**א.** **סעיף 2 לחוק האמנה** מחיל את סעיפי **אמנת האג** בישראל עם תוקף של חוק ועל-אף האמור בכל דין, ובכך שינה את הדין הנוהג. התנאים המקדמיים לתחולתה מתקיימים בענייננו על כל הילדים שכן הם מתחת לגיל 16 (**ס' 4** **לאמנה**) והבקשה הוגשה בסוף נובמבר כשטיסת הילדים הייתה ביולי, כלומר תוך פחות משנה מתאריך ההרחקה (**ס' 12** **לאמנה**). אבחן לפי תנאי **ס' 3 לאמנה** האם הילדים הורחקו שלא כדין: **א.** הפרת זכויות משמורת: אמנם נקבע בעת גירושיהם שהמשמורת שייכת לרייצ'ל, אך רוס יטען שיש בהרחקה הפרה של זכותו להסדרי הראייה כפי שנקבעו בקביעה שיפוטית במקום מגורי הקטינים טרם הטיסה. רייצ'ל תטען שאין מדובר במשמורת אלא בהסדרי שהות בלבד. **ב.** הפעלת הזכויות בפועל: רוס יטען שהסדרי הראייה קוימו בפועל והיו מופעלים אלמלא הטיסה. רייצ'ל תטען שהם קוימו חלקית בלבד שכן צ'נדלר סירב להיפגש עם רוס. רוס ישיב שהוא קיים את צידו בהסדר והוא קוים במידת האפשר. בנוסף, רייצ'ל יכולה לטעון שהתקיימו שיחות בין רוס לילדים בכל יום ולכן היה ניסיון להקפיד על הקשר אף מעבר לנדרש. **ג.** המדינה ממנה הורחק הקטין היא מקום המגורים הרגיל שלו (**פלונית 741/11)**: רוס יטען **לאסכולה העובדתית** ויאמר שהבחינה היא עובדתית טהורה בשאלה מה היה המקום נכון למועד החטיפה הנטענת, והוא ארה"ב (**פלוני 5548/14**). שם גרו וגדלו הילדים כל חייהם עד לטיסה. מאידך, רייצ'ל תטען **לאסכולה הכוונתית**: היא והילדים עברו בישראל לדירה חדשה והיא התחילה עבודה חדשה, יש לה משפחה בארץ (ג'יל), מה שמעיד על כוונה להישאר בישראל, ויש לתת לה משקל. היא יכולה גם להתבסס על **האסכולה העובדתית** ולומר שמכיוון שמדובר במעשה של אי-החזרה נסתכל על מועד ההחלטה להישאר בארץ ולא של הטיסה, ובו מקום מגורי הילדים וחיי היומיום שלהם היו בישראל ולא בארה"ב. טענתה של רייצ'ל ככה"נ תהיה חלשה, שכן האסכולה העובדתית היא המקובלת יותר (**פלונית 741/11**). אם יוכרע כי ההרחקה אינה כדין, לפי **ס' 12 לאמנה** ביהמ"ש חייב לצוות על החזרתם לארה"ב, אלא אם: **4 חריגים**: **חריג 1: ס' 13(א) לאמנה**: ההורה שבידו זכויות המשמורת לא הפעיל אותה בפועל בעת החטיפה או הסכים/השלים עמה בדיעבד: **א.** הפעלת זכויות המשמורת: ראו דיון לעיל. **ב.** בהסכמה: רייצ'ל תטען שרוס הסכים במפורש להרחקת הילדים ולשינוי הסטטוס-קוו שכן הסכים לטיסה עצמה של הילדים ולהרשמתם למסגרות וכן הסתפק בדיבור עם הילדים בטלפון כל יום, וניתן להסיק מהתנהגותו שוויתר על הגשמה דחופה של זכות המשמורת (**גבאי**). רוס יטען שלא ויתר על השבת הילדים ואמר מראש שיגיע להחזירם. הסכמתו לרישום למסגרות היתה מדאגה לטובתם ואין לראות בה ויתור על הגשמת הסדרי השהות שלו (**גבאי**). מעבר לזה, עצם ההימנעות מפנייה לביהמ"ש אינה שקולה להשלמה ואין להסיק ממנה השלמה משתמעת (**גבאי**). בנוסף, לא היו כל כוונה או שיח מקדים על כוונתה של רייצ'ל לעבור עם הילדים לישראל מעבר לטיול. רוס יכול לטעון גם שהסכים לטיסה רק כדי לא לריב עם רייצ'ל ומתקווה שתשוב אליו, וההסכמה ניתנה בהטעיה ולכן ניתנת לביטול (**גבאי**). **ג.** השלמה: נבחנת לאור השאלה האם התנהגות ההורה מתיישבת עם כוונתו לעמוד על זכויותיו בנוגע להשבת הסטטוס קוו (**ליבוביץ'**). תנאי מוקדם לקיומה הוא שרוס יהיה מודע לעצם הרחקת הילדים ולכך שבהרחקתם רייצ'ל פוגעת בזכויותיו (**ליבוביץ'**). רייצ'ל תטען שרוס ידע על כך שכן הסכים לטיסה, ורוס יטען שידע על ביקור קצר בלבד ולא על מעבר קבוע. הוא יטען שידע על הפגיעה בזכויותיו, כמתבטא בעצם הגשת תביעתו. רייצ'ל תטען שלקח לו זמן רב עד שפנה לביהמ"ש (**ליבוביץ'**) כיוון שלא ידע שיש לו זכות לכך. רוס יטען ש3 חודשים אינם זמן רב, וכן שתגובה בתוקף למעשה ההרחקה לאחר זמן סביר לא תתפרש כהשלמה (**ליבוביץ'**). גם אם היה שיהוי בהגשת התביעה, הוא לא חרג מ**ס' 12 לאמנה** והיה זה בשל נסיבות סבירות ומקובלות של נסיונות, טרם פנייה לדין, לשכנע את רייצ'ל להסדרת העניין ביניהם. בניהול המו"מ מולה בתו"ל להחזרת הילדים אין משום השלמה (**גבאי**). רייצ'ל תטען שמכך שרוס לא נפגש עם הילדים ודיבר עמם בטלפון היא הסתמכה על כך שהשלים עם המעבר (**ליבוביץ'**). היא תאמר גם שרוס חזר בו לאחר ההשלמה כשהגיש את התביעה, ואין בכך כדי לבטל את ההשלמה למפרע (**ליבוביץ'**). מאפיין נוסף לבחינת ההסכמה וההשלמה הוא תחולת דיני החוזים, ובין הצדדים בענייננו לא היה כל חוזה או הסכם בדבר מגורי הילדים או מעברם (**פלונית 741/11**). ענייננו דומה למקרה בגבאי שגם בו דובר על ביקור קיץ, רישום לבי"ס וכו', וסביר שייקבע כמו שם, שרוס לא הסכים להשארה בישראל או השלים עמה בדיעבד. **חריג 2: ס' 13(ב)** **לאמנה**: חשש שהחזרת הילד תחשוף אותו לנזק: **א.** נזק פיזי: נראה שאין כל רקע לחשש לפיו החזרת הילדים תחשוף אותם לנזק פיזי. אך רייצ'ל יכולה לטעון שיש חשש כזה שכן צ'נדלר הבטיח שיברח מהבית אם יוכרח לחזור, פעולה שעשויה להיות כרוכה בסיכון. **ב.** נזק פסיכולוגי: רייצ'ל תטען שתהיה פגיעה פסיכולוגית מהחזרתו של צ'נדלר למרות התעקשותו הממושכת לא לדבר או להיות בקשר עם אביו, שכן הוא חש חוסר אמון ועלבון גדול כלפי רוס עקב הבגידה באמו. בנוסף, נראה שלשאר הילדים טוב עם אמם בישראל ולכן הניתוק מחבריהם, מסביבתם החברתית, מהמסגרות ומהדת עשוי לפגוע בהם פסיכולוגית ולהביא לבלבול, בדידות ועוד. כך גם הפרדת הילדים מאחד ההורים או האחים. מנגד יטען רוס שג'ואי העיד כי מתגעגע לחבריו ומשפחתו בארה"ב ותחושות אלו לאורך זמן יכולות לפגוע בו ולהביא לבדידות ודיכאון, ושפיבי קטנה מדי כדי להחליט וטובתה בישראל לא גוברת על טובתה בארה"ב. בנוסף, חשש מהפרדה מהורה או מאחים אחרים לא מספיקה כדי למנוע הפעלת שק"ד ביהמ"ש להחזרת הילד, קבלת טענה כזו מרוקנת את האמנה מתוכן ומקרים בהם היא התקבלה הם חריגים ויוצאי דופן, בהם לא הייתה יכולת להחזרת כל הילדים למקומם הרגיל. כאן החשש להפרדה הוא מלאכותי ועולה רק עקב התנהגותה של רייצ'ל ובהכרה בטענתה החוטאת תצא נשכרת. אין כל מניעה שתחזור גם היא לארה"ב יחד עם הילדים עליהם לא חלה האמנה (**פלונית 2270/13**). **ג.** מצב בלתי נסבל: רייצ'ל תטען כי לאור יחסיו של רוס וצ'נדלר וכמפורט לעיל, החזרתו לארה"ב תהווה מצב בלתי נסבל עבורו. כך גם בשביל מוניקה, שתתקשה לשמור על הדת אליה התחברה כ"כ. רוס יטען מנגד כי דווקא השארתו של ג'ואי בארץ מביאה אותו למצב בלתי נסבל, וכן שהפרדת המשפחה והאחים אחד מהשני וממנו תהיה בלתי נסבלת עבור כולם (ראו דיון על כך ב**ב'**). המבחן לחריג 2 הוא קש"ס בין החזרת הילד לבין הנזק (**רו**): רייצ'ל תטען כי יש קש"ס, החזרתם תהווה ניתוק מסביבתם שהשתלבו בה ולכן תפגע בהם. רוס יטען שחלקם כלל לא השתלבו, וכי לעומת בישראל שחלק מהילדים לא מרוצים בה, בארה"ב לכולם היה טוב ולכן אין סיבתיות של נזק כלשהו בעת ההשבה שלהם. לסיכום, רייצ'ל תטען כי החריגים מתקיימים ולכן אין חובה להשיב את הקטינים (**פלונית 2270/13**) ורוס יטען שאינם מתקיימים. הסיכון חייב לנזק חמור מהותית, אין לבטל החזרת ילדים באמצעות חריג זה אלא במקרים יוצאי דופן ומצבים בלתי נסבלים מבחינת החשש לנזק, ונטל ההוכחה המוטל על הטוען לקיום החריג הוא כבד, של מעל לכל ספק סביר (**רו**, **פלונית 1855/08**). מקרה זה ככה"נ אינו חריג מספיק להחלת החריגים. **חריג 3: ס' 13(ב) סיפא לאמנה**: חריג רצון הילד, 3 תנאים (**פלוני 902/07**): **א.** גיל ורמת בגרות: **ג'ואי**: גדול ובוגר מספיק לפי הפסיקה ולפי גילו. **צ'נדלר**: כנ"ל, אך רוס יכול לטעון מנגד שהתנהגותו ילדותית: הוא מתעקש על הנתק מאביו ומאיים על בריחה מהבית, במקום ללבן את העניינים בשיח. **מוניקה**: ב**פלוני 2808/15** התקבלו דעותיו של בן 11, לכן נראה שגיל 12 מספיק בוגר כדי לשמוע דעתה, ובייחוד לאור התרשמות פקידת הסעד מבגרותה הרבה. **פיבי**: קטנה מדי מכדי להחליט. **ב.** גיבוש רצון עצמאי לאי החזרתו לארץ מושבו: **ג'ואי**: אמר במפורש שהוא מתגעגע לחבריו ומשפחתו שבארה"ב. מנגד, געגוע לא בהכרח מעיד על רצון לחזור, אנחנו מתגעגעים להרבה אנשים ולא ממהרים לעזוב את הארץ כדי לגור איתם.  **צ'נדלר**: גיבש רצון חזק להישאר בארץ ואמר זאת במפורש.רוס יכול לטעון מנגד שההתנגדות היא בגלל הקשר עמו ולא להחזרה עצמה. **מוניקה**: גיבשה רצון כזה, אמרה שטוב לה בארץ ולא רוצה לחזור. **פיבי**: קטנה מדי כדי לגבש רצון. **ג.** קיום התנגדות להחזרה למקום המושב שהיא דומיננטית וחזקה ביותר: **ג'ואי**: לא הביע התנגדות כזו.  **צ'נדלר**: התנגדותו כה חריפה שאף איים לברוח מהבית אם יוחזר לארה"ב. **מוניקה**:התנגדותה נשמעת מכובדת ולא קיצונית, אך מצד שני נימוקיה חזקים לכן ניתן לומר שהתנגדותה דומיננטית. **פיבי**: לא יכולה להביע התנגדות מפורשת אך השתלבה טוב בגן החדש וקשורה לאמה. מנגד רוס יכול לומר שהיא תשתלב בכל מקום, וצריכה קשר עם שני ההורים. **חריג 4: ס' 20 לחוק**: ההשבה אינה מותרת מכוח עקרונות היסוד של המדינה המתבקשת בנוגע לזכויות אדם וחירויות יסוד: נראה שחריג זה אינו רלוונטי. באשר לכל החריגים, יש לפרשם בצמצום כדי לא לסכל את מטרות האמנה, ומתוך ההקשר הרחב לפיו טובת הילד מחייבת שלא יוברח ע"י הורה אחד ממקום מגוריו וינותק בכך מההורה האחר (**גונזבורג**), והכלל הוא החזרת המצב לקדמותו (**רו**). הליך נוסף שיכול רוס לנקוט בו הוא **ס' 15(ד)(1) לחו"י השפיטה** שמאפשר לבג"צ שק"ד לתת צווים לשחרור אנשים שנעצרו או נאסרו שלא כדין, מקום בו האמנה לא חלה. תנאי לכך הוא שהילד הוצא שלא כדין ע"י הורה אחד ממשמורת ההורה האחר (**גונזבורג**), ראו דיון על כך לעיל. בנוסף, כאשר החזרת הילד תגרום לו נזק ממשי העולה על זה שיגרם לו כתוצאה מניתוקו מההורה השני. רייצ'ל תאמר שההישארות בארץ תפגע בילדים יותר מאשר הניתוק מרוס: אף אחד מהם לא טען שרוצה לחזור אליו, רובם רוצים להישאר או הביעו געגוע כללי בלבד. רוס יטען מנגד כי הניתוק ממנו יגרום להם לפגיעה וחוסר אבהי, שיגרמו לנזק גדול. השיקול המרכזי להימנעות מהפעלת הסמכות הוא התעורותו של הילד בישראל בתקופת החטיפה והפיכתה ל"מרכז חייו" (**גונזבורג**). רייצ'ל תטען שכל הילדים התאקלמו בארץ, גם אם חווים געגוע קל. הם רוצים להישאר בבתי הספר שלהם ולהמשיך בשגרתם החדשה בישראל. רוס מנגד יטען כי לא ניתן לומר שזה נהיה מרכז חייהם אלא שהם מסתגלים לכל מקום והיה להם טוב גם בארה"ב. רוס יכול לטעון שטובת הילדים כולם היא הישארות יחד, מאוחדים באותו המקום, ורייצ'ל לעומת זאת תטען שטובתם בישראל, איתה ועם וחבריהם החדשים נוסף על תחושת השייכות שלהם למקום. **ב.** אין הסכמה בין ההורים באשר למקום המגורים, ולכן ביהמ"ש צריך להכריע בעניין (**ס' 24+25 לחוק הכשרות המשפטית**). אמת המידה המנחה בעת הדיון היא **טובת הילדים**, לפי **ס' 15+17 לחוק** (**פלונית 4575/00**), וביהמ"ש צריך לקבוע הסדר משמורת שמאפשר לילדים להנות ממסגרת יציבה אצל ההורה המתאים לכך, תוך שמירה על קשרם עם ההורה השני (**פלונית 4575/00**). עיקר הראיות באשר לכך נלמדות מחוו"ד של מומחים שמהוות חלק חשוב ומשמעותי (**פלונית 10060/07**), אך בענייננו חווה"ד אומרת ששניהם בעלי מסוגלות הורית טובה ואין העדפה לאחד מהם. מנגד, רייצ'ל תאמר שזה שנקבע שהיא יותר דומיננטית נותן לה יתרון גדול באשר לצפי יכולתה לגדל את הילדים. לפי **חזקת הגיל הרך** שב**ס' 25** **לחוק**, במצב כזה ילדים עד גיל 6 יהיו אצל אמם אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת, לכן חזקה שטובתה של פיבי עם רייצ'ל והוא צריכה להגר איתה לפריז (**פלוני 2328/19**). רוס יטען מנגד שחזקה זו היא רק אחד מהשיקולים שיש לקחת בחשבון בקביעה בידי מי צריכה להיות פיבי מוחזקת, זה לא שיקול בלעדי, וכן שיש סיבות כאלה, כמפורט לעיל על טובת הישארות המשפחה יחד וכן כיוון שהוא עבר לישראל במיוחד כדי להיות עם הילדים, שזה צעד קיצוני שיש להתחשב בו. נחיצות החזקה גם מוטלת בספק כיום (**פלונית 19660/07**). רוס יטען גם שניכר מהתנהגותה של רייצ'ל שהיא לא שוקלת את טובת הילד בלבד אלא את טובתה האישית, שכן מצאה זוגיות והתאהבה ולכן רוצה לעבור, כפי שעברה לישראל מארה"ב בעבר כשהתאהבה בארץ. היא עושה החלטות פזיזות לפי רצון רגעי מבלי לחשוב על יציבות חיי ושגרת הילדים, לכן אין לקבוע שההגירה נעשית כאפשרות הטובה ביותר עבור עבורם (**פלונית 4575/00**). רוס יכול לטעון שהילדים יהודים ויש חשיבות למגוריהם בישראל ואף נטייה בפסיקה לראות את טובת הילד ככרוכה ושלובה בעמו מולדתו. אך רייצ'ל תטען שגם לנוכח המעבר היא תוכל להשריש בילדים את זהותם כבני העם היהודי ואת שייכותם ושורשיהם הישראלים, היא עצמה חזרה בתשובה. כך גם רוס בקשר שיישמר בינו לבין הילדים ובביקורים יוכל לחנכם לזהות יהודית וישראלית עד שיהיו לבוגרים ויוכלו לבחור את מקומם. אין בשיקול זה לעצמו בכדי לשלול את הבקשה להגר. מעבר לזה, מולדתם ממילא אינה ישראל, והנטייה האמורה בפסיקה השתנתה גם היא (**פלוני 27/06**). לפי **פלונית 4575/00** ביהמ"ש צריך להתחשב גם ב: **א.** דעת הילדים: **ג'ואי** מעוניין להישאר בישראל. **צ'נדלר** מעוניין לעבור לפריז. **מוניקה** רוצה להישאר בארץ. **פיבי** קטנה מלהביע דעה. **ב.** איכות הקשר שלהם לכל אחד מההורים: **הבנות** בקשר טוב עם שני ההורים. **ג'ואי** אמנם ציין שאוהב את אמו ולא אמר דבר לגבי אביו, אך נראה שאין לו כל קושי או תקלה גם בקשר עם אביו שכן הוא מוכן להישאר בארץ. **צ'נדלר** בקשר טוב עם אמו ואי-קשר מוחלט עם אביו תוך כעס רב עליו. **ג.** ביכולת האובייקטיבית והסובייקטיבית לשמירת קשר בין הילדים להורה שהמשמורת לא בידיו: כמו שרוס דיבר עם הילדים בטלפון כל יום כשהם עברו לישראל כך הם יכולים לשמור על קשר רציף גם עכשיו. רייצ'ל הבטיחה לאפשר לילדים לבקר אותו כמה שירצו, וגם גונתר יוכל לסייע לה בכך. אובייקטיבית יתכן והדבר מסובך יותר גם מבחינה כספית וגם מכיוון שתהיה להם שם שגרה ומסגרות וקשה יהיה לעזוב מספר רב של פעמים בשנה לצורך ביקורים. גם ביקוריו של רוס בצרפת יתאפשרו באופן מוגבל עקב אופי עבודתו והקביעות שקיבל. **ד.** בנכונות ההורה שבידיו המשמורת לסייע בקיומו של קשר זה: רייצ'ל הבטיחה שתאפשר לילדים לבקר את רוס כמה שירצו, ונראה שיש לה נכונות לכך ואף שגונתר יסייע לה בכך. נראה גם שהיא שמרה על הסדרי השהות שלו כראוי. **ה.** במסוגלות הילדים להיקלט בסביבה שאליה מתבקשת ההגירה: לילדים יש ניסיון בהתאקלמות במקום חדש והם כולם בקשר טוב עם האם איתה הם מהגרים. גונתר גם הבטיח לרייצ'ל שיעשה כל מאמץ לסייע לילדים להתאקלם בפריז, מה שיכול להקל על העניין. מנגד, הם יעברו לגור במקום חדש עם גבר שזר להם והם מעולם לא פגשו ועשויים אף לא להסתדר איתו, לא מצב אידיאלי כלל להתאקלמות. לגבי **מוניקה** יתכן קושי שכן היא טוענת שבצרפת לא תהיה לה האפשרות להמשיך ללמוד תורה. אך יתכן שהיא טועה בהנחתה שלא ניתן למצוא בי"ס דתי, ואף ניתן לדאוג שתוכל להמשיך ללמוד תורה גם אם לא יימצא כזה (רייצ'ל תלמד אותה/קהילה יהודית/מורה פרטי/רב). מנגד, הילדים עלולים להתקשות בלמידת שפה חדשה שוב, וכן אם תופרד המשפחה הדבר יקשה על ההתאקלמות. שיקולים נוספים (**פלוני 27/06**): **א.** רייצ'ל תעלה את זכותה כהורה המשמורנית להמשיך בחייה, לקבוע את מהלכם, להקים תא משפחתי חדש ולפתוח בדרך חדשה, זכותה לקבוע החלטות שייטיבו עם זוגיותה ונישואיה עם גונתר. **ב.** רוס יטען לזכותו כהורה הלא-משמורן לקשר מלא ורציף עם ילדו, זכות שתיפגע בהגירת הילדים לחו"ל כשיש לו בארץ עבודה מחייבת.