



## בבית המשפט העליון

בע"מ 5548/14

לפני: כבוד השופט נ' הנדל

המבקש: פלוני

נגד

המשיבה: פלונית

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי  
ירושלים מיום 07.08.2014 בתיק עמ"ש 07-14-023688

בשם המבקש: עו"ד הראל ארבל

בשם המשיבה: עו"ד מקסים ליפקין

### החלטה

מונחת לפניי בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית-המשפט המחוזי בירושלים (כב' סגני הנשיא י' צבן ומ' דרורי וכב' השופט מ' טובל) במסגרתו נדחה ערעורו של המבקש על פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה בירושלים (כב' השופטת א' שמאי-כתב), אשר דחה את תביעת המבקש להשיב את שתי בנותיו הקטינות (להלן: הקטינות) לארצות-הברית בהתאם לחוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), התשנ"א-1991).

רקע והליכים קודמים

1. המבקש הוא אזרח הולנד והמשיבה אזרחית ישראל. הם נישאו זו לזה בישראל, בשנת 1998. לזוג נולדו שלושה ילדים, הבכור בשנת 2000 ושתי

הקטינות בשנים 2003 ו-2008. כל הילדים נולדו בארצות-הברית, והם מחזיקים באזרחות אמריקאית והולנדית, כאשר לקטינות הוצאה אף אזרחות ישראלית לאחר מועד האירוע מושא הבקשה הנוכחית. לפי המתואר בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, מאז הנישואין נדדה המשפחה בין ארצות-הברית, הולנד וישראל כדלהלן: בין השנים 1998-2000 גרו הצדדים בניו-יורק במשך כשנתיים. בין השנים 2000-2002 נעה המשפחה בין הערים ניו-יורק ומיאמי שבארצות הברית ובין הולנד. בין השנים 2002-2011 התגוררה המשפחה במדינות הבאות, לפי הסדר הבא (הזמנים מוערכים, ומשקפים את התמונה הכללית שהוצגה): שנה בהולנד; שנה בניו-יורק; שנה בהולנד; שנה בישראל; שלוש שנים במיאמי; שנה בהולנד; שנה בישראל, למעט הקיץ, בו שהתה המשפחה בהולנד. בשנת 2012 שהתה המשפחה במיאמי בשנת הלימודים, ושוב בילתה את הקיץ בהולנד. את חגי תשרי חגגה המשפחה בישראל. מרבית שנת הלימודים שלאחר מכן (התשע"ג-2013) עברה על המשפחה בהולנד, ובחודש אפריל, בעיצומה של שנת הלימודים, שבה המשפחה למיאמי, שבה השלימו הילדים את שנת הלימודים. עם סיום שנת הלימודים, ביולי 2013 שבה המשפחה להולנד, ובסמוך לכך, ביום 13.8.2013, טסו המשיבה והקטינות לישראל.

כשבוע וחצי לאחר מכן הצטרפו אליהן המבקש והבן הבכור, בכוונה לחגוג את בר-המצווה של הבן בישראל ביום 10.10.2013. אולם לקראת סוף חודש ספטמבר חזרו המשיב והבן להולנד, בעקבות סכסוך שפרץ בין בני הזוג. את בר-המצווה של הבן הוא חגג בהולנד, במסגרת מצומצמת וללא נוכחות האם והקטינות, שנשארו בישראל בבית הורי המשיבה. לאחר מכן, באותו החודש, נסע המבקש עם בנו למיאמי, השאיר את הבן אצל ראש הישיבה בה לומד הבן, וחזר לבדו להולנד, שם שהה עד לסוף שנת 2013. החל מינואר 2014 מתגורר המבקש עם בנו במיאמי, אם כי במהלך תקופה זו שהה יחד עם בנו אף בהולנד, לטענתו למטרות נופש. ביום 10.11.2013 הגיש המבקש תביעה על פי האמנה בדבר ההיבטים האזרחיים של חטיפה בינלאומית של ילדים (כמופיע בתוספת לחוק אמנת האג) (להלן: האמנה), בה ביקש להורות על החזרת הקטינות להולנד על מנת שיוכל לטוס עמן למיאמי.

בפסק דינו מיום 2.7.2014 דן בית המשפט לענייני משפחה בשאלה מהו מקום מגוריהן "הרגיל" של הקטינות: האם ארצות-הברית ולחלופין הולנד – כטענת המבקש, או שמא אין לקטינות מקום מגורים ולחלופין מדובר בישראל – כטענת המשיבה. זאת בהתאם לסעיף 3(א) לאמנה. בעניין זה נקבע כי לא היה לקטינות מקום מגורים רגיל במועד אי-החזרתן כאמור באמנה. זאת, בין היתר, בהתבסס על מכלול העובדות המרכיבות את תמונת עולמן של הקטינות. מעיון בפסק דינו המנומק היטב של בית המשפט לענייני משפחה עולה כי ניתן להדגיש ארבע נקודות מרכזיות:

ראשית, התייחס בית המשפט למסכת נדודי המשפחה ברחבי שלוש המדינות כפי שפורטה לעיל בהרחבה. ניתן דגש על חוסר הסדירות והצפיות של המעברים, אשר כפי שנקבע, התרחשו משיקולי מס שונים של המבקש. בהמשך לכך, התייחס בית המשפט למיקום רכושה של המשפחה במדינות בהן התגוררה. נקבע כי בבעלות בני הזוג או אחד מהם זכויות בדירה במבשרת ציון וכן דירה בהולנד, בעוד שבארצות הברית התגוררה המשפחה בדירות שכורות שונות. כן צוין כי רוב החפצים של המשפחה מצויים בדירה בהולנד, וכי בסוף שנת הלימודים התשע"ג-2013 ארזה המשפחה את חפציה, פינתה את הבית השכור במיאמי, וטסה להולנד. מנגד, נותרו במיאמי שני כלי רכב בבעלות המשפחה, מבלי שנעשה נסיון למכרם;

שנית, בית המשפט לענייני משפחה ציין כי אחת הקטינות העידה על כך שבסוף שנת הלימודים התשע"ג-2013 נערכה לה מסיבת פרידה בבית הספר במיאמי, כשם שנערכה לה מסיבת פרידה במיאמי בפעם הקודמת בה נדדה המשפחה – שלאחריה החלו הקטינות את שנת הלימודים בהולנד. כן טענה הקטינה כי סברה שבשנת הלימודים הבאה תלמד בהולנד. בית המשפט עמד על כך שנקודת המבט הסובייקטיבית אין בה כשלעצמה בכדי לקבוע את מקום מגוריהן הרגיל, אך יש לנקודת מבט זו משקל באיזון הכולל, שכן היא טומנת בחובה עובדות הרלבנטיות להכרעה בשאלת מקום המגורים הרגיל;

שלישית, התייחס בית המשפט למצבם של בני הזוג. נקבע כי נדודי המשפחה נבעו מכוונתו של המבקש שלא להיחשב תושב קבע באף אחת מן המדינות, וזאת משיקולי מס. כן נקבע כי במועד ההגעה לישראל, באוגוסט 2013, לא הייתה לבני הזוג כוונה מגובשת באשר למגורי המשפחה בשנה הקרובה, וכי כל האפשרויות היו "על השולחן". עוד נקבע שבמועד מאוחר יותר, לאחר עריכת מספר בירורים בנוגע ללימודיו של הבן הבכור בישיבה בישראל בשנת הלימודים הקרובה, התגבשה כוונה משותפת של בני הזוג לכך שבשנת 2014 – לפחות עד סוף שנת הלימודים – תתגורר המשפחה במיאמי. הצדדים אף שכרו מבעוד מועד דירה במיאמי, כהכנה לאפשרות זו, שאכן נבחרה בסופו של דבר, וכן דאגו לשריין מקום בבתי הספר עבור ילדיהם;

נקודה רביעית עליה נתן בית המשפט דעתו נגעה לפעולות שונות שביצעו בני הזוג כגון קיומו של ביטוח בריאות עבור הקטינות בארצות-הברית. בהקשר זה ניתן דגש על כך שבשנת 2012 ערכו בני הזוג הסכם ממון בישראל, ובעת אישורו בבית המשפט טען בא-כוח הצדדים כי הם מהולנד, וכי הם מודעים לכך שאכיפת ההסכם תלויה בדין ההולנדי.

בית המשפט לענייני משפחה נכון היה להניח לטובת המבקש כי הקטינות רכשו מקום מגורים רגיל מנקודת מבטן למשך תקופות קצרות. אולם נקבע כי בין כך ובין אחרת – המעברים ממדינה למדינה ניתקו את הקשר בין הקטינות לאותה מדינה, והן לא ראו בה עוד את מקום המגורים הרגיל שלהן. עוד הוסיף בית המשפט שכוונת הצדדים לשוב למיאמי לשנת הלימודים הבאה אך לא מעבר לכך – כוונה אשר התגבשה לאחר הגיעם לישראל באוגוסט 2013 – אין בה כדי להפוך את מיאמי למקום המגורים הרגיל של הקטינות. כוונה זו לא הייתה ידועה לקטינות, והיא התגבשה רק לאחר העקירה ממיאמי ולאחר שבמועד העקירה לא הייתה לצדדים כוונה מגובשת להתגורר במדינה כלשהי, והם בחנו כמה חלופות. כן נשללה האפשרות שמקום המגורים הרגיל של הקטינות מתפרש על פני כמה מדינות.

להשלמת התמונה יצוין כי בית המשפט ביקר בחריפות את התנהלות בני הזוג נוכח הזנחת טובת הילדים במעברים הרבים. עוד נמתחה ביקורת על המבקש בשל העובדה שנטש את הבן הבכור במיאמי למשך חודשים, כשהוא מוסר לו מידע כוזב על בעיות רפואיות חמורות אשר מהן הוא סובל כביכול, וזאת על מנת להפעיל לחץ על המשיבה. כן זכו לביקורת העובדה שבעת הגשת הבקשה להשבת הקטינות למקום מגוריהן הרגיל שבמיאמי התגורר המבקש עצמו בהולנד, עצם הגשת התביעה כאשר סביר להניח שחודשים ספורים לאחר השיבה למיאמי היו הקטינות עוקרות למקום אחר ממילא, ואי-התייצבותו להיחקר על התצהיר שהגיש. בעקבות דחיית התביעה לא הכריע בית המשפט בשאלה האם מעשיו של התובע עולים כדי חוסר תום לב קיצוני המצדיק את דחיית התביעה.

על פסק הדין האמור הוגש ערעור, אשר נדחה על ידי בית המשפט המחוזי. בית המשפט קבע כי בנסיבות החריגות והנדירות אשר אפפו את התנהלותה של המשפחה ואת נדודיה הרבים, לא היה לקטינות מקום מגורים רגיל בעת אי-החזרתן מישראל על-ידי המשיבה. בפסק הדין עמד בית המשפט על הנפקות הראייתית שיש לכך שהמבקש לא התייצב להעיד במהלך ההליך, וקבע כי לא נפל פגם בקביעותו העובדתיות של בית המשפט לענייני משפחה. בהמשך לכך עמד בית המשפט על כוונת המבקש והמשיבה ועל מכלול העובדות, מנקודת מבטן האובייקטיבית של הקטינות. באשר לכוונת ההורים, נקבע כי המשפחה עברה ממדינה למדינה מתוך כוונה שלא להיחשב לתושבי קבע באף אחת מן המדינות, ובמצב כזה אין לקבל טענה כאילו הקטינות הן תושבות אחת המדינות או אפילו כמה מהן. באשר לנקודת מבטן של הקטינות, נקבע כי "מציאות חיי הקטינות בארצות-הברית בשנים הסמוכות לפרוץ הסכסוך, לא הייתה מציאות של חיי קבע". למעלה מן הצורך קבע סגן הנשיא מ' דרורי כי יש לדחות את תביעת המבקש להפעלת אמנת האג גם לנוכח חוסר תום לבו.

ההליך הנוכחי

2. בבקשת רשות הערעור שלפני מעלה המבקש מספר טענות. ראשית, טוען המבקש כי בית המשפט המחוזי קבע "הלכה קיצונית וחדשנית" החורגת מעניינם האישי של הצדדים. כנטען, קבע בית המשפט המחוזי שבמשך אחת עשרה שנים לא היה לקטינות מקום מגורים רגיל, וכפועל יוצא מכך יכול היה כל אחד מן הצדדים לחטוף את הקטינות בכל רגע נתון לכל מדינה אשר יחפוץ. שנית, ובאופן קונקרטי, יוצא המבקש כנגד קביעתו של בית המשפט קמא כי מיאמי לא היוותה את מקום המגורים הרגיל של הקטינות במועד אי-החזרתן. לטענתו, נוכח המגורים הרצופים במיאמי בין השנים 2006-2009, הפכה העיר למקום מגוריהן הרגיל של הקטינות. נדבך נוסף בטיעון זה נוגע לכך שנדודי המשפחה ממועד זה ואילך היו לתקופות זמניות וקצובות, ומשכך לא נפגע מעמדה של מיאמי כמקום המגורים הרגיל של הקטינות בשנים שלאחר מכן. שלישית, טוען המבקש כי שגה בית המשפט קמא עת ייחס חשיבות מכרעת, במסגרת בחינת כוונת הצדדים, לרצונו שלא להיחשב לתושב קבע באף אחת מן המדינות מבחינת דיני המס. לטענתו, אין לבחון את מקום המגורים הקבוע של הקטין, אלא את מקום מגוריו "הרגיל" בלבד. מנגד, סומכת המשיבה ידיה על פסקי הדין של הערכאות קמא בדבר העדר מקום מגורים רגיל לקטינות במועד אי-החזרתן. כן נטען כי פסק דינו של בית המשפט המחוזי לא קובע הלכה חדשה ולא מעלה כל שאלה משפטית החורגת מעניינם של הצדדים.

דיון והכרעה

3. כלל הוא כי בתי המשפט נוהגים בגמישות דיונית מקום בו טובתם של קטינים עומדת על הפרק, דוגמת דיני האימוץ, סוגיות הקשורות לאמנת האג ונושאים נוספים. גמישות זו יכולה לבוא לידי ביטוי בהארכת מועדים, בקבלת בקשות לרשות ערעור שלא היו עומדות במבחנים שנקבעו בפרשת חניון חיפה אלמלא הזיקה לזכויות הקטינים והשלכת ההכרעה על חייהם (ר"ע 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו(3) 123 (1982)) ובדרכים נוספות (ראו ע"א 640/86 פלונים נ' היועץ המשפטי לממשלה (17.2.1987); בע"מ 2205/09 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 7 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס (22.4.2009)). אולם, אין משמעות הדבר כי בית משפט זה יקבל בקשה כגון דא בכל מקרה או אפילו כדבר שבשגרה. סיבה לדחיית בקשה למתן רשות

ערעור בהליך שכזה עשויה להיות שבית המשפט העליון כבר אמר את דברו בסוגיה המשפטית הנדונה או שנסיבות המקרה נוטות בבירור לכיוון הכרעתו הסופית של בית המשפט המחוזי.

הבקשה הנוכחית עוטה אדרת של חשיבות ציבורית ועקרונית. אולם למעשה, השאלה היסודית הטעונה הכרעה במקרה דנן אינה האם ייתכן מצב בו לקטין אין כלל מקום מגורים רגיל במשך שנים רבות. אלא הסוגיה המכרעת היא האם מקום מגוריהם הרגיל של הקטינות עובר לאי-החזרתן היה ארצות הברית (מיאמי), בה גרו עובר לארוע – הא ותו לא. ההכרעה בשאלה זו נובעת מחוק אמנת האג ומן האמנה, והיא נעוצה בתכליות הניצבות בבסיס האמנה.

אבהיר זאת תוך הפנייה ליעדיה של האמנה כפי שהיא מגדירה אותם. היעד הראשון הוא להבטיח את חזרתם המיידית של ילדים, אשר לא כדין, הורחקו אל מדינה מתקשרת או לא הוחזרו ממנה. משנקבע זאת, "תצווה הרשות הנוגעת בדבר להחזיר הילד לאלתר" (סעיף 12 לאמנה). כלל זה קשור בטבורו לעקרון של טובת הילד, וליתר דיוק – העקרון של מניעת פגיעה בילד, אשר החטיפה או אי ההחזרה שלו קורעים אותו ממרקם חייו הרגיל ומצדיקים את מתן הסעד המהיר של השבתו. מטרת האמנה היא להושיט "עזרה ראשונה" ומיידית להורה שזכויות המשמורת שלו הופרו, כדי לאפשר את ניהולם של ההליכים בנוגע למשמורת על הקטין באופן שיקטין את הפגיעה בו (בע"מ 1930/14 פלונית נ' פלוני, בפסקה 3 לפסק הדין (5.6.2014)).

יעדיה של האמנה, אשר כשמה כן היא – אמצעי להחזרת ילדים חטופים – קשורים בקשר אמיץ למקום מגוריו הרגיל של הקטין. מונח זה מופיע בסעיפים רבים באמנה (סעיפים 3, 4, 8, 13, 14, 25, 31). כמובן, העניין אינו כמותי אלא איכותי. סעיף 3 קובע כי:

"הרחקתו או אי החזרתו של ילד תיחשב לא כדין  
כאשר-

(א) יש בהן הפרת זכויות המשמורת המוענקות  
לאדם... על פי דין המדינה שבה היה מקום מגוריו

הרגיל של הקטין סמוך לפני הרחקתו או אי החזרתו..."

משמע, פעולה של העברת ילד ממקום למקום תחשב שלא כדין רק מנקודת מבטה של המדינה שמהווה את מקום מגוריו הרגיל. זהו מעין תנאי סף. סעיף 4 מבהיר כי:

"האמנה תחול על כל ילד אשר מקום מגוריו הרגיל היה במדינה מתקשרת סמוך לפני כל הפרה של זכויות משמורת או ביקור..."

לאמור, תחולת האמנה תלויה בכך שהאירוע מושא ההליך מהווה ניתוק של הילד ממקום מגוריו הרגיל. סעיפים אחרים שהובאו עניינם מעמדה של הרשות המרכזית הפועלת במדינת מקום מגוריו הרגיל של הקטין.

ובחזרה לנקודת הפתיחה: האירוע ה"מכונן" לתביעה לפי אמנת האג בענייננו הוא הרחקתן או אי החזרתן של הקטינות למיאמי שבארצות הברית. ברם, כפי שהובא לעיל, על מנת שתחול האמנה פעולה זו חייבת להיות שלא כדין, והיא כזו רק אם מיאמי מהווה את מקום המגורים הרגיל של הקטינות. למעשה, הצגה זו של הדברים מקובלת אף על המבקש, אשר דורש כי ייקבע שארצות הברית היא אכן מקום מגוריהן הרגיל. בקשתו נשענת על תקיפת המסקנה ההפוכה שאליה הגיעו ערכאות קמא.

4. מהו המבחן המשפטי הקובע? בבע"מ 7784/12 פלונית נ' פלוני (28.7.2013) (להלן: עניין פלונית 2) נפסק כי המבחן שבאמצעותו יש להכריע בשאלת מקום המגורים הרגיל הוא מבחן עובדתי טהור, כאשר במסגרת העובדות הרלבנטיות יש לתת משקל אף לכוונת הורי הקטין בגדר אחת מן העובדות:

"בדיקה עובדתית טהורה חייבת להיות רחבה וכוללנית. מארג העובדות בהחלט יכול את כוונות ההורים ואת ההחלטות שקיבלו, אך אין ליתן לכוונותיהם משקל עצמאי וחיצוני לבחינה העובדתית. הכוונה אף היא חלק מהתמונה העובדתית. מטבע הדברים, נתון הכוונה מפנה את הבדיקה להורים. אף כאן יש לתת את המשקל הממשי למונח המדויק



Habitual Residence of the Child – 'מקום מגוריו הרגיל של הילד' השם את הזרקור על הילד. במובן זה יש לשמוע את קולו של הילד. זאת לא במובן בו בית המשפט ישאל אותו למקום מגוריו הרגיל שהרי אין אנו עוסקים בסוגיה סובייקטיבית, אלא במובן האובייקטיבי המופשט במידת מה. על פי ראייה זו חשוב לבחון את חיי הילד כפי שהם, אך המסקנה עשויה לכלול את כוונת ההורים שאף היא רלוונטית בתור עובדה. כמובן, יש חשיבות לשיקולים אחרים כגון מטרת הנסיעה למדינה אחרת, תחימת הנסיעה בזמן ואף גילו של הילד. ודוק, יש לבחון לא את מקום מגוריו של הילד כי אם את מקום מגוריו הרגיל על המשתמע מכך.

התמקדות בעובדות, להבדיל משילוב בין מבחן עובדתי למבחן כוונתי, תביא לתוצאות שונות שלא על בסיס קיומן של אסכולות משפטיות מתחרות, כי אם על בסיס המארג העובדתי הייחודי לכל מקרה ומקרה. יודגש אף כי גם בחינת העובדות לא נעשית מנקודת המבט של ההורים אלא מנקודת מבטו של הילד, בבחינה אובייקטיבית של נקודת מבט זו. רוצה לומר, בבוא בית המשפט להניח את אצבעו על מפת העולם, להצביע על אחת המדינות ולקבוע 'כאן מקום מגוריו הרגיל של הקטין', עליו לשוות לנגד עיניו את מפת עולמו של הקטין, על פסיפס העובדות המרכיבות אותה".

5. מצוידים בכלי ההכרעה, ניגש למלאכת הבדיקה. למעשה, כפי שצוין לעיל, בית המשפט לענייני משפחה קבע ממצאים עובדתיים שהתקבלו על ידי בית המשפט המחוזי בשבתו כערכאת ערעור בזכות. ניתן לחלק את הממצאים לארבע קבוצות.

ראשית, ישנו ההיבט הכלכלי, שאף אותו ניתן לחלק לשלוש זרועות: הזרוע האחת עניינה שיקולי המס של המבקש, אשר הובילו את המשפחה למעברים חסרי סדירות וצפיות בין שלוש מדינות. הזרוע השנייה עניינה הדירות בהן התגוררה המשפחה במדינות השונות והבעלות בהן, ואילו הזרוע השלישית היא מיקום המיטלטלין שברשות המשפחה. קבוצה שניה של ממצאים קשורה לנקודת מבטן הסובייקטיבית של הקטינות, ממנה עולה כי לאחת מן הקטינות נערכה מסיבת פרידה בבית הספר במיאמי. זאת, שנתיים לאחר שנערכה לה מסיבה דומה, שסימנה

את מעבר המשפחה להולנד. הקטינה (המבוגרת מבין השתיים, והיחידה שהעידה בבית המשפט) ציינה, בהתאם לכך, כי ציפתה ללמוד בהולנד בשנת הלימודים הבאה. קבוצה שלישית עוסקת בכוונות הצדדים, ובמסגרתה נקבע כי הצדדים ביקשו שלא להיחשב לתושבי קבע באף אחת מן המדינות משיקול מס, וכי במועד ההגעה לישראל לא הייתה להם כוונה מגובשת באשר למגורי המשפחה בשנה הקרובה. הקבוצה הרביעית היא ההתנהגות הכללית של בני הזוג ופעולות שונות שביצעו. הדגש בהקשר זה ניתן על חתימת הסכם הממון בישראל, תוך הצהרה כי הצדדים הם תושבי הולנד וכי נודע להם שאם ירצו לאכוף את ההסכם יהיה עליהם לברר את הדין ההולנדי, החל על ההסכם.

דבר אחד עולה בבירור מן העובדות שצוינו – אף אחת מקבוצות הממצאים אינה תומכת במסקנה שדווקא ארצות-הברית היא מקום המגורים הרגיל של הקטינות. כך ביתר שאת בהינתן כוחם המצטבר של כל הקבוצות. יודגש כי סיפור חיי הקטינות נגזר ממצאי עובדה ומהימנות שנקבעו על ידי בית המשפט לענייני משפחה לאחר חקירת העדים. המבקש סרב להתייצב ולהיחקר על תצהירו, על כל הנפקות הראייתית הנובעת מכך.

כנגד זאת טען המבקש כי מקום המגורים הרגיל של הקטינות, למצער למן שנת 2006, הינו מיאמי – בה גרו הקטינות ברצף למשך כשלוש שנים. בנוסף, נטען כי נדודי המשפחה בשנים שלאחר מכן לא הפקיעו ממיאמי את מעמדה זה. ואולם, כפי שבפיוזיקה המודרנית של איינשטיין ישנה הכרה במונח מרחב-זמן, כך נכון בסוגיה הנדונה. רוצה לומר, הבחינה איננה מה היה מקום המגורים הרגיל של הקטינות בשלב מסוים בחייהן, אלא מה היה המקום נכון למועד החטיפה הנטענת. הקטינות, במהלך חייהן הקצרים, עברו גלגולים כה רבים מאז שנת 2009 ועד למועד החטיפה – מגורים בשלוש מדינות שונות למשך תקופות קצרות – עד שלא ניתן לקבוע כי בנקודת הזמן הרלבנטית לבקשה הנוכחית הייתה ארצות הברית "מקום מגוריהן הרגיל". מונח זה הוא דינמי ומהותי. כפי שנפסק בעניין גבאי:

"מקום המגורים' אינו ביטוי טכני... הוא מבטא מציאות חיים נמשכת. הוא משקף את המקום שבו גר כרגיל הילד עובר לחטיפה. נקודת המבט היא של

הילד והמקום שבו הוא גר". (ע"א 7206/93 גבאי נ' גבאי, פ"ד נא(2) 241, פסקה 15 (1997)).

בחינה של תולדות המשפחה בכללותן מעלה דפוס חוזר ונשנה של מעבר ממדינה למדינה. בבחינת הנפקות המשפטית שיש לנדודי המשפחה בשנים האחרונות יש להתייחס למארג העובדות בכללותו. אין דינה של משפחה אשר עוברת לתקופה מוגבלת בפעם הראשונה לאחר שנים רבות של ישיבת קבע במדינה מסוימת, כדינה של משפחה אשר חוזרת לנדוד ממדינה למדינה לאחר כמה שנים של ישיבה במקום אחד. לאחר שנטשה המשפחה את מיאמי לתקופה של שנתיים, שבמהלכן גרה שנה בהולנד ושנה בישראל, ונטשה אותה פעם נוספת לאחר שחזרה אליה למשך שנה אחת, ובצירוף יתר הממצאים העובדתיים שהוזכרו – הרי שלא ניתן לומר כי מרכז חייהן של הקטינות מצוי במיאמי.

משנמצא כי אין מקום להתערב באופן בו יישמו הערכאות קמא את המבחן לקביעת מקום המגורים הרגיל של הקטינות, הרי שאין מקום לתת למבקש רשות ערעור. על יסוד הממצאים שנקבעו, המסקנה המשותפת אליה הגיעו בתי המשפט קמא מעוגנת בדין ותואמת את דרישות האמנה.

6. עם זאת, מצאתי לנכון להתייחס בקצרה לשתי נקודות אשר עלו בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, וזאת בשל ההיבט העקרוני הטמון בהן ואף שאינן נחוצות להכרעה בבקשה. הנקודה הראשונה נוגעת לשאלת היחס שבין "מקום מגורים רגיל" לצורך סעיף 3 לאמנה ובין "מקום מגורים קבוע" לצורך דיני המסים. התכליות הניצבות בבסיס הצורך להגדיר את מקום מושבו הקבוע של אדם בדיני המסים שונות מן התכליות הניצבות בבסיס הצורך בקביעת מקום מגוריו הרגיל של הקטין במסגרת האמנה. ממילא, לא ניתן ללמוד באופן אוטומטי מכך שאדם אינו נחשב לתושב קבע בדיני המסים לעניין מקום מגוריו הרגיל לעניין תחולת אמנת האג. בהקשר זה יש להעיר אף כי ברוב המקרים, המבחנים לעניין דיני המסים חלים על ההורה, בעוד שמבחן מקום המגורים הרגיל נבחן ביחס לקטין, כלשון המונח "מקום מגוריו הרגיל של הילד" (ר' הציטוט מעניין פלוניית 2 לעיל). כמובן,

ייתכן שבאופן מעשי יש חפיפה מסויימת בין המבחנים המוחלים בשתי מערכות הדינים, אולם בכל מקרה אין לשלול באופן אפריורי מצב בו אדם אינו נחשב לתושב קבוע של מדינה מסויימת לצורך תשלום המסים המוטלים עליו, בעוד שהמדינה משמשת כמקום המגורים הרגיל של ילדו הקטין. על הבחינה להיות עניינית ותכליתית, ובהקשר של תחולת אמנת האג – עליה לקחת בחשבון את כל העובדות הרלבנטיות לקביעת מרכז חייו של הקטין, שכוונת הוריו והתנהגותם הן רק חלק מהן. כך יאה למבחן העובדתי הטהור.

7. הנקודה השנייה נוגעת לאפשרות שקטין יהיה נעדר מקום מגורים רגיל. למעשה, ניתן היה לטעון שאם הדבר אינו אפשרי, החובה לבחור מקום הייתה מעלה את הסיכוי לקבוע כי ארצות-הברית, כאחת משלושת המדינות המועמדות לכתר מקום המגורים הרגיל (יחד עם ישראל והולנד), היא מקום המגורים הרגיל של הקטינות.

לכך אשיב כי אין הנחה שלכל קטין מקום מגורים רגיל משלו בכל שלב בחייו. היפוכו של דבר. מהספרות ומהפסיקה עולה כי הדעה הרווחת היא שייתכן גם ייתכן שלקטין מסויים אין מקום מגורים בנקודת זמן זו או אחרת. כך, למשל, מציינת המלומדת שוז כי " It is widely accepted that it is theoretically possible for a (RONA SCHUZ, THE ) person not to have a habitual residence at any given time" ;HAGUE CHILD ABDUCTION CONVENTION – A CRITICAL ANALYSIS 178 (2013) וכן ראו PAUL BEAUMONT AND PETER McELeavey, THE HAGUE CONVENTION (ON INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION (1999)). פסקי דין הקובעים קביעות דומות ניתן למצוא בכל רחבי העולם: *Delvoye v. Lee*, 329 F.3d 330 (3rd Cir. 2003) (ארצות הברית); *D. v. D.* 2002 SC 33 [19/06/2001; First Division, Inner House of the Court of Session; Appellate Court] (סקוטלנד); *L.K. v. Director-* (אוסטרליה); *General Department of Community Services* [2009] HCA 9 (ולאחרונה אף באנגליה – *A v A and another (Children: Habitual Residence)* (Reunite International Child Abduction Centre intervening) [2013] UKSC 60 [2013] 3 WLR 761).

המסקנה אינה מפתיעה. דווקא מפני שהמבחן העובדתי הטהור הוא הקובע במקרים כגון דא, יוצא שלעיתים העובדות עלולות להצביע על כך – גם אם זה אינו המצב בדרך כלל – כי אין מקום מגורים רגיל. על פי העובדות שנקבעו, נראה שזה המצב אף במקרה שלפנינו, כפי שקבע בית המשפט המחוזי. אף בהיבט המשפטי אין קושי בקביעה כזו. המשמעות, גם אם היא מצערת, לכך שאין לקטין מקום מגורים מסויים, היא שהאמנה לא תחול על עניינו. אין בכך לחלוק על ההערה של ד"ר שוז שמצב עניינים כזה אינו רצוי, מפני שמכך נגזר שהאמנה אינה חוסה על הקטין גם אם נלקח על ידי אחד מהוריו למדינה חדשה שלא היה לו עמה כל מגע קודם לכן (שוז, שם). להיבט אחר של העניין, נביא את דבריה של פרופ' אליסה פרז-ורה (Elisa Pérez Vera) אשר שימשה כרפורטרת מוסמכת של האמנה, בדו"ח הפרשני שחיברה בסמוך לכינון האמנה:

"...The Convention protects the right of children not to have the emotional, social etc. aspects of their lives altered, unless legal arguments exist which would guarantee their stability in a new situation" (ELISA PEREZ-VERA, EXPLANATORY REPORT ON THE 1980 HAGUE CHILD ABDUCTION CONVENTION 448 (1980)).

דהיינו, בהעדר קביעות, קיומה של חטיפה ואף עוצמת הפגיעה אינן בנמצא באופן שמצדיק את הפעלת האמנה. על בסיס זה נכתב בספרות המשפטית שהתכלית של הגנת הילדים לא מצריכה יצירת חזקה לטובת תחולת האמנה, אלא יש לוודא כי האמנה תחול רק בנסיבות בהן החטיפה עשויה לגרום לקטין נזק נוכח הרחקתו "From the social and family environment in which his life has developed" (פרז-ורה, שם, בעמ' 428; Beaumont ו-McEleavey דלעיל, בעמ' 90). העיקר, כמובן, שעסקינן בדין המצוי ולא בדין הרצוי וליתר דיוק – החיים הרצויים לקטין. אך גם אם זהו הדין הרצוי, קשה להתעלם מכך שככלל מוטב שילד, ככל אדם וביתר שאת, יזכה למקום מגורים רגיל. לעיתים נסיבות החיים, לרבות הגורל האכזר, הן המכתיבות את מסלול החיים של המשפחה על קטיניה. אך ככלל, היציבות בחיים מהווה מעין עץ המעצב את חיי הילד. בהקשר זה ניתן להזכיר את

תורתו של אברהם מאסלו, פסיכולוג בן המאה ה-20 השייך לזרם הפסיכולוגיה ההומניסטית. לפי תיאוריית הצרכים שפיתח מאסלו, לבני אדם מספר צרכים אוניברסליים, אשר ניתן לארגנם בחמש מדרגות, לפי סדר חשיבותם. במדרגה השנייה והשלישית ניתן למנות הצורך בבטחון, לרבות בטחון אישי, כלכלי ובטחון בחיי רווחה, ואת הצורך בהשתייכות, לרבות הצורך להשתייך לקבוצה חברתית, תרבותית, דתית וכדומה. מילוי צרכים אלה זרוש לשם הכרת האדם את עצמו וגיבוש זהותו (ראו Abraham Maslow, *A theory of human motivation*, PSYCH. REV. 50, 370-96 (1943). ניתן ללמוד מתיאורייה זו על החשיבות של קיום בסיס איתן לילד, ממנו יוכל לצאת את העולם ואליו יוכל לשוב בעיתות צרה וצוקה, וההשפעה שיש לכך על המשך חייו. ומכיוון אחר, ננעל בדבריו של הרב יוסף דב הלוי סלובייצ'יק (ממנהיגי היהדות האורתודוקסית בארצות הברית ומחשובי ההוגים בעולמה של היהדות במאה ה-20), שאמנם נאמרו בהקשר של עמדת המשפט העברי ביחס לבית כנסת, לפיהם המילה "בית" בעברית היא בעלת שתי משמעויות: Home-ו-Home.

8. סוף דבר, הבקשה נדחית. בנסיבות העניין, המבקש ישא בהוצאות המשיבה ושכר טרחת עו"ד בסך של 15,000 ₪.

ניתנה היום, ח' בתשרי התשע"ה (2.10.2014).

ש ו פ ט