



ואשיבה שופטייך

מעמדו של משפט התורה במדינת ישראל



מרכז תורה ומדינה

עורך: הרב יואל פרידמן

עריכת הלשון:

רעיה קמניצקי raayak@neto.net.il
אפרת אורנשטיין ehovav@walla.co.il

מרכז תורה ומדינה

משל יותם 106, ניצן

אתר: medina.toraland.org.il

דוא"ל: medina@toraland.org.il

כל הזכויות שמורות

©

סדר ועימוד: שחרית

yosi@bsy.co.il 072-2113131



לזכר אבינו וסבינו גיבור החיים והאמונה

מרדכי דוד הולנדר ז"ל

שעבר את כל תלאות השואה
ונשאר איתן בדעתו ובאמונתו.

אוהב התורה, העם והארץ ומגואליה,
פעל במסירות ובחשאי לביטחון המדינה
ולהצלת אלפי ילדים יהודיים וקליטתם בארץ.

נלב"ע בירושלים א' סיוון תשע"ו
1923–2016

אהבתך תישאר אתנו לנצח
ת.נ.צ.ב.ה

הוקדש ע"י אשתו לילי הולנדר, הילדים, הנכדים והנינים.

רשימת המשתתפים בקובץ

הרב יעקב אריאל, רב העיר רמת גן ונשיא מרכז תורה ומדינה.

הרב חיים בלוך, ראש מכון משפטי ארץ, chaimyo@gmail.com

הרב אריאל בראלי, ראש מכון משפט, ר"מ בישיבת שדרות, arielbareli@gmail.com

הרב הלל גפן, מכון משפטי ארץ, hillelgfn@gmail.com

הרב נתן חי, מכון משפטי ארץ, רב היישוב איתמר, harav.natan@gmail.com

הרב דניאל כ"ץ, לשעבר מכון משפטי ארץ, דיין בבית הדין באסקלון, katz.da@gmail.com

הרב אורי סדן, מכון כת"ר ורב היישוב נוב, urisadan@gmail.com

הרב רצון ערוסי, רב העיר קרית אונו, חבר מועצת הרבנות הראשית לישראל, יו"ר הליכות עם

ישראל ונשיא מכון מש"ה halichot@zahav.net.il

הרב יואל פרידמן, מכון התורה והארץ, h.yoel@toraland.org.il

הרב עדו רכניץ, מכון משפטי ארץ, מנהל רשת בתי הדין 'ארץ חמדה', idor@013.net

תוכן

7	הקדמה
	המשפט האזרחי בראי ההלכה
11	משפט התורה וחוקי מדינת ישראל / הרב עדו רכניץ
18	'דינא דמלכותא' שלא התקבל בציבור / הרב אורי סדן
27	הרב יעקב אריאל (מכתב)
29	דיני הוצאת היתר פנייה לערכאות / הרב הלל גפן
42	'הכל כמנהג המדינה' - עקרונות המנהג בדיני ממונות / הרב דניאל כ"ץ
61	עריכת דין ברוח ההלכה / רבני 'משפטי ארץ'
	משפט ההלכה בזמן הזה
69	"ואשיבה שופטיך כבראשונה" / הרב יעקב אריאל שליט"א
76	מה בית דין דנים בזמן הזה / הרב דניאל כ"ץ
91	היכולת לאכוף את חוקי התורה בהדרגה / הרב עדו רכניץ
97	בית דין קבוע - הגדרות והשלכות הלכתיות / הרב נתן חי
102	הסתמכות על אומדן דעת במשפט העברי / הרב דניאל כ"ץ
109	התדיינות לפני דיין יחיד / הרב עדו רכניץ
117	מתי צריך להיות פשרן / הרב אריאל בראלי
122	דיון שלא בפני הנתבע / הרב הלל גפן
128	האישה כבעלת דין במשפט התורה / הרב רצון ערוסי

הקדמה

תחיית עם ישראל בארצו החלה לפני כמאה שנים, עם שיבתו של עם ישראל לאדמתו. הצעדים הראשונים בתקומתה של מדינת ישראל היו פיתוח התיישבות וחקלאות ישראליות, התפתחויות מדעיות, כלכליות וטכנולוגיות ובניית סדרי ממשל וחקיקה. אך בעומק התהליך של הבניין החומרי עומד עולם התורה המתפתח ומקבל צביון ארץ ישראלי ייחודי. כעת אנחנו עומדים לפני השלב הבא: קבלת אחריות ציבורית-חברתית לכינון מדינה יהודית מתוקנת השואבת את ערכיה מתורת ישראל.

אחד התחומים המרכזיים המשפיעים על צביונה של מדינת ישראל הוא תחום המשפט. מדינה יהודית לא יכולה להתקיים בלי משפט התורה. אף על פי שאנו שמחים בהקמתה של מדינת ישראל, אנו מיצרים על הפניית העורך של המדינה למשפט התורה ועל השארתו כדין מחייב רק בדיני נישואין וגירושין. אולם אנו מאמינים שתתחולל תמורה, ובני עמנו, לרבות הקברניטים, יתוודעו למשפט התורה ולצורך החיוני לאמצו. שהרי זהו החזון שאנו מאמינים בו בכל הדורות, שה' ישיב שופטנו כבראשונה. לפיכך דווקא בגלל נאמנותנו למדינה ולמוסדותיה והשתתפותנו בבנינה ובהגנה עליה, אנו רואים חובה לאומית בהשבת משפט התורה ובהבאתו לידיעת בני עמנו, לאהבו וליישמו, בשום שכל ובהדרגה, כחלק מהמהלכים להגשמת חזון הנביאים.

קובץ זה מאגד מאמרים בנושא המשפט האזרחי בראי ההלכה ומשפט התורה בימינו, ומטרתו לברר את הסוגיות העולות במפגש בין עולם התורה למערכת המשפט הישראלית ולהעלות על סדר היום את הדיון על מקומו של המשפט העברי ומעמדו של בית הדין הרבני במדינת ישראל. את המאמרים כתבו רבנים וחוקרים מארבעת מכוני המחקר המובילים בישראל בתחום משפט התורה הפועלים בשיתוף עם מרכז תורה ומדינה¹. חלק ממאמרים אלו ראו אור לראשונה בכתב העת אמונת עתיך המשמש במה למכוני המחקר התורניים-מקצועיים מזה שנים רבות.

העיסוק במקומו של המשפט העברי במערכת המשפט הישראלית הוא חלק מהבירור הרחב על מקומה של ההלכה בחיינו הלאומיים. במרכז תורה ומדינה פועלים חוקרים תלמידי חכמים כדי לברר ולפתח עמדות הלכתיות בסוגיות הקשורות לשלטון, דמוקרטיה, חברה ומשפט. בירור זה נועד ליצור דיון פורה ועשיר שמתכתב עם המציאות של מדינת ישראל כיום. כמו כן, מגמת הבירור היא להביא לתהליכים משמעותיים שישפיעו על המציאות הזו ויקרבו את מדינת ישראל לתכליתה השלמה - יסוד כיסא ה' בעולם, ממלכת כוהנים וגוי קדוש.

מרכז תורה ומדינה

אייר תשע"ז

1. מכון כתר, מכון משפט לעם, מכון משפטי ארץ ומכון מש"ה.



המשפט האזרחי
בראי ההלכה



הרב עדו רכניץ

משפט התורה וחוקי מדינת ישראל

מבוא

בפתיחה לטור חושן משפט עמד רבנו יעקב בעל הטורים על מקומו של המשפט בעבודת ה' (טור, חו"מ סי א):

...כי המשפט הוא יסוד ועיקר גדול בעבודת ה', ואחריו [אחרי משה רבנו] כל שופט ושופט שפט את דורו והשיבו מדרכו הרעה לעבודת ה' ללכת בדרך אשר דרך בה אברהם אבינו לעשות צדקה ומשפט ובעבור זה ניצולו מידי אויביהם...

הראי"ה קוק הדגיש את חשיבות משפט התורה בהיותו מבטא ערכי נצח אלוקיים (אורות, ישראל ותחייתו, פרק ג עמ' כא):

המשפטים הם קודש קודשים בישראל, ועל כן הסמיכה, שהיא נושאת שם אלהים עליה, היא כל כך נחוצה לנו, היא כל כך אופית לתוכן לאומנו... משה רבנו ע"ה, בתפסו אתו את כוח המשפט, בתחילת יסודו באומה, העלה את כל ערכי המשפט עד סוף כל הדורות לאותו התוכן האלהי שמשפטי ישראל באים אליו, ודרישת אלהים באה יחדיו עם המשפט הישראלי.

במילים אחרות, משפט התורה איננו מערכת של כללים שמטרתם אך ורק ליצור סדר חברתי, אלא מדובר בהופעת דבר ה' בעולם ובגילוי בקרב בני ישראל. כל סכסוך בין שניים מבני ישראל נקרא 'דרישת אלוקים', והוא הוכרע על ידי משה רבנו. דברים ברורים בעניין זה כתב גם מייסד חסידות חב"ד רבי שניאור זלמן מלאדי (תניא, פרק ה):

והנה הלכה זו היא חכמתו ורצונו של הקב"ה שעלה ברצונו שכשיטעון ראובן כך וכך דרך משל, ושמעון כך וכך, יהיה הפסק ביניהם כך וכך. ואף אם לא היה ולא יהיה הדבר הזה לעולם לבוא למשפט על טענות ותביעות אלו.

פסק ההלכה בסכסוך ממוני תאורטי הוא מימוש רצונו של הקב"ה, קל וחומר כאשר מדובר בסכסוך ממוני ממשי, קטן ככל שיהיה. אמירות אלה מבהירות שההלכות הדנות בעולם העסקים הן חלק בלתי נפרד מהתורה, ואין הן שונות מכל הלכה העוסקת בדיני בשר וחלב או בדיני שבת. ומכאן נובעת חשיבותה הרבה של המצווה לפנות לדין תורה.

עם הקמת מדינת ישראל פעמה בלב רבים התקווה כי המדינה החדשה תחיה את משפט התורה ותקבע אותו כחוק המחייב. אולם תקווה זו נכזבה פעמיים. האכזבה הראשונה הייתה בהחלטה שהתקבלה עם הקמת המדינה לאמץ בשינויים קלים את המשפט המנדטורי, תוך התעלמות ממשפט התורה.

הרב הראשי הראשון למדינת ישראל - הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג - תיאר בכתביו את אכזבתו המרה מההחלטה שמשפט התורה לא יהיה המשפט המחייב במדינת ישראל (הריא"ה הרצוג, פתיחה לספר הלכה פסוקה חו"מ, סימנים א-ח, עמ' יב"ג):

כמעט שלא היה יכול לעלות על הדעת של שום יהודי דתי שהמדינה היהודית תעזוב מקור מים חיים, את תורתנו הקדושה, לחצוב לה בורות בורות נשברים, לסגל לה חוקים ומשפטים של עם אחר. הלא זו היתה מהפכה איומה מבפנים, וחילול השם נורא מבחוץ! זה היה בבחינת נתינת גט כריתות, ח"ו, לתורת ישראל. כסבורים היינו שתיכף להכרזת המדינה, הגורמים הקובעים בשטח הזה, יהיו נמלכים מיד בסמכות התורה בארץ - 'כדת מה לעשות?' אמנם כך הוא הנוהג בכל ארץ נכבשת, שמשאירים את החוק הקיים מכבר, שלא לגרום תזוזות וזעזועים קשים בעולם המסחר וכו'. אך במה הדברים אמורים - באומות שאין להן משפט שהוא חלק מדתם, מה שאין כן אצלנו, הרי זה דבר חמור מאוד מאוד לקיים אפילו לזמן מועט משפט-זר... וכבר הגאון הלאומי צריך היה לעמוד כתריס בפני ההתבוללות הסיטונית הזאת, בפני החיקוי המשפיל הזה ברקע של החוק, וכשאנו מסתכלים בעניין זה מן הבחינה העליונה של תורה מן השמים וקדושת ישראל הלא רעדה תאחזנו! כל בר בי-רב יודע כמה הרעישו אבות העולם החל מהתנאים ועד לאחרוני הפוסקים על ההתדיינות בערכאות של גויים. ומה גדול החילול כשמדינת ישראל מסגלת לה ספר חוק ומשפט משל הגויים!

האכזבה השנייה הייתה לאחר חקיקת 'חוק יסודות המשפט' המורה להשלים את החוק על פי המקורות היהודיים (חוק יסודות המשפט תש"ם - 1980, סעיף 1):

ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל.

בעידן שלפני חקיקת החוק היה על שופט לפנות למשפט הבריטי כדי למצוא מענה לשאלות שאין להן מענה בחוק. כוונת יוזמי החוק הייתה שלפחות במקום שבו אין חוק מפורש - יינתן באופן מחייב מקום של כבוד למשפט התורה. גם ניסיון זה כשל במידה רבה, כאשר חלק משופטי בית המשפט העליון פירשו אותו באופן מצומצם המעקר אותו מתוכנו.

א. ממשלת ישראל

הקמת שלטון יהודי היא מצווה מן התורה, כפי שכתב הרמב"ם (הל' מלכים פ"א, ה"א):

שלוש מצות נצטוו ישראל בשעת כניסתן לארץ: למנות להם מלך שנאמר שום תשים עליך מלך...

למלך ישראל סמכויות שלטוניות רבות, בראשן הסמכות להחליט על יציאה למלחמת מצווה (רמב"ם, הל' מלכים פ"ה ה"ב):

מלחמת מצוה אינו צריך ליטול בה רשות בית דין, אלא יוצא מעצמו בכל עת, וכופה העם לצאת, נוסף על כך, המלך רשאי לגבות מיסים (רמב"ם, הל' מלכים פ"ד ה"א):

רשות יש למלך ליתן מס על העם לצרכיו או לצורך המלחמות, וקוצב לו מכס ואסור להבריה מן המכס...

כמו כן, המלך רשאי להעניש פושעים שאינם חייבים בעונש על פי דין תורה (רמב"ם, הל' רוצח ושמירת הנפש פ"ב ה"ד):

וכל אלו הרצחנים וכיוצא בהן שאינן מחוייבים מיתת בית דין אם רצה מלך ישראל להרגם בדין המלכות ותקנת העולם הרשות בידו...

הרא"ה קוק חידש שכאשר אין מלך, סמכויות המלך חוזרות אל הציבור (שו"ת משפט כהן, סי' קמד):

וחוץ מזה נראים הדברים, שבזמן שאין מלך, כיוון שמשפטי המלוכה הם גם כן מה שנוגע למצב הכללי של האומה, חוזרים אלה הזכויות של המשפטים ליד האומה בכללה.

כלומר כאשר אין מלך, סמכויות המלך השונות, ובכלל זה גם סמכות החקיקה, חוזרות אל העם ב'מה שנוגע למצב הכללי של האומה', והעם יכול להשתמש בסמכות זו ולחוקק חוקים שונים. הרב שאול ישראלי התייחס במפורש ליישום דברי הרב קוק במשטר הדמוקרטי במדינת ישראל (עמוד הימיני סי' ט אות יב):

ונמצאים אנו למדים מזה, שסמכות המלכות שנבנית כל עיקר על הסכמת העם יכולה להימסר גם לכמה אנשים יחד, ולא דווקא למלך או שופט. וזה גם מובן מסברא, כיוון שהכל מכוח הסכמת העם מה הבדל אם הסכימו על יחיד או על רבים - אדרבא יש להעדיף את שלטון הרבים מיחיד.

ומכאן שבתחומים של שמירה על הסדר הציבורי והביטחון האישי והלאומי, קיום צבא, קיום מערכת ענישה ואכיפה וכדומה, יש תוקף לחוקי מדינת ישראל. עמדה זו קיבלו גם הרב שלמה גורן,² הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג,³ הרב אליעזר ולדנברג⁴ והרב עובדיה יוסף⁵ שהביא פוסקים נוספים שסברו כך.

ב. הכנסת

בנוגע למעמד הכנסת, הוזכר מלבד התוקף של משפט המלך גם הכלל: 'דינא דמלכותא - דינא' (גיטין י ע"ב). רוב רובם של פוסקי ההלכה, ללא הבדל מגזר וזרם, כתבו כדבר פשוט שלחוקי מדינת ישראל יש תוקף על פי כלל זה, להלן כמה דוגמאות. הרב דב ליאור כתב כך (תחומין ג, עמ' 247):

2. הרב שלמה גורן, תורת המדינה, עמ' 26.
3. הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג, תחוקה לישראל על פי התורה, ירושלים תשמ"ט, א, עמ' 129.
4. הרב אליעזר וולדנברג, שו"ת ציץ אליעזר, ח"י סי' א.
5. הרב עובדיה יוסף, שו"ת יחווה דעת ה, סי' סד.

...חוקי המדינה שאינם נוגדים דין כלשהוא, יש חיוב לקיימם מדאורייתא. לכך יש להוסיף כי 'דינא דמלכותא - דינא' נאמר - לדעת רוב הפוסקים - גם במלכות ישראל... מכאן סמכות הכנסת שנבחרה על ידי העם בענייני מיסים, הפקעת רכוש, גיוס לצבא וכד'. לכאורה יש מקום להבחין בין הנהגת מלכות ליחסים פרטיים בין שני אנשים... אפשר שיש להיעזר גם במבחן של טובת הציבור...

הרב עובדיה יוסף עסק בחובה לשלם מסים, וזו מסקנתו (שו"ת יחוה דעת ה, סי' סד):

שאלה: האם מותר מן הדין להשתמט מתשלומי מס הכנסה, מס ערך מוסף ומכס, וכיוצא בזה, הנועדים לקופת המדינה, או יש להחיל עליהם את הכלל דינא דמלכותא דינא?... אפילו במלך רשע ועובד עבודה זרה שייך הכלל דינא דמלכותא... לגבי מדינת ישראל שייך הכלל דינא דמלכותא דינא... ולכן נראה להלכה שבכל מה שנוגע למיסים וארנוניות ומכס, יש לקיים את החוק של המדינה, שזה בכלל מה שאמרו חז"ל דינא דמלכותא דינא. אולם אנו צריכים למודעי, שלפי ההלכה (בבבא בתרא דף ח, א) אסור להטיל מס על תלמידי חכמים העוסקים בתורה...

פסיקה זו מלמדת שני דברים: מצד אחד, רוב הפוסקים סברו שיש תוקף לחוקי המדינה ואסור לעבור עליהם. מצד אחר, הפוסקים ראו עצמם מוסמכים לפרש את החוק ואף לקבוע מתי הוא מנוגד לדין תורה ואין לו תוקף.

מקור סמכות נוסף לחוקי הכנסת הוא 'תקנות הקהל'. כך כתבו הריא"ה הרצוג,⁶ והרב אליעזר ולדנברג.⁷ כך פסק הרב אברהם שפירא למעשה בנוגע לחוק שמחייב אב במזונות ילדיו עד גיל שמונה עשרה (תחומין טז, עמ' 85):

כיום, ברוך ה' יש כנסת המייצגת ייצוג גמור את כל תושבי המדינה, ומייצגת גם את היהודים שומרי הדת, שגם הם הסכימו לתקנה... [נ]מועצת הרבנות הראשית חזרה על כך בהסכמה כללית...

כל המקורות שהובאו עוסקים בשאלה אם **בית הדין** מתחשב בקיומו של **חוק** זה או אחר. כעת יש לדון בשאלה אם ומתי מותר לפנות לבתי משפט.

ג. בתי הדין ובתי המשפט

בבסיס הדיון ההלכתי בעניין פנייה לבתי משפט עומדים דבריו הנחרצים של הרמב"ם (הל' סנהדרין פכ"ו ה"ז):

כל הדין בדיני⁸ גוים ובערכאות שלהן אע"פ שהיו דיניהם כדיני ישראל הרי זה

6. תחוקה לישראל ב, עמ' 58.

7. הלכות מדינה א, עמ' רנח.

8. כך הגרסה על פי כתבי היד (מהדורת מפעל משנה תורה ומהדורת פרנקל), ואם כן האיסור הוא לדון על פי חוקים שאינם על פי התורה. בנוסח הדפוסים הגרסה היא 'דייני גוים' ולפיה

רשע וכאילו חרף וגדף והרים יד בתורת משה רבינו שנאמר 'ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם' - לפניהם ולא לפני עכו"ם לפניהם ולא לפני הדיוטות. וכך כותב הרשב"א בתשובה (ח"ו סי' רנד)⁹ לחכם הידוע רבי מנחם המאירי: מעשה היה בפירפנייאן בראובן שהשיא את בתו לאה לשמעון והכניס לו עמה סך ממון בנידוניה וילדה לו בת ואחר כך מתה לאה ואחר זמן מתה גם כן הבת שילדה לו. ועכשיו עמד ראובן ותבע בדיני הגויים שיחזיר לו אותו ממון הנדוניה שהכניס לו עם לאה בתו. ואעפ"י שהבעל יורש את אשתו והאב את בתו בדיני ישראל, טוען ואומר שאין לחוש לירושת הבעל כיון שהכל יודעים שהם הולכים בדיני הגויים והרי כל הנושא אשה שם כאילו התנה כן... תשובה כל דבר שבממון תנאו קיים... ומכל מקום לנהוג כן מפני שהוא משפט גויים באמת נראה לי שאסור, לפי שהוא מחקה את הגויים וזהו שהזהירה תורה לפניהם ולא לפני גויים ואף על פי 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 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... אבל ללמוד מזה לילך בדרכי הגויים ומשפטיהם ח"ו לעם קדוש לנהוג ככה. 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 משום דינא דמלכותא טועה וגזלן הוא... 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 טלואות בבית מדרסי הגויים חלילה לא תהיה כזאת בישראל ח"ו שמא תחגור התורה עליה שק...

דבריו החריפים של הרשב"א עמדו לעיני הפוסקים, ואלו קבעו שיש להעדיף את חוקי התורה ובתי הדין הדנים על פיהם על פני פסיקה שבאה ממקורות אחרים.¹⁰ ההחלטה שלא לקבל את משפט התורה כמשפט מחייב במדינת ישראל העמידה בפני הפוסקים את השאלה מה מעמדה של מערכת המשפט החדשה, שמצד אחד אין בה פנייה לגויים, ומצד אחר היא מערכת מנוכרת לתורת ישראל. שאלה זו

משמע שהחיסרון הוא בדין ולא בדין. גרסה זו גרמה לחכמים רבים לקושי במקרה של דיינים יהודים שאינם דנים על פי דין תורה. ראו לדוגמה בדבריו של הרב עוזיאל (השופט והמשפט עמ' 15) שהוסיף וכתב: 'ומכל שכן שאסור לדייני ישראל לדון בדיניהם...'; דהיינו אין אבחנה בין דיינים מעמים שונים כי אם בין סוגי דין שונים.

9. התשובה הובאה גם בבית יוסף, חו"מ סי' כו.

10. ראו בשו"ת ציץ אליעזר יב, סי' פב.

התעצמה עם התקדמות תהליך החקיקה שהחליף את החוק המנדטורי בחוקים שחוקקה הכנסת.

דעתם של רוב רובם של הפוסקים היא שאין תשתית הלכתית המאפשרת לייסד מערכת משפט העוסקת בדיני ממונות שבין אדם לחברו המנותקת מתורת ישראל, וממילא אין לפנות למערכת זו כי אם באופנים מסוימים או לאחר התייעצות עם רב. לעמדה זו שותפים רוב רובם של פוסקי ההלכה ללא הבדלי מגזר וזרם, וכך לדוגמה כתב הרב יעקב אריאל בעניין זה (תחומין א, עמ' 327):

יהודי דתי היודע על קיומו של משפט התורה ועל מציאותם של תלמידי חכמים יודעי דת ודין, ובכל זאת מעדיף להישפט לפני הדיוטות אלו, שמחמת אונסם כופרים בתורה, נחשב למחרף ומגדף ולמרים יד בתורת משה, ואיסורו חילול השם מדאורייתא ודינו כהולך לערכאות של נכרים.

לצד האמירה הברורה השוללת את הפנייה לבתי המשפט בתביעת ממון, ישנם תחומים נרחבים שבהם ההלכה מכירה בסמכותם של בתי המשפט של מדינת ישראל. הדברים אמורים בעיקר בתחומים הנוגעים לשמירת הסדר הציבורי כדוגמת המשפט הפלילי, דיני תעבורה, משפט צבאי וכדומה. כך כתב לדוגמה הרב חיים דוד הלוי (דבר המשפט, חלק ג, עמ' 170):

לאור זה לכאורה נראה בפשיטות שבתי המשפט של המדינה בימינו (וזוה יצוין בבהירות ובברור מוחלטים, במידה שדיונם נוגע לתיקון חיי חברה סדירים והענשת פושעים לכל סוגיהם, ואין הם נוגדים את חוקי תוה"ק) יונקים את סמכויותיהם משתי זרועות. הראשונה נשיא המדינה הממנה את השופטים, והנשיא עצמו הרי ברור שדין מלך יש לו על כל פנים לעניין המשפט וכדברי מרן זצ"ל, והשופטים יונקים מסמכויותיו הממלכתיות. השנייה היא כנסת נבחרת העם שהיא מתקינה תקנות ומחוקקת חוקים שמטרתם ותכליתם הנהגת חיי חברה תקינים וסדירים (ושוב יצוין במידה שתחוקתם נוגעת לתכלית זו בלבד, כי לחוקק חוק נגד המפורש בתוה"ק אין שום כוח בעולם ואפילו לא כל עם ישראל כאיש אחד אינם יכולים ורשאים), ושבתי הדין של המדינה דנים לפיהם. יוצא אפוא שהכנסת ובתי הדין הדנים לפי חוקיה, במקום מלכות עומדים.

סיכום

א. לממשלת ישראל יש סמכויות של מלך ישראל, ובמרכזן ניהול ענייני חוץ וביטחון ושמירה על הסדר הציבורי. זאת ועוד, יש תוקף לחוקי הכנסת העוסקים בקיומה של המדינה, בסדר הציבורי ובדברים הנוגעים לתועלת הציבור (כדוגמת זכויות יוצרים). בתי הדין דנים ופוסקים על פי חוקי המדינה שהם בעלי תוקף הלכתי. בתחומים השלטוניים והפליליים יש לפנות לבתי המשפט של מדינת ישראל.

ב. יש היתר לאדם להתגונן בבית משפט מפני תביעות המוגשות נגדו. כמו כן, אם הנתבע מסרב לדון בדין תורה, ניתן לקבל אישור ממורה הוראה או מבית דין לתבוע בבית משפט.¹¹

11. שו"ע, חו"מ סי' כ סעי' ב. מקורות נוספים בנושא זה: הרב ישראל בן שחר, הרב יאיר הס, התוקף ההלכתי של חוקי המדינה, כתר א, קדומים תשס"ד, עמ' 339 והלאה; הרב מיכאל בריס, החקיקה במדינת ישראל בראי ההלכה - יצירתיות אנושית וגבולותיה, משפטי ארץ - דין, דיין ודין, עפרה, תשס"ב, עמ' 21; הרב רענן פארן, השלטון במדינת ישראל לאור ההלכה, שם, עמ' 489.

הרב אורי סדן

'דינא דמלכותא' שלא התקבל בציבור

רקע כללי

כלל רווח הוא בקרב הציבור כי חוקי המדינה מחייבים את כלל האזרחים גם על פי ההלכה, שכן 'דינא דמלכותא דינא'. אולם מהו פשר חיוב הלכתי זה? האם מחליף הוא את החובה האזרחית הקיימת על כל אזרח מדינת ישראל, או שמא נותן הוא גושפנקא הלכתית לחובה האזרחית?

ההשלכה המעשית לשאלה עקרונית זו תהיה השאלה אם ההלכה מחייבת את היהודי שומר התורה והמצוות לציית לחוק יותר מכל אדם אחר, ולדבוק בלשון החוק גם במקרים שבהם הציבור כולו אינו מקפיד על כך, או שההלכה מחייבת את היהודי להיות אזרח נאמן ושומר חוק, אך בסופו של דבר מבחינתה של ההלכה, שמירת החוק הינה חובה אזרחית הזוהה בתוקפה לכל אזרחי המדינה: דתיים וחילוניים, יהודים ושאינם יהודים.

לאחר שניתן מענה לשאלה זו, ניקח מקרה מבחן שבו ננסה לבחון את אופן ההתייחסות הנכון לנושא מעשי ביותר, והוא עבודת נערים ונערות בכלל ובחופשת הקיץ בפרט.

א. תוקפם ההלכתי של חוקי המדינה על פי ההלכה

על פי ההלכה יש תוקף לחוקי המדינה, אם מכוח 'דינא דמלכותא' ואם מכוח 'תקנות הקהל'.¹ אולם גם 'דינא דמלכותא' וגם 'תקנות הקהל' אינם מעניקים באופן אוטומטי תוקף לכל חוקי הכנסת, אלא רק לדינים הקשורים לענייני הנהגת המדינה ויחסי האזרח והשלטון, כפי שכתב הרשב"א בתשובותיו (ח"ו סי' רנד):

ובמ"ש דינא דמלכותא דינא יגעתי הרבה שאמרת אפשר דשמואל אמר כן כשהמלך רוצה שידינו בארצו חכמי הגויים וע"ז הספרים שאין הדברים אמורים אלא במה שהוא נעשה בדיני המלכות שכל עם ועם יש לו חקים ידועים בדיני המלכות ודינא דמלכותא אמרו דינא דמלכא לא אמרו וכל מה שאינו מחקי המלוכה אעפ"י שיאמר עכשיו המלך כן אינו דין שנתחברו להם...²

1. בין השאר עיין במאמרם של הרב ישראל בן שחר והרב יאיר הס, ספר כתר א, עמ' 341 ואילך; וכן במאמרו של פרופ' אליאב שוחטמן, שנתון המשפט העברי טז-ז, 'הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל', שם דן בעניין זה בהרחבה.

2. באופן דומה כתב הרשב"א בתשובה נוספת גם בחלק ג סי' קט והמאירי, ב"ק קיג ע"ב.

מעניין לציין כי גם 'תקנות הקהל' מוגבלות באותו אופן, דהיינו שאין הן תקפות אלא אם הן נוגעות לתיקון החברה והקהל, אך אינן תקפות אם קובעות הן הלכות בתחום דיני הממונות, כפי שכתב המהרי"ק (שורש יד):

פשיטא דלא קאמר שיהא כח ביד ראשי הקהל להפקיע ממון אלא דוקא בדבר שהוא נוגע אל הקהל בכללותו בהא קאמר שהרשות בידם כיון שנתמנו על כך אבל לחוב לזה כדי לזכות לזה ואין הקהל מרויח או מפסיד בזה פשיטא דבהא מודו כולי עלמא דלא כל כמינייהו.

עיקרון זה בא למעט חוקים הנוגעים ליחסי ממון בין שני יהודים אשר אין להם כל תוקף על פי ההלכה, ומי שמתעלם מההלכה ונוהג כפי החוקים הללו אינו אלא גזלן, ואם הולך לדון במערכת שיפוטית הנוהגת על פי אותם החוקים 'הרי זה רשע, וכאילו חרף וגדף והרים יד בתורת מרע"ה' (שו"ע חו"מ סי' כו סעי' א).

למרות זאת, ייתכנו חוקים הנוגעים ליחסי ממון בין שני אנשים פרטיים שההלכה תכיר בהם, וזאת אם יש בחוקים אלו צורך ציבורי. כפי שכותב הרשב"א עצמו בתשובה הדנה בחוק המלכות שחתימת ידו של המתחייב בשטר, דינה כשטר חתום בעדים:³

כל שיש טעם במה שהמלך מצוה ומנהיג דבר לתיקון הנהגת המדינה, יכול הוא לומר ממון שראוי להיות לזה יהיה לחבירו.

עיקרון זה נפסק להלכה,⁴ ועל פיו למשל קבעו בתי הדין במדינת ישראל כי יש לתת תוקף לחוק המקנה בלעדיות לקניין באמצעות רישום בטאבו.⁵

עם זאת, יש להסתפק אם יש לבחון את קיומה של משמעות ציבורית של החוק בקשר לעצם קיומו של החוק בכללותו, או שיש לערוך בחינה זו בקשר לכל מקרה ומקרה שהחוק נוגע אליו, ובמקרים שלא ברור שיש בחוק צורך ציבורי, יאבד החוק את תקפותו ההלכתית. אם נקבל את האפשרות השנייה, ייתכן לומר כי העדר מוטיבציה לאכיפת חוק עשוי להעיד על כך שלמרות העובדה שמבחינה משפטית החוק תקף בכל המקרים בלי יוצא מן הכלל,⁶ במקרים מסוימים אין צורך ציבורי בקיומו של החוק, וממילא במקרים אלו יאבד החוק את תקפותו ההלכתית.

3. בתשובות המיוחסות לרמב"ן, סי' כב; ונפסק להלכה ברמ"א, חו"מ סי' שסט סעי' יא.
4. נציין כי לדעת הש"ך (שם חו"מ סי' עג ס"ק לט), 'דינא דמלכותא' אינו תקף כאשר סותר הוא דין תורה, גם אם המניע לחקיקתו היה צורך ציבורי. אולם הרמ"א (חו"מ סי' עג סעי' ד), חלוק עליו, וכן פסק שו"ת חת"ס, חו"מ סי' מד. וכתב 'דובב מישרים' (א סי' עו) שאין לצרף את דעת הש"ך אפילו לטענת 'קים לי' (ודלא כ'מנחת יצחק' [ב סי' פו] אשר השאיר זאת בספיקא דדינא).

5. בית הדין הרבני הגדול, בפד"ר ו עמ' 382.

6. בפילוסופיה של המשפט יש מי שאומר (קלזן, 'התאוריה הטהורה של המשפט') כי חוק שהציבור הרחב אינו שומר והמדינה אינה אוכפת בטל, גם אם עדיין הוא מופיע בספר החוקים. עיקרון זה נקרא בשם Desuetude (עיקרון דומה אנו מוצאים בהלכה בנוגע לגזרות חכמים, שתקנה ש'לא פשטה בכל ישראל' למעשה בטלה - עיין רמב"ם, הלכות ממרים פ"ב הלכה ו-ז). אולם היו הוגים רבים שחלקו על עיקרון זה, הוא אינו מעוגן בחוק הישראלי, ואינו

ב. חובת הציות - הלכתית או אזרחית

גם אם נניח כי חוק מסוים תקף במלואו מן הבחינה ההלכתית, וחל עליו הכלל 'דינא דמלכותא דינא', עדיין יש לבחון את אופיו של כלל זה. כאשר מדובר בחוקי המדינה, ניתן לומר במידה מסוימת של ודאות כי כמעט כל אזרח 'מעגל פינות' ומשאר לעצמו מרחב מסוים של שיקול דעת באיזו מידה של דקדקנות לקיים את החוק, לעתים תוך בחינה של מידת 'הכדאיות הכלכלית' של היותו 'עבריין קטן'. לדוגמה, חוקי התעבורה אוסרים על הולך רגל לחצות את הכביש באור אדום, בכל יום ובכל שעה, ואף על פי כן, רוב בני האדם לא יימנעו מלחצות את הכביש באור אדום ביום הכיפורים, בשעה שאין כל מכונית באופק. בנושא עבודת הנוער, קשה למצוא אדם אחד שלא לקח מעולם שמרטפית אשר עוד לא מלאו לה 15 שנים, או שהקפיד לחזור לפני שתגיע השעה 20:00 כדי לשחרר את השמרטפית בת ה-17 לביתה, כפי שדורש ממנו החוק.⁷

לעומת זאת, כאשר מדובר בהלכה, הרי שכידוע ההלכה אינה מאפשרת לאדם 'לעגל פינות', ואם ישנו מעשה אסור אזי ההלכה אינה משאירה שיקול דעת לאדם באיזה מקרים הוא יתיר לעצמו לעבור עליה. לאור דברים אלו יש להסתפק בשאלה האם הכלל 'דינא דמלכותא דינא', הנותן את הגושפנקא ההלכתית לחוקי המדינה, קובע כי כל מעשה שנאסר בחוק - הינו איסור הלכתי על כל המשתמע מכך, או לא. כדי לענות על שאלה זו, יש לדון ראשית כול ביסוד הכלל 'דינא דמלכותא דינא', ולבחון מהי הסברה ההלכתית שעליה מסתמך כלל זה, ומדוע קבעה ההלכה כי 'דינא דמלכותא דינא'.

ג. יסוד הכלל 'דינא דמלכותא דינא'

הגמרא קובעת בכמה מקומות בתור כלל שעליו אין חולק כי 'דינא דמלכותא דינא'.⁸ אולם בגמרא אין מבואר מהו היסוד ההלכתי והסברה שעליהם מסתמך כלל זה. על שאלה זו נתנו הפוסקים שלוש תשובות:

מקובל הלכה למעשה על מערכת המשפט הישראלית, כפי שפסק בית המשפט העליון (בג"צ 428-86 ע"ד יצחק ברזילי נגד ממשלת ישראל): 'התוקף של הוראת חוק... אינו מתבטל עקב אי השימוש בהוראותיו או עקב שימוש מועט בהוראותיו'. אי לכך, עצם העובדה שחוק מסוים אינו נאכף אינה מבטלת את תקפותו המשפטית, אלא שהרשות המבצעת אינה שמה אותו בסדר עדיפות גבוה לאכיפה.

7. ראה להלן בהרחבה.

8. בבא קמא קיג ע"ב; נדרים כח ע"א; ב"ב נד ע"ב; גיטין י ע"ב.

1. משפט המלך

מדברי חלק מן הראשונים נראה כי העיקרון ההלכתי 'דינא דמלכותא דינא' תלוי ב'משפט המלך' שנאמר על ידי הנביא שמואל. לדעתם זהו מקור הסמכות לכל עניין המלוכה. וכך כתב המאירי:⁹

אסור לגזלו או לעבור על מה שתקן שכך הוא ראוי לו מצד מלכותו על הדרך האמור במלכי ישראל כל האמור בפרשת מלך - מלך מותר בו. כיוון זה כבר עולה מדברי הרמב"ם (הל' מלכים פ"ד ה"א) וזו לשונו: רשות יש למלך ליתן מס על העם... ואסור להבריח מן המכס, שיש לו לגזור שכל מי שיגנוב המכס ילקח ממונו או יהרג שנאמר ואתם תהיו לו לעבדים... מכאן שנותן מס וקוצב מכס ודינו בכל אלו הדברים וכיוצא בהן דין, שכל האמור בפרשת מלך מלך זוכה בו ומבארו הרדב"ז (שם):
...המלך מותר בו ואמרינן בכמה דוכתי דינא דמלכותא דינא ואפילו מלכי הגוים אמרי' בהו דינא דמלכותא דינא.

2. הסכמת הציבור

רוב הראשונים סבורים כי הכלל 'דינא דמלכותא דינא' מבוסס על הסכמת הציבור. כך כותב למשל הרשב"ם:¹⁰ 'שכל בני המלוכה מקבלים עליהם מרצונם חוקי המלך ומשפטיו'.

3. אפשרות האכיפה

אפשרות שלישית המוזכרת אצל חלק מן הראשונים היא כי הכלל שסמכותו ההלכתית של המלך לכפות את דעתו דה-יורה, נובעת מכוח העובדה שיש בידו הכוח לכפות את דעתו על היחיד והציבור דה-פקטו. כך סבור הר"ן¹¹ וזו לשונו: 'מפני שהארץ שלו ויכול לומר להם אם לא תעשו מצותי אגרש אתכם מן הארץ'. כלומר, 'דינא דמלכותא' יונק את סמכותו מעצם כוחה של המדינה לאכוף את חוקיה. לשיטה זו, אין 'דינא דמלכותא' בארץ ישראל, שכן ארץ ישראל אינה שייכת למלך והוא אינו יכול לגרש ממנה איש. אין משמעות הדבר כי בארץ ישראל תשרור אנרכיה, שכן אין זה מסתבר כי זהו רצון התורה, אלא שצריך לומר כדעת ה'חתם סופר' (ח"ה חושן משפט סי' מד):
ומ"מ נ"ל דלא פליג אלא במסים ומכס שמטיל על כרחם ס"ל לא שייך לומר בני מדינה ניחא להו אלא משום שהוא אדון הארץ וא"כ יש לחלק בין מלכי

9. בית הבחירה, בבא קמא ק"ג ע"ב; ובנדרים כח ע"א; וכן כתב ב'קריית ספר' למב"ט, הל' גזלה פ"ה.

10. ב"ב נד ע"ב, ד"ה מי אמר; ובשו"ת אור זרוע, ס' תשמה.

11. בפירושו למסכת נדרים כח ע"א, בשם התוספות; וכן כתב הרשב"א בחידושו בשם הרא"ם והרא"ש, שם פ"ג סי' יא.

ישראל למלכי או"ה אבל במנהגי ונימוסי' כמו ב"ב נ"ד ע"ב מודה ר"ן דהטעם משום דניחא להו ואין לחלק בין מלכי ישראל לאו"ה... כלומר ברור שמלך ישראל רשאי לחוקק חוקים לטובת המדינה ויש לו סמכות מלאה לכך, ואין כוונת הר"ן לומר אלא שבארץ ישראל אין לו סמכות לגבות מסים לטובת עצמו. למעשה לדעת ה'חתם סופר', בנוגע לארץ ישראל גם ראשונים אלו יודו לשיטת הרשב"ם דלעיל, שמקור הסמכות של 'דינא דמלכותא' בארץ ישראל אינו במלך אלא בעם ובמוכנותו לקבל עליו את חוקי המלכות.

ד. חובת הציות ל'דינא דמלכותא'

נראה לומר כי השאלה שהעלנו לעיל, אם ישנה חובת ציות הלכתית לחוקי המדינה, תלויה בבסיס ההלכתי של הכלל 'דינא דמלכותא דינא': אם נאמר כדעת המאירי וסיעתו, התולים את ההלכה 'דינא דמלכותא דינא' ב'משפט המלך', מסתבר לומר כי הלכה זו כוללת גם חובת ציות, שכן דין זה במקורו אינו מוגבל למלך ולסמכויותיו, אלא נוגע גם להתנהלות שבה מחויב הציבור, כפי שכותב הרמב"ם (שם):

...שנאמר ואתם תהיו לו לעבדים... מכאן שנותן מס וקוצב מכס ודיניו בכל

אלו הדברים וכיוצא בהן דין, שכל האמור בפרשת מלך מלך זוכה בו.

לדעת ראשונים אלו נראה כי ההלכה 'דינא דמלכותא דינא' מטילה חובת ציות גמורה על האזרח לציית לחוק ולקיימו ככתבו וכלשונו, כעבד המחויב למלא אחר רצון אדונו.¹² יש לציין כי עדיין אין הכרח לומר שזוהי חובת ציות הלכתית, וייתכן לומר כי קיימת חובת ציות, אך באופיה היא אזרחית. למה הדבר דומה? למצוות אשר תיקנו חכמים מכוח דין התורה 'לא תסור', אשר אינן הופכות בעצמן להיות איסור דאורייתא, אלא נשארות בתוקף של איסורי דרבנן (רמב"ם ספר המצוות, שורש א). את ההשוואה הזו בין מעמדם של איסורי דרבנן ובין מעמדן של מצוות המלך עורך ה'משך חכמה' (דברים יז, יא) וזו לשונו:

מה שהחמירה תורה לשמוע בקול מלך יותר ממה שהחמירה לשמוע בקול חכמים, וחייבן מיתה בדברי קדשו (יהושע א, יח) כל אשר ימרה את פיך מות יומת. ובכל זאת, לדוגמא, שמעי בן גרא, היה מצווה מן השם לשמוע בקול שלמה, לבלי לצאת מקיר העיר וחוצה, וחייב מיתה על זה. אבל האם רצה השם שיאמר זה שלמה, ואם היה חפצו יתברך בפרט הזה[!]? שמה איכפת לרחמנא אם יצא, הלואי לא אמר שלמה זה...

כאמור, לדעת התוספות המובא בר"ן וסיעתם, הסברה שעליה מתבסס הכלל 'דינא דמלכותא דינא' היא: 'מפני שהארץ שלו ויכול לומר להם אם לא תעשו מצותי אגרש אתכם מן הארץ'. המשמעות היא ש'דינא דמלכותא' יונק את סמכותו מעצם כוחה

12. אלא אם כן נאמר כי אם העבד יודע שישנם דברים שהאדון אינו מקפיד עליהם - הרי גם הוא פטור מלעשותם, אף אם מופיעים בלשון הציווי.

של המדינה לאכוף את חוקיה, וברור שההלכה 'דינא דמלכותא דינא' אינה כוללת חובת ציות דתית, ואינה אלא גושפנקא הלכתית לסמכות השלטונית. משמעות הדבר כי אין לדין זה משמעות מבחינת האזרח הקטן, והוא אינו מחייב אותו לנהוג על פי החוק יותר ממה שהמדינה מחייבת אותו בכך. יתר על כן, לדעת הרב יעקב אריאל,¹³ עצם העובדה שהמדינה אינה מנצלת את כוחה כדי לכפות את החוק, מסירה את מעמדו של החוק מלהיות נכלל ב'דינא דמלכותא'.

לדעת הרשב"ם וסיעתו, הסוברים כי 'דינא דמלכותא דינא' אינו מבוסס על 'משפט המלך' ולא על כוחו של השלטון אלא על הסכמת הציבור, יש לומר כי יש חובת ציות לחוקי המדינה, הנובעת מהסכמת הרבים, כפי שכתב ה'חתם סופר' (שו"ת חתם סופר, שם):

עוד פליגי להר"ן מותר להבריח ולהפקיע כחו ולרמב"ם אסור... ולזה יש קצת מקום לומר שזה בכלל קבלתם ומחילת' שלא להבריח ועדיין צ"ע.

אולם מסתבר לומר כי חובה זו תלויה במידה שהרבים אכן מסכימים על קיום 'חוקי המלך ומשפטיו', אולם אם בפועל הרבים אינם נוהגים לפי פרט כזה או אחר מקרב 'חוקי המלך ומשפטיו', ממילא פקע התוקף החוקי של פרט חוק זה.¹⁴ לדעת הרב אריאל ניתן להוכיח זאת מדברי הרמב"ם (הלכות גזילה פ"ה הי"ח), שסובר כי סמכותו של המלך נובעת מכך:

שהרי הסכימו עליו בני אותה הארץ וסמכה דעתן שהוא אדוניהם והם לו עבדים...[שאם לא כן] הרי הוא כגזלן בעל זרוע וכמו חברת ליסטים המזויינין שאין דיניהן דין.

אם כן, אם הציבור אינו מקבל עליו פרט מסוים בחוק, ניתן לומר כי על פרט זה לא חל הכלל 'דינא דמלכותא דינא'. עד כאן תורף דבריו.

לסיכום פרק זה נאמר כי לדעת חלק מן הראשונים, מסתבר ש'דינא דמלכותא' כולל חובת ציות, גם אם אינה חובה הלכתית, אולם לדעת רוב הראשונים, 'דינא דמלכותא' אינו כולל חובת ציות כלל במקרה שבו המדינה מחליטה כי היא אינה אוכפת את החוק, והציבור הרחב אינו ממלא אחריו. משמעות הדבר היא כי ההלכה מכירה בסמכות השלטונית שיש למדינה לחוקק חוק זה, ולכפות את האזרח לשמור על החוק, אך חובת הציות האזרחית אינה מחייבת אזרח יהודי המציית להלכה יותר מאשר שהיא מחייבת את האזרח הגוי, וגם הוא חייב כמו כולם לציית לחוק באותה מידה של ציות.¹⁵

13. במכתב שבו נתן הסכמתו למסקנות נייר עמדה של מכון כתר, אשר מבוסס על מאמר זה. שאר המובאות בשמו במאמר לקוחות מאותו המכתב. המכתב מצורף בשולי מאמר זה.

14. בדומה לגישה המשפטית החילונית שהבאנו לעיל בשם קלזן.

15. כך הורו בעל-פה הרב דב ליאור, בכנס דיינים לדיני ממונות, בנוגע לשאלה האם מותר לחנות במקום אסור מתוך מוכנות לשלם קנס אם האדם ייתפס או לאו, והרב יעקב אריאל בנוגע לחוקי תעבורה, במקרים שבהם נראה בעליל כי במעבר עליהם אין כל סיכון לאדם העובר ולאחרים (כגון הליכה על הכביש ביום הכיפורים).

ה. חובת ציות לחוקים בעלי משמעות סטטוטורית

כפי שהסקנו, המנהג שלא לשמור על חוק מסוים, באופן כללי או במצב מסוים, אינו סותר את מחויבותו ההלכתית של האדם שומר תורה ומצוות לשלטון החוק. אולם יש להסתייג מאמירה זו באופן ברור, ולומר כי מעיקרון זה יש למעט חוקים בעלי משמעות סטטוטורית, דהיינו חוקים הקובעים זכות פרטית או ציבורית על ממון, וברור כי על פי ההלכה גזל של אותו ממון אסור מן התורה.¹⁶ מכאן יש להסיק כי אם החוק קובע כי רכוש מסוים שייך לציבור, ולחוק זה ישנו תוקף מ'דינא דמלכותא', הרי שהחזקה ברכוש זה על ידי אדם פרטי אסורה מדאורייתא מדין גזל. וכן נראה מפסק הרמב"ם (הל' גזלה ואבדה פ"ה הי"א):

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, ולא עוד אלא שהוא עובר המבריח ממכס זה מפני שהוא גוזל מנת המלך, בין שהיה המלך גוי בין שהיה מלך ישראל.

ומאידך גיסא פסק הרמב"ם (הל' גזלה ואבדה פ"ה הי"ז):

מלך שכרת אילנות של בעלי בתים ועשה מהן גשר מותר לעבור עליו וכן אם הרס בתים ועשה אותן דרך או חומה מותר ליהנות בה וכן כל כיוצא בזה שדין המלך דין.¹⁷

כמו כן אם החוק קובע דרכים מסוימות להעביר בעלות, הרי שפגיעה בבעלות זו אסורה מדאורייתא משום גזל, כפי שפסק הרמב"ם (הל' זכיה ומתנה פ"א הט"ו):
אם דין אותו המלך ומשפטו שלא יזכה בקרקע אלא מי שכותב בשטר או הנותן דמים וכיוצא בדברים אלו, עושין כפי משפט המלך, שכל דיני המלך בממון על פיהן דנין.

נעיר כי כל הדוגמאות המובאות בבבלי בנוגע ל'דינא דמלכותא' נוגעות לחוקים בעלי נפקות ממונית, הנוגעים לדיני קניינים או לדיני מיסוי, ואין דוגמאות כלל לדינים מהתחום הפלילי אשר אין להן נפקות ממונית.

16. עיין בשערי יושר לר' שמעון שקאפ (שער ה פ"א), המתרץ את קושיית המהר"י באסאן (מובאת בכנסת הגדולה, חו"מ סי' כה אות ז) ומבאר כי כאשר התורה אסרה באיסור חמור לגזול, היא לא באה להתערב בשאלה כיצד קובעים בעלות. שאלה זו צריכה להיות מוכרעת במסלול משפטי נפרד. אחרי שהוכרעה שאלה זו ברמה המשפטית, באה התורה ואומרת כי החזקה בממון שמבחינה משפטית שייך לאדם אחר אינה אלא גזל.

17. לאור דברים אלו הקשה בעל משנה למלך על דברי הכס"מ (הל' גזילה ואבידה פ"ה הי"א), הסובר כי אין בהעלמת מס משום גזל אלא רק משום חילול ה'.

ו. מקרה מבחן - עבודת ילדים בחופשת הקיץ

ילדים ונערים רבים היוצאים לחופשת הקיץ ממלאים את זמנם הפנוי בעבודות שונות, כגון: שמטרפות לתינוקות, קייטנות לילדים קטנים, שטיפת מכוניות של השכנים, עזרה במשקים חקלאיים ועוד. במקרים רבים, עבודות אלו נעשות באופן רשמי בניגוד לחוק,¹⁸ שכן החוק אוסר באופן גורף כל העסקה של ילד מתחת לגיל 15 במהלך שנת הלימודים¹⁹ ומתחת לגיל 14 אפילו בחופשת הלימודים.²⁰ כמו כן, החוק אוסר באופן גורף על כל נער ונערה מתחת לגיל 18 לעבוד בכל עבודה אחרי השעה 20:00 בשנת הלימודים, ואחרי השעה 22:00 במהלך החופשה.²¹ בפועל, חוקים אלו אינם נשמרים ואינם נאכפים במהלך חופשת הקיץ, ולגבי חלק מן העבודות כגון שמטרפות, גם לא במשך השנה. ילדות המסיימות כיתה ז' פותחות בביתן קייטנה לילדים צעירים, נערים בגילאי 13-14 שוטפים מכוניות לפרנסתם, ונערות בגיל 17 שומרות על תינוקות גם אחרי השעה 22:00.²² כפי שביארנו לעיל, ראשית כול יש לבחון אם לחוק זה ישנו תוקף הלכתי, לאור העובדה שלכאורה עוסק הוא במערכת יחסים ממונית שבין אדם לחברו (הצער). בחינה זו תיעשה באמצעות השאלה אם קיים עניין ציבורי בחוק זה או שנובע הוא מניסיון להשלת תפישה משפטית זרה על מערכת יחסים ממונית בין שני אנשים. כאשר באים אנו לבחון את חוק עבודת הנוער, הרי ברור שהעניין הציבורי העומד מאחוריו טוב וראוי, שכן בא הוא לשמור על ילדים ממצבי ניצול ועבודות ולהעניק להם אפשרות לילדות בריאה ולרכישת השכלה נאותה, ובוודאי יש לו תוקף הלכתי. אמנם, כפי שאמרנו לעיל, יש להסתפק אם יש לתת תוקף הלכתי לכל המקרים שהחוק נוגע אליהם, ללא הפעלת שיקול דעת, או שיש להפעיל שיקול דעת סביר, ולקבוע כי במקרים שבהם קיומו של החוק אינו מוסיף ל'תקנת הציבור' ואולי להפך, אין לחוק תוקף הלכתי. נראה כי זה המצב במקרים שלפנינו, שכן הימנעות מעבודה

18. חוק עבודת הנוער תשי"ג.

19. כך קובע סעיף 2 לחוק זה, תחת הכותרת 'גיל עבודה': 'לא יועבד ילד שעדיין לא מלאו לו 15 שנה...'

20. כך קובע סעיף 2א. לחוק זה תחת הכותרת 'עבודה בחופשת לימודים': 'ילד שמלאו לו 14 שנה, מותר להעבידו בתקופת חופשת לימודים רשמית על אף האמור בסעיף 2, בעבודות קלות שאין בהן כדי להזיק לבריאותו ולהתפתחותו.'

21. כך קובע סעיף 24 לחוק זה תחת הכותרת 'איסור עבודת לילה': '(א) נער לא יועבד ולא ירכול בלילה. (ב) בסעיף זה, 'לילה', לגבי ילד וצעיר שחוק לימוד חובה, התש"ט-1949, חל עליהם - פרק זמן של 12 שעות שבין 20:00 ובין 08:00 ולגבי צעיר שחוק חינוך חובה, התש"ט-1949, אינו חל עליו, פרק זמן של 10 שעות שבין 22:00 ובין 06:00.'

22. לדברי בני פפרמן, מנהל המינהל למחקר, תכנון וכלכלה במשרד התמ"ת, למעלה מ-12% מהילדים בגילאי 15-11 עובדים.

(פורסם ב-<http://www.inn.co.il/News/News.aspx/185653>). הנתונים אינם מבחינים בין שנת הלימודים לחופשת הלימודים, אולם על פי החוק בגילאים אלו גם העסקה בחופשה אסורה.

בחופשת הקיץ עשויה לגרום לבטלה בקרב בני הנוער, ולה תוצאות חינוכיות קשות. הימנעות מעבודה גם פוגעת בחינוכם של בני נוער להעריך עמל ולהשיג ממון ביושר.

אולם, גם אם נניח כי חוק זה תקף במלואו מן הבחינה ההלכתית, וחל עליו הכלל 'דינא דמלכותא דינא', הרי שלאור דברינו לעיל, הואיל והציבור הרחב אינו מקפיד כלל על מגבלות אלו של העסקת ילדים בחופשת הקיץ, או של העסקת שמרטפית אחרי השעה 22:00 בלילה אפילו במשך שנת הלימודים, וכמו כן רשויות המדינה אינן עושות דבר לאכיפתן, הרי שגם לפי ההלכה רשאי האזרח שלא להקפיד עליהן (אם כי במקרה שחוק זה ייאכף, והוא ייתפס, הוא יהיה חייב לשלם את הקנס אשר יושת עליו).

הרב יעקב אריאל (מכתב)

לכבוד הרב אורי סדן שליט"א

רב המושב נוב

שלום וברכה

אני מסכים למסקנתך והרי לך להוסיף כמה דברים בגדר 'דינא דמלכותא דינא'.
דין המלוכה מוכר ע"י התורה אך אינו הופך בכך לדין התורה ממש, הוא נשאר דין המלכות. לדוגמא, כשאדם מסופק בדין תורה אנו אומרים ספקא דאורייתא לחומרא, וראוי להדר במצות התורה לפני משורת הדין. האם גם בדין המלך ספיקא לחומרא? וכשהמלך מטיל לדוגמא על האזרח להוביל משא מיל, אם הוא יר"ש, האם רצוי שיוביל שני מיל? או אם המלך מטיל מס מסוים האם ראוי לשים יותר מהנדרש בחוק, כמו שמצינו בתרומה, עין יפה לעומת עין רעה?
חוק המלכות עצמו קובע שאין האדם צריך לשלם מס מעבר לנדרש בחוק. אדרבה, הוא רשאי להתייעץ עם יועץ מס שיייעץ לו כיצד לשלם פחות ככל האפשר (במסגרת החוק כמובן).

וכך שנינו במסכת בבא מציעא (מו ע"ב):

תנן: כל המטלטלין קונין זה את זה. - ואמר ריש לקיש: ואפילו כיס מלא מעות בכיס מלא מעות. - תרגמא רב אחא: בדינר אנקא ואניגרא, אחד שפסלתו מלכות ואחד שפסלתו מדינה.

וכן פסק הרמב"ם הלכות מכירה (פ"ו ה"ו):

וכן מעות הרעות שפסלתן מלכות או המדינה או דינרין שאינן יוצאין באותה מדינה ואין נושאין ונותנין בהן עד שמשנין אותן למטבע אחר, הרי הן כפירות לכל דבר ונקנין בקנין, וקונין את המעות, ואין המעות קונות אותן כשאר כל הפירות.

וכן נפסק ב'שלחן ערוך' (חו"מ סי רג סעי' ח). מבואר אפוא שלמרות שהמלך מכיר במטבע, אם פסלתו המדינה אין לו דין מטבע אלא דין פירות. כלומר ההלכה מכירה במנהג המדינה גם כשהוא מנוגד לדין המלך.

ויש להטעים זאת יותר עפ"י מש"כ הרמב"ם (בפ"ה מה' גזלה הלכה יח):

במה דברים אמורים במלך שמטבעו יוצא באותן הארצות שהרי הסכימו עליו בני אותה הארץ וסמכה דעתן שהוא אדוניהם והם לו עבדים אבל אם אין מטבעו יוצא הרי הוא כגזלן בעל זרוע וכמו חבורת ליסטים המזויינין שאין דיניהן דין וכן מלך זה וכל עבדיו כגזלן לכל דבר.

וראה ביאור הגר"א (סי' שסט) שמקורו במגילה (יד ע"א): 'עוד לא יצא טבעך בעולם...!'. מבואר אפוא שמקור הסמכות של המלך הוא הכרת העם במטבע שלו. ואם המדינה לא מכירה במטבעו של המלך אין למטבע ערך של מטבע. וה"ה לכל חוק: מקור הסמכות של חוק המלך הוא הכרת המדינה בחוק.

אמנם לשיטת תוספות המובא בר"ן (גדרים כח ע"א) מקור הסמכות הוא במלך עצמו, אך גם לדעתם החוק מקבל את סמכותו מכוח האכיפה של המלך, אך חוק שהמלך עצמו אינו אוכף ומרשה למדינה לנהוג כרצונה אינו בר תוקף. (ובמקום אחר כתבתי שגם לדעת התוספות בא"י הם מסכימים לרמב"ם, כי בא"י לא המלך הוא מקור הסמכות אלא העם, וכמש"כ שם הר"ן, שהרי לא ייתכן שבא"י תשרור אנרכיה). ובשיחתנו בע"פ הבאתי לך את העובדה שביוכ"פ נוהג כל הציבור ללכת באמצע הכביש גם באור אדום, למרות שחוקי התעבורה נוהגים גם ביוכ"פ, אך מנהג הציבור קובע את סמכות החוק.

יעקב אריאל

הרב הלל גפן

דיני הוצאת היתר פנייה לערכאות¹

א. הוצאת היתר פנייה לערכאות על פי ה'שלחן ערוך' ונושאי כליו

לפני שנבחן את השאלות המעשיות, נסקור את דיני הוצאת היתר פניה לערכאות כפי שהן כתובות ב'שלחן ערוך' (חושן משפט סימן יא).
על פי ה'שלחן ערוך', מזמינים את הנתבע לדין תורה שלוש פעמים, ואם הוא לא מופיע אזי הוא מוגדר סרבן (שו"ע, חו"מ סי' יא סעי' א):

כיצד מזמינים בעל דין לדין, שולחים לו בית דין שלוחם, שיבא ליום המזומן לדין. לא בא, מזמינים אותו פעם שנית. לא בא, מזמינים אותו פעם שלישית. לא בא, ממתנינים לו כל היום. לא בא, מנדין אותו למחרתו. במה דברים אמורים, במי שהיה בכפרים ויוצא ונכנס; אבל מי שהוא מצוי בעיר, אין קובעים לו זמן אלא פעם אחת, ואם לא בא כל אותו יום, מנדין אותו למחרתו. והשליח ב"ד נאמן לומר: הקלני, או הקלה הדין, או לא רצה לבא לדין, ומשמתין (פירוש הנדוי או החרם שם מיתה) אותו על פיו.

מדברי ה'שלחן ערוך' עולה שאדם שנמצא בעיר ולא הגיע אחרי ההזמנה הראשונה - נחשב סרבן. כמו כן, אדם שאמר לשליח בית הדין שאיננו מתכוון להגיע ('לא רצה לבוא') - מוגדר סרבן. התגובה של בית הדין במקרה של סירוב היא נידוי.

לפי חלק מן הראשונים,² הזמנה שלוש פעמים מיועדת לנתבע שאינו מצוי בעיר אלא נכנס ויוצא לעסקיו, וכן פסק 'שלחן ערוך'. אבל לאישה המצויה בעיר, די בהזמנה פעם אחת, ואם לא באה הרי היא בחזקת סרבנית מיד. לשיטתם, לאו דווקא אישה, אלא הוא הדין לכל נתבע המצוי בעיר, שמוגדר סרבן אם לא נענה להזמנה ראשונה. לעומת זאת, לפי הרא"ש,³ החילוק הוא בין איש, שטרוד בעבודתו, לבין אישה, שיושבת בביתה. בספר 'אורים ותומים'⁴ נכתב שלפי שיטה זו נהגו להזמין כל נתבע שלוש פעמים, בין אנשים ובין נשים, גם כשהם מצויים בעיר. זאת כיוון שבזמן הזה כולם טרודים בעבודתם לצורך הפרנסה, וגם נשים נושאות ונותנות בתוך הבית; והסכים עמו בעל 'נתיבות המשפט'.⁵

ב'שלחן ערוך' לא נאמר שההזמנה צריכה להיות בכתב, ומשמע ששליח בית הדין אומר בעל פה לנתבע שהוא מוזמן לדין. למרות זאת, נהגו גם בעבר להזמין את

1. מתוך נייר העמדה שהוצג בכנס הדיינים תשע"ד בנושא זה.
2. רשב"א, ב"ק קיג ע"א, בשם ר"ח; רמ"ה, בשיטה מקובצת, שם; רמב"ם, הל' סנהדרין פכ"ה ה"ח.
3. רא"ש, בבא קמא פ"י סי' ח. ההבדל בין השיטות תלוי בגרסת הגמרא. הרשב"א והרמב"ם גורסים 'וה"מ גברא דאניס וליתיה במתא', ואילו הרא"ש גורס 'וה"מ גברא דטריד בעבידתיה'.
4. אורים ותומים, אורים סי' יא ס"ק ד.
5. נתיבות המשפט, חידושים סי' יא ס"ק ד.

הנתבע בכתב, כפי שמשמע ב'שלחן ערוך' (חו"מ סי' יא סע' ו): 'הדיין יכול לחתום בשטר הזמנה מן הצד' (בניגוד לעדי שטר, שחותמים למטה ולא מן הצד).

ההזמנה צריכה להיות באופן שיהיה ברור לנתבע שהוא מוזמן על ידי בית דין, ולכן שליח בית דין שהזמין בשם אחד מן הדיינים, 'לא אמר כלום'. צריך לפרט מי הוא התובע,⁶ כדי שיוכל הנתבע להיזכר אם יש לו לעשות כלום ויפייסנו, וגם כדי שיתן אל לבו מה שיריב לו בדין.⁷ יש אומרים שצריך גם לפרט את מהות התביעה, וכל זמן שהתובע אינו רוצה לגלות לו אופן תביעתו, הנתבע אינו מחויב לבוא עמו לדין כלל.⁸ ויש סוברים שהתובע רשאי שלא לגלות לנתבע מהי תביעתו עד שיבוא עמו לדין.⁹ ר' יהונתן אייבשיץ¹⁰ הכריע שחייבים לגלות לנתבע את סכום התביעה, אבל אין חייבים לברר לו מדוע הוא חייב לו.

'מאזניים למשפט'¹¹ חילק באופן שונה במקצת, וכתב שעל התובע לומר את עיקר התביעה שיש לו, כדי למנוע מהנתבע זילותא דבי דינא אם יסכים לשלם בלא דיון או יוכיח לתובע שהוא טועה, אבל אין התובע צריך לגלות את הטענות שיש לו על התביעה.

ה'שלחן ערוך' והרמ"א עסקו בשאלה מה נחשבת 'מסירה כדין' של ההזמנה לדין (שו"ע חו"מ סי' יא סעי' ג):

מי שהוא במדינה והלך שליח בית דין ולא מצאו, אין קובעים לו זמן עד שימצאו השליח ויאמר לו. היה בכפר, אם דרכו לבא באותו היום, אומר השליח אפילו לאחד מהשכנים, אפילו אשה אם יבא פלוני, הודיעוהו שבית דין קבעו לו זמן שיבא היום לבית דין, ואם לא בא מנדין אותו לערב. (וכ"ש על פי שליח בית דין, אף על פי שלא חזר ואמר: עשיתי שליחותי). במה דברים אמורים, כשאינו בדרך שדרכו לילך בה על מקום בית דין, אבל אם דרכו עליהם, אין מנדין אותו עד שיודיעו השליח בעצמו, שמא לא אמרו לו השכנים, שהרי הם אומרים: דרכו על פתח בית דין, וכבר הלך (אליהם) ונפטר. וכן אם לא בא במדינה עד למחר, אין סומכים על השכנים, שמא שכחו ולא אמרו לו. **הגה:** וכן אם היה בעיר, אין סומכין על השכנים, שיאמרו: שמא השליח ב"ד מצאו ואמר לו (טור).

ה'שלחן ערוך' מדגיש שיש הכרח שההזמנה תגיע לידי הנתבע. אולם במקרים מסוימים ניתן לסמוך על כך ששכנים יעבירו לנתבע את המסר.

6. מועד קטן טז ע"א; שו"ע, חו"מ סי' יא סעי' ב.

7. ריטב"א, מועד קטן טז ע"א.

8. ש"ך, חו"מ סי' יא ס"ק א; נתיבות המשפט, שם.

9. שו"ת באר שבע, סי' נד, מובא בש"ך שם. הסכים עמו שו"ת שבות יעקב, ח"א סי' קמג.

10. אורים ותומים, אורים סי' יג ס"ק א.

11. מאזנים למשפט, סי' יא ס"ק א.

ב. זימון לדין בעזרת שירותי הדואר או שליחות

כאמור לעיל, ב'שלחן ערוך' ונושאי כליו מובא שבית הדין שולח שליח לנתבע. גם תקנות הדיון של בתי הדין הרבניים שנהגו עד שנת תשנ"ג, העדיפו שההזמנה לדין תימסר על ידי שליח בית הדין, ורק כאשר הדבר אינו אפשרי - תישלח ההזמנה בדואר. אולם למעשה, העומס של משלוח ההזמנות גרם לכך שהמשלוח בדואר היה לאמצעי הקבוע והמקובל. הרב מרדכי אליהו במאמרו 'יחס ההלכה לחוקי המדינה'¹² כתב שיש לעגן את ההסדר הזה בתקנה, ומועצת הרבנות הראשית בשיתוף חברי בית הדין הגדול מוסמכים לתקן תקנות לסדרי בתי דין. הצעות ברוח זו הועלו כבר בשנת תשי"ב בוועדה לתקנות הדיון,¹³ אך לא התקבלה החלטה.¹⁴

תקנות הדיון של בתי הדין הרבניים משנת תשנ"ג (תקנה לט) מאפשרות גם הזמנה בדואר רשום עם אישור מסירה. חתימת הנמען היא ראייה לכך שההזמנה הגיעה לידי, והנוהל הוא שמצרפים את העתק ההזמנה ואישור המסירה לתיק התביעה. במקרה שהנתבע סירב לקבל את ההזמנה, פקיד הדואר רושם שהנמען סירב לקבל את דבר הדואר, וזוהי ראייה לכך שהוא מודע להזמנה לדין.

בפועל, סומכים על טופס מסירת הזמנה החתום על ידי פקיד דואר, אף שהוא אינו מוכר לבית הדין אישית, אף שהוא עד יחיד, וייתכן שהוא אף אינו יהודי. הרב מרדכי אליהו (שם) כתב שיש לעגן הסדר כזה בתקנה, על פי הדין 'אומן לא מרע אומנותיה', כלומר, אומן מקפיד לומר את האמת בעבודתו, כדי לא לפגוע באמינותו ובעסקיו.¹⁵ על פי העיקרון הזה נכתב בשו"ת 'אגרות משה'¹⁶ שאם בית דין שלח למורדת שלוש הזמנות ושליח הדואר רשם שסירבה לקבלן - השליח נאמן, כיוון שחזקה על אומן שאינו מרע אומנותו. ואין חוששים שמא היא הייתה מוכנה לקבל את ההזמנה והוא התעצל ולא מסר לה, וטעם הדבר הוא משום שפקיד הדואר חושש שמא האישה תתלונן עליו בערכאות, והוא עלול לאבד את משרתו.

לסיכום, מותר לשלוח הזמנה לדין בעזרת שירותי הדואר או בעזרת חברת שליחויות, כמו כן, מותר להסתמך על הדיווח של השליח לגבי תגובת הנמען.

12. הרב מרדכי אליהו, 'יחס ההלכה לחוקי המדינה', תחומין ג עמ' 245.

13. ע"י הרב ברוך רקובר, הרב יואל קלופט והרב ברוט.

14. ראו פירוט בספר 'סדר הדין', אליאב שוחטמן, עמ' 365 הערה 39.

15. בעניין נאמנות קפילא לטעום תערובת - חולין צז ע"א; תוספות שם, ד"ה סמכין; כך כתב גם הרשב"א בתוה"א בית ד שער א; הר"ן חולין דף לד ע"א בדפי הרי"ף; ב"י, יו"ד סי' צח. אמנם יש ראשונים שהסבירו שטעם הנאמנות אינו בגלל אומנותו של הנכרי, אלא מפני שמדובר במסיח לפי תומו, ורק אורחא דמילתא הוא ש'קפילא' הוא זה שיודע להבחין בטעמים.

בעניין נאמנות נכרי לומר שהוא מוכר יין רימונים - שו"ע, יו"ד סי' קיד, סעי' ה.

בעניין ריפוי ע"י רופא נכרי - שו"ע, יו"ד סי' קנה, וש"ך לשו"ע שם, ס"ק ג.

16. אג"מ, אה"ע ח"ג, סי' כט; וכך כתב גם פרופ' שוחטמן, סדר הדין עמ' 365.

ג. מסירת הזמנה לדין לידי ילד של הנתבע או לידי אשתו

במקרים רבים השליח אינו מוצא את הנתבע או הנתבעת בביתם והוא מוסר את ההזמנה לאחד מבני הבית, ואף לילדים. האם מסירה כזו תקפה? כאמור, ב'שלחן ערוך' נפסק על פי הגמרא (בבא קמא קיב ע"ב) שמותר למסור את ההודעה (בעל פה) על ההזמנה לדין בעזרת שכנים (שו"ע, חו"מ סי' יא סעי' ג):

מי שהוא במדינה והלך שליח בית דין ולא מצאו, אין קובעים לו זמן עד שימצאו השליח ויאמר לו. היה בכפר, אם דרכו לבא באותו היום, אומר השליח אפילו לאחד מהשכנים, אפילו אשה אם יבא פלוגי, הודיעוהו שבית דין קבעו לו זמן שיבא היום לבית דין, ואם לא בא מנדין אותו לערב. (וכ"ש על פי שליח בית דין, אף על פי שלא חזר ואמר: עשיתי שליחותי).

כלומר, אפשר לסמוך על השכנים או על אשתו של הנתבע¹⁷. אמנם ה'דרישה'¹⁸ הקשה כיצד אנו סומכים כאן על 'חזקה שליח עושה שליחותו', הרי בגמרא (עירובין לא ע"ב) יש ספק בדבר תוקפה של חזקה זו, ולכן נפסק שהיא מועילה רק בדיני דרבנן, ואילו בדיני תורה אין סומכים עליה! לפי ה'דרישה', אכן גם כאן איננו סומכים לגמרי על חזקה זו, ולא נוציא ממון על פיה, והיא מועילה רק לעניין נידוי שמנדים את הנתבע.

בספר 'אורים ותומים'¹⁹ נכתב שלעניין הזמנה לדין, 'חזקה שליח עושה שליחותו' מועילה מן התורה, כיוון שאין זו שליחות של כל אדם אלא של בית הדין. גם כאשר שליח בית הדין אומר לשכנים שימסרו לנתבע שהוא הוזמן לדין, הוא אומר להם שזו שליחות של בית דין, ולכן אפשר להניח שודאי גם השכנים עשו את שליחותם. כאמור, ב'שלחן ערוך' ישנם מקרים שבהם אין אנו סומכים על השכנים שיאמרו לנתבע שהוא מוזמן לדין, כגון כאשר הנתבע מצוי בעיר, שאז השכנים מניחים ששליח בית דין ודאי מצאו ואמר לו.

אמנם יש להעיר שהדברים מתאימים יותר לזמן הגמרא, שההזמנה לדין נמסרה בעל פה. אבל בימינו יש כתב הזמנה, ואם הוא נמסר לידי השכנים, הם יודעים ששליח בית דין אינו יכול עוד למסרו לנתבע והדבר מוטל עליהם. גם החשש שמא השכנים שכחו למסור את ההזמנה קטן, כיוון שכתב ההזמנה נמצא בידם ומזכיר להם לעשות את שליחותם²⁰.

מהביטוי 'חזקה על שליח שעושה שליחותו', משמע שהשכנים הם שליחים של בית הדין, שהשליחות של שליח בית דין הועברה אליהם. מכאן שניתן להיעזר רק

17. שיטה מקובצת, בבא קמא קיב ע"ב.

18. דרישה, חו"מ סי' יא ס"ק ד.

19. אורים ותומים, אורים סי' יא ס"ק ט.

20. מקורות לתקנות הדיון, תש"ך, עמ' 37. הדברים מובאים בספר סדר הדין, לפרופ' שוחטמן, עמ' 363.

בגדולים ולא בקטנים, כיוון שאין שליחות לקטן. וכך נקבע בתקנות הדיון תשנ"ג (סעיף מ):

(1) שליח בית-הדין ימסור את ההזמנה למוזמן בכל מקום שהוא מוצא או פוגש אותו. (2) סירב המוזמן לקבל את ההזמנה מידי שליח בית-הדין או שקיבלה וסירב לחתום, ירשום השליח את דבר הסירוב בכתב על הטופס שהוא מחזיר לבית-הדין. (3) לא מצא שליח בית-הדין את המוזמן, ימסור את ההזמנה בדירת המוזמן לידי **אחד מבני-ביתו הבוגרים** או במקום עסקו לידי אחד מהעובדים בו או לאחד משכניו הקרובים; יחתים את מקבל ההזמנה וירשום בה את שמו המלא של המקבל וקרבתו או יחסו אל המוזמן וזמן מסירתה; ואם סירב המקבל לחתום, ירשום את דבר הסירוב.

לסיכום, אפשר למסור את מכתב ההזמנה לדיון לאחד מבני ביתו הבוגרים של הנתבע, ויש ליידיע את מקבל ההזמנה שמדובר במכתב הזמנה של בית הדין, או לכתוב על המעטפה: 'הזמנה לדיון'.

ד. דרישה מהנתבע לחתום על הסכם בוררות מראש לפני הדיון

כאמור לעיל, לפי הנוהל המתואר ב'שלחן ערוך', מזמינים את הנתבע לדיון שלוש פעמים, ואם לא בא - הוא יוגדר סרבן. בפועל, יש נתבעים שמנצלים את ההליך כדי להתיש את התובע.²¹ בינתיים נגרם נזק לתובע וטרחה שלא לצורך לו ולדיינים, שבאו לשווא רק כדי לראות שהנתבע לא הופיע לדיון. לפעמים הנוהל הזה גורם לכך שהתובע לא ינסה לתבוע בדיון תורה, אלא יפנה לערכאות, ולפעמים התובע מתייאש מתביעתו אף על פי שהיא מוצדקת. בנוגע לצורך להזמין שלוש פעמים, נכתב בספר 'מאזניים למשפט'²² שדווקא לעניין נידוי, שהוא חמור, צריך התראה שלוש פעמים, אבל כל בית דין שבדור יכולים לתקן קנסות למי שלא בא בפעם הראשונה לדיון, אלא אם כן שלח התנצלות סבירה לבית דין. גם הרב יעזר אריאל כתב שאם ברור שקיבל הזמנה ומסרב לה - די בהזמנה אחת.²³

בנוגע לצורך להזמין את הנתבע לדיון, טען הרב משה שלום שור שניתן לדרוש מהנתבע לחתום על הסכם בוררות לפני קביעת דיון, וזאת מהנימוקים הבאים:

א. ייתכן שהצורך בהזמנה שלוש פעמים נדרש רק כדי לנדות את הנתבע, אבל כדי להתיר פניה לערכאות די בהזמנה אחת. כך הוא מדייק מלשון ה'שלחן ערוך' (חו"מ סי' כו סעי' ב): 'אם לא רצה [הנתבע] לבוא [לבית הדין] נוטל [התובע] רשות מבי"ד

21. הרב משה שלום שור, 'בענין הזמנה לדיון', בית אהרן וישראל, שנה טז, גליון צה סיון-תמוז תשסא, עמ' עג. דבריו הובאו בספר 'סדר הדיון', פרופ' שוחטמן, עמ' 371.

22. מאזניים למשפט, סי' יא ס"ק א.

23. הרב יעזר אריאל, דיני בוררות, עמ' רעו; ראו בשו"ת מנחת יצחק, ח"ט סי' קנה, שכתב שאם הנתבע הוא מחלל שבת שמוחזק לסרב לדיון, נהוג ששולחים לו הזמנה אחת ומתרים בו שאם לא יבוא לדיון תינתן לתובע רשות ללכת לערכאות.

ומציל בדיני גויים'. ב'שלחן ערוך' לא הוזכר שיש צורך בהזמנה שלוש פעמים, אלא אם הנתבע לא רצה לבוא אחרי הזמנה אחת, מתירים לתובע להציל בערכאות.

ב. גם לצורך נידוי, נדרשה הזמנה שלוש פעמים משום 'דרכיה דרכי נועם', שלא לנדות את הנתבע מיד, עד שיתברר מעל כל ספק שהוא ראוי לכך. אבל לא התכוונו לאפשר לנתבע להתיש את התובע, שהרי גם זה אינו 'דרכי נועם'.

ג. הצורך בהזמנה שלוש פעמים הוא משום שייתכן שהנתבע היה טרוד מאוד בזמן שנקבע לו ולא יכול היה לבוא או להודיע. אבל בימינו אמצעי התקשורת השתכללו, ואין סיבה שהנתבע לא יוכל להודיע אם יש לו אונס שמונע ממנו לבוא לדין. משום כך, נתבע שלא הופיע לדיון ולא הודיע על כך שאירע לו אונס המונע ממנו להופיע, יש לראות בו סרבן דין.

ד. הטעם של טרדה שייך כאשר הנתבע צריך לבוא בזמן שנקבע לו, וייתכן שבדיוק אז הוא היה טרוד. אבל אם מודיעים לו שעליו לחתום על הסכם בוררות תוך שלושים יום, לא שייך לומר שהוא טרוד, כיוון שוודאי בתוך הזמן שנקבע הוא היה יכול למצוא את הזמן הנוח לו ולחתום על הסכם הבוררות.

על פי כל זה, הרב משה שלום שור מציע שבית הדין ישלח לנתבע הזמנה בדואר רשום, לחתום בפני מזכיר בית הדין על הסכם בוררות בכל עת שיחפוץ, תוך שלושים יום, ואם לא יבוא בתוך זמן זה ייחשב לסרבן. על המעטפה יהיה כתוב באופן בולט 'הזמנה לדין', ואם פקיד הדואר יודיע שהנתבע סירב לקבל את ההזמנה, הוא ייחשב סרבן. במקרים מסוימים הנתבע טוען שהוא אינו חייב על פי ההלכה לחתום על הסכם בוררות. למשל, כאשר דיון בעניין כבר התקיים או מתקיים בבית דין אחר, או שהנתבע איננו בעל הדין. במקרים אלה יש צורך לשמוע את דברי הנתבע ואת נימוקיו לסירוב לחתום על שטר בוררות. לפיכך, יש לערוך דיון מקדים (בלא חתימה על שטר בוררות מראש) במעמד שני הצדדים שישמיעו את טענותיהם.

לסיכום, אפשר לדרוש מהנתבע לחתום על הסכם בוררות תוך זמן קצוב וסביר, עוד לפני קביעת דיון בבית הדין. במקרה שהנתבע טוען טענות שיש בהן ממש, שאיננו חייב על פי ההלכה לחתום על הסכם בוררות - יש לקיים דיון מקדים לפני חתימת הסכם בוררות. חשוב להדגיש שלפני פנייה לנתבע, על התובע לחתום על הסכם בוררות. זאת כדי למנוע מהתובע לבטל את התביעה, ולהתיש את הנתבע בתביעות בכמה בתי דין.

ה. הסתמכות על דיווח של מזכירות בית הדין על תגובת הנתבע

כאשר הנתבע נדרש לחתום על הסכם בוררות לפני קביעת דיון, התקשורת איתו נעשית על ידי מזכיר בית הדין או מזכירתו. במקרים רבים הנתבע מגיב להזמנת בית הדין בשיחת טלפון ומסרב לשלוח את תגובתו בכתב. האם יכול בית הדין להסתמך על הדיווח שקיבל ממזכירות בית הדין כדי להגדיר את הנתבע סרבן?

הרמב"ם פסק ששליח בית הדין נאמן להעיד על סירובו של הנתבע לבוא לדין (רמב"ם הל' סנהדרין פכ"ה ה"ה):

השליח נאמן כשנים לענין הנידוי, שאם אמר פלוני הקלני או הקלה הדיין או לא רצה לבא לדין משמתין אותו על פיו, אבל אין כותבין פיתחא עליו עד שיבאו שנים ויעידו עליו שנמנע לבא לבית דין.

כלומר שליח בית דין נאמן לענין הנידוי, אך אינו נאמן כדי לחייב את הנתבע ממון. רש"י²⁴ כתב ששליח בית דין נאמן כשניים, משום 'דלא משקר בבי דינא'. נשאלת השאלה האם כתב סירוב המאפשר לתובע לתבוע את ממונו בערכאות נחשב דבר שבממון, ששליח בית דין אינו נאמן בו, וממילא נצטרך שני עדים שיעידו על הסירוב?

בספר 'אורים ותומים'²⁵ נכתב בשם 'כנסת הגדולה' שאכן, צריך שני עדים, כיוון שהוא דבר שבממון. אמנם הוא כותב שלא ראה שנוהגים כך, אלא אם שליח בית דין התרה בנתבע, והנתבע אמר שאינו רוצה לבוא לבית הדין, נותנים רשות לתובע לתבוע בערכאות. ההסבר למנהג הוא לדעתו כך: בית דין, שנותנים רשות לתבוע בערכאות, אינם מחייבים את הנתבע ממון בהכרח, כיוון שלא ברור שהתובע יזכה בדין הערכאות. משום כך אין כאן אלא מילתא דאיסורא, שאסור ללכת לדון שלא בדין תורה, ובית דין מתירים את האיסור הזה על פי עד אחד, כיוון שעד אחד נאמן באיסורים. אף על פי כן הוא סיכם שיש לחוש, ולתת רשות בית דין רק על פי שני עדים. בספר 'אורח משפט'²⁶ נכתב שאם בית דין היו מתנים בפירוש ששליחם יהיה נאמן גם להוציא ממון, הדבר היה מועיל, כיוון שבכוח בית דין להפקיע ממון. הואיל ואנו רואים שהמנהג הוא לתת רשות לתבוע בערכאות על פי השליח, הרי זה כאילו התנו על הדבר. 'כסף הקדשים'²⁷ כתב שייתכן שבשליח בית דין שממונה על ידי הקהל, כולם יודו שהוא נאמן לבדו. הוא מביא ראיה לכך מההלכה של סופרי הדיינים (שו"ע, חו"מ סי' מה סע' ב; ע"פ גיטין יט ע"ב):

ראש בית דין שהיה יודע ענין השטר, וקרא לפניו הסופר שלו, הואיל והוא מאמין אותו ואימתו עליו, הרי זה חותם השטר אף על פי שלא קראו הוא בעצמו.

נימוק נוסף הוא שיש כאן מעין מילתא דעבידא לאיגלווי.

בשו"ת 'ברית אברהם'²⁸ נכתב שאם הנתבע מכחיש את שליח בית הדין וטוען שלא סירב, אין נאמנות לשליח בית הדין כנגדו. לפי זה, בית הדין לא יוכל לתת רשות לתבוע בערכאות על פי שליח בית דין, במקרה שהנתבע טוען שלא סירב. נראה שמזכיר בית הדין או מזכירתו במסגרת תפקידם, דינם כשליח בית דין שנאמן לומר

24. רש"י, בבא קמא קיב ע"ב, ד"ה מהימנינן.

25. אורים ותומים, אורים סי' כו ס"ק ז.

26. אורח משפט, להגרש"ד אנאליק, סי' כו ס"ק ב.

27. כסף הקדשים, על חו"מ סי' כו סע' ב.

28. ברית אברהם, יו"ד סי' סג סע' ז.

על הנתבע שסירב לבוא לדין. הנימוקים שהוזכרו לגבי שליח בית דין שייכים גם במזכיר או מזכירה של בית הדין לממונות. לכך יש להוסיף שבמקרה שהמזכירים הם עובדים קבועים של בית הדין, יש גם טעם נוסף, ש'אין אומן מפסיד אומנותו', שהרי אם יתברר ששיקרו - השקר יפגע בהמשך העסקתם. וודאי שהם אינם גרועים מדוור נכרי, שכאמור ניתן לסמוך על דיווח שלו שהנתבע סירב לקבל את ההזמנה לדין. כשם שאנו אומרים שפקיד הדואר לא יפסיד את אומנותו ולכן חזקה שלא ישקר, כך גם מזכירי בית הדין ייזהרו לא להפסיד את מקום עבודתם. על פי זה הם יהיו נאמנים גם לעניין ממון, ובוודאי שאפשר יהיה להסתמך עליהם כדי להתיר לתובע לתבוע בערכאות.

ו. דינו של נתבע שאינו משיב לפניית בית הדין

כאמור לעיל, אפשר לדרוש מהנתבע לחתום על הסכם בוררות לפני קביעת מועד לדיון. במקרה של סירוב של הנתבע, בית הדין יתיר לתובע לפנות לבית המשפט. אלא שחלק מהנתבעים בוחרים שלא להגיב על פניית בית הדין, הם אינם מודיעים על סירוב להתדיין בדין תורה אלא מתעלמים מהפנייה אליהם. האם התעלמות כזו היא בגדר סירוב לדין תורה?

ככלל, אין אפשרות לאדם להתחמק מן הדין, והוא אינו רשאי שלא להגיב על הזמנת בית הדין. וכך כתב הרמ"א (חו"מ סי' יא סע' א, בשם מהרי"ק שורש יא):
מי שלא יוכל לבא לבית דין, כי צריך לילך למרחקים, יש להודיע לבית דין ולשום התנצלותו ולבקש זמן אחר; ואם לא עשה, מנדין אותו, אף על פי שלא היה יכול לבא.

כלומר: גם אדם שאינו יכול להגיע לדיון מחמת אונס, אינו יכול להתעלם מההזמנה לדיון שקיבל, ועליו להודיע לבית הדין על כך.

ברוח זו כתב הרב משה שלום שור,²⁹ שמי שמתעלם מפניית בית הדין, על אף שהיו לו שלושים יום לחתום על שטר הבוררות, הרי הוא מזלזל בבית הדין ואפשר לנדות על כך; ובוודאי שאפשר להתיר לתובע להוציא את ממונו בכל מקום. אמנם, הרמ"א (חו"מ סי' יד סע' ג) כתב: 'וכל מקום שאינו צריך לבא לפניו לדון, אין צריך לחוש כלל להזמנתו, ואין צריך לבא כלל'. כלומר, הנתבע אינו חייב להגיב על תביעה שהוגשה בבית דין שהוא אינו מחויב להתדיין בפניו. תופעה כזו מצויה מאוד, למשל, כאשר אין בית דין בעירו של הנתבע והתביעה מוגשת בבית דין הנמצא בעיר אחרת, שהנתבע אינו חייב להתדיין בו. דוגמא נוספת מביא הרב יהודא סילמן:³⁰ שלושה אברכים הזמינו אישה מעיר אחרת לדין בפניהם, וכיוון שלא הגיבה כתבו עליה כתב סירוב. הרב סילמן קובע, על פי דברי הרמ"א, שאין תוקף לכתב הסירוב, כיוון שבעירה של האישה יש בית דין קבוע, ולכן אין היא חייבת להתדיין בפני אותם

29. ראו בהערה 21.

30. הרב יהודא סילמן, דרכי חושן, חלק א עמ' יב.

אברכים, וממילא היא אינה צריכה להשיב כלל להזמנתם. על פסק הדין של הרב סילמן יש להקשות ממקור דברי הרמ"א ב'ספר התרומות' (שער ג חלק ח אות ו, הובא בבית יוסף חו"מ סי' יא):

הענין הראשון אם שלחו ב"ד שלוחים שיבא לפניהם לדון עם בעל דינו ומרד על מצותם, אם הדיינין אינן מומחין, כלומר שלא המחום רבים עליהם יכול הוא לומר אין רצוני לבא לפניכם אך אלך לפני אחרים שהן בעיר הזאת ואדון לפניהם שהן מומחין כמותכם או יותר מכם.

אמנם 'ספר התרומות' כותב שהנתבע יכול לדרוש להתדיין בבית דין מומחה, אולם, הוא אינו כותב שהנתבע יכול להתעלם מפניית בית הדין, גם אם איננו מומחה. אמנם, הגר"א ציין מקור נוסף מגמרא (סנהדרין ח ע"א), שאם שליח בית דין הזמין לדין בשם דין אחד, ולא בשם של שלושת הדיינים, 'לא אמר כלום'. והרא"ה קוק זצ"ל³¹ ביאר את כוונת הגר"א, שמהמילים 'לא אמר כלום' משמע שהנתבע כלל אינו צריך להגיב לפנייה, בניגוד למי שלא בא לדין מחמת אונס, שצריך להודיע לבית דין ולשום התנצלותו, ולבקש זמן אחר, כפי שהובא לעיל. הרב שי"ל לנדסמאן³² כתב שהרמ"א התכוון רק למקרה שבית הדין שלח הזמנה כדי לחייב את הנתבע לדון **דווקא** בפניו, ועל כך אמר שהנתבע אינו חייב לענות. אבל אם בית הדין מזמין את הנתבע לדון בפני כל בית דין שראוי לכך, ורק מפקח על כך שהנתבע לא ישתמט מן הדין, הרי זה בסמכותו, והנתבע חייב לענות לו גם אם הוא רוצה להתדיין בבית דין אחר. לפי זה, אם בית הדין דורש מהנתבע לחתום על הסכם בוררות או להודיע האם הוא מעוניין להתדיין בבית דין אחר - הנתבע חייב להשיב, ואם התעלם מהפנייה, דינו כסרבן.

ז. דינו של נתבע שמוכן לדון בדין תורה ואינו מוכן לחתום על הסכם בוררות

האם נתבע שאומר כי הוא מוכן להתדיין בדין תורה ואף מתחייב לבצע את פסק הדין, אולם איננו מוכן לחתום על הסכם בוררות - הוא סרבן? פוסקים רבים כתבו שתפקידו של בית הדין אינו מסתיים עם מתן פסק הדין, אלא עם ביצועו, ולכן על בית דין לעשות את שביכולתו לשם ביצוע פסק הדין.³³ ללא חתימה על הסכם בוררות אין אפשרות חוקית לאכוף את פסק הדין. משום כך כתבו פוסקים רבים שאם הנתבע מסרב לחתום על שטר בוררות, דינו כסרבן דין, על אף

31. באר אליהו, לביאור הגר"א שם.

32. 'קביעת הרכב בית הדין', דברי משפט א (תשנ"ו), עמ' רה-רו. מובא ב'סדר הדין' עמ' 382.

33. ראו ספר מנחת אברהם, הרב אברהם שפירא, סי' מב, מתוך פסק דינו בפד"ר, כרך י' עמ' 168-181. עיין גם מאמריו של הרב אברהם שרמן, 'סמכות בית דין רבני איזורי לנדות סרבן דין', תחומין כז, עמ' 344; 'משפט אמת - משפט שלום', שורת הדין כרך ד, עמ' רסה.

שהוא מצהיר על נכונותו לקבל את הדין. וכך נכתב ב'דברי גאונים' (לרב חיים אריה כהנא, כלל נב סעי' ח):

מי שרוצה לעמוד על דין תורה אך שאינו רוצה לחתום עצמו על קאמפרמוס מבואר בשו"ת נאות דשא סי' נ"א דיש לו דין מסרב, וכ"מ בשו"ת דברי חיים ח"ב חו"מ סימן ז' וט', וכ"כ בשו"ת שואל ומשיב מהד"ג ח"ג סו"ס קכ"ה, ובשו"ת רמ"ן חו"מ סי' ו', והעיד שכן דנין.

וכך פסקו פוסקים נוספים.³⁴

סוגיה נוספת התעוררה בעקבות פסיקת בג"ץ 8638/03 סימה אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול (ירושלים) שבית הדין הרבני הממלכתי אינו יכול לדון במסגרת חוק הבוררות.³⁵ לעומת זאת, פסקי דין של בתי דין פרטיים לממונות ניתנים לאכיפה על פי חוק הבוררות. על רקע זה עולה השאלה האם נתבע שמבקש שהדין ייערך בבית הדין הרבני הוא בגדר סרבן, כיוון שפסק דינו אינו ניתן לאכיפה? בעניין זה, פסק בית הדין לממונות של המועצה הדתית ירושלים שאכן הנתבע מוגדר סרבן:

מכאן שיש עדיפות לבי"ד שבכחו לכופף ולהוציא לפועל את פסקו גם על צד שאינו ציית דינא, על פני בי"ד - חשוב ככל שיהיה - שחסר כח כזה. לפיכך הסירוב לדון בבי"ד בעל כח כפיה כמוהו כסירוב להתדיין בפני בי"ד. וכבר פסקו כן בביה"ד של הרבנות הראשית לירושלים בראשות האב"ד הגר"א קצנלבוגן שליט"א בתיק מס' 312 - סז מיום כה תמוז תשס"ז ומיום ב באב תשס"ז שכיון שפסיקותיו של ביה"ד האיזורי - לפי פסיקת בג"ץ - לא ניתנים לאכיפה, ולכן אין התובע יכול לבקש להתדיין בביה"ד האיזורי, ועליו להופיע לדיון בביה"ד, ובאם לא יופיע ידון ביה"ד במתן 'היתר'.³⁶

לסיכום, נתבע שמוכן להתדיין בדין תורה אך אינו מוכן לחתום על הסכם בוררות - דינו כסרבן. כך גם דינו של נתבע שמבקש להתדיין בבית דין שפסק הדין שלו אינו ניתן לאכיפה בהוצאה לפועל.

ה. דינו של נתבע שאינו מוכן לחתום על הסכם בוררות 'בין לדין ובין לפשרה'

נוסח שטר בוררות המקובל בבתי הדין מעניק לבית הדין את הסמכות לדון 'בין לדין ובין לפשר'. מה דינו של נתבע שמוכן להתדיין בדין תורה אך אינו מוכן להעניק

34. המהרש"ם, חלק ג' סוף סי' קסה; פסקי דין - ירושלים, דיני ממונות ובירורי יהדות, ג עמוד יג; הרב יעזר אריאל, דיני בוררות, עמ' עח.

35. ראה פירוט נרחב של סוגיה זו בספר סדר הדין, שוחטמן, עמ' 23 הערה 91, ובנספח 'סמכות השיפוט של בתי הדין הרבניים שלא בענייני המעמד האישי' בסוף הספר עמ' 1447 ואילך.

36. פסקי דין - ירושלים, דיני ממונות ובירורי יחסין יא, פס"ד בעמוד יד. ראה גם פסקי דין - ירושלים, דיני ממונות ובירורי יחסין ז, פס"ד בעמ' קעו.

לבית הדין את הסמכות לכפות פשרה על הצדדים? שאלה זו נדונה בפני בית הדין הרבני בירושלים,³⁷ ונחלקו בזה דייני בית הדין: דעת המיעוט³⁸ הייתה שבמקרה כזה הנתבע אינו מוגדר כמי שסירב להתדיין בדין תורה, כיוון שפשרה זו מצווה ואין לכפותה על מי שאינו מעוניין בה.³⁹ לעומת זאת, דעת הרוב הייתה שנתבע שאינו מוכן לחתום על הנוסח 'בין לפשרה' הוא בגדר סרבן, ובית הדין יתיר לתובע לתבוע אותו בערכאות. גם הרב אליעזר ולדנברג⁴⁰ כתב שהמסרב לקבל עליו את מנהג בתי הדין לכתוב בהסכם הבוררות 'בין לדין ובין לפשרה' מוגדר סרבן. גם הרב יעקב אריאל⁴¹ כתב שהאפשרות לסרב לנוסח 'בין לפשרה' מותרת רק אם הנתבע מוצא בית דין אחר בעירו שמוכן לדון אותו לפי דין תורה בלבד; אבל אם לא יציג תוך זמן סביר הסכם בוררות שנחתם על ידו בבית דין אחר, הוא אינו רשאי לסרב.⁴²

לסיכום, נתבע שמסרב לחתום על הסכם בוררות בנוסח 'בין לדין ובין לפשרה' רשאי לבקש להתדיין בבית דין שדן רק על פי הדין. אולם אם לא ימצא בית דין כזה, עליו לחתום על הנוסח המקובל הנ"ל.

ט. הצורך בהיתר פנייה לערכאות אם הנתבע ידוע כמי שמסרב לדין תורה

על פי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, אין לרשויות השלטון הפועלות על פי חוק סמכות להתדיין במסגרת חוק הבוררות, ללא אישור של היועץ המשפטי לממשלה⁴³ וזה מאשר בוררות רק על פי חוקי המדינה. לאור זאת, כאשר אדם פרטי רוצה לתבוע רשות שלטונית כלשהי, ברור שאין אותה רשות יכולה לחתום על שטר בוררות ולדון בבית דין רבני או בבית דין לממונות. השאלה היא האם יש צורך בפנייה לבית הדין לצורך קבלת היתר פנייה לערכאות במקרה כזה. שאלה דומה נשאלת גם לגבי חברות פרטיות מסוימות, שאמנם רשאיות לפנות לבוררות, אולם נוהגות שלא להתדיין בדין תורה. 'כסף הקדשים' (חו"מ סי' כו סעיף ב) כתב שמי שידוע עליו

37. פד"ר יא, 262-267.

38. הרב משה יוסף מילצקי.

39. לדבריו, גם אם יסכימו שני הצדדים לחתום על הסכם בוררות שאינו מעניק לדין את הסמכות לכפות פשרה, יש לדיין זכות להסתלק מן הדין, על פי ההלכה ש'צריכים הדיינים להתרחק בכל היכולת שלא יקבלו עליהם לדון דין תורה' (שו"ע חו"מ סימן יב סעיף כ).

40. שו"ת ציץ אליעזר, ח"ז סי' מח, קונטרס ארחות המשפטים פרק ח. מובא בדיני בוררות, עמ' שיז.

41. דיני בוררות, כללי הדין והפשרה עמ' שטו.

42. סדר הדין, עמ' 375; דעת הרוב בב"ד הייתה שאפשר לדונו כמסרב. וכן נאות דשא, א-נא; ציץ אליעזר ח"ז סי' מח אות ח; עטרת דבורה, ח"ב חו"מ סי' ג אות ב.

43. ראה סדר הדין בבית הדין הרבני, שוחטמן, עמ' 151 והערה 153 שם.

שלא יסכים להתדיין בבית דין של תורה, וזוהי אומדנא הידועה לרבים, אפשר לתובעו בערכאות:

מי שידוע עליו שידוע מאליו חיוב שלא לעשות עולה, והוא ממונה בעירו, או שיש אומדנא שלא תועיל התביעה בבדה"צ דעם בני ישראל, והיא אומדנא הידועה לרבים... י"ל ששייך בזה מעין מה שאמרו חז"ל חבר אין צריך התראה. לא ברור מלשונו אם צריך היתר בית דין, ובית הדין יכולים להתיר ללא הזמנת הנתבע, או שמא התובע אינו צריך רשות מבית הדין. 'כסף הקדשים' דן גם בשאלה מהי 'אומדנא הידועה לרבים', ונוטה לומר שזו אומדנא הידועה לשלושה בני אדם. בהלכות לשון הרע מצאנו שדבר הידוע לג' בני אדם הוא דבר העומד להתפרסם, ומשום כך אין בו איסור לשון הרע. מאותה סיבה לא תהיה לזות שפתים על כך שהתובע פנה לערכאות. אחר כך הוא הוסיף שייתכן שמועילה ידיעת שלושה בני אדם, גם אם הם אינם תושבי עיר זו.

מקצת אחרוני זמננו כתבו שבמקרה כזה, בית הדין יוציא היתר לתובע גם ללא פנייה לנתבע. בית הדין יכול גם להוציא היתר כללי, ללא צורך בפנייה נפרדת לכל תביעה.⁴⁴ להיתר כזה יש תועלת גם בנוגע לשאלה האם מותר לקבל את כל שיפוסק בית המשפט, כפי שיבואר בפרק הבא.

לסיכום, נראה שבית הדין יכול להתיר פנייה לערכאות במקרה של נתבע שאינו יכול להתדיין בדין תורה או שבאופן עקבי מסרב להתדיין בדין תורה, כל זאת, גם ללא פנייה לנתבע.

סיכום

1. מותר להסתמך על שירותי דואר ושליחות כדי לשלוח הזמנה לדין לבעלי הדין. כמו כן, אפשר לסמוך על שליח שכתב שהנמען קיבל או סירב לקבל את המכתב. כדאי לציין על המעטפה שמדובר בהזמנה לדין.
2. מותר למסור את מכתב ההזמנה לדין לאחד מבני ביתו הבוגרים של הנתבע, ויש ליידע את מקבל ההזמנה שמדובר במכתב הזמנה של בית הדין, או לכתוב על המעטפה: 'הזמנה לדין'.
3. מותר לדרוש מהנתבע לחתום על הסכם בוררות תוך זמן קצוב וסביר, עוד לפני קביעת דיון בבית הדין. במקרה שהנתבע טוען טענות שיש בהן ממש, שאיננו חייב על פי ההלכה לחתום על הסכם בוררות - יש לקיים דיון מקדים לפני חתימת הסכם בוררות. חשוב להדגיש שלפני פנייה לנתבע, על התובע לחתום על הסכם בוררות.
4. אפשר להסתמך על דיווח של מזכיר בית הדין או מזכירתו שהנתבע מסרב להתדיין בדין תורה, כדי להתיר לתובע לתבוע בערכאות.

44. תשובות והנהגות, כרך ה ס' שסב אות ד, אמנם כתב שבפעם ראשונה צריך רשות מבית דין; הרב י. מוניסר, המשפט בישראל, עמ' 116; ראו עוד: סדר הדין, עמ' 377 הערה 110.

5. נתבע שמתעלם מפנייה בכתב של בית הדין לחתום על הסכם בוררות או להודיע האם הוא מעוניין להתדיין בבית דין אחר - דינו כמי שסירב להתדיין בדין תורה.
6. נתבע שמוכן להתדיין בדין תורה אך אינו מוכן לחתום על הסכם בוררות - דינו כסרבן, כך גם דינו של נתבע שמבקש להתדיין בבית דין שפסק הדין שלו אינו ניתן לאכיפה בהוצאה לפועל.
7. נתבע שמסרב לחתום על הסכם בוררות בנוסח 'בין לדין ובין לפשר' רשאי לבקש להתדיין בבית דין שדן רק על פי הדין. אולם אם לא ימצא בית דין כזה, עליו לחתום על הנוסח המקובל.
8. נראה שבית הדין יכול להתיר פנייה לערכאות במקרה של נתבע שאינו יכול להתדיין בדין תורה או שמסרב להתדיין בדין תורה בעקביות, כל זאת, גם ללא פנייה לנתבע.

הרב דניאל כ"ץ

'הכל כמנהג המדינה' - עקרונות המנהג בדיני ממונות

הקדמה

כלל¹ שגור הוא כבר מימי המשנה, שישנן הלכות בדיני ממונות הנקבעות על פי המנהג. כך נאמר במשנה בנוגע לתנאי שכירות הפועלים,² חובות מקבל קרקע מחברו באריסות,³ דרך בניית גדר בין שכנים,⁴ דרך מקח וממכר;⁵ וכן הוא בדיני כתובות⁶ ועוד. בירושלמי⁷ הוסיפו וקבעו, בעקבות מנהגי הפועלים:

אמר רב הושעיה זאת אומרת המנהג מבטל את ההלכה א"ר אימי כל המוציא מחבירו עליו להביא ראיה חוץ מזו.

דברי הירושלמי הובאו על ידי הרי"ף⁸ ועוד ראשונים. נוסף על כך, הגמרא⁹ מביאה מעשה קניין, שלדעת רוב הראשונים תוקפו מכוח המנהג, והוא קניין ה'סיטומתא'.¹⁰ במשך הדורות ועד ימינו אנו, ציינו פוסקים רבים הלכות בדיני ממונות שנקבעו על בסיס מנהג.¹¹

1. מאמר זה מבוסס על חלק מנייר העמדה שהוכן לכנס הדיינים. הרב עדו רכניץ ערך את הדברים, האירם והעיר עליהם.
 2. בבא מציעא פ"ז מ"א.
 3. בבא מציעא פ"ט מ"א.
 4. בבא בתרא פ"א מ"א.
 5. תוספתא, בבא בתרא פ"ד ה"ח.
 6. כתובות סו ע"ב.
 7. ירושלמי, בבא מציעא פ"ז ה"א.
 8. רי"ף, בבא מציעא נב ע"א בדפי הרי"ף.
 9. בבא מציעא עד ע"א.
 10. ראה פרטי הלכותיו בשו"ע, חו"מ סי' רא.
 11. כבר בראשית תקופת האחרונים כתב החכם רבי יוסף בן עזרא (נפטר בשנת שס"ה-1605, מחכמי שאלוניקי, תלמיד המהרשד"ם, ומחבר הספר הידוע 'עצמות יוסף' על מסכת קידושין) חיבור מקיף בנושא, ושמו: 'משא מלך' (כאן השתמשנו במהדורת י"ש שפיגל, ירושלים תשמ"ט). החיבור עוסק בדיני מסים ומנהגים. המחבר דן בהגדרת המנהג ובשאלות היסוד של המנהג, בחריפות ובבקיאות (הדיון העיקרי בענייני המנהגים מצוי שם ב'נעילת שערים', החל מעמ' קצה).
- מלבד זאת, ראוי לציין לסיכומו היפה של הרב אפרים משה קורנגוט, בחיבורו 'דיני הבית המשותף', פרקים כא-כב, ירושלים תש"ס, שדן בשאלות המנהג ו'דינא דמלכותא דינא'. דיון מקיף ויסודי בנושא המנהג בדיני ממונות ערך הרב פרופסור רון משה קליינמן בעבודת הדוקטורט שלו: 'מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין במשפט העברי (קנין סיטומתא)', רמת גן תש"ס, ולאחר מכן בספרו 'דרכי קניין ומנהגי מסחר במשפט העברי' תשע"ג. כמו כן יש

בימינו התעוררה שאלת מעמדו של מנהג שנוצר על ידי חוקי מדינת ישראל. שאלה זאת עולה, כיוון שאפשר לטעון שהמנהג הוא שכל העסקות נעשות על פי חוקי המדינה. אם כך הוא, מה מקומו של דין תורה? ואם נאמר שאין לקבל מנהג שהוא תוצאה של החוק, נמצא שבעלי דין שגמרו בדעתם להתקשר על דעת חוק זה או אחר - לוקים. חשוב להעיר שלחוקים רבים יש תוקף מחייב, על פי הכלל 'דינא דמלכותא - דינא'. אולם הנושא כאן הוא שאלת מעמד החוק מכוח מנהג (במיוחד בנוגע לחוקים שאינם בגדר 'דינא במלכותא' או לשיטות המערערות על 'דינא דמלכותא דינא'). כדי לדון בשאלות אלה, נפתח ביסוד דין המנהג בממונות, ונמשיך בפירוט עקרונותיו. משם נשוב לעסוק בשאלה שבה פתחנו, בחלקו השני של המאמר.

א. כוחו של מנהג - מקור והיקף

במסכת סופרים¹² נאמר:

ונהגו כן העם, שאין הלכה נקבעת עד שיהא מנהג, וזה שאמרו מנהג מבטל הלכה, מנהג וותיקין, אבל מנהג שאין לו ראייה מן התורה, אינו אלא כטועה בשיקול הדעת.

כלומר רק למנהג שנקבע על פי חכמים ('ותיקין') יש תוקף מחייב. בדבריהם של הראשונים מצאנו שלוש שיטות עיקריות למקור כוחו של המנהג:

1. הסכמת צדדים לעסקה היא על דעת המנהג: רמב"ם ורשב"א.

2. מנהג מבוסס על 'תקנת הקהל': רי"ף רבנו תם ורמב"ן.

3. מנהג מבוסס על תקנת חכמים: 'אור זרוע'.

נסקור בקיצור את שלוש השיטות:

1. הסכמת הצדדים לעסקה היא על דעת המנהג

כתב הרמב"ם¹³:

כל שהסכימו עליו בני המדינה שהוא מום שמחזיר בו מקח זה מחזירין, וכל שהסכימו עליו שאינו מום הרי זה אינו מחזיר בו אלא אם פירש, שכל הנושא ונותן סתם על מנהג המדינה הוא סומך.

ושוב כתב¹⁴:

מנהג פשוט ברוב המדינות שבזמן שישא אדם אשה משלחין לו ריעיו ומיודעיו מעות כדי שיתחזק בהן על ההוצאה שמוציא באשתו ובאים אותן הריעים והמיודעים ששלחו לו ואוכלין ושותין עם החתן בשבעת ימי המשתה

לציין לספר בית ראובן חלק ב, תשס"ו (מרבי ראובן ללוש) העוסק כולו בדיני מנהג.

12. מס' סופרים פי"ד הט"ז.

13. רמב"ם, הל' מכירה פט"ו ה"ה.

14. רמב"ם, הל' זכיה ומתנה פ"ז, ה"א-ה"ב.

או במקצתן, הכל כמנהג המדינה, ואלו המעות שמשלחין נקראין שושבינות, ואותם ששלחו המעות ואוכלין ושותין עם החתן נקראים שושבינין. ה'שושבינות' אינה מתנה גמורה. הדברים ידועים, שלא שלח זה עשרה דינרין בשביל שיאכל וישתה בזה, ולא שלח אלא מפני שבדעתו היה שאם יישא הוא אישה - יחזור חברו וישלח לו כמו ששלח הוא לחברו. לפיכך, אם נשא השולח אישה ולא החזיר לו חברו ה'שושבינות', הרי זה תובעו בדין ומוציא ממנו. מדברי הרמב"ם עולה שמנהג משפיע על הדין, כיוון שהצדדים בעסקות שונות גומרים בדעתם להתחייב או להקנות על פי המקובל. גישה זו עולה בבירור בדברי הרשב"א, בתשובתו הארוכה העוסקת בדיני המנהג:¹⁵

וכן אתה דן בכל מקום, במה שנהגו בממונות בכל מקום. ואפ"ל לא נהגו כן במקום אחר, אתה נוהג כן במקומו, כאלו הוא תנאי גמור, מוסכם ביניהן. ואפילו לא הסכימו בפירוש בני המדינה, אלא שנהגו כן סתמא, הוא מנהג חזק, כאלו התנו בו בפירוש. ואפילו לא כתבו, הרי הוא מן הסתם, כאלו כתבו בו, ודנין בו כאלו הוא תנאי ב"ד, כיון שנהגו לעשות כן תדיר, ואפילו הוא כנגד ההלכה. שמנהג מבטל הלכה, ודנין בו כדרך שדנין בתנאי ב"ד.

הרשב"א מציין שתי דוגמאות: האחת, מעשה קניין המקובל בין הסוחרים ('סיטומתא'), השנייה, הנהג לתת פיקדון לשליח שמביא סימן מובהק ('דיוקני') מהמפקיד. הוא מכליל וכותב שמנהג משפיע 'כאלו הוא תנאי גמור, מוסכם ביניהן'. וכן נכתב גם בשו"ת תשב"ץ,¹⁶ לגבי מנהג השותפים לחלק רווחים:

שותפין שחלה אחד מהן או נאנס או הלך לעיר אחרת ועיכבו אותן גשמים או חירום מגייסות ימים רבים אם חלקו כחלק שאר השותפים אם לא... ואם יש מנהג בזה בין השותפין יעשו כמנהגן שכל המשתתפין על דרך המנהג הם משתתפין.

לסיכום, הרמב"ם והרשב"א סברו שמנהג משפיע על גמירות דעתם של הצדדים לעסקות שונות. ומכאן, שמנהג ישפיע על חיובים וקניינים שנעשים מרצונם של שני הצדדים.

2. מנהג מחייב רק אם הוא מבוסס על 'תקנת הקהל'

על פי הגישה השנייה, מקור כוחו של המנהג הוא ב'תקנת הקהל' שנמצאת בבסיסו. גישה זו עולה בדבריהם של פוסקים רבים. הרי"ף¹⁷ כתב:

מתנה לחוד אם יש בה תנאי שתגבה - נגבית מחיים, אלא אם כן היה מנהג שלא תגבה מחיים, והמנהג שיהיה **שרוב הקהל** יתיעצו עם זקני הקהל ויעשו תקנה במה שתקנו ויתקימו אותה זהו המנהג.

15. שו"ת הרשב"א, ח"ב סי' רסח.

16. שו"ת תשב"ץ, ח"א סי' לה.

17. שו"ת הרי"ף, סי' יג, מובא בריטב"א, ב"ב קמד ע"א, וכן מובא ברבינו ירוחם, מישרים נתיב ד, בשם תשובת גאון.

תשובתו עוסקת בדיני תוספת כתובה ('מתנה לחוד'), והרי"ף קובע שיש ללכת אחר המנהג שנקבע על ידי רוב הקהל בהתייעצות עם זקני הקהל. רבנו תם כותב בתשובה לר"י,¹⁸ בעניין דרישת אלמנה לקבל תוספת כתובה על פי המנהג: וכל האומר: אחר מנהג יש לי לילך שוטה גמור הוא, אם לא קיימו בני העיר ביניהן לומר כל הנושא בתולה יוסיף כך וכך ולא למנהג כן וכך, ובחבר עיר... וצריך דעת כולן, אבל ממילא לא. וכל האומר טועה וגועה פועה ורוח רעה.¹⁹ גם הרמב"ן פסק שמנהג מחייב כאשר הוא תוצאה של תקנת הקהל:²⁰ ואיכא דאמרי כי אמרינן מנהגא מילתא היא כגון שהתנו עליו אנשי העיר או שבעה טובי העיר במעמדן אבל שאר מנהגי לא מבטלינן בהו הלכה אלא בהלכה רופפת, והלכתא כי האי לישנא בתרא, וכענין מה שאמרו ורשאין בני העיר להתנות וכו'.

דהיינו, הרמב"ן כותב שלא ניתן לבטל הלכה בגלל מנהג אלא אם כן מדובר ב'תקנת הקהל'. אמנם, כאשר מדובר ב'הלכה רופפת', יש ללכת אחר המנהג הרווח.²¹ לגבי פירוש המילים 'הלכה רופפת', ראו בהמשך בדברי הריב"ש. כך נוקטים בעקבותיו תלמידיו.²² ה'חזון איש'²³ ביאר שלשיטה זו: 'הסכמת הציבור הוי ככח בית דין'. בעקבות הכרעת הראשונים שיש תוקף למנהג כאשר הוא מבוסס על תקנה, כתבו הראשונים שקיומו של מנהג מעיד על תקנה קדומה. כך כותב הרמב"ן:²⁴ שכל מנהג שהוא פשוט בעיר מעמידן אותו בחזקתו ותולין שכן הסכימו עליו ראשונים שלהם כראוי ולפיכך דנין בו וכן כתוב בתשובות הרי"ף (סי' ג). בהפנייתו לרי"ף, כוונתו לאותה תשובה שבה פתחנו, ובה מסיים הרי"ף: 'אפילו לאחר שנים אם לא ידעו הך עקרו אלא שהיה מחזיק בכך והיה עומד בחזקתו'.

3. מנהג מחייב רק אם הוא מבוסס על תקנת חכמים

בספר 'אור זרוע'²⁵ נקבע שלמנהג יש תוקף רק אם הוא תקנה של חכמים:

-
18. תשובות מיימוניות, נשים סי' יז.
 19. יש להעיר שלדעת רבנו תם, תקנת בני העיר מחייבת רק אם התקבלה על ידי כל בני העיר, כפי שעולה גם בתשובה זו וגם במובא בשמו במרדכי, ב"ב סי' תפ: 'אם לא התנו מתחילה אין כח בבני העיר להכריח אחד מבני עירם למה שירצו'.
 20. חידושי הרמב"ן, בבא בתרא קמ"ד ע"ב ד"ה הא.
 21. על פי זה יש לתלות דבריו (בפירושו לבבא מציעא קד ע"א ד"ה רבי מאיר), שמהם עולה שמנהג מועיל כיוון שעל דעת כן התקשרו הצדדים, בכך ששם מדובר במנהג שאינו סותר הלכה.
 22. ריטב"א, בבא בתרא קמה ע"א; ר"ן, בחידושים בבא בתרא קמ"ד ע"ב; ונימוקי יוסף, בבא בתרא ס"ז ע"ב בדפי הרי"ף.
 23. חזו"א, ב"ב סי' ה"ס"ק ד.
 24. שו"ת רמב"ן, סי' ז, הובאה בריטב"א, כתובות ק ע"א, ובבית יוסף, חו"מ סי' קט; וכן כותב הרשב"א, בתשובה, ח"ב סי' מג.
 25. אור זרוע, בבא מציעא סי' רפ; הובא גם בהגהות אשר"י, בבא מציעא פרק ז, ובמרדכי, בבא מציעא, סי' שסו.

הילכך איתבריר לן דהולכין אחר המנהג לענין דיני ממונות. והבא לשנות המנהג וטוען שהתנה בענין אחר ולא כמו שהמנהג נוהג עליו להביא ראיה. מיהו נראה בעיני וכגון שהוא מנהג קבוע על פי חכמי המקום כדאמרינן במסכת סופרים בפ' מפסיקין בברכות שאין הלכה נקבעת אלא עד שיהא מנהג. וזהו שאמרו מנהג מבטל הלכה - מנהג וותיקין. אבל מנהג שאין לו ראיה מן התורה אינו אלא כטועה בשיקול הדעת. הא למדת שאין מנהג חשוב אלא א"כ הנהיגוהו וותיקים וחכמי הדור...

כלומר מנהגי הממון צריכים להיות מיוסדים על פי חכמים, ולא די בכך, אלא צריך שאף תהיה להם ראיה מן התורה. יש לציין שב'מרדכי' הובאו הדברים בקיצור, והושמט המשפט הראשון של ה'אור זרוע', האומר שמדובר גם על דיני ממונות.²⁶ בדומה לכך כתב מהרי"ק:²⁷

הרי לך דאפילו בממון בעלמא כגון שכירות פועלים או מחיצות שבין השותפים אין המנהג מבטל שורת הדין אלא אם כן הוא מנהג קבוע על פי וותיקים, וצריך שיהיה לו ראיה מן התורה דאם לא כן הרי הוא כמנהגים הגרועים שאין אנו הולכים אחריהם...

דהיינו הוא מזהה את המנהג שלא על פי חכמים עם המנהג הגרוע, שבטל. יש להוסיף לשיטה זו, שגם הסכמה שבשתיקה יכולה ליצור תקנה. כך עולה מדברי המהרי"ק:²⁸ 'אין לך מנהג ותיקין גדול מזה שנעשה ברבים מקדם קדמתא לפני גדולי עולם'. הובאו הדברים בשו"ת הרמ"א,²⁹ והסכים עמו. גם הרא"ש³⁰ כבר קבע שאין למנהג תוקף ללא תקנה, זאת בנוגע למנהג שנהג בספרד, שאישה נשואה נותנת מתנות:

ובענין ממון, יש כח ביד בית דין לתקן תקנות בענין ממון לפי הזמן והצורך, אפילו להעביר מדין תורה וליטול מזה וליתן לזה... אבל על פי המנהג, לא ידעתי איך יתנו ממונו של זה לזה? ...דאי אפשר להוציא ממון אלא בתקנת בית דין! ...הלכך, אפי' נהגו כן דור אחר דור, ע"פ הראשונים פשט טעות המנהג וצריך לבטלו, כי הוא לעבור על דברי תורה, להעביר נחלה מן הראוי ליורשה שלא על פי הפקר בית דין...

26. מהרח"ט, שו"ת תורת חיים ח"ב סי' יט, כותב שהחכמים המובאים במרדכי נחלקו בשאלה, האם בכל מנהג צריך הסכמת חכמים או לא. פוסקים אחרים עסקו ביישוב דברי המרדכי, והעלו סוגי מנהגים שאינם דורשים הסכמת חכמים: מנהגים שאינם נוגדים את ההלכה ישירות. מנהגים שנוגעים לתחומים הציבוריים. מנהגים שנהגו הציבור מכוח תקנה של הציבור ולא מעצמם.

27. שו"ת מהרי"ק, שורש ח.

28. שו"ת מהרי"ק, שורש נד.

29. שו"ת הרמ"א, סי' נא.

30. שו"ת הרא"ש, כלל נה סי' ט ואילך.

יש לציין שבמקומות אחרים, הרא"ש חיזק את כוח המנהג (וראו בהערה עוד לגבי שיטתו).³¹

4. פסיקת ההלכה

בשו"ת רבי אליהו מזרחי³² נכתב שאין להוציא ממון מידי המוחזק. אולם כבר בשו"ת מהרח"ש³³ צוין שב'שלחן ערוך' וברמ"א לא הוזכר שיש תוקף למנהג רק כאשר הוא מבוסס על תקנה. להפך, הובאו דברי הרמב"ם, שעל פיהם כוחו של מנהג בכך שעל דעתו הצדדים בעסקה התקשרו וגמרו דעתם. גם ה'חזון איש'³⁴ כתב שייתכן שכולם מודים שמנהג שנהג כמה פעמים ללא מחאה, יש לו תוקף 'כאילו התנו'. בידינו רשימה ארוכה של מנהגים שנתקבלו אצל הפוסקים, ונראה שהפוסקים לא דרשו שמנהגים אלו ייקבעו ב'תקנת הקהל' או בתקנת חכמים.

ב. עקרונות בדיני מנהגים

כמה עקרונות עולים מדברי הפוסקים בנוגע לתוקפו של מנהג.

1. מנהג בניגוד לדין

הריב"ש קובע בעקבות שיטת הרמב"ן עיקרון חשוב:³⁵

ואפשר, שיש דברים שאין סתם מנהג מבטל הלכה, אלא הלכה רופפת, אבל הלכה ברורה, אין מנהג סתם מבטלה, אלא מנהג שהתנו עליו בני העיר. כמו שנטה הרמב"ן ז"ל לסברא זו; כמ"ש (בפרק מי שמת): שאם נהגו על דרך משל, שהמלוה את חבירו בעדים לא יהיה נאמן לומר פרעתני, או ששומר חנם יהיה חייב כשואל, אין מנהגם כלום לבטל ההלכה, אא"כ התנו עליו בני העיר בפירוש.

אבל בעניני הקניות, וכן בשכירות הפועלים, ודומה לזה, כל שנהגו כן הסוחרים בקניית הסחורה ואין חוזרין בהן, וכן הפועלים בשכירותן, הולכין אחר מנהגם אפ' בסתם מנהג, ומבטל הלכה המצריכה קנין או משיכה. וכן

31. בתשובה המצויה באותו כלל, שבה נראה שלמסקנה הרא"ש חזר בו, וכן בתשובות נוספות. בספר פרי האדמה, (על הרמב"ם, הל' מכירה פי"ז ה"ו) מסוכמים תירוצי האחרונים בדעת הרא"ש.

א. רא"ם, שו"ת סי' טז, מחלק בין מנהג לסתור תקנה מפורשת, שאינו מועיל, לבין מנהג העוסק ב'דבר הרשות'.

ב. מהרח"ש, ח"ב סי' יט, מחלק בין מנהג גרוע לעקור ירושה, שאינו מועיל, לבין מנהג משובח.

ג. 'פרי אדמה' עצמו מחלק בין מנהג להוציא ממון, שאין לו תוקף, לבין מנהג להחזיק ממון.

ד. מהר"י בן לב, ח"ב סי' פ, מחלק בין מנהג מחמת טעות למנהג מבוסס.

32. שו"ת הרא"ם, סי' טז וכן ננקט בשו"ת באר שבע סי' כב.

33. שו"ת מהרח"ש, ח"ב סי' יט.

34. חזון איש, בבא בתרא סי' ה ס"ק ב.

35. שו"ת הריב"ש, סי' קה; וכן שם סי' שמה.

בעניני הנדוניא והתנאין הרגילין לעשות בה, הולכין אחר המנהג, ואפילו לא התנו עליו בני העיר.

דהיינו, יש הבדל בין נושאים עסקיים מובהקים לבין נושאים שבהם הדין אינו תוצאה של גמירות הדעת אלא של תחולת הדין, כגון דיני הראיות או חיובי השומרים. בנושאים עסקיים מובהקים, תוכן העסקה נקבע על ידי הצדדים, ואלה גומרים דעתם על דעת המנהג המקובל. לעומת זאת, בנושאים שבהם הדין אינו תוצאה של גמירות דעת אלא של תחולת הדין, מנהג אינו יכול לשנות את הדין. דברי ריב"ש צוטטו על ידי פוסקים רבים.³⁶ גם הרא"ם³⁷ מחלק בין מנהג שסותר תקנה מפורשת לבין מנהג העוסק ב'דבר הרשות':

והמנהג לא יוכל לסתור התקנות שהן מדין תורה אפי' אם נתפשט בכל המדינה דודאי מנהג של טעות הוא וצריך לבטלו. אבל כשהמנהג הוא על דבר הרשות... ולא נפיק מניה שום סתירת דין תורה ולא שום סתירת תקנה אז הדבר תלוי בהתפשטות המנהג שאם נתפשט המנהג לכל בני מתא אז יש לדיין כח להוציא ממון מחזקתו לא מכח המנהג אלא משום דאנן סהדי שלא עשה מה שעשה אלא על פי המנהג והוה ליה כאילו התנה בפירוש הוא עצמו על הדבר וצריך לקיים תנאו.

יש הבדל בין 'דבר הרשות', שאינו מוגדר בהלכה או בתקנה, לבין נושא שיש בו תקנות והלכות. ב'דבר הרשות' יש ללכת אחר המנהג. לעומת זאת בנושא שיש בו תקנות והלכות, המנהג אינו יכול לעקור את הדין. בניגוד לעמדות אלה, ישנם פוסקים שסברו שהמנהג יכול אפילו לעקור דין מפורש. למשל, הרשב"א כותב³⁸ שאין חשש להיזק ראייה בג רעפים, היות שזהו המנהג:

וכל שכן אם נהגו כן במקומות הללו, וכבר באו מעשים לפני הבית דין שבעירכם על דבר זה, ודנו בו דור אחר דור בכך, שאין זה יכול למחות. ואפילו אם היה הדין כך מדין הגמרא. לפי שהמנהג מבטל הלכה.

וכן כותב הריב"ש בעניין היזק ראייה בבנייה.³⁹ בעקבות כך דנו הפוסקים בשאלת תוקפו של המנהג בעניין היזק ראייה כיום,⁴⁰ ראה גם בשו"ת 'תשובות והנהגות',⁴¹ שנכתב שיש ללכת אחר מה שמקובל בזמננו אצל הקבלנים.

2. מנהג גרוע

רבנו תם חידש⁴² שמנהג גרוע אינו מנהג, ונפסק כך על ידי הרמ"א.⁴³

36. שו"ת מהר"י בן לב, ח"ב סי' כג, וכן בסי' פ; שו"ת באר שבע, סי' כב; שו"ת תורת חיים (מהרח"ש) ח"ב סי' יט.

37. שו"ת רא"ם, סי' טז.

38. שו"ת הרשב"א, ח"ב סי' מג.

39. שו"ת ריב"ש, סי' תעא.

40. וכך כתבו בפד"ר, ירושלים ח"ה עמ' קמג, שהולכים בזה אחר מנהג, וציינו שמקורם בשו"ת מהריט"ן, סי' רפג; שו"ת משאת משה, חו"מ סי' ס; שו"ת שמש צדקה, חו"מ סי' לד ס"ק יא.

41. שו"ת תשובות והנהגות, ח"ג סי' תנג.

ל'מנהג גרוע' מצאנו כמה דוגמאות והגדרות.

1) מנהג בניגוד לדיני ירושה

בעניין מנהג להפקיע ירושת בכור כתבו הפוסקים, וזו לשון מהר"ם מיניץ:⁴⁴ שמונה הלועזים שלא ליתן חלק בכורה לבכור, אם לילך אחר המנהג? על זה אין צריך להשיב, דלא אתי מנהג גרוע ומבטל הלכה... בעקבות כך כתב מהרח"ש⁴⁵ בעניין מנהג תושבי רודוס להשוות הבנות לבנים בירושה:

ועוד אני מוסיף ואומר דאפשר דבנדון כזה אין מקום למנהג וותיקין, ומסתמא לא ינהגו מנהג גרוע כזה ואם נהגו אין הולכים אחריו, כיון שעוקר בפירוש ירושת התורה, ואין כח בידם אלא במקום דאיכא מגדר מילתא וכו'. ונראה שזו כוונת מהרי"ק בשורש ח'... ונראה לי מתוך דבריו דלא אזלינן בתר וותיקין אלא משום דתלינן דמסתמא מנהג נכון הוא ויש לו קצת שורש מן התורה, אבל במילתא כי הא דחזינן בהדיא דמנהג גרוע הוא שעוקר דין הירושה מן התורה, פשיטא דאין לסמוך עליו כלל ואין מקום לותיקין. מהרח"ש כתב שיש מקום למנהג רק כאשר יש לו 'קצת שורש מן התורה', ולכן הוא דוחה את המנהג להשוות את הבנים לבנות בניגוד לדין תורה. זאת, גם אם מדובר על מנהג המבוסס על 'תקנת ותיקין'.

2) מנהג שיש בו חוסר צניעות

לא רק מנהג שנוגד הלכה פסוקה נחשב גרוע, אלא גם מנהג שיש בו חריגה מהצניעות הוא גרוע. כך כותב ה'שלחן ערוך'⁴⁶ בנוגע לזכות השותף לנהל את החצר כשיש לו שותפים אחרים:

אחד מהשותפין בחצר... וכן שאר דברים שאין דרך בני המקום לעשותם בחצרותיהם, בכלום השותפין מעכבין זה על זה, חוץ מהכביסה, לפי שאין דרך בנות ישראל להתבזות על גב הנהר. והוסיף על כך הסמ"ע:⁴⁷

אפילו המנהג בעיר שבנותיהן מכבסין על הנהר, מ"מ הבא לשנות ולומר אין רצוני שבתתי תתבזה עצמה על הנהר הדין עמו, שאין הולכין אחר מנהג גרוע כזה.

חשוב להדגיש שכאן מדובר על מנהג המנוגד לדיני איסור והיתר, ולכן ברור מדוע הוא מוגדר מנהג גרוע.

42. תוספות, בבא בתרא ב ע"א ד"ה בגויל.

43. שו"ע, חו"מ סי' קנז סעי' ד.

44. שו"ת מהר"ם מיניץ, סי' סו ס"ק ד (מהד' דומב, תשנ"א, עמ' רעו); וע"ע בשו"ת מהרי"ק, סי' ח.

45. שו"ת תורת חיים, ח"ב סי' יט.

46. שו"ע, חו"מ סי' קסא סעי' ד.

47. סמ"ע, סי' קסא ס"ק ז.

3) מנהג בניגוד לתקנת כתובה

המהרשד"ם, שדן במנהג לעקור את הכתובה, כותב שמנהג זה נחשב גרוע, וקובע:⁴⁸
 אין לך מנהג גרוע גדול מזה שבא לעקור דין התורה כפי דעת הרבה מן
 הפוסקים שכתובת אשה בתולה מן התורה ואפילו אם היה דבר שלא יש בו
 צד איסור כל שכן בני"ד שיש בו צד איסור שכל הפוחת כו'...
 גם כאן מדובר על מנהג המנוגד לדין, וכן שיש בו צד של איסור.⁴⁹

4) מנהג להחזיר אבדה או גניבה לאחר ייאוש

יש מחלוקת בהגדרת מנהג גרוע בדיני ממונות, בין הש"ך ל'קצות החושן'. הש"ך⁵⁰
 טוען שהמנהג להחזיר גנבה אחר ייאוש הוא מנהג גרוע, ועל כן הסיבה היחידה
 לקבלו היא מכוח 'דהאי מנהג הוא שנתקן כך ופשיטא דיש ביד הדור לתקן תקנות'.
 דהיינו המנהג אכן גרוע, אך לציבור יש סמכות לתקן תקנה כזו (בניגוד לדעת
 מהרח"ש שהובא לעיל בסעיף 1, שכתב שאין תוקף למנהג גרוע אפילו בתור תקנה).
 'קצות החושן'⁵¹ חולק על הש"ך: 'אמנם נראה דזה לאו מנהג גרוע אלא מנהג טוב
 וישר הוא'. 'קצות החושן' מסביר שהיות שלפנים משורת הדין יש להחזיר אבדה גם
 לאחר ייאוש, יש למנהג יסוד בתורה, ועל כן הוא מנהג טוב.
 את דעת הש"ך אפשר להסביר בשתי דרכים:
 א. הש"ך מסכים שאילו היה חייב בדיני שמים, זה היה מנהג טוב, אולם הוא סבור
 שאין חיוב בדיני שמים להשיב גנבה אלא רק אבדה.
 ב. הש"ך חולק על העיקרון, וסובר שגם אם חייב בדיני שמים, זהו מנהג גרוע לחייב
 גם בדיני אדם.
 חשוב להדגיש שמדובר כאן במנהג שאינו נוגע להסכמות שבין הצדדים, אלא בחיוב
 ופטור מן הדין הנוגע להשבת אבדה.

5) מנהג בנוגע לדיני עבודה

בשו"ת 'תשובות והנהגות'⁵² נידון היקף פיצויי פיטורין:
 ולכן אף שלגבי פצויים לעובד אנו מוכנים לקבל את המנהג המקובל כאן
 ביחסי העבודה אף אם נהגו כן ע"פ דיניהם... שהוא יושר וצדק עפ"י דין
 תורה"ק וע"כ מועיל המנהג לחייב את הבעה"ב לשלם כן לפועלים, שודאי
 הסכימה דעתו כן בשעת שכירת הפועלים שיהא כמנהג היושר שהוא ביושר
 וצדק. אבל לחייב לשלם לפועל שלא עבד כל השנה הסכום במלואו, אינו כפי

48. שו"ת מהרשד"ם, אה"ע סי' קכט.

49. מהרש"ך, ח"ד סי' יט, מגדיר את המנהג להסכים בדיבור על ה'חזקה' מהגוי, בתור מנהג גרוע,
 אף על פי שאין בכך איסור של ממש. מהרי"ט צהלון, הישנות סי' פו, ביטל מנהג של לשון
 צוואה גרועה. ייתכן שגם שני עניינים אלו הם נגד ההלכה המקובלת.

50. ש"ך, חו"מ סי' שנו ס"ק י.

51. קצות החושן, סי' רנט ס"ק ג.

52. שו"ת תשובות והנהגות, ח"ג סי' תעב.

רוח היושר וצדק שבתורתה⁵³, שלפי דין תורה אין לו שום חיוב, ולזה לא מועיל מנהג המדינה שמקורם בחוקי העכו"ם שמגזימים לפעמים בזכויות הפועלים לצורך עזרתם והצבעתם בבחירות וכדומה. ובמנהג גרוע כי האי לא אמרין דאדעתא דהכא נשכר.

לטענתו, יש לבחון את תוכן המנהג, וכאשר הוא מנהג גרוע אין לקבלו כפי שהוא. בדבריו יש חידוש, כיוון שראיית מנהג בתור מנהג גרוע נאמרה בנוגע לענייני איסור והיתר או בנוגע לענייני ירושה (שאינם מבוססים על הסכמה), וההרחבה לכל דיני ממונות היא חידוש גדול. 'חשוקי חמד'⁵³ הסתפק האם המנהג לשבות הוא ראוי:

וצריך עיון רב אם מנהג השביתה הוא תמיד כהוגן, וביחוד כאשר הוא מלווה באמצעי כפייה על ידי השובתים נגד מעבידיהם ונגד פועלים אחרים, כדי לכופ אותם בדרך זו להיכנע לתביעותיהם.

לעומתם, במיוחד בנוגע לדיני עבודה, רבים הם הפוסקים שקיבלו את מנהג שיצר החוק ללא פקפוק.

לסיכום, רבנו תם כתב שאין לקבל 'מנהג גרוע'. מנהג גרוע הוגדר בתור מנהג המנוגד לדין תורה בדיני ממונות, שאינו מבוסס על הסכמה (כגון ירושה או השבת אבדה), ובתור מנהג שיש בו עבירה על איסור. כמו כן, נחלקו הש"ך ו'קצות החושן' האם מנהג להשיב גנבה לאחר ייאוש הוא מנהג גרוע. 'קצות החושן' הסביר שזהו מנהג טוב, כיוון שחייב בהשבה בדיני שמים. מכאן למדנו שרק מנהג שיש לו שורש בדין תורה הוא מנהג טוב.

3. שכיחות המנהג

כתב 'תרומת הדשן'⁵⁴ בנוגע למנהג בענייני מיסים:

אמנם נראה דצריכים לידע דמנהג קבוע ופשוט הוא שנתנו כך בני העיר לכל הפחות תלתא זימנין, והרבה פעמים ציבור עושים להם מסקנא לפי הצורך ואין בדעתם לקבוע מנהג כלל. מכל מקום אף על פי שצריכים לברר קביעות המנהג בבירור גופיה אין מדקדקים כל כך, אלא מבררים על עד מפי עד ועל פי פסולי עדות...

דהיינו, למנהג יש תוקף אם נהגו כך שלוש פעמים, אולם אין צורך בשני עדים כשרים אלא די בראייה פסולה (כגון, עד מפי עד). כך פסק להלכה הרמ"א,⁵⁵ בנוגע לתדירות המנהג:

ואינו קרוי מנהג אלא דבר השכיח ונעשה הרבה פעמים, אבל דבר שאינו נעשה רק פעם אחת או שני פעמים אינו קרוי מנהג.

53. בבא מציעא י ע"א.

54. שו"ת תרומת הדשן, ח"א שמב; וכן כותב שו"ת ריב"ש, סי' תעה.

55. שו"ע, חו"מ סי' שלא סעי' א, עפ"י שו"ת ריב"ש, סי' תעה.

שו"ת 'חכם צבי'⁵⁶ הוסיף: 'ואף להריב"ש איכא למימר דאף בשלש פעמים אינו נקבע עד שיהא רגיל הרבה בכל יום...'.
וכן משמע בשו"ת רדב"ז⁵⁷:

בירור מנהג זה הוא רחוק וצריך מיתון גדול לפי שצריך שיהיה המנהג ידוע ומפורסם ושיהיה קבוע שהיו נוהגין כן פעם אחר פעם...
אמנם שו"ת 'דרכי נועם'⁵⁸ דחה את הצורך להבאת ראיה ברורה על שכיחות המנהג: ומי ילך לנו לקצוות העולם לראות אם נתפשט מנהג זה או לא ואין לדבר סוף אם לא שנמתין לבת קול ואעפ"י כן אפשר לומר אין משגיחין בבת קול באופן שהם דברים וחששות שאין להם שורש ועיקר ואין צורך להאריך בזה.

4. מנהג של רוב הציבור

בנוגע למנהג שנהג רוב הציבור, כתבו אחרונים שהוא אינו מחייב את המיעוט.⁵⁹ בספר 'משא מלך'⁶⁰ נקבע כדבר פשוט שהמנהג צריך להיות כזה 'שינהגו בו כל העיר', וכן כותב רבי אליהו מזרחי.⁶¹ נראה שאין הכוונה שכל אחד ואחד נוהג כך, אלא שמי שעוסק בתחום המדובר פועל על פי המנהג, ואם סטה ממנו, היה זה בהתניה מפורשת. מובן שניתן להגדיר קהילות שונות שבהן יש מנהגים שונים.

5. מודעות למנהג

אחת השאלות החשובות היא האם יש צורך שהצדדים יידעו על המנהג, והאם תתקבל טענת 'לא ידעת'.⁶²
ב'שלחן ערוך' נפסק שתנאי מקובל בשטרות שלא נכתב, הרי הוא מחייב כאילו נכתב. על כך כתב הש"ך⁶³:
היינו דוקא שידוע שידע מזה, אבל אם לא ידע מזה אף על פי שנהגו ההדיטות כן אין דנין אותו כאילו נכתב...
דהיינו, נדרשת מודעות למנהג כדי לחייב את האדם בתנאי שלא נכתב. לעניין נאמנות בשטר, כתב הרמ"א:⁶⁴ 'אבל תנאים, כגון נאמנות בהלוואה או בטול מודעה במתנה לא חשבינן עד דמיפרשי'. הש"ך⁶⁵ מקשה, מדוע אין אומרים שדבר שנהוג לכתוב כאילו נכתב? והוא מיישב שרק אם ידע בעל השטר מהמנהג - הוא חייב;

56. שו"ת חכם צבי, סי' סא.

57. שו"ת הרדב"ז, ח"א סי' תקמה.

58. שו"ת דרכי נועם, חו"מ סי' נ.

59. ספר טובי העיר, נספח ב עמ' תלד ואילך, האריך בשאלה זו.

60. ספר משא מלך, עמ' רכח.

61. שו"ת רא"מ, סי' טז.

62. ראו במאמרו של הרב פרופ' רון קליינמן, תחומין לג, עמ' 82 ואילך, שהרחיב בכך.

63. ש"ך, חו"מ סי' מב ס"ק לו.

64. שו"ע, חו"מ סי' סא סעי' ה.

65. ש"ך, חו"מ סי' סא ס"ק ט, וחזר על כך שוב בסי' עא ס"ק ט.

ולשיטתו הנ"ל. ה'תומים'⁶⁶ מקבל את דברי הש"ך לדינא. גם אחרונים נוספים כתבו שנדרשת מודעות למנהג: רבי בצלאל אשכנזי⁶⁷ כתב בנוגע לכתובת תנאי מקובל בשטר, שהתנאי מחייב דווקא: 'בדידיעין ביה דפקיע בטיב נוסח השטרות'. וכן כתב מהרח"ש⁶⁸: 'דדוקא משום דאמרינן דידע הלואה או המתחייב בנוסח השטרות הא לאו הכי לא היה מתחייב על הסתם'. כך עולה גם משו"ת 'כרם שלמה'⁶⁹, שנדרשת ידיעת המנהג.

מדברי ה'כרם שלמה' עולה שבסתמא, אדם היודע בטיב שטרות ובמקום שכולם כותבים כך, כפי הנראה לכך כוונתו.

לעומת זאת, שו"ת רא"ם⁷⁰ דן במי שטען שלא ידע על המנהג, וחילק בין מנהג מבורר וידוע לבין מנהג שלא כולם נוהגים בו:

חזינן ההוא מנהגא דמתא אי מנהגא ברורה פשוטא היא לכל בני מתא אמרינן אנן סהדי דאדעתא דמנהגא עשה מה שעשה וכאילו התנה הוא עצמו בפירוש על הדבר וצריך לקיים תנאו ולא מכח המנהג שנהגו אחרים. ואף על גב דהשתא צוח ואמר לא נתכונתי לכך ולא נתרציתי בזה מעולם אפילו הכי אמרינן אנן סהדי דלא עשה אלא על פי המנהג והשתא הוא דקא הדר ביה ולא כל כמיניה.

הרא"ם כותב שבמנהג ברור ומקובל, אין לקבל טענה של צדדים שלא ידעו מהמנהג, כיוון שמן הסתם פעלו על דעת המנהג.

מכך שהש"ך לא העיר בכל המקומות שבהם הוזכר מנהג בשו"ע, מסתבר שיש להגביל את דבריו: בכל המקרים שבהם עסק הש"ך, מדובר באדם שציווה לכתוב שטר, והשאלה היא האם התכוון להוסיף לשטר (למשל, נאמנות) כפי המנהג. במקרים אלה פסקו הש"ך ואחרונים רבים שיש למנהג תוקף, רק אם המתחייב היה מודע לו, ואין לחייב את בעל השטר ולכתוב דברים שאולי לא היה מודע להם.

לעומת זאת, כאשר מדובר במנהג שעל פיו מפרשים את כוונת הצדדים לעסקה, כגון במנהגים לגבי היקף עסקת מכר המפורטים בהלכות הקניינים, הש"ך גם הוא דרש מודעות למנהג. וכן נראה שבעסקה שלא פורטו כל פרטיה, 'בררת המחדל' של הצדדים היא ללכת אחר המנהג.

לסיכום, הש"ך ואחרונים נוספים כתבו בהקשר של תוספת לשטר, שמנהג מחייב רק מי שהיה מודע אליו. אולם למעשה, נראה שבדרך כלל יש ללכת אחר המנהג המקובל בציבור, גם אם לא היה ידוע לצדדים.

66. תומים, סי' ס"ק ג, אם כי התומים וכן נתיבות המשפט, סי' ס"ק ח, מיישבים בדרך אחרת את שאלת הש"ך וממילא נדחית ראייתו. לדבריהם בהוראה לכתובת שטר בתנאים שדרך לכותבם בשטר, היה על המצווה לפרש את התנאים.

67. שו"ת רבי בצלאל אשכנזי, סי' כד.

68. שו"ת תורת חיים, ח"ב סי' ל.

69. שו"ת כרם שלמה, חו"מ סי' יא וראה גם בשו"ת דבר משה, ח"ב סי' עו.

70. שו"ת רא"מ, סי' טז.

ג. תוקף דין מנהג בנושאים הלכתיים שונים

מלבד העקרונות הכלליים, מצאנו שיש תוקף שונה למנהגים בנושאים ההלכתיים השונים.

1. בענייני הרבים

'תרומת הדשן'⁷¹ קובע יש תוקף למנהג גם ללא החלטה של חכמים, בנושאים של התנהלות ציבורית. זאת משום שיש הכרח לקבוע את כללי ההתנהלות המשותפים, ועל דעת כך התאגד הציבור, ולכן יש תוקף לתקנות הקהל בתחום הציבורי:⁷²

והיה דרבינו תם ואור זרוע דלעיל [= שצריך מנהג וותיקין] קאי על חילוק חצירות ובתים ובניין שלהם ואשכירות פועלים וכן שכירות בתים וחצירות, וכל כה"ג דאין רבים מצרפים יחד ולא איצטריך מצטרפו למיהוי צייתי אהדדי, לכך צריך מנהג שיהא לו עיקר ע"פ חכמים וראייה מן התורה, משא"כ בענייני המסים וכיוצא בו דמנהג בעלמא מבטל בהן דין תורה... מכל מקום ראוי ונכון לדקדק הטיב אם נוכל להשוות כל המנהגים לדין תורה, אף אם לא לגמרי מכל מקום עדיף טפי שנמצאו סעד וסמך מדברי חכמים ולאוקמינהו בטעם וסברא.

לכלל של 'תרומת הדשן', שבני הקהל יכולים להתנות ביניהם כפי רצונם, הסכימו פוסקים נוספים.⁷³ יש לציין שבענייני מסים נקבע במפורש שאפשר לקבל גם 'מנהג

71. תרומת הדשן, ח"א סי' שמב.

72. שו"ת תורת חיים (ח"ב סי' יט) העיר שבדברי המרדכי, בשם הרב אביגדור כ"ץ, נזכר במפורש גם דין שכירות פועלים, בתור דוגמה לדבר שלא צריך בו מנהג ותיקין, אף על פי שאינו עניין ציבורי. על כן הוא מפרש שאותם פועלים נשכרו לצורכי העיר והרבים, שכן לעניין זה השתתפו אנשי העיר ויש להם סמכות לקבוע, אף בלא דברי חכמים. בספר משא מלך, עמ' רכ, הוצע חילוק נוסף: בעניין גובה השכר הנוגע לכלל הציבור אין צורך בהסכמת חכמים, ואילו החלטה על שעות העבודה, שמשתנה ממעסיק למעסיק, צריכה להיקבע בהסכמת חכמים. נראה ששיטת תרומת הדשן מוסכמת גם על המהרי"ק, שכן בתשובתו אודות שותפות (שו"ת מהרי"ק סי' קפא), כתב שניתן ליצור שותפות אף ללא מעשה קניין, ובתור ראיה לדבריו, מביא המהרי"ק את הסוגיה של ספנים וחמרים - אותה הסוגיה שממנה לומד תרומת הדשן את דינו. ונמצא שגם המהרי"ק סבור שיש כוח ביד בני חבורה משותפת לקבוע קביעות מחייבות, אף שלא על פי ההלכה. גם שו"ת הרשב"א, ח"ד סי' רס, כתב בתור דבר פשוט, שגביית המסים נעשית לפי המנהג.

73. כגון שו"ת הרא"ם, סי' טז; ושו"ת רדב"ז, ח"ג סי' תעב; שם, ח"ד סי' קלו. אמנם בתשובות רבות כתב הרדב"ז בסתם, שמנהג ותיקין הוא תנאי לכל מנהג: ח"א סי' סז; שם, סי' שנט; שם, סי' שסח; שם, סי' תקמד, ושם כתב ליישב את הדין של מנהג הספנים: 'לא קשיא דמנהג החמרים והספנים לדידהו הוי כמנהג דותיקין לכל בני המדינה'. וצ"ע בכוונת הדברים. ראו עוד: שם, ח"א סי' תקמה, בלשונו: 'וכבר כתבתי כי בירור מנהג זה הוא רחוק וצריך מיתון גדול לפי שצריך שיהיה המנהג ידוע ומפורסם ושיהיה קבוע שהיו נוהגין כן פעם אחר פעם ושיהיה ע"פ ותיקין וגדולי חכמי העיר ושינהג מנהג קבוע לרבים כלומר שנהגו בו רבים'. שו"ת מהרי"ב בן לב, ח"א סי' סו, כפי הנראה הכריע גם כן כתרומת הדשן, אם כי יש סתירות בדבריו; וכפי שהאריך בזה ספר משא מלך, עמ' רכב-רכג.

גרוע⁷⁴: 'וכל ענייני מסים הולכין אחר מנהג הקבוע בעיר שעשו כן שלשה פעמים, אף על פי שהוא מנהג גרוע'. זאת ועוד, ה'חזון איש'⁷⁵ כותב שבענייני מסים וכדומה, יש ללכת אחר מנהג הרוב:

ובענייני מסים וכיו"ב שקובעין מנהג כדי למנוע את המחלוקת נראה דיש כח ברוב הציבור לכופף את המיעוט דהוי כמו למגדר מלתא. ובתרומת הדשן כתב הטעם משום דצייתי אהדדי ולפ"ז דוקא בהסכימו כולם אבל נראה דיש כאן כח ב"ד וברוב ציבור סגי.

הלכה למעשה בימינו, נכתב בשו"ת 'מנחת יצחק'⁷⁶ בנוגע לתיקונים בבית משותף: ואם כן יש לנו ב' טעמים להחזיק המנהג: א' דלא הוה מנהג גרוע ברבים שמצטרפי ביחד כנ"ל. ב' דלא הוי אומדנא דמוכח לבעל העליה, ואפשר דאיכא עוד אומדנא דמוכח לאידך גיסא כנ"ל.

לסיכום, בנוגע לענייני הרבים יש עוצמה מיוחדת לתוקף המנהג, והוא מועיל גם כאשר הוא 'מנהג גרוע' (המנוגד לדין תורה), וכאשר הרוב נוהג כך - המיעוט מחויב.

2. בדיני עבודה

כאמור בראשית הדברים, מנהג מוזכר במקורות התנאיים בנוגע לדיני עבודה. על כך כתב מהר"ח⁷⁷: 'נראה דההיא דהפועלים מקרו מנהג חכמים כיון שהוזכר בתלמוד'. ואכן בתי הדין בימינו מציינים שיש ללכת אחת מנהג המדינה בדיני עבודה, גם כאשר הוא מבוסס על החוק ולא על ההלכה.⁷⁸

3. בענייני ירושה

לעיל הוזכר שבנוגע לדיני ירושה כתבו הפוסקים שאין ללכת אחר המנהג. אלא שמצינו שבתחום ירושת הבעל, הדבר שנוי במחלוקת. בשו"ת 'אבקת רוכל'⁷⁹ הובא דיון בינו לבין המבי"ט בעניין אנוסים שנישאו לפי מנהג הגויים. המבי"ט קובע שהיות שחוייבו לפי מנהגם כגויים, החיוב נשאר. ה'בית יוסף' חולק, וסובר שהיות שלא היו קידושין בהיותם אנוסים, לא שייך כלל חיוב הנובע מנישואין. מהר"י בן לב קובע:⁸⁰

74. רמ"א, חו"מ סי' קסג סעי' ג.

75. חזון איש, בבא בתרא סי' ה ס"ק ד.

76. שו"ת מנחת יצחק, ח"ז סי' קכו.

77. שו"ת תורת חיים (מהר"ח"ש), ח"ב סי' יט.

78. שו"ת ציץ אליעזר, ח"ב סי' כג, בנוגע לשעות עבודה ומנוחה וזכות השביתה; הר"ח"ד הלוי, תורה שבעל פה כג, עמ' ל, בנוגע לזכות השביתה; וכן ראו: שו"ת ציץ אליעזר, ח"ז פרק י סי' מח; שו"ת תשובות והנהגות, ח"ה סי' שסג; שם, סי' שפד; פד"ר א, עמ' 331; ג, עמ' 280; פד"ר, מאגר מקוון סי' רכט; פד"ר בפני הדיונים: הרב ח"ג צימבליסט, הרב ז"נ גולברג, הרב עזרא בר-שלום, פורסם בתחומין כ, עמ' 77; ר"א שרמן, תחומין יח, עמ' 236.

79. שו"ת אבקת רוכל, סי' פ-פא

80. שו"ת מהר"י בן לב, ח"ב סי' כג.

שאלה. ילמדנו רבינו במלכות פורטוג"אל יש חק ומנהג שהאלמנה תזכה במחצית הנכסים אשר הניח הבעל... תשובה. יראה לי דכל אפין שוין ולית ספיקא כלל דזכתה האלמנה במחצית הנכסים... וכבר בא מעשה לידי בכיוצא בזה פעמים רבות בסלוניקי וכן דנתי ומעולם לא שמעתי ולא ראיתי שום חולק בדבר זה ותו לא מידי.

הסכים לכך גם המהרשד"ם,⁸¹ שכותב שזהו דבר פשוט, ואף מזכיר בסוף דבריו את המהר"י בן לב. דהיינו, בענייני ירושת האלמנה הולכים אחר המנהג. לעומת זאת, מהרח"ש חלק על כך:⁸²

נראה לומר דבנדון דידן מודו, **דדוקא במנהג שהוא דבר הרשות ואינו עוקר דין התורה בפירוש**... אבל בנדון דידן דליתא להך טעמא ועוקר בפירוש ירושת התורה פשיטא דאין בו ממש...

תוצאה ממחלוקת זו עלתה בבתי הדין בעניין נוסף. ב'פסקי דין רבניים'⁸³ סמכו על שיטת ההולכים אחר המנהג, וחייבו חלוקת רכוש בנישואין אזרחיים. הרב דיכובסקי כותב⁸⁴ שלמעשה, אין בתי הדין נוהגים לחייב במזונות בנישואין אזרחיים, אך לדבריו זאת משום שלא הייתה התחייבות מפורשת למזונות בנישואין אלו. יש לציין בנוגע לדיון זה גם את המחלוקת בין הדיינים הרב אברהם שרמן לרב שלמה דיכובסקי סביב הלכת השיתוף.⁸⁵

לסיכום, מצינו תוקף שונה למנהגים בנושאים הלכתיים שונים: בנוגע לענייני הרבים ובנוגע לדיני עבודה מצאנו קבלה של המנהג. לעומת זאת, בנוגע לדיני ירושה וחלוקת רכוש בין בני זוג מצאנו מחלוקת.

ד. חוק כמנהג

שאלת מעמדו של החוק במדינת ישראל שנויה במחלוקת. רבים מגדולי הפוסקים בדורנו כתבו שיש לחוק מעמד מחייב על פי הכלל 'דינא דמלכותא - דינא'; אמנם מעמדו המחייב מוגבל לנושאים מסוימים. מעבר לכך, יש לבחון האם מנהג שיצר החוק יש לו תוקף הלכתי, גם אם אינו בגדר 'דינא דמלכותא'. בנוגע לכך יש לדון בטענה שכל מחלוקת בין צדדים בנושא ממוני צריכה להיות מוכרעת על פי החוק בלבד, שכן זהו המנהג, ואין צורך להיזקק כלל למקורות ההלכתיים. לפיכך נדון בכללים שעל פיהם יש לקבל מנהג שיצר החוק.

81. שו"ת מהרשד"ם, חו"מ ס' שכז.

82. שו"ת תורת חיים (מהרח"ש), ח"ב ס' יט.

83. פד"ר, ח"ה עמ' 124, בהרכב הרבנים בר שאול, גרז, שפירא.

84. תורה שבעל פה, לב עמ' מב.

85. הרב דיכובסקי, תחומין יח, עמ' 18 ועמ' 32.

1. מנהג שמטרתו להחליף את דין התורה

הרשב"א בתשובה⁸⁶ קבע שאין לקבל מנהג של החזרת נדוניה של האישה לאביה בניגוד לדין תורה. בעקבות תשובתו, המהרח"ש⁸⁷ כתב שאין לקבל מנהג שמטרתו להידמות לחוקי הגויים בעניין השוויית הבנות לבנים בירושה:

ואין ספק אצלי שנתפשט להם זה המנהג ממה שראו בערכאותיהם שהבנות זוכות בירושה כמו הבנים, וכבר כתב הרשב"א בתשובה... כל דבר שבממון תנאו קיים, אבל לנהוג כן מפני שהוא משפט הגוים באמת נראה לי דאסור לפי שהוא מחקה עובדי ע"ז וכו'... וכל שכן אם עתה יוסיף לחטוא לעקור נחלה הסומך על משענת הקנה הרצוץ הזה, ועושה אלה מפיל חומות התורה וכו' ועוד האריך יע"ש. באופן דיראה דמנהג זה גריע מאד הוא. וכן פוסק ה'לבוש':⁸⁸ 'ואפילו במקום שהולכין במנהגי הערכאות בהרבה עניינים, אינם יכולין לכוף לדון כמנהגם בכל דבר מן הסתם'.

הרב דב ליאור⁸⁹ כותב בנוגע למעמד החוק מכוח סמכותו או מכוח מנהג:

עוד יש להיעזר בהבחנה בין הסדר חוקי ספציפי בתחום מסוים, כמו דיני עבודה או הגנת הצרכן, לבין הסדר כולל בדיני חוזים, למשל. אל לנו לעקור את התורה ולהניחה בקרן זוית ולקבל עלינו חוקים חדשים... אבל בוודאי תחום ספציפי אפשר לקבל הסדר חוקי ומערכת משפט...

גם הרב אשר וויס⁹⁰ קובע שאין לראות בכל חוק מנהג בקביעות, מכמה סיבות: 1. עקרונית אין לקבוע שיש מערכת שמחליפה לחלוטין את כל דיני התורה. 2. יש לבחון את המנהגים לפי הכלל ש'מנהג גרוע אינו מנהג', דהיינו צריכה להיות זיקה כלשהי בין המנהג להלכה. 3. המנהג צריך להתפשט.

מכאן, מסתבר שאין לקבל טענת אדם, שכל עסקיו וענייניו האישיים הם רק על פי חוקי המדינה ושאינו נזקק כלל לדין תורה, ועל כן הוא מבקש מבית הדין לברר את מצבו החוקי בלבד.

2. מנהג שיצר החוק

הרב זלמן נחמיה גולדברג⁹¹ חידש שמנהג שיסודו בחקיקה, היות והמנהג נובע מכפייה של החוק, אין לו תוקף. זאת על פי דברי ה'חתם סופר'⁹² שלא ייהפכו קנייני דרבנן להיות מהתורה, היות והם אינם נובעים מרצונם הטוב של הסוחרים אלא מתקנת חכמים; ואלו דבריו:

86. שו"ת הרשב"א, ח"ו סי' רנד, מובאת בבית יוסף, חו"מ סי' כו.

87. שו"ת תורת חיים, ח"ב סי' יט.

88. לבוש, חו"מ סי' כו ס"ק ד.

89. הרב דב ליאור, תחומין ג, עמ' 247.

90. הרב אשר וויס, תחומין לד, עמ' 171.

91. הרב ז"נ גולדברג, תחומין יב, עמ' 290; וכן הישר והטוב, ניסן תשס"ו, עמ' ט'.

92. שו"ת חתם סופר, יו"ד סי' שיד.

נראה שרק במנהג סוחרים תקנו חכמים שיקנה, אבל קנין שנהגו מחמת דין ערכאות לא תקנו חכמים שיקנה...
 הרב גולדברג עצמו⁹³ כתב שזאת דווקא לגבי דרכי הקניין, אבל בתחומים אחרים יש ללכת אחר המנהג גם אם הצדדים לא היו מודעים לקיומו. לעומת זאת בשו"ת 'אגרות משה'⁹⁴ נכתב שמקורו של מנהג בחוק אינו פוגע בתוקפו:
 ולכן ודאי לא גרע דין המלכות ממנהג שבסתמא הוא כהתנו אדעתא דדין המלכות וכ"ש שכן נוהגין כדין המדינה ונמצא שגם המנהג כן...
 וכן עולה מדברי כמה אחרוני דורנו,⁹⁵ **שעצם קיומו של החוק אינו פוסל את המנהג מלהיות מנהג**. ובפרט שפעמים רבות החוק עצמו משקף מנהג קודם לו, שאומץ על ידי המחוקק. **לפיכך, מסתבר שלדעת רוב הפוסקים אין לפסול מנהג מסוים שיצר החוק רק בגלל שמקורו בחקיקה בכפייה.**

3. האם מודעות לחוק מסוים גורמת שייחשב למנהג

ב'שלחן ערוך' (חו"מ סי' כב סעי' ב) נדונה השאלה האם אדם יכול לקבל על עצמו דיין או עד שאינו יהודי:

אם קבל עליו עדות עובד כוכבים, כמי שקיבל עליו עדות אחד מהפסולים. אבל אם קבל עליו עובד כוכבים לדיין, אפילו קנו מיניה, אין הקנין כלום, ואסור לידון לפניו. (אבל אם כבר דן לפניו, לא יכול לחזור בו).
 ה'שלחן ערוך' חילק בין קבלת עד, שמועילה, לבין קבלת דיין, שאינה מועילה. לעומתו, הרמ"א חילק בין האיסור לקבל לכתחילה דיין שאינו יהודי, לבין הדין בדיעבד, שקבלתו מועילה. חילוק שלישי כתב הש"ך:⁹⁶

נראה לומר דדוקא התם דמיירי להדיא שקנו מידו **סתם לדון בדיני גויים** דהוי אויבינו פלילים שמחזיק ערכותיהם ודתם, משא"כ בהך דהמרדכי שקנו על גוי אחד **בפירוש**, הרי שגוי זה נאמן בעיניהם, ולא משום שמחזיקים משפטי הגויים ודתם, רק שזה הגוי נאמן בעיניהם וסמכו עליו, דמהני כמו קיבלו קרוב או פסול. וחילוק זה נכון מאד.

דהיינו, יש הבדל בין קבלה כללית של דיינים שאינם יהודים, שאסורה, לבין קבלה של דיין מסוים שאינו יהודי, שמועילה. זאת כיוון שבקבלת דיין מסוים אין מתן לגיטימציה לחוקי הגויים, אלא הבעת אמון באדם מסוים. ברוח זו, גם יש לחלק בין

93. מובא בתחומין לב, עמ' 271.

94. שו"ת אגרות משה, חו"מ ח"א סי' עב; וכן שם ח"ב סי' נה.

95. הרב דב ליאור (הובא לעיל, לגבי מנהג ספציפי); הרב אשר וויס, תחומין לד, עמ' 174; הרב אוריאל לביא, שו"ת עטרת דבורה, חו"מ סי' לח, שציין לספר מקצוע בתורה מהמהרא"ל צינץ, יו"ד סי' עג ס"ק כה, שכך משמע מדבריו.

96. ש"ך, חו"מ סי' כב ס"ק טו.

קבלה כללית של המנהגים שיצר החוק, שאינה מועילה, לבין קבלת מנהג מסוים, שמועילה.⁹⁷

למעשה, בית הדין יכריע כפי מנהג מקובל ומסוים שיצר החוק, במקרה שהצדדים לעסקה מודעים לקיומו ולתוכנו, ועל דעת כן גומרים דעתם על העסקה.

4. דין מנהג בנוגע לדבר הרשות: הגדרת העסקה

כאמור לעיל, הריב"ש כתב שבנוגע ל'ענייני הקניות' יש ללכת אחר מנהג המדינה. זאת כיוון שמדובר בעניין שאינו מנוגד להלכה ('הלכה רופפת'). לדוגמה כאשר אדם קונה דירה, תוכן העסקה, הסדרי התשלומים, ואפילו הגדרת האיכות (שממנה נגזר דין מקח טעות) - הם תוצאה של גמירות דעתם של הצדדים, המושפעת מהמנהג. בנושא זה, אין צורך במודעות הצדדים למנהג מסוים, אלא מסתבר שהם מתקשרים על דעת המנהג המקובל גם אינם מכירים אותו. קבלת מנהג בעניינים אלה אין בה התעלמות מדין תורה, ולכן היא תקפה.

לסיכום, בהגדרת תוכן עסקה יש ללכת אחר המנהג המקובל, גם אם הצדדים לא היו מודעים לתוכנו ולפרטיו.

5. מעמד מיוחד למנהג בנושאים מסוימים

ישנם נושאים שבהם יש מעמד מיוחד למנהג, ובכלל זה למנהג שמקורו בחוק. מעמד זה תקף גם כאשר אין מודעות של הצדדים לחוק:

(1) נושאים הנוגעים לרבים.

כאמור, בעניינים אלה יש ללכת אחר המנהג גם אם הוא בגדר 'מנהג גרוע', ואפילו אם נהגו כך רק רוב הציבור ולא כולו.⁹⁸

בכלל זה ענייני מסים, התנהלות בית משותף, יישוב קהילתי, עמותה וכדומה.

(2) נושאים שבהם היה שינוי משמעותי במציאות.

הרב אשר וייס⁹⁹ כתב שיש לקבל מנהג שיצר החוק:

א. במה שכל עיקרו התחייבות שבין אדם לחברו.

ב. במה שתלוי בדפוסים חיים המשתנים באופן יסודי מזמן לזמן.

על סמך שתי הנחות אלה אנו פוסקים שבכל הנוגע למערכת יחסי הממון שבין עובד למעביד, וכן בנושאי המסחר, וכן בנוגע ליחסי שכנות בבניינים משותפים, יש לחוק האזרחי משקל רב בדין תורה. דהלא בתחומים אלה דפוסים החיים עברו שינוי מוחלט.

מסתבר שלכך יש להוסיף גם את דיני החברות.

(3) נושאים שלצורך הוצאה לפועל של הדין בהם יש להיעזר ברשויות המדינה.

97. ראו עוד שו"ת בצל החכמה, ח"ג ס' כט.

98. ע"פ תרומת הדשן, ח"א ס' שמב; רמ"א, חו"מ ס' קסג סעי' ג; חזון איש, ב"ב ס' ה ס"ק ד.

99. הרב אשר וייס, תחומין לד, 171-172.

בנושאים אלו שבהם יש הכרח להיעזר ברשויות המדינה, יש ללכת אחר מנהג שיצר החוק; וכך עולה מדברי שו"ת 'אגרות משה':¹⁰⁰

ובעצם מסתבר שגם מעצם הדין לא משתעבדין הקרקעות במדינות שעושין עניני מכירת קרקעות רק כדיניהם משום ששעבוד תלוי בסמיכות דעת של המלוה ובודאי ליכא סמיכות דעת כשערכאות המדינה לא יסכימו לזה, ופשוט שאף במכירת קרקעות ובתים לא נקנו במדינתנו וכדומה לא בכסף ולא בשטר כל זמן שלא עשה לו כדיני המדינה דשום אדם לא סמך דעתו אלא על דיני המדינה בזה.

100. שו"ת אגרות משה, חו"מ ח"ב סי' סב, בהמשך לכך מנה הרב אריאל בראלי, תחומין לד עמ' 175, נושאים נוספים שבהם יש ללכת אחר המנהג, ובכלל זה הצורך ברישיון לעיסוקים מסוימים (כגון, חשמלאות וגידול בעלי חיים).

רבני 'משפטי ארץ'

עריכת דין ברוח ההלכה¹

פתיחה

עיסוק במקצוע עריכת דין מעורר כמה שאלות הלכתיות. במקורות חז"ל מצויות כמה מימרות שלפי פשוטן שוללות מקצוע זה. כך כתוב במשנה במסכת אבות (פ"א מ"ח): 'יהודה בן טבאי אומר אל תעש עצמך כעורכי הדיינין'. פירושים שונים נאמרו למשנה זו, ולפי חלק מהם אפשר להסיק מסקנות בנוגע לנושא דיונו, והן הבסיס לפסיקה בנושא זה. כך כותב הרמב"ם בפירושו למשנה:

עורכי הדיינין - הם אנשים הלומדים את ההתדיינות כדי שיהיו מורשים לבני אדם בדיניהם, והם משערים שאלות: אם יאמר השופט כך - תהיה תשובתו בכך, ואם יטען בעל הדין בכך - תהיה התשובה כך. וכאילו הם עורכים השופטים ובעלי הדין לפנייהם, ולפיכך קראום עורכי הדיינין, כאילו הם ערכו הדיינין לפנייהם. והזהיר מהדמות להם, רצונו לומר שילמד אחד מבעלי הדין טענה שתועילהו, ויאמר לו: אמור כך, או: הכחש באופן כזה, ואפילו ידע שהוא עשוק, ושבעל דינו טוען עליו בשקר לפי הכרע הסברה, אין מותר לו ללמדו טענה שתצילהו בשום פנים.

מדברי הרמב"ם משמע שהמשנה מזהירה מלייעץ לבעלי הדין. פירוש כזה עולה גם מדברי רש"י. בגמרא (סוטה מז ע"ב) נאמר:

משרבו לוחשי לחישות בדין - רבה חרון אף בישראל, ונסתלקה השכינה, משום שנאמר: (תהלים פב, א) בקרב אלהים ישפוט.

וביאר רש"י:

לוחשי לחישות - עורכי הדיינין ומתלחשים עם הדיינין לפתוח להם פתח בזכותו של זה ובחובתו של זה.

ביטוי נוסף של התנגדות לעריכת דין עולה מהגמרא בשבת (קלט ע"א): 'שפתותיכם דברו שקר - אלו עורכי הדיינין...! חז"ל מגנים את 'עריכת הדין' לא רק בגלל הלימוד של בעלי הדין לטעון טענות שקר, כפי שמדגישים המפרשים על המשנה באבות (שם). כך עולה למשל מפירושו של רבנו יונה במקום, שמסביר את שיטת הרמב"ם:

[לא] דבר בכאן במי שמלמד טענות של שקר לחברו ולטעון בהן, כי אדם זה רשע גמור הוא ולא הוצרך לומר כי אין לאדם לעשות כן כי יחשדוהו וידברו עליו כי עבירה גדולה היא. אלא שמסדר לו טענותיו ועורך לפניו הדיינין ומגלה ליחיד דינו שאינו ראוי לעשות כן כי יחשדוהו וידברו עליו רע...

1. מתוך הספר שו"ת משפטי ארץ, חלק ב, בעריכת הרב חיים בלוך, הרב דניאל כ"ץ והרב עדו רכניץ.

וכן עולה מפשטות סוגיית הגמרא (כתובות נב ע"ב; פו ע"א; ועוד) שאין לייעץ לבעל דין כיצד לנהוג או מה לטעון, גם אם אין מלמדים אותו טענות שקר. מצד שני יש בעיסוק בעריכת דין כמה יתרונות, כגון סיוע למי שנזקק לכך, בבחינת 'פתח פיך לאילם'². מאחד מהמעשים המסופרים בבבלי, עולה שמותר לגלות את הדין לאחד מבעלי הדין, ובמיוחד כשאינן לחשוש שהוא ילמד לשקר בעקבות הידע שיקבל.

גם ממקורות נוספים עולה שההלכה מכירה במציאות שבה אדם מייצג אנשים בבית הדין, ומסייע בידם לבאר את טענותיהם ולהציגם כראוי. ביישוב הסתירות הללו לפרטי פרטיהן נכתבו חיבורים שלמים, ונציין את מאמריהם של הרב בנימין ליפקין והרב שאר ישוב כהן (שניהם בקובץ 'תורה שבעל פה', כב) שכתבו על כך בהרחבה. הכיוון הכללי של דבריהם הוא שעורך הדין רשאי לעזור הן לצדדים והן לבית הדין עצמו, בבירור המקרה ובבירור הטענות הנוגעות אליו. הסכמת הצדדים לעבודת עורך הדין היא שיקול נוסף להתרת עבודתו (סמ"ע, לשו"ע חו"מ סי' יז ס"ק יד):³ ומה שבזמן הזה נוהגין לדון לועזים (= דוברי שפה זרה) על ידי מורשה שלהם, הוא מפני שכל שבאו לדון לפני דיינים קבועין הוה ליה כקיבלו עליהם לדון כן, ואין לנו אחר הקבלה כלום.

לפי רוח זו הלכנו, דהיינו עמדתנו היא שמותר לעסוק בעריכת דין, אולם עורך הדין צריך להיזהר שלא לכוון את בעלי הדין לרמאות ותחבולות, ולהקפיד לייצגם לפי מה שראוי להם לטעון, ולזכות בדין באמת וביושר.⁴

א. שאלות בנוגע להתנהלות עו"ד ברוח התורה

1. **גזל:** מה על הפרקליט לעשות כאשר לפי דעתו לקוחו תובע יותר ממה שמגיע לו (מפריז בסכום התביעה)? האם על הפרקליט להניאו מכך? ומה באשר לפרקליט שמקבל אחוזים מהזכייה? היש בעיה מדין שמים אם עוזרים לגזלן? האם אפשר להגדיר מושג רחב זה? מהו דינו של מתמחה שאינו מרוויח מכסף התביעה ישירות (באחוזים למשל) בדין שמים? האם יש במצבים אלו גזל אף מדיני אדם? בהנחה שבין אנשים פרטיים התביעה של כסף שאינו מגיע לאדם בעייתית יותר, האם בתביעה כנגד גוף תאגידי ניתן להתיר זאת (כיוון שאלה 'כללי המשחק' המקובלים, והכספים מגיעים ממקורות המכוונים לכך מראש, פרמיות וכו')? אם כן, מהם סוגי הגזל בנוגע למוסדות הרבים הקיימים כיום - סוגי חברות, ישויות, שותפויות, מניות, המדינה וכו'?

2. אמנם ראו הסתייגותם של הרשב"ץ ור"י אלסקר בפירושיהם למשנה באבות. כמו כן ממקבילות בירושלמי, בבא בתרא פ"ט ה"ד; שם, כתובות פ"ד ה"י.

3. ועיינו עוד חזון איש, חו"מ סי' ד ס"ק ד.

4. ראו עוד דיונים חשובים, בשו"ת תשובות והנהגות א, עמ' תשצד-תשצה; שם ג, עמ' תמה-תמו; ספר צמח יהודה, ה סי' מ; הרב הלל גפן, 'עורכי דין במערכת המשפט העברי', ישע ימינו 52 (תשנ"ז), עמ' 83-72; הרב יגאל מוניסר, המשפט וישראל, עמ' 477-459.

2. הכחשת טענות תביעה: החוק האזרחי מתיר להכחיש טענות בכתב הגנה. האם הכללים של 'המוציא מחברו, עליו הראייה' ו'אין אדם משים עצמו רשע', מתירים לטעון שקר, בהתאם ל'כללי המשחק' של המשפט הישראלי? האם אפשר להבדיל בין הכחשה בדין פלילי לבין הכחשה בדין אזרחי? האם מותר לעו"ד להוסיף טענות מקדמיות ועילות משפטיות שאין להם אחיזה באמת ובצדק? האם יש בעיה לשקר או להגיד משהו שאינך מאמין בו בשם הלקוח שלך, בניסוח: 'בשם מרשי'.

3. ניגוד אינטרסים של עורך הדין: עו"ד מוצלח משפיע רבות על המשפט בזכות מקצועיותו (הכוללת ניסיון, חומר עזר משפטי של המשרד, ידיעת החוק והפסיקה, עדויות מומחים ואנשים נוספים - כל אלו תלויים ביכולתו של הלקוח לשלם). לעתים הוא אינו מותיר לשופט מקום לדון דין צדק לטובת הצד שכנגד (נוכח הדברים שהוא מציג לעיני השופט). היש בעבודת עורך הדין מעין נטילת חלק פעיל בשפיטה? הרי החוק האזרחי מחייב את עורך הדין לדאוג לאינטרסים של לקוחו, וככל שיזדהה יותר עם רצונותיו של הלקוח, כך ייצגו באופן מוצלח יותר. האם החלשת טענות אמיתיות של צד שכנגד והיטפלות לדברים טפלים (כגון תקנות סדרי דין) מתיישבות עם רוח התורה? האם נכון שעו"ד ינהג ב'ראש קטן' ולא ינסה לברר עם מי הצדק, מתוך הנחה כי לרוב הוא אינו יכול לדעת אם מרשו דובר אמת (ואכן קורה לעתים שדעתו משתנה במהלך המשפט)? האם ייתכן שהוא עושה חסד ועבודתו נאמנה, כל עוד אין לו ראיות לכך שמרשו משקר או תחושה שהוא רמאי? חכמים מגנים את עורכי הדינים: 'כי כפיכם וגואלו בדם, ואצבעותיכם בעוון, שפתותיכם דברו שקר, לשונכם עולה תהגה - אלו עורכי הדינים' (במסכת שבת קלט ע"א). האם הדברים הללו נכונים לגבי עו"ד? הרי גם אם יפעל על פי כתב הרשאה כדי שיתבע את ממון בשם לקוחו: 'זיל דון וזכה ואפיק לנפשך', עדיין 'אין שליח לדבר עברה'.

4. בעיית העיקולים כנגד הלוואות, חובות (על אף שהיה 'היתר עסקא') ונושים: האם מותר לעורך הדין לייצג גוף מסוים בהליכים משפטיים, נגד אדם שאינו מסוגל להתגונן ולטעון טענות מול עו"ד מנוסה? לדוגמה, כאשר חברה נעזרת בעו"ד לגבות כספים לפי חוזה אחיד, ובמהרה פונה להליכי הוצאה לפועל הכוללים עיקולי רכוש, צווים ומאסר, האם מותר לעורך הדין לייצג את החברה? מה על עו"ד לעשות כאשר הוא עומד מול אזרח שאינו בקיא בחוק ואינו מעלה אפילו טענת הגנה (כגון התיישנות), או שאינו אומרה בלשון ברורה. האם עו"ד רודף צדק צריך לקיים 'פתח פיך לאלם' אף ללקוח נגדי, נוכח יחסי כוחות לא מאוזנים ועיוות דין?

ב. תשובות – עקרונות לעבודת עו"ד ברוח התורה

כדי להשיב על השאלות הנ"ל, יש לעסוק בכמה נושאים מרכזיים:

1. בית משפט או בית דין: מקומה של כל תביעה ממונית היא בבית דין של תורה דווקא (שו"ע, חו"מ סי' כו סעי' א). רק כאשר הנתבע מסרב להתייצב לדיון בבית-דין,

מתיר בית הדין לתובע לתבוע את הנתבע בבית משפט (שם, ס' ב). לדעת הרב דב ליאור, לעו"ד אסור לייצג אדם שתבע בבית המשפט בלא לקבל היתר לכך מבית הדין.⁵ כאשר ידוע שהנתבע יסרב לבוא לדין תורה, כגון, שהנתבע הוא חברת הביטוח, מותר לתבוע אותו ישירות בבית משפט.⁶

2. הוצאת ממון שלא על פי דין: אסור לשקר בבית הדין, אפילו כדי לקבל את מה שמגיע על פי דין (וראה שבועות ל ע"ב-לא ע"א). וכך כתב הש"ך (ח"מ ס' עה ס"ק א): 'אסור לטעון שקר כדי לעוות הדין או כדי לעכבו אע"פ שהוא זכאי'. ודאי שאסור להוציא ממון מאדם שלא כדין תורה בתביעה בבית משפט, וודאי שלעו"ד אסור לסייע בכך.⁷ מסתבר שבית הדין יכול לציין בהיתר שניתן ביד התובע, שהוא מתיר לו לגבות כל מה שייפסק בבית המשפט, ואז יהיה מותר לו לגבות כל מה שמגיע לו על פי החוק (שו"ע חו"מ ס' ב).

3. ייצוג לשקר: אם עו"ד יודע בוודאות שלקוחו מנסה להוציא ממון שאינו מגיע לו או מתחמק מלשלם כסף שהוא אכן חייב, אסור לסייע לו (שו"ת יחיה דעת ד, ס' סה). לא זו בלבד, ככל אדם, גם עו"ד חייב לעזור לעשוק, מדין 'השבת אבדה', שהרי מצוות השבת אבדה חלה על כל מי שמוצא ממון חברו אבוד, וכן משום 'לא תעמד על דם רעך'.⁸ לסיכום: כל היודע שחברו עומד להפסיד ממון, חייב לסייע לו למנוע את הפסד הממון. לא מצאנו בהלכה היתר לפועל לשקר, לרמות, לגזול ולעשוק עבור מי ששכר אותו. אמנם מן הסתם אין לחשוך שבעל הדין משקר, אלא אם כן יש רגליים לדבר (כגון, בייצוג של עבריינים, על פי שו"ע, חו"מ ס' שנה סעי' א-ה).

4. 'חוקי המשחק': המונח המכונה 'חוקי המשחק', ודאי שאינו פוטר את עורך הדין מקיום מצוות עשה של תורה, כשם שאף אם היו 'חוקי משחק' של עבודה בשבת במדינה, לא היה בכוחם להתירה. כיוון שהדבר אסור, אין חשיבות לשאלה אם עורך הדין מקבל אחוזים מהתביעה או לא. איסור גזל משמעותו הוצאת ממון מתחת יד אדם אחד, גם בלא העברתו לכיס אחר. גם לגבי כתב הגנה, מדין 'השבת אבדה' ו'לא תעמוד על דם רעך', אסור לעורך הדין לאפשר מצב שבו אדם יפסיד ממון שמגיע לו בדין. לא חשוב באיזו דרך עושים זאת, אם בסופו של דבר גורם עורך הדין לאדם להפסיד כסף שלא כדין, הוא עובר בכך על 'לא תעמד על דם רעך', 'השב תשיב', ו'לא תוכל להתעלם'.

5. גזל מתאגיד: כשם שאסור לגזול אדם פרטי, כך אסור לגזול תאגידים, כיוון שרבים מפוסקי ההלכה סברו שחברה היא שותפות בין בעלי המניות, או לכל הפחות היא בבעלות בעלי השליטה, אף על פי שאין להם אחריות אישית.⁹ גם אם חברות

5. וכן פסק שו"ת יחיה דעת ד, ס' סה; הובא לעיל.

6. כסף הקדשים, על שו"ע חו"מ ס' כו; הרב אשר וייס, תחומין ל, עמ' 275.

7. הרב מרדכי רלב"ג, תחומין כה, עמ' 251, ובמקורות המובאים שם.

8. כפירוש חז"ל שכולל גם הצלת ממון חברו - פסחים יג ע"א; בכורות כח ע"א; שם לא ע"ב; ספרא קדושים ב ח; פתחי תשובה, חו"מ ס' כח ס"ק ד.

9. הרב ישראל בן שחר והרב יאיר הס, ספר כתר א, עמ' 242 והלאה.

הביטוח משלמות לחברות את נזקי התביעה הזאת - הדבר אסור, כשם שאסור לשרוף את ביתו של אדם גם אם הבית מבוטח. העובדה שהאדם יודע שיש הרבה שרפות בשוק ונערך בהתאם, אינה מתירה לשרוף את ביתו. מה גם שיש בכך גזל של חברת הביטוח.

6. הוצאת ממון בדין: שימוש ב'כללי המשחק' המקובלים בבית משפט כדי לקבל את המגיע על פי דין התורה ממי שסירב להופיע בבית דין - מותר, גם אם הכללים טכניים לחלוטין, כגון חוק ההתיישנות וכו'.

7. הוצאת ממון בדין, בהסתמך על חוקים המנוגדים לדין תורה: כמו כן, יש פוסקים הסבורים כי מותר לתבוע בבית משפט כסף אף בהסתמך על חוקים המנוגדים לדין תורה, כדי לקבל מה שמגיע על פי דין תורה (כלומר התוצאה הסופית תהיה שהאדם יקבל בדיוק כמה שמגיע לו מדין תורה); וכך שמענו בשם הרב מרדכי אליהו. כאמור, אסור לשקר בבית דין בכל מקרה. ובוודאי אסור לשקר בבית משפט כדי לקבל ממון שלא כדין, ולעבור על איסור גזל.

8. ספק: במקרה שיש ספק אם הטענות שיטען עורך הדין עבור הלקוח הן אמת או שקר, מותר לו לומר זאת בשם מרשו (על פי הרב דב ליאור. אבל אם ידוע בוודאות שהן שקר, אסור לאומרו).

9. נטילת חלק פעיל בפנייה לבית המשפט: במקרה של סירוב של הנתבע להתדיין בדין תורה, מותר לעו"ד לתבוע אותו בשם מרשו בבית משפט, כדי להוציא כסף ששייך למרשו בדין, מדין 'עביד איניש דינא לנפשיה'. שכן מבחינה זאת, פנייה לבית המשפט והשפעה על מהלך הדין אינה שונה מכל דרך אחרת של עשיית דין עצמית, כגון כניסה לבילה לרשות אחרת או תקיפה בכוח כדי להשיב גזלה.¹⁰ כל הדרכים השונות המוזכרות בשאלה - מותרות, כי הן משמשות את האדם להוציא ממון המגיע לו בדין, במקום שבית הדין שדן דין תורה מתקשה לעשות זאת, בשל סמכויותיו המצומצמות. אם אין עורך הדין בטוח בדין, או ששינה את דעתו במהלך המשפט, הוא יכול לייצג את מרשו, אבל אם עורך הדין השתכנע שמרשו משקר, עליו להסתלק מייצוגו. אם עורך הדין רואה שבעל הדין השני עומד להפסיד ממון שלא כדין, אל לו להתעלם, עליו לעזור לו להציל את שלו.

10. דין פלילי: גם על פי ההלכה, השיפוט בתחום הפלילי נתון לבתי המשפט (מדין 'משפט המלך' ו'תקנות הקהל').

בנוגע לשאלה האם מותר לנצל את 'כללי המשחק' כדי לזכות אדם שעבר על החוק, מסתבר שאין מניעה לעורך הדין לנהוג על פי המקובל. זאת כיוון שהוא אינו עובר על גזל או על אי השבת אבדה, והוא נוהג על פי החוקים שהמדינה עצמה קבעה.

10. ואולם, בעניין זה ראו בהרחבה בשו"ע חו"מ סי' ד, ובכל נושאי כליו, כי דיני עשיית דין עצמית הם רבים. וראו באריכות בספר תקפו כהן, שעוסק בשאלה הזאת, ובעיקר בפרק קטו-קטז.

כאשר מדובר בזיכוי פושע מסוכן, מן הראוי שעורך הדין יבחן האם במעשיו הוא מקיים את מצוות 'לא תעמוד על דם רעך'¹¹ בנוגע לנפגעים פוטנציאליים של מרשו.

11. סנהדרין עג ע"א; רמב"ם, הל' רוצח פ"א הי"ד; שו"ע, חו"מ ס' תכו סעי' א.



משפט ההלכה
בזמן הזה

הרב יעקב אריאל שליט"א

"ואשיבה שופטיך כבראשונה"

על מעמדו של המשפט העברי במדינת ישראל

מאמר זה נכתב כתשובה לטענות שהועלו נגד הפסיקה המקובלת הדורשת להעדיף את משפט התורה על מערכת המשפט הכללית.

א. גטואיזיה וכלל-ישראליות

יש טוענים שהדרישה למערכת משפטית תורנית יוצרת מעין "גטו" של הנידונים במשפט זה ובונה חומה החוצצת בינם לבין "כלל ישראל". וטעות היא! אנו שואפים שהמדינה כולה תהיה מושתתת על עקרונות התורה, כחזון אוטופי לעתיד. וגם בהווה - הננו שואפים להעלות את המדינה כולה, עד כמה שהדבר אפשרי, ולקרבה לרעיונותינו. אולם יש שהמושג "גישה כלל ישראלית" השתבש להוראה של הורדת דרישותינו מעצמנו, כדי להשתוות לציבור הרחב וליישר קו לפי המכנה המשותף הנמוך. לדוגמא, לא נוותר על ייחודו של החינוך הדתי, גם אם תמורת זאת תובטח לנו העלאה מסוימת ברמתו הדתית של בית הספר הכללי, שכן דווקא הייעוד הכלל-ישראלי מחייב לצערנו ייחודיות זו. ולא נוותר על שולחנו הכשר (המדובר בכשרות בסיסית על פי הדין ולא בהידורי כשרות) בנימוק של "גדולה לגימה המקרבת לבבות" גם אם לצערנו הדבר גורם לפיצול בין שומרי הכשרות למזלזלים בה. גישתנו הכלל-ישראלית פירושה העלאת כלל ישראל כולו מבלי שנוריד מאומה מן הנורמה המוסרית והדתית הנדרשת מכל אחד ואחד מאתנו. כי "כלל ישראל" אין פירושו סכום סטטיסטי של מספר יהודים המשתייכים כיום לעם. כלל ישראל הוא אידאה המייחדת אותנו מכל אומה ולשון, ומאחדת בתוכה את כל נושאי בעבר, בהווה ובעתיד, מרצונם ושלא מרצונם. לא כל טשטוש העצמיות וויתור על מקוריות יכונה "גישה כלל-ישראלית", כשם שלא כל התעצמות רוחנית תיקרא "גטואיזיה". גישה כלל-ישראלית המוותרת על האידאה הישראלית הנה מסוכנת יותר מגטואיזיה; כי בעוד שזו האחרונה שומרת על גחלת מסוימת ומצומצמת, הרי הראשונה - מגמתה טמיעה טוטאלית. עלינו לשמור אפוא על ייחודו של המשפט העברי דווקא לשם כלל ישראל!

ב. המשפט העברי והציונות

הפסיקה האוסרת להתדיין בערכאות נראית על פניה כפסיקה לא ציונית. היא אינה מכירה בסמכות החוק הנוהג במדינת ישראל ובמחוקקיו.

ההנחה אינה נכונה. אנו מכירים בסמכותם של מוסדות המדינה בכל הנוגע לחוקים שאינם עוקרים את דין התורה. אדרבה, דווקא מכוח דיני התורה אנו מכירים בסמכותה של המדינה. והיא הנותנת. היתפאר הגרזן על החוצב בו? שאלת המשפט העברי הנה שאלה הלכתית טהורה ואין לה כל קשר להשקפת העולם באשר ליחס לציונות ולמדינת ישראל, ראשית צמיחת גאולתנו. אדרבה, הרב הרצוג, הרב הראשי לישראל עם קום המדינה, ראה בהתעלמות המדינה מהמשפט העברי סטייה מהרעיון הציוני. ואכן, לא ידוע לנו על פוסק ציוני דתי אחד שהתיר את הערכאות במדינת ישראל. לדעתם, המדינה היא שסתה מציוניותה בכך שהעדיפה משפטים זרים על פני המשפט העברי. אמנם מחובתנו להחזיר ככל האפשר מעקרונות המשפט העברי למערכת המשפט הכלל-ישראלי - שהיא לצערנו חילונית במהותה, כרגע. אולם אסור לפעולה זו לבוא במקום פיתוח של מערכת שיפוטית תורנית שתאפשר לכל המעוניין בכך להישפט בפני דינים הדנים עפ"י התורה. איסור הערכאות בעינו עומד גם לאחר שנתקבל חוק בכנסת בתוספת ציצים ופרחים משלנו. ראשית פעולתנו צריכה להיות חיזוק מעמדם של בתי הדין הרבניים גם בענייני ממונות. רק על ידי הרחבת סמכויותיהם ותחום פעולתם של בתי הדין הרבניים נוכל להעשיר גם את המשפט הכללי בישראל ברעיונות ובעקרונות יורדיים משלנו. רק באמצעות יישום חי ופעיל של מערכת משפט תורנית נאפשר לה להתמודד בצורה מעשית עם כל בעיות החיים המודרניים ולהשפיע בכך על מערכת המשפט החילונית.

ג. מדינת ישראל

יש הטוענים, שהציונות הדתית מכירה בחילוניותה של המדינה, אך רואה בה כלי שאפשר למלאותו תוכן דתי. ומכוח הכרה זו עלינו להכיר בסמכות המשפטית של המדינה לא רק דה-פאקטו אלא גם דה-יורה. בתורתו של מרן הרב קוק זצ"ל שנינו את משנת הציונות הדתית ביתר עמקות. ראשית כול מבחינה הלכתית. מבחינתנו ההלכה היא מקור סמכותה של המדינה ולא להפך. ההלכה נותנת תוקף למוסדות השלטון המתמנים על ידי העם, גם כשהם חילוניים, כל עוד אינם סותרים את התורה. ומבחינה רעיונית, איננו מכירים בחילוניות ישראלית כמות שהיא. ישראלי קשור בטבורו לעם ישראל ומורשתו מדורי דורות, גם אם בפיו הוא מתיימר להכחיש זאת. אין ישראליות אחרת מאשר ישראל סבא. ועל כן הגדרת הציונות, המדינה או הלאומיות כחילוניות היא מחוסרת בסיס. הגדרה זו צופנת בחובה סכנת פירוד בין דת ולאום ודת ומדינה. סכנה של נתק בין העבר לבין העתיד, של איבוד הזהות הלאומית שלנו, סכנה של התפוררות מוחלטת של כל רקמת החיים העדינה שלנו. איננו מכירים בהפרדה טוטלית בין דתיים ו"כופרים", שכן היכן הגבול ביניהם? (הגבול ההלכתי האדום הוא כידוע שמירת שבת, אולם הוא נוגע בעיקר לנאמנות בכשרות וכדו', אך עדיין יש קווים ורודים ומטושטשים הכוללים בתוכם רבים

מאחינו). אין לך אדם מישראל שאינו מקיים מצוות כלשהן, מהכרה ושלא מהכרה. יש המקיים מצוות שבין אדם לחברו, יש המקיים מצוות שבין אדם למקום, ויש שבין אדם לעמו ולארצו. כולם אהובים; אלא שיש מדרגות בקדושה. יש קדושה חמורה ויש קדושה קלה, יש טובים יותר ויש טובים פחות, ולעולם אינך יודע נפשו של מי חביבה יותר לפני הקב"ה. לפיכך ימדוד אדם עצמו ביחס לנדרש ממנו, ולא ביחס לזולתו.

המדינה היא גילוי א-להי, שיש בו קידוש השם לאחר חרפת הגלות ומוראותיה, בעיקר בעת האחרונה. לפיכך אין המדינה רק כלי שאפשר למלאותו תוכן דתי, היא עצמה פונקציה דתית. עצם ייסודה של ריבונות יהודית עצמאית בארץ הקודש, חיזיון דתי הנהו. כיבוש השממה וקיבוץ גלויות - יש בהם מימושן של נבואות חוזי קודש. אנו רואים במדינה שלב מתקדם בשרשרת רצופה של תהליכים היסטוריים שפסגתם היא הגאולה השלמה. לא בחלל ריק עלה רעיון המדינה, אלא על קרקע פורייה של תקוות גאולה דתיות צץ ופרת. המחלץ את החוליה של הקמת המדינה מקישורה האורגני לחוליות שקדמו לה - מסלף את ההיסטוריה היהודית. בסיסו הפנימי של הרעיון הציוני - אמונת-דתית הוא, אף כי עטה מעטה "חילונית" מבחוץ. אנו מפרידים הפרדה מהותית בין המדינה עצמה לבין תופעות שליליות בחברה, בתרבות ובשלטון. את התופעות אנו שוללים; את המדינה עצמה אנו מחייבים. מערכת המשפט היא אחת התופעות שאיננו משלימים אתן דה-יורה, אלא נאלצים להכיר בה דה-פאקטו בלבד, במקרים שההלכה מאפשרת זאת.

שאיפתנו להרמת קרן המשפט התורני במדינה הנה חלק אינטגרלי מהזדהותנו עם המדינה. בכאב רב אנו רואים במשפט הקיים כיום במדינה נסיגה מייעודה ומתפקידה של מדינתנו, מדינת ישראל. לא כל תופעה שלילית ולקויה במדינתנו זקוקה להזדהותנו ולהערכתנו החיוביות. הפטריוט הנאמן אינו זה המחפה על תופעות שליליות בעמו, אלא זה המעוניין בתיקון. וכאן נעוץ ההבדל העמוק שבין המדינה, מוסדותיה ורשויותיה, לבין הרשות השיפוטית שלה. הכנסת - יהודית היא בעיקרה; הממשלה - יהודית היא; המשטרה והדיפלומטיה, הצבא והכלכלה - כולם יהודיים הם; ועל כך גאוותנו והזדהותנו, שאינן פוטרות אותנו מביקורת קונסטרוקטיבית על מחדלים וסטיות לפי השקפתנו. אולם המשפט - נכרי הוא, ומלוקט מחוקי העמים תוך התעלמות שרירותית מחוקינו אנו. דווקא כאזרחים נאמנים למדינה, כבעלי הכרה לאומית, איננו יכולים לשאת את הכתם המחפיר של המשפט הזר המתאזרח בתוכנו, משל כאילו הייתה השפה הרשמית במדינתנו טורקית או אנגלית...

ד. הציונות וחידוש המשפט

אחת מאבני היסוד בתפיסתם הדתית של מורינו ורבותינו הייתה שאת הגאולה יש לקרב בידיים ולא לסמוך על הנס בלבד. כבר הרמב"ם הביע רעיון זה ביחס להקמת

הסנהדרין אשר תקום לדעתו על ידי עם ישראל עוד לפני בוא המשיח בהסתמכו על הפסוק: "ואשיבה שופטיך כבראשונה ויועצריך כבתחילה, אחרי כן יקרא לך עיר הצדק קריה נאמנה". הקמת המדינה על ידי מאמץ אנושי בע"ה הוכיחה את צדקתו של רעיון זה. משום כך נקראים אנו אפוא לא לחבוק ידיים בשעה זו, אלא לעשות מעשים של ממש אשר יצעידו אותנו קדימה. מתוך אופטימיות מלאה שמי שהביאנו עד הלום לא יעזבנו ולא יטשנו גם להבא, אנו נדרשים לפתח ולטפח את השיפוט העברי המקורי כשלב חשוב בדרכנו להגשמת רעיון מדינת ישראל האידאלית, כפי שחזוה קדמונינו ונביאינו.

בחזון הגאולה של נביאינו עמדה בראש השאיפה להרמת קרנו של המשפט העברי, עד שיוכל לשמש כאור לגויים. "והיה באחרית הימים... ושפט בין הגויים...". "ויצא חוטר מגזע ישי... ושפט בצדק דלים...". כיסופים אלו - הם אשר המריצו את פליטי ספרד לחדש את הסמיכה בצפת לפני כ-500 שנה. חזון זה הוא אשר הוליד את רעיון ייסודה של הרבנות הראשית על ידי מרן הרב קוק זצ"ל. אחת מפעולותיו החשובות של יהושע עם כיבוש הארץ הייתה להציב חוק ומשפט, ומתקנות עזרא החשובות היו סדרי בתי הדין. עם שיבתנו אל ארצנו, מדאגתנו להחזיר את עטרת המשפט ליושנה ולא לעשות את תפילתנו "השיבה שופטינו כבראשונה" פלסתר, ח"ו. אילו הייתה הציונות מקבלת למעשה את הצעת "אוגנדה" - לא היינו מחויבים להמשיך את שותפותנו עמה בנקודה זו, אלא היינו צריכים לפעול בנפרד למען ארץ ישראל. שאלת השיפוט היא לדידנו מעין "אוגנדה משפטית", שאין אנו יכולים לקבלה, כשם שאיננו יכולים לקבל את החינוך הממלכתי הלא דתי כפי שהוא. לא תיכון אהבת ישראל למקוטעין, אלא אהבה לגוף ולנשמה הישראליים כאחד.

ה. מלך ישראל שסטה מההלכה

גם אם נניח שמדינת ישראל שווה במעמדה למלכות ישראל, עדיין אין הדבר מקנה לה סמכות בהפקעה כל שהיא של הלכה אחת מתורת ישראל. הרמב"ם פוסק במפורש בהלכות מלכים (פ"ג ה"ט):

המבטל גזירת מלך בשביל שנתעסק במצוות, אפילו במצוה קלה הרי זה פטור. דברי הרב ודברי העבד דברי הרב קודמין. ואין צריך לומר אם גזר המלך לבטל מצוה שאין שומעין לו.

מקור דברי הרמב"ם בתלמוד במסכת סנהדרין (מט ע"א) בפקודתו של דוד המלך לעמשא, שלדעת התלמוד לא הייתה חוקית. ובכן, אפילו דוד מלך ישראל שנמשח על ידי נביא לדורות, כשסטה בהוראה מסוימת מההלכה - פקעה סמכותו. המלך אינו עומד מעל לתורת ישראל. תורת ישראל היא המקנה לו מעמד וסמכות, היא המחייבת אותנו לקבל את מרותו ולירא מפניו, אולם היא גם הקובעת אימתי אין לשמוע בקולו.

יש למלך ישראל סמכות עצומה בשיפוט וענישה, אולם רק במקום בו הוא רואה הכרח להוסיף תקנות נחוצות בגלל צורך שעה או תיקון העולם. גם למדינת ישראל יש סמכות רחבה על פי ההלכה לתקן תקנות ולגזור גזרות על פי צורכי השעה והדור. אולם, כשם שמלך ישראל אינו רשאי לעקור סעיף אחד מהשולחן ערוך ולהחליפו בחוק זה, כך גם מדינת ישראל אינה מוסמכת לעקור הלכה אחת ממקומה ולהמירה בחוק אחר, בין אם הוא לקוח מהמשפט הבריטי או הטורקי, ובין אם הוא מומצא על ידי מלומדים ישראלים. ואם על פי ההלכה הוצאה כספית מהזולת במקרה זה אסורה, הרי הנוטל ממון שאינו שלו על פי הדין, בהסתמך על חוק זה, דינו ככל אדם הנוטל ממון שאינו שלו...

דווקא תפיסה תורנית זו, המעמידה את ההלכה השמימית מעל למלך בשר ודם, היא המאפיינת את מלכות ישראל ואת מדינת ישראל. היא המקנה לאלו משמעות מוסרית וערכית. הפיכת הקערה על פיה, וכפיפת ההלכה מתחת לסמכות של המלך או של המדינה, מרוקנת את המלכות מכל ערך מוסרי, והופכת אותה למושג חילוני-אנושי, כוחני, חסר ערכים ואידאליים. יתירה מזו, מדינה או ממלכה שאינן כפופות לערכים נצחיים העומדים מעליהן, עלולות להידרדר לפאשיזם חלילה.

מדינת ישראל שקמה על אפר אושוויץ חייבת להניף דגל של מדינה מתוקנת שונה מכל מדינות העולם. דווקא משום שמדינת ישראל היא שלב חשוב המקדם אותנו לקראת המלכות האידאלית, ודווקא משום שייתכן שיש לה מסמכותה של מלכות זו, עליה להכתיר על עצמה את ההלכה כערך עליון, שהיא יונקת ממנו ומודרכת על פיו. וגם כל עוד אין היא מסוגלת להכיר בכך בעצמה, חובתנו כאזרחי המדינה, השותפים לבניינה והנושאים באחריות לקידומה, להביאה לכך, לפחות בהכרתנו שלנו בנחיצותו של המשפט העברי ובהפעלתו על ידיו.

1. הדין בהסכמת הצדדים

יש המסתמכים על דברי הרמב"ן בפירושו לתורה, המתיר להתדיין בפני ערכאות כששני בעלי הדין מסכימים לכך. נמנו הפוסקים וגמרו שדברי הרמב"ן נאמרו ביחס למקרה פרטי ועראי בלבד, ולא כמנהג של קבע העוקר את קיומו של כל המקצוע המשפטי שבתורתנו ח"ו, ועל כגון דא אמר הרשב"א (הובא בבית-יוסף, חו"מ סי' כו): ואומר אני שכל הסומך בזה על דינא דמלכותא - טועה וגזלן הוא... ובכלל זה עוקר כל דיני התורה השלמה. ומה לנו לספרי הקודש המקודשים שחברו לנו רבי ואחריו רבינא ורב אשי? ילמדו את בניהם דיני העכו"ם ויבנו להם במות טלואות בבית מדרסי עכו"ם! חלילה, לא תהא כזאת בישראל, ח"ו, שמא תחגור התורה שק עליהם! (אף אם נשמיט את המילה "עכו"ם", הדברים מדברים בעד עצמם).

ובכל זאת, קיום בשלום כיצד? (המינוח "דו-קיום" הוא פסול לדעתי).

מה אכפת למדינה אם נושאים אזרחיים אישיים יידונו בבתי דין תורניים? האם הדבר פוגע בשלטון? אדרבה, הדבר רק יקל על העומס המוטל כיום על בתי המשפט. יש פוסקים הנוטים להכיר בדיני ממונות הנפסקים בערכאות, בתנאי שתינתן גושפנקא ממלכתית שווה גם לבית הדין התורני, שכן אז יחולו דברי הרמב"ן המתיר לדון בערכאות בהסכמת שני הצדדים ואין בדבר משום עקירת התורה. במה דברים אמורים? בתביעה פרטית-אזרחית. אולם בשטח השיפוט הפלילי קיימים קשיים מובנים. אין כרגע מערכת משפטית הלכתית מקבילה לזו הכללית. עם זאת יש לחתור לשילובה של ההלכה גם במערכת המשפטית הקיימת. משימה זו מוטלת על עורכי הדין והשופטים המתמצאים בהלכה וכן על תלמידי חכמים שיציגו מול הפסיקה הקיימת את האלטרנטיבה ההלכתית. אולם הבעיה הראשונה העומדת על הפרק והניתנת לפתרון נוח היא שאלת השיפוט הממוני. [והדרישה כרגע: הכרה ממלכתית בבתי הדין הרבניים לפחות כששני הצדדים מסכימים]. בינתיים חייבת להיעשות פעולת הסברה וחינוך בקרב הציבור הדתי על חובת הזדקקותו לבית הדין הרבני. אילו היה הציבור הדתי יותר חדור הכרה בחשיבות העניין היו יכולות האווירה והמסגרת החברתית כשלעצמן למנוע את התופעות השליליות של פניית בעלי דין דתיים לשיפוט נכרי.

ז. יישום המשפט העברי

השולחן ערוך התחבר לפני כ-500 שנה על סמך התלמוד, ששפתו ארמית, שהתחבר כ-1,000 שנה לפניו. בינתיים חלו בעולם תמורות כבירות בכל תחומי החיים, בתחום המדעי, הטכנולוגי, החברתי ועוד. כיצד יוכל דין הפוסק על פי השולחן ערוך להתמודד עם השאלות המודרניות שיעמדו לפניו? אין זה נכון שהמשפט העברי אינו מעודכן ואינו מתאים לצורכי השעה. העובדה שהוא אינו קריא למי שאינו רגיל בספרות ההלכתית, נכונה באותה מידה ביחס למשפט האנגלי למי שאינו יודע אנגלית. והרי המדובר כרגע בשיפוט על ידי דיינים הבקאים בש"ס ופוסקים. הטענה שהשיפוט התורני אינו יעיל - כי הוא חייב להסתמך על עדות שני עדים כשרים שלא בכל מקרה הם נמצאים - אינה נכונה. ישנם מקרים רבים שבהם כשיש צורך אפשר להתחשב גם בעד אחד ופסול. הוא הדין ביחס לבעיות מודרניות, כגון: תעבורה וכדו'. עקרונות משפטיים אינם תלויים בזמן ובמקום. למשל האחריות המשפטית של האדם על מעשיו שווה בין בשני בני אדם הרצים ברחוב, בין בשתי מכוניות הדוהרות על הכביש ובין בשתי חלליות הטסות בחלל. ההלכה יכולה לענות על בעיות השעה. עובדה היא שבנושאים רפואיים וטכנולוגיים בשבת ההלכה מתמודדת בהצלחה. דא עקא, שבעיות השעה המשפטיות אינן באות דין לפני ההלכה ולכן אינן משתקפות בה כראוי. כדי ליצור התמודדות שוות ערך בין ההלכה והמציאות המודרנית יש לאפשר להלכה לפעול באופן חופשי, ולתת בידיה את הכלים הדרושים. יש שחוששים לתת להלכה קרקע

נוחה לפעילותה מחשש שמא היא תצליח להוכיח את חיוניותה וצדקתה. "פן יראה בעיניו ולבבו יבין ושב ורפא לו". נוח להם להחניקה ח"ו בגווילים בלים ולהוכיח בכך שאינה מודרנית, כביכול. מחובתנו לשמור על רציפות ההלכה, ובכך לשמור על חיוניותה עד שתבוא שעת הכושר. הסנהדרין תפעל לכשתקום על ידי מי שיקימנה, לא בחלל ריק. יהיו לפני תקדימים משפטיים. ביכולתנו להקל עליה את המלאכה על ידי רציפות הפסיקה המשפטית התורנית.

רעיון "תורה ועבודה" בא להוציא מידי התפיסה המסולפת שהתורה מוטלת ח"ו במיטת סדום של ענייני אורח חיים אישי גרידא. הוא שואף לראותה ככוח פעיל ויוצר בכל שטחי החברה והמוסר. לא נוכל לפתח אורח חיים מוסרי-תורני נעלה בקרב אנשינו, אם לא יועלו ערכי המוסר הגנוזים באוצרותינו המשפטיים בלימוד ובפסיקה משפטית מתמדת. ההתיישבות הדתית מסוגלת באמצעות קביעת מסגרותיה החברתיות בהסתמכות על המשפט התורני, לשמש בכך חלוץ העובר לפני המחנה כולו ולמלא את ייעודה כמדינת התורה בדרך. ויהי רצון שבזכות הצדק והמשפט העבריים ישכון ישראל לבטח בארצו וארמון על משפטו ישב. וכדברי הכתוב:

צָדֵק צְדָק תִּרְדֹּף

לְמַעַן תַּחֲיֶה וַיִּרְשֶׁתָּ אֶת הָאָרֶץ אֲשֶׁר ה' א-לֵהֶיךָ נָתַן לָךְ:

הרב דניאל כ"ץ

מה בית דין דנים בזמן הזה

הצגת הנושא

בית הדין בימינו אינו מוסמך לעסוק בכל נושא ועניין, מבחינה הלכתית. לאחרונה הגיע לבית הדין לממונות של 'ארץ חמדה' מקרה של נזקי 'בור', ונתתי אל לבי להרחיב בנושא סמכות בית הדין לדון בנושאים השונים. במאמר זה אנסה להסביר מדוע ישנן הגבלות, ואסקור את הנושאים שבית הדין רשאי לעסוק בהם.

א. הצורך בדיינים סמוכים

1. דין תורה

ראשית נבהיר מה נשתנה מימים קדמונים. לפי דין התורה המקורי, דיינים בבית דין צריכים להיות 'סמוכים'. זהו תנאי בסיסי להיותם דיינים, בכל העניינים שהתורה דורשת לדיון בהם בית דין¹. סמיכה זו נתבטלה עקב צוק העתים, וכיום אין דיינים סמוכים.

2. בזמן הזה

בגמרא² נקבע שיש תקנה 'שלא תינעל דלת בפני לווי', וכן נאמר שהדיינים בזמן הזה הם כשליחים של הדיינים הסמוכים ('שליחותיהו קעבדינן'). מהגמרא בסנהדרין עולה שההיתר לדון בזמן הזה הוא בהודאות והלוואות. בגמרא (בבא קמא פד ע"ב) נקבעו שני תנאים לדברים שדיינים שאינם סמוכים יכולים לדון בהם: 1. שיהיו דברים מצויים 2. שיהיו דברים שיש בהם חסרון כס. בגמרא (גיטין פח ע"ב) נקבע שבית דין יכול גם לכפות גט במקום שיש דין כפייה, וכפיית גט כלולה ב'שליחות'.

1. יש לציין שיש תחומים שמראש אין צורך בהם בדיינים סמוכים, כגון חליצה (שו"ע, אבה"ע סי' קסט סעי' א); ולגבי גרות, ראה להלן. כמו כן מהסוגיה בתחילת סנהדרין עולה שלדעה שאין עירוב פרשיות, אין צורך ב'סמוכים' בהודאות והלוואות, ורש"י קושר דעה זו לפסיקה בשאלת 'שנים שדנו' (ועיין תוספות, שחולק). בדעת הרמב"ם יש הרבה דיונים, ולפי חלק מפרשניו עולה שיש מקרים שבהם אין צורך במומחים מלכתחילה, כגון בהודאות והלוואות במקום שאין צורך בכפייה (קצות החושן, סי' ג ס"ק א).
2. סנהדרין ב ע"ב; בבא קמא פד ע"ב; גיטין פח ע"ב.

3. 'שליחותיהו קעבדין'

מהגמרא (סנהדרין ב ע"ב)³ עולה ששליחות זו היא מתקנת חכמים, שכן היא מבארת שהטעם שתיקנו שידונו דיינים לא סמוכים בענייני הלוואות הוא משום 'שלא תינעל דלת בפני לווי'.

4. גרות בזמן הזה

אמנם הראשונים דנו כיצד ניתן לגייר בזמן הזה, שהרי נדרש בית דין לצורך הגיור, ואם תוקף השליחות הוא רק מדרבנן, נמצא שהגרים אינם יהודים מהתורה אלא רק מדרבנן. הם העלו כמה תשובות לשאלה זו:

1) אין צורך במומחים בגרות מהתורה, גם דיינים שאינם סמוכים יכולים לגייר, בלא צורך בשליחות⁴.

2) יש דרשה מיוחדת שניתן לגייר גם בלא דיינים סמוכים, אם אין כאלו בעולם כלל⁵. הגיור הוא מדין שליחות מדרבנן⁶, ב'תוספות הרא"ש'⁷ בואר שיש חשש נעילת דלת כמו בהלוואה. הר"ן⁸ כותב שלהכניס אדם תחת כנפי השכינה עדיף, מדיני הממון המצויים שחכמים תיקנו בהם שליחות. אבל יש לחכמים כוח לעקור דבר מן התורה בדבר שיש בו טעם וסמך, והוא דומה לדברי התורה עצמה⁹.

3) הגיור מדין שליחות שתוקפה מהתורה¹⁰. כך מכריע 'נתיבות המשפט'¹¹.
'נחל יצחק'¹² מכריע שהעיקר להלכה שתוקף השליחות הוא רק מדרבנן.

3. המובן הפשוט של שליחות הוא בדומה לשליחות המוכרת בשאר תחומים, אם כי חריגה היא בכך שהמשלחים כבר אינם קיימים, ולכן נדרשת תקנה. אך לפי שיטת הרמב"ן והר"ן בריש סנהדרין, השליחות מובנה מחילת חכמים על כבודם, ועל ידי כך מותר לחכמים שאינם סמוכים לדון.

4. רמב"ן ורשב"א, יבמות מו ע"ב.

5. ר"י הזקן, מובא בריטב"א, יבמות מו ע"ב; רבי נתנאל, בתוספות קידושין סב ע"ב, ד"ה גר; רמב"ן ורשב"א יבמות שם.

6. תוספות, קידושין שם; גיטין פח ע"ב, ד"ה במילתא בשם ר"י; תוספות רא"ש שם יבמות מו ע"ב ד"ה וש"מ; רשב"א וריטב"א, גיטין פח ע"ב.

7. תוס' הרא"ש שם.

8. ר"ן, גיטין מט ע"ב, ד"ה כי.

9. ר"י בתוספות, יבמות פח ע"א, ד"ה מתוך; פט ע"ב, ד"ה כיון.

10. רמב"ן, יבמות שם, מציע דרך זו בלשון: 'ואפשר'. בספר אלפי מנשה, חו"מ סי' א ס"ק א, תמה על הנתיבות שלא ציין לרמב"ן שכותב כדבריו, ולדעתו הרמב"ן כיוון בדבריו רק לעניין גרות, ולפי ההבנה של תוספות שיש בה גזירת הכתוב, וביסס דבריו על פירוש הרמב"ן לתורה (דברים טז, יח), שבו הוא קובע ששליחותיהו מדרבנן. לענ"ד דבריו תמוהים, היות ולפי תוספות, אין צורך בשליחות בגרות אלא מהתורה ניתן לגייר גם בלא מומחים, ואם כן דברי הרמב"ן ששליחותיהו מהתורה בוודאי אינם לפי שיטה זו; ומה שהוכיח מפירוש רמב"ן לתורה, אינו אלא כדבריו בחידושיו לש"ס, ולפיהם עיקר דעתו היא שזה דין דרבנן, ורק בדרך 'אפשר' הציע שהוא מהתורה.

11. נתיבות המשפט, סי' א ס"ק א.

12. נחל יצחק, חו"מ סי' א ס"ק א.

5. דיני קנסות

כל דבר שמוגדר בהלכה 'קנס' אין דנים בו כיום כלל ואין בו דין שליחות. בכלל 'קנס' אנו מוצאים תשלומי כפל או ארבעה וחמישה על גובה, חצי נזק על נזקי קרן, תשלומים קבועים שבתורה ועוד¹³.

ב. במה אפשר לדון ובמה אין דנים

נפרט את התחומים שבית דין יכול לדון בהם, ולאחר מכן נברר מה האפשרויות העומדות בפני בית הדין בתחומים שאין להם סמכות לדון בהם.

1. הודאות, הלוואות, ירושות, מתנות, כתובה, מקח וממכר, כפיית גט, מזונות הילדים

דינים בעניינים אלו, וכן בכל העניינים הנוגעים לדיני ממונות שבוין איש לרעהו ובכל ענייני המסחר המצויים ויש בהם חסרון כיס, בוודאי נכללים בתחומי הדיון של בית הדין גם בזמן הזה, מכוח השליחות.

2. נזקי בהמה וחיה – קרן, שן ורגל

נזקי בהמה שנחשבים קרן, מוגדרים בתור נזקים שאינם מצויים, ועל כן אין דנים בהם. לעומת זאת נזקי שן ורגל נידונים בבתי הדין כיום. עיקר ההבחנה בין קרן לבין שן ורגל הוא בכך שבנזקי קרן נכללים נזקים שאין בהם הנאה לבהמה ואין דרכה בכך, אלא כוונתה להזיק. על כן, נשיכת כלב בוודאי מוגדרת קרן ואין דנים בה, וכדומה. בשו"ת 'הר צבי'¹⁴ נידון כלב שנכנס ליקב ושתה יין, ומוכרע שם שכלב ששותה יין הוא מנזקי שן ורגל, שאינם שכיחים, ועל כן אין דנים בו. זאת לאור שיטת הרי"מ¹⁵ שלפי הר"ן, שיש איסור לבית דין שאינם סמוכים לדון בנזקים מסוימים, וממילא בשן ורגל שאינם מצויים, ספק אם תיקנו שליחות, וזהו ספק איסור.

3. כופר

בבהמה שהרגה אדם, שיש חיוב כופר על הבעלים, אין דנים¹⁶.

13. יש מקום לומר שבקנס אין לדון בזמן הזה, היות וכל החיוב בקנס נוצר רק על ידי בית דין, וראה בבאר אליהו על ביאור הגר"א, לראי"ה קוק, ס' א ס"ק כא, בעניין עדים זוממים בזמן הזה, שדייק מהגר"א שאין הבדל בין קנסות לשאר דיני ממונות, והסביר את הדברים.

14. שו"ת הר צבי, חו"מ ס' ג, ובס' ב מרחיב בנימוקים, אמנם צ"ע. למעשה שנראה שדעת האחרונים כדוגמת ישועות ישראל ועוד, היא שאין לחשוש לספק איסור, ולדון בכל אש ובור, וממילא גם בכל שן ורגל.

15. חידושי הרי"מ, חו"מ ס' א ס"ק י.

16. ראה ישועות ישראל א, ס' ד, שיש בזה חיוב לצאת ידי שמים, אמנם יש הרבה פרטים בדיון כופר, ויש לציין גם לשיטת הרמב"ם, שבמקום שאין חיוב קנס - יש חיוב ממון, כגון בשור שהרג עבד, שגם אם אין מחייבים בשלושים של עבד, יש לחייב דמים, ויש לדון לפי זה

4. אדם המזיק

נזקים שאדם גורם לזולת נגבים בזמן הזה, בכך כלולים כל הנזקים המוגדרים נזקי אדם המזיק, נידונים הן נזקים ישירים, הן נזקים על ידי הדלקת אש ישירה, שחיובה משום 'חיצוי', והן נזקים על ידי העמדת בהמה על שדה חברו, שלפי דעת חלק מהראשונים היא מוגדרת נזק שלאדם המזיק¹⁷, וכך היא הכרעת הרמ"א¹⁸, ועל כן יש חיוב עליה גם ברשות הרבים.

5. חבלה

אדם שחובל בחברו חייב לשלם מן הדין חמישה תשלומים: נזק, צער, ריפוי, שְׁבֵת ובושת. לכל הדעות, בימינו אין דנים בנזק, צער ובושת. צער ובושת - אין בהם חסרון כיס. נזק - אין דנים בו, אם משום שהוא תשלומי קנס¹⁹ ואם משום שאינו מצוי²⁰. לגבי שְׁבֵת וריפוי נחלקו הפוסקים, לדעת הרמב"ם²¹ - דנים, וכך פוסק השלחן ערוך²², ולדעת הרא"ש²³ - אין דנים. הרמ"א²⁴ מכריע שכופין לפייס.

6. בושת בתור בסיס לפיצוי על ביטול נישואים

בנושא חזרה בו משידוכים עולה שאלת הבושת, שאין גובים בזמן הזה. בבתי הדין נידונה פסיקת הבושת בזמן הזה גם בנוגע לחזרה משידוכים²⁵. וראה בפסק בית הדין הגדול²⁶, שחיצוקו את החובה לשלם דמי בושת, משום שיש לקנוס את המבייש.

7. פגם

ברור הוא שאדם שאונס ראוי לענישה חמורה מצד המדינה. כאן נעסוק ביישומם של העונשים שהתורה הטילה עליו, בלי קשר לעונשים שיקבל מהמדינה. תשלומים שהתורה חייבה את האונס לשלם לנאנסת, המכונים 'פגם', וכן הצער והבושת, גם הם

באפשרות לחייב בתשלום דמים. ומנחת חינוך, מצוה נא, האריך בבירור שיטת הרמב"ם ושיטת הראב"ד, שחולק עליו.

17. ראה בדברי שו"ת הר צבי, חו"מ סי' ב, שכותב שהחיוב ב'מעמיד בהמת חברו' לשיטת הרשב"א הוא משום אש, והוא מוצא בזה נפקותא לפי חידושי הרי"מ, סי' א ס"ק י, שגם 'אישו משום חיצוי' אין דנים בזמן הזה היות ואין זה שכיח. אמנם יש לדייק בדברי הרי"מ שאין כוונתו אלא לאש שפרצה מאליה ולא שמרה.

18. רמ"א, חו"מ סי' שצד סעי' ג.

19. רמב"ם, הל' סנהדרין פ"ה ה"ח; שם, הל' חובל ומזיק פ"ה ה"ו.

20. ערוך השלחן, חו"מ סי' א ס"ק ג.

21. רמב"ם, הל' סנהדרין פ"ה ה"י.

22. שו"ע, חו"מ סי' א סעי' ב.

23. רא"ש, ב"ק פ"ח סי' ב.

24. רמ"א, חו"מ סי' א סעי' ב.

25. ראה בית שמואל, אבה"ע סי' נ ס"ק טז, ובית מאיר שם.

26. פד"ר, ח"ה עמ' 322.

אינם נידונים היום, כמו שאר החבלות. כך גם תשלומי מוציא שם רע. אמנם למעשה, מדגיש רב צמח גאון²⁷:

כדי שלא יהא חוטא נשכר ושלא יהו ישראל פרוצים בנזקין נהגו חכמים האחרונים לנדותו עד שיפייסו בממון או עד שירבה עליו רעים ויפייסו בדברים.

וכך כותב גם הרי"ף בתשובה²⁸: 'יש על הזקנים ועל בית דין לקנוס ולעשות סייג כפי מה שהן רואין'. וכן כותב ה'שלחן ערוך'²⁹. כמובן שהיום בדין הפלילי האזרחי מקבל האנס את העונש הראוי לו.

8. כפייה על נישואין

חיוב האונס, המפתה והמוציא שם רע לישא את האישה אם רצונה בכך (האונס - כופין אותו, אך את המפתה אין כופין) אינו נוהג בזמן הזה. אמנם כותב הטור³⁰ על פי הגאונים והרי"ף שמנדין על כך. לעומת זאת מדברי ים של שלמה³¹ נראה שנוהג בזמן הזה:

לעניין שלא לבייש בת ישראל ראוי לכל דיני ישראל לכוף אותו בשוטים. ואפילו ע"י גוים ליסרו, כדי שישא אותה, שלא תהיה ח"ו עלובה כל ימיה, וק"ו לנדותו. בפרט מאחר שאנוסה היא, ויהא שותה בעציצו, ואפשר אף בימי התלמוד היו דנין בזה בבבל. מאחר שאינה גביית ממון, רק עשה דולו תהיה לאשה. וכופין אותו, כשאר מצות עשה ולא תעשה שבתורה.

הזכרנו שיטה זו על אף שבימינו כפייה על כך אינה מעשית כלל, משום שיש לכך השלכות אחרות, כדלהלן.

סוגיה העולה מדין זה היא בעניין איש שנקשר עם אישה מרצונה, והיא תובעת אותו לישא אותה. נחלקו בעלי ה'תוספות' ב'נטען על הפנויה', כלומר אדם שיצא קול עליו שקיים איתה יחסי אישות, האם יש חובה עליו לשאתה³². הכרעת הרא"ש³³ היא שאין עליו חובה, שכן הדבר יחזק את הקול. המחלוקת הובאה גם ב'שלחן ערוך'³⁴, בלשון 'יש אומרים שלא לכנוס ויש אומרים שמצווה'. ולפי כללי ה'שלחן ערוך', במקרה זה הלכה כדעה ראשונה, שאין עליו חובה לשאתה. וכך מכריע הרמ"א במקום, אך הוא מוסיף ומדגיש שאם בוודאי התקיימו יחסים ביניהם, יש מצווה

27. מובא ברא"ש, בבא קמא פ"ח סי' ג, ובטור, אבה"ע סי' קעז.

28. שו"ת הרי"ף, סי' לו.

29. שו"ע, אבה"ע סי' קעז סעי' ב.

30. טור, אה"ע סי' קעז, וכן כתב בשו"ת הרשב"ש, סי' יד; ראה גם שו"ת הרדב"ז, ח"א סי' סג; וכן עיין באפיקי ים, ח"ב סי' מב חקירה ב.

31. ים של שלמה, ב"ק פ"ח סי' ו.

32. תוספות, תוספות רא"ש ותוספות ישנים, יבמות כד ע"ב, ד"ה משום.

33. רא"ש, יבמות פ"ב סי' ו.

34. שו"ע, אה"ע סי' קעז סעי' ה.

לכונסה. שו"ת מהרי"ק³⁵ פוסק שמצווה לחזור אחר הדבר ולהשתדל לקיימו. שו"ת ראנ"ח³⁶ יישם את פסק המהרי"ק, וכן ראה בשו"ת התשב"ץ³⁷, שדן במקרה כזה של אישה שהרתה לאדם, והכריע שמצווה לכנוס, אך בתנאי שהדבר יהיה ברצון הצדדים ובלא כפייה. בעקבות כך התקיימו דיונים גם בבתי הדין הרבניים בנשים שתבעו גברים לישא אותן. ראה פסקו של הגרי"א הרצוג³⁸ שיש לחייב מבחינה מוסרית מי שהתחייב לישא אישה ופיתה אותה לחיות איתו. הוא אמנם אינו מוצא דרך לחייב אותו בתשלום ממש, כי אם לחייבו על ידי מניעת רישומו לנישואין עד שישלם. וכן ראה פסיקתו של בית דין ברחובות³⁹, שמצווה על הגבר לישא את האישה במקרה דומה שהתקיימו יחסים ביניהם (ואף הרתה לו), אף על פי שהוא אינו רוצה בכך.

9. בור

המרדכי ועוד ראשונים רבים כותבים⁴⁰ שדנים נזקי בור בזמן הזה. לעומתם, מהרי"ח הסתפק בזה⁴¹. המהרש"ל⁴² הכריע שאין דנים נזקי בור, היות והנזק אינו שכית, ובהסתמך על שיטת המהרי"ח, שהסתפק. זו גם הכרעת הרי"מ, שגם הסתמך על הראב"ן (ראה להלן בעניין אש), והוסיף שלבית הדין זהו ספק איסור האם לדון בדבר שאסור לדון בו והנתבע יכול לטעון 'קים לי', וזהו גם ספק גזל. על כן הכריע שלא לדון. פוסקים אחרונים רבים חלוקים על המהרש"ל, וסוברים שדנים גם נזקי בור בזמן הזה. שו"ת 'שבות יעקב'⁴³ מאריך להוכיח שנזקי אש ובור מצויים בזמן הזה, ומסכם:

לכן נראה לי פשוט דדנין דינים אלו דאש ובור בזמן הזה ואין ספיקו של מהרי"ח מוציא מידי ודאי דדנים אלו הדינים בזמן הזה.
ה'שבות יעקב' גם מציין לדברי ה'חוות יאיר'⁴⁴ שדן בנזקי אש. יש להעיר שדבריו אינם מסייעים לעניין דנן, שכן אדרבא, בשו"ת 'חוות יאיר' נכתב להלכה במקום אחר⁴⁵ שאין דנים נזקי בור בזמן הזה, אלא רק מפשרים או מקזזים, משום דיני תפיסה במקרה שיש תביעות הדדיות. ומה שכתב בסימן קסט הוא משום נזקי אדם

35. מהרי"ק, סי' קכט.

36. שו"ת ראנ"ח, סי' יז.

37. תשב"ץ, ח"ב סי' רעג.

38. פסקים וכתבים, אבה"ע סי' רלז; תחומין ד, עמ' 428.

39. פד"ר, ח"ט עמ' 307.

40. מרדכי, בבא קמא סי' פ בשם ראב"ה; אור זרוע, ב"ק סי' שכה, בשם ר"ח, מובא בהגהות אשר"י, בבא קמא פרק ח סי' ב; רי"ד, בספר המכריע סי' עו, בשם רבינו חונאל (ולא בשם רב צמח גאון כפי שכתב בישועות ישראל סי' א ס"ק ב); רמ"ה, בשיטה מקובצת ב"ק ע"ב; ריא"ז, מובא בשלטי גיבורים, ב"ק ל ע"א בדפי הרי"ף.

41. הגהות אשר"י שם.

42. יש"ש, ב"ק פ"ח סי' ה, מובא בש"ך, סי' א ס"ק ב.

43. שבות יעקב, ח"א סי' קלו.

44. חוות יאיר, סי' קסט.

45. שם, סי' קצח.

ולא משום אש, שהרי יש אש שהיא משום 'חיציו' (ראה להלן); וכך עולה מדבריו שם, שמסתמך על הכלל 'אדם מועד לעולם' ומחייב גם בשוגג⁴⁶. 'קצות החשן'⁴⁷ מכריע שדנים דיני בור בזמן הזה. וכן נכתב בספר 'ישועות ישראל'⁴⁸. כן היא גם הכרעת האחרונים⁴⁹. **לסיכום, להלכה ולמעשה, לדעת רוב הפוסקים דנים דיני בור בזמן הזה**⁵⁰.

10. אש

יש להבחין בין אש שהיא בגדר אדם המזיק, המכונה בהלכה 'אשו משום חיציו', ובין אש שאינה משום חיציו, ואז חיובה משום 'אש'. לגבי אדם המזיק כבר הבאנו את הפסיקה הברורה שנוזקיו נידונים בזמן הזה⁵¹. אמנם הראב"ן כותב⁵²: 'ההבער כיון דאשו משום חציו הוא הו"ל נזקי אדם ואין דנין בבבל'. והוא לשיטתו שכתב לפני כן: 'מבעה למ"ד מבעה זה אדם האמר רבא ניזקי אדם אין דנין בבבל'. ואילו אנו פוסקים להלכה שלא כדבריו בזה. כמו כן לפי דברי ראב"ן (בסוגיית 'אשו משום חיציו') שדווקא באשו משום ממונו, יש אפשרות לגבות גם בזמן הזה. אמנם יש מהפוסקים שטען שהיות ואדם שומר על אש, היא אינה דבר שכיח ואין דנים בה, אפילו לא באש שהיא משום חיציו⁵³. אך נראה מסתימת הפוסקים שלא כדבריו, ובפרט שהסתמך על הראב"ן, ונראה שראב"ן הולך אליבא דשיטה דחוויה מההלכה. לגבי אש שאינה משום חיציו אלא משום 'אש', משמע מדברי הפוסקים שדנו בעניין בור שגם אש בכללו, ומסקנת הברור בנוגע לבור תקפה גם כאן.

11. גזלות וחבלות

הגמרא קובעת שגזלות וחבלות הן דברים שאינם מצויים, ואין דנים אותם בבבל. כנגד קביעה זו מקשים בעלי התוספות⁵⁴ מכמה מקרים של גזל שנידונו בגמרא. הראשונים העלו כמה חילוקים בין הסוגיות:

-
46. כעין זה העיר רבי עקיבא איגר, בהגהותיו כאן גם על ראיית השבות יעקב מהגמרא.
 47. קצות החושן, סי' א ס"ק ב, עפ"י דברי תוספות, ב"ק יד ע"ב, ד"ה פרט.
 48. ישועות ישראל, סי' א ס"ק ב, עפ"י תוספות, שבת ב ע"א, ד"ה יציאות.
 49. שער משפט, סי' א סעי' ב, עפ"י דיוק מהטור סי' תי, ומספר החינוך, מצוות נג ונו; שו"ת הרי בשמים, סי' רמה; הרב צ"פ פראנק שו"ת הר צבי, חו"מ סי' קמב; פת"ש, חו"מ סי' א ס"ק ב; שו"ת מר ואהלות (ענתיבי), חו"מ סי' א; ערוך השלחן, חו"מ סי' א סעי' ג; וכן נראה ממסקנת ביאור הגר"א, חו"מ סי' א ס"ק יד, שמונה ט"ו אבות נזיקין שדנים בזמן הזה וביניהם אש ובור.
 50. כך נהגנו הלכה למעשה בבי"ד 'ארץ חמדה' בהרכב הרב יוסף כרמל (אב"ד) והרב סיני לוי. הסעיף הזה נכתב בתור חלק מנימוקי פסק הדין. למעשה, במקרה הנידון המסקנה הסופית הייתה לפטור מסיבות שונות, אבל זאת לאחר שנפסק שיש לדון בנושא.
 51. ראה ישועות ישראל, סי' א ס"ק ב.
 52. ראב"ן, תחילת בבא קמא.
 53. ראה חידושי הרי"מ, חו"מ סי' א ס"ק י.
 54. סנהדרין ג ע"א, ד"ה שלא.

- 1) אין דנים גזלות וחבלות, אלא אם כן התובע דוחק את בעלי הדין לדון על ידי הזמנה לדין בארץ ישראל או תפיסה ('תוספות', תירוץ א).
 - 2) גזלות על ידי חבלות אין דנים, כיוון שאינן מצויות, אך כל אחת מהן בנפרד - דנים ('תוספות', תירוץ ב).
 - 3) במקום שבו יש דיינים סמוכים, כגון ארץ ישראל בזמן הסמיכה, אסור לדון גזלות וחבלות. במקום שבו אין דיינים סמוכים מותר לדון הכול, היות והם מצויים ויש בהם חסרון כיס⁵⁵.
 - 4) היו שלבים שונים בתקנה: בתחילה תיקנו רק הודאות והלוואות, ולאחר מכן הרחיבו את התקנה לכל דבר מצוי שיש בו חסרון כיס⁵⁶.
 - 5) מתחילה תיקנו על כל דבר שכיח שיש בו חסרון כיס, אלא שגזלות הפכו להיות שכיחות והחלו לדון בהן⁵⁷.
 - 6) בדבר שצריך שומא שאין יודעים לשום היום - אין דנים. בדבר שאין צריך שומא - דנים. או לחילופין, דבר שצריך שומא הוא סוג נזיקין שאינו שכיח⁵⁸, ועל כן אין דנים.
 - 7) אם קיבלו על עצמם את הדיינים, יכולים לדון גם בגזלות וחבלות⁵⁹.
 - 8) החלק של הקנס שיש בגזלות וחבלות - אין דנים⁶⁰.
 - 9) גזלות מצויות, כגון כופר בפיקדון - נידונות. וגזלות לא מצויות, כגון הגזל ביד בכוח - אינן נידונות⁶¹.
- להלכה ולמעשה**, נחלקים ה'שלחן ערוך' והרמ"א. ה'שלחן ערוך'⁶² כותב 'וכן מי שגנב או גזל, מגבין ממנו הקרן בלבד'. מדבריו עולה שניתן לדון כל גזלות וחבלות, חוץ מחלק הקנס שבהן, והסמ"ע⁶³ הבין שהוא פוסק את שיטת התוספות (תירוץ 2) וכן דעת הגר"א⁶⁴. כבר ציינו (תירוץ 8) שלדעת הש"ך⁶⁵, ה'שלחן ערוך' פוסק כרמב"ם, וכן דעת 'קצות החושן'⁶⁶. ולפי הרמ"א יש להגביל את הדיון לדברים מצויים ולא

55. חידושי הרמב"ן, סנהדרין כג ע"א; חידושי הר"ן, סנהדרין ב ע"ב.

56. יד רמ"ה, סנהדרין ג ע"א.

57. יד רמ"ה, שם. כך גם עולה מדברי הרא"ש, סנהדרין פ"א ס' א; ראה בביאור הגר"א, ס' א ס"ק יט, שהשיג.

58. ספר הישר לרבנו תם, ס' תקמט ותרנז.

59. ספר ההשלמה, סנהדרין פרק א ס' א, מובא במאירי, ב"ק פד ע"ב.

60. רמב"ם, הל' סנהדרין פ"ה הל"ג, וכך פירשו את דבריו המאירי שם; הש"ך, ס' א ס"ק ט; וקצות החושן, ס' א ס"ק ג. ראה בכסף משנה, לרמב"ם שם, שהקשה מה שייך קנס בגזלות שאין בהן כפל. רדב"ז, לרמב"ם שם, יישב שבמקרה של שבועה יש חומש (עיין ישועות ישראל, חו"מ ס' א; עין משפט ס"ק ג). המאירי, שם, תירץ שליסטים מזוין נקרא גזלן וחייב בכפל.

61. נימוקי יוסף, ב"ק ל ע"ב בדפי הרי"ף, בשם הרא"ה ובדומה לתוספות, המובא לעיל 2 אך ראה בנושאי הכלים לרמ"א שחילקו ביניהם.

62. שו"ע, חו"מ ס' א סעי' ג.

63. סמ"ע, ס' א ס"ק יד.

64. ביאור הגר"א, ס' א ס"ק יח.

65. ש"ך, ס' א ס"ק ט.

66. קצות החושן, ס' א ס"ק ג.

לגזילות וחבלות שאינן מצויות, וכדעת הרא"ה (תירוץ 9). אמנם אחרונים רבים⁶⁷ הכריעו כשיטת הר"ן (תירוץ 3).

12. זכויות יוצרים

יש לדון בשאלות של זכויות יוצרים, האם בית דין יכול לדון בהם בזמננו. הפוסקים נחלקו מה יסוד הדין המחייב בהם, והעלו כמה אפשרויות: 1. גזל - הרי שיש לדון, משום גזל המצוי. 2. הנאה או שיוור בקניין - אפשר לדון, כמו כל דיני הודאות והלוואות. 3. קנס - יש כוח לבית דין לקנוס בזמן הזה⁶⁸.

ג. קנסות דרבנן

הרמב"ם⁶⁹ ובעקבותיו הטור והשלחן ערוך⁷⁰ כותבים שאין לדון היום קנסות של חכמים, כגון הנאמר לגבי קנסות שקנסו חכמים ב'תוקע לחברו וסוטר לחברו', כמו שאין דנים קנסות של תורה.

1. קנסות לחיזוק תקנות

יש מקרים שבהם נחלקו הדעות בקנסות דרבנן. בגמרא⁷¹ מובא קנס המוטל על מוכר עבדו ובהמתו לגוי. הרי"ף⁷² מביא בשם גאון, שאין גובין קנס זה בבבל, וכן פוסק הרמב"ם⁷³. אלא שהרא"ש⁷⁴ מעיר על הרי"ף:

ותמהתי על דברי הגאון דמה ענין זה לקנסות דאין גובין בבבל? דהיינו קנסות שחייבה תורה ואין גובין אותם בבבל משום דבעינן מומחין, ואין סמיכה בבבל, אבל אם חכמים תקנו קנסות לעשות סייג לתורה למה לא יגבו אותם בבבל?

גם ב'מרדכי'⁷⁵, מוסיף רבנו ברוך ותמה על שיטה זו: 'אבל דברים שבאו חכמים לקנוס מעצמן כגון על ידי תקנתן קונסין בכל מקום...! מדבריהם עולה חילוק בין קנסות מהתורה לקנסות דרבנן. וכך מכריע הרמ"א⁷⁶. ואף שלא השיג על השלחן

67. תומים, ס' א"ס"ק ב; קצות החושן, ס' א"ס"ק ג; נתיבות המשפט, ס' א"ס"ק ב.
68. ראה פסק דין בעניין זכויות יוצרים שעלה בבית הדין ארץ חמדה, בהרכב שבו השתתפתי עם הרב דניאל מן (אב"ד) והרב סיני לוי. הפסק נכתב על ידי הדיין הרב סיני לוי, ונדפס בתחומין לב עמ' 233 ואילך.

69. רמב"ם, הל' סנהדרין פ"ה ה"ט.

70. שו"ע, חו"מ ס' א, ס"ק א.

71. גיטין מד ע"א.

72. גיטין כג ע"א בדפי הרי"ף.

73. רמב"ם, הל' עבדים פ"ח ה"א.

74. רא"ש, גיטין פ"ד ס' מא, הובאו דבריו בטור, יו"ד ס' רסז.

75. מרדכי, גיטין ס' שפד.

76. רמ"א, חו"מ ס' א סעי' ה.

ערוך' בעניין המוכר עבדו לגוי, שאין קונסים אותו⁷⁷, ביארו האחרונים⁷⁸ שכוונתו להכריע שקנסות שחכמים קונסים מדעתם לחזק את תקנתם, יש להם כוח לקנס גם כיום⁷⁹.

2. כפייה במצוות

מדברי ה'יראים'⁸⁰ עולה חידוש מעניין, המשייך את כל דין כפייה במצוות לקנסות דרבנן:

במצוות עשה כגון שאמרו לו עשה סוכה ולולב ואינו עושה מכין אותו עד שתצא נפשו. ונראה לי. שאין הדברים הללו אלא בב"ד של ארץ ישראל אבל בב"ד של חוץ לארץ אינן רשאים לכופו במכין אותו דהא דתניא מכין אותו קנסא הוא וכל קנס דממון אין דנין בחו"ל...⁸¹

3. מבייש תלמיד חכם

יש קנס דרבנן אחד שיסודו בירושלמי⁸², ועליו כותב הרמב"ם⁸³ שהוא קיים גם בזמן הזה:

כבר נפסק הדין שכל המבייש תלמיד חכמים אפילו בדברים קונסין אותו וגובין ממנו משקל חמשה ושלושים דינר מן הזהב שהוא משקל תשעה סלעים פחות רביע, וקבלה היא בידינו שגובין קנס זה בכל מקום בין בארץ בין בחוצה לארץ. מעשים היו אצלנו תמיד בכך בספרד, ויש תלמידי חכמים שהיו מוחלין על זה וכך נאה להם, ויש שתובע ועושין פשרה ביניהן, אבל הדיינים היו אומרים למבייש חייב אתה ליתן לו ליטרא זהב.

בניגוד לדבריו, יש מאחרוני הראשונים⁸⁴ שכתבו בקבלה מהמהרי"ל שאין כיום תלמיד חכם שעליו נאמר דין זה⁸⁵. כך הכריע הרמ"א⁸⁶ בעקבותיהם:

אבל אין דין ת"ח בזמן הזה לענין שיתן לו המבייש ליטרא דדהבא. ומ"מ יקנסו הב"ד המבייש לפי המבייש והמתבייש (ריב"ש). ובלבד שלא יתחיל

77. שו"ע, יו"ד סי' רסז סעי' פ.

78. נתיבות המשפט, סי' א ס"ק ו.

79. ראה ביאור הגר"א, סי' ס"ק כה; ובאר אליהו, עליו באריכות; וכן בנתיבות המשפט, סי' א ס"ק ו.

80. ספר יראים, סי' קסד, מובא במרדכי, בבא קמא סי' שפד.

81. ראה שו"ת ציץ אליעזר, ח"ח סי' לא, שיש שכתבו שזו הוספת המגיה בדברי היראים, על כך יש להשיב שהדברים מצוטטים בשמו כבר אצל הראשונים, כגון המרדכי, ואור זרוע, ע"ז סי' קח (שגם השיג על היראים מכיוון אחר).

82. ירושלמי, בבא קמא פ"ח ה"ו.

83. רמב"ם, הל' חובל ומזיק פ"ג ה"ה-ו.

84. שו"ת מהר"י וויל, סי' קסג, מובא בשו"ת מהרי"ק, סי' קסג.

85. וכן משמע קצת מהכרעת תרומת הדשן, ח"א סוף סי' שמא.

86. רמ"א, יו"ד סי' רמג סעי' ז.

החכם במריבה לבזות בני אדם שלא כדין ויגרום בזה שיבזוהו ויתרסו נגדו (ג"ז שם). ומ"מ אף אם התחיל החכם קצת, אין רשות לכל אדם להחציף נגדו לענות לו בעזות. (הגהות מרדכי דקדושין). והכל לפי ראות הדיינים. מהרי"ט צהלון⁸⁷ ציין שגם ה'שלחן ערוך' השמיט דין 'ליטרא זהב', ומשמע שלהלכה סבור כרמ"א, וכן הכריע גם הוא למעשה⁸⁸. כך גם פוסקים הסמ"ע⁸⁹, שו"ת 'שבות יעקב'⁹⁰ ברכי יוסף⁹¹. ראה גם דברי המהרש"ל המאלפים, שכדאי להביאם למרות אריכותם⁹²:

מאחר שלא נמצא עכשיו תלמיד חכמים ממש, כאשר כתב האגודה בפ"ק דחולין. וגם לדברי הרא"ש צריך לקבוע עתים לתורה, ושלא לבטל כלל. וג"כ צריך דלא סני שומעניה, בלא שום מילתא בישא. הנמצא כזה עכשיו? ואפילו אם נמצא אחד מיני אלף. רבה פרוץ על העומד, שכולם רוצים להלוך בדרך זו. כי בעו"ה הנסמכים מרובים, והיודעים מועטים, וזנוחי דעת נתרבו. שאין אחד מכיר מקומו. ומיד כשהוא נסמך מתחיל להשתרר, ולקבץ בחורים בהון עתק. כדרך השרים, ששוכרים עבדים לרוץ לפניהם. והנה אותם נקראו שועלים קטנים, שמחבלים כרם ה' צבאות, כאשר כתב הרמב"ם⁹³. וכן יש זקנים בעו"ה, שאפילו סוגיא דשמעתא אינם מבינים לתכליתה. ואינם יורדים לעומקה של הלכה כלל, רק זקנים בשנים. ובלא קניית חכמה ג"כ הם המשתררים על הציבור ועל הלומדים. ומחרימים, ומתירים, ומסמיכים לתלמידים שלא למדו לפניהם. רק מקבלים תשלומים וגמולים, ולהנאתן דורשים כל הימים, או לנו לאותה בושה. שאנשי אמונה יודעי דעת נאבדו. ואפילו אם נמצא לפעמים חריף גדול ולמדן. מ"מ מעשיו מקולקלים, ואינו דורש לשמה, ולקיים המצוה. רק להאריך הפלפול, ולגדל השם. ובדרך זה הולכים עכשיו כל התלמידים. ואדרבה, מלעיגים עכשיו על איזה צורבא מדרבנן שמדקדק ונזהר במצות השם, ועוסק בתורה ובמ"ט. ונזהר במצות הקלים, ומתפלל בלא היסח הדעת, בכוון גדול. כצחוק הוא בעיני התלמידים. ואותו ת"ח מיני אלף אלפים, אשר ראוי לאותו מלבוש, לקנוס המביישו בליטרא דדהבא. אם יפסוק לו הדיין, ינקטו אותו הנסמכים בלבם לומר גם בנו דבר ה'. וירצו ג"כ לחייב המביישים אותם כה"ג. וזהו חילול השם נגד ההמון. ואני הגבר ראיתי כמה פעמים, איך שנתמלא העיר הומיה בעון זה. ולעג הרבה היה מן ההמון, שאומרים, בעבור זה לומדים הרבה, כדי תשלומים וגמולים, שיקבלו ליטרא דדהבא. והם

87. שו"ת מהרי"ט צהלון, החדשות סי' עה.

88. והוסיף המהדיר ודייק בהערה יג, שכך היא דעת פוסקים נוספים ששתקו מכך.

89. סמ"ע, חו"מ סי' א ס"ק כג.

90. שבות יעקב, ח"א סי' קמד.

91. ברכי יוסף, חו"מ סי' טו.

92. ים של שלמה, ב"ק פ"ח סי' נח.

93. רמב"ם, הל' ת"ת פ"ה ה"ד.

הנקראים אבות נזיקין, ותחילת גירוי המדון הוא בלשון זה. וכי אתם רוצה שאבייש אותך, ואתן לך ליטרא דדהבא. ויש שאינם ראויים לליטרא של נחושת...

אחר כל הדברים החריפים, שלפיהם אין 'תלמיד חכם' בדורו, מסכם המהרש"ל למעשה:

ומכל מקום ראוי להחמיר עליו במחילות, לפי הת"ח, וראות עיני הדיין. ומן הראוי, אפילו כשיבייש אדם את הת"ח במידי דאית ביה חיוב ממון אפילו לכל אדם, כגון אותם השנויים בהאי פירקא. מ"מ ראוי ונכון ליראי ה' להרחיק עצמו בסייג וגדר, שלא יאמרו משום כבוד תורה הוא נוטל, וקרדום הוא לו לאכול ממנו. ומה שיגיע יתן לעניים, ולא יקח לידו כלל. אבל כשביישו בדברים, או רקק בבגדו, שאין בה דין בושת להדיוט כלל, לא יפסוק הדיין על המבייש שום ממון בזמן הזה.

אמנם רבים נחלקו על קביעה זו שאין דין המבייש תלמיד חכם בזמן הזה. יש לציין שאפילו המהרי"ק עצמו, שעליו הסתמכו הפוסקים, לא כתב תשובה משלו אלא מצטט מתשובת מהר"י וויל מילה במילה. לעומת זאת בתשובות חדשות שנדפסו ממנו לאחרונה⁹⁴, נדפסה תשובה שלו שבה הוא מאריך לסתור את סברת המהר"י וויל ואת ראיותיו, והוא פוסק למעשה שיש דין המבייש תלמיד חכם בזמן הזה. כפי הנראה, התשובה בחלק הראשון הייתה הכנה לצורך סתירת הדברים, כפי שהובאו בחלק החדש. גם מהרי"ט בתשובותיו⁹⁵ מביא את דברי הראשונים, כגון הרא"ש⁹⁶, שכותב שלקיום הדין אין צורך בתלמיד חכם מופלג שבדור, אלא בכל מי שעוסק בתורה כל הזמן ואינו מפסיק אלא לדברים הכרחיים לפרנסתו. וכן הוא מדייק מדברי הרמב"ם ומהרשב"א בתשובה⁹⁷. המהרי"ט מציין לשיטת הריב"ש⁹⁸ שצריך תלמיד חכם מופלג בדורו, ולאחר מכן מציין גם לשיטת המהר"י וויל, שאין תלמיד חכם כזה בדורנו, ומסיים שהעיקר כדעת רוב הפוסקים. הש"ך⁹⁹ הביא דברי המהרי"ט, ומשמע שהסכים לכך. וכן הכרעת 'משפטי שמואל'¹⁰⁰.

למעשה, פוסקים אחרונים כגון 'מנחת יצחק'¹⁰¹ ועוד נרתעים מפסיקה של קנס זה, וחוששים לאחרונים שפסקו כרמ"א. אמנם יש לציין לדברי ה'תומים'¹⁰², הכותב שגם החולקים ראוי להם לקנוס בדרכים אחרות:

94. שו"ת מהרי"ק, החדשות סי' יד.

95. שו"ת מהרי"ט, ח"ב סי' מז.

96. שו"ת הרא"ש, כלל טו סי' י, מובא בטור חו"מ סי' תכ.

97. שו"ת הרשב"א, ח"ב סי' רצא.

98. שו"ת הריב"ש, סי' כז וסי' פ.

99. ש"ך, חו"מ סי' א ס"ק יט.

100. שו"ת משפטי שמואל, ח"י סי' קיט.

101. שו"ת מנחת יצחק, ח"ג סי' קיב.

102. אורים ותומים, אורים סי' א ס"ק יז, מובא בנתיבות המשפט, סי' א ס"ק יז.

ראוי לדיין להתאמץ מאוד בזה, להעניש בעונש עצום להמבייש ת"ח. ואדרבה אשר בעוונותינו הרבים בלאו הכי נדלדלה חכמת התורה, אם לא יכניסו הבי"ד עצמם לקנוס למבייש תלמיד חכם, תהיה ח"ו תורה נבזה למאוד, ויקוצו הלומדים להגות בה ח"ו.

4. החוטף מצווה

מי שחוטף מצווה מחברו, כגון מל את בן חברו, ובכך מנע ממנו את מצוות המילה, חייב לשלם תשלום קצוב או לפי ראות עיני הדיינים¹⁰³. הרי"ף¹⁰⁴ מביא דעה שזהו קנס, אך דוחה אותה וכותב שזהו תשלום מן הדין. כך היא גם מסקנת ה'תוספות'¹⁰⁵, שכותב בשם רבנו תם שאין דנים נזק זה בבבל, היות ואין בו חסרון כיס; ומשמע שזהו חיוב מן הדין. כך פוסק ה'שלחן ערוך' בפשטות. ראה גם 'חתם סופר'¹⁰⁶ שהכריע כך להלכה, במקרה שבא לפניו. אמנם יש לציין לדברי ה'מאירי', שכותב¹⁰⁷ שלשיטה שזהו דין ולא קנס, גובין אותו גם בחוץ לארץ ובימינו, אך לא הובאו דבריו להלכה.

ד. מה אפשר לעשות בנוגע לדברים שאין דנים בהם?

עולה השאלה בנוגע לכל הדברים שבהם אין לבית הדין סמכות לגבות, האם יש דרך להביא לכך שהחייבים ישלמו את הסכומים שהם חייבים בהם בכל זאת?

1. נידוי

הרי"ף¹⁰⁸ מוסר:

מנהג שתי ישיבות שאע"פ שאין גובין קנס בבבל מנדין אותו עד דמפייס ליה לבעל דיניה וכד יהיב ליה שיעור מאי דחזי למיתב ליה שרו ליה לאלתר בין איפייס מארי דיניה בין לא איפייס.
וכן הובא מנהג זה ברמב"ם¹⁰⁹ וב'שלחן ערוך'¹¹⁰. בימינו אין נוהגים נידוי.

2. ז' טובי העיר

תוספת חשובה מצויה ב'מרדכי'¹¹¹ לגבי אפשרות פיתרון לדיני קנסות:

103. פרטי הדין בשלחן ערוך, חו"מ סי' שפב.

104. רי"ף, בבא קמא לב ע"ב בדפי הרי"ף.

105. תוס', ב"ק צא ע"ב, ד"ה וחיובו; שם, חולין פז ע"א, ד"ה וחיובו.

106. שו"ת חתם סופר, חו"מ סי' קעו, מובא בפתחי תשובה, חו"מ סי' שפב ס"ק ג.

107. מאירי, ב"ק צא ע"ב, מובא גם בשיטמ"ק, חולין פז ע"א.

108. רי"ף, ב"ק ל ע"ב בדפי הרי"ף.

109. רמב"ם, הל' סנהדרין פ"ה הי"ז.

110. שו"ע, חו"מ סי' א סע"ה.

111. מרדכי, גיטין סי' שפד.

ודיני קנסות שפירש שאין דנין בזמן הזה שמעתי בשם הר"י מאייור"א שיש לדונם ע"פ שבעה טובי העיר וכן הוא מקובל מרבתי. וכך הכריע הסמ"ע¹¹².

3. לצאת ידי שמים – פשרה

כבר נתפרש בירושלמי ונפסק בראשונים ובאחרונים¹¹³ שאין חיוב לצאת ידי שמים בקנסות. אמנם 'ספר החינוך'¹¹⁴ כתב שיש חיוב לצאת ידי שמים, אלא ש'מנחת חינוך' ביאר שכוונתו רק לקנס של חצי נזק בלבד. באחרונים מצאנו חידושי הלכות. 'ערוך השלחן' כותב¹¹⁵: 'המזיק יחוש לעצמו לצאת ידי שמים ולקיים כל תשלומי קנסות שחייבה התורה ואשר חייבו רבותינו הקדושים בעלי המשנה והגמרא והגאונים'. וייתכן שמסתמך על ה'חינוך'. בספר 'ישועות ישראל'¹¹⁶ נכתב שבקנסות דרבנן יש חיוב לצאת ידי שמים, ואולי כוונתו למה שנתבאר לעיל. לגבי דיני ממונות שאינם קנסות, ואין דנים בהם בזמן הזה היות ואינם מצויים או אין בהם חסרון כס, בוודאי שיש חיוב לצאת ידי שמים. על כן יש בכך בסיס לדיון בבית דין, ולפשרה.¹¹⁷

4. קבלת דיינים

הפוסקים הכריעו שמועילה קבלת בעלי הדין, לכל דבר שאין דנים אותו בזמן הזה והוא מוגדר 'ממון'. אמנם הסתפקו האם תועיל קבלת בעלי הדין לקנסות¹¹⁸. ראה הכרעת 'ערוך השלחן'¹¹⁹, שקבלה מועילה גם לקנסות.

5. תפיסה

נושא שדורש הרחבה הוא דיני תפיסה, ובעז"ה יורחב במאמר אחר. בכל מקרה צריך לבדוק את חוקיות המעשים ולוודא שאין בהם עברה פלילית.

6. קנס

יש לבית הדין סמכות גם לקנוס ולדון שלא על פי הדין בעת הצורך, כך כותב הרמב"ם¹²⁰:

112. סמ"ע, סי' א ס"ק כ.

113. כתובות פ"ג ה"י, מובא בתוספות, כתובות לג ע"ב, ד"ה לאו; רשב"א, כתובות מא ע"ב; קידושין כד ע"ב, והוכרע בקצות החושן, סי' א, ס"ק ז, וראה מה שהאריך בסוגיה זו ידידי הרב אריה כץ, חמדת הארץ ה, עמ' 44 ואילך.

114. ספר החינוך, מצווה נא.

115. ערוה"ש, חו"מ סי' א סע"י יג.

116. ישועות ישראל, סי' א ס"ק ג.

117. ראה מאמר שפרסמנו ב'אמונת עתיד' 101, עמ' 120, בעניין חיוב לצאת ידי שמים.

118. שער משפט, סי' א ס"ק א.

119. ערוה"ש, חו"מ סי' א סע"י יג.

כל אלו הדברים לפי מה שיראה הדיין שזה ראוי לכך ושהשעה צריכה, ובכל יהיו מעשיו לשם שמים.

ועוד, המלכות מחויבת לפעול לענישת פושעים ולהרתעתם, שאם לא כן 'איש את רעהו חיים בלעו'. על כן יש לומר שהעובדה שאין דנים קנסות נוגעת רק בנוגע להיבט של יישום העונשים המפורשים בתורה לעברות השונות. כמו כן ראוי להדגיש את דברי 'ערוך השולחן'¹²¹, שגם במקום שאין דנים וגובים תשלום, עדיין 'כופין לבעל השור שיבער את המזיק'. כלומר יש חובה לבית הדין לדון ולדאוג שלא יתאפשרו נזקים נוספים בהמשך.

סיכום

אמצעים רבים עומדים בפני בית הדין גם בתחומים שבהם חסרה סמכות. בין האמצעים חיוב מכוח פשרה במקרה של חיוב לצאת ידי שמים, קנס, קבלה מרצון. אמצעים נוספים שהוכרו וביניהם נידוי, תפיסה וז' טובי העיר, מעשיים פחות. על הדיין לשים לב מהו יסוד החיוב - ממון או קנס, מהתורה או מדרבנן, וגם לכך יש השפעה על יכולתו לדון בו, כמפורט במאמר.

120. רמב"ם, הל' סנהדרין פכ"ד ה"י.

121. ערוה"ש, חו"מ סי' א ס"ק ג.

הרב עדו רכניץ

היכולת לאכוף את חוקי התורה בהדרגה

מבוא

מצוות התורה הן חוקים מחייבים, כשם שחוקי המדינה הם חוקים מחייבים. מובן שמקור הסמכות של שתי מערכות החוקים שונה מהותית. לחוקי התורה מקור סמכות אלוהי, ואילו לחוקי המדינה מקור סמכות אנושי. אבל המשותף לשתי המערכות הוא ששתיהן רואות את עצמן מערכות מחייבות.

במדינת ישראל מערכת אכיפת החוק כוללת את פרקליטות המדינה ואת משטרת ישראל - שני מוסדות שאינם כפופים מנהלית לבתי המשפט. בהתאם לכך גם ראש התביעה הכללית, קרי היועץ המשפטי לממשלה, הוא סמכות עצמאית הממונה על ידי הממשלה, ואינו כפוף מנהלית לבתי המשפט; וכך גם מפכ"ל המשטרה. ככלל אפשר לומר שמערכת אכיפת החוק היא חלק מהרשות המבצעת (הממשלה), ואינה חלק מהרשות השופטת. גם רשות האכיפה והגבייה (הידועה בשמה 'ההוצאה לפועל') הוצאה ממערכת בתי המשפט והוכפפה ישירות לשר המשפטים. למצב זה משמעות רבה, שכן במידה רבה היא מותירה את הסמכות להחליט היכן להשקיע את מאמצי האכיפה בידי הרשות המבצעת, ולא בידי הרשות השופטת.

כך הוא בחוקי המדינה. על רקע זה עולה השאלה מיהו המוסד הציבורי המופקד על הנושא של אכיפת חוקי התורה על פי ההלכה. עוד, עולה השאלה האם אפשר לאכוף את חוקי התורה בהדרגה או שמא יש חובה מוחלטת לאכוף הכול בבת אחת (ובדלית ברירה במציאות ימינו, לא לאכוף כלל).

א. סמכות בתי הדין בתחום האכיפה

ישנם כמה מקורות שעולה מהם שיש למערכת המשפט - קרי לבתי הדין - סמכות בשאלת אכיפת חוקי התורה. וכך פסק הרמב"ם (הל' סנהדרין פ"א ה"א):

מצות עשה של תורה למנות שופטים ושוטרים בכל מדינה ומדינה ובכל פלך ופלך שנאמר: שופטים ושוטרים תתן לך בכל שעריך. שופטים - אלו הדיינים הקבועין בבית דין ובעלי דינין באים לפניהם, שוטרים - אלו בעלי מקל ורצועה והם עומדים לפני הדיינים המסבבין בשווקים וברחובות ועל החנויות לתקן השערים והמדות ולהכות כל מעוות וכל מעשיהם ע"פ הדיינים וכל שיראו בו עוות דבר מביאין אותו לבית דין ודין אותו כפי רשעו.

לדברי הרמב"ם, השוטרים כפופים לדיינים, 'וכל מעשיהם על פי הדיינים'.¹ סמכות זו של בתי הדין מאפשרת להם למרבה ההפתעה גם לוותר על האכיפה. וכך כותב

1. וראו עוד: רמב"ם, הל' יום טוב פ"ו הכ"א; שם, הל' גניבה פ"ח ה"כ.

הרמב"ם (הל' סנהדרין פי"ד הי"ג):

ארבעים שנה קודם חרבן בית שני בטלו דיני נפשות מישראל אף על פי שהיה המקדש קיים, מפני שגלו הסנהדרין ולא היו שם במקומן במקדש. בגמרא מוסברת החלטה זו של הסנהדרין כך (עבודה זרה ח ע"ב): מאי טעמא? כיון דחזו דנפישו להו רוצחין ולא יכלי למידן, אמרו: מוטב נגלי ממקום למקום כי היכי דלא ליחייבו.

כיוון שהתרבו הרוצחים, החליטה הסנהדרין לעזוב את מקומה ובכך למנוע מעצמה את הצורך לדון את הרוצחים. החלטה זו מלמדת שני דברים: האחד, בסמכות הסנהדרין להחליט על היקף האכיפה של חוקי התורה, וביכולתה למנוע מעצמה את היכולת לדון את החוטאים. השני, שמערכת המשפט ואכיפת החוק מטרתה לכפות את החוק על המיעוט שעובר עליו. אולם אם הפרת החוק הופכת לנורמה, אין משמעות לאכיפת החוק, ולכן הוחלט להפסיק אותה.

חשוב להדגיש שאין הכוונה כאן למתן לגיטימציה לעצם מעשה העברה, אלא רק להפסקת האכיפה. הדבר מוכח בברור מהדוגמא של התרבות הרוצחים, שהרי לא עולה על הדעת שתופעת התרבותם תכשיר את הרצח. מכאן נלמד שבתי הדין יכולים להחליט גם על אכיפה הדרגתית של חוקי התורה ואין הכרח לאכוף את החוקים בבת אחת.

ב. סמכות השלטון בתחום האכיפה

למרות מה שנאמר עד כה ובנוסף עליו, ישנם מקורות רבים מאוד המראים שגם לשלטון יש סמכות לאכיפת חוקי התורה ואחריות על כך. ראשית, יש למלך סמכות להעניש את הפושעים שלא נענשו במסגרת בתי הדין, כפי שפסק הרמב"ם (הל' רוצח ושמירת הנפש פ"ב ה"ד):

וכל אלו הרצחנים וכיוצא בהן שאינן מחוייבים מיתת בית דין אם רצה מלך ישראל להרגם בדין המלכות ותקנת העולם הרשות בידו, וכן אם ראו בית דין להרוג אותן בהוראת שעה אם היתה השעה צריכה לכך הרי יש להם רשות כפי מה שיראו.

אולם מעבר לכך, מוכח מדברי הרמב"ם על מלך המשיח שסמכות זו כוללת גם את אכיפת כלל חוקי התורה (רמב"ם, הל' מלכים פי"א ה"ד):

ואם יעמוד מלך מבית דוד הוגה בתורה ועוסק במצוות כדוד אביו, כפי תורה שבכתב ושבועל פה, ויכוף כל ישראל לילך בה ולחזק בדקה. לכאורה הר"ן חולק על כך, וזו לשונו (דרשות הר"ן, דרשה יא):

אבל בעיני פשט הכתוב כך הוא. ידוע הוא כי המין האנושי צריך לשופט שישפוט בין פרטיו, שאם לא כן איש את רעהו חיים בלעו, ויהיה העולם נשחת. וכל אומה צריכה לזה ישוב מדיני, עד שאמר החכם שכת הלסטים הסכימו ביניהם היושר. וישראל צריכין זה כיתר האומות. ומלבד זה צריכין

אליהם עוד לסיבה אחרת, והוא להעמיד חוקי התורה על תלם, ולהעניש חייבי מלקיות וחייבי מיתות בית דין העוברים על חוקי התורה, עם היות שאין באותה עבירה הפסד ישוב מדיני כלל...

והשם יתברך ייחד כל אחד מהענינים האלו לכת מיוחדת, וצוה שיתמנו השופטים לשפוט המשפט הצודק האמיתי, והוא אמרו ושפטו את העם משפט צדק, כלומר בא לבאר השופטים האלה לאיזה דבר יתמנו, ובמה כוחם גדול. ואמר שתכלית מינויים הוא כדי לשפוט את העם במשפט צדק אמיתי בעצמו, ואין יכלתם עובר ביותר מזה. ומפני שהסידור המדיני לא ישלם בזה לבדו, השלים האל תיקונו במצות המלך.

לדעתו, אכיפת חוקי התורה מופקדת בידי הדיינים, ואילו שמירת 'הסידור המדיני' מסורה למלך. אמנם, הר"ן 'השלים את התמונה' בהמשך דבריו (שם):

אם יבטל שום מצוה לצורך תיקון זמנו, לא תהיה כונתו לעבור על דברי תורה כלל, ולא לפרוק מעליו עול יראת שמים בשום צד, אבל תהיה כונתו לשמור את כל דברי התורה הזאת, ואת החוקים האלה לעשותם. שבכל מה שיוסיף או יגרע, יכוין כדי שחוקי התורה, יהיו יותר נשמרים. כאשר נאמר על דרך משל, כשיהיה הורג [רוצח] נפש בלא עדים והתראה, לא תהיה כונתו להראות ממשלתו לעם שהוא שליט על זה, אבל יכוין בעשותו זה, כדי שמצות לא תרצח תתקיים יותר, ולא יפרצו עליה.

דהיינו, אמנם המלך אינו עוסק באכיפת חוקי התורה, ובכל זאת, עליו להשתמש בסמכותו כדי להגביר את שמירת המצוות ואכיפת חוקי התורה.

מעיון בתנ"ך עולה כדברי הרמב"ם, שהמלכים עסקו באכיפת חוקי התורה. למשל, לגבי שאול המלך נאמר (שמואל א, כח ג): 'ושאול הסיר האבות ואת הידענים מהארץ'. יהושפט ביער את הקדש (מלכים א, כב מז) ואת העבודה הזרה (דברי הימים ב, יז ו).

בדומה לכך מתאר נחמיה, המנהיג הפוליטי בימי שיבת ציון, את מאבקו כנגד חילול שבת (נחמיה, יג טו-יט):

בימים ההמה ראיתי ביהודה דרכים גתות בשבת ומביאים הערמות ועמסים על החמרים ואף יין ענבים ותאנים וכל משא ומביאים ירושלם ביום השבת ואעיד ביום מכרם ציד. והצרים ישבו בה מביאים דאג וכל מכר ומכרים בשבת לבני יהודה ובירושלם. ואריבה את חרי יהודה ואמרה להם מה הדבר הרע הזה אשר אתם עשים ומחללים את יום השבת. הלוא כה עשו אבותיכם ויבא אלהינו עלינו את כל הרעה הזאת ועל העיר הזאת ואתם מוסיפים חרון על ישראל לחלל את השבת. ויהי כאשר צללו שערי ירושלם לפני השבת ואמרה ויסגרו הדלתות ואמרה אשר לא יפתחום עד אחר השבת ומנערי העמדתי על השערים לא יבוא משא ביום השבת.

וכן הוא מתאר את מאבקו נגד נישואי תערובת (נחמיה יג, כג-כה):

גם בימים ההם ראיתי את היהודים השיבו נשים (כתיב: אשדודיות) אשדדיות (כתיב: עמוניות עמוניות) מואביות. ובניהם חצי מדבר אשדודית ואינם מכירים לדבר יהודית וכלשון עם ועם. ואריב עמם ואקללם ואכה מהם אנשים ואמרטם ואשביעם באלהים אם תתנו בנתיכם לבניהם ואם תשאו מבנתיהם לבניכם ולכם.

לצד סמכות המלך לאכוף את חוקי התורה, מתברר שיש לו גם סמכות למנוע את אכיפת חוקי התורה. סמכות זו עולה מפרשת האישה התקועית שבאה לדוד המלך. אישה זו סיפרה לדוד שבנה האחד הרג את בנה האחר וכעת מבקשת המשפחה להרוג את הרוצח ולהשאיר אותה ערירית. על כך משיב דוד המלך (שמואל ב יד, יא): 'חי ה' אם יפל משערת בנך ארצה', וזאת לכאורה בניגוד למשפט התורה. הרלב"ג (שם) הסביר זאת כך: 'שאף על פי שהיה בן מות לפי משפטי התורה הנה היה יכולת למלך להצילו להוראת שעה' (וכן כתב המלבי"ם שם).

מקור דומה שעולה ממנו סמכות המלך למנוע אכיפת חוקי התורה הוא דברי הרשב"א, שהסביר מדוע לא העניש דוד המלך את יואב על רצח אבנר (שו"ת הרשב"א ה, ס' רלח):

וזכור נא ענין דוד אדונינו מלכינו, אשר נהג להעלים עינו מיואב ושמעאי, ואף על פי שהיו בני מות. והטענה שאמר: כי היום ידעתי שאני מלך על ישראל. כי לכל זמן מזומן, והעלמת עין מן העובר, לעתים מצוה, והכל לפי צורך השעה.

ג. שיקולים להימנעות מאכיפת חוקי התורה

ממה שהבאנו עד כה עולים שלוש סיבות להימנעות מאכיפת חוקי התורה:

1. הסיבה הראשונה להימנע מאכיפה היא במקרה שיש הפרה המונית של החוק, ואז מערכת אכיפת החוק איננה מועילה. שוב יאמר שהחלטה לצמצם את האכיפה אין משמעותה הפיכת האסור למותר אלא רק הימנעות מאכיפה. במקרה זה, מדובר על **צמצום הדרגתי** של האכיפה בגלל הפרה המונית של החוק, וזאת בתור חלק מתהליך החורבן.

2. הסיבה השנייה, במקרה של חוסר היכולת של השלטון לעמוד באכיפת החוק מיידית, אזי נדחית האכיפה לזמן מאוחר יותר. כפי שאמר דוד על יואב לאחר רצח אבנר (שמואל ב פרק ג, לט): 'ואנכי היום רך ומשוח מלך והאנשים האלה בני צרויה קשים ממני ישלם ה' לעשה הרעה כרעתו'. כאן מדובר על **הרחבה הדרגתית** של האכיפה, לפי יכולת השלטון לאכוף.

3. הסיבה השלישית היא כאשר אכיפת החוק תגרום עוול במקרה מסוים (במקרה המדובר לצד ג' - לאם הבנים). אפשרות זו לסתירה בין החוק לבין היושר עולה מדבריהם של שלושה אחרונים, שהמליצו לפנות לדרך של פשרה במקרה שעלול להיגרם עוול בדיני ממונות.

בשו"ת 'דברי מלכיאל' (ח"ב סי' קלג) נכתב: 'לפשר על פי יושר כגון שע"פ דין מגיע לו הכסף אבל ע"פ יושר אין ראוי שיקחנו...! הראי"ה קוק (שו"ת 'אורח משפט', חו"מ סי' א) כתב: 'שאם יראו שהדין הוא נגד היושר השכלי לפי מצב הענין, שאז כיון שיש בידם לעשות פשרה, יש מצוה דצדק צדק תרדוף בין לדין בין לפשרה'. ב'חידושי הרי"מ' (חו"מ סי' יב, בסוף חו"מ חלק ד) נכתב: 'הפשרה אינו כפי שירצה... דפשרה צריך הכרע דעת ועל כרחק שהוא נוטה למי שנוטה היושר יותר כך מפשרין...!'

יש להעיר כי ה'חזון איש' חלק על גישה זו (ספר 'אמונה ובטחון', פרק ג): והנה העמיד רבנו ז"ל (= רבי יעקב בעל הטורים) דבריו בתחלת חושן המשפט ללמד דעת שגדרי הגזל והחמס אינן נפתרין ע"פ דעת בני אדם רק ע"פ חקי התורה, וכל שהוא נגד הדין הוא גזל אף שאין בני אדם מסכימים עליהם בבחינת הרגש, וכל מעשה שהוא בדין הוא קיום משפט אף שזה נגד דעות האנושיות...

סיכום ודין

על פי ההלכה, חוקי התורה הם חוקים מחייבים וניתנים לאכיפה. עיון בשאלת הסמכות לאכוף את חוקי התורה מעלה שאכיפת חוקי התורה אמורה להתבצע על ידי 'שוטרים' הכפופים לדיינים. במילים אחרות, מערכת האכיפה כפופה למערכת המשפט. אלא שמערכת המשפט עצמה יכולה להחליט שלא לאכוף עברות מסוימות, בכך שהיא פוסלת את עצמה על ידי אי עמידה בדרישות ההלכה. דוגמה למעשה כזה היא הגלות שגלתה הסנהדרין ממקומה בלשכת הגזית, כדי שלא לדון דיני נפשות, כאשר רבו הרוצחים.

עוד עולה מדברי הרמב"ם, שתפקידו של המלך לעסוק בחיזוק שמירת המצוות. לעומתו, הר"ן סובר שישנה הפרדה בין המלך, שתפקידו לעסוק ב'סידור המדיני', לבין הסנהדרין, שתפקידה לעסוק במשפט האלוקי. אולם, גם הר"ן מודה שתפקיד המלך להשתמש בסמכותו כדי לחזק את שמירת המצוות. למעשה, עיון בתנ"ך מלמד שמלכים ומנהיגים עסקו באכיפת חוקי התורה במגוון של נושאים ולאורך שנים רבות, וזוהי ראיה לשיטת הרמב"ם.

נוסף על סמכותו של המלך לאכוף את שמירת המצוות, יש לו גם סמכות לעכב או למנוע את ביצוע אכיפת חוקי התורה והענישה.

מסתבר שהחידוש הגדול יותר נוגע לשאלת היכולת לאכוף את חוקי התורה בהדרגה, דהיינו, הסמכות של חכמים או של ההנהגה הפוליטית להחליט שלא להעניש על עברות מסוימות ולדחות את האכיפה המלאה לזמן מאוחר יותר. חשוב להדגיש שעיקוב האכיפה אין משמעו הפיכת האסור למותר, אלא רק החלטה שלא להעניש את עובר העברה. החלטה כזו יכולה להתקבל כאשר מעשה העברה נפוץ בחברה, או כאשר יש קושי לאכוף את החוק, או עקב שיקול מקומי הנוגע למקרה מסוים.

כאשר הצעתי את הדברים לפני מו"ר הרב יעקב אריאל הוא אמר בלי ספק שיש סמכות בידי חכמי ההלכה לאכוף את חוקי התורה בהדרגה. הוא פקפק בנוגע לסמכות השלטון להגביל את האכיפה. הוא העלה את האפשרות שהשלטון יכול להימנע רק מאכיפת 'משפט המלך', וכמו כן השלטון יכול להמליץ לחכמים על הגבלת אכיפת חוקי התורה, אבל הסמכות הסופית היא בידי חכמי התורה.

הרב נתן חי

בית דין קבוע - הגדרות והשלכות הלכתיות

א. פתיחה

הביטוי 'בית דין קבוע' מופיע בהקשרים שונים. הוא נזכר בתור ערכאה שלפניה מוגשת תביעה של חתן שלא מצא בתולים לכלתו (כתובות ג ע"א). גם ההיתר לתקיעת שופר בראש השנה שחל בשבת תלוי במציאות 'בית דין קבוע' במקום (ר"ה כט ע"ב). קריאת מגילה לבני הכפרים לפני פורים מותנית במציאות 'בית דין קבוע' במקום (מגילה ב ע"ב).

לבית דין קבוע יש יותר סמכות ואחריות בעניינים שבין אדם לחברו מאשר לבית דין שאינו קבוע, ויש לכך השלכות לגבי חובת ההתדיינות לפניו, כפי שיבואר בהמשך. להלן נעסוק בעיקר בהגדרת בית דין קבוע ובסמכויותיו, ונבדוק האם בית הדין ביישוב קהילתי דינו כבית דין קבוע.

ב. חובת מינוי דיינים קבועים

ברמב"ם (הל' סנהדרין פ"א ה"א) נקבע:

מצות עשה של תורה למנות שופטים ושוטרים בכל מדינה ומדינה ובכל פלך ופלך שנאמר שופטים ושוטרים תתן לך בכל שעריך, שופטים אלו הדיינים הקבועין בבית דין ובעלי דינין באים לפניהם.

על פי דברים אלה של הרמב"ם וכן מדבריו במקומות נוספים (שם פ"ב ה"ז, ועוד), העלו שו"ת 'יביע אומר' (ח"ז חו"מ סי' א) וכן שו"ת 'ציץ אליעזר' (חט"ו סי' סט) כי לפי הרמב"ם מצוות מינוי דיינים נהגת אף בימינו מן התורה. כן פסק גם המב"ט ב'קריית ספר' (הל' סנהדרין, סוף פ"ה), שהוסיף וכתב כי אפילו בלא סמיכה, דנים דייני חו"ל מדאורייתא, כי בזמן שאין סמיכה כולם שווים.

אמנם לפי הרמב"ן¹, החיוב למינוי דיינים בימינו, כשאין סמיכה, הוא מדרבנן. וכן פסק רבנו ירוחם²: 'מצוה מדרבנן למנות שופטים בכל עיר ועיר אף על גב דאין לנו סמיכה עתה'.

אולם כאמור לעיל, לפי הרמב"ם חובה למנות דיינים בבתי דין קבועים, והאחרונים העלו כי חובה זו נהגת גם בימינו. וזו לשון הרב ולדנברג, בסיכום דבריו בסוגיה זו³:

1. רמב"ן, דברים טז יח; חידושי הרמב"ן, סנהדרין כג ע"א.
2. ר' ירוחם, נתיב ראשון סוף חלק ד עמ' ו.
3. שו"ת ציץ אליעזר, חט"ו סי' ס"ק טו.

יוצא לנו שלפנינו יסודות חזקים שעל פיהם ניתן לומר שאפילו בזמן הזה שאין סמוכים, מכל מקום יש מצוה מן התורה למנות דינים קבועים שיודו דין תורה, וכמו"כ יש יסוד לומר שאפילו בדברים שהבית דין בא עליהם מכח שליחותיהו דקמאי, מכל מקום כח הרשאתם על כך הוא מדאורייתא.

ג. ההגדרות השונות לבית דין קבוע

הפוסקים העלו הגדרות שונות לבית דין קבוע. חשוב לציין שעולה מדברי הפוסקים שכל אחת מההגדרות השונות לבדה, נותנת לבית הדין תוקף של בית דין קבוע, וכל שכן אם בבית הדין מתקיימים כמה מן התנאים להגדירו בית דין קבוע.⁴

1. בית דין הדין בקביעות

בית דין הדין באופן קבוע ולא ארעי, מוגדר בית דין קבוע. וכן קבע הרב וואזנר, שאם יש בית דין שרגילים לדון לפניו והם קבועים כבר מזמן, הינו בגדר 'קבלו עלייהו' ואף על פי שלא קיימו אספה לבחירת הדיינים.⁵ וכן קבע הגרי"ש אלישיב:⁶ "בית דין - ירושלים" אשר יושב על מדין באופן קבוע, בודאי נחשב לבית דין קבוע שבעיר.⁷

2. בית דין שהתמנה על ידי רב העיר

אם רב העיר ממנה דינים לבית הדין לממונות, יש לבית הדין הזה מעמד של בית דין קבוע. זאת מכיוון שמחובתו ומסמכותו של רב העיר לפסוק לציבור בשאלות של דיני ממונות, כשם שהוא חייב לפסוק בשאלות של איסור והיתר. לפיכך מחובתו של הרב גם למנות דינים לבית דין לממונות, כדי לפסוק לציבור בשאלות ההלכתיות של דיני ממונות.⁷

4. כאשר יש מספר בתי דין בעיר המוגדרים בתור בית דין קבוע מסיבות שונות, דנו הפוסקים למי מהם יש מעמד מועדף. ראו בעניין זה: ספר עבודת הגרשוני סי' מז; שו"ת שבט הלוי ח"ה, חו"מ סי' ריב; הרב יונה מצגר, הרב אברהם שרמן והרב חגי איזירר, 'סמכות מקומית - בית דין קבוע', שורת הדין ח"י, עמ' תסה; הרב אברהם שרמן, 'סמכות בית דין רבני אזורי לנדות סרבן דין', תחומין כז, עמ' 339 הרב אוריאל לביא, עטרת דבורה ח"ב, עמ' 707-709; הרב ברוך שרגא, 'בית דין קבוע מול זבל'א', שערי צדק ב', קובץ מאמרים בדיני ממונות הלכה למעשה, עמ' 292; הגר"ש וואזנר, 'מעמדם של בתי דין עצמאים', קובץ פעמי יעקב נז, אדר תשס"ה, עמ' עט הרב שמחה מירון, 'מעמדם של בתי הדין הרבניים בישראל', קובץ תושב"ע כב, עמ' צד.

5. הגר"ש וואזנר, 'מעמדם של בתי הדין העצמאים', שם.

6. הגרי"ש אלישיב, פסקי דין - ירושלים דיני ממונות ובירורי יוחסין ט, עמ' ט.

7. שו"ת אגרות משה, חו"מ ח"ב סי' ג; הרב יעזר אריאל, דיני בוררות - כללי הדין והפשרה, עמ' שג-שד.

3. בית הדין היחידי באותו מקום

אם ביישוב או בעיר יש רק בית דין אחד, ממילא הוא נחשב לבית הדין הקבוע באותו מקום.⁸

4. בית דין שנבחר על ידי הציבור

בית דין קבוע היינו שנבחר על ידי הציבור, כיוון שבית דין שקיבלו עליהם בני העיר מוגדר בתור 'בית דין שהמחום רבים עליהם', כלומר שבני העיר קיבלו אותו עליהם כדין מומחים. הקבלה מועילה כשם ש'רשאי' בני העיר להסיע על קיצתן⁹, וכל תקנה שתיקן הציבור, או תיקנו שבעת טובי העיר לטובת אנשי העיר בדבר שבממון, מחייבת את כולם¹⁰.

5. קבלת משכורת

נכתב בספר 'תשובות והנהגות' (ח"ה סי' שנא): 'ומנהגינו בעדה החרדית שאם ישנו קהל המחזיק בית דין, והדיינים מקבלים מהם משכורת, אז דינם כבית דין קבוע'.

6. שייכות לבית קברות אחד

מנהג הוא ביישוב שיש בו בית קברות יחיד, שכל בני הקהילה השייכים לבית הקברות של הקהילה, שייכים גם לבית הדין של הקהילה, ואין אחד מהם זכאי לדרוש מבעל דינו להתדיין לפני בית דין גדול יותר במקום אחר¹¹.

ד. סמכויות בית דין קבוע

1. דיון בכפייה

על פי ההלכה בית דין קבוע יכול לדון את תושבי העיר בכפייה, בלא צורך בהסכמתם בהסכם בוררות. אמנם בית הדין יכול לחייב את הצדדים לחתום על הסכם בוררות, כדי לתת לו תוקף גם על פי חוק, ולאפשר ביצוע של פסק הדין על ידי הוצאה לפועל¹².

2. העדפת בית דין קבוע

בית דין קבוע יכול לחייב את בני העיר לבא ולהתדיין לפניו, גם אם יש במדינה בתי דין חשובים יותר ממנו¹³.

8. הגר"ש וואזנר, שם.

9. תוספתא, בבא מציעא פ"א הכ"ג.

10. שו"ת שבט הלוי, ח"ה חו"מ סי' ריב ס"ק ד.

11. תרומת הדשן, פסקים סי' סה; דרכי משה, חו"מ יד, א; סמ"ע, שם ס"ק א; באר הגולה, תומים, נתיבות המשפט וערוך השולחן, שם.

12. שו"ת הרי בשמים, סי' צט; הרב שמחה מירון, שם.

13. רמב"ם, הל' סנהדרין פ"א ה"א; מאירי, סנהדרין לא ע"א; שו"ת התשב"ץ, ח"א סי' קנט.

אם יש בעירם של בעלי הדין בית דין קבוע, אין אף אחד מהם זכאי לדרוש להתדיין בפני בית דין שמחוץ לעירם, גם אם הוא גדול מבית הדין המקומי¹⁴. זאת כדי למנוע מצב שהתובע יגיש את תביעתו במקום רחוק בכוונה, מתוך ידיעה שהנתבע ירצה להימנע מלהיטלטל למקום רחוק, ויעדיף לשלם את הסכום הנתבע ממנו, שלא כדין¹⁵. כמו כן יש חשש הפוך, שהנתבע יתעקש להתדיין דווקא בבית דין רחוק, בתור אמצעי להתחמק מהתביעה. אין אפשרות לאחד מהצדדים לדרוש להתדיין בפני בית דין במקום אחר, גם אם הוא גדול וחשוב יותר, וזאת מחשש מחלוקת בשאלה איזה בית דין חשוב יותר¹⁶.

3. עדיפות בית דין קבוע לעומת 'זבל"א'

כאשר התובע רוצה לדון בפני בית דין שאינו קבוע, יכול הנתבע לדרוש להתדיין ב'זבל"א', כלומר, 'זה בורר לו אחד וזה בורר לו אחד', ושני הדיינים בוררים להם עוד אחד¹⁷. אך אם בחר התובע את בית הדין הקבוע שבעיר, אין לנתבע זכות זו¹⁸.

4. הפקעת ממון

הרב ישראל מאיר לאו העלה בשו"ת 'יחל ישראל'¹⁹, שיש לבית דין קבוע סמכות להפקיע ממון. מקור הדברים ברמב"ם (הל' סנהדרין פכ"ד ה"ו), וכך כתב: 'וכן יש לדיין תמיד להפקיר ממון שיש לו בעלים ומאבד ונותן כפי מה שיראה לגדור פרצות הדת'.

ובכוונת המילה 'תמיד' בדברי הרמב"ם, ביאר ה'כסף משנה' שגם בזמן הזה יש לדיין את הסמכות להפקיע ממון. אמנם ספר 'ים של שלמה'²⁰ הביא בשם הרמב"ם שרק בית דין חשוב יכול להפקיר, אבל מפשט לשון הרמב"ם משמע שכל דיין יכול להפקיר. ה'נימוקי יוסף'²¹ כתב שכל בית דין קבוע בעירו יכול להפקיר ממון בני אדם.

5. החובה לדון

מעמד בית דין קבוע מחייב את הדיינים לדון בכל מקרה המובא לפניהם, למעט מקרים שיש להם נגיעה בהם²².

14. רמ"א לשו"ע, חו"מ סי' יד סעי' א.

15. שו"ת מהרי"ק, שרש כא.

16. ים של שלמה, בבא קמא פ"י סי' י; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' ז.

17. סנהדרין כג ע"א.

18. רמ"א לשו"ע, חו"מ סי' ג סעי' א; וראו שו"ת מים חיים, לגר"ח הלוי, ח"ב סי' עד.

19. שו"ת יחל ישראל, סי' קטו.

20. ים של שלמה, יבמות פ"י סי' יט.

21. נמוקי יוסף, יבמות כח ע"ב בדפי הרי"ף.

22. הרב שמחה מירון, (לעיל הערה 4), מעמ' צד.

סיכום

מהאמור לעיל עולה כי בתי הדין ביישובים הקהילתיים דינם כבית דין קבוע. שהרי די באחת ההגדרות אחד כדי להגדירם בתור בית דין קבוע, והמציאות היא שרובם עומדים בכמה מההגדרות. משמעות הגדרת בית דין בתור בית דין קבוע התבארה לעיל, ובין השאר התבררה חובת הזדקקות בני הקהילה לבית הדין המקומי, גם ללא הסכמתם.

בשולי הדברים יש להעיר כי שטח השיפוט של בית דין מקומי קבוע הוא עד שלוש פרסאות (כ- 12 ק"מ) מתחום העיר²³. ומכאן שסמכות בית הדין חלה גם על מאחז או שכונה הנמצאים בתוך תחום זה.

23. שו"ת הרשב"א, המיוחסות לרמב"ן סי' מז; שו"ת הרשב"א, ח"א סי' אלף ה; אור זרוע סנהדרין סי' פג; ים של שלמה, בבא קמא שם; שו"ת רקאנטי, סי' תכט.

הרב דניאל כ"ץ

הסתמכות על אומדן דעת במשפט העברי

הצגת הבעיה

שאלה מרכזית שעולה בבתי הדין לממונות היא מה הם הכלים שהדיין יכול להשתמש בהם בבואו להכריע בין הצדדים. פעמים רבות הדיין יכול להעריך עם מי הצדק לאור דברי הצדדים ולאור נתונים נוספים שעומדים לפניו, אך אין לו עדים או הודאה של אחד מן הצדדים, שהיא כמאה עדים, ואין לו אפשרות להכריע על פי כללי ההלכה הרגילים. האם יש בידי הדיין כלים נוספים להכרעה במקרה כזה? במאמר קצר זה נתמצת את העקרונות העולים מדברי הפוסקים ומספרי השו"ת בעניין שאלה זו.

א. פסיקה על פי עדים או על פי 'אומדנא'

בדיני נזיקין המשנה (בבא קמא יד ע"ב) קובעת שחיוב הממון יתקיים 'על פי עדים בני חורין בני ברית'. בהסתמך על המשנה, ה'שולחן ערוך' (חו"מ סי' תח סעי' ב) מביא את הרמב"ם (הל' נזקי ממון פ"ח הי"ג) ופוסק: 'אין הנזקין משתלמין ואין חייבין בכופר ואין הבהמה נהרגת אלא **בראיה ברורה ובעדים הכשרים** להעיד'. כמו כן נחלקו התנאים (תוספתא בבא קמא פ"ג ה"ו) האם אפשר להכריע על פי 'אומדנא' במקרה שראו 'גמל האוחר' בין גמלים ואפשר לדעת מי הרג את הגמל ולחייבו. להלכה פסקו רוב הראשונים, כדעת חכמים, שאי אפשר לחייב על פי 'אומדנא' בלבד.

מאידך גיסא, הגמרא (כתובות פה ע"א) מתארת את המקרה הבא:

היא איתתא דאיחייבא שבועה בי דינא דרבא, אמרה ליה בת רב חסדא: **ידענא בה** דחשודה אשבועה, אפכה רבא לשבועה אשכנגדה... בת רב חסדא **קים לי בגווה**... אמר רב פפא, השתא דאמר מר: קים לי בגווה מילתא היא, כגון אבא מר ברי דקים לי בגווה, קרענא שטרא אפומיה. קרענא ס"ד? אלא, מרענא שטרא אפומיה.

מכאן שאפשר להפוך שבועה או להרע שטר על פי דברי עד פסול כשהדיין מאמין לו. כך גם עולה מדברי הרמב"ם (הל' סנהדרין פכ"ד ה"א) על הגמרא (כתובות פה ע"ב) בעניין תביעה של אדם כנגד יתומים שהחפץ שהוא הפקיד אצל אביהם בתור פיקדון, נמצא ברשותם; וזו לשון הרמב"ם (שם):

יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים **שדעתו נוטה** להן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן, אף על פי שאין שם ראיה ברורה ואין צריך לומר אם היה יודע בודאי שהדבר כן הוא שהוא דן כפי מה שיודע. כיצד? הרי שנתחייב אדם שבועה בב"ד ואמר לדיין אדם שהוא נאמן אצלו ושדעתו

סומכת על דבריו שזה האיש חשוד על השבועה יש לדיין להפוך השבועה על שכנגדו וישבע ויטול הואיל ו**סמכה דעתו** של דיין על דברי זה... וכן אם יצא שטר חוב לפניו ואמר לו אדם שסמך עליו אפילו אשה או קרוב זה פרוע הוא אם **סמכה דעתו** על דבריו יש לו לומר לזה לא תפרע אלא בשבועה... וכן מי שבא וטען שיש לו פקדון אצל פלוני שמת בלא צואה ונתן סימנין מובהקין ולא היה זה הטוען רגיל להכנס בבית זה האיש שמת, אם ידע הדיין שזה המת אינו אמוד להיות לו חפץ זה **וסמכה דעתו** שאין זה החפץ של מת מוציאו מן היורשין ונותנו לזה האמוד בו ונתן סימנים. וכן כל כיוצא בזה שאין הדבר מסור אלא ללבו של דיין **לפי מה שיראה לו שהוא דין האמת**, אם כן למה הצריכה תורה שני עדים שבזמן שיבואו לפני הדיין שני עדים ידון על פי עדותן אע"פ שאינו יודע אם באמת העידו או בשקר.

הרמב"ם סובר שאפשר ללכת אחר סמיכת הדעת באופן מוחלט עד כדי כך שהוא אפילו מקשה מה הצורך בעדים. בהמשך הוא מיישב שזהו חידוש של התורה שהעדים מועילים גם אם אין 'אומדנא' המסייעת להם. שיטה זו טעונה בירור שכן היא עומדת לכאורה בסתירה לדבריו בדיני נזיקין. ה'שולחן ערוך' (חו"מ סי' טו סעי' ה) פוסק כרמב"ם. אם כן, יש להבין מדוע בדיני נזיקין נפסק שאין אפשרות כלל להכריע שלא על פי עדים או ראייה?

ב. בירור שיטת הרמב"ם וה'שולחן ערוך'

יש לציין שבמקרה של חפץ שהיה מופקד אצל אדם שנפטר וכעת מוחזק אצל היתומים, בית הדין מוציא ממון מן המוחזק על ידי 'אומדנא'. האחרונים מציעים חילוקים מספר בדעת הרמב"ם:

1. 'נתיבות המשפט' (סי' טו, ביאורים ב) מבאר את שיטת הרמב"ם כך:

נראה **דוקא אומדנא שהיא אומדנא לכל העולם**, כגון ידענא ביה בחסא דלא אמיד דכשם שידוע לו כך ידוע לכל העולם, ובדבר שהוא אומדן של כל העולם אין זה בגדר עדות...

מכאן ש'אומדנא' שידועה לכל העולם שקולה לעדות.

2. ה'נחל יצחק' (חו"מ סי' טו) התקשה בדברי ה'נתיבות המשפט' ושאל מדוע במקרה של דיין שמעריך את מצבו הכלכלי של אבי היתומים, הערכתו נחשבת לדבר ידוע; הרי ייתכן שמדובר בדיין שמכיר אישית את היקף העסקים של הנפטר, ואין עוד אנשים היודעים את המציאות כמותו, ועדיין הוא יכול להוציא מן היתומים. על כן הוא מציע חילוק אחר:

כללו של דבר כיון דבהך 'קים ליה בגווא' דלא משקר, דהדיין עצמו **סומך על עדותו של האחר** דכיוון דהדיין אינו יודע את הענין בעצמו רק ע"פ עד האחר... אבל אומדנא זו יודע הדיין על פי ידיעתו ואומדן דעתו...

כלומר, לדבריו יש חילוק בין מקרה שדיין מעריך את המציאות מכוח עצמו, ואז הוא גם יכול להוציא ממון, לבין דיין שנסמך על עדות, ואז יש לו פחות אפשרות לפעול.

3. ה'אמרי בינה' (ח"מ סי' כד) טוען שאפשר להחזיק ממון על ידי 'אומדנא', והוצאה מיתומים קרובה להחזקת ממון לעניין זה שכן הם אינם טוענים טענת 'ברי'.

4. ה'ישועות ישראל' (סי' טו ס"ק ד) טוען שרק לבית דין גדול יש כוח מיוחד להוציא ממון על ידי 'אומדנא'.

נמצא שלפי שני ההסברים הראשונים השימוש ב'אומדנא' אפשרי אפילו כדי להוציא ממון כאשר מדובר ב'אומדנא' חזקה המוכרת לכל העולם או מוכרת לדיין עצמו מתוך הנתונים העומדים לפניו.

ג. אין 'אומדנא' בזמן הזה

אלא שלמעשה הרמב"ם עצמו (שם) מבטל את היכולת להשתמש ב'אומדנא' בזמן הזה, ויסוד דבריו ברי"ף (כתובות מג ע"ב בדפי הרי"ף) בשם הגאונים:

כל אלו הדברים הן עיקר הדין אבל משרבו בתי דינין שאינן הגונים ואפילו היו הגונים במעשיהם אינן חכמים כראוי ובעלי בינה הסכימו רוב בתי דיני ישראל שלא יהפכו שבועה אלא בראיה ברורה, ולא יפגמו שטר ויפסידו חזקתו בעדות אשה או פסול וכן בשאר כל הדינין ולא ידון הדיין בסמיכת דעתו ולא בידיעתו כדי שלא יאמר כל הדיוט לבי מאמין לדברי זה ודעתי סומכת על זה, וכן אין מוציאין מן היתומים אלא בראיה ברורה לא בדעת הדיין ולא באומדן המת או הטוען...

נמצא שהרמב"ם עצמו אינו מאפשר שימוש ב'אומדנא' בזמן הזה. כך גם פוסק ה'שולחן ערוך' (ח"מ סי' טו סעי' ה).

למרות זאת, מצאנו כמה נושאים שהשימוש ב'אומדנא' אפשרי בהם גם כעת. כמו כן קביעתו של הרמב"ם שאין לסמוך על 'אומדנא' בזמן הזה אינה מחייבת באופן מוחלט, והפוסקים ציינו מקרים יוצאי דופן:

1. אומדין דעת נותן

אדם שנתן מתנה לחבירו, אפשר לאמוד מה הייתה כוונתו במתנה (שו"ע חו"מ סי' רמו). יש מחלוקת ראשונים האם זה דין מיוחד במתנה או שמא בכל פעולת מקח וממכר אפשר להסתמך על 'אומדנות' מובהקות. שיטת התוספות (קידושין מט ע"ב ד"ה דברים) היא שזה אפשרי בכל מקח וממכר, וכך פוסק הרמ"א (חו"מ סי' רז סעי' ג). הוא מביא גם את שיטת הרי"ד שבמתנה אפשר להקל יותר בנושא ה'אומדנא'. לפי הגר"א (חו"מ סי' רז סעי' יד) זו גם שיטת הרמב"ם שה'אומדנא' היא רק בדיני מתנה ולא במכר.

2. ידיעה

אחד מיסודות הפסיקה הוא האפשרות להכריע על סמך ידיעה. דוגמה לכך אפשר למצוא בדיני 'נחבל': הרמ"ה (מובא בטור חו"מ סי' צ) כותב:

מסתברא היכא דאיכא אחר עמו דבריר להו לסהדי דלא חבל ביה ההוא אחר, כמאן דליכא אחר דמי ונוטל בלא שבועה.

מדובר בהרחבה שעושה הרמ"ה לדברי הגמרא (שבועות מו ע"ב) ולפיה אדם שנחבל ויש אדם אחר עמו שיכול היה לחבול בו אך ברור שהוא לא עשה זאת, אפשר לחייב את הנאשם בחבלה ואין צורך אפילו בשבועה לבירור העניין. מדברי ה'תוספות' (שבועות לז ע"ב ד"ה דאי) עולה שידיעה מעין זו יכולה אף לשמש לפסיקה בדיני נפשות. ה'שולחן ערוך' פוסק שאפשר להכריע על פי ידיעה הן בהלכות עדות (סי' ל סעי' יד) הן בהלכות טוען ונטען (סי' צ סעי' ו, טז).

אפשרות זו להעיד על דבר שהוא ידוע בוודאות לבית הדין שימשה את גדולי הפוסקים בתור יסוד מוסד לפסיקות מספר. נביא שניים מגדולי האחרונים המשתמשים בהיתר זה לצורכי היתר עגונה; הראי"ה קוק כותב (שו"ת עזרת כהן סי' כט):

והכונה היא שאומדנא כזאת, שאי אפשר בשום אופן להיות באופן אחר, נחשבת ידיעה ברורה, שסומכין עליה גם לחייב בדיני נפשות, דהוי כמו ראית עדים ממש...

ורמ"י ברייש כותב (שו"ת חלקת יעקב אבה"ע סי' מט):

מכל הנ"ל חזינן דאומדנא מבוררת נקרא בגדר **ידיעה בלא ראייה** דמהני לענין ממון ולשיטת התוס' הנ"ל אף בדיני נפשות ולשיטת הפוסקים הנ"ל אף לענין קידושין ואשת איש, א"כ מכל שכן לענין עדות אשה דלא בעי עדות גמורה דמהני ידיעה בלא ראייה...

3. דין מרומה

הרמב"ם (הל' סנהדרין פכ"ד ה"ב) עצמו מסיים את אזהרתו שלא להסתמך על 'אומדנא' בהחרגה:

...ואעפ"כ אם העיד אדם נאמן בדבר מכל הדברים ונטתה דעת הדיין שאמת הוא אומר ממתין בדין ואינו דוחה עדותו ונושא ונותן עם בעלי דינין עד שיוודו לדברי העד או יעשו פשרה או יסתלק מן הדין.

כלומר, הוא קובע שאם הדיין רואה שאינו יכול לפסוק על פי הנתונים שלפניו, עליו להסתלק מן הדין. מקרה כזה נקרא בלשון הגמרא 'דין מרומה', וכמה ראשונים כתבו כי במקרה כזה על הדיין לקבוע פסיקה ברורה. הרא"ש בתשובה (כלל סח אות כ) כותב שעל הדיין לכתוב פסק דין שאף דיין לא יעסוק במקרה זה; המהר"ם מרוטנבורג כותב שאם הנתבע רמאי והדבר ניכר ב'דין מרומה', על בית הדין להוציא

ממנו את הכסף, וכך פוסק גם ה'שולחן ערוך' (חו"מ סי' טו סעי' ג-ד). המהרי"ק מבאר את יסוד הדברים (שורש קיח, מובא בסמ"ע סי' טו ס"ק טו):
 לע"ד נראה דבר פשוט יותר מביעותא בכותחא שעל הדיין מוטל לדון על פי האמת אשר נתאמת אצלו ולא על פי הטענות אם הם מכחישות את האמת כי למה תהא האמת נעדרת מפני טענות רמאות חלילה וחס...

4. קנס שלא מן הדין

לעתים יש לדיין יכולת להעניש שלא כדין גם מתוך הסתמכות על 'אומדנא'. הרמב"ם כבר מזכיר אפשרות זו (הל' סנהדרין פכ"ד ה"ד) מתוך הדגשה שבמקרה כזה אין צורך בדיני ראיות:

...ומעשה ותלה שמעון בן שטח שמונים נשים ביום אחד באשקלון ולא היו שם כל דרכי הדרישה וחקירה וההתראה ולא בעדות ברורה אלא הוראת שעה כפי מה שראה.

גם הרשב"א השתמש באמצעי זה במקרים שלא היו בהם ראיות מספיקות, כגון במקרה שבא לפני בית דין שטר, והיה ניכר לבית הדין שהשטר מזויף וקרעו אותו - הרשב"א מקבל את פסיקתם (א, אלף קמו):

אם הבית דין ידוע ומוחזק בכשרות וירא שמים ובית דין חשוב הוא יש בו כח לעשות כזה וכיוצא בזה להוראת שעה.

יש לציין שבמקרה זה מזכיר הרשב"א גם את 'דין מרומה' בתור יסוד לפסיקה. אפשרות פסיקה וענישה שלא כדין ובלא ראיות מובאת גם ב'שולחן ערוך' (חו"מ סי' ב).

5. פשרה

במקרים מסוימים הדיין נאלץ להגיע להכרעה אף שאין לו מספיק ראיות, ואז הוא יכול להכריע את הדין גם על פי 'אומדנא' מכוח פשרה. וכך כותב הרא"ש בתשובה (כלל קז אות ו):

כל זה סברתי והארכת, להודיע שאין כח ורשות להוציא את הדין חלוק מתחת ידו, שצריך לגמור ולהשלים את הדין כדי להטיל שלום בעולם. ולכך נתנו חכמים רשות לדיין לפסוק לפי ראות עיניו, במקום שאין הדבר יכול להתברר בראיות ובעדיות, פעמים באומד הדעת, ופעמים כמו שיראה הדיין בלא טעם ובלא ראיה ובלא אומד הדעת, ופעמים על דרך פשרה. ובדין זה, שהדבר ידוע שהנתבע טוען ברמאות, כמו שאבאר, לזכותו אי אפשר, כמו שאמר רז"ל: מדבר שקר תרחק, להסתלק אי אפשר, כמו שכתבתי, אם כן על כרחו זקוק הדיין לדונו לפי אומד דעתו.

וכך נפסק להלכה ב'שו"ע' (חו"מ סי' יב סעי' ה) על בסיס תשובות הרא"ש הללו, וכך הכריע בשו"ת 'דברי ריבות' (סי' רסב) להוציא ממון מכוח 'אומדנא' על בסיס של פשרה.

6. 'אומדנא' להחזיק

מפוסקים רבים עולה שאף בזמן הזה אפשר להשתמש ב'אומדנא דמוכח' בכדי להחזיק ממון למרות האזהרות של הרמב"ם משימוש ב'אומדנא'. כך עולה מתשובות הרדב"ז (סי' ג'תקנא ועוד), שו"ת מהר"א ששון (סי' פב) ועוד. בעל השו"ת 'בעי חי' (חו"מ א סי' י) מסכם את השיטות וקובע: **'מסורת היא בידינו גדול כח המוחזק...'** וראה גם בפסק בית הדין הגדול (פד"ר ד, עמ' 177) שהלך בדרך זו.

7. 'אומדנא' מוכחת להוציא

יש מן הראשונים ואף מן האחרונים שהשתמשו ב'אומדנא' מוכחת כדי להוציא ממון. כך משמע מדברי הרא"ש בתשובותיו (כלל סח אות כג). הוא פוסק שאפשר לכתוב שטר חוב חדש לאחר שהדיין השתכנע ששטר החוב הקודם נלקח ברמאות מיורשי המלווה, וכך נפסק להלכה ב'שולחן ערוך' (חו"מ סי' סה סעי' יז). גם התשב"ץ כותב כך בתשובה (ח"ג סי' רפט) וכן הרשב"ש מביא בתשובותיו (סי' שפז) את שיטת אביו (התשב"ץ) לבטל עסקת מכר שהתעוררו בה מאורעות לא צפויים. מדברי בעל השו"ת 'דרכי נועם' (סי' מט) משמע שפשוט שכך:

ועוד כל הפוסקים כלם האריכו למעניתם בענין האומדנות דעבדין בהו עובדא להוציא ממון.
בעל השו"ת 'עבודת הגרשוני' (סי' צא) סובר כך גם כן, ומדגיש שדבריו אמורים למרות דברי הרמב"ם בנושא:

אבל ע"י אומדנות דמוכחות ודאי יש לנו רשות לדון גם בזמן הזה וכן מצינו בכמה תשובות הרא"ש ושאר אחרונים שיש לנו רשות לדון ע"פ אומדנת דמוכחות.

בעל השו"ת 'שבות יעקב' (ח"ג סי' קמב, מובא בפת"ש סי' טו ס"ק ט) אף ראה עניין מיוחד לפסוק על פי 'אומדנא' בזמן הזה:

ואדרבא נ"ל דעכשיו יותר יש לדון ע"פ האומד והיושר דהרי הסכמת האחרונים דהאידינא לית דידע למידן דין תורה אפילו בימי אמוראים מצינו כן בירושלמי מכ"ש האידנא אם הראשונים כפתחו של אולם וכו' רק שצריך כל דיין להיות מתון בדין בכל מאמץ כחו לדין דין אמת ואם רואה שהדין מרומה יכול לדון ע"פ האומד לראות לפשר הדבר או להפך השבועה על המשלח.
וראה בפד"ר שהסתמכו על דברים אלו למעשה (כא, עמ' 143).

אמנם נראה שלמעשה נזהרו מאוד מללכת אחר ה'אומדנא' עד כדי כך. ומלבד אזהרת הרמב"ם, הזהיר בנושא זה גם רבי צמח דוראן, נכדו של ה'תשב"ץ', בעל השו"ת 'יכין ובוועז':

ואם יעשה זה הרא"ש שהוא רב וגדול בישראל ומופלג בדינים ודיינא הוא ונחית לעומקא דדינא לו נאה לדון באומדנא דמוכח ואומדן דעתא הוא וכל דדמי ליה לא לאחרים שאינם בקיאים.

סיכום

השימוש ב'אומדנא' קיים מלכתחילה בתור חלק מן הכלים הנמצאים בידי הדיין בדיני ממונות, ובלבד שזו 'אומדנא' מוכחת וברורה. בפועל, עם ירידת הדורות, הראשונים מזהירים משימוש ב'אומדנא'. על אף אזהרה זו, יש תחומים שה'אומדנא' עוד נותרה חלק בלתי נפרד מבירור הדין בהם, וביניהם:

1. בירור דעת הצדדים בעסקת מתנה או מכר.
2. 'אומדנא' במדרגת ידיעה שאין לפקפק בה.
3. 'אומדנא' יכולה להביא את הדיין למסקנה שלפניו דין מרומה.
4. מכוח 'אומדנא' דיין יכול להעניש שלא כדין.
5. באמצעות פשרה אפשר להשתמש גם ב'אומדנא'.
6. לדעת רוב הפוסקים כשה'אומדנא' היא לטובת מחזיק הממון, אפשר להשתמש בה גם כיום בדין תורה.
7. בעניין 'אומדנא' להוציא' נחלקו הפוסקים, ויש שטענו ש'אומדנא' מוכחת ביותר ניתנת לשימוש בידי הדיין גם כיום.

הרב עדו רכניץ

התדיינות לפני דיין יחיד

פתיחה

בבתי הדין לממונות נידונות מחלוקות כספיות בהיקפים שונים, החל מתביעות של מאות שקלים, וכלה בתביעות של מיליוני שקלים. ככל שממוש חזון הפנייה לבתי הדין הרבניים תופס תאוצה והיקף הפניות מתגבר, עולה השאלה האם ניתן לקיים דיונים בפני דיין יחיד, ומתי מותר לעשות כן. זאת כדי להקל מהעומס שעל הדיינים, ולצמצם בהוצאות של בית הדין. שאלה זו מוטלת לפתחו של בית הדין, כמו גם לפתחם של בעלי הדין, שהסכמתם לכך נדרשת, כפי שנראה בהמשך. מעבר לכך, רבים פונים לרבנים בשאלות ממוניות, כגון שאלות על השבת אבדה. הנוהג הוא להשיב על שאלות אלו בלא צורך בבית דין של שלושה, והדבר אומר דרשני.¹

א. סמכויות דן יחיד

נפתח בסקירת סמכויות דיין יחיד. הרמב"ם² כתב:

יחיד שהוא מומחה לרבים אף על פי שהוא דן דיני ממונות יחיד אין ההודאה בפניו הודאה בבית דין ואפילו היה סמוך. אבל השלשה אף על פי שאינן סמוכין והרי הן הדיוטות ואין אני קורא בהם אלהים הרי ההודאה בפניהם הודאה בבית דין, וכן הכופר בפניהם ואחר כך באו עדים הוחזק כפרן ואינו יכול לחזור ולטעון כמו שביארנו. כללו של דבר הרי הן לענין הודאות והלואות וכיוצא בהן כבית דין הסמוך לכל הדברים. כלומר, סמכותו של דיין יחיד היא לפסוק את הדין על פי הראיות שישנן, אולם, הסמכות ליצור ראיות חדשות תוך כדי דיון, שמורה לבית דין של שלושה בלבד, וכן נפסק בשו"ע (חו"מ סי' ג, ס"ב).³

1. מאמר זה מתמקד בשני עניינים הקשורים לנושא ואינו ממצה את כל מה שנכתב בסוגיה זו, שנדונה בכמה מקומות, ובחלקם הסתייעתי (תודתי לרב חיים בלוך על המקורות): הרב מיכאל בריס, 'הגמשת סדרי הדין ההלכתיים: האם אופקית או אנכית?' - עיון בשיטת התוספות והרמב"ם בסוגיות יחיד מומחה, פשרה וקבלת פסולים', בתוך 'משפטי ארץ - דין דיין ודין', עורך: הרב ירון אונגר, עמ' 179-220; הרב רמי ברכיהו, טל לברכה ח"ב סי' קיז - בורות בפני רב היישוב, עמ' 219-226; הרב אליהו דרבקין, בית אליהו, סי' מז, עמ' שיא-שיט; הרב אבהם יהושע העשיל דרבמדיקר, סדר הדין, פרק יב - דיין יחיד, עמ' שעב-שפב; הרב יוסף ישי ריין, פני יוסף על מסכת סנהדרין, סי' א, עמ' יז-כ; ספר קובץ הפוסקים, על חושן משפט סי' ג.

2. רמב"ם, הל' סנהדרין פ"ה ה"ח. הטור (חו"מ סי' ג אות ח) חלק על כך, וסבר שהסמכויות שוות. עוד בענין מחלוקת זו, ראו מאמרו של הרב מיכאל בריס, המוזכר בהערה 1.

בדומה לכך כתב רבנו ירוחם ('מישרים', ב א) שעדות צריכה להיאמר בפני שלושה, וכן פסקו הש"ך (חו"מ סי' מו ס"ק ע) ו'קצות החושן' (סי' ז ס"ק ה בסופו). כלומר, כדי ליצור את העדות יש צורך בשלושה דיינים, ואין די בדיין יחיד.⁴ 'קצות החושן' כתב שלדעת התוספות, לדיין יחיד אין סמכות כפייה (קצות החושן סי' ג ס"ק א):⁵

ונראה ליישב לפי מה שמבואר מדברי תוספות דאפילו נימא דמן התורה בחד סגי לדון אבל עכ"פ בדיני כפיה ודאי צריך מומחין.
למעשה, נפסק בשולחן ערוך (חו"מ סי' ג סעי' ב):
פחות משלשה, אין דיניהם דין, אפילו לא טעו, אלא א"כ קבלום בעלי דינים או שהוא מומחה לרבים.

הג"ה: ובזמן הזה אין דנין דין מומחה לרבים שידון ביחידי בעל כרחו של אדם. כלומר, אין סמכות לבית דין של פחות משלושה דיינים, אלא אם כן הצדדים הסכימו על כך, או שמדובר על מומחה לרבים. הרמ"א העיר שבימינו אין מומחה לרבים שיכול לדון יחידי, בלא הסכמת הצדדים.⁶ ההגבלות על דיין יחיד אינן אמורות, במקרה שהצדדים הסכימו לקבל דיין יחיד כבית דין שלם.

ב. אל תהי דן יחידי

שאלת התדיינות בפני דיין יחיד כבר זכתה ליחס שלילי במשנה (אבות פ"ד מ"ח):
הוא היה אומר אל תהי דן יחידי שאין דן יחידי אלא אחד⁷ ואל תאמר קבלו דעתי שהן רשאים ולא אתה.⁸

בירושלמי (סנהדרין פ"א ה"א) מובא שאפילו הקב"ה אינו דן יחידי:
אמר רבי יהודה בן פזי אף הקדוש ברוך הוא אין דן יחידי שנאמר (מלכים א כב יט) 'וכל צבא השמים עומדים עליו מימינו ומשמאלו' אילו מטין לכף זכות ואילו מטין לכף חובה.

הרמב"ם (פירוש המשנה, שם) ביאר שמדובר בהוראה 'על צד המוסר':
התורה מתירה לאיש שהוא מומחה לרבים לדון יחידי, כמו שבארנו בסנהדרין, אבל זה דבר תורה, והזהירו ממנו כאן על צד המוסר, לא על צד האיסור.

-
3. עוד בעניין שיטת הרמב"ם, והגדרה מדויקת של היכולת לקבל ראיות, ראו בספר קובץ הפוסקים, המוזכר בהערה 1.
 4. ראו את דברי הרמב"ן, כתובות כא ע"ה, ד"ה והא, שחלק על כך.
 5. בשו"ת שמע אברהם (סי' לז), כתב שיחיד מומחה לרבים - יכול לכפות, ומטיל שררה על הציבור כמו בית דין של שלושה.
 6. וראו נושאי כלים לשו"ע, חו"מ סי' ג סעי' ב, לגבי הדין בדיעבד.
 7. הפירוש המקובל הוא ש'אין דן יחיד אלא אחד' והוא הקב"ה, ראו את פירוש רבנו בחיי והמאירי למשנה; אבל יש שפירשו, שהאחד שיכול לדון יחידי הוא המומחה, ראו פירוש רבנו יונה ורשב"ץ למשנה.
 8. ראו עוד - בבא קמא פ ע"א: 'אמר ר' ישמעאל: מבעלי בתים שבגליל העליון היו בית אבא, ומפני מה חרבו? שהיו מרעין בחורשין, ודנין דיני ממונות ביחיד'.

הרמב"ם מדגיש זאת על רקע ההלכה, שמומחה לרבים רשאי לדון יחידי. נפקא מינה להלכה של האיסור לדון יחידי, מצאנו בירושלמי (סנהדרין פ"א ה"א):

רבי בא בשם רבי אבהו: בשאמרו לו: 'הרי את מקובל עלינו כשלשה על מנת שתדיננו דין תורה' וטעה ודנן משיקול הדעת: מה שעשה עשוי - מפני שטעה ודנן משיקול הדעת, ישלם מביתו - שהגיס דעתו לדון יחידי דין תורה דתנינן 'אל תהי דן יחידי שאין דן יחיד אלא אחד'.

כלומר, לדעת רבי אבהו (שיוזכר גם בהמשך), גם כאשר הצדדים הסכימו לקבל עליהם דיין יחיד, וזה טעה ופסק לפי דעה הלכתית שאינה מקובלת ('טעה בשיקול הדעת') - הדין אינו בטל, ועל הדיין לפצות את המפסיד, בגלל שהדיין הסכים לדון אותם לבדו. דברים אלו נפסקו להלכה, בנוגע לדיין שאינו מומחה.⁹ בטעם האיסור לדון יחידי נאמרו כמה נימוקים. הראשון המפורש הוא 'שמא יבוא לטעות'.¹⁰

נימוק נוסף עולה מהכלל 'אין עושין שררה על הציבור בממון פחות משנים' (משנה שקלים פ"ה מ"ב). כלל זה לא נאמר בנוגע לאיסור לדון יחידי, ואולם הוא מסביר את דברי 'קצות החושן' (סי' ג ס"ק א) שהובאו לעיל, שדיין יחיד מוסמך לדון, אבל אינו מוסמך לכפות, ולכך יש צורך בשלושה דיינים. כפייה מבטאת שררה, וזו אינה נתונה לדיין יחיד.¹¹

ג. הסכמת הצדדים להתדיין בפני דיין יחיד

בירושלמי (סנהדרין פ"א ה"א) מסופר כך:

רבי אבהו הוה יתיב דיין בכנישתא מדרתא דקיסרין לגרמיה. אמרין ליה תלמידיו: ולא כן אלפן ר' 'אל תהא דן יחידי? אמר לון: כיון דאנן חמי לי יתיב דיין לגרמי ואתון לגביי כמי שקיבלו עליהן. ותני כן במה דברים אמורים שלא קיבלו עליהן אבל אם קיבלו עליהן דן אפילו יחידי.

כלומר, רבי אבהו היה יושב בדין לבדו. בתשובה לשאלת תלמידיו כיצד הוא עושה זאת, שהרי אסור לדון יחידי, השיב רבי אבהו שהמתדיינים רואים שהוא יחיד, ובבואם יש הסכמה מכללא לקבל אותו בתור דיין.

את ההשפעה של הסכמת המתדיינים על חלות האיסור יש לבחון בשני המישורים: מישור היקף הסמכות של הדיין היחיד, ומישור האיסור (המוסרי) שלא לדון יחידי. לגבי היקף הסמכות של דיין יחיד, כתב הרשב"א (שו"ת הרשב"א, ח"א סי' אלף קכו) שלאחר הסכמת הצדדים, יש לדיין יחיד סמכות של בית דין של שלושה, ובכלל זה לקבל ראיות חדשות, כגון הודאת בעל דין, וזו לשונו:

9. רא"ש, סנהדרין פ"ד ס"ק ה; ש"ך, חו"מ סי' ג ס"ק י; נתיבות המשפט, ביאורים סי' כה, ס"ק ד.
10. קרבן העדה, סנהדרין פ"א ה"א; וראו עוד: תוספות יום טוב, אבות פ"ד מ"ח.
11. נראה שאי אפשר לנמק את האיסור בכך שיש גאווה בדיין שדן לבדו ואינו חושש לטעות, שהרי באיסור והיתר ניתן להורות יחידי, כפי שיפורט בהמשך.

דברים ברורים אני רואה כאן שאין בדברי שמעון כלום דכיון שקבלו עליהם אותו החכם לדיין אף על פי שקבלוהו לדון יחידי וקנו מידם אינם יכולים לחזור בהם ואפילו קודם גמר דין.

וכן כתבו כמה מהאחרונים.¹²

לגבי המניעה לדון יחידי מצד **האיסור** שלא לדון יחידי, כתב בפירוש 'שיירי קרבן' (שם, ד"ה כיון) שאף על פי שרבי אבהו סבר שמדאורייתא יש צורך בשלושה דיינים סמוכים (סנהדרין ב ע"ב), הוא פסק שמותר לדון בפני דיין יחיד בהסכמת הצדדים. לכך יש להוסיף (את מה שהובא לעיל), שרבי אבהו הוא שאמר שגם לאחר הסכמת הצדדים, אם הדיין היחיד טעה בשיקול הדעת, הוא חייב לשלם, כיוון 'שהגיס דעתו לדון יחידי'. ומכאן שגם לאחר הסכמת הצדדים, מצדו של הדיין יש בעיה בכך שהסכים לדון יחידי.

כך עולה גם מדברי הרמב"ם שהובאו למעלה, שכתב שגם כאשר יש סמכות לאדם לדון יחידי (מומחה לרבים), עליו להימנע מכך. כך נכתב גם בשו"ת מהרש"ל (סי' לה), ו'קצות החושן' (סי' ג, ס"ק ג) הוסיף 'שלא להקל בזה כלל', וכן שכל 'בעל נפש ירחיק מזה'. במילים אחרות, על פי פוסקים אלה, למרות הסכמת הצדדים, המניעה לדון יחידי מצד האיסור שבכך בעינה עומדת.

הש"ך (חו"מ סי' ג ס"ק י) סבר שמותר לדון יחידי לאחר הסכמת הצדדים, רק כאשר מדובר בדיין מומחה, בהמשך לכך הוא דן במנהג הנפוץ להתדיין בפני דיין יחיד:

ואפשר דאותן שנוהגים לדון ביחידי היינו בדברים שרגילים ופשוטים שהם מומחים בהם. או אפשר דהיא הנותנת דכיון דהאידינא ליכא מומחה ולית דחכים האידינא בדין... אם כן כי קיבלוהו בסתם מסתמא קיבלוהו בין לדין בין לטעות...

ועל כן יש ליזהר שלא לדון ביחידי אף שקיבלוהו, אם לא שמפרש בהדיא 'איני יודע לדון אתכם דין תורה', או שהוא דין פשוט ומומחה ורגיל הוא בכך, דבכהאי גוונא איכא מומחה אף האידינא, ודוק.

כלומר, אכן יש צורך בשני תנאים כדי לדון יחידי: האחד הוא הסכמת הצדדים, ובכך נפתרת בעיית חוסר **הסמכות**, והשני הוא שהדיין מומחה, ובכך נפתרת המניעה מצד **האיסור**. ולכן ניתן לנהוג כך כאשר מדובר בתחום שהדיין בקיא ומומחה בו; או לחילופין, כאשר הצדדים מוותרים מראש על הדיון על פי דין תורה, כגון בהסכמה 'בין לדין בין לטעות', או כאשר הדיין אומר שהוא אינו יודע לדון דין תורה. בספר 'ערוך השלחן' (חו"מ סי' ג, סעי' ו) נכתב בהמשך לדברי הש"ך:

12. הגהות רעק"א, על שו"ע חו"מ סי' ג; שו"ת רדב"ז, ח"ג תקט; מדברי נתיבות המשפט, סי' ג ס"ק ג, משמע שלאחר קבלת הציבור יש לדיין יחיד מעמד של בית דין, גם לעניין קבלת עדות. החזון איש (סנהדרין סי' טו ס"ק ג), כתב שאין קבלת הצדדים או הציבור יכולה להועיל, אלא אם כן מדובר בתקנת חכמים.

ולא ראיתי נוהגין כן ובכל הערים הקטנות שאין שם רק רב יחידי דן בעצמו ואינו מתנה כלל. וצ"ל דכיון דהכל יודעים שהוא יחידי לכתחלה כוונתם כן כשבאין לפניו שידין כפי שכלו והבנתו ומוסכמים הם אף אם לא ירד לעומק הדין וממילא הוה כקבלוהו בין לדין בין לטעות. דהיינו, המנהג בעיירות הקטנות היה להתדיין לפני הרב המקומי. 'ערוך השלחן' הסביר שהציבור קיבל על עצמו את הכרעת הרב, על פי שיקול דעתו.¹³

לעומת זאת, אחרים הצדיקו את המנהג לדון בפני דיין יחיד בלא הגבלות אלה, כגון הרשב"ץ ('מגן אבות' על אבות פ"ד מ"ח), שכתב: 'ומכאן הנהגנו היתר בעצמנו לדון יחידי אפילו מדרכי חסידות כיון שקבלונו הצבור עליהם'. ומכאן שלדעתו אין איסור לדון יחידי.

הרב יונתן אייבשיץ (אורים, סי' ג ס"ק ח) כתב שבקהילת מיץ היתה תקנה 'מה שהוא פחות מכ"ה ר"ט שאב"ד ידון לבד שלא להרבות שכר דיינים. וזהו לדעתי אין בו פקפוק כיון שהוא תקנות עיר'. אמנם הוא כתב שבמקרה 'שאיין הדבר פשוט כביעתא בכותחא אני נזהר [שלא] לדונו יחידי'. דהיינו, הוא תמך בתקנה שקבעה שבתביעות קטנות מותר להתדיין בפני דיין יחיד כדי לצמצם את העלויות, ותקנה זו פתרה את בעיית חוסר הסמכות. ואולם, הוא כתב שהוא נהג כך רק בתביעות פשוטות ביותר, כדי שלא יהיה בכך איסור.

ד. הוראת איסור והיתר של דיין יחידי

מהגמרא (הוריות ג ע"ב) עולה שיש יתרון בשיתוף דיינים נוספים בהכרעה, בין בממונות ובין באיסור והיתר ('כי היכי דנימטיין שיבא מכשורא'). וכך נימק זאת המאירי ('בית הבחירה', הוריות ג ע"ב):

מגדולי החכמים כשהיה דין בא לפנייהם היה מכנס הרבה מן היודעים עד שמתוך כלם יצא הדין לאמתו. ואף באיסור והתר ראוי לעשות כן כדי שיתרחק מן המכשולות. שרוב דעות מגלים את הצפונות ועצים קטנים מדליקים את הגדולים.

אף על פי כן, ישנה הבחנה בין הוראת איסור והיתר ובין דיני ממונות, כפי שנכתב בספר 'נתיבות המשפט' (ביאורים, סי' כה ס"ק ד):

מה שאין כן באיסור והיתר דלא שייך דין זה ד'אל תהי דן יחידי' כלל, דודאי מותר להורות באיסור והיתר יחידי, ולא שייך הסברא דמשום שהגיס דעתו לדון יחידי, אפילו מומחה ולא קיבלו פטור, מה שאין כן בטעה בדבר משנה. ה'חזון איש' (נגעים סי' ד ס"ק ט) הרחיב יותר:

13. ראו עוד: מאמרו של הרב רמי ברכיהו המוזכר בהערה 1, עמ' 222, בעניין מרא דאתרא שקיבלו הציבור גם לדון יחידי.

הא דנאמן כהן לטמא הנגע אע"ג דאין עד אחד נאמן לאסור היכי דאתחזק היתרא... הכא כיון דאיכא נגע לא הוי התחזק היתרא, אע"ג דלענין דין חזקה מקרי אתחזק היתרא. אבל לענין דין נאמנות עד אחד, לא אמרו [שעד אחד אינו נאמן] אלא כשבא עד אחד לחדש מאורע הבלתי ידוע לנו כלל והוי כמוחזק לן היפוך דברי העד, ובזה אמרין אין ערעור פחות משניים. אבל ביש דררא דספק באיסורין נאמן עד אחד לברר. והיינו טעמא דנאמן כל יחיד **בהוראת איסור והיתר...**

ה'חזון איש' התקשה, כיצד כהן יחיד נאמן לטמא את הנגע, בזמן שעד אחד אינו נאמן לאסור מה שהוחזק כהיתר. החזון איש תירץ שעד אחד אינו נאמן, כאשר הוא מחדש מידע שכלל לא היה ידוע, אולם, כאשר הוא מעיד על מצב שיש בו ספק - הוא נאמן. לפיכך, כהן יחיד נאמן לאסור את הנגע, כיוון שהנגע עצמו כבר מעורר ספק שמא האדם טמא, והכהן רק מכריע את הספק. בסוף דבריו הוא כותב שמסיבה זו, יחיד נאמן בהוראת איסור והיתר.

דבריו עולים בקנה אחד עם ההגבלות שהטיל הרמב"ם על מומחה לרבים שיכול לדון יחידי. כאמור, הרמב"ם כתב שמומחה לרבים אינו יכול ליצור ראיות חדשות, אלא רק לדון על פי הראיות הקיימות. הבחנה זו דומה להבחנה בין פסיקה על בסיס עובדתי מוסכם, שמסורה גם ליחיד, לבין חידוש עובדתי ('מאורע הבלתי ידוע לנו כלל'), שאינו מסור לכל יחיד. אלא שעל כך קשה, שהרי גם בלי יצירת ראיות חדשות, נדרש דיין להכריע בין גרסאות, ולכן אמר הרמב"ם שמן הראוי שלא לדון יחידי.

ישנו דמיון בין הבחנות אלו גם לכלל 'אין עושין שררה על הציבור'. כל זמן שאדם שואל שאלה ומעורר ספק בעצמו, ורב נדרש להכריע - אין זו שררה. רק כאשר הפוסק קובע שגרסתו של אדם היא שקרית, הוא מפעיל שררה, ואת זה לא ראוי שיעשה יחידי. הגדרה זו אינה מבחינה בין דיני איסור והיתר (או בין אדם למקום) לבין דיני ממונות, אלא בין מקרים שונים שבהם נדרשת הכרעה הלכתית. כשם שישנם שאלות של איסור והיתר שבהם יחיד אינו נאמן לדון, כך ישנן שאלות ממוניות שיהיו בגדר 'הוראת איסור והיתר', ויחיד יהיה רשאי להורות בהם:

כאשר אדם שואל את רבו שאלה לגבי מציאה שמצא - זו בוודאי הוראת איסור והיתר שרב יחידי יכול להורות בה. כיוון שאין שום שאלה עובדתית ששנויה במחלוקת, ועל הרב רק להכריע את הדין ולא לברר את העובדות.

כאשר שני אנשים באים לבית הדין ויש ביניהם מחלוקת עובדתית - זו בוודאי לא הוראת איסור והיתר, ועל זה נאמר 'אל תהי דן יחידי'. כיוון שבמקרים אלו, הדיין נדרש להכריע מה יהיה הדין כאשר מבחינת אחד הצדדים זהו 'מאורע הבלתי ידוע לנו כלל', והוא מכחיש את קיומו.

לא ברור מה הדין במקרה ששני הצדדים מסכימים על העובדות, אלא שחולקים מהו הדין. האם במקרה כזה יכול דיין לדון יחידי, כיוון שמדובר רק בהוראת איסור והיתר, או שמא, בגלל שכל אחד מהצדדים טוען שהוא יודע מה הדין, אין מדובר בספק,

והדין נדרש לחדש לבעלי הדין את הדין. לענ"ד גם זה בבחינת הוראת איסור והיתר, שהרי גם בנוגע לנגע, ייתכן שהמצורע חושב שהוא טהור, אבל דעתו אינה מעלה ואינה מורידה. אלא שעל מקרה זה נאמרה ההוראה המוסרית: 'אל תהי דן יחיד'.

סיכום

על פי ההלכה, בהסכמת הצדדים מותר לדין יחיד, וכן מומחה לרבים יכול לדון יחיד, אלא שהרמ"א כתב שכיום אין מומחה לרבים.

הרמב"ם והשו"ע כתבו שמומחה לרבים יכול לפסוק את הדין, ואינו יכול ליצור ראיות חדשות, כגון, על ידי קבלת הודאה של אחד הצדדים. 'קצות החושן' כתב שהתוספות סברו שלדין יחיד אין סמכות כפייה.

אף שניתן לדון יחיד, המשנה במסכת אבות מורה לדין הוראה מוסרית 'אל תהי דן יחיד'. בטעם הדבר נכתב שדין יחיד עלול לטעות, כמו כן, הוצע הטעם שאל ליחיד להטיל שררה על הציבור. אם דין עבר על הוראה זו, וטעה בשיקול הדעת, הוא חייב בתשלום, כיוון 'שהגיס דעתו לדון יחיד'.

בירושלמי מובא שרבי אבהו דן יחיד, על בסיס הסכמה מכללא של הצדדים שבאו לפניו לדין, אף שראו שהוא יושב בדין לבדו. הרשב"א כתב שאם הצדדים קיבלו על עצמם דין יחיד, יש לו את מלוא הסמכויות של בית דין של שלושה. ואולם הרמב"ם ואחרונים נוספים כתבו שגם בהסכמת הצדדים, ראוי שכל 'בעל נפש ירחיק מזה'.

אחרונים אחרים דנו במנהג הנפוץ לדון בפני דין יחיד. הש"ך כתב שהדבר מותר בשני תנאים: הראשון, הסכמת הצדדים וזו פותרת את בעיית חוסר הסמכות; והשני, דין בנושא שהדין בקיא בו, או כאשר הדין מבהיר לצדדים שהם מקבלים את הכרעתו גם אם היא שגויה, וכך אינו עובר על האיסור לדון יחיד. הרשב"ץ כתב שדי בהסכמת הצדדים, ורבי יהונתן אייבשיץ הזכיר תקנה בקהילת מיץ, לדון בפני דין יחיד בתביעות קטנות. אלא שכתב שהוא עצמו נהג כך רק בנושאים משפטיים פשוטים וברורים. המשותף לגישות אלו הוא שיש צורך הן בהסכמת הצדדים והן בבקאות הדין בנושא, ובכך שהדין אינו עובר על האיסור המוסרי לדון יחיד.

בסיום הדברים הובאו דברי האחרונים שכתבו ש'בהוראת איסור והיתר' - די ברב יחיד. ה'חזון איש' הגדיר מהי הוראת איסור והיתר: כאשר הדין (או העד) אינו מחדש 'מאורע הבלתי ידוע לנו כלל'. הגדרה זו אינה נוגעת רק להוראות בשאלות של בין אדם למקום, אלא יכולה לכלול גם הוראה בשאלות ממוניות, כאשר אין ויכוח על העובדות.

לאור זאת, נראה שאם שני בעלי דין פונים לרב, בבקשה שיורה להם כיצד לנהוג במקרה ששניהם מסכימים על פרטיו, (למשל, בהגשת מסמך החתום על ידי שניהם) - אין מניעה להכריע יחיד. מסתבר שהדבר אפשרי גם במקרה שיש הסכמה על העובדות, ומחלוקת על התוצאות המשפטיות, וצ"ע.

כמו כן, הדעת נותנת שיש מקום לחדש את התקנה שנהגה במיץ, שעל פיה בתביעות קטנות הדין בפני דין יחיד יכול להיעשות גם בלא הסכמת הצדדים. אמנם הדין עצמו יכול להחליט על הרחבת ההרכב, אם מדובר בנושא מורכב מבחינה משפטית.

הרב אריאל בראלי

מתי צריך להיות פשרן

פתיחה

פשרנות אינה נחשבת לתכונה אהודה בציבור, היא מתקשרת לחוסר עמידה על עקרונות. הפשרה נתפסת בתור הנהגה של בינוניות, בין האמת לשקר, כמו שהמים הפושרים אינם חמים ואינם קרים. לכן מערכת משפט אשר מצווה לכת בדרך הצדק, כפי שנאמר (דברים טז, כ) 'צדק צדק תרדוף', אינה יכולה ללכת בדרך הפשרה. המשפט אינו בא לפתור רק את הסכסוך המקומי אלא הוא חלק ממהלך של תיקון העולם, ולכן אין מקום לפשרה. המשפט חושף את האמת האלוקית בתוך החיים המעשיים, וכן כתב הרב קוק: 'המשפטים האלוהיים, אין מטרתם רק מטרה קרובה לישר סכסוכים ארעיים אלא הם הולכים להעלות את החיים ואת ההויה כולה' (עולת ראי"ה ב, נט). כבר עמד על כך סבי, הרב נריה זצ"ל, בספרו 'ענבי פתחיה' במאמר 'משפט הפשרה', שם הוא כתב שחלק מתפקידו של המשפט לקבוע נורמות ראויות. לדבריו, הפסיקה אינה משפיעה רק על בעלי הדין עצמם אלא מדריכה את הציבור כולו להתנהגות רצויה. נוסף על כך, הדיין עצמו מייצג כלפי בעלי הדין את ההדרכה האלוקית, ומצופה ממנו שיכריע על פי ההלכה, וילך בדרכי ה'. ואם לומדים אנו (בבא קמא ג) כי 'כל האומר הקדוש ברוך הוא ותרו חייו', שנאמר: (דברים לב, ד) 'הצור תמים פעלו כי כל דרכיו משפט'; אזי גם על הדיין לילך בדרך האמת ולא להמליץ על ויתור. לאור הקדמה זו מוסברת דעתו של רבי אלעזר, הסובר שאסור לדין להטיל פשרה:

ר"א בנו של רבי יוסי הגלילי אומר אסור לבצוע וכל הבוצע הרי זה חוטא, וכל המברך את הבוצע הרי זה מנאץ, ועל זה נאמר בוצע ברך ניאץ ה' אלא ייקוב הדין את ההר שנאמר כי המשפט לאלהים הוא.

אך להלכה אנו מקבלים את דעתו של רבי יהושע בן קרחה, שיש מצווה לפשר, 'וכל בית דין שעושה פשרה תמיד הרי זה משובח' (חושן משפט סי' יב סעי' ב). ממילא חוזרת השאלה למקומה, כיצד ניתן לפשר ולוותר על האמת?

א. מדוע פשרה עדיפה על דין?

בגמרא (סנהדרין ו ע"ב) מתברר כי המטרה של הפשרה היא שלום, וכך נאמר בגמרא שם:

רבי יהושע בן קרחה אומר מצוה לבצוע (לפשר) שנאמר 'אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם'. הלא במקום שיש משפט אין שלום ובמקום שיש שלום אין משפט, אלא איזהו משפט שיש בו שלום הוי אומר זה ביצוע.

עדיין יש להבין, מה יש בה בפשרה שדווקא היא מביאה לשלום? הלוא אין בכוחה של הפשרה לרצות את שני בעלי הדין. מצד אחד אין התובע מקבל את כל כספו ומצד שני הנתבע חושב שעל פי הדין הוא פטור. כאשר שני הצדדים יוצאים מרירים, הרי השלום הולך ומתרחק.

נוסף על כך, ניתן לטעון שדווקא הדין יכול להחזיר את השלום ביניהם. שכן כאשר הצד המפסיד יודע שנעשה דין אמת, אז הוא משלים עם כך, לעומת זאת כאשר ההפסד נובע משיקולי פשרה, והיא תלויה בדעתו של הדיין, נשאר תרעומת.

נראה שההסבר לעדיפות הפשרה נעוץ בהלכה האומרת כי פשרה אפשרית רק בהסכמת בעלי הדין, ואין הדיונים כופין פשרה. כבר כאן מתחיל השלום, כאשר שני בעלי הדין מקבלים על עצמם מראש מסגרת אחרת לדיון. אם הם מעדיפים את ערך השלום על פני הדין, אין בכך ביזוי, שכן ישנה פה החלטה מקומית שלהם להתבסס על פשרה. וכן כתב המהרש"א (חידושי אגדות סנהדרין ו ע"ב): 'בפשרה אין עוון, שהיא מרצון שניהם'. סברה זו רמוזה בדברי התוספות (סנהדרין כג) לגבי היתרון של הרכב בית דין בדרך של 'זה בורר לו אחד וזה בורר לו אחד': 'שאפילו החייב יפרע ברצון, ויאמר... שאני בעצמי ביררתי אותו'.

ב. מקרים שבהם אסור לבצוע

כאמור, ההלכה נפסקה כדעת ר' יהושע בן קרחה שיש מצווה בעשיית פשרה, אך יש להדגיש שאף הוא מודע לבעיה שבעשיית פשרה כלפי הדין, ולכן גם לשיטתו ישנו מצב שאסור לבצוע, והוא לאחר שניתן פסק דין.¹

הלכה זו מופיעה בשלחן ערוך (חושן משפט סי' יב סעי' ב):

אחר שגמר הדין ואמר איש פלוני אתה זכאי ואיש פלוני איש אתה חייב, אינו רשאי לעשות פשרה ביניהם.

הרב קוק בפירושו 'באר אליהו' (חושן משפט סי' יב ס"ק ו) כתב שבשלב זה ההצעה לפשרה יוצרת זילות כלפי הדין. וזו לשונו: 'אסור שיעשה על פי הדיונים שפסקו את הדין, משום שזה נראה כזילותא לדין תורה'. אם כן, הרעיון שהוצג בפתיחה בדבר העדפת האמת על פני השלום, אכן מתקבל להלכה במצב שבו הפשרה יוצרת זילות כלפי האמת, ואז היא נדחית מפניה. לעומת זאת, כאשר באופן פרטי מחליטים בעלי הדין לבחור במסלול הפשרה, הרי בכך אין הם סותרים את מידת האמת, ואין סיבה למנוע אפשרות זו.

ג. הצעת פשרה על ידי בית הדין

לאור המסקנה שגם רבי יהושע מודה כי באופן עקרוני האמת עדיפה על פני השלום, נראה שבית הדין אינו צריך לעודד את בעלי הדין לבחור בפשרה. שהרי כל

1. ולדעת התוספות (סנהדרין ו) הדבר נכון בשלב מוקדם יותר, ברגע שהדיין יודע להיכן הדין נוטה.

חשיבותה באה מכוח החלטת בעלי הדין, כאשר הם חפצים בשלום, אך מנקודת מבטו של הדיין, הדרך הסלולה היא האמת.

כך כתב הט"ז (חושן משפט סי' יב ס"ק ב) בשם מהר"ל, שהמצווה בפשרה היא רק לומר לבעלי הדין שיש שתי אפשרויות, דין או פשרה. המהר"ל מסתייע מגמרא (סנהדרין ז ע"א): 'מאי מצוה נמי דקאמר רבי יהושע בן קרחה? מצווה למימרא לה: אי דינא בעיתו, אי פשרה בעיתו'. לעומת גישה זו כתב הסמ"ע (לשו"ע, שם ס"ק ו) שמצווה לפשר, וישנה עדיפות לפשרה על פני הדין. ראייה לכך יש מפסיקת 'שלחן ערוך' (שם, סעיף ב): 'כל בית דין שעושה פשרה תמיד הרי זה משובח'. לדבריו, הדיין מצווה להפציר בבעלי הדין שיעדיפו את דרך הפשרה. וממילא עולה שוב השאלה, מדוע השלום עדיף מן האמת?

נראה שהדברים קשורים לפער בין האמת השמימית לאמת הארצית. כך מתוארים הדברים במדרש (בראשית רבה בראשית פרשה ח):

חסד אומר יברא שהוא גומל חסדים, ואמת אומר אל יברא שכולו שקרים, צדק אומר יברא שהוא עושה צדקות, שלום אומר אל יברא דכוליה קטטה, מה עשה הקדוש ברוך הוא נטל אמת והשליכו לארץ דכתיב (דניאל ח) ותשלך אמת ארצה.

הפשרה באה מצד הארץ, המעדיפה את השלום על פני הופעת האמת האלוקית.

הסבר אחר מובא בפירוש הרי"א"ז (קונטרס הראיות סנהדרין ו):

בפשרה יש מצווה שהרבה פעמים הוא קשה לילך עם הדין, כדאמרינן לא חרבה ירושלים אלא שהעמידו דינם על דין תורה.

הפשרה באה לחנך את האדם לוותר, כדי להגיע לחיי חברה תקינים, חיים שאין בהם הקפדה יתרה על זכויות הפרט, רק באופן זה חברה יכולה להתקיים.

בתקופה מאוחרת יותר התווסף טעם חדש להעדפת פשרה על פני דין. כתוב ב'שלחן ערוך' (חושן משפט סי' יב סעי' כ): 'צריכים הדיינים להתרחק בכל היכולת שלא יקבלו עליהם לדון דין תורה'. המקור לכך בדברי ירושלמי המובא בטור (שם), רבי שמעון בר יוחאי אמר:

לית דחכים בדין, ר' יוסי בן חלפתא אתון תרי ברנש מידון קמיי, על מנת שתדנינו דין תורה, אמר לון, אני איני יודע דין תורה.

בעת ירידת הדורות, משמשת הפשרה הגנה על הדיין מפני טעות (וכן נכתב ב'ספר החינוך' במצווה רלג).

למעשה קשה ליישם את דברי הסמ"ע המורים לדיין לחתור לפשרה. דרך זו לא מתקבלת בהבנה על ידי בעלי הדין. כאשר ההצעה לפשרה מגיעה מצד הדיינים, היא מתפרשת בתור בריחה מאחריות, והלוא עיקר מה שרצו בעלי הדין הוא סמכות הלכתית שתכריע בוויכוח.

לכן מומלץ לנהוג על פי ההדרכה של הרב קאלישר בספרו 'אזניים למשפט' (סי' יב אות ג). בתחילת הדיון יש רק להזכיר את אפשרות הפשרה, בלא שום המלצה, כפי

שהורה הט"ז. לאחר שנשמעו טענות הצדדים, אפשר להמליץ על פשרה. כאשר התובע כבר סיים להרצות את טענותיו, הוא פתוח יותר לשמוע הצעות חדשות. כמו כן בשלב זה, ייתכן שישנן נסיבות שבהם מתבקש לעשות פשרה, כפי שכתב הרב קוק זצ"ל (אגרת קעו). הרב מדמה את הדין לחוקי הטבע, שבאופן כללי מסייעים בדינו, אך ישנם מקרים פרטיים שהם מזיקים. זו לשונו:

כי כל חוק ומשפט שבעולם לא ימלא את כל הדרישות של כל הפרטים. חוקי דת ודין כמו חוקי הטבע הנם כוללים, החמה תצא בגבורתה ואם תקפח לפעמים על ראש איזה חיה או איש לא תחדל בשביל כך את אורה וחומה לכל. כשם שאנו ממתיקים את מרירותם של חוקי הטבע... לא ע"י העברתם מהעולם כי אם ע"י תיקונים מלאכותיים... כן אנו משתדלים בכל עת צורך, להכנס בפשרה, ע"פ רצונם של בעלי הדין, ביחוד שמדת המשפט חריפה לאיזה צד...

כאשר ההמלצה לפשרה מבוססת על נסיבות שהועלו בדיון, גדלים הסיכויים שהצעה זו תתקבל על ידי הצדדים.

ד. נסיבות שבהם מומלץ לבעלי הדין להתפשר

נראה שיש לבעלי הדין מקום לשיקול דעת נרחב בקשר להחלטה מתי לוותר ולהסכים לפשרה.

1. היבט כלכלי

מצד הדין אין משמעות למצבו הכלכלי של הנתבע, אך בפשרה, שיסודה עשיית טוב ויושר, וודאי שיש לכלול התחשבות במצבם הכלכלי של בעלי הדין.² וזו לשון הרמב"ן, בביאור הפסוק 'ועשית הישר והטוב' (דברים ו, יח):

לרבותינו בזה מדרש יפה, אמרו זו פשרה ולפנים משורת הדין. והכוונה בזה, כי מתחלה אמר שתשמור חקותי ועדותי אשר צוך, ועתה יאמר גם באשר לא צוך תן דעתך לעשות הטוב והישר בעיניו, כי הוא אוהב הטוב והישר. וזה ענין גדול, לפי שאי אפשר להזכיר בתורה כל הנהגות האדם עם שכניו ורעיו וכל משאו ומתנו ותקוני הישוב והמדינות כלם... חזר לומר בדרך כלל שיעשה הטוב והישר בכל דבר, עד שיכנס בזה הפשרה ולפנים משורת הדין.

והנה מצאנו דוגמא למצב שבו אין הדרכה של עשיית 'לפנים משורת הדין'. מובא בהלכות השבת אבדה, שלאחר ייאוש של הבעלים מן האבדה, אין צורך להשיב לו אותה, אולם 'לפנים משורת הדין' יש להשיב. אך אם עני מצא מציאה של עשיר, אין

2. ניתן לומר שמכאן למדנו שפשרה היא דבר בפני עצמו, ולא חלק מאפשרויות הדין. ונפקא מינא גם לאיסור 'לא תגורו', וכן לעינוי הדין, שאינו קיים בפשרה. ה'מנחת חינוך' (מצווה רלג) כתב שהאיסור לעשות עוול במשפט קיים גם במצב שבו בעלי הדין קיבלו על עצמם דיינים פסולים, אולם האיסור 'לא תהדר פני גדול', הכולל חובת עמידה בגמור דין - אינו קיים במצב זה היות 'ואין זה דין תורה כלל', לדברינו נכון הדבר גם כלפי פשרה.

צריך להחזירה אפילו 'לפנים משורת הדין' (שו"ע, חו"מ סי' רנט סעי' ה). אם כך ההחלטה מהי עשיית הטוב והישר בכל מקרה ומקרה, תלויה גם במצבו הכלכלי של האדם, וזה בניגוד גמור לעשיית דין, שבו נאמר (שמות כג, ג) 'ודל לא תהדר בריבו', ואסור להתחשב במצבו הכלכלי של בעל הדין. יש להביא ראיה נוספת מדברי הגמרא (בבא מציעא פג ע"א) המזכירה את המצב הכלכלי בתור שיקול שהוא חלק מהנהגת 'לפנים משורת הדין': 'עניי אגן וטרחינן כולי יומא'.

2. העדר כוונת זדון ורשלנות

יש לבחון עד כמה הייתה פשיעה ורשלנות מצד הנתבע. דבר זה ניתן ללמוד מדברי רש"י על הגמרא (בבא מציעא לב ע"ב). הגמרא שם פסקה שרועה הבקר משלם 'דמי בשר בזול'. רש"י מבאר שמעיקר הדין, הרועה חייב לשלם מחיר מלא, אלא 'הטיל פשרה בינהם ולא ישלם כל דמי השור כמות שהוא חי... ואין כאן פשיעה כל כך'. הרועה לא התכוון להזיק, ואף פשיעתו הייתה סבירה, משום שנהג כדרך העולם, לכן יש מקום לפשרה ולהפחתת התשלום. וכן נכתב בשו"ת 'דברי מלכיאל' (ב סי' קלג) שהבסיס לפשרה הוא רצון כנה של שני הצדדים לצדק, ואין פשרה נעשית כאשר אחד מנסה לגזול את חברו.

סיכום

יסודה של פשרה הוא הסכמה משותפת של בעלי הדין. בעלי הדין נקראים לבחור בדרך הפשרה למען השלום, כדי לעשות את הטוב והישר בעיני ה'. הפשרה מומלצת רק כאשר לא הייתה כוונת זדון או רשלנות. בהחלטה לבחור בפשרה צריך לקחת בחשבון גם את ההיבט הכלכלי.

בשלב הראשון בית הדין אינו מעודד פשרה אלא רק מעלה אפשרות זו בפני הצדדים. אם התגלה תוך כדי דיון, כי לדעת הדיינים הפסיקה מחמירה יתר על המידה, וישנם שיקולים הלכתיים לטובת הצד השני (אשר לא התקבלו להלכה), יש מקום להתחשב בהם במסגרת הצעת פשרה.

הרב הלל גפן

דין שלא בפני הנתבע

בדרך כלל, דייני בתי הדין לממונות אינם נזקקים לבירור התשובה לשאלה, האם לדון אדם שלא בפניו. אדם שאינו רוצה לדון בפני בית הדין, אינו חותם על שטר בוררות, וממילא אין לבית הדין סמכות לדון אותו. בהעדר שטר בוררות שחתמו עליו שני צדדים, אין משמעות לפסק הדין שיינתן, ואין טעם לדון. במקרה כזה, הצעד שינקוט בית הדין הוא הוצאת כתב סירוב, המאפשר לתובע לגבות את ממונו בכל מקום שהוא מוצא לנכון, והתובע יוכל לפנות לערכאות. ואולם יש מקרים שבהם שני הצדדים חתמו בעבר על חוזה ובו סעיף המחייבם לפנות לבוררות באחד מבתי הדין הדנים על פי דין תורה, במקרה של חילוקי דעות; אך אחד הצדדים חזר בו, ואינו מוכן להיות נידון בבית הדין שהסכים עליו. יש גם מקרים ששני צדדים חתמו על שטר בוררות, וקיבלו עליהם את סמכות בית הדין, ובמהלך הדיונים הבין הנתבע 'לאן נושבת הרוח', והחליט להפסיק להופיע בבית הדין. במקרים אלו יש לבית הדין סמכות חוקית, להוציא פסק דין כפי הישר בעיניו. השאלה היא כיצד עדיף לנהוג: האם להפנות את התובע לערכאות, או לדון את הנתבע שלא בפניו. הדיון בנושא מתחלק לכמה תחומים: שמיעת הטענות שלא בפני בעל הדין, קבלת עדות מהעדים שלא בפניו, ופסיקת הדין שלא בפניו. אנו נעסוק רק בשמיעת הטענות שלא בפני בעל הדין, ובפסיקת הדין שלא בפניו.

א. גמר דין שלא בפני בעל דין

במסכת בבא קמא¹ אמרו חכמים, שאין דנים שור שהמית אדם, אלא בפני השור. זאת משום שנאמר 'השור יסקל וגם בעליו יומת', ודרשו חכמים 'כמיתת בעלים כך מיתת השור'. כלומר, כשם שאין דנים את הבעלים אלא בפניו, כך גם אין דנים את השור אלא בפניו. רש"י כתב שהמקור לכך שאין דנים את הבעלים אלא בפניו, הוא בפסוק 'עד עמדו לפני העדה למשפט'. הרשב"א² כתב שדברים אלו אמורים רק בדיני נפשות, ואפילו דיני נפשות של שור, 'אבל בממונא בעלמא מה איכפת לן הא כל זמן שמביא ראייה סותר את הדין. הילכך חותכין דינו היום ושומעין דבריו למחר אם מביא ראיות לסתור את הדין'. בעקבותיו פסק גם השו"ע³: 'בית דין פוסקין בדיני ממונות שלא בפני בעל דין'. האחרונים התקשו כיצד ליישב את הסתירה בין הלכה זו לבין הלכה נוספת בשו"ע⁴:

-
1. ב"ק מה ע"א.
 2. שו"ת הרשב"א, חלק א סימן אלף קיח.
 3. שו"ע, חושן משפט סי' יח סעי' ו.
 4. שו"ע, חושן משפט סי' יג סעי' ו.

אם הוצרכו הדיינים לשאול דבר מב"ד הגדול, כותבין ושולחין, וב"ד הגדול מודיעים להם דעתם והם דנין אותם, דליכא למימר שיפסקו בית דין הגדול עליהם את הדין, דהא בעינן שיהיו בעלי הדין עומדים לפני הדיינים.

הסמ"ע⁵ והש"ך⁶ כתבו שההלכה בסימן יח, עוסקת במקרה שבעלי דין כבר טענו טענותיהם בפני בית הדין. ההלכה היא שאין צורך בנוכחותם בשעת גמר דין, ובית הדין יכולים לומר את פסק הדין בפני אחד מהם, או לכתוב את פסק הדין ולשולחו לכל אחד לביתו. לעומת זאת ההלכה שבסימן יג, עוסקת במקרה שבית הדין הגדול לא שמע את טענות הצדדים, ולכן אינו יכול לדון בהן אלא רק לחוות את דעתו, ובית הדין ששמע את הטענות, הוא ידון בהן. כשיטתם כתב גם 'נתיבות המשפט'⁷.

לעומתם, הב"ח טען שמוכח מתשובת הרשב"א, שחילוק זה אינו נכון⁸. תשובת הרשב"א⁹ עסקה בראובן שהיה לו דין עם שמעון, ועמד ראובן ומסר את זכותו ללוי, וטען שאין לדון את לוי, שלא בפני לוי. הרשב"א ענה:

שכל זמן שלוי בעיר או במקום קרוב, שולחין לו. אם בא וטען והביא ראיה מיד, שומעין לו. ואם לא בא, או שבא ואמר: תנו לי זמן שאביא ראיה, אין שומעין לו. דלא עדיף מגברא דאתי מחמת', אלא פוסקין את הדין, ואפילו שלא בפניו.

הב"ח טוען שבמקרה זה, לוי לא טען את טענותיו בפני בית הדין, ולמרות זאת הרשב"א פסק שאפשר לדונו שלא בפניו. נימוקו העיקרי של הרשב"א הוא שדיני ממונות הם הפיכים, ואם יתברר שהדין עם לוי, ולא כפי שנפסק, אפשר תמיד לסתור את הדין ולהחזיר את הממון. החילוק הנכון לדעת הב"ח הוא, שלכתחילה יש לדון בפני בעל דין, ולכן בית דין הגדול שנשאלו, אינם פוסקים את הדין (ההלכה שבסימן יג); אבל בדיעבד, דנים גם שלא בפני בעל דין. את החילוק הזה הוא מוכיח גם מתשובה זו של הרשב"א, שכן הוא כתב שאם לוי נמצא במקום קרוב, יש לשלוח לו ולהזמין; אבל אם הוא אינו במקום קרוב, הדבר נחשב 'דיעבד', ואפשר לדונו שלא בפניו.

הש"ך דוחה את החילוק שאמר הב"ח, ומוכיח מתשובה אחרת¹⁰ של הרשב"א, שגם לכתחילה - פוסקים שלא בפני בעל דין. תשובת הרשב"א הזו היא המקור של ההלכה שבשו"ע בסימן יח. הסגנון שנקט הרשב"א, מורה על כך שהדברים הם גם לכתחילה:

ב"ד פוסקין ואפילו שלא בפני בעל דין... הילכך חותכין את דינו היום ושומעין את דבריו למחר...

5. סמ"ע לשו"ע, ס' יח ס"ק יג.

6. ש"ך לשו"ע, ס' יג ס"ק ח.

7. נתיבות המשפט, חידושים ס' יג ס"ק ח, ס' יח ס"ק ז.

8. הובא בבית יוסף, חו"מ ס' טז.

9. שו"ת הרשב"א, ח"ב, ס' קצב.

10. שו"ת הרשב"א, ח"א ס' אלף קיח.

אלא שלשיטת הש"ך, בית הדין פוסקים אפילו שלא בפני בעל הדין, רק לאחר שבית הדין שמע את הטענות של בעל הדין. אמנם בתשובה השנייה של הרשב"א, (ח"ב סי' קצב) לוי לא טען בפני בית הדין, אך ראובן שמסר לו את זכותו, טען את טענותיו לפני כן בפני בית הדין.

'קצות החושן'¹¹ וה'תומים'¹² פסקו כדעת הב"ח. 'קצות החושן' הביא ראייה מסוגיית הגמרא¹³, האומרת שאין לגבות שטר מנכסי יתומים קטנים, ומנמקת שאין לגבות מהם משום חשש צררי או שובר, ולא משום שאי אפשר לפסוק נגדם שלא בפניהם. כמו כן יש להביא ראייה ממה שפסק השו"ע¹⁴, שגובים מנכסי יתומים קטנים שטר חוב כאשר אביהם מת בתוך הזמן, משום 'חזקה אין אדם פורע תוך זמנו'; ואין אומרים שאי אפשר לפסוק נגדם שלא בפניהם. ה'חזון איש'¹⁵ תמה על 'קצות החושן', איך ייתכן לדון בלא שמיעת טענות הנתבע, אם לא לבית הדין מחמת אונס לפי שעה¹⁶? החזו"א הביא ראייה לשיטתו מהסוגיא¹⁷ האומרת שאפשר להיפרע מבעל חוב שלא בפניו, כדי שלא יהא כל אחד נוטל מעותיו של חברו, והולך ויושב במדינת הים, ואתה נועל דלת בפני לוויין. משמע מהסוגיא שעושים דין שלא בפני בעל חוב, דווקא משום תקנה של נעילת דלת; אבל מצד הדין, אי אפשר לדון שלא בפני הנתבע. את ראיית 'קצות החושן' מכך שאפשר לגבות שטר חוב מיתומים קטנים, הוא דוחה, כיוון שהדין נעשה בפני האפוטרופוס של היתומים, והוא עומד במקומם כיון שהדבר הוא לתקנת היתומים שלא יאכלו גזל.

ב. תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים

תקנה קא מתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים, נתקנה על פי דברי 'קצות החושן'¹⁸: הופיע התובע ולא הופיע הנתבע, והוא הוזמן כדין - רשאי בית-הדין להחליט על בירור התביעה, כולל שמיעת עדות וראיות, שלא בפני הנתבע, ולתת פסק-דין או לדחות את הישיבה לתאריך אחר.

פרופ' זאב לב ז"ל¹⁹, טען שתקנה זו אינה כהלכה, כיוון שהיא מנוגדת לדעת הסמ"ע והש"ך, ולדעת ה'חזון איש' שהלך בעקבותיהם. לדעתו בית דין שפסק במעמד צד אחד בלבד, דינו בטל, כיוון שעבר על מה שציוותה התורה 'שמוע בין אחיכם'. לא זו

11. קצות החושן, סי' יג ס"ק א.

12. אורים ותומים, סי' יג ס"ק ד.

13. ערכין כב ע"א.

14. שו"ע, סי' קי סעיף א.

15. חזו"א, חו"מ סי' ג' אות יא.

16. קצוה"ח יוכל לענות על כך כמו שכתב הרשב"א. דיני ממונות הם הפיכים, ולכן אם הנתבע היה אנוס, ולא בא לבי"ד לפי שעה, הוא יוכל בזמן מאוחר יותר לתבוע דיון מחודש, על פי טענותיו וראיותיו.

17. כתובות פח ע"א.

18. ראה שוחטמן, סדר הדין בבית הדין הרבני, מהדורת תשעא, כרך א' עמ' 515 הערה 48.

19. 'דיני ממונות במעמד צד אחד', תחומין י, עמ' 151.

בלבד, אלא שהדיינים פסולים לדון מחדש בערעור על פסק דינם, כיוון שהם נוגעים בדבר. פרופ' לב הביא סיוע לדבריו מפסק דין של בית הדין הגדול, שלפי הבנתו פסק שלא לפי תקנה זו, ולכן הוא טען שיש בזה פסק דין שהתקנה אינה חוקית. הרב אברהם שרמן²⁰ ענה לו, שבית הדין הגדול עסק בדין ששמע צד אחד שלא כדין, אבל בית דין שפוסק לפי התקנה, אינו נפסל. כמו כן טען הרב שרמן, שצדדים אשר חתמו על שטר בוררות, קיבלו על עצמם את בית הדין, וגם את סדרי הדין הנהוגים בו. פרופ' לב ערער גם על האפשרות לתקן תקנת ציבור מעין זו לטובת הציבור. הוא הביא את תשובתו של המהר"ם שיק²¹, שעסקה בבקשתו של אב"ד דק"ק יארמיט לתקן תקנה, שאם אחד הצדדים מסרב לירד לדין, ידונו אותו שלא בפניו. המהר"ם שיק ענה כך:

דבר זה אינו ראוי על פי דין תורה... שבדיני ישראל אנו מוצאים שכופים אותו או בנידוי או בחרם ובשוטים או על ידי גויים שיכפוהו עשה מה שישראל אומר אבל לדון שלא בפניו לא מצאנו.

לכאורה השאלה שהועמדה בפני המהר"ם שיק הייתה בדיוק כמו שלנו, האם מותר לתקן תקנה כזו לטובת הציבור. אב"ד יארמיט טען שמדובר בתקנה שיש בה צורך, מפני הסרבנים שאינם באים לדין, והואיל ואין אפשרות אחרת לכופ אותם, עדיף לדון שלא בפניו, מאשר כפייה על ידי גויים. אף על פי כן, דעת המהר"ם שיק הייתה שאין אפשרות לדון את הסרבן שלא בפניו. אמנם הרב שרמן הדגיש את הסיפא של דברי המהר"ם שיק, שאם יזדמן מקרה 'יהא צריך אז לעשות סייג לתורה בהוראת שעה אפילו לדונו שלא בפניו אם לא יהא אפשר בענין אחר', אך לכאורה נראה שעדיין אין בכך הסכמה לתקנה קבועה, כמו התקנה הנ"ל בתקנות הדין. מצד שני, אפשר לומר שתקנת הדין אינה לחייב את בית הדין לדון שלא בפני הנתבע, אלא לאפשר זאת, כאשר בית הדין יראה שיש מקום לכך בתורת הוראת שעה. יש חשיבות לתקנה גם מצד נוסף - קיומה של האפשרות לדונו שלא בפניו, עשוי לגרום לנתבע שלא לנסות להתחמק מהדין בבית הדין.

בתשובת המהר"ם שיק משמע, שהשואל טען שהואיל ומצאנו שמקללים ומכים את הסרבן, אפשר גם להפקיר את נכסיו. המהר"ם שיק השיב לו, שאין הנידון דומה לראיה, כיוון שמוותר להכות ולקלל את מי ש'אינו עושה מעשה עמך', אבל אין רשות לפגוע בממונו. הוא הוסיף ואמר שבמקרה של סירוב, צריך רשות מבית דין כדי לתבוע בערכאות, זאת כדי שבית הדין יבדוק אם אין חשש של הפסד ממון לסרבן²². לכאורה הדברים אינם מובנים, כיוון שדין שלא בפני הנתבע, אינו אמור להביא לידי הפסד שאינו חוזר. הרי טעמו של הרשב"א, שהתיר לגמור דין שלא בפני הנתבע, היה

20. 'דיני ממונות במעמד צד אחד' - תגובה, תחומין י, עמ' 168.

21. שו"ת מהר"ם שיק, חו"מ סי' ב.

22. אבל עיין בתשובת המב"ט (ח"ב סי' קע), שכתב שהמקור לדין מסרב, 'גודא רבה שדי עליה', מאפשר לקונסו גם במה שאינו חייב מן הדין.

משום שדיני ממונות הם הפיכים. אם הנתבע ירצה, הוא יוכל בכל שלב להביא את ראיותיו ולהפוך את הדין, ולכן אין חשש של הפסד לנתבע. מצד שני, ייתכן שבמציאות ימינו, אם בית הדין יפסוק דין בלא שמיעת טענות הנתבע, ויכתוב פסק דין שיעבור לביצוע ההוצאה לפועל, התובע יוכל להתנגד אחר כך לפתיחת הדיון מחדש, ולא יחתום על שטר בוררות חדש. פתרון לחשש זה אפשר למצוא בהצעתו של הרב יעזר אריאל, המובאת להלן, שבית הדין יחתום על פסק דין זמני בלבד, וכך יתאפשר לנתבע להגיב על פסק הדין. רק אם הנתבע לא יגיב תוך זמן קצוב על פסק הדין, נהיה רשאים להניח שהוא מסכים לו, ופסק הדין הזמני יהפוך להיות סופי. ייתכן שהסיבה שהמהר"ם שיק העדיף כפייה על ידי גויים על פני דיון שלא בפני הנתבע, היא שיטתו בנוגע לדיון בערכאות. הפוסקים נחלקו כיצד לפרש את ההלכה בשו"ע²³, המתירה לפנות לערכאות:

היתה יד עובדי כוכבים תקיפה, ובעל דינו אלם, ואינו יכול להציל ממנו בדיני ישראל, יתבענו לדיני ישראל תחלה; אם לא רצה לבא, נוטל רשות מבית דין ומציל בדיני עובד כוכבים מיד בעל דינו.

לדעת 'נתיבות המשפט'²⁴, ההיתר ניתן רק במקרה שברור שהנתבע חייב, ואז הפנייה לערכאות היא רק כדי לבצע את הגבייה. אך ההיתר לא ניתן כדי לברר את הדין, כאשר לא ברור שהנתבע חייב. אחרונים אחרים²⁵ חלקו על 'נתיבות המשפט', והתירו לפנות לערכאות במקרה שהנתבע מסרב לבוא לדיון תורה, גם במקרה שלא ברור שהנתבע חייב, וכך נוהגים היום. המהר"ם שיק התבטא כמה פעמים, בלשון 'גויים שיכפוהו עשה מה שישראל אומרים לך', לשון המתאימה לשיטתו של 'נתיבות המשפט', שערכאות רק מבצעים את הדין, אך אינם מבררים אותו. לפי זה, ייתכן לומר שעל פי המנהג היום, גם מהר"ם שיק היה מודה שעדיף שבית דין ידון שלא בפני הנתבע, על פי דין תורה, מאשר שערכאות ידונו על פי דיניהם.

'ערוך השולחן'²⁶ הסכים בתחילה לדברי 'נתיבות המשפט', וכתב שאם הדין אינו ברור, אין נותנים לתובע רשות לדון בערכאות, אלא רק לתבוע שהערכאות יכריחו את המסרב לדון בבית דין. ואולם הוא הוסיף שאם הדבר אינו אפשרי, יש לקבל טענות מהתובע, וכן לקבל עדויות, אף שלא בפני הנתבע, כיוון שכוונתנו היא רק לברר שיש לתובע תביעה חזקה על הנתבע. הואיל והנתבע מסרב לבוא לדיון, כאשר עשה כן יעשה לו, שלא יהא חוטא נשכר. 'ערוך השולחן' דיבר על מקרה שבו אין לבית הדין סמכות חוקית לאכוף את הדין. אך במקרה כמו שלנו, ששני הצדדים חתומים על שטר בוררות, ובית הדין יכול לאכוף את הדין, ייתכן ש'ערוך השולחן'

23. שו"ע, חו"מ ס' כו סעי' ב.

24. נתיבות המשפט, ס' כו ביאורים ס"ק ג.

25. ערך ש"י, ס' כו סעיף ב; אמרי בינה, דיני דינים ס' כז; ישועות ישראל, ס' כו ס"ק ב'.

26. ערוך השולחן, ס' כו סעי' ב.

יסכים שכדי שלא יהא חוטא נשכר, עדיף שבית דין שלנו יפסוק, מאשר שערכאות יפסקו.

ג. הצעות מעשיות

הרב יועזר אריאל²⁷ ממליץ על כמה אפשרויות, כיצד לנהוג במי שאינו נענה להזמנת בית הדין. אפשרות ראשונה היא להכניס מראש סעיף לכתב הבוררות, האומר כי הצדדים מסכימים שבמקרה שאחד מהם לא יופיע להמשך הדיונים, בית הדין יהיה רשאי לפסוק לפי ראות עיניו²⁸. התחייבות כזו של הצדדים יש בה חסרון של 'אסמכתא', כיוון שזו התחייבות מותנית, וייתכן שבשעת ההתחייבות לא עלה בדעתו של אחד הצדדים להיעדר מן הדיונים. לכן יש להתחייב על כך בקניין בפני בית דין חשוב; או להודות שנעשה קניין כזה, והודאת בעל דין - כמאה עדים. אפשרות שנייה שממליץ עליו הרב אריאל²⁹ היא, שהצדדים יתחייבו בשטר הבוררות, שבית הדין יוכל לחייב את הצד שנעדר מהדיון, לשלם הוצאות ביטול זמנו של הצד שכנגד. כמו כן יוכל בית הדין לחייב את הצד שנעדר, לשלם הפסדים עקיפים שגרם לצד שכנגד מחמת היעדרותו. התחייבות זו אינה בגדר 'אסמכתא', כיוון שהמתחייב אכן גרם נזקים, והדבר דומה להתחייבות 'אם אוביר ולא אעביד' בשלם במיטבא'. בית הדין יוכל להשתמש בהתחייבות זו לפי שיקול דעתו.

אפשרות שלישית היא לקנוס את הסרבן על ידי פסיקה שלא בפניו. הרב אריאל ממליץ שקנס זה לא יהיה פסק דין סופי, אלא פסק דין זמני³⁰. הנתבע יהיה זכאי להגיב על פסק הדין תוך זמן קצוב, שלא יעלה על ל' יום. אם הנתבע יתנגד לפסק הדין ויטען טענות הדורשות דיון, בית הדין יזמין את הצדדים לדיון נוסף, ויוכל לשנות את פסק הדין בהתאם לטענות הנתבע. אם הנתבע לא יגיב תוך הזמן הקצוב, פסק הדין יקבל תוקף של פסק דין סופי. לדעת הרב אריאל, שתיקתו של הנתבע נחשבת למחילה, וכך יש תוקף נוסף לפסק הדין.

הרב אריאל ממליץ גם על אפשרות נוספת³¹. בית הדין יפסוק שעל הנעדר להפקיד בקופת בית הדין סכום מסוים לפיקדון (חלק מסכום התביעה או כולה), עד שיתברר הדין. פיקדון זה אינו קנס, אלא ערובה לכך שהנתבע יופיע בבית הדין. לפי דבריו, אפשר להוציא לפועל פסק דין כזה, לפי חוק הבוררות.

27. דיני בוררות, הוצאת מכון שער המשפט, עמ' רפה ואילך.

28. ראה שם (עמ' תמה) נוסח שטר בוררות הנהוג בבית דינו של הרב ניסים קרליץ: 'אם אחד מאיתנו הח"מ ישתמט מלבוא לפני הבד"צ לגמר הטענות, הרשות בידי הבד"צ להוציא פסק דין כפי ראות עיניהם בע"פ או בכתב, וליתנו לבעלי הדין'. דומה לכך נוסח שטר הבוררות של אב"ד ירושלים, הרב שיינפלד (שם עמ' תמו). יש לציין שלא נכתב בהם שהקניין נעשה בב"ד חשוב, דלא כאסמכתא.

29. שם עמ' רצו.

30. שם עמ' רצב.

31. שם עמ' רצו.

הרב רצון ערוסי

האישה כבעלת דין במשפט התורה

ברשימה זו נתחקה אחר התייחסות משפט התורה לאישה כבעלת דין. אנו נתייחס לשתי הלכות המפלות אותה לטובה, בשל הדאגה לצניעות האישה: (א) זכות קדימה (ב) שחרור האישה מחובת הופעה בבית הדין.

זכות קדימה לאישה

שיטת השיפוט שנוהגת בימינו היא שיטת שיפוט ריכוזית, כלומר בכל מחוז יש בית משפט, וכל הרוצה לתבוע את חברו פונה למזכירות בית המשפט, ושם קובעים תאריך דיון ומזמנים את הנתבע לדין. בכל מקרה אין בית המשפט דן בתביעה ביום שהוגשה. לא כן בימי המשנה והתלמוד. במקורות ההלכה נקבע לבית דין סדר קדימויות בעניינים שעליו לדון בהם.

בני אדם שיש ביניהם סכסוך פונים לדיין ביוזמת התובע ומבקשים ממנו שידון בעניינם. באפשרותם גם לפנות לבי"ד שבשער, ולבקש ממנו שידון בעניינם. אותו דיין, או אותו ביה"ד, דנים באותו סכסוך על אתר, ויש פעמים שהדין מסתיים באותו יום, ובו ביום ניתן פסק דין.

לפי שיטה זו, יש ותובעים שונים מגיעים לדיין או לביה"ד בו זמנית. במקרים אלו מתעוררת השאלה איזה עניין יקדים הדיין או ביה"ד לדון בו. בהלכה, כאמור, נקבעו כללים לסדרי קדימויות, כפי שכתב הרמב"ם (הל' סנהדרין פכ"א ה"ו):

היו לפני הדיין בעלי דין הרבה, מקדימין את דין היתום לדין האלמנה שנאמר, שפטו יתום, ריבו אלמנה. ודין אלמנה קודם לדין תלמיד חכמים. ודין תלמיד חכמים קודם לדין עם הארץ. ודין האשה קודם לדין האיש, שבשת האשה מרובה.

וכן העתיק הלכה זו ר"י קארו ב'שולחן ערוך' (חו"מ סי' טו סעי' ב), אלא שהוא השמיט את הנימוק 'מפני שבשת האשה מרובה'. יש לציין שהמאירי אינו סבור שהכוונה היא שבית הדין מקדים את הדיון בדין האישה לדין בדין האיש, אלא מקדימים אותה רק לעניין הזמנת בעל דינה. לדוגמה, אם אישה באה לבית הדין כדי לתבוע מאן דהוא, ואיש בא לבית הדין לצורך תביעה אחרת, אזי בית הדין מקדים את האישה ומזמן את בעל דינה.

המקור להלכה זו, שמקדימים את האישה על פני האיש, הוא בגמרא (יבמות ק ע"א): אמר רבא, מְרִישׁ, כי הוּוּ אתו גברא ואתתא לדינא קמאי, הוּוּ שרינא תיגרא דגברא ברישא, אמינא, דמחייב במצות. כיון דשמענא להא [שנותנים מעשר

1. בית הבחירה, יבמות ק ע"א; [הערת עורך: י"פ. וראה שם מהד' דיקמן, עמ' 363, הערה 123].

עני, תחלה לאשה הענייה, ואחר כך לאיש העני, כדי שלא תתבזה], שרינא תגרא דאיתתא ברישא, מאי טעמא, משום זילותא.

משום כך כתב הרמב"ם: 'מפני שבשת האשה מרובה', וכך כתב הטור,² וכן כתב הלבוש,³ שיש ביזיון בכך שאישה תשהה כל כך בבית דין. כפי שראינו, רבא סבר בתחילה להקדים דין האיש לדין האישה, בגלל שהוא מצווה במצוות יותר מן האישה. ובכל זאת מסקנתו הייתה שיש להקדים את דין האישה, מפני שהוא סבר שהמתנתה הממושכת בבית הדין מבזה אותה. ולכן לדעת 'שער המשפט',⁴ מאחר ובושתה של הבתולה גדול יותר מבושתה של אישה שכבר נישאה, מקדימים דינה לפני דין האישה שכבר נישאה. אך בהערה 61 ל'הלכה פסוקה' (חו"מ סי' טו סעי' ב, ס"ק ח) הסתייגו העורכים ממסקנתו זו של 'שער המשפט'. זאת משום ש'שער המשפט' הסיק את מסקנתו משו"ת הרי"ף⁵ שהקדים את שבועתה של נערה בתולה היורשת לשבועתה של אלמנה, משום שבושתה של הנערה הבתולה מרובה יותר. לדעת עורכי ה'הלכה פסוקה' אין משם ראיה, כי רק לעניין שבועה שאינה דין הקדים הרי"ף את הנערה הבתולה לפני האלמנה, מה שאין כן לעניין הדין שאלמנה קודמת אפילו לתלמיד חכם וזה האחרון קודם לאישה.

נחלקו האחרונים אם יש להקדים את דין האישה לדין האיש, אף שבית הדין התחיל כבר לדון בדינו של האיש. כלומר, האם זכות הקדימה שיש לאישה בבירור עניינה בבית הדין דוחה גם בירור ענייניו של איש שבית הדין כבר החל לברר דינו. לדעת 'שער המשפט', על בית הדין להמשיך בדינו של האיש, ולא להפסיק את בירור דינו, שכן יש בכך משום זלזול, וציוותה תורה (דברים א, יז) 'קטון כגדול תשמעון'. אולם 'שער המשפט' סבור שלפי הב"ח, על בית הדין להפסיק בבירור דין האיש, ולהקדים בירור דין האישה, מפני בושתה.

ב. שחרור האישה מחובת הופעה בבית הדין

אם עד כה כתבנו שיש לאישה בושה לשהות יתר על המידה בבית הדין, עתה נתייחס לצניעותה של האישה, שאין זה מכבודה להופיע בבית הדין. כלום בית הדין ישחרר אותה מחובת הופעתה בו? שהרי אם היא נתבעת, צריכה היא ככל נתבע להופיע בבית הדין, שיהא לה מורא בית דין, וכדי שתשמיע טענותיה ותיחקר ע"י בית הדין ועל ידי התובע.

והנה בספרות הגאונים⁶ מצאנו שהיה קיים מנהג לעניין אשת איש שנתבעת לדין, וזו לשונו:

[היו בודקים אצל מכריה] הרגילה היא לצאת, לישא וליתן, ליקח ולמכור, ולדבר

2. טור, חו"מ סי' טו.

3. לבוש, חו"מ סי' טו.

4. שער המשפט, חו"מ סי' טו ס"ק א.

5. שו"ת הרי"ף, סי' צד.

6. תשובות הגאונים, מהד' אסף, ח"א סוף סי' ג, עמ' כא.

עם אנשים, וכיוצא במדות אלו. ואם רגילה היא בזאת, מזמינין אותה ודינין עליה כשורה, אלא שמצניעין אותה שלא תתבזה ותתגנה. ולפי כבודה. ואם אין רגילה בזאת, אלא צנועה ויושבת פנימה, שואלין את בעל דינה, מה יש בינו לבינה, ובמה הוא תובעה. ואע"פ שאמרו רבותינו: שמוע בין אחיכם, ואנו מדקדקין מדברי תורה, אזהרה לדיין שלא ישמע דברי בעל דין קודם שיבוא בעל דין חברו. ואולם בעבור מידה זו, שיש בה תקנה גדולה, עושין כן... ובודקין בטענה [של זה שתבע את האישה לדין]. ואומרין איך מצאת? ואיך נתת לה? ולמה נתת לאשת איש? ושוקלין את הדברים בלבן. אם יראו פנים ורגלים לדבר, מזמינין אותה לדון עמו, כמו שפירשנו. ואם אינם רואים פנים לדבר, ויראו דברים כאלו תנאות הן, אין מזמנין אותה עמו, ואין מגנין אותה. ולא באשת איש בלבד עושין כן. אלא גם בתולה בבית אביה, שאין דרכה לצאת ולבוא, עושין כן בעבורה. ודברים אלו, אע"פ שלא נמצאו בפירוש מדברי רבותינו, אלא כך הוא מנהג כל בתי דינין. וכדאי הם הדברים האלה לעשות... אלו מנהגם. וכך אנו עושים. אף אתם, כך עשו בדעת נקיה ואל תטו מזאת.

לפנינו אפוא שתי התייחסויות: ההתייחסות הראשונה לאישה שנוהגת לשאת ולתת, לקנות ולמכור ולדבר עם גברים - אישה כזו צריכה להופיע בבית הדין, אבל לפני כן בודקים את טיב תביעת התובע, אם יש בה ממש, או שמא היא תואנה. רק אם יש בתביעה ממש, מזמנים את האישה לדין, אבל בית הדין מצניע את האישה, כדי שלא תתבזה ותתגנה. ההתייחסות השנייה - לאישה הצנועה, שהיא בבחינת 'כל כבודה בת מלך פנימה'. אישה כזו כשהיא נתבעת לדין, אין בית הדין מזמן אותה לדין בגלל כבודה. כך נהגו בתי הדין בימי הגאונים, ולא רק לגבי אשת איש אלא גם לגבי בתולה. הגאונים המליצו לכולם שינהגו לפי מנהג זה, אף שמנהג זה פוגע בהליכים המקובלים של השיפוט התקין, כגון 'שמוע' [הדיינים מצווים לשמוע] בין אחיכם [את התובע ואת הנתבע ביחד ובשוויון] ושפטתם צדק'. זאת בשל החשיבות שהגאונים ייחסו להגנה על צניעות האישה. אולם בתשובת הגאונים הנ"ל לא נאמר כיצד בית הדין טיפל בתביעה כנגד האישה הצנועה, כשהיא משוחררת מהופעה בפני בית הדין.

ואמנם מצאנו בדברי הר"י מיגאש (המאה ה-11) בחידושו על מסכת שבועות (ל ע"א), התייחסות לשחרור האישה הצנועה מהופעה בבית הדין. באותה גמרא ביררו מניין שנשים פסולות להעיד, והביאו ברייתא ולפיה הפסוק 'ועמדו שני האנשים אשר להם הריב לפני האלהים' מדבר בעדים, ומכאן שהעדים הם זכרים ולא נקבות. אלא שביררו שם באריכות אם פסוק זה מדבר בבעלי דין ולא בעדים. ועל כך הקשו: 'וכי אנשים באין לדין, נשים אין באות לדין?', ומכוח קושיה זו הוכיחו שהפסוק מדבר בעדים, ולא בבעלי דין, משום שהפסוק מתייחס ל'שני אנשים', כלומר לשני עדים. אלא שעל הוכחה זו שאלו בגמרא: מדוע היה צריך בלימוד 'שני אנשים', שהרי לגבי הקושיה 'וכי אנשים באין לדין, נשים אין באות לדין' יכולנו לומר, שאכן הנשים לא באות לבית דין בגלל צניעותן, 'כל כבודה בת מלך פנימה'? על רקע דברי הגמרא, כתב הר"י מיגאש את הדברים הבאים:

איכא למשמע מינה דנשים יקרות, שאין דרכן להזדלזל ולבוא לבית דין, בדין הוא, שלא להוציאן לבית דין. אלא לשגר להן הדין על ידי שלוחי בית דין, כדי שלא יתזלזלו בביאתן לבית דין. ומעשים לפני הרב [הרי"ף], בכל יום, היה עושה כך. וכך היו עושים אנחנו אחריו.

מדברי הר"י מיגאש למדנו שהרי"ף, רבו, נהג בקביעות לשחרר נשים צנועות מחובת הופעתן בבית הדין כשהן נתבעות לדין, ושגם הר"י מיגאש נהג כן, כדי שלא לפגוע בכבודן של הנשים הצנועות, כפי שהמליצו הגאונים. אלא שמדבריו למדנו דבר נוסף וחשוב שלא נזכר בתשובת הגאונים הנ"ל: כיצד בית הדין מטפל בתביעה כנגד האישה הצנועה כשהיא אינה בבית הדין? התשובה היא שבית הדין משגר 'שלוחים' מטעמו לבית הנשים הצנועות הנתבעות, והם כנראה שומעים את טענות הנשים הנתבעות, וחוקרים ודורשים אותן. אולם עדיין איננו יודעים כיצד נהגו בתי הדין אם התובע דרש לראות ולשמוע ולחקור את האישה הנתבעת.

לצורך זה נעיין בתשובת הרדב"ז⁷ (המאה ה-16). באותה תשובה דן הרדב"ז בעניין אישה יקרה שהתחייבה שבועה, אם כופים אותה להישבע בפני בית הדין, או שולחין לה סופרי הקהל שתישבע בביתה. הוא פסק ש'אין לבזות נשים היקרות להביאן לב"ד כלל, לא לסדר טענות ולא להשביען. אלא שולחין להן סופרי הדיינין לכל הדברים'. אולם הרדב"ז כתב כך:

אם אמר בעל דינה [של האישה] שאינו רוצה, אלא שתישבע בפני בית הדין, כופין אותה לבוא. וטעמא רבא איכא, דילמא משום אימת בי"ד, תודה על האמת. עוד, כי בב"ד צריכים לאיים עליה לביישה עד שתִרְצָה אותו, כדי שלא תתבייש, אז משלחים לה סופרי הדיינין לביתה ומשביעין אותה. כל זה כתבתי להלכה. אבל למעשה, אין משביעין לשום אשה יקרה בבי"ד. אלא שולחין להן סופרי הדיינין ושומעין טענותיה, ופוסקין הדין על פי הטענות. ואם נתחייבה שבועה, שולחין לה סופרי הדיינין ומשביעין אותה. מפני הרמאים. שלא יהא כל אחד תובע את אשה יקרה, ומביא אותה לידי שבועה, והיא כדי שלא תתבייש בבי"ד, תפסיד.

מדברי הרדב"ז למדנו שלפי שורת הדין היה צורך שהאישה, אפילו הצנועה, תופיע לפני בית הדין ותישבע בפניו, ותיחקר בבית הדין, משום ששם יש אימת בית הדין, וזו מסייעת לגלות את האמת. ואם בעל דינה של האישה דורש את הופעתה בפני בית הדין, יש לכפות את האישה להופיע בפניו. אבל למעשה לא נהגו כן, כדי לא לבזות את הנשים הצנועות, כדי לא לחשוף אותן לסחטנות ולהפסד ממון בשל תובעים טורדניים שיתבעו אותן תביעות סרק, וכן כדי שלא תתבזזה בעצם הופעתן בבית הדין. ולכן סופרי הדיינים הם שמנהלים את הדין של האישה הנתבעת הצנועה בביתה, גם לסדר טענות וגם לעניין שבועה ולכל הדברים.

7. שו"ת הרדב"ז, ח"א סי' תא.

יש לציין שהראשונים הביאו את תשובת הגאונים הנ"ל. ר' שמואל בר' יצחק הסרדי (המאה ה-13), בספרו 'התרומות' (ח"א שער לו ס' ו) הביא את התשובה. ר' יעקב בן הרא"ש (המאה ה-14) בספר 'ארבע טורים' (חו"מ ס' צו) הביא את תמציתה, וחזר והתייחס לזה במקום אחר (חו"מ ס' קכד) בדין מורשה לנתבע, משום שלפי ההלכה, אין נתבע יכול למנות במקומו מורשה שיתדיין במקומו בבי"ד. והטור כתב שם: וכן הנשים היקרות [הצנועות] לא ויתר להם בדין זה רב אלפס [כלומר שלא התיר להן לשלוח מורשה במקומן לבי"ד], אלא לשגר להם סופרי הדיינים ולטעון בפניהם. אבל לא למסור טענותיהן לאחרים. ובעקבות הטור, נפסק להלכה בשולחן ערוך' (חו"מ ס' קכד סעי' א) לר"י קארו (המאה ה-16):

הנתבע אינו יכול למנות מורשה שיבא לבי"ד וישיב בעדו לתובע, והוא ישב בביתו. ונשים יקרות שאין כבודן לבא לבי"ד, משגרין להן סופרי הדיינים ויטענו בפניהם. וכיוצא בזה עושים לתלמיד חכם שתורתו אומנתו. וזילא ביה מילתא למיזל לבי"ד ולערער, בהדי עם הארץ. ועל הלכה זו כתב ר' יהושע ולק כ"ץ (המאה ה-17) בספרו הסמ"ע על השו"ע (שם, ס"ק ג):

משגרין להן סופרי הדיינים וכו', בפרישה כתבתי, דאפשר דמשום הכי, אמרו דמשלחין אליהן הסופרים משום דהן יכתבו מיד טענותיהם בפניה. ויניחו אותן בפני בי"ד. וגם כתבתי, שם, דאם ירצה התובע, הולך עמהן, והיא טוענת בפני התובע ותבוש מלטעון שקר.

מדבריו למדנו שהסופרים הם שלוחי בית דין, והם מבצעים כל שבית הדין מורה לעשות. כך למשל הם כותבים את טענות האישה ומניחים בפני בית הדין, ובית הדין מעיין בטענות של האישה ופוסק הדין, או מורה לשלוחים לחקור את האישה. ועל כל פנים, יש לתובע זכות לדרוש את נוכחותו בפני האישה הנתבעת, כדי שתתבייש ממנו ותודה על האמת.

ג. סיכום

הראינו לדעת שצניעותה של האישה בישראל היא ערך חשוב ביותר בתורת ישראל. חשיבותו כה רבה עד שבגין ערך זה, וכדי להגן עליו, משפט התורה סטה מן הכללים המקובלים והחשובים בניהול הדין בביה"ד, כגון התייחסות שווה לכל מי שמגיע לביה"ד, ונוכחות הצדדים בפני ביה"ד. משפט התורה הפלה לטובה את האישה במתן זכות קדימה, שעניינה ידון ויתברר בביה"ד לפני שיתברר עניינו של האיש, וע"י שחרור האישה הצנועה שנתבעה לדין מחובת הופעה בבית הדין במקרים שונים שההלכה קבעה באופן מיוחד בגין צניעות האישה.⁸

8. ע"ע שו"ת דברי מנחם, ס' כח ס"ק ג.