

התובע: א' ב'

הנתבעת: י' ב' בענין: י' ב'

פסק דין

1. בפני תביעה של אב להחזרת בנו הקטין לארה"ב בהתאם להוראות חוק אמנת האג (ילדים חטופים) התשנ"א - 1991. (להלן: "אמנת האג").

2. **התביעה:** תביעתו של אבי הקטין - י', יליד 1.8.93, הוגשה לבית משפט זה ביום 4.9.02. בתביעתו עותר התובע להשבתו הדחופה של הקטין לארה"ב - מקום מגוריו הרגיל, משם הורחק ע"י האם, בניגוד לצו שניתן בביהמ"ש בניו יורק ובעוד הליך המשמורת בענינו תלוי ועומד שם. לטענת התובע, הוצאתו של הקטין מארה"ב בנסיבות אלה, מהווה הרחקה שלא כדין, המחייבת החזרתו של הקטין למקום ממנו הורחק, וזאת בהתאם לסעי' 12 לאמנת האג המחייב בלשון צווי על השבתו של קטין שנמצא כי הורחק שלא כדין.

3. **ההגנה:** הנתבעת, אם הקטין, גורסת כי לא היה מקום מלכתחילה להגשת התביעה, מאחר שהוצאתו של הקטין אינה מהווה הרחקה שלא כדין וזאת משום שמקום מגוריו הרגיל של הקטין הוא בישראל ושהותו של הקטין בארה"ב היתה שהות זמנית במסגרת ביקור שהתמשך (ר' סעי' 8 לכתב ההגנה).

עוד טוענת התובעת כי בהתאם לפסק דין של ביהמ"ש לענייני משפחה בחיפה, משמורת הקטין נמסרה לה, ובהסכם שנערך בין הצדדים ביום 20.1.01, הוסכם והובהר כי פסק הדין של ביהמ"ש בחיפה מחייב את הצדדים. באותו הסכם, כך נטען, התחייב האב שלא לתבוע שינוי המשמורת ו/או לעכב את יציאתם של הקטין ואמו מארה"ב. משמעותו של הסכם זה, כך טוענת הנתבעת, הוא כי לה הזכות הבלעדית לקבוע את מקום מגוריו של הקטין.

אף אם ימצא, בנגוד לעמדתה, כי בוצעה הרחקה שלא כדין, עותרת הנתבעת להחלתו של החריג הקבוע בסעי' 13 (ב) לאמנה, באשר החזרת הקטין "תחשוף אותו לנזק פיזי ופסיכולוגי בלתי נסבל" (סעי' 54.4 בכתב ההגנה).

לבסוף, טוענת האם כי על בימ"ש לדחות את הבקשה להחזרתו של הקטין המתנגד לחזור לארה"ב, בהתבסס על החריג הקבוע בסעי' 13 (ב) סיפא לאמנה, המאפשר לבימ"ש לסרב לצוות על החזרת הילד אם יתברר לו כי הילד מתנגד להחזרתו.

4. **העובדות:** הצדדים שניהם יהודים ילידי הארץ. לנתבעת אזרחות ישראלית ולתובע אזרחות כפולה, ישראלית ואמריקאית. השניים נשאו זו לזה כדמו"י בשנת 1992 ומאז חיו בארה"ב, שם מתגורר התובע מזה שנים ושם מתנהל עסקו - השכרת רכב. במהלך שהותם של הצדדים בארה"ב ב - 1.8.93 נולד בנם המשותף, י'. לאחר לידת הקטין, ביקרו השלושה מעת לעת בארץ, שם מתגוררות משפחותיהם המורחבות. בשנת 1995, לאחר שהגיעו הצדדים והקטין לישראל, עזב התובע את הארץ לבדו, בהותירו את הקטין ואמו כאן. טרם יציאתו, לא נערך כל הסדר בין הצדדים בכל ענין הנוגע לקטין: משמורת, הסדרי ביקורים ומזונות. התובעת הגישה תביעה לבית משפט זה (תיק אישות 48/96 של בימה"ש המחוזי שהוסב לתמ"ש 6590/97), בה עתרה לקביעת משמורת הקטין אצלה וביקשה לחייב את התובע במזונותיה ובמזונות הקטין.

לאורך התקופה, שמאז עזיבתו את הארץ ב - 1995 ועד לסיום ההליכים, לא הגיע התובע לישראל מחשש שעם הגיעו לישראל תעוכב יציאתו מהארץ, וימנע ממנו לשוב לארה"ב, מרכז חייו ומקום עבודתו. התובע מודה כי לאורך למעלה משלוש שנים לא קיים כל קשר עם הקטין (עדות התובע עמ' 19, 18 לפרוטוקול) התובע יוצג בדיונים באמצעות אביו (הנתבע 2 באותה תביעה).

ב - 3.2.99 נחתם הסכם גירושין ובו ביום אושר בפני, במעמד הצדדים.

בהסכם נקבעה משמורת הקטין אצל האם, בישראל, ונקבעו הסדרי ביקורים עם האב: עד גיל 7 אמורים היו הביקורים להתקיים רק בישראל בכל עת שיבקר האב בישראל ולאחר מכן נקבעו הסדרי ביקורים של האב עם הקטין, בארה"ב: בסוכות, פסח וחודשיים בחופש הגדול.

באותו הסכם, שכאמור ניתן לו תוקף של פסק דין, נקבעו מזונות הן לקטין והן לנתבעת (אף לאחר הגירושיין ולמשך 10 שנים).

הצדדים התגרשו זמ"ז בגט פיטורין שסודר בביה"ד הרבני בפברואר 1999.

5. החזרה לארה"ב: התובע והנתבעת היו בקשר הן במהלך ביקוריו של התובע בארץ והן כאשר הגיעה הנתבעת עם הקטין לארה"ב לביקורים. במהלך שהותם בארה"ב בקיץ 2000 לביקור הציע התובע לנתבעת להשאיר בארה"ב ולנסות לשקם את הקשר הזוגי. התובעת נאותה, וביום 28.6.00, עברה להתגורר עם התובע בדירתו בניו יורק, ביחד עם הקטין.

במהלך שהותה ביו יורק מאז קיץ 2000 ועד 28.8.02 ביקרה בישראל עם הקטין מספר פעמים, בהתאם לסכום שהיה לה עם התובע בענין זה. הניסיון לשקם את הקשר לא צלח, וב - 20.5.01 הנתבעת והקטין נאלצו לעזוב את הדירת התובע ועברו להתגורר בדירה אחרת ששכר עבורם התובע, באותו בנין.

ב - 20.2.01, בעוד הם מתגוררים יחדיו, ערכו הצדדים הסכם (נספח א' לתצהיר הנתבעת). בהסכם זה הושעו ההסדרים הכספיים שנקבעו בהסכם הגירושיין ותחתיו נקבעו הסדרים חדשים.

ולענין הקטין נקבע בסעי' 5 להסכם (בתרגום חופשי שלי):

"א' מצהיר ומתחייב שלעולם לא יגיש או יגרום להגשתה של תביעה או הליך, בשם עצמו או בשם הקטין או אדם אחר, ולא יתבע או יבקש לעצמו משמורת הקטין ו/או כל סעד שיגביל או ימנע מי' ו/או הקטין לעזוב את ארה"ב".

התובע התחייב והצהיר כי אם יפר את סעי' 5 להסכם ישלם לנתבעת פיצוי מוסכם בסך \$20,000 בנוסף נשמרה לנתבעת הזכות לתבוע פיצוי בגין כל הפסד, נזק, הוצאה ושכר טרחת עורך דין שיגרמו לה בגין הפרה של התנאים הכלולים בסעיף 5 להסכם הנ"ל.

ההסכם לא הובא לאשורו של ביהמ"ש.

כאמור החיים המשותפים של הצדדים תמו ביום 20.5.01.

6. הדיונים בארה"ב: ביום 20.6.02 הגיש האב לביהמ"ש למשפחה בניו יורק תביעת משמורת במסגרתה עתר להעברת משמורת הקטין אליו ולקבלת צו שיאסור על האם להוציא את הקטין מחוץ לגבולות ניו יורק. (נספח ג' לכתב התביעה).

ההסכם בין הצדדים לא הוצג לעיונו של בית המשפט.

ביום 21.6.02 ניתן צו המורה לאם להגיש תגובתה לעתירות וכן צו האוסר עליה להוציא את הילד מחוץ לגבולות ניו יורק עד לדיון שנקבע במעמד הצדדים ליום 2.7.02, הצו הוארך בהמשך עד ליום 17.7.02. (נספח ד' לכתב התביעה).

הצו שניתן הובא לידיעת הנתבעת שעה שעמדו היא והקטין לצאת לישראל, ובעקבות הצו הורדו מהמטוס ונאלצו לוותר על הנסיעה. כתבי בי-דין הומצאו לידיה למחרת הורדתה מהמטוס.

בדיון שהתקיים במעמד הצדדים ביום 17.7.02, הותרה יציאתם של האם והקטין לישראל, למטרת ביקור, לתקופה של שבועיים ובכפוף להסדרה, בהסכמה, של בטחונות להחזרת הקטין לארה"ב. באותו מעמד נקבע דיון ליום 18.9.02. (נספח ה' לכתב התביעה).

האם עזבה את ארה"ב לישראל ביחד עם הקטין ביום 28.8.02. מאז נמצאים השניים בישראל, והאם מתנגדת לשוב לארה"ב ולהשבתו של הקטין לשם.

ביום 11.10.02 ניתנה החלטת ביהמ"ש ביו יורק, שקבע כי מקום מגורי הקטין הוא בניו יורק וכי הרחקתו משם נעשתה תוך הפרת צו ביהמ"ש ופגיעה בזכויות המשמורת של האב וכי לאור זאת מדובר "בהרחקה של כדין" על פי אמנת האג.

7. **אמנת האג - כללי: חוק אמנת האג**, החדיר לדין הישראלי הפנימי את רוב סעיפי האמנה בדבר ההיבטים האזרחיים של חטיפה בין - לאומית של ילדים, שנחתמה בהאג, באוקטובר 1980. סע' 2 לחוק מעניק לרוב סעיפי האמנה, המנויים בתוספת, תוקף של חוק.

האמנה נועדה לספק אמצעים מנהליים ומשפטיים שמטרתם החזרה מהירה של קטין למדינה ממנה הוצא שלא כדין והיא מבוססת על הזדירות ושתוף פעולה בין המדינות החתומות עליה האמורות לפעול בתאום לסכול תוצאות חטיפה, להשבה מיידית של הסטטוס קוו ולהרתעת חוטפים פוטנציאליים.

יעדיה של האמנה וחובת החזרה קבועים בסעיף 1-3 לתוספת.

8. בהתאם להוראות סעיף 4 לתוספת, חלה האמנה על כל ילד אשר מקום מגוריו הרגיל היה במדינה המתקשרת סמוך לפני כל הפרה של זכויות משמורת או בקור, והיא תחדל לחול בהגיע קטין לגיל 16.

ההוראה האופרטיבית למקרה של הרחקת ילד היא זו שבסעיף 12 הקובע לאמור:

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

סעיף 12 הנ"ל נוקט לשון קטיגורית: "תצווה הרשות הנוגעת בדבר להחזיר הילד לאלתר". נסוח זה מלמדנו שלבית המשפט אין שיקול דעת אם להחליט כך או אחרת; החובה המוטלת עליו הינה להורות על החזרת הילד למקומו.

החזרת הקטין למקומו הוא איפוא הכלל העקרוני, וההלכה הדגישה אותו חזור והדגש, למשל: ע"א 5532/93 פד"י מ"ט (3), 282. בש"א 1648/92 פד"י מ"ו (3) עמ' 38, ע"א 473/93 פד"י מ"ז (3) עמ' 66. ע"א 1372/95 פד"י מ"ט (2), 432 ועוד.

הכלל הוא החזרת המצב לקדמותו, על יסוד ההנחה כי בית המשפט שבמקום מגוריו הרגיל של הקטין הוא שיכריע בנושא משמורתו: מי מן ההורים יחזיק בקטין, והיכן יחזיק בו אותו הורה. לשון אחר: שאלת טובתו של הילד - יחליט בה בית המשפט של מקום מגוריו הרגיל, ולא בית המשפט של המדינה אליה נחטף.

תפקידו של בית המשפט בהליך על פי החוק, זה בדומה לתפקיד של בג"צ בנושא של החזרת ילדים, הוא רק "כיבוי דלקה" או "עזרה ראשונה" לשם החזרת מצב לקדמותו - השבת הקטין שנלקח שלא כדין ממשמורתו של ההורה האחר או מהמשמורת המשותפת שנקבעה על ידי בית משפט מוסמך או בהסכם בין ההורים. (בש"א 1648/92 הנ"ל בעמ' 45).

9. אף כי נקודת המוצא כאמור בסעיף 12 לאמנה הינה, כי בהתקיים העובדות המפורטות בו מחויב בית המשפט בהחזרה, מכירה האמנה מספר חריגים לכלל העקרוני, ואם עולה בידו של נתבע להוכיח כי התקיים אחד מאותם החריגים המפורטים בסעיף 13 לאמנה, לא מחוייב בית המשפט להורות על החזרת הילד החטוף.

לענין יישומן של הוראות סעיף 13 לאמנה, יש להעיר שתי הערות; האחת, משהונחו היסודות המחייבים לכאורה, החזרת ילד חטוף למקום מגוריו הרגיל, כעולה מסעיף 12 לאמנה - הנטל הוא על ההורה החוטף לשכנע את בית המשפט כי נתקיים בענינו חריג המזכה אותו שלא להחזיר את הילד. שנית, קיימת הסכמה כללית כי אין זה רצוי לפרש את החריג באופן רחב יתר על המידה שכן הדבר עלול להביא לריקון האמנה מתוכנה.

10. השאלה הראשונה הניצבת בפניי הינה האם בוצעה ההרחקה שלא כדין, כטענת התובע, או שמא אין הדבר כך, ומטעם זה לא היה כלל מקום להגשת התביעה.

סע' 3 לחוק אמנת האג קובע לאמור: "הרחקתו או אי החזרתו של ילד תחשב שלא כדין כאשר -

(א) יש בהן הפרת זכויות המשמורת המוענקת לאדם, למוסד או לכל גוף אחר, בין במיוחד ובין בנפרד על פי דין המדינה שבה היה מקום מגוריו הרגיל של הקטין סמוך לפי הרחקתו או אי החזרתו, וכן

(ב) בעת ההרחקה או או ההחזרה הופעלו אותן זכויות בפועל, בין במיוחד ובין בנפרד, או שהיו מופעלות כך אלמלא ההרחקה או ההחזרה".

זכויות המשמורת הנזכרות בסע' קטן (א) יכול שינבעו מכוח הדין, החלטה שפוטית או מנהלית או הסכם בעל תוקף משפטי, על פי דין אותה מדינה.

11. התובע גורס כי החלטתו של ביהמ"ש בארה"ב, שניתנה ביום 11.10.02 וממנה עולה כי מקום מגורי הקטין הוא בניו יורק וכי הרחקתו משם נעשתה תוך הפרת צו ביהמ"ש ומהווה הרחקה שלא כדין, נותנת מענה חד משמעי שאין עליו עוררין, שבענינו, סרובה של האם להשיב את הקטין לארה"ב מהווה הרחקה שלא כדין על פי האמנה. (נספח ו' לתצהיר עדות ראשית של התובע).

החלטתו זו של ביהמ"ש האמריקאי ניתנה במסגרת [סע' 15 לאמנת האג](#) ויש בה די כדי להסיר ספק כי בענינו בוצעה הרחקה שלא כדין. (ר' עמ' 1085/01 - תיק מחוזי 2001 (3), 7138).

ואולם מסקנה זו היתה מתחייבת אף אלמלא הונחה בפני ההחלטה האמורה.

12. מקום המגורים: לגרסת הנתבעת, מקום מגוריו הרגיל של הקטין הוא בישראל, שם היה מרכז חייו של הקטין, שם גדל והתחנך עד ליום 28.6.00. שהותו בארה"ב מאז, כך נטען, היתה "זמנית והתארכה מעת לעת עקב מצג שווא שיצר התובע" (סע' 15 לכתב ההגנה).

עוד נטען שם כי לא היתה כוונה של הצדדים, כי הקטין ימשיך לשהות בארה"ב. טענה זו דינה להידחות.

הביטוי "מקום מגורים" בסע' 3 (א) - אינו ביטוי טכני, והוא מבטא מציאות חיים נמשכת ומשקף את מקום מגוריו של הילד עובר "לחטיפה". זהו מבחן מעשי המתמקד בחיי היום יום ולא בהצהרת כוונות. (ר' ע"א 7206/93 פד"י נ"א (2), 241, 254).

גם שהות קצרה יחסית ואף אם נשקל מעבר למקום אחר, כל עוד לא נקבע מועד מוסכם למעבר, מקום המגורים בפועל הוא "מקום מגורים" לענין האמנה. (ור' בענין זה את נתוחו המקיף של כב' השופט פורת ע.מ.מ. 71/97 (לא פורסם). על פי מבחן זה, מקום מגוריו הרגיל של הקטין עד לצאתו את ארה"ב באוגוסט 2002, היה בארה"ב, שם התגורר למעלה משנתיים, שם התחנך ושם היה מרכז חייו.

להצהרות האם ולתכניותיה לשוב לישראל עם הקטין, אם היו כאלה, לא רק שלא ניתנה הסכמה של האב, אלא שהתנגדותו הנחרצת להוצאתו מארה"ב, קיבלה ביטוי חד משמעי בפנייתו לבית המשפט, שהוציא לבקשתו צו האוסר את יציאת הקטין מארה"ב שלא על מנת לשוב.

13. הפגיעה בזכויות המשמורת: הנתבעת טוענת כי לא הוכח כי היתה בענינו פגיעה בזכויות המשמורת של האב. לדבריה, התובע לא שמש מעולם הורה משמורן. שנית, הסכם הגירושין משנת 1999 (שקיבל תוקף של פסק דין), קבע כי המשמורת לאם. שלישית, ההסכם שנחתם בין הצדדים בארה"ב ביום 20.2.01 הפקיע מהתובע את הזכות לעתור לשינוי המשמורת והפקיע מידי את הזכות לקבוע את מקום מגוריו.

14. לצורך האמנה והחוק, יש לפרש את המונח "זכויות משמורת" על דרך ההרחבה, כך שיחול על כל מקרה שבו יש צורך בהסכמת ההורים להוצאת הילד מארץ אחת לארץ אחרת (ע"א 5271/92

פוקסמן נ' פוקסמן, תק עליון 92 (3) 2272 סע' 313 (ע"א 870/94 ברבי נ' ברבי תקין עליון כרך 94 (3) תשנ"ד/תשנ"ה 1994).

זאת ועוד בבש"א 1648/98 הנ"ל, הובהר כי מסע' 5 (א) לאמנה משתמע שהזכות לקבוע את מקום מגוריו של הילד היא זכות משמורת ואין בהקניית משמורת למי מההורים, אפילו בפסקי דין, כדי להקנות לאותו הורה את הכוח לקבוע בלעדית את מקום המגורים של הילד.

יצויין כי אף מכוחה של המשמורת שהוענקה לאם עפ"י הסכם הגירושין בישראל, הסכם שאושר ע"י ביהמ"ש, אין האם פטורה מהצורך לקבל הסכמת ההורה השני לשינוי מקום מגוריו של הקטין. זהו הדין בארץ וזהו הדין בניו יורק כמובהר בחוות דעת המומחה עו"ד פרידמן.

15. הנתבעת מסתמכת על הסכם שנערך בין הצדדים ביום 20.2.01 אשר בו הוענקה לאם הזכות הבלעדית לקבוע את מקום מגוריו של הקטין ושללה מן התובע את הזכות לעתור לשינוי המשמורת ולעזוב את יציאתו של הקטין מארה"ב.

בסע' 5 שבהסכם נקבע: (בתרגום חופשי שלי):

"א' מסכים ומצהיר כי לעולם לא יגיש או יגרום להגשה, של הליך משפטי או הליך אחר, בשמו או בשם הקטין או באמצעות קרוב או אדם שלישי, בקשה או דרישה למשמורת הקטין או כל צו המונע יציאה של י' ו/או הילד מארה"ב".

כאמור, ההסכם לא הובא לאישורו של ביהמ"ש.

לאורו של ההסכם, כך נטען, אף אם ימצא כי מקום מגוריו של הקטין היה בארה"ב, ואף אם היו לתובע זכויות משמורת (במשמעות הרחבה), הרי ניתנה לנתבעת הזכות הבלעדית לקבוע את מקום מגוריו של הקטין.

לנוכח הסכם זה, ששלל את זכות התובע לעתור לשינוי המשמורת ולהגבלת יציאתם מארה"ב של הקטין והאם, ומאחר שפנייתו לבית המשפט בניו יורק נעשתה בניגוד להסכם ותוך הפרתו, ממילא נשמטת סמכותו של ביהמ"ש בניו יורק שאשר את יציאתה מארה"ב, והיציאה העולה בקנה אחד עם הסכמות הצדדים בכתב, אינה שלא כדין, ואינה מהווה "חטיפה".

16. תוקפו וגבורתו של ההסכם:

הסכם הנוגע לקטינים, השולל מההורים באופן גורף את הזכות לפנות לבית משפט בבקשה לשנות את תנאיו, אין בו כדי לשלול התערבות ביהמ"ש.

טובתו של קטין מחייבת את האפשרות לפתוח מחדש לדיון הסדרי משמורת וראייה, אם מתחייב הדבר משינוי נסיבות. שלילת זכות של הורה לעתור לבית משפט לעיין מחדש בהסדרים ולשינויים מהווה פגיעה בזכות יסוד ולפיכך אין בה כדי לשלול סמכותו של בימ"ש בארץ או לענינו בארה"ב לדון בתביעתו של הורה לשינוי ההסדרים שנקבעו בהסכם.

אין בדעתי לקבוע בכך שההסכם הוא מחוסר כל נפקות משפטית, אלא שאין בכוחו למנוע פניה לבית משפט בענינו של הקטין.

בענייננו מתייטר הצורך בדיון מקיף בסוגיה זו מאחר שענינו של קטין הובא לבית המשפט בארה"ב ונתנה החלטה ברורה ומחייבת האוסרת הוצאתו של הקטין מארה"ב (פרט ליציאה לצורך בקור).

אף אם טעה ביהמ"ש, החלטתו שרירה וקיימת.

גם העובדה שההסכם לא הובא לידיעתו של ביהמ"ש בארה"ב (בשונה מפרשת בלומס - ע"א 1085/01, לא פורסם) אין בה כדי לשנות את מסקנתו.

ראשית, כאמור, הסכמת הצדדים אין בכוחה למנוע פנייה לבית המשפט בענינו של הקטין ושנית, בעניינו, נערך הדיון ביום 17.7.2002, במעמדה של האם, שלא כפרה בסמכות בית המשפט ולא

הציגה את המסמך בפניו, הגם שהדיון נועד להסדיר את צאתה מארה"ב לתקופה מוגבלת בלבד, תוך התחייבות ומתן ערבויות לשובה לארה"ב בתום שבועיים, ותוך קביעת המשך דיון ליום 18.9.2002.

כנגד ההסכם עליו מסתמכת הנתבעת עומד צו מפורש של בית המשפט בניו יורק האוסר עליה להוציא את הקטין מארה"ב שלא על פי אשורו של ומחייבה להחזיר את הקטין לא יאחר משבועיים, תוך קביעת מועד להמשך הדיון בפניו לאחר חזרתה לארה"ב.

די בהטלת האסור על הוצאת הקטין מארה"ב לתקופה העולה על שבועיים, והחובה להתייצב לדיון בבימ"ש שם, כדי להוות הענקת המשמורת בקטין לאב לביהמ"ש וזאת לנוכח ההגדרה שבסעיף 5 מהאמנה. (ע"א 5532/93 גולנזבורג נ' גרינוולד פד"י מ"ט (3) 282, 300 - תמ"א 2598/92 פוקסמן (פסק דין של הערכאה הראשונה אושר בערעור).

החלטת בית המשפט בארה"ב גוברת על כל הסכמה שהיתה קודם להנתנו, בין אם ההסכם הונח לפניו ובין אם לאו.

כפי שהובהר לעיל, מקום מגוריו של הקטין עובר להרחקתו היה בארה"ב, ושמניתן צו מפורש של בית המשפט המחייב החזרתו של הקטין בתום הביקור, ונקבע המשך דיון בפניו בשאלת המשמורת, אי החזרתו של הקטין לארה"ב מהווה הרחקה שלא כדין.

17. **טענות ההגנה - ההסכמה** - הנתבעת גורסת כי אף אם ימצא כי בוצעה הרחקה שלא כדין, אל לו לביהמ"ש לצוות על החזרתו של הקטין, בהסתמכה על החריגים הקבועים בסעיף 13(א) (ב) לאמנה.

סעיף 13(א) לאמנה קובע כי בית המשפט אינו חייב להורות על החזרת קטין אם ההורה "לא הפעיל בפועל את זכויות המשמורת בעת ההרחקה או אי ההחזרה או הסכים עימן או השלים עמן לאחר מעשה".

הנתבעת סבורה כי ההסכם שנערך בין הצדדים מלמד על הסכמתו מראש של התובע להשאיר את ההחלטה בענין מקום מגוריו של הקטין באופן בלעדי בידי האם, תוך התחייבות מפורשת שלא למנוע יציאתה ויציאת הקטין מארה"ב בכל דרך שהיא.

כפי שהובהר לעיל, דעתי היא שהסכם השולל מהורה באופן גורף ונחרץ אפשרות לפנות לבית המשפט בעניינו של קטין, אין בכוחו לחסום הורה מפני עתירה לבית המשפט לשוב ולעיין בהסדרים הנוגעים לקטין.

מכל מקום משניתנה החלטה של בית המשפט בארה"ב המתנה את הוצאתו של הקטין באשורו, החלטה זו גוברת על כל הסכמה קודמת של הצדדים. (עמ' 1085/01 פלוני נ' פלונית תק' מחוזי 2001 (3) 7138, סעיף 11).

18. הגנת הנזק לקטין - **סעיף 13** ב' קובע כי אין חובה לצוות על החזרה כאשר:

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

וכן כי:

"הילד מתנגד להחזרתו וכי הוא הגיע לגיל ולרמת בגרות שבהן מן הראוי להביא בחשבון את השקפותיו..."

וכך גורסת הנתבעת יש לפרש את הוראות סעיף 13 לאמנה:

"על מנת שהמקרה יכנס בגדר חריג יש להוכיח קיום קשר סיבתי בין החזרת הילד לבין הנזק האמור, כאשר מדובר בנזק הנגרם ממקום המגורים. במסגרת שיקול זה שוקל בית המשפט גם את טובת הילד". (סעיף 52 לסיכומים מטעם הנתבעת).

פרוש זה פותח בפני הנתבעת פתח המחייבת לדון בשיקולי טובת הקטין, שלטעמה מחייבת דחייתה של העתירה להשבתו של הקטין לארה"ב.

בטענתה כי השבתו של הקטין הינה בניגוד לטובתו, ועשויה לגרום לו נזק, מסתמכת הנתבעת על תסקיר פקידת הסעד, חוות דעת המומחה דר' גוטליב ותקציר שיחתי עם הקטין. על שלושה מקורות אלה מבססת הנתבעת את טענתה כי ראוי להחיל בענייננו את החריג הקבוע בסעיף 13(ב) לאמנה.

19. אמנת האג אינה מבקשת להכריע בנושא טובת הילד החטוף או בשאלה מי זכאי להחזיק בו. מטרת האמנה היא השבת המצב לקדמותו, דהיינו, החזרת הקטין למקום ממנו נחטף, כדי שבית המשפט של אותה מדינה יחליט בשאלות האפוסטרופסות, המשמורת, הסדרי הראיה וכיוצא באלה יוכרעו בהתאם לטובתו של הקטין. האמנה נועדה להעניק סעד דחוף, בבחינת "עזרה ראשונה", בלבד.

העקרון שבבסיס אמנת האג הוא לאפשר פעולה מיידית להשבת קטין למקום מגוריו הרגיל ולמניעת שינוי הסטטוס קוו ע"י הורה אחד באקט חד צדדי של מעשה חטיפה (ע"א 473/93 ליבוביץ' נ' ליבוביץ' פדי מ"ז (3) 63, 70, בש"א 1648/92 טורנה, שם).

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

לפיכך, בהיות "תפקידו של בית המשפט בהליך על פי החוק, דומה לתפקידו של בג"צ בנושא זה של החזרת ילדים, הוא רק "כיבוי דלקה" או "עזרה ראשונה" לשם החזרת המצב לקדמותו" (בש"א 1648/92 הנ"ל בעמ' 45), אין על בית המשפט להדרש לשאלת משמורת הקבע של הילד, ו"אלף לא בטובת הילד במובן המלא שלה". (שם, בעמ' 451; וראה גם בג"צ 836/86 בכר נ' גייל, פ"ד מא (3) 701, 706). במילים אחרות, טובת הילד אינה עומדת להכרעה כשהיא לעצמה, והיא באה, בהתקיים אחד מן החריגים שבאמנה, אך ורק כשיקול המכריע את הכף בהתנגשות שבין שני האינטרסים שנמנו לעיל, והמצדיק המנועות מהחזרת הילד למקומו. (ע"א 7206/93 פד"י נא (2), 2410, סעיף 13).

אולם אף כי טובת הילד גוברת בהתמודדות בין האינטרסים הרי כמתחייב מהעקרונות שבבסיס האמנה, "על ההורה החוטף המבקש לצאת נשכר ממעשהו, הנטל להוכיח את קיומו של החריג. משמע, כי הספק בקיומו של החריג פועל להחזרת הילד החטוף, ולא להשארנו בידי חוטפו". (ע"א 1372/95 סטגמן נ' בורק, פד"י מ"ט (2) 431, 438).

לאורם של עקרונות אלה, אבחן את טענות ההגנה הנטענות.

על שלושה מקורות מבקשת הנתבעת להסתמך בטענה כי קיים חשש שהחזרתו של הקטין "תחשוף אותו לנזק פיזי או פסיכולוגי או תעמיד את הילד בדרך אחרת במצב בלתי נסבל".

19. תסקיר פקידת הסעד:

בתסקיר מיום 17.9.02 נאמר כי מערכת היחסים הבלתי יציבה בין ההורים מעמידה את "במצב של סיכון רגשי והתפתחותי גבוה ומתמשך... הוא נתון במצוקה רגשית קשה ביותר למרות שלכאורה מצליח לגייס כוחות ולתפקד... החזרתו של ' בשלב זה לארה"ב עלולה להעמיד אותו במצב בלתי נסבל בעיקר על רקע רגשי - נפשי".

ביום 22.10.02 ניתן תסקיר שני בעניינו של הקטין לאחר, שעל פי החלטתי הוסמכו פקידות הסעד לקבוע הסדרי ביקורים בין האב לקטין.

התסקיר נכתב בעקבות מפגשים עם הקטין, האם והאב ולאחר צפייה באינטראקציה בין הקטין לאבא במהלך המפגשים שהוסדרו.

את התרשמות פקידות הסעד ראוי להביא כלשונן:

"י' ילד מקסים, נבון ורגיש מפותח יפה לגילו, חיוני, בעל כוחות, משתף פעולה ויודע לבטא עצמו באופן בהיר וברור. במהלך כל התקופה מיום הכרותינו את צחי, הוא הביע באופן עקבי ונחרץ את רצונו להשאר בארץ ואת התנגדותו לחזור לאמריקה, תוך שהוא עורך השוואה בין אורח החיים שם לזה שבארץ, מדגיש את העדפתו לאורח החיים בארץ, שמאפשר לו לנהל חיי חברה פתוחים וחופשיים בסביבת ביתו מקום בו הוא מרגיש שייכות ובטחון... לאור האמור לעיל ולאחר היכרות מעמיקה עם שני ההורים בתקופה קצרה אמנם, אך מאוד אינטנסיבית, אנו מעריכות שאין הם מסוגלים במצב הנוכחי להשאיר את בנם מחוץ למאבק ולהגן עליו ללא סיוע מקצועי. אין לנו ספק שהמשך חשיפתו של י' למאבק הקשה זה בין הוריו, שלהערכתנו, עומד להחריף, עלול להעמיד אותו בסיכון רגשי גבוה ביותר ולגרום לנזק נפשי..."

אנו מביעות חשש ודאגה רבה לשלומו של י' שנשאב בעל כורחו במציאות קשה זו, אנו מסופקות לגבי היכולת שלו לאורך זמן להתמודד עם הקונפליקט שמציאות זו מכתובה לו ולהכיל את ההשלכות של המאבק על מצבו הנפשי והתפתחותו התקינה..."

במידה וביהמ"ש יחליט על החזרתו של י' לארה"ב, אנו ממליצות מתוך דאגה לשלומו של י' ומתוך האחריות המקצועית שלנו, על התערבות טפולית אינטנסיבית בתוך המערכת המשפטית, הדרכה הורית לכל אחד מן ההורים ובמיוחד לי' שיהיה זקוק בוודאי לליווי ותמיכה משמעותיים".

20. ב"כ התובע הסתייג מממצאי התסקיר וביקש מינויו של מומחה. ב"כ הנתבעת נתנה הסכמתה לבדיקה ולא הסתייגה מזהותו של המומחה שהומלץ ע"י התובע.

על יסוד הסכמה זו הופנו הצדדים לפסיכולוג, הד"ר גוטליב, ממכון שינוי, והוא נתבקש לחוות דעתו באשר לקיומו של חשש לנזק נפשי שעלול להיגרם כתוצאה מהחזרתו של י' לארה"ב.

וכך הוא כותב בחוות הדעת:

"אשר לי' עצמו התרשמתי כי מדובר בילד פיקח, עירני וסקרן המעורה יתר על המידה במאבק שבין ההורים. הוא אומנם מצהיר כי ברצונו להשאר בארץ ולא לחזור לארה"ב אולם אין בנימוקים שלו דבר המצביע על מצוקה של ממש הקשורה לחזרה לארה"ב או לחיים יומיומיים שהיו לו שם בטרם הגיע לארץ. אין ספק כי הוא נמצא במצוקה אולם נראה כי המצוקה נובעת מעצם המאבק, ממצוקת האם, מחוסר הוודאות ומריבוי המעברים והשינויים שבחיי. אין ספק כי חזרה לארה"ב כולל הניתוק מישראל, הצורך להתאקלם מחדש בארה"ב, ומצוקתה הקשה מאוד של האם, יחברו יחד לגרום לי' מצוקה משמעותית, עם זאת מדובר במצוקה שהיא פועל ישיר מהמצב שנוצר - מצוקה שלא היה צריך להתמודד אתה לו אמו היתה משאירה אותו בארה"ב - ומצוקה אשר תחלוף עם הזמן, היות ומדובר בילד שהוא בסה"כ בריא בנפשו, לא צריך להיות חשש כי ההתמודדות תסכן אותו יתר על המידה... ממכלול הנתונים הנני להגיע למסקנה כי י' אכן נמצא במצוקה קשה עקב המחלוקת שבין הוריו וחוסר היכולת שלהם להגיע לפתרון מוסכם... יש בהחלט מקום לחשש כי החזרה לארה"ב תחריף את מצבו הקשה. מוטב היה אם ההורים היו מגיעים ביניהם להסדר בו גב' ברן היתה יכולה לחיות בארץ תוך כדי הסדרי ראייה מורחבים בין י' לאביו הן בארץ והן בחו"ל... לא היה בבדיקתי בכדי להצביע על כל נזק חמור אשר נשקף לי' עם ישוב לארה"ב וכי הנזק אשר ייגרם יוכל להיות מטופל ע"י התערבות של גורמים מקצועיים.. אכן י' נמצא במצוקה עקב מאבק קשה ובלתי מתפשר של הוריו, אולם לא היה בבדיקתי בכדי להצביע על כי החזרה לארה"ב תעמיד אותו ב - GRAVE RISK". (ההדגשות אינן במקור - צ.ק.)

21. הראיון עם י': הראיון נערך ביום 7.11.02, בלשכתי, בנוכחותה של מנהלת יחידת הסיוע, הגב' רג'ין דהאן. הילד הובא לראיון ע"י פקידת הסעד.

י' ילד נאה ונבון, נראה כפי גילו, מתבטא בבהירות, מצוי בסכסוך בין הוריו, דבר בפתיחות, גילה בגרות והבנה התואמים את גילו ואף מעבר לכך. הוא נראה מתוח מאד, עצבני, חסר שקט, דבר שהתבטא בהתעסקות בלתי פוסקת בידי והתעסקות רציפה באביזרים שהיו בסביבה. התנהגותו שידרה חרדה ומצוקה קשה ובולטת.

י' אמר בקול צלול ובהיר שהוא מתנגד לחזור לארה"ב כי היה לו רע שם. רע בביה"ס שנכפה עליו ללא התחשבות ברצונו, היה לו רע במסגרת המשפטית רווית המתחים, הוא הרגיש בודד ומנותק ורק אמו שמשה לו משענת. אביו לא הבין אותו ולא היה פנוי רגשית עבורו, הפגין כלפיו יחס

כוחני ומתנכר ואף גרם לו סבל של ממש, בכך שבתוך המאבק עם האם, גרם לנתוק החשמל והכבלים בדירה בה התגורר עם האם. על כך אמר לי י': "אז הוא רוצה להגיד שהוא אוהב אותי?".

י' סיפר שפגש את האב בתקופת השהות הראשונה של האב בארץ (כמדווח בתסקיר) אך כאשר שב האב לישראל (לצורך מתן העדות) ואף ששהה כאן מספר ימים, כלל לא יצר עמו קשר. י' מסיק מכך כי האב בכלל לא מעוניין בו, אינו רוצה לשמוע מה יש לו לאמר ואינו מעוניין לדעת מה רצונו.

את דבריו הוא סיים במילים: "למה הוא רוצה לעשות לי רע? למה לא אכפת לו מה טוב לי? למה הוא עושה תמיד מה שהוא רוצה?" הדברים נאמרו בסערת רגשות, בעיניים דומעות וברעד.

התרשמותי ממצוקתו של י' תואמת את ההתרשמות של פקידות הסעד וההתרשמות היא ממצוקה קשה ביותר, המצריכה התערבות טפולית מיידית, בסיוע סביבה חמה ותומכת.

אני מתקשה להבין מדוע אין בחוות דעת המומחה ביטוי כלשהו לחוסר השקט החרגי והבולט אף לעיניו של "הדיוט".

איני מקבלת את ההתרשמות "הפשוטת" של המומחה ממצוקתו של י', ואיני מקבלת גם המסקנה כי מדובר במצוקה המאפיינת את כלל הילדים הנגררים בעל כורחם למאבקי משמורת. (וכאלה לידים רואה ביהמ"ש לדאבון הלב לעיתים מזומנות).

התרשמתי כי י' נתון במצב נפשי קשה ומדאיג, נתון בחרדה קיומית וחושש חשש ממשי מפני החזרתו למקום ולתנאים שהיו מבחינתו בלתי נסבלים: מריבות בלתי פוסקות בין ההורים, "סנקציות" שהטיל האב על האם ופגעו בו באופן ישיר ותוך התעלמות מסבלו, חוסר התייחסות, חוסר הבנה והעדר התחשבות מצד האב לרצונו ולצרכיו. בהיותו בישראל, נמנע ממנו להיות שותף למריבות, הוא חזר לסביבה מוכרת ותומכת, אמו פנויה עבורו, טוב לו כאן והוא חש בטוח ומוגן. שובו לישראל לאחר השהות הבלתי מוצלחת מבחינתו - מהווה חזרה לשלווה ולבטחון.

יש לזכור כי בשל רקעו המיוחד, אין מדובר בילד רגיל. זהו ילד שחווה בשנות חייו הקצרות מספר מעברים. עד גיל שנתיים חי בארה"ב עם שני הוריו, הגיע עמם לארץ, וזמן קצר לאחר מכן חווה נטישה של האב והעדר כל קשר עמו במשך למעלה משלוש שנים. לאחר מכן התחדש הקשר (בסיוע האם ומתוך שתוף פעולה מלא). מ - 1995 עד שנת 2000 חי עם האם בישראל, למד כאן בב"ס והתערה היטב בחברה וקיים קשר תקין עם האב כאן ובארה"ב. בקיץ 2000 אולץ לשנות את מקום מגוריו עקב ניסיון של הוריו לשקם את הקשר, ואם בתחילת הדרך רוכך המעבר בעזרת התקווה לשקום התא המשפחתי, תוך זמן קצר נכזבה התקווה וי' הוטל לתוך מערבולת של מריבות קשות, פרוד ההורים, אילוף לעבור לדירה אחרת ודרישה של האב לפנות גם דירה זו ולעבור לדירה טובה פחות, הוא שולב במסגרת חינוכית זרה לו, נותק מהווי מוכר ומחברה וממשפחה, אביו לא גילה ענין מספיק בצרכיו וברצונותיו ואמו, משענתו היחידה, לא היתה פנויה אליו די הצורך עקב המאבק הקשה עם האב בו היתה נתונה.

על רקע זה מובן שאין לדבר על מצוקה "רגילה" של ילד הנסחף לתוך מאבק משמורת, ואין היא דומה גם למצוקתו של ילד "נחטף" שמבקשים להחזירו למקום מגוריו הקודם, לו היה רגיל ואשר בו התנהלו חייו על מי מנוחות.

מצוקתו הנפשית הקשה של י' נובעת מהטלטלות שעבר, מהחשש לחזור למקום ולמסגרת בה חש בודד, בלתי מוגן, חסר תמיכה ומנוכר. החזרתו לארה"ב תחמיר את מצוקתו (ולכך, מסכים המומחה) ולהערכתו תסב לו נזק נפשי חמור, שיש עמו סכנה של ממש, ופירושה להחזירו למצב בלתי נסבל עבורו.

22. עיינתי עיין היטב בחוות הדעת של ד"ר גוטליב, ושמעתי אותו במהלך עדותו בפני ואיני מקבלת את מסקנתו שהחמרה במצבו הנפשי עקב החזרתו לארה"ב (החמרה שהוא עצמו צופה) אינה מהווה נזק נפשי כמשמעותה בסעי' 13 (ב), כפי שפורש בפסיקה.

ראשית, מומחה אמור להביא בפני ביהמ"ש את נתוני המקרה העובדתיים ואינו אמור לעסוק בפרשנות משפטית. המומחה אינו אמור לחוות דעתו או להתיימר לקבוע אם המקרה הנדון עומד בהגדרה משפטית כזו או אחרת.

בענינו, קשה לי להשתחרר מהתחושה שחוות הדעת אינה שקולה ומאוזנת די הצורך. ותחושת זו נובעת בעיקר מן הדברים הבאים:

1. אין התייחסות מספקת לאיכות חייו של הקטין ולמצבו הנפשי במהלך השהות בארה"ב (לרבות תנאי המגורים).

2. אין התייחסות מספקת, אם בכלל, למשקל שיש לרקע הקשה של הקטין שעבר טלטלות לא מעטות וחווה נתק וחוסר וודאות בעבר.

3. לא ניתן משקל מספיק לאנטראקציה הקשה בין האב לקטין במהלך המפגשים אצל המומחה. כך למשל, לא טרח המומחה לציין ארוע בו עזב הקטין את החדר בטריקת דלת. אירוע זה שעלה במהלך החקירה הנגדית, ולגביו ציין המומחה שמנסיונו היה חריג, לא רק ראוי היה שיצויין בחוות הדעת, אלא היה גם צורך בברור מעמיק יותר עם האב והקטין, לפשר התגובה החריפה והחריגה.

4. על טענות הקטין בנמקו את התנגדותו לחזרה לארה"ב, ועל הטענות הקשות (כך לדברי המומחה עצמו, בעמ' 7) של י' כלפי אביו כותב המומחה: "הוא מדקלם הרבה מטענות האם כאשר אינו מסוגל תמיד לנמק את הדברים מעבר לדקלום... הוא אומר דברים קשים אולם דברים אלה אינם מלווים באפקט רגשי מתאים".

על קביעה זו, אין לי אלא לאמר, שבמהלך הראיון שלי עמו, שערך כשעה, ידע הקטין להבחין בין מצוקתה של האם (שעמה הזדהה) לבין מצוקתו שלו, הוא פרט את טענותיו האישיות כלפי האב באופן ברור ומנומק, העלה טענות עניניות וקשות כלפיו, חלקן הועלו על הכתב ולגבי חלקן כבדתי את רצונו שלא לפרט. דחיית הטענות ע"י המומחה בנמוק שאין בהן הפרדה בין מצוקת האם ממצוקתו, בהיותן דקלום ובהעדר פרוט ובסיס - עומדת בסתירה מוחלטת להתנהלות השיחה עמי ולהתרשמותי הבלתי אמצעית מן הקטין.

5. לא נבדקו טענות הקטין המייחסות לאב חוסר התחשבות, חוסר רצון להענות לצרכיו ולרצונו, נטיית האב לכפות עליו את דעתו, טענות שהועלו גם בפני, ולכאורה יש להן סימוכין בהתרשמותו של המומחה מגישתו הבלתי מתפשרת העקשת וחסרת הרגישות של התובע (עמ' 5 לחוות הדעת).

6. מכל טענותיו של הקטין, בחר המומחה "לברר" טענה אחת, הנוגעת לסבלו הנטען בביה"ס. המומחה, שלא מצא לנכון לדבר עם פקידות הסעד ועם פסיכולוג, עמו עמדה האם בקשר בארה"ב (ואיני אומרת כי היה צריך לדבר עמם) טרח להתקשר למנהל ביה"ס בארה"ב, אותו הוא מכיר אישית, ועל סמך דבריו של האחרון התקבל דיווח "מאוד חיובי" לגבי השתלבותו של י' הוא דחה את טענות הקטין וזאת כאשר י' חזר וטען גם בפני במפורש כי היה לו שם רע, וכי התעקשותו של האב לשלוח אותו לשם, על אף סבלו, נתפסת אצלו כהתעלמות מטובתו ומרצונו וכדוגמא להתנהגותו הכוחנית וחסרת ההתחשבות של האב כלפיו.

7. הגם שהמומחה סבור שלאור מצוקתו של הקטין נדרש טפול אנטנסיבי דחוף המחייב שתוף פעולה של שני ההורים, אין כל ניסיון לבדוק כיצד תיושם ההמלצה נוכח הדינמיקה הקשה בין ההורים וחוסר היכולת שלהם לשתף פעולה כמודגש בחוות הדעת, וכמוכח מנסיון העבר.

חוות דעת זו אינה מבחינת "אורים ותומים" בשל הפגמים שבה.

מסקנתי היא, כי מצבו של הקטין הוא קשה והוא נתון במצוקה נפשית קשה, אשר תחריף עוד יותר אם יוחזר לארה"ב, עד כדי חשש לנזק נפשי חמור, שלאור נתונייהם של ההורים ונסיון העבר (בארה"ב) לא תוכל להיות מטופלת בצורה הראויה.

הנזק הנפשי הצפוי לקטין, מעצם החזרתו, הוא אינו נזק של מה בכך ואינו נזק בר חלוף והוא עשוי לפגוע בסיכוייו לגדול כאדם בריא.

23. אני ערה לחובתו של ביהמ"ש ליתן פרוש דווקני ומצמצם לחריגים הנמנים בסע' 13 לאמנה (ע"א 1372/95 סטגמן נ' בורק פד"י מ"ט (2) 431, ע"א 4391/96 רו נ' רו פד"י נ' (5) 338, 346, ע"א 5532/95 גלנזבורג נ' גרינוולד, מ"ט (3), 282).

ואולם לאחר ששקלתי את נסיבות המקרה, תוך השוואתן להלכות הדנות בהחלת החריגים שבסעי' 13, מסקנתי היא כי בעניננו מדובר בחשש חמור לנזק נפשי משמעותי המחייב הפעלת שיקול דעתו של בימ"ש למניעת ההחזרה בגדר החריג המנוי בסעי' 13 (ב) לאמנה.

24. התנגדות הקטין להחזרה:

סעי' 13 (ב) לאמנה קובע סייג נוסף לחובות ההחזרה על פיו רשאי בית המשפט לסרב מתן צו להחזרת ילדים שהורחקו שלא כדין, אם בית המשפט שוכנע "כי הילד מתנגד להחזרתו וכי הוא הגיע לגיל ולרמת בגרות שבהם מן הראוי להביא בחשבון את השקפותיו". סייג זה מעניק לילד החטוף זכות דיבור במסגרת ההליך השיפוטי.

לא נקבע גיל מינימום שמעליו ילד יחשב כבוגר מספיק על מנת שהשקפותיו יובאו בחשבון. השאלה אם הילד הגיע לגיל ולרמת בגרות מספיקים נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט, על פי התרשמותו מהילד.

בית המשפט הוא שיחליט בשאלה, אם יש צורך בחקירה על מנת לגלות את ההשקפות של הילד, וכיצד תיערך חקירה זו. בין השאר רשאי בית המשפט להיפגש עם הילד, לשמוע אותו, ולהתרשם ממנו ישירות. (ע"א 6056/93 פד"י נ"א (4) 197 בעמ' 3-202). עמד על כך השופט מצא בצינינו:

"ככלל אכן זה ראוי, כי בטרם יכריע בגורלו של ילד, לגביו נטען שהוא מסרב לחזור למקום-מגוריו הרגיל, ישמע בית המשפט גם את הילד עצמו. למצער, הייתי אומר, מוטל על בית המשפט לשקול את הדבר, ואם אין טעם ממשי להימנע מכך, או ששמיעת הילד נראית, מלכתחילה, חסרת כל תועלת, ייטה בית המשפט לשמוע גם את הילד". (ע"א 6327/94 איסק נ' איסק (טרם פורסם)).

במקרה שלפנינו הביע הקטין את התנגדותו הנחרצת והעקבית לחזרה לארה"ב. את עמדתו זו הביע בפני הוריו, בפני פקידת הסעד, בפני המומחה ואף באזני.

הוא אמר בקול בהיר וצלול כי הוא אינו רוצה לחזור לארה"ב.

האם מבקשת לכבד את רצונו של הקטין ואלו האב גורס שאין להביא את סרובו בחשבון מפאת גילו, מפאת חולשת הבנתו ובשל העובדה שאין הוא מבטא את רצונו הכן והחופשי - בהיותו נתון "לשטיפת מוח של האם" ומושפע ממצוקתה שלה.

25. כאמור, האמנה אינה קובעת גיל מינימום ודעתו של ילד צריכה להשמע וראויה להבאה בחשבון, אם שוכנע בימ"ש שהוא בוגר ובשל דיו כדי לגבש עמדה עניינית וכנה.

הקביעה עם ילד מסוים הגיע למידת הבנה ובשלות מספיקים, נתונה לשיקול דעתו של ביהמ"ש על יסוד התרשמותו מהילד, וביהמ"ש יכול להעזר בחוות דעת גורמים מקצועיים וביניהם פקידי סעד ומומחים.

כאמור, ראייתני את 'י' בלשכתי במעמדה של מנהלת יחידת הסיוע, והתרשמתי שהוא ילד נבון, אינטליגנטי, בהיר ובוגר אף מכפי גילו (כנראה בשל נסיבות חייו המורכבות).

מסקנה זו, בעיקרה, מקובלת על פקידות הסעד וגם על המומחה.

הזהרתי את עצמי מפני האפשרות שבהיותו נתון במרכזו של מאבק קשה בין הוריו, ועקב היותו היום בחסותה הבלעדית של האם ותלוי בה לצרכיו הקיומיים ועקב הזדהותו עם מצוקתה הוא עלול להיות נתון להשפעתה או אף להסתה מצידה השוללת ממנו את היכולת להפריד בין האנטרסים שלו לבין האנטרסים של אמו.

לא פקידות הסעד ואף לא המומחה, סברו כי האם "שוטפת את מוחו של הקטין" ו/או מסיתה אותו כנגד האב.

בהקשר זה יש לזכור כי אותה אם, אף ברגעיה הקשים, טרם חתימת הסכם הגירושין תוך המאבק לקבלת המשמורת והבטחת הזכויות החומריות שלה ושל הקטין ועל אף הנתק הממושך בין הקטין

לאב (בין השנים 1995-1999) לא דיברה סרה באב באזני הילד ועשתה כדי לשמר את דמות האב בזכרונו של הילד, דבר שאפשר בסופו של דבר את חדוש הקשר (ר' לענין זה את דברי האב בחקירתו הנגדית, עמ' 8 לפרוטוקול, ובפני המומחה, עמ' 6 לחוות הדעת).

אף אני התרשמתי שהקטין אינו נתון להסתה ו"שטיפת מוח", וכי הוא עושה הפרדה ברורה בין תחושותיו ורצונותיו לבין אלה של האם. חרף טענותיו הקשות נגד האב, אין הוא שונא אותו ואין הוא מבקש להתנתק ממנו לחלוטין. הוא מתנגד להחזרתו לארה"ב משום שהיה לו רע שם. הוא הרגיש בודד מנוכר, חשוף למריבות קשות של הוריו, מאולץ להכנע לתכתיבים בלתי מתפשרים של האב בבחירת המסגרת החינוכית בה סבל ומנותק מחברי ילדותו ומשפחתו בארץ.

הגם שמבחינה טכנית "מכנית" היה מקום מגוריו, ערב ההרחקה, בארה"ב, חווית השהות שם היתה עבורו קשה ודווקא שובו לישראל, מבחינתו, היא חזרה "הביתה" לחברה, סביבה ומשפחה מוכרים וטובים עבורו, להבנתו.

אף אם אביא בחשבון, שמפאת גילו, אין הוא מסוגל לשקול את כל האספקטים ברמה של אדם מבוגר ומנוסה, אין לי ספק שרצונו הוא כן ואמיתי ומבטא את טובתו במובן הרחב. הוא זועק כנגד החזרתו למקום ולסטואציה שהיו עבורו קשים מאוד.

ולענין זה יפים דבריו של השופט זילברג בע"א 209/54 שטיינר נ' היועמ"ש, פד"י 241, 251:

"הילד אינו אובייקט של שמירה והחזקה להנאתו או לטובתו של אחד ההורים אלא הוא עצמו "סובייקט" הוא גופו בעל דין בשאלה חיונית זו. הרי לא יתכן להתעלם מן האנטרסים שלו בשום צורך נסיבות שהוא ולא יתכן כי נדחה אותם מפני זכות של מישהו אחר".

אמירה זו היא בעלת תקף אוניברסלי, והיא צריכה להיות מיושמת בהקשר לכל חוק במסגרתו נדון עניינו של קטין.

בענייננו הקטין הוא בוגר דיו ובעל בשלות מספקת לגבש עמדה וסרבו לחזור לארה"ב אינו נובע מהסתה או משיקול בלתי ראוי אחר ויש לייחס לרצונו משקל מכריע ובמסגרת שקול הדעת הנתון לי, בגדרי סעיף 13(ב) סיפא לאמנה אני רואה לנכון שלא ליתן צו להחזרת הקטין לארה"ב, בניגוד לרצונו.

26. כאמור, דעתי היא שהחזרתו של הקטין מקימה חשש חמור שהחזרתו תחשוף אותו לנזק פסיכולוגי קשה ובלתי הפיך. הקטין מתנגד להחזרתו למקום בו היה לו רע. ואם כל אחד מנימוקים אלה, היה בו די כדי להביאני למסקנה שראוי להימנע מהחזרתו, כל שכן בהצטרפם של שני הנימוקים זה לזה.

27. ראוי להבהיר בהקשר זה כי ההימנעות בענייננו מהשבטו של הקטין, אינה עומדת בסתירה לרוח האמנה ומטרותיה.

כפי שהובהר, תפקידו של ביהמ"ש במסגרת האמנה, הוא בשמור סטטוס קוו בבחינת "כיבוי דליקה" ל"שם שלילת תוצאות החטיפה ומניעת פירות החטיפה מהחוטף על דרך החזרת המצב לקדמותו" (בש"א 1648/92 פרשת טורנה, שם בעמ' 45).

גישתה של האמנה תואמת את ההנחה כי ביהמ"ש, מתוקף תפקידו, "ימנע ממתן יד לאי חוקיות ויעשה ככל יכולתו שהחוטא לא יצא נשכר... ולא יעודד הורים המעוניינים לשנות סדרי משמורת לפעול בדרך של חטיפה, כדי לבחור לעצמם פרום התדינות נוח" (ע"א פד"י נ"ג (ד), 254, 269 - 270).

אכן בהבט הטכני "מכני" האם היא "חוטאת" בהוציאה את הקטין, בניגוד לצו ביהמ"ש ואולם סקירת העובדות בענייננו מחייבת את המסקנה שהיא "תומרנה" למצב זה בשל התנהגותו הכוחנית של האב, אשר בקש לכפות עליה התדיינות במקום בו היא בעמדת נחיתות בהיותה נטע זר במקום, חסרת תמיכה, נעדרת גב כלכלי ותלויה בחסדיו. וכל זאת בניגוד מוחלט להבנה שהיתה בין הצדדים שמדובר בתקופת נסיון שבמהלכה לא ישונו ההסדרים הנוגעים לקטין, כפי שנקבעו בפסק דין, ובסתירה להסכם מפורש שלא יעשה כל מעשה שימנע את יציאתה מארה"ב, הסכם עליו הסתמכה וממנו נבעה אמונתה שלא יבוצעו "מחטיפים".

התובע מאידך העיד על עצמו כמי שמלכתחילה ראה עצמו חופשי להפר את ההסכם אם אך ישלם את הפיצוי שנקבע בו (עמ' 10, 13 לפרוטוקול) ובכך יש כדי ללמד על "צדקתו" ותום לבו. את ההסכם הסתיר מפני ביהמ"ש בארה"ב (שכאמור אינו כבול בהכרח להסכם) הן בעת שבקש לעכב את יציאת האם מארה"ב, הן בפנייתו לקבל החלטה של אותו בימ"ש במסגרת סע' 15 לאמנה והן בתביעה שבפני.

לא למותר לציין שאף שתביעתו בארה"ב הינה תביעה למשמורת אין הוא מבקש את המשמורת לעצמו אלא שהוא רואה בהחזרתו של הקטין "סיכוי לשקום הקשר עמו" (ס' 7 לסיכומי תשובה מטעם התובע, וחוות דעת ד"ר גוטליב עמ' 6). הוא אינו מטיל ספק שמשמורת הקטין צריכה להיות אצל האם, ואין הוא מטיל דופי ביכולתה וזו אף העדפתו, אלא שהוא מבקש שהמשמורת תתקיים בארה"ב, וזאת כדי להבטיח את הקשר שלו עם הקטין. כפי שהובהר, בעבר, כאשר האם והקטין היו בישראל, התקיים קשר תקין וסדיר בין הקטין לאב (אם כי פחות נוח לטעמו של האב). האם השיקול האמיתי, שהוא שיקול נוחותו של האב צריך לגבור על טובתו במובן הרחב, של הקטין? התשובה לכך היא שלילית.

28. לא נעלמה מעיני חשיבותו של הצורך לכבד החלטות בימ"ש בחו"ל. כבודן של החלטות אלה במקומן מונח ואולם יש לזכור כי ההחלטה נתנה במסגרת הליכי ביניים ולצורכם בלבד, בטרם היה ספק לברור מעמיק ובדיקה יסודית של האנטרסים של הקטין. בפני ביהמ"ש לא הובאו כל הנתונים העובדתיים הרלבנטיים בעניננו וההסכם שאף אם אינו מחייב את ביהמ"ש, הרי אינו חסר משמעות, הוסתר מעיניו של ביהמ"ש. זאת ועוד, ההחלטה שחייבה את החזרתו של הקטין, התבססה על הנמוקים הטכניים של מקום מגורים וזכויות המשמורת של ההורים, החלטתי שלא להחזיר את הקטין, אינה עומדת בסתירה להחלטה זו של בימ"ש ואף לא לקביעתו במסגרת סע' 15 לאמנה שבעניננו בצעה האם הרחקה שלא כדין, לקביעה זו, כפי שהובהר בפסק הדין אני מסכימה. מניעת החזרתו של הקטין מבוססת על העובדות המקימות את ההגנות המנויות בסע' 13 לאמנה, ואלה לא הועלו ומימלא לא נדונו בפני ביהמ"ש בארה"ב.

29. סוף דבר, אני דוחה את תביעת התובע להורות על החזרתו של הקטין לארה"ב.

על אף שעמדתה של הנתבעת נתקבלה, איני רואה לחייב את התובע בהוצאות המשפט, לאחר שמצאתי שהנתבעת הרחיקה את הקטין שלא כדין.

30. בשולי הדברים אני רואה לעצמי חובה נעימה להודות לב"כ הצדדים, על שניהלו דיון מכובד ועניני, על אף כובדו של הענין ועל עמדותיהן הקוטביות של הצדדים ועל סיכומיהם הממצים, המקיפים והבהירים של ב"כ הצדדים ונציגת היוהמ"ש, עוה"ד שגיאה, שסייעו להחשת פסק הדין.

ניתן היום 26/03/03 במעמד הצדדים.

צילה קינן, שופטת