

## החזרת ילדים חטופים: בין עובדות לכוונות

מאת: עו"ד איתן ליפסקר

המשימה העומדת בפני הורה המבקש להורות על החזרת ילד חטוף בהתאם לאמנת האג הנה לשכנע את בית המשפט מהו מקום המגורים הרגיל של הילד. אחת הבעיות נעוצה בעובדה כי בתי המשפט נוהגים להכריע בענין לפי שתי גישות שונות, מה שמקשה לצפות מה יעלה בגורל הילדים.

כידוע, אמנת האג מסדירה החזרת ילדים חטופים למקום מגוריהם הרגיל. לצורך החלת האמנה על בית המשפט לקבוע מהו מקום המגורים הרגיל של הילדים. קביעה זו נעשית מורכבת כאשר מדובר בילדים שעברו זה עתה למקום מגורים חדש.

דוגמה שכיחה למקרים בהם נדרשת הכרעת בית המשפט בסיטואציה שכזו היא תוכנית של הורים להגר ביחד עם ילדיהם למדינה חדשה, כאשר לאחר ביצוע ההגירה אחד ההורים חוזר בו ומבקש לחזור עם הילדים למקום המגורים הקודם, בטענה כי אמנת האג מחייבת זאת.

השאלה המשפטית הנה מהי "נקודת האל-חזור" מבחינת דיני אמנת האג, ובמילים אחרות: מתי יש לראות את המעבר כרכישת מקום מגורים חדש (ורגיל) עבור הילדים (ומשמעות הדבר היא שלא ניתן להפעיל את אמנת האג); ולעומת זאת, מתי יש לראות את המעבר למקום החדש כ"אופציה" בלבד, שאינה שוללת את הזכות להחזיר את הילדים למקום המגורים המקורי, בהתאם להוראות האמנה.

הכרעת בתי המשפט בשאלה זו מושפעת משתי גישות משפטיות המכונות "האסכולה העובדתית" ו"האסכולה הכוונתית".

בגישה העובדתית שם בית המשפט דגש רב על הממד העובדתי ביחס למקום מגוריו של הילד. המשמעות היא, כי מקום המגורים של הילד בפועל ייחשב כמקום מגוריו הרגיל, גם אם מדובר במקום חדש שהילד עבר אליו זה לא מכבר. בפסיקה ישראלית ישנה יחסית, מן השנים הראשונות להחלת האמנה בישראל (לדוגמא: ע"א 7206/93 גבאי), ניכרת נטיה ברורה לפעול באורח זה.

לעומת זאת, האסכולה הכוונתית שמה במוקד את כוונות הצדדים ביחס למקום המגורים הרגיל. כפועל יוצא, עשוי בהחלט לקרות כי מקום המגורים בפועל לא ייקבע כמקום המגורים הרגיל – אם יוכח שכוונת הצדדים לא הייתה להפוך אותו לכזה. ביטוי בולט לאסכולה זו ניתן למצוא בפס"ד שניתן בארה"ב בענין מוזס (שם קבע בית המשפט כי יש לשים את הדגש על כוונת ההורים לשהות זמנית בארה"ב, למרות שהיו סממנים שהעידו על התאקלמות הילדים במקום החדש), אך גם בפסקי דין ישראליים מאוחרים יותר.

בשנים האחרונות נעשה מאמץ לקבוע מודל משולב שיאחד בין האסכולות וימנע מצב של תוצאות שונות, המושפעות מן הגישה שבחרה בה בית המשפט המסוים. דוגמא בולטת למודל המשולב

ניתן למצוא בפסק הדין של בית המשפט המחוזי בבאר שבע בתיק ע"מ 130/08 בו קבע בית המשפט כי יש לשים את הדגש על העובדות הנוגעות לחי הילדים, אולם לבחון אותן גם לאור כוונת ההורים. כך, במקרה של נסיעה בעלת אופי זמני – גם אם לא הוגדר במדויק – יתייחס בית המשפט גם לכוונת ההורים, למרות שהעובדות הנוגעות לחיי הילדים עשויות להעיד על מעבר קבוע.

ואולם, לאחרונה ניתנו מספר פסקי דין המעידים כי השימוש באסכולות השונות על ידי בתי משפט שונים עדיין רווח, והדבר מביא לפערים בולטים בתוצאות ההליך המשפטי. כדוגמא נביא שני פסקי דין בשני תיקים שונים, שעסקו בתשתית עובדתית דומה: משפחה הגיעה והשתקעה בישראל. זמן קצר לאחר מכן, חזר בו אחד ההורים מהרצון להשתקע בישראל וטען כי יש להחזיר את הילדים למקום מגוריהם הקודם בהתאם להוראות אמנת האג. כאמור, בתי המשפט לענייני משפחה הגיעו לתוצאות שונות בכל אחד מהמקרים.

במקרה הראשון דן בית המשפט למשפחה בקריות (תמ"ש 15-01-18441) בעתירתו של אב שטען כי למרות חתימתו על מסמכי עליה לארץ ואף שקיבל מענק קליטה עם הגעתו לישראל, הוא לא באמת התכוון להגר לישראל ולהעביר אליה את מקום מגורי הילדים, ולכן על בית המשפט להורות על השבתם למקום מגוריהם הקודם. את בקשתו להורות על החזרת הילדים הגיש האב כשבעה חודשים לאחר הגעתם של הילדים לישראל.

בית המשפט פעל בהתאם לאסכולה העובדתית וקבע כי אמנם סביר להניח שהאב לא היה נחוש בדעתו להישאר לחיות בארץ, והגיע לישראל רק כדי לבחון אפשרות זו, אולם מרגע שהגיעו הילדים לישראל, הפכה זו למקום מגוריהם הרגיל ואין להורות על העברתם למקום מגוריהם הקודם. כאמור, בית המשפט התעלם במפורש ובמוצהר מכוונתו של האב.

במקרה השני דן בית המשפט למשפחה בטבריה (תמ"ש 14-12-13379) בעתירת אב להורות על החזרת בתם המשותפת לארה"ב בהתאם לאמנה, לאחר שהגיעה לישראל ביחד עם הבת והאב. את בקשתה הגישה האם לרשות המרכזית כחודשיים לאחר שהגיעה לישראל ואז גם חזרה לבדה לארה"ב כשהיא מותירה את הבת בידי האב.

במקרה זה פעל בית המשפט בהתאם לאסכולה הכוונתית וקבע כי אף שהאם והבת הגיעו לישראל בהסכמה, יש לשים את הדגש על כוונת הצדדים ולא על מקום מגוריה של הבת בפועל. בהקשר זה נקבע כי האם לא התכוונה לשנות את מקום מגוריה הרגיל של הבת ועל כן הוא נותר בארה"ב ולא הועבר לישראל.

אמנת האג מייחסת חשיבות רבה ליישום אחיד של הוראותיה בכל המדינות החתומות על האמנה ועל כן פערים בתוצאות המשפטיות של מקרים דומים הנם בלתי רצויים. על אחת כמה וכמה שהסתירה בתוצאות ההליכים המשפטיים הנ"ל הנה תוצאה קשה ובלתי מתקבלת על הדעת מבחינת המערכת המשפטית בישראל. אין זה סביר לחזור למצב בו תוצאות הליך משפטי לפי

אמנת האג תהיינה תלויות בהבדלי גישה שיפוטית של שופטים. על כן נראה כי יש מקום לביסוס המודל המשולב – המאחד את שתי האסכולות ויש לקוות כי יביא ליתר אחידות ובהירות בפסיקה.