



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

לפני כב' השופטת איריס אילוטוביץ' סגל

התובעת:

איה בירן נירקו

ע"י ב"כ עו"ד שמואל מורן, אבי חיממי, עמרי דרור, יפעת
שרון-הדס ונועה גלרמן-ליאל

נגד

הנתבע:

שמואל פלג

ע"י ב"כ עו"ד רונן דליהו, בעז בן צור, חגי הלוי, עידן סגר,
הדס זלקוביץ, מקסים ליפקין ודוד רוזן

בעניין הקטין: איתן משה בירן, יליד 1.7.2015 ת.ז. 340129246 (להלן - "איתן/הקטין")

פסק דין

(סעיפים שאינם מותרים בפרסום נשמטו מפסק הדין)

והשמש רוצה לזרוח בהירה כתמיד
כמו דבר לא אירע במשך הלילה.
רק אותי פקד האסון, רק אותי,
אך השמש חולקת אורה לכולם.

....

תכופות אני חושב: הם רק יצאו לשעה קלה
ועכשיו יחזרו הביתה.
היום בהיר, אל תדאג,
הם רק יצאו לטיול ארוך.
אומנם כן, הם רק יצאו להם
ועכשיו הם בדרכם הביתה.
אל תדאג, היום בהיר,
הם רק יצאו לטיול, שם, גבוה.
הם פשוט הקדימו אותנו בדרכם,
ואינם חושבים על חזרה הביתה.
נצא לפגוש אותם שם, גבוה
באור החמה, כה בהיר הוא היום,
שם, גבוה.

....

במזג אוויר כזה, בסופה הזאת, ברוח הסערה הזאת,
הם שרויים במנוחה כבבית אמם:
כל סופה לא תפחידם,
הם חוסים ביד האל.



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

(מתוך פרידריך ריקרט שירים על מות ילדים)

פתח דבר

ביום 23.5.2021 קרה אסון.

ברכבל סטרסה-אלפינו-מוטרונה, אי שם מעל לחופי אגם מאג'ורה ובדרך לפסגת הר מוטרונה, במהלך נסיעה שגרתית ברכבל, נקרע לפתע הכבל המושך את הקרון אשר צנח מגובה של כעשרים מטרים אל עבר מורדות ההר שמתחתיו, היישר אל התהום.

בנוף פסטוראלי עוצר נשימה, חייהם של ארבעה עשר מתוך חמישה עשר נוסעי הקרון נגדעו באבחה אחת וליבם חדל לפעום, לתמיד. ביניהם היו הוריו של איתן – טל ועמית, אחיו הקטן של איתן – טום, סבא רבא של איתן – יצחק וזוגתו, שלושה זוגות איטלקיים, וזוג איטלקי נוסף ובנם בן החמש זכרם לברכה. איתן הוא הניצול היחיד של האסון הקשה הזה. משפחות שלמות ביכו את יקיריהם. כאבם האישי נגע בכולנו. טרגדיה קשה מנשוא פקדה את המשפחה מושא ההליך שלפניי. איתן נפצע פצעים קשים ואושפז בבית החולים כאשר הוא מונשם ומורדם.

ביום 25.5.2021, ליד מיטתו של איתן, מונתה דודתו איה כ-"tutore" (אפוטרופוס), בהסכמתו של שמואל, סבו של איתן מצד אמו. בין איה לבין שמואל נתגלעה מחלוקת קוטבית בנוגע לטיב ההסכמה שניתנה. מחד גיסא, טען שמואל, כי ההסכמתו היתה למינוי זמני בלבד ולצורך טיפול רפואי דחוף לאיתן. ההסכמה ניתנה מעל מיטתו בבית החולים שבטורינו, כאשר בד בבד טיפל שמואל בזיהוי הגופות וארגון הטסתן לישראל. מאידך גיסא, טענה איה, כי ההסכמה היתה מדעת וקיבלה תוקף של פסק דין ביום 26.5.2021. אשרור נוסף לגבי מינויה כאפוטרופוס ניתן עם דחיית הערעור שהגיש שמואל ובפסק דין נוסף מיום 9.8.2021 אשר דחה את בקשתו לקבל אפוטרופסות על איתן. שמואל ביקש להשיג על פסק הדין והגיש על כך ערעור.

ביום 11.9.2021, במסגרת זמני ביקור אשר היו לשמואל עם איתן, וללא הסכמתה או ידיעתה של איה, נסע שמואל עם איתן במכוניתו, וחצה את הגבול שבין איטליה לשווייץ. שם, במטוס פרטי ששכר מבעוד מועד, טס עם איתן לישראל.

בשעה 20:00 שלח שמואל הודעה לאיה – "איתן הגיע הביתה". איה יצאה לחניית ביתה כדי לקבל את פניו של איתן. לדאבונה, איתן לא היה שם. איה הבינה כי שמואל חטף את איתן לישראל. מקרה זה חוצה גבולות ומכיל כאב רב. כאבן של המשפחות, אשר נותרו בצל הטרגדיה, ונאחזות בשריד האחרון של מה שנותר מילדיהם ונכדיהם האהובים, אשר נפטרו בטרם עת. חבל הרכבל שנקרע, גרם מבלי משים לקרע במשפחות פלג – בירן. איתן הקטן, ילד אהוב כבן 6, בעל כורחו הפך באחת למוקד המאבק שבין שתי המשפחות.



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

המקרה חריג בנוף התובענות של חטיפת ילדים על פי אמנת האג. נוכח העובדה שהצדדים שלפניי הם אינם ההורים הטבעיים של איתן אלא מדובר בדודתו ומי ש"חטף" אותו – הוא סבו.

העולם כבר מזמן הפך לכפר גלובאלי. יכולת הניידות בין מדינה למדינה היא פשוטה. כבר אין צורך לשוט במי הים שבועות ארוכים ולחצות אוקיינוסים כדי להגיע ל"עולם חדש". מציאות זו הפכה את האפשרות לחטוף ילדים ולהעבירם ממדינה למדינה קלה למימוש. הנה כי כן, ההליך שלפניי נשלט על ידי חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), התשנ"א-1991 (להלן – "**חוק אמנת האג**" או "**החוק**") שישראל חתמה עליו בשנת 1991 והמקנה בישראל מעמד נורמטיבי מחייב לאמנת האג (האמנה בדבר ההיבטים האזרחיים של חטיפה בינלאומית של ילדים, כ"א 31, 43 (נפתחה לחתימה ב-25.10.1980) (להלן – "**אמנת האג**" או "**האמנה**"), ומונים לה היום, דרך מקרה, 41 שנה. האמנה בקשה להשיג שיתוף פעולה בין מדינות העולם בהתמודדות כנגד תופעת חטיפות ילדים על ידי מי מהוריהם, שהלכה והתפשטה לה. ובמקרה שלפניי בין דודתו של איתן אשר מונתה באיטליה להיות ה-"tutore" (אפוטרופוס), לבין סבו.

השאלות הדורשות הכרעה

1. השאלות העיקריות הדורשות להכרעה בענייננו:
ראשית, האם איתן הורחק שלא כדין מאיטליה לישראל?
שנית, האם יש להורות על השבתו של איתן בחזרה לאיטליה על פי הוראות האמנה?
2. כדי להכריע בשאלות עיקריות אלה, תחילה יש להכריע במספר שאלות משנה:

(א) האם איטליה היא מקום מגוריו הרגיל של איתן?

במסגרת שאלה זו יש לבחון בין היתר איזה משקל יש לתת לכוונת הוריו המנוחים של איתן בבחינת מקום מגוריו הרגיל. עוד נבחן האם עתה לנוכח הטרגדיה שקרתה נקודת האיזון השתנתה ויש להידרש גם לבחינת מקום מגורי ה-"tutore".

(ב) האם התובעת הייתה בעלת זכויות משמורת?

במסגרת שאלה זו יש לבחון מה הן זכויותיו וסמכויותיו של ה-"tutore" על פי הדין האיטלקי. בשים לב למקרה הייחודי שלפניי – יש להידרש לסוגיה ולבחון כיצד העובדה כי הצדדים שלפניי אינם הוריו של הקטין משפיעה על בחינת שאלה המשמורת, אם בכלל.

(ג) האם מתקיים "חריג הנזק" בענייננו לו טען הנתבע?



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

במסגרת שאלה זו, יש לבחון התקיימותו של חריג "החשש החמור", ולהוכיח קיומו של קשר סיבתי בין החזרת הקטין למדינת המוצא לבין הנזק אשר עתיד להיגרם לו. שאלות אלה ואחרות תעמודנה במרכז הדיון שלפניי.

עובדות רלוונטיות והשתלשלות ההליכים המשפטיים

3. לפניי תובענה לפי חוק אמנת האג והתוספת לחוק (הלוא היא האמנה), אותה הגישה דודתו של איתן נגד סבו (אביה של האם המנוחה), במטרה להורות על השבת איתן לאיטליה.

4. בין הצדדים שנויה מחלוקת בעניין הזכויות והסמכויות שניתנו לתובעת במסגרת מינוי ה-tutore. אמנם בכתב התשובה לא השיג הנתבע על תרגומה של התובעת למונח tutore כאפוטרופוס, ואף הוא התייחס למינויה של התובעת ככזה. עם זאת, תוך כדי התקדמות ההליך החל הנתבע לטעון כי אין לפרש את המונח tutore כאפוטרופוס כפי שמוכר לנו בדין הישראלי. לשיטתו, זכויותיו וסמכויותיו של ה-tutore פחותות, וכי למונח זה אין מקבילה בדין הישראלי. משכך, כדי לדייק ולעשות מלאכתי שלמה, אשתמש במונח tutore כפי שמופיע בדין האיטלקי, ואצוק לתוכו תוכן על פי הדין האיטלקי והפרשנות הנדרשת, כפי שהונח לפניי במהלך ההליך דנן.

הצדדים והרקע שאינו שנוי במחלוקת

5. התובעת נולדה בישראל. אחותו של עמית בירן ז"ל ודודתו של איתן. מתגוררת באיטליה מאז שנת 2004 עת החלה ללמוד שם רפואה. נשואה ואמא לשתי בנות: א. (בת גילו של איתן) וא. כבת 8.

6. הנתבע נולד בישראל. מתגורר בפתח תקוה. אביה של טל פלג ז"ל, סבו של טום ז"ל וסבו של איתן שיבדל לחיים ארוכים.

7. ביום 16.1.2015 נישאו הוריו ז"ל של איתן זה לזו בישראל.

8. ביום 1.7.2015 נולד איתן להוריו – עמית בירן ז"ל (להלן – "האב המנוח" או "עמית ז"ל") וטל פלג ז"ל (להלן – "האם המנוחה" או "טל ז"ל") בישראל.

9. בחודש אוגוסט 2015, עת היה איתן כבן חודש ימים, עברה משפחתו להתגורר באיטליה.

10. לאיתן שתי אזרחויות: ישראלית ואיטלקית; וכך בהתאמה שני דרכונים: דרכון ישראלי ודרכון איטלקי.



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

11. כשנה לאחר המעבר לאיטליה, החל האב המנוח את לימודיו בפקולטה לרפואה באוניברסיטת פאביה. עובר לפטירתו היה האב המנוח סטודנט בשנה החמישית (מתוך שש).
12. ביום 23.5.2021 נהרגו הוריו של איתן באסון הרכבל באיטליה. באותו אסון נהרגו גם אחיו, סבא רבא של איתן, ובת הזוג של הסבא רבא. איתן נפצע קשה באסון (הורדם והונשם) ונזקק לטיפול רפואי שניתן לו בבית החולים בטורינו.
13. ביום 25.5.2021 התקיים דיון בבית החולים שבטורינו לפני כבוד השופטת רוברטה דוטה, שהיא שופטת "tutelar". בדיון נכחו גורמים מבית החולים, התובעת, הוריה ואחיה של התובעת, הנתבע, ובנו של הנתבע – מר גיא פלג.
14. ביום 26.5.2021 ניתן צו למינוי התובעת כ-tutore על איתן על ידי בית המשפט בטורינו (להלן – "צו המינוי").
15. ביום 4.6.2021 הועבר הטיפול המשפטי בהליכי המינוי של התובעת כ-tutore מבית המשפט שבטורינו לבית המשפט שבפאביה.
16. ביום 7.6.2021 הגיש הנתבע ערעור על צו המינוי לבית המשפט לערעורים שבטורינו. ערעור זה נדחה ביום 10.6.2021.
17. ביום 8.6.2021 הגישו הנתבע וסבתו של איתן, הגברת אתי כהן (להלן – "הסבתא") בקשה לביטול או להחלפת ה-tutore בבית המשפט שבפאביה (להלן – "הבקשה להחלפת המינוי").
18. עוד באותו היום ה-8.6.2021 הגישה התובעת הודעה לבית המשפט בטורינו שממנה עולה כי איתן עתיד להשתחרר מבית החולים למחרת, וכי את המשך שיקומו יעבור בבית התובעת (נספח 7 לסיכומי התובעת).
19. ביום 10.6.2021 שוחרר איתן מבית החולים בטורינו ועבר להתגורר בביתה של התובעת, בפאביה שבאיטליה.

פסק הדין מיום 9.8.2021

20. ביום 9.8.2021 נדחתה בקשת הנתבע והסבתא לביטול המינוי או החלפת ה-tutore בפסק דין מנומק הארוז כעשרים עמודים, מפי כבוד השופטת ד"ר מיקלה פנוצ'י. טרם מתן פסק הדין התקיימו מספר דיונים, נשמעו עדויות של המטפלים באיתן ושל הצדדים ויתר בני המשפחה המורחבת של שני



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 24437-09-21 בירן (קטין) נ' פלג

הצדדים. במסגרת פסק הדין נדחו כל טענות הנתבע כנגד התובעת. צו המינוי שניתן לתובעת נותר על כנו (להלן – "פסק הדין מיום 9.8.2021").

21. לשם הנוחות להלן עיקר ההוראות שניתנו בפסק הדין מיום 9.8.2021:
- נדחתה בקשת הנתבע והסבתא לקבל חסות על איתן חלף התובעת;
 - נדחתה הבקשה לבטל את המינוי של התובעת כ-tutore;
 - נדחה הטיעון לחוסר כשירות של התובעת, והושארה בידה כל החלטה בנושאי נוכחות ומפגשים עם קרובי משפחה מצד האם ז"ל עם איתן;
 - נדחתה הבקשה לקצוב את המינוי של התובעת בזמן;
 - נקבע כי על התובעת לבקש מהנתבע למסור לידיה את הדרכון הישראלי של איתן, וזאת עד ליום 30.8.2021;
 - ניתן צו למינוי אפוטרופוס משני – "protutore" על איתן (לתפקיד זה מונתה עורכת הדין ברברה ברטוני (להלן גם – "protutore").

22. במסגרת פסק הדין מיום 9.8.2021 נדרש בית המשפט באיטליה גם לבחירת מקום המגורים המתאים ביותר לאיתן. בית המשפט פסק כי מקום המגורים של איתן יהיה אצל התובעת (עמ' 2 לפסק הדין מיום 9.8.2021).

23. המעיין בפסק הדין מיום 9.8.2021 ילמד כי הנתבע ומשפחתו המורחבת, לרבות קרובי משפחה נוספים מצד האם ז"ל, פנו לבית המשפט בפאביה (גם באמצעות המייל) ביום 5.7.2021 בנוגע ליחסים שבין איתן לבין משפחתה של האם ז"ל. בית המשפט בפאביה נתן החלטה שלפיה התובעת (ה-tutore) מוסמכת להיענות לבקשתם, ואף ניתנו צווים בעניין ביום 29.7.2021 וביום 1.8.2021 (עמ' 3 לפסק הדין מיום 9.8.2021). בית המשפט אף הבהיר לצדדים כי גם לו היה בין התובעת לבין נתבע הסכם "אפוטרופסות זמנית" בנוגע לאיתן, הסכם זה אינו יכול לחייב את בית המשפט אשר הוא שפוסק בדבר מינוי קבוע. בפרט כאשר על פי הדין האיטלקי אין מוסד של מינוי אפוטרופוס זמני כפי שקיים בדין הישראלי.

24. בית המשפט באיטליה בחן את טובתו של איתן ואת האינטרסים שהיו מונחים לפניו. ובשקלול כל הנתונים הניח כי טובתו של איתן, לעת הזו לפחות, להמשיך ולהתגורר באיטליה אצל התובעת, ובד בבד לעבור שיקום פיזי והתאוששות פסיכולוגית שתסייע לו להתגבר על רגשות האשם ועל הפחד שעלול ללוות אותו, לעבד את האבל, את תחושת הנטישה שחוה ולעכל את האסון הנוראי שפקד אותו. כדי להבטיח לאיתן את הטיפול המירבי והמיטיבי, לרבות שיקום פסיכולוגי, ראש שירות הפסיכולוגיה של בית החולים לילדים ששם אושפז איתן, רגינה מרגריטה שבטורינו, יצר קשר עם



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

ד"ר אלנה מולינארי, המתמחה ברפואת ילדים ופסיכותרפיה כדי שתטפל באיתן. ד"ר מולינארי דיווחה מעת לעת על התקדמות החלמתו של איתן לבית המשפט.

לשם הנוחות להלן העתק מהקטע הרלוונטי מהחלטת בית המשפט מיום 9.8.2021 (עמ' 8 לפסק הדין במקור ובעמ' 103 לסיכומי התובעת (בתרגום לעברית)):

"לטובתו של איתן, וכדי להבטיח את החלמתו הפסיכולוגית, יש לשמר ככל האפשר, וכמה שיותר, על סביבת המגורים היציבה שליוותה אותו עד למועד הטרגדיה. לאחר שאיתן הקטן כבר סבל מאבדות כבדות מאוד, יש להימנע מכך שהוא יצטרך להתמודד עם שינויים חשובים אחרים בחייו, ולהטיל עם כל שינוי עבודה נפשית מרובה, שיכולה להיות מעבר ליכולתו, ולשקול את הדרך התובענית שהוא עצמו עומד בפניה. ובכן יש להבטיח לאיתן את היכולת להמשיך להיות באיטליה כדי לשמור על הרגלי חייו: לדבר את השפה האיטלקית ואת השפה העברית, להמשיך לראות את האנשים באיטליה, את הקרובים המתגוררים באיטליה כולל את הבנות דודות היקרות לו, אשר מהוות חלק חשוב מאוד בחייו, את חבריו הישראלים שחיים באיטליה וחבריו האיטלקים, חברים יקרים מבית הספר על איתן להיות סמוך ובטוח, כי הוא יוכל ללמדו בבית הספר שבחרו הוריו, שם יפגוש חברים שכבר היו מוכרים כיוון שהם חברים מהגן..." [ההדגשות כאן ולהלן שלי – א' א' ס']

25. בית המשפט באיטליה בחן את התובעת וקבע כי יש לה היכולת לספק את כל צרכיו של איתן, תוך שימוש באנשי המקצוע הדרושים. תימוכין לכך ניתן גם על ידי הסבתא, במסגרת דיון שהתקיים בבית המשפט באיטליה ביום 6.8.2021. הסבתא ציינה כי התובעת דואגת היטב מבחינה בריאותית לאיתן (פסק הדין מיום 9.8.2021, בעמ' 105 לסיכומי התובעת (בתרגום לעברית)).

26. בית המשפט ציין כי הנתבע והסבתא חזרו על עמדתם שוב ושוב שאיתן יצטרך לחזור לגור בישראל, וכי רק משפחת האם ז"ל תוכל להבטיח לו חיים דומים, עד כמה שניתן, כפי שהיו לו עם הוריו. מדברים אילו ניתן לראות כי אלה לא הסכימו עם פסק הדין שניתן באיטליה, וכנראה גם לא יכלו להסכים עם כל החלטה אחרת במסגרתה איתן לא יחיה לצדם, כאן בישראל.

27. המעשה שעשה הנתבע מדבר בעד עצמו. לא בכדי דרש בית המשפט באיטליה את הפקדת דרכונו הישראלי של איתן אשר היה מצוי בידיו של הנתבע, והטיל מיוזמתו צו עיכוב יציאה מאיטליה אחר איתן (לשם הנוחות העתק מהקטע הרלוונטי המתורגם מפסק הדין מיום 9.8.2021, בעמ' 106 לסיכומי התובעת):

סבא וסבתא מצד האם רואים חשיבות עליונה בלהעביר לנכד, וכך גם הוריו את הדת והתרבות היהודית. במהלך הדיונים השונים חזרה על עצמה שוב ושוב העמדה של קרובי משפחת האם של איתן בירן משה שהוא יצטרך לחזור לגור בישראל וכי רק משפחת האם תוכל להבטיח לו חיים עד כמה שניתן דומים לאלה שחי עם הוריו.



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

28. חרף פניותיה של התובעת, הן ישירות לנתבע הן באמצעות באי כוחם של הצדדים, לא מסר הנתבע את הדרכון הישראלי של איתן לידה. במסגרת סיכומיה ציינה התובעת כי במסגרת דיון שהתקיים באיטליה ביום 26.7.2021, שבו נכח גם הנתבע, הורתה השופטת על השבת הדרכון הישראלי של איתן (סעי' 27 לסיכומי התובעת). התובעת לא הציגה את פרוטוקול הדיון האמור לבית המשפט, והדבר אף לא מצא ביטוי במסגרת החקירה שנערכה לנתבע באמצעות באי כוחה של התובעת.

29. עם זאת, לא ניתן להתעלם מהעובדה כי הנתבע והסבתא הכריזו לפני השופט באיטליה כי בכוונתם לחיות זמן רב באיטליה ולהיות קרובים לאיתן. אמירות לחוד ומעשים לחוד. לשם הנוחות להלן העתק מעמ' 106 לסיכומי התובעת (התרגום לפסק הדין מיום 9.8.2021):

בהתחשב בעובדה שהסבים הכריזו על נכונותם לחיות זמן רב באיטליה ולהיות קרובים לנכדם, סבורים שעם חלוף הזמן ההתאוששות המוחלטת של מצבו הבריאותי של איתן הקטן, תיתן את האפשרות להגדיר את תפקידם של סבא וסבתא מצד האם וקרובי משפחה אחרים, אשר, לדוגמא ולא ממצה, יוכלו להסכים עם האפוטרופוס להביא ו/או להחזיר את איתן לבית הספר או לפעילות כלשהי, ולהיות איתו כמה ימים בשבוע. הכול לפי מה שיחליט האפוטרופוס כי הוא היחיד שבאפשרותו להגדיר היבטים אלה בחייו של איתן משה בירן. אין ספק שאיה בירן נירקו תבטיח קשרים קבועים ותכופים של הקטין עם קרובי המשפחה מצד האם, מה שיכול להוות הזדמנות עבור איתן לחיות איתם רגעים של תרבות ודת יהודית.

החלטות נוספות

30. ביום 11.8.2021 החליטה כבוד השופטת פנוצי' כדלקמן:

רק התובעת רשאית לייצג את איתן;
איתן הוא תושב פאביה ומתגורר כיום הוא בבית התובעת;
ניתן צו עיכוב יציאה מהארץ בעניינו של איתן.

31. צו נוסף ניתן ביום 18.8.2021 שבו נקבע כדלקמן:

בנוגע למקום מגוריו של איתן נקבע:

"בהתחשב בכך שהאפוטרופוס של הקטין הינו היחיד אשר רשאי לייצג אותו ולקבל החלטות בנושאים אליו קשורים, בפיקוח הרשות השיפוטית ובכפוף לאישורה במקרים בהם נדרש האישור, וכי איה בירן נירקו, ילידת חיפה (ישראל), ב-1 באוקטובר 1979, תושבת טרבקו סיקומריו (פאביה), רח' רוטה 15, היא האפוטרופוס של איתן משה, יליד תל אביב (ישראל) ב-1 ביולי 2015, תושב פאביה, רח' קה בלה 18, המתגורר כיום עם האפוטרופוס בכתובת טרבקו סיקומריו (פאביה), רח' רוטה 15".

בנוגע לצו עיכוב יציאה מאיטליה נקבע:



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

"שהקטין איתן משה בירן לא יוכל לצאת מגבולות איטליה אם אינו מלווה על ידי האפוטרופה איה בירן או על ידי אישור האפוטרופה בין אם מוצג דרכונו האיטלקי או הישראלי. צו זה יועבר למחזו פאביה, למפקדת משטרת פאביה, כך שניתן יהיה לכלול אותו במאגרי המידע של המשטרה האחראית על הפיקוח בשטח איטליה והביקורת ביציאה מהשטח הלאומי".

32. בדרכון האיטלקי של איתן נרשמה הערה על פי צו עיכוב היציאה מהארץ שנתן בית המשפט באיטליה (נספח 11 לסיכומי התובעת).

הערעור על פסק הדין מיום 9.8.2021

33. ביום 30.8.2021 הנתבע והסבתא הגישו ערעור על פסק הדין מיום 9.8.2021 לערכאת הערעור במילאנו, ותביעה נוספת לבית המשפט שבפאביה. במסגרת הערעור נטען נגד הצו להעברת הדרכון הישראלי לתובעת. הנתבע והסבתא מצדם טענו כי הם זכאים להביא את איתן לישראל, כפוף כמובן לאישור של הרשות המוסמכת (נספח 15 לסיכומי התובעת). דיון בערעור על פסק הדין מיום 9.8.2021 נקבע ליום 22.10.2021 בבית המשפט במילאנו, ודיון לשמיעת התביעה נקבע ליום 9.11.2021 בבית המשפט שבפאביה.

אירוע החטיפה הנטען והתפתחויות נוספות

34. בין איתן לבין הנתבע התקיימו מפגשי ביקור באיטליה בתיאום עם התובעת.

35. ביום 11.9.2021 נפגש הנתבע עם איתן לאחר תיאום עם התובעת. הנתבע אמר היה להשיב את איתן לביתה של התובעת בשעות הערב. לטענת התובעת במקום להשיב את איתן במועד שנקבע, הנתבע חטף אותו לישראל, בדרך לא דרך, ללא ידיעתה או הסכמתה, ובניגוד לדין, כפי שתואר בפתיח של פסק הדין.

36. ביום 13.9.2021 ניתן צו ("decreto") על ידי כבוד השופטת פנוצ'י, במסגרתו אישרה את סמכויותיה של התובעת כפי שניתנו במסגרת מינויה כ-tutore, וכן אישרה לתובעת לפעול להגשת התובענה על פי האמנה לצורך החזרת הקטין לאיטליה באורח מידי. לשם הנוחות להלן העתק קטע מתורגם לעברית מהצו שניתן (נספח 16 לסיכומי התובעת):



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 24437-09-21 בירן (קטין) נ' פלג

מאושר אם כן כי הקטין Eitan Biran Moshe נמצא מיום 26 למאי 2021 תחת אפטרופסות משפטיות של האפטרופוסית Aya Biran Nirko שתחת הסותה הופקד על פי חוק, ואשר צריכה לדאוג לטיפולו מכל הבחינות (חינוך השכלה כלכלה טיפול בריאותי וכל דבר נוסף הנחוץ). מאושר כי בסמכותו הבלעדית של האפטרופוס הזכות להחליט היכן לקבוע את מקום מושבו של הקטין, מענו, כמו גם הזכות לביקור, כלומר לקחת הקטין למקום שונה ממענו הרגיל לתקיפה המוגבלת בזמן.

בעניין זה, ולמעלה מן הצורך, מאושר כי על פי הוראת סעיף 357 לקודקס האזרחי הטיפול בקטין הינו בסמכותו של האפטרופוס תוך אזכור סעיף 45 לקודקס האזרחי לפיו "מקום מגוריו של הקטין הינו במקום מושבה של המשפחה או של האפטרופוס", סעיף חקיקה אשר באופן מובן מורה כי מקום מגוריו יהיה זה של המשפחה אם קיימת משפחת הקטין המורכבת מהוריו, ומקום מושבו של האפטרופוס כאשר, בהיעדר הורים, מונה אפטרופוס.

מאושר כי הקטין גיבש באיטליה רשת יציבה של מערכות רגשיות ייחסיים כתוצאה מחייו באיטליה מגיל חודשיים יחד עם הוריו, ולאחר לידתו גם עם האח הקטן תום, מה שהוביל להליכתו לגן ילדים ולבית הספר היסודי. מצב

37. בימים 14.9.2021 ו-17.9.2021 ניתנו החלטות נוספות ברוח דומה על ידי כבוד השופטת פנוצ'י. במסגרתן נקבע (נספח 17 לסיכומי התובעת):

"כי הילד הועבר לישראל, כי ההעברה התבצעה ללא אישור של בית המשפט או האפטרופוס, האדם היחיד הזכאי על פי חוק להחליט על מקום מגוריו ומקום מושבו של הקטין, מקום בו אותו קטין יכול לשהות אפילו לתקופות קצרות ... מסמיך את האפטרופוס ואת האפטרופוס המשני הממונים להפעיל את הליכי ההגנה והחזרה של הקטין בהתאם לאמנת האג; ... מודיעה כי צו זה נכנס לתוקף באופן מידי".

התובענה דנו; הליכים נוספים בישראל; מהלך ההתדיינות

38. ביום 14.9.2021 הגישה התובעת את התובענה מושא ההליך שלפניי – חטיפה על פי אמנת האג.

39. לשם השלמת התמונה אציין כי נוסף לתובענה שבכותרת וההליכים המתנהלים באיטליה, הוגשו לבית משפט זה שתי תובענות נוספות על ידי בני משפחתו של הנתבע:

א. ביום 4.8.2021 הוגשה בקשה ל...

...

...



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

ב. ביום 14.9.2021 הוגשה בקשה ל.....

40. ביום 22.9.2021 הגיש הנתבע כתב תשובה. במסגרתו ביקש לדחות את התביעה שהוגשה נגדו על פי האמנה.

41. ביום 23.9.2021 התקיים קדם משפט ראשון בתובענה שלפניי במעמד הצדדים ובאי כוחם. במסגרת הדיון הגיעו הצדדים להסכמות דיוניות, ונקבעו מועדים להגשת תצהירים ומועדי הוכחות. בין היתר, הגיעו הצדדים להסכמות בעניין קיום מפגשים הכוללים זמני שהות שווים בין הצדדים לבין איתן כל עוד מתנהל ההליך דן.

42. בהחלטה מיום 26.9.2021 הותר לצדדים להגיש חוות דעת להוכחת הדין הזר בהתאם לסעיף 14 לאמנה.

43. ביום 2.10.2021 (שבת) הוגשה בקשה דחופה מצד התובעת לבית המשפט שכותרתה: "בקשה דחופה בכתב בעניין החזקת הקטין במהלך ניהול ההליכים". זאת לנוכח העובדה כי על פי ההסכמות שהיו בין הצדדים וקיבלו תוקף של החלטה בדיון מיום 23.9.2021 איתן אמור היה להגיע לתובעת ביום 1.10.2021 לאחר שהות אצל הנתבע. הדבר לא נעשה וזאת לנוכח הטענה כי איתן סירב לצאת מרכבו של הנתבע.

44. ביום 3.10.2021 התקיים דיון בבקשה זו. בתום הדיון נקבע בין היתר כי איתן יועבר לידי התובעת באותו היום עד השעה 19:00. וכך היה. באי כח הצדדים תאמו את המשך הביקורים של איתן עם הצדדים כמפורט בטבלה שהוגשה לתיק ביום 13.10.2021.

45. מאז ועד היום נראה כי המעבר של איתן בין התובעת לבין הנתבע עובר על מי מנוחות וללא קשיים ולא הוגשו עוד בקשות בעניין.

46. ביום 4.10.2021 הוגשו תצהירי עדות ראשית מטעם הצדדים וחוות דעת לדין הזר.

47. כל אחד מהצדדים בחר להגיש שתי חוות דעת. עם זאת, ביום 10.10.2021, במהלך חקירתו של המומחה מטעם התובעת, עו"ד קלאדיו גרגו, ביקש בא כוח התובעת לוותר על חוות דעתו של מומחה זה (עמ' 171 לפרוטוקול הדיון מיום 10.10.2021 ; ש' 30-33).



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

48. ביום 4.10.2021 ניתנה החלטה הדוחה את בקשת הנתבע ל"מינוי מומחה ולשמיעת עמדת הקטין לשם הוכחת תנאי סעיף 13(ב) לאמנת האג". ביום 6.10.2021 הגיש הנתבע בקשת רשות ערעור על החלטה זו, אשר נדחתה ביום 18.10.2021 (רמ"ש 21-10-13996).

49. דיוני הוכחות התקיימו ברציפות במהלך שלושת הימים: 8.10.2021–10.10.2021.

50. ביום 14.10.2021 הגישו הצדדים סיכומיהם. ביום 17.10.2021 הוגשו סיכומי תשובה.

לוח הזמנים

51. לשם הנוחות, להלן לוח זמנים המפרט בקצרה את עיקר מהלך האירועים:

לוח זמנים	
1.7.2015	איתן נולד בישראל.
אוגוסט 2015	מעבר הקטין ומשפחתו להתגורר באיטליה.
23.5.2021	אסון הרכבל – הוריו, אחיו, סבו ובת הזוג של סבו של הקטין נהרגים, והקטין מאושפז בבית החולים בטורינו.
25.5.2021	דיון בבית החולים בטורינו לפני כבוד השופטת רוברטה דוטה.
26.5.2021	צו המינוי ניתן לתובעת בבית המשפט בטורינו.
10.6.2021	איתן משתחרר מבית החולים בטורינו ועובר להתגורר בביתה של התובעת.
9.8.2021	נדחתה בקשת הנתבע להחלפת ה-tutore בפסק דין מנומק בו נדחו טענותיו של הנתבע כנגד התובעת, וצו המינוי נותר על כנו.
11.8.2021	ניתן צו עיכוב יציאה של הקטין מאיטליה.
11.9.2021	הבאתו של איתן לישראל על ידי הנתבע ללא ידיעתה של התובעת.
13.9.2021	בית המשפט בפאביה נתן החלטה המבהירה את היקף סמכויותיה של התובעת כ-tutore ומאשרת לה לפעול להגשת בקשה על פי האמנה.
14.9.2021	הגשת התביעה על פי האמנה.
22.10.2021	דיון בערעור על פסק הדין מיום 9.8.2021 בבית המשפט במילאנו.
9.11.2021	עתיד להתקיים דיון תביעה שהוגשה באיטליה על ידי הנתבע והסבתא.

52. בטרם אפנה לבחינת השאלות המשפטיות, אפרט תחילה את טענות הצדדים בתמצית.

עיקר טענות הצדדים

(א) טענות התובעת

53. איתן הורחק שלא כדין ממקום מגוריו הרגיל באיטליה תוך פגיעה בזכויות המשמורת והאפוטרופסות שניתנו לתובעת עליו; ותוך הפרה של פסקי דין וצווים אשר אסרו על הוצאת איתן



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

מאיטליה ללא ליווי או אישור התובעת. לנוכח האמור, ביצע הנתבע "הרחקה שלא כדין" של איתן, כמובנו של מושג זה על פי סעיף 3 לאמנה.

54. איטליה היא מקום המגורים הרגיל של איתן. הוא חי בה ברציפות מאז מעבר ההורים לאיטליה לפני כשש שנים, עת היה כבן חודש בלבד. שם התגורר, התחנך, טופל, קשר קשרים אמיצים עם משפחתו (רוב משפחת האב המנוח חיה באיטליה – התובעת ומשפחתה וכן הוריה – סבו וסבתו של איתן מצד האב המנוח). זהו המקום היחיד שאיתן מכיר כביתו. איתן ביקר בישראל, ביחד עם הוריו ז"ל, לחופשות בלבד.

55. להוריו של איתן לא הייתה תוכנית מובנית לחזור לישראל כפי שמנסה הנתבע להציג. עמית ז"ל היה בשנתו החמישית בפקולטה לרפואה באיטליה, כאשר היו לפניו עוד לפחות שנת לימודים אחת וכן והתמחות, שאותן תכנן לעשות באיטליה. עמית ז"ל בחן אפשרויות נוספות למקרה שלא ימצא התמחות באיטליה, וזאת עשה במספר מדינות לרבות בישראל. המשך חיי המשפחה באיטליה הסתמנו כאפשרות גבוהה הרבה יותר מאשר בישראל.

56. זכות המשמורת אינה מצומצמת ל"משמורת הפיזית", אלא לזכות האפטרופוסים של הילד גם לקבוע את מקום מגוריו. במקרה דנן, מי שקיבלה את זכויות האפטרופוסות על איתן, לרבות הזכות להחזקתו ולקבל החלטות בעניינו – היא התובעת, על פי צו האפטרופוסות שניתן (ואושר) בבתי המשפט המוסמכים באיטליה. זכות המשמורת של התובעת שנפגעה קמה גם על בסיס מתן צו האוסר על הוצאת איתן מגבולות איטליה ללא הסכמתה/ליוויה, ומהוראת בית המשפט להפקיד את דרכונו של איתן בידיה – שני צווים אשר הופרו באופן ברור ובוטא על ידי הנתבע בחטיפתו את איתן לישראל.

57. אם לנתבע טענות בנוגע לתוקפו או לכשרותו של צו האפטרופוסות, הרי שהמקום לדון בהן הוא בבית המשפט המוסמך באיטליה, כפי שאכן פעל. הנתבע הגיש ערעור שני על פסקי הדין שניתנו שם, אך במקום לנהל, בחר לפעול בכוח הזרוע ולחטוף את איתן.

58. זכויות המשמורת של התובעת, כמובן על פי האמנה, הופעלו בפועל: הן זכות המשמורת "הפיזית" – במובן של החזקת הקטין, הטיפול השוטף בו וביצוע כל זכויות וחובות האפטרופוסות כלפיו, הן על ידי צו עיכוב היציאה – אשר הוטל בעניינו של איתן כאמור.

59. אין ולא יכולות להיות לנתבע טענות הגנה כנגד החזרתו המיידית של איתן לאיטליה, וזאת מהטעמים הבאים:

א. שלילת הגנת הסכמה/השלמה – התובעת לא הסכימה להרחקתו של איתן, ולא השלימה עם הרחקתו. מיד כשהתבררה לתובעת עובדת החטיפה, היא הגישה תלונה במשטרה באיטליה, דיווחה



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

על חטיפה לעורכי דינה האיטלקיים, לבית המשפט, למלווה לאפוטרופוס שמונתה – "protutore", ולגורמים הרשמיים הן באיטליה והן בישראל.

ב. **שלילת הגנת הנזק** – החזרת איתן לאיטליה לא תגרום לו כל נזק, שהרי הגעה לשם אינה הגעה למקום חדש עבורו, אלא חזרה למקום שבו הוא חי כמעט כל חייו – חזרה לתובעת ולבני המשפחה אותם הכיר כל חייו, ואשר בביתם גר מאז שנפטרו הוריו. איטליה היא מדינה מתוקנת, רשויות המשפט בה פועלות כראוי וככל שלמי מבני משפחתה של טלי ז"ל טענות בנוגע להסדרי המשמורת של איתן, זכאי הוא להעלותם בערכאה המשפטית המוסמכת באיטליה, כפי שאכן פעלו לפני החטיפה. אם כבר מדובר על נזק – אזי, הנזק לאיתן נובע מחטיפתו לישראל, לא רק מעצם ביצוע החטיפה וכל הכרוך בה, אלא גם מניתוקו הפתאומי שוב ממי שמטפלים בו במסירות ובאהבה מאז הטרגדיה הנוראית: בני המשפחה הקרובה, לרבות בנות הדודה, שאיתן עימן בקשרים חמים וחזקים, מבית ספרו, חבריו, וסביבתו המוכרת והידועה. לא כל שכן, נכונים הדברים לנוכח הנסיבות הקשות העומדות בבסיס תיק זה – פטירת ההורים והאח, מצבו הגופני והנפשי של איתן – כל אלו מחייבים דווקא הבטחת יציבות, ודאות, ביטחון והמשכיות בחייו, ולא חטיפה ועקירה למקום זר.

ג. **איתן קיבל טיפול מיטבי מצד התובעת** – עד לחטיפתו קיבל איתן טיפולים רפואיים סדירים; התחנך באחד מבתי הספר הטובים באיזור, אותו בחרו עבורו הוריו ז"ל עוד בשנה שעברה; משפחת האב ז"ל שומרת על מסורת יהודית, מחוברת לקהילה היהודית באיטליה ולמוסדות חב"ד; כל פעולותיה של התובעת בעניינו של איתן מבוצעות תוך יידוע ופיקוח בית המשפט המוסמך, ואין בפעולותיה כל פגם.

ד. **שלילת הגנת "רצון הקטין"** – איתן כבן שש שנים בלבד, כך שלהגנת הרצון על פי האמנה, אין מקום. בכל מקרה מדובר בילד הקשור לתובעת ולמשפחתה, ולא נותר אלא להבטיח, כי במסגרת ניסיונות משפחת הנתבע להכשיר כביכול את החטיפה, לא יפעלו הם להסית את איתן נגד חזרתו לאיטליה.

60. לנוכח טענותיה ביקשה התובעת להורות על החזרתו של איתן באופן מידי למקום מגוריו הרגיל, במחוז פאביה באיטליה.

(ב) **טענות הנתבע**

61. התובעת השתלטה ותפסה חסות על איתן באיטליה, בדרך לא דרך, לאחר שפקדה את משפחתו טרגדיה נוראה. היום מנסה התובעת, לנוכח הנסיבות העובדתיות שנוצרו, "לנכס" לעצמה את איתן, ולטעון שבכך, נגזר עתידו לגדול באיטליה עד בגרותו. מהלך זה עומד בסתירה גלויה הן



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

לטובת איתן, הן לרצון המפורש של הוריו המנוחים והתנהלותם בפועל סמוך לפטירתם הטרגית. מהלך זה מנוגד לצוואתם הרוחנית, כי איתן יגדל ויתחנך בישראל – בה הם ראו את עתיד משפחתם.

62. הסכמתו של הנתבע הייתה למינויה כאפוטרופה לאיתן באופן זמני בלבד – "אד הוק" – לנוכח צרכיו הרפואיים הדחופים בלבד, כל עוד הנתבע נאלץ לשוב לישראל לצורכי הבאת ההרואים לקבורה בישראל. עוד הבהיר הנתבע לתובעת כי על פי רצון ההורים המנוחים איתן צריך לשוב לישראל, והתובעת השיבה לו כי היא מבינה שהמצב השתנה והמשפחה צריכה לחזור ארצה.

63. צו האפוטרופוסות שבידי התובעת ניתן בעקבות הליך משפטי בעייתי ופסול. משכך הוא בטל מעיקרו. במקרה הטוב, מדובר בצו שיש לו תוקף מוגבל ביותר לעניינים ונושאים ספציפיים, אשר ודאי אינו מעניק לתובעת בסיס לתביעתה, והיא אינה אוחזת בזכויות המשמורת של איתן על פי דין.

64. התנהגותה הפסולה של התובעת נגועה בפגמים משפטיים מהותיים וחמורים רבים. מכלול הנסיבות בעניינו מפקיע את תחולתה של האמנה ושומט את היסוד לתביעה.

65. איטליה אינה מקום מגוריו הרגיל של איתן. בנסיבות ייחודיות וטרגיות אלה – פטירת ההורים באבחה אחת, שפעלו ערב האסון לחזור לישראל, יש לראות בשהותם באיטליה כזמנית. איתן שהה עוד קודם לאסון חודשים ארוכים בישראל בחיק משפחתו האוהבת.

66. ישראל היא בבחינת מקום המגורים הרגיל של איתן. משך כל תקופת מגוריהם באיטליה, שמרו הוריו המנוחים של איתן על קשר לישראל בדרכים שונות (סעי' 13-14 לכתב התשובה). המעבר לאיטליה היה זמני לצורך לימודיו של האב המנוח, ובמשך כל אותן 6 שנים נעו איתן ומשפחתו על הציר של ישראל-איטליה. איתן שהה בישראל בממוצע כ-4 חודשים בשנה, וקיים קשר חם וקרוב עם בני משפחתו שבישראל. הוריו המנוחים של איתן החלו בהכנות אופרטיביות לקראת חזרה למגורים בישראל, טרם אירע האסון.

67. מדובר במקרה מיוחד ותקדימי, שהרי אין זה מאבק המתנהל בין שני הורים ביחס למקום מגוריו של הקטין, אלא הוריו של הקטין הלכו לבית עולמם בנסיבות טראגיות, והסכסוך בנוגע להשבתו והשארותו של הקטין בישראל – אשר אמור לעסוק בטובתו ובה בלבד – מתנהל בין בני המשפחה הנותרים.

68. הנתבע הטיל ספק בדבר מניעה של התובעת לנוכח מצבה הכלכלי. הטיפול באיתן מעניק לתובעת גישה לכספים רבים השייכים לאיתן.



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

69. הנתבע השיב את איתן ארצה על פי רצונו. צו עיכוב היציאה שהוצא כנגד איתן באיטליה לא הובא לידיעתו של הנתבע.

70. לשם הזהירות בלבד, ככל שיוחלט כי על המקרה חלה אמנת האג וכי נעשה מעשה חטיפה, טוען הנתבע להגנת הנזק על פי סעיף 13(ב) לאמנה, ולפיו חזרתו של איתן לאיטליה תגרום לו לנזק, והיא תעמיד את איתן במצב בלתי נסבל. טובתו של איתן לא נבחנה על ידי אף גורם.

71. משכך ביקש הנתבע לדחות את התביעה ולחייב את התובעת בהוצאות משפט.

דיון והכרעה

(1) תכלית האמנה

72. בסעיף 1 לאמנה נקבעו יעדיה של האמנה וכך פורטו:

"יעדיה של אמנה זו הם –

- (א) להבטיח את החזרתם המיידית של ילדים, אשר לא כדין, הורחקו אל מדינה מתקשרת או לא הוחזרו ממנה, וכן
- (ב) להבטיח כי זכויות משמורת וביקור על פי הדין של מדינה מתקשרת יכובדו ביעילות בשאר המדינות המתקשרות".

73. תכלית האמנה, אשר נקלטה לתוך החוק הישראלי לצורך יישומה, היא להבטיח כי ילדים שהורחקו שלא כדין ממקום מגוריהם הרגיל למדינה אחרת יוחזרו לאלתר, וכן למנוע ביעילות ובמהירות שינוי חד-צדדי של מצב קיים על ידי צד אחד בפעולת חטיפה תוך ניסיון לעשיית דין עצמי. האמנה נועדה ליתן סעד מהיר ויעיל להחזרת הילד החטוף למדינה ממנה נחטף, כאשר שאלת המשמורת תתברר בבית המשפט המוסמך באותה מדינה (בע"מ 2270/13 פלוני נ' פלוני (30.5.2013); בע"מ 6390/13 פלוני נ' פלוני (10.10.2013)).

74. ההליך שלפנינו נשלט על ידי חוק אמנת האג, המקנה בישראל מעמד נורמטיבי מחייב לאמנת האג, אשר ביקשה להשיג שיתוף פעולה בין מדינות העולם בהתמודדות נגד תופעת חטיפות ילדים על ידי הוריהם. תופעת החטיפות החריפה בעקבות עלייה בשיעורי הגירושין, והניידות ההולכת וגוברת בין מדינה למדינה, שהפכה קלה יותר בעשורים האחרונים (ע"א 5532/93 גונזבורג נ' גרינוולד, פ"ד מט(3) 282, 292 (1995); ע"א 7994/98 דגן נ' דגן, פד"י נג(3) 254, 266 (1999)).



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

75. את בירור ההליך שהוגש על פי אמנת האג יש לערוך בדחיפות המירבית. כך עולה ממספר סעיפים באמנה. כך הבהיר בית המשפט העליון (בש"א 1648/92 טורנה נ' משולם, פ"ד מו(3) 38 (1992):

"... דחיפות הטיפול בהחזרת ילד שהורחק שלא כדין ולא הוחזר, תוך הפרת זכויות משמורת או ביקורים, היא ביסוד האמנה. היא ארוגה בתוכה. היא עוברת בה כחוט השני. על כך מלמד לא רק סעיף 1 שכבר צוטט לעיל, המורה על החזרה מיידית. ביטוי לדחיפות ניתן גם בהוראות אחרות של האמנה. כך סעיף 2, המורה, כי המדינות המתקשרות ינקטו את כל הצעדים הראויים להבטיח את יעדי האמנה ו"לשם כך יפעילו את ההליכים הדחופים ביותר העומדים לרשותן" (ההדגשה שלי - ש' נ'). כך גם סעיף 11, לפיו "הרשויות השפוטיות או המינהליות של המדינות המתקשרות יפעלו בהליכה בדחיפות להחזרתם של ילדים" (ההדגשה שלי - ש' נ'), עד כדי כך שאם לא הגיעו להכרעה כעבור שישה שבועות מפתחת ההליכים, רשאי המבקש לדרוש הסבר לעיכוב. וכן סעיף 12, לפיו במקרה טרי, בטרם עברה שנה מתאריך הרחקתו של הילד ועד פתיחת ההליכים (והוא המקרה שלפניי), "תצווה הרשות ... להחזיר את הילד לאלתר".

76. וכך הורחב לגבי תכלית האמנה על ידי כבוד השופטת פרוקצ'יה בבע"מ 672/06 פלוני נ' פלונית (15.10.2006):

תכליתה של האמנה הינה, בראש וראשונה, להבטיח את החזרתם המיידית של ילדים שהורחקו שלא כדין אל מדינה אחרת, ולהבטיח כי זכויות המשמורת והביקור שהוקנו להורה על פי דין במדינה המתקשרת באמנה יכובדו ביעילות בשאר המדינות המתקשרות (סעיף 1 לאמנה; ע"א 473/93 ליבוביץ' נ' ליבוביץ', פד"י מז(3) 63, 70). תכלית ההסדר המעוגן באמנה כפולה: להבטיח את כיבוד החוק ואכיפתו, ולהרתיע מפני עשיית דין עצמית על ידי אחד ההורים; כן נועדה האמנה למנוע פגיעה בשלומם של הקטין, הנעקר עקב מעשה החטיפה מסביבתו הטבעית ומההורה המשמורן, ומובא אל סביבה זרה, הנכפית עליו על ידי ההורה אחר. בבסיס האמנה עומדת התפיסה כי טובת הילד מחייבת את החזרתו המיידית למשמורת ההורה במדינה ממנה נחטף (ע"א 7206/93 גבאי נ' גבאי, פד"י נא(2) 241; פרשת דגן, שם). הרחקה או אי החזרה של ילד תיחשב מעשה שלא כדין אם יש בכך הפרת זכויות משמורת המוענקות לאדם על פי דין מדינת מגוריו של הקטין בסמוך לפני הרחקתו או אי החזרתו (סעיף 3). חטיפה מתרחשת כל אימת שמועברים ילדים ממדינה למדינה בניגוד להסכמת ההורה שבידו הזכות להסכים או לסרב לכך (ע"א 5271/92 פוקסמן נ' פוקסמן, תק-על 92(3) 2272). גישת האמנה לענין אכיפה הינה כי ילד שהורחק שלא כדין על ידי אחד מהוריו, יש להחזירו לאלתר למקום מגוריו הקבוע. חובה זו הינה מוחלטת ואינה נתונה לשיקול דעת, אלא בנתון לחריגים מסוימים. (פרשת גבאי, שם, עמ' 250). עקרון זה נגזר מתפיסה בסיסית של שלטון החוק, ומחובת כיבוד הדדי של דיני המדינות המתקשרות באמנה. כן נועד כלל זה למנוע פגיעה חמורה בטובתו של הילד, הנחטף



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

לארץ אחרת תוך הפרת הדין וצווי בית המשפט במדינת מושבו, אשר קבעו את הסדרי המשמורת והחזקה בעניינו. כדי להגשים את תכליות האמנה, מוטלת חובה על המדינה אליה נחטף הילד להחזירו אל המדינה ממנה נחטף בדחיפות ובמהירות האפשרית. סעיף 2 לאמנה קובע כי המדינות המתקשרות ינקטו בכל האמצעים הראויים כדי להבטיח את מימוש יעדי האמנה בתחומן ולשם כך יפעילו את ההליכים הדחופים ביותר העומדים לרשותן. הכלל הוא, איפוא, החזרה מיידית של המצב לקדמותו, ובית המשפט של מקום המגורים הרגיל הוא שיכריע בנושא המשמורת של הקטין (ע"א 4391/96 רו' נ' רו, פד"י נ(5) 338, עמ' 345).

77. פרופ' אליסה פרז-ורה, שכינה כרפורטרית מוסמכת של האמנה, כתבה בדו"ח הפרשני לאמנה, כי האמנה פועלת תוך כללים נוקשים מבחינת זמן והיקף ההגנות, מצב בו הורה הוציא את הילד ממקומו הרגיל במטרה להתרחק מאושיות החוק, כולל בחירת פורום משפטי לא נאות. לשם כך יצרה האמנה פתרון בינלאומי תוך התווית מסגרת בין מדינתית לפעול בזריזות ובנחישות (ראו - סעיף 35 ב - ELISA PÉREZ-VERA, EXPLANATORY REPORT ON THE 1980 HAGUE CHILD ABDUCTION CONVENTION 445 (1982) (להלן - "Elisa Pérez-Vera") :

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

78. הנה כי כן, קיימת חשיבות עליונה לתכלית האמנה, שהרי זו מסייעת לבית המשפט בתהליכי פרשנות הדרושים לצורך הכרעה בסוגיית שונות המובאות לפתחו.

79. הדברים חשובים ביתר שאת במקרה דנן, שבו נסיבות חריגות, שבהן איבד איתן את שני הוריו באופן טראגי, ונותר למעשה ללא גורם מטפל בעל סמכויות טבעיות לטיפול בו. כך שבעת פטירת הוריו של איתן, הצדדים המצויים עתה משני צידיו של המתרס, היו שניהם נעדרים זכויות משמורת כאלה או אחרות ביחס אליו.

80. בנסיבות אלה, בחינת זכויותיהם ופעולותיהם של הצדדים צריכה להיבחן כאשר לנגד עיניו של בית המשפט עומדת בראש ובראשונה תכלית האמנה. משכך, אדרש עתה להוראות האמנה.



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

(2) הוראות האמנה

81. סעיף 3 לאמנה קובע את התנאים אשר בהתקיימם יחויב בית המשפט להורות על החזרתו המידית של קטין, שהורחק שלא כדין ממקום מגוריו הרגיל. הוראות האמנה קובעות דרך מהירה ליישומה בגדר סעד חירום מידי ומשכך נקבעו בה חריגים מעטים ומצומצמים בלבד, והכל כפי שיפורט להלן.

82. סעיף 3 לאמנה קובע כאמור, אימתי תחשב הרחקתו של ילד להרחקה שנעשתה שלא כדין:

"הרחקתו או אי החזרתו של ילד תיחשב לא כדין כאשר -
(א) יש בהן הפרת זכויות המשמורת המוענקות לאדם, למוסד או לכל גוף אחר, בין במיוחד 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 במיוחד 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 מנהלית או הסכם בעל תוקף משפטי על פי דין אותה מדינה".

83. בסעיף 5(א) לאמנה נקבע בנוגע למשמורת וזכויות ביקור כך:

(א) "זכויות משמורת" – "לרבות זכויות המתייחסות לגוף הילד ובפרט הזכות לקבוע את מקום מגוריו של הילד".
(ב) "זכויות ביקור" – "לרבות הזכות לקחת ילד לתקופה מוגבלת למקום שונה ממקום מגוריו הרגיל".

84. משכך, ולצורך הכרעה במקרה המונח לפני נדרש תחילה להשיב לשאלה האם הנתבע ביצע מעשה "הרחקה שלא כדין", כמשמעותו בסעיף 3 לאמנה. לצורך כך יש לבחון מהו מקום המגורים הרגיל של איתן, והאם הופרו זכויות המשמורת של התובעת על פי הגדרתן באמנה.

85. בתום שלב זה נדרש לבחון האם מתקיימים החריגים הקבועים בסעיפים 13 ו-20 לאמנה. סעיף 13 לאמנה מתייחס לחריג "החשש החמור" שבו על הנתבע להוכיח, כי קיים חשש חמור שהחזרת הקטין תחשוף אותו לנזק פיזי או פסיכולוגי או שתעמיד אותו במצב בלתי נסבל. סעיף 20 לאמנה מאפשר לבית המשפט לסרב להחזרת הקטין, אם היא אינה מותרת על פי עקרונות היסוד של המדינה בנוגע לזכויות אדם וחירויות יסוד. חריגים אלו פורשו בפסיקה על דרך הצמצום ובמקרים חריגים וקיצוניים, מהחשש שמא תתרוקן האמנה מתוכנה עקב הפיכת החריגים לכלל (ע"א 7206/93 גבאי נ' גבאי, פ"ד נא(2) 241 (1997) (להלן – "עניין גבאי"); בע"מ 1855/08 פלונית נ' פלוני (8.4.2008)). נטל ההוכחה להתקיימות החריגים רובץ על הנתבע הטוען להתקיימותם (בע"מ 2338/09 פלונית נ' פלוני (3.6.2009)).



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

86. בתוך כך, יש לבחון האם התובעת כשלה מלהפעיל את זכויות המשמורת שלה בפועל; האם ניתנה הסכמה או הובעה השלמה מצדה להרחקתו של איתן מאיטליה; וכן, לבחון קיומו של חשש חמור לכך, שהחזרתו לאיטליה תחשוף אותו לנזק פיזי או פסיכולוגי או תוביל למצב בלתי נסבל.

87. ככל שיוחלט לבסוף, כי יש להורות על החזרתו של איתן לאיטליה, אזי, נדרש יהיה לקבוע הוראות אופרטיביות לצורך השבתו באופן המיטבי והראוי ביותר.

88. כעת, אפנה לבחינת כל אחד מהשלבים על פי התרשים הבא:



(3) מן הכלל אל הפרט: יישום הוראות האמנה על המקרה דנן

שלב א': האם בוצעה "הרחקה שלא כדין"?

(א) בחינת מקום המגורים "הרגיל" של איתן

89. סעיף 4 לאמנה קובע ביחס למקום המגורים הרגיל כדלקמן:

"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".



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 24437-09-21 בירן (קטין) נ' פלג

90. האמנה אינה כוללת בתוכה הגדרה מפורשת למונח מקום מגורים "רגיל" ומשכך, על בית המשפט להכריע בעניין, על פי הנתונים ונסיבות המקרה הספציפי המונח לפניו. באתר הרשמי של האמנה מוגדר המונח מקום מגוריו הרגיל של הילד כ-"habitual residence" : (www.incadat.com/index)

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

91. בסעיף 66 לדו"ח של Elisa Pérez-Vera נכתב כי "habitual residence" הוא סוגיה של עובדה טהורה ("question of pure fact") בשונה מהמונח 'דומיסייל':

"we shall not dwell at this point upon the notion of habitual residence, a well-established concept in The Hague conference, which regards it as a question of pure fact, differing in that respect from domicile."

92. בעניין זה אפנה לסעיף 11 לדו"ח של Elisa Pérez-Vera :

"...two elements are invariably present in all cases which have been examined. Firstly, we are confronted in each case with the removal from its habitual environment of a child whose custody had been entrusted to and lawfully exercised by a natural or legal person. Naturally, a refusal to restore a child to its own environment after a stay abroad to which the person exercising the right of custody had consented must be put in the same category. In both cases, the outcome is in fact the same: the child is taken out of the family and social environment in which its life has developed. What is more, in this context the type of legal title which underlies the exercise of custody rights over the child matters little, since whether or not a decision on custody exists in no way alters the sociological realities of the problem. Secondly, the person who removes the child (or who is responsible for its removal, where the act of removal is undertaken by a third party) hopes to obtain a right of custody



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

from the authorities of the country to which the child has been taken. The problem therefore concerns a person who, broadly speaking, belongs to the family circle of the child, indeed, in the majority of cases, the person concerned is the father or mother. “

93. מקום המגורים מבטא מציאות חיים נמשכת, נקודת המבט היא של הקטין, והמקום שבו הוא התגורר עובר למעשה החטיפה. הבחינה מתמקדת בחיי היום יום של העבר ולא בתוכניות העתיד. וכך נקבע בעניין גבאי (בעמ' 254):

”מקום המגורים” אינו ביטוי טכני. זה אינו ”דומיסיל” או ”residence”. הוא מבטא מציאות חיים נמשכת. הוא משקף את המקום שבו גר כרגיל הילד עובר לחטיפה. נקודת המבט היא של הילד והמקום שבו הוא גר. הבחינה מתמקדת בחיי היום-יום של העבר ולא בתוכניות העתיד. כאשר ההורים חיים יחד, מקום המגורים הרגיל של הילד הוא בדרך-כלל מקום מגורי הוריו.”

94. ההלכה בסוגית ”מקום מגוריו הרגיל של הקטין” נקבעה בפסק הדין בע”מ 7784/12 פלונית נ’ פלוני (28.7.2013) (להלן – ”בע”מ 7784/12”), ובכך הביאה ליישוב המחלוקת שהתגלעה אותן שנים בין ”האסכולה העובדתית” המתבססת על בחינת מקום מגוריו הגיאוגרפי-פיזי של הקטין עובר להרחקתו (ראו בעניין גבאי) לבין ”האסכולה הכוונתית” אשר בוחנת את כוונת ההורים, בכל הנוגע למשך ולנסיבות השוות במדינה בה התגורר הקטין עובר להרחקתו (ע”מ (מחוזי ב”ש) 121-07 פלונית נ’ אלמוני (18.6.2007); בע”מ 9802/09 פלונית נ’ פלוני (17.12.2009); בע”מ 741/11 פלונית נ’ פלוני (17.5.2011)).

95. בבע”מ 7784/12 נקבע כי בבוא בית המשפט לקבוע את מקום מגוריו ”הרגיל” של ילד (להבדיל ממקום מגורים קבוע) עליו ליישם מבחן ”עובדתי טהור” במסגרתו יש לבחון, בין יתר השיקולים, גם את כוונת ההורים ואת ההחלטות שקיבלו, וכן את נקודת מבטו של הילד, ובמקרה שלפניי – של איתן – כמפורט להלן (עמ’ 18-19):

”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 יכול לכלול 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



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

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, תחילת 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".

96. משכך אדרש עתה לבחון מה הייתה כוונת ההורים המנוחים של איתן, חרף העובדה שנקודת האיזון השתנתה לנוכח האסון.

(א.1.) כוונת ההורים המנוחים ומשקלה

97. טענת הנתבע, בנסיבות שבהן נפטרו הוריו של איתן בטרם עת, יש ליתן לכוונתם לשוב לישראל משמעות מיוחדת. יש לראות בישראל את מקום מגוריו הרגיל של איתן (נוסף לנסיבות נוספות כפי שיפורטו בהמשך).

98. לאחר שקלא וטריא, אין בידי לקבל את טענת הנתבע. לא מהפן הראייתי ולא מהפן המשפטי. ובמה דברים אמורים?

99. הפן הראייתי – לאחר בחינת חומר הראיות, לא מצאתי כי הוכחה כוונה ברורה של ההורים המנוחים לחזור ארצה במועד מסויים, ואם בכלל.

100. שני הצדדים הביאו ראיות סותרות לכוונת ההורים המנוחים. כל אחד וטעמיו.

101. ראיות הנתבע לרצון ההורים המנוחים לשוב לישראל – ביום 29.6.2020 קיבלו המנוחים אישור זכאות לסיוע ברכישת דירה בתוכנית מחיר למשתכן (נספח 8 לכתב התשובה); בשנת 2020 ערך האב המנוח בירורים לגבי לימודים באוניברסיטת אריאל (נספח 9 לכתב התשובה); האם המנוחה למדה באוניברסיטה הפתוחה (נספח 10 לכתב התשובה); ההורים המנוחים לא ניתקו את תושבותם בישראל במוסד לביטוח לאומי (נספח 11 לכתב התשובה); שאלון לקביעת תושבות לשוה בחו"ל של



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

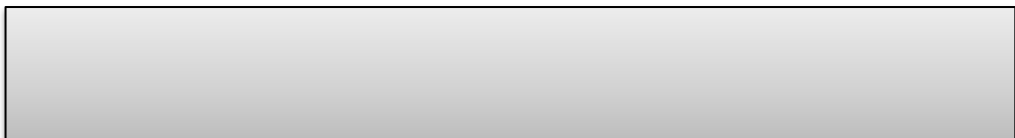
תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

המוסד לביטוח לאומי, שבו השיב האב המנוח כי השהות בחו"ל היא מתאריך "2015" עד לתאריך "2023" ומטרת השהות היא "לימודים (רפואה)" (נספח כ"ג לתצהיר עעדות ראשית של התובעת); תצהיריהם של העדים מר אליאור מן – חברה הקרוב של טל ז"ל, הגברת לריסה סרצקי – מכרה של הנתבע ומשפחתו, והגברת גל פלג – אחותה של טל ז"ל, אשר העידו על רצונה של טל ז"ל לשוב ארצה ותוכניותיהם של ההורים המנוחים לעשות כן ביוני 2022.

102. עוד צירף הנתבע תכתובות של טל ז"ל עם אחותה, הגברת גל פלג, ועם חברים נוספים. וכן פוסטים שפורסמו על ידי חברותיה של טל ז"ל ברשתות החברתיות (נספחים 3-4 לתצהיר עדות ראשית של הגברת גל פלג).

103. סעיפים 103-112 – אינם מותרים לפרסום.



104. 

105.



106.

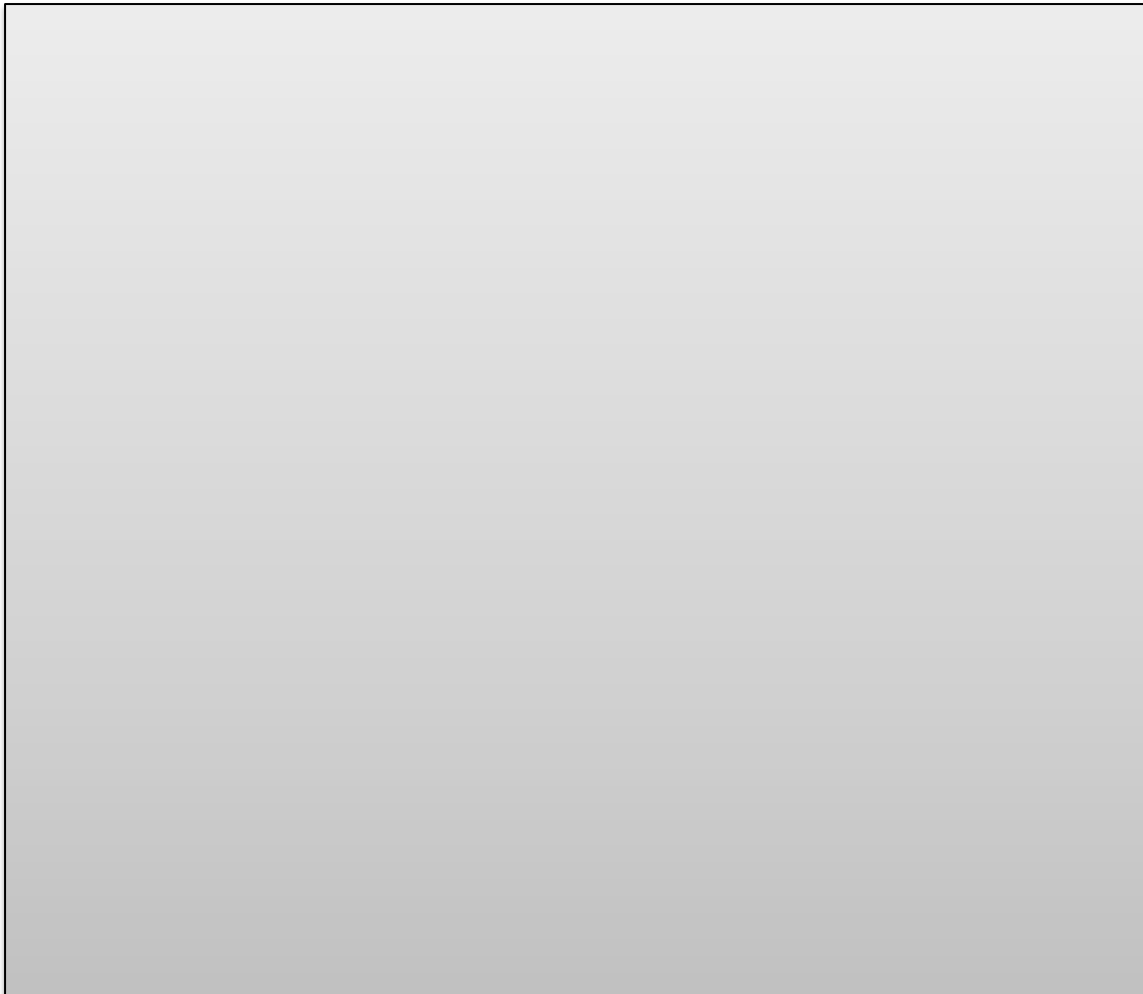


בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תנ"ש 24437-09-21 בירן (קטין) נ' פלג



107.





בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

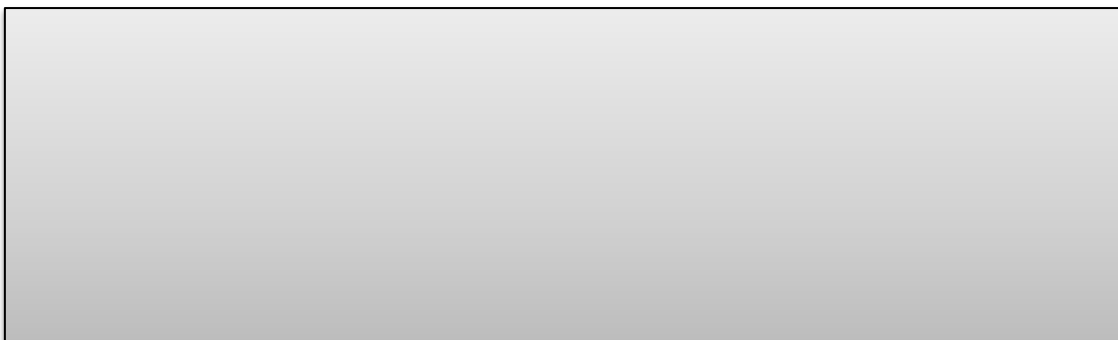
תמ"ש 24437-09-21 בירן (קטין) נ' פלג

108. עניין נוסף שבו נמצאה הגברת גל פלג לא מהימנה קשור לפוסט אשר פורסם על ידה בפייסבוק

...108



... 109.





בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 24437-09-21 בירן (קטין) נ' פלג

110. ...

111. ...

112. ...

113. **עדה נוספת שהעידה מטעמו של הנתבע היא הגברת** – בתצהיר עדותה הראשית הצהירה, כי הכירה את הנתבע ומשפחתו בתחילת חודש יוני 2018 ומאז היא בקשר עמוק עם כל המשפחה. "הייתי שם כמו בת בית" (סעיף 4 לתצהיר עדותה הראשית). עם זאת, בחקירתה נשאלה מספר שאלות על טיב הקשר בינה לבין הנתבע ותדירות המפגשים ביניהם, ורק בעקבות שאלת בית המשפט השיבה כי היא והנתבע ניהלו קשר זוגי בין השנים 2018-2019. לא מצאתי בעדותה כל תרומה לתובענה שלפניי.

114. **ראיות התובעת לרצון ההורים המנוחים להישאר באיטליה** – מנגד הביאה התובעת ראיות לכך שטל ועמית ז"ל שקלו דווקא להמשיך ולהתגורר באיטליה, ובחנו רכישת דירה במילאנו למגוריהם: עדותו של מר דורון גושן, המעסיק של עמית ז"ל, בדבר כוונתו לרכוש דירה למגורים באיזור מילאנו תוך תקווה למצוא שם התמחות (סעיפים 6-8 לתצהיר עדותו הראשית של מר דורון גושן ועדותו במסגרת פרוטוקול הדיון מיום 8.10.2021 בעמ' 78, שי' 17 עד עמ' 79, שי' 19); הודעות ופוסטים של טל ועמית ז"ל בנוגע להתעניינותם לרכישת דירה באיטליה כאמור (נספחים כ"ד-כ"ו לתצהיר עדות ראשית של התובעת); התכתבות של עמית ז"ל בעניין חיפוש התמחות באיטליה (נספח כ' לתצהיר עדות ראשית של התובעת); הודעה שנשלחה לטל ולעמית ז"ל כי טרם חודשו ההצהרות לצורך הארכת הזכאות להשתתפות בתוכנית המחיר למשתכן, וככל שלא יעשו כן עד ליום 29.6.2021 לא יוכלו להשתתף בהגרלות במסגרת תוכנית זו (נספח כ"ב לתצהיר עדות ראשית של התובעת); מכתב



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

מהמוסד לביטוח הלאומי מיום 8.12.2020 המיועד לעמית ז"ל ומתריע כי הפסיק לכאורה להיות תושב ישראל מתאריך 1.10.2020 ושאלון לקביעת תושבות לשוהה בחו"ל של המוסד לביטוח לאומי שבו השיב עמית ז"ל, כי השהות בחו"ל היא מתאריך "2015" עד לתאריך "2023" ומטרת השהות היא "לימודים (רפואה)" (נספח כ"ג לתצהיר עדות ראשית של התובעת); תכתובת דואר אלקטרוני מיום 11.1.2021 של טל ז"ל לבירור בעניין לימודים באוניברסיטת ברגמו (נספח י"ט לתצהיר עדות ראשית של התובעת).

115. אעיר כי אין ללמוד מהמכתב מהביטוח הלאומי על פקיעת תושבותו של עמית ז"ל בישראל כפי שניסתה התובעת לטעון. המכתב מזמין את עמית ז"ל להציג למוסד לביטוח לאומי השגות בכתב על האמור במכתב בתוך 45 יום, ולהמציא טענות והוכחות לענין התושבות שלו. הא ותו לא.

116. מהשאלון שצורף כנספח כ"ג לתצהיר עדותה הראשית של התובעת עולה כי עמית ז"ל השיב למוסד לביטוח לאומי שהוא נמצא בחו"ל משנת 2015 ועתיד להישאר שם עד לשנת 2023 ומטרת הימצאותו בחו"ל היא לימודים (רפואה). עם זאת, מקובלת עליו גם עדותן של התובעת והעדה מטעמה – הגברת מריה פולישצ'וק (חברה קרובה של טל ז"ל) שלפיה סטודנטים ישראלים בחו"ל לא נוהגים לנתק את תושבותם בישראל, וזאת כדי להשאיר את כל האופציות האפשריות פתוחות בפניהם בעתיד (פרוטוקול הדיון מיום 8.10.2021 עמ' 87, שו' 18-23).

117. בנוגע למסמך מאוניברסיטת ברגמו – הנתבע טען, כי תכתובת הדואר האלקטרוני של טל ז"ל עם אוניברסיטת ברגמו נלקחה מהטלפון או המחשב הנייח של ההורים המנוחים (סעיף 4.ב. לתגובת הנתבע מיום 5.10.2021 בבקשה מס' 21). בהחלטה מיום 6.10.2021 אסרתי על הצגת מסמכים או התכתבויות מהטלפון של האם המנוחה. עוד צויין במסגרת ההחלטה כי התובעת הצהירה שלא עשתה ולא תעשה כן במסגרת הליך זה, ו"ככל שיוכח, כי לא כך הדבר ביחס למסמך ספציפי או התכתבות מסוימת, תוגש בקשה מתאימה ואדרש לה". הדבר לא נעשה על ידי מי מהצדדים.

118. ... לא הותר לפרסום

119. **סיכום חומר הראיות בסוגיה זו** – לאחר עיון בתצהירי העדים שהובאו על ידי הנתבע, וחקירתם במסגרת דיוני ההוכחות אשר התקיימו לפניי, וכן בצרופות אשר צורפו לתצהירים, לא שוכנעתי כי לטל ולעמית ז"ל הייתה תוכנית סדורה ומוסכמת לגבי מקום מגוריהם העתידי. דווקא מהראיות שהובאו הסתמן כי ההפך הוא הנכון. התרשמתי כי טל ועמית ז"ל לא היו בטוחים כלל בנוגע למקום מגוריהם העתידי, ויתכן כי בשלב מסוים אף הייתה שנויה מחלוקת ביניהם לגבי המשך מגוריהם באיטליה או חזרתם ארצה (ראו תכתובת ראשונה בנספח 3 לתצהיר עדותה של הגברת גל פלג).



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

120. מחומר הראיות שהוצג לפניי עולה כי ההורים המנוחים התגוררו בפאביה שבאיטליה במועד האסון, כך היה גם 6 שנים קודם לאסון וכך תוכנן שיהיה עד לשנת 2023 לכל הפחות. זאת ניתן גם ללמוד מהודעה ששלח עמית ז"ל למוסד לביטוח לאומי. תימוכין לכך ניתן למצוא גם בגרסת הנתבע אשר טען, כי כך אמור היה להיות לפחות עד לחודש יוני 2022 (סעיף 45 לכתב התשובה).

121. לנוכח האמור, לא מצאתי כי הוכחה על ידי מי מהצדדים, כוונה ברורה של המנוחים לשינוי מקום מגוריהם או קביעת מקום מגוריהם באיטליה דרך קבע או חזרתם לישראל.

122. **הפן המשפטי** – לא מצאתי ממש בטענת הנתבע כי לנוכח פטירתם של טל ועמית ז"ל יש ליתן לכוונתם לשוב לישראל את הבכורה בבחינת מכלול הנסיבות, וזאת עם כל הכאב שבדבר.

123. מעת שנפטרו טל ועמית ז"ל, ואומר זאת בלב כבד, הם אינם צד להליך המתנהל לפניי. ומשכך, אין להקיש ממקרים אחרים שבהם הסכסוך בדבר מקום מגוריו של הקטין מתנהל בין שני ההורים, אשר היו להם אי אלה כוונות או הסכמות שאולי הופרו. המקרה שלפני הוא יחודי.

124. לשון האמנה, כאמור, מחייבת התמקדות בטובת הילד בלבד. הנה כי כן, ישנה חשיבות לבחינת מציאות חייו של איתן כפי שהיו עובר לאסון הנוראי והמשכם כפי שעוצבו. במצב שנוצר, שומה על בית המשפט לבחון את המקרה שלפניו ובירור הנתונים הקיימים עתה. לנוכח הנסיבות הטרגיות, נקודת האיזון בחייו של איתן השתנתה.

125. משלשון האמנה מחייבת התמקדות בילד ולא בהוריו – "מקום מגוריו הרגיל של הילד" – יש להידרש לעובדות המונחות לפנינו, ועם כל הצער שבדבר, הרי שחלומותיהם, התוכניות העתידיות ותקוותיהם של עמית וטל ז"ל נגוזו ועתה אנו נדרשים לבניית סיפור חייו של איתן מחדש, במציאות החדשה שנרקמה בצל הטרגדיה, ובאיסוף השברים ושיקום חייו. פסקי הדין שפרשו את המונח "מקום מגורי הילד" התייחסו לעובדה כי מטבע הדברים הקטין אינו עומד לבדו אלא יש לבחון את מצבו בסמוך להורה. אך המקרה שלפניי, שונה כאמור, ובדיקת מצבו של איתן עומדת למבחן במציאות החיים החדשה שנוצרה לאחר האסון. מציאות זו מחייבת את המשך שיקומו ושמירת שגרת החיים אליה היה מורגל, עד כמה שאפשר, טרם האסון הנוראי. מבחינת איתן, מראשית חייו הוא מתגורר באיטליה, ושם לאחר האסון שפקד אותו ואת משפחתו הוא מתגורר בבית התובעת שמונתה לו כ-tutore על פי צו שיפוטי.

126. התובעת היא אפוא הגורם האחראי אשר איתן שהה עמו והתגורר בביתו מיום שחרורו מבית החולים ביום 10.6.2021 ועד למועד החטיפה על ידי סבו. משכך, האספקלריה משתנה בהתאם. עתה



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

יש להביא בחשבון במכלול הנסיבות גם את כוונותיה ורצונותיה של התובעת, ואף להביא בחשבון הסכמות כאלה ואחרות שהיו בינה לבין הנתבע אשר אולי אף הן הופרו. להן אדרש בהמשך.

(א.2.) בחינת מכלול הנסיבות ומשקלן

127. על פי ההלכה כפי שתוארה לעיל, בנסיבות המקרה המונח לפניי כעת, על כל המורכבות שבו, הגעתי למסקנה ולפיה מקום מגוריו "הרגיל" של הקטין הוא בפאביה שבאיטליה. ואבאר.

128. **מיהות הקטין** – איתן דובר את השפה העברית והאיטלקית. כמו כן, הוא בעל אזרחות כפולה – ישראלית ואיטלקית.

129. אומנם הנתבע הציג אינדיקציות לכך שזיקתו של איתן לישראל נשמרה. איתן המשיך להיות מבוטח בקופת חולים "מאוחדת" בישראל (נספח 7 לכתב התשובה); הגיע לישראל מספר פעמים מידי שנה למשך זמן לא מבוטל לשם ביקור בני משפחתו שבישראל, במיוחד בשנת 2020 בזמן בעקבות מגפת הקורונה (לוח חופשות של האב המנוח שמסר מר דורון גושן והוגש ביום 12.10.2021 ראו עדותו בפרוטוקול הדיון מיום 8.10.2021 בעמ' 79, ש' 24 עד עמ' 80, ש' 15); היתכנות לחזרתו להתגורר בישראל לו הוריו לא היו נהרגים (כטענת הנתבע).

130. עם זאת, אל מול אלה, מונחות העובדות הבאות: איתן מתגורר באיטליה משך מרבית שנות חייו (כחודש ימים מאז לידתו ועד ליום 11.9.2021). היינו – במשך 6 שנים; כל אותם שנים התחנך במוסדות חינוך באיטליה; הוריו המנוחים רשמו אותו לבית ספר בפאביה שבאיטליה, שבו החל ללמוד בתחילת שנת הלימודים הנוכחית (נספח י"ז לתצהיר עדות ראשית של התובעת).

131. גם במסגרת פסק הדין מיום 9.8.2021 נתן בית המשפט באיטליה את דעתו בנוגע למקום מגוריו של איתן, ושם קבע כי להוריו המנוחים של איתן לא היתה כוונה לחזור לישראל. וחרף כל האמור, המוקד צריך להיות עתה איתן, ומה טובתו היום? (דברי בית המשפט שם בעמ' 10-11 ובתרגום עמ' 104 לסיכומי התובעת):

לא נחשב לאינטרס של איתן משה בירן לממש את מה שנטען כי הייתה תכנית חזריו, כלומר לחזור לחיות בישראל בעתיד הקרוב. גם אם אפשר לשאר שטל פלג ועמית בירן היו מחליטים לחזור לגור בישראל, אפשרות שאזויה על ידי רבים מהעדים מסעם הצדדים הפונים, אשר לא הוכחה במעשים, אלמנטים סותרים עולים בעניין זה, טלל שינוי המגורים שארע לאחרונה וחתימת חוזה שכירות, הרשמתי של איתן משה בירן לשנה הראשונה ללימודים בבית הספר היסודי, לבית ספר שהוא גם קתולי, בקשתה של טל פלג ב-15 בינואר 2021 למידע על הרשמה עתידית באוניברסיטת ברגמון 2, ניכר בבירור כי פרויקט החיים הזה אשר נקסע לצערי על ידי האירועים הסראגיים שהתרחשו ב-23 במאי 2021. מאחר והעברת כל המשפחה לישראל כבר אינה מתקבלת על הדעת, עלינו לשאול את עצמנו האם הפרויקט הזה כעת יכול להתייחס רק לאיתן משה בירן והאם הוא לטובת האינטרס שלו כיום. על פי מה שכבר נטען באופן נרחב, תהליך ההחלמה הפסיכולוגי של איתן הקטן דורש



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

132. מן האמור עולה הרושם שהנתבע עצמו הבין כי לפחות בתקופה של השנה הקרובה טובתו של איתן להמשיך ולהתגורר באיטליה. בבית המשפט בפאביה, במסגרת הבקשה לביטול המינוי של התובעת ומינויו תחתיה, הציע הנתבע כי הוא והסבתא ישכרו דירה בפאביה, וידאגו להמשיך בניהול שגרת חייו של איתן, שם באיטליה. (עדות הנתבע פרוטוקול הדיון מיום 10.10.2021, בעמ' 155, ש' 33-26):

בית המשפט: כשאמרת את זה לבימ"ש באיטליה, האם אמרת להם את זה שזה מוגבל בזמן?
 ת. לא, אמרתי ככל שיידרש.
בית המשפט: ואם היה נדרש 10 שנים?
 ת. לא היה נדרש 10 שנים. ידעתי שמדובר בכמה חודשים.
בית המשפט: האם אמרת לכמה חודשים?
 ת. אמרתי ככל שיידרש.
בית המשפט: אתה אומר ששכרת דירה ורישום לביה"ס, אתה מבין שלפחות שנה.
 ת. או קיי אז יכול להיות שנה אם צריך.

133. **ומה בנוגע לתובעת?** לנוכח הנסיבות המיוחדות של התיק שלפניי, יש להביא בחשבון גם את כוונותיה של התובעת אשר מונתה כ-tutore על איתן. התובעת כאמור, מתגוררת באיטליה מזה כ- 14 שנים, שם נישאה והקימה משפחה. לתובעת שתי בנות, האחת בגיל של איתן עימה הוא התחיל את כיתה א. גם הוריה העתיקו את מקום מגוריהם לאיטליה בסמוך לביתה. במהלך דיון ההוכחות שהתקיים לפניי ביום 9.10.2021 נחקרה התובעת על אודות כוונותיה לשוב לישראל. כך או אחרת, העידה התובעת, כי לעת הזאת, היא מתגוררת באיטליה, והיא אינה שוללת על הסף את האפשרות לשוב לישראל, אך כאמור **"אין משהו אפקטיבי..."** (ראו פרוטוקול הדיון מיום 9.10.2021 עמ' 107 ש' 15-21).

134. הנה כי כן, מקום מגוריה של התובעת במועד 11.9.2021 היה באיטליה. כאמור, בניגוד למבחנים הרגילים של האמנה, בבדיקת "מאזן הכוחות", אין הנתבע עומד מול התובעת. במקרה שלפניי ניסה הנתבע לשנות את "מאזן הכוחות" ולנסות להעמיד מול התובעת את כוונת ההורים המנוחים. כפי שהובא, גם כוונת ההורים המנוחים היתה להישאר באיטליה לעת הזאת. עם זאת, וביתר שאת, מהמועד שמונתה התובעת כ-tutore אחר איתן, שונה כאמור האיוון. אזי בחינת "מאזן הכוחות" לכאורה, מתבצע מול התובעת. זהו מקרה ייחודי.

135. **ההסכמה בין הצדדים להליך** – החל ממועד יציאתו מבית החולים ביום 10.6.2021 התגורר איתן בביתה של התובעת. מועדי ביקור של הנתבע עם איתן תואמו מול התובעת. בין הנתבע לבין



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

התובעת סוכם כי ביום 11.9.2021 יקח את איתן לביקור ויחזירו לביתה עוד באותו היום עד השעה 18:30. שם כאמור התגורר איתן נכון לאותו מועד. על כך אין חולק. הנתבע בפעולותיו הפר בוודאי הסכמה זו של הצדדים, ובמקום להחזיר את איתן לתובעת, בחר להביאו לישראל, ללא ידיעתה או הסכמתה של התובעת. לשם הנוחות להלן העתק מפרוטוקול הדיון מיום 10.10.2021 עמ' 158, ש' 13-4:

בית המשפט: בוא נניח שהמצב הפוך, מצב היפותטי שאנחנו בישראל וכל ההליך קרה בישראל כמו שאמרת ואתה מקבל את הצו מבימ"ש ומגיעה גב' איה ועושה את מה שאתה עשית. אתה מקבל אפוא זמני כי אצלנו אפשר בניגוד לאיטליה, והיא מחליטה, לוקחת סירה לקפריסין ומשם מטוס לאיטליה – זה בסדר? מבלי לשאול אותך והיא באה ואומרת לך שהיא לוקחת אותו לטיול בפארק הירקון, מחזירה לך אותו ב – 18:00 בערב ומשם לוקחת אותו לאיטליה. זה בסדר?

ת. הסיטואציה לא הייתה כזו.

בית המשפט: אתה אמרת שאתה מחזיר אותו נכון?

ת. כן.

בית המשפט: היא ארזה לך תיק לאיתן?

ת. לא ארזה שום תיק.

136. לסיכום פרק זה – נוכח האמור לעיל, איני מקבלת את טענת הנתבע כי ישראל הייתה מקום מגוריו הרגיל של איתן, ואף לא את הטענה כי לאיתן היו שני מקומות מגורים רגילים – ישראל ואיטליה. בשים לב גם לכך שהדגש מושם על ענייניו של איתן, והוא שנמצא במרכז קביעת מקום המגורים הרגיל. יש לקחת בחשבון את חוויותיו ואת עובדות החיים וסיפור חייו של איתן, שנאלץ לעשות תפנית חדה בשל הטרגדיה שפקדה אותו ואת משפחתו (בע"ס 5041/19 פלונית נ' פלונית (8.8.2019)). אני קובעת אפוא כי מקום מגוריו "הרגיל" של איתן עובר להגעתו ארצה היה בפאביה שבאיטליה ביחד עם התובעת, וכי הגשמת עקרון ההמשכיות בחייו מטה את הכף אל עבר התובעת.

137. משכך אדרש עתה לשאלה הבאה.

(ב) האם הופרו זכויות המשמורת של התובעת?

(ב.1.) זכויות משמורת לצורך האמנה

138. בסעיף 3 לאמנה נקבע אימתי תחשב הרחקתו של ילד ככזו שנעשתה שלא כדין, וסעיף 5(א) לאמנה מגדיר את זכויות המשמורת וזכויות הביקור.



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 24437-09-21 בירן (קטין) נ' פלג

139. וכך הוגדרו זכויות המשמרות בסעיף 5 לאמנה:

"זכויות משמורת" - "לרבות זכויות המתייחסות לגוף הילד ובפרט הזכות לקבוע את מקום מגוריו של הילד".

140. בסעיף 14 לאמנה נקבע:

"בבואן לברר אם היתה הרחקה או אי החזרה, שלא כדין, כמשמעותן בסעיף 3, רשאויות 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".

141. לצורך עמידה בהוראות האמנה "יש לבדוק את זכויות המשמורת לפני מעשה ההרחקה וכל הליך משפטי המתייחס לזכות המשמורת לאחר מעשה ההרחקה אינו מהווה גורם בקביעה האם ההרחקה הייתה כדין או לא..." (מ"א (משפחה י-ם) 243/93 עדן נ' עדן (לא פורסם)). המועד שבו בוצעה ההרחקה הוא המועד הרלוונטי לצורך האמנה, וזאת במטרה למנוע פתיחתם של הליכים בערכאות השיפוטיות השונות לצורך הוצאת צווים לאחר המעשה.

142. על התובעת הנטל להוכיח כי בוצעה "הרחקה שלא כדין" כהגדרתה באמנה.

143. בית המשפט העליון פירש את המנוח "זכויות משמורת" בפרשנות מרחיבה לצורך האמנה. זאת כדי להגשים את ייעדיה ותכליתה כפי שפורטו לעיל בהרחבה (ע"א 5271/92 פוקסמן נ' פוקסמן (19.11.1992) (להלן – "עניין פוקסמן")).

(ב.2.) ייחודיות המקרה והשפעתו על בחינת המשמורת

144. ברוב מוחלט של התביעות המוגשות על פי האמנה, הצדדים לסכסוך הם הוריו של הקטין או לפחות אחד מהם. כידוע, וכך הדין בישראל, הוריו של הקטין הם אפוטרופסיו הטבעיים ולהם זכויות הוריות טבועות.

145. הנה כי כן, לפנינו נסיבות חריגות, שבהן איבד הקטין את שני הוריו בטרגדיה קשה, ונותר למעשה ללא גורם מטפל בעל סמכויות טבעיות לטיפול בו.

146. חרף ייחודיות המקרה כבר נקבע בפסיקה: "...אין בשום סעיף מסעיפי האמנה אמירה כאילו חטיפת ילדים מהווה חטיפה כשהיא נעשית ממשמורתו של הורה. חטיפה מתבצעת מידי אדם,



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

מוסד או גוף שהיו בעלי זכות משמורת. בסעיף 3 מן האמנה או בסעיף 5 אין שום אמירה כי מי שממנו נחטפו הילדים חייב להיות אביהם או אמם, ואמנם גם רשויות הרווחה, גם פנימיה או משפחה אומנת יכולות לתביע החזרת ילדים חטופים שהיו ברשותם, משמע אסור היה להוציאם מרשותם ללא הסכמה" (עמ"ש (מחוזי ת"א) 28/97 פלונית נ' פלוני (24.5.1997) – באותו מקרה טענה האם כי האב אינו באמת אביהן של הקטינות).

147. הנה כי כן, נמצא כי בפסיקה זרה כבר הוכרה זכותו של קרוב משפחה להגיש תביעה על פי האמנה כנגד הורה של הקטין. כך למשל, הוכרה זכותם של סבים וסבתות להגשת תביעה על פי האמנה. באותם מקרים הוגשה התביעה כנגד אחד מהוריו של הקטין (In the Matter of K (a child) [2014] ; UKSC 29 (Northern Ireland) ; Hanley v. Roy, 485 F.3d 641 (11th cir. 2007)).

148. סעיף 8 לאמנה קובע כדלקמן:

"כל אדם, מוסד או גוף אחר הטוען כי ילד הורחק או לא הוחזר תוך הפרת זכויות משמורת, רשאי לפנות אל הרשות המרכזית שבמקום מגוריו הרגיל של הילד או אל הרשות המרכזית של כל מדינה מתקשרת אחרת, בבקשה לסייע להחזרתו של הילד".

149. לטענת הנתבע האמנה עוסקת בזכויות משמורת כאשר לפחות אחת הצדדים הוא הורה טבעי. משכך היא אינה חלה במקרה דנן (סעיפים 29-30 לסיכומי הנתבע). אכן, עיקר הפסיקה מתייחסת למצב שבו משני צידי המתרגם ניצבים הוריו של הקטין. אין במצב עובדתי זה כדי לשנות את יעדי האמנה כפי שנקבעו בה באופן רחב יותר.

150. משכך לא מצאתי ממש בטענת הנתבע כי הוראות האמנה אינן חלות בענייננו. זאת לנוכח העובדה שהצדדים לסכסוך אינם הוריו של איתן. חלף זאת טען הנתבע כי מאחר שהזכויות והסמכויות שניתנו לתובעת ניתנו לה מכוח החלטות שיפוטיות, והן אינן סמכויות טבועות, יש "לבחון בציציות" את אותן החלטות. לו הייתי הולכת בדרכו זו של הנתבע הייתי מרוקנת מכל תוכן את תכלית האמנה.

151. בנסיבות אלה בחינת זכויותיהם ופעולותיהם של הצדדים צריכה להיעשות כאשר לנגד עיני בית המשפט עומדת בראש ובראשונה תכלית האמנה – החזרת הקטין במהירות האפשרית למקום מגוריו הרגיל תוך שמירה על כיבוד ערכאות ויעילות דיונית. לכך אדרש עתה.

(3.ב) תקינותן של ההחלטות השונות באיטליה, תוקפן וההכרח בכיבודן

152. הנתבע העלה טענות רבות לעניין תקינות ההליכים שהתנהלו באיטליה ולגבי אופן קבלת ההחלטות שהעניקו לתובעת סמכויות ביחס לאיתן. אף חוות דעתו של המומחה פרופ' פלאדיני מטעמו של הנתבע מתייחסת לטענות הנתבע מסוג זה (סעיפים 3-4 לחוות דעתו).



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

153. בב"ש 1855/08 פלונית נ' פלוני (8.4.2008) נקבע: "כלל הריפוי המידי של עולת החטיפה עונה לדרישת כיבוד שלטון החוק, ולכיבוד חוקי המדינות והאמנה הבינלאומית, המבטאת מחויבות לשיתוף פעולה כלל-מדינתי להשגת תכלית מניעת תופעת החטיפות".

154. בג"ץ 8754/00 רון נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נו(2) 625, 649 (2002) נקבע: "אין אנו יושבים כערכאת ערעור על הכרעתן של הערכאות המוסמכות בניו-יורק לפי אמנת האג, שכן בכך יהיה כדי לעקוף את התחייבויותיה של ישראל על-פי האמנה, ואף לפגוע בכוחה של האמנה המושתתת על כיבוד הדדי בין מדינות שהן צדדים לה". והדברים יפים גם לענייננו. בית משפט זה אינו יושב כערכאת ערעור על החלטות ופסקי דין של בית המשפט באיטליה.

155. מעבר לטענות הנתבע בדבר תקינותן של ההחלטות שניתנו באיטליה, העלה הנתבע טענה לגבי תוקפן של מרבית ההחלטות, למעט צו המינוי מיום 26.5.2021.

156. מינויה של התובעת כ-tutore ניתן לה על ידי בית המשפט לענייני tutelare, מכח סמכויותיו שנקבעו בהוראות הקודקס האזרחי האיטלקי, Codice civile [C.c.] (להלן – "הקודקס").

157. לטענת הנתבע, על פי סעיף 741 לקודקס (C.c. art. 741) על בית המשפט לענייני tutelare ליתן הוראה לכניסת ההחלטה לתוקף מידי. ככל שבית המשפט לא כתב זאת במסגרת החלטה, והוגש ערעור על ההחלטה, ההחלטה תיכנס לתוקפה רק לאחר ההכרעה בערעור (סעיפים 2.ה. ו-6 לחוות דעתו של פרופ' פלאדיני).

158. משכך טען הנתבע, כי החלטה מיום 26.5.2021 היא היחידה שבתוקף, במסגרתה ניתנה הוראה כאמור, ואילו פסק הדין מיום 9.8.2021 טרם נכנס לתוקף, משעה שלא נכללה בו הוראה כאמור ומשהוגש עליו ערעור, שטרם הוכרע.

159. לא מצאתי ממש בטענת הנתבע כי בהיעדר סעיף תחולה מידית בהחלטות השונות יש להתעלם מהחלטות אלה בעת בירור ההליך כאן. ואבהיר.

160. ראשית, דחיית בקשותיו השונות של הנתבע בעניין החלפת המינוי שניתן לתובעת אינן מצריכות ביצוע כזה או אחר אלא מותרות בתוקף את החלטת המינוי מיום 26.5.2021 על כנה.

161. שנית, אומנם בפרוטוקול הדיון מיום 13.8.2021 בנוגע לעדכון כבוד השופטת פנוצ'י על ידי ד"ר אלנה מולינארי על אודות מצבו של איתן, ציינה השופטת כי פסק הדין מיום 9.8.2021 ניתן לערעור



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 24437-09-21 בירן (קטין) נ' פלג

בתוך 10 ימים, ולכן היא אינה רואה לנכון לדווח עליו לאיתן, בהתחשב בכך שניתן לשנותו או לאשרו באופן מלא או חלקי (נספח ח' לתצהיר עדות ראשית של התובעת). עם זאת, עיון בפרוטוקול מגלה כי דברים אלה נאמרו על ידי כבוד השופטת פנוצ'י, לאחר שד"ר מולינארי המטפלת באיתן באיטליה, הציעה שהשופטת תפגוש את איתן ותספר לו שהחליטה שיגור באיטליה, וכי איתן מרגיש טלטה. ד"ר מולינארי סברה כי השיחה עם השופטת עשויה להרגיע את איתן בכך שתגיד לו שהוא ילך לבית ספר באיטליה.

162. לא מצאתי באמירה זו של השופטת פנוצ'י משום "עיצוב ביצוע" של פסק הדין מיום 9.8.2021 כפי שניסה הנתבע לטעון, אלא רצון של השופטת פנוצ'י להגן על איתן מפני שינויים כאלה ואחרים אשר עלולים להתרחש בחייו, לו יתקבל הערעור שהגיש הנתבע.

163. **שלישית**, הוראות בפסק הדין מיום 9.8.2021 המצריכות ביצוע, כמו מינויה של ה- "protutore" הגברת ברברה ברטוני, בוצעו על ידי הרשויות השונות באיטליה. בתי המשפט באיטליה ראו בהחלטת בית המשפט תקפה, ומשכך עמדו בקשר עם הגברת ברברה ברטוני, וקיבלו ממנה עדכונים מעת לעת, כפי שעלה מעדותה (פרוטוקול הדיון מיום 8.10.2021 עמ' 90, ש' 7-10):

בית המשפט: האם היו מקרים שבימ"ש קרא לך להגיע לבד אליו לדיון או ביחד עם איה מבלי הצד

השני כדי לשמוע ולהתעדכן בנוגע למצבו של איתן?

ת. כן, השופטת הזמינה אותנו כמה פעמים כדי לספר מה היה המצב, מה היו הטיפולים ואיך היו הפגישות עם הסבים.

(עדות המומחה פלידאני פרוטוקול 10.10.2021 עמ' 171, ש' 33 עד עמ' 172, ש' 1 ממנה ניתן ללמוד כי מתן דיווחים על ידי ה-protutore זה "בסדר גמור" חרף כך שפסק הדין לשיטתו לא בר ביצוע). כמו כן, הגברת ברברה ברטוני עמדה בקשר עם באי כוחו של הנתבע (פרוטוקול הדיון מיום 8.10.2021 עמ' 92, ש' 7-15):



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

ש. את ידעת שלמשפחת פלג היו כל מיני טענות לגבי ההתנהלות של הטוטורה, טענות לגבי התנהלות רכושית, בעיות לגבי התנהלות הסדרי הראייה. לא מצאת לנכון להיפגש איתם פעם אחת? לשמוע את הטענות שלהם או יש בזה דבר וחצי דבר?

ת. אני תמיד הייתי בקשר עם משפחת בירן ועם הטוטורה ותמיד הייתי בקשר יום יומי עם עו"ד של משפחת פלג, לא ישירות איתם כי הם לא מדברים איטלקית אבל הייתי בקשר יום יומי עם מיילים.

בית המשפט: מתי היה המייל האחרון ששלחת לעו"ד של משפחת פלג?

ת. זה היה יום לפני חטיפת הילד כי תמיד הייתי בקשר רצוף גם כדי להחליט על הסדרי ראייה. אני לא זוכרת את התאריך בדיוק אבל זה היה יום לפני החטיפה.

164. מן האמור עולה, כי העובדות בשטח לא תומכות בטענתו המשפטית של הנתבע.

165. נכונים הדברים גם ביחס לטענת הנתבע כי החלטות מהימים 11.8.2021 ו-18.8.2021 בעניין עיכוב יציאתו של איתן מאיטליה, שלא בליווי או הסכמתה של התובעת – אינן תקפות. איני יכולה לקבל טיעון זה מאחר שהצו לעיכוב יציאה מהארץ של איתן הועבר לרישום אצל הרשויות השונות באיטליה שפעלו על פיו. ואם הרשויות באיטליה ראו בהחלטות שניתנו שם כתקפות – ספק בעיני אם יש מקום שבית המשפט בישראל יקבע שהן אינן תקפות.

166. כאמור, על פי סעיף 14 לאמנה רשאי בית המשפט להתייחס ישירות להחלטות שיפוטיות של מדינת איטליה בין אם הוכרו שם פורמאלית, בין אם לאו, זאת מבלי להזדקק להליכים מיוחדים להוכחת אותו דין או להכרה בהחלטות זרות שהיו נדרשים לולא הוראה זו.

167. כלומר, אף אם יש ממש בטענת הנתבע כי פסק דין מיום 9.8.2021 אינו בתוקף משלא ניתנה במסגרתו הוראה על פי סעיף 741 לקודקס, הקובע כי הצו או ההחלטה נכנסים לתוקף מידי, אין בכך כדי לשלול את מחויבותה של מדינת ישראל לכבד הליכים המתנהלים במדינות החברות באמנה, ביניהן איטליה, ועל פי החלטות שניתנו עד למועד הרלוונטי.

168. ודוק: עצם העובדה כי פסק דין מצוי בהליכי ערעור (ואף בשים לב להוראת סעיף 741 לקודקס), אין משמעות הדבר כי יש לראותו כלא קיים כלל לצורך בירור הליכים על פי אמנת האג. חרף זאת יש לכבדו ולאפשר לערכאות המתאימות, במדינת המקור, להשלים את מלאכתן עד למתן פסק דין חלוט.

169. אמור מעתה, מינויה של התובעת לא נותר על כנו רק מכוח הסכמת הנתבע ביום 25.5.2021 בדיון שהתקיים מעל מיטת חוליו של איתן, אלא לאחר בחינת מעמיקה ובדיקת טובתו של איתן, כפי שהדבר בא לידי ביטוי במסגרת פסק הדין מיום 9.8.2021.



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

170. אין לאפשר לצד להליכים במצב דברים זה לעשות דין עצמי ולשנות את מצב הדברים בשטח. הדברים בוודאי נכונים עת מצוי איתן בעיצומו של הליך שיקומי, ולאחר שעבר אירוע טרגי אשר שינה את חייו מקצה לקצה.

171. אומר את הדברים כפשוטם: עקרון תום הלב ועקרון טובתו של הקטין מחייבים את הצדדים להליכים במצב דברים זה, בכל מדינה אשר תהא (בין אם קיים בה סעיף מקביל לסעיף 741 לקודקס בין אם לאו), להימנע מכל ביצוע שינוי טרם הכרעה סופית בהליכים המתנהלים בעניין בידי בית המשפט המוסמך. בפרט כאשר איתן נמצא במסגרת טיפולית ובהליך שיקום מורכב ביותר.

172. לסיכום פרק זה - לנוכח כל האמור לעיל, במסגרת התביעה על פי האמנה על בית המשפט בישראל לכבד את ההחלטות של בתי המשפט השונים באיטליה שניתנו קודם ליום 11.9.2021.

173. בשים לב לקביעה כי על בית המשפט לכבד את פסק הדין מיום 9.8.2021 במסגרת תובענה זו, ממילא אין ליחס משקל לטענות המרמה שהעלה הנתבע ביחס לצו המינוי מיום 26.5.2021 לצורך קביעת זכויות המשמורת של התובעת. ובמה דברים אמורים?

174. פסק הדין מיום 9.8.2021 הותיר את מינויה של התובעת כ-tutore, לאחר שבחן את טענותיו של הנתבע, וביניהן טענות שנטענו ביחס להסכמתו למינוי זמני ומצומצם בלבד. חרף טענותיו של הנתבע נגד התובעת, נדחתה בקשתו להחלפתה, וזאת בפסק דין מנומק הנפרש על פני כ-20 עמודים. אמור מעתה – התובעת אינה ה-tutore של איתן רק מכוח הסכמתו הראשונית של הנתבע שניתנה ביום 25.5.2021 והצו שבא אחריו ביום 26.5.2021. התובעת היא ה-tutore של איתן גם על פי פסק הדין מיום 9.8.2021 כאשר טובתו של איתן עמדה נגד עיני בית המשפט באיטליה, המוסמך לקבל החלטה. כך למשל קבעה כבוד השופטת פנוצ'י בפסק הדין:

**"מה שעל ה-tutore לעשות בפועל נגזר מצרכיו הייחודיים של הקטין.
על מנת לברר האם מתמלאים התנאים אשר יצדיקו את העברת ה-tutore מתפקידה, יש להגדיר קודם לכן מהו עיקר טובתו של איתן משה בירן".**

ובהמשך פסק הדין תיארה כבוד השופטת את הנסיבות והממצאים תוך בחינת טובתו של איתן. (תרגום הנתבע לפסק הדין כפי שהוגש לתיק ביום 7.10.2021).

175. משכך אדרש עתה לבחינת היקף הזכויות המשמורת של התובעת ה-tutore על פי האמנה.



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 24437-09-21 בירן (קטין) נ' פלג

(ב.4.) הדין הזר: היקף הזכויות הנתונות ל-tutore – האם עולות כדי זכויות משמורת לצורך

האמנה?

176. אין חולק, כי התובעת מונתה כ-tutore לקטין. מתוקף תפקידה עליה לטפל באיתן ובכלל זה קיבלה "זכויות המתייחסות לגוף הילד".

177. לטענת הנתבע אין די במינוי שניתן לתובעת לצורך קביעה כי בידיה זכויות משמורת על איתן. לשיטתו, כל עוד לא קיבלה התובעת מינוי של "affidatario" אין בידיה "הזכות לקבוע את מקום מגוריו של הילד", ומשכך אין לראות בתובעת כבעלת זכויות משמורת לצורכי האמנה.

178. בהחלטה מיום 26.9.2021 הותר לצדדים להגיש חוות דעת לשם הוכחת הדין הזר החל בעניינו.

179. כל אחד מהצדדים הגיש שתי חוות דעת לעניין הדין הזר החל באיטליה, תוך התייחסות לנסיבות הספציפיות המאפיינות את המקרה דנן. כאמור, ביום 10.10.2021, במהלך חקירתו של המומחה מטעם התובעת, עו"ד קלאדיו גרגו, ביקש בא כוח התובעת, למחוק את חוות דעתו של מומחה זה מן התיק (ראו - פרוטוקול הדיון מיום 10.10.2021 עמ' 171, ש' 30-33).

180. אבחן עתה את ההחלטות השונות אשר העניקו זכויות לתובעת בתפקידה כ-tutore על פי הוראות החוק האיטלקי השונות, ובשים לב לחוות דעת המומחים. כך אעמוד על משמעות המונח tutore ואשיב על השאלה האם לתובעת זכויות משמורת על איתן לצורך נקיטת הליכים על פי האמנה.

זכויות התובעת על פי צו המינוי מיום 26.5.2021

181. כזכור, ביום 26.5.2021 ניתן צו לפיו מונתה התובעת ל-tutore על איתן.

182. יוזכר כי ערעור שהגיש הנתבע על מינוי זה נדחה ביום 10.6.2021. אף לשיטתו של הנתבע צו מינוי זה הוא בתוקף (סעיף 7 לחוות דעת המומחה מטעמו פרופ' פסננטה).

183. בצו המינוי נקבע כי המינוי ניתן לנוכח סעיפים 343, 345, 346, 355 ו-741 (המורה על ביצוע מידי של הצו) לקודקס.

184. **פתיחת תיק ה-tutela** – בסעיף 343 לקודקס נקבע כי אם שני ההורים הלכו לבית עולמם או שמסיבות אחרות אינם מסוגלים למלא את תפקידם כהורים בעלי אחריות הורית, נפתח תיק "tutela" בבית המשפט במחוז שבו נמצא מקום עסקיו וענייניו העיקרי של הקטין. אם ה-domicilio של ה-tutore נמצא או הועבר למחוז אחר, ניתן להעביר לשם את תיק ה-tutela בצו בית משפט. כך



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

עשה בית המשפט בענייננו, באמצעות הצו מיום 4.6.2021 עת העביר את ניהול תיק המינוי מטורינו לפאביה.

185. בסעיף 345 לקודקס נקבע מי הם הגורמים עליהם לפנות לשופט ה-tutelare לצורך פתיחת תיק ה-tutela ובאילו נסיבות.

186. עד ליום 21.10.2021 לא הייתה ודאות לגבי אותו גורם שביצע את הפניה לבית המשפט בפאביה לשם מינוי ה-tutore לאיתן. עיון במסמכי הבקשה למינוי tutore לקטין מיום 25.5.2021 אותם צירף הנתבע לבקשתו לצירוף ראייה, עולה כי אכן היו אלה גורמים **מבית החולים** שהגישו את הבקשה (מסמכים המצורפים לבקשת הנתבע מיום 21.10.2021).

187. **מינוי "tutore" ו-"protutore"** – בסעיף 346 לקודקס נקבע, כי שופט ה-tutelare, מרגע שנודע לו על הנסיבות המצריכות פתיחת תיק ה-tutela, פועל למינוי "tutore" ו-"protutore".

188. הצדדים לא הזכירו את סעיף 355 לקודקס הנזכר בצו המינוי.

189. **מהו תפקידו של ה-"tutore"?** בסעיף 357 לקודקס נקבע כי תפקידו של ה-tutore לטפל בקטין ולייצג אותו בכל העניינים האזרחיים וניהול רכושו.

190. בסעיף 45 לקודקס נקבע כי ה-"domicilio" של הקטין הוא ב-"residenza" של ה-tutore. לטענת הנתבע אין המדובר בסמכות לקביעת מקום מגורים לקטין במובן של "residenza" אלא במובן של "domicilio" בלבד. היינו – מרכז חייו, עסקיו והאינטרסים של הקטין זהה לזה של ה-tutore, אך ל-tutore אין את הזכות לקבוע את מקום מגוריו הקבוע של הקטין.

191. לטענת הנתבע, כדי שתהא לתובעת הזכות לקבוע את מקום מגוריו של הקטין עליה לעתור לבית המשפט בבקשה על פי הוראת סעיף 371(1) לקודקס.

192. בסעיף 371(1) לקודקס נקבע כי לאחר שהשלים ה-tutore את פרטת נכסי הקטין ולאחר הצעת ה-tutore ושמיעת עמדת ה-protutore, שופט ה-tutelare מקבל החלטה לעניין המקום שבו יש לגדל את הקטין, ולעניין הכוונתו ללימודים או לאמנות או מקצוע כלשהם, לאחר שנשמע הקטין בעצמו אם מלאו לו עשר שנים וגם אם מלאו לו עשר שנים, אם הוא בעל יכולת אבחנה, ולאחר מתן הודעה לקרובי המשפחה מהמעגל הקרוב, אם הדבר מתאים.



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

193. לשיטת הנתבע, רק לאחר קבלת החלטה על פי סעיף זה תקום לתובעת עילת תביעה על פי אמנת האג. רק אז תהפוך התובעת ל-"affidatario", מעמד שיקנה לה זכויות משמורת.

194. לתמיכה בטענתו הביא הנתבע שתי חוות דעת. האחת של פרופ' מאורו פלידאני והשניה של פרופ' פסנגטה. אל מולן ניצבת חוות דעתה של המומחית מטעם התובעת כבוד השופטת בדימוס מריה כריסיטנה קנצ'אני.

195. עתה אדרש לחוות הדעת לדין הזר אשר הוגשו לתיק ועל אודותם נחקרו המומחים במהלך הליך ההוכחות שהתקיים לפניי.

חוות הדעת מטעם הנתבע

(א) חוות הדעת מטעמו של פרופ' מאורו פלידאני

196. כטענת הנתבע, כתב המומחה בחוות דעתו כי על פי סעיף 371 לקודקס, לאחר עריכת פרטת נכסים שופט ה-"tutelaire" מקבל החלטה לעניין "המקום בו יש לגדל את הקטין". החלטה זו היא הצעד הראשון והחשוב בניהול המינוי, והיא כוללת הנחיות יסוד שהשופט נותן ל-"tutore" תוך שהוא לוקח בחשבון את ההצעות שה-"tutore" רואה לנכון להביא, לאחר שנחשף למצבו הכלכלי והאישי של הקטין (סעיף ב.6. לחוות הדעת). וכך הסביר המומחה בעניין זה בעדותו (פרוטוקול הדיון מיום 10.10.2021 עמ' 186, ש' 25-32):

ש.	נכון שבסעיף 357 כתוב שהתפקיד של הטוטורה זה לטפל בגוף הקטין ולייצג אותו בכל העניינים האזרחיים?
ת.	כן מילולי זה מה שכתוב אבל צריך להבין מה התוכן ומה כולל התפקידים האלה.
ש.	מה זה כולל?
ת.	קודם כל זה לעשות ספירת מלאי של הרכוש של הקטין והשני זה לבקש מהשופט את ההוראות לגבי אפידמנטו.

197. עוד העיד המומחה כי האחריות ההורית לא ניתנת במסגרת מינוי ה-tutore אלא במסגרת "affidatario" (פרוטוקול הדיון מיום 10.10.2021 עמ' 189, ש' 31-32).

198. לגבי סעיף 45 לקודקס הסביר המומחה כך בסעיף ב.7. לחוות הדעת:



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

7- ס' 45 לקודקס האזרחי קובע כי על ה- "domicilio" של הקטין להיות זהה לזה של הממונה (במקור נכתב "זהה לזה של הקטין". מן הסתם טעות סופר. הערת המתרגמת), אולם המושג "domicilio" שונה מהמושג "residenza". ואכן, ה- "domicilio" הינו המקום בו האדם קבע את מרכז ענייניו, עסקיו והאינטרסים שלו, בעוד ה- "residenza" הינו המקום בו האדם מתגורר באופן קבוע. ה- "domicilio" לפיכך, הינו מושג משפטי, ללא קשר למקום בו הקטין חי בפועל: מכח החוק הוא זהה ל- "domicilio" של הממונה, על מנת שזה האחרון יוכל לדאוג לענייני הקטין והזהות בין שני ה- "domicili" נותרת על כנה גם כאשר הקטין נמסר למשמורת לאדם שאינו הממונה.

199. בסעיפים ב.8-9 כתב המומחה בחוות דעתו כדלקמן:

8- לפיכך, לא בהוראה 45 להוראות הביצוע של הקודקס האזרחי, ולא בס' 371, תת סעיף 1, לקודקס האזרחי, נקבע כי על הקטין לגור יחד עם הממונה עליו; בהפוך הוא, דווקא הסעיף האחרון דורש מהשופט האחראי על המינויים להחליט, בין היתר, על המקום בו יש לגדל את הקטין, תוך שלילת הרעיון כי מחובתו של הקטין, באופן כללי, להיות יחד עם הממונה עליו וכי מחובתו של זה האחרון לארח את הקטין בביתו ולכלכל אותו (ר' פסיקת העליון, 13.5.1961, Cass., מ"ס 1137).

9- החלטת הוראות הקודקס על המקרה דנן (מביאה למסקנה כי) למרות שהגב' איה בירן נירקו הוכרזה כממונה על איתן הקטן, לא ניתן לייחס לה זכויות משמורת עליו מכח ס' 371, תת סעיף 1, לקודקס האזרחי, מאחר ואין בנמצא החלטה פורמלית המורה על כך (מצד השופט האחראי על המינויים) נכון ליום 11.9.2021.

200. בהמשך חוות דעתו כתב המומחה כי כאשר מוגשת לשופט ה- "tutela" בקשה על פי סעיף 371(1) לקודקס לעניין קביעת המקום שבו יש לגדל את הקטין, קיימות שתי אפשרויות:

(א) ה- **tutore יבקש משמורת לטובת עצמו**. במקרה כזה, הקטין יחיה יחד עם ה- tutore, אשר לו תהיה האחריות ההורית. המומחה הפנה בהקשר זה לסיפא סעיף 348 לקודקס.

(ב) ה- **tutore יבקש משמורת לטובת גורם אחר**. במקרה כזה, ככל שבית המשפט יראה עין בעין עם ה- tutore, הוא יחליט ישירות בהתאם. ככל שיהיו חילוקי דעות בין ה- tutore לבית המשפט, יהיה על בית המשפט לנוער להכריע בשאלה (ראו סעיף ב.12. לחוות הדעת).

201. המומחה והצדדים לא הציגו לבית המשפט את סעיף 348 לקודקס.



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

202. התייחסות לסעיף זה מצאתי במסגרת פסק הדין מיום 9.8.2021 וכך נכתב שם בעמ' 1:

אחד מהסעיפים הנזכרים לעיל מתייחס לסמכות ביה"מ לנוער להכריז על ממונה מתוך המסגרת המשפחתית. זהו ס' 348 לקודקס האזרחי המטיל על ה- giudice tutelare (להלן: "השופט האזרחי על המינויים") את החובה להכריז על ממונה תוך שהוא קובע, בפסקה השניה לסעיף, כי על השופט לבחור במידת האפשר, בהורי ההורים, או בקרובי משפחה אחרים, כך שעצם העובדה, כמו במקרה דנן, שקיימים מספר קרובים שמביניהם יש לבחור ממונה, גם במקרה שקיים ביניהם קונפליקט בענין הבחירה הממונה, אשר ייבחר ע"י השופט בראי טובת הקטין, אין בה כדי לבטל את סמכותו של השופט האזרחי על המינויים, זאת מלבד העובדה כי לא קיימת כל הוראת חוק המעניקה סמכות בענין זה לביה"מ לנוער.

ובעמ' 4 לפסק הדין מיום 9.8.2021 נכתב:

ס' 348 לקודקס האזרחי קובע כי לממונה ייבחר אדם המתאים לתפקיד, בעל התנהגות מופת, ושניתן יהיה לסמוך עליו כי ידאג לחינוך ולהשכלתו של הקטין כאמור בס' 147 לקודקס האזרחי.

203. לסיכום דבריו כתב המומחה כי לתובעת לא הוענקו זכויות משמורת על הקטין, לא מכח הוראות הקודקס ולא מכח חוק 4 במאי 1983, מס' 184. וכך העיד המומחה בעניין (פרוטוקול הדיון מיום 10.10.2021 עמ' 187, ש' 18-28):

ש. לשיטתך, המילה זכויות משמורת שמוזכרת בסעיף 3 לעמוד 8 (בחוות דעתך) לשיטתך, לפי חוות דעתך, כדי שיהיה לאדם זכות משמורת הכוונה שהילד יגור אצלו וגם הוא יוכל לקבוע את מקום מגוריו, זו ההנחה שלך כשני תנאים מצטברים?
ת. חייב שיהיה צו של אפידמנט.
ש. זאת אומרת, כדי שתהיה זכות משמורת, לפי שיטתך, צריך שיהיה גם מגורים שבית משפט קבע אצלו וגם...
ת. כן מבית המשפט.
ש. וגם שבימ"ש ייתן לו את הזכות לקבוע את מקום המגורים – שני תנאים מצטברים.
ת. לאחר שנעשתה ספירת מלאי, הטוטורה צריך לבקש מהשופט איפה הילד צריך ללכת לגור. במה שנוגע לתיק שלנו, מה שרשמתי, שלא הייתה בקשה לגבי מקום מגורים ואין שום צו לגבי זה.



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש ש' 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

(ב) חוות הדעת מטעם הנתבע של פרופ' לוקה פסננטה

204. חוות דעתו של מומחה זה נגעה בעיקרה לתוקפן ותקינותן של ההחלטות של בית המשפט באיטליה.

205. בסעיף 5 לחוות הדעת כתב המומחה כי צו המינוי מיום 26.5.2021 אינו מכיל ציווי ספציפי הנוגע למשמורת הקטין. הצו תמציתי מאוד ואינו מכיל הוראה לגבי המקום שבו איתן חייב להתגורר ולהתחנך על פי סעיף 371 לקודקס.

206. המומחה הסביר בעדותו כי כל עוד לא ניתן לתובעת מעמד של affidatario לאחר בקשה על פי סעיף 371 לקודקס (הדורשת היועצות גם ב-protutore טרם מתן החלטה בעניין מקום מגוריו של הקטין), היא לא הייתה יכולה להחליט להעביר את איתן מקום מגורים בלא אישור של בית משפט. גם על המעבר מבית החולים לביתה אמור היה להחליט בית המשפט, ולא היה די בהודעה שנתנה לבית המשפט. וכך העיד (פרוטוקול הדיון מיום 10.10.2021, עמ' 175, ש' 1 עד עמ' 175, ש' 9):

ש. זאת אומרת, לשיטתך, סעיף 5 לאמנת האג שאומר – מצטט באנגלית. במילים אחרות, סעיף 5 שמגדיר באמנת האג מהן זכויות משמורת, הן הזכויות על גוף הילד וגם לקבוע את מקום מגוריו. הפלא ופלא אני מפנה לסעיף 357 ואני מקריא באיטלקית. בדיוק אותו נוסח של אמנת האג. מה אתה אומר על זה?

ת. זה מאוד פשוט. לטוטרורה לא הייתה הזכות לחלק השני של הסעיף – לקבוע את מקום מגוריו.

ש. לשיטתך הייתה לאיה זכות על הילד אך לא לקבוע את מקום מגוריו?

ת. בדיוק.

ש. והזכות לקבוע את מקום המגורים הייתה תלויה בבית המשפט בהיעדר ההורים?

ת. בדיוק.

207. וכך סיכם המומחה פרופ' לוקה פסננטה את מסקנותיו בסעיף 7 לחוות הדעת:

נכון לעת הזו, ההוראה השיפוטית היחידה בעלת הנפקות המשפטית – למרות מה שהודגש לעיל – בהתייחס להגנה על הקטין איתן משה בירן, היא הצו שנתן בית המשפט בטורינו ב-26 במאי 2021, שמעולם לא הופרך או בוטל על ידי בית המשפט לנוער בטורינו, והביא לעצם מינויה של איה בירן-נירקו ל- "tutore", ללא צווים ביחס למקומו של ביתו של הילד, המקום בו עליו לזתבגר, השכלתו שלו וכו'.

מכוח צו בית המשפט של טורינו, ה- "tutore" מחוייב, בהתאם להוראות סעיף 357 של הקוד האזרחי האיטלקי, לדאוג לקטין ולייצגו בכל עניין אזרחי ובניהול של נכסיו. הא ותו לא.



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

208. אל מול חוות הדעת מטעם הנתבע, עומדת חוות הדעת מטעם התובעת, עדותה של עו"ד ברברה ברטוני, ואף תפיסתו של הנתבע בעצמו את תפקידה של התובעת כ-tutore בזמן אמת. ואפרט.

חוות הדעת מטעם התובעת – כבוד השופטת בדימוס מריה כריסטינה קנצ'אני (להלן – "המומחית")
209. בסעיף 1.ט. לחוות דעתה הסבירה המומחית כי ה-tutore נושא באחריות ההורית על הקטין; וכי בסמכותו למנוע או לאשר את נסיעת הקטין לחו"ל. לדבריה:

בעיקרו של דבר, האפוסטרופוס מחליף את ההורים הנעדרים, נושא באחריות הורית בהתאם לזכויותיו של הקטין הקבועים בחוק, מקבל את כל ההחלטות הנגזרות לטיפולו ולחיייו של הקטין, מבלי לפגוע בחובה להשיג את אישורו של השופט או בית המשפט לביצוע פעולות ניהוליות יוצאות דופן; האפוסטרופוס חייב להתייבב מדי שנה בפני השופט ולדווח על ניהול נכסי הקטין ובכל מקרה, בכל פעם שהשופט מבקש זאת. יש להדגיש בפרט כי על פי החוק האיסלקי, בפרט החוק מס' 1185/1967, קטין הנתון לאחריות ההורים או של האפוסטרופוס, אינו יכול להשיג דרכון או לעזוב את המדינה האיסלקית ללא אישור מפורש מצד ההורים או האפוסטרופוס; לפיכך, מסמכותו של האפוסטרופוס למנוע או לאשר את נסיעת הקטין לחו"ל עם קרובי משפחה או זרים ועל קרובי משפחה וגופים אחרים מוטלת החובה לקבל אישור מפורש מהאפוסטרופוס או מהשופט המפקח על החסות להעביר, ולו באופן זמני, את הקטין תחת אפוסטרופוס לחו"ל;

210. גם בחקירתה הסבירה המומחית כי שופט tutelra "צריך למנות עבור הקטין מישהו שיחליף את ההורים באחריות שלהם שיש להם לגבי הקטין. האחריות ההורים לגבי הילד" (פרוטוקול הדיון מיום 8.10.2021 עמ' 50, ש' 13-17).

211. בסעיף 5 לחוות דעתה כתבה המומחית כך:

צו השופט לענייני אפוסטרופוס מיום 26 במאי 2021, שהפך לסופי ותקף באופן מלא עם פסיקת בית המשפט לסער בטורים מיום 10 ביוני 2021, מעולם לא בוטל עד היום והיה, כפי שהוא עדיין כיום, בתוקף מלא ומיושם במועד בו איתן הקטן הועבר לישראל על ידי קרוביו מצד אמו, ללא אישור מקדם והכרחי של האפוסטרופוס איה בירן, אז ועדיין האדם היחיד הנושא אחריות הורית על הילד.

212. כשנשאלה המומחית לגבי משמעות זכויותיה של התובעת כ-tutore כפי שניתנו לה במינויה מיום 25.6.2021 השיבה כך (פרוטוקול הדיון מיום 8.10.2021 עמ' 50, ש' 21 עד עמ' 51, ש' 14):



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

ש.	כשאומרים לטפל בילד, מה זה אומר?
ת.	קודם כל זה אומר לתת לילד תנאי חיים מתאימים.
ש.	האם זה קובע גם את המקום איפה הוא גר ועם מי הוא גר?
ת.	מה שזה אומר לתת לילד תנאים מתאימים, זה לתת לו מגורים, לתת לו אוכל, לתת לו גם חינוך ולתת לו גם טיפולים רפואיים, אז כל אלה הם הסמכויות שיש להורים וכשאין הורים אז הטוטלרה.
ש.	עדיין חסר לי משהו. אצלנו כשאומרים אפטרופוס אז זה גם קובע את הזכות לגדל את הילד ולקבוע עם מי הוא גר ומי יכול לבקר אותו. האם זה מה שהגברת איה בירן קיבלה?
ת.	כן, הגברת בירן אמרה שהיא מטפלת ישירות בילד.

213. כך סיכמה המומחית את דבריה: "לסיכום, בהתחשב בתנאים הנדרשים לפי סעיף 3 לאמנת האג ... נראה כי בעת העברת איתן לישראל, האפטרופסית איה בירן הייתה, כפי שהיא עדיין היום, המחזיקה הבלעדית בזכות המשמרות על הקטין, מכוח צו מינוי אפקטיבי לחלוטין שהוציא שופט מוסמך על פי חוק מערכת המשפט האיטלקית".

214. כשנחקרה על המונח affidatario הסבירה המומחית (פרוטוקול הדיון מיום 8.10.2021 עמ' 53, ש' 10-32):

ש.	ומה זה "אפידטריו"?
ת.	"אפידטריו" בהגדרה זה "ההורה" או מי שמחליף את ההורה לגבי כל האחריות שיש לגבי הקטין.
ש.	האם נכון שבשונה מטוטורה לפידטריו, יש חוק ספציפי שכולל הן לעניין לפידטריו והן לעניין אימוץ?
ת.	כן, כמותי קודם, לפידטריו הוא כן שייך כמו גם הארציזונה לחוק מיוחד מ-1984 שזה מ-1983.
ש.	האם נכון שלצורך קבלת החלטה למינוי לפידטריו צריך הרכב של 3 שופטים בלבד ולא פחות?



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 24437-09-21 בירן (קטין) נ' פלג

- ת. לא. יש שני סוגים של לפידו מחוץ למשפחה, הראשון זה עם הסכמה של ההורים ושל האפוטרופוס, טוטורה. והסוג השני זה כשההורים או מי שמייצג את הילד הם מסכימים.
- ש. האם נכון שהחלטה בעניין אפידמנטו של יתום לפי חוק 184/83 הוא בסמכות בלעדית של שלושה שופטים?
- ת. לא. זה השופט הטוטלה שמחליט.
- ש. האם שופט עם סמכויות של טוטלה, יש לו סמכות במעמד שופט יחיד לתת החלטה למינוי אפידמנטו?
- ת. אז כן. השופט הטוטלה יכול למנות את הטוטורה.

215. ובהמשך כשנשאלה המומחית האם מינוי affidatario יכול להיעשות רק על ידי שלושה שופטים, השיבה בשלילה והבהירה, כי ישנם הליכים שונים במסגרתם ימונה affidatario. עוד הבהירה כי גם שופט ה-tutela כדן יחיד יכול להחליט בעניין (פרוטוקול מיום 8.10.2021 בעמ' 55, ש' 30-31):

- ש. האם נכון שלפי סעיף 737 ההחלטה של אפידטריו צריכה להתקבל על ידי שלושה שופטים?
- ת. לא, לא בהכרח. יש הרבה הליכים שונים שבהם אפשר לדון במשמורת הקטינים.
- בית המשפט: מה שהיה ביום 26.05.2021 זה אחד מהם?**
- ת. זה הליך שמתנהל לפי סעיף 737 אבל אחד המקרים זה שהגודי הטוטלה יכול להחליט בהם.

216. לשיטתה בתהליך של ה-tutela יש שני שלבים:
- האחד הוא המינוי של ה-tutore - שכולל שבועה של ה-tutore ואז הוא נכנס לתפקידו;
- השני הוא ניהול ה-tutela (פרוטוקול הדיון מיום 8.10.2021 עמ' 58, ש' 3-4).
217. כשנחקרה המומחית לגבי הצורך בהחלטה מפורשת לקביעת מקום מגוריו של הקטין השיבה כי אין צורך (פרוטוקול הדיון מיום 8.10.2021 עמ' 74, ש' 2-11):



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

- ש. אני מפנה את המומחית לסעיף 371 בחוק האזרחי שקובע שבית מגוריו של הקטין ייקבע אחרי הליך מסודר של ספירת מלאי, שמיעת הטוטורה והפרו טוטורה. תעייני בבקשה בהחלטה בטורינו מיום 26.05.2021 ואני מראה לה שההחלטה מונה סעיפים וסעיף 371 לא נמנה בהחלטה הזו כי התהליך הזה שהחוק מורה עליו לא התקיים.
- ת. לא היה צורך בזה כי במידי היה מינוי של טוטורה שנשבעה והוא מקבל את הסמכויות החוריות.
- ש. תעייני בהחלטה בטורינו ביום 26.05.2021 שתאשר שאין הפנייה לסעיף 371 שהוא הסעיף המתווה את פרוצדורת החובה. סעיף 371 לא נמצא שם.
- ת. ברגע שהם ממנים את הטוטורה אז בין החובות שלו זה לעשות ספירת מלאי ואם הטוטורה מבקש אח"כ השופט יכול להחליט לגבי מקום מגורים וסוג הלימודים בביה"ס.

218. עוד הבהירה המומחית בהמשך לכך כי (פרוטוקול הדיון מיום 8.10.2021 עמ' 75, ש' 24-28) :

- ש. בהמשך למה שהיא אמרה קודם, האם היא אמרה כשאלה קיבלה את הטוטורה היא גם קיבלה את הזכות שהוא יגור איתה?
- ת. כן בטח. אני מוסיפה שהשופט יכול היה להחליט אחרת אם היה חושב שהמשפחה של הדודה לא הייתה מתאימה.

219. ויודגש, בחוות דעתה כתבה המומחית, כי **התובעת היא המחזיקה הבלעדית בזכות המשמורת ("custodia") על הקטין** מכוח צו מינוי אפקטיבי לחלוטין.

עדותה של עורכת הדין ברברה ברטוני, ה-"protutore" מטעם התובעת

220. כאמור, עורכת הדין ברברה ברטוני מונתה בעקבות פסק הדין מיום 9.8.2021 לתפקיד protutore של הקטין.

221. למען שלמות התמונה יובהר כי תפקידיו של ה-protutore מוסדרים בסעיף 360 לקודקס, שבו נקבע כי ה-protutore מייצג את הקטין במקרים שבהם האינטרס של הקטין נמצא בניגוד לאינטרס של ה-tutore. ככל שאף ה-protutore נמצא בניגוד עניינים עם הקטין, השופט לענייני tutelar ימנה נאמן מיוחד. על ה-protutore לפעול למען הכרזה על tutore חדש אם הוא הלך לעולמו או פוטר מתפקידו. משכך, עד למינוי החדש ה-protutore דואג לקטין, מייצג אותו והוא רשאי לעשות את כל פעולות השימור ואת פעולות הניהול הדחופות בנוגע לקטין.



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

222. אומנם עורכת הדין ברברה ברטוני לא הגישה חוות דעת לעניין הדין האיטלקי אלא תצהיר מטעם התובעת. במסגרת עדותה בבית משפט נחקרה על ידי באי כוח הנתבע על ההבדל בין tutore לבין affidatario, וכך השיבה (פרוטוקול הדיון מיום 8.10.2021 עמ' 91, ש' 13-21):

ש.	תסבירי לי את ההבדל בין טוטורה והסמכויות שלו לבין אפידיטוריו?
ת.	בעצם אין הבדלים, פותחים הליך של טוטורה כאשר לקטין אין הורים בין החיים כי חייב לפתוח טוטורה. אפידימנטו עושים שעדיין המשפחה קיימת וההורים קיימים אבל הם לא מסוגלים לטפל בילד כי הם משתמשים בסמים או אלימות או כל בעיה אחרת.
ש.	באיזה סעיף בחוק קבועות הסמכויות של הטוטורה ובאיזה סעיפים בחוק מוענקות הסמכויות של האפידיטוריו?
ת.	לגבי הטוטורה זה סעיף 343 לחוק האזרחי ולגבי האפידיטוריו זה לפי חוק 184 משנת 1983.
ש.	האם זה נכון שמי שמקבל מינוי של טוטורה הוא לא הופך באופן אוטומטי לאפידיטוריו?
ת.	זה לא נכון כי זה שני מושגים לגמרי שונים.

תפיסתו של הנתבע את זכויות ה-"tutore" בזמן אמת

223. בשולי הדברים אך לא בשולי חשיבותם, נראה כי גם הנתבע הבין כי סמכויותיה של התובעת במינויה כ-tutore מיום 26.5.2021 לא צרות כלל וכלל כפי שמנסה עתה לטעון. הנתבע נקט הליכים משפטיים במטרה להחליפה בתפקיד, ובין היתר הלן שהתובעת "שלטה" בזמני הביקור שלו עם איתן. ראו עדותו של הנתבע מפרוטוקול הדיון מיום 10.10.2021 בעמ' 151, ש' 5-12:

ש.	לבית המשפט: קודם אמרת שהיא הקציבה לכם שתיים, אמרה מה פתאום לקחת לקניון, אמרה לך שזה לא בסדר. מה עשית במצב הזה?
ת.	הבנו שאיה קבעה עובדה, לקחה את הילד אליה הביתה וקבעה עובדה והיא עכשיו מחליטה מה קורה עם הביקורים שלנו, על דעת עצמה.
ש.	לבית המשפט: ואתה הולך לבית המשפט ומגיש את זה שאומר שאתה רוצה לבטל את הטוטורה, את הסמכות לבקש דברים מסוימים ושאתה רוצה להתמנות. להתמנות בתור מה?
ת.	כאפוטרופוס של הילד שיש לו אחריות מלאה לכל צרכי הילד.

224. ובהמשך העיד כך (פרוטוקול הדיון מיום 10.10.2021 בעמ' 152, ש' 20-26):



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

ש. נשאל את זה כמו שרצו שאשאל – כשאתה ביקשת להתמנות כאפוטרופוס, כטוטורה על איתן במקום איה, למשל האם רצית שהזכות לביקורים לקבוע תעבור אליך?
ת. רציתי שכל הזכויות יעברו אלי באופן מלא.
ש. איזה סוג של זכויות?
ת. כל אחריות של גידול, חינוך, בריאות. כל מה שקשור בלגדל ילד יעבור אלי. אגב, אני לא הייתי מונע אף ביקור של איה או המשפחה שלה בשום שלב, כולל לא היום.

225. עיינו הרואות: ישנן עמדות שונות ביחס למשמעותו של המונח affidatario והחשיבות שלו בעניינו לנוכח מינויה של התובעת כ-tutore. אלא שגם אם יש ממש בטענת התבע, כי לתובעת בתפקידה כ-tutore הייתה הזכות לקבוע את מקום מגוריו של איתן במובן של מרכז חייו (domicilio) ולא במובן של מקום מגורים קבוע, איני מקבלת את טענתו כי בשל כך אין לתובעת "זכויות משמורת" לצורכי האמנה.

226. אומנם בנוסח בשפה האנגלית של האמנה נכתב, כי על זכויות המשמורת לכלול בפרט "the right to determine the child's place of residence". ברם הפרשנות שמנסה התבע להעניק לזכות המשמורת היא מצומצמת ביותר ונוגדת את תכלית האמנה, לרבות את המציאות כפי שהיתה הלכה למעשה מאז יום 26.5.2021, וכפי שהנתבע הבין בעצמו, ופעל בהתאם.

227. פרשנות כזו, שבה מנסה התבע להלך, היא פרשנות מרחיקת לכת המקפלת בתוכה גישה מצמצמת למהות זכויות המשמורת הקבועות באמנה ובפסיקה, ולפיכך אין בידי לקבלה. בית המשפט העליון כבר פסק כי את המונח "זכויות משמורת" יש לפרש **בפרשנות מרחיבה** לצורך האמנה. זאת כדי להגשים את ייעדיה ותכליתה.

228. בתמ"ש (משפחה ת"א) 56180/09 ג.ז.ה נ' ט.ה.ה (10.11.2009) דובר על קטין שהועבר על ידי אימו למדינה אחרת. באותו מקרה האם נקבעה כאפוטרופה ראשית, ואילו האב נקבע כאפוטרופוס משני. הזכות לקבוע את מקום המגורים של הקטין ניתנה לאם. חרף זאת נקבע כי הרחקת הקטין על ידי האם למדינה אחרת ללא הסכמת האב הייתה הרחקה שלא כדין, שכן היה עליה לקבל את הסכמת האב לו ניתנו זכויות משמורת אחרות שלא כללו את קביעת מקום המגורים.

229. המשמורת בסעיפים 3 ו-5 לאמנה היא מושג רחב יותר מאשר הזכות להחזיק פיזית בקטין. דה פקטו הם דומים יותר למושג אפוטרופסות כפי שהוגדר בחוק הישראלי. "מקבילית הכוחות" שבין התובעת לבין התבע מחייבת חובת היוועצות ותיאום מוקדם כאשר התבע חפץ לבקר או לקחת את איתן עימו. לנתבע לא עמדה כל זכות בדין לשנות את מקום מגוריו של איתן. התבע היה חייב לקבל



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

את הסכמתה של התובעת לשם הוצאתו של איתן מאיטליה לישראל. משעה שלא קיבל את הסכמתה – אזי נעשה על ידו מעשה הרחקה שלא כדין על פי האמנה.

230. הנה כי כן, על צד המחזיק בזכויות משמורת הכוללות את הזכות לקבוע את מקום מגוריו של הקטין לבקש הסכמתו של הצד השני אשר לו זכויות משמורת אחרות (שאינן כוללות את הזכות לקבוע את מקום מגוריו של הקטין). משכך, די כי הרחקת הקטין תפגע במימוש אי אלו זכויות משמורת, מבטלת את אפשרות ההרחקה ללא הסכמה.

231. קל וחומר במקרה דנן שבו הנתבע הרחיק את הקטין מהתובעת זמן שאין לו כל זכויות משמורת או כל זכות אחרת על פי הדין. בפרט כאשר מנגד עומדת התובעת ומחזיקה בדיה זכויות משמורת כאלה ואחרות בנוגע לקטין, לרבות בנוגע לקביעת מקום מגוריו של הקטין (לכל הפחות במובן של domicilio), אלא שכאמור לשיטת הנתבע הן אינן כוללות את הזכות לקבוע את מקום מגוריו במובן של "residenza".

האמנם?

232. "מקבילית הכוחות" בענייננו ודאי חייבה את הנתבע לקבל הסכמתה של ה-tutore בשינוי מקום הימצאו והרחקתו של הקטין מפאביה שבאיטליה לישראל. **משכך אני קובעת כי הרחקתו של איתן מאיטליה על ידי הנתבע ללא הסכמתה של התובעת - הייתה הרחקה שלא כדין.**

233. הדברים נכונים ביתר שאת עת מחוות הדעת שהגיש הנתבע לגבי הדין הזר עולה כי בחלוף זמן מסוים לאחר שעשה מספר פעולות מסויימת רשאי ה-tutore להגיש בקשה לקביעתו כ-affidatario, אשר לשיטתו של הנתבע הוא בעל הזכות לקביעת מקום מגוריו הקבוע של איתן (residenza). כלומר, לא רק שבמועד הרלוונטי הייתה התובעת בעלת הזכות לקבוע את מקום הימצאו של איתן, היא אף הייתה בהליך משפטי מתמשך אשר בסופו של יום היה מוביל לקביעתה כ-affidatario. כשיטת הנתבע.

234. גם אם אדרש לטענת הנתבע שלפיה התובעת טרם זכתה להיות "בעלת זכות" הקובעת את מקום מגוריו של איתן, זאת לנוכח העובדה כי היא מצויה במסגרת ההליך להגדרת זכויותיה כ"משמורנית" על פי הדין האיטלקי. אזי על מנת לתת ביטוי הולם למעמדה ניתן להידרש לשימוש בעיקרון שוויון הדינים מהדין הישראלי (סעיפים 33 ו-38 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962), שלפיו ניתן לראות בתובעת כאפוטרופה על הקטין, אף אם בשלב זה במינוי זמני, ובמצב הדברים די היה בכך כדי לאפשר את הגשת התובענה דנן.



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 24437-09-21 בירן (קטין) נ' פלג

235. ואם נלך צעד אחד קדימה, אומר כי דה פקטו התובעת תפקדה "כהורה למעשה" של איתן - **"In Loco Parentis"** מאז שחרורו מבית החולים ביום 10.6.2021. איתן התגורר בביתה והיא זאת שדאגה לטיפוליו ולכל צרכיו. גם מצב דברים זה מעניק לתובעת מעמד המאפשר את הגשת התובענה.

236. אל מול התובעת, ניצב הנתבע אשר לא ניתנו לו כל זכויות משמורת, או כל זכות אחרת בנוגע לאיתן. יש לזכור שלאיתן סבא וסבתא נוספים מצד האב המנוח המתגוררים באיטליה, אשר בפעולותיו פגע הנתבע אף בזכויותיהם לבקר את איתן.

237. ואם לא די בכך, הרי שבקשתו של הנתבע לביטול מינויה של התובעת כ-tutore וכך גם יתר בקשותיו במסגרת אותה בקשה למינויים חלופיים (שלו לבד, שלו יחד עם אחרים וכו') נדחו כאמור בפסק הדין מיום 9.8.2021.

238. אין חולק שהתובעת כ-tutore היא שקבעה את הביקורים של הנתבע עם איתן באיטליה, ובכלל זה את מקום קיומם ומשכם. והרי הנתבע בעצמו הלך על האופן שבו מימשה התובעת את זכותה לעשות כן (סעיף 39 לכתב התשובה). בעדותו של הנתבע בפרוטוקול הדיון מיום 10.10.2021 בעמ' 149, ש' 4-9 נאמר:

מגבילים אותנו לשעתיים ביקור כשהילד רוצה עוד, כשהיא מחליטה לנקוט בסנקציות כי עשינו מסיבת עיתונאים, אז היא שולחת למשפחה הודעה בוואטסאפ והורסת לנו את יום שישי "משבוע הבא לא תוכלו לקחת את הילד, הפרתם כללים בסיסיים עם הילדים, חשפתם אותו למרכז קניות וגם מזג האוויר השתנה", העיקר למנוע ביקורים מהילד.

239. עוד העיד הנתבע כי הייתה זו התובעת שקבעה את אופן הביקורים ובאישור בית המשפט (עמ' 150, ש' 3-6):

ש.	השופטת נתנה צו שמאפשר לך לבקר את איתן?
ת.	השופטת אישרה את הביקורים שאיה, על-פי התכנית שאיה העבירה לו.

240. כך גם עולה מפסק הדין מיום 9.8.2021 שבו נקבע כי תפקיד ה-tutore הוא לנהל את הקשר בין הקטין לבין הורי הוריו, וככל שאלה האחרונים לא יהיו שבעי רצון מאופן ניהול המפגשים יהיו רשאים לפנות לבית המשפט בבקשות על פי סעיף 317 לקודקס (עמ' 2-3 לפסק הדין מיום 9.8.2021).



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

241. משלא יכול היה הנתבע להחליט על דעת עצמו להאריך את משך הביקור ולשנות את מקומו, אף לא בתוך איטליה, בוודאי שלא יכול לעשות כן אל מחוצה לה ולהחליט כי מקום הביקור ישונה לישראל ומשכו יוארך עד למועד לא ידוע. והדברים ברורים.

242. יתרה מזו, ובבחינת למעלה מן הצורך – גם אם יש ממש בטענת הנתבע כי כדי שיהיו לתובעת זכויות משמורת על הקטין היה עליה כ-tutore לפנות לשופט ה-"tutelaire" בבקשה על פי סעיף 371 לקודקס, ורק לאחר מתן החלטה בה כי הקטין יתגורר בביתה יהיו לה זכויות כאמור, אזי הזכות להחלטה כאמור נתונה הייתה בידי בית המשפט באיטליה, וזאת על פי פנייה שיכלה להיעשות על ידי התובעת בלבד.

243. כך עולה גם מעדותו של המומחה מטעם הנתבע פרופ' פלאדיני (פרוטוקול הדיון מיום 10.10.2021 עמ' 195, ש' 4-10):

ש. שאלתי אם זה מסור לבית משפט האיטלקי, לא שאלתי סעיפים.
ת. זה תלוי בבית משפט כפי שאמרת קודם לפי סעיף 371 ולא לבית משפט מדעת עצמו אבל לפי בקשת הטוטורה ואחרי התייעצות עם הפרו טוטורה.
ש. זאת אומרת שהטוטורה יכול לבקש מבימ"ש באיטליה לקבוע את מקום מגוריו של הילד ואם הוא לא עושה כן, לשיטתך, היחיד שמוסמך לקבוע את זה זה רק בית משפט באיטליה ולא הטוטורה, כן?
ת. כן זה מה שקבוע בחוק.

244. למעלה מן הצורך, אדרש גם לסוגיית "פגיעה בזכויות המשמורת של בית המשפט". לשיטת המומחים של הנתבע, מינוי התובעת כ-tutore לא כלל את קביעת מקום מגוריו של איתן. בנסיבות הקיימות לבית המשפט באיטליה הזכות לקבוע את מגוריו של איתן, ולא היה ניתן לשנותו ללא אישורו (חקירת מומחי הנתבע פרוטוקול דיון מיום 10.10.2021 עמ' 174 שו' 15 ועמ' 175 שו' 8-9 ובהמשך עמ' 195 שו' 1-10).

245. מן האמור עולה כי לנתבע לא היתה כל זכות להוציא את איתן מאיטליה ללא אישור של בית המשפט באיטליה. משכך, יש לראות במעשה שהנתבע ביצע "הרחקה שלא כדין", וזאת על פי גישת הנתבע בעצמו.

246. לסיכום פרק זה – לנוכח כל האמור לעיל, די בזכויות שניתנו לתובעת במסגרת מינויה מיום 26.5.2021 – אף כפי שביקש להוכיח הנתבע – כדי לראותה כבעלת זכויות משמורת לצורך האמנה. כאלו שהופרו על ידי הנתבע.



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

זכויות התובעת על פי פסק הדין מיום 9.8.2021

247. פסק הדין מיום 9.8.2021 ניתן לאחר שטענות ועדויות הנתבע נשמעו ונבחנו. הנתבע בעצמו העיד כי היו ארבעה דיונים בבקשתו לביטול מינויה של התובעת, וכי דבריו נשמעו לפני בית המשפט טרם מתן פסק הדין (פרוטוקול הדיון ביום 10.10.2021 בעמ' 149, ש' 27 עד עמ' 150, ש' 2).

248. בפסק הדין ניתן למצוא קביעות ברורות לגבי זכויותיה של התובעת כ-tutore ובפרט ביחס למקום מגוריו של הקטין, אשר לא מצאו מקומן בצו המינוי מיום 26.5.2021. כך למשל בעמ' 7 לפסק הדין נקבע (תרגום הנתבע לפסק הדין כפי שהוגש לתיק ביום 7.10.2021):

האינטרס הכי חשוב של איתן משה בירן הוא להבטיח ששיקומו הפסיכולוגי, והתהליך הפסיכונורפאוטי שלו יתרחשו תוך כדי שמירה, במידת האפשר וכמה שיותר, על היציבות באותה הסביבה בה חי עד לרגע הטרגדיה. מאחר והוא כבר הווה אובדן חמור, יש להימנע מלתת לו להתמודד עם שינויים משמעותיים אחרים בחייו, מאחר וכל שינוי גורם לעומס נפשי ומנטלי אשר יכול ויהיה מעבר ליכולותיו, גם לאור התהליך הלא פשוט שהוא עובר כעת.

לפיכך יש לדאוג לכך שלקטין יתאפשר להמשיך בחייו באיטליה על מנת לשמר את הרגליו: לדבר באיטלקית ובעברית, להמשיך ולהיפגש עם אותם האנשים עימם נפגש באיטליה, הקרובים המהגוררים באיטליה, ביניהם בנות הדודות הקטנות היקרות חלק מאד חשוב בחייו, החברים הישראלים המתגוררים באיטליה והחברים האיטלקים, החברים הטובים מביה"ס. יש לאפשר לאיתן לפקוד את ביה"ס אשר ההורים בחרו עבורו, שם יפגוש חברים שהוא מכיר מאחר ואלו היו עימו בגן (ר' לענין זה את דצהרות הממונה בדיון מיום 26 ביולי 2021 בנקודה בה היא סיפרה כי עשרה ילדים מאותו גן הילדים של איתן יהיו איתו בכיתה).

249. ובעמ' 14 לפסק הדין נקבע כך:

מאחר ועל הממונה לדאוג לטיפול בילד, לאור ס' 357 לקודקס האזרחי, ביי"מ זה סבור כי הדרך הטובה ביותר לבצע תפקיד זה הינה באמצעות מגורי הקטין יחד עם הממונה אשר ויכל כך ביומיום לדאוג לכל צרכיו, ללוות אותו במהלך חייו, להתוודע לרגשותיו, לרצונותיו, לבעיותיו, לציפיותיו, דברים שילא ספק ניתן לחוש ולחוות טוב יותר ע"י מגורים משותפים של הממונה והקטין. הדבר אף קבוע בהוק עצמו בס' 45 לקודקס האזרחי.



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

250. לנתבע אמנם טענות לגבי תוקפו של פסק הדין לנוכח הוראת סעיף 741 לקודקס. עם זאת, כבר הובהר, כי חרף זאת לפסק הדין חשיבות לצורך הכרעה בשאלת זכויותיה של התובעת לצורכי האמנה, ובפרט לנוכח הוראת סעיף 14 לאמנה.

החלטות מהימים 11.8.2021 ו-18.8.2021 בעניין עיכוב יציאתו של הקטין

251. ואם לא די בצו המינוי מיום 26.5.2021 ובפסק הדין מיום 9.8.2021 הרי שכבוד השופטת פנוצ'י הורתה על צווי עיכוב יציאה כנגד הקטין ובמסגרתם נקבע כך (נספח י"א לתצהיר עדותה הראשית של התובעת):

בהתחשב בכך שאפוטרופוס של קטין הינו היחיד אשר ראוי ליוצג אותו ולקבל החלטות בנושאים אליו קשורים, בפיקוח הרשות השיפוטית ובכפוף לאישורה במקרים בהם נדרש האישור, וכי איה בירן נירקו, ילידת חיפה (ישראל) ב-1 באוקטובר 1979, תושבת טרבקו סיקומריו (פאביה), רח' חוטה 15, היא האפוטרופוס של איתן משה, יליד תל אביב (ישראל) ב-1 ביולי 2015, תושב פאביה, רח' קה בלה 18, המתגורר כיום עם האפוטרופוס בכתובת טרבקו סיקומריו (פאביה), רח' חוטה 15.

מבהירה בזאת כי

הקטין איתן משה בירן לא יכול לעזוב את המדינה אלא בליווי האפוטרופוס איה בירן נירקו או באישור האפוטרופוס בין אם מוצג דרכון איטלקי או ישראלי.

252. ואם בעניין צו עיכוב היציאה מן הארץ כנגד הקטין עסקינן, אבהיר כי אין בידיעת הנתבע או אי ידיעתו על אודות צו זה כדי להשפיע על הקביעה האם בוצעה הרחקה שלא כדין.

253. הנתבע טען שכלל לא ידע על צו עיכוב היציאה שהוצא, וכי לאחר פסק הדין מיום 9.8.2021 נחסמה גישתו לתיק המשפטי בבית המשפט של הטוטר. אמנם על גבי הצווים מהימים 11.8.2021 ו-18.8.2021 לא נכתב כי יש להמציאם לידי הנתבע. התובעת גם לא טענה שהיא עידכנה את הנתבע על מתן צווים אלה.

254. עורכת הדין ברטוני העידה כי יתכן שיש ממש בטענה זו של הנתבע, והסבירה כך (פרוטוקול הדיון מיום 8.10.2021 עמ' 91, ש' 22-28):



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 24437-09-21 בירן (קטין) נ' פלג

ש.	האם זה נכון שאחרי יום 09.08.2021 משפחת פלג (הסבא והסבתא) לא הייתה להם שום גישה לתיק של הטוטורה. הם אל ידעו על ההחלטות ולא הייתה להם גישה למערכת?
ת.	כן זה נכון.
ש.	זאת אומרת שיכול היה להיות מצב שהשופט של הטוטורה הוא נותן החלטות כאלה ואחרות שמשפחת פלג אפילו לא ידעה עליהן?
ת.	כן זה נכון זה ככה כי נדחו הבקשות של הסבים אז לא הייתה סיבה להמשיך לערב אותם כי כבר דחו את הבקשות, אלא אם היו פונים שוב עם עוד בקשות.

255. חרף זאת, התנהלותו של הנתבע ביום 11.9.2021 עת חצה את הגבול לשוויץ, ושכר מטוס פרטי לשם הטסתו של איתן ארצה, מסתמנת ככזו שמתאימה לאדם שידע גם ידע על אודות צו עיכוב היציאה מהארץ שניתן כנגד איתן. הסבריו של הנתבע בעניין זה אינם מניחים את הדעת (פרוטוקול הדיון מיום 10.10.2021 בעמ' 157, ש' 10-18):

בית המשפט: אם לא ידעת על ההחלטה, למה נסעת דרך שוויץ ולא דרך איטליה? כמה זמן נסעת עם הילד באוטו? הילד חולה.	
ת.	אני רוצה להסביר. שעתיים. יש קורונה, יש תהליכים שהילד לא רציתי שיעבור אותם ולא רציתי להיסחב מבחינה לוגיסטית.
בית המשפט: למה דרך שוויץ ולא דרך איטליה?	
ת.	אני אומר שוב. אני רוצה שתביני את התהליך ואענה על הכל. אני עברתי באור יום ביקורת גבולות מסודרת אשר מזהים את הילד מהאסון. אפשר לאמת את זה מילאתי טפסים. יום שלם, מלא אנשים מסביב והעדפתי להביא אותו בצורה מסודרת. אם בית המשפט יגיד שלא העברתי דרכון אני מוכן לשמוע.

256. הנתבע העיד כי ביום 2.9.2021 הייתה לו פגישה עם עורכת דינו באיטליה, שרה קרסניגה. לטענתו בפגישה הוסבר לו כי צו המינוי מיום 26.5.2021 הוא **מצומצם מאוד** ולמעשה אין החלטה אשר קובעת את מקום מגוריו של איתן (פרוטוקול הדיון מיום 10.10.2021 בעמ' 156, ש' 3-10). הנתבע גם העיד כי לאחר השיחה עם עורכת הדין שלו מאיטליה הוא הבין כי הוא יכול לקחת את איתן לישראל (פרוטוקול הדיון מיום 10.10.2021 בעמ' 156, ש' 24-26):

ש.	החלטת לבד?
ת.	אחרי שהיא הסבירה לי את כל המצב של איתן, הבנתי שאני יכול לקחת את הילד לאן שארצה.



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש ש' 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

257. במהלך עדותה של עורכת הדין שרה קרסניגה לפניי, נעשה ניסיון לברר האם במסגרת פגישתה באיטליה עם הנתבע הועלתה האפשרות להוציא את איתן מאיטליה לישראל. לשאלה זו השיבה כי אינה יכולה להשיב על שאלות בעניין, בשל חיסיון עורך דין לקוח. זאת חרף העובדה שבמועד הדיון הצהיר הנתבע לפרוטוקול כי הוא מוותר על החיסיון (פרוטוקול מיום 10.10.2021 בעמ' 161, ש' 10-18 ובעמ' 163, ש' 21-23).

258. עורכת הדין שרה קרסניגה העידה כי במועד הפגישה לא ידעה שניתן צו עיכוב יציאה מן הארץ נגד איתן, ולמעשה נמנעה ממנה הגישה לתיק בית המשפט. הדבר כאמור לא מנע ממנה ליתן לנתבע יעוץ משפטי, חרף היעדר גישה למידע בתיק, וכפועל יוצא על סמך מידע חסר בהכרח (פרוטוקול הדיון מיום 10.10.2021 בעמ' 162, ש' 13-22 ובעמ' 164, ש' 5-14).

259. חרף החלטה מיום 9.8.2021 בדבר מסירת הדרכון הישראלי וחרף הודעות שנשלחו לנתבע בעניין על ידי התובעת ובאי כוחה, הדרכון הישראלי אשר היה מצוי באותה העת בידי הנתבע, לא נמסר לידי התובעת. הנתבע טען כי עורכת דינו באיטליה, שרה קרסניגה, הסבירה לו כי אין המדובר בצו המורה לו למסור את הדרכון הישראלי של איתן, אלא רק בהחלטה המאפשרת לתובעת לפנות אליו בבקשה לעשות כן (עדות הנתבע בפרוטוקול הדיון מיום 10.10.2021 בעמ' 157, ש' 19-23; ראו גם עדות עורכת הדין שרה קרסניגה בפרוטוקול הדיון מיום 10.10.2021 בעמ' 163, ש' 24 עד עמ' 164, ש' 2; עמ' 166, ש' 1-21).

260. לצורך הקביעה האם **הרחקה נעשתה כדין אם לאו** על פי אמנת האג אין משמעות **לידיעתו** של הנתבע על צו עיכוב היציאה מן הארץ. ובמילים אחרות – גם אם לא ידע הנתבע על הצו, הרחקת הקטין לישראל יכול שתהא שלא כדין, ואין צורך בהכרעה בעניין בנוגע לידיעתו של הנתבע על אודות הצו.

261. בעניין צווי עיכוב היציאה מן הארץ שניתנו נגד איתן הסביר המומחה מטעמו של הנתבע, כי שופט ה-tutela לא אמר בכלל לתת צו עיכוב יציאה מן הארץ, והוא סבור כי בהחלטה מיום 11.8.2021 השופטת רק נתנה הבהרה ולא צו. וכך בדבריו של המומחה (פרוטוקול הדיון מיום 10.10.2021 בעמ' 183, ש' 19 עד עמ' 184, ש' 36):



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

ש.	לבית המשפט: בצו מה- 11/08 שאני מחזיקה כתוב שהקטין לא יכול לצאת מגבולות המדינה אלא אם הוא מלווה על-ידי האפוטרופא איה בירן והיא מאשרת שהחלטה הזו נשלחת למשטרת ההגירה של פאביה ולקאוסטורה של פאביה עד שתוכנס לכלל מאגרי הנתונים של רשות החוק והמסמך מועבר למזכירות בית המשפט, ליצור קשר עם הרשויות המוסמכות ועם הטוטורה. מכוח זה גם יש בעצם צו עיכוב יציאה מן הארץ כנגד איתן, בלי 741.
ת.	קודם כל, לשופט לאפוטרופסות הוא לא יכול להחליט לגבי יציאה מן הארץ והשופט יודע את זה. הוא כותב לו שהוא לא נותן צו, הוא אומר שהוא, כפי שהוא מסביר.

262. לשיטת המומחית מטעם התובעת, צווי עיכוב מן הארץ שניתנו נגד איתן ניתנו כי בית המשפט ראה צורך להבהיר הן ל-tutore הן לקרובי משפחתו של איתן שעל פי החוק האיטלקי איתן יכול לעזוב את איטליה רק אם הוא מלווה ב-tutore או באישור מפורש של ה-tutore שניתן לשלטונות המנהל האיטלקי (סעיף 6 לחוות דעת המומחית).

263. לנוכח כל האמור לעיל, לא מצאתי ממש בטענתו של הנתבע כי לתובעת לא היו זכויות משמורת כמשמעותן באמנה.

264. ואם לא די בכל האמור על סמך חוות הדעת וההחלטות הנ"ל, נזכיר עוד מספר החלטות של כבוד השופט פנוצי מבית המשפט בפאביה מאוחרת ליום 11.9.2021 אשר אינן מתיישבות עם חוות הדעת שהוגשו מטעם הנתבע, להן אדרש עתה.

(ב.5.) משמעותן של ההחלטות המאוחרות ליום 11.9.2021

265. לצורך עמידה בהוראות האמנה, "יש לבדוק את זכויות המשמורת לפני מעשה ההרחקה וכל הליך משפטי המתייחס לזכות המשמורת לאחר מעשה ההרחקה אינו מהווה גורם בקביעה האם ההרחקה הייתה כדין או לא..." (ראו מ"א (משפחה י-ס) 243/93 עדן נ' עדן (לא פורסם)). המועד שבו בוצעה ההרחקה הוא המועד הרלוונטי לצורך האמנה, וזאת במטרה למנוע פתיחתם של הליכים בערכאות השיפוטיות השונות לצורך הוצאת צווים לאחר המעשה.

266. עם זאת, כפי יתואר להלן, מצאתי חשיבות גם בהחלטות המאוחרות שניתנו במסגרת ההליכים שהתנהלו באיטליה. החלטות אלו מבהירות היטב את היקף הזכויות שניתנו לתובעת מאת בית המשפט באיטליה.

(1) החלטה מיום 13.9.2021 (נספח י"ד לתצהיר עדות ראשית של התובעת):

267. בהחלטה מיום 13.9.2021 נקבע בין היתר כדלקמן:



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

מאושר אם כן כי הקטין Eitan Biran Moshe נמצא מיום 26 למאי 2021 תחת אפיקורפוס משפחתי של האפיקורפוסית Aya Biran Nirko שתחת הסותה הופקד על פי חוק, ואשר צריכה לדאוג לטיפולו מכל הבהינות (הינוך השכלה כלכלה טיפול בריאותי וכל דבר נוסף הנחוץ). מאושר כי בסמכותו הבלעדית של האפיקורפוס הזכות להחליט היכן לקבוע את מקום מושבו של הקטין, מענו, כמו גם הזכות לביקור, כלומר לקחת הקטין למקום שונה ממענו הרגיל לתקופה המוגבלת בזמן.

בעניין זה, ולמעלה מן הצורך, מאושר כי על פי הוראות סעיף 357 לקודקס האזרחי הטיפול בקטין הינו בסמכותו של האפיקורפוס תוך אזכור סעיף 45 לקודקס האזרחי לפיו "מקום מגוריו של הקטין הינו במקום מושבה של המשפחה או של האפיקורפוס", סעיף חקיקה אשר באופן מובה מורה כי מקום מגוריו יהיה זה של המשפחה אם קיימת משפחת הקטין המורכבת מהוריו, ומקום מושבו של האפיקורפוס כאשר, בהיעדר הורים, מונה אפיקורפוס.

...

מאושר כי שופט זה קבע מפורשות באמצעות החלטה מתאריך 11.08.2021, כי הקטין Eitan Moshe Biran לא יכול לצאת את גבולות המדינה אלא בלווי האפיקורפוס Aya Biran Nirko או עם אישור האפיקורפוס, הן אם נעשה שימוש בדרכון האיטלקי והן אם נעשה שימוש בדרכון הישראלי. מאושר כי אי חזרתו של הקטין למקום מגוריו ביום 11.09.2021, כשעולה שהוא הובל לישראל במקום, על פי המוצהר בתלונה שהוגשה על ידי Aya Biran Nirko ביום 11.09.2021, מהווה הפרת זכויות האפיקורפוס אשר ניתנו ע"פ חוק באופן בלעדי לאפיקורפוס.

268. אין ממש בטענת הנתבע כי גם החלטה זו איננה בתוקף משלא נזכר בה סעיף 741 לקודקס. עיקר ההחלטה מתארת השתלשלות אירועים קודמים תוך מתן הבהרות משפטיות. אין בה הוראות חדרושות ביצוע, למעט אחת והיא האישור ל-tutore להגשת בקשה להחזרת הקטין לאיטליה על פי האמנה. ויודגש: האישור ניתן לצורך פעולה "כבר כעת". היינו לשם ביצוע באופן מיד. אומנם לא נזכר סעיף 741 לקודקס, אך לא יכול להיות ספק כי ניתנה הוראה לעניין מידיות הביצוע והדברים ברורים מטיב העניין שעל הפרק. וכך לשון ההחלטה (בתרגום לעברית):

כל הנ"ל אושר לצרכי הגשת בקשה להחזרת הקטין על פי אמנת האג מיום 25 לאוקטובר 1980 בדבר ההיבטים האזרחיים של הטיפול בינלאומית של קטינים, ושופט זה מאשר כבר כעת לאפיקורפוס את הגשת הבקשה הן במדינת ישראל והן באיטליה באמצעות הרשויות המוסמכות.

269. לא זו אף זו. בתקנה 108(א) לתקנות בית המשפט לענייני משפחה (סדרי דין), התשפ"א-2020 (להלן – "תקנות משפחה") נקבע: "לפני מתן פסק הדין, רשאי בית המשפט, כאמור בסעיף 15 לתוספת לחוק אמנת האג, לדרוש מהתובע להמציא לו החלטה או קביעה מרשויות המדינה שבה



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

נמצא מקום מגוריו הרגיל של הילד, כי הרחקתו או אי-החזרתו נעשתה שלא כדין כאמור בסעיף 3 בתוספת לחוק האמור".

270. משמע, בית המשפט יכול היה ממילא לדרוש מהתובעת לצרף החלטה מסוג זה שניתנה על ידי כבוד השופטת פנוצי' ביום 13.9.2021 וכפועל יוצא בוודאי שיש לייחס לה חשיבות במסגרת הכרעה בתובענה דנן. והדברים ברורים.

(2) החלטה מיום 14.9.2021 (נספח ט"ו לתצהיר עדות ראשית של התובעת):

271. גם אם יש ממש בטענת הנתבע כי בהחלטה מיום 13.9.2021 לא נזכרה הוראה על פי סעיף 741 לקודקס, בעניין מתן תוקף מידי להחלטה, הנה כי כן, בהחלטה מיום 14.9.2021 נזכרה הוראה מפורשת כאמור:

שלמעשה, על פי מה שדווח על ידי האפוטרופוס הממונה, באותו תאריך, בעקבות הביקור של שמואל פלג, סבו של הקטין, האחרון לא חזר למקום מגוריו; ובשעה 21.15 נודע לאפוטרופוס ולאפוטרופוס משני מעורכת הדין שרה קארסניגה, עורכת הדין של סבו וסבתו מצד הילד, כי הילד הועבר לישראל; כי ההעברה התבצעה ללא אישור של בית המשפט או האפוטרופוס, האדם היחיד הזכאי על פי חוק להחליט על מקום מגוריו ומקום מושבו של הקטין, מקום בו אותם קטין יכול לשהות אפילו לתקופות קצרות;

לפיכך, ההעברה התבצעה בניגוד לחוק ולהוראות השופט (ראו צו מיום 09.08.2021) שכן לא התבקש אישור מראש, בלי שלשמואל פלג תהיה כל סמכות להחליט שלא להחזיר את הילד בסוף הביקור ועל כמה וכמה להעביר את הקטין לישראל;

בכל הנוגע לבקשת האישור למינוי עורך דין המתמחה בעניין הרגיש עם הערכת אפשרות להרחיב את המנדט להליכים המתנהלים בבית המשפט לענייני קטינים במילאנו ולשופט לענייני אפוטרופוסות, בהתחשב בכך כי פעולות אלה משרתות את האינטרס של הקטין ושכן הוא מקדים הסמכויות המורשות כאן;

מסיבות אלו

מסמיך את האפוטרופוס ואת האפוטרופוס משני הממונים להפעיל את הליכי ההגנה והחזרה של הקטין בהתאם לאמנת האג;

מסמיך את האפוטרופוס ואת האפוטרופוס משני למנות עורך דין המתמחה בעניין הרגיש הנדון כאן, ולהעריך עמו את האפשרות להרחיב את המנדט להליכים תלויים ועומדים בפני בית המשפט לנוער במילאנו ולפני השופט לענייני אפוטרופוסות.

מודיעה כי צו זה נכנס לתוקף באופן מיידי.

272. בהחלטה זו הבהירה כבוד השופטת כי ה-tutore הוא האדם היחיד הזכאי על פי חוק להחליט על מקום מגוריו ומקום מושבו של הקטין.

(3) החלטה מיום 17.9.2021 (נספח ט"ו לתצהיר עדות ראשית של התובעת):

273. בהחלטה מיום 17.9.2021 נקבע בין היתר כדלקמן:



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

הבקשה שהציגו היום איה בירן נירקו וברברה ברטוני, בתפקידם בהתאמה אפטרופוס ואפטרופוס משני של איתן משה בירן, מבקשת לקבל אישור להוצאת כרטיס הטיסה על שמה לטיסה ישירה לתל אביב, תוך ציון כי האפטרופוס יהיה אחראי להפקיד עדות להוצאת שהוצאו לאחר מציאת הטיסה הזמינה הראשונה, כמו כן, אישור עבור האפטרופוס המשני עבור כל תקופת היעדרותו של האפטרופוס מאיטליה כדי שיוכל לבקש כל מסמך הנוגע לקטין, הדרוש בכדי לקדם את שיטות סנגוריה והחזרה של אותו קטין.

נחשבת הכרחית נוכחותו של האפטרופוס בישראל על מנת שיוכל לאמת באופן אישי את חייו ותנאי בריאותו של הקטין המיוצג כדרישת החוק על ידי האפטרופוס אשר עליו מופקד, והאפטרופוס אחראי עליו;

נחשבת הכרחית נוכחותו של האפטרופוס בישראל בכדי לאפשר לו להשתתף בדיונים אשר מטרתם להגן על זכויות הקטין וזכותו להתאחד עם האפטרופוס, עד להליך הקבוע באמנת האג להגנה והחזרה של הקטין;

לכן סבורה השופטת כי הבקשה משיבה לאינטרס של הקטין שכן האפטרופוס חייב לרכוש כרטיס טיסה כדי להגיע לישראל, כמו כן, בתקופת היעדרות האפטרופוס מאיטליה, האפטרופוס המשני יהיה מוסמך לבקש לטובת הקטין את המסמכים הדרושים בכדי לשכלל את שיטות הסנגוריה והחזרה של הקטין.

מהסיבות הללו

מאשרת

את הבקשה

מצהירה כי זו זה יכנס לתוקף באופן מיידי

274. בהחלטה מיום 17.9.2021 נקבע אפוא כי לקטין הזכות להתאחד עם ה-tutore אשר מופקד עליו והאחראי עליו.

275. בהחלטות מאוחרת אלה לא מצאתי כי ניתנו לתובעת סמכויות נוספות על אלה שניתנו לה על פי פסק הדין מיום 9.8.2021. עם זאת, כן ניתן למצוא בהן הבהרות לגבי סמכויות ה-tutore, אשר מניחות את הדעת, כי היו בידיה זכויות משמורת לצורך האמנה במועד החטיפה.

276. לסיכום פרק זה – אני קובעת כי בבואו של הנתבע עם איתן ארצה ביום 11.9.2021 הרחיק הנתבע את הקטין ממקום מגוריו הרגיל, הרחקה שלא כדין במשמעות האמנה, ובכך הפר את זכויות המשמורת של התובעת על הקטין.

277. עתה אעבור לבדיקת תחולת החריגים שבאמנה.

שלב ב': תחולת החריגים – האם מתקיים אחד מחריגי האמנה בגינו אין להורות על החזרת הקטין לאיטליה?

(א) **פרשנות החריגים והנטל להוכחתם**

278. סעיף 13 לתוספת לאמנה קובע את החריגים להחזרת הילד כדלקמן:



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

"על אף האמור בסעיף הקודם, אין הרשות השיפוטית או המנהלית של המדינה המתבקשת חייבת להורות על החזרת הילד, אם הוכחו האדם, המוסד או גוף אחר המתנגדים להחזרתו כי -
(א) האדם, המוסד או הגוף האחר שבידיו מופקדת ההשגחה על גוף הילד לא הפעיל בפועל את זכויות המשמורת בעת ההרחקה או אי ההחזרה, או הסכים עמן או השלים עמן לאחר מעשה, או
(ב) קיים חשש חמור שהחזרתו של הילד תחשוף אותו לנזק פיזי או פסיכולוגי או תעמיד את הילד בדרך אחרת במצב בלתי נסבל.
הרשות השיפוטית או המנהלית רשאית כמו כן לסרב לצוות על החזרת הילד אם התברר לה כי הילד מתנגד להחזרתו וכי הוא הגיע לגיל ולרמת בגרות שבהם מן הראוי להביא בחשבון את השקפותיו.
בבואן לשקול את הנסיבות הנזכרות בסעיף זה, יביאו הרשויות השיפוטיות והמנהליות בחשבון את המידע בדבר רקעו החברתי של הילד, כפי שהומצא על ידי הרשות המרכזית או רשות מוסמכת אחרת שבמקום מגוריו הרגיל של הילד".

279. משקבעתי כי מקום המגורים הרגיל של איתן הוא באיטליה; וכי המדובר בהרחקה אשר יש בה כדי להפר את זכויות המשמורת של התובעת על פי האמנה – נדרש עתה לבחון התקיימותם של אחד מהחריגים הקבועים בסעיף 13 לתוספת לאמנה.

280. כפי שנקבע בפסיקה, יש לפרש החריגים בצמצום ותוך מתן משקל מכריע לתכלית האמנה, הלוא היא השבת הקטין למקום מגוריו "הרגיל". נוכח האמור, החלטה שלפיה הקטין החטוף לא יוחזר על פי אחד החריגים באמנה, שמורה למצבים נדירים וקיצוניים בלבד (בע"מ 672/06 אבו עראר נ' רגוזו (15.10.2006)).

281. הנטל להוכחת התקיימותם של החריגים רובץ על כתפי "החוטף", קרי על הנתבע. המדובר בנטל כבד מאד, ובכל מקרה של ספק יוחזר הקטין למדינת המוצא (ע"א 1372/95 סטגמן נ' בורק, פ"ד מט(2) 431 (1995); רע"א 7994/98 דגן נ' דגן, פ"ד נג(3) 254, 267 (1999)).

282. מקום שבו לא שוכנע בית המשפט כי נטל ההוכחה הנדרש אכן הורם שומה עליו, קטגורית, להורות על החזרת הקטין החטוף למדינת המוצא מהר ככל הניתן, ואין בידיו שיקול דעת לעניין זה (בע"מ 1855/08 פלונית נ' פלוני (8.4.2008)).

283. בנסיבות שבהן הנתבע טען להגנת "החשש החמור" בלבד (הגנת הנזק – ראו סעיפים 76-88 לכתב התשובה), לא אדרש ליתר החריגים הקבועים באמנה.

(ב) סעיף 13(ב) לתוספת לאמנה – חריג החשש החמור



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

284. על פי ההלכה הפסוקה, "נזק" לצורך קיומו של סעיף 13(ב) לאמנה הוא נזק חמור ומשמעותי. וכפי שנקבע בע"א 4391/96 אדם פול רו נ' דפנה רו (יעקובוביץ), פ"ד נ(5) 338 (1997) (להלן – "עניין רו"):

"הכול מסכימים כי יש לפרש את תחום התפרסותו של החריג באורח מצמצם ודווקני. ואמנם: פירוש של החריג באורח רחב יתר על המידה עלול להביא לריקונה של האמנה מתוכנה, ותוצאה זו תהיה לא רצויה ולא ראויה. מטעם זה נקבע בפסיקה כי לא יוחזרו ילדים רק במקום שעלולים הם לעמוד בסיכון חמור (grave risk) או כאשר הסיכון הוא לנזק חמור בעל אופי מהותי ('severe harm of substantial nature'). [...] העיקרון השולט על הוראת סעיף 13(ב) לאמנה הוא זה הבא בסופה, ואשר עניינו העמדת הילד במצב בלתי נסבל אם יוחזר למקום מגוריו הרגיל (ההדגשות הוספו). ילד לא יוחזר אם: 'קיים חשש חמור שהחזרתו של הילד תחשוף אותו לנזק פיזי או פסיכולוגי או תעמיד את הילד בדרך אחרת במצב בלתי נסבל' (ההדגשה במקור). הנוסחה השליטה עניינה בהעמדת הילד במצב בלתי נסבל (intolerable situation place the child in an). לאמור: ניתן שלא להורות על החזרת ילד אם החזרתו תעמיד אותו 'במצב בלתי נסבל': בין שאותו מצב בלתי נסבל בא בשל חשש חמור שהחזרה תחשוף את הילד לנזק פיזי או פסיכולוגי ובין שהחזרתו תעמיד אותו במצב בלתי נסבל 'בדרך אחרת'." (שם, בעמ' 347).

285. חריג "החשש החמור" נועד לבחון את הנזק שייגרם לקטין באופן המותאם להליך על פי האמנה, ובאופן מצומצם יותר מבחינת עיקרון טובת הילד הנהוגה והמתבקשת במסגרת תיקי משמורת רגילים. בהקשר זה, אפנה לפסק הדין בעניין בע"מ 2270/13 פלונית נ' פלוני (30.5.2013) שבו הובאה התייחסות להבחנה האמורה:

"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))."

286. יש ליתן את הדעת לכך שהאמנה אינה כלי להסדרת סכסוכי משמורת. עוד אפנה בהקשר זה לפסק הדין בעניין בע"מ 5041/19 פלונית נ' פלונית (8.8.2019) שבו צוינו הדברים הבאים:

"האמנה אינה כלי להסדרת סכסוכי משמורת או רכוש בין ההורים. אין היא מכריעה בנושאים אלה באופן מהותי ואין היא מתיימרת



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

לעשות זאת. מטרתה שונה: לספק כלי מהיר ויעיל, בבחינת מענה ראשוני ומיידי, למקרה של הוצאת הקטין ממקום מגוריו הרגיל שלא כדין (ראו סעיף 1 לאמנה; בע"מ 5548/14 פלוני נ' פלונית [פורסם בנבו] (2.10.2014)). ישנה הכרה בכך שאין זו דרכו של סכסוך משפטי בעניין משמורת להסתיים תוך תקופה קצרה. מכאן החשיבות שההליך יתנהל במקום המתאים לכך ביותר. מהיבט עקרוני-מעשי זה נגזרים רבים מהסדרי האמנה, כמו גם סדרי הזמנים הקצרים של ההליכים המשפטיים וההקפדה עליהם. עולה כי אפשר להבחין באופן כללי בין כמה מובנים של "טובת הילד", ובפרט "טובת הילד" כפי שיש לראותה במשקפי האמנה, לעומת "טובת הילד" שעשויה להיות רלוונטית להליך המשמורת אך אינה משפיעה בהכרח על תוצאת הליך לפי חוק אמנת האג. במילים אחרות, ההכרעה בהליך לפי האמנה אינה סותמת את הגולל על טענות הצדדים השונות בדבר טובת הקטינים, אלא רק קובעת מהו המקום המתאים להכריע בהן. כפי שצוין, החשיבות של הליך מהיר אינה מצויה רק בטובת הקטין, אלא גם בתכלית של יצירת כלי הרתעתי נגד הוצאת ילדים ממדינה שלא כדין, וצמצום האפשרות שהורה הפועל כן יצא נשכר (בע"מ 1930/14 פלונית נ' פלוני [פורסם בנבו] (5.6.2014)). האמנה נאמנה לתכליותיה. היא יוצאת חוצץ נגד מצב שבו ההורה החוטא יוצא נשכר, ובמעשי הפסולים כלפי הקטין - תוך ערעור יציבות עולמו - ייחנה מניהול ההליך בפורום שהוא בוחר".

287. וכך הבהיר בית המשפט העליון בבש"א 1648/92 טורנה נ' משולם, פ"ד מו(3) 38 (1992):

"בהליך על פי החוק אין בית המשפט דן בשאלת המשמורת הקבועה של הילד, אף לא בטובת הילד במובן המלא שלה. מסגרת הדיון אינה מיועדת לדיון מקיף כזה ואינה מאפשרת אותו. תפקידו של בית המשפט בהליך על פי החוק, בדומה לתפקידו של בג"צ בנושא זה של החזרת ילדים, הוא רק "כיבוי דלקה" או "עזרה ראשונה" לשם החזרת המצב לקדמותו - השבת הקטין שנלקח שלא כדין ממשמורתו של ההורה האחר או מהמשמורת המשותפת שנקבעה על ידי בית משפט מוסמך או בהסכם בין ההורים (ראה: בג"צ 405/83 (ב"ש 1050, 958/83) [1] הנ"ל; בג"צ 836/86. [3] הנ"ל, בעמ' 705). שאלת המשמורת, כשהיא במחלוקת, מתבררת בהליכים רגילים בבית המשפט המוסמך, וטובת הילד מתבררת שם בהיקפה היסודי והמלא. אך בהליך לפי החוק, כמו בהליך בבג"צ, טובת הילד רלוונטית רק כשיקול, אם יש להימנע מלצוות על החזרת המצב לקדמותו, עד לבירור שאלת המשמורת על ידי בית משפט מוסמך (ראה בג"צ 836/86 [3] הנ"ל, בעמ' 706 והאזכורים שם).

...
הנה כי כן, מגמת האמנה היא להביא להחזרה מיידית של ילד "שנחטף", ואת סעיף 13(ב) יש להגביל למקרים יוצאי דופן מבחינת המצב הבלתי נסבל וחומרת החשש להיווצרותו כתוצאה מההחזרה. כשמדובר באמנה בינלאומית, היוצרת הדדיות בין המדינות המתקשרות, חשיבות רבה נודעת לאחידות בפרשנותה (אלא אם החקיקה הפנימית מורה אחרת)".



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

288. עוד נקבע, כי חריג "החשש החמור" מתייחס לחשש הטמון בהחזרת הקטין למדינה שממנה נחטף, ולא לחשש הנובע מהחזרתו לאדם ממנו נחטף או מניתוקו מהאדם החוטף, כפי שנקבע בפסק הדין בעניין בע"מ 741/11 פלונית נ' פלוני (17.5.2011):

"[...] החריג דנן מתייחס לנזק שייגרם לקטין כתוצאה מהחזרה למדינה שממנה הורחק, ולא כתוצאה מחזרתו להורה שממנו נחטף, או מניתוקו מההורה החוטף (ראו: בש"א 1648/92 טורנה נ' משולם פ"ד מו(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)). בית המשפט נסמך בהקשר זה על קביעות מומחים בלבד, מהם עלה בבירור כי החשש לנזק פיסי או פסיכולוגי ממשי ביותר. מהדברים עולה כי חריג הנזק מצומצם ביותר, אך במקרים בהם החזרת הקטין תעמידו במצב בלתי נסבל, שייגרם מפני שהקטין יהיה חשוף לנזק פיסי או פסיכולוגי חמור ביותר, או מפני שיהיה חשוף למצב בלתי נסבל מסיבה אחרת".

289. לצורך בחינת התקיימותו של חריג "החשש החמור", יש להוכיח קיומו של קשר סיבתי בין החזרת הקטין למדינת המוצא לבין הנזק אשר עתיד להיגרם לו, כפי שנקבע בפסק הדין בעניין רו בעמ' 347:

"לא נוכל, כמובן, לקבוע מסמרות בשאלה אימתי יתקיימו התנאים האמורים בסעיף 13(ב) לאמנה. אין מקרה אחד דומה לחברו, ובסופם של דברים על בית המשפט לשקול בכובד ראש את הראיות שהונחו לפניו, ולהכריע אם יש בהן כדי להכניס את העניין בגדרי החריג, אם לאו. המבחן שנאחז בו יהיה - כהוראת סעיף 13(ב) לאמנה - מבחן הקשר הסיבתי בין החזרת הילד לבין נזק שעלול לבוא עליו (כהוראת סעיף 13(ב)). המבחן הוא מבחן של קשר סיבתי ותוצאה, ולעניין זה נביא במניין כל נתון העלול להביא - במידת הסתברות ראויה - לתוצאות שסעיף 13(ב) לאמנה מדבר בהן. הנתון יכול שיהיה קשור לעצם החזרה למדינת המגורים (כגון שטיסה במטוס עלולה לסכן את חייו או את בריאותו של הקטין) או לתנאי השהייה באותה מדינה עד להחלטת בית המשפט בנושא המשמורת".

290. הנטל להוכחת חריג "החשש החמור" מוטל על הטוען לו ובפסיקה, נקבע כי המדובר בנטל הוכחה כבד מאוד. הנטל להוכחת קיומו של הנזק הפוטנציאלי ועוצמתו מוטל על ההורה החוטף, כאשר רמת ההוכחה הנדרשת היא מעל לספק סביר (בע"מ 6390/13 פלוני נ' פלונית (10.10.2013); בע"מ 741/11 פלונית נ' פלוני (17.5.2011)).



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

291. הנה כי כן, נקבע כי אף בנסיבות בהן עצם ההשבה למדינת המוצא תגרום לנזק, ייתכן שלא יהיה די בכך כדי לעמוד בחרג החשש החמור ולהצדיק את מניעת ההשבה. אפנה בהקשר זה, לקביעות במסגרת פסק הדין בעניין בע"מ 1855/08 פלונית נ' פלוני, פסקות 43-44 (8.4.2008):

"תחולתו של חריג "החשש החמור" מחייבת קיומו של מצב קיצוני, יוצא דופן וחד-משמעי המקים חשש חמור לנזק פסיכולוגי לילד, העלול להיגרם מהחזרתו לארץ המוצא, ואשר משקלו גובר אף על תכליתה הבסיסית של האמנה, המחייבת החזרת ילד חטוף לאלתר. המערכת המושגית, ומערך האיזונים הנדרש על-פי תכלית האמנה, מגבילים את החלת החריג למצבים קיצוניים החורגים מהנזק הרגיל הצפוי והמובנה באופן טבעי בהחזרת ילד חטוף להורה המשמורן. [...]

אין צריך לומר, כי עצם מעשה חטיפה, וכל מעשה חטיפה באשר הוא, טומן בחובו נזק חמור לקטין הנחטף, המורחק מהוריו המשמורן. בעקבות נזק זה, נגרמת לילד גם פגיעה קשה בהחזרתו מההורה החטוף להורה המשמורן, ובצורך להתנתק שוב מהורה אחד ולהסתגל לחיים חדשים אצל ההורה האחר. טלטולו של הילד הנה והנה, מהורה להורה, אגב ביצוע מעשה עוולה שהילד בוודאי ער לו, טומנים בחובם נזק ופגיעה עמוקים לילד רך בשנים. [...]

החזרת ילד חטוף למדינת המוצא אין משמעותה הפקרתו לנפשו; משמעותה היא החזרתו להורה משמורן שקיבל בצווי בית משפט את החזקה על הילד לאור שיקולי טובתו. משמעותה היא כמו כן, כי מערכת בתי המשפט במדינת המוצא ערוכה גם לדון מחדש בטובתו של הילד בהליכי משמורת מחודשים, שבהם ייבחנו ויבדקו באופן עדכני מכלול צרכיו על כל היבטיהם."

292. מן הכלל אל הפרט: כדי לנסות ולעמוד בנטל המוטל על כתפיו, עתר הנתבע ביום 30.9.2021 והגיש בקשה שכותרתה: "בקשה למינוי מומחה ולשמיעת עמדת הקטין לשם הוכחת תנאי סעיף 13(ב) לאמנת האג".

293. ביום 4.10.2021 ניתנה החלטה מנומקת אשר דחתה את הבקשה. מפאת חשיבותה של החלטה זו לענייננו ולטענת הנזק הנתענת על ידי הנתבע – אביא ציטוט מפסקאות 32-38 להחלטה:

"32. אשר לנזק שייגרם כנטען כתוצאה מהפרדת הקטין ממשפחתו שבישראל, אזי שעל פי טיבן מקומן של טענות כאלה להתברר במסגרת הליכים המתנהלים באיטליה. חריג הנזק הקבוע באמנה אינו אפוא האכסניה המתאימה לבירור טענות אלו. ...

33. ויודגש שוב - הפסיקה פירשה את בחינת הנזק הנדרשת על פי האמנה, כנזק שייגרם לקטין מהחזרה למדינה שממנה הורחק ולא נזק מהחזרה לאדם שממנו נחטף. הפסיקה איננה מאפשרת בחינת טענות של משמורת, מסוגלות הורית או התנהגות ההורים במסגרת ההליך לפי אמנת האג.

34. ודוק, גם אם יש ממש בטענותיו של הנתבע – הרחקת הקטין ממשפחתו המורחבת בישראל ומקום קבורתם של הוריו, החזרתו לידי



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

התובעת אשר נטען לפגמים בהתנהלותה, היעדר בחינה לטובתו של הקטין – מקומן להתברר ולהיטען במסגרת הליך מתאים ולא במסגרת הליך המתנהל לפי אמנת האג.

35. טענות הנתבע לאפשרות, כי הקטין יעבור לאיטליה ויועבר לידי משפחת אומנה לנוכח הליכים כאלה ואחרים המתנהלים כנגד התובעת (ביוזמת הנתבע או מי ממשפחתו), לא הוכחה כדבעי בבחינת אפשרות ממשית, וממילא אינה מהווה נסיבה המצריכה מינוי מומחה.

36. גם טענותיו של הנתבע לגבי הקושי הצפוי לקטין בהתנהלותו באיטליה, בה הוא מהווה דמות ציבורית אשר סביבה עניין רב, לא עולות כדי טענות המצריכות מינוי מומחה במסגרת הליך זה. ויוער כי אין לכחד, כי גם בישראל קיים עניין בקטין ומצבו, ולראיה החלטתי בעניין סוגיית הפרסום כפי שניתנה בתום הדיון ביום 3.10.2021.

37. סבורתני, כי בכל הטיעונים אשר הועלו על ידי הנתבע במסגרת בקשתו, לא נמצאה "עילה בדיון" כזאת, המקימה את הדרישות להגשת חוות דעת במסגרת סעיף 13(ב) לתוספת לאמנה והפסיקה שבעקבותיה. דווקא בשל הנסיבות המיוחדות של המקרה שלפניי, יש להיזהר ביתר שאת לבל נגרר וניסחף למחוזות אחרים. שיקולי טובת קטין בנושא משמרתו, חינוכו, העדפתו נדחים בהליכים לפי אמנת האג. אלא אמורים להתברר במסגרת תובענה אחרת התלויה ועומדת באיטליה בעניינם של הצדדים. שם כאמור קבוע דיון ביום 22.10.2021.

38. הנה כי כן, לא מצאתי בתשתית העובדתית הרחבה שהוצגה לפניי עד עתה, כי הנתבע הניח 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. זה איננו עיקר ההליך על פי האמנה ואין להפוך הליך זה שלפניי לכזה (ראו - בע"מ 6039/12 פלוני נ' פלונית (13.8.2012) סעיפים 3-4 לפסק דינו של כב' השופט דנציגר)."

294. במסגרת החלטה זו נדחתה גם בקשתו לשמיעת רצונו של הקטין באופן בלתי אמצעי, הן לנוכח גילו של הקטין והן לנוכח מצבו הנפשי בשל האירועים שהתרחשו בחייו אך לאחרונה. עוד מצאתי כי שמיעתו של הקטין עלולה אף להוסיף עליו לחצים, נוסף לאלה הקיימים אצלו ממילא. משכך לא מצאתי טעם ממשי בשמיעתו (ראו נימוקי ההחלטה מיום 4.10.2021).

295. ביום 6.10.2021 הגיש הנתבע בקשת רשות ערעור על החלטה זו, אשר נדחתה ביום 18.10.2021 (רמ"ש 21-10-13996).

296. לאחר סקירת האופן שבו יש לבחון את קיומו של חריג "החשש החמור" הגעתי אפוא למסקנה שהנתבע לא עמד בנטל הנדרש לצורך הוכחתו של חריג זה. ואסביר.



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

297. בקשתו של הנתבע למינוי מומחה נדחתה, וחרף זאת לא הביא כל ראיה לתמיכה בטענתו לחשש חמור, כזה שהחזרתו של איתן תחשוף אותו לנזק פיזי או פסיכולוגי או תעמיד את איתן בדרך אחרת במצב בלתי נסבל.

298. איתן הוא תושב ואזרח איטליה. מתוקף כך זכאי הוא לכלל הזכויות המגיעות לו שם. איתן אינו רשום למוסד חינוך בארץ ועל כן כל עיכוב נוסף בהשבתו למסגרת החינוכית באיטליה עלול אף לגרום נזק להמשך התקדמותו החינוכית הרציפה. חשוב מכך: על איתן לשוב לאיטליה כדי שיוכל להמשיך בתהליך השיקומי (רפואי, פיזי ורגשי) שבו החל בעקבות האסון, ויפה שעה אחת קודם (נספחים כ"ז-כ"ח לתצהיר עדות ראשית של התובעת).

299. עיון בטענות הנתבע מעלה כי ככלל חששו מפני התובעת מסתכם לכדי חשש פוטנציאלי עתידי אשר לא נתמך בראיות ממשיות כלשהן.

300. **לסיכום פרק זה – לא שוכנעתי כי השבתו של איתן לאיטליה מפרה את החובה בהגנה על הקטין. כך גם לא בדבר קיומו של חשש לנזקים שעלולים להיגרם לאיתן כתוצאה מחזרתו. כל שכן, נזקים חמורים אשר יעמידו אותו במצב בלתי נסבל.**

(ג) סעיף 20 לתוספת לאמנה – עקרונות יסוד

301. יש לציין כי טענת הנתבע להחלת חריג זה על המקרה דנן לא הועלתה במסגרת כתב התשובה והועלתה לראשונה אף במסגרת סיכום טענותיו.

302. מכל מקום, בבחינת למעלה מן הצורך אדרש גם לטענה זו.

303. בסעיף 20 לאמנה נקבע:

"ניתן לסרב להחזיר את הילד על פי הוראות סעיף 12 אם ההחזרה אינה מותרת על פי עקרונות היסוד של המדינה המתבקשת באשר להגנה על זכויות האדם וחירויות יסוד".

304. בבג"ץ 4365/97 טור סיני נ' שר החוץ, פ"ד נג(3) 673, 695-696 (1999) הודגש, כי השימוש בחריג זה הוא נדיר ביותר, עד כדי כך שנכון לאותו מועד נמצא רק מקרה אחד בצרפת בו נעשה שימוש בסעיף וגם זה היה שנוי במחלוקת:

"בעוד אשר החריג הקבוע בסעיף 13(ב) מרכז עצמו בקטין בלבד, חריג זה שבסעיף 20 לאמנה מתמקד בתקנת הציבור (מצומצמת): ניתן



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

לסרב להורות על החזרתו של קטין למקומו הקודם אם ההחזרה תסתור "עקרונות יסוד" של המדינה המתבקשת "באשר להגנה על זכויות האדם וחירויות היסוד". אכן, גם חריג זה כולל את טובת הקטין, אלא שזו הפעם באים אל אותה טובה דרך זכויות האדם וחירויות היסוד. ניתן דעתנו לדבר: מנסחי האמנה חששו כי אם ידברו ב"תקנת הציבור" על דרך הסתם, יקום חשש שהאמנה תתרוקן מתוכן של-ממש. מטעם זה צמצמו את החריג לא לתקנת הציבור על דרך הכלל אלא לאותם עקרונות יסוד שעניינם הגנה על זכויות האדם וחירויות היסוד.

... פירוש של סעיף 20 לאמנה יהיה פירוש מצמצם ודווקני, ומאותם טעמים שפירוש של סעיף 13(ב) יהיה פירוש מצמצם ודווקני; לא עוד אלא על דרך של קל-וחומר. אכן, תחולתו של חריג זה נתפשת כצרה עד-למאוד.

... כך נקבע, למשל, כי הנטל המוטל להוכחת החריג הקבוע בסעיף 13(ב) לאמנה – וכמוהו החריג הקבוע בסעיף 20 לאמנה – הינו הנטל הכבד ביותר הקיים במשפט האזרחי; כי יש להוכיח את החריג "by clear and convincing evidence", בעוד אשר לעניינם של חריגים אחרים די בנטל של מאזן ההסתברויות".

305. בטענותיו מתייחס הנתבע למעשה לשלושה עקרונות אשר לטענתו הם עקרונות יסוד של מדינת ישראל: **הזכות למשפט הוגן** – אשר לטענת הנתבע נפגעה במסגרת ההליכים באיטליה בהם נתקבלו החלטות על בסיס מעשה מרמה; **עקרון טובת הילד** – אשר לטענת הנתבע לא נבחנה במסגרת ההליכים באיטליה; **הגנה על העם היהודי ואזרחי מדינת ישראל**.

306. ספק אם לעקרונות מסוג זה כיוונה האמנה, וזאת אני קובעת על בסיס יעדיה ותכליתה של והצמצום שבו נעשה שימוש בחריג זה.

307. מכל מקום, גם לגופו של עניין אין לקבל טענות אלה של הנתבע אשר ממילא לא הוכחו ברמה הדרושה כמתואר לעיל.

308. כפי שכבר נקבע במסגרת פסק דין זה טענות הנתבע לגבי תקינות ההליכים שהתנהלו באיטליה מקומן להתברר באיטליה, וכך אף נעשה. הנתבע העלה במסגרת בקשתו להחלפת המינוי של התובעת כ-tutore את טענותיו בנוגע לטיב הסכמתו, וחרף כל האמור הוחלט להותיר את המינוי בידי התובעת.

309. עיון בפסק הדין מיום 9.8.2021 מעלה כי הותרת המינוי בידי התובעת נעשתה לאחר בחינת **טובת הקטין** ותוך התייחסות לכל הטענות שהועלו על ידי הנתבע, מכל מן וסוג שהוא, ובכלל זה השתייכותו הדתית של הקטין והיותו אזרח של מדינת ישראל.



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

310. עיון בטענת הנתבע בעניין עקרון ההגנה על העם היהודי ואזרחי מדינת ישראל מעלה כי דרך טענה זו שוב מעלה הנתבע את רצונם של ההורים המנוחים לשוב ולחיות בישראל ולשמור על המורשת היהודית. כבר נקבע בפסק דין זה כי טענה זו של הנתבע לא הוכחה כדבעי.

311. יהדותו של איתן אינה עומדת כאן למשפט. יש לקוות שהתובעת תעשה כדי לשמור על זהותו, ועל הקניית ערכי המסורת היהודית.

312. משכך, לא מצאתי כי החזרתו של איתן למקום מגוריו הרגיל באיטליה אסורה על פי עקרונות היסוד של מדינת ישראל. לשון אחר: **נסיבות המקרה דנן אינן מצדיקות את החלת החריג הקבוע בסעיף 20 לאמנה.**

313. **לסיכום פרק זה – בנסיבות המתוארות לא עולה כל מניעה, להורות על השבתו של איתן למקום מגוריו הרגיל באיטליה, שם אמורות להתברר לגופו של עניין שאלות הקשורות בטובתו במובן הרחב וכך גם ביחס לעתידו.**

נסכם את דרך הילוכנו

314. במסגרת פסק דין זה נקבע כי הנתבע ביצע הרחקה שלא כדין כמשמעותה בסעיף 3 לאמנה, עת הרחיק את איתן ממקום מגוריו הרגיל באיטליה תוך פגיעה בזכויות המשמורת של התובעת. התובעת אף הפעילה זכויות משמורת אלה בפועל ולא נתנה הסכמתה לנתבע להרחקת הקטין. עוד נקבע במסגרת פסק הדין כי הנתבע לא הוכיח התקיימות אחד מהחריגים הקבועים באמנה. פועל יוצא מן האמור הוא שיש להשיב את איתן לאיטליה, מקום מגוריו לפי האמנה.

סוף דבר

315. לנוכח האמור, והתקיימות תנאי אמנת האג, אני מורה על קבלת התובענה ועל השבתו של איתן לאיטליה, כפי שיפורט להלן:

א. **התנאים לצורך החזרתו של איתן לאיטליה** – לאחר שמצאתי כי התקיימו כל הקריטריונים הנדרשים באמנה להחזרתו של איתן לאיטליה יש מקום להורות על מספר תנאים לשם כך. ראו דברי בית המשפט במסגרת עמ"ש (מחוזי ת"א) 19-07-2070 א' נ' ג' פס' 34 (17.7.2019):

"מעט שמוך בית המשפט על החזרת קטינים 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



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

הצורך בקביעת תנאי החזרה 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 19-07-2070 א. נ' ג. (17.7.2019) פסקה 34 לפסק הדין; בע"מ 5041/19 פלונית נ' פלונית (8.8.2019).

ב. אני מורה בזאת על החזרתו של איתן לאיטליה בתוך 15 ימים מהיום (על פי הטיסות היוצאות בשל "ימי הקורונה"). באי כוח הצדדים יתאמו בתוך 5 ימים מהיום את מועד הטיסה. מועד הטיסה ומספרה יומצאו לבית המשפט בתוך 7 ימים.

ג. כפועל יוצא מהאמור ולצורך ביצוע הוראותיו של פסק הדין – נקבע כי התובעת תהא רשאית לעזוב את הארץ עם איתן לצורך השבתו לאיטליה. במידת הצורך, הרשות המרכזית תסייע לתובעת בביצוע ההסדרים לשם ביצוע פסק הדין.

ד. דרכונו של איתן אשר מופקד בכספת בית המשפט יועבר לידי התובעת בתוך 24 שעות ממועד קבלת פסק הדין.

ה. ככל שהנתבע לא יפעל על פי הוראות פסק הדין – תסייע משטרת ישראל בידי התובעת להשיב את איתן בחזרה לאיטליה תוך שיתוף גורמי הרווחה והסעד המוסמכים לצורך העניין.

ו. על פי לשון תקנה 111 לתקנות משפחה ניתן בזה עיכוב ביצוע של פסק הדין למשך שבעה ימים כדי לאפשר זכות ערעור. אם יוגש ערעור יעוכב ביצוע פסק הדין עד להחלטה אחרת של בית המשפט שלערעור.

הוצאות משפט

316. משהתקבלה התובענה יש להידרש לשאלת ההוצאות. סעיף 26 לאמנה קובע: "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 הכרחיות 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". לכך מצטרפת תקנה 113 לתקנות משפחה הקובעת: "נתן בית המשפט פסק דין להחזרת הילד, רשאי בית המשפט להטיל על המשיב את הוצאותיו של התובע, לרבות הוצאות נסיעה, הוצאות הכרוכות באיתור הילד והוצאות הכרוכות בהחזרת הילד וזאת מבלי לגרוע מהוראות פרק י"ח לחלק ב' לתקנות סדר הדין האזרחי". וכך גם עמ"ש (מחוזי ת"א) 11-07-17278 פלוני נ' פלג.



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

פלונית, פסקה 20 (2.4.2012) לגבי פסיקת הוצאות גבוהה מותאמת להליכי אמנת האג: **"עדים אנו לפסיקת שכ"ט עו"ד בתיקים מסוג זה, לעיתים בסכומים משמעותיים ביותר, ובצדק"**.

317. משעה שהוראת תקנה 113 לתקנות משפחה מפנה להוראת תקנה 155 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018, והפסיקה כפי שנתגבשה במרוצת השנים, כך למשל בע"א 136/92 **ביניש-עדיאל נ' דניה סיבוס חברה לבנין בע"מ**, פ"ד מז(5) 114, בעמ' 125-126 נקבע שאופן חישובו של שכר הטרחה הראוי, הוא תלוי משתנים רבים ואינו בגדר רשימה סגורה. בבג"צ 891/05 **תנובה נ' הרשות המוסמכת** (30.6.2005) נקבע, כי לאחר ניתוח של תכלית חיוב בעל דין בהוצאות רעהו, והתייחסות למצב בארצות שונות, אמת המידה הנכונה לחיוב שכר טרחת עורך דין הוא כי ההוצאות צריכות להיות הוצאות ראליות, ובלבד שהן סבירות ומידתיות בשים לב לכלל מאפייני ההתדיינות. במסגרת הקווים המנחים לשימוש באותן אמות מידה נקבע כי התעריף המינימאלי אינו משמש כאמת מידה אלא רק רף תחתון; יש להתחשב בהתנהגות הצדדים ובדרך שבה ניהלו את ההליך; שיקול נוסף הוא הסעד המבוקש או הסכום השנוי במחלוקת; כמו כן יש להתחשב במורכבות התיק והזמן שהושקע בהכנתו; השיקול האחרון המוזכר הוא חשיבות העניין עבור בעלי הדין.

318. לאחר ששקלתי את כל השיקולים הרלוונטיים כמפורט לעיל, מהות ההליך והיקפו, ואשר כללו שני דיוני קדם משפט ושלושה מועדי הוכחות, לנוכח היקפם של כתבי בי-דין והבקשות בתיק, התנהלות הנתבע והתוצאה אליה הגעתי, ובשים לב שאנו עוסקים בנושא רגיש מעין כמוהו, ומצווים לפעול לפי חוק אמנת האג, הכל במטרה להבטיח כי לא יצא חוטא נשכר וכי חוטף קטין יידע, שלמעט מקרים חריגים, יהיה חייב להשיב את הנחטף, ככל שחלות הוראות האמנה – נחה דעתי כי הסכום הסביר והמידתי שיש לפסוק בנסיבות העניין כשכר טרחה והוצאות עבור התובעת הוא בסך של **70,000 ש"ח**. זאת בשים לב ששני הצדדים שלפניי לא התייחסו לסוגיה זו במסגרת סיכומיהם ולא צירפו אסמכתאות להוכחת שכר טרחה ראלי ששילמו או שהתחייבו לשלם.

319. אציין, כי הסכום נפסק על הרף התחתון, לנוכח מהירות ההליך שהתנהל לפניי, המאמצים הרבים שהושקעו והתנהלותם היעילה והראויה להערכה שהשקיעו באי כוח הצדדים.

320. ההוצאות ישולמו על ידי הנתבע בתוך 30 יום מיום קבלת פסק הדין, וככל שלא ישולמו עד למועד שנקבע, יישאו הפרשי ריבית והצמדה כחוק מהמועד שנועד לתשלום ועד לתשלום בפועל.

321. פסק הדין ניתן לפרסום.

322. תואיל המזכירות להמציא את פסק הדין לצדדים וכן תודיעם **טלפונית** על תוצאותיו.



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

לאחר נעילה

323. בשל חשיבות הדברים והמקרה הרגיש שלפניי מצאתי להוסיף פרק זה בסיומו של פסק הדין. לשון האמנה אינה מגדירה את המונח "חטיפה". המעיין באמנה ילמד כי המקום שבו מאוזכרת המילה חטיפה היא בכותרת החוק ובסעיף 1 לאמנה. מטרת האמנה כאמור היא השבתו המיידית של ילד אשר הורחק או לא הוחזר כדין ממקום מגוריו הרגיל. בכך למנוע חטיפתו של ילד ממדינה אחת לאחרת. משכך, קיימת חשיבות עליונה על שמירת פרשנות אחידה של האמנה וכיבוד החלטות של ערכאות במדינות שונות, לבל מדינות שונות יגיעו לתוצאות משפטיות סותרות. ובכך נביא לכליון תכלית האמנה, ואנה באנו ולכן יהיו מועדות פנינו?

324. החשיבות של הליך מהיר על פי האמנה אינה טמונה רק בטובת הקטין, אלא גם בתכלית של יצירת כלי הרתעתי נגד הוצאת ילדים ממדינה שלא כדין, וצמצום האפשרות שהנתבע במקרה שלנו יצא נשכר (בע"מ 1930/14 פלונית נ' פלוני (5.6.2014)). האמנה נאמנה לתכליותיה. היא יוצאת חוצץ נגד מצב שבו החוטף יוצא נשכר, ובמעשיו הפסולים כלפי הקטין – תוך ערעור יציבות עולמו – ייהנה מניהול ההליך בפורום שהוא בוחר. לכך בית המשפט אינו יכול לתת יד. אין בכך כדי להכריע בנוגע לטובתו של איתן, שאף היא כאמור נבחנה על ידי בית המשפט באיטליה, וערעור תלוי ועומד שם אשר הוגש על ידי הנתבע. משכך, יש לאפשר את המשך ניהול הסכסוך באיטליה. כאמור, בית המשפט בישראל אינו יושב כערכאת ערעור על החלטות ופסקי דין שניתנו בבית המשפט באיטליה.

325. איני מתיימרת לשפוט את כאבם של המשפחות שלפניי, ובפרט את כאבו של הנתבע. אוקיינוסים של כאב מצויים בליבם. כאב אשר הוביל לעשיית מעשה נואש וחוצה גבולות. "אין עונשין על דברים שבלב" (ש' ז' פלר), עם זאת למעשים יש תוצאות והשפעה, וכאן נכנס המשפט ונאלץ בעל כורחו להתערב ולהשמיע את קולו. יפים הם דבריו של כבוד השופט ג' גונטובניק בע"פ (מחוזי ת"א) 23813-01-17 רפי רותם נ' מדינת ישראל (4.6.2018):

"אכן, ובניגוד לתפיסה הרווחת, קיימות בעולם המשפט זכויות מוחלטות. הזכות לחשוב היא זכות מוחלטת במשפט החוקתי המערבי (אך לאו דווקא בשיטות משפט דתיות, בהן אדם נותן דין וחשבון לאלוהיו גם בגין מחשבותיו). יכול אדם לחשוב את אשר ירצה, ולהרהר במעמקי הנפש, אך ברגע שיבטא את מחשבותיו, ויפעל לאורן, יעבור מעולם הזכויות המוחלטות אל עולם הזכויות היחסיות".

326. אין ספק, שהנתבע חשב עמוקות ורבות טרם ביצוע "החטיפה" של איתן לישראל. שעה שהחליט לעבור מעולם המחשבות אל עולם המעשים, הכפיף עצמו לדיני אמנת האג על כל המשתמע. כך לגבי העבר, אך נותר עוד העתיד.



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג

327. טובתו של איתן מחייבת קשר בין שתי המשפחות שלפניי. קשר כזה שיאפשר לו להרגיש שייכות ומקום להמשך מורשת שתי המשפחות והנצחת זיכרון משפחתו הקרובה, שאבדה לו אי שם לעולמי עד בדרך לפסגת הר מוטרונה. את הנסיבות שהובילו לכתיבת פסק הדין לא ניתן לשנות. עם זאת, תמיד קיימת הבחירה לגבי מעשים שנעשה בהמשך חיינו. בשלב שבו אנו מצויים, ישנה חשיבות מהמעלה הראשונה להתמקד במצבו הרפואי והרגשי של איתן וליתן לו את התמיכה, הטיפול והחיבוק לו הוא זקוק עקב הטרגדיה שפקדה אותו ואת משפחתו. עוד לא אבדה התקווה לאיחוי הקרע של המשפחות שלפניי, שנקרע אף הוא באבחה אחת בצל הטרגדיה. איתן, השם שהוריו ז"ל בחרו לו, כשמו הוא, ילד "איתן", הניצול היחיד מאסון הרכבל. ואם לפניי מונחת "הצוואה הרוחנית של טל ועמית ז"ל" היא בכך שמשפחות פלג ובירן ימצאו את הנתיב ההולם שבו איתן יוכל לפסוע בשקט ובבטחון ביניהם, תוך השבתו לאיתנו. אסיים את פסק הדין במילות השיר של אמילי דיקנסון – **תקנה**, שמצאתי אותן מתאימות למקרה שלפניי.

תקנה (אמילי דיקנסון)

לתקנה כנפי נוצה –
היא נחה בנשמה –
ושירה שיר - ללא מלים –
אף פעם לא נגמר -

מתוך הסערות - נשמעת
מנגינה שלווה –
לשוא עוד מנסה הסער –
למחוק את התקנה –

בהר של כפור, בים סוער –
עזר לי שיר מפר –
והתקנה עוד לא בקשה
ממני שום דבר.

(מתוך הספר "אמילי" מבחר שירים של אמילי דיקנסון עברית: לאה נאור)

328. תואיל המזכירות לסגור את התיק.

ניתן היום, י"ט בחשוון התשפ"ב, 25 באוקטובר 2021, בהעדר הצדדים.

איריס אילוטוביץ' סגל, שופטת



בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תנמ"ש 21-09-24437 בירן (קטין) נ' פלג