

רישום והכרה של צו אימוץ זר במסגרת משפחה לסבית: הצורך בעיון מחדש בהלכת פונק-שלוזינגר ובתיחום גבולותיה

לעילוי נשמות
הורי היקרים
דוד ונעימה ז"ל
עטרות ראשי – עד כלות ימי

מאת

פרופ' מנשה שאוה*

1. העובדות וההכרעה של בית-המשפט העליון בבג"צ 1779/99
2. דעות השופטים בבג"צ 1779/99 בשאלת תוקפו של צו האימוץ הזר ובשאלה אם הכרה בו נוגדת את תקנת הציבור החיצונית שלנו – והערותינו עליהן
3. הערותינו על פסק-דין הרוב המתבסס על הלכת פונק-שלוזינגר
4. רישום צווי אימוץ זרים במרשם האוכלוסין – ההנחיות של שר הפנים וסבירותן
5. יש לעיין מחדש בהלכת פונק-שלוזינגר ולפחות יש לתחום את גבולותיה שנפרצו מעבר לכל מידה

1. העובדות וההכרעה של בית-המשפט העליון בבג"צ 1779/99

עם מסירת החומר שבספר זה לדפוס ניתן על-ידי בית-המשפט העליון, ב-29 במאי 2000, פסק-דין חשוב ועקרוני, אשר דן והכריע בשאלה: האם על פקיד מרשם האוכלוסין לרשום צו אימוץ זר, שניתן במסגרת משפחה לסבית, בטרם קיבל הצו הכרה של בית-משפט ישראלי מוסמך?
על שאלה זו השיב בית-המשפט העליון בחיוב¹. פסק-הדין ניתן ברוב דעות של השופטות דורנר וביניש כנגד דעתו החולקת של השופט זועבי. בשל חשיבותו

* פרופטור מן המניין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.
1 בג"צ 1779/99 פלונית נ' שר הפנים (טרם פורסם). כיוון שהפסק טרם פורסם ההפניות הן לעמודים של הפסק, כפי שהוקלד על-ידי מזכירות בית-המשפט העליון.

המיוחדת של הנושא והשלכותיו הרבות מנצלים אנו הזדמנות זו על-מנת להביא כאן את הערותינו והשגותינו מן הבחינה המשפטית.

העובדות, כפי שמובאות בפסק-דינה של השופטת דורנר, הן בקיצור כדלקמן: העותרות 1 ו-2 הן שותפות לחיים מזה כשבע שנים. הן אזרחיות ישראליות. מקום מושכן הקבוע הוא בקליפורניה שבארצות-הברית. בתאריך 12.1.96 ילדה העותרת מס' 2 (להלן: "האם הטבעית") את העותר מס' 3 (להלן: "הבן"), לאחר שהרתה באמצעות תרומת זרע. הבן אומץ על-ידי העותרת מס' 1 (להלן: "האם המאמצת"), בהסכמת האם הטבעית, על-פי צו אימוץ שניתן בתאריך 19.7.96 על-ידי בית-משפט במדינת קליפורניה, המהווה מקום לידתו של הבן ומקום מושכן של שלושת העותרים.

העותרות, המבקשות לחזור לישראל, והשוהות בה לצרכי לימודים מזה שנתיים, פנו לפקיד מרשם האוכלוסין וביקשו לרשום את הורותה של האם המאמצת על-פי צו האימוץ הזר. פקיד המרשם סירב לרשום. טענתו היתה כי מבחינה ביולוגית קיומם של שני הורים מאותו מין אינו אפשרי. לפיכך, הסביר, כי סירובו לרשום מבוסס על אי נכונות גלויה לעין של הרישום, שהוא נדרש לרשום, על-פיו לילד זה שתי אימהות, דבר שהוא בלתי-אפשרי מבחינה ביולוגית. לפיכך חל כאן, לדבריו, החריג שבהלכת פונק-שלינגר, כי במקרה של אי נכונות גלויה לעין של הרישום, אין פקיד המרשם צריך לרשום². כנגד סירוב זה הוגשה העתירה לבג"צ.

בית-המשפט העליון פסק ברוב דעות של השופטות דורנר וביניש כנגד דעתו החולקת של השופט זועבי לעשות את הצו על-תנאי החלטי כנגד שר הפנים. בתחילת פסק-דינה מעירה השופטת דורנר, אגב-אורחא, כי:

"כללי המשפט הבינלאומי הפרטי מחייבים, כי מעמד אישי של אדם יוכר באופן אחיד בכל המדינות. בפיצול הסטטוס יש כדי לפגוע הן בתקנת הציבור והן בתקנת הצדדים. רק במקרים יוצאים מן הכלל, כאשר הסטטוס הזר פוגע בתקנת הציבור של המדינה שבה מתבקש הרישום, הוא לא יוכר"³.

לדידה, אין בהכרה של צו אימוץ זר – במקרה שלפנינו – כדי לנגוד את תקנת הציבור שלנו. לחיזוק דבריה מביאה אסמכתאות מן הפסיקה האנגלית והאמריקאית שדנו בנושא של תקנת הציבור לענין הכרה בפסק-דין זר. מסקנתה:

"נראה, איפוא, כי צו-האימוץ הזר תקף בישראל כל עוד לא נפסל כהליך שיפוטי"⁴.

2 בג"צ 143/62 פונק-שלינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 225, 243 (להלן: פסק-דין "פונק-שלינגר").

3 לעילה ערה 1, בע' 2.

4 שם, בע' 4.

רישום והכרה של צו אימוץ זר במסגרת משפחה לסביבת

ברם, מייד לאחר הערות אלו היא מציינת, כי "השאלה בדבר תוקפו של הצו אינה דרושה להכרעה בענייננו".⁵

לשם הכרעה בעתירה מסתמכת באופן בלעדי על הלכת פונק-שלזינגר, כפי שבוטאה על-ידי השופט זוסמן, בקובעו כי:

"לא בתוקפם של הנישואין או בבטלותם קא עסקינן. השאלה שלפנינו היא... האם יש צידוק לסירובו של פקיד מרשם התושבים לרשום את המבקשת כאשה נשואה".⁶

ובהוסיפו כי:

"ברשמו את מצבו המשפחתי של תושב, אין זה מתפקידו של פקיד הרישום ליתן דעתו על תוקפם של הנישואין. חזקה על המחוקק שלא הטיל על רשות ציבורית חובה שאין היא מסוגלת למלאה. די לו לפקיד, לצורך מילוי תפקידו ורישום המצב המשפחתי, אם הובאה לפניו ראיה שהתושב ערך טקס נישואין. לשאלה מה תוקף יש לטקס שנערך יש לעתים פנים לכאן ולכאן ובירור תוקפם חורג מגדר מרשם התושבים".⁷

השופט דורנר מוסיפה, כי "במסגרת פסיקה עקיבה וממושכת" שתחילתה בפסק-דין פונק-שלזינגר נקבע, "שפקיד רישום אינו מוסמך לקבוע מהו תוקפו של הרישום שאותו הוא נדרש לרשום, אלא חייב הוא לרשום את אשר האזרח אומר לו, אלא אם כן מדובר ב'אי נכונות של רישום הגלויה לעין והיא אינה מוטלת בספק'".⁸

"על יסוד אותה הלכה", מציינת השופטת דורנר, הוחלט "לרשום אנשים שגוריו גיור רפורמי או קונסרבטיבי בקהילות מוכרות מחוץ לישראל כ'יהודים' בפרטי הדת והלאום, בעודם אזרחי ותושבי אותן ארצות"⁹; וכן "לרשום כנשואים יהודי אזרחי ישראל ואשה שאינה יהודיה (אזרחית ברזיל – מ.ש.), אשר נישאו בישראל במדור הקונסולרי שבשגרירות ברזיל"¹⁰.

לפיכך, גם במקרה דנן על פקיד המרשם לרשום את צו האימוץ שניתן במדינת

5 שם, שם. כל עוד לא נאמר במפורש אחרת ההדגשות כאן ובכל מקום אחר במאמר זה הן שלי – מ.ש.

6 פסק-דין פונק-שלזינגר, לעיל הערה 2, בע' 242.

7 שם, בע' 252.

8 לעיל הערה 1, בע' 4.

9 בהפנוחה לבג"צ 264/87 התאחדות הספרדים שומרי תורה – תנועת ש"ס נ' מנהל מינהל האוכלוסין, פ"ד מג (2) 723 (להלן: פסק-דין "תנועת ש"ס").

10 בהפנוחה לבג"צ 2888/92 גולדשטיין נ' שר הפנים, פ"ד נ (5) 89 (להלן: פסק-דין "גולדשטיין").

קליפורניה, כשהיא דוחה טענתו של המשיב, שאין אפשרות מבחינה ביולוגית לרשום לילד שתי אימהות, בקובעה "שהרישום שלפנינו אינו משקף את ההיבט הביולוגי, כי אם את ההיבט המשפטי"¹¹.

השופטת ביניש מצטרפת לדעתה של השופטת דורנר, כי "דין העתירה להתקבל ועל המשיב לרשום את פרטי העותרים במרשם האוכלוסין בהתאם לצו האימוץ הזר"¹². היא מסתמכת על עמדת ב"כ המדינה, שטענה כי על עניני העותרים חלה הלכת פונק-שלזינגר, ועל-כן "פקיד הרישום אינו מוסמך להפעיל שיקול-דעת ביחס לתקפות משפטית, המוטלת בספק, של מסמך תקף המוצג בפניו...". כמו-כן היא מסתמכת על עמדת ב"כ המדינה, כי "המשיב נוהג להנחות את אנשיו לרשום, ככלל, מאומצי חו"ל ומאמציהם כהורים וכילדים, מבלי לפשפש בטיב האימוץ ובתוקפו"¹³. בהתאם לכך היא קובעת:

"מכתב התשובה עולה כי על דרך השגרה, וככל הנראה במסגרת יישום ההלכה שנפסקה בבג"צ 143/62 הנ"ל, נוהג המשיב להסתפק לענין רישום אימוצים, בצווי אימוץ זרים המוצגים בפניו, מבלי לחקור או לבחון את התוקף המהותי של האימוץ. מדיניות זו של המשיב מקובלת ככל הנראה זמן ניכר, והיא נראית סבירה על פניה"¹⁴.

השופטת ביניש דוחה טענת באת-כת המדינה – שאין המדובר במקרה דנן "בספק בדבר תוקפו המשפטי של צו האימוץ הזר" אלא "באי נכונות של רישום הגלויה לעין והיא אינה מוטלת בספק סביר", ושעל-כן חל לדבריה החריג בהלכת פונק-שלזינגר שעל-פיו אין לבצע את הרישום במקרה כזה – בקובעה כי:

"אין בידי המשיב להצביע על 'אי נכונות' גלויה לעין כאמור; פרט הרישום המבוקש אינו עובדה ביולוגית, אלא ענין הכרוך בשאלה משפטית מורכבת"¹⁵.

מכאן, מסקנתה:

"בהיעדר טענה, שאיננה מוטלת בספק, כנגד תוקפו של צו האימוץ הזר או נכונות פרטי המבקשים – ובענינו אין כל טענה כזו – על פקיד הרישום לרשום את פרטי העותרים על יסוד צו האימוץ, ובהתאם למדיניותו ביחס לרישום לפי צווי אימוץ זרים בדרך-כלל"¹⁶.

11 לעיל הערה 1, בע' 5.

12 שם, בע' 6.

13 שם, בע' 7.

14 שם, שם.

15 שם, שם.

16 שם, בע' 8.

רישום והכרה של צו אימוץ זר במסגרת משפחה לסבית

בהבדל מן השופטת דורנר, אין השופטת ביניש נוקטת כל עמדה ביחס לתוקפו של צו האימוץ הזר במקרה שלפנינו ובשאלה אם אין בהכרה בו משום פגיעה בתקנת הציבור החיצונית שלנו, בקובעה ששאלות אלה הן "שאלות מורכבות, בהן שאלות מתחום המשפט הבינלאומי הפרטי... ואין לנו צורך להכריע בכך במסגרת הדיון שבפנינו"¹⁷.

לעומתן, פוסק שופט המיעוט, השופט זועבי, שיש לבטל את הצו על-תנאי כנגד שר הפנים מן הטעמים הבאים:

1. (א) אין מקום להחיל את הלכת פונק-שלזינגר, שעליה הסתמכו שופטות הרוב, על המקרה שלפנינו. בענין פונק-שלזינגר מדובר היה ברישום של נישואין אזרחיים, שנערכו בקפריסין, בין יהודי אזרח ישראלי לבין נוצריה אזרחית בלגיה, שבעקבותיהם קיבלו תעודת נישואין מקפריסין. משסירב פקיד מרשם התושבים בישראל לרשום את האשה "נשואה" על-סמך תעודת הנישואין, שהוצגה לו, הוגשה העתירה לבג"צ. השופט זוסמן, אשר ביטא את דעת הרוב (כנגד דעתו החולקת של השופט זילברג) עשה את הצו על-תנאי החלטי בקובעו את ההלכה, עליה מסתמכות שופטות הרוב (ושכננה אותה להלן: "הלכת פונק-שלזינגר") כי:

"תפקידו של פקיד הרישום, על-פי הפקודה הנ"ל (פקודת מרשם התושבים, תש"ט-1949 – מ.ש.), אינו אלא תפקיד של מאסף תומר סטטיסטי לצורך ניהול ספר התושבים, ושום סמכות שיפוטית לא ניתנה בידו"¹⁸. על-כן, "הפקיד חייב לרשום מה שהאזרח אומר לו"¹⁹, אלא אם הדברים אמורים "באי נכונות של רישום הגלויה לעין והיא אינה מוטלת בספק סביר"²⁰.

(ב) השופט זועבי מדגיש, כי למסקנה זו הגיע השופט זוסמן רק לאחר שהבהיר את מטרתה הטכנית והסטטיסטית של פקודת מרשם התושבים, תש"ט-1949, בקובעו, כי "הפקודה הנ"ל לא שיוותה לרישום במרשם התושבים כח של ראייה או הוכחה לשום דבר. מטרת הפקודה... לאסוף תומר סטטיסטי, חומר זה יכול שיהיה נכון ויכול שיהיה לא נכון, ואיש אינו ערב לנכונותו"²¹; וכן רק לאחר שקבע ששאלת תוקפם של הנישואין בסיטואציה לפנינו הינה שאלה סבוכה ביותר, אשר צריכה להיות מוכרעת על-פי כללי ברירת הדין, כאשר לפקיד הרישום אין הכשירות להכריע בה.

17 שם, בע' 7.

18 פסק-דין פונק-שלזינגר, לעיל הערה 2, בע' 244.

19 שם, בע' 249.

20 שם, בע' 243.

21 שם, בע' 249.

(ג) שונה המצב במקרה שלפנינו, כאשר מדובר ברישום צו אימוץ זרמכמה טעמים:

ראשית, בענין פונק-שלזינגר מדובר ברישום נישואין על-פי פקודת מרשם התושבים, תש"ט-1949, כשהפקודה לא שיוותה, כאמור, לרישום אפילו כח של ראייה לכאורה ומטרתה אך איסוף חומר סטטיסטי. לעומת זאת, כיום חוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965, אשר החליף את פקודת מרשם התושבים, "מעניק אמינות ומשקל ראייתי לפרטים הרשומים בו"²², למעט רישום "הלאום", "הדת", "המצב האיש", ו"שם של בן-זוג".

ומכאן מסקנתו לעניינו:

"בענינו מדובר ברישום 'שמות הורים'. רישום פרט זה במרשם מהווה, כאמור בסעיף 3 לחוק, ראייה לכאורה על נכונותו. במקרה זה נוצר קושי בהחלת הלכת פונק-שלזינגר שביסודה עומד העדר הכוח והערך הראייתי של המרשם. השמירה על אמינות המרשם מחייבת הענקת סמכות לפקיד הרישום לבדוק לעומק את נכונות העובדות הצריכות רישום"²³.

(ד) לפיכך, סבור השופט זועבי, כי כאשר:

"עולה ספק סביר בדבר תקינות הרישום, או בדבר נכונותו/או תוקפו, וכאשר רישום הפרט מהווה ראייה לכאורה בדבר נכונותו, ראוי פקיד הרישום לסרב לכיצוע הרישום. במיוחד אמורים הדברים כאשר קיים ספק רב בדבר תוקפו וסיכווי ההכרה בצו אימוץ הזר בנסיבות ענינו, שכן לכאורה, החוק הישראלי מונע כל אפשרות מבני-זוג בני אותו מין לאמץ ילד"²⁴ ... אף ייתכן שהדברים יבואו בסתירה לתקנת הציבור הישראלית, דבר העלול למנוע אפשרות הכרה בצו האימוץ הזר"²⁵.

(ה) השופט זועבי מדגיש, כי אין משמעות הדברים, שפקיד הרישום יבדוק ויפסוק בעצמו בתוקפו של פסק-הדין הזר אלא עליו להפנות את הצדדים לקבל הכרה מבית-משפט ישראלי מוסמך. ומוסיף, בצדק, כי:

22 לעיל הערה 1, בע' 11. הוא מפנה לסעיף 3 לחוק מרשם האוכלוסין הקובע: "הרישום במרשם, כל העתק או תמצית ממנו וכן כל תעודה שניתנה לפי חוק זה יהיו ראייה לכאורה לנכונות פרטי הרישום המפורטים בפסקאות (1) עד (4) ו (9) עד (13) לסעיף 2".

23 שם, בע' 12.

24 נעיר כאן, במאמר מוסגר, שהעובדה שהחוק הישראלי הפנימי אינו מכיר באקט מסויים אינה סיבה לאי הכרה באקט זר דומה שנרכש כדין על-פי הדין הזר, אלא אם ההכרה באותו אקט זר נוגדת את תקנת הציבור החיצונית שלנו. ראו להלן הערה 38.

25 לעיל הערה 1, בע' 13.

רישום והכרה של צו אימוץ זר במסגרת משפחה לסביבת

"בענינו, להבדיל מענין פונק-שלינגר, פקיד הרישום לא צריך 'לנחש' איזהו בית-המשפט המוסמך להכיר ולדון בתוקפו של צו האימוץ הזר, שכן סעיף 3(ב) לחוק בית-המשפט לעניני משפחה, התשנ"ה – 1995 מסמיך את בית-המשפט לעניני משפחה לדון בתובענה לאכיפה של פסק חוץ בעניני משפחה או להכרה בו"²⁶.

(ו) שנית, יש להבחין, לצורך רישום במרשם התושבים, בין נישואין שנערכו בחו"ל לבין אימוץ או גירושין שנעשו על-סמך פסק-דין במדינה זרה. שכן:

"עריכת נישואין הינה פעולה טקסית שאינה דורשת הכרעה שיפוטית, ועל-כן, על פקיד הרישום להסתפק בתעודת נישואין, ערוכה כדין. שונה הוא המצב כאשר מדובר באקט המתייחס לענין המעמד האישי הדורש הכרעה שיפוטית. צו האימוץ שניתן בבית-משפט, קובע ומשנה את מעמדו של המאומץ ושל המאמצים – המאומץ הופך להיות הילד שלהם ולא של הוריו הטבעיים והמאמצים הופכים להיות הוריו. לבית-המשפט כהליך האימוץ תפקיד מכריע, אין הוא ממלא תפקיד פורמלי גרידא, אלא ממלא הוא תפקיד של הכרעה שיפוטית ראשונה במעלה, שכן הליכי האימוץ בבחינת 'דיני נפשות', המשנים סטטוס ומשפיעים על גורלם וחיהם של הנוגעים בדבר"²⁷.

2. השופט זועבי מוסיף, כי אין הלכת הרוב "משרתת אף מדיניות רצויה". שכן:

"רישומו של צו אימוץ במרשם האוכלוסין, על אף הספק הרב בנכונותו ובתוקפו בישראל, יפגע באמינות המרשם, ויפגע בטובת הילד המאומץ. כך שהדבר עלול ליצור פיצול סטטוס לגביו, שכן בפני החוק, הילד לא ייחשב כמאומץ על-אף היותו רשום במרשם האוכלוסין ככך. הדבר אף יפתח פתח רחב לרישומם של צווי אימוץ מפוקפקים שברור שלעולם לא יקבלו הכרה כלשהי במדינת ישראל, ואשר לגביהם יסתפקו המבקשים ברישומים במרשם האוכלוסין"²⁸.

3. לקראת סוף פסק-דינו מעיר השופט זועבי "בשולי הדברים", כי "אמנם העותרים אינם מבקשים כי האימוץ יוכר על-ידי הרשויות השונות בישראל הכרה שמשמעותה כי חובותיה וזכויותיה של העותרת כלפי הקטין כהורה יוכרו ככאלה. אולם עיון בעתירה מראה שמרבית טיעוני העותרים הם בדבר נפקות הרישום

26 שם, בע' 14.

27 שם, שם.

28 שם, בע' 15.

וחשיבות ההכרה באימוץ. בפועל, העותרים אינם דורשים רישום גרידא, אלא הם מחפשים הכרה דה-פקטו באימוץ. לשם כך היה עליהם לפנות מלכתחילה לבית-המשפט המוסמך על-מנת לקבל הכרה בצו האימוץ²⁹. לאור הנ"ל פוסק השופט זועבי, כי יש לדחות את העתירה. מבין שני פסקי-הדין של הרוב ושל המיעוט נראה לנו, בכל הכבוד, פסק-דינו של שופט המיעוט, השופט זועבי. פסק-דינו בנוי יפה, מנומק היטב ומגיע לתוצאה עמה מסכימים אנו, בכל הכבוד, כי:

"פסק-דין שניתן במדינה זרה וקובע מעמד אישי של אדם כגרוש / מאומץ אין לו תוקף בישראל מכוחו הוא, ועל-מנת שיהיה לו תוקף כלשהו הוא טעון הכרה... וכי פסק חוץ שטרם הוכר, אינו כשיר לשמש כראייה, ופקיד המרשם רשאי לבקש מן הצדדים להמציא פסק-דין הצהרתי המכיר בפסק-הדין הזר"³⁰.

בטרם נעיר הערותינו על פסק-דין הרוב מן הראוי לציין, כי חוק אימוץ ילדים התשמ"א-1981 קובע (בתיקון משנת תשנ"ו) הסדר מיוחד (בסעיפים 28 א-28 לט) לענין אימוץ בן ארצי, שנעשה על-ידי תושבי ישראל. ברם, מוסכם על הכל כי הסדר זה אינו חל כאן מנימוקים שונים ולו רק משום שהמאמצת אינה תושבת ישראל³¹.

2. דעות השופטים בבג"צ 1779/99 בשאלת תוקפו של צו האימוץ הזר ובשאלה אם הכרה בו נוגדת את תקנת הציבור החיצונית שלנו – והערותינו עליהן

השופט דורנר מעירה בחלק הראשון של פסק-דינה, כי נראה לה שיש לתת תוקף משפטי לצו האימוץ הזר בעניננו; וכי הכרה בו אינה נוגדת את תקנת הציבור החיצונית שלנו. לעומתה, מעיר השופט זועבי, כי "קיים ספק רב בדבר תוקפו וסיכויי הכרה בצו אימוץ הזר בנסיבות עניננו... אף ייתכן שהדברים יבואו בסתירה לתקנת הציבור הישראלית, דבר העלול למנוע אפשרות הכרה בצו האימוץ הזר"³². מנגד, אין השופטת השלישית בהרכב, השופטת ביניש, מביעה כל עמדה בשאלת תוקפו של צו האימוץ הזר, ובשאלה אם הכרה בו תעמוד בסתירה לתקנת הציבור החיצונית שלנו. היא קובעת, כי שאלה דומה הנוגעת למתן תוקף או הכרה בצו אימוץ זר "טרם נידונה על-ידי בית-משפט זה, והיא מעוררת שאלות מורכבות,

29 שם, בע' 16.

30 שם, בע' 14, 15.

31 ראו סעיף 128 לחוק אימוץ ילדים.

32 לעיל הערה 1, בע' 13.

רישום והכרה של צו אימוץ זר במסגרת משפחה לסבית

בהן שאלות מתחום המשפט הבינלאומי הפרטי³³. לדידה, "אין צורך להכריע בכך במסגרת הדיון שבפנינו"³⁴.

עם כל הכבוד, לא ברור לנו כיצד מגיעה השופטת דורנר לקביעה כי:

"צו האימוץ הזר תקף בישראל כל עוד לא נפסל בהליך שיפוטי".

כפי שהטעימה השופטת ביניש, בצדק, שאלת ההכרה (או אי ההכרה) בצו האימוץ הזר מעוררת שאלות קשות ומורכבות, בהן שאלות מתחום המשפט הבינלאומי הפרטי, שכלל לא נידונו בפסק-הדין וממילא לא הוכרעו. הצורך להכריע בשאלות מורכבות אלו מהווה תנאי מוקדם הכרחי על-מנת להחליט אם צו האימוץ הזר תקף בישראל אם לאו.

מבין השאלות העשויות להתעורר נציין:

1. מי היא הערכאה המוסמכת בישראל לדון בתובענה להכרה ישירה של צו אימוץ זר? על-פי סעיף 3(ב) לחוק בית-המשפט לעניני משפחה, התשנ"ה-1995 הסמכות הבלעדית היא לבית-המשפט לעניני משפחה. אם כך הדבר, כיצד יכול בג"צ לדון בתוקפו של צו אימוץ זר ולקבוע (מפי השופטת דורנר), כי "צו האימוץ הזר תקף בישראל כל עוד לא נפסל בהליך שיפוטי"?

2. ושמא הדיון בבג"צ בשאלת תוקפו של צו אימוץ זר נעשה באורח אינצידנטלי במסגרת סעיף 76 לחוק בתי-המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984?³⁵

התשובה גם כן שלילית. שכן השופטת דורנר (כמו השופטת ביניש) קובעת מפורשות, "שהשאלה בדבר תוקפו של הצו (האימוץ הזר – מ.ש.) אינה דרושה להכרעה בענינו". מכאן, לבג"צ לא רק שלא היתה סמכות ישירה לדון בשאלת תוקפו של צו האימוץ הזר אלא אף לא היתה לו סמכות שבגררה לדון בתוקפו של הצו לצורך ענין הרישום במרשם התושבים.

ואם נתעלם מענין הסמכות עשויות להתעורר שאלות משפטיות עניניות לא קלות לצורך הכרה בצו האימוץ הזר, כגון:

33 שם, בע' 7.

34 שם, שם.

35 סעיף 76 לחוק בתי-המשפט קובע:

"הובא ענין כדין לפני בית-משפט והתעוררה בו דרך אגב שאלה שהכרעתה דרושה לבירור הענין, רשאי בית-המשפט להכריע בה לצורך אותו ענין אף אם הענין שבשאלה הוא בסמכותו הייחודית של בית-משפט אחר או של בית-דין אחר".

1. כלום ניתן לתבוע בישראל הכרה ישירה של צו אימוץ זר (ובאופן כללי הכרה ישירה של כל פסק-דין זר) שלא במסגרת סעיף 11(א) לחוק אכיפת פסקי חוץ, תשי"ח-1958, דהיינו בהיעדר אמנה בינינו לבין המדינה הזרה, כמו במקרה דנן?³⁶
2. במידה וניתן לתבוע הכרה ישירה של צו אימוץ זר (ובאופן כללי הכרה ישירה של כל פסק-דין זר) שלא חל עליו סעיף 11(א) לחוק אכיפת פסקי-חוץ, מהם הכללים והיסודות אשר יחולו לצורך הכרה בו? כלום יחולו כללי המשפט המקובל האנגלי? ואם כן, האם עדיין ניתן לשאוב אותם אצלנו למרות ביטולו של סימן 46 לדבר המלך במועצה 1922 על-ידי חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980?
3. מהי זיקת הסמכות הבינלאומית הנדרשת לפי כללי המשפט הבינלאומי הפרטי, החלים בישראל, על-מנת להכיר בצו אימוץ זר? האם זיקת אזרחות? מושב? מגורים? ושל מי? של המאמצים? של המאומץ? או אולי של שניהם? אין בחוק הישראלי שום התייחסות לשאלות הנ"ל וצריך להכריע אם יש לשאוב את הכללים מן המשפט המקובל האנגלי. ואם כן, מהם אותם כללים?³⁷
4. האם צו האימוץ הזר הוא "סופי"?
5. האם צו האימוץ הזר ניתן במסגרת הליך הוגן ולא היתה במהלך נתינתו פגיעה בכללי הצדק הטבעי?
6. כלום הכרה בצו האימוץ הזר נוגדת את תקנת הציבור החיצונית שלנו?

בכל השאלות הנ"ל (פרט לענין תקנת הציבור) אין כל התייחסות בפסק-הדין³⁸, למרות שמדובר בשאלות שהצורך להכריע בהן מהווה, כאמור, תנאי מוקדם

36 על שאלה זו שאינה קלה, אך חורגת ממסגרת מאמר זה, נייחד בקרוב מאמר נפרד.

37 ראו: *Re Valentine's Settlement* [1965] Ch. 831.

38 גם לענין תקנת הציבור לא הובעה בפסק-הדין כל דעה מגובשת. בעוד שהשופט דורנר מביעה את הדעה שהכרה בצו האימוץ הזר בעניינו (במסגרת משפחה לסבית) אינה נוגדת את תקנת הציבור, עולה מדברי השופט זועבי דעה שונה, ואילו השופט ביניש אינה מביעה דעה בנידון.

בהקשר לכך, מן הראוי לציין, כי בעקבות המלומד Savigny מבחינים בין "תקנת ציבור פנימית" (*Ordre Public Interne*) לבין "תקנת ציבור חיצונית" (*Ordre Public Externe*). תקנת ציבור חיצונית מצומצמת יותר מאשר תקנת ציבור פנימית והיא מתייחסת במישור הבינלאומי הפרטי לענין מתן תוקף לאקט זר – תחיקתי או שיפוטי – כשל שיקולי תקנת הציבור של מדינת הפורום הדנה בענין.

כאשר שופט הפורום מגיע למסקנה, כי מתן תוקף לאקט זר – תחיקתי או שיפוטי – יפגע באחת מהשקפותיו היסודיות בעניני מוסר, חברה, דת, משק ועוד – יעדיף את "תקנת הציבור" שלו על-פני האינטרס הפרטי של התובע, ועל-כן לא יתן תוקף לאותו אקט זר (אם

הכרחי על-מנת להחליט אם להכיר בפסק-הדין הזר, דהיינו אם לתת לו תוקף משפטי, אם לאו. בנסיבות אלו, לא ברור לנו, עם כל הכבוד הרב, מהו הבסיס המשפטי לדבריה של השופטת דורנר כי: "צו האימוץ הזר תקף בישראל כל עוד לא נפסל בהליך שיפוטי".

החשש שלנו, שאם וכאשר יצטרך בית-המשפט לענייני משפחה באחד הימים לדון בהכרה בצו האימוץ הזר עלולים דבריה של השופטת דורנר להשפיע עליו במתן הכרה חיובית בצו האימוץ הזר; כלומר במתן תוקף משפטי לצו, מבלי לדון ולהכריע בשאלות המתחייבות לשם הכרה בו. שהרי בוודאי לא קל יהיה לשופט הערכאה הראשונה להרהיב עוז ולפסוק בניגוד לדבריה ולמסקנתה של שופטת בית-המשפט העליון. עם כל הכבוד, הדברים שכותבת השופטת דורנר בדבר תוקפו של צו האימוץ הזר אסור שתהיה להם, מן הטעמים שציינו לעיל, כל השפעה על בית-המשפט לענייני משפחה, כבואו לדון בהכרה בצו האימוץ הזר, גם אם נאמרו על-ידי שופטת דגולה של בית-המשפט העליון, כשופטת דורנר. הוא צריך לבדוק ולהכריע בעצמו בכל השאלות, שהצגנו לעיל, על-סמך כללי המשפט הבינלאומי הפרטי החלים בישראל בטרם יחליט אם להכיר בצו האימוץ הזר, אם לאו.

מדובר בפסק-דין זר בענייני סטטוס הוא לא יתן לו הכרה). בלשונו של השופט זוסמן: "רק מקום שיעמוד דין זר בניגוד לרגש הצדק והמוסר של ציבור ישראל, יהיה עלינו לפוסלו" (מתוך פסק-דין פונק-שלזינגר, לעיל הערה 2, בע' 256).

עם זאת, למרות שתקנת הציבור החיצונית מצומצמת יותר מאשר תקנת הציבור הפנימית, היקף העניינים המרכיבים אותה רחב וכולל, בין השאר, פסק-דין זרים "המאוסים מבחינה מוסרית, פסק-דין המתנגשים עם אורח חייה של החברה הישראלית" ועוד.

ראו ס' ורשטיין-פסברג פסקים זרים במשפט הישראלי (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הארי סאקר, 1996) 21.

נוסיף עוד, כי למונח "תקנת ציבור חיצונית" אין משמעות אחידה, אוניברסלית, כלל עולמית, אלא משמעותו משתנית משיטה אחת לשנייה. לכן ניתן לדבר על "תקנת ציבור אנגלית", "תקנת ציבור צרפתית", "תקנת ציבור ישראלית" וכו'. לפיכך העובדה ש"תקנת ציבור אנגלית" וכן "תקנת ציבור אמריקאית" אינה פוסלת אקט מסויים — חקיקתי או שיפוטי — אינה ערובה לכך שאקט זה לא ייפסל בישראל בשל שיקולי "תקנת הציבור הישראלית". בישראל בא העקרון להגן על האינטרסים העליוניים המיוחדים לחברה הישראלית ועל השקפותיה בעניינים חיוניים, כגון דת, מוסר, חברה ועוד — בדרך של חקיקה שיפוטית.

על תקנת הציבור במשפט הבינלאומי הפרטי ראו, בין השאר: ח' גולדווטר תקנת הציבור במשפט הבינלאומי הפרטי (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, ירושלים, תשל"ג) 33-81, 355-407; ע' שפירא "הכרה ואכיפה של פסקי חוץ" עיוני משפט ד (תשל"ה) 509, 528-531; מ' שאוה הדין האישי בישראל (מהדורה שלישית מורחבת, הוצאת "מסדה", תשנ"ב) 470-476. כן ראו פסקי-הדין של השופט חשין בע"א 1137/93 אשכר נ' היימס, פ"ד מח (3) 641, 652-653 וכן בד"נ 1558/94 נפיסי נ' נפיסי, פ"ד נ (3) 573, 626-628.

3. הערותינו על פסק-דין הרוב המתבסס על הלכת פונק-שלזינגר

1. ב"כ העותרים ביססה את העתירה כנגד שר הפנים על-סמך הלכת פונק-שלזינגר³⁹. למרבה התמיהה גם ב"כ המדינה הסתמכה על הלכה זו. רק טענה שחל כאן החריג שבהלכה זו, המאפשר לפקיד המרשם לא לרשום, כאשר מדובר "באי נכונות של הרישום הגלויה לעין והיא אינה מוטלת בספק סביר". לדבריה, רישום לילד שתי אימהות, אחת טבעית והשניה מאמצת, הוא בלתי-אפשרי מבחינה ביולוגית. בכך טענה, עם כל הכבוד, ב"כ המדינה וגררה גם את שופטות הרוב להסתמך בלעדית על הלכת פונק-שלזינגר, כאשר, עם כל הכבוד, אין מקום לתחולת הלכה זו על רישום במרשם האוכלוסין של פסק-דין זר, ובמקרה שלנו של צו אימוץ זר. הלכת פונק-שלזינגר חלה על רישום נישואין, שנערכו בחו"ל, על-ידי רשות המוסמכת לכך. עריכת נישואין, בדומה לעריכת גיור, אינה פעולה הטעונה הכרעה שיפוטית של בית-משפט או בית-דין מוסמך. הנישואין נערכים, בדרך-כלל, או בפני רשות אזרחית, כמו: פקיד המסדר את הנישואין או קונסול של המדינה שהצדדים אזרחיה⁴⁰; או בפני רשות דתית, כמו: רב בנישואין על-פי דיני ישראל, אימם בנישואין לפי דת האיסלם, כומר בנישואין לפי דת הנצרות והשיך של השבט בנישואין לפי דת הדרוזים⁴¹. לאחר עריכת הנישואין מקבלים בני-הזוג תעודת נישואין. הם אינם זקוקים להכרעה שיפוטית של בית-משפט (או בית-דין) מוסמך.

2. לפיכך, נפסק בפסק-הדין פונק-שלזינגר, כי לענין רישום הנישואין במרשם האוכלוסין קובע טקס הנישואין שנעשה, בעוד שבדיקת תוקפם של הנישואין, אם תקפים הם אם לאו, אינה מענינו של פקיד המרשם. מכאן, די בראייה לכאורה להוכחת טקס נישואין, שנערך בחו"ל, כדי לחייב את פקיד המרשם לרשום את בני-הזוג "נישואים"⁴².

39 ראו לעיל טקסט להערה 20.

40 סימן 67 לדבר המלך במועצה 1922 מסמך את הקונסול הזר, הנמצא בישראל, לעשות פעולות בעלות אופי בלתי-משפטי ביחס למעמדם האיש של אזרחי מדינתו, ככל אשר ייקבע מוזמן לזמן על-ידי תקנות. בעקבות הוראה זו התקין הנציב העליון בשנת 1922 תקנות בדבר סמכויות הקונסולים בישראל. בתקנה 4(ב) לאותן תקנות נקבע, כי קונסול של מדינה זרה מוסמך לערוך טקס נישואין מקום שלפחות אחד מהצדדים הוא אזרח מדינת הקונסול. כיום בוטל סימן 67 לדבר המלך על-ידי החוק לביטול דינים שנושנו, התשמ"ד-1984. ברם, אין בביטולו כדי לפגוע בתקנות בדבר סמכויות הקונסולים בישראל, שהותקנו על-פיו, נוכח האמור בסעיף 2(א)(2) לחוק המבטל. על התקנות הנ"ל ראו שאוה, לעיל הערה 38, בע' 612-613.

41 ראו, למשל, סעיף 2 לפקודת הנישואין והגירושין (רישום), 1911.

42 פסק-הדין פונק-שלזינגר, לעיל הערה 2, בע' 252 (מול האות א).

רישום והכרה של צו אימוץ זר במסגרת משפחה לסבית

בדומה, ובהסתמך על הלכת פונק-שלזינגר קבע בית-המשפט העליון בפרשת גולדשטיין, מפי המשנה לנשיא (כתארו אז) ברק, לענין נישואין, שנערכו בפני קונסול זר בישראל, כי:

"אם בני-הזוג מציגים לפני פקיד המרשם תעודה המעידה על עריכת טקסי נישואין לפני קונסול של מדינה זרה בישראל, על הפקיד לרשום את בני-הזוג כנשואים, אלא אם כן ברור וגלוי לעין הוא, שהפרטים אינם נכונים, או שאין כל ספק בכך שהקונסול חסר סמכות להשיאם"⁴³.

הוא הדין ביחס לגיור רפורמי או קונסרבטיבי, שנערך בחו"ל. מדובר ב"אקט פרטי"⁴⁴, שנערך בחו"ל ושאינו דורש הכרעה שיפוטית של בית-משפט זר. לפיכך יישם בית-המשפט העליון בפרשת תנועת ש"ס את הלכת פונק-שלזינגר על רישום "דת" ו"לאום" במרשם האוכלוסין בעקבות גיור, שנערך בחו"ל, וקבע שיש לרשום את המתגיירים כ"יהודים" בפרטים אלה.

הנשיא שמגר, שנתן את פסק-דין הרוב (בניגוד לדעתו החולקת של השופט אלון) קבע – בהסתמך על הלכת פונק-שלזינגר – כי:

"הודעה בלווית מסמך המעיד על גיור בקהילה יהודית כלשהי בחוץ-לארץ, די בהם כדי לחייב רישומו של אדם כיהודי. לענין זה אין נפקא מינה, אם הקהילה היא אורתודוקסית, קונסרוואטיבית או רפורמית... מהוראותיו של החוק הנ"ל (חוק מרשם האוכלוסין – מ.ש.) נובע, כי פקיד הרישום אינו בודק את תוקפו או את חוסר תוקפו של טקס הגיור, שנערך בקהילה יהודית בחוץ-לארץ, ושעליו מעיד המסמך שהוגש לו. לדידו, משקפת תעודה, המעידה על פניה על-כך שנערך טקס גיור בקהילה יהודית כנ"ל, כי אכן קויים טקס כאמור המחייב רישום. תפיסה זו בדבר היקף סמכויותיו וחובותיו של פקיד הרישום לגבי רישומם של הדת והלאום, גם עולה מגישתו של בית-משפט זה בעבר, כביטוייה, למשל בפסק-הדין בבג"צ 143/62 (הלכת פונק-שלזינגר – מ.ש.)..."⁴⁵.

בכל המקרים הנ"ל – המובאים בפסק-דינה של השופטת דורנר ושעליהם היא מסתמכת – מדובר באקטים טקסיים – עריכת נישואין או עריכת גיור – שאינם מצריכים כל הכרעה שיפוטית של בית-משפט או בית-דין מוסמך.

43 פסק-דין גולדשטיין, לעיל הערה 10, בע' 93 (מול האות ה).

44 כלשונו של השופט טל בבג"צ 1031/93 פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, פ"ד מט (4) 708, 661.

45 פסק-דין תנועת ש"ס, לעיל הערה 9, בע' 731, 732.

3. שונה המצב תכלית שינוי, כאשר מדובר בפסק-דין זר, או צו שיפוטי זר, שניתנו על-ידי ערכאה שיפוטית במדינה זרה, כגון: פסק-דין זר לגירושין או צו אימוץ זר. לפסק-דין זר (ולצו שיפוטי זר) אין כל מעמד עצמאי במשפט הישראלי. אין אפשרות להסתמך עליו ואף אינו יכול לשמש ראיה כל עוד הוא לא קיבל גושפנקה של בית-משפט מוסמך בישראל, אם בדרך אכיפה; ואם בדרך של הכרה⁴⁶, כגון: כאשר מדובר בפסק-דין זר בעניני סטטוס, למשל: פסק-דין זר לגירושין, צו אימוץ זר, פסק-דין זר לתיקון גיל ועוד. כך, למשל, בענין ענבי נ' היועץ המשפטי לממשלה והמוסד לביטוח לאומי⁴⁷ נתבקש בית-המשפט להכיר בפסק-דין זר (שניתן בבולגריה) המשנה את גילו של המערער. הנשיא אגרנט, שנתן את פסק-הדין של בית-המשפט העליון, קובע שעל-מנת להכיר בפסק-הדין הזר יש לברר אם לבית-המשפט שנתן אותו היתה סמכות בינלאומית לפי כללי המשפט הבינלאומי הפרטי החלים בישראל. כיוון שהמערער היה תושב קבוע בישראל ואזרח ישראלי, שקיבל את פסק-הדין בבולגריה, עת נודמן לו לבקר באותה מדינה "לצורך טיול" יוצא כי:

"מבחינת המשפט הבינלאומי הפרטי, לא היתה סמכות לבית-המשפט האמור (בית-המשפט הבולגרי – מ.ש.) ליתן את פסק-הדין ההצהרתי מיום 24.8.63, ולפיכך אין לו תוקף מחייב והוא חסר ערך ראייתי"⁴⁸.

אימוץ או גירושין הם עניני סטטוס הטעונים הכרעה שיפוטית. לפיכך צו אימוץ או פסק גירושין הם פסקי-דין מובהקים בעניני סטטוס. ואם הם ניתנו במדינה זרה הם זקוקים להכרה על-ידי בית-משפט ישראלי מוסמך, אם במישורין (הכרה ישירה)⁴⁹ ואם באורח אינצידנטלי⁵⁰ על-מנת שניתן יהיה להסתמך עליהם בישראל⁵¹.

46 יפה כתב בענין זה השופט חשין:

"פסק-דין שניתן במדינה חוצה-לישראל אינו בן-פועל בתוככי ישראל משל היה פסק-דין שנתן בית-משפט בישראל. רשויות ההוצאה לפועל לא תאכופנה אותו, ורשם המקרקעין לא יכיר בו ולא ירשום אותו במרשם המקרקעין. לעשותו בן-פועל בישראל, שומה על המעוניין בדבר להריק אותו פסק-דין מכלי-אל-כלי, משיטת המשפט הזרה אל משפט ישראל, ועל דרך זה לעשותו אבר במשפט ישראל. ההרקה מכלי-אל-כלי עושים אותה בתי-המשפט..." (מתוך ע"א 970/93 היועץ המשפטי לממשלה נ' אגם, פ"ד מט (1) 561, 569).

ובצורה דומה כותב השופט גולדברג (שם, בע' 565):

"לפסק-חוצץ אין כל כוח משל עצמו בארץ, אף אם כשר הוא מכל הבחינות ובית-המשפט שבחו"ל מוסמך היה לתתו. על הפסק הזר לעבור הליך קליטה על-ידי בית-המשפט בארץ, אם לצורך אכיפתו ואם להכרה בו".

47 ע"א 472/64, פ"ד יט (1) 645.

48 שם, בע' 649 (מול האות ב).

49 ראו, למשל, סעיף 11(א) לחוק אכיפת פסקי-חוצץ, תשי"ח-1958.

50 ראו סעיף 11(ב) לחוק אכיפת פסקי חוצץ.

51 ראו דברי הנשיא אולשן בע"א 423/63 רוזנבאום נ' גולי, פ"ד יח (2) 374, 379, אשר

וכל זאת למה?

משום שעלולות להתעורר שאלות רבות וקשיים לא מעטים בקשר לפסק-דין שניתן במדינה זרה, כגון:

- א. אולי פסק-הדין ניתן במדינה שאינה מוסמכת לכך לפי כללי המשפט הבינלאומי הפרטי החלים בישראל?
- ב. אולי פסק-הדין ניתן על-ידי בית-משפט שאינו מוסמך לכך ועל-כן אין לפסק-הדין תוקף במדינתו?
- ג. אולי פסק-הדין אינו "סופי"?
- ד. אולי פסק-הדין ניתן תוך פגיעה בכללי הצדק הטבעי?
- ה. אולי הכרה בפסק-הדין הזר נוגדת את תקנת הציבור החיצונית שלנו?

פקיד מרשם האוכלוסין אינו יכול להסתמך על פסק-דין זר ולשנות רישום במרשם האוכלוסין על-פיו, כגון: שינוי סטטוס אישי של אדם מ"נשוי" ל"גרש", רישום שמות הורים במקרה של צו אימוץ, תיקון גיל, כל עוד לא ניתנה על-ידי בית-משפט מוסמך בישראל הכרה בו.

4. לפיכך היה על באת-כח המדינה לטעון, שאין מקום לשנות רישום במרשם האוכלוסין על סמך פסק-דין זר, המשנה את הסטטוס האישי של אדם והקובע, למשל, שהוא "גרש" או "מאומץ" בטרם ניתנה לו הכרה של בית-משפט ישראלי מוסמך. היה עליה להפנות את העותרים לקבל הכרה ישירה בצו האימוץ הזר מבית-המשפט הישראלי המוסמך לכך. מאז שנת 1995 בית-המשפט המוסמך הוא

ברונו בחידוש שהכניס חוק אכיפת פסקי חוץ, תשי"ח-1958, המאפשר הכרה אינצידנטלית בפסק הדין, קובע:

"אילמלא הסעיף 11, בהתקיים דיון בתביעה שהוגשה בישראל, בבית-משפט ישראלי, אי-אפשר היה להחיר לאחר הצדדים להגיש פסק-חוץ כראיה והיו דוחים נסיון כזה תוך הנימוק שכל עוד פסק-החוץ לא 'הוכר' על-ידי אכרזה כפסק-איכות, או על-ידי מתן פסק-דין על-סמך פסק-החוץ עקב תביעה שהוגשה – אין בית-המשפט רשאי 'להכיר' בו. לכן בא סעיף 11 ומתיר את הדבר אגב דיון בענין אחר, אם בית-המשפט מוצא שמן הצדק לעשות כן – וזאת על-אף העובדה שלא ננקטו צעדים להשיג אכרזה כג'ל או שלא הוגשה תביעה על-סמך פסק-החוץ".

כיוצא בזה קובע הנשיא אגרנט באותו ענין בע"א 472/64 ענבי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט (1) 645, 650:

"כוונת הדברים הנ"ל היא להראות שלא היתה מטרת המחוקק בהוראתו הנוכחת אלא להסיר את הקושי הפרוצידורלי, כי פסק-חוץ אינו כשיר לשמש ראיה 'אגב דיון בענין אחר', כל עוד לא ניתן לו תוקף, אם על-ידי 'אכרזה כפסק איכות' ואם על-ידי 'מתן פסק-דין על-סמך פסק-החוץ עקב תביעה שהוגשה', וכן שהתנאי להסרת הקושי הזה הוא, כי באותו דיון ראה בית-המשפט שמן הדין והצדק להכיר בתוקפו של פסק-החוץ".

השוו גם דברי השופטים חשין וגולדברג בהערה 46 לעיל.

בית-המשפט לעניני משפחה. סעיף 3(ב) לחוק בית-המשפט לעניני משפחה מסמך את בית-המשפט לעניני משפחה "לדון בתובענה לאכיפה של פסק חוק בעניני משפחה או להכרה בו". ובמסגרת "עניני משפחה" נכללת, כמובן, גם תובענה לפי חוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981.⁵²

במקום זאת טענה ב"כ המדינה וחזרה וטענה, כי "מבחינה ביולוגית קיומם של שני הורים מאותו מין אינו אפשרי", ושעל-כן אין אפשרות לרשום לילד שתי אמהות. מכאן, סירובו של פקיד המרשם מבוסס, לדבריה, על אי נכונות גלויה לעין של הרישום שהוא נדרש לרשום, וסירוב זה מוצדק בנופלו לחריג שבהלכת פונק-שלזינגר.

עם כל הכבוד, המבחן הקובע הוא אם ניתנה הכרה בצו האימוץ הזר אם לאו. אם צו האימוץ היה מקבל הכרה של בית-משפט ישראלי מוסמך, כי אז חייב היה פקיד המרשם לרשום לילד שתי אמהות (האם הטבעית והאם המאמצת), כשם שאדם הנשוי לשתי נשים יש לרשום במרשם שתי נשותיו, וכפי שילד "כפול דת מלידה" (כגון ילד שנולד לאב מוסלמי ולאם יהודיה) יש לרשום במרשם את שתי דתותיו, דהיינו "יהודי ומוסלמי"⁵³. אין זה מתפקידו ומסמכותו של פקיד המרשם להרהר אחר קביעותיו של פסק-דין זר שקיבל הכרה של בית-משפט ישראלי מוסמך. ואם פסק-הדין הזר לא הוכר על-ידי בית-משפט ישראלי מוסמך — כמו במקרה דנן — הרי בלשונו של הנשיא אגרנט, "אין לו תוקף מחייב והוא חסר ערך ראייתי"⁵⁴; ועל-כן אין לבצע כל רישום על-פיו.

5. זאת ועוד, כפי שמציין, בצדק, השופט זועבי יש איתאום בין העתירה לבג"צ לרשום במרשם האוכלוסין את האם המאמצת כאמו של הילד (בנוסף לאם הטבעית) על-פי צו האימוץ הזר לבין נימוקי העתירה, המדגישים דווקא את חשיבות הרישום והצורך בו על-מנת שיוכלו להשתמש בו לכל ענין וענין. כפי שהודגש בפרשת פונק-שלזינגר הרישום במרשם האוכלוסין הוא רישום טכני שנועד ל"איסוף נתונים סטטיסטיים", ואילו כאן מבקשים העותרים, למעשה, שיינתן תוקף משפטי לצו האימוץ הזר לכל ענין וענין. והרי מספר דוגמאות ממה שכותבת ב"כ העותרים:

א. העותרות שוקלות לחזור ארצה ולהתגורר בישראל בקביעות, "והשאלה אם הורותן המשותפת לילדן תוכר במגזיהן היומיומיים עם הרשויות

52 ראו סעיף 1(6)(ח) לחוק בית-המשפט לעניני משפחה.

53 השוו: ע"א 86/63 אל-צפדי נ' בנימין, פ"ד יז 1419; בה"נ 5212/97 אבו נג'יב נ' אבו נג'יב, פ"ד נב (5) 140.

54 ראו לעיל טקסט להערה 48.

רישום והכרה של צו אימוץ זר במסגרת משפחה לסביבה

הינה גורם בעל משקל רב בהחלטתן זו, לאור ההשלכות המעשיות הרבות והחשובות של הכרה זו"⁵⁵.

ובהמשך באותו ענין:

"בכוונתן של העותרות לשקול במהלך שהותן בישראל את האפשרות לחזור לישראל באופן קבוע, כאשר תוצאות הליך זה – השאלה אם תוכר משפטית הורותן המשותפת לעותר – מהווה שיקול חשוב בהחלטתן, האם יוכלו, לקיים בישראל חיי משפחה מלאים ומוגנים משפטית".

ב. העותרות מבקשות שהורותן של האם המאמצת תהיה מוכרת בישראל "במגעים של העותרים עם צדדים שלישיים, דבר שיש לו השלכות מעשיות ויומיומיות מיידיות רבות, וכן משמעויות הצהרתיות ורגשיות, שעניינם הכרה חברתית בהורות שוות משקל של שתי העותרות לעותר 3".

ג. הן מונות את המשמעויות המשפטיות של האימוץ וההורות הנובעות ממנה כהצדקה לרשום את צו האימוץ הזר במרשם האוכלוסין, היינו את האם המאמצת כאמו של הילד לצד אמו הטבעית.

ד. לקראת סוף העתירה כותבת ב"כ העותרים:

"אמנם העותרים סבורים, כי מבחינה משפטית-מהותית העותרת 1 היא אמו של העותר לכל דבר וענין, כי אימוץ העותר תופס ללא סייג במשפט הישראלי, וכי לפיכך הזכויות והחובות המהותיות במערכת היחסים ביניהם עומדות להן. אולם, באופן מעשי, אין העותרות יכולות לממש זכויות אלה באופן יומיומי, הרשויות, עמן יבואו במגע, אינן מכירות בהורות זו, ובהעדר רישום במרשם האוכלוסין ובתעודת הזהות של העותרת 1, העותרות תעמודנה במאבק בלתי-פוסק למימוש הזכויות הנ"ל"⁵⁶.

לאור נימוקים אלה, בצדק, כותב השופט זועבי כי:

"בפועל העותרים אינם דורשים רישום גרידא, אלא הם מחפשים הכרה דה-פקטו באימוץ"⁵⁷.

על-כן, גם מטעם זה היה עליהם לפנות לבית-המשפט הישראלי המוסמך, דהיינו לבית-המשפט לעניני משפחה ולבקש שתינתן הכרה ישירה בצו האימוץ הזר, הכרה

55 עמוד 3 לעתירה.

56 עמוד 22 לעתירה.

57 לעיל הערה 1, בע' 16.

אשר תיתן תוקף משפטי לצו האימוץ והם יוכלו להשתמש בו לכל ענין וענין. רק לבית-המשפט לעניני משפחה הסמכות, כאמור, לדון ולתת הכרה ישירה לצו האימוץ הזר, שמשמעותה מתן פסק הצהרתי המאשר תוקפו של הצו הזר, וכוחו יפה לכל ענין וענין.

כפי שצינו, לבג"צ אין סמכות לתת הכרה ישירה לפסק-דין זר. לכל היותר הוא יכול לתת הכרה אינצידנטלית על-פי סעיף 11(ב) לחוק אכיפת פסקי חוץ, תשי"ח-1958 וסעיף 76 לחוק בתי-המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, כאשר ההכרה "דרושה לבירור הענין", וכשכוחה של ההכרה שלו יהיה מוגבל "רק לצורך אותו ענין" שהובא כדין לפני בג"צ, דהיינו רק לענין הרישום במרשם האוכלוסין. במקרה דנן לא נתן הבג"צ שום הכרה אינצידנטלית בצו האימוץ הזר, יען ושופטות הרוב קבעו, כי השאלה בדבר תוקפו של צו האימוץ "אינה דרושה להכרעה בענינו".

6. בתחילת פסק-דינה כותבת השופטת דורנר, בצדק, כי "כללי המשפט הבינלאומי הפרטי מחייבים, כי מעמד אישי של אדם יוכר באופן אחיד בכל המדינות. בפיצול הסטטוס יש כדי לפגוע הן בתקנת הציבור והן בתקנת הצדדים"⁵⁸. והנה דווקא פסק-דינה עלול לגרור אחריו "פיצול סטטוס" מסוג חדש: כאשר מצד אחד האם המאמצת תירשם כ"אמו" של הילד והילד המאומץ יירשם כ"בנה", אך במהלך השנים כאשר יתעורר למשל ענין בו קשור צד שלישי, כגון כאשר תוגש (חלילה) באחד הימים תביעת פיצויים של הילד בתור "תלוי" לפי סעיף 78 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (או לפי סעיף 4(א) לחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975) ייפתח הענין מחדש, כאשר הנתבעים יטענו שהילד איננו "בנה" של הנפגעת ואז עלול בית-המשפט, הדין בתביעה, לקבוע כי על-פי הדין החל בישראל אין לצו האימוץ הזר תוקף משפטי, וכי הילד איננו "בנה" של מי שרשומה "אמו" במרשם האוכלוסין. התתואר האכזבה הקשה שתהיה לילד במקרה הזה, כאשר במשך שנים היה רשום במרשם האוכלוסין כ"בנה" והיא רשומה כ"אמו" והיה ידוע בציבור שכזה? היתואר מפח הנפש שייגרם לו? טובת הילד מחייבת להימנע ממצב זה. מדיניות משפטית נכונה צריכה להימנע ככל האפשר ממצב של "פיצול סטטוס", אשר כלשונה של השופטת דורנר, "יש בו כדי לפגוע הן בתקנת הציבור והן בתקנת הצדדים". גם מטעם זה היה מקום להפנות את העותרים לקבל הכרה ישירה בצו האימוץ הזר על-ידי בית-משפט ישראלי מוסמך, קרי בית-המשפט לעניני משפחה, על-מנת שיינתן תוקף משפטי לצו האימוץ הזר לכל ענין וענין. הכרה ישירה בצו אימוץ זר — בדומה למתן פסק-דין הצהרתי על אבהות

58 שם, בע' 2.

(או אמהות) – יש לה השלכות רבות ומגוונות, כגון: לענין מזונות; ירושה; תביעה של ילד לפיצויים בתור "תלוי" באמו המאמצת על-פי סעיף 78 לפקודת הנזיקין או סעיף 4(א) לחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים; זכותו לתגמולים בתור "שאייר" על-פי הוראות חוקים שונים כמו חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 וחוק שירות המדינה (גמלאות) [נוסח משולב], תש"ל-1970; זכותו לתגמולים מהסדרי פנסיה אשר מרביתם מעניקים את הזכויות לבן-זוג ולילד ועוד השלכות רבות נוספות.

כלום אין זה לטובת הילד המאומץ עצמו להפנות את העותרים לערכאה המשפטית המוסמכת, אשר על פסק-דינה ניתן יהיה להסתמך לכל ענין וענין? יתר-על-כן, לא ברור לנו מה ההגיון "לעקוף" את בית-המשפט לעניני משפחה, שהמחוקק העניק לו בשנת 1995 סמכות שיפוט ייחודית לזון בהכרה של פסקי חוץ בעניני משפחה, כמו צו אימוץ זר לענינו, וכאשר פסק-דינו יהווה מעשה בית-דין לכל ענין וענין. ממילא הענין יכול להגיע (בסופו של התהליך) לבית-המשפט העליון, בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים בשל השאלות המשפטיות הקשות והעקרוניות הכרוכות בהכרה של הפסק הזר, ואז יקבע בית-משפט העליון בצורה מוסמכת ומחייבת את ההלכות שלאורן יש לנהוג. הלא מדובר ב"בית-משפט לעניני משפחה", היינו בערכאה שיפוטית אזרחית, הפוסקת על-פי המשפט האזרחי, המחילה את כללי המשפט הבינלאומי הפרטי והכפופה לתקדימיו של בית-המשפט העליון. אין כאן "עקיפה" של בית-דין דתי, אשר אינו מתחשב בכללי המשפט הבינלאומי הפרטי ואשר בהחילו את הדין הדתי עלולה להתקבל תוצאה שונה ומנוגדת מזו שהיה מגיע אליה בית-משפט אזרחי, דבר הגורר לעתים ל"פיצול סטטוס", מצב שאינו רצוי לחלוטין⁵⁹. והרי כפי שאמרנו וחזרנו ואמרנו המחוקק העניק את הסמכות לזון בהכרה ישירה של פסק חוץ בעניני משפחה רק לבית-המשפט לעניני משפחה (ולא לבג"צ!) ופסק-דינו ורק פסק-דינו, המכיר בפסק הזר, היינו הנותן לו תוקף משפטי, מהווה מעשה בית-דין לכל ענין וענין. לפיכך, מן הראוי היה להפנות את העותרים לבית-המשפט לעניני משפחה ולא "לסייע" להם "לעקוף" אותו.

4. רישום צווי אימוץ זרים במרשם האוכלוסין – ההנחיות של שר הפנים וסבירותן

בכתב התשובה לעתירה הודיעה כ"כ המדינה, כי ה"משיב (שר הפנים – מ.ש.) נוהג להנחות את אנשיו לרשום, ככלל, מאומצי חו"ל ומאמציהם כהורים וכלידים, מבלי לפשפש בטיב האימוץ ובתוקפו".

59 ראו: א' לבונטין על נישואין וגירושין הנערכים מחוץ למדינה (הוצאת מפעל השכפול, תשי"ז) 7, 50-51, 67-68; שאוה, לעיל הערה 38, בע' 153-154, 681.

בהסתמך על-כך כותבת השופטת ביניש:

"הנה כי כן, מכתב התשובה עולה כי על דרך השגרה, וככל הנראה במסגרת יישום ההלכה שנפסקה בבג"צ 143/62 הנ"ל (הלכת פונק-שלזינגר – מ.ש.), נוהג המשיב להסתפק לענין רישום אימוצים, בצווי אימוץ זרים המוצגים בפניו, מבלי לחקור או לבחון את התוקף המהותי של האימוץ. מדיניות זו של המשיב מקובלת ככל הנראה זמן ניכר, והיא נראית סבירה על פניה"⁶⁰.

עם כל הכבוד, מדיניות זו של שר הפנים אינה נכונה ואינה סבירה. כיצד יכול שר הפנים להורות על רישום צווי אימוץ זרים מבלי שקיבלו הכרה של בית-משפט מוסמך בישראל? אולי צו האימוץ ניתן במדינה שבה הנורמות החוקיות והמוסריות הם מתחת לכל ביקורת ונהוג לעסוק שם ב"סחר ילדים"? אולי צו האימוץ ניתן במדינה שמעדיפה דווקא את טובת המאמצים המבוגרים על-פני טובת הילד המאומץ? אולי צו האימוץ ניתן אגב חטיפת ילד מהוריו הטבעיים?⁶¹ אולי צו האימוץ ניתן תוך פגיעה בכללי הצדק הטבעי, כאשר לא הודיעו להוריו הטבעיים על הליך האימוץ? או כאשר לא ניתנה להם הזדמנות סבירה לטעון טענותיהם ולהביא ראיותיהם? אולי צו האימוץ הור "אינו סופי"? אולי צו האימוץ ניתן במדינה שאין לה זיקת סמכות בינלאומית מספקת לפי כללי המשפט הבינלאומי הפרטי החלים בישראל?

שאלות אלו ואחרות חייבות לעמוד במרכז הדיונים בבית-משפט בישראל כאשר נדרש הוא להכיר בצו האימוץ הזר, בין אם מדובר בהכרה ישירה ובין אם מדובר בהכרה אינצידנטלית. וכל עוד הוא לא הוכר על-ידי בית-משפט בישראל אין לו כל מעמד במשפט הישראלי, אין אפשרות להסתמך עליו ואף אינו יכול לשמש ראיה⁶², וממילא אין לבצע על-פיו כל רישום במרשם האוכלוסין. לא ברור לנו מהו הבסיס החוקי להנחיות הנ"ל של שר הפנים, העומדות בניגוד לכללי המשפט הבינלאומי הפרטי החלים בישראל, הדורשים הכרה בפסק הדין, כתנאי מוקדם על-מנת שניתן להסתמך עליו. השופטת ביניש כותבת, כי ההנחיות הנ"ל באו, "כנראה, במסגרת יישום הלכת פונק-שלזינגר"⁶³. עם כל הכבוד, לא נראית לנו דעה זו. הלכת פונק-שלזינגר חלה על רישום נישואין, שנערכו בחו"ל, היינו רישום של אקט שאינו דורש הכרעה שיפוטית של בית-משפט, כשהשופט זוסמן, שנתן את פסק-הדין, הדגיש הדגש היטב, כי רישום הנישואין

60 לעיל הערה 1, בע' 7.

61 השו"ב בג"צ 243/88 קונסלוס נ' תורג'מן, פ"ד מה (2) 626.

62 בלשון הנשיא אגונט: "אין לו תוקף מחייב והוא חסר ערך ראייתי". ראו לעיל טקסט להערה 48 והאסמכאות המובאות לעיל בהערה 51.

63 לעיל הערה 1, בע' 7.

רישום והכרה של צו אימוץ זר במסגרת משפחה לסביבת

במרשם התושבים אינו משמש ראייה לכאורה לנכונותו⁶⁴. הדבר אף נקבע במפורש בחוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965⁶⁵. לעומת זאת, צו אימוץ כן דורש הכרעה שיפוטית של בית-משפט (!) ורישום הורות על-פי צו זה כן משמש ראייה לכאורה לנכונותו (!). גם זאת קובע במפורש חוק מרשם האוכלוסין⁶⁶. לפיכך, הלכת פונק-שלינגר אינה חלה ואינה יכולה לחול על פסק-דין זר, כמו פסק גירושין זר, או צו אימוץ זר. פסקים אלה טעונים הכרה של בית-משפט ישראלי מוסמך בטרם ניתן לרשום רישום כלשהו על-פיהם.

מקור ההנחיות הנ"ל הוא, לדעתי, בפירוש מוטעה שנתן שר הפנים לסעיף 20 לחוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965, הקובע:

"אומץ ילד, יירשמו במרשם ובכל תעודה לפי חוק זה מאמציו כהוריו והמאומץ כילדם של מאמציו, ובשם שנקבעו לו בצו האימוץ".

שר הפנים סבר, כנראה, שניתן להפעיל את סעיף 20 על צווי אימוץ זרים מבלי שקיבלו הכרה של בית-משפט ישראלי מוסמך. אם כך הדבר, הרי סברה זו, עם כל הכבוד, בטעות יסודה. הסעיף חל על אימוץ שנעשה על-ידי בית-משפט בישראל; או שניתן לו תוקף (באמצעות הכרה) על-ידי בית-משפט מוסמך בישראל. צו אימוץ שניתן על-ידי בית-משפט במדינה זרה איננו נחשב בישראל ל"אימוץ". כל עוד לא הוכר על-ידי בית-משפט מוסמך בישראל אין לו תוקף מחייב והוא חסר ערך ראייתי. כלום יעלה על הדעת לרשום הורות על-פי צו אימוץ זר מבלי לענות תחילה על השאלות שהצגנו לעיל, בדבר מעמדו של הצו הזר, נסיבות נתינתו, התייחסותו לטובת הילד המאומץ, התאמתו לתקנת הציבור החיצונית שלנו ועוד? מה עוד שהרישום של הורות על-פי צו האימוץ במרשם האוכלוסין כן מהווה — כפי שקובע חוק מרשם האוכלוסין עצמו — ראייה לכאורה לנכונותו⁶⁷.

הפירוש שיש לתת לביטוי "אומץ ילד" בסעיף 20 לחוק מרשם האוכלוסין הוא לדעתי, "אומץ ילד כדין", וזה כולל בראש ובראשונה פסק-דין של בית-משפט מוסמך בישראל, שנתן צו לאימוץ הילד; וכן צו אימוץ זר אשר קיבל הכרה של בית-משפט מוסמך בישראל. כל עוד לא הוכר הצו הזר על-ידי בית-משפט מוסמך בישראל אין לו, כאמור, כל מעמד במשפט הישראלי, אין מקום להסתמך

64 פסק-דין פונק-שלינגר, לעיל הערה 2, בע' 249.

65 ראו סעיף 3 לחוק מרשם האוכלוסין, שעל-פיו רישום "המצב האישי" ו"שם בן-הזוג" — כמו רישום ה"לאום" ו"הדת" — אינו משמש ראייה לכאורה לנכונותו להבדיל משאר הפרטים אשר רישומם כן מהווה ראייה לכאורה לנכונותם.

66 ראו הערה קודמת.

67 בצדק כותב השופט זועבי, כי "בעניינו מדובר ברישום 'שמות הורים'. רישום פרט זה במרשם מהווה כאמור בסעיף 3 לחוק, ראייה לכאורה על נכונותו" (לעיל הערה 1, בע' 12).

עליו ואין להכתיר את הילד בישראל על-פי אותו צו זר בתואר "מאומץ", שיחול עליו סעיף 20 לחוק מרשם האוכלוסין⁶⁸.

לפיכך, ההנחיות שנתן שר הפנים לרשום צווי אימוץ זרים (כנראה בהתבסס על סעיף 20 לחוק מרשם האוכלוסין) מבלי שקיבלו הכרה מוקדמת של בית-משפט מוסמך בישראל הן, לדעתנו, בלתי-סבירות. הן עומדות בניגוד לכללי המשפט הבינלאומי הפרטי החלים בישראל, הדורשים הכרה מוקדמת של הצו הזר על-ידי בית-משפט מוסמך בישראל כדי שניתן יהיה להסתמך עליו וכדי שיכול לשמש ראיה. הן מתעלמות מכל אותן שאלות, שהצגנו לעיל, בדבר מעמדו של הצו הזר, נסיבות נתינתו, התייחסותו לטובת הילד המאומץ, התאמתו לתקנת הציבור החיצונית שלנו ועוד, ושעל-כן מתחייבת הכרה בו על-ידי בית-משפט ישראלי מוסמך בטרם ניתן לבצע רישום כלשהו על-פיו במרשם האוכלוסין. הן עומדות בסתירה למה שקובעים החוק והפסיקה של בית-המשפט העליון, כאשר חוק מרשם האוכלוסין קובע בסעיף 3, כי רישום של הורות על-פי צו אימוץ כן משמש ראיה לכאורה לגכונות הרישום, וכשהפסיקה של בית-המשפט העליון קבעה שכל עוד פסק-הדין הזר לא הוכר "אין לו תוקף מחייב והוא חסר ערך ראייתי"⁶⁹. בנסיבות אלו, חרג לדעתנו, עם כל הכבוד, שר הפנים מסמכותו בקובעו את ההנחיות הנ"ל.

לצערנו, פסק-דין הרוב, בבג"צ 1779/99 – נשוא דיונונו – סמך ידו על מדיניות זו של שר הפנים במקום לבקר אותה. אם מדיניות זו נכונה היא, הרי שיש לרשום במרשם האוכלוסין באותה מידה גם פסק-דין לגירושין אזרחיים, שניתן במדינה זרה, כגון לזוג יהודים אזרחי המדינה ותושביה, שנישאו לפני שנים בישראל כדת משה וישראל ועכשיו שניהם או אחד מהם נמצאים בחו"ל ומקבלים שם פסק-דין לגירושין אזרחיים. בשובם ארצה מבקשים הם (או אחד מהם מבקש) לרשום אותם "גרושים" (או לרשום אותו "גרוש") על-פי פסק-הדין הזר מבלי שהפסק קיבל הכרה משפטית בישראל. אם פקיד המרשם ייעתר לבקשה וירשום אותם "גרושים", התתואר התקלה הציבורית אשר תנבע מכך? אם פקיד המרשם יסרב לרשום אותם "גרושים" על-סמך פסק-הדין הזר, תתעורר

68 ראו דברי הנשיא אגרנט לעיל טקסט להערה 48. כן ראו האסמכתאות המובאות לעיל בהערה 51. יצוין, כי מדברים שאמר השופט טל, בהערת אגב, בבג"צ 1031/93 פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, פ"ד מט (4) 661, 703 ("פקיד הרישום אינו יכול, ולכן גם אינו מוסמך, לערוך חקירות בדבר פסק-חוק המוגש לו בדבר אימוץ") עלול להתקבל רישום מוטעה. כוונתו של השופט טל, כנראה, היא לפסק חוק שקיבל הכרה של בית-משפט מוסמך בישראל, אחרת אין לאותו פסק זר כל מעמד משפטי בישראל, והוא אינו יכול לשמש ראיה וממילא אין לרשום על-פיו דבר במרשם האוכלוסין; כשחוק מרשם האוכלוסין קובע מפורשות בסעיף 3 כי רישום הורות על-פי צו אימוץ כן מהווה ראיה לכאורה לגכונותו.

69 מתוך דברי הנשיא אגרנט בע"א 472/64 ענבי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט (1) 645, 649 (מול האות ב).

רישום והכרה של צו אימוץ זר במסגרת משפחה לסבית

השאלה: במה נבדל צו אימוץ זר מפסק גירושין זר? שניהם פסקי-דין מובהקים בענייני סטטוס ומדוע רושמים על-פי האחד ואין רושמים על-פי השני? לפיכך, עם כל הכבוד, לא נראית לנו הקביעה של פסק-דין הרוב:

"בהיעדר טענה, שאינה מוטלת בספק, כנגד תוקפו של צו האימוץ הזר או נכונות פרטי המבקשים – ובענייננו אין כל טענה כזו – על פקיד הרישום לרשום את פרטי העותרים על יסוד צו האימוץ, ובהתאם למדיניותו ביחס לרישום לפי צווי אימוץ זרים בדרך-כלל"⁷⁰.

לדעתנו, המבחן צריך להיות שונה לחלוטין, דהיינו: בהיעדר הכרה בצו האימוץ הזר על-ידי בית-משפט ישראלי מוסמך אין להסתמך על צו האימוץ הזר, באשר אין לו כל ערך ראיתי, ואין לרשום על-פיו דבר במרשם האוכלוסין. האמור בסעיף 20 לחוק מרשם האוכלוסין לא חל עליו. רק לאחר הכרה של בית-משפט ישראלי מוסמך יחול סעיף 20 לחוק מרשם האוכלוסין וניתן לקרוא עליו את הדיבור: "אומץ ילד"...

5. יש לעיין מחדש בהלכת פונק-שלוזינגר ולפחות יש לתחום את גבולותיה שנפרצו מעבר לכל מידה

בפרשת פונק-שלוזינגר המדובר היה בבני-זוג – יהודי אזרח ישראלי ונוצריה אזרחית בלגיה – אשר ערכו טקס נישואין אזרחי בניקוסיה שבקפריסין, בפני רשות המוסמכת לכך לפי חוקי קפריסין. בעקבות אותו טקס קיבלו תעודת נישואין על-ידי קצין המחוז בניקוסיה. פקיד מרשם האוכלוסין בארץ סירב לרשום את האשה "נישואה" במרשם האוכלוסין על-סמך תעודת הנישואין הנ"ל. בעקבות סירובו הוגשה עתירה לבג"צ לצוות על שר הפנים לרשום אותה "נישואה". בפתח דבריו מציין השופט זוסמן, שנתן את פסק הרוב, כי "לא בתוקפם של הנשואים או בבטילותם קא עסקינן" אלא, "היש צידוק לסירובו של פקיד מרשם האוכלוסין לרשום את המבקשת כאשה נשואה?"⁷¹. בעשותו את הצו על-תנאי החלטי קבע השופט זוסמן את "הלכת פונק-שלוזינגר", הקובעת כדלקמן:

"תפקידו של פקיד הרישום, על-פי הפקודה הנ"ל (פקודת מרשם התושבים – מ.ש.), אינו אלא תפקיד של מאסף חומר סטטיסטי לצורך ניהול ספר

70 לעיל הערה 1, בע' 8, מפי השופטת כניש.
71 פסק-דין פונק-שלוזינגר, לעיל הערה 2, בע' 242 (מול האות ה).

התושבים, ושום סמכות שיפוטית לא ניתנה בידו⁷². על-כן, "הפקיד חייב לרשום מה שהאזרח אומר לו"⁷³, אלא אם הדברים אמורים "באי נכונות של רישום הגלויה לעין והיא אינה מוטלת בספק סביר"⁷⁴.

לצורך קביעת ההלכה הנ"ל הסתמך השופט זוסמן על הנימוקים הבאים:

1. פקודת מרשם התושבים "לא שיוותה לרישום במרשם התושבים כח של ראייה או הוכחה לשום דבר. מטרת הפקודה... לאסוף חומר סטטיסטי. חומר זה יכול שיהא נכון ויכול שיהא לא נכון, ואיש אינו ערב לנכונותו"⁷⁵.

2. שאלת תוקפם של הנישואין בסיטואציה שלפניו היא שאלה "נכבדה ביותר", אשר צריכה להיות מוכרעת על-פי כללי ברירת הדין, כאשר לפקיד הרישום אין הכשירות להכריע בשאלה מסובכת זו. לפיכך, אין זה מתפקידו של פקיד הרישום לעורר את השאלה הסבוכה, אם נישואין אלה תקפים, אלא עליו להסתפק בראייה לכאורה שנערך טקס נישואין לצורך רישומם במרשם התושבים. שאם לא תאמר כן, "מתבקשת המסקנה כי לא יתמנה לפקיד הרישום על-פי הפקודה הנ"ל אלא מי שמומחיותו בכללי ברירת הדין, שהן מן ההלכות המסובכות ביותר של תורת המשפט"⁷⁶.

מכאן, מגיע השופט זוסמן למסקנתו, אותה הוא מנסח כדלקמן:

"רעתי נוטה לכך, כי ברשמו את מצבו המשפחתי של תושב, אין זה מתפקידו של פקיד הרישום ליתן דעתו על תוקפם של הנישואין. חזקה על המחוקק שלא הטיל על רשות ציבורית חובה שאין היא מסוגלת למלאה. די לו לפקיד, לצורך מילוי תפקידו ורישום המצב המשפחתי, אם הובאה לפניו ראייה שהתושב ערך טקס נישואין. לשאלה מה תוקף יש לטקס שנערך יש לעתים פנים לכאן ולכאן ובירור תוקפם חורג מגדר מרשם התושבים"⁷⁷.

בהסתמך על הלכת פונק-שלינגר הנ"ל פסק בית-המשפט העליון בפסק-דין גולדשטיין⁷⁸, כי על פקיד מרשם האוכלוסין לרשום "כנשואים" במרשם האוכלוסין בני-זוג מעורבים — יהודי אזרחי ויהודי לא-יהודי — שערכו נישואין בפני קונסול ברזיל בישראל. בית-המשפט העליון קבע, כי לצורך רישומם

72 שם, בע' 244 (מול האות ב).

73 שם, בע' 249 (מול האות ב).

74 שם, בע' 243 (מול האות ד).

75 שם, בע' 249.

76 שם, בע' 251 (מול האות ז).

77 שם, בע' 252 (מול האות א).

78 לעיל הערה 10.

במרשם האוכלוסין כ"נשואים" אין צורך לדון בשאלת תוקפם של הנישואין ואין צורך להכריע בשאלת סמכותו של הקונסול הזר — על-פי הדין החל בישראל — לערוך נישואין אלה, למרות שבית-המשפט העליון עצמו הטיל ספק בסמכותו של הקונסול לעשות כן. מסקנתו של בית-המשפט העליון, כפי שנוסחה על-ידי המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק, קובעת כדלקמן:

"אם בני-הזוג מציגים לפני פקיד המרשם תעודה המעידה על עריכת טקס נישואין לפני קונסול של מדינה זרה בישראל, על הפקיד לרשום את בני-הזוג כנשואים, אלא אם כן ברור וגלוי לעין הוא, שהפרטים אינם נכונים, או שאין כל ספק בכך שהקונסול חסר סמכות להשיאם".⁷⁹

עם כל הכבוד, כפי שכבר נזדמן לנו להביע דעתנו במאמר ביקורת על פסק-הדין גולדשטיין⁸⁰, היה מקום לאבחן בין פרשת פונק-שלזינגר לבין פרשת גולדשטיין ובעקבות איבחון להגיע לתוצאה שונה ממה שהגיע בית-המשפט העליון בפרשת גולדשטיין. בפרשת גולדשטיין מדובר היה בנישואין בין יהודי אזרחי ישראל לבין לא יהודיה אזרחית ברזיל, שערכו נישואין בפני קונסול ברזיל בישראל. נישואין אלה — כפי שהראינו — הם בטלים (void) וחסרי כל תוקף חוקי על-פי הדין החל בישראל⁸¹. למסקנה זו — כפי שצינו — קיימת תמימות דעים בקרב כל המלומדים, שדנו בנושא זה. ההבדל ביניהם הוא רק בדרך להגיע למסקנה זו, כשאחדים מהם מבססים זאת על סעיף 2 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, ואילו האחרים — וכתב שורות אלו ביניהם — על הוראות אחרות של הדין המקומי (סימנים 47 ו-64 (2) לדבר המלך במועצה, 1922). לעומת זאת, בפרשת פונק-שלזינגר מדובר היה בשאלה קשה ומסובכת בענין תוקפם של נישואי תערובת שנערכו בין בני-זוג — יהודי אזרחי ישראל ונוצרייה אזרחית בלגיה — מחוץ לישראל (בקפריסין), אשר כדברי השופט זוסמן צריכה להיחתך "על-פי כללי ברירת הדין" שהן "מן ההלכות המסובכות ביותר של תורת המשפט"; ואילו בפרשת גולדשטיין מדובר בנישואי תערובת, שנערכו בישראל, אשר צריכים להיחתך על-פי הדין המקומי, שהוא מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה, ושלדעת הכל הם בטלים וחסרי תוקף משפטי. נוסף לכך, כפי שהראינו, לא היתה לקונסול ברזיל בישראל סמכות, לפי הדין החל בישראל, לערוך נישואין שרק אחד מבני-הזוג הוא אזרח מדינתו (והשני אזרח ישראלי); וכי תקנה 4(ב) לתקנות בדבר סמכויות הקונסולים בישראל, המאפשרת

79 פסק-דין גולדשטיין, לעיל הערה 10, בע' 93.

80 ראו מ' שאוה "לשאלת תוקפם ורישומם של נישואי תערובת שנערכו בפני קונסול זר בישראל" הפרקליט מב (תשנ"ה) 188.

81 שם, בע' 202-206.

לו לעשותן, חורגת מסמכות⁸². השופט ברק לא הכריע בסוגייה זו, אך קבע כי "קיים ספק בדבר סמכותו של הקונסול לערוך טקס נישואין במצב דברים זה"⁸³. לפיכך, בפרשת גולדשטיין חל החריג שבהלכת פונק-שלזינגר, המאפשר לפקיד המרשם לא לרשום רישום כמרשם האוכלוסין, כאשר מדובר "באי נכונות של רישום הגלויה לעין והיא אינה מוטלת בספק סביר"⁸⁴. שהרי מדובר כאן בנישואין שלדעת הכל הם חסרי תוקף משפטי, ואין על כך שום ספק. מה טעם לחייב את פקיד מרשם האוכלוסין לרשום אותם "נישואים" כאשר ידוע שעל-פי הדין החל בישראל נישואין אלה בטלים וחסרי תוקף משפטי? מדוע לכפות על פקיד הרישום לרשום דבר, שהוא לדעת הכל, אינו נכון? גם אם נאמר, שתפקיד הרישום הוא "איסוף נתונים סטטיסטיים", מדוע להפוך נתונים אלה במודע לנתונים לא נכונים?

בסכמנו את ההבדלים בין פרשת גולדשטיין לבין פרשת פונק-שלזינגר, המחייבים לאבחן ביניהן, ציינו:

"עם כל הכבוד הרב, שונה הסיטואציה בפרשת פונק-שלזינגר מן הסיטואציה בפרשת גולדשטיין ולכן אין הנדון דומה לראיה. שם נערכו הנישואין מחוץ לישראל. שם לא נטענה כל טענה שהרשות שערכה את הנישואין בחו"ל פעלה ללא סמכות. שם התעוררה שאלה סבוכה של תקפות נישואין שעדיין לא הוכרעה על-ידי בית-המשפט העליון עד עצם היום הזה ולא היה ברור על-פי אילו כללי ברירת דין יש לבדוק את תוקף הנישואין ואם הנישואין תקפים הם אם לאו. כאן, לעומת זאת, נערכו הנישואין בישראל. כאן טען ב"כ היועץ המשפטי לממשלה, שטען למשיבים, בצורה מפורשת וחד-משמעית, שהרשות שערכה את הנישואין (קונסול ברזיל בישראל) פעלה ללא סמכות על-פי הדין החל בישראל, הנמצא בידיעתו השיפוטית של בית-המשפט. וכאן הנישואין שנערכו הם, לדעת כל המלומדים, בטלים וחסרי תוקף משפטי על-פי הדין החל בישראל"⁸⁵.

בסוף המאמר הבענו משאלתנו שבית-המשפט העליון יסטה מן ההלכה שנקבעה בפסק-דין גולדשטיין.

והנה נפלה הזדמנות לבית-המשפט העליון לדון ולעיין מחדש בהלכות פונק-שלזינגר וגולדשטיין בבג"צ 1779/99 נשוא דיונו במאמר זה. ברם, שופטות

82 שם, בע' 198-202.

83 פסק-דין גולדשטיין, לעיל הערה 10, בע' 94 (מול האות א).

84 פסק-דין פונק-שלזינגר, לעיל הערה 2, בע' 243 (מול האות ד).

85 שאוה, לעיל הערה 80, בע' 218.

הרוב – להבדיל משופט המיעוט – לא מצאו להתייחס לדברי הביקורת שמתחנן, אלא מצאו להרחיב עוד יותר את הלכת פונק-שלינגר, מעל ומעבר לכל פרופורציה, ביישום אותה גם לענין רישום הורות במרשם האוכלוסין על-פי צו אימוץ זר שלא קיבל הכרה של בית-משפט ישראלי מוסמך. וזאת בניגוד לפסיקה ולכללי המשפט הבינלאומי הפרטי, החלים בישראל, והמחייבים הכרה בפסק-הזר בטרם ניתן להסתמך עליו. מה עוד שרישום פרט זה – בהבדל מרישום נישואין בפרשות פונק-שלינגר וגולדשטיין – כן מהווה ראייה לכאורה לנכונותו⁸⁶.

מן הראוי שבית-המשפט העליון יעיין מחדש בהלכת פונק-שלינגר, שניתנה לפני שנים רבות ובאופן יישומה בשנים האחרונות בפרשת גולדשטיין ובכ"צ 1779/99, נשוא מאמרנו זה, בעיקר מן הנימוקים הבאים:

1. הלכת פונק-שלינגר ניתנה לפני 37 שנה, כאשר היא התבססה על פקודת מרשם התושבים, 1949. בינתיים הוחלפה הפקודה בחוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965. השופט זוסמן, שנתן את הלכת הרוב בפונק-שלינגר, ביסס את דבריו על-כך שהרישום על-פי פקודת מרשם התושבים הוא טכני שנועד ל"איסוף נתונים סטטיסטיים", ואין הוא מהווה ראייה לכאורה לנכונותו. כיום, לעומת זאת, על-פי חוק מרשם האוכלוסין הרישום במרשם האוכלוסין כן מהווה ראייה לכאורה לנכונותו פרט לרישום המצב האישי, הלאום, הדת ושם בן-הזוג⁸⁷. זאת ועוד, למרות שהשופט זוסמן בפרשת פונק-שלינגר ממעיט מחשיבות הרישום במרשם התושבים ולמרות שסעיף 3 לחוק מרשם האוכלוסין קובע, כי רישום המצב האישי איננו מהווה ראייה לכאורה לנכונותו, רבה מאד חשיבות רישום הנישואין במרשם האוכלוסין. בביקורתנו על הלכת פונק-שלינגר בנושא זה כתבנו:

"אין בשום אופן להמעיט מחשיבות הרישום במרשם האוכלוסין ובתעודת הזהות המוצאת מכוחו... לרישום במרשם התושבים יש ערך חשוב ביחס לנושאים שונים, הרבה מעבר ל'איסוף נתונים סטטיסטיים'. סביר להניח, שהעותרת בפרשת גולדשטיין תיחשב גם כ'עולה' בעקבות רישום זה ותינה מכל אותן זכויות שעולים נהנים מהם. זאת ועוד, יש להניח שבפועל הרשויות השונות במדינה, כמו משרד השיכון, הביטוח הלאומי, שלטונות הצבא, המסים וכו' מתייחסות אל הצדדים כנשואים – כאין מכשיר משפטי יעיל אחר – על-סמך הרישום במרשם האוכלוסין ובתעודת

86 כקבוע בסעיף 3 לחוק מרשם האוכלוסין.

87 ראו סעיף 3 לחוק מרשם האוכלוסין ודברי השופט זועבי, לעיל הערה 1, בע' 12-13.

הזהות⁸⁸. ובהתאם לכך מעניקים את הזכויות הכרוכות במעמד אישי זה כל עוד לא פסל בית-המשפט תוקפם של נישואין אלה⁸⁹.

בינתיים דברים אלה צוטטו בהסכמה על-ידי שני שופטים של בית-המשפט העליון: השופט טל בענין פסדו (גולדשטיין) נ' שר הפנים⁹⁰ והשופט זועבי בבג"צ 1779/99 נשוא מאמרנו זה⁹¹.

זאת ועוד, גם שופטים של בית-המשפט העליון ייחסו לרישום הנישואין במרשם האוכלוסין ערך מסוים בקובעם, למשל, כי מן הבחינה הדיונית, היינו לצורך אישור הסכם ממון על-פי חוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973, די אם המבקשים רשומים "נשואים" במרשם האוכלוסין כדי לראותם "בני-זוג" לצורך אישור הסכם ממון⁹².

2. גם הנימוק שמעלה השופט זוסמן לתמיכה בהלכת פונק-שלזינגר – שפקיד הרישום במרשם התושבים הוא אדם פשוט שאין לדרוש ממנו ידיעות ומומחיות בתחומי המשפט וב"כללי ברירת הדין, שהן מן ההלכות המסובכות ביותר של תורת המשפט" – אינו משכנע, עם כל הכבוד. אין צורך שלפקיד מרשם האוכלוסין תהיה הכשרה ומומחיות בתחומי המשפט. מה שנדרש שליועץ המשפטי של משרד הפנים, ולצוות עוזריו תהיה מומחיות בתחומי המשפט לרבות בכללי ברירת הדין. כאשר פקיד מרשם האוכלוסין יתבקש לבצע רישום בענין לא ברור לו, הדורש חוות-דעת משפטית, יעביר את הענין לקבלת הכרעתו של היועץ המשפטי של משרדו או לאחד מעוזריו (הלא לשם כך הם קיימים, בין השאר). ובשאלות משפטיות עקרוניות ומסובכות יותר יוכל היועץ המשפטי של המשרד להתייעץ עם היועץ המשפטי לממשלה על-מנת לגבש עמדה של המדינה, שייתכן ותצטרך לעמוד למבחן הביקורת של בג"צ.

3. מאז ניתנה הלכת פונק-שלזינגר חלפו 37 שנה. מאז חלו התפתחויות שונות בעולם גם ביחס למוסד הנישואין. כך, למשל, כיום במספר מדינות בודדות מאפשרים לצדדים מאותו מין (הומוסקסואליים או לסביות) להינשא.

88 השוו דבריו של פקיד הרישום הראשי בבג"צ 230/86 מילר נ' שר הפנים, פ"ד מ (4) 436, 439-440, אשר כותב בתצהירו לבית-המשפט העליון, כי הרישום במרשם האוכלוסין משמש בפועל כ"ראייה רבת משקל", וכי אף רושם הנישואין מייחס חשיבות לרישום בתעודת הזהות ובמרשם בכללותו.

89 שאוה, לעיל הערה 80, בע' 216.

90 בג"צ 1031/93, פ"ד מט (4) 661, בע' 709-712.

91 לעיל הערה 1, בע' 12.

92 ראו ע"א 640/82 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לט (1) 673, בע' 681-688 (מפי השופטת בן-פורת), ובע' 688 (מפי הנשיא שמגר).

נניח ששני גברים הומוסקסואליים (או שתי לסביות) הם יהודים אזרחי המדינה ותושביה, הנוסעים לביקור במדינה המאפשרת להם לערוך נישואין והם נישאים שם ומקבלים תעודת נישואין. בשוכם ארצה מבקשים – על-סמך הלכת פונק-שלזינגר – לרשום את נישואיהם במרשם האוכלוסין. כאשר ניתנה הלכת פונק-שלזינגר בשנת 1963 לא היתה אפשרות לערוך נישואין של צדדים מאותו מין וממילא הלכת פונק-שלזינגר לא נתנה דעתה על סיטואציה מעין זו. היכול פקיד מרשם האוכלוסין לסרב לרשום אותם "נשואים"? דומני כי על-פי הלכת פונק-שלזינגר ככתבה וכלשונה התשובה היא שלילית⁹³. הדבר דורש התייחסותו של בית-המשפט העליון בבואו לעיין מחדש בהלכת פונק-שלזינגר על תחומיה, גבולותיה והשלכותיה.

כאשר דן בית-המשפט העליון בשנת 1991 בענין אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין⁹⁴ בשאלה, האם ידועה בציבור כאשתו יכולה לשנות שם משפחתה לשם משפחתו של בן-הזוג הידוע בציבור שלה, לא היסס מלסטות מפסק-הדין של בית-המשפט העליון שניתן בשנת 1966, בענין זמולון נ' שר הפנים⁹⁵, בו ישב בהרכב של חמישה שופטים ונפסקה בו הלכה, שאין ידועה בציבור יכולה לשנות שם משפחתה לשם משפחתו של בן-הזוג הידוע בציבור שלה. הנשיא ברק, שנתן את פסק-הדין בענין אפרת נימק את הסתייה בכך, ש"מאז נפסק הדין בפרשת זמולון עברו למעלה מעשרים ושש שנים... מאז... חלו שינויים ניכרים בחקיקה, בפסיקה ובמציאות החברתית באשר לידועים בציבור... כל אלה יצרו סביבה נורמטיבית חדשה, המצדיקה בחינה מחודשת של ההלכה"⁹⁶. מן הראוי להחיל את הדברים הנ"ל בהתאמה גם לענין הלכת פונק-שלזינגר, שניתנה בשנת 1963, ולומר: מאז נפסק הדין בפרשת פונק-שלזינגר עברו למעלה מ-37 שנים ומאז חלו שינויים בחקיקה (הוחלפה פקודת מרשם התושבים בחוק מרשם האוכלוסין), גדלה חשיבות הרישום במרשם האוכלוסין הרכה מעבר ל"איסוף נתונים סטטיסטיים", כשהרשויות השונות של המדינה מסתמכות על הרישום ואפילו רושם הנישואין ושופטים של בית-המשפט העליון מייחסים לרישום במרשם האוכלוסין חשיבות, דבר המצדיק בחינה מחודשת של ההלכה.

93 מענין לציין, כי בעתירה שלפנינו בבג"צ 1779/99 נכתב (בסעיף 5), כי "במאי 1994 ערכו העותרות טקס נישואין יהודי על-ידי רב קונסרבטיבי וקבעו שותפות ברכושן". אם אכן הדבר נכון, מדוע לא ביקשו ממושר הפנים לרשום אותן "נשואות" אחת לשניה על-פי הלכת פונק-שלזינגר? הרי כאן ניתן היה להסתמך ממש על הלכת פונק-שלזינגר.

94 בג"צ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז (1) 749 (להלן: פסק-דין "אפרת").

95 בג"צ 73/66 זמולון נ' שר הפנים, פ"ד כ (4) 645.

96 פסק-דין אפרת, לציל הערה 94, בע' 795, 796.

מן הראוי שבית-המשפט העליון יעיין מחדש בהלכת פונק-שלזינגר בייחוד לאחר הרחבתה בפרשת גולדשטיין ויישומה מעבר לכל פרופורציה ובניגוד לכללי המשפט הבינלאומי הפרטי החלים בישראל בבג"צ 1779/99 על צו אימוץ זר שלא קיבל הכרה של בית-משפט מוסמך בישראל.

לכל הפחות יתבקש בית-המשפט העליון להציב גבולות ברורים להלכת פונק-שלזינגר ולסייג אותה רק כשמדובר בעריכת אקט טקסי שנערך בחו"ל – כמו נישואין או גיור – שאינו דורש הכרעה שיפוטית של בית-משפט. בשום אופן אין להחיל הלכת פונק-שלזינגר ביחס לפסק-דין זר, או צו שיפוטי זר, כמו צו אימוץ זר, פסק-דין זר לשינוי גיל ועוד. פסק-דין אלה טעונים הכרה משפטית של בית-משפט מוסמך בישראל, וכדוגמאות הנ"ל של בית-המשפט לענייני משפחה, לאחר שהוכחו תנאי ההכרה ויטודותיה. רק משניתנה הכרה ישירה על-ידי בית-המשפט, ניתן להסתמך על פסק-הדין הזר לכל ענין וענין לרבות לענין הרישום במרשם האוכלוסין.

מן הראוי שבית-המשפט העליון ישב בהרכב מיוחד על-מנת להכריע בשאלות שעוררנו ולהציב גבולותיה של הלכת פונק-שלזינגר, שנפרצו מעבר לכל פרופורציה*.

* לקראת הופעת שנתון זה לאור, פורסם פסק-הדין נשוא מאמר זה: בג"צ 1779/99 ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד (2) 368. ראו לעיל הערה 1.