

עמדת פוסקי ההלכה כלפי מערכת המשפט של מדינת ישראל

חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה"

מאת מרטין ססלר

בהדרכת פרופ' דניאל נ. לסקר

המחלקה למחשבת ישראל

מוגש לסינאט אוניברסיטת בן-גוריון בנגב

כסלו תשס"ט

תוכן עניינים

II-IV	תוכן עניינים
I-XIV	תקציר
1	<u>פרק 1. מבוא</u>
1	1.1. מחקרים קודמים
2	1.2. שאלת המחקר
7	1.3. מטרות המחקר
13	<u>פרק 2. הבסיס ההלכתי לדין ערכאות</u>
13	2.1. מבוא
14	2.2. הבסיס המקראי למערכת המשפט היהודית
16	2.3. בתי הדין בימי הבית השני
19	2.4. בתי הדין בתקופת המשנה והתלמוד
21	2.5. בתי דין של הדיוטות
32	2.6. דין ערכאות על-פי חז"ל ועל פי פוסקי ימי הביניים
52	2.7. סיכום ומסקנות
	<u>פרק 3. גיבוש העמדה של פוסקי ההלכה כלפי מערכת משפט של מדינת ישראל</u>
55	3.1. מבוא היסטורי
59	3.2. הקמת המדינה והשלכותיה על מערכת המשפט
71	3.3. הקמת המדינה והשלכותיה על ההלכה היהודית
73	3.4. הכרת פוסקי ההלכה ברשות המחוקקת וברשות המבצעת
77	3.5. עמדתם העקרונית של רבנים ופוסקי הלכה
101	3.6. עמדת העקרונית של בתי דין הרבניים
107	3.7. סיכום ומסקנות
111	<u>פרק 4. העמדות כלפי המשפט האזרחי במבחן הפרקטיקה</u>
111	4.1. מבוא
112	4.2. היחסים בית בתי הדין לערכאות

121	4.3. הפנייה לערכאות
124	4.4. סדרי משפט בערכאות
128	4.5. סיכום ומסקנות

פרק 5: עמדת פוסקי ההלכה כלפי המשפט הפלילי בערכאות

130	5.1. יסודות המשפט הפלילי העברי
133	5.2. הפתרונות החוץ-הלכתיים בהלכה היהודית
137	5.3. המחלוקת על הפתרונות החוץ-הלכתיים
145	5.4. סיכום ומסקנות

פרק 6: עמדתם של פוסקי ההלכה כלפי בג"ץ

147	6.1. מבוא
150	6.2. עתירות נגד הרבנות הראשית
153	6.3. עתירות נגד בתי הדין רבניים
161	6.4. בג"ץ וההלכה היהודית
183	6.5. תגובתם של הרבנים ושל פוסקי ההלכה למעמד מורשת ישראל בשפיטה
187	6.6. בג"ץ קעדאן
196	6.7. סיכום ומסקנות

פרק 7: עמדתם של פוסקי ההלכה כלפי החקיקה השיפוטית

203	7.1. החקיקה השיפוטית
204	7.2. בג"ץ בבלי
216	7.3. הלכת שיתוף הנכסים בבית הדין הרבני
220	7.4. השלכותיו של הג"ץ בבלי
225	7.5. סיכום ומסקנות

פרק 8: עמדתם של פוסקי ההלכה כלפי שופטים דתיים

227	8.1. מבוא
-----	-----------

229	8.2. עמדתם של השופטים דתיים כלפי משפט המדינה
234	8.3. עמדתם של רבנים ופוסקי הלכה כלפי השופטים הדתיים
237	8.4. עמדתם של פוסקי הלכה כלפי הפסיקה של שופטים דתיים
237	8.5. בג"ץ ויליאם נקש
254	8.6. סיכום ומסקנות

פרק 9: סיכום ומסקנות 258

258	9.1. אחדות הדעים בין הפוסקים לגבי הערכאות
266	9.2. הלכה ותיאולוגיה
277	9.3. המחלוקת על הערכאות כמרכיב בדילמה הדתית

נספחים 283

I-XIII	ביבליוגרפיה
1-19	תקציר באנגלית

תקציר

פרק 1: מבוא

המטרה של עבודת המחקר "עמדת פוסקי ההלכה כלפי מערכת המשפט במדינת ישראל" היא לבחון את עמדת ההלכה היהודית, כפי שהיא משתקפים בדברי הפוסקים, כלפי מערכת המשפט הקיימת במדינת ישראל. השאלה מתעוררת בין היתר, משום שההלכה היהודית, החל מן ההלכה התלמודית ועד פסקי ההלכה של פוסקים ראשונים ואחרונים, אוסרת פנייה של יהודים ל"ערכאות של גויים" ול"ערכאות של הדיוטות". מערכת המשפט של מדינת ישראל, למעט בתי הדין הרבניים הפועלים מכוח סמכות הכנסת על פי דין תורה, מושתתת על חוקי הכנסת ותקדימים משפטיים, ולכן לא יכולה, לכאורה, להיחשב ל"ערכאות של גויים", היות שרוב שופטיה הם יהודים. לעומת זאת ניתן לחשוב שבית משפט השלום, בית המשפט המחוזי ובית המשפט העליון הם "ערכאות של הדיוטות", כי דינם אינו דין תורה. אם הם אכן ייחשבו ל"ערכאות של הדיוטות", ואף לערכאות של גויים, כלומר לבתי משפט של שופטים שאינם בקיאים בדין תורה, הם לכאורה אינם לגיטימיים מבחינה הלכתית. על כן אדם דתי, בעל אמונה ושומר מצוות, אינו רשאי, מבחינה תורנית, לפנות אליהם. אם זה אכן נכון, יחולו על בתי המשפט של מדינת ישראל כל אותם פסקי הלכה הנאבקים ללא הרף בפני ייה של יהודים לערכאות.

מטרת העבודה היא ל השיב על השאלה, מהי עמדתם של פוסקי ההלכה בני זמננו כלפי מערכת המשפט הישראלית. מחקר זה אינו עיון בספרות תיאורטית-הלכתית, אלא בחינה של עמדת פוסקי ההלכה השונים הן ברמה העקרונית והן ברמה המעשית.

התיזה המרכזית במחקר זה היא שריבוי הדעות של פוסקי ההלכה מן הזרמים האורתודוקסיים השונים, הציונים-לאומיים, הספרדים והחרדיים לגוניהם, מצביע על כך, שאין זאת בעיה הלכתית גרידא. יתכן, כי שאלת ההכרה של פוסקי ההלכה במוסדות השיפוט של מדינת ישראל הינה חלק ממכלול ההתייחסויות האידיאולוגיות-תיאולוגיות אל מדינת ישראל. האם נכון הוא, שמי שרואה במדינת ישראל "אתחלתא דגאולה", גורס בעצם, שמוסדות המדינה, ובתוכם גם בתי המשפט שלה, לגיטימיים, ומי שטוען שמדינת ישראל הוקמה טרם העת, שולל את הלגיטימיות שלה ושל מוסדותיה ומכיר בהם לכל היותר בדיעבד? מבחינה פנים-הלכתית הבעיה היא: האם ההלכה ערוכה ל טפל במדינה יהודית שאינה גולה ולא גאולה ושהוקמה על-ידי יהודים פורקי עול תורה, טרם העת ולא על יסודות התורה?

למכלול הנושאים במחקר זה יש חשיבות ציבורית רבה מאוד, ומפליא הדבר, שלא נעשה עד כה מחקר מקיף בנושא זה. בימים אלה, לאחר ששים שנים של קיום מדינת ישראל מחריף הוויכוח הציבורי על אופיה היהודי והדמוקרטי של מדינת ישראל. מחקרים רבים נכתבו בנושא זה, אך כמעט אף אחד לא התייחס למימד ההלכתי של הבעיה. רוב המחקרים בחנו את הסוגיה של יהדות ודמוקרטיה מהזווית של מדעי החברה ומדעי המדינה או מהזווית התיאולוגית, תוך התעלמות מן ההיבטים ההלכתיים. מחקר זה מציע לבחון את הסוגיה בעיקר מהזווית ההלכתית. לכן תיבחן עמדתם של פוסקי ההלכה, ציונים כחרדים, כלפי פסיקת בתי המשפט הפועלים על בסיס של חוקי הכנסת, של חקיקת המשנה ושל החקיקה השיפוטית. מהעיון בחומר ההלכתי לסוגיו מתברר גם, שפוסקי ההלכה שמו בעיונם את הדגש על הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל ומיעטו לעסוק בעניין הערכאות. אנחנו עדים לכך, שבשנים האחרונות עבר העימות בין חילוניים לדתיים מזירת החקיקה הדתית של הכנסת לזירת פסקי הדין של בתי המשפט, בעיקר של בית המשפט העליון בשבתו כבג"צ. למעבר הזה יש בהחלט מימד הלכתי, הטעון בדיקה מדוקדקת. אפילו אם מקבלים את כשרות החקיקה של הכנסת, יש לבדוק, האם פוסקי ההלכה יכולים להכשיר את החקיקה השיפוטית, שבשנים האחרונות מתעצמת דווקא בנושאים בהם הכנסת לא חוקקה חוקים בגלל המחלוקת בעניין דת ומדינה.

פרק 2: הבסיס ההלכתי של דין ערכאות

העיון בבסיס ההלכתי של השאלה, האם בתי המשפט בישראל הם ערכאות, מתמקד במעמדם ההלכתי של "ערכאות של גויים" ו"ערכאות של הדיוטות". הדיון ההלכתי הבסיסי התקיים בתנאי גלות ישראל. העיון במקורות ההלכתיים של התנאים והאמוראים, של גאוני בבל ושל פוסקים ראשונים כאחרונים, מלמד שלמעשה נזקקו רבים הן לערכאות של גויים והן לערכאות של הדיוטות.

ברמה העקרונית הפניה אל ערכאות של גויים אסורה והסיבה היא הן הלכתית והן תיאולוגית: הלכתית, מפני שראובן עלול להחזיק בממונו של שמעון בניגוד לדין; תיאולוגית, מפני שבהליכה אל בית המשפט הנוכרי נוצרת הכרה במשפטיהם. בדינים ובמשפטים של העמים משתקף טיב אלוהיהם. הפונה אליהם מביע, במידה מסוימת, הכרה באלוהיהם ונחשב "כמגדף ומחרף ומרים יד בתורת משה רבינו". למרות איסור חמור זה, ניתן ללמוד מהדיון על תוקפם של "שטרות העולים בערכאות של גויים", שבכל הדורות פנו יהודים לשיפוט ב"חוקיהם ונימוסיהם", כך שהיה צורך לקבוע נהלים וסייגים לפני יה אסורה זו. כנגד זה אנחנו רואים, שהסמכות המוגבלת של היהודים במסגרת האוטונומיה המשפטית בתפוצות הגולה הביאה לא פעם את בתי הדין לפני יה אל הערכאות של הסביבה הנוכרית על מנת לאכוף גזר דין על בעל דין אלים.

מחלוקת החכמים בשאלה, האם הדיינים הנוכריים הם הפסולים או האם הדין הנוכרי עצמו פסול, נעוצה בגרסות השונות של דברי הרמב"ם בכתבי היד ובדפוסים: "כל הדין בדיני/דייני עכו"ם ובערכאות שלהם אע"פ שהיו דיניהם כדיני ישראל..." המחזיק בגרסת 'דיני עכו"ם' יפסול בהמשך הן את הדין הנוכרי והן את הדין הנוכרי, אך המחזיק ב'דייני עכו"ם' יתיר בהמשך דייני הדיוטות הדנים שלא על פי דין תורה.

גם בשאלת התוקף ההלכתי של הסכמת שני בעלי הדין להדיין בפני ערכאות של עכו"ם על סמך "כל תנאי שבממון קיים", אין גישה אחידה אצל פוסקי ההלכה. בולטת חומרת האיסור על הפנייה אל ערכאות של גויים, לעומת קלות האיסור לפנות לערכאות של הדיוטות. ניתן להסיק, שברובד ההלכתי אין הכרעות ברורות לגבי הפנ"ה לבתי-דין של הדיוטות, השופטים לפי "אומד הדעת" או אפילו לפי "נימוסיהם", לא לגבי ההתנ"ה ולא לגבי סוג הדין הנהוג בערכאות אלה, אלא רק לגבי הפניה לערכאות של גויים.

בעת החדשה האמנציפציה והציונות נתנו את אותותיהן בדיון ההלכתי בעניין ערכאות של גויים וערכאות של הדיוטות. לקראת סופה של המאה ה-19 ובתחילת המאה העשרים החלו גם שלומי אמוני ישראל לפנות בענייני ממונות, תחילה מעט ובמשך יותר, לבתי המשפט הכלליים, ו"דין תורה" הפך יותר ויותר לבוררות הנעדרת כוח כפי שהיא מאפיינים אחרים של אוטונומיה שיפוטית.

פרק 3: עמדתם של פוסקי ההלכה כלפי מערכת המשפט של מדינת ישראל

הפוסקים, ציונים כחרדים, לא ראו צורך לקיים דיון חדש בכל הקשור לבתי-המשפט של מדינה יהודית עצמאית. הם מקישים מן סוגית הערכאות באלטונה (Altona) שליד המבורג בגרמניה של ראשית המאה ה-19 על מדינת ישראל של סוף המאה ה-20. המדינה נתפסת על-ידי רוב הפוסקים כ"קהל ענק" עליו חלים כל הכללים ההלכתיים שחלים על קהילות ישראל בתפוצות הגולה בעבר, בהווה ובעתיד. לכן בחרו פוסקי ההלכה לסתום את הגולל על כל אפשרות הלכתית לפסוק בנדון לקולא. פוסקי ההלכה מכשירים את חוקי הכנסת, אך לא את בתי המשפט הפועלים על בסיס חוקים אלה. חלק מהפוסקים מדגישים את הטעות החמורה של הציבור בישראל ובתוכו אף של שומרי תורה ומצוות, בנושא מעמדם של בתי-המשפט, כאילו חל על מוסדות המשפט הכלל "דינא דמלכותא דינא" בגלל היות השופטים יהודים. כטעות נתפסת נוכחותם של שופטים דתיים בערכאות אלו, מפני שהם מחזקים את האשלייה של כשרות ער כאות אלו. יש הטוענים שמשפטם של כופרים חמור ממשפטם של נוכרים. שופטי הערכאות מדומים לבהמה פגומה המוקדשת למזבח.

התנגדותם של פוסקי ההלכה של בתי הדין הרבניים למערכת המשפט של מדינת ישראל מושתתת על שני יסודות: האחד הוא הקרוי בפינו תיאולוגי, דהיינו אמוני, והשני הוא הלכתי. רוב הפוסקים מציינים את שני היסודות גם יחד בהתנגדותם לבתי המשפט. הבסיס להתנגדות התיאולוגית בדברי המדרש על "הכפירה בהקדוש ברוך הוא" בהליכה לפני עכו"ם. ההתנגדות לפנייה אל הערכאות, אשר מבוססת על היסוד התיאולוגי, בולטת אצל פוסקים מרכזיים רבים. הם רואים זיקה הדוקה בין המימד האמוני של הדתות לבין אופי המשפט. במשפט משתקפים אלוהי השופטים, לכן באימוץ חוקים זרים יש כפירה באל והכרה בעבודה זרה ואף הוקרתה. על אף ש"איסור הערכאות" אינו מופיע בין תרי"ג המצוות, מציינים הפוסקים גם נימוקים הלכתיים כבדים נגד קיום בתי המשפט במדינת ישראל שלא על פי התורה ונגד הפנייה של רבים, ביניהם גם שומרי תורה ומצוות, לערכאות.

הנימוק ההלכתי העיקרי של איסור ערכאות הוא הסכנה הכמעט וודאית, שפסק דין של בית-המשפט, הפוסק על פי המשפט האזרחי של מדינת ישראל, יוציא משמעון ממון, שלא כדין, ויזכה את לוי בממון בניגוד לתורה. לכן בהליכה לערכאות יש עבירה על איסור גזל, ואישה המקודשת בממון של מי שזכה בערכאות, איננה מקודשת. הפוסקים מתנגדים לאפשרות להתנות את ההדיינות בערכאות, או להסתמך על הכלל שמנהג מבטל הלכה, כי כל הכלים ההלכתיים האלה בטלים, כאשר המגמה היא ביטול עולמה של תורה ולא חיזוקו.

לאור הדברים החריפים והחד-משמעיים של פוסקי ההלכה על מערכת המשפט של מדינת ישראל, שיש בהם משום התרסה ואפילו בוז וזלזול, יש לשים לב, כי איסור הפנייה לערכאות הוא כנראה גזירה שאין הציבור יכול לעמוד בה, וכי מאבק הפוסקים, כדי להפנות את המדיינים בענייני המשפט האזרחי אל בתי הדין הרבניים, לא נותן את פרותיו המיוחלים.

בעמדת בתי הדין הרבניים אין סט ייה ולו בעניינים זוטרים מן העמדות שננקטו על-ידי פוסקי ההלכה המרכזיים בזמן היישוב ובשנים שנות קיום של מדינת ישראל כלפי מערכת המשפט הכללית. כמעט כל הפוסקים, הרבנים, והדיינים נתלים בהתנגדותם למערכת המשפט של מדינת ישראל בדבריהם של החזון אי"ש, הראי"ה הרצוג והרב פראנק. אלה, כאמור, ביטלו את כל האופציות שההלכה הכינה על מנת להכיר בערכאות של הדיוטות, וגזרו גזרה שווה בין ערכאות של עכו"ם לבתי המשפט של מדינת ישראל, המושתתים, לדעתם, על חוקים נוצריים, אסלאמיים, אנגליים, "בדויים ובזויים", עכו"ם וכד'. לא קיים הבדל בין פוסקי הציונות הדתית הנקראים גם אורתודוקסים מודרניים לבין פוסקי העדה החרדית, אף על פי שההבדלים בגישותיהם כלפי המדינה אמורים היו לתת את אותותיהם גם בנושא חוק ומשפט. הציפייה, שפוסק הרואה במדינת ישראל ראשית גאולתנו והעושה על כן מאמצים להכשיר את חוקי המדינה ומוסדותיה מבחינה הלכתית, יוכל להכשיר גם את מוסד השפיטה הממלכתי, לא התממשה.

פרק 4: עמדתם פוסקי ההלכה, של רבנים ושל בתי הדין כלפי המשפט האזרחי במבחן הפרקטיקה

אנחנו מעלים כאן את השאלה, האם קיים, במבחן הפרקטיקה, הבדל עקרוני בין עמדתם של דיינים בבתי הדין הרבניים, לבין פוסקי ההלכה, המביעים את עמדתם ההלכתית כלפי מערכת המשפט של מדינת ישראל? נראה, ששני הבדלים מצדיקים את ההפרדה המתודולוגית בין אלה לאלה. פוסקי ההלכה מסבירים את עמדתם במסגרת בירור הלכתי או במסגרת שאלות ותשובות. בירור זה הינו עקרוני ועמדתם של הפוסקים תתייחס לשאלה כללית ולא לשאלה מעשית. שונה המצב בבתי הדין הרבניים. ברם אין בירור הלכתי עקרוני, גם לא בתשובה לשאלת השואל, אלא על פי רוב בדיון, שבאופן חלקי, מתייחס לבעיה שבדיעבד. לכן יש להפריד את העיון בעמדתם של בתי הדין הרבניים כלפי הערכאות במציאות הישראלית, מעמדתם של פוסקי ההלכה, על אף שלפעמים אותם האנשים פועלים מצד אחד כפוסקי ההלכה ומפרסמים פסקי ההלכה ושופטים, ומצד שני מכהנים כדיינים בבתי הדין הרבניים.

מבחן הפרקטיקה מלמד שרבנים ודיינים משתמשים לעיתים קרובות, בכלים שההלכה מגישה להם, כדי לקדם את ענייני האזרחים התלויים בפסיקתם. ברור, שאיסור הערכאות לא נכלל בקטגוריית "בל יעבור" ואין מקדשים עליו את השם. גם דרישת התלמודים, שבפרהסיה מקדשים את השם אפילו על מצווה קלה, לא נזכרת בדיני ערכאות. מתקבל הרושם, שבפרקטיקה האיסור, עד כמה שהוא מוצג כחמור, אינו חמור דיו כדי להיכלל בהלכות קידוש השם שחלות רק, אך אדם נדרש לעבור על המצוות בפרהסיה. להפך, העבירה על איסור הערכאות מוצגת לפעמים אפילו כפיקוח נפש ממש. יש הגורסים, שדייני ישראל מצווים להופיע בפני בתי משפט של ערכאות, על מנת שעדותם תחייב את החייב בדיני ישראל ותזכה את הזכאי בדיני ישראל, אם אחד משני בעלי הדין מסרב לקיים את פסק הדין של בית הדין ופנה לערכאות. נראה, שהמוטיב העיקרי הגורם לפרגמטיות בעמדת הדיינים, פרגמטיות עטופה בלבוש הלכתי, הינו ש"מותר לעורך דין [דתי] לייצגו להציל עשוק מיד עושקו", כדברי הרב יוסף, ומותר לפנות ישירות לערכאות מבלי לקבל על כך אישור בית דין "במקרים דחופים שאינם סובלים דיחוי אפילו של יומיים שלושה..."

פרק 5: עמדת פוסקי ההלכה כלפי המשפט הפלילי בערכאות

אין כמו העיון בבעיית המשפט הפלילי על פי התורה ובפתרונות שמצאו פוסקים ראשונים, כדי להמחיש את גמישות ההלכה בהצעת פתרונות המאפשרים את קיום החיים התקינים של הקיבוץ היהודי. לנוכח חוסר היכולת, שנראית כמוחלטת, ליישם את משפט התורה הפלילי במציאות הבתר-מקראית, מצאו פוסקים ראשונים דרכים להכשיר את המשפט הפלילי בפני בתי הדין התורניים או בפני בתי הדין של המלוכה, שאינם מושתתים על דין התורה. ניווכח,

שחלק גדול מפוסקים האחרונים מאמצים את תפיסת הראשונים ונמנעים מלדרוש קיום משפט פלילי בפני בתי הדין התורניים. חלקם מכשירים את המשפט הפלילי בפני הערכאות של המדינה מלכתחילה, חלק בדיעבד ובסייג, שפנייה כזאת היא לצורך השעה. במשפט הפלילי, כך פסקו הראשונים, הפנייה לערכאות, השופטים על פי משפטים זרים ובדויים, לא מהווה "הרמת יד בתורת משה רבנו", ואין בה משום כל אותן העבירות האמוניות שצווינו במקורות ישראל לגבי המשפט האזרחי.

פרק 6: עמדתם של פוסקי ההלכה כלפי בג"ץ

בית המשפט העליון, בעיקר בשבתו כבג"ץ, נתפס היום על-ידי רבים כאחד הגורמים האנטי-דתיים ביותר במדינת ישראל. לעמדה זאת הגיעו רבנים ופוסקי הלכה בעקבות שורה לא מבוטלת של פסקי דין שניתנו במשפטי ערעור בבית המשפט העליון ועתירות נגד בתי הדין הדתיים במדינת ישראל. בג"ץ בבלי, בג"ץ תרזה אנגלוביץ', בג"ץ נקש ובג"ץ קעדאן, שמוציגים במקרה זה מזוויות ראייה הלכתית, אינם אלא דוגמאות ספורות לצווים ופסקי דין הנתפסים כאנטי-דתיים ואנטי-הלכתיים בעליל, כמו הצווים בעניין זכויות קנייניות של זוגות חד-מיניים, כמו החיוב לכלול נציגים מהיהדות המתקדמת או נשים במועצות דתיות, כמו הצו המבטל את הוראת בית הדין הרבני לחייב גרושה לשלוח את בנה לבית ספר ממלכתי-דתי לפי דרישת בעלה, וכמו הכרזה על הסדר הדחייה של השירות הצבאי לבני הישיבות כהסדר בלתי-חוקי.

רוב החלטות הבי"ץ הנתפסות כ"אנטי-הלכתיות" מקובלות פניית העותרים, בדרך כלל העותרות הטוענות, שבית הדין הרבני התעלם מכפיפותו לחוקים המבטיחים את עקרון השוויון. בג"ץ בבלי, בג"ץ לב, בג"ץ אמיר ואחרים, מוכיחים שמגמת בית המשפט העליון היתה תמיד לצמצם את סמכותם של בתי הדין הרבניים לענייני נישואין וגירושין גרידא. צווי בג"ץ רבים אילצו את בתי הדין הרבניים ליישם עקרונות ליברליים, שפותחו באמצעות תקדימים משפטיים ואינם בתבססים על חוקי הכנסת. כזכור, השופט אלון הגביל עוד בשנת 1981 את תחום התערבות הבג"ץ בענייני בתי הדין הרבניים במלים: "כאשר מתעלם בית הדין הרבני מהוראת חוק מפורשת המופנית אליו, נתון הוא לב יקורת בית המשפט הגבוה לצדק".

בשני העשורים האחרונים היתה מגמת המחוקק ליברלית. שיאה של מגמה זאת ב"מהפכה החוקתית" של שני חוקי היסוד משנת התשנ"ב – 1992. אם במגילת העצמאות ומדינת ישראל מוגדרת מספר פעמים כ"מדינה יהודית", אך לא כדמוקרטיה, הפך חוק היסוד "כבוד האדם וחירותו" לא רק את יהדותה של מדינת ישראל ליסוד חוקתי, אלא גם את משטרה הדמוקרטית. באותה הרוח צריך לראות את המגמה בפסיקות של בג"ץ. לא במקרה היה זה

השופט ברק, שכינה את ח' קיקת שני חוקי' היסוד מ-1992, כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק, "מהפכה חוקתית", כי חוקים אלה לא רק שמו קץ לאפשרות של חקיקה דתית נוספת, אלא נתנו למערכת המשפט כלים למימוש השקפות ליברליות, שכונו לא פעם "פוסט-ציוניות". המפנה החוקתי של 1992 קשור ללא ספק למהפך בשלטון, ששם קץ לשלטון הימין והמפלגות הדתיות מאז 1977, והתבטא אף בדברים על "המהפכה החילונית" מבית היוצר של מפלגת העבודה.

הביקורת על בית המשפט העליון לא באה רק מצד הציבור הדתי, רבניה ופוסקיה, אלא אף מצד ציבור רחב יותר שדעתו לא נוחה ממדיניות הבג"ץ. סביב ההתנגדות למדיניות השיפוטית של הבג"ץ נוצרה קואליציה, שכוללת את מחברי כתב-העת "תכלת", משפטנים ועורכי-דין תומכים של אריה דרעי, שראו במשפטו בבית המשפט העליון מעין משפט דרייפוס לציבור המזרחי-חרדי, את הימין הפוליטי וחלקים מהציבור הדתי-לאומי. כוחות אלה חברו יחד לנגח את החלטות הבג"ץ, להוקיע את הרכב השופטים, להציע הקמת בית משפט לחוקה, (במדינה שבה אין חוקה) ולהכתיב מפתח שופטים המשקף את הסקטורים השונים בחברה הישראלית. עבור רוב הציבור הדתי, שהפוליטיקאים שלו מהווים שופר לפוסקיו, בג"ץ נגוע בעמדה אנטי-הלכתית, הנכפית על הרבנות הראשית ועל בתי הדין הרבניים, ועל הציבור הדתי והחרדי בכלל. עבור הציבור המסורתי והימני בג"ץ חוסם את האפשרות לעצב את מדינת ישראל כמדינה יהודית. מתקבל הרושם, שהביקורת החרדית על בית המשפט העליון הינה ביקורות מגזריות, ואילו הביקורת של הציונות הדתית מפונית נגד המגזריות של בג"ץ ומדברת בשם רוב חלקי האומה. איזכורה של הפגנת החרדים נגד בג"ץ שהתקיימה ב-10.2.1999, בדברי פרופ' ברק-ארז, מפנה אותנו אל המימד הפוליטי של המאבק החרדי נגד בית המשפט העליון.

פרק 7: עמדתם של פוסקי הלכה כלפי החקיקה השיפוטית

העיון בשני פסקי דין של בית המשפט העליון - בג"ץ בבלי בשנת 1992 ובג"ץ גבאי בשנת 1999 - ובתגובותיהם של פוסקי ההלכה על החקיקה השיפוטית של בית המשפט העליון, פותח בפנינו הזדמנות לבחון את מעמדה ההלכתי של החקיקה השיפוטית של בתי-המשפט. כאמור, החקיקה השיפוטית מחייבת כל ערכאה מקבילה או כל ערכאה מדרגה נמוכה יותר. אך בפרק הזה נבחנת עמדתם של פוסקי ההלכה כלפי התקדים המשפטי, משום שההלכה הפסוקה של בית המשפט העליון מחייבת לא רק את בית משפט השלום ובית משפט המחוזי, אלא גם את בתי הדין המיוחדים, ובכללם את בתי הדין הרבניים, ואף את בית הדין הרבני הגדול.

פסיקת בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ, בעתירת הגב' חווה בבלי נגד בית הדין הרבני מ-1992, מהווה ללא ספק תפנית ביחסים בין מערכת המשפט האזרחית לבין בתי הדין הרבניים. בית המשפט לא רק ביטל את ההכרעה של בית הדין הרבני הגדול, אלא פסק, שבתי הדין הרבניים חייבים לקבל על עצמם את "הלכת השיתוף" ולפסוק בעתיד על-פיה. זו חקיקה שיפוטית של בית המשפט העליון, שלא הייתה מעוגנת בחקיקת הכנסת עד לפרסום של "חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג – 1973", אבל היא מחייבת גם עכשיו וגם בעתיד את כל הזוגות שנישאו לפני חקיקת החוק.

פסיקת בית המשפט העליון בעניין בבלי מעוררת את השאלה, האם בג"ץ בבלי מהווה תפנית ביחסים בין בית המשפט העליון לבין בתי הדין הרבניים. כאמור, עד לבג"ץ בבלי בתי הדין הרבניים פסקו לפי הדין הדתי בלבד. עם פרסום בג"ץ בבלי התהפכו היוצרות, כפי שהגדיר זאת השופט ברק: "על כל בתי הדין הדתיים במדינת ישראל להפעיל, בסוגיות 'אזרחיות' הנלוות, שאינן חלק מענייני המעמד האישי (כפי שדבר זה מתפרש על-פי דין המדינה) הנתון לסמכותם, את המשפט האזרחי הכללי, כפי שפורש על-ידי בית המשפט העליון". פרשנות זאת מצמצמת באופן משמעותי את סמכותם של בתי הדין הרבניים, וצמצום זה מצא את ביטויו בדברי הרבנים שרמן ודייכובסקי המבקרים את הפסיקה בחריפות. בג"ץ בבלי הביא לתפנית בשני מישורים: הוא כפה את זכויות האזרח בנוסח הליברלי על בתי הדין הרבניים, והגדיר את העליונות של בית המשפט העליון על כלל המערכת המשפטית של ישראל, ובכלל זה אף את המערכת הדתית.

אם מעיינים בבג"ץ בבלי בהקשר של פסקי הדין שקדמו לו ואלה שבאו אחריו, אפשר לקבוע ללא ספק, שבג"ץ זה סיים תקופה ארוכה של פלורליזם משפטי ("הדין הולך אחרי הדין"), וסלל את הדרך לבג"ץ לב ואחרים, הגורסים שחוץ מעצם אקט הנישואין והגירושין, על בתי הדין הדתיים לקיים לא רק את חוקי-הכנסת בעניין זכויות האדם, אלא גם את החקיקה השיפוטית.

מנהל בתי הדין הרבניים דאז, הרב מירון, רואה בבג"ץ בבלי "כרסום חמור במעמדם ובסמכויותיהם של בתי הדין הרבניים". הרב מירון יצא במילים חריפות נגד פסק הדין של בית המשפט העליון וגינה מרכיבים רבים בבג"ץ בבלי, ובהם את האקטיביזם של השופט אהרון ברק ואת כפיפות בתי הדין הרבניים למרות השיפוטית.

פרק 8: עמדתם של פוסקי הלכה כלפי שופטים דתיים

היחסים בין רבנים, דיינים ופוסקים לשופטים במערכת המשפט של מדינת ישראל הם מתוחים. דרישתם של שופטי בית המשפט העליון להיות הגורם המשפטי העליון במדינת

ישראל, לו כפופים בתי הדין הרבניים כמו שאר מערכות המשפט, מעוררת שוב ושוב את זעמו של הממסד הדתי על מרכיביו. אל שופט חילוני ניתן להתייח בסלחנות, כי הוא בגדר "תינוק שנשבה", אך שופט חילוני שהתפקד מחינוכו הדתי, כחיים כהן, נחשב למזיד. אין הוא "תינוק שנשבה", כי למד תורה וחי בעבר חיי אמונה ומצוות. חילוניותו חמורה מחילוניותו של אדם, שלא זכה לאמונה, תורה ומצוות. רבים מכנים אנשים כמוהו "מזידים".

איך נתפסים שופטים דתיים, כאסף, זילברג, קיסטר, בזק, אנגלרד, אלון ושרשבסקי, בעיני פוסקי ההלכה? האם הם נתפסים כבוני גשרים בין עולם המשפט הישראלי המודרני לבין ההלכה היהודית עתיקת היום? האם הם "עלה התאנה" של מערכת המשפט החילונית, או, גרוע מכול, משרתיה הנאמנים של מערכת ממלכתית שאינה לגיטימית על-פי ההלכה, ואף עויינת את הערכים הדתיים? כלומר, האם שופטים אלה נתפסים כמזידים, שאינם רק חוטאים, אלא גם מחטיאים?

בתגובה להשגות הרבנים בלייך וישראלי לפסק דין נקש, ובעיקר בפרק בו הוא דן על המימד ההלכתי של פסיקה זו, מציין השופט אלון, שלא בהכרח דין תורה של קהילה יהודית בתפוצות הגולה כדין תורה של המדינה היהודית הריבונית.

השופט אלון מדגיש את החשיבות של הסגרת הרוצח לשלטונות של אותה מדינה, בה הוא ביצע את העבירה טרם היותו אזרח ישראלי, אך דווקא נימוק זה אינו רלבנטי בעיני פוסקי ההלכה, כי המציאות הישראלית אינה יוצרת עבורם מצב הלכתי חדש. השופט אלון מדגיש שעל-פי המשפט הישראלי לא ניתן היה לשפוט את ויליאם נקש בארץ, כי את העבירה הוא ביצע בצרפת בהיותו אזרח צרפתי בלבד, ועל מנת לבער את הרע מקרבנו, חובה להביא אותו למשפט. בביקורת על עמדת השופט אלון גורס הרב ישראלי: "ההסגרה מותרת בתנאי שאין חשש של עיוות הדין, כגון באותם מקרים שהובאו בתשובת הרשב"א מהגמרא. במקרה דנן, ולפי המצב בזמננו, שגם מדינות חזקות ומערכותיהן המשפטיות נתונות ללחץ ואיומים מצד ארגונים טרוריסטיים שמאלצים אותם לסטות ביוזעין מהנורמה הקבועה בחוק; ומכיוון שהמדובר על הריגה של ערבי ע"י יהודי, שגם אם הוא לא השתייך לאנשי הכנופיות הטרוריסטיות (מה שאינו בטוח כלל ועיקר), אין ספק שהללו רואים עצמם ערבים לנקום דמו, אין לומר בבטחה שהשופטים לא יהיו נתונים ללחץ, להחמיר יותר ממה שמחייבת שורת הדין".

קשה להתעלם מהנימה הפוליטית של דברי הרב ישראלי, שבהם משתקפת גם עמדתו האנטי-צרפתית וגם עמדתו הפוליטית בסכסוך היהודי-ערבי. ייתכן שדאי לבחון השערה זאת באמצעות בחינת יחסם של הרבנים כלפי הסגרת יהודים מישראל למדינות זרות, כאשר הרקע לבקשת ההסגרה אינו מאפשר פרשנות לאומנית. בניגוד לדבריו של הרב ישראלי

ביקשו דייני בית הדין הרבני לדחות את ביצועו של צו ההסגרה, כדי להתיר קודם את אשתו של נקש מכבלי עגיונותה על-ידי מתן גט על תנאי. תוך כדי דיון ביררו שלוש הדיינים את תוקפו ההלכתי של צו ההסגרה וקבעו, שמבחינת ההלכה צו ההסגרה שחותמות מדינות ביניהן להסגרת פושעים, יש לו תוקף הלכתי על ידי הכלל הידוע בתלמוד דינא דמלכותא דינא.

לנוכח אי-ההסכמה של הרבנים שנתנו ביטוי לעמדותיהם על גבי כתב-עת ההלכתי "תחומין", לבין עמדת בית הדין הרבני בירושלים בעניין נקש, מתחזק הרושם שהמאבק של הרבנים נגד פרק ההלכה בפסק הדין של השופט אלון לא היה הלכתי, אלא פוליטי. ניתן לפרש אי-ההסכמה זו גם כפער בין עמדתם העקרונית של פוסקי ההלכה כלפי בתי-המשפט של מדינת ישראל, לבין עמדתם הפרגמטית של הדיינים בפרקטיקה היומיומית, פער שתואר בהרחבה בראשית מחקר זה. בבסיס פער זה עומד האילוצו של בתי הדין הרבניים לפסוק במציאות הגורמת להם קושי הלכתי לא מבוטל.

פרק 9: סיכום ומסקנות

על סמך העיון בארבעת הפרקים הראשונים של עבודה זו, ניתן לקבוע, שפוסקי ההלכה בני זמננו פוסלים את בתי-המשפט של מדינת ישראל. עמדה זאת מוצגת בפרק השלישי, שבדק את עמדת פוסקי ההלכה כלפי מערכת משפט, שאינה על-פי התורה, בימי המנדט הבריטי ובתקופת מדינת ישראל. הקביעה של החזון אי"ש, שאין הבדל בין ערכאות של גויים לערכאות של יהודים הדנים שלא על-פי התורה, אומצה על-ידי כל גדולי הדור של המאה ה-20 - הרב וולדינברג, הרב עובדיה יוסף ואחרים. ברגע שהיה מוסכם על כולם, שדינם של בתי-המשפט הישראליים כדינם של ערכאות של גויים, ניתן היה ליישם את כל אותן ההלכות, שנקבעו על-ידי דורות של פוסקים, ואפילו על-ידי התלמודים, על ערכאות אלו, אף שכולם הדגישו עד לא מכבר את ההבדל הגדול שבין ערכאות של גויים לערכאות של הדיוטות.

העבודה בודקת, האם ניתן לעשות הבחנה בין עמדת הפוסקים החרדים לבין הפוסקים מבית המדרש של הציונות הדתית. ההנחה היתה, שהפוסקים החרדים, משום יחסם התיאולוגי השלילי למדינת ישראל, ינקטו עמדה מחמירה כלפי מערכת המשפט של מדינת ישראל, לעומת הפוסקים הציוניים שינקטו עמדה מקילה כלפיה. הנחת יסוד זו לא עמדה במבחן המחקר. מסתבר, כי אין מחלוקת בין פוסקים חרדים לפוסקים ציוניים-לאומיים בעניין הערכאות.

העבודה בוחנת, מה בין לכתחילה לבין בדיעבד. האם ההתייחסות של פוסקי ההלכה אל מערכת המשפט של מדינת ישראל שונה מעמדתם העקרונית כשהם מופיעים כדיינים בבתי הדין הרבניים? העיון בפסקי הדין הרבניים, שהובאו בפרק הרביעי מלמד, כי דייני ישראל

אימצו והפנימו את הלכת החזון אי"ש, שאין הבדל בין ערכאות של גויים לבין אלה של ישראל, משום שהם אינם דנים על-פי התורה. עיון זה מלמד עוד, כי בדיונים בשאלות מעשיות ניכרת פרגמטיות רבה. להערכתנו פרגמטיות זו הכרחית כדי לא להעמיד את הציבור הדתי במצבים בלתי אפשריים. מתקבל הרושם, שהגזרה של איסור הערכאות קשה על הציבור החרדי ואף יותר על הציבור דתי-לאומי. נראה שחומרת הרטוריקה נגד הערכאות עומדת ביחס ישר לממדי היזקקות של הציבור היהודי לערכאות אלה.

המחקר בדק גם את היחס בין הלכה לתיאולוגיה. כזכור, אנחנו קוראים "תיאולוגיה" לכל אותם תחומים אמוניים שאינם הלכתיים, כמו האמונה באל ובייחודו והאמונה בתורת משה רבנו. פוסקי ההלכה מדגישים את המקור האלוהי של מערכת המשפט ההלכתית ואין לדעתם לשוב חלקים מהמשפט אלוהי בתוך מערכת חוקים לא דתית. לא "נפש העם", במובנה ההגליאני של המילה, היא מקור המשפט, אלא האלוהים. לדעת פוסקי הלכה רבים, נדבק במשפט הישראלי גילוי של עבודה זרה, כי הבסיס למשפט הישראלי הוא עותומאני-בריטי, כלומר אסלאמי ונוצרי, והחקיקה הישראלית המודרנית מושתתת, לטענתם, על שלילת יסודות התורה ועל שלילת הבסיס האמוני שלה.

התנגדותם של פוסקי ההלכה לבג"ץ נעוצה בהתנגדות ההלכה היהודית ל"חקיקה שיפוטית" של בתי-המשפט הממלכתיים. התנגדות זאת נוסחה על-ידי פוסקים ראשונים, כרשב"א ופוסקים אחרונים כמהריא"ז ענזיל. היא אומצה ואושררה על-ידי פוסקי זמננו בתקופת היישוב וראשית המדינה. פוסקי ההלכה יכולים להשלים עם התבססות בית המשפט על חוקים. אך מכיוון שהכנסת כמעט אינה מחוקקת חוקים בנושאים של שוויון, אין הם יכולים לקבל את מילוי הלקונה על ידי המחויבות של בית המשפט העליון לערך השוויון המעוגן למעשה בחקיקה שיפוטית בלבד. תגובתם של פוסקי ההלכה לפסקי הדין של בג"ץ קשה. אנחנו מנתחים בעבודה זאת מספר מצומצם של פסקי דין ותגובת הרבנים עליהם, אך ארוכה הרשימה של פסקי-דין המצטיירים בעיניהם כאנטי-דתיים.

כישלון "המשפט העברי" שמתרחש לנגד עינינו הוא הכישלון של מי שהאמין, שעל-ידי חקיקה דתית משמעותית, מצד אחד, וביסוסם של פסקי הדין של בתי-המשפט על המשפט העברי, מצד שני, ניתן להכשיר את בתי-המשפט של מדינת ישראל מבחינה תורנית. החקיקה הדתית מעולם לא הוגדרה כיעד, אבל ניתן להבין כי היא העיד מתוך המגמה של שני השותפים במעשה השיפוט, מחוקקים ושופטים. הדוגלים בהבנת דברי הרמב"ם כאיסור על דין נוכרי יכשירו את בתי-המשפט של מדינת ישראל על-ידי חקיקה דתית מסיבית. אם הדין במדינת ישראל יהיה מושתת על מקורות תורניים, או לפחות לא יסתור אותם, ואם הכוונה לשם שמים

ולא לאימוץ המשפט הנוכרי , ניתן להכשיר את בתי- המשפט של מדינת ישראל באחת הדרכים שהוצגו בפרק השני. אבל קיים ספק, אם הפוסקים יבחרו בפתרון זה.

חוק יסודות המשפט מ- 1980 לא הביא, אלא לשינוי קוסמטי של החוק הישראלי. באין מגמה של קירוב של החוק הישראלי אל ההלכה היהודית, או לדעת אחרים – באין יכולת של קירוב בין שתי מערכות המשפט זאת, לזאת, נראים הניסיונות של בניית הגשר בין המערכת התורנית למערכת האזרחית, כושלים, כי פוסקי הלכה פוסלים את העיסוק בחקיקה דתית של הכנסת ואת העיסוק ב"משפט העברי" של השופטים הדתיים.

"חזון המשפט העברי" נראה היום יותר מאי-פעם ככישלון. פוסקי ההלכה מכריזים אמנם על ההלכה כמשפט היחידי לעם היהודי, אך אין להכרזה זאת יותר מערך הצהרתי. למעשה הם נאלצים להשלים עם מציאות שנראית להם כ- "הרמת יד בתורת משה וכפירה בהקב"ה", ולמעשה פניה אל בתי המשפט אינה שונה בעיניהם מהפנייה אל הערכאות בתפוצות הגולה. אך כפירה זאת לא מתרחשת בתפוצות הגולה תחת ממלכת אומות העולם, אלא במדינת היהודים. בסוגיה זאת אפשר באמת להבין את משפט המדינה כחלק מהסוגיה של "מדינת ישראל כדילמה דתית".

מחקרנו עוסק גם בשאלה מהו הקשר בין "דין תורה" ל"דעת תורה". העיון בדברים של פוסקי ההלכה מכל הדורות אינו מאפשר לנו לקבוע, אם סוגית הערכאות הינה בעיקרה בעיה הלכתית או אמונית- תיאולוגית. מבחינה הלכתית, השלילה הגורפת של בתי- המשפט של מדינת ישראל, לפחות בתחום המשפט האזרחי ובתחום הגנת זכויות האזרח ושוויון האדם על-ידי בג"ץ, אינה הכרחית. הטעון, כי בפנייה אל בתי-המשפט, שבהם שופטים על-פי חוקים בדויים ולא על-פי דין תורה, יש בה משום עבודה זרה, מושתתת על תפיסה הגליאנית של קיום קשר אימננטי בין רוח המשפט לתפיסת האלוהות של האומה. אך קל להפריך אותה. על כן נשאלת השאלה, האם קיים נימוק על-הלכתי ועל-אמוני לשלילת בתי- המשפט על-ידי פוסקי ההלכה.

השופט אנגלרד קבע, שעניינם העיקרי של פוסקי ההלכה הוא ביסוד ההשקפתי של יראת שמים, אך לבוש אמירתם הוא לכאורה אובייקטיבי והגיוני, ולכן אינו מצריך הכרעה אישית של הפוסק. ברור שקיים קשר אמיץ בין תשובת המשיב לאידיאולוגיה המדינית, החברתית, החוקתית האישית שלו. המפתח לניסוח "דעת התורה" מצוי בבחירת המקורות ההלכתיים המשמשים יסוד להסקת מסקנותיו. דבריו של אנגלרד נאמרו על פסקי ההלכה של הרבנים יוסף וישראל בענייני מסירת שטחים מארץ ישראל, אך ניתן ליישם אותם בקלות על דברי הרב אריאל, בפולמוסו עם השופט בזק, בעניין דין ערכאות של בתי- המשפט של מדינת ישראל. אם עניינם העיקרי של פוסקי ההלכה הוא ביסוד ההשקפתי של יראת שמים, ניתן

לומר, שבפסקי הדין של מערכת המשפט הכללית המטרה איננה חיזוק האמונה, עידוד לשמירת תורה ומצוות, והבעת אמפתיה כלפי אורח החיים הדתי.

מחלוקת הערכאות היא מרכיב אחד ב"דילמה הדתית" שמעורר קיומה של מדינת ישראל. אנחנו רומזים מספר פעמים לעובדה שמדינת ישראל על ערכיה הציוניים, מוסדותיה הממלכתיים, חוקיה וסמליה, מעוררת דילמה דתית. הביטוי כך, כי שאלת הערכאות מהווה דילמה דתית, היא הדחייה המוחלטת של פוסקי ההלכה, שדחו את כל האופציות ההלכתיות שעמדו לרשותם כדי להכיר במערכת המשפט של מדינת ישראל כ"ערכאות של הדיוטות". דחייה זאת פירושה דחייה א-פריורי של מערכת המשפט, כ"דעת תורה", וכבר ניתן בפרקים הקודמים, שהמפתח לקביעת "דעת התורה" מצוי בבחירת המקורות ההלכתיים המשמשים יסוד להסקת מסקנותיו של הפוסק. לנוכח האפשרות לבחור גם במקורות אחרים, אף אם מעטים הם, נשאלת השאלה, מה המניעים לפרסומי "דעת תורה" השליליים בנושא הערכאות.

רבנים ופוסקים הכריזו, כי בתי-המשפט הם "ערכאות". למרות זאת רוב הציבור הציוני-דתי ואף החרדי נעזר בשירותים של בתי- המשפט החילוניים. על כן יש לתהות, האם גזרת הערכאות לא היתה "גזרה שהציבור לא יכול לעמוד בה", ונדרשת בסוגיה זאת גישה כמו זו של הרב קוק בעניין השמיטה.

לדעתנו, מלחמת ששת-הימים חידדה את המחלוקות בסוגיות "דת ומדינה" וגרמה לשידוד המערכות ביחסי הכוחות. מאותו עת התחיל סחרור של מאבקים ספיראליים בין לאומיות ציונית-דתית וחרדית לבין השקפת העולם של הציבור החילוני שהיה בתהליך של המרת האידאולוגיה הציונית בליברליזם אוניברסלי. עם המהפך הפוליטי של 1977 והכניסה המסיבית של הציונות הדתית ושל המחנה החרדי לפוליטיקה הישראלית תחת המטריה של שלטון הימין, התעוררה בראשית שנות שמונים, דרישה תקיפה מצד החילונים לכינונה של חוקה. מגמות אלה התחזקו בסמיכות לשינויים בתפקיד שמילא בית המשפט העליון בשאלות הנוגעות לדת ומדינה. ראשית שנות התשעים הביאה כזכור לא רק למה שהשופט ברק כינה "מהפכה חוקתית", אלא גם לשינוי קונצפטואלי במדיניות החוץ, שמצא את ביטוי ב הסכמי אוסלו. מדיניות זו, שהציגה משנה סדורה בענייני פנים כבענייני חוץ, דיברה על סדר יום חדש במדינת ישראל, סדר יום ליברלי, אזרחי, חוקתי, הבא לקדם את חלוקת ארץ-ישראל המערבית וטיפח רעיונות של מהפכה חילונית. מגמות אלה גרמו להתחזקות המעורבות של המחנה החרדי בפוליטיקה הישראלית בצדו של מחנה הימין והימין-הדתי. הם נאבקו במשותף נגד הסכמי השלום עם אש"ף, נגד חלוקת ארץ-ישראל המערבית, ונגד ההכרזות על סדר יום ליברלי שהאליטות החברתיות, התקשורת ובית המשפט העליון ביקשו לקדם.

המניעים למלחמת התרבות סביב בית המשפט העליון הם המתח בתוך המחנה הדתי על מידת הכרתו במדינת ישראל כפי שהיא, המתח בין הרצון להשתלבות מול הצורך בהבדלות, בין העמדה המסויגת של "גדולי הדור" כלפי מדינת ישראל לבין פטריוטיות ישראלית הולכת וגוברת במחנה דתי. מעמדה של מערכת המשפט של מדינת ישראל היא מרכיב חשוב במלחמת התרבות הזאת. רביצקי מציין, כי "הכוחות החברתיים הצנטריפוגליים מבקשים כיום אחר הכרעה דיכוטומית בכל השאלות הללו: ישן או חדש, קודש או חול, פרטיקולרי או אוניברסלי, בזכות-הנורמליות או בזכות הייחוד". הקונפליקט בין סמכותם של בתי- המשפט לבין סמכותה ההלכתית של הרבנות, בין חוק המדינה לחוק התורני, לא מתעורר במקרה בימים אלה, אלא הוא פרי מגמות דיכוטומיות בחברה הישראלית, שהביאו לשסע בו מתייצבים זה מול זה לא רק "דתי" נגד "חילוני", אלא גם "ימין דתי" כנגד "שמאל חילוני". כך נוצרה, חפיפה – ולכן גם הכפלה – של שני השסעים העיקריים המפלגים כיום את החברה: השסע ב סוגית הסדרי השלום (והנסיגה הטריטוריאלית) והשסע ב סוגית הדת והמדינה. מערכת המשפט, כפי שאנחנו מראים במחקרנו, מזוהה על-ידי פוסקים ורבנים עם הגישה החילונית ועם הגישה האוניברסלית, לכן מתייצבת מולה קואליציה דתית, חרדית וימנית, הבוחרת בייחוד כנגד האוניברסליות, המבדילה "בין קודש לחול, בין אור לחושך, בין ישראל לעמים, בין יום השביעי לששת ימי המעשה".

פרק 1: מבוא

1.1. מחקרים קודמים

אפשר להצביע על שני מאמרים שיטתיים שכתב שוטחמן בנושא המחקר המוצע, מאמר הדן בהכרת ההלכה בחוקי הכנסת¹ ומאמר העוסק במעמדם ההלכתי של בתי המשפט במדינת ישראל², ועל מאמר נוסף מאת פרופ' יעקב בלידשטיין³, הדן בשני הנושאים בו זמנית.⁴ נראה, שהדיון המקיף ביותר בסוגיה הנחקרת נ כתב על-ידי שוחטמן, בו הוא הגיע למסקנה, שההלכה איננה יכולה להכיר במערך המשפט של מדינת ישראל בתחום העניינים שבין אדם לחברו, אלא בדיעבד. שוחטמן מגביל את מחקרו בסוגיית מעמדם ההלכתי של בתי המשפט במדינת ישראל ל"אותם תחומי משפט שבהם תיתכן (ההדגשה במקור) – מבחינת החוק – פנייה למערכת השיפוט הרבני, קרי: תחום המשפט הפרטי (דיני ממונות שבין אדם לחברו) ... 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".⁵ מכיוון שאין לראות בהכרת ההלכה במשפט החוקתי, הפלילי והציבורי אקסיומה, אלא טענה שיש לבחון אותה, לא נוכל לקבל את צמצום המחקר לאותם התחומים בהם הישראלי מאפשר משפט מקביל, דהיינו המשפט האזרחי והתורני. בלידשטיין לעומתו גורס, כדעת השופטים בזק ואלון, שההלכה הכינה כלים מספיקים, כדי להכיר גם מלכתחילה בחוקי הכנסת ובמערכת המשפט של מדינת ישראל. שלושת המאמרים גם יחד הינם מחקרים בתחום המשפט העברי, ומבחינתנו לוקים בחסר משום שאין לזהות את ההלכה היהודית הפסוקה על-ידי פוסקי ההלכה עם המשפט העברי הנדון על-ידי שופטים ואנשי אקדמיה. חוקר המשפט העברי יציג את האופציות ההלכתיות לחומרא או לקולא כשוות ערך, ולכן יגיע למסקנות אחרות מאשר פוסק שיכריע בין חומרא לקולא משיקולים על-הלכתיים. רק אחרי שהפוסק הכריע, הכרעתו הופכת להיות הלכה פסוקה. כאמור לעיל, מאמצת עבודה זו כיוון מחקרי אחר, כלומר היא תוסיף לדיון ההלכתי את הבחינה החוץ-הלכתית, התיאולוגית,⁶ שהביאה את פוסקי ההלכה לניסוח "דעת תורה", שאינה תואמת בהכרח את "דין תורה".

1 שוחטמן, א' (תש"ן). הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל.

2 שוחטמן, א' (תשנ"ב-תשנ"ג). מעמדם ההלכתי של בתי המשפט בישראל.

3 מרצה במחלקה למחשבת ישראל באוניברסיטת בן-גוריון בנגב, באר-שבע.

4 בלידשטיין, י' (תשנ"ו-תשנ"ח). מדינת ישראל בפסיקה ההלכתית.

5 שוחטמן, מעמדם ההלכתי של בתי המשפט, 338.

6 אנחנו משתמשים במושג זה, למרות שהוא שאול מעולמה של הנצרות ואינו הולם את המציאות היהודית. דווקא בעמדת הפוסקים כלפי מערכת המשפט הישראלית נשמעים קולות רבים המציינים שעיקר הבעיה של ההליכה אל הערכאות אינה הלכתית, אלא ב"חילול השם" שבה, וב"הרמת יד על תורת משה רבינו ע"ה" ו"חירוף וגידוף התורה" וכד'. אני מקנים טענות מעין אלה "טענות תיאולוגיות".

אותה "דעת תורה" הינה, לדעתנו, השיקול, שהביא את הפוסק לפסוק כפי שפסק, כאשר עמדו בפניו יותר מאפשרות אחת.

עוד יש לציין מחקרים מקיפים בנושאים הקשורים חלקית למחקר המוצע, כמו מחקרו המקיף של שילה על "דינא דמלכו תא דינא",⁷ מחקרו של ד"ר ג. גרשון גרמן בעניין "דין מלך",⁸ שהתפרסם לפני מספר שנים. הפרסומים של "ספריית המשפט העברי" של רקובר, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, אשר בוחנים את המשפט העברי בחקיקת הכנסת ובפסיקת בתי המשפט חשובים ביותר למחקר המוצע. חומר רב לנושא המחקר נמצא גם במחקרו המונומנטאלי של השופט לשעבר, אלון, "המשפט העברי" ובכתבי העת האקדמיים למשפט העברי, "דיני ישראל" ו"השנתון למשפט העברי", בכתבי עת הלכתיים, כמו "התורה שבעל-פה", "התורה והמדינה" ו"תחומין", כמו גם בכתבי העת השונים של הפקולטות למשפטים באוניברסיטאות, "הפרקליט", "עיוני משפט" וכד'.

1.2. שאלות המחקר

מטרתה של עבודת המחקר "עמדתם של פוסקי ההלכה כלפי מערכת המשפט במדינת ישראל" היא לבחון את יחסה של ההלכה היהודית, כפי שהיא מתבטאת בדברי הפוסקים, כלפי מערכת המשפט במדינת ישראל מראשית הקמתה. השאלה מתעוררת בין היתר, משום שההלכה היהודית, מן ההלכה תלמודית ועד פוסקי ההלכה של פוסקים ראשונים ואחרונים, אוסרת פניה של יהודים ל"ערכאות של גויים" ול"ערכאות של הדיוטות".⁹ מערכת המשפט של מדינת ישראל, למעט בתי הדין הרבניים הפועלים על פי דין תורה מכוח סמכות הכנסת,¹⁰ מושתתת על חוקי הכנסת ותקדימים משפטיים, אולם אינה יכולה, לכאורה, להיחשב ל"ערכאות של גויים" היות שרוב שופטיה הם יהודים. אך ניתן לחשוב שבית משפט השלום, בית המשפט המחוזי ובית המשפט העליון הם "ערכאות של הדיוטות", כי דינם אינו דין

⁷ שילה, ש' (תשל"ה). דינא דמלכותא דינא.

⁸ גרמן, ג' (תשנ"ז). דין מלך.

⁹ בבלי, גיטין פ"ח ע"א: "תניא: היה ר' טרפון אומר: כל מקום שאתה מוצא אוגריאות של עובדי כוכבים, אף-על-פי שדיניהם כדיני ישראל, אי אתה רשאי להזקק להם, שנאמר (שמות כא, א): "ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם" – לפניהם ולא לפני עובדי כוכבים, דבר אחר: לפניהם ולא לפני הדיוטות". איסור קטגורי זה מן התלמוד הבבלי הופך אצל הרמב"ם להלכה פסוקה: "כל הדין בדיני עכו"ם ובערכאות שלהן, אף-על-פי שהיו דיניהם כדיני ישראל, הרי זה רשע, כאילו חרף וגדף והרים יד בתורת משה רבינו, שנאמר: "ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם" – לפניהם ולא לפני עכו"ם, לפניהם ולא לפני הדיוטות". (רמב"ם, משנה תורה, סנהדרין כו, ז). כך גם בשולחן ערוך: "כל המעמיד דין 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". (שולחן ערוך, ח"מ ח, א). מעט מורכב יותר דברי הרמ"א: "...ועירות שאין בהם חכמים הראויים להיות דינים, או שכולן עמי הארץ וצריכים להם דינים שישפטו ביניהם, שלא ילכו לפני ערכאות של עכו"ם, ממנים הטובים והחכמים שבהם לדעת אנשי העיר אף-על-פי שאינם ראויים לדינים, וכיון שקבלו עליהם בני העיר אין אחד יכול לפוסלן". (רמ"א, ח"מ, סי' ח).

¹⁰ "חוק בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין)", התשי"ג – 1953 לענייני המעמד האישי של יהודים ופסיקה בעניינים אזרחיים תוך הסכמת שני הצדדים.

תורה.¹¹ אם הם אכן ייחשבו ל"ערכאות של הדיוטות", וכל שכן לערכאות של גויים, כלומר לבתי משפט של שופטים שאינם בקיאים בדיון תורה, הם לכאורה אינם לגיטימיים מבחינה הלכתית, ואדם דתי, בעל אמונה ושומר מצוות, אינו רשאי, מבחינה תורנית, לפנות אליהם. אם זה אכן נכון, יחולו על בתי המשפט של מדינת ישראל כל אותם פסקי הלכה שנת חברו מימי התלמוד ועד הפוסקים האחרונים, הנאבקים ללא הרף בפנייה של יהודים לערכאות.

שאלת הלגיטימיות של מערכת המשפט במדינת ישראל בעיני פוסקי ההלכה מחייבת אותנו לבחון גם את מעמדם ההלכתי של חוקי הכנסת, כי על יסוד חוקים אלו על השופטים לשפוט משפט צדק. לקראת הקמתה של מדינת ישראל התחבטו פוסקי ההלכה הקשורים לציונות הדתית, הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג והרב בן-ציון ח"י עוזיאל, הרב שאול ישראלי והרב עובדיה הדאיה, הרב מאיר בר-אילן ואחרים, בשאלה האם ניתן להכשיר את מוסדות המדינה מבחינה הלכתית, ואם ניתן להחיל את משפט התורה על המדינה העומדת לקום. עד הקמת המדינה בה' באייר תש"ח (14.5.1948), ובימיה הראשונים, הטיפו כמעט כולם לכינון משטר על פי התורה, מבלי לתת את הדעת על הדרך למימוש חלום זה. כך התריע הרב הרצוג על כך, שלא נכלל של סעיף בעניין משפט התורה במכתב הסטאטוס קוו, שנמסר בקיץ תש"ז על-ידי דוד בן-גוריון בשם הסוכנות היהודית לידי אגודת ישראל. וכך כתב: "הבעיות העיקריות המזדקפות לפנינו היום במלוא קומתן, ואלו הן: (א) הבטחת שמירת שבת קדשנו..., (ב) הבטחת הכשרות הציבורית..., (ג) משפט התורה, (ד) להבטיח...נישואין וגירושין...כדת משה וישראל, (ה) הבטחת קיום חינוך הדתי...".¹² הרב הרצוג היה מציאותי דיו, כדי להבין, שמשפט התורה אינו נגיש ו אינו מעובד דיו, כדי להפוך למשפט המדינה, לכן הוסיף במאמרו מתמוז תש"ח את ההערה שהפכה לפרוגרמה: "...כלום לא היתה מחובתה הראשונה של הממשלה להכריז ולהודיע שכוונתה ומטרתה היא, שעל כל פנים אחרי תקופת המעבר הזאת, ישוב משפט התורה לחדש ימיו כקדם, ושהיא, ממשלת ישראל, עתידה לבקש עצה, הדרכה, והוראה".¹³ פרוגרמה זו היתה רלוונטית עד שרבני הציונות הדתית נוכחו להכיר במציאות של קיום פרלמנט שלא רק מחוקק כפי ראות עיניו, אלא אף לא מנתק את זיקתו למשפט האנגלי.¹⁴ הרב בר-אילן ידע להשלים עם המציאות של הפיכת מוסדות הישוב

¹¹ התלמוד שולל את ההליכה אל ערכאות של הדיוטות, כפי שהוא שולל את הפנייה לערכאות של גויים, (בבלי, גיטין פ"ח ע"ב). בהמשך מדרגים פוסקים ראשונים את חומרת האיסורים, וחלק מהם קובעים שבמקום שאין בקיאים בדיון תורה ניתן לפנות גם לערכאות של הדיוטות, או כפי שמוסד זה נקרא במסכת סנהדרין (כ"ג ע"א) "ערכאות שבסוריא".

¹² הרצוג, י"א (תשמ"ט). **תחוקה לישראל על-פי התורה**, א, 221.

¹³ שם.

¹⁴ סעיף 11 של פקודת סדרי השלטון והמשפט (14 במאי 1948) בא למנוע חלל משפטי בעת הקמת המדינה: "המשפט שהיה קיים ביום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948) יעמוד בתקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה לפקודה זו או לחוקים אחרים שיינתנו על-ידי מועצת המדינה הזמנית או על פיה, ובשינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה". אלון, מ' (תשמ"ח). **המשפט העברי**, 1357. כך, לא בוטל עם הקמת המדינה סימן 46 של דבר המלך במועצתו, המחייב את בתי המשפט לפנות, במקרה של לקונה

הזמניים לקבועים, וחקיקת חוקים והקמת מוסדות שיפוט שלא על פי התורה, כי הציונות הדתית ורבניה לא היו מוכנים עדיין לכינון מערכת משפט תורנית:

אלמלי זכינו היתה היהדות הנאמנה, ראשיה, רבניה וגדוליה מכינים עוד לפני שנים רבות ספר חוקים למדינת ישראל לכשנזכה לראות בבניה. אבל מכון שהיינו קטני בטחון קפצה עלינו מדינת ישראל בלי הכנה ראויה לשמה בכל הנוגע לחוקי המדינה האזרחיים והפליליים. אין, איפוא, לבוא בתלונות על אלה אשר לקחו להם לקו את החוקים אשר שררו בממשלת המאנדאט וסדרו להם לפיהם בתי-דין ובתי משפט... כאילו אין דין בישראל ואין משפט מסורתי...¹⁵

עם כינון הכנסת הראשונה בט"ו בשבט תש"ט עבר השיח התורני מדיון בשאלה, האם משפט התורה יכול להיות משפט המדינה, לדיון על האפשרות להכשיר את חוקי הכנסת מבחינה תורנית. מאמרים רבים התפרסמו בכתבי עת תורניים, ב"בונה", ב"התורה והמדינה" ובדומיהם, ורובם ראו בחקיקת חוקים על-ידי הכנסת מעשה לגיטימי מבחינה תורנית, כל עוד חוקים אלה לא יעמדו בסתירה לחוקי התורה. הרב הדאיה, בבואו לבחון, האם אפשר להחיל על מדינת ישראל את הכלל "דינא דמלכותא דינא", קבע:

"א) דינא דמלכותא דינא נאמר, בין במלכי או"ה, בין במלכי ישראל. ב) דד"ד נאמר גם במקום שאין מלך, רק שר ומושל, או בית נבחרים. ג) גם אם נאמר שהם רק בבחינת טובי העיר, הרי יש להם הרשות לחוקק חוקים לפי ראות עיניהם לטובת המדינה מכיון שהם נבחרו בני המדינה, ואדעתא דהכי בחרו בהם, לקבל כל אשר יטילו עליהם. ד) לכל הדעות בין אם לנבחרים דין מלכות, בין אם דין טובי העיר, אין הם יכולים להטיל דבר שהוא נגד התורה".¹⁶

פוסקים המזוהים עם הציונות הדתית ראו במדינת ישראל "אתחלתא דגאולה", לכן הם טרחו רבות, כדי לבטל, עד כמה שאפשר, כל סתירה בין מדינת ישראל שקמה בתש"ח, לבין "הלכות מדינה" שבתלמוד ובדבריהם של פוסקים ראשונים כאחרונים. רבני היהדות החרדית, לעומת זאת, המזוהים עם אגודת ישראל ואף עם נטורי קרתא או עם חסידי סטמאר, התנגדו בתוקף להכשרת מוסדות המדינה ולהכשרת חוקיה.¹⁷ הם גרסו כהרב שלמה ד' מונק, שהכלל "דינא דמלכותא דינא" לא חל, כשיטת בעלי התוספות והר"ן,¹⁸ על ארץ-ישראל, אלא רק על היהודים החיים בקרב אומות העולם. בנוסף לכך "לא שייך דינא דמלכותא כלל בבני

בחוק הקיים, אל דיני המשפט המקובל ואל עקרונות היושר שבמשפט האנגלי. תיקון זה נעשה רק ב-1980 עם התקבל "חוק יסודות המשפט, התש"ס 1980". ראה להלן, פרק 5.

15

בר-אילן, מ' (תשכ"ט). חוק ומשפט במדינתנו, 20.

16

הדאיה, ע' (תשי"ח). האם יש למדינת ישראל דינא דמלכותא דינא? 32.

17

לדעתנו, חלוקה זאת בין פוסקים ציוניים לפוסקים לא-ציוניים אינה בהכרח זהה לחלוקה בין פוסקים חרדים לשאינם חרדים. רבנים חרדים, כמו הרב שמואל יעקובוביץ', מכנים את הרבנים שסרים למרותם של גדולי התורה, כחרדים, למרות הזדהותם עם היסודות של הציונות הדתית. הכוונה היא למשל לרב אברהם שרמן. בנושא היחס אל הציונות הגבולות בין הזרמים אינם מוצגים באופן ברור. במחקרנו, יהיה עלינו לבחון, האם שאלת ההזדהות עם הציונות משפיעה על היחס אל מערכת המשפט של מדינת ישראל, האם השאלה של קבלת מרות של "גדולי תורה" משפיעה על יחס זה, או שמא לא ניתן למצוא קווים מקבילים בין זהות הפוסקים ליחסם כלפי מערכת המשפט של מדינת ישראל.

18

בבלי, גיטין י"ב.

פריצי עמנו",¹⁹ כלומר לאור חילוניותה של המדינה אין להכשיר את חוקי ה, וממילא אין להפעיל את הקטגוריה "דינא דמלכותא דינא" בממשל יהודי בארץ-ישראל.²⁰ לפי דעתם של רוב פוסקי הציונות הדתית, מהווה הכנסת מוסד מחוקק שחלים עליו כללים הלכתיים, כמו "דינא דמלכותא דינא"²¹, חוק המלך²² או "תקנות קהל"²³, וניתן להכשיר את חוקי הכנסת המתיישבים עם דין תורה, או לפחות אינדיפרנטיים מבחינתו, כתקנות קהל או "דין מלך". אם פוסקי ההלכה מכירים בחוקי הכנסת, או לפחות בחלקם, כמו במשפט הציבורי, או במשפט הפלילי, יתכן כי לא צריך לראות במוסדות השיפוט של מדינת ישראל, הדנים בתחומים אלה, ערכאות, ובוודאי לא של גויים, אך גם לא של הדיוטות. נוכח העובדה שפוסקי ההלכה הקשורים לציונות הדתית הכשירו את חוקי הכנסת, או לפחות את חלקם, נשאלת השאלה, האם הם פתחו פתח להכרה במערכת המשפט של מדינת ישראל. פוסקים חרדים פסלו

מונק, ש"ד (תשל"ה) פאת שדר, קעג.

הנימוק של אופיה החילוני של מדינת ישראל נשמע בדרך כלל על-ידי חוגים חרדים הקשורים לאגודת ישראל, אף על פי שלא ניתן לטעון, שאילו החברה הישראלית היתה כולה אגודאית, והשלטון כולו דתי, ניתן היה להכשיר את מדינת ישראל אל מבחינה דתית. הנימוק, שקטגורית "דינא דמלכותא דינא" לא חלה בממשל יהודי בארץ-ישראל, הוא נחלת החוגים החרדים הקיצונים כנטורי קרתא וחסיד סטמאר. עיקר נימוקם הוא, שאין להקים מדינה יהודית טרם העת.

על המקור התלמודי של הכלל "דינא דמלכותא דינא" כותב הרב שלמה ד' ייכובסקי במאמרו (תשנ"ח): הלכות שיתוף – האם דינא דמלכותא? 18. "מימרתו של שמואל באה לבאר את המבואה במשנה, גיטין (דף י, ב), 'כל השטרות העולים בערכאות של גויים אע"פ שחזותיהם גויים כשירים, חוץ מגיטי נשים ושחרורי עבדים' – שהכוונה היא לשטרי מכר ולשטרי מתנה, שכשרותם נובעת מ'דינא דמלכותא דינא'. במסכת נדרים (דף כז, ב) מובאת מימרה זו כדי להקשות על המשתמע מהמשנה שמותר לרמות את המכס. בבבא קמא (דף ק"ג, ב) מוכיח רבא את דינו של שמואל מההיתר שאנו נוהגים לעבור על גשרים שנבנו על-ידי המלך מדקלים שהופקעו על ידו. במס' בבא בתרא (נה, א) הסיקו מדיון זה שניתן לקנות מידי אריסים פרסיים שהחזיקו בקרקע במשך ארבעים שנה, כיוון שעל-פי דינא דמלכותא כעבור זמן זה נקנית להם הקרקע. וכן רשאים בעלי הנחלות העשירים לקנות מהמלך את שדות העניים שהוא מפקיע משום שבעליהם לא יכולים היו לשלם את המס למלך. פוסקי ההלכה בכל הדורות היו רגישים לסכנות הטמונות בכלל של שמואל האמורא, שפתח פתח להכרה בחוק המדינה, הכרה העלולה להוות כלי לצמצום דין תורה בעניינים שבין אדם לחברו. לכן נעשו בכל הדורות מאמצים לצמצם את תחולתו של הכלל ולהגביל את תוקפו. ראה את מחקרו המקיף של שמואל שילה **דינא דמלכותא דינא**.

"דין מלך" מבוסס על חוק המלך בדברים יז, ומשפט המלך בשמואל א, ח. כבר בתלמוד (בבלי, סנהדרין כ"ע, ב) מופיעה מחלוקת חכמים בין רב לשמואל האמוראי בסוגיה, האם כל האמורא במשפט המלך הינו איום או דברים שהמלך יעשה בדין. הרמב"ם פסק "שכל האמורא בפרשת המלך, מלך זוכה בו" (הלכות מלכים ד, ה), כלומר, לא מדובר באיום, אלא בזכויות המלך. פוסקי הלכה שאלו רבות את השאלה על הלגיטימיות של השלטון. שאלה זו נשאלה בנוסח: האם לשלטון פלוני יש "דין מלך". השאלה התעוררה ביתר שאת, כאשר התבטלה המלכות והיה צריך להעתיק את הלגיטימיות שלטון מלוכני לסוגי שלטון אחרים. פוסקי ההלכה הגדירו מחדש את התנאים להקניית "דין מלך" לשלטון זה או אחר. הראי"ה קוק, למשל, רבה הראשי של ארץ-ישראל בזמן המנדט קבע למשל: "נראים הדברים, שבזמן שאין מלך, כיון שמשפטי המלוכה הם גם כן מה שנוגע למצב הכללי של האומה, חוזרים אלה הזכויות של המשפטים ליד האומה בכללה". קוק, א"י (תרצ"ז). **שו"ת משפט כהן**, סי' קמד.

בתוספתא בבא מציעא יא, כג ובבבלי, בבא בתרא ח ע"ב נפתח פתח לזכות הקהל לזכות נבחריו, ל"טובי העיר" ול"פרנסים", לתקן תקנות בענייני קהל: "רשאים בני העיר להתנות על המדות ועל השערים ועל שר הפועלים ולהסיע את קיצתן". השולחן ערוך מונה ב"חושן משפט" (סי' קסג) שורה ארוכה של הלכות המקנות זכות חקיקת משנה לסמכויות בני העיר. בתחום דיני ממונות ביססו פוסקי ההלכה את סמכויות של הציבור על הכלל "הפקר בית דין הפקר": "שיש כוח בידם להפך קיר ממון שיש לו בעלים, ואף על פי שאין כוח בידי בית דין לעקור דבר מן התורה... כל דבר שבממון אין זו עקירה, שהפקר בית דין הפקר". פוסקי הלכה אחרונים מרחיבים את הכלל: "לא נאמרה הלכה זו [הפקר בית דין הפקר] על בית דין של ישראל בתור בית דין, אלא בתור שררה וממשלה... לאו דווקא על בית דין של ישראל נאמרה הלכה זו אלא על כל שררה וממשלה בביתה שהיא השולטת בכל אשר לנתיניה" (רבי אברהם ד' כהנא-שפירא (1870-1943), **שו"ת דבר אברהם**, א"י א, ב, ד"ה והנ"ל). ראה: אלון, **המשפט העברי**, 558-629.

פסילה מוחלטת כל הכרה הלכתית בחוקי הכנסת.²⁴ פסילה גורפת זאת עלולה היתה להביא את העדה החרדית לעימות חזיתי עם מוסדות המדינה, אך זה לא קרה, כי על אף הפסילה העקרונית נאלצו הפוסקים החרדים למצוא מודוס ויונדי הלכתי עם המציאות הישראלית, מודוס ויונדי שייבדק במחקר זה. דרכיהם השונות של פוסקי ההלכה של הציונות הדתית ושל העדה החרדית ביחס אל חוקי הכנסת ואל מערכת המשפט של מדינת ישראל טעונות בירור הלכתי וגם על-הלכתי. ייתכן שאין זאת רק מחלוקת הלכתית בין פוסקים, אלא זאת מחלוקת ששורשיה חוץ-הלכתיים ומהם נגזרים ההבדלים ההלכתיים.

בעיני רוב פוסקי ההלכה של הציונות הדתית, שראו במדינת ישראל "אתחלתא דגאולה", הכשרתם ההלכתית של מוסדות המדינה, של חוקיה ושל בתי המשפט שלה היתה בעלת חשיבות דתית עליונה. יחד עם זאת לא ניתן היה להכשירם ללא סייג. כפי שהפוסקים בימי הביניים צמצמו את תחולת הכלל התלמודי "דינא דמלכותא דינא" למינימום הכרחי, על מנת לא לרוקן את דין התורה מתוכנו. באמצעות כלל הלכתי זה, נאלצו פוסקי ההלכה לקבוע "קווים אדומים" להחלת הכללים ההלכתיים המכשירים את מוסדות המדינה ואת חוקיה. יתכן שלא ניתן להשיב לשאלת ההכרה של פוסקי ההלכה בחוקי הכנסת, בלי לעשות הבחנה בין המשפט האזרחי, למשפט הפלילי ולמשפט החוקתי. פוסקי ההלכה מתייחסים באופן שונה לכל תחום ותחום של המשפט הישראלי, כשהם עוסקים באפשרות להכיר בו, דבר הנובע מההתפתחות הפנימית של ההלכה בתחומיה השונים. כשייחס הראי"ה קוק לשלטון בישראל "דין מלך", הוא צמצם את תחום שיפוטו ל"ענין משפטי המלוכה, הנוגעים להנהגת הכלל",²⁵ כלומר לא לתחום של היתר ואיסור, ולא לתחום בין אדם לחברו. לכן לא ניתן לקבוע, האם בתי המשפט של מדינת ישראל הם ערכאות, בלי לברר את מעמדם של חוקי הכנסת שהם הבסיס לשפיטה. לא ניתן להתעלם גם מן העובדה, שבתי המשפט שופטים לא רק על בסיס חוקי הכנסת, אלא בעיקר על יסודות התקדים המשפטי. כך מקבלת "החקיקה השיפוטית" מעמד דומה לחוק המחייב את בתי משפט של באותו דרג במקרים דומים. גם אם פוסקי ההלכה יכולים להכיר בעזרת כלים כמו "דינא דמלכותא דינא", "דין מלך" או "תקנות קהל" בחלק מחוקי הכנסת, עדיין יש לחקור, אם פוסקי ההלכה מצאו דרכים הלכתיות להכשרת "החקיקה השיפוטית" של מערכת המשפט הישראלית.

מטרת העבודה היא לחקור את מכלול הנושאים שהוצגו לעיל, על מנת להשיב על השאלה, מה יחסם של פוסקי ההלכה בני זמננו אל מערכת המשפט הישראלית. מחקר זה אינו עיון בספרות תיאורטית-הלכתית, אלא הוא מבקש לבחון את עמדתם של פוסקי ההלכה השונים כלפי השאלות שהוצגו, הן ברמה העקרונית והן ברמה מעשית. לכן יבחן המחקר במקרים

²⁴ ראה בין השאר: הרב מונק, ש"ד (תשל"ה). פאת שדר, שם.
²⁵ קוק, א"י (תרצ"ז). שו"ת משפט כהן, סי' קמד.

נבחרים, כמו חוקי כנסת הסותרים לכאורה את ההלכה היהודית, או לחילופין - מתיישבים עמה, ובעיקר הוא יבחן פסקי דין של מערכות המשפט השונות בישראל העשויים להתפרש כתואמים את ההלכה היהודית או סותרים אותה (הסגרת ויליאם נקש לצרפת, קבורת תרזה אנגלוביץ' וכד').

התיזה המרכזית במחקר זה היא שריבוי הדעות של פוסקי ההלכה מן הזרמים האורתודוקסיים השונים, הציונים-לאומיים, הספרדים והחרדים לגווניהם, מצביע על כך, שאין כאן בעיה הלכתית גרידא. ייתכן ששאלת ההכרה של פוסקי ההלכה במוסדות השיפוט של מדינת ישראל הינה חלק ממכלול התייחסויות אידיאולוגיות-תיאולוגיות אל מדינת ישראל. לכן יבדוק המחקר, אם הזיקה האידיאולוגית השונה של הפוסקים, היא המקור למחלוקת ביניהם. המחקר יבדוק, אם קיימת זיקה ברורה בין ההתייחסות התיאולוגית אל מדינת ישראל לבין ההכרה ההלכתית בחוקיה ומוסדותיה, בעיקר במוסדות המשפט שלה. המחקר יבדוק, אם נכונה הטענה, כי מי שרואה במדינת ישראל "אתחלתא דגאולה", גורס בעצם, שבתי המשפט שלה לגיטימיים, וכי מי שטוען שמדינת ישראל הוקמה טרם העת, שולל את הלגיטימיות שלה ושל מוסד ותיקה, ומכיר בהם לכל היותר בדיעבד. אם יתברר שטענה זאת נכונה, תיבדק השאלה, אם בין הפוסקים המחייבים מבחינה אידיאולוגית-תיאולוגית את מדינת ישראל, יש כאלה, שמסיבות הלכתיות או אחרות, אינם יכולים להכיר בלגיטימיות של מוסדות המשפט של מדינת ישראל. מבחינה פנים-הלכתית תיבדק השאלה הבאה: האם ההלכה ערוכה לטפל במדינה היהודית, שאינה גולה ולא גאולה, שהוקמה על-ידי יהודים פורקי עול תורה, טרם העת ולא על יסודות התורה? בלב המחקר עומדת, אם כך, בחינת החשיבות של השיקול ההלכתי, כנגד החשיבות של השיקול האידיאולוגי-תיאולוגי.

1.3. מטרות המחקר

מכלול הנושאים במחקר זה הוא בעל חשיבות ציבורית רבה מאוד, ומפליא הוא, שלא נעשה עד כה מחקר מקיף בנושא זה. בימים אלה, אחרי חמישים שנות קיום מדינת ישראל, מחריף הוויכוח הציבורי על אופיה היהודי והדמוקרטי של מדינת ישראל. מחקרים רבים נכתבו בנושא זה,²⁶ כנסים מטעם אוניברסיטאות הוקדשו לסוגיה,²⁷ הוקמו מכונים לחינוך לדמוקרטיה שמטרתם ללבן את הבעיה,²⁸ אך כמעט אף אחד לא התייחס למימד ההלכתי של סוגיה זאת. רוב המחקרים בחנו את הסוגיה של יהדות ודמוקרטיה מהזווית של מדעי החברה ומדעי המדינה או מהזווית התיאולוגית,²⁹ תוך התעלמות מן ההיבטים ההלכתיים. מחקר זה מציע

²⁶ דוד, י' - עורך (תשנ"ו). **מדינת ישראל בין יהדות לדמוקרטיה**. וינרב, א' (תש"ס). דת ומדינה. ברק-ארז, ד' - עורכת (תשנ"ו). **מדינה יהודית ודמוקרטיה**.

²⁷ הקונגרס העולמי ה-12 למדעי היהדות בירושלים תשנ"ז: **מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטיה**.

²⁸ למשל מרכז א.י.ל.ה. באוניברסיטת בר-אילן שהתמחה בסוגיית יהדות ודמוקרטיה, <http://www.biu.ac.il/SOC/ayala/home.htm>

²⁹ רביצקי, א' (1993). **הקץ המגולה ומדינת היהודים**.

לבחון את הסוגיה מהזווית ההלכתית. לכן תיבחן ההתייחסות של פוסקי ההלכה, ציונים כחרדים, למוסדות מדינת ישראל, ועמדתם כלפי פסיקת בתי המשפט הפועלים על בסיס חוקי הכנסת, על בסיס חקיקת המשנה והחקיקה השיפוטית. מהעיון בחומר ההלכתי לס וגיו מתברר גם, שפוסקי ההלכה שמו בעיונם את הדגש על הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל ומיעטו לעסוק בענייני הערכאות. אם כן יש לבחון, אם הם גזרו מן הדיון על הלגיטימיות ההלכתית של חוקי הכנסת או על שלילתם ההלכתית, את ההכרה או את השלילה של מערכת המשפט, או שמא הדיון על מערכת המשפט של מדינת ישראל הינו דיון נפרד. אנו עדים לכך, שבשנים האחרונות עבר העימות בין חילונים לדתיים מזירת החקיקה הדתית של הכנסת לזירת פסקי הדין של בתי המשפט, בעיקר של בית המשפט העליון בשבתו כבג"צ. למעבר הזה יש בהחלט מימד הלכתי, הטעון בדיקה מדוקדקת: אפילו אם הם מקבלים את כשרות החקיקה של הכנסת, יש לבדוק, האם פוסקי ההלכה יכולים להכשיר את החקיקה השיפוטית, שבשנים האחרונות מתעצמת דווקא בנושאים בהם הכנסת לא חוקקה חוקים בגלל המחלוקת בין דת למדינה.³⁰

השאיפה במחקר זה היא להוכיח, שמאבק הדתיים במערכת המשפט של המדינה, אחד ממוסדותיה המרכזיים, הינו בעיקר מאבק חברתי ופוליטי, ופחות מאבק על עקרונות הלכתיים. גם לפוסק ההלכה יש דעות חברתיות ופוליטיות, שאינן נובעות, באופן הכרחי, מהיותו פוסק הלכה. על הפער הזה מעידות העמדות השונות כלפי אותו נושא הלכתי, כאשר השוני בפסיקת ההלכה נובע מעמדות חוץ-הלכתיות.³¹ יתכן שהפוסק יכול לקבל סוגיה מסוימת מבחינה הלכתית, אך מסיבות תיאולוגיות או פוליטיות יתנגד לה, וינסח עמדה

³⁰ הצעת "חוק יסוד זכויות האדם, תשמ"ד-1984" שנפסלה עוד בקריאה טרומית משום שהרחיקה לכת בביסוסה התחוקתי של השוויון, לעומת בג"צ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' יונתן דנילוביץ ואח', פ"ד מח (5) 749, 784-756, שנתן הכשר בדיעבד לזוגיות חד-מינית. ראה: גביזון, ר' (עורכת) (1991). **זכויות האדם והאזרח בישראל**, א, 142-137. וכן בן-ישראל, ר' (תשנ"ח). **שוויון הזדמנויות ואיסור אפליה בעבודה**, 971.

³¹ ראה, בין אחר-כך, את המחלוקת בין הרב שאול ישראלי לבין הרב עובדיה יוסף בעניין מסירת שטחים מארץ-ישראל תמורת שלום: יוסף, ע' (תשמ"ט). מסירת שטחים מארץ-ישראל במקום פיקוח נפש, 34, וישראלי, ש' (תשמ"ט). מסירת שטחים מא"י במקום פיקוח נפש, 48.

הלכתית אפולוגיטית התואמת דווקא את השקפתו החוץ-הלכתית.³² פער זה עשוי להביא אותנו גם למסקנה, שלא ניתן לדבר על "עמדת ההלכה כלפי...", אלא על "עמדתם של פוסקי ההלכה כלפי..." , כלומר על מה שיעקב כץ³³ מגדיר כתופעה יחסית חדשה של "דעת תורה" בעניינים אקטואליים,³⁴ שמולה יכולה לעמוד "דעת תורה" מנוגדת.

במוקד המחקר יעמוד העיון בעמדתם של פוסקי ההלכה כלפי מערכת המשפט של מדינת ישראל. לאורך המחקר תיעשה אבחנה בין עמדתם של פוסקים מהציונות הדתית ושל הפוסקים החרדים, לבין גורמים אחרים המדברים בשם ההלכה ו/או בשם המשפט העברי,³⁵ כמו חוקרי המשפט העברי באקדמיה, ביניהם פרופ' אליאב שוחטמן,³⁶ פרופ' ידידיה שטרן,³⁷ פרופ' שמואל שילה,³⁸ פרופ' יעקב אנגלרד,³⁹ ופרופ' אהרון קירשנבאום,⁴⁰ וכן שופטים דתיים, כפרופ' מנחם אלון ופרופ' יעקב בזק. גם חוקרי המחלקה למשפט העברי שליד משרד המשפטים של ממשלת ישראל, פרופ' נחום רקובר וד"ר מיכאל יגודה, נמנים עם קבוצה זו והם המעורבים בהכנת חוקי הכנסת האמורים להיות תואמים את המשפט העברי, בניסוח

³² דוגמא מובהקת לכך, דווקא מתחום המחקר המוצע, נמצאה בתגובת הריא"ה הרצוג להצעת הרב חיים עוזר גרודז'ינסקי, ראש מועצת גדולי התורה באירופה שלפני השואה, "לכון במדינה היהודית העתידה שתי מערכות סמכות ושני מסלולי שיפוט מקבילים. המערכת האחת, הרבנית, תנהג לפי דיני- התורה, ואילו המערכת האחרת, הפוליטית, תפעל בהתאם לצרכיה הריאליים של החברה." (רביצקי, א' (תשנ"ח). **דת ומדינה במחשבת ישראל**, 11. הרב הרצוג ידע היטב שתפיסה זו מעוגנת בדברי הר"ן (רב ניסים גירונדי, ספרד המאה ה-14). בדרוש הי"א, כלומר בעלת בסיס הלכתי, אך הוא דחה אופציה זאת משיקולים חוץ-הלכתיים, בעיקר משיקולים אידיאולוגיים-תיאולוגיים, שבמדינה שהיא ראשית גאולתנו לא ניתן לכון משטר של שתי מערכות חוק ומשפט. על כך כותב רביצקי בהמשך: "אין ספק, כי הבדלי-הדעות בין שני האישים הללו לא היו נעוצים רק במחלוקת פרשנית לגבי מעמדם של מקורות סמכותיים מימי הביניים (הרמב"ם והר"ן) ולגבי התיאוריה הפוליטית- המשפטית המתבקשת מהם. המחלוקת בין הרב גרודז'ינסקי לרב הרצוג ביטאה גם פער עמוק בין גישותיהם של השניים כלפי התנועה הציונית וכלפי עצם רעיון המדינה היהודית בזמן הזה. הרב גרודז'ינסקי היה מורה הוראה חרדי, בלתי ציוני, ... לעומת זאת, הרב הראשי הרצוג היה תומך נלהב של המפעל הציוני, ותפס את המדינה היהודית ... בהקשר דתי מובהק, ואפילו בהקשר גאולתי-משיחי." (שם, 12-13).

³³ פרופ' יעקב כץ נמנה על בכירי ההיסטוריונים והחוקרים של החברה היהודית ושל תרבותה בימי הביניים ובזמן החדש.

³⁴ ראה כץ, י' (תשנ"ט). **דעת תורה**. עת לחקור ועת להתבונן, 157-168.

³⁵ אין לזהות את המשפט העברי עם ההלכה היהודית. ההלכה היהודית הינה מכלול דיני התורה שבכתב והתורה שבעל-פה, ספרות שאלות ותשובות ופסקי ההלכה של רבנים ופוסקים של כל הדורות, שביסודה עומדת הקביעה "עשה לך רב". לא כך מה שמכונה באקדמיה ובמערכת המשפט הישראלית משפט עברי. בספריו (תשמ"ט) **המשפט העברי בחקיקת כנסת והמשפט העברי בפסיקת בתי המשפט**. רושם רקובר כל ציטוט ממקורות ישראל, מדברי התנ"ך עד לדברי הגות המוסר, כאילו מדובר על דברי משפט. ראה יותר מצומצמת יש לשופט אלון, שמגדיר בספרו **המשפט העברי** את המשפט העברי: "בבואנו להגדיר את המונח משפט עברי במשמעותו המקובלת כיום, נימצא אומרים, כי מונח זה כולל רק אותם תחומים של ההלכה, שבדומה להם מקובל ים להיות כלולים במערכות משפטיות אחרות דהיום, היינו עניינים המסדרים את היחסים שבין אדם לחברו ולחברתו, ולא הוראות שעניינן במצוות שבין אדם למקום ... במונח משפט עברי מקובל לכלול היום רק אותם עניינים שמצויים בשולחן ערוך אבן העזר וחושן משפט (ועניינים "משפטיים" מסוימים שבשני החלקים האחרים, כגון הלכות ריבית שבשולחן ערוך יורה דעה), אך לא שאר העניינים הנדונים בשולחן ערוך אורח חיים ויורה דעה" (שם, 93-94).

³⁶ מהפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים, היום דיקן מכללת "שערי משפט" בהוד השרון

³⁷ פרופ' במחלקה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן

³⁸ פרופ' במחלקה למשפט העברי באוניברסיטה העברית בירושלים

³⁹ שופט בבית המשפט העליון ופרופ' בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים

⁴⁰ פרופ' בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב

חוות דעת הלכתיות לפעולות היועץ המשפטי לממשלה, ובניתוח פסקי דין של בתי המשפט לאור המשפט העברי.

כאמור, בוחנת עבודה זאת את **עמדתם של פוסקי ההלכה** כלפי מערכת המשפט של מדינת ישראל ולא את **עמדת ההלכה** כלפי מערכת זו. בעינינו ההבדל משמעותי, כי ההלכה היהודית נמסרת על-ידי פוסק יה. אילו היינו מנתקים את ההלכה מפוסקיה, היינו יכולים לראות את עצמנו, במידה מסוימת, פוסקים המחליטים איך לפרש את הכתובים, לקולא או לחומרא, כמו שעושים זאת חוקרי המשפט העברי ושופטים דתיים, המנצלים את הפוטנציאל הגלום בדברי פוסקים מדורות קודמים ומתווכחים כבני פל וגתא עם פוסקי זמננו. לכן נביא את דברי ההלכה היהודית בשם אומרים, פוסקים ראשונים כאחרונים, ונסה להימנע מקביעת עמדה במחלוקות של חכמים ופוסקים עם שופטים וחוקרים. אין אנו יודעים מה הופך רב לפוסק בענייני הלכה. יתכן שזה מעמדו בקהל, ייתכן שזה מעמדו כראש ישיבה, ואולי העובדה שמאמינים מפנים אליו שאלות ומצייתים לתשובותיו? עוד יותר קשה לקבוע מה עושה פוסק "גדול הדור".⁴¹ מדוע נשמע הראשון לציון הרב אליהו בקשי-דורון⁴² לרב יוסף ש' אלישיב⁴³ בענייני השמיטה, למרות שפסק אחרת טרם פסקתו של הרב אלישיב, "גדול דור"⁴⁴? אך חשוב לנו לצורך מחקר זה, להגדיר מהי ההלכה היהודית אותה מוסרים פוסקי ההלכה מדור לדור.

⁴¹ שאלה זאת הצגתי לרבנים רבים, ביניהם הרב מאיר וונדר, הרב שלמה דייכובסקי, ואחרים. רק הרב שמואל יעקובוביץ בפגישה שהתקיימה בירושלים בתאריך 15.4.2004, הגדיר רב כחרי, אם הוא מקבל את סמכותם של "גדולי תורה", ו"גדולי תורה" הם אך ורק הרבנים המרכיבים את מועצת גדולי התורה. לכן אין לראות ברב עובדיה יוסף רב חרי, כך גם לא ברב שלמה דייכובסקי שבולט בעצמאותו. לעומת זאת נחשב הרב אברהם שרמן רב חרי, כי הוא רואה את עצמו כפוף למרות "גדולי הדור".

⁴² הרב אליהו בקשי-דורון נולד בשנת 1941 וכיהן בין השנים 1993-2003 כראשון לציון, רב ראשי ספרדי. הרב בקשי-דורון חולל סערה כשהתבטאות מפתיעה צידד בהנהגת נישואים אזרחיים בישראל. הוא הצביע על כך שרבנים מחתנים זוגות חילוניים תוך הסתמכות על עדים לא כשרים, כדי לפסול את החתונה ובכך למנוע ניאוף וממזרות. יצירתו התורנית החשובה היא ספרי שאלות ותשובות "בנין אב", שיצאו לאור בכמה חלקים. היא הקנתה לו מעמד הלכתי חשוב, אם כי לא כזה שיביא להחשבתו בציבור כ"גדול הדור".

⁴³ הרב יוסף ש' אלישיב נולד בשנת 1910, ומכהן היום כמנהיג הציבור החרדי-ליטאי והוא נחשב כגדול הפוסקים של הדור. משנת 1974 הוא יושב כעשרים שנה כדיין בבין-הדין הרבני הגדול בירושלים בניגוד לדעתם של החזון א"ש והרב מברסק. הרב אלישיב נחשב לאדם המוסמך מכולם להביע דעת תורה. השפעתו הגדולה של הרב אלישיב מאפשרת לו להיות בעל המילה האחרונה בכל הקשור לפוליטיקה החרדית ולהתנהלות החרדים מול החילונים. אף שהדתיים-לאומיים אינם מקבלים את השקפותיו בענייני מדינה, להכרעותיו ההלכתיות יש חשיבות גדולה גם בעיניהם.

⁴⁴ על כך כותב אנשיל פפר בכתב העת **ארץ אחרת**: "לפני שלוש שנים ניסה בקשי-דורון להיאבק במנהליה החרדים רבי-העוצמה של המועצה הדתית בירושלים, יהושע פולק ויוסף אפרתי, ולהבטיח שרבנות ירושלים תיתן הכשר לירקות ופירות של "היתר המכירה" ... אבל נאלץ להתקפל כשהדברים הגיעו לכדי איומים לסלק את נכדיו ממוסדות החינוך שלמדו בהם. גם רבני הצינות הדתית לא באו לעזרתו. זאת, אף כי מבחינה היסטורית, מי שלחם למען "היתר המכירה" היה הרב אברהם יצחק הכהן קוק, שבתורתו הם נשבעים." <http://www.jafi.org.il/education/ivrit/achert/phepher.htm> הדעה הרווחת היתה שמאחורי הפולמוס נגד הרב בקשי-דורון עמד הרב אלישיב, ממנהיגי הזרם החרדי-ליטאי.

מקובל לראות באל את מקור הסמכות לשיטת המשפט הדתי, קרי ההלכה.⁴⁵ לדעת שטרן, הדעה התורנית הרווחת גורסת, "שהמציאות כולה נתפסת בקטגוריות הלכתיות".⁴⁶ כך גם התבטא הרב אברהם י' קרליץ החזון אי"ש⁴⁷ במכתב למנהיג פועלי אגודת ישראל הרב קלמן כהנא אגב פולמוס חריף בנושא שירות לאומי של בנות ישראל:

"השיטה לעשות את התורה לחלקים שונים, הרואה באיסור והיתר חלק אחד, והרואה בשוק החיים חלק שני. להיות נכנעים להוראות חכמי הדור בחלק הראשון ולהשאיר לחופש בחירתם בחלק השני, היא השיטה הישנה של המינים בירידת היהדות באשכנז אשר הדיחו את עם ישראל עד שיתערבו בגוים ולא נשאר לפליטה".⁴⁸

גישה כוללת זו של ההלכה היהודית מכפיפה את כל תחומי החיים, ענייני איסור והיתר, ענייני "שוק החיים" תחת סמכות התורה. גם "שוק החיים", כלומר אותם תחומים שההלכה לא מסדירה לכל פרטיה, שייך לעולם התורה והסמכות לפסוק לגביו נמסרה לחכמי ההלכה. לכן כל תחומי החיים, שידוך ועסקים, טיפול רפואי ועוד, מסורים לשיקול דעתם של פוסקי ההלכה המביעים בכל תחומי החיים החוץ-הלכתיים את "דעת התורה".⁴⁹ בדומה לחזון אי"ש תופס אלון את ההלכה:

"ההלכה היא מערכת של איסורים והיתרים, ההלכה מתייחסת היא לכל פעולותיו של האדם. על כל פעולה ניתן לומר ויש לומר שהינה מותרת או אסורה בעולמה של הלכה, ולא קיים "חלל הלכתי". משום כך מערכת ההלכה, לפי עצם מהותה, משתרעת היא – גם מבחינת היחסים שבין אדם לחברו ולחברתו – על ענייני משפט ומוסר, על תחומי חברה ומדינה, ומערכת משפטית.... בעולמה של מחשבת היהדות קיים המושג "לית אתר דפנו מיניה, לא בעילאין ולא בתתאין".⁵⁰

יש לציין שקיימות גם תפיסות אחרות לגבי כוליות ההלכה. שטרן מציין, שהאורתודוקסיה המודרנית מכירה שטחים נרחבים של "שוק החיים" בהם האדם הדתי אינו נזקק לפסיקה רבנית. היו אלה הרב יהודה ליב הכהן פישמן (לימים – הרב מימון), תוך שהתפלמס עם

45 שטרן, י' (תשנ"ז). נגישותה של ההלכה לסוגיות מדיניות, 220, הערה 21.
46 רבים הביטויים לכך במקורות ישראל, כמו "ליכא מידי דלא רמיזי באורייתא", "הקדוש ברוך הוא הסתכל באורייתא וברא עלמא", "הפך בה והפך בה דכלא בה".

47 הרב אברהם ישעיהו קרליץ, החזון אי"ש (1878-1953) נחשב למנהיג העדה החרדית בזמן היישוב ובראשית המדינה. ב-1911 הוא פרסם את הראשון בסדרת ספרי "חזון איש" שלו, שעל שמה נקבע כינויו. הספר הרשים מאוד את הרב חיים עוזר גרודז' 'נסקי אחד מגדולי התורה הנודעים באותו זמן, שקירבו אליו. עם קום המדינה הסכים, בניגוד לדעת פלגי נטורי קרתא, שאגודת ישראל תשתתף בבחירות לכנסת. הוא אף אישר את חתימתו של נציג "אגודת ישראל" על מגילת העצמאות. אף על פי כן לא השתתפה דעתו והוא שלל את הציונות, אף את הציונות הדתית, בכל תוקף.

48 צילום של המסמך אצל שטרן, שם, 222, הערה 27.
49 כ"דעת התורה" מכנה שטרן עמדה שאינה בהכרח הלכתית: "המנהיג הדתי, מכוח קרבתו הבלתי-אמצעית לתורה ועקב תכונותיו האישיות, נתפס כבעל יכולת עדיפה – עד כדי חסינות מטעות – לבצע הערכת מציאות ולהנחות את השואלים בכל ההיבטים של חיי המעשה".

שטרן: נגישות ההלכה, שם, הערה 28.
שם, 224.

החזון אי"ש בעניין זכות הבחירה לנשים בזמן המנדט הבריטי⁵¹ ומאוחר יותר הרב חיים ד' הלוי⁵², שגרסו, כי בתורה יש שטחים מסוימים, "אשר בו [בהם] הדברים באו במתכוון סתומים ועמומים... זה כוחה וגדולתה של תורה שאין בה משטר ברור ומוגדר, לא מדיני ולא כלכלי...".⁵³ הבדלי הגישות בין שתי האסכולות, זו של החזון אי"ש המבטאת עמדה חרדית, וזו של הרבנים פישמן והלוי, המבטאים את עמדת האורתודוקסיה המודרנית, עשויים להשתקף ביחסם של פוסקי ההלכה אל מערכת המשפט של מדינת ישראל. נבדוק, ואולי נגלה, אם קיימת זיקה בין הרואים במערכת המשפט של מדינת ישראל ערכאות לתפיסתם את ההלכה בצורה כוללת, מחד גיסא, ואם קיימת זיקה בין המכשירים את בתי המשפט של מדינת ישראל מבחינה הלכתית להבנתם שיש בהלכה לקונות שעל האדם להכריע בהן, מאידך גיסא. יתכן שהגישה השלילית של פוסקי ההלכה כלפי מערכת המשפט של מדינת ישראל אינה נובעת משיקולים הלכתיים, אלא ממה שהוגדר לעיל כ"דעת תורה".

במחקר נתייחס אל פוסקי ההלכה כנציגיה הבלעדיים של ההלכה ורואה בכל הגורמים האחרים גורמים מגמתיים המציעים פתרונות משלהם, במקום בו, לדעתם, פוסקי ההלכה לא הציעו את הפתרונות המיוחלים. ייתכן ששופט דתי כאלון או חוקר המשפט העברי כשוחטמן יגיעו למסקנה, שמעשה מסוים אינו סותר את ההלכה היהודית, ואילו מנהל בתי הדין הרבניים הרב שמחה מירון, או פוסק כהרב ישראלי, יקבעו, שהמעשה אכן סותר את ההלכה ולא ניתן להכשירו אפילו בדיעבד.⁵⁴

במחקר יחקרו באופן שיטתי פערים אלה, על מנת לחדד את העיון בעמדתם של פוסקי ההלכה כלפי מערכת המשפט הישראלית ובמניעיהם החוץ-הלכתיים.

⁵¹ **דואר היום**, ח' באייר תר"ף, (26.4.1920), אצל שטרן, **שם**, 223, הערה 29.
⁵² הרב 'חיים דוד הלוי (1924-1998) היה הרב הראשי הספרדי של תל אביב בשנים 1974-1997. הוא למד בישיבת "פורת יוסף", הוסמך לרבנות ולדיינות על ידי ראשי הישיבה - הרב עטיה והראשון לציון הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל. בשנת תשל"ד הוא נבחר להיות הרב הראשי וראש אבות בתי הדין של העיר תל אביב-יפו. הרב הלוי היה פוסק והוגה דעות והושפע רבות מהרב עוזיאל.
⁵³ הלוי, ח"ד (תשמ"א). **עשה לך רב**, ד.
⁵⁴ הכרה במעשה שבניגוד לדין תורה, כמו נשואי כהן וגרושה, או קידושי ביאה, נפוצה מאוד בעולם ההלכה, והפכה לשיטה המכשירה בדיעבד מעשים פוליטיים, חברתיים, ודתיים רבים, שנעשו בניגוד לדין תורה. ראה: שוחטמן, א' (תשמ"א). **מעשה הבא בעברה**.

פרק 2: הבסיס ההלכתי לדין ערכאות

2.1. מבוא

הבא לדון ביחס ההלכה למערכת משפטית לא הלכתית, בין אם זאת מערכת של משפטי אומות העולם, בין אם זאת מערכת חוקים חוץ-תורנית אותה יהודים מבקשים לאמץ, בוודאי זוכר, שכבר בתורה, בנביאים ובכתובים, פותחה תפיסה מגוונת של עשיית דין וצדק ומערכת מגובשת בגינה.¹ אלה הפכו בימי הם של התנאים, האמוראים והגאונים לציר המרכזי של היצירה היהודית.² תנאי החיים של עם ישראל תחת שלטון זר בארץ ישראל (הלניסטי ורומי) ובעיקר בגלות (בבל, רומי, נצרות ואסלאם), חייבו את היהודים לגבש עמדה הלכתית כלפי המערכת המשפטית של השלטון הזר. בניגוד לדיני האסלאם ולחוק הקאנוני של הכנסייה הקתולית, להלכה היהודית אופי לא רק דתי, אלא גם לאומי. דווקא ברגע של אובדן הריבונות המדינית בימי יוון, רומא וביזנטיון, וביתר שאת בגלות באירופה ובארצות האסלאם, הפכה ההלכה היהודית לסימן ההיכר של האומה היהודית. במאה העשירית סיכם זאת רב סעדיה גאון באמירה: "אין אומתנו אומה, אלא בתורתיה".³ למעשה הפכה ההלכה למכנה המשותף הלאומי של עם היהודי המפוזר בגלויות השונות. להלכה היהודית אופי כוללני, דינה מסדירים את היחסים בין אדם לחברו, בין אדם ואשתו, בין אדם ובוראו, בין יהודי ונוכרי. על כך כותב מ. אלון: "אותו בית דין, חכם או רב שהיו פוסקים בענייני איסור והיתר, אותם מוסדות גופם היו פוסקים גם בשאלות של דיני ממונות, בהלכות שכירות, מכירה, טוען ונטען וכיוצא בהם".⁴ עד ימי האמנציפציה, שהחלה במאה ה-19 במערב אירופה ועברה משם למזרח, היתה ההלכה הבסיס הדתי והלאומי הבלתי מעורער לקיום העם היהודי. לכן היתה ההתייחסות למשפט הזר שאלה בעלת חשיבות קיומית עליונה. לא פלא הוא שפרשנים ודרשנים, פוסקים ראשונים ואחרונים, גיבשו דרכים הלכתיות, שאפשרו להם להגיע למודוס ויווני עם השלטונות מחד, ולשמור על אוטונומיה משפטית מרבית בגולה, מאידך.

להלן נבחן בקצרה את הבסיס המקראי לדין ערכאות ואת התפתחות ההלכה היהודית מימי התלמוד הבבלי עד לימינו בעניין השמירה על האוטונומיה המשפטית. נבדוק גם את הפרקטיקה, כלומר את היזקקות היהודים לערכאות של גויים, ונגסה לעמוד על יחסי הגומלין בין הפרקטיקה לבין ההלכה היהודית בנושא חשוב זה. חשוב לציין כאן, שפרק זה אינו דן בשאלת מעמדם ההלכתי של בתי המשפט במדינת ישראל, אלא בבסיס ההלכתי לדין

¹ ראה: **שמות יח, כא-כו** במיוחד: **כא** וְשָׁמַתְּ עֲלֵהֶם, שְׁכַח אֶלְפִּים שְׁכַח מֵאוֹת, שְׁכַח חֲמִשִּׁים, וְשָׁרִי עֲשֵׂרֶת. **כב** וְשָׁפְטוּ אֶת-הָעָם, בְּכָל-עֵת, וְהָיָה כָל-הַדָּבָר הַגָּדֹל יָבִיאוּ אֵלַי, וְכָל-הַדָּבָר הַקָּטָן יִשְׁפְּטוּ-הֵם. **(כא-כב)**, **ודברים טז**. מצוות מינוי שופטים מוגדרת כמצוות-עשה: **יח** שְׁפֹטִים וְשֹׁטְרִים, תִּתֶּן-לָךְ בְּכָל-שְׁעָרֶיךָ, אֲשֶׁר ה' אֱלֹהֶיךָ נָתַן לָךְ, לְשִׁבְטֶיךָ; וְשָׁפְטוּ אֶת-הָעָם, מִשְׁפַּט-צֶדֶק. ראה גם: דברים יז, ח-יא.

² ראה: המסכתות במשנה בסדר נזיקין, ואת הדיונים בתלמודים, בתשובות הגאונים ובהלכה פסוקה.

³ רס"ג, אמונות ודעות ג'.

⁴ אלון, **המשפט העברי**, 5.

ערכאות, שנקבע במציאות של גלות, טרם הקמת המדינה היהודית שהוקמה על-ידי יהודים חילוניים, שלא על-פי התורה ועבור אחדים מרבנים ופוסקי זמננו - גם טרם העת.⁵ על כן פרק זה בוחן את ההתמודדות של פוסקי ההלכה עם שאלת הערכאות נוכח המציאות של קיום יהודי במדינה המודרנית, אך בשאלת ההכרה של פוסקי ההלכה במערכת המשפט של המדינה היהודית נעסוק בפרק הבא.⁶

2.2 הבסיס המקראי למערכת המשפט היהודית

התנ"ך מתייחס למעמד ה' מלך פעמיים, פעם בסיפור ההיסטורי⁷ פעם בחוק המקראי.⁸ בסיפור ההיסטורי אנחנו קוראים:

ד וַיִּתְּקֶצֶצוּ, כָּל זִקְנֵי יִשְׂרָאֵל; וַיָּבֹאוּ אֶל-שְׁמוּאֵל, הַרְמָתָה. ה וַיֹּאמְרוּ אֵלָיו, הֲנָה אֵתָה זִקְנָת, וּבְנִיךָ, לֹא הָלַכוּ בְּדֶרֶכֶיךָ; עֲתָה, שִׁימָה-לָנוּ מֶלֶךְ לְשִׁפְטָנוּ--כְּכָל-הַגּוֹיִם. ו וַיֹּרַע הַדָּבָר, בְּעֵינֵי שְׁמוּאֵל, כִּאֲשֶׁר אָמְרוּ, תִּנָּה-לָנוּ מֶלֶךְ לְשִׁפְטָנוּ; וַיִּתְּפֹלל שְׁמוּאֵל, אֶל-ה'.

דברים אלה פתחו את משפט המלך שהביא לסיום שלטון השופטים ולייסוד המלוכה בישראל. חוק המלך שבדברים י' ז' בא להגדיר את מעמדו של המלך כלפי האל, כלפי הכהונה וכלפי העם:

יד כִּי-תִבְּאֵ אֶל-הָאָרֶץ, אֲשֶׁר ה' אֱלֹהֶיךָ נָתַן לָךְ, וַיִּרְשָׁתָהּ, וַיִּשְׁבָּתָהּ בָּהּ; וְאָמַרְתָּ, אֲשִׁימָה עָלַי מֶלֶךְ, כְּכָל-הַגּוֹיִם, אֲשֶׁר סָבִיבָתִי. טו שׁוֹם תִּשָּׂם עָלֶיךָ מֶלֶךְ, אֲשֶׁר יִבְחַר ה' אֱלֹהֶיךָ בּוֹ: מִקִּרְבֵּי אֲחֵיךָ, תִּשָּׂם עָלֶיךָ מֶלֶךְ--לֹא תוּכַל לִתֵּן עָלֶיךָ אִישׁ נָכְרִי, אֲשֶׁר לֹא-אֲחִיךָ הוּא. טז נָק, לֹא-יִרְבֶּה-לוֹ סוּסִים, וְלֹא-יִשְׁיֵב אֶת-הָעַם מִצְרִימָה, לְמַעַן הִרְבוֹת סוֹס; וְהָיָה אָמַר לָכֵס, לֹא תִסָּפֹן לְשׁוֹב בְּדֶרֶךְ הַזֶּה, עוֹד. יז וְלֹא יִרְבֶּה-לוֹ נָשִׁים, וְלֹא יִסּוֹר לָבָבוֹ; וְכִסֶּף וְזָהָב, לֹא יִרְבֶּה-לוֹ מְאֹד. יח וְהָיָה כְּשִׁבְתּוֹ, עַל כִּסֵּא מַמְלָכְתּוֹ--וְכָתַב לוֹ אֶת-מִשְׁנֵה הַתּוֹרָה הַזֹּאת, עַל-סֵפֶר, מִלִּפְנֵי, הַכֹּהֲנִים הַלְוִיִּם. יט וְהָיְתָה עִמּוֹ, וְקָרָא בּוֹ כָּל-יְמֵי חַיָּיו--לְמַעַן יִלְמַד, לִירְאָה אֶת-ה' אֱלֹהָיו, לְשִׁמּוֹר אֶת-כָּל-דִּבְרֵי הַתּוֹרָה הַזֹּאת וְאֶת-הַחֻקִּים הָאֵלֶּה, לַעֲשֹׂתָם. כ לְבִלְתִּי רוֹם-לָבָבוֹ מֵאֲחֵיו, וּלְבִלְתִּי סוֹר מִן-הַמִּצְוָה יְמִין וּשְׂמֹאל--לְמַעַן יֵאָרִיךְ יָמִים עַל-מַמְלָכְתּוֹ הוּא וּבָנָיו, בְּקִרְבֵּי יִשְׂרָאֵל.

⁵ ראה: מאמר שלוש השבועות בבבלי, כתובות קיא ע"א, האוסר עליה המונית לארץ ישראל, מרידה באומות העולם ודחיקת הקץ: "ג' שבועות הללו למה אחת שלא יעלו ישראל בחומה ואחת שהשביע הקדוש ברוך הוא את ישראל שלא ימרדו באומות העולם ואחת שהשביע הקדוש ברוך הוא את העובדי כוכבים {אומות העולם} שלא ישתעבדו בהן בישראל יות ר מדאי ... שלא יגלו את הקץ ושלא ירחקו את הקץ ושלא יגלו הסוד לעובדי כוכבים {לאומות העולם} בצבאות או באילות השדה אמר רבי אלעזר אמר להם הקב"ה לישראל אם אתם מקיימין את השבועה מוטב ואם לאו אני מתיר את בשרכם כצבאות וכאילות השדה." על חשיבות מאמר שלוש השבועות בהגות האנטי-ציונית של היהדות החרדית, ראה: רביצקי, א' (1993) **הקץ המגולה ומדינת היהודים**, 277-305.

⁶ נוסף כאן, שאין בפרק זה דיון ממצה של סוגיות הערכאות בהלכה היהודית, כפי שיש בספרו של ש' שילה דיון ממצה של סוגיית "דינא דמלכותא דינא". מבין אלפי השו"תים בנושא הערכאות (כפי שהם מופיעים ב"אוצר השו"ת") בחרנו את הרלבנטיים לנושא מחקרנו ובעיקר את אלה המצוטטים בספרות פוסקי זמננו הבאים להביע את עמדתם כלפי מערכת המשפט בישראל.

⁷ שמואל א ח.

⁸ דברים יז.

⁹ כל המובאות מן התנ"ך לקוחות מאתר מכון ממר"ה: <http://www.mechon-mamre.org/index.htm>

חוק המלך בא לקבוע, ש"המדינה העברית הראשונה נועדה להיות ממלכת התורה".¹⁰ ברוח זו קבעה ההלכה, שאין המלך מתמנה, אלא על-פי בית הדין הגדול ונביא, כלומר מקור סמכותו של המלך נובעת מן התורה. למעשה ניתן כבר בראשית תולדותיה של האומה המתגבשת להבחין בחלוקה בין שלטון הכהונה ושלטון המלך, שני אפיקי שלטון שלהם סמכות שיפוט. עוד בחייו של משה נתמנה יהושע להיות שופט לכל ענייני האומה ובעת כיבוש הארץ אנחנו שומעים: "וַיִּכְרֹת יְהוֹשֻׁעַ בְּרִית לָעָם, בַּיּוֹם הַהוּא; וַיִּשָּׁם לוֹ חֹק וּמִשְׁפָּט, בְּשָׁכֶם. וַיִּכְתֹּב יְהוֹשֻׁעַ אֶת-הַדְּבָרִים הָאֵלֶּה, בְּסֵפֶר תּוֹרַת אֱלֹהִים".¹¹ משה מינה גם את אהרן ואחר-כך את אלעזר הכהן להיות שופטים: "וְאֶל-הַזִּקְנִים אָמַר שְׁבוּ-לָנוּ בְּזֶה, עַד אֲשֶׁר-נָשׁוּב אֲלֵיכֶם; וְהָיָה אַחֲרָי וְחֹר עִמָּכֶם, מִי-בַעַל דְּבָרִים יָגֹשׁ אֲלֵהֶם".¹² על סמכויות המשפט השונות, משפט הכהנים מחד גיסא, וסמכות המשפט הבאה מכוח המלך מאידך גיסא, אנחנו קוראים בדברים י"ז: "כִּי יִפְלֹא מִמֶּנֶּךָ דָּבָר לְמִשְׁפָּט, בֵּין-דָּם לְדָם בֵּין-דִּין לְדִין וּבֵין נָגַע לְנָגַע--דְּבָרֵי רִיבֹת, בְּשַׁעְרֶיךָ: וְקָמְתָּ וְעָלִיתָ--אֶל-הַמָּקוֹם, אֲשֶׁר יִבְחָר ה' אֱלֹהֶיךָ בּוֹ. וּבָאתָ, אֶל-הַכֹּהֲנִים הַלְוִיִּם, וְאֶל-הַשֹּׁפֵט, אֲשֶׁר יִהְיֶה בֵּינֵיהֶם הֵהָם; וְדָרַשְׁתָּ וְהִגִּידוּ לְךָ, אֶת דְּבַר הַמִּשְׁפָּט".¹³ כהנים ולוויים דנים בין נגע לנגע, ושופטי המלך בין דין לדין. אבן עזרא ביאר את חוק המלך שבדברים י' ז': "ואל השופט הוא המלך".¹⁴ ברכת יעקב ליהודה: "לֹא-יִסּוּר שִׁבְט מִיְהוּדָה, וּמַחֲשָׁק מִבֵּין רַגְלָיו".¹⁵ וברכת משה ללווי: "יִזְרוּ מִשְׁפָּטֶיךָ לַיַּעֲקֹב, וְתוֹרַתְךָ לְיִשְׂרָאֵל".¹⁶ ממחישות היטב את השניות המתגבשת כבר בתורה בין משפט המלוכה לבין משפט הכהונה.

שניות זאת בין משפט המלך לבין משפט הכהן, בין משפט המלוכה לבין משפט התורה מוצאת את מלוא ביטוייה בתקופת יהושפט, מלך יהודה. הוא תיקן בתי משפט בארץ יהודה ומינה שופטים מיוחדים לדבר ה' מתוך הכהנים ושופטים אחרים מראשי האבות לעניין המלך: "וַיַּעֲמֵד שֹׁפְטִים בְּאֶרֶץ, בְּכָל-עֲרֵי יְהוּדָה הַבְּצֻרוֹת--לְעִיר וָעִיר ... וְגַם בִּירוּשָׁלַם הָעָמִיד יְהוֹשָׁפָט מֶן-הַלְוִיִּם וְהַכֹּהֲנִים, וּמִרְאשֵׁי הָאֲבוֹת לְיִשְׂרָאֵל, לְמִשְׁפַּט ה', וְלָרִיב ... וְהָיָה אֲמִרָתוֹ כִּהְיוּ הָרֹאשׁ עֲלֵיכֶם לְכָל דָּבָר-ה', וְזַבְדִּיהוּ בֶן-יִשְׁמָעֵאל הַנָּגִיד לְבֵית-יְהוּדָה לְכָל דָּבָר-הַמֶּלֶךְ".¹⁷

הרב שמעון פדרבוש¹⁸ מסכם במאמרו "משפט התורה והמלוכה" את המחקרים על מערכת המשפט בתקופת המקרא וקובע בנושא השניות שבין השיפוט הממלכתי והשיפוט הדתי:

10 פדרבוש, ש' (תשל"ג). משפט המלוכה בישראל, 44.
11 יהושע כד, כה-כו.
12 שמות כד, יד.
13 דברים יז, ח-ט.
14 אבן עזרא לדברים יז, ט.
15 בראשית מט, י.
16 דברים לג, י.
17 דברי הימים ב יט, ה-יא.
18 הרב ש' פדרבוש מזוהה עם הציונות הדתית בארה"ב.

לפי מה שביארנו נראה ברור, שהיו שני סוגי בתי-משפט, אחד של כהנים מיוחד לשיפוט הדתי ואחד של ישראלים המיועד לשיפוט הממלכתי. כבר ביררנו, כי **למלך או לשלטון המדינה היתה סמכות מלאה של תחוקה ושיפוט** (הדגשה שלי, מ.ס.) בעבירות שבין אדם לחברו ובין אזרח והמדינה, ואף על פי שגם על התחוקה הממלכתית הזאת להיות חדורה ברוח התורה ומוסר היהדות, אולם הרשות ניתנה להנהיג את המלוכה לחוקק חוקים משלה משפט האזרחי והפלילי לפי צרכי השעה והמקום ולהטיל עונשים אף במקרים שהתורה הקלה. ההפרדה בין רשות התורה והמדינה היא על פי התורה עצמה, שידעה לשבט יהודה את תופשי ההגה ולשבט לוי את נושאי ההנהגה הדתית.¹⁹

ניתן להסיק, שהשניות בתורה בין משפט המלך למשפט התורה, יושמה לא רק בתקופת המלוכה בישראל,²⁰ אלא גם בהלכה התלמודית ובדברי הפוסקים, ראשונים כאחרונים. העיון בדיונים המוצגים בתלמוד בדיוניהם של הפוסקים ילמד אותנו, אם אכן כך הדברים. דיונים אלה לא התנהלו בתנאים המדיניים של מדינה יהודית ריבונית, כמו בימי יהושפט מלך יהודה או בימים של חיבור ספר דברים, אלא תחת שלטון זר בארץ ישראל או בגלות בבל, אשכנז וספרד. בדיונים הבתר-מקראיים הפך שיפוט המלך לשאלה על קבלת מרותה של מלוכת זרה בארץ ישראל ובגולה, או לדיון הלכתי-תיאורטי שיישומו בימות המשיח.

2.3. בתי הדין בימי בית שני

א' גולאק מתאר בזהירות רבה את מערכת בתי הדין בתקופת הבית השני, בגלל "הרישומים ההיסטוריים המעטים". הוא לומד על מערכת זו, בעיקר מדברי עזרא הסופר, מיוסף בן-מתתיהו (פלאוויוס) ומספרות התנאים.²¹ גולאק נאלץ, לא פעם לקבוע, ש"הדעת נותנת, ש...", "ובוודאי היו שם....", "אפשר לשער, ש..." וכד'.

ביפוי-כוח שנתן ארתחשסתא, מלך פרס, לעזרא, אנו קוראים:

כה ואנת עזרא, כחכמת אלהך די-בידך מני שפטין ודינין די-להון דאנין (דינין) לכל-עמא די בעבר נהרה, לכל-ידעי, דתי אלהך; ודי לא ידע, תהודעון. כו וכל-די-לא להוא עבד דתא די-אלהך, ודתא די מלכא--אספרנא, דינה להוא מתעבד מנה: הן למות הן לשרשו (לשרשי), הן-לענש נכסין ולאסורין.

פדרבוש, שם, 46.

¹⁹ אין אנו גורסים כאן שהסיפור המקראי משקף אמת היסטורית. לצורך גיבוש ההלכה אין לכך חשיבות. ²⁰ ראיית המציאות השלטונית בתקופת המקרא כפי שהיא מתוארת, מהווה בסיס להלכה התלמודית, לפוסקי ימי הביניים ולפוסקים האחרונים, גם אם המציאות ההיסטורית לא היתה כפי שהיא מתוארת. נאמנה עלינו תפיסתו של אחד-העם בעניין האמת ההיסטורית והאמת הארכיאולוגית בדיוניו של משה רבנו. ²¹ גולאק, א' (תרפ"ג). יסודי המשפט העברי, ד, 5-19.

מפסוק כ"כ אנחנו למדים שעזרא קיבל מאת המלך מינוי כפול : לשפוט את העם וללמדו את דְּתִי אֱלֹהֶךָ, בעזרת כוח אכיפה מירבי . מספרי עזרא ונחמיה ידועה ההשפעה הרבה שהיתה לזקנים ולראשי האבות במערכת המשפט, ועזרא השתדל "להודיע להם דתי אלהא".²²

יוסף בן-מתתיהו מציין שבתקופתו פעלו בערים רבות בתי דין של שבעה . גם הוא, כאשר נתמנה למושל הגליל, העמיד שם בתי דינים של שבעה.²³ גולאק דוחה את עדותו של יוסף בן מתתיהו, מאחר ובספרות התנאים אין זכר למלאכת השפיטה של מוסד שבעת הדיינים . כמוסד המורכב משבעה בעלי תפקידים נזכר שם רק מוסד "שבעה טובי העיר" שתפקידו היה להנהיג את הציבור, לדאוג לכלכלתו ולעסוק בצדקה, אך לא לשפוט. "אבל לא היתה להם [לשבעה טובי העיר] משרה של דיינים".²⁴

בימי הבית השני פעלו, על-פי דברי התנאים, שלושה מוסדות שיפוט עיקריים: בית דין של שלושה דיינים לענייני ממונות, גזלות, חבלות וקנסות, בית דין של עשרים ושלושה לדיני נפשות, וסנהדרין גדולה כמוסד שיפוט עליון. בית דין של שלושה היה בכל העיירות וערי הארץ, ודן כאמור בעיקר בדיני ממונות. בירושלים היו שני בתי דין של שלושה, אחד בהיכל ואחר בהר הבית. בית דין זה לא היה מוגבל לשלושה דיינים, אלא נהג לדון בענייני ממון בהרכב של שלושה. בעת הצורך הוגדל הרכב זה לחמישה ואף לשבעה.

בית דין של עשרים ושלושה כונה סנהדרין קטנה. על-פי התלמוד היתה בכל עיר סנהדריה קטנה של עשרים ושלושה זקנים קבועים. מספרם הרב של חברי מוסד זה מעורר לא מעט תהיות. אמנם ענייני נפשות דורשים בוודאי שיקול רב, אך רק לעתים רחוקות דנו בסנהדריות הקטנות בדיני נפשות. גולאק רואה את שורשי מוסד זה במועצות הזקנים, שפעלו בתקופת התנ"ך בכל עיר ועיר. חברי הסנהדרין הקטנה היו מתמנים על ידי הסנהדרין הגדולה מתוך אנשי אותה עיר עצמה.²⁵ הסנהדרין הקטנה היתה מורכבת בעיקרה מפרושים, ששמרו באמצעותה על השפעתם מימי מועצות הזקנים. גולאק טוען, שלא כל חברי הסנהדריות הקטנות היו בקיאים בתורה, "ודי היה אם היו ראויים לשמוע בדברי הלכה וברור הדינים", בתנאי שהיו לפחות "משניים עד ארבעה חברים יודעים לדבר ולשאת וליתן בהלכה".²⁶ כדי לשמור על קשר קבוע בין הסנהדריות הקטנות בערי ישראל לבין הסנהדרין הגדולה בירושלים היתה קיימת משרה שנקראה "מופלא של בית דין":

²² עזרא י, יד-יז, נחמיה י"ג.

²³ יוסף בן-מתתיהו, קדמוניות היהודים, ד, ח, י"ד. ו, ח, ל"ח, ומלחמות היהודים, ב, כ, ה.

²⁴ גולאק, שם, 7.

²⁵ בבלי, סנהדרין פ"ח ע"א.

²⁶ גולאק, שם, 13.

נצרך אחד מהן הלכה הולך לבית דין שבעירו אין בית דין בעירו הולך
לבית דין הסמוך לעירו אם שמעו אמרו לו אם לא הוא ומופלא שבהם באין
לבית דין שבהר הבית אם שמעו אמרו להן ואם לאו הן ומופלא שבהן באין
לבית דין שבחיל אם שמעו אמרו להן ואם לאו אילו ואילו הולכין לבית דין
הגדול שבלשכת הגזית בית דין שבלשכת הגזית²⁷

במקום שנתעורר ספק בהלכה או בפסק דין, עלו בעל-הדין יחד עם המופלא של בית הדין לירושלים לשאול את פי בית הדין הגדול. כך מילא המופלא של בית הדין תפקיד של "עיניים לסנהדרין". קיומה של משרת המופלא מחזק את הסברה, שבת הדין בתקופת הבית השני היו מורכבים מזקנים וממומחים בהלכה, שבמקרים מסויימים של עשיית דין נעזרו בסנהדרין הגדולה שבירושלים.

המשנה מעידה שב תחילה היתה הסנהדרין הגדולה מורכבת ממאה ועשרים זקנים²⁸, ומן התוספתא אנחנו למדים, ש"בית דין של שבעים ואחד היה בלשכת הגזית"²⁹. מוסד זה מילא את תפקיד בית הדין הגבוה מעל לסנהדריות הקטנות. בתקופת הבית השני היתה הסנהדרין הגדולה עמוד התווך השני לכהונה ולמלוכה. מעורבותה בעניינים מדיניים היתה רבה והיא היתה זירה למריבות עזות בין המפלגות העיקריות בתקופה זו. מקורה של הסנהדרין הגדולה במועצת הזקנים של כל העם בימי השופטים, בימי עזרא ונחמיה, והגרוסיה בימי השלטון ההלניסטי. הסנהדרין היתה מוסד השיפוט העליון, וחברי הסנהדריות הקטנות נתמנו על ידיו. חברי הסנהדרין הגדולה נבחרו מקרב חברי הסנהדריות הקטנות על-ידי הסנהדרין הגדולה בעצמה. מוסד שיפוטי עליון זה היה בלתי תלוי, ובראשו עמדו נשיא ואב בית דין. הנשיא מילא תפקידים ממלכתיים, סגנו, אב בית הדין, היווה את הסמכות המשפטית העליונה. מראשית תקופת החשמונאים היה מוסד זה מורכב אך ורק מפרושים³⁰. ספרות התנאים מפרטת את תחומי השיפוט הישירים של הסנהדרין הגדולה:

אין דנין לא את השבט ולא את נביא השקר ולא את כהן גדול אלא על פי בית דין של שבעים ואחד ואין מוציאין למלחמת הרשות אלא על פי בית דין של שבעים ואחד ... אין עושין סנהדריות לשבטים אלא על פי בית דין של שבעים ואחד אין עושין עיר הנדחת אלא על פי בית דין של שבעים ואחד³¹ ...

²⁷ תוספתא, סנהדרין ז, א (צוקרמאנדל).

²⁸ משנה, סנהדרין ב.

²⁹ תוספתא, שם.

³⁰ שם, שם.

³¹ משנה, סנהדרין א, ה.

מזה נובע, שהסנהדרין הגדולה לא פעלה כמוסד שיפוטי של אינסטנציה ראשונה, כי המקרים הרשומים במשנה היו נדירים ביותר.³² גולאק מסיק, שסנהדרין גדולה שפטה דיני נפשות רק כשהיה להם ערך ממלכתי חשוב.³³ תפקידו העיקרי היה פיקוח על מלאכת השפיטה של הסנהדריות הקטנות והעזרה שהושיט להן באמצעות המופלא של בית דין. אין מדובר בבקרה של ממש, אלא על יעוץ. בתקופת התנאים נקבע, למעשה, הדפוס של הישענות בית דין נמוך על בית דין גבוה יותר "אם הוצרך [בית דין זה] דבר לשאול, כותבים ושולחים [לבית דין] גדול ממנו".³⁴

2.4. בתי הדין בתקופת המשנה והתלמוד

השינויים שהביא חורבן בית המקדש על המוסדות ועל בעלי התפקידים הקשורים אליו היו מרחיקי לכת. חל צמצום בתפקידים הפוליטיים של המנהיגות העליונה של היישוב, בוטלו הקורבנות ובעקבות זאת בוטל תפקידם העיקרי של הכהנים, ומעמד החכמים הפך למנהיגות העיקרית של העם היהודי. גולאק מציין, שלאחר החורבן בוטלו הסנהדריות הקטנות, כי ניטלה מן היהודים סמכות השיפוט בענייני נפשות. מן הסנהדרין הגדולה ניטלו התפקידים המדיניים וסמכויותיה צומצמו לעניינים שיפוטניים בלבד.³⁵ לאחר חורבן בית המקדש הועברה הסנהדרין הגדולה מירושלים ליבנה והמשיכה למלא את תפקידה כבית דין גבוה. היא זכתה להכרת השלטון הרומי תחת מנהיגותו של רבן גמליאל השני, שהלך לנציב הרומי בסוריה ליטול רשות לדון את העם.³⁶ שינויים משמעותיים בסמכות השיפוט הפנימי היהודי חלו רק עם גזרות הדרייטוס בעקבות מרד בר-כוכבא לאחר שנת 135 לספה"נ. אז נגזר: "כל הסומך יהרג וכל הנסמך יהרג, עיר שסומכים בה תחרב וגבולים שסומכים בהם יעקרו".³⁷ גזרת הסמיכה היתה מכוונת נגד האוטונומיה המשפטית של היהודים ביהודה והיה צורך למצוא פתרונות אלטרנטיביים למערכת השפיטה, אשר שתזכה בהכרת הרומאים.

לדעת גדליהו אלון, העיון במקורות חז "ל מעלה הימצאותן (או הימצאותן האפשרית) של שלוש מערכות שיפוט עיקריות בתקופת המשנה והתלמוד:

- רשות הדין הקומונאלית, שאינה זקוקה לסמכות מרכזית, כמו נשיאות או סנהדרין.
- שיפוטם של חכמים, של מומחים או סמוכים, שמקור סמכותם נובע מהרשאת ההנהגה המרכזית.

³² תוספתא, סנהדרין יד: עיר הנדחת לא היתה ולא עתידה להיות.

³³ גולאק, שם, 17, מביא את הדוגמה של משפט הורדוס בימי שמעון ואבטליון המתואר אצל יוסף בן-מתתיהו.

³⁴ משנה, סנהדרין לא.

³⁵ גולאק, שם, 23 ואילך.

³⁶ משנה, עדויות ז,ז.

³⁷ בבלי, סנהדרין יג.

• השיפוט הפרטי בדרך של בוררות.³⁸

השיפוט הקומונאלי היה מורכב משלוש מסגרות שונות לשיפוט, שלא היו תלויות בסמכות המרכזית: שיפוט של הנהגת העיר, שיפוטם של האזרחים ושיפוטם של הדיינים הקבועים - ושלושתם היו בתי דין של הדיוטות, שלא דנו על-פי דין תורה. כבר יוסף בן-מתתיהו מציין שמשם ציווה להקים בכל ישוב בית דין של שבעה דיינים.³⁹ דיינים אלה נבחרו מקרב ההנהגה היישובית, וייתכן שהיו אלה שבעת טובי העיר שפעלו כהנהגת היישוב העירוני. הם פעלו כדיינים, כפי שעשו "זקני העיר" בתקופה המקראית. אף על פי שלא מצא עדויות לכך, מניח ג' אלון, שמערכת שיפוט זו פעלה גם אחרי חורבן בית המקדש בשנת 70.⁴⁰ בנוסף לשבעת הדיינים שפעלו במסגרות הקומונאליות, מוזכר במקורותינו גם מוסד "בני הכנסת" - בני העדה הפשוטים שפעלו כדיינים הדיוטות. כקבוצה שלישית בשיפוט הקומונאלי רואה ג' אלון את הדיינים הקבועים ממעמד "אנשי היחס" ובעלי הממון שבעיר. על כך מעידה העובדה, שדיינים אלה לא נטלו שכר על מילוי תפקידם. על הביקורת התורנית כלפי דיינים אלה ניתן ללמוד מהמחלוקת שבין רבי יהושע לבין רבי אליעזר. ר"י אומר: "בני אדם שהם בטלים ממלאכתם יהיו דנין את העם בכל עת". ר"א המודעי אומר: "בני אדם שהם בטלין ממלאכתם ועוסקים בתורה, יהיו דנין את העם בכל עת".⁴¹ מסורות שונות בספרות חז"ל מגנות את הדיינים אלה, מפני היעדר זיקתם והיעדר הכשרתם ל"דין תורה" של ההלכה: "נמצאת מזכה את החייב ומחייב את הזכאי".⁴² אך ג' אלון רואה במסורות אלו מידה מסוימת של הפלגה פולמוסית.

על **שיפוטם של חכמים, של מומחים או סמוכים**, שמקור סמכותם נובעת מהרשאת ההנהגה המרכזית, יש במקורותינו עדויות רבות. על אף שלדעת ג' אלון אין המחקר מסוגל לספק לנו הצעה שלמה לתולדותיה של הסמיכה ולמבנה בתי הדין של מומחים, ניתן למצוא במקורות מעין הגדרה למינויים של הדיינים ונוסחאות של כתבי-מינויים. על כך אנו קוראים בתלמוד הירושלמי:

אמר רבי בא בראשונה היה כל אחד ואחד ממנה את תלמידיו כגון רבן יוחנן בן זכאי מינה את רבי ליעזר ואת רבי יהושע ורבי יהושע את רבי עקיבה ורבי עקיבא את רבי מאיר ואת רבי שמעון אמר רבי מאיר תחילה נתכרכמו פני רבי שמעון אמר לו רבי עקיבה דייך שאני ובוראך מכירין כוחך חזרו וחלקו כבוד לבית הזה אמרו בית דין שמינה שלא לדעת הנשיא אין מינויו מינוי ונשיא שמינה שלא לדעת בית דין מינויו מינוי חזרו

38 אלון, ג' (תש"ל). אילן דמתמנין בכסף, 23.
 39 יוסף בן-מתתיהו (פלאוויוס), **קדמוניות היהודים**, ד, ח, יד.
 40 אלון, ג', **שם**, 24.
 41 מכילתא, יתרו, ב (מהדורה הורוביץ 198), אצל אלון, **שם**, 27.
 42 אלון, **שם**, 28.

והתקינו שלא יהו ב"ד ממנין אלא מדעת הנשיא ושלא יהא הנשיא ממנה
אלא מדעת בית דין.⁴³

עדות זו מהתלמוד הירושלמי מצביעה על התחזקות הכוח המרכזי של הנשיאות בסוף המאה השלישית לסה"נ. נראה, שעד רבי יהודה הנשיא סמכות הסמיכה הייתה בידיהם של חכמים יחידים שלא סמכו על דעת בית הדין הגדול. ג' אלון מסתייג ממהימנות העדות בתלמוד הירושלמי לגבי תיאור השלבים המוקדמים,⁴⁴ אך מקבל את תיאור המצב לגבי המאה השלישית: "רובם של המינויים המוזכרים – מידי הנשיא יצאו, אלא שבכמה מקומות למדנו על הסמיכה, שניתנה בידי כלל החכמים",⁴⁵ שהיא, בעיני ג' אלון, הסנהדרין. יחד עם זאת, כך מציין אלון, אף אחרי תקופת רבי יהודה הנשיא, היתה הסמיכה, לעיתים עניין לחכמים יחידים. כך ניתן לקרוא על ר' יוחנן ואחרים שסמכו תלמידים בלי זיקה לנשיאות. תפקידיהם של חבר החכמים ושל הנשיאות היו מגוונים:

- הוראה עיונית ברבים בבית המדרש ובציבור.
- הוראת הלכה למעשה ליחידים.
- פסיקת הדין.

על מוסד הבוררות אנחנו קוראים במשנה: "דיני ממונות בשלושה, זה בורר לו אחד וזה בורר לו אחד" וכו'.⁴⁶ נראה במשנה, שכל ענייני הממון נדונו בפני בוררים שהיו הרשות היחידה לדינים. גולאק מסיק שמוסד הבוררות נוסד בעקבות גזרות השמד של הדריינוס אחרי מרד בר-כוכבא, כשניטלו מישראל דיני ממונות.⁴⁷ העובדה, שרבי מאיר וחכמים אחרים דיברו בימיהם על דיינים שהם "מומחים לבית דין", ואילו רבי יוחנן מכיר את מוסד הבוררות דו רות רבים אחרי תקופת השמד, מטילה ספק על קביעתו של גולאק. סביר יותר, שלפחות מהדור השלישי של התנאים, פעלו בוררים לצדם של דייני בית דין.

2.5. בית דין של הדיוטות

ראשיתם של בתי דין של הדיוטות בארץ ישראל היתה בתקופת התנאים. לדעת גולאק נוסד מוסד זה לאחר מרד בר-כוכבא בדומה למוסד הבוררות.⁴⁸ ג' אלון גורס: "בתי דינין של הדיוטות, שחבריהם אינם חכמים-סמוכים, אלא שנתמנו לדין על ידי הציבור, כלומר – על ידי הרשות המקומית, הללו קרויים 'ג בני הכנסת'. בתי דינים אלו קשורים בהנהגה העירונית. והם משמשים המשך לאותה מציאות של משפט העדה מלפני החורבן; יש ו'דיינים' אלה

⁴³ ירושלמי, סנהדרין א, (יא ע"א)

⁴⁴ אלון, ג'. שם, עמ' 33-36.

⁴⁵ שם, עמ' 36.

⁴⁶ משנה, סנהדרין א, א.

⁴⁷ גולאק, שם, 30-32.

⁴⁸ שם.

נבחרו מבין התקיפים ובעלי הזרוע שבערים, ושיפוטם לא היה על דעת חכמים ולא על דעת התורה.⁴⁹ על אף שמשמע מהברייתא בגיטין,⁵⁰ שאסור לפנות למוסד זה, כפי שאסור לפנות אל ערכאות של גויים, מוכר בית דין זה היטב מהספרות התלמודית, ונראה שעל-פי רוב היה מוכר כמוסד לגיטימי לצדו של בית הדין של מומחים. למושג "הדיוטות" שני מובנים: דיינים מחוץ לארץ ישראל שלא הוסמכו, ואלה שבארץ ישראל לאחר ביטול הסמיכה, כדברי אב"י לרב יוסף בגיטין⁵¹: "והא אנן הדיוטות אנן", אך גם דיינים שאינם בקיאים בדין תורה. דיוננו נסוב סביב הקבוצה השניה, בתי דין המורכבים, חלקית או באופן מלא, מדיינים שאינם "גמירים" ואינם "סבירים". ברור שהחכמים עשו הבחנה ברורה בין סמכויותיהם של בתי דין של הדיוטות לבין אלה של בתי דין של מומחים, אך אין אזכור לאיסור עקרוני לפנות לבית דין של הדיוטות.

חכמים תיקנו,⁵² שדיני ממונות מובאים בפני שלושה דיינים, "משום יושבי קרנות",⁵³ כי בשלושה בהכרח יהיה אחד "גמיר".⁵⁴ ברור שלא מדובר כאן בבית דין של מומחים הפועל על-פי דין תורה, אלא בבית דין של הדיוטות הפועל כבורר בענייני ממונות. כתנאי לקיומו צוינה הדרישה שאחד מהם יהיה "גמיר". פוסקים ראשונים נחלקו בשאלה, אם לפחות אחד משלושת הדיינים בבית דין של הדיוטות חייב להיות "גמיר", כפי שהדבר מתבקש מהדיון בסנהדרין, או אף לא אחד מהם, או כל השלושה.⁵⁵ חז"ל עשו הבחנה בין דיני ממונות הצריכים שלושה מומחים, כמו גזלות וחבלות, לבין דיני ממונות שמותר לדון בהם בפני בתי דין של הדיוטות, כמו הודאות והלוואות.⁵⁶ הנימוק להקלה הוא, "שלא תנעול דלת בפני לווים, שימנעו מלהלוות שמא יכפור הלווה ולא ימצאו מומחים לכופו לדין". לכן תיקנו חכמים שאפילו שלושה הדיוטות, שאינם מומחים, כשרים לדיון זה.⁵⁷

קראנו במסכת נדרים:

מועדי ה' צריכין קידוש ב"ד, שבת בראשית אין צריכה קידוש ב"ד; מועדי ה' צריכין מומחה, ואין פרשת נדרים צריכין מומחה, אפי' בית דין הדיוטות.⁵⁸

49 אלון, ג' (תשי"ד). היהודים בתקופת המשנה והתלמוד, 139, ראה גם אלון, ג' (תשל"ל). מחקרים בתולדות ישראל, 23-31.
50 בבלי, גיטין פח ע"ב.
51 שם.
52 בבלי, סנהדרין ג ע"א.
53 אנשים שלא למדו, ואינם עוסקים במשא ומתן. רש"י, שם: "תגרים שאין בקיאים בטיב דינים ויזכה את החייב ויחייב את הזכאי".
54 רש"י, שם: "ששמע מחכמים ומדיינים הלכות דין מלוה".
55 בית דין, אנציקלופדיה תלמודית, ג, עמ' קנה.
56 בבלי, סנהדרין ג ע"א. רש"י ד"ה תרתי.
57 בית דין, שם, קנה.
58 בבלי, נדרים עח ע"ב.

כבר חכמי המשנה נחלקו ביניהם בשאלה על הרכבו של בית דין של הדיוטות בבואו להתיר נדרים. ר' יהודה דרש, שאחד מהם יהיה חכם, גם אם חכמים גרסו, שאין צורך שאחד מהם יהיה חכם גם כאשר נמצא חכם.⁵⁹ לכן אין מתירים שלושה הדיוטות במקרה זה. כנגדם אמרו רבנן דקיסרין שמתירים בשלושה, אפילו במקום שיש חכם.⁶⁰ על הלגיטימציה של בית דין של הדיוטות מעיד גם הדיון בבא מציעא:

אלמנה מוכרת [למזונותיה מרכוש הנפטר, מ"ס] שלא בפני בית דין. –
אמר ליה אב"י: ולא מי אתמר עלה, אמר רב יוסף בר מנימי אמר רב
נחמן: אלמנה אינה צריכה בית דין של מומחין, אבל צריכה בית דין של
הדיוטות.⁶¹

ברור שאלמנה לא זקוקה לבית דין על מנת לקחת מה ששייך לה, אך אב"י מסייג עקרון זה בהפניית האלמנה לדברי רב נחמן, שלפיו עליה לפנות לבית דין של הדיוטות. מ' אלון מפרש על בסיס דבריהם של פוסקים ראשונים את המונח "הדיוטות" שבברייתא של רב נחמן כ"דיינים הדיוטות גמורים", שאף לא אחד מהם אינו סביר וגמיר, והוא בית דין שלפי ההלכה התלמודית אינו כשר לדון, זולת דינים יוצאים מן הכלל, כגון מכירת נכסי עיזבון לשם פריעת כתובה או מזונות.⁶²

ג' אלון לומד מדברי האמוראים, "שהם סמכו ידם לעניין דיני ממונות, על בית דין של שלושה הדיוטות, ובלבד שלפחות אחד יהיה "גמיר", היינו ששמע מפי חכמים ודיינים דינים והלכות. מתן סמכות לבית דין של שלושה הדיוטות נומק כתקנת חכמים, כדי לאפשר קיומו של דיון תקין גם כשאין בית דין המורכב כולו מדיינים בקיאים בדיון תורה. כאמור, סמכות השיפוט שנמסרה לשלושה הדיוטות כאלה כללה את כל ענייני המשפט האזרחי.⁶³

הברייתא בגיטין⁶⁴, שהוזכרה לעיל, מבססת את האיסור להזדקק לערכאות של גויים (=אגוריות של עובדי כוכבים) על הרחבת הפסוק הפותח את פרשת משפטים ("ואלה המשפטים..."): "לפניהם ולא לפני עובדי כוכבים. דבר אחר: לפניהם ולא לפני הדיוטות". דהיינו, האיסור לפנות אל עובדי כוכבים הורחב עד כדי איסור לפנות אל הדיוטות, מבלי שהברייתא מנמקת או מסבירה את האיסורים. איסור הפנייה אל הדיוטות מתקבל כאן לכל היותר כמשתמע או ככריכה בעלמא לאיסור המפורש. בתקופה מאוחרת יותר ינומק האיסור

59 בבלי, בכורות לז ע"א.

60 ירושלמי, חגיגה פ"א, ח.

61 בבלי, בבא מציעא לב ע"א.

62 אלון, מ'. המשפט העברי, 20, הערה 65.

63 אלון, מ'. שם, 21.

64 בבלי, גיטין פח ע"ב.

היטב על-ידי פרשנים ופוסקים.⁶⁵ חוסר הס'מטריה בין ערכאות של גויים ל בין בתי דין של הדיוטות בולטת בעיקר בפרשנות ופסיקת ימי הביניים.

כאמור נמצא בברייתא בגיטין רק האיסור לפנות ל "אגוריות של גויים". אולם מפסיקת הראשונים אפשר ללמוד, שגם הם הדגישו את ההבדל המהותי בין ערכאות של גויים לבתי דין של הדיוטות:

כל הדין בדייני עכו"ם ובערכאות שלהן אע"פ שהיו דיניהם כדיני ישראל הר' זה רשע וכאילו חרף וגדף והרים יד בתורת משה רבינו שנאמר ואלה המשפטים אשר תשים לפנייהם לפנייהם ולא לפני עכו"ם לפנייהם ולא לפני הדיוטות.⁶⁶

נאמן לברייתא בגיטין, אוסר הרמב"ם אך ורק את הפנייה אל ערכאות של עכו"ם, אף שהברייתא כורכת הדיוטות עם עכו"ם. אם היה ספק בהתייחסות השונה של הברייתא בגיטין ושל הרמב"ם במשנה תורה אל הגויים ואל ההדיוטות, מוצגים בשולחן ערוך דברים מפורשים יותר. ר' יוסף קארו בהלכה, שהובאה בהקשר אחר כבר לעיל, אינו קושר את ערכאות של גויים לבתי דין של הדיוטות ומתעלם מהקביעה שבברייתא בגיטין הכורכת את שניהם יחדיו, ואוסר במפורש כל התדיינות בפני ערכאות של גויים:

אסור לדון בפני דייני עובדי כוכבים ובערכאות שלהם, אפילו בדין שדנים בדיני ישראל, ואפילו נתרצו ב' בעלי דינים לדון בפניהם, אסור. וכל הבא לידון בפניהם, הרי זה רשע, א וכאילו חרף וגדף והרים יד בתורת מרע"ה.⁶⁷

במשנה תורה כתוב שהאיסור להתדיין בפני ערכאות של עכו"ם תִּקַּף גם כאשר דנים בהן על-פי דין תורה, ומוסיף השולחן ערוך, שגם אם שני בעלי הדין הסכימו ביניהם על קבלת הדין של ערכאות של עכו"ם, הדבר אסור. אך על איסור הדיוטות לא כתוב דבר.

מן הדיונים הללו אין לנו אפשרות להסיק על בתי דין של הדיוטות, האם מדובר בבית דין יהודי הדין לפי אומד הדעת, לפי שיקול הדעת, ולפי חוקים זרים, או האם מדובר בבית דין המנסה לדון לפי דין תורה, אך אינו בקיא בו לחלוטין. גם הדיון בשאלה, האם לפחות אחד מן הדיינים חייב להיות "גמיר", כלומר בקיא בדין תורה, אינו מאפשר לנקוט עמדה ברורה. ייתכן שהמשך העיון ב"ערכאות שבסוריא" עשוי לשפוך אור על שאלה זאת.

⁶⁵ לאור האמור יש לדחות את המסקנה של א' שוחטמן (מעמדם ההלכתי של בתי המשפט, 339), שקיים איסור להתדיין בפני ערכאות של גויים וגם לפני הדיוטות

⁶⁶ רמב"ם, סנהדרין כו, ז.

⁶⁷ שולחן ערוך, חו"מ סי' כו, א.

2.5.1 ערכאות שבסוריא

בתלמוד הבבלי מצאנו בית דין, שאינו מורכב ממומחים, וכינויו "ערכאות שבסוריא". אזכור מופיע אגב דיון של תנאים על היכולת לפסול בית דין של שלושה, הדן בדיני ממונות:

כדאמר רבי יוחנן: בערכאות שבסוריא שנו. הכא נמי: בערכאות שבסוריא שנו. אבל מומחין – לא.⁶⁸

רש"י מגדיר "ערכאות שבסוריא" כבית דין של דיינים "שלא היו בקיאים בדין תורה", הלכך אפילו לזה מצי מעכב.⁶⁹ מסקנה זאת מתבקשת מהטקסט שבגמרא, כי אם היו הדיינים בקיאים, רק המלווה, ולא הלווה, היה יכול לסרב לה תדיין בפני בית דין מסוים, אך מכיוון שמדובר בהדיוטות, שאינם בקיאים, כלומר ערכאות שבסוריא, "ואפילו לזה מצי מעכב".

בניגוד לאיסור על פנייה לבתי דין של הדיוטות, כמשתמע מהברייתא בגיטין, יש כאן היתר להתדיין בפני דיינים יהודים שאינם מומחים, ובית הדין שלהם מכונה ערכאות שבסוריא. למוסד זה מתכוון הרשב"א באומרו:

שורת הדין: אי אפשר להעמיד דיינים שאינם מומחים, שלא מדעת בעלי הדין. אלא שהמומחין לבית דין שבעיר, יכולין לכופ בעלי הדין לדון לפנייהם. כל שכן, גדולים מהם בחכמה בעיר; והוא, שבקיאים בדין. על כן, צריכין אתם למנותם, לדעת אנשי העיר, ואף על פי שאינם בקיאים, שהכל לפי השעה! וכל מעשיך יהיו לשם שמים. ואם קבלום עליהם אנשי העיר, מותר, ואין אחד מהם יכול לפסלן. דהיינו ערכאות שבסוריא [...] אם היו כשרין, נעשו כמומחין מפי בית דין, ואינם יכול לפסלן. שלא כל הימיו, שיפסול דיין שהמחוהו רבים עליהם.⁷⁰

עיירות שאין בהם חכמים הראויים להיות דיינים, או שכולן עמי הארץ, וצריכים להם דיינים שישפטו ביניהם שלא ילכו לפני ערכאות של עובדי כוכבים, ממנים הטובים והחכמים שבהם (לדעת אנשי העיר), אע"פ שאינם ראויים לדיינים, וכיון שקבלו עליהם בני העיר אין אחר יכול לפוסלן. וכן כל צבור יכולין לקבל עליהם בית דין שאינם ראויים מן התורה.⁷¹

ובהמשך לדברי הרשב"א שצוטטו ב"בית יוסף", אנו קוראים דברים דומים שכתב הרשב"א בעצמו:

...עיירות שאין שם מי שידע אפילו אות אחת, ואנו צריכים להעמיד [לדיינים] לדון ולפשר... ואם לא נעמיד – נמצאו הולכין לערכאות נכרים. ... לדעת אנשי העיר... שהכל לפי השעה, וכל מעשיך יהיו לשם שמים, ואם קבלום עליהם אנשי העיר – מותר, ואין אחד מהם יכול לפוסלם, דהיינו ערכאות שבסוריא.⁷²

⁶⁸ בבלי, סנהדרין כג ע"א.

⁶⁹ רש"י, שם, ד"ה בערכאות שבסוריא.

⁷⁰ שו"ת הרשב"א ב, סי' רצ, ד"ה תשובה: שורת.

⁷¹ ב"י בשם תשובת הרשב"א, שולחן ערוך, חו"מ, ח, א.

⁷² שם.

כיצד נעשה בעיירות, שאין שם מי שיו דע אפילו אות אחת. ואנו צריכין להעמיד: לדון, ולפשר ... ואם לא נעמיד, נמצאו הולכין לערכאות של נכרים.

תשובה: שורת הדין: אי אפשר להעמיד דיינין שאין מומחין, שלא מדעת בעלי הדין. אלא שהמומחין לבית דין שבעיר, יכולין לכופ בעלי הדין לדון לפניהם. כל שכן, גדולים מהם בחכמה בעיר; והוא, שבקיאין בדינין. על כן, צריכין אתם למנותם, לדעת אנשי העיר, ואף על פי שאין בקיאין, שהכל לפי השעה! וכל מעשיך יהיו לשם שמים. ואם קבלום עליהם אנשי העיר, מותר, ואין אחד מהם יכול לפסלן. דהיינו ערכאות שבסוריא.⁷³

בהמשך לדברים אלה, שצוטטו בבית יוסף מדברי הרשב"א, נקבע, ש"כן כל ציבור יכולין לקבל עליהם בית דין שאינם ראויים מן התורה". נשאלת השאלה, האם הכוונה כאן להתיר בתי דין של הדיוטות, והאם בתי דין אלה רשאים לפעול, גם אם נמצאים דיינים בקיאים במקום. מתשובת הרשב"א משתמע, שמינוי דיינים שאינם מומחים (בדין תורה) מצריך את הסכמת בעלי הדין, להוציא מקרה שמינוי זה נעשה מטעם בתי הדין של מומחים, שמסיבה זו או אחרת מחליטים להאציל מסמכויותיהם להדיוטות. אך גם במקרה זה ההדיוטות מונות "לדעת אנשי העיר" בתנאי ששיפוטן של ערכאות אלה, דהיינו ערכאות שבסוריא, נעשה רק לפי צורך השעה וכל מעשיהן "יהיו לשם שמים".

קשה לקבוע על פי מכלול הדיון התלמודי בסנהדרין כ"ג, האם בכינוי "ערכאות שבסוריא" התכוונו להצביע על ריחוק גיאוגרפי מבתי הדין בארץ ישראל, או שהתכוונו פשוט למושג טכני הבא לציין בתי דין של הדיוטות. הדעה נותנת, שבשני המקרים היו בני תורה בנמצא, אחרת אין הסבר מדוע ר' מאיר מציין, שזה פוסל דיינו של זה וזה פוסל דיינו של זה. ועל כך מתרץ ר' יוחנן "בערכאות שבסוריא שנו". אם דעה זאת אכן מתקבלת,⁷⁴ אזי נשאלת השאלה, מהי זכות הקיום של ערכאות אלו שאין בהן מומחים המלומדים בתורה. הרמב"ן מדגיש את ההבדל העקרוני בין ערכאות של גויים לבין בתי דין של הדיוטות:

ואף על פי שהזכירו חכמים שתי הכתות האלה כאחת, יש הפרש ביניהם, שאם רצו שני בעלי הדין לבא לפני ההדיוט שבישראל מותר הוא, ובדקבלום עליוהו דינו דין, אבל לפני הגוים אסורין הם לבא לפניו שידון להם בדיניהם לעולם, ואפילו היו דיניהם כדינו באותו ענין.⁷⁵

הרמב"ן מתעלם במשפט זה ממערכת משפט תורנית קיימת. חשוב בעיניו רק איסור הפנייה אל ערכאות של גויים, אפילו אם דיניהן כדיני היהודים. לדעתו עדיפה התדיינות בפני בתי דין של הדיוטות, שאינם מומחים בדין תורה ומנסים לפסוק על יסוד מעט ידיעותיהם בתורה, כאומד הדעת או כבוררים. לעומתו מדגיש השולחן ערוך, שהפנייה לבית הדין של הדיוטות מותרת רק, כשאין בני תורה בנמצא, דבר ממנו כאמור התעלם הרמב"ן. מה שפסקו ראשונים

שם.

73 כפי שטוען הרב אריאל, י' (תש"ס). המשפט בישראל ואיסור ערכאות, 321.

74 רמב"ן לשמות כא, א.

75

במאה ה-13 ועד המאה ה-16, אישרו אחרונים בראשית המאה ה-20 בפולין. על כך כותב רבי מאיר ד' פלאצקי:

ואע"ג שעדיין אסור לדון לפני הדיוטות משום שאין להם להשתמש בכתר מומחין, מכל מקום במקום שהמומחין מוחלין על כבודם מותר לדון לפני ההדיוטות, אבל לפני עכו"ם אסור לעולם.⁷⁶

יוצא דופן הוא הפירוש שנותן ר' מנחם המאירי⁷⁷ לקטע התלמודי שבמסכת סנהדרין כ"ג ע"א הדן בערכאות שבסוריא:

בערכאות שבסוריא שלא היו בקיאים בדין תורה, אלא שדנין לאומד הדעת ובחקים ונימוסים ... שהוא מאותם שהמחוהו רבים דרך הנהגה מדינית כמו שבארנו בערכאות שבסוריא.⁷⁸

גם אם רק חלק מהפוסקים מתיר, בתנאים מסוימים, התדיינות בפני דין של הדיוטות, יש להציג שאלות נוקבות על אודות דינם. האם מדובר בבתי דין של הדיוטות, שאחד הכינויים שלהם הוא כנראה "ערכאות שבסוריא", האם מדובר במוסד של בוררות⁷⁹ הדן על-פי אומד הדיינים במקרים משפטיים מסוימים, או האם מתייחסים כאן למוסד שרשאי לאמץ "חוקים ונימוסים". אימוץ של משפטי הגויים או אי-בקיאותם של הדיינים בדין תורה, עלולים להביא לפסיקה בה ראובן יחזיק בממונו של שמעון בניגוד לדין תורה, דבר שהזכירו בפניו חכמים בפוסלם את הערכאות של גויים. נדמה שמה שהכריע בעיני החכמים היתה הדאגה למנוע פנייה של יהודים לבתי דין של נוכרים.

2.5.2 התנאים בית דין של הדיוטות

גם בדיונים על בתי דין של הדיוטות וגם בדיונים על ערכאות שבסוריא, מציינים הפוסקים את האילוצים שהכריחו אותם להתיר התדיינות לפני ערכאות אלה. מדברי התשב"ץ, ר' שמעון בן צמח דוראן, משתמע, שציבור יהודי רשאי לדרוש התדיינות בפני בתי דין שדייניהם אינם מומחים, גם אם נמצאים מומחים במקום:

בני העיר שהסכימו למנות להם דיינים לדון בין איש לחבירו כפי מה שיראה להם, ואם יסתפק להם הדין – שישאלו את פי החכמים אשר יהיו בדור ההוא ... ומי שיזמין את חבירו לד' ין לפני אותם דיינים ולא בא לפניהם, הוא עובר על תקנות קהל.... שהרבים שהמחו מי שאינו מומחה שהוא לבדו יכול לדון, וסלקו רשות מיד כל אדם מלכוף המסרב בדין אף-

⁷⁶ ר' מ' פלאצקי, **כלי חמדה**, משפטים קי"ב, ב.

⁷⁷ ר' מנחם בן שלמה המאירי, מחבר הספרים 'בית הבחירה' ו'מגן אבות', נולד בשנת ה"א ט' (1249) ונפטר בשנת ע"ה (1315). היה מגדולי חכמי פרובנס בזמנו. הספר 'מגן אבות' שימש מקור הלכתי חשוב לראשונים שלאחריו.

⁷⁸ ר' המאירי, ר'. **בית הבחירה**, סנהדרין כג א.

⁷⁹ כפי שגורס א' שוחטמן, א' (תשנ"ב): "לפי פירושו של הר"ן, 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 דנים על-סמך מערכת מחייבת של דין זר. "מעמדם ההלכתי של בתי המשפט בישראל, 340.

על-פי שהוא מומחה יותר מאותו שהמחו, רשאיין הם בכך, ונסתלק רשות כל מומחה לדון בכפייה מלבד אותן שהמחו עליהם.

מדבריו של התשב"ץ משתמע עוד, שמדובר בתקנה המאפשרת לקהל לקבל דיינים שאינם יודעים לדון דין תורה. אבל "אם יסתפק להם הדין", יפנו לדיינים מומחים. לדעת א. שוחטמן, אין כאן קבלת דין זר, אלא ש"ידונו על פי שיקול דעתם".⁸⁰ שוחטמן מדגיש, כי בהמשך דבריו קובע התשב"ץ את גבולות המינוי של בית דין של הדיוטות על-ידי תקנה:

ולענין מה שלא נעשה בהסכמת אנשי העיר⁸¹, אינה קושיא, דרשאיין הם בכך, כיון שבשעת הסעתן על קיצותן [=בשעת התקנת התקנה, מ"ס] היו שם חכמי העיר, דודאי אין בני העיר רשאיין להסיע על קיצותן אם יש אדם חשוב בעיר, שלא בפניו.⁸²

ביסוד דברי התשב"ץ עומדת הרשות של בני העיר לתקן ל הם תקנות קהל, ולא התנייה של התדיינות בפני בתי דין של הדיוטות. פעולה כזאת לגיטימית, אם קיבלה את האישור של "אדם חשוב",⁸³ כלומר חכם בתורה. לכן זאת מעין חקיקת משנה של בני העיר ב נושא רשות הסמכות התורנית במקום והקמת מוסדות שיפוט לענ יינים הקשורים לחקיקת משנה זאת. על כך אמר כבר הרא"ש⁸⁴:

אבל במקום שאין רפיון בהלכה, אין לך לילך אחר המנהג שהוא כנגד ההלכה. זה דין מנהגים שהן בענין איסור והיתר. ובענין ממון, יש כח ביד בית דין לתקן תקנות בענין ממון לפי הזמן והצורך, אפילו להעביר מדין תורה וליטול מזה וליתן לזה.⁸⁵

אבל מתברר, שלא רק התקנת התקנות כפופה לסמכות תורנית, אלא גם המוסד השיפוטי של הדיוטות כפוף לה, כי "אם יסתפק להם הדין – שישאלו את פי החכמים אשר יהיו בדור ההוא". בית הדין של מומחים הדין על-פי דין תורה היווה כאן מעין מוסד לערעור על פסקי הדין של אותו מוסד שהוקם על-ידי הציבור כדי לתקן תקנות. מבחינת מעמדם ההלכתי עמדו, איפוא, בתי הדין של הדיוטות בתווך בין בתי הדין שפעלו על-פי התורה, לבין ערכאות של גויים, והיה צורך לתחום ולהפריד אותם משני מוסדות אחרים. לפני הרא"ש והתשב"ץ שהגדירו את מעמדם של בתי הדין של הדיוטות לעומת בתי הדין התורניים,

⁸⁰ שם, 342.

⁸¹ הרב הרצוג גורס שנפלה כאן טעות סופר: "...נראה לי שט"ס נפל כאן ובמקום, 'הסכמת אנשי העיר' צריך לגרוס 'חכמי העיר'". הרצוג, י"א (תשמ"ט): תחוקה לישראל, 200.

⁸² תשב"ץ, א, סי' קנט.

⁸³ על "אדם חשוב" כותב בנו של התשב"ץ, ר' שלמה בן שמעון, הרשב"ש: "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 המפרש ים ז"ל: גדול החכמים שבעיר – צריך שתהיה התקנה ברצון כולם, ומי שלא היה בה – לא נתחייב בה." שו"ת הרשב"ש, סי' תריא.

⁸⁴ הרא"ש, רבינו אשר ב"ר יחיאל, אשכנז 1250- ספרד 1327.

⁸⁵ שו"ת הרא"ש, נה, סי' י, ד"ה כל המנהגים.

כבר הוזכרה קביעת הרמב"ן בפירושו לשמות כ"א, א, שהסכמת שני הצדדים מכשירה את בתי הדין של הדיוטות.⁸⁶ לעומת זאת טוען הר"ן בשם הרמב"ן, בחידושי לסנהדרין, שאין התנאי של בעלי הדין להתדיין בפני הדיוטות מועיל:

שאמרה תורה שאסור לבוא לפני הדיוטות, ואע"פ שקיבלו עליהם בעלי הדין את דינם, כדרך שאסור לבוא לפני הכותים, אע"פ שקיבלו עליהם בעלי הדין את דינם. ואע"פ שבשניהם הדין אינו כלום מן התורה, אפילו הכי, כדי שלא יבואו בערכותיהם שהוא עילוי יראתם, או כדי שלא ישתמשו ההדיוטות בכתר המומחין, אסרה התורה שלא לבוא לפני הדיוטות.⁸⁷

הסתירה בדברי הרמב"ן קשה, אולם דברי הרמב"ן הפוסלים את בתי דין של הדיוטות, מופיעים רק כמובאה אצל הר"ן, והם סותרים את דבריו המפורשים בעד התנאי בפירושו לתורה. עובדה זאת אומרת דרשני. אך ממובאה זאת אפשר להסיק בוודאות, שהעמדה נגד קבלת שני בעלי הדין את מרותם של הדיוטות הינה של הר"ן עצמו. זה מתבהר גם מדבריו בחידושים למסכת סנהדרין, בהם הקשה על הלגיטימיות של הדיינים בבתי דין של הדיוטות:

כיצד דינם דין, הרי דין שאינו יודע לדון פסול? ומה שהכשירו שלושה הדיוטות (סנהדרין ג, א) הוא משום שלפחות אחד מהם גמיר וסביר, אך כשכולם הדיוטות ודאי שאין דינם דין. ועוד, כיצד סמכו רבנן על מה שהרבים המחזיקים ערכאות אלו עליהם, הרי זה "קשר רשעים", שאינו מן המניין?⁸⁸

פסילתו של הר"ן את בתי הדין של הדיוטות אינה פסילה מוחלטת, הוא פוסל אותם רק, אם אין בין דייניו אחד גמיר וסביר, כלומר אחד שידע דין תורה.

השולחן ערוך מציין כתנאי לקיום בתי דין של הדיוטות, היעדר מומחים בדין תורה. לכן בתי דין של הדיוטות רשאים לפעול רק ב"עיירות שאין בהם חכמים הראויים להיות דיינים ... וצריכים להם דיינים שישפטו ביניהם שלא ילכו לפני ערכאות של עובדי כוכבים".⁸⁹

נראה שבאופן עקרוני בתי דין של הדיוטות לא רשאים לפעול, אם ניתן לפנות לבית דין של מומחים. קיומם היווה פשרה עם מציאות החיים היהודיים בגולה, כאשר פנייה של יהודים אל המערכת המשפטית של הסביבה הנוכרית סיכנה את מעמד התורה. רק אם לא נמצאו בני

⁸⁶ רמב"ן, לשמות כא, א.

⁸⁷ ר"ן, חידושים לסנהדרין ב, ב.

⁸⁸ ר"ן, חידושים לסנהדרין כג, א.

⁸⁹ שולחן ערוך, חו"מ, ח, ל"א.

תורה ומומחים בהלכה במקום, ניתן היה לפנות לבתי דין של הדיוטות. ברוח זו כתב הרב יהונתן אייבשיץ⁹⁰:

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', כי פוגע בכבוד התורה ומעקל הדין.⁹¹

דבריו האחרונים של הרב אייבשיץ מדגישים היטב שהבעיה פחות הלכתית מתיאולוגית. דברים דומים טוען הרב אריאל⁹² והם מבוססים על דברי השולחן ערוך בעניין ערכאות של גויים: "וכל הבא לידון בפניהם, הרי זה רשע, כאילו חרף וגדף והרים יד בתורת מרע"ה."

אך מתברר, שהמציאות היתה שונה, ודברי התשב"ץ, השולחן ערוך, ודבריהם של הרב אייבשיץ ושל רבים אחרים, האוסרים לפנות לבתי דין של הדיוטות אם נמצאים מומחים במקום הפוסקים על בסיס דין תורה, הם ביטוי למאבק הלכתי נגד השניות המשפטית, שראשיתה בתקופת התלמוד והמשכה הן באשכנז והן בספרד של ימי הביניים. תקנות ואלידוליד שבספרד משנת 1432 מנמקות את התקנות "שבכל קהל וקהל יהיו בוררים ודיינים שיפסקו את דיניהם כפי שנאמרו ושיהיו מקבלים בני קהל עליהם" בעובדה ש"נתמעטו החכמים ונדלדלו בעלי התורה והאמונה הראויים לדון דיני התורה".⁹³ ספק הוא, אם אין בכך אישור בדיעבד מפאת המציאות של ימים אלה. חלוקה פונקציונלית של תחומים, שבהם עוסק בית דין של הדיוטות, ותחומים בהם עוסק בית דין הפוסק על-פי דין תורה, נעשתה ב-1670 בתקנות קהילות ליוורנו שבאיטליה: "ענינים הנוגעים לאדוני המעמד, כלומר לבית דין של הדיוטות, כמו סחר יבשתי וימי, מסחר וממכר, משכונות, נזקים לאוניות ומטענים, הלואות, תיווכים, ערבויות וכד', נדונים בבתי דין של הדיוטות, ענינים הנוגעים לדין תורה, כמו כתובות, ירושות, גיטין, חזקות, כשרות, משכנתאות, ריבית, צוואות ומתנות, כמו-כן ענינים הנוגעים למשפט האלהי, נמסרו לידי בתי הדין הפועלים על-פי דין תורה, כלומר לידי מומחים".⁹⁴

לאור העובדה, שבבתי דין של הדיוטות לא פעלו מומחים הבקאים בדין תורה, נשאלת השאלה, על-פי איזה דין פסקו דיינים הדיוטות אלה. כבר הבאנו את דברי המאירי, לפיהם הם "...דנים לאומד הדעת ובחקים ונימוסי מ", אך קשה לקבל את קביעתו בעניין חוקים

⁹⁰ רבי יהונתן אייבשיץ - מגדולי חכמי אשכנז במאה השמונה עשרה (1690 - 1764) דרשן, פרשן, ראש ישיבה ומקובל - נולד בקרקוב, התייתם בגיל צעיר וגדל בפרוסניץ אצל ר' מאיר אייזנשטט. בשנת 1741 הוא נבחר לכהן כרבה של מץ שבצרפת ותשע שנים מאוחר יותר נתמנה לרבן של קהילות אה"ו (אלטונה, המבורג ונדסבק). הוא כתב אורים ותומים על שולחן ערוך, חושן משפט, כרתי ופולתי על יורה דעה. ר' אייבשיץ, י'. **אורים ותומים**, ח"מ, כ"ב, א.

⁹¹ ראה להלן פרק 3 ופרק 7.

⁹² בער, י' (תש"ה). **תולדות היהודים בספרד הנוצרית**, 372-377.

⁹³ אלון, **המשפט העברי**, 27.

ונימוסים של הסביבה הנוכרית, כמשקפת את עמדת רוב הפוסקים, או אפילו כמשקפת את המצב הלכה למעשה. שאלת הדין הנהוג בבתי דין של הדיוטות נראית כשאלה מרכזית בדיונונו על מעמד בתי הדין של הדיוטות.

2.5.3 הדין בבתי הדין של הדיוטות

נושא החוקים, לפיהם דנים בתי דין של הדיוטות, תופס מקום מרכזי בסוגי ה של הכרת ההלכה במערכת המשפט של מדינת ישראל המבוססת על חוקי הכנסת וחקיקה שיפוטית של בתי המשפט. ניתן לראות בבתי המשפט של מדינת ישראל מעין בתי דין של הדיוטות. הלגיטימיות ההלכתית שלהם תלויה בזכות הקיום שלהם לצדם של בתי הדין הרבניים ובהכרת ההלכה בחוקי הכנסת ובחקיקה השיפוטית שלהם. שאלת החוקיות של בתי דין של הדיוטות לצדם של בתי דין של מומחים הפועלים על-פי דין תורה הוצגה לעיל, ואילו להכרת ההלכה בחוקי הכנסת ובחקיקה השיפוטית של בתי המשפט, הוקדשו ויוקדשו עוד דברים מפורטים. בשלב זה נבדוק מהי עמדתם העקרונית של פוסקי ההלכה כלפי הדין, לפיו רשאים בתי דין של הדיוטות לפסוק, במיוחד כשקיימים בתי דין של מומחים במקום.

בדברי המאירי על "אומד הדעת ובחקים ונימוסים" יש לראות עמדה מרחיקת לכת. ההכרה בלגיטימיות של חוקים ונימוסים של הסביבה הנוכרית, היתה עלולה להביא לאימוץ הדין הזר ולביטול האוטונומיה המשפטית של העם היהודי. עמדה זו טומנת בחובה סכנות דומות לכלל של שמואל האמורא "דינא דמלכותא דינא"⁹⁵ בשני המקרים עלול אימוץ גורף כזה להביא להתרוקנות המשפט העברי מתוכנו. לכן צמצמו פוסקים ראשונים כאחרונים את תחולת הכלל "דינא דמלכותא דינא" למינימום ההכרחי והגבילו את פעילותם של בתי דין של הדיוטות לתחומים המוגדרים מראש.

האם המאירי באמת ראה לנגד עיניו אימוץ של חוקי הגויים על-ידי בתי דין של הדיוטות "שלא היו בקיין בדין תורה", אלא שדנים לאומד הדעת ובחקים ונימוסים "אומד הדעת, כלומר שיקול הדעת לגופו של עניין בבית דין שהוקם על-ידי הציבור, פירוש, מעין בוררות. אין מניע הלכתי להתנגד לכך, כי אפילו גוי רשאי להתמנות כבורר בעניינם של שני יהודים.⁹⁶ לעומת זאת קשה היא סוגית "חוקים ונימוסים". ייתכן שבמסגרת "אומד הדעת" ניתן גם לשקול, אם לאמץ חוק זר, כשהוא מועיל במקרה הספציפי, מבלי שהוא מחייב כחוק.⁹⁷ בכל אופן, אפילו בדיני פשרה שבהלכות דיינים, השולחן ערוך לא מציין שאסור לבית דין של מומחים לפשר על-פי חוק, אלא ממליץ ש"צריכים הדיינים להתרחק בכל היכולת שלא יקבלו עליהם לדון דין

⁹⁵ ראה דיון בנושא זה לעיל בפרק המבוא.

⁹⁶ רמב"ם, הל' סנהדרין ז, ב.

⁹⁷ כדעת שוחטמן: "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 הנהוג בין הגויים, כדרך אפשרית להכרעה, ולא כדרך מחייבת". שם, 341.

תורה".⁹⁸ במקרה שהפשרה הרצויה לא תהיה לפי דין תורה, כל האופציות פתוחות: מ"לפנים משורת הדין" עד "אומד הדעת", ואפילו עד "חוקים ונימוסים".

הדגשנו לעיל, שיש הקוראים את ההלכה בהלכות סנהדרין של הרמב"ם "כל הדין בדייני עכו"ם ובערכאות שלהן, אף-על-פי שהיו דיניהם כדיני ישראל, הרי זה רשע".⁹⁹ יש הקוראים: לא כ"ל הדין בדייני עכו"ם, אלא כ"ל הדין בדייני עכו"ם, תוך כדי הסתמכות על כתבי היד התימניים. קריאה זו מבטלת גם את הכפילות המיותרת של "בדייני עכו"ם ובערכאות שלהם" ומעלה שני איסורים ברורים: התדיינות על-פי דיני עכו"ם ובפני מוסדות שיפוט נוכריים.¹⁰⁰ אם קריאה זאת אכן נכונה, יש בהלכה פסוקה זאת איסור מפורש של אימוץ דין זר על-ידי בתי הדין בישראל, איסור המצמצם את תחום שיפוטם של בתי דין של הדיוטות לבוררות בלבד. קריאה זאת מבטלת את זכות הקיום של בתי דין של הדיוטות מבחינה הלכתית. ית תוך איחוד ערכאות של גויים עם "ערכאות של הדיוטות". בעקבות קריאה זאת ניתן להקיש מכל האיסורים על פנייה לערכאות של גויים, לאיסור הפנייה לערכאות של הדיוטות, כי לא עובדת היות השופט גוי הוא המכשול ההלכתי, אלא פסיקת הדיין שלא על-פי דין תורה. מתוך עיון במכלול כתביו של הרמב"ם בתחום הלכות מלכים ומלחמותיהם, יש להעדיף את הגרסה של כתבי היד התימניים, כלומר הגרסה המצמצמת: "כל הדין בדייני עכו"ם". רביצקי מדגיש, שהרמב"ם שאף לאחד את החוקה האנושית עם החוקה האלוהית כדי להבטיח לא רק את תיקון חיי האדם במישור הארצי-פוליטי ("תיקון הגוף"), אלא בו זמנית גם את "חינוכו העיוני של היחיד ומבקשת לקדם אותו לקראת שלמות הידיעה והאמונה ("תיקון הנפש")". התורה האלוהית "באה להועילנו שתי השלמות גם יחד", כלומר תיקון מצבי בני אדם זה עם זה בסילוק העושק ובהתנהגות במידות הטובות, כדי שיתאפשר קיום אנשי המד ינה ותמידותם בסדר אחיד ... ותיקון הדעות ומתן השקפות נכונות שבהן תושג השלמות האחרונה.¹⁰¹

2.6. דין ערכאות על-פי חז"ל ועל-פי פוסקי ימי הביניים

הפסוק הפותח את פרשת משפטים שבספר שמות: וְאֵלֶּה, הַמִּשְׁפָּטִים, אֲשֶׁר תִּשְׁשִׁים, לִפְנֵיהֶם. (שמות כא,א) הופך בברייטא במסכת גיטין להנמקה התורנית של איסור ערכאות:

תניא: היה ר' טרפון אומר: כל מקום שאתה מוצא אוגריאות של עובד י 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.¹⁰²

⁹⁸ שולחן ערוך, חו"מ, יב,כ.

⁹⁹ רמב"ם, הלכ' סנהדרין כו ז.

¹⁰⁰ שוחטמן, שם, 346.

¹⁰¹ רביצקי, א' (תשנ"ח). דת ומדינה, 20.

¹⁰² בבלי, גיטין פח ע"ב.

ברייטא זו מובאת בגמרא בהקשר למעשה שהיה בימי האמוראים, כשהרב יוסף כפה על איש לתת גט לאשתו. שאל אותו אב"י, מנין לו הסמכות לפסוק כך נוכח המצב ההלכתי, שאין בבבל לא סמיכה ולא סמוכים. מכאן שכל חכמי בבל הם הדיוטות ו"לפניהם" מכון לא רק אל גויים, אלא גם אל הדיוטות. לדעת השופט חיים כהן, חכמי בבל לא היו מסוגלים להשלים עם הגבלה זו, לכן "פתרו את הבעיה בדרך יצירת שליחות פיקטיבית", לאמור, אנו ההדיוטות עושים שליחותם של הסמוכים".¹⁰³ מכיון שבשליחות מדובר, מתגלה כאן ההבדל הגדול בין ערכאות של גויים לבתי דין של הדיוטות, "שאלה מסוגלים ורשאים לעשות שליחות שכזו, ואלה אינם מסוגלים ואינם רשאים".¹⁰⁴ אליאב שוחטמן סבור, כי 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".¹⁰⁵ הברייטא אוסרת פנייה אל ערכאות של גויים אפילו אם דיניהם כדיני ישראל, איסור שיכול להצביע על כך, שלא טיב המשפט הוא הגורם לאיסור של פנייה לסוג מסוים של בתי משפט, אלא לאומיותם של השופטים.¹⁰⁶ הברייטא מנמקת את האיסור עם הפסוק מספר שמות: "ואלה המשפטים...", אך מסיקה מהמילה: "לפניהם" שלא רק לפני גויים, אלא גם לפני הדיוטות, אסור. כלומר, שבעניינים משפטיים יש לפנות לבתי דין של מומחים יהודים בלבד ולא אל גויים, אפילו עם דיניהם כדיני היהודים, וגם לא אל הדיוטות. מעבר לציטוט הפסוק "אלה המשפטים...", הברייטא אינה מסבירה את איסור הערכאות, לא של גויים¹⁰⁷ ולא של הדיוטות. הסבר זה, לפחות לגבי איסור ערכאות של גויים, נותן רש"י מאות שנים מאוחר יותר.¹⁰⁸ הוא מפרש ומוסיף מימד תיאולוגי מובהק לאיסור הנובע במקור מחוסר סמכות: "לפניהם, ולא לפני גויים, שהמביא דיני ישראל לפני גויים, מחלל את השם ומיקר שם ע"ז להחשיבה".¹⁰⁹ אפשר להסיק מרש"י שהמשפטים שבשמות כא, א עד כג, יט, הם הבסיס לדיני ישראל שמשנה נצטווה לשים לפניהם, כלומר לפני ישראל ולא לפני הגויים. אפילו אם הם דנים כדיני ישראל "אל תביאוהו

103 כהן, ח' (תשנ"ז). ערכאות של גויים וערכים של יהודים 301
 104 שם. הסבר זה של השופט כהן מתבקש בהקשר של הדיון התלמודי, אך יש לציין שפוסקי הלכה, עד כמה שיכולתי לבדוק את דבריהם בנושא, אינם משתמשים בו.
 105 שוחטמן, מעמדם ההלכתי של בתי המשפט, 339.
 106 בניסוח המושג "לאומיות" יש מעין אנכרוניזם, מפני שלאומיות הינה מושג מודרני שנולד בתקופת ההשכלה באירופה. אך מאחר שבמחקר הדן בשאלת הערכאות בימי התלמוד, פוסקים ראשונים ואחרונים, נעשה שימוש במונח זה, אנחנו מרשים לעצמו גם לנהוג כך בשאלת לאומיות הדיינים.
 107 בעית הערכאות עולה כבר בספרות הנוצרית הקדומה. ראה איגרת אל הקורנתים א, פרק ו': "הַרְבֵּי אִישׁ מִכֶּם עִם־רֵעֵהוּ וְנָזִיד לְהִבָּי יָדוֹ לְפָנֵי הַרְשָׁעִים וְלֹא לְפָנֵי הַקְּדָשִׁים: 2 הֲלֹא יִדְעֶתֶם כִּי הַקְּדָשִׁים יִדְּנוּ אֶת־הָעוֹלָם וְאִם־הָעוֹלָם יִדּוּן עַל־יְדֵיכֶם הֲלֹא רְאוּם אַתֶּם לְדִין דִּינִים קָלִים: 3 הֲלֹא יִדְעֶתֶם כִּי נָדִין דִּין־הַמִּלֻּאֲכִים אֶף כִּי דִינֵי מְמוֹנוֹת: 4 וְאַתֶּם פְּשִׁיעֵי־לֶכֶם דִּינֵי מְמוֹנוֹת מוֹשִׁיבִים אַתֶּם אֶת־הַנֶּמֶץ אֶסְבֶּקְהָל לְשִׁפְטִים גְּלִיכִם: 5 לְבִשְׁתֶּכֶם אֲנִי אֹמֵר אֶת־זֹאת חֲכִי אֵין בְּכֶם חֶכֶם יִדַּע לְהוֹכִיחַ בֵּין אִישׁ לֹא חִיו: 6 כִּי אִחַ בָּא לְדִין עִם־אֲחִיו וְכֹא לְפָנֵי בִלְתִּי־מֵאֲמִינִים:" [תרגום פראנץ דעליטש] <http://www.kirjasilta.net/ha-berit/1Qor.6.html>. יש לציין שבלי המידע מפסוק ו' ניתן היה לייחס את ההתרסה גם נגד הדיוטות, אך פסוק ו' ממקד את ההתרסה נגד "בלתי מאמינים", האקוויוולנט לגויים ביהדות.
 108 הברייטא נתחברה בתקופת התנאים, כלומר במאה השניה לספה "נ". רש"י חי בין השנים 1040 ל-1105, כלומר כשמונה מאות שנים אחרי מחבר הברייטא.
 109 רש"י לשמות כא, א.

בערכאות שלהם", מוסיף רש"י. למרות שהסוגיה בגיטין עוסקת בעיקר בבתי דין של הדיוטות, הפכה הברייתא, המופיעה בתוך הסוגיה, בסיס לרוב הדיונים על איסור ערכאות של גויים דווקא. כך מופיע האיסור לפנות אל ערכאות של גויים גם בתנחומא, מדרש אגדה מהמאה השישית¹¹⁰:

מנין לבעלי דינין של ישראל שי ש להם דין זה עם זה שיודעים שהעכו"ם
דנין אותו הדין כדיני ישראל שאסור להזדקק לפניהם, תלמוד לומר אשר
תשים לפניהם לפני ישראל ולא לפני כותים.¹¹¹

אף בציטוט זה נראה, כי העובדה, שהדיינים הללו הינם גויים, ולא העובדה שהמשפטים נוכריים, הדאיגה את חז"ל. הרמב"ן מדגיש דווקא את הסייפא של הגמרא בגיטין, היות הדיינים הדיוטות. הוא מדגיש, שהכוונה של "לפניהם" היא

שהם יהיו הדיינים, כי על השופט יבא הלשון הזה, ועמדו שני האנשים אשר
להם הריב לפני ה' לפני הכהנים והשופטים (דברים יט, יז), עד עמדו לפני
העדה למשפט (במדבר לה, יב), לפני כל יודעי דת ודין (אסתר א, יג).¹¹²

ניתן ללמוד מן הפרשנים, רש"י והרמב"ן, שבעצם מתקיימים בגמרא שבגיטין שלושה דיונים: איסור פנייה אל ערכאות של גויים, סוג המשפט – משפט עברי או נוכרי, ואיסור פניה אל דיינים יהודים הדיוטות. האופציה הרביעית, שכנראה לא עלתה במחשבתם של חכמי הגמרא והמפרשים, אך הפכה לחשובה בימי הביניים, היא הפניה אל ערכאות של גויים הדנים על-פי דין ישראל.¹¹³

מכאן מתפצל הדיון לאפיקים שהגמרא בגיטין ניתבה: איסור פנייה לערכאות של גויים, איסור פנייה אל בתי דין של הדיוטות והדיון על סוג המשפט, הן בערכאות של גויים והן בבית דין של ישראל.

¹¹⁰ זמן חיבורו של מדרש תנחומא שנוי במחלוקת. בכר, באנציקלופדיה היהודית, קובע את זמן חיבורו למאה הרביעית. מחקרים חדשים דוחים את זמן עריכתו למאה השישית. ח' מאק, בספרו "מדרש האגדה" מצביע על כך שעל אף שמדרש תנחומא הוא מדרש ארץ ישראלי, הרי שחדרו אליו גם קטעי מדרש בבליים. כך למשל במדרש תנחומא ל [פרשת נח](#) משולבים קטעים מתוך [שאלתות דרב אחאי גאון](#), שהינו ספר שנתחבר בבבל בתחילת תקופת ה [גאונים](#). כמו כן מצויים במדרש תנחומא קטעים ממדרשים קדומים כמו [פרקי דרבי אליעזר](#) ו [מכילתא דרבי ישמעאל](#).

¹¹¹ תנחומא (ורשה), משפטים סי' ג. הנוסח כאן, בכל הנוגע למינוח, עבור אומות העולם, על-פי פרויקט השו"ת של אוניברסיטת בר-אילן: עכו"ם, כותים וכד', על אף שבמהדורת המודפסות מופיעות גרסאות אחרות.

¹¹² רמב"ן לשמות כא, א.

¹¹³ בלידשטיין, י' (תשמ"ו). מדינת ישראל בפסיקה ההלכתית, לט, מביא את דבריו של נוימן (A. Neumann) 145-148 pp. (The Jews in Spain, [Philadelphia, 1948]): "מקובל היה שבעלי דין יהודיים הסתמכו בפני בית המשפט הנכרי על ההלכה היהודית". כנראה, התאפשר בימי הביניים, מה שלא סביר היה בתקופה הרומית, עליה כותב בלידשטיין: "הננו מסופקים אם חזיון של שופט רומאי הפוסק הלכה לפי מקורות התורה נפוץ... שם, לה.

2.6.1 פוסקים ראשונים על איסור ערכאות של גויים

מתברר שהאיסור של פנייה אל ערכאות של גויים הינו איסור כפול: לא רק דיניהם פסולים, כי אלה אינם המשפטים שמשה שם לפניהם, אלא גם הם עצמם פסולים בהיותם גויים, משום שאינם יכולים להטיל שליחות, אפילו אם דיניהם כדיני ישראל. הפנייה אליהם מתפרשת על-ידי רש"י כשבח לעבודה זרה, ושוב צריך להדגיש, גם כאשר דיניהם כדיני ישראל:

מחלל את השם ומיקר שם עבודה זרה להחשיבה, שנאמר (דברים לב, לא) כי לא כצורנו צורם ואויבינו פלילים, כשאויבינו פלילים זהו עדות לעלוי יראתם.¹¹⁴

ייתכן שרש"י לקח מוטיב זה ממדרש תנחומא:

שכל מי שמניח דייני ישראל והולך לפני עכו"ם כפר בהקדוש ברוך הוא תחלה ואחרי כן כפר בתורה שנא' (דברים לב, לא) כי לא כצורנו צורם ואויבינו פלילים.¹¹⁵

ברוח דברים אלה של רש"י ושל מדרש תנחומא מציינים הרב יהודה סגל¹¹⁶, הרב יעקב אריאל ואחרים, שאיסור זה של ערכאות אינו עומד בפני עצמו, אלא יסודו בכפירה בתורה ובה': "קיימת זהות מסוימת בין המשפט לבין אלוקי המשפט בישראל, ולהבדיל, בין המשפט הלאומי של כל עם ועם לבין יראתו של אותו עם... השופט האנושי יונק את ערכיו המוסריים, הגיונו המשפטי, וסמכותו הדיינית משופט כל הארץ, בורא העולם ויוצר האדם בצלמו לשם חיים של צדק ואמת."¹¹⁷

הפנייה אל הערכאות של גויים אסורה, לא רק במישור התיאולוגי של כפירה באל והישראל ובתורתו, אלא גם משום השוני במערכת המשפט שלהם. דייניהם אמנם אסורים גם כאשר דיניהם כדיני היהודים, אך אם הם לא כדיני היהודים, פסקי הדין שלהם עלולים להיות בניגוד לדין תורה, דהיינו דיני גזל, כך שראובן עלול על-פי דיניהם להגיע לכספיו של שמעון בניגוד לדין תורה. על כך פסק ר' שמעון בן צמח דוראן, התשב"ץ¹¹⁸:

אבל אם דיניהם אינו כדינינו, הדבר פשוט שהוא אסור, והדן לפניהם הרי הוא גזלן ופסול לעדות, עד שישלם מה שנטל ממנו שלא כדינינו, אף על פי שהוא זכה בדיניהם. ודבר זה לרוב פשיטותו לא ניתן ליכתב. ואם קדש אשה באותו ממון שנטל בדיניהם שלא כדינינו, אינה מקודשת.¹¹⁹

¹¹⁴ רש"י לשמות כא, א.

¹¹⁵ תנחומא (ורשה), שם.

¹¹⁶ סגל, י' (תשט"ו). על המשפט החילוני בארץ – בענין של ערכאות של גויים.

¹¹⁷ אריאל, י' (תש"ם). המשפט במדינת ישראל ואיסור ערכאות, 322-323.

¹¹⁸ ר' שמעון בן צמח דוראן, בעל ספר התשב"ץ, מיוקרה 1361, אלג'יר 1444.

¹¹⁹ תשב"ץ, ב, רצ, אצל אלון, המשפט העברי, 14, הערה 37.

מן הסייפא של דברי התשב"ץ אפשר להבין את חומרת האיסור. לא פעם ההלכה היה ודית מכשירה מעשה אסור בדיעבד¹²⁰. אך כאן מדגיש הפוסק, שכסף זה, שמחזיק מי שזכה בו בפני ערכאות של גויים, אינו יכול ל שמש לקידושין. דברי התשב"ץ כנראה חריפים כל כך, ובכך הם מעידים על כך, שלא פעם נאלצו פוסקי ההלכה להתמודד עם פניית יהודים אל ערכאותיהם של גויים. ביטוי למציאות זו, הנובעת בעיקר מכוח האכיפה המוגבל של בית הדין היהודי, אנחנו מוצאים אצל שני פוסקי ההלכה החשובים ביותר, הרמב"ם¹²¹ בעל היד החזקה, ור' יוסף קארו¹²², בעל השולחן ערוך. הראשון מתייחס למקרא שבשמות כא, א, ולבריייתא בגיטין, פח ע"א, והשני מתעלם משניהם. כותב הרמב"ם:

כל הדין בדייני עכו"ם ובערכאות שלהן אע"פ שהיו דיניהם כדיני ישראל הרי זה רשע וכאילו חרף וגדף והרים יד בתורת משה רבינו שנאמר ואלה המשפטים אשר תשים לפנייהם לפנייהם ולא לפני עכו"ם לפנייהם ולא לפני הדיוטות, היתה יד העכו"ם תקיפה ובעל דינו אלם ואינו יכול להוציא ממנו בדייני ישראל יתבענו לדייני ישראל תחלה, אם לא רצה לבא נוטל רשות מבית דין ומציל בדייני עכו"ם מיד בעל דינו.¹²³

הרמב"ם כאמור מסתמך על הבריייתא בגיטין ("שנאמר..."), האוסרת, הן ערכאות של גויים והן בתי דין של הדיוטות, אך הוא בעצמו, בהלכה פסוקה במשנה תורה, אינו אוסר את בתי הדין של הדיוטות, אלא יוצא רק נגד ערכאות של גויים. נימוקיו הם כנימוקי הדרשן בתנחומא: "חירף וגידף והרים יד בתורת משה רבינו". השולחן ערוך חד משמעי בנושא הזה - הוא אינו מזכיר לא את המקרא שבשמות ולא את הבריייתא בגיטין, אלא פוסק:

אסור לדון בפני דייני עובדי כוכבים ובערכאות שלהם, אפילו בדין שדנים בדיני ישראל, ואפילו נתרצו ב' בעלי דינים לדון בפניהם, אסור. וכל הבא לידון בפניהם, הרי זה רשע, וכאילו חרף וגדף והרים יד בתורת מרע"ה. היתה יד עובדי כוכבים תקיפה, ובעל דינו אלים, ואינו יכול להציל ממנו בדייני ישראל, יתבענו לדייני ישראל תחלה; אם לא רצה לבא, נוטל רשות מבית דין ומציל בדייני עובדי כוכבים מיד בעל דינו.¹²⁴

איסור הערכאות של גויים הינו איסור חמור, שמשמעותו חירוף וגידוף של תורת משה רבנו, דהיינו, אין רשות לצדדים להסכים ביניהם להתידיין בפני הערכאות בשעת הצורך. האם רק דייניהם אסורים, או גם דיניהם? שאלה זאת מתבקשת נוכח חילופי הגרסאות בין הדפוסים

¹²⁰ כמו נישואי כהן וגרושה או קידושי ביאה.

¹²¹ רבי משה בן מימון, קורדובה 1138, קהיר 1204. בפס שבמרקו התחיל הרמב"ם בחיבוריו המפורסמים "פירוש למשנה" בשפה הערבית ועסק גם בלימוד רפואה. ממקצוע זה התפרנס כל ימי חייו. בפוסטט [קהיר] מונה הרמב"ם לרב וראש הקהילה ועסק בתורה, הוראה, חיבור ספרים, אגרות ותשובות, ואף נתמנה לרופא של השולטן, צאלח-א-דין המפורסם. ספרו "מורה נבוכים" עורר פולמוס גדול, שנמשך עוד דורות רבים לאחר מכן. בספרו "משנה תורה" הוא סיכם את כל התורה שבעל-פה להלכה. (שו"ת בר-אילון)

¹²² ר' יוסף קארו, טולידו 1488, צפת 1575, היה מגדולי פוסקי ההלכה של ישראל בכל הדורות ומחבר "הכסף משנה" על "היד החזקה", "הבית יוסף" על "הטור", ו"השולחן ערוך" המסכם את כל ההלכות, מעין קיצור של "הבית יוסף".

¹²³ רמב"ם, סנהדרין כו, ז.

¹²⁴ שולחן ערוך, חו"מ, כו, א-ב.

וכתבי היד של הלכות הרמב"ם. בכתבי היד התימניים נרשם "בדיני גוים", ובדפוס "דייני גוים".¹²⁵ אם גורסים ככתבי היד התימניים, הדגש הוא על דיני עכו"ם, ולכן גם דיין יהודי הדן שלא לפי הדין הייחודי פסול,¹²⁶ אך אם גורסים כדפוסים, לא המשפט עומד לדין, אלא "לאומיות" הדיין.¹²⁷ אופציה זאת תהיה חשובה להמשך עיוננו, בעיקר בסוגיית "בתי דין של הדיוטות". קשה לקבל את הקביעה של שוחטמן, שהגרסה הנכונה היא של "דיני עכו"ם", בה האות ד' מנוקדת בחיריק, רק משום שבגרסת הדפוס של דברי הרמב"ם מצטיירת כפילות מיותרת - גם "דייני עכו"ם" וגם "ערכאות שלהם". אך אם הד' של דיני עכו"ם היא בחיריק, מתבטלת הכפילות ויש בפסוק שני איסורים: איסור דיניהם ואיסור ערכאותיהם. רבים המקורות הפרשניים המגנים את הערכאות של הגויים, לא דווקא רק בגלל "לאומיותם" של הדיינים, אלא משום שמשפטיהם הם של הגויים, והם עדות לעבודה זרה.

הלכת הרמב"ם נותנת ביטוי למציאות של חיי עם ישראל ללא ריבונות בארצות הגולה. נקודת התורפה של המשפט העברי היתה היעדר היכולת לאכוף את פסיקותיו, כאשר בעל הדין אליהם. במקרים אלה התיר הרמב"ם - בתנאי שבית הדין נתן את הרשות - לפנות לדייני עכו"ם להציל אותו מיד בעל דינו.¹²⁸ יחד עם זאת, אף אם רצו שני בעלי די' לדון, מתוך הסכמה הדדית, בפני ערכאות של גויים, על-פי השולחן ערוך הדבר אסור.¹²⁹ בדיון על התנאים להזדקקות לערכאותיהם של עכו"ם פותח הרמב"ם דיון רחב על גבולות ההזדקקות הזאת. דיון זה חשוב ביותר לחייהם של היהודים בתפוצות הגולה, בהם דין תורה היווה מרכיב חשוב ביותר בלאומיות היהודית נטולת הטריטוריה ונטולת הריבונות הפוליטית. בקשר לשאלה, אם בתי המשפט בישראל הם ערכאות, חשוב הדיון על התנאים להזדקקות לערכאות של עכו"ם, משום שפרשנים ופוסקי ההלכה כורכים את ערכאותיהם של עכו"ם עם בתי דין של הדיוטות יחדיו.

הרשב"א¹³⁰ מדגיש את ההבדל בין "דינא דמלכותא דינא" לדין הערכאות. לאחר שדין

¹²⁵ אלון, **המשפט העברי**, 15, הערה 5. טור ושולחן ערוך, חו"מ, כו, א.
¹²⁶ על נוסח זה מבססים הרב אריאל, איסור ערכאות, ושוחטמן, מעמדם ההלכתי, 344-346 את טענותיהם.
¹²⁷ כעמדת השופט בזק, י' (תשמ"א). בתי המשפט בישראל - האמנם ערכאות של גויים? 524: "דברים ברוח זו פורסמו בעתון אקדמי דת, שם ציטט המחבר הנכבד לעזרתו את הרמב"ם: "...כל הדין בדיני עכו"ם ובערכאות שלהם..." על פי דברים אלה קבע המחבר כי בתי הדין במדינת ישראל "הדנים לפי משפטים זרים הם ערכאות", לפי שהם דנים בדיני עכו"ם. אולם שיבוש קטן בציטוט גרם לו למחבר לטעות במשמעות של אותה הלכה, שכן לא נאמר ברמב"ם "כל הדין בדיני עכו"ם", אלא "כל הדין בדייני עכו"ם" ולענינו ההבדל מכריע.

¹²⁸ הרמב"ם התיר, ואילו הרמב"ן התנגד. הוא צימצם את הפנייה לערכאות של גויים לא על מנת לה' תדיין, אלא "בית דין של ישראל כותבין אדרכתא" [שטר הוצאה לפועל] על נכסיו, ואם הוצרך לכך לדון לפני גוים והם מכירין אותו למה שדנו לו דייני ישראל - מותר". שו"ת הרמב"ן, סג, אסף, ש' (תרצ"ה). **ספרן של ראשונים**, 98.

¹²⁹ ראה רשימת הפוסקים האוסרים להתנות על ערכאות של גויים אצל אלון, **המשפט העברי**, 15, הערה 41.
¹³⁰ רבי שלמה בן אדרת, הרשב"א, תלמיד רבנו יונה והרמב"ן, נולד בברצלונה שבספרד בשנת ד'א תתקצ"ה - 1235 ונפטר שם בשנת ה'א ע' - 1310. הוא היה רב וראש ישיבה בעירו ברצלונה. פסקיו למאות ואולי לאלפים התקבלו בספר השולחן ערוך. ידיעותיו במשפט הרומי, במשפט המקומי ובכלכלה עזרו לו בביסוס חיי קהילות ישראל בספרד ובניהולן.

המלכות זכה לגושפנקא תורנית, ניתן לחשוב, כי שיפוט על-פי דין זה שהוכשר על-ידי "דינא דמלכותא דינא", קביל מבחינה תורנית. אך לא כך מצב העניינים:

ולענין דינא דמלכותא דינא שאמרת, בודאי לא אמרו אלא במאי דאיכא הרמנא דמלכא, ובדברים שהם מדיני המלכות, דדינא דמלכותא אמרו, דינא דמלכא לא אמרו. אלא כמו שאנו יש לנו משפטי מלוכה, כמו שאמר להם שמואל לישראל, דמלך מותר בו, כך בשאר האומות, דינין ידועים יש למלכים, ובהם אמרו: דדיניהם דין; אבל דינין שדנין בערכאות, אין אלו ממשפטי המלוכה, אלא הערכאות דנין לעצמן, כמו שימצאו בספרי הדיינין; שאם אין אתה אומר כן, בטלת חס ושלום דיני ישראל, וכבר בא לידי ואמרתי כן.¹³¹

הבחנה זו בין משפטי המלוכה לבין דין "שערכאות דנין לעצמן" רומז למה שקרוי היום חקיקה שיפוטית. דיני המלכות מחייבים את ישראל מבחינה תורנית בהתנהלותו במדינות העמים, לעומתם דיני הערכאות, כלומר כל אותן הלכות הנובעות מתקדימים של בתי המשפט הם אסורים, ואין חל עליהם דינא דמלכותא דינא.¹³² את חוקי המלך ניתן להכשיר משום דינא דמלכותא דינא, אך על בתי המשפט של המלך קיים איסור כפול: איסור ערכאות של גויים והעדר יכולת להכשיר את התקדימים של בתי המשפט שלהם, לא לכתחילה ולא בדיעבד.

2.6.2 תנאי ההזדקקות לערכאות של גויים

למרות האיסור לה תדיין לפני ערכאות של גויים, ראינו כבר אצל הרמב"ם פירצה, כאשר בית הדין היהודי אינו מסוגל לאכוף את הדין על בעל דין אלים. הרמב"ם, כאמור, קובע שאין לפנות ללא אישור של בית הדין אל הערכאות: "יתבענו לדייני ישראל תחילה. אם לא רצה לבוא – נוטל רשות מבית הדין ומציל בדיני עכו"ם מיד בעל דינו." הרמב"ם מצמצם בזה את תשובת ר' פלטוי גאון שניתנה במאה התשיעית:

שראובן שיש לו תביעה על שמעון ומסרב לבוא עמו לדין, שרשאי (ראובן) להביא (את שמעון) לערכאות של נכרים כדי להוציא את שלו מתחת ידו.¹³³

הגאון אינו דורש מה פונה לערכאות של גויים לקבל אישור מבית-הדין, והבדל זה משמעותי ביותר. דורות רבים לפני הרמב"ם והשולחן ערוך התעוררה הבעיה ההלכתית של שני יהודים, שהתנו ביניהם לקבל את מרותו של משפט הנוכרים. הדגשנו כבר את מרכזיות האוטונומיה המשפטית בחיי היהודים בגולה, ונראה שהסכנה הגדולה ביותר שארבה לאוטונומיה זו, באה דווקא מצד יהודים שהתנו לה תדיין בפני ערכאות של גויים. אין זה פלא שרוב הפנים

¹³¹ שו"ת הרשב"א, ג, סי' קט.

¹³² לנושא היחס של פוסקי ההלכה לתקדימים המשפטיים ולאקטיביזם השיפוטי, ראה פרק ששי.

¹³³ אוצר הגאונים, בבא קמא, חלק התשובות, ע' 69. ההלכה נאמרה בשם ר' פלטוי גאון.

מרוטנברג¹³⁴, שמביא תקנה בנדון זה המיוחסת לרבינו תם:¹³⁵

נמנו וגזרו ונידינו והחרמנו על כל איש ואשה, ... אשר יביא את חבירו בדיני גוים עובדי עבודה זרה, או יכופנו על-ידי גוים עובדי עבודה זרה, ... אם לא מדעת שניהם, ובפני עדים כשירים. ואם יתגלגל הדבר וישמע למלכות או גוים ועל-ידי כך יכופו את חבירו, גזרנו ונידינו והחרמנו על אותו האיש שיפצה את חבירו... ויפייסנו ויפצנו במה שיאמרו שבעה טובי העיר.¹³⁶

אנחנו למדים מרבינו תם, כי אם הם פנו לערכאות על דעת שניהם, לא "נמנו וגזרו, נידינו והחרמנו".¹³⁷ תקנת רבינו תם המכשירה התדיינות בפני ערכאות של גוים, בספק מלכתחילה, אך בטוח בדיעבד, היא ראייה לכך, שלא "חירוף וגידוף והרמת יד בתורת מרע"ה" או "חילול השם וייקור שם עבודה זרה", הם המניעים להתנגדות להתדיינות בפני ערכאות של גוים. ל' פינקלשטיין גורס, שרבינו צרפת לא כללו את סביבתם הנוצרית בין עובדי עבודה זרה. אם שני הצדדים הסכימו להתדיין בפני ערכאותיהם, לא היתה סיבה "תיאולוגית" לאסור זאת, אלא רק דאגה לשיפוט הוגן וצודק.¹³⁸ טענה זאת מוצאת את ביטוייה בדרישה "שיפצה את חבירו ב מה שיאמרו שבעה טובי העיר", במקרה שהפנייה לערכאות נעשתה בכפיית חבירו. אין זה אומר, שהתקנה מתירה פנייה אל ערכאות של גוים,¹³⁹ אלא פירוש הדבר הוא, שאם התנו שניהם ללכת לה תדיין בפני ערכאות של גוים ולקבל את דינם, במקרה כזה לא "נמנו וגזרו ונידינו והחרמנו על אותו איש". אך ספק הוא, אם מה שנאמר בתקנה בדרך השלילה, מאפשר להסיק את ההפך בדרך החיוב. הקביעה הזאת, מסביר שוחטמן: "מן העובדה, שבנסיבות של ההסכמה לה תדיין בערכאות לא הוטל חרם, אי אפשר כמובן להסיק כאילו אין איסור לה תדיין בערכאות כאשר הצדדים הסכימו על כך".¹⁴⁰ מתן גושפנקא להתנייה זו בדיעבד, אינו עומד במבחן התשוב "שצוטט לעיל, שלא רק אסור את הפנייה לערכאות, אלא אף מפעיל סנקציות על כספים שהושגו על סמך דיני הגוים בניגוד לדין תורה. מתברר שבנושא הפנייה לערכאות של גוים ניתן למצוא עמדות כדעת רבינו תם מחד גיסא, ודעות כתשוב"ץ, מאידך גיסא. לסיכומו של הדין הזה ניתן לקבוע, שהפנייה בשני המקרים אסורה, אלא שחלק מהפוסקים מוסיפים, שאם כבר נעשתה, היא מאושרת בדיעבד.

בין תקופת רבינו תם לתקופתו של התשוב"ץ חי הרשב"א, שביטא גישה מורכבת להתנייתם של ענייני ממון בערכאות של גוים. הוא נשאל על אודות אדם שהשיא את בתו ונתן לבעלה

¹³⁴ רבי מאיר בן ברוך מרוטנברג נולד בשנת ד' "א תתקע"ה - 1215 בוורמזא שבגרמניה ונפטר במבצר אינשהיים שבגרמניה בשנת ה'א נ"ג - 1293. הוא למד בישיבות בעלי התוספות בגרמניה ובצרפת, ורבו הגדול היה ר' יצחק בעל אור זרוע.

¹³⁵ רבנו יעקב (בר מאיר) תם, 1100-1171 צרפת. רבינו תם היה נכדו של רש"י וגדול בעלי התוספות באשכנז.

¹³⁶ תשובת המהר"ם בן ברוך, דפוס קרימונה, ס' ע"ח.

¹³⁷ ראה: רשימת הפוסקים הגורסים כמהר"ם מרוטנברג, אצל אלון, **המשפט העברי**, 17, הערה 52.

¹³⁸ L. Finkelstein, *Jewish Self-Government in the Middle Ages*, 156, n.1

¹³⁹ זאת בניגוד לעמדת אלון, **שם**, 17.

¹⁴⁰ שוחטמן, **שם**, 347.

נדוניא. בתו ילדה בת ואחר- כך נפטרה. אחרי שנפטרה גם הנכדה, דרש הסב את בעלה – חתנו, שיחזיר לו את ממון הנדוניא ותבע אותו בדיני עכו"ם. מאחר שבמקומם הכל יודעים שהם הולכים בדיני הגויים, וממילא כל הנושא שם אשה כאילו התנה כן. על כך משיב הרשב"א:

כל דבר שבממון תנאו קיים ובאמת אמרו שמתנין בכענין זה וכדאמרי' בירושלמי הני דכתבין אין מיתת בלא בנים תהדיר מוהרא לבי נשא תנאי ממון וקיים. ומוסיף אני על זה שבכ"מ שנהגו להתנות ולעשות כזה תנאי אפי' הנושאים שם סתם גובין מהם אם מתה בלא בנים שכל הנושא סתם ע"ד הנהוג שם בישראל נושא וזהו שקראוהו בפ' המקבל דרישת הדיוט.

ומ"מ לנהוג כן מפני שהוא משפט גויים באמת נ"ל שאסור לפי שהוא מחקה את הגויים וזהו שהזהירה תורה לפניהם ולא לפני גויים ואע"פ ששניהם רוצים בכך והוא דבר שבממון. שלא הניחה תורה את העם שהוא לנחלה לו על רצונם שייקרו את חקות הגויים ודיניהם ולא עוד אלא אפי' לעמוד לפניהם לדין אפי' בדבר שדיניהם כדין ישראל.

ע"כ אנו פה תמהים מקום המשפט בעירכם מקום תורה ויתרון דעת איך נתנו יד לכלל דברים אלו שאסרתן תורה שלמה שלנו. ומה ממון יתהנה לירש שלא כתורתנו ... וכ"ש אם עתה יוסיפו לחטא לעקור נחלת האב על הבנים וסומך על משענת קנה הרצוץ הזה ועושה אלה מפיל חומות התורה ועוקר שרש וענף והתורה מידו תבקש ומרבה הונו בזה בפועל כפיו נוקש.

ואומר אני שכל הסומך בזה לומר שמותר משום דינא דמלכותא טועה וגזלן הוא וגזלה ישיב. וחס ליה דאפי' גזלה ישיב רשע מיקרי כדאיתא בפ' הכונס (דף ס' ע"ב). ואם נאמר כן בטלה ירושת בנו הבכור דכל הנחלות ותירש הבת עם הבנים. ובכלל עוקר כל דיני התורה השלמה ומה לנו לספרי הקודש המקודשים שחברו לנו רבי ואחריו רבינא ורב אשי ילמדו את בניהם דיני הגויים ויבנו להם במות טלואו ת בבית מדרסי הגויים חלילה לא תהיה כזאת בישראל ח"ו שמא תחגור התורה עליה שק.¹⁴¹

הרשב"א לא בא לבטל את הכלל התלמודי "כל תנאי שבממון קיים" או את הכלל ש"מנהג מבטל הלכה" בעניינים של ממון, אך הוא אינו רואה בנישואין של זוג יהודי בסביבה נוכרית, התנייה מלכתחילה על חוקי הגויים בענייני ממון הקשורים לנישואין. אפשר להסיק, שאם הזוג התנה בעת הנישואין תנאים ממוניים, התנאי תופס רק, אם לא עמדה מאחורי ההתנייה כוונה לאמץ את חוקי הגויים בכלל. הרב שרמן מסיק מדברי הרשב"א: "שלא הניחה תורה את העם שהוא נחלה לו על רצונם שייקרו את חוקות הגויים ודיניהם", שיש באזהרה "לפניהם ולא לפני הגויים" לא רק התייחסות -

- להליכה לערכאה של הגויים, אלא גם ... קבלת חוקי הגויים שבספר חוקיהם כמנהג. ... אין הלכה זו שוללת מזכותם של צדדים להגיע ליד הסכמה בעניני ממונם, גם בניגוד לזכויות הממוניות שבמשפטי התורה

¹⁴¹ שו"ת הרשב"א, ו, סימן רנד, ד"ה תשובה כל.

קובעים להם. ... אולם אין אדם רשאי לקבוע ולהתנות שענייני ממונו ייקבעו ע"י חוקים ודינים שאינה מערכת חוקי התורה.¹⁴²

בלידשטיין מציין, שהרשב"א בוודאי היה מודע לכך שדינים רבים השווים בתוכנם לדיני הגויים התקבלו על-ידי פוסקים ראשונים, כמו רבינו תם, ר' מאיר הלוי אבולע פיה ותקנות קהילות טולידו במאה ה"ג. "מה, אם כן, פסול בעיני הרשב"א?" שואל בלידשטיין ועונה:

מסתבר שרשב"א מייחס חשיבות מרבית למגמה שמאחורי קליטת הנורמה הנוכרית ולמוטיבציה המניעה את מאמציה. כל עוד שהנורמה מתקבלת מסיבות עניניות, מפני שהיא פותרת בצורה יעילה יותר בעייה מציאותית – מותר לאמצה. אך אסור לקבל נורמה נוכרית אך ורק מפני שהיא נורמה של הגויים, כאילו בכך יתרונה, בכך "ייקרו את חוקות הגויים ודיניהם". ואכן כך היה במעשה הנידון, מקום שהאב טען "שהם הולכים בדיני הגויים", ואף פנה לבית דין של גויים.¹⁴³

הרשב"א מדגיש בתשובתו, שאין להתבסס על הכלל של שמואל "דינא דמלכותא דינא". כדי להצדיק את ההתנ"י בחוקי הגויים, "אבל ללמוד מזה לילך בדרכי הגויים ומשפטיהם ח"ו לעם קדוש לנהוג כך". החשוב לדיונונו על ערכאות של גויים הוא הדיון של הרשב"א בדברי שמואל האמורא המופיע במסכת גיטין.¹⁴⁴ את ההיתר הגורף מהמשנה, שכל השטרות שנכתבו בערכאות של גויים, להוציא גיטי נשים ושחרורי עבדים, הם כשרים, מצמצמת הגמרא, על מנת לא להכשיר את בתי הדין האלה באופן גורף: "אמר שמואל: דינא דמלכותא דינא. אי בעית אימה תני: חוץ מ כגיטי נשים."¹⁴⁵ בדבריו אלה מכשיר שמואל רק את השטרות, שאינם כגיטי נשים, כלומר שטרות שאינם אלא לראיה, כמו שטרות מכר. אך כל השטרות שיוצרים מכוח עצמם את המעשה המשפטי, כגיטי נשים, הם פסולים, אם הם נקבעו על ידי ערכאות של גויים. מאז תקופת הגאונים חל הכלל, שיש לפסוק לפי "אי בעית אימה",¹⁴⁶ בניגוד לדברי שמואל, פסיקה המעוררת לא מעט קושי.¹⁴⁷ העיסוק הרב בסוגית תוקפם של חלק מצומצם או של חלק רחב של "שטרות העולות בערכאות של גויים" בימי הגאונים, ראשונים ואחרונים,¹⁴⁸ מעיד על הזדקקות רבה לבתי הדין של הסביבה הנוכרית. מציאות זו מתבהרת בתשובה אחרת של הרשב"א על תוקפו של שטר העולה בערכא ות של גויים:

שאלת: יעקב היתה לו חצר משותפת עם יהודה אחיו. והיו ליעקב ג' בנים: ראובן שמעון לוי. וכתב יעקב שטר מכירה לראובן בנו בערכאות הכותים, כמנהג היהודים שבמדינה, מרביעית החצר. והחזיק בה ראובן שנה אחת בחיי יעקב אביו, ולאחר פטירת אביו שתי שנים. ועכשיו עמדו שמעון ולוי

¹⁴² שרמן, א' (תשנ"ח). הלכות שיתוף לאור משפטי התורה, 33-34.

¹⁴³ בלידשטיין מדינת ישראל בפסיקה ההלכתית, מב.

¹⁴⁴ כאמור מופיעה סוגית דינא דמלכותא דינא מספר פעמים בתלמוד הבבלי, ראה לעיל עמ' 4, הערה 13.

¹⁴⁵ בבלי, גיטין י"ב. כך במקור: חוץ מכגיטי נשים, הכוונה לשטרות שמעמדם ההלכתי כגיטי נשים, ולא רק גיטי נשים.

¹⁴⁶ שילה, ש' (תשל"ה). דינא דמלכותא דינא, 35.

¹⁴⁷ שילה, שם, 36, מציג, איך אחרוני הראשונים פירשו את שני התירוצים כמשלימים ופתרו כך את הסתירה.

¹⁴⁸ שילה, שם, 47-52, 54-56, 312-402.

ואמרו: כי אותו שטר מכר שנעשה בערכאות של כותים אינו כלום. והוא ויעקב אביהם עשו בערמה, כדי להפסיד מהם. וראובן חזר וטען: כי האב ניתל/נראה שצ"ל: נתנ' לו עוד במתנה, נוסף על המכירה. ושהוא החזיק בה ג' שני'. והשיבו אחיו: שהם עשו מחאה על חזקתו. וראובן השיב: שלא שמע מעולם באותו מחאה. ודי לו בשטר המכירה העשויה בערכאות הכותים כמנהג. ומעולם לא נמצא ביד ישראל אלא שטר' העולים בערכאו' בין קונה למוכר. הדין עם מי?

תשובה: הדין עם ראובן. דשטרי מכר העולים בערכאו' הכותים כשרים. כמו ששנינו בפ"ק דגיטין (י"ע"ב). ולפיכך: מה שקבלנו מרבותינו ז"ל: סתם ערכאות לא מקבלי שוחד ולא מרעי נפשיהו: וכ"ש במקום שנהגו, וכמ"ש במקום אחר.¹⁴⁹

זאת דוגמה מובהקת להכרת ההלכה בשטר ש נחתם בערכאות של גויים כפי ש כבר נקבע בתלמוד הבבלי, במסכת גיטין, י"ע"ב. המשנה והגמרא, וגם הרשב"א בתשובתו, מתעלמים מהשאלה, האם עצם הפנייה לערכאות של גויים מותרת, אך לאחר שנעשתה, יש לשטר תוקף מבחינה הלכתית. במקרה זה אין לבית הדין, אלא לקבל את הדין התלמודי.

2.6.3 איסור ערכאות של גויים בעת החדשה

כאמור הביאה המדינה הלאומית המודרנית, שאחד מסממניה הוא פיתוח של מערכת משפט לאומית-אזרחית, לצמצום האוטונומיה המשפטית היהודית, קודם במערב אירופה, מאוחר יותר גם במזרח. לא פלא הוא, שכבר בתקופתו של נפוליאון א', הביאה החלת הקודקס האזרחי¹⁵⁰ שלו (Code civile) ב-1804 להתמוטטות האוטונומיה המשפטית של יהדות צרפת:

בימיו הלבנים פניהם של ישראל ב חירות הגוף, וחשכו עיניהם בשעבוד הנפש, והתורה חגרה שק, כי חוללה תפארתה, פנה זיוה, הודה והדרה. הוא הראשון נפוליאון אשר נתן ליהודים חופש ודרור עם חירות הדת ושווי הזכויות ככל אזרחי הארץ הזאת באין הבדל לאומי, ולעומתם לקח מהם עמדתם בתורתם ודתם, באשר לקח מהם בפה-רך כל הדינים והמשפטים בדברים שבממון בין איש לרעהו ובין איש לאשתו, ונגע בבת עינים כי פגע גם בקדושת האישות המקודשים לבני ישראל ובשאר עניינים בגופי התורה כידוע, ולא הניח להם בדת יהודית רק עניני עבודת ה' איש לאלהיו ... כה ירדה שם קרן התורה והדת עד לעפר שחה, ואין עוד בית דין לישראל אשר ישבו לשפוט את עם ה' בין דין לדין עפ"י דת תוה"ק.¹⁵¹

החלת חוק אזרחי כללי על כל אזרחי המדינה, הביאה במהרה לצמצום הדיונים בבתי הדין הרבניים לתחום דיני האישות, ולעריכת נישואין וגירושין לפי דת משה וישראל. אך במדינות מערב אירופה בירכו יהודים רבים על המגמות החדשות שהביאה האמנציפציה עמה, ולכן דעיכת האוטונומיה המשפטית של הקהילות היהודיות לא עוררה תגובות מיוחדות, למעט

¹⁴⁹ שו"ת הרשב"א, ד, ס"י קכו.

¹⁵⁰ T. Holmberg, *The Civil Code (the Code Napoléon)*, <http://www.napoleonseries.org/articles/government/civilcode.cfm>.

¹⁵¹ ר' יעקב ספיר, עדות ביהוסף, מגנצא, תרל"כ, עמ' לו-לז, אצל אלון, המשפט העברי, 1324, הערה 15.

בקרוב פוסקי ההלכה . גיל גרף מציין במחקרו , שהכרסום במעמדם של בתי הדין הרבניים החל כבר במאה ה- 17, כך שבראשית המאה ה- 18 היתה הפנייה אל ערכאות המדינה במערב אירופה כבר דבר שבשגרה.¹⁵² עדות מן המאה ה- 17 מוכיחה, שאפילו זמן רב לפני המהפכה הצרפתית והאמנציפציה היהודית פנו יהודים גם בעניינים קהילתיים אל הערכאות של הגויים:

ולא כן עתה בגלות בעונותינו הרבים , כל הגאות ורוממות בביהכ "נ, בעליות התורה ושאר חלוקות הכבוד בתפלות , ותקיעות ימים נוראים , ובאתרוג בהקפת התיבה בחג הסוכות , בזה בעו"ה הגאות ורוממות , **עד אשר כמה פעמים הוצרכו לילך בערכאות** (הדגשה על-די –מ.ס.). על-ידי כך, ברוך השם שבקהלתינו פה לא נשמע שטות כזו , אבל מכל מקום לבי דוי על פירצות ישראל , אשר מקום שצריך הכנעה ואיש כאחיו , והכתוב מזהיר לא תעלה במעלות, יהיה גסות רוח.¹⁵³

לנוכח המציאות החדשה , שבה היהודים פנו יותר ויותר לערכאות המדינה על מנת להסדיר את סכסוכיהם עם יהודים אחרים , ובוודאי את סכסוכיהם עם לא- יהודים, נדרשו פוסקי ההלכה לשאלה , האם אפשר להכשיר את ערכאות המדינה מכוח המנהג , כיוון שהמציאות החברתית-משפטית היתה חזקה יותר מאשר הדין היהודי . פתח הלכתי להכשרת ערכאות אלה נראה בדבריו של הרב שלמה קלוגר¹⁵⁴ שחי במאה ה-19 בברודי: "דהמנהג פשוט לילך בערכאות בלי רשות בית דין".¹⁵⁵ האם בדברים אלה המנהג מכשיר את הפנייה לערכאות של גויים, האם זהו תיאור המצב בלבד ? עיון בהקשר , בו נאמרו דבריו של הרב שלמה קלוגר , מלמד, כי בהיעדר ריבונות מדינית תלויים בתי הדין היהודיים ברצונם הטוב של בעלי הדין להופיע בפניהם ולקבל את הכרעותיהם:

בנדון הדין ודברים שבין ראובן ושמעון הנה נ"ל שלא די ששמעון מחויב להחזיר כל הוצאות לראובן מה שהוציא על הקרימינאל רק שמה שהוציא ראובן על תביעתו לשמעון לשלם לו חובו מחויב לשלם אף דראובן תבע בערכאות בלי רשות ב"ד [...] וכדין עשה ראובן בפרט בזמנינו דהמנהג פשוט לילך בערכאות בלי רשות ב"ד וגם דינא דמלכותא הוי דאין ב"ד של ישראל רשאים לדון ושהחוב לדון רק בדיניהם שא"צ רשות ב"ד ולכך אם תובע רק לקיים פס"ד שרי כן נ"ל ברור ונכון לדינא.¹⁵⁶

שו"ת "האלף לך שלמה " אינו מכשיר את הפנייה לערכאות של המדינה באופן גורף , אלא מבטל את דרישתם של הרמב "ם ושל השולחן ערוך לקבל אישור של בית דין יהודי , כדי לפנות לערכאות של גויים , במקרה שהנתבע אלים ומסרב להתדיין בדין תורה .¹⁵⁷ "המנהג"

G.Graff, (1985). *Dina de-Malkhuta Dina in Jewish Law 1750-1848*, 106-107. ¹⁵²

ר' י' איבשיץ, **ספר יערות דבש**, ב, דרוש ג', זאלצבאך תקנ"ט, יז, ע"א (DBS). ¹⁵³

רבי שלמה קלוגר (המהרש"ק) נולד בשנת ה'א תקמ"ה (1785) בפולין, ונפטר בשנת ה'א תרכ"ט (1869). הוא היה רבה של העיר בראד במשך 50 שנה והשאיר אחריו אלפי תשובות ומאות ספרים , רובם בכתב-יד. המהרש"ק לחם קשות בתנועת ההשכלה בה ראה איום על היהדות הדתית באירופה . ¹⁵⁴

ר' ש' קלוגר, שו"ת האלף לך שלמה, חו"מ, סי' ג. ¹⁵⁵

שם, שם. ¹⁵⁶

שולחן ערוך, חו"מ, כו, ב ¹⁵⁷

עליו כותב ר' שלמה קלוגר אינו הפנייה אל הערכאות , אלא הפנייה לערכאות גם ללא היתר של בית הדין, על מנת להציל את רכושו, כשהנתבע אינו מוכן להופיע בפני בית דין יהודי. על המחלוקת בין תובע לנתבע, כאשר אחד רוצה להתדיין לפי דין תורה והשני אינו רוצה בזה, כתב ר' עקיבא איגר¹⁵⁸ כבר שנות דור לפני ר' שלמה קלוגר:

בש"ת מגן גבורים סי' ה כתב בשם הרש"ך ח"ב סי' רכט על המחלוקת 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.¹⁵⁹

לדעתנו אין להסיק מדבריו של ר' איגר שיש היתר לפנות לערכאות המדינה מכוח המנהג, כי "האחרים" בדבריו לעיל אינם נציגי הערכאות, אלא הסוחרים, שמסדירים את ענייניהם "כדרך הסוחרים", המכונה בפי פוסקי ההלכה "דין סיטומתא". מכיון שהסוחרים אינם מאמצים דין זר, אלא נוהגים לפסוק על-פי אומד הדעת או כבוררים, אין בדברים אלה שמץ של איסור, כי לא חל עליהם איסור ערכאות.

ר' משה סופר, החת"ם סופר¹⁶⁰, היה הדמות המרכזית במאבק נגד החידושים בדת ובתנועת הרפורמה. לא פלא הוא ששו "תים רבים שלו דנים בשאלת הערכאות. דיוניו של החת"ם סופר בערכאות אינם עיוניים גרידא, אלא מתעוררים אגב המציאות בשליש הראשון של המאה ה-19, בתקופה שבה יהודים שחיו במרחב האימפריה האוסטרו-הונגרית, גויסו כבר לצבא. לא פעם הגיעו עדויות מרשויות הצבא אל הערכאות על אודות חייל יהודי שנפל במלחמה, נתעורר חשש שאלמנתו של אותו חייל תישאר עגונה. על כן נדרש החת"ם סופר להכריע, אם לקבל עדויות אלה, אם לאו. על כך כתב: "אך עתה ידוע שכמה מאות מישראל כבר מתו בין צבא המלחמה ואם לא נכשיר עדות ערכאות שלהם איכא חשש עיגונא יותר ויותר."¹⁶¹ יחד עם זאת הדגיש לא פעם את חשיבות הטיפול הנאות והמהיר בבתי הדין הרבניים, כדי למנוע מיהודים לפנות, בסכסוכיהם עם יהודים אחרים, אל הערכאות של המדינה:

כן צוותי ואחת שאלתי מאת כבודו הרמה למהר תשובתו שלא יבא הדבר חלילה לידי ערכאות אם יתמהמה.¹⁶²

¹⁵⁸ רבי עקיבא איגר, (1761 אייזנשטט - 1837 פוזן), כיהן כרבה של פוזן בעשורים הראשונים של המאה ה-19.

¹⁵⁹ חידושי ר' עקיבא איגר לשו"ע, חו"מ, נ.א. (אצל שוחטמן, שם, 350)
¹⁶⁰ רבי משה סופר (שרייבר), החת"ם (חידושי תורת משה) סופר, נולד בפרנקפורט דמיין בשנת ה"א תקכ"ב (1762) ונפטר בפרשבורג בשנת ה"א תקצ"ט (1839). הוא נחשב לאביה הרוחני של יהדות הונגריה בעת החדשה. בשנת ה"א תקס"ו (1806) נתמנה לרב העיר פרשבורג. בחידושי לגמרא, בדרשותיו ובמיוחד בתשובותיו לחם קשות בתנועת הרפורמים ועודד את הישוב בארץ ישראל.

¹⁶¹ שו"ת חתם סופר ג (אה"ע א) סי' מג ד"ה שוב הגיעני.

¹⁶² שו"ת חתם סופר, ה (חו"מ), סי' קיט, ד"ה שאלה אחת.

כתורת משה יעשו לכן עתה באתי וכתם השואל אשאל הדין עם מי והנני עלי בדרך ימחול נא אמר "ו להשיבני על הדואר המוקדם שלא לענות הדין למען לא יבוא הדברים ח"ו לערכאות והיה בזה שלום על ישראל".¹⁶³

כחמישים שנה אחרי החת "ם סופר פסק הרב יצחק אלחנן ספקטור מקובנה,¹⁶⁴ בשונה מהחת"ם סופר, ברוח של היתר והשלמה עם הפנייה אל הערכאות ללא הסכמת בית דין:

ואם באיזה מקום נאמרו דינים ופולפולים בענין דיני ממונות, הכל נאמר על זמנים הקודמים, אולם בזמן הזה עניינים האלה הם רק כפי חוקי המדינה ואין לנו לערער חס ושלום אחר יסודתם ומטרתם; ועם כל זה מקור הדינים לא זז ממקומם על דרך דרוש וקבל שכן, וכמו כל העוסק בהלכות שאינם נוהגים בזמנינו, וכמו שכתבו כמה גאונים בספריהם היקרים כידוע לכל באי שער, וגם תועלת רב מזה לכמה דיני איסור והיתר הנוהגים בכל זמן.¹⁶⁵

עמדה קיצונית לא פחות, המשלימה עם פנייה של יהודים לערכאות של גויים, מבטא הרב מאיר דן פלאצקי¹⁶⁶, אב בית הדין שבאוסטרובה, פולין, בראשית המאה העשרים. דבריו ראויים לעיון, כי עמדתו הפכה לחלק מהפולמוס בין הרב ישראלי לבין השופט אלון.¹⁶⁷ אחרי דיון מקיף באיסור הפנייה האל הערכאות מוסיף הרב פלאצקי:

ואם אמנם אין נפקא מינא לדינא שכל דין זה [= אסור הליכה לערכאות – מ.ס.] לא קאי על השופטים בזמננו שאינם בכלל עובדי כוכבים ומזלות חס ושלום, ואינם בכלל ערכאות, ופשוט צריך לדון לפנייהם דוקא, כמו דינא דמלכותא: אך כתבתי לתלמיד למדינות רחוקות כגון ח'ינא (=סין) ויאפאן שעובדים שם עכו"ם ויש להם דין ערכאות.¹⁶⁸

ההבחנה שעושים הפוסקים, הרב ספקטור והרב פלאצקי, בין עכו"ם לבין נוכרים נראית תמוהה. אמנם ידועות פסיקותיו של הרמב"ם, שאין המוסלמים עובדי עבודה זרה הם, וזו של המאירי לגבי הנוצרים, אך השימוש שעושים כל הפוסקים במילים, כגון: נוכרים, גויים, עכו"ם וכו', הוא שימוש במילים נרדפות לשאינם יהודים. ייתכן ששני הפוסקים רצו לתת ביטוי לעמדתם ההלכתית, אך נאלצו לעמוד בתנאי הצנזורה של המשטר שרצה להכפיף את

¹⁶³ שם, סי' קפז, ד"ה והנה אחלה.

¹⁶⁴ רבי יצחק אלחנן ספקטור נולד בגרודנה, רוסיה בשנת ה'א תקע"ז (1817) ונפטר בשנת ה'א תרנ"ו (1896). הוא כיהן ברבנות בקהילות שונות, אך עיקר פרסומו בא לו כרבה של העיר קובנה שבליטא, שבה ייסד גם כולל אברכים מפורסם. בתשובותיו מתוארות בדיוק רב ההגירות ההמוניות ממזרח אירופה למערבה ולאמריקה, והבעיות שנתעוררו בעטיין, כגון עיגון, פירוק משפחות וכדומה. הוא היה פעיל בתנועת חובבי ציון.

¹⁶⁵ אצל: אלון, מ'. המשפט העברי, 1325, הערכה 18.

¹⁶⁶ רבי מאיר דן פלאצקי, בעל ספר חמדת ישראל, אב בית דין באוסטרובה, פולין 1868-1928.

¹⁶⁷ ראה להלן פרק 8 הדין בשופטים דתיים.

¹⁶⁸ ר' ממ"ד פלאצקי, כלי חמדה, פרשת משפטים, סי' א.

היהודים למרות מוסדות המדינה. על מנת לעמוד בתנאי הצנזורה, "שלחו את עכו"ם לחינא ויאפאן" וטענו שאין האומות, שבקרבתם חיים היהודים עוד בגדר עכו"ם.¹⁶⁹

הרב יקותיאל אשר זלמן צוזמיר ענזיל¹⁷⁰ עושה הבחנה חדה בין החלת הכלל דינא דמלכותא דינא על החוקים שנחקקו על ידי המלך, לאי-החלתו על "דברים התלויים בשיקול הדעת מהשופטים הממונים בערכאות." כפי שעוד נראה, דבריו מסוּף המאה ה-19 הפכו בסיס להתנגדותם של פוסקי המאה ה-20 לערכאות של גויים ושל הדיטות, ¹⁷¹ הן בתפוצות והן במדינת ישראל.

כל מי שיש לו עינים לראות ולב להבין בדברי הפוסקים ראשונים ואחרונים יראה ויבין שדעת כולם שוה דל' א שייך דדמ"ד אלא בדברי חק ומשפט חקוק מאת המלך מפורש וברור בלי שום ספק ושיקול הדעת וכו' 'עכ"פ' הדין הוא חקוק מאת המלך מפורש ומבואר להנהיג בהם בני עמו וכו' אבל בדברים התלויים בשיקול הדעת מהשופטים הממונים בערכאות מעולם לא עלה על דעת איש ישראל שיש לו קצת מ' וח בקדקדו לומר עליהם דדמ"ד.

המהריא"ז ענזיל מדגיש, שהבעיה אינה קשורה רק בטיב הערכאות, אלא טמונה במקור הסמכות. על-פי ההלכה היהודית, מלך רשאי לחוקק חוקים ולהנהיג את עמו לפיהם, אולם בתי המשפט שלו פסולים בגלל איסור הערכאות ההלכתי ובגלל מקור סמכותם המשפטית. דבריו של המהריא"ז ענזיל מושתתים על דברי הרשב"א שהכשיר את חוקי המלך משום "דינא דמלכותא דינא", אך סירב להכשיר את פסקי הדין של שופטי המלכות בהדגישו את ההבדל בין "דינא דמלכותא דינא"¹⁷² לבין דין ערכאות. לכאורה ניתן לחשוב, כי שיפוט על-פי דין שהוכשר על-ידי "דינא דמלכותא דינא", קביל מבחינה תורנית. אך לא כך הוא, ואנחנו חוזרים על דבריו שהובאו כבר לעיל:

אבל דינין שדינין בערכאות, אין אלו ממשפטי המלוכה, אלא הערכאות דנין לעצמן, כמו שימצאו בספרי הדיינים; שאם אין אתה אומר כן, בטלת חס ושלום דיני ישראל, וכבר בא לידי ואמרתי כן.¹⁷³

הבחנה זו בין משפטי המלוכה לבין דין "שערכאות דנין לעצמן" רומזת למה ש מכונה היום "חקיקה שיפוטית". דיני המלכות יחייבו את ישראל מבחינה תורנית בהתנהלות שלו במדינות

¹⁶⁹ כעמדת הרב ישראלי בוויכוח ש לו עם השופט מ' אלון, ראה: פרק שבע, להלן. גם השופט אלון מייחס את עמדתו של בעל "כלי חמדה" למצב, "שאווירתה וחרבה של הצנזורה שרויה בדבריהם של חכמי הלכה אלה, אך היא גופה מוכיחה את חוסר האוטונומיה השיפוטית העברית וחוסר נהיגתו של השופט העברי בחיי המעשה". (אלון, המשפט העברי, 1324, הערה 18)

¹⁷⁰ שו"ת המהריא"ז ענזיל, לעמבערג תרמ"ב (1882). המהריא"ז ענזיל צוזמיר היה אב "ד בפרעמיסלא ובסטריא שבגליציה.

¹⁷¹ קביעתו, שחוקי המלך לגיטימיים על-פי התורה, אך בתי המשפט שלו אסורים, מצוטטת רבות על-ידי הרבנים של היישוב ומדינת ישראל בדיו ניהם על מעמדם ההלכתי של בתי המשפט במדינת ישראל. ראה להלן: פרק 2

¹⁷² ראה לעיל פרק המבוא.

¹⁷³ שו"ת הרשב"א, ג, סי' קט.

העמים, ואילו דיני הערכאות, כלומר כל אותן ההלכות הנובעות מתקדימי בתי המשפט, אסורים, ואין אלה בגדר "דינא דמלכותא דינא".¹⁷⁴ את חוקי המלך ניתן להכשיר משום "דינא דמלכותא דינא", אך על בתי המשפט של המלך קיים איסור כפול: איסור ערכאות של גויים והיעדר היכולת להכשיר את תקדימי בתי המשפט שלהם, לא לכתחילה ולא בדיעבד.

לכן גורס המהריא"ז ענזיל, ששופטי המלך -

מחזיקים בדינים שסדרו להם חכמיהם הקודמים בספריהם כמו שיש להם קצתם מהיונים וקצתם מהרומיים וקצתם שחדשו להם לפי מצב המדינות ודנים על פיהם בשקול דעתם,...

הם הם ערכאות של נכרים שהזהירה אותו התורה הקדושה שלא לדון בפניהם אפילו בדברים שדיניהם שוה לדיני ישראל ואמרו חז"ל כל ההולך לפניו כאילו הרים יד בתורת משה רבנו ע"ה, ערכאות שלהם והם השופטים עפ"י דתות ונמוסי' מספריהם הקודמים אינם ענין כלל לדד"מ [כך במקור], ולא יגזור שום מלך עלינו שלא נלך עפ"י משפטי תורה "ק"ל כל שלא ירצה להעבירנו ח"ו על מצות ה'.

בדבריו מתייחס הרב ענזיל גם למשפטים בין ישראל לאומות העולם ומדגיש, כי -

אמנם כשיהיה לנו דין עם אחד מאו"ה צריכין אנו לדון עמו כמשפט המדינה, ודוקא להציל מידם אבל אם הנכרי רוצה לבוא לפני דיני ישראל אסור לילך עמו בערכאות.¹⁷⁵

במאה העשרים מסכם רבה של טורונטו בקנדה, הרב גדליה פעלדער¹⁷⁶ בחיבורו "ערכאות של נכרים", את התנאים להזדקקות לערכאות של עכו"ם, לאחר בירור הלכתי קצר של האיסור.¹⁷⁷ הוא מונה, בין היתר, את ההיתר לתבוע את הנתבע בערכאות של גויים, כאשר זה מסרב להופיע בפני בית דין של תורה או אינו מכבד את פסק הדין שנחרץ על החייב והעובר, את זכות הנתבע להופיע בדיני עכו"ם על מנת להציל את שלו, את זכות התובע לפנות לבית-משפט של עכו"ם, אם הוא קיבל את הסכמת בית הדין, ואם הנתבע אליהם, אפילו בלי היתר של בית דין. הוא מונה את התנאים להיתר להופיע בפני ערכאות של עכו"ם כעד או כעורך דין, ואת התנאים להזדקקותו של בית הדין לבע"ל דין שהחל את משפטו בפני ערכאות של עכו"ם ופנה לאחר מכן לבית הדין, מפני שהתחרט או מפני שאינו מרוצה מפסק הדין של עכו"ם, ומתייחס לשאלת החובה לפנות לבית הדין בעיר אחרת, אם אין בית דין בעיר של התובע.

¹⁷⁴ לנושא היחס של פוסקי ההלכה לתקדימים המשפטיים ולאקטיביזם השיפוטי, ראה פרק 7. מהריא"ז ענזיל, שם, סי' ד'.

¹⁷⁵ הרב גדליה פעלדער, רב בטורונטו שבקנדה, מזוהה עם הציונות הדתית. ¹⁷⁶ בירור זה אינו חורג מהדין בשמות כא, א, גיטין פכ"ע, תנחומא, משפטים ג', תשב"ץ ח"ב סי' ר"צ, ¹⁷⁷ רמב"ם הל' מלכים פ"ט א, סנהדרין כ"ו, ז, שו"ע, חו"מ כו א.

בדבריו של הרב פעלדער אין שום חידושי תורה , אלא מסכת מגובשת של הלכות ערכאות המעוגנת היטב בדברי פוסקים ראשונים ואחרונים. הוא מביא את דברי הרא"ש (ב"ק צב ע"ב; פח סי' י"ז), הטור (חו"מ סי' כו-ב), הרמב"ם (סנה' כו,ז) והשולחן ערוך (חו"מ סי' כו, ב) כדי לבסס את ההיתר לפנות לערכאות, כאשר הנתבע מסרב להופיע בפני בית דין תורה. הפנייה של התובע אל ערכאות של גויים אסורה , אולם הופעת הנתבע בפני מוסדות אלה מותרת , "שהרי הכריחו אותו לבוא, והוא בא רק להגן על זכויותיו ... אע"ג דלכתחלה נכון ליטול רשות מב"ד".¹⁷⁸ הזכות לתבוע נתבע אלים בערכאות של גויים מבוססת על דברי הכנסת הגדולה (סי' כו) ושו"ת דברי חיים (חו"מ ח"ב סי' ב' וכן סי' ט), עם הסייג "שאסור לבא להפסיד למסרב בדיני ישראל ע"י עכו"ם ממקום אחר זולת אותה התביעה שסירב עליה.... לא הותר לו לילך לערכאות של עכו"ם אלא על חוב זה ולא על אחר".¹⁷⁹

ברוח דבריו של הרב קלוגר שהובאו לעיל , קובע הרב פעלדער , שאין חובה לקבל אישור מבית הדין כדי לתבוע בערכאות נתבע אלים שלא ציית לדין תורה. קביעה זאת מעוגנת היטב בדברי הפוסקים, ביניהם בשולחן ערוך חו"מ כו,ד, חידושי ר' עקיבא איגר, ב"ק בביאורו לש"ך סימן קי"ד, ואחרים.

בהמשך בוחן הרב פעלדער את הסתייגותו של בעל שו"ת "השער משפט" מדבריו של הרמ"א (סי' נב) האוסר הופעת עדים בפני ערכאות של גויים משום דמסייע לעוברי עברה . הוא אינו מקבל את עמדתו של השער משפט וקובע , "שהרי במעשה העדות לפני הערכאות שלא מעידין העדים על חשיבותם של השופטים ויש בזה יפוי כח שלהם , ואדרבא בזה נותנים מעלה וחשיבות ל תורתם וליראתם , ... הלא כשם שאסור לבעלי הדינים להופיע לפני השופטים בלי רשות מב"ד כן חל האיסור על העדים ...".¹⁸⁰ הרב פעלדער מביא ראיה לעמדתו מדברי היש"ש , "דבלי רשות ב"ד לא יעידו" , ומדברי הגאון מבוטשאטש בשו"ת "חסד לאברהם", שפוסל את הפנייה לערכאות של נוכרים בלי רשות בית דין מלהיות עד.¹⁸¹

הרב פעלדער שואל, האם דינו של עד המעיד בפני ערכאות של עכו"ם שונה מדינו של עורך דין יהודי המייצג יהודי אחר בפני ערכאות של גויים ? והוא מבהיר כי כוונתו לעורך דין וגם לנתבע דתי. הוא קובע, שעורך דין יהודי המייצג נוכרים, הן בצד תובע והן בצד הנתבע "נראה דאין איסור בדבר שהרי נכרי מצווה על הדין ולהעמיד דיינים כמבואר ברמב"ם (מלכים פ"ט,י). "והוא מסיק מההבחנה בין תובע יהודים לנתבע יהודי בעת הצורך לקבל היתר לפנות לערכאות וקובע: "והנה במקרה... דהתובע הולך לערכאות והנתבע מוכן לבוא לפני ב"ד אלא דהתובע מסרב.... ולכן בבית-משפט הממשלתי ולית ברירה והנתבע לא אזל שמה, אלא הולך

¹⁷⁸ פאלדער, ג' (תשמ"ד). ערכאות של נכרים, ספר יובל לכבוד רבי יוסף דוב הלוי סולובייצ'יק, א, תג-תד.

¹⁷⁹ שם, תד.

¹⁸⁰ שם, תה.

¹⁸¹ שם, תו.

ע"י הכרח שהרי עונש יענש אם ישתמט, מותר להאי עו"ד לילך ולהציל ממנו של הנתבע ואין בזה משום מסייע לידי עוברי עברה....ועיקרו משום להציל עשוק מיד עושקו..¹⁸²

הרב פעלדער מרחיב את דבריו גם על הלכת השו"ע (חו"מ, כו), "שאם התובע הלך בערכאות של עכו"ם בלי שהזמין בעלי דינו לדון בדין תורה ונתחייב שם אח"כ בא לתבוע אותו בב"ד אין נזקקין לו".¹⁸³ הוא מסביר, ש"אין נזקקין לו" פירושו, שאם בא התובע לבית הדין אחרי פסק הדין בערכאות של גויים: "דהיא דאין נזק קין נראה דמדובר אם כבר הוציאו הפס"ד ובערכאות א"א לשנותו ושם הפסיק חזר ובא לכאן, שבזה ודאי איכא זילותא, דלאמיתו של דבר מחשיב ערכאות של עכו"ם, אלא היות ולא הצליח חזר לנסות כחו בבית דינא דישראל ומהאי טעמא צריכים להרחיקו שמחלל תוה"ק ובא רק בחסותה לטובתו ולהנאתו, והיות שע"י מעשיו גרם זילזול בבתי משפט שבישראל... אין נזקקין לו כשבא לפנינו שפנה עורף למשפטי ה' וחילל שם ה' ושמו של עמו שנתן להם חקים ומשפטים ולא עשה כן לכל גוי". אך מכיוון שהמציאות המודרנית מציבה תנאים חדשים, מטעים הרב פעלדער, שלא רק "נזקקין לו" כשטרם נתחייב בבית-משפט של נוכרים, אלא "דבזמננו שיש אפשרות לבוא לבית-משפט גבוה בעירעורין על הפס"ד, ויתכן שהשופט העליון מיהדר דינא עדיין לא נקרא התחייב בדיניהם וממילא נזקקין ונותנין לו דרך לתשובה".¹⁸⁴ וברוח זו הוא מוסיף: "וכן מורים דברי הפנים במשפט (סי' כ"ב-ט"ו) להגאון ר' ישעי' יוסף פונטרימולי בן הגאון בעל פתח הדבר ז"ל, וכנראה זהו מדין תשובה שרואים אנו שחזר לפני גמר דין בטח התחרט ובכן יש לקבלו וכדוהרה הרמב"ם (תשובה פ"א, א)."

ברור שהיעדר בית דין קבוע במקום אינו מהווה הכשר לפנות לערכאות, גם אם בני העיר נתנו את הסכמתם לכך, כי במקרה זה יחולו עליהם כל אותם האיסורים שפסקו חז"ל, מפרשים ופוסקים ראשונים: "...כשאין ב"ד בעירו ילך לב"ד אחר הקרוב לעירו ולהתדיין שם". אבל משום הא אין להתיר לו ללכת לערכאות של נכרים, מיהו חובת העיר או חכמי העיר לראות שיהי' בעיר ב"ד או חכם לאליו יפנו כל אלה המבקשים משפט ולא ילכו לערכאות וכהא דכתב הרמ"א (חו"מ סי' ח, א): 'ועיירות שאין בהם חכמים הראויים להיות דיינים או שכולן עמי הארץ צריכים להשתדל למנות להם דיינים שישפטו ביניהם שלא ילכו לפני ערכאות של עכו"ם וכו'."

כאמור, אין בדבריו של הרב פעלדער חריגה מדבריהם של חז"ל, ראשונים ואחרונים. כמו קודמיו, הוא מנסח בזירות את הפשרות הנובעות מחוסר היכולת של בית דין ישראל בתפוצות הגולה לאכוף את פסקותיו, אך מקפיד הקפדה יתרה על איסור הפנייה לערכאות.

¹⁸² שם, שם.

¹⁸³ שם, שם.

¹⁸⁴ שם, תז.

לכן מציין רב פעלדער במפורש, שהמקלים בעניין הערכאות, חורגים מפסקי הרא"ש והטור. ולכן הוא גם מזכיר את דבריו של "הגאון מהר"ח פלג' ז"ל בספרו "חקות חיים" שהאריך בזה (סי' א) ומאד מגנה ההולכים לערכאות של עכו "ם ולדעתו "עדיף ללכת לישראל שאינו יודע מללכת לערכאות של עכו "ם כי 'גדול איסורו של ערכאות של נכרים ...' ¹⁸⁵ בעקבות זאת קובע הרב פעלדער, שהפנייה לערכאות של גויים הינה בעיה הפוגעת במצוות האמונה בה, ' בניגוד לפנייה אל בתי הדין של הדיוטות, שבה אין חילול ה' והרמת יד בתורת משה רבנו. ¹⁸⁶

כבר עמדנו לעיל על השינויים הגדולים שחלו בעם ישראל בתקופת ההשכלה והאמנציפציה. אם בימי הביניים קהילות ישראל היו חלק מהמבנה הקורפוראטיבי של החברה הפיאודלית, בראשית העת החדשה הן הפכו לקהילות דתיות וולונטריות של אזרחים השווים לכלל האזרחים בזכויות האזרחיות והמשפטיות, ועל-פי רוב גם בזכויות החברתיות שמעניקה המדינה המודרנית. שינויים אלה נתנו את אותותיהם גם בנושא הנחקר כאן. מ. אלון הדגיש פעמים רבות את המשבר שהתחולל במעמד של בתי הדין בקהילות ישראל, נוכח הפניות ההולכות ורבות של יהודים אל בתי המשפט הכלליים. נשאלת השאלה, האם ההיחלשות של בתי הדין הרבניים, צמצום פעילותם לעניין המעמד האישי והיתור הכמעט מלא על העיסוק בדיני ממונות, משתקפת גם בתשובות פוסקי הדור בעניין הערכאות. הקורא בשו"תים שהבאנו לעיל עלול להתרשם, שהגיננו על פניית המוני יהודים אל בתי המשפט הכלליים במערב אירופה ובמזרחה, אינו שונה בהרבה מגיננים של פוסקים ראשונים באשכנז ובספרד את הערכאות. ניתן לפרש הקבלה זו בשני אופנים: המאבק ביהודים הפונים להתדיין בפני ערכאות נתפס כאבוד מראש, או שהוא נתפס כחשוב פחות מצרות רבות אחרות שהביאה האמנציפציה על קהילות ישראל, כמו נישואי תערובת והמרת דת. אין ביכולתנו לקבוע מה הנחה את הפוסקים של תקופה זו שלא להחמיר את מאבקם בפנייה לערכאות, על-אף שהחלה החמרה משמעותית בנושא.

2.6.4 מה בין ערכאות של גויים לעומת "בתי דין של הדיוטות"

אל השאלה מה בין ערכאות של גויים לבין בתי דין של הדיוטות, התייחסנו מספר פעמים אגב דיונים אחרים. הרחבנו את הדיון על ערכאות של גויים ו הדגשנו את העמדה התקיפה נגד פניית יהודים לערכאות של גויים, משום שפנייה כזאת פוגעת באוטונומיה המשפטית של העם היהודי בתפוצות הגולה, אוטונומיה שנשמרה במשך דורות רבים על-ידי העם היהודי המפוזר בין האומות ונטול ריבונות מדינית. מזכיר שוב את דברי הרמב"ן בפירושו לשמות כא,א, הפותחים פתח להכרת ההלכה בבתי הדין של הדיוטות:

¹⁸⁵ שם, תט.
¹⁸⁶ שם, תי.

ואף על פי שהזכירו חכמים שתי כיתות האלה [ערכאות של כנענים ובתי דין של הדיוטות – הוספה שלי – מ.ס.] כאחת יש הפרש ביניהם שאם רצו שני בעלי הדין לבוא לפני הדיוטות שבישראל מותר הוא , ובדקבליה עילויהו דינו דין , אבל לפני הכנענים אסורין הם לבוא לפניו שידון להם ביניהם לעולם, ואפילו היו דיניהם כדינו באותו ענין.

עמדת הרמב"ן עומדת בניגוד קוטבי לעמדות הגורסות כי ערכאות של גויים וערכאות של הדיוטות היינו הך הן. קביעה זאת מבוססת על קריאת הרמב"ם את הפסוק "כל הדין בדיני עכו"ם" כ"כל הדין בדיני עכו"ם". הברייתא בגיטין¹⁸⁷ מדגישה דווקא את היותם של דייני עכו"ם גויים: "ואף על פי שדיניהם כדיני ישראל , אי אתה רשאי להיזקק להם . " - דבר המחזק את טענת הרמב"ן, שלא הדין הוא מוקד ההתנגדות לערכאות, אלא היותם של הדיינים יהודים אם לאו. אין ספור איסורים וחרמות הוטלו על ערכאות של גויים. הביקורת של חכמים על בתי הדין של הדיוטות אינה משתווה למאבק החכמים , בכל הדורות , נגד הפנייה של יהודים לערכאות של גויים. די לזכור את דבריו החריפים של השולחן ערוך נגד ערכאות של גויים¹⁸⁸ ולהשוותם לדבריו נגד ערכאות של הדיוטות .¹⁸⁹ חכמי ההלכה לא חסכו דבר בביקורת על ערכאות של הדיוטות, אך ביקורתם הייתה, לפי דברי מ' אלון, "מכוונת נגד פסיקתם של בתי דין אלה שלא לפי ההלכה, על שהם ממעטים מחיוניותה של ההלכה, ... אך מעולם לא הושוו בתי דין אלה לערכאות של גויים, שכל הפונה אליהם הריהו מחרף ומגדף, מרים יד בתורת משה וחותר תחת ייחודה ואחדותה של האומה העברית".¹⁹⁰

¹⁸⁷ בבלי, גיטין פח ב.

¹⁸⁸ שולחן ערוך, חו"מ, סי' כו.

¹⁸⁹ שולחן ערוך, חו"מ, סי' ח.

¹⁹⁰ אלון, שם, 32, הערה 105.

2.7. סיכום ומסקנות

העיון בבסיס ההלכתי בשאלה, האם בתי המשפט בישראל הם ערכאות, מתמקד במעמדם ההלכתי של ערכאות של גויים ובתי דין של הדיוטות. הדיון ההלכתי העקרוני התקיים בתנאי שלטון זר על ארץ ישראל או בתנאי גלות ישראל, כאשר עם ישראל היה מפוזר בין האומות וראה במערכת המשפטית האוטונומית שלו את הבסיס לאחדותו. העיון במקורות ההלכתיים של התנאים והאמורים, של גאוני בבל, ושל פוסקים ראשונים כאחרונים, לימד אותנו, שבאופן מעשי הזדקקו יהודים רבים הן לערכאות של גויים והן לבתי דין של הדיוטות. במקביל ניתן להבחין במגמה ברורה של מאבק הלכתי נגד הפנייה לערכאות אלה וניסיון ברור לצמצם את סמכותן ותחום שיפוטן.

במישור העקרוני אסורה הפניה אל ערכאות של גויים הן מסיבה הלכתית והן מסיבה תיאולוגית. הלכתית, מפני שראובן עלול להחזיק בממונו של שמעון בניגוד לדין, ותיאולוגית, מפני ש בפנייה אל בית המשפט הנוכרי יש למעשה הכרה במשפטיהם. והרי בדינים ובמשפטים של העמים משתקף טיב אלוהיהם. הפונה אל בתי המשפט של הנוכרים מביע, במידה מסוימת, הכרה באלוהיהם ונחשב כמגדף ומחרף ומרים יד בתורת משה רבנו. למרות איסור חמור זה, כך אנו למדים מהדיון על תוקפם של "שטרות העולים בערכאות של גויים", פנו יהודים בכל הדורות לשיפוט על בסיס חוקיהם ונימוסיהם, לכן נאלצו הפוסקים לקבוע נהלים וסייגים לפנייה אסורה זו. מנגד ראינו, שהסמכות המוגבלת של האוטונומיה המשפטית הביאה לא פעם את בתי הדין עצמם לכדי פנייה אל הערכאות של הסביבה הנוכרית, על מנת לאכוף גזר דין על בעל דין אלים.

לא מצאנו עמדה אחידה לגבי טעם האיסור לפנות לערכאות של גויים. האם האיסור בא משום שהשופטים אינם יהודים, או משום העובדה שמשפטם אינו כמשפט התורה? אחדים פוסלים את הדיינים הנוכרים אפילו אם הם דנים בדין שהוא כדיני ישראל, לכן ברור הוא, כי היות הדיינים גויים הוא הסיבה להתנגדות, אחרים פוסלים את הערכאות מפני היות המשפט נוכרי. מחלוקת זאת מוצאת את ביטוייה בגרסות השונות של דברי הרמב"ם בכתבי היד ובדפוסים: "כל הדין בדיני/דייני עכו"ם ובערכאות שלהם אע"פ שהיו דיניהם כדיני ישראל". המחזיק בגירסת 'דייני עכו"ם' יפסול בהמשך הן את הדין הנוכרי והן את הדיין הנוכרי, אך המחזיק ב'דייני עכו"ם', יתיר בהמשך דיינים הדיוטות הדנים שלא פי דין תורה.

גם בעניין התוקף ההלכתי להסכמה בין שני בעלי הדין להתדיין בפני ערכאות של עכו"ם על סמך "כל תנאי שבממון קיים" לא מצאנו גישה אחידה אצל פוסקי ההלכה. יש האוסרים, אך מכירים בדיעבד בחוקיות ההתנייה, כמו רבינו תם, ויש האוסרים ואינם מכירים אפילו בדיעבד בפסק הדין של ערכאות של גויים, גם אם שני בעלי הדין התנו לקבל דין הערכאות.

הדגשנו את חומרת האיסור של פנייה אל ערכאות של גויים, לעומת קלות האיסור על פנייה לערכאות של הדיוטות. יחס שונה זה בולט בעיקר בדברי הם של הרמב"ם, של הרמב"ן ועוד יותר בשולחן ערוך. בראשון מנומק האיסור לפנות לערכאות של גויים במאמר שבגיטין פח ע"ב: "לפניהם ולא לפני גויים – לפניהם ולא לפני הדיוטות". אך איסור מפורש לפנות להדיוטות לא מופיע בדבריו. ברמב"ן ובשולחן ערוך אין אפילו ציטוט מהמאמר בגיטין. יש חילוקי דעות נוספים בשאלה, האם מותר לפנות לבתי דין של הדיוטות, כאשר נמצאים בעלי תורה במקום, האם מותר ששל ושת הדיינים יהיו הדיוטות, או האם אחד מהם צריך להיות "גמיר" או "סביר", והאם מותר להם לדון רק על-פי אומד דעתם או גם לפי "חוקיהן ונימוסיהן" של האומות. דיונים רבים אלה מעידים על כך, שבניגוד ל"ערכאות של גויים" – בתי הדין היהודיים זכו בהכרה הלכתית, זו או אחרת, בכל הזמנים, אף אם לא דנו על-פי תורת ישראל ודיניהם לא היו בקיאים בדין תורה.

מכאן ניתן להסיק, שברובד ההלכתי אין הכרעות ברורות לגבי הפנייה לבתי הדין של הדיוטות, לא לגבי ההתנ"י ולא לגבי סוג הדין הנהוג בערכאות אלה. רק לגבי הפנייה לערכאות של גויים שוררת תמימות דעים בין כל הפוסקים. הצבענו על המגמות ההלכתיות להחמיר ביחס אל ערכאות של גויים, יותר מאשר ביחס אל בתי דין של הדיוטות. לעומת זאת נטו הפוסקים לראות בבתי דין של הדיוטות מעין רע במיעוטו, על מנת למנוע פנייה אל בתי המשפט של הסביבה הנוכרית. בדיונים על בתי הדין שאינם דנים לפי דין תורה מתבררת גם מגמה תיאולוגית ברורה: אם הכוונה היא לאמץ את דיני עכו"ם, לא ממניעים פרגמטיים, אלא ממניעים אידיאולוגיים, כלומר, אם מאמצים אותם כי הם דיני עכו"ם, המעשה פסול. אך אם אימוצם אינו נובע ממניעים אידיאולוגיים, אלא ממניעים פרגמטיים, כי במקרה המסוים הם יעילים וכי הם זהים למה שהדין היה מגיע אליו בעצמו מאומד דעתו, אימוצם מותר. הכרה עקרונית במשפטי הגויים תביא לכפירה "בקדוש ברוך הוא תחלה, ואחר כך ... בתורה, שנאמר, כי לא כצורנו צורם ואיבינו פלילים" (תנחומא, משפטים). לעומת זאת, התבססות מזדמנת ופרגמטית עליהם, התואמת את אומד הדעת והשיקול הענייני, מותרת.

עם גיבוש המדינה הלאומית, בראשית העת החדשה, צומצמה בהדרגה האוטונומיה היהודית. התפתחות זאת השפיעה כמובן גם על מעמד דין תורה בקהילות ישראל. העת החדשה אילצה את מערכת השיפוט הרבני להתמודד עם האתגרים ועם הסכנות שהביאה האמנציפציה ואתה המודרנה. מראשית המאה ה-19 ועד סופה היה עליה להתמודד עם האתגר של התנועה הלאומית היהודית, שמטרתה הייתה להקים מדינה יהודית בארץ ישראל. שתי המהפכות, האמנציפציה והציונות, נתנו את אותותיהן בדיון ההלכתי על ערכאות של גויים ועל בתי דין של הדיוטות. על מידת ההשפעה של המודרנה ושל האמנציפציה על מערכת המשפט התורנית במאתיים השנים האחרונות קיימת מחלוקת חריפה בין השופט מ'

אלון לבין הרב שאול ישראלי . כנגד הרב ישראלי , הגורס שעד השואה פעלה מערכת משפט תורנית רלבנטית בכל קהילות ישראל , טוען השופט אלון:

הרב ישראלי , עם כל הכבוד , לא דייק במה שכתב , שכך נהגו קהילות ישראל באירופה עד שעלה הכורת הנורא בתקופת השואה . ודאי שבקהילות ישראל היה קיים בית דין ואב בית דין , אך לקראת סופה של המאה התשע עשרה ותחילת המאה העשרים החלו גם שלומי אמוני ישראל לפנות בענייני ממונות , תחילה מעט ובמשך הזמן יותר , לבתי המשפט הכלליים , ו"דין תורה" הפך יותר ויותר לבורות הנעדרת כוח פניה וסממנים אחרים הקשורים באוטונומיה שיפוטית.

.....

ואם עדיין צריכים אנו לראיה , בוא וראה מה קורה מזה עשרות בשנים , בצבור שומרי תורה ומצוות , על כל מחנותיהם ופלגיהם , בתפוצות הגולה . מעשה יום יום , ויהודי החרד על דבר ה' , המקפיד על קלה כחמורה , פונה בתביעות משפטיות שבידו , גם נגד חברו שומר תורה ומצוות , לבתי המשפט הכלליים . להיכן נעלם כיום , אצל אחינו שבגולה , האיסור החמור של כל הדן בערכאות של גויים "הרי זה רשע וכאילו חרף וגידף והרים יד בתורת משה רבינו"? לא זכור לי - ואולי אני טועה - שגדולי ההלכה בדור שעבר ובדורנו מתריעים ומזהירים על כך את אחינו שבגולה . וכן לא מצאתי בדבריו של הרב ישראלי משהו על איסור חמור זה , שאחינו בני ישראל שבפזורות הגולה דשים אותו בעקביהם . בטוחני שידידי הרב בלייך , שהוא עד לתופעה זו , נתן דעתו עליה , ומן הראוי הוא לקיים דיון בענינה , ולא רק באשר לענין "שלטון יהודי אסור (לו) להעמיד דיינים אלא אותם שההלכה קובעת שהם כשרים לדון".¹⁹¹

¹⁹¹ אלון, מ' (תשמ"ז). ביסוס המערכת המשפטית על דיני התורה , 304-305

פרק 3: גיבוש העמדה של פוסקי ההלכה כלפי מערכת המשפט של מדינת ישראל

3.1. מבוא היסטורי

את שורשי הבעייתיות של מערכת המשפט במדינת ישראל יש לחפש, לפחות בחלקן, בהיסטוריה של עם ישראל ב-250 השנים האחרונות. עד ראשית העת החדשה חיו קהילות ישראל בתפוצות הגולה כקורפורציות אוטונומיות הן במישור החברתי-תרבותי והן במישור הדתי-משפטי. למרות ייחודה של כל קהילה וקהילה אפשר לראות כמכנה משותף את אימרתו של רב סעדיה גאון: "אין אומתנו אומה, אלא בתורתיה".¹ כלומר, המאחד את האומה היהודית, על ההבדלים והגוונים שבה, הוא התורה, וכוונתו לתורה שבכתב ולתורה שבעל-פה, שאחד ממרכיביה העיקריים הוא ההלכה, משום שהיא מסדירה את מרבית אורחות חייו של היהודי.

המחלוקת בשאלת הערכאות החריפה רק החל מהמאה ה-18, עם גיבוש המדינה הלאומית המודרנית, שהביאה לאמנציפציה של היהודים באירופה ומחוצה לה, ועימה, ביטול האוטונומיה המשפטית היהודית.² עם היעלמות המדינה הקורפורטיבית של ימי הביניים נעלם אף הצורך האובייקטיבי במערכת משפט אוטונומית ונפרדת לקיבוצים היהודיים בתפוצות הגולה, וזו הפכה מנקודות הראות של המדינה הלאומית לוולונטרית ומצומצמת ביותר. בזו אחר זו ביטלו מדינות אירופה את זכות הקהילות היהודיות לכפות על חבריהם להתדיין בעניינים אזרחיים בפני בתי הדין הרבניים. לדעת מ' אלון, לא התמורות במעמד האזרחי של היהודים הביאו, בתקופה זו, לירידת מעמדם של בתי הדין הרבניים ושל המשפט העברי, אלא התמורות הרוחניות-חברתיות שחלו בעולם היהודי עם ראשית האמנציפציה.³ הוולונטריות שבכפיפות להלכה היהודית איפשרה לאלה שביקשו להשתלב בחברה האירופית, כלומר "להיות אדם בצאתם ויהודי באוהלם"⁴ דהיינו, להיות יהודים בביתם, ואזרחים של מדינתם מחוצה לו, להשתחרר מכבלי ההלכה היהודית וממוסדותיה הרבניים.

¹ רב סעדיה גאון, **אמונות ודעות**, ג.

² אטינגר, ש' (תש"כט). תולדות ישראל בעת החדשה, 17-137.

³ אלון, מ'. **המשפט העברי**, ג, 1320.

⁴ האמירה "הווי אדם בצאתך ויהודי באוהלך" מיוחסת לי "ל גורדון (1831-1892), משורר מתקופת ההשכלה היהודית בליטא.

לעומתו, רואה יחזקאל קויפמן בצמצום האוטונומיה המשפטית היהודית ובצמצום המשפט היהודי לעניינים דתיים גרידא, ויתור על "יסוד חיים לאומי מובהק ביותר" ⁵. אמנם בראשית האמנציפציה ניסו חכמי ההלכה להיאבק בדעיכת המשפט העברי ולהזהיר בפני פנייה לערכאות של גויים בעניינים אזרחיים, אך עם התקדמותם של תהליכי הטמיעה הם נאלצו להשלים עם המצב. רק במחוזות הפריפריה באירופה ובארצות המזרח, כמו בטורקיה ובצפון-אפריקה, המשיך המשפט העברי להתפתח ולהוות נורמה שיפוטית בעניינים אזרחיים בין יהודים. הסיבות לכך נבעו בעיקר מהאיחור בתהליכי האמנציפציה בארצות המזרח ⁶. מ' אלון מציין שתהליכי האמנציפציה ותהליכי הטמיעה הביאו לשתי תוצאות קשות בעולם המשפט העברי:

האחת היא – שמתוך שחדל המשפט העברי להיות משפט נהוג ושימושי, נחלשה הרבה התפתחותו האורגנית והרצופה. למרבית הצער התחיל מאורע היסטורי מכריע זה בתולדות המשפט העברי ערב המאה התשע-עשרה, בתקופה שנתחוללו בה מהפכות חברתיות, כלכליות ותעשייתיות, שהשפיעו הרבה על תחומים משפטיים שונים, ובמיוחד על המשפט המסחרי והציבורי. והתוצאה השניה היא – שההכרה העמוקה ושאינה ניתנת לערעור עד אותה שעה, שחיי מעשה על פי המשפט העברי הם חלק מהותי מאורח חייו של העם העברי, הלכה ונחלשה בתודעה הלאומית והדתית של יהדות המאה התשע-עשרה ברובן המכריע של תפוצות הגולה ⁷.

לתוך תהליך האמנציפציה של היהודים, נולדה התנועה הציונית, קרי, תנועת ההתעוררות הלאומית של העם היהודי. תנועה זאת הייתה במהותה חילונית, בחלקים רחבים שלה סוציאליסטית, ורבים מהוגיה, כמו פינסקר והרצל, היו פוסט-אמנציפטורים. רובם גם לא ראו את עצמם כפופים להלכה היהודית. רוב פוסקי ההלכה לחמו נגד המודרנה וגם נגד הציונות, ורק תנועת המזרחי ראתה את עצמה מחוייבת גם לעולם ההלכה וגם לתנועה הלאומית המתעוררת. בארץ ישראל, יעדה של התנועה הציונית, שלט אז המשפט הטורקי, אשר הוחלף בראשית שנות העשרים של המאה העשרים במשפט הבריטי. הבריטים – כמו הטורקים לפנייהם – הקנו לקהילות העדתיות-דתיות אוטונומיה משפטית בתחומי המעמד האישי ⁸, אך הכפיפו את אזרחי ארץ ישראל למשפט האזרחי והפלילי שלהם.

קויפמן, י' (תשכ"ב). **גולה ונכר**, ב, 40.

אלון, **שם**, 1326-1328.

אלון, **שם**.

סעיף 51 לדבר המלך משנת 1922: "...יהא השיפוט בעניני המצב האישי, ... מסור לבתי הדין של העדות הדתיות...עניני מצב אישי פירושם תביעות בענין נישואין או גטין, מזונות, כלכלה, אפטרופסות, כשרות יוחסין של קטנים ואימוצם...ירושות, צוואות ועזבונות והנהלת נכסי אנשים נעדרים". דרייטון, ר"ה – עורך, (1934). **חוקי פלשתינה (א"י)**.

לאחר מלחמת העולם הראשונה, עם כינון המנדט הבריטי על ארץ ישראל, חי היישוב היהודי תחת חוק מנדטורי בריטי ונאלץ לקבל את בתי המשפט של ממשלת פלשתינה (א"י).⁹ דבר המלך במועצה על פלשתינה (א"י) בשנת 1922 הקנה לבתי המשפט סמכות לדון בענייני ממונות ופלילים על בסיס המשפט העות 'מאני, שהיה נהוג ערב מלחמת העולם הראשונה ובהתאם ליסודות החוק המקובל ולעיקרי הצדק הנהוגים באנגליה.¹⁰ מבחינה משפטית דמה היישוב היהודי לקהילה היהודית באימפריה העות 'מאנית בה האזרח היה כפוף לחוק המדינה, ושבה כל "מילת" (קהילה עדתית-דתית) נהנתה מאוטונומיה משפטית בענייני המעמד האישי, אך מנגד, ראה היישוב היהודי בארץ ישראל את עצמו לא כעוד קיבוץ יהודי בין רבים, אלא כיישוב המתגבש על יסוד לאומיות יהודית לקראת עצמאות מלאה. לכן אפשר לראות לצד ההתחדשות של השפה העברית, של החקלאות העברית, ושל המוסדות העבריים לממשל עצמי, גם ניצנים של בניית מערכת משפטית המושתתת על יסודות לאומיים עבריים.

צמיחתה של מערכת משפט עברית מודרנית החלה עוד בימי השלטון הטורקי בארץ-ישראל. ביוזמת ראשי המשרד הארץ-ישראלי של ההסתדרות הציונית נוסד ביפו בשנת 1909 "משפט השלום העברי", שעל סמך דבריו של אחד ממייסדיו "...חרת על דגלו את חידוש המשפט העברי ביסודותיו ללא צביון דתי, ...שואף להשליט צדק, חסד ואמת ביחסים בין אדם לאדם. ... משפט השלום העברי כיבד את הדת ואת האמונה, אבל את המשפט העברי ראה כחטיבה מיוחדת השווה לכל אדם, בין שהוא דתי ובין שאינו דתי".¹¹ ארגון "משפט השלום העברי" הצליח להקים סניפים במקומות שונים בארץ. באסיפת ההתארגנות של מוסדות היישוב עם תום מלחמת העולם הראשונה, בשנת 1918, נתקבלה החלטה המחייבת את "כל האזרחים העבריים בארץ ישראל להישפט רק לפני משפט השלום העברי".¹² בעקבות החלטה זו הוקמו במקומות שונים בארץ בתי משפט מחוזיים, ומעליהם בית משפט עליון. ראשי היישוב ונכבדיו היו מעורבים בעשייה המשפטית של "משפט השלום העברי", שבראשו עמד ד"ר ארתור רופין והמזכיר הראשון היה הסופר ש"י עגנון.¹³ מבחינת המשפט הבריטי פעלה מערכת משפט השלום העברי על פי פקודת הבוררות¹⁴ לצדה של מערכת אזרחית מנדטורית-בריטית מחד, ומערכת בתי דין רבניים מאידך.

⁹ פקודה מס' 21 הדנה בהרכבם ושיפוטם של בתי משפט ידועים בפלשתינה (א"י), **חוקי פלשתינה (א"י)**, א, 372-380.
¹⁰ דבר המלך במועצה על פלשתינה (א"י), 1922, **חוקי פלשתינה (א"י)**, ה: מוסדות המשפט, סעיפים 39, 40, ובעיקר 46.
¹¹ דייקן, פ' (תשכ"ד). **תולדות המשפט העברי**, 14-15.
¹² **שם**, 28.
¹³ עגנון, ש"י (תשל"ו). **מעצמי אל עצמי**, 187-189.
¹⁴ פקודת הבוררות, 1926, סעיף 2, **חוקי פלשתינה (א"י)**, ו, 35.

אולם ל"משפט השלום העברי" לא היה סיכוי להצליח. הוא נתקל בהתנגדות חריפה מצד בתי דין הרבניים,¹⁵ ובנוסף לא היה לו כוח אכיפה, כי מבחינת המשפט המנדטורי פעלו בתי דין אלה על בסיס הסכמה בין הצדדים, כבוררים. אך לא רק סיבות חיצוניות הכשילו מערכת משפטית זו, אלא גם קשיים וליקויים פנימיים מובהקים. לא היו בידי שופטי "משפט השלום העברי", לא חוקים ולא תקנות, לא דינים ולא הלכות, אלא רק רצון טוב, תחושת צדק ואומד דעת. אך באלה לא די, כדי לקיים מערכת משפט לאומית. בתי הדין הרבניים פעלו על בסיס ההלכה היהודית, ובעניינים אזרחיים על יסוד חושן משפט, ואילו בתי המשפט האזרחיים פעלו על בסיס המשפט המנדטורי על-פי דבר המלך במועצה על ארץ ישראל, ועל בסיס המשפט האנגלי על חוקיו ותקדימיו. שתי המערכות הכשירו את דיניהן ושופטיהן ואף את עורכי הדין שייצגו את מרשיהם. כל אלה נעדרו מ"משפט השלום העברי". את המצב הזה תיאר אחד ממייסדיה של חברת המשפט העברי, יהודה יונוביץ, אשר מתח ביקורת על מערכת המשפט העברי האמורפית והלא-מוגדרת, אבל גם על בתי הדין הרבניים שלא התאימו את המשפט העברי למציאות החדשה.

יצירה חדשה זו, המתעטפת בטלית שכולה לאומיות, למרות שאין לה שום שורש בעבר שלנו, באה אלינו כעין או גנדיות חדשה על אדמת הקודש, אוגדיות משפטיות, עם שופטים מן השוק, אשר רובם ככולם לא רבי מתקריין (נקראים) ולא חכים (חכם), ושחוז מאחדים יוצאים מן הכלל כריסם ריקה לא רק מש"ס ופוסקים, אלא גם מהשכלה מקצועית כללית. כל אלה שלא קראו ולא שנו ולא שימשו תלמידי חכמים, או שלא שימשו כל צורכם, חושבים את עצמם לשופטים בישראל, יורו יורו, ידיו ידיו, בלי כללים והגדרות, בלי דינים..... אלא לפי ראות עיניהם ועל פי סתם סברות של בעלי-בתים בעלמא.¹⁶

בשנת תרפ"א-1921, ראשית תקופת המנדט בריטי, נוסדה הרבנות הראשית לארץ ישראל, שקיבלה סמכות חוקית לשיפוט ייחודי בענייני נישואין, גירושין וקיום צוואות, וסמכות שיפוט מקבילה בענייני מזונות וירושות.¹⁷ ייסוד הרבנות הראשית לארץ ישראל נתפסה על-ידי רבים כשעת חסד לחידוש המשפט העברי במולדת הישנה-החדשה ולהתאמת ההלכה היהודית למציאות המודרנית ולמציאות של ריב ונות יהודית. ביטוי לתקווה זאת ניתן בדבריו של ראש רבני ישראל, הרב אברהם יצחק הכהן קוק:

מהלך המשפטים ידוע הדבר, שהוא מחולק לשני יסודות עיקריים: דינים ותקנות. בצורה של דין אי אפשר לנו לשנות שום דבר מהמשפטים הקבועים לסדריהם. אבל בתור תקנות יש חופש לחדש ולתקן מה שמצאים בתי-הדין בהסכמת הרבים לתיקון העולם ובכוונה לשם שמים. הרבה תקנות גדולות תיקנו חכמי דור ודור, לבד מהקדמונים, התנאים והאמוראים, גם בתי-דין מאוחרים, הגאונים וכו'.

¹⁵ אלון, **המשפט העברי**, ג, 1335; אסף, ש' (תרפ"ד). **בית הדין וסדריהם אחרי חתימת התלמוד**, 9-6.
¹⁶ אסף, שם, 5-6.
¹⁷ אלון, **המשפט העברי**, ג, 1337, הערה 52.

בחיינו הלאומיים החדשים בארץ ישראל יהיה לנו בוודאי לפעמים צורך גדול לתקן תקנות גדולות, שכל זמן שתהיינה מוסכמות מרב חכמי ישראל המומחים לרבים ומקובלים אחר כך על הקהל, יהיה להם כוח של דין תורה.¹⁸

בבואו להעריך את ההתפתחות של המשפט העברי בבתי הדין הרבניים ברוח דבריו של הראי"ה קוק, מסכם מ' אלון, שרק בדיני המעמד האישי, שבהם נמסרה לבתי הדין סמכות שיפוט ייחודית וכוח כפייה מתוקף החוק, תוקנו תקנות ונעשתה יצירה ניכרת כדי להתאים את המשפט העברי למציאות המודרנית, אך בתחומים אחרים, בעיקר בתחום של

...המשפט האזרחי - כמעט שלא נעשה דבר.¹⁹ ... אם בתחום דיני המעמד האישי יש בידינו להצביע על יצירה ניכרת במערכת בתי- הדין הרבניים, הרי בכל שאר תחומי המשפט העברי לא נעשה אלא מעט מאוד... ההתערורות הגדולה שעברה באותה שעה על היישוב היהודי בארץ ישראל לחזרה למשפט העברי היתה צריכה להעמיד בראש דאגתם של נושאי ההלכה שיעשו למען הכנתה של מערכת משפטית עברית, שתתאים לצרכיהם של חיי הכלכלה והחברה של היישוב היהודי שבאותה שעה.²⁰

3.2. הקמת המדינה והשלכותיה על מערכת המשפט

מערכת משפט עצמאית נתפסת כסממן מובהק לריבונות מדינית. לכן עלינו לבחון היטב את התפתחות המשפט במעבר מן המנדט הבריטי לעצמאות ישראל. כאמור היה המשפט המנדטורי מורכב מחוקים ותקדימים משפטיים בריטיים שהורכבו על יסודות המשפט העות'מאני. לצדם פעלו בתי הדין הרבניים ומערכת "משפט השלום העברי" שהייתה מזוהה עם המפעל הציוני.

עוד לפני מלחמת העולם השניה שקד הרב הראשי לארץ ישראל, הראי"ה הרצוג,²¹ על הכנת פרוגרמה דתית לקראת ניהולה החוקתי של המדינה ה עתידה לקום. לאחר סיום עבודתה של ועדת פיל²² במסגרת הכנת הפרוגרמה ביקש הראי"ה הרצוג להתייעץ גם עם פוסקים חרדים, ביניהם הרב גרודז'ינסקי, רבה של וילנה וראש מועצת גדולי התורה באירופה שלפני השואה. הרב הרצוג הופתע להיווכח, שהרב גרודז'ינסקי הציע לכוון במדינה היהודית העתידה שתי מערכות משפט מקבילות: משפט רבני המושתת על דיני התורה ומערכת משפט אזרחי, בהתאם לצרכיה הריאליים של החברה. על פי "תקנות מדינה" ידונו וגם יענישו

¹⁸ התור, תרפ"א, גליון כא-כב, מיום כד באדר א, תרפ"א, אצל אלון, שם, 1338, הערה 54.

¹⁹ אלון, שם, 1338

²⁰ אלון, שם, 1340

²¹ הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג (1888-1959) היה הרב הראשי האשכנזי של ארץ ישראל, משנת 1936 ואחר כך של מדינת ישראל עד יום מותו. הוא התחנך באנגליה ובצרפת ובשנת 1908 הוסמך לרבנות. הוא היה בעל תואר דוקטור לספרות מהאוניברסיטה של לונדון. בשנים 1915 עד 1936 כיהן כרב באירלנד, ומשנת 1925 הפך לרב הראשי שלה. הרב הרצוג חיבר שו"ת הנקרא היכל יצחק בו היו לו אף התכתבויות עם בעל שו"ת קול מבשר רבי משולם ראטה וכן "פסקים ותשובות" בהם התמקד בעיקר בנושאים של הלכה ומדינה.

²² 1936-1937.

לפי המשפט הכללי, אפילו אם הוא יסטה מן הדין הדתי היהודי. את הכפילות המשפטית עיגן הרב גרידז 'נסקי בדברי הר"ן, רבנו ניסים גירונדי בן המאה ה-14 מספרד, שדגל בשתי מערכות משפט: דין תורה שהוא "משפט האמיתי האידיאלי" ו"דין מלך" אשר יבטיח את "הסידור המדיני", דהיינו את שלום הבריות.²³ על ההתכתבות עם הרב חיים עוזר גרודזינסקי כותב הרב הרצוג מאוחר יותר:

חזרתי וכתבתי לו, שלדעתי אין זה מתקבל בתור פתרון, ושוב לא קיבלתי ממנו שום תשובה באותו ענין. ואני נשאיתי בדעתי שלא יתכן שבמסגרת של חוקי התורה נקבע מקום לשתי סמכויות מקבילות (כעין בתי המשפט של דין ובתי המשפט של יושר, בכח משפט המלך, שנהגו באנגליה עד לתקופה ידועה), וצריך לבסס על יסודות אחרים.²⁴

הריא"ה הרצוג לא ראה לנגד עיניו את הדגם של כפילות משפטית של הר"ן, אלא את תפיסת הרמב"ם, דגם מאחד שאינו מפריד "בין תורה למלכות, בין תיאולוגיה לפוליטיקה, בין משפט ההלכה לבין משפט המדינה".²⁵ רביצקי מייחס את הבדלי הגישות ההלכתיות של שני האישים ליחסם אל הציונות. הרב גרודז 'נסקי היה פוסק הלכה חרדי, שהתנגד לתחייה הלאומית היהודית החדשה ולרעיון המדינה היהודית בזמן הזה. לכן היתה גישתו אל מערכת המשפט של המדינה העתידה לקום פרגמטית וללא יומרות דתיות. הרב הרצוג לעומתו ראה בבניין ארץ ישראל ובהכנתה לקראת ריבונות יהודית "אתחלתא דגאולה", מפעל של קדושה.²⁶ על-כן לא תהיה אפשרות להשתית את מערכת המשפט שלה על מערכת כפולה - דתית לעניינים סקראליים, וכללית לענייני המשפט האזרחי, הפלילי והתחוקתי.

ערב הקמת המדינה התנהלו דיונים נוקבים באקדמיה ובמוסדות היישוב אודות אופייה של מערכת המשפט הרצויה למדינת ישראל לכשתקום. דיונים אלו מצאו את ביטויים בעיקר בכתב העת המשפטי "הפרקליט" מימים אלו, ובו הציגו משפטנים והוגי דעות את עמדותיהם.

²³ הרצוג, **תחוקה**, ב, 75. ראה גם דיון אצל רביצקי, א' (תשנ"ח). **דת ומדינה**, 11-12.
²⁴ הרצוג, **שם**, 75. על תשובתו של הראי"ה הרצוג לרב חיים עוזר אמר הרב א' ליכטנשטיין, ראש ישיבת הר עציון, בשנת 2000. לי' דוד מהמכון הישראלי לדמוקרטיה: "הר"ן די מרחיק לכת, וכידוע לך דבר זה די קומם את הרב הרצוג, שטען שחלילה וכי הר"ן מעולם לא התכוון לדבר כזה. אבל בתור כיוון כללי אני לא יודע אם הייתי הולך עם זה עד הסוף, אם משתמע ניתוק כמעט גמור בין המערכות. יתר על כן, עד כמה שזכור לי, אין שם התייחסות לשאלה מה קורה אם הן מתנגשות. אבל, ככלל, על כך שניתן לדבר על איזה מערכת אזרחית לצד המערכת של בתי דין, דבר כזה בהחלט ניתן לקבל." ליכטנשטיין, א' (2000). על הלכה, הומניזם ושלטון החוק, 97.

²⁵ רביצקי, **שם**, 12.
²⁶ לא כאן המקום לקבוע, אם הקביעה של א' רביצקי, המפרידה בין חרדים אנטי-ציוניים לבין אורתודוקסיה ציונית בכל הקשור ליחסם אל מערכת המשפט של מדינת ישראל, עומדת במבחן המחקר. שאלה זו מלווה עבודה זו לאורך כל הדרך ונסה להשיב עליה בעקבות ניתוח עמדותיהם של פוסקים חרדים ופוסקים שמזוהים עם האורתודוקסיה הציונית.

נושא אופייה של מערכת המשפט העתידית עלה גם בכתביהם של רבנים,²⁷ בעיקר של אלה המזוהים עם הציונות הדתית שראתה בהקמת מדינת ישראל את ראשית גאולתנו. בסופו של דבר התקבלו ההחלטות על-ידי הנציגים במוסדות הלאומיים הזמניים, שהפכו החל מ-1949 לקבועים.

בניגוד לעמדותיו ההלכתיות של ראש מועצת גדולי התורה באירופה שלפני השואה, הרב גרודז'ניסקי, נקטה אגודת ישראל כבר עשר שנים לפני הקמת המדינה עמדה ברורה לגבי השתתת החוק והמשפט של המדינה העתידית על יסודות התורה, אך נותרה המפלגה היחידה שהציגה עמדה כזאת.²⁸ מסמך שחיבר ד"ר יצחק ברויער, משפטן ממנהיגי אגודת ישראל, הנקרא "תוכנית לחוקה במדינה יהודית", פותח בקביעה: "התורה היא משפטו של העם הישראלי (סעיף 1). תוקף התורה בתור משפט העם הישראלי הוא בלתי תלוי בהסכמת בני העם הישראלי וציבורי ישראל (סעיף 3). תוקף התורה בתור משפט העם הישראלי חל על כל גילויי-חיים שבצבור הישראלי (סעיף 4). לפיכך צריך הציבור העברי בא"י, אם יקבל צורה מדינית, לסור למשמעת התורה כמשפט הקיים של העם הישראלי, בכל מעשיו, הן בחקיקה, והן בכלכל המשפט, והן בכל שטח המשטר (סעיף 5)."²⁹ בהמשך הוא מציע במסמך זה צעדים מעשיים להכנת חוק קונסטיטוציוני המושתת על יסודות התורה. מחבר המסמך היה מודע היטב לעובדה, שהציבור ביישוב לא יסכים למערכת משפט המושתתת על יסודות התורה, לכן הוסיף את התנאים המינימאליים שצריכים להתקיים במדינה היהודית, כמו דיני אישות, שבת, כשרות על פי התורה, והקמת "בית דין התורה, שבסמכותו נכנסים כל המשפטים הפרטיים, אם הצדדים לא התנו אחרת".³⁰ במסמך אחר, הנקרא "יסודות לחוקה במדינה היהודית" מתבטא הרב משה בלויא, מנהיגה של אגודת ישראל בירושלים, באופן מתון עוד יותר במה שנוגע למעמדו של דין תורה במדינה העתידית: מלבד דיני אישות, לא תהיה לבתי הדין הרבניים סמכות שיפוט ייחודית, ובשאר התחומים יפעלו שתי מערכות משפטיות, מערכת של בתי משפט כלליים, בהם יישמרו היסודות של דין התורה, כגון דינים של פסולי עדות, ומערכת של "בתי דין עפ"י התורה, אשר על יסוד של שטרי בוררין יפסקו בכל דיני אדם לחברו ופסקי הדין האלה יהיה להם תוקף חוקי, ויוצאו לפועל על-ידי משרדי

²⁷ הרצוג, **תחוקה לישראל**, א', 276 ובכתב-עת יבנה, ב (תש"ח), ג (תש"ט). הרב מ' בר-אילן מציין, שבתקופה ההיא עבד חֲבֵר של תלמידי חכמים גדולים על שלושה נושאים הנוגעים לענייני חוק משפט של המדינה העתידה לקום: "א. עבוד יסודות עקרוניים שעל-פיהם אפשר יהא לגשת לעריכת חוקים ומשפטים על פי דיני תורתנו הקדושה, כמו "בית-דין מכין ועונשין שלא מן הדין", קבלת דיינים ועדים אפילו אם הם קרובים או פסולים, ענייני נחלות וירושות, ביחוד שאלת ירושת הבת, ... ב. עיבודה וסידורה של מערכת דינים על גניבה, אונאה, ערבות, ענייני נכסי דניי ודלא נידי, מכירת שטרות וכד'. ג. עבוד נוסחאות של שטרות: שטרי חוב, שטרי מתנות, שטרי מכירה וכד'. בר-אילן, מ' (תש"ט). חוק ומשפט במדינתנו, 29.

²⁸ היה זה בשנת 1938 עקב הדיונים בוועדת פיל על חלוקת ארץ ישראל והקמת מדינה יהודית בחלק ממנה. ברויער, י' (תש"ט). תוכנית לחוקה במדינה היהודית, 33.
²⁹ שם, 35. כבר נאמר, שההתנייה להתדיין בפני בתי משפט שאינם על פי התורה, הן ערכאות של גויים, והן ערכאות של הדיוטות, כלומר ערכאות שבסוריא, היא אחת המחלוקות המרכזיות של פוסקי ההלכה בכל הדורות, ראה לעיל פרק 2 (הבסיס ההלכתי ל"דין ערכאות"). מעניין שי' ברויער אינו פוסל את ההתנייה ושם את עצמו לצדם של המתירים.

ההוצאה לפועל. בתי דין כאלה מתמנים על- ידי רבנות הק הילה המקומית באשור הרבנות הראשית".³¹

נגד כל ניסיון להכשיר את בתי המשפט הדנים שלא על פי התורה, הן הממשלתיים של המנדט הבריטי והן אלה של מדינת ישראל, כתב הרב אברהם ישעיהו קרליץ, החזון אי"ש, מנהיגה הרוחני של העדה החרדית בתקופת המנדט וראשית המדינה, בפירושו למסכת סנהדרין:

מתקנת הציבור הוא דבמקום שאין ביניהם גמיר כלל ממנים עליהם דיינים שלא למדו כלל תורה והם ידונו כפי משפט בני אדם בשכלם. כדי שלא יבואו בערכאות, אמנם אע"ג דליכא ביניהם דין שידין עפ"י משפטי התורה ומוכרחים להמנות בעל שכל לפי מוסרי האדם אינם רשאים לקבל עליהם חקי עמים או לחוקק חוקים, שהשופט כל דין שלפניו הנראה אליו זה בכלל פשרה, ואין ניכר הדבר שעזבו מקור מים חיים לחצוב בורות נשברים אבל אם יסכימו על חקים הרי הם מחללים את התורה ועל זה נאמר אשר תשים לפניהם ולא לפני הדיוטות, כדאיתא [בחו"מ] סי' כ"ו. **ואין נפקו תא בין בא לפני אינם ישראלים ובין ישראל ששופט ע"פ חקים בדוים** (ההדגשה על-ידי – מ"ס), ועוד הדבר יותר מגונה שהמירו משפטי התורה על משפטי ההבל ואם יסכימו בני העיר על זה אין בהסכמתם ממש ואם יכופו על זה משפטם גזלנותא ועושק ומרימים יד בתורת משה יעו"ש.³²

לדעת החזון אי"ש, בתי המשפט של יהודים הדנים שלא על פי דיני תורה הם אמנם ערכאות של הדיוטות, אך אין לדעתו הבדל ביניהם לבין ערכאות של גויים, הרי "אין נפקותא בין בא לפני אינם ישראלים, [כלומר ערכאות של גויים – מ"ס] ובין ישראל ששופט ע"פ חקים בדוים". החזון אי"ש נאמן לתנאים ש קבע התלמוד למינוי ערכאות של הדיוטות, רק כשאין גמיר במקום, כלומר בקיא בתורה, על מנת למנוע פנייה אל הערכאות של גויים. אך אם הדיוטות אלה לא יגבילו עצמם לדון על פי שכלם כדי להביא את הצדדים לפשרה, אלא יאמצו להם דינים זרים, יחול עליהם האיסור "לא לפני גויים ולא לפני הדיוטות". אפשר להסיק מדברים אלה, שהחזון אי"ש אינו פוסל קיום של מוסד ממלכתי לבוררות, על מנת להביא את הצדדים לפשרה, אך שולל את בתי המשפט של ישראל הדנים על פי מערכת חוקים שאינה מבוססת על דין תורה.³³

מכיוון שזמן חיבורם של חידושי החזון אי"ש למסכת סנהדרין אינו ידוע, קשה לטעון, אם היה זה הוא, אשר עיצב עבור רבים הבאים אחריו את התפיסה, שאין הבדל בין "הבא [להישפט] לפני אינם ישראלים, ובין ישראל ששופט ע"פ חוקים בדוים". הוא אמנם לא כינה את בתי המשפט הדנים על פי מערכת חוקים אחרת ולא על פי התורה, "ערכאות של גויים", אך

³¹ בלויא, מ' (תש"ט). יסודות לחוקה במדינה היהודית, 39.

³² הרב קרליץ, חזון אי"ש, **חושן משפט, סנהדרין**, טו, סי' ד', 368.

³³ Bleich, J. D. (2000). Litigation and Arbitration before Non-Jews", 68: 'In effect, he counseled that Israeli courts should sit as courts of equity, rather than as courts of law. Ad hoc decisions do not constitute a system of law.'

מדבריו משתמע שחשב כך. בין פוסקי זמננו יש המציינים, בהתייחסותם אל מערכת המשפט של מדינת ישראל, את תלותם בדברי החזון אי"ש. בגלל הזמן המוקדם יחסית לדבריו, ובשל מעמדו בעולם ההלכה בארץ ישראל, יש להניח שקביעתו הנחרצת סללה לרבים את הדרך לשלול כל לגיטימיות מבתי המשפט במדינת ישראל.

מתקבל הרושם, שכבר ב-1938 היו מנהיגי אגודת ישראל מודעים היטב לכוחו של הסטטוס קוו המשפטי שהיה קיים בארץ ישראל, כך שאין להתפלא, שבנושא בתי המשפט, ואפילו בנושא מעמד התורה במדינה העתידה לקום, לא נשמעה, במשא ומתן שניהלו מנהיגי אגודת ישראל ב-1947 עם ההנהלה הציונית, כל דרישה. במכתב, שמסכם את סידרת הדיונים בין שני הגופים, מוסר בן-גוריון ב-19.6.1947 להנהלה העולמית של אגודת ישראל, את עמדת הסוכנות היהודית בענייני דת במדינה העברית העתידה לקום. אחרי הצהרה כללית, שהמדינה העתידה לא תהיה תיאוקרטיה, אלא דמוקרטיה, מוסרים בן-גוריון, הרב פישמן³⁴ ויצחק גרינבוים³⁵ את עמדת הסוכנות היהודית בענייני דת ומדינה. לאגודת ישראל הובטח כי יום השבת יהיה יום המנוחה הרשמי של מדינת ישראל, תונהג כשרות בציבור, תקויים שלמותו של עם ישראל בענייני אישות, ותוענק אוטונומיה מלאה לכל זרם בחינוך... "ולא תהיה שום פגיעה מצד השלטון בהכרה הדתית ובמצפון הדתי של שום חלק בישראל".³⁶

³⁴ הרב יהודה לייב הכהן פישמן מימון (1875 – 1962) היה ממקימי תנועת המזרחי, מחותמי מגילת העצמאות ושר הדתות הראשון של מדינת ישראל. הוא היה מקורב לרב [יצחק יעקב ריינס](#) ולרב [קוק](#). הרב מיימון ניסה לשכנע את [בן-גוריון](#) להכניס את הפסקה "מתוך אמונה בצור ישראל וגואלו" למגילת העצמאות, אולם בן-גוריון השמיט את המילה "וגואלו".

³⁵ [יצחק גרינבוים](#) (1879 – 1970) היה מנהיג [ציוני](#) מראשי [התנועה הציונית](#) של [יהודי פולין](#) בין שתי מלחמות העולם ושר הפנים הראשון של [ישראל](#). לקראת הקמת [מדינת ישראל](#) היה גרינבוים לאחד מ-13 חברי [מנהלת העם](#) ומחותמי [מגילת העצמאות](#). הוא היה חבר [מועצת המדינה הזמנית](#) ושר הפנים הראשון של [מדינת ישראל](#) בממשלה הזמנית, בשנים 1948 – 1949. גרינבוים, שהגיע ארצה כאיש [הציונים הכלליים](#), נטה במרוצת הזמן שמאלה והיה לתומך [מפ"ם](#) ונדע כאיש בעל השקפת עולם חילונית מוצהרת. הוא עמד בראש רשימה עצמאית ב**בחירות לאספה המכוננת** ([הכנסת](#) הראשונה) אשר לא הצליחה לעבור את [אחוז החסימה](#).

³⁶ פרידמן, מ' (1990). ואלה תולדות הסטטוס-קוו, 47-73.

האם מפתיע לראות בדיונים בין אגודת ישראל למוסדות המרכזיים של היישוב ויתור כמעט מוחלט על המחויבות לדין תורה ולמשפט העברי על כל מוסדותיו, ויתור שברקע שלו התנהל המאבק של מנהיגי הציונות הדתית בתחום זה? את התשובה לכך ניתן למצוא בתפיסות המנוגדות של הרב חיים עוזר ושל הרב הרצוג בנושא קדושת המדינה שאמורה לקום, ובעובדה שהמגזר החרדי בתקופה ההיא כמעט ולא התעניין במוסדות השיפוט של היישוב ושל המדינה שבדרך. היו אלה בעיקר הרב הראשי ליישוב ואחר כך למדינת ישראל, הראי"ה הרצוג, והרב בר-אילן³⁷ שגיבשו, כל אחד בדרכו, תפיסה תורנית למעמד ההלכה היהודית במדינה העומדת לקום.

כחודשיים לפני קום המדינה התפרסמה בעיתון "הצופה" סידרת מאמרים של רבני הציונות הדתית, שדנה במעמדה ההלכתי של מדינת ישראל העומדת לקום, ובסוגיות רבות הקשורות במעמד ההלכה היהודית במדינה היהודית הריבונית. בין מאמרים אלה בלט במיוחד מאמרו של הרב שלמה גורונטשיק (לימים גורן) "חוקה תורנית כיצד?". כבר בראשית מאמרו, מציין הרב גורן³⁸, ששאלת בתי הדין במדינה היהודית העומדת לקום היא מן הבעיות החשובות ביותר והיא טעונה פתרון מקיף. הוא מביע ספק, אם ניתן לממש את התפיסה המקובלת בציבור הדתי, ש"יש לקחת את חוקי התורה הקיימים מקדמת דנא ולקובעם כבסיס לתחוקת בתי המשפט המחודשים".³⁹ הרב גורן מציין את הגורמים העיקריים לקושי הזה, כמו פסילתם של נשים, של כופרים ושל מי מעוטים לשפוט ולהעיד. פסילה כזאת אינה אפשרית הן בגלל הציבור החילוני בארץ והן בגלל המשפט הבינלאומי. לכן מציע הרב גורן לערוך חידושים תורניים, שיאפשרו -

להקים בתי דין של פשרה שבהם יוכלו לשמש כשופטים וכעדים גם עוברי-עבירה ושאינם בני-ברית. בחושן משפט סימן כ' ב' סעיף א' נאמר: "מי שקיבל עליו קרוב או פסול, בין להיותו דיין בין להיותו עד עליו, אפילו קיבל אחד מהפסולים בעבירה, כשני עדים כשרים להעיד עליו, או כג' ב"ד מומחים לדון עליו וכו' אם קנו מידו על זה, אין יכול לחזור בו, ואם לא קנו מידו, יכול לחזור בו עד שיגמר הדין. נגמר הדין, אינו יכול לחזור בו."⁴⁰

³⁷ הרב מאיר בר-אילן (ברלין 1880 - ישראל 1949) היה רב ופוסק הלכה מראשי הציונות הדתית וממנהיגיה. הוא למד בטלז אצל הרב אליעזר גורדון ומאוחר יותר גם אצל רבי חיים מבריסק (הרב סולובייצ'יק), קרוב משפחתו, ואצל הרב יחיאל מיכל אפשטין סבו. פעילותו הספרותית הייתה רחבת היקף- עריכה של עיתון "הצופה" במשך שנים רבות, עריכת האנציקלופדיה התלמודית וכתביבת מספר ספרים, ביניהם הספרים "מוולוז'ין לירושלים" ו"רבן של ישראל"- ספר ביוגרפי על אביו הנצי"ב.

³⁸ הרב גורן (1917-1994) היה הרב הראשי האשכנזי הרביעי של ישראל. הוא נולד בפולין ועלה לארץ בשנת 1925. בשנת 1936 הצטרף הרב גורן להגנה ואף נילחם בשורותיה באזור ירושלים בזמן מלחמת השחרור. הוא מונה לרב צבאי ואומן כצנחן ולאחר מכן הוא עלה בדרגה עד לתת-אלוף. הוא הרבה לכתוב תשובות לשאלות הרבות שנשלחו אליו בנוגע לשמירה על מצוות בזמן מלחמה ובזמן שלום בעולם טכנולוגי ההולך ומתפתח. בשנת 1968 הוא נבחר לרבה הראשי של תל-אביב ופנו וב-1973, לאחר פרישתו של הרב אונטרמן, הוא נבחר להיות רבה האשכנזי הראשי של מדינת ישראל תפקיד בו הוא שירת עד שנת 1983.

³⁹ גורונטשיק (גורן), ש' (תש"ח). חוקה תורנית כיצד? ב- הרצוג, תחוקה, א, 146.

⁴⁰ הרצוג, שם.

הרב גורן אף מציע להרחיק לכת מזה. הוא גורס, כי "לא רק הסכמה חד-פעמית לריב מסויים ושל יחיד בלבד, מכשירה דיינים ועדים פסולים על- ידי קבלת קניין מראש" אלא הוא מציע להרחיב את ההיתר למנות דיינים פסולים לדון במחלוקת בין שני בעלי דין פרטיים, לכלל הציבור. הוא מגייס את דברי השולחן ערוך, חו"מ, בסימן ח': "כל ציבור יכולין לקבל עליהם בית דין שאינם ראויים מן התורה" ומסיק מהם, "שיש בכח הציבור לקבל עליו דיינים שאינם ראויים לדון, וכיוון שקבלו עליהם בני העיר אין אחר יכול לפוסלן [...], וכל שנתמנה על- ידי הציבור בהסכמת הקהל דינו כדיין לכל דבר ואין אחר יכול לפוסלו". על מנת להסיר מכשול, העלול לבטל את דבריו, מסייג הרב גורן את דברי הרמ"א:

"טובי הקהל הממונים לעסוק בצרכי רבים או יחידים הרי הם כדיינים האסורים 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.

ובהמשך מגיע הרב גורן לתכלית דבריו - יישום עיונו ההלכתי בחיים המודרניים של מדינת ישראל העומדת לקום:

על סמך מינוי כזה **נוכל גם כן להושיב שופט ים שידונו דיני ממונות** [ההדגשה שלי, מ"ס] ביחוד, מאחר שהם יתמנו על פי הסכמת הציבור. יש להדגיש במיוחד שעל בתי המשפט מסוג זה לא יחול השם "בית דין", כי בעצם אין להם סמכות **תורנית** כדיינים אלא סמכות **ציבורית** [הדגשות במקור].⁴¹

הרב גורן מציע להקים בתי משפט של הדיוטות שידונו במשפט האזרחי. סמכותם תנבע מהסכמת הציבור והם ידונו על סמך דיני ממונות שלא מן התורה. וזאת אכן עמדה מרחיקת לכת. ברור לגמרי, שהוא מתכוון למה שבהלכה התלמודית מוגדר כ"ערכאות שבסוריא" שעומדים לצדם של בתי הדין העוסקים בענייני אישות על בסיס ההלכה היהודית. על המאמר, שכתב הרב גורן בז' באדר ב', תש"ח, השיב הריא"ה הרצוג בקונטרס, שהתפרסם גם בספרו "תחוקה לישראל על פי התורה".⁴² קונטרס זה דן באריכות בסוגיית בתי הדין שאינם פועלים על פי התורה, בדיינים פסולים, בעמדת חז"ל לגביהם, בעמדתם של פוסקים ראשונים ואחרונים, ובמערכת המשפט הרצויה למדינת ישראל.

... אבל שהמדינה היהודית בארץ הקודש שהיא המקום היחידי שבה יתקיים משפט משלנו, בתוקף כח ממשלתי, תקבל סידור משפטי כזה [כלומר ערכאות שבסוריא של דיינים הדיוטות], הרי זה יעלה לדעתי ולפי הרגשתי ח"ו נתינת גט כריתות לתורה "ק וממש הרמת יד בתו רת משה רבינו ע"ה..... אין זאת אומרת שרשאים להנהיג כך בארץ ישראל, במדינה יהודית, שמלאה ת"ח כרימון. ... שאל"כ לא יקבלו עליהם את משפט התורה כלל ויבררו להם חוקים ונימוסים מאיזה ספר משפטים גוי, סוף סוף לא הועלנו כלום, כי זה ברור שלא יקבלו עליהם את הטורח לחדש

⁴¹ שם, 147.

⁴² שם, 164.

שיטת משפט משכלם ויחברו להם קודקס מתוך משפטים של הגוים . . .
והלא אפילו דינא דמלכותא דינא שיש לו מקור בתלמוד הגבילו וצמצמו
הפוסקים ז"ל באופן שלא יעקרו דיני התורה".

במאמר "המדינה וחוקתה" שכתב הרב הרצוג בחודש שבט תש"ח, כלומר שלושה חודשים לפני קום המדינה, הוא גורס, שהתחיקה והמשפט כרוכים זה בזה. לכן כל היהדות הדתית בארץ ובתפוצות מוכרחה לשאוף לתחיקה, שתכלול סעיף יסודי הקובע, כי המשפט בארץ יהא מבוסס על יסודות התורה.⁴³ לדעתו אין להסתפק בסמכות שיש "לרבנות במשפט האישי, בשטחים ידועים אכסקלוסיבית, בשטחים אחרים קונקרטיים, בלתי מוחלטת, ... כגון בירושות. על סמכות זו אין מה לדבר, לא יתכן להרשות שסמכות התורה תתמעט, ח"ו ע"י ייסוד המדינה היהודית", אולם -

עלינו לדרוש הרבה יותר, לא רק שירחיבו את סמכות משפט התורה, כלומר שיתנו לבתי הדין התורניים סמכות אכסקלוזיבית באלה השטחים שתחת המשטר האנגלי היתה להם סמכות קונקרטיים, אלא לחייב את כל בתי הדין היהודיים לדון עפ"י התורה.... אשר לבתי-הדין התורניים, הנה ודאי חובתנו לעמוד על כך בכל תוקף ועוז, שתורחב סמכותם באופן שתהא אכסקלוזיבית בכל שטחי המשפט האישי, ואולם לא יתכן שמשפט התורה ע"י הדיינים הכשרים לדון מדין תורה, ... לא יהא לו תוקף במדינה היהודית בדיני ממונות בכלל... עלתה הצעה על הפרק, לקבוע חוק, שהברירה תהא ביד הנתבע להתדיין לפני בתי-דין רבני מוסמך מהרבנות הראשית לארץ ישראל. .. אכן בנוגע לדיני ממונות – Civil Law – יש כוח גם בידינו לתקן תקנות, אלא שגם לזה יש הגבלות ידועות, ... ואי-אפשר בשלב זה להוציא את השקלא וטריא לרשות הרבים.... הגרעינים ישנם כבר בחושן-משפט ובאבן-העזר, בחלק דיני הממונות שבו, אבל הם טעונים פיתוח.⁴⁴

הרב הרצוג במאמר חשוב זה, נותן ביטוי לחששותיו, כי קשיים רבים יתהוו במימוש דרישותיו, בעיקר דרישתו להקים "בתי דין יהודיים" שיפעלו במקביל לבתי הדין הרבניים, בתחומי המשפט שמעבר לדיני האישות. בתי דין אלה יהיו מושתתים על המשפט העברי, אך נראה שלא יהיה פתרון לשאלת הפסילה של שופטים ושל עדים שאינם שומרי תורה ומצוות. שותפו ברבנות הראשית, הראשון לציון הרב עוזיאל,⁴⁵ הציע באותה הזדמנות לייסד בית דין גדול,

⁴³ אפשר לראות בדרישה של הרב הרצוג להצהרת עקרונות מעין זו, דבר שהתממש במצרים ב-1979. בשנה זו קיבל הפרלמנט המצרי החלטה ש "الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع" (הערבית היא שפתה הרשמית, ויסודות השריעה ישמשו המקור הראשי לחקיקה). י' דוד משווה את החקיקה המצרית בטעות לשינוי של חוק יסודות המשפט משנת 1980, שצוטט ונותח במחקרנו. ברור שחוק יסודות המשפט מ-1980 אינו מרחיק לכת כמו המקבילה ה מצרית, אחרת היינו צריכים לקרוא שם: "היהדות היא דת המדינה, העברית שפתה הרשמית ויסודות ההלכה היהודית ישמשו מקור ראשי לחקיקה". כאמור אין בחוק יסודות המשפט, אלא הפנייה אל יסודות הצדק, היושר, האמת והשלום שבמורשת ישראל, במקרה והשופט לא ימצא דבר החקיקה, תקדים או ההיקש לשפוט. ראה דוד, י' (תשס"ה). חזון המשפט העברי: רקע, מגמות ושינויים, 100-101 והערה 65.

⁴⁴ הרצוג, י"א (תש"ח). המדינה וחוקתה, 9-13. ברוב המאמרים שכתב הרב הרצוג בתקופת קום המדינה, הוא מדגיש, בניגוד להסכמת מכתב הסטטוס קוו, את הצורך בדין-תורה כבסיס משפטי למדינת ישראל, או לפחות את דרישת ההבטחה, מעין קונסטитуציונית, שמשפט התורה הוא משפטה של מדינת ישראל.

⁴⁵ הרב בנ-ציון ח"י עוזיאל, (1880-1953) כיהן כראשון לציון משנת 1939, והיה הרב הראשי הספרדי הראשון של מדינת ישראל. הוא פירסם "מכמני עוזיאל" – מאמרים, "משפטי עוזיאל - שו"תים ו"הגיוני עוזיאל" - עיונים.

מעין כנסת גדולה או סנהדרין , על מנת לאפשר התמודדות הלכתית עם המציאות החדשה של מדינה יהודית ריבונית:

חובת השעה דורשת ומחייבת את כולנו לחדש בנינו ותקומתו של בית דין גדול בירושלים עיר קדשנו ותפארתנו....אותן הבעיות שעמדו לפנינו אז עומדות גם היום לפנינו , ודורשות את כנוסה של כנסת הגדולה ויסוד הסנהדרין שממנה תצא הוראה לישראל [...] לשמור את דרכי התורה ומצותיה בכל אורחות חיינו בבית ובשדה , בעיר ובכפר ובהנהלת מדינת ישראל בארץ ישראל.⁴⁶

בחודש אדר א' תש"ח השיב הרב הרצוג לרב משה צ' נריה, ראש ישיבה בכפר הראה"ה, בעניין "ערכאות של הדיוטות". הרב הרצוג מתווכח עם הרב נריה על ההבדל בין מינוי דיין הדיוט לבין קבלת דיין הדיוטות. הרב נריה הסיק מדברי הרמב"ן בפרשנות שלו לפרשת משפטים שמותר לקבל דיין הדיוטות בהסכמת שני הצדדים,⁴⁷ אלא שהוא מצמצם היתר זה לקבלה ארעית בלבד וקובע, כי אסור להושיבו כדיין קבוע. הרב הרצוג מתרעם בעיקר על השימוש שעושה הרב נריה בדברי התשב"ץ, "שקבלת הציבור מועילה אפילו במקום שיש מומחין כיון שאדם יכול לקבל על עצמו אפילו פסול , ואפילו מי שאינו יודע".⁴⁸ הרב הרצוג מתנגד להבחנה שעושה הרב נריה בין קבלה למינוי , ומעדיף את ההבחנה בין קבלה פרטית לקבלה כללית:

...עד כאן לא שמענו מן המשנה והתלמוד אלא על קבלה פרטית למשפט פרטי נאמנים עלי שלשה רועי בקר (אלו), אבל קבלה כללית קבועה לא שמענו. ... מה בין מינוי לקבלה , והרי לכאורה כל מינוי הוא קבלה וכל קבלה בקביעות ובאופן כללי הוא מינוי. ... מדרך התורה הקבועה בישראל לא היה דיין מתמנה ע"י אספה כללית של הציבור והצבעה , אלא שהסנהדרין או ראש הגולה , שבהם מתרכז כוח התורה , הם המושיבים דיינים, וכמפורש בספרי – זה שממונה להושיב דיינים , וכלשון הרמב"ם ז"ל בהלכות סנהדרין פ"ג – סנהדרין או ראש גולה שהעמידו להם לישראל דיין שאינו הגון וכו'. אבל כשהציבור מתאסף וממנה עליהם דיין שאינו ראוי עפ"י התורה , זוהי קבלה וכאילו כל אחד מהעיר מקבל עליו פלוני בן פלוני לדון אותו בכל מקרה שיזדמן שהוא יהא תובע או נתבע

... כמו שכבר העירותי, שכל מה שלמדנו מהתשב"ץ ומהרשב"א ז"ל וכו', הוא רק שקבלה מועילה לאנשים ידועים , אבל קבלה בסתם , שכל מי שמחלקת המשפטים של ממשלה תמנה הציבור מקבל עליו , עדיין לא ידענו מכאן.⁴⁹

⁴⁶ עוזיאל, ב"צ (תש"ח). התורה והמדינה 14-16, 41. על רעיונות נוספים להקים סנהדרין על מנת להתמודד עם המציאות החדשה של קיום יהודי ריבוני בארץ ישראל , ביניהם התוכנית של הרב י.ל. פישמן, ראה: כהן, א' (תשנ"ח). **הטלית והדגל**.

⁴⁷ רמב"ן לשמות כא.

⁴⁸ **תשב"ץ**, ח"א, סי' קנט.

⁴⁹ הרצוג, י"א (תש"ח). לשאלת ערכאות של הדיוטות

בהמשך דבריו שולל הרב הרצוג את ההזדקקות לדיני קהל , ובעיקר לכלל "הפקר בית דין הפקר"⁵⁰. לדעתו הפקרו של בית הדין הוא רק הפקר , כלומר, בענייני ממונות, יש כוח בידי בית הדין של שבעה טובי העיר כמו לבית הדין גדול , בשעה שהוא בא לעשות סייג לתורה . אך אם אין זו המטרה, אין הכוח בידם להפקיר ממון. הרב הרצוג סבור גם,

שלא כל ז' טובי העיר שמינו אותם הקהל יש להם הכח של הפקר בי "ד כבית דין הגדול שבירושלים, שאין למסור כח כזה בלי שום ערובה לנבחר הציבור, שפעמים שזוכים בבחירות תקיפי הקהל שאינם ראויים לתת כח תורה כזה בידם , וע"כ הותנה התנאי הזה שהמחום עליהם . אבל קהל שכולם עמי ארץ שאין ביניהם בי "ד של תורה מה י עשה ואת מי ימנו לז' טובי העיר...וע"כ מסופקני מאד עם אפשר לתת כח זה בידם ,....כל הם יכולים להשתמש בזה גם שלא כהוגןאלא א"כ שולחים או כותבים למקום שיש גם גדולי תורה בי "ד מומחה ועל פיהם יעשו...איזה תיקון יש בזה שנמסור כזה [הפקר בי"ד הפקר] לידם.⁵¹

כמו כן שולל הרב הרצוג את האפשרות להכשיר בתי דין שאינם על פי התורה בעזרת תשובת התשב"ץ: "בני העיר הסכימו למנות להם דיינים לדון בין איש לחבירו כפי מה שיראה להם , ואם יסתפק להם הדין שישאלו את פי החכמים אשר יהיו בדור ההוא . " הרב הרצוג רואה בתשובת התשב"ץ שילוב של קבלה עצמית עם כוח תקנת הקהל . התקנה הזאת נסמכת על בבא בתרא דף ח ' , שבה נקבע , שבני העיר ואפילו מקצתן כגון בעלי אומנות אחת רשאים להסיע על קצתן⁵² , "וראשין להתנות ביניהם תנאים אעפ"י שהן שלא כד"ת וכל מה יתנו ביניהן הרי הוא דין גמור.... וזה א"צ [אין צריך] לא קנין ולא שטר דאלים כח הרבים בזה מכח היחיד , שהרי יכולים הם לכופף אותו מיעוט שאינו מסכים עמהם וכו' " .⁵³ על מנת לאטום את הפתח שפתח התשב"ץ בתשובתו, מבחין הרב הרצוג בין דיינים בקיאים בתורה , אך אינם מתמצאים באורח החיים המודרני - "מופלגים בתורה היודעים את הדינים שבתלמוד ובפוסקים , אבל הם חסרים בתכונות הדרושות לשופט , הפקחות והסדר והעוז ואומץ הלב וידיעה בהוויות העולם , וכח הניתוח בטענות מסובכות " - לבין דיינים שאינם פוסקים , אלא תפקידם הוא לקבוע את הפרשי הטענות שבין בעלי הדין , כלומר לקבוע מה זה תובע ומה זה מכחיש ומה הוא מודה , ולברר את העובדות שעליהן סובב הסכסוך . תפקידם של הדיינים "המופלגים בתורה" הוא להכריע על פי הדין , אחרי שדיינים הדיוטות - או ערכאות שבסוריא - ביררו את העובדות ואת הבדלי הטענות בין שני הצדדים. פירוש זה לתשובת התשב"ץ שולל את האפשרות לקבל

⁵⁰ הפקר בין דין הפקר" מקנה "כוח בידם [שבעה טובי העיר והפרנסים] להפקיר ממון שיש לו בעלים , ואף על פי שאין כוח בידי בית דין לעקור דבר מן התורה...כל דבר שבממון אין זו עקירה, שהפקר בית-דין הפקר.

⁵¹ הרצוג, שם.

⁵² "להסיע על קיצתם" - בתוספתא בבא מציעא יא כג, ובבבלי, בבא בתרא ח ע"ב, נפתח צוהר לזכות הקהל ונבחריו, ל"טובי העיר" ו"פרנסים", לתקן תקנות בענייני קהל: "רשאים בני העיר להתנות על המדות ועל השערים ועל שכר הפועלים ו להסיע את קיצתן". ורש"י מפרש: "להסיע על קיצתם - לקנוס את העובר על קיצת דבריהם להסיעם מדת דין תורה".

⁵³ הרצוג, שם.

בתי דין שדייניהם אינם בקיאים בדין י התורה אף במקום שיש תלמידי חכמים מומחים . בכך רומז הרב הרצוג שהיום יש דיינים שבקיאים בדין התורה "ומבינים כבר במסחר ועסק ותעשייה לא פחות מהפקחין שבעמי הארץ . . . להקים לכתחילה בתי דינים של הדיוטות בתורה, במקום שמצויים ת"ח, אעפ"י שהם בעלי שכל ומנוסים במשפטים שלהם, כלום אין חשש גדול בזה משום עלבון התורה?"

הצעותיו של הרב הרצוג עוררו התנגדות חריפה מצד הרב בר-אילן, ממנהיגי הציונות הדתית בארץ ישראל. הוא ראה בהן מתן "הכשר" למערכת משפטית כפולה. הוא, כאחרים, לא התעלם מן הקשיים הכרוכים בהתאמת ההלכה היהודית למציאות המודרנית, אך גרס שרק המחנה הדתי-לאומי אשם בהיווצרות המצב המשפטי האומלל של ימים אלה:

אלמלי זכינו היתה היהדות הנאמנה, ראשיה, רבניה וגדוליה מכינים עוד לפני שנים רבות ספר חוקים למדינת ישראל לכשנזכה לראות בבניה . אבל מכוון שהיינו קטני בטחון קפצה עלינו מדינת ישראל בלי הכנה ראויה לשמה בכל הנוגע לחוקי המדינה האזרחיים והפליליים. אין, איפוא, לבוא בתלונות על אלה אשר לקחו להם לקו את החוקים אשר שררו בממשלת המאנדאט וסדרו להם לפיהם בתי-דין ובתי משפט.⁵⁴

ב"תזכיר על סדור עניני המשפטים האזרחיים והפליליים במדינת ישראל" הביע הרב בר-אילן התנגדות נמרצת לשתי מערכות משפט מקבילות, אחת לשומרי תורה ומצוות ואחת לשאינם שומרי תורה ומצוות, והוא מצר על שהצעות מעין אלה הועלו דווקא על-ידי חוגים דתיים. ברור שכוונתו לדבריו של הריא"ה הרצוג, על אף שזה לא הבחין בין מערכות לשומרי תורה ולאינם שומרי תורה, אלא, כפי ציינו לעיל, בין דיינים בקיאים בתורה, אך אינם מתמצאים באורח החיים המודרני, לבין דיינים שאינם פוסקים, אלא תפקידם הוא לקבוע את הפרשי הטענות שבין בעלי הדין:

גדולה היא הרעה, כי בתוך החוגים הדתיים שלנו יש מעין הסכמה חשאית, אשר אם תהא קיימת במדינת ישראל למערכת חוקים כפולה של בתי דין דתיים או "רבניים" לחוד וחילוניים לחוד, ויהא תלוי במתדיינים היכן יתדיינו, אלא שגם יהיו מוכרים באופן רשמי – יהיה די להם ולא ידרשו יותר. השיטה הזאת של "שלום עליך נפשי", של אפשרות להבדל ולהתבודדות ולהסתפק בזה שהתורה מונחת בקרן זוית, היתה בעוכרנו במשך שני הדורות האחרונים, ותוכל חלילה להיות לנו לרועץ ביסוד המדינה היהודית למשך דורות ותקופות.

הדרך היחידה לכל יהודי נאמן היא לדרוש בכל תוקף ולהתאמץ בכל החיל והאומץ – כי משפט אחד יהיה לנו בכל שטחי מדינתנו, ואל רק לנו אך לכל תושבי המדינה, אף לאלה שאינם בני ברית, כמו שבכל ארץ ומדינה השטח המדיני קובע, ולא השייכות האישית – כמובן מחוץ לדיונים שיש

⁵⁴ בר-אילן, מ'. חוק ומשפט במדינתנו, ב-הרצוג, שם, א, 276.

להם אופי דתי – והמשפט האחד הזה הוא המבוסס על תורת ישראל וכל המסתעף הימנה ולא משפט אחר ותורה אחרת.⁵⁵

גם הרב בר-אילן, כבן הפלוגתא של הרב הרצוג, הציע למצוא נוסחות הלכתיות, תקנות ועוד, כדי להתגבר על המכשולים החברתיים שמציבה ההלכה בפני האדם המודרני. הוא ידע שהציבור החילוני יתנגד לפסילתם של שופטים ושל עדים שאינם שומרי תורה ומצוות, ודחק למצוא פתרונות מרחקי לכת, על מנת להימלט מן הסכנה של "תפסת מרובה – לא תפסת":

כי אם לא נצליח למצוא מוצא נוח ומקובל – נהיה מן המחמירים בראש המביאים לידי הקלה בסוף. כי אז בודאי לא יהיו המשפטים שלנו.⁵⁶

הרב הרצוג דרש הבטחה, בדרך של חקיקה עקרונית, שהמשפט הישראלי יהיה בהתאם לדין תורה, כלומר מושתת על יסודות ההלכה היהודית. גם פלתיאל דייקן (דיקשטיין), שלחם בשעתו להחדרת המשפט העברי למערכת המשפט בתקופת המנדט, תבע, בשורה של מאמרים, את הבטחת מעמדו של המשפט העברי כבסיס לחקיקה הישראלית.⁵⁷ אף שלא כמו הרב הרצוג הוא ראה כביטוי מוחשי להבטחה זו את החלפת סעיף 46 של דבר המלך במועצתו בנוסח ההולם את הריבונות היהודית בארץ ישראל:

בכל מקום שהחוקים הקיימים אינם נוגעים בכלל בנקודה מסוימת, או שיש בהם דו משמעות או סתירות, על בתי המשפט ועל השלטונות להשתמש בפסקי הלכות של המשפט העברי בהתאם לצורכי הזמן.⁵⁸

עם החלטת האומות המאוחדות על חלוקת ארץ ישראל והקמת מדינה יהודית הקי' מו מוסדות היישוב מועצה משפטית, שתפקידה היה להכין את המעבר מן השליטה המשפטית האנגלית אל העצמאות המשפטית הישראלית. ניתן לסכם את תקופת המנדט והמדינה בדרך בדבריו של הרב בר-אילן: "קפצה עלינו מדינת ישראל. מדינת ישראל יצאה לדרך בלי להבטיח את מעמדם של דין התורה, של ההלכה היהודית או של המשפט העברי, לא בהצהרת כוונות ולא הלכה למעשה. להפך, היא קבעה בפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח – 1948, ש"המשפט שהיה קיים ביום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948) יעמוד בתוקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה לפקודה זו או לחוקים אחרים שיינתנו על-ידי מועצת המדינה הזמנית או על פיה, ובשינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה".⁵⁹ מ' אלון מנמק את קבלת הפקודה ב"חוסר הכנתו של המשפט העברי [מצב ש-] לא השאיר כל ברירה אלא להשאיר את כל המערכת המשפטית הקיימת".⁶⁰ לדעתו, ההחטאה נובעת מההתעלמות מהצעתו של

55 בר-אילן, שם, 31.

56 שם, 32.

57 דיקשטיין, פ' (תש"ח). לא תיתכן מדינה עברית ללא משפט עברי, 328, הכרזה על המשפט העברי, 3, עצמאות מדינית ועצמאות משפטית, 107.

58 דייקן, שם.

59 פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח – 1948, סעיף 11.

60 אלון, המשפט העברי, 1358.

דייקן, לבטל את סימן 46 של דבר המלך במועצתו, המחייבת את בתי המשפט לפנות, במקרה של לקונה משפטית, אל דיני המשפט המקובל האנגלי. במשך שנים רבות לאחר מכן הועלו עדיין בכנסת הצעות חוק, פרטניות או כוללניות, להמיר את סעיף 46 של דבר המלך במועצתו בפנייה אל המשפט העברי, הצעה שהתקבלה רק בשנת 1980 כאשר הכנסת חוקקה את חוק יסודות המשפט תש"ם – 1980:

ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, הלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל.
(א) סימן 46 לדבר המלך במועצתו לארץ ישראל 1922 – 1947 – בטל
(ב) אין בהוראות סעיף קטן (א) כדי לפגוע במשפט שנקלט בארץ לפני תחילת חוק זה.⁶¹

נראה, כאילו מדינת ישראל יצאה לעצמאות משפטית רק בשנת 1980, על אף השמירה על כל התקדימים המשפטיים שנצטברו בין השנים 1948 ל-1980, שבהן סעיף 46 לדבר המלך במועצתו עוד היה בתוקף. אך למרות המאמרים המשפטיים הרבים ולמרות השבחים שהורעפו על תיקון המעוות, אין בחוק יסודות המשפט תש"ם – 1980 שינוי של ממש, שכן מאז ועד היום לא נתקלו שופטי ישראל אף לא פעם אחת בשאלה משפטית שלא מצאו לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש. לכן יש לדחות את דבריו של י' דוד, שעם חקיקת חוק יסודות המשפט ב-1980 הפכה ההלכה למשפט בישראל: "מבחינה זו סיפקה חקיקה זו, ולו באופן חלקי, את שאיפותיהם של תומכי המשפט העברי".⁶²

אפשר לסכם, שמדינת ישראל החלה את תהליך החקיקה העצמאית על יסודות המשפט העות'מאני והאנגלי, אך בהדרגה הוחלף משפט זה בחוקי הכנסת של מדינת ישראל הריבונית. כל הרעיונות של הריא "ההרצוג ואחרים, שמדינת ישראל תאמץ, באופן מלא או חלקי, ולו רק ברמה ההצהרתית, את ההלכה היהודית כבסיס לחקיקה ולשיפוט, ותקים בתי דין המושתתים על דין התורה, נותרו בגדר חלומות. כמו בזמן המנדט הבריטי נותרה הסמכות של ההלכה היהודית מצומצמת לתחום המעמד האישי.

3.3. הקמת המדינה והשלכותיה על ההלכה היהודית

להקמתה של המדינה היהודית, שאותה שעה עברה תהליך מהיר של דה-קולוניזציה, היו השלכות לא רק על מערכת המשפט שלה, אלא אף השלכות משמעותיות ביותר על ההלכה היהודית. מכיוון שמלכתחילה מערכת המשפט של מדינת ישראל לא הושתתה על יסודות ההלכה, מעמדה גם לא הובטח בעתיד. גם משום הכישלון להקים את הסנהדרין מחדש, היה על ההלכה היהודית ועל הדוברים בשמה לבחון את המשמעות של הקמת מדינה יהודית

⁶¹ תקליטור משפטי "פדאור".

⁶² דוד, י' (תשס"ה). חזון "המשפט העברי: רקע, מגמות ושיפוט", 100.

ליברלית על-ידי יהודים חילוניים. י' שטרן מציין שהקמת המדינה יצרה מצב ללא תקדים, בו "מתקיים ממסד דתי חלש לצד ממסד שלטוני חזק, שהוא לא רק אוטונומי, אלא גם ריבוני".⁶³ הוא מציין עוד, כי בשל קיום שלטון יהודי חזק במדינה ריבונית שאינה מושתתת על יסודות התורה -

ההלכה מאבדת בדורנו את האיזונים הפנימיים שעמדו לרשותה בעבר, כאשר אנשי המעשה, העומדים בראש הציבור, השפיעו על התפתחות ההלכה באופן שחזק את אפיונה כ"תורת חיים", המסדירה מציאות אנושית דינמית... כיוון שהמדינה איננה נזקקת לפתרונות הלכתיים, הללו לא נדונים והמחשבה ההלכתית בנושאים אלו מתדרדרת. כיוון שההלכה אינה מושפעת על-ידי אנשי מעשה האחראים לתפקוד הריאלי של הקיבוץ היהודי, מתערער בה שיווי המשקל החיוני לשמירתה כתורת חיים.⁶⁴

לדעת שטרן, מצב זה הביא את פוסקי ההלכה לשתיקה בכל הקשור לקיום מדינת ישראל כמדינה יהודית. "שתיקת ההלכה" – כך טוען שטרן – הינה פועל יוצא של "הלם המציאות".⁶⁵ לנוכח הכתיבה הענפה של רבנים ופוסקי הלכה על מעמדם ההלכתי של חוקי הכנסת, יש להטיל ספק בתוקף דבריו של שטרן. פוסקי ההלכה אמנם לא הציגו מודל הלכתי של "הלכות-מדינה", אבל באין סנהדרין טרחו לתת הכשר הלכתי לחוקי הכנסת ולפ עולות הממשלה. הכשר זה אשר ניתן בדיעבד, לא תרם לפתרון הדילמה בין מדינת ישראל לדת היהודית, אבל איפשר לציבור הדתי מודוס ויונדי בין שתיקה. אחת מהבעיות שהתעוררו בסוגית הלכה ומדינה היא השאלה, למה יש להקביל את מדינת ישראל מבחינה הלכתית: למלכות, לנשיאות או לקהילה. "הלכות מלכים" שנתחברו, כוונו לימות המשיח, הלכות נשיאים וראשי הגולה כוונו לאוטונומיה יהודית תחת שלטון זר, הן בארץ ישראל והן בגלות הבבלית. נותרו הלכות קהילה ותקנותיה. האם סביר לטעון שמדינת ישראל הינה קהילה יהודית שמימדיה ענקיים? תשובתנו לשאלה זו שלילית, ומאחר שההלכה התפתחה במסגרות קהילתיות, עמדו בפני פוסקי ההלכה שתי אפשרויות: לכנס סנהדרין, כפי ששאף לעשות זאת הרב פישמן בראשית המדינה,⁶⁶ במטרה להסדיר באופן יסודי את הזיקה בין הלכה למדינה, או להכשיר את המדינה הכשר הלכתי בדיעבד, כמו לדוגמא נישואי כהן וגרושה - אסור אבל קיים.

העיון בעמדותיהם של פוסקי ההלכה בני זמננו, הנמנים עם זרמים שונים באורתודוקסיה, כלפי מערכת המשפט של מדינת ישראל, עשוי לשפוך אור על כך שההתמודדות הבעייתית ביותר של ההלכה בכל הקשור למדינה, היא ההתמודדות עם מערכת המשפט שלה. השאלה המרכזית בסוגיה זו היא, האם העיון בדבריהם של פוסקי ההלכה על מערכת המשפט של מדינת ישראל, יביא אותנו להסכים עם קביעתו של שטרן, שבכל הקשור למדינה, קיים

⁶³ שטרן, י' (2000). דת ומדינה – שתיקת ההלכה, 45.

⁶⁴ שם, 45-46.

⁶⁵ שם, 51.

⁶⁶ כהן, א' (תשנ"ח). הטלית והדגל.

בהלכה "חור שחור",⁶⁷ או שנגלה פנים חדשות בעמדת הפוסקים כלפי אחד המוסדות החשובים של המדינה היהודית המודרנית, היא מערכת המשפט.

3.4. הכרת פוסקי ההלכה ברשות המחוקקת וברשות המבצעת

מחקרנו דן ביחסם של פוסקי ההלכה אל מערכת המשפט של מדינת ישראל. לצורך המחקר בודדנו את מוסדות המשפט משאר מוסדות המדינה, ביניהם הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת, הצבא ואחרים. כבר נכתב לעיל, שפוסקי ההלכה נקטו עמדה שלילית כלפי מערכת המשפט, מאחר שאינה מושתתת על יסודות התורה, ופסלו אותה, באופן גורף כ"ערכאות". לא כך הם התייחסו לשאר מוסדות המדינה ועל כך עמדנו כבר במבוא למחקר זה.⁶⁸ כאן נציג בקצרה את עמדתם כלפי הרשות המחוקקת וכלפי הרשות במבצעת ונסה להשיב על השאלה, מדוע הכשירו את שתי הרשויות הללו, ואת הרשות השופטת פסלו.

עם קום מדינת ישראל ניהלו פוסקי ההלכה דיונים הלכתיים מעמיקים בשאלה, האם אפשר לקבל את חוקי הכנסת מבחינה תורנית. מאמרים רבים התפרסמו בכתבי-עת תורניים, כמו "יבנה" ו"התורה והמדינה", ורובם ראו בחקיקת חוקים על-ידי הכנסת מעשה לגיטימי מבחינה תורנית, כל עוד חוקים אלה לא יעמדו בסתירה לחוקי התורה. כאמור, קבע **הרב הדאיה** בבואו לבחון, האם אפשר להחיל על מדינת ישראל את הכלל "דינא דמלכותא דינא":

"א) דינא דמלכותא דינא נאמר, בין במלכי או "ה, בין במלכי ישראל. (ב) דד"ד נאמר גם במקום שאין מלך, רק שר ומושל, או בית נבחרים. (ג) גם אם נאמר שהם רק בבחינת טובי העיר, הרי יש להם הרשות לחוקק חוקים לפי ראות עיניהם לטובת המדינה מכיון שהם נבחרו בני המדינה, ואדעתא דהכי בחרו בהם, לקבל כל אשר יטילו עליהם. (ד) לכל הדעות בין אם לנבחרים דין מלכות, בין אם דין טובי העיר, אין הם יכולים להטיל דבר שהוא נגד התורה".⁶⁹

פוסקים המזוהים עם הציונות הדתית וראו בהקמת מדינת ישראל "אתחלתא דגאולה", טרחו ועמלו, כדי לבטל, עד כמה שאפשר, כל סתירה בין מדינת ישראל שקמה בתש"ח לבין "הלכות מדינה" שבתלמוד ובדברי פוסקים ראשונים כ אחרונים. הכשרתם ההלכתית של מוסדות המדינה וחוקיה, הייתה בעלת חשיבות דתית עליונה בעיני רוב פוסקי ההלכה של הציונות הדתית. יחד עם זאת לא ניתן היה להכשירם ללא סייג. וכפי שגם פוסקי ימי הביניים צמצמו את תחולת הכלל התלמודי "דינא דמלכותא דינא" למינימום הכרחי, על מנת לא לרוקן את דין התורה באמצעות כלל הלכתי זה, נאלצו גם פוסקי ההלכה בני זמננו לקבוע "קווים אדומים" להחלת הכללים ההלכתיים המכשירים את מוסדות המדינה ו את חוקיה. **הראי"ה**

⁶⁷ שטרן, שם, 46.

⁶⁸ ראה לעיל, פרק המבוא.

⁶⁹ הדאיה, ע' (תשי"ח). האם יש למדינת ישראל דינא דמלכותא דינא, 32.

קוק גם הוא, כשייחס לשלטון בישראל "דין מלך", הוא צמצם את תחום שיפוטו ל"ענין משפטי המלוכה, הנוגעים להנהגת הכלל",⁷⁰ כלומר דין מלך אינו חל על סכסוכים בין אדם לחברו ולא לתחום של היתר ואיסור מן התורה.

הראשון לציון לשעבר, **הרב מרדכי אליהו** בחן את תוקפם ההלכתי של חוקי הכנסת בשני היבטים: "דינא דמלכותא דינא" ו"תקנות קהל". הוא קבע, ש"עקרונית חוקי המדינה תקפים", מתוקף "דינא דמלכותא דינא", בתנאי שהמדינה לא מפלה קבוצות מסוימות ולא מחוקקת חוקים נגד התורה. אין לחוקי המדינה תוקף הלכתי כ"תקנות קהל", מפני שהמתקנים אינם בני תורה והחוקים לא זכו להכשר על-ידי "תלמיד חכם מחשובי הדור". לדעתו, גם קבלת החוקים על-ידי הציבור אינה יכולה להכשיר אותם כ"תקנות קהל", כי הם לא תוקנו על דעת חכם. גם לדעתו של הרב הראשי לשעבר, **הרב אברהם שפירא**, יש "לקהל סמכות לתקן תקנות לשם הסדר חיי הקהילה", וכמו עמיתו, הוא מוסיף, "בתנאי שלא יסתרו את דיני התורה".⁷¹ ניתן להסיק, שחוקי המדינה לא באופן אוטו מטי לגיטימיים מבחינה תורנית, הן משום הרכבה של הכנסת בה הרוב הינו החילוני והן משום היעדר בקרה הלכתית על תוכני החקיקה. לעומתם, סבור י. בלידשטיין כי חוקי המדינה כן זוכים להכרה הלכתית "דה-פקטו", "גם אם נמנעת מהם ההכרה 'דה-יורה'",⁷² הכרה זאת נלמדת, לדעתו, מהשתיקה הכללית של כמעט כל פוסקי ההלכה בנושא הלגיטימיות של חוקי הכנסת, הבולטת על רקע התנגדותם הנחרצת למוסדות השיפוט של המדינה. הוא קובע כי היהודי הנאמן לתורה חייב להישמע לחוקי הכנסת, גם אם המחוקקים אינם שומרי תורה ומצוות. ברוח זאת השיב אף **הרב עובדיה יוסף** לשואל על אודות החובה לשלם מסים נוכח חילוניותם של רוב המחוקקים שחוקקו את חוק התקציב:

ונראה שגם במדינה שאין השלטון על פי מלך, אלא על פי ממשלה הנבחרת על ידי תושבי המדינה, שייך בהם הכלל דינא דמלכותא דינא, בכל מה שנוגע לתשלומי מסים וארנוניות ומכס וכדומה ... הוא הדין לממשלה שיש לה בית נבחרים ומחוקקים, אף על פי שאינם מעוטרים בעטרת מלוכה, דינם דין גמור בעיני המדינה, ושייך בהם הכלל דינא דמלכותא דינא, ושכן הדין לגבי מדינת ישראל שאזרחי המדינה בוחרים בכנסת וכו'. ... ואמנם בשו"ת פאת שדך (סימן צא) כתב [הרב מונק, רב חרדי מחיפה, הוספה שלי – מ"ס], שלגבי הכנסת שנבחרים בה כמה מפריצי עמנו, ויש בהם גם כן שונאי דת, לא שייך לומר בחוקים שלהם דינא דמלכותא דינא, ושוב חזר לומר, שאי אפשר לעמוד בזה אם לא נדון שבקצת דברים שייך בהם דינא דמלכותא וכו'. ע"ש. אולם אין דבריו נכונים להלכה, שהרי אפילו במלך רשע ועובד עבודה זרה שייך הכלל דינא דמלכותא דינא, וכמבואר בתוספות (סנהדרין כ"ב). ובזוהר הקדוש

70 קוק, א"י. משפט כהן, סי' קמד.

71 שפירא, מ"א (תשמ"ב). מבט תורני על חוקי המדינה והתקנת תקנות בימינו, 238-246.

72 בלידשטיין, י' (תשמ"ו). מדינת ישראל בפסיקה ההלכתית, כג.

(פרשת וישב דף קצב ע"ב). ע"ש. והעיקר כמו שכתב בשו"ת ישכיל עבדי הנ"ל, שגם לגבי מדינת ישראל שייך הכלל דינא דמלכותא דינא⁷³

כאשר צמצם י. בלידשטיין את ההכרה בחוקי המדינה להכרה "דה-פקטו" בלבד⁷⁴, הוא ראה לנגד עיניו את דברי הרב מונק, ששלל את הלגיטימיות של חוקי הכנסת בגלל הרכב הכנסת, אך הוסיף "שאי אפשר לעמוד בזה אם לא נדון שבקצת דברים שייך בהם דינא דמלכותא". לעומת זאת יש לראות בהתנגדות הרב יוסף לדברי ה"פאת שדך" הכרה דה-יורה בחוקי הכנסת משום "דינא דמלכותא דינא". לדעת הרב יוסף, חילוניותה של מדינת ישראל אינה גורעת מהחלת הכלל "דינא דמלכותא דינא" על חוקי הכנסת, "שהרי אפילו במלך רשע ועובד עבודה זרה שייך הכלל דינא דמלכותא דינא".

הרב אליהו והרב יוסף מכריעים בדבריהם, למעשה, בשאלה עתיקת ימים: האם הכלל "דינא דמלכותא דינא" חל במלכויות הגויים בלבד או גם במלכות ישראל? בעלי התוספות, הר"ן ואחרים, גרסו שהכלל תקף רק במלכויות הגויים ולא בשלטון יהודי. אסכולת הרמב"ם לעומת זאת רואה בכלל "דינא דמלכותא דינא" ביטוי ללגיטימיות של שלטון באשר הוא⁷⁵, וקבעה קריטריונים, כמו הסכמת האזרחים לשלטונו של המלך ואחידות החוק שמחוקק המלך:

במה דברים אמורים [שדינא דמלכותא דינא – הוספה מ"ס]. במלך שמתבעו יוצא באותן הארצות שהרי הסכימו עליו בני אותה הארץ וסמכה דעתן שהוא אדוניהם והם לו עבדים.⁷⁶

כללו של דבר כל דין שיחקק אותו המלך לכל ולא יהיה לאדם אחד בפני עצמו אינו גזל וכל שיקח מאיש זה בלבד שלא כדת הידועה לכל אלא חמס את זה הרי זה גזל.⁷⁷

הקביעה, שדינא דמלכותא דינא חל לא רק במלכויות הגויים, אלא גם על מלך ישראל, נאמרת על-ידי הרמב"ם דרך אגב:

מכס שפסקו המלך ואמר שילקח שלישי או רביע או דבר קצוב והעמיד מוכס ישראל לגבות חלק זה למלך ונודע שאדם זה נאמן ואינו מוסיף כלום על מה שגזר המלך אינו בחזקת גזלן לפי שדין המלך דין הוא, ... בין שהיה המלך גוי בין שהיה מלך ישראל.⁷⁸

⁷³ יוסף, ע', שו"ת יחוה דעת, חלק ה, סי' סד, ד"ה ונראה שגם.

⁷⁴ בלידשטיין, י'. שם.

⁷⁵ שם, ל.

⁷⁶ רמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, ה, יח.

⁷⁷ רמב"ם, שם, יד.

⁷⁸ שם, יא.

י. בלידשטיין מסיק מדבריו של הרמב"ם על דינא דמלכותא די נא, "כי היסודות שהוא מניח לדד"ה הם הם היסודות הנורמטיביים של תקנות קהל: ההסכמה ... והשוויון."⁷⁹

בנקודה זאת יש מקום לשאול, האם ההלכה היהודית מחוייבת לעיקרון המונרכי, או שמא יש ביכולתה להכיר בעקרונות דמוקרטיים, כפי שמדינת ישראל מגשימה אותם? הדין המקראי מחייב להמליך מלך, אף על פי ששמואל הנביא התנגד בתוקף למינוי מלך. שניות זו ניכרת גם בהגות היהודית של ימי הביניים: רב סעדיה גאון, אבן עזרא ואברבנאל התנגדו בפירושיהם לשלטון מלך, הרמב"ם לעומתם חייב מינוי מלך, אך התנה את מינויו בתנאים שאינם מונרכיים, כמו הסכמת הכלל ל מינויו והתייחסות שוויונית אל נתיניו. בהגות היהודית המודרנית מדגישים יותר ויותר עקרונות דמוקרטיים למינוי מלך, עד כדי כך, שהעיקרון הדמוקרטי הופך להיות חשוב יותר מעצם המינוי. לכן כתב הרב קוק ב"משפט כהן":

נראים הדברים, שבזמן שאין מלך, כיון שמשפטי המלוכה הם ג' כ' מה שנוגע למצב הכללי של האומה, חוזרים אלה הזכויות של המשפטים ליד האומה בכללה. וביחוד נראה שגם כל שופט שקם בישראל דין מלך יש לו, לענין כמה משפטי המלוכה, וביחוד למה שנוגע להנהגת הכלל.

כשמתמנה מנהיג האומה לכל צרכיה בסגנון מלכותי, על פי דעת הכלל ודעת בית דין, ודאי עומד הוא במקום מלך, לענין משפטי המלוכה, הנוגעים להנהגת הכלל.⁸⁰

מדברי הרב קוק אפשר ללמוד שכל מה שנאמר בדין מלך תקף גם לגבי שלטון שאינו מונרכי כמו שלטון דמוקרטי נבחר. יחד עם זאת, שלטון זה אסור שיהיה בלתי מוגבל, אלא הוא תקף רק אם מתקיימים "כמה משפטי המלוכה, וביחוד למה שנוגע להנהגת הכלל", והוא זקוק אף להסכמת בית דין. הרב שאול ישראלי התבסס על דברי הרב קוק, בכותבו:

היוצא מדברינו, מכיוון שהוכחנו ... שכח המלך ניתן בהעדר המלך גם לשופט...ולאחר שנתברר שמינוי המלך והשופט שווים הם לענין הרשות הממנה אותם, וזה י' כול להיות בשני אופנים ...על-ידי נביא וסנהדרין, ובדרך בחירה על- ידי העם...מעשה יוצא, שכל המינויים הממלכתיים שיעשו בישראל בדרך של בחירות שיכולים למנות איש אחד כראש ושופט, כמו כן אפשר למנות מועצה שביחד יהיו לה הסמכויות הללו, ולפי זה נראה כי מועצת ממשלה שתבחר בד' רך של בחירות נכונות יהא לה סמכות בכל מה שנוגע להנהלת האומה, באותה סמכות שהיתה למלך ישראל.⁸¹

⁷⁹ בלידשטיין, שם, ל.

⁸⁰ קוק, א"י. שו"ת משפט כהן (עניני א"י), קמד.

⁸¹ ישראלי, ש' (תשכ"ו). העמוד הימיני, ס"י, נט.

עד להופעת התנועה הלאומית היהודית ששאפה לכוון מדינה יהודית , נותרו הדיונים על יישום הכלל "דינא דמלכותא דינא" תיאורטיים גרידא. הציונות, וביתר שאת, הקמתה של מדינת ישראל, חייבו את פוסקי ההלכה להתייחס באופן מעשי אל יישום הכלל על מדינת ישראל, שהוקמה שלא על פי התורה. כך הם היו חייבים להתייחס גם אל שני הכלים הנוספים המאפשרים להכיר בחוקי הכנסת ובפעולות הממשלה מבחינה הלכתית : דין מלך ותקנות קהל.

כבר בימי התלמוד נמסרה סמכות החקיקה לציבור ולנבחריו: "רשאים בני העיר להתנות על המדות ועל השערים ועל שכר הפועלים ולהסיע על קיצתן".⁸² בענייני ממון קבעו חכמים: "כל תנאי שבממון, קיים".⁸³ אם תוקנה תקנה בענייני ממון על-ידי הציבור בכללותו, או על-ידי נבחריו, הוא תקף, גם אם הוא עומד בניגוד לדין.⁸⁴ לציבור נמסרה סמכות החקיקה לא רק בענייני ממון, אלא גם בתחום הדין הפלילי.⁸⁵ לעומת זאת אין לציבור ולנבחריו סמכות לחוקק חוקים בניגוד לדין תורה.⁸⁶ א' שוחטמן, כמו י' בלידשטיין לפניו, גורס, שקיים דמיון בין תנאי הכלל "דינא דמלכותא דינא" לבין דיני "תקנות קהל" בכל הקשור לחקיקת הכנסת. בבואו לסכם את כללי תקנות קהל, הוא כותב: "אין לנו אלא לחזור על מה שנאמר ביחס לתוקפה של חקיקה זו מכוח הכלל "דינא דמלכותא דינא", דהיינו שבדרך כלל אין לחקיקה זו [תקנות קהל – מ"ס] כל נגיעה לדיני איסור והיתר ולכן היא עשויה להיות תקיפה".⁸⁷

אפשר לסכם, שפוסקי ההלכה לא התקשו לתת הכרה הלכתית לרשות המחוקקת ולרשות המבצעת של מדינת ישראל. ההלכה מאפשרת מרחב – לא מבוטל כלל – שבגבולותיו ניתן להכשיר את מעמד הממשלה הנבחרת מכוח "דין מלך", את חקיקת הכנסת מכוח "תקנות קהל", ומכוח "דינא דמלכותא דינא". ואין קושי הלכתי להכיר במידה רבה בשלטון הדמוקרטי, בו אזרחי המדינה בוחרים בנציגיהם ובמנהיגיהם באופן שוויוני, על אף שהרעיון הדמוקרטי אינו בא מבית היוצר של ההלכה היהודית.

3.5. עמדתם העקרונית של רבנים ופוסקי הלכה

כפי שראינו לעיל⁸⁸ ההלכה היהודית מאפשרת גם את ההכרה בבתי המשפט של יהודים שאינם שופטים על פי חוקי התורה, אך גם את שלילת ההכרה בהם. הדיונים ההלכתיים על ערכאות של הדיוטות, על ערכאות שבסוריא הדנים "לאומד הדעת ובחקים ונימוסים", האיסור

⁸² בבלי, בבא בתרא ח, ע"ב, שולחן ערוך, חו"מ, סי' קסג.

⁸³ בבלי, קידושין יט, ע"ב.

⁸⁴ שו"ת הריטב"א, א, סי' קכ.

⁸⁵ שוחטמן, א' (תש"ן). הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל, 460-461.

⁸⁶ עוזיאל, ב"צ (תשי"ג). יסודות דין המלכות בישראל ובעמים, כא.

⁸⁷ שוחטמן, שם, 246.

⁸⁸ ראה לעיל, בפרק 1: הבסיס ההלכתי ל"דין ערכאות".

"לדון בפני דייני עכו"ם" – ולא בדיני עכו"ם – "ובערכאות שלהם, אפילו בדין שדנים ב דיני ישראל", המדגיש את מוצאו של הדיין ולא את הדין הנהוג בבית- הדין - כל אלה פתחו פתח להכרת ההלכה במוסדות השיפוט של מדינת ישראל, הדנים על-פי המשפט החוקתי, הפלילי והאזרחי אך לא על פי התורה. על רקע המאמץ העצום, שהשקיעו פוסקי ההלכה רבים - בעיקר אלה המזהים עם ה ציונות הדתית - בהכשרת מוסדות המחוקקים והמבצעים של מדינת ישראל,⁸⁹ על בסיס דין מלך ו "דינא דמלכותא דינא", ועל בסיס תקנות קהל,⁹⁰ בולטת העמדה המונוליתית כמעט של היעדר ההכרה, ואף של שלילת כל הכרה הלכתית, בבתי המשפט. פוסקי ההלכה, הן הציוניים והן החרדים, שוללים באופן מוחלט את כל מה שנוגע למשפט האזרחי, כלומר לאותם תחומי המשפט שבין אדם לחברו בהם עוסקת החטיבה של חושן משפט שבשולחן ערוך. הם אף אינם מכירים בתחומים שמעבר למשפט האזרחי, לא במשפט הפלילי, לא במשפט החוקתי ולא בהגנה על זכויות האזרח, שמקנה בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ.

בעקבות שלילה זאת השאלה המרכזית היא, איך רואים פוסקי ההלכה את בתי המשפט של מדינת ישראל. לכאורה ניתן היה לחשוב, שמעמדם ההלכתי יהיה כערכאות שבסוריא, דהיינו של שופטים יהודים הדיוטות שאינם פוסקים על פי חוקי התורה, כי אינם בקיאים בהם. רק בודדים מבין פוסקי ההלכה מגדירים כך את השופטים של מדינת ישראל, אך הם אינם מגלים כלפי הדיוטות אלה אותו יחס סלחני כמו במקורות ישראל הראשונים. ואילו רוב הפוסקים מכנים אותם "ערכאות של גויים". יחס זה מפתיע, כי מדובר בשופטים יהודיים, שפוסקים על פי חוקי הכנסת, שרוב פוסקי ההלכה, לפחות אלה של הציונות הדתית, רואים בהם לגיטימיים מבחינה הלכתית.

להלן נעיין בדבריהם של פוסקי זמננו, ציונים ולא ציונים, ישראלים ופוסקים בתפוצות הגולה על מערכת המשפט הישראלית.

3.5.1 הרב שמעון פדרבוס (1952)

החלטנו לפתוח את העיון בדברי פוסקים בני זמננו בדבריו ש ל הרב פדרבוס, מהדמויות הבולטות בציונות הדתית בארה"ב בעשורים הראשונים של מדינת ישראל. כפי שהיה הרב גורן בעמדת יחיד כשהציע, ערב הקמת המדינה, להכיר בבתי המשפט של המדינה העתידה לקום, כך גם צריך לראות בעמדתו של הרב פדרבוס עמדת יחיד באותו נושא אחרי קום

⁸⁹ ראה את המאמרים בכתבי העת האקדמיים - הלכתיים **התורה והמדינה**, **פרדס**, **תלפיות**, **מחניים**, **תחומין**, את דבריו של הרב אליעזר וולדינברג ב **הלכות מדינה**, פסקי ההלכה של הרב עובדיה יוסף **ביחווה דעת**, של הרב שאול ישראלי **בהעמוד הימיני**, וכד'.
⁹⁰ שוחטמן, הכרת ההלכה, 417-500, בלידשטיין, מדינת ישראל בפסיקה ההלכתית, כא-מב.

המדינה.⁹¹ ברוח דבריו של הרב גורן כתב הרב פדרבוש בשנת 1952: "הרשות הדתית והמדינית נפרדו זו מזו לא רק להלכה במחשבה הישראלית אלא גם למעשה במהלך דברי ימי ישראל".⁹² כמצדד מובהק בתפיסת השניות המשפטית של הר"ן,⁹³ גרס הרב פדרבוש, שהפרדה זו קשורה קשר הדוק להבחנה שהוא עשה בין מ צוות דתיות ל"חוקים משפטיים", הבחנה שבאה לביטוי שוב ושוב החל מתקופת התנ"ך עד ימי קהילות ישראל בראשית העת החדשה. אשר כהן מסכם את תפיסת העולם המשפטית של הרב פדרבוש:

לעומת צמצום תפקידיה של הרשות הדתית במישור הפורמלי- מוסרי המחייב, הרי הרשות המדינית זוכה לסמכויות חקיקה ושיפוט נרחבות. בניגוד לשיפוט הדתי, הכפוף כולו למצוות התורה, **המשפט האזרחי והפילי 'נמסר לתחיקתו ולשיפוטו של בית הדין שבכל תקופה'**. במקצועות משפט אלו ראוי להתנהג על פי עקרונות הצדק והמסורת של היהדות, אך הגשמתם תיעשה 'לפי ראות עיניהם בהתאם לצרכי הזמן והמקום'. על רקע זה הסיק פדרבוש, שכל חוק של מוסד ממלכתי כיום דינו ותוקפו כמשפט המלך. **בית המחוקקים ובתי המשפט הממלכתיים נהנים מאותה סמכות שניתנה בעבר למלך, ומכאן גם תוקפם ההלכתי. כמו כן, בהסכמת הציבור ניתן להעמיד בתי משפט בדיני ממון שהשופטים בהם אינם יודעים א ת משפט התורה "** (ההדגשות שלי, מ"ס).⁹⁴

לדעת הרב פדרבוש ניתן להכיר מבחינה הלכתית לא רק בחוקי הכנסת, אלא גם במערכת המשפט של המדינה. מן העיון בתולדות השניות המשפטית בהיסטוריה של עם ישראל ומן העיון ההלכתי המבוסס על "דרשת הר"ן", מסיק הרב פדרבוש:

אפשר על פי ההלכה למ סור גם להדיוטות סידור סכסוכים שבין איש לרעהו, אם בעלי הדינים מקבלים עליהם את שיפוטם. התחוקה והשיפוט הממלכתיים אינם גרועים בזה מהדיוטות, כי כל בית משפט ממלכתי הנמנה על ידי נציגי העם ובהסכמתו, דינו כאילו כל תושבי המדינה קיבלו עליהם את שיפוטם ... **אכן לבית-המשפט הממלכתי יש עוד תוקף נוסף מלבד הסכמת העם, כי למלך ולכל שלטון מדיני הבא במקומו יש סמכות של תחיקה ושיפוט בכל מקצועות המשפט האזרחי והפילי "** (ההדגשה שלי, מ"ס).⁹⁵

את הדברים האלה מסיק הרב פדרבוש מן הכלל "הפקר בית דין הפקר"⁹⁶ המכשיר את השיפוט האזרחי בענייני ממון, אף אם הוא בניגוד לדין תורה, ומדברי הרמב"ן על הכתוב בשמות⁹⁷: "שֶׁם שֶׁם לוֹ חֵק וּמִשְׁפָּט": "ועל דרך הפשט, כאשר החלו לבא במדבר הגדול והנורא

⁹¹ לא מצאנו בין כל פסקי ההלכה, בשו"תים ובדברי רבנים ופוסקים מראשית המדינה, קול נוסף המצדד בעמדת הרבנים גורן ופדרבוש. לא הצלחנו גם למצוא בכתובים מאוחרים יותר של הרב גורן, ביניהם ספרו המקיף "תורת המדינה", תשנ"ו, כתובים המצדדים בעמדתו משנת 1947 או סותרים אותה.

⁹² פדרבוש, ש' (תשל"ג). **משפט המלוכה בישראל**, 26.

⁹³ רבינו ניסים גירונדי, **הדרוש הי"א**.

⁹⁴ כהן, א' (תשנ"ח). **הטלית והדגל**, 77.

⁹⁵ פדרבוש, שם, 47.

⁹⁶ בבלי, יבמות פט ע"א; גיטין לו ע"א: "יש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה ב דבר שבממון, מפני שהפקר בית-דין הפקר".

⁹⁷ שמות טו, כה.

וצמאון אשר אין מים שם להם במחיתם וצרכיהם מנהגים אשר ינהגו בהם עד בואם אל ארץ נושבת, **כי המנהג יקרא חק**, ... ומשפטים, שיחיו בהם, לאהוב איש את רעהו, ולהתנהג בעצת הזקנים, והצנע לכת באהליהם בענין הנשים והילדים, ושינהגו שלום עם הבאים במחנה למכור להם דבר, ... וכענין שצוה בתורה **בדברים כג י**: "כי-תצא מִחֶנֶה, עַל-אִיִּבֶיךָ: וְנִשְׁמַרְתָּ--מִכָּל, דְּבַר רָע", וכן ביהושע נאמר "וַיִּכְרֹת יְהוֹשֻׁעַ בְּרִית לָעָם, בַּיּוֹם הַהוּא; וַיָּשֶׁם לוֹ חֶק וּמִשְׁפָּט, בְּשָׁכֶם (יהושע כד כה), **אינם חוקי התורה והמשפטים**, אבל הנהגות ויישוב המדינות, כגון תנאים שהתנה יהושע שהזכירו חכמים (ב"ק פ ע"ב), וכיוצא בהם.⁹⁸ בהמשך מביא הרב פדרבוש את פרשנות הרמב"ן על הפסוק בדברים "וְעָשִׂיתָ הַיָּשָׁר וְהַטּוֹב" ואת דברי הר"ן בדרוש הי"א, כדי לבסס מבחינה הלכתית את תפיסת השניות המשפטית. בדיוניו על סמכותה המשפטית של המלכות, הרב פדרבוש אינו מבחין בין זכות המלכות לחוקק חוקים לבין זכותה לשפוט שלא על פי התורה, ואף אינו מבחין בין משפט אזרחי למשפט פלילי. לדעתו ההלכה מכשירה הן את סמכות המדינה לשפוט בסכסוך ממוני שבין אדם לחברו והן את המשפט הפלילי האזרחי של מדינת ישראל. כפי שהיה בסמכותו של יהושע להרוג את עכן על פי הודעת עצמו, כלומר בניגוד לדין תורה, כך יש לבתי הדין של הדיוטות הסמכות לשפוט בסכסוכים ממוניים בין אדם לחברו: "תקנת הקהל, ש... לה כח משפט מחייב כמשפט התורה, וחוג פעולתה... רחב מאוד, ... הקיפה כמעט כל מקצועות המשפט, דיני ממונות, חוקים ציבוריים, דיני אישות ולפעמים אף דיני נפשות". הרב פדרבוש מתעלם לחלוטין מכל הדינים של איסור ערכאות, שנתגבשו החל מן הדיון התלמודי "ואלה המשפטים..." עד לאיסוריו של החזון אי"ש,⁹⁹ וקובע:

כל חוק של מוסד ממלכתי כיום, דינו ותוקפו כמשפט המלך בימינו. פירוש הדבר, כי במדינת ישראל בעלת ממשלת-עם, סמכות התחוקה והשיפוט שהיתה לפעמים למלך ולבא כח עוברת לבתי המחוקקים ולבתי המשפט הממלכתיים של מדינת ישראל.¹⁰⁰

הוא מבסס את ההתייחסות השווה למשפט האזרחי ולפלילי על דברי השולחן ערוך בחושן משפט: "כל בית דין, אפילו אינם סמוכים בא", אם רואים, שהעם פרוצים בעבירות (ושהוא צורך שעה - טור), **היו דיני בין מיתה בין ממון** (הדגשה שלי, מ"ס), בין כל דיני עונש, ואפילו אין בדבר עדות גמורה ... וכל מעשיהם יהיו לשם שמים.¹⁰¹ אך הוא מתעלם מהמשך דבריו של ר' יוסף קארו ואינו מציין, שבדיני ממונות הסמכות של טובי העיר ושל בית דינים היא מוגבלת: "אבל אין רשאים לשנות דבר במידי דאיכא רווח א להאי ופסידא להאי, או להפקיע ממון שלא מדעת כולם". וכפי שאפשר ללמוד מן ההמשך, דבריו אינם חד-משמעיים: "מכל

⁹⁸ רמב"ן לשמות טו, כה.

⁹⁹ ראה לעיל פרק 2.

¹⁰⁰ פדרבוש, שם, 50.

¹⁰¹ ספק אם ניתן לטעון זאת לגבי מערכת המשפט של מדינת ישראל

מקום הולכין אחר מנהג העיר.¹⁰² מצד אחד אין לבתי הדין המושתתים על דין מלך ועל "הפקר בית הדין הפקר" סמכות לגרום הפסד לראובן ורווח לשמעון, אם פסיקה זאת אינה מעוגנת בהלכה היהודית, מצד שני "הולכין אחר מנהג העיר".

אפשר לראות ברב פדרבוש את נציגם המובהק ביותר של אלה הטוענים לשניות משפטיות, וגורסים שההלכה היהודית מכשירה לא רק את חוקי מדינת ישראל, אלא גם את המערכת המשפטית שלה על כל גווניה. כאמור, דבריו תואמים את העמדה שהביע הרב גורן כבר בשנת 1948 והם הולמים גם את הגישה של הרב גרודז 'נסקי', ראש מועצת גדולי התורה באירופה לפני השואה, גם אם מניעיו של האחרון היו שונים מאלה של הרב פדרבוש. מבחינה הלכתית דבריו של הרב פדרבוש מנומקים היטב באמצעות דברי רבנו ניסים גירונדי שחי במאה ה-14 בספרד, וכפי שהרב פדרבוש מדגיש, גם באמצעות ההיסטוריה המשפטית של עם ישראל מימי התנ"ך עד לקיומן של קהילות ישראל ערב האמנציפציה. חשוב לציין שגישתו זאת לא התקבלה על דעתם של פוסקי ההלכה, הן אלה של הציונות הדתית והן אלה של היהדות החרדית.

3.5.2. הרב צבי פסח פראנק¹⁰³ (תאריך לא ידוע, פירסום חוזר ב-1970)

הרב צבי פסח פראנק, דיין בבית הדין הגדול בירושלים, נתבקש להתייחס לדבריו של עורך דין דתי שסירב לעמוד לדין תורה בדיני ממונות בטענה, "שאין לראות בבתי המשפט של מדינת ישראל 'ערכאות', שזכינו להקמתה בעזרת צור ישראל וג' ואלו.... תמהני אם מה שמבואר בשו"ע שזה מרים יד בתורת משה והרי הוא מחרף ומגדף אינו מוסב אלא על ערכאות של עכו"ם ולא על שופט ישראל במדינת ישראל." הרב פראנק מחזק את דבריו של עורך הדין הזה, ש"זכינו להקמתה בעזרת צור ישראל וגואלו ויראים ושלמים רואים בה בצדק ראשית צמיחת גאולתנו". אך מי שאומר ש"לא יתכן שההולך לדון אצלם הוא מרים יד בתורת משה – אינו יודע מה הוא סח". לגופו של עניין קובע הרב פראנק:

... בשורש הדין המבואר בחז"ל ובשו"ע שאמרו וכל הבא לידון בפניהם הרי זה רשע וכאילו חרף וגדף והרים יד בתורת משה רבינו ע"ה. והטעם מבואר בחז"ל והובא ברש"י משפטים (פסוק א) שהמביא דיני ישראל בפני גויים מחלל את השם ומייקר את שם האלילים להחשיבם ומביא גם כן הפסוק ואויבנו פלילים – כשאויבנו פלילים זהו עדות לעילוי יראתם. ואם כן, לפי זה, **אם שופט ישראל בעצמו יושב ודן במשפטי הגויים, הרי הוא בוודאי בכלל זה שהוא רשע ומרים יד תורת משה ומחרף ומגדף, וכן כל הבא לדון לפניו** (ההדגשה שלי, מ"ס). וכן מה שאמרו על המסרב [להופיע בפני בית-הדין רבני] שהוא מרים יד בתורת משה, הטעם הוא

¹⁰² **שלחן ערוך**, חו"מ, סי' ב'.

¹⁰³ הרב צבי פסח פראנק (1873-1960) כיהן כרבה הראשי האשכנזי של ירושלים מטעם הרבנות הראשית. הוא נולד בעיר קובנה בליטא, למד בישיבות סלובודקה וטלז, ובגיל צעיר עלה לארץ יחד עם משפחתו. לאחר עלייתו הוא למד בישיבות "עץ חיים" ו"תורת חיים" בירושלים. אחר כך נתמנה לדיין בבית הדין הרבני בירושלים. הוא היה מקורב לר' אברהם יצחק הכהן קוק.

כמו שכתב סמ"ע¹⁰⁴, דהניח דייני ישראל והולך לפני דייני עכו "ם מראה כאילו תורת משה רבינו ע"ה ומשפטיו אינו אמת ח"ו. וכל איש מבין שטעם זה עולה גם לדייני ישראל, השופטים במשפטי הגויים, שזה מרים יד בתורת משה, וזה פשוט ומבואר דמשפטי עכו "ם זהו ערכאות וכל השתוממותו הוא לחינם ובטעות.¹⁰⁵

בדבריו של הרב פראנק ניכרת השפעת חידושו של החזון אי"ש למסכת סנהדרין שהובאו לעיל. עמדתו אינה הלכתית, אלא תיאולוגית. הוא אינו נזקק לא ליד החזקה של הרמב"ם ולא לשולחן ערוך, אלא לאותם מקורות המנמקים את איסור הפנייה לערכאות ככפירה בתורת משה. את המשפט שעל פיו דנים השופטים של מדינת ישראל הוא מכנה לא משפט גוי, אלא משפט נוצרי, ובהליכה אל ערכאותיהם, הוא רואה מרידה בתורת משה:

וכי בשביל שבעינינו ראינו עזרת צור ישראל וגואלו, וברחמיו גאלנו משיעבוד הגויים, וכי בשביל זה ניתן יד לפושעים לעקור את תורתנו המסורה לנו מצור ישראל וגואלו? ולמה לא ישתומם כבודו [הכוונה לעורך הדין המסרב להופיע בפני דין תורה] על אלה שפנו עורף לתורתנו ואינם נרתעים להושיב שופטים על עם דל בורים וריקים מתורה ויראת שמים...

אותי עזבו מקור מים חיים כמו שנאמר (ויקרא כו, טו) ואת משפטי תגעל נפשכם לחצוב להם בארות נשברים מייגעים עצמם על ספרי הנוצרים אוכלי בשר החזיר והעכבר כדי לפטם את ישראל במשפטי מרצחיהם.

אך ברור לכל הוא, שלא ניתן לכנות את המשפט של מדינת ישראל "משפט נוצרי", אלא אם רואים ביסודות הבריטיים שבמשפט הישראלי מרכיב נוצרי. כנראה, בדיוק לזאת התכוון הרב פראנק, על מנת להבליט את המימד התיאולוגי של בעיית הערכאות על חשבון המימד ההלכתי.

3.5.3 הרב אליעזר וולדינברג¹⁰⁶ (1952)

הרב אליעזר וולדינברג, שהיה שנים רבות דיין בבית הדין הגדול בירושלים, נדרש לשאלת הערכאות פעמיים, פעם בספרו המקיף "הלכות מדינה"¹⁰⁷ שיצא לאור בשנת תשי"ב ובפעם השניה בשו"ת "ציץ אליעזר".

¹⁰⁴ רבי יהושע פלק כ"ץ, בעל ספר מאירת עניים (סמ"ע) היה מראשוני המפרשים של השולחן ערוך בפולין במאה ה"ז

¹⁰⁵ הרב צ"פ פראנק, "מכתב בדבר בתי- המשפט במדינת ישראל", **בשעריך**, ה(שבט תש"ל), עמ' 4-5. זהו פרסום חוזר ממאמרו במאסף הצבי, אך לא ניתן לאתר את דבריו של הרב פראנק במאסף הצבי. בטאנו של אליעזר בן יהודה "הצבי" נסגר בשנת 1915, תאריך שנראה מוקדם מדי לדיון מעין זה וספק אם הרב פירסם את דבריו על הערכאות בבטאון זה. לעומת זאת לא נמצא כתב-עת בשם המוזכר בספר "הלכות מדינה" של הרב וולדינברג בשם "מאסף הצבי".

¹⁰⁶ רבי אליעזר יהודה ולדינברג, יליד שנת ה'א תרע"ז (1917), נפטר בל' חשוון תשס"ז (2006), כיהן כאב בית הדין בירושלים. בספרו "ציץ אליעזר" הוא עונה על הרבה שאלות מדרניות, במיוחד בתחום ההלכה והרפואה. הוא כתב גם ספר הלכות מדינה, העוסק בבעיות הלכה ומדינה. (שו"ת בר-אילן).

¹⁰⁷ וולדינברג, א' (תשי"ב). **הלכות מדינה**.

שלושת הכרכים של "הלכות מדינה" מקיפים את כל התחומים בהם מתעוררות שאלות על היחסים בין דת ומדינה, אך מפליא הוא, שהדיון על מעמדו של דין התורה במערכת המשפט תופס מקום מועט. ייתכן והסוגיה הזאת לא תפסה מקום מרכזי במחלוקת בין הציבור הדתי לשאינו דתי שבראשית מדינת ישראל. ב"הלכות מדינה" דן הרב וולדינברג בעיקר במעמד של דיינים הדיוטות, דיון חיוני במציאות הישראלית, שבה לכאורה אין מקום לשאלה על ערכאות של גויים, מפני שהרוב המוחלט של שופטי ישראל הינם יהודים. הוא מביא את דברי הרמב"ם¹⁰⁸ שאוסר על מלכים, על ראשי גולה ועל הסנהדרין למנות דיין שאינו הגון ואינו חכם בחכמת התורה, כי אלה עלולים לזכות את החייב ולחייב את הזכאי:

כשם שאי אתה יכול להקדיש בהמה שיש בה מום הגוף למזבח ואם עבר והקדיש אין קדושת הגוף חל עליו, כך אין אתה יכול למנות דיין שיש בו מום הנפש דהיינו חסר דעות דאין לך מום הנפש גדול מזה.¹⁰⁹

בהמשך דן הרב וולדינברג במינוי דיינים שאינם בקיאים בתורה, אם אין במקום בני תורה, כדוגמת ערכאות שבסוריא,¹¹⁰ והוא מסיק מדיונו, שמהיתר למנות דיינים שאינם בקיאים בדין תורה אין השלכה על מערכת המשפט במדינה היהודית, מפני שהיתר זה ניתן רק, אם אין במקום בני תורה. היתר זה ניתן לא רק בגלל היעדר דיינים בקיאים בתורה, אלא גם כדי למנוע פנייה אל ערכאות של גויים, ובתנאי שמעשיהם של דיינים הדיוטות אלה "יכוונו לשם שמים".¹¹¹ בשנת 1952 עדיין לא היה לרב וולדינברג ניסיון רב עם בתי המשפט של מדינת ישראל, לכן ניסוחו זהיר:

ונראה ברור כנ"ל שאף הרשב"ש לא קאמר שנכון מן הדין כי אם באקראי בעלמא, או במקום שאין כשרים וחכמים יודעי ושומרי התורה, אבל בשו"א [בשם אופן] לא בקביעות במקום שישנם תלמידי חכמים יודעי דת ומשפט. וקל וחומר בן בנו של ק"ו כשהמדובר הוא לא על קהלה אחת מקהלות ישראל כי אם במינוי שופטים במדינת ישראל בארץ ישראל, בכה"ג לית מאן בפליג ולית דין ולית דיין שעמודי המשפט צריכים להוסד ולהכונן על יסודי תורת משה הכתובה והמסורה, ועל ידי מקיימיה ושומרי מצותיה היודעים בינה לעתים.¹¹²

כאמור, בשנת 1952 היה עדיין מוקדם להעריך את פעולתה של מערכת המשפט הישראלית, וייתכן שעוד ציפו שדין התורה יעוגן באופן עקרוני בחקיקה הישראלית. אולם בתקופה זאת כבר ניתן היה להעריך את פועלם של אנשי "משפט השלום העברי", שהיו הדיוטות בתחום ההלכה היהודית, והספק כרסם בליבו של הרב וולדינברג, אם מעשיהם המשפטיים היו, כדברי הרמב"ם, מכוונים לשם שמים. בעניין זה אין לו, אלא להצטרף לדבריו הביקורתיים של

¹⁰⁸ רמב"ם, הלכ' סנהדרין, ג, ח.

¹⁰⁹ וולדינברג, א, ז, סב.

¹¹⁰ ראה לעיל את הדיון על ערכאות שבסוריא, פרק 2.

¹¹¹ הרב וולדינברג מצטט כאן את דברי הרמ"א, חו"מ, סי' ח, א.

¹¹² וולדינברג, שם, ס"ח.

הרב, פרופ' שמחה אסף, שכתב בהקדמה לספרו "בתי הדין וסדריהם אחרי חתימת התלמוד":

חסידי המשפט השלום ירצו לנכון להסתייע בחומר הנאסף בחיבורי זה ולתמוך בו את יתדותיהם. הם יראו על זה שבכל זמן היו קיימים אצלנו זה בצד זה בתי דינים מטיפוסים שונים ובמקומות ידועים נדונו דיני ממונות גם ע"י הפרנסים לפי תקנות המדינה וכו'. אולם כשנעיין בדבר נראה שאין הנדון דומה לראיה. לבתי הדין החילוניים שלנו בימי הביניים לא היתה שום מגמה מתנגדת אל המסורת המשפטית העתיקה, אדרבה תמיד השתדלו להתקרב אליה, ולעתים קרובות היו שואלים בעצת הרב או הדיינים המומחים, אמנם לא תמיד התאימו פסקיהם לדין תורה אבל לא היה בזה דבר שבשיטה. הם לא שאפו ליצור משפט חדש ולבטל את בתי הדין הקבועים של הדיינים המומחים, פעולתם הצטמצמה בעקר במקומות שלא היו בהם בתי דינים מסודריים וחכמים בתורה, אולם מצדדי משפט השלום יצרו בקשר עם התיסדות תיאוריה של חידוש המשפט העברי שאינו מתאים לפי דעתם לתנאי החיים בדורנו ולהשקפות בני זמננו. "חידוש" שיעשה בכונה מראש ובמחשבה תחלה ע"י אנשים שיעבדו על "חשן המשפט" יבחרו את הטוב והיפה בעיניהם ויאמרו "דין דין ודין לא דנין לי. ויש בחוג זה גם כאלה המרחיקים ללכת עוד יותר וסבורים שעלינו לותר על המשפט העברי העתיק ולהתחיל הכל מבראשית וכו'.... יאה הוא להיות נאה מקיים דברים אלה בימינו אלה עם חידוש מדינתנו העברית בע"ה לא לתת שום יד לאיזה מגמה שהיא הבאה להתנגד אל המסורת המשפטית העתיקה.... מתוך דבר שבשיטה ומתוך שאיפה ליצור משפט חדש ולבטל את בתי הדין הקבועים של הדיינים המומחים ואף מתוך כוונה מחושבת מראש לעבור על "חשן המשפט", ולהתחיל הכל מבראשית. מה שלא עלה דבר כזה באיזה תקופה שהיא על דעת מי שהוא מישאל.¹¹³

בעקבות ציטוט דבריו של הרב שמחה אסף, שכיהן בראשית המדינה כשופט בבית המשפט העליון, שולל הרב וולדינברג את הלגיטימיות של כלל הערכאות, אלה של הדיינים, אלה של בעלי הבתים, אלה שבסוריא ודומיהן, אם יש בהן יותר מכוונה לשיפוט אד-הוק, שהוא על פי אומד הדעת ומשום היעדר בני תורה, כלומר, יש בערכאות כוונה להעמיד אלטרנטיבה למשפט התורה. הוא שולל את תוקפה של כל הסכמה, שאליה הגיעו בעלי דין להתדיין שלא על פי דין תורה, ופוסל את "מנהג עוקר הלכה" במקרה של התדיינות בפני ערכאות שלא על פי התורה. בהתייחסו ל"מנהג עוקר הלכה" הוא פותח בדברי המהרשד"ם¹¹⁴:

פשיטא מנהג כזה שהוא נגד התורה ממש אין בו ממש ואיך יעלה על הדעת שיקבעו חכמים עצמם לקבוע מנהג כזה זה וזה אינו נקרא מנהג ותיקין אלא מנהג רשע' ואין לילך אחר.¹¹⁵

כדי לקבוע בהמשך את עמדתו הוא מדגיש:

¹¹³ אסף, ש'. בתי הדין וסדריהם אחרי חתימת התלמוד, ב-וולדינברג, שם, 10.
¹¹⁴ רבי שמואל בן משה די מדינה, המהרשד"ם, נולד בסאלוניקי בשנת ה'א"רס"ו (1506) למשפחה ספרדית, שם למד ונהיה לרב ולמנהיג. ישיבתו בסאלוניקי משכה תלמידים רבים מקרוב ומרחוק. ר' שמואל ענה לשאלות מכל איזור הבלקנים ומאיטליה, ופסקיו התקבלו גם על הדורות הבאים. הוא נפטר בשנת ה'א' ש"מ"ט (1589).
¹¹⁵ שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי', שד

ואם כך נעו אמות הסיפים של ספרי רבותינו הפוסקים הגדולים ז' "ל בדין פרטי ובמשפט פרטי" (ההדגשה שלי, מ"ס), על אחת כמה וכמה כשהנידון הוא בחקיקת משפטים כללים ויסודיים על-ידי קהל ישראל בארץ ישראל – שהם נקראים קהל – ביסוד המדינה היהודית, וברור שאי אפשר כלל וכלל להעלות על הדעת לקבל תחוקה של משפטים זרים, ויתד שלא תמוט המה דבריו החותכים והפסקניים של הרשב"א, שלא הניחה התורה את העם שהוא לנחלה לו על רצונם שייקרו חוקות העכו"ם ודיניהם, וח"ו לעם קדוש לנהוג ככה, ולגרום בכך במישרין להפיל חומות התורה ולעקור שורף וענף.¹¹⁶

כמו רבים לפניו מדגיש גם הרב וולדינברג, שהדיון בנושא הערכאות כולו, מוגבל לתחום המשפט הפרטי ואינו חל על המשפט הציבורי והפלילי. בסיום דיונו על המשפט, מדגיש הרב וולדינברג את הקשר האמיץ בין האמונה לבין המוסר והמשפט:

וכל כך למה? מפני שגלוי וידוע לפני יוצר היצירה נותן-התורה גדול העצה ורב העלילה אשר עניו פקוחות על כל דברי בני אדם, שעל ידי חקיקת חוקים אשר יבדו ויחוקקו להם בני האדם על פי שכלם האנושי, לא יושע עם ולא תושע מדינה.....

...וגלוי וידוע לפני כסא כבודו שבלי הדין אי אפשר לאדם ולעם להתקיים אפילו שעה אחת, באשר "האדם הוא מדיני בטבע", והוא יסוד היסודות אשר עליו יוכן ויושת כל בנין הנהגת המדינה ועל ידו יחיה האדם עם הזולת את חייו המדיניים, והוא מה שאמרו ז"ל (שבת י'). כל הדין דין אמת לאמיתו נעשה שותף להקב"ה במעשה שמים וארץ..... וברצותו ברוך הוא להטיב עם בריותו אשר ברא, וביחוד עם ישראל עם בחירו, נתן להם חוקים ישרים ומשפט אשר ילכו בהם לטוב להם כל הימים בהיותם מותאמים לתכונות נפשיותיהם האמיתיות, כי "המשפטים התוריים יועילו תועלת טבעיות להגביל תכונות האנשים וליישר מדותיהם איש איש, גם להעמיד ולקיים הקבוץ המדיני באופן יותר חזק ובשיעור בלתי נערך מכל מה שיועילו בהם כל הדתות והנימוסים האנושיים..."¹¹⁷

בשו"ת "ציץ אליעזר"¹¹⁸ ניכר בבירור שהרב וולדינברג הושפע מדבריהם של המהריא"ז ענזיל והחזון אי"ש, שצוטטו לעיל, וכן מדבריו של הרב פראנק. הוא חוזר על דבריהם כדי לאמץ את עמדתם.¹¹⁹ לאחר מכן הוא מזכיר את הרשב"א שנסאל בזמנו על אלה "שרצו ללכת בערכאות בדיני נחלה" והשיב: "מה לנו לספרי הקודש המקודשים שחברו לנו רבי ואחריו רבינא ורב אשי, ילמדו את בניהם דיני עכו"ם ויבנו להם במות ... בבית מדרשי העכו"ם? חלילה לא תהא כזאת בישראל חס ושלום שמא תחגור התורה שק עליהם." והרב וולדינברג

¹¹⁶ וולדינברג, שם, עא.

¹¹⁷ וולדינברג, שם, עב.

¹¹⁸ וולדינברג, א'. שו"ת ציץ אליעזר, יב, סי' פב.

¹¹⁹

את דבריו של הרב פראנק מביא הרב וולדינברג בשינויי גירסה קלים. הוא כנראה רשם אותם מתוך הזכרון ולא על בסיס הפרסום של הרב פראנק במאסף "הצבי". יש להסיק מהשוואת דבריו של הרב וולדינברג לאלה של הרב פראנק, שהדברים ב"ציץ אליעזר" מאוחרים לאלה של הרב פראנק במאסף "הצבי". אנחנו איננו יודעים את תאריך חיבורה של התשובה המסויימת באוסף התשובות "ציץ אליעזר", אך ברור שהיא תלויה בדבריו של הרב פראנק. גם תאריך דבריו של הרב פראנק ב"הצבי" אינו ידוע, והם הודפסו מחדש בכתב העת "בשעריך" בשנת 1970. ראה להלן דבריו של הרב פראנק בנידון.

מוסיף: "לכן מוסיף הרשב"א וחורף דינו של העושה זאת, שהוא: בכלל עוקר כל דיני התורה השלימה, ומפיל חומות התורה ועוקר שורש וענף והתורה מידו תבקש."¹²⁰

הרב וולדינברג אף מתריס נגד המגמה של אחדים משופטי ישראל, בעיקר של שופטים דתיים, המצטטים בפסקיהם דברי תורה והלכה, כדי לחזק אותם:

ואוסיף בזה עוד לכבוד תוה"ק ואומר: לפעמים קורה שאחדים משופטי הערכאות מביאים בפסקיהם השוואות גם מחוקי תוה"ק, או – להבדיל סיוע מחוקותיהם לחוקי תוה"ק. ונמצאים כמה המתברכים בלבם כי בצורה כזאת נחלש כבר מחומר האיסור, וישנם היוזמים אפילו לחבר חיבורי – חוקים בצורה כזאת. אבל באמת טועים בזה טעות מרה, ואדרבה עוד קוץ בזה, דמה לו לכהן בבית הקברות, מה לחוקי – השם ברוך הוא, להעמידם בכפיפה אחת עם חוקי אנוש זרים?¹²¹

והוא מסיים את תשובתו בדבריו החריפים של המהרי"א ענזיל:

אבל בדברים התלויים בשיקול הדעת מהשופטים הממונים בערכאות, שמחזיקים בדינים שסידרו להם חכמיהם הקודמים בספריהם כמו שיש להם קצתם מהיונים וקצתם מהרומיים וקצתם שחידשו להם לפי מצב המדינות ודנים על פיהם בשיקול דעתם, מעולם לא עלה על דעת איש ישראל שיש לו קצת מוח בקדקדו לומר עליהם דדמ"ד, אבל הם הם ערכאות של נכרים שהזהירה אותנו התורה הקדושה שלא לדון בפניהם אפילו בדברים שדינם שוה לדיני ישראל (ההדגשה שלי, מ"ס), ואמרו חז"ל כל ההולך לפניו כאילו הרים יד בתורת משה רבינו ע"ה עיי"ש.

בתשובה אחרת חוזר הרב וולדינברג על דברי המהרי"א ענזיל ומוסיף להם את דברי התשב"ץ (ח"ד, ס"ו), ואת דברי הרשב"א (ח"ג, דפוס ליוורנו, סי' ק"ט), הנותנים הסבר להתנגדות ההלכתית לפסקי הדין של הערכאות:

התשב"ץ: "... אבל בין ישראל לחבירו צריכין אנו להתנהג עפ"י דתה"ק ולא עפ"י משפטיהם שאין להם משפט דד"מ, ותדע שהרי כל פסקי דיניהם הנקראים סענטענצין גם אצליהם אינם נחשבים לדד"מ ואין להביא ראיה מפס"ד אחד שלהם על כיוצא בו ואפי' שלחו ממקום משפט היותר גבוה כידוע מנימוסי משפטיהם. ועוד אנו רואים מעשים בכל יום שמבטלים פסקי דיניהם של השופטים ממי שלמעלה מהם, וגם משתנים לפעמים משפט ב' ענינים שונים בכל כלליהם ופרטיהם בשני מקומות המשפט ואין אומר השב, וכמה פעמים ראינו ענין אחד נופל ליד דיין והוא מחייב וכל היועצים חביריו מסכימים עמו, וכשיפול ליד דיין אחר ענין דומה לזה בכל הצדדים לגמרי ובאותו מקום המשפט הוא מזכה ואין נודד כנף ושניהם מוחלטי'. איה איפוא נאמר שכל משפט חרוץ מאיזה מאגיסטר 'או מאיזה שופט בעיר או בכפר יש לו דד"מ, א"כ בטל כל דיני תוה"ק ואויביו פלילים".

¹²⁰ ב"י טור חו"מ סי' כו, ועיין גם רמ"א חו"מ סי' שסט, יא.
¹²¹ על השימוש בדברי תורה והלכה בפסקי הדין, בעיקר בניסוחם של שופטים דתיים, ובקבצים של נ' רקובר "המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל", ראה פרק 7. על המחלוקת בין פוסקי ההלכה בנושא החקיקה הדתית, ראה את המאמרים הרלבנטיים ב"תחומין".

הרשב"א: "ולענין דדמ"ד שאמרת בודאי לא אמרו אלא בהא דאיכא הורמנא דמלכא ובדברים שהם מדיני המלכות דדינא דמלכותא דינא אמרו ולא דינא דמלכא. אלא כמו שאנו יש לנו משפטי המלוכה כמ"ש שמואל הנביא לישראל דמלך מותר בהם, כך בשאר האומות דינין ידועי' יש למלכים ובהם אמרו דדמ"ד, אבל דיינין שדנין בערכאות אין אלו ממשפטי המלוכה אלא הערכאות דנין לעצמם כמי שימצאו בספרי הדינין שלהם, שאם אין אתה אומר כן בטלת ח"ו דיני ישראל וכבר בא לידי ואמרתי כן על"ל.¹²²

לציטוטים של דברי התשב"ץ ושל דברי הרשב"א אלה יש חשיבות רבה, כי מעטים הפוסקים, שבפסילתם את בתי המשפט, מדגישים את שלילת ההכרה בתקדימים המשפטיים של בתי המשפט ובזכות הערעור בערכאה גבוהה יותר. רובם מסתפקים בפירוש רש"י והרמב"ן לשמות כא, א, ובהלכה הפסוקה שביד החזקה ובשלחן ערוך. שילוב דבריהם של המהרי"א ז' ענזיל, של התשב"ץ ושל הרשב"א מציג משנה הלכתית סדורה, הרומזת, כי ההלכה יכולה אמנם להכיר בחקיקה על-ידי הקהל, אך היא לעולם לא תוכל להכיר בחקיקה השיפוטית של שופטים בערכאות.¹²³

3.5.4. הרב יהודה סגל (1957)

תשובה ברורה לשאלה, האם בתי המשפט של מדינת ישראל הם ערכאות של גוי' ים, נותן הרב יהודה סגל, שהיה רב בקרית שלום בתל אביב. הוא כתב בשנות החמישים בכתב העת "התורה והמדינה"¹²⁴, המזוהה עם הציונות הדתית, מאמר שנקרא "על המשפט החילוני בארץ".¹²⁵ מכותרת כזאת אפשר לצפות לדיון בערכאות של יהודים שאינם דנים על פי חוקי התורה, ובשאלת הכפירה שיש בהכרה במערכת משפטית כזו, ולא דיון בערכאות של גויים. אך בניגוד לציפיות הוא מפתח דיון קונבנציונאלי למדי המתבסס על כל המקורות התלמודיים והשו"תים המוכרים מתקופת הפוסקים הראשונים (מדיון בגיטין בתלמוד הבבלי עד שו"ת הרשב"א) ומתעלם כמעט לחלוטין מהדיון ההלכתי על איסור הערכאות של הדיוטות. את האיסור לפנות לבתי המשפט של המדינה מסיק הרב סגל לא מהדיון על "לפניהן ולא לפני הדיוטות", אלא מהגזרה השווה בין ערכאות של גויים לערכאות של ישראל שלא דנים על פי דין תורה. וזאת השאלה שהופנתה אל הרב יהודה סגל:

נשאלתי להוֹאִיל לברר איסור ההשפוטות בפני בתי המשפט חילוניים בארצנו הק', שלצערנו ולבשתנו אינם בהתאם לחוקי תורתנו הק'. ואף כי לעתים יש דמיון מסוים לחוקי תורה "ק", מכל מקום הבסיס המשפטי הוא שונה וכל תהליך השיפוט רחוק מהלך רוח תורתנו הנצחית.

ונתברר לי שרבים מההמון שומר תורה ומצוה טועים בז'ה, בחשבם שכיון שהכל מתנהל ע"י שופטים יהודים והחוק הוא חוק שאושר ע"י המדינה

¹²² וולדינברג, שו"ת ציצ' אליעזר, טז, סי' מט, ד"ה ויפה אשר.

¹²³ נושא זה ידון בהרחבה בפרק 7: עמדת פוסקי ההלכה כלפי החקיקה השיפוטית.

¹²⁴ בהוצאת הרב שאול ישראלי, מהדמויות הובלטות של רבני ומדינה, יהדות ודמוקרטיה, בעיקר בשו"ת "העמוד הימיני".
¹²⁵ סגל, י' (תשט"ו). "ל המשפט החילוני בארץ".

ודינא דמלכותא דינא בענייני ממון , בפרט שאין בכח בי"ד תורני להוציא לפועל את פסקי דיניו בכפי'. קבלתי על עצמי להכנס לשאלה זו בכדי להגיע למסקנה ברורה להסיר מכשול.¹²⁶

באופן פרדוקסלי לא מתבסס הרב סגל בתשובתו על האופן שבו קורא הרמב"ם את המילה "דיני ישראל", אלא מסתמך על הגירסה "דייני ישראל". הקריאה "דיני ישראל הייתה מקלה עליו את פסילת בתי המשפט של המדינה , אך הוא פונה לדיון שגרתי על איסור ערכאות של גויים. הוא עוד מוסיף את דברי הסמ"ע: "דהמניח דייני ישראל והלך לפני דייני עכו"ם מראה כאילו תורה מרע"ה ומשפטיו אינם אמת ח"ו". מציטוט זה משתמע, שהבעיה איננה המשפט, אלא מוצאו של השופט , טענה שמקבלת יתר תוקף מהאיסור של הרמב"ם: "כל הדין בדייני עכו"ם ובערכאות שלהם **אעפ"י שהיו דיניהם כדיני ישראל ה"ז רשע וגו' "**. הרב סגל טוען, כי באיסור הפנייה אל הערכאות הכוונה היא בעצם לאיסור על שופטים נוכריים.

...אין כאן נקודת איסור מיוחדת מצד **השופטים** (הדגשה במקור) הם נכרים, אלא משום שהוא בזה את התורה ודייניה ומעדיף דיינים לפי **חוקי** (הדגשה במקור) העכו"ם, ומעתה גם אנשים מישראל השופטים לפי חוק נכרי יש בזה ג' "כ משום חילול השם וכפירה בתורה ומשפטיה כמקור הצדק והברכה. ואפילו אם יהא החוק כשל דיני ישראל , כיוון שהמשפט אצלם אינו לפי דין תורה"ק.¹²⁷

כך פוסל הרב סגל לא רק את דייני עכו"ם, אלא גם את דייני ישראל שדנים שלא על פי התורה, אפילו אם החוק כדין תורה, אך כלול במסגרת משפט נוכרי. יש להניח, שהוא התכוון בפסילתו לשיטה ולסדרי המשפט שבוודאי שונים הם בבתי המשפט בהשוואה לבתי הדין . גישה זאת מבטלת לא רק כל הכרה הלכתית בבתי המשפט של המדינה , אלא גם את הניסיון רב השנים של חברי כנסת דתיים ושל המחלקה למשפט העברי במשרד המשפטים, להחדיר לקובץ החוקים של מדינת ישראל חוקים רבים ככל האפשר שמקורם בהלכה היהודית.¹²⁸ הרב סגל אף קובע שאין דינא דמלכותא דינא בחוקי בית המשפט:

..בארץ שיש רשות לנהוג כפי התורה ואין כפי', בזה נראה שבשום חוק אין כלל הגדר של ד' "ד", ... כל הנשפט בפני ע' כו"ם וכן בפני ישראלים השופטים עפ"י חוקי עכו"ם הרי הוא רשע גמור ובזה חוקי תורה "ק ומייקר חוקי עכו"ם וחייב על הנזקים שגרם לחברו עי"ז. ואין שום שייכות לענינים אלה לדינא דמלכותא דינא.¹²⁹

והוא מסכם, שעיקר האיסור הוא לאו דווקא הלכתי, אלא משום חילול השם¹³⁰:

¹²⁶ שם, עד.

¹²⁷ סגל, שם, עו-עז.

¹²⁸ רקובר, נ' (תשמ"ט). המשפט העברי בחקיקת הכנסת, 2 כרכים.

¹²⁹ סגל, שם, פ.

¹³⁰ ערכנו מספר פעמים הבחנה בין מניעים הלכתיים למניעים תיאולוגיים , למרות שאבחנה זאת שאולה מחוץ לעולמה הרוחני-דתי של היהדות . מטבע הלשון של הרב סגל להבחנה זו , "שעיקר האיסור לאו דווקא הלכתי, אלא משום חילול השם".

"והנה נראה, שכל האיסור הנובע מתוך הנימוקים של חילול השם כדפרש"י ז"ל שזה עדות לעלוי יראתם והכפירה בהקב "ה ובתורה שכ' במדרש ומרים יד בתורת משרע"ה...¹³¹

ויש קצת להתעכב במה שאמרו שיש בזה משום כפירה בקב "ה, ולכאורה אין במעשיו אלה אלא כפירה בתורה שאינו מאמין בקדושתה ובצדקתה, אבל מנין לנו שיש בזה גם משום כפירה בקב "ה. והרי מצינו הבדל בין מי שאינו מאמין בשי"ת שנקרא "מין", ואילו מי שאינו מאמין בתורה נקרא "כופר" (רמב"ם ה' תשובה פ"ע ז ח).

ונראה פשוט, שכיון שמניח דייני ישראל ובא להתדיין בפני נכרים נמצא שמאמין בצדק הנכרים, ומכלל זה שיש.. אמונה באליהם, לכל הפחות באופן חלקי, וה"ז או כפירה גמורה או עכ"פ שיתוף או הגשמה, ואלה הרי מינים יקראו כמבאר ברמב"ם.¹³²

הרב עובדיה יוסף¹³³

הרב יוסף, הראשון לציון בשנות השמונים של המאה ה-20 ומנהיגה הרוחני של תנועת ש"ס, כותב על מעמדם של בתי המשפט שאינם דנים על פי דין תורה הן בקובץ "יחווה דעת" והן ב"ביע אומר". אין בכתביו דיון עקרוני כפי שמצאנו אצל פוסקים אחרים, אלא דיונים אקראיים אגב שאלות על נושאים ספציפיים. בשו"ת "ביע אומר" הוא מתייחס לענייני אישות שונים, כגון: התרת עגונה, שבערכאות של עכו"ם (באודיסה שבאוקראינה) העידו על מות בעלה¹³⁴, באישה שהפסידה בערכאות את דמי מזונותיה ופונה עכשיו לבית הדין בתקווה לזכות בהם, ובהתרת עגונה שנישאה בנישואין אזרחיים¹³⁵. את עמדתו העקרונית מביע הרב עובדיה יוסף בקצרה ב"יחווה דעת":

בסיכום: לפי ההלכה על פי תורתנו הקדושה אשר היא חי ינו ואורך ימינו, ודבריה נר לרגלינו ואור לנתיבותינו, אסור בהחלט לדון בדיני ירושת ונחלו' וכן בדיני ממונות אלא על פי התורה שהיא נצחית ולא תשתנה בשום זמן ח"ו, שנאמר והנגלות לנו ולבנינו עד עולם לעשות את כל דברי התורה הזאת. (וכמו שכתב הרמב"ם בהלכות יסודי התורה פרק ז' הלכה ז'). ולכן איסור חמור הוא להתדיין בכל הדינים האלה בפני ערכאות ששופטים לפי חוקות הגוים, אשר עליהם נאמר ומשפטים בל ידעום. ואין כל הבדל בזה בין כשהשופטים גוים, לבין כשהשופטים יהודים הדנים על פי חוקות הגוים, שלא כדין התורה.¹³⁶

במקום אחר חוזר הרב יוסף על דברי הרב פראנק על מנת לשלול את הדעה הרווחת, כאילו בתי המשפט של מדינת ישראל בהם השופטים יהודים, אינם ערכאות,:

¹³¹ שם, פט.

¹³² שם, עד-עה.

¹³³ רב עובדיה יוסף, הראשון לציון לשעבר, נולד בבגדד בשנת ה"א תר"פ (1920). הוא למד בישיבות בעיר העתיקה של בירושלים. בשנת ה"א תש"ז (1947) הוא שימש ראב"ד (רב, אב-בית הדין) בקהיר. בשנת ה"א תש"י עלה ר' עובדיה שוב ארצה והתיישב בה סופית. בספרי תשובותיו, סדרות "ביע אומר" ו"יחווה דעת" אנו מוצאים דיון על כל הבעיות ההלכתיות של ימינו. (שו"ת בר-אילן)

¹³⁴ יוסף, ע'. שו"ת יביע אומר, ז', אה"ע, יד, ד"ה ב. והנה.

¹³⁵ ראה בהרחבה בפרק 4 הדין בעמדתם של פוסקי ההלכה כלפי הערכאות במבחן הפרקטיקה.

¹³⁶ יוסף, שו"ת יחווה דעת, ד, סי' סה, ד"ה בסיכום: לפי

ובאמת דהאידינא לאו כ"ע דינא גמירי, בחושבם שאין דין ערכאות על בתי המשפט החילוניים, מכיון שהם יהודים, ודינא דמלכותא דינא, ורק יחידי סגולה יודעים האמת **שדין בתי המשפט כערכאות של גוים** (ההדגשה שלו, מ"ס).¹³⁷

בהערת שוליים לשו"ת "יחווה דעת" סי' סה, שצוטט לעיל מוסיף הרב יוסף הסבר ארוך על בתי המשפט של מדינת ישראל, עליהם הוא מיישם את דברי הפוסקים שלפניו בנושא ערכאות של גוים:

ודע כי אף על פי שהסמכות החוקית כי ום מטעם הממשלה לדון בדיני ממונות ונחלות היא לבתי המשפט החילוניים, והשופטים שם יהודים הם, עם כל זה ברור כי לפי דין תורתנו הקדושה התובע את חבירו בבתי המשפט שלהם גדול עונו מנשוא, והוא בכלל מה שפסקו הרמב"ם ... והטור והשלחן ערוך חושן משפט ...: "שכל הדן בערכאות שלהם הרי זה רשע וכאילו חירף וגידף והרים יד בתורת משה רבינו". כי מלבד שהשופטים אינם יודעים כלל בדיני התורה לשפוט בין איש לרעהו על פי החשן משפט והפוסקים, וכבר אמרו חז"ל ...: "לפניהם ולא לפני עכו"ם, ולא לפני הדיוטות", ועוד שהדבר ידוע ומפורסם שהם דנים על פי חוקות העכו"ם, וגם מכשירים לעדות עד אחד וקרוב ואשה ופסול, ורבים מהם בעצמם פסולים לדון לפי ההלכה. ולא אכחד (כך בפרויקט השו"ת של ב"א, אולי צ.ל. "אכחש") כי שמעתי דיבת רבים התועים מדרך השכל המתחכמים לומר שמכיון שכעת השופטים יהודים, והממשלה העניקה להם סמכות לדון ולשפוט בדיני ממונות וירושות, דינא דמלכותא דינא, וחושבים שהותרה הרצועה להתדיין בפניהם איסור חמור ביותר לישראל לדון אצלם, קל וחומר לשופטים יהודים כאלה, שהם מזהירים ומושבעים מהר סיני לדון רק על פי התורה, והם פנו עורף אליה, ותחת לשפוט על פי חוקי התורה, אשר יעשה אותם האדם וחי בהם, דנים הם על פי חוקי העותומני והמנדטורי, בבחינת ושפחה כי תירש גבירתה, וילכו אחרי ההבל ויהבלו, ועל ידי כך מייקרים ומחשיבים את משפטי הגוים עובדי אלילים, ונותנים כבוד ועילוי לאליליהם, וכמו שפירש רש"י (ריש פרשת משפטים), על אחת כמה וכמה שהדבר אסור בהחלט, והמתדיינים בפניהם עוברים גם על לפני עור לא תתן מכשול.¹³⁸

דבריו של הרב יוסף חריפים. אמנם כל הפוסקים פוסלים את ההתדיינות בענייני ירושות וממון בפני בתי המשפט של המדינה, אך רובם מכנים בתי משפט אלה סתם "ערכאות" או ערכאות של הדיוטות, או ערכאות שבסוריא, בתי דין פסולים וכינויים דומים. הרב יוסף לעומתם רואה בבתי המשפט של המדינה ערכאות של גוים ממש, בשונה מהפוסקים הראשונים שמתייחסים ביתר חומרה לפנייה לערכאות של גוים מאשר לפנייה לערכאות של הדיוטות.

דבריו של הרב יוסף אינם נשמעים רק בחוג חכמי התורה, אלא הם נשמעים במלוא חריפותם גם בפומבי. ביום 9.2.99 השמיע הרב עובדיה יוסף בפומבי את הדברים הבאים, שעוררו סערה ציבורית והביאו את התנועה לאיכות השלטון בישראל לעתור לבג"ץ נגד הרב יוסף:

¹³⁷ יוסף, שו"ת יביע אומר, ז, חו"מ, סי' ה.
¹³⁸ בהמשך מביא הרב יוסף גם את דבריהם של הרב פראנק, של החזון אי"ש ושל הריא"ה הרצוג, שהובאו לעיל, על מנת לחזק את דבריו על פסילת בתי המשפט של מדינת ישראל משום דין ערכאות.

"לה קוראים את עצמם בית משפט עליון? לא שווים. בבית משפט תחתון צריך לשים אותם. הם, בשבילם ברא את כל הייסורים שבעולם. כל מה שישראל סובלים, רק בשביל הרשעים האלה. ריקים ופוחזים. שיפחה כי תירש גבירתה. מה הם יודעים? ילד שלנו בן 7-8 שנה יודע ללמוד יותר טוב מהם ללמוד תורה....

אלה שמו אותם בבית משפט עליון. מי בחר בהם, מי עשה אותם שופטים, אלא שר המשפטים, צר ואויב הוא אהב אותם והוא המליץ שצריכים לבוא אצל הנשיא והנשיא שם אותם שופטים. מה, עשו בחירות? מי אמר שהעם רוצה כאלה שופטים רשעים כאלה. כולם סוררים ומורים. אין להם לא דת ולא דין. כולם בועלי נידות. כולם מחללי שבת. אלה יהיו השופטים שלנו? עבדים משלו בנו.¹³⁹

האם דבריו של הרב יוסף ראויים להתייחסות? אם נתעלם מדברי הנאצה, דהיינו אשמתם של השופטים בייסורי עם ישראל וטענתו שמחללי שבת ובוועלי נידות הם,¹⁴⁰ מתברר שלא ברמה העקרונית הם פסולים כערכאות, אלא בגלל דרכי מינוים ובשל היעדר מחויבותם לדין תורה. ייתכן שהרב יוסף היה מכשיר מוסד כמו בג "ץ", אילו היה מתמנה על דעת בית הדין שמאציל את סמכויותיו על בג "ץ", "מעין שליחות", כפי שניסח זאת השופט חיים כהן בדבריו על ערכאות של הדיוטות. אפשרות זאת הייתה הופכת את בג"ץ למעין בית משפט תחתון.

3.5.6. הרב יעקב אריאל¹⁴¹ (1980)

בתוך שני הכרכים הראשונים של כתב העת "תחומין", במה לבירור סוגיות הלכתיות, התנהל בראשית שנות השמונים של המאה ה-20 פולמוס חריף בין הרב אריאל לשופט הפרופ' בזק¹⁴² על מעמדם ההלכתי של בתי המשפט במדינת ישראל. כמו כל הפוסקים ביטא גם הרב אריאל את צערו על המצב העגום, בו יהודים - וביניהם יהודים שומרי תורה ומצוות - אינם מודעים לאיסור החמור על פנייה לערכאות: "חומרת האיסור להזדקק לערכאות הישראליות הקיימות לא חדר לתודעת הציבור הדתי הרחב, הסבור לתומו ש"דינא דמלכותא" תופס גם במקרה זה."

¹³⁹ בג"ץ 3087/99 דינים עליון כרך נ' ז' 465: התנועה לאיכות השלטון בישראל נגד הרב ע' ובדיה יוסף. (תקליטור "דינים ועוד"). התנועה פנתה ביום 16.2.99 ליועץ המשפטי לממשלה, הוא המשיב מס' 1, בדרישה כי יפתח בהליכים פליליים נגד המשיב מס' 2, הרב יוסף. כן הגישה העותרת ביום 14 בפברואר 1999 קובלנה פלילית על לשון הרע נגדו. הקובלנה הפלילית נמחקה על ידי בית המשפט ואילו הפניה ליועץ המשפטי נענתה ביום 21.1.99 בשלילה. מכאן העתירה לבג"ץ. השופטים ברק, חשין וזמיר אימצו את עמדת היועץ המשפטי לממשלה ודחו את העתירה. ואלה המלים של השופט א. ברק: "אם קראתי נכונה את החלטת היועץ המשפטי לממשלה, סבור הוא כי בענייננו- שלנו נעברה - לכאורה - עבירה. אלא שהמשפט הפלילי אינו חזות פני הכל, ונכון יהא אם לא יוחל בהליכים פליליים. בלשונו - לשון אנשי- המשפט - נאמר, כי היועץ המשפטי החליט שלא לפתוח בהליכים בשוונות נגד עניו את טובת הכלל, ובסוברו כי אין לו לציבור עניין בתביעה פלילית כי תוגש נגד הרב עובדיה יוסף. קראתי את החלטתו של היועץ המשפטי ודימיתיו כגורס חצץ בשיניו. אכן, דבריו של הרב יוסף לא הקלו עם היועץ המשפטי, אך עילה להתערב בהחלטתו לא נמצאה לי זו הפעם". (דינים ועוד).

¹⁴⁰ מטבעות לשון שגורים בז'רגון הדתי לגבי אדם שאינו שומר מצוות.

¹⁴¹ הרב יעקב אריאל מכהן כרבה של רמת-גן והוא ראש המכון "תורה וארץ".

¹⁴² נתייחס לעמדתו של השופט בזק בפרק 8 הדין בשופטים דתיים.

חלק הגון משאננותו של הציבור הדתי-לאומי בפרשה זו, יש לייחס למשפטנים דתיים, אשר פיתחו תיזה, בניגוד לדעת כל (הדגשה במקור) גדולי הפוסקים שבדורות האחרונים (מכל החוגים והזרמים), שכאילו אין איסור ערכאות חל על השיפוט במדינת ישראל. (עיין למשל, "המשפט העברי" לפרופ' מנחם אלון – כיום שופט ביהמ"ש העליון – עמ' 22 הערה 80 ועמ' 121 הערה 174).¹⁴³

לאחר דיון הלכתי קצר, שאינו מחדש דבר מבחינת השימוש במקראות, בדברי חז"ל ובדברי פוסקים ראשונים כאחרונים, מקדיש הרב אריאל פרק מקיף ל "יסוד הרעיוני של איסור ערכאות". בפרק זה גורס הרב אריאל, ש"סודו של איסור זה של ערכאות, הוא אך ורק הכפירה (הדגשה במקור) בתורה ובה' ואינו איסור בפני עצמו. את הבסיס לטענה זאת רואה הרב אריאל במדרש תנחומא בפרשת משפטים. אמנם מדרש זה אינו מכוון למשפט הזר, אלא לדיין הזר "שכל מי שמניח דייני ישראל והולך לפני דייני כותים וגו'..." אך הרב אריאל מסיק ממנו, כי הכוונה בו גם למשפט הזר: "מפסוק זה למדים אנו שיש חומרה יתרה בהעדפת משפט נוכרי על פני משפט ישראלי". ובהמשך הקטע במדרש תנחומא אנו קוראים, שה"הולך לפני דייני כותים כפר בקב"ה תחילה ואח"כ כפר בתורה, שנאמר 'כי לא כצורנו צורם ואויבינו פלילים'." מהסיפא לומד הרב אריאל, כי:

קיימת זהות מסוימת בין המשפט לבין אלוקי המשפט בישראל, ולהבדיל בין המשפט הלאומי של כל עם ועם לבין יראתו של אותו עם...השופט האנושי יונק את ערכיו המוסריים, הגיונו המשפטי, וסמכותו הדיינית משופט כל הארץ, בורא העולם ויוצר האדם בצלמו לשם חיים של צדק ואמת...¹⁴⁴

בדרישה לחיים של צדק ואמת כורך הרב אריאל חיי חברה תקינים המתנהלים, המתנהלים על פי העיקרון "ואהבת לרעך כמוך" עם קביעותיו של הלל, שמה ששנוא עליך, על תעשה לחברך:

לגייר את אותו גר על רגל אחת באומרו לו, מאי דעלך סני לחברך לא תעביד, זו כל התורה כולה ואידך פירושו זיל גמור...לחיי חברה ישראליים יש יעוד אלקי וסדר אלקי...כל סטיה משיעורה המדויק של חכמת האל יתברך, יש בה משום גזל וחמס, המסכנים את קיומה של החברה...לכן אמרו במשנה (אבות פ"א) שהדין הוא אחד מהעמודים עליהם העולם מתקיים. וכל הדין דין אמת לאמתו נעשה שותף לקב"ה במעשה בראשית (שבת י"א), שהרי לא נברא העולם אלא לשם חיי צדק ואמת, והדין המכוין לדעת הקב"ה ומיישם את הצדק האלקי בחיי המעשה נעשה לו שותף ממש כביכול.

ואף כי בודאי מועילה הסכמתם ומחילתם של בני האדם בדיני ממונותיהם, אולם לא יתכן למסור את כל מערכת הצדק והחוק באופן עקרוני אך ורק להסכמה האנושית. זו משתנית לאופנות חשיבה שונות ומתחלפות ואין ביכולתה להקיף את כל האישים וכל הדורות. מדת הצדק שלה היא בהכרח יחסית וחלקית. הצדק המוחלט חייב להיות על-אנושי ועל-זמני

¹⁴³ אריאל, י' (תש"ם). המשפט במדינת ישראל ואיסור ערכאות, 319.
¹⁴⁴ אריאל, שם, 322-323.

ורק בזכותו יכול להתקיים גם הצדק הזמני והיחסי, הנחוץ לפעמים בתור הוראת שעה מיוחדת. **בפרט מוטלת חובת זהירות כפולה ומכופלת על הריבונות הממלכתית הישראלית, לא לסטות יתר על המידה ממידת הצדק התורנית המוחלטת** (ההדגשה שלי, מ"ס).¹⁴⁵

זאת ועוד, דיני ממונות מקצוע גדול בתורה הן והרוצה להחכים בחוכמת התורה, שהיא חוכמתו של ה' יתברך, יעסוק בהן (ב"ב, קעה, ב). וכי תעלה על דעתך, שמקצוע גדול זה, התופס חלק כה הגון בתורה, נכתב ונלמד לבטלה, חלילה! (והרי תורה ללא קיום אינה תורה כלל, שכל האומר אין לי אלא תורה אף תורה אין לו – עיין יבמות קט ב).¹⁴⁶

למרות ניסוחו הנחרץ מגביל הרב אריאל את קביעתו בשני תחו מי. אין הוא אוסר לסטות ממידת הצדק התורני, שביטוי קבלת דין תורה ואיסור ערכאות, אלא קובע, ש"לא לסטות יתר על המידה" (ההדגשה שלי, מ"ס) ממידת הצדק התורנית המוחלטת. האם הוא מתכוון בסייג של "לא לסטות יתר על המידה" לתקנות חכמים התלויות במקום ובזמן או לצמצום חובת ההתדיינות בדין תורה לענייני המשפט האזרחי? נראה שזאת אכן הכוונה של הרב אריאל, כי הוא מדגיש בדבריו את דיני הממונות התופסים "חלק כה הגון בתורה". התעלמותו של הרב אריאל מדיני הנפשות ומן המשפט הפלילי אינה מקרית, כי בתחום זה לא התפתחה ההלכה היהודית בגלל התנאים שהזמן גרמם.¹⁴⁶ הרב אריאל מציין שהאיסור לפנות לערכאות אינו נכלל בתרי"ג מצוות, כי הוא כלול באיסור של חילול השם ובמצוות האמונה בה' כנותן התורה כפי שכתוב ב"בספר החינוך" מצווה כ"ה. הרב אריאל מסיק "שכל המעדיף דיינים אחרים, גויים או הדיוטות, שאינם מוסמכים בעצם לדון בדיני התורה, אע"פ שבמקרה אולי כיוונו לדין אחד או לסברה אחת מדיני התורה, כסומא בארובה, נעשה ממילא ככופר בתורה ובחכמיה". הוא מבחין בין הזדקקות לערכאות של הדיוטות במקום שאין בני תורה במקום, כמו ערכאות שבסוריא המותרות בלית ברירה, לבין פנייה לערכאות של הדיוטות, כאשר בני תורה נמצאים במקום. במקרה הראשון הפנייה מותרת, במקרה השני היא נחשבת לכפירה. הפתח שפתחה ההלכה היהודית בעניין ערכאות של הדיוטות מחייב אבחנות ברורות, מסכם הרב אריאל את דיונו:

כשמדובר בהדיוטות המתנכרים לתורה באופן שיטתי ומעדיפים במוצהר דין נוכרי על פני דין תורה, איסור השפיטה בפניהם יהיה מן התורה. יתכן שהם עצמם, משום שהם תינוקות שנישבו, ולא גילו מעולם את המאור שבתורה, ולא יודעים כלל על קיומו של משפט התורה, אין כונתם למרוד בתורה בזדון. אך יהודי דתי היודע על קיומו של משפט התורה ועל מציאותם של תלמידי חכמים יודעי דת ודין, ובכל זאת הוא מעדיף להישפט בפני הדיוטות אלו, שמחמת אונסם כופרים בתורה, נחשב

¹⁴⁵ שם, 323.

¹⁴⁶ על עמדתם של פוסקי ההלכה כלפי המשפט הפלילי של מדינת ישראל, ראה להלן פרק 5.

למחרף ומגדף ולמרים יד בתורת משה , ואיסורו איסור חילול ה' ,
מדאורייתא, ודינו כהולך לערכאות של נוכרים.¹⁴⁷

דברים אלה רושם הרב אריאל עוד לפני שהוא מתייחס במילים מפורשות אל מערכת המשפט הישראלית. הוא אינו רואה ולו עניין חיובי אחד בשילוב דינים מהשולחן ערוך עם חוקי הכנסת, כי הסוגיה הזאת כאמור אינה הלכתית גרידא , אלא בעיקרה תיאולוגית . מכיוון שלא דיינים, אלא שופטים ומשפטים הדיוטות מפרשים את חוקי הכנסת , גם חוקים שמקורם בדין תורה יתפרשו במשך הזמן "על פי הרגלי חשיבתם ועולם מושגיהם השאול ברובו מאומות העולם, ונמצא שגם סעיפים אלו עוטים לבסוף לבוש נוכרי , מתבטלים ברוב, ודין מודה חוזר להיות כופר בכל".¹⁴⁸ אפשר להסיק מדבריו של הרב אריאל, שגם אם כל החוקים של מדינת ישראל היו מושתתים על דיני התורה, על חז"ל והפוסקים, עדיין היו בתי המשפט של מדינת ישראל פסולים, כי רק דיינים הגונים , כלומר אנשי אמונה ומצוות , הבקיאם בתורה, רשאים לשפוט את ישראל על פי דינים אלה . חקיקה דתית, שילוב של דין התורה במערכת חוקי הכנסת ואף אימוץ המלא של דין התורה לא היו משנים א ת גישתו השלילית למערכת המשפט של מדינת ישראל בכל הנוגע למשפט האזרחי . יתרה מזאת, המחויבות של המשפט הישראלי לעקרונות הדמוקרטיה , שהם עקרונות של חירות ושל שוויון , אינה מאפשרת להתייחס אל שופטי ישראל כאל תינוקות שנשבו , אלא מתברר , כי המשפט הישראלי הוא מערכת משפטית מגובשת המבקשת להגשים אידיאולוגיה הזרה לרוחו של דין תורה ולרוח ההלכה היהודית , כפי שנוסחה על- ידי פוסקי ההלכה , ראשונים כאחרונים , ובעיקר על- ידי פוסקי זמננו . שופטי ישראל נכללים אולי בקטגוריה של אנשים ש "לא גילו מעולם את המאור שבתורה, ולא יודעים כלל על קיומו של משפט התורה " , אך לא בטוח , שבמימוש האידיאולוגיה הדמוקרטית-ליברלית, "אין בכוונתם למרוד בתורה בזדון . " ברור לגמרי שהרב אריאל מכון את חציו אל השופטים הדתיים , נגד השופט יעקב בזק , עמו הוא מתפלמס על גבי "תחומין", ובעיקר נגד השופט אלון, שאת עמדתו הוא מגנה, כפי שצוין כבר לעיל.

3.5.7. הרב אברהם מרדכי ברייטשטיין (1988 ו-1992)

בספרו "כוח בי"ד יפה"¹⁴⁹ המכיל דיונים ובירורים בענייני חושן משפט , מתייחס הרב ברייטשטיין, רב חרדי מרמת פולין בירושלים , לחומרת האיסור לדון בערכאות . עיונו באיסור ערכאות מתחיל בסקירה מקיפה של דברי חז"ל ושל פוסקים ראשונים ואחרונים , וכבר מראשית עיונו מוגדרות הערכאות לא כ "ערכאות של גויים" וגם לא כ "ערכאות של הדיוטות", על-פי הנהג בדיון ההלכתי אצל חז"ל והפוסקים, אלא כ "ערכאות המלכות".

¹⁴⁷ שם, 327.

¹⁴⁸ שם, 327-328.

¹⁴⁹ ברייטשטיין, א"מ (תשנ"ב). ספר כח בי"ד יפה, פט-קב. דברים דומים, אך פחות מפורטים פירסם הרב ברייטשטיין (תשמ"ח) כבר בשנת 1988 תחת אותה כותרת: "לחומרת האיסור לדון בערכאות, קסו-קעא.

ועי' בשו"ת עדות ביעקב¹⁵⁰ סי' ע"ב והרב אורח לצדיק¹⁵¹ שכתבו דדינא דמלכותא לא היי' נהדינים שדנים בערכאות המלכות כפי ספרי דיניהם , ואפ' גזר המלך ללכת בערכאות אין שומעין לו וכל, עיי"ש.¹⁵²

מטבע הלשון בסיפא של דבריו לקוח מדברי הרמב"ם בהלכות מלכים: "המבטל גזרת המלך בשביל שנתעסק במצות, אפילו במצוה קלה הרי זה פטור, דברי הרב ודברי העבד דברי הרב קודמין ואין צריך לומר אם גזר המלך לבטל מצוה שאין שומעין לו".¹⁵³ בדיון על ערכאות המדינה מאחד הרב ברייטשטיין את סוגיית הערכאות של גויים שבגלויות ישראל עם סוגיית בתי המשפט של מדינת ישראל. לכן הוא אינו מבדיל בין ערכאות המדינה בעיר אלטונה באשנכז בשנת תקס"ה-1805,¹⁵⁴ לבין בתי המשפט של מדינת ישראל. כבסיס לדיון על בתי המשפט של מדינת ישראל, מהווים דברי החזון אי"ש שהובאו לעיל¹⁵⁵, שלדעת הרב ברייטשטיין מקבלים יתר תוקף בדברי הרב יואל משה טייטלבוים¹⁵⁶, מנהיגם של חסידי סטמאר במחצית המאה ה-20:

כי אלו החוקים חוקי עכו"ם באר"י [ארץ-ישראל] לכוף את ישראל לחוקיהם ורוצים במשפטיהם רק בחוקי עכו"ם, ובכוונה עוזבים לגמרי את תוה"ק זה גרוע הרבה יותר מהילוך בערכאות דאלו כשהלך בערכאות בשביל תאות ממון אינו אלא כחירוף וגידוף בכ"ף הדמיון אבל זה חירוף וגידוף ממש שמבעטים בתוה"ק לחוקק להם חוקי עכו"ם, הרי זה כפירה גמורה בתוה"ק".¹⁵⁷

¹⁵⁰ הרב יוסף רוזין, רבה של טעלז, היה חותנו של הרב ריינס ומחבר הספרים שו"ת "עדות יעקב", "פרת יוסף" ו"שארית יעקב".

¹⁵¹ רבי אליעזר ליפא וייסבלום, בעל ספר "אורח לצדיק", היה אב בית הדין בחמעלינק שבגליציה, ונפטר בשנת תקע"ג (1813).

¹⁵² ברייטשטיין, שם, צג

¹⁵³ רמב"ם, הלכות מלכים ג, ט.

¹⁵⁴ הרב ברייטשטיין מצטט את שו"ת זכר צדיק (אלטונה תקס"ה), המשבח את עם ישראל שבימים עברו, כאשר גירושם, זמני תלאות וצרות רבות עברו על ראשו: "בכ"ז לא סר מחוקק מאתנו. וממנו משפטנו יצא לאור עפ"י הד"ת והחוקים אשר נתנו לנו למורשה, ועתה אוי לדור שאויבנו פלילים וידל כבוד יעקב בגויים ומשפטיו בל יזכרו עוד וכו' איך לא יבושו ולא יכלמו....". (שם, צה)

¹⁵⁵ חזון אי"ש, סנהדרין סי' ט"ו, ד: "אבל אם יסכימו על חוקים הרי הם מחללים את התורה ... ואין נפקותא בין בא לפני אינם ישראלים ובין ישראל ששופט ע"פ חוקים בדוים עוד הדבר יותר מגונה שהמירו משפטי התורה על משפטי ההבל ואם יסכימו בני העיר על זה אין בהסכתם ממש, ואם יכופו על זה משפטם גזלותא ועושה, ומרימים יד בתורת משה".

¹⁵⁶ הרב יואל משה טייטלבוים, מנהיגם של חסידי סטמאר באמצע המאה ה-20, נולד בהונגריה בשנת תרמ"ח (1888) ונפטר בניו-יורק בשנת תשל"ט (1979). בין כתביו: **יואל משה**, **דברי יואל** על התורה, **חידושי תורה** ואיגורת.

¹⁵⁷ דברי הרב יואל משה טייטלבוים מובאים בכח **בי"ד יפה**, צח.

בהמשך מביא הרב ברייטשטיין את דבריו של הרב משה פיינשטיין¹⁵⁸ ושל הרב יחזקאל סרנא, ראש ישיבת חברון¹⁵⁹. אלה גורסים, שמשפטם של כופרים חמור יותר ממשפטם של נוכרים, ו"ערכאות מדינה" הן גרועות מערכאות של נכרים".¹⁶⁰

מהמורה"ז מרגליות¹⁶¹ לומד הרב ברייטשטיין על טיבו של המשפט הישראלי הממלכתי, המורכב מ"חוקים עותומאניים ובריטיים ושאר אומות העולם", אשר הבל המה מעשה תעתועים אשר לא באלה חלק יעקב, וחקות העמים הבל הוא (ירמיה י') ... האומרים לרע טוב ולטוב רע, שמים חושך לאור ואור לחושך, מר למתוק ומתוק למר...".¹⁶² בהמשך הוא פונה אל המדרש הגדול¹⁶³ בפרשת האזינו (ל"ב ל"א) הדן בטיבן של אומות העולם "כאשר נותנים להם תוקף (שלטון) משמים הן נהוגין עמנו במדת האכזריות הורגין ממנו וצולבין ממנו ושורפין ממנו רח"ל",¹⁶⁴ כרקע לפנייתו של עם ישראל אל הקב"ה: "הכתבת בתורה שלא יהא או יב לא דן ולא מעיד שנא' והוא לא אויב לו (במדבר ל"ח כ"ג) ואתה העמדת עלינו אויבים עדים ודיינים." מן המדרש הגדול מסיק הרב ברייטשטיין על המציאות המודרנית:

ויש ללמוד מנוראות דברי המדרש לגבי חומר האיסור שבחמורות, שלא לדון בפני הערכאות של השופטים הציונים בארץ ישראל, כי כמה גדול חס"ח"ו כאשר יהודים שומרו תומ"צ באים לדון בפני אלו שהם בודאי "אויבנו פלילים" אויבי התורה והדת ורחוקים ממשפטי התורה והש"ע (גם לרבות השופטים חובשי הכיפות) שהם אויבנו, אויבי היהדות החרדית ואויבי המדקדקים בקלה כבחמורה (ההדגשה שלי, מ"ס).¹⁶⁵

כאמור הביא הרב ברייטשטיין מובאה מדברי המורה"ז מרגליות על יסודותיו העות'מאניים והבריטיים של המשפט הישראלי, ובהמשך הוא מכנה את המשפט הישראלי משפט אסלאמי, כנראה בגלל שורשיו העות'מאניים, מבלי לדעת שהמשפט האזרחי העות'מאני אימץ חלקים גדולים של המשפט האזרחי הצרפתי, ה-Code civile של נפוליון משנת 1804:

ועלובה עיסה שנחתומה מעיד עליה, הוא שופטם "העליון" ג. פרומקין שתירגם (בתחילת התהוות מדינתם) לעברית את ספר החוקים והמשפט

¹⁵⁸ הרב משה פיינשטיין נולד ברוסיה בשנת ה'א תרנ"ה (1895), למד שם ואף כיהן ברבנות עד הגירתו לארצות הברית בשנת ה'א תרצ"ז (1937). ישיבתו בניו יורק, "תפארת ירושלים", היא אחת הישיבות המעולות הודות להנהגתו. ר' משה היה מוכר כפוסק הגדול בארה"ב, ותשובותיו מופצות בעולם היהודי כולו. הוא דן בתשובותיו בבעיות טכנולוגיות מודרניות וגם בעיקרי היהדות. הוא נפטר בשנת ה'א תשמ"ו (1986).

¹⁵⁹ נפטר באלול תשכ"ט (1969).

¹⁶⁰ ברייטשטיין, שם.

¹⁶¹ מורה"ז מרגליות, מאמרי רבי אלעזר ברש"י, שם, צח.

¹⁶² שם, צח-צט.

¹⁶³ המדרש הגדול, האזינו לב, לא. שם, צט.

¹⁶⁴ שם.

¹⁶⁵ שם, ק.

בקובץ דיניהם הנקרא מג' לה¹⁶⁶, שעליו הושתתו חוקי המדינה הציונית שעברו לידם בירושה מאת ממשל המנדט. ואלו דבריו שכתב בראש ספרו שנכתב בחודש שבט תשי"ב:

אך בוודאי שלא ניתן לשער כי יהיה עוד קיום לקובץ דינים אזרחי המבוסס על המשפט האסלמי במדינת ישראל עם התקרב השנה החמישית להיווסדה. ועו"כ שם: המגלה הוא ספר חוקים אזרחי שעפ"י כמה מחלקיו נוהגים כיום בתי המשפט במדינת ישראל אל בדיני ממנות ודיניה מבוססים על יסודות המשפט האסלמי, מקום האישלם ויסודו הוא הקוראן שעליו הוטבעו גם אדני המשפט – עם כבוש הארץ ע"י צבאות ההסכמה, קיבלה ארץ ישראל, וממנה מדינת ישראל, יחד עם כל החוקים העותומניים גם את המג'לה עכ"ל פרומקין¹⁶⁷

.....

הערכאות הציוני ממירים תורת אמת חוקי סיני לחוקי הקוראן האישלם והמנדאט ודומיהן הלקוחים זעיר שם זעיר שם מאשפת העמים.¹⁶⁸

3.5.8. הרב ירוחם פישל אדלר (1993)

הרב ירוחם פ' אדלר, גם הוא רב חרדי מירושלים, פרסם בשנת 1993 סידרה מקיפה של מאמרים על "בתי דינים של ערכאות" בעיתון החרדי "המודיע". עצם פרסום המאמרים בעיתון, על היות בתי המשפט של מדינת ישראל ערכאות, עשוי להצביע על כך, שאיסור הפנייה לערכאות של מדינת ישראל אינו מובן מאליו ושאיפילו ציבור חרדי לא תמיד פועל על-פי הנחיות רבניו. אולם רוב המאמרים עוסקים דווקא בפרקטיקה של דין ערכאות,¹⁶⁹ ביוצאים מן הכלל ובתנאים בהם נזקקים להם.

את המאמר הראשון פותח הרב אדלר במבוא קצר, בו הוא מנסח את עמדתו העקרונית כלפי ערכאות שאינם דנים על פי דין תורה הן של גויים והן של יהודים.¹⁷⁰ לדעתו יש בדין ערכאות שלושה איסורי "לאו מדאורייתא", "לפניהם – ולא לפני עכו"ם", "חילול השם וחירוף וגידוף", ו"אם הוציא ממון בערכאות בניגוד למשפטי תורה" ק' יש בכך איסור גזל. שלושת הלאווים מוכרים היטב מתוך הדיונים של פוסקי ההלכה ושורשיהם בתורה ובספרות חז"ל. הוא מפרט את שלושת האיסורים תוך ציון המקורות עליהם הוא מתבסס:

לפניהם, דהיינו "אסור לדון ולהתדיין בפני דיינים גויים, אפילו במשפט מסוים שדיניהם דומים לדין תורה"ק....וכדכתיב 'ואלה המשפטים – תשים לפניהם' ודרשינן 'לפניהם – ולא לפני

¹⁶⁶ "המג'לה" הינו קובץ חוקים אזרחיים עות'מאני שהתבסס בחלקו על חוקי האישלם. קובץ זה הונהג בארץ ישראל בשנת 1873. שלטונות המנדט הבריטי ביטלו חלקים מהקובץ ואימצו את יתרתם ב "דבר המלך במועצתו לארץ-ישראל 1922". עם קבלתה של פקודת סדרי שלטון ומשפט ב-1948, שקבעה, כי המשפט הקיים יישאר על כנו במדינת ישראל עד להחלפתו, החל תהליך של המרתו על-ידי חוקי הכנסת. תהליך זה הושלם ב-1984 עם קבלת ה"חוק לביטול המג'לה".

¹⁶⁷ שם, קא.

¹⁶⁸ שם, קב.

¹⁶⁹ על עמדתו של הרב י"פ אדלר בנושא איסור ערכאות במציאות הישראלית המודרנית, ראה להלן פרק 4.

¹⁷⁰ אדלר, י"פ (תשנ"ג). בתי דינים של ערכאות, כד.

גויים". לאיסור זה, המבוסס על השולחן ערוך, מוסיף הרב אדלר את הנימוק התיאולוגי של חילול השם. לצורך זה הוא מצטט את הרמב"ם ואת השולחן ערוך: "וכל הבא להתדיין בפניהם הרי זה רשע וכאילו חירף וגידף והרים יד בתורת משה רבינו עליו השלום". והוא מוסיף את דברי המדרש בתנחומא: "כל מי שמניח דייני ישראל והולך לפני עכו"ם, כפר בהקב"ה תחילה, ואח"כ כפר בתורה. וכל ההולך לדון בערכאות (שלא ברשות ב"ד) אין מצרפים אותו למנין עשרה. ויש מי שכתב, שההולך לפני ערכאות ומתדיין בפניהם הרי זה יצא מהדת ונידון כמומר רח"ל".¹⁷¹ לאיסור ערכאות יש גם פן הלכתי, כי מי שתבע את חברו להופיע בעל כורחו בפני ערכאות והוציא ממנו ממון בניגוד לדין תורה, עובר על איסור ג' זל וחייב להשיב את הגזילה לרעהו, - "ואם קידש אשה בממון זה אינה מקודשת".

כאמור יש כאן דיון תמציתי ביותר על איסור ערכאות, על איסורים מדאורייתא, הלכתיים ותיאולוגיים. החשוב לעניינו, הוא שהרב אדלר כולל באיסור הערכאות את בתי המשפט של מדינת ישראל מבלי לדון בערכאות של הדיינות, בערכאות שבסוריא, ובלי התלבטות בשאלה, אם מדובר באיסור על מי שאינם דייני ישראל, או באיסור להתדיין בדיון שאינו מדיני ישראל. הוא מסכם עבור קוראיו:

איסור זה, כולל גם איסור להתדיין לפני דיינים ישראלים שדנים לפי חוקים ומשפטים זרים – שלא כמשפט תורתנו הקדושה, וכדוגמת בתי המשפט החילוניים שבארצות הברית.

כאמור אוסר הרב אדלר את הערכאות של גויים, גם כאשר משפטם כדיני ישראל, ואת הערכאות של ישראל, כאשר דינם אינו דין תורה. לא מצאנו התייחסות לערכאות של ישראל שאינם בני תורה הדנים על פי דיני ישראל.

מה שלא מסבירה עמדתו ההלכתית של הרב אדלר, יכול להסביר מדרשו. באחד ממאמריו הוא מצטט "מעשה מאלף איך שהשתדל התנא רבן גמליאל לבזות ולהלעיג על שופט ערכאות" המופיע בתלמוד הבבלי במסכת שבת:

אימא שלום דביתהו [אשתו של] דרבי אליעזר אחתיה [אחותו של] דרבן גמליאל הואי [היתה]. הוה ההוא פילוסופא בשבבותיה דהוה שקיל שמא דלא מקבל שוחדא [היה פילוסוף (נוצרי) אחד בשכנותם, שהוציא שם שאינו מקבל שוחד]. [ופרש"י, היה מוציא עליו שם: שאינו מקבל שוחד מבעלי דינין הבאין לפניו, והיה מקבל בסתר]. בעו לאחוכי ביה [רצו לצחוק בו]; אעיילא ליה שרגא דדהבא, ואזול לקמיה [הכניסו לו] (בסתר) מנורה של זהב ובאו לפניו (היא ואחיה, כאילו על מנת להתדיין). אמרה ליה: בעינא דניפלגי לי בנכסי דבי נשי [רוצה אני שיחלקו לי חלק בירושת נכסי אבותי]. אמר להו: פלוגו [חלקו]. אמר ליה כתיב לן: במקום ברא ברתא לא תירות [כתוב לנו] (בתורה): במקום שיש בן – הבת לא תירש. אמר ליה: מן יומא דגליתון מארעכון איתנטלית אורייתא דמשה, ואיתיהיבת עוון גליון, וכתיב ביה: ברא וברתא כחדא ירתון [אמרה לו: מים שגליתם מארצכם ניטלה תורת

¹⁷¹ הרב אדלר מסתמך בקביעתו זאת על **כסף הקדשים** רס"ו כו, ס"ו קנו סע' ז.

משה וניתן האוונגליון וכתוב בו הבן והבת ירשו כאחת]. למחר הדר עייל ליה איהו חמרא לובא [למחר הכניס לו הוא, (רבן גמליאל לפילוסוף) חמור לובי (וכשבאו להתדיין)]. אמר להו [אמר להם]: שפילית לסיפיה דעוון גליון וכתב ביה: אנא לא למיפחת מן אורייתא דמשה אתיתי [ולא] לאוספי על אורייתא דמשה אתיתי . וכתב ביה: במקום ברא ברתא לא תירות [עיינתי בסופו של האוונגליון וכתוב בו: אני האוונגליון לא לפחות מתורת משה באתי ולא להוסיף על תורת משה באתי וכתוב בה (בתורת משה) במקום בן הן הבת לא תירש]. אמרה ליה: נהור נהורין כשרגא [יאיר אורך כמנורה! (לרמז לו על המנורה שנתנה) - אמר ליה רבן גמליאל: אתא חמרא ובטש לשרגא [בא החמור ובעט במנורה (וממילא נתגלה כל אותו מעשה)]. [ופרש"י ובטש: דחפתו לארץ (כלמור אני נצחתי בשוחד) וכתב דכל זה עשו רבן גמליאל ואחותו "כדי שישמעו המתאספים שם נבלותו ומי הוא.¹⁷²

מהמדרש שבמסכת שבת לומד הרב אדלר מוסר השכל לגבי ימינו:

הרי לפנינו מעשה רב שקודשי עליון הללו הטריחו עצמם ובזבזו זמנם כדי לבזות ולחלל את כבודם, יוקרתם ואמינותם של שופטי הערכאות. הוא הדבר האמור לעיל שהמחלל כבוד שופטי הערכאות הרי זה בכלל מקדש השי"ת. ממעשה זה עלינו ללמוד, שחלילה לירא שמים להתבטאות, שכאילו שופטי הערכאות אמינים או ישרים יותר לעומת ד' ייני ישראל הדנים לפי תורה "ק". עונשו של המסייע לעוברי עבירה המתדיינים בערכאות: ארור הוא לאלוקי ישראל ובנידוי ושמתא ליהוי ויהי על פני השדה כודמן.

אמינותם של דיני עכו"ם תופסת מקום חשוב בדיונים ההלכתיים של ימי הביניים ושל ראשית העת החדשה, והעיסוק בנושא זה מעיד על חששם של יהודים, שנאלצו לפנות לערכאות על מנת להציל בהן את רכושם, ונוכחו לדעת, כי דיני עכו"ם מצפים לקבל מידיהם שוחד. באזכור בעיה כאובה זאת, בהקשר של מערכת המשפט של מדינת ישראל יש מסר ברור של בוז וזלזול, שהוא מעבר לפסילה ההלכתית של מערכת המשפט של מדינת ישראל על-ידי פוסקי ההלכה החרדיים: "קדושי עליון הללו הטריחו עצמם ובזבזו זמנם כדי לבזות ולחלל את כבודם, יוקרתם ואמינותם של שופטי ערכאות." הרב אדלר מוסיף, כל המחלל את כבודם של שופטי ערכאות הרי הוא בכלל מקדש השם יתברך. לא במקרה נמנע הרב אדלר בדיונו על המדרש במסכת שבת מלכנות את השופטים הללו דיני ערכאות של גויים או עכו"ם, אלא מסתפק בכינוי "שופטי ערכאות", מונח ניטרלי שיכול להצביע על דיני גויים בגולה ועל שופטי ישראל במדינתם החדשה.

3.5.9. הרב יובל שרלו 2001¹⁷³

הרב שרלו נשאל בסוף שנת 2001: האם מותר להתדיין בבית משפט חילוני? והוא ענה, כי עדיף להתדיין בבית דין רבני – הן משום שדייניו קרובים לדיני תורה, והן משום שיעילותו

¹⁷² בבלי, שבת קטז. הוספנו בסוגריים את התרגום של הקטעים הארמיים לעברית כפי שעשה זאת ע' שטיינזלץ)
¹⁷³ ראש ישיבת הסדר בפתח-תקוה.

מעל האחרים. אך מכיוון שבבתי-הדין הרבניים יש גם פגמים, הוא מציע להקים בית דין רבני בשיטה של "זה בורר לו אחד", או ללכת לדין הידוע ביושרו הרב ושאינו מזד מה עם זרם מסוים. באופן מפתיע גורס הרב שרלו, שלא ניתן -

לאסור באיסור גורף ללכת לבית דין חילוני, בעיקר כאשר בית-הדין הרבני אינו יכול לתת סעד משפטי הולם, בשל חוסר סמכות וכדו'. בית דין חילוני הוא יכוח גדול בהלכה, למן דעת החזון אי"ש ששלל אותו לחלוטין, וכן גדולי ישראל אחרים, ועד להנהגות מעשיות של גדולי ישראל שפנו אליו בשעת צרה, בשל הבעיות שהזכרתי לעיל.

בהמשך דבריו שוב מפתיע הרב שרלו וחוזר על טענה שהשמיע כבר בעבר:

המשפט החילוני יכול להיחשב כ **משפט המלך** (כדבר האדמו"ר מסטכאטוב זצ"ל), או **כבית דין של הדיוטות**, או כג' **רועי בקר** הפועלים מכוח קבלה וכדו' (הדגשות שלי – מ"ס).¹⁷⁴

בטענה זאת מצטרף הרב שרלו אל הרבנים המעטים שבשנות החמישים הכשירו את בתי המשפט של המדינה, והוא שואל: כיצד – באופן עקרוני – יש להתייחס אל מערכת המשפט של מדינת ישראל? ועל כך הוא משיב:

כידוע, ישנה דרשה תנאית "לפניהם ולא לפני הדיוטות", ודרשה זו אוסרת על היזדקקות לבית דין שאינו פועל על פי ההלכה. אף על פי כן, כתבו פוסקים, בתחילת דרכה של המדינה, כי ישנו מעמד של ממש לבתי הדין של מדינת ישראל וזאת מהסיבות הבאות

1. אין לנו בית דין על פי ההלכה ובשל כך לא ניתן לדון בבית דין של מומחין.
2. גם ההלכה מכירה בבתי דין אלטרנטיביים, כמו ג' הדיוטות, ערכאות שבסוריא וכדו'.
3. הענקת מעמד של 'משפט המלך' לבתי הדין של המדינה.
4. דינא דמלכותא דינא.
5. הסכמת הקהל.
6. דרך ארץ שקדמה לתורה - כלומר, לא תיתכן חברה ללא מערכת דין, ואפילו 'חבורה של שודדים' יש לה דין כזה.

ובהמשך, כאילו הרגיש, שהרחיק לכת במתן הכשר הלכתי לבתי המשפט של מדינת ישראל, מבהיר רב שרלו:

¹⁷⁴ שרלו, י' (2001). האם מותר להתדיין בבית המשפט חילוני? <http://moreshet.msn.co.il/shut/shut2.asp?id=3378>. 12.12.2001. חמישה ימים מאוחר יותר משיב לרב שרלו הרב יוסי זריצקי: "אסור לפי ההלכה להתדיין בבית משפט חילוני, לא מצאתי שום היתר בשום פוסק ללכת לבית משפט חילוני, או כלשון הגמ' 'ערכאות'. מותר ללכת לבית משפט חילוני רק כאשר תבעת לבית דין, והנתבע לא הגיע, ובית הדין קרא לו שלש פעמים והנתבע התעלם מהקריאה, אז מותר ללכת לבית משפט, ורק לאחר שקיבלתי אישור על כך מבית הדין."

למעשה, יש דיסוננס בתחום זה, כלומר: מחד גיסא, כמעט ואין אף פסק הלכתי מובהק של גדולי הדור המקבילים אפילו את אחד הנימוקים הבאים הסיבה הברורה היא יחסם העקרוני למדינת ישראל, והעובדה כי הקהל שאליו הם פונים אכן יכול להיזדקק לבתי הדין הרבניים. מאידך גיסא, פונים כמעט כולם בפועל למערכת זו.¹⁷⁵

הרב שרלו טוען גם, שבתחום זה הוא הולך בעקבות גדולי התורה של הציונות הדתית, ביניהם הרב הרצוג, הרב בר אילן, הרב נריה והרב ישראלי, שהעניקו מעמד – כל אחד בדרכו – לבתי הדין של מדינת ישראל, ועל כן הוא סובר, שאכן יש להם מעמד.¹⁷⁶ והוא מסיים את תשובתו: [אני] "סובר שיש מקום להיות חלק ממערכת המשפט הישראלית, כל אימת שלא ניתן לפנות למערכת בתי הדין. זו הדרך לקיים את מצוות התורה באופן הקרוב ביותר ל'צדק צדק תרדוף' ולחובה לבער את הרע מישראל, ולהרבות משפט וצדק."

דבריו של הרב שרלו הם חריגים על רקע עמדותיהם של רבני הציונות הדתית. ואמנם אלה, שבשם נקב, לא הכשירו את בתי המשפט¹⁷⁷ של מדינת ישראל, אלא לשם הצלת רכוש של בעל דין בלבד, כאשר בית הדין אינו מסוגל לכפות על בעל הדין את פסיקתו.

3.6. עמדתם העקרונית של בתי הדין הרבניים¹⁷⁸

פעמים רבות הובעה ב בתי הדין הרבניים עמדה הלכתית כלפי חוקי מדינת ישראל¹⁷⁹, אולם רק פעמים ספורות נוסחה בהם עמדה הלכתית עקרונית כלפי מערכת המשפט של מדינת ישראל. צורך זה התעורר בעיקר כאשר הכפילות המשפטית בתחומי אישות ובתחומי המשפט האזרחי הכבידה על המתדיינים בענייני אישות ועניינים של חושן משפט. במציאות, רבים עוברים ממערכת אחת לאחרת, כך שבית הדין הרבני מתבקש לא פעם ליישב קונפליקט, שטופל כבר בבית המשפט האזרחי. לכן חייבים בתי הדין הרבניים להתייחס אל מערכת המשפט של המדינה בשני מישורים, כפי שנראה בהמשך: במישור הראשון, התייחסות עקרונית – מתן היתר לאדם מישראל לפנות אל ערכאות שאינן פוסקות על פי דין תורה או שלילתו, ובמישור השני התייחסות פרגמטית – קביעת מעמדן ההלכתי של הכרעות שמתקבלות בערכאות אלו.¹⁸⁰

¹⁷⁵ שרלו, י' (2001). עריכת דין בראי ההלכה, <http://moreshet.msn.co.il/shut/shut2.asp?id=1057>, שם.

¹⁷⁶ הרב שרלו כתב אמנם "בתי-דין" ולא "בתי-משפט", אך בהמשך הוא מבטל כל אפשרות של ספק לגבי זיהוי מערכת משפט זו.

¹⁷⁷ אמנם רוב הרבנים והפוסקים שדבריהם הובאו לעיל מכהנים גם כדיונים בבתי-הדין הרבניים, אך נראה לנו, שהדיון העקרוני במסגרת שו"ת או דיון הלכתי תיאורטי של פוסק, שונה מניסוח עמדה הלכתית של בית-הדין הרבני.

¹⁷⁸ מנהל בתי הדין הרבניים דאז, הרב דב כ"ץ, סיכם בשנת תשל"ו (1976) את עמדתם של בתי הדין הרבניים כלפי חוקי מדינת ישראל על בסיס עיונו בקבצי פסקי הדין הרבניים [להלן: פד"רים] שנתפרסמו עד מועד זה, ב-פסיקת בתי הדין הרבניים והחוקים, ירושלים תשל"ו. עיון בכרכים, שנתפרסמו עד מועד כתיבת מחקר זה, יכול לאשר את המגמות אותן שרטט הרב כ"ץ כבר ב-1976.

¹⁷⁹ הפרק הבא יעסוק בעמדתם של בתי הדין הרבניים ושל פוסקי ההלכה כלפי מערכת המשפט במבחן הפרקטיקה.

להלן נציג את הדיונים שבהם הובעה העמדה העקרונית של בתי הדין הרבניים כלפי מערכת המשפט האזרחית של מדינת ישראל:

3.6.1. מה בין ערכאות של גויים לערכאות של הדיוטות?

ב-7 בדצמבר 1994 התקיים בבית-הדין הרבני האזורי של תל-אביב דיון בו ראו הדיינים הרב י' בוחבוט, הרב א"צ שינפילד ואב בית הדין הרב נ' בן-שמעון צורך לנסח את עמדתם העקרונית כלפי מערכת המשפט של מדינת ישראל. הדיון היה אגב תביעה בה נתחייב התובע כלפי בנק לה תדיין בבתי המשפט הכלליים של המדינה. אך למרות התחייבותו הוא פנה למערכת המשפט התורנית בטענה "שהואיל וזאת עבירה, ובניגוד להלכה, מותר לחזור בו כחלק מעשיית תשובה". בית הדין ניסה להזמין את הנתבע כמה פעמים, אך כשהתברר שהוא מסרב להופיע לפניו, הוציאו על-פי בקשת התובע כתב סירוב נגדו.¹⁸¹ כאמור לא הופיעו נציגי הבנק שנגדו תבע התובע תביעה כספית, אך היועץ המשפטי של הבנק הבהיר במכתב אל בית הדין הרבני: "כל לקוחות הבנק ובכלל התובעים חתמו בכתב ידם שהם מקבלים על עצמם את מערכת השיפוט הכללית השוררת במדינת ישראל, לכן אין ביה"ד המקום שבו יש לנהל תביעה זו".¹⁸² נוכח סירוב נציגי הבנק, החליטו הדיינים, שלפני הוצאה של כתב סירוב עליהם לדון, "אם אדם חתם לדון בשיפוט הכללי, האם יכול לחזור בו כטענת ב"כ התובעים?"¹⁸³ אב בית הדין, הרב נ' בן-שמעון הקדיש את הדיון של ה-7 בדצמבר 1994 כולו ל"חומרת איסור הליכה לערכאות, כי לצערינו, שרבים טועים בהלכה זו וחושבים שיש בזה רק חסידות או חומרא בעלמא".¹⁸⁴

אחרי הבאת דברי הרמב"ם מפרק כו בהל' סנהדרין על איסור פנייה לערכאות שלהם, תוך אימוץ הגרסה "כל הדין בדיינים עכו"ם" (ולא גרסת כתב היד התימני: דיני עכו"ם)¹⁸⁵, מתמודד אב בית הדין עם השאלה, האם קיים הבדל עקרוני בין ערכאות של גויים לערכאות של הדיוטות. מפרשנות הרמב"ם לפסוק הראשון של פר' משפטים, מסיק הרב בן-שמעון שהאיסור מתייחס באופן שווה ל"לפני כותים" ול"מי שאינו שופט על פי התורה". מסקנה זו תמוהה נוכח דבריו המפורשים של הרמב"ם:

ואעפ"י שהזכירו שתי הכתות האלה כאחת (הדיוטות וכותים) יש הפרש ביניהם, שאם רצו שני בעלי הדין לבא לדון לפני הדיוטות שבישראל מותר

¹⁸¹ פסקי דין של בתי הדין הרבניים בישראל, יח, תיק מס' 26/נ"ד, 83.

¹⁸² שם, 83.

¹⁸³ שם, 85.

¹⁸⁴ שם.

¹⁸⁵ ראה לעיל דיון במשמעות של הבדלי הגרסאות, פרק 2.

והוא ודינו דין, אבל לפני הכותים אסורים לבא לדין לפניו לעולם ואפילו
היה דיניהם כדיניו, ע"כ.¹⁸⁶

מכאן, שהרב בן-שמעון מתעלם מ הצוהר שפתח הרמב"ן להבדיל בין ערכאות של גויים לערכאות של הדיוטות, ודווקא בתחום שהוא רלוונטי למקרה המשפטי שעמד לפני בית הדין - הסכמת שני הצדדים לה תדיין בפני בית המשפט של המדינה. בהמשך מביא הרב את אותם מקורות הלכתיים המסבירים את חומרת האיסור של פני יה לערכאות, השוללים את ההבחנה בין ערכאות של גויים לאלה של הדיוטות, ואוסרים על בעלי הדין להתנות על פניה לערכאות.

מהתשובה"ץ לומד הרב בן-שמעון, על המימד האמוני שבדין ערכאות: "שכל המביא דיני ישראל לפני עכו"ם מחלל את ה' ומייקר שם עבודה זרה שלהם ... ואם קידש אשה באותם מעות [שזכה בהן בערכאות, מ"ס] אינה מקודשת וכאילו חירף וגידף והרים יד בתורת משה רבינו ע"ה.¹⁸⁷ רבנו חיי [אולי צ"ל. בחי"י¹⁸⁸, מ"ס] צוטט כאן כמביא את הראייה ההלכתית לאיסור הערכאות, בבואו להשוות את העבירה של הפנייה לערכאות לגזל ולרצח:

ושתי עבירות אלו החמורות יותר מהרציחה (גזל וחילול ה') נכללות בעון ערכאות של גויים חילול ה' שעוזב דיני ישראל והולך אליהם, וגזל שכל המניח דיני ישראל ומוציא בערכאות הר"ז גזל גמור והוא אינו חושבו גזל וע"כ אינו מחזיר ולפיכך אין לו מחילה לעולם.¹⁸⁹

3.6.2 האם מותר להתנות על התדיינות בפני ערכאות לפי הכלל "כל תנאי שבממון קיים"?

איסור חד-משמעי להתנות על הפנייה לערכאות לומד אב בית הדין, הרב בן-שמעון מתשובת הרא"ש:

מי שקיבל על עצמו אם לא אפרע לך מעותיך אני נותן לך רשות לקבול עלי לפני ערכאותיהם אפיה "כ אסור להוליכו לפני ערכאותיהם ואפילו שהיו דנים כדיניו אסור ללכת לפניו...¹⁹⁰

אחרי דברי ראשונים אלה, הוא מביא את דבריהם של אחרונים. חשובים כאן במיוחד דבריו של החזון אי"ש, האוסר, כאמור, להתנות על התדיינות בפני ערכאות ומתיר את הפנ ייה להדיוטות רק במקום שאין בו בקיאים בתורה, היתר שבא למנוע פנייה של יהודים לערכאות. כזכור, היה זה גם החזון אי"ש שגרס, כי אין הבדל בין ערכאות של גויים לערכאות של יהודי ששופט על פי חוקים בדויים.¹⁹¹ ראינו לעיל, שפוסקים רבים, חרדים כאורתודוקסים-מודרניים, תופסים את דבריו אלה של החזון אי"ש כמחייבים.

¹⁸⁶ רמב"ן, לשמות כא, א. ראה לעיל דיון בדברי הרמב"ן בפתיחה לפרשת משפטים, פרק 2.

¹⁸⁷ תשב"ץ, ג, סי' רצ.

¹⁸⁸ בדיקת הטקסט בתקליטור שו"ת ב"א לא איפשר לשייך את הטקסט המצוטט למחבר מסוים.

¹⁸⁹ פד"ר, יח, 86.

¹⁹⁰ שם.

¹⁹¹ חזון אי"ש, סנהדרין סי' טו, ד, שם, 86.

על מנת לחזק את האיסור על פניית יהודים להדיוטות, בא הרב בן-שמעון לסתור דעה מוטעית, אך רווחת, כאילו נוכחותם של שופטים שומרי תורה ומצוות בבתי המשפט מבטלת את איסור הערכאות, ומביא את דבריו של הרב פראנק מ"ציץ אליעזר":

... לפי השערתי, בוודאי מברך הוא בכל יום שלא עשני גוי וכל והלא שלוש ברכות הללו שמברכים שלא עשני הוא רק על המצוות והתורה שנתן לנו הקב"ה ואם מבטלים מצוות ומשפטי התורה ובוחרים במשפטי הגויים על מה הוא מברך שלא עשני גוי.¹⁹²

תמיכה בטענתו של הרב פראנק מוצא הרב בן-שמעון גם בדברי הריא"ה הרצוג, והוא מסיק, תוך הפנייה אל הרב יוסף¹⁹³: "לדעת כל הגדולים הנ"ל דין בתי המשפט כדין ערכאות של עכו"ם."¹⁹⁴

3.6.3 האם מנהג מבטל הלכה בעניין ערכאות?

הרב בן-שמעון מפריך בהרחבה גם את הטענה, כאילו לבתי המשפט של מדינת ישראל יש "דין מנהג", נוכח העובדה ש"הם של ישראל שנקבעו לכך ע"י השלטונות, כאילו מנהג המקום להתדיין בפניהם ולכן אין בזה איסור". בנושא זה מביא הרב בן-שמעון את עמדות שו"ת מהרש"ך¹⁹⁵ ואת דברי המשפט צדק¹⁹⁶, המתירים, לכאורה, התדיינות לפני הסוחרים, כמנהג הסוחרים, אז אכן מנהג מבטל הלכה. ואם המנהג הוא לה תדיין על-פי ערכאותיהם בעניינים פרטיים במשא ומתן בין אדם לחברו, ודאי מנהגם הופך למנהג. אך שאלת תוקפו של המנהג זוכה גם להתייחסויות אחרות, והרב בן-שמעון מצטט ארוכות את דברי בעל הכנה"ג¹⁹⁷ בספר "בעי חיי":

עמדתי בחקירה אחת עצומה שיש לחקור בנידון דידן והיא זאת אם במקום אחד נהגו במנהג הראוי להשען עליו כפי הדין כי יהיה להם דבר הן לריב ומצה ללכת להתדיין בפני הערכאות אם הולכים אחר מנהג זה דמנהג מבטל הלכה או דילמא דאין הולכים אחריו ויראה לענ"ד דאפילו למאן דאמר בממון המנהג מבטל הלכה אפילו אין לו ראייה מן התורה בנ"ד לא הוי מנהג מבטל ואין הולכים אחר המנהג משום בהוי מילתא דאיסורה דאסור לדון בערכאות משום דלפניהם ולא לפני גויים, אמר רחמנא וכבר ידעת שהסכימו רוב הפוסקים וכמעט כולם דמנהג נגד איסור לא יועיל אעפ"י שהוא מנהג פשוט... ואם יש בו ביטול מצוה מן התורה ר"ל מידי דלא אזלינן בתריה ואם ראה תראה לגדולי האחרונים בספריהם... בנידון שלפנינו דמטעם איסור נגעו **דאפילו בדין שדין כדינינו ואפילו שניהם רוצים לדון לפני ערכאות אסור לדון לפניהם** (ההדגשה שלי, מ"ס) כמ"ש רמב"ן שם בפרשת משפטים ... אם כן מה

¹⁹² וולדינברג, **ציץ אליעזר**, יב, סי' פב, שם, 87.

¹⁹³ יוסף, **יחוה דעת**, ד, סי' סח. שם.

¹⁹⁴ שם.

¹⁹⁵ שו"ת מהרש"ך, א, סי' רכט. פד"ר, יח, 87.

¹⁹⁶ שו"ת משפט צדק, א, סי' נב, שם, 88.

¹⁹⁷ ר' חיים ב"ר ישראל בנבנשתי [או בנבנשתי] נולד בשנת שס"ג (1603) בקושטא שבתורכיה למשפחה של גולי ספרד. הוא כיהן כרבה של קהילת אזמיר, שם נפטר בשנת תל"ג (1673). הוא היה תלמידו של ר' יוסף בן ר' משה מטרני וחיבר את הספר הגדול 'כנסת הגדולה'. ספר השו"ת שלו נקרא בשם "בעי חיי", אך נוהגים לכנותו "שו"ת כנסת הגדולה" או "שו"ת הר"ח בנבנשתי".

יועיל מנהג זה, דלא יהא אלא שכתבו ביניהם כן בפירוש להתדיין לפני ערכאות לא מהני וכמ"ש הרא"ש... דנהי דאדם שליט לאפקוריה ממוניה וליתנם למי שירצה אבל האיסור שלפניהם ולא לפני גויים מאן מחיל ומאן שביק מעוד איסורא.¹⁹⁸

3.6.4 האם קיים תנאי להיתר של פנייה לערכאות?

על מנת לשלול את כוחו של המנהג להכשיר בדיעבד את הפנייה לערכאות, ולשלול גם נימוק אחר לפנייה הזאת, מציין הרב בן-שמעון את ההיתר היחידי של פנייה לערכאות: לא פניית התובע לערכאות, אלא סמכות בית הדין להפנות תובע לערכאות. במקרה של בעל דין אלים שאינו מציית לבית הדין, התירו הרמב"ם¹⁹⁹ והשולחן ערוך²⁰⁰, ובעקבותיהם התשב"ץ ו"בעל החוט המשולש"²⁰¹ הפניית בעל דין לערכאות על-ידי בית הדין:

הנה נתבאר לך שבשום צד ואופן אין להביא דיני ישראל וערכאות חוץ מפרט זה כשיהיה הבעל דין אלים דלא ציית דינא לדייני ישראל אבל בלאו הכי אסור אפילו לבי"ד ליתן רשות ללכת לערש"ג וכ"כ ביכין ובועז ח"א סי' ו' וח"ב סי' ט, וע"ש.²⁰²

איסור ערכאות דוחה אפילו כיבוד אב, כך לומד הרב בן-שמעון מעיונו בשו"ת חקקי לב²⁰³:

ולכא בזה מצוה על הבן שהוא מצות כבוד או "א שהרי אמרו אם אמר האב לבנו לעבור על ד' ת' שלא ישמע לו כמש"כ בגמ' ב"מ דל"ב וביבמות ד' ו' וכן פסקו הרי"ף הרא"ש והרמב"ם ז"ל והטור והשו"ע ביו"ד סי' ר"מ סט"ו וז"ל אמר לו אביו לעבור על מצוות עשה ובין בל"ת ואפילו מצוה של דבריהם לא ישמע לו וכו', ע"ש.²⁰⁴

מכל האמור במקורות מסיק הרב בן-שמעון, שאין שום היתר הלכתי לפנות לערכאות, לא מנהג המדינה, לא מנהג הסוחרים ולא צווי אב, רק ציווי של בית הדין במקרה שבעל הדין אלים מאפשר לפנות לערכאות. ברור שבמדינת ישראל, בה לבית הדין הרבני אין כוח אכיפה בעניינים ממוניים מתוקף החוק האזרחי, צפויים קשיים עם בעל דין שלא מציית להכרעות של בית דין רבני.

¹⁹⁸ בעל הכנסת הגדולה, בעי חיי, א, סי' קנה, שם.

¹⁹⁹ רמב"ם, הל' סנהדרין כו, ז: "היתה יד העכו"ם תקיפה ובעל דינו אדם ואינו יכול להוציא ממנו בדייני ישראל יתבענו לדייני ישראל תחלה, אם לא רצה לבא נוטל רשות מבית דין ומציל בדייני עכו"ם מיד בעל דינו." ²⁰⁰ **שלחן ערוך**, חו"מ, כו, סב: "היתה יד עובדי כוכבים תקיפה, ובעל דינו אדם, ואינו יכול להציל ממנו בדייני ישראל, יתבענו לדייני ישראל תחלה; אם לא רצה לבא, נוטל רשות מבית דין ומציל בדייני עובדי כוכבים מיד בעל דינו."

²⁰¹ ספר שו"ת "חוט המשולש" הוא פרי עבודתם של שלושה רבנים משיבת וולוז'ין. מחברו של חלק א' הוא רבי חיים בן יצחק מוולוז'ין, (1749) רבו המובהק הגאון מוילנא. את השיבה - ישיבת וולוז'ין הקים רבי הלל מוולוז'ין, מחברו של חלק ב', שחי במאה ה-19 ברוסיה. הוא היה חתנו של ר' חיים מוולוז'ין. רבי אליעזר פריד, מחברו של חלק ג', חי במאה ה-19 ברוסיה. הוא היה חתנו של רבי יצחק מוולוז'ין, בנו של ר' חיים. אחרי פטירת חותנו כיהן כראש ישיבת וולוז'ין (1849-1854).

²⁰² ר' פריד, א'. **שו"ת החוט המשולש** טור ג, ו. **פד"ר**, יח, 89.

²⁰³ ר' פלאג'י, ח'. (שחי באיזמיר, ה' תקמ"ח - תרכ"ח), **שו"ת חקק לב**, ב, חו"מ, סי' א, דף ד, שם, 89.

²⁰⁴ שם.

3.6.5 האם יש תוקף להתחייבות שני בעלי הדין, להביא את מחלוקתם בפני בורר?

ב-19 במרץ 1982 התקיים בפני בית הדין הרבני האזורי באשדוד דיון בשאלה, האם לסעיף בחוזה, המחייב במקרה של מחלוקת בין שני הצדדים לפנות אל ארגון מסוים לבוררות, יש תוקף על פי ההלכה.²⁰⁵ בסעיף 10 לחוזה בין שני הצדדים נאמר: "בכל מקרה של חילוקי דעות בין המזמין למפקח, ימונה בורר מטעם אגודת האינג'נרים והארכיטקטים בישראל." שני הצדדים הם יהודים חרדים המקבלים עליהם בדרך כלל את סמכות בית הדין. כאשר הצד התובע ביקש לממש את סעיף 10 לפנות לבורר, טען הצד הנתבע שהסעיף נוגד את ההלכה.

בפני הדיינים, אב בית הדין הרב ש' דיכובסקי, הרב י' אליעזרוב והרב מ' אלחודד הוצגה שאלה עקרונית: האם פנייה לבוררות אסורה משום דין ערכאות? חשש זה, במקרה זה היה מובן, מאחר שהבורר הנבחר, הינו אדם חילוני, שלא יפסוק על פי דין תורה. אך אפילו היה הבורר דתי, נשאלת השאלה, האם מוסד אחר, ולא בית דין, גם אם יפסוק על פי דין תורה, רשאי להכריע בעניינים של חושן משפט?

אב בית הדין, הרב דיכובסקי היה הראשון לחוות את דעתו על מעמדו ההלכתי של מוסד הבוררות. הוא ראה בו מה שבמשנה שבסנהדרין מכונה "ג' רועי בקר": "נאמנים עלי ג' רועי בקר",²⁰⁶ ומזה הסיק השולחן ערוך: "שאם קיבל עליו קרוב או פסול כדין אינו יכול לחזור בו".²⁰⁷ הרב דיכובסקי מביא בהמשך את דברי החזון-א"ש, שצוטטו כבר לעיל, בהם נאמרים דברים ברורים על מעמדו ההלכתי של מוסד הבוררות:

ערכאות אינן דוקא בי "ד של עכו"ם אלא גם בי "ד של ישראל הדין לפי חוקים בדויים וממיר את משפטי התורה במשפטי ההבל. אבל אם דנים על פי משפט בני אדם בשכלם, אין לו דין ערכאות.²⁰⁸

והרב דיכובסקי מסביר אותם: "כוונתו, כי אם דנים ע"פ מערכת חוקים אחרת במקום חוקי התורה נחשב הדבר לערכאות. אבל אם דנים במקרה ספציפי לפי **שכל** בני אדם, מבלי להתבסס אל מערכת חוקים אחרת, אין בזה משום ערכאות."²⁰⁹ על מנת לבטל כל חשש של פנייה אל "יושבי קרנות, שידוע שאינם בקיאים בדין תורה" מסכם הרב דיכובסקי: "על הצדדים לפנות לבורר, כאמור בסעיף 10 לחוזה, בכדי שימנו בורר שומר מצוות ובר אורייין לברור ביניהם. על הבורר לדון לפי דין תורה, וביה"ד באשדוד, שהצדדים קיבלו את הכרעתו

²⁰⁵ פד"ר, יג, תיק 992/מב, 330-335.

²⁰⁶ בבלי, סנהדרין כד ע"א.

²⁰⁷ שלחן ערוך, חו"מ, סי' כב.

²⁰⁸ חזון-א"ש, סנהדרין טו, ד.

²⁰⁹ פד"ר, יג, 331.

יבדוק אם פסק דינו של הבורר תואם את ההלכה.²¹⁰ נראה שהרב דיכובסקי החמיר בדרישתו, שפסק הבוררות יהיה בהתאם להלכה. העין בדיני ערכאות הראה בעליל, שכל פסק בוררות שנעשה על סמך שכל הבורר, דהיינו לפי "אומד הדעת", ואינו מאמץ משפט זר כשיטה, יהיה קביל על משפט התורה. כך גם עמדתו של הרב י' אליעזרוב בסוף דבריו:

יש להסיק ולומר שההתחייבות בסעיף 10 בחוזה יש לה תוקף קנין וחל עליו ההתחייבות לדון לפני הבורר שתברור אגודת האינג'נ'רים ובורר שסתם בורר הנ"ל אינו למדן שלמד שו"ע חו"מ שידע לפסוק לפי הלכה שזהו דבר שאינו מצוי אף בין תופסי התורה כידוע, אשר ע"כ קיבל עליו את הבורר שידון כפי המקובל אצל הבוררים. וכמ"ש בשם הט"ז.

3.7. סיכום ומסקנות

מהדינים העקרוניים שהתנהלו בבתי הדין הרבניים, אגב פניות קונקרטיות, אפשר להסיק, שדיני מדינת ישראל ורוב רבניה טרחו להציב סייג ברור לדין תורה. גם אם ההלכה של פוסקים ראשונים פתחה פתח כלשהו להכשיר פנייה אל הערכאות בנסיבות מסוימות, דאגו בתי הדין הרבניים בישראל לסגור פרצות אלו. כך פסקו בהם באופן חד משמעי, שדין ערכאות של הדיוטות הוא כדין ערכאות של גויים, שאסור להתנות על התדיינות בערכאות, או לערוך הבחנה בין התייצבות בפני הערכאות על-ידי הנתבע, לבין איסור פנייה לערכאות על התובע. רק הפניית תובע אל הערכאות באישור בית הדין הרבני במקרה של בעל דין אלים מצדיק התדיינות בערכאות, ואפילו מוסד הבוררות שאמור לפסוק לפי אומד הדעת **והשכל הישר של הבורר הוכפף לדין התורה על-ידי דיני בתי הדין הרבניים.**

בעמדה העקרונית של בתי הדין הרבניים אין סטייה, ולו הקטנה ביותר, מן העמדות שננקטו על-ידי פוסקי ההלכה המרכזיים כלפי מערכת המשפט הכללית, בזמן היישוב ובשנים שנות קיומה של מדינת ישראל. עמדות הרב גורן והרב פדרבוש הינן מיעוט הבטל בששים. כל הפוסקים, הרבנים והדיינים נתלים בהתנגדותם למערכת המשפט של מדינת ישראל, בדבריהם של החזון אי"ש, הראי"ה הרצוג והרב פראנק. אלה, כאמור, ביטלו את כל האופציות האפשריות שקיימות בהלכה על מנת להכיר בערכאות של הדיוטות, וגזרו גזרה שווה בין ערכאות של עכו"ם לבתי המשפט של מדינת ישראל. בתי משפט אלה מושתתים, לדעתם, על חוקים נוצריים, מוסלמיים, אנגליים, על חוקים של עכו"ם בדויים ובזויים. למדנו גם, שלא קיים הבדל בין פוסקי הציונות הדתית הנקראים גם או רתודוקסים מודרניים לבין פוסקי העדה החרדית, על אף שהבדלי הגישות כלפי המדינה אמורים היו לתת את אותותיהם גם בנושא חוק ומשפט. לא התממשה הציפייה, שפוסק הרואה במדינת ישראל ראשית גאולתנו ועושה מאמצים להכשיר את חוקי המדינה ואת מוסדותיה מבחינה הלכתית, יוכל להכשיר גם את מוסד השפיטה הממלכתי. דבריהם החריפים של הרבנים הרצוג, סגל

ואריאל אינם נופלים בחריפותם ממילות הגנאי של הרבנים ברייטשטיין ואדלר נגד מערכת המשפט של מדינת ישראל. לדעתם של אלה ושל אלה, על האדם מישראל לפנות בסכסוך ממוני אל מוסדות הצדק האלוהי, דהיינו אל בתי הדין הרבניים. כיום, יותר ויותר מנסים גם רבנים המזוהים עם הציונות הדתית למשוך את קהל מאמיניהם אל ההתדיינות המשפטית בפני בתי הדין הרבניים כמקובל בעדה החרדית.

להלן העמדות העיקריות של הפוסקים כלפי מערכת המשפט של מדינת ישראל, כלפי שופטיה – ובהם שופטיה הדתיים – וכלפי הפונים לערכאות אלה:

בעיני פוסקי ההלכה בני זמננו אין הבדל בין ערכאות של גויים בגלות, לבין בתי המשפט של מדינת ישראל. לכן אפשר להקיש מבעית הערכאות באלטונה של ראשית המאה ה-19 על מדינת ישראל של סוף המאה ה-20. הפוסקים, ציונים כחרדים, לא ראו צורך לקיים דיון יסודי בכל הקשור לבתי המשפט של המדינה היהודית העצמאית. מדינת ישראל בעיני הפוסקים היא "קהל ענק", עליו חלים כל הכללים ההלכתיים שחלים על קהילות ישראל בתפוצות הגולה בעבר, בהווה ובעתיד. לדעתם אין צורך בהיערכות הלכתית מיוחדת לנוכח קיום מדינה יהודית ריבונית, אלא מה שהיה נהוג, או שהיה צריך להיות נהוג בתפוצות הגולה, יש לקיים קל וחומר במדינה יהודית בארץ ישראל. ה"דילמה הדתית", שמציבה מדינת ישראל בפני פוסקי ההלכה, נפתרת באמצעות "קל וחומר". טעינו כשציפינו, שעמדת פוסקי ההלכה כלפי מערכת המשפט של מדינת ישראל תהיה מתונה, ותתחשב במציאות של ריבונות יהודית בארץ ישראל ותתבסס על הפוטנציאל ההלכתי להכשרת בתי המשפט, לפחות בדיעבד. ההפך הוא הנכון: פוסקי ההלכה בחרו לסתום את הגולל על כל אפשרות הלכתית לפסוק בנדון לקולא. בחירה זאת מפתיעה משתי סיבות: ראשית, רבים מהפוסקים המזוהים עם הציונות הדתית מכשירים את מוסדות המדינה ואת חוקי הכנסת משום "דינא דמלכותא דינא" ומכריזים שגם שלטון שלא על פי התורה, כשלטונו של המלך אחאב, חל עליו "דינא דמלכותא דינא". חוקיו של שלטון כזה מחייבים גם מההיבט התורני. שנית, לא ידוע לנו על מאבק דומה של פוסקי ההלכה בתפוצות הגולה נגד הפנייה לערכאות של גויים.²¹¹ מתברר, שמה שהיה נכון בעיני פוסקי ההלכה לגבי שלטונו של אחאב, לא חל על בתי המשפט הפועלים על בסיס חוקי הכנסת, על אף שחוקים אלה קיבלו הכשר לכתחילה או בדיעבד. חוקי הכנסת הוכשרו, ולעומתם, בתי המשפט הפועלים על בסיס חוקים אלה, לא הוכשרו. פער זה דורש עיון מיוחד.²¹²

²¹¹ ראה את דבריו של השופט מ' אלון בנדון, שהובאו לעיל בפרק 2, "לא זכור לי - ואולי אני טועה - שגדולי ההלכה בדור שעבר ובדורנו מתריעים ומזהירים על כך את אחינו שבגולה".
²¹² ראה: בפרק הסיכום.

פוסקים אחדים מדגישים את הטעות החמורה הנפוצה בציבור הישראלי, ואף בין שומרי תורה ומצוות, לגבי מעמדם של בתי המשפט, כאילו חל עליהם הכלל "דינא דמלכותא דינא" בגלל היות השופטים יהודים. אולם נוכחותם של שופטים דתיים בערכאות אלו, היא בעיני הפוסקים אף חמורה יותר, משום שהם מחזקים את אשליית כשרותן של ערכאות אלו. יש הטוענים שמשפטם של כופרים חמור ממשפטם של נוכרים, ושופטי הערכאות מדומים לבהמה פגומה המוקדשת למזבח.

הפוסקים אף לא רואים חשיבות בשילובם של קטעי הלכה בחוקי מדינת ישראל. גם אם המשפט בערכאות יהיה כולו כשל דיניי ישראל, הוא ייחשב לפסול, כי סדרי הדין בבית המשפט אינם על פי התורה.

כאמור, הפוסקים אינם מתייחסים בדיוניהם לבתי דין שלא על פי התורה, כאלה שהעם היהודי הכיר בתפוצות הגולה, כמו ערכאות של הדיטות, ערכאות שבסוריא ובתי דין של סוחרים. מערכת משפט השלום העברי קיבלה יחס של ביטול גמור מצד הפוסקים, וכל מערכת משפט, שאיננה תורנית, כלומר לא מושתתת על דין תורה ואין דנים בה דיינים גמירים, בקיאים והגונים, נפסלת, משום שבמדינת ישראל תמיד נוכחים זמנים תלמידי חכמים.

התנגדותם של פוסקי ההלכה ושל בתי הדין הרבניים למערכת המשפט של מדינת ישראל מושתתת על שני יסודות: על יסוד שקראנו לו תיאולוגי, דהיינו אמוני, ועל יסוד הלכתי. רוב הפוסקים מציינים את שני היסודות הללו בהתנגדותם לבתי המשפט. ההתנגדות התיאולוגית נובעת מהמדרש על "הכפירה בהקדוש ברוך הוא שבהליכה לפני עכו"ם"²¹³, מדברי רש"י על חילול השם ומתן עדות לעילוי יראתם של עובדי עבודה זרה²¹⁴ ומדברי הרמב"ם על חירוף וגידוף רשעים המרימים יד בתורת משה רבינו²¹⁵. ההתנגדות לפנייה לערכאות הנובעת מהייסוד התיאולוגי בולטת בעיקר בדבריהם של הרב וולדינברג, של הרב פראנק ושל הרב אריאל. פוסקים אלה רואים זיקה הדוקה של המימד האמוני של היהדות, לאופי המשפט. במשפט משתקף האל בו השופט מאמין, לכן באימוץ חוקים זרים יש כפירה באל והכרה בעבודה זרה ואף הוקרתה. מכיוון שלח"י החברה הישראלית יש יעוד אלהי וסדר אלהי, אסור לסטות מהדין הדתי. על אף שאיסור הערכאות אינו כלול בתרי"ג המצוות, מציינים הפוסקים גם נימוקים הלכתיים כבדי משקל נגד בתי המשפט במדינת ישראל שאינם דנים על פי התורה, ונגד פנייתם של רבים, וביניהם גם שומרי תורה ומצוות, לערכאות.

²¹³ תנחומא (ורשה), שם.

²¹⁴ רש"י, שם.

²¹⁵ רמב"ם, הל' סנהדרין כו, ז.

הנימוק ההלכתי העיקרי לאיסור הערכאות הוא הסכנה הוודאית כמעט , עליה כותב התשב"ץ²¹⁶, שפסק הדין של בית משפט הפוסק על פי המשפט האזרחי של מדינת ישראל יוציא משמעון ממון , שלא כדין, ויזכה את לוי בממון בניגוד לתורה . לכן בפנייה לערכאות יש עבירה על איסור גזל , ואישה המקודשת בממון של מי שזכה בו בערכאות , איננה מקודשת. הפוסקים מתנגדים לאפשרות להתנות על התדיינות בערכאות ולאפשרות להסתמך על הכלל שמנהג מבטל הלכה , כי כל הכלים ההלכתיים האלה אינם תקפים , כאשר המגמה היא ביטול תורה ולא חיזוק עולמה של התורה . משפט הבוררות איננו נחשב לדין ערכאות , אם דנים בו על פי משפט בני אדם בשכלם, מבלי להתכוון לביטול תורה או החלפתה.

לנוכח עמדתם החד-משמעית והחריפה של פוסקי ההלכה על גוניהם וזרמיהם כלפי מערכת המשפט של מדינת ישראל , עמדה שיש בה משום התרסה ואפילו בוז וזלזול , קשה להסכים עם דברי י' שטרן על אודות שתיקת ההלכה כלפי המדינה . פוסקי ההלכה המרכזיים אינם שותקים, אלא מכריזים, שהמדינה אינה אלא עוד קהל ישראל , אמנם קהל גדול וריבוי , אך אין בו משום מעמד המחייב חשיבה הלכתית לא קונבנציונאלית . חשוב לציין, שאיסור הפנייה אל ערכאות המדינה שייך לאיסורים , עליהם עובר לא רק הציבור שאינו דתי , אלא חלק גדול מהציבור המזוהה עם הציונות הדתית, וככל הנראה גם חלק מהציבור החרדי . נראה לכאורה, שאיסור הערכאות הינה גזירה שאין הציבור יכול לעמוד בה , ושהמאבק של הפוסקים להביא את המתדיינים לפנות בענייני המשפט האזרחי אל בתי הדין הרבניים לא מניב את פירותיו המיוחלים.

²¹⁶ תשב"ץ, ג, ס' רצ.

פרק 4 : העמדות כלפי המשפט האזרחי במבחן הפרקטיקה

4.1 מבוא

עמדתם העקרונית של פוסקי ההלכה, הן החרדים והן הציונים הדתיים, הן בתפוצות הגולה והן בארץ, הינה כמעט אחידה בגישתה השוללת את מערכת המשפט של מדינת ישראל. למעט הרבנים גורן ופדרבוש בשנות החמישים, והרב שרלו בראשית המאה ה-21, המכשירים את בתי המשפט של המדינה היהודית גם בתחום של חושן משפט, למיטב ידיעתנו, אין רב או פוסק המכשיר את הפנייה לבתי המשפט של מדינת ישראל לכתחילה.¹ עם זאת כבר טרם הקמת המדינה היהודית נאלצו הפוסקים להתמודד עם מציאות משפטית-הלכתית של שניות, כלומר עם מערכות משפט מקבילות, מפני שהחל מסוף תקופת הבית השני ועד ל-1948 לא היה עם ישראל ריבוני לעצמו ורק ריבונות פוליטית מקנה כוח אכיפה על בעל דין. אפילו במבנה הקורפורטיבי של ימי הביניים, בהם נהנו קהילות ישראל מאוטונומיה משפטית פנימית, הייתה ההתדיינות בבתי הדין עניין של הסכמה ורצון טוב, ובתחום של חושן המשפט רבות היו האלטרנטיבות לבתי הדין של דיני ישראל הבקיאיים בתורה, כדוגמת בתי הדין של בעלי הבתים, בתי דין של סוחרים, ערכאות של הדיוטות ואפילו ערכאות של גויים.

שניות זאת לא נעלמה עם צמיחת הישוב העברי הציוני בארץ ישראל. כבר בראשית ימי המנדט הבריטי בארץ ישראל קיבלה שניות זאת גושפנקא משפטית על-ידי חוקי ארץ ישראל המנדטוריים המקיימים מערכת משפט אזרחית ממלכתית ובמקביל, מערכת משפט לענייני המעמד האישי המבוססת על דין תורה. כישלוננו של משפט השלום העברי לא הניע את בעלי הדין של הישוב העברי לפנות בענייני המשפט האזרחי אל בתי הדין הרבניים, אלא העדיפו, דתיים כחילוניים, לפנות אל הערכאות הבריטיות. עם הקמת מדינת ישראל הפכה שניות זו לחריפה יותר מאשר בגולה, כי המדינה היהודית לא הייתה מושתתת על היסודות של משפט התורה, והיא שיקפה סוגיות של דינא דמלכותא דינא. בתפוצות הגולה חל על היהודי, כפרט וכקהל, הכלל של שמואל האמורא "דינא דמלכותא דינא" ולא ערערו עליו. לעומת זאת אין הסכמה על החלת כלל זה בארץ ישראל תחת ריבונות יהודית. מן האומות אין מצפים שישתיתו את חוקם ומשפטם על דין התורה. לא כך במדינה יהודית ריבונית. כאן מצפה הציבור הדתי על רבניו ופוסקיו שהחוק והמשפט יהיו מושתתים על יסודות התורה, לכן ההכרה ההלכתית בחוקי הכנסת קשה שבעתיים מההכרה בחוק שנכפה על-ידי אומות

¹ אלא בתנאים המוגדרים בהלכה, בגלל בעל דין אלים או לשם עדות על מות הבעל על מנת למנוע עיגון האלמנה, וכד'.

העולם בתפוצות². פוסקי הלכה אחדים הכשירו את חוקי הכנסת על יסוד חוק המלך שבדברים י"ז, חלק על בסיס הכלל של שמואל האמורא "דינא דמלכותא דינא", ואחרים משום הזכות של הקהל לתקן תקנות. כאמור לא נמצאו רבנים ופוסקים שהכשירו את בתי המשפט של מדינת ישראל, לא לכתחילה וגם לא בדיעבד. הם שוללים את כל האופציות, שפיתחו חז"ל ופוסקים ראשונים, להכרה בערכאות של הדיוטות ומסיקים, אחד בנוסח משתמע ואחר בצורה בוטה, שבתי המשפט של מדינת ישראל הם ערכאות של גויים. האיסור החמור לפנות לבתי המשפט של המדינה בעניינים אזרחיים ובסכסוכים ממוניים בין אדם לחברו לא ביטל את השניות המשפטית הנובעת מהיעדרו של כוח אכיפה, אלא בענייני נישואין וגירושין.³ נוכח מציאות משפטית זו מתעוררות לא מעט בעיות עמן היהודי הדתי נאלץ להתמודד.

הכפילות המשפטית, דין תורה בבתי הדין הרבניים מחד גיסא וחוקי המדינה במוסדותיה המשפטיים מאידך גיסא, אילצה את בתי הדין הרבניים להתייחס להכרעות משפטיות של בתי המשפט, לפחות בדיעבד. הריבונות הפוליטית של העם היהודי במדינתו מחד גיסא והסירוב להכיר במערכת המשפט שלה כלגיטימית מבחינת דין-תורה מאידך גיסא הביאה להנצחת אותן הבעיות, עמן נאלצו פוסקי ההלכה להתמודד בגלות ישראל. מבחינה משפטית נמצא האדם הדתי אמנם במדינתו הריבונית, אך "בגלות בארץ הקודש".⁴

4.2. היחסים בין בתי הדין לערכאות

4.2.1. "מירוץ הסמכויות" בין בית הדין לבית המשפט

הבעיה המרכזית, הנובעת מקיומן של שתי מערכות משפט, היא שאלת סמכותן של שתי המערכות לדון בנושא מסוים. המחוקק האזרחי הגדיר את הסמכויות הייחודיות והמקבילות של שתי המערכות, וההלכה הגדירה את יחסי הגומלין ביניהן. אך למרות הניסיון להגדיר את תחומי האחריות השונים ואת התחומים החופפים, קיומן של שתי מערכות משפט יוצר לא מעט חיכוכים. שאלת הסמכויות מביאה לא פעם למרוץ סמכויות, אותו אנחנו מבקשים להציג כאן בעזרת שתי דוגמאות.

ביום כ"ד אדר תשס"ד (16.3.2004) התקיים בבית הדין הרבני בחיפה דיון בפני הדיינים, הרב מנחם חשאי כאב בין דין והרב דוד כהן כדין⁵, על "מרוץ הסמכויות" בין בית הדין הדתי לבית המשפט האזרחי. הדיון העקרוני נסב סביב השאלה, האם יש בסמכותו של בית הדין

² שוחטמן, הכרת ההלכה, 417-500.

³ חוק שיפוט בתי-הדין הרבניים (נישואין וגירושין) – תשי"ג 1953.

⁴ מושג המגדיר את חייהם של היהודים החרדים במדינת ישראל, רביצקי, א' (1993). **הקץ המגולה ומדינת היהודים**, 201. על כך ש..."החרדיות מגדירה את עצמה מבחינה היסטורית ועד היום כ"גלות בין יהודים" או **גלות בארץ הקודש**", כותב אהרון רוזן בכתב העת **ארץ אחרת** תחת הכותרת: "במטוטלת נפשית בלתי אפשרית" <http://www.jafi.org.il/education/ivrit/achert/ahronrozen.html>

⁵ בפד"ר לא מופיע דיון שלישי.

הרבני לפסוק בענייני רכוש , בהחזקת ילדים , ובמזונות לאישה – עניינים אשר נכרכים בגירושין. בית הדין הרבני בחיפה הכריע כי אכן יש בסמכותו לפסוק בתביעת כריכה . מן החומר עולה כי ביום בו הוגשה תביעת הגירושין הכרוכה לבית הדין , הוגשו גם תביעות למזונות לאישה וילדים וכן תביעת רכוש לבית המשפט לענייני משפחה בנצרת . מפרטי הקבלה עבור תשלום האגרה לבית המשפט עולה , כי התיק נפתח שם בשעה 10:29, ואילו מדף הכריכה של תיק בית הדין עולה, כי התיקים בבית הדין נפתחו בשעה 14:18.

בהתאם לחוק הנוגע ל"מרוץ הסמכויות" פסק בית הדין הרבני בחיפה:

אין מנוס מן הקביעה כי הקדמת פתיחת תיק אף בסדר גודל של דקות, יש בה כדי לחרוץ את גורל הסמכות, שאם לא כן, אין קריטריון אחר שעל פיו ניתן להעדיף ערכאה זו על אחרת.

ולכן החליט בית הדין:

א. תביעת הגירושין כנה והחזקת ילדים כרוכה מעצם טיבה וטבעה בגירושין. לא מצאנו שהוגשה תביעה בענין החזקת הילדים לבית המשפט, ועל כן הסמכות לדון בהחזקת הילדים והסדרי הראיה מסורה לבית הדין הרבני.

ב. אין סמכות לבית הדין לדון בענין רכוש ומזונות מאחר והוגשו לבית המשפט לפני כן.

ג. יש לקבוע מועד לדיון בענין הגירושין.⁶

אולם לא כל דיוני הסמכות בין בתי הדין לבתי המשפט הוכרעו בצורה פשוטה כל כך . מהחלטת בית הדין בחיפה ניתן להבין, שבית הדין לא היסס ליישם את הכלל "דינא דמלכותא דינא" על סעיף 3 של חוק בתי הדין הרבניים (נישואין וגירושין) מתשי"ג-1953. מקרה דומה של מרוץ סמכויות בין בית הדין הרבני לבין הערכאה החילונית היה בעיר נתיבות מקרה אשר זכה אז להד ציבורי רחב.⁷

מר יצחק סופר , קבלן של שיפוץ בתים ותושב נתיבות , ערך הסכם בכתב עם מר חיים כהן, אף הוא תושב נתיבות, לביצוע שיפוץ בביתו. בנספח להסכם נאמר, כי אם תהיה מחלוקת בין הצדדים יכריע בה אדם בשם יורם סופר . לאחר זמן נתגלע סכסוך בין מר יצחק סופר למר כהן. בעקבות הסכסוך גיש מר כהן תביעת פיצויים נגד מר יצחק סופר לבית הדין הרבני בבאר-שבע. לאחר זמן, ובעוד התביעה תלויה ועומדת בבית הדין הרבני, פנו הצדדים אל מר יורם סופר בהתאם להסכם, וזה הכריע בסכסוך ביניהם. אך כיוון שמר כהן לא סגר את התיק בבית הדין הרבני, נקבע מועד לדיון בבית הדין. מר יצחק סופר התייצב לדיון במועד שנקבע, מתוך חשש שאם לא יתייצב, יינתן פסק דין נגדו. בפתח הדיון נתבקש העותר על-ידי בית-

⁶ ניתנה בכ"ד אדר תשס"ד (16.3.2004) על-ידי הדיינים , הרב מנחם חשאי והרב דוד כהן. <http://www.rbc.gov.il/judgements/docs/44.doc>

⁷ מאוטנר, מ' (1999). בית דין רבני בנתיבות , " חמישים לארבעים ושמונה (גליון מיוחד של תיאוריה וביקורת)", 467-475.

הדין לחתום על שטר בוררות , כדי שבית הדין יוכל לפסוק בסכסוך לפי דין תורה . אבל העותר, לאחר שהוסברה לו משמעות החתימה , סירב ואמר: "עם כל הכבוד לתורה אינני מסכים לחתום." בעקבות הסירוב לחתום החליט בית הדין הרבני ב- 10 ליוני 1995, כי העותר הינו סרבן לדין תורה, ולפיכך "אסור לצרפו למניין או לכל דבר שבקדושה, אסור לחנך את ילדיו, חייבים להתרחק ממנו ארבע אמות, ואסור לקבורו בבית קברות יהודי". כמו כן הורה אב בית הדין לפרסם את דבר ההחלטה בבתי הכנסת בנתיבות, וכך נעשה.

ב-23 ביולי 1995 הוגשה עתירה לבג"ץ נגד בית הדין הרבני בבאר-שבע, נגד שלושת הדיינים בבית דין זה ונגד מר חיים כהן.⁸ בדיון זה קבע הבג"ץ כי על בית הדין הרבני לבטל את פסיקתו.

בית הדין הרבני בחיפה, כיבד את חוק בתי הדין הרבניים משנת תשי"ג-1953 וקבע שאין בסמכותו לדון בסעיפי הכריכה שגוללו לתביעת הגירושין בשל האיחור בהגשת התביעה לבית הדין הרבני. לעומתו, בית הדין הרבני האזורי בבאר-שבע החליט להתעלם מחוק הבוררות המסמיך אותו לדון בתביעות ממוניות בין אדם לחברו אך ורק אם שני הצדדים חתמו על שטר הבוררות. מהרגע שבו מר יצחק סופר סירב לחתום על כתב הבוררות שהוצג לו, היה על בית הדין הרבני לפסול את עצמו מלדון בתביעה. בג"ץ הוציא צו על תנאי נגד בית הדין הרבני ובעיקר נגד פרסומי הנידוי שלו, ובית הדין הרבני ביטל את החרם, אך רק אחרי שמר כהן ביטל את התביעה שלו נגד מר יצחק סופר בעקבות הסדר שהושג בין שני הצדדים על-ידי מר יורם סופר.

מניתוח שני המקרים קשה להסיק מסקנות חד-משמעיות. העובדה שבית דין רבני אחד מכבד חוק כנסת, למרות הקושי ההלכתי,⁹ ובית דין רבני אחר מתעלם מהחוק,¹⁰ עשויה להצביע על כך, שעמדתם של הדיינים כלפי חוקי מדינת ישראל היא אמביוולנטית. העובדה שבמקרה אחד בית הדין הרבני הכשיר את בית המשפט על בסיס חוק הכנסת, ובמקרה השני התעלם בית הדין מן הפנייה של העותר לערכאות של המדינה, מצביעה על עמדה דו-ערכית ולא מגובשת של בתי הדין הרבניים על דייניהם גם כלפי הערכאות של המדינה.

4.2.2. ההתחייבות להתדיין בפני ערכאות

בפרק השלישי ניתחנו את ההיבט התיאורטי-הלכתי של דיון שהתקיים ב-7 בדצמבר 1994 בבית הדין הרבני האזורי בתל-אביב בפני הדיינים הרב י' בוחבוט, הרב א"צ שינפלד ואב בית

⁸ בג"צ 4637/95: יצחק סופר נגד בית הדין הרבני האזורי בבאר-שבע (פדאור).
⁹ מבחינה הלכתית ההבחנה שעושה חוק בתי הדין הרבניים, התשי"ג-1953 בין ענייני נישואין וגירושין לבין ענייני הכריכה (סעיפי 1-2, לעומת סעיף 3), היא מלאכותית. בתפיסת ההלכה גם ענייני הקניין הנלווים לקידושין או לגירושין נחשבים כענייני נישואין וגירושין.
¹⁰ במקרה דנן חוק הבוררות תשכ"ח-1968

הדין הרב נ' בן-שמעון. הדיון נסב על תביעה של תובע שהתחייב כלפי בנק לה תדיין בבתי המשפט הכלליים של המדינה.¹¹ אך למרות התחייבות זאת הוא פנה התובע למערכת המשפט התורנית בטענה "שהואיל וזאת עבירה ובניגוד להלכה, מותר לחזור בו כחלק מעשיית תשובה....", כלומר התובע שינה את דעתו מהסכמה ל התדיין בבית-המשפט הכללי לסירוב להתדיין בפניו.¹² הבנק סירב להופיע בפני בית הדין, אך היועץ המשפטי של הבנק הבהיר במכתב אל בית הדין הרבני: "כל לקוחות הבנק ובכלל התובעים חתמו בכתב ידם שהם מקבלים על עצמם את מערכת השיפוט הכללי ת השוררת במדינת ישראל, לכן אין ביה"ד המקום שבו יש לנהל תביעה זו".¹³ בית הדין ניסה להזמין את הנתבע כמה פעמים, אך כשהתברר שהוא מסרב להופיע בפניו, הוציאו לפי בקשת התובע כתב סירוב נגד הנתבע.¹⁴

במקרה הקונקרטי של חתימת התובע על הסכמתו לה תדיין במערכת השיפוט הכללי בכל הקשור לבנק בו הוא לקוח, נשאלת השאלה, האם יש ערך הלכתי לחתימתו. שאלה זאת נדונה לא רק ברמה העקרונית בשו"תים של פוסקי הלכה, אלא גם בבתי הדין הרבניים במדינת ישראל.

במקרה של התחייבות לדון בערכאות, מציין הרב בן-שמעון, ש"לכאורה, היה מקום לדחות לגמרי את הלגיטימיות של התחייבות זו, מאחר ולא נעשה כל קנין בהתחייבות זו ובלי קנין אין ערך לחתימה, אלא, שבאמת אף שאין קנין, מ"מ [מכל מקום] חתימה על חוזה חשובה כקנין מדין סטומתא, כך מקובל לפסוק... בעוד על כן יש לראות חתימה על הסכם קנין לכל דבר".¹⁵ מנגד מציע הרב בן-שמעון לדחות את תשובת הנתבעים, כלומר הבנק, כי לפי פסיקת השלחן ערוך,¹⁶ "גם המקבל בקנין לידון עם חברו לפני עכו"מ אינו כלום ואסור לידון לפניו". אך כל האמור לעיל תקף רק, אם התובע רוצה לה תדיין בערכאות של גויים, ואילו הנתבע רוצה בדין-תורה. אם הנתבע רוצה שהדין יתנהל בערכאות, יש פוסקים המתירים לתובע לפנות לערכאות. לדעת הרב בן-שמעון, קביעה זאת מבוססת על דברי מהריק"ש¹⁷ שהם עצמם מושתתים על השלחן ערוך:

11 ראה לעיל, פרק 3.
 12 ראה לעיל, בפרק 2, עיון בעמדת ההלכה כלפי התנאה של בעלי הדין לדון בערכאות.
 13 פסקי דין של בתי הדין הרבניים בישראל, יח, תיק מס' 26 נ"ד, 83.
 14 שם.
 15 שם, 91.
 16 שלחן ערוך, חו"מ, סי' כו, סג.
 17 מהריק"ש, ר' יעקב קאשטרו, המהריק"ש, שהיה מרא דאתרא של מצרים במחצית השנייה של המאה הט"ז, שו"ת תפארת האדם, חו"מ, סי' כו.

אמר לו הולכיני בערכאות של גויים והוליכו תכף פטור וראיה מדין האומר קרע את כסותי כשלא בא בידו בתורת שמירה דהתם נמי איכא משום בל תשחית".¹⁸

פסק הדין של בית הדין הרבני בתל אביב ב מביא גם את דברי השו"ת "תפארת האדם" המסביר בביאורו את דבריו של המהריק"ש הקושר בין דין ערכאות ל"דין קרע את כסותי":

נראה לישב דהכא איכא ב' איסורי חדא שמצער את חבריו שמוליכו לערכאות וב' אסור דלפניהם ולא לפני עכו"ם ולכן אם מסכים ללכת לערכאות ואין לו צער בזה מותר ולאסור לפניהם ולא... היינו רק כששניהם הולכים מרצונם לערכאות ע"ז איכא איסורא אבל אם הנתבע הוא האומר לתובע להוליכו אז האיסור חל על הנתבע לפי שעל פי דבורו מוליכו ע"ז מביא ראיה מקרע את כסותי¹⁹ (ההדגשה שלי, מ"ס) דהתם נמי איכא ב' איסורי א' היזק ממון שעושה לחבירו ב' משום בל תשחית דכיון דהוא נותן לו רשות לקרוע חל איסור בל תשחית על בעל הכסות דאם איתא דיש איסור על הקרע נמצא שלא היה לו רשות לקרוע וא"כ הרשות שנתן לו בעל הכסות כמאן דליתיה דמי והו"ל להיות חייב גם בממון שהזיק מלבד איסור בל תשחית... (הנתבע) אומר לו לתובע בערכאות ולא מצינו חולק על ק"י.²⁰

הרב בן-שמעון דוחה את הטענה, שאיסור הערכאות אינו תקף לגבי הנתבע, כאשר הנתבע מבקש שהדין יתקיים בערכאות, מפני שאיסור הערכאות הוא איסור ברור: "מה מועיל שהנתבע מקבל על עצמו את האיסור, סוף סוף הנתבע בפנותו לערכאות גורם לכל אותם הדברים שהזכרנו לעיל עילוי יראתם, אויבינו פלילים, האם בשאר איסורים אם יאמר אדם לחבירו 'האיסור יהא עלי' האם מותר לו לעשותו...."²¹ ועל טענת הנתבעים שהנתבע חתם והתחייב לנהל דיון בפני בית המשפט, משיב הרב בן-שמעון בדברי שו"ת מהר"ם אלשיך, שנשאל בענין זה:

וראובן היה לו שטר על שמעון וכתוב בשטר וז' "ל ואם ח"ו לא יפרע לו החוב יתבע ממנו בלי רשות בי"ד כל החוב הנז' בפני הערכאות ואינש לא ימחה בידיו ונשבע שמעון להודות והנה אחר עבור זמן הפרעון הולך ראובן את שמעון לערכאות בלי רשות בי"ד.

והשיב ראובן ודאי עשה שלא כהוגן שהרי כתב הרא"ש כלל י"ח דין ד' וז"ל על מה שנוהגים לכתוב בשטרות בין בדיני ישראל ובין בדיני האומות אמרתי חלילה וחס שיהיה רשות למלוה לתבוע ללוה בדיני א"ה... ועכ"ל."

¹⁸ **שלחן ערוך**, חו"מ, סי' שפ, סע' א: "האומר לחבירו: 'קרע את כסותי שבור את כדי ע' מ שאתה פטור, ה"ז פטור. ... ואם לא אמר לו: 'ע' מ שאתה פטור, ה"ז חייב אעפ"י שהרשה להשחית. בד"א, כשבאו הכלים לידו תחלה בתורת שמירה, כגון שהיו שאולים או מופקדים אצלו. אבל אם לא באו לידו בתורת שמירה, כיון שאמר לו: 'קח כלי זה ושברו בגד זה וקרעו', ועשה כן, ה"ז פטור אע"פ שלא אמר לו: 'ע' מ שאתה פטור. ... סע' ב: האומר לחבירו: 'שבר כליו של פלוני ע' מ שאתה פטור', ושברו, ה"ז חייב. ואעפ"י שהעושה הוא חייב לשלם, הרי זה האומר לו שותפו בעון, ורשע הוא שהרי הכשיל עור וחיזק ידי עוברי עבירה."

¹⁹ קרע את כסותי: משנה, ב"ק ח, ז: "האומר 'סמא את עיני קטע את ידי שבר את רגלי' חייב ע"מ לפטור חייב קרע את כסותי: שבר את כדי חייב ע"מ לפטור פטור עשה כן לאיש פלוני על מנת לפטור חייב בין בגופו בין בממונו: דהיינו, אדם המבקש מחבירו שיפגע בגופו - יוציא את עינו או יקטע את ידו, וחבירו פעל על פי בקשתו - חייב חבירו לשלם את הנזק, למרות שעשה זאת על פי בקשת הניזק. אך, אם התבקש לפגוע בממונו של חבירו - ולקרוע את בגדו - הריהו פטור, כיוון שעשה זאת ברשות."

²⁰ **שו"ת תפארת האדם**, חו"מ, סי' ה (דף ע"ט).

²¹ **פד"ר**, י"ח, תיק מס' 26/נ"ד, 92.

הרי בפירוש שאעפ"י שכתב שפירוש בשטר שיכול לתובעו בערכאות עכ"ז אינו רשאי...²².

מתשובה זאת מסיק הרב בן-שמעון, ש"עפ"י ההלכה חייבים הנתבעים להופיע בפני בי"ד כדרישת התובעים, אם לא יופיעו לדין ביה"ד ינהג כפי ההלכה והנהג בכגון זה". במילים אלו מסתיים פסק הדין שניתן בד' טבת תשנ"ה (7.12.1994). והדין הבא נקבע לי"א שבט תשנ"ה (12.1.1995).²³

גם הרב החרדי י"פ אדלר נתבקש להתייחס לשאלת ההתדיינות בפני ערכאות על סמך התחייבות חוזית עם מוסד כלשהוא, הקובעת כי "בכל מקרה של חילוקי דיעות וסיכסוכים יידונו המחלוקות בפני בתי המשפט של המדינה". בסוגיה הזאת מופנית לרבנים תדיר השאלה, האם אדם כשר מישראל חייב לבקש רשות מבית הדין, לדון עם מוסד פלוני בערכאות, או שמא אין תועלת ברשות בית הדין. הרב אדלר לומד את התשובה לשאלה זו מהדין על "בעל דין אלים" שנתבע בדין תורה ומסרב להיענות לפסק הדין. כאמור רשאי בית הדין במקרה זה להתיר פנייה לערכאות כדי לאפשר לתובע לזכות בשלו:

דעת מרבית דייני זמנינו שאסור לתובע בערכאות אף אותם מוסדות וגורמים שאינם נשמעים לדייני ישראל, אלא תובעים תחילה בפני בית דין ישראל, ואם סירבו ולא באו לד' ת, נוטל רשות מבית דין – ותובעים בפני ערכאות ומציל מידם.²⁴

אך מתברר, שאין זו אלא עמדה עקרונית. במציאות המודרנית, בה אירוע רודף אירוע ולגורם הזמן חשיבות עליונה, מתפשרים גם רבנים חרדים עם הדרישה לקבל מראש את הסכמת בית הדין כדי לפנות לערכאות, כי הצלת ממון חשובה מאיסור ערכאות:

אכן במקרים דחופים שאינם סובלים דיחוי אפילו של יומים שלושה שמענו מחשובי חכמי ודייני ישראל שהקלו לסמוך על שיטת הכסף הקדשים ובתנאי שימסור מודעה לפני שלושה שמצידו היה חפץ להתדיין בדין²⁵

²² שו"ת מהר"ם אלשיך, סי' כו. ר' משה אלשיך מצפת (רס"ח-ש"ס, 1508-1600) היה מתלמידיו של ר' יוסף קארו.

²³ פסק הדין מהדיון טרם התפרסם בקבצים של פסקי הדין הרבניים [להלן פד"רים]. יש להניח שנציגי הבנק שוב לא יופיעו בפני בית הדין הרבני, כי מבחינתם חתימת התובע מחייבת התדיינות בפני בתי המשפט. מבחינת החוק הישראלי ("חוק הבוררות - התשכ"ח 1968), רק הסכמה של שני הצדדים מחייבת הופעה בפני בית הדין הרבני כשמדובר בענייני המשפט האזרחי. יש להניח שבית הדין יראה בבנק "בעל-דין אלים", ולכן יתיר לתובע לפנות לערכאות.

²⁴ הרב אדלר, י"פ (תשנ"ג). המודיע, כ"ד.
²⁵ "כסף הקדשים" הוא חיבורו של רבי אברהם דוד מבוצ'ץ (1771-1841) בגליציה. חיבורו מודפס על הדף במהדורות הגדולות של השולחן ערוך.

תורה, אבל נאלץ לפנות לערכאות מחמת אלמות הנתבע שאומדנא דמוכח
שיסרב להתדיין בדיון תורה.²⁶

בהמשך קובע הרב אדלר, שבהתדיינות בין יהודי לשאינו יהודי, אסור לתבוע בערכאות את שאינו יהודי, אם ידוע שהוא מציית לדיני ישראל. אך מכיוון שידוע גם לרב אדלר, שמצב זה מאוד לא סביר, לא במציאות של עם ישראל בתפוצות הגולה, וגם לא במציאות הישראלית המודרנית, הוא מוסיף: "אבל אם הגוי לא יציית לדיני ישראל מותר להוליכו לערכאות."²⁷

4.2.3. הגשת תביעה לערכאות ולבית הדין

אישה פנתה לבית הדין הרבני ברחובות, לאחר שבית המשפט האזרחי ביטל את מזונותיה, מפני שחזרה בה מהסכם הגירושין. לאחר שגם פסק הדין של בית הדין הרבני לא סיפק את האישה, הוגש על ידה ערעור לבית-הדין הרבני הגדול בירושלים על פסק דינו של ביה"ד האזורי ברחובות בזו הלשון:²⁸

מאחר והאשה הגישה תביעה למזונות בערכאה אחרת [הכוונה לבית המשפט האזרחי – מ"ס] והתדיינה במשך שנים, ורק לאחר שנדחתה שם תביעתה הגישה בפנינו תביעה למזונות – אנו מחליטים שבנסיבות הקיימות כיום בין הצדדים, איננו מזדקקים לתביעתה. (עיין שו"ע חו"מ, סי' כו, א ברמ"א²⁹)

הרב אדלר מצטט מדברי "הכסף הקדשים": "שחידש לומר דמקום שיש אומדנא במוכח ואומדנא הידועה לרבים שגורם מסוים וכן אדם מסוים אינו נשמע לדיני ישראל, הרי מותר לבעל דינו לתבוע בפני שופט הערכאות ואינו צריך רשות מבי"ד לכך". (אדלר שם). גם הרב צבי יהודה בן יעקב, דיין בבה"ד הרבני בחיפה מסתמך על דברי ה"כסף הקדשים" כשהוא טוען: "כשברור שהנתבע לא יבוא לדיון תורה, אין צורך להזמין לכך". וכך הוא אומר: "והנה בנידון שלפנינו, כאשר תובע את העיריה בתביעת נזיקין, וידועה ומפורסמת הוראת היועץ המשפטי לממשלה לכל רשויות שלטון, שאסור להם בשום פנים ואופן להתדיין במסגרת של בוררות או בכל מסגרת משפטית אחרת, אלא אך ורק להתדיין בבתי המשפט. א"כ ודאי שהעיריה, כגוף שלטוני הכפוף למשרד הפנים ולהוראות המשפטיות של היועץ המשפטי לממשלה, לא תבוא להתדיין בדיון תורה, והוא אומדנא דמוכח טוב. וע"כ לפמש"כ בכסף הקדשים, וכן נראה בדעת המהרש"ם, מקום יש אומדנא דמוכח שלא יבוא להתדיין בדיון תורה, אין צורך רשות מבית דין. ואף למש"כ הרמב"ם והמחבר דבעל דין אל ים צריך רשות מבית דין, היינו לסברתם שבית הדין נותן כח ורשותו לערכאות וכתנן במשנה גיטין פח, ובכמו שהתבאר לעיל. אולם בזמן הזה שאין כח בית דין יפה, עיקר הרשות היא כדי לודא שהנתבע אינו צאית דינא, וע"כ לשיטת הכסף הקדשים ודעימיה גם לרמב"ם ולמחבר לא צריך רשות מבית דין. וכן ראיתי לבית הדין לענייני ממונות שע"י הרבנות בירושלים (בראשות אבה"ד הגרא"ד לוין שליטא) שפסקו בענין תביעת רב כנגד עיתון חילוני בגין הוצאת שם רע, דע"פ מש"כ בכסף הקדשים הרי יש אומדנא דמוכח שלא יבוא לדיון תורה, וע"כ אין צורך להזמין כלל לדיון תורה ויש להתיר לתובע לתבוע את העיתון בערכאות, דאף שלרמב"ם והמחבר צריך להזמין הנתבע לדיון תורה, ורק אם יסרב יתירו לתובע לדון בערכאות, באומדנא שלא יתדיין בדיון תורה, אין צורך להזמין הנתבע, עיי"ש. ומ"מ בנדון שלפנינו ודאי דהוי אומדנא דמוכח, ומעיקר הדין אין צורך בהיתר מבית דין, והצורך בהיתר מבית דין הוא מצד מידת חסידות וכמ"ש במהרש"ם הנ"ל. משפטיך ליעקב, פסקים ותשובות, ד, שסח.

דברי הגאונים כלל נב סטו בשם תשב"ץ (אדלר, שם).

פד"ר יג, תיק תשמ"ד/10, 275.

שלחן ערוך, חו"מ, סי' כו, א, הגה [של הרמ"א]: "מי שהלך בערכאות של עובדי כוכבים ונתחייב בדיניהם, ואחר כך חזר ותבע לפני דייני ישראל, יש אומרים שאין נזקקין לו (מהרי"ק שורש קפח, קפז); ויש אומרים דנזקקין לו (מרדכי בפ' הגוזל בתרא), אם לא שגורם הפסד לבעל דינו לפני עובדי כוכבים (מהר"ם מירזברק). והסברא ראשונה נראה לי עיקר". (שו"ת בר-אילן)

26

27

28

29

בדיון בערעור השתתפו הדיינים הרב ע' יוסף, הרב א' וולדינברג והרב א' שפירא, וראשון ניסח הרב יוסף את עמדתו ההלכתית: האם על בית הדין להזדקק³⁰ לתביעת האשה, שתבעה את בעלה למזונות בערכאות, ולקבל את ערעורה על הכרעת בית הדין ברחובות, שהכרעה נראתה מבוססת על דברי הרמ"א לק טע הרל וונטי בשלחן ערוך. לאחר דיון במחלוקת שבין הבית יוסף לבין הרמ"א, האם להיענות לתובע שתבע את חברו בערכאות, קובע הרב יוסף, כי אם בני הזוג הם מעדת הספרדים, נענים לתביעת האשה למזונות, כדעת הבית יוסף בחושן משפט, סי' כ"ו. ולא, נוהגים כדעת הרמ"א שמתנגד ל היענות לתביעה כזאת: "ואין הבעל המוחזק יכול לומר קים לי כהרמ"א נגד מרן ב"י".³¹ חשובים לענייננו הם דבריו של הרב יוסף בהמשך:

מ"מ בנ"ד שאין הכל יודעים שדין בתי המשפט החילוניים כדין ערכאות, כיון שהשופטים יהודים וע' בספר "פעמוני זהב"³² (סי' כ"ו), ומה גם שהאשה טוענת שהעו"ד אשר ייצג אותה, הוא שהגיש תביעה למזונות אצל בית המשפט, ובעוה"ר נעשה הדבר כהיתר אף אצל עו"ד דתיים להגיש תביעת מזונות לבית המשפט החילוני, לכן יש להורות שיכולה לחזור ולתבוע מזונותיה בבית הדין הרבני.³³

לעמדת הרב יוסף הצטרפו שני עמיתיו, הרב וולדינברג והרב שפירא, ומגמתם הייתה להראות שבעצם גם הרמ"א היה מוכן להיענות לתביעה במקרה הקונקרטי זה:

כי נתרצתה האשה לדון בדיניהם, רק מה שהשופט ידון ויפסוק ישירות בעצם תביעתה למזונות אם חייב הבעל בכך או לא, אבל לא שלאחר מכן יבוא מסיבה צדדית ויבטל את החיוב במזונותיה שבעצמו פסק מראש שהבעל חייב בה לפי דיניהם. ובהסכם הגירושין שסידר ביניהם לא נזכר מאומה ממין קנס כזה ולכן בכל כהאי גוונא. י"ל דגם הרמ"א יודה דנזקקין לה.³⁴

הרב יוסף מיישב את הסתירה בין דברי הבית יוסף לדברי הרמ"א, אף שהקדים וקבע, שאם האשה מעדות ספרד, חלים עליה דברי הבית יוסף. גם הרב אדלר מבסס את עמדתו כלפי הבא לדון בדיני ישראל אחרי שהתחייב בערכאות על הרמ"א:

מי שהלך בערכאות של עכו"ם ונתחייב בדיניהם, ואח"כ חוזר ותבעו לפני דייני ישראל, יש אומרים שאין נזקקין לו.³⁵

30 הכוונה היא להיענות לתביעתה.

31 פד"ר, יג, 276.

32 ר' רפאל אנקאוה, רב העיר סאלי שבמרוקו, בעל הספר פעמוני זהב.

33 פד"ר, שם.

34 שם, 277.

35 רמ"א חו"מ, סי' כו סע' א (אדלר, המודיע, יח).

הרב אדלר מוצא בדברי רבותינו נימוקים שונים להלכה שקבע הרמ"א:

רוב הפוסקים סבורים דטעמא **משום קנס** כיון שעבר על דין תורה והלך לתבוע את רעהו בפני שופטי הערכאות, קונסים אותו בכך שאם הפסיד במשפט הערכאות, אין דייני ישראל נזקקין לו.³⁶

לדעת הרב אדלר, הלכה זו תקפה גם כאשר המשפט בערכאות טרם הסתיים והתובע כבר פונה לבית הדין, כי עצם תביעתו בערכאות היא עבירה על איסור תורה. דייני ישראל אף אינם נענים לתובע, אם הנתבע זכה כבר בדין ערכאות על-ידי מתן שוחד שחילק לדייני עכו"ם. לעומת זאת נענים הדיינים לתובע בערכאות, אם אינו מייצג את עצמו, אלא חברה, הקדש או כאפוטרופוס של יתומים וכדומה, שהרי לא ייתכן לקנוס את ממון הנהנים – החברה, ההקדש או היתומים – עקב רשעות הממונה על רכושם:

אין דייני ישראל נזקקים למי שהולך ותובע בערכאות, ומצד שהתובע בערכאות הגדיל עונו ונתמלאה סאתו ונידון כמומר וכגוי והרי הלכה בידוע שישראל וגוי שבאים לפנינו לדון ועפ"י דיני אומות העולם זוכה ישראל אמרינן להגוי "כך דינכם", והוא הדין בנידון שלפנינו שאותו שהלך ותבע בערכאות – שדינו כמומר, ומכיון שעפ"י משפט הערכאות שכנגדו זוכה אמרינן ליה "כך דינכם", ואין דייני ישראל נזקקין לו.³⁷

נימוק שני זה אינו הלכתי, אלא תיאולוגי, שכן המוקיר את חוקיהם הוא כעובד עבודה זרה, כמומר וגוי, וברור הוא שאין דייני ישראל נענים למומר ולגוי. נראה שהנימוק התיאולוגי שהרב אדלר מביא כדי לתמוך בדברי הרמ"א, הופך את הנימוק ההלכתי למיותר. יחד עם זאת נוסחת הרמ"א, "יש אומרים שאין נזקקין לו", פותחת צוהר להבין אותה גם אחרת. אם "יש אומרים", יש גם "שלא אומרים". ויש החולקים על הדין וסוברים "דאף ההולך להתדיין בערכאות והפסיד אם חוזר ותובע בפני דייני ישראל נזקקין לו".³⁸ הרב אדלר מעיר, כי הנוהג של בתי הדין הרבניים בעניין זה אינו אחיד: "ראינו מספר בתי דינים שנזקקו לתובע בערכאות שחזר לתבוע בדייני ישראל ומספר בתי דינים שסירבו מלזדקק לו". אך הרב אדלר העדיף לא לנקוט עמדה משלו בנושא, וגם לא הביא ראיות הלכתיות לעמדה המחייבת היענות לתובע שחזר לתבוע אותה תביעה בבית דין רבני.

שאלת "אם נזקקין לו" מתעוררת גם כאשר מוגשת בו זמנית אותה תביעה לבית המשפט האזרחי ולבית הדין הרבני כדי ליהנות משני העולמות, עולם המשפט האזרחי ועולם דין התורה. בתיק טילן שניתן ביום כ"ח בחשוון תשס"ד, בפני הדיינים דיכובסקי, שרמן ובן-שמעון, כתב הרב דיכובסקי:

³⁶ המודיע, שם.

³⁷ שם.

³⁸ מרדכי, פרק הגזל, בתרא הו"ד, ברמ"א, הנ"ל (כך צויין אצל אדלר, שם).

במה הדברים אמורים, כאשר האשה שמה את מבטחה בביה"ד הרבני. אולם כאשר היא מבקשת ליהנות משני העולמות: בבית המשפט היא מבקשת את מחצית נכסי המשפחה – דבר שבתי הדין לא תמיד מסכימים לו – ובבית הדין הרבני היא מבקשת מדור ספציפי, ובנוסף, גם פסיקת המזונות ניתנה לבקשתה ע"י בית המשפט, אזי אומר ביה"ד הרבני שלא ניתן לאחוז את החבל בשני קצו. תי. אי אפשר ליהנות משני הדברים גם יחד – לקבל מבית המשפט את מה שהחוק האזרחי קובע ולקבל מבית הדין הרבני את מה שההלכה קובעת.³⁹

אגב דיון זה משבח הרב דיכובסקי, את מערכת המשפט האזרחית, שבמקרים, בהם תובע מנסה ליהנות משני עולמות המשפט, לא תמיד "נזקקת לו".⁴⁰

4.3. הפנייה לערכאות

4.3.1. בענייני ממון בעקבות נישואין

דורות רבים של חכמים נחלקו בדעותיהם, האם יש לחייב בחיובים ממוניים של נישואין את מי שנישא שלא כדת משה וישראל. בדורות אחרונים עמדה פסיקתם של הרב א' "ע רודנר"⁴¹ והרב פראנק בסתירה לפסיקה של הרב עוזיאל שגרס:

ולדידי נראה, שלדעת הסבורים דנישואי ערכאות אינם ניתנים אלא בגט, ודאי שהבעל חייב במזונותיה...הספק שבדין זה, הוא לדעת הסבורים שנישואי ערכאות אינם צריכים גט.⁴²

מכיוון שגם בתי הדין הרבניים בישראל נחלקים בשאלה זאת ותוהים, האם לאמץ את פסיקתו של הרב עוזיאל⁴³, מציע הרב דיכובסקי "לעשות שימוש" בדין האזרחי:

אולם בנישואים אזרחיים או של דתות אחרות יש מקום לומר שאע"פ שאין קשר הלכתי ביניהם, עדיין מחוייבים הם זל"ז לפי דיני החוזים, כולל חיובי מזונות. אין בזה מצב של קידושין לפי ההלכה – גם אם יש צורך בגט לחומרה – ולפיכך ניתן לעשות כאן שימוש בחוק האזרח.⁴⁴

באותם מקרים בהם דין התורה עלול להתאכזר לאחד משני הצדדים, עמדתו הפרגמטית של הרב דיכובסקי לא רק שמכירה בלגיטימיות של המשפט האזרחי, אלא אף רואה בו מרכיב משלים למשפט התורה. הוא אינו מפנה את האשה לערכאות, אלא מציע להשתמש בדין האזרחי, כלומר בדיני החוזים בתוך בית הדין. אין הוא מצמצם את הדין לחוקי הכנסת,

³⁹ דיכובסקי, ש' (תשס"ד). בתי הדין ובתי המשפט – תחומי חיכוך, 66.
⁴⁰ כך נהג בית המשפט למשפחה, כשבתיק לוי (ביום ב' באב תשס"ג, תיק 158-015363158-1-22) פנתה האשה מיד עם קבלת הגט לבית המשפט למשפחה בתביעה למזונות, על אף שהייתה הסכמה דיונית בין הצדדים שנושא המזונות יידון בבית הדין הרבני. על כך כותב הרב דיכובסקי: "ביהמ"ש למשפחה, בהחלטה נדירה, קבע שהסמכות נתונה לביה"ד הרבני". שם, 65.
⁴¹ רודנר, ע"א. משפטי אישות, קלה-קמב. הרב רודנר מכהן כדיין בבית הדין הרבני האזורי בחיפה.
⁴² דיכובסקי, שם, עמ' 68.
⁴³ פד"ר ג', 378, לעומת פד"ר ה', 124.
⁴⁴ דיכובסקי, שם, 69.

דהיינו אינו פוסל מראש את פסיקת בתי המשפט בענייני חוזים . עמדה זו מתבהרת מקריאת דבריו:

פסק הדין של ביה "מ העליון בנושא זה אינו סותר את ההלכה , בהסתייגויות האמורות . יש בהחלט מקום לחיוב במזונות בנישואים אזרחיים מכוח החוק האזרחי במקום עריכתם , או מכוח החוק האזרחי במקום הימצאם בעת הנישואים.⁴⁵

4.3.2. בעניין של שכירות דירה

מפתיע שפוסקי ההלכה דנים בהיתר הערכאות או באיסורן לפי תחומי עניין ולא רק לפי הנסיבות. כתוצאה מכך מוגשים לדיינים בבתי הדין הרבניים גם בקשות להתיר פנייה לערכאות בנושאי שכירות מוגנת לפי "חוק הגנת הדייר", היות שסעיפים מסוימים בחוק זה מעניקים סמכות בלעדית לבתי המשפט האזרחיים . פניות אלה מעידות על המצוקה של אוכלוסיות חרדיות חלשות הנזקקות לסעיפים בחוק הגנת הדייר המעניקים להן הגנה . הרב אדלר מציג במאמרו שני דיונים שהתנהלו בבתי הדין הרבניים בהם דייני ישראל אסרו פנייה אל הערכאות, אפילו אם המטרה הייתה לממש את הזכויות המוקנות לאוכלוסיות החלשות מתוקף חוק הגנת הדייר.

הדין הראשון נסב על משפחה , בה נפטר אבי המשפחה ובניו היתומים ביקשו להמשיך להתגורר בדירתם המושכרת:

מעשה שהיה ביתומים קטנים של דייר מוגן שהגישו בקשה לפני דייני ישראל לקבל רשות בי"ד לפנות לערכאות ולבקש שיכריזו עליהם כדיירים מוגנים,⁴⁶ ולחילופין הגישו תביעה נוספת שדייני ישראל יפסקו שהיתומים הינם דיירים מוגנים בבית העסק של אביהם המנוח.⁴⁷

משכיר הדירה טען שהחוק אינו מכיר ביתומים כדיירים מוגנים ומסר את סמכות השיפוט בנושא זה לבית המשפט . מכיוון שאסור להתדיין בערכאות , אפילו רק לשם הכרה כדיירים הנוכחים כדיירים מוגנים, יש לשלול את פניתם. בית הדין קיבל את טענת המשכיר וקבע:

אסור ליתומים לפנות לערכאות , ומאידך גם לדייני ישראל אין סמכות לקבוע שהיתומים אכן הינם דיירים מוגנים , ומטעם שסעיף זה שנכתב בניגוד לדין תורה"ק כאילו לא נכתב כלל.⁴⁸

⁴⁵ שם, 70.

⁴⁶ חוק הגנת הדייר סעיף 27 קובע: "היה אדם לדייר לפי סעיפים 20 עד 26 ונפטר או חדל להחזיק במושכר, לא יהיה אדם אחר לדייר לפי סעיפים אלה; אולם - (3) רשאי בית המשפט להורות, אם בנסיבות העניין היה זה צודק לעשות כן, שילדי דייר שהם למטה מגיל 18 והיו תלויים בו בשעה שנפטר או שחדל להחזיק במושכר , יחזיקו במושכר לתקופה ובתנאים שיקבע בית המשפט." (דינים ועוד)

⁴⁷ אדלר, המודיע, ט"ו בטבת תשנ"ג, כד.

⁴⁸ אדלר, שם.

עמדת בית הדין ברורה, אך מקו ההגנה של המשכיר משתמע, כי אילו הסמכות להגן על היתומים הייתה כלולה בחוק עצמו, ולא מסורה לשיקולו של בית המשפט האזרחי, בית הדין יכול היה לאמץ את חוק הגנת הדייר מתוקף דין מלך, דינא דמלכותא דינא או מתוקף תקנות קהל.

הרב אדלר מציג דיון נוסף שהתנהל בבית הדין הרבני על מקרה, שבו היה בסמכות בית המשפט למנוע פינוי של נכס מושכר⁴⁹:

מעשה במשכיר שפנה לבית הדין (במעמד צד אחד) וביקש "רשות בית דין" לפנות לערכאות – להגיש בפניהם תביעת פינוי, בנימוק שהינו נאלץ לפנות לבית המשפט החילוני, שהרי אין לבי"ד סמכות לפנות דייר.⁵⁰

בית הדין הרבני לא קיבל את טענת המשכיר וטען, שיש לו סמכות להורות לדייר לפנות את הדירה מכוח דין תורה, אך מכיוון שסעיף זה בחוק הגנת הדייר מנוגד לדין תורה, הסעיף בחוק "הינו בטל ומבוטל, ואסור למשכיר לפנות לערכאות בבקשת פינוי, זולת כשהנתבע הדייר הוא אדם אלים שאינו רוצה לציית לדיני ישראל". אך אם בית הדין אכן יכריע לרעת השוכר ויורה על פינוי, קרוב לוודאי שהוא לא יקבל על עצמו את פסק הדיניים, מאחר שלבית הדין אין סמכות אכיפה. ספק הוא, אם יופיע לדיון. אם לא, כלומר אם בעל הדין אלים, יצטרך בית הדין להכריע, האם להיענות לבקשת המשכיר ולאפשר לו התדיינות בבית המשפט האזרחי.

משפט היתומים מעורר לא מעט תהיות. רבים הם חוקי התורה הבאים להגן על קבוצות חלשות, כמו האלמנות, הגרים והיתומים. דינים אלה באים למנוע קיפוח ועושה של קבוצות אלו, לפעמים אפילו בעזרת מה שמכונה בלשון ימינו "אפליה מתקנת".⁵¹ נראה שחוק הגנת הדייר מסר לידי בית המשפט סמכויות ההולמות את רוח דיני ישראל בכל הקשור בהגנה על יתומים. בתיק זה מתממש העיקרון ההלכתי שבסיסו במסכת גיטין: "היה רבי טרפון אומר: כל מקום שאתה מוצא אוגריאות של עובדי כוכבים [ערכאות של גויים], **אף-על-פי שדיניהם כדיני ישראל** (ההדגשה שלי, מ"ס), אי אתה רשאי להיזקק להם, שנאמר..."⁵² מן הדיון במשפט היתומים משתמע, שניתן היה להכריע לטובת היתומים אילו הסעיף בחוק הגנת הדייר לא היה משאיר מקום לשיקול דעתו של בית המשפט, אך מכיוון שקיים סייג בחוק, הקובע שעל "בית-המשפט להורות...", שילדי דייר שהם למטה מגיל 18, והיו תלויים בו בשעה שנפטר או שחדל להחזיק במושכר, יחזיקו במושכר לתקופה ובתנאים שיקבע בית-המשפט.

⁴⁹ סעיף 137 של חוק הגנת הדייר קובע: "על אף האמור בכל דבר חקיקה עות' מאני, לא יבוצע פינוי של מושכר אלא על פי פסק דין של בית משפט." (דינים ועוד)

⁵⁰ אדלר, שם.

⁵¹ שלוש פעמים מופיעה בתנ"ך הדאגה ליתום, ראה: **דברים כד, יז**: "לא תטה, משפט גר יתום; ולא תחבל, בגד אלמנה"; **זכריה ז, י**: "ואלמנה ויתום גר ועני, אל-תעשקו; ורעת איש אחיו, אל-תחשבו בלבבכם".
⁵² בבלי, גיטין פח, א.

כפי שראינו לעיל⁵³, היה זה, המהריא"ז ענזיל, שהכשיר את פסיקותיהם של שופטי ערכאות המבוססים על חוקי המלך, ובו בזמן פסל את תקדימיהם של אותם השופטים. הוא קבע, שגם אם בתי המשפט יאמצו את ההלכה היהודית ויפסקו על פי דין תורה, אין להזדקק להם. ומכיוון שבתי המשפט של מדינת ישראל הם ערכאות של גויים, הם פסולים אפילו אם הם מממשים את ערכי היהדות. בעקבות המקרה החמור כל כך של היתומים, מתעוררת השאלה, האם מדובר כאן בהטפה של הרב נגד ערכאות המדינה, לומר שהפנייה אליהם חמורה מהפגיעה ביתומים, או שמדובר במעין איום שמ טרתו להרתיע, ולא במציאות משפטית אמיתית.

4.4. סדרי משפט בערכאות

4.4.1. משפט עבודה

האם דינו של בית הדין לעבודה הוא כדינם של שאר בתי המשפט של המדינה? לכאורה כן, כי הם דנים בעניינים שבין אדם לחברו. אך למעשה לא, כי הרכבו שונה מזה של שאר בתי המשפט והוא מורכב משופטים ונציגי ציבור.⁵⁴ בגלל הרכב מיוחד זה, אפשר לראות בפסיקות של בית הדין לעבודה מעין בוררות מוסכמת כמנהג המדינה.⁵⁵ הרב אדלר מציין, שדעה זאת מסתמכת על דברי הרב עקיבא איגר⁵⁶:

על מחלוקת בין תובע ונתבע אחד אומר שרצונו להתדיין בד"ת ואחד אומר שאין לו להתדיין אלא בפני אחרים – שכך הוא המנהג במקום שנעשה העסק, הדין עמו. דמנהג מבטל הלכה.⁵⁷

⁵³ ראה לעיל פרק 2.

⁵⁴ סעיף 2 ל"חוק בית הדין לעבודה" קובע: "לבית הדין יתמנו שופטים ונציגי-ציבור". סעיף 10 מפרט: "נציגי הציבור בבית הדין יהיו נציגי עובדים ומעבידים שימנו שר המשפטים ושר העבודה, לאחר התייעצות בארגון העובדים המייצג את המספר הגדול ביותר של עובדים במדינה ובארגונים ארציים של מעבידים שלדעת השרים הם יציגים ונוגעים בדבר, ובלבד שנתמלא בהם אחד מאלה:

(1) הם בעלי נסיון בתפקיד או בפעילות הקשורים ביחסי-עבודה;
(2) הם בעלי נסיון, בהוראה או במחקר, במשפט, בכלכלה, ביחסי עבודה או במינהל ציבורי;
(3) הם חברים או זכאים להיות חברים בלשכת עורכי הדין בישראל ועסקו, ברציפות או לסירוגין, בישראל או בחוץ-לארץ, חמש שנים לפחות, בעריכת-דין, בתפקיד משפטי בשירות מדינת ישראל או בשירות אחר שאושרו על-ידי שר המשפטים לענין סעיף 2(ב) לחוק בתי המשפט."

⁵⁵ בשיחה שקיימתי עם הרב אדלר ב-27 באוקטובר 2003 הוא אמר לי, שהיה זה הרב הראשי לשעבר, הראשון לציון מרדכי אליהו, שהכשיר את בתי הדין לעבודה משום הרכבם. אך הרב אדלר ציין, שהוא מתנגד בכל תוקף לעמדת הרב אליהו.

⁵⁶ רבי עקיבא איגר נולד באיזנשטט [אוסטריה] בשנת ה"א תקכ"א (1761) וכהן משנת 1814 כרבה של העיר פוזן. חתנו היה החת"ם סופר המפורסם. הוא התפרסם בגלל גאונותו וחרפותו בלימוד התלמוד, והערותיו נלמדות עד עצם היום הזה בעיון רב בכל הישיבות. תשובותיו בהלכה משמשות מקור חשוב בהלכה בדורות האחרונים. הוא נפטר בשנת ה"א תקצ"ז (1837).

⁵⁷ גליון השו"ע, חו"מ סי' ג' בשם המהרש"ך, ב- אדלר, המודיע, ט"ו בטבת, תשנ"ג, כ"ד. זאת גם העמדה של בתי הדין הרבניים, פד"ר, י"א, 160.

וברוח זו רשאים עובדים ומעבידים להביא את סכסוכיהם בפני בית הדין לעבודה. אך הרב אדלר קובע שדעת הגרעק"א חריגה, ושמרבית דייני זמננו רואים בבית הדין לעבודה בית משפט ממשלתי שחל עליו דין ערכאות כמקובל. אין להשוות אותו לדייני הסוחרים שפועלים על פי דין סיטומתא, כי סמכותו של בית הדין לעבודה מוענקת לו מהשלטונות שחוקקו חוקים כתחליף לחוקי ישראל. מכיוון שתושבי ישראל חייבים לציית לחוקים ופוסקים אלה בכפ"י, אין לראות בהם "דייני סוחרים", שהסוחרים קיבלו על עצמם מרצונם הטוב. בעקבות קביעתו של הרב אדלר נשאלת השאלה, האם המבנה הדמוקרטי של מינוי השופטים ושיתופם של נציגי ציבור לא מבטל במידה רבה את מרכיב הכפייה. הרב אדלר מדגיש, שרק בתי משפט פנימיים של איגודים מקצועיים, כמו של נהגי מוניות, ושל יהלומנים, משוחררים מחשד של דין ערכאות.

4.4.2. עורך דין דתי בשרות התובע בערכאות

אל הרב משה שטרנבוך, רב חרדי, אב בית דין בק"ק [קהל קדוש] "מרכז התורה" ביוהנסבורג, פנו בשאלה, האם מותר ליהודי חרדי להיות עורך דין ולייצג תובע בערכאותיהם?⁵⁸ לכאורה שאלה זאת אינה מתאימה למציאות הישראלית, כי היא נובעת מהמציאות הגלותית של חיי היהודים בדרום אפריקה. אך מכיוון שלא מצאנו פוסקים, שמצד אחד מגנים את הפנייה לערכאות של גויים ומצד שני מכשירים את הפנייה לערכאות של הדיוטות, יש לתשובת הרב שטרנבוך השלכות על המציאות הישראלית. לדעתו, ייצוג של יהודי התובע בערכאות של גויים בדרום אפריקה על-ידי עורך דין דתי, חמורה פחות מייצוג של יהודי בפני ערכאות ישראליות ממלכתיות.

את ההסבר לעמדתו המורכבת הוא פותח באזהרה חמורה:

קשה לי להשיב שאלה זאת..... אבל יש בזה אזהרה כפולה ומכופלת, שעורך דין מביא יהודי בערכאות שאין לך עון כמוהו, וגם מוציא ממנו ממון בדיניהם אף שלפי תורה זהו גזל ממנו.⁵⁹

בהמשך לתשובתו הוא מבחין בין תביעה נגד יהודי שומר מצוות, לבין תביעה נגד יהודי, מחלל שבת בפרהסיה:

ונסתפקתי במחלל שבת בפרהסיה שדינו כעכו"ם, אם מותר דונו בדיני עכו"ם, ונאמר לו כיון שאתה נוהג כעכו"ם שמחייבים אותך כסף, לא ניתן לך להרוויח לדון אותך בדיני ישראל, אלא כשם שמחלל שבת כעכו"ם שאין מחזירים לו אבידתו או טעותו, כך אצלך תפסיד כיון שאתה כעכו"ם ולא תרוויח כדיני ישראל שדורשים להוציא ממון שני עדים דוקא....

⁵⁸ שטרנבוך, מ' (תשמ"ו). **שו"ת תשובות והנהגות**, חו"מ, ס"י תשצה, ע', רעח-רעט.
⁵⁹ שם, רע"ח.

ונראה דאף שהתובע גם כן עכו"ם או מחלל שבת, התיירו להפסיד הנתבע שהוא מחלל שבת כעכו"ם כיון שנוהג כעכו"ם כאשר עשה כן יעשה לו, ודיני ישראל זכות לישראל בינם לעצמם שקבלו עליהם גם חובות יהודי⁶⁰.

הבחנה מעניינת זו בין יהודי שומר מצוות לבין יהודי שאינו שומר מצוות ומשייכת את זה שאינו שומר מצוות לערכאות של עכו"ם, הייתה יכולה להכשיר את בתי המשפט בישראל: על יהודים דתיים חלה החובה לפנות בסכסוך ממוני לדין תורה, אך בו בזמן אין איסור על עורך דין חרדי לייצג תובע יהודי בבתי המשפט של המדינה, אם הנתבע אינו שומר מצוות. אולם הרב שטרנבוך אינו מסיק מסקנה זאת, אלא מוסיף הבחנה נוספת לתשובתו:

ולענין ללמוד המקצוע דעורך דין ראוי ללמוד דיני התורה בזה שעורך דין מסובך בשאלות, אבל לדינא נראה כמ"ש, ובארץ ישראל היום משפט דינים כערכאות ואין היתר להביא גם מחלל שבת שמה, שאין לשופטים יהודים שמה זכות לדון כלל בדיניהם ואסור להכשילם ולהחשיבם כלל.⁶¹

והנה הבחנה נוספת: לענין הערכאות, דיניהם של יהודים חילוניים הם כדיני עכו"ם. טענה זאת תקפה הן בתפוצות הגולה והן בארץ ישראל. עמדתו השלילית כלפי ייצוג תובע יהודי, התובע יהודי חילוני בבתי המשפט של מדינת ישראל על-ידי עורך דין חרדי, נובעת מכך שהשופטים בישראל פסולים מלדון בעניינים ממוניים בין אדם לחברו. מותר לשופטים גויים בתפוצות הגולה לדון בעניינים ממוניים, אך על יהודים דתיים להימנע מלפנות אליהם. נשאלת השאלה, האם רבנים חרדים הנמצאים "בגלות שבארץ הקודש" פוסקים בעניין זה כפי שפסק הרב שטרנבוך ביוהנסבורג. לא מצאנו בשיח החרדי במדינת ישראל דיון על היתר או איסור לעורך דין חרדי לייצג תובע נגד נתבע חילוני.⁶² אין לשכוח שהרב שטרנבוך כתב את תשובתו בקהילה החרדית ביוהנסבורג עבור קהל מרעיו. ייתכן שהטענה, כאילו מחלל שבת הינו כעכו"ם, נולדה מתוך צורך תעמולתי, כמו חלק מטיעונו של הרב אדלר, לא בטוח, שהרב שטרנבוך עצמו היה מסרב לצרף אותם מחללי שבת למניין בבית הכנסת.⁶³

שם.

שם, רעט.

הדיונים ההלכתיים של הפוסקים במדינת ישראל עוסקים בעורך דין שומר מצוות המייצג אדם התובע ממונו מחבירו. על כך אמר למשל רב ע' יוסף: "עורך דין ירא שמים, שנדרש לייצג בבית המשפט אדם שתובע ממנו מחבירו, לפי ההלכה חייב להימנע מכך, שהרי הוא מסייע בידי עוברי עבירה, ואינו יכול לבוא בטענה שהוא רק עושה בשליחות התובע, והקולר תלוי בצוארו - זה אינו, כי דברי הרב ודברי התלמיד דבר מי שומעין, ואין שליח לדבר עבירה (ועיין בחשן-משפט לגב, ובש"ך ובאחרונים שם). אבל לייצג נתבע שנאנס לבוא לבית המשפט מצד שהתובע מסרב להתדיין בדין 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. "שו"ת יחוה דעת, ד, סי' סה, בהערה בעמ' שיג.

את ההבחנה, כאילו דין ערכאות ממילא חל רק על ציבור שומר המצוות, עושה דווקא א' שוחטמן במאמרו מעמדם ההלכתי של בתי המשפט במדינת ישראל, 355: "...הרי שלפנינו דרך הלכתית לביסוס ההכרה במערכת המשפט של מדינת ישראל, הגם שאין היא דנה דין תורה ... מבחינת אותו חל ק באוכלוסיה הרואה עצמו כפוף לדין תורה, אין כל חובה להתדיין בפני בתי המשפט של המדינה ואולם, מבחינת החלק באוכלוסיה שאינו רואה את 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 (הדגשה במקור), שכן מינויים הוא על דעת אותו ציבור, ולכן מבחינתו של ציבור זה - המינוי תקף."

60

61

62

63

4.4.3. עדות בבתי המשפט האזרחיים

מעמד העדות בבתי המשפט המוגדרים כערכאות שונה ממעמד הייצוג המשפטי על-ידי יהודי שומר מצוות. המדינה איננה מחייבת את עורך הדין לייצג את התובע, אך היא כן מחייבת את העד להעיד בבית המשפט. נראה כי החובה לתת עדות בבית המשפט מקלה על פוסקי ההלכה להתירה, ולכן בדקנו אם ההתייחסות ההלכתית במקרה של עדות לטובת התובע שונה לעומת עדות לטובת הנתבע. בראשית דיונו על מתן עדות במשפטים אזרחיים קובע הרב אדלר קודם כל, שבנושא עדות אין דין שווה למשפט האזרחי ולמשפט הפלילי.⁶⁴ עמדת הפוסקים ברוב הקהילות הייתה "שלא להעיד בבתי משפט של ערכאות, כי אם ישאלו תחילה לבית-דין ועל פיהם יעשו".⁶⁵ אך בפרקטיקה מתנהלים אחרת, ואם ישראל עברו "על אותו מנהג רוב קהילות" והעידו בפני ערכאות, הם לא נפסלו משום כך:

שני עדים שעברו והעידו אמת בבתי משפט של ערכאות. ועפ"י עדות זו פסקו שופטי הערכאות לחייב ישראל בסך ממון כפי שהיה דינו להתחייב בדיני ישראל, הרי אותם עדים פטורים מלשלם לזה שנתחייב בערכאות, שהרי לא היזיקוהו כלום.⁶⁶

ואפילו אם זה שנתחייב טוען ואומר: שקר העידו עלי, מכל מקום כיון ששני עדים טוענים שאמת העידו, הרי אנו מאמינים לעדים. ואף שעברו על אותו "מנהג רב קהילות" הנ"ל, והעידו בפני ערכאות, לא נפסלו משום כך.

אבל עד אחד וכן שני עדים פסולים או קרובים, שהעידו בפני שופטי ערכאות, וקיבלו שופטי הערכאות עדותן, וחייבו והוציאו ממון מישראל עפ"י עדות זו, וטען הניזק – הנפגע, ששקר העידו נגדו, אע"פ שטוענים העדים הפסולים או העד היחיד שהעידו אמת, ישנם הסוברים שבית הדין משמתין – מנדין את העד/העדים הפסולים.⁶⁷

אפשר להסיק מדברים אלה, שמלכתחילה העדות בפני ערכאות אסורה, אך לאחר שהיא ניתנה, היא קבילה, משום שניתנה במסגרת ההלכה היהודית, כלומר על-ידי שני עדים כשרים, ומשום שפסק הדין של הערכאות היה זהה לפסק הדין על סמך דיני ישראל, לו ניתן. עמדה זאת מבטלת למעשה את התוספת לאיסור ערכאות של "אפילו דיניהם כדיני ישראל", וקובעת שאמנם לא מלכתחילה, אבל בהחלט בדיעבד, דין הערכאות הוא קביל, אם דינו כדיני ישראל, ואם העדים עמדו בקריטריונים הלכתיים.⁶⁸ מעיקרון זה נובע המשך הדיון על השאלה, מה דינם של עדים פסולים, שלפי התפיסה ההלכתית גרמו בעדותם נזק לנתבע, ועוד כהנה וכהנה שאלות. נקבע גם שבמקרה של נתבע שהפנה את התובע להתדיין בעל

⁶⁴ ראה להלן, פרק 5.

⁶⁵ אדלר, שם, י"ח.

⁶⁶ על פי שו"ע חו"מ, סי' כו סע' ג-ד וכו', כ (אדלר, שם).

⁶⁷ אדלר, שם.

⁶⁸ שוחטמן מסיק, אמנם מעיון במקורות אחרים, מסקנה שכוחה יפה גם לשיטת הרב אדלר: "הכרה מסוימת של ההלכה במערכת השיפוט הכללי של המדינה – הכרה המחוייבת מכוח המציאות החברתית השוררת כיום במדינה – היא, כמובן, הכרה שבדיעבד". שוחטמן, מעמדם ההלכתי 357.

כורחו בערכאות, מותר להעיד, אפילו אם לא יודעים שהצדק עם התובע, כי "מצוה להציל את התובע בכל אופן שאפשר." והרב אדלר מסיים את עיונו בעדות בפני ערכאות בקביעה:

במקומות שיש לחוש לביטול קיומם של ישראל אם יסרבו היהודים להעיד בפני ערכאות, מותר להעיד לכתחילה.

4.5. סיכום ומסקנות

העיון בפסק הדין שניתן בגין תביעת אישה שקודם פנתה לערכאות, מעלה את השאלה, האם קיים הבדל עקרוני בין עמדתם של דייני בתי הדין הרבניים לבין פוסקי הלכה במבחן הפרקטיקה. נראה לנו, ששני הבדלים מצדיקים את ההפרדה המתודולוגית בין אלה לאלה. פוסקי הלכה מסבירים את עמדתם במסגרת בירור הלכתי או במסגרת שאלות ותשובות. הבירור ההלכתי הינו עקרוני ועמדתם של הפוסקים תהיה לכתחילה ולא בדיעבד. שונה המצב בבתי הדין הרבניים. לא מתקיים בהם בירור הלכתי עקרוני, גם לא תשובה לשאלה, אלא על פי רוב מ תקיים בהם דיון, שבאופן חלקי לפחות, מתייחס לבעיה שבדיעבד. לכן הפרדנו את העיון בעמדתם הפרגמטית של הדיינים כלפי הערכאות, מהעיון בעמדתם של פוסקי ההלכה, אף על פי שלפעמים אלה אותם האנשים, שמצד אחד פועלים כפוסקי הלכה ומפרסמים פסקי הלכה ושו "תים, ומצד שני מכהנים כ דיינים בבתי הדין הרבניים. כדיינים עליהם לקבוע, אם "נזקקים" למי שפנה כבר לערכאות והפסיד את ממונו, או "לא נזקקים לו". כפוסקי הלכה הם יקבעו, שמלכתחילה אין לפנות לערכאות בכלל, ועמדתם כלפי הפרקטיקה הישראלית נוטה להיות עקרונית ולא בדיעבד.

מבחן הפרקטיקה מלמד שרבנים ודיינים מנסים, לעיתים קרובות, למצוא במסגרת ההלכה כל אפשרות, כדי לקדם את ענייני האזרחים התלויים בפסיקתם. עינוי הדין הנגרם לקבלן מנתיבות בגין החרם שבית הדין בבאר שבע הטיל עליו, נראה חריג. בתי הדין, לרוב, אינם נוטים להעניש את לקוחותיהם בגין פנייה לערכאות. וכפי שראינו, שאלת "אם נזקקים לו", לרוב מוכרעת לקולא.

איסור ערכאות לא נכלל בקטגוריה של "בל יעבור", אין מקדשים עליו את השם ואפילו הדרישה התלמודית שבפרהסיא מקדשים את השם אפילו על מצווה קלה⁶⁹ לא נזכרת באיסור ערכאות. דבריו האחרונים של הרב אדלר, בעיונו על איסור ערכאות, מעידים שאיסור זה, עד כמה שהוא מוצג כחמור, הוא אינו חמור מספיק כדי להיכלל בהלכות קידוש השם

⁶⁹ בבלי, סנהדרין עד א-ב: "כי אתא רב דימי אמר רבי יוחנן: לא שנו אלא שלא בשעת השמד, אבל בשעת השמד - אפילו מצוה קלה יהרג ואל יעבור. כי אתא רבין אמר רבי יוחנן: אפילו שלא בשעת השמד, לא אמרו אלא בצינעא, אבל בפרהסיא - אפילו מצוה קלה יהרג ואל יעבור. - מאי מצוה קלה? - אמר רבא בר יצחק אמר רב: אפילו לשנויי ערקתא דמסאנא."

שחלות כאשר הדרישה לעבירה הינה בפרהסיה.⁷⁰ להפך, העבירה על איסור ערכאות מוצגת על-ידו אפילו כפיקוח נפש, ודייני ישראל מצווים להופיע בפני הערכאות למתן עדות, על מנת שעדותם תעזור לחייב את החייב בדיני ישראל ותעזור לזכות את הזכאי בדיני ישראל. הם חייבים אף להעיד בפני הערכאות, אם אחד משני בעלי-הדין סירב לקיים את פסק הדין של בית הדין ופנה לערכאות.⁷¹ מתקבל הרושם, שהמניע העיקרי לפרגמאטיות בעמדת הדיינים, פרגמאטיות העטופה גם היא לבוש הלכתי, הינו ש"מותר לעורך דין [דתי] לייצגו להציל עשוק מיד עושקו", כדברי הרב יוסף לעיל, ומותר לפנות ישירות לערכאות מבלי לקבל על כך את אישור של בית הדין, "במקרים דחופים שאינם סובלים דיחוי אפילו של יומים שלושה."

⁷⁰ הדיון במסכת סנהדרין, שם, עושה הבחנה חדה בין עבירות בצנעה לבין עבירות בפרהסיה. על אותה עבירה – אפילו קלה – יש לקדש את השם, אם היא נדרשת להיעשות בפרהסיה, דבר שלא נדרש בצנעה.

⁷¹ אדלר, שם, יח.

פרק 5: עמדת פוסקי ההלכה כלפי המשפט הפלילי בערכאות

"לא כדיני ממונות, דיני נפשות."¹ - כלל תלמודי זה נכון לגבי המשפט העברי כמו לגבי משפט המדינה. בדיון של פוסקי ההלכה על מעמדם של בתי המשפט במדינת-ישראל, כלל זה הוא בעל חשיבות עליונה. דברי הפוסקים, שיובאו להלן, הם לרוב תגובה על הקושי הרב ליישם את המשפט הפלילי העברי הלכה למעשה במדינה המודרנית. הסיבות לקושי זה הן רבות, הלכתיות-משפטיות וגם היסטוריות. היעדר ריבונות יהודית במשך מאות שנים הביא לכך, שלקהילות ישראל לרוב לא הייתה מערכת עצמאית של אכיפת חוק. מצב זה מנע מהן לפתח מערכת של משפט פלילי שיטתי ועצמאי,² כמו בתחום המשפט האזרחי. האוטונומיה המשפטית החלקית של קהילות ישראל איפשרה להן לקיים ולפתח את חושן המשפט, כדי שבתי הדין הרבניים יוכלו לתת מענה לסכסוכים ממוניים בין אדם לחברו. המשפט הפלילי לעומת זאת היה נתון לסמכות המלכות.

ראשית נעיין ביסודות המשפט הפלילי העברי על מנת להבין את עמדתם של פוסקי ההלכה כלפי מערכת המשפט הפלילי של מדינת-ישראל ומדוע הוא בלתי-ישים במדינה המודרנית.

5.1. יסודות המשפט הפלילי העברי

פרופ' אהרון קירשנבאום פותח את דיונו בסוגית המשפט הפלילי העברי במילים חריפות ביותר: "אי-המעשיות של המשפט העברי הקלאסי וחוסר- האונים שלו לטפל בבעיות החברתיות הכרוכות בפשע ובעונשו, צועקים אל השמים. דוגמא לכך היא הכלל, שאין אדם מתחייב, אלא אם כן קיבל התראה לבל יעשה את המעשה והתיר עצמו למיתה. יש צורך בעדי-ראייה ממש, שיהיו שניים...וצריכין להעיד כאחד ובבית-דין אחד. ראיות נסיבתיות, ואף המשכנעות ביותר, אין בהן כדי לחייב את העברין ... וצריכים העדים להיות כשרים, 'עשרה מיני פסולים הם'....שתי כתי עדים המכחישים זו את זו, אין כאן עדות, דברי שתיהן בטלות..."³

הקושי, שמציג א' קירשנבאום ב עניין יישום המשפט הפלילי על פי התורה במציאות המודרנית של מדינת ישראל, מוצא את ביטויו הברור מאוד בדברי הרב יעקב אריאל, רבה של רמת-גן:

השאלה היא, האם עצם העובדה שנוצרה עם קום המדינה – הקמת מערכת בתי משפט מסועפת, ודין תורה נדחק לבושתנו ולחרפתנו לקרן זוית, האם זה גופא אינו ביזוי התורה? מאידך יש לשאול, אילו היו מוסרים

¹ בבלי, סנהדרין לז, א: "הוו יודעין שלא כדיני ממונות דיני נפשות. דיני ממונות - אדם נותן ממון ומתכפר לו, דיני נפשות - דמו ודם זרעותיו תלוין בו עד סוף העולם."

² אנקר, א' (תשנ"ד). יסודות המשפט הפלילי העברי 178.

³ קירשנבאום, א' (תדמ"ז). מקומה של הענישה במשפט הפלילי העברי, 253.

בידי דין התורה את הסמכות לדון דינים פליליים , האם הוא היה מעונין ועורך לדון אותם למעשה , האם לא היה עיכוב מצד ההלכה עצמה לדון דינים אלו (כגון שלא נקבל את דעת הר"ן או מסיבות אחרות עיין מש"כ בזה הגריא"ה הרצוג בתחוקה לישראל), האם מערכת תקנות מוכנה, אלו עונשים יוטלו על הנדונים בדינים אלו" שהרי דיני קנסות כפי שהם בתורה לא נוכל לדון , כי אין לנו סמוכין , מה גם שהם מקיפים רק חלק מהדין הפלילי ויש צורך בעונשים אחרים , בפרט בנושאים שלא היו בימי התורה..... וכן עונשי מאסר אינם קצובים בהלכה ויש צורך לקצוץ בהם, ... וכן בתחום הראיות, האם לדון עפ"י שני עדים או לדין כדיני כמלכות גם עפ"י עד אחד והודאת בע"ד (וידועים דברי הר"ן בדרוש הי"א שיש לבי"ד סמכות לדון גם בדיני המלכות)?⁴

בהמשך מפורטים שלושת התנאים , אליהם מתייחס גם הרב אריאל בשאלותיו לעיל , שבאמצעותם מסייג ה משפט הפלילי העברי את יישום חוקיו . שלושת התנאים הם התראה , דיני ראיות והדין המהותי .

הרמב"ם רושם בהל' סנהדרין את עיקרי הלכות ה**התראה**. מהן אנחנו למדים, שאין מענישים אדם בבית דין של מטה, אלא אם התרו בו שמעשהו אסור ושהוא יענש, אם יעשנו:

א. כיצד דנין דיני נפשות: כשיבואו עדים לבית דין, ואומרים ראינו זה או פלוני שעבר עבירה פלונית--אומרים להן, מכירין אתם אותו, התריתם בו; אם אמרו אין אנו מכירין אותו, או נסתפק לנו, או שלא התרו בו--הרי זה פטור.

ב. אחד תלמיד חכמים, ואחד עם הארץ צריך התראה : שלא ניתנה התראה אלא להבחין בין שוגג למזיד, שמא שוגג היה.

ג. וכיצד מתרין בו: אומרים לו פרוש, או אל תעשה, שזו עבירה היא, וחייב אתה עליה מיתת בית דין, או מלקות. אם פירש, פטור. וכן אם שתק, או הרכין בראשו--פטור; אפילו אמר יודע אני, פטור: עד שיתיר עצמו למיתה, ויאמר על מנת כן אני עושה; ואחר כך ייהרג.

ד. וצריך שיעבור ויעשה תיכף להתראה, בתוך כדי דיבור; אבל אחר כדי דיבור, צריך התראה אחרת. ובין שהתרה בו אחד מן העדים, או שהתרה בו אחר בפני עדים--אפילו אישה או עבד, אפילו שמע קול המתרה ולא ראהו, ואפילו התרה בעצמו--הרי זה נהרג.⁵

אחת ממטרות ההלכה, היא להבחין בין מעשה שנעשה בשוגג לבין מעשה שנעשה במזיד . ברגע שאדם פועל במזיד, דרישת ההתראה על פרטיה מונעת כמעט כל אפשרות להעמיד את העבריין לדין ולהרשיעו. ברוב המקרים, אין אדם, שיתרה בעבריין "תוך כדי דיבור" רגע לפני ביצוע העבירה. לא סביר ש"העבריין המצוי" אף יענה "עד שיתיר עצמו למיתה ויאמר על מנת כן אני עושה". על כן דרישת ההתראה מונעת בעצם כל אפשרות מעשית לאכוף את הדין הפלילי העברי.

⁴ אריאל, י' (תשס"ג). הדין הפלילי במדינת ישראל, שו"ת באהלה של תורה, 132.
⁵ רמב"ם, הל' סנהדרין יב, א-ד, ראה גם רמב"ם, פירוש של המשניות על מכות, ג, א וספר המצוות, שורש ח.

דיני הראיות במשפט התורה, ברוב המקרים, מונעים מבית הדין להרשיע עברייני על-פי דין תורה, כפי שמציין הרב אריאל. רוב העדויות נפסלות מראש על-ידי הדיינים, כי רבים הפסולים לעדות על-פי ההלכה.⁶ המעורבים בפשע, נשים, קטינים, חירשים, ואפילו הנאשם עצמו⁷ אינם מורשים להעיד על-פי המשפט העברי. הרשעתו של נאשם מתבצעת אך ורק על סמך שני עדים כשרים, שהעידו עדות ישירה וזהה בכל פרטיה ושעמדו בחקירה נגדית מחמירה.⁸ כך רוב הראיות בבית הדין: "אם היינו דנים רק עפ"י שני עדים כשרים, לא היינו יכולים להעמיד לדין רבים מהפושעים הפליליים והיה העולם הפקר".⁹ **דיני ראיות** פוסלים, אם כן, הסתמכות על עדותם של עבריינים אחרים, מבטלים את "מוסד עד המדינה" ומזכים את מרבית הנאשמים, אף אם הדיינים עצמם משוכנעים באשמתם.

לא רק מכשולים פרוצדוראליים מונעים את האפשרות לשפוט עבריינים על-פי המשפט הפלילי העברי, אלא גם **הדין המהותי**. רוב העבירות המוגדרות כעבירות פליליות בדין הפלילי העברי הן עבירות בין אדם למקום,¹⁰ ואילו רשימת העבירות בין אדם לחברו מצומצמת ביותר ואינה הולמת את המציאות המודרנית. כעבירות בין אדם לחברו מוגדרים רצח וחבלה,¹¹ גניבה, חטיפה ואינוס אישה,¹² אך כמעט אין ברשימה הזאת עבירות נגד שלום הציבור.¹³ המשפט הפלילי העברי מחמיר בעונש על עבירות בין אדם למקום ומקל בעבירות נגד רכושו של הזולת, בעיקר בגניבה.¹⁴ אין בית הדין מטיל עונש על הגזלן, אלא רק דורש ממנו להחזיר את הגזילה ולשלם קנס, תשלומי כפל וכדומה.

⁶ רמב"ם הלכות **עדות** ט, א: "עשרה מיני פסולות הם כל מי שנמצא בו אחד מהן הרי הוא פסול לעדות, ואלו הן: הנשים, והעבדים, והקטנים, והשוטים, והחרשים, והסומים, והרשעים, והבזויין, והקרובין, והנוגעים בעדות, הרי אלו עשרה."

⁷ רמב"ם **הלכות סנהדרין** יח, "....וגזירת הכתוב היא שאין ממיתין בית דין ולא מלקין את האדם בהודאת פיו אלא על פי שנים עדים, וזה שהרג יהושע עכן ודוד לגר עמלקי בהודאת פיהם הוראת שעה היתה או דין מלכות היה, אבל הסנהדרין אין ממיתין ולא מלקין המודה בעבירה שמא נטרפה דעתו בדבר זה, שמא מן העמלין מרי נפש הוא המחכים למות שתוקעין החרבות בבטנם ומשליכין עצמן מעל הגגות שמא כך זה יבא ויאמר דבר שלא עשה כדי שיהרג וכללו של דבר גזירת מלך היא."

⁸ בבלי **סנהדרין** ה, ב, רמב"ם **הלכות עדות** ב, א-ה.
⁹ אריאל, **שם**, 134.

¹⁰ עבירות על איסורי שבת ומועדים, איסורי כשרות, טהרת המשפחה וכד'
¹¹ אמנם העונש על רצח הוא עונש מוות, אך בתנאי שהרוצח ביצע את המעשה בעצמו, וכל מי שרצח בעקיפין אינו נענש, אלא בעונש מן השמים: רמב"ם, **הל' רוצח ושמירת הנפש**, ב, ב: "אבל השוכר הורג להרוג את חברו, או ששלח עבדיו והרגוהו, או שכפת חברו והניחו לפני הארי וכיוצא בו והרגתו החיה, וכן ההורג את עצמו, כל אחד מאלו שופך דמים הוא ועון הריגה בידו וחייב מיתה לשמים ואין בהן מיתת בית דין." הלכה ג: "ומנין שכן הוא הדין, שהרי הוא אומר שופך דם האדם באדם דמו ישפך זה ההורג בעצמו שלא על ידי שליח, את דמכם לנפשותיכם אדרוש זה ההורג עצמו, מיד כל חיה אדרשנו זה המוסר חברו לפני חיה לטרפו, מיד האדם מיד איש אדרוש את נפש האדם זה השוכר אחרים להרוג את חברו, ובפירוש נאמר בשלשתן לשון דרישה, הרי דינם מסור לשמים."

¹² רמב"ם, **הלכות איסורי ביאה** כא, יב: "וכן אסרו חכמים שלא ישמש אדם מטנו ולבו מחשב באשה אחרת, ולא יבעול מתוך שכרות ולא מתוך מריבה ולא מתוך שנאה ולא יבוא עליה על כרחו והיא יראה ממנו, ולא כשיהיה אחד מהן מנודה ולא יבוא עליה אחר שגמר בלבו לגרשה,..."

¹³ אנקרא, **שם**, 182.

¹⁴ **שמות כב, ג**: אִם-הִמָּצָא תִּמְצָא בְּיָדוֹ הַגֵּנֶבָה, מְשֹׁרֵר עַד-חֲמוֹר עַד-שֶׁה--חַיִּים: שְׁנַיִם, יִשְׁלַם. **שמות כא, לז**: ג אִם-הִמָּצָא תִּמְצָא בְּיָדוֹ הַגֵּנֶבָה, מְשֹׁרֵר עַד-חֲמוֹר עַד-שֶׁה--חַיִּים: שְׁנַיִם, יִשְׁלַם. רמב"ם, **הלכות גניבה** א, ה: "הגנב שהודה מעצמו שגנב משלם את הקרן ופטור מן הכפל שנאמר (שמות כב, ח) אשר

מהעיון ביסודות המשפט הפלילי העברי אפשר להסיק, שאין בכוחו של הדין הפלילי שיסודו בתורה, לאכוף על הציבור אותה התנהגות נורמטיבית ולו במידה הבסיסית ביותר, כדי להגן על החברה מפני עבריינים ולהבטיח חיי חברה תקינים.¹⁵ אנקר מציין, שלצד המשפט הפלילי העברי פותחו בעבר שיטות ענישה נוספות, שתפקידן היה לחפות על חולשת משפט זה: בסמכות בית הדין הדתי היה להכות ולהעניש עבריינים שלא לפי דין תורה, אם היה צורך בכך, ובסמכות המלך היה להעניש עבריינים שלא על-פי הכללים והפרוצדורות הנהוגים בדין תורה, כדי להבטיח את הסדר החברתי ואת תיקון העולם.

5.2. הפתרונות החוץ-הלכתיים בהלכה היהודית

מאחורי כותרת פרדוכסלית זו עומדת הגישה, שבאמצעות ההלכה אפשר להכשיר נוהג לא-הלכתי, כדי להבטיח את "תיקון העולם" "כשהשעה צריכה לכך". הסמכות לנהוג על פי נוהג חוץ-הלכתי מוקנית לבית הדין, למלך ולשבעת טובי העיר.

כאמור, הוענקה לבית הדין הסמכות לדון ולהעניש שלא מן הדין. על הסמכות לדון "שלא כדין" אנחנו קוראים בתלמוד הבבלי:

תניא רבי אליעזר בן יעקב אומר: שמעתי שבית דין מכין ועונשין שלא מן התורה, ולא לעבור על דברי תורה, אלא כדי לעשות סייג לתורה.¹⁶

ועל כך מוסיף הרמב"ם בהלכות סנהדרין:

יש לבית דין להלקות מי שאינו מחוייב מלקות ולהרוג מי שאינו מחוייב מיתה ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה, וכיון שרואים בית דין שפרצו העם בדבר יש להן לגדור ולחזק הדבר כפי מה שיראה להם הכל הוראת שעה לא שיקבע הלכה לדורות ...

וכן יש לדיין תמיד להפקיר ממון שיש לו בעלים ומאבד ונותן כפי מה שיראה לגדור פרצות הדת ולחזק הבדק או לקנוס אלם זה והרי הוא אומר בעזרא וכל אשר לא יבוא לשלשת הימים כעצת השרים והזקנים יחרם כל רכושו מכאן שהפקר בית דין הפקר.

וכן יש לדיין לנדות ולהחרים מי שאינו בן נידוי כדי לגדור פרץ כפי מה שיראו לו והשעה צריכה לכך ויאמר שנידהו והחרימהו על דעתו ויפרסם חטאו ...

וכן יש לו לכפות ידים ורגלים ולאסור בבית האסורים ולדחוף ולסובב חוב על הארץ שנאמר הן למות הן לשרושיהן לענש נכסין ולאסורין.

כל אלו הדברים לפי מה שיראה הדיין שזה ראוי לכך ושהשעה צריכה, ובכל יהיו מעשיו לשם שמים ואל יהיה כבוד הבריות קל בעיניו שהרי הוא

ירשיעון אלהים ישלם שנים לא המרשיע את עצמו משלם שנים, והוא הדין לכל הקנסות שהמודה בהן פטור.¹⁵

אנקר, שם, 182.

בבלי, סנהדרין מז"א.¹⁶

דוחה את לא תעשה של דבריהם, ... ואין כבוד התורה אלא לעשות על פי חוקיה ומשפטיה.¹⁷

הלכות סנהדרין של הרמב"ם מסמיכות את בית הדין להעניש עבריין בלי המגבלות הפרוצדורליות וללא המגבלות של הדין המהותי במשפט הפלילי העברי. הדין אינו זקוק להוכחת ההתראה ואין סמכותו מוגבלת על-ידי פסילה של עדים. העונשים שהוא רשאי לפסוק כוללים ממון, מאסר ואף מיתה. במשפט חוץ-הלכתי יש מקום רב לשיקול הדיינים, ואלה אינם כבולים עוד בדיני עדות וחקירה נגדית של העדים, אשר מתמקדת בפרטי פרטים שוליים של עדותם. מטרת המשפט הפלילי החוץ-הלכתי היא להבטיח חיי חברה תקינים למען לעשות סייג לתורה כי "זה ראוי לכך ושהשעה צריכה". הרשב"א מרחיב את דברי הרמב"ם וקובע:

שאם העדים נאמנים אצל הברורים, רשאים הן לקנוס קנס ממון או עונש הגוף, הכל לפי מה שיראה להם, וזה מקיים העולם. שאם אתם מעמידין הכל על הדין הקצובים בתורה, ושלא לענוש אלא כמו שענשה התורה: בחבלות, וכיוצא בזה, נמצא העולם חרב, שהיינו צריכים עדים והתראה. וכמו שאמרו ז"ל: לא חרבה ירושלים אלא שהעמידו דבריהם על דין תורה. וכ"ש בחוצה לארץ, שאין דנין בה דיני קנסות, ונמצאו קלי דעת פורצין גדרו של עולם, נמצא העולם שמם....¹⁸

למלך הוענקה הסמכות לדון ולהעניש עבריין יהודי שלא על-פי דין תורה. סמכות זאת מעוגנת במשפט שבשמואל א:

יט וַיִּמָּאֲנוּ הָעָם, לְשִׁמְעָה בְּקוֹל שְׁמוּאֵל; וַיֹּאמְרוּ לוֹ, כִּי אִם-מֶלֶךְ יִהְיֶה עָלֵינוּ. כ וַהֲיִינוּ גַם-אַנְחֵנוּ, כְּכָל-הָעָם; וְשִׁפְטָנוּ מִלְּכָנוּ וַיֵּצֵא לִפְנֵינוּ, וַיִּלְחֶם אֶת-מִלְחַמָּתָנוּ. כא וַיִּשְׁמַע שְׁמוּאֵל, אֶת כָּל-דְּבָרֵי הָעָם; וַיִּדְבָּרֶם, בְּאָזְנוֹ ה'.

כב וַיֹּאמֶר ה' אֶל-שְׁמוּאֵל שְׁמַע בְּקוֹלִי, וְהִמְלַכְתָּ לָּהֶם מֶלֶךְ; וַיֹּאמֶר שְׁמוּאֵל אֶל-אֲנָשֵׁי יִשְׂרָאֵל, לָכוּ אִישׁ לְעִירוֹ.

על פי פסוקים אלה האציל האל את סמכות ה שיפוט על המלך, אך סמכות זאת אינה מאפשרת חריגה מדין התורה. על כך אנחנו למדים ממשפט המלך שבדברים יז:

יח וַהֲיֶה כְּשִׁבְתּוֹ, עַל כִּסֵּא מַמְלַכְתּוֹ--וַיִּכְתֹּב לוֹ אֶת-מִשְׁנֵה הַתּוֹרָה הַזֹּאת, עַל-סֵפֶר, מִלְּפָנֵי הַכֹּהֲנִים הַלְוִיִּם. יט וַהֲיִתָּה עִמּוֹ, וְקָרָא בּוֹ כָּל-יְמֵי חַיּוֹ לְמַעַן יִלְמַד, לִירְאָה אֶת-ה' אֱלֹהָיו, לְשֹׁמֵר אֶת-כָּל-דְּבָרֵי הַתּוֹרָה הַזֹּאת וְאֶת-הַחֻקִּים הָאֵלֶּה, לַעֲשֹׂתָם.

¹⁷ רמב"ם, הל' סנהדרין כד, ד-י.
¹⁸ שו"ת הרשב"א, ג, ס' שצג.

סמכות המלך לחרוג במשפטו מן המשפט הפלילי העברי המקורי ניתנה רק במאה ה-14 על-ידי רבנו נסים גירון¹⁹. בדרשה על פרשת שופטים, העוסקת במינוי שופטים²⁰ ובמינוי מלך,²¹ הוא מבחין, על בסיס שני המינויים שבספר דברים, בין שתי מערכות משפט: משפט התורה ומשפט המלוכה. משפט התורה הוא לישראל בלבד. תפקידו להעניש את העוברים על מצוות התורה שבין אדם למקום, או בלשון הר"ן "העוברים על חוקי התורה, עם היות שאין באותה עבירה הפסד ישוב מדיני כלל". על משפט המלוכה כותב הר"ן בהמשך: "שאם לא כן, איש את רעהו חיים בלעו, ויהיה כללו נשחת. וכל אומה צריכה לזה ישוב מדיני ... וישראל צריכה זה כיתר האומות". לדעת הר"ן ייחודה התורה לשני המשפטים הללו קבוצת שופטים ייחודית, אותה הוא מכנה: "כת מיוחדת": "האחד יחייב להעניש איזה איש כפי משפט אמיתי, והשני, שאין ראוי להענישו כפי משפט הצדק אמיתי, אבל יחוייב להענישו כפי תיקון סדר מדיני וכפי צורך השעה". השופטים שהתמנו כדי לשפוט "את העם משפט צדק" ישפטוהו בעניינים בין אדם למקום. בענייני הסדר המדיני "השלים האל תיקונו במצות המלך". את הסמכות, שהקנה הרמב"ם במאה ה-12 לבית הדין, מקנה הר"ן במאה ה-14 למלך:

זהו משפט צדק אמיתי בעצמו הנמסר לדיינים, אבל אם לא יענישו העוברים כי אם על זה הדרך, יפסד הסדר המדיני לגמרי, שיתרבו שופכי דמים ולא יגורו מן העונש, ולכן צוה השם יתברך לצורך "יישובו של עולם" במינוי המלכות.... והמלך הוא יכול לדון שלא בהתראה כפי מה שיראה שהוא צריך לקיבוץ המדיני.²²

מטרתו של משפט התורה היא להבטיח שיחול בעם ישראל השפע האלהי וידבק בו, ואין זה מעניינו להבטיח את אכיפת הסדר החברתי. תחום האכיפה הושאר בסמכות של משפט המלוכה, שדן לפי צורך השעה, ולא על-פי התורה. על מה, אם כן מושתת משפט המלוכה? תשובתו של הר"ן ברורה ומרחיקת לכת:

אפשר שימצא בקצת משפטי ודיני האומות מה שהוא יותר קרוב לתקון הסדר המדיני, ממה שימצא בקצת משפט התורה.²³

הר"ן לא נרתע לאמץ קטעים ממשפטי האומות ולשבצם במשפט המלוכה הישראלי ולתת להם גושפנקא תורנית, כדי להבטיח ש"איש את רעהו" אינו "חיים בלעו". מקור נוסף למשפט

¹⁹ הר"ן הוא רבי ניסים בן ראובן גירונדי, נולד בברצלונה בשנת ה'א"פ' (1320) ונפטר בשנת ה'א"ק"נ (1380). הר"ן נחשב לפוסק הדור, ומכל תפוצות ישראל היו פונים אליו בשאלות. תלמידו המובהק היה הריב"ש. חיבורו החשוב הוא פירושו על הרי"ף, בו מבאר הר"ן בהרחבה את הלכותיו של הרי"ף. הר"ן כתב גם פירוש על רוב מסכתות התלמוד הבבלי.

²⁰ **דברים טז, יח:** "שֹׁפְטִים וְשֹׁטְרִים, תִּתֶּן-לָךְ בְּכָל-שָׁעֲרֶיךָ, אֲשֶׁר ה' אֱלֹהֶיךָ נָתַן לָךְ, לְשֹׁפְטִים; וְשֹׁטְרֵי-אֶת-הָעָם, מִשְׁפָּט-צֶדֶק".

²¹ **דברים יז, יד-טו:** "יָד-כִּי-תִבְאֶל-הָאָרֶץ, אֲשֶׁר ה' אֱלֹהֶיךָ נָתַן לָךְ, וְיִרְשָׁתָהּ, וְנִשְׁבָּתָהּ בָּהּ; וְאָמַרְתָּ, אֲשִׁימָה עָלַי מֶלֶךְ, בְּכָל-הַגּוֹיִם, אֲשֶׁר סְבִיבֹתַי. טו שֹׁם תָּשִׂים עָלֶיךָ מֶלֶךְ, אֲשֶׁר יִבְחַר ה' אֱלֹהֶיךָ בּוֹ: מִקִּרְבֵּי אֲחֶיךָ, תָּשִׂים עָלֶיךָ מֶלֶךְ, לֹא תוּכַל לָתֵת עָלֶיךָ אִישׁ נָכְרִי, אֲשֶׁר לֹא-אֲחִיךָ הוּא".

²² **דרשות הר"ן**, "הדרוש האחד-עשר (מהד' א"ל פלדמן), ירושלים, תשל"ז.

²³ **שם**, קצא

המלוכה הוא זכות המלך "לחוקק את החוקים הנראים לו חיוניים כדי להגן על החברה" ²⁴. ניתן לשאול, האם הר"ן הגדיר את משפט המלוכה כמוגבל למשפט הפלילי, או שמא חשב שניתן להרחיב באמצעותו גם את המשפט האזרחי, הדן בין אדם לחברו בעניינים ממוניים? ²⁵

פוסקי ההלכה אכן מצאו פתרונות לקושי המבני של המשפט הפלילי העברי במציאות המשפטית הבתר-מקראית: בסמכותו של בית הדין להעניש שלא על-פי דין תורה וכהוראת שעה, ובסמכות המלך להעניק לשופטים ייפוי כוח לדון עבריינים שלא על דרך התורה.

הסמכות לדון ולהעניש שלא על-פי דין התורה הוענקה גם לטובי העיר. זכות זאת מוקנית להם בשולחן ערוך ²⁶. אפשר לראות בדבריו של ר' יוסף קארו הרחבת סמכויות שהקנו הרמב"ם לבית הדין והר"ן למלך, לדון, לשפוט ולהעניש ללא המגבלות הפרוצדוראליות והמהותיות שתוארו לעיל:

כל בית דין, אפילו אינם סמוכים בא"י, אם רואים

שהעם פרוצים בעבירות [ושהוא צורך שעה – טור], היו דנין בין מיתה בין ממון, בין כל דיני עונש,

ואפילו אין בדבר עדות גמורה. ואם הוא אלם, חובטים אותו על ידי עובדי כוכבים. [ויש להם כח להפקיר ממונו ולאבדו כפי מה שרואים לגדור פרצת הדור – טור בשם הרמב"ם בפרק כ"ד מסנהדרין]. וכל מעשיהם יהיו לשם שמים;

ודוקא גדול הדור, או טובי העיר שהמחוס ב"ד עליהם. הגה: וכן נוהגין בכל מקום שטובי העיר בעיר נכב"ד הגדול, מכין ועונשין, והפקרן הפקר כפי המנהג; אעפ"י שיש חולקין וס' "לדאין כח ביד טובי העיר באלה", רק להכריח הצבור במה שהיה מנהג מקדם או שקבלו עליהם מדעת כולם.

אבל אינן רשאים לשנות דבר במידי דאיכא רוחא להאי ופסידא להאי, או להפקיע ממון שלא מדעת כולם [מרדכי פ' הגוזל בתרא],

²⁴ אנקר, שם, 186.

²⁵ תשובה חיובית לשאלה זו תינתן על-ידי אותם פוסקים, ובעיקר שופטים דתיים, המחייבים את הכללת המשפט האזרחי בתוך משפט מדינת ישראל, הרבנים גורן, פדרבוש ושרלו, והשופטים אלון ובזק. ראה לעיל, פרק 3.

²⁶ **בתוספתא בבא מציעא** יא כג, ובבלי, **בבא בתרא** ח ע"ב, נפתח צוהר לזכות הקהל ונבחריו, ל"טובי העיר" ו"פרנסים", לתקן תקנות בענייני קהל: "רשאים בני העיר להתנות על המדות ועל השערים ועל שכר הפועלים ולהסיע את קיצתן". השולחן ערוך מונה ב' **חושן משפט** (סימן קסג) שורה ארוכה של הלכות המקנות זכות חקיקת משנה לסמכויות בני העיר. בתחום דיני ממונות ביססו פוסקי ההלכה את סמכותו של הציבור על הכלל "הפקר בית דין הפקר": "שיש כוח בידם להפקיר ממון שיש לו בעלים, ואף על פי שאין כוח בידי בית דין לעקור דבר מן התורה... כל דבר שבממון אין זו עקירה, שהפקר בין-דין הפקר". פוסקי הלכה אחרונים מרחיבים את הכלל: "לא נאמרה הלכה זו [=הפקר בית דין הפקר] על בית דין של ישראל בתור בית דין, אלא בתור שררה וממשלה... לא דווקא על בית דין של ישראל נאמרה הלכה זו אלא על כל שררה וממשלה בביתה שהיא השולטת בכל אשר לנתיניה". (שו"ת **דבר אברהם**, א, סי' א, ענף ב, ד"ה והנ"ל). ראה בהרחבה: אלון, **המשפט העברי**, ע' 558-629.

מכל מקום הולכין אחר מנהג העיר; וכל שכן אם קבלום עליהם לכל דבר.²⁷

אך סמכות זו של טובי העיר מוגבלת למשפט הפלילי ואינה תקפה במשפט האזרחי : " אבל אינן רשאים לשנות דבר במידי דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי."

הרמב"ם מקנה לבית הדין סמכויות חוץ-הלכתיות בעניין המשפט הפלילי . הר"ן מרחיב את הסמכות הזאת למלך , והשולחן ערוך הרחיב אותה לטובי העיר , בהסתייגות, שסמכות זו אינה תקפה בתחום של חושן משפט. דין מלך²⁸ והלכות טובי העיר הם אחדים מעמודי התווך ההלכתיים, עליהם מתבססים פוסקי הלכה בבואם להכשיר את חוקי מדינת ישראל ואת מוסדותיה.

5.3. המחלוקת על הפתרונות החוץ-הלכתיים

בתפוצות הגולה לפני ואחרי הקמת מדינת ישראל , ואף במדינת ישראל עצמה , ישנם פוסקים מודרניים המאמצים את דעת הר"ן בעניין "שתי כתות מיוחדות" למערכת משפטית פלילית. אחרים דוחים אותה, ועל-פי רוב בלי להציע פתרון הלכתי-משפטי אלטרנטיבי.

5.3.1 הפוסקים המצדדים בפתרונות החוץ-הלכתיים

הרב מאיר שמחה הכהן²⁹ והרב שלמה פיישר³⁰ - שניהם מצדדים בגישת הר"ן ובשולחן ערוך. הרב מאיר שמחה הכהן דן בספרו "אור שמח", שמפרש את ה"משנה תורה" של הרמב"ם, בקביעה שהמלך רשאי להעניש עבריינים, ואף לפסוק דין מוות, ללא התראה, על-פי עד אחד וללא ראיות ברורות:

והנראה לי דרבינו סבור ...דדוקא לדון דין הסנהדרין , בחוקים תורניים , שמצוה עליהם לדון , צוה התורה דבעי שני עדים , אבל...במלך ישראל , דרשות ניתן להם , והוא לתיקון המדינה , דינם כמו שנתנה התורה הנימוסית לבני נח, וזה ענין מושכל.³¹

מציטוט זה מתברר כי בעל אור שמח תופס את שבע מצוות בני נח , דהיינו מצוות המוסר האוניברסאלי ובראשן מצוות הדינים³² , כחלק מדין המלך , שמטרתו תיקון המדינה . על-פיו

²⁷ שלחן ערוך, חושן משפט, ב, א-ו

²⁸ ראה לעיל, פרק 2.

²⁹ הרב מאיר שמחה הכהן היה במשך 50 שנה רבה של קהילת המתנגדים שבדווינסק ברוסיה . הוא נפטר בשנת 1926.

³⁰ הרב שלמה פיישר, אחד מראשי הישיבות החשובות של דורנו, היה דיין בבית הדין הרבני בירושלים.

³¹ הרב הכהן, מ"ש. אור שמח, הל' מלכים ג'.

³² רמב"ם הל' מלכים ט, א: "על ששה דברים נצטווה אדם הראשון : על ע"ז, ועל ברכת השם, ועל שפיכות דמים, ועל גילוי עריות, ועל הגזל, ועל הדינים, אע"פ שכולן הן קבלה בידינו ממה שהרבינו , והדעת נוטה להן, מכלל דברי תורה יר אה שעל אלו נצטוו , הוסיף לנח אבר מן החי שנאמר אך בשר בנפשו דמו לא תאכלו, נמצאו שבע מצות, וכן היה הדבר בכל העולם עד אברהם."

"דרשות ניתן להם", דהיינו, למלך ניתנה הזכות לדון, לפסוק ולהעניש שלא על-פי התורה. לעומת זאת "בדין הסנהדרין, בחוקים תורניים.....צותה התורה דבעי שני עדים", דהיינו, בדין תורה יש להקפיד על כל כללי המשפט הפלילי העברי המקורי.

הרב פישר כותב בשנת 1986 ברוח הר"ן, שעונשי התורה נקבעו על עבירות כלפי שמים ולא על עבירות שבין אדם לחברו:

כל חיובי מיתה ומלקות הם חיוב לשמים, שהם עונשים על החטא, ואינם דומים לדיני ממונות שהם דין בין אדם לחברו. ואין הפרש בין מיתת מחלל שבת למיתת רוצח, דתרווייהו [=שניהם] חיובים לשמים והם עונש על הלא.³³

במשפט הכללי, רצח הינו עבירה בין אדם לחברו, לא כך במשפט העברי. במשפט העברי הוא לא רק עבירה בין אדם לחברו, אלא גם עבירה בין אדם למקום,³⁴ שעונשה מוות. חילול שבת ורצח - שניהם עבירות נגד השמיים,³⁵ ולכן אין מטרת העונשים בגינן להגן על החברה מפני נזקי העבריינים. התיקון החברתי נמסר ליד בית הדין וליד המלך, והם יממשו את הזכות התורנית שניתנה להם כדי להעניש עבריינים שלא מן התורה.

גם הרב גורן מצדד בפתרונות חוץ-הלכתיים במשפט הפלילי של מדינת ישראל. כמוזכר בפרק ג', כשלושה חודשים לפני הקמת המדינה פרסם הרב גורן בעיתון "הצופה" את עמדתו כלפי מערכת המשפט של מדינת ישראל העתידה לקום. בין היתר הוא התייחס גם למשפט הפלילי:

...ביחס למשפטים הפליליים אין קושי רב, למרות שאין בכוחנו לכוף אדם יחיד לקבל עליו שופטים או עדים פסולים בעבירות פליליות, שאין עליהן עונש גוף, הרי מפורש בשולחן-ערוך חושן משפט סימן ב', שטובי העיר בעירן כבית-דין הגדול הם נחשבים ומכין ועונשין כל דיני עונש, אפילו שאין בדבר ראייה גמורה. "שאינן צריך עדים והתראה אלא לדון בדין תורה, אבל מי שעובר על תיקוני המדינה יכולים לעשות כפי צורך השעה". (לשון הרמב"ן בתשובות). בתוקף סמכות זאת לציבור אפשר לחוקק חוקים

פישר, ש' (תדמ"ו). בית ישי, ב, שפא-שפב.

בראשית, א, כז: וַיִּבְרָא אֱלֹהִים אֶת-הָאָדָם בְּצֶלְמוֹ, בְּצֶלֶם אֱלֹהִים בָּרָא אֹתוֹ: **בראשית, ט, ה** וְאָדָם אֶת-דְּמֻתְּכֶם אֶדְרֹשׁ, מִיַּד כָּל-חַיָּה אֲדָרְשֶׁנּוּ; וּמִיַּד הָאָדָם, מִיַּד אִישׁ אֶחָיו--אֶדְרֹשׁ, אֶת-נַפְשׁ הָאָדָם. וְשֹׁפֵךְ דָּם הָאָדָם, בְּאָדָם דָּמוֹ יִשְׁפֹּךְ: כִּי בְצֶלֶם אֱלֹהִים, עָשָׂה אֶת-הָאָדָם.

על-פי הרמב"ם, **"בהל' רוצח ושמירת הנפש"** ב: א-ד, מהווה האל אחת מארבע הסמכויות השיפוטיות שבמשפט הפלילי העברי, לצדם של בית הדין, של המלך, ושל בית דין הפועל על פי הוראת שעה. על בית הדין של מעלה כותב קירשנבאום (**שם**, עמ' 261-262): "משגה חמור יהא זה להסתפק בשתי מערכות שיפוטיות מקבילות, בית הדין ומלך, בלי להזכיר ולייחד את הדיבור על מערכת שיפוטית שלישית, שאף היא מקבילה לשתי הראשונות – והיא המערכת של המלך המשפט, הקב"ה, הדין-דיני-שמים (במובנם הרחב יותר), והיא פועלת במיוחד כאשר ידן של המערכות האחרות קצרה.... חשבות מאוד בהלכה היהודית הסנקציות השמיימיות המכוננות 'כרת' ומיתה בידי שמים'. אכן, רבות הן ההוכחות, כי המערכת השיפוטית השמיימית אינה סתם ענין שבאגדה.... כל חייבי כריתות, כוון שלקו, נפטרו מכריתותם. כל העוברים על עבירות שדין כריתות ומיתה בידי שמים, וכן בענייני ממון, כל החייבים בדיני שמים פסולים לעדות.... וכבר מנה הרמב"ם את כל העבירות שיש בהן כרת ומיתה בידי שמים, ומצאן שלושים ותשע במספר. שיפוטו של הקב"ה יש בו מן הדומה לנוקשות ולדווקנות של דין תורה (מידת הדין) ויש בו מן הדומה לגמישות של דין-המלך ושל בית דין (מידת הרחמים, אשר על-פיה פותחים שערי התשובה)."

ולקבוע עונשים על עבירות פליליות עם עונשי מאסר וכדומה כפי ראות עיני הדיינים או המחוקקים למען הסדר הציבורי.³⁶

אין לרב גורן שאיפה לקיים משפט פלילי על-פי התורה, לא בזמן הזה ולא בעתיד הנראה לעין. הוא מודע לכך שהמשפט הפלילי העברי הינו בלתי-ישים, ולכן הוא מציע להתבסס על כל אותן ההלכות המאפשרות לדון בעניינים פליליים שלא על-פי התורה. ואם דנים בעניינים פליליים שלא על-פי התורה, ברור הוא, שצריך להתבסס על הלכות טובי העיר ועל הלכות קהל, קרי המדינה.³⁷

סיוע לעמדה, שיש לייפות את כוחו של המלך לדון דיני עונשין ופלילים שלא על-פי התורה, מקבילים הרבנים האלה דווקא מרבה של העדה החרדית בסנהדריה בירושלים, הרב יעקובוביץ'. הוא המקיים דו-שיח רציף עם נציגי הציבור הליברלי³⁸ בישראל, וגורס שדיני עונשין ופלילים יידונו במוסדות השיפוט של המדינה על פי חוקים שחוקקה כנסת ישראל, אפילו בלי השתתפות נציגים דתיים:

הכרת השלטון על כל מוסדותיו במעמד העצמאי לחלוטין של ההשקפה התורנית, כמו של ההשקפה הליברלית בישראל... יקומו קהילות עצמאיות, האחת פלורליסטית והאחת תורנית (יתכן גם קהילה מוסלמית וקהילה נוצרית). ... המדינה תייפה את כוחם של בתי משפט תורניים עצמאיים שיוקמו, ינוהלו וידונו ע"פ דרכה של התורה, במקביל ובנפרד מבתי המשפט החילוניים. דינים שדנים אותם בזמן הזה (בהעדר סנהדרין) ע"פ דיני התורה (כגון דיני ממונות השכיחים והכרעות בשאלות ערכיות) יידונו בבתי המשפט התורניים ע"פ דיני התורה; דינים שאין דנים אותם בזמן הזה ע"פ דיני התורה קבועים (כגון דיני עונשין ופלילים ושאלות שלטוניות) יידונו ע"פ תחיקת הכנסת הדמוקרטית ("תקנות קהל", "דין מלך"). תחומים שאין דנים בבתי המשפט התורניים בהם ע"פ תחיקת הכנסת, אף לא ישתתפו חברי הקהילה התורניות בהם בהליכי חקיקה.³⁹

תפיסתו הקהילתית, הדורשת אוטונומיה משפטית לכל ציבור וציבור במדינת ישראל, מוגבלת לענייני המשפט האזרחי. יש להניח, שהרב יעקובוביץ' צמח באסכולת הרב חיים עוזר גרודז'נסקי הדוגל במערכות משפט מקבילות, משום -

Decisive rejection of the Zionist concept that with the establishment of the State of Israel, the nation of Israel doffed its form, as it were, and donned a new form;... such a concept requires a radical reshuffling of the entire system of basic ideas and values that have been accepted by Jews from time immemorial.

Thus, the normative haredi outlook also absolutely rejects the radical religious-Zionist concept that the establishment of

36 גורן, ש' (תש"ח). חוקה תורנית כיצד?

37 עמדה זהה לזו של הרב שלמה גורן ביטא, ב-1952 הרב שמעון פדרבוש בספרו **משפט המלוכה בישראל**, 71-80.

38 כך מכנה הרב יעקובוביץ' את הציבור שאינו שומר תורה ומצוות.

39 ראה להלן: נספח 2

the State of Israel constitutes "the beginning of the rise of our redemption".⁴⁰

הרב אליעזר וולדינברג מסיק מדברי הרמב"ם, ש"אפשר לנו... לבוא בדרך חדשה ... ולומר שהרמב"ם סובר שבכח הוראת שעה כח מלך וכח הב' "ד שוים, או כמו שסובר הר"ן שגם כח בי"ד נובע מכח מלכות, וזה שכתוב בהלכות סנהדרין 'הוראת שעה היתה או דין מלכות היה', הכל מוסב על המלך, דהיינו או שהיה הוראת שעה 'מלך לתיקון העולם, או שהיה זה דין מיוחד במלכות, וכנ"ל".⁴¹ והרב וולדינברג מדגיש, ש"כל המדובר .. הוא בנוגע למשפט-המלך המיוחד בכדי לעשות דין בעוברי עבירה שאינם פוגעים ומורדים בכבוד המלכות, אלא הוא בא לשם תקנת העולם כפי מה שהשעה צריכה".⁴² בהמשך הוא מבהיר אגב דיון על האפשרות למחול לפושע אחרי שנידון למיתה:

"אבל המלך כשפסק דין למיתה על פי כח המלכות שבידו שלא עפ"י דין תורה, לא נקרא שהתורה היא שפסקה דינו למיתה, אלא התורה נתנה רשות למלך לפסוק שלא עפ"י דין תורה והמלך הוא שפסק דינו למיתה, ולכן מ'כיון שהוא הוא שחייב אותו למיתה יש בכחו לחזור ולמחול לו בבחינה של הפה שאסר הוא הפה שהתיר'.⁴³

כפי שנראה בהמשך, עמדת הרב וולדינברג היא עמדה המגשרת בין המחייבים את זכותו של המלך לדון דיני עונשין שלא על-פי התורה, לבין אלה המצדדים בהגבלת זכות זו לבית הדין.

5.3.2. הפוסקים השוללים את הפתרונות החוץ-הלכתיים

דבריו של הרב הראשי לישראל הרב הרצוג בעניין המשפט הפלילי נאמרו כשנה לאחר קום המדינה והם מייצגים, כנראה⁴⁴, את הדעה שרווחה אז בקרב רבני ארץ ישראל, הן החרדים והן הציונים, בנוגע למשפט הפלילי. עמדתו אינה מרחיקת לכת כמו זו של הרב גורן. הרב הרצוג אינו משחרר את ההלכה היהודית ואת בתי הדין מהעיסוק במשפט הפלילי, אלא קובע, כי דין התורה בנוגע למעשים פליליים אינו ישים בימינו. אך בניגוד לרב גורן, הרואה את המוצא בסמכות טובי העיר להעניש שלא על-פי התורה, מציע הרב הרצוג שלא להסיק מסקנות מרחיקות לכת:

אשר לדיני עונשין – המשפט הפלילי – כבר הנחתי שהתורה אינה נותנת לנו בזמן הזה סמכות לדון דיני נפשות... מהיום שבטלה הסמיכה. אבל מוכרחים אנו לנעול דלת בפני עושי עוולה, ונעילת הדלת הכרחית לא רק בנוגע לרציחה, כי גם בנוגע לעניינים אחרים, כגון גניבה וגזילה, מעשה מתועב באונס-אשה, שריפת נכסי חבירו, זיוף שטרות וכו' וכו'... היום לא איכשר דרא וברקע הפלילי דורש הזמן שייקבעו עונשים הולמים, עונשי

Rabbi Shmuel Jacobovitch, (2004) *Jewish Solidarity*, Jerusalem 31.

וולדינברג, א' (תשי"א). הלכות מדינה, קסה.

שם, שם.

שם, קע.

בדבריהם של פוסקים ארץ-ישראליים בני זמננו לא נשמעה הדרישה, שבת' הדין התורניים ידונו במשפט הפלילי, אך אין גם הכרה בבתי המשפט של מדינת ישראל ככשרים לדון דיני עונשין.

40

41

42

43

44

כסף ומאסר. וברקע הזה ישתפו פעולה חכמי התורה ויוריסטים מובהקים לשם קביעת תקנות במטרה של נעילת דלת בפני עושי עוולה... יש לי להעיר, כי עד כמה שאפשר לקבל רושם מתוך שיחות פרטיות הרי דעת כמה רבנים חשובים נוטה שהרבנות לא תקבל לתוך מסגרת סמכותה דיני עונשין, כלומר את המשפט הפלילי, אך להסיק מסקנה החלטית עדיין לא הגיעה השעה.⁴⁵

במונחים מודרניים, ניתן לקבוע, שלא ניתן ליישם את המשפט הפלילי העברי הלכה למעשה, כי אין הוא מסוגל להגן על החברה מפני עבריינים.⁴⁶ דבריו של הרב הרצוג מצביעים על הצורך לקבוע עונשים הולמים, עונשים של כסף ומעצר על-ידי תקנות שינעלו דלת בפני עושי עוולה. אך לא רק היעדר עונשים הולמים במשפט הפלילי העברי הביאו את הרב הרצוג ורבנים אחרים למסקנה, שאין לכלול את המשפט הפלילי בתוך מסגרת סמכותה של הרבנות הראשית, אלא גם קשיים נוספים, כמו הצורך בהתראה, דיני הראיות ואפילו הדין המהותי. ההתלבטויות של הרב הרצוג מפתיעות לנוכח העובדה, שההלכה היהודית פתחה בפני פוסקי ההלכה שלוש אפשרויות חוץ-הלכתיות להתגבר על חולשת המשפט הפלילי העברי. ואמנם הרב הרצוג אינו שלם עם מסירת המשפט הפלילי לידי המלכות על בסיס דין מלך או כל בסיס של הלכות טובי העיר, על אף שהוא מודע לכך, שבתוך הדין הרבניים אינם מסוגלים לקיים משפט פלילי "שלא מן התורה", גם אם זכות זו הוקנתה להם מן התורה.

בשנת 2002 כתב הרב רענן פארן, שמשיתת הר"ן והרא"ש לא ניתן להסיק, שלשלטון במדינת ישראל יש סמכות להעניש שלא על-פי דין תורה. זכות זו שמורה לדעתו, אך ורק לשלטון הראוי לדון, כלומר לנציגי שלטון השומרים תורה ומצוות.⁴⁷ והוא מוסיף:

לפי זה, אין כוח ביד נב חרי הציבור במדינת ישראל, אשר אינם כשרים לשמש כדיונים, לתקן תקנות בתחום הענישה הגופנית, מכוח ההלכה בעניין בית דין מכין ועונשים שלא כדין.⁴⁸

הרב פארן פוסל גם את ההשלכה מדין טובי העיר לדין מלכות: "בתחום הענישה....קשה... להשוות בין השניים." לדעתו שלטון מדיני שונה במהותו משלטון מקומי, כפי שבא לידי ביטוי אצל טובי העיר.⁴⁹ בדבריו ניתן להבחין בשני נימוקים נגד הענקת הסמכות לטובי העיר לדון בדיני עונשין: הם אינם ראויים כיום, ומדינת ישראל אינה רשות מקומית, אלא מלכות. לכן הוא מצמצם את הסמכות לדון דיני עונשין רק לבתי הדין ה"מכין ועונשין שלא מן התורה"⁵⁰ מאז

⁴⁵ הרצוג, י"א (תש"ט). המדינה וחוקתה, 9-13. ברוב המאמרים שכתב הרב הרצוג בתקופת קום המדינה, הוא דורש – בנוסף להסכמות שנתקבלו על-ידי מנהיגי אגודת ישראל בכתב הסטטוס קוו – כי דין תורה יהיה הבסיס המשפטי במדינת ישראל, או לפחות ההבטחה, מעין קונסטיטוציונית, שמשפט התורה יהיה משפטה של מדינת ישראל. ראה לעיל פרק 3: "שאיפת כל היהדות הדתית בארץ ובתפוצות מוכרחה להיות שהתחיקה תכלול סעיף יסודי כי המשפט בארץ יהא מבוסס על יסודות התורה." (עמ' 63).

⁴⁶ א' קירשנבאום, שם, עמ' 253.

⁴⁷ רמ"א, חו"מ, לז, כב: "טובי העיר הממונים לעסוק בצרכי רבים או יחידים הרי הן כדיונים ואסורים להושיב

⁴⁸ פארן, ר' (תשס"ב). השלטון במדינת ישראל לאור ההלכה, 493.

⁴⁹ שם, 494.

⁵⁰ בבלי, סנהדרין מו, א.

ימי התלמוד . בצמצום זה הוא פוסל בעצם את מוסדות השיפוט של המדינה מלדון דיני עונשין, ומטיל משימה זו, לפחות ברמה העקרונית, על בתי הדין הרבניים:

סתם נציגי ציבור, שלא מתפקדים כבית-דין אינם יכולים לענוש שלא כדין. לפי מסקנה זו, שדווקא נציגי ציבור שמתפקדים כבית דין יכולים לענוש שלא כדין, נציגי הציבור במדינת ישראל, שאינם בית דין, אין בכוחם לקבוע ענישה שלא כדין תורה.⁵¹

מה הן התשובות שנותן הרב אריאל למכלול השאלות שהובאו לעיל? ברמה העקרונית, הרב אריאל מצדד בעמדת הרב הרצוג, שהיה רוצה לראות גם את דיני העונשין כחלק ממשפט התורה ונידונים בבתי הדין הרבניים. הרב הרצוג אף אינו רוצה להכשיר את בתי הדין של המלכות לכתחילה.⁵² הרב אריאל מבקש ללמוד מן הפרקטיקה כדי לקבוע מסמרות על העקרון, והוא מוסיף לשאול: "מאחר ולמעשה אין כיום בפועל דין תורה הדן במערכת הפלילית צ"ע [צריך עיון] האם יש לבתי המשפט הדנים בפלילים דין ערכאות וממילא האם מותר למסור גנב למשטרה אשר תתבע אותו בערכאות?"⁵³

על מנת להשיב על השאלה, האם מותר למסור גנב לידי המשטרה, מזכיר הרב אריאל את דברי הרב משה פיינשטיין בשו"ת איגרת משה⁵⁴ המתיר מסירת גנב, "שא"כ [אם כן] תימלא הארץ חמס"⁵⁵ והוא אוסר אותה רק בחוץ לארץ, כי שם הוא יימסר לנוכרים. אך מכיוון שבתי המשפט במדינת ישראל אינם מושתתים על דין תורה, שואל הרב אריאל, האם דין ערכאות החל בתפוצות הגולה לא חל גם על מסירת גנב לידי המשטרה במדינת ישראל.

בתשובתו מדגיש הרב אריאל את ההבדל המהותי בין תפיסת הצדק של היהודים המבוססת על התורה, לבין תפיסת הצדק של הערכאות. הראשונה מעדיפה "את טובת הנגב על טובת החברה, כלומר עדיף שהנגב יקבל את רכושו חזרה בצירוף קנס, מאשר עונש מאסר לגנב. כן משתמע מדין גנב בתורה שהענישה גנב בתשלומי כפל וארבעה וחמישה לנגב, ולא הטילה עליו עונש אחר."⁵⁶ לדעתו, גם היום עדיף לחייב את הגנב בתשלומי כפל "לפני שהיינו מטיילים עליו עונשי גוף שנזקם רב מתועלתם". אך כשמדובר באדם אלים, אין בתורה התנגדות עקרונית לעונשי מאסר, אלא רק התנגדות להעדפתו של עונש מאסר על עונש ממון. והרב אריאל מסיק: "כל עוד אין דין תורה בפלילים נוהג בפועל, יש מקום לתבוע עבריינים בערכאות המשפטיות הפועלות כיום במדינת ישראל."⁵⁷ במציאות הישראלית הנתונה, אין הרב אריאל פוסל גם עורך-דין דתי כמייצג את הפרקליטות. מכיוון שלפתור את

51 פארן, שם, 492.
52 ראה נספח מס' 4.
53 אריאל, שם, 132.
54 פיינשטיין, מ' שו"ת איגרת משה, או"ח, ה' סי' ט, אות י"א.
55 אריאל, שם, 133.
56 שם, שם.
57 שם, 135.

הגנב ללא עונש, ואין היו ם עונשים על פי התורה, אין בפעילותו של עורך- דין דתי מטעם הפרקליטות עבירה על דין ערכאות. הלכה למעשה מאמץ הרב אריאל את עמדת הר "ן והשלחן ערוך המכשירים את המלכות לדון דיני עונשין, למרות הכרזתו העקרונית שאין להכשיר את המלכות מלכתחילה לצורך דיון בפלילים.

על פוסקי ההלכה רבים, כגון הרב אריאל, הרב פארן והרב הרצוג, הפתרון החוץ-הלכתי למשפט הפלילי במדינת ישראל מקובל, לאחדים הוא מקובל באופן עקרוני, ולאחרים רק הלכה למעשה או לצורך השעה. בדיון על המשפט הפלילי לא נשמעה הטענה, שבת המשפט של מדינת ישראל הינם ערכאות שעליהם חל איסור מן התורה. גם לא נשמעה הדרישה לא להתייבב למשפט פלילי, ולא התנהל שום מאבק נגד יהודים המופיעים כעדים או כנאשמים במשפט פלילי. מקובל על הפוסקים, שניתנה למלכות הסמכות ואף כוח אכיפה לשפוט ולהעניש פושעים, גם אם הפרוצדורה והדין לעסוק במשפט הפלילי אינם תואמים את המשפט הפלילי העברי, וגם בתי הדין חרדיים במדינת ישראל אינם מתיימרים לעסוק במשפט הפלילי.

בניגוד לכל אלה נוקט הרב אדלר עמדה מחמירה ביותר כלפי המשפט הפלילי בפני ערכאות:

...במשפטים פליליים, ושופטי הערכאות מבקשים עדות במגמה להפליל יהודי לאסרו או לקנסו וכדומה, חלילה וחלילה להעיד, והמעיד בערכאות במגמה להפליל יהודי לאסרו או לקנסו דינו כמוסר ואין לו חלק בעולם הבא.

ואפילו רוצח ישראל רח "ל אסור להעיד לרעתו ולסבב לו מיתה על ידי הערכאות (חות יאיר סי' קמו). ונראה דאם הוחזק כמה פעמים להרוג יהודים דינו כרודף ואין לו דמים ומותר למסרו לידי הערכאות.⁵⁸

בדבריו אלה עוסק הרב אדלר בשתי סוגיות: בעדות ובהסגרה. אסור להעיד נגד יהודי ולהפלילו בפני ערכאות, אם רוצים לגרום למאסרו ולקנסו. כלל זה חל אפילו על רוצח, אם העדות עלולה לגרום למותו. רק אם יהודי זה רצח כמה פעמים והוא נחשב ל "רודף",⁵⁹ מותר להסגירו למלכות. ובכן, מדוע רק אם רצח כמה פעמים, מדוע לא בפעם הראשונה? ומה יהיה דינו של יהודי שרצח "רק פעם אחת" ובדיני הערכאות אין עונש מוות, אלא מאסר עולם? האם אז מסירתו לידי המלכות תהיה מוצדקת?

⁵⁸ הלכה זאת נלמדת ממשכתב הרשב"א בחו"מ, סי' שפח, דה"מ "דכל המצער רבים": מותר למסרו למלכות. (אדלר, המודיע, ט"ו בטבת תשנ"ג, י"ח)

⁵⁹ ראה: רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת הנפש א.

מהדיון של הרב אדלר על איסור עדות נגד עברייני יהודי מתקבל הרושם, כאילו שורות אלה חוברו בהקשר של מלכות עוינת עם ערכאות שאינן מכירות במשפט צדק, כפי שנצטוו האומות לנהוג על-פי שבע מצוות בני נח.⁶⁰ מכיוון שהרב אדלר קבע במקום אחר, ש"בתי המשפט החילוניים שבארצנו הקדושה, הם אינם כמשפטי תורתנו הקדושה, הם אסורים כמו ערכאות של גויים",⁶¹ לשיטתו תקפים איסורי העדות וודאי גם במדינת ישראל, ולא רק בין האומות העוינות.

מהמשך דבריו של הרב אדלר מתקבלת תמונה מורכבת יותר. הוא אמנם מחייב עדות בפני הערכאות לטובת ישראל על מנת להציל אותו מידי הערכאות והעונשים שלהן מאחר שכל מי שלא טרח והציל יהודי כשהעלילו עליו בערכאות, "יש לחוש לו ללאו דלא תעמוד על דם רעך". אך לאחר מכן הוא פונה שוב לדיון על העבריינים בישראל וטוען: "שלגבי גנבים ושאר עוברי עבירות מישראל, שהחזיקו בגניבותיהם ובפשעיהם, יש מי שכתב, שאסור להשתדל לשחררם ממאסר."⁶² ו"לגבי רוצח מישראל, יש מי שכתב, שאין להשתדל להצילו ממיתה."⁶³ והוא מצטט את החזון אי"ש, שאין להשתדל להציל רוצח יהודי ממוות, אם הוא מזלזל במצוות ואינו זהיר בדיני טהרה.⁶⁴ הסיפא אמנם סותר את הרישא, אך ייתכן שהרישא נותן ביטוי לעמדה עקרונית והסיפא לעמדה הפרגמטית. מעניינת היא גישת החזון אי"ש שמבחין בין שומרי מצוות לשאינם שומרי מצוות. בזה פותח החזון אי"ש פתח לטענה, שאיסור הערכאות חל רק על יהודי השומר מצוות בקפדנות, כלומר מקפיד אפילו בהלכות טהרה.

לדעת הרב אדלר, איסור הערכאות במעשה פלילי תקף גם בתלונה של מי שנפגע קשות מחריגת בנייה של שכן משום "מסירה ומלשינות":

אף במקרה שאחד השכנים נפגע קשות כתוצאה מהבניה הלא חוקית וביותר מזה אף כשהבניה הלא חוקית מתבצעת בשטחו הפרטי של הנפגע תוך גזל זכויות הקרקע אעפ"כ לא יתלונן בפני הרשויות המפקחות על הבניה מבלי היתר ורשות לכך מבית דין ישראל.⁶⁵

אך האיסור במקרה זה אינו מוחלט, אלא תלוי בהכרעת בית דין. "חובת בית הדין למנוע התדיינות בערכאות", כותב הרב אדלר ומוסיף את העמדה הידועה: "אפילו עיירות שאין בהן חכמים הראויים להיות דיינים, או שכולן עמי הארץ, ממנים חכמים והטובים שלהם אע"פ

⁶⁰ תלמוד בבלי מסכת סנהדרין נו א: "תנו רבנן: שבע מצוות נצטוו בני נח: דינין, וברכת השם, עבודה זרה, גילוי עריות, ושפיכות דמים, וגזל, ואבר מן החי. "ורמב"ם הלכות מלכים ח, יא) "כל המקבל שבע מצוות ונזהר לעשותן הרי זה מחסידי אומות העולם, ויש לו חלק לעולם הבא, והוא שיקבל אותן ויעשה אותן מפני שצוה בהן הקב"ה בתורה והודיענו על-ידי משה רבינו שבני נח מקודם נצטוו בהן".

⁶¹ אדלר, שם כ"ד.

⁶² על-פי איתן האזרחי בספר דיני ממונות ד, פ"ד (אדלר, שם, ה' באדר תשנ"ג, י"ח, הערה 34)

⁶³ שם, סי' מג (אדלר הערה 35).

⁶⁴ שו"ת תשובות ומנהגות (אדלר, שם, הערה 36)

⁶⁵ על-פי שו"ת דברי חיים (ר' חיים האלברשטאם מצאנז, 1793-1876), א, חו"מ סוף ס"י. (אדלר, הערה 37).

שאינם ראויים לדיינות, וכל כך למה, כדי שלא ילכו להתדיין בערכאות של גויים. " אפשר להסיק, שאיסור הערכאות, הן במשפט האזרחי והן במשפט הפלילי, הוא בעיני הפוסק החרדי איסור עקרוני, אולם הוא אינו עומד במבחן האכיפה, בגלל מעמדו המשפטי של הקהל היהודי בתפוצות, מחד גיסא, ומפאת המציאות במדינת ישראל, מאידך גיסא. לכן לצדו של האיסור העקרוני קיימת הכרעה פרגמטית המאפשרת להתדיין בערכאות או להגיש למלכות תלונה על מעשה פלילי, אם כי רק לאחר שבית הדין נתן את הסכמתו. בית הדין מצידו מחוייב לעשות כל שביכולתו על מנת ליישב את הסכסוך ולבטל את המעשה הפלילי על מנת למנוע הכרעה בערכאות.

החשוב לענייננו הוא, שבעיני הרב אדלר לא קיים הבדל בין המשפט האזרחי למשפט הפלילי בכל הקשור לאיסור הערכאות, למרות שפוסקי הלכה, החל מהרמב"ם, דרך הר"ן ועד לשולחן הערוך, הכשירו את העברת המשפט הפלילי לידי המלכות ולידי טובי העיר. ובכל זאת לא חורג הרב אדלר מן ההלכה היהודית, כי אינו מתיר את האסור, אלא אוסר את המותר. מהעיון בדברי הרב אדלר עולה בבירור, כי השיקולים לעמדתו הקיצונית אינם שיקולים הלכתיים גרידא, אלא בעיקר שיקולים חוץ-הלכתיים, שמקורם בסוגייה "מדינת-ישראל כדילמה דתית".⁶⁶

5.4. סיכום ומסקנות

אין כמו העיון בקשיי היישום של המשפט הפלילי על פי התורה ובפתרונות שמצאו פוסקים ראשונים, כדי להמחיש את גמישות ההלכה, המאפשרת קיום חיים תקינים של הקיבוץ היהודי. לנוכח חוסר היכולת, שהיא בעינינו מוחלטת, ליישם את משפט התורה הפלילי במציאות הבתר-מקראית, מצאו פוסקים ראשונים דרכים להכשיר משפט פלילי בפני בתי הדין התורניים או בפני בתי הדין של המלכות, שאינם מושתתים על דין התורה. נוכחנו לדעת, שחלק גדול מהפוסקים האחרונים מאמצים את תפיסת הראשונים ונמנעים מלדרוש עריכת משפט פלילי בפני בתי הדין התורניים. חלקם מכשירים את המשפט הפלילי בפני הערכאות של המדינה מלכתחילה, חלקם מכשירים אותו בדיעבד ובסייג, שההכשר הזה הוא לצורך השעה בלבד. במשפט הפלילי, כך פסקו הראשונים, הפנייה לערכאות השופטים על פי משפטים זרים, בדויים ודומיהם, לא מהווה הרמת יד בתורת משה רבנו, ואין בה משום כל אותן העבירות האמוניות שציינו מקורות ישראל לגבי המשפט האזרחי. חשובים לענייננו הם הרמזים של הפוסקים הראשונים, שלא רק במשפט הפלילי יש למלך כל זכויות השיפוט שצויינו, אלא גם בענייני ממון: "היו דנין בין מיתה בין ממון", דהיינו במשפט הפלילי כמו

⁶⁶ יש לציין שלא מצאנו בהגות ההלכתית של רבנים חרדים בני זמננו בתפוצות התייחסות אל המשפט הפלילי, אלא רק למשפט האזרחי של המדינות בהן הם חיים. נשאלת השאלה, האם אפשר להסיק משתיקה זו, שעריכת משפט פלילי בערכאות אינה מהווה בעיה הלכתית.

במשפט אזרחי. חוקרי המשפט העברי ושופטים דתיים לומדים מאלה, שניתן להכשיר את בתי המשפט של מדינת ישראל מבחינה תורנית.⁶⁷ יחד עם זאת עלינו לציין, שגמישות הפוסקים היא כנראה פועל יוצא של חוסר היכולת ליישם את דיני התורה במשפט הפלילי, דבר שלא ניתן לייחס למשפט האזרחי.

⁶⁷ ראה להלן: פרק 8, הדן בעמדתם של פוסקי הלכה כלפי שופטים דתיים.

פרק 6: עמדתם של פוסקי ההלכה מפי בג"ץ

6.1. מבוא

הגדרתה של מדינת ישראל כ "מדינה יהודית ודמוקרטית" ¹ יוצרת שתי בעיות סימטריות: מדינת ישראל הדמוקרטית מהווה בעיה מבחינה יהודית, ומדינת ישראל היהודית מהווה בעיה מבחינה דמוקרטית. בתחומים רבים היהדות והדמוקרטיה שוכנות בהרמוניה זו לצדה של זו, אך לעיתים יש סתירה ונוצר קונפליקט ביניהן, בעיקר מפני שלא נקבע מראש, איזה משני התארים המתלווים למדינה ישראל יגבר על משנהו. בדיוני הכנסת על חקיקת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו לא נתגלו קשיים הלכתיים, כי סעיפיו מתיישבים, לכל הדעות, ללא סתירות עם עקרונות ההלכה היהודית. כבודו של אדם באשר הוא אדם, חירותו וקדושת חייו, פרטיותו וקניינו מובטחים לא רק על- ידי חוקי מדינת ישראל, אלא גם על- ידי ההלכה היהודית. ² לפני קבלת חוק יסוד זה, נידונו בכנסת מספר פעמים ³ הצעות חוק יסוד זכויות האדם, אך הן נפסלו כבר בקריאה טרומית במסגרת ההסכמ ים הקואליציוניים מ-1989. הצעות חוק יסוד אלה, שהוגשו לכנסת על- ידי ועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת ה-10 והכנסת ה-12, כללו בין היתר את הדרישה לביטול האפליה בשל השתייכות לזרם דתי וביטול כל החוקים המפלים בין אזרח לאזרח. ⁴ הצעות החוק האלה תבעו גם את חופש המצפון ואת האיסור על כפייה מטעמי דת. חוקי יסוד אלה, אם היו נחקקים, היו מבטלים את הסכמות הסטטוס קוו מ-1947 ואת החוקים שנחקקו בעקבותיו, חוקים המקנים ליהדות האורתודוקסית מונופול בנושא נישואין וגירושין, שבת וכשרות, והיו הפכים את הדמוקרטיה הישראלית לבעייתית עבור הציבור הדתי. מנגד, דחייתן של הצעות חוק אלה הפכה את יהדותה של מדינת ישראל לדילמה דמוקרטית.

מספר חוקי כנסת מממשים עקרונות שונים של ההלכה היהודית, ולכן בציבור הישראלי הרחב הוצמד להם הכינוי "חקיקה דתית". רבים מחוקי הכנסת הם אינדיפרנטיים לדיני היהדות, אך קיימים גם חוקים הסותרים את ההלכה היהודית. תפקידם של בתי המשפט הוא

¹ חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, התשנ"ב – 1992.
² ראה דבריו של הרב שלמה אישון: "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המגדיר את זכות השמירה על החיים, הכבוד והקניין כזכויות יסוד מוגנות, עורר חששות כבדים בציבור הדתי... ננסה לברר את עמדת ההלכה בשאלת הגדרתם של ערכים אלו כזכויות יסוד, נבחן את האיזון הראוי בין הערכים הללו, וננסה להראות כי הביקורת כנגד החוק צריכה להיות מופנית כלפי הפרשנות אשר עלולה להינתן לו על ידי בית המשפט העליון, ולא כלפי עצם הגדרתם בחוק של ערכים אלו כזכויות יסוד, הגדרה שכנראה יש לה מקום גם בהלכה (ההדגשה שלי, מ"ס). יש לציין כי המטרה המוגדרת של החוק הינה 'להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית' (סעיף 1 לחוק), ומכאן, שלבירור מעמדן של זכויות אלו ביהדות והאיזון הראוי ביניהם, עשויה להיות חשיבות גם על פי החוק". אישון, ש' (תשנ"ו). חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, לאור ההלכה, 339-312.
³ 1984 ו-1989, ראה להלן: הערה 4.
⁴ הצעת חוק יסוד: זכויות האדם, 1984, זכויות האדם והאזרח בישראל, 137.

לאכוף את כל חוקי הכנסת, אלה המתיישבים עם ההלכה היהודית ואלה הסותרים אותה. המאבק על צבינה היהודי של מדינת ישראל מתנהל, אם כן, בשני מישורים משפטיים: במישור החקיקה הדתית של הכנסת באמצעות חקיקת חוקים המממש ים עקרונות הלכתיים, או שמקור השראתם הוא הלכתי, ובמישור של פסיקת בתי המשפט.

תפקידם העיקרי של בתי המשפט - אכיפת החוק - הוא פועל יוצא של פרשנות החוק על-ידי השופטים, ופרשנותם מבוססת בהכרח על השקפת עולמם. על פי חוק יסודות המשפט, תש"ם - 1980 מחויב השופט לפסוק על בסיס חוקי הכנסת, על בסיס התקדימים המשפטיים וההיקש. אם לא מצא בין שלוש אפשרויות אלה יסוד לפסיקתו, עליו לפנות אל יסודות הצדק, היושר והשלום שבמורשת ישראל. על כן שופטים מסוימים משלבים בפסיקתם את עמדת ההלכה היהודית, ואילו אחרים מביאים ראיות ממשפטים שהתקיימו בארצות רחוקות. העובדה, ששופטים בפרשנותם את אותו חוק, מגיעים למסקנות שונות, מלמדת שהפרשנות מאפשרת למתוח את החוק לכיוונים שונים.

כשבית המשפט העליון, בשבתו כבג"ץ, דן בנושאים הנוגעים ביחסים בין דת ומדינה ובקשר בין יהדות ודמוקרטיה, פסיקותיו רגישות שבעתיים משום מעמדו הבכיר מבין בתי המשפט בישראל. לפי חוק יסוד השפיטה, התשמ"ד - 1984

בית המשפט העליון ישב גם כבית משפט גבוה לצדק; בשבתו כאמור ידון בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק...
...מוסמך בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק
... לתת צווים לרש ויות המדינה, לרשויות מקומיות, לפקידהן ולגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין, לעשות מעשה או להימנע מעשות מעשה במילוי תפקידהם כדין...⁵.

חוק יסוד השפיטה כופה על בתי הדין הדתיים את מרותו של בית הדין הגבוה לצדק, על מנת לתת "סעד למען הצדק" לאזרח העותר נגד רשות ממלכתית, וככזאת מוגדרת גם מערכת בתי הדין הדתיים. עליונותו של בית הדין הגבוה לצדק הביא לשטף של עתירות נגד בתי הדין הרבניים, נגד הרבנות הראשית ונגד הרשות המבצעת כאשר זאת ביקשה לתקן תקנות בנושאי דת. טענות העותרים נסבו, בדרך כלל, סביב שאלות של חופש הפרט, של חופש המצפון, של שוויון האדם - נושאים בהם עקרונות יהודיים ועקרונות דמוקרטיים לא תמיד מתיישבים. תפקידם של שופטי בג"ץ הוא לבחון את עתירת האזרח ולקבוע, האם רשויות המדינה, ובהן מערכת בתי הדין הדתיים והרבנות, נהגו במלאכתן כחוק או לאו. בשל המבנה השלטוני הדמוקרטי עומדים בתי הדין הרבניים, מוסדות הרבנות הראשית והציבור הדתי

⁵ חוק יסוד השפיטה, התשמ"ד - 1984 (דינים ועוד).

מול בעיות כפולות ומכופלות : חוקי כנסת רבים סותרים את ההלכה היהודית,⁶ מוסדות השיפוט הדתי כפופים לחוק ולשפיטה האזרחית, ופרשנות החוק תלויה במידה לא מועטה בהשקפת העולם של שופטים, שהם על פי רוב חסרי השכלה תורנית.

כבר לפני כעשור החלה להתגבש בקרב רוב הציבור הדתי,⁷ על מוסדותיו, רבניו ופוסקיו, עמדה שלילית כלפי מערכת המשפט בכלל, ובית הדין הגבוה לצדק בפרט, בשל הפסיקה שניתנה על-ידי בג"ץ לחלק מהעיתירות הרבות שהוגשו בנושאי דת ומדינה, יהדות ודמוקרטיה, צביונה היהודי של מדינת ישראל ועוד. בניגוד לעמדתם השלילית כלפי המשפט האזרחי, המשפט הפלילי ומשפט העבודה, אין לפוסקי הלכה עמדה עקרונית כלפי בית הדין הגבוה לצדק ואין הם רואים בו ערכאות.⁸ יחסם של פוסקי ההלכה אל בג"ץ הוא פועל יוצא של צווי בג"ץ בתחום דת ומדינה ובשאלת מעמדה של הדת במדינת ישראל. מתוך צווי בג"ץ ניתן ללמוד על הדרכים, שבהן מפרשים שופטי בג"ץ את החוק, ועל עמדתם כלפי היחסים בין דת ומדינה, שהביאו בסופו של דבר לגיבוש עמדת הפוסקים כלפי מוסד השיפוט העליון במדינת ישראל.

⁶ השופט אלון רושם כחוקים הנוגדים את המשפט העברי, את החוקים הבאים: חוק הערבות, תשכ"ז-1967, חוק המתנות, תשכ"ח-1968, חוק ההתיישנות תשי"ח-1958 וחוק שווי זכויות האישה, תשי"א-1951. אלון, **המשפט העברי**, 1448-1452, 1515-1519.

⁷ סקר דעת קהל, שנעשה ב-26 באוגוסט 1996 בהזמנת "מנוף – מרכז ההסברה החרדי" על-ידי מכון גאלופ, מצא "ש"ס 81 מהציבור החרדי קבעו ששופטי בג"ץ מערבים את השקפותיהם האישיות בענייני הדת בפסקותיהם". ראה: מנוף – מחלקת הפרסומים והמחקרים (תש"ס). **בג"ץ**, 51. זבולון המר כתב באפריל 1996 לח"כ בנימין נתניהו: "...כך נוצר מצב, שבו במשך 50 שנים רצופות הזרם הדומיננטי בבית המשפט העליון נקט באופן שיטתי בעמדות השמאל הקיצוני בשאלות מדיניות, ביטחוניות וחברתיות....בית המשפט המשיך והחריף ונקט בעמדה ות השמאל הקיצוני ובין השאר פגע בסטטוס קוו", **הארץ**, 9 באפריל 1996. יש לציין שהסקרים של המכונים "גיאוקרטוגרפיה", "שווקים פנורמה" ואחרים, רושמים ירידה מתמדת בתמיכת הציבור במערכת המשפט ושאר מוסדות המדינה. מה שבשנות השמונים והתשעים נחשב כעמדת הציבור הדתי והחרדי, מצטייר בעשור הראשון של המאה ה-21 כעמדת רוב הציבור הישראלי. פרופ' אריה רטנר מאוניברסיטת חיפה, כתב ב-3.7.2006 בעיתון הארץ, ש"מערכת המשפט בישראל כיום אינה נהנית מיוקרה ציבורית יוצאת דופן וההערכה אליה אינה בהכרח חוצה גבולות".

במחקר אורך המתקיים מאז 2000 במסגרת המרכז לחקר פשיעה, משפט וחברה באוניברסיטת חיפה, נבדקים כל שנה מספר מדדים הקשורים לאמון הציבור במערכת החוק והמשפט. ממצאי המחקר מצביעים בבירור על מגמה של שחיקה באמון הציבור בבתי המשפט (בשאלות נשמרה הפרדה בין ביהמ"ש העליון לבין שאר בתי המשפט) ובמידת הערכותו את תפקודי המערכת. על פי המחקר, ב-2000 ציינו 56% מהמשיבים במגזר היהודי כי יש להם אמון רב בבתי המשפט בישראל. לעומת זאת, ב-2007 מגיע שיעור המביעים אמון בבתי המשפט בישראל ל-33% בלבד. מגמה דומה של שחיקה מסתמנת גם כאשר בוחנים את אמון הציבור בבית המשפט העליון. נתוני המחקר מצביעים כי בעוד שב-2000 נהנה בית המשפט העליון מאמון של יותר מ-74% מהמגזר היהודי, יורד אמון זה כיום לרמה של 51%.

⁸ הרב דייכובסקי גורס, שבג"ץ ממלא תפקידים חשובים מאוד, שאין מוסד אחר יכול למלא במדינת ישראל. ראה נספח מס' 5. דברים דומים אמר גם הרב שרל ו בתשובה מכ"ד באדר תשס"ד (11.3.04): "ברמה העקרונית, בוודאי שמותר ללכת לבג"ץ כדי למנוע מצב של פיקוח נפש. כל היחס אל בג"ץ כאל ערכאות הוא יחס די מפקפק (יש מערכות שלמות של אפשרויות הלכתיות להתייחס לבג"ץ כמו אל משפט המלך, ערכאות שבסוריא, ג' הדיוטות, קביל עליה ועוד), ובוודאי שאם מדובר בהצלת עשוק מיד עושקו מותר ללכת לבג"ץ. דא עקא, אם ההליכה לבג"ץ היא דווקא כדי להיות עושק יותר מוצלח זו עבירה חמורה הנובעת מהיחס החמור לנבזות ולניצול". שרל, י' (2004). פניה לבג"ץ,

6.2. עתירות נגד הרבנות הראשית

נשאלת השאלה, האם בג"ץ כופה על הרבנות הראשית לישראל לעשות מעשה או להימנע ממעשה, שלפי תפיסתה מנוגד לדין הדתי? "פרשת מרבק"⁹ משנת 1964 מוכיחה, שאכן כך הוא הנוהג. בפרשה זו התנתה הרבנות הראשית את מתן תעודת הכשרות לבית המטבחיים של חברת "מרבק" בתנאים שלא היו קשורים ישירות לכשרות המקום, בהם התנאי לשיווק בלעדי של הבשר הנשחט לאיטליזים כשרים, ואיסור על מכירת חלקי הבשר הנשארים אחרי השחיטה ושהם בחזקת טריפה ליהודים.¹⁰ חברת "מרבק" עתרה לבג"ץ נגד תנאים אלה. בתשובת הרבנות הראשית נקבע, שבכל עניין הקשור בפסיקת הלכה – ובכלל זה גם מתן תעודת הכשר – שיקוליה של הרבנות הם הלכתיים בלבד. לכן היא אינה יכולה לקבל הוראות מגורם כלשהו באשר לאופן פסיקתה.¹¹ בג"ץ דחה את טענת הרבנות הראשית וקבע, ש"כל עוד שלא נטען ולא הוכח, שלפי ההלכה בלי הטלת התנאים הנ"ל, הבשר של העותרים אינו יכול להיחשב כשר, הרי אין ספק שדרישת העותרים להעמיד למבחן את תלונתן שהמשיבות חרגו מסמכותן, בדין יסודה".¹² על בסיס עמדה זו ציווה בג"ץ לתת לחברת "מרבק" תעודת הכשר, תוך ויתור על התנאים שנראו לבית המשפט העליון כחריגה מסמכות הרבנות הראשית. משמעותה של פסיקת בג"ץ היא הקביעה העקרונית, שפסקי ההלכה של הרבנות הראשית אינם חסינים מפני ביקורת בג"ץ. נגד קביעה זאת יצא, בשעתו, פרופ' יצחק אנגלרד, לימים שופט בבית המשפט העליון, ואין ספק שביטא בזאת גם את עמדת הרבנים בישראל:

סמכותו של הבג"ץ תלויה, איפוא, במהות הפעולה המבוצעת על ידי מועצת הרבנות הראשית. אם הענין הוא הלכתי טהור והרבנות החליטה בתור מוסד בעל הסמכות הדתית העליונה, הרי אז אין לבג"ץ סמכות להתערב בהחלטת הרבנות. אם, לעומת זאת, ההחלטה נוגעת לענין הנחשב כיציר המשפט החילוני – כגון פעולות מנהליות וכיוצא באלה – הרי סמכותו של בג"ץ לבחון אותה על מידת התאמתה לעקרונות המשפט החילוני...

[...]

העובדה כי מועצת הרבנות הראשית הוציאה פסק הלכה בענין כשרות של הבשר הנשחט יש לה חשיבות מכרעת לגבי סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק. התערבותו בפרשת מרבק אומרת כי הוא לא קיבל את הכרעתה של מועצת הרבנות הראשית כהלכה, על אף שהרבנות הכריזה עליה מבחינה פורמלית כפסק הלכה. בית המשפט הפריד בשאלת הכשרות בין אופן השחיטה ובין תנאים שאינם נוגעים במישורין לביצוע השחיטה, כגון תנאי שיווק וכיוצא באלה, ודרש מן הרבנות הוכחה כי קיים קשר בין שני הדברים. בעשותו כן התכחש בית המשפט לסמכותה של הרבנות הראשית לקבוע בתור מוסד הלכתי עליון באופן אוטונומי את דין התורה.....אין ספק כי השלטת דין תורה על כל היהודים, גם על אלה שאינם מעוניינים בו, היא מבחינת ההלכה מעשה לגיטימי אם לא מצווה.

⁹ בג"צ 195/64 החברה הדרומית בע"מ "מרבק" בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית, פ"ד יח(2) 324.
¹⁰ אנגלרד, י' (תשכ"ו). מעמדה של מועצת הרבנות הראשית וסמכות הפיקוח של בית המשפט העליון, 68.
¹¹ שוחטמן, א' (תשמ"ט). פסיקת בג"ץ בפרשת קבורתה של תרזה אנגלוביץ, קפו-קפז.
¹² בג"צ 195/64, 336.

משמעותה של גישת בית המשפט היא כי הרבנות הראשית אינה חפשיה לנהל את ענייני הדת בהתאם למה שנראה לה כרצוי לקידום, אלא עליה לנהוג לפי מה שנראה כנאות בעיני המדינה החילונית. תפיסה זו נוגדת את המושג של "מוסד הלכתי עליון" כפי שהוכר על ידי המחוקק המנדטורי...אנו בדעה כי גישתו של בית המשפט אינה מאפשרת לרבנות הראשית למלא את תפקידיה הדתיים.¹³

בשנת 1986 הוגשה עתירה על-ידי "ענף האיטליזים של מחוז ירושלים נ' [=נגד] מועצת הרבנות הראשית לירושלים ואח' [=אחרים]", העשויה להמחיש את הבעייתיות של עמדת השופט אנגלרד. לטענת השופט אנגלרד, לא רק כשרות השחיטה היא מענייני הרבנות הראשית, אלא גם החובה לקדם את ענייני הדת בישראל, אפילו באמצעות ההתנייה של מתן תעודת ההכשר במכירה של הבשר הנשחט באיטליזים כשרים בלבד. אך העתירה שלהלן אינה עוסקת בהתנייה שניתן למצוא לה בסיס הלכתי, אלא בעניין עסקי גרידא שהוצג על-ידי הרבנות לירושלים כעניין הלכתי: העותרים שיווקו בירושלים בש"ר מבית מטבחים שנמצא מחוץ לעיר, והרבנות והמועצה הדתית סירבו לתת להם תעודת הכשר בנימוק, שתעודה כזו תינתן רק לשחיטה הנעשית בירושלים גרידא, ולא מחוץ לעיר. בדיון בבג"ץ עשו השופטים שמגר, חלימה וגולדברג, הבחנה ברורה בין העניין ההלכתי גרידא, לבין העניין הטכני שנכרך על-ידי הרבנות בירושלים לעניין ההלכתי. על העניין ההלכתי גרידא אמר השופט מאיר שמגר:

כבודן של המשיבות במקומו מונח, ואין חולק על מומחיותם של רבני העיר בכל דבר הלכה. יתרה מזאת, נכון אני להניח...כי מקרים בהם יחלוק בית המשפט על עניין שבהלכה יהיו נדירים, שהרי לא נמהר לחלוק על דעת מומחים בענייני דין דתי. אולם, יחד עם זאת, אין להתעלם מכך, שאנו עוסקים בעניין שבדין, וכל הכלול בגדר הגדרתו של מונח זה אינו מחוץ לתחום ההכרעה של בית המשפט...¹⁴

קשה להשתכנע, שעתירה זאת עוסקת בעניין שניתן, אליבא דהשופט אנגלרד, להגדירו כעניין הלכתי עקיף. להפך, זהו עניין עסקי שאין לו שום קשר להכרעה הלכתית. בג"ץ לוקח לעצמו את הזכות להתערב בהכרעות חוץ-הלכתיות של הרבנות ומדגיש שבכך הוא אינו עוסק ב"גופי הלכה".

¹³ אנגלרד, שם, 76-78.

¹⁴ בג"ץ 44/86 ענף האיטליזים של מחוז ירושלים ואח' נ' מועצת הרבנות הראשית לירושלים, פ"ד מ(4), 6.

כנגד דעתו של השופט אנגלרד ניתן לטעון, שבג"ץ אמנם מתערב בהכרעות הלכתיות של בתי הדין הרבניים, אך אינו כופה על הרבנות לעבור על ההלכה היהודית. כראיה לגישה זו יש לציין את עמדת שופטי בג"ץ ב"פרשת גיתיה"¹⁵. השופטים לנדוי, אגרנט וויתקין דחו את עתירתו של צעיר מהעדה האתיופית שביקש ב-1966 להירשם לנישואין ברבנות, אך נתבקש להתגייר קודם בטענה שגירה של אמו אינו מוכח. בנימוקיו של נשיא בית המשפט, השופט שמעון אגרנט, בדחיית העתירה נכתב: "לא מן הדין שנתערב בעמדת המשיבה [הרבנות הראשית] לפיה קיים ספק מבוסס בדבר יהדותם של הפלשים במובן ההלכה הדתית..."¹⁶. לדעתו של השופט לנדוי, "על פי רצון הכנסת חייבת יהדותו [=של העותר] להתברר בהתאם לדין תורה, ואנחנו לא נבוא ונחלוק בשאלה כזאת על דעתם המוסכמת של הרבנים"¹⁷. מדחיית העתירה של גיתיה ניתן להסיק, ש"אין להעלות על הדעת שהמוסדות הנוגעים בדבר (הרבנות והמועצה הדתית) היו רושמים לנישואין אדם הנחשב כלא-יהודי, או כספק-יהודי, ועורכים לו טכס קידושין וזאת אך ורק מכוח צו של בית-משפט חילוני, ובניגוד להלכה היהודית כפי שהיא מובנת על ידם"¹⁸.

כאמור, בג"ץ אינו כופה על הרבנות הראשית או בתי הדין הרבניים לפסוק בניגוד לגופי-הלכה, אולם בג"ץ אכן כופה על מוסדות ממלכתיים ורשויות חילוניות רישום של המעמד האישי בניגוד לתפיסה ההלכתית. כך חייב בג"ץ בשנת 1968 את משרד הפנים לרשום את ילדיו של רב סרן בנימין שליט כיהודים, למרות היות אמם נוצריה.¹⁹ בג"ץ חייב את משרד הפנים, כי ראה בו רשות ממלכתית ולא מוסד דתי, שמכריע על פי ההלכה היהודית מתוקף החוק. כך נהג בג"ץ גם במקרה הגירות שושנה מילר שעברה גיור רפורמי, משום שהתיקון בחוק השבות משנת 1970 לא הגדיר את סוג הגיור שעל נוכרי לעבור, כדי להיכלל בלאום היהודי.²⁰ בג"ץ הסתמך על סעיף 3 לחוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה – 1965, הקובע במפורש, כי הרישום בתעודת הזהות ובכל תעודה, שניתנה לפי חוק, אינם מהווים ראיה לכאורה לנכונות פרטי הרישום שבסעיפי לאום, הדת והמעמד האישי.²¹ ההבחנה שעושה בג"ץ בין כפייה על מוסדות ממלכתיים-חילוניים בניגוד להלכה לעומת הימנעות מכפייה זו על מוסדות דת, היא הבחנה חשובה ביותר. הבחנה זו לא תמיד מתקבלת בעין יפה בשיח

¹⁵ בג"ץ 359/66 בנימין גיתיה נ' הרבנות הראשית והמועצה הדתית, ירושלים, פ"ד כב (1), 290.

¹⁶ שם, 306.

¹⁷ שם, 295.

¹⁸ שוחטמן, שם, קפט.

¹⁹ בג"ץ 58/68 בנימין שליט בשמו ובשם ילדיו נ' שר הפנים ופקיד הרישום. (דינים ועוד)

²⁰ תיקון חוק השבות מ-1970: 4ב. לענין חוק זה, "יהודי" - מי שנולד לאם יהודיה או שנתגייר, והוא אינו בן דת אחרת. (דינים ועוד), בג"ץ שושנה מילר נ' שר הפנים, פ"ד מ(4), 436.

²¹ חוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה – 1965: סעיף 3: "הרישום במרשם, כל העתק או תמצית ממנו וכן כל תעודה שניתנה לפי חוק זה יהיו ראיה לכאורה לנכונות פרטי הרישום המפורטים בפיסקאות (1) עד (4) ו-(9) עד (13) לסעיף 2. (דינים ועוד)

הציבורי על דת ומדינה בישראל, כי רבים²² היו רוצים לראות הגנה על הגדרות הלכתיות בתחום המעמד האישי ובשאלת "מיהו יהודי", גם ביחס למוסדות ממלכתיים- חילוניים, כמו משרד הפנים.

6.3. עתירות נגד בתי הדין הרבניים²³

לדעת הרב דייכובסקי מערכות המשפט הכפולות במדינת ישראל גורמות לא מעט חיכוכים בין בתי הדין הרבניים לבתי המשפט האזרחיים, לרבות בית המשפט העליון:

בישראל, נידונים דיני משפחה לפי מערכת חוקים משולבת: אזרחית ודתית, בבתי המשפט האזרחיים ובבתי-דין דתיים. דבר זה, כשלעצמו, גורם מעצם טבעו חיכוכים בין שתי המערכות. בנוסף, נקבעה מערכת חוקים שתחמה תחומים – לא תמיד מוגדרים – בין בתי המשפט האזרחיים לבתי הדין הרבניים. ישנם תחומים הנתונים לסמכותו היחודית של ביה"ד הרבני (עניני נישואין וגירושין), תחומים הנתונים לסמכותו היחודית של ביהמ"ש המחוזי (מזונות בבני-זוג שאינם נשואים או מזונות ילדים כאשר ה תביעה מוגשת בשמם) ותחומים הנתונים לסמכותם של שני המוסדות במקביל (מזונות, החזקת ילדים וחלוקת רכוש).²⁴

הוא מציין, כי גורם נוסף לחיכוכים ולבלבול הוא ההיררכיות השונות בשתי המערכות, מבית הדין הרבני המקומי עד בית הדין הרבני הגדול, ומבית משפט השלום עד בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ, ומאז כתיבת המאמר נוסד גם בית הדין למשפחה לצורך דיון בענייני משפחה.²⁵ אותנו מעניין החיכוך בין בתי הדין הרבניים לבין בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ, כאשר העתירה לבג"ץ מהווה, בדרך כלל, את שלב הסיום של תהליך משפטי שנידון בשתי מערכות המשפט, על פי שתי מערכות של חוקים ודינים.

²² עמדה זו של הציבור עולה ממחקר מקיף שערך מרכז גוטמן בין יוני 1999 לבין ינואר 2000 על התנהגות דתית-יהודית ועל תפישת הזהות העצמית של היהודים בישראל. מחקר זה הינו מחקר המשך למחקר קודם מסוג זה, שגערך בשנת 1991. הפרק החמישי בסקר מוקדש ליחס המגזרים השונים בקרב היהודים בישראל כלפי הדת, המדינה והחיים הציבוריים. ראה: "יהודים ישראלים – דיוקן", ש' לוי, ח' לויסון וא' כ"ץ – עורכים (2000). <http://www.tzavpius.org.il/guttman/research.pdf>, 11.

²³ אנחנו מגבילים את העיון ליחסים בין בג"ץ לבתי הדין הרבניים הממלכתיים, שפועלים על פי חוקי הכנסת. במגזר החרדי פועלים בתי דין רבניים, שאינם כפופים לרבנות הראשית של מדינת ישראל ואינם מוכרים על-ידי המדינה. בתי דין אלה פועלים בעיקר בבני ברק ובירושלים. לא ידוע על ריב סמכויות וחיכוכים בין מערכת בתי הדין החרדיים לבין מערכת בתי המשפט הממלכתיים לרבות בג"ץ, אך מוכרים היטב חיכוכים בין בתי הדין החרדיים הפרטיים לבין בתי הדין הרבניים- הממלכתיים. ראה: דייכובסקי, ש' (תשמ"ו). בתי דין רבניים-ממלכתיים: בעיותיהם והישגיהם, ז-ט.

²⁴ דייכובסקי, ש' (תשמ"ט). תחומי חיכוך בין בתי הדין הרבניים לבתי המשפט האזרחיים, כז.

²⁵ חוק בית המשפט לענייני משפחה התשנ"ה - 1995

2. כיוון בית המשפט לענייני משפחה:

(א) שר המשפטים, בהסכמת נשיא בית המשפט העליון, רשאי להסמיך בצו בית משפט שלום מסוים לשבת כבית משפט לענייני משפחה, אשר ידון בעניני משפחה, ולקבוע את תחום שיפוטו לצורך חוק זה; צו כאמור יכול שיסמיך את בית המשפט לדון בכל הענינים או בחלקם.

(ו) שר המשפטים, בהסכמת נשיא בית המשפט העליון, ובאישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, רשאי לקבוע בצו ענינים נוספים שבית המשפט לעניני משפחה יהיה מוסמך לדון בהם על פי חוק זה. (פדאור)

פעמים רבות הכריזו שופטי בית המשפט העליון, כי אינם נוטים להתערב בגוף הפסיקה ההלכתית של בית הדין הרבני. ב-1974 גרסו השופטים חיים כהן, יצחק קיסטר ומשה עציני, ש"בית-משפט זה לא יתערב בשיקול דעתו [של בית הדין הרבני] ולא ירהרר אחר מידותיו בהחליטו אם ומתי לקבוע או לדחות מועד לעריכת נישואין".²⁶ בשנת 1981 בבג"ץ וילוז'ני נגד בית הדין הרבני הגדול בירושלים, הגביל השופט אלון את מידת ההתערבות של בג"ץ בפסיקת בתי הדין הרבניים: "[רק] כאשר מתעלם בית הדין הרבני מהוראת חוק מפורשת המופנית אליו, נתון הוא לבקורת בית המשפט הגבוה לצדק".²⁷ הוא מתכוון בכך להוראות חוק שווי זכויות האישה, תשי"א-1951, בו נאמר בסעיף 7: "כל בתי המשפט ינהגו לפי חוק זה; כן ינהג לפי חוק זה כל בית-דין המוסמך לדון בעניני המעמד האישי". שנה מאוחר יותר קבעה השופטת מרים בן פורת, ש"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 ענינם הם".²⁸ רבות הדוגמאות ברוח דבריה, אבל יש לבחון, האם מאחורי ההצהרות של שופטי בית המשפט העליון אכן עומדת הימנעות מהתערבות בעניינים המסור ים, על פי חוק, לידי הרבנות הראשית ובתי הדין הרבניים, או האם אלה הצהרות ריקות בלבד.

מניתוח עתירות רבות נגד הרבנות הראשית ונגד בתי הדין הרבניים עולה, שהמשותף לכולן הוא הסמכות של בית המשפט להורות על עשיית מעשה המתחייב מן החוק, אף אם לטענת המחוייב הוא סותר את ההלכה. בית המשפט יפעיל את סמכותו, אם הוא ישתכנע בקיומם של שיקולים פסולים שאינם מעוגנים בהלכה כלל. ברוח זאת פסק בג"ץ בעתירתן של לאה שקדיאל²⁹ ושל גברת פורז³⁰. בג"ץ שקדיאל ובג"ץ פורז עסקו בבחירה למוסדות ממלכתיים, המספקים שירותי דת - במקרה לאה שקדיאל, בחירתה של אישה למועצה הדתית, ובמקרה של פורז, מינוי אישה לגוף הבוחר את רבה הראשי של תל-אביב-יפו. בשני המקרים נטען, שההלכה היהודית אינה יכולה לקבל אישה כחברה במועצה הדתית, או כחברה בגוף הבוחר את רב העיר. בשני המקרים קבע בג"ץ שהטענות ההלכתיות אינו רלבנטי, מפני שמדובר בגופים ממלכתיים שאינם פוסקים על פי דין תורה, אלא כפופים לחוק האזרחי. הרב יעקב אריאל מאשר את טענת בג"ץ, שאין כאן עניין הלכתי, אך רואה בצו בג"ץ למינויה של לאה שקדיאל, בכל זאת עניין של חוסר רגישות כלפי הציבור הדתי.³¹ א' שוחטמן מעיר על שתי העתירות משנת 1987 ועל מספר עתירות נוספות, שבהוראת בג"ץ לפעול בהתאם לאמות המידה הקבועות בחוק ובפסיקה, ולא בהתאם להלכה היהודית, לא היה משום כפייה להתנהגות המנוגדת לדין היהודי בצורה בוטה, אם בכלל, ולכל היותר נוגד הדבר את הנוהגים המקובלים

²⁶ בג"ץ 23/74 שלמה אביגדור נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה, ואח' פ"ד כח (1), 447-448. (דינים ועוד)
²⁷ בג"ץ 533/81 וילוז'ני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים ואח', פ"ד לו (2), 737. (דינים ועוד)
²⁸ בג"ץ 352/82 בן-זאב נ' בית הדין הרבני הגדול ואח', פ"ד לו (3), 252. (דינים ועוד)
²⁹ בג"ץ לאה שקדיאל נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד מב (2), 242. (דינים ועוד)
³⁰ בג"ץ פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו ואח', פ"ד מב (2), 323.
³¹ ראה נספח מס' 4

בעולמה של ההלכה, ולא בגופי ההלכה.³²

נשאלת השאלה, האם גם ב- 1992 אפשר עדיין לקבוע, שבג"ץ נמנע מכפיית התנהגות המנוגדת להלכה באופן בוטה. מרכז ההסברה החרדי "מנוף"³³ פירסם בשנת תש"ס-2000 חוברת בנושא בג"ץ, בה הוא מאשים את בית המשפט העליון, כי הוא מכרסם בסמכותם של בתי הדין הרבניים ובסטטוס קוו כחלק ממגמה אנטי- דתית.³⁴ המחברים האלמונים מונים שורה של בג"צים שהתקבלו החל מ-1990, בהם ניכרת פסיקה אנטי-הלכתית מובהקת. הם מביאים דוגמאות רבות, וביניהן צו בג"ץ שחייב את בית הדין הרבני לבטל את הכרעתו בעניין "אסורה על בועלה" (בג"ץ 2260/90), צו בג"ץ שביטל את החלטת בית הדין הרבני בעניין כשרות גטין (בג"ץ 881/91), צו בג"ץ שביטל איסור נישואין (בג"ץ 4033/92), צו בג"ץ שהתערב בעניין משמורת קטין בניגוד להכרעת בית הדין (בג"ץ 5182/93), וצו בג"ץ שביטל את פסיקת בית הדין שאסרה לרשום בן למוסד חינוכי בניגוד להסכמת האב (בג"ץ 6093/95), ועוד.³⁵ בסיכום החוברת בנושא צווי בג"ץ הפוגעים במעמד בתי הדין הרבניים באמצעות פסיקה אנטי-הלכתית, רושמים מחברי החוברת "בג"ץ של מרכז מנוף:

בשנים האחרונות בולטת בפסיקת בית המשפט העליון הנטייה להוציא מבתי הדין הרבניים את הסמכויות בתחום הגירושין, מלבד עניינים הקשורים בשלום בית וביצוע הגט עצמו.³⁶

בחוברת נוספת "בג"ץ או בי"ד לחוקה – קובץ מחקרים", שאינה נושאת תאריך, חוזרים אנשי "מנוף" על טענתם, כי בג"ץ נוקט מגמה אנטי-דתית, אחרי שחקרו, לטענתם, 15,678 (!) פסקי דין של בית המשפט העליון. בחוברת מפורטים 160 דיוני בג"ץ, כלומר 1% מכלל דיוני בג"ץ שנחקרו, המעידים על מגמה אנטי- יהודית ואנטי- דתית. עוד נטען בחוברת, כי מאז כניסת השופט אהרון ברק לתפקיד נשיא בית המשפט העליון ניכרת פסיקה אנטי- דתית של כמעט מאה אחוזים וקבלת מרבית העתירות, שמגמתן היא שינוי הסטטוס קוו.³⁷ מאחורי "מנוף" עומדים הרבנים שמחה הכהן קוק, רב העיר רחובות וחבר מועצת הרבנות של העיר, הרב

³² שוחטמן, שם.

³³ מנוף, מרכז ההסברה החרדי, רח' שפתי אמת 10, ירושלים, www.manof.org.il המרכז פרסם עד כה עשרות חיבורים בנושא דת ומדינה, חרדים, וכד', כאשר הוא נותן במה רחבה לדעות של אישים ואנשי ציבור חילוניים המביעים ביקורת על מערכת המשפט, המערכת הפוליטית, הממשל, יחס העיתונות לעדה החרדית, וכד'.

³⁴ מנוף – עורכים (2000). בג"ץ, תש"ס, 35.

³⁵ שם, 36-37.

³⁶ שם, 38.

³⁷ חוברת שניה זו זכתה לתגובה חריפה של המכון הישראלי לדמוקרטיה בדרך של נייר עמדה (מס' 39): **דת ובג"ץ: דימוי ומציאות**, תשס"ג, בה מאשימים פרופ' מ' קרמיצר, אלי לינדר וד"ר מרגית כהן את מחברי החוברת באי-דיוקים, מגמתיות ופרסום מטעה. לא כאן המקום לחוות דעה על החוברת ועל הביקורת. לענייננו חשובה העובדה, שבית-המשפט העליון בשבתו כבג"ץ עומד תחת אש צולבת כשהוא נוגע בשאלות של דת ומדינה. מהחוברת של "מנוף" ניתן דווקא להסיק שהמתקפה אינה באה בעקבות דיון בשאלות הלכתיות, אלא בעקבות דיון בשאלות פוליטיות הנוגעות למגזר הדתי והחרדי.

ישראל אייכלר, הרב מרדכי נויגרשיל³⁸, ואחרים, וזוכה להכשרת מועצת גדולי התורה, האדמו"רים מגור, וישניץ, קרלין, בוסטון ונוספים.³⁹ הפרסומים של "מנוף" חשובים לאו-דווקא בגלל תוכנם, אלא בעיקר בשל ההד שהם מעוררים. עוצמת ההד ניכרת בתגובה החריפה של המכון הישראלי לדמוקרטיה, שראה צורך להפריך את הטענות של צוות "מנוף". מבחינתנו, עצם הפולמוס בין "מנוף" והמכון הישראלי לדמוקרטיה חשוב, על אף שהעיון בטענות הכותבים – אין ביכולתו לענות על שאלתנו, האם בג"ץ אכן נמנע גם בעשור האחרון מכפייה אנטי-דתית בוטה. אנחנו נבחן את הסוגיה על-ידי עיון בשורה של פסקי דין וצווים של בית המשפט העליון משנות התשעים של המאה העשרים.

בשנת 1992 בעתירה של הגב' חוה בבלי נגד בית הדין הרבני הגדול בירושלים,⁴⁰ פסקו השופטים ברק, שמגר ולוין ש"על בית הדין הרבני, בדונו בענייני רכוש הנכרכים לענייני גירושין, להכריע בסכסוך באשר למהותו של הרכוש העומד לחלוקה, על-פי המשפט האזרחי הכללי. הלכת שיתוף הנכסים כפי שפותחה על-ידי בית המשפט העליון, היא חלק מהמשפט האזרחי הכללי, ועל כן על בית דין רבני להכריע בסכסוך על-פי הלכות אלה. מכאן, שבעניינים הרכשיים, נושא העתירה, יש להכריע על-פי הלכת שיתוף הנכסים האזרחית".⁴¹ קביעה זו מבטלת את העיקרון המשפטי הבלתי-כתוב, שהיה תקף במשך עשרות שנים, ש"הדין הולך אחרי הדיין", כלומר שבבית המשפט ישפטו על בסיס חוקי הכנסת ובבית הדין הרבני ישפטו על בסיס ההלכה היהודית. ביטול עקרון זה מכריח את בית הדין הרבני לשפוט לא רק על פי חוקי הכנסת, אלא גם על פי תקדימים ששופטי בית המשפט העליון קבעו ללא בסיס חקיקתי. נושא שיתוף נכסים היה עד 1971 נחלת התקדים השיפוטי ולא חקיקת הכנסת. בג"ץ בבלי, ופסקי בג"ץ שבאו בעקבותיו,⁴² מייצגים את הגישה החדשה של בית המשפט העליון כלפי בתי הדין הרבניים: יחס אקטיבי אליהם – פועל יוצא של התפיסה, שבית המשפט העליון הינו "עליון" לכל מערכות המשפט בארץ, גם לזו הפועלת על פי דין תורה. בהחלטתו בעניין בבלי צמצם בג"ץ את סמכות בתי הדין הרבניים לפסוק על פי דין תורה לשני התחומים המוגדרים ב"חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) – תשי"ג-1953": "ענייני נישואין וגירושין של יהודים בישראל אזרחי המדינה או תושביה יהיו בשיפוטם הייחודי של בתי דין רבניים. נישואין

³⁸ הרב מרדכי נויגרשיל פרסם בספרו (ללא תאריך) **למה הם שונים** פרק על היחס לחוק ולבתי המשפט בו הוא מגנה את האקטיביזם השיפוטי של בית המשפט העליון מאז כניסתו של השופט א' ברק לכהונה נשיא בית המשפט העליון, את העמדות האנטי-דתיות של חלק מהשופטים בבתי המשפט, שאותם מבקש השופט ברק לקדם (128-130).

³⁹ על דפי אתר האינטרנט מציג ארגון "מנוף" את הדמויות רק במהדורה האנגלית שלו: <http://www.manof.org.il/index.htm>

⁴⁰ ראה את הדיון המורחב על בג"ץ בבלי בפרק הבא.

⁴¹ בג"ץ חוה בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים ואח', פ"ד מח (2), 246, (דינים ועוד)

⁴² ראה להלן: עמדתם של פוסקי ההלכה כלפי החקיקה השיפוטית, פרק 7. על צמצום דרסטי של סמכויות בתי הדין הרבניים ראה בג"ץ סימה אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים ואחרים (8638/03) שניתן ב-6.4.2006.

וגירושין של יהודים ייערכו בישראל על פי דין תורה.⁴³ והוא הפקיע את העיסוק ב "כריכה", דהיינו בעניינים הנלווים לגירושין, כמו משמורת וחלוקת רכוש מן ההלכה היהודית. על מנת להפקיע את ענייני הכריכה מסמכותם של בתי הדין הרבניים נטען, שבחוק מ-1953 מופיעים ענייני הכריכה אחרי הסעיף "נישואין וגירושין של יהודים ייערכו בישראל על פי דין תורה", ורק בסעיף זה נאמר שייערכו על פי דין תורה. על כן על ענייני הכריכה יחול המשפט האזרחי, כי אין ציון מפורש לגביהם שהם יידונו על פי דין תורה.

חקיקת שני חוקי היסוד, שחוקקו בשנת 1992, "חוק יסוד כבוד האדם וחירותו" ו"חוק יסוד חופש העיסוק", נחשבת ל"מהפכה חוקתית".⁴⁴ מהפכה זו – שורשיה טמונים בהתפתחות המשפטית בעשורים שקדמו לה. בפרשנות לחוק, שאפו שופטי בית המשפט העליון, למצות את הפוטנציאל הליברלי הגלום בחוק על מנת להגשים את הרעיון החוקתי בהיעדר חוקה כתובה. נוכח מיעוט החוקים המבטיחים את השוויון בארץ, ומאחר שאין חוק יסוד המבטיח את השוויון בין אזרחי מדינת ישראל, הגשימו שופטי בג"ץ את עקרון השוויון באמצעות חקיקה שיפוטית והפכו אותו לאחד מהעקרונות החוקתיים של מדינת ישראל. על כן נשאלת השאלה, האם החקיקה השיפוטית והגישה הליברלית של שופטי בג"ץ בנושא השוויון, מתנגשות עם עקרונות הלכתיים ופוגעות ברגשות הציבור הדתי, או אף חמור מכך, מאלצות את האדם הדתי או את מוסדות הדת להפר הלכה, או שמא פסיקת בג"ץ עוסקת בנושאים שניתן להגדירם כאינדיפרנטיים לגבי נושאים הלכתיים.

על השאלות הללו משיב הרב גד אדרי אשר רואה בבג"ץ בבלי⁴⁵ פרשת דרכים ביחסים בין בית המשפט העליון לבתי הדין הרבניים:

העולה משני פסקי הדין האמורים [בג"ץ בבלי ובג"ץ לב] הוא שההסדר המשפטי החל על בתי הדין הרבניים שונה לחלוטין - מפרשת בבלי עולה שעל בתי הדין הדתיים במדינה להפעיל, בסוגיות 'אזרחיות' נלוות שאינן חלק מענייני המעמד האישי הנתון לסמכותם, את המשפט האזרחי הכללי, כפי שפורש ע"י בימ"ש העליון. בפרשת לב קובע כב' השופט א' ברק (כתוארו אז) שלא יתכן מצב בו המעבר מבימ"ש אזרחי לבית הדין הדתי יביא לאובדן של זכויות בסיסיות או לפגיעה בהן. לא תיתכן 'הפקעה' של זכויות אזרחיות, בלא הוראת חוק מפורשת המקיימת את הדרישות הקבועות במבנה החוקתי של המדינה.

צירוף שתי הפסיקות מביא לידי החלת הדין האזרחי הכללי על בתי הדין הרבניים בכל הנושאים (הן במישור הפעילות הדיונית של בית הדין הרבני והן במישור ההיבטים הרכשיים והאזרחיים האחרים), מלבד בענייני המעמד האישי. כב' השופט א' ברק (כתוארו אז) ממסד את תורת האחידות,⁴⁶

43 חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין, התשי"ג-1953 (דינים ועוד).

44 גביון, ר' (1998). **המהפכה החוקתית**.

45 יחד עם בג"ץ לב (לב נ' בית הדין הרבני הגדול 3914/92).

46 אדרי, ג' (2003). עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל.

הרב אדרי מבחין בצמצום סמכותו של בית הדין הרבני על- ידי הגישה הליברלית- אקטיביסטית של בית המשפט העליון לא רק בפסק דין בבלי,⁴⁷ אלא גם בפסק דין לב:

תמונה דומה אנו מוצאים בפרשת לב . הנשיא ברק פותח את פסק דינו בביסוס סמכותו הטבועה של בית הדין הרבני להסדיר את ענייני הדיון שלפניו. לכאורה, ההלכה הפסוקה בדבר עצמאות בתי הדין הדתיים בקביעת סדרי דיניהם מקבלת משנה תוקף . אלא שהנשיא ברק ממנה ומטיל סייגים על סמכות זו בקובעו שבית הדין הרבני מוגבל בעת הפעלת סמכותו הטבועה. וזאת משום היות בית הדין הרבני , כמו כל ערכאות השיפוט, מוסד שיפוטי שהוקם בחוק , ועל כן עליו לקיים את התכלית לשמה ניתנה לו סמכות ההכרעה בסכסוכים . הדין האזרחי הוא הקובע את התכלית. על בית הדין הרבני החובה להפעיל סמכותו, כמו כל סמכות שלטונית, בסבירות. הנשיא א' ברק קובע שהפעלה סבירה של סמכות שיפוטית משמעותה הפעלתה באופן המאזן כראוי בין הערכים, העקרונות והאינטרסים שיש לקחתם בחשבון . הנשיא קובע כי התוכן אמור להיות נגזר משיקולי הצדק הדיוני [כך במקור! – מ.ו.]. ומרכיביו, וכן נושא זכויות האדם שכל הליך דיוני אמור ל' קחתם בחשבון . אלא שהנשיא א' ברק מעצב את כל השיקולים מנקודת המבט האזרחית , המשקפת אמת מידה אזרחיות מובהקות. הנשיא ברק בונה מודל אזרחי להסדרת עיכוב היציאה מהארץ ומחילו כפי שהוא על המערכת הרבנית . **בפסק דינו הנשיא א' ברק כלל אינו מתייחס לערכים , לעקרונות ולאינטרסים המנחים את מערכת השיפוטית הדתית בעת שהיא קובעת את סדרי דינה הפנימיים** [ההדגשה שלי, מ"ו]. עם כל הכבוד והיקר נראה לי כי ניתן היה לנקוט בגישה שונה , גישה שתכבד את השיקולים הפנימיים המנחים את המערכת הדיונית הדתית והנמנעת מהכפפה גורפת של המערכת הדתית למודל האזרחי.⁴⁸

לא ההחלטה אליה הגיע בג "ץ בפרשת לב , אלא דרכי החשיבה של השופטים וטיעוניהם מקוממים את הרב שרמן : "דבר זה מתבלט במיוחד עתה עם חקיקתו של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, חוק יסוד זה העלה את זכויות האדם שברובן היו הלכתיות (לא במובן הדתי, אלא במובן המשפטי- אזרחי, כלומר מבוססות על תקדימים משפטיים של בתי המשפט האזרחיים – מ"ו) ... לרמה על-חוקתית, אף שהדין הישן – ובמסגרתו – כללי הדיון – נשמר (סעיף 10 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו), הרי פרשנותו, איזונו הפנימיים והפעלתו צריכים להיות מושפעים ממעמדן החוקתי של זכויות האדם."⁴⁹ הוא רואה בגישתו של השופט ברק ושל בית המשפט העליון סתירה מהותית ל "גישה העקרונית של תורת ישראל ומשפטיה המעמידה את חובות האדם ומצוותיו כחוקי יסוד ואילו זכויות האדם על כל צורותיהן , חייו,

⁴⁷ ראה להלן פרק 7.

⁴⁸ אדרי, שם, 7-8.

⁴⁹ ציטוט מדברי השופט א' ברק בפסק דין לב, קטע 13, עמ' 11, מובא על-ידי הרב שרמן, א'(תשנ"ה). חוק יסוד זכויות האדם לאור תורת ישראל ומשפטיה, פ-צ.

גופו, כבודו, פרטיותו, צינעת חייו וקניינו נקבעות כל אחת מהן, ע"פ משקלה, בהתאמה לאותם חובות וציוויים שהאדם נתון בהם ומגשימם".⁵⁰

נראה שהחיכוך בין שתי מערכות המשפט, הממלכתי-אזרחי המושתת על חוקי הכנסת והתקדימים המשפטיים של מערכת המשפט הממלכתית, והדין הדתי הנדון בבתי הדין הרבניים, התעצם בשני העשורים האחרונים. החיכוך הגובר מוצא את ביטויו בביקורת הדתית והחרדית על מערכת המשפט הממלכתית ובמיוחד על בג"ץ. כפי שראינו, זרע הפורענות טמון בגבולות המטושטשים בין שתי מערכות המשפט: המשפט המקביל בנושא המעמד האישי וריב הסמכויות בין שתי המערכות. התפנית ביחסים בין שתי מערכות המשפט אירעה כנראה בראשית שנות ה-80 של המאה העשרים. קשה לקבוע, אם מדובר בתפנית של ממש או בשינוי התודעה בשני המגזרים, כלומר, הפנייה של קבוצות חילוניות אל עמדות פוסט-ציוניות מחד ומסקנות של פוסקים, של רבנים ושל דיינים, שהברית עם הציונות החילונית מיצתה את עצמה מאידך.⁵¹ דבריו של הרב דייכובסקי בשנת 1986 עשויים להצביע על התפנית ביחסים אלה:

לאחרונה, מרבה בג"ץ להשתמש בסעיף 7א לחוק בתי המשפט תשי"ז-1957 שבו נאמר: "בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק ידון בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר".

השימוש בסעיף זה הורחב יתר על המידה. במקרה מסוים⁵² הוציא בג"ץ צו ביניים האוסר על ביה"ד הרבני לקיים דיון בתביעת גירושין של אשה נגד בעלה וזאת עקב עתירתו של הבעל כי ביה"ד יפסול את עצמו מלדון בדבר. בקשה כזו הגיש העותר זמן קצר קודם לכן לביה"ד הרבני הגדול, ובקשה זו עדיין תלויה ועומדת שם. אעפ"כ, ובניגוד לסיפא של הסעיף הנ"ל (המונע בג"צ מלדון בדבר המסור לסמכותו של בי"ד אחר), הוצא צו ביניים.⁵³

כבר לפני 20 שנה לערך התרעם הרב דייכובסקי על עמדתו של בג"ץ כלפי בתי הדין הרבניים. העילה לזעמו הייתה "מקרה חמור של עגינות שב ו הבעל מסרב לתת גט לאשתו, למרות קביעתו של ביה"ד האזורי". למעשה הפכה ההחלטה של בג"ץ את האישה ל"עגונה משפטית". לדעת הרב דייכובסקי בג"ץ נותן לא פעם "צוים חפוזים ... תוך חריגה מסמכות ובניגוד לחוק" דווקא נגד בתי הדין הרבניים, אשר רגישים מאוד מכוח ההלכה ל"צדק צדק

⁵⁰ שם, צ. כדי להמחיש את תפיסתו, מעמיד הרב שרמן את פסק הדין שהתקבל בבית-הדין הגדול שניתן ע"י הדיינים הרב י. עדס זצ"ל, הרב י"ש אלישיב שליט"א והרב ב' זולטי זצ"ל (מובא בכרך ג' לפסקי הדין הרבניים, 322-328) הדין בבקשת אשה לבטל צו בי"ד האזורי שעיקבו, כמו במקרה של הגב' לב, את יציאתה מן הארץ. בית הדין פסק במקרה זה בדומה לשופטי הבג"ץ בפרשת לב, אך הדרך אליה הגיעו הדיינים למסקנתם היתה שונה בתכלית העניין, היות שבחנו בעיקר את מילוי חובותיה ההלכתיות של האשה במעמדה כאשת איש, מבלי להפוך את זכויות האדם לעל-חוקתיות.

⁵¹ הרב וונדר בפגישה עמי בתאריך 18.10.2001.

⁵² הרב דייכובסקי מפנה במאמרו אל בג"צ 689/86. דייכובסקי, (תשמ"ו). בתי דין רבניים- ממלכתיים: בעיותיהם והישיגיהם, יג-יד.

⁵³ שם, יג.

תרדוף".⁵⁴ אין לשכוח שדברים אלה נאמרו שש שנים לפני המהפך השלטוני⁵⁵ והחוקתי,⁵⁶ ולכן נראה לנו, ששורש התפנית ביחסים בין שתי מערכות המשפט טמון אכן בראשית שנות השמונים. זה נשמע פרדוקסלי, כי דווקא ב-1980 התקבל השינוי בחוק יסודות המשפט, שהפנה את שופטי המערכת האזרחית-ממלכתית אל יסודות מורשת ישראל.⁵⁷

לסיום עיונו בעמדת בג"ץ כלפי בתי הדין הרבניים נוסיף את טענת הרב דייכובסקי: "בתי הדין הרבניים סובלים קשות מהסתה פרועה בכלי התקשורת, הדיינים עצמם מנועים מלהשיב, ולמשרד הדתות או לרבנות הראשית אין מענה מתאים. חלק גדול מן ההתקפות נובע מעיוות עובדות ומבלבול מושגים. חלק אחר מסתמך על אינפורמציה מצד אחד ומתעלם מן הצד השני".⁵⁸ בשנת 1995 גרס הרב שרמן, דיין בבית הדין הגדול בירושלים: "בתקופה האחרונה מתחוללת מהפכה בתחומי החקיקה והמשפט, שבתוכה קיימת מגמה ברורה להוציא ולנתק את המערכת המשפטית האזרחית שבמדינת ישראל ממערכת חוקי ומשפטי תורת ישראל". לדעתו, את "גולת הכותרת לתהליך זה יש למצוא, בחקיקתם של חוקי יסוד זכויות האדם ובפירוש והשימוש של בית המשפט העליון והבג"ץ בחוקים אלו".⁵⁹

אישור לדברי הרב שרמן אפשר לקבל מהעיון בבג"ץ סימה אמיר נגד בית הדין הרבני הגדול בירושלים.⁶⁰ בדיון על דרישתה של אמיר לשנות את פרטי הכריכה שנקבעו בהסכמתה בבית הדין הרבני, ביטלו השופטים חשין, פרוקצ'יה וג'ובראן, את זכותם של בתי הדין הרבניים לכהן כמוסדות בוררות לעניינים ממוניים, אפילו אם בוררות זו מתקיימת בהסכמת שני הצדדים. השופטים טענו, שהחוק אינו מסמיך את בתי הדין הרבניים לשמש כבוררים,⁶¹ והם מוסמכים לדון אך רק בענייני נישואין וגירושין של יהודים בישראל. רק אם לא הוגשה דרישה לערכאה אחרת בענייני כריכה הקשורה לגירושין, רשאי בית הדין הרבני לדון גם בהיבטים ממוניים ומשפחתיים הנלווים לעצם הגירושין. לקביעה החדשה, לפיה רשאי בית הדין הרבני, לדון כבורר, רק באותם עניינים שלגביהם הוסמך בחוק לדון כערכאה שיפוטית, עלולה להיות השלכה רבת חשיבות על תפקודו של בית הדין. לפי יובל יועז מעיתון הארץ, בתי הדין

54 שם, יד.

55 החזרה של השמאל לשלטון

56 קבלת שני חוקי היסוד "כבוד האדם וחירותו" ו"חופש העיסוק" התשנ"ב-1992.

57 ראה בהמשך את עיונו בעמדתם של פוסקי ההלכה כלפי התעלמותו של בג"ץ מהפניית המחוקק אל מורשת ישראל, 192 ואילך.

58 דייכובסקי, שם, יט.

59 שרמן, (תשנ"ה). חוק יסוד זכויות האדם לאור תורת ישראל ומשפטיה, עט.

60 בג"ץ סימה מאיר 8638/03 נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים שניתן ב-6.4.2006.

61 הצעת החוק שהוגשה בקיץ 2006, עברה אך ורק את הקריאה ראשונה בוועדת חוקה, חוק ומשפט. לפי ההצעה, בתי הדין הרבניים יוסמכו לדון גם בענייני ממונות ולא רק בענייני נישואים וגירושין. ועדת חוקה, חוק ומשפט אישרה בקריאה ראשונה הצעת חוק בעניין, ברוב של 7 נגד 6. מטרת הצעת החוק, היא להעניק לבתי הדין הרבניים מעמד דומה לזה של בתי משפט אזרחיים. לדברי ח"כ שמואל הלפרט מיהדות התורה, שהציע את החוק, קיים ציבור גדול של שומרי מצוות, שעל פי אמונתו מצווה להידיין רק בבית דין רבני ולא בבית דין אזרחי. y-net 14.6.2000.

הרבניים דנים בכ- 700 תיקי בוררות בשנה, וזה אינו כולל את הסכסוכים בין בני זוג המנוהלים כבוררות. בג"ץ אף מתייחס לאפשרות, שהחלטות שקיבלו בעבר בתי הדין הרבניים כבוררים, יבוטלו רטרואקטיבית. "סוגיית היקף סמכותו של בית הדין הרבני מעלה שאלות לא רק מכאן ואילך במבט צופה פני עתיד, אלא גם כלפי העבר." כתבה השופטת פרוקצ'יה.⁶²

6.4. בג"ץ וההלכה היהודית

דבריו של הרב שרמן על המגמות בחקיקה ובמשפט טעונים עיון וליבון.⁶³ השפיטה של בתי המשפט בישראל ויחסם אל ההלכה היהודית הם נושא מורכב ביותר. שופטי בתי המשפט מחויבים לחוקי הכנסת, אשר לא תמיד מתיישבים עם ההלכה היהודית, ולכן השופטים של כל בתי המשפט נאלצים, לא פעם, להכריע על פי חוקים המנוגדים לדין תורה.⁶⁴ בעבר ניסו המפלגות הדתיות לצמצם את הפסיקה המבוססת על חוקים המנוגדים להלכה היהודית, על-ידי חקיקה של חוקים רבים ככל האפשר הנושאים אופי דתי,⁶⁵ אך מגמה זאת נעצרה בשנות

⁶² יובל יועז, מעתון הארץ מוסיף: "פסק הדין של בג"ץ הוא בגדר פצצת אטום, אמר אתמול היועץ המשפטי של בתי הדין הרבניים, עו"ד שמעון יעקובי. לדבריו, 'מאז פסק דין בבלי מ-1992 (שקבע שבענייני ממון בתי הדין הרבניים מחויבים לפסוק על פי המשפט הישראלי ולא על פי המשפט העברי, י"י) לא היה פסק דין כל כך חמור שיגרום לסערה קשה במערכת בתי הדין הרבניים. פסק הדין הזה ייצור אנדרלמוסיה ותוהו ובוהו ויעורר הרבה שאלות קשות. החומרה של פסק הדין היא בכך שאפילו כששני אנשים מסכימים להתדיין בפני בית הדין הרבני, בא בית המשפט העליון ואומר שהדיינים לא יכולים לעשות את מלאכתם. אנחנו מאוד מופתעים מפסק הדין הזה שייצור סערה לא קטנה.' "יועז, י' (2006). תקדים: סמכויות הבוררות של בתי הדין הרבניים יצומצמו.

⁶³ הרב שרמן בוחן את טענתו וטורח השוואה בין שני פסקי דין בנושא איסור יציאה מן הארץ, אחד של בית הדין הרבני ואחד של בג"ץ.

⁶⁴ גם שופט דתי כמו השופט משה זילברג נתן ביטוי חד-משמעי לעליונות החוק בדמוקרטיה: "ישראל – אינה מדינה תיאוקרטית, כי לא הדת מסדירה בה את חיי האזרח, אלא החוק." (בג"ץ 72/62 אוסולד רופאין נ' שר הפנים, פ"ד(4) טז 2439). ביתר פירוט הגדירה זאת השופטת בן-פורת: "כשם ששופט או דיין חייבים לפעול לפי חוקי המדינה החלים על העניין הנדון, גם אם הם שונים מדין תורה, כך חייב גם חבר כנסת להכיר בעליונותם של חוקי הכנסת, לא רק כל עוד הם עולים בקנה אחד עם דין התורה אלא גם כאשר קיימת סתירה בין השניים." (כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מא (2), 736. שוחטמן מונה מקרים בהם שופטי מערכות המשפט של מדינת ישראל נאלצים לפסוק בניגוד להלכה היהודית, מפני שהחוק המסוים שמנחה את שפיטתם מנוגד להלכה: התחייבות חוזית שמקום ה התדיינות יהיה בפני בית משפט אזרחי, דבר האסור משום דין ערכאות, אכיפת חוזה על ידי בית המשפט שלעניינים אזרחיים גם היא אסורה משום דין ערכאות, אכיפת תשלום שיש עמו ריבית, כאשר לא נעשה 'היתר עסקה', וכד'. (שוחטמן, שם, קפד-קפה).

⁶⁵ על הקשיים בשילובו של המשפט העברי בחקיקה הישראלית, ראה: אלון, מהותה הדתית והתרבותית של בעיית המשפט העברי במדינה עברית, המשפט העברי ג, 1505-1654. על יחסם של רבני הציונות הדתית כלפי "החקיקה הדתית" של הכנסת, ראה את עמדתם של הרב ויינמן, צ' וח"כ פרופ' שאקי, א' (תשמ"ב). חקיקה דתית - בעד ונגד, 521-525. עד לאמצע שנות השמונים עמלה רבות המחלקה למשפט העברי שבמשרד המשפטים, על מנת לעודד חקיקה ההולמת את חוקי ההלכה. היא הציעה למחוקקים עזרה בבדיקת ההתאמה להלכה היהודית של החוקים המוצעים, ועקבה אחר נאומי הח"כים בעת החקיקה, בחפשה את השורשים ההלכתיים של הצעות החוק. מעקב זה פורסם בשני כרכים על-ידי ספריית המשפט העברי שבמשרד המשפטים (רקובר, (תשמ"ט). המשפט העברי בחקיקת הכנסת) והוא מביא בפני הקורא את מכלול ההשענות של חברי הכנסת על המשפט העברי. אך העיון בדברי הח"כים מלמד, שכותרת הכרכים מוטעית ומטעה. לא מדובר בלקט הנאומים, שאסף משרד המשפטים, שבהם מתייחסים הח"כים למשפט העברי, להלכה היהודית או למשפט העברי, אלא שבהם הם מתייחסים באופן כללי למורשת ישראל. תת-הכותרת של הספרים מציגה תמונה נאמנה יותר של תוכנם: "המקורות היהודיים בשילובם בדיוני הכנסת ובחוקי המדינה." מעטים הם החוקים החופפים בתוכנם את עיקרי ההלכה היהודית, ומשרד המשפטים מסתפק בציון 12 חוקים כאלה, ביניהם, חוק עשיית עושר ולא

השמונים של המאה ה-20. במרבית הדיונים, מתבססים השופטים פחות על חוקי הכנסת, ויותר על פסיקות תקדימיות של ערכאות משפטיות גבוהות יותר, המחייבות אותם בדיוק כמו חוקי הכנסת. בראשית שנות השמונים תלו חוגים מסויימים⁶⁶ תקוות רבות בחוק יסודות המשפט, ששם קץ לתלות הפסיקה הישראלית במשפט האנגלי, והפנה את השופטים אל "מורשת ישראל". אך לשון החוק היא מעורפלת ועל מנת לא לעורר התנגדות, לא הוזכרו בו הביטויים: דין תורה, הלכה יהודית ומשפט עברי, אלא רק עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום שבמורשת ישראל.⁶⁷ אולם מאז קבלת החוק, המגמות של פסיקת בג"ץ אינן מיישמות את כוונת המחוקק ואינן נותנות מענה לציפיות, שפסיקת בג"ץ תעוגן בעקרונותיה של מורשת ישראל. ואם לא די בכך, הרי שבתי המשפט, ובראשם בית המשפט העליון, אינם מיישמים את רוחו של חוק יסודות המשפט מ-1980, אלא אף נוטים, לדעת המבקרים, יותר ויותר ליישם עקרונות ליבראליים של שוויון, מתירנות ועקרונות פוסט-ציוניים.⁶⁸

על כן, נשאלת השאלה, האם בית המשפט העליון נותן יד לכפייה אנטי-דתית, האם פסיקותיו הן בניגוד להלכה היהודית, יותר ממה שמתבקש מחקיקת הכנסת. על מנת להשיב לשאלה זאת, עלינו לנתח דיוני בג"ץ בעתירות בעניין הסטאטוס קוו⁶⁹, בענייני דת ומדינה, או בסוגיות, כמו קבורת נוכרי בבית עלמין יהודי, הכרה בזכויות קנייניות של זוגות חד-מיניים, גיוס בחורי ישיבות לשירות צבאי, הסגרת פושע יהודי לידי מדינה זרה וזכות של נוכרים לרכוש קרקע ולבנות את ביתם בישוב קהילתי.

במשפט, התשל"ט-1979, חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998 ואחרים. ראה רקובר, (תשנ"ט). **לשילובו של המשפט העברי.**
⁶⁶ לחוק משנת 1980, המפנה, במקרה של לקונה, אל יסודות עקרונות הצדק והיושר, החירות והשלום של מורשת ישראל, אין התייחסות במאות המאמרים שב-23 הכרכים של תחומין. כנראה שהיו לרבני הציונות הדתית מעט ציפיות מביטול התלות של המשפט הישראלי במשפט האנגלי והפנית השופטים אל מורשת ישראל. היו אלה בעיקר חוגים דתיים הקרובים למערכת המשפט, כמו השופט אלון (המשפט העברי, 1537-1590) או המשנה ליועץ המשפטי לממשלה רקובר (המשפט העברי בחקיקת הכנסת, 153-155) שראו בחקיקת חוק זה מעין הכרה קונסטיטוציונית במעמד המשפט העברי בחוק ובמשפט של מדינת ישראל.

⁶⁷ חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980:
 1. ראה בית המשפט שאלה משפטית הטענה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל.

2. (א) סימן 46 לדבר המלך במועצתו לארץ-ישראל, 1947-1922 - בטל.
 (ב) אין בהוראות סעיף קטן (א) כדי לפגוע במשפט שנקלט בארץ לפני תחילת חוק זה. (דינים ועוד)
 הרובץ, נ' (2001). החרדים ובית המשפט העליון: שבירת כלים בפרספקטיבה היסטורית, 59-67.
⁶⁸ הכוונה כאן לא למכתב הסטטוס קוו משנת 1947 ששלח בן גוריון להנהלה העולמית של אגודת ישראל, אלא למצב הקיים בענייני דת ומדינה, כפי שנתגבש על-ידי הנהג במשך השנים של קיומה של מדינת ישראל.
⁶⁹

6.4.1 בג"ץ תרזה אנגלוביץ⁷⁰

בראשית שנות השמונים הסעירה את הציבור הישראלי פרשת קבורתה של תרזה אנגלוביץ, אשר נקברה לצד בעלה, אותו הצילה בשואה, בבית העלמין בראשון-לציון על-ידי חברת קדישא. בדיעבד התברר שגברת אנגלוביץ לא הייתה יהודיה וחברת קדישא ביקשה להעביר את גופתה לבית קברות נוצרי. משנדחתה בקשה זו על-ידי משרד הבריאות, הוציאו שני יהודים חרדים את גופתה והעבירו אותה ללא רישיון לבית עלמין מוסלמי.⁷¹ כשנתגלתה העברת הגופה, חייב בית המשפט העליון את חברת קדישא לקבור את גופתה של תרזה אנגלוביץ שוב במקום קבורתה הראשון, בבית העלמין היהודי בראשון-לציון. חברת קדישא עשתה את כל המאמצים להעביר את גופת המנוחה⁷² וביקשה ממשרד הבריאות, כפי שתקנות הבריאות משנת 1941 מחייבות, לקבל רישיון להוצאת הגופה וקבורתה בחלקה המיוחדת למסופקים שהוקמה לצורך זה בבית העלמין. עתירתה של חברת קדישא נתמכה בעתירה נוספת של שישה מתושבי ראשון-לציון שקבורתה מחדש של תרזה אנגלוביץ בבית העלמין עצמו תאלץ אותם להעביר את גופות קרוביהם לבית עלמין יהודי אחר, מפני שההלכה אוסרת קבורת נוכרים בבית קברות יהודי. רבני ראשון לציון פסקו, שאם לא תפונה הנוכרייה מקברה, הם יהיו מחויבים להעביר את כל היהודים הקבורים בסמוך לקבר זה, כדי שיוצר רווח של יותר משמונה אמות [כ-4 מ'] בין קברם לקברה. רבני ראשון-לציון נימקו את פסיקתם בכך, שגופתה של תרזה אנגלוביץ "מזקת לשכניה היהודים ... וגורמת להם צער".⁷³ משנתקלו בסירוב הם עתרו לבג"ץ בטענה, שנימוקים זרים הביאו לתשובתו השלילית של מנכ"ל משרד הבריאות.⁷⁴ בית הדין הגבוה לצדק דחה את העתירה ולא ראה שום חריגה מסמכות, בסירובו של מנכ"ל משרד הבריאות להעביר שוב את גופת הגב'

⁷⁰ 637/85 חברת קדישא גחש"א נ' מנכ"ל משרד הבריאות ואח'.

⁷¹ בג"צ 5328/91 מועצת עיריית ראשון לציון נ' 1. שר הדתות 2. מר דוד ארנפלד. (דינים ועוד)

⁷² פסק-הלכה שפסקו הרבנים הראשיים של ראשון-לציון, הרב יהודה דוד וולפא והרב יוסף עזרן, ביום י' מנחם-אב תשמ"ג (20 ביולי 1983) ואשר אושר ואומץ על-ידי מועצת הרבנות הראשית לישראל ביום כ"ג בכסלו תשמ"ד (29 בנובמבר 1983) ב-זמר, מ' (תשנ"ד). הלכה שפויה, 353, הערה 1.

⁷³ זמר, שם, 305.

⁷⁴ שוחטמן, (תשמ"ט). פסיקת בג"ץ בפרשת קבורתה של תרזה אנגלוביץ – מתן יד לכפייה אנטי-דתית? קע"ט-קפ. בג"ץ 637/85 חברת קדישא גחש"א נ' מנכ"ל משרד הבריאות ואח', פ"ד מ(3)

אנגלוביץ.

הפרשה עוררה הדים באמצעי התקשורת, והתקיים על כך דיון בכנסת⁷⁵. פסיקת בג"ץ בפרשה זו עוררה את השאלה, האם בית המשפט העליון כפה על חברת קדישא לעבור על מצוות הדת וההלכה היהודית, ואם משמעות פסיקתו של בג"ץ היא אכן כפייה אנטי-הלכתית, האם הכריע כך משום מחוייבות לחוקי הכנסת, או שמא פסיקתו נובעת ממניעים של יצירת תקדים שיפוטי. אם בג"ץ אכן רצה ליצור בהכרעתו תקדים שיפוטי, אפשר להבין את הביקורת החריפה של פוסקי ההלכה על בית המשפט העליון. אך אם חוקי הכנסת חייבו את פסק הדין המנוגד להלכה היהודית, יש להפנות את הביקורת לכנסת ולא אל השופטים. אך תיתכן אף אפשרות שלישית, כדי להסביר את הכרעת הבג"ץ: על נושאים רבים קיימת מחלוקת הלכתית בין פוסקי ההלכה, זה פוסק לקולא וזה פוסק לחומרא. במקרה זה בג"ץ רשאי לאמץ דווקא את העמדה ההלכתית המקלה, אך ימצא את עצמו בעימות חריף עם זה המאמץ את הגישה המחמירה. האם גם במקרה זה אפשר לדבר על כפייה אנטי-הלכתית של בג"ץ כלפי מוסד, שעל פי חוקי המדינה אמון על מימוש ההלכה?

כדי להשיב על מכלול השאלות האלה, החלטנו לא רק לנתח את תכניה של פסיקת בג"ץ ואת תגובת פוסקי ההלכה על הכרעת הבג"ץ, אלא גם לבחון את הסוגיה ההלכתית על היבטיה השונים. נראה לנו, שיש חשיבות רבה בהבנת ההלכה המתייחסת לקבורתה של תרזה אנגלוביץ.

מדבריו של נשיא בית המשפט העליון, השופט שמגר, מתברר, כי לא שיקולים של בריאות הציבור הנחו את משרד הבריאות ואת בג"ץ, אלא בעיקר שיקולים אידיאולוגיים, כשהם סירבו להיענות לעתירה של חברת קדישא:

לדידי לא הייתי רוצה להסתפק רק בהסקת המסקנות המעוגנות במערכת הנסיבות המשפטית שתוארה לעיל. מבקש הייתי כי מעבר לקבלת מרותו של החיקוק ושל המסקנה בדבר חוקיותה של הפעלת הסמכויות על פיו, גם תתגלה מצד כל בעלי הדין הבנה והשלמה, אשר מתוכה תסולק המרידות אשר הדיה עלו מתוך דבריהם בפנינו של באי-הכוח המלומדים של העותרת, מחד גיסא ושל המשיבה השלישית [עדינה הרפז], מאידך גיסא. הרי כבוד האדם, בחייו ובמותו, הוא בין ערכי היהדות המקודשים ויהיה זה על כן בגדר הציפיות הסבירה אם גישה זו תשמש גם את מי שכבר פעלו כן בהענקת חסד אחרון של אמת. אינני מתיימר להביע דעתי על פרשנותו של דבר הלכה, אולם דומה שלא יהיה זה מנותק מן הפרשה שבפנינו אם גם ניתן את הדעת לכך שבהקשר שהוא קרוב מאוד לנושא שלנו, חוזרת ונשנית במקורות ההתייחסות אל הרעיון שמצא שם את ביטויו במלים: "מפני דיני [צ"ל: דרכי – מ"ס] שלום". **דומה שניתן ללמוד אף מכך על גישתה של ההלכה לקבורתם של כל יצורי אנוש**

⁷⁵ ביום 5.3.1984 <http://www.knesset.gov.il/yovel/1984.htm>

ולטיפול בהם בשלב הטראגי והאחרון הזה ודבר זה מקבל כאן משנה משקל עקב האירועים שאירעו כבר . [ההדגשה שלי, מ"ס] משאלתי היא על כן כי שבעקבות ההכרעה השיפוטית יזכה הענין כולו לגישה של סובלנות ושל השלמה, תרתי משמע.⁷⁶

קשה להשתחרר מן הרושם , כי השיקול האידיאולוגי של חמלה על גופת הנפט רת שעמדה לצד בעלה בזמנים הקשים תוך סיכון חייה – ולא שיקול משפטי גרידא – חדר אל היבטיה המשפטיים של העתירה וקבע את הכרעת בג "ץ. פסיקת בג "ץ בפרשת קבורתה של הגב ' אנגלוביץ מעוררת יותר מתהיה אחת . למשל, מדוע המאבק המשפטי לא התנהל סביב צו בית המשפט העליון להחזיר את גופתה של המנוחה , אחרי שנתגלתה בבית הקברות המוסלמי? מבחינה משפטית וגם מבחינה הלכתית היה קל יותר למנוע את קבורתה מחדש בבית העלמין היהודי בראשון-לציון, מאשר לבקש לאחר השבתה את העברתה למקום נוסף . האם באמת צדק השופט שמגר , ש"דיני שלום" היהודיים מחייבים פסיקה ברוח הפסיקה של שלושת שופטי בג "ץ? כדי להבין את היחסים בין שתי מערכות המשפט בישראל , זו המושתתת על חוקי הכנסת ופרשנות החוק על- ידי בתי המשפט , וזו המושתתת על יסודות ההלכה ופרשנות הדין הדתי על- ידי בתי הדין הרבניים ופוסקי ההלכה , עלינו לבדוק את דבריהם של פוסקים ראשונים ואחרונים בסוגיה.

6.4.2. קבורת נוכרי בבית עלמין יהודי

המשנה מביאה במס ' גיטין את האימרה עליה התבסס השופט שמגר : " מפני דרכי שלום " ומדובר על דברים שקשורים ליחסים בין יהודים לגויים:

"אין ממחין ביד עניי נכרים בלקט בשכחה ובפאה, מפני דרכי שלום."

על משנה זאת הוסיפה הגמרא מן התוספתא:

ת"ר: מפרנסים עניי נכרים עם עניי ישראל , ומבקרין חולי נכרים עם חולי ישראל, וקוברין מתי נכרים עם מתי ישראל , מפני דרכי שלום [ההדגשה שלי, מ"ס].⁷⁷

אם רצינו למצוא בתוספתא את הצידוק לדבריו של השופט שמגר , בא רש"י עם פירוש השונה מהבנת הפשט , פירוש שהפך אצל פוסקים ראשונים להלכה פסוקה : "עם מתי ישראל - לא בקברי ישראל אלא מתעסקין בהם אם מצאום הרוגים עם ישראל ."⁷⁸ בפירוש רש"י יש שתי הסתייגויות מטקסט הגמרא : רק אם נמצאו מתי נכרים יחד עם מתי ישראל , חובה לטפל

⁷⁶ בג"ץ 637/85, שם, 787. (דינים ועוד)

⁷⁷ בבלי, גיטין סא ע"א.

⁷⁸ רש"י לגיטין סא ע"א.

במתי נוכרים מפני דרכי שלום . אך גם אם נמצאו מתי נוכרים עם מתי ישראל , אין קוברים אותם בקבר ישראל, אלא בקברים המיוחדים לנוכרים.

התלמוד הירושלמי מתאר מערכת שירותים סוציאליים משותפת ודאגה לכלל נזקקי העיר:

אין ממחין ביד עניי גוים לקט שכחה ופיאה מפני דרכי שלום. תני עיר שיש בה גוים וישראל מעמידין גבאי גוים וגבאי ישר' וגובין משל גוים ומשל ישראל ומפרנסין עניי גוים ועניי ישראל ומבקרין חולי גוי ' וחולי ישרא' וקוברין מיתי גוים ומיתי ישראל ומנחמין אבילי גוים ואבילי ישר ' ומכבסין כלי גוים וכלי ישראל מפני דרכי שלום.⁷⁹

בניגוד לבבלי, מחייב הירושלמי לקבור מתי גויים כפי ש קוברים מתי ישראל, אך בלי לציין, אם קוברים את מתייהם עם מתי ישראל. כך הבינו רש"י, הרשב"א והריטב"א את קבורת הנוכרים. הרשב"א לא התנה את קבורת הנוכרים בהימצאם יחד , אבל הדגיש, כמו שעשה זאת רש"י, שיש להבין את המילה "עם" לא במובן של קבורה באותו בית העלמין , אלא קוברים אותם, "כשם" שקוברים את מתי ישראל , דהיינו בדומה או בשווה למתי ישראל . הר"ן, בדבריו על הרי"ף, הוסיף להלכה זו הנמקה, מדוע לא קוברים נוכרים עם ישראל:

קוברים מתי עכו "ם...פרש"י עם מצאום הרוגים עם מתי ישראל . ולישנא לאו דווקא , דה"ה כשנמצאו מתי עכו "ם לבד , שמתעסקים בהם מפני השלום....מכל מקום לא שיהו קוברין אותן אצל ישראל , דהא אין קוברין רשע אצל צדיק, אלא לומר שמתעסקין עמהם.

דבריו של הר"ן כורכים יחדיו שני נושאים, שבגמרא אינם כרוכים זה בזה: קבורת נוכרי בנפרד מקבורת ישראל וקבורת רשע בנפרד מקבורת צדיק . על כך שואל הרב יהודה שביב: "האם תלות זו נשענת על ההנחה כי הגוי הוא ודאי רשע לעומת ישראל , שכן 'עמך כולם צדיקים',⁸⁰ או שאין כאן קביעה ערכית ביחס לגוי , אלא שההפרדה בין גוי ליהודי נלמדת מההפרדה בין רשעים לצדיקים – היינו כדרך שראויה להיות הפרדה בשל רמה דתית אישית , כך ראויה להיות הפרדה בשל שונות לאומית?"⁸¹

הביסוס ההלכתי שלא לקבור רשע עם צדיק מופיע בבבלי במסכת סנהדרין:

ולא היו קוברין אותו בקברות אבותיו , אלא שני בתי קברות היו מתוקנין לבית דין; אחת לנהרגין ולנחנקין, ואחת לנסקלין ולנשרפין.⁸²

79 ירושלמי, גיטין פה, ט .

80 ישעיה ס, כא.

81 שביב, י' (תשנ"ג). הנאהבים בחייהם! – ובמותם! 321.

82 בבלי, סנהדרין מו ע"א.

בהמשך הגמרא אנחנו קוראים על הפרדות נוספות בקבורה:

וכשם שאין קוברין רשע אצל צדיק כך אין קוברין רשע חמור אצל רשע קל.
- וליתקון ארבע קברות! - שני קברות גמרא גמירי לה.⁸³

מעמדו של האיסור לקבור רשע ליד צדיק ורשע חמור ליד רשע קל אינו איתן . הרב יהודה שביב קורא להלכה זו "הלכה רפויה": "מסתבר שאין מקפידים בזה כי כן קשה מאד לקבוע צדקות או רשעות על פי הסתכלות אנושית , ש'האדם יראה לעינים וה' יראה ללבב' (שמ"א טז, טז)...ורק כשיש לנו אמות מידה ברורות , כמו בחייבי מיתות בי"ד, ניתן לדרג אל נכון דרגות של רשע".⁸⁴

ראינו, שהאיסור לקבור נוכרי ליד ישראל תלוי באיסור לקבור רשע ליד צדיק. אם כן, מדוע לא מגדירים את ההלכה שלא לקבור נוכרי ליד יהודי גם כן "הלכה רפויה", כפי שלא מקפידים גם על קבורת רשע רחוק מצדיק ? אם נתרופפה זו , מדוע לא נתרופפה גם זו ? למעשה קרה תהליך הפוך. זו נתרופפה, כי אין ביכולתנו לקבוע בדיוק , מי צדיק ומי רשע , מי רשע קל ומי רשע חמור. אך מכיוון שיש ביכולתנו לקבוע מיהו יהודי , ובעיקר, מיהו אינו יהודי , נהגו פוסקי ההלכה של ראשית העת החדשה, וגם במאה ה-20, בקבורת נוכרי ליד יהודי לחומרא.

מהי עמדת הרמב"ם והשולחן ערוך בסוגיה של קבורת נוכרי עם ישראל ? בנושא קבורת רשע ליד צדיק ונוכרי ליד ישראל בולטת שתיקתו של הרמב"ם. "ם. הוא דן בנושא קבורת נוכרי פעמיים, בלי לציין את הסייגים של רש"י ותלמידיו המבינים את "עם" כ"בדומה" או "כשם". בהלכות אבל אנחנו קוראים:

א. מצות עשה של דבריהם לבקר חולים , ולנחם אבלים , ולהוציא המת , ולהכניס הכלה , וללוות האורחים , ולהתעסק בכל צרכי הקבורה , לשאת על הכתף , ולילך לפניו ולספוד ולחפור ולקבור , וכן לשמח הכלה והחתן , ולסעודם בכל צרכיהם , ואלו הן גמילות חסדים שבגופו שאין להם שיעור , אע"פ שכל מצות אלו מדבריהם הרי הן בכלל ואהבת לרעך כמוך , כל הדברים שאתה רוצה שיעשו אותם לך אחרים , עשה אתה אותן לאחרים בתורה ובמצות .

ב. קוברין מתי עכו"ם ומנחמין אביליהם ומבקרין חוליהם מפני דרכי שלום .

ג. בתי הקברות אסורין בהנאה , כיצד אין אוכלין בהן , ואין שותין בהן , ואין עושין בהן מלאכה , ולא קורין בהן ולא שונים בהן , כללו של דבר אין נאותין בהן , ולא נוהגין בהן קלות ראש , לא ילך אדם בתוך ארבע אמות של קבר ותפילין בידו וספר תורה בזרועו , ולא יתפלל שם , וברחוק ארבע אמות מותר .

טו. אין מפנין את המת מקבר לקבר אפילו מבזוי למכובד , ואם היה בתוך שדהו מפנהו אפילו ממכובד לבזוי.⁸⁵

את נושא קבורת נוכרי שילב הרמב"ם בהלכות אבל ו אין בהן זכר לאבחנה בין קבורת רשע ליד צדיק ויהודי ליד נוכרי , והוא מזכיר רק , שיש לקבור את מתי עכו"ם "מפני דרכי שלום". בהלכות מלכים משולבות בדיון על הדינים לגבי עכו"ם, גרים, תושבים ודומים, בהם מרחיב הרמב"ם את דבריו, המצויים בהלכות אבל:

יב. שני עכו"ם שבאו לפניך לדון בדיני ישראל , ורצו שניהן לדון דין תורה דנין, האחד רוצה והאחד אינו רוצה אין כופין אותו לדון אלא בדיניהן , היה ישראל ועכו"ם אם יש זכות לישראל בדיניהן דנין לו בדיניהם , ואומרים לו כך דיניכם , ואם יש זכות לישראל בדיניהן דנין לו דין תורה ואומרים לו כך דיניהם , ויראה לי שאין עושין כן לגר תושב אלא לעולם דנין לו בדיניהם, וכן יראה לי שנוהגין עם גרי תושב בדרך ארץ וגמילות חסדים כישראל, שהרי אנו מצווין להחיותן שנאמר לגר אשר בשעריך תתננה ואכלה , וזה שאמרו חכמים אין כופלין להן שלום בעכו"ם לא בגר תושב, אפילו העכו"ם צווח כמים לבקר חוליהם , ולקבור מתיהם עם מתי ישראל , ולפרנס עניהם בכלל עניי ישראל , מפני דרכי שלום , הרי נאמר טוב ה' לכל ורחמיו על כל מעשיו , ונאמר דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום.⁸⁶

אילו רצה, היה הרמב"ם מאמץ את גירסת התלמוד הירושלמי בה הקטע מתוך הלכות מלכים תלוי: "וקוברין מתי גוים ומתי ישראל ומנחמין אבלי גוים ואבלי ישראל ומכבסין כלי גוים וכלי ישראל מפני דרכי שלום".⁸⁷ אימוץ המילה "עם" מן הבבלי בתוך גירסת הירושלמי בלי הסתייגות, כפי שהסתייג רש"י, כאילו "עם" פירושו "בדומה", "כפי ש...", אך בוודאי לא "אצל", מעורר תהיות רבות. האם כוונת הרמב"ם היא לקבוע , שקוברים נוכרי ליד ישראל וקוברים רשע ליד צדיק ? האם ניתן להסיק מן הקריאה הרציפה של שני הקטעים הדנים בקבורת נוכרי, שהרמב"ם רומז לקבורה נפרדת, כי הוא נמנע בהלכות אבל מלציין , שקוברים את מתי הנוכרים עם מתי ישראל ? נראה לנו שלא לקבורה נפרדת מכוונים דבריו, כי בהלכות אבל דן הרמב"ם בכל הקשור לאבלות , בהלכות מלכים לעומת זאת הוא דן ביחסי ישראל עם גרים תושבים, עם נוכרים למיניהם ועכו"ם, שבנושא הקבורה של נוכרי ליד יהודי יש לסמוך על הגירסה שבהלכות מלכים.

⁸⁵ רמב"ם, בהלכות אבל, יד.

⁸⁶ רמב"ם, הלכות מלכים י, יב.

⁸⁷ ירושלמי, גיטין פה, ט.

דבריו המפורשים, ויותר מכך שתיקותיו של הרמב"ם זוכים לתמיכה של אחד ממפרשי הטור, ה"בית חדש" (ב"ח)⁸⁸, שחוזר בדיונו לפירוש של רש"י לגמרא שבגיטין בעניין הימצאם יחד, מבלי לבטל את הפירוש המרחיב שניתן לגמרא בעניין קבורת נוכרי "עם" ישראל:

יש לומר, דמה שכתב "עם מתי ישראל" לאו לדיוקא קאמר, דבלא מתי ישראל לא יקבור – דודאי אפילו בלא מתי ישראל נמי קוברין, וכן מבקרים חוליהם, אפילו אין שם חולי ישראל...אלא ודאי דהיתירא אתא לאשמועין, דאם מצאום הרוגים עם ישראל יכול לקבור מתיהם בקברי ישראל, אע"ג דאין ספק שאין קוברין נכרי אצל ישראל – דאפילו ישראל רשע אין קוברין אצל צדיק, כ"ש נכרי אצל ישראל וכדכתב ר' נ' דנזיקין – מ"מ יכול הוא לקבור מתי נכרים עם מתי ישראל בחצר אחד מפני דרכי שלום, כיוון שמצאום הרוגים יחד.⁸⁹

מה שמשתמע אצל הרמב"ם משתיקותו, נאמר על-ידי ה"ח כהלכה ובאופן ברור: יש מקרים בהם יש לקבור יהודי עם נוכרי בחצר אחת, אם נמצאו הרוגים עם ישראלים.⁹⁰ ברור, שאי אפשר להסיק מדברי ה"ח על המקרה של קבורת תרזה אנגלוביץ, אך מדבריו נראה, שניתן לקבור לא רק "עם" מתי ישראל על כל פירושה של המילה "עם", אלא אפילו באותה החצר. אי אפשר להשליך מהתנאי של ה"ח על המקרה הנדון, כי תנאי זה במקור לא מהב"ח, אלא הוא רעיון של רש"י. חשובה לענייננו הערכתו של שוחטמן את דבריו של ה"ח:

ואולם, אף על פי, שכאמור, פירושו של ה"ח לרמב"ם ניתן להידחות בקלות, החשוב הוא שפוסק בשעור קומתו של ה"ח לא ראה כל בעיה בפירוש דעתו של הרמב"ם באופן כזה שבנסיבות מסוימות מותרת קבורת נכרי עם ישראל "בחצר אחד", והוא – "כשמצאום הרוגים יחד". על פי לשונו של רש"י, "מסתבר, ש"חצר אחד" – משמעותה הוא תחום קבורה אחד.⁹¹

קביעתו של שוחטמן, שההלכה היהודית מאפשרת לקבור חייל לא יהודי יחד עם חייל יהודי, מעלה את השאלה, מהי בכלל ההלכה, ומי רשאי לדבר בשמה. ראש החוג למשפט העברי באוניברסיטה, המנתח את כל ההלכות בנושא הנדון מן החוק המקראי ועד פוסקים בני זמננו, שופט דתי כאלון המחבר חיבור מקיף על המשפט העברי, רב רפורמי כמשה זמר, שנתבקש

⁸⁸ ה"ח - רבי יואל סירקיש - נולד בפולין בשנת ה"א שכ"א (1561), שם גם מת בשנת ה"א ת' (1640). הוא היה אחד מגדולי הפוסקים האשכנזים לאחר הרמ"א, פירושו לטור בשם "בית חדש" (ב"ח) משמש עמוד תווך של לימוד ההלכה. ה"ח השיב תשובות רבות, מהן יצאו לאור, ה"ישנות" וה"חדשות". ה"ח היה רב בקהילות רבות, ביניהן בלז, בריסק וקראקא.

⁸⁹ ב"ח, יו"ד, סי' שנא, ד"ה אסור ליתן.

⁹⁰ דברי ה"ח היו יכולים להוות הנחיה לקבורת ח"י צה"ל שבגין אמם הנוכריה אינם יהודים על פי ההלכה. הרב יהודה שביב, שנתבקש להתייחס במאמר הלכתי לנושא זה ב"תחומין" י"ד, מסיק מדברי ה"ח רק דברים מגומגמים: "אם נמצא עומק דברי ה"ח, כי אז יתברר שיש לבחון בכל מקרה גבולם של דרכי שלום. מעתה, במקרה שלפנינו (הכוונה לקבורת החייל לב פיסחוב שנהרג יחד עם עוד חייל במשמרתו בצה"ל), שדמים בדמים נגעו, ונהרגו יחדיו חייל יהודי וחייל שאינו יהודי מוכר ככזה עפ"י ההלכה, הרי שגם אם לא נקברו בסופו של דבר יחדיו, יש מקום לנהוג בהרוגים באמת מידה דומה, ולא להפלות בעת קבורתם הפליה שתהיה בוטה ופוגעת ומרחיקה מדברי שלום." (שביב, שם, 327) אין הרב אומר לקוראיו, מה בכל זאת היה צריך לעשות בעניין קבורתו של החייל לב פיסחוב, ולא בטוח, שממה שאין לעשות אפשר להסיק על מה שכן לעשות.

⁹¹ שוחטמן, שם, קצט.

להתייחס לעניין קבורתה של תרזה אנגלוביץ או שמא "מרא דאתרא" שדבריו קובעים לקהל הנשמע לסמכותו, אפילו "אם יאמרו לך על ימין שהיא שמאל ועל שמאל שהיא ימין תשמע להם".⁹² נגד דברי שוחטמן עומדים דבריו של הרב אברהם אבידן⁹³ הקובע על בסיס שו"תים של פוסקים אחרונים, שגם הב"ח לא התכוון שיקברו נוכרי לצד יהודי: "אולם דברי הבית חדש בזה צריכים עיון, שכן מדבריו לכאורה יכול, מי שאינו בקי בנפתולי ההלכה העמוקים, לבוא לידי טעות.... דברי הב"ח לכאורה סתומים. מה כוונתנו 'מכל מקום יכול לקבור מתי נכרים עם מתי ישראל בחצר אחד מפני דרכי שלום', האם הב"ח חולק על הר"ן ורש"י ושאר הראשונים בזה?" בהמשך מביא הרב אבידן שו"תים של פוסקים אחרונים, ביניהם שו"ת מלמד להועיל⁹⁴ ושו"ת דעת כהן⁹⁵, מהם עולה, שאין להבין דברי הב"ח כאילו קבורת נוכרי לצד יהודי היא נוהג, אלא לכל היותר אם מצאום יחד מתים, אפשר לקבורם באותו בית העלמין, אך לא זה לצד זה. כמרחק בינם נקבעו שמונה אמות, דבר הנלמד מקבורת רשע לצד צדיק.⁹⁶

דיוניו על קבורת נוכרי של הטור⁹⁷ משיקים ל"מתנות חינם" והלכת "לא תחנם":

אין מוכרין להם בתים ושדות בא"י אבל משכירין להם בתים ולא שדות ובח"ל בין בתים בין שדות מותרין בין למכור בין להשכיר ובלבד שלא ימכור או ישכיר לג' נכרים ביחד בשכונת היהודים אבל לאחד או לשנים יכול למכור או להשכיר כמו שירצה ולא חיישין שמא ימכור הוא או ישכיר לאחרים. ולא התירו להשכיר אלא לאוצר או לשאר תשמיש חוץ מלדירה אבל לדירה אסור להשכיר מפני שמכניס לתוכו אליל והאידנא נהגו להשכיר אף לדירה כיון שאין נוהגין להכניס אליל בבתיהם אסור ליתן להם מתנת חנם במה ד"א כשאנו מכירו אבל אם מכירו או שכינו מותר וכן מותר לפרנס ענייהם ולבקר חוליהם ולקבור מתיהם ולהספידן ולנחם אבלים משום דרכי שלום וכן אין ממחים ביד עני נכרי מליטול לקט שכחה ופאה: ואסור לשבחו כמה נאה עכו"ם זה וכל שכן שלא לספר בשבח מעשה ידי. אבל אם מכוון בשבחו להודות להקב"ה שברא בריה נאה כזה מותר.⁹⁸

⁹² ירושלמי, הוריות א, (מה ע"ד).

⁹³ אבידן, א' (תשנ"ד). קבורת נכרי – אזרח, או חייל שנהרג בקרב – בקבר ישראל, 55-56.

⁹⁴ **שו"ת מלמד להועיל**: רבי דוד צבי הופמן נולד בוורבו, הונגריה, בשנת ה"א תר"ג (1843) ונפטר בברלין בשנת ה"א תרפ"א (1921) הוא כיהן כראש בית המדרש לרבנים על שם רבי עזריאל הילדסהיימר בברלין, וחינך דורות של רבנים ומנהיגים. בספר השו"ת שלו, "מלמד להועיל", דן הרב הופמן גם בקשת רחבה של בעיות בנות זמננו.

⁹⁵ **שו"ת דעת כהן**: ראי"ה קוק נולד בגריבה אשר בלטביה בשנת ה'א תרכ"ה (1865) ונפטר בירושלים בשנת ה'א תרצ"ה (1935). כרב הראשי האשכנזי הראשון של ארץ ישראל היה הר"ב קוק דמות בעלת השפעה מכרעת בתולדות היישוב החדש שבארץ ישראל.

⁹⁶ אבידן, שם, שם.

⁹⁷ ר' יעקב בן הרא"ש נולד בקולוניא (קלן) שבגרמניה בערך בשנת ה"א כ"ט (1269) ונפטר בטולידו שבספרד בערך בשנת ק"ג (1343). הוא היה תלמיד מובהק של אביו ר' אשר ב"ר יחיאל. בשנת 1303 הצליח לברוח עם אביו וכל משפחתו לספרד, שם השתקע בברצלונה ואח"כ בטולידו. הגדול והמפורסם בין ספריו הוא ספר הטור, שהוא למעשה קובץ של ארבעה ספרים נפרדים, המהווים ביחד ספר הלכה מקיף של ההלכות הנהוגות בזמן הזה. הספר כולו מיוסד על התלמוד ועל ספרות הפסיקה שלפניו, כאשר בולטים בין מקורותיו הרמב"ם ובעלי התוספות. לימים כתב עליו ר' יוסף קארו את חיבורו 'בית יוסף', וגם את ספרו הקצר 'שולחן ערוך' ערך לפי סדר הטור.

⁹⁸ **טור** יורה דעה, קנא.

פסקיו של הטור אינם פותרים את הסוגיה של קבורת נוכרי לצד יהודי , אלא את האיסור של מתנות חינם ו"לא תחנם". משמעותו של היתר זה היא , כי אם עושים את מה שרשום בטור מפני דרכי שלום, אין בו חינם, אלא יש בו יסוד של הדדיות.

דבריו של השולחן ערוך בעניין הקבורה זה לצד זה קצרים . בהלכות אבל הוא קובע , ש"אין קוברין רשע אצל צדיק, אפילו רשע חמור אצל רשע קל. וכן אין קוברין צדיק וכשר ובינוני, אצל חסיד מופלג." והרמ"א מוסיף: "אבל קוברים בעל תשובה אצל צדיק גמור."⁹⁹ בהמשך קביעתו של השולחן ערוך, שאין קוברים רשע לצד צדיק, צפויה קביעה נוספת, שקל וחומר לא קוברים נכרי לצד יהודי . אך לא כך אנחנו קוראים בהלכות עבודת כוכבים שבשולחן ערוך : " מותר לפרנס ענייהם ולבקר חוליהם ולקבור מתייהם ולהספיד ולנחם אבליהם , משום דרכי שלום".¹⁰⁰ נשאלת השאלה, מדוע לא חזר השולחן ערוך על דברי הר"ן שהביאם בבית יוסף: "קוברין מתי גוים עם מתי ישראל... מפני דרכי שלום. ...לא שנו 'עם' בכל אלו כלל ומכל מקום לא שיהו קוברין אותן אצל ישראל דהא אין קוברין רשע אצל צדיק אלא לומר שמתעסקין עמהם."¹⁰¹ לנוכח הדיון ההלכתי המקיף שקדם לשולחן ערוך יש משמעות להיעדר הלכה פסוקה בשולחן ערוך , האמורה לאסור על קבורת נוכרי עם יהודי באותו בית העלמין , זה במרחק מזה או זה אצל זה . האם האיסור אמור להילמד מאיסור הקבורה של רשע לצד צדיק, כפי שפוסקים ראשונים אחרים קשרו בין שני העניינים ? קל יותר לצמצם את ההיתר המתיר לקבור את מתייהם משום דרכי שלום , לאיסור קבורה זה לצד זה , מאשר להשאיר היתר זה על כנו . שתיקת הרמב"ם והלקונה של השולחן ערוך תתמלאנה ביתר קלות אצל פוסקים אחרונים ופוסקי זמננו על- ידי דבריהם של רש"י, של הרשב"א, של הר"ן ואחרים הקושרים בין קבורת רשע לצד צדיק לקבורת נכרי לצד יהודי.

לרשותם של פוסקים אחרונים ושל פוסקי זמננו עומדת תשתית הלכתית רחבה כדי לשלול קבורת נוכרי לצדו של ישראל . לכל היותר ניתן, במקרים מסוימים, להתיר קבורה באותו בית העלמין במרחק- מה זה מזה ואין כמעט תשתית הלכתית להתיר קבורת נוכרי לצדו של ישראל. בזמננו לא נמצא "גדול דור" שהתיר על סמך שתיקת הרמב"ם, על סמך דברי הב"ח והלקונה אצל ר' יוסף קארו קבורת נוכרי לצדו של ישראל.

האמנציפציה של יהודי אירופה בראשית העת החדשה , ההטעמות של שכבות רחבות בעם ישראל בקרב העמים במערב , ונישואי תערובת רבים החריפו את שאלת הקבורה של נוכרי לצד ישראל. אחרי ההלכות של פוסקים ראשונים הוסיפו רבנים שהתמודדו עם השתלבותם

⁹⁹ שולחן ערוך, יורה דעה, הלכות אבילות, שסה, ה'
¹⁰⁰ שולחן ערוך, יורה דעה, הלכות עבודת כוכבים, קנא, יב .
¹⁰¹ בית יוסף יורה דעה, סי' שסז, א, ד"ה קוברין מתי .

של יהודי אירופה בחברה הסובבת, נדבך נוסף לדיון ההלכתי בשאלה של קבורת נוכרי עם ישראל.

את האיסור לקבור רשע לצד צדיק תופס החתם-סופר כאיסור דאורייתא: "אמנם הרמב"ם השמיט הך דאין קוברין רשע אצל צדיק."¹⁰² והוא מוסיף: "דאין קוברין רשע אצל צדיק איסורא דאורייתא מהלכה למשה מסיני הוא כפירש"י במתניתין דפ' נגמר הדין מו, ע"א ופשוט דהלכה למשה מסיני הולכים בספיקו להחמיר כמו בכל איסורא דאורייתא."¹⁰³ עמדה מחמירה מציג גם הרד"צ הופמן, שחי בהונגריה וגרמניה במחצית השנייה של המאה ה-19 ובראשית המאה ה-20:

ועוד יותר חמור עון זה, אם קוברין בן נכרית שנשאה ישראל שלא כדת משה וישראל, דכיון דנכרי אחר אין קוברין שם [מכיוון שלא קוברים שם נוכרי אחר], ואותו נכרי קוברין, הרי מפרסמין בזה שהם מחזיקין או תו נכרי לישראל נגד כל הפוסקים ונגד דין תורה [בזה מכריזים שאותו נוכרי מוחזק כישראל בניגוד לכל הפוסקים ודין תורה – תרגומים מ"ס], והרי אותו מעשה היא כפירה מפורסמת בדת משה וישראל.¹⁰⁴

כמו הרב הופמן החמיר גם הר"ש קלוגר בפסיקתו בעניין קבורת נוכרי לצד ישראל משום סכנת נישואי תערובת. הוא נשאל, אם מותר שמחיצת בית הקברות של ישראל תהיה פרוצה לעבר בית קברות של עכו"ם הממוקם בשכנות לקברי ישראל. על כך הוא השיב: "הנה כועס אני מאוד עליו על שאלה זו, עד שלא רציתי להשיב לו כלל. אבל כדי שלא יטעה לחשוב דמדשתיק אודויי אודי לי, לכן הוצרכתי להשיבו, כי חס להזכיר מלעשות כן."¹⁰⁵ אך למרות העמדה השוללת את פתיחת בית העלמין לכיוון בית קברות נוכרי, הוא התיר בסופו של דבר מה שהרב הופמן אסר, "פתיחת בית העלמין בהיכר מחיצה גמורה."¹⁰⁶

ברור הוא, שיחסי יהודים-נוכרים לובשים פנים אחרות בארץ ישראל מאשר בתפוצ ות הגולה. המוטיב של "מפני דרכי שלום" ביחסים בין יהודים ושאנים יהודים משתנה במדינה, בה היהודים הם הריבון. עוד בזמן המנדט הבריטי נתבקש הראי"ה קוק להתייחס לקבורת נוכרים בחלקה נפרדת בתוך בית עלמין יהודי באחת מתפוצות הגולה בטענה, כי הקבורה נחוצה מפני דרכי שלום. תשובתו היתה שלילית:

א"כ מאחר שהנהוג הוא בעולם, שכל בני הדתות השונות הנם ע"פ רוב מחולקים בבתי קברות, ע"כ יכולים להשיב להם שאינם רוצים להזדלזל

¹⁰² שו"ת חתם סופר יורה דעה, סי' שמא, ד"ה אמנם הרמב"ם.

¹⁰³ שם, ד"ה אך לקברו.

¹⁰⁴ רד"צ הופמן, שו"ת מלמד להועיל, ח"ב יורה דעה, סי' קכז.

¹⁰⁵ הר"ש קלוגר, שו"ת טוב טעם ודעת, ח"ב סי' רנג.

¹⁰⁶ בקשי-דורון, א' (תשנ"ז). קבורת נכרים ע"י חברת קדישא, 132.

בפני קהלות אחרות לשנות מהנהוג , וממילא אין בזה משום איבה , ואי אפשר להחליט בשביל כך לסור מההלכה מפני דרכי שלום.

קבורת מיתיהם, בריחוק מקום והפסק ניכר, ומסתמא ג"כ בחילוק מחיצה וכיו"ב. ואז אין בזה משום האיסור של אין קוברין רשע אצל צדיק וכיו"ב, אבל יש כאן עיכוב אחר, שכבר כתב הרמב"ם בפ"ד מה' אבל הי"ג, שבת הקברות אסורין בהנאה, ביה זוזי להורידו מקדושתו, ומתוך שהוזמן כל שטח הקרקע המיוחד לבית הקברות כבר חלה הקדושה, שנעשתה ע"י מעשה הקבורה.

ומתוך ... שיש דין קדושת ביהכ"נ של כרכין לבתי קברות של צבור, למדנו שאין לנו כאן אופן לתקן את הדבר להפקיע הקדושה מן הקרקע, ע"י שבעה טובי העיר במעמד אנשי העיר, ע"י מכירה או ע"י מתנה ... ממילא אי אפשר למכור שום חלק ממה שהוקדש והוזמן לכך, אחר שכבר התחילו לקבור שם [...], דבשלמא לענין דין של אין קוברין רשע אצל צדיק כבר כתבנו שיש לו דין תורה, אליבא דכמה מהראשונים.¹⁰⁷

לעומת עמדתו של הראי"ה קוק הכשיר הרב מונק, רבה של הקהילה החרדית בחיפה, את הצידוק ההלכתי לקבורת אדם, שהוא ספק נוכרי, בבית עלמין יהודי, אם גם בחלקה נפרדת ובתנאים שהוגדרו כבר על-ידי פוסקים ראשונים:

אמנם כפי מה שכתב אח"כ ... בקונטרסו היו כמה טעמים להחזיקו לגוי, א' שהיה מוחזק לגוי, ב' דרוב ערלים הם גוים. ג' שהיה נמצא נרשם במשרדים שאמו היתה גויה, ואף שיש לומר שכ"ז מסתמא היה עפ"י עצמו, והוא היה קרוב לשוטה, ... ומ"מ צידד שיש לקברו בבית"ק אחורי הגדר כנ"ל, או סמוך לגדר, ויעשו איזה היכר בין קברו לבין שאר קברים, ומטעם דאף אם נודע בודאי מחמת עדות ברורה שהוא גוי, חייבים ישראל להתעסק בקבורתו משום דרכי שלו, 'וכמ"ש בגיטין (ס"א ע"א) ובטוש"ע (יו"ד סי' קנ"א ושס"ז), וזה אף בגוי עובד ע"ז, ומכ"ש בזה שלא עבד ע"ז, ואף שרש"י ס"ל דוקא אם מצאן הרוגין ביחד, אבל הר"ן ס"ל דלאו דוקא, וכ"פ בש"ע שם וש"פ, אבל אין קוברין בקברי ישראל, אבל כיון שהאיש הזה הי' מיוצאי ארצות בני אדום, ואלו היו מוסרים גויתו לאו"ה [לאומות העולם] דבר זה מגונה הוא, שהרי לא היה עובד ע"ז, ואדרבה היה נוהג מנהג יהדות קצת, והיה רוצה להיות נמול, ואף שימש בבית המדרש בכמה מלאכות כבודות כמה שנים, אין זה בדין שיהא קבור בין צלמי ע"ז, ולכן היה דעתו שיקברו את המת ה' זה בבית הקברות של ישראל סמוך לגדר לשם היכר בין קברו לבין שאר קברים, ואם יתמלא המקום בהמשך איזה זמן ח"ו, יעשו איזה היכר אחר, וסמך לדבר מדברי הב"ח (יו"ד סי' קנ"א), שכתב בדעת הרמב"ם דמש"כ קוברין מתי אומות העולם עם מתי ישראל, דהיתרא אתי לאשמועין, דאם מצאן הרוגין יחד יכול לקבור מתייהם בחצר אחד (לא אצלם מטעם דאין קוברין אצל צדיק), משום דרכי שלום, וא"כ כמו דטעמא דדרכי שלו 'מהני לקבור בחצר אחד עם מתי ישראל.¹⁰⁸

¹⁰⁷ קוק, א"י. שו"ת דעת כהן, עניני יורה דעה, סי' רא.
¹⁰⁸ ר' וייס, י"י. שו"ת מנחת יצחק, ח, סי' קכג.

אך מכיוון שלא רצה להכריע, פנה הרב מונק לרב יצחק וייס¹⁰⁹ וקיבל ממנו תשובה מחמירה. הרב וייס שלל כל פשרה בנושא של קבורת נוכרי עם ישראל. בתשובתו לרב מונק, שהעלה את כל הנימוקים ההלכתיים לטובת קבורתו של אדם, שהוא ספק נוכרי, בבית קברות יהודי, שלל הרב וייס גם את השיקול "מפני דרכי שלום" כמניע לקבורה של נוכרי ואף של ספק נוכרי, אלא אם מצאו אותו הרוג יחד עם ישראל.

בשאלה בספק נכרי להביאו לקבר ישראל. השאלה במי שהיה מוחזק בחזקת גוי אבל לא נתברר יפה ויש אומרים שהיתה אמו מישראל (וגם אביו נראה שהיה מישראל), והיה האיש הזה רגיל לעשות מלאכות קשות בבית המדרש הגדול שם, והיו משתמשים בו בתורת גוי של שבת, ולא היה כ"כ שפוי בדעתו, ולכן צריך עיון אם כדאי לסמוך על דבריו שהיה אומר בחייו שאמו היתה גויה, והיה נוהג מנהגי דת יהודית בכמה דברים כגון שהיה אומר קצת ברכות ולפעמים מקדש על הכוס בשבת ואף שמעוהו מזמר זמירות של שבת, ופשיטא שלא היה עובד ע"ז כלל, אבל רבים אמרו שהיה ערל, וכנראה נודע בבירור ע"י איזה בני אדם, ... ומת האיש ההוא ולא נודע לו שום קרוב כדי שיתעסק בקבורתו, והחברת קדישא לא היו רוצים להתעסק בקבורתו בטענה שאין קוברים גוי בקבר ישראל, ויש שהיו רוצים לשלוח את המת הזה לבה"ק של עכו"ם, ובינתיים היה מוטל כמה ימים ואין קובר עכ"ל השאלה.

...

והנה ... צ"ע [=צריך עיון] לפענ"ד דהנה אם לדין יש תשובה, דהב"ח דייק וכתב שם מ"מ יכול הוא לקבור מתי נכרי עם מתי ישראל בחצר אחד מפני דרכי שלום כיון שמצאום הרוגים יחד ... דדוקא אם מצאום הרוגים יחד מתעסקין עם מתי נכרים עיי"ש, כן י"ל בדעת הרמב"ם לענין קבורה בחצר אחד, אבל זולת זה אין לקבור מתי נכרי עם מתי ישראל לקברם בחצר אחד עם ישראל.

ועוד יש לומר שאני דרכי שלום, שהתירו כמה דברים מטעם זה כמבואר במס' גיטין [...], כדי שלא ינטור עליהם [...] היינו משום טובת ישראל, שלא יגיע מזה שנאה ואיבה וסכנת נפשות לישראל, ואין ראיה מזה לחשוש את טובת מת גוי אף שאינו עובד ע"ז, ולגרום גנאי למתי ישראל שיקברוהו בקרבתם.

לבסוף נמצא פתרון: חברת קדישא קברה אותו ספק נוכרי בבית קברות, שאין בו צלמים של עבודה זרה¹¹⁰, כדי לקיים את הדין ש"מתעסקים במתי גויים".

לא נתקשה להוסיף עוד פסקי הלכה ושו"ת רבים האוסרים קבורת נוכרי עם ישראל באותו בית העלמין או זה לצד זה. אך, האם יש גם פוסקי הלכה שפסקו בניגוד לפוסקים חת"ס סופר, הרב הופמן, הרבנים קוק ווייס ורבים אחרים, או שמא פסקו הפוסקים בחזית אחידה

¹⁰⁹ רבי יצחק יעקב וייס נולד בפולין בשנת ה'ת"רס"ב (1902). הוא היה מנהל ישיבה במונקץ', הונגריה, ואחר כך דיין ברומניה במשך 20 שנה. בשנת ה'תש"ח (1948) עבר לאנגליה ונהיה אב בית דין במנצ'סטר. בשנת ה'תש"ל (1970) עלה לארץ ישראל, התיישב בירושלים ושם כיהן כאב בית דין לעדה החרדית. נפטר בשנת ה'תשמ"ט (1989).

¹¹⁰ אולי הכוונה לבית קברות פרוטסטנטי לעומת בית קברות קתולי בו נמצאים צלבים וצלמים.

נגד קבורת נוכרי עם ישראל, למרות "הסדקים ההלכתיים" הניכרים בהלכה התלמודית ואצל פוסקים ראשונים?

אפילו רבנים רפורמיים, כרב משה זמר, אינם יכולים להתבסס בפסיקתם הרפורמית, אלא על שלושה פוסקים בני המאה ה-19 בלבד, הרבנים מאיר איש-שלום, אייזיק הירש וייס ועזריאל הילדסהיימר, מייסד הישיבה המפורסמת בברלין.¹¹¹ הרב איש-שלום סיים את מחקרו בנושא הקבורה במילים: "אין כאן איסור אלא מצווה לקבור אינו ישראל בבית הקברות של ישראל".¹¹² ברוח זו פסק גם הרב וייס, בעל "דור דור ודורשיו": "ממילא חובה ומצווה הוא לקבור עם מתי ישראל מפני דרכי שלום, ודרכי שלום מצווה הוא".¹¹³ הרבה פחות נחרצת היא דעתו של הרב הילדסהיימר, שאינו פוסק שמותר לקבור נוכרי עם ישראל, אלא שואל על אודות קבורתו של זה לצד זה ואינו נותן תשובה:

הנה לפי רגשת לבבי (נאך מיינעם געפיהלע) ולבב אלפים ממאמינים בני מאמינים בודאי נכון הוא [שהקבורה אסורה], אבל להמערער יש מקום לחלוק ולומר ומטונך דהתם הטעם דיכול להיות דבני משפחה לא מצאו מקום להקבר וזה הפגם א "כ אם יש מקום גם לישראלי יש להחולקים לפקפק על האי ומאי שנא.

ובעיקר הראי' בודאי לא נעלם ממע "כ"ג"ש שאינה מועלת לעיקר הדין כי אם למנוע קבורת נכרים בבה "ק" ישנים אבל כשל עוזר ונפל עוזר אם יאמרו המתפרצים נקנה חצר - מות חדש ע"פ ההנחה שיהי' רשות לכל בן דת יהי' מה שיהי' וגם לבני אי - דת אשר אין אלקים כל מזימותיהם לקנות שם קבר והיינו שיהי' בגדר קאמונאל - בית - הקברות או עכ"פ לא' מצדדי המישעה [נשואי תערובת].

(ג) וגם ע"ד ההלכה משמחות פ' י"ד יש לבע"ד לחלוק דהיינו למכור לדבר אחר ממש אבל לא למה שהוקצה דהיינו לקבור מצד היהודי מהמישעה מזמין לעצמו קבר כמו שאר איש לאשתו ע "י חופה וקדושין ומשתמש בו לצורך קבורה א "כ אין [תועלת] בדין זה כי אם הכל תלוי אם יש איסור לקבור אינו יהודי בקבר היהודים.¹¹⁴

על סמך הלקונה, קשה לקבוע, אם דעתו של הרב הילדסהיימר נטתה להיתר או לאיסור. משמעה של הלקונה אינה הימנעות מוחלטת מתשובה, אלא רק כי פסיקתו נדחתה למועד בו יאלץ הרב הילדסהיימר לפסוק לכאן או לכאן או להפנות את השאלה לחכם בעל סמכות לפסוק, כפי שהרב מונק פנה אל הרב וייס. לעומת המיעוט המבוטל – אפילו לא בששים- של

¹¹¹ רבי עזריאל ישראל הילדסהיימר נולד בשנת ה'א תק"פ (1820) בהלברשטאט, גרמניה, ונפטר בשנת ה'א תרנ"ט (1899) בברלין. ר' עזריאל למד בישיבתו של ר' יעקב עטלינגר (הערוך לנר) באלטונא. בשנים תרי"א-תרכ"ט הוא כיהן כרב וכראש ישיבה בקהילת אייזנשטאט באוסטריה. משם נקרא לכהן כרב הקהילה החרדית "עדת ישראל" בברלין. הקים את בית המדרש לרבנים בברלין בשנת תרל"ד, ואשר ברבות הימים נקרא על שמו. הוא התפרסם בעולם וגידל דורות של רבנים, חוקרים ומנהיגים. מעזבונו פורסמו חידושי על הש"ס ותשובותיו ההלכתיות, הכוללות גם דיונים הלכתיים שבאו בעקבות המגע של היהודי שומר המצוות עם החברה המודרנית המערבית.

¹¹² **בית תלמוד**, ד, (תרמ"ד). בעריכת אייזק ה' וייס ומאיר איש-שלום, 70.

¹¹³ **שם**, 71.

¹¹⁴ שו"ת ר' עזריאל הילדסהיימר, סי' רנט.

פוסקים המתירים קבורת נוכרי עם ישראל, יש לא מעטים, הגורסים שניתן לקבור את שניהם בבית עלמין של ישראל, אך לא זה לצד זה, אלא במרחק מסוים ותוך התקנת גדר או מחיצה בגובה מוגדר.

6.4.3 קבורת נוכרי בחלקה נפרדת

ראינו שאין תמימות דעים בין פוסקי ההלכה בשאלה, האם מותר לקבור נוכרי בבית עלמין של ישראל, אם קוברים אותו בחלקה נפרדת או במרחק מסוים ממתי ישראל. הראשון לציון, הרב בקשי-דורון נשאל: "האם יש להרחיק את החלקה [של הנוכרים] לכל הפחות 300 מטר, או מספיק גדר חי או גדר אחר?"¹¹⁵ בתשובתו מסתמך הראשון לציון על קביעתם של פוסקים ראשונים, כי יש להרחיק את קברו של רשע מקברו של צדיק ארבע אמות לפחות בתוספת מחיצה. אך בין האחרונים מצא, שהם שוללים מחיצה ודורשים מרחק של שמונה אמות בין קבר נוכרי לקבר ישראל. דברים ארוכים מקדיש הרב בקשי-דורון לקבורת זוגות מעורבים. על השאלה, האם מותר לקבור יהודי לצד בת זוגו הנוכריה בחלקה נפרדת, עונה הראשון לציון:

מי שחי כל ימיו עם נכריה, ועד זיבולא בתרייתא דורש להמשיך שתהא קשורה עמו, סביר שהרי הוא בכלל "האנשים שפרקו עול המצות מעל צווארם, ואין נכללים בכלל ישראל בעשייתם, ובכבוד המועדות ושיבת בתי כנסיות ובתי מדרשות, אלא הרי הם כבני חורין לעצמן כשאר האומות, וכן המומרים והמוסרים, כל אלו אין אוננים ואין מתאבלים עליהם" (שו"ע י"ד שמה,ה). א"כ, אין זה מחובתנו לשמור על כבודם כלל.

בחתם-סופר שם הביא להקת אחרונים שדנו בענין, והוכיחו מההלכה עצמה שאין קוברין רשע אצל צדיק – משמע שאצל צדיק אין קוברים, אבל ברור שקוברין רשע ומצווים בקבורתו. על כל פנים, גם אם מצוה לקבור רשע, ברור שאין להקפיד לקבורו אצל ישראל, בפרט כשהוא מבקש כך.

על כן נראה שאין כל מניעה לקבור ישראל החי עם נכרית בחלקה שאינה של ישראל. אך זאת בתנאי שיבקש מראש את הקבורה במקום זה, ורצוי מאוד שגם בן הזוג הנכרי יסכים לדבר. ובנידון זה אין הבדל אם הנכרי נקבר תחילה, או בן הזוג היהודי המבקש להקבר שם נקבר תחילה.¹¹⁶

אנו נוכחים לדעת, שאין מניעה לקבור ישראל רשע עם בת זוגו הנוכריה בחלקת נוכרים או בבית קברות של נוכרים. אך פוסקי ההלכה מתנגדים לקבורת נוכרי בבית עלמין של ישראל וכפשרה מוצעת קבורת נוכרי בבית עלמין של ישראל בחלקה נפרדת, המסומנת בסימני הפרדה ברורים.

6.4.4 העברת גופה לאחר קבורתה

במקרים רבים מכשירה ההלכה מעשה אסור בדיעבד, כך בכהן שקידש גרושה או גיורת, כך

¹¹⁵ בקשי-דורון, (תשנ"ז). קבורת נכרים ע"י חברת קדישא, 128.
¹¹⁶ בקשי-דורון, 130-131.

בקדושי ביאה.¹¹⁷ מעשים אלה אסורים, אך אם נעשו, יש להם קיום.¹¹⁸ לכן יש לתהות, האם דרישת הרבנות של ראשון לציון להעביר את גופתה של תרזה אנגלוביץ ' הייתה מוצדקת מבחינה הלכתית, שהרי ייתכן, כי קבורתה של נוכריה בבית עלמין יהודי אמנם אסורה על פי ההלכה, אך אחרי שנעשתה, אין ההלכה תדרוש את העברתה. לאחר שהעברת הגופה לא אושרה בבג"ץ, התעוררה השאלה על הצורך – מבחינה הלכתית – להעביר את הקבורים בקרבתה למרחק-מה ממנה. שתי הדרישות האלה הועלו על-ידי הרבנות, לכן צריך לראות בהן, דרישות הלכתיות לכאורה. על כן יש לברר, אם דרישותיהם אלה הן בגדר חידוש ' הלכה, בגדר "דעת תורה" או שמא דרישותיהם מעוגנות היטב בהלכות ראשונים כאחרונים ונחשבות ל"גופי הלכה" כהגדרתם של שופטים ושל חוקרים.

רק פוסקים ספורים מתירים השארת גופתו של נוכרי, לאחר שנקבר "עם" ישראל, ביניהם הרב דוד שפרבר, שפעל לפני כמאה שנה. לדעתו יש במקרים אלה להתקין

רק מעין מחיצה ולא מחיצה ממש ודי בזהולפי זה היה אפשר לומר, דלפי מה שנוהגים לעשות על כל קבר גובה ותל עפר, גם כן סגי.¹¹⁹

ברוח דומה פסקו רבים אחרים, ביניהם מחמירים, כי בדיעבד מקימים גדר על הקבר בגובה של עשרה טפחים (93 ס"מ) ולא מפנים את המת הנוכרי מקברו.¹²⁰

מתברר, שהדיונים העיקריים של פוסקי ראשית ושל העת החדשה ופוסקי זמננו מתייחסים לשאלה של קבורת נוכרי שנמצא בתהליכי גיור שלא הושלמו, או של אנשים, שייחוסם היהודי אינו מוכח:

מיהו, זאת השפחה – אחרי שהיתה כוונתה למצוות גרות ולבה לשמים, כבר קנתה מקומה ואינן להוציא מקברה, שלא יאמרו הגויים, גם כן כך עושים ישראל לגרים ואומה זו אין ראוי להתחבר עתה, והתורה צותה בכמה מקומות על אהבת הגר.¹²¹

ר' אליהו הלוי מזכיר שני תנאים החסרים במקרה של קבורתה של תרזה אנגלוביץ: תהליך הגיור ו"שלא יאמרו הגויים". לכן קשה לעשות השלכה מהשו"ת של ר' הלוי למקרה הנידון

¹¹⁷ שולחן ערוך, אבן העזר, סי' כו, ס' ד: "אשה מתקדשת בשלשה דרכים: בכסף או בשטר או בביאה, מן התורה, אבל חכמים אסרו לקדש בביאה משום פריצות, ואם עבר וקידש בביאה, מכין אותו מכת מרדות והיא מקודשת [ההדגשה שלי – מ"ס]. ואפילו קדשה בכסף או בשטר, אם לא שידך תחלה, או שקידש בשוק, מכין אותו מכת מרדות והיא מקודשת. הגה: וי"א שאין מכין אם קידש בכסף או בשטר, אפילו בשוק ובלא שידוכין (טור בשם הרא"ש), ולא ראיתי מימי שהכו מי שקדש בלא שדוכין." שוחטמן, (תשמ"א). מעשה הבא בעברה.

¹¹⁸ הרב דוד שפרבר, שו"ת אפרקסתא דעניא, סטמאר ת"ש, סי' קעא (זמר, שם, 353).
¹¹⁹ הרב אברהם יצחק גליק, שו"ת יד יצחק, סטמאר תרס"ב, ח"ג, סי' רצו (זמר, שם), הרב אליעזר דייטש, שו"ת פרי השדה, באני האד תרע"ג, ג, סי' כט. הרב משה פיינשטיין כותב על כך בשו"ת אגרות משה, י, ב, סי' קלא: "ובדבר הקבורה אם יתברר שהיא נכרית והבעל רוצה דוקא לקבורה בקבר משפחתו ולא יוכלו למחות בידו יצטרכו להרחיק שמנה אמות מקברה לקבר ישראל, אבל שאם לא ירצו להפסיד כ"כ קרקע יכולים לעשות גדר גבוה עשרה טפחים כשיקברנה בקבר משפחתו שנמי יוכלו לקבור שם ישראל. אבל אם לא יתברר בעדים כשרים שהיא נכרית בודאי יש לקבורה כישראלית."
¹²¹ ר' אליהו הלוי, שו"ת אהרן, סי' יט.

כאן. "מה יאמרו הגויים" מדריך גם את הרב יחיאל יעקב ויינברג, בעל שו"ת "שרידי אש" בקביעתו, שאין לפנות גופה מבית קברות נוכרי, אחרי שהתברר שהמנוח הוא יהודי:

האם בדיעבד, לאחר שיהודי נקבר בבית קברות של נכרים, מותר, או אולי יש אפילו חובה, לפנות את הקבר ולהעבירו לקבורה בבית קברות יהודי?

הרב ויינברג מסתמך על הדיון ברמב"ם ובב"ח ומסכם:

ואם כן, לדעת הב"ח בדעת הרמב"ם מותר לקבור עכו"ם בבית קברות ישראל מפני דרכי שלום, וכל שכן שאין לפנות מקום שיש חשש לאיבה.

צריך להיות מתון בזה שלא יבואו הנכרים ל צוות לישראל שיפנו בתי קברות שלהם אם יהיה להם צורך בקרקע של בית הקברות.... חיישין, שאם נתיר לפנות פעם אחת, יבוא מכשול ברבות הימים לשאר מתים שיצוו לפנות אותם.¹²²

אך במדינת ישראל אין חשש מ "מה יגידו הגויים", ואם יגידו, אין חשש משום איבה, כי "יד ישראל תקיפה עליהם".¹²³ מכיוון ששני הנימוקים העיקריים - "משום איבה" ו"מה יגידו הנוכרים" - אינם תקפים במקרה הנידון, פתוחה הדרך לתבוע מבחינה הלכתית את פינוייה של הנוכריה מקברה, כפי שאכן תבע הרב וולדינברג:

למרות ההסבר הנאה שכתב בספר דודאי השדה הנ"ל לזה שאין לקבור עכו"ם בקברי ישראל, אפילו הכי מצינו לו להגאון המחבר ז"ל בספרו שו"ת פרי השדה¹²⁴ ח"ג סימן כ"ט שהעלה להלכה דהיכא שקברו בטעות עכו"ם בקברי ישראל בדיעבד אין מחויבים לפנות אותו משם, דהגם גוי שנקבר בטעות אצל ישראל ודאי לא קנה מקומו ומותר לפנותו, ובגוי בלא"ה לא שייך האיסור דפנוי מתי, אמנם שיהיו מחויבים לפנותו, גם בגוי אין מחויבים לפנותו, ובפרט היכא שכבר עברו יותר מי"ב חדש ומסתמא כבר נתעכל הבשר והעצמות, דבגוי שאינו עומד לתחה"מ ודאי אין בהם שום ממש, ועל כן העלה להלכה שיקיפו אותו המקום ויעשו סימן שידעו ששם נקבר גוי בטעות, וכמו"כ בודאי טוב לבקש מחילה מהמתים שסמוכים לאותו המקום שימחלו על בזיונם ועוד זאת העלה, דאם הקרובים נכרים יבואו להתפלל על הקבר, זה ודאי יכולים למחות בהם, רק שיאמרו להם שנותנים להם רשות לפנות אותו משם יעו"ש. ומסקנא זאת עומדת בניגוד קצת לאור ההסבר הנאה שכתב הגהמ"ח ז"ל בזה בספרו דודאי השדה¹²⁵, דלפי ההסבר הנ"ל היה צריך לחייב לפנותו אפילו כשנקבר בטעות. גם מה שמדמה זאת שם להיכא שעברו וקברו רשע אצל צדיק, יש לחלק דלא דמי, דישראל אעפ"י שחטא ישראל הוא. ושורש נשמתו ממקור קודש תהליך, וגם דתלין דאולי כבר איתכפר ליה דין שמים, וכפי שכותב להסביר בכזאת בשו"ת חתם סופר חיו"ד סי' שמ"א עי"ש וכ"ז לא שייך

שו"ת שרידי אש, ג, סי' קא.

122

123

כמו שהלכות "משום איבה" גורמות לפסיקה הבאה לפייס את הגויים בדרך של פסיקה מתונה, כך באות הלכות "כשיד ישראל תקיפה עליהם" להחמיר בפסיקתן. ראה: שו"ת חתם סופר חלק ה, חו"מ סי' קעז ד"ה ומ"ש להסוברים; שו"ת מנחת יצחק ג' סי' צט ד"ה (א) תשובה; פסקי דין רבניים; משפטי שאל סי' לח ד"ה והנה במרדכי. יש הסבורים שבמציאות הישראלית העכשווית "יד ישראל תקיפה עליהם". ראה: הרב אמנון שוורמן, (תשמ"ה), המכהן כראש ישיבת הגולן, היחס למיעוטים במדינת ישראל ניב המדרשה יח"ט, 267-263, הרב יעקב ח' חרל"פ, (תשנ"ז), מכירת בתים וקרקעות בארץ-ישראל לנוכרי. דעה שונה יש לרב חיים דוד הלוי (תש"ן), ב-דרכי שלום ביחסים שבין יהודים לשאינם יהודים.

124

125

ר' אליעזר דייטש, שו"ת פרי השדה, באני האד (הונגריה) תרע"ג.
ר' אליעזר דייטש, ס' דודאי השדה, באני האד (הונגריה).

למימר במת עכו"ם, וברמב"ם לא נזכר בכלל הדין דאין קוברין רשע אצל צדיק. יעו"ש בח"ס מ"ש להסביר את דעתו.¹²⁶

בדיונו ההלכתי בנושא מופיע נימוק חדש: "גוי שנקבר בטעות אצל ישראל ודאי לא קנה מקומו ומותר לפנותו." יש לנו כאן עניין עם גזילה! מקור הדין הוא בפירוש רש"י לסוגיה בסנהדרין העוסקת בקברים שאסור או מותר לפנותם.¹²⁷ ואכן, הרב שרביט מבסס את דרישתו לפנות את גופתה של תרזה אנגלוביץ' על הלכות הפינוי של קברים, שנרכשו מאדם פרטי במרמה ונחשבים לגזילה:

והנה רואים כי לפי פירוש רש"י, קבר הנמצא הוא קבר חדש שנקבר בלא ידיעת בעל השדה ובגזילה נקבר שם, מותר לפנותו. וזה ראייה גדולה לנ"ד שרימו את הח"ק וקברו גוים בקבר ישראל על ידי זיוף התעודה, שבודאי מותר לפנותם משם ולהרחיקם מקברי ישראל, מכיוון שלא נקברו בריחוק שמונה אמות כדרוש לפי ההלכה.¹²⁸

כמו בדיונים הקודמים, גם בסוגיה זאת יש לבדוק, האם יש בכוחו של מומחה למשפט העברי, או שופט דתי בבית המשפט העליון או ראש החוג למשפט העברי באוניברסיטה העברית, לסתור את דבריו של הרב שרביט ולבטל את קביעתו ההלכתית? פרופ' שוחטמן קובע, תוך עיון מעמיק במקורו של ישראל, שאין ללמוד מדין "קבר הנמצא" והלכות גזילה על מעמדו של קבר תרזה אנגלוביץ'. הוא מסכם את עיונו בקביעה:

בנדון דנן מדובר בקבורה בשטח שאינו שייך לאדם פרטי כלשהו, ולכאורה אין לראות את הציבור בכללותו כמי שנגזל, שכן לא נגרם בזה כל הפסד ממון לציבור... כוון שאין מדובר בחסרון ממון, אין, לכאורה, יסוד לפנויו של נכרי שנקבר בבית הקברות היהודי על יסוד דיני גזילה.¹²⁹

על בסיס דבריו אלה מרחיק שוחטמן לכת וקובע:

יוצא אפוא, שבנדון שלפנינו, לא זו בלבד שלכאורה לא היה היתר לפנות את המנוחה מקברה על סמך דיני גזילה, אלא שיש מקום לומר, שהדבר אסור מדין גזל הגוי.¹³⁰

עמדתו של א' שוחטמן, העומדת בסתירה לפסיקתם של הרב שרביט ושל הרבנות בראשון לציון לגבי העברתה של גופת תרזה אנגלוביץ', אין בכוחה לבטל את פסק ההלכה, מפני שחוקרים ושופטים אינם שותפים לשיח ההלכתי. אילו נאמרו דבריו של שוחטמן על-ידי דיין בבית הדין הרבני, נמוך ככל שיהיה, על-ידי רב עיר או ראש ישיבה, ניתן היה לקבל את "המסקנה העולה מברור כל המקורות הנוגעים לאיסור קבורת נכרי בבית קברות יהודי", ...

¹²⁶ שו"ת ציץ אליעזר ט"ז, סי' לו, ד"ה למרות ההסבר.

¹²⁷ רש"י לסנהדרין מז ע"ב: "קבר הנמצא - כגון שהוא חדש ויודע בעל השדה שלא צוה מעולם לקבורו שם, ובגזילה נקבר שם."

¹²⁸ שרביט, י' (תשמ"ב). קבורת נכרי בבית קברות יהודי, 44.

¹²⁹ שוחטמן, פסיקת בג"ץ, רו-רז.

¹³⁰ שם, רח.

שאיסור זה אינו נמנה עם האיסורים המוחלטים ¹³¹. "אך מכיוון שפרופ' שוחטמן הוא זה שקובע, ש"פסיקת בג"ץ לא זו בלבד שאין בה משום סיוע לכפייה אנטי-דתית, אלא שהיא מבטאת אמנם את המסורת היהודית ואת ערכיה, על כל פנים לפי חלק מן הפוסקים", ¹³² ולא דיין או רב, ר"ם [=ראש ישיבה] או פוסק, אין לראות בדבריו ערעור על פסיקת ההלכה של רבנים ופוסקים. נכון אמנם, שהאיסור על קבורת נוכרי עם ישראל אינו נמנה עם "האיסורים המוחלטים", כדבריו של שוחטמן, אלא הוא איסור השנוי במחלוקת, אך במקרה של מחלוקת בין חכמים, שואלים את הרב. ¹³³ על כך אנחנו למדים משו"ת הרשב"א:

תשובה: לראשונים שומעין, אם חכם הוא שראוי לסמוך עליו, ואין דוחין דברי הראשונים חכמי הדורות, כסברא [בסברא] בלא ראייה. שדברי הראשונים שהיו בקיאים, ונודעה חכמתם, דברים נכונים הם, ומקצתן שהן כדברי קבלה. וכבר מסרן הכתוב לחכמים. וגדולה מכלן, שאמר רבי יהושע בתנורו של עכנא, כנגד בת קול: לא בשמים! ואל החכמים שומעין בכל זמן, שהרי כתוב: ואל השופט אשר יהיה בימים ההם. ואפילו אומרים על הימין שהוא שמאל, כלומר: אפילו על מה שראה בעיניך שהוא ימין, והם אומרים שאינה אלא שמאל, שמע להם. ורב הקושיות והיות שבגמרא, אינן מן המשנה ומן הברייתא, אלא מדברי האמוראים, מן החכם המפורסם בחכמתו, על דברי מי שאינו גדול כמותו. ורבינו הקדוש, שסדר את המשנה, וסתם סותמות, סתם בכמה מקומות הפך דברי עצמו. וכללות מסרו לנו: הלכה כרבי עקיבא מחברו. הלכה כר', מחברו. רבי מאיר ורבי יהודה, הלכה כרבי יהודה. רב ושמואל, הלכה כרב באיסורי, ושמואל בדיני. ואמרו בנדה: מאי דעתך, לחומרא עביד מיהא כרב, דקיימא לן: הלכתא כרב, בין לקולא בין לחומרא. והיאך כללו לנו, הני כללי? ואם יקום אחד, ויראה מן דברי זה ודברי זה, ויראה בעיניו כדברי השני, לא יעשה אלא כדעתו וכסברתו, בין כרבי מאיר בין כרבי יהודה, או כרב ושמואל. וכבר אמרו דרך כלל: עשה לך רב והסתלק מן הספק. ¹³⁴

דבריו של שוחטמן חשובים לשיח הציבורי, וייתכן שיש להם השפעה על פוסק זה או אחר ¹³⁵, אך ספק אם התנגדותו לשו"ת או לפסק הלכה יכולה לבטל את חשיבותם.

כזכור, הועלתה שאלה נוספת על החובה ההלכתית לפנות קברי יהודים הקבורים בקירבת המנוחה הנוכרית. לעתירה של חברת קדישא לבג"ץ הצטרפו שש משפחות, שקרוביהן קבורים בקירבת קברה של תרזה אנגלוביץ' בטענה, שהאיסור לקבור נוכרי עם יהודי מחייב

¹³¹ שם, שם.

¹³² שם, רט.

¹³³ המקור לתפיסה, שקביעת הרב קובעת, בעיקר במקרים בהם ניתן לפרש את ההלכה לפירושים שונים, הוא במסכת אבות: "עשה לך רב והסתלק מן הספק". (אבות א, טז). המשך הדיון בחז"ל ובפרשנות: **מרכבת המשנה** לר"י אלאשקר על אבות א, יז: "כנגד מה שאמר עשה תורתך קבע, אמר עשה לך רב. והוא שבא להודיע לאדם שאם ירצה שתתקיים תורתו בקביעות עתיו לתורה, שיעשה לו רב שיישיר לפניו דרכו, ויורה את אשר יעשה בענין איסור והתר. שיאה בהלכה פסוקה.

¹³⁴ **שו"ת הרשב"א**, ב, סי' שכב, ד"ה תשובה: לראשונים.

¹³⁵ עיון בקובץ ההלכתי "תחומין" מלמד, שדבריו של א' שוחטמן נשמעים בקרב רבני הציונות הדתית. עד היום התפרסמו 5 מאמרים שהוא כתב בסוגיות הלכתיות ודבריו מצוטטים עשרות פעמים בדיונים ההלכתיים (תקליטור "תחומין"). אין להסיק מזה, שדבריו מתקבלים כסמכות חכמים.

אותם להעביר את גופות יקיריהם ממקומם למרחק מן הנוכחיה.¹³⁶ נשאלת השאלה, האם טענתן של שש המשפחות נבעה משיקולים הלכתיים, או האם טענתם זאת היא עו"ד שלב במאבק חברתי-דתי-פוליטי? נראה, שטענתם לא נבעה משיקולים הלכתיים גרידא, מאחר שקברי יקיריהן של שש המשפחות נמצאו לכתחילה במרחק שמונה אמות [4 מטר] מקברה של תרזה אנגלוביץ' שגם בעיני רבני ראשון לציון נחשב למרחק קביל לקבורת נוכרי עם יהודי. פסק הרבנים דרש:

להעביר את כל היהודים הקבורים בסמוך לקברה זה, באופן שיהיה רווח של יותר משמונה אמות [4 מ'] בין קברם לקברה.

משמעות הפסק הזה היא, כי דרישת שש המשפחות אינה מחייבת מבחינה הלכתית. אך, האם היה על חברת קדישא של ראשון לציון בכל זאת להרחיק את הקברים הסמוכים אילו לא דרשו זאת המשפחות בעצמן? רבני ראשון לציון בחרו לא לצדד בהעברת הקברים הסמוכים פחות משמונה אמה, אלא דרשו באופן חד-משמעי את העברת קברה לחלקה נפרדת של בית הקברות.¹³⁷ לסוגיה זאת נתבקש גם הרב עובדיה יוסף להתייחס: "האם נכון שקרובי הנפטרים הקבורים ליד קבר הנוצריה, יפנו אותם משם לקוברם בתוך עמם, או יש לאסור משום ניזול או חרדת הדין?" לאחר סיקור דעתם של דורות רבים של חכמים, הוא קובע בתשובתו, תוך פולמוס עם דברי שו"ת פרי השדה:

ולפי המבואר לעיל גם בדיעבד אם קברו בטעות עכו"ם אצל קברי ישראל חייבים לפנותו מן הדין, ורק היכא דאי אפשר יש להרחיק משם ולפנות את מתי ישראל השוכנים בקרבת מקום. ואמנם בשו"ת פרי השדה ח"ג (ס"ו כט) צידד להקל בזה, ... שאין קוברים רשע אצל צדיק, לא מפני שפוגמים בכבוד הצדיק, שהרי הצדיק נפשו דבוקה באור האמת, ואינו מרגיש שום פחיתות כבוד, אלא מפני שידוע מ"ש בברכות (יח ב) במעשה של שתי רוחות המספרות זו עם זו, ויכול לספר עם מי ששוכב עמו בקרבת מקום, והנה הרשע סובל עונשים גם בקבר, והצדיק הרואה בצערו, מרגיש כאב וצער מפני הרחמנות שבו וצר לו בראותו הפורענות העוברת על הרשע, ולכן אין קוברים רשע אצל צדיק וכו', אבל לגבי עכו"ם לא איכפת לנו בזה, ש"ל שרק בצערו של רשע ישראל מרגיש ומצטער. אלא שבכדי שלא יהיה גנאי לרשעי ישראל, שגוי יכולים לקברו אצל צדיק, ורשע ישראל אסור לקברו אצל צדיק, מש"ה אמרין שאין קוברים גוי אצל ישראל. ועכ"פ אם נתעכל הבשר פשיטא שאין שום חשש וכו'. ע"ש.

ואני תמה שסמך על טעם זה ... שמפורש בדרשות מהרי"ל בהלכות שמחות ... שאין קוברים רשע אצל צדיק משום שמגלים לצדיק סודות ורזים הנגזרים מאחורי הפרגוד, כדאיתא בברכות (יח ב) וכשרשע סמוך לקברו מונעים לגלות לצדיק כדי שלא ישמע גם הרשע [...] גם המנחת אלעזר ח"ב (ס"ו מא) הביא טעם זה בשם אגרא דפרקא (אות רסד), שמגלים ר"י תורה לצדיק השוכב בקבר בסוד' ... וכיון שנקבר סמוך לרשע מונעים גם מן הצדיק את הסודות העליונים, מפני שהרשע אינו ראוי לשמוע. ... ולפ"ז כל שכן לגבי עכו"ם השוכב בקברו אצל קבר הצדיק. וגם מהראשונים בגיטין (סא א) שלמדו שאין לקבור גוים אצל ישראל מקל

¹³⁶ זמר, שם, 305.
¹³⁷ זמר, שם, 308-307.

וחומר שאין קוברים רשע אצל צדיק, מוכח שלא כדברי הפרי השדה. סוף דבר אני אומר שאין לסמוך ע"ד הפרי השדה הנ"ל. והגאון השואל שכתב שצריך לפנותו, הצדק עמו, ודלא כהרב המחבר הנ"ל. והוא עצמו בשו"ת דודאי השדה (סי' לג) כתב טעם אחר למה שאין קוברים נכרי אצל ישראל וכו'. ע"ש

(ד) סוף דבר הכל נשמע שמצוה לעודד את קרובי הנפטרים הקבורים בתוך ארבע אמות של קבר הנוצריה לפנות אותם משם לכבודם, שלא ישכנו אצל טומאה רצוצה זו. וימצאו מנוחתם כבוד בקבורתם הרחק מקבר הנכריה.¹³⁸

6.4.5 הכפייה האנטי-הלכתית של בג"ץ בעניין אנגלוביץ'

האם נקט בג"ץ כפייה אנטי-הלכתית כלפי חברת קדישא בהכרעתו? כפי שהראנו, לשאלה זאת יש כמה היבטים. הדיון הראשון בבג"ץ, שהחזיר את גופתה של המנוחה לקברה בבית העלמין בראשון לציון, שונה מהדיון השני בבג"ץ, שדחה את העתירה של חברת הקדישא של ראשון לציון להעביר את גופת המנוחה לקבורה בבית קברות של נוצרים. על אף שהדיון הציבורי התרכז בשעתו בדיון בג"ץ השני, יש לראות דווקא בהכרעתו הראשונה של בית המשפט העליון כפייה אנטי-הלכתית מובהקת. הכרעה זאת לא מתייחסת למעשה בדיעבד, אלא למצב של לכתחילה, ולכתחילה אסור לקבור נכרי לצד ישראלי, אלא במרחק מוגדר מקברים אחרים, ומאחורי מחיצה. שיטתנו עושה הבחנה ברורה בין "המשפט העברי", עליו ממונים שופטים דתיים וחוקרי אקדמיה, לבין הלכה פסוקה של רבנים, של פוסקים ובעיקר של "מרא דאתרא". גם הפסיקה השנייה של בג"ץ יש בה משום כפייה אנטי-הלכתית, אף שהסוגיה של העברת גופה של נכרי מבית עלמין של ישראל שנויה במחלוקת. מרגע שרבני העיר פסקו מה שפסקו, פסיקתם היא הלכה. ברוח זו יש להבין את דבריו החריפים של הרב יוסף בנושא בג"ץ תרזה אנגלוביץ', דברים החותמים את עיונו בשאלה, האם בפסיקת בג"ץ בעניין אנגלוביץ' יש משום כפייה אנטי-הלכתית:

בדבר השערוריה שקברו אשה נוצריה בבית עלמין היהודי שבעיר ראשון לציון, וזאת על פי רמאות אנשי משפחתה שהטעו את החברה קדישא והחזיקוה כיהודיה, וכשנודע הדבר לאנשי החברה קדישא, בקשו להוציא את גופתה מהקבר שבו נטמנה על מנת לקבורה בבית קברות הנוצריים, אך בבית המשפט העליון החילוני פסקו לאסור להוציא את גופתה ממקום קבורתה. ובעונות הרבים אנו בגלות בין שופטי הערכאות החילוניים אשר על פיהם יקום כל ריב וכל נגע, עד שהשי"ת ירחם עלינו, וישיב שופטינו כבראשונה ויועצינו כבתחלה ויסיר ממנו יגון ואנחה.¹³⁹

¹³⁸ יוסף, ע'. שו"ת יביע אומר, ז, יו"ד, סי' לו ד"ה ג) וכן
¹³⁹ שו"ת יביע אומר, ז, יו"ד, סי' לו.

6.5. תגובתם של הרבנים ושל פוסקי ההלכה למעמד מורשת ישראל

בשפיטה

להלכה היהודית יש מעמד מצומצם ביותר בחקיקה במדינת ישראל. מעמד חוקי ההלכה היהודית ניתן רק לענייני נישואין וגירושין של יהודים¹⁴⁰ בישראל על-ידי "חוק בתי הדין הרבניים (נישואין וגירושין)" משנת 1953. באמצעות חוק זה מסרה הכנסת את מרבית התחומים של המעמד האישי של יהודים בישראל לידי בתי הדין הרבניים, והיא קבעה בו, שבתי דין אלה ידונו על פי דין תורה. בתי המשפט מחויבים לחוקי הכנסת, ואפילו אם חוק מסוים תואם את אחד מדיני התורה, הם מחייבים לחוק ולא לדין התורה, המשתקף דרכו. כלומר מעבר לחוק הנישואין והגירושין אין למערכת המשפט מחויבות חוקית כלפי ההלכה היהודית.

כאמור, עד סוף שנות השמונים של המאה העשרים נהגה המחלקה למשפט העברי במשרד המשפטים לבחון את תאימות פסקי הדין של מערכת המשפט הכללית אל ההלכה היהודית. מעקב זה לוקט בשני כרכים שהוציא המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, פרופ' נחום רקובר, תחת הכותרת "המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל".¹⁴¹ במבוא כותב רקובר:

במשך ארבעים שנות קיומה של מדינת ישראל ניתנו מאות פסקי דין, על ידי בית המשפט העליון ועל ידי בתי המשפט המחוזיים, המתבססים על מקורות המשפט העברי, או המאזכרים מקורות אלה לצורך השוואה, ולצורך הרחבת המצע העיוני ששימש את השופטים כשבאו להכריע את הדין.

ברובם המכריע של פסקי הדין, שהובאו בספר, נזדקקו השופטים למשפט העברי אף בלא שהיו מצווים על כך. אין זאת אלא שתפיסתם הטבעית הייתה, שיש לבסס את פסקי הדין הנ' יתנים במדינת ישראל על מקורות המשפט העברי.¹⁴²

אין זה פלא, שבשנות התשעים או בראשית האלף השלישי, לא חידשה מחלקתו של נ' רקובר את מלאכת האיסוף של פסקי הדין התואמים את המשפט העברי. בעשור האחרון של המאה העשרים הפכה מערכת המשפט הכללית לזירת עימות בין החוק האזרחי לדין הדתי, בין נציגי החוק למערכת בתי הדין הרבניים והציבור הדתי והדתי-לאומי. גובר הרושם, שהאקטיביזם השיפוטי של בית המשפט העליון ממלא את הלקונה בחוק הישראלי בעניין השוויון, על-ידי חקיקה שיפוטית. מערכת המשפט הכללית מצטיירת בעיני החוגים הדתיים כמערכת העויינת

¹⁴⁰ החוק הישראלי מסדיר את נושא הנישואין והגירושין של שאר העדות הדתיות המוכרות בישראל על-ידי חוקים מקבילים לחוק בתי הדין הרבניים התשי"ג – 1953. ראה למשל את "חוק המעמד האישי של העדה הדרוזית, התשכ"ב – 1961".

¹⁴¹ ירושלים, תשמ"ט.

¹⁴² רקובר, (תשמ"ט). המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל, ז'.

את ההלכה היהודית ואת ערכיה היהודיים של מדינת ישראל כמדינה יהודית, ¹⁴³ אף על פי שהחל מ-1980 מחויבת מערכת זו לעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל.

ביחסם של פוסקי ההלכה אל בית המשפט העליון יש היבטים לא-הלכתיים רבים, לכן אין אנו בודקים, אם בית המשפט העליון נוקט כפייה אנטי-הלכתית, אלא אם הוא נוקט כפייה אנטי-דתית. על אף שהמושג "דת" פירושו "דין", ¹⁴⁴ מקובל לייחס למושג "דת" משמעות רחבה יותר מאשר במונח "הלכה". כשקבע המחוקק ב-1980 את ניתוק המשפט הישראלי משורשיו האנגליים והשתית אותו על חקיקת הכנסת, על התקדים, אל ההיקש ועל "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל", ראו רבים בניתוק זה את הישגם המשמעותי ביותר של אלה, הדוגלים בהטמעת המשפט העברי בקודיפיקציה האזרחית במדינת ישראל. בעיני הציבור של שומרי תורה ומצוות העניק החוק מעמד רשמי ומחייב למשפט העברי, והוא יהיה מעתה מקור משלים למשפט הפוזיטיבי במערכת המשפט הישראלית וחלק ממנו. ¹⁴⁵ אולם לאכזבתם, נראה כי שופטי בית המשפט העליון התעלמו באופן עקבי מחוק יסודות המשפט התש"ם – 1980 ובהמשך אף העניקו למושג "מדינה יהודית ודמוקרטית" שבחוק יסוד כבוד האדם וחירותו מ-1992 פרשנות, שלהבנת הציבור הדתי, היא פרשנות מעוותת. על כך בא הרב גד אדרי ¹⁴⁶ אל השופטים בטענות קשות:

בימ"ש העליון אינו מתקשה כלל בהבנת המושג "דמוקרטיה". מאז פרשת "קול העם", גזר בימ"ש העליון מאופייה הדמוקרטי של המדינה את זכויות היסוד של האדם והאזרח. לבימ"ש העליון ברור שאופייה הדמוקרטי של המדינה כולל גם את הסד"צ [סדרי הדין הציבורי], שלום הציבור, שלטון החוק, הביטחון והקיום הלאומי. כמובן שהמושג משתרע אף על עקרונות שלטון הרוב. לבימ"ש העליון ברור הצורך למצוא את האיזון הראוי בין כל אלה כדי לגבש את ערכיה של המדינה הדמוקרטית. החוק עצמו אינו קובע את המשקל הפנימי שיש לתת לערכים אלו ולכן בהעדר הנחיה חוקתית נוספת, העניין נתון להכרעה שיפוטית.

בימ"ש העליון מתקשה בכל הקשור: בדיבור "מדינה יהודית", ליחס בין הדיבור "מדינה יהודית" לבין הדיבור "מדינה דמוקרטית", ביחס לשאלה האם ישנם ערכי יסוד שיגזרו מכך שישראל הינה מדינה יהודית, שלא היו נגזרים מתוך כך שישראל היא מדינה דמוקרטית? וכן האם תתכן סתירה בין יהדותה לבין דמוקרטייתה של המדינה לעניין גזירת הערכים מתוכן? כדי למצוא מזור לקשייו בוחר בימ"ש העליון בשיטה הרואה בדיבור "יהודית ודמוקרטית" כדיבור שאינו כולל בחובו שני ניגודים. אדרבא,

¹⁴³ בכנס של העמותה למשפט ציבורי שהתקיים בקיסריה ב-1.12.2000 בנושא השוויון במדינת ישראל, נתן נ' רקובר ביטוי לתחושות אלה.

¹⁴⁴ דת=דין. הנושא אישה כ "דת משה וישראל" נושא אותה בהתאם להלכה היהודית, ו"דתות המלך" המופיעות במגילת אסתר, אינן ה-religions של המלך, אלא חוקי המלך.

¹⁴⁵ אלון, המשפט העברי, 1537.

¹⁴⁶ הרב גד אדרי הינו עורך דין הפועל בירושלים ומתמחה בדיני אישות ומשפחה.

אליבא דידיה יש כאן השלמה והרמוניה . הכיצד?! - למושג "מדינה יהודית" תינתן משמעות ברמת הפשטה גבוהה , אשר תאחד את כל בני החברה תוך מציאת המשותף שבהם. על רמת ההפשטה הנדרשת להיות גבוהה כך שתעלה בקנה אחד עם אופייה הדמוקרטי של המדינה . המדינה, אליבא דידיה, הינה יהודית לא במובן ההלכתי- דתי אלא במובן זה של יהודים זכות לעלות אליה , והוויתם הלאומית הינה הווית המדינה (מתבטא בין השאר בלשון ובמועדי המנוחה) . ערכי המדינה הם ערכי היסוד השאובים מהיהדות : אהבת האדם , קדושת החיים , צדק חברתי , עשיית הטוב והישר , שמירת כבוד האדם , שלטון החוק ועוד. ערכים אולם הנחילה היהדות לעולם כולו.

הוא מתרעם על כך , שלשיטת בית המשפט העליון יש להסתמך על ערכים אלו ברמת ההפשטה האוניברסלית שלהם , עד כי אין אפשרות יותר לזהות את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית עם ההלכה היהודית. לדעתו, שופטי בית המשפט העליון תופסים את מדינת ישראל כ "מדינת כל אזרחיה " , וכך הם מצמצמים את ההיבט היהודי של המדינה לאותם ערכים אוניברסאליים המשותפים לכל חברה דמוקרטית.

שיטתו של בימ "ש העליון מעוררת תהיות קשות : כשעוסקים במושג "מדינה דמוקרטית" , הרי לפנינו דרך סלולה וברורה בפסיקה המקיפה , בספרות הענפה וביניהם החוקה הקנדית וההכרזה האוניברסלית והאמנה האירופית בדבר זכויות האדם . אך כאשר דנים במושג "מדינה יהודית" בימ"ש העליון דורש הפשטה, ולא סתם הפשטה אלא הפשטה ברמה כה גבוהה עד שהיא תעלה באחת עם אופייה הדמוקרטי של המדינה . ההפשטה היא לרמה האוניברסלית של הערכים היהודיים.

הוא אומר - על טיבם של מושגים אלו, שהיהדות הנחילה לעולם כולו, עלינו ללמוד מהעולם, מכלי שני ושלישי, ו"ברמת ההפשטה האוניברסלית", ולא מכור מחצבתם, מהמעין ממנו נדלו - מקורות היהדות ומורשת ישראל . כדי להסיר כל ספק, אוחזי השיטה בבימ"ש העליון, ממהירים להבהיר -

"על כן אין לזהות את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית עם המשפט העברי".

קשה - כיצד ניתן לקבוע קנה מידה שונה בתכלית לכל אחד משני הביטויים המופיעים באותו חוק ובאותו סעיף - יהודית ודמוקרטית - הבאים לתאר יחדיו את מהותה של מדינת ישראל ?! הביטוי דמוקרטי מופיע שני לאחר הביטוי יהודית - כיצד אפוא זוכה הוא למלוא משמעותו , פרשנותו תעשה על פי הפסיקה והספרות שנכתבו בעניינו , בארץ ומחוצה לה. בשעה שהביטוי יהודית מופשט מכל משמעות עצמית ומקורית משלו, הופך הוא למושג נספח, נלווה ומשועבד למושג דמוקרטי?

צינתי לעיל כי - ב"מגילת העצמאות", היא "ההכרזה על הקמת המדינה", הדיבור - "דמוקרטיה" כלל אינו נכלל, האם אין לכך כל משמעות ?!

דרך הפרשנות הרווחת בבימ "ש העליון למושגים "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית" אינה עולה באחת עם תכלית דבר המחוקק בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, עם היסטוריה החקיקתית של חוק יסוד זה ועם לשונו הברורה והחד משמעית של דיבורו : "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".

פרשנות שני החוקים מוביל לכך שלכתחילה לא תיסלל הדרך אל מקורות מורשת ישראל ועולמה של היהדות. בכך למעשה מסכלים את דבר החוק ומטרתו. על כך אמר מחשובי חכמי המשפט - "לא זו דרך חוק בחוקה" [מנחם אלון, דרך חוק בחוקה, 688-686].

עינינו הרואות, לפנינו משנה סדורה ומבריקה מבית מדרשו של בימ"ש העליון. משמעותה המשפטית של משנה זו היא: מדינת ישראל היא מדינת כל אזרחיה, הכיצד? ראשית, הדיבור – "יהודית" כשניתן לו פירוש ברמת ההפשטה האמורה הופך ל"ערכים אוניברסאליים" השווים לכל בני האדם. שנית, הדיבור "דמוקרטי", מחייב כי המדינה היא של כל אזרחיה. שלישית, בימ"ש העליון קבע – אין מקום כלל למורשת ישראל ו/או למשפט עברי, אלא ברמת ההפשטה הגבוהה ביותר המעמידה אותה באחת עם המושג "דמוקרטי".¹⁴⁷

האם פסקי הדין של בית המשפט העליון וצווי בג"ץ מוכיחים את נכונות הטענה של הרב אדרי? אנחנו מצטרפים כאן לדבריו של עו"ד גידי פרישטיק, שבמשך שנים רבות ריכז את המעקב אחר ההשתקפות של המשפט העברי בפסיקות בתי המשפט ופרסם את המעקב שלו בכתב העת "דיני ישראל":

עברתי על שלושת כרכיו האחרונים של פסקי הדין שפורסמו מטעם בית המשפט העליון וחיפשתי בכל 14 פסקי הדין אותם כתב השופט ברק בעצמו מה המקורות עליהם הוא מסתמך. לא מצאתי בכל אותם מאות עמודים ולו הסתמכות או ציטוט אחד ממקור יהודי כלשהו. מצאתי ציטוטים והסתמכות מפסקי דין אמריקאיים, בריטיים, פסק דין אוסטרלי, גרמני, הודי.¹⁴⁸

עמדה דומה נוקט גם י' שטרן, לשעבר דיקן הפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן:

במקרים שבהם פתחה חקיקת הכנסת פתח לשימוש מהותי במרכבים של התרבות היהודית לשם פרשנות נורמות מודרניות, העדיפה הרשות המוסמכת ליישם ולפרש חקיקה זו, בית המשפט, להתעלם מאפשרות זו. הדוגמאות ידועות: הסעיף בחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, הקובע כי במקום שיש לקונה משפטית ייזקק בית המשפט ל"עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל", מונח לו כאבן שאין לה הופכין. זה עשרים שנה אין ביקוש בבית המשפט לעקרונות אלו של מורשת ישראל.¹⁴⁹

י' שטרן אכן צודק – שופט במערכת המשפט של מדינת ישראל, בבואו לפרש את החוק, אינו זקוק לפנייה אל מורשת ישראל. לדעתנו יש לכך שלוש סיבות: האחת, במערכת המשפט של מדינת ישראל אין לקונה המחייבת הישענות על העקרונות שבמורשת ישראל. השנייה, העקרונות המופשטים של החירות, של הצדק, של היושר ושל השלום שבמורשת ישראל הפכו ממילא לרכיב אחד מבין הרכיבים הדמוקרטיים – הומניסטיים של המשפט הישראלי: בריאת האדם בצלם, בריאה של זכר ונקבה, אהבת כל אדם, אהבת הגר והדאגה לאלמנה

¹⁴⁷ אדרי, עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל,

מנוף (עורכים), בג"ץ, 29. http://www.psakdin.co.il/fileprint.asp?filename=/Mishpaha/Public/art_btnj.htm, 5-3.

¹⁴⁸ שטרן, י' (תשס"ג). מדינה, משפט והלכה, 13.

¹⁴⁹ שטרן, י' (תשס"ג). מדינה, משפט והלכה, 13.

וליתום ורכיבים אחרים. והשלישית, רוב השופטים בישראל הם חסרי השכלה הדרושה להם על מנת להיעזר בהלכה או בתקדימים הלכתיים.

6.6. בג"ץ קעדאן¹⁵⁰

דוגמא מובהקת לפער בין הפרשנות האוניברסאלית של החוק, לפרשנות על סמך מורשת ישראל ועל סמך ההלכה היהודית, כפי שנתגבשה החל מימי המשנה וכלה בפוסקי בני זמננו, היא הסוגיה של רכישת קרקעות בארץ ישראל על-ידי נוכרים. נושא זה נידון ב-1995 בבית המשפט העליון, אגב עתירה של זוג ערבים ישראליים, שביקש לרכוש בית בישוב קציר ונדחה על-ידי ועדת הקבלה של הישוב בטענה, שישוב זה נבנה עבור יהודים בלבד. מעיון בדיון של בית המשפט העליון, ניתן ללמוד על נכונות הטענה של הרב אדרי. בסוגיית קציר, כך גורס הרב יובל שרלו¹⁵¹, הפרשנות האוניברסאלית של חוקי המדינה על ידי בג"ץ הפכה את ארץ ישראל לנחלת כלל האדם ורמסה את ההבטחה האלוהית לאברהם: 'נה' אמר אל-אברהם, אחרי הפך-לוט מעמו, שא נא עיניך וראה, מן-המקום אשר-אתה שם--צפנה ונגבה, וקדמה ונמה. כי את-כל-הארץ אשר-אתה ראה, לך אתנה, ולזרעך, עד-עולם. ושמתי את-זרעך, כעפר הארץ: אשר אם-יוכל איש, למנות את-עפר הארץ--גם-זרעך, ונמה. קום התהלך בארץ, לארבה ולרחבה: כי לך, אתנה. לדעתו בג"ץ קעדאן, יחד עם בג"ץ דנילוביץ¹⁵³, הם פסקי הדין האנטי-דתיים ביותר, שפסקה מערכת המשפט של מדינת ישראל.¹⁵⁴

בדיון, שהתנהל בבית המשפט העליון בעתירת משפחת קעדאן, התעלמו שופטי הבג"ץ מההבטחה האלוהית לאברהם ובחרו להדגיש בעזרת ציטוטים מפסקי-דין קודמים את העקרונות האוניברסאליים שבמורשת ישראל, וביניהם איסור האפליה בין ישראל לגר:

לא זו אף זו: לא רק שערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית אינם דורשים הפליה על בסיס דת ולאום במדינה, אלא שערכים אלה עצמם אוסרים הפליה ומחייבים שוויון בין הדתות והלאומים (ראו: בג"ץ 392/72 הנ"ל, בעמ' 771; בג"ץ 175/71 פסטיבל למוזיקה אבו-גוש קרית-יערים נ' שר החינוך והתרבות). "עקרון השוויון ואיסור האפליה, הגלום בצווי 'משפט אחד יהיה לכם כגר כאזרח יהיה...' (ויקרא, כד, כב) שנתפרש בפי חז"ל כ'משפט השווה לכולם' (כתובות, לג, א; בבא קמא, פג, ב), התקדש בתורת ישראל מאז היה לעם" (השופט טירקל בבג"ץ 200/83 וותאד נ' שר האוצר, בעמ' 119). השופט אלון עמד על כך כי "יסוד מוסד בעולמה של יהדות הוא רעיון בריאת האדם בצלם אלוקים (בראשית, א, כז). בכך פותחת תורת ישראל, וממנו מסיקה ההלכה עקרונות יסוד בדבר ערכו של האדם - כל אדם באשר הוא - שוויון ואהבתו" (ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, בעמ' 298).

¹⁵⁰ בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל ואחרים.

¹⁵¹ ראה נספח מס' 6.

¹⁵² בראשית יג.

¹⁵³ המקנה זכויות קנייניות לזוגות חד-מיניות.

¹⁵⁴ ראה נספח מס' 6.

כפי שהוזכר לעיל, שופטי בית המשפט העליון בדיון בג"ץ בעניין קעדאן הסתפקו בציטוטים ממשפטים קודמים, בהם הסתמכו על מורשת ישראל, אך פנו גם אל המשפט האמריקני על מנת לבסס את קביעתם האוסרת אפליה. מורשת ישראל, שהיא בעלת מעמד בשפיטה במדינת ישראל, הצטמצמה בעיניהם של השופטים למינימום, כאשר המשפט הזר, שמאז חוק יסודות השפיטה אין לו מעמד בשפיטה הישראלית, הפך להיות תקדים לקביעת העמדה של בג"ץ בעניין קעדאן:

הטענה העקרונית הראשונה היא זו: החלטה על הקצאת מקרקעין להקמת היישוב הקהילתי קציר ליהודים בלבד אינה פוגעת בשוויון, שכן המינהל מוכן להקצות מקרקעין גם להקמת יישוב קהילתי לערבים בלבד. טענה זו, בלבד המשפטי, הינה כי טיפול נפרד אבל שווה הוא טיפול שווה. כידוע, טענה זו הועלתה בשנות החמישים בארצות-הברית לעניין מדיניות החינוך בארצות-הברית שהפרידה בין חינוך לתלמידים לבנים לחינוך לתלמידים אפרו-אמריקנים. בית המשפט העליון החליט (בפרשה של *Brown v. Board of Education of Topeka*) כי מדיניות של "נפרד אבל שווה" ("separate but equal") הינה מעצם טבעה בלתי שווה ("inherently unequal"). ביסוד גישה זו מונחת התפיסה כי הפרדה משדרת עלבון כלפי קבוצת מיעוט המוצאת מן הכלל, מחדדת את השוני בינה לבין האחרים, ומקבעת תחושות של נחיתות חברתית. ביטוי לגישה זו ניתן בסעיף 3 לאמנה הבין-לאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית.

פסק הדין מצוין, שבמהלך השנים התרחבה הכתיבה בנושא זה, ופעמים רבות הודגש, כי לעיתים עשוי טיפול נפרד להוות טיפול שוויוני או למצער, כשההפרדה מוצדקת על-אף הפגיעה בשוויון. הפגיעה בשוויון מוצדקת, כאשר הרצון לטיפול נפרד אך שווה, בא מקרב קבוצות מיעוט המבקשות לשמור על תרבותן ואורח חייהן והן חפצות למנוע "התבוללות כפויה". את הרעיון הזה ניסח השופט שמגר בפרשת בורקאן "נפרד אבל שווה", ופרשת אביטן היא דוגמה לרעיון זה.¹⁵⁵ בפרשה זו החליט מינהל מקרקעי ישראל, במסגרת מדיניותו להעביר בדואים למגורי קבע, להחכיר מקרקעין רק לבדואים. בקשתו של עותר יהודי לחכור מגרש ממקרקעין אלה נדחתה על-ידי המינהל. בעקבות הדחייה הוא עתר לבג"ץ נגד המינהל וגם עתירה זאת נדחתה. בנמקו את עמדת בית המשפט ציין השופט אור:

ההתייחסות היא אל בדואים, אשר במשך שנים רבות חיו חיי נוודות, וניסיונות שלהם להשתקעות במקום קבע לא עלו יפה והיו כרוכים בהפחת

חוק, עד שנוצר אינטרס למדינה לסייע להם, ובכך גם להשיג מטרות ציבוריות חשובות. האופי ודרך החיים של נוודים ללא יישובי קבע מסודרים, על כל הכרוך בכך, הם העושים את הבדואים לבני קבוצה ייחודית, שהמשיבים סבורים שראויים הם לסיוע ולעידוד, תוך התייחסות מיוחדת, מפלה לטובה, ולא העובדה שהם ערבים.

¹⁵⁵ בבג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל.

בתשובה לעתירת הזוג קעדאן , מבהירים שופטי בג"ץ, כי התייחסות מפלה אינה יכולה להיחשב לחוקית משני טעמים : הלכה למעשה אין פנייה להקמת יישוב קהילתי לערבים בלבד, ובפועל אין מדינת ישראל מקצה מקרקעין אלא ליישובים קהילתיים יהודיים . שופטי בג"ץ רואים במדיניות ההפרדה הנהוגה כיום אפליה , גם אם המניע להפרדה אינו הרצון להפלות. בפסק הדין הם מציינים:

קיומה של הפליה נקבע , בין השאר , על-פי האפקט של ההחלטה או של המדיניות ואפקט זה, בענייננו, הוא מפלה. נמצא, כי מדיניות המינהל כיום מעניקה לערבים בפועל טיפול נפרד ולא שווה . שנית, אין כל מאפיינים המייחדים את היהודים המבקשים לבנות ביתם ביישוב הקהילתי באמצעות האגודה השיתופית קציר , המצדיקים הקצאת קרקע המדינה להתיישבות יהודית בלבד. היישוב הקהילתי קציר פתוח לכל יהודי באשר הוא (כפוף לתנאי קבלה שאינם מופיעים בתקנות האגודה השיתופית ושאת תוכנם איננו יודעים). ממילא, תושבי היישוב אינם מהווים "קבוצה ייחודית" (כלשוננו של השופט אור בפרשת אביטן). נהפוך הוא: כל יהודי בישראל, כחלק מרוב התושבים, שנפשו חפצה בחיים קהילתיים כפריים, כשיר לכאורה להתקבל לאגודה השיתופית קציר. האגודה פונה אפוא אל רוב רובו של הציבור בישראל . הגורם המאפיין את קבוצת התושבים ביישוב אינו בייחוד זה או אחר של הקבוצה או של בני הקבוצה , אלא אך הקריטריון של הלאום, אשר משמש, הוא עצמו, בנסיבות העניין שלפנינו, קריטריון מפלה. אכן, מרבית השיקולים שהוצגו בפנינו על-ידי הסוכנות היהודית מבוססים על אותו סיווג "חשוד" של השתייכות לאומית, וכל מטרתם לא באה אלא לקדם התיישבות יהודית באזור . אכן, השילוב בין התוצאה הבלתי שוויונית של המדיניות ובין הטעמים הבלתי שוויוניים שבבסיסה, יוצר "מסה" חזקה של היעדר שוויון, "מסה" שאינה מתבטלת ואף אינה פוחתת נוכח הנכונות העקרונית להקצות מקרקעין להתיישבות קהילתית כפרית נפרדת של ערבים . אנו דוחים אפוא את הטענה כי בנסיבות העניין שלפנינו לא נפגם עקרון השוויון.¹⁵⁶

מסתבר, כי הפסיקה האמריקנית בעניין שילובם של התלמידים האפרו-אמריקאים במערכת החינוך, החוק הישראלי וגם עקרונות הצדק של מורשת ישראל , כפי שהם מנוסחים בדברי נביא יחזקאל, תומכים בצו ההחלטי של בג"ץ האוסר אפליה על רקע לאומי בקבלה ליישוב קהילתי.¹⁵⁷ שונה ממנו עמדת ההלכה היהודית. היא אינה מאמצת את דברי הנביא יחזקאל, אלא סותרת אותם, כפי שהיא סותרת את דברי התלמוד בעניין קבורת מתי גויים עם מתי ישראל, כפי שהוכחנו זאת בדיון על קבורת תרזה אנגלוביץ.

שם, 17-18

156

157

בבג"ץ קעדאן 6698/95 אנחנו קוראים: "מה עולה מכל האמור לגבי המקרה שלפנינו? קבענו כי המדינה אינה רשאית להפלות במישרין על בסיס של דת או לאום בהקצאה של מקרקעי המדינה . מכאן נובע כי המדינה אף אינה רשאית להפלות בעקיפין על בסיס של דת או לאום בהקצאה של מקרקעי המדינה . פועל יוצא הוא , שהמדינה אינה רשאית לאפשר הפליה כזאת במקרקעי המדינה באמצעות העברה של המקרקעין לסוכנות היהודית. אין דבר בחוק מעמד הסוכנות , או באמנה, המכשיר הפליה כזאת בהקצאת מקרקעין של המדינה. אכן, לפי סעיף 3 לאמנה, הסוכנות היהודית פועלת "על יסוד תכנית מוסכמת מראש עם הממשלה". אולם, לפי סעיף 8(ב) לחוק מעמד הסוכנות , שיתוף הפעולה שבין מדינת ישראל לבין הסוכנות היהודית צריך להיעשות "בהתאם לחוקי המדינה". ברור לפי סעיף זה ולפי עקרונות יסוד , כי תכנית לשיתוף פעולה בין המדינה לבין הסוכנות היהודית אינה יכולה להיות תכנית מפלה . ההפליה אינה מאבדת את האופי המפלה שלה , גם אם היא נעשית באמצעות הסוכנות היהודית , ולכן אין היא מותרת למדינה. (פדאור)

6.6.1 מכירת קרקעות בארץ ישראל לנוכרים

הרב שרלו מציין, שיחד עם הפרת ההבטחה האלוהית לאברהם שהארץ תהיה לו ולזרעו, יש בפסיקת בג"ץ גם הפרה של הלכות "לא תחנם", דהיינו של הלכות, האוסרות לתת לגויים חניה בקרקע. עמדת ההלכה כלפי מעמדו של הנוכרי בארץ ישראל נדונה פעמים רבות בדיונים ההלכתיים של רבני הציונות הדתית.¹⁵⁸ לא מצאנו בכתבי הפוסקים דיונים המתמקדים בבג"ץ קעדאן, כמו שמצאנו את תגובתם המנומקת בעניין בבלי, לב, נקש ואנגלוביץ', אבל משיחות עם רבנים ומתשובותיהם על שאלות בנושא, למדנו שהתייחסות הרבנים לבג"ץ קעדאן משקפת היטב את עמדתה העקרונית של ההלכה.

הראי"ה הרצוג, הרב הראשי לישראל בזמן הקמת המדינה, כתב על המצוות "לא תחנם", "והארץ לא תימכר לצמיתות":

בתורה הכתובה ישנם שני לאוין, "לא תחנם", שאחת מדרשות חז"ל עליו היא: "לא תתן להם חנייה בקרקע", כלומר, לא תתן לגויים חניה, מלשון חנה, כלומר, שכון בא"י ע"י רכישת קרקע, "והארץ לא תמכר לצמיתות", והרמב"ן מפרשו לאסור מכירת קרקע בארץ ישראל לעכו "ם שאינו בדין היובל ואין השדה יוצאת ממנו ביובל. מה הוא היחס של שני הלאוין הללו לגר תושב? ברור שלא נאמר לאו זה על גר תושב, אבל מה שאינו ברור כ"כ הוא אם לא נאמר לאו זה על גוי שאינו עובד ע"ז אלא שאינו גר תושב מפני שלא קיבל עליו בב"ד, או בזה"ז שאין ב"ד מקבלים גר תושב?

הרב הרצוג ציין, שכבר קודמו, רב קוק, פסק בהלכות שמיטה ויובל, שאין איסור זה חל על גר תושב. גם הערבים בני דת האסלאם אינם עובדי עבודה זרה, לכן לא חל עליהם איסור זה,¹⁵⁹ אף על פי שהם אינם גרים תושבים במובן החוקי של שם זה, כי הם קיבלו על עצמם את שבע מצוות בני נח רק הלכה למעשה. לדעת הרב יעקב אריאל, דברים אלה נאמרו בזמן קום המדינה, כי הרב הרצוג רצה ליצור הרמוניזציה בין דין תורה, למשפט הישראלי ולעקרונות המשפט הבינלאומי. דבריו של הרב אריאל על הרב הרצוג הם הד לדבריו של הרב קוק שגרס בשעתו, שהאפליה של בני דת האסלאם עלולה לסכן את סיכויינו להשגת המדינה היהודית, לכן הופכת שאלת השוויון בין יהודים לשאינם יהודים לשאלה של פיקוח נפש. אך הרב הרצוג נתן לפיקוח נפש פירוש הפוך:

אמנם טרם הוסד המדינה היהודית על יסודות חזקים, [ולכן] כל יהודי המוכר קרקע לנוכרי אפילו לערבי מוסלמי הוא מערער את יסוד

¹⁵⁸ הרצוג, (תשמ"א). זכויות המיעוטים לפי ההלכה, 69. הרב גרשוני, י' (תשמ"א). המיעוטים וזכויותיהם במדינת ישראל לאור ההלכה, 180. הרב ורהפטיג, י' (תשמ"א). לא תחנם ומשמעותו בימינו, 193. הרב רוזן, י' (תשמ"ד). נכרים במדינה יהודית - אוטונומיה או פיזור? 259. הרב אבינר, א' (תשמ"ח). מעמד הישמעאלים במדינת ישראל לפי ההלכה, 337.

¹⁵⁹ על השאלה, האם מותר למכור קרקע לגוי שהוא כבר בעלים על קרקע אחרת בא "י, כתב הרב קוק במבוא ל"שבת הארץ" פי"ב: "דיש לומר, דבגוי שבלאו הכי יש לו חניה בקרקע, אין התוספת, שמוסיפים עליה עתה אסורה מן התורה... ועכשיו הוא אינו נותן לו חניה בקרקע, שהרי יש לו מקודם, והוא מקושר לא"י בלאו הכי ע"י קרקע שיש לו מכבר."

התאחזותנו בארץ אבותינו ומשים מכשולים על דרכנו לגאולת הארץ והעם ועובר ובוגד יקרא, אבל אחרי הוסד המדינה כבר יהי המצב אחר.¹⁶⁰

ספק אם דברים אלה הינם הלכה פסוקה. ייתכן כי הם מה שמכונה במחקר "דעת תורה", כלומר הבעת דעה בענייני אקטואליה על-ידי רב ופוסק, שאינם מחוייבים על פי ההלכה, אבל, לדעת הכותב, מחזקים את תורת ישראל. המערערים על הבעת דעה זו של הרב הרצוג יוכלו לשאול, האם המעבר מטרם-מדינה אל המדינה ביטל את סיכון אחיזתנו בארץ. אם לאו, דבריו של הרב הרצוג בעניין מכירת קרקע לערבי-מוסלמי תקפים גם היום. אפשר להסיק, ש"דעת תורה" שנוסחה על-ידי הרב הרצוג בראשית קיומה של מדינת ישראל, מתיישבת עם דבריהם של השופטים בבג"ץ קעדאן. על כן יש לתהות, האם הייתה זו גם עמדת תלמידיו, פוסקי ההלכה בני זמננו בשנות התשעים, כשהתנהלו הדיונים על עתירת משפחת קעדאן נגד מינהל מקרקעי ישראל.¹⁶¹

בניגוד לעמדת הרב הרצוג, גרס הרב צבי פ' פראנק שהאיסור "לא תחנם" תקף רק כאשר קיים חשש, שהגוי אשר לו נמכרה הקרקע, יתנחל עליה. אך אם אין בכוונתו להתנחל עליה, האיסור אינו תקף.¹⁶² לא על הרכישה עצמה חל האיסור, אלא על ההשלכות המשוערות של הרכישה, שהן התיישבות גויים בארץ ישראל. אליבא דתפיסתו, "לא תחנם" בקרקע היא איסור על קביעת מציאות חדשה, העברת בעלות לגוי, והיא מהות האיסור, ולכן היא בפשטות אסורה. בספרו "בשביעית" כתב הרב פראנק:

הכא לעניין חנייה בקרקע אין חילוק, דנתינת חן אינו אלא ברגש החנינה, אבל לא דורש בטובת עצמו, אבל חנייה בקרקע, המציאות של עובדי-עבודה זרה בקניין שנאוי לפני המקום, וכל שקנה קרקע והיא שלו הרי עובד עבודה זרה חונה על קרקע הארץ. וגם לא נתנה התורה לשיעורין, ובכל נכרי, שמכר לו, עבר בלאו, אף שלפי ראות עינינו אינו מתאחז בה, ולפיכך אין מקום להתיר למכור לנכרי.¹⁶³

הרי לדעתו האיסור "לא תחנם" אינו מותנה ואינו מוגבל, ובכל מקרה שבו מעבירים בעלות של קרקע בארץ ישראל לרשות גוי, עוברים בכך על האיסור.

באותה רוח כותב הרב אלישע אבינר בשנות התשעים של המאה העשרים:

לרוב הדעות, הערבים בני דת האיסלם, למרות שאינם עובדי ע"ז, אינם בגדר גרים-תושבים. לפיכך, המצווה המחייבת את החייאתו של גר התושב, כלומר הושטת עזרה והענקת סעד סוציאלי ורפואי, אינה מוטלת עלינו ביחס אל ערביי ארץ ישראל.

¹⁶⁰ הרצוג, שם, 172.

¹⁶¹ ראה להלן נספח מס' 4.

¹⁶² ר' פראנק, צ"פ. כרם ציון, ג. הרב יעקב ח' חרל"פ, מכירת בתים וקרקעות בארץ-ישראל לנכרי.

<http://www.daat.ac.il/daat/kitveyet/hamaayan/mehirat1-2.htm>

¹⁶³ פראנק, צ"פ. בשביעית כד, ד. שם.

...

מעטה שומה עלינו לברר מה דינו של נכרי שאינו גר-תושב אבל אינו עובד ע"ז. פטורים אנו מהחיוב של החיאתו ("להחיותו"), כלומר הענקת סעד, רפיון והצלתו. השאלה היא האם איסור יש בדבר והאם מותר לנו להושיבו בינינו בא"י. עלינו לברר לאלה מהסוגים השונים של נכרי שמנינו לעיל, מתייחסים האיסורים: לא ישבו בארצך ולא תחנם.

אחרי קביעה זו, שבוודאי סותרת את דבריו של הרב הרצוג, המבוססים על עמדת הרב קוק, בוחן הרב אבינר את דברי ר' אשתורי הפרחי¹⁶⁴ בספר "כפתור ופרח"¹⁶⁵ מהמאה ה-14:

מסתברא שעכשיו שהארץ היא בידי הישמעאלים, משכיר, אפילו מקום שראוי לדירה, לישמעאל, שהרי אינו עו"ז, אבל למכור להם בתים או שדות בארץ כלל וכלל לא, משום לא תחנם, וכהרמב"ם בספר המדע... ברור שלדעתו איסור לא- תחנם מתייחס גם לישמעאלים (שאינם עו"ז). הכו"פ הבין שזו גם דעתו של הרמב"ם. בספר פאת השולחן (א,יט) הובאו דבריו להלכה.¹⁶⁶

הרב אבינר מרחיב את איסור החניה בקרקע אשר חל על עובדי עבודה זרה, לכלל האומות, בהסתמך על "ספר מצוות גדול" (סמ"ג)¹⁶⁷ שבו שואלים, מדוע כלולים שני לאוים באיסור: "לא ישבו" ו"לא תחנם". לדעת הרב אבינר הסמ"ג סבור, ש-

"לא ישבו" מתייחס רק לשבעה עממין, "שלא להושיב אחד משבעה עממין בארצנו, שנאמר: לא ישבו בארצך" ("ל"ת מט), לכן בא הלאו "לא תחנם" לאסור גם בכל האומות (אולם בכל האומות אסורה רק המכירה. איסור "לא ישבו" המתייחס לשבעה עממין, רחב וחמור יותר).¹⁶⁸

ברור בעליל, שמדבריו של בעל "כפתור ופרח" לא ניתן להסיק לגבי האיסור למכור כיום קרקעות לישמעאל, מפני שהארץ כיום אינה בידי הישמעאלים. לעומת זאת ניתן למצוא בדברי הסמ"ג פתח לאיסור עתידי מעין זה, מפני שהוא אינו מתנה אותו בשאלה, מי הריבון על הארץ. אין זה אומר שהרב אבינר מסיק מדברי הסמ"ג מסקנות הפוכות לאלה של הרב הרצוג, אך הוא פותח צוהר לאופציה נוספת בסוגייה של מכירת קרקעות לנוכרים בארץ ישראל. אופציה זאת מבטאת בדברי הרב זלמן ברוך מלמד אגב דיון על שנת שמיטה:

נדהמתי לשמע החדשות, שעסקנים מהציבור החרדי, פנו בבקשה לממשלה, כי זו תאפשר למגזר הערבי להרחיב את הגידולים החקלאיים שלהם, על-מנת שיהיו לציבור החרדי ירקות בשנת השמיטה. הבקשה הזו

¹⁶⁴ ר' אַשְׁתּוּרִי הַפְּרָחִי (1280-1355) נולד בפרובנס שבצרפת, ולמד לימודי התורה למד גם רפואה במונפליה. לאחר גירוש יהודי צרפת ב-1306 נדד לפורטוגל, למצרים ולירושלים. ב-1313 הוא התיישב בבית שאן, שם שימש כרופא. הוא הירבה לסייר בארץ ולחקור אותה, ובייחוד התעמק בחקר שמות המקומות בה, כדי לזהותם עם אתרים מקראיים. ב-1322 פרסם את ספרו "כפתור ופרח" שבו תיאר את יישובי א"י, ודן בגבולותיה הטופוגרפיים העתיקים. הספר הודפס לראשונה ב-1549.

¹⁶⁵ ר' אשתורי הפרחי, **כפתור ופרח**, פ"י, ח"א עמ' קסו.

¹⁶⁶ הרב אבינר, אלישע. <http://www.kipa.co.il/magazine/history/history.asp?category=23>

¹⁶⁷ **ספר מצוות גדול** (סמ"ג) של רבי משה מקוצי, פוסק בן המאה ה-13 שהשתתף עם רבנו יחיאל מפאריס ב"ויכוח פאריס" בשנת 1215.

¹⁶⁸ אבינר, שם.

היא כל-כך אבסורדית, עד שקשה להאמין שעסקן חרדי ביקש אותה. לרוב הדעות, שמיטה בזמן-הזה היא מדרבנן, אבל לעומת זה, איסור "לא תחנם" הוא איסור דאורייתא. "לא תחנם" פירושו - לא תיתן לגויים חניה בקרקע, בארץ-ישראל, לא תמכור להם קרקע, ולא תחזק את אחיזתם בארץ-ישראל (רש"י דברים ז, ב). ואיך אפשר לבקש מהממשלה שתעזור לחיזוק החקלאות הערבית בארץ-ישראל, ולעשות זאת לשם שמים כביכול?

הרי הסוברים שאין להזדקק ל"היתר המכירה" של קרקעות לגוי בשנת השמיטה [...]. סוברים שיש איסור תורה למכור קרקע לגוי אפילו לזמן מועט, ואפילו אם מוכרים רק את השטח העליון שעל פני הקרקע בלבד, וכל זה מפני שהתורה אמרה - "לא תחנם" - לא תיתן להם חניה בארץ-ישראל, אפילו אחיזה מועטה. אם כן, מטעם זה עצמו אסור באיסור חמור לממשלה לחזק את אחיזתם של אינם יהודים בארץ-ישראל!¹⁶⁹

בדברי הרב מלמד אפשר להבחין היטב במגמות שהתווה הרב פראנק. רבים מהסייגים שהציב הריא"ה הרצוג לאיסור "לא תחנם" נעלמו בדברי הרב מלמד. הכרעת השופטים בבג"ץ קעדאן מתיישבת עם פסיקת הרב הרצוג משנות החמישים של המאה ה-20. אך הפסיקה בבג"ץ בעניין קעדאן ניתנה בשנת 1995, בעת הזאת רוב רבני הציונות הדתית, תלמידי של בנו של הראי"ה קוק, הרב צבי יהודה קוק¹⁷⁰, כבר זנחו את הסייגים שהציבו הראי"ה קוק והריא"ה הרצוג שני דורות לפני-כן.

לדעת הרב מלמד, התורה ציוותה עלינו לא רק לרשת את הארץ, אלא גם ש"לא ישבו בארץ". וכמו רבים אחרים, גם הוא מתלבט, אם הערבים המוסלמים שחיים בארץ ישראל יכולים להיחשב ל"בני נח", שעליהם אינו חל הכלל "לא תחנם". לבטים אלה העסיקו כבר את הרב הרצוג, והוא החליט, לבסוף, לנקוט בעמדה מקלה. לעומתו הרב מלמד גורס כעת, שבעקבות הרמב"ם,

בעת שידינו תקיפה, אין להניח למי שאינו "גר-תושב" לשבת בארצנו. ... יש אומרים, שגם אם הגוי לא קיבל על עצמו במפורש בפני בית דין להיות "גר-תושב" אם בפועל הוא אינו עובד עבודה זרה ומקיים שבע מצוות אין איסור שיגור בארץ ישראל. ולפי דעתם מוסלמים הגונים וטובים יכולים לגור בארץ, שאין באמונתם עבודה זרה. אבל הערבים שצוררים אותנו ודאי אינם שומרים שבע מצוות בני נח, **שהרי הם כופרים בה' אלקי ישראל, ותומכים במחבלים הרוצחים ועוברים על "לא תרצח", ואינם מעמידים בית דין שידון את הרוצחים** [ההדגשה שלי, מ"ס]. נמצא ..., בשעה שידינו תקיפה אסור לנו להשאירם בארץ, וקל וחומר שאין לתת להם נחלות שבהם יוכלו להושיב עוד ועוד גויים שאינם שומרים שבע מצוות בני נח.

את כפל האיסור "לא תחנם" ו"לא ישבו בארץ", שנדון כבר אצל הרב אבינר, מסביר הרב מלמד כאיסור אינדיבידואלי לעומת איסור כללי:

169 הרב מלמד, ז"ב. שמיטה א', <http://www.yeshiva.org.il/Shiurim/Books/shoalim/shmita1.doc>
170 ראה רביצקי, **הקץ המגולה ומדינת היהודים**, 182 ואילך.

לא תחנם: איסור זה הוא השלמה לאיסור "לא ישבו בארץ", שהאיסור "לא ישבו" חל על כלל ישראל, ואיסור "לא תחנם" חל על כל יחיד, **שלא ימכור בית או שדה בארץ ישראל לנכרי שאינו בגדר "גר-תושב"** (הדגשה שלי – מ"ס). וממילא אסור לתת לערבים שאינם שומרים שבע מצוות בני נח כדת וכדין שום חלק מארץ ישראל.¹⁷¹

עוד נאמר בתורה: "והארץ לא תמכר לצמיתות" (ויקרא כה, כג), ולמד מכאן הרמב"ן על פי חז"ל, **שאינו למכור שום קרקע מקרקעות ישראל לגוי, משום שהיא לא תחזור ביובל** (רמב"ן מצוות ל"ת רכ"ז). וקל וחומר שאסור לתת קרקעות מנחלת אבותינו לנכרים [ההדגשה שלי, מ"ס].¹⁷²

וכך מבטל הרב מלמד את כל הסייגים של הראי"ה הרצוג: הערבים, מאחר שהם אינם מקיימים את המצוות האלה, אין הם גרים תושבים וחלות עליהם כל אותן המצוות של איסור ישיבה ואיסור חנייה בארץ ישראל. לו היו הם גרים תושבים, היה עליהם לקיים מצוות "לא תרצח" ומצוות "דינים" החלים על פי ההלכה התלמודית וההלכה הפסוקה על גרים תושבים.¹⁷³ אי-לכך חלות עליהם כל אותן מצוות איסור ישיבה וחנייה בארץ-ישראל.

גם הרב שמואל אליהו, רב העיר צפת, מבטל את מעט הסייגים – גר תושב, קיום שבע המצוות של בני נח – לאיסור של מכירת קרקעות לנכרים בישראל וקובע:

כל הפוסקים - ראשונים כאחרונים מביאים את ההלכה של "לא תחנם" שמשמעותה לא לתת לנכרים לגור בארץ ומובא ללא חולק בשו"ע יורה דעה סימן קנא "אין מוכרין להם בארץ ישראל כל דבר המחובר כגון אילן וקמה". "אין מוכרים להם בתים ושדות בארץ ישראל.

יש פוסקים מפורשים על חובת כיבוש הארץ ... בספר **דברים פרק ז'** "כִּי יֵבִיאֲךָ ה' אֱלֹהֶיךָ אֶל הָאָרֶץ אֲשֶׁר אָמַרְתָּ בָּא שָׁמָּה לְרִשְׁתָּהּ וְנָשַׁל גּוֹיִם רַבִּים מִפְּנֶיךָ הַחֲתִי וְהַגֵּרְגָּשִׁי וְהָאֱמֹרִי וְהַכְנַעֲנִי וְהַפְּרִזִּי וְהַחִוִּי וְהַיְבוּסִי שִׁבְעָה גוֹיִם רַבִּים נִעְצוּמִים מִמֶּנִּי: וְנָתַתִּים ה' אֱלֹהֶיךָ לְפָנֶיךָ וְהַפִּיתִם הַחֲרֹם תַּחְרִים אֹתָם לֹא תִכְרֹת לָהֶם בְּרִית וְלֹא תִחַנֵּם: וְלֹא תִתְחַתֵּן בָּם בְּתֵן לֹא תִתֵּן לָבְנוּ וּבְתֹנוּ לֹא תִשָּׁח לָבָנָם."

הרמב"ם למד מהסמיכות לאיסור נישואין שהלכה זאת שייכת בכל האומות ולא רק בשבעה עממין. לכל האומות אסור לתת חניה בארץ.

¹⁷¹ ומוסיף הרב מלמד בהערות שוליים את עמדתו הברורה בנושא "לא תחנם": "לדעת הרבה פוסקים, וביניהם הרב קוק, איסור 'לא ישבו' שווה לאיסור 'לא תחנם', וממילא הבירור הקודם שייך גם לאיסור 'לא תחנם'. אמנם יש מחמירים יותר וסוברים ש אף אם יש מקילים לעניין 'לא ישבו' שגוי שבפועל שומר שבע מצוות רשאי לגור בארץ, מכל מקום אסור למכור לו קרקע מצד 'לא תחנם' שחל על כל מי שלא הוגדר על ידי בית דין באופן רשמי כ'גר תושב', וכ"כ הנצי"ב."

¹⁷² הרב מלמד, א'. איסור נסיגה, <http://www.yeshiva.org.il/Shiurim/Books/Pniney/yishuv03.doc>. אין בכוונתנו לנתח כאן את טיב הדיון ההלכתי של הרב מלמד, כפי שלא עשינו זאת בטיעונים של הרב זלמן ברוך מלמד. נסתפק כאן בהערה, שטענותיו נראות פוליטיות, והוא מגייס אליהן מה ששטרן קורא "דעת תורה", בניגוד ל"פסקי הלכה". עצם העובדה שרב מפרסם את דבריו, אמנם בצורה פופולרית, על גבי אתר אינטרנט, מכיליל אותו בקטגוריה של "עמדתם של פוסקי הלכה כלפי....".

¹⁷³ בין שבע מצוות בני נח רשומות בתלמוד הבבלי, סנהדרין נו ע"א וברמב"ם, הלכות מלכים ט, א מצוות דינים ומצוות לא תרצח.

בפסוקים הללו רואים שמצוות כיבוש קשורה בפסוקים לאיסור "לא תחנם". ומי שפוסק את לא תחנם היום, אומר שאסור לתת להם לגור בארץ. והרמב"ם כותב מפורש שזה שייך גם בשעה שידי הנכרים תקיפה עלינו. וכדאי לזכור כי יש ביקורת קשה בדברי הנביאים על כך שישראל לא כבשו את כל הארץ מידי הנכרים. יש הלכה מפורשת על איסור נתינת אפשרות לנכרי לגור בארץ.

יש הערת אגב של המנחת חינוך שנאמרה בלשון "אפשר" שאין חובה לגרש נכרים שקנו קנין בארץ. הוא עצמו לא מכריע כך הלכה למעשה כיון שלא רצה לחלוק על כל הפוסקים הראשונים שלא הזכירו את החילוק הזה, חילוק שלא נזכר גם בגמרא. ברור שעל פי סברא שלא נפסקה, לא עוקרים את ההלכה הפשוטה ממקומה.¹⁷⁴

כאמור, הרבנים שמואל אליהו, זלמן ברוך מלמד ואלישע אבינר, שכולם מזוהים עם הציונות הדתית, לא התייחסו ישירות לבג"ץ קעדאן, אלא השיבו על שאלות בעניין מכירתם של בתים ושל קרקעות לערבים, בשעה שסוגית קעדאן הייתה עדיין תלויה ועומדת בבית הדין הגבוה לצדק. את ההתייחסות העקיפה של הרבנים לסוגיה זאת, מסביר הרב יואב שטרנברג, מכולל "ארץ חמדה", כדלהלן:

באופן כללי, בג"צ מהווה מזמן מוקד של המאבק בין הדתיים לחילונים בארץ. ... לכן, אין טעם לציין שוב ושוב, שבג"ץ אינו מתאים להלכה ולרוב ההלכה. ממילא, אין טעם לציין מדוע פסק זה או אחר שלהם נוגד את דין תורה, כאשר באופן כללי, כל הקו המנחה אותם נוגד את ההלכה.

המקומות שבהם מתנהל דיון, לדעתי, הם מקומות שבהם בג"ץ פוגע בסטטוס קוו - פוגע בסמכויותיו של בית הדין הרבני בתחומי גיור, כשרות, נישואין וכו', וכן במקומות שבהם הוא פוגע במעמדן של 'חברא קדישא', מועצות דתיות וכדומה. אבל, היות וממילא אין לגוף דתי סמכות בשאלה

¹⁷⁴ הרב אליהו, ש' (ללא תאריך). האם לא תחנם שייך בכל ארץ-ישראל? <http://www.moriya.org.il/shut/indexid.asp?id=28309> במכתב ששלח אלי ב- 27 באפריל 2006 בעניין בג"ץ קעדאן הוא הוסיף: "העקמומיות של פסק בג"ץ היא כל כך קשה עד שהיא עלולה להביא לשבר. בכל מקרה אין כאן צורך בפסק מיוחד שהרי יש פסוק מפורש בתורה, שני בנביאים ומשולש בכל ספרי ההלכה מהרמב"ם ועד השו"ע, הגמרא ועד אחרון הפוסקים." [המכתב שמור אצלי - מ.ס.] באותה רוח קובע גם אביו של הרב שמואל אליהו, הראשון לציין לשעבר, הרב מרדכי אליהו בשנת 2001: "אסור למכור או להשכיר דירה לגוי, לא רק למכור אסור, גם להשכיר אסור." הרב אמר את הדברים בתשובה לשאלה של תושב נצרת עילית בסיום שיעורו השבועי. בהתייחס להערת השואל כי הגוי מציע מחיר גבוה עבור הדירה אמר הרב אליהו: "ואם ישלם הגוי כסף ו עוד כסף - ידיהם דמים מלאו" - מי יודע הכסף הזה מאיפה גנב אותו? בכסף הזה אין ברכה." לגבי האיסור של מכירת דירה והשכרתה לגוי הוא הסביר כי זהו איסור מפורש מהתורה ('לא תחנם' - לא תיתן להם חניה בקרקע). הרב שמואל אליהו הוסיף, כי לגבי ערבים המתנגדים לקיום היהודי בארץ ישראל, האיסור למכור להם דירה, הוא גם כיוון ש "אין לתת בידי אויבנו אמצעים לפגוע בנו, וזה בבחינת 'לא תעמוד על דם רעך'." א' בן-חיים, הרב אליהו: "אסור למכור או להשכיר דירה לגוי", **ידיעות אחרונות**, 3.8.2001. כך גם תשובותיהם של רוב רבני הציונות הדתית. ראה: הרב משה צבי נריה, בעיתון **הצופה**, ה' סיוון תשנ"ד, בו הוא נשאל: פסק הלכה של גדולי הציונות הדתית בדבר סירוב פקודה עורר סערה רבה. אנו שומעים דעות רבות הגורסות שעתידו של עם חשוב מעתידה של הארץ, ולכן יש מקום לדאוג לשמירה על שלמותו של העם יותר מאשר לשלמותה של הארץ. האם באמת יש סתירה בין השניים, ואם יש - מה באמת עדיף? תשובת הרב נריה הייתה: "ראשית, מה החידוש בכך ששואלים רב מה היא עמדת ההלכה והוא עונה על השאלה? הפסק הזה לא מחדש דבר. ישנה מצוות יישוב ארץ ישראל שמקיפה את כל הארץ. יש איסור של "לא תחנם" האוסר על מכירת קרקע למי שאינו יהודי."

מי יגור במקום פלוני, אין בבג"ץ קעדאן משום מאבק סמכויות, ולכן אין התייחסות אליו.¹⁷⁵

בדיון עקרוני על ישיבת נוכרים בארץ ישראל שפרסם הרב שרמן עוד לפני החלטת בג"ץ בעניין קעדאן, הוא מסביר את ההבדלים בין המשפט האזרחי- חילוני לבין משפט התורה בעזרת הדוגמה של ישיבת נוכרי בארץ ישראל. בהצעת חוק שהכין משרד המשפטים בשנת תשמ"ט-1989 נכתב בסעיף 5, ש"לכל אדם החופש לנוע בארץ כרצונו, לבחור בה את מקום מגוריו ולצאת ממנה", ואילו בתורת ישראל הזכות ל שבת בישראל מותנית "במידת מילוי חובותיו ומצוותיו שהוא נתון בהם".¹⁷⁶ מכיוון שתורת ישראל מבדילה בין יהודי, גר תושב, בן נח וכו', זכות הנוכרים לשבת בארץ ישראל אינה שווה לזכותם של היהודים, אלא יש לבחון את זכות הישיבה בארץ של כל אחת מהקבוצות. על פי התורה הזכות לגור בארץ ישראל אינה זכות טבעית, כפי שגורס המחוקק החילוני ובתי המשפט האזרחיים.

כפי שהוסבר, בג"ץ התעלם מההיבטים ההלכתיים של הסוגיה העוסקת במכירת קרקעות של ארץ ישראל לנוכרים. בג"ץ לא בחן את הסוגיה לאור "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל", כפי שמחייב החוק משנת 1980 במקרה של לקונה, משום שלא הייתה לקונה בחוק במקרה של בג"ץ קעדאן. לכן יש לתהות אם היה מקום לבסס את פסק הדין על תקדים משפטי של המשפט האמריקני תוך התעלמות ממורשת ישראל, מהמשפט העברי ומההלכה היהודית.

6.7. סיכום ומסקנות

מהעיון בתגובותיהם של רבנים ושל פוסקי הלכה על צווים ועל פסקי דין של בית המשפט העליון עולות מסקנות ברורות: בית המשפט העליון, בעיקר בשבתו כבג"ץ, נתפס היום על-ידי רבים כאחד המוסדות האנטי-דתיים ביותר במדינת ישראל. לעמדה זאת הגיעו רבנים ופוסקי הלכה בעקבות שורה לא מבוטלת של פסקי דין שניתנו במשפטי ערעור בבית המשפט העליון ובעתירות נגד בתי הדין הדתיים. בג"ץ בבלי שינותח בפרק הבא אגב הדיון על עמדת פוסקי ההלכה כלפי החקיקה השיפוטית של בתי המשפט האזרחיים בישראל, בג"ץ נקש, שינותח בפרק 8 בהקשר של עמדת הפוסקים כלפי שופטים דתיים, בג"ץ תרזה אנגלוביץ' ובג"ץ קעדאן, שהוצגו כאן מזוויות הלכתיות, אינם אלא דוגמות ספורות של צווים ופסקי דין הנתפסים כאנטי-דתיים ואנטי-הלכתיים בעליל. הצווים בעניין זכויות קנייניות של זוגות חד-

¹⁷⁵ ראה נספח מס' 7.

¹⁷⁶ שרמן, (תשנ"ה). חוקי יסוד זכויות האדם לאור תורת ישראל ומשפטיה, פה-פט.

מיניים,¹⁷⁷ החיוב לכלול נציגים מהיהדות המתקדמת ונשים במועצות דתיות, הצו המבטל את הוראת בית הדין הרבני לחייב גרושה לשלוח את בנה לבית ספר ממלכתי- דתי לפי דרישת בעלה, ההכרזה, כי ההסדר של דחיית השירות הצבאי לבני הישיבות הוא בלתי- חוקי, ורבים אחרים משמשים את הרבנים ואת פוסקי ההלכה כהוכחה לטענותיהם. כעת, יש לברר, האם העמדה האנטי-הלכתית שתיארנו בפרק 2 הנובעת מהתפיסות הליברליות של השופטים, בבואם לפרש את החוק, או שהתפיסה הליברלית הרווחת בפסקי הדין של בית המשפט העליון ובצווי בג"ץ מקורה בחוקי הכנסת, ולשופטים לא נותר, אלא לשפוט לאור חוקים אלה? התשובה לשאלה זאת מורכבת. את זרעי המאבק בין שתי מערכות המשפט יש לחפש בראשית קיום המדינה, כאשר באמצעות חוקי הכנסת ניתנה לבתי הדין הדתיים הסמכות הייחודית לעסוק בנישואין וגירושין של בני אותה עדה דתית מחד גיסא, ומאידך גיסא חוקי חוקים המשקפים עקרונות ליברליים-שווינוניים, כמו "חוק שיווי זכויות האישה תשי"א – 1951" ועיקרון "טובת הילד" ב"חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות תשכ"ב – 1962". רוב פסקי הדין של בג"ץ הנתפסים כ"אנטי-הלכתיים" מקורם בטענה של העותרים, בדרך כלל של העותרת, שבית הדין הרבני התעלם מכפיפותו לחוקי המדינה. בג"ץ בבלי, בג"ץ לב ואחרים הוכיחו שמגמת בית המשפט העליון תמיד הייתה לצמצם את סמכותם של בתי הדין הרבניים לדון בענייני נישואין וגירושין גרידא. צווים רבים של בג"ץ אילצו את בתי הדין הרבניים ליישם עקרונות ליברליים, שמקורם בתקדימים המשפטיים, אך שלא מצאו את ביטויין בחוקי הכנסת. כפי ש כבר הוזכר, עוד בשנת 1981 הגביל השופט אלון את התערבות בג"ץ בעניינים המסורים לבתי הדין הרבניים: "כאשר מתעלם בית הדין הרבני מהוראת חוק מפורשת המופנית אליו, נתון הוא לביקורת בית המשפט הגבוה לצדק".¹⁷⁸ לנוכח התפתחות המשפט בשני העשורים האחרונים, צודקים המבקרים בטענתם, שמערכת המשפט הממלכתית של מדינת ישראל נוקטת עמדות אנטי-הלכתיות, ואישור לטענתם זו הם מוצאים דווקא אצל נציגי המערכת המשפטית.

"מה נותר איפוא מאוטונומיות השיפוט של בתי הדין הדתיים? התשובה לשאלה עשויה כמה רבדים. מן הבחינה המשפטית פורמלית, **אוטונומיה זו כורסמה לבלי הכר** (ההדגשה שלי, מ"ס).¹⁷⁹

¹⁷⁷ בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח' נ' דנילוביץ' ואחרים. דב"ע נג/116-3 אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ – יונתן דנילוביץ', פד"ע כו' 339, עמודים 356-357. בשיחה שקיימתי ב-18.10.2001 ציין הרב מאיר וונדר, עורך המדור "מאיר לציון" בכתב-עת תחומין, שבשביל הציבור הדתי במדינת ישראל, שני הבג"צים הנ"ל הם מהקשים ביותר והם מהווים מתן גט של הציבור החופשי לציבור הציונות הדתית שכרת בשעתו ברית עם התנועה הציונית. לפי דבריו ניסתה הציונות הדתית במשך עשרות שנים ל"הכשיר את השרץ", כלומר ליישב את הניגודים בין הלכה לדמוקרטיה, אך הציבור החופשי לא גמל לה על מאמציה. דברים דומים על בג"ץ דנילוביץ' כותב הרב יובל שרלו.
¹⁷⁸ בג"ץ 533/81 וילוז'ני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים ואח', פ"ד לו (2), עמ' 737. (דינים ועוד)
¹⁷⁹ ברק-ארז, ד' (2003). **משפטי מפתח**, 105.

ניתן לקבוע שהמצב החוקי שבו קיימת כפיפות דואלית של בתי הדין הדתיים לדין האישי הדתי, מחד, ולעקרונות שבמשפט הממלכתי, מאידך, הינו המקור העיקרי שאיפשר לבתי המשפט לצמצם את סמכות בתי הדין הדתיים.¹⁸⁰

בשני העשורים האחרונים מגמת המחוקק הייתה ליברלית. מגמה זאת הגיעה לשיאה ב"מהפכה החוקתית" של שני חוקי היסוד בשנת 1992. אם במגילת העצמאות הוגדרה מדינת ישראל מספר פעמים כ"מדינה יהודית", אך לא כדמוקרטיה, הפך חוק היסוד "כבוד האדם וחירותו" לא רק את יהדותה של מדינת ישראל ליסוד חוקתי, אלא גם את משטרה הדמוקרטית. אותן מגמות גם מעצבות את פסיקת בג"ץ. לא במקרה היה זה השופט ברק, שכונה את חקיקת שני חוקי היסוד, כבוד האדם וחירותו, וחופש העיסוק "מהפכה חוקתית",¹⁸¹ כי חוקים אלה לא רק ששמו קץ לאפשרות של חקיקה דתית נוספת,¹⁸² אלא אף

¹⁸⁰ מגמה זאת ניכרת לא רק לגבי בתי הדין הרבניים, אלא גם לגבי בתי הדין של עדות דתיות אחרות. בפסק-דין תקדימי (9611/00) נדרש ביהמ"ש העליון לשאלת היקף סמכותם של בתי-הדין הדרוזיים לדון בענייני נישואין וגירושין של בני העדה הדרוזית וכל הכרוך בהם. נפסק כי יש לפרש את חוק בתי הדין הדתיים הדרוזיים, תשכ"ג-1962 בהתאם לפירוש שניתן בפסיקה ל חוק שיפוט בתי הדין הרבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953. פירוש זה מצמצם את סמכותו של בית הדין הדתי לדון בענייני נישואין וגירושין של בני העדה הרלוונטית.

בניגוד לפסיקה קודמת באשר להיקף סמכותם של בתי הדין הדרוזיים, פסק ביהמ"ש העליון בעניין זה כי יש לפרש את החוק בכל הקשור לסמכותו של ביהמ"ש הדרוזי בצמצום, ולקבוע כי סמכותו הייחודית מצומצמת אך ורק לענייני "נישואין" ו"גירושין", לפי משמעותם הישירה והפשטה, בעוד שאר הנושאים הנלווים, כגון הרכוש המשותף, החזקת הילדים, מזונות ומדור, נתונים לסמכותו של ביהמ"ש אך ורק בהתקיים הסכמת שני הצדדים לכך. אם לא כן הם בסמכות הדיון הייחודית של בית המשפט לענייני משפחה. פרשנות זו מצמצמת את תחולת חוק בתי הדין הדתיים הדרוזיים, תשכ"ג - 1962 למעמד הנישואין והגירושין גרידא ומפקיעה ממנו את החלק השני של סעיף 4 לחוק זה: סעיף 4. שיפוט-ייחודי

ענייני נישואין וגירושין של דרוזים בישראל, אזרחי המדינה או תושביה, יהיו בשיפוטו הייחודי של בית הדין; כן יהיו בשיפוטו הייחודי עניינים הנוגעים ליצירתו או להנהלתו הפנימית של הקדש דתי שנוסד בפני בית-דין על פי הדין הדרוזי או של הקדש דרוזי שנוסד לפני תחילת חוק זה לפי מנהג דרוזי שלא בפני בית-דין דתי או בית-משפט.

סעיף 5. שיפוט על פי הסכמה
בענייני המעמד האישי של דרוזים כמפורט בסעיף 51 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1947-1922, או בפקודת הירושה, אשר בהם אין לבית-דין שיפוט ייחודי לפי סעיף 4, יהא לבית הדין שיפוט לאחר שכל הצדדים הנוגעים בדבר הביעו הסכמתם לכך.

דברי המלך במועצה על ארץ ישראל, 1947-1922:
סעיף 51. בתי דין דתיים, שיפוט בתי הדין הדתיים, הגדרת המצב האישי (דה"מ 1939, תיקון: תש"ך), בהתחשב עם הוראות הסעיפים 64 עד 67 ועד בכלל, יהא השיפוט בענייני המצב האישי, בהתאם להוראות חלק זה, מסור לבתי הדין של העדות הדתיות. לצורך הוראות אלה, ענייני מצב אישי פירושם תביעות בענייני נישואין או גיטין, מזונות, כלכלה, אפטרופסות, כשרות-יוחסין של קטינים, איסור השימוש ברכושם של אנשים שהחוק פסל אותם, והנהלת נכסי אנשים נעדרים.

www.nevo.co.il
¹⁸¹ כבר בראשית המדינה הגדיר השופט מ' זילברג את ההבדל בין משפט התורה למשפט המודרני: "אפשר לומר... כי המשפט המודרני אינו מתעניין כלל בחובות, הוא מתעניין רק בזכויות... מן הלקסיקון המודרני אינך יכול למחוק את המונח 'זכאי', אבל יכול אתה להתקיים – גם אם לא יהא זה נוח ביותר בלעדי המלה חייב... לא כך הוא המצב כפי שראינו במשפט העב... הרי שלפי קונספציה זו החובה היא עיקר והזכויות טפל או אף פחות מזה." זילברג, מ' (תשכ"ד). דרכו של תלמוד, 2-1.

¹⁸² סעיף 10 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו שומר אמנם על החקיקה הדתית שהתקבלה עד חקיקת חוק יסוד זה ("אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד"), אך החוק בכללותו מונע חקיקה עתידית של חוקים שאינם הולמים את רוחו. ראה במיוחד סעיף 11: "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה."

נתנו בידי מערכת המשפט כלים למימוש השקפות ליברליות , שכונו לא פעם כ "פוסט-ציוניות".¹⁸³ המפנה החוקתי של 1992 קשור, ללא ספק, למהפך השלטוני-הפוליטי באותה שנה, ששם קץ לשלטונו של הימין ושל המפלגות הדתיות . מה שהחל במהפך הכפול של 1992 הגיע לשיאו בימי התוכניות אודות "המהפכה החילונית" מבית היוצר של מפלגת העבודה. על המגמות בשנים אלו כותבת פרופ' דפנה ברק-ארז מהפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב:

האם הציבור בישראל רוחש אמון לבית המשפט ? שאלה זו מועלית במציאות חברתית ופוליטית שבה קיימת שחיקה באמון הציבורי בבית המשפט – לפחות מצד הציבור הדתי והחרדי, שחידש את התקפותיו על בית המשפט העליון בשל התפקיד שמילאו פסוקותיו בכרסום הסטטוס-קוו, במיוחד בעקבות הגידול שחל בסמכויותיו בתקופת המהפכה החוקתית. בהקשר זה זכורה במיוחד ההפגנה הגדולה נגד בית המשפט העליון, שבה השתתפו למעלה מ-100 אלף אנשים, בעיקר מן הציבור החרדי, אך לא רק ממנו. הרשעתו של אריה דרעי בעבירות שיוחסו לו סימנה שחיקה נוספת, באמון במערכת המשפט בישראל בקרב קהל תומכיו הרחב.¹⁸⁴

לדעת הרב שרלו חוסר האימון של הציבור במערכת המשפט נובע מההפרות החוזרות ונשנות של המשוואה "מדינת ישראל – מדינה יהודית ודמוקרטית" על ידי שופטי בג"ץ. וכך כותב הרב שרלו בתחילת 2005, אגב הכרעת בג"ץ בעניין זוגות חד-מיניים:

לא היה צריך להמתין לפסיקת בית המשפט העליון משלשום - שהתירה לבנות זוג לסביות לאמץ זו את ילדיה הביולוגיים של זו - כדי לקבוע כי בית המשפט מתעלם מאופיה היסודי של ישראל כמדינה יהודית -

¹⁸³ המושג "פוסט-ציונות" לא מופיע בהגות של פוסקי ההלכה, אלא בדברי חוקרי מדע המדינה, כמו פרופ' יחזקאל דרור, (1998). אקדמה למדיניות עם יהודי, **כיוונים חדשים** 1, דצמבר 1999, 42-22. ראה גם:

G.Steinberg: The Poor in your own city shall have precedence. A new Zionist critique of the Katzir-Qaadan Decision. *Jerusalem Letter / Viewpoints* No. 445, 6 Tevet 5761, January 2001

Post-Zionism in the Supreme Court?

As events that accompanied the establishment of the State of Israel receded into the history books, the extraordinary accomplishments of the Zionist movement also began to fade. For many Israelis growing up after 1948, Zionism became a negative term, satirized and trivialized, and the details of its achievements were rarely taught in the Israeli schools.

The extensive effort to transfer the norms and experiences of the U.S. and other liberal democratic societies to the Israeli context provides a direct and important link between Barak's judicial philosophy and post-Zionist ideology. From both perspectives, Israel is, or should be, a "normal" liberal and universally egalitarian state. In the post-Zionist lexicon, "normalcy" is a synonym for the idealized American condition, in which equality under the law is the state's *raison d'être*.

לעומת זאת במקום במונח "פוסט-ציונות" אפשר לשמוע מרבנים ופוסקים, ששופטים כאהרון ברק מעדיפים ערכים אוניברסליים, נאורים, כי מתוקף משרותיהם האקדמיות הנוספות בעולם, הם מחוייבים לערכים אלה. ראה נספחים 1 ו-4. ברק-ארז, שם, 123.

דמוקרטית; פסק הדין הוא חלק מרצף פסיקות (אחד מהם הוא בג"ץ קציר, שאסר על המדינה להפלות בין יהודים לערבים בהקצאת קרקעות), המעידות כי בית המשפט לא מתייחס באופן שוויוני לשני חלקי ההגדרה. הוא מאדיר את החלק הדמוקרטי ומכניס באמצעותו, בדלת הראשית, ערכים ליברליים-מערביים, המעמידים את יסודות המשפט על הפרט ועל שיח הזכויות בלבד.¹⁸⁵

בדיון על הצורך בחוקה עונה הרב שרלו לשאלה על בית המשפט העליון:

לא ניתן לסמוך על בית המשפט העליון שלא ימשיך בשיפוט האקטיבי ויכפה בכוחו את דמותה של מדינת ישראל כפי שהיא נראית לחברות השופטים הנוהגת כגילדה פנימית.

יש לזכור כי, למעשה, בית המשפט העליון בראשות ברק מתנהג כאילו יש חוקה לישראל למרות שלא חוקקה, הוא נכנס לואקום וממש כופה את עמדתו על מדינת ישראל. בשל כך, קיימת חשיבות לחוקה, אולם יש צורך לקבוע דרכים המונעים מבית המשפט העליון לנצל אותה כדי להכריע את אופי דמותה של מדינת ישראל. בלא שיקול זה, יתכן כי המצב ללא חוקה טוב יותר.¹⁸⁶

על מידת האמון שהרב שרלו רוחש לשופטי בית המשפט העליון ניתן ללמוד מהזדהותו המלאה עם דברי אריה דרעי, שטען, כי הוא מתנגד לחוקה, אפילו אם יהיו בה רק עשרת הדברות, כל עוד בית המשפט העליון אמון על הפרשנות לחוקה זו.¹⁸⁷

כמובן שאין להתעלם מן העובדה שהביקורת על בית המשפט העליון לא באה רק מצד הציבור הדתי, רבניה ופוסקה, אלא מצד ציבור מגוון, שדעתו אינה נוחה ממדיניות בג"ץ. סביב ההתנגדות למדיניות השיפוטית של בג"ץ נוצרה קואליציה, שכוללת את מחברי כתב העת "תכלת", משפטנים ועורכי-דין רבים, תומכים רבים של אריה דרעי, שראו במשפטו בפני בית המשפט העליון מעין משפט דרייפוס לציבור המזרחי-חרדי כולו, הימין הפוליטי וחלקים מהציבור הדתי-לאומי. כוחות אלה חברו יחד כדי לנגח את החלטות בג"ץ, להוקיע את הרכב השופטים,¹⁸⁸ להציע הקמת בית משפט לחוקה, (במדינה שאין בה חוקה!), ולהכתיב מפתח שופטים המשקף את הסקטורים השונים בחברה הישראלית. לכן, לא פלא הוא שהשיח הביקורתי על בג"ץ הוא רק בחלקו הקטן הלכתי. בחיפוש אחר בעלי ברית לביקורת על בית המשפט העליון הפך השיח להיות על פי רוב פוליטי וחברתי. עבור רוב הציבור הדתי, שהפוליטיקאים שלו מהווים שופר לפוסקיו¹⁸⁹, בג"ץ נגוע, לדעתם, בעמדה אנטי-הלכתית

¹⁸⁵ שרלו, י' (2005). ומה עם החלק ה"יהודי", הארץ, 12.1.2005.

¹⁸⁶ שרלו, (תשס"ה). חוקה לישראל – המשך, רשו"ת הציבור, 83-82.

¹⁸⁷ ראה להלן, נספח מס' 7.

¹⁸⁸ את הרגישות הרבה של מערכת המשפט לביקורת על ההרכב האנושי, עדתי ומגזרי של בתי המשפט, אפשר לחוש במאמרים רבים שבכתבי העת המשפטיים. ראה למשל: פרידמן, ד' (תשנ"ט). מינויי שופטים ושאלת מינויים של חרדים לבתי המשפט הממלכתיים, 405.

¹⁸⁹ לא מצאנו בכתביהם ודבריהם של רבנים, של דיינים ופוסקים, אלא את הרב שלמה דייכובסקי, היחיד שאינו ייחס לבית המשפט העליון עמדה שלילית גורפת כלפי הדת, כלפי הציבור הדתי וכלפי דיני ישראל. ראה נספח מס' 5.

הנכפית, באמצעות החלטותיו, על הרבנות הראשית ועל בתי הדין הרבניים, ומכאן, על הציבור הדתי והחרדי בכלל. בעיני הציבור המסורתי והימני מהווה בג "ץ מכשול למימוש שאיפתם להפוך את מדינת ישראל למדינה יהודית.¹⁹⁰ עורכי "מנוף" נותנים במה רחבה בפרסומיהם לבעלי בריתם החילוניים, הציוניים ואף הדתיים-לאומיים, ומצניעים במכוון את המימד ההלכתי של הביקורת על בג"ץ.

מהביקורת על בג "ץ מתקבל הרושם, שמנהיגי הציבור הדתי מוטרדים פחות מהנושא ההלכתי, ויותר מהכרסום במעמד מוסדותיהם, השינוי באופי הפרהסיה הישראלית ושמירת האינטרסים המגזריים שלהם. בין כל בעלי הברית שחברו יחד בביקורת שלהם על בג "ץ, ניכרת מעין תחרות של הבעת ביקורת על בג "ץ. מתקבל הרושם, שביקורתם של החרדים על בית המשפט העליון באה מזווית ראייה חרדית בלבד, ואילו בביקורת של הציונים הדתיים ושל אנשי הימין הפוליטי נטען נגד בג "ץ, כי שופטיו מעדיפים את עמדות הציבור החופשי וכי רוב חלקי האומה אינו מסכים להעדפה הזאת.¹⁹¹ האזכור של הפגנת החרדים נגד בג "ץ, שהתקיימה ב-10.2.1999, בספרה של ד' ברק-ארז, מפנה אותנו אל המימד הפוליטי של המאבק החרדי בבית המשפט העליון. לדעתנו לא הייתה זאת פגיעה בהלכה היהודית או במוסדות הדת המופקדים על שמירת ההלכה ויישומה, שהביא כמאה אלף מפגינים למחות נגד בג "ץ, אלא הפגיעה באינטרסים של המגזר החרדי. ההפגנה נערכה בעיצומו של הדיון במשפט אריה דרעי וחודשיים לאחר פסיקת בג "ץ, בה החליטו 11 שופטים של בית המשפט העליון, פה אחד, כי ההסדר של דחיית השירות הצבאי לבני הישיבות אינו חוקי.¹⁹² הם פסקו, כי הסדרים כאלה, צריכים להיקבע בחוק על-ידי הכנסת ולא בהחלטת שר הביטחון.¹⁹³ פסיקה זאת מסוף 1998 ביטלה החלטה קודמת משנת 1986 וגורמים במגזר החרדי פירשו אותה כה תחזקות המגמות האנטי-חרדיות של בית המשפט העליון.¹⁹⁴ ברור, שגם לגבי ביטול ההסדר לבני הישיבות ניתן לבחון, באיזו מידה פגעה החלטת בג "ץ בהלכה היהודית, וכמו במקרים רבים אחרים היינו מגיעים למסקנה, שלגיוסם של בחורי הישיבות יש היבטים

¹⁹⁰ על היחס של המגזרים הפוליטיים, החברתיים והדתיים השונים בציבור הישראלי כפי בג "ץ, ראה את מחקרם של ג' ברזילי, א' יער-יוכטמן וז' סגל, (תשנ"ד). **בית המשפט העליון בעין החברה הישראלית**, 130, 135-154, 163-172.

¹⁹¹ ראה את מאמרו של הרב מירון, מנהל בתי הדין הרבניים לשעבר, הטוען תחת הכותרת "בית משפט של כולם", .. "שרוב הציבור בארץ רוצה ערכאה אחת, שתדון בענייני חוקה." **הארץ**, 23.5.2001, עמ' 2ב.

¹⁹² העילה להפגנת החרדים הייתה אמנם החלטת בג "ץ לכנס את המועצה הדתית בחיפה בהשתתפות הנציגים הרפורמים והקונסרבטיבים, אך לדעת הכתב שחר אילן מעיתון "הארץ" ("מועצת גדולי התורה: פסיקות בג"ץ חסרות תוקף", **הארץ** 17.1.1999) עמד מאחורי גילוי הדעת של מועצת גדולי התורה על חוסר התוקף של החלטת בג"ץ, פסילת ההסדר של דחיית השירות לבחורי ישיבות והחלטת של נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים, ורדי זיילר, לרשום כיהודים קרוב ל-30 גרים רפורמיים וקונסרבטיביים. בג"ץ אמנון רובינשטיין ואחרים נ' שר הביטחון 3267/97, ניתן ב-9.12.98.

¹⁹³ זילברשלג, ד' (תשנ"ח). מה מקלקל את השורה, 6, כותב: "סוגיית גיוס החרדים לצה"ל אינה יורדת מסדר יומנו, ולמרות כל קיתונות האיבה שנשפכו עליה עד כה, כדאי תחילה להזכיר לעצמנו כי ההשתמטות שבה דנים היא דחיית שירות הסכמית המעוגנת בחוק המדינה ואף עמדה עד כה במבחן הבג"ץ."¹⁹⁴

הלכתיים שונים ואף סותרים , ולאור הה יבטים האלה רבני הציונות הדתית פוסקים בעד השירות הצבאי ורבנים חרדיים נגד השירות הצבאי . לכן, ברקע ההפגנה ההמונית לא עמדה שאלה הלכתית , אלא הפגיעה , מפסיקת בג "ץ בעניין שירותם הצבאי של בחורי הישיבות באינטרסים המגזריים של הציבור החרדי .

פרק 7: עמדתם של פוסקי ההלכה כלפי החקיקה השיפוטית

7.1. החקיקה השיפוטית

לחקיקה השיפוטית מעמד משפטי חשוב בחוק הישראלי. "חוק יסודות המשפט התש"ם – 1980" קובע:

ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה¹ (הדגשה שלי, מ"ס) או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל.²

מכלול פסקי הדין, הניתנים בבית המשפט, יוצר את החקיקה השיפוטית. מעליה בדרגת החשיבות ניצבים רק חוקי הכנסת. בבואם לפרש את חוקי הכנסת יוצרים בתי המשפט, באמצעות פסקי הדין שלהם, תקדימים המחייבים את בתי המשפט בדרגה המקבילה או הנמוכה יותר. במשפטים שלגביהם קיימת 'לקונה' בחוק, יוצרים השופטים קונסטרקציות משפטיות, המבוססות על תקדימים והיקשים, שהם, מבחינת חוקי הכנסת, מעין יצירה של "יש מאין". כבר בשנות הארבעים והחמישים של המאה העשרים דנו פוסקי ההלכה של הציונות הדתית באפשרות להכשיר את חקיקת הכנסת על-ידי ההלכה, אך לא היו מודעים לכך, שפסקי הדין של בתי המשפט מבוססים על-פי רוב על תקדימים משפטיים ולא על חקיקת הכנסת.³ נראה שזאת הסיבה, שבגינה לא ניסו פוסקי ההלכה להכיר בפסקי הדין של בתי המשפט מבחינה הלכתית.

בשנות התשעים של המאה ה-20 השתנה המצב. העיון בשני פסקי דין של בית המשפט העליון – בג"ץ בבלי בשנת 1992 ובג"ץ גבאי בשנת 1999⁴ – ותגובתם של פוסקי ההלכה על החקיקה השיפוטית של בית המשפט העליון, פותחים בפנינו הזדמנות לבחון את מעמדה ההלכתי של החקיקה השיפוטית של בתי המשפט. כאמור, החקיקה השיפוטית מחייבת כל ערכאה מקבילה או נמוכה יותר בדרגתה, אך בפרק זה נבחנת עמדתם של פוסקי ההלכה כלפי התקדים המשפטי, משום שמכלול פסקי הדין של בית המשפט העליון מחייב לא רק את

¹ אין הכוונה כאן להלכה היהודית, אלא לתקדימים המשפטיים של בתי המשפט. הם חומר משפטי המשפיע על החלטות עתידיות. לרוב מסיקים תקדים מהגיון (ratio decidendi) שנובע מפסק הדין. התקדים הוא המקבילה השיפוטית לנורמה חקוקה. מבחינים בין שיטת המשפט המקובל, שבה התקדים הוא מקור משפטי ליצירת נורמות משפטיות, והוא מחייב גם את פעולתם של בתי המשפט בעתיד, לבין השיטה הקונטיננטאלית, המייחסת לתקדים חשיבות מעטה יחסית. בישראל החלטת בית המשפט העליון מחייבת את כל שאר הערכאות, זולת את ביהמ"ש העליון עצמו. החלטה של בימ"ש אחר מחייב בימ"ש בדרגה מקבילה לו ומחייבת רק בימ"ש בדרגה נמוכה ממנו.

² חוק יסודות המשפט, התש"ם – 1980.

³ זה מתבהר מעיון בפתיחה של רוב פסקי הדין, כאשר השופטים רושמים את רשימת החוקים ורשימת פסקי-הדין עליהם התבססו בנסחם את פסק הדין שלהם. לא נגזים אם נקבע שעל-פי רוב רשימת פסקי-הדין ארוכה לאין שעור מאשר הרשימה של חוקי הכנסת.

⁴ בג"ץ 2222/99, גבאי נ' בית-הדין הרבני הגדול.

בית משפט השלום ובית המשפט המחוזי, אלא גם את בתי הדין המיוחדים, כמו את בתי הדין הרבניים, ואף את בית הדין הרבני הגדול.

7.2. בג"ץ בבלי

פסיקתו של בית המשפט העליון מ-1992 בשבתו כבג"ץ בעתירת הגב' חוה בבלי⁵ נגד בית הדין הרבני מ-1992, היוותה, ללא ספק, תפנית ביחסים בין מערכת המשפט האזרחית לבין בתי הדין הרבניים. בית המשפט לא רק ביטל הכרעה של בית הדין הרבני הגדול, אלא פסק, שבתי הדין הרבניים חייבים לקבל על עצמם את "הלכת השיתוף" ולפסוק בעתיד על-פיה. זו חקיקה שיפוטית של בית המשפט העליון, שלא הייתה מעוגנת בחקיקת הכנסת עד לפרסום "חוק יחסי ממון בין בני זוג", התשל"ג – 1973, אבל היא מחייבת מעתה גם את הזוגות שנישאו לפני חקיקת החוק. מספר חודשים לפני מתן פסק הדין בעתירת בבלי קבע בית המשפט העליון, אמנם בהרכב אחר, שבית הדין הרבני רשאי לנהוג בענייני רכוש לפי המשפט העברי.⁶ מכיוון שרק בית המשפט העליון יכול לבטל החלטה קודמת של בית המשפט העליון, הפכה "הלכת השיתוף" לתקדים שמחייב לא רק את מערכת המשפט האזרחית, אלא במקרה הקונקרטי של עתירת בבלי, גם את מערכת הדין הדתי.

המקרה של הזוג בבלי מתואר בקיצור בראשית פסק הדין:

העותרת והמשיב מס' 3 נישאו זה לזה (בשנת 1957) בישראל. להם שלושה ילדים. המשיב הוא טייס בחברה מסחרית. העותרת הפסיקה את עבודתה כמורה וניהלה את משק הבית. המשיב הגיש (ביום 18.11.86) תביעת גירושין לבית הדין הרבני האזורי. הוא כך בה את המזונות ואת חלוקת הרכוש. בני הזוג התגרשו, ובית הדין המשיך לדון בחלוקת הרכוש. העותרת מצדה הגישה תביעה לחלוקת הרכוש לבית המשפט המחוזי, אך תביעתה נמחקה. נקבע שהסמכות לדון בשאלה זו נתונה לבית הדין הרבני. גם הערעור לבית המשפט העליון (ע"א 739/87) נדחה. נקבע כי הכריכה כנה וכדין.

⁵ בג"ץ 1000/92, תקליטור "דינים ועוד", הלפרין-קדרי, ר' (1997). פלורליזם משפטי בישראל: בג"ץ ובתי הדין הרבניים בעקבות בבלי ולב, 747-683 ליפשיץ, ב' (תשנ"ו). תוכן וקליפה בהלכת שיתוף נכסים (בעקבות בג"ץ בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול ואח'), 239-262.

⁶ בג"ץ בעהם 609/92 בעניין מעמד של מתנה בעת גירושין: "החוק הקובע את דיני המתנה במערכת המשפטית במדינה הוא חוק המתנה, תשכ"ח-1968, כפי שנתפרש בפסיקת בית המשפט. האם כך הוא המצב המשפטי כאשר בית הדין הדתי דן בעניין שהוא בתחום סמכות שיפוטו, אם על-פי הדין ואם על-פי הסמכת בעלי הדין? התשובה על כך ברורה. 'הדין הולך אחר הדין' (ההדגשה שלי, מ"ס), ובהיעדר הוראת חוק מפורשת אחרת, ידון בית הדין לפי הדין הדתי שלפיו הוא דן. הלכה זו מקובלת היא מימים ימימה, ואמרנו על כך בעניין וילוז'ני (בג"ץ 323/81, פ"ד לו (2) 733): 'הסמכות, שהוענקה לבתי הדין הרבניים לפי חוקי המדינה, היא לדון - בעניינים שנמסרו לסמכות שיפוטם - על פי המשפט שלפיו דן בית הדין הרבני, היינו המשפט העברי, פרט למקרה שמצויה הוראת חוק מיוחדת, המופנית אל בית הדין הרבני והקובעת מפורשות, כי על בית הדין הרבני לדון לפי הוראת חוק זו' (שם, 738-739). והיה וקיימת הוראת חוק מיוחדת, המחייבת את בית הדין לנהוג לפי האמור באותו חוק, ובית הדין התעלם ממנה, יזכה העותר לסעד מבית המשפט הגבוה לצדק, אם על פי העילה של חריגה מסמכות ואם - לפי גישה אחרת - מכוח העילה שסעד זה דרוש למען הצדק (ראה על כך, בהרחבה, עניין וילוז'ני, שם). "דינים ועוד".

בית הדין הרבני האזורי המשיך לדון בחלוקת הרכוש בין הצדדים . רכוש זה כלל מקרקעין (דירה בגבעתיים ווילה בסביון), מטלטלין (תכולת הדירות, תכשיטים ושתי מכונות פרטיות), ונכסים נוספים (כגון כספים בבנק, תכניות חיסכון, ביטוח חיים וקופת גמל). העותרת טענה בפני בית הדין הרבני האזורי, כי היא זכאית על-פי הלכת שיתוף הנכסים למחצית הרכוש. בית הדין הרבני האזורי דחה את הטענה, בקובעו: "אין כל מחלוקת כי הצדדים נישאו לפני תחולת חוק יחסי ממון בין בני זוג, דהיינו לפני 1.1.1974, כן אין חולק כי חוק זה אינו חל על בני זוג אלה באשר נישאו לפני תחולת החוק. תביעתו של בא כוח האישה הייתה, להחיל את סעיף 15, הקובע כי יחול הדין שהיה לפני קבלת החוק, דהיינו פסיקת בית המשפט האזרחי, שחייב את הלכת השיתוף בין בני הזוג. בית הדין קובע בבירור כי פסיקת בית המשפט אינה מחייבת את בית הדין הרבני כלל וכלל, ובית הדין פוסק אך ורק לפי ההלכה היהודית, בה לא קיים מושג של שיתוף בנכסים, אלא על-פי זכויות שמגיעות לאישה מכוח תנאי הכתובה וההלכה."⁷

בג"ץ בבלי, שניתן מספר חודשים אחרי בג"ץ בעהם, התקבל כ"כמחולל מהפך בתחום דיני המשפחה בארץ".⁸ לפי השופט שמגר היו שטענו, כי יש בו משום הפרת הסטטוס קוו.⁹ החידוש בבג"ץ בבלי היה לא רק בתוכנו, אלא גם בהוראתו המפורשת, שעל בתי הדין הרבניים לפסוק על-פי המשפט האזרחי, כלומר, חוקי הכנסת והחקיקה השיפוטית של בתי המשפט, כשעומדת בפניהם שאלה של חלוקת רכוש, שבני הזוג כרכו לענייני הגירושין שלהם. כותב על כך השופט ברק בפסק-דין בבלי:

נראה לי, כי לבעיה הניצבת בפנינו בעתירה זו, יש רק פתרון אפשרי אחד, והוא זה: על כל בתי הדין הדתיים במדינה להפעיל, בסוגיות "אזרחיות" נלוות, שאינן חלק מענייני המעמד האישי (כפי שדיבור זה מתפרש על-פי דין המדינה) הנתון לסמכותם, את המשפט האזרחי הכללי, כפי שפורש על-ידי בית המשפט העליון. פתרון זה מבטיח מחד גיסא, אחדות של המשפט האזרחי בכל רחבי השיטה. הוא מונע "פיצול קניין", "פיצול חיוב" ו"פיצול בעלות" במסגרת אותה שיטת משפט עצמה. פתרון זה אינו פוגע מאידך גיסא בדין הדתי, הממשיך לחול בענייני המעמד האישי. כמובן, הוא מאפשר גם, לאותם בתי דין דתיים המוכנים לכך, להכיר בתחולת הדין האזרחי מכוח דוקטרינות פנימיות הקיימות במסגרתו של הדין הדתי. עם זאת, מנקודת המבט של השיטה כולה, תחולת המשפט האזרחי הכללי היא תחולה "חילונית".¹⁰

יש לזכור, שעיקר טענתם של שופטי בג"ץ הייתה, שחלוקת הרכוש בעת גירושין איננה שייכת לאותם ענייני גירושין, ש"חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג – 1953" מגדיר בסעיף 1 ו-2: (1) "ענייני נישואין וגירושין של יהודים בישראל אזרחי המדינה או

⁷ בג"ץ בבלי, פסקה 1, ו-2.

⁸ הלפרין-קדרי, פלורליזם משפטי, 686.

⁹ בג"ץ 2346/94, ולר נ' יו"ר מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1), 812.

¹⁰ בג"ץ בבלי, פסקה 28.

תושביה יהיו בשיפוטם הייחודי של בתי דין רבניים ; (2) נישואין וגירושין של יהודים ייערכו בישראל על פי דין תורה. "ההוראה, שבענייני הכריכה (ממון, משמורת, וכד'), אין זכות לבית הדין הרבני לשיפוט ייחודי, אלא אך ורק לשיפוט מקביל, משתמעת מסעיף 3: "הוגשה לבית דין רבני תביעת גירושין בין יהודים, אם על-ידי האישה ואם על-ידי האיש, יהא לבית דין רבני שיפוט ייחודי בכל עניין הכרוך בתביעת הגירושין, לרבות מזונות לאישה ולילדיה הזוג."11 כלומר, רק אם תביעה בענייני הכריכה לא הוגשה לבית הדין הרבני, אלא לבית המשפט האזרחי, בית המשפט יהיה זכאי לשיפוט שיפוט ייחודי בתביעה. בג"ץ בבלי ביטל החלטה קודמת שניתנה בבג"ץ בעהם, ש"הדין הולך אחרי הדין", וחייב את בתי הדין הרבניים לפסוק על-פי המשפט האזרחי המורכב מחוקי הכנסת ומהתקדימים של בתי המשפט.

7.2.1. העמדות העקרוניות של הרבנים דייכובסקי ושרמן כלפי בג"ץ בבלי

שני דיינים בכירים, שמכונים בבית הדין הרבני הגדול שבירושלים, הרב אברהם ח' שרמן¹² והרב שלמה דייכובסקי¹³, נדרשו לסוגיית בג"ץ בבלי בכתב העת ההלכתי "תחומין", כשבמוקד עיונם עומדות שתי שאלות: מה יחסה של ההלכה היהודית אל "ההלכה הפסוקה" (החקיקה השיפוטית) של בית המשפט האזרחי? האם חל על החקיקה השיפוטית "דינא דמלכותא דינא", דין "מנהג המדינה"¹⁴ או לא? בשאלה נוספת הם בודקים, האם "הלכת השיתוף", שבדאי נוגדת את דין התורה, הפכה ל"מנהג המדינה" בחברה הישראלית. אם היא אכן הפכה למנהג המדינה, אולי ניתן להכיר בה בדיעבד כמחייבת גם את בתי הדין הרבניים?

על פניו נראה ששני הדיינים, הן הרב שרמן והן הרב דייכובסקי, תמימי דעים בעמדתם השוללת את החלטת הכלל "דינא דמלכותא דינא" והחלטת "דין מנהג המדינה" על הכרעותיו של בית המשפט האזרחי, שאינן מעוגנות בחקיקת הכנסת, אלא הן יצירת חקיקה שיפוטית של השופטים בפרשם את חוקי הכנסת. בבסיס טענותיהם עומד שו"ת הרשב"א¹⁵

מעשה היה בפירפניאן, בראובן שהשיא את בתו לאה לשמעון, והכניס לו עמה סך ממון בנדוניא, וילדה לו בת. ואח"כ מתה לאה, ואחר זמן מתה ג"כ הבת שילדה לו. ועכשיו עמד ראובן ותבע בדיני הגויים שיחזיר לו אותו ממון הנדוניא שהכניס לו עם לאה בתו. ואעפ"י שהבעל יורש את אשתו והאב את בתו בדיני ישראל, טוען ואומר שאין לחוש לירושת הבעל, כיוון שהכל יודעים שהם הולכים בדיני הגויים, והרי כל הנושא אישה שם כאילו התנה כן...ועל ירושת האב בנכסי הבת טוען, שהמלך חקק בנימוסיו שכל

11 חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג – 1953, **דינים ועוד**.

12 שרמן, (תשנ"ח). הלכות שיתוף לאור משפט התורה, 32-40.

13 דייכובסקי, (תשנ"ח). הלכות השיתוף – האם דינא דמלכותא? 18-31.

14 על המנהג כ"כוח יוצר בתחומים משפטיים שונים" כותב אלון ב-**המשפט העברי**, 739 ואילך. הוא מדגיש, ש"כדי שיהיה המנהג בר תוקף (הלכתי, הוספה שלי, מ"ס) צריך שיתקיימו בו שלושה תנאים: א. שיהא נפוץ ומקובל בכל המדינה; ב. שיהא שכיח ונעשה פעמים רבות; ג. שיהא מפורסם וברור".

15 ראה לעיל פרק 2.

שימות הוולד תוך זמן ידוע, שיהא מה שיש לו מצד האם ליורשי האם, ודינא דמלכותא דינא.¹⁶

שני הדיינים מביאים את דברי הרשב"א במלואם, כדי להדגיש שפוסקים ראשו נים לא התירו להסכים על חוקי הגויים:

"כל דבר שבממון תנאי קיים" (כתובות נו). ובאמת אמרו שמתנין בכעניין זה, וכדאמרינן בירושלמי (כתובות פ"ט ה"א) "הני דכתבין 'אין מיתה בלא בנים נהדיר מוהרא לבי נשא' – תנאי ממון וקיים". ומוסיף אני על זה, שבכל מקום שנהגו להתנות ולעשות כזה תנאי, אפילו הנושאים שם סתם גובין מהם אם מתה בלא בנים, שכל הנושא סתם על דעת הנוהג שם בישראל נשא. וזהו שקראוהו בפרק המקבל (ב"מ קד, א) דרישת הדיוט.

ומ"מ לנהוג כן – מפני שהוא משפט הגויים, באמת נראה לי שאסור, לפי שהוא מחקה¹⁷ את הגויים. וזהו שהזהירה תורה (שמות כ"א, א') "לפניהם" – "ולא לפני גויים" (גיטין פ"ח, ב). ואע"פ ששניהם רוצים בכך והוא דבר שבממון, שלא הניחה תורה את העם, שהוא לנחלה לו על רצונם שייקרו את חקות הגויים ודיניהם: ולא עוד אלא אפילו לעמוד לפניהם לדין אסור, אפילו בדבר שדיניהם כדין ישראל.

על כן אנו פה תמהים: מקום המשפט בעירכם, מקום תורה ויתרון דעת, איך נתנו יד לכלל דברים אלו שאסרתן תורה שלמה שלנו. ומה ממון יתנה לירש שלא כתורתנו... וכל שכן, אם עתה יוסיפו לחטא לעקור נחלת האב על הבנים. וסומך על משענת קנה הרצוץ הזה, ועושה אלה – מפיל חומות התורה, ועוקר שרש וענף, והתורה מידו תבקש. ומרבה הונו בזה, בפועל כפיו נוקש.

ואומר אני, שכל הסומך בזה לומר שמותר מ' שום דינא דמלכותא דינא, טועה וגזלן הוא, וגזילה ישיב. וחס ליה, דאפילו גזילה ישיב – רשע מיקרי, כדאיתא בפרק הכונס (ב"ק, סג). ואם נאמר כן, בטלה ירושת בנו בכור דכל הנחלות, ותירש בת עם הבנים, ובכלל עוקר כל דיני התורה השלמה. ומה לנו לספרי הקודש המקודשים שחברו לנו רבי ואחריו רבינא ורב אשי? ילמדו את בניהם דיני הגויים, ויבנו להם במות טלואות בבית מדרשי הגויים! חלילה! לא תהיה כזאת בישראל, ח"ו, שמא תחגור התורה עליה שק.¹⁸

הרב שרמן מדגיש שהרשב"א אוסר לא רק את הפנייה לערכאות של גויים, אלא גם את קבלתם של חוקי הגויים הכתובים בספריהם כמנהג.¹⁹ מותר לאדם מישראל להתנות בענייני ממון, אפילו בניגוד לתורה,²⁰ אבל "אין אדם רשאי לקבוע ולהתנות שענייני ממון ייקבעו על-ידי מערכת חוקים ודינים שאינה מערכת חוקי התורה". בהמשך מוצא הרב שרמן, ששו"ת הרשב"א עושה גם הבחנה ברורה בין האפשרות להכשיר את חוקי המלך משום "דינא דמלכותא דינא", לבין חוסר האפשרות להכשיר את פסיקת בית המשפט האזרחי משום אותו כלל של שמואל האמורא:

¹⁶ שו"ת הרשב"א, ו, ס' רנד, מובאת בבית יוסף, חו"מ, ס' כח, אצל שרמן, שם, 20.

¹⁷ מלשון "חוק", כלומר שהוא מחזק את חוקים.

¹⁸ שו"ת הרשב"א, אצל שרמן, שם, 33.

¹⁹ שרמן, שם, 33.

²⁰ לכן מצטט הרשב"א כאן את הגמרא: "כל דבר שבממון תנאו קיים".

ולעניין דינא דמלכותא דינא שאמרת – בוודאי לא אמרו אלא במאי דאיכא הורמנא דמלכא ובדברים שהם מדיני המלכות, ד"דינא דמלכותא" אמרו, 'דינא דמלכא' לא אמרו. אלא כמו שאנו יש לנו משפטי מלוכה, כמו שאמר להם שמואל לישראל, דמלך מותר בו (שמו"א ח', י"א-י"ז), כך בשאר האומות דינין ידועים יש למלכים, ובהם אמרו דדיניהם די. **אבל דינין שדינין בערכאות אין אלו ממשפטי המלוכה, אלא הערכאות דינן לעצמן** (ההדגשות שלי, מ"ס), כמו שימצאו בספרי הדיינין. שאם אין אתה אומר כן, בטלת חס ושלום דיני ישראל.²¹

מכאן, מגיע הרב שרמן למסקנה:

אין בית דין שיכול לעשות שימוש בכלל ההלכתי "דינא דמלכותא דינא" ולקלוט את הלכות השיתוף האזרחיים בכלל, ואת הלכת השיתוף שבין בני זוג בפרט. הרי ע"פ הגדרת פסק הדין של הבג"ץ, הלכת שיתוף נכסים בין בני זוג היא פרי יצירתו של בית המשפט, והיא חקיקה שיפוטית שלידתה על אובני בית המשפט העליון, ולא פרי חקיקת השלטון ובית המחוקקים.²²

מסקנת הרב שרמן מעוררת שאלה עקרונית: האם אפשר לגזור מתנאיו של הרשב"א, שניתנו בגלות, על חוקיה של מדינת ישראל ופסקי הדין של בתי המשפט שלה? האם הפונה אל בתי המשפט של מדינת ישראל מוקיר בכך עבודה זרה ופולחני גויים? שאלה זאת עולה ביתר שאת נוכח הקביעה של הרשב"א, שבעצם, לא טיב החוק קובע אם המוסד פסול, אלא מוצאו של הדיין. וכך כתב הרשב"א באותו השו"ת: "לא הניחה תורה את העם.... ולא עוד, אלא אפילו לעמוד לפנייהם לדין, אפילו **בדבר שדיניהם כדין ישראל**". (ההדגשה שלי, מ"ס) בקביעה זאת מהדהדת המחלוקת על אופן הקריאה הנכון של דברי הרמב"ם – הפסילה של "דיני עכו"ם", או של "דייני עכו"ם". מדבריו של הרב שרמן אנחנו למדים שהוא פוסל לא רק את דייני עכו"ם ואת דיני עכו"ם, אלא גם את חוקי הכנסת שנחקקו על-ידי חברי הכנסת ושלא בהתאם לתורה.

בהמשך מסביר הרב שרמן, שהלכת השיתוף, המושתתת על העיקרון של שוויון האישה, מנוגדת להשקפת התורה, שלפיה "זכויות וקנייני ממון נוצרים מכוח פעולות ומצבים משפטיים ממוניים, ולא מכוח אידיאה או השקפת עולם".²³ מכיוון שבג"ץ בבלי מושתתת על חוק שווי זכויות האישה (תשי"א – 1951), שהוא לפי דעת השופטים חוק אידיאולוגי, ו"הלכת שיתוף נכסים, לידתה והתפתחותה בכותלי בית המשפט העליון",²⁴ הרי שדייני בתי הדין הרבניים אינם יכולים לקבל אותם מכוח המנהג, מכוח דין סיטומתא²⁵ או מכוח "דינא דמלכותא דינא".

²¹ שו"ת הרשב"א, ג, ס' קט.

²² שרמן, שם, 34.

²³ שרמן, 35.

²⁴ כך לדברי השופטים באותו פסק הדין.

²⁵ דין סיטומתא הוא דין מנהג הסוחרים, מעמדו כ"דין מנהג", דהיינו בכוחו לבטל הלכה, אך לא בתחום "איסורא".

הרב שרמן אינו יכול לדמיין מצב, שבו בתי הדין הרבניים, הכפופים אך ורק לדין תורה, יוכלו למלא אחר ההוראה שבפסקה 37 בבג"ץ בבלי:

על בית הדין הרבני בדונו בענייני רכוש הנכרכים לענייני גירוש ין, להכריע בסכסוך באשר למהותו של הרכוש העומד לחלוקה **על פי המשפט האזרחי הכללי** (ההדגשה שלי, מ"ס). הלכת שיתוף הנכסים, כפי שפותחה על ידי בית המשפט העליון, היא חלק מהמשפט האזרחי הכללי, ועל כן על בית הדין להכריע בסכסוך על פי הלכות אלה.²⁶

על מנת ל אשש את התנגדותו החריפה, מביא הרב שרמן בהמשך את דברי כל אותם פוסקים, השוללים את האפשרות להכשיר את פסקי הדין של בית המשפט העליון מכוח הכללים ההלכתיים שצוטטו לעיל, כמו "דינא דמלכותא דינא", דין סיטומתא וכוח המנהג. דווקא הכשרתם של פסקי הדין מכוח המנהג נראה כמתבקש ביותר מבחינה הלכתית. אפשר לטעון, שבעקבות היישום של הלכת שיתוף נכסים על-ידי בית המשפט העליון, הפך שיתוף זה ל "מנהג המדינה", וכ"מנהג המדינה" אפשר להכיר בו גם מצד דין תורה. אולם מתברר, שהרב שרמן נותן גם בנושא זה לנימוק האידיאולוגי לגבור על הנימוק ההלכתי: ביטוי לנימוק ההלכתי, אותו הרב שרמן דוחה, מוצאים בדברי הרמב"ם: "הנושא סתם, כותב ונותן כ'מנהג המדינה'. וכן היא שפסקה להכניס, נותנת כ'מנהג המדינה'. ובכל הדברים האלו וכיוצא בהן 'מנהג המדינה' עיקר גדול הוא, ועל-פיו דנין, והוא שיהיה אותו מנהג פשוט בכל המדינה".²⁷ הרב שרמן מציין, שכך נפסק גם בש ולחן ערוך²⁸, אבל הוא דוחה את גישת השולחן ערוך בעזרת דברי המהרשד"ם²⁹, שפסק בעניין שני אנוסים מפורטוגל שנישאו שם בנישואין קתוליים, על-פי חוקי אותה המדינה שהכירה בשיתוף נכסים ובחלוקה שווה של הנכסים:

אך מ"מ אומר לי לבי שיש מקום לחלוק לחלוק ולתת טעם לדבריו אחר שענינו הרואות כמה דקדק הרמב"ם ז"ל בלשונו וכתב והוא שיהיה המנהג פשוט בכל המדינה כנז"ל משמע דכל היכא דאיכא לפקפק פקפוק קטן אי זה שיהיה אין לילך אחר המנהג והטעם שיש לנו לעשות כל מאמצי כחנו לקרב הדברים אל ד"ת וכל שאתה בא לעקור דין תורה ממקומו עליך להביא ראיה והייתי יכול להביא ראיות לזה מדברי הרא"ש ז"ל בתשובותיו אלא שהדבר ברור מעצמו ולכן לא ראיתי להאריך בן.³⁰

²⁶ בג"ץ בבלי, פסקה 37, 43, (ההדגשה שלי, מ"ס), ב-שרמן, שם, 36.

²⁷ רמב"ם, הלכות אישות כג, יב.

²⁸ שולחן ערוך, אה"ע, סי', יא.

²⁹ מהרשד"ם: רבי שמואל בן משה די מדינה נולד ב סלוניקי בשנת ה'רס"ו (1506) למשפחה ספרדית, שם למד ונהיה לרב ולמנהיג. הוא לקח חלק פעיל בעיצוב דמותה של הקהילה הספרדית במקום. ישיבתו בסלוניקי משכה תלמידים רבים מקרוב ומרחוק. מהרשד"ם ענה לשאלות מכל אזור הבלקנים ומאיטליה. הוא נפטר בשנת ה'שמ"ט (1589).

³⁰ מהרשד"ם, חו"מ, סי' שכז, שרמן, 28-30.

הוא קובע, שהלכת השיתוף איננה מנהג ברור, לכן הלכות הרמב"ם בעניין אי מוץ "מנהג המדינה" אינן תקפות לגביה ויש להתנגד לקבלתה, כפי שעשה זאת המהרשד "ם בענייני הנישואין הקתוליים של שני האנוסים מפורטוגל.

גם הרב דייכובסקי פותח את עיונו בסוגית בג"ץ בבלי בדברי הרשב"א שצוטטו לעיל, אך בניגוד לרב שרמן, הוא מדגיש יותר את ההבדל בין חוק המלך למשפט בערכאות. הוא מביא את דברי המהריא "ז ענזיל, שדבריו צוטטו כבר,³¹ שתמה על דיינים שזיכו משום דינא דמלכותא:

דכל מי שיש לו עניינים לראות ולב להבין בדברי הפוסקים ראשונים ואחרונים יראה ויבין, שדעת כולם שווה דלא שייך דינא דמלכותא, אלא בדברי חוק ומשפט חקוק מאת המלך, מפורש וברור בלי שום ספק ושקול הדעת.³²

משום תפיסה זאת של דינא דמלכותא, מעורר בג"ץ בבלי את השאלה, האם הלכת השיתוף נובעת ובכך מתחייבת מחוק "שווי זכויות האישה" (התשי"א – 1951), והאם אפשר היה להפעיל שיקול דעת אחר בבוא השופטים לפרשו? אם התשובה לשאלה הראשונית חיובית, ניתן לטעון שהכנסת חוקה את הלכת השיתוף נכסים, והיא אינה יציר כפיה של החקיקה השיפוטית. אילו לא טענו שופטי בית המשפט העליון שמדובר ביצירה אידיאולוגית מובהקת של חקיקה שיפוטית, ייתכן שהדיינים לא היו יוצאים למאבק נגד העיקרון של שוויון זכויות האישה בנכסים של המשפחה.³³ סברה זאת נתמכת על המובאה מדברי בעל ה"נימוקי יוסף",³⁴ אותה מביא הרב דייכובסקי בהמשך, על מנת להסביר את התנגדותו לחקיקה השיפוטית:

בכל הני גוונים מיירי בעניין שיצא דבר מלכות מפורש, ואינו תלוי בשיקול דעת איזה שופט.... עכ"פ הדין הוא חקוק מאת המלך, מפורש ומבואר להנהיג בהם בני עמו. וכן אם יצאה פקודת המלך על אחד מעבדיו שהכעיסו ליטול כל אשר לו – הנה כן משפט המלך עם עבדיו משפט חרוץ וברור. אבל בדברים התלויים בשיקול הדעת מהשופטים הממונים בערכאות, שמחזיקים בדינים שסדרו להם חכמיהם הקודמים בספריהם – כמו שיש להם קצתם מהיוונים וקצתם מהרומיים – וקצתם שחדשו להם לפי מצב המדינות ודנים על פיהם בשיקול דעתם – מעולם לא עלה על

31 ראה לעיל, פרק 3.

32 תשובות המהריא"ז ענזיל, סי' ד, דייכובסקי, שם, 22.

33 על הסתירה שבבג"ץ בבלי, המגייס הן את חוק שיווי זכויות האישה, והן את חוק יחסי ממון בין בני זוג וחוקים אחרים לטובת פסיקתו, אך אחר כך טוען שהלכות שיתוף אינן מעוגנות בחוק, אלא הן פרי יצירתו האידיאולוגית של בית המשפט, כתב הפרופ' א' רוזן-צבי: "היצירה השיפוטית הטהורה של הלכת השיתוף, שצידוקה המשפטי רופף, יוצרת משטר רכוש שלם.... זוהי שותפות sui generis המורכבת מערב רב של מקורות משפטיים, כשהורתה ולידתה, לכאורה, בחיק דיני החוזים וגלגולה בדיני הקניין ובדינים אחרים תוך שימוש באנלוגיות לא מעטות לדיני השותפות. למעשה היא נעדרת בסיס עיוני של ממש, שום מקור משפטי אינו יכול להלום אותה והיא סוטה במקרים רבים מן הדינים הקיימים. ההלכה היא כבגד העשוי מפיסות אריג שונות זו מזו וחלקיו השונים תפורים לפי מידות שונות. בית המשפט שם עצמו אפטרופוס לכוונת הצדדים והוא מטלטל כוונה זו לכיוונים שונים." רוזן-צבי, א' (תשנ"ג). יחסי ממון בין בני-זוג, 296.

34 שו"ת נימוקי יוסף

דעת איש מִישראל שיש לו קצת מוח בקדקדו לומר עליהם דינא דמלכותא דינא. אבל הם הם ערכאות של נכרים, שהזהירה אותנו התורה הק' שלא לדון בפניהם, אפי' בדברים שדיניהם שווה לדיני ישראל.³⁵

גם בעקבות ציטוט זה יש לשאול, אם בתי המשפט של מדינת-ישראל הם ערכאות של נכרים. הרי בעל "הנימוקי יוסף" מדגיש גם הוא, שלא טיב המשפט הוא העיקר ("אפילו בדברים שדיניהם שווה לדיני ישראל"), אלא השופטים הנכרים בתפוצות. הרב דייכובסקי מבסס את התנגדותו להכרה הלכתית בחקיקה השיפוטית כמעט אך ורק על דברי השופטים שמגר וברק בבג"ץ בבלי, ועל מובאות שהביאו שני השופטים מדברי שופטים אחרים. והרב דייכובסקי פותח בציטוט דברי המשפט שמגר:

דין החל בישראל ואשר לפיו נגזרות זכויות הפרט בכל תחום, לרבות בתחום הקניין, ביטוי בחוק החרות ובפרשנותו המוסמכת על ידי בתי המשפט. באמצעות הפרשנות וכתוצאה ממנה קמה ונוצרת המסכת המשפטית הרחבה יותר, המוסיפה כמידת הצורך את ההעשרה וההרחבה הדרושים לדין הקיים בכל עת מצויה, הנמזגת בו והופכת לחלק ממנו. זהו מעין "משפט מקובל", המשמש כלי חיוני להבנת החוק החרות ולעקרונות המשפט של שיטתנו ולהתאמת עקרונות אלו לנסיבות הקונקרטיות החדשות, שהחיים מזמנים מעת לעת לכל מי שחי תחת כנפיה של שיטת משפט נתונה.... החוק ופרשנותו המוסמכת - על החיקוקים והמשפט המקובל שבו - משתלבים לכדי מערכת שלמה אחת שהיא המשפט הפוזיטיבי שלנו, אשר מתוכה נדלה המענה לבעיה משפטית מוגדרת המבקשת את פתרונה.

פרשנות החוק מתבצעת, ביוזעין ואף בלא יודעין, כל אימת שחוק מסוים מופעל הלכה למעשה.... כל אחת מרשויות השלטון נדרשת לעיתים מזמנות לפרשנותו של דבר חוק.... הפעלתו של חוק חרות כרוכה, תדירות - ולהלכה תמיד - בקביעת עמדה כלפי מהותו ותוכנו; אולם, ההכרעה הפרשנית הסופית והמכרעת לגבי חוק, כתוקפו בכל עת נתונה היא בידי בית המשפט.... פרשנותו של חוק מתבצעת בכל בית משפט ובכל בית דין, אך ההכרעה הסופית בדבר תוכנו ומהותו של הדין היא בידי בית משפט זה. המבנה ההירארכי בכל הנוגע להכרעות שיפוטיות הוא הכרח הנובע מעצם הצורך לבנות ולקיים שיטת משפט חיה. זו האחרונה, ככל מערכת מאורגנת, זקוקה לגורם מכריע סופי ההופך פרשנות מצויה למחייבת.³⁶

לאחר מכן מביא הרב דייכובסקי את דברי השופט אהרון ברק, המדגיש שהלכת שיתוף נכסים היא דוגמה מובהקת לחקיקה שיפוטית, שכן היא לא נוצרה על-ידי גוף מחוקק:

הלכת השיתוף היא פרי יצירתו של בית המשפט. היא מהווה דוגמה מובהקת של חקיקה שיפוטית, שלידתה על אובני בית משפט זה.... היא משתמשת בקונסטרוקציה חוזית שעניינה הסכם (משתמע) בין הצדדים, לפיו הם שותפים שווים בזכויות.... המכשיר המשפטי נועד להגשים מטרה חברתית, הוא מכוון להביא צדק חברתי, הוא מבוסס על שיוון בין המינים, הוא ניזון מהתפיסה כי בני הזוג תורמים באופן שווה לרווחת המשפחה.

³⁵ שו"ת הנימוקי יוסף, דייכובסקי, (תשנ"ח). הלכות שיתוף - האם דינא דמלכותא 22.
³⁶ בג"ץ בבלי, פסקה 2-3 של דברי השופט שמגר. (דינים ועוד)

נראה שיש לרב דייכובסקי שתי סיבות עיקריות לדחיית החקיקה השיפוטית של בית המשפט העליון, סיבה הלכתית וסיבה אידיאולוגית. הסיבה האידיאולוגית נעוצה בהנגדה שעושה השופט ברק בין ההלכה היהודית בנוגע ליחסי ממון במשפחה לבין החקיקה השיפוטית בנושא, כלומר הלכת שיתוף נכסים. אחרי שהסביר השופט ברק בפסק הדין את הלכת שיתוף הנכסים, הוא העמיד מולה את עמדת ההלכה היהודית:

שונה עמדתם של בתי הדין הרבניים. על פי גישתם וכפי שהם מפרשים את המשפט העברי, זכאית האישה בגירושה לעיקר ולתוספת הכתובה. כן זכאית היא, על פי שיקול דעת בית הדין, לפיצויים. אם קיים הסכם בין הצדדים, המעניק לאישה שיתוף בקניין בנכסים מסוימים, יש לכבד הסכם זה. עם זאת, החיים המשותפים יוצרים, כשלעצמם, חזקה בדבר קיום הסכם לשיתוף. אפילו חיו בני הזוג באורח חיים תקין ובמאמץ משותף, אין בכך כדי להקים חזקה בדבר שיתוף בנכסים. על כן, הנכסים הרשומים על שם הבעל, הוא יזכה בהם.³⁷

הבלטת העובדה, בדברי השופט ברק, שהלכת השיתוף כולה מבוססת על חקיקה שיפוטית, יחד עם העובדה, שהלכת השיתוף מנוגדת לדין תורה, שעל פיו נוהגים בבתי הדין הרבניים, אינה מאפשרת לפוסקי ההלכה לאמץ אותה, לא מכוח "דינא דמלכותא דינא" ולא מכוח "מנהג המדינה". בסיום פרשנותו חוזר הרב דייכובסקי ומצטט עוד מדברי השופט אהרון ברק, כדי לחדד את ההבדל בין גישתו של ברק לזו של ההלכה היהודית:

הפרשנות במשפט מניחה קיומו של 'טקסט', אותו יש לפרש... המשותף לכל המצבים הללו הוא קיומו של טקסט המשמש אובייקט לפירוש. הפרשן אינו יוצר את הטקסט, ואין הוא מוסמך להוסיף על הטקסט או לגרוע ממנו, הטקסט נתון לפרושו. גבול הפרשנות הוא גבול הטקסט.³⁸

כאן אולי טמון ההבדל העיקרי בין תפיסתו של המהריא "ז' ענזיל לבין הדוגלים ב"חקיקה שיפוטית". כל "תיק" זקוק לפרשנות, בפרשנות ניתן "למתוח" את הטקסט לאורך ולרוחב, אולם אין לסטות ממנו. אולם מה לעשות כאשר... נוצר חלל (לקונה) בחוק, והשופט נאלץ להביא מרחוק לחמו – מפסיקה זרה או מסברת עצמו. במקרה כזה קבע המהריא "ז' ענזיל (וכך הבין את דברי הרשב"א) שלא חל הכלל דינא דמלכותא דינא. מאידך גיסא, "פרשנות שיפוטית" גרידא, הצמודה לטקסט הכתוב, אינה שונה במהותה מן החוק עצמו, ולא נראה לי להבדיל בינה לבין החוק עצמו לעניין "דינא דמלכותא דינא".³⁹

נראה כאילו הרב דייכובסקי מצמצם בצורה משמעותית את התנגדותו להחלת הכלל "דינא דמלכותא דינא" על חוק ומשפט בישראל. על סמך הציטוט לעיל התנגדותו חלה רק על החקיקה שיפוטית, שנעדרת בסיס של חוק כנסת, והיא מבחינתו יצירת 'יש מאין' של שופטי בית המשפט. הבנה זו תעמוד למבחן, כאשר בית המשפט יפרש חוק שהוא בעייתי מבחינת

37 דברי השופט אהרון ברק, בג"ץ בבלי.

38 ברק, א' (תשנ"ד). פרשנות משפטית, 25.

39 ש' דייכובסקי, שם, 25.

פוסקי ההלכה, כמו "חוק שווי זכויות האישה" (ה'תשי"א – 1951),⁴⁰ או חוקים אחרים, שקיבלה הכנסת, והם אינם מתיישבים עם ההלכה היהודית. ואכן, במאמרו "חוק יחסי ממון בין בני זוג" (ה'תשל"ג – 1973), הקובע את איזון המשאבים בין בעל ואשתו.⁴¹ דבריו מעורפלים למדי. וכך כתב הרב דייכובסקי: "על חוקי הכנסת יש מקום יותר להחיל את הכלל דינא דמלכותא". מסקנתנו היא, שבתור "הלכה פסוקה" של בית המשפט, הלכת שיתוף נכסים פסולה, בתור חוק כנסת, "יש מקום יותר להחיל את הכלל דינא דמלכותא".

הרב דייכובסקי מוסיף נימוק הלכתי נגד החלת הכלל "דינא דמלכותא דינא" על החקיקה השיפוטית. מכיוון שתקדים של בית המשפט העליון לא מחייב אותו עצמו בעתיד, אלא רק את בתי המשפט הכפופים לו, הוא עלול באותה סוגיה משפטית להכריע אחרת ולהגיע לפסק דין המנוגד לקודמו. כך קרה, שבשנת 1992 קבע בית המשפט בבג"ץ בעהם כי בית הדין הרבני רשאי לנהוג בנושא הרכוש לפי המשפט העברי, ובאותה שנה קבע בית המשפט העליון בבג"ץ בבלי, שעל בית-הדין הרבני לנהוג על-פי הלכת שיתוף נכסים, שהיא פרי חקיקה שיפוטית של בית המשפט העליון. מכיוון שרק בית המשפט העליון מוסמך לסטות מתקדימיו של עצמו, ההלכה היהודית לא יכולה להכיר בהם משום "דינא דמלכותא דינא". כדי לאשש את מסקנתו זו, מצא הרב דייכובסקי את דברי הראי"ה הרצוג, שהביא בזה את דברי הפוסקים, והוסיף:

וכה"ג כתב בת' שבות יעקב (ח"ב סי' קע"ו) דעפ"י הרוב אינם מכוונים דעותיהם יחד, רק כל אחד אומר לפי אומד דעתו ואין אפשר לסמוך עליהם, ועוד כתב שם גם לענין הבא מכח עכו"ם, דכ"ז לא נאמר אלא בהני דינים שלהם שידוע ומפורסם לכל בלי פקפוק ואינו משתנה כלל, אבל שאר דינים שמשתנה לפעמים לפי דעת ה' שופט הערכי בודאי בזה

⁴⁰ חוק שיווי זכויות האישה, תשי"א-1951 קובע בין השאר: "חוק זה מטרתו לקבוע עקרונות להבטחת שוויון מלא בין האישה לבין האיש, ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת-ישראל". "דין אחד יהיה לאישה ולאיש לכל פעולה משפטית; וכל הוראת חוק המפלה לרעה את האישה, באשר היא אישה, לכל פעולה משפטית-אין נהגים לפיה." "לאישה נשואה תהיה כשרות מלאה לקניין ולעשייה בקניינים כאילו הייתה פנויה; ואין קניינה שרכשה לפני הנישואין נפגעים על ידי קשר הנישואין." (פדאור) ברור שחוק זה אינו הולם את ההלכה היהודית הקובעת "דין קניין לאישה בלא בעלה", ואפילו היו נכסי מלוג ("שלחן ערוך, חושן משפט, סי' סו, ס' כח).

⁴¹ הזכות לאיזון בפקיעת הנישואין (תיקון ה'תש"ן):
5. (א) עם פקיעת הנישואין עקב גירושין או עקב מותו של בן-זוג (להלן - פקיעת הנישואין) זכאי כל אחד מבני הזוג למחצית שווי מ כלל נכסי בני הזוג, למעט - (1) נכסים שהיו להם ערב הנישואין או שקיבלו במתנה או בירושה בתקופת הנישואין; (2) גמלה המשתלמת לאחד מבני הזוג על-ידי המוסד לביטוח לאומי, או גמלה או פיצוי שנפסקו או המגיעים על פי חיקוק לאחד מבני-הזוג בשל נזק גוף, או מוות; (3) נכסים שבני הזוג הסכימו בכתב ששוויים לא יאוזן ביניהם.
13. (א) חוק זה אינו בא לשנות מסמכות שיפוטם של בתי הדין הדתיים.
14. (ב) בענין שחוק זה דן בו ינהג גם בית-דין דתי לפי הוראות חוק זה, זולת אם הסכימו בעלי הדין לפני בית הדין להתדיין לפי הדין הדתי (הדגשה שלי).

אילו בני הזוג בבלי היו מתחתנים אחרי קבלת חוק זה, היה בית המשפט מסתמך על חוק זה, אך מכיוון שנישאו זה לזה טרם קבלת החוק, היה צורך להסתמך על "הלכת שיתוף" של בתי המשפט. מדבריו של הרב דייכובסקי משתמע, שניתן להכשיר מבחינה הלכתית את ההסתמכות של בית המשפט על חוקי-הכנסת, גם הבעייתיים מבחינת ההלכה היהודית, אך לא ניתן להכשיר את ההסתמכות של בית המשפט על התקדימים המשפטיים.

לא אזלינן בתריהם עיי "ש, וא"כ מכ"ש מה שנוגע לדון בדד "מ כעין נד"ד
לישראל דכל עיקר במחלוקת שנוי כל"ל.⁴²

והרב דייכובסקי מוסיף, ש"לפוסקים אלו ברור שאין מקום לדינא דמלכותא בהלכות שאין
קבועות, אלא משתנות מתקופה לתקופה. הדבר נכון בשינויים הנוב עים מהשתנות המדיניות
השיפוטית, ועל אחת כמה וכמה כאשר גם באותה תקופה יש חילוקי דעות בין שופט לשופט.
ביחס להלכת השיתוף אכן נחלקו הדעות אם ניתן לחייב בה את בתי הדין הרבניים.⁴³

7.2.2. המחלוקת בין הרבנים שרמן ודייכובסקי

על סמך דבריהם ניתן לחשוב, ששני הרבנים הם תמימי דעים בהתנגדותם לחקיקה
השיפוטית של בית המשפט העליון משום המגבלות של "דינא דמלכותא דינא" ושל "מנהג
המדינה". שניהם גם נעזרו בנימוקיהם הן בדברי הרשב"א והן בדברי פוסקים אחרונים. אך
מתברר שבפרקטיקה מתגלעת מחלוקת בין הרב שרמן לבין הרב דייכובסקי. לאחר שהרב
דייכובסקי שולל את האפשרות להכיר מבחינה הלכתית בחקיקה השיפוטית של בית המשפט
העליון, הוא ניגש לדון, לגופו של עניין בנושא של "הלכות שיתוף נכסים" והחלטת בית
המשפט העליון ב עתירת בבלי.⁴⁴ לשם כך מצטט הרב דייכובסקי את דברי החזון אי "ש:
"ומכיוון דמורגל אצלנו דינא דמלכ ותא דינא, אף שזה רק בתנאים מיוחדים, מ"מ זה משפיע
על בני אדם לסמוך בסתמא על שיעור שהם דנים...ונמצא דאנו דנים בדיונונו, ולא
כדיניהם."⁴⁵ לפי הרב דייכובסקי החזון אי "ש טוען, שדינא דמלכותא דינא יותר מאומדנא,⁴⁶
"וממילא בסופו של דבר אנו דנים לפי האומדנא בדינונו".⁴⁷ אישוש לפרשנותו של החזון אי "ש
מוצא הרב דייכובסקי בדברי הרב משה פיינשטיין: "ברור ופשוט שכל אלו הדינים התלויים
במנהג המדינה....אין צריך שיעשה המנהג ע"פ חכמי התורה, וגם אף לא ע"פ יהודים דווקא.
דאף שהנהיגו זה הנכרים – כגון, שהם רוב תושבי העיר – נמי הוא מדין תורה בסתמא א כמו
מנהג, דאדעתא דמנהג העיר נחשב כהתנו בסתמא".⁴⁸ על סמך הבחנה זאת מסיק הרב
דייכובסקי:

מכל מקום פסיקת ביהמ"ש העליון בתיק בבלי שינתה את המצב, וכפי
הנראה מצב זה אינו עומד להשתנות. הייתי נוטה לומר, שממעמד מתן
פסק דין בבלי ואילך, יודע הבעל המצוי שאין עצה ואין תבונה ועליו לתת
את מחצית רכושו לאשתו לאחר הגירושין. מפסק דין זה ואילך נוצרה
אפוא אומדנא ביחס לרכוש, שמחציתו שייכת לאישה. דומני, שעם מסקנה
זו יכולים בתי הדין הרבניים להסכים. ועוד: כיוון שכיום ידוע לצדדים שאין
מנוס מחלוקת הרכוש, וגם אם יתקש מי מהם על כך בבי "ד רבני, אזי

42 שו"ת מנחת יצחק, ב, סי' פו; דייכובסקי, שם, 28.

43 שם.

44 יש לזכור שבית המשפט העליון מחייב בבג "ץ בבלי את בתי הדין הרבניים להכיר בחקיקה השיפוטית

בנושא שיתוף נכסים ולנהוג במקרה הזה ואף בהמשך לפי החלטות בג"ץ.

45 חזון אי"ש, חו"מ ליקוטים, סי' טז, דייכובסקי, שם, 28.

46 סברא שרוב העולם מתנהג על פיה.

47 שם, שם.

48 הרב מ' פיינשטיין, חו"מ, א, סי' עב; דייכובסקי, שם, 28.

יכריע ביהמ"ש העליון – ממילא נוהגים במקרים רבים להסכים מראש לחלוקת הרכוש לפי החוק האזרחי.⁴⁹

הרב דייכובסקי גם סבור שהלכת שיתוף של בג"ץ בבלי יחד עם חוק יחסי ממון מ-1973 יוצרים מצב, שבו "אין קושי הלכתי בקביעת 'איזון המשאבים' עקב האומדנא הנ"ל".⁵⁰

תגובתו של הרב שרמן היא חריפה. הוא חוזר על התנגדותו האידיאולוגית לכך שבתי הדין הרבניים יאמצו את הלכת שיתוף הנכסים בפסקיהם, ומוסיף נימוק חדש:

הלכת השיתוף, פרי יצירתו של בית המשפט, אין מטרתה לחזק את התא המשפחתי ואת חיי הנישואין, אלא כפי שכתב מפורש השופט ברק בת יק בבלי (עמ' 4) "לפנינו חוק אידיאולוגי מהפכני, משנה סדרי חברה. הלכת השיתוף הופכת מכשיר משפטי, שנועד להגשים מטרה חברתית. הוא מכוון להביא צדק חברתי המבוסס על שוויון בין המינים". "המטרה היא לחזק את מעמד האישה בחברה, ולא את המשפחה ואת חיי הנישואין. ואכן, הלכת השיתוף מיושמת רק כאשר תא המשפחה מתפרק וחיי הנישואין המשותפים של בני הזוג נפסקים. הלכת השיתוף לא רק שנותנת לאישה זכות שימוש ברכושו של הבעל, אלא אף נוטלת מנכסי הבעל ומעבירה לאישה בעלות ממונית כשותפת לכל דבר. הבדלים אלו אינם מאפשרים להגיע למסקנה שהגיע אליה הר"ש דייכובסקי, שהלכת השיתוף מעוגנת במנהגי ישראל, ובוודאי שאינה יכולה להישען על התנאים הנאמרים בשטר התנאים "וישלטו בנכסיהן".⁵¹

במישור ההלכתי שולל הרב שרמן את נכונותו של הרב דייכובסקי לראות בבג"ץ בבלי ובחוק יחסי ממון בין בני זוג, המתייחס ישירות גם לבתי הדין הרבניים, אומדנא שעל דעתו נישאו שני בני הזוג. כלומר הם נישאו בידיעה, שבעת פירוק הנישואין יחולק רכושם שווה בשווה. הרב שרמן שב ומצטט את דברי הרשב"א הנרגשים, שהובאו כבר לעיל:

לנהוג כך מפני שהוא משפט הגויים באמת נ"ל שאסור, לפי שהוא מחקה (מלשון חוק, כלומר שהוא מחזק את חוקם – הגהות הטור, חו"מ סי' כו) את הגויים, וזהו שהזהירה תורה (שמות כ"א, א') "לפניהם – ולא לפני הגויים". ואע"פ ששניהם רוצים בכך והוא דבר שבממון, שלא הניחה תורה את העם שהוא נחלה לו על רצונם שייקרו את חוקות הגויים ודיניהם... ע"כ אנו פה תמהים: מוקם המשפט בעירכם, מקום תורה ויתרון דעת, איך נתנו יד לכלל דברים אלו שאסרתן תורה שלמה שלנו?! מה ממון יתהנה לירש שלא כתורתנו? "...וכ"ש אם עתה יוסיפו לחטוא לעקור נחלת האב על הבנים. וסומך על משענת קנה הרצון הזה ועושה אלה – מפיל חומות התורה ועוקר שרש וענף, והתורה מידו תבקש, ומרבה הונו בזה, בפועל כפיו נוקש.⁵²

הרב שרמן מסיק, שמבחינת דין התורה לא הלכת שיתוף נכסים של בג"ץ בבלי ולא חוק יחסי ממון שבין בני הזוג, שנחקק על-ידי הכנסת, יכולים להתקבל כמחייבים. הוא לא רק שולל את האפשרות להכיר במצב המשפטי שנוצר בעקבות בג"ץ בבלי, אלא הוא מתנגד גם לקבלת

49 דייכובסקי, שם, 29.

50 שם, 30.

51 שרמן, שם, 209.

52 שו"ת הרשב"א, אצל שרמן, שם, 211.

הלכת שיתוף כ"תקנת הציבור"⁵³, כי לא כורח המציאות והנסיבות הולידו את החוק הזה. לא תועיל גם הסכמת הצדדים, שבית הדין הרבני יפסוק על-פי הלכת שיתוף נכסים, כי על המערכת המשפטית האזרחית חל "איסור ערכאות של הדיוטות".⁵⁴ הרב דייכובסקי דוחה את עמדתו של הרב שרמן ומצטט לשם כך את בעל "האורים ותומים"⁵⁵, הקובע, שאין איסור ערכאות אם מסכימים הצדדים מראש לדון בהן.⁵⁶

המחלוקת הזאת בין שני הדיינים המכהנים בבית הדין הרבני הגדול בירושלים, נובעת ישירות מיסודות ההלכה היהודית, כי ההלכה, בעצם טיבה, פותחת אפשרויות לכאן ולכאן. לכן היא מאפשרת לאמץ את הלכת השיתוף ואת חוק יחסי ממון בין בני זוג משום אומדנה או משום ההסכמה בין הצדדים, אך באותה מידה היא מאפשרת גם לפסול את קבלתה. אם להלכה פנים לכאן או לכאן, ואין להטיל ספק במיומנות ההלכתית של שני הדיינים, אולי יש לחפש את מקור העמדות המנוגדות מחוץ להלכה, דהיינו באידיאולוגיה, בהשקפת עולם, או בהתייחסות התיאולוגית למדינת ישראל!?

7.3. הלכת שיתוף הנכסים בבית הדין הרבני

לשאלה, האם בתי הדין הרבניים אימצו את הלכת השיתוף בפסיקותיהם, יש היבט מיידי והיבט כללי: בהיבט המיידי יש לברר, האם נהג בית הדין לפי הלכת השיתוף בעניין בבלי; בהיבט הכללי יש לברר, כיצד פסקו הדיינים לאחר בג"ץ בבלי בעניינים של זוגות, שנישאו לפני קבלתו של חוק יחסי הממון משנת 1973. כדי לחדד את ההבדלים בין היחס של בתי הדין הרבניים לפסיקת בית המשפט האזרחי לבין היחס של הם לחוקי הכנסת, כדאי לברר, אם בתי הדין הרבניים קיבלו על עצמם החל מ-1973 לפסוק על-פי חוק איזון משאבים שבחוק יחסי הממון בין בני זוג.

לאחר פסיקת בג"ץ מ-1992 חוללו בני הזוג בבלי תפנית מפתיעה, אשר בגינה לא ניתן לקבוע האם בית הדין הרבני היה מקבל על עצמו את הלכת שיתוף הנכסים של בית המשפט העליון. בני הזוג בבלי פתרו את בית הדין הרבני האזורי תל-אביב-יפו מלהתייחס לפסק הדין של בית המשפט העליון משום שהם הציגו הסכם ממון משנת 1980.⁵⁷ שני הצדדים חשבו לתומם, שלא כדאי להם להציג אותו בכל שלבי הדיונים בבתי הדין הרבניים וגם לא בפני בית המשפט העליון, אך כשהתחדש המשפט ב-1997, יכול היה הבעל לצפות ליתרונות כלכליים מקיומו של ההסכם. בהסכם ממון זה קבעו בני הזוג חלוקה שווה של כל הרכוש והנכסים של

⁵³ שם, 215-213.

⁵⁴ שם, 212.

⁵⁵ אין לדעת אם הכוונה כאן למהר"י ליפשיץ, בעל ספר תפארת ישראל על המשניות, שחיבר גם את ספר "אורים ותומים", או ל"אורים ותומים" על השו"ע חושן משפט (קארלסרוהע 1775), שחיבר הרב יהונתן אייבשיץ (1690-1764).

⁵⁶ שו"ת אורים ותומים, כו"ד, ב-נספח: תגובת הרב שלמה דייכובסקי, תחומין יט (תשנ"א), 219.

⁵⁷ פד"ר, תיק מספר 001104884-21-1, ח' סיון תשנ"ט (23.5.1999), www.psakdin.co.il.

בני הזוג, ובית הדין הרבני האזורי הכיר בו, על אף שהוא לא אושר על-ידי גורם משפטי, כנדרש בחוק יחסי ממון.⁵⁸ יש להניח ששני נימוקיים הביאו את בית-הדין הרבני להכיר בהסכם: האחד, שמבחינת ההלכה, ניתן להכיר בהסכם גם ללא אישור של ערכאה והשני, ההסכם איפשר לבית הדין הרבני שלא להכריע אם לציית אם לאו להוראת בג"ץ. בסופו של דבר קבע בית הדין הרבני בהתאם להוראת בג"ץ, אך בלי ספק לא בגללו.

סיום מפתיע זה של סכסוך הערכאות מונע מאתנו לקבוע, אם בית הדין הרבני היה מוכן לציית להוראת בית המשפט העליון במקרה של בג"ץ בבלי. ברמה העקרונית נתנו הרבנים הראשיים והדיינים בכינוסיהם ביטוי לגישה שלילית לתביעת בג"ץ לאמץ את הלכת שיתוף נכסים בבואם לפסוק בעניין הרכוש שיש לחלק בעקבות משפטי גירושין. פרופ' ברכיהו ליפשיץ⁵⁹ מדגיש: "לטענתם, אין הם רשאים לפסוק בניגוד להלכה היהודית, ולדעתם הלכת שיתוף הנכסים, כפי שנקבעה על-ידי בתי המשפט האזרחיים, עומדת בניגוד להלכה זו. עוד הם טוענים, שבפסק הדין בפרשת בבלי יש פגיעה בסמכות הנתונה להם בחוק לפסוק על-פי ההלכה היהודית בענייני יחסי ממון שבין בני הזוג, הבאים לפניו לדין." ליפשיץ סבור, ש"קשה להעלות על הדעת היענות של בית הדין לתביעתו של בית המשפט, אלא על דרך הדיון הפרטני ולא באופן גורף, כדרישתה של הלכת השיתוף המפותחת".⁶⁰

יש אפוא לבחון את השאלה על סמך עיון במשפטי גירושין, שהתנהלו לאחר בג"ץ בבלי, שבהם נכרכו ענייני ממון בתביעת הגט, מכיוון שהוראת בג"ץ לבית הדין הרבני, שאימץ את הלכת שיתוף הנכסים, לא הייתה מוגבלת לפרשת בבלי, אלא לכלל משפטי הכריכה שבגירושין המתנהלים בפני בתי הדין הרבניים.

⁵⁸ חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג – 1973, סעיף 2 (א): "הסכם ממון טעון אישור ביהמ"ש...או בית הדין הדתי...וכן טעון שינוי של הסכם כזה אישור כאמור." פרשת בבלי לא טופלה כאמור על-פי חוק זה, מפני שהוא נחקק אחרי נישואיהם של בני הזוג, אך רוחו של חוק חדש, שלא היה קיים בעת הקובע את סדרי הדין, משפיע לא פעם על הפסיקה.

⁵⁹ ב' ליפשיץ הוא מ"מ ראש המכון למחקרי חקיקה ע"ש הארי סאקר, הפקולטה למשפטים, ירושלים.
⁶⁰ ליפשיץ, ב' (תשנ"ו). תוכן וקליפה בהלכת שיתוף נכסים 239.

7.3.1. בג"ץ גבאי

על יישומה של הלכת השיתוף בבתי הדין הרבניים אפשר ללמוד מבג"ץ גבאי⁶¹ נגד בבית הדין הרבני הגדול מ-1999, שדן בעניינם של בני זוג שנישאו בשנת 1970, לפני כניסתו לתוקף של חוק יחסי ממון בין בני זוג. לכן חלה על המקרה שלהם הלכת השיתוף, כפי שהיא חלה על מקרה הגירושין של הזוג בבלי. האישה תבעה מחצית מהזכויות והכספים הרשומים על שם הבעל, ותביעתה נדחתה בבית הדין הרבני האזורי. בית הדין הרבני הגדול אישר את פסק דינו של בית הדין הרבני האזורי, וקבע כי הזכויות והרכוש הרשומים על שם הבעל יישארו שלו, ואילו הזכויות שעל שם האישה שייכות לה בלבד. על קביעה זו הוגשה העתירה לבג"ץ. פסק הדין שניתן בבג"ץ גבאי חזר וקבע, כי על בני זוג שנישאו קודם לכניסתו לתוקף של חוק יחסי ממון בין בני זוג תשל"ג-1973, חלה הלכת השיתוף בנכסים. משמעות הלכה זו היא כי חזקה על בני זוג המנהלים אורח חיים תקין תוך מאמץ משותף, כי רכוש שנצבר במהלך חייהם המשותפים שייך להם במשותף. חזקת שיתוף הרכוש בין בני זוג הנה עיקרון מתחום דיני הקניין, והוא נובע מערך השוויון כעיקרון חוקתי, מחוק שיווי זכויות האישה תשי"א-1951 ומעיקרי דיני החוזים, כאשר כל אלה נשענים על תפיסה מוסרית- חברתית רחבה. חזקת השיתוף ניתנת אמנם לסתירה, אך נטל הסתירה מוטל על המבקש לסתור. עיקרה של הלכת השיתוף בין בני זוג כמשמעה בדין האזרחי הוא, בקיומה של חזקה הניתנת לסתירה, לפיה בני זוג, המנהלים אורח חיים תקין ומאמץ משותף, מתכוונים כי רכוש הנצבר על-ידם במהלך חייהם המשותפים ימצא בבעלותם המשותפת. בהיעדר הסכם, או כאשר לא ברור מה הייתה כוונת הצדדים במהלך צבירת הרכוש, מייחס להם בית המשפט כוונה שהנכס יהיה שייך לשניהם בחלקים שווים.

עובדת רישומו של פריט רכוש על שם אחד מבני הזוג - אין בה כדי לשלול את החלתה של חזקת השיתוף על בני הזוג השני. הלכת השיתוף ישימה הן לגבי נכסים אישיים והן לגבי נכסים עסקיים. גם חשבונות בנק, המוחזקים על-ידי אחד מבני הזוג בנפרד, עשויים להיחשב, חרף ההפרדה, לרכוש משותף. זכויות סוציאליות הנובעות מעבודתו של אחד מבני הזוג במהלך חיי הנישואין, כגון פיצויי פיטורין, זכויות פנסיה והפרשות לקופות גמל, נחזות בדרך כלל כרכוש משותף. בעבר לא הוחלה חזקת השיתוף על נכסים ש עברו בירושה לאחד מבני הזוג במהלך הנישואין, אך כיום עשויה החזקה להקיף גם את אלה. חזקת השיתוף עשויה לחול גם על נכסים שנרכשו לפני הנישואין ובן הזוג הביאם אל תוך הנישואין.

בג"ץ קבע, כי בחינת פסיקתם של בתי הדין הרבניים מעלה כי הלכת השיתוף בין בני זוג כמשמעה במשפט האזרחי לא יושמה כהלכתה במקרה גבאי. ההחלטה הראשונה של בית

⁶¹ בג"ץ 2222/99, גבאי נ' בית הדין הרבני הגדול ואח'.

הדין האזורי קובעת את אופן חלוקת הרכוש בין בני הזוג בלא הנמקה, ונראה כי אמת המידה היחידה, שנקבעה לצורך החלוקה, הייתה רישום הנכס הנוגע בדבר על שם אחד מבני הזוג. רישום זה הוא שחרץ לשבט או לחסד את בעלותה של האישה על הנכס. יתר על כן, פסיקת בתי הדין גם לא הונחתה על-פי אמות מידה של שוויון זכויות בין בני הזוג במובן רחב וגמיש יותר. מטעמים אלה אין פסיקת בתי הדין עולה בקנה אחד עם הלכת בבלי המחייבת, ועל כן היא בטלה והדיון הוחזר לבית הדין.

בג"ץ גבאי מעניין במיוחד בגלל הרכב השופטים שבו ישב גם השופט אנגלרד, שופט דתי, שתמך בעמדת שני עמיתיו, השופטת פרוקאצ'יה והשופט ברק, שדרשו מבית-הדין הרבני ליישם במקרה של הגב' גבאי את הלכת שיתוף הנכסים. נימוקיו של השופט אנגלרד לא היו אידיאולוגיים כמו אלה של השופט ברק בבג"ץ בבלי, אלא פרוצדורליים:

קיימת דעה חשובה, ולפיה הלכת השיתוף, יש לה תחולה גם במסגרת ההלכה היהודית בישראל, אם מכוח המנהג, אם מכוח הסכמת בני-הזוג ("אומדנה"), אם מכוח תקנת הציבור. במקרה דנן אין להניח כי בתי-הדין הרבניים שללו באופן עקרוני את תחולת הלכות השיתוף.

בית הדין הרבני הגדול ייחס במקרה דנן לבית הדין הרבני הכרעה בעניין חלוקת הרכוש בדרך של הטלת פשרה על הצדדים בעל כורחם.

הכרעה בדרך של הטלת פשרה על הצדדים מוגבלת, על פי עקרונות המשפט העברי, למצבים חריגים ונעשית במקרים נדירים. במקרה דנן לא היה מקום להכרעה כזו, שכן בית-הדין האזורי ציין בהחלטתו כי הובאו לפניו ראיות בעניין הרכושי, והטלת הפשרה היוותה "שינוי חזית" בלתי צפוי שלבעלי-הדין לא ניתנה הזדמנות להתייחס אליה בטיעונם.

אשר-על-כן, קביעתו של בית-הדין הגדול בטעות יסודה, ויש מקום לבטלה ולהחזיר את הדיון לבית-הדין האזורי כדי שיבחן את זכויות בעלי-הדין על-פי הלכת השיתוף ועל-פי ההוכחות שהובאו בפניו.

השופט אנגלרד סבר, אפוא, שההלכה היהודית יכולה לאמץ את הלכת השיתוף, ולדעתו ניתן להניח, שבית הדין הרבני לא שלל את הלכת שיתוף הנכסים באופן עקרוני. האם דבריהם של הדיינים הרב ד' ייכובסקי, ובעיקר של הרב שרמן, נעלמו מעיניו של השופט אנגלרד?! על-פי תפיסתו של השופט אנגלרד, אין התנגשות בין התפיסה ההלכתית של בית הדין הרבני לבין התפיסה האידיאולוגית, כפי שנוסחה בבג"ץ בבלי, אלא פגם פרוצדוראלי גרידא הוא שגרם להחלטתם של בתי הדין הרבניים, שדנו בעניין הגב' גבאי. לכן הוא יכול לקבוע יחד עם השופטת פרוקאצ'יה והשופט ברק:

אי לכך, אני סבור כי יש לבטל את פסק-הדין של הבית-הדין הרבני הגדול ולהחזיר את הדיון לבית-הדין הרבני האזורי, כדי שיבחן את זכויות בעלי-הדין על-פי הלכת השיתוף ועל-פי ההוכחות שהובאו לפניו.⁶²

על סירובו של בית הדין הרבני ליישם את הלכת שיתוף הנכסים, כותבת עורכת הדין א' ליבוביץ: "למרות פסיקת בג"ץ המחייבת חלוקת רכוש בין בני זוג בהתאם לעקרונות המשפט האזרחי, מתעלמים בתי הדין הדתיים במקרים רבים מהלכה מחייבת זאת מי שבידו הממון והחוסן הנפשי, וביכולתו לממן עתירות לבית המשפט הגבוה לצדק ולהתמיד בהליכים משפטיים שנים רבות, יכול לצאת מנצח וכשהצדק עמו. האחרים - פשוט מתייאשים ומוותרים. טחנות הצדק טוחנות את האזרח הקטן".⁶³

בג"ץ גבאי מלמד אותנו, שבית הדין הרבני אינו מאמץ את הלכת שיתוף הנכסים של בית המשפט העליון, המוסד המשפטי העליון של מדינת ישראל, למרות הוראתו המפורשת.⁶⁴ בית הדין הרבני מתעלם מהוראת בג"ץ, והתעלמות זאת עשויה להעיד על כך, כי גישתו של הרב שרמן גברה בבית הדין הרבני, על גישתו של הרב דייכובסקי. מצב זה מחייב כל אדם, הרוצה לקבל את הזכויות המובטחות לו מכוח הלכת שיתוף הנכסים, לעתור לבג"ץ נגד בית הדין הרבני. יש לציין ש מקרים אלה מעטים, מפני שרוב הזוגות המתגרשים כיום, מגיעים לבית הדין הרבני עם הסכם ממון כתוב. בשאר מקרי הזוגות המתגרשים, יש להניח שדבריה של עורכת הדין ליבוביץ' מבטאים את המצב האמיתי: הם מתייאשות ומוותרות.

7.4. השלכותיו של בג"ץ בבלי

עד לפסיקת בג"ץ בעניין הגב' בבלי, פסקו בתי הדין הרבניים לפי הדין הדתי בלבד. עם פרסום בג"ץ בבלי התהפכו היוצרות, כפי שהגדיר זאת השופט ברק: "על כל בתי הדין הדתיים⁶⁵ במדינת ישראל להפעיל בסוגיות 'אזרחיות' הנלוות, שאינן חלק מענייני המעמד האישי (כפי שדיבור זה מתפרש על-פי דין המדינה) הנתון לסמכותם, את המשפט האזרחי הכללי, כפי שפורש על-ידי בית המשפט העליון".⁶⁶ למעשה, חוק "בתי הדין הרבניים (נישואין וגירושין) התשי"ג – 1953" איפשר לבג"ץ לצמצם את סמכותם של בתי הדין הרבניים, בכך שהוא מתיר שפיטה מקבילה רק בנושאים הכרוכים בנישואין וגירושין, ומצמצם בכך את השיפוט הייחודי על-פי דין תורה (סעיף 2 של החוק) לנישואין וגירושין גרידא. מכיוון שבענייני הכריכה החוק אינו דורש שפיטה על-פי דין תורה, אלא רק מאפשר זאת בגלל לקונה בהגדרה, באה פסיקת בג"ץ בעניין גב' בבלי למלא לקונה זו על-ידי החלת החוק האזרחי על הכריכה. פסיקה זאת מצמצמת באופן משמעותי את סמכותם של בתי הדין הרבניים, וצמצום

<http://www.yofi.co.il/goldenvalue/family18.shtml>

⁶³ יש לציין שרבים הם המקרים בהם מתעלמים מוסדות ממשלתיים ובעיקר דתיים - ממלכתיים מצווי בג"ץ. עקורי ביר- עם ואיקרית טרם שבו אל כפריהם, למרות החלטת בג"ץ ממרץ 2003. כך טרם הורשתה תפילת נשות הכותל ליד הכותל המערבי (בג"ץ 257/89), ולא נרשמו גרים לא- אורתודוקסים במרשם האוכלוסין כיהודים (בג"ץ 1031/93). השופט מ. חשין ציין בכנס של "העמותה למשפט ציבורי" שהתקיים ב-30.11.2000 בקיסריה, שרוב החלטות בג"ץ שלא יושמו הן החלטות בעלי גוון אידיאולוגי. בתחום מתן שוויון בין יהודים לערבים, בין נשים וגברים בתחומי אישות ובין הזרמים הדתיים ביהדות. ברור שהיישום הגורף של החלטת בג"ץ בעניין בבלי על-ידי בתי הדין הרבניים, נכלל בקטגוריות שציין השופט חשין.

⁶⁴ כלומר, לא רק בתי הדין הרבניים, אלא גם השרעיים ואחרים (מ.ס).
⁶⁵ בג"ץ בבלי, עמ' 246.
⁶⁶

זה מוצא את ביטוי בדברי הרבנים שרמן ודייכ ובסקי. בג"ץ בבלי הביא לתפנית בשני מישורים: בכפיית זכויות אזרח בנוסח הליברלי על בתי הדין הרבניים, ובהגדרת העליונות של בית המשפט העליון על כלל המערכת המשפטית של ישראל, כולל המערכת הדתית.

על כפיית זכויות האזרח במובנו הליברלי אמר השופט ברק בבג"ץ בבלי:

אין זה עולה בקנה אחד עם תפיסות יסוד אלה, כי המעבר מבית משפט אזרחי לבית-דין דתי יביא לאובדן של זכויות בסיסיות אלה או לפגיעה בהן. אין לאפשר 'הפקעת' הזכויות האזרחיות הללו, בלא הוראת חוק מפורשת המקיימת את הדרישות הקבועות במבנה החוקתי שלנו.⁶⁷

על דברים אלה הוא חוזר בבג"ץ לב⁶⁸, עתירה שהתנהלה באותה השנה נגד בית הדין הרבני. שם הוסיף השופט ברק:

אכן, כל אדם המתדיין בפני בתי הדין הרבניים מתייצב לפנייהם כשהוא נושא בכליו את מלוא זכויות האדם ממנו נהנה כל אדם בישראל. שיטת המשפט בישראל מבטיחה לכל אדם זכויות אדם. זכויות אלה עומדות לו בפני כל ערכאה שיפוטית. המעבר מערכאה שיפוטית 'אזרחית' ל'דתית' אין בכוחו להביא לאובדן או לשלילה של זכויות אדם בסיסיות.⁶⁹

השופט ברק, ועמו כל בית המשפט העליון, דורש כיבוד מירבי של זכויות האדם על-ידי כל בתי הדין במדינת ישראל - בתי הדין הדתיים, בית הדין לעבודה, בתי הדין הצבאיים, בית הדין לתעבורה ואחרים. בג"ץ מתיר פגיעה במה שהוא מבין כזכויות האדם רק היכן שהחוק מחייב את החלת הדין הלא אזרחי.

על תפיסתו של המשפט העליון, כעליון לא רק על בתי המשפט המחוזיים ובתי משפט השלום, אלא גם על בתי הדין המיוחדים. רות הלפרין-קדרי⁷⁰, שניתחה את פסקי הדין של בג"ץ בעניין הגב' בבלי ושל הגב' לב כותבת:

"מחזקת ... את המסקנה בדבר פסקי-דין אלה כמבוססים על תורת האחידות וכמציגים אותה אל תוך המערכת של דיני המשפחה בישראל. השופט ברק מדבר בעניין **בבלי** על "הקוהרנטיות הנורמטיבית" שמשפט המדינה מבקש להשיג, וקובע כי "משפטה של מדינה שואף לשלמות".⁷¹

67

בג"ץ בבלי, 248.

68

בג"ץ 3919/92 לב נ' **בית הדין האזרחי בתל-אביב-יפו**, פ"ד מח(2), 491: הדיון עסק בשיקולים שאותם ניתן לקחת בחשבון, שעה שבית דין רבני שוקל אם להעניק צו עיכוב יציאה מן הארץ. בית הדין הרבני נתן במעמד האיש בלבד צו המעכב את יציאת האישה וילדיה מהארץ, ובית המשפט הגבוה לצדק קיבל את עתירת האישה וביטל את הצו. ראה ר' הלפרין-קדרי, **שם**, 691.

69

בג"ץ לב, 505.

70

רות הלפרין-קדרי הינה מרצה בכירה בפקולטה למשפטים בבר-אילן וראש מרכז רקמן לקידום מעמד האישה. בעת הדיונים בבג"ץ בבלי שימשה כאסיסטנטית של השופט אהרון ברק.

71

הלפרין-קדרי, **שם**, 715.

שופטים רבים מתנגדים לאותה קוהרנטיות נורמטיבית⁷², ואף על פי כן דבק בה השופט ברק, והוא מגדיר אותה בחיבורו המקיף "פרשנות במשפט":

ביסוד גישתי עומדת התפיסה, כי בכל שיטת משפט צריכה להיות ערכאה שיפוטית אחת, אשר בידה הכוח לכוון את התפתחותה של השיטה, לקבוע את האיזונים הראויים בה ולהבטיח אחידות וקוהרנטיות... שיטת משפט אינה קונפדרציה של בתי משפט. שיטת משפט היא שלמות הפועלת ומתפתחת בהדרגה ובטבעיות. לשם כך נדרשת פעולת התאמה ובקרה. תפקיד זה מוטל על בית המשפט העליון: הוא המנצח על התזמורת השיפוטית, ועל כל הנגנים לציית להוראותיו, עליו מוטלת האחריות לדאוג לקוהרנטיות נורמטיבית, לצמיחה ולהתקדמות.⁷³

התנגדות חריפה זאת לפלורליזם השיפוט 'י' יחד עם הקביעה, שעל כל הנגנים לציית להוראותיו של המנצח הוא בית המשפט העליון, היא אמירה ברורה, שמקור הסמכות של בתי הדין הרבנים אינו ההלכה היהודית ודין התורה, אלא חקיקת הכנסת ו הפרשנות השיפוטית של בית המשפט העליון. תפיסה זו של שופט ברק מנוסחת באופן המפורש ביותר בסעיף 11 ל"חוק יסוד כבוד האדם וחירותו", (ה'תשנ"ב – 1992), הקובע: "כל רשות מרשויות שלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק יסוד זה". ההשלכות של סעיף 11 לחוק היסוד החדש, אותו מכנה השופט ברק "מהפכה חוקתית", חייבות לפי דבריו להיות אלה: "אם חקיקה חדשה של הכנסת כפופה לחוק- היסוד, ואם פסיקה חדשה של בתי המשפט כפופה לחוק- היסוד, גם פיתוח הלכתי חדש של המשפט הדתי צריך להיעשות בגדר חוק-היסוד".⁷⁴

אם בוחנים את בג"ץ בבלי בהקשר של פסקי דין שקדמו לו של אלה שבאו אחריו, אפשר לקבוע ללא ספק, שבג"ץ זה סיים תקופה ארוכה של פלורליזם משפטי ("הדין הולך אחרי הדיין"), שבא לידי ביטוי גם בבג"ץ בעהם מאותה השנה, וסלל את הדרך לבג"ץ לב ואחרים, הגורסים שלמעט ענייני הנישואין והגירושין, על בתי הדין הדתיים לפסוק לא רק לפי חוקי הכנסת בעניין זכויות האדם, אלא גם לפי החקיקה השיפוטית.

מנהל בתי הדין הרבניים דאז, הרב מירון, רואה בבג"ץ בבלי "כרסום חמור במעמדם ובסמכויותיהם של בתי הדין הרבניים".⁷⁵ הוא מתבטא במילים חריפות נגד פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין הגב' בבלי, ומגנה מרכיבים רבים בפסק הדין, בהם האקטיביזם של השופט אהרון ברק וכפיפות בתי הדין הרבניים למרותו של השיפוט הכללי:

בעקבות פסקי ביהמ"ש העליון בבג"ץ 1000/92 (1) בבלי נגד ביה"ד הרבני הגדול ואחרים פד"י מ"ח (2) 221, ובבג"ץ 3914/92 (2) לאה לב ואח' נגד ביה"ד הרבני האזורי ת"א-יפו ואח' {טרם פורסם}.

72 שם, 732-744.

73 ברק, (תשנ"ג). פרשנות במשפט: כרך שני – פרשנות החקיקה, 766-765.

74 ברק, (תשנ"ד). פרשנות במשפט: פרשנות חוקתית, 459.

75 <http://www.sanhedrin.co.il/miron/word>

הגישה האקטיביסטית של המשנה לנשיא ביהמ"ש העליון, השופט אהרון ברק, לגבי מעמדו וסמכויותיו של ביהמ"ש העליון, שחברה עם הגישה הוותיקה של חלק משופטי ביהמ"ש העליון, בעבר ובהווה, לכרסם ככל הניתן במעמדו של הדין הדתי ובסמכויותיהם של בתי הדין הרבניים, הניבו לאחרונה פסיקה מרחיקת לכת בשני תחומים מרכזיים וחשובים לבית-הדין הרבני.

בפסק הדין בבלי נקבע שעל בתי הדין הדתיים לפסוק בכל העניינים שאינם עצם הנישואין והגירושין, ע"פ החוק הישראלי החילוני, כולל הפרשנות והפסיקה של החוק, כפי שנתפרשו או פותחו בתקדימי ביהמ"ש העליון.

...

השופט ברק עצמו מציין שהעקרון שנפסק על ידו בפס"ד לב הנו המשך לפסיקתו שבפס"ד בבלי: "בעניינים המהותיים של המעמד האישי חל המשפט העברי... היא אינה חלה על מה שאיננו נופל לגדר המעמד האישי... היא אינה חלה, למשל, על "המסה" האזרחית (ובמסגרתה זכויות הקנין השונות) עמה פונה כל אדם לבית הדין הרבני (ראה בג"ץ 1000/92 הנ"ל). היא אינה חלה גם לעניין השימוש בסמכות הטבועה של בית הדין הרבני, להסדיר את ענייני הדיון שבפניו.⁷⁶

הרב מירון רואה פסיקה זו כשגויה, משום שבכך המצב המשפטי בישראל מתפרש כאילו מערכת השיפוט הדתית כפופה לנורמות המשפט החילוני, בעוד שהן למעשה מערכות משפט מקבילות. הוא טוען, כי הפרדת מערכת המשפט הדתית ממערכת המשפט החילונית נעוצה בפקודות מנדטוריות משנת 1922. מכיוון שהפיצול המשפטי בין שתי המערכות הנו עובדה, רואה הרב מירון בבג"ץ בבלי פעולה של ה"קוזק הנגזל", שבמטרתו לאחד את הנורמות בכל ערכאות השיפוט הישראלי, הוא מכפיף את בית הדין הדתי לנורמות החילוניות. בטענה של שופטי בית המשפט העליון, כאילו פסיקתם באה למנוע חוסר אחידות במשפט הישראלי, רואה הרב מירון טענה צבועה, כי דווקא בית המשפט העליון הוא זה שגרם בעבר לפיצול בתוכן פסיקתן של הערכאות השונות.

התנגדותו של הרב מירון למדיניותו של השופט ברק לא נוגעת רק לתחום ההלכתי, אלא גם לתחום המשפטי, ובמאבקו הציבורי נגד המגמות המשפטיות המשתמעת מבג"ץ בבלי, הוא בוחר דווקא להיאבק במישור המשפטי:

סעיף 15 (ב) לחוק יסוד השפיטה הגביל את סמכויות הבג"ץ כלפי בתי דין דתיים, ובעיקרון לא הקנה לבג"ץ, אלא רק סמכויות להוציא צווים כנגד בית דין רבני שחרג מסמכותו.

הרי הדעת נותנת, כי בהתעורר השאלה מהו החוק הדתי באותו עניין, תוכרע השאלה החלטית בבית הדין הדתי, ולא תימסר לבדיקתו או "לפיקוחו" של בית המשפט החילוני. שאם לא תאמר כן, נמצא אתה מרכיב את בית המשפט האזרחי בדרגת ערעור, מעל לבית הדין הדתי - וכן לא ייעשה במקומו.

כפי שנאמר פעמים רבות ע"י בית המשפט (8) וכבר קבע בשעתו ביהמ"ש העליון בעצמו, מפי כב' השופט זילברג, בע"א 238/53 כהן בוסליך נגד היועץ המשפטי לממשלה, פד"י מ (4) עמ' 19:

"הסמכות המורחבת שניתנה לבתי הדין הרבניים, עם פרסום חוק נישואין וגרושין, לא הייתה סמכות לשם סמכות בעלמא, אלא: סמכות לשם שינוי תוכן כדי להבטיח את שימוש הנכונ והמדויק של חוק מסוים, והוא דיני ישראל, ביקשו את הקנקן והתכוונו למה שיש בו... כי לא הרי דיני ישראל הנידונים בבית המשפט האזרחי, כהרי דיני ישראל הנידונים בבית הדין הדתי. שונה הגישה, שונות דרכי הדיון ושונה לפעמים גם בתוכן הממשי של הפסקה."⁷⁷

הרב מירון מבסס את טענותיו נגד תפיסת האחידות של מערכת המשפט בישראל על תקדימים משפטיים של בתי המשפט האזרחיים, טרם תקופתו של השופט אהרון ברק. כראייה הוא מביא את דברי השופט אגרנט: "כשמתעוררת שאלת סמכות בעניין הנדון בבית משפט חילוני, ובעניין דומה כבר נקבעה בבית דין מיוחד הלכה בנוגע לסמכות... על בית המשפט החילוני לנהוג בהתאם להלכה שנקבעה ע"י בית-הדין המיוחד."⁷⁸

לכן, תמוהה מאוד בעיני הרב מירון גישתו הפטרנליסטית של השופט ברק כלפי בתי הדין הרבניים וכלפי דיניו. הוא מגנה את הביקורת שמתח בג"ץ בעניין בבלי בכמה הזדמנויות על בית הדין הרבני, על כך שלא יישר קו עם פסיקת בית המשפט העליון ולא אימץ, הלכה למעשה, את עקרון שיתוף הנכסים:

לדעתו, העיקרון ש"הדין הולך אחר הדין" נכון רק לגבי הדין הדתי בביהמ"ש האזרחי, אך אין תחולה ל"היפוך" הדברים לגבי החוק האזרחי - כפי שפורש ע"י ביהמ"ש העליון - בביה"ד הדתי. הדין של ביהמ"ש העליון "זהו משפטה של מדינת ישראל עצמה", אבל לא הדין הדתי שביה"ד הרבני מפעיל אותו במסגרת סמכויותיו ע"פ חוקי מדינת ישראל.

השופט ברק איננו מוכן לקבל את המצב החוקי, כפי שפורש ע"י ביהמ"ש העליון עצמו עד לפסק דינו בעניין בבלי, שבביה"ד הרבני, "המובן הניתן לדין האזרחי הוא המובן ששופטי בתי הדין הדתיים מוכנים לתת לו. הדין האזרחי הכללי - כפי שנתפרש על ידי בתי המשפט האזרחיים ובראשם בית המשפט העליון - אינו מחייב מכוח עצמו, אלא מכוח "הסמכות" של הדין הדתי. מצב זה אינו תקין כלל ועיקר."

יש לו, לשופט ברק, פתרון פלא לבעיית מרוץ הסמכויות, שכל כך הרבה קולמוסין כבר נשתדכו לפתרונה. לכפות על הדיינים לדון ע"פ חוקי המדינה כפי שבתי המשפט מיישמים אותם. אפשר היה, אולי, לצפות מבעלי הגישה הרואה בזכויות האזרח זכויות על, שאפשר אפילו לבטל גם חקיקת הכנסת בגינם, שילכו בדרך ההפוכה ויאמרו אפילו חקיקה מפורשת של הכנסת המופנית לביה"ד הרבני, אי אפשר לכפותה על הדין שע"פ הוראות דתו אין עליו אלא מרותו של הדין לפיו הוא דן. אך כנראה שזכויות האזרח יש להן תוקף שונה כאשר המדובר בחופש הדת לעומת החופש מדת.

הרב מירון רואה בבג "ץ בבלי" ניסיון להכתיב לרשות שיפוטית מקבילה את פסקי הדין שלה, מבלי שעל רשות זו חל עקרון התקדים המחייב של פסקי בית המשפט העליון. זהו ניסיון להרחיב את תחולתו של עקרון שיתוף הנכסים, שהמחוקק עצמו דחה בחוק יחסי ממון בין בני זוג תשל"ג - 1973. הרב מירון רואה את מקורו של עקרון שיתוף הנכסים במשפט האנגלי, ועל-פי חוק לא חל משפט זה על בתי הדין הרבניים. לכן -

יש כאן פגיעה חמורה בשיפוט הרבני וניסיון לאכוף על דיינים לפסוק שלא בהתאם להוראות הדין הדתי, המחייב אותם. זהו גם שינוי דרסטי ממה שהיה נהוג ומקובל לגבי בתי הדין הרבניים מאז כינונם, גם אחרי הקמת המדינה וגם אחרי חקיקת חוק שיווי זכויות האישה תשי"א - 1951.

אין זה אלא שהסיבה לכך שלא קמה עד כה ההתנגדות המתאימה שתביא לביטול הפסיקה הנדונה, אם ע"י חקיקה ואם ע"י פסיקה אחרת, חדשה, נובעת מכך שהנוגעים בדבר לא עמדו על המגמה המסוכנת ועל החומרה הרבה שבתוכנה של פסיקה זו.

אף שאין עתה מנהיגות לעולם הרבנות והדיינות ואף לכלל הציבור הדתי, ברמה לה היינו מורגלים בשנות המדינה, שבהן התגבשו הסדרי החקיקה והפסיקה בנושאי דת ומדינה, אנו עדיין מצפים לכך שתשמע יותר בקול ובהחלטיות הדרישה לביטול הפסיקה השגויה שניתנה. נחוצה בעניין הנדון הבעת עמדה ברורה ונחרצת מצד כל הנ"ל, שתגרום לכך שהמאבק לביטול הפסיקה האמורה יהיה לנחלת הציבור הדתי כולו.⁷⁹

7.5. סיכום ומסקנות

לא בכדי נדרשו שני רבנים המכהנים כדיינים בבית הדין הגדול בירושלים לסוגיית בג "ץ בבלי". הרב שרמן מצדד באופן מובהק בעמדה הלכתית שמרנית כלפי פסיקת בג "ץ בעניין חלוקת הרכוש של הזוג בבלי. מבחינתו, פסיקת בית המשפט העליון פסולה מכל הבחינות: בתפיסת בית המשפט את מוסד הנישואין, בהתבססותו על תקדימים משפטיים בלבד, מה שנאסר כבר על ידי ראשונים כרשב"א ואחרונים כמהרי"א עניזל, חזון אי"ש, ציץ אליעזר ואחרים, ובביטול המנהג, ש"הדין הולך אחרי הדיין". מקוממת את הרב שרמן עמדתו של הרב דייכובסקי כלפי בג "ץ בבלי, והוא מגיב עליה בחריפות רבה. לא שהרב דייכובסקי מכשיר את החקיקה השיפוטית, שאותה נוקטת מערכת המשפט של מדינת ישראל, אלא שבמבחן הפרקטיקה הוא מוצא דרכים להכשיר את הפסיקה של השופט ברק. לשם הכשרתה מגייס הרב דייכובסקי את דברי הרב מ' פיינשטיין בנושא "מנהג המדינה", ובעקבות זאת הוא קובע שגם פסיקת בית המשפט העליון יוצרת "אומדנא" ביחס לרכוש, כלומר הכרה בשיתוף נכסים, שרבים ממילא כבר מכירים בה. אפשר להסיק, שהרב דייכובסקי מכיר במוסד השיפוט העליון של מדינת ישראל כיוצר מנהג מדינה בקרב האוכלוסייה בישראל, והוא אינו נוקט עמדה שלילית כלפי יצירה זו.

קביעתנו שבתי הדין הרבניים לא קיבלו את עמדת בית המשפט העליון , אלא למקרה הספציפי של בג"ץ בבלי, נתמכת בבג"ץ גבאי והבאת דבריו של הרב שמחה מירון על פרשת בבלי. אם מנהל בתי הדין הרבניים שולל את בג "ץ בבלי מכל וכל , קל וחומר בתי הדין הכפופים לו ישללו את הלכות שיתוף הנכסים שאינן מעוגנות בחוק , אלא בחקיקה שיפוטית בלבד.

פרק 8: עמדתם של פוסקי ההלכה כלפי שופטים דתיים

8.1. מבוא

בין רבנים, דיינים ופוסקים לבין השופטים במערכת המשפט במדינת ישראל שוררת מערכת יחסים מתוחה. תביעתם של שופטי בית המשפט העליון להיות הגורם המשפטי העליון במדינת ישראל, לו כפופים בתי הדין הרבניים כמו גם שאר מערכות המשפט, מעוררת שוב ושוב את זעמו של הממסד הדתי על מרכיביו. קיומה של מערכת משפט שלא על-פי התורה, נתפס כבלתי לגיטימי כמעט מבחינת דין התורה. בנוסף לזה, גם ההתמודדות רבת השנים עם פסקי דין של בתי המשפט הממלכתיים, שעל פניהם נראים כאנטי-דתיים, אינה מקלה על פוסקי ההלכה, על רבנים ועל דיינים לקבל את כהונתם של שופטים דתיים. כלפי שופט חילוני ניתן לנקוט יחס סלחני, כי הוא בגדר "תינוק שנשבה"¹, אולם שופט חילוני שהתפקד מחינוכו הדתי, כחיים כהן, ודאי נחשב למזיד². אין הוא "תינוק שנשבה", כי הוא למד תורה וחי חיי אמונה ומצוות. חילוניותו חמורה מחילוניותו של אדם, שלא זכה לאמונה, תורה ומצוות.

כיצד נתפסים, בעיני פוסקי ההלכה, שופטים דתיים כאסף, זילברג, קיסטר, בזק, אנגלרד, אלון, שרשבסקי ואחרים? האם הם נתפסים כבוני גשרים בין עולם המשפט הישראלי

¹ "תינוק שנשבה" נחשב אדם שלא זכה ב"אור התורה" משום חינוכו במסגרת שמנעה ממנו את "גילוי האמת". הוגים דתיים מתלבטים לא מעט, כיצד יש להתייחס לציבור היהודי שאינו מאמין ואינו שומר תורה. דבריו של הרב יוסף, שנאמרו אגב דיון על כשרותם של עדים שאינם שומרי תורה בעניין עגונות, עשויים לשפוך אור על היחס המורכב של פוסקי ההלכה כלפי "החופשיים": "מכל מקום בזמן הזה שבעוונותינו הרבים התפשט מאד חילול שבת בהמון העם ונעשה להם כהיתר, שייך בזה הטעם שכאמר הגרע "א שלא לפסול העדים. ע"ש. (ואף שבתשובה אחרת כתבתי להעיר ע"ז, מ"מ בהיתר עגונה שיש חזקה דאיתתא דייקא ומינסבא יש להקל יותר). ויש להם סמך בזה, כמו שכתוב בשו"ת מלמד להועיל (חאו"ח סי' כט), שהרה"ג משולם זלמן הכהן אמר לו בשם הגאון בעל שו"ת ומשיב, שהאנשים שהם תושבי אמריקא אינם נפסלים בחילול שבת בפרהסיא, מפני שהם כתינוקות שנשבו בין העכו"ם, ושוב מצא בהגהות רעק"א יו"ד (סי' רסד) שכל כמה סברות להקל בזה. [ובשו"ת ציץ אליעזר חלק ח' סי' יח צדיק עתק דברי הגרע "א הנז"]. והוסיף הרב מלמד להועיל, ועוד יש ס' ברא נכונה להקל, שבזמנינו לא מקרי מחלל שבת "בפרהסיא", כיון שרובם עושים כן, דבשלמא כשהיו רוב ישראל שומרי שבת ומקיימים כל המצוות, ורק מעטים היו מעיזים פניהם לחלל את השבת, הרי הוא כופר במעשה בראשית ובתורה ביד רמה, והוא מוציא עצמו מכלל ישראל, אבל בזמן הזה שרובם פורצי גדר, קלקלתם תקנתם, כי היחיד חושב שאין זו עבירה כל כך, ובפרט שהעושים כן נמנים עם חשובי הקהל, הילכך פרהסיא שלו כצינעא. ואדרבה בזמנינו נתקיים בנו ותהי האמת נעדרת, שהיראים נקראים פרושים וחסידיים, ומובדלים מן העם, והחפשים והפושעים הם שהולכים בדרך כל הארץ. עכ"ל. והחזון איש (יו"ד סי' ב' אות כח) הביא מ"ש מהרי"ל שיש מצוה לאהוב גם את הרשעים של זמנינו, משום דחשיב קודם תוכחה, כי אין אנו יודעים להוכיח (ערכין טז ב), וסיים, הילכך דיינין להו כאנוסים, וכתיונוק שנשבה בין העכו"ם, ואין עליהם תורת מומר כלל. ע"ש. ודון מינה ואוקי באתרין. וע' להגר"ש הכהן מוילנא בשו"ת בנין שלמה הנד"מ ח' ב' (חחו"מ סי' ג). ע"ש. (שו"ת יביע אומר ח, אה"ע סי' יח – שו"ת ב"א). דבריו מלמדים, שיש להרחיב את המושג של "תינוק שנשבה" על הציבור החופשי בארץ, למרות שהכוונה המקורית היתה מצומצמת ליהודים שגדלו "כשבוים" בקרב עכו"ם.

² פעמים רבות מציינים הטור, הרמב"ם, השולחן ערוך ופוסקים אחרונים: "מוטב שיהיו שוגגין ואל יהיו מזידין".

המודרני לבין ההלכה היהודית עתיקת היום? האם הם "עלה התאנה" של מערכת המשפט החילונית, או, גרוע מכול, משרתיה של מערכת ממלכתית, שאינה לגיטימית על-פי ההלכה, ואף עוינת את הערכים הדתיים? האם שופטים אלה נתפסים כמזידים, שלא רק חוטאים, אלא גם מחטיאים?

ואכן, רבנים רבים רואים בשופטים דתיים לא רק חוטאים, אלא גם מחטיאים. הרב י' אריאל מתריס נגד השופט בזק:

חלק הגון משאננו תו של הציבור הדתי-לאומי בפרשה זו, יש לייחס למשפטים דתיים, אשר פיתחו תיזה, בניגוד לדעת כל גדולי הפוסקים שבדורות האחרונים (מכל החוגים והזרמים), שכאילו אין איסור ערכאות חל על השיפוט במדינת ישראל. (עיין למשל, "המשפט העברי" לפרופ' מנחם אלון - כיום שופט ביהמ"ש העליון - עמ' 22 הערה 80 ועמ' 121 הערה 174).³

לנוכח מסקנות המחקר הזה עד כה, יש לציין שנוכחותם של שופטים דתיים בכל מערכות המשפט מהווה אתגר לא רק לציבור הדתי, אלא גם למערכת המשפט ולציבור החופשי, אך בעיקר לשופטים עצמם. לא כל פוסקי ההלכה רואים את השופטים הדתיים, כפי שרואה זאת הרב אריאל, ויש לבדוק, אם דברי השבח של הרב מירון, מנהל בתי הדין הרבניים לשעבר, כלפי חלק מהשופטים הדתיים מקובלים גם על פוסקים נוספים.⁴ שופט שומר תורה ומצוות יאלץ, ללא ספק, לתת את הדעת על מעמדה ההלכתי של מערכת המשפט בישראל, מפני שהליגיטימיות שלה מוטלת בספק מבחינה הלכתית. ייתכן שעיונו במשפט העברי יביא אותו למסקנות הסותרות את עמדתם של פוסקי הלכה כלפי מערכת המשפט של מדינת ישראל, אך עוד לפני שיקבע את עמדתו כלפי מערכת המשפט מבחינה דתית, הוא יצטרך לקבוע את יחסו אל חוקי הכנסת, בעיקר אל אותם החוקים שאינם מתיישבים עם דין תורה.

לא נוכל להציג את עמדתם של הרבנים ושל פוסקי ההלכה כלפי השופטים הדתיים, הפועלים במערכת המשפט הכללית של מדינת ישראל, מבלי לגעת, ולו במקצת, בעולמם המשפטי-הלכתי של שופטים אלה. כבקיאים בדין התורה אין ספק שהם ישאלו עצמם אותן השאלות שעולות גם בדיוניהם של רבנים ושל פוסקי הלכה לגבי מערכת המשפט הישראלית, מכיוון

³ אריאל, י' (תש"ם). המשפט במדינת ישראל ואיסור ערכאות, 320. ברוח זו התבטא גם הרב צ"פ פראנק, שדבריו הובאו בפרק 3: "לפי השערת, בוודאי מברך הוא בכל יום שלא עשני גוי וכו' והלא שלוש ברכות הללו שמברכים שלא עשני הוא רק על המצוות והתורה שנתן לנו הקב"ה ואם מבטלים מצוות ומשפטי התורה ובוחרים במשפט הגויים על מה הוא מברך שלא עשני גוי?"

⁴ בעת הסערה הציבורית סביב ההצעה לכונן בישראל בית משפט לענייני ח וקה טען הרב שמחה מירון, שהטענה כאילו הציבור הדתי והחרדי אינו מעוניין בייצוג בבית-המשפט העליון, לא נכונה: "למרבה הפלא, לא הועלה לדיון חוסר הייצוג של שומרי המצוות בבית המשפט העליון, בעיקר החרדים. בתקשורת ניתן לכך הסבר כאילו ציבור זה אינו מעוניין בייצוג בעליון. אך הדברים אינם נכונים. **השופטים קיסטר ושרשבסקי היו נציגים נאמנים של הציבור החרדי** (ההדגשה שלי, מ"ס), ואף השופט בדימוס טל נמצא מקובל על הציבור החרדי לעמוד בראש הוועדה לעניין גיוס בני הישיבות". ראה: "מי הם ממלאי מקומם של כל אלה בעליון היום?" **הארץ** 23.5.2001, 2ב.

המדינה היהודית הריבונית בארץ ישראל ועד היום . הבהרנו כבר את עמדתם של פוסקי ההלכה כלפי עורכי דין דתיים המופיעים בערכאות ⁵, ואין ספק ששאלת הלגיטימיות הדתית עולה גם ביחס למוסדות , כמו בית הספר למשפטים של אוניברסיטת בר-אילן, המחלקה למשפט העברי שליד משרד המשפטים, ודומיהם.

8.2. עמדתם של השופטים הדתיים כלפי משפט המדינה

נראה ששאלת הלגיטימיות של מערכת המשפט אינה מעסיקה את השופט אלון. יצירתו המונומטלית "המשפט העברי" נוגעת בשאלת הערכאות רק בשוליים ⁶. על יסוד תפיסתו ההלכתית-היסטורית הוא קובע, שתהליכי האמנציפציה החלישו ממילא את מעמדם של בתי הדין התורניים וצמצמו את סמכותם לענייני היתר ואיסור בתחומים של שבת, כשרות ואישות. עניינים הנדונים בבבא קמא, בבבא מציעא ובבבא בתרא הפכו ללימוד "תורה לשמה ללא יישום בחיי המעשה" ⁷. בכל הנוגע לענייני חושן משפט ירד מאוד מעמדו של המשפט הדתי, עד כדי כך שיהודים שומרי תורה ומצוות, בתפוצות ובישראל, אינם נזקקים לבתי הדין התורניים בסכסוכים הממוניים ביניהם, ורבנים במזרח אירופה אמרו כבר בסופה של המאה התשע עשרה, ש"פרט בזמננו, והמנהג פשוט לילך בערכאות" ⁸. נוכח מציאות זאת מצדד אלון ב"ביסוס המערכת המשפטית במדינת ישראל על המשפט העברי.... מתוך הנחה שחשיבות רבה נודעת לכך שמדינה יהודית מכלכלת צעדיה המשפטיים על-פי ההגיון, היושר והצדק שבמשפט העברי, גם אם אין בכך משום חקיקה או פסיקה הלכתיים" ⁹. נוסף לכך, תפיסתו של השופט אלון את ההלכה הינה תפיסה כולית, כפי שהיא מובעת בפרקי אבות: "הפוך בה והפוך בה דכולי בה" ¹⁰.

ההלכה היא מערכת של איסורים והיתרים, ... ולא קיים "חלל הלכתי". משום כך מערכת ההלכה, לפי עצם מהותה, משתרעת היא – גם מבחינת היחסים שבין אדם לחברו ולחברתו – על ענייני משפט ומוסר, על תחומי חברה ומדינה, והמערכת המשפטית... **מהווה חלק ממכלול מערכת ההלכה** (ההדגשה על-ידי, מ"ס). בעולמה של מחשבת היהדות קיים המושג של "לית אתר דפנוי מיניה לא בעילאין ולא בתחתאין" (אין מקום שפנוי המנו, לא במה שלמעלה ולא במה שלמטה) ¹¹.

על בסיס תפיסה זו משבח השופט אלון חקיקה של חוקי כנסת המבוססים על המשפט העברי, כמו חוק בתים משותפים, תשי"ג – 1952, חוק הלנת שכר, תשי"ח – 1958, חוק

⁵ ראה לעיל פרק 4.

⁶ אלון, **המשפט העברי**, 13-18, 1322-1328.

⁷ אלון, (1968). המשפט העברי במשפט המדינה, 30.

⁸ ר' שלמה קלוגר, **שו"ת האלף לך שלמה**, אצל אלון, (תשמ"ז). ביסוס המערכת המשפטית על דיני התורה, 305.

⁹ אלון, **שם**, 307.

¹⁰ משנה, אבות א, יט.

¹¹ בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה ואח', 767.

פיצויי פיטורין, תשכ"ב – 1962, ורבים אחרים.¹² לא פלא הוא, שהשופט אלון מתרעם על חקיקת חוקים הנוגדים את המשפט העברי, ' כמו חוק הערבות, תשכ"ז – 1967, וחוק המתנות, תשכ"ח – 1968, כי הוא רואה בחקיקת הכנסת המושתתת על עקרונות המשפט העברי את הלגיטימיות של מערכת המשפט הישראלית. לכן הוא אינו שואף להכשיר מערכת משפטית שאינה מבוססת על המשפט העברי, אלא חותר למערכת של חוקים ופסקי דין ההולמים את המשפט העברי. כאחד השופטים של בית המשפט העליון, "שהמשפט העברי מצוי בהישג ידיעתו" משמש אותו המשפט העברי "בראש ובראשונה...כחומר השוואתי – הן כשהמסקנה לפי המשפט העברי דומה לזו של המשפט הכללי והן כשהיא שונה הימנה – או לצורך פרשנותם של מונחים והגדרות משפטיות". המצב הרצוי בעיניו הוא, ש"המשפט העברי מהווה מקור עיקרי לפסיקתו של בית המשפט העליון, אף בעניינים שלא הושתתו במפורש על עקרונות המשפט העברי".¹³ אלון יודע היטב, שההלכה היהודית מפנה את המתדיינים בענייני ממון אל בתי הדין התורניים, והוא משבח בתי דין אלה על כך שמתרחבים בהם מימדי הפסיקה בסוגיות שאינן מתחום המעמד האישי. אלון מציין, בשביעות רצון שבדומה למערכת המשפט הכללית, בה בוחנים את הסוגיות המשפטיות לאור המשפט העברי, בדיונים של בתי הדין כמנהיג מתקיים תהליך הפוך של שילוב המשפט הכללי, כך ש"דינא דמלכותא דינא" הופך באמצעות כוחו ההלכתי של המנהג, למציאות בבתי הדין הרבניים. שתי המגמות משלימות זו את זו ויוצרות בעיניו משפט ישראלי המושתת במידה ניכרת על יסודות המשפט העברי.

תפיסתו של השופט אנגלרד היא שונה. הוא מתנגד לשילוב המשפט העברי במערכת המשפט הכללית של המדינה. מאחר והמשפט העברי אמור להתקבל באמצעות חקיקה של הכנסת, יש

בעצם מעשה החקיקה משום חילונה של ההלכה. הצורך בקליטתה מעיד על כך כי מבחינתה של המדינה הדין הדתי לא היה בו משום חיוב עד לקבלתו המפורש על ידה. כי קבלת הדין הדתי אינה מבוצעת מתוך הכרה בתוקפו המחייב, אלא מתוך אינטרסים אנושיים בלבד (לאומיים או אחרים).¹⁴

הקליטה הסלקטיבית של ההלכה היהודית במערכת המשפט הכללית, היא, לדעת אנגלרד, "שלילה מפורשת של קדושת ההלכה ולכן יש לה משמעות אנטי-דתית".¹⁵ קליטה סלקטיבית זו, פירושה קבלתה של פסיקה הלכתית שנראית למחוקק, ושלילת פסיקה אחרת שאינה נראית לו. גישה זו עומדת בסתירה למהות ההלכה, מפני ש"הייחוד המהותי של ההלכה מצוי בהשקפת עולמם של פוסקים הפועלים מתוך הכרה דתית...מתוך רגש של אחריות כלפי

¹² ראה את רשימת החוקים ב- אלון, המשפט העברי במשפט המדינה, 34.

¹³ שם, 44.

¹⁴ אנגלרד, י' (תשכ"ח). שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלי, קע. שם, קעה-קעו.

¹⁵

קדושתה של ההלכה, ותוך הכרה מלאה במעמדו של האדם בפני בוראו¹⁶. תפיסתו של אנגלרד נגזרת מהבנתו את ה מדינה החילונית כחסרת תקדים מבחינת ההלכה היהודית. ברור לו, שעמדת ההלכה כלפי מדינה זו שלילית, כי "מבחינת ההלכה הקיימת מצב דברים זה אינו לגיטימי". אם המצב הזה אינו לגיטימי, מה, לדעתו של אנגלרד, על האדם הדתי לעשות לנוכח העובדה שבתי המשפט של המדינה "ערכאות"?

היהדות הדתית צריכה היתה להכיר בחילוניותה של המדינה וליצור מערכת כללים המסדירה את יחס הדת אל המדינה כזאת. בתור גוף חילוני אין הכנסת יכולה להיות אורגן העוסק בהלכה. אין זה מתפקידה לפסוק הלכה. מבחינה דתית עשויה הכנסת להיות גוף לגיטימי גם בחילוניותה לשם הסדרת החי' ים החברתיים המאפשרים את קיום המדינה.

...

הגופים הדתיים יצטרכו אף לעסוק בהצעה חילופית מקיפה וברורה של הסדרים משפטיים אם יראו צורך להסתייג מן החוקים המוצעים או הנהוגים על ידי המדינה. מתפקידם יהיה גם לפסוק מפורשות בשאלה מתי חובתו של יהודי היא להביא את סכסוכו הפרטי עם אחר בפני אורגן שיפוטי מוסמך, בעיני הדת, כגון בית דין רבני.¹⁷

בעוד שהשופט אלון מקדם את שילובו של המשפט העברי בחקיקת הכנסת ובפסיקת בתי המשפט, חותר השופט אנגלרד להפרדת שתי המערכות, משום שבתי הדין הרבניים אינם מסוגלים לדון בעניינים אזרחיים, אך בעיקר משום שקדושת ההלכה נפגעת, כאשר המחוקק החילוני מאמץ אותה. למחלוקת זו שורשים עמוקים במקורות ישראל וכבר הזכרנו את ההתכתבות בין הרב גורודז 'ינסקי לבין הראי'ה הרצוג על מעמדה של ההלכה היהודית במדינה היהודית העתידית¹⁸, מדינה שתהיה, במידה מסויימת, מעוגנת בתפיסות השונות של הרמב"ם והר"ן בענייני מדינה. לשופט אנגלרד אין כל קושי להעניק לגיטימיות למערכת המשפט של המדינה, כי על היהדות הדתית להכיר בחילוניותה של המדינה ועליה "להתפלל בשלומה של מלכות, שאלמלא מוראה איש את רעהו חיים בלעו".¹⁹

השופט משה זלברג, שגם הוא היה שופט בבית המשפט ט העליון, נקט עמדת ביניים בין הגישות המקוטבות של השופטים אלון ואנגלרד. לפני קום המדינה הוא דגל באימוץ ההלכה כמשפט במדינת ישראל. לדעתו ' דוד עמדתו של השופט זלברג נבעה "מעמידתו על

16 שם, קסז

17 שם קצז

18 ראה לעיל, פרק 3

19 בציטוט משנה זו מפרקי אבות, מתעלם השופט אנגלרד מהעובדה, שחנניה, סגן הכהנים, אמר דברים אלה על השלטון הרומי. כנראה, בעיני השופט אנגלרד דינו של שלטון ישראל שאינו מושתת על ההלכה היהודית כדינו של שלטון זר, וכידוע חל על השלטון הזה הכלל של שמואל האמורא "דינא דמלכותא דינא". חלק מפוסקים ראשונים, ביניהם הרשב"ם והרמב"ם מחייבים את ההשלכה מהמלוכיות למלכות ישראל, אחרים, כמו הר"ן, מתנגדים לה.

היתרונות הפרגמטיים של ההלכה ביחס לשיטות המשפט הזרות²⁰ בשל זיקתה ההיסטורית, הלשונית והתרבותית לתרבות העברית.

בראשית שנות השמונים נדרש השופט בזק לשאלת הלגיטימיות של בתי המשפט הכלליים של מדינת ישראל. השופט בזק קרוב בעמדתו לדעתו של השופט אלון וגורס ש "בעיית המשפט העברי והמדינה אינה למעשה הלכתית-דתית, אלא היא בעיקרה לאומית-תרבותית". בניגוד לשופט אנגלרד שעבורו הלגיטימיות של מערכת המשפט בישראל חייבת לנבוע מהפרדת הדת מהמדינה, מתפלמס השופט בזק עם רבנים ועם פוסקי ההלכה על הלגיטימיות של מערכת המשפט הישראלית. לשם כך הוא מגייס לצידו את אותם פוסקים שפתחו פתח בפני שפיטה שאינה על-פי התורה, כמו דברי הרא"ש "ובענין ממון, יש כח ביד בית הדין לתקן תקנות בענין ממון לפי הזמן והצורך, אפילו להעביר מדין תורה וליטול מזה וליתן לזה...",²¹ ודברי הריב"ש: "...שבית הדין מכין ועונשין שלא מן הדין לפי צורך השעה, ואף שלא בעדות גמורה".²² ואף בשולחן ערוך מוצא השופט בזק סעד ל עמדתו: "...כל בי"ד, אפילו אינם סמוכים בארץ ישראל, אם רואים שהעם פרוצים בעברות ושהוא צורך שעה דנין בין מיתה, בין ממון, בין כל דיני עונש, ואפילו אין בדבר עדות גמורה".²³ על מנת למנוע פתרון פה ממבקרים העלולים לטעון, כי ציטוט זה מכון לדין המהותי בלבד ולא להרכב בית הדין, מביא השופט בזק ראיות נוספות המבססות את הלגיטימיות של בתי המשפט הכלליים: "וכל ציבור יכולין לקבל עליהם בית הדין שאינם ראויים מן התורה".²⁴ לשיטתו, בתי המשפט שאינם ראויים לפי התורה, הינם לגיטימיים, אולם אל להם מלדון על-פי התורה: "צריכים הדיינים להתרחק בכל היכולת שלא יקבלו עליהם לדון דין תורה".²⁵ בזאת חולק השופט בזק על עמדתו של השופט אלון המעוניין לשלב את המשפט העברי בחקיקה ובפסיקה. בזק לעומתו גורס כי הלגיטימיות של השפיטה שאינה על-פי התורה מעוגנת בעצמה בתורה. בעקבות הנחתו זאת מסכם השופט בזק:

כל הקורא לבתי המשפט של מדינת ישראל (שנסדו מכוח החוק ובהסכמת הציבור) "ערכאות של גויים (ויש אף מהדרין שקוראים להם ערכאות של עכו"ם) איננו יודע במחילת כבודו מה הוא שח".²⁶

על מנת שהמבקרים יידעו מה הם שחים, מפנה השופט בזק את תשומת לבם לקריאה הנכונה של דברי הרמב"ם: "כל הדין בדיני עכו"ם ובערכאות שלהם...הרי זה רשע וכאילו חרף

20 דוד, י' (2005). חזון "המשפט העברי", 97.

21 שו"ת הרא"ש, נה סי' י'.

22 שו"ת הריב"ש, סי' רלד.

23 שולחן ערוך, חו"מ, סי' ב.

24 שולחן ערוך, חו"מ, סי' ח, א.

25 שולחן ערוך, חו"מ, סי' יב, כ.

26 בזק, י' (תשמ"א). בתי המשפט בישראל – האמנם "ערכאות של גויים"? 524.

וגידף והרים יד בתורת משה.²⁷ כבר דנו בקריאה הנכונה של האות יו "ד של "דיני עכו"ם",²⁸ וגם השופט בזק מזכיר לנו, שהקריאה הנכונה אינה "כל הדן בדיני עכו"ם, אלא "כל הדן בדיני עכו"ם", לכן -

גם מקורה של ההלכה בגמרא ואף ניסוחה בשולחן ערוך חו"מ (כ"ז, א) מוכיחים כי היא אינה דנה כלל בשאלת מהות הדין שלפיו דנים, אלא בשאלת לאומיותם של הדיינים או יותר נכון של בתי הדין שבפניהם דנים.....ההלכה כנגד "ערכאות גויים" כפי שהיא מופיעה בתלמוד וברמב"ם ובשולחן ערוך מכוונת בפירוש אך ורק נגד ההליכה לבתי דין של השלטון הזר תחת להזקק לבית- הדין של הציבור היהודי, אין היא דנה כלל בשאלת מהות הדין עצמו לפיו דנים, אדרבה, היא מדגישה כי אפילו אם בית הדין הנכרי דן על-פי דיני ישראל, אסור להזקק אליו.²⁹

והוא מוסיף ברוח של דברי השופט אלון:

בזאת לא באתי חלילה לטעון כי מצב רצוי הוא שבת- הדין של ישראל ידונו לפי משפט נכרי. לא מיניה ולא מקצתיה! כל כוונתי אינה אלא לומר כי סילוף גמור הוא לקרוא להם ערכאות של גויים.....אכן העובדה שהדין לפיו הם דנים איננו הדין העברי הוא פגם חמור, אף-על-פי-כן אין הוא משווה להם מעמד של ערכאות.³⁰

השופט בזק, כמו השופט אלון, רוצה בשילובו של המשפט העברי בחקיקה ובשפיטה של מדינת ישראל. לעומת זאת, בהערכתם את המשפט הישראלי, נחלקים שני השופטים. בעוד אלון רואה כבר בפועל מידה רבה של שילוב המשפט העברי במשפט הכללי, רואה השופט בזק את המשפט הישראלי כמנותק ניתוק חמור ממקורות המשפט העברי. החייאת המשפט העברי היא בעיני השופט בזק כמו הפרחת השממה של ארץ ישראל על- ידי החלוצים או החייאת הלשון העברית: "כשם שהלשון העברית והמדינה העברית לא היו עניינם של חוגים דתיים בלבד אלא של כל יהודי בעל רגש לאומי, כך חייב הדבר להיות לגבי המשפט העברי." יחד עם זאת הוא יודע, שכל עוד לא נלמד המשפט העברי באופן סדיר על- ידי ציבור משפטנים רחב, אין בשאיפתו אלא שאיפה רומנטית.

מתברר, כי לשופטים שומרי תורה ומצוות יש דרכים שונות לנמק את הלגיטימיות של מערכת המשפט הכללית. אך השאלה שתידון בהמשך הפרק היא, מהי עמדתם של פוסקי ההלכה כלפי השופטים הדתיים הפועלים בתוך מערכת משפטית המנוגדת, לדעתם, להלכה היהודית.

²⁷ רמב"ם, הלכות סנהדרין כו, ז.

²⁸ ראה לעיל, פרק 2.

²⁹ בזק, שם, 524.

³⁰ שם.

8.3. עמדתם של רבנים ופוסקי הלכה כלפי השופטים הדתיים

דבריו של השופט יעקב בזק נכתבו כתגובה למאמר, שפירסם הרב אריאל ב"תחומין" א' על מעמדם של בתי המשפט במדינת ישראל לאור ההלכה. לאחר פירסום מאמרו של השופט בזק הוסיף הרב אריאל "תשובה לתגובה":

דברי השופט ד"ר יעקב בזק זהים בכל לדברי השופט העליון פרופ' מנחם אלון שאליהם התייחסתי במאמרי בתחומין א'. לדעתם אין איסור ערכאות חל אלא על דיינים נוכריים ולא על דייני ישראל במדינת ישראל, אע"פ שהם דנים עפ"י דינים נכריים.

ולא היא, ברוב המקורות בהם מוזכרות ערכאות של נוכרים מוזכרות גם ערכאות הדיוטות, כגון: גיטין פח, ב, שאילתות שאילתא ב, תשובת רב שריא גאון (הובאה באוצה"ג גטין שם וב"ק קיג, ב), הרמב"ם בסוף הל' סנהדרין, הרמב"ן בפירושו לתורה תחילת משפטים, הר"ן בתשובותיו סי' עג ועוד.

בכמה מהמקורות אמנם לא הוזכרו ערכאות של הדיוטות (מדרש תנחומא ריש משפטים ובעקבותיו פירוש רש"י על התורה שם), אולם אין ללמוד ממדרש אגדה. ומרש"י הבא לישיב פשוטו של מקרא. הלכה למעשה, כי לצורך פירושם בפסוק וק לא הוצרכו להזכיר ערכאות של הדיוטות. אולם סביר להוכיח שלהלכה אף הם הסכימו למקורות האחרים המזכירים במפורש איסור ערכאות של הדיוטות. (בתנחומא מהדורת בובר לא נזכר כלל ענין הערכאות, לא של גויים ולא של הדיוטות).

את השמטת השו"ע (חו"מ סי' כו ס"א) איסור הדיוטות הסברתי במאמרי הנ"ל משום שפעמים הותרו ערכאות אלו, בשני תנאים: א. כשאין בני תורה. ב. כשאין חיקוי מכון של דיני הנוכרים, והפניית עורף להלכה.

הערכאות במדינת ישראל נחשבו ע"י הרב הראשי לישראל, הגרי"ה הרצוג כחמורים פי כמה מערכאות של גויים (התורה והמדינה כרך ז - ח עמ' י). וכמוהו הגרצ"פ פרנק (משואה לדור עמ' קיד, נספח גם לספר הצבי - ישראל). וכן החזון-איש (חו"מ סי' טו, ד), הרב יהודה סגל (התורה והמדינה כרך ז - ח מעמ' עד ואילך). והגר"ש ישראלי (בהערותיו שם בעמ' עו - עח). אלא שלדעתו אין בערכאות של הדיוטות במדינת ישראל איסור חירוף וגידוף. אלא איסור גזל ועקירת התורה חלילה.

וכן מקובלנו אצל כל פוסקי דורנו ורבניו. ולא שמענו מהם מי שהתיר איסור ערכאות במדינתנו.

הטענה שבדיני ממונות רשאי הציבור לתקן תקנות ולדון שלא עפ"י דין תורה. תופסת רק כמקום שישנה הכרה עקרונית בדין התורה, אלא שלצורך המקום והשעה יש הכרה בתקנה. אולם לא במקום של עקירת דין התורה מכל וכל והעדפת סברה אנושית עפ"י חכמת ה'. אין לך חילול ה' גדול מזה, ואין כאן כל תקנה אלא קלקלה בלבד.

ויהי רצון שיקוים בנו הכתוב "ואשיבה שופטיך כבראשונה".³¹

דבריו של הרב אריאל מציגים באור חדש את מעמדם של אותם בתי משפט שאינם פועלים על יסוד חוקי התורה. ההלכה היהודית אכן יכולה להכיר בבתי דין של ישראל שאינם מושתתים על ההלכה היהודית, "רק במקום שישנה הכרה עקרונית בדין התורה, ... אולם לא במקום של עקירת דין התורה מכל וכל". לכן מעמדם ההלכתי של בתי המשפט בישראל אינו תלוי באפשרות ההלכתית להכיר בהם ככאלה, אלא בנסיבות של הקמתם ושל קיומם. אם מתכוונים ל"חיקוי מכוון של דיני הנוכרים, והפניית עורף להלכה" אין הם לגיטימיים, אולם, אם אין הם מתכוונים לחקות באופן מכוון את דיני הנוכרים, הם מותרים. לאור עמדתו של הרב אריאל אפשר להבין את אלה השואפים להתאים עד כמה שאפשר את חוקי הכנסת ואת פסקי הדין של מערכת המשפט הכללית להלכה היהודית. התאמה זו עשויה להבטיח, כך סוברים כנראה אחדים מהשופטים הדתיים, שפוסקי ההלכה יכירו במערכת המשפט הכללית על סמך אותן ההלכות המכשירות ערכאות של הדיוטות. גם המצדדים בחקיקה דתית רבה ככל האפשר, אינם יכולים לטעון שבמדינת ישראל אין בני תורה במקום, והרי היעדרם הוא תנאי הכרחי לערכאות של הדיוטות.

מאמרו של הרב אריאל ב "תחומין" א' היה מכוון לכל אותם משפטים ושופטים דתיים הטורחים להכשיר את המשפט הישראלי בדרכים הלכתיות, בניגוד לדעתם של כל גדולי הפוסקים בדורות אחרונים. צודק הרב אריאל שלא ניתן למצוא בין פוסקי זמננו³², רב או פוסק שיכשיר את בתי המשפט במדינת ישראל, כי בניגוד לשופט אלון, רואים הפוסקים את המשפט הישראלי כמשפט נוכרי במהותו, על אף שבאופן אקראי, תחת לחץ המפלגות, הדתיות מתקבל חוק ההולם את השולחן ערוך:

אחת הבעיות הכואבות ביותר לשוחרי התורה במדינת ישראל היא מעמד הנחות של משפט התורה בישראל. המשפט הרשמי המוכר במדינה הוא או נכרי, או "ישראלי", המורכב מחוקי עמים שונים, ובלחץ קואליציוני הוא מכיל פה ושם גם כמה סעיפים ברוח השולחן הערוך. אולם רוחם הכללית של המשפט, ורוב שופטיו, זרה לרוח התורה. חומרת האיסור להזדקק לערכאות הישראליות הקיימות לא חדרה לתודעת הציבור הדתי הרחב, הסבור לתומו ש "דינא דמלכותא" תופס גם במקרה זה. יתרה מזאת, מחוסר מודעות לחומרת הנושא מוצגים בני תור המודעים לו כ"קיצוניים", ומזהים עם מתנגדי המדינה והכופרים בשלטונה, כביכול.³³

דברי הרב אריאל מקבלים תימוכין בהתרסה של הרב ברייטשטיין, שהובאו כבר לעיל,³⁴ נגד השופטים הציוניים בארץ ישראל, חילונים כדתיים, אויבי היהדות החרדית, המדקדקת בקלה כבחמורה: "אלו שהם בו דאי 'אויבינו פלילים' אויבי התורה והדת ורחוקים ממשפטי התורה והשו"ע (גם לרבות השופטים חובשי הכיפות) שהם אויבינו, אויבי היהדות החרדית ואויבי

³² הדגשנו לעיל, שלמעט הרב גורן, הרב פדרבוש והרב שרלו, ההתנגדות לערכאות היא גורפת.

³³ אריאל, שם, 319.

³⁴ ראה לעיל, פרק 3.

המדקדקים בקלה כבחמורה".³⁵ נוכח התרסה זאת, אין פלא, ששופטים ומשפטנים דתיים הם בעיני הפוסקים לא רק חוטאים, אלא גם מחטיאים. במאמציהם להכשיר את בתי המשפט הכללים בכלים הלכתיים, הם יוצרים אשליה כאילו חל במדינת ישראל הכלל "דינא דמלכותא דינא", אשליה שמפילה בפח רבים מהציבור הדתי. לכאורה, שופט דתי מהווה גשר בין עולם המשפט הישראלי לבין עולמם של פוסקים בני זמננו, אך למעשה בעיני הפוסקים בני זמננו יהודים חילונים הם "תינוקות שנשבו" או "שוגגים", ושופטים דתיים הם מחטיאים ומזידיים, ו"מוטב שיהיו שוגגין ואל יהיו מזידין". דבריו של הרב וולדינברג, שהובאו כבר לעיל, מייצגים את הזלזול של פוסקי ההלכה בשופטים הדתיים המבססים את פסקיהם על דברי תורה ועל המשפט העברי:

לפעמים קורה שאחדים משופטי הערכאות מביאים בפסקיהם השוואות גם מחוקי תורה"ק, או – להבדיל סיוע מחוקותיהם לחוקי תורה"ק. ... וישנם היוזמים אפילו לחבר חיבורי – חוקים בצורה כזאת. אבל באמת טועים בזה טעות מרה, ואדרבה עוד קוץ בזה, דמה לו לכהן בבית הקברות, מה לחוקי – השם ברוך הוא, להעמידם בכפיפה אחת עם חוקי אנוש זרים?³⁶

בלשון לא פחות מלגלגת התבטא בשנת 2000 הרב נריה גוטל³⁷ נגד משפטנים, שופטים ועורכי דין דתיים:

לא קל לו, למשפטן הדתי. מחד גיסא, הוא עוסק מדי יום ביומו במשפט "החילוני", אם כשופט, אם כעורך דין ואם כחוקר, ומאידך גיסא הוא מתפלל, ושוב מדי יום ביומו, ולא פעם אחת אלא שלוש פעמים ביום: "השיבה שופטינו כבראשונה והסר ממנו יגון ואנחה". מבחינתו, הלא זהו תרתי דסתרי: עיסוקו המקצועי נעשה בתחום שהוא מייחל לביטולו. לא קל, ומחייב התמודדות – מעשית וגם נפשית – עם התסכול. ניתן להצביע על כמה מודלים שנקטו משפטנים דתיים בדורות האחרונים בבואם להתמודד עם אותה "סכיזופרניה".³⁸

הרב גוטל מונה שלוש דרכים להתמודדות המשפטנים הדתיים עם "הסכיזופרניה" שלהם: הכחשה, הפרדה ויצירה. המכחישים מנסים לשכנע את עצמם, שבת המשפט של מדינת ישראל אינם ערכאות של נוכרים, בניגוד לדעת כל הפוסקים, חרדים כציונים הקובעים כי אלה הם לכל היותר "ערכאות של הדיוטות". נראה, שהרב גוטל מכון את חיציו אלה נגד השופט אלון. המפרידים, וכנראה שהשופט אנגלרד משוייך לקבוצה זו, מנתקים כל קשר בין עיסוקם המקצועי כשופטים וכמשפטנים, לאמונתם הדתית. לקבוצה השלישית שייכים אנשי המשפט העברי המנסים להחזיר את שופטי ישראל אל חיק ההלכה היהודית באמצעות לימוד

³⁵ ברייטשטיין, א"מ, (תשנ"ב). כח ב"ד יפה, ק.

³⁶ ראה לעיל פרק 3

³⁷ נריה גוטל הינו רב ופרופסור במכללת אורות ישראל באלקנה.

³⁸ גוטל, נ' (2000). מן האמור לעיל עולה שניסוחו של הסעיף מתאים לעקרונות המשפט העברי.

"המשפט העברי". לדעת הרב גוטל, שלוש הדרכים בהן בחרו המשפטנים הדתיים כשיטות התמודדות, נכשלו. המכחישים משלים את עצמם ומתעלמים מעמדת גדולי הדור, המפרידים מתעלמים מן הזיקה שבין המימד ההלכתי של הדת היהודית לבין עיסוקם כשופטים, ואנשי המשפט העברי יוצרים מציאות מדומה של משפט עברי הבא תחת ההלכה היהודית.³⁹

8.4. עמדת פוסקי הלכה כלפי פסיקתם של שופטים דתיים

יש לצפות ששופטים כאלון ובזק, בשונה מהשופט אנגלרד, ישאפו לפסוק פסקי דין המושתתים לא רק על יסודות חוקי הכנסת ועל התקדימים המשפטיים, אלא גם על יסודות המשפט העברי. שאיפה זו להרמוניזציה בין הפסיקה לבין המשפט העברי, היא, כפי שראינו לעיל, נחלתם של המחלקה למשפט העברי במשרד המשפטים ושל שופטים דתיים, בעיקר של אלה המשתייכים לאסכולת אלון. לדעתנו, מבחנם של אותם שופטים הוא דווקא במשפטים בעלי רגישות מבחינה הלכתית, בהם מוסדות הדת של מדינת ישראל נקטו עמדה על יסוד ההלכה, או מעורבים בעצמם כבעלי הדין. לקבוצה זו שייכים בג"ץ בבלי, בג"ץ אנגלוביץ' ובג"ץ קעדאן, אותם ניתחנו בהקשרים אחרים.

בפרק זה נבדוק את תגובת הפוסקים לפסיקתם של אותם שופטים דתיים, שהכריעו את הכף בעתירות שנויות במחלוקת בין מערכת המשפט הכללית לבין מוסדות הדת ופוסקי הלכה בני זמננו: בג"ץ ויליאם נקש מהווה אבן בוחן למחקרנו.⁴⁰ הכרעת בג"ץ עוררה סערות ציבוריות קשות, ושני הצדדים תלו בדיוני בית המשפט העליון את גורל דמותה של מדינת ישראל בענייני דת ומדינה. בחרנו לנתח את הכרעות בג"ץ בעניין הסגרת נקד, מאחר שבה ניתן הסבר הלכתי מקיף על-ידי השופט אלון, המבסס את פסק הדין של בית המשפט באמצעות המשפט העברי. השופט אנגלרד לא נדרש לצידו קים הלקוחים מנדבכיו השונים של המשפט העברי על מנת לחוות את דעתו, כי, כפי שכבר נאמר, אין הוא רואה בשילובו של המשפט העברי במערכת המשפט של מדינת ישראל יעד רצוי. השופט אלון, לעומתו, טרח רבות ליצור הרמוניה בין עקרונות המשפט העברי לבין משפט המדינה. עד כמה הרמוניה זאת הושגה, ניתן ללמוד מתגובת רבני הציונות הדתית על הסבריו ההלכתיים של השופט אלון.

8.5. בג"ץ ויליאם נקש

במשפט ההסגרה של ויליאם נקש, שהואשם בצרפת ברצח, ומצא בעלייתו לארץ "מקלט" מפני שלטונות החוק של צרפת, היו מעורבים שני שופטים דתיים, השופט בזק והשופט אלון. המשפט הראשון התנהל בשתי ישיבות בספטמבר 1985 בפני בית המשפט המחוזי

³⁹ שם.

⁴⁰ בג"ץ נקש מוצג כאן כמייצג שורה של הכרעות בג"ץ, בהם שופטים דתיים הכריעו בפרשיות שנויות במחלוקת, כמו בג"ץ לאה שקדיאל או משפטו של אריה דרעי.

בירושלים בו הכריע השופט בזק, שאין לקבל את טענת המשיב, ויליאם נקש. נקש טען, כי הרצח שביצע במועדון לילה בצרפת היה "בעל אופי מדיני וגזעי", ⁴¹ המונע את הסגרתו לידי שלטונות החוק של צרפת. פרטי המקרה מתוארים בפסק הדין ובדיון בג' "ץ שהתקיים ב-1987:

המבוקש עם עוד שניים אחרים (האחד ערבי ממוצא צפון-אפריקני והאחר מולטי), תיכננו יחד ימים מספר לפני האירוע לתקוף את עבדול אלי הקר (אף הוא ערבי ממוצא צפון-אפריקני) על רקע סכסוך בין בעלי מועדוני לילה בעיר בזנסון. ביום 22.2.83 נסעו השלושה מפרזי ברכב של המבוקש לעיר בזנסון, שם הצביע בפניהם בעל מועדון הלילה על הקרבן, אשר לא היה מוכר להם לפני כן. השלושה המתינו לו מחוץ למועדון הלילה וכאשר יצא מהמועדון הוא הבחין בשלושה והחל להימלט מפניהם. השלושה רדפו אחריו, השיגוהו והרגו אותו ביריות. במעשה זה עבר המשיב לכאורה עבירה על סעיף 300 לחוק העונשין. בעקבות המעשה ברח נקש מצרפת וביום 4.3.83 הגיע לישראל. עם בואו הוענקה לו אזרחות ישראלית מכוח חוק השבות, תש"י-1950, כאשר הוא מציג עצמו בשם הבדוי רודי אטלן. ביום 17.3.85 נעצר ויליאם נקש ב' ישראל, בעודו נושא תעודה בשם הבדוי רודי אטלן. מעצרו בא בעקבות מעורבותו בקשירת קשר לביצוע שוד מזוין כלפי איש כמורה בכיר, אשר, לפי הידיעות שבידי הקושרים, עמד לנסוע במכוניתו בכביש יריחו מכיוון גשרי הירדן לכיוון ירושלים. לאחר המעצר נתגלתה זהותו האמיתית של נקש. רשויות השלטון הצרפתיות המוסמכות הגישו לישראל בקשה להסגרתו של ויליאם נקש, בקשה שהסתמכה על אמנת ההסגרה שבין שתי הארצות ואשר הייתה אז בתוקף. ⁴²

הרצח שביצע נקש בצרפת עם עוד שניים בא ללמד כנופיות ערביות, המתנכלות לבעלי מועדוני לילה בצרפת, לקח למען יראו ויראו:

"לטענת ב"כ המשיב בוצע המעשה על רקע של התנכלויות ליהודים בעלי מועדוני לילה באותה עיר מצד קבוצה ערבית. כוונת הפעולה היתה ללמד לקח לקבוצה זאת לבל יוסיפו חבריה להתאנות עוד ליהודים

ב"כ המשיב מבקש להשמיע עדים מספר, ובכללם את המשיב עצמו, כדי להוכיח את אמיתות גרסתו. טענתו היא כי העבירה שעבר המשיב היא עבירה פוליטית ואינה בת הסגרה שכן בסעיף 4 להסכם ההסגרה בין ישראל וצרפת נקבע כי "לא יוסגר אדם אם המדינה המתבקשת תהיה

⁴¹ בית המשפט נזקק לדיון בסעיף 4 בהסכם ההסגרה שבין ישראל וצרפת הקובע: "לא יוסגר אדם אם המדינה המתבקשת תהיה סבורה שישודות העבירה או המניעים לבקשת ההסגרה מושתתים על שיקולים מדיניים, גזעיים או דתיים."

⁴² ב"ש (י-ם) 164/85 היועץ המשפטי לממשלה נ' ויליאם נקש (המכונה גם רודי אטלן); בג"ץ 852/86 ח"כ שולמית אלוני נ' שר המשפטים.

סבורה כי יסודות העבירה או המניעים לבקשת הסגרה מושתתים על שיקולים מדיניים, גזעיים או דתיים".⁴³

השופט בזק בפסק דינו, וגם בעירעור שהגיש ויליאם נקש, דחה את הטענה שהרצח שבוצע בבזנסון היה על רקע מדיני, גזעי או דתי, וקיבל את עמדת בא כוח המדינה:

כי אפילו יונחו כל נסיבות העבירה בהתאם לגירסתו של המשיב, אין בכך כדי לשוות לעבירה אופי מדיני ועל כן אין טעם להרשות הבאת ראיו ת בכיוון זה מהטעם המבוקש. גירסת המשיב היא כי קבוצות ערבים בצעו עבירות אלימות והטרדות כלפי יהודים על רקע אנטישמי וכי משטרת צרפת לא הגנה כראוי על האוכלוסיה היהודית, לפיכך לא נותרה ברירה לאוכלוסיה היהודית אלא לארגן הגנה עצמית ובכלל "הגנה עצמית" גם פעולות יזומות למען ישמעו הערבים וייראו.⁴⁴

הסגרתו של נקש הסעירה את הציבור הישראלי במשך שנים. עם כניסתו לבית הכלא חזר נקש בתשובה ואימץ אורח חיים דתי. במאבק הציבורי התערבבו מרכיבים פוליטיים, דתיים ולאומיים, ביניהם מערכת היחסים הבעייתית בין צרפת לישראל, העובדה שהנרצח היה ערבי, שאלת שמירת הכשרות בבית כלא צרפתי, והשמירה על חייו של נקש בכלא הצרפתי הגדוש בעבריינים ערבים. בסערה הציבורית נקטו ימין ושמאל, דתיים וחילונים עמדות קוטביות. במאי 1986 עירער נקש בפני בית המשפט העליון על פסק הדין של בית המשפט המחוזי. הדיון התנהל בפני השופט ים אלון, בך וליון. לאחר דיון מקיף על מהות הטענה של עבירה ממניעים פוליטיים אישרו השופטים את פסיקת בית המשפט המחוזי. בין היתר הם הזכירו את דרישת ההסגרה של ישראל מאנגליה בעניין יוסלה שוחמכר, בנימוק, שהנער הוברח ממניעים פוליטיים על רקע הסכסוך בין דתיים ללא-דתיים בחברה הישראלית:

כן זכור המקרה, בו ביקשה ישראל מאנגליה את הסגרתו של שלום שטרקס בשל החזקתו שלא כדין בנכדו, הילד יוסל'ה שוחמכר. המבוקש טען, כי העבירה הייתה בעלת אופי מדיני, שכן בוצעה כחלק מהמאבק הפוליטי בין המפלגות הדתיות והאנטי-דתיות בישראל, ולא ניתן לנתק את העבירה מרקע מדיני זה. נציגה של מדינת ישראל התנגד לטיעון זה, ובית המשפט האנגלי קיבל את טענתו והורה על הסגרתו של שטרקס השופט Parker מדגיש אף הוא בפסק-דינו בעמ' 291: I find it quite unnecessary, and indeed impossible, to "lay down any exclusive definition" אך ניכרת נטייתו שלא להרחיב את ההגדרה של עבירה מדינית מעבר למקובל.⁴⁵

⁴³ ב"ש (י"ם) 164/85 היועץ המשפטי לממשלה נ' ויליאם נקש. (פדאור)

⁴⁴ שם.

⁴⁵ ע"פ 745/85 ויליאם נקש נגד מדינת ישראל. (פדאור)

פסק הדין במשפט נקש, בו עמד השופט אלון בראש חבר השופטים, עורר זעם רב בציבור הדתי לאומי.⁴⁶ משהתמהמהה הסגרתו של נקש בעקבות החלטת שר המשפטים מה- 4 בדצמבר 1986, קבוצה של אנשי ציבור, המזוהים בעיקר עם מחנה השמאל עתרה לבג"ץ, בדרישה שיתן צו המחייב את הרשויות להסגיר את המואשם ברצח לידי שלטונות צרפת. בין רשויות אלה כללו העותרים גם את בית הדין הרבני האזורי בירושלים, אשר הוציא נגד נקש צו עיכוב יציאה מן הארץ לפי בקשת אשתו רינה. מספר חברי כנסת מהשמאל שהצטרפו כעותרים לבג"ץ, הגישו עוד קודם לכן בכנסת הצעת אי-אמון בממשלה בשל פרשת נקש.⁴⁷ כמשיבים נוספים צורפו, לפי בקשת עצמם, שלושה חברי כנסת מסיעות התחייה והליכוד. אלו ביקשו להשתלב בהליכים כדי לחזק את ידיו של שר המשפטים בהחלטתו לא להסגיר את הנאשם, מאחר שיש להם עניין, כדבריהם, בשמירת החוקים שהכנסת חוקקה ובשמירה על עקרונות חוקתיים בסיסיים.

בדיון בעתירה שהגישה שולמית אלוני נגד שר המשפטים בעניין הסגרת נקש⁴⁸ הציגו פרופ' שמעון שטרית והרב מירון את מסקנותיהם מעיונם במשפט העברי בנושא הסגרת פושע יהודי לידי שלטון זר. התברר, כי כל אחד הסיק מסקנה הפוכה לזו של עמיתו. השופט אלון שיבח את דבריהם המלומדים של תומכי העותרים ושל תומכי המשיבים והוסיף לצו ההחלטי של בג"ץ חיבור מקיף משלו לסוגייה זו.

8.5.1. ההסגרה לאור המשפט העברי – לפי השופט אלון⁴⁹

בחיבור מקיף, על גבי יותר מעשרים עמודים מסביר השופט אלון, שדיני ההסגרה במשפט העברי אכן מאפשרים את הסגרתו של ויליאם נקש לצרפת. כשרות ההסגרה של פושע על בסיס המשפט העברי הושמעה כבר בעבר על-ידי השופט חיים כהן.⁵⁰ השופט אלון ממשיך: "ועתה, עם היחקק חוק יסודות המשפט, תש"ם - 1980, הקובע את עקרונות הצדק והיושר, החירות והשלום של מורשת ישראל כחלק ממערכת משפטנו, מן הראוי שנעיין בסוגיה זו -

⁴⁶ הרב פרופ' דוד גולינקין, ראש ועד ההלכה של התנועה המסורתית במדינת ישראל מציין מטעם תנועתו בפסק הלכה, המחייב את הסגרתו של ויליאם נקש לשיפוט בצרפת, שרק בג'רוסלם פוסט נכתבו בין 1985 ל-1987 עשרות מאמרים בנושא הסגרתו של הרוצח. ראה גולינקין, ד' (ללא תאריך). תשובה בעניין רוצח יהודי לחו"ל, <http://www.responsafortoday.com/vol2/5.pdf>, 2, 8-6.

⁴⁷ ד"כ (תשמ"ז) 612 ואילך.

⁴⁸ בג"צ 852/86 ח"כ שולמית אלוני נ' שר המשפטים.

⁴⁹ בסעיף זה אנחנו בוחנים את עיונו של השופט אלון בסוגיית נקש לאור המשפט העברי, משום שענין זה זכה לתגובתם של פוסקי הלכה. בחינה שיטתית של השימוש, שעושה השופט אלון במשפט העברי, חורג ממחקר זה, כי במוקד פרק זה עומדת תגובתם של פוסקי ההלכה לשיטתו. נציין רק, שלא נמצאה שום התייחסות, לא של רבנים, לא של פוסקי הלכה ולא של עסקנים דתיים לעשרות פסקי הדין, המשלבים עיון מקיף בדיון תורה ובמשפט העברי, אלא אם היה למשפט מעמד של משפט מעצב לדמותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, ובכך הוא זכה להדים רבים בציבור, כמו בג"ץ 153/87 לאה שקדיאל נ' שר הדתות. בדיון זה שעסק בסוגיית שילוב של נשים בחברה ובפוליטיקה, האריך השופט אלון בביתוחו את עמדת המשפט העברי למן התנ"ך, דרך דברי חז"ל, דרך פוסקים ראשונים ואחרונים ועד לפוסקי זמננו, התומכת בשילוב של נשים בעשייה הפוליטית והחברתית בישראל.

⁵⁰ בג"ץ 308/75, 466-465.

במיוחד משמדובר בה בשימוש בשיקול הדעת של רשות מינהלית - כפי שמשתקפת היא במורשת ישראל.⁵¹

השופט אלון מבסס את חיבורו על שני עקרונות היסוד שקבע התנ "ך בסוגיה של הסגרת פושע יהודי לידי שלטון זר: מצד אחד - "לא-תסגיר עבד, אל-אֶדְנִי, אֶשֶׁר-יִנְצֵל אֵלַיךְ, מֵעַם אֲדָנִי. עִמָּךְ יֵשֵׁב בְּקֶרֶבְךָ, בְּמִקוֹם אֶשֶׁר-יִבְחַר בְּאַחַד שְׁעָרֶיךָ-- בְּטוֹב לוֹ; לֹא, תוֹנְנוּ." (דברים כג) – ומהצד האחר - "יֵד נְכִי-נֶזֶד אִישׁ עַל-רַעְהוֹ, לְהִרְגוֹ בְּעֶרְמָה-- מֵעַם מִזְבְּחִי, תִּקְחֶנּוּ לְמוֹת" (שמות, כא). אלון מציין כי משני פסוקים אלה למד הרמב"ם:

ואמרו: לא תסגיר עבד אל אדוניו. הרי עם היות זה רחמים, יש עוד במצוה זו תועלת גדולה, והיא להקנות לנו המדה הנעלה הזו, כלומר שניתן מחסה למי שביקש חסותנו ונגן עליו ולא נמסרהו בידי מי שערק מפניו. ולא די בכך שתתן מחסה למי שביקש חסותך אלא שעוד מוטלת עליך חובה והיא שתדאג לצרכיו ותיטיב לו ... וכנגד צווי זה, שאיש הזדון והרשע, אם ביקש חסותנו אין נותנים לו מחסה, ואין מרחמים עליו ואין פורקים מעליו חובה כלל, ואפילו ביקש חסות האדם הגדול והנעלה ביותר. והוא אמרו: מעם מזבחי תקחנו למות. שהרי זה בקש חסות ה' יתעלה והחזיק בדבר שהוא מיוחס לשמו, ולא נתן לו חסותו אלא צווה למסרו בידי הממונה על הצדק אשר ברח מלפניו, כל שכן אם קש⁵² [כך אצל אלון] חסות אחד מבני האדם שאינן ראוי לתת לו חסות ולא לרחם עליו, כי הרחמנות על הרשעים המשחיתים [ההדגשה שלי, מ"ס], אכזריות על כל הבריות. (רמב"ם, מורה נבוכים, מהדורת קאפח, ירושלים, תשל"ג, ח"ג, לט, עמ' שסה, א-ב).

ואין לך דבר שהקפידה תורה עליו כשפיכות דמים ... שיש בהם משום השחתת ישובו של עולם" (רמב"ם, רוצח ושמירת הנפש, א, ד; ד, ט. וראה עוד רמב"ם, סנהדרין כ, ד).⁵³

דבריו הראשונים של הרמב"ם אינם הלכה, כי הם נכתבו ב"מורה נבוכים" ולא ב"יד החזקה". יחד עם זאת נחשבים הם בוודאי ל"מורשת ישראל", והם בודאי נר לרגלי השופט אלון בהמשך. עיונו בדברי חז"ל - במשנה, במדרש, בתוספתא ובתלמודים - מקיף יותר, כי אלון מזכיר את סירובו של רבי טרפון לתת מקלט לבני הגליל, "שיצא עליהם הקול שהרגו את הנפש" ומביא את דברי המהרש"ל⁵⁴ שטוען:

אין ראייה מכאן להציל ההורג אפילו בעת שבטלו דיני נפשות [היינו, כאשר אין לבית הדין העברי סמכות שיפוט בעבירות חמורות, כגון רצח, שיש בהם דיני נפשות, כפי שכך היה בימיו. מ"ס]. מכל מקום, אסור להציל, וכן

51 בג"ץ 852/86, 127.

52 צ"ל: ביקש

53 שם, 129. כל המובאות מדברי אלון בנושא הובאו מתקליטור פדאור.

54 מהרש"ל. רבי שלמה בן יחיאל לוריא נולד בפוזן (פולין) בשנת ה"א ר"ע (1510) לערך ונפטר בשנת ה"א של"ד (1574). בשנת 1567 הוא יסד את ישיבתו המפורסמת בלובלין, שהשפיעה על דרכי לימוד הגמרא בזמנו ובדורות הבאים. המהרש"ל השאיר אחריו תשובות שנקבצו בשו"ת המהרש"ל ופירושים ותיקוני נוסח לתלמוד בספר 'חכמת שלמה', שהשפיע רבות על נוסח הגמרא שלפנינו. כמו כן כתב את הספר 'ים של שלמה', שבו פירוש מעמיק וסיכום להלכה של הסוגיות בכמה מסכתות.

יאבדו כל אויבי ה' וידינו אל תגע בהם [היינו שצריך הרוצח להיות מובא לדין בפני בית המשפט הכללי . מ"ס]. אלא להכי שרי להציל (לכן היתיר להצילם), דספק הוי, וספק נפשות להקל. ועוד, שמעמידים אדם על חזקת כשרותו, ואמור בודאי לא הרג " (חכמת שלמה , נדה , סא , א , ד"ה ובשאלות).

הציר המרכזי בעיונו של השופט אלון בדברי חז"ל ובמפרשיהם נסב סביב הדיונים במסכת תרומות. הן במשנה והן בתוספתא, ובעיקר בתלמוד הירושלמי, מתקיימים דיונים על החובה ועל האיסור, להסגיר יחיד על מנת להציל קבוצה. בבסיס הדיון עומד הסיפור המקראי על הסגרת שבע בן בכרי שמרד במלכות דוד, לידי יואב. הקביעה של התוספתא (תרומות, פ"ז, ה"כ) שמסגירים רק כשהמבקשים את ההסגרה "יחדוהו" כפי שייחדו⁵⁵ את שבע בן בכרי, כפי שהדבר מסופר בשמואל ב' בפרק כ'. לכאורה דיון זה אינו רלוונטי לסוגיה של הסגרת נקש, כי הדורשים את הסגרת היחיד הם או שלוחיו של דוד המלך, כלומר שלטון יהודי, או חבורת פושעים או שליטים עוינים, המאיימים על הקבוצה לפגוע בכולם, אם לא יוסגר להם האחד. לא כך המקרה בבקשת ההסגרה של נקש המ' אושם ברצח לפני בריחתו לארץ ולפני קבלת אזרחותו. נקש לא מרד במלכות ישראל והמבקשים את הסגרתו אינם חבורה של פושעים המאיימים על קולקטיב יהודי.

חשובה לעניינינו היא מחלוקת האמוראים המופיעה בתלמוד הירושלמי בקשר לדברי התוספתא: "א"ר שמעון בן לקיש: והוא שיהא חייב מיתה כשבע בן בכרי. ורבי יוחנן אמר אף על-פי שאינו חייב מיתה כשבע בן בכרי.⁵⁶ על פירושה של התוספתא בכללה, ועל חילוקי הדעות שבין ר' יוחנן וריש לקיש בפרט, רבו הדעות בין המפרשים והפוסקים.⁵⁷ ריש לקיש מתנה את הסגרת המבוקש בחיובו בפני בית הדין, לעומתו רבי יוחנן מסתפק בעובדה ש"יחדוהו". שניהם מתייחסים רק לדרישת הסגרה תחת איום, כך שניתן לפתור את הסוגיה על-ידי היות המבוקש "רודף", אולם אין זה המקרה בסוגית נקש.

אלון מדגיש, שרבים מחכמי ההלכה, ובעיקר הגדולים שבהם, התנגדו להסתרתם של עבריינים יהודיים מעיני השלטונות, לא משום הסכנה לציבור הנובעת ממעשיהם, אלא משום שהעבריינים חייב לבוא על עונשו, במיוחד בעבירה חמורה כמו רצח. חכמים אלה הסבירו את עמדותיהם משום טיבו של הדין העברי או משום העיקרון של "דינא דמלכותא דינא". חלקם

⁵⁵ ייחדוהו = סימנו אותו, בלומר מתוך קבוצה ביקשו רק אותו. הדבר הזה נלמד מסיפור שבע בן בכרי, בו דרש יואב את הסגרת המורד שמצא מקלט בעיר, ולא את אנשי העיר.

⁵⁶ ירושלמי, תרומות פ"ח, ה"ד.

⁵⁷ ראה: רמב"ם, **יסודי התורה** ה', ומפרשים, שם; שו"ע, יו"ד, קנז, א ומפרשים, שם; **יד רמה**, סנהדרין עב, ב, **ובית הבחירה**, סנהדרין עב, ב; ריטב"א, פסחים, כה, א; מהר"ם חלאווה, פסחים, כה, ב; רבינו נסים על הרי"ף, בבלי יומא פב, א; חזון איש, חושן משפט, סנהדרין סי' כה; רש"י, לשמואל ב' כ, כב; רד"ק, שמואל ב' כ, כב. וראה עוד: ליברמן, ש'. **תוספתא כפשוטה, תרומות**, 420-423; שילה, **דינא דמלכותא דינא**, Daube, (1956) *Collaboration with Tyranny in Rabbinical Law*.

אף הביעו עמדה מפורשת, נחרצת ותקיפה בעד הסגרתו של מי שנאשם בעבירה חמורה. השופט אלון מסתמך על מקורות רבים, מהם הוא מבקש להביא רק מקצתם. דעה אחת סוכמה בצורה ברורה בדבריהם של רבי יוסף קארו והרמ"א בשו"ע, חו"מ, שפח, ט':

אסור למסור ישראל ביד עכו"ם, בין בגופו בין בממונו, ואפילו היה רשע ובעל עבירות, ואפילו היה מצר לו ומצער.

לא כן הדין במי שמיצר במעשיו לרבים. בסעיף י"ב, בהמשכו של אותו סימן נכתב:

כל המיצר (כך צריך לגרוס, ולא כל המוסר כפי שמופיע בדפוס - מ' א') הציבור ומצערן, מותר למסרו ביד עכו"ם להכותו ולאסרו ולקנסו; אבל מפני צער יחיד אסור למסרו. והרמ"א מוסיף בהגותו: "מי שעשה ועסק בזיופים וכדומה, ויש לחוש שיזיק רבים, מתרין בו שלא יעשה, ואם אינו משגיח (היינו שמתעלם מההתראה) יכולין למסרו לומר: שאין אחר מתעסק בו אלא זה בלבד (היינו שאין אחר עוסק בזיופים אלא אותו אחד בלבד) (המובאות בסוגריים שלי - מ' א')."

אבל מהמשך דבריו של הרמ"א אנחנו למדים, שאלון מצדד בדיוק באותה עמדה, המחייבת את ההסגרה משום הנזק שאי-ההסגרה עלולה להביא לקהל ישראל:

"מי שמסכן רבים, כגון שעוסק בזיופים במקום שהמלכויות מקפידות, דינו כרודף ומותר למסרו למלכות" ("הזיופים" הם שם כללי לגרימת דליקות מבוימות, חיתוך או "גזיזת" המטבעות וכיוצא באלה עבירות שאחיו היהודים נכשלו בהם מפעם בפעם; וראה סמ"ע, שו"ע, חו"מ, תכה, ס"ק ז).

כזו גם עמדתם של ר' דוד הלוי, בעל טורי זהב (הט"ז) על השלחן ערוך, מחכמי הלכה במאה השבע-עשרה בפולין, ושל רבים אחרים. אולם אלון מציין, שמפסיקתם של חכמי הלכה אחרים משתמעת עמדה שונה וקיצונית. לדעת אלה ניתן להסגיר לשלטון הכללי מי שנאשם בביצוע עבירות חמורות, כדי שיישפט לפני בית המשפט של השלטון הכללי:

לרבינו יואל סירקיס, מגדולי חכמי ההלכה במאה ה-17 ובעל פירוש בית חדש על הטור, פנתה קהילת קאליש אשר בפולין בשאלה הבאה. המקרה אירע בשנת ה'ש"פ (1620). יהודי אחד הוצא להורג - "קידש את השם" - בתואנה שהוא גנב את הצלב ועליו פסל ישו. לפי טענת השלטונות, כאשר היהודי נתפס והובל בין הציבור שהיה במקום, מסר את "הכיס עם הגואל", הוא הצלב, בידי חמיו, שהיה מפקידי הקהילה היהודית (שמש של הקהל). השמש ברח והסתתר אצל אחד מתושבי הקהילה, והשלטונות דרשו מהקהילה להסגיר אותו כדי לעמוד לדין לפני בית המשפט הכללי (שו"ת הב"ח הישנות דפוס פרנקפורט, 1697).

אלון מביא את דברי רבינו יואל סירקיס, שבתחילת תשובתו ובחלק ניכר מהמשכה דן תחילה בתוספתא ובירושלמי תרומות ובבראשית רבה, המחייבים את הסגרת הפושע לידי שיפוט נוכרי על מנת להציל את ישראל. הכתוב בהלכות אלה נוגע לשאלה שהובאה לפני הב"ח על שמש שנמלט, והשלטון הכללי איים על ראשי הקהל, כי אם לא ימסרו אותו למשפט השלטון, הם יהיו אחראים תחתיו. לאחר שהב"ח עומד על פרטי המקרה שלפניו, הוא קובע הלכה

עקרונית, לפיה אחריותו וחובתו של אדם החשוד בלקיחת הצלב , לעמוד לדין בפני בית המשפט של השלטון הכללי על העבירה המיוחסת לו , משום שהוא גרם לעצמו להעלות חשד כזה נגדו. תשובת הב"ח לשאלה הנדונה, בין היתר, -

ועתה נבוא לנדון דידן , והוא, כי נראה מבואר כי כל מה שמבקשים המעללים (צ"ל המעלילים - מ' א') מן הקהל כשמיחדים לפלוני ואומרים, תן לנו אותו ונעשה בו כך וכך או אתם תכנסו לעונש זה תחתיו , בין שאותה שאלה היא שאלת הריגה, בין שאלת ייסורים ועונשים שאינה של מיתה או שאלת ממון בלבדה, הנה אם אותו יהודי חייב בכך על ידי מעשיו שעשה כנגד הגויים יכולין למוסרו אותו בידי גויים , וכסברת הרמב"ם אליבא דריש לקיש , דמאחר דאיהו גרם לנפשיה על ידי מעשיו , אין לנו נתפסים עליו.

וא"כ בנידון דידן נמי אם היהודי שהוא שמש הקהל קיבל לידו הכיס בפני הגויים, בין שקיבל אותו מיד היהודי עצמו ש היה הכיס שלו, בין שקיבל אותו על ידי אחר , אין חילוק, בכל ענין ודאי אמרין מאחר דאיהו גרם לנפשיה לקבל הכיס בפני הגויים מאותו היהודי שנתעללו עליו, ולא חשש שמא גם עליו יעלילו, אם כן הוא גופיה מסר עצמו לסכנה זו שיגזרו עליו שיעמוד למשפט בידיהם על דבר הכיס שקיבל, ולכן רשאינן אנחנו למוסרו בידיהם למשפט, ואעפ"י דאיכא ספק סכנת נפשו, דכיון שייחדוהו והוא חייב כך בדיניהם אין אנחנו חייבים בדמיו , אלא דמו בראשו דגרם לנפשיה.

מבחינת הציטוטים האלה עולה בבירור , שאלון בדיונו מחפש לנתק את צידוק ההסגרה מסכנת החיים האורבת לכלל הקהל. לדעתו נימוקיו של הב"ח מאלפים מאוד:

דוקא התם (בירושלמי), דשאלוה להרגו בפירוש הוא דאין מורין כן . אבל בסתם שאלה, דאפשר דלא באו להרגו (מורין כן), ובנידון דידן דאפשר שדעת השרים לברר וללבן האמת . ועל כן גזרו על היהודי שקיבל הכיס לבא למשפט כדי לבדוק את היהודי בש אלותיהם ולחקור אותו אם יכולין לתפוס אותו בשום דיבור . אי נמי, שדעת השרים הוא , כי בזאת יבחן הדבר. כי אם היהודי חייב, לא יבא למשפט פן יאשם; ואם זכאי הוא, לא יירא לבו ויבא למשפט . ולפי זה, כיון דליכא ודאי שאלת הריגה , שפיר יכולין למוסרו ואין עובר בזה על משנת חסידים (המובאות בסוגריים שלי - מ' א').

ונמצא לפי זה ששלושה חילוקים הם : אחד - אם חייב מיתה בדין תורה כשבע בן בכרי שרי לכתחילה (להסגירו - מ' א'). ב - אם אינו חייב מיתה בדין תורה, אלא בדיניהם, ושאלוה להורגו, לאו משנת חסידים היא ואין מורין כך לכתחילה . ג - אם שאלוהו בסתם שימסרוהו להם, ולא נודע דעתם אם להרגו אם לאו, אם בדיניהם שימסרו להם, יכולין למוסרו להן ומורין כך לכתחילה.

כלל העולה בנידון דידן, דאם השמש קיבל הכיס בפני הגויים, איהו גרם לנפשיה (הוא גרם לעצמו - מ' א'), דלחייב לעמוד לדין במשפטיהם ויכולין למסרו להם. אבל אם לא קיבל השמש, אלא איש אחר קיבלו, אסור לנו כלל לפייס לשמש ולהזקיקו לבוא למשפט, מאחר דלא גרם מידי לנפשיה, דלהוי מתחייב לעמוד בפניהם למשפט.

בהמשך מביא השופט אלון את דבריהם של חכמי ישראל נוספים, בין היתר תשובה מאת ר' יאיר חיים בכרך, מגדולי חכמי אשכנז במאה השבע-עשרה ותשובה נוספת מאת ר' שלמה

קלוגר, מגדולי המשיבים בגליציה במאה התשע- עשרה.⁵⁸ לאחר דיון על החלת הכלל "דינא דמלכותא דינא" לסוגיה של ההסגרת יהודי לידי בית המשפט הכללי, מביא אלון את תשובתו של ר' משה שיק, מראשי חכמי ההלכה בהונגריה במאה ה' ט (שו"ת מהר"ם שיק, חו"מ, נ). במקרה זה נחשדה אישה, שבעלה מת באופן פתאומי, "שהיא נתנה לבעלה סם המות, ויש כמה אומדנות על זה וקצת הודאה: גם היא נחשדת מאיש אחר, אשר לפי הנראה היה בעצה הרעה הזאת עמה". ר' משה שיק נשאל על-ידי אחד החכמים, על שום מה הושתק הדבר ולא נמסר לשלטונות: "מה זו שתיקה, ושלדעתם מצוה לבער הרע ושלא לחפות עליה ועל הנחשד, ונפש תחת נפש כתיב, ושופך דם האדם באדם דמו ישפך?" (שם, בתחילת התשובה)

תחילה מעלה ר' משה שיק את השאלה, האם ניתן היה לפי דיני המשפט העברי, להרשיע את האישה ברצח, והוא מגיע למסקנה, שהדבר מוטל בספק, ועל כן הוא כותב:

כיון שאסור להורגו אין רשאים למוסרו למשפט לאומות העולם הדנין והורגין בהודאת פיו; כן היה נראה לכאורה.⁵⁹ אך בהמשכם של דברים מסיק הוא ואומר: "מצינו להריטב"א שהוכיח בב"מ דף פד ... דאי איכא הורמנא דמלכא רשאי, דאם לא כן קשה האיך לא מסרו נפשם ר' אלעזר ברבי שמעון ור' ישמעאל בר' יוסי, דהרי בשפיכות דמים הדין דיהרג ואל יעבור. ועל כרחך דהמלך יש לו רשות בזה לצורך תקנת העולם ודינו דין. וכן כתב הרשב"א בתשובה, המובאת בבית יוסף, ס' שפח דמהני רשות המלכות בזה ודינם דין שנצרך לצורך תקנת העולם ... מכל מקום מוכח דאין חילוק בין מלכי ישראל למלכי אומות העולם, כל שעושין לתקנות העולם דיניהן דין...

אמנם כל זה לדינא. אבל מהתם (משם) עצמו מוכח דלכל הפחות אין לגדולי ישראל להתאמץ ולהשתדל, וכמו שכתב הרשב"א בתשובה הנ"ל מובאת בב"י, ס' שפח... ולכן נהי דאין למחות לאחרין ומאן דעביד ומשתדל כדין עביד (אמנם אין למחות בידי אחרים, ומי שמשתדל להביא [את העבריינין לשיפוט של השלטון הכללי] כדין עושה). דיש לו הרבה פוסקים לסמוך עליהם, מכל מקום, על כל פנים, אין לגדולי ישראל להשתדל בזה אלא להיות בשב ואל תעשה" (המובאות בסוגריים שלי - מ' א). ולסיימה של תשובה זו - שאין להשתדל בזה - עוד נחזור בהמשכם של דברים.

לדעת אלון, מבחינת עיקרו של הדין שתי ההלכות מקבילות: כשם שאין להסגיר אדם הנמלט לחופש ובורח ממשעבדיו- אדוניו, כך אין לתת מקלט לעברייני הנמלט מאימת הדין, אלא יש להעמידו למשפט על מעשיו. עיקרון כפול זה מקורו עוד בדין התורה: "לא תסגיר עבד אל

⁵⁸ "אם אחד נתחייב מיתה על שהרג את הנפש ועכשו אין בנו דיני נפשות רק שהמלך מבקשהו להמיתו; וברח אצל ישראל להטמין עצמו. אם יש לישראל להטמין אותו או לא?"
דין זה מבואר בש"ס, נדה סא ע"א: "הנה לפירוש רש"י שם מוכח להדיא אסור להטמינו, אבל בתוספות שם... אבל גם הם מודין דאין חיוב להטמינו... ועדיין צריך לעיין בזה; ועיין בהרא"ש שם מוכח דבדבר ברור לכולי עלמא אסור להצילו."

⁵⁹ דרך אגב נציין, כי גם במשפט העברי עוד מימיו של הרשב"א, נתאפשר לדון לפי הודאת הנאשם, בסייגים מסוימים; ראה אלון, **המשפט העברי**, 84 ואילך, 163 ואילך, 566-569.

אדוניו", מחד גיסא, ו"רוצח האוחז בקרני המזבח - מעם מזבחי תקחנו למות", מאידך גיסא. חובת הענישה כלל גדול היא, ובראש ובראשונה, כאשר אדם חשוד בביצוע רצח: "שאין לך דבר שהקפידה תורה עליו כשפיכות דמים... שיש בהם משום השחתת ישובו של עולם".

אלון מוסיף, שבמשך הזמן הסכימו אף המסתייגים, כי מלכתחילה יש להסגיר עבריינים יהודיים, שבמעשיהם עלול להיגרם נזק לציבור, מאחר ובמעשיהם של עבריינים אלה יש משום "רדיפת" הציבור היהודי. דינם כדן רודף. דרשו לפגוע ברודף כדי להציל את הנרדף. חכמים אחרים חייבו הסגרה לשלטון הכללי של מי שהיה חשוד בביצוע עבירות חמורות, כגון רצח, לא משום דין רודף אלא משום חומרת העבירה כשלעצמה. והב"ח מוכן היה להניח שבית המשפט הכללי יקיים דיון נאות שמטרתו אכן לברר את האמת, וקבע, שאין להסגיר חשוד ונאשם, אלא אם מצויות ראיות לכאורה לביצוע העבירה וסביר שלא ייגזר עונש מיתה. חכמים אחרים ראו בהסגרת עבריינים יהודיים לידי השלטון הכללי משום הכרח-בל-יגונה, כדי לקיים סדר ושלטון, משום תקנת העולם, על יסוד העיקרון של "דינא דמלכותא דינא".

אלון מזכיר גם את דברי המאירי, בעל פירוש בית הבחירה על התלמוד, שחי במאה השלוש-עשרה בדרומה של צרפת וניסח גישה עקרונית מעניינת ליחסי יהודים ושאינם יהודים באותה תקופה. המאירי הבחין, לפי כמה וכמה גופי הלכות שבהלכה התלמודית, שבהם נקבע יחס שונה לנוכרי מאשר ליהודי, בין תקופת התלמוד שבה היו "אותן האומות מעובדי האלילים והיו מזוהמים במעשיהם ומכוערים במידותיהם", "שאינם גדורים בדרכי דתות ונימוסים" ואינם מקיימים שבע מצוות בני נוח, לבין הגויים שבימיו. אלה "גדורים בדרכי הדתות ונימוסים ושהם נקיים מכעורים שבמדות הללו" ומקיימים שבע מצוות בני נוח, אשר הלכות מפלות אלה אינן חלות לגביהם⁶⁰ אך בסוגיה, שבה דן אלון, המאירי וודאי היה מסתייג משיתוף פעולה עם השלטון הכללי כדי להסגיר עבריינים יהודיים לשיפוט בבתי המשפט הכלליים. לעומתו, ר' יחיאל מיכל הלוי עפשטיין, רבה של נאווהארדוק שבפולין ובעל "ערוך השלחן", שחי במחצית השנייה של המאה התשע-עשרה, מסיק, מהסבריו של המאירי, על "חוקיהם ונימוסיהם"⁶¹ של אומות העולם ומראיתם כ "בני-נח", שניתן לסמוך על משפטיהם ולהסגיר אליהם עברייני ישראל:

ידוע לכל קוראי הדורות, שבזמן הקדמון במדינות הרחוקות לא היה לאיש בטחון בגופו וממונו מפני השודדים והאנסים, אף שנשאו עליהם שם משרה (כלומר, גם אם נמנו על חוגי השלטון). כידוע גם היום מאיזה מדינות מאפריקא, השוד והחמס שפחות (רבים של פחה, היינו המושלים)

⁶⁰ ר' מנחם המאירי, בית הבחירה, עבודה זרה כב, א, ד"ה המשנה הראשונה; בית הבחירה, בבא קמא לז, ב, ד"ה שור של ישראל, ועוד מקומות רבים; וראה כ"ץ, י' (תשמ"ד) סובלנות דתית בשיטתו של רבי מנחם המאירי בהלכה ובפילוסופיה, **הלכה וקבלה**: מחקרים בתולדות דת ישראל על מדוריה וזיקתה החברתית, 291.

⁶¹ ראה לעיל, פרק 2.

הממשלה עושים. ועל טוב יזכרו מלכי אירופא, וביחוד אדונינו הקיר"ה (הקיסר ירום הודו) מרוסיא ואבותיו הקיסרים, ומלכי בריטניא שפרשו כנפי ממשלתם בארצות הרחוקות למען יהי לכל איש ואיש בטחון על גופו וממונו, באופן שהעשירים לא יצטרכו להסתיר עצמם שלא ישללו ממנום ויהרגו אותם. ועל זה סובב הולך כל דיני מסור ומלשין שבש "ס ופוסקים כאשר נבארם בסיעתא דשמיא. כי המוסר ומלשין את חברו לפני שוודדים כאלה הלא רודפו בגו פו וממונו, ולכן ניתן להצילו בנפשו (המובאות בסוגריים שלי - מ' א').

ר' עפשטיין ראה במלכי אירופה, בהם הצאר הרוסי, ובמלכי בריטניא, שבימיו העניקו השלטונות לכל איש ואיש בטחון על גופו ועל ממונו, וגם ליהודים שבתוכם, ודיני מוסר ומלשין⁶² אינם חלים עליהם, אלא בעידן הקדמון, שבו גם בעלי המשרה שבשלטון הכללי היו בבחינת "שוודדים ואנסים", והיום הם חלים רק על משטרים, שבהם שוררים השוד והחמס גם בחוגי שליטי הממשלה. אלון מעיר, כי הייתה זאת אופטימיות מופרזת, במיוחד לנוכח השואה ולמשטרים שקמו אחריה. אך מבחינת נושא הדיון חשובה הגישה ה עקרונית של גדול הלכה זה בנדון, והנמקתו הנועזת, אם כי הגיונית ופשוטה, המובעת באופן כה בהיר וממצה.

עמדה דומה מוצא אלון אצל ר' מאיר דן פלאצקי, אב בית דין באוסטרבה שבפולין בסופה של המאה התשע-עשרה ותחילתה של המאה העשרים. לאחר שר' מאיר דן בהרחבה באיסור הפנייה לערכאות ובדיניו השונים, הוא מסיים בדברים, שככל הנראה מבוססים על תפיסת המאירי, שאין לראות בנוצרים עכו"ם, (כלי חמדה, פרשת משפטים, סימן א):

ואם אמנם אין נפקא מינא לדינא (אין הבדל מבחינת הדין), שכל דין זה (שכל איסור הליכה לערכאות) לא קאי (לא חל) על השופטים בזמן נואשנים בכלל עובדי כוכבים ומזלות חס ושלוה, ואינם בכלל ערכאות, ופשוט דצריך לדון לפניהם דוקא, כמו דינא דמלכותא; אך כתבתי להתלמד למדינות רחוקות כגון ח'ינא (סין) ויאפאן שעובדים שם עכו"ם ויש להם דין ערכאות" (המובאות בסוגריים שלי - מ' א'. וראה אלון בספרו הנ"ל, בעמ' 1324, וה"ש 18 באשר לצנזורה כרקע לדברים האמורים). ללמדנו, כיצד ראו בתחילתה של המאה העשרים את טיבן ותרבותן של שתי מדינות רחוקות אלה מהקונטיננט האירופי.

מהלכה זאת, מסיק השופט אלון, ששניים הם התנאים להסגרתו של אדם הנמצא בישראל לידיה של מדינה אחרת:

האחד - קיומו של הסכם, הקובע הדדיות בהסגרת עבריינים בין ישראל לבין המדינה המבקשת להסגיר את פלוני לידיה. והאחר - שהעבירה המיוחסת לאותו אדם אינה בעלת אופי מדיני, ושהיא מהווה עבירה פלילית במערכת משפטה של מדינת ישראל וכלולה ברשימת העבירות שבתוספת לחוק ההסגרה (סעיף 2 לחוק ההסגרה). הסגרה אינה איפוא

⁶² דין מוסר: רמב"ם כותב הלכות תשובה ג, יב: שנים הם המוסרין: המוסר חברו ביד עכו"ם להורגו או להכותו, והמוסר ממון חברו ביד עכו"ם או ביד אנס שהוא כעכו"ם ושניהם אין להם חלק לעוה"ב.

דרישה חד-צדדית של המדינה המבקשת, אלא נעשית היא אופן הדדי ומרצון החופשי של שתי המדינות, המבקשת והמתבקשת. כן מבוצעת היא לידיה של מדינה, שמדינת ישראל הסכימה להסגיר לה אדם הנמצא בשטחה של ישראל מתוך ידיעה והכרה, בין היתר, של הגינות הליכי השיפוט שבמדינה המבקשת את ההסגרה. לפי הוראה נוספת, לא יוסגר אדם למדינה, שבה צפוי המוסגר לעונש מוות על העבירה המיוחסת לו, כשעונש כזה לא צפוי על עבירה כזו המבוצעת בישראל (סעיף 16 לחוק ההסגרה), ולכן לא יוסגר אדם, שמיוחסת לו עבירת רציחה, למדינה שבה העונש הצפוי על עבירה זו הוא עונש מוות. כמו כן, לא יוסגר אדם, אלא אם מצויות ראיות לכאורה להגשת כתב-אישום על העבירה המיוחסת לו, במידה ובשיעור שהיו מספיקים להגשת כתב-אישום על עבירה כזו במדינת ישראל.

על מנת להסיר ספק, כאילו עמדתו אינה קבילה מבחינת המשפט העברי, מדגיש אלון, כי תנאים אלה עולים בקנה אחד עם התנאים, שנקבעו במשפט העברי. נקבע בו, כי בשום פנים ואופן אין מאפשרים לאדם החשוד בביצוע עבירה להימלט, ועליו לתת את הדין, במיוחד אם מיוחס לו רצח אדם. חייבים להעמידו לשיפוט בבית משפט המוסמך לדון אותו:

כפי שראינו, רבים בין גדולי ההלכה הצדיקו הסגרה זו לרשות בית המשפט המוסמך לדון, גם בתנאים שההסגרה נכפתה על-ידי השלטון הכללי על הקהילה היהודית שחיה וחסה בצלו, ודי להזכיר את פסיקתם של הב"ח, החוות יאיר והיעב"ץ - שעמדו עליהם במפורט לעיל - מכוח גופו של הדין העברי, ואת דעתם של הרשב"א, הריטב"א, המהרשד"ם ואחרים מכוח עקרון דינא דמלכותא דינא, לשם תיקון עולם וקיומו של משפט ודין. ובוודאי וכל שכן שהסגרה זו מוצדקת היא, כאשר היא נעשית מרצונה החופשי של מדינה עברית ריבונית ושוות זכויות למדינה המבקשת את ההסגרה, על-פי התנאים שפירטנום לעיל, הקבועים בחוק ההסגרה, כאשר אין אפשרות להעמיד את המבוקש לדין במדינה העברית. רבינו יואל סירקיס מוכן היה לסמוך על יושר שיפוטם של בתי המשפט של השלטון הכללי בקאליש שבפולין, אשר יהודי קאליש היו כפופים להם, ושלא הייתה להם, כמובן, כל יכולת של עיקוב ופיקוח אחרים; ודאי שכך הוא לעניין משפטה של כל מדינה, שמדינת ישראל יודעת את תקינות שיפוטתה ועוקבת אחריה. ולא זו אלא אף זו. לפי חוק ההסגרה, כאשר המבוקש צפוי לעונש מוות, אין מסגירים אותו כל עיקר, שעה שלפי הב"ח די שתהא אפשרות שאינו צפוי לדין מוות כדי להצדיק הסגרתו מלכתחילה. וכן נראה, כי אילו נתבקשה הסגרתו של החשוד בלקיחת הצלב, כבמקרהו של הב"ח, לפי האמור באמנת ההסגרה שבין ישראל לצרפת, סביר להניח, כי לא היה מוסגר בגלל אופיה הדתי של העבירה המיוחסת לו (סעיף 4 לאמנה). ואף לדעת אותם חכמי ההלכה, שלא התירו הסגרתו של חשוד יהודי לשלטון הכללי אלא אם מיוחסת לו עבירה המסכנת את שלום הציבור העברי, וזאת משום שבמקרה של ביצוע עבירה אחרת גובר החשש לעיוות-דינו של הנאשם - כתוצאה מההסגרה - על הצורך בהענשתו, אין מקום לחשוש חשש מעין זה בהסגרה המבוצעת על-ידי שלטונות מדינה עברית ריבונית, הבודקת טיבו של השיפוט של המדינה מבקשת ההסגרה עובר לחתימת הסכם ההסגרה עמה, ועוקבת אחר תקינותו של שיפוט שבאותה מדינה גם לאחר חתימתה על ההסכם, כדי לדעת ולוודא אם להמשיך ולעמוד בהסכם או להסתייג ממנו ולבטלו (ראה והשווה נימוק מעין זה בדברי המאירי בדבריו שהבאנו בדיונונו על הסוגיא בבב' א מציעא, פג,ב' בעניין כילוי קוצים מן הכרם, שמהם עולה הרעיון - המצוי, כאמור, בחוק ההסגרה, סעיף 2 - שניתן להסגיר חשוד או נאשם מבוקש, אם וכאשר

גם לפי הדין החל בישראל חייב הוא לעמוד בדין על העבירה המיוחסת לו, וכן אם קיימות ראיות לכאורה, לפי הדין המקובל בישראל, ואם במחציתה של המאה התשע-עשרה סבר בעל ערוך השלחן שניתן לסמוך ולהסתמך על הגינותו של השלטון הכללי, שאזרחיו היהודיים חסו בצלו ובחסדו, ולגבי שלטון זה לא חלים דיני מוסר ומלשין, כיצד יחולו דינים אלה לעניין הסגרה, המתבצעת בפיקוחה ובחסותה של מדינה עברית, עצמאית וריבונית.

לקראת סוף הדיון בבג "ץ מוסיף אלון נימוק חשוב בעד הסגרתו של נקש לשלטונות החוק בצרפת: החלטה על אי-הסגרתו של המשיב השלישי (נקש), פירושה שחרורו מנתינת דין על מעשה הרצח המיוחס לו, שהרי אין אפשרות להעמידו לדין בישראל על רצח, שביצע מחוץ לתחומי ישראל, כשטרם היה אזרח ישראל. שחרור מחובת עמידה לדין והכרזה, כי הנאשם ברצח חופשי "לטייל בשוק", יש בהם משום פגיעה חמורה בעיקרון המשותף הן למשפט המדינה והן למשפט העברי. זהו עיקרון של שפיטת עברין והענשתו, במיוחד אם הוא מואשם בעבירה, שהתורה הקפידה עליה יותר מאשר על כל עבירה אחרת – נטילת חיי אדם והשחתת יישובו של עולם.⁶³

8.5.2. תגובת רבני "אסכולת תחומין"

פסק דין נקש עורר תגובות קשות בציבור הדתי והדתי-לאומי. שני רבנים, הרב ישראלי והרב יהודה דוד בלייך⁶⁴, הגיבו על פסק הדין עצמו ובעיקר על הסתמכותו של השופט אלון על המשפט העברי, בכתב העת "תחומין".

שני הרבנים יצאו במאמרים חריפים נגד דברי השופט אלון, כשטענתם העיקרית מכוונת נגד הפרק "הסגרת עברין במשפט העברי" שבפסק הדין. הם לא פסלו את השופט אלון מלעסוק בדברי תורה – והם יכלו לעשות זאת, משום שהם רבנים ופוסקי הלכה, ואילו אלון הוא "רק" שופט בבית המשפט, אולם הדגישו את חולשת טענותיו ההלכתיות. תגובות שני הרבנים מצטרפות לדברי הרב אריאל נגד השופט י. בזק ולדבריו של הרב ווילינברג בציץ אליעזר, שהובאו במלואם כבר לעיל: "ואוסיף בזה עוד ... לכבוד תוה"ק [תורתנו הקדושה] ואומר: לפעמים קורה שאחדים משופטי הערכאות מביאים בפסקיהם השוואות גם מחוקי תוה"ק, ... אבל באמת טועים בזה טעות מרה, ... דמה לו לכהן בבית הקברות, מה לחוקי – השם ברוך הוא, להעמידם בכפיפה אחת עם חוקי אנוש זרים."

דבריו של הרב שאול ישראלי נגד השופט מנחם אלון הם חריפים ומנוסחים לא פעם בלעג גלוי. הרב ישראלי, שמטרתו להביע התנגדות להסגרת נקש, פותח את דבריו, באיסור

⁶³ ניתן ביום, ט' באדר תשמ"ז (10.3.87). (פדאור)

⁶⁴ הרב דוד בלייך מכהן כראש ישיבה וראש כולל להוראה בסמינר התיאולוגי ע"ש רבי יצחק אלחנן, במקביל למשרתו כפרופסור למשפטים בבית "ס למשפטים ע"ש קרדוזו ב"ישיבה אוניברסיטה". על סמך פרסומיו, יש להטיל ספק, אם ניתן לשייך אותו למחנה הדתי-לאומי. הוא בוודאי שייך לאורתודוקסיה האמריקנית, אך יתכן שהוא מקורב לפוסקים החרדיים.

ההלכתי להתדיין בערכאות של גויים, איסור שחל בעיקר על התדיינות של שני יהודים בענינים אזרחיים, כלומר בתחום של "חושן משפט". דברי הרב ישראלי מעוגנים היטב בדיונים הרבים של פוסקי הלכה מכל הזמנים נגד הפנייה לערכאות, כפי שתוארו בפרקים הראשונים של עבודה זו:

בשו"ע (חו"מ סי' כו,א) נפסק: אסור לדון בפני דיני עכו"ם ובערכאות שלהם. אפילו בדין שדנים כדייני ישראל. ואפילו נתרצו שני בעלי דינים לדון בפניהם, אסור וכו'.

מקור הדברים בדרשת חז"ל על הכתוב: "ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם. ודרשו בו 'לפניהם' - ולא לפני עכו"ם (גיטין פח, ב), שכל מי שמניח דייני ישראל והולך לפני עכו"ם כפר בקב"ה תחלה ואח"כ כפר בתורה, שנאמר 'כי לא כצורנו צורם ואויבנו פלילים'.

פשוט שלשון "עכו"ם" שנאמר בספרי הדפוס, אינו אלא תיקון לשון כנגד המתאנים, שהרי האיסור נלמד ממה שנאמר "לפניהם", שפירושו - לפני דייני ישראל. וכל שאין הדיין מישראל האיסור קיים.

ואין זה מפני חשש של עיוות הדין, שהרי כאמור האיסור קיים גם בדבר שברור שהם דנים בו כדיני ישראל. וכן הרי האיסור קיים בכל החומר, גם כששני בעלי הדין הסכימו מרצונם הטוב להתדיין בפניהם. א"כ הרי אין כאן חשש גזל, שמא יחייבו את הזכאי, שהרי כל אחד ויתר על זכות המגיעה לו לפי דין תורה. באופן זה אילו היו הצדדים מסכימים להתדיין לפני אנשים מישראל, אף שאינם יודעים דת ודין, מ"מ קבלתם קבלה, כמבואר שם ברמב"ן (על התורה). ואילו התדיינות בפני ערכאות של נכרים אסורה, ואף קבלתם עליהם אינה מועילה, כמבואר שם בשו"ע (ס"ג). איסור זה הוא, איפוא, איסור מוחלט וחמור ביותר, והוא איסור תורה, שהרי למדוהו מן הכתוב. ואינו תלוי בזמן, ולא בתנאי ההתייחסות של הנכרים ליהודים ובזכויות שמוענקות ליהודים כאזרחי המדינה.⁶⁵

במרכז דבריו של הרב ישראלי עומדת טענתו העיקרית, שדברי השופט אלון אודות השינויים שחלו במעמד של בתי הדין בזמן האמנציפציה, אינם נכונים. מכיוון שאיסור הערכאות של גויים הוא מן התורה, "הרי למדוהו מן הכתוב", אין הוא תלוי בנסיבות הזמן ולא בנסיב הסביבה. עד השואה נהגו קהילות ישראל, בערים הגדולות שבהן היתה מרוכזת אוכלוסיה יהודית גדולה, לקיים בתי דין בהרכב מלא. ובישובים קטנים יותר, היה רב המקום מכהן בתפקיד אב בית הדין (אבד"ק), ולפניו היו מובאים הדין ודברים שבין אדם לחברו, מבלי להביא את דבריהם לפני הערכאות המדיניות. מכאן שלא חל שינוי בהלכה, גם לא בתקופת האמנציפציה, אך הוא מוסיף:

⁶⁵ ישראלי, ש'. (תשמ"ז). הסגרת עבריין לשיפוט זר, 287.

לא כן סבור המחבר בעל "הסקירה". לדעתו כאילו חל שינוי בהלכה זו של איסור ההתדיינות בערכאותיהם במחצית השניה של המאה התשע עשרה ותחלת המאה עשרים. וזה "על רקע השינוי שחל ביחסי ישראל ל ואומות העולם לרגלי האמנסיפציה והשלכותיה".

זה בנוי על תיאוריה שבנה לעצמו, שכאילו כל האיסור "נתחדש" בתקופה מאוחרת, עם איבוד העצמאות המדינית של ישראל, ובמגמה לשמור על אוטונומיה, לפחות בשטח החיים הפנימיים של הקהילה. משום כך, משהגיעה האמנסיפציה, והיהודים קיבלו שיווי זכויות, שוב לא היה ענין בשמירת אוטונומיה, וברצון ויתרו עליה. אך תיאוריה זו אינה מאומתת במציאות, ואין לה יסוד בהלכה, וכפי שנתבאר לעיל.⁶⁶

בהמשך פוסל הרב ישראלי גם את מה שלמד השופט אלון מדברי ר' יחיאל מיכל עפשטיין זצ"ל ור' מאיר דן פלאצקי. לדעתו, מה ש כתבו השניים על הסגרת עברייני יהודי לידי השלטונות, כתבו בשל אימת הצנזורה ולא משיקולים הלכתיים:

אם ישאל השואל, הן מחבר הסקירה מביא סייעתא "משני גדולי הפוסקים" והם הגאון ר' יחיאל מיכל עפשטיין אבד "ק נאוהרדוק זצ"ל" והגאון ר' מאיר דן פלאצקי אבד "ק דוואהרט זצ"ל, כיצד נעזר, איפוא, לחלוק עליו? הבה נראה מה הם דבריהם, כפי שציטטם. הנה לפנינו הדברים מס' "ערוך השולחן" מה שכתב בחו"מ סי' שפח. זה נאמר שם בכותרת "הערה", לא בגוף סעיפי הלכה, אלא "כמעין הקדמה" למה שנאמר שם באיסור מסירת יהודי למשפט המלוכה, וזה לשונו:

ידוע לכל קוראי הדורות שבזמן הקדמון במדינות הרחוקות, לא היה לאיש בטחון מפני השודדים והאנסים, אף שנשאו עליהם שם משרה. כידוע גם היום מאיזה מדינות מאפריקא, השוד והחמס שפחות הממשלה עושים. ועל טוב יזכרו מלכי אירופא, וביחוד אדוננו הקיסר יר"ה ואבותיו הקיסרים, ומלכי בריטניא, כנפי ממשלתם בארצות הרחוקות, למען יהי לכל איש ואיש בטחון על גופו וממונו וכו'. ועל זה סובב כל דיני מוסר ומלשין וכו' את חבירו לפני שודדים בכאלה, הלא רודפו בגופו וממונו, ולכן ניתן להצילו בנפשו.

על זה כותב מחבר הסקירה בין השאר: "... ר' יחיאל מיכל ראה במלכי אירופא ובריטניא שבימיו שלטון המעניק לכל איש ואיש, וגם ליהודים שבתוכם בטחון על גופו וממונו. ודיני מוסר ומלשין אינם חלים אלא בזמן הקדמון שבו גם בעלי המשרה שבשלטון הכללי היו בחינת שודדים ואנסים... אופטימיות זו מופרזת גם מופרזת היא בעינינו ... אך מבחינת נושא דיונו חשובה היא הגישה העקרונית של גדול הלכה זה, וההנמקה הנועזת, אך די הגיונית ופשוטה המובעת על ידו באופן כה ברור וממצה

כמה מביא לידי גיחוך, לראות בדברים, שעין כל רואה תבחין מיד, שאין זה אמור אלא כדי להנצל מחשש "עין רעה" של הבולשת הרוסית והצנזורה (שעל פי רוב היתה מסורה לידי יהודי מומר). לשם כך הרבה בשבחים על הקיר"ה, והיה מוכרח, שלא להראות כמתעתע, גם לחלק שבחים לשאר מלכי אירופא ובריטניא, שכאילו נאמרו בכנות, כאמת לאמיתתה. בעוד שכל מי שנזדמן לו לעיין בספרים שנדפסו אותה שעה ברוסיה נפגש בסוג זה של "הצהרות" מנוסח של "מודעה ואזהרה", כי לא כדורות הראשונים הדורות האחרונים, והמלכים אשר אנו חוסים בצילם" ויודע מה טיבן ומטרתן, בונה מחבר הסקירה על יסוד דברים אלה תאוריה שלמה, שיש כאן "גישה עקרונית" והנמקה נועזת "שכאילו

"איסור שנשמר בקפידה רבה בכל התפוצה היהודית עד לאמנסיפצי ה", בטל ואיננו מזמן האמנסיפציה ואילך.

מתוך תפיסה מסולפת זו מגלה מחבר הסקירה "גישה מעין זו" גם אצל הגאון ר' מאיר דן פלאצקי שמביא דבריו. והנה הם דבריו שם לאחר "שדן בהרחבה באיסור זה ובדיניו השונים הוא מסיים ואומר:

אם אמנם אין נפ"מ שכל דין זה לא קאי על השופטים בזמננו שאינם בכלל עובדי כוכבים ומזלות, חס ושלום, ואינם בכלל ערכאות, ופשוט שצריך לדון לפניהם דוקא, כמו דינא דמלכותא. אך כתבתי להתלמיד למדינות רחוקות, כגון חינא ויאפאן, שעובדים שם עכו"ם ויש להם דין ערכאות.

האם לא יבין מיד כל קורא הדברים, שאינו כותב כל אר יכות ובירור הדין לפרטיו רק כדי "להתלמד למדינות רחוקות כגון חינא ויאפאן", מדינות שדומה, שבאותה שעה טרם דרכה שם רגל יהודי, ואילו "השופטים בזמננו" צריך לדון לפניהם דוקא, שכל זה לא נאמר אלא "לפנים"? אך מחבר הסקירה מביאם לפנינו, כדי לשכנענו באמיתות שיטתו, כי סימן כו שבחו"מ כאילו עבר ובטל מן העולם בתקופת זריחת "אור" האמנסיפציה...

אכן "תמימות" יתירה היא של מחבר הסקירה לחשוב שלדעת ה "כלי חמדה" אין איסור ערכאות נוהג בזמנו ובמקומו. פשוט וברור איפוא, שהאיסור להתדיין ולמסור יהודי לערכאות לדונו קיים ועומד, מלבד מקרים מיוחדים...⁶⁷

טענתו השלישית של הרב ישראלי נגד חיבורו של השופט אלון מתרכזת במניעי ההצלה של פוסקי ההלכה, שפסקו לטובת הסגרת יחיד מתוך קבוצה, על מנת להציל את הכלל. המקור לתפיסה זו, הוא, כפי שהראנו לעיל, הדיון במשנה, בתוספתא ובתלמוד הירושלמי במסכת תרומות. אך דיון זה לא קשור ל"דינא דמלכותא דינא" או לפנייה לערכאות, אלא להצלת הכלל במחיר של הקרבת היחיד. מתברר שכל הדוגמאות שהביא השופט אלון אכן מושתתות על הדיון בתרומות, לכן, לדעת הרב ישראלי, הם אינם רלוונטיים לסוגייה של הסגרת נקש:

מחבר הסקירה מביא שלושה מקורות מספרי ה שו"ת להצדקת ההסגרה: חוות יאיר, תשו' הריעב"ץ ותשובות הב"ח.

שני הראשונים אינם דנים כלל בשאלת הסגרה, אלא אם יש להשתדל להציל מי שנתפס בערכאות. המדובר בהנ"ל הוא בנאשם ברצח, שלפי הדין היה חייב מיתה בידי ב"ד, שגם משבטלו משפטי נפשות, אמרו חז"ל שמתגלגלת עליו מיתה בידי שמים. מה שגרמו הדברים ונתפס למלכות, רואים הגדולים הנ"ל כגלגול הסיבות בידי שמים שיבוא על עונשו. שמכאן המסקנא, שאין לעשות דבר להצלתו.

אבל אין הדיון אם ניתנה רשות גם למוסרו בידים, על מנת לדונו. בפרט, שכאמור, בנידון שלנו קיימת אפשרות לדונו כאן...

הב"ח התיר הסגרה משום איום על כלל הקהילה: "על דבר עלילות שקר שהעלילו בעיר קאליש, בדבר גואל שלהם ותפסוהו". כשהולכיהו, והיה הדבר בקהל אסיפת גויים רבים, וגם מבני ישראל בתוכם, מסר כיסו ליד חמיו שהיה שמש הקהל. הדבר נעשה בגלוי לעין הרואים, אולם בשעת מעשה לא הגיבו כלום. לאחר שפסקו את דינו של הנתפס למיתה ומת

מות קדושים, נמלכו בהם להעליל גם על זה שקיבל הארנק, בטענה שבתוכו היה מוסתר הצלב שנגנב. אולם האיש הזה, שהוא כאמור, היה שמש הקהל ברח ויסתתר בבית אחד מבתי היהודים ונעלמו עקבותיו

ופסקו השרים בחצר המלך שהראשים מחויבים להעמיד את השמש בפני האויב⁶⁸ שהיה פקיד הממשלה בעיר הפלך, ולו סמכויות שיפוט. ואם לא יעמידוהו למשפט, יכנסו המה תחתיו לכל העונשים שיצאו מפי המלך.

השאלה שניצבה לפני ראשי הקהל בכל מוראה היתה, האם למסור את האיש לפני השופט, שעלול גם להוציא עליו משפט מות, כשם שנהרג הראשון בעלילת השקר; או שלא לקיים את הצו, ובכך להעמיד את ראשי הקהל באיום שהם "יכנסו תחתיו לכל העונשים שיצאו מפי המלך."

בהמשך מראה הרב ישראלי את תלותו של הב "ח בדברי הרמב"ם (הל' יסודי התורה ה, ה) המבוססים על הדיון בתרומות, על מנת להוכיח, שאין להשליך מהד' יונים ההלכתיים שהתקיימו, תחת איום על כלל הקהל, על הסגרה של עבריין, שלא תחת איום על הכלל. ברוח זה הוא ממשיך את עיונו:

ברור שאילולא האיום שנתלה על ראשם של ראשי הקהל, שאם לא ימסרוהו "יכנסו המה תחתיו לכל העונשים", ודאי שלא היה עולה על הדעת למוסרו. אלא שכאן הסכנה שעל ידי שלא ימסרוהו ייהרגו הם. זהו כל קוטב הבעיה: האם חייבים הם למסור עצמם למיתה במקומו, בעוד שהוא עצמו גרם לזה במעשיו. בזה הוא שהסיק, שמעיקר הדין ודאי שאין כאן שאלה, שהרי זוהי ממש ההלכה שנתבארה ברמב"ם. ורק באשר "למידת חסידות" הוסיף לומר, שכל עוד אין מו' סרים לודאי מיתה, לא נאמרה גם מידת חסידות.

דל שכלי מהבין מה כאן "החשיבות העקרונית" שממנה השלכה לנידון שלפנינו. ... כיצד ואיך רואה המחבר המלומד את ענינה של התשובה "למקרה הקונקרטי", כשלא עומדת לפניך חלילה שום סכנה, שמישהו אחר יסבול ע"י אי ההסגרה, וכשאין אף אחד שכופה עליך את ההסגרה, וכשהדבר בידך לדון את הפושע (אם אכן יוכח שפושע הוא, ומה גודל פשעו) באופן שלא יסכן את שלום הציבור כאן ואף זה שמחוץ למדינה? מענין לראות את דרך "ההגיון" והלימוד דבר מתוך דבר!

ואתה עומד ותמה, איך עלה על הדעת להעלות על הכתב קל וחומר כזה [השלכה מהמקרה שהיה בקאליש על המקרה של הסגרת נקש – מ.ו.]. שכולו מופרך מעיקרו: בעוד שכל הדיון של הב "ח הוא, אם ההסגרה מותרת בכורח הכפיה, ובעטיה הסכנה שריחפה על ראשי הקהילה - סכנת מות ממש, ע"י התעללות עליהם, וכתוצאה מעלילת דם שהיא שקר ביסודה. אילולא סכנה זו לא היה צל של ספק שאין להסגיר את האיש לחסדם של שופטי האון. ואם כך, הרי המסקנה ההגיונית שהיה ראוי ללמוד מזה: כשאין כפיה אין הסגרה!⁶⁹

גם הרב בלייך מתנגד לעמדתו של השופט אלון. לדעתו, יהודי בכל מקום כפוף למשפט התורה בלבד ואסור להעמידו בפני משפט שאינו על-פי התורה, הן במדינת ישראל והן בקרב האומות. "למרות זה יש מקום", קובע הרב בלייך, "לישא וליתן אם בתנאים מסוימים ההלכה

⁶⁸ מלכי פולין נהגו לקיים משרה של "ואייבודה", דהיינו "שופט היהודים" שתפקידו היה להשגיח על בתי הדין התורניים ולשפוט בדיון ודברים בין יהודים לשכניהם הפולניים.
⁶⁹ שם, 293-295.

מכירה בסמכותה של ממשלת עם זר להעניש בני ברית על מעשים פליליים . אולם דברי חות הדעת של חבר בית- המשפט העליון אינם קולעים אל המטרה , וגם נתערבו בהם ציטוטי מקורות שאין ענינם לנדון שלנו.⁷⁰

מה שכן שייך באופן ישיר לנושא שלנו הוא שיטת הרשב "א וסיעתו, שס"ל שגם בנוגע לעונשים על מעשים פליליים נקטין שדינא דמלכותא דינא . אמנם אין להעלים עין מדעת החולקים . עיין רמב"ם, הל' רוצח ב,ד, וז"ל: "וכל אלו הרצחנים וכיוצא בהן שאין מחויבים מיתת בית דין , אם רצה מלך ישראל להרגם בדין המלכות ותקנת העולם הרשות בידו . " הרי דייק הרמב"ם וכתב שרק מלך ישראל יש לו סמכות להעניש שלא כפי משפטי התורה, אבל לא מלך מאומות העולם.

[...]

הסמכות ניתנה רק בתוך מדינתו של המלך . אבל אף לדעת הרשב "א והסוברים כוותיה הסברא נותנת שהרשות ביד המלך להעניש על מעשים פליליים מטעם דינא דמלכותא רק כל זמן שהנאשם יושב בארצו , אבל לא כשברח למדינה אחרת . וכן הוא מפורש בתשו' טוב טעם ודעת , ח"א סי' קצג, שכתב וז"ל: "דינא דמלכותא דינא אינו רק בזמן היותו יושב בארצו , לא כשברח ממדינתו , אינו מחויב עוד לקיים פקודתו דהרי טעם דמ"ד הוי רק מכוח דהוי כשכירות ויש לו כח לכופם שלא ידורו בארצו כ"א באופן זה, וא"כ תינח כשיושב בארצו לא כשברח לו....⁷¹

מבלי להיכנס לאופי הטיעונים ההלכתיים של השופט אלון ושל הרבנים ישראלי ובלייך,⁷² יש לציין שבהשוואה לדבריהם של הרבנים ישראלי ובלייך נראים טיעוניו של השופט אלון חלשים . הסוגיה של הסגרת רוצח יהודי לשלטון זר , שתחת משטרו ביצע את העבירה , בהחלט אינה קשורה להצלת קהל תמורת הסגרה של יחיד , שהרי אי הסגרתו של נקש לצרפת לא היתה מסכנת שום קהל.

8.6. סיכום ומסקנות

בתגובה להשגות הרבנים מציין השופט אלון , שלא בהכרח דין התורה של קהילה יהודית בתפוצות הגולה, כדין-תורה של מדינה יהודית ריבונית:

חוששני, עם כל הכבוד , כי כמה השגות- הבחנות שבדברי המשיגים הנכבדים נובעות מתוך התעלמות שבעית ההסגרה מתעוררת כיום במדינה ריבונית יהודית . שוני זה , לדעתי, יש לו השלכה הלכתית מובהקת. דרך משל, בענינים המובאים בחוות יאיר ובשאלת יעב"ץ נפסק שאסור להציל את הרוצח , ולטענת הרב ישראלי והרב בלייך אין להסיק מכאן שמותר להסגיר . דא עקא, שהבחנה זו מקום יש לה בקהילה , שם ניתן לומר שאסור להסתיר את הרוצח מעיני הש' לטונות, אבל אין חובה למסור להם . רוצה השלטון הכללי למצוא את הרוצח ילך ויתפש אותו ,

בלייך, י"ד, (תשמ"ז). הסגרת פושע לעם נוכרי, 298.

שם, 300-301.

אין תפקידו של מחקר זה לבחון את טיבם ההלכתי י של דיונים במשפט העברי שנכתבו על- ידי שופטים וחוקרים, ושל השו"תים של פוסקי הלכה, אלא להציגם בלבד, על מנת לדלות מהם את עמדתם של פוסקי הלכה כלפי מערכת המשפט של מדינת ישראל על אגפיה ועל שופטיה .

70

71

72

ואם ימצא אותו רשאי הוא לדון אותו . אך במדינה ריבונית אין להעלות הבחנה מעין זו . בידי מדינה ריבונית מצוי פקוח וסמכות על כל מה שנעשה בשטחה , ולמדינה ריבונית אסור ליכנס בלי לקבל רש ות ממנה . ואם אסור לה להציל ולחפות על רוצח הנמצא בתחומה , אין היא יכולה לומר: אני לא מצילה אותו, אבל אני מתעלמת ממנו . מדינה ריבונית אינה יכולה להתעלם ממה שנעשה בשטחה . אם אסור לחפות על מי שרצח - וזה אסור לפי פסק דינם של ר' יאיר חיים בכרך ור' יעקב עמדין - הרי מחובת המדינה לנהוג באחת משתיים אלה : או להעמידו לדין בפני בית משפט שלה, ואם הדבר הוא בלתי אפשרי - כגון שבשעת ביצוע העבירה הוא לא היה אזרח ישראל - עליה למסרו לדין לאותה מדינה שעמה יש למדינת ישראל הסכם הסגרה , ושמדינת ישראל בוטחת על הגינות משפטה ושופטיה . וכך הוא לענין ההשגה , שהכלל של דינא דמלכותא דינא חל רק על יהודי כל עוד נמצא הוא באותה מלכות , ולכן חשוד שברח ממדינתו אינו כפוף עוד לשפוט הפלילי של המדינה ממנה ברח . לפי הרשב"א וראשונים רבים אחרים השלטון הזר מוסמך , לפי ההלכה, לדון יהודי בפלילים; האיסור החמור של שיפוט בידי ערכאות של גוים נסוג , איפוא, בפני הצורך להעמיד ארץ במשפט . משום מה אסור למדינת ישראל להסגיר חשוד ברצח למדינה שבה ביצע את פשעו, כאשר אין היא יכולה לדון אותו בישראל , וזאת כדי להעמיד משפט ולבער הרע מקרבה?⁷³

השופט אלון מדגיש את חשיבות ההסגרה של הרוצח לשלטונו אותה מדינה בה ביצע את העבירה טרם היותו אזרח ישראלי , אך שאלה זאת כלל אינה רלוונטית בעיני פוסקי ההלכה , כי המציאות הישראלית, בעיניהם, איננה יוצרת מצב הלכתי חדש. השופט אלון מסביר, שעל-פי המשפט הישראלי לא ניתן היה לשפוט את ויליאם נקש בארץ , כי את העבירה ביצע בצרפת בהיותו אזרח צרפתי בלבד , ועל מנת לבער את הרע מקרבנו , חובה להביא אותו למשפט. האם השופט אלון רומז כאן , שדרישתם של הרבנים ישראלי ובלויך שלא להסגיר את נקש לידי צרפת באה ממניעים זרים , דהיינו שלא יועמד למשפט בשר ודם בכלל , אלא לדין שמים? הצגת הבעיה של הסגרת נקש על-ידי הרבנים רומזת לאפשרות כזאת: "יהודי הרג במתכוון אדם (ערבי) בחו"ל על שהיה מציק לאחיו המחזיק שם מועדון לילה. הנרצח היה זולל וסובא ואח"כ מסרב לשלם . כנראה נהג גם באלימות , ומחמת הפחד מאיומיו לא קבלו עליו למשטרה . אחרי שביצע היהודי את הפשע , עוד טרם שנת פסח, ברח לארץ."⁷⁴ ובקטע מאוחר יותר מוסיף הרב ישראלי: "ההסגרה מותרת בתנאי שאין חשש של עיוות הדין , כגון באותם מקרים שהובאו בתשובת הרשב"א מהגמרא. במקרה דנן, ולפי המצב בזמננו , שגם מדינות חזקות ומערכותיהן המשפטיות נתונות ללחץ ואיומים מצד ארגונים טרוריסטיים שמאלצים אותם לסטות בידועין מהנורמה הקבועה בחוק ; ומכיון שהמדובר על הריגה של ערבי ע"י יהודי, שגם אם הוא לא השתייך לאנשי הכנופיות הטרוריסטיות (מה שאינו בטוח כלל ועיקר), אין ספק שהללו רואים עצמם ערבים לנקום דמו , אין לומר בבטחה שהשופטים לא יהיו נתונים ללחץ , להחמיר יותר ממה שמחייבת שורת הדין . זאת ועוד: יתכן שבמשפט לפני שופטים בישראל היו מבררים יותר את העובדות , והיה מתברר שאותו נרצח היה בגדר

⁷³ אלון, מ' (תשמ"ט). ביסוס המערכת המשפטית על דיני התורה – תגובה להשגות, 306-307.

⁷⁴ ישראלי, שם, 287.

רודף, שאיים בנקמה מצד הכנופיות השורצות באותה מדינה, אם יפגעו בו לרעה וימסרוהו למשטרה. נימוקים מסוג זה, שרק יהודי, החש את... הטרור והשלכותיו, רגיש לזה, ולא שופטי נכרים. נמצא שע"י מסירתו יוחמר עונשו, ולא בדין. אף גם זאת, מי לידינו יתקע שאין בין השופטים מי שנגוע קצת באנטישמיות, והרי המדובר בארץ שהאנטישמיות פרוחה בה בתקופה מסוימת, וגם עכשו עדיין רישומה ניכר. ואם לא בהם, הרי יש גם סביבה ואירה, ומקרה כגון דנא, הרי הוא רקע מתאים להפרחת סיסמאות מעין אלה, ואין בטחון שגם השופטים, עם כל רצונם הטוב, לא יושפעו מזה.⁷⁵

קשה להתעלם מהנימה הפוליטית של דברי הרב ישראלי. העלאת העבירה המיוחסת לנקש, למישור הסכסוך היהודי-ערבי מעוררת את השאלה, האם עמדתם של הרבנים כלפי הסגרת הרוצח של ערבי לידי "צרפת האנטישמית", אינה נובעת מדעותיהם הפוליטיות ולא משיקולים הלכתיים. קשה לתת תשובה חד משמעית להשערה זו, אך מתקבל הרושם, שבשיקוליהם ההלכתיים של הרבנים היו מעורבים גם נימוקים פוליטיים. ניתן לבחון את ההשערה על-ידי בחינת יחסם של הרבנים אל הסגרת יהודים מישראל למדינות זרות, כאשר הרקע לבקשת ההסגרה לא פותח פתח לפרשנות לאומנית.⁷⁶ השערה זו נתמכת בדבריו המפתיעים של הרב ישראלי שנרשמו לעיל: "ההסגרה מותרת בתנאי שאין חשש של עיוות הדין...", כאילו נתבטלו כל הנימוקים ההלכתיים לשלילת ההסגרה של נקש, ונותרה רק שאלת אמינותו של המשפט הצרפתי.

שם, 292.

עשרות משפטים התנהלו בערכאות השונות של מדינת ישראל בהם נדונה הסגרתו של פושע או חשוד בפשע למדינה זרה, ולא נשמעו קולות הרבנים ופוסקי ההלכה, ביניהם עפ 3025/00 - ערעור פלילי שרון הרוש נגד מדינת ישראל, עפ 2600/00 - ערעור פלילי של חיים ברגר נגד היועץ המשפטי לממשלה, בשפ 4862/94 ערעור פלילי אברהם ורחמים מסילתי נגד מדינת ישראל. ברוב המקרים מדובר בעבירות חמורות שבוצעו על ידי ישראלים או יהודים במדינות זרות איתן יש למדינת ישראל הסכם הסגרה המושתת על חוק ההסגרה מ-1954. בדרך כלל נהגו בתי המשפט להסגיר יהודים שאינם אזרחים ישראליים לארץ בה בוצע הפשע, ואת האזרחים הישראלים לשפוט בארץ. רק במשפטו של ראובן מנינג, שהואשם בעבירת רצח בארה"ב התגייסה למענו שדולה דתית בהנהגת חבר הכנסת הרב בא-גד, שביקשה לבטל את צו ההסגרה ממניעים של העדר אוכל כשר בבתי הכלא בארה"ב. בגצ 3806/93 ראובן מנינג וח"כ הרב בא-גד נגד שר משפטים משה שחל ואח'. נראה שגם עתירה זו לא היתה "נקיה" ממניעים פוליטיים, ויתכן שבאה לנגח שר משפטים מהשמאל. תשומת לב ציבורית מיוחדת הופנתה למשפטו של שמואל דוד שיינבין דנ 1210/99, קטין שהואשם ברצח בארה"ב. בהיותו במדינת ישראל הוגשה בקשת הסגרה על ידי שלטונות ארה"ב. לנוכח העובדה ששיינבין החזיק גם באזרחות ישראלית התעוררה בפני השופטים השאלה, האם יעמוד הסעיף בחוק ההסגרה הקובע: "לא יוסגר אזרח ישראלי אלא בשל עבירה שעבר לפני שהיה לאזרח ישראלי", משום שקשריו של שיינבין עם מדינת ישראל היו פורמליים בלבד. מפסק הדין ניתן ללמוד ש-

"כנגד המשיב הוגש בארצות הברית כתב אישום המייחס לו עבירות של רצח וקשר לבצע רצח. הוצא נגדו צו מעצר אך הוא ברח לישראל. ארצות הברית ביקשה את הסגרתו והיועץ המשפטי לממשלה הגיש עתירה לבית המשפט המחוזי בירושלים להכריז עליו בר-הסגרה. בית המשפט המחוזי נעתר לבקשה. הוא קבע שהמשיב אמנם אזרח ישראלי, אך בהעדר זיקה לישראל אין לראות בו "אזרח" במובן חוק ההסגרה, תשי"ד-1954 (להלן - חוק ההסגרה); אך בערעור לבית המשפט העליון, שנתקיים לפני הרכב של חמישה שופטים, נהפכה הקערה על פיה. הוחלט ברוב של שלשה כנגד שניים שחוק ההסגרה חל גם על אזרח ישראלי שאין לו זיקה לישראל. (פדאור)

דייני בית הדין הרבני, שדן בהרכב הדיינים, הרב עזרא בצרי – אב"ד, והרבנים מתתיהו שרים ושילה רפאל, הסתייגו אף הם מדבריו של הרב ישראלי. הם ביקשו לדחות את ביצוע צו ההסגרה, כדי להתיר את אשתו של נקש מכבלי עגינותה על-ידי מתן גט על תנאי. תוך כדי דיון ביררו שלושת הדיינים את תוקפו ההלכתי של צו ההסגרה וקבעו:

מבחינת ההלכה צו הסגרה שחותמות מדינות ביניהן להסגרת פושעים, יש לו תוקף הלכתי מצד הכלל הידוע בתלמוד דינא דמלכותא דינא ... ולפי הנאמר שם יש ללמוד שצו הסגרה באופן כללי ש חתמה עליו מדינת ישראל תופס מבחינת ההלכה. זה מענייני הממשלה שלא תהיה מדינת ישראל מקלט לפושעים ישראלים, ושפושעים שנמצאים במדינות אחרות - נוכל להעניש אותם בארץ.⁷⁷

נוכח אי-ההסכמה בין הרבנים, שנתנו פומבי לעמדותיהם על גבי כתב העת "תחומין", לבין הדיינים בבית הדין הרבני בירושלים, מתחזק הרושם, שהמאבק בפולמוס נקש לא היה הלכתי, אלא פוליטי. פולמוס נקש מבליט גם את הפער בין עמדתם העקרונית של פוסקי ההלכה כלפי מערכת המשפט של מדינת ישראל, לבין עמדתם הפרגמטית של הדיינים בפרקטיקה היומיומית, פער שתואר בהרחבה בראשית מחקר זה.⁷⁸ הגורם המרכזי לפער זה הוא האילוץ, לפסוק במציאות נתונה שבה עומדים הדיינים, על אף שמציאות זו מעוררת קושי הלכתי לא מבוטל. את הקושי הזה ביטא הרב עובדיה יוסף, כשהסתייג מעמדת הרב החרדי בחיפה, הרב שמואל דוד הכהן מונק, כלפי חוקי הכנסת:

אמנם בשו"ת פאת שדך (סימן צא) כתב, שלגבי הכנסת שנבחרים בה כמה מפריצי עמנו, ויש בהם גם כן שונאי דת, לא שייך לומר בחוקים שלהם דינא דמלכותא דינא, ושוב חזר לומר, שאי אפשר לעמוד בזה אם לא נדון שבקצת דברים שייך בהם דינא דמלכותא וכו'.⁷⁹

פולמוס נקש מעורר גם את השאלה, מה היתה תגובת הרבנים, אילו היה השופט אנגלרד, גם הוא שופט דתי, יושב על כס המשפט בירושלים. אין אנו יודעים מה היה פוסק, אך מרשים אנו לעצמנו לשער, שהיה תומך בהסגרת נקש לצרפת בלי להוסיף לדבריו חוות דעת הלכתית. נראה שלרבנים קשה יותר עם עמדת השופט אלון המבקש לשלב את יסודות המשפט העברי במערכת המשפט הכללית⁸⁰, מאשר עם עמדת השופט אנגלרד, המצדד בהפרדת המערכות המשפטיות. "אסכולה תחומין", על 26 הכרכים שלה, לא מכירה את השופט אנגלרד, כך שניתן להניח שיחסם של הרבנים אל שופט דתי המצדד בהפרדת המערכות המשפטיות, הוא אינדפרנטי, בניגוד ליחסם אל שופטים השואפים ל בסס את נוכחותם במערכת המשפט הכללית על יסודות המשפט העברי, כמו השופטים בזק ואלון.

תיק 8384. תשמ"ז, עמ' 27-28. ניתן בי"ב בתשרי תשמ"ח, 5.10.87.

ראה לעיל פרקים 3 ו-4.

יוסף, ע'. יחווה דעת, ה, סי' סד ד"ה ונראה שגם.

אותו קושי של רבנים ושל פוסקי הלכה קיים גם בפעילות המחלקה למשפט העברי שבמשרד המשפטים. ראה את הביקורת של הרב נריה גוטל, על מחקרו של ד"ר מיכאל יוגודה, המכנה היום (2007) כראש המחלקה, בנושא "שכירות ושאלה" (ספריית המשפט העברי, ירושלים תש"ס).

77

78

79

80

פרק 9: סיכום ומסקנות

העיון השיטתי בתשובות של רבנים ושל דיינים ובדבריהם של שופטים ושל חוקרי המשפט העברי, לצד הבדיקה, כיצד הם נעזרים במקורות ישראל ומפרשים אותם, מאפשרים להשיב על השאלות שנשאלו בראשית המחקר ובמהלכו. בפרק הזה נסכם את עיקרי המחקר ונציג את המסקנות העולות ממנו.

9.1. אחדות הדעים בין הפוסקים לגבי הערכאות

במחקרנו נבדק, האם ניתן לעשות הבחנה בין עמדתם של הפוסקים החרדיים לעמדתם של הפוסקים מבית המדרש של הציונות הדתית. ההנחה היתה, שהפוסקים החרדיים, בניגוד לפוסקים הציוניים, ינקטו עמדה מחמירה כלפי מערכת המשפט של מדינת ישראל, משום יחסם התיאולוגי השלילי למדינת-ישראל. הנחה זאת אוששה, לכאורה, לנוכח ההתכתבות בין הרב חיים עוזר גורדז'נינסקי לבין הרב הרצוג עוד לפני מלחמת-העולם השנייה, ושליטת המודל, שהגה הר"ן, של שתי מערכות משפט, על-ידי הרב הרצוג. העיון בעמדת פוסקי ההלכה הראה באופן חד-משמעי, שהפוסקים החרדיים לא הלכו בדרכו של הרב חיים עוזר ושללו קיומן של שתי מערכות משפט - משפט המדינה לצד משפט התורה.

שאלה לא פחות חשובה לענייננו היא, מיהו פוסק חרדי ומיהו פוסק שאינו חרדי. לכאורה ניתן להבחין ביניהם על-פי עמדתם כלפי מדינת ישראל: פוסקים חרדים אינם מכירים בקיומה של מדינת ישראל, אלא בדיעבד, ולכן לא אומרים "הלל" ביום העצמאות ואינם מתפללים לשלום המדינה. לעומתם פוסקים ציוניים מכירים במדינת ישראל לכתחילה, ואף רואים בה "אתחלתא דגאולה". אפשר להניח, כי מי שיכיר במדינת ישראל כראשית גאולתנו, יהיה לו קל יותר לתת גושפנקא למשפט המדינה. במחקרנו לא יכולנו למצוא שניות מעין זאת לגבי בתי המשפט של המדינה, אך מצאנו שניות מסויימת לגבי חוקי המדינה. כך לדוגמא היא באה לידי ביטוי בהשגות הרב עובדיה יוסף מדבריו של הרב מונק על החלת הכלל "דינא דמלכותא דינא" על חוקי הכנסת. יש שהגדירו רב ופוסק "חרדי", אם הוא סר למרותם של גדולי תורה, כמו הרב שך ז"ל, הרב אלישיב, או חברי מועצת גדולי התורה מחצרות החסידים השונות. בין כך ובין כך, לא מצאנו הבדלים עקרוניים בהתייחסות של אלה או של אלה אל מערכת המשפט של מדינת ישראל. גם הרב ירוחם פישל אדלר החרדי וגם הרב יעקב אריאל הציוני שוללים את הלגיטימיות של בתי המשפט, ויחד עמם, ללא הבדל, כל הפוסקים מכל הזרמים. נראה, שדבריו המוקדמים של החזון אי"ש בנושא הערכאות קבעו נורמה הלכתית לדורות הבאים. הרב דייכובסקי, יוצא דופן לכאורה, הן בדבריו הכלליים על בתי המשפט של המדינה והן בדבריו הספציפיים במקרה של בג"ץ בבלי. בתגובתו לפסק הדין בעניין חוה בבלי, ובפולמוס שלו עם הרב שרמן, שתואר בפרק השביעי, הוא קובע, שניתן להכשיר את פסק

הדין. אך להערכתנו אין הוא חורג ב כך מדברי הפוסקים האחרונים, שהתבססו על דברי המהרי"א² ענזיל, שאינו מוכן להכיר, מבחינה הלכתית, בתקדים המשפטי, אך מכשיר את פסקי הדין המבוססים על חוקי המלך. כיוון ש"המלכות" חוקקה בכנסת בשנת 1970 את חוק "הלכת שיתוף", ניתן להכשיר את פסק הדין בעתירת בבלי, לא משום התקדים המשפטי שעליו מסתמך השופט אהרון ברק, אלא משום שבדיעבד הכרעת בג"ץ נסמכה על החוק, אף אם במשפט עצמו לא עמד החוק לצדה של הגב' בבלי, כי היא נישאה לפני החלת החוק.

9.1.1. ההכרה בכנסת לעומת הפסילה של בתי המשפט

במחקרנו נבדקה גם השאלה, מדוע פסלו פוסקי ההלכה את בתי המשפט של מדינת ישראל, ובו בזמן עמלו להכשיר את חוקי הכנסת. התשובה לשאלה זאת מורכבת. נראה כי נקל על פוסקי ההלכה להכשיר את חוקיה של מדינת ישראל, כי במשך יותר מאלף שנה הם הכשירו את החוקים של מלכי אומות העולם. בהלכה היהודית פותחו אמצעים רבים להצדיק, מבחינה תורנית, הן את חוקיו של מלך אומות העולם והן את חוקיו של מלך ישראל. הלכות כגון "דין מלך", "דינא דמלכותא דינא" ו"תקנות קהל" הקלו על פוסקי זמננו להכשיר את חוקי המדינה. בנוסף לכך, בתפיסה כי מדינת ישראל היא כלי קודש בדרך אל הגאולה, מוטמעת גם כשרות חוקיה. לא פחות חשוב הוא הצורך האמיתי של שלומי אמוני ישראל בגושפנקא תורנית לחוקי הכנסת. נראה, שלא היתה לפוסקים ברירה, אלא להכשיר חוקים אלה, כדי לא להעמיד את הציבור הדתי בפני מצב בלתי-סביר, שבו הוא חייב לשמור על חוקים שאינם ל גיטימיים מבחינה תורנית.

לא כך המצב לגבי בתי המשפט של מדינת-ישראל. כפי שהראנו בפרק השני, בדיון על המימד ההלכתי של בעיית הערכאות, היה קשה להשתית הכרה כלשהי בבתי המשפט על הלכה קדומה או על דבריהם של פוסקי ימי הביניים. ניתן לשער, כי אילו רצו, הם יכלו להכשיר את בתי המשפט בזכות פרצות בדיני ערכאות, כמו בדיני הערכאות של הדיוטות או בדינים של "ערכאות שבסוריא". אך פוסקי ההלכה לא נטו להכשירם, משום שבשונה מהכנסת, לבתי המשפט של המדינה, קיימת אלטרנטיבה תורנית, והיא בתי הדין הרבניים. לכן הם קבעו, שלא רק בענייני נישואין וגירושין יש לפנות לבתי הדין הרבניים, אלא אף בכל ענייני הממון, ואף בסכסוכים שבין אדם לחברו. על יהודי להתדיין בכל הקשור לענייני חושן משפט, דהיינו בענייני המשפט האזרחי, בבתי הדין הרבניים. אין פלא, שפוסקי ההלכה, שפוסלים בקול גדול את בתי המשפט של המדינה, שותקים בכל הקשור למשפט הפלילי. כפי שהראנו בפרק על המשפט הפלילי, למשפט הפלילי אין אלטרנטיבה תורנית, אך בעבורם עדיפה השתיקה על ההודאה, שהם נאלצים להכיר בדיני העונשין, שעל פיהם פוסקים בבתי המשפט של מדינת ישראל. לפוסקי ההלכה אף אין עמדה כלפי המשפט הקונסטитуציוני, כי ההלכה היהודית לא פ יתחה משפט חוקתי משום ההבנה, שענייני מדינה יהודית הם לימות

המשיח. לכן, מבחינת ההלכה היהודית אין כל חשיבות, אם במדינה, שהוקמה על-ידי יהודים, פורקי עול תורה ומצוות, טרם הזמן ולא על בסיס התורה, יש בחירות יחסיות או רוביות, בחירה ישירה לראשות הממשלה או בחירה עקיפה, ועניינים קונסטיטוציוניים אחרים.

9.1.2. הכרה של לכתחילה לעומת הכרה בדיעבד

במחקר נבחנו סוגיות אחדות, הידועות בחקר ההלכה כ"לכתחילה" וכ"בדיעבד" או "להלכה" ו"למעשה". אין אלה סוגיות זהות, אך יש ביניהם דמיון רב. בין השאר נבחנו השאלות הבאות: האם עמדתם של פוסקי ההלכה כלפי מערכת המשפט של מדינת ישראל שונה, מעמדתם העקרונית כשהם דיינים בבתי הדין הרבניים? איך הם מתייחסים לבעל דין שהתחיל את עניינו בבתי המשפט של המדינה ופונה לאחר מכן אל בית הדין הרבני, ולא דווקא כי חזר בתשובה והתחרט על פנייתו אל הערכאות? בסוגית מירוצ' הסמכויות בין שתי מערכות המשפט, ראינו, שהדיינים בבית הדין הרבני בחיפה הכירו בזכותו של בית המשפט האזרחי לדון במקרה דנן, כי כך קבע החוק. אך לא כך נהג בית הדין הרבני בנתיבות, אף על פי שגם בעניין זה קבע החוק שמקום הדין הוא בבית המשפט האזרחי. זה הכשיר וזה אסר, לכן אין לומדים ממקרים אלה על הכלל. העיון בפסקי הדין הרבניים, שהובאו בפרק הרביעי, מלמד שתי מסקנות: ראשית, דייני ישראל אימצו והפנימו את הלכת החזון אי"ש, שאין הבדל בין ערכאות של גויים לבין הערכאות של ישראל, שאין על-פי התורה. ברוב הדיונים של פוסקים בני זמננו על בתי המשפט של מדינת ישראל מתקבל הרושם, שהמדינה טרם קמה, והם דנים בעצם על ערכאות של גויים בתפוצות הגולה. שנית, בדיונים המתייחסים למקרים קונקרטיים, ניכרת פרגמטיות מירבית. להערכתנו, פרגמטיות זו הכרחית, כדי לא להעמיד את הציבור הדתי בפני מצבים בלתי סבירים. העיון בפסקי הדין הרבניים מראה שלילה עקרונית מחד גיסא, והתייחסות פרגמטית ואף מתונה, מאידך גיסא.

מתקבל הרושם, שאיסור הערכאות קשה על הציבור הדתי-ציוני, ועל פי המשתמע מדברי הרב אדלר, אפילו על הציבור החרדי. נראה שחומרת הרטוריקה נגד הערכאות עולה, ככל שהציבור הדתי מרבה לעבור על איסור הערכאות. אך חומרת הביטויים כ"הרמת יד בתורת משה רבנו" ו"חילול השם" והדרישה לקידוש השם בנושא, מתגמדת לנוכח קלות ההשלמה עם קיומן של ערכאות, לנוכח הנכונות לדון בעניינו של מי שפנה קודם לערכאות, ולנוכח ביטול הצורך, לקבל את אישורו של בית הדין על מנת לפנות לערכאות כדי להציל בהן ממון.

9.1.3. העמדה כלפי בג"ץ

לדעתו של הרב ח"ד הלוי ז"ל, רבה הראשי לשעבר של העיר תל-אביב, "יש בתורה שטח מסוים, אשר בו הדברים באו סתומים ועמומים" במתכוון. לכן, לדעת הרב הלוי, אין "למצוא בתורה משטר מדיני או כלכלי ברור. אפילו פרשת המלך באה כה סתומה, עד שגרמה

למחלוקת רבותינו בתלמוד אם מצוה או רשות... ונשנה הדבר בכמה משטחי החיים הנוגעים לחיי חברה ומדינה".¹ לכן אין לפוסקי ההלכה עמדה עקרונית כלפי המשפט החוקתי ואין להם עמדה עקרונית כלפי בג"ץ.² יחד עם זאת ההגנה על זכויות האזרח, על שוויון האדם ועל זכויות הפרט וחירויותיו היא בעייתית לפוסקי ההלכה, משום שבהלכה אין הכרה ברורה בעקרונות דמוקרטיים אלה. לכן אין פלא, שפסקי הדין של בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ מעוררים את זעמם של פוסקי ההלכה.³ עתירות רבות נגד בתי הדין הרבניים מוגשות על-ידי נשים, שזה עתה סיימו הליכי גירושין במוסדות שיפוט דתיים. עתירות אחרות מוגשות נגד מוסדות המדינה במטרה ליטול את עקרון השוויון ללא סייג: שוויון בין המינים, אי-אפליה בגלל נטייה מינית, שוויון בין יהודים ל שאינם יהודים וסוגיות דומות. להתנגדותם של פוסקי ההלכה לבג"ץ כמה מרכיבים: מרכיב הלכתי, פסקי דין המתפרשים על ידם כאנטי-דתיים ומרכיב פוליטי.

התנגדותם של פוסקי ההלכה לחקיקה השיפוטית של בתי המשפט הממלכתיים נעוצה בהלכות שנוסחו על-ידי פוסקים ראשונים כרשב"א, ופוסקים אחרונים כמהרי"א ז"ע, אשר אומצו ואושרו על-ידי פוסקי זמננו בתקופת היישוב וראשית המדינה. מאחר ובית המשפט העליון הינו עליון בהירארכיה השיפוטית, התנגדותם של פוסקי ההלכה לחקיקה השיפוטית, מתנקזת לשערי בית משפט זה. מקור אחר להתנגדותם היא המחויבות של בית המשפט העליון לערך השוויון - ערך שאינו מעוגן די צורכו בחקיקת הכנסת, מפאת התנגדותן של הסיעות הדתיות. פוסקי ההלכה יכולים להשלים, אף אם רק בדיעבד, עם פסקי דין, בנושא השוויון המבוססים על חוקי המדינה, אך כמעט אין חקיקת כנסת בנושא. לכן הם אינם יכולים לקבל את מחויבותו של בית המשפט העליון לערך השוויון, אשר למעשה מעוגן בחקיקה השיפוטית בלבד. קושי נוסף לזה הנובע מההלכה, מקורו בנטייה של שופטי בית המשפט להעניק לחוקי הכנסת פרשנות המרחיבה את משמעות החוק ומותחת את גבולותיו, לעיתים, בלי להתחשב בכוונה המקורית של המחוקק. לאור מגמות אלה נראה, כי לפוסקי ההלכה סיבות הלכתיות רבות, להתנגד לפסקי הדין של בית המשפט העליון.

תגובתם של פוסקי ההלכה לפסקי הדין של בג"ץ היא קשה. במחקר זה ניתחנו מספר מצומצם של פסקי דין, אך רשימת פסקי דין המצטיירים כאנטי-דתיים היא ארוכה בהרבה. על

¹ הלוי, ח"ד (תשמ"א). עשה לך רב, ד.

² ניתן להסיק את מסקנתנו המשותפת על דברי הרב ח"ד הלוי גם מדברי הנצי"ב: "דהנהגת המדינה משתנה, אם מתנהג עפ"י דעת מלוכה, או עפ"י דעת העם ונבחריהם... שהרי בעניין השייך להנהגת הכלל נוגע לסכנת נפשות שדוחה מצות עשה, משום הכי לא אפשר לצוות בהחלט למנות מלך, כל זמן שלא עלה בהסכמת העם לסבול עול מלך". (נצי"ב, פירוש "העמק דבר" לדברים יז, יד)

³ בשנת 2000 כתב א' רביצקי: "אין ספק, כי במישור זה [של חירות האדם ושל זכויות האזרח] עשויים להתגלע פערים ממשניים בין גישות מסורתיות (או דתיות) לבין גישות מודרניות ליברליות (או חילוניות), כאן עלול לפרוץ העימות הישיר בין תפיסה של חובות לתפיסה של זכויות, בין דגש הטרונומי לדגש אוטונומי, בין מתן הבכורה לכלל לבין מתן הבכורה ליחיד וכיוצא באלה". רביצקי, (2000). מדינה יהודית ודמוקרטית - צמצום או שבירה? 247.

אף שפוסקי ההלכה אינם מעניקים גושפנקא תורנית לקיומם של בתי המשפט, הם נאבקים בפסקי הדין של בג"ץ, כאילו ציפו ממוסד זה שיפסוק תמיד בהתאם להלכה היהודית. מניתוח של פסקי דין שניתנו בשני העשורים האחרונים, מתקבל הרושם, שבג"ץ מנסה להעמיד "קיר ברזל"⁴ מול פוסקי ההלכה ומול בתי הדין הרבניים. אין לנו ספק שניתן היה להשתית את כל הדיון בבג"ץ בענין הגב' בבלי על חוקי הכנסת, ובמקרה זה היו פוסקי ההלכה יכולים להשלים אתו. אך שופטי בג"ץ העדיפו להשתית את הכרעותיהם על חקיקה שיפוטית, ועשו שימוש ב"הלכת שיתוף". הם חזרו והדגישו את עליונותו של בית המשפט העליון על כלל מערכת השיפוט במדינה וביטלו את הנוהג, ש"הדין הולך אחרי הדיין". משמעותו של ביטול נוהג זה היא, שבתי הדין הרבניים חייבים לנהוג בעניינים של חלוקת ממון לאחר גירושין, על-פי תקדימים שנקבעו בבית המשפט העליון. כל אלה מעידים על מבחן כוח של בג"ץ, שלדעתנו לא היה הכרחי. לא פלא הוא שפוסקי ההלכה הגיבו כפי שהגיבו.

המאבק של פוסקי ההלכה במערכת המשפט אינו מתרחש בחלל ריק, אלא על רקע של מאבק הולך ומחריף על דמות החברה הישראלית בסוף המאה ה-20 וראשית האלף השלישי. במאבק זה ממלאת תפקיד פעיל מערכת המשפט האזרחית, החל משנות השמונים של המאה ה-20. בניסוח שני חוקי היסוד ב-1992 ובפרשנות שניתנה להם על-ידי נשיא בית המשפט העליון מצאו מגמות פוסט-ציוניות אפיק ביטוי. תרמו לכך, בוודאי, הן הסכמי אוסלו וחזון המזרח התיכון החדש והן השיח על מהפכה חילונית מבית היוצר של ראשי מפלגת העבודה. נגד מגמות אלה נתגבשה קואליציה של חרדים, דתיים-לאומיים וימין מסורתי. במאבק זה מילאה תפקיד מרכזי הביקורת נגד העמדות הליברליות והפוסט-מודרניות של בתי המשפט האזרחיים, ובית המשפט העליון בראשם. למבקריה של מערכת המשפט האזרחית, נדמה, כאילו, על-ידי פסיקתם, ניסו בתי המשפט להגשים את הצעות החוק מ-1984 ו-1986 בענייני זכויות האדם והאזרח, שנדחו על-ידי הכנסת משום מגמתם ל העניק שוויון בענייני מגדר, בעניינים של נטייה מינית ובעניין ההשתייכות לזרם דתי, ללאום ולדת. פוסקי ההלכה מצאו שותפים פוליטיים רבים במאבקם נגד בתי המשפט ופסיקתם, ובמאבקם הציבורי ניסחו את ביקורתם הפומבית בנימוקים פוליטיים ולא הלכתיים.

9.1.4 כשלון משפט העברי

תכליתו העיקרית של המשפט העברי, כותב י' דוד⁵: הוא: "להפוך את מורשת ההלכה למקור העיקרי למשפט הישראלי".⁶ הנסיון לשילוב המשפט העברי התרחש בשני שלבים. בשלב הראשון ניסו אנשי "משפט השלום העברי" ו"חברת המשפט העברי", לפתח מערכת

⁴ מטבע לשון בו השתמש ז' ז'בוטינסקי בשנת 1923 בקבעו את המדיניות הרצויה של היישוב כלפי הערבים.

⁵ הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה ועמית במכון הישראלי לדמוקרטיה.

⁶ דוד, י'. חזון "המשפט העברי": רקע, מגמות ושיפוט, 77.

משפט השואבת את עיקריה ממעיינות ההלכה היהודית והול מת את מכלול העקרונות של התחייה הלאומית העברית. בשלב השני של "המשפט העברי", דגל הרב הרצוג ודוגלים שופטים דתיים אחדים, אנשי האקדמיה העמלים במחלקות למשפט העברי באוניברסיטאות ובמשרד המשפטים, לשלב את משפט התורה בחקיקת הכנסת ובשפיטה הישראלית, שילוב שתכליתו להפוך את משפט ההלכה, באופן הדרגתי, למשפט המדינה.

מתברר שפרוייקט זה לא הצליח. הוא נכשל בגרסתו ההיסטוריוציסטית- ציונית ובגרסתו הפוזיטיביסטית-דתית. השלב הראשון של הכישלון תואר בפרק השלישי של מחקרנו, ונסכם אותו בקצרה: ראשי המשרד הארץ- ישראלי של ההסתדרות הציונית יזמו הקמת מערכת משפט עברית מודרנית שאינה דתית, שצמיחתה החלה עוד בימי השלטון הטורקי בארץ ישראל. תנועה זו "משפט השלום העברי" הצליחה להקים סניפים במקומות שונים בארץ. באסיפת ההתארגנות של מוסדות היישוב, עם תום מלחמת העולם הראשונה בשנת 1918, נתקבלה החלטה המחייבת את "כל האזרחים העבריים בארץ ישראל להישפט רק בפני "משפט השלום העברי". במקומות שונים בארץ הוקמו בתי משפט מחוזיים, ומעליהם בית משפט עליון. ראשי היישוב ונכבדיו היו מעורבים בעשייה המשפטית של משפט השלום העברי, כשד"ר ארתור רופין עומד בראש המערכת ומזכירה הראשון הוא הסופר ש.י. עגנון. מבחינת המשפט הבריטי פעלה מערכת משפט השלום העברי על- פי פקודת הבוררות, לצדה של מערכת אזרחית מנדטורית- בריטית מחד גיסא, ומערכת בתי דין רבניים מאידך גיסא. למערכת משפט השלום העברי לא היה סיכוי להצליח, בגלל ההתנגדות החריפה מצד בתי- הדין הרבניים, שראו במערכת משפטית זו ניסיון לחילון ההלכה. אולם הגורם העיקרי לכישלונה, היה היעדר כלי אכיפה, כי מבחינת המשפט המנדטורי פעלו בתי דין אלה כבוררים על בסיס הסכמה בין שני הצדדים.

הכישלון השני קורה לנגד עינינו, הכישלון של מי שהאמין, שעל-ידי חקיקה דתית משמעותית מצד אחד, והתבססות פסקי הדין של בתי המשפט על המשפט העברי, מצד שני, ניתן להכשיר את בתי המשפט של מדינת ישראל מבחינה תורנית. הכשרת המערכת המשפטית מעולם לא הוגדרה כיעד, לא של המקדמים את החקיקה הדתית בכנסת, ולא על-ידי שופטים המבססים את פסקיהם לא רק על החוק, אלא גם על המשפט העברי. ניתן להבין את מניעיהם של שני השותפים במעשה - מחוקקים ושופטים. הדוגלים בקריאה של איסור "דיינים נוכרים" ולא "דין נוכרי" רואים באיסור זה פתח להכשיר את בתי המשפט של מדינת ישראל. לעומתם הדוגלים בקריאת האיסור כאיסור על דין נוכרי, שואפים להכשיר את בתי המשפט של מדינת ישראל על- ידי חקיקה דתית מסיבית. אם הדין במדינת ישראל יהיה מושתת על מקורות תורניים, או לפחות לא יסתור אותם, ואם הכוונות הן לשם שמים ולא ל שם אימוץ

המשפט הנוכרי, ניתן להכשיר את בתי המשפט של מדינת ישראל באחת הדרכים שהוצגו בפרק השני. אבל ספק הוא אם הפוסקים ירצו לעשות זאת.

על אף שמקור המשפט העברי, בגרסתו הפוזיטיביסטית-דתית, הוא בהגותם של ר' יצחק ברויאר והריא "ההרצוג", שדגלו באידיאל "מדינת התורה" ובמחויבות לאמץ את משפטי התורה כחוק המדינה, מסקנותיהם של שופטים ומחוקקים דתיים מאסכולת המשפט העברי, נדחות היום על-ידי פוסקי הלכה בני זמננו. הסיבות לכך רבות: המושג "חקיקה דתית" הפך אמנם למושג נפוץ בשיח הציבורי ובמחלוקת בין דתיים לשאינם דתיים, אך למעשה, כנסת ישראל לא אימצה גופי תורה כבסיס לחקיקה. היא אמנם העבירה את הטיפול בעניינים הנוגעים למעמד האישי לידי מערכת השיפוט התורני, וגם "חוק השבת" אינו אלא "חוק שעות העבודה והמנוחה" ולא "חוק שבת". רבים החוקים שהם אינדיפרנטיים מבחינה תורנית, וחלקם אפילו מנוגדים להלכה היהודית. לדעת הפוסקים, מנסים אנשי "המשפט העברי" ליצור אשליה, כאילו ניתן ליצור הרמוניזציה בין ההלכה היהודית לבין המשפט הישראלי בדרך של חקיקה דתית, שפיטה ברוח המשפט העברי והכשרת השופטים במשפט זה. עמדת הרבנים כלפי המפעל העצום של המחלקה למשפט העברי שליד משרד המשפטים, היא שלילית, ולא פעם היא מוצאת את ביטוייה במילים של לעג וזלזול, כמו, בדבריו של הרב נ' גוטל:

הוא [משפטן דתי, מ"ס] לא רק מתפלל "השיבה שופטנו" כמצוות אנשים מלומדה, הוא גם מקדם באופן פעיל את "השבת השופטים". הוא מתחיל ביצירת החוקה המשפטית-הלכתית. כיצד? בין השאר בסדרת "חוק לישראל". קדמו לו אמנם בעבר כמה ניסיונות, חלקם פרטיים חלקם ממוסדים מעט יותר, אך בשנים האחרונות, ולראשונה, מדובר בסדרת ספרים הרואה אור מטעמו של משרד המשפטים עצמו. סדרה זו קיבלה על עצמה כמישימה את בחינתם היסודית של חוקי מדינת ישראל "אליבא דהלכתא" (לפי ההלכה), ואת כתיבתה לבסוף של התוצאה ההלכתית בשפה משפטית עדכנית. בשעתו אף חשבו עורכי סדרה זו להקנות לה משנה חשיבות - לא רק חשיבות תיאורטית וכחזון לעתיד לבוא, אלא גם חשיבות יישומית ומעשית, וזאת בעיקר לאור קבלתה של הכנסת ב-1980 את "חוק יסודות המשפט - התש"ם".... "הבשורה הגדולה" עברה חיש מהר מן העולם. נותרה התקווה, ומתוך תקווה זו הסדרה ממשיכה. במסגרת זו כבר ראו אור בעבר כמה חיבורים: "ערבות"; "עשיית עושר ולא במשפט"; "שומרים" ועוד... ככלל צריך לומר, כי להוציא שינויים קלים בין כותב לכותב, שיטת העבודה אחידה, כמעט שבלונית: נוטלים המחברים את החוק האזרחי הקיים, מנתחים אותו בדקדקנות סעיף אחר סעיף, בוחנים כל פרט ופרט ביסודיות ובקפדנות במבט הלכתי מעמיק, וסיכום. כאן קיימות שתי אפשרויות: לעתים ייאמר שהסעיף הקיים תואם את התפיסה ההלכתית וניתן להותירו על תלו; לחלופין, לעתים ייאמר כי

הסעיף הקיים אינו תואם את התפיסה ההלכתית, ואז באה הצעה לניסוחו השונה והחדש - אם בשינוי מלה, אם במשפט, אם בפסקה, ואם כולו.⁷

כזכור, חוק יסודות המשפט מ-1980 לא הביא אלא לשינוי קוסמטי בלבד של החוק הישראלי. באין מגמה של התקרבות של החוק הישראלי אל ההלכה היהודית, או לדעת אחרים - באין יכולת של התקרבות בין שתי מערכות המשפט, נידונים הניסיונות של בניית הגשר בין המערכת התורנית למערכת האזרחית מראש לכישלון. הוכחה לכך היא תגובתם של פוסקי זמננו לניסיונות אלה של שופטים ושל משפטים דתיים. הראנו זאת במישור העקרוני וגם בניתוח של פסקי דין, כמו פסק הדין של בג"ץ בעניין הסגרת נקש. אותו כישלון עולה גם בפסקי דין רבים אחרים של שופטים דתיים, כי פוסקי ההלכה פוסלים מראש כל עיסוק ב"משפט העברי" של השופטים הדתיים. לעומת זאת שתיקתם של הפוסקים נוכח פסיקתם של שופטים דתיים, הדוגלים בהפרדה בין שתי המערכות, מעידה יותר מכל על הכישלון של "אנשי המשפט העברי". יש להעיר, שלדעתנו אין זהות בין "המשפט העברי" לבין "ההלכה היהודית" ועמדנו רבות על ההבדלים ביניהם.

הראנו, בפרק הדין בעמדתם של פוסקי ההלכה כלפי השופטים הדתיים במערכת המשפט האזרחית, כי בפולמוסים בין פוסקי דורנו לבין שופטים דתיים כבזק ואלון, חלק מהשופטים הדתיים מסתמכים על אותן פרצות שנסתמו כבר קודם לכן על-ידי הפוסקים. גם השופט בזק וגם השופט אלון יכולים לבסס את צדקת ישיבתם בבתי המשפט של מדינת ישראל על מקורות ישראל, אך יש לתהות, האם הם יכולים לבסס על ההלכה היהודית. על שאלה זאת אין, לדעתנו, צורך להשיב, די בהדגשת ההבדלים בין המשפט העברי להלכה היהודית. לא פעם הצטנע השופט אלון על כך שאין הוא מתיימר להיות פוסק הלכה. ואמנם לא פעם כשהוא מסביר את עמדתו של המשפט העברי אגב דיון בסוגיה משפטית כלשהי, אין הוא מחדד את ההבדל בין "המשפט העברי" לבין מה שפוסקי ההלכה רואים כ"הלכה". אילו השופט אלון, ועמו שופטים דתיים נוספים היו פוסקי הלכה, ניתן היה לראות בדבריהם "הלכה פסוקה", אך כיוון שאין הם רבנים או פוסקים, אין בדבריהם אלא עיון ב"משפט העברי". על-כן לדעתנו ההבדל נעוץ בעיקר במעמד המחבר ולא בתוכן החיבור.

"חזון המשפט העברי", על גרסותיו הציוניות-חילוניות ו על גרסותיו הדתיות, נראה היום ככישלון יותר מאי-פעם. פוסקי ההלכה מכריזים אמנם על ההלכה כמשפט היחידי לעם היהודי, אך אין להכרזתם ערך אלא הצהרתי בלבד. הלכה למעשה הם נאלצים להשלים עם מציאות שנראית להם כ"הרמת יד בתורת משה וכפירה בהקב"ה", והיא אינה שונה במהותה

⁷ גוטל, נ' (2000). מן האמור לעיל עולה שניסוחו של הסעיף מתאים לעקרונות המשפט העברי. הארץ, 16.2.

מהפנייה אל הערכאות בתפוצות הגולה בהבדל אחד גדול : כפירה זאת אינה מתבצעת בתפוצות הגולה תחת ממלכת אומות העולם , אלא במדינת היהודים . מהדילמה הזאת , שבפניה עומד כל אדם דתי , ניתן להבין , כי מהות המשפט במדינת ישראל היא בלב הסוגיה של "מדינת ישראל כדילמה דתית".

9.2 הלכה ותיאולוגיה

כזכור, המושג "תיאולוגיה" במחקרנו כולל את כל התחומים האמוניים , שאינם הלכתיים , כמו האמונה באל ובייחודו והאמונה בתורת משה רבנו . לאורך כל המחקר הבלטנו את ההבחנה , הבעייתיות כשלעצמה , בין תיאולוגיה והלכה , מאחר שההבחנה הזאת חשובה להבנת יחסם של פוסקי ההלכה אל הערכאות.

פוסקי ההלכה מדגישים את המקור האלוהי למערכת המשפט ההלכתית ואין לדעתם ל שבץ חלקי משפט אלוהי לתוך מערכת חוקים לא דתית . לא "נפש העם" , במובנה ההגליאני של המילה , היא מקור המשפט , אלא האלוהות , העל-טבעית והעל-אנושית . אין להפריד את המקור האלוהי של המשפט מהמשפט עצמו , ומי שנשפט על יסוד חוקים בדויים ועל- ידי דיינים פסולים , כאילו מוקיר את אלוהיהם . לכן , לדעת פוסקי הלכה רבים , נדבק במשפט הישראלי גילוי של עבודה זרה , כי היסוד למשפט הישראלי הוא עותו מאני-בריטי , כלומר מוסלמי ונוצרי , והחקיקה הישראלית המודרנית עצמה מושתתת על שלילת יסודות התורה ועל שלילת הבסיס האמוני שלה . שורשי התפיסה הזאת קדו מים הם . כבר במדרש תנחומא קראנו: "כל מי שמניח דייני ישראל והולך לפני עכו"ם כפר בהקדוש ברוך הוא תחלה ואחרי כן כפר בתורה שנא' (דברים לב) 'כי לא כצורנו צורם ואויבינו פלילים' . ' ועל כך אמר רש"י: "המביא דיני ישראל לפני גויים מחלל את השם ומיקר שם ע"ז להחשיבה" . מוטיב הקשר בין האל לבין חוקיו מהדהד בשיח ההלכתי על דין הערכאות הנוגע לבתי המשפט של מדינת ישראל אצל הריא"ה הרצוג ערב הקמת המדינה ואצל הרב אריאל בפולמוסו עם השופט בזק בשנות השמונים . הרב אריאל מרחיק לכת אפילו יותר וטוען , שהבעיה התיאולוגית הינה הבעיה העיקרית בשאלה , האם בתי המשפט של מדינת ישראל הם ערכאות.

למימד התיאולוגי של שאלת הערכאות יש היבט נוסף . בראשיתו של פרק זה הבהרנו , שפוסקי ההלכה לא החמיצו אף הזדמנות לסגור כל צוהר אפשרי בהלכת הפוסקים הראשונים להכרה בערכאות של הדיוטות . להערכתנו פוסקי ההלכה עשו זאת בדין , כי כל הפתחים שנפתחו וכל הפרצות שנפרצו נפתחו על-ידי פוסקים קודמים אך ורק לצורך השעה ועל-מנת להגדיל את קרנה של התורה ואת האמונה בקב"ה , ולא על-מנת לגרוע מהן . חכמים התיירו בתי דין של הדיוטות , על-מנת למנוע פנייה לערכאות של גויים , וגם אז בהיסוס רב . עוד בראשית העת החדשה קבע הרב י . אייבשיץ: " אבל במקום שיש בעלי תורה ומדע בעיר הראויים לדון העם , ח"ו [חס וחלילה] למנות דיינים חסירי מדע , וכאילו נוטע אשרה אצל מזבח

ה', כי פוגע בכבוד התורה ומעקל הדין. "רק כאשר אין ברירה, רק כאשר אין בנמצא גמיר או סביר, ממנים הדייטות. "אך במדינה יהודית, שמלאה תלמידי חכמים כרימון, הרי זה יעלה לדעתי ולפי הרגשתי" – כותב הרב הרצוג – "ח"ו נתינת גט כריתות לתורה"ק וממש הרמת יד בתורת משה רבנו ע"ה."

9.2.1 "דין תורה" ו"דעת תורה"

העיון בדבריהם של פוסקי ההלכה מכל הדורות אינו מאפשר לנו לקבוע, אם סוגיית הערכאות הינה סוגיה הלכתית בעיקרה או אמונית- תיאולוגית בעיקרה. מבחינה הלכתית, השלילה הגורפת של בתי המשפט של מדינת ישראל, לפחות בתחום המשפט האזרחי ובתחום הגנת זכויות האזרח ושוויון האדם על- ידי בג"ץ, אינה הכרחית. הטיעון, כי פנייה אל בתי המשפט בהם שופטים על-פי חוקים בדויים ולא על בסיס דין תורה, יש בה משום עבודה זרה, מושגת על תפיסה הגליאנית של קיום קשר אימננטי בין רוח המשפט לתפיסת האלוהות של האומה, אך קל להפריך טיעון זה.

לכן נשאלת השאלה, שמא קיים נימוק על-הלכתי ועל-אמוני שבעזרתו שוללים פוסקי ההלכה את בתי המשפט. שאלה זו קשורה למעמדם של פוסקי ההלכה שבדורות האחרונים הם פוסקים בעניינים חברתיים ופוליטיים הוראות "ex cathedra", מתוקף סמכותם, השואבת את כוחה מיוקרת מעמדם.⁸ כ"ץ, שחקר את ראשית התופעה בפולמוסים קהילתיים-פוליטיים ביהדות אירופה, טוען, כי בנקיטת עמדות פוליטיות על-ידי פוסקי ההלכה, אפילו בשאלות של הצבעות בכנסת ובמתן תמיכה למועמדים פוליטיים, נוצרת:

מערכת יחסים ... ללא תקדים בהיסטוריה היהודית ודרשה הצדקה אידיאולוגית כלשהי. הפתרון נמצא בייחוסה של חכמה בלתי מסויגת לרבנים עקב היותם שקועים בלימוד תורה. קו מחשבה זה מצא את ביטוי התמציתי בשימוש ... במונח 'דעת תורה'.⁹

ברוח זה התבטא גם הרב הראשי של ירושלים, בצלאל ז'ולטי, אחרי מלחמת-ששת הימים,¹⁰ ולדעתנו נכונים דבריו לא רק לשאלות פוליטיות כמו מסירת שטחים שנכבשו, אלא גם לשאלות חברתיות, שלטוניות וחוקתיות:

כל בעיה מדינית כללית, יש מקום לקביעת עמדה הלכתית, כי אין שטח ביהדות אשר אינו נוגע להלכה, כנאמר: "הליכות עולם לו, אל תקרי הליכות אלא הלכות". כלומר, שכל הליכות עולם הם הלכות ... בהלכה נמצאת תשובה לכל הבעיות המתעוררות, ואין כמעט בעיה שלא יהא כרוך בה ישירות, או בעקיפין, בדין ממש, או דיני איסור והיתר, או דיני

⁸ כ"ץ, י' (תשנ"ט). דעת תורה – סמכותם הבלתי מסויגת שטוענים לה בעלי ההלכה, 157.

⁹ שם, 167.

¹⁰ דבריו מבוססים על עמדת החזון אי"ש, שהובאו בפרק המבוא של מחקר זה.

ממונות.¹¹ להערכתנו, ניתן ליישם את המודל, שקבע השופט אנגלרד בנושא מעורבותם של פוסקי ההלכה בשאלות פוליטיות, גם בנושא מעורבותם בשאלות חוקתיות. קבענו לעיל, שההלכה היהודית אינדיפרנטית כלפי בית-המשפט העליון וגם כלפי המשפט החוקתי. ניתן, מקביעתנו זאת נובע אף, כי ניתן לפרש את עמדת פוסקי ההלכה כלפי מערכת המשפט של מדינת ישראל לא רק על-פי החזון אי"ש הרב וולדינגברג, הרב יוסף ואחרים, אלא גם על-פי הרבנים פדרבוש, גורן ודייכובסקי. אמנם לא שקלנו את הנימוקים החוץ-הלכתיים, שבגינם נוקטים פוסקי ההלכה את עמדתם כלפי מערכת המשפט. נימוקים אלה אנו משייכים לקטגוריה של "דעת תורה". אנגלרד קבע, שעניינם העיקרי של פוסקי ההלכה הוא ביסוד ההשקפתי של יראת שמים, ולבוש אמירתם הוא אובייקטיבי, הגיוני, ואינו מצריך הכרעה אישית של הפוסק. אכן, קיים קשר אמיץ בין תשובת המשיב לאידיאולוגיה המדינית, קרי לאידיאולוגיה חברתית-חוקתית האישית שלו.¹² אולם המפתח לקביעת "דעת התורה" מצוי בבחירת המקורות ההלכתיים המשמשים יסוד להסקת מסקנותיו של הפוסק. דבריו של אנגלרד נאמרו על פוסקי ההלכה של הרבנים יוסף וישראלי בנושא מסירת שטחים מארץ ישראל, אך ניתן ליישם אותם בהחלט גם על דברי הרב אריאל, בפולמוס עם השופט בזק, בנושא דין הערכאות של בתי המשפט במדינת-ישראל. אם עניינם של פוסקי ההלכה הוא באמת ובתמים ביסוד ההשקפתי של יראת השמים, ואם פסילתם של בתי המשפט באמת נושאת לבוש אובייקטיבי, הרי עמדתם הפומבית הזאת מהווה למעשה הוראה לציבור הדתי, לשלול לא רק את בתי המשפט עצמם, אלא בעיקר את הערכים, העומדים, לפי פירוש הפוסקים, ביסוד פסקי הדין שלהם. ובאמת, לא ניתן למצוא ברשימה הארוכה של פוסקי הדין של מערכת המשפט הכללית, שהציגו רבנים, פוסקי הלכה וגם פוליטיקאים דתיים, ולא פעם אחת חיזוק לאמונה, עידוד לשמירת תורה ומצוות והבעת אמפתיה לאורח החיים הדתי.

9.2.2. בתי המשפט בישראל כערכאות של גויים

על סמך העיון בארבעת הפרקים הראשונים של עבודה זו ניתן לקבוע, שפוסקי ההלכה בני זמננו לא "החמיצו" כמעט אף הזדמנות לפסול את בתי המשפט של מדינת ישראל. נושא זה עמד במרכז הפרק השלישי, שבו נבדקה את עמדתם של פוסקי ההלכה כלפי מערכת משפט, שאינה על-פי התורה, בימי המנדט הבריטי ובתקופת המדינה. מעט הפוסקים, שהכשירו את בתי המשפט של המדינה, כמו הרב גורן, הרב נריה והרב פדרבוש, זכו לביקורת חריפה מצד גדולי הדור, כמו הרב הרצוג, רבה הראשי של המדינה בעת הקמתה, או להתעלמות מעמיתיהם. רבנים אחדים, כמו הרב יובל שרלו, ניסו להרחיב את הצוהר שהתלמודים והפוסקים של ימי-הביניים פתחו, כדי להכשיר את בתי המשפט של מדינת-ישראל כ"ערכאות של הדיוטות". אך צוהר זה נסגר על-ידי רוב הפוסקים הראשונים עוד ב עת פתיחתו. העיון בפרק השני מגלה מגמה, מזערית אמנם, של הכשרת בתי המשפט, שאינם פוסקים על-פי דין תורה, אלא על-פי אומד הדעת, על-פי חוקים ונימוסים או על-פי תפיסה של מבנה שלטוני דיארכי, דהיינו תורני ומדיני. על רקע מגמה צנועה זאת, בולטת ההתעלמות המוחלטת של

¹¹ ז'ולטי, י' (תשכ"ט). החזקת השטחים המשוחררים, מג. גם השופט י' אנגלרד פותח את מאמרו (1993): הבעיה ההלכתית של מסירת שטחים מארץ ישראל: משפט ואידיאולוגיה, 13, בדבריו של הרב ז'ולטי, כן גם שטרן (1999) בפסיקת הלכה בשאלות מדיניות, 13.

¹² אנגלרד, שם, 14.

פוסקי זמננו מההבחנות הברורות, שעשו פוסקים ראשונים, בין ערכאות של גויים לערכאות של הדיוטות. שתי הפרצות האלה, היו עשויות להכשיר את בתי המשפט של מדינת ישראל כפי שהוכשרו חוקי הכנסת ואף החלטות הממשלה. אך פרצות אלה לא נוצלו, כי התנגדותם של הפוסקים למערכת המשפט של ישראל מושתתת על בסיס מוצק בהלכה היהודית. הקביעה של החזון אי"ש, שאין הבדל בין ערכאות של גויים לערכאות של יהודים הדנים שלא על-פי התורה, אומצה על-ידי כל גדולי הדור של המאה ה-20, כמו הרב וולדינגברג והרב עובדיה יוסף. ברגע שהיה מוסכם על כולם, שמעמדם של בתי המשפט הישראליים כמעמדן של ערכאות של גויים, ניתן היה ליישם עליה כל אותן ההלכות, שנפסקו על-ידי דורות של פוסקים, ואפילו בתלמודים, אף על פי שבעבר הדגישו כולם את ההבדל הגדול בין ערכאות של גויים לערכאות של הדיוטות. בדרך זאת הפכו בתי המשפט לא רק לבעיה הלכתית, אלא גם לבעיה תיאולוגית-אמונית. וברגע שגדולי הדור אימצו את שו"ת המהריא"ז עניזל ויישמו אותו על המציאות הישראלית, אף שוודאי רק מעטים הכירו רב זה שפעל בסוף המאה ה-19 בגליציה והתכוון לשלטון הקיסר האוסטרי ולא לערכאות של הדיוטות במדינה יהודית ריבונית, הפך גם התקדים המשפטי של בתי המשפט לבלתי-חוקי מבחינה תורנית.

9.2.3.. האפשרויות ההלכתיות להכיר במערכת המשפט

הטענה, שההלכה מאפשרת להכיר במערכת המשפט של מדינת ישראל, מלווה מחקר זה לאורך כל פרקיו. הדגשנו, שפוסקי ההלכה עשו הכול כדי למנוע ממערכת המשפט הכרה הלכתית ולהכריז עליה כ"ערכאות" שאסור לפנות אליהן. מצאנו פוסקי הלכה המכשירים את חוקי הכנסת מבחינה הלכתית, לעומת אחרים הפוסלים אותם. מצאנו פוסקים המכשירים את פעולות הממשלה, ואחרים המתנגדים לכשרות ההלכתית של החלטות הממשלה, אך, למעשה, לא מצאנו פוסקים המכשירים את מערכת המשפט של מדינת ישראל. ציינו שסיבותיהם של פוסקי ההלכה לפסילתה של מערכת המשפט רבות ומגוונות ובעניין זה אין הבדל בין פוסקים חרדים ופוסקים שנמנים עם הציונות הדתית.

חוקרי המשפט העברי באקדמיה ושופטים דתיים טוענים כנגד עמדת הפוסקים, שההלכה היהודית מאפשרת להכיר במערכת המשפט, ולפוסקים ניקרו הזדמנויות הלכתיות רבות כדי להכשיר את המשפט האזרחי והפלילי של מדינת ישראל. על מנת לאשש את הטענה המרכזית של מחקר זה, יוצגו להלן האופציות ההלכתיות להכרה במשפט ובמערכת המשפטית של מדינת ישראל.

אנחנו קוראים בשו"ת הרא"ש: "בעניין ממון, יש כח ביד בית דין לתקן תקנות בענין ממון לפי הזמן והצורך אפילו להעביר מדין תורה, וליטול מזה וליתן לזה וגו'".¹³ ובדיני עונשין אנחנו קוראים בשו"ת הריב"ש: "בית דין מכין ועונשין שלא מן הדין לפי צורך השעה, ואף שלא בעדות גמורה."¹⁴ והשלחן ערוך מוסיף על קודמיו שעסקו בצידוק החריגה מדין התורה, את צידוק החריגה מטיבו של בית הדין: "כל בית-דין, אפילו אינם סמוכים בארץ-ישראל, אם רואים שהעם פרוצים בעברות ושהוא צורך שעה דנין בין מיתה, בין ממון, בין כל דיני עונש, ואפילו אין בדבר עדות גמורה."¹⁵ במקום אחר השלחן ערוך מרחיק לכת בקביעה איזה הרכב יהיה לבית הדין שרשאי לדון בענייני ממון ועונשין: "וכן כל ציבור יכולין לקבל עליהם בית דין שאינם ראויים מן התורה."¹⁶ לא רק שיש לבית דין שלא מן התורה הזכות לדון בכל סוגי המשפט, ולא רק על-פי דין תורה, אלא השולחן ערוך אף מזהיר: "צריכים הדיינים להתרחק בכל היכולת שלא יקבלו עליהם לדון דין-תורה."¹⁷

המקורות שצוטטו לעיל מעוררים שאלות בשני נושאים: שאלות על אופי ים של בית הדין ודייניו, ושאלות על אופי המשפט הנהוג באותם בתי הדין.

לגבי השאלות על הדיינים ועל בתי הדין הראנו במחקר, כי הדיון על "דין ערכאות של הדיוטות" הינו דיון הנלווה לדיון בעניין "דין ערכאות של גויים". מסתבר כי האיסור על "ערכאות של גויים" חמור יותר מהאיסור על "ערכאות של הדיוטות" וכי ההיסטוריה היהודית הכירה לאורך כל דרכה "בתי דין של הדיוטות". אך גם האיסור לפנות ל"ערכאות של גויים" אינו חד-משמעי. חכמים התירו ליהודים לפנות ל"ערכאות של גויים" כשהם נתבעים אך לא כשהם תובעים, או כשהנתבע אלים ואינו מקבל את סמכותו של בית הדין שעל-פי התורה, ולכן יש צורך להציל את ממונו של תובע, אפילו אצל הגויים. כזכור, הרמב"ם מנמק את האיסור על "ערכאות של גויים" בנימוקים אמוניים: "כל הדין בדיני עכו"ם ובערכאות שלהם... הרי זה רשע וכאילו חרף וגידף והרים יד בתורת משה".¹⁸ ההתנגדות לערכאות של גויים היתה מורכבת, ויתכן שהנימוק האמוני אינו בא אלא לחזק את שאר הנימוקים, כמו את הנימוק, שיש לדאוג לשיפוט הוגן. ויש שהתירו, אמנם בדיעבד, את הפנייה לערכאות, אם היא מוסכמת על שני הצדדים, כי סמכו על הגינותם של בתי המשפט של הגויים, ולא ראו בנוצרים של ימי הביניים עכו"ם. בכל אופן, רבים הבקיעים באיסור על "ערכאות של גויים" ורבים עוד יותר הבקיעים באיסור על "ערכאות של הדיוטות".

13 שו"ת הרא"ש, נ"ה, י'.
 14 שו"ת הריב"ש, סי' רל"ד.
 15 שו"ע, חו"מ, סי' ב.
 16 שו"ע, חו"מ, סי' ח, א.
 17 שו"ע, חו"מ, סי' יב, כ.
 18 רמב"ם, הל' סנהדרין, כו, ז.

הלכת הרמב"ם: "כל הדין בדיני עכו"ם ובערכאות שלהם ... הרי זה רשע וכאלו חרף וגידף והרים יד בתורת משה",¹⁹ זכתה לעיון רב במחקרנו, כי ניתן לפרש את "דיני עכו"ם" גם כ"דיני עכו"ם". בפירוש זה נתלים התומכים במתן הכשר הלכתי לבתי המשפט במדינת ישראל כ"בתי דין של הדיוטות". לא "דיני עכו"ם" הם שפוסלים את בתי המשפט שלא על-פי התורה, אלא "דיני עכו"ם". הבעיה אינה מהות הדין שלפיו דנים, אלא שאלת "לאומיותם" של הדיינים ושל בתי הדין שבפניהם דנים. קריאה זאת של הלכת הרמב"ם מבוססת על דברי התלמוד בגיטין: "כל מקום שאתה מוצא אוגריאות של נכרים, אף-על-פי שדיניהם כדיני ישראל, אי אתה רשאי להזקק להם".²⁰ זאת אומרת, לאומיותו של הדיין היא זו שמכשירה או פוסלת את בית הדין, ואפילו אם דיין פסול דן דין תורה, עדיין בית הדין פסול. מקביעה זו, יש המסיקים, שדיין ישראל מותר, גם אם הוא אינו דן דין תורה.²¹ במקורות תנאיים ניתן למצוא תימוכין לטענה שברמב"ם מדובר ב"דיין" ולא ב"דין". בן דודו של ר' טרפון, רבי אלעזר בן עזריה מוסיף במכילתא: "הרי הגויים שדנו כדיני ישראל, שומע אני יהו דיניהם קיימים, ת"ל [תלמוד לומר] 'ואלה המשפטים' אתה דן את שלהם והם אינם דנים את שלך ..."²² מטרת התנאים היתה למנוע היזקקות למוסדות שיפוט רומאים, שהתפרשה כהכרה בשלטון הזר. ברוח זה יש לפרש גם את דברי התנחומא:

מנין לבעלי דינין של ישראל ל שיש להם דין זה עם זה שיודעים
שהעכו"ם דנין אותו הדין כדיני ישראל שאסור להזדקק לפנייהם,
תלמוד לומר אשר תשים לפנייהם לפני ישראל ולא לפני כותים שכל
מי שמניח דיני ישראל והולך לפני עכו"ם כפר בהקדוש ברוך הוא
תחלה ואחרי כן כפר בתורה שנא' (דברים לב) כי לא כצורנו צ ורם
ואויבינו פלילים, ...²³

למרות דבריו החריפים של התנחומא, ראינו שפוסקים ראשונים תקנו תקנות המאפשרות לפנות לערכאות של גויים, על אף כל האיסורים התיאולוגיים וההלכתיים. גם מאוחר יותר, לדוגמה, רבני צרפת לא כללו את סביבתם הנוצרית בין עובדי עבודה זרה ואם שני הצדדים הסכימו להתדיין בפני ערכאותיהם, לא היתה סיבה "תיאולוגית" לאסור את פנייתם, ונותר רק לדאוג לשיפוט הוגן וצודק.²⁴ היתר זה משתמע מהדרישה "שיפצה את חבירו במה שיאמרו שבעה טובי העיר", במקרה שהפנייה לערכאות נכפתה על אחד הצדדים על ידי חברו. אין זה אומר, שהתקנה של רבני צרפת התירה פנייה אל הערכאות של גויים,²⁵ אלא שפירושה של

¹⁹ רמב"ם, הל' סנהדרין כו, ז.

²⁰ בבלי, גיטין פח, ב.

²¹ בזק, (תשמ"א). בתי משפט בישראל – האמנם "ערכאות של גויים"? 524, בלידשטיין, (תשמ"ו). מדינת ישראל בפסיקה ההלכתית, לו.

²² מכילתא דר"י, פרשת משפטים.

²³ מדרש תנחומא (ורשא), משפטים, סי' ג.

²⁴ L. Finkelstein, *Jewish Self-Government in the Middle Ages*, New York 1924, p. 156, n.1

²⁵ בניגוד לעמדת אלון, שם, 17.

תקנה זו הוא רק, שאם הסכימו שניהם להתדיין בפני ערכאות של גויים ולקבל את דינם, לא "נמנו וגזרו ונידינו והחרמנו על אותו איש". תקנות המשלימות, בדיעבד, עם הפנייה לערכאות של גויים היו יכולות לשמש צוהר לתקנות המכשירות פנייה לערכאות של הדיוטות במדינה היהודית.

אם מקבלים את הטענה שהוצגה לעיל, שלא הדין קובע, אלא "לאומיות" הדין היא הקובעת את הכשרתם או פסילתם של בתי המשפט, יש להתעמק בסוגיית "בתי דין של הדיוטות", דהיינו בתי דין של יהודים, שאינם מומחים בתורה ושאינם דנים על-פי דין התורה. מעמד ההלכתי של "בתי דין של הדיוטות" נידון בהרחבה במחקר זה.²⁶ חכמים ראשונים עשו הבחנה ברורה בין איסור "ערכאות של גויים" לאיסור "ערכאות של הדיוטות" והסירו את המכשולים ההלכתיים מעל בתי הדין של יהודים, שאינם דנים על פי דין תורה. הרמב"ן, בפירוש לפתיחת פרשת משפטים, מתיר פנייה לערכאות של הדיוטות, אם נעשתה בהסכמה.²⁷ המאירי קובע, שבתי דין של הדיוטות "שלא היו בקיין בדין-תורה, ... דנים לאומד הדעת ובחקים ונימוסים".²⁸ מצאנו אצל ראשונים לא רק אישור לקיים מערכות משפטיות שלא על-פי התורה, אלא גם הסכמה לשימוש בחוקי האומות [=נימוסים] וב"אומד הדעת" של הדיינים.

לפיכך נשאלת השאלה, האם בתי המשפט של מדינת ישראל יכולים להיחשב ל"בתי דין של הדיוטות", כפי שקיימו אותם החל מימי התנאים. כל פוסקי ההלכה האחרונים, חרדים כציונים-לאומיים, הלכו אחרי קביעת החזון אי"ש:

אבל אם יסכימו על חקים הרי הם מחללים את התורה ועל זה נאמר אשר תשים לפניהם ולא לפני הדיוטות, כדאיתא [בחו"מ] סי' כ"ו. **ואין נפקותא בין בא לפני אינם ישראלים ובין ישראל ששופט ע"פ חקים בדוים** (ההדגשה על-ידי – מ.ס.), ועוד הדבר יותר מגונה שהמירו משפטי התורה על משפטי ההבל ואם יסכימו בני העיר על זה אין בהסכמתם ממש ואם יכופו על זה משפטם גזלנותא ועושק ומרימים יד בתורת משה יעו"ש.²⁹

החזון אי"ש, שמאמץ בקביעתו זאת את גירסת "דיני ישראל" ולא את גרסת "דיני ישראל", יוצר זהות בין ערכאות של גויים לבתי דין של הדיוטות. בעיניו אין הבדל בין גויים לישראל, אם שניהם פוסקים על-פי חוקים בדויים. זיהוי זה סותר את דברי הראשונים והוא גם אינו הכרחי. בדרכיו של החזון אי"ש הלכו, למעשה, כל פוסקי ההלכה, גם במדינת ישראל וגם בתפוצות

²⁶ ראה לעיל, פרק 2.

²⁷ רמב"ן לשמות כא, א.

²⁸ ר' מנחם המאירי, פירוש למס' סנהדרין (מהד' סופר), 18.

²⁹ חזון אי"ש, חושן משפט, סנהדרין טו, סי' ד, 368.

הגולה, ציונים כלא- ציונים.³⁰ שופטים דתיים במערכת המשפט במדינת ישראל וחוקרי המשפט העברי באקדמיה, היו ערים לפסיקתם של החזון אי"ש וכל פוסקי זמננו, והעמידו כנגדה את האפשרויות ההלכתיות להכשיר את בתי המשפט של מדינת ישראל כבתי דין לגיטימיים במדינה יהודית מודרנית. הם גורסים, שאיסור הערכאות הינו פועל יוצא של הקיום היהודי בגולה, וכי האיסור מכוון לדיינים נוכריים ולא לדין עצמו.

פרופ' יעקב בלידשטיין מסיק, על סמך הקריאה של "דיני ישראל" כ"דיני ישראל", שבית היוצר של האיסור על ערכאות של גויים הוא הגלות ועל כן "השימוש באיסור זה במדינה יהודית מוציא אותו מהקשרו הטבעי וממקום גידולו. ומכיוון ש"המערכת החילונית [הדגשה במקור] היא היא המערכת הלאומית [כנ"ל] היום, ...הציבור הדתי-לאומי רואה את ההזדהות וההשתלבות עם המוסדות הלאומיים שקמו למדינת ישראל כערך יהודי משמעותי".³¹ גישתו של פרופ' אליאב שוחטמן שונה מגישתו של י' בלידשטיין. בדומה לפוסקי ההלכה בני זמננו, הוא מגיע למסקנות הלכתיות שבתי המשפט בישראל הם ערכאות שאסור לפנות אליהם ולהתדיין בפניהם, אולם הוא מבין את ההימנעות הגורפת של הציבור שומר המצוות להתדיין בעניינים ממוניים בפני בתי הדין הרבנים. לדעתו, הסיבות להימנעות זאת, לדעתו, מוצדקות ומחייבות את רבני ישראל ללתקן תקנות, כדי לאפשר לשומרי מצוות לזכות בבתי הדין הרבניים לאותם תנאים כמו בבתי המשפט.³² שוחטמן סבור, שהמציאות החילונית במדינת ישראל מאלצת את פוסקי ההלכה להכיר בבתי המשפט של המדינה. לדעתו, מדעת הרשב"ש³³ ניתן להסיק שההלכה לא שוללת "כל הכרה שהיא מבתי המשפט" והיא הכרחית עבור הציבור החילוני המעוניין להשתית את כל ענייני המדינה על חוקי הכנסת:

במצב דברים זה, לא יתכן שההלכה היהודית תימנע הכרה כלשהי ממוסד שיפוטי שאינו דין תורה, משום שאז התוצאה תהיה השתררותה של אנרכיה בחברה.³⁴

לראייה מביא שוחטמן את דבריו של הרב ב' צ' מאיר חי עוזיאל³⁵ שבהם הוא מתריע על התוצאות, העלולות לנבוע מההימנעות להכיר ב"דינא דמלכותא דינא" לגבי מלכות ישראל:

שאם כן [=שכלל זה לא יוחל במדינת ישראל], בזמננו זה איך תתקיים מדינת ישראל אם אין דינא דמלכותא דינא מחייבת את כל

30 בהמשך נציין סיבות אחדות, מדוע פסקו פוסקי ההלכה בנושא בתי המשפט לחומרה. בלידשטיין, שם, לח-לט.

31 שוחטמן, מעמדם ההלכתי של בתי המשפט, 364-370.

32 ראה לעיל, פרק 2, הרשב"ש דן באפשרות שהציבור יקבל על עצמו דיינים פסולים, ולא גורס שאם דיינים אלה לא קיבלו הכשר מ"אדם חשוב" המינוי בטל, אלא גורס שמי שהתקנה (ולעניינו: המינוי) לא נתקבלה על דעתו, "לא נתחייב בה".

33 שוחטמן, שם, 355.

34 הרב בן-ציון ח"י עוזיאל נולד ב-1880 בירושלים. כאשר הוא נתמנה להיות הרב הספרדי הראשי (הראשון לציון) ב-1939 הוא נבחר גם למועצת העם הזמנית של ישראל, הועד הלאומי. במשרת רב ראשי כיהן עד מותו ב-1953.

איש ואשה מישראל ל בחוקי המדינה להטלת מסים או דיני עונשין ?
ואין להעלות על הדעת שמדינת ישראל תהיה רשות ולא חובה ואיש
הישר בעיניו יעשה.³⁶

שוחטמן אינו מרחיק לכת כמו בלידשטיין , הטוען שבתי המשפט של המדינה לגיטימיים מבחינת דין התורה גם עבור הציבור של שומרי המצוות , אלא מגביל את הכ רת ההלכה בבת-המשפט לציבור החילוני , כפי שלמד זאת מהרשב "ש. לדעתו הציבור של שומרי המצוות חייב להתדיין בפני בתי דין ועל-פי דין התורה , אך על אלה מוטלת החובה להתאים את דין התורה למציאות המודרנית.

זמן קצר לפני קום המדינה נקט הרב שלמה גורונטשיק (לימים גורן) עמדה בניגוד לפסיקת החזון אי"ש והכשיר את בתי המשפט של הדיוטות וט שאינם פוסקים על פי דין התורה . הוא הסביר, כי אחת הסיבות להכשרתם היא הפסילה של נשים , של כופרים ושל בני מיעוטים לשפוט ולהעיד . פסילה גורפת כזאת אינה יכולה להתקבל על הציבור החילוני ולא על המשפט הבינלאומי. לכן מציע הרב גורן לערוך חידושים תורניים, שיאפשרו:

להקים בתי דין של פשרה שבהם יוכלו לשמש כשופטים וכעדים גם עוברי-עבירה ושאינם בני-ברית. בחושן משפט סימן כ"ב סעיף א' נאמר: "מי שקיבל עליו קרוב או פסול, בין להיותו דין בין להיותו עד עליו, אפילו קיבל אחד מהפסולים בעבירה, כשני עדים כשרים להעיד עליו , או כג' ב"ד מומחים לדון עליו וכו' אם קנו מידו על זה , אין יכול לחזור בו, ואם לא קנו מידו, יכול לחזור בו עד שיגמר הדין. נגמר הדין, אינו יכול לחזור בו.³⁷

הרב גורן אף הציע , ש"לא רק הסכמה חד-פעמית לריב מסויים ושל יחיד בלבד , מכשירה דיינים ועדים פסולים על-ידי קבלת קנין מראש ", אלא ניתן להרחיב את ההסכמה למנות דיינים פסולים על ציבור שלם . לכך הוא גייס את דברי השלחן ערוך , חו"מ, בסימן ח': "כל ציבור יכולין לקבל עליהם בית דין שאינם ראויים מן התורה . " הוא מסיק מהם , "שיש בכך הצבור לקבל עליו דיינים שאינם ראויים לדון , וכיוון שקבלו עליהם בני העיר אין אחר יכול לפוסלן, [...] וכל שנתמנה על-ידי הציבור בהסכמת הקהל דינו כדיין לכל דבר ואין אחר יכול לפוסלו". על מנת להסיר מכשול , העלול להיות נימוק לביטול הצעתו , מסייג הרב גורן את דברי הרמ"א:

"טובי הקהל הממונים לעסוק בצרכי רבים או יחידים הרי הם כדיינים האסורים 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.

על בסיס סייג זה מגיע הרב גורן לתכלית דבריו שהיא, האפשרות ליישם את מסקנותיו מהעיון ההלכתי בתנאי החיים המודרניים במדינת-ישראל העומדת לקום:

³⁶ עוזיאל, ב"צ, (תשי"ג). יסודות דין המלכות בישראל ובעמים, 445.
³⁷ הרצוג, תחוקה, א', 146.

על סמך מינוי כזה **נוכל גם כן להושיב שופטים שידונו דיני ממונות** [ההדגשה שלי, מ"ס] ביחוד, מאחר שהם יתמנו על פי הסכמת הציבור. יש להדגיש במיוחד שעל בתי המשפט מסוג זה לא יחול השם "בית דין", כי בעצם אין להם סמכות **תורנית** כדיינים אלא סמכות **ציבורית** [הדגשות במקור].³⁸

דבריו של הרב גורן הם מרחיקי לכת, משום שהוא מציע להקים בתי משפט של הדיוטות שידונו במשפט האזרחי. סמכותם תנבע מהסכמת הציבור והם ידונו בדיני ממונות ש לא מן התורה. ברור לגמרי שכוונתו ל בתי משפט, שבהלכה התלמודית מוגדרים כ"ערכאות שבסוריא" והם עומדים לצדה של מערכת בתי הדין, העוסקת בענייני אישות על בסיס ההלכה היהודית. יחד עם זאת הצעותיו פחות מרחיקות לכת מתקנות רבני צרפת בימי הביניים, שהתירו פנייה לערכאות של גויים, אם שני הצדדים הסכימו על כך, במטרה לזכות במשפט צדק.

9.2.4. המניעים של פוסקי ההלכה להכרה ולפסילה

בפרק השלישי הוסבר, שפוסקי ההלכה מכירים בלגיטימיות התורנית של חוקי המדינה ובפעולות הממשלה. הם הכשירו אותם עוד בראשית המדינה בכל האמצעים ההלכתיים המגוונים שעמדו לרשותם: דינא דמלכותא דינא, דין מלך ותקנות קהל. בעייתם העיקרית היתה לקבוע סייגים לפעולות החקיקה ולפעולות הממשלה, כדי למנוע חילול תורה על-ידי חקיקת הכנסת ועל-ידי פעולות הממשלה. לפתרון הבעיה הדריכה אותם הלכת הרמב"ם מהלכות מלכים:

המבטל גזרת המלך בשביל שנתעסק במצות, אפילו במצוה קלה הרי זה פטור, דברי הרב ודברי העבד דברי הרב קודמין ואין צריך לומר אם גזר המלך לבטל מצוה שאין שומעין לו³⁹

הבא להשוות בין האמצעים ההלכתיים להכרה ההלכתית בחוקי הכנסת ובפעולות הממשלה, לבין האמצעים לשלול הכרה במערכת המשפט של מדינת ישראל, יווכח, בוודאי, במיעוט החומר ההלכתי המאפשר להכשיר את בתי המשפט של המדינה, לעומת ריבוי החומר ההלכתי המאפשר להכשיר את הרשות המחוקקת ואת הרשות המבצעת של מדינת ישראל. גדולי הדור בכל הזמנים נאבקו בפנייה אל הערכאות, בו בזמן שלא היתה להם כל סיבה להיאבק בשל טונות של מדינות הגולה בה חיו. מכיוון שהסוגיה של מלכות ישראל היתה עבורם היפותטית - לכל היותר דאגה לאחרית הימים או לימות המשיח, למסקנותיהם בסוגיית יישום דינא דמלכותא דינא במלכות ישראל לא היו, ממילא, השלכות מעשיות. הגלות

³⁸ שם, 147.

³⁹ רמב"ם, הלכות מלכים ב, ט.

היתה עובדה מוגמרת, כמו גם שלטונם של מלכי האומות, ואילו המשטר במלכות ישראל היווה עבורם סוגיה תיאורטית. סוגיית הערכאות, לעומת זאת, היתה עבורם מעשית ובערת.

האוטונומיה היהודית במבנה הפיאודלי של ימי הביניים היתה מושתתת על דין התורה ועל השיפוט העצמאי בענייני המעמד האישי והמשפט האזרחי. עבור המנהיגות הרוחנית של קהילות ישראל, ההקפדה על איסור הערכאות היתה קריטית, כי בהתדיינות בפני בית הדין, באה לידי ביטוי סמכות ההנהגה הדתית. האמנציפציה, שהביאה עמה פנייה הולכת וגוברת אל הערכאות של המדינה, הוכיחה בעליל, שסמכות ההנהגה הדתית של קהילות ישראל עלולה להתפורר, והיא תלויה במידה רבה בקיומו של איסור הערכאות.

הדין בסוגיית הערכאות הועבר ליישוב היהודי בארץ ישראל ולמדינת ישראל מהמציאות הגלוית. פסיקותיהם של פוסקים ראשונים ואחרונים אומצו על-ידי פוסקי זמננו, בלי להתעמק בשאלה, מה מעמדה ההלכתי של מדינת ישראל - קהילה יהודית, אמנם ענקית, אך קהילה, או מלכות ישראל, כמו בימיהם של דוד, של שלמה או של החשמונאים. מכיוון שהמודל הקהילתי גבר, ומכיוון שפוסקי ההלכה של הציונות הדתית אימצו את התפיסה החרדית של החזון אי"ש, שאינו מחויב לתפיסה של "אתחלתא דגאולה", לא נעשה מאמץ הלכתי להכשיר את בתי המשפט של ישראל כ"בתי דין של הדיוטות".

למעשה, לא היתה לרבנים ולפוסקי ההלכה ברירה, אלא להכיר במוסדות המדינה - הכנסת והממשלה - מבחינה תורנית. מניעת ההכרה מהם היתה מטילה את הציבור של שומרי התורה והמצוות לקונפליקט יום-יומי בין חוק המדינה לדין תורה. מניעת הליגיטימיות מחוקי הכנסת ומפעולות הממשלה היתה גורמת לקרע בין המדינה לציבור הדתי, שהיה עליו להכריע, שעה-שעה, בין המשמעת לחוק לבין הנאמנות לתורה. ראינו שאפילו פוסקים חרדים הקנו לחוקי המדינה הכרה שבדיעבד על דרך "קצת דינא דמלכותא דינא". לא כך היה לגבי השפיטה. לשפיטה עמדה מערכת עתיקת יומין שבכל שנ ות הגלות של ישראל דנה ושפטה בענייני המעמד האישי ובענייני ממון. החוק של שיפוט בתי דין רבניים משנת 1953 הקנה לבתי הדין הרבניים את הזכות הבלעדית לדון במעמד האישי, אך נושא הממון נשאר ללא מענה. לכן, לא פלא שבתי הדין הרבניים ופוסקי ההלכה נאבקים על נתח זה של סמכות שיפוט, לפחות עבור הציבור הדתי.

נראה, שלא רק מיעוט החומר ההלכתי שעמד לרשות פוסקי זמננו כדי להכשיר את בתי המשפט של ישראל כ"בתי דין של הדיוטות", ולא רק ראיית מדינת ישראל כ"קהל", הביא לשלילת בתי המשפט, אלא גם המאבק על תחומי ההשפעה של מערכת בתי הדין הרבניים. ריב הסמכויות בין שתי המערכות, הממלכתית והרבנית, ניכר היטב בכל הנוגע למעמד

האישי. כל אחת משתי המערכות מנסה לצמצם את סמכות השיפוט של האחרת, ונראה שידה של המערכת הממלכתית על העליונה. מנגד מנסים בתי הדין הרבניים להרחיב את פעולותיהם מתחום המעמד האישי אל מישור המשפט האזרחי באמצעות הפעלה של בתי דין לממונות. קשה לקבוע איזה מכל הגורמים האלה, הוא הגורם הדומיננטי למניעת ההכרה בבתי המשפט של המדינה: הבסיס ההלכתי, הבעיה התיאולוגית או ריב הסמכויות בין שתי המערכות.

לצד הגורמים לעיל ראוי לציין גם את העובדה, שהנציגים הפוליטיים של הציבור הדתי משפיעים על קבלת ההחלטות בכנסת ובממשלה, והם מפעילים את כוחם האלקטורלי היחסי בקידום חוקים שמטרתם לשרת את האינטרס הדתי. הם מפעילים את כוח השפעתם, לפי הצורך, אף על החלטה להפיל ממשלה כשאינה מכבדת אינטרס דתי בפרהסיה. שונה המצב לגבי בתי המשפט. חבר השופטים אינו מורכב על-פי מפתח פוליטי שנקבע במערכת בחירות. מערכת המשפט אינה תלויה במשחק הכוחות הפוליטיים, לכן אין בכוחם של מגזרים שונים להשפיע עליה. מאחר ומערכת המשפט אינה תלויה בכוחם הפוליטי של נציגי המגזר הדתי, מצטייר בית המשפט, בעיני הציבור הדתי, כמייצג המגזר החילוני-ליבראלי בלבד וכמתעלם מכל יתר המגזרים במדינה: הציבור הלאומי, החרדי, הדתי והשמרני.

9.3 המחלוקת על הערכאות כמרכיב בדילמה הדתית

במחקר זה רמזנו מספר פעמים, שמדינת ישראל על ערכיה הציוניים, מוסדותיה הממלכתיים, חוקיה וסמליה, מהווה דילמה דתית. שלא כמו באומות העולם, שם היהודים מקיימים בקלות את הכלל "דינא דמלכותא דינא" ואף נוהגים לברך את ממשלותיהן ללא היסוס, במדינה היהודית שהוקמה על-ידי יהודים פורקי עול תורה ומצוות, טרם העת ולא על יסודות התורה מתקשים היהודים לגלות אותו יחס כלפי המלכות.

הדילמות, שמדינת ישראל מציבה בפני האורתודוקסיה המודרנית והאורתודוקסיה

החרדית⁴⁰, תוארו בצורה ברורה ביותר על-ידי מנחם פרידמן⁴¹, ואין לנו להוסיף על דבריו. מחקרו מקיף תקופה ארוכה, החל ממבשרי הציונות ועד מלחמת יום הכיפורים. אין הוא מתייחס במחקרו להתלבטויות של הפוסקים, הן הציונים והן החרדים, בנושא מוסדות המדינה, אלא מתמקד בהיבטים האמוניים-אידיאולוגיים במצע של הזרמים השונים במחנה הדתי: משיחיות, אנטי-משיחיות, דחיקת הקץ, גאולה הבאה על-ידי כופרים, ועוד. פרידמן מזכיר במחקרו את פולמוס ישעי' הו ליבוביץ' מ-1954 בעניין השבת⁴², פולמוס שעורר הדים נרחבים, ובו תבע ליבוביץ' 'מהציונות הדתית, להתמודד עם שאלות יסוד של ענייני דת ומדינה. לדעת פרידמן היה זה אחד הפולמוסים העקרוניים ביותר בסוגיה זו. כל מה שנאמר על-ידי ליבוביץ', בעניין קיום השבת במדינה המודרנית, והתשובות שהתקבלו על-ידי הרב משה צ' נריה בנושא, הינו רלבנטי לפולמוס הערכאות בשנת 2006. פרופ' ליבוביץ' שאל, האם אפשר לנהל מדינה מודרנית על יסוד ההלכה היהודית, שהתגבשה במציאות גלותית, בה היו היהודים מיעוט, ולנוכח העובדה שהתפיסה היהודית המסורתית אינה מכירה במדינה יהודית ריבונית טרם ביאת המשיח. לכן, לדעת ליבוביץ', ההלכה חסרה את הכלים ואת מערכת המושגים, שבעזרתם אפשר היה להתאימה למציאות של מדינה יהודית מודרנית. שאלת ליבוביץ' תקפה לא רק לגבי השבת, אלא גם לגבי הצבא, מוסדות המדינה והמשפט האזרחי, הפלילי והחוקתי. אך מאחר, שבניגוד לליבוביץ', פוסקי ההלכה, לפחות האורתודוקסים-מודרניים, מייחסים למדינת ישראל מימד דתי, הוא קיבל על שאלתו תשובה רבנית-קלסית: "אכן יש במסגרת ההלכה האורתודוקסית כלים מספיקים כדי לפתור בצורה משביעת רצון את כל השאלות הכרוכות בתפעולה התקין של החברה המודרנית".⁴³ ברקע השאלה של ליבוביץ' עומדת התפיסה, שלמדינת ישראל אין לא משמעות ולא תפקיד דתי, אלא אך ורק תפקיד אינסטרומנטלי. היא אינה חלק מתהליך היסטורי-דתי, אינה שלב בדרך

⁴⁰ כביטוי לדילמה זו אנחנו רואים את חזון "מדינת התורה" של מנהיגי הציונות הדתית בראשית המדינה. חזון זה תואר בצורה מקיפה בספרו ש כהן, א' (תשנ"ח) **הטלית והדגל**. גילויים של אותה דילמה אפשר לראות בדיוני הרבנות הראשית בשנת 1950 על אמירת הלל, או חצי הלל, עם ברכה או בלי ברכה ביום העצמאות, וביוכוח על החוקה, שהתנהל גם הוא בשנת 1950. לא הקמת המדינה היא שגרמה לדילמה זו, אלא הופעת הציונות, שביקשה להחזיר את העם היהודי להיסטוריה האנושית באמצעות פתרון לאומי. היהדות הדתית על נציגיה וגווניה התלבטה ביחסה אל תופעת הלאומיות, שמבשריה ומוביליה היו, על-פי רוב, יהודים פורקי עול תורה ומצוות. בראשית הציונות התעוררה השאלה של עיבוד האדמות בארץ הקודש על-ידי מפירי תורה ומחללי שבת, והתנהל פולמוס על עניין השמיטה. נקבע מודוס וויונדי של ויתור על התוכחה בתחומי רשות היחיד, מחד גיסא, וההכרה שהפרהסיה חייבת להישאר בעלת גוון דתי, מאידך גיסא. לדעת נ' הורוביץ הביאה פשרה זו להופעתה וגיבושה של אגודת ישראל בראשית העשור השני של המאה העשרים. ראה הורוביץ, נ' (2001). החרדים ובית-המשפט העליון: שבירת כלים בפרספקטיבה היסטורית, 23-24, 27.

⁴¹ פרידמן, מ' (1990). מדינת-ישראל כדילמה דתית, 137-154.

⁴² שם,

⁵³ ראה גם ליבוביץ, י' (1951). השבת במדינה – כבעיה דתית, **בטרם**, יא, קכח. מאמר זה פורסם שוב בספרו ליבוביץ, י' (1954). **תורה ומצוות בזמן הזה**, ועורר אז את הפולמוס הציבורי.

⁴³ נריה, מ"צ (תשי"ד). **קונטרס הויכוח**, אצל פרידמן, 54.

אל הגאולה, לא אתחלתא דגאולה שבאמונת רבני הציונות הדתית, ולא עקבתא דמשיחא⁴⁴ שבתפיסה של חרדים מסויימים.

כזכור, העניקו פוסקי ההלכה למדינת ישראל משמעות דתית, ובעקבות זאת הם נאלצו להתמודד עם ההיבטים האמוניים וההלכתיים של כל מרכיבי המדינה. התמודדות זו תוארה בהרחבה על-ידי פרידמן, רביצקי ואחרים. נראה שסוגית הערכאות הינה ביטוי מובהק של הדילמה הדתית, על אף שהיא נעדרת במחקריהם של החוקרים שנזכרו לעיל. זה לא מפתיע, כי סוגית הערכאות עלתה על סדר היום הציבורי, במלוא היקפה, רק בשנות השמונים של המאה ה-20. בכרך הראשון של כתב העת "תחומין" היא הוצגה לראשונה בשנת 1980, ומאז חשיבותה בשיח הציבורי רק הולכת וגוברת. שורשיה של דילמת הערכאות נעוצות בהתכתבות בין הריא "ההרצוג לבין הרב גרודז'ינסקי ראש מועצת גדולי התורה, שאוזכרה בפרק השלישי. העמדה של הרב חיים עוזר נדחתה על-ידי הריא "ההרצוג, בטענה שמדינה יהודית אינה יכולה להסכים לשתי מערכות משפט, אף אם בהגות ההלכתית של ימי-הביניים, קרי דברי הר"ן בדרוש הי"א, מוצגות שתי מערכות מקבילות כאפשרות. פרופ' ליבוביץ לא פסח על שום הזדמנות להזכיר למתנגדיו, שהדת היהודית אינדיפרנטית לקיומה של מדינה, ושליהדות אין פרוגרמה חברתית, מדינית או אידיאולוגית. זאת היתה, למעשה, גם עמדתו של הרב חיים עוזר, אך עמדתו נדחתה על-ידי הרב הרצוג ועל-ידי רבני הציונות הדתית.

הדילמה הדתית בסוגית הערכאות מוצאת את ביטוייה גם בדחייה המוחלטת של כל האופציות ההלכתיות, שעמדו לרשות הפוסקים, כדי להעניק למערכת המשפט של מדינת ישראל מעמד של "בתי דין של הדיוטות". דחייה א-פרירי של כלל מערכת המשפט מתחייבת מ"דעת התורה", והוסבר כבר במחקרנו, שהמקורות לניסוח "דעת תורה" המשמשים יסוד להסקת המסקנות על-ידי פוסקי ההלכה הוא בחירה סלקטיבית של המקורות ההלכתיים. לנוכח האפשרות לבחור במקורות המתירים את הפנייה לערכאות, אף אם אלה לא רבים, עולה השאלה, מהו המניע לפרסומי "דעת תורה" המבטלים את הערכאות. בנוסף להסברים המגוונים, שניתנו לאורך מחקרנו, ברצוננו להאיר, בהמשך, את ההיבט ההיסטורי של מחלוקת הערכאות.

מאז הקמת המדינה מהווה מחלוקת הערכאות בתודעת הציבור הדתי מרכיב בתהפוכות שעברה הדילמה הדתית ביחס למדינה. בחינת ההיסטוריה שלה תאפשר להבין, מדוע דווקא

⁴⁴ וסרמן, א' (תרכ"ט). **עקבתא דמשיחא**, ניו יורק (ביידיש). הספר תורגם לעברית על-ידי ר' משה שיינפלד ויצא לאור במספר מהדורות (הוצאת נצח, בני-ברק, תשמ"ט). הרב קוק, כזכור, רואה במפעל הציוני את ראשית גאולתנו, ומשמעות תפיסתו היא, כי המעשה הציוני מעמיד את העם היהודי על הרצף בתהליך הגאולתי. וסרמן, לעומתו, גורס בספרו, שנכתב לאחר הכנסיה השלישית של אגודת ישראל ובה עסקו בהשלכות הדתיות של תכנית ועדת פיל לחלוקת ארץ ישראל, שאנחנו חיים בעידן של "חבלי משיח" אפוקליפטיים. הוא מתכוון לאותה פורענות, המתוארת בספרות חז"ל (משנה סוטה, בבלי סנהדרין), הקודמת לתחילת התהליך אל הגאולה.

בשנות השמונים והתשעים של המאה ה-20 היא עברה משולי התודעה הציבורית אל מרכז.

כאמור, בעת הקמת המדינה עלתה לדיון השאלה, מה יהיה משפטם של המדינה היהודית. הרב הרצוג תבע מהכנסת הבטחה עקרונית, שמשפט המדינה יהיה מושתת על יסודות התורה, אולם הכנסת החליטה להמשיך ולקיים את המשפט הבריטי, עד שיוחלף באופן הדרגתי על-ידי חקיקת הכנסת. רבנים ופוסקים הכריזו על בתי-המשפט כ"ערכאות" אבל רוב הציבור הציוני-דתי ואף החרדי נעזר בשירותם של בתי המשפט החילוניים. האם הבינו אז הפוסקים, שגזרת הערכאות עלולה להיות "גזרה שהציבור לא יכול לעמוד בה", ונדרשה למעשה גישה כמו זו של הרב קוק בעניין השמיטה? בתקופה זו מחלוקת הערכאות לא נתפסה כמרכזית במאבק החילוני-דתי על דמות המדינה ו על דמות החברה הישראלית. במרכז המחלוקת עמדו סוגיות שהובטחו בסטאטוס קוו, חינוך ילדי העולים, שירות צבאי של בנות, עיצוב השבת בפרהסיה הישראלית, פרשת יוסלה שוחמאכר, וכדומה.

לדעתנו, היתה זו מלחמת ששת הימים שהביאה לתפנית במחלוקת על מערכת היחסים בין דת ומדינה ולשידוד המערכות ביחסי הכוחות. תוצאות המלחמה היוו לציונות הדתית אות וסימן לתקפות ההיסטוריוסופיה של הזרם המשיחי, היא חידשה את "הלאומיות החרדית", למחנה האגודאי ש היה נטול אידיאולוגיה ציונית שדעכה מאז הניצחונות במלחמת השחרור. מלחמת ששת הימים סימנה את תחילתם של מאבקים ספיראליים בין לאומיות ציונית-דתית וחרדית לבין חילוניות של ציבור, שהיה מצוי בתהליך של המרת האידיאולוגיה הציונית בליבראליזם אוניברסלי.

המהפך הפוליטי של 1977 והכניסה המסיבית של הציונות הדתית והמחנה החרדי לפוליטיקה הישראלית במסגרת שלטון הימין, הביא עימו, בראשית שנות שמונים, דרישה חילונית מובהקת לכינונה של חוקה. בשלהי שנות השמונים גרס החלק הליברלי של המחנה החילוני, שעל מדינת ישראל לכוון חוקה ולקדם תהליכים של נורמליזציה בחברה הישראלית. נ' הורוביץ⁴⁵ מציין, שמגמות אלה התחזקו במקביל לשינויים שעבר בית המשפט העליון בעיסוקו בסוגיות של יחסי דת ומדינה.⁴⁶

ראשית שנות התשעים הביאה עמה לא רק את "המהפכה החוקתית", כפי שכינה אותה השופט א' ברק, אלא גם שינוי קונצפטואלי במדיניות החוץ, שהביא לקידום רעיון חלוקת ארץ ישראל המערבית ובעקבותיו את הסכמי אוסלו. גם בענייני פנים הוצגה מ שנה סדורה של סדר יום חדש במדינת ישראל, ליברלי, אזרחי וחוקתי, וטיפוח רעיונות של מהפכה חילונית.

⁴⁵ ד"ר נרי הורוביץ מאוניברסיטת בן גוריון, חוקר את חברה החרדית. הוא גם מרצה במכון "מנדל" למנהיגות חינוכית.

⁴⁶ הורוביץ, שם, 60.

מגמות אלה גרמו ליתר מעורבות של המחנה החרדי בפוליטיקה הישראלית ל צידו של מחנה הימין והימין-הדתי. כך נוצר שיתוף הפעולה ב מאבק נגד הסכמי השלום עם אש"ף, נגד חלוקת ארץ ישראל המערבית ונגד ההכרזות על סדר יום ליברלי, שהאליטות החברתיות, התקשורת ובית המשפט העליון ביקשו לקדם. היתה תחושה שסיום הסכסוך עם הערבים יהווה את ראשיתו של השלב המכריע במלחמת התרבות על דמותה של החברה הישראלית ועל דמותה של מדינת ישראל.

בפרק על בית- המשפט העליון בשבתו כבג"ץ תיארו בהרחבה את עמדת פוסקי ההלכה והרבנים כלפי מוסד שיפוט זה והעלינו היבטים הלכתיים, חברתיים ופוליטיים של מאבקם בבג"ץ. רצינו להאיר את מאבקם של הפוסקים נגד בית המשפט העליון בהקשר החברתי-היסטורי שלו. מאבק זה מתנהל בעוצמה רבה, כי שני המחנות הדתיים, הציוני והחרדי, הצליחו להקים ברית רחבה מאוד למאבקם במוסד המזוהה עם האליטות ה"נאורות" האשכנזיות, עם הליברליזם הפוסט-ציוני ועם האנטי-דתיות של השמאל. ה'הורוביץ טוען, כי במאבק החרדי נגד בית המשפט העליון גוברות המגמות הבדלניות של המנהיגות החרדית המודאגת מהשלטבותו של הציבור החרדי בפרקטיקה הישראלית.⁴⁷ הפגנת הענק של העדה החרדית נגד בית המשפט העליון בסוף שנות התשעים הוגדרה כחזרה על הפגנת הנשים והרבנים משנת 1952 נגד גיוס הבנות לצה"ל, בה השתתפו יחד הרב צבי יהודה קוק, הרב עמרם בלוי והאדמו"ר מגור. הגדרה זאת מעידה על השאיפה של יוזמי ההפגנה ושל מארגניה ל"חדש ימינו כקדם". המניעים למלחמת תרבות⁴⁸, המתמקדת במאבק בבית המשפט העליון, מקורם במתח בתוך המחנה הדתי הנובע מדילמות שונות: הדילמה של מידת ההכרה במדינת ישראל כפי שהיא, הדילמה של הרצון בהשתלבות מול הצורך בה'בדלות', הדילמה של ההסתייגות ממדינת ישראל, בעיקר על-ידי גדולי הדור, מול הפטריארכיות ההולכת וגוברת והתגייסות פעילה לצדם של כוחות לאומיים ולאומיים-דתיים במאבקים פוליטיים וחברתיים, שהם, לכאורה, על דיוקנה של מדינת ישראל ושל החברה הישראלית. אולם גם הרובד הסמוי שבו מתפתחות מגמות סותרות בתוך המחנות הדתיים, וגם הרובד הגלוי שבו מתנהל המאבק על דיוקן החברה הישראלית, אינם אלא תולדה של אותה דילמה, שהוגדרה כבר בראשית הציונות כ"מלחמת תרבות".

א' רביצקי רואה בסוגית המעמד של מערכת המשפט במדינת ישראל מרכיב מרכזי במלחמת התרבות המתעוררת בעת הזאת. הוא מציין, ש"הכוחות החברתיים הצנטריפוגליים מבקשים

שם, 66.

המונח "מלחמת תרבות" במקור תיאר את המאבקים על דמות הרייך הגרמני השני שנוסד בשנת 1871, בכל הנוגע להסדרים בין הכנסיה הקתולית לבין המדינה החדשה. נושאי המחלוקת והמאבקים היו ענייני המעמד האישי ומידת ההשפעה של הכנסיה על החינוך. הדמויות הבולטות במאבקים אלה היו הקנצלר אוטו פון ביסמרק מצד אחד של המתרס והאפיפיור פיוס-ה-9 מצדו האחר. מאבקים דומים שהביאו להפרדת דת מהמדינה התנהלו אחרי כינונה של הרפובליקה השלישית בצרפת.

Kulturkampf, Catholic Encyclopedia - <http://www.newadvent.org/cathen/08703b.htm>

כיום אחרי הכרעה דיכו טומית בכל השאלות הללו: ישן או חדש, קודש או חול, פרטיקולרי או אוניברסלי, בזכות-הנורמליות או בזכות הייחוד.⁴⁹ לדעתו הפוטנציאל של התנגשות מושגית שהיה מובלע ורדום במשך שנים, מאיים עתה לפרוץ אל התודעה הציבורית ואל רשות הרבים. הקונפליקט בין סמכותם של בתי המשפט לבין סמכותה של הרבנות, בין חוק המדינה לחוק התורני, לא במקרה מתחדש בימים אלה, שכן הוא פרי מגמות דיכוטומיות בחברה הישראלית, שהביאו ליצירת שסע בו התייצבו זה מול זה לא רק "דתי" נגד "חילוני", אלא גם "ימין דתי" כנגד "שמאל חילוני". "כך נוצרה", לדעת א' רביצקי, "חפיפה – ולכן גם הכפלה – של שני השסעים העיקריים המפלגים כיום את החברה, השסע בשאלת הסדרי השלום (והנסיגה הטריטוריאלית) והשסע בשאלת הדת והמדינה."⁵⁰ כפי שהראנו במחקרנו, מערכת המשפט במדינת ישראל, מזוהה על-ידי פוסקים ורבנים כמערכת בעלת גישה חילונית ואוניברסלית, ולכן מולה מתייצבת חזית דתית, חרדית וימנית, הבוחרת בייחודיות כנגד האוניברסליות, והיא המבדילה "בין קודש לחול, בין אור לחושך, בין ישראל לעמים, בין יום השביעי לששת ימי המעשה".

⁴⁹ רביצקי, דתיים וחילוניים בישראל: מלחמת תרבות? 13.
⁵⁰ שם, 15.

נספחים

נספח 1: שיחה עם הרב מאיר וונדר, עורך הרשימה הביבליוגרפית "מאיר לציון" ב"תחומים", התקיימה בתאריך 18.10.2001 בספריה הלאומית בירושלים.

לדעת הרב מאיר וונדר, אין כיום אפשרות לדבר על מערכת יחסים בין מערכת המשפט הדתי לבין המערכת האזרחית. בג"ץ דנילוביץ'¹ הביא לקרע עמוק בין הציבור הדתי לבין מערכת המשפט של המדינה. קרע זה חמור, כי הציג את הדתית "הכשירה בעמל רב את השרץ",² כלומר המוסדות הדמוקרטיים של המדינה: כנסת, ממשלה וכו', ולא זכתה באף שלב לתמורה הולמת. כאמור השיא בכפיית הטובה של הציבור החילוני הוא בג"ץ המכשיר מבחינה משפטית זוגיות חד-מינית. תמיכת הציבור החילוני בבג"ץ מעידה על מידת ההתרחקות שלו מערכים יהודיים וציוניים. לנוכח מצב זה, על הציבור הדתי לשקול את צעדיו ולערוך רביזיה במדיניות שלו כלפי הציבור החילוני. לכן שאלת יחסם של פוסקי ההלכה כלפי מערכת המשפט של מדינת ישראל אינה רלבנטית היום, כי מערכת זו התרחקה לחלוטין מערכי היהדות. נראה שהתרחקות זו חלה לפני כ-20 שנה, דהיינו בראשית שנות השמונים של המאה העשרים. כתוצאה ישירה מהקרע, רואה הרב וונדר את מגמות הקיטוב בתוך הציבור הדתי-לאומי כלפי החילוניות, מחד גיסא, ואל ההתחרדות, מאידך גיסא. נטישת הדת נובעת מהחלשות המחנה בשל הברית עם הציבור החילוני, ההתחרדות לעומת זאת הינה ביטוי לעמידה האיתנה על ערכי הדת והרצון להתרחק מהציבור החילוני שהפר את הברית ההיסטורית.

נספח 2: שיחה עם הרב יעקובוביץ' שהתקיימה בבית הכנסת בשכונת סנהדריה בירושלים ב-15.4.2004

הרב יעקובוביץ' המכהן כיו"ר העמותה החרדית "עזרה כבודי להבהרת שאלות הזמן", מקיים דיאלוג רצוף עם נציגי הציבור החילוני, בעיקר באמצעות מפגשים במכון ון-ליר. דבריו על מערכת המשפט הישראלית נחרצים. אין לחוק הישראלי ולשפיטה של בתי המשפט במדינה שום קשר ליהדות. הם חוק זר והמשפט הוא משפט ערכאות. במנשר³ מביע הרב יעקובוביץ' את חרדתו הגדולה "לשלמותו של כלל ישראל" ומציע, באופן פרדוקסלי, "הסדר חדש בחיי מדינת ישראל, הסדר שיעניק מעמד עצמאי להשקפות השונות". במסגרת הסדר זה תתקיים:

¹ בג"ץ 721/94 אל-על נ' יונתן דנילוביץ'

² כך דבריו של הרב מאיר וונדר

³ "הצעת עקרונות להסכמה לאומית", ללא תאריך.

"הכרת השלטון על כל מוסדותיו במעמד העצמאי לחלוטין של ההשקפה התורה, כמו של ההשקפה הליברלית בישראל ... יקומו קהילות עצמאיות, האחת פלורליסטית והאחת תורנית (יתכן גם קהילה מוסלמית וקהילה נוצרית). ... המדינה תייפה את כוחם של בתי משפט תורניים עצמאיים שיוקמו, ינוהלו וידונו ע"פ דרכה של התורה, במקביל ובנפרד מבתי המשפט החילוניים. דינים שדנים אותם בזמן הזה (בהעדר סנהדרין) ע"פ דיני התורה (כגון דיני ממונות השכיחים והכרעות בשאלות ערכיות) יידונו בבתי המשפט התורניים ע"פ דיני התורה; דינים שאין דנים אותם בזמן הזה ע"פ דיני התורה קבועים (כגון דיני עונשין ופלילים ושאלות שלטוניות) יידונו ע"פ תחיקת הכנסת הדמוקרטית ("תקנות קהל", "דין מלך"). תחומים שאין דנים בבתי המשפט התורניים בהם ע"פ תחיקת הכנסת, אף לא ישתתפו חברי הקהילה התורניות בהם בהליכי חקיקה".

הרב יעקובוביץ' הביע בפני את התקווה, שדווקא הציבור הליברלי יהיה מעוניין בהצעותיו, לכן הוא מציג אותן במסגרות חילוניות וליברליות, כמו מכון ון-ליר ואחרות. לדבריו הביעה פרופ' רות גביזון התעניינות רבה מהצעותיו ואף הזדהות. לדעת הרב יעקובוביץ' מימוש הצעתו יגרום לנקיטת עמדה ברורה על-יד הציונות הדתית כלפי דין תורה. כל אדם יצטרך להכריע אם להשתייך לקהילה הדתית הכפופה לאורח חיים דתי ודין תורה, או לקהילה הליברלית. הכרעות מעין אלה יבטלו את טשטוש הגבולות הקיים היום בין הקהילה הליברלית לבין הקהילה התורנית בדמות הציונות הדתית.

נספח 3: שיחת טלפון עם הרב ירוחם פישל אדלר ב-27 באוקטובר 2003

הרב אדלר פרסם בעיתון "המודיע" סדרת מאמרים על איסור הליכה לערכאות. בשיחת טלפון ביקשתי להיפגש עמו, כדי להציג לו מספר שאלות המתבקשות מדבריו בנושא. הרב אדלר סירב בכל תוקף להיפגש עמי, אך הצלחתי לדלות ממנו מספר התייחסויות בעניין המאבק בערכאות. הרב אדלר מציין שבעיית הערכאות מחריפה גם בעדה החרדית, ולא מעט יהודים חרדים פונים באמצעות עורכי דינם אל בתי המשפט, השלום והמחוזי, עם תביעות ממוניות, במקום לפנות לדין תורה. על מנת להיאבק בתופעה, מקיימים מוסדות העדה החרדית מעקב אחרי הפונים לערכאות, כדי לטפל בהם. לדעת הרב אדלר, כל סוגי המשפט אסורים בערכאות, אזרחי כפלילי וגם משפט העבודה, למרות שהרב אליהו מתיר משפט בפני בית הדין לעבודה לנוכח הרכבו המיוחד, שניתן לפרשו כמוסד לבוררות.

נספח 4 - שיחה עם הרב יעקב אריאל, רב העיר רמת-גן, ביום א' 19.2.06

במועצה הדתית ר"ג

כידוע, פרסם הרב אריאל בכתב-העת "תחומין" א' וב' מאמר, ותגובה לתגובה בגנות הפנייה אל בתי המשפט של מדינת ישראל בעניינים ממוניים. הוא התפלמס אז עם השופט פרופ' יעקב בזק שטען, שקיימות מספיק הלכות המאפשרות להכשיר את בתי המשפט של מדינת ישראל. בשיחה עמי שוב הדגיש הרב אריאל את התפקיד השלילי שממלאים שופטים ומשפטים דתיים הפועלים במערכות המשפט של המדינה. דווקא הם אלה שנותנים

גושפנקא לדבר עבירה, כאילו בעיית הערכאות אינה קיימת במדינה יהודית. דבריו נכונים **לעניינים ממוניים בין אדם לחברו**, אך ברמה העקרונית גם לגבי **דיני העונשין**. כאן מצדד הרב אריאל בתפיסת הרב הרצוג, שאין הזמן בשל ליישום המשפט הפלילי העברי הלכה למעשה, כך שבמציאות הקיימת יש להכיר לפחות *de facto* במשפט הפלילי של המדינה. אין בכך הכרה *de jure*, כי עם הזמן יש לפתח את המשפט הפלילי העברי כך שיהיה ישים. בעדה החרדית ישנן שתי גישות לגבי דיני העונשין; האחת מצדדת בשיתוף פעולה עם המשטרה ובתי המשפט, כדי להיאבק בפשע, והשנייה המתנגדת לשיתוף פעולה זה, כדי לא להפוך יהודים ל"מוסרים". הרב אריאל כתב על כך בספרו "שו"ת באהלה של תורה", זרעים ב', שיצא לאור בשנת תשס"ג.⁴ שאלת הלגיטימיות של המשפט הפלילי במדינת ישראל פתחה את הדיון על מעמדה ההלכתי של מדינת ישראל; כלומר, האם מדובר כאן בקהילת יהודית, אמנם קהילת-ענק, או במלכות, שיש לה איכויות הלכתיות נוספות לקהילה היהודית. הרב אריאל נוטה, בעקבות הרב קוק, לראות במדינת ישראל מלכות עם איכויות הלכתיות חדשות, כמו ריבונות, צבא, הסכמים בין-לאומיים, וכד'. גם לגבי **משפט העבודה** מציין הרב אריאל שתי עמדות, זו של הרב אליהו, המכשירה, וזו המתנגדת לו. הוא עצמו היה רוצה לראות, בייצוג בבתי הדין לעבודה, יהודים דתיים המיישמים במשפטי עבודה את תפיסת הצדק של היהדות. ברור שהלנת שכר הוא דבר אסור כבר מן התורה, אך יש למצוא פתרונות של תשלומים גלובליים כדי להימנע מקביעת ריביות.

בג"ץ מצטייר לרב אריאל כמוסד עוין לדת, להלכה, ליהדות וללאום. ברמה העקרונית אין להלכה היהודית התנגדות לקיומו של מוסד שאליו יכולים אזרחים לפנות כשקיימת אצלם תחושה שרשויות השלטון עשו להם עוול. הדבר קיים בקהילות יהודיות, הן במוסד הרבנות והן בדרך של "עיכוב התפילה". לעומת זאת החיבור בין בית המשפט העליון לבין בג"ץ הוא חיבור שלילי. תפקידי בג"ץ אינם זהים לתפקידי בית המשפט העליון ורצוי שיהיו אלה שני מוסדות נפרדים. בהכרעות בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ יש משום הכרעה דורסנית של המיעוט על ידי הרוב, דבר שההלכה מתנגדת לו. ההלכה היהודית פוסלת הכרעות רוב מעין אלה, בעיקר כשהכרעת הרוב הופכת את האינטרסים הפרטיקולאריים של הרוב לנורמה חוקית לכלל הציבור.⁵ לדעת הרב אריאל, בג"ץ הינו מוסד עם השקפת עולם שמאלית, והמבקש להצטייר כנאור, משום העובדה, ששופטים, ביניהם נשיא בית המשפט העליון, מחזיקים משרות אקדמיות בחו"ל בהן הדימוי "נאור" מהווה כרטיס כניסה למוסד האקדמי. כשאיפה לנאורות אפשר לשייך את כל פסקי-הדין העוסקים בשוויון, בין גבר לאישה, בין יהודים ללא-יהודים, בין אורתודוקסים לרפורמים ובין הטרוסקסואלים להומוסקסואלים. בג"ץ דנילוביץ' מתקבל מצוין בעולם נאור, ואילו היהדות פוסלת אותו על הסף. בג"ץ קעדאן פוגע

⁴ הרב יעקב אריאל, "הדין הפלילי במדינת ישראל", **שו"ת באהלה של תורה**, זרעים ב', עמ' 129-135.

⁵ הרב אריאל מפנה אל המרדכי, כ"ב ושו"ת המהרי"ק, ק"פ.

בעיקרון "לא תחנם", אף אם הרב הרצוג כתב בראשית קיום המדינה, שבמדינה מודרנית לא ניתן למנוע מכירת קרקעות ללא- יהודים, אך אפילו הוא סייג מיד את דבריו בסייגים כל כך מובהקים, שלא ניתן ליישם את דבריו הלכה למעשה⁶.

בעבר כיהן שופט דתי אחד בהרכב של חמישה שופטי בג"ץ, וגם זה לא תמיד ייצג באופן נאמן את עולם התורה. שופטים דתיים נבלעים כנראה באווירה הכללית של בית המשפט, מתאימים את עצמם, ואינם מסוגלים להיאבק לאורך זמן על דעותיהם. דוגמא בולטת היא השופט מנחם א. לון. דבריו על עמדת המשפט העברי בבג"ץ נקש הם פסולים לחלוטין והתשובה של הרב שאול ישראלי מציינת זאת. השופט אלון ממלא לא פעם תפקיד שלילי בבית המשפט העליון ורצונו לגשר בין עמדת ההלכה למשפט המדינה אינו תורם לייצוגו של עולם התורה בבית המשפט העליון. עדיפה עמדת השופט אנגלרד, שטוען להפרדה, משום שאין אפשרות לגשר בין משפט המדינה למשפט התורה. משפט המדינה הוא משפט בריטי, הן במהות והן בפרוצדורה. בפרוצדורה הוא תקדימי ובמהות יש לו תפיסת צדק המנוגדת לצדק היהודי. הוא מתמקד בפושע ועונשו, במקום לדאוג לפיצוי של האדם הנפגע (תשלומי כפל).

בעיני הרב אריאל, נראה שלבעיית בג"ץ, בהרכבו הנוכחי, אין פתרון. צירוף שופטים דתיים להרכב מצטייר כ"עלה תאנה" ובזאת לא היו הרבנים דייכובסקי וערוסי, מעונינים, כשהוצע להם לכהן כשופטים בבית המשפט העליון. הרב דייכובסקי אמנם התלבט, אך אחרי התייעצות עם הרב א. לשיב דחה את ההצעה. בג"ץ נוהג כלפי מוסדות דתיים בגסות רוח. פסק-דין נתיבות ופסק-דין שקדיאל מוכיחים זאת בעליל. אי-אפשר להכריח את המועצה הדתית, רבנים ודיינים, לקבל בקרבם אישה או נציג רפורמי. זה לא בניגוד להלכה, אך מבטא חוסר כבוד כלפי מוסד המועצה הדתית. בג"ץ נתיבות מלמד על חוסר הבנה של בג"ץ את מקור הסמכות של בית הדין הרבני. מוסד זה אמנם שואב את סמכותו מחוק בתי הדין הרבניים תשי"ג, אך הוא אינו פרי יצירת הכנסת של מדינת ישראל. לפני שנת תשי"ג לא היו בתי דין רבניים? הוא קיים אלפי שנים. מקור סמכותו אינו תלוי במלכות, אלא בדת היהודית. בתי דין רבניים דנים כבר אלפי שנים בענייני נישואין וגירושין, בענייני ממון וסכסוכים בין אדם לחברו. אמירת בית המשפט העליון, שלא היה לבית הדין בבאר-שבע סמכות לדון בסכסוך הממוני של שני תושבי נתיבות, מצביעה על חוסר הבנה של מעמד בית הדין הרבני בעיני הציבור הדתי, ומעידה על חוסר רגישות כלפי מוסדות דתיים.

בסיכומי של דבר, אומר הרב אריאל, אין לחסוך במילים ביקורתיות כלפי בג"ץ ושופטיו בכל הנוגע ליחסם כלפי הדת, ההלכה והאינטרסים של מדינת ישראל כמדינה יהודית.

⁶ הרב אריאל מפנה למאמר בנושא זה בתחומים ב'.

**נספח 5: שיחה טלפונית עם הרב דייכובסקי, דיין בית הדין הרבני הגדול
בירושלים, ב-23.06.2006**

רישום על פי הקלטה

שאלה: רציתי להתייעץ אתך על הפרק שאני כותב על בג"ץ. האם יהיה נכון להגיד שאין התנגדות עקרונית של ההלכה ופוסקי ההלכה כלפי מוסד הבג"ץ?
הרב דייכובסקי: בג"ץ ממלא חסר שאי-אפשר למלא אותו בדרך אחרת. נושאים שבג"ץ מוסמך לדון בהם, ההלכה אינה מוסמכת לדון בהם. לכן אי-אפשר להגיד: אל תלך לבג"ץ, תלך לבית-דין. לשום בית-דין רבני אין את האפשרויות והסמכויות לעסוק בנושאים בהם בג"ץ עוסק. בג"ץ לא נגד יחידים, אלא נגד רשויות השלטון, ולכן, הוא הכתובת היחידה. אין פה שאלה של ערכאות.

שאלה: בנושא המשפט הפלילי, האם מקובלים עליך דבריו של הרב הרצוג, שהמשפט הפלילי חייב להתקיים על פי התורה, אך הזמן לא בשל ליישומו?
הרב דייכובסקי: על זה כבר כתבו, משפט פלילי על פי התורה כמעט שאי-אפשר לעשות. אין את האפשרות לענוש בידינו עונשין. הדרך היחידה היא להפעיל כאן את "משפט המלך". "משפט המלך" צריך שיהיה מי שיתקן את זה. היום אין מי שיתקן את הדבר הזה. לכן העניין באמת חסר. אדם שעשה מעשה פלילי, אי-אפשר להשאיר אותו בלי עונש, אחרת ירבו פושעים.

שאלה: ניתן לקרוא במחברות של ארגון "מנוף", מרכז מידע חרדי, שבג"ץ נוקט עמדה אנטי-דתית ואנטי-הלכתית באופן גורף.

הרב דייכובסקי: אני לא הייתי מכליל זאת, למשל בנושא של עגונות, לפחות עד לאחרונה, בג"ץ יצא מגדרו בנושאים בהם בתי המשפט באופן מובהק לא היו בסדר, והעלים עין. הוא עשה כל מה שצריך לעשות וניתן לעשות, בכדי להציל עגונות. אני לא חושב שהדברים נכונים מבחינת מגמה. כמובן שבין השופטים, לכל שופט הכיוון שלו, אבל להגיד שבג"ץ מחפש לפגוע ביהודים או ביהדות, אינו נכון. בג"ץ דנילוביץ' מתייחס לחוקי עבודה בלבד. הוא לא ביקש להכשיר, זה לא תפקידו ולא מעמדו. הוא התייחס מבחינת ההתחייבויות של חוקי העבודה: האם מבחינת חוקי העבודה התכוונו גם אליו או רק לזוגות רגילים. כאן מאוד מאוד מפריזים, כפי שבדרך כלל מפריזים בדברים כדי להבליט אותם. להגיד שיש כאן מגמה להרשיע, לצרור את התורה, אני לא הייתי מקבל זאת. הבט, השופטים בבג"ץ על פי רוב לא שומרי מצוות.

שאלה: אבל דווקא השופט אלון מותקף על ידי רבנים, כמו הרב ישראלי והרב בלייך על דבריו בבג"ץ נקש. הביקורת הייתה שהוא, על ידי עיון ב"משפט העברי", הכשיר דבר שמראש הוא רצה להוכיח.

הרב דייכובסקי: זאת בעיה כללית. כל שופט, כשהוא נותן פסק-דין בהרבה מאוד מקרים, המטרה מסומנת מראש, מעטים מאוד המקרים בהם אדם כותב פסק-דין והוא לא יידע מראש מה הוא יכתוב. גם שופטים יש להם את הרגשות הלב, כל אדם שופט לפי תחושת הלב. אח"כ הוא הולך ואוסף את החומר המתאים. בחלק גדול מהמקרים, תחושת הלב המוקדמת, היא זאת שנותנת לו את הכיוון ואת החומר הוא אוסף. אמר פעם, נדמה לי, הרב דסלר, אם אתה מחפש בשולחן ערוך היתר לעשות משהו בשבת, תמצא היתר. השאלה היא, איך אדם ניגש לדבר? למצוא היתר או למצוא את הדין?

שאלה: האם בג"ץ קעדאן עומד במבחן ההלכה של איסור "לא תחנם"? **הרב דייכובסקי:** אני לא רוצה להיכנס לזה, זה נושא שיש לו צדדים לכאן ולכאן, הוא בעייתי בהחלט.

שאלה: האם אתה שותף לעמדת הרב יעקב אריאל, ששופטים דתיים ממלאים תפקיד שלילי בנושא איסור ערכאות? **הרב דייכובסקי:** יש כאן שאלה כללית, האם מותר, לאדם שומר מצוות, לפסוק שלא על פי התורה? מעבר לבעיית הערכאות, שופט בבית המשפט חייב לפסוק על פי החוק שאינו זהה לתורה. זה לא דבר פשוט ואינני יודע איך מסתדרים עם הנושא הזה מבחינת ההשקפה ההלכתית.

שאלה: האם לחוק יסודות המשפט משנת תש"ם, המפנה אל מקורות מורשת ישראל, יש משמעות מעשית במשפט הישראלי?

הרב דייכובסקי: מעמדו הוא יותר הצהרתי. פה לא מדובר על דיני ישראל, אלא על מורשת ישראל. מורשת היא דבר שקשה להגדיר אותה, מה זה "מורשת רבין"? מורשת זה דבר לא מוגדר. בסיכומי של דבר, יש הרבה משפטים קונקרטיים המצביעים על כך, שלא ניתן לדבר על עמדה שלילית של בתי המשפט. רוב השופטים לא בקיאים בדין תורה. הם לא יכלו לחפש במקום שהם לא מכירים ואין להם מפתח איך לחפש. מי שלא איש הלכה, לא יידע. אפשר לראות פסקי דין של שופטים דתיים ואפשר לראות פסקי דין של שופטים שאינם דתיים. גם במחוזי וגם בעליון יש לך שופטים דתיים, שכאשר הם צריכים לפסוק את הדין, הם מתייחסים בהחלט לעמדת ההלכה. אני לא אומר שהם תמיד מפרשים את ההלכה נכון. הם יודעים הלכה, הם למדו והם משתמשים בה. זו בהחלט תרומה חיובית. זה לא מהווה תחליף למערכת משפט על פי התורה, אך זה מביא ברכה. מערכת משפט הלכתית צריכה להיות

בכל התחומים, אבל אם אי-אפשר לעשות את זה, אפשר להכניס משהו, אז כל משהו יש לו ערך.

שאלה: אני יודע שיש על הדעה הזאת חולקים בתוך "אסכולת תחומין" הרב דייכובסקי: נכון

שאלה: גיליתי בכתיבה שלך הרבה עמדות עצמאיות, לעומת הרבה אחרים. **הרב דייכובסקי:** כל אחד והתכונות שלו. לא קל להיות עצמאי.

נספח 6: שיחה עם הרב יובל שרלו ר"ם בישיבת ההסדר פתח תקווה, ב-

26.2.06 בפתח תקווה

לדעת הרב יובל שרלו, מנהל ישיבת ההסדר בפתח-תקווה, אין כיום רב חרדי, שלא יתיר פנייה לערכאות, כדי להציל מגזלן את הממון הנגזל. נתבע, ממילא אין לו ברירה, אלא להתייצב בפני בית המשפט, כך גם תובע יפנה לערכאות, על מנת להציל את ממונו. במבחן הפרקטיקה, רוב הציבור הדתי פונה לבתי המשפט של המדינה, והפנייה לדין תורה היא מזערית. יש אמנם התחזקות מסוימת של בתי הדין לענייני ממונות הפועלים על פי דין תורה, כי יש להם לא מעט יתרונות: הם זולים, מהירים וחותרים בדרך כלל לפשרה. הפונה אל בתי הדין על פי התורה מתחייב "בין לדין בין לפשרה". היום פועלים מספר בתי דין לענייני ממונות, כמו ארץ-חמדה, גזית של הרב בארי, בית הדין בבית שמש, ואחרים. לדעת הרב שרלו אין לצאת נגד בתי המשפט הפוסקים במשפט האזרחי, אין לגנות את השופטים הדתיים על ישיבתם בתי משפט אלה, למרות שברמה העקרונית מדובר בערכאות. המציאות חזקה, לכן עדיף שיישבו שופטים דתיים בערכאות, שיקרבו את פסקי הדין אל רוח התורה. דברי הרב יעקב אריאל ב"תחומים" מלפני 25 שנה נראים לו קיצוניים, כי במציאות של היום יש להימנע מעמדה של "הכל או לא כלום".

בג"ץ, כמוסד הנותן סעד משפטי לנפגע על ידי הרשויות, אינו פסול על פי ההלכה. יש בבג"ץ העברת הסמכות של הרוב על הצדק, מהכנסת לבית המשפט. הוא מעניק כוח לצדק כפי שהוא מבין אותו. עליו להיות צנוע וענו ולא כך הוא נוהג היום. האקטיביזם השיפוטי מעיד על העדר ענווה ובשנים האחרונות אימץ בג"ץ אף עמדות "לא יהודיות". הועדה שממנה את שופטי בג"ץ הינה פיקציה: חברי הועדה אינם קובעים, אלא שלוש השופטים דואגים למנות את חבריהם לדעה. בשנים האחרונות פוסק בג"ץ פסקי דין בניגוד ליהדות. השיא של מגמה "נאורה" זו הוא בג"ץ דנילוביץ וקעדאן. מכון שעניינים קניינים הם מענייני נישואין וגירושין, אין לראות **בבג"ץ דנילוביץ** רק עניינים ממוניים בין שני שותפים, אלא ענייני קניין הנובעים

מזוגיות. בג"ץ הכשיר בדיעבד את הזוגיות החד-מינית בישראל, בכך שהכיר בזכויות הקנייניות הנובעות מזוגיות זו. אין ספק שפסיקה זו סותרת סתירה מהותית את דין תורה. בג"ץ קעדאן הוא אולי החמור ביותר. מעבר לבעיות הלכתיות של "לא תחנם" יש בפסק דין זה ביטול ההכרה בהבטחת האלוהית שהארץ הזו לעם ישראל. בג"ץ כופר בהבטחה: "לזרעך נתתי את הארץ הזאת". הרב שרלו כתב נגד בג"ץ קעדאן בכתב-העת "נקודה" וגם בעיתון "הארץ". בעניין הסגרת נקש לידי שלטונות צרפת מצד הרב שרלו דווקא בעמדת השופט אלון ולא ברבנים ישראלי ובלייך, כי אסור שמדינת ישראל תהפוך למקום מקלט לפושעים יהודיים. סיכומו של דבר, בג"ץ ממלא, בעשורים האחרונים, תפקיד שלילי כלפי הדת, ההלכה והציבור הדתי. על הרב שרלו נא מנים דבריו של אריה דרעי שהתבטא פעם, שהוא יתנגד לחוקה המורכבת אך ורק מעשרת הדברות, כל עוד בית המשפט העליון ממונה על הפרשנות של חוקה זו.

הרב שרלו גורס שההלכה נקבעת על ידי פוסקי הלכה גדולים ובתי דין רבניים, ולא על ידי כל רב ורב. הוא מציין שהרבנות הראשית ממעיט מלהנהיג את פסיקת ההלכה במדינת ישראל וספק, אם אפשר לראות בה מרא דאתרא של המדינה. היום מוסד זה מצומצם לבתי דין רבניים, ציונים כחדרים. רב גדול הוא רב, שנשאל על ידי הרבנים. דווקא מועצת גדולי התורה נראית היום פיקציה. היא לא מתכנסת ולא קובעת הלכה.

נספח 7: התכתבות עם הרב יואב שטרנברג מכולל "ארץ-חמדה"

שלום רב.

טרם הספקתי לערוך בדיקה מקיפה, ואני מסופק אם הספריה בבית המדרש שלנו מקיפה יותר מזו שבה אתה משתמש. אני מתנצל גם על שלא קראתי עדיין את הפרק מתוך הדוקטורט שכתבת.

1. בכתבה של YNET מ-03.08.01 התבטא הרב מרדכי אליהו נגד מכירה או השכרה של דירות לערבים. באופן כללי, חיפוש בגוגל של המילים "לא תחנם" ו"שמואל אליהו" או "מרדכי אליהו" יניב לך מספר התבטאויות בהקשר זה בזמן האחרון. לא ספציפית לפסק של בג"ץ, אבל בנושא מכירה או השכרה לגויים.

2. באופן כללי, בג"צ מהווה מזמן מוקד של המאבק בין הדתיים לחילונים בארץ. ראה מאמרו של הרב ישראל רוזן ב"שבת בשבתו" האחרון או זה שלפניו (אינני זוכר). לכן, אין טעם לציין שוב ושוב, שבג"ץ אינו מתאים להלכה ולרוח ההלכה. ממילא, אין טעם לציין מדוע פסק זה או אחר שלהם נוגד את דין תורה, כאשר באופן כללי, כל הקו המנחה אותם נוגד את ההלכה.

המקומות שבהם מתנהל דיון , לדעתי, הם מקומות שבהם בג "ץ פוגע בסטטוס קוו - פוגע בסמכויותיו של בית הדין הרבני בתחומי גיור , כשרות, נישואין וכו', וכן במקומות שבהם הוא פוגע במעמדן של 'חברא קדישא', מועצות דתיות וכדומה . אבל, היות וממילא אין לג וף דתי סמכות בשאלה מי יגור במקום פלוני , אין בבגץ קעדאן משום מאבק סמכויות , ולכן אין התייחסות אליו.

יואב שטרנברג
רכז הלכה פסוקה

מאת: halachapsuka [mailto:halachapsuka@eretzhemdah.org]

נשלח: ב 20/03/2006 09:07

אל: martin sesler

נושא: Re: ג"ץ קעדאן

אשמח אם תוכל לשלוח לי את אותו הפסק של בג"ץ וכן את הפרק בנושא שכתבת

יואב שטרנברג

רכז הלכה פסוקה

נ.ב. האם אתה מקבל את הגליונות של הלכה פסוקה שאנו מוציאים ? אלו גליונות ובהם תקצירים של פסקי דין מבתי הדין לממונות בארץ

From: sesler martin

To: halachapsuka@eretzhemdah.org

Sent: Sunday, March 19, 2006 7:17 PM

Subject: ג"ץ קעדאן

שלום רב

אני כותב דוקטו רט בנושא: עמדת פוסקי הלכה כלפי מערכת המשפט של מדינת ישראל .
פרק מרכזי בעבודה זו מוקדש לבג "ץ. ניתחתי תגובת פוסקי הלכה כלפי מספר בג "צים

שנראים לי בעליל אנטי-דתיים, כמו בג"ץ תרזה אנגלוביץ, בבלי, נקש, גבאי, דנילוביץ' וכו'. הופתעתי שלא למצוא תגובות רבנים, דיינים ופוסקים לבג"ץ קעדאן, שלדעתי יש בו פגיעה בעיקרון "לא תחנם" ובהטחת הארץ לעם ישראל. חיפשתי ב"תורה שבעל-פה", ב"תחומין", וכו' ולא מצאתי התייחסות.

האם צריך להבין, שאותו בג"ץ המחייב את היישוב קציר לתת לערבים ישראלים לבנות את ביתם ביישוב, אינו סותר את ההלכה היהודית?

אם אתם מעונינים בכך, אשמח לשלוח את הפרק על בג"ץ כפי שהוא עד עכשיו, לעיונכם.

בברכה

מרטין סולר, **קבוץ מגן** 85465, דואר נע נגב, טל' 0547-9159

ביבליוגרפיה

מקורות משפטיים (פסקי-דין של בתי המשפט וחוקים) ומקורות ישראל (משנה, תלמודים, מפרשים, פוסקי הלכה, שו"תים) מצוטטים מתוך התקליטורים הרשומים בסוף הרשימה הביבליוגרפית. פסוקי תנ"ך מצוטטים מאתר MAMRE: <http://www.mechon-mamre.org/>

אבידן, א' (תשנ"ד). קבורת נכרי – אזרח או חייל שנהרג בקרב – בקבר ישראל, עוז, א, 58-54.

אבינר, א' (תשמ"ח). מעמד הישמעאלים במדינת ישראל לפי ההלכה. תחומין, ח, 337 – 362.

אדלר, י' (תשנ"ג). בתי דינים של ערכאות. המודיע תוספת לגליון ט"ו בטבת תשנ"ג – 8.1.1993 (כד-כה). ה' באדר תשנ"ג – 26.2.93 (יח). כ"ט בסיוון תשנ"ג – 18.6.1993. כ"ז בתמוז תשנ"ג – 16.7.1993 (כ). ה' באב תשנ"ג – 23.7.1993 (כו).

אדרי, ג' (2005). עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל, http://www.psakdin.co.il/fileprint.asp?filename=/Mishpaha/Public/art_btnj.htm

אטינגר, ש' (תשכ"ט). תולדות ישראל בעת החדשה. בתוך ח"ה בן-ששון (עורך), תולדות עם ישראל, ג. תל-אביב: דביר.

אילן, ש' (1999). מועצת גדולה התורה : פסיקות בג"ץ חסרות תוקף. הארץ, 17.1.1999.

אישון, ש' (תשנ"ו). חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לאור ההלכה. תחומין, זט, 339-313.

אלון, ג' (תשי"ד). היהודים בתקופת המשנה והתלמוד. תל-אביב: הקבוץ המאוחד.

אלון, ג' (תשל"ל). אילן דמתמנין בכסף, מחקרים בתולדות ישראל, ב (15-57). תל אביב: הקבוץ המאוחד.

אלון, מ' (תשמ"ז). ביסוס המערכת המשפטית על דיני התורה. תחומין, ח, 309-304.

אלון, מ' (תש"ן). ביסוס המערכת המשפטית על דיני התורה – תגובה להשגות. תחומין, י, 309-304.

אלון, מ' (תשמ"ז). דיני הסגרה במשפט העברי. תחומין, ח, 286-263.

אלון, מ' (תשמ"ח). המשפט העברי, מהד' שלישית. ירושלים: מאגנס.

- אלון, מ' (1968). המשפט העברי במשפט המדינה. **הפרקליט**, כה, א, 53-27.
- אליהו, מ' (תשמ"ב). יחס ההלכה לחוקי המדינה. **תחומין**, ג, 242-264.
- אנגלרד, י (1993). הבעיה ההלכתית של מסירת שטחים מארץ ישראל : משפט ואידאולוגיה. **הפרקליט** מא, א-ב, 13-34.
- אנגלרד, י' (1968). שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלית. **הגות והלכה**, 161 - 198.
- אנגלרד, י' (תשכ"ח). יחסי דת ומדינה בישראל – הרקע ההיסטורי-רעיוני. **עיוני משפט**, יט, 3, 758-741.
- אנגלרד, י' (תשכ"ו). מעמדה של מועצת הרבנות הראשית וסמכות הפיקוח של בית המשפט העליון. **הפרקליט**, כב, א, 79-68.
- אנקר, א' (1994). יסודות במשפט הפלילי העברי. **משפטים**, כד, 1, 206-177.
- אסף, ש' (תרפ"ד). **בית הדין וסדריהם אחרי חתימת התלמוד**. ירושלים: דפוס הפועלים.
- אסף, ש' (תרפ"ב). **העונשין אחרי חתימת התלמוד**. ירושלים: חמו"ל.
- אסף, ש' (תרצ"ה). **ספרן של ראשונים**. ירושלים: [חברת מקיצי נרדמים](#).
- אריאל, י' (תשמ"מ). המשפט במדינת ישראל ואיסור ערכאות. **תחומין**, א, 328-319.
- בזק, י' (תשמ"א). בתי המשפט בישראל – האמנם "ערכאות" של גויים? תגובה למאמרו של הרב יעקב אריאל "המשפט במדינת ישראל ואיסור ערכאות". **תחומין**, ב, 528-523.
- בזק, י' (תשנ"ט). משפט מדינת ישראל וההלכה. **קובץ הציונות הדתית**, ב, 543-563.
- בזק, י' – עורך (תשכ"ט). **המשפט העברי ומדינת ישראל**. ירושלים: מוסד הרב קוק.
- פרישטיק, ג' – עורך, (תשנ"א-תש"ז). ביקורת הפסיקה במדינת ישראל על פי המשפט העברי. נספח קבוע בשנתון לחקר המשפט העברי בעבר ובהווה. **דיני ישראל**. תל-אביב: אוניברסיטת תל-אביב, הפקולטה למשפטים.
- בלוי, מ' (תש"ט). יסודות לחוקה במדינה היהודית. **יבנה**, ג, 41-37.
- בלידשטיין, י' (1999). הלכה ודמוקרטיה. **תרבות דמוקרטית**, 2, 40-9.

- בלידשטיין, י' (תשמ"ו). מדינת ישראל בפסיקה ההלכתית. **דיני ישראל**, יג-יד, כא-מב.
- בליך, י"ד (תשמ"ז). הסגרת פושע לעם נוכרי. **תחומין**, ח, 297-303.
- בן-ישראל, ר' (תשנ"ח). **שוויון הזדמנויות ואיסור אפליה בעבודה**. תל-אביב: האוניברסיטה התפתוחה.
- בן-שחר, י' (תשנ"ו). התוקף ההלכתי של חוקי המדינה. **כתר**, א, 385-339.
- בער, י' (תש"ה). **תולדות היהודים בספרד הנוצרית**. תל אביב: דעת.
- בצרי, ע'. (תשמ"ח). טובת הפרט מול טובת הציבור – חשש לעגינות מול צו הסגרה. **תחומין**, ט, 63-68.
- בקשי-דורון, א' (תשנ"ז). קבורת נכרים ע"י חברת קדישא. **תחומין**, יז, 123-133.
- בר-אילן, מ' (תשכ"ט). חוק ומשפט במדינתנו. בתוך י' בזק (עורך), **המשפט העברי ומדינת ישראל** (20-24). ירושלים: מוסד הרב קוק.
- בר-אילן, מ' (תש"ט). חוק ומשפט במדינתנו. **יבנה**, ג, 29-32.
- ברויער, י' (תש"ט). תוכנית לחוקה במדינה היהודית. **יבנה**, ג, 33-36.
- ברזילי, ג', יער-יוכטמן, א' וסגל, ז' – עורכים (תשנ"ד). **בית המשפט העליון בעין החברה הישראלית**. תל אביב: פפירוס.
- ברייטשטיין, א"מ (תשמ"ט). חומרת האיסור לדון בערכאות. **עדות**, ד, קסו-קעא.
- ברייטשטיין, א"מ (תשנ"ב). **ספר כח בי"ד יפה**. ירושלים: חמו"ל.
- ברק, א' (תשמ"ז). חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל. **שנתון המשפט העברי**, יג, 283-265. ירושלים: המכון לחקר המשפט העברי.
- ברק, א' (תשנ"ח). חוקה, דת ומדינה. בתוך: מ' מאוטנר, א' שגיא ור' שמיר (ערכים). **רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית** (19-28). תל אביב: רמות.
- ברק, א' (תשנ"ח). המשפט העברי ומשפט המדינה. **מים מדליו**, (133-141). ירושלים: המכללה הדתית למורים ע"ש רא"מ ליפשיץ.
- ברק, א' (תשנ"ב). על השקפת עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי. **עיוני משפט**, יז, 3, 475-501.

- ברק, א' (תשנ"ד). **פרשנות במשפט: ירושלים:נבו.**
- ברק, א' (1992). שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה. **הפרקליט**, מ, ב, 217-197.
- ברק-ארז, ד' (תשס"ג). **משפטי מפתח**. תל אביב: משרד.
- ברקוביץ, ד' (תשנ"ג). תביעה בבית דין לאחר תביעה בערכאות. **תחומין**, טו, 245-228.
- גבזון, ר' (1998). **המהפכה החוקתית**. ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה.
- גבזון, ר', שנידור, ח' – עורכים (1991). **זכויות האדם והאזרח בישראל**. ירושלים: האגודה לזכויות האזרח בישראל.
- גבזון, ר' (תשנ"ט). **ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית**: מתחים וסיכויים. ירושלים: מכון ון-ליר.
- גולדמן, א' (תשי"ד). **ההלכה והמדינה**. תל אביב: חמו"ל, פירסומי הקבוץ הדתי.
- גוטל, נ' (2000). מן האמור לעיל עולה שניסוחו של הסעיף מתאים לעקרונות המשפט העברי. **הארץ**, 16.2.2000.
- גולאק, א' (תשר"ג). **יסודי המשפט העברי**. ירושלים: דביר.
- גולדמן, א' (תשנ"ז). חוק המדינה וההלכה – האמנם סתירה? בתוך ד' סטטמן וא' שגיא (עורכים), **מחקרים ועיונים** (395-387). ירושלים: מאגנס.
- גולינקין, ד' (ללא תאריך). **תשובה בעניין הסגרת רוצח יהודי לחול**. <http://www.responsafortoday.com/vol2/5.pdf>
- גורן, ש' (תש"ח). חוקה תורנית כיצד? **הצופה**, יט שבט תש"ח.
- גרשוני, י' (תשמ"א). המיעוטים וזכויותיהם במדינת ישראל לאור ההלכה. **תחומין**, ב, 192-180.
- גרמן, ג' (תשנ"ז). **"דין מלך ישראל" כמסד לעיון בבעיית מעמדם של חוקי הכנסת בעולמה של ההלכה**. תל-אביב: עבודת דוקטורט מוגשת לסינאט של אוניברסיטת תל-אביב.
- דוד, י' (2005). חזון "המשפט העברי": רקע, מגמות ושאיפות. בתוך א' רביצקי (עורך), **דת ומדינה בהגות היהודית במאה העשרים** (113-77). ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה.
- דוד, י' - עורך (תש"ם). **מדינת ישראל בין יהדות לדמוקרטיה**. ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה.

דויטש, ס' (תשמ"ח). המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט. **מחקרי משפט**, ו, 37-7.

דייבוסקי, ש' ראה דייבוסקי, ש'

דייבוסקי, ש' (תשס"ד). בתי הדין ובתי המשפט – תחומי חיכוך. **תחומין**, כד, 51-70.

דייבוסקי, ש' (תשמ"ו). בתי דין רבניים – ממלכתיים: בעיותיהם והישגיהם. **דיני ישראל**, י"ג-י"ד, ז-יט.

דייבוסקי, ש' (תשנ"ח). הלכות שיתוף – האם דינא דמלכותא? **תחומין**, יח, 18-31.

דייבוסקי, ש' (תשמ"ט). תחומי חיכוך בין בתי הדין הרבניים לבתי המשפט ט האזרחיים. **התורה שבעל פה**, יא, כז-מב.

דייקן, פ' ראה דייקן, פ'

דייקן, פ' (תש"ח). הכרזה על המשפט העברי. **הפרקליט**, ה, 3-7.

דייקן, פ' (תש"ח). עצמאות מדינית ועצמאות משפטית. **הפרקליט**, ה, 107-112.

דייקן, פ' (תשכ"ד). **תולדות המשפט העברי**. תל-אביב: יבנה.

דיקשטיין, פ' ראה דייקן, פ'

דרייטון, ר"ה – עורך (1934). **חוקי פלשתינה (א"י)**, 3 כרכים. ירושלים: דפוס עזריאל.

קרמניצר, לינדר, א' וכהן, מ' – עורכים (תשס"ג). **דת ובג"ץ: דימוי ומציאות**. ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה.

הדאיה, ע' (תשי"ח). האם יש למדינת ישראל דינא דמלכותא דינא. **בצומת התורה והמדינה**, י, 25-32.

הורביץ, נ' (תשס"ב). החרדים ובית המשפט העליון : שבירת כלים בפרספקטיבה היסטורית. **כיוונים חדשים**, 5, 22-78.

הלוי, ח"ד (תשמ"ז). דעת תורה בעניינים מדיניים. **תחומין**, ח, 365-367.

הלוי, ח"ד (תשמ"ט). דרכי שלום ביחסים שבי | יהודים לשאינם יהודים. **תחומין**, ט, 71 - 80.

הלוי, ח"ד (תשמ"א). **עשה לך רב**. תל-אביב: הועדה להוצאת כתבי הגר"ח הלוי.

הלפרין-קדרי, ר' (1997). פלורליזם משפטי בישראל: בג"צ ובתי הדין הרבניים בעקבות בבלי ולב. **עיוני משפט**, כ, 3, 683-747.

- הרצוג, י"א (תשמ"א). זכויות המיעוטים לפי ההלכה. **תחומין**, ב, 169-179.
- הרצוג, י"א (תש"ח). לשאלת ערכאות של הדיוטות. **הצופה**, כ"ד אדר א' תש"ח.
- הרצוג, י"א (תש"ח). התחיקה והמשפט במדינה היהודית. **יבנה**, ג, 9-13.
- הרצוג, י"א (תשמ"ט). **תחוקה לישראל על פי התורה**. ירושלים: מוסד הרב קוק.
- וולדינברג, א' (תשי"ב). **ספר הלכות מדינה**. ירושלים: מוסד הרב קוק.
- ויינמן, צ' ראה וינמן, צ'
- ויינמן, צ', שאקי, א' (תשמ"ב). חקיקה דתית - בעד ונגד. **תחומין**, ו, 521-525.
- וינמן, צ' (1995). **מקטוביץ עד ה' באייר**, פרקים בתולדות היהדות החרדית ואגודת ישראל ובמשנתן. ירושלים: ותיקין.
- וסרמן, א' (תשכ"ח). **עקבתא דמשיחה**. ניו יורק תרצ"ט (ביידיש), תורגם על ידי ר' משה שיינפלד לעברית, בני-ברק: נצח.
- ורהפטיג, א' (תשמ"ט). חוקי הכנסת ומדינת התורה. **תחומין**, י, 190-193.
- ורהפטיג, א' (תשמ"א). לא תחנם ומשמעותו בימינו. **תחומין**, ב, 193-212.
- ורהפטיג, ז' (תשמ"ח). **חוקה לישראל – דת ומדינה**. ירושלים: מסילות.
- זהר, נ' (1997). סמכות רבנית וסמכות אזרחית. בתוך ז' ספראי וא' שגיא (עורכים), **בין סמכות לאוטונומיה** (253-260). תל-אביב: הקבוץ המאוחד.
- זולטי, י' (תשכ"ט). החזקת השטחים המשוחררים. **תורה שבעל פה**, יא, 43-54.
- זילברג, מ' (תשמ"ד). **כך דרכו של תלמוד**. ירושלים: מפעל שכפול של הסתדרות הסטודנטים באוניברסיטה העברית.
- זילברשלג, ד' (תשנ"ח). מה מקלקל את השורה. **מימד**, 13, 6-9.
- זמר, מ' (תשנ"ד). **הלכה שפויה**. תל אביב: דביר.
- חרל"פ, י"ח (תשנ"ז). מכירת בתים וקרקעות בארץ-ישראל לנכרי. **המעין**, לז, ב, 74-57.
- יוסף, ע' (תשמ"ג). **ספר שאלות ותשובות יחווה דעת**. ירושלים: חמו"ל.

- יוסף, ע' (תשמ"ט). מסירת שטחים מארץ-ישראל במקום פיקוח נפש. **תחומין**, י', 34-47.
- יעז, י' (2006). תקדים: סמכויות הבוררות של בתי הדין הרבניים יצומצמו. **הארץ**, 7.4.2006.
- ישראלי, ש' (תשמ"ז). הסגרת עברין לשיפוט זר. **תחומין**, ח', 287-303.
- כהן, א' (תשנ"ח). **הטלית והדגל**. ירושלים: יד יצחק בן-צבי.
- כהן, ח' (תשנ"ז). על ערכאות של גויים ועל ערכים של יהודים. **משפט וממשל**, ד, 1, 299-330.
- כהן, י' (תשנ"ו). ביהמ"ש העליון מעל לכנסת? **הצופה**. 8.11.1985, ע' 5.
- כהן, י' (תשנ"ד). **גיוס כהלכה – על שחרור תלמידי ישיבות מצה"ל**. ירושלים: נאמני תורה ועבודה.
- כהן, י' (תשנ"ב). דינא דמלכותא דינא ותקנות הצבור. **בצומת התורה והמדינה**, א, 40-45.
- כץ, ד' (תשמ"ב). הערות לנושא בתי המשפט בארץ ואסור ערכאות. **תחומין**, ג', 527 – 539.
- כץ, ד' (תשל"ו). **פסיקת בתי הדין הרבניים והחוקים**. ירושלים: דפוס וייס.
- כץ, ד' - עורך (תשי"ד). **פסקי-דין של בתי-הדין הרבניים בישראל**. ירושלים: דפוס וייס בהשתתפות משרד הדתות.
- כ"ץ, ד' ראה כץ, ד'
- כץ, י' (תשנ"ט). דעת תורה. **עת לחקור ועת להתבונן**. ירושלים: מרכז זלמן שז"ר.
- כץ, י' (1997). דעת תורה – הסמכות הבלתי מסויגת שטוענים לה בעלי ההלכה. **בין סמכות לאוטונומיה במסורת ישראל** (95-104). תל-אביב: הקבוץ המאוחד.
- כץ, י' (תשמ"ט). מדינת הלכה – חזון או סיסמה? נספח שני. **עת לחקור ועת להתבונן**, 169-178. ירושלים: מרכז זלמן שזר.
- כ"ץ, י' ראה כץ, י'
- לוי, ש', לוינסון, ח' וכץ, א' – עורכים (2002). **יהודים ישראלים - דיוקן**. ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה.

- ליבוביץ, י' (תשמ"ח). דין תורה כחוקה למדינת ישראל. **תקדים**, א, 7-20.
- ליבוביץ, י' (תשל"ו). **יהדות, עם ישראל ומדינת ישראל**. תל-אביב: שוקן.
- ליבוביץ, י' (1954). **תורה ומצוות בזמן הזה**. תל-אביב: מסדה, תשי"ד.
- ליכטנשטיין, א' (2000). על הלכה, הומניזם ושלטון החוק. בתוך י' דוד (עורך), **מדינת ישראל: בין יהדות לדמוקרטיה** (93-110). ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה.
- ליפשיץ, ב' (תש"ם). מנהג מבטל הלכה. **סיני**, פו, 8-13.
- ליפשיץ, ב' (תש"ן). המשפט הישראלי והמשפט העברי, זיקה ועצמאות. **משפטים**, יט, 4, 859-870.
- ליפשיץ, ב' (1995). תוכן וקליפה בהלכת שיתוף נכסים (בעקבות בג"צ בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול ואח'). **המשפט**, 6, 20-27, 59.
- מאוסנר, מ' (1999). בית דין רבני בנתיבות. **חמישים לארבעים ושמונה**, (גליון מיוחד של **תיאוריה וביקורת**, 12-13), 467-475.
- מונק, ש"ד (תשל"ה). **פאת שדך**. ירושלים: דפוס מ' ספרא.
- מירון, ש' (2001). בית משפט של כולם. **הארץ**, 23.5.2001, 2 ב.
- מירון, ש' (תשל"ט). הכרסום במעמדו של בית הדין הרבני הממלכתי. **ספר הציונות הדתית**, ב, 564-578.
- מירון, ש' (2001). מי הם ממלאי מקומם של כל אלה בעליון היום? **הארץ**, 23.5.2001.
- מירון, ש' (תשל"ו). הפסיקה במדינת ישראל על פי המשפט העברי. **דיני ישראל**, ד, 229 – 242.
- מירון, ש' (תשל"ז). השיפוט הרבני בישראל – היסוד למדינת התורה. **ספר הציונות הדתית**, א, 197-201.
- מלמד, ז"ב (ללא תאריך). שמיטה א. <http://www.yeshiva.org.il/Shiurim/Books/shoalim/shmita1.doc>
- מנוף – עורכים (2000) **בג"ץ**. ירושלים: מנוף – מרכז ההסברה החרדי.
- מנוף – עורכים (2000) **בג"ץ או בי"ד לחוקה – קובץ מחקרים**. ירושלים: מנוף – מרכז ההסברה החרדי.
- משען, ד' (תשנ"ט). משפט המדינה בראי הציונות הדתית. **דעות**, 4, 22-24.

נויגרישל, מ' (תשל"ז). **למה הם שונים**. ירושלים: יהדות מזוית אחרת.

ניסים גירונדי (תשל"ז). **דרשות הר"ן**. ירושלים: מוסד הרב קוק.

סבן, א' (תשנ"ד). השופט מנחם אלון: משפט והשקפת עולם. **משפט וממשל**, ב, 1, 153-158.

סגל, י' (תשט"ו). על המשפט החילוני בארץ – בענין של ערכאות של גויים. **בצומת התורה והמדינה**, א, 319-340.

עגנון, ש"י (תשל"ו). **מעצמי אל עצמי**. ירושלים: שוקן.

עוזיאל, ב"צ (תש"ו). התורה והמדינה. **יבנה**, ג', 14-16, [הציונות הדתית](#), קובץ מאמרים (תשל"ד) 151-161.

עמיחי, י' (תש"ן). דעת תורה בעניינים שאינם הלכתיים מובהקים. **תחומין**, יא, 24-30.

ענזיל צוזמיר, מהריא"ז, (תרמ"ב). **שו"ת המהריא"ז ענזיל**, לעמבערג.

פאלדער, ג' (תשמ"ד). ערכאות של נכרים. **ספר יובל לכבוד רבי יו סף דוב הלוי סולובייצ'יק**, א, תב-תיא. ירושלים: מוסד הרב קוק.

פדרבוש, ש' (תשי"ב). **משפט המלוכה בישראל**. ירושלים: מוסד הרב קוק.

פדרבוש, ש' (תשי"ג). על תחיית המשפט בישראל. **תלפיות**, ו, א-ב, 124-129.

פד"ר [פסקי דין רבניים] תיק מס' 1-21-0614. כ"ד אדר תשס"ד (16.3.2004) <http://www.rbc.gov.il/judgements/docs/44.doc>

פפר, א' (ללא תאריך) חשוף בצריח, **ארץ אחרת**. <http://www.jafi.org.il/education/ivrit/achert/phepher.htm>

פרדס, ח' (תשמ"ו). היש תוקף הלכתי לחוקי הכנסת? **תחומין**, ז, 518.

פרידמן, ד' (תשנ"ט). מינויי שופטים ושאלת מינויים של חרדים לבתי המשפט הממלכתיים. **המשפט**, ד, 405-412.

פרידמן, מ' (1990). ואלה תולדות הסטטוס-קוו: דת ומדינה בישראל. בתוך ו' פילובסקי (עורכת) **המעבר מיישוב למדינה 1947-1949**: רציפות ותמורות, 47-79. חיפה: אוניברסיטת חיפה - הפקולטה למדעי הרוח.

פרידמן, מ' (1990). מדינת-ישראל כדילמה דתית. **אלפים**, 3, 24-68.

- פרידמן, מי (תשל"ח). **חברה ודת – האורתודוקסיה הלא ציונית בארץ ישראל**. ירושלים: יד יצחק בן-צבי.
- פראנק, צ"פ (תשל"ל). מכתב בדבר בתי-המשפט במדינת ישראל. **בשעריך**, ה, 4-5.
- קויפמן, י' (תשכ"ב). **גולה ונכר**. תל-אביב: דביר.
- קוק, א"י (תרצ"ז). **משפט כהן**. ירושלים: האגודה להוצאת כתבי הראי"ה קוק.
- קרליץ, י' (תשנ"א). **ספר חזון איש**, חושן משפט. בני ברק.
- קירשנבאום, א' (תשמ"ז). מקומה של הענישה במשפט הפלילי העברי. **עיוני משפט**, יב, 2, 273-253.
- רביצקי, א' (תשנ"ח). **דת ומדינה במחשבת ישראל**. ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה.
- רביצקי, א' (תשנ"ט). דת ומדינה, דגמים מתחרים במחשבה היהודית. תל אביב: המכון הישראלי לדמוקרטיה.
- רביצקי, א' (1997). **דתיים וחילוניים בישראל: מלחמת תרבות?** ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה.
- רביצקי, א' (2000). מדינה יהודית ודמוקרטיה – צמצום או שבירה? בתוך דוד, י' (עורך), **מדינת ישראל: בין יהדות לדמוקרטיה** (235-250). ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה.
- רביצקי, א' (1993). **הקץ המגולה ומדינת היהודים**. תל-אביב: עם עובד.
- רוזן, א' (ללא תאריך). במטוטלת נפשית בלתי אפשרית. **ארץ אחרת**. <http://www.jafi.org.il/education/ivrit/achert/ahronrozen.html>
- רוזן, י' (תשמ"ד). נכרים במדינה יהודית - אוטונומיה או פיזור? **תחומין**, ד, 259-266.
- רוזן-צבי, א' (תשמ"ג). **יחסי ממון בין בני-זוג**. תל-אביב: רמות.
- רקובר, נ' (תשמ"ט). **המשפט העברי בחקיקת הכנסת**. ירושלים: מורשת המשפט בירשאל – ספרית המשפט העברי.
- רקובר, נ' (תשמ"ט). **המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל**. ירושלים: מורשת המשפט בירשאל – ספרית המשפט העברי.
- שביב, י' (תשנ"ד). הנאהבים בחייהם! – ובמותם?! **תחומין**, יד, 319-330.

- שוחטמן, א' (תש"ן). החובה לציית לפקודות המלך הסותרות את ההלכה. *Jewish Political Studies Review*, 10, 3-4.
- שוחטמן, א' (תש"ן). הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל. **שנתון המשפט העברי**, טז-יז, 500-417.
- שוחטמן, א' (תשנ"ב). מעמדם ההלכתי של בתי המשפט בישראל. **תחומין**, י"ג, 370-337.
- שוחטמן, א' (תשמ"א). **מעשה הבא בעברה**. ירושלים: מוסד הרב קוק.
- שוחטמן, א' (תשמ"ט). המשפט הישראלי והמשפט העברי – זיקה וניכור – תגובה להרצאתו של פרופ' ליפשיץ. **משפטים**, יט, 880-871.
- שוחטמן, א' (תשמ"ט). פסיקת בג"ץ בפרשת קבורתה של תרזה אנגלוביץ, מתן יד לכפייה אנטי-דתית? **דיני ישראל**, טו, קעט-ריא.
- שטרן, י' (2002). דת ומדינה – שתיקת ההלכה. בתוך נ' לנגנטל, ש' פרידמן (עורכים), **הקונפליקט – דת ומדינה בישראל** (58-37). תל-אביב: ידיעות אחרונות.
- שטרן, י' (תשס') **מדינה, משפט והלכה**, א-ג. ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה.
- שטרן, י' (תש"ס). מנהיגות ציבורית כסמכות הלכתית. בתוך **א' שגיא, ד' שוורץ וי' שטרן (עורכים), יהדות: פנים וחץ – דיאלוג בין עולמות** (235-219). ירושלים: מאגנס.
- שטרן, י' (תשנ"ז). נגישותה של ההלכה לסוגיות מדיניות. **משפט וממשל**, ד, 1, 215 – 242.
- שטרן, י' (1990). **פסיקת הלכה בשאלות מדיניות**. ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה.
- שטרן, י' (1999). שניים או חזין במציאות. **מימד**, 16, 27-24.
- שטרנבוך, מ' (תשמ"ו). **שו"ת תשובות והנהגות**. ירושלים: נתיבות התורה והחסד.
- שילה, ש' (תשל"ה). **דינא דמלכותא דינא**. ירושלים: דפוס אקדמי.
- שילה, ש' (1998). כשדינא דמלכותא דינא אינו דינא. *Jewish Political Studies Review*, 10, 3-4, 80-69.
- שיפמן, פ'. (תשמ"ז). המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט. **שנתון המשפט העברי**, י"ג, 378-371.

שפירא, א' (תשמ"ב). מבט תורני על חוקי המדינה והתקנת תקנות בימינו. **תחומין**, ג, 238 - 241.

שרביט, י' (תשמ"ב). קבורת נכרי בבית קברות יהודי, **ברקאי**, ב, 43-45.

שרלו, י' (2001). האם מותר להתדיין בבית המשפט חילוני? <http://moreshet.msn.co.il/shut/shut2.asp?id=3378>

שרלו, י' (תשס"ה). **רשו"ת הציבור**. ירושלים: ישיבת ההסדר פתח תקוה ע"ש זבולון המר.

שרלו, י' (2001). עריכת דין בראי ההלכה. <http://moreshet.msn.co.il/shut/shut2.asp?id=1057> 20.7.2001.

שרמן, א' (תשנ"ח). הלכות שיתוף לאור משפט התורה. **תחומין**, יח, 32-40.

Bleich, J.D. (2000). Litigation and Arbitration before Non-Jews. *Tradition*, 34,3, 58-88.

Blidstein, G. (1973). A Note of the Function of 'The Law of the Kingdom is Law in the Medieval Jewish Community.' in *JJS*, 15, 213-219.

Finkelstein, L. (1924). *Jewish Self-Government in the Middle Ages*. New York: Jewish Theological Seminary of America.

Holmberg, T. *The Civil Code* (the Code Napoléon), <http://www.napoleonseries.org/articles/government/civilcode.cfm>

Graff, G. (1985) *Separation of Church and State* (Dina de-Malkhuta Dina in Jewish Law, 1750-1848). Alabama: University of Alabama Press.

Spahn, M. *Kulturkampf*, *Catholic Encyclopedia*, <http://www.newadvent.org/cathen/08703b.htm>

Rakefet-Rothkopf, A. (1972). Dina De-Malkhuta Dina –The Law of the Land in Halakhic Perspective, *Tradition*, 5-23.

- אוצר השו"ת,** על חושן משפט ואבן העזר, בהוצאת אוצר הפוסקים, ירושלים
ללא ציון תאריך
- אנציקלופדיה תלמודית** גירסה 3 (2002) אוניברסיטת בר-אילן.
- פדאור** תקליטור משפטי: איחזור מידע לפסקי הדין של בית המשפט
העליון לפסקי-דין של בתי המשפט המחוזיים והשלום ולחקיקה
במדינת ישראל.
- פרויקט השו"ת** של אוניברסיטת בר-אילן, גירסה 13, תשס"ה.
- תקדין** תקליטור מידע משפטי, ירושלים 2000.

The Attitude of Halakhic Decisors toward the Israeli Judicial System

Thesis submitted for the Degree
“Doctor of Philosophy”

by **Martin Sessler**

Submitted to the Senate of the Ben-Gurion University of the Negev

December 2008

This work was carried out under
the
Supervision of Prof. Daniel J.
Lasker

Table of Contents

[Chapter 1: Research Objective](#)

.....3.....	Chapter 2: The Halakhic Basis for the “Prohibition of Courts”
	Chapter3: Halakhic Authorities’ Attitudes Towards the State of Israel’s Civil
.....5.....	Courts
	Chapter4: The Position Taken by Halakhic Authorities, Rabbis and Rabbinical
.....7.....	Courts Towards the Civil Courts in the State of Israel in Practice
	Chapter5: The Attitude of the Halakhic Authorities Towards Criminal Law in
.....8.....	the Courts
.....9.....	Chapter6: Halakhic Authorities’ Attitudes Towards the Supreme Court
	Chapter7: Halakhic Authorities’ Attitudes Towards the Courts’ Judicial
.....11.....	Legislation
.....12.....	Chapter8: Halakhic Authorities’ Attitudes Towards Religious Judges
.....14.....	<u>Chapter 9: Summary and Discussion</u>

Abstract**Research Objective**

Entitled: "The Attitude of Halakhic Decisors toward the Israeli Judicial System", the objective of this study is to examine the relationship between Jewish Halakha, as pronounced by the halakhic authorities, and the legal system extant in the State of Israel. The question arises among other reasons, because Jewish Law, from the Talmud to the rulings of the Rishonim and Aharonim (the 'Former' and 'Latter' sages), forbids Jews from litigating in 'Gentile Courts' or the 'Laymen's Courts'. The legal system in the State of Israel, with the exception of the rabbinical courts, which under the aegis of Knesset authority act in accordance with Jewish law, is based on the laws enacted by the Knesset and legal precedents and cannot apparently be considered 'Gentile Courts', because most of the judges are Jewish. In contrast, it is possible to consider the Magistrate Courts, District Courts and the Supreme Court as 'Laymen's Courts', because they are not judging in accordance with Jewish law. If indeed, they are considered 'Laymen's Courts' or, in other words, courts with judges not well versed in Jewish law, as is certainly true for the courts of the gentiles, it would appear that in halakhic terms, they are illegitimate. Under Torah law, a believing, pious Jew who fulfils the commandments is not permitted to present a case in these courts. If this is indeed correct, the halakhic pronouncements, which incessantly fought against any Jew litigating such courts also would apply to the secular court system in the State of Israel.

This study aims to provide an answer to the question: What is the stance taken by modern halakhic authorities towards the Israeli legal system? This research is not an investigation into theoretical halakhic literature; it seeks to examine the positions

taken by different halakhic authorities in terms of the principles involved and the practical consequences thereto.

The central thesis presented in this study is that the multiplicity of opinions emanating from the different halakhic authorities, from the many different streams in Orthodox Judaism; the religious Zionists, Sephardic and ultra-orthodox communities; indicate that this question is not solely an halakhic problem. It is likely that the recognition of the judicial institutions in the State of Israel by halakhic authorities is a question that is one facet of a whole range of ideological-theological relationships with the State of Israel. Is it reasonable to suggest that those who view the State of Israel as the “beginning of the redemption”, are in fact of the opinion that state institutions, including the state courts are legitimate; but those who claim that the State of Israel was established before its due time deny that legitimacy, or at best, recognize the legitimacy of its institutions only *post factum*. In terms of the internal halakhic debate, the problem is: Is the halakha ready and able to deal with a Jewish state that is neither Diaspora nor redemption, not based on Torah precepts and founded before its time by Jews without any belief in Torah?

The spectrum of issues investigated by this study has far-reaching public importance and it is surprising that until now, no comprehensive research has been conducted on this subject. Currently, after almost 60 years of the State of Israel's existence, public debate about the Jewish and democratic character of the State of Israel is becoming more and more heated. A large number of research papers have been written on this subject, but almost none have dealt with the halakhic aspect of the problem. Most of the research examines the question of Judaism and democracy from the viewpoint of social and political science, or the theological aspects, while paying no heed to the halakhic dimensions of the problem. This study sets out to examine the issue principally from the halakhic standpoint. Therefore, it examines the attitudes of halakhic authorities, both Zionist and ultra-orthodox, towards the decisions handed down by the courts acting in accordance with Knesset legislation, secondary legislation and judicial legislation. Perusal of the different types of

halakhic materials reveals that in their discussions, halakhic authorities place special emphasis on halakhic recognition of the Laws of the State of Israel and are little concerned with the subject of the courts. Over recent years, we have seen the conflict between the secular and the religious factions in our society move from the battleground of religious legislation enacted by the Knesset, to the battleground of decisions handed down by the courts and principally, the decisions handed down by the Supreme Court sitting as the High Court of Justice. Undoubtedly, this transition has a halakhic aspect, which needs close examination. In other words, even if Knesset legislation does receive the stamp of approval, we must find out if the halakhic authorities can agree to judicial legislation, which has been on the increase in recent years on issues for which the Knesset cannot enact laws because of the ongoing conflicts about religion and state.

Chapter 1: The Halakhic Basis for the “Prohibition of Courts”

Investigation of the question as to whether Israeli courts are to be considered courts at all focuses on the halakhic status awarded to the ‘Gentile Courts’ and the ‘Laymen’s Courts’. The basic halakhic discussion took place under the conditions extant while the Jews were in the Diaspora. Perusal of the halakhic sources used by the Tanaaim, Amoraim, the Babylonian Geonim, the Rishonim and the Aharonim, teaches us that, in fact, Jews often used both the gentile courts and the laymen’s courts.

As a matter of principle, any litigation in gentile courts is forbidden and the reasons given are both halakhic and theological: halakhicly, because Reuben might unlawfully hold Shimon’s funds, and theologically, because litigation in a non-Jewish court is *de-facto* recognition of the justice they dispense. In the laws and justice applied by the nations, there is a reflection of nature of their beliefs. By using their services, the litigant expresses partial recognition of those beliefs and “it is as though he has cursed and blasphemed and lifted his hand against the laws of Moses our teacher”.

Despite this severe prohibition, we learn from an investigation of sources about the validity of “documents brought before the gentile courts”, and that, throughout the generations, Jews asked for judgment according to their “laws and customs”. Therefore, it became necessary to determine the methods and limitations for this type of forbidden litigation. On the other hand, we must note that limited authority granted to the Jews as part of their legal autonomy in different parts of the Diaspora quite frequently resulted in the rabbinical courts making representations to the local courts in their non-Jewish environment in order to impose a sentence on a violent litigant.

The sages’ disagreement on whether the gentile law or its judges are unfit, centers on the different versions of Maimonides’ statements in the manuscript and the printed versions: “Anyone who litigates before gentile **judges / justice** and their courts, even if their Laws are the same as the Laws of Israel...”. Those who read “gentile justice,” will then go on to declare that both the “**gentile judge**” and “**gentile justice**” are unfit; but those who read “**gentile judge**” will go on to allow “laymen’s courts” to judge matters not in accordance with Torah Law.

The sages also disagree on the halakhic validity of a decision to allow two litigants to bring their case before a “gentile court,” based on the Talmudic precept that “conditions attached to financial matters must always be upheld.” The prohibition of litigating in a gentile court is severe, particularly when compared with the comparative leniency expressed concerning the “laymen’s court”. We therefore conclude that on the halakhic level, there are no clear-cut decisions concerning litigation in a “laymen’s court,” judging according to “an approximate assessment” or even according to their “customs”. This lack of clarity extends to decisions about the conditions attached and about the type of law customarily applied in such courts. Past halakhic decisions prohibited unequivocally only the actual making of a claim in gentile courts.

In modern times, two new phenomena, Emancipation and Zionism, have made their mark on the halakhic discussion on the “gentile courts” and the “laymen’s courts”. Towards the end of the 19th century and at the beginning of the 20th century, slowly at first, but with increasing frequency as time wore on; believing Jews in good

standing began to present their financial claims in the local general courts. “Torah Law” was used more and more for arbitration without any power of compulsion or other indicators linked to judicial autonomy.

Chapter 2: Halakhic Authorities’ Attitudes Towards the State of Israel’s Civil Courts

The halakhic authorities, both Zionist and ultra-orthodox, saw no need to conduct any new kind of discussion concerning the courts in the independent State of Israel. Their opinions were directly inferred from precedents such as the problems with the courts in the German town of Altona in the early 19th century and applied to the State of Israel at the end of the 20th century. Most of the Halakhic authorities considered the State to be a “giant community” to which the whole range of Halakhic rulings that had applied to Jewish communities in the Diaspora in the past, present and future, continue to apply. Therefore, the halakhic authorities chose to close all the doors leading to any possibility of issuing any lenient Halakhic ruling on this subject. The halakhic authorities legitimize Knesset legislation, but not the courts acting in accordance with that legislation. Some of the Halakhic authorities emphasize the severity of the mistake made by the public in Israel and even among those who believe in and fulfill the commandments, in reference to the status of those courts, when they suggest that the halakhic principle “the law of the land is the law” applies because the judges are Jewish. The presence of Orthodox religious judges in these courts is considered even graver, because they reinforce the illusion of the worthiness of these courts. Some suggest that the law dispensed by heretics is worse than the law dispensed by the gentiles. Such justices are compared to blemished animal sacrificed on the altar in the Temple.

The opposition to the court system in the State of Israel, as expressed by the halakhic authorities and the rabbinical courts, is based on two principles: The first is one that we can call theological, or a matter of belief, and the second is halakhic, or law-based. Most of the halakhic authorities mention both these components when expressing their objections to the courts. The basis for the theological opposition is derived from a Midrash, which states: “To appear before the gentile courts is a denial

of the Holy One blessed by He". The opposition to litigation in such courts based on the theological component is particularly strong among many of the most important halakhic authorities. They see close correlation between the belief aspects of the non-Jewish religions and the nature of their courts. Courts are a reflection of the Gods of the judges, and, therefore, any adoption of foreign law is a heresy and the recognition of, or even regard for, idolatry. Despite the fact that the prohibition on litigation in these courts is not one of the 613 commandments given in the Torah, the halakhic authorities mention very weighty halakhic considerations for not permitting the existence of courts in the State of Israel, if they are not guided by Torah law, and they oppose the appearance of the many, including believing Jews, before such courts.

The principal halakhic reason for the prohibition is the very high risk that the decisions given by a secular court, based on the civil law in the State of Israel, will unlawfully take money away from Shimon and give that money to Levi, against Torah law. Therefore, it is a sin to appear before such courts, it is a transgression of the prohibition of stealing, and a woman whose marriage is sanctified using the funds acquired through such court action, cannot be considered married. The halakhic authorities reject the possibility of any conditional dependence upon the decisions of a civil court or any reliance upon the general law stating that "custom can abrogate a law", because all such halakhic tools are inapplicable, when the path taken is to nullify Torah law and not to strengthen the Torah world.

In view of the very pointed, unequivocal comments made by the halakhic authorities concerning the civil courts in the State of Israel and given that the criticisms constitute defiance and even echo with derision and contempt, it must be noted that the prohibition of such courts seems to be a "decree with which the public cannot comply" and the halakhic authorities' struggles to direct the litigants in civil cases to the rabbinical courts has not produced the hoped-for results.

In the position taken by the rabbinical courts, there is no deviation whatsoever from the positions taken towards the civil court system by the most important halakhic authorities in the years before the establishment of the State and during almost sixty years of the State of Israel's existence. Almost all the halakhic authorities, rabbis and rabbinic judges base their opposition to the State of Israel's court system, on the pronouncements made by the Hazon Ish (Rabbi Avraham Yeshayahu Karelitz, 1878-1953); the late Chief Rabbi of Israel, Rabbi Isaac HaLevi Herzog (1889-1959), and R. Tzevi Pesach Frank (1873-1960). These Rabbis cancelled all the halakhic options available for the recognition of the laymen's courts and drew the comparison between gentile courts and the civil courts in the State of Israel, which in their opinion, are based upon Christian, Islamic, English, and other upstart and worthless legal principles. We also learn that there are no differences between the opinions expressed by the religious-Zionist (also known as the modern orthodox) halakhic authorities and the halakhic authorities in the ultra-orthodox communities and that is notwithstanding the fact that it was expected that the differences between their attitudes towards the State of Israel would find expression concerning the subjects of law and justice. What had been an expectation that a halakhic authority who views the State of Israel as the "beginning of our redemption", and who would make every effort to legitimize the laws of the State and its institutions from the halakhic viewpoint, would also be able to legitimize the nation's judicial institutions; that expectation was not fulfilled.

Chapter 3: The Position Taken by Halakhic Authorities, Rabbis and Rabbinical Courts Towards the Civil Courts in the State of Israel in Practice

We raise the question: On principle, is there any difference between the position taken by the judges in rabbinical courts and the halakhic authorities, in terms of the practical expression of their halakhic position vis-à-vis the civil courts in the State of Israel? It seems to us that there are two differences that justify the methodological separation of people who hold these two types of positions. Halakhic authorities explain their position from within a discourse on Halakha or as responsa. The discourse is argument on a matter of principle and not deliberation through ongoing action. The Rabbinical Courts are in a different situation, in which the clarification of halakhic principle or the answer

to a question are not the method used. Instead, there is a discussion, which in part refers to the problem *post factum*. Therefore, we must differentiate between an examination of the position held by rabbinic courts on the question of the practical attitudes towards the civil courts in the Israeli reality and the position held by the halakhic authorities, despite the fact that often, they are the same people, who, on the one hand, act as halakhic authorities and publish halakhic decisions and responsa, while on the other hand, they hold posts as appointed judges in the rabbinical courts.

The test of real-life practice teaches us that the rabbis and rabbinical judges often employ the tools available to them in the Halakha, to promote civil issues dependent upon their rulings. It is clear that the prohibition of civil courts is not included in the category of those commandments for which one must sanctify God's name rather than violate them. The Talmudic requirement to sanctify the name of God publicly, even for a minor commandment, is not mentioned in this context. The impression gained is that in practice, the prohibition of civil courts, even though it is presented as a most serious matter, would seem to be not serious enough to be included in the Laws referring to the sanctification of the name of God, which apply when the demand to sin is made publicly. The opposite is true; the prohibition of civil courts is often presented as an obvious instance of 'life-saving action,' and there are those of the opinion that Jewish judges are commanded to appear before the civil courts, to ensure that their testimony will oblige any who would be obliged anyway by Jewish law, and acquit those who should be acquitted anyway under Jewish law. This occurs especially when one of the two litigants refuses to carry out the ruling handed down by the rabbinical court and has sought justice in the civil courts. It would seem that the most important factor instilling pragmatism into rabbinical judges' opinions and creating a pragmatism wrapped in halakhic garb, is that "it is permissible for a Jewish (orthodox religious) lawyer to represent and save a victim of theft from the thief, as stated by Rabbi Yosef, and it is permissible to make a direct approach to the civil courts without receiving specific permission for such from the rabbinical courts: "In urgent cases that cannot suffer any delay, even for two or three days..."

Chapter 4: The Attitude of the Halakhic Authorities Towards Criminal Law in the Courts

The problem of criminal law according to the Torah and the solutions found by the Rishonim provides an excellent example of halakhic flexibility and its ability to put forward solutions that enable the continuation of normal life in Jewish communities. In view of what appears to be the almost complete lack of ability to implement Torah criminal law in the post-Biblical period, the Rishonim found ways to permit the dispensing of criminal justice either before rabbinical courts or before the courts not based on Torah law as run by the governing regime. We also discover that a large number of the Aharonim adopted the opinions expressed by the Rishonim and abstain from demanding

that criminal cases be heard before rabbinical courts. Some permit criminal cases to be heard before state civil courts from the very outset, some permit it *post factum*, or attach a caveat stating that this is a temporary solution necessary only in the given circumstances. The Rishonim ruled that litigation in courts judging in accordance with foreign law, false law, etc., does not constitute “raising a hand against the Law of Moses our teacher” and it does not lead to any of those transgressions of belief mentioned in reference to civil law in Jewish sources.

Chapter 5: Halakhic Authorities’ Attitudes Towards the Supreme Court

Today, the Supreme Court, principally when it sits as the High Court of Justice, is considered by many to be one of the most anti-religious bodies in the State of Israel. Halakhic authorities and rabbis have adopted this opinion following a long line of court rulings handed down in appeals heard by the Supreme Court and injunctions granted against the rabbinical courts in the State of Israel. The Supreme Court cases: Bavli, Theresa Angelovich, Nakash and Kaadan which are presented here from the Halakhic viewpoint, are no more than a very small sample of the court orders and rulings considered to be flagrantly anti-religious and anti-Halakhic, such as: Court orders on the subject of the property rights of single-sex couples, the obligation to permit the representation of Reform Judaism or women on local religious councils, a court order canceling a Rabbinical Court’s ruling obliging a divorced woman to send her son to a religious school as demanded by her ex-husband, a pronouncement stating that arrangements made to defer army service for yeshiva students were illegal and many more.

Most of the Supreme Court decisions considered anti-Halakhic are based upon the litigants’ (the majority are women) claims that the Rabbinical courts ignored the fact that they are subject to comply with the laws enacted to uphold the principles of equality. The Supreme Court cases: Bavli, Lev, Amir and others, prove that the Court always tends towards the limiting the direct authority of the Rabbinical courts to matters of marriage and divorce. Many Supreme Court rulings have forced the rabbinical courts to implement liberal principles developed through legal precedents, with no basis in Knesset legislation. As mentioned, as early as 1981, Justice Alon limited the degree to which the Supreme Court can interfere in matters before the Rabbinical courts by saying: “When a Rabbinical court ignores explicit provisions in the Law referring to the Rabbinical courts, it shall be subject to review by the High Court of Justice”.

Over the past two decades, legislators have leaned towards liberal attitudes, which reached their height with the “legislative revolution” and the enactment of two basic laws in 1992. If the Declaration of the Independence of the State of Israel defines it as a “Jewish State” but not a democracy, the “Human Dignity

and Liberty” basic law not only transformed the Jewish character of the state into a constitutional foundation stone, it did the same for its democratic governance. The trends in Supreme Court decisions must be viewed in the same vein. It is no coincidence that Justice Barak described the enactment of the two basic laws in 1992 – “Human Dignity and Liberty” and “Freedom of Occupation”, as a “constitutional revolution”, because these laws not only blocked any possibility of additional religious legislation, they also provided the legal system with the tools for the implementation of those liberal attitudes, which are often called “post-Zionist”. The constitutional turning point in 1992 was unquestionably linked to the political sea-change that ended government by the right and the religious parties, which had begun in 1977 and reached its apogee with these events, thanks to the “secular revolution” instigated by the Labor party.

We discover that criticism of the Supreme Court is not the sole preserve of the religious public, its rabbis and Halakhic authorities, and there is a wide spectrum of other positions and opinions, held by people who are uncomfortable with the Supreme Court’s policies. The coalition that has formed around the opposition to the Supreme Court’s policies includes contributors to the magazine “Azure”, many jurists and lawyers, supporters of Aryeh Deri, who consider his trial before the Supreme Court the equivalent of the Dreyfus trial for the ultra-orthodox Sephardic public, the political right and some segments of the religious Zionist movement. These forces joined to batter the Supreme Court’s decision, to condemn the panel of judges, to propose the establishment of a constitutional court (in a country without a constitution), to dictate a key for the appointment of judges, which would reflect the various sub-groupings within Israeli society, etc. For most of the religious-Zionist public, whose politicians serve as the mouthpiece for its Halakhic authorities, the Supreme Court is tainted by anti-Halakhic sentiments, which are obvious in its decisions concerning institutions such as the Chief Rabbinate and the rabbinical courts and upon the orthodox and ultra-orthodox communities as a whole. For the traditional and right wing segments in the population, the Supreme Court constitutes an obstacle on the path to implementing their attitudes about the character of the State of Israel as a Jewish state. The impression gathered is that ultra-orthodox criticism of the Supreme Court is sectarian criticism, while the criticism emerging from the religious-Zionist sector, claims to speak on behalf of the majority of the people in its contention that the Supreme Court is itself sectarian. Mention of the ultra-orthodox demonstration against the Supreme Court, which took place on March 10, 1999, by Dafna Barak – Erez, points us towards the ultra-orthodox struggle against the Supreme Court.

Chapter 6: Halakhic Authorities' Attitudes Towards the Courts' Judicial Legislation

Perusal of two Supreme Court decisions: Bavli in 1992 and Gabai in 1999, and the reaction of halakhic authorities to the Supreme Court's legislative judgments, provides us with an opportunity to examine the halakhic status of the legislative judgments made by the Supreme Court. As mentioned, legislative judgments oblige all parallel courts and all lower courts. However, in this instance the halakhic authorities' attitudes towards legal precedent come under examination, because as handed down by the Supreme Court these decisions not only oblige the district and magistrates' courts, they also apply to special courts such as the rabbinical courts, including the Rabbinical Court of Appeals.

The decision given by the Supreme Court sitting as the High Court of Justice in the appeal presented by Ms. Chava Bavli against the Rabbinical Court of Appeals in 1992, without doubt constitutes a turning point in the relationship between the civil court system and the rabbinical courts. The Supreme Court not only reversed a decision made by the Rabbinical Court of Appeals, but also ruled that the Rabbinical Court of Appeals must accept the Law of Equality and rule in accordance with that Law. This is a legislative judgment by the Supreme Court, which was not anchored in Knesset legislation until the publication of the "Property Relations Between Spouses Law 5733 – 1973", but which obliges, both in the present and in the future, all those couples married before the enactment of the Law.

The Supreme Court's decision on the Bavli appeal raises the question: Did the Supreme Court's Bavli decision constitute a crossroads in the relationship between the Supreme Court and the rabbinical courts? As mentioned, before the Bavli decision, rabbinical courts gave their decisions in accordance with religious law. With the publication of the Bavli decision, the tables turned, as described by Justice Barak: "On all matters concerning associated 'civil' issues, which do not concern personal status (as such is understood in accordance with the laws of the state) that is subject to their authority, the religious courts must implement the general civil law, as interpreted by the Supreme Court". This interpretation constitutes a significant limitation of the rabbinical courts' authority, the reaction to which was expressed by Rabbi Abraham Sherman and Rabbi Shlomo Deichowsky, in their fierce criticism of the ruling. The Bavli appeal resulted in change at two levels: Human rights in their liberal formulation were forced upon the rabbinical courts and the definition of the comprehensive supremacy of the Supreme Court over all Israel's legal system, including the religious system.

When reviewing the Bavli appeal to the Supreme Court in the perspective of the decisions handed down before and after that appeal, it is undoubtedly reasonable to conclude that this Supreme Court decision ended a long period of judicial pluralism ("the law follows the judge") and set the stage for the Lev and other appeals, which contend that with the exception of the actual acts of

marriage and divorce, the religious courts must implement not only the Knesset laws concerning human rights, they must also implement judicial legislation.

The director of the rabbinical courts at the time, Rabbi Miron, considered the Bavli judgment a “serious erosion of the status and authority of the rabbinical courts”. Rabbi Miron was unrestrained in his attack on the Supreme Court’s decision and denounced many aspects of the Bavli ruling, including Chief Justice Aharon Barak’s activism and the subordination of the rabbinical courts to the Supreme Court.

Chapter 7: Halakhic Authorities’ Attitudes Towards Religious Judges

The range of relationships between the rabbis, rabbinical judges and Halakhic authorities and the judges in Israel’s civil court system is tense. The Supreme Court justices’ demand to be the supreme judicial entity in the State of Israel, to which, like all the other judicial systems, the rabbinical courts must be subordinate, repeatedly angers all the different sectors in the religiously orthodox establishment. If a certain forgiving approach can be tendered in the case of a secular judge because that individual judge can be considered “a child who was captured”; a secular judge who has abandoned a religious education, such as in the case of Judge Chaim Cohen, must be considered as acting while fully aware. Such a judge is not “a child who was captured”, because he has learned Torah and in the past has lived a life of belief and kept the commandments. That judge’s secularism is worse than the secularism of another who has not benefited from a life of belief, Torah and the commandments. Many will describe such a judge’s behavior as “deliberate transgression”.

What attitude is taken by the halakhic authorities towards religiously orthodox judges such as Rabbi Prof. Simha Assaf, Dr. Moshe Zilberg, Dr Yitzhak Kister, Prof. Menachem Elon, Prof. Yitzhak Engelhard, Prof. Jacob Bazak, and others? Are they considered bridge builders between the legal circles in modern Israel and the ancient Jewish Law? Are they the “fig leaf” for the secular judicial system, or, in the worst possible case, are they the loyal servants of a state system that is illegitimate in the eyes of the halakha and might they be hostile to religious values? In other words, is it possible to consider these judges as “deliberate transgressors” who are not only sinners, they also incite to sin?

In response to the objections raised by Rabbis Bleich and Yisraeli against the Nakash decision and in view of their specific objection to the chapter in which Justice Alon discusses the halakhic aspects of this decision; Justice Elon noted that Torah justice as found in Jewish communities in the Diaspora is not necessarily the same Tora justice as found in a Jewish sovereign state.

Justice Elon emphasizes the importance of the extradition of a murderer to the country in which the murderer committed the crime before becoming a citizen of the State of Israel. However, that is an irrelevant argument in the opinion of the halakhic authorities who do not believe that the Israeli reality creates any new halakhic circumstance. Justice Elon stresses that in accordance with Israeli justice, it was not possible to try William Nakash in Israel, because the crime was committed in France, when he held only French citizenship and in order to “root out the evil in our midst”, we are obliged to bring him to trial. In his criticism of Justice Elon’s opinion, Rabbi Yisraeli contends: “Extradition is permissible on condition that there is no risk of any miscarriage of justice, such as those instances found in the Talmud and described in the responsa from Rabbi Shlomo Ben Aderet (13th century – known as the Rashba). In this instance and in accordance with the circumstances extant in current times, when strong countries and their legal systems are subjected to pressure and threats from terrorist organizations, which force them knowingly, to deviate from the norms established in Law; and because the case involved the killing of an Arab by a Jew, even if he did not belong to a terrorist organization (something that is not at all clear), there can be no doubt that there are those that consider themselves obliged to revenge that death and there can be no certainty that the Judges will not be under pressure to impose a more severe sentence than would normally be applied in view of the crime.”

It is difficult to ignore the political undertones in Rabbi Yisraeli’s comments, which also reflect his anti-French sentiments and his position on the Arab – Jewish conflict. It might be possible to test this impression by investigating the attitudes of the Rabbis towards the extradition of Jews to foreign countries, when the background to the request for extradition does not provide a place for nationalistic commentary. In contrast with Rabbi Yisraeli’s position, the rabbinical courts also took a stand on this issue and they requested a delay in the execution of the extradition order, to allow time for Nakash’s wife to receive a conditional decree of divorce, which would free her from any halakhic constraints as an “abandoned wife”. As part of this discussion, the three rabbinical judges clarified the Halakhic validity of the extradition order and they determined that in halakhic terms, extradition treaties signed by states for the purposes of the extradition of criminals have halakhic validity in view of the well known Talmudic rule that “the law of the land, is the law”.

In view of this disagreement between the rabbis that did express their opinions in the journal “Tchumin” and the position taken on this matter by the Jerusalem Rabbinical Court, there is ever more support for the impression that the dispute on the Nakash case and primarily, the Rabbis’ fight against the Justice Elon’s halakhic chapter in the Supreme Court decision, was not essentially halakhic – it was political. This lack of agreement can also be understood as the gap between the position taken on a matter of principle by the halakhic authorities towards the State of Israel’s civil courts and the more pragmatic approach adopted by the Rabbinical Court judges as a matter of day-to-day practicality. That gap is described at length at the beginning of this study. At the very foundation of this gap is the pragmatic approach taken by the rabbinical courts, which must dispense justice from within the confines of

a given reality, despite the fact that there are a considerable number of halakhic problems.

Summary and Discussion

The Civil Courts in the State of Israel as Viewed by the Halakhic Authorities
Based on the perusal of the first three chapters in this study, it is possible to determine that the halakhic authorities of our times invalidate the State of Israel's civil courts. This stance was described in the second chapter, which examines the halakhic authorities' attitudes towards a legal system not based on Torah law, as extant during the British mandate over Palestine and during the period of the independent State of Israel. The ruling given by the Hazon Ish, stating that there is no difference between the "gentile courts" and courts in which Jews sit in judgment not in accordance with Torah law, was adopted by all the leading halakhic authorities in the 20th century, such as Rabbi Eliezer Waldenberg, Rabbi Ovadiah Yosef and others. From the moment that all had agreed that the civil courts in Israel must be considered of equal standing to the "gentile courts", it became possible to implement all those ideas expressed by generations of halakhic authorities, going back as far as the Talmud, concerning such courts, notwithstanding the fact that in the past, all had emphasized the very substantial differences between the "gentile courts" and the "laymen's courts".

There is no difference of opinion between ultra-orthodox and religious-Zionist Halakhic authorities in reference to the civil courts
This study asks if it is possible to differentiate between the position taken by the halakhic authorities in the ultra-orthodox and religious-Zionist camps. The assumption made was that the ultra-orthodox halakhic authorities would take a more intransigent position than the Zionist authorities concerning the State of Israel's civil courts, because their theological approach to the State of Israel is negative. This study proves that the assumption is erroneous.

What is the relationship between 'before the fact' and 'after the fact'?
This study examines whether the positions taken by halakhic authorities sitting as judges in rabbinical courts differ from their positions on matters of principle. Perusal of the rabbinical courts' decisions described in the third chapter teaches us two things: First – the rabbinical court judges have adopted and internalized the ruling given by the Hazon Ish, stating that there is no difference between the "gentile courts" and those in the State of Israel not dispensing justice in accordance with Torah law. Second – When discussing concrete problems, obvious pragmatism is clearly discernable. In our opinion,

that pragmatism is essential in order to avoid forcing the religious public into adopting entirely untenable positions.

It would seem that the decree forbidding litigation in the civil courts is difficult for both the religious-Zionist and the ultra-orthodox communities. Moreover, the severity of the criticism of the civil courts is directly proportional to the scale of the Jewish public's transgression of the prohibition of the civil courts.

Halakha and Theology

As mentioned, we use the term "theology" to encompass all the non-halakhic fields of belief, such as the belief in God, the oneness of God, the Torah as given by Moses our teacher, etc. halakhic authorities emphasize the divine source for the halakhic legal system and they are not of a mind to marry parts of the divine legal system into the non-religious legal system. The source for the legal system is not the "nation's soul" in the Hegelian sense of that term, it is a divine source. Therefore, in the opinion of many of the halakhic authorities, Israeli justice is tainted by idol worship, because the system is based upon Ottoman and British Law, or in other words, Islamic and Christian Law and modern Israeli legislation is based on the negation of Torah principles and belief in the Torah.

The Supreme Court

The halakhic authorities' objections are embedded within the halakha's opposition to judicial legislation in the state's courts. This objection was first raised by Rishonim such as Rashba, and Aharonim such as the Rabbi Anzil and it was then adopted and confirmed by modern-day authorities during the British Mandate and early on in the independent State of Israel. halakhic authorities can accept the foundation of the courts on such laws because in fact, there is almost no Knesset legislation on issues such as equality. However, they cannot accept the closing of this lacuna through the Supreme Court's commitment to the value of equality, which is in fact supported only by legislative judgments. The halakhic authorities' reaction to the Supreme Court's decisions is harsh. This study examines a limited number of such decisions and the rabbis' reactions to them, but the list of decisions that are viewed as anti-religious is very long.

The Failure of the "Jewish Law"

The failure unfolding before our very eyes, is the failure of those who believed that through the introduction of wide-ranging religious legislation on the one hand and through the foundation of court decisions upon Jewish Law on the other, it would be possible to permit the State of Israel's courts in terms of Torah Law. This was never the defined objective, but it is obvious that it was the direction taken by the two partners in this act – the legislators and the judges. Those that understood Maimonides' comments as constituting prohibition of the gentile law sought to permit the civil courts in the State of Israel by introducing religious legislation on a large scale. If the Law in the State of Israel were based on Torah sources, or at least did not contradict those sources and if their intentions were to both glorify God and not to adopt the gentile laws, it would have been possible to permit the civil courts in the

State of Israel using one of the methods described in the first chapter. However, it is doubtful that the halakhic authorities have any intention of taking this course of action.

As mentioned, the 'Foundations of Law' legislation passed in 1980, did nothing more than make cosmetic changes to Israeli law. If Israeli law were not moving closer to halakhic law and in the opinion of some, it was only a forlorn hope that two systems could draw closer to each other, the attempts to build bridges between the Torah and the civil systems were doomed to failure because the halakhic authorities reject both religious legislation enacted by the Knesset and the "Jewish Law" practiced by religious judges.

Today, the vision of "Jewish Law" appears to be more of a failure than ever before. While the halakhic authorities continue to pronounce that the halakha is the only law system for the Jewish nation, this statement has no more than declarative value. In practice, they are forced to accept the reality they consider to be the "raising of a hand against the Law given by Moses and a heresy before God", which in fact is no different from litigation in the gentile courts in the Diaspora, with one important exception. The heresy is not committed in the Diaspora governed by the nations of the world, it is happening in the Jewish state. Here we can see on display, the question of the "law of the land" as part of a larger picture - "The State of Israel as a religious dilemma".

"Torah Law" and "Torah Opinion"

Examination of halakhic authorities' rulings throughout the generations does not allow us to determine whether the problem of civil courts is principally a halakhic problem or a problem of theology and belief. From the halakhic standpoint, comprehensive negation of the courts in the State of Israel, or at least for all civil cases and for the purposes of the protection of human rights and equality by the Supreme Court is not an imperative. The argument stating that litigation in a court judging according to "false law" and not according to Torah law can be considered an act of idolatry is based on Hegelian doctrine describing the eminent link between the spirit of the law and the nations understanding of Godliness, which is easy to refute. Thus, the question arises as to whether there is any supra-halakhic or supra-belief argument that can be used by the halakhic authorities to reject the civil courts.

Judge Engelhard determined that the halakhic authorities' principal concern is the doctrinal basis for belief in God; the nature of their pronouncements is objective and logical and it does not require any personal decision made by the halakhic authority. Obviously, there is a strong link between the answer given and the political and social-constitutional opinions of the person giving that answer. The key to the formulation of "Torah Opinion" can be found by choosing the halakhic sources that serve as the basis for reaching the conclusions. Engelhard's comments refer to halakhic rulings given by Rabbis Yosef and Yisraeli, concerning the transfer of parts of the Land of Israel to others. However, they can also be applied appropriately to the comments made by Rabbi Ariel in his argument with Judge Bazak concerning civil law in the State of Israel's courts. If the halakhic authorities' concerns are founded upon

their belief in God, it must be noted that in the very long list of decisions made by courts in the general state system, it is impossible to find any support for that belief, any encouragement for the fulfilling of Torah commandments or any expression of empathy with the religious way of life.

The disagreement about the courts – a component in the religious dilemma that is occasioned by the existence of the State of Israel

On several occasions, mention has been made of the fact that the State of Israel's Zionist values, its state institutions, laws and symbols all constitute a religious dilemma.

One expression of the disagreement about the courts as a religious dilemma is the complete rejection by the halakhic authorities of all the halakhic options to recognize the State of Israel's courts as "laymen's courts". This rejection is understood as an *a priori* rejection of the legal system by "Torah opinion" and it has already been said that the key to the formulation of "Torah opinion" is to be found in the nature of the halakhic sources selected to provide the basis for reaching a given conclusion. Given that it is possible to choose different sources, notwithstanding the fact that as aforementioned, they are not many, the question arises as to what are the underlying motives for the publication of the negative "Torah opinions" about the courts.

Rabbis and halakhic authorities have pronounced that they are "gentile courts," but despite the pronouncements, most of the religious-Zionist public and the ultra-orthodox public do resort to the services provided by the secular courts. We must therefore ask if the prohibition on the courts is not a "decree with which the public cannot comply" and if this problem requires the approach taken by Rabbi Kook on the question of the seventh, fallow year?

In our opinion, the Six-Day War brought the arguments about issues of religion and state into sharp focus and created a sea change in the antagonists' relative strengths. It began the whirl of spiraling arguments between religious-Zionist and ultra-orthodox nationalism and the secular public, which was in the throes of the conversion process from Zionist ideology to a universal liberalism. After the political turnaround in 1977 and the massive entry of religious-Zionist and ultra-orthodox factions into Israeli politics as part of the new right-wing government, the beginning of the 1980's saw the first appearance of entirely secular demands for the introduction of constitutional law. This trend grew stronger at the same time that changes were taking place in the role played by the Supreme Court on questions of religion and state. As mentioned, at the beginning of the 1990's there was not only what Chief Justice Barak called the "constitutional revolution", there was a conceptual change in foreign policy, which culminated in the Oslo accords. The new policy, comprising a comprehensive new approach to both foreign and internal policies, presented a new agenda for the State of Israel. It was a liberal, civil and constitutional agenda aimed at moving forward on the division of western Land of Israel and the nurturing of ideas presented by the secular revolution. In turn, these changes resulted in greater involvement of ultra-orthodox circles in Israeli politics, even further to the right than both secular and religious right-wing parties. This was the birth of the joint struggle against the peace accords with

the PLO, against the division of western Land of Israel and against the secular agenda, which the elites in society, the media and the Supreme Court sought to promote.

The motives for the cultural war centering around the Supreme Court were the tension in the religious camps about the degree to which the State of Israel could be recognized as is; the tension between the desire to be a part of it and the need to be different; between the reservations expressed by the leading Halakhic authorities about the State of Israel and ever-growing Israeli patriotism. The question about the status of the State of Israel's legal system is an important factor in the cultural war currently raging. Aviezer Ravitzky notes that "centrifugal social forces currently seek dichotomous solutions on all these issues: Old or new, holiness or secularism, particular or universal, on the side of normality or on the side of distinction". The current conflict between the authority of the courts and the Rabbinate's Halakhic authority, between the law of the land and Torah law, is no mere coincidence. It is the natural consequence of dichotomous trends in Israeli society, which have brought about the creation of a schism, on each side of which stand not only the religious opposite the secular, there is also the religious political right opposite the secular political left. This has created an overlap and thus a doubling of the two important schisms that currently divide Israeli society – the schism about peace making (and territorial withdrawals) and the schism about state and religion. As is shown by this study, the rabbis and Halakhic authorities associate the legal system with the secular approach and the universal approach. Therefore, the religious, orthodox and right-wing coalition formed up in battle against it, chooses separatism over universality and as stated in the prayer at the end of the Sabbath, it distinguishes between "holy and secular, between light and darkness, between Israel and the nations, between the holy seventh day and the six days of creation".