

משפט ושיפוט - מחלוקת חדשה גם ישנה: הפרדת הדת מהמדינה או הפרדת הדת מהמדינה

גבולות סמכות השיפוט בהלכה היהודית ובבתי הדין הרבניים

עו"ד יעקב שפירא*

המאמר עוסק ביחסי דת ומדינה מנקודת ראותה של הדת היהודית, ונבחנת בו התייחסות ההלכה למערכת שיפוט אזרחית. במאמר מתוארת מחלוקת הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג והרב גרודז'ינסקי, ערב קום המדינה, בשאלת החוקה והמשפט אשר ינהגו במדינה היהודית העתידה. הרב הרצוג פנה בעניין אל הרב חיים עוזר גרודז'ינסקי, והוא השיבו להפתעתו בהצעה כי תוקמנה במדינה העתידה שתי מערכות שיפוט: האחת רבנית אשר תנהג לפי דיני התורה והאחרת פוליטית אשר תפעל בהתאם לצורכי החברה. הרב הרצוג התנגד להצעה, שכן לטעמו ההלכה חובקת כל ואין צורך במערכת נפרדת אשר תסדיר את התחום המדיני המוסדר על ידי ההלכה. מסתבר כי עוד חכמי ימי הביניים נחלקו בסוגיה זו: לדעת הרמב"ם תורת משה היא ההנהגה המדינית היחידה המבטיחה את שלמות הגוף והנפש. לעומתו הר"ן פיתח תיאוריה היוצרת הפרדה בין משפט התורה לבין משפט המלך - משפט התורה נועד להשיג מטרה רוחנית והוא נצחי ומוחלט, משפט המלך נועד להשתית בחברה דין יישומי אשר יעניק מענה לצרכיה השונים. לאחר ניתוח מחלוקת זו, נבחנת במאמר התייחסות בתי הדין הרבניים דהיום אל מערכת השיפוט האזרחית. על אף שפרופ' אלון סובר כי איסור הערכאות איננו כולל פניה לבתי משפט שמכהנים בהם שופטים יהודים תחת שלטון יהודי, לא ניתן לומר שזו העמדה השלטת בעולם הפסיקה ההלכתי. בית הדין הרבני האיזורי בירושלים פסק שההלכה של איסור ההתדיינות בערכאות חלה גם על ההתדיינויות בבתי המשפט של מדינת ישראל. הרב שרמן פסק בעת כהונתו כאב בית דין בתל-אביב, כי בית הדין הרבני פועל ב"דואליות נורמטיבית": מחד גיסא הוא משמש כמוסד ממוסדות השלטון של המדינה, וככזה הוא מוגבל לסמכויותיו אשר נקבעו בחוק, אך מאידך גיסא הוא מהווה בית דין קבוע של הקהילה הדתית שבתחומי סמכות שיפוטו. תפקיד אחרון זה מקנה לבית הדין סמכות שיפוט כוללת כלפי בני קהילה זו אשר אינם רשאים לסרב להתדיין בפניו. בכך בית הדין הרבני, אליבא דהרב שרמן, מהווה "בית דין מגזרי" הקונה סמכות שיפוט כוללת רק כלפי בני הקהילה הדתית. במאמר נבחנת עמדה זו משפטית וחברתית. תפיסה זו לא התקבלה בבית המשפט העליון, אם כי נשמעו לה הדים בדעת מיעוט מפי השופט טל. עמדה אחרת נשמעה מפיו של דיין בית הדין הרבני הגדול, הרב דיכובסקי. לטעמו, על בית הדין הרבני להכיר בתיחום סמכויות השיפוט של מדינת ישראל ולפעול בגבולות סמכויותיו - מעניין להיווכח כי בנושא זה עבר הרב דיכובסקי מהפך.

* עוזר בכיר ליועץ המשפטי לממשלה, מלמד משפט עברי באוניברסיטה העברית בירושלים. הדברים משקפים את עמדתו הפרטית של הכותב.

עם זאת, הרב דיכובסקי הסתמך על עמדתו של הרמב"ם ולא על עמדתו של הר"ן. במאמר נבחן מעמד בית הדין הרבני נוכח התפיסות השונות של גבולות הפלורליזם השיפוטי. פרופ' ברק דוגל בתורת האחידות השיפוטית לפיה בכל שיטת משפט יש ערכאה שיפוטית אחת היוצרת אחידות וקוהרנטיות משפטית. לעומתו, יש הדוגלים בפלורליזם שיפוטי וולונטרי, ולטעמם יש לקדם את האינטרסים של בני הקהילות השונות ולאפשר להם לשמור על זהות מסורתית, וזאת תוך מתן אפשרות חופש בחירה לפרט בהשתייכותו לקהילה הדתית. יש הסוברים שזהו הרציונל במתן הכרה לבית הדין הרבני לפעול כבורר. במאמר נידונה בהקשר זה הצעת חוק, המציעה להקנות לבית הדין סמכויות שיפוט בענייני ממון כאשר הצדדים הקנו סמכות זו לבית הדין. עוד נידונה במאמר גישת הפלורליזם השיפוטי המנדטורי, לפיה על השלטון להכיר במערכות משפט אוטונומיות המאורגנות סביב קהילה חברתית-דתית מובחנת. לפי עמדה זו יש להכיר בסמכות בית הדין הרבני כמייצג "קהילה". עמדה זו גורסת כי יש להימנע מהכרה במשפט העברי כמשפט לאומי והיא דוגלת בהכרה במערכות משפט של קהילות דתיות שונות, ובכללן הקהילה המאמצת את עקרונות ההלכה היהודית. מעניין להיווכח כי למעשה תפיסה זו נושקת לעמדתו של הרב שרמן אך מנוגדת לחזונו של הרב הרצוג.

הקדמה

א. כינון מערכת משפט נפרדת לצד המערכת הדתית

1.א מחלוקת הרב הרצוג והרב גרודז'ינסקי

2.א מחלוקת חכמי ימי הביניים בסוגיה

ב. מערכת המשפט במדינת ישראל

1.ב דין ערכאות

2.ב עמדת הרב שרמן: בית הדין הרבני הוא בית הדין של הקהילה הדתית

3.ב אמצעי כפייה ביד בית הדין הרבני - כתב סירוב

4.ב עמדת הרב דיכובסקי

5.ב עמדתו של הרב דיכובסקי כלפי מעמד בית המשפט העליון

ג. פלורליזם שיפוטי

1.ג תורת האחידות השיפוטית

2.ג פלורליזם שיפוטי וולונטרי

3.ג פלורליזם שיפוטי מנדטורי

סיכום

ברשימה זו ברצוני לעסוק ביחסי דת ומדינה מנקודת ראותה של הדת, הדת היהודית. לכאורה דת, מעצם טיבה וטבעה, שואפת להיות כולית ואקסלוסיבית, כך שמנקודת ראותה של הדת לא ניתן לדבר על יחסי דת ומדינה במישורים הנוגעים לתחומי פעילותה, שכן הדת לא מותירה מקום לעקרונות המדינה האזרחית במישורים אלה, ומבחינת הדת - עקרונותיה חובקים כל¹. בהתאם לכך, היהדות כדת ליגליסטית אשר באמתחתה מערכת הלכתית, המתייחסת מעבר לחיי היחיד גם לארגונה ודרכיה של החברה,² לכאורה, איננה מותירה מקום לכלליה ועקרונותיה של החברה האזרחית. מקום כזה אולי יותר בדת פרוטסטנטית, השמה דגש על החיים הספיריטואליים של מאמיניה או בדתות אשר מצמצמות את פולחנם למעשים הנוגעים לחיים הדתיים כגון תפילה, קורבנות וסאקראמנטים - כך שהחיים החברתיים והמדיניים יכולים להיות

1 וילאם ג'יימס מנתח בספרו החוויה הדתית לסוגיה (תשכ"ט) את תחושת הכוליות של הדת מבחינתו הפסיכולוגית של האדם המאמין - "ועתה ברצוני לציין אותו סימפטום דתי, שקראתי לו בשם טהרת-החיים. האיש המתקדש רגיש במידה שאין למעלה הימנה לגבי כל סתירה פנימית ופנימת העקבות; אין הוא יכול לסבול שום בלבול וערבוביה. כל מה שמעסיק את רוחו וכל פעולותיו מסתדרים בהכרח לפי היחס אל אותה ההתעוררות הרוחנית המיוחדת השלטת כעת בעולמו הפנימי. כל שאינו רוחני מעכיר את המים הטהורים של הנפש, והנפש סולדת בו. ואל שגב הרגישות המוסרית מתלווית גם התלהבות שבהקרה המוכנה לוותר, למען האלוהות האהובה, על כל מה שאינו ראוי לה" (בע' 190). "במקום שהכיסופים לטהרה ולעקיבות מוסרית מפותחים במידה כזאת, יש שבעל הכיסופים מגיע לכלל דעה, שהעולם החיצון מלא וגדוש מכשולים ותקלות במידה כזאת, שקשה לחיות בו, ושאין ביכולתו להשליט אחדות בחייו ולהציל את נפשו מן הזוהמה אלא אם יפרוש מעולם זה. אותו החוק המכריח את האמן להרחיק מייצירתו כל דבר שיש בו כדי לפגום או להעלות אי-התאמה, שליט גם בחיים הרוחניים" (בע' 194). פייכטה ושליארכר ביקשו להעמיד את הדת על הרגשת ה"תלות המוחלטת" של האדם במשהו גדול ונעלה ממנו. ראו הערך "דת" בתוך האנציקלופדיה העברית 247. להערכתו לתחושות אלה יש השפעה רבה על היחס שנקט כלפי המדינה ומוסדותיה מצד גורמי הממסד הדתי.

2 "ההלכה מקפת את כל שטחי החיים, הן של היחיד והן של הרבים. היא עוסקת ביחסים שבין אדם למקום, בין אדם לחברו, בין היחיד והציבור, בין ציבור לציבור, בין ישראל לעמים ואפילו בין העמים לבין עצמם" אנציקלופדיה עברית ערך "הלכה" 499. השופט פרופ' זילברג ציין כי: "המשפט העברי, שלא כדרך שאר שיטות המשפט, אינו מצמצם בתחומי ה'בין אדם לחברו' בלבד אלא מכניס לקטגוריות משפטיות, מכנה כינויים משפטיים, תופס תפיסה משפטית, גם את היחסים שבין אדם למקום" מ' זילברג כך דרכו של תלמוד (תשכ"ב) 67-68. ועוד כתב פרופ' זילברג: "אופיו של החוק הדתי - של כל חוק דתי - מתבלט בייחוד ובבלעדיות שבו; הוא אינו מכיר גבולות ותחומים, לא מבחינת המקום ולא מבחינת הזמן; מלוא כל הארצות כבודו, ומלוא כל התקופות כבודו" מ' זילברג המעמד האישי בישראל (תשכ"ה) 211. כך גם ציין השופט י' שילה: "המשפט העברי הוא משפט כוללני, בכל שמקיף הוא את כל מעשיו וכל התנהגותו של אדם מיום שעומד הוא על דעתו ועד צאת נשמתו" י' שילה "משפט עברי לאלתר" עיוני משפט א (תשל"א) 29. גם פרופ' אנגלרד ציין ש"הדת היהודית יש לה אופי לגליסטי מובהק" י' אנגלרד "היחס בין ההלכה והמדינה - ההסדר הקיים ופתח פתרון" מולד כב (תשכ"ד -תשכ"ה) 702-703. ופרופ' פריימן כתב: "דת ודין ירדו כרוכים מהר סיני. אין תורת ישראל מבחינה הבחנה עקרונית-דוגמית בין הלכה דתית ובין הלכה משפטית" א' ח' פריימן לוח הארץ (תש"ו) 110. אף השופט קיסטר ציין כי: "תורת ישראל משתרעת על כל שטחי החיים", בג"צ 191/74 בילט נ' הרב גורן, פ"ד כט(1) 98, 104.

מוסדרים בחברה האזרחית. אולם הבחנה זו, לכאורה, לא תיתכן ביהדות.³ יחד עם זאת, להלן אבחן האם בעולמה ההגותי-הלכתי של היהדות נותר מקום להסדרה משפטית-אזרחית מעבר להסדרה משפטית-הלכתית.

א. כינון מערכת משפט נפרדת לצד המערכת הדתית

א.1. מחלוקת הרב הרצוג והרב גרודז'ינסקי

בשנים שקדמו להקמת מדינת ישראל, עסק הרב הראשי לארץ ישראל באותם ימים – הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג, בשאלת החוקה והמשפט אשר ינהגו במדינה היהודית העתידה. הרב הרצוג פנה בשאלה זו אל חכמים שונים וביניהם הרב חיים עוזר גרודז'ינסקי, ראש מועצת גדולי התורה באירופה שלפני השואה. להפתעתו של הרב הרצוג, הציע הרב גרודז'ינסקי לכונן במדינה שתי מערכות סמכות ושני מסלולי שיפוט מקבילים. מערכת אחת רבנית, אשר תנהג לפי דיני התורה ומערכת פוליטית, אשר תפעל בהתאם לצורכי החברה.⁴ הרב הרצוג דחה הצעה זו מכל וכל. ראשית, הוא טען שמבחינה מעשית המערכות לא תוכלנה לפעול בכפיפה אחת. הרב הרצוג אשר גדל בדבלין, דימה את הבעייתיות שתיווצר בעקבות הקמת שתי מערכות שיפוט מקבילות למתח ששרר באנגליה בין בתי המשפט של ה-Common Law לבין בתי המשפט של ה-Equity. מעבר לכך, הרב הרצוג התנגד עקרונית להצעת הרב גרודז'ינסקי, שכן לטעמו החוק הדתי וההלכה, חובקי כל ואין צורך במערכת נפרדת אשר תסדיר את התחום המדיני, המוסדר בעולמה של ההלכה.⁵

- 3 אכן בארה"ב תומס ג'פרסון דיבר על "חומה של הפרדה בין הכנסיה לבין המדינה" שכן עניינם שונה כלשונו: that... "religion is a matter which lies solely between man and his God... that the legislative power of government reach action only, and not opinion" *The Writings of Thomas Jefferson* (Washington, 1861 Vol 8, 113). א' מעוז "הרבנות ובתי הדין" שנתון המשפט העברי טז-יז (תש"ן-תשנ"א) 289, בהערה 78 מציין כי הדימוי של חומת הפרדה בין הכנסייה למדינה נשאל על ידי ג'פרסון מכתביו של Roger Williams, הוגה דעות דתי אשר חשש להשתתף של הדת על ידי המדינה. מעוז מפנה ל *W. Gorman, "Problem of Church and state in the United States: A catholic View", The Wall Between Church and State, (Chicago 1963) David & Brierly, D. H. Oaks, Editor, 41* Not only develop a Christian Law to take the place of Roman law "did the Catholic Church feel it unnecessary to Law ; it did not consider itself authorized to do so R. David & J.E.C Brierly, *Major Legal Systems in the World Today – An introduction to the Comparative Study of Law, (London 1985) 464*
- 4 ראו בעניין: הרב י' א' הלוי הרצוג תחוקה לישראל על פי תורה (תשמ"ט) כרך ב, 75; א' רביצקי דת ומדינה במחשבת ישראל: דגמים של איחוד, הפרדה, התנגשות או כפיפות (תשנ"ח).
- 5 והשוו לדברי הרב אברהם יצחק הכהן קוק אשר אמר בישיבת נציגי הציבור העברי בנוגע לייסוד הרבנות הראשית והענקת סמכות שיפוט לבתי הדין הרבניים כי: "במהלך המשפטים ידוע הדבר שהוא מחולק לשני יסודות עיקריים – דינים ותקנות. בצורה של דין אי אפשר לנו לשנות שום דבר מהמשפטים הקבועים לסדריהם. אבל בתור תקנות יש חופש לחדש ולתקן מה שמוצאים בתי הדין בהסכמת הרבים לתיקון העולם ובכוונה לשם שמיים... בחיינו הלאומיים החדשים בארץ ישראל יהיה לנו בוודאי לפעמים צורך גדול לתקן תקנות גדולות, שכל זמן שתהיינה מוסכמות מרוב חכמי ישראל המומחים לרבים ומקובלים אחר כך על הקהל, יהיה להם כוח של דין תורה" התור כ"ד באדר א' תרפ"א, ע' 10, הישיבה השניה; מצוטט אצל מ' אלון חקיקה דתית (תשכ"ח) 158.

ניתן לתלות את המחלוקת בין הרב הרצוג לרב גרודז'ינסקי בפער אידיאולוגי עקרוני שחצו ביניהם. הרב הרצוג, אשר היה ציוני דתי – רבה של ארץ ישראל, לא היה מוכן לקבל תפיסה ועוד תפיסה דתית לפיה ההסדרה החברתית לאומית של מדינת ישראל לא תהא בהתאם לתורת ישראל. לדידו, אין לקבל תפיסה לפיה תורת ישראל היא תורתם של יחידים ואיננה תורתה של החברה היהודית בכללותה. לעומתו, הרב גרודז'ינסקי, ראש מועצת גדולי התורה באירופה, היה בעל תפיסה חרדית, ולדידו כל עוד מאפשרים לשומרי המצוות לפנות למערכת שיפוט הלכתית אין פגם בכך שהחברה בכללותה תקיים מערכת שיפוט אזרחית נפרדת. אע"ז ואצ"ל שלישיתו יתכן שאף עדיף כך, שכן הפרדה זו מאפשרת לחכמי ההלכה להימנע מהתמודדות עם מעשים והתנהגויות שונות של החברה כולה, אשר אינם בהכרח מתיישבים עם הכללים ההלכתיים. עמדה זו איננה מציבה את פוסקי ההלכה בפוזיציה המחייבת אותם לבחון פתרונות אשר אינם תואמים בהכרח את עמדות ההלכה. נראה כי הפרדה זו אף נבעה מהתנגדות הרב גרודז'ינסקי לעצם המהלך הציוני, ובאמצעותה הוא נמנע ממתן סיוע הלכתי-משפטי להקמת מדינה ציונית. הרב גרודז'ינסקי התנגד באופן עקבי לציונות ולהשכלה חילונית ליהודים. שאיפתו הייתה לקיים את עולם התורה של ישיבות ליטא והוא התנגד לעלייתו ארצה.⁶ לעומתו, הרב הרצוג תמך ברעיון הציוני ואף עסק בפעילות ציבורית: ב-1939 השתתף בוועידת "השולחן העגול" אשר התקיימה בלונדון; ב-1941 נסע לאנגליה, דרום אפריקה וארה"ב לשם הצלת יהודים מאירופה; ב-1946 נסע לתורכיה לשם הצלת יהודים מאזורים שהיו כבושים בידי הנאצים; לאחר הקמתה של מדינת ישראל הוכר הרב הרצוג כרבה הראשי וכנשיא בית הדין הרבני העליון. שאיפתו של הרב הרצוג הייתה להביא ליישומה של ההלכה בכל תחומי החיים של המדינה המתהווה, ובעקבות כך עמדתו של הרב גרודז'ינסקי לא התקבלה על דעתו. בהקשר לכך כתב הרב הרצוג:

ואין מקום בכלל לשם בתי דין רבניים, שכיון שהם מיוחדים רק למשפט, שם ההולם הוא לא רבנים אלא דיינים, או שופטים ו"סמי מאכא" רבנים. ובהיות כך אין מקום לשני מיני בתי דין.⁷

אך הרב הרצוג הכיר בכך שחזונו איננו ריאלי ולא יעמוד במבחן המציאות ובעקבות כך הוא הוסיף וכתב:

6 הרב חיים עוזר גרודז'ינסקי נולד בתרכ"ג-1883 באיז'מיר שברוסיה הלבנה ונפטר בת"ש-1940 בוויילנה. היה דיין בוויילנה ויהודי העיר התייחסו אליו כאל ראש הדיינים. היה מיוזמי הוועידה החרדית בוויילנה בתרס"ט וממייסדי הארגון החרדי "כנסת ישראל". הוא השתתף בוועידת היסוד של "אגודת ישראל" בקאטוביץ' בתרע"ד ומאו ועד מותו היה מראשי "מועצת גדולי התורה" של מפלגה זו. בתרצ"ד מנע הרב גרודז'ינסקי את העברת בית המדרש לרבנים ע"ש הילדסהיימר מברלין לתל-אביב. כאשר פנה אליו קיבוץ אגודאי בשאלה אם מותר לו להתיישב על אדמות הקרן קיימת לישראל, השיב: "כל איש אשר שאר רוח בו יישאר על מקומו ואל יחוש לזרם השוטף... עד ירחם המקום ברוך הוא עמו וימהר ישועתו" (ח' ה' בן-ששון אנציקלופדיה עברית ערך גרודז'ינסקי, ר' חיים עוזר, 239).

7 לעיל הערה 4, כרך א, בע' 25.

אך זה היה עולה בדינו לסדר אילו הקדים הקב"ה את ה'האתחלתא דגאולה' בשבעים או בשמונים שנה. עכשיו בהתחשב עם המצב הקיים, עלינו להכיר את המציאות שסידור כזה מוכרח לחכות לביאת המשיח. הואיל וכך חוששני שהמציאות תאלצנו לסדר שני מיני בתי דין, כפי שאמרנו - בתי דין רבניים, (אני מעדיף שם זה במצב שאנו (משקפים) [משתמשים] עכשיו לבל יתקבל הרושם כאילו המין השני "בתי דין ממשלתיים" הוא בניגוד לדת) ובתי דין ממשלתיים.⁸

אולם הרב הרצוג הדגיש בהתייחסו למשפט שלפיו ידונו בתי הדין הממשלתיים כי:

משפט התורה הוא ה"קודקס" גם של בתי הדין הללו. הואיל ויש דברים שכפי האמור בחושן המשפט סי' א' אין דנים בזמן הזה מפני חוסר הסמיכה (עד שיבוא משיח צדקנו ספק אם ימלא החסרון הזה), והיות ודיני ישראל בקשר עם עבירות ידועות בעניינים שבין אדם לחבירו אינם קובעים עונשים בידי אדם... והיות ולא "אכשר דרא" ואם לא נטיל עונשים תהא הדלת פתוחה לעושי עוולה, והיות ויש כח ידוע בדינו עפ"י תוה"ק (על פי תורת הקודש) עצמה לתקן תקנות לתיקון העולם ולמיגדר מילתא, וכמו שיבואר להלן אף בקביעות עד שיתוקן העולם במלכות שדי, והיות גם כן, ובקשר עם הרבה עניינים שבחיי המסחר והתעשייה, וג"כ בשטחים אחרים מסוימים, דרושות תקנות משפטיות עפ"י יסודות משפט תוה"ק לתקן תקנות בשטחים הללו, לפיכך יוטל על ועדה משפטית מוסמכת מורכבת מגדולי התורה, שתהא עובדת בהתייעצות עם מומחים למשפט בכלל, [דתיים ובני תורה] לקבוע התקנות הדרושות בכל השטחים הנ"ל ועל פיהן ידונו בתי הדין הממשלתיים היהודיים הנ"ל.⁹

א.2. מחלוקת חכמי ימי הביניים בסוגיה

זמן רב טרם הוויכוח בין חכמי ההלכה אודות היחס לתנועה הציונית, נחלקו גדולי החכמים של ימי הביניים בשאלת אפשרות כינונה של מערכת משפט אזרחית. הרמב"ם גרס שחוקה אנושית מבקשת לתקן את חיי האדם במישור הארצי פוליטי בלבד, אולם החוקה האלוקית - תורת משה - חותרת להבטיח, מלבד סדר חברתי-מדיני, תיקון נפשי: חינוך, שלמות ידיעה ושלמות אמונה. ואלו דבריו:

8 שם, שם.

9 שם, בע' 26, ההדגשות אינן במקור.

ותורת האמת, אשר כבר בארנו שהיא אחת לא יותר, והיא תורת משה רבנו, באה להועילנו שתי השלמויות גם יחד; כלומר תיקון מצבי בני אדם זה עם זה בסילוק העושק ובהתנהגות במידות הטובות הנעלות, כדי שיתאפשר קיום אנשי המדינה ותמידותם בסדר אחיד, כדי ששיג כל אחד מהם את שלמותו הראשונה; ותיקון הדעות ומתן השקפות נכונות שבהן תושג השלמות האחרונה.¹⁰

לפי הרמב"ם נמצא כי החיבור הפוליטי והתיאולוגי הוא זה אשר מקנה לחוקת התורה את אופייה האלוהי. יתירה מכך, כדברי אנגלרד: "החוק האנושי, ה-nomos, בהזניחו את השלמות האמיתית ... שואף להשגת אושר מדומה. את השלמות האמיתית ניתן להשיג רק על ידי תורת משה, המכוונת לתיקון הנפש, כפי יכולתו של כל אחד ואחד. תורת משה היא ההנהגה המדינית היחידה המבטיחה את השגתן של שלמות הגוף ושל שלמות הנפש גם יחד... תורת משה היא... החקיקה השלמה ביותר למדינה".¹¹

בנוגע למלך - השלטון הפוליטי של החברה, פסק הרמב"ם:

שצונו למנות עלינו מלך, יקבץ כל אומתנו וינהיגנו, והוא אמרו יתברך 'שום תשים עליך מלך' (דברים, יז, טו)... כל זמן שיהיה מצוות המלך צווי שלא יהיה סותר מצווה מן התורה, הנה אנחנו חייבין לשמוע מצוותו.¹²

ואילו בנוגע לבית הדין הגדול פסק הרמב"ם:

שצונו לשמוע לבית הדין הגדול ולעשות כל מה שיצונו מאיסור והיתר. ואין הבדל בזה בין הדבר שיסברוהו, או דבר שיוציאוהו מן ההיקשים שהתורה נדרשת בהן, או הדבר שיסכימו עליו שהוא איסור תורה, או לפי עניין מן העניינים שיהיה דעתם שהוא ישר ושבו חיווק לתורה, הכל אנחנו חייבין לשמוע ולעשות ולעמוד על פיהם, לא נעבור ממנו. והוא אמרו יתברך, 'על פי התורה אשר יורוך' (דברים, יז, יא) ולשון ספרי, 'כל המצוות אשר יאמרו לך תעשה, זו מצוות עשה'.¹³

לדברי פרופ' רביצקי,¹⁴ אליבא דהרמב"ם, מבחינה אחת המדינה משרתת את הדת - המלך כפוף לחוקי התורה ומרים את קרנה של דת האמת בקרב העם. אך מבחינה אחרת גם הדת משרתת את

10 רמב"ם, מורה נבוכים, ג, כז.

11 'אנגלרד יחסי דת ומדינה בישראל' דרך ארץ, דת ומדינה - אסופת מאמרים והרצאות בנושא יהדות, שלטון וערכים דמוקרטיים (תשס"ב) 249, 251. פורסם לראשונה בספר מדינה יהודית ודמוקרטיה (תשנ"ו) 291.

12 ספר המצוות לרמב"ם, מצות עשה, קע"ג.

13 שם, מצוות עשה, קעד.

14 לעיל הערה 4, בע' 24.

המדינה, שכן היא יוצרת בסיס ותשתית למוסר החברתי ונוטעת בלבבות אמונות שהן הכרחיות לתיקון ענייני המדינה... להסיר עול או לקנות מידות טובות".¹⁵

לעומת הרמב"ם, ניסח במאה הארבע עשרה, רבנו ניסים מגירונה שבספרד (הר"ן), תיאוריה פוליטית מעניינת ונועזת, היוצרת הפרדת רשויות בין משפט התורה לבין משפט המלך. לשיטתו של הר"ן, משפט המלך נועד ל"השלים תיקון הסדר המדיני וכל מה שהיה מצטרך לצורך השעה". משפט התורה מיועד להשגת מטרה רוחנית ולכן הוא נדרש להיות נצחי ומוחלט לשם ייצוג הדין האובייקטיבי הנובע ממקור עליון ללא פשרות ובלא שיקולים פרגמטיים. משפט התורה הוא בעל ערך סגולי-אינהרנטי ואין לו מטרה תכליתית-יישומית. משפט המלך נועד להשתית בחברה דין יישומי אשר יעניק מענה לכל צרכיה. הר"ן מביא כדוגמא את דיני הראיות של ההלכה אשר חומרתם, גם אם יש בהם טעם צודק, אינם מאפשרים לחברה התגוננות מספקת כנגד הפגיעה וזו לשונו:

עליו התראה. וזהו משפט צדק אמיתי בעצמו הנמסר לדיינים. אבל אם לא ייענשו העוברים כי אם על זה הדרך, ייפסד הסידור המדיני לגמרי, שיתרבו שופכי הדמים ולא יגורו מן העונש, ולכן ציווה הש"י (=השם יתברך) לצורך ישובו של עולם במינוי המלכות... והמלך הוא יכול לדון שלא בהתראה כפי מה שיראה שהוא צריך לקיבוץ המדיני. ונמצא שמינוי המלכות שווה בישראל וביתר האומות שצריכים לסידור מדיני.¹⁶

הרב גרודז'ינסקי אכן הסתמך בעמדתו על דברי הר"ן הללו וכתב אל הרב הרצוג כהאי לישנא:

בנוגע לגניבות וגזילות ושאר יסודות העונשין, כפי הנראה מתשובות הר"ן היה משפט מלוכה מיוחד לבד מהבי"ד (=מהבית דין) הדנים ע"פ דין תורה. כי באמת קשה הדבר לתקנת המדינה שהגנב יפטור את עצמו בכפל ומודה בקנס יהיה פטור לגמרי. ועל כורחך בכגון זה צריך לתקן תקנות המדינה.¹⁷

ד"ר לוברבוים¹⁸ ציין כי הר"ן צמצם את היסוד התורני אל התחום הסקראלי (קדושת) ופתח פתח להעברתה של הפוליטיאה (ההנהגה המדינית) אל התחום הסקורלי (חילוני). לפי תפיסתו, הר"ן סבור כי המערכת הדתית פונה אל המוחלט והנשגב והמערכת המשפטית והמדינית פונה אל הנדרש מבחינה אוניברסלית. אלו הם דברי הר"ן הקשורים לכך:

15 רמב"ם, מורה הנבוכים, ג, כח.

16 דרשות הר"ן (הוצאת מכון שלם, ירושלים, התשל"ז) דרשה יא, קצ.

17 ראו הרב י' א' הרצוג תחיקה לישראל על פי התורה, לעיל הערה 4, שם.

18 מ' לורברבוים פוליטיקה וגבולות החוק עבודה לקבלת תואר דוקטור, האוניברסיטה העברית, 1992, 209-255.

ומפני זה אפשר שימצא בקצת משפטי ודיני האומות מה שהוא יותר קרוב לתיקון הסידור המדיני ממה שימצא בקצת משפטי התורה, ואין אנו חסרים בזה דבר כי כל מה שיחסרו מהתיקון הנזכר היה משלימו המלך. אבל יש לנו מעלה גדולה עליהם, כי מצד שהם צודקים בעצמם, רצה לומר משפט התורה, כמו שאמר הכתוב 'ושפטו את העם משפטי צדק', ימשך שידבק ויחול השפע האלוהי בנו... ונמצא שמנוי השופטים היה לשפוט משפטי התורה בלבד, שהם צודקים בעצמם¹⁹... ומנוי המלך היה להשלים תיקון סדר המדיני²⁰ וכל מה שהיה מצטרך לצורך השעה.^{21 22}

יש לציין שעיקר חידושו של הר"ן הוא הכרה מבחינה מוסדית בקיומה של מערכת משפט מלכותית אזרחית לצידה של מערכת המשפט התורנית. שכן הנחיה להתאים את דין התורה לצורכי החברה ניתנה עוד על ידי הרשב"א אשר קדם לר"ן. הרשב"א התבקש לאשר תקנון של אחת הקהילות בנוגע לדיני ראיות בעניינים פליליים, והשיב לבני הקהילה כהאי לישנא:

עמדתי על כל טענות הקונדרס הזה ורואה אני שאם העדים נאמנים אצל הברורים, רשאים הם לקנוס קנס ממון או עונש הגוף הכל לפי מה שייראה להם וזה מקיים העולם שאם אתם מעמידין הכל על הדינים הקצובים בתורה ושלא לענוש, אלא כמו שענשה התורה בחבלות וכיוצא בזה, נמצא העולם חרב שהיינו צריכים עדים והתראה, וכמו שאמרו רז"ל לא חרבה ירושלים אלא מפני שהעמידו דבריהם על דין תורה.²³

-
- 19 יש לציין שבהמשך הדרשה, הר"ן מציין: "ואפשר עוד לומר, שכל מה שנמשך למצוות התורה, בין שהוא כפי המשפט הצודק בין שהוא כפי צורך השעה, נמסר לבית-דין, (רביצקי סבור שהר"ן מתכוון בדברים אלה למצוות בין אדם למקום אולם במצוות שבין אדם לחבירו הצודק בלבד נמסר לבית הדין ואלו הם המשך דבריו של הר"ן) כאמרו 'ושפטו את העם משפט צדק' (דברים, טז, יח) אבל תקונם ביותר מזה נמסר למלך לא לשופט. והעולה מזה, שהשופטים נתמנו לשפוט את העם משפט צדק, ויהיו נמשכים מזה שתי תועליות האחד שלם לגמרי והוא שיחול השפע האלוהי וידבק בהם, השני לתקן סידורם, ואם יחסר מזה דבר כפי צורך השעה ישלימנו המלך".
- 20 בתשובותיו כתב הר"ן כי "נראה שהדברים המזדמנין תדיר ויש בהן תקון המדינה אע"פ שבכל פעם ופעם הם פרטיים צרכי רבים מקרו" (שו"ת הר"ן, סימן פ).
- 21 ובהמשך הדרשה מציין הר"ן: "שזה ההבדל בין השופט והמלך, שהשופט משועבד יותר למשפטי התורה מהמלך... ולפי שכן המלך גדול, איננו משועבד למשפטי התורה כמו השופט, ואם לא יהיה שלם ביראת אלוהיו יבוא להפריז על המידות יותר במה שיתחייב לתיקון הכלל, צווחו שיהיה ספר תורה עמו תמיד".
- 22 לעיל הערה 16.
- 23 שו"ת הרשב"א, ח"ג, שצג.

לפי הרשב"א²⁴ על הברורים²⁵ לשקול, איפוא, אם יש מקום לסטות בעניין העומד לפניהם מדין התורה ולהפעיל הוראה אשר תיתן מענה לצורכי החברה. לשיטתו, חוסר מתן מענה משפטי לצורכי החברה הוא אשר הוביל לחורבן בית המקדש השני. הר"ן, הכיר במערכת משפטית הנפרדת ממערכת המשפט התורני, המופעלת על ידי המלך ונותנת מענה לצורכי החברה. אולם יש לציין כי הבנה זו בדברי הר"ן איננה מקובלת על הכל. הרב הרצוג סבר ש"מצד ההלכה אין יסוד להנחה זו של משפט כפול או מקביל של שתי סמכויות".²⁶ בעקבות כך הרב הרצוג הציע קריאה מצומצמת בר"ן²⁷, לפיה אין בדבריו תמיכה במערכת שיפוטית מקבילה אלא רק הצעה לפתרון הקפדת ההלכה בדיני הראיות של דיני נפשות באמצעות הקניית סמכות פרטנית למלך לשמור על תיקון העולם. אף קריאה זו יכולה לפגום בשלמות העולם ההלכתי, שכן בתחום דיני הנפשות ניתנה למלך סמכות שיפוט מקבילה לצידה של ההלכה. לאור זאת, פרופ' אהרון קירשנבאום הקטין את פרופיל משפט המלך:

תרגומם הנאות של מושגים אלה [כלומר, תיקון מדיני או סידור מדיני] הוא the royal prerogative; judicial function of the monarch; emergency powers; exigency jurisdiction. המעלה בתרגומים אלה היא בזה שאין בהם נימה של סטייה מן הדין: הם אינם נושאים משמעות של התנהגות חריגה הנוגדת את החוק. ברם, לפעמים נקראת פעילות זאת על ידי המלומדים: "סמכויות משפט אקסטרנה תורנית" ובאנגלית: extrajudicial or extralegal remedies.²⁸

- 24 לניתוח עמדתו של הרשב"א ראו M. Lorberbaum, Politics and the limits of law, Stanford, California (2001), pp. 112-123.
- 25 הברורים הם דיינים מיוחדים שנמסרו להם תפקידי המשפט ראו ' בער תולדות היהודים בספרד הנוצרית (תל-אביב 1965) [135]. ביינארט מציין כי בקהילת קטלוגניה ניהלו נאמנים הקרויים במקומות שונים גם בשם מוקדמין את ענייני הקהל כאשר לצידם פעלו 'ברורי עבירות'. תפקידם של ברורים אלה היה להעניש עוברי עבירות בדת ובנימוס, במיוחד על דברים שבטהרת המשפחה. לידם של ברורי העבירות פעלו ברורי תביעות לדיני ממונות (ח' ביינארט פרקי ספרד (ירושלים תשנ"ח) 46-47). בער מציין (שם, בעמ' 240-241) כי בתקנות קהילת ברצלונה משנת 1327 נקבע שעסקי הציבור יתנהלו על ידי שלושים איש נבחרים מבין טובי הקהילה. שלושים אלה מינו את כל פקידי הקהל ובכללם הדיינים. המועצה נבחרה כל שלוש שנים על ידי הנאמנים והדיינים ברוב קולות. בער הוסיף כי בעקבות כך שבחירת הנאמנים, הדיינים והיועצים היתה הדדית, נשאר שלטון הקהילה בידי המשפחות המיוחסות. בן ששון ציין כי באחת מהקהילות נקבע שבידי הברורים למנות אחרים תחתיהם אף על פי שלא תהא הסכמה על כך (ח' ה' בן ששון פרקים בתולדות היהודים בימי הביניים (תל אביב 1969) 122]. אני מודה לאחי ד"ר חיים שפירא על הפניה למקורות אלה.
- 26 לעיל הערה 17, בע' 76.
- 27 הרב הרצוג סבר כי דרשות הר"ן לא נכתבו על ידי רבינו ניסים מגירונה אלא על ידי רבינו נסים תלמיד הריטב"א, לעיל הערה 4, בע' 77. היו שייחסו את הדרשות לתלמיד הרמב"ן (הרב הרצוג מציין שכך סבר ר' אברהם מסוכטשוב, וראו אלה אשר הזכיר המהדיר של דרשות הר"ן, אריה ל' פלדמן; דרשות הר"ן, לעיל הערה 16, בע' 5). פלדמן, סבור כי אין ספק שמחבר הדרשות הוא רבינו נסים מגירונה וזאת, בין היתר, מהטעמים הבאים: א. התייחסות רבנו חסדי קרשקש ביאור השם "לדרשות כאשר ידוע כי ר' חסדי לא הכיר שום רבינו נסים מלבד רבו הר"ן. ב. ההשוואות בין הדרשות ובין פירוש הר"ן על התורה. ג. רבינו יוסף בן דוד מסרגוסה, תלמיד רבינו נסים מגירונה, מביא קטעים שלמים מהדרשות תוך יחסון לרבו; שם, בעמ' 5-7. ראו גם א' רביצקי על דעת המקום - מחקרים בהגות היהודית ובתולדותיה (ירושלים 1991) 108, הערה 12.
- 28 א' קירשנבאום "מקומה של הענישה במשפט העברי הפלילי - פרק בהשקפה הפינולוגית של חז"ל והראשונים" עיוני משפט יב (1987) 253, 262.

פרופ' קירשנבאום מציע קריאה מצומצמת של סמכויות המלך לפי הר"ן. לא מדובר במערכת משפטית מקבילה אלא במערכת אשר יש לה סמכויות לשעת חירום.

ד"ר לוברבוים תומך בקריאתו של הרב גרודז'ינסקי²⁹ לתפיסתו, עיקר מאמצו של הר"ן הוא בהבנת המבנה הקונסטיטוציוני של המוסדות המדיניים לפי התורה וביאור חלוקת הסמכויות בין המלך לבין הסנהדרין. לטענתו, אילו הר"ן נתכוון לבסס סמכות להוראות לשעת חירום, אין זה ברור מדוע הר"ן יצר מערכת נפרדת מהסנהדרין להתקנת הוראות אלה. ד"ר לוברבוים³⁰ מוסיף כי מסתבר שהמודל אשר הציב הר"ן במשנתו נועד לבטא את השקפתו בנוגע ליחסי הנהגת הקהל והמוסדות הרבניים בקהילת קטלוניה. לפי תפיסת הר"ן, להנהגת קהל יש סמכות פוליטית ומשפטית ומוסדות הרבנות מופקדים על השיפוט הדתי-תורני שאמור להציב עקרונות צדק. פרופ' יעקב בלידשטיין מעמיד את דברי הר"ן בהקשר של תופעות דומות בחשיבה הפוליטית בימי הביניים, המבקשות ליצור הסדרים קונסטיטוציוניים אשר יספקו את המחויבות המוחלטת לחוק האלוהי מחד גיסא, ואת דרישות מצבם הפוליטי הריאלי מאידך גיסא כדבריו:

בניסוחה הימי בניימי המלא, תיאוריה זו מועידה חוק אידיאלי לחברה אידיאלית וחוק ריאלי לחברה ריאלית. החוק האידיאלי הוא זה הידוע בהתגלות, החוק הקלאסי הידוע בפרטיו ובכלליו, והראוי לחברה אידיאלית. מאידך, החוק הריאלי יונק את סמכותו מחוק ההתגלות הראשוני. אך תוכנו הממשי יעוצב באופן שיבטיח סדר חברתי בתקופת אי הסדר, היינו ההיסטוריה האנושית כפי שזו מוכרת לנו.³¹

לטעמי, ובכל הכבוד הראוי, עמדתם של הרב גרודז'ינסקי, פרופ' בלידשטיין וד"ר לוברבוים תואמת יותר את עוצמת הניסוח של דברי הר"ן אשר מתייתרת ואף איננה מובנית אם נפרש את דבריו כמתייחסים לסמכות ענישה הניתנת למלך כהוראת שעה – סמכות ידועה אשר נקבעה בספר פסקיו של הרמב"ם³² כמאתיים שנה לפני קיומו של הר"ן. רביצקי³³ התומך אף הוא בפרשנות המרחיבה, מצייין כי מעניין להיווכח שבתקופתו של הר"ן, חיבר המומר אבנר מבורגיס (אלפונסו די ואליאדוליד) את ספרו "מורה צדק" בו מתח ביקורת נוקבת כלפי החוק היהודי, החל בדיני קניין וכלה בדיני עדות ועונשין, וזאת תוך השוואת הדין היהודי למשפט האירופאי. הר"ן, בסמיכות זמן ומקום לאבנר מבורגיס, טען שבכל מקום אשר ניכרת עדיפות של הדין החברתי הנוהג במדינות שונות, הדבר נובע מהיעדרה של מלכות בישראל. משפט התורה עולה על כל דת ודין מבחינת הצדק והמסר הרוחני שיש בו, אך אין דין

29 מ' לוברבוים "פוליטיקה כתחום אוטונומי – עיון במשנתו של רבינו ניסים גירונדי" דרך ארץ, דת ומדינה – אסופת מאמרים והרצאות בנושא יהדות, שלטון וערכים דמוקרטיים (התשס"ב) 286.

30 לעיל הערה 24, בעמ' 146-147.

31 לפי תרגומו של ד"ר לוברבוים שם, בע' 284 מתוך G.J. Blidstein, "Ideal" and "Real" in Classical Jewish Political Theory' *Jewish Political Studies Review*, part II 44.

32 ראו רמב"ם, רוצח ושמירת נפש, ב, ד-ה; רמב"ם, מלכים, ג, ה-ו.

33 לעיל הערה 4, בע' 49.

התורה, בהכרח הדין היעיל יותר. לשלטון המדיני בחברה היהודית נמסרה הסמכות להשלים ולתקן תקנות בהתאם לצורכי השעה על מנת להביא לכך שבפועל הדין היהודי יהיה גם יעיל ומתאים לצורכי הזמן והמקום. לדעת רביצקי סביר להניח שהר"ן ידע על ביקורתו של אבנר מבורגיס אשר נתחברה דור אחד לפניו, ויש לחזק סברה זו בכך שתלמיד הר"ן - ר' חסדאי קרשקש מגלה בכתביו כי הכיר את כתביו של אבנר מבורגיס.³⁴

מעבר לחיבורו של אבנר מבורגיס, רביצקי³⁵ מעלה כי יתכן שהר"ן הושפע מעמדת ג'והן מפריס אשר ניסח בראשית המאה ה-14 (1302) את עיקרון ההפרדה בין המלך והאפיפיור, בהסתמך על עמדת תומאס מאקווינס³⁶ וזאת בניגוד למלומדים אחרים כגון ויליאם מאוקהם ומרסיליוס מפדואה, אשר הדגישו את עצמאותה של המדינה והעניקו מעמד רב ואף עליון לריבון החילוני תוך הדגשת אי תלותו בכנסייה.

מעניין לציין כי האברבנאל הסתמך על שיטת הר"ן לביסוס טענתו, שהמלכות מאיימת ללא הרף על משפט התורה ואף מסכנת את עצם קיומו. האברבנאל טען שהמלך לעולם איננו מסתפק בכוח הלגיטימי אשר ניתן לו מאת העם ולפיכך "משפט המלך" לא יתקיים לצד "משפט התורה" אלא יתנגש בו חזיתית ויפעל לעיקורו - "המלך יוכל לבטל משפט השופט ולא יתהפך זה".³⁷ למותר לציין כי יש הדוגלים בעמדה זו בנוגע ליחסי דת ומדינה בימינו ואחרים חוששים מפניה. מעבר לחשש האברבנאל ואולי יחד עימו, מתעוררת השאלה לפי הפרשנות המרחיבה במשנתו של הר"ן, מהי בסופו של דבר מקומה של ההלכה בתחומי ההסדרה המשפטית של החיים המדיניים-חברתיים במדינה היהודית?³⁸ יתכן כי בעקבות עוצמתה של השאלה במסגרת משנה מדינית זו, בחר מי שבחר לפרש את דברי הר"ן בצמצום על אף הקושי הטקסטואלי שבכך.

ב. מערכת המשפט במדינת ישראל

ב.1. דין ערכאות

עד כה ראינו עמדות תיאורטיות בנוגע לגיטימיות ההלכתית של קיום מערכת משפט אזרחית במדינה יהודית. להלן אנסה לבחון את עמדת מערכת בתי הדין הרבניים כלפי מערכת המשפט האזרחית במדינת ישראל הלכה למעשה. האם ניתנת לגיטימציה למערכת זו מצד הממסד הרבני? לכאורה לפי שיטת הר"ן, לפי פרשנותו על ידי ר' חיים עוזר גרודז'ינסקי, על חכמי ההלכה להכיר במערכת זו ולקבל את פסקיה. אף לפי עמדת הרמב"ם והפרשנים המצמצמים את תפישת הר"ן יש לבחון כיצד הם מתמודדים בדיעבד עם מערכת משפטית חיה ונושמת, בעלת סמכויות שיפוט וענישה.

34 'י בער' ספר מנחת קנאות של אבנר מבורגיס והשפעתו על חסדאי קרשקש" תרביץ יא 188; א' רביצקי דרשת הפסח לר' חסדאי קרשקש ומחקרים במשנתו הפילוסופית (תשמ"ט) 38-47. (המקורות מובאים אצל רביצקי לעיל הערה 4 בהערה 49).

35 לעיל הערה 4, בע' 51.

36 מאה 13, סכולסטיקן-פילוסוף שעסק בתיאולוגיה הנוצרית.

37 אברבנאל, הקדמה לספר שופטים, בע' ע"ב. ראו א' רביצקי חירות על הלוחות (תשנ"ט) 49-89.

38 ראו את דברי לוברבוים בקשר לכך, לעיל הערה 29, בע' 286.

לשם בחינת הסוגיה, אבחן ראשית האם איסור ההתדיינות בערכאות, אשר התפתח בעולמה ההלכתי של היהדות, כולל גם מערכת משפט אזרחית במדינה יהודית. עוד במקור התנאי³⁹ נקבע, שאין ללכת ולהיזקק למערכות שיפוטיות של אלה שאינם יהודים אף שהם דנים לפי דין תורה:

תניא – היה רבי טרפון⁴⁰ אומר: כל מקום שאתה מוצא אגוריות (=מקום אסיפות עם שבו התנהלו משפטים) של גויים, אף על פי שדיניהם כדיני ישראל, אי אתה ראשי להיזקק להם שנאמר: 'ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם'⁴¹ – לפנייהם ולא לפני גויים

פרופ' אלון סבור, שדין זה הורתו ולידתו בשעה שעמד המשפט העברי לצאת לדרכו הארוכה והקשה של אוטונומיה שיפוטית ללא מדינה ריבונית, וקביעה זו נועדה לשמירת המשך קיומו ורציפותו של בית הדין היהודי בתקופת הגלות, תוך ראיית הפניה לבית דין זר כחתימה תחת האוטונומיה העברית.⁴² ההליכה לבית המשפט הזר הושוותה לכפירה בקב"ה ובתורתו ולעבירה של חילול ה' – 'וכל הדין בדייני עכו"ם ובערכאות שלהם, אף על פי שהיו דיניהם כדיני ישראל, הרי זה רשע וכאילו חרף וגדף והרים יד בתורת משה רבינו'.⁴³ מאוחר יותר אחד הגאונים – רב פלטוי גאון, התיר להתדיין בערכאות אם הצד השני מסרב להתדיין בבית דין יהודי⁴⁴ והיו שהתירו להתדיין בנושאים מסוימים הדורשים את עוצמת השלטון הכללי כגון במשפטי קרקעות,⁴⁵ פירעון שטר חוב,⁴⁶ מסים, מטבעות⁴⁷ וענייני תקיפה והכאה.⁴⁸ רבנו תם, הרשב"ם ועוד גדולי הלכה התקינו, שאם בעלי הדין מסכימים לכך מותר להם לפנות לערכאות של גויים.⁴⁹ לדעת פרופ' אלון איסור הערכאות איננו כולל פניה לבתי משפט בהם מכהנים שופטים יהודים תחת שלטון יהודי:⁵⁰

39 גיטין, פח, ב.

40 בתנחומא, משפטים, פיסקא ו, ההלכה נזכרת בשמו של רבי שמעון ובשאלות, פרשת בראשית, שאלתא ב, היא נזכרת בשמו של רבי מאיר. אלון מציין כי לפי מקורות אלה הלכה זו נאמרה בדור הרביעי של התנאים, לאחר מרד בר כוכבא, בתקופה בה היה משבר חמור לאוטונומיה השיפוטית היהודית. מ' אלון המשפט העברי (תשמ"ח) 13.

41 שמות, כא, א.

42 מ' אלון המשפט העברי (תשמ"ח), 14, 1605.

43 רמב"ם, סנהדרין, כו, ז ; טור וש"ע, ח"מ, כו, א.

44 אוצר הגאונים (לוין), בבא קמא, חלק התשובות, 69.

45 שו"ת הרמ"א, סימן קט ; תקנה שעט של קהילת Fuhrת אשר פורסמה אצל ש' אסף "לסדרתי בתי הדין באשכנז" המשפט העברי א, 117. מצוין אצל אלון לעיל הערה 42, בע' 16.

46 נחלת שבעה, כח ואלון שם, הערה 47.

47 נתיבות המשפט, ח"מ, כו, ב ; אלון, שם, הערה 48.

48 שו"ת מהר"ח אור זרוע, כה, וקמב.

49 שו"ת מהר"ם בר' ברוך, עה ; שו"ת הר"ן, עג ; נזכרים אצל אלון שם, בע' 17, הערה 51.

50 אלון לעיל, הערה 42 אף מביע תמיהה כיצד הפניה לבתי המשפט של המדינות השונות, בכל רחבי הגולה, אינם מוגדרים ערכאות מאז ביטולה של האוטונומיה היהודית ואילו דווקא פניה לבתי המשפט במדינה העברית מוגדרת כאיסור ערכאות.

יש להעיר על טענה אחרת העולה לפעמים אגב דיון בבעיית דרכו של המשפט העברי במשפט המדינה, והיא הכנסת האלמנט של איסור הליכה לערכאות בהתדיינות לפני בתי משפט שיושבים בהם שופטים יהודים הדנים שלא לפי ההלכה. מתוך דיונו המפורט באיסור הליכה לערכאות קשה ותמוהה היא העלאה טענה זו. הן מבחינה הלכתית והן מבחינה ההסתכלות במציאות ההיסטורית.⁵¹

אך לא ניתן לומר שזו העמדה השלטת בעולם התורני בכלל ובמסד הרבני בפרט. הרב פעלדער הסביר את איסור הערכאות באופן שונה:

כבר הסברתי... חומר איסור להתדיין בערכאות של נוכרים... וכדביאר החזון איש ז"ל (סנהדרין, טו, ד) דחוקותיהם בדויים ואין הבדל בין בא להתדיין לפני נוכרים או ישראלים ששופטים על פי חוקים בדויים וממירים משפטי התורה במשפטי הבל, ואף אם יסכימו בני העיר על זה אין בהסכמתם ממש, ואם יכופו על פי משפטם – גזלנותא ועושק הוא ומרימים יד בתורת משה. נמצא דבלא קבלת רשות מבית דין אין להתדיין בפניהם וטעמא היות 'כי המשפט לאלוקים הוא' (שמות כ') ודיין היושב על כס המשפט הוא שלוחו של ה' והוא לא מתמנה מצד המלכות ולא כפוף להוראות המלכות, אלא שלוחו של מלך המשפט שנותן התורה והמשפט לעמו. שמשום זה מעיקר הדין היה צריך להיות מוסמך איש מפי איש עד משה רבנו כי 'ואצלתי מן הרוח אשר עליך ושמתי עליהם' כתיב, (במדבר, יא) כלומר שלוחי ה' הנאצלים מרוחו, ואם לא מתנהג ואינו מורה כדיני התורה נפסל... וכן כתב הרמב"ן (דברים, א, יז) 'והטעם כי המשפט לאלוקים כהטעם כי לא לאדם תשפוטו כי לה' ועמכם בדבר המשפט, לומר כי לאלוקים לעשות משפט בין ילודיו כי על כן ברא להיות ביניהם יושר וצדק ולהציל עשוק מיד עושקו ונתן אתכם במקומו ואם תגורו ותעשו חמס הנה חטאתם לה' כי מעלתם בשליחותו', ודייני ערכאות וכן אלה המורים שלא ע"פ דתוה"ק (על פי דין תורת הקודש) אינם שלוחי דרבנן, וממילא אינם שלוחי ה'. ולכן יתרחק אדם מישראל מהם ויסור מדרכם ולא יפנה אל בתי משפט שלהם 'כי המשפט לאלוקים הוא'...

51 אלון לעיל הערה 42, בע' 1605. נעיר כי לפי האינטרפטציה המרחיבה בעמדתו של הר"ן (הרב גרודז'ינסקי, פרופ' בלידשטיין, פרופ' רביצקי, וד"ר לוברבוים) בודאי שאין להכליל את בתי המשפט האזרחיים במדינה היהודית באיסור ערכאות – ההלכה מאפשרת קיומו של משפט מלך לצד דין התורה.

...והרמב"ם... גינה באופן חמור ההולך לפני ערכאות של נוכרים... 'כאילו חירף וגידף והרים יד בתורת משה רבינו', נמצא דאיסור ההליכה והשתתפות בערכאות חמור מאד מאד שזה נוגע במצוות אמונה בה' כנותן התורה וכולל חילול שם שמיים.⁵²

לפי תפיסה זו, האל הוא שופט האדם לפי חוקיו ומשפטיו, והדיינים ממונים להיות שליחיו ליישם את משפט תורתו בעולם. כל פנייה לשופטים אחרים ולמערכת משפט אחרת היא כפירה ביסודה של היהדות. האל מסר תורה ובה כללים ועקרונות של מערכת המשפט האלוהית אותה נדרש האדם היהודי ליישם בעולם. אף בית הדין הרבני האזורי בירושלים פסק כי-

ההלכה של איסור ההתדיינות בערכאות חלה גם על ההתדיינות בבתי המשפט של המדינה כפי שהם היום" (תיק לח/2824, פד"ר יא, 259)

הדיין אשר פסק זאת היה הרב שמחה מירון, מי שלימים כיהן כמנהל בתי הדין הרבניים.⁵³ הרב מירון הסתמך, בין היתר, על החזון-איש אשר פסק כי ההליכה לבתי המשפט של מדינת ישראל

52 הרב ג' פעלדער "ערכאות של נוכרים" ספר היובל לכבוד הרב יוסף דוב הלוי סולבייצ'יק (תשמ"ד) תח, תי. נעיר כי פרופ' אשר מעוז ציין כנראה בצדק, לעיל הערה 3, בע' 342, הערה 176, שהצורך החוזר ונשנה להדגיש שאיסור הליכה לערכאות כולל גם פניה לבתי משפט אזרחיים במדינה, מעיד שאין הד לקריאה זו. אכן כפי שהוכיח פרופ' מעוז בדיקה אמפירית מעלה שגופים דתיים ורבניים פונים לבתי המשפט האזרחיים ואפילו בהליכים כנגד גופים דתיים. הרב ניסים בעת שביהן כרב ראשי לישראל פנה לבית המשפט בתביעת פינוי כנגד שוכר נכס של הקדש. ניסיונו של הנתבע להעביר את הדיון לבית הדין הרבני לא צלח. הרב שמחה מירון עצמו עתר לא אחת לבג"צ בנוגע לוועדת המינויים של הדיינים של בג"צ 228/87 הרב שמחה מירון נ' הרב אברהם אלקנה שפירא ואח', לא פורסם ; בג"צ 2494/90 לשכת עורכי הדין נ' השר לענייני דתות, פ"ד מד(4) 282, וראו להלן את התייחסותי לדברי הרב שרמן בעניין.

חמורה יותר, שכן "המירו את משפטי התורה על משפטי ההבל".⁵⁴ בנוסף מצטט הרב מירון את הרב הרצוג הפוסק:

שעם ישראל... המזיח תורתנו הקדושה ודן על פי חוק זר אף על פי שהחוק הוא איננו מתיימר לנבוע ממקור על אנושי ואין לו אופי דתי, בכל זאת הרי הוא בועט בתורת אלוהים... ותוצאותיו של מצב מחפיר ומכאיב זה מי ישרונו.⁵⁵

בהתאם לעמדתו זו, הרב הרצוג התנגד להצעתו של הרב גרודז'ינסקי להקים מערכת משפט אזרחית שתפעל בעניינים פוליטיים-חברתיים. המעניין הוא שעמדתו של הרב גרודז'ינסקי איננה

54 מעניין לציין שסמכות משפטית מתחרה לבתי הדין הרבניים, הייתה עוד טרם הקמת מדינת ישראל: בשנת תרס"ט (1909) הוקם ביפו מוסד 'משפט השלום העברי', מוסד אשר עסק בהקמת בתי משפט חילוניים בעלי רוח של תחיית המשפט העברי, ראו: פ' דייקן (דיקסטיין). תולדות משפט השלום העברי: מגמותיו, פעולותיו והישגיו (תשכ"ד) 23-25, 69-68; ש' אייזנשטדט "משפט השלום העברי בארץ ישראל" ציון במשפט (תשכ"ז) 64; ג' טסמן עוטי הגלימה (תשמ"ה) 39; א' לחובסקי "משפט עברי ואידאולוגיה ציונית בארץ ישראל המנדטורית" רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית, ספר הזכרון לאריאל רוזן צבי (תשנ"ח) 633, בהערה 9 נזכרים המקורות הנ"ל. שמיר כותב כי העומדים בראש הטריבונלים המשפטיים של "משפט השלום העברי": "ראו עצמם כנושאי הדגל של משפט עברי-לאומי, חילוני ובלתי פורמלי, המבוסס בעיקר על יצירה שיפוטית חופשית", ר' שמיר "לקס מוריאנדי: על מותו של משפט ישראלי" שם, בע' 591. גיל הר מצייין כי: "אחת הסיבות להקמת משפט השלום העברי הייתה הרצון של אנשי הישוב החדש להשתחרר מלפיתתם של בתי הדין הרבניים", י' גיל הר התארגנות והנהגה עצמית של הישוב בארץ ישראל בראשית השלטון הבריטי עד אישור המנדט (עבודת דוקטור שהוגשה לאוניברסיטה העברית ב-1973, בע' 208, מצוטט אצל לחובסקי הנ"ל בע' 649). מ' פרידמן חברה ודת - האורתודוקסיה הלא ציונית בארץ ישראל, תרע"ח-תרצ"ז 1918-1936 בע' 75 מצטט את דבריו של לויטפול אשר כתב: "יש לנו משפט עברי, אך הוא נתיישן והיסוד הדתי שמונה בו מעכב בעד התפתחותו. צריך ליצור את המשפט העברי החילוני שלא יהיה קשור בכבלים הדתיים. החיים יוצרים חוקים ולא החוקים יוצרים חיים... עלינו ליצור את המשפט החילוני, כמו שיצרנו את בית הספר העברי החילוני" (חדשות הארץ, ו' באלול תר"ף, 20.8.20). בטבת תרע"ח (ינואר 1918) החליטה האסיפה המכוננת הראשונה על הקמת "בית משפט השלום העברי" בכל ישוב יהודי ועל חובתו של כל 'אזרח עברי' להישפט בפניו. ביפו הוקם בניסן תרע"ח (מרץ 1918) בית משפט שלום עברי. בעקבות כך פנה הרב עזריאל שהיה באותם ימים החכם באשי של יפו, אל הרבנים חברי משרד הרבנות בירושלים ובעזרתם נאספו רבני ישראל לאסיפה כללית אשר עלה בה הצורך בשינויים משמעותיים בסדרי הדין. אולם האסיפה הסתיימה במסקנה שאין לפתור בעיות הלכתיות דתיות באמצעות מוסדות-פורמליות שכן על פתרון לבוא מצד אוטוריטות רבניות בעלות יוקרה וסמכות בעולם התורה (שם, 76). בשנת תר"ף (נובמבר 1919) נפוצו ידיעות כי פעילי "משפט השלום" מבקשים להקים בית משפט "שלום עברי" בירושלים. הרבנים פנו אל הרב קוק וביקשו את התערבותו. למרות התנגדותו של הרב קוק למגמת אנשי "משפט השלום", הוא סבר כי אין להיאבק עימם ישירות אלא יש לערוך בדיק בית בעיקר בתחום האסתטי ובנוהל המשפטי של מערכת בתי הדין הרבניים. הכרה זו חיזקה אותו שיש לפעול במהרה להקמת הרבנות הראשית (שם, 116-117).

55 ראו הרב י' א' הלוי הרצוג "גדרים בדין המלכות", התורה והמדינה ז-ח (תשט"ו-תשי"ז) ט. הרב הרצוג קבע כי המתדיין בפני בתי המשפט האזרחיים הוא "כמייקר שם אלילים" ו"הרי הוא בועט בתורת אלוהים חיים". כך גם פסק החזון איש, חושן משפט, סנהדרין, טו, סעיף ד; הרב ולדנברג "משפט המלוכה" ספר הלכות מדינה ב, סט; הרב יעקב אריאל "המשפט במדינת ישראל ואיסור ערכאות" תחומין א (תש"ם) 319, 327. השוו לעומתם הרב שאול ישראלי "הערת העורך" התורה והמדינה ז-ח (תשט"ו-תשי"ז) עה; מ' אלון המשפט העברי 1605-1607; י' בוק "בתי המשפט בישראל - האמנם 'ערכאות של גויים' תחומין ב (תשמ"א) 523; י' בלידשטיין "מדינת ישראל בפסיקה ההלכתית" דיני ישראל יג-יד (תשמ"ו-תשמ"ח) לד-לט. ראו על כך מעוז לעיל הערה 3, בעמ' 340-343.

נזכרת בפסיקה זו של בית הדין הרבני, יתירה מכך, הרב מירון כותב כי "בעניין זה דנו והכריעו עוד מגדולי רבני דורנו והלכה פסוקה היא"⁵⁶.

2. ב. עמדת הרב שרמן: בית הדין הרבני הוא בית הדין של הקהילה הדתית

לימים עסק בית הדין הרבני בפרשה בה נגן תזמורת המשטרה תבע את מנהל התזמורת, בטענה כי הוציא נגדו שם רע בכתבה שהתפרסמה בעיתון. מנהל תזמורת המשטרה טען באמצעות הפרקליטות כי כעובד מדינה הוא מנוע מלהתדיין בפני בית הדין הרבני, וזאת בהתאם להנחיות היועץ המשפטי לממשלה. אב בית הדין האזורי בתל-אביב, הדיין הרב אברהם שרמן (כיום דיין בית הדין הרבני הגדול) פסק לעניין זה כלהלן:

בית הדין הרבני בת"א שהוא בית הדין הקבוע של הקהילה הדתית בת"א ובכל תחום שיפוטו, חובה עליו מעצם סמכותו הדתית שהוענקה לו מכוח תקנות הקהל, לקבוע עמדתו בנדון, וכך קבעו נבחריו ומנהיגיו הרוחניים של הציבור הדתי והקהילה הדתית, הרבנים הראשיים לישראל הגר"א הרצוג זצ"ל והראשל"צ עוזיאל בהקדמה לתקנות הדיון של בתי הדין הרבניים בשנת 1943 תש"ג עמוד 11 בלשון זו: מסגרת זו התרחבה בחוקת כנסת ישראל כשנתאשרה בטבת תרפ"ח בה ניתנה לכל בית דין רבני של כנסת ישראל גם סמכות של בית דין קבוע לבוררות, נפתחה דרך למסור בה לבתי הדין הרבניים לבירור ולהכרעה כל מיני סכסוכים ודין ודברים בעניינים שהם על פי מהותם מחוץ לסמכות החוקית של בתי דין אלה וכך נפתר כר רחב לפעולה בכיוון המטרה הגדולה והקדושה של החייאת המשפט בישראל ביישובנו כהלכתו בדיני ישראל ודייניו.

הרב שרמן, תלמידו של הרב אלישיב, מסתמך על פסיקתו של הרב הראשי לארץ ישראל ומדינת ישראל הדוגל בעמדתו של הרמב"ם ולפיה יש לדאוג כי בית הדין יעסוק גם בעניינים חברתיים-מדיניים, עמדתו של הרב גרודז'ינסקי איננה נזכרת בפסק דינו. בהמשך פסק הדין נדרש הרב שרמן לשאלת סמכותו השיפוטית של בית הדין הרבני וזאת עקב טענתו של הנתבע כי לבית הדין אין סמכות שיפוט בעניין והוא אף מנוע מלהתדיין בפניו נוכח הנחיית היועץ המשפטי לממשלה. הרב שרמן פסק כי אמנם החוק הגביל את סמכות שיפוטו הייחודית של בית הדין הרבני לענייני המעמד האישי, אך אין לבחון את סמכותו השיפוטית של

56 תיק לח/2824, פד"ר יא, 259, 265. על דברים אלה חזר הרב שמחה מירון במאמרו: "מעמדם של בתי הדין הרבניים בישראל עפ"י ההלכה" תורה שבעל פה כב (תשמ"א) צד, צו; "מגמתה של החקיקה הדתית" גיליון כא-כב (תשכ"ה) 25, 30; "השיפוט הרבני בישראל - היסוד למדינת התורה" ספר הציונות הדתית חלק א (תשל"ז) 199. המקורות נזכרים אצל מעוז לעיל הערה 3, בע' 341 הערה 172.

בית הדין רק בהיבט זה. לדעתו, במינוי הדיינים לבית הדין הרבני מתבצעת מצוות הקמת בית דין קבועים בישראל וההליך של בחירת הדיינים כמוהו כהסכמת הקהל למינוי בית דין קבוע⁵⁷ -

ובזה יש כוח ביד בית הדין הרבני לאכוף לדון בפניו ואין אחד הצדדים רשאי לומר שהדין יהיה על ידי מומחים וגדולי תורה אחרים שלא נתמנו על ידי הקהל.

הרב שרמן הסתמך על פסיקת בית הדין הרבני הגדול בעבר לפיה -

אין הדבר צריך לפנים, כי כל יהודי באשר הוא יהודי, יהא מעמדו ותפקידו אשר יהא, חייב לפי דין תורה להיענות לכל הזמנה של בית דין רבני, להתדיין בפניו, ולציית לכל אשר יורה לו בית הדין. ואפילו מלך וכהן גדול מזמינים אותו לדין לפני בית הדין, והוא חייב להתדיין לפניו... בית דין רבני בישראל יונק את שיפוטו מכוחה של תורה ודיניה... ואם כך, הרי כל טענה על חוסר סמכות במסגרת החוק, אינה תופסת כאשר הבעיה היא בסמכות מכוח התורה ליהודי שומר תורה ומצוות" (ערעור תשל"ב/9 (לא פורסם); פסק הדין ניתן ביום י"ב בטבת תשל"ב. בדין ישבו הרבנים י"ש אלישיב, ב' זולטי, ומ' אליהו.

57 הרב שמחה מירון ציין במאמרו "מעמדם של בתי הדין הרבניים בישראל עפ"י ההלכה", שם, צו, כי לבית הדין הרבני יש מעמד של "בית דין קבוע של כלל האוכלוסייה היהודית שבארץ, מאחר שהוא הוקם באמצעות המוסדות הממלכתיים על דעת הרוב המכריע של האוכלוסייה היהודית בארץ, ובכלל זה נציגי הציבור הדתי המאורגן". בעקבות כך: "ישנה עדיפות הלכתית לבית הדין הרבני הממלכתי על בתי דין פרטיים. עדיפות שמאפשרת לצד המעוניין... לדרוש שההתדיינות שלו תתקיים דווקא בבית הדין הרבני הממלכתי". בתיק לח/2824, לעיל הערה 56, בע' 268, הרב מירון אף מתייחס למעמד בית הדין הקבוע של בית הדין הרבני גם בנוגע למעמדו הכללי במדינה: "לכאורה אפשר לטעון שדיני המעמד האישי שאני, שהרי בהם קיבל בית הדין סמכות מהמחוקק החילוני מה שאין כן לגבי דיני ממונות שבהן אין לבית הדין סמכות לאכוף שיפוטו. אולם טענה זו אי אפשר לקבלה. ראשית משום שההלכה אינה יכולה לגרום את החלוקה של המחוקק החילוני, שהרי אם מפיו אנו חיים הסמכות בענייני ממונות הינה לערכאות, דבר שההלכה אוסרת. ואם הסייג של המחוקק החילוני אכן בטל מנקודת ראותה של ההלכה, אין כל סברה לומר שהוא בטל דווקא כדי להשאיר חלל ריק בנושא דיני הממונות. הרי הלכה פסוקה היא שאין משאירים חלל ריק בתחום זה... הרי שיש להתייחס לבית הדין הרבני האזורי כאל בית דין קבוע של אותה עיר, המוסמך, מבחינת דין תורה, לגבי כל דבר ועניין, וההבדל שבסמכות בית הדין לעניינים השונים הוא רק ביכולת לאכוף פסקי הדין" (מצוטט אצל מעוז לעיל הערה 3, בע' 348). הרב מירון בניגוד לרב שרמן לא הבחין בין סמכות בית הדין הרבני כלפי כלל הציבור לעומת סמכותו כלפי הקהילה הדתית, לדעתו הסמכות השיפוטית הכללית של בית הדין משתרעת כלפי כל הציבור. אף פרופ' שוחטמן כותב כי "מכיוון שיש מקום לומר שבתי הדין הרבניים במדינת ישראל הם בעלי מעמד של בית דין קבוע, מתחייבת מכאן המסקנה, כי מחובתם להיוקק לכל תביעה המוגשת לפניהם - כולל בענייני ממונות". אך פרופ' שוחטמן הוסיף, תוך איזכור פסיקה של בית דין רבני בהתאם לכך, כי "חובת בתי הדין במדינת ישראל להיוקק לתביעה ממונית אינה אמורה אלא כשכל הצדדים מסכימים להתדיין בפניו, שכן בהעדר הסכמה כזו - גם אם על פי דין תורה מוסמך בית הדין לדון בדבר, מבחינה מעשית אין בכך כל תועלת, שהרי לא יהיה אפשר לאכוף את פסק הדין...". (א' שוחטמן סדר הדין (ירושלים תשמ"ח) 164-165; עמדת הרב שרמן מפורטת להלן).

בעקבות כך קבע הרב שרמן כי מנהל תזמורת המשטרה כאדם דתי החבר בקהילה דתית חייב להתדיין בפני בית הדין האזורי שבמקום קהילתו, ואין בידו להעלות טענה כי אין לבית הדין סמכות שיפוט. אמנם הרב שרמן מסתמך, בין היתר, על עמדתו של הרב הרצוג, אך לטעמי, חשוב להדגיש כי הרב שרמן פסע צעד מעבר לעמדתו של הרב הרצוג הנזכרת. אמנם הרב הרצוג לא היה מוכן לקבל כי בעניינים מסויימים תופקע סמכות השיפוט התורנית ותימסר לסמכות שיפוט אזרחית ולשיטתו ההלכה יכולה לפתח שיטת משפט אשר תתאים למדינה מודרנית. אך הרב הרצוג לא גרס שיש להבחין בין תושביה הדתיים של המדינה לבין תושביה החילוניים.⁵⁸ לשיטת הרב שרמן סמכות בית הדין בכל ענייני המשפט חלה כלפי כל התושבים היהודים הדתיים שבמדינה וזאת מכוח הנחה שהליך מינוי הדיינים היה על דעתם כלשונו-

סדר והליך מינויו של דיין להיות חבר בבית הדין הרבני, והרכבה של הוועדה למינוי דיינים שנבחרת על פי קביעת החוק, מלמדים שבית הדין הרבני נשען ויונק את סמכותו וכוחו לדון, לפסוק ולכפות את המשפט והדין משני כוחות, כח המדינה והשלטון וכח, הקהל והקהילה.⁵⁹

קבלת הכושר להיות דיין ניתנת על ידי הרבנים הראשיים ומועצת הרבנות הראשית שהם נתמנו ונבחרו למנהיגים הרוחניים של הקהילות הדתיות בערים בישובים ובקהילות והם שקיבלו מהקהל את הסמכות והכוח לקבוע ולהמליץ למנות את מי שראוי להיות דיין בבית הדין הרבני לשפוט ולדון ולהעמיד את כל משפטי התורה על תילם בתוך הקהילה והחברה הדתית ובודאי ניחא להם לקהילות במה שקבעו ונתנו את הכושר מועצת הרבנות הראשית והרבנים הראשיים ובזה קיבל בית הדין את הכוח מהקהל והקהילות הדתיות את הסמכות לדון, לפסוק ולכפות על השייכים לקהל והקהילות אלו ובזה הם הופכים להיות בית דין קבוע בעירו. כל בית דין באזור השפוט כפי שנקבע בתקנות בתי הדין הרבניים. (ההדגשה אינה במקור)

הרב שרמן גורס, איפוא, כי לבית הדין ישנה "דואלית נורמטיבית", מחד גיסא הוא מוסד ממוסדות השלטון של המדינה, וככזה הוא מוגבל לסמכויותיו בחוק, אך מאידך גיסא בית הדין הוא גם נציג הקהילה הדתית אשר העניקה לו, מכללא, סמכות שיפוט כוללת. דואליות זו של בית הדין הרבני קיימת, לדעת הרב שרמן, בנוגע לסמכות השיפוט של בית הדין הרבני. אך בכל הנוגע

58 והשוו לדברי הרב אברהם יצחק הכהן קוק בפני האסיפה הבוחרת של הרבנות הראשית: "הכוח הרבני הראשי שבארץ ישראל יהיה המרכז הדתי-רוחני העליון של כל העולם היהודי, אליו יפנו ועם דעתו יתחשבו בכל דבר דת ודין" (התור מיום כ"ד באדר א' תרפ"א, 4.3.21, גיליון מיוחד להקמת הרבנות הראשית, מצוטט אצל פרידמן לעיל, הערה 54, בע' 110).

59 השוו לדברי הרב אברהם שפירא, הרב הראשי לשעבר, אשר פסק כי: "בתי המשפט יונקים את סמכותם מחוק המדינה, והם פוסקים פסקיהם לפי דינא דמלכותא, שחברי בית הנבחרים חוקקו במדינה... לא כן אנחנו דייני ישראל בבתי הדין אנו דנים ופוסקים רק מכה סמכות התורה על כל ישראל, ולפי דיני התורה" (תיק תשכ"ו/520 מצוטט אצל אלון, המשפט העברי 1522-1523).

לאחריותו הלכתית, סבור הרב שרמן, כי בית הדין הרבני אשר כונן מטעם הקהילה הדתית כבית דין קבוע, מופקד על שמירת ההלכה בקרב כל בני הקהילה בה הוא מצוי. בערעור על פסק דין של בית הדין הרבני האזורי בו הוכרו ילד כממזר, טען בא כוח היועץ המשפטי לממשלה כי בית הדין הרבני חרג מסמכותו. בהתייחסו לכך כתב הרב שרמן כהאי לישנא:⁶⁰

במאמרי מעמד בתי הדין הרבניים לאור משפטי התורה שפורסם בספר זיכרון להגר"ש (להגאון רבי שילה) רפאל זצ"ל (בעמודים תקמ"ד-תקמ"ח) נתבררה שאלת מעמדם של בתי הדין הרבניים בישראל מכח היותם בית דין קבוע בעירו ששואב את סמכותו מכלל הקהילה הדתית והאוכלוסייה היהודית בישראל והקהילה היהודית הדתית רואה בבית הדין לא רק כסמכות משפטית אלא גם כסמכות הלכתית שקביעותיו מחייבות ע"פ ההלכה, וכתב החתם סופר בשו"ת חת"ס (חתם סופר) הלכות חו"מ (חושן משפט) סי' קע"ז סעיף ג' שבי"ד (שבית דין) מצווים לקיום חוקים ומצוות התורה, ממצוות כל ישראל ערבים זה בזה ובי"ד כנסו בדין שמי שאינו מוחה ויש בידו למחות, וכן בכלל דארור אשר לא יקים את דברי התורה הזו, והוסיף שם החתם סופר בזה"ל (בזו הלשון) '... נחזור להנ"ל דדבר זה מוטל על כל ישראל ובי"ד שליחותיהו דכל ישראל עבדי שנתמנו שלוחא דישראל ועי"ז (ועל ידי זה) נפטרו כל אחד ואחד מלהשגיח...'. על כן כאשר בפני ביה"ד נתברר בברור הלכתי לאחר עיון היטב וגביית עדויות ונשמעו ההודאות... וכתוצאה מזה הגיע ביה"ד הרבני לקביעה הלכתית חד משמעית שהבן הנ"ל פסול לבוא בקהל ישראל מדין ממזרות. חובתו ההלכתית הדתית של ביה"ד להודיע לגורמים המתאימים שעוסקים בנשואין בתוך הקהל והעדה היהודית, מדין דכל ישראל ערבים זה לזה ומדין דלפני עור לא תיתן מכשול... אין לראות בזה כל פעולה משפטית או שימוש בסמכותם כערכאה שיפוטית שקיבלה סמכותה מכח החוק, אלא יש בזה מסירת אינפורמציה הלכתית שמטרתה לשמור את קהל ישראל מחשש שיכנסו לתוכו פסולי חיתון. כאשר ביה"ד האיזורי כבי"ד קבוע בעירו שהקהל והקהילה מסרו בידם שליחותם להיות ערבים לקהל ישראל, מבצע שליחות דתית הלכתית זו⁶¹ (ההדגשות אינן במקור)

60 בית הדין הרבני גדול, תיק נח/515.

61 אעיר כי עמדתו של הרב שרמן לפיה בהכרות הממזרות פעל בית הדין מכח סמכותו ההלכתית ולא מכח סמכותו השיפוטית איננה פשוטה בעיני. כפי שציין הרב שרמן בפסיקתו, הכרות הממזרות נעשתה "לאחר עיון היטב וגביית עדויות ונשמעו ההודאות"... כלומר מדובר בפעולה שיפוטית הדורשת הפעלת סמכויות משפטיות: גביית עדויות, בירור עובדות והערכתן. אין מדובר, איפוא, בהוצאת חוות דעת הלכתית כללית מטעם בית הדין אלא בירור עובדות והכרעה בין צדדים בנוגע לסטטוס של קטין. אציין כי לפי גישת הרב שרמן, בית הדין הרבני איננו כבול, הלכה למעשה, בגבולות סמכויותיו אשר נקבעו בחוק שכן בידיו לטעון כל העת שאיננו מפעיל סמכות שיפוטית אלא נותן חוות דעת הלכתית באותו עניין אשר נידון בפניו. להלן נראה כיצד טיעון זה אכן מאפשר לרב שרמן להטיל, הלכה למעשה, סנקציה חברתית על נתבע המסרב להתדיין בפני בית הדין.

הפער אשר נפרש בין חזונו של הרב הרצוג לבין יישומו על ידי הרב שרמן מהותי ומשמעותי. הרב הרצוג חלם על מערכת שיפוט תורנית אשר תעסוק בכל תחומי החיים כולל העניינים המדיניים, ותשפוט את כל בני הציבור היהודי⁶² לפי דין התורה אשר יצמח ויתפתח. ביישומו של הרב שרמן, בית הדין הרבני הוא "בית דין מגזרי" הקונה סמכות שפיטה מלאה רק כלפי ה"שייכים" לקהילה הדתית. סמכותו ההלכתית הכוללת של בית הדין הרבני כלפי כל בני הציבור היהודי כוננה מטעמים ומניעים דתיים שהינם בסופו של דבר מגזריים - אינטרס בני הקהילה הדתית, הגם שמבחינתם מדובר על אינטרס כללי: כל ישראל ערבים זה בזה. כלשונו של הרב שרמן: "בית הדין מבצע שליחות דתית הלכתית". ניתן לומר שאם הרב הרצוג, בדרכו של הרמב"ם, פעל למנוע את הפרדת הדת מהמדינה,⁶³ הרב שרמן גורם בעמדתו להפרדת הדתיים מהמדינה.⁶⁴ הרב שרמן המשיך והציג את הביסוס המשפטי - לטעמו - למשנתו:

הוועדה למינוי דיינים מורכבת מנציגי הממשלה - שני שרים - ומנציגי הגוף המחוקק הכנסת - שני חברי כנסת - נציגים אלו מייצגים את רשויות החוק והשלטון במדינה. שני הרבנים הראשיים, ושני חברי בית הדין הרבני הגדול, מייצגים את רשויות החוק בכל הנוגע לסמכות בית הדין לדון בכל ענייני נישואין וגירושין ומעמד אישי גם על פי החוק, המדינה וגם על פי חוקי ומשפטי דת ישראל. וכן הם מייצגים ושלוחים של הקהילה והעדה הדתית להעניק במינויים, הסמכות וכוח הפסיקה ואכיפת הדין. שני חברי לשכת עורכי הדין, שמייצגים את השותפים למערכת השיפוט, בעבודת המשפט והפסיקה. לפי זה כאמור כוחו של בית הדין הרבני נשען על שניים, הקהל והקהילה הדתיים ורשויות החוק והשלטון. על כן ביחס לענייני נישואין וגירושין ומעמד אישי, סמכותו של בית הדין היא גם מכוח הקהילה וגם מכוח החוק ואילו בשאר כל עניינים שבית הדין קבוע עוסק ומצווה לעסוק בהם בכל הדינים וההלכות שבשו"ע על כל ארבעת חלקיו, סמכותו וכוחו של בית הדין ניתן לו מכוח הסכמת ורצון הקהל והקהילה הדתית. (ההדגשה אינה במקור)

62 הרב הרצוג התייחס למעמד הציבור שאיננו יהודי במדינת ישראל וסבר שיש לראותו כשותף אשר נכרתה עמו ברית (לעיל, הערה 4, כרך א', בע' 20). הרב הרצוג ציין כי לפי ההלכה ניתן למנות במדינת ישראל שופטים שאינם יהודים (שם, בעמ' 24-25). בתכניתו בנוגע למערכת המשפט במדינה, הציע הרב הרצוג כי הציבור שאיננו יהודי יגבש כללים לפעולת מערכת השיפוט בענייניו וכללים אלה יהיו טעונים אישור (שם, בע' 25).

63 הרב הרצוג עמד על הדרישה כי בחוקי מדינת ישראל יכלול "סעיף יסודי כי המשפט בארץ יהא מבוסס על יסודות התורה" והוסיף שיש "לעבד... מצע למשפט שיתחשב עם האופי הדמוקרטי של המדינה". עוד דרש הרב הרצוג כי "לא יתמנה דיון בישראל אלא אם הוא כשר... מהבחינה הדתית, המוסרית, בקיא... במשפט התורה" והגדיר את המדינה שתקום כ"לא תיאוקרטית כולה ולא דמוקרטית כולה... אלא תיאוקרטית-דמוקרטית" אשר תיכון "במסגרת התורה ובהתחשבות מספקת עם המציאות האקטואלית" הרב י"א הלוי הרצוג "התחיקה והמשפט במדינה היהודית" יבנה ג (תש"י) 9, מצוטט אצל מעוז לעיל הערה 3, בע' 331, הערה 139.

64 מעניין כי הרב חיים עוזר גרודז'ינסקי ציין במכתבו אל הרב הרצוג כי "מושכל ראשון" סבר שיש להקנות לבית הדין הרבני סמכות שיפוט כלפי יהודים וכאשר מעורב בסכסוך מי שאיננו יהודי, הסמכות תהא לבית המשפט האזרחי. הרב גרודז'ינסקי לא סבר שיש להבחין בין יהודים דתיים לשייכים ליהודים. ראו תחיקה לישראל לעיל הערה 17, בע' 75, הערה י'.

להלן נבחן את טיעונו של הרב שרמן - הדיינים מתמנים לפי חוק הדיינים תשט"ו-1955 הקובע כי:

5. דרך המינוי

הדיינים יתמנו על ידי נשיא המדינה לפי הצעת ועדת מינויים שתובא לפני הנשיא על ידי שר הדתות.

6. ועדת המינויים

(א) ועדת המינויים (להלן - הוועדה) תהיה של 10 חברים:

שני הרבנים הראשיים לישראל;

שני דיינים של בית הדין הרבני הגדול שייבחר חבר דיינו לשלוש שנים;

שר הדתות וחבר אחר של הממשלה שייבחר על ידיה;

שני חברי כנסת שייבחרו על ידיה בבחירה חשאית ויכהנו כל עוד הם חברי

הכנסת, ואם תמה כהונת הכנסת - עד שתבחר הכנסת החדשה חברים אחרים

במקומם והכל בכפוף להוראות חוק הכנסת, התשנ"ד-1994 ;

שני עורכי דין העובדים במקצועם, שייבחרו על ידי המועצה המשפטית לשלוש

שנים.

עולה כי הדיינים מתמנים על ידי נשיא המדינה לפי הצעת ועדת המינויים בדומה לשופטים.⁶⁵ קשה לטעון כי מעבר למינוי על ידי הנשיא, בחרו בדיינים נציגי הציבור הדתי. ועדת המינויים של הדיינים מורכבת מהרכב הדומה לוועדת המינויים של השופטים⁶⁶ ולא ברור כיצד ניתן לטעון שהציבור הדתי, להבדיל מהציבור החילוני, קיבל עליו את הדיינים כבעלי סמכות שיפוטית בכל דבר ועניין. אמנם בוועדת המינויים של הדיינים חברים שני הרבנים הראשיים להבדיל מוועדת המינויים שחבר בה רק נשיא בית המשפט העליון אך סבורני שדבר זה נובע מכך שלפי סעיף 17 (א) לחוק הרבנות הראשית התש"ם-1980, ישנה חלוקת תפקידים בין הרבנים הראשיים לישראל, לפיה "במשך מחצית תקופת כהונתם של הרבנים הראשיים לישראל ישמש האחד נשיא המועצה והאחד נשיא בית הדין הרבני הגדול, ובמחצית השניה יתחלפו בתפקידיהם". אין צורך להכביר מילים ברגישות שבמינוי דיינים וכיוון שכך נקבע ששני הרבנים הראשיים יהיו חברים באופן קבוע בוועדת המינויים כך שמינוי הדיינים במשך כל תקופת הקדנציה של הרבנים הראשיים, יהיו על דעת שני הרבנים הראשיים לישראל. מעבר לכך, חוק הדיינים שלפיו מתמנים הדיינים, הגדיר בסעיף 1 ד"כ - "חבר בית דין רבני כמשמעותו בדבר-המלך-במועצתו, 1922-1947, בחוק בתי הדין הרבניים (אישור מינויים), תשי"ב-1952, ובחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין

65 חוק-יסוד: השפיטה קובע בסעיף 4 כי "שופט יתמנה בידי נשיא המדינה לפי בחירה של ועדה לבחירת שופטים".

66 סעיף 4 (ב) לחוק יסוד השפיטה קובע כי: "הוועדה תהיה של תשעה חברים, שהם נשיא בית המשפט העליון, שני שופטים אחרים של בית המשפט העליון שיבחר חבר שופטיו, שר המשפטים ושר אחר שתקבע הממשלה, שני חברי הכנסת שתבחר הכנסת ושני נציגים של לשכת עורכי הדין שתבחר המועצה הארצית של הלשכה ; שר המשפטים יהיה יושב ראש הוועדה".

וגירושין), תשי"ג-1953". הווה אומר, כאשר נשיא המדינה ממנה פלוני כדיין לפי הצעת ועדת המינויים, ברור לכל שמונה דיין אשר יפעל לפי הסמכויות אשר הוענקו לבתי הדין הרבניים. לא ברור מאין הסיק הרב שרמן שמעבר למינוי הגלוי לעין והנחזה לכל, הדיין הממונה לפי החוק התמנה על ידי הקהילה הדתית לדון בכל ענייני המשפט. אוסיף שמעבר לתמיחה זו, מסופקני אם גם מבחינה אמפירית, ההנחה של הרב שרמן לפיה "נוח להן לקהילות הדתיות" לקבל עליהן את הדיינים אשר התמנו לפי חוק הדיינים להיות דיינים קבועים במקומם בעלי סמכות כוללת, יש בה ממש. פרופ' אשר מעוז⁶⁷ ציין, כנראה בצדק, שהצורך החוזר ונשנה להדגיש שאיסור הליכה לערכאות כולל גם פנייה לבתי משפט אזרחיים במדינה, מעיד שאין הד לקריאה זו. פרופ' מעוז הוסיף, שבדיקה אמפירית מעלה שגופים דתיים ורבניים פונים לבתי המשפט האזרחיים ואפילו בהליכים כנגד גופים דתיים. הראשון לציון הרב יצחק ניסים, בעת שכהן כרב ראשי לישראל, פנה לבית המשפט בתביעת פינוי כנגד שוכר נכס של הקדש. ניסיונו של הנתבע להעביר את הדיון לבית הדין הרבני לא צלח. הרב שמחה מירון אשר בעת שכהן כדיין פסק כי פניה לבית המשפט יש בה משום עבירה על איסור ערכאות,⁶⁸ עתר לא אחת לבג"צ כנגד ועדת המינויים של הדיינים.⁶⁹ ⁷⁰ אם הרב הראשי לישראל לא קיבל עליו את דייני ישראל כבית דין קבוע כיצד ניתן להניח שהקהל והקהילות הדתיות מעניקים מעמד זה לבתי הדין הרבניים במדינה? מעבר לכך, לטעמי במציאות דהאינדא קשה להכליל ולהתייחס לקהל ולקהילות הדתיות כמקשה אחת. מחד ישנו ציבור חרדי קיצוני אשר איננו מכיר במוסדות המדינה ובמינוייה וקשה לטעון שציבור זה מקבל עליו את בית הדין הרבני, שסמל המדינה מתנוסס באולמות דיוניו, כבית דין קבוע. מאידך קיים היום ציבור דתי המאופיין לרוב כמתון יותר מבחינה דתית אשר איננו מכיר במסד הדתי מעבר לסמכויותיו המוענקות לו לפי החוק. במציאות מורכבת זו קשה לקבל קביעה מוחלטת לפיה: "בוודאי ניחא להן לקהילות במה שקבעו ונתנו את הכושר מועצת הרבנות הראשית והרבנים הראשיים ובזה קיבל בית הדין את הכוח מהקהל והקהילות הדתיות את הסמכות לדון". אף קביעתו של הרב שרמן כי הרבנים הראשיים ומועצת הרבנות הראשית "נתמנו ונבחרו למנהיגים הרוחניים של הקהילות הדתיות בערים, ביישובים ובקהילות, והם שקיבלו מהקהל את הסמכות והכוח לקבוע ולהמליץ למנות את מי שראוי להיות דיין בבית הדין הרבני לשפוט ולדון ולהעמיד את משפטי התורה על תילם בתוך הקהילה והחברה הדתית", בכל הכבוד, איננה מבוססת. תפקידי מועצת הרבנות הראשית נקבעו בסעיף 2 לחוק הרבנות הראשית לישראל, תש"ם-1980 כלהלן:

67 לעיל הערה 3.

68 לעיל הערה 56.

69 אני מודע לטענה אשר יכולה להיטען ולפיה עתירה בעניין זה שאני, שכן אין באפשרות העותר אלטרנטיבה אחרת – אין לבית הדין הרבני סמכות שיפוט בעניין זה. אולם, כמדומני, שאם הרב מירון היה נאמן לשיטתו לפיה בתי המשפט האזרחיים הם בגדר ערכאות, היה עליו להימנע מלעתור לבית המשפט הגבוה של ערכאות אלה.

70 בג"צ 228/87 הרב שמחה ח' מירון נ' הרב אברהם אלקנה שפירא ואח', (לא פורסם); בג"צ 2494/90 לשכת עורכי הדין נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד מד(4) 282.

תפקידי המועצה הם -

- (1) מתן תשובות וחוות דעת בענייני הלכה לשואלים בעצתה;
- (2) פעולות לקירוב הציבור לערכי תורה ומצוות;
- (3) מתן תעודות הכשר על כשרות;
- (4) מתן כשירות לכהן כדיין לפי חוק הדיינים, תשט"ו-1955;
- (5) מתן כשירות לכהן כרב עיר לפי תקנות בחירות רבני עיר שהותקנו על פי חוק שירותי הדת היהודיים [נוסח משולב] תשל"א-1971;
- (6) מתן כשירות לרב לכהן כרב רושם נישואין;
- (7) כל פעולה הדרושה לביצוע תפקידיה על פי כל דין.

עולה כי תפקידי מועצת הרבנות הראשית להעניק תעודות כשירות לכהן לפי חוק הדיינים תשט"ו-1955. כפי שצינו חוק הדיינים מגדיר דיין כמשמעותו באותם דברי חקיקה אשר העניקו לו סמכות שפיטה. חוק הרבנות הראשית לא העניק למועצת הרבנות הראשית סמכות למנות דיינים לבני הקהילה הדתית אשר יהיו בעלי סמכות שפיטה כוללת. מעבר לכך, החוק העניק למועצת הרבנות סמכות להעניק תעודות כשירות לכהן לפי חוק הדיינים, קרי תעודות הקובעות שבעל תעודה יכול להתמנות לדיין על ידי נשיא המדינה לפי הצעת ועדת המינויים. כפי שצוין, לפי חוק הדיינים נשיא המדינה הוא הממנה את הדיינים ולא מועצת הרבנות הראשית. ידוע כי לרבים וטובים יש תעודות כושר לדיינות אשר הוענקה להם על ידי מועצת הרבנות הראשית אך מעטים מביניהם מתמנים כדיינים על ידי נשיא המדינה. לא ברור מהיכן מסיק הרב שרמן כי הרבנים הראשיים ומועצת הרבנות הראשית קיבלו מהקהל סמכות לקבוע ולהמליץ מי יתמנה כדיין אשר "יעמיד את כל משפטי התורה על תילם בתוך הקהילה והחברה הדתית". סמכות זו איננה נזכרת בחוק ולא ניתן לטעון שסמכות זו הוענקה על ידי בני הקהילות באופן וולונטרי: א. בהיעדר הסמכה חוקית אין כוח בידי הקהילות לחייב את חבריהן להתדיין בפני ערכאה שיפוטית מסוימת בלא שניתנה לכך הסכמה מפורשת. יצוין כי גם אם ניתנה הסכמה מפורשת, לפי החוק בית הדין הרבני יכול לשמש רק בעניינים היכולים "לשמש נושא להסכם בין הצדדים"⁷¹. כפי שצוין, בזמנינו קשה להסיק על הסכמה זו. משני צידי הקשת של החברה הדתית אין כיום הכרה בכך שמוסדות הרבנות הראשית הם "מיופי הכוח" של בני הציבור הדתי להעמדת הדת על תילה ולהיות המוציאים והמביאים בכל הקשור לענייני יהדות במדינה. די אם נזכיר את "בתי הדין צדק" הקיימים במגזר החרדי - האשכנזי וספרדי. בתי דין אלה עוסקים במתן תעודות כשרות למרות שזהו אחד מתפקידיה של מועצת הרבנות הראשית לפי החוק. חלק מבתי דין אלה אף עוסק ברישום נישואין - תפקיד מובהק של הרבנות, וביישוב סכסוכים בדרך של עריכת בוררות ומינוי דיינים אשר יעסקו בכך. בתי דין אלה אף רואים עצמם כאחראים על "העמדת הדת על תילה" במקום הנהגתם ומפרסמים מידי פעם מודעות אודות התנהגויות פסולות של בני החברה אותה הם רוצים להנהיג. לעתים, בתי דין אלה אף מוציאים חרמות ונידויים כנגד אנשים ומפעלים הפועלים בניגוד להוראתם או בניגוד להלכות דתיות שונות. גם בציבור הדתי לאומי לא ברורה ההכרה ברבנות הראשית כסמכות הדתית שבלעדיה אין. הציבור ה"חרדי לאומי" מקבל עליו את

71 סעיף 3 לחוק הבוררות תשכ"ח-1968 וראו בג"צ 816/98 אליהו אמינוף נ' שמואל אלטלף, פ"ד נב(2) 769.

פסיקותיהם של הרב אברהם שפירא, ראש ישיבת מרכז הרב, ושל הראשון לציון הרב מרדכי אליהו. הציבור הדתי לאומי המתון יותר, איננו מקבל עליו אף הוא את עולה של הרבנות הראשית. די אם נזכיר את המקובל בקהילות דתיות לאומיות מסוימות בדבר הליכת הבנות לצבא – דבר המנוגד לעמדת הרבנות הראשית. נוסף את מקצוע ה"טוענות הרבניות" אשר קנה לו שבת בקהילה הדתית הלאומית על אף ניסיונות הרבנות למנוע את צמיחתו.⁷² ובכלל, כל המביט בהתפתחות הציבור הדתי הלאומי על כל גווניו ומוסדות החינוך שלו יתרשם כי לא מדובר בציבור המקבל הכתבה דתית מלאה מצד הרבנות הראשית על כל דרכי התנהלותו.⁷³

3. ב. אמצעי כפיה ביד בית הדין הרבני – כתב סירוב

כנזכר, מנהל תזמורת המשטרה סירב להתדיין בפני בית הדין ולכאורה מעבר לקביעתו של הרב שרמן, כי יהודי דתי המשתייך לקהילה דתית כפוף לסמכות שיפוטו של בית הדין הרבני, אין בידי אמצעי כפייה כלפי מנהל תזמורת המשטרה להביאו להתדיין בפניו. בעבר, בתי הדין היו מוציאים כנגד נתבע אשר סירב להתדיין בפניהם: "כתב סירוב". כפי שציין גולאק:⁷⁴

72 ראו בג"צ 6300/93 "המכון להכשרת טוענות בית דין" נ' השר לענייני דתות, פ"ד מח(4) 444. שם כתב השופט ד' לויין כי: "טוענת העותרת מפי בא-כוחה שגם קריטריונים אלה בחלקם נקבעו שלא בתום לב מתוך מגמה מודעת להיצר את צעדיה של העותרת ולמנוע מבעדה בפועל להכשיר טוענות רבניות במסגרת המוסד החינוכי שהיא מקיימת ומנהלת. דומה שיש ממש בטענות אלה... מתגנב החשש ללב כי הכבדה זו מכוונת היא".

73 הרב יואל בן-נון כתב כי "הרבנות הציונית-ממלכתית נקברה בלי טקס ובלי ערעור", י' בן-נון "הרעיון מנצח נושאי הדגל מפסידיים" מימד גיליון 17 (תשנ"ט). פרופ' מנחם פרידמן גורס כי "ככל שיישמע הדבר פרדוכסלי, הרי דווקא מעמדה ה"רשמי" של הרבנות הראשית, היותה כפופה לחוקים ולתקנות בירוקרטיות רציונליות ולחוקי בחירה הנקבעים על ידי המערכת הפוליטית, מקשה על מעמדה כמנהיגות-על דתית במסגרת החברה היהודית, עם אישים "גדולי תורה" הנהגים מסמכות כריזמטית ואינם כבולים לתקנות בירוקרטיות אלה ואחרות" – מ' פרידמן "לא חלב לא בשר" מימד גיליון 18 (תש"ס). אף בספרו "חברה ודת" מציין פרידמן כי גם בראשית דרכה, "הרבנות הראשית לא הצליחה לבסס לה מעמד של הנהגה דתית במובן הרחב של מושג זה, ברוח חזונו של הרב קוק לניל, הערה 54, בע' 385. אשר כהן מתאר בספרו "הטלית והדגל" (תשנ"ח), בין היתר, את יחסי הגומלין שבין ההנהגה הציונית דתית והרבנות הראשית. כהן מציין כי במהלך שנת תש"ח תבע אחד מעובדי הפועל המזרחי את המפלגה לדין תורה ברבנות עקב סכסוך מסוים בינו לבין המפלגה. בתגובה לכך, הוחלט בזמכירות הוועד הפועל לבקש מהרבנות "שלא תודקק לתביעת החבר ינאי מאחר שעניינים בין החברים וביניהם לבין המוסדות מתבררים במוסדות הפנימיים שלנו" (ע' 93). ועוד מציין כהן כי: "כתנועה מודרנית מעולם לא התבססה בציונות הדתית תפיסה הרואה ברבנות גורם סמכותי שיש לפנות אליו בכל התחומים והנושאים ולקבל את הנחיותיו" (ע' 91). וראו עוד ש' אליעז היחסים בין הרבנות הראשית לארץ ישראל והשלטון המנדטורי (תרצ"ה-תש"ה 1936-1945), עבודה לשם קבלת תואר דוקטור באוניברסיטת בר-אילן, תשל"ט; ש' אליעז "הרבנות הראשית והמזרחי בתקופת המנדט" קתדרה 37 (תשמ"ו) 123-148; א' מורגנשטיין הרבנות הראשית לארץ ישראל – ייסודה וארגונה (ירושלים) 119-131, 132-155; א' פישמן בין דת לאידאולוגיה (1990) 173-180.

74 א' גולאק יסודי המשפט העברי כרך ד' (תשכ"ז) 44. ראו גם: אוצר ישראל, אנציקלופדיה לכל מקצועות תורת ישראל, ספרותו ודברי ימיו (מהדורה 2, י' ד' איזענשטיין עורך, תרפ"ד) 312; ג' ליבון "על מה מנדין" שנתון המשפט העברי ב (תשל"ה) 292, 331. כתב הסירוב משרת מטרה נוספת – בכתב הסירוב מודיע בית הדין לתובע כי הנתבע מסרב להתדיין בפני בית הדין, ולפיכך רשאי התובע לתבוע את הנתבע בפני ערכאה אחרת, הרב ש' דיכובסקי "בתי דין רבניים-ממלכתיים: בעיותיהם והישגיהם" דיני ישראל ג-י (תשמ"ו-תשמ"ז), ז' י"א.

עוד מתקופת התלמוד היו בתי הדינים משתמשים בנידוי והיו כופים על ידו להישמע להם. אדם שהזמינו אותו בית דין לדין שלוש פעמים וסירב ולא בא, היו כותבים עליו פתיחא ומנדים אותו עד שיבוא. וכן היו מנדים את זה שלא ציית לפסק דינו של בית דין, כגון מי שחייבוהו לשלם את חובו ולא רצה לשלם.

אולם בבג"ץ יוסף כץ,⁷⁵ נפסק בדעת הרוב (השופטים זמיר ודורנר כנגד דעתו החולקת של השופט טל) שאין בית הדין הרבני רשאי להוציא כנגד נתבע כתב סירוב. השופט זמיר נימק את פסיקתו בכך ש:

אמנם החוק מעניק לבית דין רבני סמכות לאכוף פסק דין שנתן בגדר סמכותו. ראו, לדוגמה, חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין) (הוראת שעה), תשנ"ה-1995. אך אין חוק המעניק לבית דין רבני סמכות להוציא כתב סירוב, ובכלל זה להכריז על נידוי וחרם, אף לא בעניינים שבגדר סמכותו. אם כך הוא בעניינים שבגדר סמכותו של בית דין רבני מכוח חוק, קל וחומר שכך הוא בעניינים שאינם בגדר סמכותו, כמו ענייני ממונות.

.... אין אנו עוסקים בגוף פרטי כי אם בבית דין ממלכתי, שדינו כאחד מבתי המשפט של המדינה. כמו כל בית משפט, בעצם כמו כל מוסד שלטוני, גם בית הדין הרבני כפוף לעקרונות החוקיות, כלומר, אין לו אלא מה שהחוק העניק לו⁷⁶... מבחינה זאת, בית הדין הרבני בירושלים נבדל מבית הדין של העדה החרדית בירושלים. בית דין רבני בישראל, שיש לו סמכות שפיטה לפי חוק-יסוד: השפיטה, אינו כאחד מבתי הדין של הקהילות היהודיות בתפוצות. להבדיל מהם יש לו שררה ומרות של מוסד שלטוני. לכן, להבדיל מהם, מוטלות עליו גם מגבלות החלות על כל מוסד שלטוני. שום מוסד שלטוני אינו מוסמך לפגוע באזרח ללא סמכות. כך גם בית דין רבני שאין הוא מוסמך להטיל עיצומים על

75 בג"צ 3269/95 יוסף כץ נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים, פ"ד נ(4) 590.

76 מעניין כי פרופ' טדסקי סבר כי דבר המלך במועצתו, 1922, לא העניק סמכות לבתי הדין הרבניים אלא הודה בכוחם העצמאי של אלו: "עמדתו המקורית של המחוקק הארצישראלי בימי דבר המלך במועצתו משנת 1922 הייתה פסיבית לחלוטין. הוא נמנע מלתת הוראות בענייני נישואין ואף מהעמיד שאלות אלו לדין בבתי המשפט האזרחיים. להיפך, הוא הודה כי שאלות אלו נתונות לסמכותם הייחודית (האקסלוסיבית) של משפטי העדות השונות ושל בתי הדין הדתיים למיניהם. אם נדקדק במושגינו, אין כאן משום הרשאה, משום העברת סמכות מצד המחוקק החילוני. לא היא: בעמדתו הפסיבית של המחוקק החילוני יש לראות הודאה כי אין העניין הנדון בגדר סמכותו, וכי המוסדות אשר להם שמורה הסמכות בענייני נישואין יונקים את כוחם המקורי ממקור אחר, שונה מן המדינה החילונית וכליה" (ג' טדסקי "על בעיית הנישואין במדינת ישראל" מחקרים במשפטנו הפרטי (תשי"ט) 199. וכן כתב במאמרו "מעבר מסטטוס נישואין חילוני לדתי והפעלת האחרון למפרע" שם, 194, 198. בניגוד לכך השופט זילברג קבע בע"פ 112/50 יוסיפו נ' היועמ"ש לממשלה, פ"ד ה 481, 501. כי "המחוקק הא"ל... התנצל מעליו את סמכותו... בענייני המעמד האישי ומטעמים ידועים ומובנים הוא מסר, בדרך כלל, את הסדר עניינים אלה... לחוקים הדתיים השונים של העדות השונות". אף פרופ' אלון כתב כי אף בתקופת המנדט הבריטי הייתה הנורמה הבסיסית של "המשפט העברי שבדיני המעמד האישי" - סמכות הפרלמנט הבריטי ולא "רצונו של ריבון העולם" (המשפט העברי, בע' 208, הערה 24). הדברים מצוטטים ונוכחים אצל מעוז לעיל הערה 3, ע' 318, הערה 102.

אזרח, לרבות נידוי וחרם, אם החוק לא העניק לו סמכות כזאת. וכאמור, סמכות כזאת לא הוענקה לו, לא בחוק שיפוט בתי דין רבניים ואף לא בחוק אחר. האם ניתן, בכל זאת, לומר כי בית הדין הרבני ממלא למעשה תפקיד כפול: מצד אחד, הוא ממלא את התפקיד שהוטל עליו לפי חוק המדינה, כלומר, לדון ולהכריע בענייני המעמד האישי לפי חוק שיפוט בתי דין רבניים; אך מצד שני, הוא ממלא גם תפקיד של בית דין תורני בענייני ממונות, שלא מכוח חוק, כמו בית הדין של העדה החרדית בירושלים? לשון אחרת, האם אין זה אפשרי מבחינה משפטית שאותם אנשים, כלומר, הדיינים של בית הדין הרבני, יכהנו בעניין אחד כבית דין רבני, ואז יהיו חייבים לפעול בתוך מסגרת החוק, ובעניין אחר כבית דין פרטי, ואז יהיו רשאים לפעול מחוץ למסגרת החוק?

התשובה שלילית. ראשית, כמו כל גוף ציבורי הממלא תפקיד על פי דין, לרבות כל בתי הדין הפועלים מכוח חוק, גם בית הדין הרבני אינו רשאי למלא תפקיד כלשהו אלא אם החוק מתיר לו למלא תפקיד זה. זוהי התמצית של עקרון החוקיות. לכן אין די בכך שההלכה, להבדיל מחוק המדינה, מתירה לעובד ציבורי לעשות מעשה מסויים.

כדי לקנות סמכות צריך שחוק המדינה הוא שיתיר לאותו עובד או גוף לעשות את המעשה. ... כך גם לגבי בית הדין הרבני.

הווי אומר, גם אם ההלכה או המסורת מתירות לבית דין רבני לעשות מעשה מסויים, כגון להוציא כתב סירוב, אין די בכך כדי להקנות סמכות לבית הדין. בית הדין הרבני, כמוסד ממלכתי, חייב לפעול במסגרת הסמכות המוקנית לו בחוק המדינה.⁷⁷

פסיקה זו מנוגדת לעמדתו של הרב שרמן בדבר "הדואליות הנורמטיבית" של בתי הדין הרבניים. השופט זמיר קבע כי בית הדין הרבני הוא מוסד ממלכתי הפועל לפי חוק ובגדר סמכויותיו בלבד ולא ניתן לומר שהוא ממלא תפקיד כפול: בית דין רשמי ובית דין תורני. עמדת השופט זמיר המבקשת למנוע הכרה בסמכות שיפוט מקבילה של בית הדין הרבני בעניינים אשר לא הוקנו לו בחוק, מזכירה את עמדתו של הר"ן הקובע:

תועלת הנהגת הכלל טוב סודרו הוא, כשתשוב ההנהגה ותעלה אל ראש אחד מיוחד. ומפני זה נצטוו ישראל להקים להם מלך, כדי שתסודר ותמשך ההנהגה ותעלה אל ראש אחד מיוחד ממנה ולא תפסד ברבוי הראשים.⁷⁸

77 לעיל הערה 75, בעמ' 596-597.

78 דרשות הר"ן, הדרוש השמיני.

עמדתו של הרב שרמן נזכרה בדעת המיעוט של השופט טל כהאי לישנא:

בתי דין לפי דין תורה קיימים ועומדים בישראל מימות עולם. חכמינו מזכירים את בית דינו של משה רבנו (תורת-כהנים, ויקרא, כד, י) וממנו ואילך נמשכת שלשלת הקבלה ונמשך דין תורה, בלא הפסק, עד ימינו אלה. ובלשונו של הרב הראשי לישראל, הגאון רבי יצחק אייזיק הלוי הרצוג, "בתי הדין הממשיכים את שרשרת הזהב הנמשכת ממשה רבנו עד היום הזה" (תחומין ז' (תשמ"ו), 277). הרמב"ם בהקדמתו לספרו הגדול "משנה תורה" מונה בשמותיהם לדורותיהם את החכמים, מקבלי התורה והמסורת מדור דור עד רבינא ורב אשי, חותמי התלמוד הבבלי. אחריהם באו רבנן סבוראי, הגאונים, המפרשים והפוסקים, ראשונים ואחרונים עד ימינו אלה. בית הדין הרבני שבדורנו, גם הוא חוליה בשלשלת זו. בניגוד למה שיכול להשתמע מדברי חברי השופט י' זמיר ומפי הפסיקה שהביא, לא מדינת ישראל הקימה את בית הדין הרבני. בית הדין הרבני קדם לתקומתה של מדינת ישראל. רעיונית - הוא קדם לה מימות עולם. בפועל הוקם בית דין זה על ידי מרן הרב הראשי בארץ ישראל הרב אברהם יצחק הכהן קוק זצ"ל, עם הקמת הרבנות הראשית לארץ ישראל בשנת תרפ"א (1921).

... הטעם להענקת סמכות ייחודית לבית דין רבני בענייני נישואין וגירושין של יהודים, גלוי לכל מביני: נישואין וגירושין שלא כדת של תורה, עלולים להרבות איסורי עריות ופסולי חיתון בישראל וסופה של האומה שתיעשה כשתיים ושלוש אומות. ואולם התנאי לאחידות האומה - ששיפוטו של בית הדין הרבני יהא מקובל על כל שדרות העם. כדי שמעשיו של בית דין רבני בענייני נישואין וגירושין יהיו מוכרים ומקובלים על הכל, גם על חרדים וקיצונים, מן ההכרח שבית הדין הרבני של מדינת ישראל, יהיה בית דין לכל דבר ועניין, כמות שהיה מימות משה רבנו. שאם לא כן, לא יהא בית הדין הרבני אלא כמין "רבנות מטעם", כאותם "רבנים מטעם המלכות" ברוסיה הצארית, שלא נחשבו כמורי הוראה ולא שימשו אלא כעין רושמי נישואין וגירושין, לידות ופטירות, ואיש לא התייחס אל "רבנותם" ברצינות. שהרי ההלכה עצמה אינה מכירה יצור משונה כזה, בית דין קצוץ כנפיים וסמכויות, שאינו מוסמך לדון בכל מקצועות התורה והחיים אלא רק בעניין מסוים.

... נאמר גם אנו, כאשר המדינה נותנת סמכות לבית דין רבני בתחום הנישואין והגירושין, הרי זה דווקא בגלל מעמדם כדיינים לכל דבר ועניין. לכן, אם חפצה המדינה בסמכות בתי הדין הרבניים בתחום הצר שתחמה להם, עליה להניח להם את כל כוחותיהם ותפקידיהם ככל בית דין של דין תורה מאז ומעולם.⁷⁹

השופט טל תומך את עמדתו ביסודותיהם של הרמב"ם והרב הרצוג, אותם הזכרנו לעיל, כרואים את בית הדין פעיל ומתערב בכל ענייני המדינה והחברה, בניגוד לעמדת הר"ן. יש לציין כי בפסיקת השופט טל אמנם לא עולה במפורש עמדת הרב שרמן כי לבית הדין הרבני ישנה סמכות שיפוט כוללת כלפי הציבור הדתי להבדיל מהציבור החילוני, אולם הדבר משתמע מנימוק פסיקתו. השופט טל חלק על השופט זמיר וסבר שאין למנוע מבתי הדין הרבניים להוציא כתב סירוב ולהלן תורף דבריו:

השופט זמיר מציע לא רק לפסוק שכתבי הסירוב הוצאו בלא סמכות, אלא גם שבית משפט זה יצהיר כי אין להם תוקף. הצהרה זאת נראית לי שלא במקומה אפילו לשיטתו של חברי. כאמור, הסנקציה שבכתב סירוב היא חברתית-דתית. מי שאינו נמנה על קהל עדת ישראל ההולכים בתורת ה', אין הסנקציה נחשבת בעיניו לכלום.

ואילו בעיני שלומי אמוני ישראל, דינו של מסרב לדין תורה כתוב בשולחן ערוך חושן משפט, וגם אם יבואו כל מלכי מזרח ומערב, ובית משפט זה בכללם, לא יוכלו לבטל דין זה, ורק הפה שאסר – בית הדין הדתי – הוא הפה שיכול להתיר. מסרב לדין תורה שנידויו הותר על פי בג"צ, הוא יצור מוזר שאין לו קיום והוא יישאר בנידויו. ואם אכן התבדלו ממנו חבריו הדתיים, הם יסיפו לעשות כן, גם אחר ביטול הנידוי בבג"צ, ועוד ביתר שאת. הצהרת הבטלות אינה מבטלת, איפוא כלום.⁸⁰

השופט טל סבור שאין פסול בסנקציה של כתב הסירוב, שכן מדובר בסנקציה חברתית-דתית ולפיכך מי שאיננו מקבל עליו עול תורה ומצוות איננו סובל מסנקציה זו ואין לה כל משמעות בעיניו. לעומת זאת מי שמחויב לתורה ולתעודה, רואה בכתב הסירוב סנקציה דתית, ולפיכך אין כל משמעות שבג"צ יכריז כי אין תוקף לכתב סירוב זה, שכן כל כוחו של כתב הסירוב נובע מהמעמד הדתי של בית הדין הרבני. המשמעות הפרקטית של ניתוח זה היא, שלבית הדין הרבני ישנה סמכות שיפוט כוללת כלפי הציבור הדתי אשר יש בידו להיפגע ולהיתרע מכתב סירוב היוצא מבית הדין הרבני. ניתוחו של השופט טל היה יכול להביא למסקנה שיפוטית שונה לפיה על בית הדין הרבני להימנע מהוצאת כתבי סירוב שכן יש בהם משום כפיית שיפוט על ציבור, החושש ונפגע מהם, להתדיין בפניו כאשר חוק המדינה לא העניק לו סמכות שיפוט זו. היה ניתן לטעון שזכות הנתבע להליך שיפוט בהתאם לחוק נפגעת כאשר הוא משתייך לציבור הנפגע מכתב סירוב היוצא מבית הדין הרבני. השופט טל לא הגיע למסקנה זו כי הוא כנראה סבר שאין פסול בכך שבית הדין הרבני יקנה סמכות שיפוט כלפי הציבור הדתי בהתאם לכללי ההלכה שציבור זה רואה עצמו מחויב להם. שאלה זו איננה פשוטה; מחד ניתן לטעון כדברי השופט טל – אם אדם מתחייב מרצונו החופשי לכללים דתיים מסוימים, ובעקבות כך הוא מקבל על עצמו את סמכות השיפוט של ערכאה שיפוטית דתית, מדוע אנו נמנע מערכאה זו לפעול באותם

תחומים שחוק הבוררות מאפשר למנות בעניינם בורר? אולם מאידך הכרה בסמכותו של בית הדין ליתן כתב סירוב משמעה הכרה בסמכותו לכפות על נתבעים להתדיין בפניו בעניינים שהחוק לא הקנה לו סמכות לכך. לא אחת אדם מוצא עצמו במציאות חברתית אשר איננה מאפשרת לו להתנגד לנורמות ולמקובל בה. אני מניח שלא אחת אדם מעוניין להגיע לבית המשפט אך מופעלים עליו לחצים חברתיים, שאין בכוחו לעמוד בהם, להתדיין בבית הדין הרבני. עצם הוצאת כתב הסירוב מעידה שהנתבע איננו מעוניין להתדיין בפני בית הדין הרבני ומדוע יש להקל ראש בסנקציה דתית-חברתית? האם יש לאפשר לבית הדין הרבני – מוסד הפועל לפי חוק ומתוקצב על ידי המדינה – להפעיל סנקציות, גם אם הן חברתיות-דתיות, כנגד מי שמסרב להתדיין בפניו ומעוניין להתדיין בבית המשפט של המדינה באותם תחומים שסמכות השיפוט בהם הוענקה רק לבתי המשפט האזרחיים?!

כזכור, דעת השופט טל הייתה עמדת מיעוט ונפסק שאין בית הדין הרבני מוסמך להוציא כתבי סירוב הכוללים סנקציה חברתית-דתית. לכאורה לא נותר בידי הרב שרמן כל אמצעי כפיה כנגד מנהל תזמורת המשטרה. אולם כפאראפרוזת השופט זילברג על דברי המחוקק,⁸¹ "לדיין נתכנו עלילות הפסיקה". הרב שרמן ציין כי בעקבות בג"צ כץ הנ"ל אין בידי הוציא כתב סירוב נגד מנהל תזמורת המשטרה אך מחובתו הדתית כבית דין קבוע להוציא חוות דעת הלכתית לרבני העיר במקום מגוריו וכן לכל רבני הקהילה הדתית לה הוא משתייך, על מנת שיבחנו אם ניתן לשתפו בתפילות וטקסים דתיים בבית הכנסת. הרב שרמן נימק את זכותו להוציא חוות דעת זו בנימוקים הבאים:

- א. מדובר בחוות דעת ולא בכתב סירוב.
- ב. לפי פסיקת בג"צ קודמת לא ניתן למנוע מדיינים לפעול כרבנים וכמנהיגים דתיים וחוות הדעת מוצאת על ידו כרב וכמנהיג דתי.
- ג. מדובר בחוות דעת הנוגעת לענייני תפילה וטקסים דתיים ופסיקת בג"צ לא יכולה לפגוע בחופש הדת והפולחן.

ישפוט הקורא נימוקים אלה. אעיר כי לעניין הנימוק הראשון מסופקני אם האבחנה בין "כתב סירוב" לבין "חוות דעת הלכתית" היא מהותית ומשכנעת. בסופו של דבר כתב סירוב הוא הצהרה של בית הדין כי הנתבע סירב להתדיין בפניו, ובכך יש לתובע היתר הלכתי להתדיין בפני גוף שיפוטי אחר. בהצהרה זו של כתב הסירוב לעתים נכללו גם חרם או נידוי כלפי הנתבע אשר כנזכר, בג"צ קבע כי על בתי הדין הרבניים להימנע מלהטילם. לעניין זה, מה לי הצהרה ומה לי חוות דעת? יושם אל לב כי הרב שרמן קרא ב"חוות דעתו" לרבני עירו של הנתבע שלא לשתפו בטקסים דתיים, זאת באמצעות בקשה מהם "לבחון" אם ניתן לעשות זאת – קריאה שהיתה בה פגיעה משמעותית בנתבע שהוא אדם דתי המשמש כחזן.

לגבי הנימוק השני שציין הרב שרמן כתמיכה לחוות דעתו, גם אם דיינים יכולים לשמש כרבנים ומנהיגים דתיים, במקרה דנן, בכל הכבוד, הרב שרמן פעל כדיין: הוא ישב בדין, פנה אליו תובע ובעקבות כך הוא כתב החלטה שעליה מתנוסס שם בית הדין הרבני. האם ניתן לומר שבכך הוא פעל כרב ומנהיג דתי? בבג"צ צבן,⁸² נדונה השאלה אם דיין של בית דין רבני, שהוא

81 "אין מחוקק מבלעדי המחוקק, ולו לבד נתכנו עלילות החקיקה", ע"פ 53/54 אש"ד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח 785, 819.

82 בג"צ 132/84 צבן נ' השר לענייני דתות, פ"ד מ(4) 141.

גם רב בישראל, רשאי לעשות כל מה שמותר לרב לעשות לפי ההלכה והמסורת. הטענה בפני בית המשפט הייתה, שמותר לדיין, בהיותו גם רב, לתת עצות לגורמים פוליטיים בעניינים פוליטיים. לפי הטענה, "תפקידו של רב מעצם מהותו הוא להיות מעורב בחיי הקהילה, לייעץ ולעזור בייעוץ ובתמיכה רוחנית לכל הפונים אליו. רב הינו מנהיג קהילתי רוחני". בית המשפט דחה טענה זאת. השופט ברק (כתוארו אז) פסק כי:

המסגרת הנורמטיבית [בה פועל הדיין] זהה לזו החלה לגבי שופט. עקרונות היסוד החלים לעניין שופטים הם החלים גם לעניין דיינים. אכן, הדיין כמו השופט הוא חלק מהרשות השיפוטית. אין הוא בורר בין צדדים הפונים אליו מרצונם הם. הוא פועל מכוח חוק המדינה... הטענה שהושמעה לפנינו, כי מתן עצה פוליטית מותר לדיין בהיותו רב, אין בידי לקבלה. אכן, תנאי מוקדם להיות אדם דיין שיהא רב, אך מכאן לא נובע, כי כל פעילות המותרת לרב מותרת גם לדיין. משנתמנה אדם להיות דיין, עליו לקבל על עצמו את המגבלות שהדיינות מטילה עליו.

השאלה הרלוונטית היא אם דיין רשאי להוציא חוות דעת מעין זו שהוציא הרב שרמן ולא אם רב רשאי להוציאה, שכן הרב שרמן פעל בהוציאה כדיין. לטעמי, בהתאם לנזכר, אין בין חוות דעת זו לבין כתב סירוב דבר, ולפיכך בהתאם להוראת הבג"צ אין בית הדין היה מוסמך להוציאה. הנימוק האחרון לפסיקתו של הרב שרמן גם איננו עומד במבחן משפטי: הרי גם כתב סירוב יכול לעסוק בעניינים דתיים. יש כתבי סירוב שבהם מוטל חרם ו/או נידוי שבהם נמנע מהמסרב להתדיין בפני בית הדין להשתתף בטקסים דתיים (כגון: חזנות ועלייה לתורה) וככל אופן בג"צ פסק שאין לבית הדין סמכות להוציאם. חופש הדת והפולחן איננו כולל את סמכותו של בית הדין הרבני להכריז כי הפרט איננו רשאי לממשו, אך ורק בגלל שסירב להתדיין בפניו בתחומים בהם לא הוענקה לבית הדין בחוק סמכות שיפוט כלפיו.

למעשה, בתי הדין הרבניים אינם מגבילים עצמם לתחומים הדתיים בעת הטלת סנקציות כלפי המסרבים להתדיין בפניהם. לאחרונה פנה אל היועץ המשפטי לממשלה אדם אשר נתבע להתדיין בבית הדין הרבני האזורי בירושלים בענייני בורות. אדם זה סירב להתדיין בפני בית הדין והוצא כנגדו כתב סירוב. לאחר זמן, בעקבות פניה נוספת של התובע, הוציא בית הדין הרבני (בהרכב הדיינים: הרב שרים, הרב כלאב, הרב יפרח) החלטה בה צוין -

כי לפי דין תורה אסור לכל אדם לשתף פעולה עם... בכל עניין ציבורי ובודאי שאסור לשתף עמו פעולה בועד... בכל צורה שהיא, וזאת עד אשר ישמע לבית

הדין.⁸³

83 תיק מספר 056004047, בית הדין הרבני האזורי בירושלים, כ"ד תמוז תשס"ב, 4.7.02.

היועץ המשפטי לשיפוט רבני ציין בתגובה לפניית הנתבע, כי בית הדין הגדול מפרש החלטות מעין אלה כחוות דעת הלכתיות בלבד שאין בצידן סנקציות אופרטיביות. כעוזרו של היועץ המשפטי לממשלה ציינתי בפני היועץ המשפטי לשיפוט רבני, כי לטעמנו מדובר בסנקציה חברתית הפוגעת באדם המשתייך לקהילה הדתית והפניות של אדם זה מוכיחות זאת. היועץ המשפטי לשיפוט רבני שלח עמדה זו לבית הדין הרבני האזורי אשר בתגובה החליט כהאי לישנא:

בית הדין רושם לפניו כי לפי פניית היועץ המשפטי לממשלה אין לבית הדין סמכות חוקית לכתוב בפסק דין של בוררות, שלפי דין תורה אסור לדבר עם הנתבע בענייני הקהל כפי שכתב בית הדין, אף על פי שלפי דין תורה אכן כך הדבר...⁸⁴

החלטה זו ממחישה את גבולות יכולת ההתערבות בהחלטות בתי הדין הרבניים. השאלה היא האם מבחינת בית הדין הרבני דרך פעולה זו היא נבונה ומשרתת את מטרתו,⁸⁵ לכך התייחס הרב דיכובסקי, דיין בית הדין הרבני הגדול.

ב.4. עמדת הרב דיכובסקי

עמדה שונה מעמדת הרב שרמן הביע דיין בית הדין הרבני הגדול, הרב שלמה דיכובסקי, בעת אשר ישב בערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי בו הוחלט שלא לעסוק בתביעת האישה לקבל גט מבעלה עד אשר תעביר את שאר ענייני הסכסוך בינה לבין בעלה מבית המשפט לענייני משפחה לבית הדין הרבני. הרב דיכובסקי פסק כי:

במצב הקיים כיום - ואינני מאושר ממנו - נדונים ענייני המשפחה בערכאות מקבילות: דתית ואזרחית. אדם המתדיין בערכאה אזרחית, אינו עושה זאת משום שהוא "כופר להכעיס", אלא משום שזו זכותו החוקית, בתי הדין הרבניים נמצאים במאבק מתמיד על סמכויותיהם, אינני חושב ש"אילוץ" הצד החלש להעביר את הדיונים לכי"ד רבני, שאם לא כן לא יקבל גט, היא דרך ראויה.⁸⁶

84 שם, ניתנה ב"ב סיון תשס"ג, 12.6.03.

85 בהקשר לכך ראו את דברי פרופסור שיפמן [פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל (ירושלים, תשנ"ה-1995, מהדורה שניה, כרך ראשון) 42-43]: "... יש להדגיש כי בפעילותו השיפוטית, לא יוכל בית-הדין הדתי להישען על סמכותו הדתית, כדי ליטול לעצמו שיפוט בענין החורג מגדר הסמכות המשפטית הנתונה לו בחוק המדינה... כאשר 'בית-הדין' כלל איננו יציר כפיו של החוק, פסיקתו אינה נחזית, אף למראית עין, כפסיקה חוקית וכשרה, ואין חשש של ממש להטעיית הציבור והרשויות המינהליות. אך בית-דין דתי המוכר על פי החוק, צפוי להתערבותו של בית-המשפט-הגבוה-לצדק, אם יחרוג מהסמכות שניתנה לו בחוק. התערבות זו דרושה כדי להסיר את המטוה החוקי מעל פניה של הפסיקה חסרת הסמכות של אותו בית-דין. במקרה זה לא תישמע הטענה שההזיקקות לבית-הדין הדתי נועדה רק לשם קבלת חוות-דעת בעלמא. אדרבא, דבר זה ייחשב כשימוש לרעה בהליכי בית-הדין". וכן ראו בג"צ 816/98 אליהו אמינוף נ' שמואל אלטלף, פ"ד נב(2) 769 בו ציטט השופט חשין דברים אלה של פרופ' שיפמן (בעמ' 786-788 לפסה"ד).

86 ערעור בית הדין הרבני הגדול, דנית כץ נ' גדי כץ, כ"ח אלול תשנ"ט (9.9.99).

בהחלטה דומה התייחס הרב דיכובסקי להחלטת בית הדין הרבני האזורי אשר נתן תוקף להסכם בין בני זוג, לפיו רק אם יתברר בבדיקת רקמות שהבעל הוא אב הילדים הוא יחויב במזונות. הרב דיכובסקי ביטל את החלטת בית הדין האזורי עקב חשש לפגיעה בכשרות היוחסין של הילדים תוך שהתייחס להוראת חוק המידע הגנטי התשס"א-2000:

בכל מקרה, בא כוח היועץ המשפטי לממשלה, המציא לנו את האמור בחוק שנתקבל בכנסת: "חוק מידע גנטי התשס"א-2000". בפרק ב' לחוק הנ"ל סעיף 3 (ד). נאמר 'לא תיערך בדיקה גנטית להורות, אלא לפי צו של בית המשפט לענייני משפחה'.

אמור מעתה, הסמכות להורות על קיום בדיקה כזו, נתונה לבית המשפט למשפחה בלבד, ולא לבית הדין הרבני.

אנו רואים בתמיהה את שלילת הסמכות מבית הדין הרבני, בנושא מהותי של חיי המשפחה, כאשר יש לנושא זה השלכות, הן בתחום האישי, והן בתחום הממוני. וזאת למרות הסתייגותנו מקיום בדיקת רקמות, כאמור לעיל. בדיקת רקמות היא כלי מדעי חשוב ביותר, ולא נכון לשלול מבית הדין הרבני שימוש בכלי זה, כאשר ראה בית הדין צורך לכך.⁸⁷

הרב דיכובסקי מכיר, איפוא, עם כל ביקורתו, בתיחום סמכויות השיפוט של מדינת ישראל, וסובר שעל בית הדין הרבני לפעול במסגרת ובגבולות הסמכות אשר הוענקה לו בחוק.⁸⁸ אמנם יש להדגיש כי הרב דיכובסקי איננו מקבל אידיאולוגית את הגבלת תחומי פעילותו של בית הדין הרבני ורואה בכך מצב של בדיעבד, שאין ברירה אלא להשלים עימו:

הרבמב"ם אומר: "שאינ כוח בידינו להעמיד משפטי הדת על תילם", והדברים נכונים גם לתקופתנו, בי"ד רבני [ה]משתמש בכוח שניתן לו לפי חוק המדינה: ענייני נישואין וגירושין", על מנת לכפות צד זה או אחר, שלא להתדיין בערכאה

87 ההחלטה ניתנה ביום כ' אייר תשס"ב (2.5.00) והסכימו לה הדיינים עזרא בר שלום ואברהם שרמן.
88 אעיר כי הרב דיכובסקי סובר שחיקתם של חוקי מדינת ישראל משפיעים לא רק על גבולות סמכותו השיפוטית של בית הדין אלא גם על פרשנות עקרונות ההלכה. הרב דיכובסקי קבע בפסק דין שניתן לאחרונה כי "ההלכה המחייבת התראה בבעל שהכה את אשתו, אינה מתייחסת למצב החוקי והעובדתי הקיים בימינו. בזמנים עברו, נושא האלימות במשפחה היה נראה בעיניים שונות. לא היה זה יוצא דופן לראות תופעות של הרמת ידיים במשפחה, ובזמנים מסוימים, אולי היה הדבר גם מקובל. על מנת לבטא את סלידתה של ההלכה היהודית מהכאת נשים, והצורך לוודא שאכן יודע הבעל את חומר האיסור, נקבעה ההלכה המצריכה התראה. זמנים אלה חלפו. כיום יודע כל אדם... כי הכאת אישה היא עבירה פלילית מוחלטת ואין לה כל הצדקה מכל סיבה שהיא. בעלים נידונים לתקופות מאסר לא קצרות בגין הרמת יד על נשותיהם. על כן כל אדם הוא בחינת מותרה ועומד... לא יוכל אף אחד למצוא הגנה בטענה, כי לא ידע את חומר האיסור" (תיק 1-21-25056367, פסק הדין ניתן ביום ט"ו אדר א' תשס"ג, 17.2.03). אציין כי הרב שרמן לא קיבל את עמדת הרב דיכובסקי וסבר בדעת מיעוט שאין לכפות גט על הבעל.

אזרחית חוקית, גורם לכריתת הענף שעליו אנו יושבים ולערעור סמכותו של ביה"ד הרבני גם בנושאים של איסור והיתר.

היינו גם הרב דיכובסקי מסתמך על עמדתו של הרמב"ם ואיננו מזכיר את עמדת הר"ן, אך לשיטתו גם לפי הרמב"ם הרואה את בית הדין כאחראי על כל ענייני המשפט בחברה, על בית הדין לבחון את גבולות כוחותיו ולפעול במסגרתם. מדובר, איפוא, בעמדה ריאליסטית הדואגת למעמדו וסמכויותיו של בית הדין הרבני ולא בעמדה אידיאולוגית המכירה בסמכות שיפוט אזרחית במדינת ישראל.

מעניין שבעבר הרב דיכובסקי לא פיתח הבחנה בין עמדתו האידיאולוגית לבין הגישה הפרקטית המחייבת הכרה בגבולות הסמכות החוקית והוא כתב כי:

בתי הדין הרבניים דנים, כידוע, לפי דין תורה, לפי התורה סמכותם של בתי הדין היא בלתי מוגבלת, בהיותה נובעת מן המחוקק האלוקי, ולא מן המחוקק האנושי. בתי הדין מצאו לנכון שלא להתייחס לנושא הסמכות, עקב השקפתם כי סמכותם נובעת מגבוה ולא מחקיקה אנושית. הזדקקות לדיוני סמכות על פי החוק מהווה כעין הודאה בסייגים שתחם המחוקק האנושי, בניגוד לדין תורה.⁸⁹

עוד כתב הרב דיכובסקי:

בבתי הדין הרבניים נידונים גם דיני ממונות. דיון כזה מתקיים - בהיעדר סמכות חוקית - בהסכמת הצדדים ובחתימה של שטר בוררות. במסגרת אחד מפסקי הדין⁹⁰ הללו קבענו כי חתימה על שטר בוררות אינה תנאי לסמכות בית הדין. סמכותו של בית הדין נובעת מן החוק האלוקי של ז'אלה המשפטים אשר תשים לפניהם ומכוח שליחותם של חכמינו הקדמונים. על כן כל יהודי שומר מצוות כפוף באופן טבעי לשיפוטו של ביה"ד רבני. חתימה על שטר בוררות נועדה רק לספק כלים לביה"ד לביצוע פסק דינו, אולם אין בכך תנאי לסמכותו השיפוטית של ביה"ד.⁹¹

בקטעים אלה הרב דיכובסקי נוקט בעמדה קיצונית יותר מעמדתו של הרב שרמן. הרב שרמן בנה קונסטרוקציה לפיה דרך מינוי הדיינים, בהתאם להוראות חוק המדינה, מקנה להם מעמד של 'בית דין קבוע' הטומן בחובו סמכות שיפוט כללית כלפי בני הקהילה הדתית. לעומת זאת, הרב דיכובסקי גורס בקטעים אלה, שבית הדין הרבני איננו פועל מכוח הסמכות אשר הוענקה לו בחוק אלא מכוח הסמכות שהוענקה לו על ידי האל - בשמיים היא! ולפיכך בית הדין הרבני איננו תחום

89 ש' דיכובסקי "סמכות בתי הדין הרבניים בראי פסיקת בתי הדין" דיני ישראל י-יא (תשמ"א-תשמ"ג) ט.
90 תיק 14603/מג פסק הדין לא פורסם.

91 ש' דיכובסקי "בתי דין רבניים-ממלכתיים: בעיותיהם והישגיהם" דיני ישראל יג-יד (תשמ"ו-תשמ"ט) ז, ט"ז ;
צוטט על ידי השופט טל בבג"ץ כץ לעיל, הערה 73. ההדגשות אינן במקור.

בגבולות סמכות החוק וסמכותו רחבה בהתאם להוראות הדין האלוּקִי. כנזכר, בסופו של יום, בפסיקתו מכיר הרב דיכובסקי בגבולות הסמכות החוקית של בתי הדין הרבניים וכנראה שחלוף השנים לימד, כלשונו של הרב דיכובסקי עצמו, שניסיון לחרוג מגבולות הסמכות של בית הדין תביא "לכריתת הענף שעליו יושב בית הדין".

5. ב. עמדתו של הרב דיכובסקי כלפי מעמד בית המשפט העליון

אף בנוגע למעמד בית המשפט העליון ניתן לראות שינוי בתפיסתו של הרב דיכובסקי. בעבר כתב הרב דיכובסקי כי:

סמכותו של בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק מוגדרת בחוק כך: 'לתת צווים לבתי דין דתיים לדון בעניין פלוני לפי סמכותם, או להימנע מלדון או להוסיף ולדון בעניין פלוני שלא לפי סמכותם, ובלבד שלא יזקק בית המשפט לבקשה לפי פסקה זו, אם המבקש לא עורר את שאלת הסמכות בהזדמנות הראשונה שהייתה לו'.

משמעותו של סעיף זה היא, כי בג"צ מוגבל לדון בקביעת סמכותם של בתי הדין, אך ורק לאותם תיקים ספציפיים הבאים לפניו לדיון. וזאת בתנאי שעוררו את שאלת הסמכות בהזדמנות הראשונה. אין לבג"צ סמכות לקבוע הוראות כלליות לבית הדין ביחס לסמכותם החוקית. 'תקדים משפטי' של בג"צ מחייב רק את בתי המשפט האזרחיים, הוא אינו מחייב את בית הדין הרבני, במידה ואין התערבות ספציפית של בג"צ במקרה המסוים שבו דן בית הדין, כפי שהודגש בצייטוט שלעיל.⁹²

מבחינה משפטית ובכל הכבוד הראוי, ניתן לחלוק על פרשנות הרב דיכובסקי לסעיף 15 (ד) (4) לחוק יסוד השפיטה ולגרוס כי אם החוק העניק לבית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק סמכות לתת צווים לבתי דין דתיים לדון בעניין פלוני או להימנע מלדון בעניין פלוני, הרי שהחוק העניק לבית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק את הסמכות לקבוע את גבולות תחום השיפוט של בתי הדין הרבניים, שהרי לפי סעיף 20 (ב) לחוק יסוד השפיטה: "הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, זולת בית המשפט העליון". יושם אל לב כי בסעיף הודגש ש"הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט" זאת להבדיל מסעיף 20 (א) לחוק יסוד השפיטה בו נקבע ש"הלכה שנפסקה בבית משפט תנחה בית משפט של דרגה נמוכה ממנו". לעניין זה מסייעת פקודת הפרשנות המגדירה בית משפט כ"כל בית משפט בן-סמך לשפוט בישראל". אך יש לתת את הדעת לכך, שגם לשיטתו של הרב דיכובסקי ש"אין לבג"צ סמכות לקבוע הוראות כלליות לבית הדין ביחס לסמכותם החוקית" הרי שהלכה למעשה בהחלט יש לו סמכות כזו. שכן גם הרב דיכובסקי מודה, כי בהתאם לחוק יסוד השפיטה בג"צ

92 דיכובסקי, לעיל הערה 89, בע' י'.

רשאי לקבוע בתיק ספציפי את גבולות סמכות השיפוט של בית הדין הרבני. גם אם לשיטת הרב דיכובסקי מדובר בקביעה ספציפית הרי שבמקרה דומה בו בית הדין הרבני ינהג בניגוד להחלטת בג"ץ בנוגע למקרה קודם, יעתור הצד הנפגע לבית המשפט הגבוה לצדק וסביר כי ישיג את מבוקשו. יצוין שגם לפי הפרשנות הגורסת כי לבית המשפט העליון יש סמכות לקבוע הלכות כלליות לגבי סמכות השיפוט של בית הדין הרבני אין בית המשפט העליון מחויב להן שהרי נקבע בסעיף 20 (ב) לחוק יסוד השפיטה כי "הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, זולת בית המשפט העליון". כך שתוצאת פרשנותו של הרב דיכובסקי איננה שונה מהפרשנות אותה שלל. לטעמי, מה שהביא את הרב דיכובסקי לפרש את סעיף 15 (ד) (4) לחוק יסוד השפיטה באופן שהוצג לעיל, איננו מבחן התוצאה: מניעת האפשרות של קביעת הלכות כלליות מטעם בית המשפט העליון בנוגע לסמכות שיפוט בית הדין הרבני, שהרי הבהרנו כי פרשנותו איננה מביאה לתוצאה שונה. לעניות דעתי, הסיבה לכך שהרב דיכובסקי נקט בפרשנות הנזכרת היא הרטוריקה הטמונה בה, רטוריקה החובקת גם תוכן משמעותי. לרב דיכובסקי היה חשוב להבהיר שבתי הדין הרבניים אינם בכלל פירמידת הערכאות השיפוטיות, והם אינם כפופים לערכאה אזורית. מבחינת בית הדין הרבני אין עליונות למערכת השיפוט האזורית על פני מערכת השיפוט הדתית. אולם בכל אופן מי יתחום את סמכות השיפוט של בתי הדין הרבניים? על כך משיב הרב דיכובסקי כלהלן:

קביעת סמכותם של בתי הדין הרבניים, באופן כללי, מסורה למחוקק, ובמקום שמתעוררת שאלה עקרונית בפירוש דברי המחוקק, מסורה הסמכות אך ורק ל"בית דין מיוחד" המורכב מדיין ושני שופטים...
זאת ועוד, סמכות בג"צ, לפי האמור בחוק היא לדון "בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר". היות שההכרעה בשאלות מהותיות של סמכות נמסרה, כאמור לבית דין מיוחד, אין לבג"צ כל סמכות לתחום את תחומי סמכותו של בית הדין הרבני בעניינים מהותיים השנויים במחלוקת.⁹³

בית הדין המיוחד אשר איננו ערכאה שיפוטית אזרחית אלא מורכב אד הוק מדיין ושני שופטים הוא המוסמך, לדעת הרב דיכובסקי, לתחום את גבולות השיפוט של בית הדין הרבני בהתאם להוראות החוק.⁹⁴

עברו שנים ובית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ נדרש לשאלה האם על בית הדין הרבני בעת דונו בחלוקת רכושם של בני זוג אשר נישאו לפני מועד תחילת חוק יחסי ממון בין בני זוג תשל"ג-1973, להחיל את חזקת השיתוף. בית המשפט ציין כי הלכת השיתוף היא פרי יצירתו של בית המשפט בהסתמך על קונסטרוקציה חוזית, שעניינה הסכם משתמע בין הצדדים שלפיו הם שותפים שווים בזכויות. עוד צוין, כי מטרת הלכת השיתוף היא הבאת צדק חברתי תוך התבססות על עקרונות השוויון בין המינים וההנחה כי בני הזוג תורמים באופן שווה לרווחת בני המשפחה. בהלכה היהודית לא הוכרה חזקת השיתוף ובעקבות כך בתי הדין הרבניים לא הכירו בה. המשנה לנשיא בית המשפט העליון (כתוארו אז), אהרון ברק, קבע בפסק דינו כי:

המשפט האזרחי הכללי הוא 'טריטוריאלי'. הוא חל בכל אתר ואתר. הוא חל על כל אדם המצוי בישראל. אך טבעי הוא כי יחול גם בבית הדין הרבני. אמת, בית הדין הרבני מפעיל, בענייני המעמד האישי, את דינו - הוא המשפט העברי. אך דין זה מופעל, כחלק ממשפטה של המדינה, ומכוח ציוויה של המדינה. "בתי הדין הרבניים שואבים את סמכות שיפוטם, מבחינת המערכת המשפטית של המדינה, מחוק המדינה, אשר העניק להם סמכות זו" (השופט אלון בבג"צ 323/81 הנ"ל,

94 יצוין כי הנשיא ברק לא קיבל תפיסה רחבה זו של בית הדין המיוחד ופסק שבהתאם לסימן 55 סיפא לדבר המלך, בנוסחו המקורי והמחייב, בית הדין המיוחד מוקם רק אם מתקיימים שלושה תנאים מצטברים: "ראשית, צריכה להתעורר שאלה ("a question arises"); שנית, השאלה צריכה להיות נוגעת לעניין של מעמד אישי ("a case... of personal status"); שלישית, השאלה צריכה להיות האם אותו עניין (של מעמד אישי) מסור לסמכות הייחודית של בית דין דתי ("within the exclusive jurisdiction of a Religious Court")." (בד"מ 2329/99 מרים כפיר נ' משה כפיר, פ"ד (נה2) 518, 523-525. באותו עניין סבר הרב דיכובסקי, עת אשר ישב בדין בבית הדין הרבני הגדול, כי על בית דין מיוחד להכריע אם פסק בורר אשר מונה במהלך דיון בין בני זוג בתביעת גירושין בבית הדין הרבני, מצריך את אישור בית המשפט המחוזי). עוד נזכיר כי למעשה, לפי סימן 55 לדבר המלך, נשיא בית המשפט העליון הוא המחליט אם יש מקום להיענות לבקשה להקים בית דין מיוחד ובהקשר לכך פסק הנשיא ברק: "די לומר כי קיימת עילה לביקורת עקיפה על העברת שאלה של סמכות לבית דין מיוחד, כל אימת שהערכאה שהחליטה על ההעברה לא הסתפקה בהצגת השאלה המועברת, אלא הוסיפה והציגה תשובה חותכת לגוף השאלה, ואף נתנה לתשובה זאת לבוש של החלטה מחייבת. במצב דברים כזה, קבלת החלטה לגוף שאלת הסמכות שומטת מיניה וביה את חוקיות העברת השאלה לבית הדין המיוחד. היא מצביעה על כך, שמבחינתה של הערכאה המעבירה לא נותרו שאלה או ספק אמיתיים בנוגע לסמכות, וכי המטרה האמיתית שהשגתה מתבקשת על ידי ההעברה לבית הדין המיוחד אינה פתרון הספק, אלא קבלת גושפנקא של בית הדין המיוחד להחלטתה של הערכאה המעבירה לגופה של שאלת הסמכות. לא לשם כך נועד בית הדין המיוחד" (בד"מ 3414/00 חבצלת מעטוף נ' שלום עובריה מעטוף, פ"ד (נה5) 495, 506-508. אעיר כי לטעמי נדירים יהיו המקרים בהם בית הדין הרבני יעורר שאלה אמיתית בנוגע לסמכותו לרונ בנושא מסוים. ברק השאיר בצריך עיון את השאלה: "האם הגורם המקיים את הביקורת העקיפה רשאי לצלול לעומקה של שאלת הסמכות, או שהביקורת העקיפה - במיוחד כאשר היא מתבצעת במהלך הטיפול בבית המשפט העליון בהקמת בית הדין המיוחד ולא במהלך הדיון בבית הדין המיוחד עצמו - מוגבלת לבדיקה של חוקיות ההעברה על יסוד התשובה שניתנה לשאלת הסמכות עצמה על ידי הערכאה שהחליטה על ההעברה?". זאת תוך שציין: "שאלה זאת מעניינת היא, ויש לה פנים לכאן ולכאן (השוו בד"מ 1/88, לעיל פסקה 9). אולם שאלה זאת אינה מתעוררת במקרה שלפנינו, ולפיכך נוכל להשאירה לעת מצוא" (שם, שם).

בעמ' 738). משפטה של מדינה שואף לשלמות. הוא מבקש להשיג קוהרנטיות נורמטיבית. שיטת משפט אינה קונפדרציה של שיטות נפרדות, הקשורות בקשר פורמלי דק. שיטת משפט היא אחדות, המכירה בשונות ובייחוד של מרכיביה השונים. לייחוד זה ניתן ביטוי, בענייני המעמד האישי, על-ידי הכרה במשפט הדתי כמשפט המדינה. אין כל מקום, ואין כל צידוק, להרחיב ייחוד זה לתחומי המשפט האזרחיים. אלה הם – כפי שטבעם וטיבם מעידים עליהם – כלליים לשיטה כולה. הם השלד האזרחי אשר במסגרתו פועל דין ספציפי. דבר זה מובן הוא וטבעי לעניין כל בית דין מיוחד. כמובן קיים שוני מהותי בין בית הדין לעבודה לבין בית דין דתי. כך, למשל, בתי הדין לעבודה מפעילים, בכל הנוגע למשפט האזרחי הכללי את הדין האזרחי הכללי. כמובן, קיים שוני מהותי בין בית דין לעבודה לבין בית דין דתי. עם זאת, שוני זה אינו מצדיק ניתוק של בית הדין הדתי ממערכת המשפט הכללית. עמד על כך פרופ' רוזן-צבי בציינו: "בית-הדין מוסמך אמנם, לעתים ייחודיות, להסדיר תחום מסוים של המשפט הישראלי. אך אין בית-הדין יוצא מגדר ערכאת שיפוט ישראלית הנמצאת במסגרת הכוללת של המשפט הישראלי. בית הדין פועל במסגרת הדין הישראלי והמסגרת החקיקתית הכללית, ואין הוא פטור מן המצוות של הוראות הדין הישראלי" (רוזן-צבי, דיני המשפחה בישראל בין קודש לחול, 86).

אכן, בית הדין הדתי הוא חלק אינטגרלי של מערכת השיפוט בישראל. המשפט המופעל על ידו הוא חלק אינטגרלי ממערכת המשפט בישראל. כלים שלובים אלה מחייבים, כי בכל הנוגע למשפט האזרחי הכללי, שאינו חלק מענייני המעמד האישי ומהדין האישי, יפעילו בתי הדין הדתיים את המשפט האזרחי הכללי, כפי שהוא נחקק על-ידי המחוקק, ומתפרש ומתפתח על-ידי בתי המשפט. למותר לציין, כי במסגרת זו, "הפרשנות הסופית והמכרעת לגבי חוק, כתוקפו בכל עת... היא בידי הערכאה השיפוטית העליונה" (השופט שמגר בבג"צ 306/81 שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה(4) 118, 141). אכן, אחדות נורמטיבית זו מחייבת כי לעניין המשפט האזרחי הכללי יהא פרשן מוסמך אחד, אשר בכוחו להבטיח יציבות, אחדות והתפתחות כוללת ואחידה. "בית-דין רבני לא יהרהר אחר בית-המשפט העליון לעניין פרשנותם של חוקי הכנסת: לפי השיטה המשפטית הנהוגה בישראל, הכל חייבים בביצוע החוקים כפי שפורשו מפי בית-משפט מוסמך- חיוב זה חל לא רק על הממשלה ועל האזרח, כי אם גם על כל בתי-הדין למיניהם" (השופט ח' כהן בד"נ 1/69 בורונובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל, פ"ד כה(1) 7, 15) וכן דרורי "מי מוסמך לפרש הוראות חוק חילוני המופנות לבית-דין דתי?" עיני משפט ג (1974) 941. "גישה זו אינה מוגבלת, כמובן, אך לפירוש דבר חקיקה. היא חלה גם על התחומים בהם מפתח בית-המשפט 'משפט מקובל נוסח ישראלי'. יצירת 'משפט מקובל' ישראלי על-ידי בית-משפט ישראלי נעשית על-פי מקורות המשפט הישראלי. היא חלק מהמשפט הישראלי, ועל כן היא חלה על כל

אדם וגוף בישראל. הלכות שיתוף הנכסים הן דין בישראל הן חלק ממשפט המדינה. על כן הן חלות בכל ערכאת שיפוט בישראל. הן חלות גם בבית דין רבני. ודוק: דין זה חל בבית הדין הרבני, לא משום שחוק כנסת קובע זאת במפורש. דין זה חל בכל ערכאות השיפוט – לרבות בתי הדין הדתיים – משום שהלכה פסוקה של בית-המשפט העליון היא דין בישראל.⁹⁵

המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק הכריע, איפוא, כי בתי הדין הרבניים הם חלק אינטגרלי מהערכאות השיפוטיות במדינה ובתור שכאלה פרשנות בית המשפט העליון מחייבת אותם. במקרה הנדון, בית המשפט העליון הורה לבתי הדין הרבניים כי בעקבות חוק שיווי זכויות האישה תשי"א-1951 עליהם להכיר בחזקת השיתוף בעת פסיקתם בנוגע לחלוקת רכוש. פסיקה זו איננה מתיישבת עם עמדת הרב דיכובסקי כי סמכות בג"צ כלפי בתי הדין הרבניים מוגבלת להוראות בנוגע לתיקים ספציפיים ואין בסמכותו לקבוע בנוגע לבתי הדין הרבניים "הוראות כלליות". כנזכר, הרב דיכובסקי סבור שכאשר מתעוררת שאלה עקרונית בפירוש דברי המחוקק בנוגע לסמכות בתי הדין הרבניים, יש להביאה בפני בית דין מיוחד. אך המעניין להיווכח שאף על פי כן, הרב דיכובסקי הכיר בפסיקה זו של הבג"צ. במאמר אשר כתב לאחר פרסום פסק הדין,⁹⁶ דן הרב דיכובסקי האם בית הדין הרבני מחויב לפסוק בהתאם לפסקי בית המשפט העליון וזאת מכוח הכלל התלמודי שנאמר מפיו של האמורא הקדום שמואל – "דינא דמלכותא דינא".⁹⁷ הרב דיכובסקי מביא את תשובת מהרי"א⁹⁸ עניזיל⁹⁸ הסובר כי הכלל דינא דמלכותא דינא רלוונטי רק "לדברי חוק ומשפט חקוק מאת המלך, מפורש וברור בלי שום ספק ושיקול הדעת... אבל בדברים התלויים בשיקול מהשופטים הממונים בערכאות, שמחזיקים בדינים שסדרו להם חכמיהם הקודמים בספריהם – כמו שיש להם קצתם מהיוונים וקצתם מהרומים – וקצתם שחידשו להם לפי מצב המדינות ודנים על פיהם בשיקול דעתם – מעולם לא עלה על דעת איש ישראל שיש לו קצת מוח בקדקודו לומר עליהם דינא דמלכותא דינא. אבל הם ערכאות של נוכרים, שהזהירה אותנו התורה הקדושה שלא לדון בפניהם, אפילו בדברים שדיניהם שווה לדיני ישראל". הרב דיכובסקי מצטט בהקשר לכך את דברי פרופ' ברק בנוגע לפרשנות השיפוטית לפיהם: "הפרשנות במשפט מניחה קיומו של 'טקסט', אותו יש לפרש... המשותף לכל המצבים הללו הוא קיומו של טקסט המשמש אובייקט לפירוש. הפרשן אינו יוצר את הטקסט, ואין הוא מוסמך להוסיף על טקסט או לגרוע ממנו; הטקסט נתון לפרשנותו. גבול הפרשנות הוא גבול הטקסט".⁹⁹ בהתאם לכך קובע הרב דיכובסקי כי כאשר בית המשפט מפרש את החקיקה חל על פרשנות זו הכלל "דינא דמלכותא דינא", שכן פסיקת בית המשפט מבארת את דבר החוק ולא מדובר בהכרעה הנתונה כל כולה לשיקול דעת השופט. כלשונו: "פרשנות שיפוטית גרידא, הצמודה לטקסט ולחוק הכתוב, אינה שונה במהותה מן החוק עצמו, ולא נראה לי להבדיל בינה

95 בג"צ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול ואח', פ"ד מח(2) 221, 246-247.

96 ש' דיכובסקי "הלכת השיתוף" – האם דינא דמלכותא? תחומין יח (תשנ"ח) 18.

97 כללו של שמואל הובא בתלמוד מספר פעמים: בבא בתרא, נד, ב; בבא בתרא, נה, א; בבא קמא, קיג, א-ב; גיטין י, ב; נדרים, כה, א. וראו בהרחבה ש' שילה, דינא דמלכותא דינא (תשל"ה).

98 שו"ת מהרי"א עניזיל, ד.

99 א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"א) 43.

לבין החוק עצמו לעניין 'דינא דמלכותא דינא'".¹⁰⁰ סבורני, בכל הכבוד הראוי, כי הרב דיכובסקי לא דק פורתא בעמדתו של פרופ' ברק בנוגע למהות הפרשנות השיפוטית. בהמשך ספרו כתב פרופ' ברק כהאי לישנא:

הפרשן ניצב בפני טקסט. הטקסט מבוטא בשפה, המכוונת כלפי הכללה, ועל הפרשן לקבוע את תחולת ההכללה לגבי מקרה ספציפי. ההכללה כוללת תמיד יותר מצבים מאלה שנחזו על ידי יוצר הטקסט, שאם לא כן - די היה בפירוט המצבים המיוחדים. מכאן עיקר הקושי בפניו ניצב הפרשן - קביעת מובנה של ההכללה ביחס למערכת מסוימת. השפה בלבד אינה מצליחה לרוב לכוון את הפרשן. הוא נזקק, לעתים, לאמצעי שמחוץ לשפה. אכן, בעיית יסוד בפרשנות - העוברת כחוט השני בכל תיאוריה פרשנית - היא היחס הראוי בין הטקסט לבין האופף אותו, בין 'הגוף' לבין 'הנשמה'...

הפרשן עוסק בפעולת הגוף המכוונת על ידי הנשמה. 'לדעת את החוקים - אומר פתגם רומאי - 'זה לא להחזיק במלים אלא בכוח האלוהי'. שאלת המפתח הינה היחס הראוי בין גוף לנשמה. עד כמה שולט הגוף בנשמה, או הנשמה בגוף - זו שאלת היסוד של הפרשנות.¹⁰¹

פרופ' ברק מתייחס ל"מהות הנשמה" ומבהיר את משמעותה -

חלקם האחר של כללי הפרשנות, הם כללים לשליפת המשמעות המשפטית מתוך המשמעות הלשונית. כללים אלה מיוחדים הם למשפט. אין הם אוניברסליים... כללים אלה הם 'נכס לאומי המוחזק בידי אומה אחת ואינו ניתן בידי אומה אחרת'. אין הם כללים שבהיגיון. הם כללים משפטיים, המשקפים את המדיניות המשפטית של שיטת המשפט. הם מבוססים בעיקרם על תפישותיה החוקתיות של אותה שיטה ועל האיזון הפנימי הראוי בין שיקולים חוקתיים נוגדים. איזון זה משתנה משיטת משפט אחת לרעותה.¹⁰²

אין לטעות, איפוא, פרשנות משפטית איננה טכנאות ומעצם מהותה טמונה בה הפעלת שיקול דעת בדבר משקל הערכים הנוגדים הרלוונטיים לסוגיה הנדונה. כאשר מדובר בהחלת דברי החוק על המקרה הנדון בהתאם לכללי הלשון אין פרופ' ברק מכנה פעולה זאת כפרשנות משפטית:

100 לעיל הערה 96, בע' 25.

101 לעיל הערה 99, בע' 112 וע' 115.

102 שם, בע' 125.

מגישתי זו, לא מתבקשת המסקנה, כי כל פעולה במסגרת המשמעות הלשונית של הנורמה היא פעילות פרשנית. אכן, תיתכנה פעילויות במסגרת המתחם הלשוני שאינן פעילויות פרשניות. כך, למשל, החלת לשון הנורמה על המצב העובדתי העומד להכרעה אינה פעולה פרשנית כי אם בלשונית, הנעשית במסגרת המשמעויות של הנורמה.¹⁰³

בהקשר לכך יש לציין כי פרופ' ברק איננו מקבל את מודל השפיטה לפיו השופט הקובע הלכה הדרושה להכרעה, הריהו מצהיר על הקיים.¹⁰⁴ מודל זה, הגורס כי השופט עוסק בגילוי ולא ביצירה עמד לנגד עיניו של מונטסקייה.¹⁰⁵ ניתן לתאר את דמות השופט, לפי מודל זה כ"פה" של המחוקק ובעצם עליו לחזור על לשון החוק. פרופ' ברק סבור כי מודל זה, על אף ששומר על אתוס השפיטה ומבטיח את אמון הציבור בשופטים, איננו משקף את המציאות והוא מבוסס על פיקציה שנזקה גדול מתועלתה. פרופ' ברק תומך במודל המכיר בכך כי אגב הכרעה בסכסוך קובע השופט (להבדיל ממצהיר) את הדין. אמנם לרוב השופט חוזר על דין קיים, עם זאת במספר קטן, אך חשוב, של מקרים, השופט יוצר דין חדש שלא היה קיים קודם לכן. פרופ' ברק מדגיש כי בעשותו כן מפעיל השופט שיקול דעת. נמצא איפוא, שדברי הרב דיכובסקי, הנסמכים על ספרו של פרופ' ברק, אודות "פרשנות שיפוטית" גרידא, הצמודה לטקסט ולחוק הכתוב "שאינה שונה במהותה מן החוק עצמו", אינם מתיישבים עם דברי ברק עצמו. לשיטתו של פרופ' ברק פרשנות שיפוטית כרוכה תמיד בהפעלת שיקול דעת להכרעה בין ערכים מתנגשים ובמסגרת שיקול דעת זה נבחרת אופציה לשונית מבין מתחם האפשרויות הלשוניות הגלומות בלשון החוק. דבריו של הרב דיכובסקי תואמים את האתוס השיפוטי בדבר יישום החוק על ידי השופט, אשר לדברי ברק הוא בגדר פיקציה. בהקשר לכך מעניין המעבר של הרב דיכובסקי מחוסר אמון בבית המשפט העליון כפרשן סמכותו השיפוטית של בית הדין הרבני, להכרה בבית המשפט כפרשן בלשוני גרידא לדברי החקיקה. מעבר לכך, בית המשפט העליון ציין בעצמו בנוגע לחזקת השיתוף, כי מדובר בעיקרון משפטי אשר נתגבש על ידו לשם הגשמת מטרה חברתית,¹⁰⁶ ואם כן גם לפי פרשנות הרב דיכובסקי את דברי מהריא"ז ענזיל לא ניתן להכיר בו מכוח "דינא דמלכותא דינא". אכן הרב שרמן כתב במאמרו כי לא ניתן להכיר בהלכת השיתוף מכוח "דינא דמלכותא דינא" – "כאשר המלכות מחוקקת חוקים מתוך השקפת עולם, מאידיאולוגיה דתית או חברתית – דבר זה אינו בגדר 'דינא דמלכותא דינא', שכן השקפת העולם הדתית והחברתית של עם ישראל היא תורתו בלבד".¹⁰⁷ לעומתו מעלה הרב דיכובסקי אפשרות הלכתית אחרת להכיר בחזקת השיתוף והיא כי

103 שם, בע' 126.

104 א' ברק שיקול דעת שיפוטי (1987) 309-308.

105 Montesquieu The Spirit of the laws Book 11, Ch. 6, 209

106 לעיל, הערה 95, בע' 229.

107 א' שרמן "הלכת השיתוף" לאור משפטי התורה" תחומין יח (תשנ"ח) 35. וכן ראה מאמרו: "מנהג המדינה ביחסי עובר ומעביד", שם בע' 236. במאמר אחרון זה כתב הרב שרמן: "כאשר המלכות מחוקקת או מאמצת חוקים שהם תוצר של השקפת עולם או אידיאולוגיה דתית או חברתית של צדק ויושר חברתיים, והמטרה היא לאכוף אותם, ובכך לעצב את אורחות חיי העם והצבור ע"פ אותה השקפה דתית או חברתית – אזי אין חוקי המלכות והשלטון הללו מתקבלים כדין תורה, גם אם עניינם ותוכנם הוא סדרי חברה וממון. שכן השקפת העולם הדתית והחברתית של עם ישראל, גם בתחום החברה והממון היא תורת ישראל... המבקש לנהוג על פיהם, עובר על איסור "אלה המשפטים אשר תשים לפניהם – ולא לפני גויים" (ע' 243).

מדובר ב"אומדנא שבדעת בני אדם" והוא מוכיח מהמרה"ק כי יש ללכת אחר אומדנא ביחס לשליטה בנכסים ו"אם האומדנא בימינו נתרחה יותר והעניקה לאישה שליטה ממשית בנכסי בעלה - אין בכך סתירה להלכה".¹⁰⁸ הרב דיכובסקי אף הוסיף וציטט את דברי הרמ"א¹⁰⁹ לפיהם מפעילים את הכלל 'דינא דמלכותא דינא' לשם תקנת בני המדינה וכתב בהקשר לכך: "גם 'הלכת השיתוף' יש בה לכאורה אלמנט של 'תקנת הציבור' בהיותה משווה בין בני זוג ומיישמת באופן הרחב את 'וישלטו בנכסיהם שווה בשווה'".¹¹⁰ מעניין ביותר הוא נימוקו הנוסף של הרב דיכובסקי. הרב דיכובסקי מצטט את דברי הרב משה פיינשטיין לפיהם הגורסים כי הכלל 'דינא דמלכותא דינא' חל בכל עניין, סוברים כן כאשר "יש חסרון למלכות, שיהיו חילוקי דינים בין אינשי לאינשי, שמזה אפשר לבוא לידי קנאה ותחרות ומריבות. ואף שלא שייך זה לכאורה אלא בדיני שופטי המלך והמדינה, מכל מקום אולי יחוש המלך גם לזה שלא יהיו שופטים אחרים דנים באופן אחר, שגם כן אפשר יבוא לערער על דיני המלכות".¹¹¹ בהקשר לכך מציין הרב דיכובסקי: "לכל העוסקים בתחום דיני המשפחה ידוע שנושא חלוקת הרכוש והפסיקה השונה של בתי הדין הרבניים והאזרחיים מביאים לידי קנאה ושנאה. נושא זה הוא אבי אבות מירוץ הסמכויות בין מוסדות המשפט, והוא מוקד למתח רב, ומגיע לא פעם אף לידי עגינות. האם אין בכך 'חסרון למלכות'?!".¹¹² נימוק זה מבטא הכרה בבעייתיות דיני המשפחה בארץ עד כדי נכונות הכפפת סמכות שיפוט בית הדין הרבני לפסיקת בית המשפט העליון. מדהים להרהר במהפך אשר עבר הרב דיכובסקי מעמדתו הראשונית בה הוא לא הכיר בעצם סמכותו של בית המשפט העליון לקבוע את גבולות סמכותו השיפוטית של בית הדין הרבני לעמדתו זו בה ציין הרב דיכובסקי שלשם מניעת תקלה של מירוץ סמכויות יש לקבל את מדיניות בית המשפט העליון בנוגע לחלוקת רכוש בין בני זוג.

ג. פלורליזם שיפוטי

התייחסנו לעמדותיהם השונות של הרב הרצוג, הרב גרודז'ינסקי, ושני דיני בית הדין הרבני הגדול בנוגע למעמדו השיפוטי של בית הדין הרבני. מעניין לבחון עמדות אלו נוכח תפיסות מלומדים שעסקו במעמד בית הדין הרבני בחברה המודרנית תוך בחינת גבולות הפלורליזם השיפוטי.

108 לעיל הערה 96, בע' 25.

109 שו"ע, חו"מ, שסט, יא.

110 שם, בע' 26.

111 אגרות משה, חו"מ, ח"ב, ס' סב.

112 לעיל הערה 96, בע' 27.

1.ג. תורת האחידות השיפוטית

פרופ' אהרון ברק פיתח את תורת האחידות השיפוטית אשר נוסחה מטעמו כהאי לישנא:

ביסוד גישתי עומדת התפישה, כי בכל שיטת משפט צריכה להיות ערכאה שיפוטית אחת. אשר בידה הכוח לכוון את התפתחותה של השיטה. לקבוע את האיזונים הראויים בה ולהבטיח אחידות וקוהרנטיות... שיטת משפט אינה קונפדרציה של בתי משפט. שיטת משפט היא שלמות הפועלת ומתפתחת בהדרגה ובטבעיות. לשם כך נדרשת פעולת התאמה ובקרה. תפקיד זה מוטל על בית המשפט העליון: הוא המנצח על התזמורת השיפוטית, ועל כל הנגנים לציית להוראותיו; עליו מוטלת האחריות לדאוג לקוהרנטיות נורמטיבית, לצמיחה ולהתקדמות.¹¹³

במקום אחר התייחס פרופ' ברק לפיצול סמכות השיפוט בענייני המעמד האישי וכתב -

חרף היותנו שיטת משפט יוניטרית, הרי השיפוט בענייני המעמד האישי מכניס מעין גורם פדרטיבי, הפוגע במבנה האחיד של השיטה. כתוצאה מכך נוצר מתח חריף בין היבטים שונים של מסורתנו המערבית - ובעיקר הלגליזם, הליברליזם והסקולאריזם - לבין המעמד המיוחד של הדין הדתי בשיטתנו. מתח זה הינו 'פצצת זמן' אשר אם לא תטופל כראוי - כלומר, תוך התחשבות באינטרסים הלגיטימיים של כל הנוגעים בדבר - עשויה להביא לתוצאות קשות לחברה ולמשפט בישראל.¹¹⁴

113 א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ג) 766-765. ברק משתמש לא אחת במטפורת התזמורת לתיאור המערכת השיפוטית; ראו א' ברק "ביקורת שיפוטית ואחריות ממלכתית - היקף הביקורת של בית המשפט העליון על פסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה" הפרקליט לח (תשמ"ח-1988) 245, 250. מעניין כי מטפורה קרובה לתזמורת - מקהלה, היותה כלי הסברתי לר' ברוך הלוי עפשטיין לבאר כיצד בעולם ההלכה היהודי, מוגדרות הלכות הסותרות זו את זו כ"אלו ואלו דברי אלוהים חיים" (עידובין, יג, ב; גיטין, ו, ב). ואלו הם דבריו: "והסברתי כי הדמיון הזה [בין התורה לבין השירה], יתבאר על פי משל למקהלה של מנגנים ומשוררים אשר כל אחד מהם משמיע קול משונה מחבירו, האחד מרים קולו והשני ישפיל, זה קולו דק וזה קולו עב... ובהשקפה ראשונה נראה כמו ערבוביה ביניהם, או שכל אחד יעשה להכעיס את חבירו. אך על האמת אינו כן, יען כי מן הסתירות הקולות יצא לבסוף מנגינה יפה ועריבה לאוזן. וכך הוא בתורה, כי מסתירות הדעות יצא הדבר לאמיתו. ויען כי מכוח הויכוחים יתברר הדין לאשורו, לכן חביבים לפני המקום כל אלו הדעות כמו האמת עצמה, ועל דרך מליצה והגיון כללו זה בלשון 'אלו ואלו דברי אלוהים חיים', ברוך שאמר - תפילות השנה (תשכ"ח) רעז-רעה. וראו דיון נרחב בעניין זה אצל א' שגיא אלו ואלו-משמעותו של השיח ההלכתי, עיון בספרות ישראל (1996). כמובן שבעולם ההלכתי לא כל עמדה מקבלת לגיטימציה - עמדות בעלות תפיסה סקולארית לא תקבלנה מעמד של דברי אלוהים חיים... כך שמבחינת עקרונות השיטה הכלליים ניתן לראות גם בעולם ההלכתי תפיסה של אחידות משפטית.

114 א' ברק "שיטת המשפט בישראל - מסורתה ותרבותה" הפרקליט מ (תשנ"א-תשנ"ג) 197, 214.

נוכח כך סבור פרופ' ברק כי בהתאם לסעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הקובע כי: "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק יסוד זה" על בתי הדין הרבניים לבחון האם פיתוח המשפט האישי שנעשה על ידם עומד בהוראות חוק היסוד -

אם חקיקה חדשה של הכנסת כפופה לחוק היסוד, ואם פסיקה חדשה של בתי המשפט כפופה לחוק היסוד, גם פיתוח הלכתי חדש של המשפט הדתי צריך להיעשות בגדר חוק היסוד.¹¹⁵

ד"ר הלפרין-קדרי¹¹⁶ סבורה כי שיטתו של פרופ' ברק מבטאת תפיסה של צנטרליזם משפטי המייחסת בלבדיות למדינה הריבונית כמקור בלעדי למערכת ההסדרים הנורמטיביים. היא מצטטת את הגדרת פרופ' גריפית'ס לתפיסה זו -

According to what I shall call the ideology of legal centralism, law is and should be the law of state, uniform for all persons, exclusive of all other law, and administered by a single set of state institutions.¹¹⁷

ג.2. פלורליזם שיפוטי וולונטרי

גריפית'ס סובר שתפיסת הפלורליזם המשפטי יוצאת כנגד תורת האחידות המשפטית ומבקשת להשיג -

A central objective of a descriptive conception of legal pluralism is therefore destructive: to break the stranglehold of the idea that what law is, is a single, unified, and of exclusive hierarchial normative ordering depending from the power of the state, and of the illusion that the legal world actually looks the way such conception requires it to look.¹¹⁸

115 א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ד, כרך ג) 459. בנוסף, כנזכר לעיל, הנשיא ברק (עת כיהן כמשנה לנשיא) פסק כי בכל הנוגע לתחומי המשפט האזרחיים, על בתי הדין הרבניים לפסוק בהתאם לדין האזרחי: "משפטה של מדינה שואף לשלמות. הוא מבקש להשיג קוהרנטיות נורמטיבית. שיטת משפט אינה קונפדרציה של שיטות משפט נפרדות, הקשורות בקשר פורמאלי דק. שיטת משפט היא אחדות, המכירה בשונות ובייחוד של מרכיביה השונים. לייחוד זה ניתן ביטוי, בענייני המעמד האישי, על-ידי הכרה במשפט הדתי כמשפט המדינה. אין כל מקום, ואין כל צידוק, להרחיב ייחוד זה לתחומי המשפט האזרחיים. אלה הם - כפי שטבעם וטיבם מעידים עליהם - כלליים לשיטה כולה" (בג"צ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול ואח', לעיל הערה 95, 246-247).

116 ר' הלפרין קדרי "פלורליזם משפטי בישראל: בג"צ ובתי הדין הרבניים - בעקבות בבלי ולב" עיוני משפט כ (3) (תשנ"ז) 683, 747.

J. Griffiths "What is Legal Pluralism?" 24 J. Legal Pluralism & Unofficial (1986) 1,3 117
Ibid 118.

ד"ר הלפרין-קדרי מציינת כי אחד המסרים המרכזיים של האידיאולוגיה הפלורליסטית היא ריבוי נקודות המבט ועמידה על כך שנקודת המבט של המדינה איננה מוחלטת ובוודאי שאינה לבדית. המדינה איננה מקור הסמכות היחיד הקיים לגבי הפרט על אף שהיא מחזיקה בכוח הכפייה המיוחד רק לה. הפלורליזם המשפטי מכיר באפשרות יצירת חלופות לנרטיב המשפטי מדינתי גם במסגרת היווצרות הסדרים משפטיים אשר מתפתחים באופן עצמאי ומנותק מן ההסדר המדיני. מעניין כי עוד לפני שנים השופט זילברג ניסח ברוח זו את הנימוק לייחודיות דיני המעמד האישי:

כי מדוע נידונים ענייני המצב האישי על פי החוק הדתי או הלאומי של בעלי הדין? על שום שהסדרם אינו דבר השווה לכל נפש; על שום שעניינים אלה, חוט של הווי ומסורת משוך עליהם, והם שונים ומשתנים עם הברדלי השקפת העולם - השקפות דת, מוסר, תרבות, מסורת, מנהגים וכו' - של הנוגעים בדבר.¹¹⁹

הכותבים העוסקים בפלורליזם השיפוטי מודעים למאפיינים הייחודיים של הקהילות הדתיות בהקשר זה. פרופ' וייסברוד כותבת בנוגע לכך -

The central point ... is that religious communities may view themselves as a source of authority at least equal to the state, and that they may see issues of the church and state as questions involving competing system of law.¹²⁰

פרופ' דיינ כותב -

Religious groups are best conceived as separate sovereigns, analogous more to a government than to a corporation... they are distinct normative communities.¹²¹

הפלורליזם השיפוטי מקדם את האינטרסים של בני הקהילות השונות ומאפשר להם לשמור על זהותם המסורתית. אין לחדד כי הוא טומן בחובו עימות אפשרי בין הערכים של בני הקהילה לבין עקרונות יסוד של החברה בה מצויה הקהילה כגון עיקרון השוויון. יש שכינו היבט זה כ"צד האפל

119 ע"א 26/51 קוטיק נ' ולפטון, פ"ד ה 1341, 1345 (מצוטט אצל הלפרין-קדרי לעיל הערה 116, בהערה 119).
C. Weisbord "Family, Church and state: An Essay on Constitutionalism and Religious Authority" 26 120 J. Fam. L (1987-1988) 745. מצוטט אצל הלפרין-קדרי שם, בע' 741.
121 P. Dane, 'The Corporation Sole and the Encounter of Law and Church' (Yale, 1991) מצוטט אצל הלפרין-קדרי שם, בהערה 203.

של הפלורליזם המשפטי¹²² ואין ספק כי פן זה גרם לפרופ' ברק לתמוך בתורת האחידות השיפוטית. הצד האפל של הפלורליזם השיפוטי כולל כפיית עקרונות וכללים של הקהילה על פרטיה כאשר הם אינם מעוניינים בכך.¹²³ גם הסוברים שיש לאפשר לקהילות לשמר את מנהגיהן יכולים לטעון שערך זה נעצר כאשר הקהילה מבקשת לכפות על פרטיה כללים ועקרונות אשר אינם תואמים ערכי יסוד. זהו הפן הביקורתי של הדמוקרטיה כלפי מתן סמכות שיפוט מוחלטת לבית הדין הרבני. כאשר יש להוסיף לביקורתיות זו את הטענה שאין מדובר במתן פלורליזם לקהילה לשמר את מנהגיה אלא במתן כוח לקבוצת מיעוט לכפות את דרכה על כל בני החברה. ד"ר הלפרין-קדרי סבורה שפן זה בפלורליזם השיפוטי איננו צריך להביא לאחידות שיפוטית. על המדינה להתערב התערבות מיזערית ככל הניתן בשיקולי השיפוט הקהילתי מתוך הכרה בקיומן של מערכות מקבילות, בעלות מקורות צמיחה, התפתחות והמשכיות עצמאיים, וזאת בד בבד עם הכרה בייחודיות (להבדיל מהלבדיות) של המערכת המדינית בעלת הסמכות וכוח האכיפה העודפים.¹²⁴ לדעתה, יש לאפשר לפרט בחירה חופשית בכל הנוגע להשתייכותו לקהילה הדתית תוך מתן חירות לעזיבתו את הקהילה כך שסמכות השיפוט הקהילתית תהא רק כלפי המעוניינים לקבלה. לטעמה זהו הרציונל שבעקבותיו נמנעו שופטי בית המשפט העליון מלשולל סמכותו של בית הדין הרבני לפעול כבורר.¹²⁵ אכן פרופ' שיפמן ניתח סמכותו זו של בית הדין הרבני ברוח דומה-

נראה לי שנכונותן של הרשויות האזרחיות, שלא לפסול את הנהוג לפיו בית-הדין הרבני פועל אף כבורר, היא בעלת משמעות עמוקה יותר מכפי שנראה במבט ראשון. כידוע, תפיסתו של בית הדין הרבני את עצמו היא, שהוא גוף אוטונומי,

122 ראו אצל הלפרין-קדרי, לעיל הערה 116, בע' 740.

123 שם, בע' 745.

124 ר' הלפרין-קדרי "עוד על פלורליזם משפטי" עיוני משפט כג (2) (תש"ס) 559, 56.

125 פרקטיקה זו נזכרה בבג"צ 3269/95 כץ נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים ואח', לעיל הערה 75, שם ציין השופט זמיר בע' 605 כי: "דבר רגיל הוא שבית דין רבני דן כבורר בענייני ממון ובעניינים אחרים שאינם בגדר הסמכות המוענקת לו בחוק שיפוט בתי דין רבניים". ראו ע"א 376/62 בכר נ' בכר, פ"ד (יז) 881 ; ע"א 688/70 דאר נ' חממי, פ"ד (כה) 396, 399. אמנם לפני שנים אחדות התעוררה בבית המשפט שאלה אם ראוי הדבר שבית דין רבני ידון ויכריע בסכסוכים כבורר. אך בית המשפט השאיר את השאלה פתוחה. ראו בג"צ 3023/90 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי רחובות, פ"ד (מה) 808, 813. ראו גם בג"צ 2174/94 קהתי נ' בית הדין הרבני הגדול, תק-על(3) 1603. גם כעת אין צורך להכריע בה. ניתן להניח, לצורך הדיון, כי אין מגיעה לכך שבית דין רבני יפעל כבורר לפי חוק הבוררות בעניינים שאינם בגדר סמכותו לפי חוק שיפוט בתי דין רבניים. השוו פ' שיפמן, לעיל הערה 85, בע' 37. השופט טל סבר כי פניית צדדים לבית הדין הרבני בענייני ממונות איננה פניה לבוררות לכל דבר ועניין: "מלכתחילה היתה סמכותו של בית דין רבני לשמש כטריבונל של בוררות מועגנת בתקנה 10 (ד) לתקנות כנסת ישראל (דרייסון כרך ג' פרק 126). בינתיים נפסק ש"כנסת ישראל" במתכונתה המנדטורית חדלה להתקיים (ע"פ 427/64 יאיר נ' מדינת ישראל, פ"ד (יט) 402) ואבד הכלה גם על התקנות האמורות. אף על פי כן, הוסיפו בתי המשפט להכיר בסמכותו של בית דין רבני כבורר... ואולם טעות היא לחשוב שסמכותם של בתי הדין בדיני ממונות, נובעת מהסכם לבוררות. כל עניין חתימת בעלי הדין על שטר בוררות לא בא אלא כדי לתת "שיניים" לפסק הדין לכשיינתן, שהרי פסקי דין רבניים בדיני ממונות אינם ניתנים להוצאה לפועל כמות שהם. זאת ותו לא" (ע' 602 לפסה"ד).

היונק את סמכותו, בראש ובראשונה, מן הדין הדתי, ושציבור המתדיינים חייב, לפי הדין הדתי, להיזקק בסכסוכיו לבית הדין הדתי ולא לערכאות חילוניות. דומה, איפוא, שמצד הרשויות האזרחיות יש נכונות להתחשב באותם חוגים דתיים הרואים עצמם חייבים להיזקק, אף בדיני ממונות, לבית הדין הרבני בלבד.¹²⁶

אציין כי מזה זמן מנסים חברי כנסת דתיים שונים לחוקק חוק אשר יקנה לבתי הדין הרבניים סמכות שיפוט בענייני ממונות, כאשר ישנה הסכמה בין הצדדים להתדיין בפניהם בעניינים אלה. בהתאם לסעיף 23 לחוק הבוררות התשכ"ח-1968, על מנת שלפסק הבורר יהיה מעמד של פסק דין של בית משפט, יש לאשרו בבית המשפט המחוזי. הרב דיכובסקי, דיין בית הדין הרבני הגדול, יצא כנגד פרקטיקה זו וכתב: "כיצד יעלה איפוא על הדעת שבית הדין הרבני – המקביל מבחינת סמכויות השיפוט לבית המשפט המחוזי – יכפוף עצמו ביועצין לבית משפט זה? האם יעלה על הדעת שדיינים ייקראו להיחקר או להעיד על פסק דינם בבית המשפט המחוזי?"¹²⁷ בעקבות זאת, הציעו ח"כ זבולון המר ואברהם שטרן ז"ל ויבל"א ח"כ יגאל ביבי לתקן את חוק הבוררות כך שיקבע בו כי פסק בוררות שניתן על ידי בית דין רבני או על ידי בית דין לענייני ממונות לא יהיה טעון אישור בית המשפט המחוזי לשם הוצאתו לפועל.¹²⁸ המשנה ליועץ המשפטי לממשלה לענייני המשפט העברי, באותם ימים, פרופ' נחום רקובר, תמך בהצעות חוק אלו וציין: "אני סבור כי היותה של מדינת ישראל 'מדינה יהודית ודמוקרטית' דווקא תומכת בהכרה 'ממלכתית' בשיפוט (מרצון) של בתי הדין הרבניים בענייני ממונות". לעומתו, אחרים במשרד המשפטים התנגדו להצעות אלו וזו הייתה עמדת משרד המשפטים הרשמית. צוטטה בהקשר לכך עמדת המשנה ליועץ המשפטי לממשלה לענייני חקיקה (לשעבר), מר שלמה גוברמן, אשר ציין בעניין אחר כי: "מטבע הדברים שרק יהודים שומרי מצוות עשויים להזדקק לשירות הבוררות המוצע. נמצא שיוקם מנגנון ממלכתי, עם דיינים הפועלים מטעם המדינה ואוכלוסיית היעד שלה תהיה רק יהודים שומרי מצוות... הדבר אינו עולה בקנה אחד עם עקרון הממלכתיות ועקרון הכלליות המתלווה לו- בלשון אחרת הדבר יביא להפרדת הדתיים מהמדינה". ועדת השרים לענייני חקיקה החליטה ביום כ"ח בכסלו התשנ"ז, 9.12.96, להתנגד להצעת החוק הנ"ל של ח"כ שטרן וזאת בעקבות נימוקי משרד המשפטים. ח"כ שמואל הלפרט הציע הצעת חוק דומה שביקשה להסדיר את העניין באמצעות תיקון חוק שיפוט בתי דין רבניים כך שייקבע בו כי: "בענייני ממונות תהא לבית הדין הרבני סמכות שיפוט כאשר שני הצדדים הסכימו לכך ופסק הדין יהיה ניתן להוצאה לפועל גם בלא אישור בית המשפט המחוזי",¹²⁹ תזכיר חוק דומה הוגש מטעם המשרד לענייני דתות. בדברי ההסבר להצעת החוק של ח"כ הלפרט צוין: "קיים ציבור גדול של שומרי תורה ומצוות, שעל פי אמונתו הוא מצווה להתדיין אך ורק לפני בית דין של תורה הדין על פי חוקת

126 פ' שיפמן, לעיל הערה 85, בע' 39.

127 הרב ש' דיכובסקי "מעמדו של בית דין רבני הדין בדיני ממונות כבורר" שנתון המשפט העברי ט"ז-י"ז (תש"ן-תשנ"א) 527; צוטט בפסק דינו הנ"ל של השופט טל בבג"צ כ" לעיל, הערה 75.

128 הצעת החוק-210' א של ח"כ המר הוגשה בכנסת השלוש עשרה; הצעת חוק הבוררות (תיקון) – סייג לחובת אישור בית משפט) תשנ"ז-1996, ה"ח 505, הוגשה ע"י ח"כ שטרן בכנסת הארבעה עשרה; הצעת חוק הבוררות (תיקון אישור פסק הבוררות במקרים מיוחדים) תש"ס-2000, ה"ח 2146, הוגשה ע"י ח"כ ביבי בכנסת החמש עשרה.

129 הצעת חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) (תיקון סמכויות שיפוט בעניינים אחרים) התש"ס-1999, ה"ח 689, הוגשה בכנסת החמש עשרה.

התורה... ציבור שומרי המצוות, המעוניין להתדיין על פי דין תורה, זכאי לקבל שירות זה מן המדינה, כשם שהוא זכאי ומקבל שירותים דתיים אחרים...". בישיבה אשר התקיימה אצל שר המשפטים הוחלט להתנגד לתזכיר החוק של המשרד לענייני דתות. ועדת השרים לענייני חקיקה החליטה להתנגד להצעת חוק של ח"כ הלפרט אך הצעת החוק עברה קריאה טרומית. לכאורה בהתאם לגיתוחם של הלפרין-קדרי ושיפמן, הצעות חוק אלו משתלבות עם גישת הפלורליזם השיפוטי כל עוד הן אינן מקנות לבית הדין הרבני סמכות כפיה כלפי מי אשר איננו מעוניין בסמכות שיפוט. בהקשר לכך מעניין לראות כיצד הצעתו של ח"כ הלפרט לפיה "בית הדין הרבני איננו מוסמך להוציא כתבי סירוב ולא יוציא כתבי סירוב, בכל עניין בו הוא דן לפי סעיף זה"¹³⁰ תואמת את עמדת הלפרין-קדרי אשר נוסחה כלהלן:

להבחנה המסתמנת בין ההשלמה במשתמע עם פעילות בית הדין הרבני כבורר לבין הגבלת אפשרותו להוציא כתבי סירוב במסגרת פעילותו זו יש משמעות בלתי מבוססת בהקשר של פלורליזם שיפוטי. ההבחנה בין שתי פרקטיקות אלה מבטאת למעשה את הקו המבדיל בין אפשרות בחירה אמיתית לבין העדרה המוחלט. התדיינות במתכונת של בוררות מהווה בדרך כלל ביטוי לבחירתם של הצדדים להתדיין בדרך זו, בעוד שכתב הסירוב מגלם בעצם מהותו את הכפייה והיעדר הבחירה החופשית. מתן חופש בחירה מלא לפרט מהווה יסוד מרכזי באידיאולוגיה הפלורליסטית הטהורה. בהתאם לכך, חסימת הפרקטיקה האחת והתרת האחרת אינן מהוות חוסר עקביות, אלא ניתן לפרשן כמעידות על הפנמת האידיאולוגיה הפלורליסטית וניסיון לקדמה ולפעול בהתאם לה.¹³¹

למותר לציין כי עמדה זו איננה מקבלת את תפיסת הרב שרמן לפיה בית הדין הרבני קונה סמכות שיפוט כוללת על בני הקהילה הדתית באשר הם ובידיו להפעיל סנקציה חברתית כנגד סירובם להישפט בפניו.

ג.3. פלורליזם שיפוטי מנדטורי

בעלי גישה זו סוברים כי על פלורליזם שיפוטי לקבל את האוטונומיה השיפוטית של הקהילות השונות. בנתחו את עמדת השופט טל בבג"צ כק¹³² כותב איסי רוזן-צבי:

הנה כי כן, מאחורי המושג 'משפט' שהשופט טל משרטט מסתרת השקפת עולם אנטי-פוזיטיביסטית, הקושרת את המשפט עם הקהילה שהוא מופעל בתוכה.

130 ועדת החוקה תמכה בנוסח זה.

131 לעיל הערה 124, בע' 576.

132 לעיל הערה 75.

השופט טל אינו תופס את בית המשפט אך ורק כ'דבר מלך', ואין הוא מחפש את מקור הסמכות בחקיקה של המדינה הריבונית, אלא בגושפנקא שהקהילה נותנת לבית הדין בציות לפסיקות ובהיענות לסנקציות החברתיות-הדתיות שהוא מטיל. אפשרות פעולתו של בית הדין בעניינים שאינם מסורים לו במשפט המדינה נגזרת ישירות מן הסולידריות של הקהילה ומנכונותה לקיים את פסקי הדין והסנקציות שהוא מכריז עליהם. השופט טל קורא תיגר על התפיסה המושרשת בלב משפטים, ובוודאי שופטים, לזהות את ה'משפט' עם משפט המדינה, ועל רקע זה השופט טל מנסה לבסס את הלגיטימיות של המשפט הדתי כמערכת משפטית אוטונומית חלופית, המאורגנת סביב זיקתו של המתדיין לקהילה חברתית-דתית מובחנת.¹³³

רוזן-צבי מוכן לקבל, איפוא, סמכות שיפוט קהילתית של בית הדין הרבני הכוללת הטלת סנקציות חברתיות על בני הקהילה אשר אינם סרים למרותו - זוהי עמדת הרב שרמן בלבוש פלורליסטי משפטי. לא ניתן להתעלם מההשלכה החברתית של תפיסת רוזן-צבי: היחיד נלכד בשיפוט קהילתו והמדינה איננה מתערבת במערכת זו גם כאשר הערכים המופעלים במסגרתה אינם תואמים את עקרונות היסוד האמונים עליה. כלשונו:

לעומת עמדה פוזיטיביסטית זו ניצבת השקפת עולמו של השופט טל, הקושרת את היחיד לקהילה והרואה בבית הדין מוסד קהילתי-דתי. הסובייקט שתפיסת המשפט של השופט טל מכוננת הינו יחיד שהוא חלק אינטגרלי מקהילה.¹³⁴

לעומת הדגשת מקומה של הקהילה בתפיסתו של רוזן-צבי, מדגישה הלפרין-קדרי כי:

בשיח הפלורליסטי קיימים שלושה גורמים: הפרט, הקהילה, והמדינה. הפלורליזם המשפטי, לפחות בהקשר שדיברנו עליו כאן, נועד לקדם את גורם הקהילה. הוא נועד להבטיח המשך קיום לקהילה האותנטית. אך הקהילה מורכבת מפרטים המשתייכים אליה. כפייה של ההשתייכות הקהילתית פוגעת באותנטיות ולמעשה אף מקעקעת אותה. בכך היא שומטת את הקרקע מתחת לבסיס האידיאולוגי. הבסיס האידיאולוגי נפגע בצורה נוספת. קידום הגורם הקהילתי אינו יכול להיות שיקול בלבד. הגורם הקהילתי... אינו יחיד. קידומו נסמך גם על ההנחה שהדבר תואם גם את אינטרס הפרט המרכיב את הקהילה. כאשר הנחה זו אינה מתקיימת, בא לידי ביטוי אותו 'היבט אפל' של הפלורליזם.¹³⁵

133 א' רוזן-צבי "סובייקט, קהילה ופלורליזם משפטי" עיוני משפט כג (2) (התש"ס) 539, 549.

134 שם, בע' 550.

135 לעיל הערה 116, בע' 745.

אליבא דרוזן-צבי, הרציונל להצדקת סמכות שיפוט כוללת של בית הדין הרבני אף כלפי יחידים שאינם מכירים בסמכותו זו, מבוסס על האוטונומיה הקהילתית אשר אף הרב שרמן תמך בה.¹³⁶ יושם אל לב, הרב הרצוג לא היה מעוניין לבסס את סמכותו השיפוטית של בית הדין הרבני על סמכות קהילתית והוא שאף כי בית הדין יקבל סמכות לאומית-מדינתית. מעניין להיווכח במשמעות הרחבה אשר איסי רוזן-צבי נותן לתפיסה קהילתית זו של בית הדין הדתי והוא מגידה לתפיסת השופט אלון בהקשר למקומו של המשפט העברי בשיטתנו המשפטית. רוזן צבי מציין

כי -

השופט אלון משתתף באופן פעיל בפרויקט ציוני-לאומי, שהדת בכלל והמשפט הדתי בפרט ממלאים בו תפקיד מרכזי. 'הדתי' בתפיסתו של השופט אלון לעולם משולב עם 'הלאומי'. התייחסותו למשפט הדתי הינה כאל המשפט הלאומי של האומה היהודית. הוא מדגיש באופן מיוחד את פיתוחו של 'המשפט העברי' על ידי בני הלאום היהודי, להבדיל מבני הדת היהודית... פרקטיקה זו קושרת את המשפט הדתי בעבודות אל משפט המדינה, השיח של השופט אלון על אודות המשפט הדתי לכוד בתוך השיח הלאומי ההגמוני ללא כל יכולת להיחלץ ממנו. אחת מהנחות היסוד המדריכות את מחקר המשפט העברי של השופט אלון הינה כי 'מטרת המחקר היא להכין ולהכשיר את המשפט העברי לתהליך קליטתו במשפט של מדינת ישראל'. עמדה זו לא בלבד שאינה מסוגלת לשחרר את המשפט הדתי, ואת בית הדין כנושאו המרכזי ודוברו הסמכותי, מלפיתת החנק של המשפט הריבוני ולכונן סדר חדש על אדנים פלורליסטים, אלא היא מבצרת את אחיזתו של משפט המדינה במשפט הדתי. התוצאה הבלתי נמנעת הנגזרת מעמדתו של השופט אלון היא הכפפה של המערכת המשפטית הדתית למשפט המדינה.¹³⁷

לדעתו של רוזן-צבי על המשפט הדתי במדינת ישראל להיות משפט קהילתי מתבדל אשר תכליתו שימור האוטונומיה של מוסדות הדת בתחומיה המצומצמים של הקהילה הדתית. לטעמו זוהי עמדתו של השופט טל -

השופט טל, לעומת זאת, מתייחס למשפט הדתי כאל משפט קהילתי. אין הוא מבקש להשיג באמצעותו הישגים בתחום הלאומי. האסטרטגיה שהוא נוקט היא במידה רבה אסטרטגיה בדלנית, המבקשת לשמר את האוטונומיה של מוסדות הדת בתחומיה המצומצמים של הקהילה הדתית.¹³⁸

136 מפגש זה בין א' רוזן צבי שיש בכתיבתו מימד פוסט ציוני לבין הרב שרמן מזכירה את נקודות ההשקה אשר נמצאו לא אחת בין פרופ' ישעיהו לייבוניץ לבין האידיאולוגיה החרדית בנוגע ליחסי לאום ודת.

137 רוזן-צבי, לעיל הערה 133, בע' 554.

138 שם.

במובן זה רוזן-צבי נפגש עם עמדתו של הרב שרמן. שניהם רואים בבית הדין הרבני, בית דין מתבדל בעל סמכות שיפוט קהילתית אשר ייעודו שימור מסגרתה וערכיה של הקהילה הדתית. מעניין כי טרם קום המדינה, לא הרב חיים עוזר גרודז'ינסקי החרדי וודאי שלא הרב הרצוג הציוני-דתי סברו שזהו חזונו של בית הדין. האם הם התבררו?

סיכום

אייזנשטדט כותב כי:

כל מערכת משפטית אפשר לראותה מורכבת משורה של תקנות ומצוות קטנות, מפורטות, שכולן עוסקות בעיקר בצדדים הארגוניים של שמירת הסדר והיחסים החברתיים המסודרים. אבל בצורה זו או אחרת מגלמת המערכת המשפטית גם את התפיסה הבסיסית של סדר קוסמי ותרבותי השורר בחברה נתונה. לפיכך כל מערכת משפטית קשורה לא רק לספירות המדיניות אלא גם לספירות הדת והתרבות. כתוצאה מכך לא די שהמערכת המשפטית נוטה להיות בעצמה לחדשנות כריזמטית אלא גם, מעבר לזה, היא הספירה המוסדית הטבעית שבה חלק מן האוריינטאציות הכריזמטיות הבסיסיות, שלידתן בספרות הדת או המדיניות... באות לכלל ביטוי מלא.¹³⁹

נוכח כך, טבעי שהיהדות כדת לגליסטית תעניק חשיבות יתירה למוסדות השיפוט שלה עד כדי מניעת אפשרות להתדיין בערכאות משפטיות אחרות. אכן איסור על כך נזכר במקורות ההלכה היהודית ויש שרואים בו ביטוי עקרוני למהות המשפט והשיפוט בתפיסה הדתית היהודית. בהקשר לכך מובאת תפיסה לפיה האל הוא שופט האדם לפי חוקיו ומשפטיו והדיינים מתמנים להיות שליחיו ליישם את משפט תורתו בעולם. כל פנייה לשופטים אחרים ולמערכת משפט אחרת היא כפירה ביסוד היהדות לפיו האל מסר תורה ובה מערכת משפט מחייבת.

עמדה זו איננה העמדה היחידה במחשבת היהדות בעניין זה. לדעת הר"ן יש להבחין בין 'משפט התורה' לבין 'משפט המלך'. דיני התורה משקפים את הדין הצודק אך הם אינם בהכרח ממלאים את כל הצרכים החברתיים ולשם כך נוסד משפט המלך אשר מאפשר היענות לצורכי השעה והממלכה בהתאם להתפתחויות הזמן והמקום. בביאור עמדתו של הר"ן נחלקו רבנים ומלומדים. יש אשר צמצמו דעתו למתן סמכויות עזר למלך בשעת חירום או להקניית סמכות בדיני עונשין באותם מקרים שלפי דיני הראיות ההלכתיים לא ניתן להגיע להרשעה. אך יש אשר סברו כי הר"ן הכיר בסמכות שיפוט אזרחית מקבילה. לעומת זאת, הרמב"ם סבר שבית הדין הדתי מופקד על כל מערכת המשפט ובידיו לפתור את מצוקות הזמן והמקום בדרך של פרשנות הלכתית. מעניין כי טרם קום המדינה נחלקו הרב גרודז'ינסקי והרב הרצוג בסוגיה זו. הרב גרודז'ינסקי סבר שלפי ההלכה, המדינה שתקום רשאית להקים מוסד משפטי עצמאי, מנותק ממערכת בתי הדין, אשר

139 הקדמה לפרק כאריזמה ומיסוד המשפט בספר של מ' ובר על הכאריזמה ובניית המוסדות (תש"ם) 49.

ידון בכל העניינים המדיניים אשר יתגלעו. לעומתו הרב הרצוג סבר שלפי עקרונות היהדות יש להקים במדינה היהודית בית דין שידון בכל ענייני המדינה ובכוחו יהיה לעשות כן, אם תוכן לכך תשתית הלכתית בדרך של פרשנות. מסתבר כי המחלוקת בין הרב הרצוג לבין הרב גרודז'ינסקי נבעה גם מדרכם הרעיונית השונה. הרב הרצוג כציוני דתי שאף לכך שכל ענייני המדינה יוסדרו לפי עקרונות ורוח היהדות, הרב גרודז'ינסקי כמנהיג היהדות החרדית באירופה העדיף כי מוסדות הדת לא יהיו מעורבים בענייני ההנהגה הציונית. לימים, לאחר הקמתם של מדינת ישראל ומערכת בתי הדין הרבניים עלתה סוגיה זו בפסיקת בתי הדין הרבניים. בפסיקת דייני בתי הדין רווחת העמדה כי על בית הדין הרבני לדון בכל תחומי המשפט אך הדיינים נאלצו להתמודד עם ההגבלה החוקית של סמכותם השיפוטית. בעבר היו דיינים שצינו כי על בית הדין הרבני לפעול מתוך תפיסה עצמאית לפיה, בהתאם להלכה, סמכותו השיפוטית חובקת כל. לאחרונה, נשמע קול אחר בבית הדין הרבני לפיו בית הדין הרבני פועל ב'דואליות נורמטיבית' קרי בית הדין הינו ערכאה שיפוטית רשמית בהתאם לסמכות אשר הוענקה לו בחוק, אך מעבר לכך בית הדין הרבני הוא 'בית דין קבוע' לקהילה הדתית שבתחום ישיבתו. תפיסה זו גורסת כי לבתי הדין הרבניים סמכות שיפוטית כוללת כלפי בני הקהילה הדתית. בכך נוצרה, לפי תפיסה זו, הפרדה של הציבור הדתי מהמדינה. ציבור זה כפוף לסמכות השיפוטית של בתי הדין הרבניים בעוד שהציבור הכללי כפוף לבתי המשפט האזרחיים. מעבר לביקורת אשר העלינו כלפי הביסוס המשפטי והעובדתי לעמדה זו, נראה לנו כי התוצאה החברתית של תפיסה זו – סמכות משפטית נפרדת לציבור הדתי לעומת יתר בני המדינה, איננה רצויה וספק אם הרב הרצוג, אשר אמנם התנגד לפניה לבתי משפט אזרחיים, היה תומך בה. מעניין להיווכח כי עמדה זו קיבלה תמיכה תיאורטית חוץ-דתית בהתבסס על עיקרון הפלורליזם השיפוטי. זאת לפי תפיסה הסוברת כי על המדינה לאפשר אוטונומיה שיפוטית לקהילותיה השונות תוך מתן סמכות בדלנית לבתי הדין הדתיים. מנגד יש המדגישים כי הפלורליזם השיפוטי נעצר במקום בו הפרט מסרב לקבל עליו את עולה של הקהילה ואין להקנות לבתי הדין הדתיים סמכות שיפוט כלפי אלה אשר אינם מוכנים להתדיין בפניהם. לעומת העמדה הקהילתית הדוגלת בסמכות שיפוט כוללת של בית הדין הרבני כלפי בני הקהילה הדתית, דיין בית הדין הגדול הביע עמדה המכירה, אף כי בדיעבד, בהגבלות החוקיות של סמכות שיפוט בית הדין הרבני. עמדותיהם של הר"ן והרב גרודז'ינסקי המכירות בסמכות שיפוט אזרחית בעניינים מדיניים לא קיבלו ביטוי בפסיקת בתי הדין הרבניים.