

מעמד ההלכתי של בתי המשפט בישראל

פרופ' אליאב שוחטמן

א. האיסור להתדיין בערכאות של גויים ובבתי דין של הדיוטות

ב. מעמד של בתי המשפט כבתי דין של הדיוטות

1. "ערכאות שבסוריא"

2. ערכאות הדנים לפי "חוקים ונמוסים" - שיטת המאירי

3. תשובת התשב"ץ

4. תשובת הרשב"ש

5. דעת רבני זמננו

ג. מעמד של בתי המשפט לאור האיסור להתדיין בערכאות של גויים

ד. האם מותרת ההתדיינות בבתי המשפט מכוח הסכמת הצדדים?

ה. האם איסור הליכה לערכאות בטל מכוח המנהג?

ו. האם בכוחו של חוק הכנסת להתיר את האיסור לפנות לערכאות?

ז. האם ההלכה שוללת כל הכרה שהיא מבתי המשפט?

1. נסיבות שבהן אין אפשרות לקיים דין תורה

2. תחומים מותרים

3. העזרות בבית משפט כשבעל דין נוהג שלא כשורה

4. התחום הפלילי

ח. השתלבותם של שופטים ועורכי דין שומרי מצוות במערכת השיפוט

ט. חובתם של חכמי ההלכה בדורנו

1. הבעיה בבתי הדין - פסיקת הוצאות והפרשי הצמדה

2. הצורך בתקנות

י. סיכום

v v v

הנחת יסוד של ההלכה היא, שכשם שכל יחיד ויחיד מצווה לקיים את חוקי התורה, כך גם החברה היהודית בכללותה מצווה להשתית את אורחות חייה הציבוריים על יסודות משפט התורה. מכאן, שעל המדינה היהודית הריבונית, לאמץ לה את התורה כבסיס למשפט המדינה, הן מבחינת תכניו המהותיים של דין תורה, והן מבחינת מערכת בית המשפט שאמורה להפעילו. המצב הנוכחי השורר במדינה אינו מגשים השקפה בסיסית זו של ההלכה, באשר המוסדות המוסמכים של המדינה בחרו שלא לאמץ את הדין היהודי כחוק המדינה אלא במסגרת מוגבלת בלבד (דיני אישות, ואף זאת בצורה מקוטעת), ומערכת בתי המשפט של המדינה פועלת אפוא על-פי מערכת של חוק, שמבחינת הדין היהודי הוא, ברובו, חוק זר. כאשר יש התנגשות בין שתי מערכות הדינים, ניצב איפוא האזרח היהודי שומר המצוות בפני בעיה קשה, באשר מחד גיסא הוא רואה עצמו נאמן לחוקי התורה, אבל מאידך גיסא הוא רואה עצמו בו בזמן נאמן גם לחוקי המדינה. על שאלת ההכרה ההלכתית בחוקי הכנסת עמדתי כבר בהרחבה במקום אחר, [1] וכאן ברצוני לעמוד על המעמד ההלכתי של בתי המשפט, שכן השאלה היא לא רק איזה דין מחייב, אלא לאיזו מערכת שיפוטית יש לפנות.

שאלת מעמד של בתי המשפט במדינת ישראל הפועלים במסגרת מערכת השיפוט הכללית של המדינה - להבדיל ממערכת השיפוט הרבני - נדונה פעמים רבים במסגרות שונות. הדיונים בשאלה זו החלו עוד טרם הקמת המדינה, [2] מתוך הנחה - שהוכחה לאחר מכן כנכונה - שהמדינה היהודית לאתקם מערכת של בתי משפט שתדון על פי דין תורה, והם המשיכו להעסיק

אנשי הלכה ומלומדים במשך עשרות שנים לאחר הקמת המדינה, כשהבסיס לדיונים אלה היא המציאות שנוצרה בפועל. [3] למרות כל מה שכבר נאמר ונכתב בסוגייה זו, דומה, שנקודות אחדות טעונות עדיין הבהרה ועיון.

מראש ייאמר, שהדיון בשאלת ההכרה ההלכתית במערכת של בתי משפט שאינה דנה על פי דין תורה, אינו מתייחס אלא לאותם תחומי משפט שבהם **תיתכן** - מבחינת החוק - פנייה למערכת השיפוט הרבני, קרי: תחום המשפט הפרטי (דיני ממונות שבין אדם לחברו); ביחס לתחומי המשפט שבהם **אין** החוק מאפשר קיום הליך שיפוטי אלא במסגרת מערכת השיפוט הכללית, קרי: תחום המשפט הציבורי (משפט פלילי, מינהלי, דיני מסים וכו'), אין ספק שלבתי המשפט של המדינה יש מלוא ההכרה ההלכתית, כשם שזו מוענקת לתחיקה של הכנסת בתחומים אלה. [4] שלילת ההכרה ההלכתית מבתי המשפט בתחום המשפט הציבורי, פירושה המעשי הוא: מצב של "איש הישר בעיניו יעשה", שהרי בתי הדין הרבניים אינם עוסקים בעניינים אלה, ולכך אין ההלכה יכולה להסכים.

א. האיסור להתדיין בערכאות של גויים ובבתי דין של הדיוטות

כיצד מתייחסת איפוא ההלכה לפנייה לבית משפט הפועל במסגרת מערכת המשפט הכללית של המדינה, באותו תחום שבו **מאפשר** החוק בישראל פנייה לבית דין רבני?

היסוד לבירור שאלה זו, היא הברייטא במסכת גיטין: [5]

תניא: היה ר' טרפון אומר: כל מקום שאתה מוצא אגוריות של עובדי כוכבים [=ערכאות של גויים], אף-על-פי שדיניהם כדיני ישראל, אי אתה רשאי להיזקק להם, שנאמר (שמות כא, א): "ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם" - לפניהם ולא לפני עובדי כוכבים. דבר אחר: לפניהם ולא לפני הדיוטות.

מן הברייטא עולה, שאסור לקיים התדיינות בבית משפט של **גויים**, וכמו כן אסור לקיים התדיינות בבית משפט יהודי אם אין הוא מורכב מדיינים **מומחים** הראויים לדון אלא מהדיוטות. שני האיסורים מוצאים ביטויים בהלכה הפסוקה שבשולחן ערוך. [6]

בפשטות היה נראה לומר, שלכאורה אין מניעה מלדון בפני בתי המשפט בישראל על יסוד הדין הראשון האוסר להתדיין בערכאות, שהרי מדובר בשופטים יהודיים ולא בגויים. ואם יש מקום לאיסור התדיינות כזו, אין זאת אלא על יסוד הדין השני האוסר להתדיין בבית דין של הדיוטות. אלא שמן התלמוד [7] משמע, שההלכה **מכירה** באפשרות קיומו של מוסד שיפוטי יהודי שדייניו אינם מומחים. בלשון התלמוד נקרא מוסד זה בשם: "ערכאות שבסוריא", ועל פי פירוש רש"י [8] מדובר בבית דין שדייניו "לא היו בקיין בדין תורה". יוצא אפוא, לכאורה, שאין כל מניעה מלהתדיין בפני בית משפט ישראלי, הגם שאינו מורכב מדיינים מומחים היודעים לדון דין תורה.

ואולם, לאמיתו של דבר, לא זו בלבד שספק רב אם ניתן להחיל על בתי המשפט בישראל את הדין של "ערכאות שבסוריא", אלא הדעה הרווחת בקרב חכמי ההלכה של זמננו היא, שאיסור ההתדיינות בבתי משפט אלה מיוסד גם על דין "ערכאות של גויים". נדון תחילה בגדרם של "ערכאות שבסוריא", ונבחן את השאלה: האם עשויים בתי המשפט להנות ממעמד של "ערכאות שבסוריא" ולזכות בכך להכרה הלכתית - הכרה שתכשיר את ההתדיינות בפניהם?

ב. מעמדם של בתי המשפט כבתי דין של הדיוטות 1. "ערכאות שבסוריא"

בשולחן-ערוך נפסקה ההלכה בזו הלשון: [9]

כל המעמיד דיין שאינו הגון ואינו חכם בחכמת התורה ואינו ראוי להיות דיין, אף-על-פי שהוא כולו מחמדים ויש בו טובות אחרות, הרי זה שהעמידו עובר בלא תעשה.

על כך מוסיף הרמ"א בהגהותיו את הדין של "ערכאות שבסוריא":

... ועיירות שאין בהם חכמים הראויים להיות דיינים, או שכולן עמי הארץ, וצריכים להם דיינים שישפטו ביניהם, שלא ילכו לפני ערכאות של עכו"ם, ממנים הטובים והחכמים שבהם לדעת אנשי העיר אף-על-פי שאינם ראויים לדיינים, וכיון שקבלו עליהם בני העיר אין אחד יכול לפוסלן.

דברים אלה כתב הרמ"א על-פי תשובת הרשב"א [10] המובאת בבית-יוסף. [11] עיון במקורם של הדברים יגלה, שתשובת הרשב"א מתייחסת ל"עיירות שאין שם מי שיודע אפילו אות אחת, ואנו צריכים להעמידן [=לדיינים] לדון ולפטר ... ואם לא נעמיד - נמצא הולכין לערכאות של נכרים". ביחס למציאות זו פסק הרשב"א, שיש למנות דיינים יהודיים גם אם אינם מומחים, וזאת "לדעת אנשי העיר ... שהכל לפי שעה, וכל מעשיך יהיו לשם שמים, ואם קבלום עליהם אנשי העיר - מותר, ואין אחד מהם יכול לפוסלם, דהיינו ערכאות שבסוריא". מדובר אפוא בהוראת שעה נוכח מציאות **שאין ברירה אחרת** ואז מוטב להתדיין בפני דיינים יהודיים גם אם הם הדיוטות מלפנות לערכאות גויים.

אכן, בהמשך דבריו הנ"ל כתב הרמ"א: "וכן כל ציבור יכולין לקבל עליהם בית-דין שאינם ראויים מן התורה". ולכאורה אפשר להסיק מלשון סתמית וכללית זו על סמכותו של הציבור להסכים על מינוי של בית דין של הדיוטות גם בנסיבות שבהן יש מי שיכול לדון דין תורה. אלא שגם פסקה זו יסודה בתשובת רשב"א המובאת בבית יוסף, והמעין בדברי הרשב"א במקור [12] יווכח לדעת, שהרשב"א לא ביקש לחדש חידוש כה מופלג. עניין "ערכאות שבסוריא" אינו נזכר בתשובה זו אלא כאחת הדוגמאות לסמכותו של הציבור להתקין תקנות; אין הרשב"א נכנס לפרטים בדבר מהותו של מוסד זה ובדבר הנסיבות אשר בהן רשאי הציבור להקימו, שכן לצורך הענין המרכזי שבו דן הרשב"א שם, אין פרטים אלה חשובים, [13] ועל דעת הרשב"א בשאלה זו אנו עומדים אך ורק

מתוך תשובתו שבסימן רצ הנ"ל, ומשם ברור שכל ההצדקה לקיומו של מוסד שיפוטי יהודי שאינו מורכב מדיינים מומחים היא, קיומה של מציאות חברתית שבה **אין בנמצא** דיינים מומחים. וכך כתב, ככל הנראה על סמך דברי הרשב"א, ר' יעקב קשטרו: **13א** "לא היו בעיר יודעין כלל, צריך שיקבלו עליהם ג', דהיינו ערכאות שבסוריא."

וכך במפורש כתב גם הר"ן **[14]** שערכאות שבסוריא הם דיינים שאינם יודעים לדון דין תורה, והם ממונים במקום שאין בני תורה. וכן כתב ר' יהונתן אייבשיץ **[15]** "שזה רק במקום שאין בו לומדי תורה והמחו הם עליהם כדי שלא ילכו בערכאות ... אבל במקום שיש בעלי תורה ומדע בעיר הראויים לדון העם, ח"ו למנות דיינים חסרי מדע, וכאילו נוטע אשרה אצל מזבח ה' וכו', כי פוגע בכבוד התורה ומעקל הדין."

זאת ועוד: לפי פירושו של הר"ן **[16]** דייני ערכאות שבסוריא דנים על פי **אומד דעתם**. התרת ההתדיינות בפני "ערכאות שבסוריא" אינה אמורה אלא ביחס לדיינים הדנים על-פי שיקול דעתם, **כבוררים**, ולא שדנים על-סמך מערכת **מחייבת** של דין זר. כדברים

האלה כתב החזון-איש בדור שלפנינו: **[17]**

יש עוד המחאה [=כת, קבוצה] של אנשים שלא למדו כלל תורה, והם ידונו כפי משפט בני אדם בשכלם, והוא במקום שאין ביניהם גמיר [=בקי בדיני תורה] כלל, ושלא [=וכדי שלא] יבואו בערכאות - תקנת הצבור כן. וכל זה מבואר בתשובת הרשב"א שהביא בית-יוסף סימן ח, והרשב"א הזכיר: "דהיינו ערכאות שבסוריא", ומשמע קצת דדיין שבסוריא שהזכירו בגמרא אינו דן כלל בדיני התורה ... ואף-על-גב דליכא ביניהם דיין שידין על-פי משפטי התורה, ומוכרחים להמנות בעל שכל לפי מוסרי האדם, אינם רשאים לקבל עליהם חוקי עמים או לחוקק חקים. שהשופט כל דין שלפניו לפי הנראה אליו, זהו בכלל פשרה, ואין ניכר הדבר שעזבו מקור מים חיים לחצוב בורות נשברים. אבל אם יסכימו על חוקים, הרי הם מחללים את התורה.

הרי, שמה שמיוחד "ערכאות שבסוריא" הוא, שמדובר בדיינים המוסכמים על ידי הציבור, ושאינם דנים על-פי מערכת של חוק זר כדין **מחייב**, אלא דנים על-פי **שיקול דעתם**, **כבוררים**.

2. ערכאות הדנים לפי "חוקים ונמוסים" - שיטת המאירי

אכן, רבינו מנחם המאירי, בפרשו את המונח: "ערכאות שבסוריא", כותב: **[18]** "שלא היו בקיאים בדין תורה, אלא שדנין לאומד הדעת **ובחוקים ונימוסים**". משמע, לכאורה, מדבריו, שדיינים אלה אינם דנים רק על-פי שיקול הדעת, אלא גם על פי מערכת של חוקים זרים. אלא, שלעניות דעתי אי אפשר לפרש שאותם דיינים דנים על פי החוק הזר כחוק **מחייב**, שהרי אין מדובר בבית משפט של המדינה אלא בבית דין **שהציבור היהודי** קיבל עליו; ואם מדובר **בקבלה** הרי שדין כבורר. זאת ועוד: אילו פירש המאירי שבית דין זה דן על פי החוק הזר כחוק מחייב, מה מקום היה ל**שיקול הדעת** כמקור לפסיקתו, והרי המאירי כותב שבית דין זה דן הן על יסוד שיקול הדעת והן על יסוד חוקים ונימוסים. לעניות דעתי פשוט הדבר, שכוונת המאירי היא, שאותם דיינים שאינם יודעים לדון דין תורה, דנים על פי **שיקול הדעת**, **כבוררים**, **ובין היתר** יש בידם ליטול דוגמא מהחוק הזר הנוהג בין הגויים, כדרך **אפשרית** להכרעה, ולא כדרך מחייבת.

כיון ששיפוט על ידי גוף שאינו דן על פי מערכת מחייבת של חוקים אינו אסור, מצינו בין הפוסקים מקרים רבים שבהם הותרה התדיינות בפני גופים **מקצועיים** שונים, הדנים על פי שיקול דעתם ולאור מנהגי הסוחרים וכו'. כך, לדוגמא, הותר השיפוט בפני הפקיד המוסמך לעניין חוק בתי משותפים, מכיוון "שלא התנו בחוקה שפקיד המוסמך ידון ויכריע **לפי מערכת חוקים קבועים** משלהם בערכאותיהם, אלא מסרו לידו הסמכות להכריע ולפסוק בכל סכסוך של שכני בית משותף **כפי מומחיותו ושיקול דעתו**". **[19]** כן הותר לפנות לרשויות המוסמכות לעניין זכויותיהם של שוכרי דירות, מן הטעם שהאיסור להתדיין בערכאות הוא "דוקא בדיינים שדנים לפי דיניהם הם, מה שאין כן לפני פקידים ומתווכים שנתמנו על זה לתווך בין הצדדים **לפי חוות דעתם**". **[20]**

מן האמור עד כה יוצא אפוא, שבתי המשפט של מדינת ישראל - כיוון שהם דנים על-פי מערכת החוק והמשפט הישראלי כמערכת **מחייבת**, אינם יכולים להיכנס לגדר של "ערכאות שבסוריא" הדנים, כעיקרון, על-פי שיקול הדעת (ומבחינה זו הרי הם דומים לבתי דין של בוררים), ולפיכך אין ההכרה שההלכה מעניקה ל"ערכאות שבסוריא" יכולה לחול עליהם. טעם נוסף לכך שאין בתי המשפט יכולים להנות מהכרה זו הוא, שבמציאות השוררת במדינה קיימת מערכת ממלכתית של בתי דין רבניים הדנים על פי דין תורה (לבד מבתי דין **נוספים** הדנים על פי דין תורה), ואי אפשר לקיים במציאות כזו את ההלכה המאפשרת קבלתם של "ערכאות שבסוריא" - הלכה שאינה אלא **הוראת שעה** ביחס למציאות שאינה קיימת כלל במדינת ישראל.

3. תשובת התשב"ץ

בין הפוסקים הראשונים לא מצאתי אלא שניים - אב ובנו - שבראייה ראשונה עלולה להשתמע מתשובותיהם מסקנה כאילו רשאי הציבור לקבל על עצמו בית דין שאינם מומחים גם **כשמצויים** שם דיינים מומחים. השניים הם: ר' שמעון בן צמח דוראן, התשב"ץ; ובנו ר' שלמה, הרשב"ש.

התשב"ץ דן באחת מתשובותיו **[21]** ב"בני עיר שהסכימו למנות להם דיינים לדון בין איש לחבירו כפי מה שיראה להם, ואם יסתפק להם הדין - שישאלו את פי החכמים אשר יהיו בדור ההוא". על יסוד סמכות הציבור להתקין תקנות, כותב התשב"ץ **שרשאים** הציבור להתקין את התקנה הנזכרת, ו"מי שיזמין את חבירו לדין לפני אותם דיינים ולא בא לפנייהם, הוא עובר על תקנת הקהל". עוד הוא כותב, "שהרבים שהמחו מי שאינו מומחה שהוא לבדו יכול לדון, וסלקו רשות מיד כל אדם מלכוף המסרב בדין אף-על-פי שהוא מומחה יותר מאותו שהמחו, רשאים הם בכך, ונסתלק רשות כל מומחה מלדון בכפייה מלבד אותן שהמחו עליהם".

ואולם, ראשית יש לשים לבד לעובדה, שהתשב"ץ מתייחס לתקנה מאוד מסוימת, שבה קיבל על עצמו אותו ציבור דיינים שאינם יודעים אמנם לדון דין תורה, אבל הוסכם שידונו על פי **שיקול דעתם**, ואם יסתפק להם דבר - ישאלו את פי החכמים שיודעים לדון.

אין מדובר איפוא בקבלת בתי דין שידונו על פי **חוק זר**, ושיהיה נתק גמור בינם ובין דין תורה. והחשוב מכל הוא, שבהמשך דבריו מטעים התשב"ץ:

ולענין מה שלא נעשה בהסכמת אנשי העיר, [22] אינה קושיא, דרשאין הם בכך, **כיון שבשעת הסעתן על קיצותן** [=בשעת התקנת התקנה] **היו שם חכמי העיר**, דודאי אין בני העיר רשאים להסיע על קיצותן אם יש אדם חשוב בעיר, שלא בפניו.

כלומר, תוקפה של תקנת ציבור זו, בדומה לתוקפה של כל תקנת ציבור אחרת הבאה לשנות מן הדין, מותנה בקבלת אישורו של "אדם חשוב", דהיינו סמכות הלכתית, אם אישיות כזו מצויה בקרב אותו ציבור. [23]

תהא אשר תהא המשמעות המדויקת של פסיקתו של התשב"ץ בענין סמכות הציבור לקבל על עצמו שיפוט של בתי דין שאינם מומחים, נעלה מכל ספק, שגם לדעת התשב"ץ - תקנה הבאה לבסס הסדר כזה טעונה את קבלת אישורה של הסמכות ההלכתית המוסמכת, ובהיעדר אישור כזה אין תוקף לתקנה.

4. תשובת הרשב"ש

ומכאן לתשובת הרשב"ש, בנו של התשב"ץ. הרשב"ש דן [24] במעמדו של בית דין המורכב מדיינים פסולים, שאותו קיבל הציבור על עצמו. כותב הרשב"ש, שאם מדובר **במינוי**, "דבר ברור הוא שאין להעמיד על הצבור אלא דין הגון". אבל, כותב הרשב"ש:

לא נאמרו הדברים אלא במעמידו על הצבור שלא ברצונם. אבל אם העמידוהו מעצמם, יכולים הם ... ואם כן, אם הקהל, כל אחד ואחד, נתרצה בזה הפסול והפגום והרשע, והעמידוהו עליהם, רצו לזקוק בנכסיהם, ולא יהיה אלא מפשר, וכיחידים דמו, ואין ביניהם אלא שהיחיד בעי קנין, ואלו - כיוון שנתרצו כולם, הוי תחלת דינא כסוף דינא, וכאילו נגמר הדין, שאינם יכולים לחזור בהם.

לכאורה רשאי איפוא הציבור לקבל על עצמו לא רק הדיוטות כדיינים, אלא אף דיינים פסולים, ואין הדברים מסייגים אך ורק למקום שבו אין מצויים חכמים הראויים לדון.

ואולם גם כאן, עיון בדברי הרשב"ש יגלה באלו תנאים מדובר. הרשב"ש רואה בקבלתו של דין פסול על ידי הקהל דבר הצריך **תקנה**, וכיוון שכך - חלים כאן העקרונות הכלליים ביחס לתקנות קהל בענין הצורך באישורו של "אדם חשוב". הרשב"ש מבחין בין מקום שבו נמצא "אדם חשוב" ובין מקום שבו לא נמצא "אדם חשוב":

כשיש להם אדם חשוב, בלי ספק שלא יעמידו על הציבור הנותרים שלא ברצונם. ואם העמידו, הרי זה בכלל המעמיד דין שאינו הגון. ואם אין שם חבר עיר שנזכר בגמרא בשם אדם חשוב - והוא תלמיד חכם כפירוש המפרשים ז"ל: גדול החכמים שבעיר - צריך שתהיה התקנה ברצון כולם, ומי שלא היה בה - לא נתחייב בה.

5. דעת רבני זמננו

על מדינת ישראל בוודאי שאי-אפשר לומר שהיא נעדרת "אדם חשוב". במקום אחר [25] חיויתי דעתי שאפשר לראות את הרבנות הראשית לישראל כ"מרא דאתרא" של ארץ ישראל, ובתור שכזו היא שחייבת לתת את האישור של אדם חשוב לחוקי הכנסת, וללא אישור זה אין לראות, לכאורה, את חוקי הכנסת כתקפים מדין תקנות קהל. [26] בלא להיכנס כאן לבעיה העקרונית של מידת ההכרה ההלכתית - בחקיקת הכנסת - שאלה שעליה עמדתי בהרחבה במאמרי הנ"ל - ברור לחלוטין שרבני ישראל לא העניקו את הכרתם לחקיקה שמכוחה פועלים בתי המשפט בישראל, והם אף הסתייגו מתופעה זו - של בתי משפט במדינה יהודית שאינם דנים דין תורה - במלים חריפות. הסתייגות זו לא באה רק מבית מדרשו של החזון-איש, כאמור לעיל, אלא גם מטעמים של ראשי הרבנות הראשית הממלכתית של מדינת ישראל. כך, לדוגמא, כותב הרב הראשי ריא"ה הרצוג: [27]

אני אינני מסכים למינוי שופטים כאלה שידונו מאומד דעתם, ואין צריך לומר על-פי חוקים ונימוסים שלא מן תורתנו הקדושה. ובאמת זה יהיה הרבה יותר גרוע משופטים בעלי-בתיים הדנים לפי שכלם וחוש היושר שבהם ... וזוהי פשוט הרמת יד בתורת משה מצד הציבור ומלכות ישראל בארץ ישראל, ותורתנו הקדושה שמן השמים מה תהא עליה? אין לך עלבונה של תורה והריסה פנימית גדולה מזו.

וביחס לאפשרות ליישם את תשובת התשב"ץ הנ"ל במציאות של ימינו, דהיינו שהציבור יקבל על עצמו בתי דין שאינם מומחים אף על פי שמצויים דיינים מומחים, כותב הרב הרצוג: [28]

מתוך הדיון הזה שלנו יצא, שאין תשובת [התשב"ץ] הלזו יכולה לשמש מקור לקבלת בתי דיינים שאינם בקיאים בדיני תורה, אף במקום שיש תלמידי חכמים מומחים ... ואפילו אם אין רבים כאלה, או שעל כל פנים אינם מנוסים ... הרי אפשר להציע לסדר בתי דיינים כמתכונתם של הדיינים הנ"ל, ושישאלו הדין לאחר הברור מרבנים בקיאים בדיני תורה (אעפ"י שאני מסופק בהמעשיות של סידור כזה). אבל להקים לכתחילה בתי דיינים של הדיוטות בתורה במקום שמצויים תלמידי חכמים, אף על פי שהם בעלי שכל ומנוסים במשפטים שלהם, כלום אין חשש גדול בזה משום עלבון התורה?

דברים ברוח זו כתבו עוד הרבה מרבני ישראל ביחס למציאות שבמדינת ישראל, ובכללם גם מגדולי הרבנים שמילאו תפקידים במסגרת המוסדות הרבניים הנבחרים של המדינה, [29] באופן שלא זו בלבד שאי אפשר למצוא בפסקיהם של רבני ישראל איש "אדם חשוב" להיתר ההתדיינות בבתי המשפט של המדינה - גם לא אישור שבדיעבד - אלא בדברי כולם יש שלילה מוחלטת של התדיינות כזו.

עד כאן לשאלת ההכרה ההלכתית בבתי המשפט של המדינה מבחינת האיסור של "לפניהם ולא לפני **הדיוטות**", ויוצא אפוא, שבנסיבות שבהן יש אפשרות לקיים התדיינות בבית דין הדין תורה, אין לפנות למערכת בתי המשפט הכללית של המדינה.

ג. מעמדם של בתי המשפט לאור האיסור להתדיין בערכאות של גויים

מכאן, לשאלת מעמדם ההלכתי של בתי המשפט של המדינה מבחינת האיסור של "לפניהם ולא לפני גויים". [30]

כאמור בראשית דברינו, לכאורה לא היה מקום להחיל איסור זה על בתי המשפט של המדינה, שהרי מדובר בשופטים יהודיים. ובמפורש כתב הראי"ה הרצוג [31] על בתי משפט אלה, ש"אינם ערכאות של הגויים, שהרי חבריהם יהודים", אם כי אי אפשר לקרותם "בתי דין של ישראל במובן האמיתי המקורי של שם זה, כפי שהוא בחז"ל ובפוסקים, אלא ערכאות של יהודים". אלא, שהדעה הרווחת בקרב רבני זמננו היא, שאיסור הפנייה למערכת בתי המשפט של המדינה מבוסס גם על כך שבתי המשפט דינם כ"ערכאות". כך, לדוגמה, החזון-איש, שדבריו הובאו לעיל, אף שהוא דן בלגיטימציה שיש לבתי המשפט של המדינה מבחינת ההיבט של היותם **הדיוטות** הוא לא נמנע מלציין כמקור לאיסור זה את סימן כו של שולחן-ערוך - הוא הסימן העוסק באיסור הפנייה לערכאות של גויים.

לעניות דעתי, נימוקו של החזון-איש, ושל הנמשכים אחריו הוא, שהאיסור לפנות לערכאות של גויים אינו נובע מאישיותם של שופטי הערכאות - שהם גויים - אלא מן העובדה שאותן ערכאות דנים על פי מערכת מחייבת של **חוק זר שאינו דין תורה**. אילו אסרה תורה להתדיין בפני גוי אך ורק משום שאינו יהודי, מן הנמנע היה להתדיין בפניו גם בתור בורר, בהסכמה, בעוד אשר על פי הדין אין מניעה בעד בעלי הדין מלקבל עליהם גוי כבורר. [32]

ההבחנה שעושה הרמב"ן בפירושו לתורה, [33] בין איסור ערכאות ובין איסור הדיוטות, "שאם רצו שני בעלי הדין לבוא לפני ההדיוט שבישראל מותר הוא ... אבל לפני כותים [=גויים] אסורין הם לבוא לפניו שידון להם בדיניהם לעולם [גם אם קבלום עליהם]", אינה מתייחסת אלא לקבלת בית משפט של גויים הדין על פי החוק הזר החל עליו, ואינה מתייחסת לקבלת גוי כבורר, שמעמדו אינו מחייב אותו לדון על-פי חוק זר, אלא על פי שיקול דעתו בלבד. האיסור בפנייה לערכאות של גויים נובע ממתן ההעדפה למערכת המשפט הזר ולשופטיו על פני בתי הדין הדנים דין תורה ודייניהם - דבר שיש בו משום חילול שם השם. [34]

לפי תפיסה זו, הרואה את הפסול **בדין** הזר ולא **בדיין** הזר, אפשר אולי להציע קריאה חדשה של הלכת הרמב"ם הנוגעת לענייננו. בהל' סנהדרין [35] פסק הרמב"ם:

כל הדין בדייני עכו"ם ובערכאות שלהן, אף-על-פי שהיו דיניהם כדיני ישראל, הרי זה רשע, וכאילו חרף וגדף והרים יד בתורת משה רבינו, שנאמר: "ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם" - לפניהם ולא לפני עכו"ם, לפניהם ולא לפני הדיוטות.

אם כוונת הרמב"ם בביטוי "דייני עכו"ם" היא **לבתי דין** של גויים, [35א] הרי שלכאורה יש בהלכה זו כפילות מיותרת, שכן מדוע היה לו להרמב"ם לחזור ולכתוב "ובערכאותיהם"? ולא מסתבר שהרמב"ם ביקש לקבוע כאן איסור להתדיין בפני גוי כבורר, בהסכמה, שהרי, כאמור לעיל, לכאורה אין דבר זה אסור לפי הדין. גם מן ההלכה הכללית שפסק הרמב"ם בעניין קבלתם של פסולים כדיינים אפשר להסיק שאין מניעה בעד קבלת נכרי כבורר. [36] ונראה לעניות דעתי, שהגירסה הנכונה בהלכת הרמב"ם דלעיל היא: "בדייני עכו"ם", כפי שגורסים כתבי היד התימניים, [37] והאות ד' מנוקדת בחיריק. אם כך יש לגרוס, כי אז אין כל כפילות בלשון הרמב"ם, אלא הוא מדבר על שני עניינים: א- התדיינות על פי **דין** זר; ב- התדיינות **בבתי משפט** של גויים - ושני הדברים אסורים.

בתכלית הקיצור: דין תורה, המצוה: "**ואלה** המשפטים אשר תשים לפניהם", תכליתה היא אחת: להביא להכרעה כל שאלה משפטית, בכל תחום שהוא, על יסוד דיני ישראל. לפיכך, מסירת ההכרעה בידי בית משפט של גויים מסכלת תכלית בסיסית זו, ולכן היא אסורה. הדעה הרווחת בקרב חכמי ההלכה בני זמננו היא, שבתי המשפט של מדינת ישראל - אע"פ שיושבים בהם יהודים - מכל מקום הם אינם דנים על-פי דין תורה אלא על-פי מערכת של חוק, שמבחינת דין תורה הוא חוק זר. בכך יש אפוא משום סיכול מגמת התורה לפתור כל שאלה משפטית על-יסוד דיני ישראל, ולפיכך חל עליהם לא רק איסור "לפניהם ולא לפני הדיוטות", אלא גם איסור "לפניהם ולא לפני עובדי כוכבים". [38]

ד. האם מותרת ההתדיינות בבתי המשפט מכוח הסכמת הצדדים?

האיסור להתדיין בפני מוסד שיפוטי שאינו דן דין תורה, במקום שאפשר להתדיין על פי דין תורה, הוא איפוא איסור **מוחלט**, ולאור תפיסה זו יש לפרש את אותם מקורות בהלכה שעשו להשתמע מהם כאילו אין איסור בפנייה לערכאות. חלק ממקורות אלו, עניינם **בהסכם** בין בעלי הדין להתדיין בערכאות, ומהם עשויה להשתמע המסקנה, כאילו יש בכוחה של הסכמה כזו לגבור על האיסור להתדיין בערכאות.

הלכה פסוקה היא שאין בכוחו של הסכם בין הצדדים לבטל את איסור ההתדיינות בערכאות; וזו לשון ההלכה בשולחן ערוך: [39]

אסור לדון בפני דייני עכו"ם ובערכאות שלהם, אפילו בדין שדנים בדיני ישראל, ואפילו **נתרצו** שני בעלי-דינים לדון בפניהם אסור. וכל הבא לידון בפניהם אסור. וכל הבא לידון בפניהם, הרי זה רשע, וכאילו חירף וגידף והרים יד בתורת משה רבנו.

והנה, למרות דין מפורש זה, המוסכם על ידי ראשונים ואחרונים, מוצאים אנו מקורות שעשויה להשתמע מהם מסקנה הפוכה. כך, לדוגמה, בתשובות מהר"ם מרוטנבורג, [40] מובאת התקנה הבאה, המיוחסת לרבינו תם וחכמי דורו:

ונמנינו וגזרנו ונידינו והחרמנו על כל איש ואשה, קרובים ורחוקים, אשר יביא את חברו בדיני גוים עובדי עבודה זרה, או יכופנו על ידי גוים עובדי עבודה זרה, הן שר הן הדיוט הן מושל הן סרדיוט - **אם לא מדעת שניהם**, ובפני עדים כשירים. ואם יתגלגל הדבר וישמע למלכות או גוים ועל ידי כן יכופו את חברו, גזרנו ונידינו והחרמנו על אותו האיש שיפצה את חברו וישקיע לו מן הגוים המסייעים אותו שלא יחזיקו ומאויים ומאבד ממונו ושלא יחזיקו ממונו ויפצנו במה שיאמרו שבעה טובי העיר.

מכאן, שכאשר יש הסכמה בין בעלי הדין להתדיין בערכאות, אין בכך איסור. [41]

ברם, לעניות דעתי, כוונת התקנה היא, שאין **לנדות ולהחרים** אלא כשיהיה תבע את חברו בערכאות בניגוד לרצונו, ואילו כשהיתה הסכמה ביניהם להתדיין בערכאות - אין להטיל על כך עונש של חרם ונידוי; אין התקנה באה להתיר איסור כלשהו. יש לזכור, שהאיסור להתדיין בערכאות של גויים מקורו בדרשת חז"ל שבתלמוד. מושכל ראשון הוא, שאיסור שמקורו בתלמוד - בוודאי כשהוא נסמך על דרשת הפוסק - אינו ניתן לביטול, גם לא על-ידי חכמי ההלכה, כשם שההלכה התלמודית **כולה** אינה ניתנת לביטול ולשינוי לאחר שהסכימו עליה כל ישראל. [42] בוודאי שנכון לומר כן על איסור שיש מקום לראותו כאיסור דאורייתא. [43] לאור העובדה שאין בידי חכמי ההלכה לבטל את האיסור להתדיין בערכאות, מן ההכרח לפרש את התקנה הנזכרת, כתקנה שלא באה לבטל את האיסור להתדיין בערכאות, אלא כתקנה שבאה **לחזק** את האיסור, וזאת על-ידי הטלת עונש של חרם ונידוי על מי שיעבור על האיסור. אלא, שכוונתם של מתקיני התקנה לא היתה להחרים ולנדות על עצם האיסור - הקיים גם ביחס להסכמה להתדיין בערכאות - אלא להרתיע מפני פנייה לערכאות על-ידי התובע, ובעל כורחו של הנתבע, ולכן נאמר בתקנה שרק בנסיבות כאלה חל החרם. מן העובדה, שבנסיבות של ההסכמה להתדיין בערכאות **לא הוטל חרם**, אי אפשר להסיק כמובן כאילו אין **איסור** להתדיין בערכאות כאשר הצדדים הסכימו על כך. [44]

ומצאתי, שכדברים האלה ממש כבר כתב בעל כנסת הגדולה ביחס למה שכתב הבית-יוסף [45] בשם רבינו ירוחם: "אחד מבעלי דינים שרוצה לדון בערכאות של עכו"ם, אין שומעין לו." הקשה בעל כנסת הגדולה: [46] יש לתמוה על דברי רבינו ירוחם, כיוון שמשמע מהם "דדוקא כשרוצה האחד ולא השני, אבל אם שניהם רוצים - שומעים להם", בעוד שההלכה המוסכמת היא שגם אם התרצו שני בעלי הדין, ההתדיינות בערכאות אסורה. בבואו ליישב קושי זה כותב בעל כנסת הגדולה, שאפשר שרבינו ירוחם נקט בלשון זו לצורך ההמשך - "וכתב רב אלפסי בתשובה [47] שצריך לנדותו", לומר שאין לנדות אלא כשאחד רוצה לדון, אבל **אם שניהם מסכימים - אין לנדות**.

מקור אחר שממנו עשויה להשתמע מסקנה, כאילו אין איסור בהתדיינות בערכאות כשזו נעשתה בהסכמה, מצוי בשיטת גיטין המיוחסת לרמ"ך, מן הראשונים, שמובאת על ידי הרב חיד"א, [48] וזו לשונה:

ואף על פי שהתנה הנתבע על עצמו בשעת הלואתו שיהא רשאי להוציא ממנו ממונו בין בדיני ישראל בין בדיני עכו"ם, אף על פי כן עובר בעשה, אם מביא דינו לפני דיני העכו"ם, והוא ליה מתנה לעקור דבר של התורה. מיהו, אינו גזלן, דכיון דתנאי ממון הוא **שניתן למחילה, תנאי קיים ואינו חייב להחזיר**.

משמע מכאן, לכאורה, **שיש** תוקף להסכם להתדיין בערכאות.

ואולם, מן העובדה שנאמר כאן שאין הזוכה בערכאות נחשב לגזלן כאשר ההתדיינות נעשתה בהסכמה, אין להסיק שההתדיינות עצמה מותרת. כפי שכבר הוכחתי במקום אחר, [49] ההתחייבות חוזית הינה בעלת תוקף כאשר קיימת גמירות דעת מצד הצדדים, וכאשר מבחינת דיני החוזים אין בה כל דופי, וזאת גם כאשר ההתחייבות היא בלתי חוקית. אלא, שלתחילה אסור לבצע את ההתחייבות ובוודאי שבית הדין, המצווה **להפריש** מאיסורים, לא יתן ידו לאכיפת דבר אסור. ואולם, מאחר שבמישור דיני החוזים ההתחייבות תקיפה למרות האיסור, הרי שבדיעבד - אם היא כבר בוצעה - יש תוקף לזכויות הממוניות שנרכשו מכוחה.

לאור זאת, משמעות דבריו של הרמ"ך, בקטע המצוטט לעיל על ידי החיד"א, היא כדלהלן: כל זמן שלא בוצעה ההתחייבות להתדיין בערכאות, יש בביצועה משום איסור (ובית הדין לא יאכופ את ביצועה). מבחינה זו, של היעדר האפשרות לאכופ את ביצוע ההתחייבות, אין התנאי שבין הצדדים מועיל אמנם, מכיוון שיש בו משום עקירת דבר מן התורה. אבל אין התנאי בטל **מעיקרו**, אלא הוא בלתי ניתן לאכיפה בלבד, שכן לאחר שההתחייבות להתדיין בערכאות כבר בוצעה, וניתן פסק דין שאותו התחייב הנתבע לקבל, הרי שפסק הדין **מחייב** וזאת על יסוד ההתחייבות שבין הצדדים. לאחר שנעשתה כבר העבירה, המדובר הוא לא **באיסור**, אלא בתוקפה של הזכות **הממונית** שנרכשה על ידי התובע בהשיגו פסק דין לטובתו. וכיוון שההתחייבות החוזית תקיפה - גם הזכות הממונית שנוצרה כתוצאה ממנה הינה בעלת תוקף. מכאן אין איפוא כל יסוד להסיק כאילו יש היתר **לכתחילה** לפנות לערכאות.

באופן זה יש להבין גם את תשובת הרשב"ש [50] שם נמצא, שאם נחרצו שני הצדדים להתדיין בערכאות, ונעשה קניין, אין אחד הצדדים יכול לחזור בו. כפי שיתברר למעין בגוף התשובה, כוונת הרשב"ש היא שאין מקום לחרטה **לאחר שכבר ניתן פסק הדין**, אבל כל זמן שלא נגמר הדין - יכולים הם לחזור בהם אף שנעשה קניין. [51]

כמו כן מועילה ההתחייבות להתדיין בערכאות לעניין זה, שאם הנתבע נדרש להתייצב בפני בית דין של ישראל ואינו מצוית, מותר לתבעו בערכאות גם ללא קבלת רשות מבית דין (אם כי לכתחילה ראוי ליטול רשות מבית דין, שכך תיקנו חכמים). [52] גם כאן אין בכוחה של ההתחייבות להתיר את האיסור של הליכה לערכאות, אלא היא פוטרת מן הצורך בקבלת רשות מבית דין במקום שמעיקר הדין ההתדיינות בערכאות **מותרת**.

בסוגייה זו, של תוקף ההתחייבות להתדיין בערכאות, כבר דנתי באריכות במקום אחר, [53] ושם הראיתי - בנוסף לכל האמור לעיל - כי אין למצוא בדבריו של אף לא אחד מן הראשונים יסוד לתוקפו המחייב, לכתחילה, של הסכם להתדיין בערכאות, [54] וממילא אין למצוא בדברי הראשונים סמך לאפשרות התרתו של האיסור בדרך של התנאה. וכן הסכימו האחרונים וביניהם רבני זמננו. א54

ה. האם איסור הליכה לערכאות בטל מכוח המנהג?

מאחר שנמצינו למדים, שהדעה המוסכמת בהלכה היא שאין בכוחה של הסכמת הצדדים להסיר את האיסור של פנייה לערכאות, נשאלת השאלה: כלום אין מקום לומר שהלכה לחוד ומציאות לחוד, וכיוון שבמרוצת הדורות לא הקפידו רבים על איסור זה, הרי שלפנינו **מנהג** להתדיין בערכאות - מנהג הגובר על הדין?

סיוע לתאוריה מעין זו ניתן למצוא, לכאורה, בתשובת ר' שלמה קלוגר, [55] הכותב, בין יתר דבריו, "דהמנהג פשוט (בזמנינו) לילך בערכאות בלי רשות בית דין". ואולם, עיון מדוקדק בתשובת ר' שלמה קלוגר יגלה, שאין להסיק מדבריו כאילו יש מנהג להתדיין בערכאות בניגוד לאיסור. נשוא תשובתו הוא: זכותו של יהודי שזכה בדיני ישראל נגד חבריו, אבל אינו יכול להוציא את פסק הדין לפועל בבית דין של ישראל, לפנות לערכאות של גויים כדי שהם יאכפו את פסק הדין. המשיב כותב, שהזוכה אינו זקוק לרשות מטעם בית הדין, שכן על פי דין "עביד איניש דינא לנפשיה", והפנייה לערכאות אינה אלא כדי לכפות את הנתבע שיבצע את שנפסק לו בביה"ד. בהקשר זה כותב המשיב:

וכדין עשה ראובן, בפרט בזמנינו דהמנהג פשוט לילך בערכאות בלי רשות בית דין, וגם דינא דמלכותא הוי, דאין בית דין של ישראל רשאים לדון, ושהחיוב לדון רק בדיניהם, שאין צריך רשות בית דין, ולכך אם תובע רק לקיים פסק דין - שרי.

כונת הדברים היא, שמעיקר הדין, כשאין התובע יכול לכופ את הנתבע שיתדיין איתו בדיני ישראל בשל אלמותו (של הנתבע), יכול הוא לתובעו בערכאות כדי להציל מידו, אבל זאת רק לאחר שנטל רשות מבית דין בעקבות סירובו של הנתבע להתדיין בפניו. [56] המנהג הנזכר בדברי הר"ש קלוגר, בא לבטל את הצורך בקבלת רשותו של בית דין בנסיבות שבהן הפנייה לערכאות מותרת, וזאת משום סירובו של הנתבע להתדיין בדיני ישראל. [57] אין בדברים אלה כל יסוד להיתרו של האיסור להתדיין בערכאות, גם לא כשמדובר בהתדיינות בהסכמת הצדדים.

מקור אחר שעשוי ללמד על מנהג המכשיר פנייה לערכאות, נמצא בדברי ר' עקיבא איגר בחידושו לשולחן-ערוך, וזו לשונו: [58]

בשו"ת מגן גבורים סי' ה כתב בשם הרש"ך ח"ב סי' רכט על מחלוקת בין תובע לנתבע: אחד אומר שרצונו להתדיין בדין תורה, ואחד אומר שאין לו להתדיין אלא בפני אחרים שכך הוא המנהג במקום שנעשה העסק, הדין עימו. כיון דבמקום שנעשה העסק יש מנהג להתדיין כפי דרך הסוחרים ולא כפי דין תורה, מנהג מבטל הלכה. והביא ההיא דסיטומתא, עיי"ש.

מכאן, לכאורה, שיפה כוחו של המנהג גם לענין התדיינות "בפני אחרים", שלא כפי דין תורה, וזאת גם כשאין הסכמה בין הצדדים.

ואולם, עיון במקור הדברים - בתשובת מהרש"ך הנזכרת כאן - יגלה, שהמשיב כלל אינו דן בהתדיינות בפני "ערכאות של גויים", דהיינו בבתי משפט הדנים על פי חוקי המדינה, אלא בהתדיינות בפני בורר, הדין על פי מנהגי הסוחרים.

מדובר היה שם בסכסוך בין סוחרים, כשמקום העסק היה בונציה. טענת צד א' היתה "שידונו על פי התורה כפי מקום התביעה". ואילו צד ב' טען, שיש לחייב את צד א' "לעמוד בדין הסוחרים שידונו ביניהם כמנהג ויניציה". המשיב קיבל את טענתו של צד ב', וקבע שיש לכופ את הצד שכנגד "לדון בדין הסוחרים על פי מנהג ויניציה", כיון שנעשה שם העסק ... שהדבר ידוע שבעניני הקניות והסחורות וכל ענייני משא ומתן שנהגו הסוחרים בעסקיהם, יש לנו ללכת אחר מנהגיהם ... ועיקר דין זה נלמד מהא דאמר רב פפא ... האי סיטומתא ... קני ... הלכך בכל דבר שנהגו התגרים לקנות - קונין. אם כן, מאחר שראובן נשא ונתן עם שמעון במקום שנהגו שלא יצטרכו בעסקיהם לדון בדין תורה, שהיה מן הנמנעות לישא וליתן ויבטל העסק והמשא ומתן ... ואם כן היעלה על הדעת שהיה עושה עסק עמו על סמך אותו המנהג שבאותו מקום, ואחר כך יצא למקום אחר ... ויאמר אין רצוני לדון על פי המנהג מקום המשא ומתן?!"

לתשובה זו אין ולא כלום עם בעיית ההתדיינות בערכאות של גויים, ולפיכך המנהג הנכרי כאן לא בא להתיר את האיסור להתדיין בערכאות. מדובר כאן במנהגי הסוחרים אשר אותם קבלו עליהם הצדדים לעסק, כדי שלא יצטרכו להתדיין בדין תורה. בדבר זה אין כל דופי, [59] ולא עוד אלא שבידי הצדדים לקבל עליהם בדיני ממונות גם דין זר במקום דין תורה, ובלבד שההתדיינות לא תהיה בבית משפט של ערכאות. [60] בתשובתו הנזכרת, ממקד מהרש"ך את עיקר דבריו סביב שאלת הדין החל, והוא קובע, שדין זה צריך להיות מנהג הסוחרים ולא דין תורה. גם אם ההתדיינות בסכסוך זה צריכה להיות לדבריו שלא בפני בית דין, מכל מקום המדובר אינו בהפנייתם של בעלי הדין לבית משפט הדין על פי החוק הזר, אלא בהפנייתם לבית דין של סוחרים, הדנים כבוררים, ובכך אין כל איסור.

וכך פירש את תשובת המהרש"ך, הר"א זלוטניק: [61] "ונראה דהתם מיירי שהסוחרים דנין בין לבין עצמן לפי דעתם וסברתם, ואינם יודעים כלל לא דיני התורה ולא דיני עכו"ם, ורק הם בעצמם עושים דין לפי דעתם ... אבל אם הסוחרים ירצו לדון בדיני עכו"ם, בודאי זה הוי כמו ערכאות ואסור לדון לפניהם ... אלא מיירי דהם דנין כדעת בעלי בתים בלי יסוד של חוק - אז מנהג מבטל הלכה."

כך גם פסק בית הדין הרבני באשדוד [62] בדונו בתוקפו של הסכם שבו קיבלו עליהם הצדדים, שבמקרה של חילוקי דעות ימונה בורר מטעם אגודת האיג'נרים והארכיטקטים בישראל. בפני בית הדין נטען שבפנייה לבורר המוסכם יש משום פנייה לערכאות, אבל בית הדין דחה טענה זו בפוסקו:

בהסמכה לבורר אין משום הליכה לערכאות ... וראה ב"חזון איש" ... כי ערכאות אינן דוקא בית דין של עכו"ם, אלא גם בית דין של ישראל הדין לפי חוקים בדוים וממיר את משפטי התורה במשפטי ההבל. אך אם דנים על פי משפט בני אדם בשכלם, אין לו דין ערכאות. וכוונתו, כי אם דנים על פי מערכת חוקים אחרת במקום חוקי התורה, נחשב הדבר לערכאות. אבל אם דנים במקרה ספציפי לפי שכל בני אדם, מבלי להתבסס על מערכת חוקים אחרת, אין בזה משום ערכאות.

יש גם לזכור, שכלל בסיסי בתורת המנהגים הוא, שיפה כוחו של מנהג לאסור את המותר, אבל אין בכוחו של מנהג להתיר את האסור, "שאם מפני המנהג באנו לבטל האיסור, יבטלו כל האיסורים אחד לאחד, ונמצאת התורה חס ושלום בטלה." [63] הכלל "מנהג מבטל הלכה" [64] אינו אמור אלא בדיני ממונות, שבהם רשאים הצדדים בעניין פרטי, והציבור בכללותו בענייני הכלל, להתנות גם בניגוד לדין. "המנהג, המביע את הרצון הקולקטיבי של הציבור, כוחו לפעול לשינוי הלכה בתחום דיני ממונות - שבו מוכרת סמכות הרצון לשנות את הדין - אך לא בתחום דיני איסור והיתר, שהאיסור

הוא אובליגטורי, ואינו ניתן לשינוי לא מרצון הצדדים ולא מרצון הציבור כולו. [65]

וכך כותב ר' עובדיה יוסף בתשובה, שבה הוא דן בשאלה: האם מותר לפנות לבית משפט לקבלת צו ירושה בהתאם לחוק? [66] לאחר שהוא דן בחומרת האיסור להתדיין בערכאות - איסור שאינו נותר גם מכוח הכלל "דינא דמלכותא דינא" - הוא מתייחס לשאלה: האם האיסור נותר מחמת המנהג להתדיין בערכאות? כוונתו למציאות השוררת בארץ, שבה יהודים רבים (ובכללם שומרי תורה ומצוות) סבורים, בטעות, כי מכיון ש"השופטים יהודים, והממשלה העניקה להם סמכות לדון ולשפוט בדיני ממונות וירושות, דינא דמלכותא דינא, וחושבים שהתורה הרצויה להתדיין בפניהם." על כך כתב ה"ר עובדיה יוסף:

ובאמת שאפילו במקום שנהגו להתדיין בזה אצל הערכאות, מנהג כזה אותיות גהנם הוא, ואין לסמוך עליו כלל, וכמו שאמרו במסכת ראש השנה (דף טו): כי נהגו במקום איסורא, מי שבקין להו. [67]

מאחר שהאיסור להתדיין בערכאות - גם בהסכמה - מוסכם על דעת כל חכמי ההלכה, אין בכוחו של מנהג כלשהו להתירו. [68] ואם מצאנו במקורות ההלכה מנהגים להתדיין שלא על פי דין תורה, כמו בשו"ת מהרש"ך הנ"ל, אין הכוונה, כאמור, להכשיר מעשה אסור, אלא לקבוע הסדר שאינו אסור על פי ההלכה, באשר אין בו משום קבלת עולה של מערכת שיפוט הדנה על פי חוק זר כחוק מחייב.

ו. האם בכוחו של חוק הכנסת להתיר את האיסור לפנות לערכאות?

לאחר שנמצאנו למדים, שאין בכוחה של הסכמת הצדדים עצמם להתיר את איסור הפנייה לערכאות, וגם כוחו של המנהג אינו יפה לענין זה, עלינו לדון בשאלה: כלום אין בכוחו של חוק הכנסת - שהוא הבסיס המשפטי לקיומם ולתיפקודם של בתי המשפט של המדינה - להתיר את איסור הפנייה לערכאות?

התשובה לשאלה זו, שלילית אף היא. כפי שנזכר בראשית דברי, [69] שאלת ההכרה ההלכתית בחקיקת הכנסת, כבר נדונה על ידי במקום אחר, ושם דנתי בשלושה עקרונות שמכוחם עשויה הכרה כזו להינתן: א- משפט המלך; ב- הכלל "דינא דמלכותא דינא"; ג- סמכות הציבור ונבחריו להתקין תקנות. הראיתי שם, שאין בכוחו של אף לא אחד מעקרונות אלו כדי לשמש בסיס לחקיקה של הכנסת הבאה לפגוע בדיני איסור והיתר.

אשר לסמכותה של הכנסת מכוח "משפט המלך": ציווי התורה המתייחס למלך

ישראל הוא, שחלה עליו החובה "לשמור את כל דברי התורה הזאת ואת החוקים האלה לעשותם". [70] אם יש לו למלך ישראל - ולמעשה לכל שלטון המוסכם על העם הבא במקום המלך [71] - סמכויות מיוחדות מעבר למה שמפורש בתורה, אין מדובר בסמכות לעבור על איסורים, וכדבריו של הר"ן בדרשותיו: [72]

לא תהיה כונתו לעבור על דברי תורה כלל, ולא לפרוק מעליו עול יראת שמים בשום צד. אבל תהיה כונתו לשמור את כל דברי התורה זאת, ואת החוקים האלה לעשותם, שבכל מה שיוסיף או יגרע יכין כדי שחוקי התורה ומצוותיה יהיו יותר נשמרים.

וכן מוטעם בדבריו של מהר"ץ חיות, העוסק בסמכויותיו של המלך מכוח "משפט המלך": [73]

אבל בענין שאינו נצמח שום תועלת [=לכבודו ולמעמדו ולביצור שלטונו], אזי לא נופל הוא משאר האנשים אשר תורת ה' הוא חלקם, ואסור להרחיק ממנה אף כחוט השערה, ובפרט המלך אשר נצטוו על פי התורה להיות ספר התורה אצלו תדיר.

הוא הדין ביחס לסמכותה של הכנסת מכוח הכלל "דינא דמלכותא דינא". עיקרון בסיסי המקובל על דעת כל הפוסקים הוא, שכלל זה אינו חל בדיני איסור והיתר, כלשון הרמב"ם: [74] "שכל דיני המלך בממון - על פיהן דיני". וכך כתב הרשב"ץ: [75]

מילתא פשיטא היא, שבכל דבר שיש בו איסור, אי אפשר לומר דינא דמלכותא דינא ולהתירו. דבענין ממון הוא דאמרינן הכי, אבל דבר שיש בו איסור, זה לא אמרו אדם מעולם.

ובאחת מתשובותיו, שבה דן הרשב"ץ באיסור הפנייה לערכאות, הוא כותב במפורש "דליכא למימר בכהאי גוונא דינא דמלכותא דינא". [76]

כיוצא בזה, ביחס לסמכותה של הכנסת להתקין תקנות קהל. כפי שהראיתי במאמרי הנ"ל, [77] סמכות זו אינה מתייחסת אלא לתחום דיני הממונות - למשפט פלילי ולמשפט הציבורי בכלל (כמו דיני מסים) - אבל בתחום של איסור והיתר אין לציבור ונבחריו כל סמכות לשנות מן הדין בדרך של התקנת תקנות (חקיקה), אלא חכמי ההלכה הם בעלי הסמכות הבלעדית בענין זה. וכך כותב הריב"ש בענין סמכות הקהל להתקין תקנה המתירה איסור ריבית: [78]

ואף אם הקהל תקנו ששטרות העולות בערכאות של עובדי כוכבים יהיו שרירין וקיימין עלינו כמו על עובדי כוכבים בדיניהם ... ובודאי שיכולין הקהל להתנות בכיוצא בזה, **דתנאי שבממון הוא**, והרי הוא כאלו כל אחד ואחד מיחיד הקהל התנה וקבל כן על עצמו ... אין הקהל יכולין להתנות במה שיש בו **אסור רבית** שהרי רבית אסרה תורה אף על פי שנותנו הלווה מדעתו, ואין שום **תנאי מועיל בו** ... ואם כן, כיון שאין הלווה בעצמו יכול להתנות להתיר הרבית, **גם הקהל אין מועיל תנאם להתיר הרבית**.

לא קיים אפוא בהלכה בסיס כלשהו להכשרתם של חוקי הכנסת במידה שיש בהם פגיעה בדיני איסור והיתר. [79] מאחר שפנייה לערכאות במקום שאפשר להתדיין בדיני ישראל היא **אסורה**, כאמור בדברינו לעיל, אין חוק הכנסת יכול להתירה.

ז. האם ההלכה שוללת כל הכרה שהיא מבתי המשפט?

השאלה שיש לדון בה לבסוף היא: מאחר שחל איסור על פנייה לבתי המשפט של מדינת ישראל, כלום משמעות הדבר היא: שלילת הלגיטימיות ממערכת בתי המשפט של המדינה מכל וכל?

1. נסיבות שבהן אין אפשרות לקיים דין תורה

לעניות דעתי, התשובה לשאלה האמורה היא שלילית לחלוטין. המשמעות הנובעת לקביעה הנ"ל אינה אלא זאת, שבתחום המשפט הפרטי - יהודי הרואה עצמו מחוייב לדין תורה, חייב לפנות בעת הצורך לבית דין הפועל על פי דין תורה, וזאת כאשר הדבר בידו. ואולם, אין לומר שבשל מחויבותו של ציבור היהודים שומרי תורה ומצוות לדין תורה, שולל הדין היהודי את ההכרה ההלכתית ממערכת בתי המשפט של המדינה מכל וכל, וזאת מן הטעמים שיתבארו להלן.

דומה בעיניי, שמסקנה בדבר מעמדם ההלכתי של בתי המשפט של המדינה ניתן להסיק מתשובת הרשב"ש שהובאה בדברינו לעיל.^[80] כזכור, מתייחס הרשב"ש לאפשרות שהציבור יקבל על עצמו דיינים פסולים. הרשב"ש מבחין בין מקום שבו יש "אדם חשוב" - שאז יש צורך באישורו למינויים של אותם דינים פסולים - ובין מקום שבו אין "אדם חשוב", שאז "צריך שתהיה התקנה ברצון כולם, ומי שלא היה בה לא נתחייב בה". ויש לדייק בדבריו: הרשב"ש לא כתב שאם אין "אדם חשוב" והתקנה לא נתקבלה ברצון כולם, הרי היא בטלה אלא רק זאת כתב: שמי שהתקנה (ולענייננו: המינוי) לא נתקבלה על דעתו "לא נתחייב בה". מכאן, שמי שהתקנה נתקבלה לדעתו, הרי היא מחייבת אותו. מה יהיה הדין במקום שיש "אדם חשוב", והתקנה לא קיבלה את אישורו? כאן לא כתב הרשב"ש אלא זאת, ש"אם העמידו [=את הדין הפסול], הרי זה בכלל המעמיד דיין שאינו הגון". סתם הרשב"ש ולא פירש מה תוקף המינוי. ויש מקום לסברה, שביחס למי שהתנגד למינוי בוודאי שאין המינוי תקף בהיעדר האישור הדרוש של "אדם חשוב", אבל ביחס למי שהמינוי נעשה על דעתו - 'הא המינוי תקף', בדומה למה שכתב הרשב"ש ביחס לבחירת דיין פסול במקום שאין בו "אדם חשוב", שאז הבחירה מחייבת רק את מי שהיא נעשתה על דעתו.

אם נכון לפרש כך את דעת הרשב"ש, הרי שלפנינו דרך הלכתית לביסוס ההכרה במערכת בתי המשפט של מדינת ישראל, הגם שאין היא דנה דין תורה. יישום שיטת הרשב"ש במציאות השוררת במדינת ישראל, מעלה את המסקנות הבאות: מדינת ישראל היא מקום שיש בו "אדם חשוב",^[81] ועל כן טעון מינויים של דיינים פסולים - ולעניין זה שופטי ישראל שאינם דנים דין תורה, דיינים פסולים הם - את אישורה של הסמכות ההלכתית העליונה במדינה. אישור כזה, לא ניתן, כאמור. לפיכך, מבחינתו של אותו חלק באוכלוסיה הרואה עצמו כפוף לדין תורה, אין כל חובה להתדיין בפני בתי המשפט של המדינה, באשר אותו חוק של הכנסת שהקים את בתי המשפט במתכונתם הנוכחית לא קיבל את האישור הנחוץ של "אדם חשוב". ואולם, מבחינת החלק באוכלוסיה שאינו רואה עצמו מחוייב לדין תורה, ומקבל על עצמו את חקיקת הכנסת כולה גם ללא קבלת אישורו של "אדם חשוב" - בתי המשפט של המדינה הפועלים מכוח חוקי הכנסת הם בעלי מעמד מחייב, שכן מינויים הוא על דעת אותו ציבור, ולכן מבחינתו של ציבור זה - המינוי תקף.

לכך יש להוסיף עוד ולומר: על פי המצב השורר כיום, אין רוב הציבור היהודי במדינה רוצה בהשתתפות חוקי מדינת ישראל על דין תורה, וממילא גם אינו רוצה בבתי משפט שידונו על פי דין תורה.^[82] במצב דברים זה, לא יתכן שההלכה היהודית תימנע הכרה כלשהי ממסד שיפוטי שאינו דן דין תורה, משום שאז התוצאה תהיה השתתפותה של אנרכיה בחברה. לעניין זה יפה כתב הרב הראשי, הרב ב"צ מאיר חי עוזיאל, ביחס לדעה השוללת החלה כלשהי של הכלל "דינא דמלכותא דינא" על מלכות ישראל:^[83]

שאם כן [=שכלל זה לא יחול במדינת ישראל], בזמננו זה איך תתקיים מדינת ישראל, אם אין דינא דמלכותא דינא מחייבת את כל איש ואשה מישראל בחוקי המדינה להטלת מסים או דיני עונשים? ואין להעלות על הדעת שמדינת ישראל תהיה רשות ולא חובה ואיש הישר בעיניו יעשה.

מן ההכרח איפוא לאמץ את שיטת הרשב"ש כבסיס להכרה במערכת השיפוט הכללית של מדינת ישראל, באותם מקרים שבהם אי אפשר לקיים דין תורה, דהיינו כשאין אפשרות לקבל את הסכמת כל הנוגעים בדבר להתדיין בבית דין רבני הדין דין תורה. מאחר שלא יתכן מצב דברים שבו לא תימצא אפשרות להכריע סכסוכים משפטיים באמצעות בית משפט כלשהו, הרי שההלכה מכירה בבתי המשפט של המדינה, שמינויים הוא על דעת רוב אזרחי המדינה, כמסודות הפועלים כדין, ואשר הפנייה אליהם מותרת גם לשומרי תורה ומצוות באותן נסיבות שבהן אין אפשרות, כאמור, לקיים דין תורה, בהיעדר הסכמה של כל הצדדים.^[83]

2. תחומים מותרים

כאן יש להזכיר גם את דבריו של הראשל"צ, הרב מרדכי אליהו, שכתב,^[84] כי "יש תחומים בהם אפשר ומותר לפנות למערכת השלטונית-משפטית. כך הוא ביחס לגבית שטרות, שאנו בעצם פונים להוצאה לפועל, שהוא הזרוע היחידה המבצעת את הגביה." וגם כאשר בית המשפט פועל כגוף שיפוטי במלוא מובן המילה, דהיינו שהוא מכריע בסכסוך שבין בעלי הדין, ולא רק משמש כאמצעי הוצאה לפועל, הרי דבר פשוט הוא שבדלית ברירה מותרת הפנייה לבתי משפט אלה כאשר הנתבע מסרב להתדיין בדין תורה, על כל פנים לאחר קבלת רשות מבית דין.^[85] בנסיבות שבהן אין החוק מאפשר התדיינות בעניינים אזרחיים אלא במסגרת בתי המשפט של המדינה, אין כל איסור בפנייה לאותה מערכת שיפוטית. וכבר הורה בעל תרומת-הדשן, שבמקום "שסוברין השררה שלהם הכח והממשלה לשפוט ולדון ולגזור ולצוות כרצונם - (i)אין כאן פריקת עול הדת והתורה אם הולך בתוקף ובאלמות עם חבירו [=לתובעו בערכאות]."^[86]

3. העזרות בבית משפט כשבעל דין נוהג שלא כשורה

מפסיקתו של בית הדין הרבני בחיפה, שנתפרסמה רק לאחרונה,^[87] עולה גם, שיש

אפילו אינטרס הלכתי בקיומם של בתי משפט אזרחיים לצד בתי הדין הרבניים, כדי שבאמצעותם יוכל התובע לזכות במה שאינו יכול לזכות בבית דין הדין על פי דין תורה.

בפני בית הדין הרבני נדונה תביעת מזונות ושיתוף בנכסים של אישה נגד בעלה. הבעל טען שהאישה אינה אשתו לפי ההלכה, באשר גיורה לא תפס, ולכן לא מגיע לה ולא כלום. אבל כשהיה לו נוח - פנה לבג"ץ לפסוק נגד ההלכה. כמו כן גרם לדחיות בדיונים - מה שגרם לכך שהאישה סבלה במהלך שבע שנים.

בפסק דינו קובע בית הדין, כי הנתבע הוא מעין "נבל ברשות התורה", והוא מוצא שלעיתים - אף שאדם טוען שרוצה להתדיין על פי דין תורה, מכל מקום אם נראה לבית הדין שהוא מערים וכוונתו להסתמך על דין תורה רק כדי להימנע מתשלום, כי אז יש לבית הדין ליתן רשות לתובע לתובעו בערכאות כדי שיזכה שם בתביעתו.

בית הדין מסתמך על תקנת רגמ"ה ועל פסקו של הר"י מקורביל, שם נאמר, שאם מדובר בתביעת דמי בושת, שאותה אין ניתן לגבות בזמן הזה (משום שבית הדין אינו דין קנסות), יש לבית הדין ליתן רשות להביא את הנתבע בערכאות. לדעת בית הדין, דין זה הוא משום "מיגדר מילתא", שהותר לבית הדין לנהוג, לצורך שעה, שלא על פי ההלכה. ובמקום שאדם עושה עוול ומנצל את בית הדין ואת ההלכה כדי להיפטר מתשלום, יש לבית הדין לשלוח אותו להתדיין בערכאות שאינם דנים דין תורה. מאחר שלדעת בית הדין האישה זכתה במזונות ובשיתוף בנכסים, "על כן אם הבעל מקשה על קיום דין תורה ופוגע בבית דין, והוא עצמו טוען שאין לבית הדין סמכות, ונראה לפי הענין שטובת האשה היא שידונו הערכאות בדינה - יש לשולחם לשם." [88]

ההכרה המסוייגת של ההלכה במערכת השיפוט הכללי של המדינה - הכרה המחוייבת מכוח המציאות החברתית השוררת כיום במדינה - היא, כמובן, הכרה שבדיעבד, והדברים שכתב הרשב"ש בתשובתו הנזכרת לעיל [89] ביחס למציאות החברתית שבה הוא דן, יפים גם ביחס למציאות של ימינו:

ובכל שנה ושנה מבררין הקהל עליהם דיינים אוהבי בצע אוהבי מצה לפסוק על הקהל יצ"ו, ואין לך דין גדול מזה, ואנחנו שומעין ושותקים ומקיימים דבריהם, דאחר שעשו - מה שעשו נעשה דין, כיון שקבלום עליהם.

ההשוואה היא כמובן לא לענין היותם של שופטי ישראל דהיום אוהבי בצע ואוהבי מצה, חלילה, אלא לענין זה, שהגם שמדובר במינויים של דיינים שמבחינת ההלכה הם פסולים, מכל מקום מבחינת הציבור שקיבל על עצמו מינוי זה מרצון - המינוי **תקף** כיון שנעשה בהסכמה (על כל פנים ביחס לאותו חלק בציבור שנתן הסכמתו, כאמור לעיל). מאחר שסמכויותיהם של בתי הדין הרבניים בישראל מוגבלות, ומאחר שמאידך גיסא קיימת בפועל מערכת של בתי המשפט בעלת כוח מחייב, הרי שההלכה עצמה מפיקה תועלת מקיומה של מערכת זו.

4. התחום הפילי

עד כאן ביחס להכרת ההלכה במעמד של בתי המשפט בתחום המשפט האזרחי (דיני ממונות), בנסיבות שבהן אי אפשר לקיים דין תורה. הכרת ההלכה משתרעת גם מעבר לכך, והיא כוללת את תחום המשפט הציבורי (משפט פלילי, מסים וכו') - תחום שבו אין המחוקק הישראלי מאפשר התדיינות בפני בית הדין הרבני במסגרת בורות, ורבני ישראל עצמם אינם תובעים לעצמם סמכות שיפוט, כפי שיתבאר להלן.

מעיקר הדין, השיפוט בעניינים פלילים - כמו בעניינים אחרים - צריך דיינים סמוכים, [90] ודיני נפשות צריכים בית דין של עשרים ושלושה. [91] אלא, שכבר נפסקה הלכה, [92] שבזמן הזה "כל בית דין, אפילו אינם סמוכים בארץ ישראל, אם רואים שהעם פרוצים בעבירות (הגה: ושהוא צורך שעה), דנין בין מיתה בין ממון בין כל דיני עונש ... וכל מעשיהם יהיו לשם שמים. ודוקא גדול הדור, או טובי העיר שהמחוס בית דין עליהם."

ואולם, בזמן הזה, לא רק בית דין מוסמך לענוש; בהמשך ההלכה הנזכרת, מוסיף הרמ"א וכותב:

וכן נוהגין בכל מקום שטובי העיר בעיר כבית דין הגדול, ומכין ועונשין והפקרן והפקרן כפי המנהג. אף על פי שיש חולקין, וסבירא להו דאין כח ביד טובי העיר באלה רק להכריח הציבור במה שהיה מנהג מקדם, או שקבלו עליהם מדעת כולם. אבל אין רשאים לשנות דבר במידי דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי, או להפקיע ממון שלא מדעת כולם. מכל מקום הולכין אחר מנהג העיר, וכל שכן אם קבלום עליהם לכל דבר. וכן נראה לי.

הרי, שלא רק בית דין המורכב ממומחים רשאי לדון בפלילים, אלא גם טובי העיר, שהם הממונים מטעם הציבור, מוסמכים לכך. על בסיס סמכות זו מצאנו שיפוט בענייני פלילים במקומות ובזמנים שונים, [93] ואין איפוא מניעה שגם במציאות הישראלית דהיום יקבל על עצמו הציבור סמכות שאינה בית דין. [94]

אכן, קבלת הציבור בעניין זה - כמו בעניינים אחרים - טעונה אישורו של "אדם חשוב", [95] והשאלה הנשאלת היא: האם הסכימו חכמי ההלכה שבדורנו להפקדת סמכות הענישה בידי בתי המשפט מכוח חקיקת הכנסת?

לעניות דעתי, התשובה לשאלה זו היא חיובית. עוד לפני קום המדינה כתב הרב שלמה גורן, לימים הרב הראשי לישראל, את הדברים הבאים: [96]

אף על פי שכתב הרמ"א בסימן לז סעיף כב: "טובי הקהל הממונים לעסוק בצרכי רבים או יחידים הרי הם כדיינים ואסורים להושיב ביניהם מי שפסול לדון משום רשעה", אינו אלא כשלא קיבלו עליהם הציבור במפורש כדיינים. אבל כל שמתמנה כשופט על פי הסכמה מפורשת של הציבור, דינו כדיין לכל דבר כמו שנתבאר ... גם ביחס למשפטים פליליים אין קושי רב, למרות שאין בכוחנו לכופ אדם יחיד לקבל עליו שופטים או עדים פסולים בעבירות פליליות, שיש עליהן עונשי גוף, הרי מפורש בשולחן-ערוך חושן-משפט סימן ב, שטובי העיר בעיר כבית-דין הגדול הם נחשבים, ומכין ועונשין כל דיני עונש, אפילו אין בדבר ראייה גמורה. "שאיין צריך עדים והתראה אלא לדון בדין תורה, אבל מי שעובר על תיקוני המדינה יכולים לעשות כפי צורך השעה" ... בתוקף סמכות זאת לציבור אפשר לחוקק חוקים ולקבוע עונשים על עבירות פליליות עם עונשי מאסר וכדומה, כפי ראות עיני הדיינים או

ואם ישאל השואל: שמא לאחר קום המדינה הועלתה התביעה, שגם השיפוט בענייני פלילים ימסר לשיפוטם של בתי דין הדנים דין תורה, כשם שעלתה התביעה בענייני ממונות? על כך שומעים אנו מפי הרב הראשי, הרא"ה הרצוג, את הדברים המפורשים הבאים: [97]

... ואולם בכינוס הרבנים בתל אביב בראשותי, הביעו הרבנים כולם דעתם שאינם רוצים כלל לדון עונשי גוף או אפילו עונשי מאסר. וגם בימי ועד ד' ארצות היו הז' טובי העיר מטילים מסים ומענישים את הסרבנים, ולא בתי הדין של הרבנים.

וכן הביעו רבים מרבני ישראל את דעתם, שבתחום המשפט הפלילי יש סמכות ביד המדינה לחוקק חוקים ולשפוט עבריינים, וממילא יש לראות בכך אישור "אדם חשוב", על כל פנים בדיעבד, ואפשר אף לכתחילה. סמכות זו ניתנת לביסוס הן על יסוד "דין המלך", הן על יסוד הכלל "דינא דמלכותא דינא", והן על יסוד סמכות הציבור להתקין תקנות. [98] אם הביסוס לסמכות זו הוא מכוח "דין המלך" או מכוח הכלל "דינא דמלכותא דינא" - אין כל צורך באישור "אדם חשוב". אבל גם אם באים לבסס סמכות זו על יסוד תקנות הקהל, שבהן, כאמור, יש צורך באישור "אדם חשוב" - הרי אישור כזה אכן ניתן, כאמור לעיל. נוסף לכך מן הראוי לציין, שבתחום המשפט הציבורי, דעת הרבה מן הפוסקים היא שאין כל צורך באישור "אדם חשוב". [99] וממילא כל מה שמחוקקת הכנסת בתחום זה הינו בעל תוקף מבחינת ההלכה, ובתי המשפט הפועלים מכוח אותם חוקים נהנים מהכרה הלכתית מלאה בפעולותיהם. [100]

סיכומם של דברים: משמעותו של האיסור להתדיין במערכת השיפוט הכללית של המדינה אינה שלילה מוחלטת של ההכרה ההלכתית במערכת זו, אלא שלילת ההכרה באותם מקרים שבהם ניתן לקיים דין תורה בבית דין הדן דין תורה. ואילו בנסיבות שאין ניתן לקיים בהן דין תורה - אם בשל אי-הסכמת הצדדים כשמדובר בדין האזרחי, ואם בשל התנגדותו של המחוקק כשמדובר בדין מתחום המשפט הציבורי - מכירה ההלכה בתפקודם ובפסיקתם של בתי המשפט של המדינה. [101]

ח. השתלבותם של שופטים ועורכי דין שומרי מצוות במערכת השיפוט

כיון שבתחומים רחבים פועלים בתי המשפט בישראל כדין מבחינת ההלכה - גם אם מכוח מציאות שבדיעבד - אין למצוא פסול לא בכהונתו של שופט שומר תורה ומצוות במסגרת זו, ולא במילוי תפקיד של עורך-דין המייצג את מרשו בפני בתי משפט אלה, ובלבד שיהגו כפי שמחייבת ההלכה, וכדלהלן. ואכן, כמה מרבני ישראל הביעו דעתם בדבר החשיבות הנודעת לכהונתם של בעלי תפקידים אלה כשהם שומרי תורה ומצוות. [102]

לעניות דעתי, באותם ענפי משפט שבהם מכירה ההלכה בחוק הישראלי כדין המחייב במדינה, דהיינו בתחום המשפט הציבורי, אין כל בעיה, לא לשופט ולא לעורך דין. בעיית "ערכאות" אינה מתעוררת אלא בתחום המשפט הפרטי, קרי דיני ממונות - תחום שבו בדרך כלל אין ההלכה מכירה בחוק המדינה כדין המחייב שבא במקום הדין היהודי - וכאן קיימת גם בעיית תפקודם של שופטים ועורכי דין שומרי תורה ומצוות. מה יעשו איפוא אלה ולא יעברו על איסור "ערכאות"?

ביחס לשופט שומר תורה ומצוות שבא לפניו דין מתחום המשפט האזרחי: ראשית, יש בידו להציע לבעלי הדין להגיע לפשרה. וגם אם הוא עצמו מעורב בהסדר הפשרה, ובסופו של דבר מקבל ההסכם תוקף של פסק דין, אין מדובר אלא במעין בורות, שהרי השופט לא הכריע בסכסוך לפי מערכת **חוקים** שאינם דין תורה, ובכך אין כל איסור, וכדלעיל. מה יעשה השופט אם אין הצדדים מוכנים לפשרה, ועליו לפסוק על פי הדין - שהוא חוק המדינה - ולא על פי דין תורה?

לעניות דעתי, במקום **ששני** הצדדים הסכימו שלא להתדיין בבית הדין הרבני, אלא בבית המשפט, הרי שבכך הם גילו דעתם שאין הם מקבלים עליהם דין תורה, אלא את מערכת המשפט הישראלית, ולפי תשובת הרשב"ש דלעיל, ציבור שקיבל על עצמו דיינים פסולים - הקבלה מחייבת אותם, ואין איפוא כל מניעה הלכתית שהשופט יפסוק אתו הדין לפי החוק שעל פיו הוא דן. בנסיבות שבהן התובע רוצה בדין תורה, אלא שהנתבע מסרב להתדיין עימו שם ומוכן להתדיין אך ורק בבית משפט, הרי שלפי הדין רשאי התובע לתובעו שם, כשם שהוא רשאי לתובעו בערכאות של גויים, כדי להציל את שלו מיד בעל דינו. [103]

הבעיה הגדולה קיימת בנסיבות שבהן הנתבע רוצה להתדיין על פי דין תורה, והתובע אינו חפץ בדין תורה. לפי תשובת הרשב"ש הנ"ל, הסכמת הציבור להתדיין בפני דיינים פסולים אינה מחייבת אלא את אותו חלק של הציבור **שקיבל** עליו דיינים אלה, ולכן - בנסיבות שבהן הנתבע דורש דין תורה, והתובע כופה עליו דין זר - יש בכך משום גזל. ומכאן הסתייגותו של הרב הראשי, הר"א שפירא, מתיפקודו של שופט שומר תורה ומצוות במסגרת מערכת השיפוט הכללית של המדינה. [104]

כמוצא אפשרי לבעיה זו, נראה לי להציע את הפיתרון הבא, שעל פיו, גם במקרה של נתבע החפץ בדין תורה, לא יהיה בהתדיינות במסגרת של בית משפט משום גזל, וממילא לא ייחשב השופט כמסייע ביד עוברי עבירה וכעבריין בעצמו:

לעניות דעתי, מציאות החיים השוררת כיום במדינה, אינה מאפשרת לכפות על אדם לנהוג בהתאם לנורמה דתית כלשהי, אלא אם כן זוהי מצוות המחוקק החילוני. חובת ההיזקקות בדיני ממונות לבית דין הדן דין תורה היא חובה **דתית** שאין החוק כופה את קיומה, ולכן ידוע ומקובל בחברה הישראלית שאין לפנות לבית דין רבני אלא בהסכמת כל הנוגעים בדבר. נתבע החפץ בקיום דין תורה, וכנגדו עומד תובע שאינו חפץ בדין תורה, מודע היטב לכך שבמציאות החוקית הקיימת אין ביכולתו לכופ על התובע

את רצונו, ועליו להתדיין עימו בבית משפט. ואולם חוסר היכולת לאכוף את קיום החובה הדתית אינה רק פועל יוצא של הוראות החוק הישראלי, אלא גם פועל יוצא של פסיקתם של חכמי ההלכה בני זמנינו, שלפיה אי אפשר לכפות נורמה דתית על מי שאינו מקבלה מרצון. [105]

מצב דברים חוקי ודתי זה, מן ההכרח שישמש יסוד לקיומה של **הסכמה מכללא** של כל נתבע שומר תורה ומצוות, לקבל על עצמו

את שיפוטו של בית המשפט, כשהתובע אינו רוצה בד"ר תורה. שהרי אי אפשר לתת ביד הנתבע את הזכות להביע התנגדות לכל שיפוט שהוא. ואם קיום ההתדיינות בבית דין רבני הוא בלתי אפשרי, הרי שחייב להימצא גוף שיפוט שיאחז מוסמך לדון, ובית המשפט הוא שמוסמך למלא תפקיד זה בדלית ברירה. קיומה של הסכמה מכלל מצד הנתבע להתדיינות בבית משפט, ניתנת לביסוס גם על האינטרס שיש לנתבע עצמו בקיומה של מסגרת שיפוטית, שבה יוכל אדם להשיג את המגיע לו על פי דין. אילו היה המצב הפוך, דהיינו שהנתבע היה התובע, ושכנגדו היה מסרב להתדיין בבית דין רבני - לא היה עליו להפסיד כתוצאה מסירוב זה, שכן היה בידו לתובעו בבית משפט, כאמור לעיל, כדי להציל מידו. עתה, שהוא הנתבע, חייב גם הוא להסכים לכך שתהיה מסגרת משפטית שבה יוכל התובע לזכות בד"ר אם יוכיח את תביעתו. ובהיעדר אפשרות חוקית ודתית לקיים התדיינות זו בבית דין, בודאי מסכים הנתבע לקיומה של ההתדיינות בפני ערכאה אחרת.

אם נתקבל הצעה זו, בדבר קיומה של הסכמת הנתבע, ולו בדיעבד, כי אז עלינו לומר שבפסיקה על יסוד החוק הישראלי ולא על יסוד דין תורה, אין משום גזל. וממילא אין בפעילותו של השופט משום סיוע לעוברי עבירה, שהרי כל שההתדיינות נעשתה בהסכמה, גם אם יש בה איסור - אין בקיום פסק הדין משום גזל. [106]

עד כאן ביחס לפעילותו של שופט שומר תורה ומצוות במסגרת מערכת השיפוט הכללית של המדינה. ומכאן לשאלת עיסוקו של עורך-דין במסגרת זו. [106] בהתאם לאמור בדברינו לעיל, כל בעיה אינה מתעוררת ביחס לייצוג נאשם או בעל-דין בבית משפט הדין בנושא מתחום המשפט הציבורי (מסים, עונשין וכיו"ב). ביחס לדיון בתחום המשפט הפרטי, שבו קיימת הבעיה של איסור ערכאות, כתב הרב עובדיה יוסף את הדברים הבאים: [107]

עורך דין ירא שמים, שנדרש לייצג בבית המשפט אדם שתובע ממון מחבירו, לפי ההלכה חייב להימנע מכך, שהרי הוא מסייע ביד עוברי עבירה. ואינו יכול לבוא בטענה שהוא רק עושה בשליחות התובע, והקולר תלוי בצארו - זה אינו, כי דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין, ואין שליח לדבר

עבירה (ועיין בחשן-משפט לב, ובש"ך ובאחרונים שם). אבל לייצג נתבע שנאנס לבוא לבית המשפט מצד שהנתבע מסרב להתדיין בד"ר תורה, וכופה את הנתבע להתדיין בבית המשפט, מותר לעורך דין לייצגו להציל עשוק מיד עושקו. ואם נדרש להופיע בערכאות לקבלת צו ירושה, חייב להימנע, ויפנה אותם לבית הדין הרבני לקבלת הצו.

לפי דברי הר"ע יוסף, אסור אפוא לעורך-דין לייצג תובע בבית משפט. דברים אלה יש לפרש כמתייחסים למקרה שבו הנתבע מוכן להתדיין בבית דין רבני. שהרי במקרה שאין הנתבע מוכן לכך - מותר לתובעו בערכאות, כאמור לעיל, וממילא אין כל מניעה שעורך דין ייצג תובע כזה בפני בתי המשפט. כמו כן, אין מניעה הלכתית לייצג נתבע הנאלץ להתדיין בבית משפט שם נתבע לדין, כשאין התובע מוכן להתדיין בבית דין הדין תורה, ובכך לסייע לו להציל את ממנו. [108]

השאלה היא, מה הדין אם התובע, שאותו מייצג עורך-הדין, אינו מוכן להתדיין בבית דין רבני (בעוד שהנתבע רוצה להתדיין שם) - האם גם במקרה של תובע שאינו שומר תורה ומצוות אסור לעורך-דין לייצגו בבית משפט? אם יש מקום לקבל את ההצעה דלעיל, ולייחס לנתבע הסכמה מכלל, שלפיה קיבל עליו להתדיין בבית משפט בנסיבות שבהן אי אפשר מן הבחינה הדתית ומבחינת החוק לכופו את ההתדיינות בבית דין רבני, כי אז אין, לכאורה, מניעה הלכתית מלייצג את התובע בבית המשפט.

יתירה מזו: כתב הרב גדליה פעלדער, [109] שגם "היכא דשניהם שומרי מצוות, אם כן אם הלכו לערכאות בטח שאחד מהם מסרב לבוא לבית דין ועל ידי רשות בית דין, ולכן אם הכל ברשות בית דין - מדוע לא נתיר להאי עורך דין לייצגו? ולא עוד, שהרי הוא לא עושה שום דבר, שאם הוא לא יקבל על עצמו לייצג, יבואו אחרים, יהודים או נכרי, ויסדרו הדבר. ובכן אין כאן מסייע ידי עוברי עבירה, ואף בלא רשות בית דין אין לאסור לעורך דין, שהרי אם לא יקבל - אחרים יקבלו." אין כאן איפוא כל איסור של מסייע ביד עוברי עבירה. [110]

ט. חובתם של חכמי ההלכה בדורנו

המציאות מוכיחה, שעמדתם התקיפה של רבני ישראל כנגד התדיינות בעניינים שבין אדם לחבירו בבתי המשפט של המדינה, לא היה בה כדי למנוע בעד ציבור רחב של שומרי תורה ומצוות מלהיזקק לאותם בתי משפט, גם בנסיבות שבהן אפשר היה לקיים את ההתדיינות בפני בית דין רבני. עצם העובדה שמדובר באיסור, ואולי אפילו באיסור מדאורייתא, לא היה בה כדי לשמש גורם מרתיע. מסתבר, שבעיני הבריות מצטייר איסור זה כחמור פחות מאיסורים אחרים, או, שמתוך טעות, אינו נחשב לאיסור כלל.

מצב זה הוא טרגדיה מבחינת קיומו של דין תורה במדינת ישראל הריבונית. במשך דורות רבים היה זה דבר מובן מאליו, שדין בין אדם לחבירו יש להביא בפני מסגרת

שיפוט המקיימת דין תורה. מציאות היסטורית זו נהגה בזמן שלא היתה לחברה היהודית מסגרת מדינית עצמאית, והפנייה לדין תורה נבעה מרצונם החופשי של בני הקהילה. טרגי הוא איפוא המצב השורר כיום, כשדווקא במסגרת של מדינה יהודית עצמאית הולכת ופוחתת ההיזקקות לשיפוט על-פי דין תורה.

יתכן, שבחלקה, נובעת מציאות זו מחינוך לקוי, שלא השכיל להשריש בתודעת הבריות את חומרתו של האיסור להתדיין בערכאות מחד גיסא, ושל החובה לקיים דין תורה מאידך גיסא. אבל ספק בעיני אם תיקונו של פגם חינוכי זה יביא לשינוי קיצוני של המצב. [111] החשש הוא, שגם אם ימשיכו רבני ישראל להתיר כנגד תופעת ההתדיינות בערכאות, ומערכת החינוך תירתם למאמץ מיוחד שיכוון להסברה טובה יותר בדבר תחולתו של האיסור על בתי המשפט בימינו, לא יישמש דבר זה כשלעצמו בלם בפני המשך קיומה של המציאות הנוכחית, וזאת מן הטעם שיתברר להלן.

לעניות דעתי, לבד מן הליקוי החינוכי-הסברתי, פועל כאן גורם נוסף, והוא, שהאיסור שבו מדובר הוא, במציאות ימינו, בבחינת גזירה שאין רוב הציבור יכולים לעמוד בה. [112] וכל כך על שום מה? על שום קיומם של עקרונות מסוימים בדין היהודי, המעמידים **מראש** את התובע בבית הדין הרבני במצב נחות בהשוואה למצבו אילו תבע בבית המשפט הכללי. בין עקרונות אלה אפשר למנות את השניים הבאים:

א. אין הזוכה בדין זכאי, בדרך כלל, להוצאות המשפט, אלא כל צד נושא הוצאותיו. [113]

ב. אין תובע הזוכה בפסק-דין לטובתו זכאי לכך שהסכום שנפסק לטובתו ישולם לו בתוספת הפרשי הצמדה. [114]

אין ספק בעיני, שהימנעותם של בתי הדין הרבניים מפסיקת הוצאות והפרשי הצמדה, היא הסבר חלקי לפחות להתמעטות ההולכת ונמשכת במספר הבורריות (בעיני ממונות) בבתי הדין הרבניים - תופעה שעליה הצבעתי, באמצעות נתונים מספריים, כבר לפני מספר שנים. [115]

התובע ה"סביר", הסבור שיש לו סיכוי טוב לזכות בתביעה, יחס רבות קודם שיגיש את תביעתו לבית הדין הרבני, שכן במציאות ימינו, שבה מקובל להיזקק לשירותיהם של עורכי-דין, ההוצאות הכרוכות בהגשת תביעה הן מרובות; ובהגשת התביעה לבית דין רבני, על התובע לוותר מראש, בדרך כלל, על הוצאות אלה - בניגוד למצב הקיים במערכת השיפוט הכללי, שם הוא עתיד להשתפות על ההוצאות שהוצרך להוציא כדי לזכות בתביעה. אי-פסיקת הפרשי הצמדה מהווה אף היא גורם חשוב בהקשר זה. הזמן לבירור התביעה עלול להיות ממושך למדי, ובתנאי האינפלציה השוררים היום, עלול פסק הדין שיינתן לטובתו בסופו של דבר, להיות מרוקן מתוכן וחסר משמעות. ושוב: האם אפשר לצפות שהתובע ה"סביר" יעדיף את בית הדין - שם הוא עשוי אולי לזכות בפסק הדין, אבל מעשית להפסיד את כספו - או סביר יותר שיעדיף לתבוע במקום שבו יזכה גם בהשבה מלאה של כל המגיע לו?

2. הצורך בתקנות

אילו מדובר היה בעקרונות משפטיים שהם בבחינת "הלכה למשה מסיני", ושאינם ניתנים לשינוי, צריך היה לומר לאותו תובע "סביר", שגזירות הן ועליו לקבלן גם במחיר כספי כבד, כשם שאיסורי שבת, או איסורי טריפות, אינם יכולים להידחות מפני השיקול של הפסד כספי, גדול ככל שיהיה.

ואולם, עקרונות אלה ניתנים לשינוי, וזאת בדרך של **התקנת תקנות**. תנאי אינפלציה השוררים כיום אינם מהווים חידוש, ותופעת ירידת ערך המטבע אירעה כבר בעבר. חכמי ההלכה נחלצו להגנת נושים שהיו עלולים לאבד את כל כספם, באמצעות תקנות שפיזרו את הנזק בין הצדדים. [116] אין כל מניעה שגם חכמי דורנו יפתרו את הבעיה ע"י תקנה, שתיתן מענה הולם למציאות ימינו. [117]

ביחס לחיובו של הזוכה בדין בהוצאות המשפט - לא זו בלבד שאין כל מניעה הלכתית בעד התקנת תקנה, שתקנה לבית הדין את הסמכות להטיל הוצאות (גם כשמעיקר הדין אין מקום לחיוב), [118] אלא שקריאה להתקנת תקנה כזו אף יצאה כבר מלפני בית הדין הרבני הגדול בירושלים בכבודו ובעצמו. [119] ואמנם, במסגרת תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים, שתוקן לאחרונה, והוכנסו בהן כמה וכמה שינויים, [120] הוכנס גם תיקון המקנה לבתי הדין הרבניים סמכות לחייב בהוצאות משפט על-סמך **שיקול דעתם**, גם כשאינו יסוד לחיוב מכוח הדין. [121]

אין ספק שתקנה זו היא בבחינת צעד גדול קדימה, ויש לקוות שבתי הדין גם יעשו בתקנה זו את השימוש הראוי, כדי שהמגמה המונחת ביסוד התקנתה של התקנה אכן תושג. אכן, בכך לא די. מאחר שמצאנו שאפשר, בדרך של התקנת תקנות, להביא להשוואת מצבו של התובע בבית דין רבני עם מצבו של אותו תובע בבית המשפט הכללי, הרי שלעניות דעתי חובה על רבני ישראל לעשות שימוש בסמכותם, ולהתקין את התקנות ה**נוספות** הנחוצות בהקשר זה, כמו בנושא הפרשי הצמדה, כמבואר לעיל.

כלל הוא ש"אין אדם מעמיד עצמו על ממונו". [122] כלומר, טבע האדם הוא שאינו רואה ממונו הולך לאיבוד ונמנע מלהצילו. על יסוד חזקה זו התירו חז"ל [123] למי שהחשיך לו בערב שבת בדרך והיו אצלו מעות, לתת המעות לנכרי שיוליך, אף שיש בכך איסור שבות; מכיון שאם לא נתיר לו זאת, עלול הוא לעבור על איסור חמור מן התורה, של טלטול המעות ארבע אמות ברשות הרבים, כדי שלא יאבד את ממונו. [124] על יסוד דין זה שבתלמוד, מצאנו גם בפוסקים שהתירו איסורים קלים, מדרבנן, משום שאדם חס על ממונו, ואם לא נתיר לו - יעבור על איסורים חמורים מן התורה. [125] כמובן שאין לכלול כלל ולומר, ש**בכל** מקרה שבו יש חשש לעבירה על איסור דאורייתא משום החשש להפסד ממונו, יש להתיר איסורים מדרבנן, וכדבריו של הרי"ד: [126] "דוקא גבי כיס התירו אמירה לגוי ... אבל בשאר עניינים - אף על גב דמטי ליה פסידא, לא התירו אמירה לגוי". וכן כתב בדורינו הרי"א הרצוג, [127]: "מה שמצינו לחז"ל בפירוש שהתירו ... התם שאני, ואין מדמים מדעתנו; ועוד, הרי זה באקראי בעלמא, אבל להתיר בקביעות איסורי דרבנן למחללי שבת, כדי שלא יחללו במלאכה דאורייתא, זה לא שמענו עדיין". [128] מה שחשוב לעניינו הוא עצם קיומה של החזקה, המבוססת על טבע האדם, אשר לפיה עשוי אדם לעבור על איסורים ובלבד שלא יפסיד את כספו - חזקה שבגללה אפילו התירו לפעמים איסורים. [129]

במקורות הנזכרים **הותר** לעבור על איסור קל משום החזקה האמורה. בנסיבות הנדונות על ידינו, אין רבני ישראל נקראים להתיר איסורים כלשהם, אלא להפך: הם נקראים להתקין את התקנות הנחוצות, כדי לנסות ולהביא בדרך זו **להימנעותם** של הבריות מלעבור על איסור הפנייה לערכאות, ולהפניית תביעותיהם לבתי דין הדנים דין תורה. אם מצאנו שחכמים מצאו לפעמים לנכון להתיר איסורים קלים כדי למנוע את הבריות מלעבור על איסורים חמורים יותר מתוך שהם בהולים על ממונם, קל וחומר שעל חכמי ההלכה של דורנו לעשות שימוש בסמכותם ולהתקין את כל התקנות הנחוצות - דבר שאינו כרוך בהתרתו של איסור כלשהו - כדי להשיג אותה מטרה: מניעת הבריות מאיסורים חמורים יותר. בוודאי שנכון לומר כן ביחס לאיסור הליכה לערכאות - איסור הנוגע לעצם קיומו של דין תורה במדינת ישראל. [130]

הצורך בהתקנת תקנות כדי לעודד אנשים לרצות להתדיין על פי דין תורה, קיים לא רק ביחס לסוגייה של חיוב בהפרשי הצמדה. צורך זה קיים גם ביחס לעניינים **מהותיים** שבהם התפיסה המשפטית השוררת כיום בחברה אינה תואמת את ההלכה היהודית. אבל מאחר שמדובר בענייני **ממונות** - אין כל מניעה שיבואו חכמי ההלכה ויחוללו את השינויים הנחוצים בדרך של התקנת תקנות. דברים אלה אמורים במיוחד באותם עניינים שבהם תנאי הכלכלה והחברה דהיום מחייבים זאת, כאשר מבחינת ההלכה אין כל מניעה עקרונית לכך.

אין ספק, שמצב הדברים הקיים בהלכה כיום, כאשר ישנם עניינים שבהם אין התובע יכול לצפות שיזכה בדין אם יגיש את התביעה בבית דין רבני, ואילו אם יתבע בבית משפט הוא עשוי לזכות, הוא מצב שאין בו כדי לעודד פנייה לבית דין (וזאת בלשון המעטה). ושוב, כשם שראינו שביחס לסוגיית החיוב בהפרשי הצמדה ובהוצאות משפט, יצאה הקריאה מלפני חכמי ההלכה בעצמם להתקנת תקנות ההולמות את צורכי הזמן, כך גם ביחס לעניינים שמתחום הדין המהותי מצאנו התבטאויות המצדדות בהתקנת תקנות מתאימות שההלכה אינה שוללת. אביא, לדוגמא, את דבריו של הרב הראשי, הרב אברהם שפירא, ביחס לסוגייה החשובה של חיוב בדיני הגרמות. כידוע, העיקרון הרחב הקיים בהלכה הוא ש"גרמא בנזיקין פטור" (מדיני אדם). [\[131\]](#)

ולפיכך אי אפשר לחייב בבית דין על סוגי נזק המסוגלים כגרמא, כגון מניעת רווח. [\[132\]](#) בעוד שבבתי המשפט מוכרים נזקים אלה כעוולות נזיקין שניתן לחייב עליהם. [\[133\]](#) תובע, שעילת התביעה שלו מבוססת על סוג נזק המוגדר בהלכה כ"גרמא", לא יוכל לזכות איפוא אם יגיש את תביעתו בבית דין רבני. על כך אומר מוהר"א שפירא את הדברים הבאים:

מקובל היום [=במשפט המודרני] לחייב גם במקרים של גרמא בנזיקין. מבחינת ההלכה יתכן שיש מקום לחייב במקרים האלו בדרך הפרשנות הנ"ל, כפרשנות רחבה למושג "גרמא" במסגרת הכללית של הפוסקים בנידון זה. אך אולי יש מקום להכיר בחקיקה בנושאים אלו, שכן אי אפשר לומר שחיוב בגרמא הוא נגד הדין. "גרמא" למשל חייב בדיני שמים; וחייב בדיני שמים, יש לו משמעות מעשית גם כן (לרש"י ב"מ צא, תפיסה מועילה, למאירי ב"ק נו, א אם אינו משלם נפסל לעדות, וי"א שהתחייבות לשלם חיוב כזה אינה צריכה קנין - ראה מרדכי ב"ק, ס' קטו - וגרמא חייב גם בדיני אדם בשותפים ובשומרים). ואם כן, בחברה של היום יש מקום להכיר הסדר של תקנות שמחייב תשלום בגרמא, מכיון שהחיוב המוסרי בדיני שמים ברור ואין הכפיה בניגוד לרוח התורה.

גם הרב הראשי, הרב מרדכי אליהו, תומך בהתקנת תקנות "בעניינים חשובים". [\[134\]](#) אם כי הוא מטעים כי "אין לתקן תקנות במגמה להשוות דינינו לדיני העכו"ם". וכן מצדד בכך הרב דוב ליאור, שבעניין החיוב בגרמא, למשל, הוא כותב: [\[135\]](#)

גרמא פטור בדיני אדם וחייב בדיני שמים (ראה ב"ק נה, ב). אך אם במצב של היום נפטור רשלנות שגרמה לנזק, תהא בכך משום פרצה גדולה. לכן יש משום טובת הציבור לחייב בדיני אדם. הסבר זה אינו רחוק מתפיסת ההלכה, שכן אף בהלכה כאמור חייב בדיני שמים.

על הצורך בהתקנת תקנות מן הסוג האמור עמד כבר הרב הראשי, הרא"ה הרצוג, עוד בשנותיה הראשונות של המדינה: [\[136\]](#)

והיות ויש כח ידוע בדינו על פי תורתנו הקדושה עצמה לתקן תקנות לתיקון העולם ולמיגדר מילתא, וכמו שיבואר להלן, אף בקביעות עד שיתוקן עולם במלכות שדי; והיות גם כן, ובקשר עם הרבה ענינים שבחי המסחר והתעשייה, וגם כן בשטחים אחרים מסויימים, דרושות תקנות משפטיות על פי יסודות משפט תורתנו הקדושה לתקן תקנות בשטחים הללו - לפיכך יוטל על ועדה משפטית מוסמכת מורכבת מגדולי התורה, שתהא עובדת בהתיעצות עם מומחים למשפט בכלל [דתיים ובני תורה], לקבוע התקנות הדרושות בכל השטחים הנ"ל, ועל פיהן ידונו בתי הדין הממשלתיים היהודיים הנ"ל.

והוא הדין בנוגע לבתי הדין הרבניים - ועדת רבנים מוסמכת תוסיף תקנות, כפי כח התורה הנתון לנו, כפי הצורך, והן תהיינה זקוקות את בתי הדין הרבניים.

במצב הנוכחי, כל זמן שאין המוסדות המוסמכים של ההלכה נותנים את הפתרונות ההלכתיים המתבקשים מצורכי הזמן (ואשר אין מניעה הלכתית מלהיזקק להם), קטן הסיכוי לשרש את התופעה של היזקקות לבתי המשפט ולא לבתי הדין הרבניים. [\[137\]](#) רק כאשר יתוקנו התקנות הנדרשות, כאמור, יש סיכוי טוב להגברת תודעת החובה להתדיין בבתי הדין הרבניים במקום שהדבר אפשרי.

1. סיכום

לאור הדרישה הבסיסית של ההלכה, שכל בעיה הטעונה הכרעה משפטית תובא בפני בית דין הדין **תורה**, הרי שכאשר יש אפשרות להתדיין בבית דין - **חובה** להתדיין שם, ואסור לקיים את ההתדיינות בבית משפט שאינו דין תורה. התדיינות בפני בית דין רבני אפשרית בעניינים שלגביהם ניתן לקיים בוררות (דיני ממונות), ולפיכך רק בעניינים אלה קיים האיסור האמור. בעניינים אחרים, שבהם מן הנמנע לקיים בוררות - בין משום שהחוק אינו מאפשר זאת, כמו תחום המשפט הפלילי; ובין משום שאי אפשר לקבל את הסכמת כל הנוגעים בדבר לקיום הדיון בבית הדין במסגרת בוררות - אין כל איסור בקיום ההתדיינות במסגרת בתי המשפט של המדינה, ובמקרים אלו נהנים בתי המשפט מהכרתה המלאה של ההלכה. הכרה זו משמעותה היא, בין היתר, שאין דופי לא בכהונתו של שופט שומר מצוות במסגרת מערכת המשפט הכללית של המדינה, ולא בייצוגו של אדם על ידי עורך-דין בפני בתי משפט אלו.

ולבסוף הערה אחת לעניין העיקרון של "שלטון החוק" בזיקה לנושא הדיון דגן - משמעותו של עיקרון בסיסי זה בכל חברה דמוקרטית היא, שהחוק חל על **הכל** בשווה, ולכאורה צריכה להיות קיימת חובת התדיינות של **הכל** בפני בתי המשפט של המדינה, **ובכללניו** ועניין. על פי משפט המדינה, אם קיימת התנגשות בין חוק המדינה ובין ההלכה הדתית - חוק המדינה גובר, [\[138\]](#) ולכאורה היה מקום לומר, שאף במקום שיש איסור דתי בקיום ההתדיינות בבתי משפט - נדחה איסור זה מפני חוק המדינה.

ואולם לא כן הוא. האיסור הקבוע בהלכה ביחס להתדיינות בבתי המשפט של המדינה, היה מהווה ניגוד לחוק, אילו מגמת המחוקק הישראלי היתה לחייב קיומם של משפטים בכל מקרה ובכל תחום שהוא בפני בתי המשפט בלבד. אבל, כידוע, אין המחוקק הישראלי מונע קיומן של בורריות, והדבר אף רצוי, משום שיש בכך משום הפחתת העומס מבתי המשפט הכלליים.

כיון שכך, אין כל פסול - מבחינת החוק הישראלי - בשלילת ההתדיינות בעניינים שבין אדם לחבירו בפני בתי המשפט, כדי לחייב אותו ציבור המחוייב לתורה ומצוות להביא את ענייניו המשפטיים בפני פורום שיפוטי הדרגתי על פי דין תורה.^[139] אכן, כדי שחייב זה יהיה אפקטיבי ביחס לכלל הציבור שומרי המצוות במדינה, או רובו, מוטל על חכמי ההלכה המוסמכים לכך שבדורנו להתקין את התקנות הנחוצות לשם השוואת סיכויי של תובע לממש את מלוא זכויותיו, אם יפנה לבית דין רבני, עם סיכויי במידה שייפנה באותו עניין לבית משפט אזרחי - כל זאת במקום שמבחינת ההלכה אין כל מניעה מלהתקין תקנות כאלו. וצעד אחד חשוב כבר נעשה בעניין זה, כמבואר לעיל.

^[1] הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל, שנתון המשפט העברי טז-יז (תש"ן-תשנ"א), עמ' 417-500.

^[2] ראה סדרת מאמריו של הרב שלמה גורן שהתפרסמה מעל דפיו של עיתון ה"צופה", כחודשיים לפני הקמת המדינה, וראתה אור מחודש במסגרת ספרו של הרא"ה הרצוג, תחוקה לישראל על פי התורה, בעריכת א' ורהפטיג, ירושלים תשמ"ט, כרך א, עמ' 146-152, והערותיו של הרב הרצוג למאמרים אלה בעמ' 157-175; מאמרו של הרב מ"צ נריה, שם, עמ' 189-191, והערותיו של הרב הרצוג בעמ' 192 ואילך.

^[3] ראה רשימת המאמרים העוסקים בסוגייה זו, המובאת בספרו של נ' רקובר, אוצר המשפט, ח"א, ירושלים תשל"ה, עמ' 226, וח"ב, ירושלים תשנ"א, עמ' 223-224 הרב א"י וולדינגברג, הלכות מדינה, ח"א, ירושלים תשי"ב, עמ' ס-עד; מ' אלון, המשפט העברי, מהדורה שלישית, ירושלים תשמ"ח, עמ' 1605-1607; הרב א' שפירא, מבט תורני על חוקי המדינה והתקנת תקנות בימינו, תחומין, כרך ג (תשמ"ב), עמ' 239; הרב מ' אליהו, יחס ההלכה לחוקי המדינה, שם, עמ' 243-244; הרב ז"נ גולדברג, ירושת הבת, תחומין, כרך ד (תשמ"ג), עמ' 342; הרב ש' ישראלי, הסגרת עברייני לשיפוט זר, תחומין, כרך ח (תשמ"ז), עמ' 288-290 מ' אלון, ביסוס המערכת המשפטית על דיני התורה, שם, עמ' 304-305 הרב נ' בר-אילן, עדות על תאונת דרכים בבית משפט, תחומין, כרך י (תשמ"ט), עמ' 181 ואילך.

^[4] כמבואר במאמרי הנ"ל (הערה 1 לעיל), עמ' 428 ואילך, 444 ואילך, 495.

^[5] פח,א.

^[6] שו"ע חו"מ כו,א, בעניין ערכאות של גויים, וס' ח,א, בעניין בית דין יהודי שאינו מורכב ממומחים.

^[7] סנהדרין כג,א.

^[8] שם, ד"ה בערכאות שבסוריא.

^[9] חו"מ ח,א.

^[10] חלק ב, ס' רצ.

^[11] חו"מ, ס' ח.

^[12] שו"ת, חלק ג, ס' תלח.

^[13] לפיכך, קשה לקבל את דבריו של הרב שלמה גורן במאמרו הנ"ל (הערה 2 לעיל), עמ' 146, שמהם יוצא (עמ' 147, 151), שכיוון שהרשב"א לא הזכיר תנאים כלשהם בתשובה זו, רשאי הציבור למנות עליהם בית דין ראוי, גם אם מצויים שם חכמים הראויים לדון דין תורה.

^{א13} ערך-לחם, חו"מ, ס' ח, סעיף א.

^[14] בחידושי לסנהדרין כג,א, ד"ה א"ר יוחנן בערכאות שבסוריא, בתוך: סנהדרי גדולה למסכת סנהדרין, כרך ז, ירושלים תשל"ח, עמ' קב.

^[15] אורים ותומים, חו"מ כב,א.

^[16] בחידושי הר"ן, שם.

^[17] סנהדרין, ס' טו,ד.

^[18] בית הבחירה לסנהדרין, שם.

^[19] שו"ת ציץ אליעזר, חלק יא, ס' צג, אות ג.

[20] שו"ת ויען אברהם, ח"א, חו"מ, סי' א.

[21] חלק א, סי' קנט.

[22] צריך להיות, לעניות דעתי: כל אנשי העיר. והשווה עם הצעתו של הריא"ה הרצוג, תחוקה לישראל על פי התורה, ירושלים תשמ"ט, ח"א, עמ' 200.

[23] ראה שו"ע חו"מ רלא, כז-כח. וראה מ' אלון, שם (הערה 3 לעיל), עמ' 607.

[24] שו"ת הרשב"ש, סי' תריא. ראה גם אמר-שמואל, חו"מ, סי' ב.

[25] במאמרי הנ"ל (הערה 1 לעיל), עמ' 478.

[26] אלא אם כן ניתנה להם הכרה מפורשת, בין לכתחילה ובין בדיעבד, על ידי חכמי ההלכה; וראה שם, עמ' 485 ואילך לדוגמאות בעניין זה.

[27] שם, הערה 22 לעיל, עמ' 200.

[28] שם, עמ' 199.

[29] ראה שו"ת יחווה דעת להרב עובדיה יוסף, ח"ד, סי' סה, ובמקורות שהוא מביא שם, בהערה, בעמ' שיג-שיד; הרב אברהם שפירא, מבט תורני על חוקי המדינה והתקנת תקנות בימינו, תחומין, ג (תשמ"ב), עמ' 239.

[30] במקורות רבים נאמר "ולא בפני עכו"ם", אבל לבד מכך שאין לדעת אל נכון אימתי מדובר בשיבוש שנובע מתיקוני הצנזורה, הנה כתב בתשב"ץ, ח"ד, טור ג, סי' ו, שהאיסור מתייחס גם למי שאינם עובדי עבודה זרה, כמוסלמים, וזאת מכיוון "שהם מכחישים משפטי תורתנו והמביא דין לפנייהם ח"ו, עושה עליו לדתם על תורתנו." וראה עוד כתר דוד, להרב כ"ד קאפלן, ירושלים תשכ"ח, סי' יח, סעיף א.

[31] שם (הערה 2 לעיל), כרך ג, עמ' 19.

[32] ראה שו"ת הרשב"ש, סי' תריב, דף קכד, ב. וראה מאמרי הנ"ל (לעיל הערה 1), עמ' 472. ונראה לי שכך יש לפרש בדברי הש"ך חו"מ כב, טו, וכך במפורש כתב בערוך-השולחן, חו"מ כב, ח.

[33] שמות כא, א.

[34] ראה פירוש רש"י לשמות, שם.

[35] כו, ז.

א35 כן כתב השופט יעקב בזק, בתי משפט בישראל - האמנם "ערכאות של גויים", תחומין, כרך ב (תשמ"א), עמ' 523. לענ"ד כך קרא את הרמב"ם גם השו"ע בחו"מ סי' כו, שכן הוא כתב, בודאי ע"פ הרמב"ם: "אסור לדון בפני דייני עכו"ם ובערכאות שלהם". אמנם, לפי דברי הריא"ה הרצוג (שם, הערה 2 לעיל), כרך ג, עמ' 62 לאיסור ג' טעמים, ואחד מהם - מייקר חוקי הגויים לעומת חוקי התורה, וטעם זה שייך אף בדיני ישראל, אולם ראה ליד הערה 31, שלדעתו אינם בגדר ערכאות של גויים ממש - הערת עורך (א.ו.).

[36] ראה הלכות סנהדרין ז, ב.

[37] ראה הכתיב במהדורת הרמב"ם לעם של מוסד הרב קוק, ירושלים תשכ"ב.

[38] ולא כפי שכתבתי בספרי: מעשה הבא בעבירה, ירושלים תשמ"א עמ' 198. על החובה לקיים דין תורה בפני בית דין הדן דין תורה, ראה גם מה שכתב הרב גדליה פעלדער, ערכאות של נכרים, ספר היובל לכבוד הרב י"ד הלוי סולוביצ'יק, ירושלים תשמ"ד עמ' תז-תט.

[39] חו"מ, סי' כו, סעיף א.

[40] תשובת מהר"ם בן ברוך, דפוס קרימונה, סי' עח.

[41] וראה א' גולאק, יסודי המשפט העברי, ח"ד עמ' 30; מ' אלון, שם (הערה 3 לעיל), עמ' 17.

[42] ראה הקדמת הרמב"ם למשנה תורה.

[43] כפי שסוברים התשב"ץ, ח"ב, סי' רצ, ור' אברהם אבן טוואה בתשב"ץ, ח"ד, טור ג, סי' ו. וראה חבל הפוסקים הסוברים כך שמביא ר' חיים פלאג' בספר גנזי חיים, מערכת ל, סי' מא, וכן דן הלכה למעשה בספר חוקות-החיים, אزمיר תרל"ג, סי' א, דף דא, ד"ה והנראה. וראה גם שו"ת מנחת יצחק, ח"ד, סי' נב; שו"ת יחווה דעת, לר' עובדיה יוסף, ח"ד, סי' סה, ד"ה ועינא; הרב ש' ישראלי, הסגרת עברין לשיפוט זר, תחומין, כרך ח (תשמ"ז), עמ' 288.

[44] וראה מ' פרנק, קהילות אשכנז ובתי דיניהן, תל אביב תרצ"ח, עמ' 117 הכותב, ש"מנוסח החרם ברור לנו, שתכליתו העיקרית היא לעשות סייג בפני המלשינות", וראה דבריו להלן, והערה 2 בעמ' 120.

[45] טור, תחילת ס' כו.

[46] טור חו"מ, ס' כו, הגהות ב"י, ס"ק א.

[47] שו"ת הרי"ף, מהדורת לייטר, ס' רכא.

[48] ברכי-יוסף, חו"מ כו, ד"ה ולי. וראה מ' אלון, שם (לעיל, הערה 3), והערה 52 שם.

[49] מעשה הבא בעבירה, ירושלים תשמ"א, עמ' 172 ואילך.

[50] שו"ת הרשב"ש, ס' שלא

[51] וראה מה שכתבתי עוד בספרי, שם (הערה 49 לעיל), עמ' 196.

[52] ראה הרב גדליה פעלדער, שם (הערה 38 לעיל), עמ' תד.

[53] ספרי הנ"ל (לעיל, הערה 49), עמ' 190 ואילך.

[54] המקור הקשה ביותר נמצא בטור חו"מ ס' כו בשם ספר התרומות, שעל פיו כתב הסמ"ע כו,א, מה שכתב, וראה מה שכתבתי בספרי שם, עמ' 193 ואילך, בביאור הדברים. ואולי אפשר גם לפרש את הדברים על דרך האמור בדבר"י לעיל ביחס לתשובת הרשב"ש, ס' שלא. מכל מקום, ביחס לדברי הסמ"ע השווה עם מה שכתב הט"ז לשו"ע, שם. וראה השימוש שעשה הרב ח"ש שאנן, הפניית התובע לבית משפט, תחומין, כרך יב (תשנ"א), עמ' 253, בדברי הסמ"ע, והדברים צריכים עיון.

54א ראה לאחרונה שו"ת נחלת-פנחס, לר' פ"א מייערס, ב"ב תשנב, א,קכז, ובמקורות המובאים שם.

[55] שו"ת האלף לך שלמה, חו"מ, ס' ג; מובאת גם בשו"ת טוב טעם ודעת, ח"ג, סוף ס' רסא, ללא שינוי, ועם זהותם של בעלי הדין.

[56] שו"ע חו"מ כו,ב.

[57] וראה גם ים של שלמה לבבא קמא, פ"ח ס' סה; שו"ת ויען אברהם (איזראעל), ח"א, חו"מ, ס' א; שו"ת שבט הלוי, ח"ד, ס' קפב; כתר דוד, להרב כ"ד קאפלן, ירושלים תשכ"ח, ס' יח, סעיף ה. כן ראה שו"ת מנחת יחיאל, ח"ב, ס' קסח, בעניין הסכמת בעלי הדין לקבל על עצמם פסק דין של בית דין שניתן יהיה לקיימו בערכאות.

[58] חידושי ר' עקיבא איגר לשו"ע חו"מ ג,א.

[59] וראה גם שו"ת אגרות משה, חו"מ, ח"א, ס' עב.

[60] ראה שו"ת הרשב"א, ח"ו, ס' רנד, ומה שכתבתי במאמרי הנ"ל בהערה 1, עמ' 456.

[61] שו"ת פרי אליהו, ח"ג, ס' פד.

[62] תיק תשמ"ב 992/, פד"ר כרך יג, עמ' 331.

[63] שו"ת הרשב"ש, ס' תיט. וראה רמב"ם, הל' שביתת עשור ג,ג; שו"ת הרא"ש נה,י. וראה מ' אלון, שם (הערה 3 לעיל), עמ' 738.

[64] ירושלמי בבא מציעא פ"ז ה"א.

[65] אלון, שם, עמ' 734-733.

[66] שו"ת יחוה דעת, ח"ד, ס' סה.

[67] וראה גם המקורות שהוא מציין להם שם לעניין זה.

[68] במיוחד אם האיסור הוא דאורייתא, ראה לעיל הערה 43 אבל גם אם האיסור הוא מדרבנן אין בכוחו של מנהג להתירו, כפי שמשמע מהלכת הרמב"ם דלעיל (הערה 63), שהרי הרמב"ם מדבר שם באיסור דרבנן (וראה בהקשר לאותה הלכה את דברי הרמב"ם שם, א,ה). לעניין השאלה, אם בכוחו של מנהג לדחות איסור דרבנן, ראה שו"ת מהרי"ק שורש ט, וספר באר שבע, חלק התשובות, ס' כב.

[69] סמוך להערה 1 לעיל.

[70] דברים יז,יט.

[71] ראה שו"ת משפט כהן, סי' קמד, עמ' שלז-שלח; ריא"ה הרצוג, שם (הערה 2 לעיל), כרך א, עמ' 129; הר"ש ש"ש, עמוד הימיני, תל אביב תשכ"ו, עמ' נט.

[72] דרשות הר"ן, הדרוש האחד עשר, מהדורת פלדמן, ירושלים תשל"ד, עמ' רא.

[73] כל כתבי מהר"ץ חיות, כרך א, ירושלים תשי"ח, עמ' מז.

[74] רמב"ם, הלכות זכיה ומתנה א, טו.

[75] תשב"ץ, ח"א, סי' קנח, ביחס לשאלה, אם אפשר להכשיר דיין שידון את מי שהוא פסול לו, וזאת מכוח מינויו על ידי השלטון הנכרי.

[76] תשב"ץ, ח"ב, סי' רצ. וראה גם המקורות המובאים במאמרי הנ"ל (הערה 1 לעיל), עמ' 442, הערה 98. וראה עתה בספר נח בית דין יפה (להלן, הערה 102), עמ' צג, בשם עדות ביעקב ואורח לצדיק.

[77] שם (הערה 1 לעיל), עמ' 460 ואילך.

[78] שו"ת הריב"ש, סי' שה, דף פד ע"ד.

[79] ראה גם הדוגמאות המובאות על ידי, שם (הערה 1 לעיל), בעמ' 442-443, לחקיקה של הכנסת, שבמידה שיש בה התנגשות עם דיני איסור והיתר של ההלכה, אין בה כדי להכשיר את המעשה, והכלל "דינא דמלכותא דינא" לא יחול. והנה, במאמרו: "הצמדה, קנסות פיגורים וריבית בחיובי מזונות", תחומין, כרך יב (תשנ"א), עמ' 373, מביא הרב אברהם שרמן ממה שכתבתי בספרי "סדר הדין", ירושלים תשמ"ח, עמ' 390, בשם הרמב"ן בתשובותיו, סי' מז, שכתב שתוספת תשלום שמחוייב בה אדם מכוח דין המלכות "אינו בכלל ריבית". מדברי הסיק הר"א שרמן, כאילו יש, לדעתי, יסוד בשיטת הרמב"ן "להיתר למלכות לגזור ולתקן חוקים, שכל מטרתם ומהותם היא תוספת רבית", ועל כך הוא כותב שאין להסיק זאת מדברי הרמב"ן. ובאמת, דברי הרמב"ן לא הובאו על ידי - כנאמר במפורש שם - אלא בקשר לאיסור ריבית החל על הנותן, שכאשר מדובר בחיוב שנוצר בערכאות - שלא מרצונו, אלא בעל כורחו של זה - אין עליו איסור ריבית. בנקודה זו ציינתי את דברי ר' בצלאל שטרן בשו"ת בצל החכמה, ח"ג, סי' נא, הכותב, שכאשר הלווה חוייב בערכאות לשלם ריבית, והוא עשה כן מתוך ההכרח, אין בתשלום משום ריבית. ומאחר שהמשיב לא ציין לשיטת הרמב"ן התומכת בדבריו, הבאתי אני את דברי הרמב"ן (כאמור, אך ורק לנקודה הנזכרת). לא עסקתי שם כלל בשאלת כשרותו של חוק הכנסת ה"מתיר" ריבית, ומעולם לא עלתה בדעתי, חלילה, מחשבה כזו. בקשר לשיטת הרמב"ן הנ"ל יש להעיר עוד, שגם כאשר אדם תובע בערכאות מחמת חוק המלכות, אינו עובר על איסור, כפי שפסק בעל תרומת הדשן בתשובתו המובאת להלן בהערה 86.

[80] ראה הערה 24 לעיל.

[81] ראה דברי לעיל, סמוך להערה 25.

[82] מסקנה זו מתחייבת מיחסי הכוחות בכנסת, ובשיטת המשטר הדמוקרטית אין דרך אחרת שבה ניתן לעמוד על רצון הרוב אלא באמצעות נציגיו של הציבור בכנסת.

[83] הרב ב"צ מאיר חי עוזיאל, יסודות דין המלכות בישראל ובעמים, התורה והמדינה, כרך ה-ו (תשי"ג-תשי"ד), עמ' טז. וראה גם דברי במאמרי הנ"ל (הערה 1 לעיל), עמ' 445.

83 א אבל השווה עם המובא בספר כח ב"ד יפה, ירושלים תשנ"ב, עמ' צח, עפ"י מכתב שכתב הר"מ פיינשטיין, שבו הוא מסתפק אם יש רשות לפנות לבית משפט [של המדינה] אפילו בעקבות קבלת כתב סירוב מבי"ד, שכן "דבר אסור וחילול השם נורא למסור הדברים לכופרים". אבל ראה דברי המחבר עצמו בעמ' ק, ד"ה וצריך.

[84] יחס ההלכה לחוקי המדינה, תחומין, כרך ג (תשמ"ב), עמ' 244.

[85] ראה שו"ת מנחת יצחק, ח"ט, סי' קנה; שו"ת בצל החכמה, ח"ד, סי' לז. והשווה עם דבריו של הר"ש ואזנר בשו"ת שבט הלוי, ח"ד, סי' קפב, לעניין הצורך בקבלת היתר מבית דין דווקא. וראה דבריו של הרב ג' פעלדער, שם (לעיל, הערה 38), עמ' תג-תד.

[86] תרומת הדשן, שאלות ותשובות, סי' רעו, מהדורת ש' אביטן, ירושלים תשנ"א, עמ' רכג (סימן זה נשמט בחלק ממהדורות הספר מחמת הצנזורה).

[87] הרב ח"ש שאנן, הפניית תובע לבית משפט (תיק תשמ"ג 958/), תחומין, כרך יב (תשנ"א), עמ' 251.

[88] שם, עמ' 258 האם אפשר להסיק מכאן, כי יש היתר לאישה התובעת מבעלה מזונות, להגיש תביעתה בבית משפט מחוזי כאשר לדעתה בית המשפט עשוי לפסוק לה מזונות בשיעור גבוה יותר מכפי שעשוי לפסוק לה בית הדין הרבני? כידוע, לפי סעיף 4 לחוק שיפוט בתי הדין הרבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג 1953-, זכותה של האישה התובעת מזונות מבעלה לבחור לה את הגוף השיפוטי שבפניו תגיש את התביעה, ורווחת הדעה שבתי המשפט נוהגים ביתר נדיבות מכפי שנוהגים בתי הדין. לדעתי, התשובה לכך היא שלילית. ראשית, לפי פסיקת בית הדין בחיפה, הפנייה לבית משפט אינה מותרת אלא לאחר שבית הדין הרבני התיר את הגשת התביעה שם, וזאת לאחר שבירר שמבחינת ההלכה יש חיוב על הנתבע, אלא שבשל סיבות אלו ואחרות אין התובע יכול

לממש את זכותו בבית הדין. שנית, בית הדין קבע - בין יתר מסקנותיו - שאפשר שהפניית התובע לערכאות אינה אלא כשעל פי דין תורה יש חיוב. גובה סכום המזונות המגיע לאישה תלוי בהערכת בית הדין באשר לסכום המדויק אשר לו היא זכאית, וכל סכום מעבר לכך מהווה - מבחינת ההלכה - חיוב שלא כדין. על כן אין להשליך ממסקנותיו של בית הדין ביחס לחיוב שנקבע על-פי דין תורה, לגבי חיוב שאינו מוכר על פי דין תורה.

[89] בהערה 24.

[90] ראה רמב"ם, הלכות סנהדרין ד,א.

[91] שם, ה,ב.

[92] שו"ע חו"מ ב,א.

[93] ראה מ' אלון, שם (הערה 3 לעיל), עמ' 567 ואילך; מ' פרנק, שם (לעיל, הערה 44), עמ' 42 ואילך.

[94] וראה מה שכתב הריא"ה הרצוג, שם (הערה 2 לעיל), כרך ב, עמ' 58. כן ראה הרב י"מ גינצבורג, משפטים לישראל, ירושלים תשט"ז, עמ' מא ואילך, כמו כן ניתן לבסס את הכרתה של ההלכה בבתי משפט הדנים בפלילים על "משפט המלך", וראה בעניין זה הרב א"י וולדינגברג, הלכות מדינה, ח"א, ירושלים תשי"ב, עמ' רנב ואילך; הרב ל' בר-אילן, שם (הערה 3 לעיל), עמ' 182 ואילך. וראה עוד להלן, הערה 98. המדובר כאן הוא אך ורק בהכרה בסמכות השיפוט בפלילים של בית משפט יהודי. להכרה בסמכות השיפוט של ערכאות של גויים, מכוח הכלל: "דינא דמלכותא דינא", ראה ש' שילה, דינא דמלכותא דינא, ירושלים תשל"ה, לפי המפתח בסוף הספר. לשאלה, אם מותר להסגיר יהודי לשיפוט בערכאות של גויים, ראה המאמרים שנתפרסמו בנידון זה בתחומין, כרך ח (תשמ"ז), עמ' 263-309. לעמדתם האוסרת של הרב שאול ישראלי ושל הרב י"ד בלייך, שם, ראה גם שו"ת דרכי שלום (לייטער), ח"א, וינא תרצ"ב, ס' כח; שו"ת מאורות נתן, פיעטרקוב תרצ"ו, ס' סא.

[95] ראה סמ"ע לשו"ע, שם, ס"ק יד.

[96] ריא"ה הרצוג, שם (לעיל, הערה 2), כרך א, עמ' 147.

[97] שם, עמ' 173.

[98] ראה המובא במאמרי הנ"ל בהערה 1, עמ' 431, 445, 461, 495 ואילך.

[99] ראה מאמרי הנ"ל, עמ' 483 ואילך. אבל השווה עם דבריו של הראשל"צ, הרב מרדכי אליהו, יחס ההלכה לחוקי המדינה, תחומין, כרך ג (תשמ"ב), עמ' 243.

[100] אכן, ראה דבריו של הרב א"י וולדינגברג, שם (הערה 93 לעיל), עמ' רנט, העומד על כך, שהשופטים הדנים בפלילים וכיו"ב צריכים להיות חכמים בתורה ההולכים בתורת ה', אבל אינו מתייחס לשאלה: מה מעמדם של שופטים שאינם ממלאים אחר תכונות אלה?

[101] הכרה מסוייגת זו מזכירה במידת מה את ההבחנה הקיימת בהלכה ביחס לדין שטרות העולים בערכאות של נכרים, שלעניין אותם דברים שבהם המלכות מקפדת, כמו כשרותם של העדים הנכרים החתומים עליהם - הם כשרים, כלומר ההלכה מכירה בכשרותם, אף על פי שאלמלי הדין הזר לא היה השטר כשר, אבל לעניין דברים שאין המלכות מקפדת בהם, כמו ביטול השטר בשל פגם המצוי בו, אין השטר כשר, כיון שמצד ההלכה הוא פסול, ולמלכות לא איכפת שיהא תוקפו של השטר נדון על פי דיני ישראל. ראה שו"ת הריב"ש, ס' שה, דף פג ע"ג-ע"ד; תשב"ץ, ח"ב ס' רצ, וח"ג ס' יח.

[102] ראה הרב מרדכי אליהו, שם, עמ' 244, והרב אברהם שפירא, שם, עמ' 239, המציין יחד עם זאת, כי שופט דתי עלול לפסוק "על כורחו לפי חוק שהוא בבחינת גזל בעיני ההלכה". אשר לשאלה, אם מותר לשמש כשופט, או חבר בחבר מושבעים, אצל נכרים, ראה שו"ת בית אבי, ח"ב ס' קמד, וח"ג ס' קסב; שו"ת משנה הלכות, ח"ד ס' ריג; מבשר טוב, לרבי מאיר אייזיקזאהן, ח"א ס' פה. לשאלה, אם מותר לשמש כעו"ד אצל בתי משפט של נכרים, ראה שו"ת משנה הלכות, ח"ו ס' שיג, וח"ז ס' רנה [לעצם השאלה, אם מותר להשתמש בשירותיו של עורך דין, או טוען רבני, אף בבית דין הדן דין תורה, ראה מש"כ בספרי: סדר הדין, ירושלים תשמ"ח, עמ' 65 ואילך, ונוסף למובא שם ראה עתה בספר כח בית דין יפה, להרב א"מ ברייטשטיין, ירושלים תשנ"ב, עמ' רי (הערת הגר"ד הורוויץ)]. לשאלה, אם מותר לרואה חשבון למסור חוות דעת של מומחה לערכאות, ראה הרב כ"ד קאפלין, בענין ערכאות, נועם, כרך ט תשכ"ו), עמ' רטז [=כתר דוד, ירושלים תשכ"ח, ס' יח]. לשאלת מסירת עדות בערכאות, ראה הרב ג' פעלדער, שם (הערה 38 לעיל), עמ' תה-תו; הרב ל' בר-אילן, שם (הערה 3 לעיל), עמ' 179 ואילך.

[103] ראה שו"ע חו"מ כו,ב.

[104] ראה לעיל, הערה 102.

[105] ראה צ' זינגר, פרקים במשנת הרב קוק, ירושלים תשל"ד, עמ' 327 ואילך.

[106] ראה תשב"ץ, ח"ב ס' סח: "כיון שהלכו תחילה לדון לפני האומות ובדיני האומות יצאו חייבין, הרי הם כאילו קבלו עליהם לדון באותו דין ומחלו זכותם, והרי מה שדנו האומות ... קיים". וראה בספרי: מעשה הבאה בעבירה, ירושלים תשמ"א, עמ' 196-197. והשווה עם מה שכתב בספר כח בי"ד יפה (לעיל, הערה 102), עמ' ק.

[106x](#) המדובר בחשש איסור הנובע מהיזקקות לערכאות תוך שימוש בשירותיו של עורך-דין; כשהפנייה לעורך הדין היא רק כדי שסייע לצדדים להגיע לפשרה, אין בכך כל איסור, ואין כל הבדל בין זה לפנייה לעורך-דין כדי שסייע בעריכת חוזה, ראה שו"ת דברי שלום (קרויז), חלק ו' סי' רפח.

[107](#) שו"ת יחווה דעת, ח"ד סי' סה, בהערה בעמ' שיג.

[108](#) ראה גם דבריו בעניין זה של הרב גדליה פעלדער, שם (הערה 38 לעיל), עמ' תי.

[109](#) שם (הערה 38 לעיל), עמ' תי-תיא.

[110](#) לעניין "מסייע", השווה עם המובא על-ידי הרב כ"ד קאפלין, בענין ערכאות, נועם, כרך ט (תשכ"ו), עמ' רכד, בשם הרי"י וייס, בעל "מנחת יצחק".

[111](#) להצעות מעשיות בנושא זה, ראה מאמרי: למקומו של ההיבט ההלכתי בהוראת אזרחות במערכת החינוך הדתי, ספר זכרון להרב עזריאל דביר, בעריכת א' וסרטייל (בדפוס).

[112](#) עצם העובדה שאיסור, לאחר שפשט, אין רוב הציבור יכולים לעמוד בו, אינה יכולה אמנם לשמש יסוד לביטולו, ראה ר"ן על הרי"ף, עבודה זרה, פרק שני, דפוס וילנא, דף יד, ב"ד ה"ה רבי יהודה הנשיא, ובוודאי שאי אפשר לבטלו על ידי בית דין קטן מבית הדין שאסר, ראה רמב"ם הלכות ממרים ב.ב. ואיסור שנקבע בתלמוד אינו ניתן לביטול מכל מקום, מאחר שפשט בכל ישראל, כדברי הרמב"ם בהקדמתו למשנה תורה. ואולם, הסיבות לכך שאיסור זה הוא בבחינת גזירה מן הסוג האמור, כפי שיבואר להלן, יש בהן כדי לשמש יסוד להתקנת תקנות נחוצות על ידי חכמי ההלכה.

[113](#) ראה שו"ע חו"מ יד, ה, והמובא בספרי: סדר הדין, ירושלים תשמ"ח, עמ' 392.

[114](#) ראה שו"ת מהרש"ך, ח"א סי' סב, והמובא בספרי, שם, עמ' 391.

[115](#) ראה מאמרי: החיוב בהוצאות משפט בפסיקת בתי הדין הרבניים, דיני ישראל, כרך י"א (תשמ"א-תשמ"ג), עמ' רעו-רעז, הערה 57.

[116](#) ראה שו"ת מהרש"ך, ח"ג, תוספות, סי' ז, והמובא על ידי י"ז כהנא, מחקרים בספרות התשובות, ירושלים תשל"ג, עמ' 330 ואילך. וראה גם מאמרי: תקנת צפת ותשובות חכמי צפת בענין שינוי ערך המטבע, סיני, כרך פב (תשל"ח), עמ' קט.

[117](#) ראה דבריו המפורשים, בהקשר זה, של הרב שלמה דיוכובסקי, חיובי הצמדה בבתי הדין הרבניים, דיני ישראל יב (תשמ"ד-תשמ"ה), עמ' קיב.

[118](#) ראה מאמרי הנ"ל (הערה 115), עמ' רפ ואילך.

[119](#) ראה ערעור תשל"ד 49, פד"ר כרך י', עמ' 14 מפי הר"מ אליהו, כיום נשיא בית הדין הרבני הגדול לערעורים. על דברים אלה חזר הרב במאמרו: יחס ההלכה לחוקי המדינה, תחומין, ג (תשמ"ב), עמ' 245.

[120](#) תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים, תשנ"ג - בתוקף מר"ח שבט תשנ"ג.

[121](#) תקנה קיט(1), שם: "בית הדין מוסמך לפסוק הוצאות המשפט. הוצאות המשפט כוללות אגרות ... וכל הוצאה אחרת שתיראה לביה"ד. תקנה דומה היתה קיימת בשעתו בתקנות הדיון הראשונות משנת תש"ג (תקנה פד), אבל היא בוטלה בתקנות משנת תש"ך. וראה מה שכתבתי בעניין זה במאמרי הנ"ל (הערה 115), עמ' רפב ואילך. אבל ראה דבריו של הרב הראשי לישראל, ה"ר א' שפירא, במבוא לתקנות הדיון משנת תשנ"ג, המצדד בהסדר שאלת החיוב בהוצאות משפט בדרך של קבלה ע"י הצדדים בכתבי טענותיהם. הסדר זה עדיף בעיני על שינוי בדיני הגרמות בדרך של תקנה. דומה בעיני, שכונת הדברים היא שראוי כי בנוסף לתקנה קיט(1) יותקן נוהל המפרט את ענין הוצאות המשפט בכתבי הטענות, אבל ביה"ד מוסמך להטיל הוצאות גם ללא תיקון נוסף זה, וזאת לאור לשון התקנה הנ"ל.

[122](#) ראה שבת קנג, א.

[123](#) שם.

[124](#) ראה ההלכה ברמב"ם, הלכות שבת ו, כב.

[125](#) ראה שו"ע או"ח שא, לג, ומשנה ברורה, שם ס"ק קנג; שו"ת הרמב"ם, מהדורת בלאו, סי' שי, עמ' 577; חידושי הרשב"א לשבת קעג, א ד"ה אין עמו, בשם תוספות (אבל השווה עם דעת הרמב"ן המובאת על-ידי הרשב"א, וראה גם שו"ת הרשב"א, ח"ד סי' רעז, בשם רבותינו הצרפתים, והשווה עם דעת הרשב"א עצמו, שם); מרדכי לשבת פ"א סי' רמז (ובאותו עניין: שו"ת חתם סופר, או"ח סי' ס, ד"ה ותו; שו"ת פנים מאירות, ח"א סי' לח; שו"ת קול מבשר, ח"א סי' יא); שו"ת יהודה יעלה, ח"א סי' ס; שו"ת עין יצחק, ח"ב סי' סד, סעיף יד; שו"ת באר יצחק, אה"ע, סי' א, ענף יב; שו"ת אגרות משה, או"ח, ח"ב סי' סד, ד"ה והעצה; שם, יו"ד, ח"ב סי' סג, ד"ה וי"ב המשרדים. ויש שאנו מוצאים להפך, שכיוון שאדם בהול על ממונו - אין להתיר לו; ראה שבת קיז, א. וכן אנו מוצאים - שבפוסקים שיש שנמנעו מלהתיר משום הטעם שאדם בהול על ממונו; ראה, לדוגמא, שו"ת מנחת יצחק, ח"ג סי' סט, סעיף א; וח"ז סי' יט, ד"ה ובזה. ומצאנו שו"ת שרידי אש, ח"ב סי' פג, שכתב גם לגבי איסורי נידה, ש"הדבר ברור שבזמננו ובמקומותינו רוב בני אדם אינם מעמידים את עצמם לענין איסור נידה, ואי לא שרין להו - ודאי אתי לעבור על איסור נידה החמור,

ולפיכך מצוה לחפש אחרי היתרים וקולות עד כמה שידנו מגעת.

[126] שו"ת הרי"ד, סי' מה, ירושלים תשכ"ז, עמ' רטו.

[127] שו"ת היכל יצחק, או"ח, סי' ל.

[128] וראה גם שו"ת יביע אומר, ח"ד סי' ז.

[129] לשאלה, היכן משמש "הפסד מרובה" שיקול להתרת איסורים והיכן לא, ראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך "הפסד מרובה", כרך י', עמ' לב.

[130] מצאנו בשו"ת הרשב"א, ח"א סי' יח, הסבר לשאלה, מדוע אין מברכין על מצוות עשיית הדינים? ותשובת הרשב"א לכך היא: "שמא לא יקבלו בעלי הדין את דעתו", בהסבר הדברים כותב בעל "שדי חמד", אסיפת דינים, אות ב, מערכת ברכות, סי' א, סעיף טז, ד"ה ועל הדינים: "דאף דחייבים לקבל הדין, מכל מקום אי אפשר לנו לסמוך על זה, כי אדם בהול על ממונו ואפשר שלא יחוש על מה שחייב לקבל הדין", ומטעם זה לא תקנו ברכה על מצווה זו. וראה גם שו"ת משפטי עזיאל, אה"ע, סי' פח, סעיף ב. כאן מדובר בהימנעות מלתקן תקנה, מחמת טבע האדם שלא להפסיד את כספו, גם במחיר עבירה על איסור.

[131] בבא קמא ס,א.

[132] ראה פסקי הרא"ש, בבא קמא, ב,ו; שו"ע חו"מ תכ"א. וראה המובא באנציקלופדיה תלמודית, ערך "גרמא בניזקין; גרמי", כרך ו, עמ' תפכ-תפה; הרב א' שיינפלד, נזיקין, ירושלים תשנ"ב, עמ' 138-139, 298-299.

[133] ראה המובא על ידי הרב שיינפלד, שם, עמ' 298.

[134] שם (לעיל, הערה 118), עמ' 244.

[135] יחס ההלכה לחוקי המדינה, תחומין, כרך ג (תשמ"ב), עמ' 248.

[136] ריא"ה הרצוג, שם (הערה 2 לעיל), עמ' 26.

[137] וראה גם דברי ש' שילה, למעמדו של המשפט העברי במדינה, דיני ישראל, כרך ה (תשל"ד), עמ' 257.

[138] ראה בג"ץ 62/72 רופאיזן נ' שר הפנים, פ"ד טז, עמ' 2439; כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מא(2), עמ' 736-737.

[139] מן הראוי להעיר, שעל פי פסיקת בג"ץ אין כל פסול בהוצאתו של כתב סירוב שמוציא בית דין רבני כנגד מי שמסרב לקבל עליו את שיפוטו של בית הדין (כבורר). ראה בג"ץ 77/68 ובג"ץ 77/484 (לא פורסמו), שמצוטטים בפסק דינו של בית הדין הרבני בירושלים בתיק תשל"ח 2829/, פד"ר כרך יא, עמ' 268. ובהקשר זה נאמר שם: "גם המחוקק החילוני איננו שולל את סמכותו של בית הדין הרבני להיות, מבחינת ההלכה, ערכאה מוסמכת לענייני ממונות, אלא שהמחוקק החילוני לא מסר לבית הדין כח אכיפה חילוני לסמכות שיפוטו במקרים אלה." אילו סבר בית המשפט העליון, שבית דין מנוע מלדון בענייני ממונות משום שהסמכות היחודית לכך היא בידי בתי המשפט, היה רואה, ללא ספק, בהוצאת כתב סירוב דבר שאין בית הדין רשאי לעשותו.