בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 52595-02-20 האב נ' האם

בפני כב' השופטת תמר סנונית פורר

התובע: **האב**
ע"י ב"כ עו"ד מורן ועו"ד דרור

נגד

הנתבעת: **האם**
ע"י ב"כ עו"ד שי ועו"ד פינקלשטיין-להב

פסק דין

1. לפני תביעת התובע (להלן גם: "**האב**") לפי חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים) תשנ"א-1991 (להלן: "**האמנה**") להורות על השבת בתו הקטינה למקום המגורים הקבוע לטענת האב שהינו בקליפורניה, בסן פרנסיסקו. הנתבעת (להלן גם: "**האם**") עותרת מטעמים שונים להורות על דחיית התביעה וטוענת כי לא מתקיימים התנאים להחזרת הקטינה לקליפורניה על פי תנאי האמנה.

א. רקע עובדתי וההליכים המשפטיים

2. התובע והנתבעת (להלן: "**בני הזוג**" ו/או "**הצדדים**") נישאו זה לזו ביום 9.9.2015.

3. טרם נישואיהם ביום 19.8.2015 חתמו הצדדים על הסכם ממון והוא אושר בפני נוטריון (להלן: "**הסכם יחסי הממון של הצדדים**").

4. **ביום 1.7.2018** עברו בני הזוג להתגורר בסן פרנסיסקו בשל הזדמנות עסקית הקשורה למקום עבודתו של האב. הצדדים ניתקו את תושבותם בישראל וחתמו על מסמכים לצורך כך.

5. **ביום 15.10.2018 נולדה בארה"ב הבת ---** (להלן: "**הקטינה**" ו/או "**הבת**"). לקטינה אזרחות אמריקאית בלבד.

6. שני הצדדים קיבלו אשרות שהייה ועבודה בארה"ב.

7. לאחר לידת הקטינה שהתה עימה האם מספר חודשים בחופשת לידה. לאחר מכן החלה גם האם לעבוד בחברה בארה"ב.

8. החל **מיום 1.9.2019** הקטינה החלה לפקוד גן ילדים בסן פרנסיסקו.

9. מהולדת הקטינה ועד לחודש 11/2019 הייתה הקטינה בישראל לשלושה ביקורים קצובים.

10. **ביום 21.11.2019** הגיעו הצדדים והקטינה לישראל לצורך הסדרת אשרות השהייה והעבודה בארה"ב. כרטיסי הטיסה שרכשו הצדדים היו כרטיסי "הלוך ושוב". תאריך החזרה המתוכנן של הכרטיס היה ליום 3.1.2020. בהמשך בשל עיכובים בעריכת הראיון בשגרירות ארה"ב נדחה מועד חזרת הצדדים על פי הכרטיס (אך לא בוטל).

11. הצדדים שכרו דירה לתקופה קצרה בישראל (באמצאות AirBnb). הצדדים ממשיכים ומשלמים על השכירות בארה"ב, על רכב הליסינג שלהם בארה"ב. הצדדים לא ארזו את ביתם והוא נותר כפי שהיה עת יצאו לישראל. הצדדים עודם משלמים עבור גן הילדים של הקטינה בארה"ב.

12. הראיון בשגרירות ארה"ב שתוכנן לדצמבר נדחה ליום 18.2.2019.

13. **ביום 29.1.2020** חתמו הצדדים על הסכם עם גן "גן----" לשהותה של הקטינה שם למשך חודשיים (צורף כנספח י"ז לכתב התביעה). בהסכם מול הגן נכתב: "**---**תשהה בגן כחודשיים ימים ולכן אין לחייב בהודעה מוקדמת מצד ההורים". **ביום 30.1.2020** החלה הקטינה לפקוד את הגן בישראל.

14. **ביום 29.1.2020** פתחה האם הליך ליישוב סכסוך בבית הדין הרבני. במסגרת הליך יישוב הסכסוך ביקשה האם וקיבלה צו עיכוב יציאה מן הארץ נגד האב וצו עיכוב יציאה מן הארץ נגד הקטינה.

15. **ביום 13.2.2020** שלחה האם באמצעות ב"כ מכתב לשגרירות ארה"ב (צורף על ידי התובע ביום 27.2.2020 לתיק בימ"ש והוצג בדיון באותו היום) ובו הודיעה כי אין בכוונתה להתייצב לראיון שנקבע וכי אין בכוונתה לשוב לארה"ב. כמו כן פירטה לשגרירות כי פתחה בהליך משפטי וכן כי הוציאה צו עיכוב יציאה מהארץ נגד האב וכן כי לשיטתה ההליכים בארץ אמורים להיות מורכבים וקשים:

א.ג.נ.,

הנדון: [redacted] דרכון ישראל מס' [redacted]
ראיון ביום 18.2.2020

משרדנו מייצג את חגי שבנדון. בשמה, הריני לפנות אליכם בענין, כדלהלן:

1. מרשתי מוזמנת לראיון בשגרירות שעתיד להתקיים ביום 18.2.2020.
2. לראיון זה מוזמן גם מי שהיום בעלת של מרשתי, מר [redacted] מספר דרכון [redacted]
3. הראיון נועד לשם חידוש אשרת שהייה בארה"ב למרשתי ולבעלה, וכן חידוש אשרת עבודה.
4. בין הצדדים מתנהלים תליכים משפטיים בבית הדין הרבני, ופני הצדדים לגירושין.
5. לצערה של מרשתי נראה כי הדרך המשפטית עוד ארוכה וצפוי הליך מורכב וקשה.
6. מרשתי תבהירה כי אין היא מתכוונת לשוב לארה"ב, והיא ממשיכה את חייה בישראל. לשם כך מל[redacted] מנת לשמור על זכויותיה הגישה מרשתי במסגרת ההליך המשפטי, בקשה לעיכוב יציאת מר [redacted] מהארץ וכך גם לעיכוב יציאת בתם המשותפת של הצדדים, מהארץ. בית הדין הרבני נעתר לבקשת מרשתי והוציא צו עיכוב יציאת מהארץ למשך 30 יום למר [redacted] וצו עיכוב יציאת מהארץ למשך שנה לקטינה.
7. מאחר ובאמור מני הצדדים לגירושין, ומרשתי נשארת בישראל עם הקטינה, אין היא תטוס, בשום אופן, עם מר [redacted] לארה"ב.
8. **לאור כל האמור לעיל ברור כי מותייתר הצורך בראיון הקבוע למרשתי ליום 18.2.2020, ומבוקש בזאת לראות במכתבי זה הודעה מאת מרשתי על אי תגעתה לראיון.**
9. למען הסר ספק יובהר כי מכתב זה מדבר בשמה של מרשתי בלבד, ואין בו כדי להשליך על עמדתו של מר [redacted], לכל דבר ועניין, במיוחד בכל מה שקשור למחלוקות בין הצדדים, לרבות המחלוקות המשפטיות.

16. **ביום 18.2.2020** התקיים הראיון לאב בשגרירות ארה"ב והוענקה לו לאחר מכן האשרה. האם לא התייצבה לראיון.

17. **ביום 20.2.2020** הגיש האב את התביעה דנן.

18. **ביום 24.2.2020** הגישה האם בקשה להורות לאב להגיש תרגומים לנספחי כתב התביעה (בקשה 1). לאחר קבלת תגובתו של האב הוריתי **ביום 25.2.2020** על דחיית הבקשה:

> **"לאחר בחינת הבקשה והתגובה לה ולאור הדין החל בעת דיון באמנת האג (במסגרתו יש לקדם דיון ממוקד, מהיר ועניני) ומאחר ומדובר במסמכים בשפה האנגלית, שאין מחלוקת כי שני הצדדים (ובימ"ש) מבינים ומאחר והמבקשת עצמה מכירה את המסמכים ועל חלקם חתומה והם בידיעתה, דין הבקשה להידחות.**
>
> **אני פוטרת את המשיב מתרגום המסמכים מאנגלית. יתרה מכך, חלק מהמסמכים אינם נדרשים אף לצורכי ההכרעה, כך שטענת המבקשת שעליה "לרדת לעומקם" של נפקות המסמכים שעה שהמשיב מבקש להוכיח באמצעות את ענין מקום המגורים בלבד, גם היא נלקחה על ידי בחשבון, על מנת לוודא כי זכויות שני הצדדים ישמרו כדין.**

ככל שתהיה בקשה לתרגום נוסף של מסמך ספציפי אשקול בשנית".

19. **ביום 24.2.2020** הגישה האם בקשה נוספת (בקשה מס' 2) למתן צו המורה לאב להמציא את המסמכים הבאים: הסכם עם קרן ההון סיכון האמריקאית מתורגם לעברית, הסכם ויתור על מניות בשל הפרת התחייבות חתום מתורגם לעברית והסכם עבודה עם החברה חתום ומתורגם לעברית. **ביום 26.2.2020** לאחר קבלת תגובת האב וצירוף מסמכים על ידו הוריתי:

"לאחר בחינת הבקשה ולאחר שצורפו מסמכים לבקשה – נושא הבקשה מוצה.

המשיב צירף מסמכים אף מבלי שניתנה החלטה על כך. המסמכים יצורפו לתיק.

לאור החלטתי בבקשה 1, אין מקום להורות על תרגום המסמכים במסגרת ההליך.

המבקשת זכאית כמובן לתרגם המסמכים על חשבונה".

20. **ביום 24.2.2020** הגישה האם בקשה נוספת שלישית במספר (בקשה מס' 3) למחיקת התביעה על הסף. במסגרת דיון הקד"מ שהתקיים ביום 27.2.2020 הסכימה ב"כ האם להמלצת בית המשפט כי טענותיה במסגרת בקשה זו, תדונה לגופן במסגרת פסק הדין.

21. **ביום 26.2.2020** הגישה האם כתב הגנה בהליך.

22. **ביום 27.2.2020** התקיים דיון ראשון בתובענה בסופו נקבע התיק להוכחות קרובות. במסגרת הדיון ויתרה כאמור הנתבעת על טענותיה לסילוק ההליך על הסף ומלוא טענותיה ייבחנו בפסק הדין לגופן.

23. לאחר הדיון הוגשו מספר בקשות נוספות על ידי האם.

24. **ביום 3.3.2020** הגישה האם בקשה נוספת (בקשה מס' 6) בה עתרה כי בית המשפט ימנה מומחה – פסיכיאטר ילדים עם התמחות לגיל ינקות בנושאים הבאים: הנזקים שצפויים לקטינה כתוצאה מניתוק מאימה; הנזקים שייגרמו לקטינה בשל חוסר היציבות שיגרם לה ממעברים ממדינה למדינה, בתקופות זמן קצרות. לאחר קבלת תגובת האב התבקש תשובת האם ובתשובתה ביקשה האם להוסיף כי בית המשפט יורה על מינוי מומחה גם לנזק שנגרם, אם נגרם, לקטינה מעצם הוצאתה מארה"ב והותרתה בישראל. האב התנגד לבקשה והיא נדונה בתום דיון הוכחות במעמד הצדדים.

25. **ביום 4.3.2020** הגיש האב בקשה במסגרתה עתר כי בית המשפט יורה לאם לצרף צילום של כלל אשרות הכניסה שלה לארה"ב (בקשה מס' 7). ביום 8.3.2020 הגישה האם תגובה לבקשה

במסגרתה צירפה צילומי הויזות שניתנו לה ועתרה למינוי מומחה נוסף אשר יגיש חוות דעת אודות אפשרותה לחיות דרך קבע בארה"ב, לרבות יכולתה לעבוד, גם במצב שבו הצדדים חיים בנפרד או מנהלים הליכי גירושין בבית הדין הרבני בישראל.

26. **ביום 4.3.2020** התקיים דיון בבית הדין הרבני בבקשת האב לביטול עיכוב היציאה מן הארץ שהוצא נגדו על ידי האם. בתום הדיון בוטל עיכוב היציאה מן הארץ שהוצא כנגד האב בכפוף להפקדת בטוחות שנקבעו על ידי בית הדין.

27. **ביום 5.3.2020** הגישה האם בקשה (בקשה מס' 8) בה חזרה וביקשה כי התביעה תמחק על הסף בהעדר הוכחת הדין הקליפורני על ידי התובע; לחילופין ביקשה כי בית המשפט ייתן הוראות להוכחת הדין בקליפורניה וכי עד למועד זה יעוכב ההליך וידחה מועד ההוכחות.

28. **ביום 9.3.2020** הגיש האב (בתשובה לבקשה 8) חוות דעת של פרופ' פרימר מיום 8.3.2020 לגבי הדין הזר בקליפורניה (להלן: "**חוות הדעת הדין הזר מטעם התובע**"). כמו כן הגיש האב חוות דעת מטעם עורך הדין האמריקאי של הצדדים Michael S. Rosenthal מיום 8.3.2020 שטיפל עבור הצדדים בהליכי קבלת האשרות לצורך הבהרת האפשרויות לשהותה של הנתבעת בארה"ב גם בהינתן פרידת הצדדים (להלן: "**חוות הדעת של עו"ד האמריקאי לגבי האשרות**").

29. האם הגישה **ביום 10.3.2020** חוות דעת מומחה לדין הזר מטעמה באמצעות עו"ד מומחית לדיני משפחה בסן פרנסיסקו Jane Aceituno (להלן: "**חוות הדעת הדין הזר מטעם הנתבעת**").

30. **ביום 10.3.2020** התקיים דיון ההוכחות בתיק. בתום הדיון נשמעו טענות ב"כ הצדדים לגבי בקשות תלויות ועומדות שנדרשו להכרעה.

31. **ביום 10.3.2020** לאחר הדיון במעמד הצדדים ניתנה החלטתי לגבי הבקשות הבאות שהוגשו על ידי האם: בקשת האם למינוי מומחה בטענות של נזקים שייגרמו לקטינה; בקשת האם למינוי מומחה לבחינה אפשרותה לקבלת ויזה בארה"ב וסוגה; ובקשת האם כי ימונה מומחה נוסף לדין הזר (מעבר לחוות הדעת לדין הזר שהובאו על ידי שני הצדדים) על ידי בית המשפט:

"3. **<u>בקשת האם למינוי מומחה בשאלה של מספר נזקים נטענים על ידה לקטינה</u>** – האם עותרת למינוי מומחה פסיכיאטר ילדים עם התמחות בגיל הינקות שיגיש חוות דעת בשלושה עניינים:

הנזקים שצפויים לקטינה שהינה בת שנה ו-4 חודשים בלבד כתוצאה מניתוק מאימה היה ובימ"ש יורה על השבת הקטינה לארה"ב;

הנזקים שיגרמו לקטינה בשל חוסר היציבות שיגרם לה ממעברים ממדינה למדינה בתקופות זמן קצרות;

הנזקים שנגרמו, ככל שנגרמו, לקטינה בעצם הוצאתה מארה"ב והותרתה בישראל.

[...]

6. **לאחר עיון בבקשה ולאחר שמיעת טענות הצדדים בהרחבה בדיון בפניי, דין הבקשה להידחות.**

9. הפסיקה הינה עקבית לאורך השנים בכך שיש לדאוג כי במסגרת ההליך על פי אמנת האג לא ידון בית המשפט בטענות הקשורות למשמורת הקטינה, הסדרי ראיה, המסוגלות ההורית של ההורים וקשריו של הקטין עם כל אחד מההורים. גם נושא הנזק הנטען פורש בצמצום ועיקר הפסיקה כיוונה לכך שטענות לנזק יתבררו בהליך העיקרי שיוגש לאחר תום ההכרעה בהליך האמנה. טענות אלה, ככל שעולות, המקום לדון בהם הינו על פי תוצאות הליך אמנת האג – או בבית המשפט של מקום מגוריו הרגיל של הקטין היה ונקבע כי בוצעה הרחקה שלא כדין או בבית המשפט במדינה בה הוא שוהה כעת היה ונמצא כי לא בוצע הרחקה שלא כדין.

[...]

11. לא שוכנעתי כי הנזקים הנטענים על ידי האם בהיבטים לגביהם התבקש מינוי המומחה קשורים להיבטים הישירים להוכחת הנזק המופיעה באמנה. הם קשורים קשר ישיר להתנהלות הצדדים בהליך זה ובנסיבות השנויות במחלוקת בין הצדדים לגבי האם בוצעה הרחקה שלא כדין של הקטינה, אם לאו. בסוגיות אלה לא נדרש מינוי מומחה וניתן יהיה להכריע בהן על פי ראיות הצדדים ועדויותיהם.

[...]

13. טענות האם לגבי נזקים נטענים קשורות באופן ישיר להכרעה שתדרש האם בוצעה הרחקה שלא כדין. יתרה מכך, אני מוכנה אף להניח כנקודת מוצא כי המצב הנוכחי מזיק לקטינה. עם זאת, טענת האם כי לו בית המשפט יורה על השבת הקטינה לארה"ב ייגרם לה נזק בשל אי הסכמת האם לשוב לארה"ב, אינו נזק הנכלל בגדרי האמנה. יצויין כי הצדדים הפליגו בפירוט, שאדרש לו גם במסגרת פסק הדין, לגבי משמעות מתן/ אי מתן הויזה לארה"ב לאם.

[...]

17. לא מצאתי בתשתית העובדתית הרחבה שהוצגה בפניי עד עתה כי האם הניחה תשתית ראייתית מספקת בהיבטים שהתבקש מינוי מומחה לגביהם. משמעות מינוי מומחה במסגרת הליך של אמנת האג משמעה

עיכוב ההליך וההכרעה בו לפרק זמן נוסף ובלתי ידוע ולהעביר את מרכז הדיון מגדרי האמנה לגדרי בחינת נזקים, שעל פי הפסיקה הינם בספק האם נכללים בגדרי חריג הנזק (להבדיל מנזקים אחרים שפורטו על ידי האם שהם בעלי משקל רב יותר). זה איננו עיקר ההליך על פי האמנה ואין להפוך הליך זה שבפני לכזה.

ראו גם: בע"מ 6039/12 פלוני נ' פלונית (13.8.2012) סעיפים 3-4 לפסק דינו של כב' השופט דנציגר.

18. יודגש עוד כי הדברים נכונים ביתר שאת, שעה שכבר בשלב הזה ברור, כי האב לא ביקש בשום שלב להפריד או למנוע קשר של האם עם בתם ונראה כי יברך על חזרה משותפת של הצדדים לארה"ב.

20. נדמה גם כי שני ב"כ הצדדים על פי טיעוניהם בדיון שבפניי בעניין בקשה זו, סבורים כל אחד מהם לפי עמדתו כי ניתן לקבל הכרעה בתיק מבלי חוות הדעת מומחה, מאחר שטיעוניהם התייחסו כבר לחקירות הצדדים, ובמסגרתם נטענו טענות שמתאימות כבר לסיכומי התיק ולא לבקשת ביניים.

[...]

22. **<u>בכל הנוגע לבקשת האם כי ימונה מומחה לבחינת אפשרותה של האם לקבלת ויזה בארה"ב ואיזה סוג ויזה היא יכולה לקבל</u>** – עניין זה גם הוא חורג מגדרי האמנה. יתרה מכך, התשתית בעניין זה הונחה בהרחבה גם באמצעות מסמכים שהובאו על ידי הצדדים עצמם לרבות מסמך מעורך הדין שטיפל בויזות של שניהם בארה"ב. יוזכר הקטינה הינה אזרחית ארה"ב ואין מניעה, ואיש לא טען כי קיימת מניעה, לשובה שלה לארה"ב.

23. אף לשיטת האם היא זכאית לכל הפחות לויזת תייר בשלב הראשון שתאפשר את כניסתה לארה"ב. סוגיית עבודתה של האם בארה"ב גם היא חורגת מגדרי האמנה שהתמקדותה בנזק שנגרם לקטין (ולא להורה) מהרחקתו שלא כדין ממקום המגורים הקבוע. ממילא ענין זה יכול לקבל מענים שונים בהליכים שונים ובאופנים שונים ואינו דורש עיכוב ההליכים שבפניי בשלב הזה.

24. **על כן גם בקשה זו נדחית.**

25. **<u>בכל הנוגע לבקשת האם כי אין די בחוות דעת שהוגשו על ידי שני הצדדים לגבי הדין הזר וכי על כן יש למנות מומחה נוסף מטעם בית המשפט לדין הזר</u>** – אדרש לעניין המשקל, הקבילות, הרלוונטיות של חוות הדעת הדין הזר אשר הוגשו על ידי כל אחד מהצדדים במסגרת פסק הדין.

26. הוכחת הדין הזר בהיבטים המיוחדים של האמנה ובמסגרת הדיונית המצומצמת שלה הינה הוכחה עובדתית המוטלת על שכמו של הטוען להרחקה שלא כדין. בענייננו האם הביאה מיוזמתה חוו"ד מומחית זרה מטעמה, אשר התווספה לחוות דעת שהוגשה על ידי האב. כך שבפני בית המשפט קיימת גם תמונה מלאה בעניין זה שניתן יהיה להידרש אליה במסגרת פסק הדין."

32. **ביום 15.3.2020** (לאחר קבלת הפרוט' המתומלל של הדיון) ניתן צו לסיכומים. כמו כן ציינתי בהחלטתי כי: "**בשולי ההחלטה אך לא בשוליה – אני סבורה כי טוב יעשו הצדדים וב"כ אם יקדמו בעת הזו ספציפית הסכמה כוללת ומשמעותית**". הסכמה זו לא קודמה.

33. קיוויתי כי בתקופה זו שבה "**מִסָּבִיב יְהוֹם הַסַּעַר**" ישכילו ההורים להגיע להסכמות לטובתם ולטובת בתם, אך מאחר והסכמות אין, יש להכריע במחלוקות הצדדים.

34. **ביום 17.3.2020** הגיש האב את סיכומיו.

35. **ביום 20.3.2020** הגישה האם בקשה לדחיית מועד הגשת הסיכומים על ידה והגדלת היקפם. הבקשה הועברה לתגובה. ביום 24.3.2020 ניתנה החלטתי על הארכת המועד להשגת סיכומי הנתבעת (שאינו חורג מהמועדים שנקבעו על ידי בפועל בהחלטה מיום 15.3.2020). לא נעתרתי לבקשה להגדלת היקף הסיכומים לאור הגשת סיכומי האב כבר.

36. **ביום 29.3.2020** צירף האב (במסגרת בקשה 15) אישור על הגשת הליך למשמורת מטעמו לבית המשפט בסן פרנסיסקו.

37. **ביום 30.3.2020** הגישה האם את סיכומיה. יצויין כי לסיכומי האם צורפו ראיות נוספות כנספחים ללא רשות ועם תום הליך ההוכחות. עם זאת, סברתי כי יש מקום לאשר הגשה זו לאור הדחיפות ולאור אופי התובענה וההקלה המסויימת הניתנת בהליכי אמנת האג להוכחה של נושאים מסויימים. התייחסות לראיות אלה תובא בהמשך פסק הדין.

38. כעת ולאחר כל זאת ניתן פסק הדין.

ב. טענות הצדדים

טענות האב

39. האב טוען כי התקיימו כל היסודות הנדרשים על מנת לקבוע כי בוצעה הרחקה שלא כדין של הקטינה ויש להורות על החזרתה לארה"ב, לסן פרנסיסקו, בהתאם לאמנת האג.

40. האב טוען כי מקום המגורים של הצדדים ומקום מגוריה הרגיל של הבת הינו בארה"ב. על כן, המקום בו צריכות להתברר כל המחלוקות בעניינם של הצדדים ובעניינה של הקטינה הוא בית המשפט המוסמך בקליפורניה, סן פרנסיסקו.

41. האב טוען כי הגעת הצדדים לישראל הייתה לתקופה קצובה וזמנית לצורך הסדרת האשרה בארה"ב, ועל כן כל מצבם של הצדדים בארה"ב נשאר כשהיה (המשך שכירות בית הצדדים והשארת כל חפציהם שם, המשך ליסינג על הרכב, המשך תשלום לגן של הקטינה, תשלומי ביטוח בריאות ועוד).

42. האב טוען כי על פי הדין בקליפורניה ועל פי חוות הדעת לדין הזר שהוגשה מטעמו היו נתונות בידיו זכויות המשמורת שהופעלו בפועל, ואי השבת הקטינה לארה"ב על ידי האם מהווה הפרה של זכויות אלה.

43. האב מדגיש כי לא מתקיימות ההגנות על פי אמנת האג – לא הגנת ההסכמה ולא הגנת החשש החמור.

44. האב טוען כי לא התקיימה טענת ההסכמה על פי האמנה מאחר והוא לא הסכים מעולם לאי החזרת הקטינה לארה"ב ולא השלים עם פעולות האם, ומייד כאשר נודע לו על מעשיה של האם הגיש את התביעה.

45. בכל הנוגע לטענת הנזק של ניתוקה של הקטינה מאימה – טוען האב כי הניתוק הינו בשליטתה של האם ומקורו בהתנהגותה. האב מדגיש כי גם על פי חוות הדעת של עו"ד האמריקאי לגבי האשרות אין מניעה מטעם האם לשוב לארה"ב. האב מדגיש כי האם היא זו שבחרה בהתנהגותה שלא לקבל אשרה לארה"ב באי התייצבותה לראיון בשגרירות.

46. בכל הנוגע לטענת הנזק של האם בהיבט מצב החירום בשל נגיף הקורונה טוען האב כי הקטינה אזרחית ארה"ב ויש ביטוח רפואי רחב ומקיף בארה"ב, שעה שבישראל אין לה כל ביטוח. האב

הפנה לנתונים בהם לטענתו עולה כי אחוז ההידבקות בקליפורניה נמוך מאחוז ההידבקות בישראל.

<u>טענות האם</u>

47. האם טוענת כי לא התקיימו רכיבי היסוד הנדרשים על פי האמנה ועל כן יש לדחות את התביעה על כל רכיביה. האם טוענת כי מדובר בתביעת סרק מאחר שלצדדים יש אזרחות ישראלית בלבד, אין להם אזרחות אמריקאית ואין להם גרין קארד בארה"ב. האם טוענת כי הקטינה לא נחטפה אלא שוהה עם שני ההורים בישראל.

48. האם טוענת כי שני הצדדים בחרו להגיע לישראל בהסכמה, רשמו את הקטינה לגן, שכרו דירה בישראל, עובדים בישראל ושוהים בישראל ברציפות מחודש 11/2019.

49. האם טוענת כי מקום המגורים הרגיל של הקטינה הינו בישראל. בסעיף 52 לכתב ההגנה טענה האם כי: "**מקום מגוריה של הקטינה, רוב חייה, היה על ידיה של הנתבעת, כך שלא מדובר בשאלת איזו מדינה אלא יש להסתכל בצורה מצומצמת יותר ולקבוע כי מקומה של הקטינה הוא עם אימה**". האם טוענת כי השהייה בארה"ב הייתה לזמן מוגבל ותלויה בהסכמה נמשכת של שני הצדדים ותלויה בכך שימשיכו לחיות יחדיו. האם טוענת כי הקטינה שהתה בישראל בתקופת חייה הקצרה, זמנים ארוכים (האם טענה בסעיף 38 לכתב ההגנה כי מדובר ב6 חודשים מתוך 16 חודשי חייה של הקטינה, בסיכומיה טענה כי הקטינה בת ה-17 חודשים שהתה בארה"ב 13 חודשים (ברוטו) (סעיף 2 לסיכומים)), וכי ההגעה כעת לישראל הייתה בהסכמה בין הצדדים. האם טוענת כי הקטינה לא השתלבה בארה"ב וכי "**מרכז חייה הינו על הידיים של אימה**" (סעיף 71(ו) לכתב ההגנה). בסיכומיה טענה כי הצדדים רואים את ישראל כמרכז חייהם, וכי הנסיעה לארה"ב הייתה זמנית רק בשל דרישת המשקיעים בחברה של התובע, ולא למטרת השתקעות.

50. האם טוענת כי לקטינה אין זיקה לארה"ב. הקטינה רשומה לגן בישראל. הקטינה חיה בסביבת משפחתה המורחבת, לומדת לדבר בשפה העברית ולא נותרה לה זיקה, אף אם הייתה כזו, לארה"ב.

51. בכתב ההגנה פירטה האם ארוכות את יחסי הצדדים וטענה כי התובע נהג בה באלימות נפשית וכלכלית.

52. האם טוענת כי לא נעשתה כל הרחקה שלא כדין של הקטינה מאחר והצדדים הגיעו לישראל על מנת לבחון אפשרות של חזרה לארה"ב באמצעות קבלת אשרות שהייה ועבודה. אולם לאור הסכמת הצדדים להתגרש נסתם הגולל על אפשרותה לחזור לארה"ב, ועל כן לא ניתן לראות עוד הסכמה משותפת של הצדדים לשוב לארה"ב. כמו כן טוענת כי מאחר ואין לה אפשרות לקבל אשרה בארה"ב, אין למעשה תאריך חזרה לארה"ב והישארותה בישראל הינה חלק מההסכמה של הצדדים ואין לראותה כמרחיקה שלא כדין את הקטינה.

53. האם טענה בסיכומיה כי בשל התניה הקובעת סמכות שיפוט בהסכם יחסי הממון בין הצדדים אך ורק בתי המשפט בישראל מוסמכים לדון בעניינה של הקטינה ועל פי הדין הישראלי בלבד. האם טוענת כי בהתאם לדין הזר הרלוונטי לא ניתן לנהל הליך משמורת בעניינה של הקטינה בסן פרנסיסקו. כמו כן טוענת האם כי אין לקבל את חוות הדעת לדין הזר מטעם התובע מאחר ופרופ' פרימר אינו מומחה לדין הקליפורני. האם שבה וטוענת בסיכומים כי היה על בית המשפט לפנות לבית המשפט בסן פרנסיסקו ולבחון עימו האם הוא בית משפט מוסמך לדון במקרה זה.

54. האם טוענת כי מעת שהיא הביעה את רצונה להתגרש מהאב והוא הסכים, היא אינה יכולה לשהות בארה"ב ויש לראות בכך השלמה והסכמה שלו להישארות הקטינה בישראל עימה. בנוסף, מפרטת האם בסעיף 11 לסיכומיה כי הישארותה עם התובע מסכנת את שלומה הנפשי ומאחר ואין לה כל זיקה לארה"ב, למעט נישואיה לתובע, ומשהסתיימו נישואים אלה, אין היא יכולה לחיות בארה"ב.

55. האם טוענת כי מתקיים חריג החשש החמור בשני נושאים: פגיעה נפשית בלתי הפיכה בניתוק הקטינה מאימה מאחר ולאם אין אפשרות לשוב לארה"ב; סכנה בריאותית אמיתית לקטינה בשל מצב החירום הנגרם מנגיף הקורונה.

56. האם טוענת כי העתרות לתביעה משמעותה גזירת מצב בלתי נסבל בשני מקרים (סעיף 96 לכתב ההגנה): במקרה הראשון - גם אם יימצא פתרון שיאפשר לנתבעת לשהות בארה"ב המשמעות הינה המשך חיים של הנתבעת תחת מצוקה נפשית רגשית וכלכלית תמידית, בלתי נסבלת ולא אנושית שישפיעו גם על טובת הקטינה. במקרה השני – ככל שהתביעה תתקבל, הנתבעת תשאר בישראל והקטינה תנותק ממנה ויווצר מצב "**בלתי נסבל, בלתי הגיוני ולא סביר המהווה פגיעה אנושה ובלתי הפיכה בקטינה בשל ניתוקה מאימה**".

ג. דיון והכרעה

ג.(1). <u>מקום המגורים הרגיל של הקטינה</u>

57. סעיף 4 לאמנה קובע כי:

"**האמנה תחול על כל ילד אשר מקום מגוריו הרגיל היה במדינה מתקשרת סמוך לפני כל הפרה של זכויות משמורת או ביקור; האמנה תחדל לחול בהגיע הילד לגיל 16**".

58. בין הצדדים מחלוקת לגבי מקום המגורים הרגיל של הקטינה. האב טוען כי מקום המגורים הרגיל הינו בקליפורניה. האם טוענת כי מקום המגורים הרגיל של הקטינה הינו עימה: "**מקום מגוריה של הקטינה, רוב חייה, היה על ידיה של הנתבעת, כך שלא מדובר בשאלת איזו מדינה אלא יש להסתכל בצורה מצומצמת יותר ולקבוע כי מקומה של הקטינה הוא עם אימה או בישראל**" (סעיף 52 לכתב ההגנה).

59. <u>בכל הנוגע לטענתה של האם כי לאור גילה של הקטינה יש לבחון את הדברים בצורה מצומצמת ולקבוע כי מקום מגוריה של הקטינה הוא עם אימה או בישראל</u> - אין בידי לקבל טענה זו. האמנה לא הבחינה בין גילאי קטינים לבחינת מקום המגורים הרגיל. העתרות לטענת האם משמעה כי כל ילד רך בשנים לא יכלל בגדרי תחולת האמנה, ולכך אין בסיס באמנה ובפסיקה שפירשה אותה. יתרה מכך, העתרות לפרשנות זו מעודדת חטיפה בפועל לו המבחן יהיה מי מההורים טיפל יותר בקטין. בנוסף, טענתה של האם כי "מקום מגוריה של הקטינה, רוב חייה, <u>היה על ידיה של הנתבעת</u>" הינו במישור המשמורת וזמני השהות ואין מקום לכלול אותו בגדרי האמנה.

60. **בית המשפט העליון קבע כי בחינת "מקום המגורים הרגיל" דורשת יישום מבחן אובייקטיבי עובדתי טהור במסגרתו יינתן משקל <u>גם</u> (אך לא רק) <u>לכוונת ההורים</u> ולהחלטות שקיבלו, אולם הדגש הינו <u>נקודת מבטו של הילד</u>, " <u>מפת עולמו של הקטין</u>":**

> **"העמדה לפיה Habitual Residence ("מקום המגורים הרגיל") הינה סוגיה של "Pure Fact", עובדה טהורה, משמעה שעל הבדיקה להיות מקיפה ומעמיקה. התוצאה של הבירור העובדתי הטהור היא שלעיתים עובדה מסוימת תזכה למשקל רב בשקלול הסופי של כלל הנתונים ולעיתים עובדה אחרת תזכה בבכורה.**

בדיקה עובדתית טהורה חייבת להיות רחבה וכוללנית. מארג העובדות בהחלט יכלול 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.

מבחן עובדתי טהור תוך מיקוד בילד הכולל את כוונות הוריו בגדר עובדה תואם גם את פסק הדין בעניין גבאי, וגם את הפסיקה העדכנית שניתנה בבית משפט זה לפיה אין ליצור חיץ בין העובדות לבין הכוונות. המבחן אף תואם את הפסיקה במדינות זרות המחויבות אף הן כישראל ללשון האמנה ותכליותיה."

ראו: בע"מ 7784/12 פלוני נ' פלוני, סעיף 9 לפסק דינו של כב' השופט הנדל (28.7.2013).

ראו גם התייחסות נוספת החוזרת על מבחן זה במסגרת בע"מ 5041/19 פלונית נ' פלונית (8.8.2019) סעיפים 6-4 לפסק דינו של כב' השופט הנדל.

61. **בעניינו ראיות וחקירות הצדדים מובילות למסקנה שמקום מגוריה הרגיל של הקטינה היה בארה"ב בקליפורניה, בסן פרנסיסקו.**

62. מבחן עובדתי טהור המשלב בתוכו גם את כוונת ההורים **מנקודת מבטה של הקטינה** מעיד כי מקום המגורים הרגיל של הקטינה הינו בארה"ב. הראיות נבחנו על ידי במארג של שלושה חלקים הכולל את נקודת מבטה של הקטינה וכוונת ההורים:
ראיות לכך שהצדדים פעלו באופן מכוון ומפורש לניתוק תושבותם ומגוריהם בישראל.
ראיות לכך שלאחר מכן פעלו ההורים באופן מפורש, מוסכם ומכוון ליצירת מקום מגורים קבוע בארה"ב להם ולקטינה.
ולבסוף – ראיות לכך שהגעת הצדדים לישראל הייתה לתקופה מוסכמת, קצובה וזמנית בלבד, גם להם וגם לקטינה.

63. **<u>הראיות לניתוק תושבות ומגורי הצדדים בישראל -</u>**

- שני הצדדים חתמו על ניתוק תושבות בישראל בביטוח הלאומי (צורף כנספח ב' לכתב התביעה). במסמכים אלה ציינו שני הצדדים כי הם עוברים לארה"ב לתקופה "**לא ידוע**". הנתבעת ציינה במסמך עליו חתמה לביטוח הלאומי כי: "**גם אני וגם בעלי קיבלנו ויזת עבודה.... ולכן אנחנו מעוניינים לנתק תושבות כדי לא לשלם מיסים גם פה וגם בארה"ב. מועד החזרה לא ידוע**". בחקירת הנתבעת היא אישרה כי היא חתמה על המסמך לביטוח לאומי (עם זאת העלתה נימוקים - שלא הוכחו - כי אין משמעות למסמך זה) (ראו: פרוט' מיום 10.3.2020, עמ' 64 שורות 36-34, עמ' 65 שורות 6-1).
- התובע השכיר את הדירה שבבעלותו בישראל ביום 4.8.18 (צורף כנספח ג' לכתב התביעה, וראו גם: פרוט' חקירת התובע מיום 10.3.2020, עמ' 18, שורות 34-30). דירה זו שימשה את הצדדים למגוריהם עד המעבר לארה"ב.
- הצדדים לא לקחו עימם ריהוט משמעותי מישראל לארה"ב (ראו: פרוט' מיום 10.3.2020, חקירת התובע, עמ' 19, שורות 14-1).
- הנתבעת עזבה את מקום עבודתה לאור המעבר וקיבלה את זכויותיה על פי דין (אישור על פרישת עובד צורף כנספח ד' לכתב התביעה).
- התובע חתם על הסכם העסקה עם חברה אמריקאית ובו נכתב בסעיף 1.2 לנספח A של ההסכם כי החברה תשלם עבור כל הוצאות המעבר וכן הוראות למימון ביקורים בישראל בלבד (צורף כנספח ו' לכתב התביעה).
- הצדדים מכרו את הרכבים שהיו להם בישראל (ראו: פרוט' מיום 10.3.2020, חקירת התובע, עמ' 19, שורה 25).

- בסיכום טיפול של הנתבעת (צורף כנספח 2 לכתב ההגנה) מצויין על ידי המטפלת של הנתבעת, כי הנתבעת עזבה את ישראל עם התובע: "... **ואז עזבה את הארץ לטובת רילוקיישן של בעלה לתקופה מסויימת, תוך שהיא בהריון וילדה את בתה בארה"ב**".
- התובע ציין בחקירתו כי עזיבת הצדדים את ישראל הייתה בהחלטה משותפת ואף מתוך ראיית טובת הקטינה שתיוולד בארה"ב: "**אנחנו חשבנו שזו הזדמנות טובה למשפחה לעבור לשם, דיברנו על זה שגם יהיה לה אזרחות אמריקאית ושזה משהו שטוב לה לחיים**" (ראו: פרוט' מיום 10.3.2020, עמ' 17, שורות 26-29), וכי הצדדים לא קבעו כי התקופה תהיה מוגבלת (עמ' 17, שורות 36-35, עמ' 18 שורות 6-1).
- הנתבעת אישרה בחקירתה כי: "**זה היה ברור שאנחנו לא נוסעים לשם לחודש**" (ראו: פרוט' מיום 10.3.2020, עמ' 65 שורה 16).
- הצדדים ערכו "מסיבת פרידה" לחבריהם בשל המעבר (ראו: פרוט' מיום 10.3.2020, חקירת התובע, עמ' 20, שורות 19-18).
- הצדדים ביטלו הוראות קבע שהיו להם בישראל (ראו: פרוט' מיום 10.3.2020, חקירת התובע, עמ' 21, שורות 35-26).

64. **<u>הראיות למקום המגורים הקבוע בארה"ב לצדדים ולקטינה –</u>**

- הקטינה נולדה בארה"ב ביום 15.10.2018 (תעודת לידה צורפה כנספח ה לכתב התביעה).
- לקטינה אזרחות אמריקאית בלבד (דרכון הקטינה צורף כנספח ה לכתב התביעה).
- שני הצדדים קיבלו אשרת שהיה ועבודה בארה"ב למשך שנתיים (העתק האשרה של התובע צורף כנספח י"ג לכתב התביעה; העתק האשרות של הנתבעת צורפו על ידה ביום 9.3.2020 במסגרת בקשה 7).
- במסגרת חוות הדעת של עו"ד האמריקאי לגבי האשרות הוא ציין כי הוא מטפל לצדדים בנושא האשרות משנת 2018. כמו כן ציין עו"ד האמריקאי כי לנתבעת אשרה מסוג B-1/B-2 אשר תקפה עד ליום 23.2.2025.
- לתובע הסכם העסקה עם חברה אמריקאית (צורף כנספח ו' לכתב התביעה, וכן צורפו על ידו מסמכים נוספים לגבי העסקתו ותנאיה במסגרת בקשה 2 ביום 26.2.2020). בחקירתו של התובע הוא ציין כי מבחינת החברה הוא מחוייב לשהות באזור החוף המערבי בארה"ב, ובמידה ועזיבתו את החברה לא תהיה מוצדקת הוא עלול לשלם קנס כספי משמעותי בשל כך (ראו: פרוט' מיום 10.3.2020, עמ' 12, שורות 36-29, עמ' 13 שורות 5-1, ובהמשך בעמ' 16-15).

- הצדדים שכרו בית למגוריהם (הסכם השכירות צורף כנספח ח' לכתב התביעה). בהמשך האריכו את השכירות. הצדדים אף חיפשו מקום מגורים נוסף קבוע (תכתובות של הנתבעת עם מתווכים צורפו כנספח ט' לכתב התביעה) (ראו: פרוט' מיום 10.3.2020, חקירת התובע, עמ' 24, שורות 8-24).
- הצדדים רכשו ריהוט מלא עבורם ועבור הקטינה בארה"ב (ולא העבירו ריהוט מישראל). התובע העריך כי הוציאו עבור כך כ-$25,000 (ראו: פרוט' מיום 10.3.2020, חקירת התובע, עמ' 19, שורות 1-14; עמ' 48 שורות 13-19).
- לצדדים היה רכב קבוע בשימושם במסגרת ליסינג (צורף אישור על ביטוח הרכב כנספח י' לכתב התביעה). במסמכי הביטוח נרשמה כתובת הצדדים בסן פרנסיסקו.
- לכל בני המשפחה, לרבות לקטינה, יש ביטוח בריאות בארה"ב (צורף אישור כנספח י"א לכתב התביעה). בנספח י"א לכתב התביעה נכללה תכתובת של הנתבעת עצמה עם חברת הביטוח בה היא מבקשת לצרף את הקטינה לביטוח הרפואי. הנתבעת אישרה בחקירתה כי לקטינה ביטוח בריאות בארה"ב ואין לה ביטוח בישראל (ראו: פרוט' מיום 10.3.2020, עמ' 67, שורות 32-35).
- בחודש 6/2019 החלה הנתבעת לעבוד בארה"ב (הסכם העסקה של הנתבעת צורף כנספח ז' לכתב התביעה). הנתבעת אישרה בחקירתה עובדה זו (ראו: פרוט' מיום 10.3.2020, עמ' 68, שורות 21-26).
- הצדדים פתחו חשבון בנק משותף בארה"ב (הנתבעת אישרה בחקירתה המשך פעילות החשבון, ראו: פרוט' מיום 10.3.2020, עמ' 82 שורות 9-17).
- בחודש 9/2019 החלה הקטינה לפקוד גן ילדים בסן פרנסיסקו.
- הקטינה מעת לידתה הייתה בישראל מספר פעמים קצרות לביקורים בלבד (ראו חקירת הנתבעת, פרוט' מיום 10.3.2020, עמ' 45, שורות 16-18).
- גם בהליכי יישוב הסכסוך שפתחה הנתבעת בישראל בחודש 1/2020 צויינו פרטיה של הקטינה על פי הדרכון האמריקאי בלבד. במסגרת הבקשות לעיכוב יציאה שהגישה הנתבעת לבית הדין הרבני (צורפו כנספח י"ט לכתב התביעה) אישרה הנתבעת כי הצדדים עברו להתגורר בסן פרנסיסקו: "**עזבו הצדדים את ישראל ועברו לסן פרנסיסקו**" (עם זאת ציינה בהמשך כי מדובר היה לטענתה במעבר לתקופה מוגבלת) (ראו למשל: סעיף 5 לבקשה לעיכוב יציאה של הקטינה). כמו כן אישרה הנתבעת כי לקטינה אזרחות אמריקאית בלבד ואין לה אזרחות ישראלית (סעיף 13 לבקשה לעיכוב יציאה מן הארץ של הקטינה).

65. **<u>הראיות כי הצדדים הגיעו לישראל לתקופה מוסכמת, קצובה וזמנית שלהם ושל הקטינה–</u>**

- הצדדים קנו כרטיס טיסה משפחתי "הלוך ושוב" לארה"ב (צורף כנספח ט"ו לכתב התביעה וכן הוגש כרטיס טיסה מעודכן נדחה ביום 12.3.2020 במסגרת בקשה 11 על ידי התובע).
- מטרת הגעת הצדדים לישראל הייתה עבור קיום ראיון בשגרירות לצורכי הויזה בלבד ולא להשתקעות מחודשת (תכתובות עם עו"ד שייצג את הצדדים בעניין האשרות הממליץ על הגעה לישראל לצורך הסדרת האשרות צורפה כנספח י"ד לכתב התביעה).
- גם בהליכי יישוב הסכסוך שפתחה הנתבעת בישראל בחודש 1/2020 (צורפו כנספח י"ט לכתב התביעה) אישרה הנתבעת כי הצדדים הגיעו לישראל לתקופה קצובה לצורך חידוש הויזה: "**לפני שלושה חודשים הגיעו הצדדים לישראל, שכרו דירה למגוריהם ואף רשמו את הקטינה לגן בישראל, <u>על מנת לחדש את ויזת השהייה והעבודה שלהם</u>**" (סעיף 8 לבקשה לעיכוב יציאה של הקטינה) (ההדגשה בקו – הוספה).
- בדיון בבית הדין הרבני ביום 4.3.2020 אישרה הנתבעת מפורשות כי הצדדים הגיעו לישראל לצורכי הארכת הויזה בלבד: "**בנובמבר 2019 הגענו לארץ, <u>כדי להאריך את הויזה</u>, אבל היחסים בינינו התדרדרו**" (פרוט' דיון בבית הדין הרבני מיום 4.3.2020 צורף על ידי התובע ביום 10.3.2020 במסגרת בקשה 6) (ההדגשה בקו – הוספה).
- הצדדים עדיין ממשיכים לשלם עבור השכירות על בית המגורים בסן פרנסיסקו. כל חפציהם נותרו בבית כשהיו. התובע אישר בחקירתו כי עלות השכירות הינה בסך של 5,000$ לחודש והצדדים ממשיכים ומשלמים גם בעת שהותם בישראל את השכירות בארה"ב (ראו: פרוט' מיום 10.3.2020, עמ' 25 שורות 22-6). הנתבעת אישרה את המשך תשלום השכירות (עמ' 69, שורות 17-15), וכן אישרה כי תכולת ביתם נשארה בסן פרנסיסקו (עמ' 69, שורות 32-27).
- הצדדים עדיין ממשיכים לשלם עבור הגן של הקטינה בסן פרנסיסקו (צורפו תכתובות עם הגננת לגבי התשלום כנספח י"ב לכתב התביעה). התובע אישר בחקירתו כי עלות הגן הינה בסך של 2,700$ לחודש והצדדים ממשיכים ומשלמים גם עתה את התשלום בעת שהותם בישראל (ראו: פרוט' מיום 10.3.2020, עמ' 25 שורות 22-6). הנתבעת אישרה בחקירתה כי היא זו שדאגה להמשך התשלום לגן (ראו: פרוט' מיום 10.3.2020, עמ' 60 שורות 35-30, עמ' 61 שורות 10-1).
- הצדדים המשיכו בקשר שוטף עם הגננת של הקטינה בארה"ב לגבי מועד חזרת הקטינה לסן פרנסיסקו (שם קבוצת הווטסאפ עם הגננת הוא: "**back** ---") (צורף כנספח י"ב לכתב התביעה). הנתבעת עצמה השיבה לגננת ביום 31.1.2020 כי העיכוב בחזרה קשור למועד שנקבע לראיון בשגרירות ארה"ב.
- רכבם של הצדדים נותר בסן פרנסיסקו בחנייתם. התובע אישר בחקירה כי הוא ממשיך ומשלם עבור הרכב וכן עבור החניה במקום עבודתו (ראו: פרוט' מיום 10.3.2020, עמ' 27, שורות 8-1).

- הצדדים שכרו דירה זמנית למגוריהם (צורף כנספח ט"ז לכתב התביעה). בהסכם השכירות נכתב שתקופת השכירות הינה מיום 18.11.2019 עד ליום 3.1.2020. כותרת הסכם השכירות הייתה: "**חוזה שכירות התקופה קצרה**". החוזים הוארכו לאור דחיית הריאיון בשגרירות עד ליום 25.2.2020.
- ביום 29.1.2020 חתמו הצדדים על הסכם עם גן "גן----" לשהותה של הקטינה שם למשך חודשיים בלבד (צורף כנספח י"ז לכתב התביעה). בהסכם מול הגן נכתב: "**--- תשהה בגן כחודשיים ימים ולכן אין לחייב בהודעה מוקדמת מצד ההורים**". ביום 30.1.2020 החלה הקטינה לפקוד את הגן בישראל בהתאם להסכמות אלה. הנתבעת אישרה בחקירתה כי רישום הקטינה לגן היה לתקופה זמנית (ראו: עמ' 73, שורות 35-27).
- לקטינה אין ביטוח בריאות בישראל ואין היא רשומה לקופת חולים. כאשר הקטינה נזקקה לטיפול רפואי פנו הצדדים לרופא פרטי (חשבונית מס מהרופא הפרטי ובה מצוין כי הקטינה מתגוררת בסן פרנסיסקו צורפה כנספח י"ח לכתב התביעה).
- ביטוחי הבריאות של הצדדים בארה"ב ממשיכים להיות משולמים (ראו: חקירת התובע, פרוט' מיום 10.3.2020, עמ' 25, שורות ; חקירת הנתבעת עמ' 70 שורות 17-16).
- שני הצדדים ממשיכים להיות מועסקים בישראל על ידי אותן חברות בהן הועסקו בארה"ב (ראו: חקירת התובע, פרוט' מיום 10.3.2020, עמ' 52 שורות 36-35). הנתבעת אישרה כי: "**אני עובדת מהמשרדים פה בארץ באותו מקום עבודה אבל בסניף הישראלי**" (ראו: עמ' 61, שורות 26-25).
- במכתב ששלחה ב"כ של הנתבעת לשגרירות ארה"ב ביום 13.2.2020 היא ציינה כי הצדדים הגיעו לישראל לשם חידוש אשרות השהייה והעבודה בארה"ב (צורף על ידי התובע ביום 27.2.2020 לתיק בימ"ש והוצג בדיון באותו היום).
- בחקירת התובע הוא ציין כי: "**לא היה לנו בשום שלב דיבור על זה שאנחנו חוזרים לארץ ומתכוונים להתגרש**" (ראו: פרוט' מיום 10.3.2020, עמ' 6, שורות 27-26, וכן בעמ' 7 שורות 26-27).
- התובע פירט בחקירתו כיצד כל דבריה של הקטינה נותרו בארה"ב ומה הם תנאי המגורים הנוכחיים שלה: "**הילדה גדלה כל החיים שלה שם, היא יש לה חברים שם, צעצועים שלה שם, החדר שלה שם, המיטה שלה שם, כל מה שהיא מכירה, הספרים שלה. כל מה שהיא מכירה פה, אגב, צריך להבין שהילדה נמצאת כרגע בדירה שכורה, היא סוג של ישנה במרפסת בלית ברירה בתנאים לא תנאים, ויש לה שם גן עם ילדים שהיא קשורה אליהם כולל גננת שהיא אוהבת וסייעות שמכירים אותה, אני ניהלתי היום שיחה עם הגננת בארצות הברית והיא מחכה לבואה והיא אומרת לנו כמה היא מחכה לבואה. עצם זה שמונעים ממנה לחזור שם, זה לדעתי לא עושה לה טוב**." (ראו: פרוט' מיום 10.3.2020, עמ' 31, שורות 22-15).

• הצדדים גם בעת שהותם בישראל המשיכו להשתמש בחשבון הבנק המשותף בארה"ב. הנתבעת אישרה בחקירתה את המשך פעילות החשבון והשימוש בו (ראו: פרוט' מיום 10.3.2020, עמ' 82 שורות 17-9).

66. האם לא טענה ולא הביאה ראיות כי כוונת הצדדים הייתה לשוב ולהשתקע באופן קבוע בישראל. היא אישרה במספר אופנים ובמועדים שונים כי הצדדים הגיעו לישראל לתקופה קצרה לצורך חידוש הויזה בלבד. בהמשך אישרה כי היא זו ששינתה את דעתה לגבי חזרתה שלה ושל הקטינה לארה"ב (כפי שיפורט להלן גם בפרק "מועד (אי) ההחזרה").

67. **בסיכומיה של הנתבעת היא העלתה טענות נוספות חלקן חדשות והוסיפה ראיות שלא הוגשו קודם לכן במספר נושאים אליהם אתייחס להלן.**

68. **<u>אי פעילות הצדדים להשגת גרין קארד -</u>** בסעיף 8 לסיכומיה טוענת הנתבעת כי הצדדים לא פעלו לשם השגת אישור תושבות/גרין קארד בכך טוענת הנתבעת הוכח כי כוונת הצדדים לא הייתה להשתקע בארה"ב. הנתבעת צירפה כנספח 2 לסיכומיה מייל מעו"ד Jason Susser מיום 20.3.2020 הממוען אליה. המייל כולל שורה אחת בלבד:

"**A person on a L-1 can start the green card process at any time. They do not have to wait one year once they've arrived**".

לא ברור מהמייל הנ"ל מה נשאל עורך הדין ומה העובדות שנפרשו בפניו.

כפי שהודגש לעיל המבחן שנקבע בפסיקה השתנה וכיום נדרשת בדיקה שאינה מתמקדת בכוונת ההורים אלא בנקודת המבט של הקטינה: "**בדיקה עובדתית טהורה חייבת להיות רחבה וכוללנית. מארג העובדות בהחלט יכלול את כוונות ההורים ואת ההחלטות שקיבלו, אך <u>אין ליתן לכוונותיהם משקל עצמאי וחיצוני לבחינה העובדתית</u>**." (ראו: בע"מ 7784/12 פלוני נ' פלוני, סעיף 9 לפסק דינו של כב' השופט הנדל (28.7.2013)) (ההדגשה בקו- הוספה).

לכך יש להוסיף כי הצדדים לא שהו באופן בלתי חוקי בארה"ב והסדירו את מעמדם בארה"ב בצורה מדוקדקת ועוד טרם הנסיעה. הם טופלו על ידי עו"ד אמריקאי שטיפל בהם משנת 2018, לשניהם הייתה ויזת עבודה ושהייה (ראו: חוות הדעת של עו"ד האמריקאי לגבי האשרות). עו"ד Rosenthal, עו"ד האמריקאי שטיפל בעניינם, ציין מפורשות בחוות דעתו כי לנתבעת יש גם היום ויזה B-1/B-2 שמאפשרת לה לשהות בארה"ב והיא תקפה עד ליום 23.2.2025. העולה מכל זאת, כי העובדה שהצדדים לא פעלו להשגת גרין קארד אין בה על מנת לשנות את מארג הראיות הכולל שהוכח בבית המשפט.

69. **<u>רישיון הנהיגה של התובע</u>** – הנתבעת טוענת בסיכומיה כי התובע לא פעל לשם השגת רישיון נהיגה אמריקאי דבר המעיד באופן נוסף כי לא התכוון להשתקע בארה"ב. לסיכומיה צירפה הנתבעת בנספח 1 צילום רישיון הנהיגה הישראלי של התובע בתוקף עד ליום 9.11.2029 שחודש ביום 26.11.2019 (לאחר הגעת הצדדים לישראל) וכן צירפה בנספח 3 פרטים מאתר אינטרנט לא רישמי ("israelisabroad.com")- כיצד ניתן להשיג רישיון נהיגה אמריקאי.
התובע נשאל בחקירתו לגבי עניין אי הוצאת רישיון נהיגה אמריקאי (ראו: פרוט' מיום 10.3.2020, עמ' 23, שורות 35-13). הוא אישר כי לא הוציא רישיון נהיגה אמריקאי. עם זאת הסביר כי הרישיון הישראלי מהווה גם רישיון בינלאומי. עובדה זו לא נסתרה על ידי הנתבעת ולא הועלתה על ידה טענה כי התובע לא נהג כדין או ללא רישיון בארה"ב. לא מצאתי כי עובדה זו בשילוב כל שאר הראיות, מהווה שינוי ממארג הראיות הכולל שהוכח בבית המשפט. הראיות המעידות על ההשתקעות בארה"ב היו בעלות משקל רב הרבה יותר מאי הוצאת רישיון אמריקאי.

70. **<u>סיום הסכם הליסינג של רכבם של הצדדים</u>** –הנתבעת צירפה לסיכומיה בנספח 4 את הסכם הליסינג של רכבם של הצדדים וכן מכתב מיום 31.1.2020 במכתב זה מצוין כי החוזה הסתיים בראשית השנה ולא חודש. ראיות אלה יכלו היו להיות מצורפות על ידי הנתבעת להוכחות. אולם דווקא צירופן מוכיח כי שני הצדדים חתמו על הסכם הליסינג לתקופה נמשכת ולא של חודש בודד למשל, כתובותיהם בהסכם הם ביתם בסן פרנסיסקו, וכן כי המשיכו לשלם את הליסינג גם בעת בשהותם בישראל, קרי צפו חזרה מהירה לארה"ב ולא השתקעות בישראל.

71. **<u>אי הוצאת כרטיס אשראי אמריקאי</u>** – הנתבעת צירפה בנספח 5 לסיכומיה צילום של כרטיסי אשראי של שני הצדדים מבנק CITIBANK, וטוענת כי הצדדים לא ביצעו פעולות לבנית דירוג אשראי בארה"ב כהוכחה לאי ההשתקעות. עניין זה לא עלה קודם לכן והתובע לא נשאל על כך בחקירתו. בחינת הכרטיסים שצורפו מעלה כי תוקפם הוא עד לשנת 2024 עבור שני הצדדים (ולא לתקופה קצרה). יתרה מכך, דווקא תשובתה של הנתבעת בחקירה, כי גם בעת שהותם של הצדדים כעת בישראל היא ממשיכה לעשות שימוש בחשבון הבנק המשותף בארה"ב ולא בחשבון ישראלי מעידה על ההשתקעות בארה"ב, וכי ההתנהלות הכלכלית השוטפת של הצדדים גם בעת שהותם כעת בישראל מבוצעת באמצעות חשבון הבנק האמריקאי:

ש"ש: יש לך חשבון בנק בארצות הברית?
ת: משותף עם האב.
[...]
ש: סגרת אותו? ביקשת לצאת ממנו? משהו?
ת: לא.

ש: את גם מושכת ממנו כסף מדי פעם?

ת: כן, אני מתקיימת פה, אני תלויה לחלוטין כלכלית בבעלי

[...]."

(ראו: פרוט' מיום 10.3.2020 חקירת הנתבעת, עמ' 82, שורות 9-16).

72. **<u>שפתה של הקטינה</u>** – בסעיף 8(ז) לסיכומים מציינת הנתבעת כי הצדדים המשיכו לדבר בבית ועם הקטינה בעברית וטוענת כי לא פעלו כי הקטינה תלמד אנגלית. אני מוכנה לקבל כנקודת מוצא כי השפה המרכזית של הקטינה הינה עברית, על אף גילה הצעיר מאוד וכאשר היא איננה מדברת עוד באופן מלא. עם זאת, אין מחלוקת כי הקטינה נרשמה לגן בארה"ב ובו הדיבור הוא באנגלית (ולא נטען גם אחרת) כך שלא ניתן לקבל את הטענה כי הצדדים "לא פעלו כי הקטינה תלמד אנגלית". התובע אישר כי הקטינה מדברת מספר מילים בעברית (מותאם לגילה) וכן כי היא נחשפת לסרטונים באנגלית ובעברית וכי הצדדים מדברים עימה בעברית (ראו: פרוט' מיום 10.3.2020, עמ' 53, שורות 26-36, עמ' 54 שורות 1-4). שפתה של הקטינה הינה ראיה אחת במארג הכולל ואין בה לשנות את מכלול הראיות שהוכח לגבי מפת חייה של הקטינה.

73. **<u>המשך צבירת זכויות סוציאליות בישראל</u>** – הנתבעת טוענת בסעיף 8(ח) לסיכומיה כי המשך צבירת זכויות סוציאליות בישראל על ידי הצדדים הינו עניין מהותי ביותר ומעיד כי הצדדים ראו את חייהם ועתידם בישראל. הנתבעת צירפה בנספח 6 לסיכומיה דו"ח זכויות על שמה מיום 12.3.2020 מאלטשולר שחם ובו מצויין כי הפוליסה פעילה. לא מצויין בדו"ח מה ההפקדה השוטפת. יתרה מכך, עולה מהאישור כי מדובר בפוליסה מיום 22.3.2010, קרי עוד טרם נישואי הצדדים. הנתבעת לא פירטה מעבר לכך דבר: האם לצדדים יש הפרשות במקומות העבודה הנוכחיים בארה"ב, באיזה שיעור, מה שיעור ההפרשות הנוכחי בישראל האם רק שומר על הפוליסה או משמעותי יותר. כמו כן הנתבעת לא התייחסה לנספח ד' שצורף על ידי התובע לכתב התביעה המאשר כי הנתבעת עזבה את מקום עבודתה לאור המעבר לארה"ב וקיבלה את זכויותיה על פי דין. יצויין כי כאשר התובע נשאל בחקירתו לגבי המשך התשלום שלו עבור ביטוח החיים בישראל, הסביר כי הדבר נדרש על פי הסכם יחסי הממון של הצדדים (שנחתם כאמור לעיל בשנת 2015 סמוך לנישואיהם) (ראו: פרוט' מיום 10.3.2020, עמ' 22, שורות 20-24).

74. **<u>מצב החברה של התובע</u>** –בסעיף 9(ב) לסיכומיה טוענת הנתבעת כי שהות הצדדים בארה"ב לא נעשתה לשם בניית חיים אלא לשם הצמחת החברה של התובע ע"י הקמת שלוחה בארה"ב, שתמשיך לחיות בהמשך גם ללא התובע (כך בלשונה). התובע נחקר על מצב החברה והדרישה שיחיה בארה"ב (להבדיל למשל שיעבוד בישראל ויסע תכופות לארה"ב) והשיב: "**ההסכם היה בתחילת אמצע 2018. במסגרת ההסכם הזה, הם התעקשו שאני אעבור לארצות הברית. הם**

חשבו שזה הדבר הנכון עבור החברה כדי לקדם אותה. במסגרת הזו, היה להם מאוד חשוב להכניס סעיף להסכם שאומר שאני צריך לעבור לארצות הברית" (ראו: פרוט' מיום 10.3.2020, עמ' 12, שורות 34-36, עמ' 13 שורה 1). בהמשך נשאל התובע האם לאור המשבר העולמי הכלכלי בשל נגיף הקורונה יש סיכוי שהוא יאבד את מקום עבודתו והשיב: "**אני לא יודע לענות לך על שאלות תיאורטיות. אני יודע שכרגע יש הסכם מאוד ברור. אגב החברה, כמו שאתם מבינים, גם מצליחה וגם התפתחה מאז, יש לה עתיד ורוד. אגב, לאור כל הדברים שקורים, זה לא רלוונטי אבל אני רק אציין את זה במילה, לאור כל הדברים שקורים כרגע עם הנושא של אנשים שלא יכולים לטוס בחופשיות, אז זה מאוד משרת את הביזנס שלנו כי אנחנו פלטפורמה לעשיית עסקים מרחוק, ולכן העתיד הוא מאוד ורוד עבור החברה**" (עמ' 14, שאלות 6-12). הנתבעת טוענת כי ביהמ"ש לא אפשר לה לחקור לעומק בנושא המצב הכלכלי של החברה ועל כן יש לקבל את טענות הנתבעת בעדותה. אין בידי לקבל טענה זו – חקירת התובע נמשכה כשעתיים בסבלנות אין קץ של מותב זה תוך הקפדה על התמקדות בנושא אמנת האג ולא בנושאים נוספים. חקירתו של התובע הייתה על פני 53 עמודי פרוט' מתומלל במגוון רחב מאוד של נושאים המדברים בעד עצמם.

75. יתרה מכך, הצלחת או אי הצלחת החברה הינה פרמטר אחד ולא מכריע במגוון הראיות הרב מאוד שהובאו. הנתבעת לא סתרה את טענותיו של התובע כי היה גיוס לאחרונה של כספים וכי סוג החברה דווקא מתאים לימי המשבר הכלכלי הנוכחי כפי שפירט התובע. יתרה מכך, אין בטענות אלה של הנתבעת התייחסות להשוואה בין מצב המשבר הכלכלי בישראל לבין המשבר הכלכלי בארה"ב. כמו כן טענות אלה הינן צופות פני עתיד בעוד האמנה בוחנת את המצב שהיה בעבר והמצב בהווה. יאמר עוד כי מצב כלכלי אליו התייחסה הנתבעת לא אחת בסיכומיה איננו נכלל כלל בגדרי החריגים הקשורים לנזק על פי האמנה מאחר והנזק שיש לבחון אותו על פיה (וכפי שיפורט להלן) אינו הנזק שנגרם או יגרם להורה אלא לנזק פיזי או פסיכולוגי לקטין או העמדת הקטין בדרך אחרת במצב בלתי נסבל.

76. **אשר על כן ולאחר בחינת הראיות והעדויות עולה כי בחינה של מפת עולמה של הקטינה מובילה למסקנה כי מקום המגורים הקבוע של הקטינה הינו בארה"ב, במדינת קליפורניה, בעיר סן פרנסיסקו.**

ג.(2). <u>האם נעשתה הרחקה שלא כדין על ידי האם?</u>

77. סעיף 3 לאמנה קובע מתי תחשב אי החזרה של קטין כמעשה הנכנס בגדר האמנה:

> "**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.**
>
> **זכויות המשמורת הנזכרות בסעיף קטן (א) יכול שינבעו במיוחד מכוח דין, החלטה שיפוטית או מינהלית או הסכם בעל תוקף משפטי על פי דין אותה מדינה**".

> "**5. לענין אמנה זו —**
>
> **(א) "זכויות משמורת" — לרבות זכויות המתיחסות לגוף הילד ובפרט הזכות לקבוע את מקום מגוריו של הילד;**
>
> **(ב) "זכויות ביקור" — לרבות הזכות לקחת ילד לתקופה מוגבלת למקום שונה ממקום מגוריו הרגיל**".

78. כאמור לעיל נקבע במסגרת הפרק של "מקום המגורים הרגיל של הקטינה" כי הגעת הצדדים לישראל נועדה לצורכי חידוש הויזה בלבד ולתקופה קצובה. כעת יש לבדוק מה המועד ממנו ניתן לראות את מועד (אי) החזרת הקטינה על ידי האם לארה"ב. בנוסף וכתנאי סף יש לבחון האם הופרו זכויות המשמורת של האב.

א. <u>מועד (אי) החזרה</u>

79. **האב** טוען כי יש לראות את מועד אי ההחזרה החל מהודעת האם במספר אופנים ובמועדים סמוכים להגשת התביעה על ידו, כי אין בכוונתה לשוב לארה"ב עם הקטינה.

80. **האם** טוענת כי מאחר ואין לה אפשרות לחזור לארה"ב בהעדר אשרת שהייה מתאימה, אין לראותה כלא מחזירה את הקטינה. כן טוענת האם כי התנהגותו של האב כלפיה מונעת ממנה לשוב לארה"ב. כמו כן האם טוענת כי ההסכמה לחיות בארה"ב הייתה תקפה כל עוד חיו הצדדים חיי משפחה, וכעת מאחר והם עתידים להתגרש, אין מקום להמשך חיים משותפים בארה"ב.

81. על מנת לבחון האם קיים מועד ממנו ניתן לראות את מועד אי החזרת הקטינה יש לשוב ולבחון את ההשתלשלות העובדתית מעת הגעת הצדדים לישראל. כאמור לעיל נקבע על ידי כי ההגעה לישראל הייתה לזמן קצוב בלבד ולא נועדה להשתקעות חוזרת בישראל.

82. **ביום 21.11.2019** הגיעו הצדדים והקטינה לישראל לצורך הסדרת אשרות השהייה והעבודה בארה"ב. כרטיסי הטיסה שרכשו הצדדים היו כרטיסי "הלוך ושוב". תאריך החזרה המתוכנן של הכרטיס היה ליום 3.1.2020. בהמשך בשל עיכובים בעריכת הראיון בשגרירות ארה"ב נדחה מועד חזרת הצדדים על פי הכרטיס (אך לא בוטל).

83. הראיון בשגרירות ארה"ב שתוכנן לדצמבר נדחה ליום 18.2.2019. הראיון נועד להיות עבור שני הצדדים. לקטינה כאמור לעיל, יש אזרחות אמריקאית והיא איננה נדרשת לכל אשרה לצורך כניסה חזרה לארה"ב.

84. לכתב ההגנה צירפה האם בנספח 3 תמלול שיחה בין הצדדים מיום 12.12.2019. תמלול השיחה נועד על פי טענות הנתבעת להוכיח את התנהגותו הקשה והנפסדת של התובע כלפיה. עצם הקלטת שיחה מראשית חודש 12/2019 יש בה להעיד על תכנון האם על ההתנהלות שעתידה לבוא גם בהקשר הקטינה.

85. **ביום 29.1.2020** פתחה האם הליך ליישוב סכסוך בבית הדין הרבני. במסגרת הליך יישוב הסכסוך ביקשה האם וקיבלה צו עיכוב יציאה מן הארץ נגד האב וצו עיכוב יציאה מן הארץ נגד הקטינה.

86. בחינת הבקשה ליישוב סכסוך והבקשות שהוגשו במסגרתה (צורפו כנספח י"ט לכתב התביעה) מעלות כי כבר במועד הגשת הבקשה ליישוב סכסוך, המצג שהוצג על ידי האם לבית הדין הרבני היה לא מדוייק והיה בו כדי לחזות את אי ההסכמה של האם לחזרה לארה"ב.

87. במסגרת הליך יישוב הסכסוך ציינה האם כי כתובות הצדדים הינן בישראל ברח' --- בתל אביב. בבקשה לעיכוב יציאה מן הארץ ציינה האם כי האב הודיע לה כי הוא מתכוון לקחת את הילדה לארה"ב, גם בלעדיה, וזאת בתוך מספר ימים. בכך הציגה האם מצג בו לא פירטה את העובדות לאשורן לגבי חיי הצדדים בארה"ב, הגעתם לזמן קצוב (אלא רק בהמשך לקראת סוף הבקשה). יתרה מכך, האם ציינה כי: "[..] **החליט המשיב לעבור לסן פרנסיסקו לתקופה מוגבלת של מספר שנים**". הרושם שעולה מסעיף זה הוא כי רק התובע עבר לארה"ב. רק בסעיף העוקב מציינת הנתבעת כי הצדדים עזבו את ישראל ועברו לסן פרנסיסקו. יתרה מכך, הנתבעת הציגה מצג בבית הדין הרבני של חזרה קבועה לישראל וציינה כי הצדדים שכרו דירה למגוריהם (ולא ציינה כי שכרו לתקופה קצרה), ציינה כי הצדדים רשמו את הקטיינה לגן (כאשר הרישום היה באותו היום שבו הגישה את הליך יישוב הסכסוך והקטינה החלה ללכת לגן רק למחרת).

88. הנתבעת טענה בבית הדין הרבני כי התנהגות המשיב סתמה את הגולל על אפשרות לחיי משפחה ולחזרתה של הנתבעת עמו לארה"ב. בהמשך פירטה הנתבעת ארוכות כי התובע אינו מתכוון לאפשר את המשך מגוריה של הקטינה בישראל, והיא מעוניינת במניעת האפשרות שהאב ייקח את הקטינה לארה"ב, ועל כן עותרת לעיכוב יציאתה מהארץ לאלתר. בכך הביעה הנתבעת את רצונה המפורש למנוע את חזרת הקטינה לארה"ב. אופן הצגת הדברים יש בו כדי ליצור מצג שמקום המגורים הקבוע של הקטינה הוא ישראל, והאב מבקש לשנות את המצב הקבוע ולקחת את הקטינה לארה"ב.

89. בחקירתה הצדיקה הנתבעת את אופן הצגת תמונת המצב בבית הדין הרבני (ראו: פרוט' מיום 10.3.2020, עמ' 76-74).

90. בנוסף, בחקירתה של האם היא אישרה כי בעת רישום הקטינה לגן ביום 29.1.2020 כבר גמלה בליבה ההחלטה שלא לשוב עם הקטינה לארה"ב, והיא בחרה במודע שלא להגיד זאת לאב:

> **"ש: [...] <u>ב28 בינואר, שאת רושמת אותה לגן, ידעת שאת לא חוזרת</u>?**
> **ת: באותו שלב, <u>כן. קבלתי החלטה שאני רוצה להתגרש ממנו</u>.**
> **ש: <u>אז את מסתירה ממנו את העובדה הזאת</u>. את לא אומרת לו, 'מה אתה מבלבל את המוח חודש חודשיים?', את לא אומרת לו "אני לא חוזרת"?**
> **ת: <u>אני בחרתי שלא להתעמת איתו, אני התעמתתי איתו יומיים שלושה אחרי כשפתחתי את התיק, וזאת זכותי מתי אני מתעמתת איתו וחושפת בפניו את הדברים</u>. כאילו לא היו לנו 20 אלף שיחות על זה שאנחנו לא ממשיכים את הקשר**."
> (ההדגשות בקו – הוספו).

(ראו: פרוט' מיום 10.3.2020, עמ' 77, שורות 11-3).

91. כמו כן אישרה האם בחקירתה כי החליטה שלא ללכת לראיון בשגרירות, עוד בעת שפתחה את הליך ישוב הסכסוך:

"עו"ד מורן: [...] מתי החלטת לא ללכת לראיון?

העדה, גב' ---: <u>החלטתי סביב פתיחת התיק ואמרתי לו את זה באופן פתוח שאין לי מה ללכת, כי זה שאני אלך, אני לא אקבל את הויזה, ואם אני מבחינתנו אנחנו עכשיו בהליך גירושין, אין לי מה ללכת, אני פשוט לא אקבל אותה</u>. זה לא שאני אגיע ואני אקבל ויזה אחרת, <u>והודעתי להם שאני לא מתכוונת להגיע</u>, ואני מדברת על עצמי ובלבד וכן, שיתפתי,

ש: למה לא הודעת באמת רק שאת לא מתכוונת להגיע?

[...]

ת: כי באותו רגע, האם זו היתה טעות או לא טעות? אני בשום שלב לא ניסיתי לחבל לו בויזה. כל מה שנשלח, נאמר שזה רלוונטי רק לגבי, ובאותו רגע, כן, היתה החלטה של בית הדין הרבני שהוא מעוכב וזה נוגע לענייננו ושיתפתי. האם זו היתה טעות או לא טעות? אני לא יודעת, יכול להיות, ויכול להיות שבאמת הייתי צריכה להתייצב לראיון ולהגיד להם את זה שם אותו דבר. הייתי אומרת בדיוק את אותם דברים, ושום דבר לא יצא מזה." (ההדגשות בקו – הוסופו).

(ראו: פרוט' מיום 10.3.2020, עמ' 79, שורות 35-23, עמ' 80 שורות 2-1).

92. **ביום 13.2.2020** שלחה האם באמצעות ב"כ מכתב לשגרירות ארה"ב (צורף על ידי התובע ביום 27.2.2020 לתיק בימ"ש לאחר שהוצג בדיון באותו היום) ובו הודיעה כי אין בכוונתה להתייצב לראיון שנקבע וכי אין בכוונתה לשוב לארה"ב. כמו כן פירטה לשגרירות כי פתחה בהליך משפטי וכן כי הוציאה צו עיכוב יציאה מהארץ נגד האב ונגד הקטינה וכן כי לשיטתה ההליכים בארץ אמורים להיות מורכבים וקשים. במכתב זה (תוכנו הובא במסגרת הרקע העובדתי), ציינה האם מפורשות כי: **"<u>מרשתי הבהירה כי אין היא מתכוונת לשוב לארה"ב</u>, <u>והיא ממשיכה את חייה בישראל</u>. <u>לשם כך</u> ועל מנת לשמור על זכויותיה <u>הגישה מרשתי</u> במסגרת ההליך המשפטי, [....] <u>עיכוב יציאת בתם המשותפת</u> של הצדדים, <u>מהארץ</u>. [...] מאחר וכאמור פני הצדדים לגירושין, <u>ומרשתי נשארת בישראל עם הקטינה, אין היא תטוס, בשום אופן, עם מר ---- לארה"ב</u>"** (ההדשות בקו – הוספו).

93. **ביום 18.2.2020** התקיים הראיון לאב בשגרירות ארה"ב ולאחר מכן הוענקה לו האשרה. האם לא התייצבה לראיון.

94. **ביום 20.2.2020** הגיש האב את התביעה דנן.

95. בחקירתה של האם היא השיבה כי היא לא תשוב לארה"ב גם אם בית המשפט יורה על השבת הקטינה לארה"ב, ובלשונה הברורה: "**אני נשארת בארץ**" (ראו: פרוט' מיום 10.3.2020, עמ' 63, שורות 12-4, וכן בהמשך: עמ' 64 שורות 12-6). לטענת האם היא מנועה מלנסוע בשל העדר הויזה, אולם היא לא התייחסה לעובדה שבמעשיה שלה היא מנעה את קבלת הויזה, ולא פעלה בכל צורה שהיא מיוזמתה לבחון אפשרות חלופית לקבלת הויזה.

96. במסגרת סעיף 11 לסיכומיה פירטה האם את עמדתה לגבי טענת התובע כי חוסר שיתוף הפעולה שלה לגבי קבלת הויזה הוא שיוצר את המניעות לשובה לארה"ב ולא מניעות אמיתית: "**קבלת טענות התובע כאילו סירוב הנתבעת לשוב לארה"ב היא באשמתה יוצרת מצב שחוטא יוצא נשכר. התובע התעלל בנתבעת ועתה היא חייבת לשוב ולדור עימו תחת קורת גג אחת, כאשר הישארות עימו מסכנת את שלומה הנפשי. נהיר כי אין לנתבעת כל זיקה לארה"ב, למעט נישואיה לתובע, ומשהסתיימו נישואים אלה, אין הנתבעת יכולה לחיות בארה"ב, ועל כן לא הגיעה לראיון בשגרירות**".

97. במסגרת ההחלטה שניתנה על ידי ביום 10.3.2020 לאחר דיון ההוכחות התייחסתי לבקשתה של האם כי ימונה מומחה לבחינת אפשרותה של האם לקבלת ויזה בארה"ב:

> "**22. <u>בכל הנוגע לבקשת האם כי ימונה מומחה לבחינת אפשרותה של האם לקבלת ויזה בארה"ב ואיזה סוג ויזה היא יכולה לקבל</u> – עניין זה גם הוא חורג מגדרי האמנה. יתרה מכך, התשתית בעניין זה הונחה בהרחבה גם באמצעות מסמכים שהובאו על ידי הצדדים עצמם לרבות מסמך מעורך הדין שטיפל בויזות של שניהם בארה"ב. יוזכר הקטינה הינה אזרחית ארה"ב ואין מניעה, ואיש לא טען כי קיימת מניעה, לשובה שלה לארה"ב.**
>
> **23. אף לשיטת האם היא זכאית <u>לכל הפחות</u> לויזת תייר בשלב הראשון שתאפשר את כניסתה לארה"ב. סוגיית עבודתה של האם בארה"ב גם היא חורגת מגדרי האמנה שהתמקדותה בנזק שנגרם <u>לקטין</u> (ולא להורה) מהרחקתו שלא כדין ממקום המגורים הקבוע. ממילא ענין זה יכול לקבל מענים שונים בהליכים שונים ובאופנים שונים ואינו דורש עיכוב ההליכים שבפניי בשלב הזה.**
>
> **24. על כן גם בקשה זו נדחית.**"

98. **יודגש כי בחוות הדעת של עו"ד האמריקאי לגבי האשרות, שטיפל באשרות שני הצדדים משנת 2018, צויינו האפשרויות השונות לאם לקבלת אשרת שהייה בארה"ב גם בהינתן פרידת הצדדים.**

99. יצויין על פי האמנה לא נדרש גם להביא חוות דעת בעניין זה והדבר אף הוכח מעבר לנדרש. שני הצדדים שהו כדין בארה"ב, עבדו כדין בארה"ב, בתם אזרחית אמריקאית והם הגיעו לצורך הוצאת ויזה עדכנית. **הנתבעת בחרה שלא להגיע לראיון בשגרירות ובחרה שלא לבחון אפשרויות לחזרתה לארה"ב כדין.**

100. הלכה למעשה לא נעשה כל מעשה ממשי וכל נסיון כן מטעם הנתבעת לבחון האם היא זכאית או אינה זכאית ובאילו תנאים לשוב לארה"ב. אל מול טענתה שנטענה מראשית ההליך כי היא מנועה מלשוב לארה"ב, קיימת חוות דעת של עו"ד שטיפל בשני הצדדים שמפרט יותר מדרך אחת לשהות קבועה שלה בארה"ב, לאחר פרידת הצדדים. הנתבעת לא הביאה כל חוות דעת נוגדת לכך.

101. בקשתה של הנתבעת כי בית המשפט ימנה מומחה לדיני אשרות בהתייחס אליה (כאשר הקטינה לא נזקקת לעניין זה כלל), נדחתה כאמור לעיל בנימוקי החלטתי מיום 10.3.2020. גם כאשר בחנתי את הדברים כעת במסגרת התמונה הכוללת ולאור טענותיה הנחרצות של הנתבעת כי אין ברצונה לשוב לארה"ב בכל מקרה, הרי שלא שוכנעתי כי בקשתה זו של הנתבעת לבית המשפט הוגשה בתום לב מתוך רצון כן וממשי לפתור את סוגיית שובה לארה"ב.

102. יתרה מכך, איש אינו מחייב את הנתבעת לשוב לחיי משפחה עם התובע בארה"ב או לחיות עימו תחת אותה קורת גג אחת. אלא המטרה הינה השבת הקטינה למקום מגוריה הרגיל.

103. יצויין עוד כי ניכר מתשובות התובע בחקירתו כי הוא חפץ שהנתבעת תשוב עימו ועם הקטינה לארה"ב ואינו חפץ בכל צורה שהיא למנוע את שובה של הנתבעת או לנתקה חלילה מהבת (ראו למשל: חקירת התובע, פרוט' מיום 10.3.2020, עמ' 11, שורות 18-14).

104. טענת העדר הזיקה של הנתבעת לארה"ב תמוהה לאור האמור לעיל לגבי מקום המגורים הרגיל של הקטינה, אזרחותה של הקטינה, ומקום עבודתה של הנתבעת (ראו פירוט נרחב בפרק הראיות למקום המגורים הקבוע בארה"ב לצדדים ולקטינה).

105. הלכה למעשה הנתבעת מבקשת להוסיף חריג שאינו מופיע באמנה לגבי שהותה שלה במקום המגורים הרגיל של הקטינה לאחר ההרחקה על ידה שאינה כדין. האם במעשיה מונעת או לכל הפחות אינה פועלת לבירור וקבלת אישור שהייה בארה"ב כדין.

106. יתרה מכך, הפסיקה שפירשה את האמנה הכירה גם במצבים שבהם ההורה המרחיק הינו תחת אישום פלילי במדינת המוצא או עשוי להיות מגורש ממנה, והדבר לא מנע השבת הקטין למקום מגוריו הרגיל. כך למשל צויין מפורשות כי גם אם ההורה המרחיק צפוי לעמוד בפני גירוש כתוצאה מחזרתו למדינת המוצא הדבר לא ימנע את החזרת הילד למקום המגורים הרגיל (ראו: בע"מ 741/11 פלונית נ' פלוני, סעיף 25 לפסק דינה של כב' השופטת ארבל (17.5.11)).

107. במסמך שפורסם לאחרונה על ידי ועידת האג בדבר משפט בינלאומי פרטי "**Guide to Good Practice**" בעניין הפרשנות והיישום של אמנת האג בפרט לגבי ניתוח החריג החשש החמור (להלן: "**מסמך Guide to Good Practice של HCCH**"), ניתנה התייחסות גם לנושא העלאת טענות לגבי העדר אשרות של ההורה המרחיק. צוין שם מפורשות כי העדר פעולה של ההורה המרחיק או הימנעות מנקיטת הליכים נדרשים לצורכי האשרות, אין בהם ליצור מצב שבו יטען לאחר מכן אותו הורה כי נגרם נזק לקטין או כי הוא מנוע מלשוב לארץ המוצא ועל כן מתקיים חריג החשש החמור עפ"י האמנה:

> **"It needs to be emphasised that, as a rule, <u>the parent should not – through their inaction or delay in applying for the necessary immigration approvals – be allowed to create a situation that is potentially harmful to the</u> child, and <u>then rely on it to establish grave risk</u>"** (ההדגשות בקו – הוספו).

ראו:

Guide to Good Practice, Part VI – Article 13(1)(b) of the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction.

עמ' 45, סעיף ii 68.

https://assets.hcch.net/docs/225b44d3-5c6b-4a14-8f5b-57cb370c497f.pdf

108. האם לא פעלה בכל צורה ממשית ומהימנה לבירור האם היא זכאית לקבלת אשרת שהייה ועבודה כדין בארה"ב. היא הציבה עובדה מוגמרת בפני האב על אי חזרתה, שנובעת לא ממניעה ממשית לחזרתה אלא מרצונה המפורש שלא לחזור. בפעולה זו יש חוסר תום לב והיא עונה על הקריטריונים לאי החזרה כדין של הקטינה למקום מגוריה הרגיל.

109. בנסיבות הללו ולאור האמור לעיל, ניתן לראות את מועד אי ההחזרה החל מאי התייצבות הנתבעת לראיון בשגרירות ביום 18.2.2020, על אף שגם טרם לכך הודיעה על אי כוונתה לחזור לארה"ב בצורה מפורשת. באי ההתייצבות של הנתבעת לראיון היא מנעה במעשיה את אפשרותה לקבלת אשרת שהייה בארה"ב ואת חזרתה המוסכמת לארה"ב והודיעה מפורשות כי היא מתנגדת גם ליציאת הקטינה מישראל ושובה לארה"ב.

110. **בנסיבות הללו, לאחר מועד 18.2.2020 בו לא התייצבה האם לראיון בשגרירות, מסרבת האם בצורה מפורשת להשבת הקטינה לארה"ב, וניתן לראות ממועד זה את מועד אי ההחזרה.**

ב. האם הופרו זכויות המשמורת של האב?

111. סעיף 14 לאמנה קובע לעניין הוכחת הדין הזר בהליך אמנת האג כי: "בבואן לברר אם היתה הרחקה או אי החזרה, שלא כדין, כמשמעותן בסעיף 3, רשאיות הרשויות השיפוטיות או המינהליות של המדינה המתבקשת **להתייחס ישירות לדין המדינה** שבה נמצא מקום מגוריו הרגיל של הילד, וכן להחלטות שיפוטיות או מינהליות של אותה מדינה בין אם הוכרו פורמלית באותה מדינה ובין אם לאו, **זאת מבלי להזדקק להליכים מיוחדים להוכחת אותו דין או להכרה בהחלטות זרות, שהיו נדרשים לולא הוראה זו**." (ההדגשה הוספה).

112. **בענייננו, הדין הזר שיש להוכיחו הוא הדין במדינת קליפורניה**.

113. 2 הצדדים הגישו חוות דעת לדין הזר. **ביום 9.3.2020** הגיש האב (בתשובה לבקשה 8) חוות דעת של פרופ' פרימר מיום 8.3.2020 לגבי הדין הזר בקליפורניה (להלן: "**חוות הדעת הדין הזר מטעם התובע**"). האם הגישה **ביום 10.3.2020** חוות מומחה לדין הזר מטעמה באמצעות עו"ד מומחית לדיני משפחה בסן פרנסיסקו Jane Aceituno (להלן: "**חוות הדעת הדין הזר מטעם הנתבעת**").

114. **האב** טוען כי על פי חוות הדעת הדין הזר, על פי לשון החוק הפשוטה של החוק החל בקליפורניה ועל פי פסיקה קודמת בישראל הופרו זכויות המשמורת שלו.

115. **האם** העלתה 3 טענות מרכזיות לגבי הדין הזר:

1. האם טוענת כי אין לקבל את חוות הדעת לדין הזר מטעם התובע מאחר ופרופ' פרימר אינו מומחה לדין הקליפורני.
2. האם טוענת כי לזכותה של הקטינה עומדת תניית השיפוט בסעיף 11.4 להסכם הממון בין הצדדים ועל כן הדין הישראלי בלבד חל, ובתי המשפט במחוז ת"א הם המוסמכים לדון בהסכם בין הצדדים ובענייני הקטינה.
3. האם טוענת כי בהתאם לדין הזר לא ניתן לנהל הליך משמורת בעניינה של הקטינה בסן פרנסיסקו. האם שבה וטוענת בסיכומים כי היה על בית המשפט לפנות לבית המשפט בסן פרנסיסקו ולבחון עימו האם הוא בית משפט מוסמך לדון במקרה זה.

116. האמנה הכירה בצורך המיידי לקבל הכרעה שיפוטית לצורך החזרת קטינים לארצות מוצאם. לשם כך נקבעו מספר הוראות מקלות שיש בהן כדי לפשט את ההליך, לייעלו ולקדמו במהירות. כך נעשה גם לגבי הוכחת הדין הזר. בעניין זה קובעת האמנה מפורשות כי בית המשפט יכול **להתייחס <u>ישירות</u> לדין הזר אף מבלי להזדקק להליכים מיוחדים להוכחת הדין הזר**.

117. האב ציטט בסיכומיו את החוק החל בקליפורניה **California Family Code** במסגרתו נקבע בסעיף 3010(a) כי שני ההורים זכאים למשמורת של הילד:

> "**The mother of an unemancipated minor child and the father, if presumed to be the father under Section 7611, are equally entitled to the custody of the child.**"

118. בחינת לשון החוק בקליפורניה מעלה כי נכון לעת הזו מבחינה חוקית שני ההורים הינם בעלי זכות שווה למשמורת על הילד.

119. גם בפסיקה קודמת בישראל נקבע כי על פי הדין בקליפורניה לשני ההורים זכות שווה למשמורת:

> "**<u>קוד דיני המשפחה של קליפורניה, ס' 3010(א) קובע, כי אמו ואביו של ילד</u> (אם הוכח שהוא האב ועל כך אין מחלוקת בענייננו) <u>זכאים במידה שווה למשמורת על הילד</u>. ללמדך <u>טרם ההרחקה</u> (ובהתעלם מההסכמים בשלב זה) <u>היו לתובע זכויות משמורת</u> על הילדים <u>מכוח הדין</u>**." (ההדגשות בקו – הוסף).

ראו: תמ"ש 103880/99 פלוני נ' פלונית (24.4.2001) עמ' 12 לפסק דינו של כב' השופט שוחט. פסק הדין צוטט בעמ"ש 2070-07-19 א. נ' ג. (17.7.2019) פיסקה 30 לפסק הדין וקביעותיו שם היו זהות לגבי הדין החל.

120. גם בפסק דין שניתן לאחרונה בבית המשפט העליון (שדחה בר"ע על עמ"ש 2070-07-19 שאוזכר לעיל) צויין מפורשות לגבי הדין <u>בקליפורניה</u> כי ככל שיימצא כי קיימת אי החזרה הדבר מהווה הפרה של זכויות המשמורת על פי הדין בקליפורניה:

> "**אין לפני מחלוקת ביחס לתנאים הקבועים בסעיף בדבר "הפרת זכויות המשמורת על פי דין המדינה הרלוונטית", דהיינו <u>אין מחלוקת על כך שככל שקליפורניה היא מקום המגורים הרגיל של הקטינים – אי החזרתם לשם על ידי המבקשת מפרה את זכויות המשמורת של המשיבה ולכן אינה כדין</u>.**"

ראו: בע"מ 5041/19 פלונית נ' פלונית (8.8.2019) סעיף 4 לפסק דינו של כב' השופט הנדל.

121. **בחוות הדעת הדין הזר מטעם התובע** שהוגשה על ידי פרופ' פרימר נקבע לגבי הדין בקליפורניה הדברים הבאים שעולים בקנה אחד עם הפסיקה שאוזכרה לעיל:

> **1. על פי חוקי ארה"ב דיני משמורת נקבעים על פי חוקי אותה המדינה שהיא מקום מגוריו של הילד. בקליפורניה, החוק הרלבנטי הוא ה- California Code 2011 Family Code, Division 8, Custody of Children.**
>
> **2. <u>המונח המשפטי "משמורת" ("Custody") בקליפורניה מתייחס לאגד זכויות וחובות של הורים כלפיי ילדיהם</u>, הכולל גם את הפן הפיזי ("Physical Custody") – הדומה ל"החזקה" לפי החוק הישראלי – וגם את הפן המשפטי ("Legal Custody") – הדומה ל"אפוטרופסות" לפי החוק הישראלי.**
>
> [...]
>
> **3. <u>על פי סעיף 3010(a) לחוק הנ"ל, כל עוד שאין פסק דין הקובע אחרת, שני הוריו של הקטין הם בעלי המשמורת עליו. בסעיף זה יושם מספר פעמים אף על ידי בתי המשפט לענייני משפחה בישראל</u>.**
>
> [...]
>
> **4. <u>כתוצאה מהאמור, על פי חוקי קליפורניה, יש לכל אחד מההורים את הזכות לקבוע את מקום מגוריו הרגיל של הילד, ואיש מההורים לא יכול לשנותו ללא הסכמת משנהו או הסכמת בית המשפט</u>.**
>
> **5. זכויות אלו אף מקנות לכל אחד מההורים "זכויות משמורת" לפי סעיף 5 לאמנה בדבר ההיבטים האזרחיים של חטיפה בינלאומית של ילדים – שנחתמה בהאג ביום 25 באוקטובר 1980 [..]".** (ההדגשות בקו – הוספו).

122. **<u>טענתה של הנתבעת כי אין לקבל את חוות הדעת של פרופ' פרימר מאחר ואין הוא מומחה לדין בקליפורניה –</u>** בסעיף 13 לסיכומיה מפרטת הנתבעת את נימוקיה מדוע יש לדחות את חוות הדעת לדין הזר של התובע: לטעמה פרופ' פרימר אינו מומחה לדין הקליפורני, לנתבעת לא ניתנה אפשרות להתייחס לחוות הדעת והיה על בית המשפט לברר בכובד ראש את הדין הזר "ולא על סמך חוות של עו"ד שעיקר כתיבתו נוגעת לעניני הלכה" (כך בלשונה). ההערה בעניין מומחיותו של פרופ' פרימר אינה במקומה. מעבר לכך, חוות הדעת הייתה בפניה של הנתבעת מיד עם הגשתה. בתגובה לכך הנתבעת הגישה חוות דעת לדין הזר מטעמה. הנתבעת הדגישה אף בעת דיון ההוכחות כי חוות הדעת לדין הזר מטעמה עדיפה בשל מומחיות עו"ד מקליפורניה שערכה אותה. מועד ההוכחות היה ידוע והנתבעת בחרה גם להגיש בקשה בה עתרה למינוי

מומחה מטעם בית המשפט אשר יקבע מה הדין הזר במקום שתי חוות הדעת שהוגשו. כך שכל טענותיה בענין זה נדונו ויומה ניתן לה.

123. ציינתי בהחלטתי מיום 10.3.2020 (שעיקרה הובאו ברקע העובדתי ובהליכים המשפטיים) כי הוכחת הדין הזר בהיבטים המיוחדים של האמנה ובמסגרת הדיונית המצומצמת שלה הינה הוכחה עובדתית המוטלת על שכמו של הטוען להרחקה שלא כדין. בעניינו האם הביאה מיוזמתה חוו"ד מומחית זרה מטעמה, אשר התווספה לחוות דעת שהוגשה על ידי האב. על כן אין מקום למינוי מומחה מטעם בית המשפט לעניין זה. שני הצדדים הביאו חוות הדעת לדין הזר, על כן לא ברורה מה הנפקות של חוות הדעת שלישית במספר לה עותרת הנתבעת. הדבר לא רק שאינו נדרש על פי האמנה אלא היה מאריך את ההליך ומסבכו שלא לצורך. אם המטרה הינה כי חוות דעת נוספת תאמר את שלא אמרו שתי האחרות, זו בוודאי אינה עילה למינוי מומחה מטעם בית המשפט.

124. אני סבורה כי חוות הדעת לדין הזר של התובע עמדה בכללים הנדרשים להוכחת הדין הזר. אולם, אני מוכנה לצורך פסק הדין ולאור האמור בחלק הפתיחה של חלק זה להניח כי יש להתעלם מחוות הדעת לדין הזר של התובע (מבלי להטיל כל דופי במומחיות המומחה).

125. גם בהתעלם מחוות הדעת של פרופ' פרימר יש בפני את לשונו הברורה והמפורשת של החוק בקליפורניה – שעל פי האמנה בית המשפט יכול להידרש לו ישירות אף מבלי שיתקיימו הליכים מיוחדים להוכחתו. **הנתבעת אינה חולקת על נוסח החוק, לא הפריכה אותו ולא טענה כי הוא אינו נכון.**

126. **חוות הדעת הדין הזר מטעם הנתבעת** שהוגשה על ידי עו"ד מומחית לדיני משפחה בסן פרנסיסקו Jane Aceituno לא דנה ישירות מה הדין בקליפורניה לגבי הפרת זכויות המשמורת אלה בשאלת הסמכות ("Jurisdiction"), ובשאלה האם בית המשפט בקליפורניה מוסמך לדון בעניינם של הצדדים. יש להדגיש כי המומחית מטעמה של הנתבעת הדגישה בסיפת חוות הדעת כי ככל שלא יהיה בימ"ש אחר שיכול לדון בענייני הצדדים, לרבות אם בית משפט אחר ייקבע שאין לו סמכות לדון - בית המשפט בקליפורניה יהיה בעל סמכות לדון בענייני הצדדים:

> **"Also, a California court can exercise custody jurisdiction if all the other courts that may have jurisdiction have declined to exercise it.**
>
> **[…]**

> **And finally, <u>if no court of any other state would have jurisdiction under these criteria, California may exercise jurisdiction</u>".** (ההדגשות בקו – הוספו)

127. אף לשיטתה של הנתבעת בסיכומיה בסעיף 13 בהתייחס לפרק הזמן הנדרש למחיית ילד בארה"ב בטרם שהוגשה תביעת המשמורת שם (כאשר היא מפנה לסעיף 10 לחוות הדעת הדין הזר מטעם התובע), אזי בנסיבות בהן ילד נמצא מחוץ למדינה בשל הרחקה שלא כדין, ההעדרות נחשבת כהעדרות זמנית ואינה משנה את הסמכות לדון בעניינו.

128. יודגש כי שתי חוות הדעת של התובע ושל הנתבעת חרגו מהנדרש ושתיהן "הציעו" את הפסיקה שהמומחים סבורים כי יש ליתן במקרה זה על פי הנתונים שכל צד הציג בפניהם. לא ניתן על ידי משקל והתייחסות לעמדות אלה, מאחר וחוות הדעת נדרשת להוכחת ענין עובדתי והוא הדין הזר, ואינה נדרשת לניתוח משפטי חלופי או מוצע להליך.

129. **<u>טענתה של האם כי לזכותה של הקטינה עומדת תניית השיפוט בסעיף 11.4 להסכם הממון בין הצדדים ועל כן הדין הישראלי בלבד חל ובתי המשפט במחוז ת"א הם המוסמכים לדון בהסכם בין הצדדים ובענייני הקטינה</u>** – האם טוענת כי לאור הסכם יחסי הממון של הצדדים יש לדון בהליכים בין הצדדים רק בישראל. סעיף 11.4 להסכם הממון קובע: "**על הסכם זה יחול הדין הישראלי בלבד, ובתי המשפט במחוז תל אביב יהיו היחידים המוסמכים לפרשו ולהכריע בו**". האם לא התייחסה בסיכומיה לכך שהיא פתחה בהליך <u>בבית הדין הרבני</u> וציינה כי בכוונתה להגיש לשם תביעת גירושין עם כריכות. קרי גם האם אינה פועלת על פי הסכם יחסי הממון בין הצדדים בעניין הרכושי.

130. בנוסף, בחנתי את לשון הסכם יחסי הממון של הצדדים. אין בהסכם התייחסות מפורשות לתחולת אמנת האג ובפרט אין בהסכם הממון חריג הקובע לגבי קטינה זו כי אין זכות לאב לנקוט בהליכים על פי אמנת האג או כי מקום מושבה הקבוע של הקטינה הוא ישראל או כי אין זכות לנהל הליכים משפטיים בענייני הקטינה במקום מושב אחר של הצדדים.

131. ההסכם הוא הסכם ממון "קלאסי" העוסק בענייני רכוש ולא מצאתי בו את הפרשנות מרחיקת הלכת השוללת את זכות הגישה לערכאות של האב והשוללת ממנו לטעון טענה של הרחקה שלא כדין.

132. יצויין עוד כי התובע לא נחקר על עניין זה ספציפית בחקירה.

133. יתרה מכך, לא מצאתי היכן זכותה הנטענת של הקטינה על פי הסכם הממון גוברת על שאר זכויותיה על פי האמנה. עניין זה לא קיבל התייחסות על ידי האם.

134. **<u>טענת האם כי בהתאם לדין הזר לא ניתן לנהל הליך משמורת בעניינה של הקטינה בסן פרנסיסקו ועל כן לא ניתן לראות באי הסכמתה לשוב כהרחקה שלא כדין -</u>** האם שבה וטוענת בסיכומים כי היה על בית המשפט לפנות לבית המשפט בסן פרנסיסקו ולבחון האם הוא בית משפט מוסמך לדון במקרה זה. כאמור לעיל אני סבורה כי חוות הדעת לדין הזר מטעם הנתבעת כפי שפורטה לעיל סותמת את הגולל על טענתה זו של הנתבעת ומפרטת ברורות כי אכן יש סמכות לבית המשפט בסן פרנסיסקו.

135. לכך יש להוסיף כי האב הגיש כבר תביעה למשמורת ביום 27.3.2020 שם (אישור על הגשת ההליך צורף ביום 29.3.2020 במסגרת בקשה 15).

136. האם לא הפנתה לפסיקה הקובעת כי במסגרת הליך של אמנת האג יש לברר את סמכות השיפוט האפשרית לדון בעניני המשמורת. הדגש הוא בחינה האם הופרו, אם לאו, זכויות המשמורת על פי הדין הזר. לו היה נמצא כי הדין הזר קובע כי האם לא הפרה את זכויות המשמורת, אכן התביעה הייתה נדחית.

137. **אשר על כן אני קובעת כי לאור הוכחת הדין הזר החל בקליפורניה לאב זכויות משמורת כפי שיש לאם. במצב דברים זה קביעה** חד צדדית **של האם על הישארות בישראל של הקטינה וסירוב מפורש לחזור לארה"ב יש לראותה כמפירה את זכויות המשמורת של האב על פי האמנה.**

<u>ג.(3). האם מתקיים אחד מחריגי האמנה לצורך החזרת הקטינה לסן פרנסיסקו?</u>

<u>א. חריג ההסכמה – סעיף 13(א) לתוספת לאמנה</u>

138. במסגרת כתב ההגנה פירטה הנתבעת בקצרה בסעיף 91 כי היא סבורה כי הסכמת התובע מלכתחילה או השלמה בדיעבד ניתן לראות בשני היבטים: א. כאשר הודיעה הנתבעת לתובע כי ברצונה להתגרש לטעמה לא יכלו הצדדים להיות בארה"ב ועל כן התובע השלים עם הישארותה של הקטינה בישראל וכל שעשה היה לנסות ולחדש רק עבורו את הויזה. כמו כן הסכמת התובע להתגרש מהנתבעת יצרה מצב בו הנתבעת אינה יכולה להיות בארה"ב והתובע ידע זאת ועל כן הסכמתו להתגרש מהווה השלמה להישארות הנתבעת בישראל ועל כן יש להסיק כי הוא מסכים להישארות הקטינה עם האם בישראל.

139. הפסיקה קבעה בכל הנוגע לחריג ההסכמה כי לא נדרשת הסכמה מפורשת או מעשה אקטיבי וכי ניתן ללמוד על ההסכמה גם מהתנהגות משתמעת. ראו: בע"מ 741/11 פלונית נ' פלוני, סעיף 21 לפסק דינה של כב' השופטת ארבל (17.5.11).

140. בסיכומיה לא פירטה הנתבעת את התקיימות החריג הנ"ל ויש לראות אותה כזונחת טענה זו.

141. מעבר לצורך יצויין, כי התנהגות התובע לכל אורך התקופה בישראל לא יכולה להתפרש לא כהסכמה ולא כהשלמה. ראו פירוט בחלק הקודם הן לגבי הגעת הצדדים לתקופה קצובה וזמנית בישראל (בפרק הדיון לגבי מקום המגורים הקבוע של הקטינה) וכן לגבי מועד (אי) החזרת הקטינה. בחינת מועדים אלה מעידה כי לא רק שהתובע לא הסכים להישארות הקטינה בישראל אלא שפעל נמרצות מהרגע שהבין כי אין בכוונת הנתבעת לשוב עם הקטינה לארה"ב. יוזכר כי לאחר שהנתבעת לא התייצבה לראיון בשגרירות ביום 18.2.2020 הוגשה התביעה יומיים בלבד לאחר מכן ביום 20.2.2020.

142. אשר על כן אני קובעת כי לא התקיים חריג ההסכמה.

ב. <u>חריג החשש החמור - סעיף 13(ב) לתוספת לאמנה</u>

143. סעיף 13(ב) לתוספת לאמנה קובע כי גם אם נמצא כי הייתה הרחקה שלא כדין, אין חובה להורות על החזרת הקטין למקום מגוריו הרגיל היה ויוכח כי: "**קיים חשש חמור שהחזרתו של הילד תחשוף אותו לנזק פיזי או פסיכולוגי או תעמיד את הילד בדרך אחרת במצב בלתי נסבל**". חריג זה מכונה בפסיקה "**חריג החשש החמור**".

144. **הנתבעת** טוענת להתקיימות חריג החשש החמור בשני עניינים נפרדים:

א. נזק שעלול להיווצר לקטינה בניתוק מאימה.

ב. הסכנה הבריאותית לקטינה בשל נגיף הקורונה.

145. הנטל להוכחת רכיב זה הוא על הטוען לו. הפסיקה קבעה כי מדובר בנטל הוכחה כבד מאוד. ראו: בע"מ 1855/08 פלונית נ' פלוני, סעיף 33 לפסק דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה (8.4.08).

146. בסיס האמנה הינו כי טובת הילד מחייבת החזרתו המיידית למדינה ממנה נחטף. אי החזרת הילד בעטיים של אחד החריגים שמורה למצבים נדירים וקיצוניים בלבד.
ראו: בע"מ 1855/08 פלונית נ' פלוני, סעיף 23, סעיף 29 לפסק דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה (8.4.08).

147. הפסיקה פירשה את חריג החשש החמור שייגרם נזק לקטין באופן שונה המתאים להליך אמנת האג ובאופן צר יותר מבדיקת טובת הילד הנהוגה והמתבקשת במסגרת תיקי משמורת רגילים:

> **"האמנה מגלמת הסכמיות של סדר בינלאומי, החיוני בעולם גלובלי כדי למנוע "איש הישר בעיניו יעשה" (שופטים, י"ז, ו'). עיקרון זה גובר זמנית על העיקרון הבסיסי של טובת הילד ה"רגילה", קרי, נדרשים (למעט חריגים) בראש וראשונה לחובות הסדר הבינלאומי; וכדברי הנשיא ברק "זוהי 'טובת ילד' מיוחדת וצרה. אין היא המסגרת הרגילה של 'טובת הילד' הנדונה בקביעת זכות המשמורת הקבועה. זוהי 'טובת ילד' הנבחנת במסגרת העזרה הראשונה של השבת המצב לקדמותו" (עניין גבאי, בעמ' 251-252; השוו ע"א סטגמן נ' בורק, פ"ד מט(2) 431, 437-438 (1995), בפסק דינו של השופט א' גולדברג (להלן עניין סטגמן)).**
>
> **כא. בשונה מתיקי אימוץ או משמורת, מתאפיינת הקביעה במסגרת הליכים לפי האמנה בארעיות ואינה מכריעה לעניין מקום מגוריו ומשמורתו הקבועים של הילד. הסעד הניתן במסגרתה, בהתאם לתכליתה, הוא סעד של חרום במקרי חטיפה, אשר נועד להיות מהיר, דחוף ומידי. מעין "עזרה ראשונה" לשלילת תוצאות החטיפה, שהתרופה לה היא החזרת המצב לקדמותו, על מנת למנוע נזקים כתוצאה מעיכוב ההחזרה (עניין טורנה, בעמ' 46; עניין גבאי, בעמ' 251).**
> **[...] "ילד אינו חפץ, ואין לטלטלו ממקום למקום כדי לקבוע את מקום הדיון בזכויות הנוגעות לו. הילד הוא עצמו בעל זכות, וטובתו דורשת כי ההכרעה בזכויותיו תעשה במקום מגוריו הרגיל, ולא תהא מושפעת מפעולות של חטיפה" (עניין גבאי, בעמ' 251-252 לפסק דינו של הנשיא ברק). ההנחה בבסיס תפיסה זו, היא שכל בית משפט של מדינה שהיא צד לאמנה, יראה את טובת הילד כעיקרון ראשון במעלה בבואו להכריע בסוגית המשמורת (עניין**

> **דגן, בעמ' 271-272), ועל כן החזרתו למדינה ממנה נחטף אינה פוגעת בטובתו, וכי אין להלכה מניעה כי לאחר בירור מעמיק ומקיף על ידי הערכאה המתאימה יימצא, בסופו של יום, שמקומו של הילד במדינה אליה נלקח. מכל מקום, היסוד כאמור הוא הסדר הבינלאומי ושמירתו."**

ראו: בע"מ 2270/13 פלונית נ' פלוני, סעיפים כ'-כא' לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין (30.5.13).

<u>1). נזק שעלול להיווצר לקטינה בניתוק מאימה</u>

148. **האם** טוענת בסעיף 14 לסיכומיה כי הקטינה הינה תינוקת בת 16 חודשים, הקשורה לנתבעת בעבותות. מאחר ולנתבעת אין דרך חוקית לשהות בארה"ב ולעבוד בה, היא מנועה מלשוב לארה"ב. גם אם תנתן ויזה לניהול ההליך, אין לה ממה לחיות וכסף לנהל הליכים. משמעות היעתרות לתביעה הינה ניתוק בין התינוקת לאימה. הנתבעת חוזרת על כך שנדרש היה למנות מומחה לבחינת הנזק שייגרם לקטינה מניתוקה מאימה.

149. **האב** טוען שהנזק לו טוענת האם מצוי בשליטתה שלה ומקורו בהתנהגותה של הנתבעת ובסירובה שלה לשוב לארה"ב. האב טוען כי לנתבעת יש אשרת כניסה לארה"ב והיא אינה מנועה מלשוב לשם. האב מזכיר כי האם היא זו שביטלה את הראיון שנקבע לה בשגרירות לשם קבלת האשרה וכי היא אינה יכולה להסתמך על סירובה לחזור עם הקטינה כטענת הגנה לפיה הפירוד יגרום לקטינה נזק.

150. הכוונה בחריג החשש החמור הינה כי מדובר בחשש מהחזרת הקטין למדינה ממנה נחטף ולא חשש מניתוקו מההורה המרחיק:

> **"בנוסף, <u>נקבע כי החריג דנן מתייחס לנזק שייגרם לקטין כתוצאה מהחזרה למדינה שממנה הורחק</u>, <u>ולא</u> כתוצאה מחזרתו להורה שממנו נחטף, <u>או מניתוקו מההורה החוטף</u> (ראו: <u>בש"א 1648/92 טורנה נ' משולם פ"ד מו</u>(3) 38, 46 (1992)). בהתאם לכך, במקרים רבים, נדחתה טענת חוסר מסוגלות הורית של הורה המבקש את הסעד מכוח האמנה, וכן טענה כי ההורה החוטף צפוי לעמוד בפני גירוש או קושי כלכלי משמעותי כתוצאה מחזרתו עם הילד למדינה אותה עזב (ראו לדוגמה: ע"א 5532/93 גונזבורג נ' גרינוולד, פ"ד מט(3) 282 (1995)).**" (ההדגשות בקו – הוספו).

ראו: בע"מ 741/11 פלונית נ' פלוני, סעיף 25 לפסק דינה של כב' השופטת ארבל (17.5.11).

151. **<u>בכל הנוגע לטענת הנתבעת כי היה על בית המשפט למנות מומחה שיעריך את הנזק שייגרם לקטינה מניתוקה מאימה</u>** – בהחלטתי מיום 10.3.2020 נדונה בקשת האם למינוי מומחה בהיבט זה. בחנתי את הדברים גם כעת עת נפרשה התמונה כולה ולא שוכנעתי כי היה מקום למינוי כזה. במסגרת ההחלטה ציינתי את הנימוקים מדוע אין מקום למינוי מומחה שכזה במסגרת תיק אמנת האג (ראו פירוט נרחב של מכלול ההחלטה בפרק הרקע העובדתי):

> **"11. לא שוכנעתי כי הנזקים הנטענים על ידי האם בהיבטים לגביהם התבקש מינוי המומחה קשורים להיבטים הישירים להוכחת הנזק המופיעה באמנה. הם קשורים קשר ישיר להתנהלות הצדדים בהליך זה ובנסיבות השנויות במחלוקת בין הצדדים לגבי האם בוצעה הרחקה שלא כדין של הקטינה, אם לאו. בסוגיות אלה לא נדרש מינוי מומחה וניתן יהיה להכריע בהן על פי ראיות הצדדים ועדויותיהם.**
>
> **[...]**
>
> **14. אין מחלוקת כי הצדדים הגיעו לישראל לצורכי חידוש הויזה והתאמתה לעבודה בארה"ב. אין מחלוקת כי האב התייצב לראיון שנקבע לשני הצדדים בשגרירות ארה"ב והויזה שלו חודשה. האם לא התייצבה לפגישה והודיעה באמצעות ב"כ לשגרירות כי היא לא מגיעה לראיון (וכן את הסיבות להימנעותה מהגעתה בשל ההליכים המשפטיים בין הצדדים).**
>
> **15. לתיק צורפו טענות שני הצדדים לגבי יכולתה של האם לשוב לארה"ב. בדיון היום השיבה האם בכנות כי תמצה את כל ההליכים המשפטיים הנדרשים על מנת שהקטינה לא תשוב לארה"ב, ואין בכוונתה שלה לשוב לארה"ב. לכך התווספה טענת העדר הויזה וניתוק הקטינה מהאם. זכותה המלאה והחשובה של האם למצות את ההליכים המשפטיים עד תום, וזכות זו נתונה לה בדין והיא תקוים.**
>
> **16. אולם יודגש – כי גם לשיטתה של האם אין מניעה חוקית לכניסתה לארה"ב. האם יהיה ביכולתה של האם לעבוד, אם לאו ונושא ניהול ההליכים המשפטיים בארה"ב, אדרש לו במסגרת פסק הדין. הדבר אינו דורש מומחה בהיבט של נזקים לקטינה והוא קשור יותר להחלטתה של האם שלא לשוב לארה"ב. החלטה שהיא כמובן יכולה לשנות בכל רגע נתון ובהתאם כמובן לתוצאות ההליכים המשפטיים (שהרי אם תדחה**

התביעה לא תדרש לכך). שאלת הצטרפות האם לארה"ב – כן או לא – אינה קשורה לשאלה מה היה מקום המגורים הקבוע של הקטינה והאם הייתה הרחקה שלא כדין שלה. היא קשורה יותר לחלוקת משמורת וזמני שהות של הקטינה עם הוריה ולא לגדרי האמנה. "

152. נושא אפשרות חזרתה של האם לארה"ב באשרה מתאימה נדון לעיל בהרחבה, ראו בפרק "מועד (אי) ההחזרה". אולם אחדד להלן מספר דברים בהיבט הנזק לקטינה כנטען על ידי האם.

153. האב כאמור לעיל צירף חוות דעת של עו"ד האמריקאי לגבי האשרות. האם לא סתרה את חוות הדעת הנ"ל. היא אמנם טענה בחקירתה כי בדקה את הנושא אולם לא הביאה כל ראיה לאותה בדיקה נטענת. יתרה מכך בחקירתה נוצר הרושם כי המניעה איננה מניעה של שלטונות ההגירה אלא המניעה הינה אי רצונה המפורש של האם לשוב לארה"ב.

154. האם לא הראתה פעולה ממשית שעשתה לצורך בירור אפשרויות השהיה והעבודה שלה בארה"ב לאחר פרידת הצדדים. היא טענה בעת חקירתה כי ביררה זאת מול מקום עבודתה (ראו: פרוט' מיום 10.3.2020, עמ' 61, שורות 30-36) – שהוא אותו מקום עבודה שיש לה בארה"ב וכעת היא עובדת בשלוחה שלו בישראל - אך לא צירפה על כך דבר.

155. **האם** נשאלה בחקירתה והשיבה מפורשות שהיא יכולה להיכנס לארה"ב. זאת, בניגוד לנטען על ידיה בכתבי הטענות כי "היא מנועה מלשוב לארה"ב":

ש: [...] <u>רק תאשרי לי בבקשה שאת יכולה להיכנס לארצות הברית</u>, אני לא מדבר על עבודה עכשיו.

ת: <u>כתיירת בלבד</u>, בעודי לא יכולה להצהיר על כתובת מגורים כלשהי למעט מלון.

[...]

[...]

ת: <u>אני מניחה שאני יכולה להיכנס</u>. תלוי בראיון שיהיה לי באותו מקום.

<u>ככה נכנסתי בחודש ספטמבר. הצהרתי שאני נכנסת כתיירת.</u>

ש: בחודש ספטמבר נכנסת עם ויזת תייר, נכון?

ת: תייר.

ש: נכנסת לארצות הברית ושהית מספטמבר שם לאורך התקופה עד ש?

ת: לאורך חודשיים.

ש: ועבדת בתקופה הזאת?

ת: האמת עבדתי בתקופה הזאת ללא בעצם הסכם ממשי [...]".

(ההדגשות בקו – הוספו).

(ראו: פרוט' מיום 10.3.2020, עמ' 62, שורות 4-18).

156. בהמשך חקירתה **האם** סתרה את עצמה שוב והשיבה כי היא מנועה מלנסוע, על אף שאישרה שתוכל לשהות בויזת תייר:

> **"ש: אגב, <u>התמונה המלאה היא שבאמת, בגלל, שלמרות שאת יכולה להיכנס ולמרות שיש לך בן זוג שעובד</u>, מרוויח ויכול לשלם מזונות אם צריך, את <u>באמת כאשר בית משפט יחליט להחזיר את הקטינה לארצות הברית</u>, את הילדה לארצות הברית, <u>את באמת לא תסעי</u>?**
> **ת: <u>לצערי כן, כי אני מנועה לנסוע. אני לא יכולה להיכנס לארצות הברית.</u>**
> **ש: אני לא שאלתי למה. אני שאלתי את לא תסעי?**
> **ת: אז אני מסבירה שלצערי כן. אני לא אוכל לנסוע, כי ברגע שהוא עוזב אותה שם, <u>אני לא יכולה לשהות שם. אני יכולה לשהות שם בויזת תייר לחצי שנה במידה ואני אצליח להיכנס</u>."** (ההדגשות בקו – הוספו).

(ראו: פרוט' מיום 10.3.2020, עמ' 63, שורות 4-12).

ובהמשך החקירה כאשר נשאלה אם תיסע גם רק לחצי שנה, שגם לשיטתה אפשרית, השיבה כי לא תיסע:

> **"עו"ד מורן: [...] אמרת עכשיו שחצי שנה את יכולה לנסוע.**
> **העדה, גב' ---: כתיירת בלבד ללא יכולת לעבוד ולשהות על פי החוק.**
> **ש: כתיירת בלבד ללא יכולת לעבוד, חצי שנה את יכולה לנסוע. <u>את לחצי שנה נוסעת בחזרה או שאת נשארת פה?</u>**
> **<u>ת: לא, אני נשארת בארץ.</u>**
> **<u>ש: את נשארת בארץ?</u>**
> **<u>ת: כן.</u>**
> **<u>ש: גם אם בית המשפט יורה על החזרת הילדה והוא לוקח את הילדה?</u>**
> **<u>ת: אז אני אערער קודם לעליון ואני אעשה את כל מה שאני יכולה כדי למנוע את החזרת הילדה</u>. יותר מזה, אם הילדה שם, אני לא יכולה לראות אותה. אם הילדה פה, אין שום מניעה ממנו לראות אותה, כי הוא יכול לשהות פה והוא יכול לעבוד מפה ואין שום פגיעה בו למעט פגיעה כלכלית.**
> **<u>ש: התשובה היא שאת לא חוזרת?</u>**
> **<u>ת: לצערי אני לא אוכל לחזור. זה מונע ממני לחזור</u>."** (ההדגשות בקו – הוספו).

(ראו: פרוט' מיום 10.3.2020, עמ' 64, שורות 4-18).

157. במסמך **Guide to Good Practice של HCCH**, מופיעה התייחסות גם למצב שבו ההורה המרחיק מעלה טענה כי השבת הקטין לארץ המוצא תגרום נזק לקטין בשל מניתוקו מאותו הורה שלא שב עימו לארץ המוצא. נקבע שם כי אין לאפשר מצב שבו הורה קובע כי לא ישוב לארץ המוצא ואז טוען לגרימת נזק של החשש החמור שנגרם בשל עצם אי הסכמתו לשוב:

> **"In some situations, <u>the taking parent unequivocally asserts that they will not go back to the State of the habitual residence, and that the child's separation from the taking parent, if returned, is inevitable</u>. In such cases, even though the taking parent's return with the child would in most cases protect the child from the grave risk, any efforts to introduce measures of protection or arrangements to facilitate the return of the parent may prove to be ineffectual since <u>the court cannot, in general, force the parent to go back.</u> It needs to be emphasised that, as a rule, <u>the parent should not – through the wrongful removal or retention of the child – be allowed to create a situation that is potentially harmful to the child, and then rely on it to establish the existence of a grave risk to the child</u>."**
>
> (ההדגשות בקו – הוספו).

ראו:

Guide to Good Practice, Part VI – Article 13(1)(b) of the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction.

עמ' 47, סעיף 72.

https://assets.hcch.net/docs/225b44d3-5c6b-4a14-8f5b-57cb370c497f.pdf

158. **שוכנעתי כי המפתח הן ליצירת הנזק הנטען והן לפתרונו – נמצא בידיה של הנתבעת.** האם לא הוכיחה כי המניעה לנסיעה לארה"ב קשורה לשלטונות ארה"ב או לאב. אין מדובר במקרים שנדונו בפסיקה, וגם להם ניתן מענה, כי ההורה המרחיק צפוי להליכים פליליים בשל החטיפה וחששו מהחזרה מוצדק (וגם אז ניתנה אפשרות להסתייע ברשות המרכזית לסיוע בהסדרת הויזה) (ראו למשל: רע"א 7994/98 דגן נ' דגן פ"ד נג(3) 254, 283). זה איננו המקרה שבפני.

159. **אשר על כן מאחר וטענת הנזק שייגרם לקטינה בשל הניתוק מאימה הוא נזק התלוי כול כולו ברצונה של האם, חריג החשש החמור בעניין זה אינו מתקיים.**

<u>2). הסכנה הבריאותית לקטינה בשל מגפת הקורונה</u>

160. האם ביקשה בסיפת הסיכומים בסעיף 16 כי בימ"ש יורה על דחיית ההכרעה בתיק ויורה על איסור הוצאת הקטינה מהארץ עד אשר יוסרו ההגבלות מטעם משרד הבריאות וארגון הבריאות העולמי. אין בידי לקבל בקשה זו, מהפן הדיוני ומהפן המהותי.

161. הימים ימים קשים עבור מרבית מדינות העולם. מגפת הקורונה מחייבת התמודדויות שלא היו מוכרות לעמי העולם בעידן המודרני. הורגלנו לעולם חסר גבולות ומגבלות וכעת בשל מגפת הקורונה, מדינות העולם הגדירו מחדש את גבולותיהן על מנת להגן על אזרחיהן.

162. יצויין כי בהודעת מנהל בתי המשפט בדבר סוגי עניינים שיידונו בבתי המשפט לפי תקנות בתי המשפט ולשכות ההוצאה לפועל (סדרי דין במצב חירום מיוחד), התשנ"א-1991 נקבע בסעיף 3(4) כי בית המשפט לענייני משפחה ימשיך וישמע דיונים בעניין האמנה. יוצא מכך כי לו היה סבור המחוקק ומחוקק המשנה והוראות המנהל, כי מצב החירום מונע תחולת האמנה בעת הזו, כך היה מורה. אולם **ההוראה הינה מפורשת וברורה – בהליכים על פי האמנה יש להמשיך ולדון על אף מצב החירום. ללמדך על חשיבות המשך השגרה בכל הנוגע להרחקת ילדים שלא כדין גם בעת הזו.**

163. **העדר ההסכמה בין ההורים מחייב את בית המשפט בפרט בתקופה זו לעמוד על זכויותיה של הקטינה ולדאוג כי זכויותיה, רווחתה וטובתה יקוימו גם בנסיבות הקשות השוררות בחוץ. יש חשיבות רבה כי דווקא בימים בהם אי הוודאות רבה, ישמע קול רם וצלול כי זכויות קטינים אינם הפקר וכי אין לנצל את מצב החירום לקביעת עובדות בשטח המתעלמות מזכויות הקטינה, מזכויות אביה, ומתעלמות מההוראות באמנות בינלאומיות שנועדו לדאוג לזכויות קטינים ונועדו להסדיר מצבים משפטים מורכבים ודחופים בין מדינות.**

164. כפי שציין כב' השופט עמית לפני מספר ימים (בהיבט שלטוני שאינו קשור לעניין שבפני, אך יש בו להשליך על ההתנהלות המצופה בין אדם לחברו דווקא בימים אלה, ובפרט עת בית המשפט דן בעניין הגנה על החלשים בחברה (דוגמת קטינים)), דווקא בעת הזו עלינו לקיים את הדין ואף ביתר שאת:

"[...] **בתקופות קשות, שומא עלינו לשמור על החישוקים והיצולים של המרכבה, לבל תתפרק. דווקא בתקופה הרגישה והקשה בה אנו נמצאים, אין לחתור תחת עצם קיומה של השיטה ואין לחרוג מכללי המשחק הכתובים והנוהגים.**"

בג"ץ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל ואח' נ' יושב ראש הכנסת ואח' (23.3.2020) פיסקה 1 לפסק דינו של כב' השופט עמית.

165. **האם** טוענת כי לאור מגפת הקורונה חשיפת הקטינה לשדות תעופה ולטיסה מסכנת את בריאותה. לטענת האם מדובר במצב חירום אותו חווה העולם כולו, ונראה כי אפילו מערכת המשפט לא התמודדה עם מצב מאין זה בעבר, והתובע מתעלם ממנו כליל (כך בלשונה בסעיף 14 לסיכומיה). לסיכום חלק זה בסיכומים טוענת הנתבעת כי: "**קיימת סכנה בריאותית אמיתית לקטינה, וכל יום המצב מחמיר ומעלה את הסיכון לנזק באם תוטס. לפי דברי המומחים, המגפה בארה"ב איננה בשליטה בשלב הזה**". כמו כן צירפה האם לסיכומיה בנספח 10 תכתובות בין ב"כ הצדדים הכוללים התייחסות כל אחד מהם לרמת הסיכון הנשקפת לקטינה. כמו כן צירפה בנספח 11 לסיכומיה כותרת מאמר מאתר YNET: "יותר מסין: ארה"ב ראשונה במספר חולי הקורונה".

166. **האב** טוען בסעיף 76 לסיכומיו כי יש לדחות את הטענה לגבי הנזק הבריאותי לקטינה, לו יורה בית המשפט על חזרתה לארה"ב. האב טוען, תוך הפניה לאתר האינטרנט של שירותי בריאות כללית, כי הסיכוי להידבקות לילדים בגילה של הקטינה נמוך ביותר, וכן כי על פי נתונים שפורסמו אחוז ההידבקות בקליפורניה נמוך פי 3.5 מישראל בהשוואה למספר התושבים. כמו כן מאזכר האב כי בארה"ב לקטינה יש ביטוח רפואי רחב ומקיף, כאשר בישראל אין לה כל ביטוח רפואי.

167. **ייאמר ברורות מצב החירום מעלה עימו תחושות חרדה ודאגה לגיטימיות וטבעיות, והרצון של שני ההורים להגן על הקטינה ולשמור אותה מכל רע - ברור ונדרש. על כן גם נבחן נושא ביטוח הבריאות של הקטינה בכל מדינה, על אף שגם סוגיה זו חורגת מהיבטי האמנה הקלאסיים. יצויין כי איש מההורים אינו טוען כי לקטינה צרכים בריאותיים מיוחדים או חריגים הדורשים התייחסות מיוחדת דווקא בישראל.**

168. האם לא התייחסה בסיכומיה לשילוב של שני עניינים מהותיים: העובדה שמגפת הקורונה מהווה משבר גם בישראל וגם בסן פרנסיסקו, והעובדה כי לקטינה יש כיסוי רפואי טוב בהרבה בארה"ב מאשר בישראל.

169. החשש המתואר באמנה מתייחס לנזק שייגרם לקטין כתוצאה מההחזרה למדינה שממנה הוא הורחק. על הנתבעת היה להוכיח כי קיים חשש חמור שהחזרתה של הקטינה תחשוף אותה לנזק פיזי-בריאותי בסן פרנסיסקו דווקא. אולם בענייננו – המצב המשברי הבריאותי קיים בשתי הארצות והקטינה חשופה לאותו סוג סיכון בשתיהן. כאשר לכך יש להוסיף כי לקטינה מענה בריאותי רחב והולם יותר דווקא בסן פרנסיסקו.

170. במסמך **Guide to Good Practice של HCCH**, מופיעה התייחסות גם לנושא הטענה לגבי סיכון בריאותי לקטין מהחזרתו לארץ המוצא, ונקבע כי ההתמקדות צריכה להיות האם ניתן לספק טיפול רפואי לקטין בארץ המוצא. כמו כן נקבע כי החשש החמור יתקיים רק כאשר הקטין נדרש לטיפול רפואי דחוף או מיוחד שאינו ניתן בארץ המוצא או שמצבו הרפואי של הקטין אינו מאפשר את נסיעתו חזרה:

> **"<u>In cases involving assertions associated with the child's health, the grave risk analysis usually should focus on the availability of treatment in the State of habitual residence of the child</u>, and not on a comparison between the relative quality of care in each State. <u>A grave risk will typically be established only in situations where a treatment is or would be needed urgently and it is not available or accessible in the State of habitual residence, or where the child's health does not allow for travel back to this State at all</u>".** (ההדגשות בקו – הוספו).

ראו:

Guide to Good Practice, Part VI – Article 13(1)(b) of the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction.

עמ' 42, סעיף 62.

https://assets.hcch.net/docs/225b44d3-5c6b-4a14-8f5b-57cb370c497f.pdf

171. בעת **חקירת האב** הוא נשאל לגבי הכיסוי הרפואי של הקטינה בכל מדינה:

> **"ל--- אין ביטוח בריאות בישראל. אם עכשיו קורה לה משהו, אין לנו דרך לטפל בצורה שהיא, בוא נגיד (לא ברור), והביטוח בריאות בארצות הברית היה גם עבורי, גם עבור האם, גם עבור הילדה, והיא מקבלת שם את הטיפול הרפואי הטוב ביותר. בארץ לעומת זאת, היא לא מקבלת טיפול רפואי כי היא לא מבוטחת בשום מקום, היא לא רשומה במרשם האוכלוסין וכו'."** (ההדגשות בקו – הוספו).

ראו: פרוט' מיום 10.3.2020, עמ' 49, שורות 18-13.

172. גם **האם בחקירתה** אישרה את אותם הפרטים לגבי הכיסוי הרפואי לקטינה בכל מדינה:

> **"ש: ולילדה יש ביטוח בארצות הברית?**
>
> **ת: יש לה ביטוח בארצות הברית.**
>
> **ש: ולך יש ביטוח בארצות הברית?**
>
> **ת: כן, מטעם העבודה שלו נעשה לכולנו ביטוח.**
>
> **[...]**
>
> **ת: אם אנחנו שוהים שם אפילו חודשיים, אנחנו צריכים ביטוח. לעומת זאת, פה לא עשינו.**
>
> **ש: קופת חולים יש לכם בישראל?**
>
> **ת: נמנע ממני לעשות כרגע."** (ההדגשות בקו – הוספו).

ראו: פרוט' מיום 10.3.2020, עמ' 67, שורות 36-34, עמ' 68, שורות 6-1.

173. הצגת האם בסיכומיה כי האב מעוניין לסכן את בתו בשל התעקשותו להשיבה לארה"ב, אין לה אחיזה בראיות. **האב** נשאל לגבי מצב הקורונה והשיב לגבי הטיפול הרפואי והכיסוי הביטוחי:

> **"[...] המצב של הקורונה כמו שאתם יודעים הוא מצב בעייתי בכל העולם, לא רק, המצב אגב בישראל הוא יותר חמור מהמצב בקליפורניה. השכיחות של נדבקים לעומת גודל האוכלוסיה הוא גדול לאין שיעור בישראל לעומת קליפורניה. ל--- יש ביטוח בריאות בארצות הברית, אין לה ביטוח בריאות בישראל. אם חס וחלילה קורה לה משהו, אז זה המקום שבו היא צריכה להיות. מעבר לזה, אין, עד כמה שידוע לנו ואני ניזון מהידיעות בתקשורת, לילדים כמעט ואין סכנה, הסכנה היא שולית עד לא קיימת, וכל הטענה הזאת של הקורונה זה טענה, עוד פעם, רק לצרכי ההליך הזה. זה המקום מגורים שלה ואם אנחנו נצטרך, אין צורך בכלל שנחזור לבידוד פה, אלא אם כן יתנהלו פה כל מיני הליכים, ואני אקבל**

את ההחלטות בהתאם כמובן למצב שאני לא אפשר [מדובר טעות סופר – צ"ל: "אפר" – ת.ס.פ] **את החוק."**

ראו: פרוט' מיום 10.3.2020, עמ' 55 שורות 34-24.

174. אין מחלוקת כי מגפת הקורונה קיימת בשתי המדינות. כמו כן מחקירות הצדדים הוכח שדווקא הישארות הקטינה בישראל ללא כיסוי רפואי וללא קופת חולים מסוכנת לה יותר מאשר חזרה לארץ מוצאה שם היא אזרחית ושם יש לה ביטוח רפואי מתאים.

175. **הוכח כי המענה הרפואי שניתן לאפשר לקטינה בארה"ב טוב מהמענה בישראל לאור הכיסוי הביטוחי שם. מאחר ומשבר מגפת הקורונה קיים בשתי הארצות ואינו קשור למצבה הבריאותי של הקטינה, חריג החשש החמור בעניין זה אינו מתקיים.**

176. **אשר על כן ולאור האמור לעיל אני קובעת כי לא התקיים חריג החשש החמור בענייננו לגבי שני הנזקים שנטענו על ידי האם.**

ג.(4). <u>התנאים לצורך החזרת הקטינה</u>

177. לאחר שמצאתי כי התקיימו כל הקריטריונים הנדרשים באמנה להחזרת הקטינה יש מקום להורות על מספר תנאים לצורך החזרת הקטינה. שני הצדדים לא התייחסו לנושא זה בסיכומיהם.

178. במסגרת עמ"ש 2070-07-19 א. נ' ג. (17.7.2019) פיסקה 34 לפסק הדין הודגשה החשיבות של הסדרת התנאים להשבת הקטינים לארץ המוצא:

> "**מעת שמורה בית המשפט על החזרת הקטינים למקום מגוריהם הרגיל ראוי שיוסיף ויקבע אף את התנאים לחזרה וזאת על מנת להבטיח את ביטחונם ושלומם הפיזי והנפשי של הקטינים בתקופה הראשונה שלאחר החזרה ועד אשר יפנה הצד המעוניין לערכאות המקומיות לצורך הסדרת פרטי המשמורת ומהלכיה וינתן מענה לפנייתו (לעניין הצורך בקביעת תנאי האחזרה להבטחת שלום הקטינים והסדרה ראויה של החזרה ראו, כדוגמה – ע"א 4391/96** רו נ' רו **(1997); תמש 38430/00 (תל אביב)** פ. נ. פ. **(2000); תמ"ש 103880/99 (תל אביב)** פלוני נ' פלוני **(2001) ורבים אחרים).**"

עמ"ש 2070-07-19 א. נ' ג. (17.7.2019) פיסקה 34 לפסק הדין. בר"ע לעליון שהוגשה גם בהיבט תנאי החזרה נדחתה במסגרת בע"מ 5041/19 פלונית נ' פלונית (8.8.2019).

179. לצורך הבטחת שלומה של הקטינה והבטחת שובה בבטחה לארה"ב וכן אפשרות לאם לחזור לארה"ב ניתנות על ידי להלן הוראות שנועדו להבטיח את שובה של הקטינה תוך הבטחת אפשרות מגורים ואשרה לאם בארה"ב. בכך הדבר יהווה מענה לאיזון בין זכויות הצדדים ולפערים גם כלכלים שעלו במסגרת דיון ההוכחות.

180. הקטינה תשוב באמצעות הפעלת כרטיס הטיסה הקיים שמועדו נדחה בלבד. באחריות האב לטפל מול חברת התעופה וכן מול הרשות המרכזית בישראל לצורך הבטחת טיסה ותנאיה בצורה הבטוחה ביותר. ככל שלא ניתן בשל מצב החירום להקדים את כרטיס הטיסה ירכוש האב על חשבונו כרטיס חזרה עבורו ועבור הקטינה. ככל שהאם תסכים להצטרף יישא האב גם בתשלום כרטיס הטיסה עבור האם.

181. הרשות המרכזית בישראל תפעל מול הרשות המרכזית בארה"ב, לסייע לאם להשגת אשרת השהייה בעת ההליכים המשפטיים בסן פרנסיסקו. שני הצדדים ישתפו פעולה לצורך כך.

182. ככל שהאם תשנה את דעתה ותשוב עם האב והקטינה לארה"ב – ישכור האב לאם דירה בקרבת הדירה הנוכחית בשכירות שלא תפחת משכר הדירה המשולם עבור דירת הצדדים כעת. על הדירה להיות בקרבת מקום לדירה הנוכחית של הצדדים. שכר הדירה ישולם על ידי האב עבור 6 חודשים.

<u>פסיקת הוצאות ההליך</u>

183. סעיף 26 לתוספת לאמנה קובע בין היתר כי: "בבואן לצוות על החזרת הילד או להוציא צו בנוגע לזכויות ביקור בהתאם לאמנה זו, רשאיות הרשויות השיפוטיות או המינהליות להורות, לפי הצורך, לאדם אשר הרחיק את הילד או לא החזירו או אשר מנע מימוש זכויות ביקור, **לשלם את ההוצאות ההכרחיות שנגרמו למבקש, או שנגרמו מטעמו, לרבות הוצאות נסיעה, עלויות או תשלומים שנעשו לשם איתור הילד, הוצאות עבור ייצוג משפטי של המבקש, ואלה שלעניין החזרת הילד**". בנוסף תקנה 295טז. לתקנות סדר הדין האזרחי קובעת כי: "נתן בית המשפט פסק דין להחזרת הילד, רשאי הוא להטיל על המשיב את הוצאותיו של התובע, לרבות הוצאות נסיעה, הוצאות הכרוכות באיתור הילד, שכר טרחת עורך דין והוצאות הכרוכות בהחזרת הילד."

ראו גם: עמ"ש 17278-07-11 פלוני נ' פלונית סעיף 20 לפסק דינו של כב' השופט שנלר (2.4.2012) לגבי פסיקת הוצאות גבוהה מותאמת להליכי אמנת האג.

184. האב עתר בסיכומיו לחיובה של האם בהוצאותיו עבור ניהול ההליך, השהות בישראל והעלויות עבור חוות דעת המומחים ושכ"ט עורכי דין בשיעור של כ-250,000 ₪. אולם לא צורפו אסמכתאות. האם טענה בסיכומיה כי ההוצאות הריאליות שנגרמו לה היו בסכום דומה בסך של 215,000 ₪. גם היא לא צירפה אסמכתאות.

185. בסופו של יום ולאחר בחינת ההליך ותוצאתו אני פוסקת את הוצאותיו של האב בסך של 58,500 ₪. אני סבורה כי פסיקה זו, אף אם איננה ריאלית ואיננה מהווה שיפוי מוחלט של הוצאותיו של האב תהווה שיפוי מסויים שיש בו כדי להוות סכום מאוזן בין הצדדים הלוקח בחשבון את מהירותו של ההליך עם המאמצים הרבים שהשקיעו ב"כ שני הצדדים בניהולו. האם תישא בתשלום הוצאות אלה בתוך 30 יום, ולא – יישאו ההוצאות הפרשי ריבית והצמדה כדין.

ד. סיכום

186. **אשר על כן ולאור התקיימות תנאי האמנה, אני מורה על קבלת התביעה ועל החזרתה של הקטינה לארה"ב, קליפורניה, סן פרנסיסקו.**

187. ניתנות בזה הוראות הביצוע כדלקמן:

א. הרשות המרכזית תסייע לאב בביצוע ההסדרים ככל שניתן לאור מצב החירום השורר בישראל לצורך השבת הקטינה לסן פרנסיסקו.

ב. הרשות המרכזית בישראל תפעל מול הרשות המרכזית בארה"ב, לסייע לאם להשגת אשרת השהייה בעת ההליכים המשפטיים בסן פרנסיסקו. שני הצדדים ישתפו פעולה כנדרש לצורך קבלת הוויזה, וינקטו את כל הצעדים הנדרשים מהם לשם השגתה.

ג. האב ידאג להקדמת כרטיסי הטיסה הקיימים. ככל שמפאת מצב החירום הדבר אינו אפשרי ישא האב בעלויות כרטיס הטיסה שלו ושל הקטינה. ככל שהאם תסכים לשוב לארה"ב יחד עימם, ישא האב גם בעלות כרטיס הטיסה של האם (ככל שלא ניתן באמצעות הכרטיס הנוכחי).
באחריות האב לטפל מול חברת התעופה וכן מול הרשות המרכזית לצורך הבטחת טיסה ותנאיה בצורה הבטוחה ביותר.

ד. תסרב האם להחזיר הקטינה לארה"ב, יוכל האב לעשות כן לבדו והרשות המרכזית ומשטרת ישראל מתבקשים לסייע לו בכך.

ה. ככל שהאם תשנה את דעתה ותשוב עם האב והקטינה לארה"ב – ישכור האב לאם דירה בקרבת הדירה הנוכחית בשכירות שלא תפחת משכר הדירה המשולם עבור דירת הצדדים כעת. על הדירה להיות בקרבת מקום לדירה הנוכחית של הצדדים. שכר הדירה ישולם על ידי האב עבור 6 חודשים.

ו. ניתן עיכוב ביצוע של פסק הדין עד ליום 5.5.2020 על מנת לאפשר זכות ערעור.

188. פסק הדין ניתן לפרסום בהשמטת שמות ופרטים מזהים.

189. **<u>המזכירות</u>** תסגור את התיק.

190. **<u>המזכירות</u>** תמציא את פסק לב"כ הצדדים ותודיעם טלפונית כי ניתן פסק הדין.

ניתן היום, י"א ניסן תש"פ, 05 אפריל 2020, בהעדר הצדדים.

