

רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית

ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל

**מנחם מאוטנר, אבי שגיא, רונן שמיר
עורכים**

הוצאת רמות — אוניברסיטת תל-אביב

את התוצאה בעניין בבלי, הן במישור המידי והן במישור התקדימי, היו ועדיין קיימים כמה אמצעים משפטיים פחות רדיקליים בהרבה. בהיותה חורגת מן ההכרח מבחינה רלוונטית – הגנת הצד המקופח, פתרון מצוקות והשגת הצדק – היא עוררה עליה ביקורת קשה וגזעמת.

נוסף לפתיחת חזית אידיאולוגית, העלולה לפגוע בבית-המשפט על-ידי ביקורת מגורית קשה ונוקבת, נחלשת גם הזדהותה של קבוצה רחבה עם בית-המשפט, מה עוד שההישגים בפועל מסופקים ביותר. אפילו היתה לבית-הדין נכונות לקבל על עצמו את עול הדין האזרחי, אין לצפות שיהיה מסוגל להתמודד עימו. הן מבחינת הכשרתו, הן מבחינת האתוס המשפטי והן מבחינת המחויבות הדתית, אין בית-הדין יכול לקבל על עצמו את העול של פסיקת בג"צ במקרה זה.

התוצאה היא שהחזית האידיאולוגית שנפתחה לא תיצור את השינוי המיוחל ולא תפתור את מצוקתם של הצדדים שלמענה הפעיל בית-המשפט את כוח הפיקוח השיפוטי שלו. להיפך, סחבת אפשרית, בתוספת תחבולות של סדר-דין ודיני ראיות, שיינקטו כדי למנוע את רוע הגזירה, עלולים להוסיף התדיינות, להגדיל את ההוצאות ולהרבות את מצוקת הצדדים. פתרונות חלופיים רדיקליים פחות היו יכולים לעורר פחות ביקורת, מצד אחד, ולהשיג תוצאות טובות יותר ויעילות יותר, מצד אחר. [ההדגשות שלי – מ' א.].

זכינו, ואריאל רוזן-צבי עוד הספיק להביע תגובתו, אם כי בקצרה ובתמצית, על פסק-דין בבלי; דעתי כדעתו. כפי שראינו, דבריו של אריאל המנוח הובאו בפסק-דין בבלי, ועולים הם בקנה אחד עם פסיקתי בפרשת וילוז'ני ובפרשת בעהם. אמרתי לעיל מה שאמרתי לעניין דרכו של השופט ברק באשר להסתמכות עליהם והסתמיות מהם. רואה אני חובה לעצמי להביא דבריו האמורים של אריאל וזכרנו לברכה, שאולי אחרונים הם שפורסמו בדפוס, בטרם הלך לעולמו.

טו. אמנות השיפוט – שלום, ולא שלמות; הקוהרנטיות הנורמטיבית לעומת חוכמת ראיית הנולד

בדבריו להנמקת דעתו אומר השופט ברק, בין היתר, כי "משפטה של מדינה שואף לשלמות" (פרשת בבלי, בע' 246). ואני, עבדכם, מעדיף לומר ולגרוס כי משפטה של מדינה שואף לשלום – לדין, לאמת ולשלום. השלמות אינה נחלתו של שופט בשר ודם, ובוודאי שאינה נחלתה של מערכת משפטו. מערכת זו, מעצם טבעה ומהותה, מלאה היא ניגודים של דין וצדק, של חוק ומוסר, של אמת משפטית ואמת עובדתית. ועל המערכת השיפוטית לעשות שלום בין כל אלה לפי פסיקת דין אמת לאמתו.

עיון משפטי אקדמי יכול שישאף לשלמות. מערכת משפטית מעשית צריכה לענות על צורכי המציאות החברתית. המציאות החברתית במדינת-ישראל שסועה ומפוצלת באמונותיה ודעותיה, בערכיה ובשאיפותיה, מציאות זו הביאה, בין היתר, לכלל קיומה

"אלה הן אמרות אגב... בטעות יסודן, ומן הראוי לסטות מהן"

ערעורים והרהורים בעקבות פרשיות בבלי ולב

מנחם אלון

אקדמות מילאן

- א. תוכן פסק-הדין בפרשת **בבלי**
- ב. פסיקתם של בית-הדין הרבני ושל השופט ברק
- ג. פסיקת בית-הדין הרבני בפרשת **בבלי**
- ד. דרכי הפסיקה במשפט העברי
 1. דין אמת לאמיתו
 2. השלום ודרכי שלום
 3. השלום בעקרונות מורשת ישראל שבחוק יסודות המשפט, תש"ס—1980
 4. חזקת שיתוף נכסים במשפט העברי — הרהורי ביקורת על פסיקת בית-הדין הרבני
- ה. פסיקת השופט ברק בחלק השני של פסק-דינו בפרשת **בבלי**
- ו. ביקורת על פסיקתו האמורה של השופט ברק בפרשת **בבלי**
 1. פסיקה נוגדת את כל הפסיקה הקיימת; "אמרת-אגב"?
 2. פרשת **וילוז'ני**
 3. גופה של פסיקה או אמרת-אגב?
 4. הדיון בפרשת **וילוז'ני** ביחס שבין המשפט העברי והמשפט הכללי
 5. פרשת **בעהם**
- ז. כיצד ועל-סמך מה משנים פסיקה הקיימת מימים ימימה ושלא היתה מעולם שנויה במחלוקת?
 1. פרשת **גורפינקל** ואחרות — "לא פחות ולא יותר"
 2. סטייה מתקדימי בית-המשפט העליון
- ח. פרשת **עאסי** — טרום-**בבלי**
- ט. הסיט בדבר "פיצול קניין", "פיצול חיוב" ו"פיצול בעלות" — סיוט-שוא וחסר משמעות מעשית
- י. המתח החברתי והערכי כתוצאה מפרשת **בבלי**
- יא. פרשת **לב** — בתר-**בבלי**
- יב. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובית-הדין הרבני: פיתוח ההלכה "בהשגחת בג"צ"
- יג. מתח משפטי ללא מוצא

- יד. משנתו של אריאל רוזן-צבי המנוח בסוגייתנו; "פתיחת חזית אידיאולוגית מיותרת עם בית-הדין הרבני"
- טו. אמנות השיפוט – שלום, ולא שלמות; הקוהרנטיות הנורמטיבית לעומת חוכמת ראיית הנולד
- טז. המשפט העברי, מקומו והתפתחותו, בגולה ובמדינה העברית
- יז. הרמוניה נורמטיבית לעומת הרמוניה תרבותית וחברתית
- יח. הרמוניה נורמטיבית לעומת הרמוניה בין המערכת המשפטית של המדינה היהודית עם המערכת המשפטית ההיסטורית היהודית
- יט. פסק-דין בבלי על רקע פסקת המטרה בדבר "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"
- כ. הסיום הראוי לפרשת בבלי

אקדמות מילין

כותרת מאמר זה, זכות היוצרים עליה לנשיא אהרן ברק, ולקוחה היא מדברים שכתב בפרשת בבלי.¹ לאחר נטילת רשות, כדת וכדין, בחרתי במילים אלה ככותרת למאמרי. ועל שום מה נהגתי כך? הדבר יובהר ויובן בגופו של המאמר.

מאמר זה נכתב ומוקדש לזכרו של ידיד יקר ואהוב, משפטן דגול, אריאל רוזן-צבי המנוח. לא מצאתי טוב מאשר להרהר בנושא שידעתי שהיה קרוב להגותו ולליבו של אריאל, זכרו לברכה, והוא מהתחום בו המשפט מאיר את אורו או מטיל את צילו – הכל לפי העניין? – על מערכת חיי החברה בישראל. נושאים אלה הולכים ורבים בחברתנו, המשוסעת עמוק עמוק בהלכותיה והליכותיה; אריאל הקדיש לכך כתיבה ועיון, מרובים ועמוקים, מתוך מטרה ומגמה למצוא סינתזה ראויה בין ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. לפרשיות שאני מבקש להתייחס אליהן ושהזכרתן בכותרת דברי הספיק אריאל להתייחס קצרות; בטוחני שהיה עומד להאריך בעניינם בדיבור ובכתיבה, אך נלקח לגנזי מרומים וכבר לא היה עימנו. בפסק-דין בבלי נכתבו ונפסקו דברים שבאו לשלול ולבטל דברים שנכתבו על-ידי אריאל ועל-ידי.² בדברי מבקש אני לתמוה ולחלוק על שלילה וביטול אלה, ולהרהר בדברים שסייעו והביאו לידי כך. ומתוך שאגן על עמדתו, אגן ממילא גם על עמדתו של אריאל.³

1 בג"צ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221, 251-252 (להלן: פרשת בבלי).

2 פרשת בבלי, שם, בע' 243, 251-252; ראה להלן פסקה ה.

3 לעניינה של פרשת בבלי התייחסתי, ברמז בלבד, במקום אחר (מנחם אלון "חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם – מאין ולאן" מחקרי משפט יב (תשנ"ו-1995) 253, 307); ביתר פירוט התייחסתי לפסיקת בבלי בהצאה לרגל קבלת פרס צלטנר, ביום ג' בניסן

א. תוכן פסק־הדין בפרשת בבלי

בפרשת בבלי מדובר בפסק־דין אירושין שיצא מלפני בית־הדין הרבני האזורי ואושר בבית־הדין הרבני הגדול. בתביעת הגירושין שהוגשה לבית־הדין הרבני נכרכו גם ענייני הרכוש שבין בני־הזוג, ומאחר שכך, לפי הוראת סעיף 3 לחוק שיפוט בתי־הדין הרבניים (נישואין וגירושין), הדיון בענייני הרכוש נתון אף הוא בסמכותו של בית־הדין הרבני; מאחר שבני־הזוג נישאו לפני היכנס חוק יחסי ממון בין בני־זוג לתוקפו – הם היו נשואים כשלושים ושתיים שנה – אין חובה על בית־הדין הרבני לדון בענייני הרכוש לפי הוראות חוק זה. האשה ביקשה לנהוג בעניין חלוקת הרכוש לפי העיקרון של חוקת שיתוף נכסים, כפי שפותח והתקבל בפסיקתו של בית־המשפט העליון. בית־הדין הרבני דחה את בקשתה, וקבע לאמור:

בית הדין קובע בבירור כי פסיקת בית המשפט אינה מחייבת כלל וכלל את בית הדין הרבני, ובית הדין פוסק רק לפי ההלכה היהודית שבו לא קיים מושג של שיתוף בנכסים, רק זכויות שמגיעות לאשה מכוח תנאי כתובה וההלכה.

כידוע, פותח בפסיקת בתי־הדין הרבניים בארץ נוהג של פסיקת פיצויים לאשה במקרה של גירושין;⁴ אך בית־הדין קבע בהמשך פסק־דינו כי מאחר שסכום הפיצויים שביקש בא־כוח האשה רחוק מן המושג ששמו פיצויים, מנועה האשה מלהזמין עדים באשר להיקף רכושו של הבעל.

על פסק־דינו של בית־הדין הרבני הוגשה עתירה לבית־המשפט הגבוה לצדק. העתירה התקבלה, וניתן צו מוחלט המבטל את פסק־הדין של בית־הדין הרבני באשר לא־החלה של חוקת שיתוף הנכסים כפי שהתגבשה בפסיקת בית־המשפט האזורי; כן הורה בית־המשפט העליון לבית־הדין הרבני לחזור ולדון בעניין על־פי הקביעה כי "הלכת שיתוף הנכסים המהווה חלק מהמשפט האזורי הישראלי הכללי והמופעלת בבתי המשפט האזוריים, חלה גם בבית הדין הרבני" (פרשת בבלי, בע' 252). ההחלטה

התשנ"ד, 15.3.1994, והדברים מבוססים על הרצאה זו. בינתיים נכתבו מאמרים שונים בעניינה (ראו פ' שיפמן "בתי הדין הרבניים – לאן?" משפט וממשל ב (תשנ"ה) 533; ב' ליפשיץ "תוכן וקליפה בהלכות שיתוף נכסים" המשפט ג (תשנ"ו–1996) 239; ר' הלפרין־קדרי "פלורליזם משפטי בישראל: בג"צ ובתי־הדין הרבניים – בעקבות בבלי ולב" עיוני משפט כ (תשנ"ז–1997) 683. מפתת קוצר הזמן והיריעה לא אדון בדבריהם). בדברי לא אכנס לכל פרטי פסק־הדין ולכל ההשגות שיש להשיג עליו, ואתרכו בכמה בחינות עקרוניות בלבד באשר לדרך כתיבת פסק־הדין ומבנהו, ולמסקנות הקשות והמדאגות – לכלל המערכת המשפטית במדינה – העולות הימנו. כן אתרכו בפסק־דינו של בית־הדין הרבני – ולמה שהיה ראוי ורצוי שייפסק על־ידו – שלא במעט הביא לפסק־דינו של השופט ברק.

4 ראו מנחם אלון המשפט העברי (מהדורה שלישית, תשמ"ח) 1339 והערה 61 (להלן: המשפט העברי).

יג. מתח משפטי ללא מוצא

הדבר החמור ביותר הוא שפסיקתו של השופט ברק הינה לא רק ללא צורך, אלא גם ללא מוצא. וכל כך למה? להחלטה זו בדבר החלת הדין האזרחי על כל שאלה שתעלה לפניו, פרט לעניין של נישואין וגירושין עצמם, בית-הדין הרבני לא ייענה; הוא אינו צריך להיענות ואינו יכול להיענות; תוצאת-הביניים תהיה שיתוק והשתקה, חוסר מעש ודחיות, עד שיחליט בית-הדין הרבני ביוזמתו שאין הוא דן בענייני רכוש ואולי גם שאין הוא מוציא צווי עיכוב יציאה, או שהמחוקק יבוא לכלל החלטה זו, ונמצאנו ממשיכים בהליך הצמצום וההצטמקות של שיפוט בתי-הדין הרבניים.

בית-הדין הרבני לא ייענה, ואינו צריך להיענות, שהרי אותה חלקה דלה, כבשת-הרש, שנשארה בתחום סמכות שיפוטו, הוא צריך לדון בה, כפי שנהגו בתי-הדין בישראל בכל הדורות, לפי המשפט העברי. התערבות כלשהי בהליך היסטורי זה יכול ושתבוא רק על-ידי המחוקק, כאשר ולאחר שהעניין המסוים נידון על-ידי נציגי העם היושב בציון, ולאחר השגת הסכמה ואמנה, כפי שאירע, דרך משל, בעניין חוק שיווי זכויות האשה ובעניין חוק שיפוט בתי-הדין הרבניים (נישואין וגירושין). מן הראוי ומן הרצוי שבית-המשפט ימנע מהתערבות כה דרסטית ביישום המשפט העברי על-ידי בתי-הדין הרבניים, במיוחד כאשר יש בכך משום שינוי פסיקה קיימת מאז ומתמיד, שכל שופטי בית-המשפט העליון קיימוה וקיבלוה מאז ומתמיד. וקשה מזה וחמור מזה, בית-הדין הרבני גם אינו יכול לנהוג לפי פסיקת בית-המשפט בפרשת בבלי. שהרי כדי לפסוק בשאלות שבדיני קניין, דיני חוזים וכיוצא באלה לפי מערכת המשפט הכללית, צריך ידיעה וידע רציניים בחקיקה ובפסיקה הנוגעת בתחומים אלה, כדי להכריע בחילוקי-דעות שבפסיקה וכיוצא באלה במלאכת השיפוט. ומכל שכן כדי לפסוק ולהכריע ולהתחשב באמור בחוקי-היסוד צריך ידע ומידע גדולים ורבים מכך פי כמה וכמה. כיצד יתגבר בית-הדין הרבני על משימה זו גם אם ירצה בכך?

פגם נוסף מצוי בפסיקה של השופט ברק בפרשת בבלי. כאמור בדברינו לעיל, עד לפסיקה זו, בית-הדין הרבני לא פסל או התערב מעולם בזכות הקניין או בבעלות ברכוש שבוצעו לפי החוק הכללי, וזאת באמצעות מקורות וכללים של דינא דמלכותא דינא, מנהג, תקנות הקהל - כפי שעמדנו על כך בפרשת וילוז'ני - דהיינו, בדרך הנהוגה במשפט העברי, מני אז, להכיר בתחומים שונים במציאות משפטית שנוצרה אצל בעלי-הדין, מבלי לדון ולהחליט כיצד נוצרה מציאות משפטית זו, לפי איזה חוק ובדרך איזו פסיקה, וכיוצא בזה. לעומת זאת, לפי פסיקת השופט ברק בפרשת בבלי, על בית-הדין הרבני להחליט בנושאים אלה לפי המשפט הכללי, כדרך שבית-המשפט הכללי נוהג, דהיינו, בירור תוקף הקניין או החוזה לפי המשפט הכללי, דבר שאין בית-הדין הרבני צריך לעשותו, רוצה לעשותו ויכול לעשותו.

יד. משנתו של אריאל רוזן-צבי המנוח בסוגייתנו; "פתיחת חזית אידיאולוגית מיותרת עם בית-הדין הרבני"

נושא מאמרנו הוא קטע אחד מהתחום הגדול והנרחב של דיני המשפחה במערכת

המשפט בישראל. אריאל זכרוננו לברכה היה ה"מרי דחיטי" (= בעל החיטים) ומראשי המדברים בתחום גדול ורגיש זה במציאות החברתית והתרבותית שלנו. בנושא דיונונו, דבריו מצוטטים בפסק-דין בבלי פעמים מספר, כפי שעמדתי על כך בדברי. בעיצומו של החלק השני של פסק-דין בבלי מובאת דעתו שבית-הדין הרבני, בדונו בעניינים הנתונים לסמכות שיפוטו, מחיל את המשפט העברי, כפי שנקבע בפרשת וילוז'ני, המאוזכרת על-ידי אריאל, וכפי שנהגו בתי-המשפט מימים ימימה. דעתו נדחת בפסק-דין בבלי כשם שהפסיקה בפרשת וילוז'ני ובפרשת בעהם "בטעות יסודה ומן הראוי לסטות הימנה".

בארבעה מקומות מצאתי שאריאל זכרוננו לברכה הספיק להתייחס לפסק-דין בבלי. בשניים מהם במסגרת של פתיחה והתוויות קווים כלליים לצורך כתיבה מפורטת שביקש לכתוב ולא עלה בידו; במקום אחד בו הביע, בקצרה בערב-עיון, את עמדתו כלפי הדברים העולים מפרשת בבלי ופרשת לב; ובמקום נוסף, במסגרת מאמרו המאלף בנושא מדינה יהודית ודמוקרטיה.

1. בספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"ב-תשנ"ג, שבעריכתו של אריאל המנוח, הוא מתייחס במאמרו על דיני משפחה (בע' 269-299), בשלושת העמודים הראשונים לבבלי ולב. כותרת הקטע הזה היא: פתח-דבר: לקראת שינוי "כללי המשחק". הוא מקדים ואומר שאין בכוונתו לדון בפסיקה החדשה שניתנה במהלך אותה שנה (שם, בע' 269) והכוונה היא, בין היתר, לפרשיות בבלי ולב, ולפרשת אפרת,⁵⁸ אלא מבקש להעלות קו מחשבה לקראת הדיון המפורט שיבוא. הוא מצביע על כך שבית-המשפט אינו נרתע עוד מהתייחסות בעלת אופי אידיאולוגי, על כך שהדין האזרחי הוא חלק מן הדין המחייב את בית-הדין כאשר הוא דן בעניינים החורגים מענייני המעמד האישי במובנם הצר, וזאת לשם השגת הרמוניה משפטית (שם, בע' 269), ועל החלת הוראות חוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו כמחייבת גם את מערכת בתי-הדין הדתיים; ובכל אלה "כתנועת מלקחיים חד-משמעית", יש משום שינוי כללי המשחק כפי שנהגו עד כה (שם, בע' 270). הוא מצביע על שאלות מספר העולות בקשר לכך, ו"על כל השאלות האלה ועל אחרות אשתדל לעמוד בהרחבה בשנה הבאה".

2. לא זכה אריאל ולא זכינו אנו לכתיבתו של מאמר מקיף ומעמיק, כדרכו וכמנהגו של אריאל ז"ל. בספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"ו, שעל שערו מופיע פרופ' אריאל רוזן-צבי ז"ל כעורך, מופיע חלק ממאמר שהספיק לכתוב, ואשר שמו: "דיני משפחה: סוף עידן ההבלגה".⁵⁹ וכה נאמר בתחילת המאמר:

המאמר בדיני משפחה הוא תחילתו של מאמר בלבד. כתיבת המאמר נקטעה באיבה לפני שפרופסור אריאל רוזן-צבי ז"ל הצליח להעלות עלי כתב את מכלול רעיונותיו, הערותיו והארותיו על משפט דיני המשפחה... תחילתו של מאמר זה, שנכתבה בימי האחרונים על מיטת חוליו, תוך ייסורים, ולא פעם בחריקת שיניים, מבטאת, לדעתנו, יותר מכל את ערכיו ואישיותו - איש המשפט, החוכמה והדעת, דבק בלימוד, בתורה ובחיים. (בע' 357)

58 בג"צ 693/91 אפרת נ' אפרת, פ"ד מז(1) 749.

59 ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו (תשנ"ז) 357-371.

הכותרת הראשונה שבמאמר היא: "פתח-דבר: מקיפאון לתנועה" (שם, בע' 359). הוא מציין את השפעת חוקי-היסוד על תחום דיני המשפחה והטעמים להרחבת המעורבות האזרחית בדיני המשפחה, את השינויים במעמד המשפחה בחברה בתימינו, את התלונות על הפער בין הדין למציאות המופנות במיוחד אל בתי-הדין הדתיים, ואת הימנעותם של אלה מהמצאת פתרונות ראויים למצוקות נתונות וחדשות ועוד. במאמר קצר-היקף זה דן אריאל המנוח, בדרך של פתיחת דיון, בנושאים רבים בתחומי החקיקה והפסיקה בדיני משפחה, ובין היתר הוא מציין את חשיבותו של חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין) (הוראת שעה), התשנ"ה-1995, שבא לאפשר לבתי-הדין הרבניים, באמצעות כלים עכשוויים ויעילים נגד סרבני גט, "להקל על מצוקת העגונות ולפתוח תקופה חדשה ביחס שבין בית-הדין לקהל היעד שלו" (שם, בע' 366).⁶⁰ קטע זה מתוך מאמרו של אריאל זכרנו לברכה מסתיים אף הוא בתנועת המלקחיים שנעשתה על-ידי בית-המשפט בפסיקתו על-ידי החלת המשפט האזרחי וחוקי-היסוד על פסיקת בתי-הדין הרבניים.

3. לאחרונה באו לידי דברים שאמר אריאל רוזן-צבי המנוח בהוצאה בערב-עיון שנערך בבית-מורשה בירושלים, בכא באדר ב תשנ"ה, 23.3.95. הדברים פורסמו, בדפים מספר, לאחר פטירתו של אריאל ז"ל, בכתב-העת אקדמות.⁶¹ אריאל מתייחס בין היתר לפסקי-דין בבלי. הוא מותח ביקורת על בית-הדין הרבני שלא מצא דרך, לפי המשפט העברי, לעשות צדק עם האשה, ועל סגנון הפתיחה של פסקי-דינו של בית-הדין שאין הוא מכיר בשיתוף נכסים; הוא עומד על כך "שהתוצאה במקרה זה [= בפסקי-דינו של בית-המשפט בפרשת בבלי] נכונה וצודקת" ועל כך "שבמקרה של גב' בבלי פתח השופט ברק בחזית אידיאולוגית מיותרת"; וכך הוא מסכם את עמדתו בעניין פרשת בבלי (שם, בע' 72-73):

היה פשוט להגיע למסקנא 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 שמעוולת, תוצאה שמנוגדת לדין תורה על פי תפיסתי. לעומת זאת, הגישה של השופט ברק היא בלתי אפשרית, ומעמידה את בית הדין ואת הציבור הדתי, שבתי הדין הם קבוצת ההתייחסות שלו, באופן שכוהנת 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

60 אמצעים אלה - כגון עיכוב יציאה מן הארץ, קבלת דרכון, קבלת רשיון נהיגה ועוד - יסודם בכללי ההרחקה של רבנו תם, מגדולי בעלי התוספות במאה השתים-עשרה. ראו שם, בע' 367. ולא כאן המקום להאריך בחשיבותם של כללים אלה להקלה ניכרת בסוגיה הקשה של עגינות.

61 אקדמות, כתב-עת של לומדי מורשה, חוברת ב, שבט תשנ"ז, בע' 71-76. שם המאמר: "בג"ץ, ערכים, ניטרליות וצדק".

ואלמוני, כיון שאין לו השכלה בדיני חוזה 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 העקרון הפסיקטי. או אז, הענין יחזור לבג"ץ, שיעשה את מה שהיה מצופה ממנו לכתחילה, ויוציא בדרכי עקיפין את התחום הזה מתחום השיפוט של בתי הדין הרבניים.

4. משהיה מאמר זה מצוי בשלב של דפי הגהה הבאים מבית-הדפוס, בא לידיעתי קטע נוסף שכתב אריאל רוזן-צבי המנוח במסגרת מאמרו על מדינה יהודית ודמוקרטית⁶² המתייחס לפרשת בבלי, ושוב בקצרה, לאמור:⁶³

מול מקרה זה בחרתי להציב מקרה אחר שגם בו ניתן פסק-הדין המרכזי מפי השופט ברק. בבג"צ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, הטיל בית-המשפט על בתי-הדין הרבניים להחיל את המשפט האזרחי בתחומים שאינם מענייני המעמד האישי, ובין היתר את חוקת השיתוף שפיתח בית-המשפט העליון. בעשותו כן, צעד בית-המשפט מספר רב מדי של צעדים, וכתוצאה מכך נפתחה חזית אידיאולוגית מיותרת עם בתי-הדין הרבני.

אין ספק בצדקת התוצאה שהגיע אליה בית-המשפט ובחיוניותה. אין גם ספק בתרומה המרכזית של בית-המשפט במקרה זה לעקרון השוויון בין המינים, לקידום זכויות האשה בבית-הדין הדתי ולהרחבה של היקף פרישתם של עקרונות-היסוד בכל ערכאות השיפוט בישראל. אולם קביעה בדבר חוסר סמכותו של בית-הדין או ביטול החלטתו שלו על סמך פגיעה בעקרונות השוויון או בעקרונות-יסוד אחרים, אף-על-פי שהיא מעוררת בדרך הטבע את ביקורתו של בית-הדין, היא עניין אחד; ואילו הטלת הדין האזרחי (כולל הפסיקה) בתחומים נרחבים על מערכת שיפוט עצמאית יחסית, הפועלת לפי הדין הדתי, מהווה פגיעה בעלת אופי עמוק יותר וברמה אחרת ומקוממת את הציבור הדתי ללא צורך.

עם התוצאה האופרטיבית היה בית-הדין הדתי משלים, תוך חירוק שיניים, כפי שהשלים במשך השנים עם קיצוץ הדרגתי של סמכויותיו; אולם מערכת דתית אינה יכולה, מבחינת הכרתה העצמית ומעצם הווייתו הדתית, לעכל "פלישה" חילונית רחבת-ממדים לדין הדתי.

פעולתו של בית-המשפט הגבוה לצדק בתחומי שונים של דיני המשפחה והמעמד האישי ועמידתו מול בית-הדין הרבני נחשבת במציאות הישראלית לרע במיעוטו ולהכרח בלי-גונה. זו גם היתה ההתייחסות לכך במשך השנים; אולם כדי להשיג

62 אריאל רוזן-צבי "מדינה יהודית ודמוקרטית": אבהות רוחנית, ניכור וסימביוזה - האפשר לרבע את המעגל? עיוני משפט יט (תשנ"ה) 479.

63 שם, בע' 506-508; וראו עוד הערות 84, 85 ו-86, שם.

את התוצאה בעניין בבלי, הן במישור המידי והן במישור התקדימי, היו ועדיין קיימים כמה אמצעים משפטיים פחות רדיקליים בהרבה. בהיותה חורגת מן ההכרח מבחינה רלוונטית – הגנת הצד המקופח, פתרון מצוקות והשגת הצדק – היא עוררה עליה ביקורת קשה וגזעמת.

נוסף לפתיחת חזית אידיאולוגית, העלולה לפגוע בבית-המשפט על-ידי ביקורת מגורית קשה ונוקבת, נחלשת גם הזדהותה של קבוצה רחבה עם בית-המשפט, מה עוד שההישגים בפועל מסופקים ביותר. אפילו היתה לבית-הדין נכונות לקבל על עצמו את עול הדין האזרחי, אין לצפות שיהיה מסוגל להתמודד עימו. הן מבחינת הכשרתו, הן מבחינת האתוס המשפטי והן מבחינת המחויבות הדתית, אין בית-הדין יכול לקבל על עצמו את העול של פסיקת בג"צ במקרה זה.

התוצאה היא שהחזית האידיאולוגית שנפתחה לא תיצור את השינוי המיוחל ולא תפתור את מצוקתם של הצדדים שלמענה הפעיל בית-המשפט את כוח הפיקוח השיפוטי שלו. להיפך, סחבת אפשרית, בתוספת תחבולות של סדר-דין ודיני ראיות, שיינקטו כדי למנוע את רוע הגזירה, עלולים להוסיף התדיינות, להגדיל את ההוצאות ולהרבות את מצוקת הצדדים. פתרונות חלופיים רדיקליים פחות היו יכולים לעורר פחות ביקורת, מצד אחד, ולהשיג תוצאות טובות יותר ויעילות יותר, מצד אחר. [ההדגשות שלי – מ' א.].

זכינו, ואריאל רוזן-צבי עוד הספיק להביע תגובתו, אם כי בקצרה ובתמצית, על פסק-דין בבלי; דעתי כדעתו. כפי שראינו, דבריו של אריאל המנוח הובאו בפסק-דין בבלי, ועולים הם בקנה אחד עם פסיקתי בפרשת וילוז'ני ובפרשת בעהם. אמרתי לעיל מה שאמרתי לעניין דרכו של השופט ברק באשר להסתמכות עליהם והסתמכות מהם. רואה אני חובה לעצמי להביא דבריו האמורים של אריאל וזכרנו לברכה, שאולי אחרונים הם שפורסמו בדפוס, בטרם הלך לעולמו.

טו. אמנות השיפוט – שלום, ולא שלמות; הקוהרנטיות הנורמטיבית לעומת חוכמת ראיית הנולד

בדבריו להנמקת דעתו אומר השופט ברק, בין היתר, כי "משפטה של מדינה שואף לשלמות" (פרשת בבלי, בע' 246). ואני, עבדכם, מעדיף לומר ולגרוס כי משפטה של מדינה שואף לשלום – לדין, לאמת ולשלום. השלמות אינה נחלתו של שופט בשר ודם, ובוודאי שאינה נחלתה של מערכת משפטו. מערכת זו, מעצם טבעה ומהותה, מלאה היא ניגודים של דין וצדק, של חוק ומוסר, של אמת משפטית ואמת עובדתית. ועל המערכת השיפוטית לעשות שלום בין כל אלה לפי פסיקת דין אמת לאמתו.

עיון משפטי אקדמי יכול שישאף לשלמות. מערכת משפטית מעשית צריכה לענות על צורכי המציאות החברתית. המציאות החברתית במדינת-ישראל שסועה ומפוצלת באמונותיה ודעותיה, בערכיה ובשאיפותיה, מציאות זו הביאה, בין היתר, לכלל קיומה

של מערכת בתי-דין דתיים כחלק מהמערכת המשפטית והשיפוטית של מדינת-ישראל. המחוקק מדר ושקל את היקף סמכותם של בתי-הדין הרבניים, ויצא מתוך הנחה, הגיונית ומצדקת, שבתי-הדין הרבניים דנים לפי המשפט העברי, כפי שכך הם מחויבים ומצווים לפי מצפונם ומהותם, כדברי השופט זילברג בראשית דרך פסיקתו של בית-המשפט העליון: "כי כך דרכו של בית דין דתי יהודי: לדון על פי דיני ישראל".⁶⁴ וכאשר מצא המחוקק לנכון שעניין פלוני מן הראוי שיושם וידון בשווה בכל המערכת השיפוטית – כגון שיווי זכויות האשה – קבע כך במפורש בדבר חקיקה.

מערכת משפטה של המדינה צריך שתשאף לשלום גם בין המרכיבים השונים שבתוך המערכת המשפטית והשיפוטית. שלום זה יושג על-ידי כיבוד הדדי, גם מצד המערכת השיפוטית האזרחית, שהיא העומדת בראש הפירמידה השיפוטית ולה אף פיקוח, באמצעות בג"צ, על כלל המערכות השיפוטיות שבמדינה. הפסיקה הנוספת האמורה של השופט ברק, שביטלה פסיקה קיימת ונהוגה מאז ומתמיד בבתי-הדין הרבניים, אינה מתיישבת עם כיבוד הדדי זה. פסיקה זו, המחייבת את בתי-הדין הרבניים – בדונם לפי סמכותם בענייני רכוש הכרוכים בתביעות גירושין – לפסוק על-פי המשפט הכללי האזרחי, ולא לפי המשפט העברי, לא באה לפתור שום בעיה מעשית הדרושה ומצפה לפתרון, כפי שעמדנו על כך לעיל. היא מעמידה בסימן-שאלה את השלום שבעולמה של כלל מערכת משפטנו. חכמינו אמרו: "על שלושה דברים העולם קיים: על הדין, על האמת ועל השלום".⁶⁵ נאמר על כך בתלמוד הירושלמי:

ושלושתן דבר אחד הם: נעשה הדין, נעשה אמת, נעשה שלום.⁶⁶

חוששני שפסיקתו של השופט ברק בפרשיות בבלי ולב אינה עולה בקנה אחד עם דברים גדולים, עמוקים ונכוחים אלה.

אלה הדברים שמנו חכמים בסגולותיו של השופט: "חכמה וענוה, ויראה, ושנאת ממון, ואהבת האמת, ואהבת הבריות להם, ובעלי שם טוב... שיהיה להם לב אמיץ להציל עשוק מיד עושקו".⁶⁷ ונוסף לכל אלה, בסנהדרין – זו שדנה בדיני נפשות וזו שעמדה בראש המערכת המשפטית – "אין מעמידין... אלא אנשים חכמים ונבונים... בעלי דעה מרובה, יודעים קצת משאר חכמות, כגון רפואות... כדי שיהיו יודעין לדון אותם".⁶⁸

דברים אלה נכוחים הם כביום אמירתם. התכונה של "לב אמיץ, להציל עשוק מיד עושקו" היה בה כדי להביא לכלל הפסיקה המזכה את גב' בבלי כשותפה בנכסי בני-הזוג, וצר לי מאוד שבית-הדין הרבני לא הלך בדרך זו מכוחו של המשפט העברי ועל-פי עולמו והלכותיו. החלק השני שבפסיקת השופט ברק אינו בא להציל שום עשוק מיד עושקו; הוא בא, כדבריו, למען "הרמוניה נורמטיבית" ו"קוהרנטיות נורמטיבית". זוהי משאלה לא

64 לבנון נ' אלמליח, לעיל הערה 33.

65 אבות, א, יח.

66 ירושלמי תענית, פרק ד, הלכה ב; מגילה, פרק ג, הלכה ו.

67 רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק ב, הלכה ז.

68 רמב"ם, שם, שם, הלכה א.

רעה, שנחמד לשאוף אליה, כל עוד היא עולה יפה עם התכונות הנדרשות מהשיפוט והשופט. עם המושג "חכמה", שפשוטו כמשמעו, נמנית גם תכונה מהותית נוספת: "איזהו חכם? הרואה את הנולד".⁶⁹ דומה כי תכונה זו בעלת חשיבות מיוחדת היא באמנות השיפוט. לעניות דעתי, הנולד מפרשת בבלי אינו מבשר אהבת הבריות למערכת השיפוטית, ואלה לאלה. חילוקי-הדעות יתגברו, ההסתגרות תגבר, והשסע הערכי והתרבותי יעמיק.

טז. המשפט העברי, מקומו והתפתחותו, בגולה ובמדינה העברית

דומה עלי שעם פרשת בבלי אנו עוברים טרגדיה תרבותית-היסטורית, מבחינת המשפט העברי, ובראש ובראשונה מבחינת המערכת המשפטית של המדינה היהודית. במקומות רבים דנתי בתופעה ההיסטורית המופלאה של התפתחותו המתמדת של המשפט העברי, על כל ענפיו ויישומיו, במשך כל תקופות הגלות, גם כאשר חסרים היינו עצמאות מדינית. התפתחות זו באה כתוצאה מהאוטונומיה הפנימית, שמרכיבה העיקרי היה האוטונומיה השיפוטית בה זכו קהילות ישראל בכל תפוצות הגולה עד לפרוס האמנסיפציה, ובארצות המזרח אף עד סמוך לימינו. העניינים האזרחיים, הפליליים והציבוריים שעלו בין בני הקהילה הובאו לפני בתי-הדין של הקהילה היהודית, והם פסקו והחליטו על-פי המשפט העברי. כך באה לעולם התפתחות גדולה בכל תחומי המשפט העברי – לרבות הציבורי והפלילי – וספרות עצומה של שאלות ותשובות, הם המה הפד"י של עם ישראל זה כאלף ומאתיים שנה. עם שובנו לעצמאות ולריבונות, מדינית ומשפטית, עברו תקופות קשות על המשפט העברי, וקליטתו במערכת המשפט הכללית רחוקה מלהשביע רצונם של מי שמורשת לאומית כה עצומה יקרה לליבם. הרבה גורמים לכך, ולא אאריך בדיונם.⁷⁰

בפינה קטנה, קטנה מאוד, המשפט העברי מיושם בחיי המעשה שבמדינה היהודית בדרך שיושם בימים עברו בחיי המעשה בתפוצות הגולה. פינה זו היתה בפסיקתם של בתי-הדין הרבניים. לא שבעתי נחת ממידת היישום של המשפט העברי אף בבתי-הדין הרבניים, מפיתוח כלליו ופרטיו, מן ההיענות לצורכי החברה והשעה; והמקרה שלפנינו, בעניין גב' בבלי, יוכיח. ואמרתי על כך מה שאמרתי בתחילתם של דברים. מצויה כאן נסיגה מדאיגה, לעומת היצירה הגדולה, ולעיתים המאלפת, של בתי-הדין הרבניים ומועצת הרבנות הראשית עם הקמתם, לפני קרוב לשמונים שנה, שבאה לעולם בדרך של פסיקה והתקנת תקנות, שהלכה והתמעטה בעשרות השנים האחרונות.⁷¹ על כך יש

69 תמיד, לב, א.

70 ראו המשפט העברי, לעיל הערה 4, בע' 1594 ואילך, וכן מפתח העניינים, ערך "משפט עברי"; אלון, לעיל הערה 29, בע' 684-688; מנחם אלון "עוד לענין חוק יסודות המשפט" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ו-1988) 227-256.

71 ראו המשפט העברי, שם, בע' 1473 ואילך, בע' 1519 ואילך ועוד.

להתריע, גם במסגרת פסיקתו של בית-המשפט ואכסגיות משפטיות וחברתיות נוספות. אך להחליט לשלול את ההיזקקות למשפט העברי ואת יישומו כמערכת משפטית מחייבת גם מבתי-הדין הרבניים, בכל תחומי המשפט האזרחי של דיני חוזים, קניין וכיוצא באלה, כשאלה מתעוררים במקרים של כריכה לגירושין וכיוצא בזה, ללא כל הצדקה מעשית, אלא מטעמים של הרמוניה נורמטיבית וכיוצא באלה, בהחלטה זו יש, כאמור, משום טרגדיה היסטורית. מה שזכתה מערכת המשפט העברי בכל התפוצות והמדינות בהן גלו קהילות ישראל - יישום מערכת המשפט וההיזקקות לה בכל התחומים והענפים - לא תזכה מעתה מערכת המשפט העברי במדינה היהודית העצמאית אף באותה פינה דלה וקטנה שבסמכות הדיון של בתי-הדין הרבניים; היא לא תוסיף להתקיים בעקבות פרשת בבלי.

יז. הרמוניה נורמטיבית לעומת הרמוניה תרבותית וחברתית

בדברינו לעיל (פסקה ה) הבאנו מדבריו של השופט ברק בפרשת בבלי (בע' 246), שעל קטע מהם מבקש אני לחזור:

על כל בתי הדין הדתיים במדינה להפעיל בסוגיות "אזרחיות" נלוות שאינן חלק מענייני המעמד האישי (כפי שדיבור זה מתפרש על פי דין המדינה) הנתון לסמכותם, את המשפט האזרחי הכללי, כפי שפורש על ידי בית המשפט העליון... כמובן, הוא מאפשר גם, לאותם בתי דין דתיים המוכנים לכך, להכיר בתחולת הדין האזרחי מכוח דוקטרינות פנימיות הקיימות במסגרתו של הדין הדתי. עם זאת, מנקודת המבט של השיטה כולה, תחולת המשפט האזרחי הכללי הוא תחולה "חילונית".

אכן, זוהי נדיבות הראויה לשבח. בית-הדין רשאי לקבל עליו עולו של דין זה או אחר במערכת המשפטית האזרחית מכוח עקרונות של המשפט העברי, כגון דינא דמלכותא דינא, מנהג, תקנות הקהל ועוד. אבל מנקודת-המבט של המערכת המשפטית של המדינה היהודית, בית-הדין מקבל עליו את הדין האזרחי המסוים לא משום שהמערכת המשפטית מכירה בסמכותו של בית-הדין הרבני לדון לפי המשפט העברי; תחולת המשפט האזרחי הכללי היא תחולה "חילונית", ולא משום שזו מורשת ישראל שבית-הדין הרבני פוסק לפיה, משום שכך ראוי ורצוי במערכת משפטית של המדינה היהודית.

אכן, זהו צעד חשוב לקראת הגשמת חלום "ההרמוניה הנורמטיבית". ממש, כבוש המלכה - המשפט העברי, בביתה - בבית-הדין הרבני. עוד מערכת משפטית אחת, המצטרפת לעשרות עשרות מערכות משפטיות ברחבי העולם, שיש בהן קוהרנטיות נורמטיבית, הרמוניה נורמטיבית. אך "רווח" זה, הפסדו בצידו. ההרמוניה הנורמטיבית אינה ההרמוניה היחידה שחברה בריאה ותקינה זקוקה לה. חברה בריאה זקוקה לא פחות, ואף יותר, להרמוניה עם העבר, לקראת העתיד; נישול זה של בתי-הדין הרבניים מסמכותם לפסוק לפי המשפט העברי, לפי מורשת ישראל, הוא פגיעה חמורה וקשה

בהרמוניה התרבותית של החברה היהודית במדינה היהודית. ולא רק החברה זקוקה לכך, אלא גם המערכת המשפטית עצמה זקוקה לכך אם חפצה היא להיכלל ולהיות חלק של ההיסטוריה המשפטית הלאומית של העם היהודי. וכבר עמדתי על כך, ודנתי בכך, במקומות רבים,⁷² ולא באתי לחזור על כך אלא משום שהפעם הזאת – בפעם הראשונה בדברי הימים של מדינת ישראל המתקרבת ליובלה החמישים – מדובר בשלילת מקומו המחייב של המשפט העברי במערכת הטבעית של משפט זה, בבתי-הדין הרבניים, וכל מה שאמרנו וחזרנו ואמרנו בנושא זה לגבי שיעור שילובו של המשפט העברי במערכת המשפטית של בתי-המשפט הכלליים, נכון ושריר הוא, מקל וחומר, כאשר בית-המשפט העליון של המדינה היהודית קובע כי בבתי-הדין הרבניים עצמם, כאשר דנים הם בנושא שמסור לסמכותם, לא ידונו לפי המשפט העברי, אלא לפי המשפט הכללי. וזאת לא כדי למנוע תקלה או גרימת עוול, אלא כדי להשלים ולהאדיר את הקוהרנטיות וההרמוניה הנורמטיבית, את האמונה המיתולוגית ש"מלוא כל הארץ משפט", של "היקום המשפטי".⁷³

יח. הרמוניה נורמטיבית לעומת הרמוניה בין המערכת המשפטית של המדינה היהודית עם המערכת המשפטית ההיסטורית היהודית

ואף זאת אוסיף ואומר, וכבר הדגשתי זאת פעמים רבות:⁷⁴ אכן מטובתו של המשפט העברי הוא שיישום בחיי המעשה ועל-ידי כך יפרח ויתפתח. אך לא זו הדאגה העיקרית. את מקורות המשפט העברי למדו, לומדים וילמדו מאות אלפים – זקנים, טף ונוער – יום יום, שעה שעה, בארץ וברחבי העולם, דואג אני למערכת המשפטית של המדינה היהודית ולמקומה בהיסטוריה המשפטית של העם היהודי, לדורותיה ותפוצותיה. מערכת משפטית שאינה יונקת משורשי העבר, וחיה ויונקת ממערכות של אומות וארצות אחרות, אינה משתלבת בהיסטוריה זו, וגורלה ועתידה כגורלן ועתידן של תרבויות שונות שבני העם הזה חיו על-פיהן במשך תקופות מסוימות ושלא נקלטו כנכסי צאן ברזל שלה. כך עלה בגורלה של ההתייוונות בימים קדומים ושל תופעות מקבילות ודומות בדורות האחרונים. למה שכך יעלה, ברבות הימים, למערכת המשפטית של המדינה היהודית על שום ששורשיה אינם נטועים בעברה התרבותי?

ומעניין לעניין באותו עניין. אם מדברים אנו על הרמוניה משפטית, היכן ההרמוניה שבין המערכת המשפטית של המדינה היהודית לבין המערכת המשפטית ההיסטורית היהודית? עד כה הרמוניה זו דלה היא, לא ניכרת היא במיוחד. למן חוקי-היסוד נאמר ונכתב על הסינתזה שבין ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית. היכן באה סינתזה זו

72 ראו המשפט העברי, שם, בע' 1629 ואילך; שנתון המשפט העברי, לעיל הערה 70, בע' 253-256; משפטים יט (תש"ן-1990) 543-544; פרשת ז'רז'בסקי, לעיל הערה 15, בע' 829-834.

73 ראו על כך במפורט, אלון מחקרי משפט, לעיל הערה 3, בע' 298-302.

74 ראו המקורות המובאים לעיל בהערה 72.

לידי ביטוי בפסיקה של בתי-המשפט שלפי הוראות חוק-היסוד מצווים הם על יישומה והגשמתה?

וכאן מבקש אני לציין, לטובה, פן אחד של סינתזה כזו שבא לידי ביטוי בפסק-דינו של הנשיא ברק בעניין רחוב בר-אילן, שניתן זה לא מכבר.⁷⁵ פרשת רחוב בר-אילן, על כל פרטיה ונושאה, ראויה לדיון מפורט, להערות והארות, שיבואו לכלל ביטוי במאמר שנמצא בהכנתו. אך מן הראוי לציין, ומבקש אני להדגיש זאת, כי הפסיקה בנושא זה, כפי שהיא באה לידי ביטוי בפסק-דינו של הנשיא ברק והתקבלה ברוב של ההרכב השיפוטי, אכן מצביעה על סינתזה בין הערכים היהודיים שבאים לכלל ביטוי במורשת ישראל בתפיסתו של יום השבת, מהותו, מנוחתו ושמירתו, לבין ערכיה הדמוקרטיים של המדינה באשר לחופש התנועה וכיוצא בזה, וסינתזה זו היא אכן חלק מן הסינתזה שבין ערכיה היהודיים והדמוקרטיים של המדינה היהודית. אך החלק הניכר והגדול של הסינתזה האמורה בחוק-היסוד צריך לבוא לכלל מימוש בתחום החברתי והערכי של המערכת המשפטית של "דין אמת לאמיתו", ובתחום זה מערכת המשפט העברי מהווה אחד המרכיבים הראשיים והעיקריים.

פסק-הדין בפרשת וילוז'ני היה יכול לשמש רקע ומקור להידברות הדדית בין המערכת המשפטית במדינת-ישראל לבין המשפט העברי, כפי שצמח והתפתח במשך דורות על גבי דורות, ובו ביטוי מובהק לזהות יהודית, לנכס תרבותי לאומי נדיר בעומקו ועצום בהיקפו; כפי שראינו, בית-הדין הרבני, שדן בעניין הגתון לסמכות שיפוטו לפי המשפט העברי, הכיר בתוקפו של חוק המדינה בעניין הגתון הדין כחלק מהמשפט העברי על-פי הדגם של תקנות הקהל. מאידך גיסא, פסק בשאלה אם במקרה הקונקרטי הדירה נחשבת לתפוסה או לפנויה לא לפי פרשנות בית-המשפט העליון, וכעבור זמן אומצה פרשנות בית-הדין הרבני הגדול גם על-ידי בית-המשפט העליון. זו דוגמה מובהקת ומאלפת לדו-שיח, לכיבוד הדדי ולתחילתה של הרמוניזציה של דורות עברו עם דורנו. אנו, דו-שיח וכיבוד הדדי בין דיני המערכת המשפטית הכללית של המדינה העברית, החולשים וקובעים את רובם המכריע של כל חיי המשפט, לבין דיני המשפט העברי, שמכוחה של המדינה, של הכנסת, חולשים על פינה קטנה, בה נתונה סמכות שיפוט לבית-הדין הרבני בעניינים הכרוכים בגירושין ונישואין, בענייני רכוש, מתנה וכיוצא באלה.

פסק-דינו של השופט ברק בפרשת בבלי, בחלקו השני, מסכל דו-שיח וכיבוד הדדי אלה, ופעל ופועל בכיוון הפוך, של כיבוש חלקה דלה זו, של חוסר הכרה מינימלית במעמדו ובכבודו של המשפט העברי. צר לי, ידידי השופט ברק, על שכך עלה מפסק-דיןך "העיקרי", כדברייך, בפרשת בבלי. אכן, הושגה "קוהרנטיות והרמוניה נורמטיבית" של מערכת המשפט במדינה, אך בוטלה מציאות קיימת של קוהרנטיות והרמוניה בין משפט המדינה ומשפטו הלאומי של העם העברי, שהקים את המדינה, בתחום מסוים ומוגדר, ועל כך חבל, חבל מאוד. משעשע צדק עם האשה, בקבלה את חלקה בנכסי בני-הזוג מכות חוק שיויו זכויות האשה, היה מן הראוי לסיים בכך את פסק-הדין, ולא "לבוא חשבון" עם

75 בג"צ 5016/96 ליאור חורב נ' שר התחבורה (לא פורסם) פסקות 48, 56-57, 77-87.

בית-הדין הרבני, אלא להשפיע ולצפות לחידוש העשייה והיצירה בעולמו של המשפט העברי. ובטוחני שדבר זה היה הולך ונעשה. חלקו השני של פסק-דין בבלי לא זו בלבד ששגוי הוא מבחינה משפטית, אלא שגוי הוא גם מבחינה עניינית, מבחינת הכיבוד ההדדי, מבחינת אפשרות הדו-שיח ומבחינת מקומה של מערכת המשפט במדינת-ישראל, כפי שהיא כיום, בשרשרת המערכת המשפטית של עם ישראל מדורי דורות; ועל כך יש להצטער ולדאוג.⁷⁶

ט. פסק-דין בבלי על רקע פסקת המטרה בדבר "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"

בשנת 1992 נקבע בחוק-היסוד בסעיף המטרה, כי ערכיה של מדינת-ישראל הם ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית. קביעה זו, שמשמעותה מציאת הסינתזה שבין שתי מערכות ערכים אלה, היא התשתית של כלל המערכת המשפטית של המדינה העברית.⁷⁷ כן נקבעה בחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו הוראה בדבר שמירת תוקפם של דינים שהיו קיימים ערב תחילתו של חוק-היסוד (סעיף 10). כעבור שנתיים ימים ניתן פסק-דין בבלי, בו ביטל השופט ברק, בחלקו השני ו"העיקרי" של פסק-דינו, את הפסיקה הקבועה והמקובלת מימים ימימה, המוסכמת על הכל, לפיה בית-הדין הרבני, כאשר הוא דן בנושא המסור לסמכות שיפוטו, דן לפי המשפט העברי, על-פי העיקרון ש"הדין הולך אחר הדין". מכאן ואילך, כך פסק, אסור לו לבית-הדין הרבני לדון לפי המשפט העברי, פרט למקרה בו הוא דן בענייני נישואין וגירושין במובנם הצר; ואיש אינו יודע היכן הגבולות של צרות צרורה זו. פסיקה זו עומדת בניגוד לעיקרון של שמירת תוקפם של דינים שבסעיף 10. כדבריו של אריאל רוזן-צבי המנוח, השופט ברק נגרר ל"חזית אידיאולוגית", ומן הראוי ששופט לא ייגרר לכך. ככל הנראה השופט ברק סבור כי מהפכה אידיאולוגית-פסיקתית זו עולה בקנה אחד עם עקרון המטרה שבחוק-היסוד בדבר ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. גם על כך יש להצטער ולדאוג.

כ. הסיום הראוי לפרשת בבלי

אילו הייתי צריך לכתוב את דעתי בפסק-דין בבלי, הייתי אף אני מוסיף לאחר פסק-דין שמבוסס על חוק שיויו זכויות האשה, לאמור: "יכולתי לסיים בכך את פסק-דיני זה, וממשיך ואומר, שעם כל הענווה והכבוד, דומה עלי שמן הראוי שבית-הדין הרבני הגדול, ומועצת הרבנות הראשית, יחזרו ויעיינו בנושא זה של שיתוף נכסים לפי עולמה

76 וראו עוד המשפט העברי, לעיל הערה 4, בע' 1535-1536, ובע' 1633-1634, וכן כל פרק 45 של הספר.

77 ראו במפורט אלון מחקרי משפט, לעיל הערה 3, בע' 258 ואילך.

של הלכה, ויבואו לכלל פתרון נאות ורצוי, אם בדרך הפרשנות היוצרת ואם בדרך התקנת תקנות, כפי שעל מקצת דברים אלה עמדתי לעיל. הפתרון צריך שיימצא כדי למנוע גרימת עוול ואי־צדק לאשה, שרכוש שהצטבר במשך שלושים ושתיים שנה לא יחולק בין בני־הזוג כראוי; בכך נעשה שלום בין איש לאשתו ונפסק דין אמת לאמיתו. ועוד הייתי מוסיף וכותב שבכך תשמור הפסיקה של בית־הדין הרבני על כבודה ויוקרתה, ובכך ייעשה שלום בין הפסיקה של בית־הדין הרבני והפסיקה בבית־המשפט הכללי באופן ובדרך שייראה לנכון ולצורך בעיני מערכת המשפט העברי ופוסקיו, שהרי לפי החוק במדינת־ישראל, "הדין הולך אחר הדיין", וכדי שהדין ילך אחר הדיין צריך שהדיין ילך, במידה הראויה, לפני הדין, לפי טבעו של עולם ולפי המקום, הזמן והעניין, ותישאר בעינה ובתוקפה כל הפסיקה שקיימת מימים ימימה, וכפי שחזרה ונפסקה בפרשת וילוז'ני ובפרשת בעהם; ופסיקתו של השופט ברק, בחלק השני של פסק־דינו בפרשת בבלי, שביטלה פסיקה זו שמימים ימימה, תישאר בגדר obiter, דרך־אגב, דעת מיעוט ויחיד. פתחנו את מאמרנו בדברים שאמרם השופט ברק לעניין פסקי־הדין בפרשיות וילוז'ני ובעהם, ומן הראוי שנסיים באותם דברים עצמם לעניין פסק־דינו של השופט ברק בפרשת בבלי: פסיקה זו בטעות יסודה, ומן הראוי שבית־המשפט העליון יסטה ממנה. הדין שבחלקו השני של פסק־דינו של השופט ברק שגוי מבחינת האמת ומוטעה מבחינת השלום, ואנו, הרי מקובל בידינו כי העולם קיים על הדין, האמת והשלום. ועכשיו, מפרשתי מכס המשפט ויצאתי לגמלאות, ומשברכתי ברכת הגומל שיצאתי שלם בגופי, ואני מקווה שגם בגופשי, מכהונתי בבית־המשפט העליון, שוב איני יכול להשיא עצה זו מעל דפי פסקי־הדין של בית־המשפט העליון, ואשר על־כן כתבתי במאמר זה, שמתפרסם לכבודו של אריאל רוזן־צבי זכרוננו לברכה. בטוחני שגם הוא, אילו לא הלך לעולמו בדמי ימיו, והיה יושב על כס המשפט בבית־המשפט העליון, היה כותב דברים מעין אלה שכתבתי. יהא זכרו ברוך.