

בג"צ - ערכים, ניטרליות ועדק

פרופ' אריאל רוזן-צבי ז"ל

ערכים, והאם הוא מכריע בין ערכים? בודאי! אבל אין זה גילוי חדש. מאז ומתמיד בית משפט - כמו בית דין - הכריע בין ערכים, ואפילו רב שמביאים לפניו תרנגולת שיפסוק אם היא כשרה או טרפה, שזהו לכאורה אקט טכני לחלוטין, הוא מכריע בין ערכים. למשל, במקרה שבלעדי התרנגולת הזו לא תתקיים שבת כהלכתה, הוא ישקול לפסוק לקולא, וכיצא בזה. מכאן שהכרעה, אף שיש לה כללים הלכתיים די ברורים והיא לכאורה טכנית לחלוטין, היא החלטה ערכית. השאלה החשובה היא, האם בית המשפט מכריע בין ערכים שעה שהוא יוצר מציאות חברתית המאיימת, או המנצלת, קבוצה חברתית מסוימת. אולם, יש לתת את הדעת על כמה מושגי יסוד. ראשית, תפקידו של בית המשפט הוא, בדרך כלל, לעסוק במצוקות ספציפיות, מיידיות וענייניות, כגון הכרעה בתביעות, מניעת עוול וכיו"ב. ואולם, ישנן שאלות שמתעוררות עקב מצוקה, כמו למשל, במקרה של גב' בבלי¹, שם התעוררה מצוקה, כיוון

בדברי הפתיחה דיבר הפותח על שני מושגים אותם הוא כרך יחד. הוא דיבר על ניטרליות של בית המשפט ועל השאלה האם בית המשפט מטמיע ערכים במסגרת ההתדיינות שלו. השתמע מדבריו שכשבת המשפט מכריע בין ערכים, או נותן משקל מסוים לערכים מסוימים וקובע ע"י כך סדרי עדיפויות חברתיים או אחרים, הוא חדל מלהיות ניטרלי. אני חולק על כריכת המושגים ניטרליות וערכים ביחד. ניטרליות היא ענין של צורת שפיטה, דרך מינוי; אופן שפיטה - ללא משוא פנים, ללא אפליה; דרך ההתדיינות, אופן החשיבה שמטמיע שופט או דיין, להבדיל מפוליטיקאי. פוליטיקאי יש לו דרך חשיבה מסוימת ולשופט יש דרך חשיבה אחרת, כפי שלראש ישיבה ולדיין יש אופי חשיבה שונה. שופט יכול להיות ניטרלי לחלוטין ואף על פי כן הוא חייב להכריע בין ערכים. אם הוא לא יכריע בין ערכים ואם לא תהיה לו השקפת עולם מגובשת, לא נרצה שהוא יהיה שופט, כשם שלא נרצה שהוא יהיה דיין. אנו לא רוצים באנשים שהם בבחינת טכנוקרטים, שהם ניטרליים מבחינה ערכית, שאין להם "דרך ארץ" במובן הרחב. אנו רוצים שופטים ודיינים ניטרליים מבחינת תפיסת השיפוט שלהם והאופן שבו הם ניגשים אל הענין, אבל יחד עם זה שהם שופטים המכוונים את עצמם אל דרך או אל תפיסה ערכית מסוימת, מבלי שיגלשו על ידי כך אל הכרעות שנמצאות מחוץ לתחומם, אף שקוי הגבול לא ברורים. האם בית המשפט משקף

¹ בג"צ 1000/92 חנה בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול ואח', פ"ד מח (2) 221. בני הזוג בבלי חיו יחד במשך שנים רבות וצברו רכוש. הבעל הגיש נגד אשתו תביעת גירושין בבית הדין הרבני, וכרך בה גם את ענין הרכוש. עפ"י החוק, כפי שנתפרש ע"י בית המשפט העליון בשורה של תקדימים, הוקנתה בכך סמכות השיפוט לבית הדין הרבני (ולעומת זאת, אילו הקדימה האשה את הבעל והיתה תובעת אותו בבית משפט מחוזי - היתה הסמכות מוקנית לבית משפט זה). בית הדין הרבני פסק כי לאשה אין חלק בשני נכסי המקרקעין שנרכשו בתקופת נישואיהם. בית הדין לא החיל את "חוקת השיתוף" - שהוא העקרון החל בענין זה בבתי המשפט המחוזיים - על פיה יש לחלק את הנכסים שוה בשווה בין בני הזוג. האשה עתרה לבג"צ נגד בית הדין הרבני

שאחרי 34 שנים של נישואין, בגלל יומיים של איחור לפנייה לבית המשפט, מתוך תום לב ואולי אף מתוך רצון להגן על ערך יהודי כמו שלום בית, היא הפסידה את כל רכושה! במצוקה הזו היא יכלה לפנות רק לבית הדין הרבני.

לעומת זאת, שונה המקרה של **דנילוביץ'**. שם לא היתה רק מצוקה פיזית, אלא היה גם ענין הכרטיס, שהיה שולי לחלוטין. המאבק היה אידיאולוגי והיה רצון לפתוח חזית אידיאולוגית.

כאן נשאלת השאלה המנקרת: אילו ערכים החברה מעוניינת לטפח?

בענין הזה גם השופט **אהרון ברק** מכריע הכרעה ערכית, כמו השופט **קדמי**, אף כי הכרעתו הערכית אינה הולכת עד הקצה כמו הכרעתה של השופטת **דורנר**. הכרעה זו הינה הכרעה מפורשת לכיוון מסויים, שהוא מיותר לדעתי, כשם שבמקרה של גב' בבלי פתח השופט **ברק** בחזית אידיאולוגית מיותרת. אעפ"כ, אני חושב שהתוצאה במקרה זה נכונה וצודקת. במקרה זה, של שני אנשים חילוניים לחלוטין החיים ע"פ אמות מידה חילוניות לחלוטין ונזקקים בד"כ לבית המשפט ולא לבית הדין הרבני, פנה הבעל לבית הדין הרבני, ניצל את ההלכה לרעתה ונשא שם ההלכה לשווא! הוא נבל שלא ברשות התורה, ובמקום שהרבנים יגידו לו שאינו רשאי בכלל לטעון את טענתו וימנעו אותה ממנו, הם נושאים ונותנים תמורה לניבלותו! התוצאה היא שכל הציבור רואה ומקשה: "זו תורה וזו שכרה?!" אלה דברי תורה? ! הרי בפסק בבלי של בית הדין הרבני יש חילול ה' גמור, ואינני חושב שבית הדין רשאי להמלט מהחובה לעשות צדק!

אלא, שאי אפשרי הוא להכריח בית דין רבני לפסוק לפי דין אחר. מה שאפשר זה להוציא ממנו את הכח לפסוק במקרה כזה, וזו גם עמדתי.

בפגישה שהתכנסו בה הרבנים הראשיים וקבוצה של דיינים, שאלתי אותם האם יש בעיה הלכתית עם "חזקת השיתוף", ואני כבר לא מדבר על אפשרות להוסיף תנאי כתובה, או לתקן תקנה, שהיום כבר לא עושים. (הרבנים הראשיים לא יעזו לתקן איזושהי תקנה, אפילו תקנה ממונית. האחרונה היתה בשנת תשי"א בענין מזונות הבנות).

בכל אופן, היה פשוט להגיע למסקנה הזאת בדרכים אחרות: "מנהג המדינה", אומדנא של הצדדים, זהו אומדנא דמוכח, מפורשת, שהרי הם חיים בצורה כזו. אך במקום פתרונות אלו, פתח בית הדין הרבני חזית אידיאולוגית מתסיסה, ואני בהחלט חושב שהשופט **ברק** נסחף להתדיינות האידיאולוגית בעטייה של אותה אמירה של בית הדין. התוצאה של בית הדין היא תוצאה שמעוללת, תוצאה שמנוגדת לדין תורה ע"פ תפיסתי. לעומת זאת, הגישה של השופט **ברק** היא בלתי אפשרית ומעמידה את בית הדין ואת הציבור הדתי, שבתי הדין הם קבוצת התייחסות שלו, באופן שכוונתה היא אפילו לא פונדקית. תופעה כזו, מבחינת העמדת סדרי עדיפויות, איננה מקובלת. לפי דעתי, גם מבחינת התוצאה המשפטית, בית המשפט עשה טעות, שכן בית הדין הרבני לא מסוגל להכריע בין פסקי דין של פלוני ואלמוני, כיוון שאין לו השכלה בדיני חוזים או בדיני קנין שבעזרתה יוכל להכריע. השופט **ברק** דורש ממנו להיות מומחה גדול למשפט האזרחי וזה בלתי אפשרי. התוצאה תהיה פשוטה: במשך כשנתיים או שלוש שנים, בתי הדין לא יקבלו את מרותו של פסק דין בבלי, ולפי דעתי בצדק מבחינתו, שהרי הם לא יכולים לקבל את מרותו מבחינת העיקרון הפסיקתי. או אז, הענין יחזור לבג"צ, שיעשה את מה שהיה מצופה ממנו לכתחילה, ויוציא בדרכי עקיפין את התחום הזה מתחום השיפוט של בתי הדין הרבניים. כמו שכתב פרופ' שיפמן: בג"צ הכניס את העז אל חצרו של בית

ונגד בעלה, וטענה כי "חזקת השיתוף" חלה גם בבתי הדין הרבניים, ועל כן שומה היה על בית הדין להחילה ולנהוג על פיה. בג"צ, בהרכב השופטים **מ' שמגר**, **א' ברק** ו**ש' לוין**, פסק פה אחד כי יש לקבל את העתירה והחזיר את התיק לבית הדין הרבני, על מנת שיפסוק בו על פי "חזקת השיתוף".

הדין הרבני וכשהוא יוציא את העז, בית הדין הרבני יאנח אנחת רווחה ויגיד: "ברוך שפטרנו מעונשו שלזה!" וישמח שבתי המשפט הם אלה שפוסקים בעניין. בדומה לכך, חתמו הרבנים הראשיים על הקמת בתי קברות אלטרנטיביים - חילוניים - והם שמחים מאד לעניין הזה, כי יש מי שפותר להם הרבה מאד בעיות קשות מאד שהם לא מסוגלים להתמודד איתן.

ואני רוצה לומר עוד משהו לא פופולרי. אני חושש מאד שאותו דבר יהיה לגבי נישואין אזרחיים. יבוא הציבור הדתי ויתבע, בשקט, קיום נישואין אזרחיים. נישואין כאלה יפתרו לו הרבה מאד מצוקות, שהיום הוא לא מסוגל להתמודד איתן. המציאות היא שמאתיים אלף נכרים חיים בתוכנו כיהודים וחשים כך מבחינת האתוס הלאומי שלהם, אך ברגע שחלק מהם יבואו ויבקשו להרשם ברבנות, יודע להם שזה בלתי אפשרי. זה כבר קיים בהיקף נמוך, אך כתופעה רחבה זה עומד לקרות בקרוב. יש שמונה מאות גיורים בשנה: שש מאות בבתי הדין הרבניים ומאתיים בבתי דין אחרים, בתי דין שהרבנות סומכת עליהם את ידיה. לעומת זאת, יש מאתיים אלף נכרים שהיו מעוניינים להתגייר בגלל שהם רואים את עצמם כיהודים. הפער גלוי לעין. גיור - אין, נישואין אזרחיים אפשריים - אין. מה יעשה ציבור כזה ומה אנחנו מצפים מציבור כזה? ומה עם האחריות שלנו כמדינה לספק להם פתרון למצוקתם?

יש לזכור שבג"צ דחה מספר פעמים את הרעיון שהוא יחיל נישואין אזרחיים במדינת ישראל. אם שואלים היכן גבול המעורבות הערכית של בג"צ, הנה הגבול! אבל יותר מזה: בג"צ דחה גם את האפשרות שרבנים רפורמיים יקבלו אישור כרושמי נישואים. דבר שללא ספק הוא אפליה לפי כל מובן שננקוט. אבל בג"צ אמר שאם יש כאן פגיעה בדין הדתי שהוא הדין הקובע לגבי ענייני נישואין וגירושין, הוא אינו מוכן להיות זה שיכריע במחלוקת הציבורית הרחבה של נישואין אזרחיים או נישואין דתיים.

בכל מקרה של מחלוקת ציבורית, אסור לנו לשכוח שעוצמת הכח של הממסד הדתי שלנו, כפי שרואים אותו היא מדומה. זאת עוצמת כח שאיננה מתבססת על כך שהצלחנו להטמיע את הערכים שאנחנו דוגלים בהם בציבור החילוני, או שהצלחנו לחבב עליו את ערכי היהדות, אלא מכיוון שהם נזקקים לאצבעות של חלק מחברי הכנסת. זאת נקודה חשובה ביותר.

קוד המושגים הראשון שחשוב לזכור אותו הוא, אם כן, פתרון מצוקות מול פתיחת חזית אידיאולוגית. אני חושב שבית המשפט, פותח לעיתים במרוצה חזיתות אידיאולוגיות מיותרות, בשעה שיכול היה להגיע לאותה תוצאה בדרך אחרת, מבלי להכריע במחלוקת אידיאולוגית. אגב, גם לאותו עניין של "אל-על נגד דנילוביץ"² אני חושב שהתוצאה נכונה. אחד הדיינים של בית הדין הרבני הגדול אמר לי, שעניין הכרטיס של דנילוביץ' לא מעניין אותו, שכן זה כמו חוזה עבודה. מה שמטריד אותו זה מה יהיה על המושג או על הערך של משפחה ושל זוגיות. איך מדינת ישראל מציגה את ערכיה הבסיסיים, מה האינטרס שלה ומה היא מטפחת? איזו משפחה היא רוצה לטפח?

² בג"צ 721/94 "אל-על" נתיבי אויר לישראל נ' יונתן דנילוביץ' ואח'. העותר, יונתן דנילוביץ', דייל של חברת "אל-על", חי בקביעות עם בן זוג. הוא פנה אל החברה בבקשה להחיל על בן-זוגו הסדר קיבוצי, המקנה לבני-זוגם של עובדי "אל-על" כרטיס טיסה חינם. החברה סירבה, בטענה שמערכת יחסים מעין זו איננה עושה את הצדדים לה לתא משפחתי, ולפיכך אין הם באים בגדרו של המונח "בני-זוג". דנילוביץ' תבע את החברה בבית הדין לעבודה. בין השאר טען, כי על המקרה חל ס' 2 לחוק שיוון ההודמנויות בתעסוקה התשמ"ח - 1988, הקובע בין השאר, כי אין להפלות אדם ב"תנאי עבודתו" על רקע "נטייתו המינית". בית הדין לעבודה קיבל את תביעתו. כנגד החלטה זו עתרה "אל-על" לבג"צ. בית המשפט העליון ברוב דעות השופטים א' ברק וד' דורנר כנגד דעתו החולקת של השופט י' קדמי, דחה את העתירה והשאיר את פסק דינו של בית הדין לעבודה על כנו. החלטתו של השופט ברק התבססה על פרשנות החוק ומטרותיו, ואילו השופט דורנר דנה בדברים מתוך גישה עקרונית המחייבת שיווי זכויות לבעלי נטייה מינית שונה. השופט קדמי קבע כי פרשנות המונח "בני-זוג" איננה סובלת את המשמעות כי הללו היו בני אותו מין.

העיתונות, הרבנות ראשית, בתי הדין הדתיים, נראה שבתי הדין הדתיים והרבנות, הם בתחתית הסולם מבחינת האמון. בג"צ נמצא במרחק עצום לפני כל גוף אחר. מבחינת האמון שהציבור רוחש לו, ובתודעה של ניטרליות - אך גם בגישה ערכית - הוא עומד למעלה. מדוע? כי במשך שנים ובאופן עקבי, בלי השופט **ברק** ולפניו, עם השופטים **אגרנט** ו**לנדוי** - שופטים זהירים שבזהירים, פרגמטיים - הוא קבע עקרון של זכויות יסוד והגנה על זכויות אזרח שהם ניטרליים מבחינה זו שהם מתייחסים לכל אחד, ללא יוצא מן הכלל. הם לא ניטרליים מבחינה זו שיש להם אמירה ברורה: שזכויות יסוד יש לכבד, גם אם יש קבוצה שמרגישה נפגעת מבחינה רגישותה לעניין. זוהי נקודה חשובה לכל אחד, למיעוט ולרוב, ובעניין הזה, רוב לא יכול להכריע. אסור לו להכריע, כי בדרך כלל הרוב רודף את השונה, את האחר, את המוזר. מבחינה זו היה בית המשפט, ובמיוחד בג"צ, במשך שנים גורם מאזן בחברה הישראלית. גם לגבי העניינים הדתיים, בג"צ היה גורם מפשר ומתווך.

לסיום, אנחנו צריכים להזהר גם בשימוש במושג "לגיטימציה". זהו מושג שצריך להזהר ממנו בחברה מודרנית, במיוחד בנושאים של פסיקה, וודאי לגבי זכויות יסוד. כאשר בית המשפט קובע שיש חופש ביטוי הוא איננו נותן לגיטימציה לאותם ביטויים שהוזכרו כאן. בשום פנים ואופן לא. השופט **ברק**, כשדיבר בפרשת לאור,³ אמר: "ילד הייתי בשואה,

חשוב להבדיל בין שני דברים. תנאי עבודה הם תנאי עבודה המתבססים על כך שכל אדם יבצע את אותה עבודה וזכאי לאותם תנאים. יכול להיות הומוסקסואל, גבר, אשה וכולי. אבל, כאשר אנחנו נותנים עדיפות, למשל, לאשה הרה, לאשה שילדיה עדיין צעירים, או לזוג נשוי, אנחנו קובעים שלמרות שהאשה הזאת עובדת בדיוק כמו הגבר, אנו מעדיפים אותה בגלל ערך חיצוני מחוץ לעבודתם ולא בגלל עבודתה. ערך חיצוני זה הוא אינטרס חברתי שהמדינה רוצה לטפח אותו. לכן, היא נותנת תמריץ למשפחות מרובות ילדים, לזוג נשוי, וגם למשפחה חד הורית.

מהו, אפוא, הערך המשתמע מדברי השופט **ברק** בפסק דנילוביץ'?' הערך הוא, שגם זוגיות הומוסקסואלית מן הראוי לטפח. נדמה לי שזאת הנקודה עליה כתב הרב יואל בן-נון 'עד כאן!'. עד כאן, לא במובן של השוואת זכויות במובן הרחב, אלא, במובן של איזה ערך הינו דגל שאותו אנו מתמרצים באופן מיוחד? בהקשר הזה בודאי שבת המשפט הולך בכיוון מסויים, שניתן לחלוק עליו. אני הייתי מסתפק בשורה אחת בפסק הדין. לגבי השאלה העניינית, לא מצאנו עילה ראויה להתערב בהחלטתו של בית הדין הארצי לעבודה, אף שיש לבג"צ עילות רבות להתערב בהחלטות בית הדין לעבודה. את המחלוקת האידיאולוגית, אם זו תהיה קיימת, נגמור בעוד דור, אם יהיה צורך בכך.

פרופסור יעקב כ"ץ כתב ב'הארץ' דבר שבעיני הוא נכון: הוא אמר שלגבי השאלה מה צריך לקדם, כלומר, לגבי שאלת השוויון, האפליה וכולי, אין בעיה. אלא, שקיימת השאלה האם אנחנו נותנים זכויות יתר, פריבילגיות. ובמקרה זה, זוהי שאלה מובהקת של סדר עדיפויות ערכית.

בנושא הערכים והאמון שאנו נותנים לבג"צ, אם ניקח על רצף אחד את בג"צ, המפלגות,

³ בג"צ 14/86 יצחק לאור ואח' נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות ואח', פ"ד מא (1) 421. עניינה של העתירה במחזה "אפרים חזור לצבא" מאת המחזאי יצחק לאור. המחזה, המשווה בין השלטון הישראלי בשטחי יהודה ושומרון לבין משטר הכיבוש הנאצי ובין חיילי צה"ל לבין חיילי הכיבוש הגרמני, נפסל ע"י המועצה לביקורת סרטים ומחזות. המחזאי ואחרים עתרו לבג"צ כנגד החלטה זו. בית המשפט, בהרכב השופטים א' ברק, ש' נתניהו וי' מלץ, החליט פה אחד לקבל את

היא פנתה בשביל הערך הסימבולי ובשל לגיטימציה שבזה, ולא בגלל המצוקה. כשאשה כזאת מבקשת שיתוף נכסים זו מצוקה, וכשהיא מבקשת שינוי שם זו סימבוליקה, ויש להבדיל בין תחומים אלה, וגם בית המשפט צריך לדעת להבחין ביניהם. בדרך כלל הוא יודע לעשות כן, ובדרך כלל הבג"צ ראוי להרבה מאוד כתרים על מה שהוא עשה כלפי הציבור הדתי, אף שיש מקרים בהם הוא פסע מעבר לנדרש, מבחינת פתיחת החזית האידיאולוגית. אולם אף על פי כן, לנו אסור לשפוך את התינוק עם המים.

וחציתי גדרות וגבולות שנשמרו על ידי הצבא הגרמני, כאשר על גופי דברים שהעברתם אסורה. ההקבלה בין חייל גרמני העוצר ילד זה לבין חייל ישראלי העוצר נער ערבי צורבת את לבי. עם זאת, אנו חיים במדינה דמוקרטית, אשר בה צריכת לב זו היא לב ליבה של הדמוקרטיה. כוחה של זו אינה ההכרה בזכותי לשמוע דברי נועם, הערכים לאוזניים. כוחה של זו בהכרה בזכותו של הזולת להשמיע דברים הצורמים את אוזני והצובתים את לבי. חופש הביטוי - אמר פעם השופט הולמס - הוא הסובלנות כלפי השנוא עלינו" (עמ' 441 לפסק הדין). אין הוא נותן לגיטימציה לדברים שנאמרו, אלא רק לדבר אחד: לערך של זכות היסוד. מבחינה זאת התפיסה של לגיטימציה - שהיתה בעבר בחברה הומוגנית, מסורתית, שאיננה חברה פלורליסטית - איבד את המשמעות שלו, ואנחנו מוכרחים להסתגל לזה. ברור שיש גבול מסויים, כי כשביט המשפט קובע שיש ערך שצריך לטפח אותו, אז הערך הזה מקבל לגיטימציה. העובדה היא, למשל, שההומוסקסואלים פנו לאן שפנו, לא בגלל הכרטיס, אלא בגלל הרצון לקבל לגיטימציה חברתית. גם הגברת אפרת⁴ כשפנתה לקבל את שמו של ידועה בציבור,

העתירה, עם שהביע את רגשי סלידתו מתוכן המחזה ומסגנונו. ביסוד ההחלטה עמדה ההכרה בחשיבותו ובעליונותו של חופש הביטוי, גם במקום שמדובר בביטוי בוטה ופוגעני.

ד"ר מיכל אפרת נ' הממונה על

מרשם האוכלוסין במשרד הפנים ואח', פ"ד מ"ז (1) 749. העותרת חיה ללא נישואין עם עוזי אורנן, כידועתו בציבור. ילדיהם קיבלו את שמות המשפחה של שני בני הזוג ("אורנן - אפרת"). עתה ביקשה גם העותרת לשנות את שמה ל"אורנן - אפרת". הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים סירב לבקשה, בטענה, כי שינוי השם עלול להטעות את הציבור וליצור דימוי מוטענה כאילו בני הזוג נשואים. בעתירה לבג"צ ביקשה העותרת לחייב את הממונה לרשום את שמה כרצונה. בית המשפט, בהרכב השופטים א' ברק, ש' נתניהו, ות' אור, קיבל את העתירה והורה למשרד הפנים לרשום את העותרת בשם המשפחה שבחרה. השופט ברק, שביקר את ההסדר הקבוע בחוק השמות תשט"ז - 1956 (הקובע כי שם משפחה יינתן עפ"י הנוהג הרווח), רואה את הזכות לקבוע שם ולשנותו כאחת מזכויות האדם, בהיותה ביטוי לאישיות, לרגש, לחובה, למסורת ולייעוד. בהחלטתו הוא קובע, כי שינוי שמה של ידועה בציבור לשם בן זוגה איננו מטעה, ואף איננו פוגע בתקנת הציבור.

האם אפשר, לדעתך, לנהל מדינה מודרנית בהתבסס אך ורק על המשפט היהודי?

חד משמעית - כן. השאלה היא מאיזה בחינה? מבחינה זו שיש בהלכה פוטנציאל ותשובות למדינה מודרנית? בודאי שכן, הרי היהדות הסתגלה לתקופות רבות. היא פעלה בתקופה שהיה בית מקדש והיו קורבנות, ולאחר מכן היא הסתגלה לתקופה של משבר גדול ולתקופה של גלות וכו'. מבחינה זאת האפשרות קיימת ללא ספק. בנושא של משפט עברי, חוק יסודות המשפט אמר אמירה מסויימת שהיתה צריכה ליצור אתוס של גשר מסויים. האתוס שהיה עד עכשיו יצר נתיב למשפט האנגלי להכנס אלינו, וכעת סגרנו את הצינור הזה של המשפט האנגלי (אחרי שהכנסנו באמצעותו הרבה מאוד דוקטרינות, תפיסות, נוהגים, נוהלים וכו') - מעכשיו נתחיל לבנות על בסיס אתוס אחר.

היה אפשר לבנות את זה באלף דרכים, ואני חושב שהשופט ברק עשה כאן שגיאה אסטרטגית בכך שאמר, כי לפי שיטתו לעולם לא יכנס משפט עברי דרך חוק יסודות המשפט. שהרי אם גם לפי החוק הנ"ל לעולם אין לקונה ואין דרך מוצא למשפט העברי, מה נשאר מחוק יסודות המשפט? אנו יודעים שהמשפט האנגלי זרם אלינו בזרם אדיר ולא עצרנו אותו, ולעומת זאת, המשפט העברי - בגרסת אלון, בגרסת זילבר, אפילו בגרסת חיים כהן, או בכל גרסה שהיא - לא יכנס! כאן נעשתה לפי דעתי רגרסיה תרבותית רצינית ביותר, כי אני לא חושב ששופט אנגלי, למשל, היה מעז להעלות על דעתו רעיון של תאוריות משפטיות של מסורת, אפילו מהתקופה העתיקה, שלא יהיה להם שום מקום, עם היבט נורמטיבי כלשהו. בעיניי, זהו משגה חמור, שנובע מחוסר רגישות מספקת ומחוסר ידיעה מוחלט של רוב השופטים במדינת ישראל, שלגביהם המשפט העברי הוא צופן בלתי מוכר, קוד קשה שאי אפשר לפצח אותו. אחד הדברים הראשונים שעשיתי בפקולטה למשפטים באוניברסיטת ת"א היה הכפלת התקנים של המורים למשפט עברי. מורים אלו שבחרתי מהווים היום אבן שואבת לתלמידים. את הקוד התרבותי הזה של מהות המשפט העברי כחלק מהמסורת התרבותית הלאומית של המשפט הישראלי הם יצליחו להטמיע וזה בעיני דבר חשוב מרכזי. משפט שאיננו מסתמך על רצף תרבותי הוא משפט נכה, ומשפט שאין לו זיקה ואיננו יכול לדובב שכבות תרבותיות ונורמטיביות על רצף שלם הוא משפט חסר. בענין הזה אני חושב שבית המשפט העליון צריך לחזור בתשובה.