



בתי המשפט

עמ 000130/08

בית משפט מחוזי באר שבע

תאריך: 31/08/2008

כבוד ס. הנשיא השופט ניל הנדל – אב"ד
כבוד השופטת שרה דברת
כבוד השופטת מיכל ברנט

המערערת:

ע"י ב"כ עוה"ד א. ליפסקר

נגד

המשיב:

ע"י ב"כ עוה"ד ע. בורוכוב

פסק דין

1. תנאי לתחולתו של חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), תשנ"א – 1991 הוא שילד הורחק או לא הוחזר שלא כדין, ממקום מגוריו הרגיל תוך כדי הפרת זכויות המשמורת. פרשנות המונח בסעיף 3 לאמנה – "מקום מגוריו הרגיל של הקטין" – היא הדורשת הכרעה בערעור זה.

מלאכה זו על פניה אינה קלה שכן קיימת מחלוקת פוסקים בין מדינות שונות ובתוך מדינות שונות בסוגיה הנדונה. טרם אתייחס לכך ראוי להציג את עובדות המקרה והשתלשלות ההליכים.

המשיב, יהודי בריטי יליד 1963, והמערערת, יהודיה ישראלית ילידת 1972, נישאו זה לזו בתאריך 20.11.02 והקימו את ביתם המשותף בארץ. בתאריך 14.10.03 נולד הקטין מושא הליך זה. המשיב עבד כשוחט במקומות שונים בארץ ובמסגרת עבודה זו נדרש מידי פעם לטוס לחו"ל. חיי הנישואין של בני הזוג לאתר הולדת הקטין אופיינו במתחים. הקטין השתלב במסגרת של גני ילדים של חב"ד. בחודש מרץ 2007, קיבל המשיב הצעת עבודה כשוחט באנגליה. נקבע על ידי בית משפט קמא שהצדדים החליטו לעבור להתגורר באנגליה לתקופת ניסיון בת שנתיים. בתאריך 27.4.07 התרחש המעבר האמור. הקטין השתלב בגן



בתי המשפט

עמ 000130/08

בית משפט מחוזי באר שבע

תאריך: 31/08/2008

כבוד ס. הנשיא השופט ניל הנדל – אב"ד בפני:

כבוד השופטת שרה דברת

כבוד השופטת מיכל ברנט

ילדים יהודי חרדי מחסידות חב"ד באנגליה. בתאריך 19.9.07, בסמוך לחגי תשרי, הגיעה המשפחה בהסכמת הצדדים לביקור בארץ והתארחו בבית משפחתה של המערערת. במהלך הביקור נפטרה סבתה של המערערת וסוכם כי היא תישאר בארץ עם הקטין במהלך שלושים ימי האבל. המשיב חזר לאנגליה בתאריך 12.10.07. בתאריך 1.11.07 שבו המערערת והקטין לאנגליה, בין היתר, משום שהחלה שנת הלימודים של הקטין ונבנתה לו תוכנית שנועדה לשלב אותו במסגרת בית הספר.

בתאריך 3.12.07 חידש המשיב את הסכם השכירות בדירה באנגליה למשך שנה נוספת. מפלס המתח בין הצדדים עלה בתקופה זו. בתאריך 26.2.08, הגיעו המערערת והקטין לארץ, זאת ללא הסכמת המשיב וידיעתו לאחר שהמערערת נקטה פעולות שונות לרבות הוצאת דרכון חדש לקטין. המשיב יצר קשר עם הרשות המרכזית לענייני אמנת האג באנגליה ב – 1 למרץ 2008. הוא הגיע ארצה בתאריך 18.3.08. המשפחה יצאה לחופשה בבית מלון בטבריה במטרה להגיע לשלום בית. נסיון זה לא צלח, והמשיב יצא את הארץ וחזר לאנגליה לקראת סוף חודש מרץ. ב – 1.4.08 הגיש את התביעה הנדונה.

בפסק דין ארוך ומנומק קבע בית משפט קמא (תמ"ש 2941/08 בית משפט לענייני משפחה אשדוד, מפי כב' השופטת ע' אלפסי) שהאמנה חלה על המקרה, שהמערערת הרחיקה את הקטין שלא כדין ממקום מגוריו הרגיל – הוא אנגליה, ובהתאם הורה על החזרתו לאנגליה. בית משפט קמא בתן נתונים שונים שהציגו הצדדים, למשל מכירת המיטלטלין בארץ, רכישת ציוד וריהוט לבית המשפחה באנגליה, שהמערערת קבלה אשור שהייה לשנתיים באנגליה והודיעה למוסד לביטוח לאומי בישראל על הפסקת תושבות ותשלומים, שביקשה להעביר מסמכים מתיקו הרפואי של הקטין לאנגליה שם נפתח לו כרטיס במרפאה המקומית במנצ'סטר, שהקטין קיבל דרכון בריטי והשתלב בגן וכמובן עבודתו של המשיב במקום. על



בתי המשפט

עמ 000130/08

בית משפט מחוזי באר שבע

תאריך: 31/08/2008

כבוד ס. הנשיא השופט ניל הנדל – אב"ד

כבוד השופטת שרה דברת

כבוד השופטת מיכל ברנט

סמך בדיקת כלל הנתונים הגיע בית משפט קמא למסקנה כי כוונת הצדדים הייתה לעבור להתגורר באנגליה במשך שנתיים.

המערערת סבורה כי נפלה שגגה בקביעת בית משפט קמא. לגישה, בית משפט קמא לא העניק את המשקל הראוי לכך שמדובר בניסיון לתקופה קצובה ולא בהחלטה להעתיק את מקום המגורים. יש לבחון את מקום המגורים הרגיל של הקטין על פי גישת המערערת לפי האסכולה הכוונתית. לאמור, שלא הייתה כוונה הורית משותפת לנטוש את מקום המגורים הרגיל בארץ לטובת אנגליה. מנגד, המשיב תומך במסקנה אליה הגיע בית משפט קמא. הוא שם דגש על הכוונה המשותפת של בני הזוג לשהות באנגליה למשך שנתיים לכל הפחות, ושהמערערת לא הוכיחה כוונה לחזור לארץ טרם חלפה תקופה זו.

2. יושם אל לב, ששם החוק הנדון מתייחס להחזרת "ילדים חטופים", אך אין הגדרה למונח חטיפה שכלל אינו מופיע בסעיפי החוק. החוק שם דגש על הרחקה או אי החזרת ילד ממקום מגוריו הרגיל. כידוע האמנה הינה פרי הסכמה בין מדינות שונות - כ-70 במספר נכון להיום. מטרתה היא להילחם נגד התופעה של חטיפת ילדים ממדינה למדינה ויעדה הוא להבטיח את החזרתם המיידית של הילדים שהורחקו או לא הוחזרו כדין (ראה סעיף 1 (א) לאמנה). מכאן, ישנה חשיבות שתישמר אחידות בפרשנות האמנה כדי למנוע מצב שהמדינות החתומות על האמנה תגענה לתוצאות משפטיות שונות. על דרך החיוב, יפה הניסיון של מדינות שונות לפרש באופן דומה את אותה אמנה שתורגמה לשפות שונות. על דרך השלילה, יש לזכור שמאפיין בולט של תביעה לפי האמנה הוא שכל צד אוחז בגלימה של מדינה אחרת. לכן לא יהא זה ראוי מבחינת מראית פני הצדק שצד יזכה במבוקשו על סמך פרשנות משפטית שנויה במחלוקת של המדינה אליה נחטף הילד שאמורה ליישם את כללי האמנה בצורה אחידה, אפילו ואין זו הכוונה. הדברים מודגשים משום שאין הגדרה בחוק



בתי המשפט

עמ 000130/08

בית משפט מחוזי באר שבע

תאריך: 31/08/2008

כבוד ס. הנשיא השופט ניל הנדל – אב"ד

כבוד השופטת שרה דברת

כבוד השופטת מיכל ברנט

למונח מקום מגוריו הרגיל של הילד ונדמה שעם חלוף השנים המחלוקת מחריפה ונעשית קוטבית יותר.

באתר הרשמי של האמנה הוצג המצב המשפטי הלא ברור של הגדרת המונח מקום מגוריו הרגיל של הילד או במקור HABITUAL RESIDENCE:

“The interpretation of the central concept of habitual residence (Preamble, Art 3, Art 4) has proved increasingly problematic in recent years with divergent interpretations emerging in different jurisdictions. There is a lack of uniformity as to whether in determining habitual residence the emphasis should be exclusively on the child, on the child with regard paid to the intentions of the child’s care givers, or primarily on the intentions of the care givers. At least partly as a result, habitual residence may appear a very flexible connecting factor in some Contracting States yet much more rigid and reflective of long term residence in others” (www.incadat.com/index).

אמנם פרשנות האתר אינה בגדר עמדה משפטית מחייבת אך לדעתי היא משקפת נאמנה את המצב המשפטי השורר בנקודה הנדונה נכון להיום. על מנת להכריע בערעור ולהבהיר את עמדתי, שתוצג בהמשך, נכון יהא לערוך סקירה משפטית ולו מצומצמת.

אפתח בפסיקת בית המשפט העליון בארץ שהיא כמובן הרלוונטית ביותר לבתי משפט השלום והמחוזי. בעניין גבאי פסק כב' הנשיא ברק: **“מקום המגורים' אינו ביטוי טכני. זה אינו "דומיסיל" או "residence". הוא מבטא מציאות חיים נמשכת. הוא משקף את**



בתי המשפט

עמ 000130/08

בית משפט מחוזי באר שבע

תאריך: 31/08/2008

כבוד ס. הנשיא השופט ניל הנדל – אב"ד

כבוד השופטת שרה דברת

כבוד השופטת מיכל ברנט

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).

ארשה לעצמי להעיר חמש הערות. האחת, שעל אף האמור שמקום מגורים אינו residence, זוהי המילה המופיעה באמנה. השנייה, שהוענקה פרשנות למונח – 'מקום המגורים', ואין התייחסות למונח – 'הרגיל' - 'Habitual'. השלישית, יש חשיבות רבה לקביעה שלא מדובר בביטוי טכני וכן שיש לבחון מציאות חיים נמשכת כאשר נקודת המבט היא של הילד. הרביעית, המונח הוא "מקום המגורים הרגיל" ולא "מקום המגורים הקבוע". החמישית, נדמה שהקביעה לפיה הבחינה מתמקדת בעבר ולא בתוכניות העתיד לא נקלטה באופן מלא על ידי בתי המשפט לענייני משפחה ובתי המשפט המחוזיים בארץ ולטעמי כפי שיובהר ניתן להבין את הקביעה האמורה באופן רחב יותר.

דוגמה להערה האחרונה ולגישות השונות בפסיקה בבתי המשפט המחוזיים עולה מהדברים הבהירים שנפסקו על ידי חברתי, כב' השופטת צ.צפת, בעניין פלונית : "אמנם, ככלל הפסיקה הישראלית אימצה פסיקה אמריקאית הקובעת כי יש ליתן למונח "מקום מגוריו הרגיל" של הקטין משמעות עובדתית פשוטה, על פי מקום המגורים בפועל עובר להרחקתו (ראו: ע"א 7206/93 גבאי נ' גבאי, פ"ד נא(2) 241). דא עקא, פסיקה מאוחרת יותר אימצה גישה פרשנית כוונתית, גמישה יותר. כך למשל נקבע כי שינוי של מקום מגורים רגיל מצריך כוונת התיישבות, וכוונה כזו יש לבחון אצל ההורים, לכן מקום מגורים רגיל לא ישתנה כשאינן הסכמה משותפת בין ההורים בנוגע לזניחת מקום המגורים הקודם והחלפתו באחר. מכאן שמגורים זמניים, במקום מסוים, אינם משנים



בתי המשפט

עמ 000130/08

בית משפט מחוזי באר שבע

תאריך: 31/08/2008

כבוד ס. הנשיא השופט ניל הנדל – אב"ד בפני:

כבוד השופטת שרה דברת

כבוד השופטת מיכל ברנט

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, תק-מש 2005(1), 30) (ע"מ (ב"ש) 121/07 פלונית נ' אלמוני). דוגמא נוספת למחלוקת התעוררה בעניין דגן. בבית המשפט המחוזי בתל אביב קבע כב' סגן הנשיא ח.פורת: "השאלה מהו "מקום מגורים רגיל" של הילד אין לה כל קשר ואין היא מושפעת מתכניות ההורים. המצב העובדתי הפיזי הוא המדד היחיד הרלוונטי בקביעת מקום המגורים הרגיל של הילד". לעומת זאת סברה כב' השופטת ס.רוטלוי שהמצב המשפטי אינו כה ברור וחד משמעי כפי שהציגו כב' השופט פורת ולדעתה "מקום המגורים הרגיל" נקבע עפ"י הסכמת ההורים ולא דווקא בהתחשב במימד הזמן" (ע"מ (ת"א) 70/97 דגן נ' דגן, הבקשה למתן רשות ערעור על פסק הדין בפני בית המשפט העליון נדחתה תוך ציון שאין צורך להידרש להגדרת המונח מקום המגורים הרגיל של הילד לנוכח התוצאה האחידה בנקודה זו בבית המשפט המחוזי – רע"א 7994/98 דגן נ' דגן, פ"ד נג (3) 254). דוגמא נוספת של מחלוקת בנידון באה לידי ביטוי בפסיקת בית המשפט המחוזי בירושלים בעניין מ', כאשר כב' השופט מ.דרורי תומך בגישת כב' השופטת רוטלוי ואילו כב' השופטים מ. רביד ו-י. שפירא תמכו הלכה למעשה בגישת כב' השופט פורת (ע"מ (י-ם) 575/04 מ' נ' מ'). דוגמה אחרונה היא פסק דין שניתן על ידי בית המשפט המחוזי בתל אביב בעניין א' (ע"מ (ת"א) 1026/05 א' נ' א'). המותב הגיע לתוצאה אחת והבקשה למתן רשות ערעור נדחתה על ידי בית המשפט העליון (בע"מ 2967/05 פלוני נ' פלונית). חשיבות פסק הדין אינה במישור המשפטי, אלא יותר בהבדלי הניואנסים בין דברי כב' השופטת שטופמן וכב' השופט שנלר בניתוח הנסיבות ועובדות המקרה הדומות במידה מסוימת למקרה דנא.

עולה, שקיימת מחלוקת בפסיקה של בתי המשפט המחוזיים בדבר הגדרת המונח מקום מגוריו הרגיל של הילד. מצב זה חוצה גבולות. פסק הדין בעניין מוזס דורש כוונה משותפת



בתי המשפט

עמ 000130/08

בית משפט מחוזי באר שבע

תאריך: 31/08/2008

כבוד ס. הנשיא השופט ניל הנדל – אב"ד

כבוד השופטת שרה דברת

כבוד השופטת מיכל ברנט

לנטוש מקום מגורים רגיל קיים טרם יולד יוכל לרכוש מקום מגורים חדש (Mozes v.) (Mozes, 239 F.3d 1067 (9th Cir. 2001)). גישה זו שאומצה על ידי פסיקה אמריקאית מאוחרת יותר (למשל: Gitter v. Gitter, 450 F.3d 703 (7th Cir.2006); Koch v. Koch, 396 F.3d 124, 129 n. 4 (2d. Cir. 2005); Kijowska v. Haines, (7th Cir. 2006) מפי כב' השופט פוזנר) שמה דגש על מבחן כוונת ההורים. בשונה פסק דין פרדריך שאומץ גם הוא על ידי פסיקה מאוחרת יותר (Friedrich v. Friedrich, 78 F.3d 1060, 1064 (6th Cir. 1996))- (Robert v. Tesson (6th Cir. 2007) שם דגש על כוונת ההורים. קיימת גם גישה מעורבת של כוונת ההורים והתמקדות בילד (Feder v. Evans-Feder, 63 F.3d) (3d. Cir 1995) 217). הגישה המעורבת שימשה בסיס לפסיקה באנגליה של בית הלורדים (Re J. (A Minor) (Abduction: Custody Rights) [1990] 2 AC 562). עוד יצוין שהעמדה שהובאה בפסק דין מוזס בדבר הדרישה לכוונה משותפת לנטוש מקום מגורים רגיל טרם ייקבע מקום מגורים רגיל חדש נדחתה על ידי בית המשפט לערעורים בניו זילנד (ראה SK v. KP [2005] 3 NZLR 590). השווה פסק הדין בארה"ב באותו מקרה ההורים התגוררו עם בנם באיי טיווי שבאוסטרליה וחפצו לעזוב את המקום בשל התנאים הקשים ששררו שם. הילד הועבר על ידי אימו לארה"ב אך הואיל וההורים לא החליטו במשותף לנטוש את אוסטרליה, הורה בית המשפט הפדראלי על החזרת הילד לאוסטרליה (Baxter v. Baxter, 423 F.3d 363 (3d Cir. 2005)). יוער, שהגישות השונות בפסיקה בארה"ב מחולקות, בין היתר, לפי מחוזות פדרליים שונים.

ניתן להרחיב את הסקירה אך המטרה הינה להצביע על כך שכאמור אין גישה אחידה בפרשנות מקום המגורים הרגיל והמחלוקת בין מדינות ובתוך המדינות עומדת בעינה. אף בנושא הרלוונטי לענייננו נסיעה לתקופה מסוימת – אחידות אין. למשל בפסק דין מוזס ובפס"ד דין ממדינת דנמרק (Q.L.K, 5. April 2002, 16. afdeling, B-409-02) נתקבלה



בתי המשפט

עמ 000130/08

בית משפט מחוזי באר שבע

תאריך: 31/08/2008

כבוד ס. הנשיא השופט ניל הנדל – אב"ד

כבוד השופטת שרה דברת

כבוד השופטת מיכל ברנט

הגישה לפיה מקום המגורים הרגיל במדינה אחת ימשיך לעמוד בתוקפו אפילו אם המשפחה עברה להתגורר במדינה אחרת לתקופת זמן של שנים. לעומת זאת, פסיקה אמריקאית פדרלית קבעה שבנסיבות מסוימות בהן משך תקופת המעבר למקום אחר הייתה למשך שנתיים כי אז שינוי מקום המגורים הרגיל עשוי להתרחש כבר בסמוך למועד ההעברה Whiting v. Krassner 391 F.3d 540 (3rd Cir. 2004), cert. denied 162 L. Ed. 2d (2005) (125 S. Ct. 2938, 871). פסק דין של הערכאה המבררת באנגליה קבע שמקום המגורים הרגיל של הילד הינו בגרמניה, לאחר ששהה שם כחמישה חודשים על אף שהמשפחה עברה להתגורר באנגליה תקופה של חצי שנה בלבד (Re R [2003] EWHC). יוצא, שהפסיקה אינה מדברת בקול אחד בסוגיה הנדונה. (1968).

3. במצב המשפטי השורר נדמה כי אין מנוס אלא לשאוף למבחן שיהיה נאמן לפסיקה של בית המשפט העליון, לשון האמנה ותכליתה. העניין מודגש הואיל ומדובר במקרה שבמבט ראשון, ולא רק, אינו קל להכרעה. ראוי, במידה וניתן, לתור אחר פרשנות משפטית שמרככת את המחלוקת תוך נסיון ליצור הרמוניה בין הגישות השונות או לפחות לאמץ את היתרון שבכל גישה. בהתאם, יש לחזור לשאלת היסוד והיא מהו הרציונל שעומד מאחורי הקביעה לפיה האמנה תחול רק במקרה בו הקטין נחטף ממקום מגוריו הרגיל. מהכיוון האחר יש לשאול מדוע אין להחיל את האמנה אם הקטין הורחק שלא כדין ממקום מגוריו אף אם אינו המקום הרגיל.

פרופ' פרז - ורה, שכינה כרפורטרית מוסמכת של האמנה, כתבה בדו"ח הפרשני לאמנה כי HABITUAL RESIDENCE הינו סוגיה של עובדה טהורה ("question of pure fact") בשונה מהמונח 'דומיטיל' (ראה סעיף 66 ב - Perez - Vera Report). נראה לי שלשון האמנה מחייבת התמקדות בילד ולא בהוריו – "מקום מגוריו הרגיל של הילד". אך הבדיקה דורשת בירור עובדתי טהור משמע מקיף ומעמיק. גישה זו תביא לתוצאות שונות במקרים שונים לא בשל



בתי המשפט

עמ 000130/08

בית משפט מחוזי באר שבע

תאריך: 31/08/2008

כבוד ס. הנשיא השופט ניל הנדל – אב"ד

כבוד השופטת שרה דברת

כבוד השופטת מיכל ברנט

קיומן של אסכולות משפטיות מתחרות, אלא בשל הייחוד במארג עובדתי מסויים. הברור העובדתי הכוללני דורש שמיעת קולו של הילד. זאת לא במובן שבית משפט ישאל אותו מהו מקום מגוריו הרגיל, שהרי אין אנו עוסקים בסוגייה סובייקטיבית, אלא בשאלה אובייקטיבית ומופשטת 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. זאת בהקשר העבר וההווה. לאמור, ייתכן והחלטת הורי הילד לעבור לצמיתות למדינה חדשה עשויה להשליך על נקודת הזמן בו בית משפט יקבע שהמקום החדש הינו מקום מגוריו הרגיל של הילד. אין אנו בודקים מימוש תוכניות עתידיות של ההורים. טול מקרה בו הורים בשנת 2000 עוברים מארגנטינה ליפן לצמיתות. בהנחה שהורה אחד חוסף את בנו בשנת 2001 אין זה מעלה או מוריד לצורך ההכרעה שתיתכן אפשרות שבפועל ההורים יחליטו לעזוב את יפן בשנת 2010 למשל. הבדיקה היא לפי הנתונים הקיימים בעת הברור. מאחר שילד קטן אינו נוהג לעזוב את אביו ואימו, יש להעניק משקל להחלטת ההורים לפיה המעבר מתוכנן להיות לצמיתות.

מהצד האחר, הבדיקה אינה בוחנת כוונה בלבד. די להפנות לשירו המפורסם של הרב יהודה הלוי 'ליבי במזרח ואנוכי בסוף מערב'. נפש המשורר קשורה קשר עז עם ארץ ישראל, אך מקומו הרגיל רחוק משם כמרחק מזרח ממערב. הבדיקה העובדתית הינה מהותית וקונקרטיית. לעניות דעתי, המבחן המוצע תואם את הנפסק בעניין גבאי, אם כי וכאמור פסק הדין פורש גם באופן אחר.

התוצאה של הברור העובדתי הטהור הינה שלעיתים עובדה מסוימת תזכה למשקל רב בשקלול הסופי של כלל הנתונים ולעיתים עובדה אחרת תזכה בבכורה. למשל, החלטה לעבור למקום אחר לצמיתות או באופן קבוע, עשויה להפחית מהמשקל שיינתן לשאלה עד כמה ובאיזה מידה הקטין התאקלם במקום החדש. לעומת זאת, במצב בו החלטה לעבור הינה



בתי המשפט

עמ 000130/08

בית משפט מחוזי באר שבע

תאריך: 31/08/2008

בפני: כבוד ס. הנשיא השופט ניל הנדל – אב"ד

כבוד השופטת שרה דברת

כבוד השופטת מיכל ברנט

לתקופה קצובה, עובדות אחרות עשויות להיות משמעותיות יותר. להשקפתי המחלוקות בפסיקה הן פחות קוטביות מכפי שנראה. העמדה המשותפת לאסכולות המשפטיות השונות היא שכלל משפטי מסוים עומד ביסוד ההכרעה. תחת זאת, מוצע לבחון את המקרה על פי נסיבותיו, ודרך צפייה בעולמו של הילד ניתן לקבוע מהם השיקולים המכריעים את הכף במקרה המסוים. המבחן המוצע בודק את המצב העובדתי הכולל, לרבות כוונת ההורים – שאף היא בגדר עובדה – כדי להשיב לשאלה, מה הוא מקום מגוריו הרגיל של הילד. מבחן זה אינו נשען על מבחן משפטי בודד או אפילו משולב שכן, לעניות דעתי, גישה כזו עלולה להכתיב תוצאות לא מאוזנות במקרים הגבוליים או לצמצם את שיקול הדעת של הערכאה המבררת, מעבר לנדרש על פי האמנה. כמוכן בסופו של דבר, ההכרעה היא משפטית אך כובד המלאכה נשען על בירור עובדתי טהור ביחס למקום מגוריו הרגיל של הילד.

הגישה האמורה אף משתלבת עם עקרון טובת הילד במישור הכללי, תכלית האמנה ויעדיה. נפנה שוב לדו"ח של פרז - ורה:

“...two elements are invariably present in all cases which have been examined. Firstly, we are confronted in each case with the removal from its habitual environment of a child whose custody had been entrusted to and lawfully exercised by a natural or legal person. Naturally, a refusal to restore a child to its own environment after a stay abroad to which the person exercising the right of custody had consented must be put in the same category. In both cases, the outcome is in fact the same: the child is taken out of the family and social environment in which its life has developed. What is more, in this context the type of legal title which underlies the exercise of custody rights over the child matters little,



בתי המשפט

עמ 000130/08

בית משפט מחוזי באר שבע

תאריך: 31/08/2008

בפני: כבוד ס. הנשיא השופט ניל הנדל – אב"ד

כבוד השופטת שרה דברת

כבוד השופטת מיכל ברנט

since whether or not a decision on custody exists in no way alters the sociological realities of the problem.

Secondly, the person who removes the child (or who is responsible for its removal, where the act of removal is undertaken by a third party) hopes to obtain a right of custody from the authorities of the country to which the child has been taken. The problem therefore concerns a person who, broadly speaking, belongs to the family circle of the child, indeed, in the majority of cases, the person concerned is the father or mother."

(ראה סעיף 11 ב - Perez - Vera Report).

"Thus the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction is above all a convention which seeks to prevent the international removal of children by creating a system of close co-operation among the judicial and administrative authorities of the contracting States. Such collaboration has a bearing on the two objects just examined, viz, on the one hand, obtaining the prompt return of the child to the environment from which it was removed, and on the other hand the effective respect for rights of custody and access which exist in one of the Contracting States".

(ראה סעיף 35 ב - Perez - Vera Report).



בתי המשפט

עמ 000130/08

בית משפט מחוזי באר שבע

תאריך: 31/08/2008

כבוד ס. הנשיא השופט ניל הנדל – אב"ד

כבוד השופטת שרה דברת

כבוד השופטת מיכל ברנט

הווה אומר, האמנה פועלת תוך כללים נוקשים מבחינת זמן והיקף ההגנות, מצב בו הורה הוציא את הילד ממקומו הרגיל במטרה להתרחק מאושיות החוק כולל בחירת פורום משפטי לא נאות. לשם כך, האמנה יצרה פתרון בינלאומי תוך התווית מסגרת בין מדינתית לפעול בזריזות ובנחישות. לעומת זאת, מצב בו הילד כן מצוי במקומו הרגיל כי אז ראוי שהעניין ידון על ידי המדינה הרלוונטית ולא קם כל צורך להפנות למנגנון בינ"ל כאשר ההנחה היא שהמדינה שהינה מקום מגוריו הרגיל של הילד כשירה לדון בכל סכסוך בין הורי הילד לגבי גורלו. לכן, אין תימה שקיים חריג לתחולת הכללים הרגילים של האמנה מקום בו הילד השתלב בסביבתו החדשה (ראה סעיף 12 לאמנה). מבחן ההשתלבות קשור מבחינה רעיונית לכלל של מקום המגורים הרגיל של הילד. בהתאם, יש לבחון את מקום המגורים הרגיל של הילד ולא של ההורה על פי תנאי חייו מבחינה עובדתית בהיקף מלא. הביורר העובדתי הטהור הינו הכלי היעיל ביותר להשיג את המטרה. לטעמי הסתמכות יתר על כלל משפטי שמבודד ומעצים חלק אחד בפסיפס העובדתי עשוי להחטיא את המטרה.

ומן הכלל אל הפרט.

4. העובדות העיקריות של המקרה הוצגו בפתח הדברים. ב"כ הצדדים במהלך טיעוניהם בעל פה ובכתב ניסו, כל אחד על פי שיטתו, להדגיש ראיות שונות. סבורני שהממצאים העובדתיים שנקבעו על ידי בית משפט קמא בפסק דינו הם המחייבים. זוהי מסקנתי לאחר עיון בפסק הדין ולנוכח הכלל שאין זו דרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאים עובדתיים שנקבעו על ידי הערכאה המבררת שלה היתרון יען כי היא זו שהתרשמה ישירות מן העדים. יתרה מזו, נראה שהעובדות העיקריות הנדרשות להכרעה אינן במחלוקת ואילו המחלוקת נסובה סביב המסקנות שעולות מהעובדות והפרשנות שיש להעניק להן.



בתי המשפט

עמ 000130/08

בית משפט מחוזי באר שבע

תאריך: 31/08/2008

כבוד ס. הנשיא השופט ניל הנדל – אב"ד

כבוד השופטת שרה דברת

כבוד השופטת מיכל ברנט

נתון בולט הוא הסכמת הצדדים לעבור להתגורר באנגליה לתקופת ניסיון בת שנתיים. הואיל ומדובר בתקופת ניסיון צודק המשיב שניתן להציג את העניין כתקופה של שנתיים לפחות. אולם, עדיין המסגרת המוסכמת הייתה לשנתיים. ניתן לערוך מדרג של מצבי מעבר ממדינה אחת למדינה אחרת לתקופה מסוימת, שלא על מנת לבקר וגם לא על מנת לשנות את מקום המגורים הקבוע. המדרג יתייחס לשלושה מצבי ביניים בדבר קביעת מקומו הרגיל של הילד. במדרג הנמוך, משפחה עוברת למקום אחר לשם שבתון, לימודים או שליחות לתקופה קצובה. כוונת הצדדים היא לחזור למדינה בתום התקופה. כמובן, לאורך התקופה בכל המצבים יש משמעות. אין דומה שליחות של חודשיים להדרכה במחנה קיץ במדינה אחרת לשליחות של 5 שנים. במדרג הגבוה ביותר, משפחה עוברת למדינה אחרת לתקופה בלתי מוגבלת. במדרג האמצעי משפחה עוברת למדינה אחרת לתקופה קצובה שאינה קצרה אך אינה ארוכה למשל שנתיים, כמו במקרה זה, במטרה לבחון את האפשרות של מעבר קבוע. בדוגמא זו יש להעניק משקל לאורך התקופה וכן לכוונת הצדדים - אם כי הפער קיים בין תקופת ניסיון לבין החלטה לעבור באופן קבוע.

העובדות שהובאו לעיל ביחס למקרה דנא בדבר חתימה על הסכם שכירות, השתלבות הקטין בגן באנגליה, אישור שהייה של המערערת באנגליה לשנתיים, פתיחת חשבון בנק וקבלת כרטיס רפואי עבור הקטין במרפאה המקומית במנצ'סטר, רכישת רהיטים מסוימים, מכירת הרכב בארץ וקניית רכב חלופי באנגליה, רכישת כרטיס אשראי, הודעה למוסד ביטוח לאומי על הפסקת תושבות ותשלומים ובקשה לקבל את מקביליהם באנגליה – כל אלה משקפות כוונה להעביר משפחה, לרבות ילד בהיותו בן 3.5, ממדינה אחת למדינה אחרת. הורים אחראים דואגים לילדיהם ומוודאים שיזכו בשירותי בריאות וחינוך ובאופן בו המשפחה תוכל לפעול כיחידה כלכלית מבלי לשאת בהוצאות מיותרות מהמדינה ממנה עברה. יוצא, כי ההחלטה לעבור לשנתיים לתקופת ניסיון - דהיינו, שהתקופה עשויה להיות, בסופו של דבר,



בתי המשפט

עמ 000130/08

בית משפט מחוזי באר שבע

תאריך: 31/08/2008

כבוד ס. הנשיא השופט ניל הנדל – אב"ד

כבוד השופטת שרה דברת

כבוד השופטת מיכל ברנט

ארוכה יותר – אינה עניין של מה בכך ומהווה תהליך רציני ומסודר שדרכו יש לבחון את מקום המגורים הרגיל. מהצד האחר, אין לשכוח כי לא מדובר בהחלטה לעבור למקום אחר באופן קבוע, ועל פי המוסכם בין הצדדים, לא הייתה מחויבות משותפת להישאר באנגליה תקופה שעולה על שנתיים, וניתן, על פי המוסכם, לחזור לארץ בחלוף התקופה. מעיון בחומר עולה שהצדדים לא בהכרח ראו את המעבר בעין אחת. הדבר אינו מפתיע שכן המעוררת נולדה בארץ ומשפחתה מתגוררת כאן והמעבר נסוב סביב עבודתו של המשיב, שהינו יליד בריטניה. עם זאת, יוצא, שבכל מקרה העובדות וכוונת הצדדים משתלבות זו עם זו ומצביעות על זיקה מסוימת של ההורים לאנגליה במועד הסמוך לחטיפה שהתרחשה במהלך התקופה של שנתיים.

עם זאת, אמת המידה היא "מקום מגוריו הרגיל של הילד". יש לבחון את העניין בבירור עובדתי טהור מנקודת מבטו של הילד. סיפורו הוא הקובע. נכון להשיב לשאלה מהי מציאות חיוו הנמשכת. בחינה זו תעניק משקל לעובדות שהובאו לעיל, לרבות כוונת הוריו וודאי השתלבותו במסגרת חינוכית באנגליה. אך נתונים אלה אינם ממצים את מלאכת הבירור. במקרה זה יש תשיבות לקו הרצף שנע בין חיי הילד לבין מגוריו באנגליה. הוא נולד באוקטובר 2003 וכבר השתלב תקופה מסוימת במסגרת גן ילדים בארץ. בתאריך 27.4.07 עבר הילד עם משפחתו לאנגליה בהיותו בן כ-3.5. בתאריך 19.9.07, דהיינו קצת פחות מחמישה חודשים, הגיעה המשפחה לביקור בארץ בבית משפחתה של המעוררת. עקב התפתחות לא צפויה, פטירת הסבתא, נשאר הקטין בארץ עד 1.11.07 – תקופה של כחודש וחצי עד שחזר לאנגליה. המעוררת עברה, שלא בהסכמת המשיב, יחד עם בנה לארץ בתאריך 26.2.08 - דהיינו לאחר תקופה של ארבעה חודשים.



בתי המשפט

עמ 000130/08

בית משפט מחוזי באר שבע

תאריך: 31/08/2008

כבוד ס. הנשיא השופט ניל הנדל – אב"ד

כבוד השופטת שרה דברת

כבוד השופטת מיכל ברנט

יוצא איפוא, שהילד חי בארץ עד גיל 3.5. במשך תקופה כוללת של 10 חודשים הוא התגורר באנגליה. זאת באופן הבא: לאחר קצת פחות מחמישה חודשים שהתגורר באנגליה חזר לארץ לתקופה של חודש וחצי, בסיומה שב פעם נוספת לאנגליה לתקופה של כארבעה חודשים עד שאימו העבירה אותו בחזרה לארץ. התקופה של 10 חודשים בה שהה הילד באנגליה אינה רצופה. היא מחולקת לשתי תקופות, כאשר בתקופה המפרידה ביניהן שהה בארץ אצל משפחת המערערת. ברי, שהמוקד הוא הילד. התיאור האמור ביחס אליו אינו מקים בסיס עובדתי למסקנה שהוא שינה את מקום מגוריו הרגיל. ניתן לומר שהיה ניסיון לשנות את מקום מגוריו הרגיל, אך הוא לא יצא לפועל. בדיקה זו אינה משקללת את הסיבות לקטיעת הרצף אלא בוחנת את סיפור חייו של הקטין – כבן 5 היום. לדעתי בית משפט קמא לא העניק דגש מספיק לנסיבות חיי הקטין, ולשאלה האם הוא שינה את מקום מגוריו הרגיל. בל נשכח, שהנטל להוכחת תחולתה של האמנה רובץ על הטוען להפרה, קרי המשיב. בענייננו, הקושי העומד בפניו אינו חסר בראיות שהביא, אלא בהשתלשלות חיי הילד כפי שפורט לעיל.

התוצאה היא שבמועד החטיפה אנגליה לא היוותה את מקום מגוריו הרגיל של הילד. הבירור העובדתי הטהור של המקרה מהווה את הבסיס למסקנה. ייתכן, ואין צורך להכריע, שלו היה שינוי במארג העובדתי למשל שהורים החליטו לעבור לאנגליה באופן קבוע ושהילד היה שוהה באנגליה במשך כל התקופה, כי אז התוצאה הייתה שונה. אך אין צורך, ולטעמי אף אין זה רצוי, לקבוע כללים על מנת להביע עמדה בתרחישים עובדתיים שאינם אלה מצבים היפותטיים. ההכרעה מתייחסת לעובדות המקרה כפי שהם.

5. סוף דבר, הייתי מציע לחברותיי לקבל את הערעור, להורות על ביטול פסק דינו של בית משפט קמא ותחת זאת לקבוע שאמנה אינה חלה משום שהילד לא הורחק ממקום מגוריו



בתי המשפט

בית משפט מחוזי באר שבע

עמ 000130/08

תאריך: 31/08/2008

בפני: כבוד ס. הנשיא השופט ניל הנדל – אב"ד

כבוד השופטת שרה דברת

כבוד השופטת מיכל ברנט

בית המשפט המחוזי בבאר-שבע
אני מאשר
שהעתקה נכון ומתאים למקור
תאריך 31/8/08

הרגיל ועל כן תביעת המשיב על פי האמנה נדחית. משלא נפסקו הוצאות בהלמכת קמא
ובהתחשב בטיעונים הענייניים של ב"כ הצדדים אשר היטיבו להציג את הפסיקה הרלוונטית
בסוגיה הנדונה, הייתי ממליץ שלא להטיל הוצאות בשני ההליכים.

ניל הנדל – ס. נשיא

כב' השופטת מ. ברנט:

אני מסכימה.

מיכל ברנט – שופטת

כב' השופטת ש. דברת:

לאור הנסיבות הספציפיות והמיוחדות שבתיק זה, מסכימה אני לתוצאה אליה הגיע חברי כב'
השופט הנדל.

שרה דברת – שופטת

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של ס. הנשיא נ. הנדל.

ניתן היום ל' באב, תשס"ח (31 באוגוסט 2008) בהעדר הצדדים.

מ. ברנט – שופטת

ש. דברת – שופטת

נ. הנדל – ס. נשיא

אב"ד

000130/08 עמ 055 שני פוזיילוב