכת טענותיה.

32. עוד טוענת הנתבעת כי כאשר החזירה את הקטינים למקום מושבם והולדתם, חשבה על טובתם. הילדים לא נחטפו מארה"ב לישראל, אלא, הילדים חזרו למקום מגוריהם הרגיל במדינת ישראל ולפיכך, אין תחולה לאמנת האג.

33. טוענת הנתבעת כי על פי חוות הדעת לדין הזר אשר הוגשה על ידה, אין מחלוקת כי לא היתה הפרה של הסכם או פסק דין ולעניין הדין הקליפורני, נושא המשמורת, נקבע על פי טובת הקטינים, ומשכך, הקטינים לא הוצאו ממשמורת התובע.

34. לחיזוק טיעוניה, טוענת הנתבעת כי מחוות הדעת אשר צורפו לתיק בית המשפט הן מ'הבית של טלי' והן מהאפוטרופא לדין כי הקטינים אינם רוצים לחזור לארה"ב וכי ייגרם להם נזק אם ישובו לשם כשהנתבעת לא יכולה לצאת מהארץ.

35. הבהירה הנתבעת כי היא בכל מקרה לא תוכל לשוב לארה"ב משתי סיבות אובייקטיביות. האחת, העובדה כי נתגלו אצלה גידולים סרטניים ולפיכך, נקבע ניתוח לתאריך 08/08/17 ורק לאחר הניתוח תדע אם זקוקה לטיפולים כימותרפיים. כמו כן, כנגדה עומד צו עיכוב יציאה מן הארץ, אשר מונע ממנה באופן אובייקטיבי אפשרות של שיבה לארה"ב.

מערכת הנורמות על פי האמנה

36. חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים) (תשנ"א-1991), אימץ את אמנת האג בנוגע להיבטים האזרחיים הבינלאומיים של חטיפת ילדים. מטרת החוק הינה קביעת הסדרה חוקית ואחידה בין מדינות במקרים בהם הורה אחד נוטל עמו באופן חד צדדי ילד משותף ומרחיק אותו ממקום מגוריו הרגיל, תוך קביעת עובדות בשטח בנוגע למשמורת עליו, ללא הסכמת ההורה השני.

37. תכליתו של החוק הינה להבטיח את החזרתם המידית של ילדים, אשר לא כדין, הורחקו אל מדינה מתקשרת או לא הוחזרו ממנה וכן להבטיח כי זכויות משמורת וביקור על פי הדין של מדינה מתקשרת יכובדו ביעילות בשאר המדינות המתקשרות.



בית משפט לענייני משפחה בראשון לציון

תמ"ש 12720-06-17 א. נ' מ. א. ואח'

38. משבית המשפט קבע כי מדובר בחטיפה, והחוק חל במקרה ספציפי, הסעד הניתן במסגרתו הוא סעד של חירום. על הסעד להיות מהיר, דחוף ומיידי. ראה ע"א 473/93 **ליבוביץ נ' ליבוביץ** פ"ד מז' 3 [3] 63, בעמ' 70. מעין "עזרה ראשונה" לשלילת תוצאות החטיפה.

39. תכליתו של הסעד המהיר הינה החזרת המצב לקדמותו, ותו לא. על כן, אל לו לבית המשפט לקבוע במסגרתו את שאלת המשמורת הקבועה של הילד. ראו: בש"א 1648/92 **טורנה נ' משולם** מו' 3 [4] 038, בעמ' 45; ע"א 1372/95 **סטגמן נ' בורק וערעור שכנגד** [5], מט' (2) 431, בעמ' 437.

40. מטרת האמנה היא להבטיח אמצעים מהירים ויעילים המחזירים על כנם את הסטטוס קוו אשר שרר עובר למעשה החטיפה. האמנה קובעת "מסלול מהיר" להשבת ילד שנחטף למדינה שממנה הוצא שלא כדין, תוך שבמסגרתה שלה ניתן יהיה לברר את השאלות הקשורות במשמורת הקבועה ראו ע"א 5532/93 **גונזבורג נ' א' ג' גרינוולד ואח'** [6], מט' (3) 282.

41. הרציונל העומד מאחורי האמנה הינו כיבוד שלטון החוק גם ביחסים שבין מדינות, הרתעה מפני עשיית דין עצמי ועשיית פעולות חד צדדיות על ידי הורים לקטינים, וכמובן מניעת פגיעה בטובתם של קטינים שנלקחים מסביבתם הטבעית. ראו: בג"צ 836/86 **בכר נ' גייל**, פ"ד מא' (3) 701, 706 (1987), בש"א 1648/92 **טורנה נ' משולם**, פ"ד מו' (3) 38, 45 (1992), רע"א 3052/99 **שבח נ' שבח** (1999), בע"מ 741/11 **פלוני נ' פלוני** (17.5.2011).

42. ההוראה הקובעת מתי ילד מורחק, או, לא מוחזר שלא כדין, מצויה בסעיף 3 לחוק:

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



בית משפט לענייני משפחה בראשון לציון

תמ"ש 12720-06-17 א. נ' מ. א. ואח'

43. המשמעות היא, כי, כתנאי בסיסי לחלות אמנת האג, נדרשת הקביעה העובדתית כי להורה התובע היו זכויות משמורת בקטינים וכי זכויות אלה נפגעו על ידי מעשה החטיפה.

ראו לעניין זה: ע"א 7206/93 ר' א' גבאי ואח' נ' א' גבאי פ"ד נא (2) 241, (להלן-"פרשת גבאי") בעמוד 254, דברי הנשיא שאז א' ברק:

"הביטוי חטיפה אינו מופיע באמנת האג. זהו ביטוי עממי לתיאור המרכיב שעליו עומדת אמנת האג ושעניינו הרחקת ילד או אי-החזרתו שלא כדין תוך כדי הפרת זכות משמורת הנתונה לאדם, למוסד או לכל גוף אחר על פי דין המדינה שבה מצוי מקום מגוריו הרגיל של הילד (סעיף 3(א))."

דיון והכרעה בעניין הוצאה ממשמורת

44. אין מחלוקת בין הצדדים כי הנתבעת נטלה את הקטינים באופן חד צדדי, ללא הסכמת התובע ואף מבלי ליידע אותו, מתוך מסגרות החינוך שלהם, בצהריי יום בהיר אחד, והטיסה אותם ביחד עמה לישראל.

45. אלא שהתובע טוען כי מדובר בהוצאה ממשמורת על פי החוק ואילו הנתבעת טוענת כי אין מדובר בהוצאה ממשמורת על פי החוק מאחר ולתובע לא היו זכויות משמורת על הקטינים. להוכחת טענותיהם כל אחד מהצדדים צרף חוות דעת משלו בה פורש הדין הקליפורני.

46. המבחן הוא מבחן משפטי טהור. במקרה כמו שבפנינו בו אין הסכם בין הצדדים ואף לא פסק דין, יש לפנות לדין החל במקום המגורים הרגיל של הילדים על מנת לבחון את קיומן של זכויות משמורת.

47. הן על פי הדין הישראלי והן על פי הדין במדינת פלורידה בהתאם לשתי חוות הדעת אשר הוגשו הן על ידי התובע והן על ידי הנתבעת, בהעדר הסכם או פסק דין הקובע אחרת, לשני ההורים זכויות משמורת לגבי ילדיהם אשר כוללות גם את הזכות לקבוע את מקום גוריהם. אלא שבחוות הדעת אשר הוגשה על ידי הנתבעת, המומחה גם קובע קביעות בנוגע למהותה של המשמורת – מי מההורים מתאים יותר להיות משמורן, וכאמור, הליך לפי האמנה אינו נכנס לעובי הבדיקה, איזה מן ההורים מתאים יותר להיות משמורן.



בית משפט לענייני משפחה בראשון לציון

תמ"ש 12720-06-17 א. מ. א. ואח'

48. משתי חוות הדעת, ברור כי, המערכת הנורמטיבית וזכויות וחובות ההורים בענייני משמורת על קטינים בפלורידה, חופפת לזו הנהוגה בחוק הישראלי, ושתייהן קובעות זכויות הורות שוות לכל אחד מההורים, כל עוד לא נפסק אחרת.

"מקום מגוריו הרגיל של הקטין"

49. אלא שעל פי האמנה, תנאי מקדמי לתחולתה של האמנה, הינו, כי הרחקת הקטינים היתה ממקום המגורים הרגיל שלהם. מרכיב זה מהווה חלק מעילת התביעה על פי האמנה, ומשכך, הנטל להוכיחו, מוטל על התובע.

50. האמנה איננה מגדירה במפורש את המונח "מקום מגורים רגיל" ועל כן, על בית המשפט להכריע מהו מקום הרגיל של הקטינים הספציפיים בכל מקרה ומקרה.

51. מאחר ואין אחידות פסיקתית בין מדינות שונות ואף בתוך המדינות עצמן, מלאכת ההכרעה בסוגיה זו, הינה מורכבת, משתנה על פי נסיבות כל מקרה ומקרה והינה ייחודית לכל משפחה.

52. 'מקום המגורים' אינו ביטוי טכני. זה אינו "דומיסיל" או "residence". 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 בתכניות העתיד. כאשר ההורים חיים יחד, מקום המגורים הרגיל של הילד הוא בדרך-כלל מקום מגורי הוריו". ע"א 7206/93 גבאי נ' גבאי, פ"ד נ"א (1) 241 (פורסם בנבו).

53. לצד ה"אסכולה העובדתית" המוקדמת, נוצרה פסיקה מאוחרת, גמישה יותר, אשר נתנה משקל רב יותר לכוונת הצדדים וכך התגבשה, ה"אסכולה הכוונתית". ראו סקירה נרחבת ומפורטת של כב' הש' ניל הנדל בסעיף 2 ב- ע"מ 130/08 פלונית נ' פלוני פורסם בנבו.



בית משפט לענייני משפחה בראשון לציון

תמ"ש 12720-06-17 א. מ. א. ואח'

54. ה"אסכולה הכוונתית" הינה גמישה יותר מ"האסכולה העובדתית" ומאפשרת בחינה של נתונים סביבתיים נוספים וכן נתונים כמו כוונת ההורים והסכמתם על מקום המגורים הרגיל, בשונה ממקום המגורים בו גרו הקטינים, ערב חטיפתם לכאורה.
55. בשורה של פסקי דין בארץ ובעולם נקבע כי שינוי של מקום מגורים רגיל מצריך כוונת התיישבות, וכוונה כזו יש לבחון אצל ההורים, לכן מקום מגורים רגיל לא ישתנה כשאין הסכמה משותפת בין ההורים בנוגע לזניחת מקום המגורים הקודם והחלפתו באחר. מכאן שמגורים זמניים, במקום מסוים, אינם משנים את "מקום מגוריו הרגיל" של הקטין גם אם הוא מצוי בו פיזית עובר להרחקה. (ראו: **Mozes v. Mozes**, 239 F.3d 1067 (9th Cir. 2001), תמ"ש (תל-אביב-יפו) 46252/04 **פלוני נ' אלמונית**, (פורסם בנבו), (30 ע"מ ב"ש) 121/07 **פלונית נ' אלמוני** (פורסם בנבו)).
56. בפסק הדין בעניין **Mozes** דלעיל, נקבע כי נדרשת כוונה משותפת של שני ההורים לנטוש מקום מגורים רגיל קיים, טרם קטינים יוכלו לרכוש מקום מגורים חדש.
57. את "מקום מגוריו הרגיל של הילד", כלשון החוק, יש לבחון מהזווית בה מצוי הילד, ועל כן, הבדיקה הינה עובדתית טהורה מקיפה ומעמיקה.
58. החיסרון בגישה זו היא כי היא תביא לתוצאות שונות במקרים שונים. אלא שהשוני בין מקרה למקרה אינו נובע מקיומן של שתי אסכולות שונות אלא בשל הייחוד ב"מארג עובדתי מסוים". ראו דברי כב' הש' הנדל, בע"מ 7784/12 **פלונית נ' פלוני** (פורסם 28.7.13) בעמ' 19.
59. ובלשון כב' הש' עמית בעמ"ש (חי) 4646-11-08 **ל' מ' נ' מ' מ'** (פורסם בנבו 13.1.09): "התוצאה של הבירור העובדתי הטהור הינה שלעיתים עובדה מסוימת תזכה למשקל רב בשקלול הסופי של כלל הנתונים ולעיתים עובדה אחרת תזכה בבכורה".
60. כב' הש' עמית מונה שלוש קטגוריות של מקרים המובאים בפני בית המשפט, כאשר הבעייתית ביניהן היא קטגוריית הביניים, היפה לענייננו.



בית משפט לענייני משפחה בראשון לציון

תמ"ש 12720-06-17 א. נ' מ. א. ואח'

61. כאשר המעבר למדינה חדשה הוא לזמן בלתי ידוע, כאשר לא ניתן להצביע על החלטה חד משמעית להגר, אך גם לא נקבע מועד מוסכם לחזרה, או כאשר התנהגות הצדדים מלמדת על שינוי בכוונתם המקורית. במקרי ביניים אלה, על בית המשפט להתחשב במספר פרמטרים: מקום הולדת הקטינים, משך התקופה, הרקע לעזיבה, הכוונה המוצהרת של הצדדים לפני המעבר למדינה החדשה ולאחריה וכיוצ"ב.

מדובר ברשימה פתוחה של פרמטרים אשר יכולים להיות שונים ממקרה למקרה כאשר המשקל שיש לתת לכל אחד מהם אף הוא משתנה ממקרה למקרה.

62. בבע"מ 7784/12 פלונית נ' פלוני, [פורסם בנבו] סעיף 9 לפסק דינו של כב' השופט הנדל (28.7.2013). נקבע כי מבחן עובדתי טהור תוך מיקוד בילד הכולל את כוונות הוריו בגדר עובדה תואם גם את פסק הדין בעניין גבאי, לעיל אשר יצר את ה"אסכולה העובדתית" וגם את הפסיקה העדכנית על פי ה"אסכולה הכוונתית", לפיה אין ליצור חיץ בין העובדות לבין הכוונות. המבחן אף תואם את הפסיקה במדינות זרות, המחויבות אף הן, כישראל, ללשון האמנה ותכליותיה.

מארג העובדות

63. בדיקת מארג העובדות הספציפי בענייננו, מחייבת בחינת נסיבות חייהם וספור חייהם של הקטינים. ד. ל. א. ו-א. א., כפי שהם.

64. על בית המשפט לענות לשאלה, האם הניסיון לשנות את מקום מגוריהם לארה"ב, הצליח, או, שמא, הוא לא יצא לפועל. האם המעבר לארה"ב, השתכלל כדי יצירת מקום מגורים רגיל אחר,

"שהרי יכול אדם לחדול מלהתגורר במקום מגוריו תוך יום אחד, אך לא די ביום אחד כדי ליצור מקום מגורים אחר"- השופט טימור בתמ"א (ב"ש) 4/95 קסטיאל נ. קסטיאל (ניתן ביום 23.3.95).

65. על פי כב' הש' עמית, בעמ"ש (חי) 4646-11-08, בעמ' 12, "על בית המשפט לבחון את הסממנים המעידים על עקירה או הזנחת מקום המגורים הקודם ומנגד, את הסממנים המעידים על מטרת המגורים במדינה החדשה, כמו הדרך בה התערו או ניסו הצדדים



בית משפט לענייני משפחה בראשון לציון

תמ"ש 12720-06-17 א. נ' מ. א. ואח'

1 להתערות המדינה החדשה, לעומת סממנים המעידים על ניתוק הזיקה למדינה הקודמת
2 ולהפך".

3
4 66. אין מחלוקת כי הקטינים חיו בארה"ב מחודש אפריל 2013 ועד לתאריך 23.01.17. אין
5 מחלוקת כי הם למדו שם, היו רשומים למסגרות החינוך שם ומקום מגוריהם הפיזי ערב
6 החטיפה הנטענת היה בארה"ב.

7
8 67. אלא שאף אין מחלוקת כי עד למועד בו הקטינים עזבו את ארה"ב ואף עד עצם היום הזה,
9 לא הוסדרה שהותם שם, באופן חוקי. לא רק של הוסדרה, אלא אף נזנחה על ידי ההורים.

10
11 68. לעניין זה אביא מעדותו של התובע בעמוד 6 שורות 29-34 לפרוטוקול הדיון מיום 4.7.17.
12 המאשרת את טענות הנתבעת:

13
14 ש. הילדים הם תושבי ישראל.

15 ת. נכון מאוד.

16 ש. לילדים אין מעמד בארה"ב.

17 ת. יש להם מעמד.

18 ש. איזה מעמד.

19 ת. אין להם מעמד בארה"ב.

20
21 69. כמו כן הוכח לי כי לקטינים אין ביטוח רפואי בארה"ב. עמוד 7 שורות 13-20 בפרוטוקול.

22
23 ת. או.קיי. ביטוח רפואי זה דבר מאוד יקר בארה"ב. היה לנו פעמים שהיה ביטוח
24 והיה פעמים שזה נפל ועשינו כמה פעמים ביטוח.

25 ש. אתה מאשר שבמשך תקופות לא היה ביטוח לילדים בארה"ב.

26 ת. גם בארץ לא היה להם ביטוח. בארה"ב התשלום שאת משלמת לביטוח עדיף

27 לשלם את זה לרפואה פרטית. ביטוח רפואי בארה"ב הוא לא חובה וביטוח רפואי

28 40 אחוז מתושבי ארה"ב לא מחזיקים ביטוח רפואי ולפעמים עדיף ללכת לרופא

29 ולשלם באופן פרטי ובסוף השנה באופן כלכלי זה יותר שווה. לשלם ביטוח רפואי

30 כמו שכירות אז היינו משלמים באופן פרטי. אני באופן אישי לקחתי את הילדים

31 באופן פרטי.



בית משפט לענייני משפחה בראשון לציון

תמ"ש 12720-06-17 א. נ' מ. א. ואח'

70. אף הוכח בפניי כי לקטינים לא היה מקום מגורים קבוע. עמוד 7 שורות 34-31 וכן בעמודים 8-9 ובעמ' 10 שורות 12-1 לפרוטוקול.

ש. תענה בקצרה על השאלה. אתם בארה"ב מ-4/4/13 והילדים חזרו לישראל ב-24/1/17. תקופה של פחות מ-4 שנים. כמה דירות החלפתם בתקופה של פחות מ-4 שנים.

ת. היינו ב-5 דירות ב-4 שלנו. היינו ב-4 דירות.

לשאלת ביהמ"ש קודם אמרת 5.

ת. היתה תקופה... באורלנדו בשבוע הראשון ידענו שאני צריך לעבור למיאמי ואחרי שסיימנו שנה ראשונה בדירה שלנו היינו בהתלבטות לעבור למיאמי או להישאר באורלנדו ובשלב הזה היינו עם אח שלה ביחד ולכן אמרתי 5. 4 דירות שלנו והיה שלב שהיינו עם בני משפחה.

ש. הדירות שעברתם כולל הזמנים שישנתם באוטו ואצל האח שלה. באפריל 2013 עברתם לאורלנדו פלורידה.

ת. נכון.

ש. זה לא מה ששאלתי. כמה זמן הייתם אצל אחיה של ש.

ת. 5 חודשים.

ש. אח"כ עברתם לדירה שכורה.

ת. נכון.

ש. בקומפלקס ביסקיה. בית פרטי.

ת. נכון.

ש. כמה זמן גרתם בבית הזה. מנוב' 2014 עד מתי.

ת. לא יודע את התאריכים זה היה חצי שנה שגרנו שם.

ש. אני אומרת לך שבאפריל 2015 פינו אתכם מהבית כי לא שילמתם שכירות.

ת. לא. יש לך טעות שוב. לא פינו אותנו אף פעם מהבית. היה לנו יקר אז עברנו דירה ושברנו את החוזה באמצע. פינוי זה אומר שבא שריף ומפנה את הדיירים מהבית כי לא שילמו עבור הדירה.

ש. כשעוזבים מבית לבית קודם דואגים שיהיה בית לעבור אליו ואתם פוניתם

מהבית ולא היה לכם בית לעבור אליו. נכון שהייתם כמה ימים במלון.



בית משפט לענייני משפחה בראשון לציון

תמ"ש 12720-06-17 א. נ' מ. א. ואח'

1 ת. לא. כשעברנו מ**** לבית עברנו באותו יום לבית. לא היינו במלון. היינו שוב
2 ב**** וזה אזור ליד ב**** מרחק של 10 דקות.
3 ש. כמה זמן גרתי בדירה הבאה ממאי 2015 עד מתי.
4 ת. לא יודע תאריכים מדויקים. גרנו שם חצי שנה לפחות.
5 ש. איך זה שאתם גרים פה חצי שנה, שם חצי שנה ולא דורשים ממכם לפנות את
6 הדירה. זה לא הגיוני עם 2 ילדים קטנים. עוברים למלון מבלי מקום להגיע אליו.
7 ת. לא עברנו למלון. עברנו לדירה. שוב פעם כל אדם לגופו. אני אדם שעובר דירות.
8 עברנו דירה כי היינו בחור והיינו במקום שהוא שומם מקהילה ועברנו לקהילה.
9 מ**** עברנו לדירה ברמה יותר גבוהה.
10 ש. אמרת שרציתם לגור ליד קהילה למה חזרתם ל**** אם גרתי שם מלכתחילה. זה
11 לא מסתדר.
12 ת. לא מבין את השאלה.
13 ש. אני אומרת לך שעברתם מדירה לדירה כי פינו אתכם ולא היה לכם כסף לשלם.
14 זה נכון.
15 ת. עברנו דירות גם בישראל ולא פינו אותנו. יש הבדל בין פינוי לבין צו תשלום.
16 אני לא חושב שזה בעייתי לעבור דירה. דווקא נהנינו לעבור דירה. אני אדם שנהנה
17 ללכת ממקום למקום.
18 ש. ב**** גרתי שם ממאי 2015 עד דצמ' 2015.
19 ת. לא יודע תאריכים. לא עוקב אחרי זה. אני לא חושב שזה רלבנטי.
20 ש. 7 חודשים באזור**** לאן עברתם הפעם.
21 ת. מ**** עברנו קרוב מאוד לבי"ס של הילדים ולקהילה.
22 ש. מול חב"ד.
23 ת. כן.
24 ש. עברתם לשם בדצמ' 2015 כמה זמן הייתם מול חב"ד בדירה הזו.
25 ת. חצי שנה.
26 ש. עד אפריל 2016?
27 ת. כן. תביני, בארה"ב... זה מקובל להיות חצי שנה.
28 ש. אני אומרת לך שאתם פוניתם במכתב של בימ"ש מהדירה שליד בית חב"ד.
29 ת. לא פונונו. קיבלנו מכתב.
30 ש. ראית את כתב ההגנה שהגשנו.
31 ת. ראיתי.



בית משפט לענייני משפחה בראשון לציון

תמ"ש 12720-06-17 א. נ' מ. א. ואח'

ש. צרפנו מכתב פינוי מ-19/4/16 וזה בדיוק הפינוי מבית חב"ד. אתה רוצה לשנות
את תשובתך כי אתה מוזהר לומר אמת.
ת. תראי שאפשר להפקיד את הכסף ולהישאר בדירה.
ש. לא נשארתי בדירה. פוניתם מהדירה.
ת. החלטנו שאנחנו עוזבים כי התשלום היה גבוה מידי. אם לא היינו משלמים
ונשארים בדירה היה לוקח חודש נוסף או חודשיים והיו מוציאים צו פינוי וזה לא
קרה. היה צו תשלום והיה צריך לשלם את התשלום בבימ"ש. פלורידה זה חוקים
אחרים.
ש. משם לאן עברתם.
ש. נכון שלאחר מכן ישנתם באוטו כי לא היתה לכם דירה ותזכור שאתה מוזהר
לומר אמת.
ת. היינו אצל אחיה ומרחק הנסיעה בין אחיה לאיפה שרצינו לגור זה 4 שעות. זה
היה מיאמי והיו יומיים שישנו באוטו כי לא רציתי. הילדים רואים את זה כחווייה.
להיכנס לדירה בודקים קרדיט וזה לוקח 30 יום עד שמאשרים בארה"ב והם עושים
בדיקה. הכל היה תהליך.
ש. בגלל זה ישנתם באוטו.
ת. לא. היינו גרים ב**** אצל אחיה וזה מרחק של 4 שעות והגענו לשם בלילה כדי
לסדר את הדירה והיה יום שישנו באוטו.
ש. אח"כ גרתם בדירה שכורה ב**** ביוני 2016.
ת. כן.
ש. באוג' 2016 היה דרישת פינוי.
ת. זה היה צו תשלום. אני יודע את החוק. אני גר בדירה הזו עדיין. חידשתי חוזה
לפני חודש.

71. בחרתי להביא בהרחבה מעדותו של התובע וזאת על מנת לעמוד על פתלתלות תשובותיו,
השינויים בגרסאותיו משורה לשורה בכלל, ובפרט, בכל הנוגע לסוגיות מהותיות לבדיקת
התגבשות מקום מגוריהם של הקטינים בארה"ב. למשל, מספר המעברים מדירה לדירה,
הסיבה למעברים התכופים, שאלת מעמדם המשפטי של הקטינים בארה"ב ואפילו שאלות
בנוגע לתקופת לימודי הקטינים במסגרות החינוך.



בית משפט לענייני משפחה בראשון לציון

תמ"ש 12720-06-17 א. נ' מ. א. ואח'

72. אל מול עדותו הפתלתלה של התובע, ניצבה בפניי עדותה של הנתבעת זקופה ואחידה. הנתבעת לא היססה לומר את הדברים כפי שהיו, גם כשאלה, לא היו נוחים לה ואף נזקפו לחובתה, ובראש וראשונה, אמרה היא בפה מלא ללא תירוצים ופרשנויות כי היא נטלה את הילדים ללא ידיעתו של התובע באותו יום.

73. ולהלן אביא מעדותה של הנתבעת בעמוד 16 שורות 14-30 לפרוטוקול.

ת. הבנתי שזה שאני לא יכולה להגיד לו לצאת. אני לא מתכוונת לצאת ולהגיע לפה אלא לצאת ולהיפרד. עצם העובדה להגיד לו שאני ואתה לא נמצאים באותו מקום ואתה לא נותן לילדים שלי מה שהם צריכים והם באחריותי ואני לא יכולה לספר לך שאני הולכת כי לא תיתן לי.

ש. הוא פעם נעל אותך בבית.

ת. כן.

ש. הוא פעם מנע ממך לעשות קניות.

ת. לא.

ש. יכולת להגיד לו אני נפרדת ממך ולוקחת את הילדים לישראל גם אם אתה לא אוהב את זה.

ת. נכון.

ש. לא אמרת לו כי ידעת שהוא מתנגד.

ת. כן.

ש. ידעת שאם היית אומרת לו הוא היה יכול ללכת לביחמ"ש.

ת. הוא היה יכול לעשות לי מניפולציות.

ש. בימ"ש זה מניפולציה.

ת. לא.

ש. הלכת יום אחד והוצאת את הילדים מביה"ס בלי ידיעת האב ונסעת מבלי ליידע אותו.

ת. נכון.

74. מהימנותם של כל אחד מהעדים משפיעה בהכרח ובאופן נחרץ על סוגיות בהן גרסאותיהם סותרות.



בית משפט לענייני משפחה בראשון לציון

תמ"ש 12720-06-17 א. נ' מ. א. ואח'

75. לשם ברור מקום מגוריהם הרגיל של הקטינים עליי להכריע בשאלה : מה היתה כוונת הצדדים בנסיעה לארה"ב. האם כגרסת התובע, לתקופה בלתי מוגבלת, מבלי כוונה לחזור לישראל, או, האם כגרסת הנתבעת, למשך תקופה מוגבלת במטרה ל"עשות כסף" על מנת להחזיר את החובות שנוצרו בארץ, ואז לחזור לישראל.
76. כאמור לעיל, מול עדותה האיתנה והאחידה של העדה, עמדה עדותו של התובע, רופפת ומחוררת, כאשר התחושה היא כי התובע יגיד כל דבר, גם אם הוא נשמע בלתי הגיוני לחלוטין, כמו חיבתו למעברי דירות אחת לחצי שנה, או, שלגור באוטו זו חוויה, רק על מנת לקדם את מטרותיו.
77. נוכח התרשמותי לעיל, אני מקבלת את גרסת הנתבעת על פיה הצדדים נסעו לארה"ב לתקופה מוגבלת וזמנית במטרה להרוויח כסף על מנת להסדיר חובותיהם בארץ ולשוב לישראל, ודוחה את גרסת התובע על פיה נסעו הם לתקופה בלתי מוגבלת לארה"ב.
78. בהקשר זה אני מוצאת לנכון להביא את דברי כב' הש' וילנר, בעמש (חיי) 4646-11-08 ל' מ' נ' מ' מ' בעמ' 24 :
- "...יתכנו נסיבות בהן שדווקא המבחן הכוונתי יהא המבחן הראוי. כך לדוגמא כאשר ההורים מחליטים לנסוע לחו"ל לתקופה קצובה ולמטרה מוגדרת מראש, כגון התמחות, שבתון וכיוצ"ב. בתום התקופה הקצובה מסרב האב לשוב לארץ כמתוכנן, ואזי, האישה בוחרת, בניגוד להסכמת הבעל, לשוב לארץ עם בנה. נדמה לי כי במקרה כזה, ההגיון והשכל הישר מחייבים שימוש דווקא במבחן הכוונתי, לפיו כוונת הצדדים היתה להתגורר בחו"ל לתקופה קצובה שבסופה ישובו לארץ. נדמה כי בנסיבות אלה, לא מן הנמנע שיקבע כי מקום מגוריו של הקטין ייחשב בישראל, על אף שעובדתית הוא התגורר בחו"ל במועד הרלוונטי."
79. כוונת הצדדים לנסיעה לתקופה מוגבלת לצורך מטרה מסוימת: "עשיית כסף" שאין מחלוקת כי בפועל, לא נעשה, אלא, ההפך, בצירוף מסכת העובדות על פיהן, הקטינים לא גרו בדירה אחת יותר מחצי שנה, לא קבלו מעמד חוקי בארה"ב מאחר והוריהם זנחו את



בית משפט לענייני משפחה בראשון לציון

תמ"ש 12720-06-17 א. נ' מ. א. ואח'

- 1 הטיפול בהסדרת מעמדם החוקי, ואף לא בוטחו בביטוח רפואי כלשהו, מביאה לכלל
2 מסקנה, כי, מקום מגוריהם במיאמי לא התגבש לכדי מקום מגורים רגיל, כדרישת האמנה.
3
- 4 80. הנטל להוכחת תחולתה של האמנה רובץ על התובע. הקושי העומד בפניו להוכיח זאת, לאו
5 דווקא נעוץ בחסר בראיות שהביא, אלא, בהשתלשלות חיי הקטינים.
6
- 7 81. לתוצאה זו משמעות נוספת. שכן, כל עוד שני ההורים הסכימו על שינוי מקום מגוריהם
8 מישראל לארה"ב לצורך עשיית כסף, גם אם מדובר בחיי נוודות לקטינים, הרי שנתנו זה לזו
9 רשות הדדית לכך. אלא, רשות כזו, יכולה להימשך אך ורק כל עוד יש הסכמה בין שני
10 ההורים עליה.
11 ביום בו בקשה הנתבעת לעזוב עם הקטינים, והתובע מנע זאת ממנה באמצעות אירוע
12 האלימות בו נטל סכין מטבח, כיוון אותו אל גרונו, ואיים כי אם היא תעזוב הוא יפגע
13 בעצמו, הרי שמעשהו זה מהווה, "חטיפה רעיונית", שכן, באירוע אלים זה, מנע מהנתבעת
14 להחזיר את הקטינים אל מקום מושבם הרגיל בישראל.
15
- 16 82. אדגיש כי למרות הכחשותיו של התובע לאלימות כלשהי, לרבות אותו אירוע בו איים כי
17 יפגע בעצמו עם סכין המטבח, הרי שכאמור, מצאתי כי עדותה של הנתבעת, אמינה
18 וקוהרנטית, ואילו, הכחשתו של התובע בנוגע לאותו אירוע, רפה ומגומגמת.
19 חיזוק לגרסת הנתבעת מצאתי באינפורמציה שנתקבלה מהקטינים. הן בחוות דעת
20 המומחית בעמוד 10 פרק 3.4 : "עם זאת, הילדים – כל אחד בנפרד- תיארו סיטואציה
21 אלימה הדומה לזו שתיארה ש.ו". והן בעמדת הקטינים כפי שהובאה על ידי האפוטרופא
22 לדין בסעיף 11 ובסעיף 20.
23
- 24 83. ממכלול הראיות אשר הובאו בפניי, הגעתי לכלל מסקנה כי על אף העובדה שהקטינים חיו
25 כשלוש וחצי שנים מחייהם הקצרים בארה"ב, זו, מעולם לא הפכה להיות מקום מגורים
26 רגיל עבורם.
27
- 28 84. הקטינים מעולם לא השתקעו במקום אחד ונעו ונדו בהתאם לכורח אליו נקלעו הוריהם- כך
29 שלא התקיים רכיב ה"מקום".
30 הם לא גרו בבית אחד יותר מחצי שנה, אלא עברו מבית לבית, חמישה בתים בתוך פחות
31 מארבע שנים- כך שלא התקיים רכיב ה"מגורים".



בית משפט לענייני משפחה בראשון לציון

תמ"ש 12720-06-17 א. נ' מ. א. ואח'

1 הם עברו משכונה לשכונה בתוך אורלנדו, ומאורלנדו למיאמי ואף ממוסד חינוכי אחד,
2 לאחר- כך שלא התקיים רכיב ה"רגיל".

3
4 85. הגם שמדובר לכאורה בתקופה משמעותית מחייהם, הרי שהקטינים לא תקעו יתד במקום
5 אחד, ועל כן, מקום מגוריהם הרגיל, מעולם לא התבסס, והפך להיות מיאמי- הלא גם שם,
6 הם נמצאו בסך הכל פחות משנה.

7
8 מנגד, ישראל-מולדתם, מדינת המוצא שלהם, בה הם אזרחים, בעלי מספר זהות, ובה, אף
9 בריאותם אינם מופקרת, מאחר וכאן הם נהנים מהביטוח הרפואי הציבורי- מעולם לא
10 הפסיקה להיות מקום מגוריהם הרגיל, אלא היתה עבורם "בית" במשמעות של "Home",
11 מקום לשוב אליו, בפרט לאור חיי הנדודים אשר נכפו עליהם בארה"ב.

12
13 86. לאחר שערכתי בירור עובדתי טהור של המקרה, הגעתי לכלל מסקנה, כי, **במועד נטילת**
14 **הקטינים מ****, ארה"ב לא היוותה עבורם מקום מגורים רגיל.**

15
16 87. מאחר והקטינים לא נלקחו באופן חד צדדי ממקום מגוריהם הרגיל, אלא הושבו אל מקום
17 מגוריהם הרגיל, הרי, שאין מדובר בחטיפה, ודינה של תביעה זו, להידחות.

18
19
20
21
22 בשלב זה, ומשנתקבלה ההכרעה, כי אין מדובר בחטיפה ולפיכך, החוק אינו חל על
23 הקטינים, ניתן היה לסיים את פסק הדין.

24
25
26 88. יחד עם זאת, מאחר והנתבעת טענה להגנה על פי סעיף 13 (ב) לאמנה, והתובע אף הוא, טען
27 לדחייתה, למעלה מן הצורך, מוצאת אני לדון בקצרה גם בהגנה לה טוענת הנתבעת על פי
28 סעיף 13 (ב) לאמנה.

29
30 89. האמנה מכירה, כאמור, במספר חריגים לחובת החזרת הקטינים. חריגים אלה מפורטים
31 בסעיפים 12, 13 א ו-ב וסעיף 20 לחוק.



בית משפט לענייני משפחה בראשון לציון

תמ"ש 12720-06-17 א. מ. א. ואח'

90. בענייננו טוענת הנתבעת להגנה על פי סעיף 13 (ב). ראשית אביא את לשון הסעיף:

סעיף 13

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

(א)

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

91. בעוד הכלל של החזרת ילדים חטופים למקום מגוריהם הרגיל - הינו, כלל הנובע משיקולים מערכתיים כלליים ועל הדדיות ביחסי המדינות ביניהן לבין עצמן, החריג הקבוע בסעיף 13(ב) הינו חריג פרטני ומהותי, חריג המעניק שיקול-דעת לבית המשפט להעריך את מצבו של הקטין ולמנוע את החזרתו של קטין אם קיים חשש חמור כי החזרתו תחשוף אותו לנזק פיזי או פסיכולוגי או תעמיד אותו בדרך אחרת במצב בלתי נסבל.

92. יודגש כי חריג זה איננו בוחן את טובת הקטינים במובנו הרגיל של המושג, בבחינת מיהו המשמורן המתאים יותר. לו כך היה, כי אז הייתה האמנה מתרוקנת מכל תוכן של ממש. החריג עניינו בסכנה שהקטינים יעמדו בה, אם יוחזרו למקום שממנו לכאורה נחטפו. ראו לענין זה: ע"א 4391/96 אדם פול רו נ' דפנה רו (יעקובוביץ) פ"ד נ (5), 338.

93. יודגש כי בניגוד לנטל ההוכחה המוטל על התובע להוכיח כי הקטינים נחטפו ממקום מגוריהם הרגיל, הנטל להוכיח הגנה לפי סעיף 13(ב), מוטל על ההורה, החוטף לכאורה. עליו לשכנע את בית המשפט כי נתקיים בעניינו חריג המזכה אותו שלא להחזיר את הקטינים. מדובר בנטל כבד הדומה לזה הנדרש בהליך פלילי, קרי- מעבר לכל ספק סביר, לפיכך בכל מקרה של ספק יוחזר הקטין לארץ המוצא. ע"א 1372/95 סטגמן נ' בורק פד"י מ"ט (2) 431, 437-8.

94. מהם אותם נזקים פיזיים או פסיכולוגיים ואותו מצב בלתי נסבל אליהם מכוון סעיף 13 (ב) מכוון?



בית משפט לענייני משפחה בראשון לציון

תמ"ש 12720-06-17 א. נ' מ. א. ואח'

כך נקבע בע"א 4391/96 רו נ רו, פורסם בנבו:

"לא נוכל, כמובן, לקבוע מסמרות בשאלה אימתי יתקיימו התנאים האמורים בסעיף 13(ב) לאמנה. אין מקרה אחד דומה לחברו, ובסופם של דברים על בית המשפט לשקול בכובד ראש את הראיות שהונחו לפניו, ולהכריע אם יש בהן כדי להכניס את העניין בגדרי החרג, אם לאו. המבחן שנאחז בו יהיה - כהוראת סעיף 13(ב) לאמנה - מבחן הקשר הסיבתי בין החזרת הילד לבין נזק שעלול לבוא עליו (כהוראת סעיף 13(ב)). המבחן הוא מבחן של קשר סיבתי ותוצאה, ולעניין זה נביא במניין כל נתון העלול להביא - במידת הסתברות ראויה - לתוצאות שסעיף 13(ב) לאמנה מדבר בהן. הנתון יכול שיהיה קשור לעצם החזרה למדינת המגורים (כגון שטיסה במטוס עלולה לסכן את חייו או את בריאותו של הקטין) או לתנאי השהייה באותה מדינה עד להחלטת בית המשפט בנושא המשמורת".

95. **בפרשת רו** בית המשפט דחה את ההגנה לפי סעיף 13(ב) וקבע כי מאחר והנזק שייגרם לקטינה אם תשוב לאנגליה, ייגרם כתוצאה מהנזק שייגרם לאמה, אם תשוב לשם עקב היחסים הטעונים והאלימים בינה לבין אביה של הקטינה, הרי שלמרות חוות הדעת שהצביעה על נזק שייגרם לקטינה, בית המשפט דחה את טענת ההגנה והחזיר את הקטינה לאנגליה וזאת על פי ההלכה, כי, באיזון בין הכלל לחרג, יש בדרך כלל לתת משקל מכריע לאינטרס לקיים את תכלית האמנה, הקוראת להחזרת הילד להורה המשמורן במדינת המוצא. באינטרס זה, טמונה גם הנחה, שההחזרה מקדמת את טובת הילד במובן הרחב.

96. המצב ההלכתי הוא כי יסודותיה של הגנה לפי סעיף 13 (ב) קשים מאוד להוכחה, וקבלתה ע"י בית המשפט הינה חריגה. קבלת ההגנה מחייבת קיומו של מצב קיצוני, יוצא דופן וחד משמעי, המקים חשש חמור לנזק פסיכולוגי לקטינים או להמצאות במצב בלתי נסבל כתוצאה מהחזרתם לארץ המוצא, ואשר משקלו של חשש זה גובר על תכליתה הבסיסית של האמנה להחזרת הקטינים לאתר. ראו: בע"מ 1855/08 **פלונית נ' פלוני**, פורסם בנבו.

97. כדי להנות מההגנה שמאפשר סעיף 13 (ב), נדרש "דבר מה נוסף", המצביע על קושי יוצא דופן, ייחודי לקטין מסוים, היוצר מניעה מיוחדת מהחזרתו למדינת המוצא כדי להגן על שלומו הנפשי והימצאותו במצב בלתי נסבל. כמו כן, צריך הנזק הנטען להיות כזה -



בית משפט לענייני משפחה בראשון לציון

תמ"ש 12720-06-17 א. נ' מ. א. ואח'

- 1 "ההופך את החזרה לבלתי נסבלת" ראו: תמ"א (ת"א) 2173/94 **לוונשטיין נ' לוונשטיין**
2 (ט.פ.); ע"א 5532/93 **גונזבורג נ' גרינוולד** פ"ד מ"ט (3) 282, ובנוסף קיומו של נזק שכזה
3 ראוי שייתמך בחוות דעת של מומחים פסיכולוגיים או פסיכיאטרים ואין די לצורך כך
4 בתסקיר פקיד סעד (תמ"ש (יר') 26930/97 פלוני נ' אלמוני (ט.פ.)).
- 5
- 6 98. עוד נקבע כי חריג החשש החמור מכוון לחשש מהחזרת הקטין למדינה ממנה נחטף ולא
7 חשש הנובע מהחזרתו להורה ממנו נחטף או ניתוקו מההורה החוטף. ראו: בש"א 1648/92
8 **טורנה נ' משולם** פ"ד מו(3) 38, 46 (1992)).
- 9
- 10 99. לפיכך, במקרים רבים, נדחתה טענת חוסר מסוגלות הורית של הורה המבקש את הסעד
11 מכוח האמנה, וכן טענה כי ההורה החוטף צפוי לעמוד בפני גירוש או קושי כלכלי משמעותי
12 כתוצאה מחזרתו עם הילד למדינה אותה עזב ראו: ע"א 5532/93 **גונזבורג נ' גרינוולד**, פ"ד
13 מט(3) 282 (1995) וכן בע"מ 741/11 **פלונית נ' פלוני**, [פורסם בנבו].
- 14
- 15 100. עוד נקבע, כי, גם אם מבקשת ההגנה תרים את נטל ההוכחה ותוכיח אותו, עדיין אין פירוש
16 הדבר כי הקטינים לא יושבו למדינה שממנה הורחקו, יחד עם זאת, הוכחת קיומו של חריג
17 מעניקה לבית המשפט שיקול דעת: האם להחזיר את הקטינים למדינה בה היה מקום
18 מגוריו או להשאיר את הקטין בישראל ראו: בע"מ 741/11 לעיל.
- 19
- 20 101. ההחלטה שלא להחזיר את הילד תתקבל רק במקרים קיצוניים שבהם עוצמת האינטרסים
21 והצרכים של הילד גוברת על החומרה שיש לייחס לחטיפתו. (ע"א 4391/96 לעיל, ע' 347;
22 ע"א 5532/93 לעיל, ע' 294; ע"א 7206/93 לעיל, ע' 256; בע"מ 902/07 **פלונית נ' פלוני**,
23 (26.4.2007)).
- 24
- 25 102. בהפעלת שיקול דעתו, על בית המשפט מחד, לפעול להגשמת תכלית האמנה למנוע עשיית
26 דין עצמית ועמידה על שלטון החוק, תוך פרישת הגנה על טובת הילד המחייבת שלא לפגוע
27 ביציבות חייו, ומאידך, לתת משקל מיוחד במצבים מתאימים לצרכיו של הילד ולהיבטים
28 שונים הקשורים בטובתו. ראו: בע"מ 672/06 **פלוני נ' פלונית** סא (3) 247 (פורסם בנבו).
29
- 30 103. לצד תכלית האמנה למנוע עשיית דין עצמית ועמידה על שלטון החוק, תוך פרישת הגנה על
31 טובת הילד, עומדת במעמד על טובתם של הקטינים, הנמצאים בעין הסערה, שבפני.



בית משפט לענייני משפחה בראשון לציון

תמ"ש 12720-06-17 א. נ' מ. א. ואח'

- 1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
104. מאחר וסד הזמנים המצומצם מנע את האפשרות לקבל תסקיר בינלאומי, ועל מנת למלא את "ארגז הכלים" אשר עמד לרשותי, קבלתי חוות דעת מומחית מאת "הבית של טלי" מיום 14.07.17 (להלן – "חוות הדעת") וכן את עמדת הקטינים כפי שהובאה ע"י אפוטרופא לדין עוה"ד זהבה סנדרס (להלן – "עמדת הקטינים").
105. טרם אביא מחוות הדעת, עליי להדוף את טענות התובע בנוגע לחוות הדעת. חוות הדעת נערכה בבהילות וזאת נוכח דרישתו המוצדקת של ב"כ התובע שלא לעכב את ההליכים ולהימנע מחריגה בזמנים הקבועים בחוק. זאת ועוד, מאחר והתובע עצמו לא הואיל להגיע לדיונים בבית המשפט, הותר לו להישמע באמצעות אמצעים דיגיטליים, הן בפני בית המשפט והן בפני המומחית. התקיים ערוץ פתוח ושקוף בין המומחית לבין הצדדים ובאי כוחם ולפיכך האחריות בנוגע למסמכים אשר הוגשו או לא הוגשו למומחית, רובצת לפתחם של הצדדים.
106. על פי חוות הדעת, התשובה לשאלה, האם קיים חשש חמור שהחזרתם של ש. ל. וא. ל-ל-****, תחשוף אותם לנזק פיזי או פסיכולוגי, או, תעמיד אותם בדרך אחרת במצב בלתי נסבל, הינה חיובית. על פי חוות הדעת, השבת הקטינים במצב הנוכחי לארה"ב תגרום לנזק פסיכולוגי ניכר, תעמיד את הילדים במצב בלתי נסבל, ותמנע מהם קבלת טיפול החיוני להם. ראו עמוד 14 פרק 5 לחוות הדעת וכן עמוד 15.
107. אדגיש ואוסיף כי הנימוקים המובאים על ידי המומחית בסעיפים 1-6 אינם נימוקים רלוונטיים להגנת סעיף 13 (ב), שכן, אלה מאבחנים וקובעים את מסוגלותם ההורים של הצדדים. כפי שפורט לעיל, אין לבחון את טובת הקטינים במובנו הרגיל של המושג, בבחינת מיהו המשמורן המתאים יותר, לו כך היה, כי אז הייתה האמנה מתרוקנת מכל תוכן של ממש.
108. הנימוקים המופיעים בסעיפים 7-8 בפרק 5 לחוות הדעת הם אלה אשר מגבשים את ההגנה לפי סעיף 13 (ב) לחוק ומהווים "דבר מה נוסף" המייחד את עניינם של ד. ל. וא. ממקרים אחרים. כאמור, הקטינים זקוקים לטיפול נפשי מסודר אותו הם לא יכולים לקבל בארה"ב מאחר ואין להם ביטוח רפואי. כמו כן, שני הילדים הביעו את רצונם המוחלט להיות עם הנתבעת באשר היא. בשלב זה, הנתבעת "כלואה" בארץ הן בשל צווי עיכוב היציאה שהוצאו



בית משפט לענייני משפחה בראשון לציון

תמ"ש 12720-06-17 א. נ' מ. א. ואח'

כנגדה והן בשל העובדה כי בתאריך 08.08.17 נדרשת היא לעבור ניתוח כירוגי להוצאת גידולים סרטניים, שלאחריו ייתכן ותזדקק לטיפול המשך לאורך זמן. כאמור, בהעדר ביטוח רפואי, בארה"ב, אין היא זכאית לטיפול ובהעדר טיפול, התוצאות עלולות להיות קטלניות.

109. על פי סעיף 16 לעמדת הקטינים, ד. ל. ציינה כי אינה יכולה לחזור לאמריקה בלי האם, ואינה יכולה להיפרד מאמה. אם אביה אינו יכול להגיע לישראל, היא מעוניינת להישאר בישראל יחד עם אמה.

110. בסעיף 21 לעמדת הקטינים, א. סיפר כי הוא אוהב להיות בישראל וכי הוא רוצה להישאר בישראל. בסעיף 31 לעמדת הקטינים, הקטינים מביעים מפורשות עמדתם כי הם מעדיפים להישאר בישראל וכי אביהם יגיע ויצטרף אליהם לישראל. בסעיף 40 מובאת עמדתם החד משמעית של הקטינים כי הם אינם רוצים לחזור לארה"ב ללא אמם.

111. בסופו של יום, בית המשפט דן ב-ד. ל. ו. שני ילדים אמיתיים בשר ודם, אשר גורלם מוכרע בפסק דין זה. המצב, הינו מצב נתון, בו הנתבעת "כלואה" בארץ ואיננה יכולה לצאת את הארץ ועל כן החזרתם של הקטינים לארה"ב תייצר נתק בינה לבנים, נתק שיעמיד את הקטינים במצב בלתי נסבל. לעומת זאת, התובע, יכול לשוב לישראל ולקיים הסדרי שהות כראות עיניו וכאוות נפשו, עם ילדיו. בהקשר זה אציין כי הוגשו לבית המשפט הקלטות מתומללות של שיחה בין אחיה של הנתבעת לתובע- שם התובע אומר במפורש כי לו היה בטוח כי הנתבעת תקבל אותו לזרועותיה בארץ, היה חוזר לישראל.

112. מן המקובץ לעיל, עולה כי, גם בנסיבות בהן התביעה לפי האמנה היתה מתקבלת, לנתבעת עומדת ההגנה הקבועה בסעיף 13 (ב) לחוק האמנה.

113. בהתאם לתסקיר הביניים וכן בהתאם לעמדת הקטינים וחוות הדעת, הסדרי הקשר בין התובע לקטינים מתקיימים ונשמרים בהתאם להסכמת הנתבעת אשר קבלה תוקף של החלטה ע"י בית המשפט בדיון קדם המשפט.

114. ככל והתובע ישוב לישראל יקבעו הסדרי שהות מתאימים בינו לבין הקטינים, שכן, הקטינים מתגעגעים לאביהם ומשתוקקים לשובו לישראל.



בית משפט לענייני משפחה בראשון לציון

תמ"ש 12720-06-17 א. נ' מ. א. ואח'

- 1
2 115. נוכח התוצאה אליה הגעתי, התובע ישלם לידי הנתבעת עבור הוצאותיה סך של 10,000 ₪
3 וכן מאחר והנתבעת יוצגה על ידי עו"ד אשר מונתה ע"י הלשכה לסיוע משפטי, ישלם 10,000
4 ₪ לקופת אוצר המדינה.
5
6 116. החלטתי מיום 29.06.17 לעיכוב הליכים מבוטלת. על הנתבע להגיש כתבי הגנה בהתאם
7 לתקנות, הפגרה לא תשפיע על מנין הימים.
8
9 117. המזכירות תשלח פסק הדין לב"כ הצדדים.
10
11 118. פסק הדין מותר לפרסום בעילום שמות הצדדים.
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24

מירה רום פלאי, שופטת

מירה רום פלאי, שופטת



בית משפט לענייני משפחה בראשון לציון

תמ"ש 12720-06-17 א. נ' מ. א. ואח'

1

2

הרחמים סגורות