

בקשת הצדק בתוך נתיבות המשפט

הרב נתן חי, מכון משפטי ארץ

מבוא

בספר שמות בפרשת יתרו מסופר כיצד יתרו חובר למחנה עם ישראל לאחר צאתם ממצרים "ויהי ממחרת" יתרו נדהם בראותו את משה יושב לבדו לדון בין אדם לחבירו וכל העם ניצב עליו מהבוקר עד הערב, ומשה מסביר לו "כי יבא אלי העם לדרוש אלהים, כי יהיה להם דבר בא אלי ושפטתי בין איש ובין רעהו והודעתי את חוקי האלהים ואת תורתיו". (שמות, טו-ז).

אך יתרו לא מוותר וקובע כי אי אפשר בדרך זו לבנות חברה מתוקנת וסדר חברתי שיחזיק מעמד במשך דורות "נבול תיבול גם אתה, גם העם הזה עימך כי כבד ממך לא תוכל עשוהו לבדך" (שם יח). לכן מציע יתרו לבנות מערכת משפט מסודרת עם היררכיה של שופטים, ועם חוקים ומשפטים שעל פיהם ישפטו השופטים. אכן משה נענה לעצת יתרו ומקים מערכת משפט עם שופטים, ולאחר מתן תורה מבאר בפרשת משפטים את חוקי המשפט הנדרשים בין אדם לחבירו.

אם נתבונן בפרשה זו נעמוד על המתח המלווה כל מערכת משפט, בין הגישה שאותה מייצג משה: "כי יבא אלי העם לדרוש אלהים" – העם מחפש את הצדק והמוסר האלהי הצרוף בכל אירוע קונרטי ובכל התדיינות בין אדם לחבירו. ומשה, איש האלהים, מוסר נפשו על ענין זה לגלות את קו היושר והצדק האלוהי המדויק בכל מקרה ומקרה. מאידך, עומדת קביעתו הריאלית של יתרו שאי אפשר להתנהל כך לאורך זמן וחייבים ליסד מערכת מסודרת של חוקים ושופטים שיהיו אמנם פחות ממה רבינו, אך יאפשרו קיום חברה מתוקנת במשך דורות.

על השילוב שבין הפורמליזם המשפטי לבין בקשת הצדק מצווה התורה בעצמה "בצדק תשפוט עמיתך" (ויקרא יט, טו) כלומר שלא די בשפיטה על פי דין אלא יש לשלב בו את הצדק – שהוא בעצם נשמת אפו של המשפט.

אמנם כמו כל מסגרת וממסד שקמים סביב אידאל נשגב, אורבת סכנת שחיקת האידאל, וכך גם מערכת המשפט שמטבעה היא חייבת להיות צמודה לחוקה ומשפט, עלולה לשקוע בפורמליזם משפטי ואילו הצדק נשכח. לכן התורה בבואה לצוות על מערכת המשפט מגדירה במפורש את עניינו של המשפט, רדיפת צדק מתמדת ככתוב "שופטים ושוטרים תתן לך בכל שעריך... ושפטו את העם משפט צדק" (דברים טז, יח). וכך מצאנו את קביעת הרא"ש (בי"ק א, ה) שמותר לבית הדין לעקל נכסי חייב כאשר יש חשש מבוסס שהוא עלול להבריחם כיון ש"דין גמור הוא שחייב אדם להציל עשוק מיד עושקו בכל טצדקי דמצי למעבד".

בפרשת קדושים (ויקרא יט, טו) נאמר "בצדק תשפוט עמיתך". כלומר לא די בשפיטה על פי דין אלא יש לשפוט גם בצדק. וקשה, הלא כל פסק דין תפקידו לעשות צדק, שהרי כל דבר ה' אמת וצדק?

מכאן אנו מגיעים לבירור המושג: "דין אמת לאמיתו" המובא בגמרא (סנהדרין ז). "אמר רבי שמואל בר נחמני אמר רבי יונתן: כל דין שדן דין אמת לאמיתו משרה שכינה בישראל, שנאמר: "אלהים ניצב בעדת אל בקרב אלהים ישפוט" (תהלים פב, א) וכל דין שאינו דן דין אמת לאמיתו – גורם לשכינה שתסתלק מישראל, שנאמר "משוד עניים מאנקת אביונים עתה אקום יאמר ה'" (תהלים יבו).

פרק א: חובת הדיין להיות אקטיבי ברדיפת הצדק

במאמר זה נראה כי חכמי ישראל לדורותם פעלו מתוך רצון להגיע לחקר האמת ומתוך שאיפה לדון דין צדק. הדבר ניכר מתוך נימוקי הפסיקה, הכוללים נימוקים מוסריים לצד הדין הפורמלי. המאמר מחולק לשלושה פרקים: א. חובת הדיין להיות אקטיבי ברדיפת הצדק. ב. הכלים המשפטיים העומדים לרשות הדיינים כדי לממש את בקשת הצדק. ג. התמודדות במצבים מורכבים.

1 דין מרומה

בביאור הביטוי "דין אמת לאמיתו", שהבאנו בגמרא דלעיל, מבארים התוספות (שבת י. ד"ה דין) שכפל הלשון בא למעט דין מרומה. שכן דיין שרואה שיש רמאות בדין בין מצד העדים בין מצד אחר, ובכל זאת אומר: מה לי ולצרה זאת, אפסוק כדברי העדים – אין זה דין אמת, אלא עליו לחקור את העדים עד שיוציא את האמת לאור ואז הרי זה דין אמת לאמיתו הן מצד הראיות והן מצד המציאות.

ביחס למצב של דין מרומה, קובע הרמב"ם (סנהדרין כד, א): "ומניין לדיין שהוא יודע בדין שהוא מרומה שלא יאמר אחתכנו ויהיה הקולר תלוי בצואר העדים. תלמוד לומר מדבר שקר תרחק. כיצד יעשה בו, ידרוש ויחקור הרבה בדרישה וחקירה של דיני נפשות אם נראה לו לפי דעתו שאין בו רמיות, חותך הדין על פי העדות. אבל אם היה ליבו נוקפו שיש בדין רמיות, או שאין דעתו סומכת על דברי העדים, אע"פ שאינו יכול לפוסלן, או שנוטה דעתו שבעל דין זה רמאי ובעל ערמה והשיא את העדים, אף על פי שהן כשרים ולפי תומם הטעם, או שנראה לו מכלל הדברים שיש שם דברים אחרים מסותרים ואינם רוצים לגלותם. כל אלו הדברים וכיוצא בהן, אם באו לדיין בדין, אסור לו לחתוך אותו הדין, אלא יסלק עצמו מדין זה וידונו מי שלבו שלם בדבר. והרי הדברים מסותרים ללב והכתוב אומר כי המשפט לאלהים הוא..."

דברי הרמב"ם הובאו להלכה בשולחן ערוך (חיי"מ טו, ג-ד): שהוסיף את שיטת הרא"ש "וכשהיה רואה הרא"ש באומדנא דמוכח שהדין מרומה, היה כותב ונותן ביד הנתבע שאין לשום דיין להשתדל בדין זה. והסביר הגר"א (שם) כי ברמה כזאת של אומדנא מוכחת שעליה מדבר הרא"ש, אזי גם לפי הרמב"ם אסור לדיין אחר לתת יד לרמאות שכזו. אחר כך הוסיף השו"ע: "במה דברים אמורים, כשהנתבע רמאי. אבל כשהנתבע רמאי, אין הדיין יכול להסתלק, שלא ישתכר הרמאי ברמאותו, אלא ידרוש ויחקור יפה לבטל רמאותו; ואם נראה לו באומדנא דמוכח שהוא חייב, יחייבנו, אם הוא דיין מומחה ויחיד בדורו".

אמנם לגבי פסיקה על פי אומדנא בכלל, מסביר הרמב"ם שבתי הדין היו רשאים בעבר לפסוק בדיני ממונות על פי שיקול דעתם, בלא ראיות פורמליות, אלא שחל בסמכות זו צמצום במהלך השנים. וזו לשון הרמב"ם (הלי סנהדרין כד, א-ב):

"יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן אף על פי שאין שם ראיה ברורה, ואין צריך לומר אם הוא היה יודע בודאי שהדבר כן שהוא דן כפי מה שידע... כל אלו הדברים הן עיקר הדין אבל משרבו בתי דינין שאינם הגונים ואפילו היו הגונים במעשיהם אינם חכמים כראוי ובעלי בינה הסכימו רוב בתי דיני ישראל שלא יהפכו שבועה אלא בראיה ברורה, ולא יפגמו שטר ויפסידו חזקתו

בעדות אישה או פסול וכן בשאר כל הדינין. לא ידון הדיין בסמיכת דעתו ולא בידיעתו כדי שלא יאמר כל הדיוט: לבי מאמין לדברי זה ודעתי סומכת על זה".

ברם האחרונים הציעו הגדרות שונות למקרים שבהם ניתן להסתמך על אומדן דעת: יש שאמרו שניתן להסתמך על אומדן כדי להחזיק ממון ולא כדי להוציא ממון, יש שאמרו שניתן להסתמך על אומדן דמוכח גם כדי להוציא ממון, יש שאמרו שניתן לסמוך רק על שכנוע אישי ולא על עדויות פסולות, ויש שאמרו שסמכות זו שמורה אך ורק לבית הדין הגדול בדור.¹

לענין אומדן התיחס גם המהרי"ק בתשובה לשאלה כיצד ינהג הדיין ששם לב שהדין מרומה. וענה: "ואשר שאלת, ראובן ושמעון שבררו לוי לדיין וכו' האם יש ללוי הדיין לדון על פי טענה כאשר בקש ממנו שמעון או אם יש לדון על פי מה שנתבאר לו מפי שמעון ואם כי לא רצה לבאר בתוך הטענות. לע"ד נראה דבר פשוט יותר מביעותא בכותחא שעל הדיין מוטל לדון על פי האמת אשר נתאמת אצלו ולא על פי הטענות אם הם מכחישות את האמת, כי למה תהא האמת נעדרת מפני טענות רמאות חלילה וחס" (שו"ת מהרי"ק ק"ח, תשובה לשאלה ה)

בדומה לכך קובע רבי יעקב ריישר: "אע"ג דמבואר בשו"ע ח"מ סימן טו והוא מרמב"ם פ' כד מהלכות סנהדרין דין ב וז"ל: כל הדברים הם עיקר הדין אבל משרבו בתי דינים שאינם הגונים ואפילו היו הגונים במעשיהם כראוי ובעלי בינה הסכימו רוב בתי דינים שבישראל שלא יהפכו שבועה אלא בראיה ברורה ולא יפגמו שטר וכו'. מכל מקום האריך בתשובה מהר"ם אלשיך סימן מ והוציא כן בתשובת הרא"ש ומהרי"ק ושאר פוסקים דהיכא דאיכא אומדן טובה, וליבו של הדיין שלם בדבר והוא מומחה בדורו ומוחזק איש ישר שאינו נושא פנים אם ליבו שלם בדבר מותר לדון על פי האומדן אף בזמן הזה. וכן כתב בתשובת עבודת הגרשוני סימן צא. וכתב "שמשה אמת ותורתו אמת. ונראה לי דגם רמ"א, אף שסותם בסימן טו כדעת הרמב"ם, מכל מקום בסוף סימן צט כתב בסעיף ח בהג"ה, וזה לשונו: מי שיבא להפקיע תקנת חכמים בערמה ותחבולה וכל שכן לגזול את של חברו, חייבים חכמי הדור לבטל כוונתו אף על פי שאין כאן ראיה רק אומדנות מוכיחות היטב עכ"ל". ואדרבא נראה לי דעכשיו יותר יש לדון על פי האומדן והיושר דהרי הסכמת האחרונים דהאידנא לית דינע למידן דין תורה. אפילו בימי אמוראים מצינו כן בירושלמי, ומכל שכן האידנא אם הראשונים כפתחו של אולם וכו', רק שצריך כל דיין להיות מתון בדין בכל מאמץ כוחו לדון דין אמת. ואם רואה שהדין מרומה יכול לדון על פי האומדן לראות לפשר הדבר או להפך התשובה על המשלח" (שו"ת שב"י קמב).

השבות יעקב (שב) מוסיף לכך את העובדה שכיום אין בעצם מי שיודע לדון דין תורה וכל דיין דן רק על בסיס של מעין בוררות או קבלתו של בעל הדין עליו לכל אשר יחליט. ממילא מרחב התמרון של הדיין גדל ומאפשר שימוש גם באומדן."

הרב אברהם דוד כץ (משפטי ארץ ח"ב-טענות וראיות - האומדן בדיני הראיות 107-165) מעמיק בענין ההסתמכות על אומדן ומסכם "העובדה שרבותינו הראשונים ובראשם הרמב"ם לא דחו מהותית את ענין האומדן אלא רק חששו לשימוש לא מקצועי וראוי בו ובעקבות כך לעיוות הדין, הותירה "פתח

¹ ראו באריכות: הרב דניאל כ"ץ, הסתמכות על אומדן, נייר עמדה מס' 5, מכון משפטי ארץ, עפרה, תשי"ע, פורסם בכתובת: <http://www.dintora.org/files/Emda05Omdan.pdf>. וכן משפטי ארץ ח"ב - טענות וראיות/מכון משפטי ארץ עפרה תשס"ה

הרב מיכאל בריס / מבוא להלכות עדות. כללים נוקשים ושכנוע הלב. עיון בשיטת הרמב"ם

מילוט" לפוסקים להחזיר אותו לשולחן הפסיקה ורק להתנות שיהיה זה במילוי כל התנאים ההכרחיים לשם יישום נכון וזהיר.

2. כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו

נאמר במשנה בבא מציעא לה: "השוכר פרה מחבירו והשאלה לאחר ומתה כדרכה, ישבע השוכר שמתה כדרכה והשואל ישלם לשוכר. אמר רבי יוסי כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו אלא תחזור פרה לבעלים".

נפסק להלכה כרבי יוסי: "השוכר פרה מחבירו והשאלה לאחר ומתה כדרכה או נאנסה, כיון שהשני חייב, תחזור לבעלים הראשונים שאין הלה עושה סחורה בפרתו של חברו" (שו"ע חו"מ שז,ה)

אמנם הדעה הראשונה במשנה מובנת. לפנינו שתי עסקאות נפרדות: האחת בין הבעלים והשוכר, כשהשוכר פטור באונסין. השניה בין השוכר לשואל כשהשואל חייב באונסין. ברם דעת רבי יוסי דורשת ביאור ונראה כי יש כאן אי צדק כלפי בעל הפרה שמפסיד רכושו בעוד חברו מרויח בחינם, לכן תיקנו שרווח זה ינתן לבעלים. (הרב איתמר ורהפטיג: אין אדם עושה סחורה בפרתו של חברו, עלון שבות 98). הבסיס המשפטי לתקנה מובא בתוספות (בי"מ לה: תד"ה תחזור) שקבעו כי הבעלים אינם מסכימים שהשוכר ישבע ויפטר ויוצרים קשר ישיר בינם לבין השואל שצריך לתת את דמי הפרה לבעלים.

הרא"ש (שם בי"מ לה:) מסביר את דעתו של רבי יוסי בכך שמחשיבים את השוכר כאילו השאל בשליחות המשכיר, לכן דין המשכיר הוא עם השואל ואין השוכר יכול לזכות בפרה במקום הבעלים.

דוגמא נוספת ליישום הכלל שאין אדם עושה סחורה בפרתו של חברו מביא הרב ורהפטיג (שם) בהקשר לסוגיית "זה נהנה וזה לא חסר", במקרה של שוכר בית שהשכירו לאדם אחר בלי לבקש רשות מבעלי הבית. וקיבל השוכר דמים יתרים על דמי שכירותו. פסק הנמו"י כי עודף זה ינתן לבעלים (בי"ק כא. דף ט. באלפס) כי אם השכיר שלא ברשות "שורת הדין נותנת שיתן מותר השכירות שהרויח לבעל הבית דאין יעשה סחורה בפרתו של חברו". וכן פסק הרמ"א (חו"מ שסג,ז), אם כי סייג זאת רק במקום הפסד של הנגזל בגזילה שעומדת להשכרה ויש כאן מניעת רווח מהנגזל.

3. גמולו ישוב בראשו

בגמרא בבא מציעא קא: מובא מעשה באדם שקנה ספינה עם יין ולא מצא מקום להניח את היין. אמר לאשה אחת, היש לך מקום להשכיר לי? ואמרה, לא. הציע לה האיש נישואין וקידשה. ומפני כך נתנה לו מקום להניח היין. הלך האיש לביתו, כתב גט ושלח לה. הלכה היא ושכרה סבלים ונתנה שכרם מאותו היין, והוציאה את היין לשביל. אמר רב הונא בנו של רב יהושע: יפה עשתה האישה. כאשר עשה כן יעשה לו. גמולו ישוב בראשו. כלומר, מכיון שהאדם נהג עם האישה בעורמה והשתמש לרעה בכללים הפורמליים של החוק, לכן הצדיקו חכמים את מעשיה כאשר שכרה סבלים על חשבונו והוציאה את היין החוצה.

השו"ע פסק בעקבות הרמב"ם כי מעיקר הדין מותר במקרה כזה להוציא את הפיקדון ולהפקירו, אף ללא דעת הבעלים (חו"מ שיט,א). אך הרמ"א שם נקט כדעת הרא"ש שצריך תחילה לידע את הבעלים ורק אז יהיה פטור אם נאנס הפיקדון.

שימוש בעקרון זה מובא גם במסכת גיטין דף מ. בעבד שבעליו היו שני שותפים. עמד אחד מהם ושיחרר לחפשי את החצי שלו בעבד. אמר השותף השני: עכשיו ישמעו חכמים שהעבד חציו בן

חורין ויפסידו אותו ממני, כי יכריחו אותי לשחררו כפי שנאמר במשנה שכופים את האדון לשחרר עבד שחציו בן חורין. לכן הלך והקנה את העבד לבנו הקטן, ואת הבן הקטן עי אפשר לכפות בבית דין. ואם כן, ישאר העבד ברשותו. שלח רב יוסף בנו של רבא שאלה זו לפני רב פפא והשיב כסגנון הכתוב "כאשר עשה כן יעשה לו גמולו ישיב לו בראשו" (עפ"י ויקרא כד, יט; עובדיה א, טו). כלומר, כשם שהוא הערים על דברי חכמים, כך אנו צריכים להערים עליו. לכן, מכיון שאנו יודעים שקטן שקרובה דעתו אצל כסף מזומן, כלן נעמיד לקטן אפטרופוס שיוכל להעריך עבור הקטן את שווי העבד, ויקשקש האפטרופוס לפני הקטן בכסף שיקבל, ומכיון שקטן הוא ולהוט אחר כסף מזומן, יגמור בדעתו לשחררו ויכתוב לו גט שחרור על שמו.

4. לא יהא חוטא נשכר

ביטוי זה מובא בגמרא ובהלכה במשמעות שאין זה ראוי שירוויח חוטא מחטאו ומעשה רע שעשה. ויש שמשמעותו היא שאין זה ראוי שייפטר חוטא מחיובו כתוצאה מתקנת חכמים או מגזירתם. עקרון זה מופיע לראשונה במשנה (חלה ב, ד) בה מדובר בעיסה שנטמאת במזיד ושם נקבע כי מכפילים את שיעור החלה שחייבים להפריש מהעיסה כדי שלא יהא חוטא נשכר. הרב אלחנן וסרמן (קובץ שעורים כתובות אות קלח) מסביר שדין זה נובע מסברא ולמרות זאת תוקפו מדאוריתא, שכן גם סברא היא חלק מהתורה. עקרון זה מיושם גם לגבי מי שנשא אישה מחייבי לאוין שבכל זאת חייב בכתובתה, אף על פי שטעם תקנת כתובה הוא כדי שלא יהא קל בעיני בעלה להוציאה, וזו חייב הוא להוציאה. אך מכיון שהוא עשה שלא כהוגן קנסוהו לחייבו כתובה שלא יהא חוטא נשכר. (חלקת מחוקק אהע"ז קטז ס"ק ג).

דוגמא נוספת יש בדיני גזלה ולפיהם כל הגזלנים משלמים בשעת הגזילה, אך אם אחר כך נשברה מאליה כשהיא ברשות הגנב, אזי נוצר חיוב חדש ומשלם כשוויה בעת שנשברה, גם אם הוזלה בינתיים. אך אם שברה הגזלן בכוונה והוזלה – ישלם הגזלן כשעת הגזלה בעת שהיתה שווה יותר. ואם הוקרה בעת ששברה, גם אז ישלם את התעריף היותר גבוה (בי"ק סה). ובטעם הדבר כתב הרא"ש (בי"ק פ"ז סעיף ב) "דאם לא כן מצינו חוטא נשכר".

וכן מצאנו בענין קנסות שאין דנים בהם מחמת ביטול הסמיכה (בי"ק פד). אך בכל זאת תקנו הגאונים לכוף בחרם את החייב קנס עד שיפייס את התובע. ובטעם הדבר נאמר בתשובות הגאונים "משום שלא יהא חוטא נשכר ושלא יהו ישראל פרוצין בנזיקין" (תשובות הגאונים חמדה גנוזה והובאה בספר התקנות בישראל לישראל שציפנסקי הוצ' מוסד הרב קוק י-ם תשנ"ג, כרך שלישי, ספר שני פרק שישי סעי' ב. וע"ע מאמרנו: קנסות ממון בזמן הזה, תחומין לב עמ' 211-221).

5. בתי הדין יוזמים ועשיית צדק והשכנת שלום

בשו"ת הרשב"ש (סימן מו) נפסק כי בית דין רשאי לכפות בעל, שהניח אישה עגונה והלך לעיר אחרת, ליתן לה גט, אעפ"י שהיא לא תבעה גט "שהרי כל ישראל הם בעלי דינים מחמת עיגון ותדע לך שהרי אין מקבלים עדות שלא בפני בעל דין... ובעדות אישה מעשים בכל יום שמקבלים... והטעם הוא כי כל ישראל בעלי דין בכל דבר שאסור לערוה".

ועיינו במאמר של שולמית דרנס ("חוסר פורמליזם בסדרי הדין בבתי הדין הרבניים בישראל (דיני ישראל – שנתון לחקר המשפט העברי בעבר ובהווה, כרך י-יא. הפקולטה למשפטים אוניברסיטת ת"א) שם הובא תיק מבית הדין הרבני (מס' 1/9/704 הנהלת הישיבה ב' נ' אפטרופסי הקדש א קובץ ורהפטיג לג) ובו תביעה לפינוי חדר שבבית הקדש, שנועד לשמש בית כנסת ואשר הושכר על

ידי המקדישה להנהלת הישיבה ללימוד תורת הקבלה מספר שעות מידי יום. בא כח האפוטרופסים של ההקדש טען כנגד התלמידים שבלימודים הם מפריעים לעריכת תפילות בחדר זה, אינם שומרים על הניקיון, ובמיוחד שבהשכרת החדר לישיבה יש שינוי בהקדש, כי לפי שטר ההקדש החדר מוקדש לבית כנסת גרידא.

בדיון לפני ב"ד קמא אשר ישב כב"ד של בוררים כפי שהוא יושב בדרך כלל בענייני ממונות התברר שיש בין הצדדים גם סכסוכים בנוגע לגובה שכר הדירה. תביעת הפינוי נדחתה ובית הדין קבע גם את שכר הדירה.

בערעור בפני ביה"ד הגדול נטען ע"י המערערת כי ביה"ד חרג מסמכותו ומגבולות התביעה בכך שקבע גם את גובה שכר הדירה למרות שנושא זה לא הועלה בכתב התביעה.

אך בפסק בית הדין הגדול (שם בעמוד 10, 11) נכתב "בצדק הכריע בית הדין באופן חיובי ולא הלך אחר פורמליות מוגזמת ומופרזת. מעיקר תפקידו של ב"ד דתי הוא להביא שלום בין אדם לחבירו ולסדר לשם כך בין הצדדים כל פרטי ריבם וכל סכסוכיהם עד כמה שאפשר, כדי שלא ישארו שום דין ודברים ביניהם אחרי גמר המשפט. תכלית המשפט הוא הבאת השלום והנביא צווח "אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם" ואמרו בירושלמי פ"ג דמגילה: על שלושה דברים העולם עומד: על הדין ועל האמת ועל השלום – נעשה הדין, נעשה אמת, נעשה אמת נעשה שלום" ולהרבות במשפטים ולהמשיכם, אינו מביא שלום... בנידון דידן דרשו אנשי בית הכנסת את פינוי החדר, ואחרי שבית הדין שלל דרישתם זו, עלתה לפנייהם ממילא שאלת דמי השכירות, שהיתה שנויה במחלוקת ודרשה סידור מתאים. במצב כזה היה מעניינו ואפילו מחובתו של בית הדין לסדר גם את הסכסוך הזה מבלי להסתגר במסגרת הפורמלית של התביעה. כל ב"ד בישראל מחוייב לשאוף להסדר סופי ולהשראת שלום שיש בו קיום בין הצדדים ע"י פסק דינו. ואין להשאיר נקודות פתוחות להבא. לכן טוב עושה ביה"ד הראשון שבדק את הענין לכל צדדיו וסידר אותו בפסק דינו לכל צדדיו ולא חרג בזה מסמכותו"

פרק ב: הכלים שניתנו ביד הדיין

להלן נסקור חלק מהכלים ההלכתיים והתקנות הניתנים בידי הדיין כדי להוציא דין אמת לאמיתו.

1. פתח פיך לאילם

בדרך כלל ההנחיה לדיינים היא להיות בעמדה אוביקטיבית בעת הדיון בבית הדין למעט במקרה של קשיי התבטאות של אחד הצדדים, וגם אז צריך הדבר להיעשות בזהירות מירבית וכלשון הרמב"ם (סנהדרין כא, יא) "ראה הדיין זכות לאחד מהם ובעל דין מבקש לאמרה ואינו יודע לחבר הדברים, או שראהו מצטער להציל עצמו בטענת אמת, ומפני החימה והכעס נסתלק ממנו, או נשתבש מפני הסכלות, הרי זה מותר לסעדו מעט, להבינו תחילת הדבר, משום 'פתח פיך לאילם' וצריך להתיישב בדבר זה הרבה שלא יהיה כעורכי הדיינים". וכן נפסק הדבר בשו"ע (ח"מ מב, ה) (לגבי האיזונים הנדרשים כדי שהדיין לא יתפש כסנוור של אחד הצדדים, ראה מאמרו של הרב רצון ערוסי "פתח פיך לאילם – דייני צדק או עורכי דיינים" קובץ אמונת עתך 126 שבט תשף עמ' 94-

(99)

התורה מגדירה במפורש את ענינו של המשפט כרדיפת צדק, ככתוב "שופטים ושוטרים תתן לך בכל שעריך.... ושפטו את העם משפט צדק" (דברים טו, יח). לאור עקרון זה נקבע דין "פתח פיך לאילם" שהוא חידוש גדול, כי לפיו הדין מתערב לטובת אחד מן הצדדים המתקשה לשטוח את טענותיו והדין עוזר לו. בענין זה כתב בספר החינוך (מצוה סה) על המצוה שלא לענות יתום ואלמנה "מדיני המצוה שבית הדין חייבים לטעון בשבילם כנגד התובע אותם, וטוענים לתועלתם כל מה שיחשבו שהיה אביהם יכול לטעון".

ברם העיקרון ש"טוענים לירש וטוענים ללקוח" הוא הרבה יותר מרחיק לכת. כי לפיו חובה על בית הדין להעלות טענות עבור אחד הצדדים. בית הדין מעלה ביוזמתו, עבור היורש או הלוקח, כל טענה שהיה המוריש או המוכר יכול להעלות והיה נאמן בטענותיו (גיטין נח: ב"ב כג). כגון מי שהחזיק בקרקע שלוש שנים והורשיה לבניו או מכרה ללוקח, ועירער אדם עליהם, ויש למערער עדים שהיתה הקרקע של אבותיו. אם היו המוריש או המוכר לפנינו והיו טוענים שלקחה מן המערער היו ממשיכים להחזיק בקרקע כיון שהחזיקו בה שלוש שנים. אזי אף על פי שהיורש או הלוקח אינם טוענים שלקחה האב או המוכר מיד המערער הרי בית הדין טוענים זאת במקומם, כי יתום הטוען שירשה מאביו אינו צריך להצדיק עצמו ולומר כיצד באה הקרקע לידי אביו, שאין אדם בקי בקרקעות אביו איך באו לידו (רשב"ם ב"ב מא). וכן טוענים ללוקח שהמוכר החזיק בקרקע כדין ותקנת העולם היא שהרי הלוקח אינו יודע כיצד הגיע הקרקע לידי המוכר ואם הדבר נעשה כדין, ולכן מותרים הדבר על חזקתו ועל הרוצה להוציא ממנו להביא ראיה (ב"ב מא:).

בחו"מ סימן קלג קבע הקצות שטוענים רק ללקוחות ויתומים, אך נתיבות המשפט שם הרחיב זאת גם לחרש שוטה וקטן. (ועיין משפט – קובץ תורני בעניני אבן העזר וחושן משפט, הוצאת כולל להוראה ודיינות יד ברודמן, רחובות, חלק א, מאמר הרב אריאל בר-אלי. מידת המעורבות של השופט במשפט. ועיין ב"דיני ישראל" שנתון לחקר המשפט העברי בעבר ובהווה. אוניברסיטת ת"א הפקולטה למשפטים כרך יט תשנז-תשנח עמ' א-מ. אריה אדרעי: בית דין כאביהם של יתומים. הכלל התלמודי טוענים לירש וטוענים ללוקח ומשמעות ההליך השיפוטי לאורו)

2. למגדר מילתא

תקנות שונות וענישה שלא מן הדין הובאו בגמרא ואשר באו למנוע חטא ותקלה – "למגדר מילתא": לגזור ולהרחיק מעשיית מעשים רעים וכפי המובא במסכת סנהדרין מו. "תניא רבי אליעזר בן יעקב אומר שמעתי שבית דין מכין ועונשין שלא מן התורה ולא לעבור על דברי תורה אלא כדי לעשות סייג לתורה. ומעשה באחד שרכב על סוס בשבת בימי יוונים, והביאוהו לבית דין וסקלוהו. לא מפני שראוי לכך אלא שהשעה צריכה לכך. שוב מעשה באדם אחד שהטיח (-בעל) את אשתו תחת התאנה, והביאוהו לבית דין והלקוהו לא מפני שראוי לכך אלא שהשעה צריכה לכך". וכן פסק הרמב"ם להלכה (סנהדרין כד, ד) "יש לבית דין להלקות מי שאינו מחוייב מלקות ולהרוג מי שאינו מחוייב מיתה, לא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה". כך למשל עקרון "למגדר מילתא" מובא בשו"ת הרשב"א (ב, שצג) "אם העדים נאמנים אז הברורים (-ממוני הקהל), רשאים הן לקנוס קנס ממון, או עונש הגוף, הכל לפי מה שיראה להם, וזה מקיים העולם. שאם אתם מעמידים הכל על הדינין הקצובים בתורה, ושלא לענוש אלא כמו שענשה התורה: בחבלות וכיוצא בזה, נמצא העולם חרב, שהיינו צריכים עדים והתראה. וכמו שאמרו ז"ל: לא חרבה ירושלים אלא שהעמידו דבריהם על דין תורה. וכל שכן בחוצה לארץ, שאין דנין בה דיני קנסות,

ונמצאו קלי דעת פורצין גדרו של עולם, נמצא העולם שמם". כלומר לפי הרשב"א אם הדיין רואה שיש חשש פרצות ביישום הצדק ינקוט בכל האמצעים הדרושים כדי שיוכל לדון ולאכונן את משפט התורה בכל מציאות משתנה. הובאו הדברים להלכה גם בשו"ע (חוי"מ ב,א) "כל בית דין אפילו אינם סמוכים בארץ ישראל אם רואים שהעם פרוציים בעבירות (ושהוא צורך שעה) דנים בין מיתה, בין ממון, בין כל דיני עונש, ואפילו אין בדבר עדותת גמורה. ואם הואט אלם חובטים אותו על ידי גויים (ויש להם כח להפקיר ממונו ולאבדו כפי מה שרואים לגדור פרצות הדור) וכל מעשיהם יהיו לשם שמים. ודווקא גדול הדור או טובי העיר שהמחוס בית דין עליהם". והוסיף שם הרמ"א: "וכן נוהגין בכל מקום שטובי העיר בעירן כבית דין הגדול ומכין ועונשין והפקרן הפקר כפי המנהג". (ועיין חנינה בן מנחם, משפטי ארץ דן דין ודיון 152-163 מכון משפטי ארץ, עפרה תשס"ב).

3. עשו עימו שלא כהוגן

מובא במסכת יבמות (ק:) מעשה בעיר נכש בבבל שם אדם קידש אישה בעודה ילדה, אך באופן זה הקידושין תקפים רק מדרבנן ולכן כשגדלה הילדה רצה הבעל לערוך טקס נשואין מחודש כדי לאשרר את נישואיהם. תוך כדי הטקס בעודה יושבת באפיריון, בא אדם אחר וקידש אותה בחטף לעצמו לאישה. האמוראים רב ברונא ורב חננאל פסקו שהקידושין של השני אינם תקפים, והאישה ממשיכה להיות נשואה לבעלה הראשון. והסביר זאת רב אסי שלמרות שבאופן פורמלי הקידושין השניים שנעשו בבגרותה של הילדה אכן תקפים, אך חכמים הפקיעו את קידושיו מכיון שהתנהג בצורה לא הוגנת בכך שחטף אותה מהראשון וכלשונו הוא עושה שלא כהוגן, לפיכך עשו בו שלא כהוגן, ואפקיענהו רבנן לקידושין מיניה".

בעקבות רב אשי קבע גם בנו בר רב אשי דין באדם שכפה על אישה להסכים להתקדש לו, הקידושין אינם תקפים בגלל אותו עקרון "הוא עשה שלא כהוגן, לפיכך עשו עימו שלא כהוגן ואפקיעינהו רבנן לקידושיה מיניה" (ב"ב מח:).

הרא"ש בתשובותיו (ע"ה, א) דן בתופעה של אנשים המקנים נכסיהם לאדם אחר למרות שהם ממשיכים לנהל את הנכסים כבעלים לכל ענין ואחר כך הם לוקחים הלואה ומשתמשים בה וכאשר מגיע זמן הגביה הם טוענים שהם חדלי פרעון ובבא המלוה לגבות מנכסיהם הוא מגלה שהנכסים הועברו זה מכבר לבעלות אדם אחר. ולמרות שפורמלית הלווה מוגן, כותב הרא"ש על "המתנכלים לעקש הישרה להגדיל שקט במשכני מרמה חייבים חכמי ישראל לסכל עצתם ולבטל מחשבותם. ועל זה נאמר צדק צדק תרדוף. ואמרו חכמים (סנהדרין לב:) דין אמת לאמיתו לאפוקי מרומה. ויען אשר ראיתי מקצת אנשים אשר כותבים נכסיהם ליהודים או לגופסק ויים ואחר כך לווין מעות. וכשבא המלוה לגבות חובו מנכסיו מצוה להוציא השטר ותולה נכסיו באחרים והכל רואין אף על פי שכתב נכסיו לאחרים הוא מוחזק בהם ונושא ונותן בהם ומעולם לא יצאו מרשותו כמו דין זה שבא לפני".

ופסק שם הרא"ש: "ובאתי לשבור מלתעות עול ולהפר מחשבות ערומים ולא יפיקו זממם ולהודיע ולבאר שאין במתנה זו ממש, לפי שידוע וניכר באומדנא דמוכח שלא גמר בליבו להקנות אלא להבריח נכסיו מבעלי חובו. וילוה ויאכל ממון של אחרים ולא ימצאו לגבות ממנו. דאות סהדי שאין לך אדם שיתן ממונו לאחרים ויחזור הוא על הפתחים".

ולאחר שהרא"ש הביא דוגמאות רבות מחכמינו שעמדו כנגד אנשים המנצלים את החוק כדי להערים על זולתם ומה הכלים ההלכתיים למנוע עוולות אלו. הוא מסכם: "מכל הלין חזינן דכל הרוצה להערים להפקיע תקנת חכמים ולעשות לחבירו תחבולה. לכדוהו חכמים בערמם ועמדו כנגדו להפר עצתו ולבטל מחשבתו הרעה. ואנו נדון דבר מדבר ונלמוד דבר מדבר כי חכמי התלמוד לא הספיקו לכתוב כל הנולדות העתידות לבא המתחדשות בכל יום אלא שהבאים אחריהם יוצאים בעקבותיהם ומדמין מילתא למילתא. כיוצא בזה ראיתי מרנא ורבנא מאיר ז"ל שדן באחד שקנה קרקע והתנה בשעת הקניה שלא תהיה לאשתו שעבוד כתובתה עליו, וגם על אחד שקנה קרקע וציוה להקנות לאחיו, וכתבו השטר בשם אחיו להפקיע שעבוד אשתו, ופסק שתגבה כתובתה מהם אחרי שכיון להערים להפקיע תקנת חכמים לא תועיל לו ערמתו. כל שכן בנידון זה דצורך שעה היא ומיגדר מילתא, ומילתא דשכיחא היא, ועוד דדין גמור הוא כאשר בארתי, שראוי שיבטלו כל שטרי הברחות ותחבולות הנעשות עד היום וכשבאו לבית דין שיקרעום".

4. הפשרה ככלי לעשיית דין צדק

הרב עידו רכניץ במאמרו: "הפשרה חזרה אל הדין." (תחומין קובץ לג' תשע"ג. הוצ' צומת אלון שבות. עמ' 94-100.) מצביע על העובדה שחידוש משפט התורה בימינו נתקל בקשיים פנימיים וחיצוניים אשר במקרים רבים מקשים על הדיינים לדון דין אמת לאמיתו. הקשיים הפנימיים כוללים סדרה של הגבלות הלכתיות שצמצמו את סמכות בית הדין בבואו לדון ולהכריע כפי הדין. חוסר הסמכות בא לידי ביטוי בתחומים רבים ובהם: חוסר סמכות לדון בדיני חבלות וקנסות, שלילת סמכות ההלכה במחלוקות הלכתיות, כשמנגד התרחב השימוש ב"קיס-לי", לפיו כל אחד מהצדדים רשאי לטעון שהוא נוהג כדעה המקילה עימו. קושי לחייב על נזק עקיף. וכן חוסר יכולת להכריע על פי אומדן דעות ובלא ראיות פורמליות.

המחבר מציין כי הפתרון לבעיות הנ"ל קיים בהסכמת הצדדים הבאים לדון תורה וחותרים על כתב בוררות בו נכתב שהם מקבלים את בית הדין "בין לדין ובין לפשרה", דבר המאפשר לבית הדין לחזור ולדון על פי דין תורה תוך התמודדות עם מגבלות פורמליות כמו חוסר סמכות בנושאים מסוימים לאור העובדה שאין היום דיינים סמוכים. (וע"ע אסיף כרך ה/תלמוד והלכה שנתון איגוד ישיבות ההסדר עמ' 211-233, במאמר הרב עידו רכניץ: מבוא לתורת המשפט: בין משפט וצדק אלוקי לצדק אנושי)

פרק' ג: התמודדות במצבים מורכבים

1. שימוש מופרז בטענת קים לי

טענת קים לי (-מוחזק ביד) היא טענה שיכול לטעון הנתבע כאשר קיימת מחלוקת הלכתית שלא הוכרעה ולפיה הנתבע יכול לצאת חייב או זכאי בדין. הנתבע המוחזק בכסף יכול לטעון כי ההלכה היא כמו הפוסק המזכה אותו ובכך להפטר מהחוב. מאידך התובע אינו יכול להשתמש בטענה זו לפי הכלל "המוציא מחבירו עליו הראיה". כלומר על התובע להוכיח שהדין הוא כפוסק המחייב את הנתבע, ומאחר שאינו יכול להוכיח זאת הנתבע פטור.

המהר"ם מרוטנבורג נתן מקום לטענת "קים לי" וכך מעיד המרדכי (כתובות סימן רצ) "ומצאתי שמהר"ם היה רגיל לפסוק היכא שהגדולים חלוקים בדבר, אי תפס אידך לא מצי מפיק מיניה, דאמר ליה האי "איייתי ראייה שהלכה כזה הרב שפסק כן".

גם הש"ך בקונטרס תקפו כהן העלה את הטענה שבכל מחלוקת שלא ניתן להכריע אין להוציא ממון מיד המוחזק כיון שהוא יכול לטעון "קים לי", וזה לשונו: "ודע דבפלוגתא דרבוותא היכא דמצי למימר קים לי, היינו אפילו הוא מיעוט הפוסקים יכול לומר קים לי כהמיעוט ולא כהרוב ומהני תפיסתו, כן פשוט בדברי האחרונים בכמה דוכתי והוציאו כן מהא דקיימא לן דאין הולכין בממון אחר הרוב" (תקפו כהן סימן קכג).

ברם פוסקים רבים שללו את השימוש בטענת קים או שצמצמו את היקפה. כך כותב רבי יוסף רפאל חזן (שו"ת חקרי לב חו"מ א סימן לח דף ג.) "כלל הקים לי שבידינו – אינו מעיקר הדין, ולא נהגו בו האמוראים וגדולי הראשונים". כן כתב בתשובה רבי ישראל יעקב חגיז (הלכות קטנות ח"א סימן קפב) ביחס לטענת קים לי: "איני דן כזה, דאם כן בטלת כל החושן משפט מן העולם. ויש טענות הרבה כנגדו, וחס ליה לזרעא דאבא, אע"פ שיצא מפי גדולים. וקורא אני בזה עד מתי אתה מכלה ממונם של ישראל, ונותן יד לפושעים ולחמסנים וחוששני שברוב הימים יבואו לבטל כל דיני הגמרא באומרם קים לי".

הרב יונתן אייבשיץ (אורים ותומים סוף סימן כה) כתב שאין לומר "קים לי" כנגד הכרעת השו"ע והרמ"א, וכה דבריו: "ובעוונותינו הרבים נשכח התורה מאיתנו אשר אין בכל חושן משפט ממש דין אחד שאין בו בכללים או בפרטים מחלוקת הפוסקים, ראשונים או אחרונים. ואם כן לשוא עמלו בונים, הפוסקים ומחברים בראיות שונות ופלפול עמוק בתורה. כי לעולם יוכל המוחזק לטעון קים לי וחס ושלום תורתנו הפקר ולכן צריך ישוב רב, ובפרט דין שנזכר בשו"ע, והמחבר והרמ"א השמיטו דעת החולק – קבלה בידי וכן ראיתי מדיינים מומחים, וכן דן אני ובא מבלי לטעון "קים לי" כדעת החולק".

רבי יעקב פארג'י (שו"ת מהריף סימן סא) הזכיר חרם חמור כנגד דיינים שפוסקים לפי טענת "קים לי" "נתברר לנו מפי מגידי אמת שבשנים קדמוניות, שבעיר צפת תוב"ב הסכימו כל הרבנים שהיו בתוכה והחרימו חרם שלא ידין שום דין על פי קים לי, אלא הדין יפסק על פי התורה אחרי רבים או על פי מרי דאתרא".

רבי משה סופר (שו"ת חת"ס חו"מ קעא) כתב: "לא ניתן לומר קים לי כאשר בעלי הדין לא טוענים זאת בעצמם... ועוד, היורשים אינם טוענים קים לי, וכי יש לדין רשות לעורר ולומר קים? – לא תהיה כזאת בישראל".

כמה מפוסקי זמננו כתבו כי שימוש בטענת "קים לי" גורם לעוולות ושיבוש תפקוד בתי הדין בפרט לאור התרבות המחלוקות לאורך השנים, שהרי כמעט בכל דיון ממוני תימצא מחלוקת והתוצאה תהיה שלא ניתן יהיה להוציא ממון מידי המוחזק. וכה דבריו של הדיין הותיק הרב רצון ערוסי (אמונת עתיך 123 כללי ישום לטענת קים לי עמ' 77-78) "יוצא איפוא שכל ביי"ד בימינו שדן לפי דין תורה בדיני ממונות למעשה, אינו יכול לדון. כי בכל ענין יש מחלוקת וכל נתבע יוכל לומר קים לי כדעה התומכת בו, וידי ביה"ד תהיינה כבולות להוציא ממנו ממון. אפילו שיש לביה"ד הרבה פוסקים שמכוחם יוכל להענות בחיוב לתובע ולהוציא ממון מהנתבע וכך יוצא שבית הדין שדן לפי דין תורה יהיה רק כמגשר וכמפשר ולא יותר, ולא יבואו אליו להתדיין".

לאור מציאות זאת כתבו כמה מן הפוסקים שיש למצוא דרך להחזיר לבית הדין את הסמכות להכריע במחלוקות. הדרך הסלולה לכך היא הסכמה מפורשת של בעלי הדין כי בית הדין יוכל להכריע

במחלוקות (שו"ת דרכי נועם חו"מ טו). בכיוון זה גם קבע הרב זלמן נחמיה גולדברג (שבחי הפשרה משפטי ארץ א עמ' 79) כי בכל הסכמה לקבל את בית הדין "בין לדין ובין לפשרה" כלולה הסכמה לכך שבית הדין גם יוכל להכריע במחלוקות. וזו לשונו: "ונחלקו הפוסקים (עיין בקיצור תקפו כהן שהאריך בזה וכן בקונטרס הספיקות) אם מוציאים ממון על פי רוב פוסקים או יכול לומר קים לי כדעת המיעוט. ונראה שבקבלו עליהם לדון הן לדין והן לפשרה יש להוציא ממון על פי רוב פוסקים, ולא להתחשב בטענת קים לי משום שזה שאין לטעון קים לי נראה שהוא בגדר "קרובה לדין" הן מצד שיש הרבה חולקין וסוברים שאין לטעון קים לי...".

בפוסקי הדורות האחרונים הועלו דרכים שונות כדי להחזיר לבתי הדין את סמכות ההכרעה במחלוקות והן קובצו על ידי הרב הלל גפן (אמונת עתך 123 ניסן תשעט "הכרעה במחלוקות בדיני ממונות" עמ' 81-89 וכן מכון משפטי ארץ נייר עמדה מס' 14 שבת תשע"ט "הכרעה במחלוקות בימינו").

2. צמצום תקפו המשפטי של מעשה הבא בעבירה

עקרונית נקבע בהלכה שאין השפעה למעשה עבירה על תוקפו המשפטי של המעשה והראיה הקלאסית לכך היא ההלכה בדבר "אתנן" שאף אתנן הבא כתוצאה ממעשה עבירה כמו בן הבא על אימו בכל זה ההתחייבות קיימת (ב"מ צא). למעט איסור תשלום ריבית ששם נתינת השכר היא גופה עבירה ואכן נפסק בשו"ת הרשב"א (ח"א סימן שב) "דברים פשוטים אני רואה כאן, לפי שהפוסק מנה לאישה באתננה ובא עליה, אין ספק שהוא חייב ליתן שורת הדין דביאתה אלו הן כספיה" וכן נפסק להלכה בשו"ע אעה"ז קעז, ה ברמ"א ובשו"ע חו"מ פז, כה ברמ"א.

שואל הרב פרופ' נחום רקובר (שערי צדק. קובץ מאמרים בדיני ממונות הלכה למעשה כרך ב' עורך: הרב רצון ערוסי. מכון משנת הרמב"ם/קרית אונו. עמ' 311-303 – מעשה הבא בעבירה). למה פסיקה זו אינה סותרת את הפוסקים כרבא "כל מלתא דאמר רחמא לא תעביד דאי עביד לא מהני" (תמורה ד:). ותירץ שם שבתשלום האתנן אף הקנין וההתחייבות אינם העבירה, וכי רק התנאי להתחייבות הוא העבירה, ומשום כך אינו חל הכלל ש"אי עביד לא מהני" (אמרי בינה הלכות דיינין סימן יז, ואבני שוהם לרב אברהם יוסף גרינוולד (אנגוואר תרצ"ט). כך למשל הובאה בפני רבי שלמה יהודה טאבאק שאלה בדבר "מי שפסק שכירות לסרסור כדי להטעות חבירו במדידת הסחורה". ופסק על כך בשו"ת תשורת ש"י (מהדו"ק סי' ז) כי חייב לשלם לסרסור שביצע שליחותו.

למרות כל זאת הוכיח הרב רקובר כי במקרים מסוימים חכמים קנסו את העבריין משום "מגדר מילתא" כגדר וסייג, וכדוגמא הביא את תשובת רבי יהודה לייב צירלסון שנשאל בענין "שליח שנשכר לחבירו בשביל ענין העבירה שעשה השליח. האם יכול הוא לתבוע את שכירותו מהמשלח"? ועל כך השיב כי "ודאי שמוקצה מן הדעת לומר דהאיסור שעשה השליח מתירו לקבל שכר בעד עבריינותו... עלינו לגזור הדרך בעד העבריין, לבל יפיק שום תועלת מעבריינותו, כדי שלא יהיה חוטא נשכר" (מערכי לב, קעשינוב תרצ"ב. התשובות סימן קיג) והביא שם הרב רקובר עוד דוגמאות לכך, שלצד ההלכה הקובעת כי אין העבירה מבטלת את תוקפו המשפטי של המעשה. הרי כאשר יש שיקולים של מוסר וקביעת גדר וסייג, אנו מוצאים ענישה וקנסות למגדר מילתא.

3. גבוי התחייבות ממונית של נשואין אזרחיים

הרב יוסף קאפח דן בענין כהן וגרושה שנישאו בנישואין אזרחיים באנגליה ולאחר שחזרו לארץ וחיו יחד תקופה מסוימת, נתגלעו ביניהם סכסוכים עד שנפרדו. הרב קובע כי לנישואין אלה אין כל תוקף הלכתי ולכן אין צורך בגט. וכמו כן שאין כאן עבירה על לאו של איסור גרושה לכהן כי אין כאן מעשה ליקוחין. מאידך פסק הרב שלמרות המעשה המכוער שעשו, הרי ההתחייבות החוזית הממונית ביניהם תקפה ולכן חובה על הבעל לשלם לאשתו דמי מזונות והוסיף הרב "ודומה שפסק הרמב"ם בתשובה שס"ט, בדין אישה שלא טבלה לנידתה בהסכמת הבעל, שמוציאין הכתובה מן הבעל, שלא יהא חוטא נשכר". (עדות ביהוסף - קובץ פסקי הדין של הרב יוסף קאפח העורך הרב איתמר ורהפטיג, הוצאת יד מהר"י קאפח י-ם תשס"ד, סימן יט כהן וגרושה גט ומזונות).

בדומה לכך קבע הרב נחמיה גולדברג (בתחומין כד עמ' 189 במאמר חיוב מזונות בנישואין אזרחיים) לגבי איש ואישה שנישאו בחו"ל בנישואין אזרחיים כי הבעל חייב במזונות אשתו וזה לשונו: "אם מנהג העיר הוא שהנושא אישה זן את אשתו, אם כן כל הנושא, על דעת המנהג הוא נושא וכמו שמצינו בשוכר את הפועלים במקום שדרך בעל הבית לתת מזונות לפועל, או שיש מנהג לספק להם מיני מתיקה – חייב (עפ"י משנה ב"מ פג.). וטעם הדבר, שכל ששוכר פועל, על דעת מנהג העיר הוא שוכרו, והרי זה כאילו התנו בפירושו. ואם כן יוצא, שכל שנושא אישה בנישואין אזרחיים, חייב לזונה כאילו היאט אשתו, שזה כמו ש/כר פועל שמשלם כפי המנהג".

קביעת החובות הממוניות בין בני זוג כפי המנהג במדינה מובאת בפסיקה של המהרשד"ם (חושן משפט סימן שכז) שדן ביחס לאנוסים שנישאו בפורטוגל שלא כדת משה וישראל וברבות הימים לאחר שהבעל נפטר, לקחה האישה חצי מנכסיו כדין המלכות בפורטוגל שהאישה יורשת חצי מנכסי הבעל. האישה וילדיה עקרו לתורכיה ושם עלתה השאלה: האם הילדים יכולים לקחת מאימם את החצי שקיבלה על פי דיני המלכות בפורטוגל? "ופסק המהרשד"ם שהאלמנה זכתה בחצי מהרכוש וכפי חוק המדינה, היות וידוע שהמנהג הוא הקובע בדיני הנישואין גם לאלו שנישאו בערכאות. כך גם פסק בית הדין האיזורי בחיפה (בתיק מס' 544579/6 כ"ד תשרי תשע"ז 26/10/2016)

לגבי בני זוג שנישאו בנישואין אזרחיים ולאחר שנים התגרשו בארץ, בית הדין קבע שחיובי הממון שבהם התחייב הבעל בנישואין האזרחיים, מחייבים אותו גם לזון את ילדיו וגם להתחלק עם אישתו ברכוש. בדומה לכך נפסק בבית הדין האיזורי בטבריה (בתיק מספר 80581-21-1 בתאריך ב' תמוז תשס"ט 24/06/09) שיש סמכות וחובה לבית הדין להכריע בדין ודברים לגבי חיובי ממון שנוצרי עקב נישואין אזרחיים, וכלשונם: "בית הדין מכיר במערכת של זכויות וחובות שנוצרו בין בני זוג שנישאו בהליך אזרחי בלבד. אמנם מערכות הזכויות והחובות ב"חוק יחסי ממון" ובחוקים נוספים – מערכת שהפכה להיות "מנהג המדינה" ביחס לכלל האוכלוסייה, על כן ביחס לבני זוג שנישאו בהליך אזרחי, אנו מייחסים להם כוונה ליצור שותפות זוגית ולהתחייב בחיובים הדדיים בהתאם למנהג המדינה המיוסד על החוק".

בארץ ישראל הקפידו שלא לחרוג מן הדין

חנינה בן מנחם במאמרו "סטיית שופט מן הדין בתלמודים" (שנתון המשפט העברי כרך ח (תשמא) המשפט העברי. האוניברסיטה העברית ירושלים) מוכיח שהתלמוד הירושלמי דוחה בדרך כלל את האפשרות ששופט יסטה מן הדין, וניכרת בירושלמי המגמה לצמצם היקפם של כללים משפטיים המסמיכים חריגה משורת הדין. לעומת זאת בתלמוד הבבלי אין מגמה לצמצם כללים המסמיכים חריגה מן הדין לחומרא (בי"ד מכין ועונשין שלא מן הדין) או לקולא.

בהסבר התופעה הוא כותב שבא"י צמחו כיתות שונות שפרשו מהיהדות כמו הנוצרים ודומיהם שסטו משמירת ההלכה המקורית. וחכמי הפרושים ניהלו מאבק כדי לשמור מסגרת ההלכה המקובלת. לכן המגמה היתה להדגיש ולהבליט את עליונותה ובלעדיותה של ההלכה והתנגדות נמרצת לכל סטייה ממנה ולחריגה מן הדין. לעומת זאת בבבל היה ריחוק גדול בין היהדות לבין החברה הפאניית שמסביב וחכמי בבל לא נאלצו להתמודד עם חזית פנימית, לכן התאפשרה גמישות גדולה יותר של ההלכה וסובלנות כלפי סטיות מן הנורמות ההלכתיות במקרה הצורך.

לאור זאת כותב מחבר המאמר שבארץ ישראל התפתחה יותר הספרות האגדה והמדרש כדי לחזק את האמונה בהלכה המקובלת בידינו מדור דור. וכי רק הפרשנות של חז"ל לכתובים היא בלבד זו המחייבת ולא פרשנויות חדשות שהמציאו הכיתות הפורשות.

לפי זה אפשר להבין אולי למה כיום יש דיינים שאינם משתמשים בכלים ההלכתיים שהבאנו לעיל והם נצמדים יותר לצד הפורמלי בקביעת הדין כי יתכן והם חוששים מחדירת רוחות זרות וערעור על יסודות ההלכה והפסיקה שאנו אמונים עליהם.

סיכום

נוכחנו לדעת כיצד בתוך מערכת המשפט העברי מוטמעים כלים ועקרונות הבאים ליצור איזון בין הצורך לקיים מערכת משפט פורמלית קבועה ויציבה לבין תביעת הצדק שיתכן ונשחק בתוך המנגנון הפורמלי. תביעה זו מתבטאת בהצהרתו של משה "כי יבא אלי העם לדרוש אלהים" (שמות יח, טז) וכן בציווי "צדק צדק תרדוף", שהוא גם במובן שאת הצדק יש לרדוף בשיטות של צדק ובכלים משפטיים שקבעו חכמינו. ובתחילת פרשת שופטים נאמר "שופטים ושוטרים תתן לך בכל שעריך... ושפטו את העם משפט צדק". לאמור: תחילה להקים מערכת משפט ואכיפה בצידיהם כשהמטרה היא לכונן "משפט צדק". רעיון זה בא לידי ביטוי גם בהוראת הפסוק "באורח צדקה אהלך בתוך נתיבות המשפט" (משלי ח, ט).