

התנגשויות דינים בקביעת ההשתייכות הדתית*

מאת

ד"ר פ' שיפמן

א. מבוא

התנגשויות דינים בין מערכות דתיות שונות שכיחות למדי במדינת ישראל. אף על פי כן טרם נתגבשה בחקיקה או בפסיקה מסכת שיטתית של עקרונות שיש בה כדי לפתור באורח יסודי בעיות משפט בין-דתיות המיוחדות לישראל. לא פעם נתקל השופט בתופעה ש"החוקים הדתיים סותרים זה את זה והחוק האזרחי שותק"¹, עד כי הוא נואש כמעט ממצאת פתרון שיפוטי לבעיה. אך אין מנוס מכך שהחלל הריק אותו השאיר אחריו המחוקק בתחומים רבים בסוגיה זו, ימלא על ידי השופט שעליו יהיה מוטל התפקיד הקשה לגזור פתרון לבעיות הקונקרטיות העומדות לפניו, מתוך מה שנראה בעיניו כמתחייב משיקולים כלליים של מוסר, צדק וסבירות.²

אחד מן המוקדים המרכזיים לסכסוכים בין-דתיים הוא קביעת ההשתייכות הדתית או העדתית של בעלי הדין. השתייכות זו היא אחת מ"חוליות הקישור"³ המרכזיות המובילות לבירור הדין והשיפוט בעניני המעמד האישי, אך קביעתה גופה אינה אחד מעניני

* רשימה זו אינה עוסקת אלא במבחנים לקביעת השתייכות דתית בהם יש להשתמש לצורך עניני המעמד האישי, אך לא במבחנים הראויים להגט בענינים אחרים, כגון רישום במרשם האוכלוסין או עליה לארץ לפי חוק השבות.

1 דברי השופט זילברג בע"א 86/63 אליצפרי ב' בנימין, פד"י י"ז 1419, בעמ' 1428.

2 השווה דברי השופט בנימין כהן בת"א 685/50 סקורניק ב' סקורניק פ"מ ה' 51, בעמ' 64: "... חושבני שמסתבר ... שיהיו איזה עקרונות כלליים הנובעים מעצם קיום המדינה בין מדינות העולם, הגזורים וקובעים את הסייגים לתחולתם של הדינים העדתיים. עקרונות כלליים אלה הם עקרונות הסדר הטוב והמוסר הצבורי החלים בישראל, ועקרונות אלה אזרחיים הם". על הדרכים והאפשרויות השונות לפתרון בעיות בין-דתיות ראה: W. Wengler, *The General Principles of Private International Law, Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, Vol. CIV (1961, Vol. III), pp. 289-306.

3 המונח "חולית קישור" (a connecting factor) מציין, בתורת המשפט הבינלאומי הפרטי, יסוד בסיטואציה מסוימת, על פיו בוררים את שיטת המשפט הראויה לחול באותה סיטואציה. (ראה: R. H. Graveson, *The Conflict of Laws*, 6th ed., p. 63 et seq.). בהשתמשנו במונח זה לצורך המשפט הבין-דתי בישראל, ניתן לומר כי, בקווים כלליים, חוליות הקישור ad personam הן ההשתייכות הדתית והאזרחות (או, לעיתים, התושבות), בעוד שחולית הקישור ad rem היא המושג "עניני המעמד האישי" המוגדר בעיקר בסימן 51 לדבר המלך במועצה.

המעמד האישי⁴. מכאן ניתן היה להסיק, לכאורה, כי אין מקום לפתור מתוך הדין הדתי שאלה זו, אשר בה תלויה עצם תחולתו על הענין הנדון. אולם לאמיתו של דבר נראה, כי המחוקק לא התכוון לנתק את קביעת ההשתייכות הדתית מן הוויקה לדין המהותי, הדתי, אותו יש להחיל לגופו של ענין על בני אותה דת⁵. סימן 51(2)(ב) של דבר המלך במעצמה התיר אמנם הוצאת פקודה העוסקת ב"קביעת הנסיבות שבהן ייחשב אדם כחבר לעדה דתית", אך עד היום לא נחקק חוק המכיל הוראות כלליות, חילוניות, על פיהן ניתן לקבוע את ההשתייכות הדתית או העדתית לצורך עניני המעמד האישי.

שתיקתו של המחוקק מלמדת, כי הוא השליך את יתרו על הדין הדתי של האיש הנוגע בדבר, אשר רק בו ניתן למצוא תשובה לשאלת ההשתייכות⁶. ואכן, הדעת נותנת שהדין הדתי – הוא ולא אחר – יהיה הפוסק בשאלה זו, שהרי מטרתו של משפט המדינה היא להחיל בעניני המעמד האישי של אזרח הארץ את דיניה של אותה עדה או דת אליה הוא קשור, ומכאן שהשאלה מי הוא בן אותה דת או עדה, מן הראוי שתפתר אף היא על ידי הדין האישי הנוגע בדבר⁷. בדרך כלל ניתן להניח, כי תנאי הכרחי להשתייכות לדת או לעדה מסוימת הוא שהאיש ישתייך לשורותיה מבחינה הפנימית. לשון אחרת: "באשר לשלילת ההשתייכות הדתית, יקום תמיד דברו של משפט אותה הדת, אשר אליה מנסה משהו מן החוץ לייחס את השתייכותו של אדם מסוים"⁸. יכול אמנם המחוקק לקבוע כללים משלו על פיהם יגדיר מי נחשב בעיניו, ולצורך הפעלת חוקיו, בן לעדה או לדת מסוימת. כך נהג המחוקק רק בתקנות כנסת ישראל, על פיהן נקבעה בשעתו

4 כיון שקביעת ההשתייכות אינה מנויה בין עניני המעמד האישי, אין בית דין דתי מוסמך לפסוק במישרין בשאלת השתייכותו הדתית של אדם. כך, למשל, נפסק כי בית הדין הרבני איננו "טריבונל אשר נתמנה במפורש כדי לקבוע את מעמדו של בני אדם, אם יהודים הם אם לאו". (בג"ץ 359/66 ג'יתיה נ' הרבנות הראשית ואח', פד"י כ"ב (1) 290, בעמ' 300, מפי השופט ויתקון). אין איפוא סמכות לבית דין רבני לתת פסק דין הצהרתי על יהדותו של אדם. הוא הדין לגבי תקפה של המרת-דת: "כאשר המחלוקת היא על עצם תקפותה של המרת הדת... לא בית הדין הדתי של העדה אשר טוענים שהוא משתייך כעת אליה עקב טכס המרת הדת, הוא בעל הסמכות להכריע במחלוקת זו, כי אם בית המשפט האזרחי" (ע"א 720/68 ה'ראד נ' וויל, פד"י כ"ג (1) 729, בעמ' 731). לעומת זאת מוסמך בית הדין הדתי לפסוק בשאלת ההשתייכות הדתית כאשר היא מתעוררת כשאלה איננה צידנית, כגון לצורך קביעת כשירותו של האיש לנישואין (בג"ץ 359/66 הנ"ל), לצורך בדיקת תקפם של נישואין, או לצורך קביעת סמכות של בית הדין להזקק לענין.

5 הדבר הוטעם במיוחד לגבי בית הדין הרבני, כאשר השאלה "מי הוא יהודי" לצורך קביעת הסמכות הרבנית, נחתכת, בדרך כלל, לפי דיני ההלכה, (וזאת להבדיל משאלת "מי הוא יהודי" לצרכים אחרים, כגון הזכות לעלות ארצה לפי חוק השבות). ראה: בג"ץ 72/62 רופאייזון נ' שר הפנים, פד"י ט"ז 2428, בעמ' 2437; בג"ץ 214/64 כהן נ' בית הדין הרבני הגדול לטריטוריה, פד"י י"ח (4) 309, בעמ' 318; בג"ץ 359/66 ג'יתיה נ' הרבנות הראשית ואח', פד"י כ"ב (1) 290, בעמ' 295; בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פד"י כ"ג (2) 477, בעמ' 511, 513; ע"א 450/70 רונזוינסקי ואח' נ' מדינת ישראל, פד"י כ"ו (1) 129, בעמ' 134; בה"ג 1/72 הולצמן, פד"י כ"ו (2) 85, בעמ' 88-89.

6 Cf. Vitta, *The Conflict of Laws in Matters of Personal Status in Palestine*, 1947, p. 63.

7 ראה: א. ל. גלובוס, "שאלות ותשובות בדיני אישות והמעמד האישי (מי הוא יהודי לפי הדין הקיים?)", הפרקליט, כרך י', עמ' 225, בעמ' 231.

8 זילברג, המעמד האישי בישראל, עמ' 352.

ההשתייכות ל"עדה היהודית" בהתאם למבחן טכני של רישום בפנקסי כנסת ישראל, ואפילו לא-יהודי שנרשם באותם פנקסים, אנוס היה תשופט לראותו כבן העדה היהודית.⁹ אך בהעדר הוראה נוגדת מצד המחוקק, ניתן להגות כי בידי הדת או העדה הנוגעת בדבר מסורה ההכרעה הגטיבית בדבר השתייכותו הדתית או העדתית של האיש אליה, לצורך תחולת דינה האישי. לעומת זאת, הכרעתו הפוזיטיבית של הדין הדתי או העדתי בענין זה אינה תנאי מספיק מבחינת משפט המדינה, כי יתכן שמספר דתות יאחזו באותו אדם וכל אחת מהן תתבע לעצמה את השתייכותו הדתית.¹⁰ אין צריך לומר, כי מבחינתו של השופט האזרחי אין להעדיף, עקרונית, את דינה של דת מסוימת על פני חברתה. בענין כל הדתות הנוגעות לענין הן שוות-ערך, ואין הוא רשאי לשאת פנים לאחת מהן. אך, מאידך גיסא, אין בכוחו לתת תוקף בבת אחת לתביעותיהן של כל הדתות גם יחד, כיון שגישה זו מובילה לסתירה מיניה וביה. כך, למשל, אין אתה יכול להחיל על אותו אדם גופו בעת ובעונה אחת את הדין היהודי ואת הדין המוסלמי, כי יתכן שלפי הדין היהודי הוא רווק ולפי הדין המוסלמי הוא נשוי. כמו כן, אין זה מתקבל על הדעת שתהיה "סמכות ייחודית שלא תהיה מיוחדת לבית דין אחד".¹¹ השופט האזרחי נדרש איפוא להפעיל מבחן ברירה בין-דתי הקובע, על פי שיקולים מיוחדים, את הדת המועדפת על ידו בסכסוך בין-דתי זה. טיבם של שיקולים אלו הוא מרכז התענינותנו. לצורך בחינת הנושא, עלינו להבחין בין אדם שכבר בשעת לידתו נתבעה השתייכותו על ידי מספר דתות לבין אדם אשר הכפילות לגבינו נוצרה עקב המרתו לדת אחרת.

ב. כפול-דת מלידה

(1) הדין האישי החל

הדוגמא המובהקת לכפול-דת מלידה היא בן לאב מוסלמי ואם ליהודית, אשר לפי הדין האישי של אביו נחשב כמוסלמי, ולפי הדין האישי של אמו נחשב כיהודי.¹² השאלה הנשאלת היא, מה הוא הדין האישי החל על "כפול דת" שכזה בבית המשפט האזרחי, ואיזה בית דין דתי מוסמך לדון בעניני המעמד האישי שלו.

9 כר, על כל פנים, נפסק בע"א 98/47 האלו נ' האלו, פסקים א', 195, וראה זילברג, שם, עמ' 349. לבעיות שנגרמו על ידי מבחן החברות בכנסת ישראל, ראה זילברג, שם, עמ' 62-76.

10 ראה: זילברג, שם, עמ' 353; ג. סדסקי, "מי הוא יהודי", הפרקליט, כרך י"ט, עמ' 101 וראה גם: בג"צ 85/47 שיבלי נ' שיבלי ואח', פד"י ג' 142, בעמ' 149. בניגוד לדעתו של שאוה (M. Shava, "Legal Aspects of Change of Religious Community in Israel," *Israel Yearbook of Human Rights*, vol. 3, 1973, p. 256, 258) עצם התביעה שמספר דתות תובעות אותו אדם אינה מונעת ממשפט המדינה לראות את האיש כבן לאחת מן הדתות בלבד. וראה להלן, הטקסט ליד הערה 14 וליד הערה 32.

11 בלשוננו של פרופ' זילברג, שם, עמ' 353.

12 לפי הדין המוסלמי נחשב אדם כמוסלמי בין אם אביו היה מוסלמי ובין אם אמו היתה מוסלמיה (ראה: אל-כאסאני, בדאיע אל-צנאיע, קהיר, 1910, עמ' 104: "אל-ולאד יתבע ח'יר לא-אביו דין-ו" – "הולד הולך אחר הטוב שבהורים מבחינת הדת"; וראה גם תא"פ 2542/62 חסן נ' בנימין, פ"מ ל"ה 243, 251). לפי הדין היהודי, כידוע, "הולד כמותה" (כלשון המשנה בקידושין פ"ג, מ"ב), כלומר הולך אחר האם בלבד. לעומת זאת, אין לדעת

לענין הדין האישי החל על "כפול-דת" שכנה, נראה כי בעניינים בהם חסרים אנו דין טריטוריאלי, החל על בני כל העדות והדתות¹³, הדרך היחידה לפתרון הבעיה היא כי בית המשפט האזרחי יאמץ לעצמו, כעקרון ברירה בין-דתי, את "מבחן האפקטיביות", על פיו יחיל על אותו אדם את דיניה של אותה דת עמה הוא קשור יותר מבחינה עובדתית¹⁴. ההנחה היא, כי ניתן להבחין בהתנהגותו של אדם בסימני היכר חיצוניים, על פיהם אפשר לקבוע את הדת עמה הוא מזדהה יותר, אפילו אם דבקו בו רופפת למדי. בסכסוך הבין-דתי מכריע רצונו של האיש ובחירתו באחת הדתות, כפי שרצון ובחירה זו באו לידי ביטוי בהתנהגותו והתבטאויותיו. לעומת זאת, יש לקבל בוהירות את הצהרתו של האיש בשעת הדיון השיפוטי, מתוך החשד שמא אינה כנה ובאה רק מטעמים תכסיסיים, לטעם קידום האינטרסים שלו באותו דיון, אך ניתן לעמוד על הרגשת ההשתייכות האמיתית של האיש מתוך בדיקת התנהגותו בפועל שקדמה לדיון¹⁵.

קושי חמור עשוי אמנם להוצר כאשר "כפול הדת" שלפנינו הוא אתאיסט, שאינו רואה עצמו קשור לדת כלשהי. נראה כי בדלית ברירה ייעשה במקרה זה נסיון לבדוק את הקשרים התרבותיים-לאומיים של אותו אדם, על פי סימני שפה, לאום, חגים, סביבה וכו', ולראות בקשרים אלו את הדת האפקטיבית, אם כי יתכן שיזוותרו מקרים בהם יתקשה השופט להגיע לכלל פתרון. אמנם יתכן שתועלה הסברה, כי יותר הגיוני להניח שבמקרה זה התביעות הסותרות של שתי הדתות מבטלות זו את זו, ובהעדר אפשרות להכריע ביניהן על-פי מבחן האפקטיביות, ישאר "כפול הדת" בגדר חסר דת. אך פתרון זה, כמדומה, אינו עולה בקנה אחד עם השיטה שלנו בכללותה, אשר אינה מכירה בזכותו של אתאיסט לשחרר עצמו מכפיפותו לדין אישי החל עליו וליהפך, אם חשקת נפשו, לחסר-דת.

"מבחן האפקטיביות" נהוג במשפט הבינלאומי בבירירת אזרחות: אמנת האג משנת 1930 קובעת שבעל אזרחות כפולה ייחשב במדינה שלישית כאזרח אותה המדינה אשר בה מקום מושבו הרגיל והעיקרי, או אזרח המדינה אשר הוא קשור אליה ביותר. מכאן הוצע שעל דרך האנאלוגיה, בית המשפט האזרחי — המשמש כאן מעין מדינה שלישית — יחיל על עניני המעמד האישי של אדם בעל דת כפולה את דיני הדת האפקטיבית, כלומר את דיני אותה דת שהוא קשור אליה ביותר¹⁶.

דומני, כי ניתן למצוא אנאלוגיה ל"מבחן האפקטיביות" אף מתחום אחר, הקרוב קירבה תדוקה יותר לנושא שלפנינו. הכוונה לגיישה הננקטת על ידי החוק התחילוני כלפי המרת-דת. משפט המדינה מכבד את רצונו של אדם להמיר את דתו ולשנות בזה את הדין האישי

לראות כ"כפול-דת" בן לאם יהודיה שהמירה את דתה כחוק, כגון שהתאסלמה, אפילו אם לאחר לידת הבן חזרה האם ליהדות (ראה המ' ת"א 4540/64 אינ' בריה ג' אינ' בריה, פ"מ מ"ח 224). מבחינת משפט המדינה, נותקה עם ההמרה זיקתה של האם ליהדות וממילא "הולד" כמותה, כלומר, מוסלמי בלבד.

13 כגון, עקרון "טובת הילד" על פי חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, דיני האפוסטרופוסות בכללם על פי חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסות, תשכ"ב-1962, או חובת המזונות המוטלת על הבן כלפי אביו לפי חוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט-1959.

14 ע"א 86/63 אל-צפדי ג' כנימין, פד"י י"ז 1419, 1426, 1428, בעקבות הצעתו של פרופ' זילברג בספרו, שם, עמ' 355, והשווה ב"ש 60/41 לוי אשישיק ג' גאנאיים, קפ"ד 1941, 448.

15 Vitta, *op. cit.*, p. 65.

16 זילברג, שם, שם.

החל עליו, כפי שהדבר בא לידי ביטוי, בין היתר, בפקודת העדה הדתית (המרה) ובכפוף להוראותיה, בהן נעסוק להלן. לעניינו כאן יש לזכור, כי הדת הקודמת של הממיר עשויה לראות את ההמרה כאקט שאין בו כדי להפקיע את השתייכות האיש אליה. זו עמדתה של היהדות, הגורסת, כי "ישראל אף על פי שחטא ישראל הוא"¹⁷, ולכן יהודי נשאר לעולם יהודי אף על פי שהמיר את דתו. עמדה דומה נוקטות אף הדת הקתולית¹⁸ והאיסלאם¹⁹. במקרים מעין אלו, בהם הדת הקודמת רואה את האיש כממשיך להיות קשור בעל-כרחו לדתו, ואילו הדת החדשה מכירה בהצטרפותו אליה מכח המרתו, לפנינו שוב ענין באדם שהוא "כפול דת", וזאת במובן זה ששתי דתות אוהזות בו וכל אחת מהן רואה אותו כמשתייך בלעדית לשורותיה. וכאן ניתן ללמוד קל וחומר: אם משפט המדינה נכון לתת תוקף להמרה, כלומר לרצונו של אדם לזנוח את דתו הקודמת ולהצטרף לדת חדשה, לא כל שכן שעליו לכבד את רצונו של אדם לבחור לעצמו את השתייכותו לאחת משתי דתות אשר שתיהן שלטו עליו מבחינתן כבר בשעת לידתו.

הבעיה המשפטית של "כפול דת" מסתבכת כשלפנינו קטין רך. קטין כזה אינו יודע להתנהג בצורה המורה על אפקטיביות של אחת משתי דתותיו. התנהגותו של קטין שכזה אינה נובעת מפעולה רצונית ומחרשבת, ממנה ניתן להסיק מסקנות משפטיות²⁰. המחוקק קבע שמעל לגיל של 10 שנים יש לקבל את הסכמתו של קטין להמרת-דתו²¹, ויש להניח כי מעל לגיל זה ניתן, עקרונית, להתחשב בהתנהגותו ורצונו של הילד גם בקביעת דתו האפקטיבית.

לגבי קטין שאין לו רצון משלו, יש לפעול כנראה לפי רצונו ה"קונסטרוקטיבי", כלומר לפי הרצון שיוחס לו על ידי אפוטרופסיו. בחירת השם של הקטין, החינוך שניתן לו, הסביבה בה הוא חי ויתר נסיבות הענין, יש בהם כדי להעיד מה היא דתו האפקטיבית. כאשר הוריו של הקטין נפרדו ועצם זכות האפוטרופסות עליו שנויה במחלוקת, יקבע בית המשפט את האפוטרופוס כפי שייראה לו לטובת הקטין, והדת בה יחונך הקטין על ידי אותו אפוטרופוס תוכר כדתו האפקטיבית.

גישה שונה ננקטה ע"י השופט ח' כהן בפרשת אל-צפרי, בה נדונה שאלת סמכותו של בית הדין השרעי לדון בהחזקתה של ילדה, בת לאם יהודיה ואב מוסלמי. השופט חיים כהן לא ראה מקום לפסוק בשאלת הסמכותית הנזכרת²², אך גרס עקרונית כי: "האפק-

17 פנהדרין מ"ד ע"א. וראה פסק דינו של השופט זילברג בבג"צ 72/62 רופאייני נ' שר הפנים, פד"י י"ז 2428, 2432 ואילך. אך ראה שר"ת מהר"י בי רב, סי' ל"ט, המסיק כי רק לענין עריות דינו של מומר כיהודי, אך לגבי מצוות בדרך כלל דינו כנכרי, במובן זה שאין לפעולותיו אפקטיביות כשל יהודי.

18 J. A. Abbo, *The Sacred Canons*, vol. I, pp. 124-126; תי"ר 1240/60 מזלוביץ נ' מזלוביץ-בייך ואח', פ"מ כ"ז 412, בעמ' 418.

19 E. Rabbath, "La Théories des droits de l'homme dans le droit musulman," *Revue internationale de droit comparé*, 11, 672, 682.

20 דברי השופט ח' כהן בע"א 86/63 הנ"ל, שם, עמ' 1426.

21 סעיף 13 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962. סעיף 3 לפקודת העדה הדתית (המרה), אשר לא בוטל במפורש, קבע, לעומת זאת, כי די בהסכמת אחד ההורים לשם מתן תוקף להמרת דתו של קטין.

22 הימנעותו של השופט ח' כהן לפסוק בשאלת הסמכות אינה נראית מוצדקת. הוא גרס שאין צורך להיכנס לשאלה זו כיון שפסק הדין השרעי לא הכיל כל מימצא לענין טובת הילדה, וכיון שהמערער עצמו פנה לבית המשפט המחוזי, אולם אם אמנם נתונה היתה לבית

טיביות... אצל קטין אינה אלא טובתו בלבד: כשיש לך, לגבי קטין, ברירה בין דיני שתי דתות או שתי אורחות, עליך לברור את הדין שפעולותיו תצמיח לקטין טובה יתירה: לא רק מפני שבין כה וכה מחויב אתה להעלות את טובת הקטין על ראש שיקולך, אלא גם מפני שיכול אתה להעמיד את הקטין בחזקתו שאילו היה כוחו יפה לפעולה רצונית ומחושבת, היה מתנהג ומתבטא, ועל ידי כך מעניק את האפקטיביות לאותה הדת או האורחות, אשר ממנה תצמח לו הטובה הגדולה ביותר²³. מבחינה עקרונית, דומני שאין לקבל את הדעה המבקשת להסיק במישרין מתוך "טובת הילד" את דתו האפקטיבית²⁴. אין שום סיבה להניח, כי אילו היה הקטין מסוגל לפעולה רצונית, היתה אמונתו הדתית נקבעת דוקא על פי שיקולים תועלתיים. יתר על כן: אין קשר הכרחי בין ההשתייכות הדתית האפקטיבית של הקטין, שהיא נתון עובדתי הנקבע על פי סימנים חיצוניים, אובייקטיביים, לבין "טובת הילד", שהוא מושג ערכי, המסור לשיקול-דעתו של בית המשפט. כאשר בפועל גדל ומתחנך הקטין על ברכי דת מסוימת, שזיקתו העובדתית אליה ברורה וחד-משמעית, לא יעמיד בית המשפט בסימן שאלה את האפקטיביות של אותה דת, תוך נסיון לבדוק אם צורת חינוכו של הקטין מוצדקת מבחינת "טובת הילד".

עם זאת, יתכן שבנסיבות מסוימות שיקולי "טובת הילד" ישפיעו בעקיפין על ההשתייכות הדתית המיוחסת לקטין, וזאת כאשר ההחזקה בקטין והאפטרופסות עליו עניינים במחלוקת. לשון אחרת: כיון שטובתו של הילד היא השיקול המכריע בשאלת החזקתו והאפטרופסות עליו, הרי אם עצם הסכסוך הוא בנושא זה, יש לשייך את הקטין לאותה דת בה שיקולי טובתו יכריעו היכן יגדל ויתחנך. כמוכן, מבחינת טובתו של הילד אין זה משנה מראש באיזה דת יגדל²⁵, אך טובתו מחייבת, בין היתר, שמירה על הרמוניה בנפשו, רציפות בחינוכו והקפדה על שלווה ובריאות. על פי שיקולים אלה ואחרים כיוצא בהם יכריע בית המשפט בסכסוך מעין זה היכן יגדל הילד, ובעקיפין עשויה להיות מוכרעת בכך שאלת השתייכותו הדתית. אין לשכוח, כי בסופו של דבר יושפע הקטין ממקום חינוכו וגידולו, אם כי בהתבגרו תהיה פתוחה לפניו האפשרות לבחור בדרכים אחרות.

ברם, רוב השופטים בפרשת אל-צפדי לא הלכו בדרך זו. הם גרסו כי שאלת השתייכותה הדתית של הילדה איננה ניתנת לפתרון, בהעדר קריטריון אורחני להעדפה בין שתי הדתות, וכי אין מגוס מכך שבית המשפט האורחני יראה בה כבת לשתי דתות בעת ובעונה אחת. השופט ויתקון היה ער לכך שהדבר מעורר בעיה דיאלקטית קשה: "הלא בראותנו אדם כבן שתי דתות, נותנים אנו, בבת אחת, תוקף לתביעתה של כל אחת משתי הדתות האמורות ומתעלמים מהאקסקלוזיביות שבתביעה זו. אך מבחינתן של הדתות האמורות

הדין המוסלמי סמכות שיפוט, אין זו אלא סמכות שיפוט בלעדית השוללת את סמכותו של בית המשפט המחוזי, ואין פנייתו של בעל-דין לבית משפט חסר סמכות יכולה להקנות לו שיפוט שאינו נתון לו לפי החוק. מכאן, שעצם סמכותו של בית המשפט המחוזי עמדה בסימן שאלה, ומשאלה זו לא ניתן היה להתחמק.

23 ע"א 86/63, ש"פ, עמ' 1426.

24 השווה דברי השופט וילברג, ש"פ, עמ' 1428.

25 על הזיקה בין "טובת הילד" לבין השיקול הדתי, ראה פ' שיפמן, "טובת הילד בבית הדין הרבני", משפטים, כרך ה', עמ' 421.

אין מקום ל'דירקיום' זה של שתי התביעות ובעניינן זה דבר והיפוכו²⁶. אף השופט זילברג סבר כי מבחינה רעיונית מדוקדקת, "הילדה, לאמיתו של דבר, אינה שייכת לשתי דתות שונות, מכיון שכל אחת הדתות הללו טוענת שהיא (הילדה) כולה שלה, ושלה בלבד". אך, לדעתו, הבעיה היסודית של השתייכותה הדתית של הילדה אינה ניתנת לפתרון על ידי המשפט הפוזיטיבי²⁷.

כאמור, נראה לי כי מבחן האפקטיביות תופס אף לגבי קטינים, וכי על ידי השימוש בו ניתן היה לוותר על חידוד הבעיה והעלאתה למדרגת בעיה דיאלקטית חסרת פתרון.

(2) סמכות השיפוט

לענין סמכות השיפוט של בית הדין הדתי נראה, כי עקרונית חייב לשרת אותנו אותו מבחן, שהרי לא יתכן כי אדם ייחשב כמשתייך לדת אחת לענין הדין החל עליו ולדת אחרת לענין סמכות השיפוט. יש לזכור, כי גבולות הסמכות של בתי הדין הדתיים נקבעו בחוק האזרחי ועל שמירתן מופקד בית המשפט הגבוה לצדק, ולפיכך חלה אף כאן האנאלוגיה מכפול-אזרחות שהמדינה השלישית הנייטרלית מכירה באזרחותו האפקטיבית לענין ברירת הדינים. אמנם בית הדין הדתי עשוי שלא להתחשב בקביעותה של דת אחרת לגבי השתייכותו של האיש אליה, אך פסיקתו של אותו בית דין לא תהיה בבחינת סוף-פסוק, כי היא יורדת לשורש סמכותו של בית הדין בשאלה שאינה נחתכת רק לפי הדין הדתי, ולכן תהיה נתונה לביקורתו של בית-המשפט הגבוה לצדק.

אמנם, מבחינת המשפט הרצוי עדיף שבית דין דתי לא יהיה מוסמך להחליט בענין אשר לדת אחרת עשויה להיות זיקה אליו, אך ספק אם ניתן לעגן בחוק הפוזיטיבי את חוסר סמכותו של בית הדין הדתי בשאלה מעורבת מעין זו. בענין זה נתלבטו השופטים בפרשת אל-צפדי, השופט ויתקון סבר, כי סמכותו של בית הדין השרעי לפי סימן 52 לדבר המלך במועצה נישלת ממנו כיון ש"ילדת המריבה" לא היתה רק בת הדת המוסלמית אלא גם בת לדת אחרת²⁸. לדעתו, "מבחן הסמכות הוא חיובי וגם שלילי בעת ובעונה אחת"²⁹, ומכאן שסמכותו של כל בית דין אינה תלויה רק בכך שכל הצדדים הנוגעים בדבר ישתייכו לדת של בית הדין, אלא גם בכך שלא יהיו בני דת אחרת לפי מבחניה של אותה דת אחרת. התוצאה, לדעתו של השופט ויתקון, היא, כי מי שהוא "כפול-דת"

26 ע"א 83/63 שפ, עמ' 1430.

27 שפ, עמ' 1428-1429. לעומת דבריו של השופט כי אילו נקרא לענות על השאלה לגופה היה עונה "בפה מלא וגילוי לב גמור: איני יודע!", התבטא השופט זילברג בע"א 238/53 בוסליק ב' היועץ המשפטי, פד"י ח' 4, בעמ' 21, כי: "למד לשונך לומר: איני יודע". אינה הוראה המכוונת אל שופט, והוא חייב, בדרך כלל, להגיע לדעה ברורה ומוחלטת בכל שאלה משפטית המתעוררת לפניו.

28 ניתן היה לטעון כי מכל מקום הילדה אינה הצד היחיד לענין אלא יש לראות כצדדים לענין גם את אביה המוסלמי ודודה היהודי אשר נחלקו ביניהם על זכות האפוטרופסות עליה. אם טענה זו היתה מתקבלת, לא היה נפקא מינה לשאלת השתייכותה הדתית של הילדה, כי בלאו הכי הענין היה גוגע לבני עדות שונות, עליו חל סימן 55 לדבר המלך במועצה. אך בית המשפט יצא, כנראה, מתוך ההנחה שהשתייכותם הדתית של הטוענים לאפוטרופסות על הילדה אינה קובעת, כיון שטובת הילדה היא השיקול המכריע, ולפיכך יש לראותה כצד היחיד לענין.

29 שפ, עמ' 1439.

יוצא קרח מכאן וקרח מכאן : שום בית דין דתי אינו מוסמך לדון בעניני המעמד האישי שלו, והסמכות לגביו נתונה אך ורק לבית המשפט האזרחי בעל הסמכות השירותית. לשון אחרת, לענין הסמכות, "כפול-דת" כמוהו, למעשה, כח סר-דת.

השופט זילברג גרס אף הוא, כי במקרה של אדם שהשתייכותו נתבעת על ידי מספר דתות, שום בית דין דתי אינו מוסמך לדון במישרין בסכסוך, אך לדעתו רשאי נשיא בית המשפט העליון, על פי סימן 55 לדבר המלך במועצה, להקנות לבית דין דתי שיפוט שכזה.

אך כדי להחיל על המקרה שלפנינו את סימן 55 לדבר המלך במועצה, ממנו הסיק השופט זילברג את העדר סמכותו הישירה של בית הדין הדתי, נזקק השופט לשתי אנאלוגיות : האחת, החלתו של סימן 55 הדן "באנשים בני עדות דתיות שונות", על יחיד בן עדות דתיות שונות ; והשנייה, ראייתו של אדם שהשתייכותו נתבעת על ידי מספר דתות כמי שהוא באמת בן לשתי דתות, אף על פי שהשופט עצמו סבר, שכפילות זו היא בלתי אפשרית. העיקר, לדעתו של השופט זילברג, הוא כי "מטרתו הסופית של סימן 55 היא למצוא 'כתוב שלישי' שיכריע בין שתי דתות, ודבר זה נחוץ עוד יותר כאשר מוקד הסכסוך הבין-דתי שוכן בתוך-תוכו של אותו אדם גופו"³⁰.

אולם השימוש באנאלוגיות אלו לשם דחיסת המקרה שלפנינו בתחום סימן 55 לדבר המלך נראה מלאכותי, כשם שאין יסוד בנוסח סימן 52 לדבר המלך להעדר תחולתו על מוסלמי שהשתייכותו נתבעת על ידי דת אחרת. עקרונית נראית לי רצויה יותר המסקנה לפיה, בעיני בית המשפט האזרחי, אין לראות אדם כאילו הוא משתייך בעת ובעונה אחת לשתי דתות, אלא יש לקבוע בכל מקרה את הדת האפקטיבית של האיש. אשר לשאלה מי יקבע את דתו האפקטיבית של האיש, מסכים אני, כי מבחינת המשפט הרצוי מוטב היה אילו ערכאה נייטרלית, דוגמת נשיא בית המשפט העליון, היתה קובעת את דתו האפקטיבית לצורך ברירת השיפוט הדתי המתאים. כפי שאומר השופט זילברג באותו פסק-דין כי : "כאשר שני חוקים דתיים שונים עשויים להשפיע, זה בכה וזה בכה, על הכרעת הסכסוך שנתעורר בין הצדדים, מן הדין הוא כי אינסטנציה אחרת, עליונה, נייטרלית, תקבע את הערכאה השיפוטית אשר תברר את הסכסוך הנדון". אך יש לזכור, כי לפי הפסיקה סימן 55 לדבר המלך אינו שולל את סמכותו של בית המשפט המחוזי, אליו ניתן לפנות במישרין אף מבלי להצטייד בהסכמתו של נשיא בית המשפט העליון³¹.

טול מקרה של אדם שהינו בן לאם יהודיה ולאב מוסלמי ואשר נשא יהודיה במשרד הרבנות כדת משה וישראל. לכאורה, מפסק הדין בפרשת אל-צפדי ניתן להסיק כי לא בית הדין הרבני אלא בית המשפט האזרחי יהיה בעל השיפוט הישיר בעניני הגישואין והגירושין של בני הזוג, כיון שהשתייכותו של הבעל נתבעת לא רק על ידי הדין היהודי אלא גם על ידי הדין המוסלמי. תוצאה זו, לפיה בית המשפט האזרחי הוא אשר יכריע, הכרעה מוסמכת ומחייבת לכל דבר, בחוקיותם של גישואין שנערכו כדת משה וישראל

30 שם, עמ' 1429. אולם בספרו, שם, עמ' 353, הביע פרופ' זילברג את הדעה כי לגבי "כפולי דת" נוצר, לעיתים, קשר "גורדי", לפיו עשויה להיות מוקנית סמכות ייחודית כביכול שלא תהיה מיוחדת לבית דין אחד.

31 המ' 121/55 פרוכטר נ' פרוכטר, פד"י ט' 1361, 1365-1366; ע"א 86/63 שם, עמ' 1429.

בין בני זוג הנחשבים כיהודים מבחינתה של ההלכה, אינה נראית רצויה. אולם דומני, כי אין לפרש את הלכת אל-צפדי כאילו בכל מקרה, בו השתייכותו של אדם נתבעת על ידי מספר דתות ניטלת סמכותו של בית הדין הדתי לדון בענין. נראה לי, כי יש לצמצם את ההלכה שנפסקה באותו פסק דין למקרה של קטין, בו השופטים אינם יכולים – לפי שיטתם – לקבוע את דתו האפקטיבית. נראה, כי לגבי בגיר יחול, גם לפי הלכת אל-צפדי, מבחן האפקטיביות, על פיו תיקבע דתו של האיש הן לצורך הדין האישי החל עליו בבית המשפט והן לצורך סמכות השיפוט של בית הדין הדתי. כזכור, מבחן האפקטיביות קובע מה היא דתו הבלעדית של האיש מבחינת משפט המדינה. כיון שכך, לא ניתן יהיה להפעיל על איש זה את סימן 55 לדבר המלך החל, אפילו לפי פירושו המורחב, על בן למספר דתות, כשם שלא ניתן יהיה למנוע מאותו אדם לקשור עצמו לבית דין דתי מסוים. בדוגמא הנזכרת תהיה נתונה לבית הדין הרבני הסמכות היחודית לדון בענין, כיון שהאיש גילה דעתו בבירור שהדת אליה הוא קשור היא הדת היהודית, ובוז העניק לה את האפקטיביות הדרושה להקניית הסמכות לבית הדין הרבני.

ג. שינוי ההשתייכות הדתית

(1) מבוא

המושג "שינוי דת" רחב יותר מן המושג "המרת-דת" במובנה הצר. בהמרת-דת במובנה הצר כוללים אנו בדרך כלל, אקט רצוני שמכווח מהליף אדם את דתו הקודמת דת אחרת. במובן זה ההמרה היא צירוף של שני יסודות: נטישת הדת הקודמת וניתוק הזיקה עמה, מחד גיסא, והצטרפות לדת החדשה, מאידך גיסא. המרת-דת במובן זה איננה כוללת שינויים אחרים בדתו של אדם, כגון, חסר-דת המצטרף לדת מסוימת או בן-דת העווב את דתו מבלי להצטרף לדת חדשה.

תקפותה של המרת-דת נקבעת בראש ובראשונה על פי דיניה של הדת החדשה, ונכונותה לקבל את האיש לשורותיה³². כפי שכבר הוזכר, הדת הקודמת עשויה להתכחש להמרה ולהמשיך לראות את האיש קשור בעל כרחו לדתו. אך, עקרונית, משפט המדינה מייחס תוקף להמרת דת – על כל פנים לדת שדיניה מוכרים על ידי המדינה – כיון שהוא גורס שיש לכבד את רצונו של אדם להמיר את דתו. לפיכך מבחינתו של משפט המדינה, נותקה עם ההמרה זיקתו של הממיר לדתו הקודמת, אפילו אם זו מוסיפה לתבוע את השתייכותו אליה. אך ביטח הספר שבין דת לדת קובע משפט המדינה סייגים משלו להכרה בהמרת-דת. כך, למשל, משפט המדינה לא יכיר בהמרה שנכפתה על אדם בעל כרחו, אפילו אם היא בעלת תוקף לפי הדין הדתי. אדם שנאנס להמיר את דתו מחמת אימים או לחץ, אין המרתו המרה בעיני החוק בהיותה נוגדת את תקנת הציבור ומושגי

32 עם זאת, אין פירושו של דבר שכל המרת-דת מחוללת שינוי במעמדו של האיש בעיניה של הדת החדשה. יתכן שאדם ימיר את דתו ולאחר מכן יחזור לדתו הראשונה אשר כלל לא הכירה ברשותו לעזובה. במקרה זה שיבתו של האיש לדתו הקודמת היא בגדר המרת-דת מבחינת משפט המדינה, בעוד שבעיני הדין הדתי אין זו אלא חזרה בתשובה של אדם שמעולם לא חדל היה להיות בן אותה דת. על הניגוד העלול להיווצר עקב כך, ראה המ' ת"א 4540/64 איגיבריה נ' איגיבריה, פ"מ מ"ח 224 : ילדים של אשה יהודיה שהתאסלמה לפני לידתם נחשבים כמוסלמים, אע"פ שבינתיים חזרה האם ליהדות.

יסוד של צדק³³, אשר להמרה שבאה בעקבות פיתויים חומריים ולא בעקבות שיכנוע פנימי, ספק אם הכופט יראה עצמו בן-חורין לפסול המרה של בגיר רק מחמת מניעה הבלתי-כשרים.

לגבי קטינים שהצטרפותם לדת אינה יכולה להיות תוצאה של בחירה חופשית, קבע המחוקק כי המרת-דתו של קטין טעונה הסכמתם של שני הוריו או אישור בית המשפט לפי בקשת אחד מהוריו או אפוטרופסו. אם מלאו לקטין 10 שנים, נדרשת נוסף לכך גם הסכמתו בכתב. בכל מקרה, תנאי הוא לפי החוק שדתו של הקטין תומר לדת הוריו או אחד מהוריו. המרת-דתו של קטין בניגוד להוראות אלו, נוסף להיותה עבירה פלילית, היא חסרת תוקף משפטי (סעיף 13א לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962). ביסוד הוראת זו מונח להלכת העקרון של טובת הילד הדורש למנוע קונפליקטים בנפשו של הילד כתוצאה מהמרת דתו לדת השונה כדתם של הוריו או אחד מהם³⁴. למעשה הכוונה היתה במיוחד להכביד על פעילות מיסיונרית המבקשת לעשות נפשות בקרב קטינים אשר הוריהם אינם מוכנים בעצמם להמיר דתם לאותה דת. פסילת המרת-דת מחמת שיקולי טובת הילד, מבטאת את העקרון שההכרה המשפטית בהמרת-דת כפופה לשיקולים חילוניים.

אך עיקר הסייגים להכרה בהמרת-דת נקבעו בפקודת העדה הדתית (המרה) (להלן: הפקודה). הפקודה אינה חלה על כל שינוי-דת, ולכן השאלה המוקדמת היא מהו היקף תחולתה של הפקודה. לאחר שנדון בתחולתה של הפקודה ובהוראותיה, נוכל לעבור לשאלה, מה דינו של שינוי-דת שעליו אין הפקודה חלה.

(2) תחולת פקודת העדה הדתית (המרה)

היקף תחולתה של פקודת העדה הדתית (המרה) אינו ברור. נראה, כי הפקודה אינה חלה על המרת-דת שנערכה מחוץ לישראל. הדבר לא נקבע בפקודה במפורש, אך ניתן להסיק מתוך הוראות הפקודה המחייבות רישום ההמרה אשר, כנראה בעליל, אין להן תחולה אלא על המרה שנערכה בישראל³⁵. בשאלת דינה של המרת חוץ, נעסוק להלן.

ברם, אין זאת אומרת כי כל המרת דת שנערכה בישראל נתפסת ברישתה של הפקודה. מלשונה של הפקודה ניתן להסיק כי היא חלה רק על מקרה בו היתה יציאה מעדה דתית אחת וכניסה לעדה דתית אחרת³⁶. ואכן, בפסק לא אחת כי הפקודה אינה חלה על שינוי בהשתייכות הדתית שאין בו משום המרת עדה בעדה³⁷. הביטוי "עדה דתית" אינו מוגדר

33 ראה: ת"א תל-אביב 1221/68 וזול' נ' חדר, פ"מ ע"א 374.

34 ראה בענין זה: המ' 525/63 שמואל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י י"ח (3) 452, 466, 471; בג"צ 103/67 בית אל מיטן נ' שר הפנים, פד"י כ"א (2) 325. על שיקולי בית המשפט במתן רשות להמרת-דת, ראה, למשל, ת"א ת.א. 543/68 א.ב. נ' ג.ד., פ"מ ע' 335.

35 ראה דברי השופט זוסמן בבג"צ 143/62 שלזינגר נ' שר הפנים, פד"י י"ז 225, בעמ' 251, בו הוא אומר, אגב אורחא, כי "נוכל להתעלם מהוראת הסעיף (2)4 לפקודת העדה הדתית (המרה)", כיון ש"נניח כי האשה המירה דתה לפני בואה לישראל...".

36 ראה, למשל, סעיף 2(3) לפקודה הקובע, כי העתק מרישום ההמרה יישלח לראש העדה הדתית אליה נכנס האיש ולראש העדה הדתית לה השתייך מקודם.

37 בג"צ 51/45 שומלי נ' יו"ר ההוצל"פ ואח', אל"ר 1945, 651, בעמ' 653; בג"צ 85/47 שיבלי נ' שיבלי ואח', פד"י ג' 142, בעמ' 149; ע"א 98/47 האלו נ' האלו, פד"י ב' 16.

בפקודה, אך יש להזקק להגדרת אותו מושג בדבר המלך במועצה, כיון שלפי סימן 3(4) לדבר המלך, ביטויים שהוגדרו בו, כוחה של הגדרתם יהיה יפה גם לפקודות שהוצאו מכוחו של דבר המלך, אלא אם כן משתמעת כוונה נוגדת.³⁸

המונח "עדה דתית" הוגדר בסימן 2 לדבר המלך כדלקמן: "כל עדה המוזכרת בתוספת השניה לדבר-מלך זה וכל עדה שהנציב העליון (כיום: הממשלה) יכריז עליה בצו כעל עדה דתית". התוספת השניה לדבר המלך כוללת רשימה של עשר עדות דתיות, ביניהן חשע עדות נוצריות³⁹ ו"העדה היהודית". בתוקף סמכותה לפי סימן 2 לדבר המלך הכריזה הממשלה על "הכנסיה האוונגלית האפיסקופלית בישראל"⁴⁰ ועל "בני האמונה הבהאית"⁴¹ כעל עדות דתיות מוכרות.

גלוי לעין כי רשימת העדות הדתיות המוכרות בתור שכאלה, אינה כוללת את כל העדות הדתיות הקיימות בפועל בישראל. יתר על כן: חסרים בה שמותיהן של שתי עדות או דתות אשר מקיימות בישראל בית-דין הפועל על פי דין. ראשית, המוסלמים, להם ניתנה בסימן 52 לדבר המלך במועצה סמכות יחודית בכל עניני המעמד האישי, לא נכללו בדבר המלך ברשימת העדות הדתיות, כנראה מחמת השקפתו של המחוקק המנדטורי שאין בתי הדין שלהם בתי דין עדתיים אלא מעין בתי דין ממלכתיים, כפי שהדבר היה נהוג בתקופה העות'מאנית.⁴² שנית, הדרוזים לא הוכרו במפורש כ"עדה דתית" על ידי הממשלה לצורך דבר המלך, אף על פי שניתנו להם על ידי המחוקק הישראלי סמכויות בעניני המעמד האישי בחוק בתי-הדין הדתיים הדרוזים, תשכ"ג-1962, ואף שהוכרו על ידי שר הדתות כעדה דתית לצורך פקודת העדות הדתיות (ארגון)⁴³.

אמנם בענין שיכלי השאיר השופט חשין בצריך עיון את השאלה אם אמנם אין הפקודה חלה כאשר בן לעדה בלתי מוכרת מצטרף לעדה מוכרת. אבל ראה בג"צ 124/43 מזרחי ב' יריד ההוצ"פ ואח, אל"ר 1944, 21, וביד"מ 2/46 גולדנברג ב' גולדנברג, פל"ר 14, 1, בו הוחל סעיף 2(4) של הפקודה גם כאשר היתה יציאה מעדה מוכרת ללא כניסה לעדה חדשה, אך יתכן שהשימוש בסעיף 2(4) היה על דרך האנאלוגיה בלבד. וראה הערה 76 להלן.

38 פקודת העדה הדתית (המרה) הוצאה מכח סימן 51(2)(ב) של דבר המלך במועצה. בסימן 9(2) לדבר המלך במועצה על א"י (תיקון), 1939, הוכרז, כדי לסלק ספקות, כי הפקודה נחקקה כדין. הספק שהתעורר לגבי תוקף הפקודה נוגע בעיקר לשאלה אם סעיף 2(4) של הפקודה אינו נוגד את סימן 53 או 54 לדבר המלך במועצה. ראה: בג"צ 109/49 פריץ ב' מנהל מחלקת רשום והפדר קרקעות, פד"י ד' 257, בעמ' 262.

39 העדות המגויות מלבד ה"עדה היהודית" הן: יונית-קתולית (מלכיתית), מרנזית, סורית-אורטודוקסית, מורחית (אורטודוקסית), לטינית (קתולית), גריגוריאנית-ארמנית, ארמנית (קתולית), סורית (קתולית), כשדית (אוניאטית).

40 צו הכרזה על עדה דתית (הכנסיה האוונגלית האפיסקופלית בישראל), תש"ל-1970, ק"ת 2557, תש"ל, 1564.

41 צו עדה דתית (האמונה הבהאית), תשל"א-1971, ק"ת 2673, תשל"א, עמ' 628.

42 ראה בענין זה ביד"מ 1/62 אבו אנג'ילה ב' פקיד הרישום, פד"י י"ז 2751.

43 תקנות העדות הדתיות (ארגון) (העדה הדרוזית), תשי"ז-1957 (ק"ת 695, תשי"ז, עמ' 1280). תקנות אלה, שהותקנו על ידי שר הדתות לפי פקודת העדות הדתיות (ארגון), קובעות אמנם כי "העדה הדרוזית תהא עדה מוכרת בישראל", אך הכרה זו מוגבלת, מן הבחינה הפורמלית, לצרכי פקודת העדות הדתיות (ארגון), ואינה יכולה לחול על דבר המלך במועצה הדורש, כתנאי להכרה בעדה דתית, צו על ידי הנציב העליון, כיום הממשלה.

לגבי ה"עדה היהודית", שנמנתה אמנם במפורש בתוספת לדבר המלך כעדה דתית, יש המעוררים את הספק אם יש לה קיום, לאחר שכבר נפסק כי המסגרת החוקית בה עדה זו היתה מאורגנת, כלומר "כנסת ישראל", עברה ובטלה מן העולם.⁴⁴ קושי פורמלי נוסף הוא, שהפקודה אינה חלה אלא על המרת עדה. יש הטוענים, כי הוראות הפקודה אין להן תחולה לגבי חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג–1953, אשר הדגיש בו הושם על יהדותם של הצדדים, כלומר על דתם ולא על השתייכותם העדתית.⁴⁵ אם טענה זו נכונה, כוחה יפה גם לגבי בית הדין המוסלמי הפועל לפי סימן 52 לדבר המלך במועצה וגם לגבי בית-הדין הדרוזי הפועל לפי חוק בתי-הדין הדתיים הדרוזיים, תשכ"ג–1962, כי אף לגביהם הגדרת השתייכותם של בעלי הדין היא הגדרה דתית ולא עדתית.

ברם, נראה לי כי אין לקבל את הטענות הפורמלי, המבחין בין המרת-עדה לבין המרת-דת לצרכי תחולתה של הפקודה. כאשר ההשתייכות לעדה מוגדרת על פי מבחנים דתיים, נהפכת אבחנה זו לסמנטית גרידא, ריקה מתוכן מעשי. לגבי בית-הדין הרבני היתה לאבחנה זו משמעות רק בזמן קיומן של תקנות "כנסת ישראל", אשר מכוחם אוורגה העדה היהודית כמסגרת וולונטרית שאינה חלה על בני הדת היהודית שבחרו שלא להשתייך לעדה ההיא. אך מסגרת זו של "כנסת ישראל" עברה ובטלה בינתיים מן העולם. אמנם השקפת היהדות היא שיהודי נשאר לעולם יהודי אף שהמיר את דתו, אך השקפה מקבילה היא נחלתן של דתות אחרות.⁴⁶ אין כל יסוד לתגית, שהמחוקק ביקש

והשווה הצווים הנזכרים בהערות 41, 42. כן ראה, פ' ש' פרלס, "שאלות משפטיות בדבר עדות דתיות ודתות בישראל", הפרקליט, כרך ט"ז, עמ' 60. יש לציין כי העדה הדרוזית הוספה לרשימת העדות הדתיות שבפקודת הירושה (ראה: ק"ת 1456, תשכ"ג, עמ' 1600), אך משום מה לא הוספה לרשימה המקבילה בתוספת לדבר המלך במועצה.

44 ע"פ 427/64 יאיר נ' מדינת ישראל, פד"י י"ט (2) 402. וראה גם: פ' ש' פרלס, "האם קיימת עדה יהודית במדינת ישראל, הפרקליט, כרך ט"ז, עמ' 16. בניגוד לדעתו של פרלס, נראה לי כי הספק לגבי קיומה של "העדה היהודית" אינו מוצדק. לכשנדיק, מפס"ד יאיר הנ"ל עולה רק כי עם העלמה של "כנסת ישראל" אין מסגרת מאורגנת ל"עדה יהודית" לפי פקודת העדות הדתיות (ארגון), דבר שהשמיט את הקרקע מתחת לרגלי תקנות כנסת ישראל, אך אין פסק הדין מתכחש לקיומה של "העדה היהודית" בכלל, עדה אשר שמה לא נמחק מרשימת העדות הדתיות בתוספת לדבר המלך במועצה. דומה כי ביטול "כנסת ישראל" החזיר ליושנו את המושג "עדה יהודית" כמשמעותה לפני תקנות כנסת ישראל. מעתה יש לגרוס, לדעתי, חפיפה בין החברות ב"עדה יהודית" לבין ההשתייכות לדת היהודית המוגדרת לפי מבחני ההלכה.

45 זו היתה דעתו של פרופ' זילברג בספרו, שם, עמ' 350–351. פרופ' זילברג טען, כי אם "תייחס חשיבות סמכותית להמרה זו" – כלומר להמרת יהודי את דתו – "נמצא אתה על כרחך חוזר אל המצב שהיה קיים לפני צאת החוק, ומפקיע מידי הרבנים את הסמכות לדון בעניני המעמד האישי של יהודי שאינו חבר הכנסת, שהרי תקנות כנסת ישראל עדיין לא בוטלו...". יש להעיר כי לאחר מתן פס"ד יאיר, שוב אין נימוק זה עשוי לתפוס. כיום ברור כי "כנסת ישראל" כמתכונתה המנדטורית חדלה להתקיים, וממילא אין עוד תוקף לטענה כי החלת פקודת העדה הדתית (המרה) על חוק שיפוט בתי דין רבניים, מתייח כביכול את הגדרת המושג "עדה יהודית" בתקנות כנסת ישראל.

46 ראה הערות 18, 19.

להקנות לדת היהודית מעמד מועדף באשר לחוסר האפשרות האזרחית להמירה בדת אחרת.⁴⁷

יתרה מזאת: דומה שאין מקום להנחה שהפקודה מצמצמת בד' אמות של הגדרת המושג "עדה דתית". צמצום שכזה היה מרוקן את הפקודה כמעט מכל תוכן של ממש, כי אם נחיל הגדרה צרה זו, הרי אם הממיר יצא מן האיסלאם, הדת הדרונית או היהדות, או הצטרף לאחת מדתות אלו, לא תהיה לפקודה תחולה. נראה, כי מסקנה יותר מתקבלת על הדעת היא כי תחולתה של הפקודה אינה נשללת אם הדת הקודמת או החדשה היא דת המוכרת לצרכי השיפוט, כלומר שפועל מטעמה בישראל בית דין דתי הפועל על פי דין.

אסמכתא לכך אפשר למצוא בפרשנות שניתנה לסימן 55 של דבר המלך במועצה. סימן 55 של דבר המלך במועצה מסמך את נשיא בית המשפט העליון לקבוע מי ישפוט בענין מעמד אישי שמעורבים בו "בני עדות דתיות שונות". לו היה הנשיא דבק בהגדרה הטכנית, הצרה, של המונח "עדה דתית", היה מרוקן בזה את עיקר סמכותו מתוכנה. אך נשיא בית המשפט העליון פסק, כי התנאי לשימור בסמכותו אינו אלא "שכל אחד מהצדדים יהיה נתון מבחינת המעמד האישי לסמכותו של אחד מבתי הדין הדתיים המוסמכים".⁴⁸ לפיכך השתמש הנשיא פעמים רבות בסמכותו כאשר אחד מבני הזוג המעורבים היה יהודי.⁴⁹ אך שלל את סמכותו כשאחד מבני הזוג היה פרוטסטנטי.⁵⁰ כידוע, הפרוטסטנטים אינם נמנים עם העדות הדתיות המוכרות, אף במובן זה שאין להם בישראל בית דין דתי מוסכך.⁵¹ כאמור, נראה כי דרך פרשנות זו למושג "עדה דתית" בסימן 55 לדבר המלך במועצה יפה אף לאותו מושג בפקודת העדה הדתית (המרה). פרשנות זו מתיישבת אף עם הפסיקה של בית המשפט העליון לפקודה עצמה. הפסיקה

47 אמנם מוצאים אנו, לעיתים, בפסיקה, אימרות-אגב של שופטים לפיהן חוק שיפוט בתי דין רבניים חל גם על יהודי מומר. ראה, למשל, דברי השופט זוסמן בפס"ד של"ט, בג"צ 58/68, פד"י כ"ג (2) 477, בעמ' 511, בהסתמך על דעתו של השופט זילברג בפס"ד רופאיון, בג"צ 72/62, פד"י ט"ז 2428, בעמ' 2437, לפיה "יהודי" בחוק הג"ל כולל גם יהודי שהמיר את דתו. אך לעומת זאת ראה דבריו של השופט ברנזון בע"א 450/70 רוגוזינסקי ואח' נ' מדינת ישראל, פד"י כ"ו (1) 324, המסיק את כפיפותם של המערערים לחוק שיפוט בתי דין רבניים מכך שהם "מודים שנולדו לאמהות יהודיות ושל אקילו עליהם כל דת אחרת מחוץ ליהדות". משמע שאילו היו המערערים מקבלים דת אחרת שכזאת, היו מצליחים לשחרר עצמם מתחולת חוק שיפוט בתי דין רבניים. כן ראה: פ' ש' פרלס, "חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין)", תשי"ג-1953, ויחסו לדינים קודמים, הפרקליט, כרך י', עמ' 272.

48 המ' 121/55 פרוכטר נ' פרוכטר, פד"י ט' 1361, בעמ' 1365.

49 ראה: זילברג, המעמד האישי בישראל, עמ' 358, וכן ראה פסקי הדין המובאים במילואים והשלמות לספר הג"ל (אקדמון, תשכ"ז), עמ' 18.

50 המ' 121/55 פרוכטר נ' פרוכטר הג"ל; ב"ש 263/67 שורין נ' שורין, פד"י כ"ב (1) 154. לגבי התרת נישואין, הורחבה סמכותו של נשיא בית המשפט העליון בחוק שיפוט בעניני התרת נישואין (מקרים מיוחדים), תשכ"ט-1969, גם לגבי בני עדות או דתות בלתי מוכרות. ראה רשימתי על החוק הג"ל במשפטים, כרך ב', עמ' 416.

51 העדה הפרוטסטנטית היחידה שהוכרה בינתיים היא הכנסייה האוונגליטית-אפיסקופלית (ראה הערה 40 לעיל).

החילה את הוראות הפקודה, למשל, על מוסלמי שעבר לדת אחרת⁵², אך סירבה להחילה על פרוטסטנטי שעבר לדת אחרת⁵³.

(3) ההליכים הדרושים להמרה בהמרה לפי הפקודה

ההליכים הדתיים הדרושים לשם קבלת אדם לדת מסוימת מוגדרים בדין הדתי הנוגע בדבר, כאשר הרשות הדתית המקבלת פועלת בתור כהן-דת שסמכותו יונקת מן הדין הדתי המסוים ולא כבית דין בעל סמכויות לפי החוק החילוני⁵⁴. לעומת זאת, נפקותה החוקית של המרת-דת מותנית לפי הפקודה בקיום הפרוצידורה שנקבעה בה לשם רישום המרה, כלומר מתן הודעה על ההמרה לממונה על המחוז שסמכויותיו הועברו בינתיים לפקידים שונים במשרד הדתות⁵⁵, הודעה אליה יש לצרף תעודה המעידה על ההמרה מאת ראש העדה הדתית החדשה או מי שהוסמך על ידו. הצורך בהשגת תעודה זו לשם מתן נפקות חוקית להמרה, מבטיח למעשה ל"ראש העדה הדתית" שליטה על הליכי ההמרה, שליטה שיש בה כדי להגביר את הריכוזיות והאחידות בתוך העדה לגבי כניסתם של אנשים חדשים אליה.

יש להדגיש, כי רצונו של אדם להמיר את דתו מושלם מבחינה אורחית עם נקיטת הצעדים הדרושים לפי הפקודה. התנהגותו של האיש הלכה למעשה אינה מעלה או מורידה מבחינה זו. יתכן שאדם ימיר את דתו ויגרום לרישום ההמרה כחוק, אך ימשיך לנהוג לאחר מכן לפי הליכותיה של הדת הקודמת. חופשה מעין זו אפשרית ביחוד כאשר ההמרה נבעה לאו דוקא משכנוע הכרתי, פנימי, אלא מתוך טעמים תועלתיים, כגון הרצון להינשא לבן-זוג בן דת אחרת. אך פרט לשיקולי מניעות בהם נעסוק להלן, הרי מבחינה משפטית נותקה עם ההמרה זיקתו של האיש לדתו הקודמת, אפילו אם מבחינה עובדתית הוא ממשיך להיות קשור אליה. בחירתו של אדם בדת חדשה על ידי המרתו אליה באה לפי הפקודה לידי ביטוי באקט פורמלי, חד-פעמי, ובכך היא שונה מן האפקטיביות אותה מעניק "כפול-דת" לאחת משתי דתותיו על ידי התנהגותו הרצופה בפועל. המבחן האחרון גמיש ומאפשר אולי יותר עשיית צדק לפי נסיבות הענין, אך חסרה בו הוודאות הדרושה לגבי השתייכותו של האיש.

- 52 ביד"מ 1/41 חרשני נ' גאנב, 8 פל"ר, 216; בג"צ 6/43 אמר נ' יח"ר ההוצאה לפועל, פל"ר 1943, 78; בה"צ 34/72 חמדאן נ' שעיא, פד"י כ"ח (1) 225. הפקודה הוחלה אף לגבי כניסה לעדה המוסלמית, למשל, בבג"צ 87/32 קאביב נ' יח"ר ההוצאה לפועל ואח', 4 קפ"ד 1265.
- 53 בג"צ 51/45 שובלי נ' יח"ר ההוצאה לפועל, אל"ר 1945, 649; בג"צ 85/47 שיכלי נ' שיכלי ואח', פד"י ג' 1142; ע"א 98/47 האלו נ' האלו ואח', פד"י ב' 16.
- 54 השווה דברי הנשיא (אגרנט) בה"צ 1/72 גולדמן, פד"י כ"ז (2) 85, 92, בו הוא מבחין בין סמכותו הסיפוטית של בית דין רבני בתביעת גירושין לגבי אדם שיהדותו מוטלת בספק לבין סמכותו הדתית לגייר אותו אדם.
- 55 לפי חוק העברת סמכויות (ממונים על מחוזות לקציני מחוז), תשכ"ד-1964, הסמכויות והתפקידים שנתייחדו לממונה על המחוז במספר פקודות, וביניהן פקודת העדה הדתית (המרה), יהיו נתונים לאדם שימנה לכך השר הממונה על ביצוע אותה פקודה מבין עובדי משרדו והוא יבוא במקומם לכל ענין שבפקודות אלה. שר הדתות אשר נקבע כממונה על ביצוע פקודת העדה הדתית (המרה) (ע"ר מס' 5 מיום ט' סיון תש"ח (16.6.48), עמ' 22), נוהג מוזמן לזמן להסמך עובדים שונים של משרד הדתות כרשות המוסמכת לצורך הפקודה. (ראה, למשל, י"פ 1646, תש"ל, עמ' 2580; י"פ 1617, תש"ל, 1761).

לעומת זאת, הצורך במתן הודעה על המרה נובע, כנראה, מן הרצון להשיג ודאות ברורה בשאלת ההשתייכות הדתית. אולם התנגיית תוקפה החוקי של המרה במבחן טכני של מתן הודעה עליה מעורר למעשה בעיות קשות. לא פעם ממיר אדם את דתו מבלי להקפיד על הפורמליות הדרושה לפי הפקודה, אך עורך טכס נישואין לפי דיניה ומנהגיה של הדת החדשה, שבעיניה אין כל פגם ודופי בהצטרפותו של האיש אליה. שלילת תוקפה החוקי של ההמרה בשל אי מילוי הפורמליות הדרושה, עלולה לערער את תוקפו של הטכס וליטול את סמכותו של בית הדין הדתי לדון בענין. טול מקרה של יהודי שהתאסלם ונשא מוסלמית, בטכס מוסלמי, אך לא רשם את המרת-דתו לפי הפקודה. אם כתוצאה מאי-הרישום נשלל תוקפה של ההמרה, יהיה על בית המשפט האזרחי לראות את הנישואין כאילו נערכו בין יהודי ומוסלמית, נישואין אשר בטלים, הן לפי הדין היהודי והן לפי הדין המוסלמי. ואם תאמר שבית הדין השרעי יראה את האיש כמוסלמי מכח התאסלמותו, הרי יש להשיב, כי, אם אמנם מבחינה אזרחית נשאר האיש יהודי, לא יהיה בית הדין השרעי מוסמך לדון בענין.

בתי המשפט התלבטו רבות בשאלות מעין אלו, וניסו להתגבר על קושי זה בדרכים שונות. לעיתים עקפו בתי המשפט את הטענה שהסתמכה על אי הרישום מתוך שקבעו כי הפקודה כלל אינה חלה על המקרה הנדון, למשל, כיון שהאיש לא יצא מעדה מוכרת, וממילא לא חלה חובת הרישום⁵⁶. כאשר חלה הפקודה, נראה שבמובלע הבחינו בתי המשפט בין מקרה בו טענת חוסר הרישום נטענה כנגד הממיר לבין מקרה בו היא נטענה על ידי יו. במספר מקרים בהם ביקש אדם להיבנות מן המחלוקת שלו גופו בענין זה, השתמשו בתי המשפט בעקרון המניעות, בקובעם כי אדם שהתחזה כבן עדה מסוימת, לא יורשה להתכחש להמרתו ולא תישמע מפיו הטענה כי לפי החוק לא היתה להמרה תוקף⁵⁷. בשאלת נכונות השימוש בעקרון המניעות בנושא זה נעסוק להלן.

מקרה שונה הוא כאשר מבקש אדם לנצל את מחלוקתו של בן-זוגו, יריבו בשעת הדין, כדי לשלול את תוקפה של ההמרה מחמת אי רישומה. גישת בית המשפט העליון המנדטורי, לגבי מקרה מעין זה, היתה שאין מנוס מן המסקנה שההמרה חסרת-תוקף⁵⁸. לבעיה זו נמצא פתרון רק באמצעות פניה לגישא בית המשפט העליון, על פי סימן 55 לדבר המלך במועצה, אשר גרס כי מן הראוי שיוקנה על ידו שיפוט לבית הדין הדתי אשר בשעתו קיבלו עליהם שני בני הזוג את דיניהם⁵⁹.

אך מפסק-דין שניתן לאחרונה על ידי גישא בית המשפט העליון, השופט אגרנט, יוצא כי, מעיקרו של דבר, מחלוקת אי הרישום אינו מהותי, וכי אם מתברר שהמרה

56 ראה פסקי הדין הנזכרים בהערה 53 לעיל. וראה כמיוחד פס"ד שיבלי נ' שיבלי הנ"ל, שם, עמ' 149: "הדרישות האמורות בפרק כ"ז חלות רק לגבי אותם אנשים, המשתייכים לאחת העדות המוכרות בחוק וממירים את עדתם בעדה דתית אחרת, שאף היא מוכרת בחוק. יוצאים מכלל זה: אנשים המתחברים לעדה דתית בלתי מוכרת או היוצאים מעדה כזאת. אנשים כאלה פטורים מלרשום את דבר המרת עדתם הדתית".

57 בג"צ 6/43 אמר נ' יח"ר ההוצל"פ ואח', פל"ר 1943, 78; בג"צ 7/44 בקלוק נ' בקלוק, אל"ר 1944, 192; בג"צ 85/47 שיבלי נ' שיבלי ואח', פד"ר ג' 142; אבל ראה: בג"צ 40/45 פואמי נ' יח"ר ההוצל"פ ואח', אל"ר 1946, 245.

58 בג"צ 100/41 שוביטה נ' יח"ר ההוצל"פ ואח', פל"ר 9, 121.

59 ב"ש 19/42 שוביטה נ' שוביטה, פל"ר 9, 264.

לא נרשמה, ניתן לדחות את הדיון כדי לאפשר לממיר לגרום לרישום הדרוש בדיעבד.⁶⁰ ההנחה המונחת ביסודה של אפשרות זו היא כי המרה נכנסת לתוקף עם השלמת ההליכים הדתיים, ורישומה של ההמרה מקנה לה תוקף למפרע. הקושי הוא שמן הפקודה ניתן, אולי, להסיק כי תחילת תוקפה של המרה היא מיום רישומה.⁶¹ אמנם גישתו של הנשיא אגרנט נראית רצויה וצודקת יותר לגופו של עניין.⁶²

(4) תוצאות המרת-דת לצורך השיפוט

לכאורה תוצאת המרת-דת היא שהאיש נחשב בן הדת החדשה אף לצרכי השיפוט.⁶³ אך סעיף 4(2) של הפקודה מסייג זאת בקובעו כי:

"Notwithstanding any change of community, jurisdiction in matters of marriage, divorce and alimony shall continue to be exercised by that court which, before such change, had jurisdiction unless both parties to the marriage have become members of another religious community."

על פי סעיף זה יש להבחין בין המרה חד-צדדית של אחד מבני הזוג להמרה משותפת של שניהם. כאשר רק אחד מבני הזוג המיר את דתו, נשמר שיפוטו של בית הדין הדתי שהיה מוסמך לפני ההמרה לדון בעניני נישואין, גירושין ומוזנות של בני הזוג. מטרתה של שמירת שיפוט זו היא למנוע מאדם להתחמק מהתחייבויות שנטל על עצמו לפי דת מסוימת, על ידי המרתו לדת אחרת. הגישה הכללית היא שבני זוג אשר נישאו לפי דין דתי מסוים וקיבלו אותו על עצמם, בהסכמה הדדית, ימשיך לחול אותו דין אף על המשך יחסיהם. לפיכך, לצורך השיפוט, קובעת דתם של בני הזוג בשעת עריכת הנישואין ולא דתם בשעת הגשת התביעה. רק אם שני בני הזוג המירו דתם לדת אחרת, תקנה ההמרה שיפוט לבית הדין של הדת החדשה, כי במקרה זה כפפו שניהם את עצמם לדת החדשה ואימצו מרצונם המשותף את עקרונותיה.⁶⁴

60 בה"נ 34/72 חמדאן נ' נשיא, פ"ד כ"ח (1) 225, בו אומר הנשיא (אגרנט): "... אין אני רואה להסתמך דוקא על הטעם כי הבעל אינו יכול להיבנות מעובדת המרת דתו הנוצרית ... לדת המוסלמית, כל עוד שלא הודע על כך על ידי רשות הדת המוסלמית למונה על המחוז, כפי שנדרש בסעיף 1(2) לפקודה. ברור, שנוכח התעודה ... בדבר המרת הדת הנ"ל ... ניתן למלא את החסר הזה ולפיכך הייתי דוחה את הדיון על מנת לאפשר לבעל לגרום למתן ההודעה האמורה".

61 ראה, למשל, סעיף 4(1) לפקודה, על פיו שינוי עדה שנרשם כהלכה לפי הפקודה לא ישפיע על שום התחייבויות שהאיש נטל על עצמו לפני רישום השינוי על ידי הממונה על המחוז. משמע שהזמן הקובע לענין תקפה של ההמרה הוא זמן הרישום.

62 בהחלטת הנשיא הנ"ל תומכת החלטתו של בית המשפט העליון המנדטורי בבג"ץ 87/32, מובא בוטטה, עמ' 69-70, לפיה רישום המרה יש בכוחו להכשיר תקפם של נישואין שנערכו מספר ימים לפני רישום, על פי דיני הדת החדשה.

63 ראה בענין זה ע"א 78/45 בנרק נ' מיכאל, אל"ר 1946, עמ' 33.

64 ראה בענין זה: בג"צ 7/44 בקלוק נ' בקלוק, (1944), עמ' 192, 194, שם אומר השופט פרומקין: "For years it has been the practice of this court that no change of religion subsequent to marriage can affect the jurisdiction of the court of the community to which the parties belonged at the time of the marriage. This sound and logical principle was adopted in the religious community (change),

שמירת השיפוט של בית הדין הקודם מוגבלת לעניני נישואין, גירושין ומוזנות בן הווג. הגבלה זו מקורה, כנראה, בכך שבענינים אלה מוקנית לבית הדין הדתי על פי דבר המלך סמכות ייחודית. ביתר הענינים העלולים להתעורר בין בני זוג, נדרשת בלאו הכי הסכמת כל הצדדים לשיפוטו של בית הדין הדתי, ולכן גם ללא ההמרה רשאי היה כל צד להתנגד לשיפוטו של בית הדין (מכלל זה יש להוציא את בית הדין המוסלמי, הנהנה מסמכות ייחודית בכל עניני המעמד האישי).

מסעיף (2)4 אין זה ברור אם כוונתו היתה לשמור על שיפוטו הקודם של בית הדין הדתי בלבד, או שמא כוונתו היתה להגן אף על שיפוטו הקודם של בית המשפט האזרחי. בעיה זו מתעוררת כאשר לאחר הנישואין אחד מבני הווג ממיר את דתו לאותה דת לה היה חבר, וממשיך להיות חבר, בן הווג האחר. ננית, למשל, שיהודיה גישה לקתולי בטכס אזרחי מחוץ לישראל. בני הווג עלו ארצה וברצון האשה להשיג פסק דין הצהרתי על תקפם של הנישואין. תביעה כזאת היא בסמכותו של בית המשפט האזרחי, אך אם לפני הגשת התביעה התגייר הגבר, תתעורר השאלה האם גיורו יקנה לבית הדין הרבני שיפוט ייחודי בתביעה, בהתחשב בכך שהאשה היתה ונסארה יהודיה. אם גענה בחיוב על שאלת סמכותו של בית הדין הרבני, תהיה התוצאה שבית דין זה יראה את גישווי התערובת שנערכו בין בני הווג כבטלים ומבוטלים מעיקרם. דומה כי בשאלה זו אשר המחוקק, כנראה, לא נתן דעתו עליה, יש פנים לכאן ולכאן.

לכתחילה סבור הייתי, כי אין ספק שחלה במקרה זה הרישא של סעיף (2)4 לפקודה, על פיה אין בכוחה של המרה להפקיע את שיפוטו של בית המשפט שהיה מוסמך לדון בענין הנישואין לפני ההמרה, והוא, בדוגמא שלפנינו, בית המשפט האזרחי. אמנם בשעת הגשת התביעה משתייכים הצדדים לאותה דת, אך נוסח הסיפא של סעיף (2)4

("unless both parties to the marriage have become members of another religious community")

מלמד לכאורה שאין להסתפק בכך שבני הווג הם בשעת הגשת התביעה בני אותה דת, אלא נדרש גם שהדת המשותפת היא דת "אחרת" של שני בני הווג, כלומר ששניהם המירו דתם אליה. פירוש זה מתחזק גם מתוך מטרתו של הסעיף למנוע מאדם להתחמק, על ידי המרה חד-צדדית, משיפוטו של בית הדין הקודם. ניתן לחשוב כי מטרה זו תופסת גם בדוגמא שלפנינו, שאחרת תהיה התוצאה שבידו של הגבר למנוע, על ידי גיורו שלו בלבד, את אישור תקפם של הנישואין הנחשבים כתקפים בבית המשפט האזרחי על יסוד כללי המשפט הבינלאומי הפרטי.

גישה אחרת ננקטה על ידי בית המשפט העליון בשאלת סמכותו של בית המשפט המחוזי לדון בתביעה להצהרה על בטלות נישואין שהוגשה על ידי יהודי שנשא פרוטסטנטית בטכס אזרחי בחו"ל. האשה התגיירה לאחר הנישואין, וכיזן שכן, גרס בית המשפט כי הסמכות לדון בתביעה נתונה לבית הדין הרבני. בפרשו את הסיפא לסעיף (2)4 של הפקודה, אמר בית המשפט כי: "תכלית המלים האלו היא שלא ישאר השיפוט בידי בית דין העדה שממנה בוצעה היציאה אם התוצאה היא שהבעל והאשה שניהם נעשו חברים לעדה דתית אחרת..." (ההדגשה שלי). ולמטה מן הענין נאמר כי: "חוק הנישואים אינו תמיד המבחן שעל פיו יש לפתור את שאלת השיפוט. העובדה כי רצונו של אחד המתדיינים, שהינו מבטא בכניסה לעדה הדתית של

המתדיין השני, מביא להעברת הסמכות לבית דין העדה הזאת, אין היא כשלעצמה משמשת יסוד לביטול כוח השיפוט של בית דין זה".⁶⁵

לטובת הלכה זו ניתן לטעון, כי בסעיף 4(2), סיפא, לא נאמר כי שני הצדדים המירו את עדתם לעדה דתית חדשה, אלא כי הם נעשו חברים לעדה דתית אחרת. משמע כי המחוקק רואה כעיקר את תוצאה לפיה כיום שני בני הזוג משתייכים לאותה דת, ומכאן שבית הדין של אותה דת יהיה מוסמך לדון בעניני המעמד האישי שלהם. אשר לדיק הלשוני שכנגד, ניתן לטעון כי המחוקק נתן את דעתו בעיקר על המקרה בו לבני הזוג יש בשעת הדיון דת משותפת, בעוד שדתם הקודמת, המשותפת, בשעת הגישוואין היתה שונה, אך המחוקק לא התכוון למנוע את האפשרות שהמרת-עדה תקנה שיפוט לבית הדין הדתי שבו שני בני הזוג משתייכים אליו. אמנם התוצאה היא שהדין שיחול על הגישוואין בבית הדין הדתי יהיה שונה מן הדין הזר שחל עליהם בשעת עריכתם, אך תוצאה זו אינה יוצאת-דופן, והיא אפשרית גם במקרים אחרים, כגון כאשר שני בני הזוג היו בני אותה דת ורכשו את האזרחות הישראלית לאחר שנישאו קודם לכן בחו"ל בטכס אזרחי.

נוטה אני לקבל את ההשקפה האחרונה על פיה אפילו אם אחד מבני הזוג המיר דתו לאותה דת לת חבר בן הזוג האחר, תקנה ההמרה שיפוט לבית הדין הדתי לו חברים עתה שני בני הזוג. שאם לא נאמר כן, יביא הדבר לכלל התנגשות עם החוקים המיוחדים העוסקים בסמכויות השיפוט של בתי הדין הדתיים. למשל, על פי סעיף 1 של חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, אם שני בני הזוג הם יהודים בישראל, אזרחי המדינה או תושביה, מסודר לבית הדין הרבני שיפוט ייחודי בעניני נישואיהם וגירושיהם. אם, לעומת זאת, תגרום שחרף גיורו של הצד הלא-יהודי, יהיה מנוע בית הדין הרבני לדון בעניני הגישוואין והגירושין של בני הזוג, תתעורר בעיה חמורה: סעיף 2 של אותו חוק, עומד ומכריז: "גישוואין וגירושין של יהודים בישראל ייערכו על פי דין תורה". נניח שלאחר גיורו של הצד הלא-יהודי, ערכו בני הזוג טכס גישוואין חדש כדת משה וישראל, אך לאחר זמן אחד מהם או שניהם מבקשים להתגרש, מי יהיה מוסמך לדון בענין זה? שמא תאמר כי יש לפנות לנשיא בית המשפט העליון על פי חוק שיפוט בעניני התרת נישואין (מקרים מיוחדים), תשכ"ט-1969, כדי שיקנה שיפוט לבית הדין הרבני,⁶⁶ אך ספק גדול אם חוק זה חל בכלל על מקרה כגון זה. אמנם

ordinance, Section 4(2), which allowed one diversion from the rule, and that is, when both parties have subsequent to the marriage changed their religious community. The object of this principle is obvious. No party to a marriage should be allowed to escape matrimonial obligations by depriving a court of its natural jurisdiction through a change of community" וראה גם: ע"א 44/46 חדר

נ' חדר, אל"ר (1947), עמ' 42; בה"ג 34/72 המדיאן נ' שניא, פד"י כ"ח (1) 225.

65 ע"א 98/47 האלו נ' האלו, פס"ע א' 51, 66, 67. אסמכתא נוספת להלכה זו אפשר למצוא בב"ש 101/59 פולש נ' פולש, פד"י י"ג 1620, שם החליט נשיא בית המשפט העליון כי סמכותו לקבוע שיפוט בענין נישואין בין יהודי ונוצריה קתולית, על פי סימן 55 לדבר המלך במועצה, אינה נשללת אם האשה הגישה בקשה להתגייר, כל עוד לא נתגייסה בפועל.

66 על שיקול דעתו של נשיא בית המשפט העליון לפי החוק הנ"ל, ראה רשימתי במשפטי, כרך ב', עמ' 416, 417-419.

אם נגיה שפקודת העדה הדתית (המרה), בהיותה Lex Specialis, מקצצת בסמכותו הבלעדית של בית הדין הרבני על פי חוק שיפוט בתי דין רבניים, ניתן לומר שהענין אינו בשיפוטו הייחודי של בית דין דתי ולכן נופל לסמכותו של הגשיר לפי סעיף 1(א) של החוק מתשכ"ט. אך הקושי הוא שלפי סעיף 1(ב) של החוק הנ"ל: "חוק זה לא יחול אם שני בני הזוג יהודים...". רק בדוחק רב ניתן לומר שהזמן הקובע לענין דחיית הוראות החוק מתשכ"ט מחמת ההשתייכות הדתית המשותפת של שני בני הזוג הוא שעת עריכת הנישואין ולא שעת הגשת התביעה. על כרחך יפול הענין לסמכותו השיורית של בית המשפט המחוזי, ולא ניתן יהיה להגשים את הוראת המחוקק כי הגירושין של בני הזוג ייערכו על פי דין תורה.

נראה לי איפוא, שאין לפרש את סעיף 4(2) כמתכוון לשמור על שיפוטו הקדום של בית המשפט המחוזי, אם בשעת הדיון שני הצדדים משתייכים לאותה דת. הדבר בולט במקרה בו בני הזוג ערכו טכס נישואין שני לפי דיני הדת החדשה, אך דומה כי אין מנוס מן הסמכות הדתית אפילו אם הטכס היחיד שנערך ביניהם היה טכס אורתדוקסי, בהיותם בעלי דת שונה.

(5) שינוי דת מחוץ לפקודה

כאמור, מוגבלת תחולתה של הפקודה לשינוי שיש בו יציאה מדת מוכרת וכניסה לדת מוכרת אחרת. אך אין זאת אומרת כי שינויים אחרים בהשתייכות דתית אינם מוכרים. הדבר תלוי בטיבו של השינוי. אדם הנכנס לדת מוכרת, מבלי שהיה קודם לכן חבר לדת מוכרת או חבר לדת אחרת אינו שהיא, תוכר הצטרפותו לדת החדשה, אם זו רואה בו כמשתייך לשורותיה. הדבר ברור כאשר האיש היה קודם לכן בן-בלידת. במקרה זה אין כלל התנגשות בין-דתית, אלא מתקבלת, ללא ספק, קביעתה של הדת היחידה הרואה את האיש כמשתייך אליה. אך גם כאשר יצא האיש מדת קודמת, בלתי מוכרת, תוכר הצטרפותו לדת החדשה, קל וחומר מאדם שהמיר את דתו המוכרת בדת מוכרת אחרת.⁶⁷ הוא הדין לשינוי בדת שנערך בחו"ל, עליו, כזכור, הפקודה אינה חלה, אך השינוי יוכר, על כל פנים אם האיש הצטרף לדת מוכרת, תהא אשר תהא השתייכותו הדתית הקודמת, אם היתה לו השתייכות כזאת.⁶⁸

המשותף לכל המקרים הללו הוא, שהפקודה אמנם אינה חלה, אך עצם השינוי בהשתייכות הדתית מוכר. אך כתוצאה מאי-תחולת הפקודה, אין חובה לנקוט בהליכים הפורמליים הדרושים לפי הפקודה לשם מתן תוקף חוקי להמרת-דת. לעומת זאת, אין אדם יכול לצאת מדת מוכרת מבלי להצטרף לדת אחרת. לשון אחרת,

67 ראה, למשל, בג"צ 51/45 שומלי נ' יח"ר ההוצל"פ ואח', אל"ר (1945), עמ' 649, בו הוכרה הצטרפותה של אשה פרוטסטנטית לכנסיה הלטינית-קתולית.

68 להכרה בהמרת-דת שגורמה בחו"ל, ראה למשל, בה"צ 1/72 הולצמן, פד"י כ"ו (2) 85, בו היה מוכן נשיא בית המשפט להכיר בגיור שנערך על ידי רב רפורמי בחו"ל, אם מוצגת לפניו תעודה המעידה על גיור זה. (לא כאן המקום להכנס לבעיות שהבהר זו מעוררת. ראה בענין זה א' ח' שאקי, דיני ישראל, כרך ד', עמ' 161). לענין הכרה בגיור שנעשה בחו"ל, ראה גם: בה"צ 22/71 (לא פורסם), בו ראה עצמו נשיא בית המשפט העליון מוסמך לדון בנישואין של בני זוג קתולים שנישאו באיטליה כשהאשה התגיירה באיטליה. לפי השקפת הדת הקתולית, שני בני הזוג הם קתולים ורק בית הדין הקתולי מוסמך לדון בענין.

אין החוק מכיר בהליך שכתוצאה ממנו ניתן תוקף לרצונו של אדם להיות חסר דת. הקטיגוריה של חסר-דת היא תוצאה אובייקטיבית הנוצרת מכך שכיום מערכת דינים דתית אינה מחילה עצמה על אדם מסוים. כך, למשל, בן לאב יהודי ואם קתולית אשר לא נטבל לנצרות, איננו יהודי מחמת נכריותה של אמו, אך גם איננו קתולי כי לא נטבל⁶⁹. לכאורה ניתן היה לומר, כי כשם שמכבדים את רצונו של אדם להמיר את דתו לדת אחרת, הרי שבאותה מדה של הגיון יש לכבד את רצונו של אדם לזנוח את דתו הקודמת מבלי להצטרף לדת חדשה. אך לפי המשפט הפוזיטיבי, כיון שדתו הקודמת של האיש ממשיכה לאחוז בו, מבלי שדת אחרת שוות-ערך מבקשת למשוך אותו אליה, אין בידו של האיש להשתחרר מתחולתה של דתו הקודמת. אמנם אין החוק שולל את חירותו של אדם להכריז על עצמו כחסר-דת ולנהוג בהתאם לכך, אך אין החוק מעניק לו כח או יכולת משפטית להכליל עצמו בקטיגוריה זו, תוך הפקעת השתייכותו לדתו⁷⁰. עם זאת, אין זה ברור אם מוכר שינוי, על פיו יוצא אדם מדת מוכרת ומצטרף לדת בלתי מוכרת. כאמור, בהעדר כניסה לדת מוכרת אין הפקודה חלה. אך השאלה האם יש תוקף לשינוי זה תלויה בשאלה הקודמת והיא, מה מעמדו של אדם המשתייך לדת בלתי מוכרת. לשאלה זו אין למצוא תשובה ברורה בפסיקה. לפי דעה אחת, לאדם כזה אין דין אישי⁷¹. לפי דעה אחרת, הדין האישי של האיש הוא הדין הדתי של אותה דת, אף-על-פי שדת זו אינה מוכרת על ידי המדינה לצורך השיפוט⁷². בשאלה זו יש פנים לכאן ולכאן, ולא כאן המקום להרחיב עליה את הדיבור. אני נוטה לדעה כי הביטוי "חוק אישי" המופיע בסימן 47 לדבר המלך במועצה סובל את הפירוש המכליל בו את חוקם הדתי של אלה שאינם חברים לעדה דתית מוכרת. אף שניתן אולי למצוא סימנים המרמזים שהמחוקק המנדטורי לא היה בדעה זו, הרי מכל מקום יש לנו ענין בפירוש מונח סתום, "חוק אישי", שלגבי אורח הארץ לא הוגדר בדבר המלך גופו, ולכן מוטב לדעתי להעדיף ככל האפשר מסקנה שאינה מותירה את האיש כמי שאין לו דין אישי על פיו יוכל להינשא⁷³. אם מסקנה זו נכונה הרי שבהתנגשות בין הדין האישי של הדת הקודמת לבין הדין האישי של דתו החדשה, יש להעדיף את הדת אליה הביע האיש את רצונו להשתייך. מכאן נגזר שינוי לדת בלתי מוכרת חייב להיות מוכר, אם אותה דת חדשה רואה את האיש כמשתייך אליה והאיש נהוג בפועל לפי הליכותיה.

69 Cf. J. A. Abbo, *The Sacred Canons*, vol. I, p. 24 ; והשווה בה"ג 19/72 (לא פורסם).
70 ראה בענין זה, ע"א 450/70 רוגווינסקי ואח'י, נ' מדינת ישראל, פד"י כ"ו (1) 324, שם קבע בית המשפט העליון כי אדם אשר לפי דיני ההלכה היהודית נחשב ליהודי, כפוף בעניני נישואין וגירושין לשיפוטו הייחודי של בית הדין הרבני, אף על פי שהוא מעיד על עצמו שהוא חסר אמונה דתית ואינו משתייך לשום דת. ראה, לעומת זאת, לגבי רישום במרשם האוכלוסין, בג"צ 72/62 רופאייזון נ' שר הפנים, 2447, וכן בג"צ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פד"י כ"ג (2) 477.

71 ראה במיוחד ב' ברכה, "מעמדם האישי של חסרי עדה מוכרת", עיוני משפט, כרך א', עמ' 156.

72 א' ל' גלובוס, "שאלות ותשובות בדיני אישות והמעמד האישי", הפרקליט, כרך י', עמ' 225; פ' ש' פרלס, "שאלות ותשובות בדבר עדות דתיות ודתות בישראל", הפרקליט, כרך ט"ז, עמ' 60.

73 סעיף 2(ב) לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט-1959, אומר כי "אדם שאינו יהודי או מושלמי או דרוזי או חבר אחת העדות הדתיות המפורטות בתוספת הראשונה לפקודת

כאשר לפנינו יציאה מדת בלתי מוכרת או כניסה לדת בלתי מוכרת, עלולה לחול, כאמור, התנגשות בינו לבין דתו הקודמת או החדשה של האיש, הכל לפי הענין. תוקפה האזרחי של הכניסה לדת החדשה אינו גורע מן הרישום הנקוט לפי פקודת העדה הדתית (המרה), אשר כלל אינה חלה, אלא מכך שכתתי דתות או חזונות באותו אדם, ולפיכך הבחירה בינו תיעשה לפי אותו מבחן הנוהג לגבי "כפול-דת" מלידה, כלומר מבחן האפקטיביות. התוצאה היא, שאפילו שינה האיש את דתו לדת חדשה, לא יוכר השינוי אם ממשיך האיש להתנהג בפרועל כבן הדת הקודמת.

בעיה אחרת היא מה דינו של שינוי עליו לא חלה הפקודה, כגון כניסה לדת בלתי מוכרת, שנעשה על ידי אחד מבני הזוג לאחר הנישואין, אך שבו הוא יוצא מעדה מוכרת. לכאורה, כיון שהפקודה אינה חלה, לא ניתן להשתמש בסעיף (2)4 לפקודה, על פיו המרה חד-צדדית אינה פוגעת בשיפוטו של בית המשפט הקודם בעניני נישואין, גירושין ואלימוני. אך נראה לי, כי את "העקרון למניעת התחמקות", שמצא את ביטוי בסעיף (2)4, יש להחיל גם במקרים בהם לא חלה הפקודה, אך היתה יציאה מעדה מוכרת⁷⁴. עקרון זה יסודו ברעיונות כלליים של צדק וסבירות שאין מניעה להשתמש בהם אף לגבי שינויים אחרים בהשתייכות דתית. ואם יטען הטוען כי חלוקת הסמכויות היא חלוקה טכנית שאינה יכולה להיות מושפעת מרעיונות מעין אלו, יש להשיב כי עצם ההכרה בשינוי עליו לא חלה הפקודה, אף הוא אינו מפורש בחוק. הדעת נותנת כי כוחה של המרה לדת בלתי מוכרת לא יהיה גדול יותר מהמרה לדת מוכרת, שבהיותה חד-צדדית אינה מפקיעה את שיפוטו של בית המשפט הקודם לפי סעיף (2)4 לפקודה.

ראיה לדעה זו אפשר למצוא בכך שעוד לפני חקיקת הפקודה ראה לנכון זקן השופטים המנדטורי לפסוק על פי אותם שיקולים שקיבלו יותר מאוחר גיבוש סטוטורי בסעיף (2)4 לפקודה⁷⁵. מכאן יש להסיק כי "העקרון למניעת התחמקות" יש תחולה כללית, והוא אחד הסייגים אותם ניתן לקרוא, אפילו מכללא, לעצם ההכרה האזרחית בשינוי בהשתייכות דתית, לפיו מבקש אדם להפסיק את חברותו בעדה דתית המוכרת על ידי החוק לצרכי השיפוט⁷⁶. אם, מכל מקום, יוחלט שסעיף (2)4 אינו חל מבחינה פורמלית, נראה כי נשיא בית המשפט העליון עשוי להקנות במקרה זה שיפוט לבית הדין הדתי,

הירושה, או שלא חל עליו דין אישי, חייב במונחות בן-זוג, והוראות חוק זה יחולו על מונחות אלה". האם לא ניתן ללמוד מכאן שאפשר שיחול על אדם "דין אישי", אף אם אינו יהודי, מוסלמי, דרוזי או חבר לעדה נוצרית מוכרת? אם לא תאמר כן, הביטוי "או שלא חל עליו דין אישי" הוא מיותר, אך לפי הפירוש הניתן על ידינו הנוגה הוא להסר-דת או בן לעדה דתית שאין לה דינים עצמאיים בעניני מונחות.

74 אם לעומת זאת תתקבל הגירסא לפיה בן לעדה בלתי מוכרת הוא חסר דין אישי, המסקנה הבלתי נמנעת תהיה שאין בידו של אדם להצטרף לעדה כזאת, תוך יציאה מעדה מוכרת.

75 כראש ג' ביאט, 4 קפ"ד (רוטנברג), 1937, 1244, 1251-1252.

76 כך למעשה נפסק לענין סמכותו של בית דין רבני, כאשר אחד מבני הזוג מחק שמו לאחר הנישואין מפנקסי כנסת ישראל. בית המשפט העליון המנדטורי החליט כי יש להחיל את סעיף (2)4 לפקודת העדה הדתית (המרה), על פיו לא ניטלה כתוצאה מיציאה זו סמכותו של בית הדין הרבני, כיון שבשעת עריכת הנישואין היו כפופים שני בני הזוג לבית הדין הרבני. ראה: בג"צ 124/43 אלקין ג' יח"ר ההוצ'ל"ש ואח', אל"ר (1944), עמ' 21; ביד"מ 2/46, גולדנברג ג' גולדנברג, 14 פל"ר 2. בבג"צ 124/43 ש"ב, אומר בית המשפט להנמקת החלטתו, כי בעת הנישואין וכאז היה לצפות בן הזוג שכל סכסוכי האישיות ביניהם יובאו

מתוך השיקול למנוע התחמקות מן הדין אשר שני הצדדים קיבלו אותו על עצמם מרצונם הטוב בעת עריכת הנישואין.⁷⁷

(6) הדין החל כתוצאה משינוי

כתוצאה משינוי מוכר בהשתייכות דתית הופך הדין האישי של האיש – אם הוא רווק – להיות הדין של דתו החדשה ואקטיים משפטיים בעניני המעמד האישי שלו שנעשו אחרי השינוי ידונו לפי דין חדש זה. אך הכאלה היא, האם המרת-דתו של אדם יכולה להשפיע על אקטיים משפטיים שכאלה שנעשו לפני המרתו. במיוחד נשאלת השאלה כלפי תוקפם של נישואין שנערכו על ידי האיש לפני המרתו.⁷⁸

שאלה זו נבלעת ברובה בבעיית השיפוט, ודומה שהדין כאן הוא פונקציה של הדין. כאשר האיש היה נשוי וההמרה היא חד-צדדית, הרי שיפוטו של בית הדין הדתי הקודם בעניני נישואין, גירושין ומוזונות עומד בעינו. אם בני הזוג היו בשעת הנישואין בני אותה דת, תהיה לבית הדין הדתי סמכות ייחודית לדון בסכסוך, והוא יחיל, כמובן, את דינו הדתי בלבד, תוך השינוי שאחד מבני הזוג ביצע. אם לעומת זאת, שינו שני בני הזוג את דתם, יוקנה שיפוט ייחודי לבית הדין של הדת החדשה אשר אף הוא יפעיל את דינו הדתי בלבד.

אמנם, שאלת קיומם של הנישואין עשויה להתעורר בבית המשפט האזרחי באורח אינצידנטלי. אך נראה לי, כי הדין אותו יחיל בית המשפט האזרחי בדונו בענין דרך אגב, מן הדין שיהיה אותו דין אליז התכוון המחוקק שיפועל באמצעות בית הדין הדתי. לפיכך, אם היתה ההמרה חד-צדדית, ימשיך לחול על עניני הנישואין והגירושין של בני הזוג הדין הקודם, ואילו אם ההמרה היתה משותפת לשני בני הזוג, יחול עליהם דינם הדתי החדש.⁷⁹

בעתיד לפני בית הדין הרבני, ואין הוא מקבל את הטענה – "על כל פנים עד כמה שהדבר נוגע לסעיף 4 לפקודה" – שהפקודה אינה חלה על יציאה מכנסת ישראל. בפסקי הדין הנ"ל יש משום הרחבה לסעיף (2)4 והחלתו גם כאשר לא היתה הצטרפות לעדה דתית חדשה. בע"א 98/47 האלו נ' האלו, פס"ע א' 5, 65-66, הסכים בית המשפט העליון הישראלי לעקרון כי בהתאם לסעיף (2)4, אין אדם יכול על ידי עצם עובדת עזיבת עדתו לשלול מבית הדין הדתי את הסמכות לדון בעניני נישואין וגירושין, אך בית המשפט סירב להחיל סעיף זה על שינוי-דת שאינו גורר אחריו הפסקת חברות בעדה מוכרת, כגון פרוטסטנטי המתגיר לאחר שנישא ליהודיה בטכס אזרחי בחו"ל. לענין המרת-דת שנערכה בחו"ל, חיווה השופט זוסמן באימרת-אגב את דעתו כי סעיף (2)4 אינו חל, וכי כאשר הפקודה אינה חלה, קובע מצב הדברים שהיה קיים בשעת הגשת התביעה. (בג"צ 143/62 שלזינגר נ' שר הפנים, פד"י י"ז 225, 251; ור' הערה 35 לעיל.) יש מקום, לדעתי, לפקפק בנכונות מסקנה זו, כי אם נקבלה תהיה התוצאה שהמרת-דת שנערכה בחו"ל כוחה יהיה יפה מהמרת-דת שנערכה בישראל, וכי המבקש ל"התחמק" יוכל להשיג את מבוקשו בהצלחה – בחו"ל. יתכן שיש מקום לפרש שסעיף (2)4 לפקודה חל גם על המרת-דת שנערכה בחו"ל, אף שהוראות הפקודה העוסקות ברישום ההמרה חלות רק על המרה שנערכה בישראל.

77 כ"א נ' כ"א נ' הג"ל ; ב"ש 19/42 שוביטה נ' שוביטה, 9 פל"ר 264.

78 בשאלה זו דן פרופ' זילברג בספרו, המעמד האישי בישראל, עמ' 256-259, אך אינו מגיע לגביה למסקנה חד-משמעית.

79 הוראה מהותית לענין שמירת תקפם של נישואין שנעשו לפני המרת-דת, מוצאים אנו בסימן

למסקנה עקרונית זו נטה המחבר Goadby, בספרו שיצא לפני חקיקת הפקדה:

"On principle one would think that where parties have married under particular religious law their matrimonial relations ought henceforth to be governed by that law at least unless both parties adopt another religion."⁸⁰

לכאורה, ניתן היה להחיל בנושא זה את הכלל הפועל בתורת המשפט הבינלאומי הפרטי, על פיו אין בכוחו של שינוי אזרחות להשפיע על אקטים משפטיים שנערכו בשעה שחל על בעלי הדין חוק האזרחות הקודם.⁸¹ אך השינוי נעוץ בכך שבני-זוג הממירים דתם יודעים הם יפה את התוצאות הצומחות מכך ומקבלים אותם על עצמם ברצון, בעוד שאין להסיק כי משינוי אזרחות משתמע ויתור על הפעולות שנעשו לפי חוק האזרחות הקודם. לאותה מסקנה יש להגיע על פי סעיף 14(1) לפקודת העדה הדתית (המרה). סעיף זה אומר כי:

"A change of community duly registered under this ordinance, shall not affect any liability of the person changing his community which was incurred by him prior to the registration of such change by the district commissioner."⁸²

מכאן שאם אחד מבני הזוג המיר את דתו, אין המרתו פוגעת בהתחייבויות שחלו עליו לפני ההמרה. כך, למשל, לא תישמע הטענה בתביעת מזונות שהוגשה על ידי האשה נגד בעלה, כי לפי החוק הנוכחי של הדת אליה המיר הבעל את דתו, אין תוקף לנישואין שלהם, ועקב כך נשללה מן האשה זכותה למוזונות. לעומת זאת, הוראת סעיף 14(1) לא תחול אם גם האשה המירה את דתה לאותה דת. המרת-דת אמנם אינה פוגעת בחובותיו של הממיר, אך אפשר בהחלט שתפגע בזכויותיו. לשון אחרת, מי שהמיר את דתו יתכן שיהיה מנוע מלהסתמך על דיניה של הדת שעזב, ולכן כאשר המירו שני בני הזוג את דתם לאותה דת, נחשפו יחסי האישות שלהם למערכת הדתית החדשה. דינים אלו עשויים

65א לדבר המלך במועצה המתיר הוצאת פקודה לסידור נישואין אורחיים של בני אדם שאף אחד מהם אינו מוסלמי או חבר עדה דתית. ס"ק (ב) של הסימן הנ"ל קובע כי "צד לנישואין שסודרו עפ"י הוראותיה של כל פקודה כזאת, ולאחר כך נעשה מוסלמי או חבר לעדה דתית, הרי לא יהא תוקף הנישואין נפגע מחמת זה". אין הסעיף דן בשאלה מה יהא תוקף הנישואין אם שני בני הזוג המירו דתם.

⁸⁰ Goadby, *International and Inter-Religious Private Law in Palestine*, 1926, p. 166.

⁸¹ לקליטת הלכה זו בארץ, ראה ע"א 191/51 סקורניק נ' סקורניק, פד"י ח' 141, ור' בהרחבה אצל זילברג, המעמד האישי בישראל, עמ' 219 ואילך. אבל ראה: א' לבונטין, על נישואין ונירשין הנערצים מחוץ למדינה, ביחוד עמ' 31 ואילך, עמ' 81-90.

⁸² נראה כי יש להשאיר בצריך עיון את ההחלטה בביד"מ 1/41 חוכני נ' גאנא, 8 פל"ר 216, בה נפסק כי הוראת סעיף 14(1) היא הוראה מהותית אשר בית דין שרעי חייב להתחשב בה. הוראת סעיף 14(1) מכל מקום אינה מוגבלת להתחייבויות שנתגבשו כבר בפסק-דין, כפי שסובר בסעות שאווה במאמרו הנזכר בהערה 10 לעיל (שם, עמ' 267) ופסק-הדין בביד"מ 1/41 יוכיחי! בביד"מ 1/41 נפסק כי זכות הירושה של אלמנה שנישאה למוריש לפי דין דתי קודם אינה נפגעת כתוצאה מהמרת דתו.

להתכחש לתוקפם של הגישואין, אלא אם ערכו בני הזוג טכס גישואין לפי דיני הדת החדשה. גיתן היה אולי להשיג עקרונית על כוחם של בני זוג לעקור למפרע סטאטוס גישואין על ידי רצונם הם בלבד, למשל, מתוך מטרה משותפת לשניהם לעקוף את המניעה לגירושין בדין הקודם (כגון הדין הקתולי). אך דומני, כי לתוצאה זו נתכוון המחוקק, בהקנתו שיפוט לבית הדין של הדת החדשה לה המירו שני בני הזוג, ואין להניח כי ביקש המחוקק לפצל בין הסטאטוס המוכר של בני הזוג בבית הדין הדתי לבין הסטאטוס המוכר להם בבית המשפט האזרחי. אמנם התחייבויות בני הזוג כלפי צדדים שלישיים, כגון ילדיהם, עומדות בתקפן המלא, חרף המרת-דתם, וזאת מכח סעיף 4(1) הנ"ל.

עם זאת, אין, כפי הנראה, מנוס מ"פירול הסטאטוס", כאשר אחד מבני הזוג המיר דתו לדת של בן זוגו, בשעה שגישואיהם נערכו קודם לכן בטכס אזרחי. בית המשפט האזרחי, מתוך אנאלוגיה להלכה שנפסקה בענין סקורניק, יחיל כנראה על בני הזוג את הדין שחל עליהם בשעת מעשה, בעוד שבית הדין הדתי, לו מוקנית כנראה סמכות שיפוט בענין, עשוי להתיר את גורל הגישואין על פי הדין הדתי החל על הצדדים בשעת הדיון, ללא שימוש בכללי המשפט הבינלאומי הפרטי.⁸³

החלת הדין שבחסותו נערכו הגישואין, חרף המרת-דת של אחד מבני הזוג, מונעת, כאמור, מן הממיר להתנער מהתחייבויותיו המשפטיות על ידי המרתו. אך למטבע זו יש צד שני. הדין הדתי הקודם עלול לראות את ההמרה בעין רעה, וכתוצאה מכך לפגוע בזכויות מהותיות של הממיר. כך, למשל, לפי הדין היהודי, אשה שהמירה את דתה עלולה להיחשב כ"עוברת על דת" שבעלה פטור ממונחותיה וזכאי לגרשה, כשם שאם הבעל המיר את דתו, תוכל האשה לדרוש לכופ אותו לתת לה גט. על כל פנים יחולו דינים אלה כאשר המרת-הדת יש בה כדי להכשיל את קיום מצוות הדת על ידי בן הזוג האחר או להפר את שלום הבית.⁸⁴ המחוקק החילוני לא מנע מבית הדין הדתי להפעיל "סנקציות" מעין אלו כנגד מי שהמיר את דתו לאחר גישואין, וכנראה שטעמו היה שהמרת-דת שכזאת, אם היא חד-צדדית, יש בה כדי להפר את שלום הבית בין בני הזוג, וכי לפחות בחלק מן המקרים לא יהיה מנוס מפירוק קשר הגישואין.⁸⁵

ד. השתייכות דתית מכח מניעות

עקרון יסודי הוא שסמכותו של כל בית דין דתי בעניני המעמד האישי מותנית, בהשתייכותם של כל הצדדים לדת או לעדה של בית הדין.⁸⁶ רק נשיא בית המשפט

83 ראה: ע"א 98/47 האלו נ' האלו ואח', פד"י ב' 16, בעמ' 33, והשווה: ת"א 681/50 סקורניק נ' סקורניק, פס"מ ה' 51, בעמ' 61.

84 לגבי כפיית בעל מומר, ראה הדעות השונות בשו"ת ביהר"ם אלשיך, סי' ע"ג; ב"י על המור, אה"ע, סי' קל"ד; בנח"י, אה"ע, סי' קל"ד, הגהות ב"י, אות ע"ב; רמ"א, שו"ע אה"ע, קנ"ד, א'; פתחי תשובה, שם, סי' ב' (ד). לגבי "עוברת על-דת" באורח כללי, ראה, שרשבסקי, דיני משפחה, מהדורה שניה, עמ' 305-308.

85 Cf. Goadby, *op. cit.*, pp. 162-171; s.v. Fitzgerald, *Muhammadon Law*, pp. 84-85.

86 ראה, למשל, בג"צ 85/47 שיבלי נ' שיבלי, פד"י ג' 142, בעמ' 150. כן ראה: זילברג, המעמד האישי בישראל, עמ' 40; בג"צ 214/64 כסן נ' בית הדין הרבני הגדול ואח', פד"י י"ח (4).

העליון יכול להקנות לבית דין דתי שיפוט בענין המעמד האישי הנוגע לבני עדות שונות.⁸⁷ מבחינה מהותית, שוני הדתות שבין בני זוג עלול, לעתים, להכשיל את תקפו של טכס נישואין אשר נערך ביניהם על פי דיני דתו של אחד הצדדים. כאשר אחד הצדדים מבקש מטעם זה לתקוף את סמכותו של בית דין דתי מסוים או לשלול תקפם של נישואין, עשויה להתעורר השאלה האם ניתן להשתייך את טענתו שאין הוא משתייך לעדה או לדת מסוימת מחמת מגיעות.

בתי המשפט קבעו מספר פעמים, שאדם אשר התחזה כבן עדה או דת מסוימת ונישא לפי דיניה, יהיה מנוע מלהתכחש כלפי בן-זוגו להשתייכותו לאותה עדה או דת. כך, למשל, עשו בתי המשפט שימוש ברעיון המגיעות כדי לדחות את טענתו של אדם שטען שאין להכרתו תוקף מחמת שלא נרשמה לפי פקודת העדה הדתית (המרה).⁸⁸ כן לא נתקבלה טענה זו טענתו של אדם שהתדיין ארוכות בפני בית דין דתי ורק לאחר שהדין נפסק נגדו טען לחוסר סמכותו של בית הדין, למשל כיון ששמו לא היה רשום בפנקסי כנסת ישראל.⁸⁹ רעיון המגיעות הופעל גם כאשר קשה היה לברר מבחינה עובדתית את השתייכותו הדתית של בעל הדין.⁹⁰ אם כי במקרה אחר, בו בית הדין הדתי קבע בעצמו בפסק-דינו שהשתייכות זו מוטלת בספק, גרס בית המשפט שאין מקום להחיל את דיני המגיעות.⁹¹

עקרונית נראה היסוד המשפטי להכרה בהשתייכות דתית מכח מגיעות כמפוקפק. שתי השלוחות העולות מהכרה זו הן: ראשית, מוקנית לבית דין סמכות שיפוט שאינה נתונה לו לפי החוק, ושנית, ניתן תוקף לנישואין אשר לפי החוק עשויים להיות בטלים ומבוטלים. כלל ידוע הוא שאין בכוחה של הסכמה להקנות לבית משפט סמכות שיפוט אשר לא הוענקה לו בחוק.⁹² הטעם לכך הוא שהתוראות הקובעות את סמכויות בתי

309, עמ' 318. חריג לכלל זה הוא, כמובן, העקרון שמצא את ביטויו בסעיף 4(2) לפקודת העדה הדתית (המרה), אשר נדון לעיל.

87 סמכותו של הנשיא להקנות שיפוט שכזה נתונה לו בסימן 55 לדבר המלך במועצה, ובעניני התרת נישואין לפי חוק שיפוט בעניני התרת נישואין (מקרים מיוחדים), תשכ"ט-1959. וראה גם רשימתי על החוק הנ"ל, משפטיים, כרך ב', עמ' 416.

88 בג"צ 6/43 אמר נ' י"ר הוצל"פ ואח', פל"ר 1943, 78; בג"צ 7/44 בקלוק נ' בקלוק, אל"ר 1944, 192.

89 בג"צ 293/52 עמיצור נ' י"ר הוצל"פ, פד"י ז' 98, וראה זילברג המעמד האישי בישראל, עמ' 76-72. אותו רעיון ראה גם בבג"צ 83/46 ספורי נ' פלמן, אל"ר 1947, 71: "... המב" קשת נישאה בכנסית היוונית-אורתודוקסית. היא עצמה פתחה בהליכים בבית הדין של העדה היוונית-אורתודוקסית. במשך כל תשע השנים שבהם נמשכה ההתדיינות, היא לא התנגדה מעולם לסמכותו של בית הדין ומעולם לא טענה שהיא פרוטסטנטית... אני בדעה שהתנהגותה במשך השנים מונעת ממנה להעלות טענה זו כעת". ראה גם: בג"צ 20/53 שיינברג נ' י"ר הוצל"פ לפוקל ואח', פס"ע י"ג 124.

90 ראה פסק דינו של השופט חשין בבג"צ 85/47 שיבלי נ' שיבלי, הנ"ל 150-153. הנשיא (ומורה), שאיר בצריך עיון את השאלה האם מונעים אדם, בשל התנהגותו, מלטעון תבורות בעדה דתית מסוימת.

91 בג"צ 214/64 כסן נ' בית הדין הרבני הגדול ואח', פד"י י"ח (4) 309, בעמ' 316-317.

92 עקרון זה שימש, בתקופת המנדט, יסוד לביטול פסקי דין של בתי דין רבניים, כאשר אחד מבעלי הדין לא היה רשום בפנקסי כנסת ישראל, וראה זילברג, המעמד האישי בישראל, עמ' 62 ואילך.

המשפט הן הוראות קוגנטיות הנעוצות בשיקולי טובת הציבור ואינן ניתנות לשינוי מכח רצונם של הצדדים. הוא הדין לשאלת תקפם של גישואין, שבהיותה ענין של סטאטוס, נוגעת לא רק לבני הווג עצמם אלא לציבור בכללותו. לפיכך אם יש לראות את הגישואין כבטלים, אין בני הווג רשאים להסכים ביניהם על ראייתם כתקפים⁹³. יש מקום לטעון אפוא, כי כוחה של מניעות אינו יכול להיות גדול יותר מכוחה של הסכמה מפורשת, וכי ענין שלא ניתן להסכים עליו, אי אפשר להיות מנוע מלעורר אותו. ואכן, עקרון משפטי מקובל שאין מניעות יכולה להתור תחת עקרון מהותי הנעוץ בטובת הציבור. לעקרון זה אפליקציה בתחומי משפט רבים, ובין היתר מקובל שאין מניעות יכולה להעניק סמכות לבית משפט במקום שאינה נתונה לו מכח החוק⁹⁴, ואין מניעות יכולה להיות מופעלת כנגד טענתו של אדם שגישואין בטלים מעיקרם⁹⁵.

עם זאת, נראה שיש להבחין בין מניעות הנוצרת עקב התנהגות (estoppel in pais) לבין מניעות הנוצרת עקב מעשה בית דין (estoppel per rem judicatam). בית דין רשאי לקבל הודאה, מפורשת או מכללא, מבעלי הדין כי נתקיימו העובדות המוקדמות הדרושות להסמכתו של בית הדין. אין חולק כי לכל בית דין יש סמכות לקבוע אם הענין המובא לפניו הוא בגדר סמכותו. לפיכך פסיקתו של בית הדין שהוא מוסמך לדון בענין עשויה ליצור מעשה בית דין המונע התדיינות נוספת על אותה שאלה מחדש. גם כאשר לא היתה פסיקה מפורשת מצד בית הדין שהענין הוא בסמכותו, יש מקום, בנסיבות מסוימות, להתחשב בהתנהגותם של הצדדים, אשר התדיינותם באותו בית דין העידה כי הם רואים אותו כמוסמך. התנהגותם של הצדדים אינה יכולה אמנם להקנות סמכות לבית הדין, אבל ניתן להתחשב בה במסגרת שיקול-דעתו של בית המשפט הגבוה לצדק, אשר אינו מושיט סעד אלא לבעל-דין שנמצא ראוי לכך. ביטוי סטטוטורי לכך ניתן למצוא כיום בסעיף 7(ב)(4) לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957, על פיו לא ייוקם בית המשפט לטענה שבית דין דתי חרג מסמכותו, אם העותר לא עורר טענה זו בהודמנות הראשונה שהיתה לו. התנאי שבסעיף זה יסודו ברעיון המניעות, כלומר שלא יורשה בעל דין לכבוש את טענתו ולתת לדיון להמשך עם כל הטרחה הכרוכה בכך ליריבו ולהוציא את הטענה מאמתחתו רק כשנוה לו בכך⁹⁶. אמנם בסופו של דבר סייג זה נתון לשיקול דעתו של בית המשפט הגבוה לצדק הרשאי לסטות מן התנאי הנ"ל, אם נוכח שהצדק דורש, בכל זאת, את התערבותו על פי סעיף 7(א) לחוק האמור⁹⁷.

בעיה שונה מתעוררת כאשר מבקשים להסתמך על התנהגותו של בעל דין שקדמה לדיון השיפוט. נראה, כי מן התקדימים המבקשים לסמוך על רעיון המניעות מבצבץ,

93 ראה ע"א 241/57 פלטיאל ג' פלטיאל, פד"י י"ג 599, 601-602, 607.
 94 S. Bower, *The Law Relating to Estoppel by Representation*, 1966, pp. 136-137.
 ראה גם: א' ברק, *אחריות שילוחית בדיני נזיקין*, עמ' 265-266.
 95 P. M. Bromley, *Family Law*, 1971, pp. 67-69; J. Jackson, *The Formation and Annulment of Marriage*, 2nd ed., pp. 357-364. כן ראה: ע"א 654/69 כ"ר נ' כ"ר נולדברג, פד"י כ"ד (1) 373, 375.
 96 בג"צ 349/65 פרו נ' קארי מדהב, פד"י כ' (2) 342, 345.
 97 ראה בענין זה: בג"צ 206/59 גילה נ' שופט השלום ירושלים, פד"י י"ד 1709, 1713-1714; בג"צ 10/59 ויקי לוי נ' ביה"ד הרבני האזורי ת"א-יפו, פד"י י"ג 1182; בג"צ 349/65 פרו נ' קארי מדהב, שפ. כן ראה: י' זמיר, "סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק", מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנטל, עמ' 225, עמ' 255 ואילך.

לאמיתו של דבר, עקרון מהותי, לפיו בעלי-דין קשורים, לענין השיפוט והמשפט, בחוק על פיו נערכו הגישואין. עקרון זה בא לידי ביטוי גם בהקשרים אחרים, כגון בסעיף 4(2) לפקודת העדה הדתית (המרה), וטעמו הרחב נעוץ בכך שטובת הציבור דורשת שבעל דין לא יורשה להתכחש לתקפם של גישואין אשר נערכו על ידו, או לסמכותו של בית דין, אשר הוא כפף עצמו אליו מרצונו החופשי. השימוש בדיני המניעות בא לרכז את חומרת התוצאות הצומחות מכך ששיטתנו רואה את המפתח לבעיית הדין החל דווקא בקביעת ההשתייכות הדתית. עם זאת, לאמיתו של דבר, ניתן לצמצם את השימוש של הפסיקה ברעיון המניעות מכח התנהגות לשני מקרים:

א) כאשר העדר סמכותו של בית הדין מקורו במחדל טכני שהיה ניתן לתיקון על ידי הטוען עצמו, כגון שהטענה היא שלא ניתנה על ידו הודעה על המרת-דתו לפי פקודת העדה הדתית (המרה), או שלא רשם עצמו בפנקסי כנסת ישראל. במקרים אלו ניתן לטעון כי בידו של הטוען, ובידו בלבד, היה להקנות סמכות לבית הדין, אילו נקט בצעדים הדרושים, ולפיכך יכול הוא להיות מגוע מלטעון שעקב מחדלו גשלה הסמכות. שונה הדין כאשר העדר ההשתייכות אינו גובע ממחדל טכני שכוה אלא מדיניה של אותה דת או עדה הנוגעת בדבר. מבחינה זו באה המניעות להתגבר על פגם בהשתייכות מבחינת החוק האזרחי, אך לא על פגם בהשתייכות מבחינת הדין הדתי עצמו.

ב) כאשר לא ניתן לברר לגמרי, מבחינה עובדתית, את השתייכותו הדתית של בעל דין, ניתן לראות בהתנהגותו שקדמה לדיון משום הוכחה להשתייכות לדת מסוימת. לעומת זאת אין מקום להתחשב בהתנהגותו של האיש אם ניתן לברר בנקל את השתייכותו הדתית, או אם העדר השתייכותו גלויה על פני הפסק של בית הדין הדתי עצמו.

צמצומם של התקדימים למקרים מעין אלו מאפשר, לדעתי, להעלותם בקנה אחד עם ההלכה הכללית והרחבה, לפיה אין לראות אדם כבן דת מסוימת מכח מניעות.

ה. סיכום

חשיבותה של ההשתייכות הדתית הולכת ופוחתת ככל שהמחוקק החילוני מרבה בקביעת נורמות טריטוריאליזם, מהותיות, החלות בדיני המשפחה על בני כל העדות והדתות. כך נהג המחוקק במספר חוקים⁹⁸, אך עם זאת לא בוטלה עדיין, במיוחד בעניני גישואין וגירושין, היזקקותו של החוק החילוני לדין הדתי, על כל הניגודים והקונפליקטים הבין-דתיים הנוצרים עקב כך בקביעת ההשתייכות הדתית.

בפסיקה העוסקת בניגודים אלו, עובר כחוט השני הרעיון שיש ליחס משקל רב להתנהגותם של בעלי הדין כפי שבאה לידי ביטוי במיוחד בדין אותו קיבלו על עצמם בעורכם את טכס גישואיהם. רעיון זה בא לידי ביטוי במבחן האפקטיביות, בעקרון למניעת

98 חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951; חוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט-1959; חוק אימוץ ילדים, תש"ד-1960; חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962; חוק הירושה, תשכ"ה-1965; חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973.

התחמקות משיפוט, בשיקולי מניעות, ואף בשיקול-דעתו של נשיא בית המשפט העליון בבואו לקבוע שיפוט מתאים בענין בין-דתי. דומגרי כי רצוי יהיה לשקול הכנסת תיקון לחוק המרחיב את סמכותם של בתי הדין הדתיים בעניני נישואין וגירושין, אם טכס הנישואין נערך, או עתיד להיערך, לפי הדין הדתי של בית הדין המסוים. אין מקום לטענה כי יש בכך כפיית דין דתי על בני דת אחרת, כי הנחתנו היא שבני הזוג קיבלו דין זה על עצמם מרצונם. מבחינתו של אותו דין, ודאי שבית הדין הפועל מטעמו הוא המוסמך ביותר והמומחה ביותר לקביעת תקפו של הטכס. העברת מרכז הכובד מן ההשתייכות הדתית לדין לפי נערכו הנישואין, יכולה להיות מנוסחת בניסוח פרוציסואלי, כגון שמי שנישא לפי דין דתי מסוים יהיה מנוע מלטעון שאותו דין אינו חל עליו או על בן-זוגו. נראה שהצעה כזאת עשויה לצמצם התנגשויות בין-דתיות הן בקביעת ההשתייכות הדתית עצמה והן בקביעת תוקף הנישואין.⁹⁹

כנגד זה יתכן אולי להעלות הצעה לצמצום סמכותו של בית הדין הדתי, כלומר לשלילתה, כאשר הנישואין נערכו בטכס אזרחי, וזאת כדי למנוע פגיעה בכללי המשפט הבינלאומי הפרטי¹⁰⁰. אך שאלה זו חורגת כבר מתחום הנושא שלפנינו, וכל כוונתי לא היתה אלא לרמוז על הצעת-פתרון כוללת הראויה, לדעתי, לעיון ולשיקול. לפי שעה בולטת בהעדרה שיטה אחידה ועקבית להסדר הסכסוכים הבין-דתיים, והפתרונות שנתקבלו עד עתה מצטיינים בפרגמטיות שלהם וברצון להתחמק משרשי הבעיות. ספק אם לאורך ימים יוכל המחקק להמשיך ולנקוט בדרך של "שב ואל תעשה" בנושא זה.

99 כגון, נישואין בין יהודיה למוסלמי בטכס מוסלמי לפני הקאדי. נישואין אלה כשרים לפי חוקו האישי של הגבר ובטלים לפי חוקה האישי של האשה. פתרון זה נתקבל בסעיף 4(1) לחוק לתיקון דיני העונשין (ריבוי נישואין), תשי"ט-1959, על פיו נישואין שהיו תקפים לפי הדין הדתי שעל פיו נערכו ייחשבו כתקפים לענין הרשעה בביגמיה.
100 דבר זה עשוי היה לחסוך את הקשיים שנוצרו בין היתר, בבג"צ 301/63 שפרייט נ' הרב הראשי לישראל ואח', פד"י י"ח (1) 598.