

ערכאות של גויים – הלכה במלכוד

מאת

ישראל ציגנלאוב*

מבוא

אחת משאלות המפתח ביחסי דת ומדינה נוגעת ליחס ההלכה למערכת המשפט במדינת ישראל. האם, מנקודת מבט הלכתית, מערכת המשפט הישראלית, שהדין הנוהג בה איננו דין תורה אלא המשפט הישראלי, היא מערכת משפט לגיטימית, או שמא יש לראות בה מערכת משפט פסולה? מטבע הדברים, לשאלה זו יש, או לפחות אמורות להיות, השלכות משמעותיות הן על תפיסתם של הרואים את עצמם מחויבים להלכה היהודית והן על התנהלותם.

העמדה הרווחת בקרב מרבית פוסקי ההלכה, הן אלו המזוהים עם הציונות הדתית והן אלו השייכים לזרם החרדי, היא שבתי המשפט נכנסים להגדרה ההלכתית של "ערכאות של גויים". משכך, הם נחשבים לבתי דין פסולים ובלתי לגיטימיים, אשר חל איסור לפנות אליהם.

כמה כותבים כבר עמדו על כך שהעובדה שעמדה זו התקבלה ואומצה על ידי פוסקי הלכה ציונים מפתיעה למדי. ניתן היה לצפות שפוסקי הלכה ציונים, אשר רואים את מדינת ישראל באור חיובי וסבורים כי יש ערך דתי חשוב בקיומה של המדינה ובשיתוף פעולה עם הציבור החילוני בה ואף מתחשבים בפסיקותיהם ההלכתיות בצרכיה של המדינה, לא יאמצו עמדה הלכתית כה קיצונית. הדברים נכונים במיוחד לאור העובדה שבסוגיה זו ניתן להסתמך על מקורות הלכתיים רבים על מנת להגיע לפסיקת הלכה מתונה יותר, אשר תאפשר את שיתוף הפעולה בין הציבור הדתי לבין מערכת המשפט הישראלית.

במאמר זה אבקש לטעון כי עמדה זו של פוסקי ההלכה הציונים מפתיעה לא רק בשל בחירתם להסתמך על מקורות הלכתיים מחמירים, אלא גם מן הטעם שעמדתם ההלכתית, כשלעצמה, לוקה בקשיים ניכרים: (1) במקורות ההלכה, איסור ערכאות של גויים התייחס למערכות משפט שהשופטים בהן אינם יהודים. החלת האיסור על מערכת המשפט הישראלית מבוססת על מהלך פרשני מרחיק לכת ומחמיר, המרחיב את תחולת האיסור למערכות משפט אשר הדין הנוהג בהן אינו דין תורה. ההחלטה לנקוט מהלך פרשני מחמיר זה, כשלעצמה, בעייתית ומעוררת קושי; (2) המהלך הפרשני האמור מבוסס על ההנחה שמבחינת ההלכה, המשפט הישראלי הוא דין זר הנוגד את דין התורה. ואולם, מרבית פוסקי ההלכה הציונים סבורים כי ההלכה מכירה לכל הפחות במרבית החקיקה הישראלית,

* הכותב הוא עורך דין. תודתי נתונה לחותני ד"ר מנחם פינקלשטיין, שלכבודו נכתב מאמר זה, ולפרופ' אבישלום וסטרייך על הערותיהם מאירות העיניים.

ולפיכך לא ניתן לראות בדין הישראלי משפט הנוגד את דין התורה. ממילא, העמדה שלפיה מערכת המשפט הישראלית נחשבת לערכאות של גויים מן הטעם שהדין הנוהג בה נוגד את דין התורה לוקה בסתירה פנימית; (3) מעבר לכך, המהלך הפרשני מרחיק הלכת והמחמיר שנעשה בעניין זה עומד בניגוד לעקרונות ולערכים שמאפיינים את פסיקת ההלכה של פוסקי הלכה ציונים, אשר בשל עמדתם החיובית כלפי המדינה ומוסדותיה פועלים בדרך כלל על מנת לאפשר את שיתוף הפעולה של הציבור הדתי עם המדינה ומוסדותיה ואת השתלבותו בהם. יתר על כן, היא גם עומדת בניגוד לפסיקת ההלכה בסוגיות קרובות לסוגיה זו.

בהמשך לכך אטען כי גם אם ניתן להבין את הסיבות שהובילו לפסיקת הלכה בעייתית זו בתקופת קום המדינה, המשך העמידה עליה יוצר מלכוד של ממש. מלכוד זה בא לידי ביטוי בפער הגדול שנוצר בין הרטוריקה המחמירה שנוקטים פוסקי ההלכה הציונים בסוגיה זו לבין התנהלותם הפרקטית, הלכה למעשה, אשר משרתת מסר מתון הרבה יותר. לבסוף אטען כי בשל הבעייתיות בפסיקת הלכה זו והמלכוד שהיא נתונה בו, הפכה הלכה זו לאות מתה ופשוט אינה מקוימת. תוצאה זו כמובן קשה. בסיכום הדברים אטען כי הגיעה העת לשינוי גישה ולאימוץ עמדה מתונה יותר, אשר תאפשר, גם מנקודת המבט ההלכתית הרשמית, את שיתוף הפעולה בין הציבור הרואה את עצמו מחויב להלכה לבין מערכת המשפט הישראלית.

א. יחסה של ההלכה למערכות משפט זרות¹

1. ערכאות של גויים ובתי דין של הדיוטות

לאורך כל תקופות קיומה נדרשה ההלכה היהודית להתייחסות למעמדן של מערכות משפט וערכאות שיפוט זרות, היינו כאלה שהדין הנוהג בהן איננו ההלכה, והשופטים המכהנים בהן, או לכל הפחות חלק מהם, אינם דיינים מומחים וכשירים על פי ההלכה.

התמודדות זו נדרשה הן במקומות שבהם התקיימו קהילות יהודיות תחת שלטון זר, שאפשר ליהודים לנהל מערכת משפט משלהם אך גם אפשר להם לפנות למערכת המשפט הנוכרית,² והן במקומות יישוב שבהם לא היו בנמצא דיינים כשירים או שאנשי הקהילה ביקשו למנות לדיינים אנשים שלא עמדו בתנאי הכשירות הנדרשים לכך על פי ההלכה.

1 היות שנושא זה זכה להתייחסות רבה ולכתיבה רחבת היקף, בפרק זה יוצגו הדברים בקיצור ובתמצית. ראו למשל מנחם אלון **המשפט העברי** 13–36 (מהדורה שלישית, התשמ"ח); יעקב בלידשטיין, "מדינת ישראל בפסיקה ההלכתית" **דיני ישראל** יג–יד, כא (התשמ"ו–התשמ"ח); אליאב שוחטמן "מעמדם ההלכתי של בתי המשפט במדינת ישראל" **תחומין** יג 337 (התשנ"ב–התשנ"ג) (להלן: שוחטמן "מעמדם ההלכתי"); יצחק ברנד **ערכאות של גויים במדינת היהודים** (מחקר מדיניות 83, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2010); חיים שפירא "מעמדם של בתי המשפט בישראל, הלכה, אידאולוגיה ומציאות" בתוך **הלכה ציונית** 276 (ידידיה צ' שטרן ויאיר שלג עורכים, 2017).

2 ראו כל כך גדעון ליבזון "על איסור פנייה לערכאות והטלת חרמות" **ספר מנחם אלון** 265 (אריה אדרעי ואח' עורכים, 2018); זאב ספראי "ערכאות של גויים" קללת חכמים ומערכת המשפט הרומית " **מחניים** 12, 142 (התשנ"ו).

מטבע הדברים, העמדה הבסיסית של ההלכה היא שרק בית דין הפועל על פי דין תורה והדיינים המכהנים בו הם דיינים ראויים וכשירים על פי ההלכה יכול להיחשב לבית דין ראוי ולגיטימי. עם זאת, בטיפול במערכות משפט שאינן תואמות את המצב הרצוי ובהתייחסות אליהן יצרה ההלכה הבחנה ברורה בין שני סוגים של מערכות משפט זרות. הסוג הראשון הוא מערכות המשפט של השלטון הזר, אשר השופטים שניהנו בהן היו גויים. מערכות משפט אלה כונו "ערכאות של גויים". הסוג השני כולל בתי דין אשר השופטים שניהנו בהם אומנם היו יהודים, אך בשל חוסר בקיאותם בהלכה לא היו יכולים להיחשב לדיינים כשירים. בתי דין כאלה כונו "בתי דין של הדיוטות". יחס ההלכה לערכאות של גויים הוא נוקשה, חד ובלתי מתפשר. הן נתפסות כמערכות משפט פסולות, אשר אין להזיקק להן ולשתף עימן פעולה, ואשר פנייה אליהן תיחשב לאיסור חמור. לעומת זאת, היחס לבתי דין של הדיוטות מרוכך הרבה יותר.³ באופן עקרוני גם כאן מדובר בבתי דין שוודאי אינם אידיאליים ואינם רצויים. ואולם, ככל הנראה מתוך רצון להתחשב במגבלות שיצרה המציאות בתקופות שונות ומקומות שונים הכירה ההלכה, גם אם באופן מוגבל, בלגיטימיות שלהם ואפשרה את הפנייה אליהם, בתנאים ובמקרים שונים.

כבר בתלמוד הבבלי הוכרו בתי דין של הדיוטות, אשר כונו "ערכאות שבסוריא" ואשר לא דנו על פי דין תורה, כבתי דין לגיטימיים.⁴ פרשנים ופוסקי הלכה נחלקו בדעותיהם באשר לתנאים ולמקרים שבהם ייחשבו בתי דין של הדיוטות לבתי דין כשירים ולגיטימיים. יש הסבורים כי ניתן להכשיר אותם בכל מקרה של הסכמה של בעלי הדין להתדיין בפניהם; יש כאלה המרחיבים וסבורים כי הקהילה רשאית לקבל את סמכותם, ובמקרה כזה מוסמכים בתי דין אלה לדון ולהכריע בסכסוכים בין בני הקהילה גם ללא הסכמה פרטנית של בעלי הדין.⁵ מנגד, יש המצמצמים וסבורים שניתן להכיר בלגיטימיות של בתי דין כאלה רק במקום שאין בנמצא חכמים שיכולים להיחשב לדיינים כשירים.⁶ בפועל, פעמים רבות, בקהילות שונות ובתקופות שונות, פעלו בתי דין של הדיוטות במקביל לבתי הדין הרגילים⁷ וזכו להכרה וללגיטימציה מפוסקי ההלכה.⁸

3 על ההבדל הגדול ביחס ההלכה לערכאות של גויים לעומת יחס לבתי דין של הדיוטות ראו למשל את דברי הרמב"ן בפירושו על התורה לשמות כא 1, שם הוא מסביר שהאיסור להתדיין בפני גויים הוא איסור מוחלט החל תמיד. לעומת זאת, בכל הנוגע לדיינים יהודים שאינם דיינים מומחים אלא הדיוטות, האיסור לא יחול מקום שבעלי הדין מסכימים להתדיין בפניהם.

4 ראו בבבלי, סנהדרין כג, ע"א.

5 ראו למשל שו"ת הרשב"א, ח"ב, רצ; ח"ג, תלח.

6 ראו רמ"א, חושן משפט, ח, א, המביא הן את הדעות המרחיבות לעיל והן את הדעה המצמצמת.

7 באשר לדין שעל פיו דנו בתי דין אלה, היות שהדיינים בבתי דין אלה לא היו בקיאים בדין תורה, ניתן להניח שהם לא פסקו על פי דין תורה, או לכל הפחות לא תמיד פסקו על פי דין תורה (מתשובת התשב"ץ, המובאת בה"ש 8 להלן, עולה כי לעיתים התייעצו הדיינים בבתי דין אלה עם דיינים מומחים, ובמקרים אלה, מן הסתם, פסקו על פי דין תורה). ואולם, בדברי הפרשנים והפוסקים שעד לתקופת קום המדינה לא ניתן למצוא התייחסות ברורה וחד-משמעית לשאלה זו. מדברי רבי מנחם המאירי (פרובנס, מאה 13), בפירושו בית הבחירה לסנהדרין כג, ע"א, עולה כי בתי דין אלה פסקו בהתאם לשיקול דעת אד-הוק שהופעל על ידיהם וכן בהתאם לחוקים שהיו נהוגים בתקופות השונות במערכות משפט זרות: "בערכאות שבסוריא שלא היו בקיאים בדין תורה אלא שדנין לאומד הדעת ובחוקים ובנימוסים". ואולם, כאמור לא ניתן למצוא דיון ממצה בשאלה זו. כפי שיתואר בפרק ב.1. להלן, בתקופת קום המדינה התייחס החזון איש לנושא זה וטען כי בתי דין של הדיוטות אשר הוכרו כלגיטימיים לא פסקו על פי דין זר כלשהו אלא על פי

2. המקור והטעמים לאיסור ערכאות של גויים

המקור לאיסור הפנייה לערכאות של גויים מצוי בגמרא במסכת גיטין: ⁹ "ותניא, היה רבי טרפון אומר: כל מקום שאתה מוצא אגוריות של עובדי כוכבים, אף על פי שדיניהם כדיני ישראל אי אתה רשאי להזיק להם, שנאמר: 'ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם' – לפניהם ולא לפני עובדי כוכבים"¹⁰, דבר אחר לפניהם ולא לפני הדיוטות"¹¹.

לאיסור זה ניתנו כמה נימוקים וטעמים, ואלו העיקריים שבהם: ¹² (1) הרציונל הדתי – פנייה למערכת משפט זרה והעדפתה על פני דין תורה נתפסת כהכרה בפולחן הדתי של הגויים וכהוקרה שלו, וממילא ככפירה בקדוש ברוך הוא וחילול השם; ¹³ (2) הרציונל הקהילתי או הלאומי – פנייה למערכת המשפט של השלטון הזר פוגעת בסמכות ובתוקף של מוסדות הקהילה היהודית, עלולה לפורר את הלכידות של הקהילה ואף לגרום נזק ולהביא לפגיעה בחברי הקהילה מידי השלטון הזר; ¹⁴ (3) הרציונל ההלכתי – העדפת ההתדיינות במערכת המשפט הזרה הינה, הלכה למעשה, העדפה של הדין הזר וזניחה של דין התורה. הסכנה הטמונה בכך היא שדין התורה יהפוך למיותר ובלתי רלוונטי.¹⁵ האיסור לפנות לערכאות של גויים התקבל ונפסק להלכה על ידי כל פוסקי ההלכה.¹⁶ עם זאת, הפנייה לערכאות של גויים הותרה במקומות שבהם בית הדין היהודי לא היה יכול להושיט סעד, כגון

- שיקול דעת הדיינים, שהופעל אד-הוק בכל מקרה שהובא בפניהם. בדרך זו צמצם החזון איש באופן ניכר את המקרים שבהם מכירה ההלכה בתוקף ובלגיטימיות של בתי דין של הדיוטות.
- 8 ראו למשל שו"ת תשב"ץ, ח"א, קנט (רבי שמעון בן צמח דוראן, צפון אפריקה, המאות הארבע עשרה והחמש עשרה), הקובע שבמקום שאנשי הקהילה הסמיכו בית דין של הדיוטות לשמש ערכאות שיפוט, הופך בית דין זה להיות ערכאות שיפוט מוסמכת, הרשאית לכפות את סמכותה על בני הקהילה. יתרה מכך, בית דין זה יכול לכפות על בעל דין להתדיין לפניו גם במקרה שבעל הדין מבקש להתדיין בפני בית דין של דיינים כשירים ומומחים. דברים דומים כתב גם בנו של התשב"ץ, בשו"ת הרשב"ש, סימנים תריא, ו-תריב. עוד ראו על כך אלון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 19–28; שפירא, לעיל ה"ש 1, בעמ' 287.
- 9 בבלי, גיטין פח, ע"ב.
- 10 מעניין לשים לב לכך שהדרשה ממקדת את הבעייתיות שממנה נגזר האיסור דווקא במוסד ובשופטים המכהנים בו – מערכת המשפט הנוכרית שהשופטים בה גויים, ולא בדין המהותי הנהוג בה.
- 11 כפי שעולה מסוגיית הגמרא, הדרשה הנוספת "לפניהם ולא לפני הדיוטות" אינה עוסקת בהדיוטות במובן שבו עסקתי לעיל, כלומר בדיינים שאינם מומחים ואינם בקיאים בדין התורה, אלא בהדיוטות במובן של דיינים שאינם סמוכים. להרחבה ראו אלון, לעיל ה"ש 1. חשוב להבהיר שלדעת הפוסקים והפרשנים, על אף סמיכות הדרשות קיים הבדל מהותי בין היחס לערכאות של גויים ליחס לבתי דין של הדיוטות (בשני המובנים של מונח זה). ראו שו"ת תשב"ץ, ח"ב, רצ.
- 12 ברנד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 21–33; שפירא, לעיל ה"ש 1, בעמ' 285–286.
- 13 ראו למשל פירוש רש"י לשמות כא 1.
- 14 באשכנז במאה האחת עשרה תיקן רבינו גרשום תקנה האוסרת פנייה לערכאות לצורך תביעה של יהודי אחר. ראו כלבו, סימן קטז. בדומה לכך, בצרפת במאה השתים עשרה תיקן רבינו תם תקנה דומה, שבה קבע שיש להטיל חרם על מי שיתבע יהודי אחר בערכאות של גויים. ראו כלבו, סימן קיז. מנוסח שתי התקנות עולה שהרציונל שלהן הוא למנוע הלשנה ומסירה של יהודים לשלטון הזר, פגיעה בחברי הקהילה ובהנהגת הקהילה.
- 15 ראו למשל שו"ת הרשב"א, ח"ו, רנד.
- 16 רמב"ם, משנה תורה, סנהדרין, כו, ז; טור, חושן משפט, הלכות דיינים, כו; שולחן ערוך, הלכות דיינים, חושן משפט, כו, א. נוסף על האיסור בעצם הפנייה לערכאות של גויים, מי שפנה לערכאות של גויים ועל פי פסק דינו קיבל כספים אשר אינם מגיעים לו על פי דין תורה נחשב לגזולן.

מקרים שבהם סירב הנתבע להתייצב בפני בית הדין ולא ניתן היה לכוף אותו לכך.¹⁷ בפועל, במהלך כל התקופות פנו יהודים לערכאות של גויים.¹⁸ רבנים ופוסקי ההלכה נאבקו בתופעה זו בדרכים שונות, בין היתר באמצעות הטלת חרם על הפונים לערכאות אלה.¹⁹ חשוב לומר כי בכל המקורות ההלכתיים המרובים העוסקים בנושא זה עד לתקופת קום המדינה, המונח "ערכאות של גויים" מתייחס תמיד למערכת המשפט הזרה, אשר השופטים בה הם גויים.²⁰ בתי דין אשר השופטים שניהנו בהם היו יהודים מעולם לא נתפסו ולא הוגדרו "ערכאות של גויים".²¹

ב. בעיית הגדרתה של מערכת המשפט הישראלית מבחינה הלכתית

עם הקמת מדינת ישראל וכינונה של מערכת המשפט הישראלית הועמדה בפני פוסקי ההלכה של אותה תקופה השאלה כיצד יש להתייחס אליה. מצד אחד, מדובר במערכת משפט הפועלת במסגרת המדינה היהודית, אשר מרבית השופטים המכהנים בה הם יהודים. מן הצד האחר, הדין הנוהג בה איננו דין תורה, אלא החוק הישראלי.

מצב חדש זה היה שונה באופן מהותי מן המצבים שעמם התמודדה ההלכה בעבר. המציאות של מדינה שרוב אזרחיה יהודים, המגדירה את עצמה כמדינה יהודית אך אינה מחויבת לדין תורה, אשר מכוננת מערכת משפט ממוסדת שמאורגנת ומנוהלת על ידי יהודים אך הדין הנוהג בה אינו דין תורה, העמידה אתגר חדש ומורכב בפני פוסקי ההלכה.

ניתן היה לצפות כי עמדותיהם של פוסקי ההלכה בעניין זה יתחלקו בהתאם להשקפתם על המדינה ומוסדותיה. כך, אפשר היה לצפות כי פוסקי הלכה חרדים, אשר יחסם למדינה שלילי, יתייחסו בשלילה גם למערכת המשפט הישראלית. מנגד, פוסקי הלכה ציונים, אשר יחסם למדינה חיובי, יתייחסו גם למערכת המשפט הישראלית באופן מתון יותר ויאפשרו לראות בה מערכת משפט לגיטימית. ואולם, לא כך קרה.

17 רמב"ם ושולחן ערוך, שם. יש לציין כי היו פוסקי הלכה, ראשונים ואחרונים, שהתירו פנייה לערכאות של גויים במקרים נוספים. כך למשל, בטור, חושן משפט, הלכות דיינים, כו, מובאת דעת בעל התרומות (רבי שמואל הסרדי, ספרד, המאה השלוש עשרה), שלפיה מותרת פנייה לערכאות של גויים במקרה שמתקיימים התנאים הבאים: (1) בשטר שנערך בין הצדדים נכללה תניית שיפוט שקבעה שהדיון יהיה בערכאות אלה; (2) הדין המהותי שחל בערכאות הללו שונה מדין תורה ומיטיב עם התובע, למשל הוא מאפשר גביית חוב שעברה עליו שמיטה. כמו כן, מדברי רבינו תם שנזכרו לעיל בה"ש 14, ניתן ללמוד שאין איסור לפנות לערכאות של גויים כאשר הדבר נעשה בהסכמת הצדדים. עוד ראו על כך יעקב ח' חרל"פ "בעניין פנייה לערכאות בהסכם ממוני שהותנה מראש בין הצדדים" סיני קלד, עג (התשס"ד).

18 ראו אלון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1324–1326, 1605–1607; ברנד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 33–39.

19 ראו למשל תקנות רבינו גרשום ורבינו תם, לעיל ה"ש 14. כן ראו ליבון, לעיל ה"ש 2.

20 וזו לשונו של השולחן ערוך, חושן משפט, הלכות דיינים, כו, א: "אסור לרדן בפני דייני עובדי כוכבים ובערכאות שלהם [...] אפילו בדין שדנים בדיני ישראל ואפילו נתרצו שני בעלי דינים לרדן בפניהם, אסור". הדגש הוא אפוא בזהות הדיינים ומהות המוסד השיפוטי ולא בדין המהותי הנוהג בו.

21 אלון, לעיל ה"ש 1; שפירא, לעיל ה"ש 1, בעמ' 288–289.

1. עמדת פוסקי ההלכה החרדים

עמדתם הבסיסית של פוסקי ההלכה החרדים כלפי המדינה היא שלילית. הם התנגדו, לפחות באופן עקרוני, לשיתוף פעולה עימה ועם מוסדותיה, ובמידה רבה ראו במדינה שלטון זר ואת עצמם כקהילה יהודית החיה תחת אותו שלטון זר.²² משכך, ניתן היה לצפות כי הם גם יפסלו את מערכת המשפט של המדינה ויימנעו מכל שיתוף פעולה עימה. ואכן, עד מהרה קבעו פוסקי ההלכה החרדים כי יש לראות את מערכת המשפט הישראלית כערכאות של גויים. עמדה זו, של שלילה גורפת ומוחלטת של מערכת המשפט הישראלית, הוצגה על ידי הרב אברהם ישעיהו קרליץ ("החזון איש"), שנחשב למנהיג היהדות החרדית ולפוסק הדומיננטי בה בתקופת קום המדינה,²³ ומאז ועד היום זוהי הפסיקה המקובלת על פוסקי ההלכה החרדים.²⁴

כיצד התמודד החזון איש עם המקורות ההלכתיים שמהם עולה שהאיסור בערכאות של גויים ממוקד בכך שמדובר בבתי משפט אשר הדיינים בהם גויים, כמו גם עם העובדה שבמקורות ההלכה לא הוגדרו בתי דין של יהודים ערכאות של גויים גם אם לא פסקו על פי דין תורה? הוא עשה זאת בדרך של מתן פרשנות מרחיבה וחדשה לאיסור. בניגוד למשמעות העולה ממקורות ההלכה כאמור לעיל, החזון איש טוען כי מוקד האיסור הוא דווקא בדין המהותי הנוהג בערכאה המשפטית ולא דווקא בזהות השופטים.²⁵ לדידו, בתי משפט אשר הדין הנוהג בהם איננו דין תורה ייחשבו אפוא לערכאות של גויים, בין אם השופטים המכהנים בהם גויים ובין אם הם יהודים.

על מנת לאפשר פרשנות זו, החזון איש מצמצם את הקטגוריה "בתי דין של הדיוטות" שייחשבו לגיטימיים לבתי דין אשר הדין הנוהג בהם אומנם אינו דין תורה, אך הם גם אינם פוסקים על פי דין זר אלא על פי שיקול דעת הדיינים בלבד, המופעל אד-הוק בכל מקרה ומקרה. בתי דין שאינם עומדים בתנאי זה ייחשבו פסולים ומעמדם יהיה זהה לזה של ערכאות של גויים. מהלך פרשני מרחיק לכת זה מאפשר הרחבה ניכרת של גרדי האיסור על ערכאות של גויים והחלתו על מערכת המשפט הישראלית, והוא משקף גישה מחמירה, העולה בקנה אחד עם ההשקפה השלילית של היהדות החרדית על מדינת ישראל.

2. העמדה המפתיעה של פוסקי ההלכה הציונים

כאמור לעיל, בניגוד לעמדתם של פוסקי ההלכה החרדים, מפוסקי ההלכה הציונים ניתן היה לצפות לעמדה אחרת. פוסקי הלכה אלה ראו את המדינה באור חיובי. לגישתם, המדינה היא חידושו של השלטון היהודי בארץ ישראל לאחר שנות הגלות הארוכות ויש בה ערך רב. הם אכן ראו קושי בכך שמרבית היהודים, ויותר מכך – מרבית מנהיגי המדינה, חילונים ואינם רואים את עצמם מחויבים

22 הדברים אמורים בהכללה מסוימת. על הזרמים השונים בחברה החרדית ויחסם למדינה. ראו בנימין בראון "היהדות החרדית והמדינה" כשיהדות פוגשת מדינה 79 (2015).

23 חזון איש, חושן משפט, סנהדרין, טו, ד.

24 ראו למשל דברי הרב עובדיה יוסף, שו"ת יחווה דעת, ח"ד, סה. עמדתו של הרב עובדיה יוסף זכתה לביקורת חריפה על ידי השופט (בדימוס) חיים ה' כהן, במאמרו "על ערכאות של גויים ועל ערכים של יהודים" משפט וממשל ד 299 (1997). עוד ראו על כך ברנד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 53–59.

25 וכך הוא אומר בעניין זה (חזון איש, שם): "ואין נפקותא [= הברל] בין בא לפני אינם ישראלים ובין ישראל ששופט על פי חוקים בדויים."

להלכה, וממילא גם המדינה ומוסדותיה אינם מחויבים להלכה ואינם כפופים לה. עם זאת, הם עשו כל מאמץ להתגבר על קושי זה ולאפשר שיתוף פעולה אקטיבי בין הציבור הדתי לבין המדינה ומוסדותיה.²⁶ במצב זה מצופה היה שעמדתם ההלכתית בנוגע למעמדה של מערכת המשפט הישראלית לא תהיה כה מחמירה ואף תביא לידי ביטוי שיקולים ממלכתיים, כפי שנעשה בסוגיות אחרות,²⁷ ותאפשר את שיתוף הפעולה עם מערכת המשפט הישראלית תוך הכרה בלגיטימיות שלה מן הבחינה ההלכתית.

ואולם, לא כך קרה.²⁸ כבר הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג, אשר שימש כרב הראשי לישראל בתקופת קום המדינה, שלל את הלגיטימיות של מערכת המשפט הישראלית וראה בה מערכת משפט פסולה מבחינה הלכתית. חשוב לומר כי הלך מחשבתו של הרב הרצוג היה שונה בתכלית, ואף הפוך, מזה של החזון איש. הרב הרצוג היה ציוני ועשה מאמצים גדולים על מנת ליצור תשתית הלכתית למדינה היהודית ולאפשר את שיתוף הפעולה בין הציבור הדתי לבין מוסדות המדינה החילוניים.²⁹ ואולם, עמדתו העקרונית בכל הנוגע למערכת המשפט של מדינת ישראל הייתה שעליה להתבסס על משפט התורה והדין המהותי הנוהג בה צריך להיות דין תורה. בהמשך לכך, הוא התנגד באופן נחרץ למערכת משפט אזרחית חילונית וראה בה מערכת משפט פסולה ובלתי לגיטימית מבחינה הלכתית.³⁰ הרב הרצוג היה מודע, ככל הנראה, לקושי להגדיר את מערכת המשפט הישראלית "ערכאות של גויים", ולכן לא השתמש בביטוי זה. ואולם, מן הבחינה המהותית הוא התייחס אליהם בחומרה הוזה לחומרת האיסור הקיים בערכאות של גויים. הרב הרצוג לא היה מוכן לראות את מערכת המשפט הישראלית כ"בית דין של הדיוטות" ולהעניק לה לגיטימציה הלכתית בדרך זו, מן הטעם שלדעתו בניגוד למצב בגלות, במדינה היהודית בארץ ישראל אין לקבל מערכת משפט אשר אינה נוהגת על פי דין תורה.

- 26 על עמדת הציונות הדתית ביחס למדינה, תוך ניתוח עמדות הזרמים השונים בציונות הדתית ראו קלמן נוימן "הציונות הדתית והמדינה" כשיהדות פוגשת מדינה 271 (2015).
- 27 על שיקולים ממלכתיים בפסיקת הלכה של פוסקי ההלכה הציונים, ראו יהודה ברנדס "פסיקה ממלכתית-מודרנית" הלכה ציונית 17 (ידידיה צ' שטרן ויאיר שלג עורכים, 2017).
- 28 מעניין לציין שבתקופת קום המדינה, שני רבנים ופוסקי הלכה ציונים, הרב שלמה גורן והרב משה צבי נריה, פרסמו מאמרים בנושא זה, שבהם טענו שלא יהיה אפשר להקים במדינת ישראל מערכת משפט לפי דין תורה, וכן שמבחינה הלכתית ניתן להכיר בלגיטימיות של מערכת המשפט הישראלית אף על פי שהשופטים בה לא יהיו דיינים כשירים מבחינה הלכתית והדין הנוהג בה לא יהיה דין תורה. ראו על כך הרב שלמה גורנטשיק (גורן) "חוקה תורנית כיצד?" הצפה (יט בשבט, ג באדר א, יז באדר א, התש"ח) (נדפס גם בספרו של הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג תחוקה לישראל על פי התורה כרך א 146 (התשמ"ט) (להלן: הרצוג תחוקה לישראל)); הרב משה צבי נריה "משפטי המלוכה" הצפה (כו בטבת, ה בשבט, כד באדר א, התש"ח) (נדפס גם אצל הרצוג תחוקה לישראל, שם, כרך א 181); שפירא, לעיל ה"ש 1, בעמ' 289–293. ואולם, דעות אלה נדחו על ידי הרב יצחק הלוי הרצוג, שכפי שיפורט להלן, התנגד לכך באופן נחרץ. עמדתו של הרב הרצוג גברה והתקבעה כעמדה המקובלת על מרבית פוסקי ההלכה הציונים. ראו הרצוג תחוקה לישראל, שם, כרך א, בעמ' 157–180, 192–204.
- 29 ראו על כך חיים בורגנסקי "הלכה ציונית בפסיקתו של הרב הרצוג" הלכה ציונית 625 (ידידיה צ' שטרן ויאיר שלג עורכים, 2017).
- 30 הרצוג תחוקה לישראל, לעיל ה"ש 27, כרך א, בעמ' 210–214; הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג "לקראת מדינה יהודית" בצומת התורה והמדינה א 3 (התשנ"א). לדיון נוסף בעמדת הרב הרצוג ראו גם ברנד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 60–62; שפירא, לעיל ה"ש 1, בעמ' 300–304.

הרב הרצוג פעל רבות על מנת לשכנע את מנהיגי המדינה לבסס את מערכת המשפט הישראלית על דין תורה.³¹ ואולם, מאבק זה של הרב הרצוג נכשל ותקוותו נכזבה. עם זאת, פסיקת ההלכה המחמירה בנוגע למעמדה של מערכת המשפט הישראלית נותרה בעינה. כך, באופן כמעט פרדוקסלי, שתי העמדות המנוגדות והקוטביות ביחס למדינת ישראל, זו של הרב הרצוג מחד גיסא וזו של החזון איש מאידך גיסא, הגיעו לתוצאה זהה בשאלת היחס למערכת המשפט הישראלית. פסיקה זו של הרב הרצוג קיבעה את העמדה של פוסקי ההלכה הציונים. כך, עם חלוף השנים העמדה שהציגו פוסקי הלכה ציונים לא זו בלבד שלא התמתנה, אלא אף הלכה והתחדדה. כך למשל, הרב יעקב אריאל, מן הבולטים שבפוסקי ההלכה הציונים, קובע כי מערכת המשפט הישראלית היא מערכת משפט פסולה, שאיסור ערכאות של גויים חל עליה, ועוד יותר מכך – שאיסור זה אף חמור מהאיסור על מערכות משפט זרות של גויים. לדעת הרב אריאל אין לקבל מצב שבו מערכת המשפט במדינה היהודית לא תהא מבוססת על דין תורה. יתרה מכך, הוא גורס שהסכמה של אדם דתי להישפט במערכת המשפט הישראלית שקולה ל"חילול השם".³²

ג. הקשיים בפסיקת פוסקי ההלכה הציונים בעניין מערכת המשפט הישראלית

עמדתם של פוסקי ההלכה הציונים, השוללת את הלגיטימיות של מערכת המשפט הישראלית ורואה בה ערכאות של גויים, מעוררת קושי. כבר בשנות השישים והשבעים של המאה העשרים, חוקרי המשפט העברי, פרופ' מנחם אלון ופרופ' יעקב בזק, עמדו על כך שעל פי מקורות ההלכה והפסיקה נכון יותר, ולכל הפחות ודאי אפשרי, לראות את מערכת המשפט הישראלית כבתי דין של הדיוטות, אשר מונו והוסמכו על ידי כלל הציבור. אם כך, גם אם הם פועלים על פי דין שונה מדין תורה וגם אם השופטים המכהנים בהם אינם יכולים להיחשב לדיינים כשירים, יש לראות בהם מוסדות שיפוט לגיטימיים וראויים³³ על פי ההלכה.³⁴

31 בורגנסקי, לעיל ה"ש 29.

32 הרב יעקב אריאל "המשפט במדינת ישראל ואיסור ערכאות" תחומין א 319 (התש"ם).

33 אלון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1605–1607; יעקב בזק "בתי המשפט בישראל – האמנם 'ערכאות של גויים' תחומין ב 523 (התשמ"א).

34 עמדה שונה מציג פרופ' ברנד (ברנד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 16), הסבור כי מבחינה הלכתית פורמלית יש להגדיר את בתי המשפט במדינת ישראל כערכאות של גויים. לדעתו, כאשר יש לבחור אם לסווג את בתי המשפט כ"ערכאות של גויים" או כ"בתי דין של הדיוטות", נכון יותר לסווגם כערכאות של גויים. ואולם, גם הוא מציין כי סיווג זה אינו נקי מקשיים. מעבר לכך, הוא אינו מתמודד עם הקושי הנובע מכך שבמקורות הפסיקה בתי דין אשר השופטים שכינהו בהם היו יהודים לא הוגדרו ערכאות של גויים. הוא גם אינו מתמודד עם הקשיים שיוצגו בפרק זה להלן.

גם לדעתו של פרופ' שוחטמן (שוחטמן "מעמדם ההלכתי", לעיל ה"ש 1, בעמ' 339–346), לא ניתן להגדיר את בתי המשפט במדינת ישראל כבתי דין של הדיוטות, ומבחינת ההלכה יש לראותם כערכאות של גויים. ואולם, בדברים אלה מסתמך שוחטמן בעיקר על עמדת החזון איש, הנזכרת לעיל בפרק ב.1, שכאמור מבוססת על פרשנות מרחיקת לכת ומחמירה. כן יש לשים לב לכך שלדעת שוחטמן באופן עקרוני ניתן לראות בבתי המשפט בתי דין של הדיוטות, אולם הדבר מותנה בכך שסמכות הלכתית, כגון הרבנות

ואולם, פוסקי ההלכה הציונים דחו עמדה זו. כאמור לעיל, הם העדיפו להרחיב את איסור ערכאות של גויים הרבה מעבר לגדרים שנקבעו לו על ידי הפוסקים והפרשנים הראשונים והאחרונים, כך שיחול גם על בתי משפט של יהודים שאינם דנים על פי דין תורה, ובה בעת צמצמו מאוד את הגדרתם של בתי דין של הדיוטות, אשר הוכרו על ידי הפוסקים כבתי דין לגיטימיים. השיקול המרכזי בגישה מחמירה זו הוא שיקול שניתן לכנותו "שיקול אידאולוגי", שלפיו אין לקבל מצב שבו הדין הנוהג במדינה היהודית יהיה דין זר ולא דין תורה ואין להשלים עם מצב כזה.³⁵

ייתכן שאפשר היה להבין גישה זו על רקע המאבק על דמותה של מערכת המשפט הישראלית בתקופת קום המדינה וכל עוד סברו פוסקי ההלכה כי קיים סיכוי לשכנע את מנהיגי המדינה לאמץ את דין התורה כדין הנוהג במערכת המשפט הישראלית. ואולם, המשך ההחזקה בעמדה זו לאחר שהתברר שמערכת המשפט הישראלית לא תאמץ את דין התורה, וככל הנראה גם לא תאמץ אותה בעתיד הנראה לעין, נראה תמוה ומעורר קשיים ניכרים. על קשיים אלה אעמוד בפרק זה.

1. המשפט הישראלי – האומנם "דין זר" המנוגד לדין תורה?

כפי שפורט לעיל, הקביעה שמבחינה הלכתית מערכת המשפט הישראלית היא מערכת משפט פסולה, אשר נכנסת לקטגוריה "ערכאות של גויים", מבוססת בראש ובראשונה על כך שהדין הנוהג בה הוא דין זר, השונה מדין תורה ומנוגד לו.

אכן, המשפט הישראלי שונה מן המשפט העברי ואף אינו מבוסס עליו. ואולם, האם עובדה זו עושה אותו לדין זר הסותר את דין תורה ומנוגד לו? נראה כי התשובה על כך שלילית. פוסקי ההלכה, ציונים ושאינם ציונים, עסקו בשאלת התוקף ההלכתי של החוק הישראלי. שאלה זו עלתה והתחדדה במהלך השנים במגוון הקשרים ונסיבות. כך למשל עלתה שאלה זו לאור ההבנה של פוסקי ההלכה שיש צורך להסדיר מערכות שלטוניות, חברתיות וכלכליות חיוניות במדינת ישראל באמצעות המשפט הציבורי, המשפט הפלילי ודיני המיסים. כן עלתה השאלה ביחס לנושאים רבים בתחומי המשפט הפרטי, אשר בשל השינויים הגדולים שחלו בחיי החברה, הכלכלה והמסחר המודרניים לא ניתן למצוא להם מענה בהלכה, ובמקרה שבו קיים כזה, הוא אינו מספק.³⁶

מעניין לציין שמרבית הדיונים של פוסקי ההלכה בעניין זה עוסקים בשאלת התוקף ההלכתי של החוק הישראלי בהקשרים פרטניים, היינו בנוגע לחוק או לתחום משפטי מסוים ולא במסגרת התייחסות כללית לחוק הישראלי כולו. ייתכן שהדבר נובע מחשש מהצגת עמדה עקרונית וכוללת בדבר התוקף

הראשית, תקבל זאת ותסכים לכך. לדעתו, הפגם אינו אינהרנטי אלא נובע מהחלטתם של מנהיגי הרבנים ופוסקי ההלכה (כגון הרבנות הראשית) להכיר או שלא להכיר בסמכות בתי המשפט וכשירותם. וכך כותב הרב הרצוג (הרצוג "לקראת מדינה יהודית", לעיל ה"ש 30, בעמ' 4): "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!". בדומה לכך כותב הרב אריאל (אריאל, לעיל ה"ש 32, בעמ' 319): "כשם שאין להעלות על הדעת אפשרות של מדינה עברית ללא השפה העברית, כשפה הרשמית, ולוח עברי, על שבתותיו ומועדיו, כלוח הרשמי, וזיקה רשמית מפורשת לעם ישראל (חוק השבות, למשל), כך לא תיתכן מדינה עברית ללא משפט עברי".

36 ראו למשל הרב יואב שטרנברג והרב עידו רכניץ תוקפם ההלכתי של חוקי המדינה בדיני ממונות (מכון משפטי ארץ, נייר עמדה מס' 3, התשס"ח).

ההלכתי של החוק הישראלי בכללותו.³⁷ ואולם, כפי שאראה בהמשך הדברים, אני סבור שמהדיונים הפרטניים של פוסקי ההלכה הציונים בעניין זה עולה תמונה ברורה למדי, המאפשרת להסיק מסקנות כלליות בנוגע לתפיסתם בדבר יחס ההלכה לחוק הישראלי.

העמדה הרווחת בקרב פוסקי ההלכה הציונים³⁸ היא שיש כמה מנגנונים הלכתיים – "משפט המלך", "דינא דמלכותא דינא", "תקנות הקהל", ו"המנהג" – אשר מכוחם ניתן לתת תוקף הלכתי לחוק הישראלי, ולכל הפחות לחלקים נרחבים ממנו. באמצעות מנגנונים אלה ההלכה קולטת את המשפט הישראלי, והוא הופך לתקף ואף למחייב מבחינה הלכתית. אעמוד בקצרה על מנגנונים אלו.

(א) משפט המלך

שיטת המשטר שהייתה המקובלת בעולם העתיק היא שיטת השלטון המלוכני, ולפיכך הן התורה שבכתב והן מקורות ההלכה בתורה שבעל פה מתייחסים לשלטון המלך ומעניקים לו סמכויות רחבות היקף. בתקופתנו דנו פוסקים ציונים שונים באפשרות לראות במוסדות השלטון הדמוקרטי של מדינת ישראל תחליף לשלטון המלך המוכר בהלכה, ובהתאם לכך להעניק להם את אותם כוחות וסמכויות שמעניקה ההלכה למלך. ואכן, פוסקים ציונים מרכזיים, כמו הרב אברהם יצחק הכהן קוק, הרב הרצוג והרב שאול ישראלי, קבעו כי היות שכוחו של המלך נבע מהעם, כיום בעידן המשטר הדמוקרטי, אשר שואב את תוקפו מהעם, יש להעניק למוסדותיו את אותם הכוחות והסמכויות שהיו מסורים למלך.³⁹ אמנם, יש כותבים המסייגים את האפשרות להשתמש במשפט המלך כמנגנון להכרה הלכתית גורפת בכל המשפט הישראלי. לטענתם, ההכרה ההלכתית בסמכותה של הכנסת לחוקק חוקים שאינם תואמים את דין התורה מכוח משפט המלך מוגבלת לחקיקה הנוגעת לסמכויות השלטון ותיקון המדינה, כגון תחום המשפט הציבורי, המשפט הפלילי ודיני מיסים. לדעתם, בכל הנוגע לתחום המשפט הפרטי הכרה זו תחול באופן מוגבל בלבד, אך ורק במקומות שבהם הדבר דרוש ל"תיקון העולם".⁴⁰

ואולם, גם לפי גישות מצמצמות אלו, הלכת משפט המלך מעניקה תוקף הלכתי מחייב לכל הפחות לחלקים נרחבים מתוך המשפט הישראלי.

37 החשש יכול לנבוע, בין היתר, מכך שהכרה מלאה וכוללת בדין הישראלי תוביל למחשבה שההלכה הפכה למיותרת ותביא לזניחת העיסוק בה. ראו על כך למשל את דברי הרב דב ליאור "יחס ההלכה לחוקי המדינה" תחומין ג' 247, 249 (התשמ"ב).

38 בניגוד לעמדה הרווחת בקרב פוסקי ההלכה הציונים, בקרב פוסקי ההלכה החרדים העמדה הרווחת היא שההלכה אינה מכירה בתוקפם של חוקי הכנסת. ראו על כך דברי הרב שמואל דוד הכהן מונק בשו"ת פאת שדך, צא; הרב אברהם ח' שרמן "הלכת השיתוף" לאור משפטי התורה" תחומין יח 32 (התשנ"ח); הרב אברהם ח' שרמן "הלכת השיתוף – אינה מעוגנת בדיני ישראל" תחומין יט 205 (התשנ"ט). עם זאת, יש לציין כי גם פוסקי הלכה חרדים מכירים, במקרים מסוימים, בתוקף ההלכתי של חוק מסוים. דיון ממצה בעמדות של פוסקי ההלכה החרדים בעניין זה חורג ממסגרת מאמר זה.

39 הראי"ה קוק, משפט כהן, קמד, של"ז–של"ח; הרצוג תחוקה לישראל, לעיל ה"ש 27, כרך א 129; הרב ישראלי עמוד הימיני סי' ז, ט (התשכ"ו).

40 אליאב שוחטמן "הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל" שנתון המשפט העברי טז–יז 417, 432–434 (התשנ"ן–התשנ"א) (להלן: שוחטמן "הכרת ההלכה").

(ב) דינא דמלכותא דינא

על פי כלל תלמודי זה,⁴¹ "דין המלכות הוא הדין". משמעותו הפשוטה של כלל זה היא שההלכה מכירה בתוקף משפט המלכות גם במקום שהוא אינו עולה בקנה אחד עם דין תורה. פרשנים ופוסקים שונים דנו בטעמים לכלל זה, בהיקף תחולתו, במקרים שבהם ניתן להחילו ובחריגים לו. בכל הנוגע לטעמים לכלל קיימות שתי גישות עיקריות:⁴² (1) לפי הגישה הראשונה, הבסיס לכלל הוא הסכמתם של תושבי המדינה להעניק לשלטון את הכוח והסמכות לחוקק חוקים מחייבים;⁴³ (2) לפי הגישה השנייה, הכלל מבוסס על כוחו של השלטון לכפות את הוראותיו על התושבים הנתונים למרותו.⁴⁴ במקורות התלמודיים התייחס הכלל לשלטון הזר, ולפיכך עלתה השאלה אם הכלל חל רק על מלכות גויים או גם על מלכות ישראל. בדומה לכך, היות שהכלל נקבע ביחס לשלטון מלוכני שהיה נהוג בעבר, עלתה השאלה אם ניתן להחיל אותו גם על דברי חקיקה במשטר דמוקרטי. בכל הנוגע להיקף תחולתו של הכלל, מתקופת הראשונים הוטלו מגבלות שונות על תחולתו, ופרשנים ופוסקים נחלקו בסוגיות שונות בעניין זה. כך למשל, נקבע כי הכלל לא יחול בתחום דיני איסור והיתר אלא רק בעניינים שבממון.⁴⁵ בהמשך לכך, בכל הנוגע לעניינים שבממון נחלקו הדעות בשאלה אם הכלל יחול רק בנוגע לחיובי מיסים המוטלים על ידי השלטון או גם ביחס לכל חקיקה בדיני ממונות, גם כזו הנוגעת לתחומי המשפט הפרטי.⁴⁶ כן נקבע כי הכלל יחול רק ביחס לחקיקה שאינה מפלה בין קבוצות שונות באוכלוסייה.⁴⁷

41 בבלי, בבא קמא קיג, ע"א, ובמקומות נוספים.

42 בלידשטיין, לעיל ה"ש 1, בעמ' כט–לא.

43 זוהי גישת הרמב"ם. ראו משנה תורה, הלכות גזלה ואבדה, ה, יח.

44 זוהי גישת בעלי התוספות והר"ן וכן ראשונים נוספים, ראו ר"ן למסכת נדרים, כח, ע"א.

45 שו"ת תשב"ץ, ח"א, קנח. וראו גם שו"ת תשב"ץ, ח"ב, רצ, הקובע כי הכלל של דינא דמלכותא דינא אינו יכול להתיר את האיסור לפנות לערכאות של גויים.

46 שתי הדעות מובאות ברמ"א, חושן משפט, שסט, ח. אחד המקורות המעניינים בעניין זה היא תשובת הרשב"א המופיעה בשו"ת הרשב"א, חלק ו סימן רנד. הרשב"א דן במקרה של אב שבתו התחתנה ונולדה לה תינוקת, אך לאחר זמן מה הבת נפטרה ולאחריה נפטרה גם התינוקת. האב תבע לקבל בחזרה את הנדוניה שנתן לבת, כפי שהיה מקובל באותה עת בדיני הגויים, ואילו הבעל טען שעל פי דין תורה הוא יורש את אשתו וכספי הנדוניה שייכים לו. טענת האב התבססה על כך שבאותו מקום אימצו היהודים את דין הגויים בעניין זה והוא הפך למנהג מקובל, וכן על הכלל דינא דמלכותא דינא. בתחילת תשובתו הרשב"א מקבל את עמדת האב ומסביר שניתן להתנות על דין תורה בעניין שבממון, ומנהג שהתקבל בעניין זה תקף. ואולם, לאחר מכן הרשב"א מבקר בחריפות את המנהג ואת החלטת אנשי המקום להעדיף את דיני הגויים על דין התורה. עיקר ביקורתו של הרשב"א נוגעת להחלטה לאמץ את דין הגויים בשל הרצון לחקות את הגויים. בהמשך דבריו הוא מצמצם את תחולת הכלל של דינא דמלכותא וטוען שהוא יחול רק בנוגע לחוקים בהם יש למלך תועלת, ולא בכל נושא ממוני. תשובה זו של הרשב"א צוטטה במקורות רבים והייתה נושא לדיונים נרחבים. ראו למשל בלידשטיין, לעיל ה"ש 1, בעמ' לט–מב; רון ש' קליינמן "באיזו מידה צריך לפסוק לפי החוק האזרחי" תחומין לו 388 (התשע"ז) (להלן: קליינמן "באיזו מידה"); כן ראו התייחסות לכך בפסק דינו של בית הדין הרבני בנתניה בתיק (נת') 764411/1 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 3.10.2010).

47 רמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, ה, יד; רמ"א, שם.

פוסקי הלכה ציונים רבים קבעו כי באופן עקרוני ניתן להחיל את הכלל במדינת ישראל ביחס לחקיקה של הכנסת. עם זאת, הם נזהרו והסתייגו ממתן הכרה גורפת לכל החקיקה הישראלית מכוח דינא דמלכותא.⁴⁸

הדעה הרווחת היא כי בכל הנוגע למשפט הפלילי והציבורי וכן לדיני מיסים⁴⁹ חל הכלל של דינא דמלכותא דינא. ואולם, בכל הנוגע לתחום המשפט הפרטי התחולה מסויגת יותר. כך למשל, הרב דב ליאור קובע כי תנאי לתחולת הכלל על חוקים מתחום המשפט הפרטי הוא שהחוק יהיה דרוש "לטובת הציבור" או לצורך שמירת הסדר הציבורי והשלטוני.⁵⁰ עם זאת, בפועל במקרים רבים הכירו פוסקי ההלכה בתוקף ההלכתי של דברי חקיקה מתחום המשפט הפרטי מכוח הכלל של דינא דמלכותא דינא.⁵¹

(ג) תקנות הקהל

ההלכה מתירה ומאפשרת, הן לחכמי ההלכה והן לציבור באמצעות מנהיגיו או נבחריו, להתקין תקנות.⁵² סמכות ואפשרות אלה מתייחסות בעיקר לתחום דיני הממונות ולתחום המשפט הפלילי ולא לתחום הדתי של דיני איסור והיתר. בדיני ממונות מבוסס מנגנון זה על העיקרון ההלכתי שלפיו בכל עניין שבממון ניתן להתנות על הדין ואף לקבוע הסדר הנוגד אותו,⁵³ וכך גם על הכלל "הפקר בית דין הפקר", המאפשר הן לבית הדין והן לציבור באמצעות נבחריו לקבוע הסדרים בדיני ממונות, שהם בניגוד לדין תורה. בתחום המשפט הפלילי המנגנון מבוסס על הסמכות של בית הדין להטיל עונשים שלא על פי הדין, בהתאם לצורכי השעה והנסיבות המשתנות.⁵⁴

48 הרב מרדכי אליהו "יחס ההלכה לחוקי המדינה" תחומין ג 242 (התשמ"ב). כן ראו שוחטמן "הכרת ההלכה", לעיל ה"ש 40, בעמ' 447-459, המפרט מגוון תנאים וסייגים שנקבעו על ידי פוסקים שונים להכרה ההלכתית בחוקי המדינה מכוח דינא דמלכותא דינא.

49 בנוגע לתחולת הכלל על דיני מיסים, ראו הרב עובדיה יוסף, יחווה דעת, ח"ה, סד. ליאור, לעיל ה"ש 37.

50 לדוגמה: בפסק דינו של בית דין הרבני הגדול (פורסם בפד"ר ו 382), נקבע כי להוראות החוק הנוגעות להעברת הבעלות בנכס מקרקעין באמצעות רישום בלשכת רישום המקרקעין יש תוקף מחייב על פי הכלל של דינא דמלכותא דינא, היות שהן לטובת הציבור; הרב עובדיה יוסף ופוסקים נוספים הכירו בתוקפה של החקיקה בתחום זכויות יוצרים מכוח הכלל של דינא דמלכותא. ראו שו"ת יביע אומר, ח"ז, חושן משפט, ט. הרב שלמה דייכובסקי קבע כי להלכת השיתוף יש תוקף מחייב מכוח הכלל של דינא דמלכותא. ראו הרב שלמה דייכובסקי "הלכת השיתוף" – האם דינא דמלכותא? תחומין יח 18 (התשנ"ח). לדוגמאות נוספות ראו שטרנברג ורכניץ, לעיל ה"ש 36.

52 אחד המקורות לסמכות זו מצוי בבבלי בבא בתרא ח, ע"ב: "ורשאים בני העיר להתנות על המדות ועל השערים ועל שכר הפועלים ולהסיע על קיצתן".

53 מקורו של העיקרון כבר בתלמוד הבבלי. ראו למשל בבלי, קידושין יט, ע"ב.

54 גם המקור לסמכות זו מצוי כבר בתלמוד הבבלי. וכך נאמר בסנהדרין מו, ע"א: "בית דין מכין ועונשין שלא מן הדין". וראו בעניין זה את דבריו המעניינים של הרשב"א, בשו"ת הרשב"א, ח"ד, שיא, המתיר לבית הדין לחרוג מדין תורה ולהעניש עבריינים גם במקום שהראיות הקיימות נגדן אינן קבילות או אינן מספיקות על פי דין תורה (למשל עדות קרוב), זאת בהתאם לשיקול דעתו של בית הדין ועל פי צורכי השעה.

מנהיגים של קהילות יהודיות רבות עשו בתקופות שונות שימוש נרחב במנגנון זה והתקינו תקנות בתחומים מגוונים, זאת כאשר בשל הנסיבות ההיסטוריות המשתנות והשינויים שחלו בחיי החברה, הכלכלה והמסחר לא היה בדין התורה כדי לתת מענה מספק לבעיות המשפטיות והחברתיות שנוצרו.⁵⁵ בתקופתנו דנו פוסקים שונים בשאלה אם חוקי הכנסת יכולים להיחשב לתקנות הקהל ובדרך זו לזכות להכרה ולתוקף הלכתי.⁵⁶ בדיונים אלה הועלו, בין היתר, השאלות הבאות: האם ניתן לראות בכנסת תחליף ראוי למוסדות ההנהגה אשר היו מקובלים בקהילות היהודיות בעבר, כמו "שבעת טובי העיר"? האם העובדה שמרבית חברי הכנסת הם חילונים ואינם רואים את עצמם כפופים לדין תורה פוגעת באפשרות לראות בחקיקה תקנות בעלות תוקף הלכתי? ולבסוף – האם יש להתנות את הכרת ההלכה בחקיקת הכנסת כתקנות קהל בתנאי מקדמי של אישור דברי החקיקה על ידי "אדם חשוב", היינו תלמיד חכם הנמנה עם הנהגת הציבור.⁵⁷

פוסקים ציונים רבים סבורים שבאופן עקרוני ניתן לראות בחוקים שמחוקקת הכנסת תקנות הקהל ולתת להם לגיטימציה ותוקף הלכתי באמצעות מנגנון זה. ואולם, מרבית הפוסקים הציונים נזהרים מלתת תוקף של תקנות הקהל לכל חקיקת הכנסת, באופן גורף, ומסייגים את האפשרות העקרונית הזו בסייגים ובתנאים שונים.

הרב הרצוג כתב כי ניתן לתת תוקף הלכתי לחוקי הכנסת מכוח היותן תקנות הקהל, אך מדבריו עולה שהדבר מותנה בכך שהחקיקה תאושר על ידי מועצת הרבנות הראשית ותקבל מעין הכשר ממנה.⁵⁸ הרב אברהם שפירא, שכהן גם הוא כרב הראשי לישראל, הציג מבחן אחר. לדבריו, דברי חקיקה אשר התקבלו בכנסת ללא התנגדות של חברי הכנסת הדתיים ייחשבו לתקנות קהל תקפות ומחייבות.⁵⁹

פסיקה מרחיבה בעניין זה ניתנה על ידי הרב עובדיה דאדיא. לדעתו, בכל הנוגע לדיני ממונות, אפשר להכיר בכל חקיקת הכנסת כבתקנות הקהל, אף על פי שלא ניתן לה אישור "אדם חשוב". הטעם לכך הוא שגם תלמידי החכמים משתתפים ונוטלים חלק בהליך הדמוקרטי במדינת ישראל. השתתפות זו מכוננת הסכמה ואישור גורף לפעילותה של הכנסת ולדברי החקיקה שהיא מחוקקת, זאת כמובן כל עוד החקיקה אינה מנוגדת לדין הדתי, קרי דיני איסור והיתר.⁶⁰

(ד) המנהג

בתחום דיני הממונות מכירה ההלכה בתוקפו המחייב של המנהג. המנהג הוא פרקטיקה אשר מקובלת ונוהגת במקום מסוים. על פי ההלכה, בהתקיים תנאים מסוימים ובכפוף לסייגים שונים, כאשר המנהג

- 55 ראו אלון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 558 ואילך
- 56 לסקירה בעניין זה ראו שוחטמן "הכרת ההלכה", לעיל ה"ש 40, בעמ' 460–500; בלידשטיין, לעיל ה"ש 1, בעמ' כא–כו.
- 57 תנאי זה נזכר אצל מפרשים ופוסקים ושנוי במחלוקת. ראו למשל שולחן ערוך, חושן משפט, הלכות אונאה ומקח טעות, רלא, כח.
- 58 הרצוג תחוקה לישראל, לעיל ה"ש 27, כרך ב, בעמ' 58–59.
- 59 הרב אברהם שפירא "מבט תורני על חוקי המדינה והתקנת תקנות בימינו" תחומין ג 238 (התשמ"ב) (להלן: שפירא "מבט תורני").
- 60 שו"ת ישכיל עבדי, ח"ו, חושן משפט, כח. הרב דאדיא כיהן כדיין בבית הדין הרבני הגדול בירושלים וכן כחבר מועצת הרבנות הראשית.

שונה מדין התורה, גובר המנהג ומבטל את ההלכה.⁶¹ באשר לבסיס לכלל זה יש כמה דעות. יש הסוברים שכוחו של המנהג מבוסס על הסכמת הצדדים, במפורש או מכללא, לפעול בהתאם למנהג המקום. יש הסוברים כי כוחו של המנהג מבוסס על תקנת הקהל או תקנת חכמים.⁶² פוסקים ופרשנים שונים דנו בתנאים ובמקרים שבהם תכיר ההלכה בתוקפו המחייב של המנהג. כך למשל, נדונה שאלת השכיחות הנדרשת על מנת שמנהג יהפוך למחייב. כן נדונה השאלה אם יש צורך שלצדדים תהיה מודעות לקיומו של המנהג או שמא די בכך שהמנהג מקובל בציבור על מנת שיחייב את הצדדים, גם אם הם לא ידעו על קיומו. שאלה נוספת שנדונה נוגעת לאפשרות של חכמים לבקר את תוכן המנהג ולפסול מנהג אשר נתפס בעיניהם כמנהג גרוע. לאחר קום המדינה דנו פוסקים שונים בשאלה אם אפשר לתת לחוקי המדינה תוקף הלכתי מחייב מכוח היותם מנהג. גם בעניין זה מרבית הדיונים מתייחסים לתוקף ההלכתי של דבר חקיקה מסוים מכוח המנהג, ואינם עוסקים בשאלת ההכרה בחוק הישראלי כולו מכוח המנהג.⁶³ ואכן, רבנים ופוסקים ציונים סבורים שניתן להכיר בתוקף ההלכתי המחייב של דברי חקיקה רבים בתחום דיני ממונות מכוח המנהג.⁶⁴ כך למשל, הרב דב ליאור סבור שבמקרה שבו החוק משקף את המנהג במדינה, יש לו תוקף הלכתי מכוח מנהג. ואולם, הרב ליאור אינו מוכן לאמץ את כלל החוק הישראלי מכוח מנהג.⁶⁵ הרב דייכובסקי סבור שיש להכיר בתוקף ההלכתי של "הלכת השיתוף" בין בני זוג מכוח המנהג.⁶⁶ בהמשך לכך, בפסק הדין של בית הדין הרבני האזורי נתניה בפרשת פלוני⁶⁷ נקבע על ידי הדיין אריאל ינאי, בהסכמת חבריו להרכב, כי לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973 יש

61 המקור לכלל מצוי כבר בתלמוד. ראו למשל בבלי, בבא מציעא, פג, ע"א "הכל כמנהג המדינה". אחת ההלכות הבולטות בעניין זה היא ההלכה המכונה "קניין סיטומתא" (בבלי, בבא מציעא, עד, ע"א). הלכה זו הקנתה תוקף הלכתי לדרך קניין שכונתה סיטומתא, שלא תאמה את דרכי הקניין על פי דין תורה אך הייתה נהוגה על ידי הסוחרים. מאז משמש מונח זה ("סיטומתא") כשם נרדף למנהגי הסוחרים, אשר ההלכה מכירה בתוקפם.

62 ראו הרב דניאל כ"ץ "הכל כמנהג המדינה" – עקרונות המנהג בדיני ממונות "משפט ההלכה והמשפט האזרחי במדינת ישראל 40 (התשע"ו).

63 ראו רון ש' קליינמן "החוק האזרחי במדינה – מנהג המדינה", תחומין לב 261, 263–264 (התשע"ב) (להלן: קליינמן "החוק האזרחי").

64 יצוין כי כפי שמסביר פרופ' קליינמן (שם, בעמ' 261–262), הכרת ההלכה בחוקי הכנסת מכוח המנגנונים המתוארים לעיל – משפט המלך, דינא דמלכותא דינא ותקנות הקהל, היא הכרה ישירה, ואילו ההכרה בחוק הישראלי מכוח המנהג היא הכרה עקיפה בלבד, היינו ההכרה בחוק נגזרת מהיותו המנהג המקובל במדינה. ואולם, כפי שמציין פרופ' קליינמן עצמו, להבחנה זו אין נפקות משמעותית.

65 ראו ליאור, לעיל ה"ש 37; קליינמן "החוק האזרחי", לעיל ה"ש 63, בעמ' 266–269. על הבעייתיות בהכרה מותנית וחלקית זו ראו להלן פרק ג.1(ה). מנגד ראו את שיטתו של הרב פיינשטיין (שם, בעמ' 264–266), מגדולי פוסקי ההלכה בארצות הברית בדור הקודם, שקבע שבכל עניין ממוני צדדים מתקשרים תוך הסכמה מכללא שיחול עליהם חוק המדינה, וממילא חוק המדינה כולו הוא בעל תוקף ומחייב.

66 הרב דייכובסקי שימש משך שנים רבות כדיין בבית הדין הרבני הגדול לערעורים בירושלים. ראו דייכובסקי, לעיל ה"ש 51. לדעתו, יש להכיר בתוקף הלכת השיתוף הן מכוח הכלל של דינא דמלכותא דינא והן מכוח המנהג.

67 תיק (נת' 764411/1, לעיל ה"ש 46. פסק דין זה עוסק ומתייחס לפסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ 2232/03 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א-יפו (פורסם בנבו, 21.11.2006). להרחבה על פסק דין זה ראו אבישלום וסטרייך "רטוריקה ומהות ירדו כרוכין זה בזה? על נישואין אזרחיים בעקבות פרשת 'בני נח'" משפחה במשפט ו-1 543 (התשע"ג-התשע"ד).

תוקף הלכתי מחייב מכוח המנהג. יותר מכך, מהאמור בפסק הדין עולה כי ההלכה מכירה בתוקף המחייב של כל דברי החקיקה, באופן גורף, מכוח היותם מנהג המדינה.

(ה) עמדתם של פוסקי ההלכה הציונים בנוגע להכרת ההלכה בחוק הישראלי – סיכום והערכה

כפי שעולה מן הסקירה שהובאה בפרק זה לעיל, באופן כללי ניתן לומר כי הדעה הרווחת בקרב פוסקי ההלכה הציונים היא שההלכה מכירה, באופן מלא וגורף, בחקיקת הכנסת בתחומי המשפט הציבורי, המשפט הפלילי⁶⁸ ודיני מיסים, ובעצם בכל תחומי המשפט למעט דיני ממונות, ומבחינת ההלכה יש לחקיקה זו תוקף מלא ומחייב.

באשר לתחום דיני הממונות, יש כמה פוסקים שמדבריהם עולה כי ההלכה מכירה בחקיקת הכנסת באופן גורף גם בתחום זה. מנגד, העמדה הרווחת בעניין זה בקרב פוסקי הלכה וכותבים שונים היא שההכרה ההלכתית בחקיקת הכנסת בתחום זה מסויגת יותר⁶⁹ ומותנית בקיום תנאים שונים, שהעיקריים שבהם הם היות החקיקה דרושה ל"תקנת הציבור" וקבלת אישור לדברי החקיקה על ידי "אדם חשוב", היינו תלמיד חכם הנמנה עם הנהגת הציבור, כגון הרבנות הראשית. הסתייגויות ותנאים אלה יוצרים אי-בהירות ומקשים מאוד לקבוע ולדעת באילו דברי חקיקה מתחום המשפט הפרטי מכירה ההלכה ובאילו לא, ככל שבכלל קיימים כאלה. עם זאת, יש לשים לב לכך שהסתייגויות אלה הינן ברמה העקרונית-הצהרתית בלבד. הלכה למעשה, מפסיקות ודיונים הלכתיים שהתייחסו לנושאים קונקרטיים בתחום דיני הממונות ניתן ללמוד שההלכה מכירה בחלקים נרחבים של החקיקה בתחום זה, כגון בתחומים של דיני תאגידים, דיני מקרקעין, דיני חדלות פירעון, דיני התכנון והבנייה, דיני זכויות יוצרים, דיני עבודה ועוד.⁷⁰

בעניין זה אוסיף כי ההבחנה שעושים הפוסקים והכותבים הנזכרים בין החקיקה בתחום דיני ממונות, שבה מכירה ההלכה באופן מסויג בלבד, לבין החקיקה בכל יתר התחומים שבהם מכירה ההלכה באופן גורף תמוהה במקצת. שכן, כפי שעולה הן מהמקורות התלמודיים והן מדברי פוסקים ופרשנים, דווקא בתחום דיני הממונות ההלכה גמישה, ניתנת להתנאה וכן לשינוי בקלות יחסית באמצעות מנגנונים שונים, כגון מנהגים ותקנות, בהתאם לצורכי הזמן ושינויי הנסיבות.⁷¹ ייתכן שעמדה זו נובעת מכך שהיעדר שלטון יהודי במהלך תקופת הגלות הארוכה גרם לכך שהעיסוק של חכמי הלכה ופוסקי הלכה בתחומי המשפט הציבורי והפלילי היה מוגבל יחסית, ותחומים אלה נותרו בלתי מפותחים. לעומת זאת, לאורך כל התקופות עסקו החכמים והפוסקים באופן אינטנסיבי בתחום דיני הממונות, וחלק גדול מן היצירה ההלכתית מרוכז בתחום זה. תחום זה נחשב אפוא לגולת הכותרת של הלימוד הישיבתי והפסיקה ההלכתית. קיים חשש כי הכרה הלכתית גורפת

68 בנוגע למשפט הפלילי ראו הרב אריאל בראלי "המשפט הפלילי במדינת ישראל" תחומין לו 373 (התשע"ז).

69 ראו על כך קליינמן "באיזו מידה", לעיל ה"ש 46. פרופ' קליינמן עומד, בין היתר, על ההבדל בין פוסקי ההלכה בארצות הברית, כמו הרבנים הנקין ופיינשטיין, אשר קבעו כי יש להכיר באופן גורף בחקיקה האזרחית על פי הכלל של דינא דמלכותא דינא וכן מכוח המנהג, לבין עמדות הדיינים המכהנים בבתי הדין בישראל, אשר מוכנים להכיר בחקיקה האזרחית באופן מסויג בלבד ובמגבלות ותנאים שונים.

70 ראו סקירה אצל שטרנברג ורכניץ, לעיל ה"ש 36.

71 ראו הרצוג תחוקה לישראל, לעיל ה"ש 27, כרך א, בעמ' 57.

בחקיקת הכנסת בתחום דיני ממונות תביא לעצירה של העיסוק והיצירה ההלכתיים בתחום זה, ובהמשך לכך תגרום להלכה להיתפס, גם בעיני הציבור הנאמן לה, כבלתי רלוונטית. במילים אחרות, בעוד שבכל הנוגע לתחומי המשפט הפלילי והציבורי ברור לפוסקי ההלכה שההלכה אינה יכולה להעמיד חלופה לחקיקה המודרנית וממילא הכרה ומתן לגיטימציה לחקיקה זו אינה נתפסת כבעייתית או מעוררת קושי, הרי שבתחום דיני הממונות הדברים שונים במעט. ביחס לתחום זה קיימת הנחה שהיצירה ההלכתית הענפה יכולה להיות חלופה לחקיקה בתחום זה, ומכאן הקושי והחשש מפני הכרה הלכתית בחקיקה הישראלית בתחום זה.⁷² אכן, הקושי והחשש מובנים. ואולם, ספק גדול אם ביכולתם לשמש נימוק בעל משקל להימנעות מהכרה הלכתית בחקיקה בתחום דיני הממונות. כבר הרב הרצוג, בתקופת קום המדינה, עמד על כך שבשל השינויים המהותיים בחיי החברה, המסחר והכלכלה, ההלכה בתחום דיני הממונות אינה ערוכה ואינה יכולה לשמש בסיס למערכת משפט מודרנית; וכדי שתוכל לעמוד במשימה זו יש להוסיף לה שכבה רחבה של תקנות מתאימות, כלומר דברי חקיקה.⁷³ כפי שציין הרב הרצוג עצמו בצער, פוסקי ההלכה לא עמדו באתגר זה, ודומה כי לא נטעה אם נאמר שהם לא התגברו על אתגר זה עד היום. יותר מכך, דברים אלה, שנאמרו לפני כ-70 שנה, יפים ביתר שאת כיום. בתקופה זו חלו, וממשיכים לחול, שינויים מפליגים בחיי החברה, הכלכלה והמסחר. חלק גדול מהם נובעים מההתפתחות העצומה של הטכנולוגיה וההשפעה שלה על מערכות הכלכלה והמסחר. שינויים אלה מחייבים עדכונים, התאמות ושינויים של המשפט הקיים, כמו גם יצירת תחומי משפט חדשים. דומה כי ברור מאליו שההלכה אינה ערוכה ואינה יכולה להתמודד עם השינויים הללו ועם הצרכים שנוצרו בעקבותיהם.⁷⁴ כפי שכבר נאמר, דומה כי פוסקי ההלכה מבינים זאת. גם אם ברמה ההצהרתית-עקרונית קיימת הסתייגות מהכרה גורפת בחקיקה הישראלית בתחום דיני הממונות, בפועל הכרה זו קיימת.⁷⁵

72 טיעון כזה ניתן למצוא אצל בראלי "המשפט הפלילי במדינת ישראל", לעיל ה"ש 68.
 73 ראו הרצוג "לקראת מדינה יהודית", לעיל ה"ש 30, בעמ' 5-6; עמיחי רדוינר "המשפט העברי" בין 'לאומי' ל'דת': הדילמה של התנועה הדתית-לאומית" מחקרי משפט כו 91, 118-124 (2010).
 74 עוד ראו על כך נדב שנרב "כי אין משפט, על הבעייתיות בהצגת 'דין תורה' כאפשרות מעשית" אקדמות כו 75 (התשע"א). שנרב מצביע על הבעייתיות הקיימת בעמדה שנוקטים הרבנים ופוסקי ההלכה הציונים, אשר רואים בבתי המשפט בישראל ערכאות של גויים וטוענים כי מערכת המשפט צריכה להיות מבוססת על דין תורה, כאשר בפועל דין תורה במצבו כיום אינו יכול לתת את המענה הנדרש ואינו יכול להיות בסיס למערכת משפט במציאות המודרנית. בהקשר זה עומד שנרב, בין היתר, על חוסר ההתאמה של דיני הראיות, של הענישה בדין הפלילי ושל עקרונות הקשר הסיבתי בדין תורה למציאות המודרנית. לכך יש להוסיף כי מעבר לבעיות הקלסיות בדיני ראיות וברדין הפלילי, כפי שהוסבר לעיל, השינויים הגדולים והמהירים שהתרחשו בעשורים האחרונים בחיי המסחר הכלכלה ובעולם הטכנולוגי חייבו התאמה של תחומי משפט רבים, כמו גם יצירה ופיתוח של תחומי משפט שכמעט ולא היו קיימים. לדעתי, הפער בין המציאות שאליה מתייחסים מקורות ההלכה לבין המציאות המודרנית הוא כה גדול, עד שנראה שאינו ניתן לגישור. ניתן כמובן, כפי שהציע הרב הרצוג, להתקין "תקנות קהל" אשר יתייחסו למציאות המודרנית ויאפשרו לדין התורה להתמודד עימה. ואולם, ראשית, עד היום דבר זה לא נעשה; שנית, ניתן להניח שתקנות אלה יהיו דומות להסדרים שנקבעו במשפט הישראלי או במערכות משפט מודרניות אחרות. ממילא, ולאור אפשרות ההלכה להכיר בתוקפה של חקיקת הכנסת, כלל לא ברורים הצורך והתועלת שבמהלך זה.

75 להשוואה ראו בלידשטיין, לעיל ה"ש 1, בעמ' כג, הסבור כי חוקי המדינה זוכים להכרה הלכתית דה-פקטו.

על הכרה, לפחות דה־פקטו, זו ניתן ללמוד גם מהדברים הבאים. כזכור, התנאי העיקרי להכרה בחקיקה בתחום דיני ממונות שהעמידו פוסקי ההלכה הציונים, אשר התנגדו להכרה גורפת בתחום זה, הוא קבלת אישורו של "אדם חשוב" לדבר החקיקה. אישור זה יכול להינתן על ידי הרבנות הראשית – לפי דברי הרב הרצוג, על ידי תלמיד חכם הנמנה עם הנהגת הציבור – לפי פוסקים אחרים, ואילו לפי דעת הרב שפירא די בהיעדר התנגדות של חברי הכנסת הדתיים לדבר החקיקה. במצב דברים זה, ניתן היה לצפות כי המחזיקים בעמדת הרב הרצוג או בצורך באישור גורם אחר, כאמור לעיל, יפעלו להקמת מערכת אשר תעקוב אחרי עבודת החקיקה שנעשית בכנסת, תבחן אותה ותציג עמדה ברורה ביחס אליה, אשר תהיה אישור או הימנעות מאישור של דבר החקיקה הרלוונטי. ביחס לעמדת הרב שפירא ניתן היה לצפות כי לכל הפחות ייערך מעקב בנוגע להתנגדות או היעדר התנגדות לדבר החקיקה בקרב חברי הכנסת הדתיים. למיטב ידיעתי, עבודה כזו מעולם לא נעשתה. דומה כי הסיבה לכך אינה מקרית. היא נובעת מכך שגם פוסקי ההלכה אלה מכירים, לכל הפחות דה־פקטו, בכל חקיקת הכנסת בדיני ממונות, גם ללא בחינת התקיימותו של התנאי בדבר הצורך באישור של "אדם חשוב".

(ו) בתי המשפט אינם יכולים להיחשב ערכאות של גויים

כזכור, הנימוק שהעלו פוסקי ההלכה לקביעה שמערכת המשפט הישראלית היא בלתי לגיטימית ונכנסת להגדרת ערכאות של גויים הוא שהדין הנוהג בה הוא דין זר, המנוגד לדין תורה. לאור האמור בפרק זה לעיל, דומה כי נימוק זה שגוי ואינו עומד במבחן המציאות. כפי שפורט לעיל, פוסקי ההלכה הציונים סבורים כי לכל הפחות מרבית החקיקה הישראלית מוכרת ובעלת תוקף מבחינה הלכתית. חלק מפוסקי ההלכה הציונים אף סבורים כי כל החקיקה הישראלית תקפה ולגיטימית מבחינת ההלכה, ודומה כי גם אלה הנמנעים מלקבוע זאת באופן גלוי ומוצהר יודו בכך, לפחות דה־פקטו. במצב דברים זה נראה שאין בסיס הלכתי לפסילת מערכת המשפט הישראלית ולקביעה שהיא נכנסת לגדר ערכאות של גויים.

2. הקושי בשיקול האידאולוגי שבבסיס עמדתם של פוסקי ההלכה הציונים

קושי בולט נוסף בפסיקה הרואה במערכת המשפט הישראלית ערכאות של גויים נעוץ בכך שהשיקול האידאולוגי שבבסיס פסיקה זו, אשר לפיו אין להשלים עם מצב שבו הדין הנוהג במדינת ישראל יהיה דין זר השונה מדין תורה ועל כן אין לשתף פעולה עם מערכת המשפט הישראלית, עומד בניגוד גמור לשיקולים ולעקרונות שמנחים את פוסקי ההלכה הציונים בסוגיות אחרות.

כפי שכבר נאמר, פוסקי ההלכה הציונים רואים את המדינה באור חיובי ואת שיתוף הפעולה בין הציבור הדתי לציבור החילוני בקיום המדינה ומוסדותיה כדבר חיובי ואף בעל ערך דתי. בפסיקת ההלכה עושים לפיכך פוסקי ההלכה הציונים מאמץ גדול לאפשר שיתוף פעולה זה, ורואים חשיבות גדולה במציאת דרכים לחיים משותפים של הציבורים השונים במדינת ישראל ולקיום הפעילויות והמוסדות החיוניים לתפקודה של המדינה.⁷⁶

76 על הפער בין פסיקתם של פוסקי ההלכה הציונים בנושא מעמדם של בתי המשפט לבין הפסיקה בנושאים אחרים הנוגעים לשיתוף הפעולה עם הציבור החילוני, המדינה ומוסדותיה ראו גם שפירא, לעיל ה"ש 1, בעמ' 310–311.

דיון מפורט בעניין זה חורג ממסגרת מאמר זה. אציין רק כמה דוגמאות בולטות לשאלות הלכתיות כאלה, שבהן נקטו פוסקי ההלכה הציונים עמדות אשר אפשרו את שיתוף הפעולה עם הרעיון הציוני, הציבור החילוני, המדינה ומוסדותיה: ההתייחסות לנושא שלוש השבועות⁷⁷ וההחלטה לאמץ את הרעיון הציוני; ההחלטה לשתף פעולה עם הציבור החילוני במסגרת התנועה הציונית והמדינה; קבלת העיקרון הדמוקרטי על אף הקשיים ההלכתיים הכרוכים בכך, למשל בנוגע לזכויות מיעוטים; ההחלטה לאפשר את השילוב של חיילים דתיים בצה"ל על אף הקשיים ההלכתיים הרבים הכרוכים בכך; נושא היתר המכירה בשנת השמיטה⁷⁸ ועוד.

ניתן אפוא לראות כי בניגוד למגמה ולעקרונות המאפיינים את פסיקתם של פוסקי ההלכה הציונים, לאפשר את שיתוף הפעולה עם המדינה ומוסדותיה ואת שילוב הציבור הדתי בחיי המדינה, עמדתם ביחס למערכת המשפט הישראלית היא עמדה בדלנית ומסתגרת. דומה כי פער ערכי חריף זה מעורר קושי של ממש.⁷⁹ קושי זה מתחדד בשים לב למקום המרכזי והמשמעותי שתופסת מערכת המשפט במרחב הציבורי במדינת ישראל. בשל המרכזיות והחשיבות של מערכת המשפט, הימנעות מהכרה בה וראייתה כבלתי לגיטימית מקשות מאוד על ההשתלבות בחיים הציבוריים בישראל.

לכך יש להוסיף כי בניגוד ליחסם למערכת המשפט הישראלית, פוסקי ההלכה הציונים מעולם לא התנגדו לכך שנציגי הציבור הדתי יכהנו ברשות המחוקקת וייטלו חלק בעבודת החקיקה של הכנסת. ואכן, מאז כינונה של הכנסת מכהנים בה נציגי הציבור הדתי ונוטלים חלק פעיל בעבודת החקיקה הנעשית בה. קשה להבין כיצד מחד גיסא, השתתפות פעילה של נציגי הציבור הדתי בבית המחוקקים, אשר אינו כפוף לדין תורה, אינו פועל לפיו ומחוקק "חוק זר", נתפסת כלגיטימית, ומאידך גיסא בתי המשפט המיישמים את אותם חוקים שחוקקה הכנסת ופועלים על פיהם נתפסים כמוסדות פסולים ובלתי לגיטימיים.

ד. הלכה במלכוד

אכן, כפי שכבר נאמר, ייתכן שניתן להבין את העמדה שנקט הרב הרצוג בעניין זה בתקופת קום המדינה במהלך המאבק על דמותה של מערכת המשפט הישראלית, על רקע הרצון להשפיע על ההחלטה בעניין זה ולשכנע את מנהיגי המדינה לאמץ את המשפט העברי כדין הנוהג במדינת ישראל. ואולם, המשך העמידה על עמדה זו וקיבועה כהלכה המחייבת לאחר שהוכרע המאבק ולאחר שהוחלט שמערכת המשפט הישראלית לא תבוסס על המשפט העברי, לא זו בלבד שהינו שגוי מן הבחינה המהותית, אלא גם יוצר מלכוד של ממש.

77 בכבלי, כתובות, קיא, ע"א, מוזכרות שלוש שבועות שהשביע הקב"ה את ישראל ואת אומות העולם. חלק מן הפרשנים למדו מאמירה זו כי קיים איסור על ישראל למרוד בגויים ולעלות לארץ ישראל בצורה מאורגנת. רבנים ופוסקי הלכה חרדים השתמשו בשבועות אלה כטיעון מרכזי נגד הציונות.

78 להרחבה בעניין זה ולדוגמאות נוספות ראו יאיר שלג "דילמות ההלכה הציונית" הלכה ציונית 137 (ידידיה צ' שטרן ויאיר שלג עורכים, 2017); ברנדס, לעיל ה"ש 27; בורגנסקי, לעיל ה"ש 29.

79 ביקורת דומה ראו אצל שלג, שם.

מלכוד זה נוצר בשל הפער הגדול בין הרטוריקה והעמדה ההצהרתית והעקרונתית שנוקטים פוסקי ההלכה הציונים לבין ההתנהלות הפרקטית שלהם, הלכה למעשה, בנושא זה. מחד גיסא, ברמה ההצהרתית והעקרונתית, הם מציגים את מערכת המשפט הישראלית כערכאות של גויים וכמערכת משפט בלתי לגיטימית, אשר פנייה אליה מוגדרת כאיסור ואפילו איסור חמור. מאידך גיסא – בין אם בשל הקושי והסתירה הפנימית הגלומים בעמדה זו ובין אם בשל חוסר ההתאמה בין עמדה זו לבין העמדה האידאולוגית הבסיסית של פוסקים אלה, הרואה במדינת ישראל דבר חיובי ושואפת למצוא דרכים לשיתוף פעולה עם מוסדות השלטון בה – הלכה למעשה היחס למערכת המשפט הישראלית אינו שלילי כלל ועיקר. התנהלות מעשית זו משתקפת, בין היתר, בדברים הבאים: ראשית, למרות היותה בליבת מערכת היחסים בין הדת למדינה, הפסיקה ההלכתית שלפיה בתי המשפט הם ערכאות של גויים נותרת כמעט חבויה בספרי ההלכה ואינה זולגת לחיי המעשה. היא אינה זוכה לתהודה ואף לא לאזכור בחינוך הציוני דתי. רבנים ופוסקים ציונים אינם פועלים בקרב הציבור לקיום הלכה זו ויישומה, ולא ניתן למצוא פעילות ציבורית, ודאי לא משמעותית, של פוסקים ורבנים ציונים במטרה להניא את הציבור הדתי מפנייה למערכת המשפט הישראלית. כמו כן, בניגוד לנושאים אחרים הנוגעים ליחסי דת ומדינה, היא גם אינה משמשת נושא למאבק או לדיון ציבורי כללי.⁸⁰ שנית, בכתיבה בנושא זה, הפוסקים והרבנים הציונים עצמם נוהרים מנקיטת עמדה שלילית חד-משמעית בנוגע למערכת המשפט הישראלית, כפי שלכאורה מתבקש מעמדתם העקרונית, ולעיתים אף עומדים על חשיבותה של מערכת המשפט הישראלית, ודאי בתחומי המשפט הפלילי והציבורי. דומה, כי עמדה דו-ערכית זו מחלישה מאוד את תוקף הפסיקה העקרונית ואת משמעותה.⁸¹ שלישית, אחת מן ההשלכות של תפיסת מערכת המשפט כבלתי לגיטימית היא שכהונה כשופט במערכת משפט זו תיחשב גם היא כבעייתית ובלתי לגיטימית. ואולם, לא זו בלבד שפוסקים ורבנים ציונים נמנעים מנקיטת עמדה שלילית כלפי שופטים דתיים, הם אף רואים בכך תופעה חיובית שיש לעודדה.⁸²

חוסר הקוהרנטיות והפער הגדול בין העמדה ההצהרתית והעקרונתית לבין ההתנהלות הפרקטית של פוסקי ההלכה הציונים בעניין זה הוביל לכך שהפסיקה הרואה במערכת המשפט הישראלית ערכאות

80 כזכור, בעבר פוסקי ההלכה התייחסו בחומרה רבה לאיסור הפנייה לערכאות של גויים, ואף השתמשו בסנקציות של חרם ונידוי כלפי העוברים על איסור זה. ראו למשל דברי הרמ"א בשולחן ערוך, חושן משפט, הלכות דיינים, כו, א; ליבוזון, לעיל ה"ש 2. חשוב לציין שבניגוד לעמדה האמביוולנטית של פוסקי ההלכה הציונים בעניין זה, פוסקי ההלכה החרדים נוקטים קו נוקשה ומחמיר הרבה יותר. כך למשל, הרב עובדיה יוסף קובע כי קיים איסור חמור להתדיין במערכת המשפט הישראלית, לכהן בה כשופט ואף לייצג בה כעורך דין. ראו שו"ת יחווה דעת, ח"ד, סה. כן יש להזכיר בעניין זה את הנוהג הרווח בציבור החרדי להוציא "כתב סירוב" לאדם שמסרב להתדיין בפני בית הדין ובוחר לפנות לבית המשפט. ראו על כך בג"ץ 3269/95 כץ נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים, פ"ד נ(4) 590 (1996).

81 ראו למשל הרב עדו רכניץ "משפט התורה וחוקי מדינת ישראל" משפט ההלכה והמשפט האזרחי במדינת ישראל 9 (התשע"ו).

82 ראו למשל שפירא "מבט תורני", לעיל ה"ש 59, בעמ' 239; הרב אריאל בראלי "מעמדו ההלכתי של שופט" אמונת עתיד 114, 49 (התשע"ז). כן ראו את דברי שוחטמן "מעמדם ההלכתי", לעיל ה"ש 1, בעמ' 360–363, שמציג טיעונים אפולוגטיים במעט להכשרת כהונה כשופט ואף לפעולה כעורך דין. מנגד, כפי שנאמר לעיל בה"ש 80, פוסקי הלכה חרדים נוקטים גישה שלילית, תקיפה ומחמירה הרבה יותר.

של גויים אינה מקוימת כלל והפכה לאות מתה.⁸³ הציבור הציוני-דתי אינו רואה בעיה כלשהי במערכת המשפט הישראלית. ישראלים הנמנים עם הציבור הציוני-דתי פונים לבתי המשפט כאשר הם נזקקים לכך, כדבר שבשגרה.⁸⁴ ציונים דתיים רבים מכהנים כשופטים בכל ערכאות השיפוט, לרבות בית המשפט העליון. ציונים דתיים רבים מכהנים בתפקידים שונים ומגוונים בפרקליטות ובמערכות הייעוץ המשפטי לממשלה, ובכלל זה בתפקידים הבכירים ביותר. ולבסוף, ציונים דתיים רבים משמשים כעורכי דין ומייצגים בסכסוכים הנדונים בבתי המשפט,⁸⁵ כל זאת מבלי לראות בכך כל בעיה או סתירה לאמונתם הדתית.

מלכוד זה שבו נתונה ההלכה הוא כמובן בעייתי ולא רצוי. דומה כי הגיעה העת לשינוי.

- 83 על הבעייתיות והקשיים שנוצרים עקב פער בין רטוריקה לבין התנהלות פרקטית הלכה למעשה בתחום אחר, תחום פרשנות חוזים ראו ישראל ציגנלאוב "פרשנות לגיטימית או התערבות הפוגעת ביציבות המשפטית? גישת הפרשנות התכליתית על פרשת דרכים" הפרקליט נ 261 (2008), בייחוד 298–929, 307–306, וה"ש 10, 30.
- 84 ראו על כך תיאורו של השופט מנחם (מריו) קליין בת"א (שלום ת"א) 16016/07 אסקימו סחר בע"מ נ' וידיסלבסקי (פורסם בנבו, 5.5.2008). כן ראו ברנד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 70–72.
- 85 דוגמה יפה לאמביוולנטיות ביחס לאיסור ערכאות במערכת המשפט הישראלית בהקשר של עיסוק בעריכת דין ניתן לראות במאמרו של הרב אריאל בר-אלי "המותר והאסור בעריכת דין בבתי משפט אזרחיים" תחומין לט 318 (התשע"ט). הרב בר-אלי עומד על קיומו של איסור ערכאות של גויים ביחס למערכת המשפט הישראלית, אך בד בבד מוצא נימוקים להקל ודרכים לאפשר את העיסוק בעריכת דין.