

השופטים זילברג, גויטיץ, ברנזון

אמנם כפקודה גופה לא השתמש המחוקק במלה sue, אבל הערת השופט לגבי פירוש המלה היא בעינה עומדת. ובפסק-הדין האנגלי In re Raphael. Ex parte Salomon; (5) 1 Ch. 853, (1899), אומר השופט Kekewich ב"פ' 856:

"He (Mr. Salomon) carried his case to the House of Lords, and by the affidavit which he made in support of his petition to the House for *leave to sue* in forma pauperis . . . . he swore that he was not worth more than 5 pounds in the world. . . ."

א

אנו רואים, איפוא, כי הן המחוקק הא"י והן מתקין התקנות הא"י, והן השופט האנגלי באנגליה — והם כולם מדברים בלשון אחד — כוללים במלה sue או suit גם את התהליכים המשפטיים בפני בית-המשפט לערעורים, ולכן סבורים אנו, כי המשיב הראשון מוסמך לדרון בבקשתו של המבקש דגן, היינו: בקשתו לדחות את תשלום האגרות שיש לשלמן בקשר עם הערעור, שהוא (המבקש) עומד להגיש על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב—יפו, כתיק 6164/53.

ב

אין צו להוצאות.

ג

ניתן היום, כ"ח בשבט תשט"ו (20.2.1955).

ערעור אזרחי מס' 209/54  
המרצה מס' 141/54

ד

פרנץ שטיינר נגד היועץ המשפטי לממשלת ישראל

ה

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים  
[20.2.55, 2.12.54]

לפני הנשיא (אולשן), והשופטים זילברג, ברנזון

ו

דבר המלך במועצה, 1922 [תא"י, כרך ג' ע' 2738], סיפנים 64, 64 (ii) [כפי שהוחלפו ב-1939 [תוס"ב 898, ע' 381] — חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951 [תוס"א 82, ע' 248], סעיפים 3 (א), 3 (ב), 4, 2, 3 — פקודת הירושה [תא"י, פרק קל"ה], סעיף 4 (III) (א) — התור ספת השניה לפקודת הירושה.

ז

מינוי אפוטרופוס על קטנות, נוסף על אביהן, ואיסור הוצאתן מן הארץ מחשש השפעה לרעה על כריאותן הנפשית ומטעמים לאומיים — המחייב פסק-דין של בית-המשפט באוסטרליה שניתן בבקשה שהוגשה שם על-ידי אביהן של הקטנות בדבר הוצאתן מישראל, לאור העובדה שבקשה למינוי אפוטרופוס

הנשיא (אולשן)

על הקטנות במקום אמן הבלתי שפויה בדעתה, ולאיסור הוצאתן משטח המדינה, היגשה בישראל על-ידי היועץ המשפטי לממשלה, קודם לכן, ומתוך נימוקים נוספים אחרים — מהו החוק על-פיו יש לפתור את בעיית השאתן או הוצאתן של הקטנות מהמדינה — המונעת נתינותם הזרה של הצדדים או ה־domicil שלהם את השימוש בחוק המקומי לגבי הבעיה שלפנינו — הקיים בבעיה שלפנינו חוק מקומי אחד — היש מקום לטענה שסימן 64 (ii) לדבר המלך במועצה מכיל הוראות מפורשות בדבר החלת החוק האישי של הנתין הזר הנוגע בדבר — עקרון טובת הילדים כעקרון מכריע בפתרון הבעיה לפי המשפט העברי — פירוש סעיפים 3, ו, 4 לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951 — היש במקרה שלפנינו להתעלם מהחוק הלאומי של האב על יסוד סעיף 3 (א) לחוק הנ"ל — היש לנהוג בבעיה שלפנינו לפי סעיף 3 לחוק הנ"ל — האם השאלה מה דורשת טובת הילדים היא שאלה של עיברה או שאלה של חיק — לפי מה יש לפתרה — האם יש לדאות את הצו האוסר על הוצאתן של הקטנות מן המדינה כסופי, או בהשתנות הנסיבות יכול אחד ההורים לתזור על בקשתו למסור את הקטנות לידיו, הזכר יסוד לטענה כי במקרה שלפנינו ובהתאם לסימן 64 (ii) לדבר המלך במועצה יש להתיר את מסירת הקטנות לאב, וכתוצאה מכך להוציאן מהמדינה, אף אם הדבר אינו עולה בקנה אחד עם עקרון טובת הילדים שנקבע בסעיף 3 (ב) לחוק הנ"ל — נימוקים לכך — מבחן טובת הילדים כעקרון שאין למעלה הימנו בפתרון הבעיה שלפנינו.

פסקי-דין ישראליים שהוזכרו:

[1] ע"א 213/51 — חיה סקינדר נגד הלן שורץ ואח'; "פסקי-דין", כרך ג, תשי"ב/תשי"ג, 1952, ע' 367.

מקורות המשפט העברי שהוזכרו:

שו"ת הרדב"ז, חלק א', ט"ו קכ"ג.

חוקים אנגליים שהוזכרו:

*Guardianship of Infants Act, 1925 (15 & 16 Geo. 5, c. 45).*

חוקים אוסטריים שהוזכרו:

*Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (A.B.G.B.), §§ 276, 176, 177, 178.*

ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, תל-אביב (השופט י. קיסטר), מיום 25.4.51, בתיק אישות 780/52, המצויה על מינוי אפוטרופוס נוסף על הקטנות של המערך-ער, שושנה ואינגה, והאוסר על הוצאתן מגבולות ישראל. הערעור נדחה.

פרגר — בשם המבקש-המערער; גלקמן ובראור — בשם המשיב

## פסק-דין

הנשיא (אולשן): זהו ערעור על פסק-הדין שניתן ביום 25.4.54 על-ידי בית-המשפט המחוזי, תל-אביב, לפיו הוחלט לאסור על הוצאת הקטנות שושנה שטיינר ואינגה

הנשיא (אולטו)

שטיינר מן הארץ בלי רשות בית-המשפט ולמנות, נוסף על המערער, אפוטרופוס על הקטן נות הנ"ל.

בענין זה הוגשה המרצה למתן רשות לערער על פסק-הדין הנ"ל וגם ערעור. בתחילת הדיון החלטנו, בהסכמת הצדדים, לראות את הבקשה כערעור ואיחדנו את הדיון בשני התיקים.

ואלו הן העובדות:

המערער, יהודי, הנו אביהן של הקטנות שושנה, שנולדה ביום 15.9.41, ואיננה שנוּל־דה ביום 29.6.44. המערער עלה ארצה בשנת 1933 מוינה על-פי דרכון צ'כוסלובקי. כנתיב צ'כוסלובקי. בשנת 1941 נשא כאן לאשה את הגב' אלה לבית גייגר. שעה שהגיעה ארצה היתה נתינה זרה. כנראה שלפני נישואיה למערער רכשה את הנתינות הארצישראלית על-ידי נישואין לארצישראלי ממנו התגרשה. כן יתכן שעל-ידי נישואיה למערער רכשה את הנתינות הצ'כוסלובקית. לזוג נולדו שתי הבנות הנ"ל.

בשנת 1944 חלתה אם הקטנות במחלת רוח והוכנסה למוסד לחולי רוח, בירושלים, בו היא נמצאת עד היום. המערער לא השתתף בדמי כלכלתה מומן היכנסה למוסד הנ"ל. מפאת מחלת אשתו לא יכול היה המערער לטפל בילדות, והן הוכנסו למוסדות ילדים ועד שנת 1949 שולמה מחצית דמי כלכלתן על-ידי המערער ומחצית על-ידי מוסדות צי-בור לעזרה סוציאלית. בשנת 1948 התאזרח המערער באוסטריה, ובמסמך ההתאזרחות נאמר, כי האזרחות האוסטרית הוענקה גם לשתי הבנות הנ"ל. המסמך הזה נושא תאריך 11.3.48. בסתיו 1949 נסע המערער לוינה, ולפני נסיעתו קיבל אשרה על מנת לחזור לארץ. המערער לא חזר ארצה, וכשנת 1950 הגיש לבית-המשפט המחוזי בוינה, בתיק 184/50, תביעה לגירושי אשתו, אלה שטיינר. ב-19.2.51 מינה בית-המשפט השלום בוינה אדם אחד, ד"ר שטוקלוב, לקורטור על אלה שטיינר לשם ייצוגה במשפט הגירושין, וביום 12.5.51 הוציא בית-המשפט המחוזי בוינה פסק-דין לגירושין.

בהחלטה למינוי הקורטור נאמר, כי היא ניתנה על סמך סעיף 276 לחוק האזרחי האוסטרי, כי אלה שטיינר נמצאת בירושלים במוסד לחולי רוח וכי מקום מגוריה האחרון היה בוינה.

בפסק-הדין של הגירושין נזכר, כי האשה היא אזרחית ישראלית ושסמכות בית-המשפט נובעת ממגוריו של המערער-התובע. בפסק-הדין הזה לא נאמר דבר על הילדות וכן לא הוטל על המערער כל תשלום לכלכלת האשה. ביום 20.6.51 נשא המערער אשה אחרת — נוצריה גרושה. לה לא היו ילדים.

באותו הזמן בערך הוגשה בקשה לבית-המשפט המחוזי כאן, על-ידי אחי אלה שטיינר למינוי אפוטרופוס על אחותו הנ"ל, ובתיק אישות 577/51 נתמנה ביום 15.6.51 מר ננדור זלינגר אפוטרופוס. אפוטרופוס זה הגיש בקשה למנותו גם אפוטרופוס על הילדות וכן ביקש צו המונע הוצאת הילדות מן הארץ. ניתן צו-מניעה זמני עד מתן החלטה בענין האפוטרופוסות, והמשך הדיון נדחה עד לאחר מסירת העתק הבקשה למערער, אביהן של הילדות.

הנשיא (א107)

המערער התנגד לבקשת האפטרופסות בתיק בקשה 128/51, וכן הגיש בתיק 86/52 בקשה לביטול הצו האוסר את הוצאת הילדות מן הארץ. הבקשה נקבעה לשמיעה ביום 24.4.52. בישיבה הזאת הופיעו מר זלינגר והמערער. מר זלינגר ביקש לבטל את בקשתו ואת הצו והצו בוטל.

ב-18.5.52 הוגשה בקשה מטעם היועץ המשפטי לאפטרופסות על הקטנות, או למינוי אפטרופוס נוסף, במקום האם, על הילדות. הבקשה הוגשה לבית-המשפט המחוזי ירושלים. אולם הועברה לתל-אביב, ופסק-הדין, נשוא הערעור שלפנינו, ניתן בעקבות הבקשה הזאת.

ב תוך מהלך הדיון בבקשה הזאת — בערך בסוף שנת 1952 — פנה המערער לבית-משפט השלום בוינה בבקשת צו למסירת הילדות לידי. כזכור, לא אמר בית-המשפט המחוזי בוינה, שהחליט על הגירושין, דבר בענין הילדות. לפני בית-משפט השלום בוינה הופיע ד"ר שטוקלוב הנ"ל ותמך בשם אמן בבקשת המערער. בית-משפט השלום בוינה החליט או שהילדות תהינה ברשות אביהן וציווה על האם למלא אחרי ההחלטה הזאת. ג מפסקה 22 של פסק-הדין, נשוא הערעור, נראה הדבר שהשופט המלומד סבר שיש לחתוך את גורל הבקשה שעמדה לדיון בפניו, לפי טובת הילדות, באמרו:

„חשיבות גודעת בדיון דגן לשאלה, אם העברת הקטנות לבית-אביהן כרוכה בסכנה להתפתחותן, ובכלל אם לטובתן הוא למנות אפטרופוס או לאסור הוצאתן מן הארץ. כמובן שעל העתיד אפשר לדון רק לפי הנתונים הנמצאים בידנו כעת. היינו מצד אחד עפ"י מידת התקשרות המשיב ואשתו אל הילדות כפי שהיא מתבטאת באופן בו התייחסו עד כה לילדות, וביחוד כפי שהתייחס האב לבנותיה, עפ"י אפים של שניהם, וכן עפ"י הסגולות החינוכיות שאפשר לראות באב ובבני משפחתו מצד שני עפ"י אפין וחיי נוכן של הילדות עד כה, תכונותיהן הנפשיות ומסיבות המקום בו נמצאו הילדות עד כה וכן עפ"י המסיבות שיש לצפות להן בבית אביהן.“

על סמך עדויות ששמע קבע השופט המלומד את העובדות כלהלן:

המערער היה מרוויח ואף חוסך כספים, אולם נשא רק במחצית דמי כלכלת בנותיו והמחצית השניה שולמה על-ידי ה"עזרה הסוציאלית, או, אם להגיד ביתר פשטות, מכספי ציבור המיועדים לתמיכה בנזקקים“.

המערער לא דאג לצרכי הלבשה לילדות.

המערער היה מבקר אותן רק אחת בשנים-שלושה חדשים.

השופט המלומד מציין, כי המערער לא נתן כל הסבר ליחסו הקר ולא-ידאגתו לכך

שלא ישתרש בלב הילדות רגש של יתמות.

כאמור נסע המערער בשנת 1949 לאוסטריה כשהיתה בתו הגדולה בת 8 והקטנה

בת 5. מאז לא ראה אותן עד שנת 1952, כאשר בא כנראה, בקשר עם המשפטים. זאת ועוד, כאשר נסע, חדל לשלם אף את מחצית דמי הכלכלה, ומאז שנת 1949 מוחזקות

הנשיא (אולסון)

הילדות עלי-חשבון הציבור הישראלי, "וזה למרות שלפי דברי המערער עצמו מצבו טוב והוא חי בהרחה".

השופט המלומד מציין על סמך עדותו של מר זלינגר, כי העד כתב אל המערער שהילדות זקוקות לבגדים, והלה שלח סמרטוטים משומשים, שאי-אפשר היה להשתמש בהם להלבשת הילדות.

עד לנישואיו עם אשתו הנוכחית לא גילה המערער כל שאיפה להכניס את בנותיו לתוך ביתו.

המערער ואשתו באו לארץ ב-1952 לביקור חטוף כדי לקחת את הילדות. הכת הגדולה הראתה סימני דכאון, והאשה הקדישה את תשומת לבה רק לבת הקטנה והיתה מוכנה לקחתה איתה ולהשאיר את הגדולה בארץ, אלא שהמערער לא הסכים לכך.

אשר לתגובת הילדות, מציין השופט המלומד שזמן קצר לפני בואו של המערער ארצה, כשרק שמעו על רצונו שתבאנה אליו, היתה תגובתו: "אנו אזהבות אותך מאד, אבל אם אתה אוהב אותנו תבוא אתה אלינו ואנו רוצות להישאר בארץ". הקטנה בילדות היתה מוכנה ללכת כאשר תלך אחותה הבכירה.

בשעת הביקור לא הראו הילדות יחס חיובי לאביהן ו"לאם החורגת", וזה למרות מאמציהם של מנהל המוסד ומר זלינגר לקרב את לב הבנות אל אביהן ואשתו. כשעשה האב הכנות לקחתן אתו חוצה-לארץ וכשקרבו וכא היום הנועד, ברחו הילדות מן המוסד אל מר זלינגר וביקשהו להחביאן בכדי שהאב לא יקח אותן עמו.

השופט המלומד ביקר במוסד ושוחח עם הילדות.

ובפסק-דינו הוא אומר:

"האב אמנם קשור באיוו מידה לבנותיו וגם הן מתגעגעות לאב אבל הגדולה אינה רוצה לעזוב את הארץ והקטנה אינה רוצה להיפרד מן הגדולה".

השופט המלומד הסיק ללא כל ספק, כי העברת שושנה לאוסטריה כרוכה בסכנה של ממש לבריאותה הנפשית. למסקנה זו הוא הגיע על סמך עדויות אשר ציין בפסקאות 36, 37 ו-38 בפסק-דינו:

"36. ד"ר קלי כמומחה העיד, כי אמנם מפותחת היא מבחינה אינטלקטואלית, אבל היא טיפוס סכיוואידי, היינו יש לה גטיות לסכיווארניה. בכלל בסכיווארניה ישנה תורשה חזקה, ואמה סובלת מסכיווארניה. העברה לסביבה זרה לה, או שאינה סימפטית בשבילה, עלולה לסכן את בריאותה הנפשית. לעומת זה, כשהילדה תמשיך לגדול בתנאים נוחים לה, בלי זעזועים גפ-שיים, וביחוד בזמן התבגרותה, יש תקוה שהמחלה לא תבוא".

"37. דעתו של ד"ר קלי אינה דעת יחיד. היא נתמכת תמיכה חזקה ע"י עדותו של מר צוק אשר היה מחנכה של שושנה ויש לו הבנה לבעיני-

הנשיא (אולשן)

תיה הנפשיות. הוא העיד על כך, שהיא סגורה. לא תמיד קל לגשת ולהכיר מה מתרחש אצלה. לאור אפיה ותורשתה, הביע גם הוא דעה כי הנזק הפסיכי בגלל העברת הילדות יכול להיות גדול מאשר התועלת הכלכלית שתצמח להן. העד הזה עמד על הסכנה לשתי הילדות והוא הביע דעה שלטובה הילדות יש להשאירן במוסד שהיו או במוסד אחר עד הגיען לגיל 17. דברים בכיוון זה אומר העד גם בחקירה ראשית וגם בחקירה נגדית. "38. יש לציין כי הרגישות של שושנה ניכרת ממש לעין אנשים שאינם מומחים. העד זלינגר אשר העיד לפני כל יתר העדים ובודאי מבלי שיכול לדעת מה שיעיד ד"ר קלי. אמר בעדותו על רגישותה היתרה של שושנה והביע דעתו לשאלות ב"ב המערער שהעברתה לסביבה חדשה תשפיע עליה קשה מאד."

להלן מדבר השופט המלומד על טובת הילדות מבחינת נימוקים לאומיים. אולם עם כל הכבוד לשופט המלומד ועם כל החשיבות של הנימוקים הללו בדרך כלל, אלמלא החשיבות המבוססת בענין הבריאות, איננו סבורים כי בית-המשפט רשאי היה רק על סמך הנימוקים האלה למנוע את המערער מלהגשים את רצונו שבנותיו תהיינה אתו. לכן לא נרחיב את הדיבור עליהם.

בסופו של דבר פסק השופט המלומד שיש למנות אפוטרופוס נוסף, ופנה לצדדים שיסכימו על אדם מתאים, וכמו כן אסר על הוצאת הקטנות מן הארץ.

טענתו המשפטית הראשונה של בא"כוח המערער מתבססת על פסק-דינו של בית-משפט השלום בוינה בדבר מסירת הילדות למערער. מיד אחרי שמיעת הטענה הזאת החלטנו כי על טענה זו לא נבקש תשובה.

בא"כוח המערער אינו כופר בסמכותו של בית-המשפט הישראלי לדון בבקשה כגון זו שהוגשה לפניו. בא"כוח המערער הסתמך על עדות המומחה שהעיד מטעמו כדי להוכיח שלבית-משפט השלום בוינה היתה הסמכות להיזקק לבקשה שהובאה לפניו על-ידי המערער. בקשר לערכו המחייב של פסק-הדין שניתן על-ידי בית-משפט השלום בוינה מתעורר רות שאלות שונות. כגון השאלה אם לבית-המשפט בוינה היתה הסמכות למנות קורטור על אם הילדות המתגוררת בארץ ושהנה, אף לפי פסק-הדין האוסטרי לגירושין, נתינה ישראלית. יצוין גם הדבר, שבתעודת ההתאזרחות האוסטרית של המערער נמחקו המלים אשר משמעותן היתה הענקת האזרחות האוסטרית גם לאשת המערער (אם הילדות). על כל פנים אין יסוד לראות אותה כנתינה אוסטרית — כמסבר על-ידי השופט המלומד בפסק-דינו. זאת ועוד, הקורטור הנ"ל נתמנה לצורך משפט הגירושין. בבית-משפט השלום בוינה הנתבעת היתה אם הילדות, והנה אותו הקורטור הופיע שם בשמה כדי לתמוך בבקשת המערער (ראה ע' 12, בפסק-הדין של השופט המלומד). אולם אין לנו צורך לטפל בכל השאלות האלה. מפני שאפילו יש לפסק-הדין הנ"ל כוח מחייב באוסטריה, אנו סבורים כי במקרה שלפנינו אין הוא יכול לחייב בישראל. כאמור לעיל, הבקשה לבית-משפט השלום בוינה הוגשה על-ידי המערער אחרי שהוגשה הבקשה הנדונה כאן לבית-משפט

הנשיא (אולשן)

ישראלי מוסמך. בבקשה הזאת המערער הנו צד, ולא יתכן הדבר שצד המתדיין כאן בבית-משפט מוסמך יכפה עליו „דבר מוגמר“ *fait accompli* על-ידי הגשת בקשה אחרת לבית-משפט במקום אחר והשגת פסק-דין שם באותו ענין. בעקבות העקרונות של המשפט הבינלאומי הפרטי יש להגיה, שאילו ידע בית-משפט השלום בוינה על המשפט שהתנהל בישראל, לא היה נזקק לתביעת המערער.

א

אנו סבורים, כי הנימוק הנ"ל בלבד מספיק הנהו, ומה גם שנימוקי השופט המלומד לאי התחשבות בפסק-דינו של בית-משפט השלום בוינה, גם הם יש להם על מה שיסמכו.

השאלה השניה המתעוררת בערעור זה היא, לפי איזה חוק יש לפתור את הבעיה הנדונה. לטובתו של המערער יצא השופט המלומד מן ההנחה כי הילדות הן גתינות אוסטריות ושעל אף מגוריהן בישראל מקום הדומיסיל שלהן הוא כמו של אביהן, המערער.

ב

השופט המלומד מצטט מספרו של דייסי *Dacey's Conflict of Laws*, מהדורה 6, ע' 480, כלל 117, שם נאמר, כי סמכות הורה לגבי ילדו, כשהילד יושב באנגליה, אינה תלויה בנתינות או בדומיסיל של הצדדים אלא נקבעת לפי החוק האנגלי. כמו כן הוא מצטט את ספרו של מרתין וולף, *Private International Law*, מהדורה 2, ע' 390, שם נאמר, שחובות האב גבי ילדו הן לפי חוק הדומיסיל של האב, אבל הזכויות מוגבלות כשהילד יושב באנגליה לכוחות הניתנים על-ידי החוק האנגלי לאב אנגלי. .... ובי"ע 410: לפי כל החוקים חוק הפורום משפיע הרבה על זכויותיו וחובותיו של ההורה. .... ; ובי"ע 410: וכן החליט בית-המשפט בהתאם לחוק האנגלי אם ילד זר יימסר לאביו או לאמו (אם ההורים מגורשים).

ג

ד

לפי זה יוצא שנתינותם הזרה של הצדדים (ואף לא הדומיסיל שלהם) אינה מונעת את השימוש בחוק המקומי לגבי הבעיה הנדונה. אולם כאן מתעוררות שתי שאלות, והן: (א) לא קיים בנדון זה חוק מקומי אחד, (ב) יש מקום לטענה שסימן 64 לדבר המלך במועצה מכיל הנראות מפורשות בדבר החלח החוק האישי של הנתין הזר הנוגע בדבר. השופט המלומד בפסק-דינו דן על המצב מבחינת החוק האוסטרי וגם מבחינת המשפט העברי, בהנחה שהמשפט העברי הוא החוק המקומי במקרה שלפנינו מפני שהילדות הן יהודיות.

ה

אשר לחוק האוסטרי, אומר השופט המלומד בפסק-דינו:

ו

„מסכים אני לדעתו של ד"ר שטייף (העד המומחה) שבית-המשפט האוסטרי לא היה שולל מאת האב את זכויותיו וסמכויותיו, אלא אם ישנם תנאים לפי סעיף 176, 177 או 178 של החוק האוסטרי, ופה התנהגות האב אינה כזאת שתהיה בגדר הסעיפים הנ"ל.“

ז

אשר למשפט העברי, מנתח השופט המלומד את כל האסמכתאות ובא לידי מסקנה כי העקרון המכריע הוא „טובת הילדים“.

הנשיא (אולשן)

לאחר הניתוח הנ"ל הגיע השופט המלומד בפיסקה 62 של פסק-דינו למסקנה שה-  
בעיה כולה צריכה להיפתר בהתאם לסעיף 3 לחוק שיווי זכויות האשה תשי"א-1951.

בסעיף 3 נאמר:

א (א) האם והאב כאחד הם האפוטרופסים הטבעיים על ילדיהם; מת  
אחד ההורים, הצעיר בחיים הוא האפוטרופוס הטבעי.  
ב) אין בהוראת סעיף-קטן (א) כדי לפגוע בכוחו של בית-משפט או  
בית-דין מוסמך לנהוג בעניני האפוטרופוס על ילדים, הן על גופם והן על  
רכושם, בהתחשב עם טובת הילדים בלבד.

ב אשר לסתירה בין סעיף זה לבין הצורך להחיל את החוק האוסטרי בהתאם לסימן 64  
לדבר המלך במועצה, אומר השופט המלומד בפסק-דינו:

ג "נדמה לי כי החוק הזה בא דוגמת חוק האפוטרופסות האנגלי משנת  
1925, לקבוע כללים שהם בחינת סדר ציבורי בבתי-המשפט בארץ, ואין  
לסור מהם, וביחוד, כפי שראינו לעיל, המשפט העברי הכיר בלאו הכי זה  
מאות בשנים בעקרון של טובת הילדים, גם סעיפים אחרים של החוק מורים  
כי המחוקק רצה לתת תוקף מיוחד לחוק זה בלי להתחשב בחוקים הלאומיים  
של הצדדים.  
ד לכן נדמה לי, כי בנוגע לעניני האפוטרופסות חל סעיף 3 (א) גם על  
ילדים תושבי הארץ שהם אזרחים זרים, וכן, גם אם לפי החוק הלאומי של  
הילד רק האב הוא האפוטרופוס הטבעי שלו, יראה בית-המשפט את שני  
הוריו כאחד כאפוטרופסים הטבעיים של הילד."

ה לפנינו חזר בא-כוח המערער על טענתו המבוססת על סימן 64 לדבר המלך במועצה,  
ז נזכור, כי טענתו של בא-כוח המערער נגד ההחלטה שניתנה היא, שחל בנדון זה,  
בתוקף סימן 64, החוק האוסטרי, המפלה לרעה את האשה, היינו שלפי החוק הזה יכול  
להיות (פרט למקרים יוצאים מהכלל) רק אפוטרופוס טבעי אחד והוא האב; ומכיון שכך,  
הרי אין לאם הילדות כל מעמד כאפוטרופוס על הילדות, ולכן אין גם מקום למנות אפוטר-  
ופוס נוסף במקומה מפאת מחלתה.

ו לשם הבהרת הבעיה נקח לדוגמה מקרה שונה, נניח שהבעל, האשה והילדים, נתינים  
אוסטרים, יושבים בארץ, והבעל מגיש תביעה נגד האשה לפסק-דין הצהרתי שהוא האפוטר-  
ופוס היחיד על הילדים, ובהסתייעו בסימן 64 לדבר המלך במועצה מסתמך הוא בתביעה-  
תו זו על החוק האוסטרי המפלה את האשה לרעה בנדון זה.

ז נראה לי הפירוש שניתן על-ידי השופט המלומד לסעיף 3 (א), לפיו יש להתעלם  
מהחוק הלאומי של התובע, ופסק-הדין הצהרתי המבוקש לא יוכל להינתן.

על כוונת המחוקק בסעיף 3 (א) אפשר ללמוד מסעיף 1 האומר:



הנשיא (אולשן)

„דין אחד יהיה לאשה ולאיש בכל פעולה משפטית, וכל הוראת חוק המפלה לרעה את האשה באשר היא אשה לכל פעולה משפטית — אין נוהגין לפיה.“

א וכשם שב"ע"א 213/51, (1), קבע בית-משפט זה שהמלה „חוק“ בסעיף 4 לאותו חוק מתכוונת גם להוראות דבר המלך במועצה, כן בסעיף 1 מתכוונת המלה „חוק“ גם להוראות דבר המלך במועצה.

ב מסעיף 1 ברור, שהמחוקק התכוון לשוויון בין האיש והאשה, ומכיון שיכול היה להת-  
עורר ספק, אם הדברים שמדובר עליהם בסעיפים 2 ו-3 אפשר לכוונתם פעולות משפטיות, באו סעיפים 2 ו-3 (א) כדי להדגיש את השוויון במקרים המיוחדים אשר אולי אינם כלולים במסגרת של המושג „פעולה משפטית“. לפיכך אין האיש יכול לתבוע הצהרה על אפס-  
רופסות ייחודית על סמך הוראת חוק כלשהו המפלה לרעה את האשה. במידה שטענת המערער היא, שאם הילדות אינה כלל אפוטרופסית עליהן, הרי טענתו זו מנוגדת לסעיף 3 (א), ומאחר שהאם גם היא הנה אפוטרופסית, אלא שמחמת מחלתה אין היא יכולה למלא את תפקידה בתור שכזו — הרי לפי סעיף 3 (ב) היה בית-המשפט המחוזי רשאי לצוות על מינוי אפוטרופוס נוסף במקום האם.

ד טוען בא-כוח המערער, שלפחות סעיף-קטן (ב) לסעיף 3 הנו כפוף לסימן 64 לדבר המלך במועצה, אין מקום לפיצול כזה, כי הנו מחוסר יסוד הגיוני, בדוגמה שהובאה לעיל, נניח שלאחר שבית-המשפט פסק ששני הצדדים, גם הבעל וגם האשה, הנם אפוטרופסים על הילדים על סמך סעיף 3 (א), נתעורר סכסוך ביניהם, בנוגע לשאלה למי יימסרו היל-  
דים, הרי לא יוכל הבעל לטעון, שבית-המשפט איננו רשאי לפתור את הסכסוך הזה על סמך סעיף 3 (ב), בטענה שלפי החוק הלאומי שלו „טובת הילדים“ איננה הגורם המכריע, ושצריך למסור את הילדים לרשותו, כדי לטעון את הטענה הזאת, שוב יהיה מוכרח להס-  
תמך על החוק הלאומי שלו, אשר על-פיו, ללא התחשבות עם טובת הילדים, צריך למסור את הילדים לרשותו, מפני שהוא האפוטרופוס היחיד, ובאופן זה תימצא טענתו נוגדת את ההחלטה שכבר ניתנה על סמך סעיף 3 (א).

ה בא-כוח המערער הצביע על סעיף 4, בו נאמר במפורש „על אף האמור בכל חוק אחר, זכויות בעזבון של אדמת מולק ומטלטלין ייקבעו לפי חוק המירי“, וטען, שהנה בסעיף זה מצא המחוקק לנחוק לאמר באופן מפורש „על אף האמור בכל חוק אחר“, וזה על אף סעיף 1, הכולל את המלים „וכל הוראת חוק המפלה לרעה את האשה...“ אין נוהגים לפיה“, בעובדה זו, אשר בא-כוח המערער מצביע עליה, אין כל סתירה למה שנאמר לעיל, כי בסעיף 4 לא מדובר על שוויון האשה, כי אם על השוואת החלוקה של אדמת מולק ומטלטלין לחלוקת מירי, וזה נוגע לא רק לאשה כי אם גם ליורשים אחרים. היוצא מכל הנ"ל הוא, שאין למצוא פסול בהחלטתו של השופט המלומד לנהוג בהתאם לסעיף 3 לחוק הנ"ל.

השופט זילברג

השאלה מה דרוש לטובת הילדים היא שאלה עובדתית. ואין היא יכולה להיחתך לפי חוק זה או אחר. יהיה זה חוק דתי או חוק חילוני. הנימוק המכריע במקרה שלפנינו הוא נימוק הסכנה לבריאות הילדה הגדולה ובעקיפין גם מצבה של הילדה הקטנה. הקשורה קשר בפשי לאחותה. ואת הנימוק הזה קבע השופט המלומד על סמך הוכחות שהיו לפניו. ולכן רשאי היה לצוות שלא להוציא את הילדות מן הארץ.

יצויין, שצו מסוג זה איננו סופי, ובהשתנות המצב והנסיבות יוכל המערער לחזור על בקשתו בדבר מסירת הילדות לידי בתור אחד האפוטרופסים.

לפיכך הנני סבור, שיש לדחות את הערעור.

השופט זילברג: מסכים אני לפסקדינו של הנשיא המלומד, וברצוני להוסיף את הדברים הבאים:

1. בא-כוח המערער טען לפנינו, כי הואיל והחוק האוסטרי קובע, כי — פרט למקרים יוצאים מן הכלל שתנאיהם לא נתקיימו כאן — החוקת ילדי הווג נתונה תמיד לאב, ולו בלבד; ומכיון שחוק זה הוא, לטענתו, "החוק הלאומי" של הקטנות, הרי מצווים אנו, מכוח סימן 64 (ii) לדבר המלך במועצה, להחיל על המקרה דנו את החוק הזה. האוסטרי, ולהי תיר את מסירת הילדות לאב, אף אם הדבר לא יהא עולה בקנה אחד עם עקרון-טובת-הילדים הישראלי שנקבע בסעיף 3 (ב) לחוק שיווי זכויות האשה, כחינוק לדבריו הצביע בא-כוח המערער על העובדה, כי בריש סעיף 3 (ב) חסרות המלים: "על אף האמור בכל חוק אחר", המצויות בריש סעיף 4 של החוק, משמע שהמחוקק הישראלי לא התכוון לבטל את חובת השימוש בחוק הזה. האמורה בסימן 64 (ii), אף אם היא נוגדת את עקרון טו-בת הילדים.

טענה זו בטלה, ואפשר להוכיח את הפירכא שבה. הוכחה "מתמטית" ממש. כהתבונן נגנו אל "סולם העדיפויות" שנקבע בחוק הנ"ל גופו; והרי הראיה לכך:

(א) חוק שיווי זכויות האשה בא להשליט עקרון דמוקרטי, מתקדם, בחיי המשפט והמדינה, וכפי שנאמר בפירוש בסעיף 1 שבה, עקרון זה דוחה ומבטל כל הוראת חוק הנור-גדת לו מאיזו בחינה שהיא. הלא כה הוא נוסחו של הסעיף הראשון:

1. "דין אחד יהיה לאשה ולאיש לכל פעולה משפטית; וכל הוראת חוק המפלה לרעה את האשה, באשר היא אשה, לכל פעולה משפטית — אין נהגים לפיה."

המונח "הוראת חוק" פירושו: כל הוראת חוק, מאיזה סוג שהוא, ואפילו הוראות דבר המלך במועצה, כפי שכבר נקבע ב-ע"א 213/51, (1), אשר הנשיא המלומד הצביע עליה, והתוצאה היא, כי העקרון של שיווי זכות האשה עדיף ודוחה — במקרה התנגשות — את עקרון החלת החוק הלאומי שנקבע בסימן 64 (ii) לדבר המלך הנ"ל.

השאפט זילברג

(ב) את המסקנה ההגיונית מתוך ההוראה היסודית — „הפרוגרמטית“ — של סעיף 1, הוציא המחוקק בסעיף 3 (א) של החוק, בקבעו כי האב והאם שניהם כאחד, הם האפוטרופוסים הטבעיים של ילדיהם. זהו פועל-יוצא הכרחי מן הרעיון המשפטי שהונח ביסודו של סעיף 1 הנ"ל. אבל: השש המחוקק, שמא הוראת סעיף 3 (א) תגרור אחריה את התוצאה, כי במקרה גירושין או פירוד, יהיו הילדים נתונים להחזקתם המשותפת של ההורים המטוסכסים — וקל מאד לתאר מה יצמח ברוב המקרים, לילד מפיקוח כפול ו„משותף“ שכזה — לכן הוא בא וקבע בסעיף 3 (ב), כי:

„(ב) אין בהוראות סעיף-קטן (א) כדי לפגוע בכוחו של בית-משפט או בית-דין מוסמך לנהוג בעניני אפוטרופסות על ילדים, הן על גופם והן על רכושם, בהתחשב עם טובת הילדים בלבד.“

פירושו של דבר: עקרון טובת הילדים עדיף ודוחה — במקרה התנגשות — גם את עקרון שיווי זכויות האשה, או שוויון זכויות המינים, שנקבע בסעיף 1 של החוק.

(ג) מתוך שתי דרגות-עדיפות רצופות אלו עולה ברורות, כי מבחן טובת הילדים הוא עקרון שאין למעלה הימנו, והוא אינו נדחה, בשום פנים ואופן, מפני חובת השימוש בחוק הלאומי, האמורה בסימן 64 (ii) לדבר המלך הנ"ל. כי אם עקרון זה של טובת הילדים, עדיף ודוחה אפילו את עקרון שיווי זכויות האשה, הרי קל וחומר בן בנו של קל וחומר שהוא עדיף ודוחה את „נדחה דנדחה“ שלו, היינו: את עקרון החלת החוק הלאומי האמור בסימן 64 (ii). הוא אשר אמרתי לעיל, כי עצם „סולם העדיפויות“ שנקבע בחוק שיווי זכויות האשה סותר כליל את טענתו של ב"כ המערער.

2. הדברים שנאמרו זה עתה, אינם בחינת הוכחה פורמלית גרידא; יש יסוד הגיוני-מהותי לדברים אלה. מבחן טובת הילדים, לדעתי, לא יימלט בו אחד מן השנים: או שאינו שיקול רציני כלל, או שמתחשבים בו, ובו בלבד, כגורם החלטי, מכריע, הדוחה (במקרה התנגשות) כל שיקול אחר. פשרה לא תיחכן כאן; הוא אינו ניתן לחלוקה, ואין למזנו ולערבבו באיזה שהוא שיקול אחר. כי משהתרומם המחוקק לדרגת התפיסה המודרנית — ובתפיסה מודרנית זו נוקטים חכמי ישראל זה עידן ועידנים — כי הילד אינו „אובייקט“ של שמירה והחזקה להנאתו או לטובתו של אחד ההורים, אלא הוא עצמו „סובייקט“, הוא גופו „בעל-דין“, בשאלה חיונית זו, הרי לא יתכן להתעלם מן האינטרסים שלו בשום צירוף מסיבות שהוא, ולא יתכן כי נדחה אותם מפני „זכות“ של מישהו אחר, ויהא זה האב או האם שלו. לכן צדק המחוקק הישראלי בקבעו — וזהו לדעתנו מובנו הנכון של סעיף 3 (ב) — כי טובת הילדים תהא השיקול הסופי והמכריע, הן בהתנגשה עם זכות האפוטרופסות האמורה בסעיף 3 (א), והן בהתנגשה עם הוראת חוק זו, שהחלתה חובה מכות סימן 64 (ii) הנ"ל. לא נמצא לכך נוסחה יותר מוצלחת מן המטבע שטבע אחד מגדולי הפוסקים שלנו:

השופט זילברג

„כללא דמילתא, הכל תלוי בראות בית-דין באיזה מקום יש תקנה לזולת  
 יותר“ (שו"ת הרדב"ז, חלק א', סי' קכ"ג).

3. ואשר לקושייתו של ב"כ המערער: מדוע, אם כן, השמיט כאן המחוקק את המלים  
 „על אף האמור בכל חוק אחר“? התשובה לכך היא, בקיצור ובפשטות: לא היה צורך  
 בכך, שהרי „כבר מלתך אמורה“ בסעיף 1 של החוק, ואמירה זו משתרעת גם על סעיף  
 3 (ב), לאור העדיפות היותר גבוהה הנתונה למבחן טובת הילדים כנ"ל. רק בסעיף 4 —  
 המחיל את „ההוראות הניתנות בתוספת השניה לפקודת הירושה“, כלומר: את הוראות  
 חוק הירושה העותמאני, גם על אדמת מולק ומטלטליו — רק כאן היה צורך-מה בהוספת  
 המלים הללו, ושני טעמים לדבר:

א  
 ב  
 (א) סעיף זה „נוגע לא רק לאשה כי אם גם ליורשים אחרים“, כפי שהעיר הנשיא  
 המלומד בפסק-דינו;

ג  
 ד  
 (ב) אפילו ביחס לאשה גופה, סעיף 4 לא תמיד מייטיב את מצבה לעומת מה שהיה  
 קודם לכן; במקרים מסויימים עלול הוא להרע את מצבה, ולגרום דוקא להפחתת חלקה.  
 כיורשת, בנכסי המולק של בעלה. למשל: כאשר האשה היא אלמנת נתין זר שהניח אחריו  
 אדמת מולק ומטלטליו, והחוק הור, מכוח התוראה אשר בסעיף 4 (iii) (א) לפקודת הירו-  
 שה המנדטורית, היה מוכה אותה בחלק יותר גדול מן החלק המגיע לה כעת. על-פי חוק  
 הירושה העותמאני, בתוקף סעיף 4 לחוק שיווי זכויות האשה.

היוצא מזה, כי סעיף 4 זה אינו מצוי כל כולו תוך ד' האמות של עקרון-מניעת-  
 הפלית-האשה-לרעה, האמור בסעיף 1, ולכן ראה המחוקק צורך לשריין אותו, מפני כל  
 פגיעה או ספק פגיעה, ע"י הוספת המלים הנ"ל.

ה  
 ו  
 4. המקרה שלפנינו הוא טרגי עד למאד. לבי לבי על האב המסכן הנאלץ להיפרד מעל  
 צאצאיו הקטנים, אך אין מנוס ואין מפלט מתוצאה עגומה זו. טובת הילדות הרכות האלה  
 היא שהיתה לנגד עינינו, ולמען טובתן ואשרן הן החלטנו כפי שהחלטנו. אנו בטוחים  
 כי בקרב הימים גם האב גופו יכיר בכך, ותהא זו טיפה של נחת בכוס התמרורים שלו.  
 דעתי היא, איפוא, כי יש לדחות את הערעור.

השופט ברנזון: אני מסכים לפסק-דינו של כב' הנשיא וגם לתוספת של כב' השופט  
 זילברג ואין לי מה להוסיף.

ז  
 לפיכך יש לדחות את הערעור ולקיים את פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, תל-  
 אביב.

במסיבות הענין אין לפטוק הוצאות, וכל צד ישא בהוצאותיו.  
 ניתו היום, כ"ח בשבט תשט"ו (20.2.1955).