

כתבי סירוב – מקהילה למדינה

יעקב שפירא*

המאמר דן בכתבי סירוב שבאמצעותם בתי דין דתיים מטילים סנקציות חברתיות על נתבע אשר מסרב להתייצב ולהתדיין לפנייהם. אין חולק כי בתי הדין הדתיים רשאים להנפיק כתבי סירוב אשר כל מהותם, מבחינה הלכתית, מתן היתר להגיש תביעה בבית המשפט האזרחי. המאמר מבקש לבחון אם זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אינה אמורה להשפיע על הלגיטימיות של הוצאת כתבי סירוב שמטילים סנקציות חברתיות שונות – הן על ידי בתי דין דתיים רשמיים והן על ידי בתי דין דתיים פרטיים. שאלה זו טומנת בחובה התייחסות למעמדן של קהילות במדינה דמוקרטית: האם מוענקת להן אוטונומיה מוחלטת או שמא אין הן רשאיות – לנוכח עקרונות היסוד של התפיסה הדמוקרטית – לפגוע בזכויות האדם של חבריהן? שאלה זו נבחנת הן מן ההיבט של המשפט העברי והן מן ההיבט של המשפט הישראלי, תוך התייחסות לזכות הגישה לערכאות ולהנחיות היועץ המשפטי לממשלה שהוצאו בעניין.

מבוא

- פרק א: בג"ץ 3584/13 עמותת חדו"ש לחופש דת ושוויון נ' רב העיר אלעד
- פרק ב: כתבי סירוב עקב אי-התייצבות לדין לעומת כתבי סירוב בגין פנייה ל"ערכאות"
- פרק ג: הנידוי והטלתו
1. גישתו המחמירה של רב פלטוי גאון
 2. הסתייגויות מהאפשרות של הטלת נידוי
- פרק ד: קהילה לעומת מדינה – התייחסות לתפיסה של "רב-תרבותיות עבה"
- פרק ה: מדינה יהודית ודמוקרטית
1. מעמדם של בתי הדין הרבניים במדינת ישראל – תפיסת הממסד הרבני

* ממונה ביחידה למשפט עברי במשרד המשפטים, מרצה למשפט עברי באוניברסיטה העברית בירושלים ומרצה ליחסי דת ומדינה באוניברסיטת רייכמן. תודה לפרופ' גדעון ליבזון ולפרופ' אבישלוס וסטרייך על הערות טובות ותורמות.

2. מעמדם של בתי הדין הרבניים הרשמיים – פסיקת בית המשפט העליון
- (א) הכרה באוטונומיה של בתי הדין הרבניים
- (ב) עקרון החוקיות
3. כבוד האדם וחירותו
4. ערכיה של מדינה יהודית
- פרק ו: יחיד-קהילה-מדינה
1. זכות הגישה לרשויות שיפוטיות של המדינה
2. זכות הגישה לרשויות השיפוט במדינת ישראל לפי המשפט העברי
3. בתי דין תורניים וזכות הגישה לרשויות השיפוט של המדינה
4. מוסדות הקהילה לעומת חבריה
- פרק ז: הנחיות היועץ המשפטי לממשלה
- סיכום

מבוא

האם המשפט במדינת ישראל צריך לאפשר לבתי דין תורניים להוציא נגד המסרבים להתדיין לפנייהם כתבי סירוב שכוללים סנקציות חברתיות שונות, לרבות נידוי וחרם? בהתייחסו לבקשה לצו זמני אשר יאסור פרסום כתבי סירוב, כתבי חרם וכתבי פלסתר מטעם בית דין צדק הפועל בבני ברק, הטעים השופט יהודה זפט, סגן נשיא בית המשפט המחוזי בתל אביב, כי "חרם וכתב סירוב הינם אמצעי לחץ חברתי המקובל בחברה החרדית מקדמת דנא לכפיית נורמות התנהגות המקובלות בחברה זו". לנוכח זאת הוא קבע "שאינן מקום להתערבות משפטית חיצונית באורחות חייה של החברה החרדית כל עוד אין מדובר בנורמות המפירות את חוק המדינה".¹ במאמר זה אבקש לבחון האומנם כן, ואם זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אינה אמורה להשפיע על המדיניות בנוגע להוצאת כתבי סירוב הכוללים סנקציות חברתיות שונות על ידי בתי דין דתיים – הן רשמיים והן פרטיים. ברור שבתי הדין הדתיים רשאים להעניק כתבי סירוב אשר כל מהותם, מבחינה הלכתית, מתן היתר להגיש תביעה בבית המשפט האזרחי. דיוננו מתמקד בהטלת סנקציות חברתיות נגד נתבע אשר מסרב להתייצב לדין בבית הדין התורני. שאלה זו טומנת בחובה התייחסות למעמדן של קהילות במדינה דמוקרטית: האם מוענקת להן אוטונומיה מוחלטת או שמא אין הן רשאיות – לנוכח עקרונות היסוד

1 בש"א (מחוזי ת"א) 18131/06 **ביאלוסטוצקי נ' ערבליך**, פס' 3 (נבו 4.10.2006). המבקש, שהיה מבעליה של חברת בנייה, פנה בבקשה לביטול פסק הדין של בית דין צדק בבני ברק בנוגע לבניית פרויקט מגורים. בהמשך לכך הגיש המבקש בקשה לצו זמני האוסר לפרסם כתבי סירוב, כתבי חרם, כרוזים וכתבי פלסתר מטעם בית דין צדק בני ברק שהוצאו בעקבות פנייתו לבית המשפט האזרחי בבקשה לביטול פסק הבוררות.

של התפיסה הדמוקרטית – לפגוע בזכויות האדם של חבריהן? אבחן שאלה זו הן מן ההיבט של המשפט העברי והן מן ההיבט של המשפט הישראלי, ואתן את הדעת בתוך כך לזכות הגישה לערכאות. כן אתייחס להנחיות היועץ המשפטי לממשלה שהוצאו בעניין. אפתח בהצגת מקרה שהגיע לבית המשפט העליון ואשר יש בו כדי להמחיש את עוצמת הסוגיה.

פרק א: בג"ץ 3584/13 עמותת חדר"ש לחופש דת ושוויון נ' רב העיר אלעד²

שניים מן המשיבים רכשו את הדירה שמעל לדירתה של אחת העותרות ובנו מרפסת בניגוד לחוק ולכללי הבטיחות וללא אישורים כנדרש, באופן שמנע מהעותרת את האפשרות להשתמש במרפסתה לבניית סוכה, כמנהגה מדי שנה. לאחר שלא עלה בידי העותרת לשכנע את המשיבים להפסיק את בניית המרפסת, היא פנתה בבקשת סעד אל בית משפט השלום בפתח תקוה, אשר הוציא נגדם צו מניעה זמני להפסקת עבודות הבנייה. המשיבים בחרו להפר את הצו ולהמשיך בעבודות. במקביל הם פנו אל בית דין דתי הפועל באלעד, בנשיאות רב העיר, בבקשה לדון בסכסוך ולהורות לעותרת לבטל את תביעתה. בית הדין נענה לבקשת המשיבים והוציא נגד העותרת ובעלה "צו מניעה" בהאי לישנא:

צו מניעה

"
לכבוד...

פנה לבית הדין... ולטענתו הנכם עושים פעולות שונות ע"מ [=על מנת] להפריע לו את בניית הסוכה.

הננו להודיעכם כי פעולות אלו שלטענתו נעשות, הרי הם בכלל מסירה ובכלל מרים יד בתורת משה רח"ל [=רחמנא לצלן].

בכל התנגדות שהיא עליכם לפנות אך ורק לדין תורה, ולא לכל גורם אחר.

ניתן לתאם דיון דחוף במזכירות בית הדין.

וע"ז באעה"ח [=ועל זה באנו על החתום],

...

נ.ב באם יתברר לביה"ד כי הנכם ממשיכים בפעולות אלו, ביה"ד ידון אתכם כדין

מוסר רח"ל.³

2 בג"ץ 3584/13 עמותת חדר"ש – לחופש דת ושוויון נ' רב העיר אלעד (נבו 18.7.2016) (להלן: עניין עמותת חדר"ש).

3 מובא בפס' 22 לעתירה למתן צו על תנאי בבג"ץ 3584/13 עמותת חדר"ש לחופש דת ושוויון נ' רב-העיר אלעד (נבו 20.5.2013).

לאחר שהתברר לבית הדין כי העותרת לא נענתה לבקשה לבטל את תביעתה, נשלחה אליה ה"אזהרה" הבאה:

אזהרה

לכבוד גברת _____ [מ]רחוב _____ אלעד
משפחת _____ הציגו בפני ביה"ד מסמכים שהרמת יד בתורת משה ופנית לבית המשפט, והמשכת בפעולות אלו למרות צו המניעה של ביה"ד... הננו לחזור ולהתרות בפניך שכל דין ודברים שיש בין צדדים על התובע לפנות ולתבוע אך ורק בבית דין, והפונה למקומות אחרים הרי זה מרים יד בתורת משה.
הננו להודיעך שעליך להציג בפני ביה"ד או לשלוח לפקס ביה"ד... עד מחר יום שני ח' תשרי בשעה 10:00 בבוקר אישור שבטלת את התביעות בערכאות – ע"מ שביה"ד לא ידון אותך כסרבנית.⁴

לאזהרה צורפה כתבה מעיתון "מרכז העניינים" המתארת מקרה שבו אדם לא ציית לכתב סירוב ונפטר באופן טרגי. על גב הכתבה רשם המזכיר בכתב ידו:

"לכבוד הרבנית...
והחכם עיניו בראשו
ודי למבין."⁵

העותרת לא שעתה לאזהרה, ובית הדין המרכזי לממונות בלשכת הרבנות אלעד הוציא נגדה, בערב יום הכיפורים, כתב סירוב שנתלה ופורסם במאות עותקים ברחבי העיר אלעד. בכתב הסירוב הורה בית הדין כי יש להתייחס אל העותרת כ"מרימה יד בתורת משה", וזאת בשל העובדה שהיא פנתה לבית משפט אזרחי, שנחשב "ערכאות" בעיני בית הדין. בכתב הסירוב אף נאמר כי העותרת "עשתה פעולות שיש בזה משום מסירה". בכתב עתירתה ציינה העותרת כי כתב סירוב זה הפך את חייה בן לילה: בגינו היא ובנותיה חדלו מללכת לבית הכנסת החל באותו יום כיפור, "חוויות" של יריקה לעברה ברחוב הפכו את היציאות מהבית לנדירות והגבילו אותן למקרים הכרחיים בלבד, והוערמו קשיים בקליטת בנותיה למוסדות לימוד. העותרת ועמותת חדו"ש (חופש דת ושוויון) פנו אל בית המשפט העליון וביקשו את ביטולו של כתב הסירוב שהוציא בית הדין, "בהיותו מנוגד לחוק, פוגע באופן חמור בזכויות היסוד של העותרת... ובערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". להלן אבחן את הבסיס ההלכתי להוצאת כתב הסירוב על ידי בית הדין לממונות בעיר אלעד. לאחר מכן אתייחס לשאלה אם

4 שם, בפס' 29.

5 שם, בפס' 30.

מדינת ישראל, כמדינה יהודית ודמוקרטית, צריכה להגביל את האפשרות להוציא כתבי סירוב מעין אלה.

פרק ב: כתבי סירוב עקב אי-התייצבות לדין לעומת כתבי סירוב בגין פנייה ל"ערכאות"

בתלמוד הבבלי⁶ נקבע כי כדי לאפשר לתובע לנהל את התביעה ולקבל את הסעד שהוא מבקש, בית הדין מוסמך⁷ להוציא נגד נתבע כתבי נידוי והחרמה⁸ על מנת להניעו להתייצב לדין.⁹ אולם במקרה האמור שהובא לפני בית המשפט העליון הגישה התובעת

6 בשם האמורא רבא נאמר כי מי שמסרב להתייצב לדין כותבים עליו "פתיחא" (בבלי, בבא קמא ק"ג, ע"א). רב פלטי גאון (בבלי, המאה התשיעית לספירה) מבאר כי פתיחא הוא כתב הכרזה שמוצא נגד מי שהוטל עליו נידוי, ובו מוכרזות הסנקציות החברתיות שמוטלות עליו. ראו תשובות הגאונים, שערי צדק, חלק ד, שער ה, סימן יד (מהדורת מוסאפיה 8). כן ראו שם, בסימן י. אף רש"י מבאר כי פתיחא הוא שטר שמתא (בבלי, ראש השנה לא, ע"ב, ד"ה "גמ' פתיחא"), דהיינו, שטר נידוי. במקום אחר בתלמוד (בבלי, מועד קטן טז, ע"א) אכן קובע רבא כי יש לנדות ולהחרים את מי שלא נענה להזמנת שליח בית הדין להתייצב לדיון משפטי. גדעון ליבזון מטעים כי מדובר בחידוש של אמוראי בבלי. ראו גדעון ליבזון "על מה מנדין (עילות הנידוי בארץ ישראל ובבבל בתקופת המשנה והתלמוד)" **שנתון המשפט העברי** ב 292, 340 (התשל"ה) (להלן: ליבזון "על מה מנדין"). בתלמוד הירושלמי (ירושלמי, כתובות ט, ח) מובא שכאשר נתבע אינו מתייצב בבית הדין, שולחים לו שלוש אגרות, אחת לשלושים יום, ואם הוא לא התייצב לאחר מכן, מחלטים את נכסיו. אולם הנידוי אינו מוזכר שם. במקום אחר בירושלמי מובא שרבי יהושע בן לוי דרש מאדם שלוש פעמים להתייצב לפניו, ככל הנראה לשם משפט, והלה לא התייצב. רבי יהושע הגיב כי אלמלא נהגו לא להחרים ("אילו לא דלא חרמית בר נש מן יומי"), הוא היה מחרימו (ירושלמי, מועד קטן ג, א). עולה אפוא כי בארץ ישראל לא נקבע כלל החלטי ומחייב שיש להחרים את מי שאינו מתייצב לדין.

7 על אפשרותו של התובע עצמו להטיל חרם על הנתבע ראו גדעון ליבזון "חרם סתם": בתקופת הגאונים ובראשית ימי הביניים "שנתון המשפט העברי" כב 107, 133–136 (2003). כן ראו את הדיון שם על אודות השימוש בחרם על ידי בעלי הדין לשם בירור אמינותו של הצד שכנגד בעניינים שונים. הנידוי נמשך שלושים יום, ואם חרף זאת הנתבע אינו מתייצב לדין, כותבין עליו חרם שכולל סנקציות חברתיות חריפות יותר. ראו משנה תורה, סנהדרין, פרק כה, הלכה יא. אשר גולאק מציין כי "עוד מתקופת התלמוד היו בתי הדינים משתמשים בנידוי, והיו כופים על ידו להישמע להם. אדם שהזמינו אותו בית דין לדין שלש פעמים וסירב ולא בא, היו כותבים עליו פתיחא ומנדים אותו עד שיבא. וכן היו מנדים את זה שלא ציית פסק דינו של בית דין, כגון מי שחייבוהו לשלם את חובו ולא רצה לשלם". ראו אשר גולאק **יסודי המשפט העברי: סדר דיני ממונות בישראל עפ"י מקורות התלמוד והפוסקים** ספר רביעי: בתי הדינים ומהלך הדין בענייני ממונות 44 (התרפ"ב). כן ראו **אוצר ישראל: אנציקלופדיה לכל מקצועות תורת ישראל, ספרותו ודברי ימיו** חלק רביעי 312 (יהודה דוד אייזענשטיין עורך 1910).

9 אולם לדעתו של אליעזר הללה, "עיקר מטרתו של הנידוי אינה לשמש אמצעי לחץ כדי לאלץ את הנתבע להתייצב לדין, אלא הנידוי הוא סנקציה המוטלת על הנתבע עקב ביוזון בית הדין". ראו

את תביעתה בבית המשפט האזרחי. הנחבע ביקש לסכל את ההליך המשפטי-האזרחי, ולשם כך פנה אל בית הדין התורני, כדי שהעניין יתברר על ידיו. בית הדין התורני הוציא כתב סירוב נגד התובעת בשל העובדה שהיא פנתה לערכאות ולפיכך "מרימה יד בתורת משה". כתב הסירוב הוצא אפוא נגד התובעת עקב כך שהיא בחרה ערכאה אזרחית, ולא נגד הנתבעים עקב אי-התייצבותם לדיון. השאלה היא אם לפי המשפט העברי עניין זה מצדיק הוצאת כתב סירוב. על מנת לענות על שאלה זו, ניתן תחילה את הדעת לשאלת הלגיטימיות של פנייה לערכאה אזרחית לפי המשפט העברי, ובהמשך המאמר נבחן את מעמדם של בתי המשפט במדינת ישראל לעניין זה.

בתלמוד הבבלי נשנה:

"ותניא – היה רבי טרפון אומר: כל מקום שאתה מוצא אגוריות [מקום של אספות עם שבו התנהלו משפטים – 'ש' של גוים,¹⁰ אף על פי שדיניהם כדיני ישראל – אי אתה רשאי להיזקק להם, שנאמר: 'ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם' – לפניהם, ולא לפני גוים."¹¹

רבי טרפון קובע אפוא שאין להיזקק לערכאות המשפט של גויים.¹² אולם לא נאמר בתלמוד מה דינו של מי שעושה כן. במדרשים מובא גינוי דתי נגד העושה כן. במדרש תנאים הושוותה ההליכה לבית המשפט הזר לעבודה זרה ולכפירה בקב"ה, "שכל ההולך לדין אצל אומות העולם כאלו עובד עבודה זרה... ולא עוד אלא שכל המניח דיני ישראל והולך לפני אומות העולם כפר בהקב"ה תחלה."¹³ ובמדרש תנחומא נאמר "שכל מי שמניח דיני ישראל והולך לפני עכו"ם כפר בהקדוש ברוך הוא תחלה ואחרי כן כפר בתורה."¹⁴ הפונה אל דיני עכו"ם כופר אפוא בקב"ה ובתורה, אולם לא נאמר שיש לפעול נגדו.

ברם, הגאונים התקינו תקנה אשר מורה על הכרזת חרם במעמד פומבי חגיגי בהר הזיתים, ביום הושענא רבה, נגד הפונים לערכאות: "נחרים... ועל כל היוצא לדיני הגויים... ורבים אשר הדין עליהם ילכו לדיני הגויים."¹⁵ נראה כי תקנה זו משקפת את

אליעזר הללה "וישלח משה לקרא לדתן ולאבירים: הזמנה לדין" פרשת השבוע 372 (פרשת קרח התש"ע) (ההדגשה במקור). זאת, בהסתמך על דבריו של הרב משה פיינשטיין: "משום דהשמתא הוא על האפקירותא שלא חש לדברי הב"ד ששלחו לו שיבא לפניהם" (שו"ת אגרות משה, יורה דעה, חלק ג, סימן קמב).

10 בכ"י מינכן 95 ובכ"י פירקוביץ 187: "ערכאות של גוים".

11 בבלי, גיטין פח, ע"ב (לפי כתבי היד והדפוסים הראשונים).

12 להידרשות למוכן האטימולוגי של "ערכאות" ראו חיים ה' כהן "על ערכאות של גויים ועל ערכים של יהודים" משפט וממשל ד 299, 309–310 (1997).

13 מדרש תנאים על ספר דברים, טז, יח (מהדורת האפפמאן 96).

14 מדרש תנחומא, פרשת משפטים, סימן ג.

15 משה גיל ארץ-ישראל בתקופה המוסלמית הראשונה: 634–1099 חלק ב: כתבים מגניזת קהיר 220, תעודה 121 (התשמ"ג). כן ראו שם, בחלק א: עיונים היסטוריים, בעמ' 139, תיעוד של שתי אחיות

פריצת איסור ההליכה לערכאות בתקופת הגאונים.¹⁶ ליבזון אף סבור כי גישתם המחמירה של הגאונים נגד הפונים לערכאות נבעה מכך שהם ראו בפנייה זו איום תיאולוגי של המרת דת.¹⁷ זאת, מאחר שהמוסלמים פירשו את פנייתו של בן החסות אל ערכאה נוכרית כביטוי לרצונו לזנוח את דינו האישי ולקבל עליו את הדין המוסלמי.¹⁸ אולם היו גאונים, כגון רב שרירא, שהתירו לתובע לפנות לערכאות כדי לממש את זכותו. יתר על כן, רב שרירא אף הורה לאחרים, לרבות זקנים ותלמידים, לסייע בידי תובע כזה:

“מי שחייבוהו בחוב או פקדון ואין יכולים להוציא ממנו ויש ביניהם מקום בי דָּנָאָר [בית משפט של מלכות פרס¹⁹] של גוים שאינו לוקח שוחד ומקבל עדות מישראל על חברו – יש לזקנים ותלמידים רשות שילכו לפני השופט ויעידו שזה חייב לזה, ומצווה לעשות כן, דאפילו נגזל גוי וגזלן ישראל, עדים מעידים אצל השופט שאינו חומס ושופטו.”²⁰

רבי יצחק אלפסי (המאה האחת-עשרה) לא התקין תקנה המחרימה את הפונים לערכאות של גוים, כפי שהתקינו הגאונים, אבל הורה כי “אסור לבר ישראל להזדמן

יתומות המתלוננות על כך שחלקן בירושת אביהן נלקח על ידי אחיותיהן הנשואות באמצעות פנייה לדייני נוכרים. בפנייתן הן כתבו: “אתם תחרימו פי הר הזיתים ארת פי דיני גוים” (אתם מחרימים בהר הזיתים את מי שייקח ירושה בדיני גוים). גיל אף מצטט מכתב, ככל הנראה משנת 1035, שבו מציין הכותב כי בחרם שהוכרז נגד הקראים בכל שנה בהר הזיתים אף הוחרם “כל היוצא לדיני גוים והלוקח ירושה בדיניהם” (שם). ראו גם גדעון ליבזון “על איסור פנייה לערכאות והטלת חרמות” **הלכה ומשפט: ספר הזיכרון למנחם אֶלֶן** 265, 291, ה”ש 131 (אריה אדרעי ואח’ עורכים 2018) (להלן: ליבזון “איסור פנייה לערכאות”).

16 שם, בעמ’ 271–272. כותב המכתב המוזכר בהערה הקודמת מציין “ורבים (ואף על פי כן רבים) אשר הדין עליהם (כלומר שההלכה היהודית אינה לטובתם) ילכו לדיני גוים” (גיל, לעיל ה”ש 15). גיל מוסיף שקיימות בכתיב הגניזה ראיות מפורשות שבארץ ישראל לא נמנעו מלהיזקק לבתי המשפט המקומיים כאשר הדבר נראה מועיל ונחוץ.

17 ליבזון “איסור פנייה לערכאות”, לעיל ה”ש 15, בעמ’ 283.

18 גדעון ליבזון “אוטונומיה שיפוטית ופנייה לערכאות מצד בני חסות על פי מקורות מוסלמיים בתקופת הגאונים” **האסלאם ועולמות השוורים בו: קובץ מאמרים לזכרה של חוה לצרוסי-יפה** 334, 375 (נחם אילן עורך 2002).

19 *davar* = שופט בפרסית. מילה זו מקורה במילה “דִּתְבָּרָא”, המופיעה בספר דניאל (דניאל ג, ב). “דִּתְבָּרָא” היא צורת הרבים של “דִּתְבַר” – חיבור של המילים הפרסיות “דִּת” (חוק) ו”בר” (נושא). נמצא כי “דתבר” הוא “נושא החוק” – פקיד בכיר, שופט או עורך דין. ראו אילון גלעד “הקשר המפתיע בין שופטי כדורגל באיראן ועובדי דואר ישראל: על גלגולה של המילה ‘דוור’” **הארץ** (1.1.2020) - <https://www.haaretz.co.il/magazine/the-edge/mehasafa/2020-01-01-ty-article/premium/0000017f-e98a-df2c-a1ff-ffdba08c0001>.

20 שמואל הסרדי **ספר התרומות** שער סב, אות ג.

אצל שופטי העכו"ם... ומי שהווקק להם בדיני ישראל צריך לנדו"ו.²¹ הרמב"ם, בחיבורו משנה תורה, נוקט – ככל הנראה בעקבות המדרש – אך גינוי דתי כלפי הפונה לדייני עובדי כוכבים ומזלות, ורואה בו "מרים יד בתורת משה": "כל הדין בדייני עכו"ם ובערכאות שלהן אף על פי שהיו דיניהם כדיני ישראל הרי זה רשע וכאילו חרף וגדף והרים יד בתורת משה רבנו".²² אולם מאוחר יותר, בשנת 1187, התקינו הרמב"ם ובית דינו תקנה הקובעת חרם נגד הפונים לערכאות, בדומה לתקנת הגאונים.²³ עם זאת, כרב שרירא גאון, אף הרמב"ם מסייג ומתיר פנייה לערכאות לשם מימוש זכות שאינה יכולה להיות מושגת על ידי דייני ישראל, וזאת אך לאחר פנייה ראשונית אל בית הדין היהודי: "[אם] היתה יד העכו"ם תקיפה ובעל דינו אֵלם ואינו יכול להוציא ממנו בדיני ישראל יתבענו לדיני ישראל תחלה. אם לא רצה לבא נוטל רשות מבית דין ומציל בדיני עכו"ם מיד בעל דינו".²⁴ ברם, הרמב"ם מטעים כי "אין ראוי למסור לדיני גויים, אלא מי שנמנע מדיני ישראל",²⁵ וככל שאין מדובר בנסיבה מעין זו, על בתי הדין להימנע מלהפנות בעלי דין אל ערכאות של נוכרים: "אין ראוי על אחד מבתי דיני ישראל לצוות לבעל דין לשילך לדון בדיני גויים; ואם טעה וציווה בזה מבלי היות לו סבה תכריחהו על ככה, הוא חוטא חטא גדול".²⁶ המילים התקיפות של הרמב"ם נגד הפונים לערכאות של נוכרים, ואף נגד בתי דין שמפנים בעלי דין אל ערכאות אלו, מעידות שתופעה זו הייתה נפוצה אף בתקופתו.

מעבר לתקנה שהתקין הרמב"ם יחד עם בית דינו, הוא הורה במקרים שונים על נידויים של אלה אשר פעלו ליישם את פסיקותיהן של ערכאות הנוכרים שאליהן

21 שו"ת הרי"ף, סימן רכא. ראו גם שו"ת הרי"ף, סימן יד, סיפא, שם הורה רבי יצחק אלפסי: "ואם עברה לאה וגבתה בדין אומות העולם יש מן הדין שתנידו אותה שתחזור אותה וכן הדין". בהתאם לכך הורה רבי משה איסרליש, במאה השש-עשרה, כי הפונה אל דייני עובדי כוכבים ומזלות "יש ביד בית דין לנדו"ו ולהחרימו עד שיסלק יד העובדי כוכבים מעל חברו" (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן כו, סעיף א).

22 משנה תורה, סנהדרין, פרק כו, הלכה ז. בעקבותיו כתבו כן טור ושולחן ערוך, חושן משפט, סימן כו, הלכות א–ב.

23 התקנה נזכרת בשאלה שהופנתה אל הרמב"ם בעניינו של ראובן שתבע שטר חוב בגויים "לפי שאין לו עדות ביהודים" וכן בנוגע ל"כל מי שיש לו תביעה בגויים בשביל עדותם": "יורנו הדרתו, האם יש עליו דבר מצד התקנה, שהחרימו בה על העובר על התקנה". הרמב"ם השיב: "כל זה עברה (על התקנה) ואין ראוי למסור לדיני הגויים אלא מי שנמנע מדיני ישראל". ראו שו"ת הרמב"ם, סימן כז (מהדורת בלאו 39–40). המהדיר יהושע בלאו מעיר כי הדברים מוסבים על תקנת הרמב"ם ובית דינו נגד הפונים לערכאות. התקנה אף נזכרת בשאלה נוספת שנשאל הרמב"ם (שם, סימן תח (685–686)), אך שם נראה שהרמב"ם נמנע מלקבוע בתשובה כי הייתה עברה על התקנה, שכן דובר בטעות של בית דין בהפניה לערכאות. כן ראו ליבזון "איסור פנייה לערכאות", לעיל ה"ש 15, בעמ' 291.

24 משנה תורה, סנהדרין, פרק כו, הלכה ז. ייתכן שהרמב"ם כתב את דבריו בעקבות רב שרירא גאון.

25 שו"ת הרמב"ם, סימן כז (מהדורת בלאו 40).

26 שם, סימן תח (686). על אודות התנגדותו החריפה של הרמב"ם לפנייה לערכאות של נוכרים ראו ליבזון "איסור פנייה לערכאות", לעיל ה"ש 15, בעמ' 282–283.

פנו.²⁷ כך, למשל, הוא הורה בעניין ירושה: "ואם תחזיק האם במה שקיימו לה בדיני גוים... תתחייב נידוי, עד אשר תחזור לדיני ישראל ותידיין עם בעל דינה על פי מה שיקוים לה בדיני ישראל".²⁸ וכך הוא הורה בעניין שכירות: "ואם יתחזק זה אשר בידו השכירות בדיני גוים לעכב עליו אחוזתו נטיל עליו חרם עד אשר יקרע השכירות ויבוא לדיני ישראל".²⁹ הרמב"ם אף הורה לנדות את מי שהעיד בערכאות של נוכרים וגרם בכך להשתתף תשלום ממוני על ישראל שלא היה מתחייב בדין תורה: "המעיד על ישראל בערכאות של עובדי כוכבים והוציא ממנו בעדותו ממון שלא כדין ישראל, מנדין אותו עד שישלם".³⁰ בפרק הבא אבקש לברר את משמעות הנידוי ועוצמתו.

פרק ג: הנידוי והטלתו

ליבזון מטעים כי האמוראים בבבל החריפו את ההרחקות מהמנודה.³¹ האמורא רבא, אשר קבע כי מי שמסרב להתייצב למשפטו בבית הדין כותבים עליו שטר נידוי,³² אף הורה כי אין להימצא בקרבת המנודה, לא כל שכן לשתות ולאכול עימו.³³ בהתאם לכך מודגשת בתלמוד הבבלי עוצמת פגיעתו של הנידוי במנודה, וזאת באמצעות דרישת שם הנידוי שהיה נפוץ בבבל: "שמתא"³⁴ – "מאי שמתא? אמר רב: שם מיתה, ושמואל אמר: שממה יהיה".³⁵

-
- 27 לפירוט פסיקות נידוי שונות של הרמב"ם בגין פנייה לערכאות ראו ליבזון "איסור פנייה לערכאות", לעיל ה"ש 15, בעמ' 287–288.
- 28 שו"ת הרמב"ם, סימן רס (מהדורת בלאו 489–490).
- 29 שם, סימן תח (686).
- 30 משנה תורה, הלכות תלמוד תורה, פרק ו, הלכה יד. ליבזון מציין כי גם רבי אברהם בן הרמב"ם איים בהטלת נידוי על הפונים לערכאות, ובתי הדין והדיינים בסביבתו של הרמב"ם הרבו גם הם לנדות בשל כך. ראו ליבזון "איסור פנייה לערכאות", לעיל ה"ש 15, בעמ' 288.
- 31 גרעון ליבזון "נידוי ומנודה בעיני התנאים והאמוראים" **שנתון המשפט העברי** ו-177, 189–190 (התשל"ט–התש"ם) (להלן: ליבזון "נידוי ומנודה").
- 32 ראו את הדיון לעיל בה"ש 6.
- 33 בבלי, מועד קטן טז, ע"א. לעניין סימני היכר שהוטלו על המנודה בגופו ובלבושו ראו ליבזון "נידוי ומנודה", לעיל ה"ש 31, בעמ' 193–196.
- 34 ליבזון מציין כי "בארץ ישראל השתמשו בלשונות נידוי וחרם... בעוד שבבבל השתמשו בדרך כלל בלשון שמתא" (שם, בעמ' 185). אכן הרא"ש כותב כי "בלשון המון עם בבבל היו קורין לנידוי דווקא שמתא" (פירוש הרא"ש על נדרים ז, ע"א).
- 35 בבלי, מועד קטן יז, ע"א.

1. גישתו המחמירה של רב פלטוי גאון

רב פלטוי גאון קבע סנקציות רחבות וחריפות נגד המוחרם, אף מעבר להרחקות המובאות בתלמוד הבבלי, ומהותן הוצאתו מכלל ישראל:

"כך כותבין... לחכמים וראשי כנסיות וזקנים ולבררין ופרנסי כנסיות... תחרימו ונדו אותו כל יום תמיד והכריזו עליו שפתו פת כותים ויינו יין נסך ופירותיו טבלים וספריו ספרי קוסמים וחתכו ציצית שלו ועקרו מזוזותיו ואל תתפללו עמו ואל תמולו לו בן ואל ילמדו את בניו בבתי הכנסיות ואל תקברו לו מתו ואל תכניסו אותו לא בחבורת מצוה ולא לחבורת רשות ושטפו כוח [צ"ל כוס] אחריו ונהגו בו מנהג בזיון ומנהג גויים."³⁶

נמצאים בידינו עותקים של שטר פתיחה ושל שטר החרמה³⁷ אשר הוצאו בבית הדין של ישיבת הגאון – "שטרי דבי דינא דבבכא דמתיבתא" אשר תואמים את גישתו המחמירה של רב פלטוי גאון. בשטר הפתיחה הוכרו כך:

"...דספרי בבא אמרו קדמנא, דגברא חד [=סופרי בית הדין של ישיבת הגאון אמרו שהוזמן לבית הדין אדם]... איתקבע ליה זימנא למיתייא משמע דינא דבבכא דמתיבתא [=נקבע לו זמן לדיון בבית הדין של ישיבת הגאון]... והוא פל' [=פלוני] נתבע לא אתא ולא אתחזי כל עיקר [=והוא, הנתבע, לא התייצב לדיון]... וכיוון דחזינא כן, פקידנא ושמותי יתיה על בבא דמתיבתא, וכתבו עליה פתיחה דגן לשמותי יתיה בכל אתר [=ומכיוון שראינו כן, נקבע כי יש לנדרותו בשער ישיבת הגאון ונכתבה נגדו פתיחה]..."³⁸

ברם, לא כל הגאונים הסכימו עם ההחמרות של רב פלטוי גאון. לדעת רב שרירא גאון, ראש ישיבת פומבדיתא במאה העשירית, יש להתרות במסרב להתייצב לדיון וכן לעכב את התפילה בגינו שלוש פעמים תוך הכרזה על סירובו להתייצב לדיון,³⁹ ולאחר

36 תשובות הגאונים, שערי צדק, חלק ד, שער ה, סימן יד (מהדורת מוסאפיה 8). מקבילות שונות לתשובת רב פלטוי גאון אוזכרו על ידי ליבזון "על מה מנדין", לעיל ה"ש 6, בעמ' 332, ה"ש 206.

37 אשר גולאק **אוצר השטרות הנהוגים בישראל** 303, שטר שלב (התרפ"ו).

38 שם, בעמ' 302, שטר שכט.

39 על "עיכוב התפילה" ראו אברהם גרוסמן "ראשיותיו ויסודותיו של מנהג עיכוב התפילה" **מלאות: מחקרים בתולדות ישראל ובתרבותו** כרך א 199 (שמואל אטינגר, יצחק ד' גילת ושמואל ספראי עורכים 1983); מנחם בן-ששון "הצעה אל הציבור בבית הכנסת בארצות האסלאם בראשית ימי הביניים" **כנסת עזרא: ספרות וחיים בבית הכנסת – אסופת מאמרים מוגשת לעזרא פליישר** 327 (שולמית אליצור, משה דוד הר, אביגדור שנאן וגרשון שקד עורכים 1994); ראובן בונפיל "זכות הצעקה: הערה על מוסד עיכוב התפילה בימי הביניים" **ראשונים ואחרונים: מחקרים בתולדות ישראל מוגשים לאברהם גרוסמן** 145 (יוסף הקר, ב"ז קדר ויוסף קפלן עורכים 2010); אהרן קירשנבאום בית

מכין יש לאפשר לתובע להגיש תביעה נגדו בערכאות של גויים: "כל המורד בדין, בית דין מתירין בו תחלה התראה מפורסמת... ומנהג שלנו לעכב ג' פעמים בבית הכנסת ואחר כך מתירין לו [לתובע]... לדון... בפני גוים"⁴⁰.

בספרות הרבנית בתקופת ימי הביניים אף הובעה התנגדות לחומרותיו של רב פלטי, ⁴¹ תוך הטעמה כי עמדתו נובעת מתפיסתם הייחודית של הגאונים בנוגע למעמדם, שכללה מגמה להכפיף את הקהילות היהודיות לפסיקתם.⁴² רבי יצחק בר ששת (ספרד, המאה הארבע-עשרה) מציין כי לאחר תקופת הגאונים לא נהגו כשיטתו המחמירה של רב פלטי גאון: "אבל לאחר דורם [של הגאונים – י' ש'] לא נהגו כן רק כפי דין הגמרא, וכבר ידעת שאמרו ז"ל נידוי שלנו כנוזיפה שלהם"⁴³. אף רבי שלמה לוריא (פולין, מאה ט"ז) מטעים "אבל לדבר עמו קשרי [=מותר]"⁴⁴.

רבי שלמה לוריא הרחיק לכת וכתב שרב פלטי גאון הורה את דבריו רק למקום הנהגתו, ולא התכוון לקבוע הוראה כללית: "ואפשר שהגאון לא כתב אלא לפי המנהג

דין מכין ועונשין: הענישה הפלילית בעם ישראל – תורתה ותולדותיה 464–467 (ישראל רונן ואילנה שמיר עורכים 2013).

40 שמואל הסרדי **ספר התרומות** שער סב, אות ג.

41 ראו שו"ת הריב"ש, סימן קעג.

42 אברהם גרוסמן מטעים כי הגאונים ראו את בית הדין של הישיבה הבבלית כ"בית הדין הגדול של כל ישראל" – ביטוי אשר חוזר ונשנה בתשובותיהם של הגאונים. ראו אברהם גרוסמן "הזיקה בין המבנה החברתי ליצירה הרוחנית בקהילות ישראל בתקופת הגאונים" **ציון** נג 259, 267 (1988). לוי גינצבורג הדגיש כי אין מדובר בביטוי של מליצה והפלגה, אלא "שקבעו בזה הלכות גדולות". לוי גינצבורג **גנזי שעכטער** ספר ב: קטעים מכתבי הגאונים מן הגניזה שבמצרים 47 (התרפ"ט). ירחמיאל ברודי כותב כי תחת הגאון וסגנו פעלה קבוצה של שבעים חכמים שכונתה "סנהדרין גדולה", מתוך מגמה להדגיש רציפות בין ישיבות הגאונים לבין תקופת המקדש והתנאים והאמוראים, וזאת לשם ביסוס מעמדם וסמכותם של מוסדות הגאונים. ראו ירחמיאל ברודי **צוהר לספרות הגאונים** 19 (2010). אכן, תפיסה זו של ראיית הישיבה הבבלית כסנהדרין מודגשת באגרות הגאונים ובתשובותיהם שנשלחו אל התפוצות. בהתאם למגמה זו ביקש רב פלטי גאון לעגן את מעמד בית הדין של ישיבתו, ולפיכך קבע סנקציות קשות וחריפות נגד מי שלא קיבל את מרותו. אברהם גרוסמן סבור (שם, בעמ' 263) כי מטעם זה אף נמנע רב פלטי מלהיענות לבקשה שהובאה אליו מספרד לכתוב את התלמוד ולפרשו, שכן הוא ביקש לרכז בידיו את הסמכות ההלכתית וכוח הפסיקה.

43 שו"ת הריב"ש, סימן קעג. אולם הרמב"ם אימץ את גישתם המחמירה והקפדנית של הגאונים וקבע סנקציות חריפות נגד המוחרמים: "וכן החרמנו באותו מעמד משם כל בר ישראל או בת ישראל שישא ויתן עמהם או שיאכל או שישתה עמהם או שישב עמהם בתוך ארבע אמות או שיכנס להם לשמחה או לאבלות שיהיו להם ואין משתתפין עמהם בחיים ולא במות אבל תהיה ההנהגה עמהם ההנהגה המחויבת בדתינו עם כל מובדל מקהל ה' מסקילת ארונו וקבורתו בלא צדוק הדין והראות שמחה וששון בהעדר הרשעים הזדים באבד רשעים רנה" (שו"ת הרמב"ם, סימן שמט (מהדורת בלאו 625)).

44 ים של שלמה, בבא קמא, פרק י, סימן יג.

שהיה במקומו ובגליל שלו".⁴⁵ עם זאת לא היסס רבי שלמה לוריא לבקר נחרצות כמה מהסנקציות שנזכרו בדבריו של רב פלטוי גאון:

"ועוד ראיתי דברים תמוהים בהאי תשובה דר' פלטוי גאון, שכתב מוציאין התינוק מבית הספר. חלילה, כמה שכל העולם אינו מתקיים אלא בהבל פיהם של תינוקות (שבת קי"ט ע"ב) נבטל?! בשלמא מילה, שעיקר המצוה תלוי באב, והיא כבודו. וכן לקבור את מתו, עליו מוטל שלא להלין, והיא כבודו. כופין אותו באלו, עד שיקבל עליו תשובה. ואחר כך מלין וקוברין. אבל בתלמוד תורה של תינוקות, שאין לו תשלומין, ועליו נאמר: 'אם תעזבני יום יומים אעזבך' (ירושלמי ברכות פ"ט ה"ה), פשיטא ופשיטא דלית טעמא להאי מילתא. גם מה שכתב להוציא את אשתו מבית הכנסת לא נהירא. אם הוא חטא, היא מה חטאה?! אשת עכן לא נענשה בחרם של כל קהל ישראל. אלא העמידוה לאיים עליו. קל וחומר בנדרון זה, שלא לבייש בת ישראל".⁴⁶

רבי שלמה לוריא מטעים כי אין זה צודק להעניש את בני משפחתו של המסרב להתייצב לדין, ולפיכך אין להורות על הוצאת ילדיו מבתי הספר, וגם אין להורות על הוצאת אשתו מבית הכנסת. אם הוא חטא, מה הם חטאו?⁴⁷ סנקציות אלו אינן

45 ש.ם.

46 ש.ם.

47 וכבר נאמר: "לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות איש בְּחַטָּאוֹ יוֹמְתוֹ" (דברים כד 16). השוו לסנקציה של מניעת קבורת אָם אשר הוטלה על ידי בית דין רבני בארצות הברית נגד סרבן גט ואושרה על ידי הרב הראשי לישראל הרב דוד לאו: "לפנינו מונח מקרה של עיגון קשה ביותר, בן למעלה מעשר שנים, כאשר הבעל מסרב בכל תוקף לאפשר לאשתו להמשיך בחייה בעוד הוא נשא אשה שנייה שלא כדין. לאחר שמוצו כלל האפשרויות האחרות נאלצנו להודיע לחברה קדישא שלא לקבור את האם עד להפקדת גט כשר בידי הבן" (מובא אצל אהרן רבינוביץ "שנתיים לפני הוראת הרב לאו, בג"ץ מנע איסור על קבורת סרבן גט" הארץ 20.8.2019) <https://www.haaretz.co.il/news/law/1.7725176>; וראו גם דוד לאו "עייכות קבורת קרוב משפחה של סרבן גט" תחומין מ 19 (התש"ף). חרף התחייבות מטעם הבעל לתת גט לאחר קבורת אמו, אשר כללה אף הפקדת ערבות, הגט לא ניתן. בעקבות בקשתו של נשיא בית הדין הרבני הגדול, שהסתמכה על סעיף 4ג לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953, אישר בית הדין הרבני האזורי בירושלים (ת' (אזורי י-ם) 1335249/1 (26.12.2021), בהרכב הרבנים אוריאל לביא, דוד דב לבנון וחיים ו' וידאל) כי ניתן לפעול על פי פסק הדין של בית הדין הרבני בארצות הברית ולמנוע, בבוא העת, את קבורת אביו של סרבן הגט בארץ. פסק דין זה אינו מחייב את רשויות המדינה, ולפי סעיף החוק האמור, הוא בגדר חוות דעת הלכתית בלבד. האישה עתרה לבג"ץ למתן צו שיוורה לרבנות הראשית להנחות את החברות קדישא למנוע, בבוא העת, את קבורתם בארץ של סרבן הגט, אביו ויתר בני משפחתו. ראו בג"ץ 851/22 רלב"ג נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל (אר"ש 31.3.2022). מועצת הרבנות הראשית החליטה ביום ג' באלול תשפ"ג (30.8.2022) כי במקרי עיגון קשים יש מקום, על פי ההלכה, למנוע את הקבורה של בן משפחתו של סרבן הגט, וזאת לפי פסק דין

מקובלות על רבי שלמה לוריא עד כדי כך שהוא כותב: "וכמדומה שלא יצאו אותו שני דברים מפי הגאון".⁴⁸ להלן ניוכח כי חכמי הלכה שונים הסתייגו מעצם הטלת הנידוי, אף אם הוא אינו כולל את החמורותיו של רב פלטי גאון, וזאת עקב חומרת השלכותיו על המנודה עצמו.

2. הסתייגויות מהאפשרות של הטלת נידוי

לנוכח חומרת השלכותיו של הנידוי על המנודה, הסתייגו חכמי הלכה שונים מהטלתו. כבר בראשית המאה השלישית לספירה הטעים רבי יהושע בן לוי, אמורא ארץ-ישראלי, כי הוא אינו נוהג להחרים שום אדם – "דלא חרמית בר נש מן יומי".⁴⁹ בהתאם לכך הוא נמנע מלהחרים אדם שלא התייצב לפניו, ככל הנראה לשם דיון משפטי, אף שהוא זומן שלוש פעמים. מאוחר יותר כתב רבינו אשר (הרא"ש; אשכנז-ספרד, המאות השלוש-עשרה והארבע-עשרה): "דע כי מימי לא הלכתי בגדולות לגזור נידוי בלא הסכמת הרבים".⁵⁰ על המהרי"ל, רבי יעקב הלוי מולין, רבה של מגנצא וראש ישיבה בה, אשר נחשב מנהיג יהדות אשכנז במאות הארבע-עשרה והחמש-עשרה, נאמר: "ולא נשמע שהחרים מהר"י סג"ל קודם לכן או אח"כ שום אדם יותר בעולם".⁵¹ רבי ישראל מברונא, ראש ישיבה ורבה של רגנסבורג במאה החמש-עשרה ומגדולי פוסקי ההלכה באשכנז, כותב כי בעקבות צוואת אביו הוא ביקש להתרחק מכל הטלת חרם: "שהיה אבי מורי מצווני בצוואה גמורה שלא להסכים לשום נידוי יחידי בשום מקום ולהתרחק מכל מיני נידויין".⁵²

רבי ישראל מברונא אף מציין כי הוטל במקומו חרם האוסר הטלת נידוי ללא קבלת הסכמת הקהל: "ובמלכותינו הוא חרם קדמונים שלא ינדה לא פרנס ולא רב בלא דעת קהלו".⁵³ הוראה זו משקפת הכרה בהשלכה החברתית הקשה של הטלת הנידוי. לנוכח ההשלכה החברתית הקשה של הנידוי אף הותקנה בקהילות וורמייזא ופרנקפורט שבאשכנז, במאות השש-עשרה והשבע-עשרה, תקנה המורה כי שום רב או בית דין לא יחרימו בני אדם היושבים בקהילה אחרת.⁵⁴ בתקנה זו הודגש כי אם הוטל חרם על אדם שיושב בקהילה אחרת, לא יהיה לו כל תוקף, והוא יהיה כ"חרס הנשבר". בפנקס קהילת פרנקפורט צוין כי תקנה זו נתקנה מפני ש"נתמעטו הלבבות ופסו אמונים,

או חוות דעת הלכתית שניתנו על ידי בית דין רבני בישראל או לפי פסק דין של בית דין חשוב מחוץ לישראל שמוכר על ידי הרבנות הראשית. בעת כתיבת הדברים טרם ניתן פסק דין בנוגע לעתירה.

48 ים של שלמה, בבא קמא, פרק י, סימן יג.

49 ירושלמי, מועד קטן ג, א (י ע"ב).

50 שו"ת הרא"ש, כלל מג, סימן ט.

51 ספר מהרי"ל (מנהגים), ליקוטים, מד.

52 שו"ת מהר"י ברונא, סימן קפט.

53 שם.

54 ראו שמחה אסף באהלי יעקב: פרקים מחיי התרבות של היהודים בימי הביניים 54 (התש"ג).

אולי יכוונו איזה רבנים לכבוד עצמם".⁵⁵ בקהילת פרנקפורט נקבע שאם יעבור איזה רב על הוראה זו וישלח כתב חרם לקהילה אחרת, "אחת דתו של אותו כתב לשרוף אותו באש בפומבי לעין כל לאור השמש. יוציאון[הן] בציווי הרב פה... וישרפנו בחצר בית הכנסת, ויעמוד הרב ההוא בפני העמוד ויבטל דברי המענישים או פסקיהם בביטול גמור".⁵⁶

פרק ד: קהילה לעומת מדינה – התייחסות לתפיסה של "רב-תרבותיות עבה"

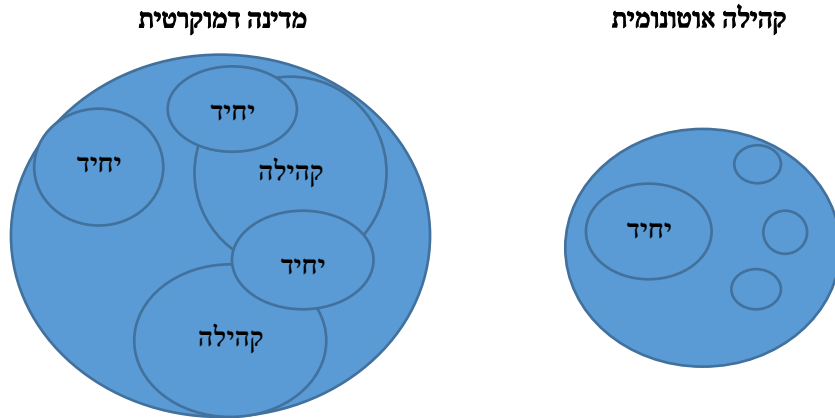
המקורות הנזכרים עד כה בנוגע להטלת נידוי התייחסו למסגרת חיים בעלת אופי קהילתי. האם חיים בצילה של מדינה דמוקרטית עשויים להשפיע על המדיניות בנוגע להטלת נידויים? בהקשר זה יש לתת את הדעת להבדל הסוציולוגי שבין קהילה לבין מדינה דמוקרטית. קהילה מאופיינת בהשתייכותם של יחידים למסגרת ארגונית בעלת אופי אידיאולוגי. מנחם אֶלון כותב, בהקשר של הקהילות היהודיות שהתקיימו בין אמצע המאה העשירית לסוף המאה השמונה-עשרה, כי "הקהילה הייתה יחידה שהקיפה בסמכותה ובפקוחה את כל תחומי פעילותם של תושביה, ונרקמה בה הוויתם החברתית ודמותם הרוחנית".⁵⁷ אין זה אפיונה ומהותה של המדינה הדמוקרטית. המדינה הדמוקרטית מכילה בקרבה קהילות שונות וגם יחידים שאינם משתייכים לקהילה כלשהי. יתר על כן, יחידים רבים משתייכים לכמה קהילות שונות בעת ובעונה אחת. השתייכות קהילתית מעין זו אינה מוחלטת, ואינה כוללת בהכרח מחויבות לכל החלטות הקהילה (ראו תרשים 1).

55 מתוך פנקס קהילת פרנקפורט, נזכר באור הישר, סימן ד, ה (מהדורת זלמן שור 1).

56 שם.

57 מנחם אֶלון "שלטון הקהילה ויחסי יחיד וצבור במשפט העברי" **שנה בשנה** 209, 210–211 (התשל"ח).

תרשים 1: היחיד והקהילה – משטר קהילתי אוטונומי לעומת מדינה דמוקרטית



נמצא שבבניין מגורים אחד יכולים להימצא בני קהילות שונות, אנשים שאינם מזוהים עם שום קהילה ואחרים שמשתייכים לכמה קהילות בעת ובעונה אחת. תיאור מצב זה מערער על הלגיטימיות של הוצאת כתבי סירוב במדינה דמוקרטית. כל עוד מדובר במשטר קהילתי, ניתן להניח באופן סביר כי היחיד שמשתייך לקהילה קיבל על עצמו את מרות הקהילה ואת אופייה האידיאולוגי.⁵⁸ במצב זה, כאשר הוא מסרב להתדיין במוסדות השיפוט של הקהילה, יש הצדקה להטלת סנקציות קהילתיות נגדו, מה גם שסנקציות אלו מאפשרות כאמור לבעל דינו לברר את התביעה נגדו. לעומת זאת, במשטר של מדינה דמוקרטית אי־אפשר להניח כי היחיד, אף אם הוא מתגורר ביישוב חרדי, משתייך לקהילה ספציפית. כידוע, מקומות היישוב הדתיים והחרדיים מתחלקים לקהילות שונות. אכן, העותרת מהעיר אלעד, שעניינה תואר לעיל בפרק א, לא השתייכה לקהילת בית הדין התורני אשר הוציא נגדה את כתב הסירוב. העותרת ציינה בעתירתה כי היא רואה את עצמה כפופה לרבנים אחרים, ואף קיבלה מהם היתר לפנות בעניינה אל

58 רבי שלמה בן אדרת (ברצלונה שבספרד, המאות השלוש־עשרה והארבע־עשרה) כותב: "לפי שכל צבור וצבור היחידים כנתונים תחת יד הרבים, על פיהם הם צריכים להתנהג בכל עניניהם, והם לאנשי עירם ככל ישראל לבית דין הגדול או למלך" (שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן תיא); "אין כל אדם רשאי לפטור את עצמו מתקנות הקהל והסכמותם לפי שהיחידים משועבדים הן לציבור, וכמו שכלל הקהילות משועבד לבית הדין הגדול או לנשיא, כך כל יחיד ויחיד משועבד לציבור שבעירו" (שם, סימן תיז; וכן ראו שו"ת הרשב"א, חלק ז, סימן תצ). ראו גם אַלון, לעיל ה"ש 57, בעמ' 217; יצחק בער "היסודות והתחלות של ארגון הקהילה היהודית בימי הביניים" ציון טו 1 (1950); אברהם גרוסמן "הקהילה היהודית באשכנז במאות ה־10 וה־11" קהל ישראל: השלטון העצמי היהודי לדורותיו כרך ב: ימי הביניים והעת החדשה המוקדמת 57 (אברהם גרוסמן ויוסף קפלן עורכים) (2004) (הספר להלן: קהל ישראל). כן ראו יום טוב עסיס "הקהילה היהודית באראגוניה" קהל ישראל, שם, 135; יוסף הקר "הארגון הקהילתי בקהילות האימפריה העות'מאנית (1453–1676)" קהל ישראל, שם, 287.

בית המשפט האזרחי. מעבר לכך, במדינה דמוקרטית הסנקציות של כתב הסירוב אינן נדרשות על מנת לאפשר לתובע לברר את דינו מול הנתבע; רשויות השלטון הן שמופקדות על כך.⁵⁹ בשל כך, אף אלה שדוגלים בתפיסה של "רב-תרבותיות עבה"⁶⁰ – המדגישה את חשיבותה של הקהילה, לרבות קהילה לא ליברלית, לזהותו האישית של הפרט⁶¹ – ואשר תומכים עקב כך במחויבותה של המדינה להכיר באוטונומיה של הקהילות השונות, לא יתמכו בלגיטימיות של הוצאת כתב סירוב נגד אדם שהשתייכותו לקהילה אינה מוכחת. נציין שאף במקורות ההלכה עצמם הותקנה כאמור בימי הביניים תקנה הקובעת כי אין בית דין רשאי להטיל חרם ונידוי על בן קהילה אחרת, וזאת מתוך תפיסה שמדובר בסנקציות פנים-קהילתיות.⁶² אכן, בתגובה על עתירה שהוגשה לבג"ץ בשנת 1994 ציין בא כוח המועצה הדתית כי בית הדין לממונות הפועל מטעם המועצה הדתית בירושלים מוציא כתבי סירוב אך ורק נגד בעל דין שנתן את הסכמתו להתדיין לפניו אולם מסרב להופיע.⁶³

ברם, חרף זאת, בתי דין תורניים שונים סוברים כי מתפקידם להוציא כתבי סירוב נגד המסרבים להתדיין לפנייהם וכן נגד הפונים לקבל סעד בבתי המשפט של המדינה.⁶⁴ זאת, אף באמצעות יצירת קהילות מדומיינות אשר כפופות להן כביכול.⁶⁵ דומה כי מדובר בדינמיקה אופיינית להתנהלותם של בעלי סמכות דתית אשר רואים את עצמם כבעלי סמכות שלטונית ובהתאם לכך מבקשים להפעיל כוח אשר יוחד למוסדות המדינה. פרופ' וייסברוד כותבת בנוגע לכך:

59 ככל שהתובע נדרש לכתב סירוב שכל מהותו מתן היתר להגיש תביעה בבית המשפט האזרחי, אין בו כל פגיעה בנתבע, ואיש לא יערער על האפשרות לקבלו. כאמור, דיונו מתמקד בהטלת סנקציות חברתיות נגד נתבע שמסרב להתייצב לדין בבית הדין התורני.

60 ראו יעל תמיר "שני מושגים של רב-תרבותיות" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל 79 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורוזן שמיר עורכים 1998) (הספר להלן: רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית).

61 ראו אבישי מרגלית ומשה הלברטל "ליברליזם והזכות לתרבות" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית, שם, 93.

62 אסף, לעיל ה"ש 54, בעמ' 54. הרב שמחה מירון אכן מתלבט אם בית דין של קהילה אחת מוסמך לכפות נתבע החבר בקהילה אחרת להתדיין לפניו. שמחה מירון "מעמדם של בתי הדין הרבניים בישראל על פי ההלכה" תורה שבעל-פה כב, צד, צז (התשמ"א).

63 בג"ץ 663/93 הירשוביץ נ' המועצה הדתית ירושלים (9.3.1994).

64 ובכלל זה אף בתי דין רבניים ממלכתיים בתקופה שבה היו מוסמכים לדון בענייני ממונות כבוררים. ראו בג"ץ 3269/95 כץ נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים, פ"ד נ(4) 590 (1996). כן ראו יעקב שפירא "משפט ושיפוט – מחלוקת חדשה גם ישנה: הפרדת הדת מהמדינה או הפרדת הדתיים מהמדינה: גבולות סמכות השיפוט בהלכה היהודית ובבתי הדין הרבניים" שערי משפט ג 425 (2003).

65 ראו בהקשר זה את עמדתו של דיין בית הדין הרבני הגדול לשעבר הרב אברהם שרמן, הסבור כי בית הדין הרבני הממלכתי הוא בית הדין של הקהילה הדתית. ראו להלן בתת-פרק ה1. כן ראו שפירא, לעיל ה"ש 64, בעמ' 441–456.

"The central point... is that religious groups 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 systems of law..."⁶⁶

ופרופ' דייזן כותב:

"Religious groups are best conceived as separate sovereigns, analogous more to a government than to a corporation... They are distinct normative communities."⁶⁷

נוסף על כך, הוצאת כתבי סירוב נגד הפונים לערכאות השיפוט של המדינה מלמדת כי תופעה זו של פנייה לערכאות השיפוט של המדינה נפוצה, וכי בתי הדין התורניים רואים לנכון להילחם נגדה.⁶⁸ אשר מעוז אכן מציין כי הצורך החוזר ונשנה להדגיש שאיסור הליכה לערכאות כולל גם פנייה לבתי משפט אזרחיים במדינה מעיד כי אין הד לקריאה זו.⁶⁹

66 Carol Weisbrod, *Family, Church and State: An Essay on Constitutionalism and Religious Authority*, 26 J. FAM. L. 741, 745 (1987–88).

67 Perry Dane, *The Corporation Sole and the Encounter of Law and Church*, in SACRED COMPANIES: ORGANIZATIONAL ASPECTS OF RELIGION AND RELIGIOUS ASPECTS OF ORGANIZATIONS 50, 50 (N.J. Deremath III, Peter Dobkin Hall, Terry Schmitt & Rhys H. Williams eds., 1998).

68 ראו ליבזון "איסור פנייה לערכאות", לעיל ה"ש 15, בהקשר של חרמת הפונים לערכאות על ידי הגאונים.

69 אשר מעוז "הרבנות ובתי הדין – בין פטיש החוק לסדן ההלכה" **שנתון המשפט העברי** טז–יז 289, 342, ה"ש 176 (1991). מעוז מטעים כי בדיקה אמפירית מעלה שגופים דתיים ורבניים פונים בעצמם לבתי המשפט האזרחיים, ואפילו בהליכים נגד גופים דתיים. כך, הרב יצחק ניסים, בעת כהונתו כרב הראשי לישראל, פנה לבית המשפט בתביעת פינוי נגד שוכר נכס של הקדש. נסיונו של הנתבע להעביר את הדיון לבית הדין הרבני לא צלח. הרב שמחה מירון עצמו (שהוזכר לעיל בה"ש 62) עתר לא אחת לבג"ץ בנוגע לוועדת המינויים של הדיינים: בג"ץ 228/87 **מירון נ' כהנא שפירא** (נבו 24.2.1988); בג"ץ 2477/90 **לשכת עורכי הדין בישראל נ' השר לענייני דתות**, פ"ד מד(4) 282 (1990). אוסיף כי בשנים האחרונות רבנים מן המעלה הראשונה בעולם החרדי מתדיינים בבתי המשפט האזרחיים של מדינת ישראל בנוגע לשליטה הפיננסית באחת מספינות הדגל של הציבור החרדי-הליטאי, הלא היא ישיבת פוניבז'. התביעות ההדדיות שהגישו רבנים אלו מפרנסות דיונים רבים בבתי משפט השלום והמחוזי בתל אביב וכן בבית המשפט העליון של מדינת ישראל: ת"א (מחוזי ת"א) 1934/08 **מרקוביץ נ' ישיבת פוניבז בע"מ** (נבו 22.11.2010); ה"פ (מחוזי ת"א) 1166/07 **כהנמן נ' מרקוביץ** (נבו 12.10.2008); בש"א (מחוזי ת"א) 22219/05 **כהנמן נ' מרקוביץ** (נבו 23.3.2006); ע"א 10010/08 **כהנמן נ' מרקוביץ** (נבו 2.12.2009); תא"ק (שלום ת"א) 40644-12-09 **מסורת התורה בני ברק (ע"ר) נ' ישיבת פוניבז בע"מ** (אר"ש 20.1.2011); ת"א (מחוזי ת"א) 36364-04-10 **מסורת התורה בני ברק נ' ישיבת פוניבז** (אר"ש 25.11.2012) (דיון בתביעה כספית של

אולם בהקשר זה מן הראוי להביא את דבריו של שמחה אסף: "ואמנם כל זמן שמעטו הרבנים להשתמש בחרם היתה פחדו מוטלת על הבריות ביותר, ומשעה שהתחילו להשתמש בו לעתים קרובות שלא במקומו ושלא בזמנו אבד לו כחו."⁷⁰ אכן, ליבזון מצייין כי שימוש שכיח בנידוי על ידי אמוראי בכל הפחית מכוחו המרתיע, ובעקבות זאת הם נאלצו להפעיל נגד המנודים אמצעי ענישה נוספים, כגון מכות מרדות וקנסות.⁷¹ יתר על כן, ש"ד גויטיין מטעים כי "ככל שנחלשה מרותם של אנשי הציבור כן הרבו בחרמות או באיום להטלתם".⁷² בעקבותיו אף מטעימה מרינה רוסטאו: "Bans in fact tended to proliferate when rabbinic authority was weakest"⁷³.

מתקבל על הדעת שהמאבק נגד הפנייה לרשויות השיפוט של המדינה נובע משאיפה לקיים הידרשות הלכתית גם בנושאי משפט אזרחיים. זאת, על מנת לא להידרדר למצבם של יהודי ארצות הנצרות, לפי תיאורו של הרמב"ם, אשר מפאת אי-עיסוקם בשיפוט הלכתי לא היו בקיאים בהלכות שיפוט שונות:

"...שלושה ארבעה אחרים, הראיתי להם העדות, תמהו כלם. אמרתי: אל תתמהו, אלו בני פרנצא, גם כל היהודים שבערי הערלים, אפילו חכם גדול שבהן אינו בקי בדינין, לפי שאינן רגילין בהן, שאין הערלים מניחין אותן לדון כמו הישמעאלים.

ישיבת פוניבז' בגין כספים ששילמה לטענתה בעבור ארוחות שאכלו תלמידים הרשומים בעמותת מסורת התורה של הרב מרקוביץ בחדר האוכל של התובעת); רע"א (מחוזי ת"א) 36988-02-11 **ישיבת פוניבז' בע"מ נ' מסורת התורה בני ברק ע"ד** (נבו 2.5.2012); הפ"ב (מחוזי ת"א) 37061-01-13 **כהנמן נ' מרקוביץ** (אר"ש 7.7.2013); הפ"ב (מחוזי ת"א) 4661-06-14 **כהנמן נ' מרקוביץ** (אר"ש 30.8.2015) (בקשת הרב כהנמן להעביר מתפקידו את הבורר ולצו מניעה קבוע שיאסור על הבוררים למנות כונס נכסים זמני או למנות נאמן זמני לישיבה ולנכסיה); רע"א 5421/13 **כהנמן נ' מרקוביץ** (נבו 1.10.2013). בעניין אחר, אשר ייתכן שקשור לסכסוך זה, הגישה ישיבת פוניבז' תביעה לבית המשפט האזרחי לפינוי וסילוק יד נגד ישיבת גרודנא: ת"א (שלום ב"ש) 6844/04 **ישיבת פוניבז' ע"ד נ' עמותת הרבצת תורה על טהרת הקודש** (נבו 1.1.2009); ת"א (מחוזי ב"ש) 5138/08 **ישיבת פוניבז' (ע"ד) נ' עמותת הרבצת תורה על טהרת הקודש (ע"ד)** (נבו 21.8.2011). אומנם, בסקר שהוזמן מכון "משפטי ארץ", ואשר נערך לאחרונה (בפברואר 2020) על ידי חברת "דיאלוג", השיבו 65% מהנשאלים כי היו מסכימים ("בטוח שכן" ו"חושב שכן") להתדיין בבית דין תורני שהם יבחרו לשם הכרעה בסכסוך של עד 40,000 ש"ח, ורק 19% מהנשאלים השיבו כי לא היו מסכימים לכך ("בטוח שלא" ו"חושב שלא"). אולם המציאות המתוארת מדברת בעד עצמה. ראו אביעד הכהן "מרים יד בתורת משה": על פניית החרדים לערכאות משפט אזרחיות-חילונית "תרכות דמוקרטית 15, 87 (2013).

70 אסף, לעיל ה"ש 54, בעמ' 54.

71 ליבזון "נידוי ומנודה", לעיל ה"ש 31, בעמ' 197-199.

72 שלמה דב גויטיין היישוב בארץ-ישראל בראשית האיסלאם ובתקופת הצלבנים: לאור כתבי הגניזה 58 (יוסף הקר עורך 1980); מובא אצל ליבזון "איסור פנייה לערכאות", לעיל ה"ש 15, בעמ' 298.

73 MARINA RUSTOW, HERESY AND THE POLITICS OF COMMUNITY: THE JEWS OF THE FATIMID CALIPHATE 205 (2008); מובא אצל ליבזון "איסור פנייה לערכאות", לעיל ה"ש 15, בעמ' 298.

וכשיבוא להן דין יאריכו בו יותר מדי, ולא ידעו אותו עד שיחפשוהו בתלמוד הרבה, כמו שאנו עושין בדין מדיני הקרבנות היום, לפי שאין אנו עוסקין בהן, ובאותו הזמן שהיו עוסקין בהן – הכל היו בקיאים בהן ואינן צריכין לשאול ולא לחפש...⁷⁴

פרק ה: מדינה יהודית ודמוקרטיה

מעבר להיבט הסוציולוגי של השוני בין מהות המדינה לבין מהותה של הקהילה, האם היווסדותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אמורה להשפיע על המדיניות בנוגע להוצאת כתבי סירוב מצד בתי דין דתיים – הן רשמיים והן פרטיים? שאלה זו טומנת בחובה התייחסות למעמדן של קהילות במדינה דמוקרטית: האם מוענקת להן אוטונומיה מוחלטת או שמא אין הן חופשיות – לנוכח עקרונות היסוד של התפיסה הדמוקרטית – לפגוע בזכויות היסוד של חבריהן או להגבילן? בהקשר זה עולה כמובן גם סוגיית מעמדם של בתי הדין הרבניים במדינת ישראל וכן שאלת מעמדו של משפט המדינה לפי ההלכה.⁷⁵ אבחן שאלות אלו הן מן ההיבט של המשפט העברי והן מן ההיבט של המשפט הישראלי. אדרש ראשית לשאלת מעמדם של בתי הדין הרבניים במדינת ישראל. ניווכח כי בעוד שלפי תפיסת הממסד הרבני מעמדם של אלה התחזק נוכח קיומה של המדינה הרי שלפי תפיסת רוב רובם של שופטי בית המשפט העליון מעמדם ואף תחומי פעילותם וסמכותם של אלה צומצמה והוגבלה.

1. מעמדם של בתי הדין הרבניים במדינת ישראל – תפיסת הממסד הרבני

הרב אברהם שרמן, אשר כיהן כדיין בית הדין הרבני הגדול, התייחס למעמדם של בתי הדין הרבניים הרשמיים מנקודת ראות פנים־הלכתית. לטעמו, במינוי הדיינים לבתי הדין הרבניים הרשמיים של מדינת ישראל מתבצעת המצווה הדתית של הקמת בתי דין קבועים בישראל, וההליך של בחירת הדיינים, שנעשה בהתאם לחוקי מדינת ישראל, כמוהו כהסכמת הקהל למינוי "בית דין קבוע" שהוא מוסד הלכתי בעל סמכויות קהילתיות: "ובזה יש כח ביד בית הדין הרבני לאכוף לדון בפניו ואין אחד הצדדים רשאי

74 אגרות הרמב"ם, איגרת אל ר' פנחס הדיין (מהדורת שילת כרך ב תמו). ליבזון מעלה ספק אם דבריו אלו של הרמב"ם אכן משקפים את המצב לאשורו (ליבזון "איסור פנייה לערכאות", לעיל ה"ש 15, בעמ' 283–284, ה"ש 93).

75 ראו לאחרונה ישראל ציגנלאוב "ערכאות של גויים – הלכה במלכוד" ספר מנחם פינקלשטיין: משפט, ביטחון וספר 771 (שרון אפק, עופר גרוסקופף, שחר ליפשיץ ואלעד שפיגלמן עורכים, 2020).

לומר שהדין יהיה ע"י מומחים וגדולי תורה אחרים שלא נתמנו ע"י הקהל".⁷⁶ הרב שרמן מסתמך על פסיקת בית הדין הרבני הגדול שלפיה:

"אין הדבר צריך לפנינו, כי כל יהודי באשר הוא יהודי, יהא מעמדו ותפקידו אשר יהא, חייב לפי דין תורה להענות לכל הזמנה של בית דין רבני, להתדיין לפניו, 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 מכחה של תורה ודיניה... ואם כך, הרי כל טענה על חוסר סמכות במסגרת החוק, אינה תופסת כאשר הבעיה היא בסמכות מכח התורה ליהודי שומר תורה ומצוות."⁷⁷

לשיטת הרב שרמן, סמכותו של בית הדין הרבני בכל ענייני המשפט חלה כלפי התושבים היהודים הדתיים שבמדינה, וזאת מכוח הנחה שהליך מינוי הדיינים, שנעשה לפי חוקי מדינת ישראל, היה על דעתם. כלשונו:

"סדר והליך מינויו של דין להיות חבר בבית הדין הרבני, והרכבה של הוועדה למינוי דיינים שנבחרת ע"פ 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.

קבלת הכושר להיות דין ניתנת ע"י הרבנים הראשיים ומועצת הרבנות הראשית, שהם נתמנו ונבחרו למנהיגים הרוחניים של הקהילות הדתיות בערים בישובים ובקהילות והם שקבלו מהקהל את הסמכות והכח לקבוע ולהמליץ למנות את מי שראוי להיות דין בבית הדין הרבני לשפוט ולדון ולהעמיד את כל משפטי התורה על תילם בתוך הקהילה והחברה הדתית ובודאי ניחא [=נוח] 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

76 ת' (אזורי ת"א) 404834/1 אהרונסון נ' לב רן (19.1.1998). מדובר בפסק דין שנתן הרב שרמן בעת כהונתו כדיין בבית הדין הרבני האזורי בתל אביב. ראו על כך אצל שפירא, לעיל ה"ש 64, בעמ' 443-441.

77 ע' (גדול) תשל"ב/9 (30.12.1971); בדין ישבו הרבנים י"ש אלישיב, ב' זולטי ומ' אליהו. הרב שרמן כתב בערעור 054598826 (לא פורסם) כי "פסיקה זו היא נר לרגלי בתי הדין הרבניים". ראו אליאב שוחטמן סדר הדין בבית הדין הרבני: לאור מקורות המשפט העברי, תקנות הדיון ופסיקת בתי הדין הרבניים בישראל כרך א 439 (2011) (להלן: שוחטמן כרך א).

בית דין קבוע בעירו. כל בית דין באזור השפוט כפי שנקבע בתקנות בתי הדין הרבניים.⁷⁸

הרב שרמן גורס אפוא כי לבית הדין יש "דואליות נורמטיבית": מחד גיסא, הוא מוסד ממוסדות השלטון של המדינה, וככזה הוא מוגבל לסמכויותיו בחוק; אך מאידך גיסא, בית הדין הוא גם נציגה של הקהילה הדתית, אשר העניקה לו מכללא – באמצעות הליכי מינויו לפי חוקי המדינה – סמכות שיפוט כוללת. דואליות זו של בית הדין הרבני קיימת, לדעת הרב שרמן, בנוגע לסמכות השיפוט של בית הדין הרבני בענייני המעמד האישי. לעומת זאת, בשאר התחומים בית הדין הרבני פועל מכוח הסכמתן של הקהילות הדתיות:

"על כן ביחס לענייני נשואין וגרושין ומעמד אישי, סמכותו של בית הדין היא גם מכח הקהילה וגם מכח החוק ואילו בשאר כל עניינים שבית הדין קבוע עוסק ומצוה לעסוק בהם בכל הדינים וההלכות שבשו"ע [=שבשולחן ערוך] על כל ארבעת חלקיו, סמכותו וכחו של ביה"ד [=בית הדין] ניתן לו מכח הסכמת ורצון הקהל והקהילה הדתית."⁷⁹

בהתאם לעמדתו זו פסק הרב שרמן כי מנהל תזמורת המשטרה, שהיה אדם דתי, היה מחויב להתדיין לפניו בעניין תביעת לשון הרע שהגיש נגדו נגן בתזמורת. זאת, חרף טענתו של מנהל תזמורת המשטרה, באמצעות הפרקליטות, כי כעובד מדינה הוא מנוע – בהתאם להנחיות היועץ המשפטי לממשלה – מלהתדיין לפני בית הדין הרבני.⁸⁰ הרב שרמן הגיב כי בעקבות פסיקת בג"ץ, שנדון בה להלן, אין בכוחו להוציא כתב סירוב נגד מנהל תזמורת המשטרה, אולם מחובתו הדתית כבית דין קבוע להוציא חוות דעת הלכתית לרבני העיר במקום מגוריו, וכן לכל רבני הקהילה הדתית שהוא משתייך אליה, על מנת שיבחנו אם ניתן לשתפו בתפילות וטקסים דתיים בבית הכנסת.⁸¹ לעומת עמדתו של הרב שרמן, הרב שמחה מירון – אשר כיהן כיועץ המשפטי של השיפוט הרבני, כמנהל בתי הדין הרבניים ואף כדיין בבית הדין הרבני – סובר כי לבית הדין הרבני יש מעמד של "בית דין קבוע של כלל האוכלוסייה היהודית שבארץ, מאחר

78 עניין אהרונוסון, לעיל ה"ש 76 (ההדגשה הוספה). לביקורת שהעליתי על תפיסה זו ראו שפירא, לעיל ה"ש 64.

79 שם. וכעין זאת כתב בית הדין הרבני הגדול (הרבנים אברהם שפירא, יוסף כהן ושלמה דיכובסקי): "בתי הדין האזוריים הם הממשיכים את מסורת הרבנות של מרא דאתרא [=אדון העיר, דהיינו, רב המקום]. ובית דין של המקום הנבחרים ע"י הציבור... הרי בארץ כל בחירות הן של רבנים והן של רבנות ראשית והן של דיינים של המקום נבחרים עפ"י החוק ע"י רוב גדול של יהודים דתיים שומרי מצוות ובוודאי הם הנחשבים למרא דאתרא, ולבי"ד דמתא [של המקום]..." (ע' (גדול) תשמז/159 קרית שומרי אמונים נ' הרב מ., שורת הדין ז תסא, תסב (התשמ"ח)).

80 ראו על כך שפירא, לעיל ה"ש 64, בעמ' 441–456.

81 לביקורת על הוראה זו ראו שם, בעמ' 449–456.

שהוא הוקם באמצעות המוסדות הממלכתיים על דעת הרוב המכריע של האוכלוסיה היהודית בארץ, ובכלל זה כל נציגי הציבור הדתי המאורגן.⁸² לטעמו, "ההבדל שבסמכות ביה"ד לעניינים השונים הוא רק ביכולת לאכוף את פסקי הדין".⁸³ הרב מירון, בניגוד לרב שרמן, אינו מבחין אפוא בין סמכות בית הדין הרבני כלפי כלל הציבור לבין סמכותו כלפי הקהילה הדתית.⁸⁴ לטעמו, סמכות השיפוט של בית הדין הרבני הרשמי של מדינת ישראל, בכל תחומי המשפט, משתרעת כלפי כל הציבור, וזאת עקב כינונו על ידי מוסדות ממלכתיים שמייצגים את כלל הציבור.

באחד מפסקיו צעד בית הדין הרבני הגדול בנתיבו של הרב מירון, והדגיש את סמכותם של בתי הדין הרבניים על כל הציבור עקב כך שהם נבחרים על ידי כל מגזריו: "והנה דייני בתי הדין האזורים נבחרים ע"י הצבור כולו ע"י ועדת מינויים שכוללים את כל החוגים שמייצגים את אזרחי המדינה, והם בכלל קבלו עליהם הציבור להיות דיינים של כל מה שנפסק בשולחן ערוך ונכלל בתקנות הדין, ודינם כדין דיינים קבועים באותה עיר ובאותו פלך".⁸⁵ לשיטת בית הדין הרבני הגדול, הליכי המינוי של הדיינים במדינת ישראל, ששותפים להם נציגים מכלל הציבור, מעניקים לדיינים סמכות כלפי הציבור כולו בכל תחומי המשפט: "ואין לתובע או לנתבע לומר אני לא אדון בפניהם. ומה שזוקים לחתימה על שטר בוררים הוא עפ"י דרישות הערכאות".⁸⁶ החתימה על שטר

82 מירון, לעיל ה"ש 62, בעמ' צד (ההדגשה הוספה).

83 ת' (אזורי י-ם) 2824/לח א' נ' ישיבה, פד"ר יא 259, 268. וכך פסק מאוחר יותר הרכב של בית הדין הרבני האזורי: "בתי הדין האזוריים אמורים לטפל בכל העניינים והשאלות הנוגעים והנוקטים לפתרון... אמנם מבחינת החוק במדינת ישראל בתי הדין ידונו בענייני אישות בלבד, אבל בתי הדין דנים גם בשאר השאלות המופנות בפניהם... כאשר הצדדים מסכימים לכך... שגם באותם נושאים שהחוק האזרחי לא האציל סמכויות לבית הדין יש לבתי הדין מעמד של בית דין שנתמנה על ידי הקהל". ת' (אזורי י-ם) 7641/נ"ט, פד"ר כב 302, 313 (התש"ס).

84 רדזינר מראה שמאוחר יותר אימץ הרב שרמן את עמדת הרב מירון. ראו עמיחי רדזינר "בית הדין הרבני בין בג"ץ לבד"ץ: השפעת בג"ץ על מעמדו ההלכתי של בית הדין הרשמי" **משפט וממשל יג** 312, 271 (2010).

85 ע' (גדול) תשמח/384 מ"ס נ' א"ג, שורת הדין ז תסג, תסד (התשס"ב).

86 שם. הדברים נאמרו לפני הוראת בג"ץ (בג"ץ 8638/03 אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד סא(1) 259 (2006)) שקבעה כי בית הדין הרבני נעדר סמכות לדון בדיני ממונות כבורר. ראו אליאב שוחטמן **סדר הדין בבית הדין הרבני: לאור מקורות המשפט העברי, תקנות הדין ופסיקת בתי הדין הרבניים בישראל** כרך ג 1485-1486 (2011) (להלן: שוחטמן כרך ג), אשר כותב כי בג"ץ אמיר מתעלם מכך שלאורך השנים נתנה המערכת המשפטית את תמיכתה לפרקטיקה של בתי הדין הרבניים לשמש ערכאת שיפוט דתית מכוח הסכמת הצדדים, לצד היותם גופים שיפוטיים מכוח החוק. ראו גם רדזינר, לעיל ה"ש 84, שם מוצגת ביקורת על בג"ץ אמיר. לדעת שוחטמן, על המחוקק לשוב ולהחזיר עטרה זו ליושנה גם כ"צורך של מדינת ישראל, כמדינה יהודית, לדאוג להמשך יישומו ופיתוחו של המשפט העברי על-ידי הגופים השיפוטיים הממלכתיים שלה" (שוחטמן כרך ג, שם, בעמ' 1486). המשנה לנשיאה (בדימוס) אליקים רובינשטיין מסכים עימו בסייגים הבאים: "ככל שהדבר ייעשה תוך הבטחה כי ההסכמה תהא כפשוטה ברצון חופשי, שמירת זכויות הנשים וקביעתם של כללים רלבנטיים, ובעקבות היערכות מערכתית ופרסונלית ראויה" (אליקים רובינשטיין "בפתח

בוררות שנדרשה לשם הענקת סמכות הכרעה לבית הדין הרבני בעניינים שאינם ענייני המעמד האישי אינה משקפת את חוסר סמכות השיפוט של בית הדין הרבני. שטר הבוררות נדרש אך לצורכי מימוש פסק הדין, ואין להסיק ממנו דבר על הסמכות העקרונית של בתי הדין. אף פרופ' אליאב שוחטמן כותב כי "מכיוון שיש מקום לומר שבתי הדין הרבניים במדינת ישראל הם בעלי מעמד של בית דין קבוע, מתחייבת מכאן המסקנה, כי מחובתם להיזקק לכל תביעה המוגשת לפניהם – כולל בענייני ממונות"⁸⁷. יש הסוברים כי אף בתי דין פרטיים המוקמים על ידי רב העיר הרשמי, שהתמנה לפי חוקי מדינת ישראל, הם בעלי מעמד של בית דין קבוע בעירו. כך כותב הרב יעזר אריאל בשם הרב יצחק קוליץ, אשר כיהן כרבה של ירושלים: "חובתו וסמכותו של הרב היא לפסוק לציבור בשאלות של דיני ממונות... לפיכך, מחובתו של הרב גם למנות בית דין לממונות"⁸⁸. נמצא שלא רק לדיינים שנבחרו באופן ישיר על ידי נציגי הציבור יש מעמד של בית דין קבוע, אלא אף דיינים שמונו על ידי רב שנבחר על ידי נציגי הציבור זוכים במעמד זה מכוחו.

אולם פרופ' שוחטמן כותב, תוך אזכור פסיקה תואמת של בית דין רבני, כי "חובת בתי הדין במדינת ישראל להיזקק 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"⁸⁹. נמצא כי לדעתו, הקמת מדינת ישראל לא סיגה אומנם את הסמכות העקרונית הכוללת של בתי הדין הרבניים, אולם עקב חוסר אפשרותם של בתי הדין הרבניים לאכוף את שיפוטם, וזאת בהעדר הוראה חוקית שמעניקה להם סמכות שיפוט ייחודית, עליהם להימנע מניסיון לעשות זאת. יושם אל לב כי לתפיסתו של פרופ' שוחטמן, בתי הדין הרבניים במדינת ישראל מנועים מלהפעיל סנקציות קהילתיות לשם אכיפת סמכות שיפוטם.

מעניין שבניגוד לעמדות שנזכרו עד כאן, יש פוסקים שקובעים כי מעמדם של בתי הדין הרבניים הרשמיים מצומצם לתחומי הסמכות שמעניק להם החוק במדינת ישראל, וכי אין להם סמכות מעבר לכך. הרב יוסף שלום אלישיב, מגדולי הפוסקים בעולם החרדי אשר כיהן כדיין בבית הדין הרבני הגדול, הורה כי "משום שהמעביד של הדיינים הרשמיים" (=המדינה ע"פ החלטת בג"ץ⁹⁰) קבע כי על הדיינים לעסוק רק בענייני נישואים וגירושים, ולא בדיני ממונות... יש איסור על בית הדין לדון בממונות גם

הספר "שוחטמן כרך א, לעיל ה"ש 77, בעמ' יז ו-יח). על אי-ציותם של בתי הדין הרבניים להוראת בג"ץ אמיר ראו רדזינר, שם, בעמ' 285–286. לעניין תוקפו של פסק בוררות אשר ניתן לאחר בג"ץ אמיר ראו רע"א 4198/10 איבגי נ' גבאי (נבו) 25.12.2012. כן ראו שם את ביקורתו של השופט רובינשטיין על בית הדין הרבני, אשר לא ציית להוראת בג"ץ אמיר.

87 ראו שוחטמן כרך א, לעיל ה"ש 77, בעמ' 164.

88 יעזר אריאל דיני בוררות: הדין, הפשרה ושטר הבוררות שג (הוצאת מכון "שער המשפט", הנהלת בתי הדין הרבניים התשס"ה).

89 שוחטמן כרך א, לעיל ה"ש 77, בעמ' 165.

90 בג"ץ אמיר, לעיל ה"ש 86.

כאשר שני הצדדים מסכימים⁹¹. הוא הרחיק לכת וקבע שאם הדיינים "יעברו על דברי המעביד גזל בידם [במשכורת]"⁹². זו אף עמדתו של דין בית הדין הגדול לשעבר הרב שלמה דיכובסקי. לדבריו, הדיינים הרשמיים שדנים בענייני ממונות מנצלים את שעות העבודה לעשיית דברים שהמדינה, אשר משלמת להם את משכורתם ונותנת להם את אולמות הדיונים ואת שאר צורכי העבודה, אוסרת עליהם לעשות. הוא סיכם, "אני לא מוצא פה דרך לצאת מאיסור גזל"⁹³. למעשה, פוסקים אלו מאמצים את עקרון החוקיות המנהלי, הקובע כי אין על הרשות השלטונית לחרוג מתחומי סמכויותיה, וזאת באמצעות פסיקה המבוססת על המשפט הפרטי – איסור גזל. להלן נראה כי עקרון החוקיות המנהלי יושם על ידי בית המשפט העליון כלפי בתי הדין הרבניים אף בהקשר של הוצאת כתבי סירוב.

2. מעמדם של בתי הדין הרבניים הרשמיים – פסיקת בית המשפט העליון

בית המשפט העליון, בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק,⁹⁴ התבקש להורות על ביטול כתב סירוב שהוטל על ידי בית הדין הרבני האזורי בבאר שבע נגד קבלן אשר סירב לקבלו כבורר. כתב הסירוב כלל את הסנקציה הבאה: "אסור לצרפו למניין או לכל דבר שבקדושה, אסור לחנך את ילדיו, חייבים להתרחק ממנו ארבע אמות, ואסור לקבורו בבית קברות יהודי"⁹⁵. כמו כן הורה אב בית הדין הרבני לפרסם את דבר ההחלטה בבתי הכנסת בנתיבות. יושם אל לב כי בית הדין הרבני אימץ את גישתו המחמירה של רב פלטי גאון⁹⁶ בהטילו על המסרב להתדיין לפניו סנקציה הכוללת גם את איסור קבורתו, ובהורותו כי אסור אף לחנך את בנו. העותר טען כי כתב הסירוב הכתימו והכלימו, השית עליו קלון בציבור שהוא משתייך אליו, ואף נעל בפניו את שערי בתי הכנסת. נוסף על כך, הנידוי גרם לו הפסד ממוני עקב "סירוב לקוחותיו לאפשר לו להיכנס לבתייהם ולבצע עבודות שיפוצים"⁹⁷. לאחר הגשת העתירה פנה בעל דינו של העותר אל בית הדין הרבני והודיע כי הוא חוזר מתביעתו, ובעקבות זאת בוטל כתב הסירוב. אולם העותרים – הנפגע וחבר הכנסת רן כהן – הביעו התנגדות למחיקת העתירה. לדעתם, מדובר בשאלה עקרונית וחשובה, הנוגעת בשלטון החוק ובכבוד האדם. הם הוסיפו כי קיימת הסתברות סבירה שמקרים דומים יתרחשו בעתיד, וכן שבמקרים רבים אנשים הנפגעים מכתב

91 ראו רדזינר, לעיל ה"ש 84, בעמ' 352–353 (ההדגשה במקור).

92 שם, בעמ' 352.

93 שם, בעמ' 353, ה"ש 300.

94 בג"ץ כץ, לעיל ה"ש 64. פסק הדין עוסק בשתי עתירות נוספות שעניינן הוצאת כתבי סירוב.

95 שם, בעמ' 601.

96 ראו את הדין בגישתו של הרב לעיל בה"ש 6.

97 בג"ץ כץ, לעיל ה"ש 64, בעמ' 602.

הסירוב אינם מעיזים לנקוט צעדים כדי לבטלו.⁹⁸ שופטי בית המשפט העליון נחלקו בנוגע להכרעה בעתירה.

(א) הכרה באוטונומיה של בתי הדין הרבניים

השופט צבי טל סבר, בדעת מיעוט, כי יש לדחות את העתירה עקב ביטולו של כתב הסירוב, ומעבר לכך, כי יש להכיר באוטונומיה של בתי הדין הרבניים. לשיטתו, מדובר באוטונומיה מהותית, שנובעת מכך שלמעשה בתי הדין הרבניים לא הוקמו על ידי המחוקק, אלא נוצלו "על-ידיו כמכשיר למדיניותו".⁹⁹ לנוכח זאת, סמכותם של בתי הדין הרבניים משתרעת אף מעבר לסמכותם הקבועה בחוק: "כדי שהמכשיר יהא יעיל ומקובל, על בית הדין להיות בית-דין של תורה לכל דבר, בלי שייגרע מכל בית-דין של תורה בעולם. בית הדין פועל בכל עת ב'כובע' המסורתי שלו מימות עולם, בין בענייני נישואין וגירושין ובין בענייני ממונות וקהל. אלא שבענייני נישואין וגירושין הולבש לו 'כובע' נוסף כאורגן של המדינה".¹⁰⁰ יושם אל לב כי בעוד שהרב שרמן והרב מירון ביססו את סמכותו השיפוטית הכוללת של בית הדין הרבני – אף בעניינים שאינם מעמד אישי – על דרך מינוי הדיינים, השופט טל מטעים כי סמכות שיפוט כוללת זו נדרשת לשם הפעלת סמכות בית הדין הרבני שנקבעה בחוק בענייני המעמד האישי. בהתאם לכך סבר השופט טל, בדעת מיעוט, כי אין מניעה שבית הדין הרבני יוציא כתב סירוב, הכולל חרם ונידוי, נגד המסרב להתדיין לפניו בענייני ממונות.¹⁰¹ לטעמו של השופט טל, הקמת המדינה אינה אמורה להשפיע על שאלת סמכותו של בית הדין הרבני הממלכתי להוציא כתב סירוב נגד המסרב להתדיין לפניו. מעבר לכך, השופט טל לא ראה כל אפקטיביות בביטול כתב הסירוב שהוצא על ידי בית הדין הרבני:

"...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

98 הנפגע ביקש כי בית המשפט יצווה על בית הדין לפרסם מודעות זהות בגודלן למודעות החרם שבהן יובהר כי החרם מבוטל. עוד נדרש פיצוי כספי על הנזק שנגרם כתוצאה מכתב הסירוב או לחלופין תשלום הוצאות המשפט. בית המשפט לא נענה לבקשות אלו.

99 בג"ץ כץ, לעיל ה"ש 64, בעמ' 620.

100 שם.

101 פסק דינו של השופט טל ניתן לפני הוראת בג"ץ אמיר, לעיל ה"ש 86.

ביטול הנידוי בבג"צ, ועוד ביתר שאת. הצהרת הבטלות אינה מבטלת אפוא כלום. 102

השופט טל מדגיש אפוא שכתב הסירוב מבטא סנקציה חברתית פנימית, אשר אף אם תוכר כלא לגיטימית, לא יהיה בכוחו של בית המשפט – מבחינה מעשית – לבטלה. לדעת יששכר רוזן-צבי, פסיקת השופט טל מבטאת גישה שמכירה באוטונומיה השיפוטית של הקהילות השונות ללא סייג:

"הנה כִּי־כֵן, מאחורי המושג 'משפט' שהשופט טל משרטט מסתתרת השקפת־עולם אנטי־פוזיטיביסטית, הקושרת את המשפט עם הקהילה שהוא מופעל בתוכה. השופט טל אינו תופס את בית המשפט אך ורק כ'דבר־המלך', 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 משפטנים, ובוודאי שופטים, לזהות את 'המשפט' 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." 103

רוזן-צבי מטעים אפוא שקיומה של המדינה הדמוקרטית אינו שולל את סמכות השיפוט הקהילתית של בית דין דתי, ובכלל זה את סמכותו להטיל סנקציות חברתיות על בני קהילה שאינם סרים למרותו. אי־אפשר להתעלם מההשלכה החברתית של תפיסת רוזן-צבי בנתחו את פסק דינו של השופט טל: היחיד נלכד במוסדות השיפוט של קהילתו, והמדינה אינה מתערבת בפעילותם גם כאשר אלה פועלים בהתאם לערכים שאינם תואמים את עקרונות היסוד שהמדינה מושתתת עליהם. 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." 104

102 בג"ץ כץ, לעיל ה"ש 64, בעמ' 621.

103 איסי רוזן-צבי "סובייקט, קהילה ופלורליזם משפטי (בעקבות בג"צ 3269/95 כץ נ' בית־הדין הרבני האזורי בירושלים)" **עיוני משפט** כג 539, 549 (2000).

104 שם, בעמ' 550. רוזן-צבי מבקש לטעון כי השופט טל מבקש לשמר את האוטונומיה של הממסד הדתי בתחומיה המצומצמים של הקהילה הדתית. זאת, בהתאם לנסיבות פסק הדין, שעסקו בבקשת

לפי תפיסה זו, על המדינה להכיר בזכותה של הקהילה להפעיל סמכות שיפוט על חבריה באמצעותם של בתי דין מטעמה.

אף בארצות הברית סירב שופט מחוזי (Charles P. Sifton)¹⁰⁵ להורות לבית דין רבני (קהילתי) להימנע מלהוציא כתב סירוב שכולל סנקציות חברתיות של נידוי נגד תובע אשר פנה לבית המשפט הפדרלי. השופט נימק כי מדיניות הפסיקה של בית המשפט העליון האמריקני היא לא להתערב בהחלטות של גופים דתיים בנוגע לחברי קהילתם: "A long line of Supreme Court cases holds that, where a religious body adjudicates relations among its members, courts will not interfere with the decisions of those bodies made in accordance with those bodies' rules."¹⁰⁶ השופט הוסיף כי למעשה הוא נדרש לקבוע אם התובע צריך להיות מורחק מקהילתו הדתית, ועניין זה אינו בתחום סמכותו: "In this case, plaintiff asks the Court to do something it is not able to do either as a matter of federal jurisprudence or under the first amendment: decide whether plaintiff should be excommunicated from his religious community for prosecuting this suit against defendants"¹⁰⁷. השופט הטעים כי אילו אוים התובע על ידי בית הדין הרבני בפגיעה מוחשית שיש בה עברה משפטית, וזאת על מנת לאלצו להימנע מלהגיש את תביעתו בבית המשפט, היה השופט מזכה אותו בסעד. אולם במקרה דנן מדובר באיום של הרחקה מהקהילה הדתית, וזו אינה פגיעה אשר מעניקה לטעמו סעד משפטי: "Should plaintiff be threatened with a legally cognizable harm by defendants or a rabbinical court in trying to coerce him from pursuing his claims, he could come to this Court for a remedy... The mere expulsion from a religious society, with the exclusion from a religious community, is not a harm for which courts can grant a remedy."¹⁰⁸ ביסוד פסיקה נחרצת זו עומדת תפיסה ליברלית קלסית ברוחו של ג'ון לוק, ואף ליברטריאנית כפיתוחו של רוברט נוזיק, המתמקדת בזכויות הטבעיות של הפרט.¹⁰⁹ אולם פילוסופים ליברלים מודרניים שונים אינם דוגלים באינדיווידואליזם אטומיסטי. ויל קימליקה טוען כי קיומה של סביבה תרבותית תומכת הוא תנאי מוקדם לאפשרותו של הפרט לממש את זכות הבחירה החופשית והאוטונומית שלו.¹¹⁰ לפיכך,

תובע לחייב את בעל דינו הדתי להתדיין בבוררות לפני בית הדין הרבני. אני מסופק אם אכן זו כל משנתו של השופט טל. למיטב הבנתי, יש בדבריו אמירה כוללת על אודות מעמדו של בית הדין הרבני. בהמשך דבריו השופט טל מטעים כי בית הדין הרבני "פועל בכל עת ב'כובע' המסורתי שלו מימות עולם", וזאת אף כאשר הוא פועל "בענייני נישואין וגירושין", שבהם סמכותו היא כלפי כל אזרחי המדינה היהודים. בג"ץ כץ, לעיל ה"ש 64, בעמ' 620 (ההדגשה הוספה).

105 Grunwald v. Bornfreund, 696 F. Supp. 838 (1988).

106 שם, בעמ' 840.

107 שם.

108 שם, בעמ' 840–841.

109 ROBERT NOZICK, ANARCHY, STATE, AND UTOPIA 9 (1974).

110 WILL KYMLICKA, LIBERALISM, COMMUNITY, AND CULTURE 165–167 (1989). ראו גם זיוה

ברונר ויואב פלד "על אוטונומיה, יכולות ודמוקרטיה: ביקורת הרב-תרבותיות הליברלית" רב-

לדעתו, ליברליזם רב-תרבותי נדרש להגן על זכות קיומן של תרבויות טרום-מודרניות ולא מערביות בתוך המסגרת הכללית של החברה הליברלית המודרנית. לפי תפיסה רב-תרבותית זו עולה השאלה אם רשויות החברה אינן נדרשות להגן על היחיד אף בתוככי קהילתו. שאלה זו לא נבחנה בפסק דין זה, ובהמשך המאמר אתייחס אליה בהרחבה.

(ב) עקרון החוקיות

לעומת השופט טל, השופט יצחק זמיר הטעים כי בית הדין הרבני הממלכתי רשאי להפעיל סמכויות שפיטה רק אם סמכות זו הוקנתה לו בחוק:

"...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 לעקרון החוקיות, כלומר, אין לו אלא מה שהחוק העניק לו... 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."¹¹¹

בית הדין הרבני הממלכתי אינו רשאי אפוא להפעיל סמכות שיפוט מבלי שהריבון, באמצעות מערכת החוקים, הסמיכו לכך. השופט זמיר מטעים כי החוק לא העניק לבית הדין הרבני הרשמי סמכות להוציא כתבי סירוב:

"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), 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."¹¹²

השופט זמיר מוסיף ומטעים כי חוק הבוררות "אינו מעניק סמכות, לא במפורש ואף לא ברמז, להוציא כתב סירוב, לא לבית-דין רבני ולא לשום בורר אחר. קל וחומר בן בנו של קל וחומר שאין הוא מעניק סמכות כזאת למי שאיננו בורר אלא הוא מבקש להיות בורר, עוד לפני שנחתם הסכם בוררות, כדי לכפות על אדם שיסכים לבוררות בניגוד

תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית, לעיל ה"ש 60, 107. כן ראו יפה זילברשץ "בדלנות במגורים בגין השתייכות אתנית-לאומית – האומנם רק זכותו של המיעוט?" משפט וממשל ו' 87 (2001).

111 בג"ץ כץ, לעיל ה"ש 64, בעמ' 608–609.

112 שם, בעמ' 608.

לרצונו".¹¹³ בהתאם לכך, אף בתי דין דתיים פרטיים אינם מוסמכים להוציא כתבי סירוב.¹¹⁴

בעקבות זאת קיבל השופט זמיר את העתירה והורה על ביטול החלטתו של בית הדין הרבני, בקובעו כי בית הדין הרבני נעדר סמכות להוציא כתבי סירוב.

3. כבוד האדם וחירותו

מעבר לנימוק שמבוסס על הכלל היסודי של המשפט המנהלי בדבר עקרון החוקיות, נשאלת השאלה אם מבחינה חוקתית רשאים בתי דין דתיים, במדינה דמוקרטית, להטיל סנקציות חברתיות נגד המסרב להתדיין לפנייהם. המשנה לנשיא בית המשפט העליון, מנחם אֶלון, התייחס לשאלה זו וכתב:

"גם באותם ימים, בהם אמצעים אלה חיוניים היו – ומקובלים היו בדעת הצבור – לשם קיומה של האוטונומיה השיפוטית העברית... חכמים מיעטו ככל האפשר את השימוש באמצעי החרם והנידוי בכלל... ודבריהם של גדולי הלכה אלה יפים הם, מכוח קל וחומר, לימינו אנו."¹¹⁵

אֶלון מציין, כפי שהזכרנו לעיל, כי פוסקי הלכה שונים נמנעו מהטלת חרם ונידוי, ומטעים כי דבריהם "יפים הם, מכוח קל וחומר, לימינו אנו". אֶלון חש אפוא כי בחברה מודרנית ודמוקרטית אין זה הולם וראוי שבית הדין יטיל חרם ונידוי נגד מי שמסרב להתדיין לפניו. אֶלון מוסיף כי "דומה שמכוחם ומרוחם של דברים אלה לא מובא בתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בישראל ענין זה של הוצאת כתב סירוב, על אף שמובאים בהם דרכי כפייה אחרים, כגון עיכוב יציאה מן הארץ ועיקול נכסים (ראה סעיפים צו–צח)".¹¹⁶ הרב משה פיינשטיין אף מציין כי בארצות הברית בתי הדין אינם מנדים את המסרב להתדיין לפנייהם עקב הוראות החוק,¹¹⁷ וכי כך נוהגים גם בתי הדין השונים באירופה: "שלכן בהזמנות דבית דין שבמדינתנו שלא משמתין לא למי שלא בא לדין ולא למי שלא ציית לפסק הדין משום שכנראה אסור זה מדיני המדינה, וכן היה אסור גם בהרבה מדינות ביוראפ (באירופה) לשמותי גברא [=לגדות אדם] והוא ההזמנה

113 שם, בעמ' 610.

114 עם זאת, השופט זמיר כותב כי "ייתכן, אך אין צורך לפסוק בכך בהקשר זה, כי בית-דין כזה [בית דין הלכתי שאינו בית משפט של המדינה], הפוסק בדיני ממונות לפי דין תורה, רשאי גם, בנסיבות מסוימות, להוציא כתב סירוב" (שם, בעמ' 608). ברם, יש לתת את הדעת שהוא התנה זאת "אם שני הצדדים לסכסוך רוצים בכך", כלומר, שהצדדים העניקו לבית הדין סמכות בעניין (שם).

115 ה"מ 427/78 סובול נ' גולדמן, פס' 9 לפסק הדין של השופט אֶלון (נבו 1979.2.19).

116 שם.

117 אולם ראו את הדיון לעיל ליד ה"ש 105, שם ראינו כי בית המשפט הפדרלי האמריקני סירב להטיל צו שימנע בית דין רבני מלגדות יהודי שהגיש תביעה בבית המשפט.

רק לענין שידע שפלוני תובעו לדין בתביעת ממון".¹¹⁸ אָלון מבהיר כי השימוש בנידויים ובחרם היה ייחודי לתקופה שבה החברה היהודית לא התנהלה במדינה ריבונית, ונועד לשמר את השיפוט הקהילתי: "השימוש בסנקציה זו היה הכרחי במצב של חוסר ריבונות... והיה זה אמצעי יעיל ומרתיע ביותר בתנאי החיים והמגורים של הקיבוצים היהודיים".¹¹⁹ על כך יש להוסיף כי גישתם המחמירה של הגאונים נגד הפונים לערכאות נקבעה כאמור מפאת מגמתם הייחודית להכפיף את הקהילות היהודיות לבתי דינם.¹²⁰ מעבר לכך, לדעת ליבוזן, גישתם המחמירה של הגאונים נגד הפונים לערכאות גובשה על רקע ייחודי באותם ימים, שבמסגרתו פנייה זו נתפסה כאיום תיאולוגי של המרת דת.¹²¹ אולם אי-אפשר לשייך לפנייה לבתי המשפט של מדינת ישראל אופי מעין זה.

4. ערכיה של מדינה יהודית

חיים כהן מטעים כי במדינה יהודית אין להוציא כתבי סירוב שיש בהם נידוי או אף איום לנדות:

"...כתבי-סירוב שיש בהם נידוי או איום לנדות, נראה לי שאפילו אם תקפים הם מן הבחינה ההלכתית, בטלים ומבוטלים הם מן הבחינה החוקתית, שהרי יש בהם פגיעה חמורה בכבוד האדם ובחירותו – פגיעה שאינה הולמת ערכי מדינה יהודית, אינה באה לתכלית ראויה, ועולה על כל הנדרש לתכלית כלשהי. אמרתי, ערכיה של מדינה יהודית, ומתכוון אני לערכי היהדות – ואין אני צריך להיזקק לערכים דמוקרטיים כלל."¹²²

חיים כהן מפרט¹²³ מדוע כתב סירוב שכולל נידוי מנוגד לערכי היהדות. בנידוי יש משום קללתו של המנודה, וכשם שהקללה בשם אלוהים חמורה בהרבה מקללה סתם,¹²⁴ כך הקללה הרשמית והשיפוטית בשם התורה נחשבת חמורה בהרבה מקללה סתם. נוסף על כך, כפי שמטעים הרמב"ם, "התורה לא הקפידה בענין המקולל לבד אבל הקפידה גם כן בענין המקולל לבד כשהזהיר שלא יניע נפשו לנקימה ולא ירגיל לכעוס",¹²⁵ ולפיכך התורה אוסרת אף קללת חרש: "לא תְקַלֵּל חָרֵשׁ".¹²⁶ נמצא כי חל איסור על אדם –

118 שו"ת אגרות משה, יורה דעה, חלק ג, סימן קמב.

119 מנחם אָלון **המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו** כרך ראשון 12 (מהדורה שלישית התשמ"ח) (להלן: **המשפט העברי א**).

120 ראו את הדיון לעיל בה"ש 42.

121 ליבוזן "איסור פנייה לערכאות", לעיל ה"ש 15, בעמ' 283.

122 כהן, לעיל ה"ש 12, בעמ' 324.

123 שם, בעמ' 326.

124 "המקלל אביו ואמו אינו חייב עד שיקללם בשם" (משנה, סנהדרין ז, ח).

125 ספר המצוות, מצוות לא תעשה, שיו.

126 ויקרא יט 14.

ובוודאי על בעל מעמד, ועל נושא משרה שיפוטית על אחת כמה וכמה – לקלל, ובכלל זה לנדות: "ויש שקלונו של המנדה עולה לאין ערוך על קלונו של המנודה." 127 רבי ישראל מראדין, בעל החפץ חיים, כותב כי בקללה יש אף משום לשון הרע. 128 לסיים מטעים חיים כהן 129 כי בתי דין המטילים חרמות ונידויים אינם מוסיפים יוקרה – לא לתורת ישראל ולא לשיפוט הרבני – אלא משניאים את עצמם על העם וגורמים לחילול השם.

חיים כהן אף נתן את דעתו לעוצמת פגיעתו של הנידוי ולתוצאותיו הרעות:

"... שאין בנידוי משום צדק, שבתור עונש הוא חמור יתר על כל מידה סבירה, ובתור נקמות אינו אלא עוול; ומה שכתוב, 'לא תעשו עוול במשפט...' בצדק תשפוט עמיתך', הוא, כזכור, מערכי־היסוד של תורת ישראל. ועוד: הנידוי אינו הולם כבוד הבריות, אלא פוגע בכבודם וגורם לעלבונם ולהשפלתם. והנידוי אינו מרבה שלום – תכליתו ותוצאתו הן להטיל איבה ושנאה בין הבריות." 130

מן המקום להזכיר כי הרב יחיאל מיכל פינס – אשר הוחרם במאה התשע־עשרה על ידי קנאי ירושלים בעקבות תמיכתו בבית היתומים של ד"ר וילהלם הרצברג, שבו לימדו שפות זרות, ואף על ידי הרב יהושע לייב דיסקין 131 בעקבות הקמת מוסד ששילב מלאכה ותורה – כותב כי "החרם הוא בית סוהר בלי מנעול... כבלי ברזל שאין העין רואה אותם והגוף מרגישם מאד." 132 הרב פרופ' שמחה אסף כותב אל נכון כי "המנודה והמוחרם נחשבו כמתים, נטולים מן החיים ומרוחקים הרחקה גמורה מן הציבור." 133 חיים כהן מטעים אף הוא כי "אמנם יש בנידוי גם משום השממה, הבידוד והבידודות, וגם

127 כהן, לעיל ה"ש 12, בעמ' 326.

128 "ואם גָּהוּ כל כך בדברים הנ"ל וכיוצא בהם בפניו ובפני אחרים, עד שנשתנה פניו על ידי זה, עובר גם כן על לאו ד'לא תשא עליו חטא' שהזהירה התורה בזה, שלא לביש את חברו ישראל אפלו במקום התוכחה..." (ספר חפץ חיים, פתיחה להלכות לשון הרע ורכילות, יד (מהדורת לאוין 23)).

129 כהן, לעיל ה"ש 12, בעמ' 327.

130 שם, בעמ' 326.

131 חיים באר מציין כי סוניה דיסקין, אשתו של הרב דיסקין, שהייתה ידועה בקנאותה, היא שהרבתה לזיום חרמות, "עד שהייתה לבעלת מונופולין על כך". ראו חיים באר **קשר לאחד: מסעות, בתים ואנשים בירושלים** 114 (גדעון טיקוצקי עורך 2017).

132 "מ פינס "החרם ביהדות" – מבוא לקונטרס **עמק ברכה** מאת הרב דוד פרידמן (ירושלים התרמ"ג). המבוא נדפס בעילום שם, אולם הרב יחיאל מיכל פינס ציין במכתבו לרש"י פין כי הוא כתבו: "אקווה כי כבר קרא מעלתו את הספר 'עמק ברכה', והמבוא הנספח אליו אשר מעטי יצא" (נדפס ב**כתבים לתולדות חיבת ציון** כרך א, מכתב מס' 37 (אודסה התרע"ט)). איתם הנקין הי"ד מציין כי זהותו של מחבר המבוא פורסמה על ידי שמואל נח גוטליב, מזכירו של הרב דוד פרידמן, בְּעֶרְךָ שכתב על הרב פרידמן בספרו **אהלי שם** (פינסק התרע"ב, עמ' 179). ראו איתם הנקין "החרם על רי"מ פינס בירושלים וקשריו עם גיסו רבי דוד פרידמן" **המעייין** מט(ב) 19, 22–23, ה"ש 9 (התשס"ט).

133 שמחה אסף **העונשין אחרי חתימת התלמוד: חמר לתולדות המשפט העברי** 31 (התרפ"ב).

משום מעין מוות אזרחי, שחיי המנודה שוב אינם נקראים חיים".¹³⁴ הרחקת המנודה נמשכת אף לאחר מותו. בשנת התרמ"ז 1886 הוחרם אליעזר בן-יהודה.¹³⁵ כחמש שנים לאחר מכן, בשנת התרנ"ב 1891, נפטרה אשתו, וגבאי החברה קדישא האשכנזית סירבו לקבורה בשל החרם.¹³⁶ שנים לאחר מכן, בשנת התשמ"ג 1983, ביום ט"ו בתמוז, הוא יום החרמתו של אליעזר בן-יהודה, עלו חרדים בחסות החשכה אל הר הזיתים וניתצו את מצבת קבורתו.¹³⁷

פרק ו: יחיד-קהילה-מדינה

לנוכח ההבדל שבין קהילה למדינה, מחד גיסא, ולנוכח הדינמיקה של בתי הדין בקהילות הדתיות, מאידך גיסא, רשויות המדינה צריכות לתת את דעתן בכובד ראש לשמירת זכויותיו של היחיד במסגרת הקהילה. במדינה דמוקרטית יש זכות קיום לקהילות שונות, אולם זכות קיום זו אינה אמורה לפגוע בזכויות היסוד של היחידים שנמצאים בכל קהילה וקהילה. מתפקידה של המדינה לוודא שזכויות היחיד אינן נרמסות על ידי הקהילה. פרופ' רות הלפרין-קדרי היטיבה לבטא דברים אלו:

"בשיח הפלורליסטי קיימים שלושה גורמים: הפרט, הקהילה והמדינה. הפלורליזם המשפטי... נועד לקדם את גורם הקהילה. הוא נועד להבטיח המשך קיום לקהילה האוטנטית. אך הקהילה מורכבת מפרטים המשתייכים אליה. כפייה של ההשתייכות הקהילתית פוגעת באוטנטיות ולמעשה אף מקעקעת אותה. בכך היא שומטת את הקרקע מתחת לבסיס האידיאולוגי. הבסיס האידיאולוגי נפגע בצורה נוספת. קידום הגורם הקהילתי אינו יכול להוות שיקול בלבד. הגורם הקהילתי... אינו יחיד. קידומו נסמך גם על ההנחה שהדבר תואם גם את אינטרס

134 כהן, לעיל ה"ש 12, בעמ' 324.

135 החרמתו נעשתה בבית הכנסת הספרדי העתיק על שם רבן יוחנן בן זכאי בירושלים, וזקני העיר ונכבדיה הוציאוהו מכלל ישראל: "פתחנו דלתות ארון הקודש והדלקנו נרות..." 'ותקעו שופרות, וענינו כל הקהל הקדוש פה אחד הרי הוא מובדל ומופרש מעדת ישראל עד אשר ישוב מדרכו וניחם על הרעה'" (באר, לעיל ה"ש 131, בעמ' 226).

136 לאחר הסכמת העדה הספרדית לקבורה חזרו בהם גבאי החברה קדישא מסירובם. אולם במהלך הלוויה, בהגיעה להר הזיתים, דרשה חבורה של יהודים אשכנזים מהקברנים לחדול מהקבורה. אליעזר בן-יהודה נאלץ לחזור העירה ולהביא את קברני החברה קדישא הספרדית, ורק אז, ולאחר מהלומות, הובאה אשתו לקבורה. שם, בעמ' 228-229.

137 שם, בעמ' 225.

הפרט המרכיב את הקהילה. כאשר הנחה זו אינה מתקיימת, בא לידי ביטוי אותו 'היבט אפל' של הפלורליזם.¹³⁸

המדינה מחויבת אומנם לאפשר את קיומן וזהותן של הקהילות השונות, אולם אין היא צריכה לאפשר לקהילה לכפות את היחיד לקבל את מרותה תוך פגיעה בזכויות היסוד שלו. כפייה זו באה לידי הוצאת כתבי סירוב הכוללים סנקציות חברתיות. כפי שכותבת הלפרין-קדרי: "כתב הסירוב מגלם בעצם מהותו את הכפייה והיעדר הבחירה החופשית. מתן חופש בחירה מלא לפרט מהווה יסוד מרכזי באידיאולוגיה הפלורליסטית הטהורה."¹³⁹ עמדה זו תואמת את תפיסתו של קימליקה כי הזכות לתרבות שואבת את הצדקתה מהזכות לחירות – כל פרט ופרט זכאי ליישם את רצונו להסתפח לתרבות כלשהי.¹⁴⁰ אולם אם הפרט אינו מעוניין בכך, אין הצדקה להכרה תרבותית. אף הלברטל ומרגלית, הסוברים כי הזכות לתרבות שואבת את הצדקתה מהזכות לגיבוש זהות אישית, מטעימים כי "הזכות לתרבות נעוצה בתרומתה של התרבות לאינטרסים הבסיסיים של הפרט".¹⁴¹ נמצא כי אם התרבות מנוגדת לאינטרסים של הפרט, אזי אין הצדקה להכרה בה. מעבר לבחינת הרציונל של הזכות לתרבות, מנחם מאוטנר מדגיש כי המודל הרב-תרבותי צריך להיות כפוף לדוקטרינות זכויות האדם ולכבוד האדם.¹⁴² זאת, בהסתמך על דבריו של ג'ון רולס כי אי-אפשר לטעון נגד זכויות האדם שהן ייחודיות לליברליזם או למסורת המערבית; הן אינן מקומיות מהבחינה הפוליטית.¹⁴³ אשר על כן, דוקטרינת זכויות האדם מספקת אמות מידה החורגות מכל תרבות פרטיקולרית לשם הערכה של פרקטיקות הקיימות בתרבויות.¹⁴⁴

138 רות הלפרין-קדרי "פלורליזם משפטי בישראל: בג"צ ובתי הדין הרבניים: בעקבות בבלי ולב" עיוני משפט כ 683, 745 (1997).

139 רות הלפרין-קדרי "עוד על פלורליזם משפטי בישראל (בעקבות מאמרו של איסי רוזן-צבי, 'סובייקט, קהילה ופלורליזם משפטי')", עיוני משפט כג 559, 576 (2000) (להלן: הלפרין-קדרי "עוד על פלורליזם משפטי"). הלפרין-קדרי מצדיקה בקטע זה את פעילותם של בתי הדין הרבניים הממלכתיים כבוררים – סמכות אשר נשללה כאמור על ידי בג"ץ (בג"ץ אמיר, לעיל ה"ש 86; וכן ראו את הדין לעיל ליד ה"ש 101) – אולם נושא זה אינו מענייננו ברשימה זו.

140 KYMLICKA, לעיל ה"ש 110.

141 מרגלית והלברטל, לעיל ה"ש 61, בעמ' 103.

142 מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת 402–406 (אלי שאלתיאל עורך 2008). סוזן לסט סטון מצביעה על כך ששורשים של תפיסה אוניוורסלית בדבר כבוד האדם, אשר חלה על כל התרבויות וקובעת מגבלות לכל התרבויות, ניתן למצוא עוד בתנ"ך ובמשפט הרומי: Suzanne Last Stone, *Comment: Cultural Pluralism, Nationalism, and Universal Rights*, 21 *CARDOZO L. REV.* 1211 (2000). כן ראו יעקב שפירא "זכויות האדם והיהדות – בעקבות חוק הלאום" (חוות דעת, היחידה למשפט עברי במשרד המשפטים 20.2.2019).

143 John Rawls, *The Law of Peoples*, 20 *CRITICAL INQUIRY* 36, 65 (1993).

144 מנחם מאוטנר "פרשת עמנואל ובעיות המפגש הבין-תרבותי" *תרבות דמוקרטית* 15, 193, 204 (2013). כן ראו את הבחנתה של יעל תמיר בין ליברליזם הנגזר מתיאוריה של זכויות לבין ליברליזם הנגזר מתיאוריה של אוטונומיה – תמיר, לעיל ה"ש 60, בעמ' 87.

לנוכח זאת אין לקבל את קביעתו של השופט זפט "שאינן מקום להתערבות משפטית חיצונית באורחות חייה של החברה החרדית כל עוד אין מדובר בנורמות המפירות את חוק המדינה, או בכפיית נורמות אלו על חלקי הציבור שאינם נמנים עם הציבור החרדי".¹⁴⁵ אף היחידים בחברה החרדית צריכים להיות מוגנים מפני כפיית הקהילה המפירה את זכות הגישה שלהם אל רשויות השיפוט של המדינה. על זכות זו נפרט להלן.

1. זכות הגישה לרשויות שיפוטיות של המדינה

הוצאת כתב סירוב עם סנקציות חברתיות נגד בעל דין המבקש להביא את עניינו לדין בבית המשפט של המדינה פוגעת בזכות הגישה החופשית שלו אל רשויות שיפוטיות של המדינה.¹⁴⁶ זכות הגישה לרשויות שיפוטיות של המדינה הוכרה בפסיקת בית המשפט העליון כזכות יסוד: "גישה חופשית ויעילה אל בית המשפט היא זכות יסוד, אף אם עדיין אינה כתובה עלי חוק יסוד, ובית המשפט אמור להגן עליה כמו על זכויות יסוד אחרות".¹⁴⁷ הוצעו אף הצעות חוק שביקשו לקבוע כי תיקבע הוראה כללית בחוק יסוד שלפיה "לכל אדם הזכות לפנות לרשויות שיפוטיות".¹⁴⁸ בהצעת "חוקה בהסכמה רחבה", מטעם ועדת החוקה, חוק ומשפט, הוצע בשנת 2006 לקבוע סעיף המעגן את זכות הגישה לבתי המשפט בהאי לישנא: "לכל אדם הזכות לפנות לבית המשפט לשם מימוש הזכויות הנתונות לו בחוקה [ומכוח כל דין]."¹⁴⁹ בדברי ההסבר צוין: "הסעיף מבטא את הרעיון כי בתי המשפט (שהם הרשות השופטת העצמאית והמקצועית המוכרת במפורש בחוקה, במובחן מבתי דין המוקמים בחוק) עומדים לרשות כל אדם לשם מימוש זכויותיו, כנגד השלטון וכנגד פרטים אחרים בחברה".¹⁵⁰ יש הגורסים כי הזכות לפנות אל בית המשפט היא זכות חוקתית שמעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן היא נגזרת מהזכות לכבוד או מהזכות לחירות המעוגנות בחוק יסוד זה.¹⁵¹ אחרים סוברים כי זכות הגישה לערכאות היא בגדר "קניין" של כל אזרח ואזרח, ולפיכך היא

145 עניין ביאלוסטוצקי, לעיל ה"ש 1.

146 ראו הלל סומר "אין דין (או הסכם) אך יש דין? שפיטה לא-הסכמית בידי גופים פרטיים" **משפט וממשל** ז' 53, 69 (2004).

147 ע"א 3833/93 **לוינ' ג' לוינ'**, פ"ד מח(2) 862, פס' 13 (1994). כן ראו יורם רבין "זכות הגישה לערכאות" **כזכות חוקתית** (שלמה פרץ עורך 1998).

148 ס' 3 להצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט, ה"ח התשנ"ד 100; ס' 4 להצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט, ה"ח התשנ"ד 335. הצעות אלו לא הבשילו לדברי חקיקה.

149 "הצעת חוקה – זכויות היסוד של האדם" **אתר הכנסת** ס' 21 <https://main.knesset.gov.il/Activity/Constitution/Pages/ConstPRights.aspx>.

150 ש.מ.

151 יורם רבין "זכות הגישה לערכאות – מזכות רגילה לזכות חוקתית (בעקבות ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ)" **המשפט** ה' 217, 229 (2000).

נכללת בזכות לקניין שמעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹⁵² לעומתם, יש הסבורים כי זכות הגישה לערכאות צמודה לזכויות הפרטיקולריות שמוגנות באמצעות חוקי היסוד. על פי תפיסה זו, כל זכות ראשונית שמוגנת בחוקי היסוד (כגון הזכות לחופש עיסוק) מקפלת בתוכה זכות משנית לתרופה בגין הפגיעה. מימושה של הזכות המשנית מחייב קיומו של הליך שיפוטי, שבו תוכרע זכות הפרט לסעד וייקבע טיב הסעד.¹⁵³ השופט מישאל חשין סבר כי זכות הגישה לבית המשפט אף נעלה על זכויות היסוד, באשר היא צינור החיים של הרשות השופטת במדינה דמוקרטית. בתי המשפט במדינות דמוקרטיות אינם פועלים מיוזמתם, אלא מגיבים על תביעות ובקשות שמוגשות להם. בלא גישה חופשית אל בתי המשפט, לא יוכלו אלה לפעול, וצדק לא יוכל להיעשות. שלטון החוק תלוי אפוא בקיומה של גישה חופשית לערכאות:

“דעתי-שלי היא, כי זכות הגישה לבית-המשפט אין היא זכות-יסוד במובנו הרגיל של המושג זכות-יסוד. שייכת היא למסדר נורמות אחר בשיטת המשפט. ניתן לומר – וכך אומר אני – כי נעלה היא על זכות-יסוד. לא עוד, אלא שקיומה הינו תנאי הכרחי וחיוני לקיומן של שאר זכויות-היסוד. זכות הגישה לבית-המשפט הינה צינור החיים של בית-המשפט. התשתית לקיומם של הרשות השופטת ושל שלטון החוק. בזאת נשתנתה הרשות השופטת משתי אחרותיה – הרשות המחוקקת והרשות המבצעת – ששתי אלו האחרונות יוזמות ועושות, אם בתחום החקיקה ואם בתחום המעשה, בעוד אשר הרשות השופטת יושבת על מושבה ומצפה כי יבואו אליה לקבל את חוות-דעתה ואת הכרעותיה. וכנאמר על משה: *וַיְהִי מִמִּתְחַרְת וַיֵּשֶׁב מֹשֶׁה לְשֹׁפֵט אֶת-הָעָם וַיַּעֲמֵד הָעָם עַל-מֹשֶׁה מִן-הַבֹּקֶר עַד-הָעֶרֶב* (שמות יח, יג). שניים אלה הם הנדרשים לשיפוט: שופט היושב על מושבו ומתדיינים העומדים לפניו. באין מתדיינים יישב בית-המשפט בטל וחסר-מעש, ובית-משפט שאין מתדפקים על שעריו כמוהו כמו-לא-היה. נדע מכאן, כי חסימת הדרך לבית-משפט – בין במישרין בין בעקיפין – ולו באורח חלקי, חותרת תחת ה-*raison d'être* של הרשות השופטת. ופגיעה ברשות השופטת פירושה פגיעה ביסוד הדמוקרטי של המדינה. באין רשות שופטת... תיעלמנה זכויות-היסוד... בחסימת הדרך לבית-משפט ייעלם ואיננו הדיין, ובאין דיין ייעלם אף הדין עמו.”¹⁵⁴

152 שלמה לוין “חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים” הפרקליט מב 451, 454–455 (1996).

153 שם, בעמ' 453; אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי: פרשנות חוקתית 363 (1994). כן ראו ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, פס' 10 לפסק הדין של השופט גולדברג (1997) (להלן: עניין ארפל אלומיניום).

154 שם, בעמ' 629.

לפי השופט חשין, זכות הגישה לערכאות נגזרת מאופי המשטר הדמוקרטי ומערכי היסוד שלו, וזאת ללא הידרשות לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹⁵⁵ השופט חשין אכן מטעים:

"...גם חוקי-היסוד אינם בפסגת הפירמידה, שמא נאמר: בתשתית-התשתיות. נעלים עליהם עקרונות-יסוד בחיינו, עקרונות שאף חוקי-היסוד יונקים מהם את חיותם. עקרונות אלה הם עיקרים במשפט הטבע ועיקרים בתורת הדמוקרטיה היהודית. אלה הם הגבוה מעל גבוה שומר'. אלה הם הגנים היוצרים את חיינו."¹⁵⁶

בעקבות ההכרה בזכות הגישה לבתי המשפט כותב חיים כהן כי "אין הדעת סובלת שיהודי אזרח המדינה צריך לרכוש לו זכותו היסודית להישפט בבתי המשפט במחיר נידויו, ביזויו וקללתו מידי בית דין רבני."¹⁵⁷ השופט יצחק זמיר מטעים כי אף בלא הטלת נידוי וחרם, עקרונות המשפט הדמוקרטי רואים בחומרה כל פגיעה באדם שתכליתה למונעו מלעמוד על זכותו להתדיין לפי חוק המדינה לפני בית משפט מדינתי:

"ראשית, כל אדם זכאי לפי דין להביא סכסוך שיש לו עם אחר להכרעה לפני בית-משפט. מכל מקום, אין אדם חייב להתדיין בסכסוך שיש לו עם אחר לפני בורר, בניגוד לרצונו. שנית, כל אדם זכאי לכך שסכסוך בינו לבין אחר יוכרע לפי דין המדינה, אלא אם הסכים ללכת לבוררות שתכריע לפי דין אחר. אין הוא חייב להתדיין בענייני ממונות, בניגוד לרצונו, לפי דין תורה. ואין בכך כדי לשנות מן הבחינה העקרונית אם הכפייה שבכתב הסירוב מוגבלת לקלון הנלווה אל כתב זה, שהוא מדביק על אדם אות שהוא סרבן לדין תורה, או שהיא מרחיקה לכת ומטילה על אדם גם נידוי וחרם, שעלולים לפגוע בו פגיעה קשה גם מבחינה חברתית ואף מבחינה כלכלית. כך או כך, אין לפגוע באדם רק משום שהוא עומד על זכותו להתדיין לפי חוק המדינה לפני בית-משפט של המדינה."¹⁵⁸

השופט זמיר מוסיף כי כאשר הפגיעה באדם המבקש להתדיין בבית משפט מדינתי נעשית על ידי גוף מדינתי, הדבר חמור שבעתיים, שכן גוף זה מנצל את סמכותו המדינתית על מנת לשלול מאדם את זכותו האזרחית:

155 ראו רבין, לעיל ה"ש 151, בעמ' 231.

156 עניין ארפל אלומיניום, לעיל ה"ש 153, בעמ' 629.

157 חיים כהן דת ודין 869 (דניאל פרידמן עורך 2009).

158 בג"ץ כץ, לעיל ה"ש 64, בעמ' 612 (ההדגשה הוספה).

"החומרה שבפגיעה כזאת רבה במיוחד כשהיא נעשית על-ידי גוף ציבורי, ולא סתם גוף ציבורי, אלא על-ידי בית-דין רשמי, שאמור להקפיד על הדין אצל אחרים, קל וחומר אצל עצמו. פגיעה זאת נעשית כביכול בגושפנקא של מלכות: תחת סמל המדינה ומעמדה של מרות שהמדינה מקנה לבית הדין, לא לצורך זה, אלא לצורך אחר."¹⁵⁹

יושם אל לב כי בהקשר של כתבי הסירוב אי-אפשר להסתפק בכך שתישמר לבני הקהילה זכות היציאה מהקהילה,¹⁶⁰ כפי שסוברים המצדדים בגישת "הרב-תרבותיות העבה"¹⁶¹ בהקשרים תרבותיים שונים. אין זה מתקבל על הדעת שקהילות שונות ידירו את חבריהן מזכות הגישה לרשויות השיפוט, וכי לשם מימוש זכות משפטית ייתבע מהיחיד לאבד את זהותו התרבותית, את בית גידולו, את מקום חינוך ילדיו, ולעיתים אף את מקור פרנסתו.¹⁶² זאת, להבדיל מבחירה תרבותית שנוגעת בקוד לבוש, בצורת חינוך וכדומה, שבהקשרה ניתן לקבל את דוקטרינת זכות היציאה. אכן, שחר ליפשיץ כותב כי נוסף על ההגנה על זכות הכניסה וזכות היציאה של בני הקהילות, על המדינה למנוע מצב של פגיעות חמורות ביחידים.¹⁶³ מעבר לכך, אף שכל הוגי הדעות הרב-תרבותיים מתנים את האוטונומיה של הקבוצה התרבותית ביכולתו של הפרט לעזובה, ברונר ופלד טוענים כי "אי-אפשר לטעון שילדים, לדוגמה, המושפעים מן-הסתם יותר מכל מנוהגיה הלא-ליברליים של קהילה תרבותית, הם בעלי זכות יציאה ממשית".¹⁶⁴ בהקשר הישראלי שואל אמנון רובינשטיין, בצדק, "באיזו מידה מתקיימות חירויות אלה בארצנו. האם הנער או הנערה החרדים יכולים באמת לפרוש מקהילתם, כאשר הם לא הוכשרו אלא לחיים בקהילתם הסגורה".¹⁶⁵ שאלה זו רלוונטית על אחת כמה וכמה לאיש ולאישה החרדים המבוגרים, אשר קיום משפחתם נשען על ההשתייכות הקהילתית.

159 ש.ם.

Chandran Kukathas, *Liberalism and Multiculturalism: The Politics of Indifference*, 26 POL. THEORY 686 (1998). הלפרין-קדרי מציינת כי זה התנאי היסודי בפסיקה האמריקנית לשם הכרה בסמכות השיפוט הקהילתי. הלפרין-קדרי "עוד על פלורליזם משפטי", לעיל ה"ש 139, בעמ' 570–571.

161 ראו תמיר, לעיל ה"ש 60.

Leszek Kolakowski, *Looking for the Barbarians: The Illusions of Cultural Universalism*, in MODERNITY ON ENDLESS TRIAL 14 (Stefan Czerniawski, Wolfgang Freis & Agnieszka Kolakowska trans., 1990).

163 שחר ליפשיץ "רב-תרבותיות ליברלית-פוליטית כתרופה ליחסי דת ומדינה בישראל" **משפטים** מ 887, 909–910 (2011).

164 ברונר ופלד, לעיל ה"ש 110, בעמ' 113.

165 אמנון רובינשטיין "על הספר: 'משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת' מאת: מנחם מאוטנר" **הפרקליט** נ 653, 656 (2010).

2. זכות הגישה לרשויות השיפוט במדינת ישראל לפי המשפט העברי

האם ניתן לעגן את זכות הגישה לרשויות השיפוטיות של המדינה בעקרונותיו של המשפט העברי (או ב"תורת הדמוקרטיה היהודית", כלשונו של השופט חשין)? השופט יעקב טירקל ביקש לעגן את זכות הגישה לרשויות השיפוטיות של המדינה במקורות המשפט העברי:

"...חשיבותו של הכלל, שלפיו יש לאפשר לכל אדם גישה חופשית ויעילה לבית המשפט, הוכרה במשפט העברי מקדמת דנא בין 'שבע מצוות בני נח', שהן שבע המצוות הבסיסיות שכל נברא בצלם חייב בהן. לעניין זה נקבע כי: 'כשם שישראל מצווים להושיב בתי דינים בעיירות שלהם כך בני נח מצווים בעיירות שלהם, היינו בכל פלך ופלך ובכל עיר ועיר'..."¹⁶⁶

אולם ענייננו הוא בביסוס זכות הגישה לבתי המשפט של המדינה דווקא, ובביצור מעמדם העודף על בתי דין דתיים הפועלים כבוררים. לשם כך אנו זקוקים לעיגון מעבר לדבריו של השופט טירקל. להלן אבקש לטעון כי זכות הגישה לרשויות השיפוט של המדינה היהודית-הדמוקרטית מוכרת אף לפי עקרונות התפיסה המשטרית של היהדות. אטעים כי השפעת המעבר מקהילה למדינה על מדיניות שמגבילה כתבי סירוב נובעת לא רק מעקרונות דמוקרטיים כלליים, אלא אף מעקרונות משטריים יהודיים. לשם פיתוח דבריי אתייחס לטיעון המצדיק הוצאת כתב סירוב מן הטעם שיש למנוע את בירור הסכסוך בבית המשפט המדינתי עקב כך שהוא מוגדר כ"ערכאות". אטעים כי אין לקבל טיעון זה במדינה יהודית עקב העיקרון ההלכתי הנותן תוקף למשפט המדינה כ"משפט המלך", ויתר על כן, יש להכיר בזכות הגישה של היחיד אל רשויות השיפוט של המדינה. במדינת ישראל כתבי הסירוב מוצאים, כאמור, לא רק עקב התחמקות הנתבע מלהתדיין עם תובעו. לא אחת הם מוצאים נגד תובע אשר פנה אל בתי המשפט האזרחיים, וזאת מתוך מגמה לכפות אותו שהסכסוך יתברר בבית הדין הרבני לפי דין תורה, ולא בבתי המשפט האזרחיים. הדבר נעשה עקב ראייתם של אלה האחרונים כ"ערכאות"¹⁶⁷. זו אף עמדתם של דיינים רבים בבתי הדין הרבניים הרשמיים. כך, בית הדין הרבני האזורי בירושלים הטעים כי "הלכה זו של איסור ההתדיינות בערכאות חלה גם על ההתדיינות בבתי המשפט של המדינה כפי שהם היום"¹⁶⁸. הדיין אשר פסק זאת היה הרב שמחה מירון, מי שלימים כיהן כמנהל בתי הדין הרבניים. בעקבות זאת הוציאו הרכבים שונים של בתי דין רבניים ממלכתיים כתבי סירוב נגד מי שסירב להתדיין

166 ע"א 3115/93 יעקב נ' מנהל מס שבח מקרקעין חיפה, פ"ד נ(4) 566, 549 (1997).

167 ראו יצחק ברנד ערכאות של גויים במדינת היהודים 53 (מחקר מדיניות 83, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2010). כן ראו ציגנלאוב, לעיל ה"ש 75.

168 עניין ישיבה, לעיל ה"ש 83, בעמ' 265.

לפניהם בבוררות בענייני ממונות משום שהוא העדיף להביא את הסכסוך אל בית המשפט.¹⁶⁹

אולם פרופ' אֶלון סבור כי הורתו ולידתו של איסור ערכאות בשעה שעמד המשפט העברי לצאת לדרך הארוכה והקשה של אוטונומיה שיפוטית ללא מדינה ריבונית, וקביעה זו נועדה לשמירת המשך קיומו ורציפותו של בית הדין היהודי בתקופת הגלות, תוך ראיית הפנייה לבית דין זה כחתימה תחת האוטונומיה העברית.¹⁷⁰ אֶלון מטעים כי לפי מקורות שונים איסור זה אכן נקבע בדור הרביעי של התנאים, לאחר מרד בר כוכבא, בתקופה שבה התגלע משבר חמור באוטונומיה השיפוטית היהודית.¹⁷¹ אף ייחוס הוראת האיסור לרבי טרפון¹⁷² מלמד על קביעתו בתקופת משבר באוטונומיה היהודית – הדור שלאחר המרד הגדול וחורבן בית שני.

לנוכח זאת סבור פרופ' אֶלון כי איסור הערכאות אינו כולל פנייה לבתי משפט שבהם מכהנים שופטים יהודים תחת שלטון יהודי:¹⁷³

“...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 העלאת טענה זו, הן מבחינה הלכתית והן מבחינה ההסתכלות במציאות ההיסטורית.”¹⁷⁴

אף שופט בית המשפט העליון לשעבר צבי טל הביע תמיהה על עמדותיהם של אלה הרואים בבתי המשפט של מדינת ישראל ערכאות של גויים: “עמדתם זו תמוהה בעיני,

169 ראו שפירא, לעיל ה"ש 64, בעמ' 436–456. זאת, לפני בג"ץ אמיר (לעיל ה"ש 86), אשר קבע כי בית הדין הרבני אינו מוסמך לדון בדיני ממונות כבורר.

170 אֶלון המשפט העברי א, לעיל ה"ש 119, בעמ' 14; מנחם אֶלון המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו כרך שלישי 1605 (מהדורה שלישית 1992) (להלן: אֶלון המשפט העברי ג). חיים כהן כתב אף הוא כי “אין ספק שהיתה באיסור ההליכה לערכאות של גויים מטרה, מובנת ומוצדקת, ליצור מונופול של סמכות שיפוט לבתי-הדין היהודיים, כשם שאין ספק שאלולא האיסור, היו יהודי התפוצות מרבים להיזקק לערכאות של גויים” (כהן, לעיל ה"ש 12, בעמ' 306).

171 בתנחומא, משפטים, סימן ו, ההלכה נזכרת בשמו של רבי שמעון; ואילו בשאילתות, בראשית, שאילתא ב, היא נזכרת בשמו של רבי מאיר (אֶלון המשפט העברי א, לעיל ה"ש 119, בעמ' 13, ה"ש 33).

172 ראו את הדין לעיל ליד ה"ש 11.

173 אֶלון המשפט העברי א, לעיל ה"ש 119, בעמ' 14. אֶלון המשפט העברי ג, לעיל ה"ש 170, בעמ' 1605, אף מביע תמיהה כיצד פנייה לבתי המשפט של המדינות השונות, בכל רחבי הגולה, אינה מוגדרת כמפירה את איסור ערכאות למן ביטולה של האוטונומיה היהודית, ואילו דווקא פנייה לבתי המשפט במדינה העברית נכללת בגדר איסור ערכאות.

174 ש.ם.

שהרי בית המשפט קם על פי חוק שנציגייהם ונציגי כל החרדים חוקקוהו, ובית המשפט דן על פי חוקים שהם עצמם מחוקקים".¹⁷⁵ הרב ישראל רוזן ז"ל – אשר ניהל את מכון צומ"ת (צוותי מדע ותורה), ערך את הביטאון **תחומין** וכיהן כדיין בבית הדין המיוחד לגיור – הדגיש כי "בתי המשפט בישראל אינם 'ערכאות של נכרים', וגם דיניהם אינם משפטי הנכרים, אלא חוקי כנסת ישראל". הוא הבהיר כי "הביטוי הקשה 'כאילו חירף וגידף והרים יד בתורת משה', הנזכר ברמב"ם... ובשו"ע... נאמר ביחס לדייני עכו"ם".¹⁷⁶

ברם, הדיין הרב מירון הסתמך, בין היתר, על הוראתו של הרב אברהם ישעיהו קרליץ, החזון איש, שלפיה ההליכה לבתי המשפט של מדינת ישראל חמורה יותר, שכן "המירו את משפטי התורה על משפטי ההבל". נוסף על כך, הרב מירון מצטט את הרב הרצוג, אשר לא הגדיר אומנם את בתי המשפט של מדינת ישראל כערכאות של גויים, אולם ראה בחמורה את זניחת דין התורה ואת אימוצו של משפט חילוני:

"שעם ישראל... המזניח תורתנו הקדושה ודן על פי חוק זר אף על פי שהחוק ההוא איננו מתיימר לנבוע ממקור על אנושי ואין לו אופי דתי, בכל זאת הרי הוא בועט בתורת אלוהים... ותוצאותיו של מצב מחפיר ומכאיב זה מי ישרנו".¹⁷⁷

אולם עמדה זו אינה מקובלת על כל פוסקי ההלכה. הרב חיים דוד הלוי, אשר כיהן כרב העיר תל אביב במאה הקודמת, מטעים כי "משפט המלך" שמוכר בעולם ההלכתי הופעל על ידי מערכת שיפוטית:

"ברור שלא היה המלך עצמו יושב לדון כל רוצח שלא בהתראה או דואג בעצמו לדון את עברייני המדינה, וכל בעיות החברה מצדם המשפטי הנזכר, והוא דבר

175 צבי א' טל **עד בוא השמש: פרקי חיים של שופט לשעבר** 140 (מיכל שוורץ עורכת 2010).
176 ראו הערותיו של הרב ישראל רוזן למרדכי רלב"ג "התדיינות בערכאות בהיתר בית דין" **תחומין** כה 249, 249–250, ה"ש 1 (התשס"ה).

177 ראו י"א הלוי הרצוג "גדרים בדין המלכות" **התורה והמדינה** ז–ח, ט (התשט"ו–התשי"ז). הרב הרצוג קבע כי המתדיין לפני בתי המשפט האזרחיים הוא "כמייקר שם אלילים" ו"הרי הוא בועט בתורת אלוקים חיים". כך גם פוסקים חזון איש, חושן משפט, סימן טו, סעיף ד; אליעזר יהודה וולדינברג "משפט המלוכה" **ספר הלכות מדינה** חלק ב, סט (התשי"ג); יעקב אריאל "המשפט במדינת ישראל ואיסור ערכאות" **תחומין** א 319, 327 (התש"ס). השוו, לעומתם, שאול ישראלי "הערת העורך" **התורה והמדינה** ז–ח, עה (התשט"ו–התשי"ז); אלוון **המשפט העברי** ג, לעיל ה"ש 170, בעמ' 1605–1607; יעקב בזק "בתי המשפט בישראל – האמנם 'ערכאות של גויים'?" **תחומין** ב 523 (התשמ"א); יעקב בלידשטיין "מדינת ישראל בפסיקה ההלכתית" **דיני ישראל** יג–יד, כא, לד–לט (1986). ראו על כך מעוז, לעיל ה"ש 69, בעמ' 340–343.

שאינן השכל סובלו. שגם בתקופת הסנהדרין היו בתי דין ממלכתיים של המדינה שדנו לצורך שעה ולתקון חיי חברה סדירים.¹⁷⁸

בתקופת הסנהדרין הייתה לדבריו רשות שופטת, אשר דנה בהתאם לתקנות והוראות שנחקקו לשם שמירת הסדר הציבורי. בהתאם לכך הוא מסיק נחרצות כי לבתי המשפט של המדינה יש מעמד ותוקף הלכתיים כמיישמים את "משפט המלך":

"נראה בפשיטות שבתי המשפט של המדינה בימינו... יונקים את סמכויותיהם משתי זרועות. הראשונה נשיא המדינה הממנה את השופטים, והנשיא עצמו הרי ברור שדין מלך יש על כל פנים לעניין המשפט... והשופטים יונקים מסמכויותיו הממלכתיות. השנייה היא הכנסת – נבחרת העם – שהיא מתקינה תקנות ומחוקקת חוקים שמטרתם ותכליתם הנהגת חיי חברה תקינים וסדירים... ושבתי הדין של המדינה דנים לפיהם."¹⁷⁹

הרב חיים דוד הלוי קובע אפוא כי לפי ההלכה יש לבתי המשפט של המדינה היהודית הריבונית תוקף הלכתי, שכן הם נוסדו על ידי המערכת השלטונית בהתאם לבחירת העם, וזאת לשם תיקון הסדר הציבורי. הרב שאול ישראלי, אשר כיהן כדיין בבית הדין הרבני הגדול, מכיר אף הוא בכוח הציבור במדינה יהודית ריבונית למנות עליו שופטים, ואלה זוכים בסמכות ממלכתית כסמכות המלך, אשר רשאי להפעיל משפט שאינו דין תורה:

"אבל כל היכא [=היכן] דשייך מינוי מגדר מלכות ושלטון כגון בימינו אלה שזכינו בע"ה [=בעזרת השם] לעצמאות בארצנו, לית דין ולית דיין, [ברור] די ש בכח הציבור למנות עליהם יחיד בתור שופט שיש בו סמכות ממלכתית. וסמכותו אינה רק בענין ממוץ... אלא גם בעניני עונשים כסמכות המלך שכוללת גם עניני הגוף."¹⁸⁰

הרב נחום אליעזר רבינוביץ' מטעים גם הוא כי "באמת אין לקטרג על בתי המשפט האזרחיים בארצנו הקדושה... שמאז ומעולם היה 'משפט המלך' שעל פיו היו דנים

178 חיים דוד הלוי דבר המשפט: בירורים וחקרי הלכות על סדר הלכות סנהדרין להרמב"ם 178–179 (1963).

179 שם. אף הרב ראובן מרגליות כותב כי "התורה הרשתה לנשיא העם העומד לעשות משטרים בארץ להנהיג בתי משפט עממים הדנים ועונשים מטעם השלטון". ראובן מרגליות טל תחיה: חקרי הלכה על בתי המשפט בארץ ישראל, רופאים ורפואות, ומשפטי גר תושב נא (התש"י). עמדתם זו אינה מקובלת על פוסקים רבים.

180 עמוד הימיני, סימן ז, אות ח.

בדרכים חוץ-הלכתיות, ורבים ממשפטי הארץ נידונים אצלו. שבתחומים רבים אפשר לבוא לפני בתי המשפט בארץ, ואף ללא בקשת אישור מבית הדין קודם לכן.¹⁸¹ לנוכח דברי הפוסקים הנזכרים יש לברר ולהגדיר מה משמעותה של הכרה ב"משפט המלך" במדינה יהודית ודמוקרטית. דומני כי הכרה הלכתית בתוקפו של המשפט הישראלי כ"משפט המלך" המודרני, ובכלל זה באפשרות הפנייה לבתי המשפט במדינת ישראל, טומנת בחובה הכרה בזכות הגישה של היחיד אל בתי המשפט האזרחיים של המדינה. זאת, הן על מנת לאפשר ליחיד למצות את זכויותיו בבתי המשפט של המדינה בהתאם ל"משפט המלך" והן לשם פיתוחו של "משפט המלך" על ידי בתי המשפט.

3. בתי דין תורניים וזכות הגישה לרשויות השיפוט של המדינה

כאמור, בתי דין תורניים שונים אינם מכירים בזכות הגישה לרשויות השיפוט של המדינה, ומנסים להניא בעלי דין מלפנות אליהן ואף מורים למשוכ תביעות שנמסרו לטיפולן של אלה. נמצא כי בתי הדין התורניים אינם מבקשים לפעול בגדרי סמכויותיהם, אלא תובעים בלעדיות, וזאת תוך שלילת הלגיטימיות של מערכת המשפט הכללית. גם אם יש להכיר בזכות קיומה של קהילה בתוך מדינה, עדיין זכותה – ואף חובתה – של המדינה להגן על מוסדותיה וכן על זכויותיהם של היחידים החיים בקרבה. אף היחידים רשאים להתגונן מפני מוסדות קהילה שפוגעים בזכויותיהם האזרחיות. אכן, נפגעים אחדים הגישו תלונות למשטרה נגד בתי דין תורניים שונים אשר נקטו דרך התנהלות זו. תלונה אחת הוגשה נגד בית הדין התורני בראשות הרב ניסים קרליץ בבני ברק, אשר בתגובה על סירובו של נתבע להתייצב לפניו שלח מכתב לבני משפחתו ובו בקשה לפעול להתייצבותו לפני בית הדין תוך איום בהוצאת "כתב סירוב" נגדו. תלונה אחרת הוגשה נגד בית דין צדק לממונות שעל יד רבני הקריות אשדוד. בית דין זה הזהיר את המתלונן שאם לא יבטל את תביעתו בבית המשפט לענייני משפחה, יוצא נגדו כתב סירוב. כך ניסח בית הדין את פנייתו:

"בצער רב הננו להודיע כי _____ מסרב לבית דין. ולאחר שהתרינו בו מספר פעמים עומד הוא בסירובו ולא עוד אלא שפנה לערכאות נגד תורת הקודש. על כן דינו כמסרב לדין תורה וכמבואר בשולחן ערוך, הלכות נידוי וחרם... ועל הציבור לנהוג בו כהלכה עד שישוב בתשובה שלימה. באם לא תענו להחלטות בית הדין תוך 3 ימים, בית הדין ישקול להתיר לפרסם כתב זה ברבים."¹⁸²

181 עמית קולא "פנייה לבית משפט ישראלי בדיני ממונות – פסק בית המדרש ההלכתי" בית הלל 10, 7, 9 (התשע"ו) <https://www.beithillel.org.il/wp-content/uploads/2018/07/18925573-99>.2015.pdf

182 פניית בית הדין נכללה במסמכים שצורפו לתלונה שהוגשה למשטרה.

4. מוסדות הקהילה לעומת חבריה

האם יש להבחין בין פעילות של מוסדות קהילה המבקשים להניא יחידים מלממש את זכות הגישה שלהם אל רשויות השיפוט של המדינה לבין פעילותם של חברי הקהילה בעניין? גישה אשר תצדד בתפיסה רב-תרבותית עבה יכולה להבחין בין פעילות של מוסדות הקהילה בעניין לבין פעילות של חבריה. זאת, מתוך תפיסה שמוסדות הקהילה מנועים מלהפעיל את סמכות הקהילה כלפי יחיד המבקש לגשת אל רשויות השיפוט של המדינה, ואילו חברי הקהילה, כאנשים עצמאיים, רשאים להפעיל על חברים אחרים בקהילה לחץ חברתי שתכליתו להניאם מלגשת אל רשויות השיפוט של המדינה. תיתכן גישה ביניים שתבקש להבחין בין חברי הקהילה. כך, ככל שמדובר ביחסי כוחות שווים, ובוודאי בגופים כלכליים אשר מתחרים ביניהם, אי-אפשר למנוע את האחד מלהפעיל על האחר לחץ חברתי להימנע מלגשת אל רשויות השיפוט של המדינה; לעומת זאת, אם יחסי הכוחות אינם שווים, וחברים בעלי כוח ומעמד מפעילים לחצים חברתיים על חברים חלשים במטרה להניאם מלגשת אל רשויות השיפוט של המדינה, הדבר אינו לגיטימי. זאת, מכיוון שמדובר למעשה בהפעלת כוחה של הקהילה נגד יחיד שמבקש לממש את זכות הגישה שלו אל רשויות השיפוט של המדינה.

בית המשפט העליון לא מצא פגם בכך שחברה מסחרית אשר נתבעה בבית המשפט של המדינה פנתה אל בית דין צדק של העדה החרדית בבקשה שיכריע בסכסוך כבורר. לאחר שבית הדין הזמין את התובעת להתדיין לפניו והיא לא נענתה, פרסמה החברה הנתבעת בקרב הציבור החרדי מודעות ו"פשקווילים" שלפיהם החברה התובעת "הרימה יד בתורת משה". התובעת (קו עיתונות דתית בע"מ – חברה המוציאה לאור מקומונים המיועדים לקהילה החרדית) עתרה לבית המשפט העליון בבקשה לצו מניעה שיאסור על הנתבעת להפעיל עליה לחצים לשם ביטול התביעה בבית המשפט ועריכת התדיינות עימה לפני בית דין תורני. לטענתה של התובעת, היה בכך משום שיבוש הליכי משפט וחסימת דרכה לערכאות. השופט אליעזר ריבלין דחה את העתירה בפוסקו כך:

"זכותו של בעל דין לפנות לבורר, כשם שזכותו של הצד שכנגד לסרב להתדיין בפני אותו הבורר, ולהתעקש על המשך בירור המחלוקת בפני בית המשפט... הטרוניות אותן מעלים המבקשים כנגד השימוש בהליכים המשפטיים לניגוחה של המבקשת בקרב הקהילה החרדית, אף הן אינן במקומן. המבקשת היא שבחרה לפעול בקרב קהילה זו. ככל עוסק אחר, אף היא נדונה לציית להעדפות של קהל לקוחותיה, ככל שהיא חפצה בהצלחה כלכלית. קהל לקוחות המבקשת רשאי להעדיף עוסקים המבכרים להתדיין בפני בית דין דתי. הלחץ שעמדה ציבורית זו מפעילה, כביכול, על המבקשת אינו 'שיבוש הליכי משפט', כלשון המבקשים, כי אם לחץ שוק רגיל אליו חשוף כל עוסק. מי שבחר להתפרנס

באמצעות פנייה לקהילה החרדית, אינו יכול להלין על כך שקהל לקוחותיו נותן דעתו לשיקולים אלה או אחרים.¹⁸³

בית המשפט העליון לא מצא אפוא פגם בכך שהחברה הנתבעת ניסתה להניא את החברה שתבעה אותה מלהמשיך בהליכים המשפטיים נגדה. זאת, אף שהחברה הנתבעת הפעילה לחץ כלכלי נגד החברה התובעת באמצעות השמצתה בקרב קהל לקוחותיה.

במקרה אחר¹⁸⁴ פנה נתבע שהוגשה נגדו תביעה בבית משפט השלום אל בית דין תורני בבקשה שיכריז על עד, אשר לטענתו הוביל את התביעה בשם אמו הרתוקה למיטה, כי הוא מסרב לציית לדין תורה. העד הותרה על ידי בית הדין התורני כמה פעמים, ואף הוצאה נגדו התראה כי ייכתב נגדו כתב סירוב. נוסף על כך הוציא בית הדין "צו מניעה" שבו נקבע כי "ביה"ד אוסר על הנתבע [העד בענייננו]... לפנות לערכאות". פעילותו של בית הדין התורני נבחנה על ידי בית המשפט, ונקבע כי עולה ממנה מגמה של פגיעה בזכות הגישה של התובע לרשויות השיפוט של המדינה. יתר על כן, נקבע כי היא עלולה אף לעלות כדי "שיבוש מהלכי משפט" (עברה לפי סעיף 244 לחוק העונשין, התשל"ז-1977) וכן "הדחה בעדות" (עברה לפי סעיף 246 לחוק העונשין), אשר ייתכן שנעשתה בדרך של כוח, איומים והפחדה – נסיבות שהחוק מחמיר בהתקיימן. השופטת הטעימה כי יש להבחין בין מקרה זה לבין הסכסוך שנדון לעיל בין שתי החברות המוציאות מקומונים בחברה החרדית:

"תביעתו של הנתבע בפני בית הדין לממונות היא תביעה המתריסה במפגיע כנגד סמכות בית משפט זה – באשר התביעה היא לאסור על העד לנהל את ההליכים כנגד הנתבע בבית משפט זה... התביעה בפני בית הדין לממונות, כל מטרתה היא למנוע מן העד, אפילו אם היה התובע בפני, לממש את זכותו לפנות לבית משפט זה ולקבל את סעדיו. זכות זו, שהיא זכות יסוד, אין אדם או גוף אשר מוסמך לשלול אותה או לפגוע בה. לא יעלה על הדעת כי בורר מכל סוג שהוא, וגם אם הוא בורר נכבד ומכובד כבית הדין לממונות – יאסור על אדם לפנות לערכאות או יורה לו לבטל הליך שכבר התחיל. ויותר מכך, לצורך השגת המטרה, שהיא לחייב את העד (לו גם היה התובע) לבטל את תביעתו בבית המשפט – ביקש הנתבע כי בית המשפט [צ"ל: בית הדין] יפעיל כנגדו סנקציות קשות. בכל הצער וכאב הלב וכל הזהירות – איני רואה הבדל בין התנהלות זו לבין כל מקרה סחיטה אחר, באיומים או בסנקציות, אשר מטרתו להביא לסילוק תביעה."¹⁸⁵

183 רע"א 11353/03 קו עיתונות דתית בע"מ נ' מפתח העיר פרסומים בע"מ, פס' 3 (נבו 23.2.2004).

184 ת"א (שלום י-ם) 14640/06 כהן נ' קרויזר (נבו 25.12.2008).

185 שם, בעמ' 9 (ההדגשה הוספה).

לנוכח זאת קראה השופטת לבית הדין לממונות לבטל את "צו המניעה" שיצא מטעמו, תוך הבהרה כי אם לא יעשה כן יועבר העניין למשטרה.¹⁸⁶ לדעת בית המשפט, יש להבחין אפוא בין מקרים שבהם בית הדין התורני עצמו לוחץ על בעל דין להתדיין לפניו ואף להסיר תביעות שהגיש לבית המשפט לבין מקרה שבו נתבעת, מתחרה מסחרית, מודיעה בשער בת רבים על סירובה של התובעת, חברה מסחרית אחרת, להתדיין עימה בבית דין תורני. כאשר מדובר בשתי חברות מסחריות, האחת רשאית לנגח את מתחרתה בשער בת רבים על כך שפנתה אל רשויות המדינה. בתי המשפט לא נדרשו למקרה שבו חברי קהילה בעלי מעמד וכוח הפעילו לחצים על חבר קהילה חלש להימנע מלגשת אל רשויות השיפוט של המדינה, כך שאין בדינו פסיקה בעניין.¹⁸⁷ יוטעם כי בתי הדין של הקהילה אינם בעלי מעמד חוקי, והביקורת כלפיהם אינה נובעת ממחויבות שקשורה למעמד סטטוטורי כלשהו. ההתערבות במעשיהם נובעת מתפיסה הסוברת כי אין לאפשר לקהילה למנוע את היחיד מלממש את זכותו. לכאורה, רציונל זה תקף אף אם מדובר בפעילות של חברי קהילה בעלי מעמד וכוח נגד חבר קהילה חלש.

פרק ז: הנחיות היועץ המשפטי לממשלה

בעקבות קבלת התלונות האמורות מהמשטרה בגין הוצאת כתבי סירוב, וכן קבלת פנייה מוקדמת של העותרת בבג"ץ עמותת חרו"ש נ' רב העיר אלעד,¹⁸⁸ גיבש היועץ המשפטי לממשלה הנחיה בעניין "דרכי הטיפול של רשויות המדינה בכתבי סירוב המוצאים על ידי בתי דין דתיים".¹⁸⁹ בהנחיה מודגש כי עניינה ב"כתבי סירוב הכוללים הטלת סנקציות חברתיות ו/או גינויים נגד האדם המסרב לציית לבית הדין ו/או נגד בני משפחתו ו/או הקרובים אליו, וכן הוראות המתיימרות להגביל את יכולת הפנייה או ההתייצבות בפני רשויות",¹⁹⁰ ומוטעם כי "אין עניינה של ההנחיה בכתבי סירוב שכל עניינם בציון עצם הסירוב להתדיין בפני בית הדין במטרה לאפשר לתובע לפנות לערכאות אחרות".¹⁹¹ בפתח של ההנחיה יש התייחסות לשאלת התערבותה של המדינה

186 שם, בעמ' 10.

187 יושם אל לב כי השופטת אומנם ביקרה את הנתבע אשר פנה אל בית הדין התורני בבקשה שיורה לעד להימנע מלהמשיך את ההליכים בבית המשפט האזרחי (ראו לעיל ליד ה"ש 185), אולם את הוראתה היא הפנתה אל בית הדין התורני, בקובעה כי אם בית הדין לא יסיר את הצו שהוציא, יועבר העניין למשטרה (ראו לעיל ליד ה"ש 186).

188 עניין עמותת חרו"ש, לעיל ה"ש 2.

189 הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 4.1111 (מרץ 2013) (להלן: הנחיית היועמ"ש). אציין כי הייתי שותף לניסוחה.

190 שם, בעמ' 2.

191 שם. בהקשר זה הטעים בית המשפט העליון כי "כתב הסירוב רק מעיד על כך קבל עם ועדה

בהוצאת כתבי סירוב שכוללים סנקציות חברתיות, ובתוך כך ניתנה התייחסות ליחסי יחיד-קהילה-מדינה:

"כתבי הסירוב המוצאים על ידי בתי הדין הדתיים משקפים את רצון הקהילה לאוטונומיה מסוימת שתאפשר לנקוט נגד הפרט, החורג מן הנורמות שהקהילה מקבלת על עצמה, אמצעי אכיפה שונים. לכאורה, הוצאת כתבי סירוב יכולה לעתים להיחשב צעד לגיטימי... עם זאת, לא אחת נלכד היחיד בכבליה של הקהילה, המבקשת להניאו – באמצעות כתב הסירוב – לממש את זכות הגישה לערכאות האזרחיות של המדינה. זכות אחרונה זו היא זכות יסוד מיוחדת בחברה דמוקרטית.¹⁹²"

מובהר כי "מטרת ההנחיה... היא להציב כללים בסיסיים בדבר האסור והמותר בתחום זה, לשם הכוונת התנהגות בתי הדין הדתיים והדרכת רשויות אכיפת החוק בעניינם".¹⁹³ ד"ר הלל סומר אף קרא למחוקק לקבוע איסור פלילי אשר יהיה בו כדי להגדיר את המותר והאסור בעניינים אלו.¹⁹⁴ אולם אין זה המצב המשפטי במדינה, וההנחיה מבקשת להדריך את רשויות אכיפת החוק, בהיבט הפלילי, בטיפולן בכתבי הסירוב. מוטעם כי "התמודדות עם כתבי סירוב במישור המשפטי הינה נושא מורכב ובעל רגישות ציבורית. לפיכך, על התביעה הכללית ורשויות האכיפה לנהוג בריסון ובזהירות בנקיטת צעדים של פתיחה בחקירה והעמדה לדין".¹⁹⁵ בהנחיה מובהר כך:

"א. הוצאת כתב סירוב נגד עד או נגד מי שזומן להעיד בהליך משפטי, פלילי או אחר, או פרסום כתב סירוב שכזה, מתוך מגמה להרתיעם מלהעיד בהליך משפטי, עולה לכאורה לגדר עבירה פלילית של הדחה בעדות, עבירה לפי

שהעותרים הוזמנו להתדיין בבית דין רבני בענין אשר איננו בסמכותו היחודית, וסירבו להתדיין בפניו. זאת היא עובדה פשוטה שהעותרים מודים בה בפה מלא בעתירתם לפנינו, ואין לראות על שום מה לא יתן בית הדין הרבני למי שמעוניין בכך אישור בכתב על עובדה זו כהווייתה". בג"ץ 484/77 שמידט נ' בית הדין הרבני פתח תקווה (מצוטט על ידי השופט טל בבג"ץ כץ, לעיל ה"ש 64, בעמ' 615). אף עמדת היועץ המשפטי לממשלה שהובאה לפני בית המשפט העליון בפרשת כץ, ואשר מוזכרת בפסק הדין, הייתה כי "אין פסול בכך שבית דין רבני יוציא כתב סירוב כהודעה שהנתבע מסרב להתדיין לפני בית הדין" (שם). בבג"ץ 9170/01 וייס נ' בית הדין הרבני האיזורי י-ם (נבו 18.12.2001) ציין בית המשפט העליון, בהסתמך על עניין כץ, כי בית דין רבני ממלכתי רשאי להוציא הודעה בנוסח "הנתבע מסרב לדון דין תורה והתובע רשאי לפעול כראות עיניו". כאמור, מאוחר יותר שלל בית המשפט העליון מבית הדין הרבני סמכות פעולה כבורר (ראו את הדיון לעיל בה"ש 86).

192 הנחיית היועמ"ש, לעיל ה"ש 189, בעמ' 2.

193 שם.

194 סומר, לעיל ה"ש 146, בעמ' 117.

195 הנחיית היועמ"ש, לעיל ה"ש 189, בעמ' 4.

סעיף 246 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן – החוק); ובמקרים המתאימים עבירה של שיבוש מהלכי משפט, עבירה לפי סעיף 244 לחוק או עבירה של הטרדת עד, עבירה לפי סעיף 249 לחוק.

ב. הוצאת כתב סירוב נגד מתלונן על עבירה פלילית, או פרסום כתב סירוב שכזה, מתוך מגמה להניעו למשוך את התלונה שהגיש, או נגד מי ששוקל להגיש תלונה פלילית, מתוך מגמה למונעו מהגשתה, או נגד אדם שזומן או שיש יסוד להניח שזומן להעיד במשטרה, מתוך מגמה להרתיעו מלהעיד, עולה אף היא לכאורה לכדי עבירה פלילית של הדחה בחקירה, עבירה לפי סעיף 245 לחוק, ובמקרים המתאימים עבירה של שיבוש מהלכי משפט, עבירה לפי סעיף 244 לחוק, או עבירה של הטרדת עד, עבירה לפי סעיף 249 לחוק.

ג. הוצאת כתב סירוב נגד בעל דין שהגיש תביעה אזרחית, או פרסום כתב סירוב שכזה, במגמה לגרום לו לבטל תביעתו, או נגד אדם השוקל להגיש תביעה אזרחית, במטרה לגרום לו להימנע מהגשתה, וכן הוצאת כתב סירוב נגד אדם במטרה לחייבו להתדיין בפני בית דין דתי, עולה לכאורה לכדי עבירה פלילית של שיבוש מהלכי משפט, עבירה לפי סעיף 244 לחוק.

ד. ...ייתכנו מקרים חמורים, כגון מקרים בהם בין הסנקציות שכולל כתב הסירוב נכללת גם התרת נקיטה באלימות או סנקציה חמורה אחרת, בהם יהיה נכון לשקול גם פתיחה בחקירה או העמדה לדין בעבירה של איומים, עבירה לפי סעיף 192 לחוק, או בעבירה של סחיטה באיומים, עבירה לפי סעיף 428 לחוק...¹⁹⁶ המבחן לקיומו של 'איום' הוא על פי קנה מידה אובייקטיבי של האדם הסביר בנסיבות העניין.¹⁹⁷

צוין כי ככלל, כאשר מדובר בהליך משפטי שאינו הליך פלילי, הנטייה לפתוח בחקירה או להעמיד לדין תהא קטנה יותר מאשר במצב שבו מדובר בהליך פלילי.¹⁹⁸ כן נמנו משתנים שונים שעל רשויות האכיפה לבחון במהלך גיבוש החלטה להגיש כתב אישום, ובכלל זה:

1. במקרה שכתב הסירוב מתייחס להליך פלילי שננקט או עומד להינקט, יש להביא בחשבון את חומרת העבירה בה מדובר ואת האינטרס הציבורי הקיים בהעמדה לדין בגינה...
2. חשיבות הזכויות המוגנות שכתב הסירוב מבקש לפגוע בהן (כגון: הזכות לחינוך, הזכות לחופש דת ופולחן וכיוצ"ב); חומרת הסנקציות הכלולות

196 ראו סומר, לעיל ה"ש 146, בעמ' 100, הגורס כי הוצאת כתבי סירוב עם סנקציות חמורות עשויה להגיע כדי מעבר על עברות אלו.

197 הנחיית היועמ"ש, לעיל ה"ש 189, בעמ' 4-5.

198 שם, בעמ' 5.

בכתב הסירוב; נסיבות פרסום כתב הסירוב; ועוצמת הפגיעה בזכות המוגנת...¹⁹⁹

3... העניין הציבורי בפתיחה בחקירה והעמדה לדין יגבר כאשר כתב הסירוב כולל קריאה להטיל סנקציות לא רק על בעל הדין, המתלונן או העד עצמם, אלא גם על בני משפחתם והקרובים אליהם...

4... העניין הציבורי בפתיחה בחקירה והעמדה לדין יגדל באופן משמעותי אם מוציא כתב הסירוב הוא דיין הנושא משרה שיפוטית בבית דין רבני ממלכתי, וכך הדבר ביתר שאת, אם הוציא את כתב הסירוב במסגרת כהונתו כדיין בבית דין שכזה... [הוא הדין] אם מוציא כתב הסירוב הוא עובד ציבור...

...

6... ככל שמדובר בסכסוך פנים קהילתי, הקשור לאורחות חייה הייחודיים של הקהילה שבית הדין אשר הוציא את כתב הסירוב פועל בקרבה, ואיננו נוגע ישירות להפרת זכויות בסיסיות, כך יינתן משקל רב יותר לצורך בהכרה מסוימת באוטונומיה השיפוטית של הקהילה ויפחת העניין הציבורי בנקיטה בהליך פלילי.²⁰⁰

...

9... העניין הציבורי בפתיחה בחקירה ובהעמדה לדין יגדל ככל שכתב הסירוב מכיל 'סממנים שלטוניים', באופן העשוי להטעות וליצור את הרושם כאילו הוצאת כתב הסירוב על ידי בית הדין הפרטי נעשית מכוח סמכות שהוענקה לו מטעם המדינה.²⁰¹

בהנחיה אף נקבע²⁰² כי אם מוציא כתב הסירוב הוא דיין רשמי או עובד ציבור, יש לבחון, בהתאם למשתנים דלעיל, העמדה לדין משמעותי, ולגבי דיין – אף הגשת תלונה לנציב תלונות הציבור על שופטים, אשר מוסמך לברר תלונות גם נגד דיינים.²⁰³ הוראה זו משקפת את פסיקת השופט זמיר שצוינה לעיל בדבר חוסר סמכותו של בית הדין הרבני הממלכתי להוציא כתבי סירוב עקב עקרון החוקיות.²⁰⁴

במישור המנהלי נקבע כי "גוף ציבורי, כגון רשות מקומית או מועצה דתית, לא יעמיד נכס ציבורי העומד לרשותו לשימוש של בית דין פרטי האוסר על פנייה לערכאות המדינה, או המוציא כתבי סירוב נגד הפונים לערכאות המדינה, ולא יעשה שימוש

199 ראו סומר, לעיל ה"ש 146, בעמ' 70–71, המטעים אף הוא עניין זה.

200 מטבע הדברים, סכסוכים הקשורים לאורחות חייה הייחודיים של הקהילה יתגלעו בין חברים מובהקים של הקהילה, וממילא כתבי הסירוב יוטלו על אלה, ולא על אנשים שאינם משתייכים במהותם לחייה הקהילתיים של הקהילה. ראו את דברינו בעניין לעיל ליד ה"ש 62.

201 הנחיית היועמ"ש, לעיל ה"ש 189, בעמ' 5–7.

202 שם, בעמ' 7–8.

203 ראו חוק נציב תלונות הציבור על שופטים, התשס"ב-2002.

204 ראו לעיל ליד ה"ש 111.

במשאביו לקידום ענייניו של בית הדין, כגון על ידי מתן חסות, פרסום, שירותי משרד ומזכירות וכיוצ"ב".²⁰⁵ התפיסה היא שאין המדינה צריכה לספק את משאביה לבית דין אשר פועל למניעת זכותם של בעלי דין לפנות לרשויות השיפוטיות של המדינה. בעקבות הפנייה והעתירה של **עמותת חדו"ש נ' רב העיר אלעד**²⁰⁶ ננקטו, בהתאם להנחיה, צעדים מטעם המדינה מול הרבנות המקומית והרשות המקומית בעיר אלעד, שהניבו שינויים שיש בהם כדי להבטיח הפרדה מלאה ומוחלטת בין פעילותם של בתי הדין לממונות לבין הרבנות המקומית והרשות המקומית. זאת, על מנת למנוע "סממנים שלטוניים" העלולים להטעות וליצור רושם כאילו כתב סירוב שמוצא על ידי בית דין פרטי הוצא מכוח סמכות שהוענקה לו מטעם המדינה. רב העיר אלעד הסיר את חסותו מבית הדין שהוציא את כתב הסירוב, והודיע באמצעות בא כוחו לבג"ץ כי אין הוא מכהן עוד כנשיאו. לצד זאת הוחלט על פתיחת חקירה פלילית בעניין הוצאת כתב הסירוב. בנסיבות אלו סיכם בית המשפט העליון כי העתירה מיצתה את עצמה.

הפרקליטות מצידה החליטה להגיש כתב אישום נגד שלושת דיני בית הדין לממונות וכן נגד מזכיר בית הדין בגין איומים ושיבוש מהלכי משפט.²⁰⁷ הנאשמים ביקשו לבטל את כתב האישום, והפנו לכמה פסקי דין שבהם צוין כי כתבי סירוב הם אמצעי לחץ חברתי מקובל בחברה החרדית לכפיית נורמות התנהגות מקובלות בחברה זו, וכי על פני הדברים אין מקום להתערבות משפטית חיצונית באורחות חייה של החברה החרדית כל עוד אין מדובר בנורמות המפרות את החוק או בכפיית נורמות אלו על חלקים בציבור שאינם נמנים עם הציבור החרדי. באי כוח היועץ המשפטי לממשלה טענו כי ההנחיה מבחינה בין כתב סירוב בעל אופי טכני אינפורמטיבי, המתמחה בהודעה שצד מסרב להתדיין, לבין כתב סירוב הקורא לבני אותה קהילה לנהוג בצורה שלילית כלפי הצד המסרב להתדיין. נטען כי כתב הסירוב מושא הדיון הטיל סנקציות רוחביות חמורות – מבחינה פוזיטיבית ומבחינה אופרטיבית – שכן נקבע במסגרתו כי יש לנהוג במתלוננת כמי שמרימה יד בתורת משה. נטען כי כתב הסירוב אף גרם למתלוננת נזקים קשים, הן לה באופן אישי והן לבני משפחתה, וכי יש לעודד את החלטתה לפנות למוסדות המדינה, שהיא בגדר מעשה חריג ולא מקובל במגזר שהיא משתייכת אליו. עוד נטען כי הנאשמים פגעו בזכות הגישה של המתלוננת לערכאות, וכי נעשה ניסיון לכפות אותה להתדיין בבית דין שאין היא חפצה בו. פגיעה זו משמעותית ביתר שאת משתברר כי בית המשפט האזרחי פסק לטובתה וקבע כי היא ראויה לסעד שביקשה. עוד נטען כי הסכסוך אינו קשור לאורחות חייה הייחודיים של הקהילה, אלא מדובר בסכסוך שכנים שאין לו כל קשר למהות הקהילה, והמתלוננת לא הסכימה להתדיין בבית הדין בשום שלב. השופטת ציינה כי טענות הצדדים ממחישות את המתח ואף ההתנגשות שבין מנהגי הקהילה ורצונה לשמר אוטונומיה מסוימת לבין זכות הגישה לערכאות משפטיות,

205 הנחיית היועמ"ש, לעיל ה"ש 189, בעמ' 9.

206 עניין **עמותת חדו"ש**, לעיל ה"ש 2.

207 ת"פ (שלום פ"ת) 18-01-36959-01 **מדינת ישראל נ' גוטמן** (אר"ש 9.1.2020).

השמורה לכל אזרח במדינה. קוטביות זו מלמדת על הרגישות שבה יש לנהוג בסוגיה. עם זאת, הבקשה לביטול כתב האישום נדחתה, ונקבע כי יש לשמוע את הראיות בתיק.²⁰⁸ בפסק הדין²⁰⁹ נקבע כי בתי הדין הפרטיים דנים מכוח רצונם, בקשתם והסכמתם של שני צדדים מסוכסכים אשר מעדיפים לפתור את הסכסוך שביניהם באמצעות בית דין פרטי, אולם אין חולק כי המתלוננת לא רצתה, לא ביקשה ולא הסכימה שכך יהיה. השופטת הטעימה כי אי-אפשר להשלים עם ניסיון כוחני ובלתי חוקי לכפות מתלוננת אשר אינה חפצה בכך להתדיין לפני בית הדין הפרטי. זכות הגישה לערכאות היא זכות יסוד, ופגיעה בה – בוודאי כאשר היא נעשית על ידי דיין הפועל תחת כותרת של סממן ממלכתי או עירוני, תוך הפעלת אחרים בעל פה ובכתב ובאופן מתמשך – הינה פגיעה משמעותית וקשה, אשר אין להשלים עימה. השופטת התרשמה מעוצמת הפגיעה במתלוננת, בזכויות היסוד שלה כפרט ובמערכת המשפט כולה. היא הטעימה כי המתלוננת לא הכירה כלל את בית הדין הפרטי אשר ביקש לכפות אותה להתדיין לפניו, ולא נמנתה עם קהילתו. עם זאת, השופטת נתנה את דעתה לכך שכתב האישום עוסק במעשים שנעשו בטרם גובשה הנחיית היועץ המשפטי לממשלה. בעקבות זאת הסתיים ההליך – במסגרת הסדר טיעון – בהטלת פיצויים בגובה של 60,000 ש"ח על אחד הדיינים, וזאת ללא הרשעתו בפלילים. השופטת ראתה לנכון לציין את חשיבותה של הנחיית היועץ והשפעתה, ואף ציינה כי פורסמו בעיתונות החרדית הודעות מוסכמות בדבר קבלת הנחיותיו של היועץ המשפטי לממשלה, וכן התנצלות לפני המתלוננת ובני משפחתה על הוצאת כתב הסירוב. לאחר שנים ארוכות אף הודיע בית הדין על ביטול כתב הסירוב. השופטת הוסיפה כי ככל שיוגשו כתבי אישום נוספים ויתברר כי יש בהם מן האמת, דומה שיהא מקום להרשיע את מי שיעברו עברות כגון דא ולהשית עליהם ענישה ממשית.

נמצא אפוא כי יש חשיבות רבה בגיבושה של הנחיית היועץ המשפטי לממשלה בעניין "דרכי הטיפול של רשויות המדינה בכתבי סירוב המוצאים על ידי בתי דין דתיים", שמטרתה הצבת כללים בסיסיים וברורים בדבר האסור והמותר בתחום זה, וזאת לשם הכוונת התנהגותם של בתי הדין הדתיים וכן הדרכת רשויות אכיפת החוק בעניינם.

סיכום

המעבר ממסגרת חיים קהילתית לכינונה של מדינה דמוקרטית ריבונית אמור להשפיע על אפשרותם של בתי דין תורניים, שהם בתי דין קהילתיים במהותם, להוציא כתבי סירוב נגד המסרכים להתדיין לפנייהם ונגד אלה אשר מגישים את תביעתם לרשויות השיפוט

208 שם.

209 ת"פ (שלום פ"ת) 18-01-36959 מדינת ישראל נ' גוטמן (אר"ש 11.11.2021).

של המדינה. יש הבדל סוציולוגי מהותי בין קהילה לבין מדינה דמוקרטית. קהילה מאופיינת בהשתייכותם של יחידים למסגרת ארגונית בעלת אופי אידיאולוגי. אין זה אפיונה ומהותה של המדינה הדמוקרטית. המדינה הדמוקרטית מכילה בקרבה קהילות שונות וגם יחידים שאינם משתייכים לקהילה כלשהי. אחרים משתייכים לכמה קהילות שונות בעת ובעונה אחת. השתייכות קהילתית מעין זו אינה מוחלטת, ואינה כוללת בהכרח מחויבות לכל החלטות הקהילה. זאת ועוד, במדינה דמוקרטית הסנקציות של כתב הסירוב אינן נדרשות על מנת לאפשר לתובע לברר את דינו מול הנתבע; רשויות השלטון הן שמופקדות על כך. ברם, חרף זאת בתי דין תורניים שונים סוברים כי מתפקידם להוציא כתבי סירוב נגד המסרבים להתדיין לפנייהם. זאת, אף באמצעות יצירת קהילות מדומיינות אשר כפופות להן כביכול. התנהלות זו משקפת דינמיקה אופיינית של בעלי סמכות דתית אשר רואים את עצמם כבעלי סמכות שלטונית ובהתאם לכך מבקשים להפעיל כוח אשר יוחד למוסדות המדינה. ככל שמדובר בבתי דין רבניים רשמיים הפועלים מטעמה של המדינה, לפי עקרונות המשפט המנהלי הם מוסמכים לפעול אך בתחומי הרשאתם הקבועה בחוק. מעבר לכך, מבחינה חוקתית, הפטרה כדאשתקד בעניין הוצאת כתבי הסירוב חוטאת להוויית מהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שכן בכתבי הסירוב יש פגיעה חמורה בכבוד האדם ובחירותו אשר אינה הולמת את ערכיה של מדינה יהודית. יש לתת את הדעת לכך שהשימוש בנידויים ובחרם היה ייחודי לתקופה שבה החברה היהודית לא התנהלה במדינה ריבונית, ונועד לשמר את השיפוט הקהילתי. אף גישתם המחמירה של הגאונים נגד הפונים לערכאות גובשה על רקע ייחודי באותם ימים, שבמסגרתו פנייה זו נתפסה כאיום תיאולוגי של המרת דת – איום שאינו רלוונטי לפנייה לרשויות השיפוט של מדינה יהודית.

הוצאת כתב סירוב עם סנקציות חברתיות נגד בעל דין שמבקש להביא את עניינו לדיון בבית המשפט של המדינה אף פוגעת בזכות הגישה החופשית אל הרשויות השיפוטיות של המדינה. זכות הגישה לרשויות השיפוטיות של המדינה הוכרה בפסיקת בית המשפט העליון כזכות יסוד, ואף כזכות שנעלה על זכויות היסוד, באשר היא צינור החיים של הרשות השופטת במדינה דמוקרטית.

השפעת המעבר מקהילה למדינה על מדיניות שמגבילה כתבי סירוב נובעת לא רק מעקרונות דמוקרטיים כלליים, אלא אף מעקרונות משטריים יהודיים. הכרה הלכתית בתוקפו של המשפט הישראלי כ"משפט המלך" המודרני, ובכלל זה באפשרות הפנייה לבתי המשפט של מדינת ישראל, טומנת בחובה הכרה בזכות הגישה לבתי המשפט האזרחיים מנקודת ראותה של ההלכה היהודית. זאת, הן על מנת לאפשר את מיצוי זכויותיו של היחיד בהתאם ל"משפט המלך" והן לשם פיתוחו של "משפט המלך" על ידי בתי המשפט.

אולם בתי דין תורניים שונים אינם מכירים בזכות הגישה לרשויות השיפוט של המדינה, ומנסים להניא בעלי דין מלפנות אל רשויות אלו ואף מורים לבעלי דין למשוך תביעות שכבר הגישו. עקב כך, רשויות המדינה נדרשות לשמירת זכויותיו של היחיד ולמניעת הילכדותו במסגרת הקהילתית. במדינה דמוקרטית אין ספק שיש לקהילה זכות לממש את זהותה, אולם זכות זו אינה אמורה לפגוע בזכויות היסוד של היחידים החברים

בה. מתפקידה של המדינה לוודא שזכויות היחיד אינן נרמסות על ידי הקהילה. אשר על כן יש חשיבות רבה בגיבושה של הנחיית היועץ המשפטי לממשלה בעניין "דרכי הטיפול של רשויות המדינה בכתבי סירוב המוצאים על ידי בתי דין דתיים", שמטרתה להציב כללים בסיסיים וברורים בדבר האסור והמותר בתחום זה, וזאת לשם הכוונת התנהגותם של בתי הדין הדתיים וכן הדרכת רשויות אכיפת החוק בעניינם.