

שני מסלולים של זכות עלייה מכוח חוק השבות:

מסלול אחד מבוסס על הזכות העצמית - מי שנולד לאם יהודייה או התגייר ואינו בן דת אחרת.

מסלול שני מבוסס על זכות אבות - מי שהוא בן זוג, בן או נכד של יהודי ובני זוגם, להוציא מי שהיה יהודי והמיר את דתו מרצון.

לגבי כל אחד מאלה קבעה הפסיקה מבחנים חילוניים ולא הלכתיים. משמעות הדברים היא כי המילים אינו בן דת אחרת או המרת דת מרצון אינה נידונה בהבט ההלכתי בלבד אלא בהבט הלאומי, תרבותי, הסטורי, בתודעה של הציבור בישראל, ובמכלול הרחב של הדברים. מכאן נעבור לכל אחד מן המסלולים ולתנאיו בהקשר עליו אנו דנים:

במסלול הראשון (סעיף 2 יחד עם סעיף 4 לחוק): מי שאינו בן דת אחרת.

על פי הפסיקה ברדספורד (היהודים המשיחיים) יש לתת את הדעת:

(1) לא להבט הסובייקטיבי של הדת האחרת אלא להבט הפנימי של הדת היהודית באספקט החילוני האמור.

(2) לא לאקט הפורמלי של המרת דת או של פעולה חיצונית שיש בה כשלעצמה כדי לשנות את דתו של האדם אלא להבט האמונתי כמו גם למעשים.

(3) יתר על כן, אי אפשר לשנות מצב מניה וביה ולעבור מיהדות לדת אחרת וחזרה בלי שינוי מצב קיצוני (רדספורד)

האם בן דת אחרת בכפייה יכול להחשב כבן דת אחרת ודאי שלא, אולם במקרה כזה יש להצביע על כך שאכן נשלל רצון חופשי או שאדם הועמד בפני ברירה כזו, שיש בה כדי להצדיק את החלטתו. דבר זה ניכר קודם כל בהוכחה ישירה אישית, אולם ניתן להתמודד במישור הראייתי גם, בין היתר, ביחס בין האדם לבין סביבתו (באיזו מידה בני הסביבה כולה המירו את דתם וכיו"ב) אולם בעניין זה גם ההתנהגות המאוחרת יש בה כדי להשפיע על החלטתנו. אם נעלמו הנסיבות שהיו מצדיקות את ההמרה או את היותו בן דת אחרת ועדיין הוא מחזיק בדת האחרת אין לראות בו עוד מומר בכפייה או אנוס. זו דעת ההלכה וזו גם הגישה האזרחית בעניינים אזרחיים (מושג הרצון והכפייה) וזו גם הגישה החילונית באשר למשמעות בן דת אחרת.

כאן גם יש מקום להבהיר את המשמעות ההלכתית של ישראל שחטא ישראל הוא, שעולה בקנה אחד עם ההבנה החילונית. גישה זו היא לעניין היכולת להנתק מן האומה היהודית ולעניין שימור החובות. אין כל זכויות הנובעות מהיותך ישראל למרות המומרות. במסלול השני סעיף 4א (א)

זכותו של קרוב לא יהודי להספח על זכות אבותיו.

מה כוללת הזכות האמורה:

(1) זכות בלתי תלויה בעליית הקרוב שמכוחו נקנית הזכות. הוא זכאי לעלות עצמאית גם אם קרובו היהודי ממנו נובעת הזכות אינו מבקש להשתקע בישראל ובתנאי שעמד בתנאים של סעיף 3.

(2) קרבת המשפחה הנדרשת היא בן זוג, בן ונכד ובני זוגם, גם אם הבן או הנכד ובני זוגם שניהם אינם יהודים ביום הקובע. אין החוק מעניק זכויות קרוב להורים של יהודי. הזכות פועלת כלפי מטה ולא כלפי מעלה.

(3) לגבי הקרובים צאצאיו של המומר. בהבט אחר (חדש שלא נסקר על ידי היועץ המשפטי של משרד הפנים) המונח יהודי בהקשר של ילד ונכד של יהודי או בן זוג של יהודי צריך להתפרש על פי הגדרת המונח יהודי בסעיף 4ב "מי שנולד לאם יהודייה או שנתגייר, והוא אינו בן דת אחרת". מכאן שאם הילד או הנכד נולדו בעת היות הסב או האב מי שהוא בן דת אחרת אין הם נחשבים על פי הגדרת החוק ליהודי. ממילא אין הבן או הנכד נחשבים כבן או כנכד של יהודי. גם פס"ד קנדל אינו משנה מצב זה כי במקרה זה הורי הצעירה נעשו בני דת אחרת רק ארבע שנים לאחר לידתה. ביום לידתה היא הייתה בית ליהודים. בכך יש סייג לטענה שנשמעה מפי אחד מן העדים לפני הוועדה כאילו גם בני מומרים מכמה דורות יכולים להחשב כצאצאי יהודים הזכאים לעלות מכוח קרבת משפחה.

(4) חה משמעות הסייג בסעיף 4א (א) "להוציא אדם שהיה יהודי והמיר את דתו מרצון".

(א) על משמעות הרצון עמדתי כבר לעיל.  
(ב) בן או נכד של מי שבשעת לידתו נולד כנכרי עקב המרה קודמת של הוריו או מי שנולד כיהודי ולאחר מכן הוריו המירו את דתם יכול ליהנות מזכות בן משפחה, שהרי היותו בן דת אחרת אינה שוללת ממנו את הזכות כבן משפחה. זכות זו מרחיבה את הזכות מכוח שבות גם על נוכרים. אולם השאלה היא במקרים כאלה מה משמעות המרת דת מרצון בנסיבות כאלה. בפסק ברדספורד מסכימים השופטים ברק ואלון כי המרה "אינה מחייבת טקס פורמלי" (שם בעמ' 833-834, 852). "כל מה שאמרתי לענין הדיבור 'אינו בן דת אחרת' שבסעיף 4 לחוק השבות, תופס גם לגבי הדיבור 'והמיר את דתו מרצון' שבסעיף 4 לחוק".  
אולם דברים אלה אמורים לגבי הדור הראשון עצמו.

כיצד יש לפרש את הסיפא של סעיף 4א (א) ביחס לבנו של מומר או נכדו של מומר. האם יש להחשיבם כמי שנמניים על הכלל ולהשוותם לנכרי גמור. במקרה זה יש לקבוע כי אין מצבם גרוע יותר ממצבו של נוכרי גמור רק בשל היותם בני מומרים. או שמא החריג של המרה מרצון חל עליהם אם לא נטשו את מומרות אבותם. הרציונל הוא בכך שמי שנמצא בקטיגוריה של מומר נמצא בתודעה של מחוייבות לצאת ממצב זה ולשוב אל דת אבותיו. אז השאלה לפי פירוש זה האם נבדוק רק בדור הראשון לאחר המומרות כשתודעת המומרות היא קרובה ומיידיית או שמא נרחיק עוד חולייה ונכלול את שתי החוליות שהחוק מתייחס אליהם (סב ואב). במקרה כזה עלול להיווצר אבסורד אם בן הזוג של אלה הוא נוכרי גמור. נוכרי זה עשוי לזכות בשבות מכוח קרבת משפחה למרות שבן זוגו לא יוכר כנכד של יהודי הואיל וייחשב כמי שהמיר את דתו. אולם ניתן לומר כי האבסורד לא ייווצר, שכן במקרה זה בן הזוג הנוכרי יונק את זכותו מן הבן או הנכד של יהודי שהוא בן זוג לו. כאשר אין לאלה זכות מכוח שבות על פי קרבת משפחה נופלת גם זכותו של בן הזוג.

התשובה היא על פי התכלית החקיקתית. מה יכריע את הכף? הרצון לספח קרובי יהודים או הרצון לדחות מי שנתן גט כריתות ליהדות.

פסק דין קנדל אין בו כדי לשנות גישה אפשרית זו שהרי במקרה זה הילדה הייתה עדיין קטינה ביום הגשת העתירה והיא הייתה בת של יהודי בעת לידתה ולא ניתן עדיין להסיק מסקנה מעמדתה העצמאית. בג"צ לא הכריע סופית בעניינה אלא רק קבע שהיא תהייה זכאית לעת בגרותה להגיש בקשה עצמאית שתידון מחדש לעת ההיא.  
בכל מקרה אין לסמוך על ההכללה ויש לבחון הדברים לגופם.