

אגב הפסיקה

דיון בהרכב חסר ופסיקה לקויה בשאלת טובת הילד בבית-הדין הרבני — עילה להתערבות בג"צ?

(בג"צ 7/83 מסודי ביארם נ' בית-הדין הרבני האזורי, חיפה, ואח', פ"ד לח(1), 673)

מאת

אליאב שוחטמן *

א. מבוא

שאלת כשרותו של דיון שהתקיים בפני בית-דין רבני בהרכב חסר — תוך קבלת הסכמתם של הצדדים — עלתה כמה פעמים בפני בית-הדין הרבני הגדול לערעורים בירושלים, שאף פסק בעניין, ולאחרונה הגיעה גם לידי בירור יסודי וממצה בפני בית-המשפט העליון. זה קבע בפסק-דין עקרוני, כי פסק-דין שניתן בעקבות דיון כזה דינו להתבטל, גם אם נחתם על-ידי הרכב מלא. החלטת בית-הדין הרבני, שעל ביטולה הורה בית-המשפט העליון, נגעה לשאלת מקום החזקתם של ילדי בני-הזוג (לשעבר) — בעלי-הדין באותו עניין — ובית-המשפט העליון החליט לבטל את ההחלטה גם מן הטעם שבית-הדין לא שקל כראוי, כמצוות התוק, את השאלה של טובת הילד. החלטת הביטול התבססה גם על שני פגמים דיוניים נוספים: העדר הנמקה בהחלטת בית-הדין הרבני, ופגיעה מצד בית-הדין בזכות השמיעה. על יסוד כל אחד מן הפגמים הללו, ומכוח משקלם המצטבר של הפגמים, הגיע בית-המשפט העליון למסקנה כי יש הצדקה לבטל את החלטתו של בית-הדין הרבני.

נראה, שהחלטתו של בית-המשפט העליון ביחס לכל אחד מן הפגמים הנזכרים ראויה לעיון נוסף. החלטת בג"צ בשאלת ההרכב החסר צריכה עיון, נוכח הפסיקה הרבנית בשאלה זו — פסיקה שלא עמדה לנגד עיניהם של שופטי בית-המשפט העליון, ושעשויה הייתה אולי לשנות את החלטתם. החלטת בג"צ בשאלות האחרות צריכה עיון, נוכח המדיניות הנקוטה על-ידי בית-המשפט העליון בהתערבות בפסקי-הדין ובהחלטות של בתי-הדין הרבניים. נדון אפוא בכל אחד מן הפגמים הנזכרים, ונבחן את השאלה אם היתה הצדקה לביטול החלטת בית-הדין הרבני על-סמך אותו פגם.

ב. עובדות המקרה ופסיקתו של בית-המשפט העליון

בין שני בני-זוג, שלהם שלושה ילדים, נערך הסכם-גירושין ובו נקבע, כי אחד הבנים יהיה בחזקתו של האב, ואילו הבן והבת האחרים יימצאו בחזקת האם. בני-הזוג התגרשו

* מרצה בכיר וחבר המכון לחקר המשפט העברי, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים.

בבית־הדין הרבני האזורי בחיפה, ובית־הדין אישר את ההסכם ונתן לו תוקף. כעבור חודשים אחדים הגיש הבעל לבית־הדין בקשה לדיון מחודש בקשר לילדים, מן הטעם שאשתו לשעבר מתגוררת עם גוי, אשר אתו היא בגדה עובר לגירושין. בבקשתו ציין הבעל, כי "אינני יכול לסבול שבני יהיו תחת קורת־גג אחת עם גוי", ולכן ביקש שבית־הדין יורה על סידורם של הילדים במוסד דתי "עד אשר יגדלו ויקבעו את עתידם". ביום כ"ב בחשוון תשמ"ג (8.11.82) התקיים הדיון בבקשת הבעל על־ידי הרכב שמנה שני דיינים בלבד; שני הצדדים היו מודעים לעובדת ההרכב החסר, ונתנו את הסכמתם לקיום הדיון בפניו. בהחלטתו קבע בית־הדין, כי "לאור הנ"ל (העובדה שהאשה מתגוררת עם גוי) מחליט בית־הדין: מעבירים את הילדים... לחזקת אביהם". ההחלטה עצמה — שלא ניתנה בעת הדיון — נחתמה על־ידי שלושה דיינים: שני הדיינים שישבו בדיון, ודיין שלישי שצירף את חתימתו לזו של חבריו.

בעטייה של החלטה זו הגישה האשה עתירה לבית־המשפט העליון להוצאת צו־על־תנאי נגד בית־הדין הרבני. טענות בא־כוחה של העותרת היו, בין היתר, כי בית־הדין לא דן כלל בשאלת טובתם של הילדים, ובכך התעלם מחוק המדינה המופנה אליו, ודבר זה כמוהו כחריגה מסמכות. כן טען בא־כוח העותרת כנגד שני פגמים פרוצדורליים: העובדה שבית־הדין דן בהרכב חסר, והעדר הנמקה בגוף פסק־הדין — שתי דרישות שבית־הדין מצווה עליהן. גם בכך יש לראות — לטענתו — משום חריגה מסמכות. עוד טען, כי גם אם אין לראות באמור לעיל משום חריגה מסמכות — דבר המצדיק את התערבותו של בית־המשפט הגבוה לצדק מכוח סעיף 15(ד) (4) לחוק יסוד: השפיטה¹ — הרי התערבות זו מתחייבת מכוח סעיף 15(ג) לחוק זה² משום "תיקונו של עולם". בית־המשפט העליון החליט לקבל את העתירה, והורה על ביטול פסק־דינו של בית־הדין הרבני. בית־המשפט העליון קיבל את הטענה שבית־הדין לא שקל את השאלה של טובת הילד, כמצוות המחוקק, וכן קיבל את הטענות שהתייחסו לפגמים הדיוניים, ובין היתר לשאלת ההרכב החסר, בראותו בהחלטת בית־הדין "החלטה נטולת־סמכות", ובקיומו של הדיון בהרכב החסר "סטייה מהחוק והתקנות, מלבד היותה פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי המגיעה כדי חריגה מסמכותו של בית־הדין".

ג. התערבותו של בג"צ בשאלה של הרכב חסר

השאלה הראשונה הניצבת בפני בית־המשפט הגבוה לצדק בבואו לבדוק אחר פסיקתו של בית־הדין הרבני, היא, אם אותו פסק־דין, או אותה החלטה, ניתנו במסגרת סמכותו של בית־הדין³, ואם כן — האם אין הם עומדים בניגוד לחוק המדינה המופנה אליהם,

1 ס"ח (תשמ"ד) 78. בעתירה ובפסק־דינו של בית־המשפט העליון, ההסתמכות היא על סעיף 7(ב) (4) לחוק בתי־המשפט, תשי"ז–1957, ס"ח 148, שקדם לסעיף 15(ד) (4) הנ"ל אשר בא במקומו, ואשר עדיין היה בתוקף באותו זמן. כדי למנוע בלבול, לא צוין במאמר זה אלא הסעיף החדש, גם כאשר מצוטט מקור המאזכר את הסעיף הקודם.

2 מחליפו של סעיף 7(א) לחוק בתי־המשפט, תשי"ז–1957; ראה לעיל, הערה 1.

3 שאם־לא־כן — פסק־הדין בטל ואין לייחס לו כל נפקות. ראה בג"צ 256/83 דבורה רייך נ' אמרה רייך, פ"ד לז(3), 273, 277.

או בניגוד לעיקרי הצדק הטבעי⁴. גם אם מתברר שבית-הדין פעל כהלכה מן הבחינות האמורות, עדיין יש בידי בית-המשפט הגבוה לצדק להתערב בפסיקת בית-הדין הרבני אם הוא מוצא לנכון לתת סעד למען הצדק⁵. בנדון דנן, אין ספק שבית-הדין פעל במסגרת סמכותו, ולפיכך אין צורך לדון בכשרות החלטתו דנן של בית-הדין אלא עלי-סוד סמכותו של בג"צ בשלוש החלופות הנותרות. מפסק-דינו של בית-המשפט העליון עולה, כי כל אחת מן החלופות הללו עשויה לשמש יסוד לביטול החלטתו של בית-הדין. נדון אפוא בסמכותו של בג"צ מכוח שלוש החלופות האמורות, על-פי הסדר שנוכר לעיל, ונבחן את השאלה, האם אמנם צדק בית-המשפט העליון בפסק-דינו. ואולם, קודם שנבוא לדון בפרטיה של שאלה זו, מן הראוי לבחון את הרקע המשפטי לבעיית ההרכבים החסרים בבתי-הדין הרבניים, ואת הגורמים שהביאו להיווצרותה של בעיה זו.

1. בעיית ההרכבים החסרים בבתי-הדין הרבניים

מקורה של בעיית ההרכבים החסרים בבתי-הדין הרבניים הוא בתיקון שנתקבל בכנסת בשנת תשכ"ו לחוק הדיינים, תשט"ו-1955⁶, ושבנו נקבע (בפעם הראשונה במסגרת של חוק), כי בית-דין רבני דיון בהרכב של שלושה דיינים. עד אז, במשך שמונה-עשרה שנותיה הראשונות של המדינה, וקודם-לכן, בתקופת שלטון המנדט הבריטי בארץ-ישראל, לא הוסדר עניין זה בחוק. בפועל קיים בית הדין הרבני את דיוניו, בדרך-כלל, בהרכב של שלושה דיינים, וזאת עלי-סוד ההלכה היהודית הקובעת כך⁷. עד שנת תשט"ו — מועד התקבלותו בכנסת של חוק הדיינים — היו נוהגים בבתי-הדין הרבניים לפתור את בעיית ההרכבים החסרים, שהתעוררה לעתים, באמצעות צירופו של סופר בית-הדין להרכב בית-הדין. הנהוג האמור מצא את ביטויו במסגרת תקנות הדיון בבתי-הדין בארץ-ישראל, תש"ג, שקבעו לאמור:

- "ה (1) בית-הדין הגדול מורכב לפחות משלושה דיינים, היינו: או שני הרבנים הראשיים לארץ-ישראל בצירוף חבר אחד, או אחד משני הרבנים האמורים בצירוף שני חברים מבין חברי מועצת הרבנות הראשית לארץ-ישראל.
(2) אחד משני הרבנים הראשיים יושב-ראש בדיון.

4 כפי שעולה מפסיקת בג"צ שפירשה את הוראת סעיף 7(ב)(4) לחוק בתי-המשפט, תשי"ו-1957. וראה בג"צ 403/71 כ"ס לביא אלכורדי נ' בתי-הדין הארצי לעבודה, הא"י, פ"ד כו(2), 66, 70. לעניין היותו של פסק-דינו של בית-הדין נוגד להוראת חוק, הדוגמא הידועה היא סעיף 7 לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951: "כל בתי-המשפט ינהגו לפי חוק זה; כן ינהג לפי חוק זה כל בית-דין המוסמך לדון בענייני המעמד האישי". וראה בהקשר זה בג"צ 323/81 (המ' 533/81) וילחני נ' בתי-הדין הרבני הגדול בירושלים הא"י, פ"ד לו(2), 738, 733. לעניין היותו של פסק-דין בית-הדין הרבני מנוגד לעיקרי הצדק הטבעי — ראה להלן. כיום בא במקומו של סעיף 7(ב)(4) הנ"ל סעיף 15(ד)(4) לחוק יסוד: השפיטה: כל הפסיקה שניתנה בעבר ביחס לסעיף הקודם, כוחה יפה גם ביחס לסעיף החדש.

5 על-פי סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה.

6 ס"ח (תשכ"ו) 18. לנוסחו הראשון של החוק ראה ס"ח (תשט"ו) 68.

7 ראה שו"ע חו"מ, ג, א.

- ז (1) בתי-הדין האזוריים מורכבים משלושה דיינים, היינו: אב בית-הדין, הסגן וחבר בית-הדין.
- (2) הסגן ממלא את מקומו של אב בית-הדין כל-אימת שאב בית-הדין אינו יכול, מאיוו סיבה שהיא, להשתתף בדיון.
- (3) חבר בית-הדין ממלא את מקומו של הסגן כל-אימת שהסגן אינו יכול, מאיוו סיבה שהיא, להשתתף בדיון.
- (4) במקרה העדרו של אחד משלושת הדיינים, ממנים השניים האחרים לצורך כל עניין ועניין את הדיין השלישי לשם מילוי הרכב בית-הדין.
- (5) במקרה העדרו של דיין לזמן של יותר מחודש ימים, טעון מינויו של השלישי הסכמת מועצת הרבנות הראשית לארץ-ישראל.
- (6) במקום שאין בית-דין של שלושה דיינים, יכולה מועצת הרבנות הראשית לארץ-ישראל ליפות את כוח רב הקהילה של אותו המקום להיות דן יחד, לדון בכל העניינים המשפטיים המתבררים בבית-דין אזורי, חוץ מענייני גירושים, ירושות, ואפוטרופסות".

מהשוואת ההסדר שנקבע על-פי תקנה ה ביחס לבית-הדין הגדול לערעורים עם ההסדר שנקבע בתקנה ז ביחס לבתי-הדין האזוריים, עולה, כי בעוד שביחס לבית-הדין לערעורים מן הנמנע היה לקיים דיון בהרכב חסר, הרי באשר לבתי-הדין האזוריים נקבע במפורש כי דיון כזה ייתכן, ונקבעו הנהלים לכך. דוגמאות להיזקקותם של בתי-הדין לנהל של צירופו של סופר בתי-הדין להרכב, ניתן למצוא בפסיקה מן הזמן ההוא.⁸

חוק הדיינים, תשט"ו–1955, לא כלל במקורו כל הוראה ביחס לשאלת הרכבם של בתי-הדין הרבניים, ואולם אחת מההוראות שבחוק זה מנעה את המשך קיומו של הנהל הנזכר לעיל שלו נזקקו בתי-הדין הרבניים כשהתעוררה בעיה של הרכב חסר. סעיף 3 לחוק קבע את תנאי הכשירות לשמש כדיין, ובו נאמר:

"מי שהוסמך לכך על-ידי מועצת הרבנות הראשית תוך שנתיים לפני המינוי, כשיר להתמנות דיין. תנאי ההסמכה וסדריה ייקבעו בחקנות שיתקין שר-הדתות בהסכמת מועצת הרבנות הראשית".

עוד באותה שנה ניתקנו תקנות הדיינים (תנאי הסמכה וסדריה), תשט"ו–1955,⁹ ומעתה מן הנמנע היה שבתי-הדין הרבניים ימשיכו לנהוג על-פי הנהל שנקבע בחקנות הדיון ה"ל משנת תש"ג, ושוב לא היתה קיימת האפשרות החוקית לצרף את סופר

8 ראה פסק-דינו של בית-הדין האזורי בתל-אביב, בהרכב הרב הראשי, הרב ב"צ מאיר חי עוזיאל, והרבנים יפה והוכמן, בתיק 1/40/99, מיום ט' בתמוז תרצ"ט (לא פורסם; התיק שמור בגנזך המדינה, מיכל 4792, תיק 87/53); ערעור 1/11/712, משנת תשי"ב, שבו ישבו לדיון שני הרבנים הראשיים, הריא"ה הרצוג והרב עוזיאל, והרב ע' הדאיה, שכתב את פסק-הדין (נדפס בשו"ת ישכיל עבדי, ח"ה חו"מ, ו; התיק שמור בגנזך המדינה, מיכל 4728, תיק 95/42).

9 ק"ת 1273.

בית-הדין, שאינו ממלא אחרי התנאים שבחוק ובתקנות, כדין שלישי, לצורך השלמתו של הרכב חסר.

סעיף 3 לחוק הדיינים מנע אמנם את המשך קיומו של הנוהל האמור, אבל בחוק לא היה דבר שישלול מבית-הדין הרבניים את האפשרות לנקוט דרכים אחרות הפתוחות בפניו (מבחינת ההלכה היהודית) כדי לפתור את בעיית ההרכבים החסרים; שכן כאמור, לא חוק הדיינים ולא חוק אחר קבעו מאומה בשאלת הרכב בית-הדין, וכל הנושא המשיך להיות חלק מן הנוהל וסדרי-הדיון הפנימיים של בית-הדין הרבניים.

לאחר שנשללה מבית-הדין האפשרות להשלים הרכבים חסרים על-ידי דיון נוסף שאינו מוסמך על-פי החוק, נקטו בבית-הדין דרך אחרת כדי לפתור בעיה זו, והיא: קבלת הסכמתם של בעלי-הדין לדיון בפני הרכב חסר. דרך זו מעוגנת בהלכה היהודית¹⁰, ולמעשה עשו בה בבית-הדין שימוש גם קודם-לכן, בעוד שהיה בידם להשלים את ההרכב על-ידי דיון נוסף שמינו לצורך זה¹¹.

בשנת תש"ך נכנסו לתוקפן תקנות הדיון בבית-הדין הרבניים בישראל, שהחליפו את תקנות הדיון שנהגו עד אז. במקום שתי התקנות שכלולות היו בתקנות משנת תש"ג, ושנוסחן הובא לעיל, התקנות החדשות כוללות תקנה אחת המתייחסת הן לבית-הדין הגדול והן לבית-הדין האזוריים, וזו לשונה:

"ד. בית-דין יושב בהרכב של לא פחות משלושה דיינים".

הרקע לשינוי זה נעוץ בסעיף 3 לחוק הדיינים; כיון שנשללה מבית-הדין האפשרות להשלים הרכב חסר של בית-דין אזורי על-ידי מינוי אד-הוק של דיון נוסף, איבדה תקנה זו את עיקר משמעותה, והיה ניתן להסתפק בלשונה של תקנה ה, הן ביחס לבית-הדין הגדול והן ביחס לבית-הדין האזורי, וכך נקבעה תקנה אחת בלבד — היא תקנה ד הנ"ל.

ניתן לחשוב, שבניסוחה של תקנה ד החדשה על-יסוד לשונה של תקנה ה הישנה (המתייחסת לבית-הדין הגדול) היתה כוונה לקבוע הסדר המונע כל אפשרות לקיים דיון בבית-דין אזורי בהרכב חסר, כפי שהמצב היה קודם-לכן ביחס לבית-הדין הרבני הגדול לערעורים. ואולם נראה, שלא זו היתה כוונת מתקיני התקנות. המגמה הכללית שהנחתה את הוועדה לעיבוד תקנות הדיון משנת תש"ך, שמונתה לתפקידה על-ידי מועצת הרבנות הראשית לישראל ובית-הדין הרבני הגדול לערעורים, היתה לנסח את התקנות בהתאם לדין תורה, ולא להביא במסגרת תקנות הדיון את כל פרטי הדינים אלא רק את הדברים המעשיים ביותר. על כך אנו למדים מ"דברים אחדים" שנתפרסמו בפחת תקנות הדיון הנ"ל:

10 ראה שו"ת הרא"ש, כלל קת, סימן טו; שו"ע חר"מ, ג, ב.

11 ראה שו"ת ישכיל עבדי, ח"ה, חר"מ, יג (על-פי ערעור 1/3/712, משנת תשי"ב, שבו ישבו לדין מלבד הרב ע' הראיה, גם הרב הראשי יא"ה הרצוג והרב צ"פ פרנק, רבה של ירושלים; התיק שמור בגנוך המדינה, מיכל 4729, תיק 95/20). לפסיקה מאוחרת יותר, שניתנה לאחר חוק הדיינים, ראה ערעור תשל"ט/177, שבו ישבו לדין הרב הראשי ש' גורן והרבנים א' שפירא (כיום הרב הראשי לישראל) וש' מזרחי, מיום כ"ה באייר תש"ס (פסק-הדין לא פורסם; התיק שמור כעת בארכיון בית-הדין הגדול בירושלים).

"א. סדרי־הדין הם לפי דיני התורה, ובעניינים שאין עליהם הוראה מפורשת בפוסקים נקבעו סדרים התואמים דיני התורה.
ב. התקנות אינן מכילות את כל הדינים וההוראות, כי עיקרי הלכות סדרי־הדין יש למצוא בשולחן־ערוך ובספרי הפוסקים, והכוונה היא להביא בפני ציבור המת־דיינים את הדברים המעשיים ביותר".

מאחר שהמגמה המוצהרת של מתקיני התקנות היתה שלא לחולל שינויים מהותיים בהלכה, אלא לעבד את נוסח התקנות באופן שיהיו לפי דין תורה, ובהעדר הוראה מפורשת בפוסקים — באופן שיהיו תואמים את דין התורה, אין — לדעתי — לתת לתקנות אלה פרשנות שיש בה כדי לבטל הלכה מפורשת בפוסקים (שאינן עליה חולקים), ושלפיה ניתן לקיים דיון בהרכב חסר על־ידי קבלת הסכמתם של הצדדים¹². בוודאי שאין להקנות לתקנות פרשנות כזו, נוכח הצהרתם של חברי הוועדה, שלא כל הדינים וההוראות נכללו כאן, אלא יש להשלים את התקנות הללו באמצעות הלכות סדרי־הדין המצויות בספרות הפוסקים.

אכן, נוכח "מעשייתה" של בעיית ההרכבים החסרים בבתי־הדין, ייתכן שמוטב היה אילו נתנו חברי הוועדה את דעתם לבעיה זו, והיו כוללים בתקנות פסקה מפורשת בדבר קיומו של דיון בהרכב חסר בהסכמת הצדדים; שהרי, כאמור לעיל, הם כללו בתקנות אלה את "הדברים המעשיים ביותר". אבל ברור, שעצם הימנעותם מכך אין בה כדי להצדיק מתן פירוש לתקנה ד הנ"ל הנוגד את כוונתם של מתקיני התקנות ואת מגמתם¹³.

מכל־מקום, גם אם ניתן להעניק פירוש שונה לתקנה ד מתקנות הדיון בבתי־הדין הרבניים, הגורם היחיד המוסמך לפרש תקנה זו הם בתי־הדין עצמם. תקנות אלה לא התפרסמו ב"רשומות" ואינן אפוא "תקנות" במובן סעיף 17 לפקודת הפרשנות (נוסח

12 וראה גם פסקי־הדין בערעור תש"מ/43, פד"ר יא 377, 379, ביחס לתקנה ע(1) מתקנות הדיון: "אפילו אם התקנות הן כאלו שבאו לחדש דין... הם בכל־זאת תיקנו זכויות לנתבע, זכויות שיש בהן משום עשיית צדק יסודי לפי רוח התורה", וכך יש לפרשן. ומכל־מקום, מסקנתו של בית־הדין היא, כי "נכון הוא שהתקנות האלו שבתקנות הדיון מיוסדות על דין מפורש בשולחן־ערוך".

13 אעיר, שלפני היה תיק הוועדה לתקנות הדיון בבתי־הדין הרבניים ובן הפרוטוקולים של ישיבות הוועדה וכן חומר נוסף הקשור לעניין. תיק זה הומצא לי על־ידי חבר הוועדה, השופט ד"ר יצחק קיסטר, והריני מודה לו על כך. לצערי, חסרים בתיק הפרוטוקולים משתי הישיבות הראשונות של הוועדה, האמורים להכיל את הדיונים המתייחסים לתקנה ד דנן, ולא עלה בידי לאתר את החסר. מכל־מקום אציין, שבאותו תיק מצויות הערותיהם של רבנים ודיינים לרבות מן התקנות, ובכלל זה הערותיו של הרב ברוך רקובר, ששימש דיין בבית־הדין הרבני האזורי בחיפה, ובין היתר הציע להוסיף לתקנה דנן את התוספת דלהלן: "אלא־אם־כן הסכימו להרכב של פחות משלושה דיינים (ראה שו"ע חו"מ ג, ב). ואפילו אם צריך להינתן הפסק על־ידי שלושה דיינים, מכל־מקום ישיבות בית־הדין יכולות להיות בפחות משלושה דיינים, אם בעלי־הדין מסכימים לכך". הצעה זו, המבוססת על ההלכה היהודית, תאמה גם את הנוהל בבתי־הדין, כאמור לעיל, ובוודאי שטוב היה אילו התקבלה. ואולם ספק בעיני אם היא נדונה על־ידי הוועדה עצמה, שכן הערה זו מתייחסת לנוסח תקנה ג להצעות הוועדה — נוסח שנקבע לאחר שהוועדה סיכמה את דיוניה, ושנשלח לעיונם של דייני ישראל; לא מצאתי כל התייחסות מצד חברי הוועדה להצעה זו.

חדש)¹⁴. מדובר בתקנות פנימיות של בתי-הדין, המהוות חלק מן הדין הדתי החל על בתי-הדין, ואשר הם בלבד מוסמכים לפרשו¹⁵.

למעמדן של תקנות דיון אלה כחלק מן הדין הדתי יצוין, כי בשעתו, בזמן שהתקיים בכנסת הדיון על חוק שיפוט בתי-הדין הרבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג—1953, הועלתה הסתייגות אחת ובה ביקש חה"כ ח' רובין שתינתן הסמכות לשרי-הדתות להתקין תקנות דיון בבתי-הדין הרבניים. בתשובה על כך אמר חה"כ י"ש שפיירא, בשם ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת¹⁶:

"ביחס להתקנת תקנות בבתי-הדין הרבניים, כבר ענה חבר-הכנסת רובין בעצמו, בזה שאמר שזהו חלק מן החוק הדתי. הפרוצדורה שם היא חלק מן החוק הדתי; שרי-הדתות הוא איש סקולארי, וממילא אינו רשאי לעשות זאת".

עוד יצוין, כי הטענה נגד חוקיותן של תקנות הדיון בבתי-הדין הרבניים בשל הדרך שבה הן ניתקנו, כבר הועלתה בזמנו בפני בית-המשפט העליון, ונדחתה מכול-וכול. טענת העותר שם היתה, כי התקנות לא ניתקנו על-ידי הגוף המוסמך וכי הן לא נתפרסמו כיאות ב"רשומות". בדחותו טענות אלה, קבע בית-המשפט העליון:

"אשר לטענה הראשונה: כבר נאמר על ידי השופט לגדוי (בקשר לעדה דתית אחרת), כי סדרי הדין הפנימיים של בתי הדין אינם עניין לענות בו למחוקק החילוני אלא הוא מניח אותם בידי בתי הדין גופם... ואשר לשאלה האחרת, שאלת חובת הפרסום ב"רשומות"... הובהר זו אינה חלה על תקנות המותקנות לצרכי הדיון בבית הדין הרבני. תקנות תש"ך אינן, למעשה, אלא 'קיצור שולחן ערוך' של הלכות דיינים, הלכות עדות, הלכות טוען וגטען וכו', כפי שנתגבשו במקורות ראשונים ואחרונים... ואיש לא ידרוש לפרסם את הריב"ש והרשד"ם ו'קצות החושן' על דפי 'רשומות'¹⁷.

תקנות הדיון בבתי-הדין הרבניים, ובכלל זה התקנה בדבר הרכב בית-הדין, הן אפוא חלק מן הדין הדתי, ובתור שכאלה ניתנות לפירוש בלעדי על-ידי בית-הדין הרבני. לפיכך, אם בתי-הדין הרבניים סבורים, כי מבחינת הדין הדתי הם רשאים לקיים דיון

14 נ"ח (תשי"ד) 2.

15 ראה בג"צ 267/75, לא פורסם; מצוטט בבג"צ 323/81 (לעיל, הערה 4), שם, בעמ' 739: "החלת ההלכה על העניין שהובא לפנינו נחוגה לשיפוטם [של בתי-הדין] ולשיקול-דעתם בלבד", וראה דבריו שם של השופט אלון. כן ראה בג"צ 295/72 יהודית בכר נ' בית-הדין הרבני האזורי ברחובות ואח', פ"ד כו(1) 568, 572: "אין אנו באים להרהר. אחרי ההלכה ואחרי תפישתו של בית-הדין את ההלכה. חוקה על הרבנים והדיינים שהם יודעים את התורה ואת דין תורה שלפיו הם פוסקים".

16 ראה ד"כ (תשי"ג) 2562.

17 בג"צ 150/59 ועד עדת הספרדים בירושלים נ' בית-הדין הרבני האזורי בירושלים ו-6 אה, פ"ד טו 106, 111, 113. בהקשר זה כדאי להעיר, כי על-פי סעיף 8 לתקנות הדיינים (תנאי הסמכה וסדריה), תשט"ו—1955 (ראה לעיל, הערה 9) — סעיף המפרט את הנושאים הנכ-ללים בבחינות לדיינות — הבחינה כוללת, בין היתר, את "ידיעת תקנות וסדרי הדיון המבוססים על ההלכה" (סעיף קטן 4).

לפסקי-הדין (בתנאי שחתם עליו דיין שלישי), ואין הדבר סותר את הוראת סעיף 8(ה) לחוק הדיינים. להלן נסקור, בקיצור, פסיקה זו.

בפני בית-הדין האזורי בחיפה התקיים משפט בין שני בני-זוג בענייני מזונות, והצדדים נתנו את הסכמתם לשמיעת המשפט על-ידי שני דיינים בלבד. לאחר שמיעת ההוכחות ניתן פסקי-הדין, שעליו באה חתימת שני הדיינים שישבו לדין והצטרף אליהם דיין שלישי שכלל לא שמע את מהלך המשפט. בערעור על פסקי-הדין בפני בית-הדין הגדול בירושלים, טען המערער, בין היתר, כנגד חוקיותו של פסקי-הדין, בשל העובדה שקיום הדיון בהרכב חסר נוגד הן את החוק והן את תקנות הדיון בבתי-הדין הרבניים. בדחותו את טענת המערער, פסק בית-הדין²⁶: "כאשר שני הצדדים ובאי-כוחם מסכימים לקיום ישיבת בית-הדין בשניים, הכוונה היא ששניים ישמעו את הטענות ופסקי-הדין יינתן בשלושה. והרי זה כאילו הסכימו שני הצדדים שפסקי-הדין יינתן על-סמך הפרוטוקול הרשום בתיק בית-הדין, ואין כל ספק שהרי זה ודאי מועיל לפי הדין, וגם לפי החוק". באותו עניין ניתנה ההסכמה לקיומו של הדיון בהרכב חסר על-ידי עורך-דין, ובית-הדין מוסיף וקובע, כי "כאשר עורך-דין מסכים לסדר מסוים בניהול הדיון, אין לשמוע לו כאשר הוא בעצמו בא אחרי מתן פסקי-הדין לקעקע את הסדר הזה שלו הסכים".

לאותה מסקנה הגיע בית-הדין הגדול, בהרכב שונה, בעניין אחר שנדון בפניו, ושם גם נותן בית-הדין הסבר לעמדתו, שאין כל סתירה בין קיומו של הדיון בהרכב חסר (בהסכמה, כמובן) ובין הוראת סעיף 8(ה) לחוק הדיינים. בית-הדין מדייק בלשון החוק, ומוצא שקיים הכדל בין לשון סעיף 8(ה) המתייחס להרכבו של בית-דין אזורי, ובין לשון סעיף 8(ב) המתייחס להרכב של בית-הדין הגדול. ביחס לבית-הדין הגדול קובע סעיף 8(ה): "בית-הדין הגדול לא יישב בפחות משלושה", ואילו ביחס לבית-דין אזורי קובע סעיף 8(ה): "בית-דין אזורי יישב לדון בשלושה". כותב בית-הדין הגדול בפסקי-דינו²⁷: "ההדגשה הזאת של 'לא פחות' שנכתבה לגבי הרכב בית-הדין הגדול וחסרה בהרכב של בית-הדין האזורי, מלמדת שבערעורים אין שום אפשרות לדון בפחות משלושה, כי לא מהראוי הוא ששני דיינים יהיה להם הסמכות לשנות פסקי-דין של שלושה, כי צריך שלא יהיה פחות בהרכב מבית-הדין האזורי. אבל מהסעיף המדבר בבית-הדין האזורי נלמד מכללל שאינו נפסל בהרכב של פחות משלושה, והיינו: אם יעשו כפי הדין בשולחן-ערוך... 'אם קיבלו עליהם מועיל גם בפחות משלושה, והשמעת הטענות בפני שניים הוא כמי שקיבלו עליהם'²⁸."

26 ערעור תשל"ח/192 (לא פורסם). התיק שמור כעת בארכיון בית-הדין הגדול בירושלים. פסקי-הדין ניתן ביום י"ט בכסלו תשל"ט, ובדין ישבו הרבנים א' גולדשמיט, ש' ישראלי וי' קאפה.

27 ערעור תשל"ט/177 (לא פורסם). שם. פסקי-הדין ניתן ביום כ"ה באייר תש"ם, ובדין ישבו הרב הראשי ש' גורן, והרבנים א' שפירא (כיום הרב הראשי לישראל) וש' מזרחי.

28 מבין פסקי-הדין הרבניים שהתפרסמו, מצאתי מקום אחד שבו נטען בשלב הערעור כנגד הרכב חסר של שני דיינים (בין נימוקי ערעור אחרים; אבל הודגש בכתב הערעור כי באיכות המערערת "לא התריע על הרכב חסר"). הערעור אמנם נדחה, אבל בית-הדין הגדול לא התייחס לטענה זו, אלא דחה את הערעור מנימוקים אחרים. ראה ערעור תש"ם/182, פד"ר יא 366, 367. בדין ישבו הרב הראשי ש' גורן והרבנים י' קאפה ומ' אליהו (כיום הרב הראשי, הראשון-לציון).

לא זו בלבד שפירושו של בית-הדין הרבני הגדול הינו אפשרי, אלא שפירושו זה גם מתיישב עם המגמה המונחת ביסודה של ההוראה שבסעיף 8(ה) לחוק הדיינים. מסתבר, שהמחוקק הישראלי לא ביקש לקבוע הסדר מחמיר יותר מדרישותיה של ההלכה היהודית. בדיון שהתקיים בכנסת בקשר עם הצעת חוק הדיינים (תיקון), תשכ"ה—1965²⁹ (שבעקבותיה נקבעה בחוק הדרישה שבית-דין יישב בשלושה), הועלתה הטענה נגד קביעת הרכב של שלושה דיינים בכל הרכב, ולו מן הטעם הפיסקלי בלבד³⁰.

בתשובה על טענה זו, אמר שר-הדתות, ד"ר ו' ורהפטיג³¹, שהביא את הצעת החוק לכנסת, כי הצעה זו גובעת מכך, שלפי ההלכה בית-דין צריך להיות מורכב משלושה דיינים לפחות, ולכן לא ניתן לקבוע הרכב של פחות משלושה³².

ראיה נוספת לכוונתו של המחוקק לעגן בחוק את הדרישה הרגילה של ההלכה בסוגיא זו, ולא להחמיר מעבר לכך, ניתן—לדעתי—למצוא בדברי ההסבר להצעת החוק הנ"ל, ומתוך השוואת לשון החוק עם לשון תקנות הדיון בבתי-הדין בארץ-ישראל, תש"ג, שהיא, ככל הנראה, המקור לנוסחו של החוק.

בדברי ההסבר להצעת חוק הדיינים (תיקון), תשכ"ה—1965³³, נאמר, כי מטרתו של תיקון זה "לשפר את ארגון בתי-הדין הרבניים", ובמסגרת זו "מוצע להפדיר מחוק את מספר הדיינים שבו ידונו בתי-הדין הרבניים". דברים אלה משמעם, שכוונת הצעת החוק היתה לתת בסיס חוקי למה שנוהג בפועל זה כבר בפרקטיקה של בתי-הדין. ואכן, אין בדברי המציעים כל רמז לכך, שהדרישה להרכב של שלושה דיינים באה להחמיר עם בתי-הדין הרבניים לעומת בתי-המשפט הרגילים. מותר להניח, שאילו אמנם הסתתרה מגמה זו ביסודה של הצעת החוק, כי אז היה צריך הדבר למצוא את ביטוי בדברי ההסבר³⁴. גם נוסח החוק מאשר, לכאורה, הנחה זו. בלשון החוק קיימת הפרדה בין ההוראה המתייחסת לבית-הדין הגדול ובין ההוראה המתייחסת לבית-הדין האזורי; מסתבר, שיסודה של הפרדה זו בתקנות ה-17 לתקנות הדיון בבתי-הדין הרבניים משנת תש"ג³⁵. הבדלי הלשון בין שתי התקנות שם מצביע, כאמור לעיל, על דרך פרשנות אחת ויחידה, דהיינו: בית-הדין הגדול לעולם יושב בשלושה, ואילו

29 ה"ח 290.

30 דברי חה"כ י' קושניר, ראה ד"כ 43 (תשכ"ה) 2569.

31 שם, עמ' 2571.

32 על הסתייגות ב"דברי הכנסת" כדי לעמוד על כוונת המחוקק, ראה ד"נ 13/58 ראש-העיר תיא"נ' לזכין, פס"ע לח 6, 17—18.

33 לעיל, הערה 29.

34 אמנם גם ביחס לבתי-דין אחרים אנו מוצאים, כי דרישת החוק היא להרכב של שלושה, כמו בית-דין צבאי (ראה סעיף 201 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו—1955; ס"ח 171), ובית-דין לעבודה (ראה סעיף 18(א) לחוק בית-דין לעבודה, תשכ"ט—1959; ס"ח 70). אבל שם מדובר בבתי-דין שבהם רוב חברי ההרכב או אף כולם, אינם שופטים מקצועיים, בעוד שחברי בתי-הדין הרבניים הם כולם דיינים מקצועיים, שמעמדם כשל שופטים בבתי-המשפט האזרחיים. גם חוק יסוד: השפיטה, תשמ"ד—1984, מבחין, לעניין סמכות הביקורת של בג"צ, בין בתי-הדין הרבניים, שמעמדם שווה לזה של בתי-המשפט האזרחיים ובין בתי-דין, טריבונלים ורשויות-מינהל למיניהן; ראה לעניין זה גם דברי השופט בייסקי בפתח פסק-הדין דנן, בעמ' 681.

35 ראה לעיל, סמוך להערה 24.

בית-דין אזורי יכול לקיים דיון בהרכב חסר. אם מקורו של ההבדל בין סעיף 8(ב) וסעיף 8(ה) לחוק הדיינים נעוץ אמנם בתקנות הדיון הג"ל, כי אז יש להקנות גם לחוק עצמו פרשנות דומה, ומכל-מקום, השוואה זו מלמדת אותנו, כך דומה, שבדעת המחוקק לא היה להחמיר מעבר לדרישותיה של ההלכה.

לעניות דעתי, המגמה של המחוקק לא היתה אפוא אלא לעגן בחוק את הדרישה הבסיסית של ההלכה, שבית-דין יורכב משלושה דיינים, ולא היתה מצד המחוקק כל כוונה לכפות על בית-הדין הסדר מחמיר מכפי דרישת ההלכה. במפורש, המחוקק אמנם לא הביע את דעתו, אם ניתן להכשיר דיון בהרכב המונה פחות משלושה דיינים כאשר ההלכה עצמה מאפשרת זאת, אבל ההבדל בניסוחם של שני סעיפי-המשנה האמורים לעיל, בוודאי שיכול לשמש יסוד לפירוש כוונתו של המחוקק. "כאשר שינה המחוקק לשונו בדונו שתי פעמים בנושא אחד, מעמידים אנו אותו, כידוע, בחזקה כי שינוי הלשון בא להביע שינוי כוונה"³⁶. לא כל שינוי לשון אמנם מעיד בהכרח על שינוי בכוונה המחוקק, וייתכנו מקרים שבהם אין להסיק על קיומן של נפקות משי פטיות בין שתי הוראות חוק, למרות שינוי הלשון. ואולם, במה דברים אמורים, כאשר מתוך כוונת המחוקק הדבר ברור שאין ליחס לאותם שינויי לשון כל משמעות, בעוד שפירוש הוראות החוק לפי הכלל האמור עלול להביא לידי תוצאה שלא תעמוד בפני ההיגיון³⁷; במקרה כזה "מוטב לנו לומר, שהמחוקק לא דייק בלשונו, ובלבד שלא נייחס לו את הכוונה לחתור לתוצאה חסרת-ההיגיון"³⁸. ואולם כאשר המצב הפוך, דהיינו: שפירוש שתי הוראות חוק לאור שינויי הלשון שבהן עולה בקנה אחד עם כוונת המחוקק – וכזה הוא המצב בנדון דנן – בוודאי שאין למצוא כל פגם בפירוש המבוסס על השינוי שבין שתי ההוראות והמתיישב עם כוונת המחוקק³⁹.

אם אמנם מטרת המחוקק היתה, בעניין דנן, לעגן בחוק את הדרישה הבסיסית של ההלכה שעל בית-הדין לדון בשלושה, ללא כל כוונה להחמיר מעבר לדרישת ההלכה, כי אז אין קיימת כל מגיעה מלפרש את הוראת החוק כמאפשרת סטיה מן הכלל האמור, כאשר ההלכה עצמה מאפשרת סטיה כזו, דהיינו: כשניתנה הסכמת הצדדים, וזאת לאור ההבדל בנוסחם של סעיפים 8(ב) ו-8(ה) לחוק הדיינים, כאמור לעיל.

גם אם יש מקום לחלוק על פירושו של בית-הדין הרבני להוראות חוק הדיינים בשאלת ההרכב, הרי הלכה פסוקה היא, שבית-הדין מוסמך לפרש מונח המופיע בחוק החילוני המופנה אליו, על-פי מערכת הדינים החלה עליו. בבג"צ 566/81 נדונה שאלת גדרו

36 י' זוסמן, "מקצת מטעמי הפרשנות" ספר היובל לפנחס רוזן (מפעל השכפול, תשכ"ב) 147, 157.

37 כמו בע"א 534/59 אסתר כהן נ' נעמי כהן, פ"ד יד 1415, המובא על-ידי י' זוסמן, שם, בעמ' 158.

38 ע"א 534/59 הג"ל, עמ' 1419.

39 על ההתחשבות בכוונת המחוקק ובמטרות החוק לצורך פרשנותו, ראה ע"א 31/63 ליאון יצחק פלדברג נ' המנהל לעניני חוק מש שבח מקרקעין, פ"ד יז 1231, 1235; ע"א 591/65 עיריית חדרה ואח' נ' קולנוע בן-זהר בע"מ, פ"ד כ(2) 612, 616; ע"א 282/73 פקיד השומה, חיפה נ' צבי אריסון, פ"ד כח(1) 789, 793; בג"צ 442/71 לנסקי נ' שרי-הפנים, פ"ד כו(2) 337, 348; ע"א 362/79 מנהל המכס והבלי נ' טלרד בע"מ וערעור שכנגד, פ"ד לה(2) 57, 59.

40 עמריני נ' בית-הדין הרבני הגדול ואח', פ"ד לז(2) 1, 7.

של המונח "תביעת גירושין" המופיע בסעיף 3 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים (גשואן וגירושין), תשי"ג—1953. כותב על כך השופט מ' אלון:

"המחוקק לא הגדיר את המונח 'תביעת גירושין', ובדין; שהרי אמת-המידה לקביעה, מה כלול ומה אינו כלול במונח זה, צריכה שתהא על-פי הדין וסדרי-הדין של אותה מערכת שיפוטית, שלה מסר המחוקק את סמכות השיפוט בענייני גירושין".⁴¹

אם בית-המשפט העליון הכיר בסמכותו של בית-הדין הרבני לפרש את המונח "תביעת גירושין" המופיע בחוק החילוני על-פי הדין וסדרי-הדין שהוא נוהג על-פיהם, כי אז אין סיבה לכך שגם את המונח "ידון" המופיע בחוק חילוני אחר, לא יהא בית-הדין מוסמך לפרש על-פי אותן אמות-מידה עצמן.⁴²

גם אם בית-המשפט העליון סבור, כי הפירוש שבית-הדין נתן לחוק אינו הפירוש הנכון, גם אז מוגבלת סמכות הביקורת שלו. בכמה פסקי-דין נקבע, כי גם אם בית-הדין טעה בפירוש החוק אין בכך כדי לשמש יסוד להתערבות בג"צ. כך כתב, לדוגמא, השופט גויטיין, בבג"צ 187/54:⁴³

"כך כבר נפסק, שבית-משפט זה לא יהפוך עצמו לבית-משפט לערעורים על פסקי-דין של בתי-דין דתיים. כלומר: אם בתי-הדין טועים בפירושו של החוק, או מתעלמים מחוק מסוים,⁴⁴ אין לבית-משפט זה אפשרות לתקן את המעוות (אלא-אם-כן מדובר בחריגה מסמכות או בפגיעה בעיקרי הצדק הטבעי), התרופה היחידה היא לפנות לבית-דין לערעורים של בית-הדין הדתי, ואם גם הוא טועה, אין לבטל את פסק-הדין והוא תקף".⁴⁵

זאת ועוד: דומה בעיני, כי להכשר הדיון, כפי שנתקיים במקרה דנן, ניתן להגיע גם בלא להזקק כלל להשוואת הנוסח של הסעיפים 8(ב) ו-8(ה) לחוק הדיינים. לאמור: גם אם לא היה נמצא כל שינוי בין נוסח הסעיפים, היה מוסמך בית-הדין לפעול כפי שפעל, בלא שהיתה בכך משום חריגה מהוראת סעיף 8(ה) לחוק הדיינים. נחזור נא ללשון הסעיף: "בית-דין רבני אוזרי ידון בשלושה". אילו התקיים ההליך המשפטי

41 ראה גם בג"צ 664/79 גוטמן נ' בית-הדין הרבני האזורי, תל-אביב-יפו ואח', פ"ד לר(1) 443, 447, ובג"צ 635/82 כ' ויתברג נ' בית-הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו ואח', פ"ד לז(4) 253, 258, ביחס לשאלה מה כלול במונח "פסק גירושין", לעניין סמכותו של בית-הדין הרבני מכוח סעיף 3 הנ"ל לחוק שיפוט בתי-דין רבניים.

42 ראה גם דבריו של השופט אלון בבד"מ 1/81 נגר נ' נגר, פ"ד לח(1) 365, 408, על סמכותו של בית-הדין הרבני לפרש את העיקרון של "טובת הילד" שבסעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב—1962, על-פי הערכים וההשקפות המקובלים עליו, גם אם הם שונים מאלה העשויים להיות מקובלים על דעת בית-המשפט בפירושו של אותו עיקרון.

43 הלימה ברייה נ' קארי בית-הדין השרעי המוסלמי בעכו ואח', פ"ד ט 1193, 1198.

44 לעניין התעלמותו של בית-דין רבני מהוראת חוק (להבדיל מפירוש מוטעה שלו לחוק), השווה עם הפסיקה החדשה בבג"צ 323/81 (לעיל, הערה 4), בעמ' 739; בבד"מ 1/81 (לעיל, הערה 42), בעמ' 383.

45 ראה גם בג"צ 32/62 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' בית-הדין השרעי לאזור עכו, בית-הדין השרעי לערעורים וי"א ואח', פ"ד טז 1942, 1945.

כולו בפני הרכב חסר, כי אז היה אמנם הדבר מנוגד ללשון החוק. ברם, רק שמיעת הטענות היתה בפני שני דיינים, בעוד שתתימת פסק-הדין, שבאה, כפי שמסתבר (ראה להלן), לאחר שאותו דיין עיין בחומר שבתיק, ולאחר שדן בדבר עם חבריו ששמעו את בעלי-הדין, היתה על-ידי שלושה דיינים, כמצוות החוק. אילו משמעותו הבלעדית של הביטוי "ידון בשלושה" היתה שעל ההליך כולו להתקיים בפני שלושה דיינים, כי אז היתה אולי הפרקטיקה שנקט בית-הדין מנוגדת ללשון החוק. אבל דומני, כי הביטוי "ידון" אין משמעו בהכרח שהצמעה חייבת להתקיים בפני שלושה, ובית-הדין מקיים את מצוות החוק גם אם הפרעת הדין נעשתה על-ידי הרכב של שלושה⁴⁶, ובלבד שקדם לכך דיון בעל-פה או בכתב בין חברי בית-הדין, כפי שייתברר להלן.

קיומו של דיון מוקדם בין הדיינים, עובר למתן פסק-הדין, הינו דרישה יסודית ביותר במשפט העברי⁴⁷. הטעם הגיתון לכך בהלכה הוא, שבדרך זו תתלבן האמת בצורה הטובה ביותר⁴⁸. כיוון שהמשא-ומתן צריך להתבסס על ויכוח חופשי בין הדיינים, שבו יעלה כל אחד מהם את דעתו, חייב כל דיין לגבש את דעתו באשר להכרעת הדין מתוך שיקול-דעת עצמי והבנה יסודית של נשוא הדיון ולא מתוך הליכה עיוורת אחר דעת הרוב, או אחר דעתו של דיין אחר שעליו הוא סומך; דיין שאינו מקפיד על נוהל זה, יש בפסיקתו משום הטיית דין⁴⁹. למעשה, כשאחד הדיינים אינו יודע באופן עצמאי כיצד לפסוק את הדין, אין ניתן לקיים באותו הרכב את דרישת התורה⁵⁰ "אחרי רבים להטות", ויש צורך להוסיף דיינים אחרים להרכב⁵¹, שכן כשאומר הדיין שאינו יודע, הרי הוא נחשב כאילו לא ישב כלל עמהם, ויש מקום לומר "שלא אם ישב עמהן שלישי שהיה אומר דעתו, היו השניים מסכימים עמו"⁵².

למקרא תצהירו הנ"ל של המשיב⁵³, עלול להתעורר הרושם כאילו הדרישה היסודית של ההלכה בדבר קיומו של משא-ומתן בין הדיינים קודם מתן פסק-הדין אינה מת-קיימת כלל בפרקטיקה האמורה. המשיב כותב בתצהירו: "כאשר מגיע הדיין השלישי מההרכב, הוא קורא את הפרוטוקול ומקבל הסברים משני חבריו שישבו בדין והוא מצרף תימתו להכרעה או כותב דעת-מיעוט". אם הפרקטיקה היא אכן כפי האמור כאן, הרי שפסק-הדין כבר ניתן על-ידי שני דיינים — בלא שקדמה לכך התייעצות ומשא-ומתן בין השלושה, כדרישת הדין והחוק — ולפסק-הדין הפגום הזה מתבקש הדיין השלישי לצרף את תימתו או לכתוב דעת-מיעוט. נוהל כזה — אם אמנם קיים — לכאורה אין בו כדי למלא אחר הדרישה שבית-הדין ידון בשלושה, ומוצדקת התערבותו של בג"צ בבואו לבטל פסק-דין שניתן בצורה כזו.

46 על כך שהמונח "ידון" כולל גם את שלב העיון והשיקול של השופט לפני מתן פסק-הדין, ראה ע"א 387/74 יוסף (המכתה ג'י) אברהם ג' בתי-מרגוע ומלונות "הדיווח" כע"מ, פ"ד כט (1) 353, 355, לעניין פירוש תקנה 191 לתקנות סדר-הדין האזרחי, תשכ"ג—1963.

47 ראה שו"ע חו"מ, יח, א.

48 ראה טור חו"מ, י, א.

49 ראה ספר החינוך, מצוה עז (לא תענה על ריב לנשות), ומנחת חינוך, שם.

50 שמואל כג, ב.

51 שו"ע, שם.

52 סמ"ע לשר"ע, שם, ס"ק ד.

53 ראה לעיל, סמוך להערה 24.

ואולם נראה, שהדרישה למשאומתן בין הדיינים קודם מתן פסק-הדין, באה על סיפוקה. מקורות רבים לכך, שניתן לצאת ידי חובת המשאומתן שבין הדיינים גם בדרך של החלפת דעות בכתב, והרוב המתגבש מתוך משאומתן זה הוא המכריע. הטעם לכך הוא, שאין כל הבדל בין מצב שבו כל דיון משמיע את דעתו ומבססה בעל-פה, לבין מצב שבו הוא עושה זאת בכתב. יתר-על-כן: ישנם דיינים המיטיבים להתבטא בכתב מאשר בעל-פה, ולפיכך יש גם יתרון, במקרים מסוימים, בדרך זו של משאומתן.⁵⁴

נראה, שכאשר בית-הדין דן בהרכב חסר ושני חבריו שישבו לדיון מגיעים לכלל החלטה, אין לראות בהחלטתם פסק-דין סופי, אלא חוות-דעת בלבד, שתוקפה כפסק-דין מותנה בהצטרפותו של דיון שלישי. הדיון השלישי אינו מקבל אפוא לידיו, להלכה, אלא חוות-דעת בלבד, והוא אמור לדון ולתמוך בה, או להסתייג מן האמור בה. אם יתמוך בה, יצרף את חתימתו ואז יקבל פסק-הדין את תוקפו; ואם יחלוק על דעת חבריו, יכתוב דעת מיעוט ויחתום עליה, ואז לא יקבל פסק-הדין את תוקפו אלא משיעיינו שני הדיינים הראשונים בחוות-דעתו וישקלו שנית את עמדתם. אם למרות דעת המיעוט יחזיקו הראשונים בדעתם — יינתן פסק-דין של רוב ומיעוט; ואם יחזרו בהם הראשונים ויצטרפו לדעת חברם, יוכלו לצרף את חתימתם לחוות-הדעת הנוספת וזו תהפוך לפסק-דינו של בית-הדין.

יצא אפוא, שאין לומר על הפרקטיקה הנהוגה בבתי-הדין הרבניים שהיא נעדרת כל דיון מוקדם בין הדיינים קודם מתן פסק-הדין; הדיון אמנם מתקיים, אם כי לא בהכרח בעל-פה, ולפיכך מתקיימת דרישת סעיף 8(ה) לחוק הדיינים — על-כל-פנים כפי סדר-הדין הנהוג בבתי-הדין.

ולבסוף: אותה שאלה גופה שבה אנו דנים, דהיינו: התערבות בג"צ בהחלטה בית-דין רבני שדן בהרכב חסר, כבר עלתה פעם אחת — בין שאלות אחרות, אם כי לא בתור השאלה המרכזית — בפני בית-המשפט העליון, ופסיקת בית-המשפט באותו מקרה תאמה את מדיניותו הרגילה של בית-המשפט, שלא להתערב בעניינים כגון אלה. בעניין שנתברר שם, היה מדובר בהחלטתו של בית-דין רבני אזורי להתחזיר לבית-הדין הגדול לערעורים את הטיפול בתיק שזה העביר אליו לאחר שהערעור בו התקבל. אותה החלטה נחתמה רק על-ידי דיון אחד, והעותר ביקש (ככל הנראה) להסתמך על עובדה זו כדי לערער את חוקיות החלטתו של בית-הדין הרבני הגבוה לערעורים שאליו הועבר התיק בהליך בלתי-חוקי, לדעתו. בפסק-דינו, בית-המשפט העליון קובע:⁵⁵

"אין זה מדרכו של בית-משפט זה לבקר את פסקי-הדין של בתי-הדין הרבניים לגופם, מבחינת הדין שלפיו הם דנים וגם סדרי-הדין שלהם הם עניינם הם..."

למרות הוראת סעיף 8(ה) לחוק הדיינים, המצריך הרכב של שלושה דיינים (שאמנם

54 ראה שו"ת ישכיל עבדי, ח"ה, חו"מ, ה.

55 בג"צ 352/82 כ"זאב נ' בית-הדין הרבני הגדול ואח', פ"ד לו(3) 250, 252.

לא נזכרה במפורש בפסק-הדין) לא מצא בית-המשפט לנכון להתערב בדבר שהוא בתחום סמכותו של בית-הדין.⁵⁶

ייתכן, שאילו עמדה לנגד עיניהם של שופטי בית-המשפט העליון, במקרה דנן, הפרשנות שניתנה להוראת סעיף 8(ה) על-ידי בתי-הדין הרבניים, היו אף הם הולכים בדרכו של ההרכב שישב בבג"צ 352/82 הנ"ל (שפסק כך בלא שעמדה לנגד עיניו פרשנותם של בתי-הדין לסעיף זה), ונמנעים מלהתערב בפסיקת בתי-הדין הרבני מן הטעם שדן בהרכב חסר. נדגיש שוב כי אין ספק שפרשנות זו אינה חד-משמעית, וייתכנו גם פירושים אחרים.⁵⁷ ייתכן שבית-המשפט העליון היה מחליט שלא לקבל את פירושו של בית-הדין הרבני, אבל דומה שעובדה זו בלבד לא היה בה די כדי להצדיק את התערבותו. גם אילו קדמה להחלטת בית-הדין הרבני הלכה פסוקה מאת בית-המשפט העליון בדבר פרשנותו של סעיף 8(ה) לחוק הדיינים – פרשנות הנוגדת את זו של בית-הדין – ספק אם היה בכך כדי לחייב את בתי-הדין הרבניים,⁵⁸ מה גם שהלכה עקרונית זו לא נחתה אלא בעקבות פסיקתו של בית-הדין הרבני.

תהא אשר תהא דעתו של בית-המשפט העליון בפירוש סעיף 8(ה) לחוק הדיינים – מן הראוי שהפרשנות הניתנת לסעיף זה על-ידי בתי-הדין הרבניים תעמוד לנגד עיניו כאשר תתעורר שוב שאלה זו בפניו. עד כה דננו בשאלה, אם דיון בהרכב חסר בבית-הדין הרבני, על-פי הנוהל המתואר לעיל, יש בו משום חריגה מסמכות. עתה נבוא לדון בשאלה, אם יש מקום לראות בנוהל האמור חריגה מסמכותם בהיותו עומד בניגוד לעיקרי הצדק הטבעי.

3. האם דיון בהרכב חסר מנוגד לעיקרי הצדק הטבעי?

על-פי הפסיקה שנתגבשה בבית-המשפט העליון, המקרה השני שבו נתונה פסיקתו של בית-הדין הרבני לביקורת בג"צ הוא, כאשר בפסיקת בית-הדין הרבני יש משום פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי.⁵⁹ מקרים מן הסוג הזה הרי הם חריג לכלל הרחב שלפיו אין בית-המשפט העליון יושב בערעור על פסיקתו של בית-הדין הרבני, ואין הוא בודק אחריו אם פסיקתו תואמת את הדין העברי.⁶⁰ לעניין זה שווה מעמדם של בתי-הדין הרבניים לזה של בתי-המשפט הרגילים של המדינה, "וכסם שבית-המשפט

56 ראו להעיר, שאחד השופטים שישבו בהרכב שנתן את פסק-הדין הזה היה השופט מ' בייסקי, אשר בפסק-הדין גשוא הדיון שלנו פסק בכיוון ההפוך; בפסק-הדין הנדון השופט בייסקי גם מזכיר את פסק-הדין ההוא (עמ' 688).

57 אפשר, למשל, לפרש כי השינוי בין סעיף 8(ב) ובין סעיף 8(ה) גובע מרצון המחוקק לאפשר לערכאה העליונה לשבת בהרכב העולה על שלושה שופטים (אלא שפירוש זה מתעלם, כמובן, מן המקורות שנדונו לעיל בקשר עם פרשנות החוק).

58 ראה בעניין זה א' רוזן-צבי, "האם כפוף בית-הדין הדתי לפירוש שניתן על-ידי בג"צ להוראות חוק חילוני, שהופנו ישירות לבית-הדין?" עיוני משפט ב (תשל"ב) 524.

59 ראה, לדוגמא, בג"צ 10/59 ויקי לוי נ' בית-הדין הרבני האזורי, תל-אביב-יפו ואח', פ"ד יג 1182; בג"צ 816/80, דבורה נופחלף נ' בית-הדין הרבני בתל-אביב-יפו ואח', פ"ד לה (3) 561, 566–569. אבל ראה בג"צ 378/83 (להלן, הערה 99, ומה שכתבתי בסמוך, שם).

60 בג"צ 323/81 (לעיל, הערה 4), בעמ' 738.

הגבוה לצדק אינו בודק את חוקיות פעולתם של בתי-המשפט הרגילים, כך אין הוא בודק את חוקיות פעולתם של בתי-הדין הדתיים. הוא אינו מבקר את פסקי-הדין שלהם לגופם, מבחינת הדין שלפיו הם דנים, וגם סדרי-הדין שלהם הם עניינם-הם⁶¹. בפסק-הדין גשוא דיוגנו, השופט בייסקי מציין מדיניות זו הנקוטה בידי בתי-המשפט העליון, ודעתו היא, כי "דיון באחזקת ילדים בהרכב חסר מהווה סטיה מהחוק והתקנות, מלבד היותה פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי המגיעה כדי חריגה מסמכותו של בית-הדין..."⁶².

האם אמנם דיון בהרכב חסר הינו פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי? דומה, שלאור פסיקתו של בית-המשפט העליון שקדמה לפסק-הדין דנו, התשובה לכך היא שלילית. מספר החריגות שבהן הכיר בית-המשפט העליון כעילות כדי פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי הינו מצומצם למדי. צמצום זה גובע משני כללי-היסוד הבאים: (א) פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי תיתכן אך ורק כאשר מדובר בחריגה מן הכללים היסודיים של סדרי-הדין, ולא כאשר מדובר בכללי יסוד השייכים לדיון המהותי; (ב) גם במסגרת כללי סדרי-הדין לא תיתכן פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי, אלא כאשר המדובר בפגיעה באחד מעקרונות-היסוד של דיון הוגן, דהיינו: עקרונות האמורים להיות מונחים ביסודה של כל שיטת משפט מתוקנת. פסק-הדין המנחה בעניין זה ניתן בבג"צ 130—132/66; 158⁶³, מפיו של הנשיא אגרנט, הכותב בין יתר דבריו⁶⁴:

"המושג של 'פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי' כמושג המצדיק את התערבותו של בית-המשפט הגבוה לצדק בהחלטות ובפסקי-הדין של בתי-הדין הדתיים... משמעו... אך ורק 'פגיעה בעקרונות-יסוד של דיון צודק' להבדיל ממה שנראה כ'בלתי-צודק בעצם הפסק גופו'. ... לאמור: 'עיקרי הצדק הטבעי לא נפגעו, אלא-אם-כן נפגעו כללי הנוהל היסודיים'".

אם נעבור ממישור ההגדרות למישור הקונקרטי יותר, ונבקש לבחון את השאלה: מה הם המקרים שאותם ראה בית-המשפט העליון כפגיעה בעיקרי הצדק הטבעי, נמצא שמדובר בשני אלה: (א) פגיעה בזכותו של צד להשמיע את טענותיו ולהביא ראיות לדבריו⁶⁵; (ב) קיומו של דיון משפטי בפני שופט שיש לו גניעה אישית לגשוא הדין⁶⁶. לא כל חריגה מן הנוהל המקובל במסגרת סדרי-הדין יכולה אפוא להיחשב

61 בג"צ 403/71 (לעיל, הערה 4), בעמ' 70. וראה גם בג"צ 352/82 כ"י-אב נ' בית-הדין הרבני הגדול ואח' (לעיל, הערה 55), שם.

62 ההגשה שלי. בדברים אלה השופט מבקש לבאר מדוע לא תופנה העותרת לשטוח את קובלנותיה בפני בית-הדין הרבני הגבוה לערעורים; לשאלה זו נחזור בהמשך הדברים.

63 ה' שגב, ע' רייכרט נ' בית-הדין הרבני והרבנות הראשית לצפת, פ"ד כא(2) 505.

64 שם, עמ' 520—521.

65 ראה בג"צ 10/59 (לעיל, הערה 59), בעמ' 1187; ע"א 161/64 איטה מרפמן נ' בית-הדין הרבני האזורי, חיפה ואח', פ"ד יח(3), 502; בג"צ 295/72 יהודית בכר נ' בית-הדין הרבני האזורי ברעובות ואח', פ"ד כז(1) 568, 573.

66 ראה בג"צ 349/65 פלמאן עלי פד' נ' קארי-מדיה, בית-הדין הדתי הדרוזי ואח', פ"ד כ(2) 342. מן הראוי להעיר, שבהעמדתם של עקרונות הצדק הטבעי על שניים אלה, ועליהם בלבד, בית-המשפט העליון תולך בעקבות המקובל בעניין זה במשפט האנגלי; ראה H. W. R. Wade, *Administrative Law* (Oxford, 5th ed., 1982) 419.

לפגיעה בעיקרי הצדק הטבעי⁶⁷, אלא אך ורק חריגה מן הכללים המקובלים על הכול כעקרונות של דיון הוגן; על הכול מקובל, שלא ייתכן לקיים דיון משפטי הוגן בלא לשמוע את טענותיו של כל צד למשפט ובלא שתינתן לו האפשרות להביא את ראיותיו; ועל הכול מקובל, שלא ייתכן לקיים דיון משפטי הוגן שההכרעה בו צריכה להיעשות על-ידי שופט העשוי להפיק תועלת אישית מתוצאותיו של המשפט.

הפגם שנתגלה במקרה דנן בהרכב בית-הדין, אינו יכול להיחשב כפגיעה בעיקרי הצדק הטבעי, שכן לא נפגע אף לא אחד מיסודותיו האמורים של דיון צודק, ולא מצאנו מקור לכך, שאף אותו יש לכלול בתוך "עיקרי הצדק הטבעי". באשר לפגם הנעוץ בכך שהדין השלישי לא שמע את הטענות בעל-פה, הרי עצם העובדה שאותו דיין קיבל את החלטתו על-סמך החומר שבתיק, בלא ששמע אישית את בעל-הדין, בוודאי אינה פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי, והשופט זוסמן כותב במפורש במקום אחד⁶⁸, כי "מתן החלטה על-יסוד החומר שהובא בכתב לפני הפוסט אינו פוגע בעיקרי הצדק הטבעי, המחייבים בכל אחר ואחר שבו מתנהל דיון בזכויות של אדם"⁶⁹. לגבי הדין שהצטרף להרכב בית-הדין לצורך הכרעת הדין ומתן פסק-הדין, יש לראות אפוא את הטענות שנשמעו בעל-פה כטענות בכתב, וגם אם ישנו פגם כלשהו בהליך זה, בוודאי שאין הוא עולה כדי פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי.

4. האם התערבותו של בג"צ נחוצה למען הצדק

סוג נוסף של מקרים שבהם מצויה בידי בג"צ הסמכות לבטל את פסק-דינו של בית-הדין הרבני הוא, כאשר נסיבות המקרה מחייבות מתן סעד למען הצדק, אין הדבר מצוי בסמכותו של בית-משפט או בית-דין אחר, או שהסעד שעשוי העותר לקבל באותה ערכאה שיפוטית אינו יעיל. סמכות רחבה זו מוקנית לבית-המשפט העליון מכוח סעיף 15(ג), לחוק יסוד: השפיטה, תשמ"ד-1984, וגם בו תמך כבוד השופט בייסקי את יתדותיו בבואו לנמק מדוע דינו של פסק-הדין של בית-הדין הרבני להתבטל.

סמכותו של בג"צ להעניק סעד למען הצדק מכוח סעיף 15(ג), מותנית, כאמור, בכך שהעניין אינו מצוי בסמכותו של בית-משפט אחר⁷⁰. בעניין שלפנינו לא מתקיימת, לכאורה, דרישה זו, באשר היה מקום להפנות את העותרת להגיש ערעור בפני בית-הדין הרבני הגדול לערעורים. השופט בייסקי היה אמנם ער לכך והדגיש, כי אכן הכלל הוא שאין בית-המשפט העליון נוטל לעצמו סמכות של ערכאת-ערעור, "וגם כאשר

67 והשווה עם דבריו של השופט ח' כהן בבג"צ 91/74 לוטסי יוסף נבארה ואח' נ' בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו ואח', פ"ד כח(2) 518, 526, שמהם יוצא שאין לראות את רשימת כללי הצדק הטבעי כסגורה. אבל אף הוא מדגיש שאין להרחיב את המסגרת "עד כדי התערבות בסדרי-הדין... רק כאשר שונים הם מן הנהוג והמקובל בבתי-המשפט שלנו" [= להבדיל מבתי-הדין הדתיים].

68 המ' 299/60 שמזאל יוסף בן-מנשה נ' זהבה קליבנוב, פ"ד יד 1963, 1967.

69 ראה גם 93, p. 76, vol. I, Halsbury, Laws of England (4th ed.).

70 ראה, לדוגמא, בג"צ 603/76 חיים רוט נ' מדינת ישראל – בית-משפט השלום, ת"א-יפו, פ"ד לא(2) 757, 759.

מצביע מתדיין על פגמים בהחלטה או בפסק-הדין, מופנה המתדיין בראש-זרוע ראשונה אל ערכאת-הערעור, שם יישמעו טרזוניותיו ויתוקנו הפגמים, אם תמצא בהם ערכאת-הערעור ממש"י, ואולם – לדעתו של השופט בייסקי – נסיבותיו המיוחדות של המקרה דגן נכנסות לתחולת החריג המאפשר את התערבותו של בג"צ למרות קיומה של ערכאת-ערעור.⁷² השופט בייסקי ציין את הגישות השונות המהלכות בין השופטים באשר להיקף סמכות ההתערבות של בג"צ כאשר העניין מצוי בסמכות ערכאה אחרת, ומסקנתו היא, כי "גם לפי הגישה המצמצמת, עדיין שיקול-הדעת של בג"צ נרחב דיו כדי התערבות במקרה כמו זה שלפנינו, כאשר ראש החוצאה-לפועל עומד לבצע החלטה שניתנה בנסיבות שתוארו, וכאשר על הפרק עומדת הוצאתם הפתאומית של ילדים מחזקת האם והעברתם למוסד באמצע שנת-הלימודים".

אכן, לאור הפרשנות שניתנה לחוק הדיינים על-ידי בית-הדין הרבני הגבוה לער-עורים,⁷³ ושלפיה אין מקום לפסול את ההליך שהתקיים בפני בית-הדין האזורי בהרכב חסר, יש לראות את הסעד החלופי בעניין זה כבלתי-יעיל, שהרי מראש כמעט ברור כיצד יפסוק בית-הדין הרבני לערעורים. ואולם כלל לא ברור אילו שיקולי צדק מחייבים את התערבותו של בג"צ. מדובר בהליך, שמבחינת הדין היהודי, שעל-פיו פועל בית הדין, הינו חוקי, ושבהתאם לפרשנותו של בית-הדין הרבני הגדול לערעורים, הוא תואם גם את דרישת חוק הדיינים. אילו לא איפשרה שיטת המשפט הנוהגת בארץ בשום מקרה דיון בהרכב חסר, אולי היה ניתן לחשוב שהליך כזה פרשנות שהיא. ואולם היסוד שלה, ושעל-כן לא ניתן להכשיר הליך כזה על-ידי כל פרשנות שהיא. ואולם מוצאים אנו מקרים שבהם החוק מתיר אפשרות כזו; כך הוא המצב ביחס לבתי-דין דתיים אחרים,⁷⁴ וכך אנו מוצאים ביחס לבית-הדין לעבודה. סעיף 22(א) לחוק בית הדין לעבודה, תשכ"ט–1969,⁷⁵ קובע, כי אם אחד מגיגי הציבור החברים בבית-הדין לא בא לדיון, מוסמך אג בית-הדין לקיים את הדיון, ובלבד שישנו נציג-ציבור אחר. אכן, קיים הבדל ברור בין המקרה שלנו לבין הוראות החוקים הנ"ל, שבעניין דגן אין החוק קובע במפורש כי אפשר לקיים דיון בהרכב חסר. אבל דומה, שעצם מתן האפשרות לקיים דיון בהרכב חסר מגלה, כי דיון כזה אין בו פגיעה כה יסודית בעק-רונות-הצדק, מה גם שכפי שנוכחנו לדעת, רק השמיעה בבית-הדין הרבני היא בהרכב חסר, ואילו הכרעת הדין היא בשלושה. כיוון שניתן לקיים את הנוהל בבית-הדין הרבני

71 עמ' 691 של פסק-הדין.

72 השופט בייסקי מפנה לפסיקה קודמת של בג"צ שממנה משתמע, כי בית-המשפט העליון יפעיל את סמכותו מכוח סעיף 15(ג), גם אם בידי העותר לקבל סעד חלופי, "וזאת במקרים שהסעד לא היה יעיל, או נמצא כי הנסיבות מחייבות מן הצדק כי פני העותר לא יושבו ריקם".

73 ראה לעיל, סמוך להערה 27.

74 ראה סעיף 3 לחוק בתי-הדין השרעיים (אישור מינויים), תשי"ד–1953 (ס"ח 43), כפי שתוקן על-ידי סעיף 27 לחוק הקאדים, תשכ"א–1961 (ס"ח 118); וראה בהקשר זה בג"צ 111/63 ג'מיל אבו-חורש נ' בית-הדין השרעי לאיזור עכו ו-3 אח', פ"ד יח, 589, 593 ואילך; סעיף 8 לחוק בתי-הדין הדתיים הדרוזיים, תשכ"ג–1963 (ס"ח 20); וראה בהקשר זה בג"צ 405/81 פרזל נ' בית-הדין הדתי הדרוזי לערעורים ואח', פ"ד לו (3) 103, 104.

75 ס"ח 70.

גם לאור הוראות חוק הדיינים, ספק בעיני אם יש מקום להתערבות בג"צ משיקולים של צדק.

ד. התערבות בג"צ בשל העדר הנמקה

אחד מנימוקי העתירה דגן היו, שהחלטת בית-הדין הרבני, נשואת העתירה, היתה בלתי-מנומקת, ומאחר שפגם זה מוגד לחוקים ולתקנות הקובעים את סדרי-הדין בבתי-הדין הרבניים, היה בכך הריגה מסמכות; החלטה כזו – נאמר בנוסח שבפסק-דינו של בית-המשפט העליון – "לא רק שאינה מגלה את שיקולי בית-הדין בנושא כה חשוב של הוצאת ילדים מן החזקת האם שלה נמסרו בהסכמת האב, אלא אינה מאפשרת להעמיד החלטה כזו בביקורת עניינית במסגרת ערעור ולא בתקיפה ישירה לפני בית-משפט זה"⁷⁶.

בפסק-דינו קובע השופט בייסקי, כי גם נימוק זה יכול לשמש יסוד להתערבות בג"צ. יחד עם זאת, לא ברור מתוך דבריו אם גם הוא – כבא-כוח העותר – רואה בפגם זה של העדר הנמקה משום חריגה מסמכות המצדיקה התערבות בג"צ מכוח סעיף 15(ד)(4), או שמא – לדעתו – אין פגם זה יכול לשמש יסוד להתערבות בג"צ אלא מכוח סעיף 15(ג) "משום תיקונו של עולם". לעניות דעתי, בכל מקרה לא צדק השופט בייסקי בקביעתו זו, ולפי שיש מקום להסתפק בדבריו, כאמור, מן הראוי להתייחס לשתי האפשרויות.

ראשית – וקודם לבחינתן של שתי האפשרויות הללו – נראה שהחלטתו של בית-הדין הרבני כלל אינה לוקה בהעדר הנמקה. מדובר בהחלטה של בית-הדין להוציא את הילדים מחזקת אמם ולהעבירם לחזקת אביהם, וזאת בעקבות ממצאו של בית-הדין כי האם היה יחד עם נוכרי. לשון החלטתו של בית-הדין היא: "לאור הנ"ל מחליט בית-הדין...". נימוקו של בית-הדין מתמצה אפוא בשתי המלים הראשונות: "לאור הנ"ל" – כפי שטען גם בא-כוח המשיב, ולדעתי בצדק. נתאר לעצמנו, שבמקום שתי המלים הללו היה בא המשפט הבא: "מאחר שהוכח לבית-הדין כי אמם של הילדים חיה עם נוכרי, מחליט בית-הדין..."; האם היה מקום לבוא בטרוניה על בית-הדין על העדר נימוקים להחלטתו? בוודאי שלא. ובכן, האם בגלל העובדה שבית-הדין קיצר בדבריו, נחשב הדבר כאילו לא נימק את החלטתו? האם רק משפט ארוך נחשב לנימוק, ואילו נימוק המתמצה בשתי מלים בלבד הוא פסול? אתמהא! העובדה שאמם של הילדים חיה עם בן דת אחרת הינה בוודאי שיקול ענייני שבית-הדין (ולדעתי, גם כל בית-משפט) חייב לשקול לצורך קבלת החלטה בעניין מקום החזקתם של הילדים⁷⁷. אם יש מקום לבוא בטרוניה על בית-הדין, הרי זה ביחס לאי-לקיחתם

76 עמ' 680 של פסק-הדין.

77 מעיון בתיק בית-הדין הרבני בחיפה, שבו שמור נוסחו המקורי של פסק-הדין, נחברר לי, שבמקום המלים "לאור הנ"ל", שהיו רשומות במקור, בא תיקון ונרשם: "לאור החומר שבתיק". לא נתחוויר לי באיזה שלב נעשה תיקון זה, אבל אינני סבור שיש בו משום שינוי מהותי.

78 אם כי בהחלט ייתכן שכל ערכאה תתן לשיקול זה משקל שונה; וראה הדברים שכתב בסוגיא זו השופט מ' אלון בבד"מ 1/81 (לעיל, הערה 42), בעמ' 408.

בחשבון של נימוקים רלבנטיים נוספים העצומים להיות בעלי חשיבות בסוגיא זו של טובת הילד, אבל פגם זה – שאודותיו עוד ידובר להלן – אין לו ולא כלום עם הפגם של העדר הנמקה. לפיכך, דבריו של השופט בייסקי⁷⁹ שבהם הוא מסתמך על פסק-דינו של השופט מ' אלון במקום אחר, כי "קיצור מופלג זה בשאלה כה עקרונית כחינוך הילדים... אינו מן המידה", אינם נוגעים כלל לשאלה של העדר הנמקה, אלא אך ורק לשאלה של אי-התחשבות ואי-התייחסות לכל השיקולים החיוניים לבירור השאלה של טובת הילד.

אבל גם אם נניח שהחלטתו של בית-הדין הרבני היתה נעדרת-נימוקים, גם אז נראה שלא היתה כל הצדקה להתערבותו של בית-המשפט העליון, לא מכוח סעיף 15(ד)(4) ולא מכוח סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה.

על-פי פסיקת בית-המשפט העליון, מופעלת ביקורתו של בג"צ מכוח סעיף 15(ד)(4), ביחס לשני אלה: (א) חריגת בית-הדין הרבני מהוראות חוק המופנה אליו⁸⁰; (ב) פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי (שכמוהו כחריגה מסמכות)⁸¹. לטענת בא"כ העותר, "הדיון נתקיים וההחלטה ניתנה (ללא הנמקה) בניגוד לחוקים ולתקנות הקובעים את סדרי-הדין בבתי-הדין הרבניים, וגם מבחינה זו היתה חריגה מסמכות"⁸². ואולם טענה זו אי-אפשר לה שתתקבל. ה"חריגה מסמכות" אשר לשם מניעתה בג"צ מפעיל את סמכות הביקורת שלו, אינה אמורה אלא ביחס להוראות החוק החילוני. לא תחום סדרי-הדין בכללותו ולא העיקרון בדבר חובת ההנמקה הוחלו על-ידי המחוקק החילוני ביחס לבתי-הדין הרבניים. לפיכך, גם אם חרג בית-הדין מן הנוהל הקבוע בתקנות הדיון החלות עליו, אין לראות בכך "חריגה מסמכות" לעניין סעיף 15(ד)(4)⁸³, וגם אם נמצא שבית-הדין חרג מסדרי-הדין⁸⁴ – לא לשם כך נקבעה סמכות הביקורת של בג"צ מכוח סעיף זה.

באשר לסמכות הביקורת של בג"צ כנגד הליכים שיש בהם משום פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי, הרי מכיוון שאין חובת ההנמקה נמנית עם עיקרי הצדק הטבעי⁸⁵, ממילא אין כל מקום להצדיק את הפעלת סמכותו של בג"צ כנגד פסיקת בית-הדין הרבני, גם אם היתה בלתי-מנומקת, מן הסעם הזה.

אין גם כל הצדקה להתערבות בג"צ, בהקשר זה, מכוח סעיף 15(ג). כאמור לעיל, בג"צ יפעיל את סמכותו גם כאשר קיים סעד חלופי (ערכאת-ערעור), בין היתר, כאשר ערכאת-הערעור לא תתן את הסעד הנדון, היינו: אם הסעד הזה אינו יעיל. האם נכון לומר אפוא על העניין דנו, שבית-הדין הרבני הגבוה לערעורים לא יקבל בערעור טענה של חוסר-הנמקה?

79 עמ' 690 של פסק-הדין.

80 ראה, לדוגמא, בג"צ 323/18 (לעיל, הערה 4), בעמ' 739.

81 ראה, לדוגמא, בג"צ 10/59 (לעיל, הערה 59).

82 עמ' 680 של פסק-הדין.

83 וראה גם לעיל, סמוך להערה 18.

84 ואין ספק שמבחינת סדרי-הדין שלו, אי-מילוי אחר חובת ההנמקה היא אמנם חריגה מן ההוראות החלות עליו, כפי שציין, בצדק, השופט בייסקי בפסק-דינו, בעמ' 689.

85 ראה Wade (לעיל, הערה 70), עמ' 486. וראה גם מאמרי "חובת ההנמקה במשפט העברי" שנתן המשפט העברי ו-1 (תשל"ט-תשמ"מ) 319, 324.

תקנת קכב לתקנות הדיון בבתי-הדין הרבניים בישראל, תש"ך, קובעת מה הם נימוקי הערעור האפשריים, וזו לשונה:

"אין ערעור אלא על יסוד הנימוקים דלהלן: (א) טעות בהלכה; (ב) טעות הנראית לעין בשיקול-הדעת או בקביעת העובדות; (ג) פגם בניהול הדיון באופן המזכיר על תוצאות הדיון".

באורח עקרוני, קיימת אפשרות לקבל סעד בגין העדר נימוקים מאת ערכאת-הערעור, דהיינו: בית-הדין הרבני הגבוה לערעורים. מסקנה זו עולה מתוך ניתוח ההוראות שבתקנות הדיון בבתי-הדין הרבניים דלעיל, והיא מתאשרת גם מתוך הפסיקה הרבנית בסוגיא זו. עיון בפסיקה זו מגלה, כי אמנם במקרים רבים אין בית-הדין הרבני הגבוה לערעורים רואה בהעדר נימוקים טעם מספיק לביטולו של הפסק, וזאת מן הטעם "שאין חסרונות פורמליים כאלה יכולים להצדיק את ביטולו של הפסק-הדין המעורער, כי אם רק במקרה שהיו עלולים להזכיר על תוכנו הענייני"⁸⁶. ואולם, באותם מקרים שבהם לא ניתן לברר את העניין בלא ידיעת הנימוקים, לא נמנע בית-הדין הרבני לערעורים מביטול פסק-הדין חסר-הנימוקים ומהשבת התיק לערכאה הראשונה⁸⁷; פסיקה המ- קיימת גישה עקרונית זו ניתן למצוא גם בסוגיא של החזקת ילדים⁸⁸. לדעתי, רק אם היה מתברר כי בשום מקרה אין הפגם של העדר נימוקים יכול לשמש נימוק ערעור – מצב שבו היה עלול באמת להיגרם עיוות דין – רק אז היה מקום לבג"צ לשקול את השימוש בסמכותו מכוח סעיף 15(ג) הנ"ל, לשם תיקונו של עולם. אבל לאור המצב המשפטי, כמבואר לעיל, לא היה לבג"צ כל יסוד לפקפק בסיכוי הטוב שהיה לעותרת לקבל את הסעד שאותו היא ביקשה בדרך המקובלת של פנייה לבית-הדין הרבני הגבוה לערעורים. לפיכך לא היה – לדעתי – כל מקום לעשות שימוש בסמכות שיסודה בסעיף 15(ג) בעניין זה, שאם תאמר שגם בכגון הא יש מקום להתערבות בג"צ, כי אז מתחייבת מכאן המסקנה שבכל מקרה שבו פתוחה הדרך בפני העותר לפנות לערכאת ערעור על בג"צ להתערב, שכן לעולם אי-אפשר להבטיח מה תהא התוצאה בערכאת הערעור, וכלל ידוע הוא שאין בג"צ ים עצמו כערכאת-ערעור⁸⁹.

ה. פגיעה בזכות השמיעה, או "אי-מיצוי ראיות וטענות"

1. האם "אי-מיצוי ראיות וטענות" הינו פגיעה בזכות השמיעה?

פרט לפגמים של "הרכב חסר" והעדר הנמקה, השופט בייסקי מוצא שהחלטת בית-הדין הרבני לקתה בפגם גוסף, והוא: "אי-מיצוי ראיות וטענות"⁹⁰. בכך קיבל השופט

86 תיק 1/36/703, איסוף פסקי-דין של הרבנות הראשית לארץ ישראל, בית-הדין הגדול לערעורים (המכון לחקר החוק העברי, משרד-המשפטים, ז' ורהפטיג עורך, תש"י) כב.

87 ראה תיק 1/11/703, שם, עמ' יב; תיק 1/20/707; שם, עמ' קנד; תיק 1/53/707, שם, עמ' קעד. וראה גם מאמרי הנ"ל (הערה 85), עמ' 361.

88 ראה ערעור תשמ"ד/228 (לא פורסם); בדיון ישבו הרבנים ע' יוסף, א"י ולדנברג וש' מזרחי).

89 ראה ע"א 161/64 (לעיל, הערה 65), עמ' 504.

90 עמ' 693 של פסק-הדין.

בייסקי את טענת העותרת, "כי הדיון המקוטע, כפי שהחקיים בעניין דגן, נגוע בפגיעה בזכות השמיעה ההוגנת, שהינה אחד מעיקרי הצדק הטבעי"⁹¹. השופט בייסקי קובע: "עיקרון חשוב זה במובנו הרחב משתרע לא רק על השמעת טענות, אלא גם על שמיעת ראיות, ומקום שנדרשים מומחים וחוות-דעת—אף אלה במשמע... על-אחת-כמה וכמה כאשר על הערכאה השיפוטית לדון ולהכריע בשאלת החזקת הילדים... על-כן מצווה הערכאה השיפוטית הדנה בסכסוכים אלה לעתים לגלות יוזמה ולהיעזר בגורמים חיצוניים כדי להגיע למסקנה, אפילו מעבר לראיות וטענות מצד ההורים המסוכסכים עצמם. ואילו כאשר נפגעה זכות השמיעה בסכסוך זה, לא רק נפגע הצדק הטבעי לגבי המתדיינים, אלא טובתו של הילד, שהוא העיקרון העליון"⁹².

אמנם, אין ספק, שאימתן אפשרות לבעל-דין להוכיח את טענותיו הרי היא פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי. ואולם, בעניין זה לא נשמעה כל טענה כאילו בית-הדין הרבני מנע מן העותרת את האפשרות להוכיח את טענתה בדבר טובת הילדים. הטענה היתה, שבית-הדין לא מילא את חובתו לנקוט יוזמה בהזמנת מומחים וחוות-דעת כדי לברר מהי טובת הילדים באותו עניין. האם פגם מן הסוג הזה נחשב פגיעה בזכות השמיעה? לדעתי, התשובה לכך שלילית. "זכות השמיעה" היא זכותו של צד לדיון שטענותיו וראיותיו יושמעו, וכי הנוהל לשמיעה זו יהיה בו כדי להבטיח את הצגת עמדתו בצורה הברורה ביותר בפני בית-המשפט. זכות זו כוללת מתן יחס שווה לחלוטין לכל הצדדים לדיון. חובתו של בית-המשפט לקיים חקירה מיוזמתו במשפטים שבהם מתעוררת השאלה של טובת הילד, אינה חלק מזכותו של בעל-הדין להביא את טענותיו ואת ראיותיו-הוא בצורה הוגנת, ולפיכך גם אי-מילוייה של חובה זו על-ידי בית-המשפט אין בו משום פגיעה בזכות השמיעה⁹³. אין אמנם ספק בעיני כי בית-הדין לא נהג כשורה, וחובתו היתה לברר, באמצעות מומחים, מהי טובת הילד, אבל פגם זה בהתנהגותו של בית-הדין אין לו ולא כלום עם פגיעה בזכות השמיעה, ועל-כן אין לראות בו פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי.

הלכה פסוקה היא⁹⁴, כי "קבילותן או אי-קבילותן של ראיות, או קביעת משקלן או

91 שם, עמ' 686.

92 שם.

93 בפסק-דינו השופט בייסקי מסתמך על שני מקורות בקשר עם קביעתו, "כי הדיון המקוטע... נגוע גם בפגם השמיעה ההוגנת, שהינה אחד מעיקרי הצדק הטבעי" וכי עיקרון זה משתרע גם על אי-נקיטת יוזמה מצד בית-הדין בזימונם של מומחים כשהדיון הוא בשאלת טובת הילד. המקור האחד הוא ספרו של דב לוין, סריבות-לים שיפוטיות במדינת-ישראל (אבוקה, תשכ"ט) 67 ואילך. בכל הפסיקה העניפה המובאת שם לא מצאתי, ולו מקרה אחד, שבו נפסק כי פגם כמו זה שלפנינו הינו פגיעה בזכות השמיעה ההוגנת. מן המובא שם עולה, כי פגיעה זו קיימת כאשר אין מאפשרים לצד לדיון להשמיע טענות, לעיין בחומר של הצד-שכנגד ולהגיב עליו, להיות נוכח בעת שמיעת טענות הצד-שכנגד, או להביא ראיות כדי לסתור את הטענות נגדו. המשותף לכל אלה הוא פגיעה בזכותו של צד לדיון להשמיע את טענותיו בצורה הוגנת; אין מדובר בהפרת כלל כלשהו בנוהל החקירה המתבצעת על-ידי בית-המשפט. גם המקור השני שאליה השופט בייסקי מפנה, דהיינו: ספרו של Wade (לעיל, הערה 66), שם, אינו מוסיף דבר שיש בו כדי לאשש את קביעתו הנ"ל.

94 ע"א 104/62 שרגא לנגלייב נ' משה מלמד ואח', פ"ד טז 1875, 1885.

מהימנותן של ראיות, אינו עניין לעקרונות הצדק הטבעי כל עיקר, כשם ש"אי-הקפדה על סדרי חקירת עדים... וכיוצא באלו סטיות חמורות מדיני הראיות" אינן נחשבות לסטיה מעקרונות אלה. הפגם שעליו קבל בא-כוח העותר בפני בג"צ, דהיינו: אי-זימונם של מומחים על-ידי בית-הדין הרבני, הינו ללא ספק פגם חמור בסדרי החקירה אשר בית-הדין מצווה להקפיד עליהם בנושא רגיש זה של טובת הילד. אבל חמור ככל שיהיה, אין פגם זה שונה מבחינה עקרונית מכל פגם אחר בסדרי חקירתם של עדים, וכשם שפגם כזה אין בו משום פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי, כך הפגם שעליו קבל בא-כוח העותרת במקרה שלפנינו אינו פגם מסוג זה. "השאלה העומדת בכגון דא בפני בית-המשפט אינה, אם במקרה המיוחד הנדון בפניו נעשה צדק, כלומר: אם הגוף השיפוטי או המעין-שיפוטי אמנם השכיל לשפוט משפט צדק בין היריבים; זאת היא שאלה לערכאת-ערעור בלבד. השאלה העומדת בכגון דא בפני בית-המשפט היא אם אחד מן העקרונות הידועים והמוגדרים היטב, הקרויים הצדק הטבעי, נפגעו — ולעניין זה אין, באמת, נפקא מינה אם למעשה ובפועל הגיע הגוף ההוא לתוצאה צודקת ואם לאו"⁹⁵. הפגם האמור, הנעוץ בהתנהגותו של בית-הדין הרבני, אינו עולה כדי פגיעה בעקרונות הצדק הטבעי, ולפיכך יש להתייחס אליו כאל כל פגם דיוני אחר, וכאשר בידי העותר פתוחה הדרך לקבול על אותו פגם בפני ערכאת-ערעור, על בג"צ להפנותו לשם.

2. האם כל פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי מחייבת את התערבותו של בג"צ?

במשך תקופה של קרוב לעשרים וחמש שנים נהג בית-המשפט העליון להתערב בפסיקת בתי-הדין הרבניים כל-אימת שהוכח לו כי בית-הדין הרבני פגע באחד מעיקרי הצדק הטבעי. הבסיס למדיניותו זו של בג"צ היתה הלכת ויקר לוי⁹⁶, שבה נפסק, ברוב דעות, כי על בג"צ להתערב כל-אימת שהוכחה פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי⁹⁷.

95 שם, עמ' 1886 (ההדגשה שלי — א.ש.).
96 לעיל, הערה 65.
97 נימוקי של השופט זוסמן, שביטא את דעת הרוב היה, שעל בג"צ להתערב בכל מקרה, מחשש שמא בית-הדין הגדול לערעורים לא יראה את ההליך כפגום ויתן החלטת בלתי-מנומקת שתמנע בעד בג"צ מלהפעיל את סמכות הביקורת שלו כלפיה. ואולם נימוק זה מוקשה ביותר, בהיות עיקרי הצדק הטבעי מעקרונותיו היסודיים של המשפט העברי, דבר שעולה גם מן הספרות הרבנית החדשה בעניין זה; ראה ערעור 1/10/711, לא פורסם (התיק שמור בגנוז המדינה, מיכל 4789); ערעור תשי"ז/108, לא פורסם (התיק שמור כעת בארכיון בית-הדין הגדול בירושלים. בדין ישבו הרבנים י"מ בן-מנחם, ע' הדאיה ו' הדס); ערעור תשי"ח/131, לא פורסם (שם); בדין ישבו הרבנים ע' הדאיה, י"ש אלישיב ו' זולטי); ערעור תשל"ה/18, לא פורסם (שם); בדין ישבו הרב הראשי ש' גורן, והרבנים י' קאפח ומ' אליהו). מן הראוי להעיר, שכאשר נשוא הדיון בפני בית-הדין הגדול לערעורים הוא עניין החזקת ילדים, הרי לא זו בלבד שאי-מתן אפשרות להביא ראיות וכו' הינו טעם מספיק לקבלת הערעור (ראה ערעור תשמ"א/167, לא פורסם. התיק שמור שם; בדין ישבו הרבנים י' קאפח, מ' אליהו וש' מזרחי), אלא גם אם בית-הדין האזורי נהג כשורה ורק בשלב הערעור התברר שיש לבעל-הדין הוכחות נוספות, יחזיר בית-הדין הגדול את התיק לבית-הדין האזורי לשמיעת אותן ראיות, "הואיל והגדון הוא החזקת הילדים שיש להתחשב ולדון בטובתם" (ערעור תשמ"ג/51, לא פורסם. התיק שמור שם; בדין ישבו הראשון-לציון, הרב מ' אליהו, והרבנים א"י ולדנברג ו' קולין).

והנה, כבר בעבר נשמעו קולות המצדדים בכיוון שונה⁹⁸, אבל לכלל הלכה פסוקה לא הגיעו הדברים. אכן דומה, כי הלכה שיצאה לאחרונה מלפני בית-המשפט העליון בסוגיא זו, יש בה כדי ללמד על גישה שונה, ואולי גם על שינוי כיוון, במדיניותו של בג"צ. לבית-המשפט העליון הוגשה עתירה נגד בית-הדין הרבני האזורי בתל-אביב על אשר פגע בעיקרי הצדק הטבעי בקבלו כראיה פסק-דין של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב בלא שבא-כוח העותרת נוכח בדיון ובקבלת ההחלטה שבאותו עניין⁹⁹. בית-המשפט העליון נענה לעתירה והוציא צו-על-תנאי נגד בית-הדין הרבני, ובדיון שהתקיים בפניו הוצגה לבא-כוחה של העותרת השאלה: "מדוע לא ניסה לערער על החלטות בית-הדין האזורי לפני בית-הדין הרבני הגדול?"¹⁰⁰. תשובת בא-כוח העותרת היתה, "כי לאור מהות טענתה של העותרת יוכל בג"צ להיזקק לעתירתה, אף כאשר לא מיצתה את הדרך האלטרנטיבית של פנייה לערכאת-הערעור". משמעות תשובתו של בא-כוח העותרת היא, כמובן, כי מאחר שמדובר בפגיעה בעיקרי הצדק הטבעי, מוסמך בג"צ להתערב בפסיקת בית-הדין הרבני גם אם לא מיצתה את הדרך החלופית של פנייה לערכאת-הערעור.

אין ספק שלבא-כוח העותרת היה על מה לסמוך בטיעונו, ואילו החליט בית-המשפט העליון לקבל טענה זו ולעשות את הצו שהוצא נגד בית-הדין הרבני להחלטי, לא היתה זו אלא חולייה נוספת בשרשרת הפסיקה שיסודה בהלכת ויקי לוי. ואולם, זאת הפעם — בלא לאזכר כלל את הלכת ויקי לוי ואת תולדותיה — החליט בית-המשפט העליון, מפי השופט ג' בך, לדחות את העתירה מן הטעם הבא¹⁰¹:

"אכן נכון הדבר, שבית-משפט זה ייזקק לעתירה 'ישירה' מסוג זה, כאשר הדרך החלופית של הגשת ערעור לבית-הדין הרבני הגדול אינה נראית תרופה יעילה בעיני בג"צ ואין בה כדי להבטיח את הסעד הראוי לעותר. אך אין בית-משפט זה שש להשתמש בסמכות זאת, ויעשה כך רק במקרים נדירים ביותר. אין לשכות, כי מדובר במערכת משפטית נפרדת, ובית-משפט זה יתערב בהליכים התלויים ועומדים במסגרת אותה מערכת רק בדלית-ברירה".

להלן השופט בך מצטט מדבריו של השופט בייסקי בפסק-הדין דנן, שבו הוחלט על התערבות בפסיקת בית-הדין הרבני למרות המדיניות הנ"ל, והוא מבחין בין שני המקרים:

"בניגוד למקרה ההוא, שם ראינו צורך בהתערבותנו על-מנת למנוע תוצאות מיידיות אשר רק בדרך זו ניתן היה למונען, הרי לא נראה כי העובדות במקרה דנן מחייבות תגובה דומה¹⁰². כאן המדובר בטענה רגילה בדבר שיבוש ההליכים שאירע — לטענת העותרת — לפני בית-הדין הרבני האזורי, ונראה כי מחובתה של העותרת

98 ראת דבריו של השופט מ' כהן בבג"צ 816/80 (לעיל, הערה 59), בעמ' 569.

99 בג"צ 378/83 ג' שטר ג' בית-הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו ואח', פ"ד לח(1) 778.

100 שם, עמ' 782.

101 שם.

102 להנמקה זו בדבר הצורך הדחף שבהתערבותו של בג"צ עוד אחזור בהמשך הדברים.

למצות, במקרה זה, את הסעדים והתרופות הפתוחים בפניה במסגרת בתי-הדין הרבניים, לפני שתיפתח בפניה דרך הפנייה לבית-משפט זה. לשון אחר: על העותרת לערער... לפני בית-הדין הרבני הגדול (גם אם הדבר יחייב נטילת רשות לשם כך), ורק אם בדרך זו לא תבוא על סיפוקה, תוכל היא לגסות ולחדש את פנייתה לבית-משפט זה".

משמעותה של הלכה זו היא אפוא, שגם כאשר העתירה לבג"צ נגד בית-הדין הרבני מבוססת על פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי, לא יתערב בג"צ בפסיקת בית-הדין אלא במקרים מיוחדים שבהם יתברר כי הפניית העותר לבית-הדין הרבני הגבוה לערעורים אינו סעד יעיל. דומה, שעל העותר להוכיח כי הסעד אשר הוא מבקש ואשר לו הוא ראוי, אינו ניתן להשגה בדרך זו של פנייה לבית-הדין הרבני הגבוה לערעורים.

ו. התייחסות לקויה לשאלה של טובת הילד — עילה להתערבות בג"צ?

הפגם השלישי — ומבחינת חשיבותו הוא אולי הראשון במעלה — אשר בעטייו השופט בייסקי מוצא כי התערבות בג"צ מוצדקת בנסיבות המקרה דנן, הוא העדר כל התייחסות מצד בית-הדין הרבני לשיקולים אשר עשויה להיות להם השפעה על השאלה: טובת הילדים במקרה הנדון, מהי? באריכות רבה השופט בייסקי סוקר את הוראות החוק ואת עיקרי הפסיקה שיצאה מלפני בית-המשפט העליון בשאלה זו, ושממנה עולה המסקנה כי בהיות העיקרון של טובת הילד גובר על כל שיקול אחר, חיוני הוא שבית-הדין הדן בשאלה של החזקת ילדים יתן דעתו לכל הגורמים הרלבנטיים שעשויים להוליד למסקנה מהי באמת טובתו של הילד. למטרה זו חיוני גם להיעזר בחוות-דעת של מומחים, ובית-הדין צריך גם לנקוט יוזמה בעניין זה, ולא להסתמך על הנחות כלליות בלבד ועל-פיהן לפסוק בעניין שלפניו. בעניין הנדון לא התחשב בית-הדין הרבני אלא בגורם אחד, והוא — היותם של הילדים גרים עם אמם במחיצתו של נוכרי ונכונותו של אביהם לסדרם במוסד דתי. מאחר שחובתו של בית-הדין הרבני להתחשב אך ורק בטובת הילד קבוצה במסגרת הוראות חוק המופנות במפורש אליו¹⁰³, הרי משלא מילא אחר חובתו להתחשב בכל הגורמים העשויים להשפיע על ההחלטה בעניין טובת הילדים, חרג בית-הדין מסמכותו, ועל-כן מוצדקת — לדעת השופט בייסקי — התערבותו של בג"צ מכוח סעיף 15(ד)(4) לחוק יסוד: השפיטה, וגם מכוח סעיף 15(ג) לאותו חוק, מפני תיקונו של עולם.

103 סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב—1962, המחייב את בתי-המשפט לדון אך ורק על-פי טובת הילד, ושעל-פי סעיף 79 לחוק חל גם על בתי-הדין דתיים; אבל ראה פ' שיפמן, "טובת הילד" בבית-הדין הרבני משפטים ה (תשל"ד) 421, בעמ' 422—425, וראה בהקשר זה בד"מ 1/81 (לעיל, הערה 42), בעמ' 395; סעיף 3(ב) לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א—1951, הקובע אף הוא את העיקרון של טובת הילד כעקרון-על בסוגיית זו, המופנה במפורש גם לבית-הדין הדתי כאמור סעיף 7 לחוק.

שתי השאלות אשר בהן עלינו לדון הן אפוא: (א) כלום מנוגדת החלטת בית-הדין הרבני להוראות החוק ובכך יש משום חריגה מסמכות? ; (ב) אם יתברר שאין לראות בפסיקת בית-הדין חריגה מסמכות, כלום יש מקום להפעלת סמכות הביקורת של בג"צ מכוח סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה?

אשר לשאלה הראשונה, אין ספק אמנם, שהדרישה היסודית הקבועה בחוק, שלפיה על בית-הדין לשקול את טובת הילד בלבד, לא נתמלאה. אם בית-הדין לא בירר, בנסיבות המקרה שלפניו, את השאלה הזו לכל צדדית, אין לומר שנתמלאה דרישת החוק (וצריך להוסיף ולומר, שגם דרישות ההלכה, השוות לגמרי, מבחינת עצם העיקרון של טובת הילד, לדרישות החוק¹⁰⁴, לא נתמלאו), שכן שאלה זו אינה יכולה להיחרץ על-סמך שיקול אחד בלא לתת את הדעת לשיקולים רלבנטיים אחרים (אם כי ייתכן שבסופו-של-דבר עשוי היה להתברר, לאחר בדיקה, שדווקא אותו שיקול הוא המכריע לעניין זה).

ואולם, האם נחשבת פסיקת בית-הדין כחריגה מסמכות — דבר המקנה לבג"צ סמכות לבטל את החלטת בית-הדין מכוח סעיף 15(ד) (4) לחוק יסוד: השפיטה? על-פי פסיקת בית-המשפט העליון, פסיקת בית-דין רבני הסוטה או המתעלמת מהוראות חוק המופנות אליו במיוחד, מהווה אמנם חריגה מסמכות¹⁰⁵. לאור זאת, אין למצוא כל דופי בפסיקתו של השופט בייסקי גם בעניין דגן, ולמעשה היה ניתן לקבל את העתירה מגימק זה בלבד¹⁰⁶.

כזאת מגיעים אנו לשאלה השנייה שעלינו לדון בה: האם יש מקום להצדיק את התערבות בג"צ במקרה דגן מכוח סעיף 15(ג)? אין חולק על כך, שבהימנעותו של בית-הדין מלהתייחס לכל שיקול ענייני אחר, בדונו בגורלם של הילדים, נהג בית-הדין שלא כהלכה; ואולם, בכך לא די כדי לשמש יסוד להתערבות בג"צ מכוח סעיף 15(ג). כאמור לעיל, התנאי לכך הוא שהפניית העותרת לערכאת-הערעור הינה סעד בלתי-יעיל, או שקיימות סיבות מיוחדות המחייבות מן הצדק כי פניה לא יושבו ריקם. עלינו לברר אפוא את השאלה, האם הפנייתו של העותרת בעניין זה לערכאת-הערעור הינה סעד בלתי-יעיל, ואם ימצא שסעד זה הינו אמנם יעיל — האם קיימות סיבות מיוחדות המחייבות מן הצדק שבג"צ יפעיל את סמכותו?

104 ראה מאמרי "למהותם של כללי ההלכה בסוגיית החזקת הילדים" שנתן המשפט העברי ה (תשל"ח) 285.

105 ראה דעת השופטים גויטיין וברנזון בבג"צ 187/54 כרייה נ' קארי בית-הדין הרבני המופלג בעכו ואח', פ"ד ט 1193; בבג"צ 202/57 א' פידים נ' הנשיא וחברי בית-הדין הרבני הגדול ואח', פ"ד יב 1528. וכך עולה מפסקי-הדין בבג"צ 128/72 נאצר נ' בית-הדין הרבני הגדול לערעורים ואח', פ"ד כו (2) 403, 407. וראה לאחרונה בבג"צ 181/81 מזר ואח' נ' בית-הדין הרבני האזורי, היפה ואח', פ"ד לו (3) 94, 107.

106 עם זאת, קיימת דעה, שאין לראות בפסיקה כזו של בית-הדין משום חריגה מסמכות אלא טעות בדיון בלבד, ואז הבסיס להתערבות בג"צ הוא בסעיף 15(ג) בלבד ולא בסעיף 15(ד) (4). ראה על כך, לראשונה, מ' שאוה, "האם סטייה או התעלמות של בית-דין דתי מהוראת חוק חילונית, המופנית אליו במיוחד, כמוה כ'חריגה מסמכות'?" הפרקליט כח (תשל"ב-תשל"ג) 299. גם השופט מ' אלון מצדד בדעתו בכד"מ 1/81 (לעיל, הערה 42), בעמ' 383; וראה המקורות הנזכרים בדבריו שם. ונראים לי דבריהם.

בפסק-דינו, אין השופט בייסקי דן כלל בסיכוייה של העותרת לקבל את הסעד הדרוש לה אם תפנה לערכאת-הערעור, וככל הנראה מקובל עליו כי היה בידי העותרת להיענות לדרישותיה הצודקות גם באמצעות ערכאת-הערעור¹⁰⁷; שכן, להצדקת החלטתו על הצורך בהתערבות בג"צ, שם השופט בייסקי את הדגש על מימד הדחיפות שהיתה נחוצה בנסיבות המקרה ועל העובדה שכבר חלף זמן הערעור:

"...לא-כל-שכן מוצדקת ההתערבות על-פי משקלם המצטבר של הגורמים כולם שחברו יחד, ואשר בתוצאתם עלולים להביא לידי כך כי יוכרע גורל הילדים על-אתר, בלי שעניינם וטובתם ייבחנו ויישקלו כדבעי כמצוות המחוקק, ההלכה והפסיקה גם יחד. ואולי מן הראוי לציין, כי בית-הדין סירב גם לעכב ביצוע החלטתו האמורה עד אשר יובא העניין לביקורתה של ערכאת-הערעור, כך שעשויה היתה ההחלטה להיות מוצאת לפועל באורח מיידי, וממילא עבר גם המועד להגשת הערעור... הפעלת סמכותו של בית-משפט זה מתבקשת גם אליאב דמתאפקים בצורה מירבית מלהתערב בדיוניו והחלטותיו של בית-הדין"¹⁰⁸.

לעניות דעתי, אין לבג"צ להשתמש בנימוק שעבר מועד הערעור כדי לבסס את סמכותו להתערב בפסיקת בית-הדין הרבני, אלא לאחר שהעותר מיצה את כל האפשרויות העומדות בפניו, ודרכו לערעור נחסמה. במקרה כזה, אמנם מוצדקת התערבותו של בג"צ מכוח סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה, שהרי אין שום בית-משפט אחר יכול לתת סעד במקרה זה. ואולם, מתוך פסק-הדין לא משתמע שבא-כוח העותרת כלל הגיש ערעור לבית-הדין הגדול לערעורים, וזה דחת אותה מן הנימוק שעבר זמן הערעור. באשר לעצם העובדה שחלף זמן הערעור, אין זאת אומרת שבנסיבות העניין הערעור לא היה מתקבל למרות הזמן שחלף; תקנה קכו לתקנות הדיון בבתי-הדין הרבניים בישראל, תש"ד, קובעת כי "בנסיבות מיוחדות רשאי בית-הדין הגדול להחליט על קבלת ערעור שהוגש אחרי התקופה האמורה". דומה, כי נסיבות המקרה, דהיינו: מצב שבו עלולים להיפגע ילדים — שכלל לא היו צד לדיון ושלא היה בידם לערער בזמן על החלטת בית-הדין האזורי — הן בוודאי "נסיבות מיוחדות" לעניין תקנה קכו הב"ל, וקיים סיכוי טוב שבית-הדין הגדול היה נעתר לבקשה למתן ארכה להגשת הערעור.

בהקשר זה מן הראוי להעיר, שבא-כוח העותרת לא ניצל גם את האפשרות לפנות לבית-הדין הגדול לערעורים כדי להשיג את עיכוב ביצוע פסק-הדין. תקנה קלב(2) לתקנות הדיון בבתי-הדין הרבניים קובעת: "סרב בית-הדין הפוסק לעכב את הביצוע, רשאי החייב לפנות בבקשה לעיכוב הביצוע לבית-הדין הגדול". נסיבות המקרה יכלו

107 ואמנם מן הפסיקה הרבנית עולה, כי השיקול הבלעדי שעל בית-הדין לשקול בסוגיא זו הינו טובת הילד; ראה ערעור תשמ"מ/182, פד"ר כרך יא, עמ' 366, בעמ' 367–368; ערעור תשל"ט/103 (לא פורסם); ערעור תשמ"ב/83 (לא פורסם), וכאשר בית-הדין הרבני הגדול לערעורים מוצא כי בית-הדין האזורי לא שקל את כל הגורמים שראוי היה לשקלם, הרי הוא מחזיר את התיק לדיון מחודש בבית-הדין האזורי על-מנת שיעשה זאת, או שהוא עצמו משנה את החלטת בית-הדין לאור מה שנראה לו כטובת הילד, על-סמך חוות-דעתם של מומחים. ראה ערעור תשמ"ג/207 (לא פורסם); כדן ישבו הרבנים א"י ולדנברג, י' קולין ואליעזר שפירא); ערעור השל"ט/102 (לא פורסם); ערעור תשמ"ב/83 (לא פורסם).

108 עמ' 693 של פסק-הדין.

בהחלט לשמש יסוד סביר לכך שבית-הדין הגדול ייעתר לבקשה¹⁰⁹. זאת ועוד: מתקנה קלב לתקנות הנ"ל עולה, כי עיכוב ביצועו של פסק-הדין יכול להיעשות רק לרגל הגשת הערעור, ואם בית-הדין האזורי יסרב לעכב את הביצוע, "רשאי החייב לפנות בבקשה לעיכוב הביצוע לבית-הדין הגדול"¹¹⁰. כיוון שבא-כוח העותרת לא פעל על-פי נוהלי הדיון השוררים בבתי-הדין הרבניים, אין לגלות כל דופי בהחלטת בית-הדין שדחתה את בקשתו.

בנסיבות אלה, משחלף זמן הערעור והחלטת בית-הדין הרבני עשויה להיות מוצאת אל הפועל באורח מידי, אין לו לבא-כוח המערערת להלין אלא על עצמו, שהרי הוא לא נקט אותן פעולות המתחייבות מן ההוראות והנהלים השוררים בבתי-הדין הרבניים. בבג"צ 816/80¹¹¹ מצא השופט מ' כהן, כי התערבותו של בג"צ מוצדקת "... לפי עובדות מקרה זה, היינו: כשתקופת הערעור לבית-הדין הרבני הגדול לערעורים עבר זמנה, ויחד עם זאת היתה הפנייה לבית-הדין הרבני בעתירה הקודמת..."¹¹², דהיינו: רק לאחר שנמצא שהעותרת נקטה מצדה פעולות הדרושות במסגרת מערכת השיפוט הרבני, והתברר שזמן הערעור חלף, נפסק שיש הצדקה להתערבות בג"צ. המשמעות הנובעת לפסק-דינו של השופט בייסקי היא, שגם אם העותר הניצב בפני בג"צ לא מיצה את האפשרויות העומדות לרשותו במסגרת מערכת השיפוט הרבני, הרי עצם העובדה שחלף זמן הערעור די בה כדי להניע את בג"צ להתערב. ספק אם בית-המשפט העליון נתן דעתו לתוצאות החמורות העשויות לנבוע מפסיקתו זו. שכן, מעתה כל עורך-דין שאינו מרוצה מפסק-דין שקיבל מבית-הדין הרבני האזורי, ומסיבה כלשהי אינו מעוניין בבירור עניינו בפני בית-הדין הגבוה לערעורים, כל אשר עליו לעשות הוא להמתין עד אשר יחלוף זמן הערעור ואז לעתור לבג"צ נגד בית-הדין הרבני וכך לעקוף את הצורך בערעור.

אכן, בנסיבותיו של מקרה זה, כשהמדובר בגורלם של ילדים קטנים שבוודאי אינם צריכים לשאת במחדלי בא-כוחה של אמם העותרת, אין להרשות מצב שבו ילדים אלה עלולים להיפגע. ואולם במקום לקבל את העתירה ולהתערב בפסק-דינו של בית-הדין הרבני, דומני שמוטב היה לבג"צ להפנות את בא-כוח העותרת לבית-הדין הרבני הגבוה לערעורים תוך המלצה לבית-הדין לדון בערעור למרות שחלף זמן הגשתו, ולהשאיר את העתירה תלויה ועומדת עד סיום הדיון בערעור שם. בהיות העתירה ממשיכה להיות תלויה ועומדת, ממילא היה נשאר בתוקפו גם צו-הביניים שהוצא בשעתו נגד יו"ר ההוצאה לפועל שלא לבצע את פסק-הדין עד תום הדיון בעתירה.

109 כפי שבית-הדין הגדול אכן החליט בנסיבות דומות לשלנו (איימתן אפשרות לצד להביא ראיות במשפט על החזקת ילדים), והורה על עיכוב ביצוע פסק-הדין. ראה ערעור תשמ"א/167 מיום ב' באייר תשמ"א (לא פורסם; בדיון ישבו הרבנים י' קאפח, מ' אליהו וש' מורחין). מכל-מקום, על סירוב מצד בית-הדין הגדול לעכב את ביצוע פסק-הדין ניתן לעתור לבג"צ, שגם יתן צו-ביניים לעיכוב הביצוע עד מתן החלטה סופית בעתירה. כפי שנעשה בבג"צ 487/73 (לא פורסם), בשאלה דומה של החזקת ילדים.

110 זה גם הנוהל הקיים במסגרת מערכת השיפוט הכללית של המדינה; ראה תקנות 466–468 לתקנות סדר-הדין האזרחי, תשמ"ד–1984.

111 לעיל, הערה 98.

112 שם, עמ' 569. ההדגשה במקור.

בדרך זו היתה נמנעת הסכנה שעליה הצביע השופט בייסקי בפסק-דינו, שלפיה עשויה החלטת בית-הדין הרבני להיות מוצאת לפועל באורח מיידי בלא שעניינם וטובתם של הילדים יישקלו כדבעי כמצוות המתקק. דרך זו שאני מציע אינה מקובלת אמנם כדרך שיגרתית, אבל בוודאי שהיא גיוטה בידי בג"צ במקרים מיוחדים: בקשה לנקיטת דרך זו הוגשה לאחרונה בפני בג"צ בפרשת שער שנוכרה לעיל⁹⁹, ובדחייתה השופט בכ כותב:

"יש שבית-משפט זה אכן משאיר עתירות תלויות ועומדות עד לסיום הדיון בערעור שהוגש לבית-הדין הרבני הגדול (כפי שנעשה, לדוגמא, בבג"צ 175/67), אך אין זאת אומרת שאנו נהג כך כדבר שבשיגרה. ובמיוחד כאשר הדבר אינו חיוני לעשיית הצדק".

בנסיבות אותו מקרה נמצא, שלא היה טעם בהשארת העתירה כשהיא תלויה ועומדת, וגם נמצא שבביטול צו-הביניים לא היה נגרם כל נזק. לעניות דעתי, נסיבות המקרה דגן, שבהן עלול להיגרם נזק אם יבוטל צו-הביניים נגד יו"ר התוצאה לפועל, בוודאי שיש בהן הצדקה מלאה להשארת העתירה תלויה ועומדת עד שימוצו הליכי הערעור במסגרת מערכת השיפוט הרבני. דומה, שדרך זו יש בה משום פתרון הולם לבעיה דגן לאור נסיבותיו המיוחדות של המקרה — פתרון המסלק את החשש לפגיעה בטובת הילד, ושיחד עם זאת שומר על העיקרון שלפיו אל לו לבג"צ לשים עצמו כבית-משפט לערעורים על פסקי-דין והחלטות הגיתגים על-ידי בתי-הדין של מערכת השיפוט הרבני.

113 לעיל, הערה 99.