

מעמדו של מומר

מאת

אשר מעוז *

א. מהות הבעיה

שתיים מן הסוגיות הסבוכות, במערכת הסבוכה כשלעצמה של דיני המעמד האישי בישראל, הן עניין המרת הדת ובעיית כפוליי-הדת. הקושי בנוגע לשתיים אלה הוא כפול – הן באשר למהות הפורום המוסמך לדון בענייניהן, הן באשר למהות הדין שיחול עליהן.

על שאלת סמכות השיפוט בענין שמעורבים בו כפוליי-דת כתב פרופ' זילברג¹: "לפנינו יצור משפטי בלתי רגיל, מיוחד במינו: סמכות ייחודית, שאינה מיוחדת לבית דין אחד, ונראה לי כי אין בארצנו שום מכשיר משפטי חוץ מן המחוקק גופו – המסוגל לחתוך את הקצר 'הגורדי' הנה".

באשר לסמכות השיפוט ולדין שיחול במקרה של המרת דת כתב Goadby²:

"We find the situation fraught with difficulties."

קשיים אלה מקורם במחדל של המחוקק, אשר נמנע מלקבוע בחוק את השתייכותם העדתית של אנשים שהמירו דתם. סימן (2)51(ב) לדבר המלך במועצה הסמיך את המחוקק המנדטורי לקבוע את "הנסיבות שבהן ייחשב אדם כחבר לעדה דתית"³. אך המחוקק לא ממש סמכות זו.

ב. הלכות "אלי-צפדי ו'מזרחי"

השאלה, שבה נעסוק ברשימה זו, היא – מה היא דתו של מומר לענין השיפוט והדין שיחולו בענייני המעמד האישי שלו. בשאלה זו נעסוק לאור פסק-הדין, שניתן על-ידי בית-הדין הגבוה לצדק בפרשת מזרחי⁴, מפי השופט ח' כהן. המקרה של מזרחי זהה, לכאורה, לפרשה קודמת שבאה בפני בית-המשפט העליון, היא פרשת אלי-צפדי⁵.

* מדריך, הפאקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

1 בספרו, המעמד האישי בישראל (1957), בעמ' 353.

2 *International and Inter-Religious Private Law in Palestine*, at 165 (1926)

3 סימן (2)51(ב) הוסף לדבר המלך המקורי, 1922 (האי, כרך ג' (ע) 2738, (א) 2569), בדבר המלך במועצה (תיקון), 1939, תוס' ב', מס' 898, עמ' 381. ראה בג"צ 85/47 שיבלי נ' שיבלי, פד"י ג' 142, 150. ראה להלן ה"ש 49 וטקסט לה"ש 28. וראה Vitta

:"The Conflict of Personal Law" (Part I), 5 *Isr. L. Rev.* (1970), 337, 338.

4 בג"צ 238/75 מזרחי נ' בית-הדין השרעי, נצרת, פד"י ל' (1) 377.

5 ע"א 86/63 אלי-צפדי נ' בנימין, פד"י י"ז 1419.

בשני המקרים היה המדובר ב"ילדי מריבה"⁶, שנולדו לאב מוסלמי⁷ ולאם שהיתה יהודיה. בשני המקרים מת אחד ההורים – באל-צפרי, האם; במזרחי, האב – והצד המוסלמי – באל-צפרי האב; במזרחי, הדוד – פנה לבית-הדין השרעי בתביעה למש-מורת על הקטינים.

הצד היהודי התנגד בשני המקרים לשיפוטו של בית-הדין השרעי; ובשני המקרים ניתנו פסקי-דין – באל-צפרי, על-ידי בית-המשפט המחוזי; במזרחי, על-ידי בית-הדין הרבני – שקבעו, כי הילדים הם יהודים. ולבסוף, בשני המקרים דחה בית-המשפט העליון את סמכותו של בית-הדין השרעי לדון ולהכריע בשאלת משמורתם של הקטינים. ואולם, קיים הבדל חשוב בין העובדות, שנגולו בפרשת מזרחי, לבין אלה שנדונו בענין אל-צפרי, שספק אם בית-המשפט העליון היה ער לו דיו. באל-צפרי לא התאסלמה האם⁸. לפיכך היתה הבת, שנולדה מגישואיה למערער, יהודיה על-פי דיני ישראל, ההולכים לענין יחסין אחר האם⁹, אך מוסלמית על-פי דיני האיסלם, ההולכים בענין זה אחר האב¹⁰. היה זה מקרה קלאסי של כפילות-דת מלידה, והשאלה שנשאלה היתה כפולה: לאיזה פורום תהא הסמכות לדון בענינה של הילדה, ואיזה דין יחיל בית-המשפט המחוזי, אם ימצא כי הוא בעל הסמכות.

לא היו חילוקי דעות בין השופטים באשר לקביעה, כי בית-הדין השרעי נעדר סמכות לדון בענין. המחלוקת ביניהם היתה באשר לאופן הנמקתה של קביעה זו.

השופט ויתקון היה בדעה, כי לבית-הדין השרעי ישנה סמכות לדון בעניינה של מי שהינה "בת הדת המוסלמית ושאיינה בת דת אחרת" בלבד¹¹. אשר על כן נתונה הסמכות בעניינם של כפוליות-דת לבית-המשפט המחוזי. הוא הגיע למסקנה זו בדרך של פירוש סימן 52 לדבר המלך במרעצה, 1922¹². סימן זה קובע, כי "לבתי-הדין

6 כביטוי של השופט וילברג, שם, בעמ' 1428.

7 בתעודת הלידה של הקטינה אל-צפרי צויין, כי האב היה דרווי, בעוד הוא טען שהינו מוסלמי, אך בית-המשפט העליון לא ראה צורך להכריע בכך.

8 הדין האיסלמי מכיר בתוקפם של גישואיות-ערובת בין גנר מוסלמי לבין Kitabiyya, בת דת המאמינה בספר-קדוש (Kitab), להבדיל מזו המאמינה בדת אלילים – דהיינו, בת הדת היהודית או הנוצרית. ראה: Vesey-Fitzgerald, *Muhammedan Law*, at 40 (1931); Mulla, *Principles of Mahomedan Law*, 17th ed., at 259 ff. (1972); Fyzee, *Ameer Ali, Mahom-Outline of Muhammedan Law*, at 79 (1955). ראה בהרחבה *medan Law*, Vol. II, at 154-155, 281-282 (1929). וראה שם, בעמ' 347 ו-351, שאין הדין כן לגבי מוסלמית המבקשת להינשא ללא מוסלמי. צויין כי הגישואין המוסלמים הינם אקט משפטי חילוני; שם, עמ' 16 ובעמ' 286 ואילך.

9 ראה מרשנה קידושין, ס"ח ע"ב: "בנך הבא מישראלית קרוי בנך, ואין בנך הבא מן הנכרית קרוי בנך, אלא בנה". ראה עוד הרב עזריאל, משפטי עזריאל, חלק יורה דעה, עמ' ר"ה (תשכ"ד); לגיתוח היסטורי של הלכה זו ראה הרב מינקוביץ, הפקיה מי הוא יהודי (תשל"ה), עמ' 39 ואילך; וראה הנמקתו המעניינת של הרב פדר במאמרו "קדושת ישראל לאור הלכה – אם מומר בכלל ישראל", הוספה לקול תורה, חוברות י"א, תשכ"ג, בעיקר בעמ' 2-13.

10 ראה Ameer ali, ה"ש 8 לעיל, בעמ' 190 ואילך, בעיקר בעמ' 203; וראה פד"י י"ז 1427.

11 שם, בעמ' 1430.

12 האי"י, כרך ג', עמ' (ע) 2738, (א) 2569.

המוסלמיים הדתיים יהיה שיפוט יחיד בעניני המצב האישי של מוסלמים...". השופט ויתקון קרא לתוך הגדרה זו את המלים "ושאינם בני דת אחרת"¹³.

לעומתו סבר, ככל הנראה¹⁴, השופט זילברג, כי משפט בעניני המעמד האישי, שמעורב בו כפול-דת, דומה למשפט שמעורבים בו "אנשים בני עדות דתיות שונות". אשר על כן יחול בענין זה סימן 55 לדבר המלך במועצה, וניתן יהיה לפנות לנשיא בית-המשפט העליון בבקשה, שיקבע לאיזה בית-משפט תהיה סמכות לדון בענין¹⁵. ומכיוון שלא קדמה פנייה כזו להגשת התביעה לבית-הדין השרעי, נותרה הסמכות בידיו של בית-המשפט המחוזי¹⁶.

מבין שלושת שופטי ההרכב הנותרים הצטרף האחד¹⁷ להנמקתו של השופט ויתקון ומשנהו¹⁸ להנמקתו של השופט זילברג. השופט החמישי בהרכב, הנשיא אולשן, הסכים כי "לבית הדין הדתי לא היתה סמכות לטפל בענין הילדה"¹⁹, מבלי לנמק מסקנה זו, ובכך הותיר את שאלת ההיזקקות לסימן 55 פתוחה.

למעשה, משלא פנה איש מבעלי-הדין בבקשה לנשיא בית-המשפט העליון, כי יקבע לאיזה בית-משפט תהא הסמכות לדון בענין הילדה, לא היתה שאלת סמכותו הפוטנציאלית של בית-הדין הדתי לגבי כפול-דת צריכה לגוף הענין.

אשר לברירת הדין בבית-המשפט המחוזי אמצו רוב השופטים את ההשקפה, שהביע השופט זילברג בספרו²⁰, כי לגבי כפול-דת יחיל בהמ"ש את "מבחן האפקטיביות"²¹. עם זאת, משהוקנתה לבית-המשפט המחוזי הסמכות לדון בשאלת האפטרופסות על הילדה, הל ממילא העקרון הטריטוריאלי של "טובת הקטין", הקבוע בסעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות, תשכ"ב-1962²².

- 13 השווה: חוק השבות (תיקון מס' 2), תשל"ל-1970, ס"ח 586, תשל"ל, עמ' 34, לענין הגדרת יהודי בחוק השבות, תשי"א-1950, ס"ח 51, תשי"א, עמ' 159. וראה בן-ישי, "סמכותם של בתי-הדין הרבניים", הפרקליט, י"א (1955), 167, לפירוש המלה "יהודים" בחוק שיפוט בתי-דין רבניים (גישואין וגירושין), תשי"ג-1953, ס"ח 134, תשי"ג, עמ' 165. השווה: C.A. 98/27 Sakiza v. Jacobson, 1 P.L.R. 273, 274; H.C. 80/42 Badrakhah v. Chief Execution Officer, 9 P.L.R. 467, 468, 1942, S.C.J. 512, 513.
- 14 השופט זילברג מעיד על עצמו: "החלטתי שלא לקבוע מסמרות דוקא ברעיון קיצוני זה", פד"י י"ז 1429. עם זאת הוא חולק במפורש על דעתו של השופט ויתקון, שם, בעמ' 1430.
- 15 הרעיון בדבר אפשרות החלתו של סימן 55 לדברי-המלך על ענין, שמעורב בו כפול-דת, הועלה גם על-ידי ב"כ המבקש בהמ" (ת"א) 4540/64, ת.מ. 1534/64 אינבריה (אנבריה?) ב' אינבריה, פ"מ מ"ח 224, 225.
- 16 פד"י י"ז 1429.
- 17 השופט ח' כהן, שם, בעמ' 1427.
- 18 השופט מני, שם, בעמ' 1430.
- 19 שם, בעמ' 1020.
- 20 בעמ' 355, בעקבות גלובוס, "שאלות ותשובות בדיני אישות והמעמד האישי (מי הוא יהודי לפי הדין הקיים?)", הפרקליט, י"א (1954), 225, 231.
- 21 ראה דברי השופט ח' כהן, שם, בעמ' 1426.
- 22 ס"ח 380, תשכ"ב, עמ' 120. ראה דברי השופט זילברג, בעמ' 1429 לפסק-הדין. גישתו של השופט כהן היתה, כי מהותו של מבחן האפקטיביות לצורך ברירת הדין הדתי במקרה, שמעורב בו ענינו של קטין, היא שיש לברור את "הדין שפעולתו הצמיח לקטין טובה יתרה", שם, בעמ' 1428. גישה זו איננה נראית לנו מטעמיו של השופט זילברג, שם,

בספרות המשפטית, שנכתבה בעקבות פסק-דין אל-צפדי, הוצע מבחן זה במפורש גם לצורך ברירת השיפוט²³. יצוין, כי אפשרות זו הועלתה באמרת-אגב בפס"ד של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב, שניתן שנתיים לאחר פסק-הדין בענין אל-צפדי, אך מבלי שאזכרו.

בענין את-בריה, כתב הנשיא התורן לם:

"... אפילו הסכמתי עם דעתו של עו"ד עידה הרי היה נוצר מצב בו ביהמ"ש לא יוכל לקבוע את דת הילדות בכלל. לפי החוק המוסלמי קובעת דתו של האב. לפי החוק היהודי נקבעת דת הילדים לפי דת האם. יתכן שבמקרה כזה על ביהמ"ש לקבוע את הדת לפי רצון הקטינות או לפי חינוכן"²⁴.

כאמור, בהבדל מאמה של "ילדת המריבה" שעניינה נדון באל-צפדי, התאסלמה אמה של הילדים, שעניינם נגול כמזרחי, בטרם גישאה לאביהם, ובטרם נולדו הילדים²⁵. עובדת התאסלמותה של העותרת מעוררת שתי בעיות קשות: האחת, האם היה תוקף משפטי להתאסלמותה. השניה, מה היא נפקותה של ההתאסלמות לענין סמכות השיפוט ולענין ברירת הדין לגבי העותרת ולגבי ילדיה.

ג. תוקפם המשפטי של התאסלמותו של יהודי ושל התייהדותו של מוסלמי

על המרת-דת — או על-פי מינוחו של המחוקק, על המרת עדה-דתית — בישראל, חלות הוראותיה של פקודת העדה הדתית (המרה), 1927²⁶. סעיף 2 לפקודה קובע:

"(1) אדם שהמיר את עדתו הדתית ורוצה כי תינתן נפקות חוקית לאותה המרה, יקבל מאת ראש העדה הדתית שאליה נספח, או מאת האדם שמינהו או הכיר בו ראשה של אותה העדה הדתית כראשו המקומי של סניף אותה העדה הדתית

בעמ' 1428, שהרי החשובה על השאלה, מהי טובת הקטין, מותנית בדין הדתי הנשאל. נראה לנו, כי על בית-המשפט המחוזי להפעיל עקרון עצמאי של טובת הילד.

23 ראה שיפמן, "התנגשויות דינים בקביעת ההשתייכות הדתית", משפטים, ו' (1965), 91, 97-99; השווה מירון, "מומר — יהודי או כפול-דת?", הפרקליט, כ"ג, 164, 169. מירון סובר, בטעות, כי מבחן הדת האפקטיבית אומץ בענין אל-צפדי לצורך ברירת השיפוט, והוא מציע להחילו גם על ברירת הדין.

24 פ"מ מ"ח, בעמ' 226. הדברים נאמרו במסגרת החלטה בבקשה למחיקה על הסף של תביעה למונוגות, שהוגשה בבית-המשפט המחוזי, בשל חוסר סמכות.

25 התאסלמותן של נשים, המבקשות להינשא לגברים מוסלמיים, אינה נעשית על-פי דרישה של הדת המוסלמית (ראה ה"ש 8 לעיל), אלא היא תוצאה של הוראה, שנתן משרד-הדתות לקאדים, שלא להשיא נישואי-ערוכת כאלה בטרם התאסלמה האשה. ראה רובינשטיין, "הזכות לנישואין", עיוני משפט, ב' (1975), 433, 440. הערה 17. משרד הדתות עומד, ככל הנראה, לבטל הוראה זו, כך ששוב יהא מותר לקאדים להשיא נישואי תערוכת ללא הגבלה. ספק הוא, מה היתה סמכותו של המשרד לקבוע איסור כזה מלכתחילה. לכאורה, מוכיח ביטולו, שאין הוא מהווה דרישה של החוק אף לדעתו של משרד הדתות.

26 חא"י, כרך ב', פרק קכ"ז, עמ' (ע) 1269, (א) 1294.

בשטח שבו הוא יושב, תעודת אישור, המעידה שנתקבל אל אותה העדה הדתית, ויודיע את העובדה לממונה על המחוז במחוז שבו הוא יושב.
 (2) כשתנוח דעתו של הממונה על המחוז בדבר זהותו של המבקש ומשתוראה לו תעודת האישור המוזכרת בסעיף קטן (1), ירשום את דבר המרת העדה ויתן למבקש תעודת אישור על אותו רישום.
 (3) הממונה על המחוז ישלח העתק של תעודת האישור על אותו רישום לראשה של העדה הדתית שאליה נספח המבקש, וכן לראשה של העדה הדתית שעמה היה המבקש נמנה קודם-לכן”²⁷.

משום ספק שהיה קיים לגבי תוקפה של הפקודה, תוקן דבר-המלך בשנת 1939 על-ידי שהוסף בו סימן 51(2), אשר העניק סמכות למחוקק לקבוע בפקודה את “האמצעים שעל פיהם יש ליתן תוקף חוקי להמרת עדתו הדתית של איזה אדם ולתוצאותיה”, ואשר אישר במפורש ו”כדי להסיר כל ספק”, את הפקודה²⁸.
 קיים ספק בשאלת תוקפן המשפטי של התאסלמות ושל התייהדות. ספק זה מקורו בחוסר בהירות בשאלה, האם מהווים המוסלמים – וכמוהם היהודים – “עדות דתיות” כמובנן בפקודת ההמרה. תשובה שלילית לשאלה זו עשויה, לכאורה, להוציא את היהודים ואת המוסלמים מגדרה של הפקודה, שכן, כפי שעולה בבירור מלשונם של דברי-החקיקה הנזכרים, הם עוסקים ב”המרת עדה דתית” ולא בהמרת דת, וכביטויי הקולע של פרופ’ זילברג:

”המרת עדה” נאמר שם, ולא ‘המרת דת’, והעדה בלבד היא ה’מומרת’ עקב נקיטת הצעדים האמורים בפקודה”²⁹.

השאלה, האם מהווים המוסלמים עדה דתית כמובנה בפקודת ההמרה, עלתה מדי פעם בפסיקה ובספרות המשפטית. כמוה גם השאלה, האם נכללים היהודים בפקודה. שאלה זו שבה ונעורה בענין מורה. ב”כ המשיב טען, כי “מאחר ואין עוד במדינת ישראל ‘עדה

27 קיימת מחלוקת בשאלה, האם חובה לנקוט בכל ההליכים המצויינים בפקודה, כתנאי למתן נפקות חוקית להמרה. בעיקר קיימת מחלוקת בשאלה, האם הרישום על-ידי הממונה על המחוז מהווה אקט קונסטיטוטיובי. ראה בענין זה: שיפמן, ה”ש 23 לעיל, בעמ’ 104–106; שאוה, “אספקטים משפטיים בתחום ענייני המעמד האישי בנוגע להמרת דת בישראל”, עיוני משפט, ד’ (1975), 302, 304–305; מעוז, “סמכות התלויה בספק”, עיוני משפט, ד’ (1975), 598, 607.

28 דבר המלך במועצה (תיקון), 1939, ה”ש 3 לעיל. ראה גם: Vitta, *The Conflict of Laws* (1947) at 68; *in Matters of Personal Status in Palestine*, בג”צ 109/49 פרץ נ’ מנהל מחלקת רישום והסדר קרקעות, פד”י ד’ 257, 262.

29 בעמ’ 350 לספרו; השווה, H.C. 51/45 *Shomali v. Chief Execution Officer*, 1945, A.L.R. 651, 653.

“We stress the use of the word ‘change’ his religious community... it cannot be said that she ever changed her Religious Community. She may have changed her religion, or to put it in another way, she may have become a member of another Church.”

ראה גם פרלס, “האם קיימת עוד ‘עדה יהודית’ במדינת ישראל”, הפרקליט, ט”ו (1959), 16: “בוודאי מדובר כאן בבעלי דתות שונות, אך השאלה היא אם מדובר כאן בבני עדות דתיות שונות”.

יהודית, הרי פקודת העדות הדתיות (המרה), המדברת בעדות דתיות בלבד, אינה יכולה לחול עוד על מתייהדים³⁰. לפיכך, כך טען, לא תפסה התייהדותה של העותרת, והרי היא עדיין בבחינת מוסלמית.

בית-המשפט לא דן בטענה זו לגופה, אלא דחה אותה מכוח "ממה נפשך". אמר השופט ח' כהן: "אם צודק מר זועבי בטענתו, שהפקודה אינה חלה אלא על עדות דתיות בלבד, כי אז היא איננה חלה גם על מתאסלמים, והתאסלמותה של העותרת לא תפסה לפי הפקודה. ואם תמצי לומר – כפי שמר זועבי אומר – שהתאסלמותה תפסה לפי הפקודה, אין לראות למה לא תתפוס גם התייהדותה"³¹.

קביעתו של השופט ח' כהן, לפיה "המוסלמים אינם בגדר עדה דתית, ואף לא היו בגדר עדה דתית בשעת חקיקתה של פקודת העדות הדתיות (המרה)"³², איננה נראית לנו. ממילא אין הקשתם ליהודים נראית משכנעת. מה עוד, שלגבי האחרונים הבדיקה איננה מצטמצמת בשאלה, אם הוּו עדה דתית בזמן מן הזמנים, אלא היא מתרחבת לבחינה, אם לא פסקו מלהיות כאלה. נראה לנו, עם זאת, כי בעיה נכבדה זו ראויה לדיון נפרד; לפיכך, נצא אף אנו מן ההנחה, כי כשם שהתאסלמותה של העותרת הועילה להופכה למוסלמית, כך הועילה התייהדותה להשיבה להיות יהודיה³³.

ד. דתם של מומרים ושל צאצאיהם

השתייכותו של אדם לדת או לעדה דתית מותנית בכך, שאותה דת או עדה דתית יראו אותו כמשתייך אליהן:

"המשפט העברי הוא... הקובע אם האיש הוא יהודי, כשם שהמשפט הדתי הנוצרי או המוסלמי הוא הקובע הבלעדי, אם האיש הוא נוצרי או מוסלמי"³⁴.

אולם בקביעתו של המשפט הדתי לא די. אדם ששתי דתות אחוזות בו – כפול־דת – חייב הדין-האזרחי להכריע בשאלת השתייכותו לאחת מהן, הן לענין סמכות השיפוט והן לענין הדין האישי³⁵.

בית-המשפט העליון ראה, לכאורה, בילדי מזרחי כפול־דת. אמר השופט ח' כהן:

30 מד"י ל' (1) 378.

31 שם.

32 שם.

33 לכאורה, אם המבחן העדתי תופס, לא יוכל מוסלמי להתייחד ולא יהודי להתאסלם, אלא אם גם המוסלמים וגם היהודים מהווים "עדות דתיות", כמובגן בפקודת המרה: הפקודה מדברת על המרת העדה הדתית; הווי אומר, "על מקרה בו היתה יציאה מעדה דתית אחת וכניסה לעדה דתית אחרת"; שיפמן, משפטים, ו', בעמ' 100, אך ראה ה"ש 37 שם.

34 זילברג, בעמ' 352 לספרו, בעקבות גלובוס, הפרקליט, י', בעמ' 231 ואילך. ראה גם: שאווה, עיוני משפט, ד', עמ' 302 ומקורות המאזכרים בהערה 2 שם; שאווה, "חוק השבות (תיקון מס' 2), תש"ל-1970", הפרקליט, כ"ו (1970), 445-446; שיפמן, משפטים, ו', בעמ' 92-93; מעוז, עיוני משפט, ד', בעמ' 598, הערה 6, ובעמ' 618-619; Vitta, 5 Is.L.Rev. at 338.

35 ראה: זילברג, שם, בעמ' 352-353; שאווה, "קביעה פוויטיבית בשאלת יהדותו של פלוני – הגתונה להתערבות בג"צ ז", הפרקליט, כ"ז (1971), 16, 19-20; שיפמן, משפטים, ו', בעמ' 97.

"כשם שלפי הדין היהודי היו ילדים אלה ונשארו יהודים, הרי לפי הדין המוסלמי נולדו הילדים כמוסלמים ונשארו מוסלמים"³⁶.

לפיכך החיל השופט כהן על המקרה שבא לפניו את הדברים, שקבע בענין אל-צפרי לגבי הדין החל בשאלת משמורתם של קטינים כפולידות.

האם צדק בית-המשפט בהחלטתו ?

מהי דתו של מומר ? — רוב הדתות — והדת היהודית בכללן — אינן מכירות ביציאה מתוכן, והן ממשיכות לאחוז במומר, אם אחיזה שלמה ואם אחיזה חלקית, על אפו ועל חמתו.³⁷ נראה, כי מטעם זה התייחסו לעתים קרובות אל המומר, הן בפסיקה והן בספרות המשפטית, כאל כפולידות. כתב השופט זוסמן בפסק-דינו בפרשת שלים³⁸ :

"לו נתבע רופאיוון בפני בית-הדין הרבני בענין שבגדר סמכותו, לא יכול היה להתנגד לשיפוטו בטענה שאינו יהודי, כי לצורך חוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושים), תשי"ג-1953, ההלכה קובעת מי הוא יהודי, ועל-פיה הוא יהודי".

שאוה מבקר קביעה זו, "שכן אפילו ולפי ההלכה נחשב הוא ליהודי, אין לקרוא עליו מבחינת המשפט האזרחי במדינה את הדיבור 'יהודי', בהיות גם דת אחרת אוחזת בו"³⁹. אולם הביקורת על קביעתו של השופט זוסמן צריכה להשתרע מעבר לכך. מומר איננו כפולידות, שכן "מבחינתו של משפט המדינה, מתנתקת עם ההמרה זיקתו של הממיר לדתו הקודמת, אפילו אם זו מוסיפה לתבוע את הבתייכותו אליה"⁴⁰. ומשהושלמה המרת הדת, "ייהשב פלוני מבחינת משפט המדינה, כבן העדה הדתית החדשה, למרות שהעדה הדתית הקודמת ממשיכה לאחוז בו על-פי דיניה הדתיים"⁴¹.

מסכימים אנו עם דברים אלה. מן העובדה, כי פקודת ההמרה נותנת "נפקות חוקית" להמרה, ועוד יותר מכך מן העובדה, כי החוק טרח לפרט בסעיף 4, באילו נסיבות יוסיפו השיפוט והדין של העדה המומרת לחול על המומר, עולה, כי לגבי כל שאר העניינים אין עוד שיפוט לבית-הדין העדתי הקודם שלו, ואין הדין הדתי הקודם חל עליו. התשובה הנכונה לשאלה שהציב מירון, "כומר — יהודי או כפול דת ?"⁴², צריכה לדעתנו להיות: לא זה אף לא זה — מומר הינו בן העדה הקולטת בלבד.⁴³

36 פד"י ל' (1) 379.

37 ראה בג"צ 72/62 רופאיוון נ' שר הפנים, פד"י ט"ז 2428, פסק-דינו של השופט זילברג; פסק-דין זה עורר ביקורת נרחבת באשר להלק ההלכתי שבו, והושמעו טענות, כי יהודי הממיר דתו יוצא מכלל היהדות, גם על-פי דיני ישראל; ראה: שאקי, "משמעות יהודי בחוק השבות", משפטי אישות, גליון כס' 4 (1974), עמ' 68-69 ומקורות המאזכרים שם; מעוז, "בשולי מיהו יהודי" (טרם פורסם); מירון, הפרקליט, כ"ג, עמ' 165-166; פרלס, הפרקליט, ט"ז, עמ' 63, ורשימת מאמרים תורניים אצל רקובר, אוצר המשפט, עמ' 337-338, 338, אזכורים 8418-8454 (1975). וראה להלן ה"ש 46.

38 בג"צ 58/68 שלים נ' שר הפנים, פד"י כ"ג (2) 477, 511-512.

39 הפרקליט, כ"ז, בעמ' 20.

40 שיפמן, משפטים, ו', בעמ' 392.

41 שאוה, עיתוי משפט, ד', בעמ' 305; ראה גם פרלס, הפרקליט, ט"ז, בעמ' 63. להשקפה, כי מומר הינו כפולידות, ראה גם מירון, הפרקליט, כ"ג, בעמ' 169.

42 בכותרת מאמרו, שם, בעמ' 164.

43 למסקנה שונה נגיע, אם נסבור, כי אין פקודת ההמרה חלה על יהודים, וכי אין תוקף משפטי-אזרחי להמרת דת המבוצעת על ידם.

ההשקפה, כי המרת העדה מפקיעה מעל המומר את השיפוט ואת הדין של עדתו הקודמת, — כסייגים שנקבעו בסעיף 4 לפקודה — ומחילה עליו את השיפוט ואת הדין של הדת הקולטת, עולה בכירור מן הפסיקה, שעסקה ישירות בעניין זה.

באחד מפסקי-הדין הראשונים שפירשו את הפקודה, היה המדובר בצעירה יהודיה, שהתאסלמה וגשאה לגבר מוסלמי. לימים נטשה את בעלה, ובית-הדין השרעי הוציא צו, בו ציווה עליה לשוב לבית בעלה. בעתירה לבית-הדין הגבוה לצדק טענה העותרת, כי המרת הדת לא תפסה, באשר היא נרשמה שלושה ימים לאחר התאסלמותה ונישואיה. בית-הדין דחה את העתירה בקובעו, כי עם רישומה תפסה ההמרה למפרע מיום ביצועה. תוקפה של המרת הדת אושר, ובעקבות כך נדחתה עתירתה של הצעירה לבטל את פסקי-דינו של בית-הדין השרעי.⁴⁴

גם בפסקי-דין אחרים, שבהם ביקשו לערער את סמכותו של בית-הדין של העדה הקולטת לגבי מומרים, הועלו טענות בדבר פגמים בביצוע ההמרה. לא היה ספק, כי מקום שנערכה המרת העדה כראוי, היא הועילה להקנות שיפוט לבית הדין של העדה הקולטת, ולהטיל על המומר את הדין הדתי שלה.⁴⁵

ילדי מזרחי נולדו לאמם לאחר שהתאסלמה. כאמור, אין ההלכה מכירה בהמרת דת של יהודי.⁴⁶ כמו כן קובעת ההלכה, כי "כל מי שאין לה לא עליו ולא על אחרים קידושין — הוולד כמותה"⁴⁷. ואומנם, בתיתו לאם תעודה "בהתאם לחוק המרת דת" בעקבות התייחדותה,⁴⁸ סירב בית-הדין הרבני לכלול בה את הילדים. נימוקו לכך היה "שלפי הדין היהודי נחשבים הילדים כיהודים"⁴⁹.

ויילברג, הסובר כך (ראה בעמ' 350-351 לספרו), רואה ביהודי שהמיר דתו כפולידת. בעמ' 353 לספרו הוא כותב: "לאחר שהדגש הוטל על י ה ד ו ת ו של בעל הדין, לבית-הדין הרבני תהיה אפוא סמכות שיפוט ייחודית לדון גם נישואין וגירושין של יהודים מו מ ר י ם. אך דא עקא . . . סמכות ייחודית זו לפעמים לא תהיה 'ייחודית' כל כך . . . אם בני הזוג המומרים הללו הם, למשל, קתולים ישראלים, תהיה גם לבית הדין הדתי הקתולי סמכות ייחודית לדון בעניני נישואין וגירושין שלהם, מכוח סימן 154(1) של דבר-המלך".

H.C. 8/32 Khatib v. Chief Execution Officer, 4 C.O.J. 1265 44

ראה מעון, עיוני משפט, ד', בעמ' 601 ואזכורים בהערה 48, שם.

45 אך ראה ה"ש 37 לעיל. מענינת ההשקפה שהובעה עליידי הרב שאול ישראל במאמרו "חוק הנישואין והגירושין במבחן המציאות", גזילין, תשכ"ה, 3, 10: "בזמן שאנחנו מדברים על חוק נישואין וגירושין, בו כתוב, שיהודי יהיה נתון וכפוף לחוק נישואין וגירושין של ההלכה היהודית, הרי ברור, שאין הדברים מכוונים למומרים . . . ברור, אפוא, שהגדרת 'יהודי', גם בחוק נישואין וגירושין, משמעותה יהודי, שהוא כפוף ליהדות. מי שיצא מכלל ישראל במובן מומרות, הוא לא שייך לחוק הנישואין הזה".

47 קידושין, ס"ו ע"ב.

48 מדאורייתא אין מומרים החוזרים בתשובה זקוקים לטבילה, שהרי הם מושבעים ועומדים מזה סיני, אלא שהזקיקום רבנן לטבילה ולקבלת דברי חבירות בפני בית-דין של שלושה; ראה: שו"ע יו"ד, הלכות גרים, סוף ס"ו רס"ח והרמ"א ובית יוסף, שם, שם, ונימוקי יוסף ליבמות, מ"ז.

49 פד"י ל' (1) 379. קטנים, שהמירו אבותיהם דתם, והם עומדים במומרותם לאחר שהגדילו, יש להם, לדעת רוב הפוסקים, דין מומרים, והם צריכים לטבילה ולקבלת דברי חבירות. לא כן מי שנולדו לאם יהודיה לאחר שהמירה דתה. לאלה יש דין אנוסים נקיים. כך פסק הר"ש בן הרשב"ץ, מובא בבית יוסף, במזר יו"ד, סוף ס"ו רס"ח: "בני האנוסים כל שאמם

ואולם, אין השקפתה של ההלכה רלוונטית לענין זה. משהתאסלמה העותרת, נותק הקשר שלה עם העדה היהודית מבחינתו של הדין האזרחי. ילידה, שנולדו לה לאחר מכן, נולדו לפיכך לתורים, ששניהם היו מוסלמים. התייחדותה של האם, שבאה לאחר הולד הילדים, לא היה בכוחה להשפיע, בעיניו של הדין האזרחי, על דתם של הילדים, ממש כשם שלא היה בה כדי להביא לתוצאה כזו בעיני ההלכה, אילו אכן היו הילדים נכרים מלידה.

נראה לנו, לפיכך, כי התייחסותו של בית-המשפט העליון לילדי מזרחי כאל כפוליי-דת מוסלמים-יהודים בטעות יסודה. גם הפתרון, שנקט בו בית-המשפט, לא היה הדי-משמעי, והוא מעיד על התלבטותו בשאלה זו.

העתירה היתה לצוות על בית-הדין השרעי להמנע מלהזקק לתביעת משמורת, שהגיש אחי האב. טענתה של העותרת היתה, כי הילדים הינם יהודים, ומטעם זה מחוסר בית-הדין השרעי סמכות לדון בעניינם. הנמקת הטענה בדבר יהדותם של הילדים איננה ברורה. נראה, עם זאת, כי היא התבססה על שני ראשים: כי הילדים היו יהודים מלידה על-פי המבחן ההלכתי, וכי מכל מקום הם התייחדו בבית-הדין הרבני.

אנו מסכימים, כי הצורה בה תבוצע המרת-דת חייבת להחתך על-פי דיני העדה המקבלת, כפי שאלה מפורשים על-ידי בתי-הדין שלה⁵⁰. לפיכך, מי שהיה בן דת פלוגית והמיר דתו לדת אחרת, ולאחר מכן הוא מבקש לשוב אל דתו המקורית—תחשב שיבתו להמרת-דת בעיניו של הדין האזרחי, אפילו לא הכירה מעולם דתו הישנה-החדשה ביציאתו ממנה⁵¹. תנאי לכך—שראש אותה עדה דתית יתן בידי האיש תעודה, המאשרת כי נתקבל אליה⁵².

ואולם, בית-המשפט העליון קבע, כי על-פי פירושו הנכון של סעיף 13 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, שהוסף לחוק בתיקון מתשכ"ה-1965⁵³, משהיו ההורים בני עדות דתיות שונות ומת אחד מהם, אין בכוחו של ההורה הנותר בחיים ליתן הסכמה מספקת להמרת דתו של ילדם הקטין. במקרה כזה לא תומר דתו של הקטין, אלא לאחר שבית-המשפט אישר אותה מראש, לפי בקשתו של ההורה שנותר בחיים, או לפי בקשת אפוטרופסו של הקטין.

לדעתו של השופט כהן, מן הראוי לנקוט בדרך זו, באשר "יש להניח שכוונת המחוקק היתה שלא לשלול ממשפחת ההורה המת ובני דתו פתחון פה לפני בית המשפט לאמור כי טובת הילדים מחייבת גידולם וחינוכם בדתו של ההורה המת"⁵⁴.

מישראל אפילו מכמה דורות, ואפילו נכרי הבא על המומרית זרע הבן הוא מישראל, אפילו עד סוף העולם, ואין להם דין גרים כלל". וראה הרב גאלדצווייג, "ישראלית שהמירה תחת הנאצים ימ"ש ורצונה לחזור לדת ישראל", המאיר, שנה ר', חוב' ב' (מ"ח), 3 (תשט"ו). מובא בשינויי סגנון קלים תחת הכותרת "בדין ישראל מומר הרוצה לחזור לדת ישראל", המאיר, שנה ט"ו, קונט' ב' (קמ"ח) 6 (תשכ"ה).

50 ראה: שאויה, עיוני משפט, ד', עמ' 305; פרלס, "שאלות משפטיות בדבר עדות דתיות ודתות בישראל", הפרקליט, ט"ז (1959), 60, 63.

51 ראה שיפמן, משפטים, ו', עמ' 99, ה"ש 32.

52 ראה סעיף 2(1) לחוק.

53 ס"ח 452, תשכ"ה, 114.

54 פד"י ל' (1) 380. וראה סעיף 72 לחוק הקובע: "בכל ענין לפי חוק זה רשאי בית המשפט, גם מיוזמתו הוא, לשמוע דעתם של קרובי הקטין, ככל שבית המשפט ימצא לרצוי לשמעם".

מעמדו של מומר

פירוש זה נראה בעינינו מנימוקיו של השופט ח' כהן. יתר על כן, במקרה זה לא הוציא בית-הדין הרבני תעודה, המאשרת את עובדת התייחדותם של הילדים. בנסיבות אלה נופלת הטענה בדבר התייחדותם של הילדים, ונותרת רק האפשרות, כי הם יהודים מלידה. כאמור, אין אפשרות זו עומדת במבחן הדין, ואומנם ברוח זו נפסקה ההלכה בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב בענין איגבריה⁵⁵.

נדונה שם תביעת מזונות, שהגישו שתי ילדות קטינות בבית-המשפט המחוזי נגד אביהן המוסלמי. אמן של הקטינות היתה יהודיה, שהתאסלמה בטרם נישואיה לאביהן. לאחר לידתן של הילדות שבה האם לדת היהודית. כ"כ האב ביקש למחוק את התביעה על הסף, באשר הענין מסור לסמכותו הייחודית של בית-הדין השרעי, בהיות כל בעלי-הדין מוסלמים.

בפסק-דין קצר ובלא שהסתמך על אסמכתאות כלשהן, קיבל הנשיא התורן לם את הבקשה, תוך שאין הוא מעלים את חוסר שביעות רצונו מן התוצאה אליה הגיע. אמר השופט לם:

"בעיני הסמכות נקבעת לפי 2 תאריכים:

1. תאריך הנישואין⁵⁶;

2. התאריך בו נולדו הקטינות.

ובשני התאריכים היו שני ההורים מוסלמים ולא יהודים. העובדה שהאם היתה לפני הנישואין יהודיה וחזרה אחרי הגירושין לדת היהודית אינה משנה ולא כלום כאשר מדובר על השתייכות של הקטינות לדת המוסלמית"⁵⁷.

השופט מתאר סיטואציה דומה לזו, שאירעה בפרשת אל-צפדי, ומאבחן אותה מן המקרה שלפניו:

"אולם לאחר שבזמן הנישואין ובזמן שהילדות נולדו דת הקטינות היתה ברורה, ואין לשנות דת כל עוד הילדות קטינות אלא בהסכמת ההורים, הרי צריכה התביעה בגלל חוסר סמכות להימחק כאן"⁵⁸.

לא כן פסק בית-המשפט העליון בענין מזרחי. הוא הפנה את העותרת לבית-המשפט המחוזי לקבל אישורו להמרת דתם של הילדים. על בית-הדין השרעי ציווה שלא לדון בתביעת המשמורת "עד אשר יוגש לו צו סופי של בית-המשפט המחוזי, המסרב אישור התייחדותם של ילדי העותרת"⁵⁹.

החלטה זו נסתרת, לעניות דעתנו, מתוכה. הצו, שניתן לבית-הדין השרעי להמנע מלהזקק לתביעה שהוגשה אליו, מורה, לכאורה, כי בית-המשפט ראה בילדים כפולידות. אילו ראה בהם יהודים בלבד, לא היה מוזיקם להליכי התייחדות. מצד שני, אם ראה בהם מוסלמים בלבד, לא יכול היה, מנימוקיו, לאסור על בית-הדין השרעי לדון בענין עד לסיום הדין בבית-המשפט המחוזי, דיון שאף טרם החל אותה שעה.

55 ראה ה"ש 15 לעיל.

56 חשיבותו של תאריך זה יכולה להיות לענין ס"ק (2)4 לפקודת ההמרה. אולם אין הוראת ס"ק זה חלה על מזונות הילדים. זו הסיבה לכך, שהשופט נזקק לדתן של הקטינות.

57 פ"מ מ"ח, בעמ' 226.

58 שם, שם.

59 פד"י ל' (1) 380.

בית-הדין הגבוה לצדק מוסמך "לתת צווים לבתי-דין דתיים... להימנע מלדון או מלהוסיף ולדון בענין פלוני שלא לפי סמכותם"⁶⁰. והנה, אין חולק על כך, שבית-הדין השרעי מוסמך לדון בעניני אפוסטרופסות של מוסלמים. יתר על כן, לבית הדין המוסלמי נתונה הסמכות הייחודית בענין זה⁶¹. גם השופט ח' כהן הסכים, בפסק-דינו בענין מורחי, כי "לכאורה הסמכות בידי בית-הדין השרעי לדון במעמדם האישי של ילדים שהם בני הדת המוסלמית"⁶².

ואולם האפשרות, כי בית-המשפט העליון ראה בילדים הללו כפולידת, נדחית מפני קוצר הצו, שניתן נגד בית-הדין השרעי.

בית-המשפט קבע, כי "אם לא יאשר בית-המשפט המחוזי את התייהדותם של הילדים, יוכל בית-הדין השרעי לדון בתביעה שהוגשה אליו"⁶³. אם אכן היו הילדים כפולידת, הרי כל שיועיל סירובו של בית-המשפט המחוזי לאשר התייהדותם, יהא להותירם במעמד של כפולידת. כשם שלא היתה סמכות לבית-הדין לדון בעניינם של כפולידת, בטרם אמר בית-המשפט העליון את דברו, כך הוא נעדר סמכות זו אף לאחר שבית-המשפט משך ידו מן העניין, לפחות כל עוד לא הופנה הענין אליו מכוח סימן 55 לדבר-המלך⁶⁴. רק אם יאשר בית-המשפט את התייהדות, והילדים יעברו את ההליכים הנדרשים מכוח פקודת ההמרה, יבוא הקץ להתנגשות בשאלת הסמכות, שכן הילדים יהיו מאותו רגע ואילך יהודים בלבד. ממילא יצא הדבר מתחום סמכותו של בית-הדין השרעי. תוצאה זו תושג גם אם היו הילדים מוסלמים עובר להמרה.

אם היו הילדים מוסלמים בלבד — וכאמור, זו הנה דעתנו וזו גם המסקנה המתיישבת עם מסירת השיפוט לבית-הדין השרעי, לאחר שבית-המשפט יחליט בשלילה לבקשה לאישור התייהדות — איננו סבורים, כי הצו שניתן בענין מורחי מבוסס כראוי על אדני הדין. אמת, הסמכות הייחודית של בית-הדין השרעי לדון בעניני אפוסטרופסות של קטינים מוסלמים, איננה מוציאה את סמכותו של בית-המשפט המחוזי ליתן אישורו להמרת דתו של קטין. אולם בה במידה אין סמכותו של בית-המשפט המחוזי מוציאה את סמכותו של בית-הדין, כל עוד לא אושרה ובוצעה המרת הדת, ובכפוף להוראותיה של פקודת ההמרה.

סעיף 79 לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות מורה במפורש, כי "חוק זה אינו בא לפגוע בדני נישואין וגירושין; הוא אינו בא להוסיף על סמכויות השיפוט של בתי-דין דתיים ולא לגרוע מהן".

נראה לנו, כי גם לו היתה בקשה לאישור התייהדות תלויה ועומדת בבית-המשפט המחוזי בריזמנית עם התביעה שנדונה בבית-הדין השרעי, לא היה בית-הדין מאבד סמכותו, אם היתה לו כזו. היו אלה שני הליכים נפרדים, שטענת *lis alibi pendens*

60 חוק בתי-המשפט, תשי"ז-1957; ס"ח 233, תשי"ז, עמ' 148, סעיף 7(ב)(4). איננו סבורים, כי אף מכוח סעיף 7(א) יכול בית הדין הגבוה לצדק למנוע בית-דין דתי מלהזקק לתביעה הנתונה לסמכותו. להחלת סעיף 7(א) לגבי בית-דין דתי ראה בג"צ 10/59 ויקי לוי נ' בית הדין הרבני, פד"י י"ג 1182, 1191.

61 ראה סימנים 51(1) ו-52 לדבר-המלך.

62 פד"י ל' (1) 379. השווה דברי השופט לם, פ"מ מ"ח, בעמ' 225.

63 פד"י ל' (1) 380.

64 ראה לעיל, טקסט לה"ש 15-16.

איננה תופסת בהם. אין המדובר בעילות זהות, ובשתייהן אין עומדת לדיון אותה סוגיה מהותית, ואין לראות בתביעה, שהוגשה לבית-הדין, "הכבדה מיותרת על היריב... והטרדה מיותרת של בית-המשפט"⁶⁵. ספק אף אם טענה זו עומדת, כאשר המדובר בענין תלוי ועומד בבית-דין דתי ובבית-המשפט המחוזי⁶⁶. מכל מקום, וודאי שאין בכוחה של הלכת "ענין תלוי ועומד" למנוע בית-דין אחד מלדון בתביעה, שהוגשה לפניו כדיון, אך על שום שבפני הנתבע פתוחה הדרך לפנות לבית-משפט אחר, ולהשיג בו החלטה, שעשויה להוליך בעקיפין לשלילת סמכותו של בית-הדין⁶⁷.

סיכומו של דבר, החלטתו של בית-המשפט העליון איננה יכולה לעמוד מכוח "ממה נפשך": אם היו הילדים יהודים בלבד — לא היתה סמכות לבית-הדין השרעי, וגם לא היה צורך באישורו של בית-המשפט המחוזי להתייחדותם; אם היו מוסלמים בלבד — היתה סמכות השיפוט מוקנית בלעדית לבית-הדין השרעי, כל עוד לא הומרה דתם; ואם היו כפוליי-דת, לא היתה סמכות שיפוט לבית-הדין השרעי, לפחות כל עוד לא נמסרה לו על-ידי נשיא בית-המשפט העליון מכוח סימן 55 לדבר-המלך. בכל אחת מן החלופות, לא היה בהוראותיו של סעיף 13 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות כדי להשפיע על קיומה של הסמכות או על העדרה.

ה. הצדדים בדיון על משמורת קטינים

ניכר בבית-המשפט העליון, שלא היתה דעתו נוחה מכפיית שיפוטו של בית-הדין השרעי על ילדים, שההורה היחיד שלהם, שגותר בחיים, הינו יהודי. לפיכך, ביקש בית-המשפט ליתן שהות בידיו של הורה זה לקבל אישורו של בית-המשפט המחוזי לשנות את הנתונים העובדתיים, ולהוציא בכך את העניין מתחום סמכותו של בית-הדין. גישה זו מובנת ומוצדקת, כשם שמוצדק סירובו של בית-המשפט לאפשר לאותו הורה להמיר את דתם של הילדים על דעת עצמו, ובלא שתינתן ההודמנות למשפחתו של ההורה המת להישמע בענין זה. כשם שטובת הילדים מחייבת שמיעתם של האחרונים בענין ההמרה, כך היא מחייבת, שלא ידון בעניין משמורתם בית-דין, שדתו שונה מדתו של ההורה שגותר בחיים, או מדתו של אחד משני ההורים, כאשר שניהם בחיים, ואשר פסק-הדין שיינתן על ידו, ספק אם יתיישב עם עקרון טובת הילד, כפי שהוא מובן בדין האזרחי.

65 ראה פסק-דינו של השופט עציוני בע"א 9/75 אלי-עוקבי נ' מינהל מקרקעי ישראל, פד"י כ"ט (2) 477, המסכם את סוגיית "ענין תלוי ועומד".

66 ראה דברי השופט זוסמן בע"א 15/64; 138/64 מזוז נ' מזוז, פד"י י"ח (3) 141, 150; אך ראה דברי השופט עציוני, פד"י כ"ט (2) בעמ' 482-481.

67 מה יהא הדיון, אם לא תפנה האם בבקשה לבית-המשפט המחוזי לפי סעיף 13א? האם תוכל לסכל בכך את סמכותו של בית-הדין השרעי? השווה ב"ש 101/59 סולש נ' סולש, פד"י י"ג 1620. באותו מקרה באה בפני הנשיא אולשן בקשה של בני-זוג: הוא — יהודי; היא — רומית קתולית, לקבוע שיפוט להתיר נישואיהם. האשה הגישה בקשה להתגיר לבית-הדין הרבני. אמר הנשיא:

"היות והמבקשת טרם התגיירה הרי סמכותי לפי סימן 55 לדבר-המלך-במועצה לא נפגעה, ולכן הגני מחליט בזה, שכל עוד המבקשת לא התגיירה, יש להפעיל את סימן 55 הנ"ל".

אולם, לתוצאה זו – רצויה וצודקת כשלעצמה – הגיע בית-המשפט העליון תוך שהוא מתעלם מהלכות יסוד בתחום דיני המעמד האישי. לתוצאה וזה ניתן להגיע בדרך אחרת, שתתיישב עם הלכות אלה. הגם שטובת הילד היא המכריעה בשאלת החזקתו⁶⁸, אין הוא הצד היחיד בדיון, המתקיים לגביו. בעלי-הדין הזכאים להתחרות ביניהם על החזקה גם הם צדדים לדיון זה. בעלי-הדין אלה יהיו, כרגיל, ההורים, כאשר שניהם בחיים. במותו של אחד מהם עשוי לבוא שאר-בשרו הקרוב במקומו⁶⁹. מקום שבעלי-הדין, השרים על זכות החזקה, הם בני עדות דתיות שונות, אין סמכות שיפוט אף לאחד מבתי-הדין הדתיים הנוגעים בדבר, אף לא לזה שעם עדתו נמנה הילד. הדרך היחידה בה יוכל בית-הדין לרכוש לעצמו סמכות תהיה באמצעות פניה של הצד המעונין לנשיא בית-המשפט העליון מכוח סימן 55 לדבר-המלך⁷⁰.

בדרך זו אין חידוש, והיא הוחלה, כדבר מובן מאליי, בפסיקתו של בית-הדין הגבוה לצדק.

בענין בדקאן⁷¹ גדונה תביעה להחזקת ילדים, שהגיש בעל מוסלמי נגד אשתו הנוצרית לבית-הדין השרעי. בית-הדין פסק לזכותו, אך ראש ההוצאה לפועל עיכב את ביצועו של פסק-הדין בסוברו, כי הוא ניתן בחוסר סמכות. הבעל עתר לבית-הדין הגבוה לצדק, וזה אשר קביעתו של ראש ההוצאה לפועל. אמר בית-הדין:

"It is clear that the Sharia Courts have no jurisdiction to deal with matters other than those affecting Moslems. Where, in a case such as this, one of the parties is a Moslem and one is a Christian, the Sharia Court has no jurisdiction to deal with the matter and the judgement issued by it is therefore incompetent."⁷²

כפי שעולה מדברים אלה, הסתפק בית-הדין בעובדה, ששני ההורים, המתחרים ביניהם על הזכות להחזיק בילדים, היו בני דתות שונות, כדי למצוא, שבית-הדין של כל אחת מן הדתות געדר סמכות לדון בתביעה. בית-המשפט מציין, כי מאחר והנישואין גערכו

68 ראה סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. עקרון טובת הילד הוחל גם על בתי-הדין הדתיים: ראה סעיף 3(ב) לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, ס"ח 82, תשי"א, עמ' 248, וסעיף 79 סיפא לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. וראה בג"צ 128/72 נאצר נ' בית-הדין הרבני הגדול לערעריין, פד"י כ"ו (2) 403; לביקורת על פסק-הדין ולאזכורים של פסקי-דין, שעסקו בשיקולים הדתיים בצווי משמורת קטינים, ראה: שיפמן, "טובת הילד" בבית הדין הרבני, משפטים, ה' (1974), 421; שאווה, "האם סטייה או התעלמות של בית דין דתי מהוראת חוק חילונית, המופנית אליו במיוחד, כמוה כ'הזריגה מסמכות'?", הפרקליט, כ"ח (1973), 299.

לסקירה השוואתית של עקרון טובת הילד בתביעות אפוטרופסות, ראה שפירא, "משמורת קטינים – טובת הילד" והכרה בפסקי-חוק, משפטים, ד' (1972), 291.

69 השווה תקנה 361(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג-1963, ק"ת, תשכ"ג, עמ' 1869; תוקנה בק"ת תשל"ו, עמ' 632. תקנה זו גותנת פתחון פה להוריו של הורה-מאמץ שנפטר ב"דיון לענין האימוץ".

70 ראה שיפמן, משפטים, ו', בעמ' 97, הערה 28.

71 9 פל"ר 467.

72 שם, עמ' 468.

בהתאם לדין המוסלמי, והאב היה מוסלמי, יחול על שאלת התחוקה הדין המוסלמי. בכל זאת הסתפק בית-המשפט בשוני בדתות ההורים כדי לשלול את שיפוטו של בית-הדין השרעי. בית-המשפט, שהיה כנראה בדעה, שסימן 55 איננו חל על מוסלמים⁷³, פסק, כי השיפוט יהיה לבית-המשפט המחוזי.

בענין מזרחי היו הצדדים לדיון: הילדים שהיו מוסלמים, כאמור, אחי-האב — מוסלמי אף הוא, והאם — יהודיה. לפיכך, לא הייתה סמכות לבית-הדין השרעי לדון בתביעת המשמורת, שהוגשה אליו. התוצאה היא, כי בית-המשפט היחיד המוסמך לדון בתביעה זו הוא בית-המשפט המחוזי.

תוצאה זו מתיישבת, לדעתנו, עם עקרון טובת-הילד. אף לא אחד מבתי-הדין הדתיים הנוגעים בדבר איננו מוכשר לשקול עקרון זה באורח אובייקטיבי:

"מטבע הדברים יש להניח שבית-דין שרעי ימצא טובת הילדים בדת המוסלמית ואילו בית-דין רבני ימצא טובת הילדים בדת היהודית"⁷⁴.

הפורום היחיד, המסוגל לשקול את טובת הילד לגופה וללא פניות — תהא דתו של הילד אשר תהא — הינו בית-המשפט המחוזי. אם יחליט בית-המשפט, כי טובת הילד מחייבת מסירתו לאפוטרופסותו של הצד, המסתייך לדת הכונה מדתו של הקטין, יתן בית-המשפט בהודמנות זו אישורו להמרת דתו של הקטין לדת אפוטרופסו.

73 ראה זילברג, בעמ' 35 לספרו.

74 מדברי השופט ח' כהן בענין מזרחי, פד"י ל' (1) 379; ראה גם דבריו באל-צפדי, פד"י י"ז 1426. דברים ברורים ראה אצל Fitzgerald, ה"ש 8 לעיל, בעמ' 61:

"The right of marriage guardianship being a right at Muhammadan law can only be claimed by a person subject to that law. Normally, therefore, difference of religion will be a bar to its exercise."

ראה גם Ameer Ali, שם, בעמ' 241. וראה פסק-הדין ההודי *In the Matter of Mahin*, Bibi [1874] 13 B.L.R., O.C. 160, על-פי דיווחו של Ammer Ali, שם:

יהודי שהתאסלם, נשא אשה מוסלמית ונולדה להם בת, שחונכה בדת האיסלם. סמוך לאחר לידתה שב האב לדתו היהודית. האם התקשרה בתווה להשיא בתה הקטינה למוסלמי. עקב כך עתר האב לבית-המשפט לקבל את הילדה לחזקתו בנימוק, שעל-פי הדין האיסלמי כפופים נישואי קטין להסכמת האב (זכות ה"ג'אבר"). ביהמ"ש דחה את התביעה בפוסקו, כי על-פי הדין האיסלמי מחולטת זכות זו לגבי אב, שהמיר את דתו המוסלמית.

עם זאת נתון הדין האיסלמי לאם זכות להחזקת בנה ("היונאת"), אפילו היא איננה מוסלמית, ובלבד שלא היתה מוסלמית והמירה דתה; ראה: Ameer Ali, שם, עמ' 249 ו-255. זכותה זו קיימת עד שהילד מגיע לגיל של הבגה דתית, בו קיימת סכנה כי התרועעותו עם לא-מוסלמים תביאו לכפירה באיסלם, ראה שם, בעמ' 265.