

# בתי דין של תורה בימינו – האם הם הזון בר יישום? (חלק ב')<sup>1</sup>

## מבוא

מאמר זה הינו חלקו השני והאמצעי של מאמר כולל, הדין באפשרות לקיים כיום מערכת משפטית חיה ורלוונטית על פי דין תורה. כבר בחלקו הראשון של המאמר ראינו שלא אחת נשמעת הטענה שחוקי התורה המסדירים את המערכות המשפטיות רחוקים ממצייאות ימינו, ולכן לא ניתן לקיים מערכת משפטית הפועלת על פיהם. גם אם לחלק מאיתנו טענה זו נשמעת אולי מיותרת, הדין בה חשוב במיוחד, כיוון שהוא מהווה הזדמנות להבטה מדוקדקת באופן היישום של דין תורה בימינו בבתי הדין, לצורך שיפור המערכת. בחלקו הראשון של המאמר עסקתי בטענות עקרוניות הנוגעות למטרות העל של דין התורה בכלל, והדין הפלילי והממוני בפרט. החלק השני, שבפניכם, יוקדש לאופן שבו מתפתחת ההלכה בזמן הזה, תוך שימת דגש על דיני ממונות בבתי הדין. כמו כן ידון המאמר בטענות פרקטיות שונות הנטענות כלפי האפשרות לקיים דין תורה.

## א. הטענה בדבר מאובנות ההלכה

### 1. התפתחות ההלכה

טענה הנשמעת לא אחת, לא רק כלפי דיינים הפוסקים בסוגיות משפטיות, אלא גם כלפי רבנים ופוסקים בשאלות ציבוריות ופרטיות, היא שכנושאי ההלכה בימינו הם נמצאים בעמדת מגננה וחרדה המעקרת את יכולתם לספק תשובות מקיפות ומספקות לבעיות השעה. זאת כפועל יוצא מנסיבות היסטוריות שאין כאן המקום לפרטן, אך ראשיתן בביטול הסנהדרין, המשכן בפיזור ישראל בתפוצות שהעצים את תופעת ריבוי הדעות בהלכה, ושיאן בתנועת הרפורמה שיצרה תנועת נגד שמרנית. כל אלה לדעת המבקרים גרמו למאובנות ההלכה – לחוסר יכולתה להתפתח ולתת מענה עכשווי רלוונטי לחיים המודרניים בתחומים אלה.<sup>2</sup>

1. אני מודה לרב עדו רכניץ שליט"א, ראש מחלקת המחקר של מכון 'משפטי ארץ', ולחמי הרב דוד משלוב שליט"א, על הסיוע הרב בכתיבת מאמר זה, וכן לרב חיים בלך ולרב אריאל בראלי שליט"א על הערותיהם המועילות.

2. ראו לדוגמה מאמרים בכיוון זה בשני כרכי 'רבנות: האתגר', בהוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה, ישראל 2011.



אין לכחש כי קריאתו של ה'חתם סופר': 'חדש אסור מהתורה', מסמלת ואף הייתה קול משמעותי בהתוויית דרך זהירה ושמרנית בפסיקת ההלכה.<sup>3</sup> זאת מתוך ראייה היסטורית שנועדה, בין השאר, למנוע את המחיר הכבד של שחיקת סמכותם של חכמים בהיעדר מכנה משותף מינימלי של נורמות הלכתיות מחייבות לכלל הקהילות היהודיות. קריאה זו אומנם נשמעה על רקע ייסודן של תנועות רפורמיסטיות בחברה היהודית, בייחוד במערב אירופה, אך כבר במשך מאות בשנים מתמודדים פוסקים עם האתגר לתת מענה הלכתי לנסיבות משתנות, בתנאים לא קלים. זאת תוך ניסיון לשמור על המשכיות וקשר עין עם דורות קדמונים, יחד עם שקלול השינויים המתחייבים. עבודתו של הפוסק כמשפטן בתנאים אלה אינה פשוטה - עליו להביא בחשבון תשתית משפטית של מאות שנות פסיקה, לברר מהן הנורמות המתאימות למקרה, כשבמקרים לא מעטים יש לערוך התאמה בין הלשון והנסיבות שבהן נפסקו התקדימים לבין נסיבות ימינו. הפוסק גם לא פועל בחלל ריק - הוא מודע למשמעות הכרעתו בהיותה חלק מרצף מסורת הפסיקה, ועליו לברר היטב מהי ההחלטה שתתאם את השדרה המרכזית של הדעות ההלכתיות הקיימות.

אך העובדה שמדובר במשימה לא-פשוטה, אין משמעותה כי פוסקים מתחמקים מלעמוד בה. עיון בספרי שאלות ותשובות ובפסקי דין של פוסקים בני דורנו מלמד כי מלאכת פסיקת ההלכה בכלל התחומים נמשכת גם נמשכת.<sup>4</sup> גם אם ננקטת לא אחת זהירות מפני הכרעות 'אמיצות' כלשון המבקרים, הרי שהעילות לזהירות זו הן כבדות משקל, וננקטות במשנה חשיבה ושקילה, ומרבית הפעמים אינן נובעות מחרדה ומנטייה לאסור בכל מצב. רבנים ודיינים אכן לא ממהרים 'ליישר קו' עם כל דרישה לייצר תשובות הלכתיות 'כבקשתך', וטוב שכן. מדובר במערכת הלכתית מורכבת ועדינה, עם מסורת מפוארת ומרשימה, שיש לה ערכי יסוד ומטרות על, ולא 'כל הרוצה ליטול יבוא ויטול'. יש צורך בהסמכה, לימוד ממושך ויסודי, שימוש תלמידי חכמים וחיבור למסורת פסיקה.

וגם כאן המבקרים את הדיינים למעשה סותרים את טענתם עצמם מיניה וביה. בביקורתם הנוקבת כלפי בתי הדין, הם גורמים להרחקת מתדיינים מהם, ובכך למעשה מונעים מהדיינים לבצע את המלאכה שהם כל כך מאיצים בהם לבצע - להמשיך לפתח את מסורת הפסיקה בהתאם למציאות המתחדשת. יתכבדו המבקרים וימתנו את ביקורתם, ויאפשרו לדיינים לבצע את מלאכתם המאתגרת, ובמקום לבקר הם מוזמנים לסייע בשכלול עולם המחשבה ההלכתית ובייצור תנאים כלכליים וחברתיים נאותים לפיתוחה.

3. יחד עם זאת חשוב לציין כי החתם סופר דווקא היה חדשן בתחומים לא מעטים, ורבים אחריו התבססו על פסיקותיו החדשניות, לדוגמה בקביעת רגע המוות, ביחס למדע, לשפה העברית ועוד. ראה אליעזר כ"ץ, החת"ם סופר, מוסד הרב קוק, ירושלים תש"ך.

4. ראו אך דוגמה אחת מבין רבות מאוד המתייחסות לקיום דיונים בבית הדין בעזרת וידאו בתקופת הקורונה: הרב אביעד תפוחי, 'מושב בין דין במצלמת אינטרנט ('זום')', אמונת עתיך 128 (תמוז תש"פ), עמ' 161-172.

## 2. 'דינא דמלכותא דינא' ומנהג

אחד הכלים שקיימים בהלכה עצמה להתמודדות עם שינויים חברתיים וכלכליים הוא קבלת חלק מחוקי המדינה.

חכמים, ראשונים ואחרונים, קבעו כי לעיתים בעניינים ממוניים יש תוקף גם ל'מנהג המדינה' - דהיינו לפרקטיקות הנוהגות באזור או בקהילה המסוימים, וכן לחוק שחוקק השלטון המקומי או הארצי - מכוח הכלל 'דינא דמלכותא - דינא'. ההלכות בענייני הסכמים ועסקאות, המבוססות על גמירות דעתם של הצדדים, נותנות משקל לחוק המדינה. זאת מתוך הנחה שהצדדים קיבלו עליהם שהעסקות ביניהם יהיו על פי המקובל, קרי על פי החוק.<sup>5</sup> האם יישום מנהגי המקום וחוקי מייתר את הצורך בכללים הלכתיים נפרדים בדיני ממונות? האם גם בענף המשפטי האזרחי 'דין המלך' הוא דין מקביל לגיטימי לדין התורה? על כך יש להשיב שהכלל 'דינא דמלכותא - דינא' אין משמעותו שיש לנהוג באופן כולל על פי חוקי המדינה. כלל זה מיושם על ידי בתי הדין באופן נקודתי ובמקום שהדבר נצרך, ולא באופן גורף. כך קבע כבר הרשב"א (שו"ת הרשב"א ח"ו סי' רנד):

שכל הסומך בזה לומר שמותר משום דינא דמלכותא טועה וגזלן הוא וגזלה ישיב... ובכלל עוקר כל דיני התורה השלמה. ומה לנו לספרי הקודש המקודשים שחברו לנו רבי ואחריו רבינא ורב אשי, ילמדו את בניהם דיני הגויים ויבנו להם במות טלואות בבית מדרסי הגויים. חלילה! לא תהיה כזאת בישראל ח"ו שמא תחגור התורה עליה שק.

הרמ"א (חו"מ סי' שסט סעי' יא) הגדיר באופן ברור את גבולות הגזרה של יישום חוקי המדינה, ולדבריו:

דלא אמרינן דינא דמלכותא אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתקנת בני המדינה אבל לא שידונו בדיני עכו"ם דאם כן בטלו כל דיני ישראל.<sup>6</sup> כלומר יש לקבל רק את חוקי המדינה שמטרתם לעסוק בענייני השלטון או לתת מענה לאתגרי השעה.

עיון בפסקי דין שניתנים בבתי הדין לממונות ומפורסמים באתרים ובקבצים מודפסים מעלה כי יש שימוש במנהגים ובחוקים המתמודדים עם שינויים טכנולוגיים, חברתיים וכלכליים, אך יחד עם זאת עיקר השיקולים וההכרעה מתבססים על מקורות מהספרות התורנית לדורותיה.<sup>7</sup> דוגמאות מספר לחוקים שהתקבלו על ידי בתי דין הן: חוק זכויות

5. ראו לדוגמה בעניין זה בנוגע להקניית רכוש בצוואה - שו"ת אגרות משה, אה"ע ח"א סי' קד. וכך גם בנוגע לדין סיטומתא, שיידון להלן.

6. הרחבה בעניין היקף הכרת ההלכה בחוקי המדינה ראו לדוגמה ב: אליאב שוחטמן, 'הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל', שנתון המשפט העברי, ט"ז-י"ז (תש"ן-תשנ"א), עמ' 417-500; הרב יעקב אריאל, 'דינא דמלכותא בארץ ישראל', שנה בשנה (תשס"ג), עמ' 85-96; נייר עמדה של מכון 'משפטי ארץ' - <https://dintora.org/assets/files/34171423428871.pdf>.

7. רבים מפסקי הדין נגישים במרשתת, וניתן למוצאם ולעיין בהם ללא כל קושי. אתרים לדוגמה המרכזים פסקי דין - דין תורה, פסקים, דעת, פרויקט השו"ת ואוצר החכמה.



יוצרים<sup>8</sup> - מאחר שאפשרויות הפצה של ספרים ורעיונות עד להמצאת הדפוס והמהפכה התעשייתית היו מוגבלות מאוד, חכמים לא נדרשו לתת דעתם על הפרות בתחום זה. חובת רישום מקרקעין בטאבו והוראות הנוגעות לבתים משותפים<sup>9</sup> התקבלו גם הן על ידי רבים מהפוסקים, בהיותן מסדירות את תופעת העיור והבנייה התעשייתית, שגם הן לא היו קיימות בעבר. חוקים המגינים על זכויות עובדים (שיש להם מעמד קוגנטי בישראל - לא ניתן להתנות עליהם) מתקבלים בדרך כלל בבתי הדין, בעקבות המהפכה התעשייתית, ובמיוחד מכיוון שלגבי פועלים אמרה כבר המשנה שזכויותיהם נקבעות על פי מנהג המדינה.<sup>10</sup> כמובן בתחום המנהלי והסדרת המישור הציבורי, כמו בחוקי התנועה, מיסוי, ארנונה וכיוצ"ב, למדינה ישנה סמכות לחקוק חוקים וליישם אותם, כפי שהגדירו כאמור הפוסקים כי 'דינא דמלכותא דינא' נאמר בעיקר ביחס לעניינים הנוגעים להתנהלות השלטונית. אם כן, המשפט הנוהג בבתי הדין לממונות הינו משפט התורה, המכיר לעיתים ובאופן נקודתי בתוקפם של חוקי המדינה. אומנם השאלה אילו חוקים לאמץ ובאילו מקרים יש לשמר את הדין התורני המקורי היא שאלה כבדת משקל שהמענה לה משתנה ממקום למקום. אך באופן כללי מתוך סקירת וקריאת מאות פסקי דין של בתי דין מגוונים ניתן לומר כי אימוץ דין המדינה בתחום דיני הממונות מצומצם למדי במרבית בתי הדין, אף באלה המוגדרים כבתי דין 'ציוניים', והנטייה בתחום זה היא לפסוק על פי הש"ס והפוסקים כמסורת הפסיקה מדורי דורות.

### 3. קניין 'סיטומתא'

כאן המקום גם להתייחס למושג 'סיטומתא' שפירושו מעשה קניין המקובל בין הסוחרים. מונח זה הכניס לכאורה להלכה אפשרות להכשיר מעשי קניין שאינם מוכרים על ידי ההלכה. 'סיטומתא' משמעה שההלכה מכירה בפעולה משפטית שכוחות השוק מכירים בה כפעולה שמעבירה בעלות, מכוח הכרה בסמכות הצדדים להתנות על דרכי הקניין המקובלות - כל תנאי שבממון קיים - ובמקרה דנן כללי השוק מהווים הסכמה מכללא בין הצדדים. הכרה רחבה בדין 'סיטומתא' (הנזכר כבר בגמרא) עשויה גם היא לייתר דיונים שלמים בבית הדין על תוקף קניינים וחוזים על פי התורה, שכן בסופו של דבר הדין שיכריע הוא דין המדינה, מכוח היותו הדין המקובל על הסוחרים. אולם גם בהקשר זה חשוב לציין כי 'סיטומתא' אינה מסלול עוקף קנייני תורה המופעל בכל מצב ועניין. ישנם מקרים רבים שבהם על אף קיומו של חוק, לא ברור שהחוק אומץ למעשה

8. ראו דוגמאות לתקצירי פסקי דין בתחום זה בגיליון ממון ודין, 6, בהוצאת הקליניקה למשפט עברי, אוניברסיטת בר אילן, תשע"ז.

9. ראו דוגמאות לתקצירי פסקי דין בתחום זה בגיליון ממון ודין, 8, בהוצאת הקליניקה למשפט עברי, אוניברסיטת בר אילן, תשע"ז.

10. משנה בבא מציעא פ"ז מ"א. וראה בעניין זה את מאמרי: אישה עובדת בתקופות היריון ולידה - פסקי דין הלכתיים, דרישה, ב (תשע"ז), עמ' 110-123; פרופ' רון קליינמן ערך כמה מחקרים בניסיון להעריך את מידתו והיקפו של השימוש בחוקי המדינה בבתי הדין השונים, אך נראה שיש עדיין מקום לבחון שאלות אלה. ראו לדוגמה: רון קליינמן, יחס דיינים לחוק ולפסיקה האזרחיים, ובפרט לבנייה בלתי חוקית, תחומין לו (תשע"ו), עמ' 346 ועוד.

על ידי כוחות השוק, בייחוד כאשר מדובר בקהילות סגורות שיש להן כללי התנהלות כלכליים ייחודיים. זאת ועוד, רבים הפוסקים המצמצמים את דין 'סיטומתא' ואינם כוללים בו הקנאה בדיבור, הקנאת דבר שלא בא לעולם, דבר שאין בו ממש ועוד קניינים רבים המקובל לערוך בימינו. במקרים אלה יחזור בית הדין וידון בדיני הקניינים המקוריים, וישקול אם הם חלים על המקרה הספציפי.<sup>11</sup>

#### 4. שילוב ההלכה עם החוק האזרחי

לסיכום הדיון בסוגיית הדין האזרחי הנוהג בבתי הדין, יודגש כי החובה ההלכתית להתדיין בבית דין אינה כוללת רק את החובה להתדיין על פי דין תורה, אלא גם את החובה להתדיין בפני דיינים היודעים, מעריכים ומיישמים את הדין על פי עקרונות התורה (כלומר חובה זו כוללת הן את הדין והן את הדיין). לכן גם אם הדין כולו בבית הדין מתנהל ומוכרע למשל על יסוד חוקי העבודה, עדיין מוטלת חובה על המתדיינים להגיע דווקא לבית דין שבו יושבים תלמידי חכמים שישמו באופן ספציפי את הדין הנוהג. במילים אחרות, הערכאה גם היא חשובה, ולא רק הדין הנוהג בה. כעת יש לבחון טענות פרטניות יותר המבקשות לערער על יכולתם של בתי הדין לדון ולהכריע.

### ב. היעדר הומר משפטי-הלכתי מספק בתחום דיני הממונות

ישנה גם טענה שעולם התורה עסוק אך ורק בפלפולים מופשטים בסוגיות הגמרא ובכתיבה המתמקדת בשאלות אוטוריות, ואינו מייצר תשתית הלכתית שתיתן מענה לסוגיות הלכתיות-משפטיות ממשיות. לטענה זו ניתן להשיב כי דווקא נעשית עבודה רבה בתחום זה כל השנים, וביתר שאת במדינת ישראל בעשרות שנות קיומה. עשרות מכונים לחקר ההלכה והמשפט העברי - הן תורניים והן מחקרניים אקדמיים - מנפיקים מדי שנה עשרות ומאות פרסומים בתחומי המשפט השונים, ובכללם בתחום דיני הממונות. די אם נציין מעטים מהם - סדרת פתחי חושן של הרב יעקב ישעיה בלוי, שהיא מעין אנציקלופדיה של דיני הממונות, סדרת ספריו של פרופ' רקובר 'חוק לישראל' המקיפה תחומים רבים במשפט האזרחי והציבורי, פרסומיו של מכון 'הליכות עם ישראל' בראשות הרב רצון ערוסי, ספרי מכון 'משפטי ארץ', 'כת"ר', אתרים של מכונים אלה ואחרים המכילים את פרסומיהם ופרסומים נוספים, קבצים מודפסים ודיגיטליים של פסיקות בתי הדין לגווניהם ועוד ועוד. אומנם ישנם תלמידי חכמים שרואים את ייעודם בהתמקדות בסוגיות מופשטות יותר, אך אין בכך כל פסול. כל אחד עוסק בשלו 'ומיניה ומיניה יתקלס עילאה'.

11. רון קליינמן, דרכי קניין ומנהגי מסחר במשפט העברי, ישראל תשע"ג.



חשוב גם לשים לב שאכן לא די בלימוד גמרא כדי להסיק הלכה למעשה בסוגיות החדשות המתעוררות דבר יום ביומו. לעבודת הפסיקה דרוש ידע רחב בים הפרשנים והפוסקים לאורך הדורות, יחד עם בקיאות בעקרונות היסוד הנלמדים מהגמרא ובעקרונות הפסיקה. לכן מי שאמון רק על קביעות בלימוד גמרא, עם כל חשיבותו של לימוד זה, ייתכן שאינו מודע למנגנון פסיקת ההלכה ולאופן שבה היא נעשית, ובעקבות כך הוא מקבל את הרושם שיש מרחק בלתי ניתן לגישור בין העולם 'האמיתי'- 'המציאות' לעולמה של ההלכה.

## ג. קשיי היישום של דיני הממונות

יש הטוענים כי משפט התורה בתחום הממוני אינו ניתן ליישום בגלל שורה של סוגיות, כגון חוסר היכולת להכריע במחלוקות (קים לי), פטור מזיק בדרך עקיפה (גרמא), דיני עדות מחמירים ועוד. נדון בנושאים אלה ואף נעלה נקודות נוספות שלכאורה מקשות על יישום משפט התורה.

### 1. עדים

נתחיל מטענה הנוגעת לדיני הראיות, שהיא לכאורה משותפת לכלל ענפי המשפט, הן לדין הפלילי והן לדין האזרחי. לענייננו היא רלוונטית כאמור לבתי דין לענייני ממונות. הטענה היא כי בשל דרישת התורה להיזקק רק לעדים כשרים, לא ניתן למעשה להכריע בדין בהיעדר ראיות מספיקות. התורה קובעת (דברים יט, טו):

לא יקום עד אחד באיש לכל עון ולכל חטאת בכל חטא אשר יחטא על פי שני עדים או על פי שלשה עדים יקום דבר.

חכמים פרטו את דרישת התורה לשני עדים והבהירו כי ישנם עדים שלא ניתן לקבל את עדותם לצורך הכרעה בדין. וכך מסכם זאת הרמב"ם (הל' עדות פ"ט ה"א):

עשרה מיני פסלות הם כל מי שנמצא בו אחד מהן הרי הוא פסול לעדות ואלו הן: הנשים והעבדים והקטנים והשוטים והחרשים והסומים והרשעים והבזויין והקרובין והנוגעין בעדותן הרי אלו עשרה.

על הטעמים לפסלות הקטגוריות השונות של העדים נכתב רבות, ולא ניכנס לכך כעת בהרחבה.<sup>12</sup> חלק מהפסולים נפסלו בשל קרבתם לבעל הדין או מחשש לחוסר נאמנות, ולחלק מהפסולים לא ניתן לתת טעם והם גזרת הכתוב.

אלא שיש להבהיר כי מעמדה המשפטי של עדות בהלכה שונה ממעמדה במשפט הכללי. על פי ההלכה עדות מחייבת את הדיינים ומפקיעה מהם את שיקול הדעת בנוגע לעניין שבו עוסקת העדות. העדים הכשרים הם מעין מוסד שיפוטי בפני עצמו, וכאשר

12. לגבי הטעמים לפסלות עדות נשים, ניתן לקרוא במאמרי 'מעמד האישה בבית הדין לממונות', משפטי ארץ, ה (תשפ"א), עמ' 391-406, וראו גם הרב דוד מישלוב, 'האשה היהודית בהלכה', דיני ישראל, יג-יד (תשמ"ח), עמ' רסג-שיב.

הם מופיעים בפני בית הדין עמדתם מתקבלת מכוח עמידתם בתנאי העדות שקבעה התורה.<sup>13</sup>

בדין הפלילי ישנה כאמור סמכות למלך לפסוק על פי דיני ראיות מגוונים, ולא דווקא על פי עדים כשרים.<sup>14</sup> בדין האזרחי, בהיעדר עדים כשרים, מבהיר הרמב"ם (הל' סנהדרין פ"כד ה"א) כי הדיין צריך לפסוק לפי אומד דעתו:

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... אם כן למה הצריכה תורה שני עדים שבזמן שיבואו לפני הדיין שני עדים ידון על פי עדותן אף על פי שאינו יודע אם באמת העידו או בשקר.

אומנם הרמב"ם כתב שחכמים החליטו למנוע הסתמכות על שכנוע, מחשש שדיינים שאינם ראויים יכריעו באופן שרירותי. בכל זאת, להלכה נפסק כדעת הרא"ש שבמקום שבו יש ראיות נסיבתיות ('אומדנא דמוכח') ניתן להכריע על פי שכנוע.<sup>15</sup> ואולם כאן חשוב לציין כי ישנו הבדל מהותי בין הדין האזרחי הנוהג לדין תורה בעניין זה. על פי הדין האזרחי הנוהג, הכרעה נעשית בדרך כלל על פי נטייה קלה לטובת אחד הצדדים (מה שמכונה: מאזן ההסתברות - עמידת הגרסה בנטל השכנוע בשיעור הגבוה מ-50%), ואילו בהלכה יש צורך בשכנוע מעבר לספק סביר.<sup>16</sup>

נוסף לכך, בדיני ממונות הסכמת בעלי הדין מאפשרת קבלת עדות פסולים; וזו לשון ה'שלחן ערוך' (חו"מ סי' כב סעי' א):

מי שקיבל עליו קרוב או פסול, בין להיותו דיין, בין להיותו עד עליו, אפילו קיבל אחד מהפסולים בעבירה כשני עדים כשרים להעיד עליו, או כשלושה, בית דין מומחים לדון לו, בין שקיבל על עצמו לאבד זכויותיו ולמחול מה שהיה טוען על פיהם, בין שקיבל עליו שיתן כל מה שיטעון עליו חבירו בעדות זה הפסול, או בדינו אם קנו מידו על זה, אינו יכול לחזור בו. ואם לא קנו מידו, יכול לחזור בו עד שיגמור הדין.

הלכה למעשה כיום בבתי דין רבים, הן הרבניים והן הפרטיים, נשמעות ומתקבלות עדויות של נשים, של מי שאינם שומרי מצוות ושל נוכרים לצורך הכרעה בדין על פי השכנוע של הדיין. זאת כמובן תוך שקילת המהימנות והיעדר ניגוד עניינים, כמקובל ביחס לכל עדות. מכאן שהטענה שלהלכה אין די כלים ראייתיים להכריע בדין אין לה על מה להישען.

13. ראו בהרחבה בעניין זה שמשון אטינגר, דיני הראיות, ישראל תשע"א, עמ' 35-64.  
 14. 'דבר פשוט הוא שכל דבר הנעשה לצורך שעה ולגדור גדר, אין ראוי לדקדק בכל דרכי הדין המקובלים, אלא יש לנו ללכת אחר ידיעת האמת' - שו"ת בנימין זאב סי' קיב, וראו בהרחבה במאמרו של הרב אריאל בראלי, "המשפט הפלילי במדינת ישראל", תחומין לז (תשע"ז), עמ' 373-387.  
 15. ראו פתחי תשובה חו"מ סי' טו סעי' ט.  
 16. הרב דניאל כץ, 'הסתמכות על אומדן', משפטי ארץ ה: בית הדין לממונות, עפרה תשפ"א, עמ' 257-302.



## 2. אחריות בנזיקין - גרמא

טענה מרכזית כנגד הדין האזרחי נוגעת לפער לכאורה בין דיני הנזיקין המקובלים במשפט המודרני, המשיתים אחריות נזיקית וחובת פיצויים גם ביחס לנזקים שלא נגרמו על ידי המזיק באופן ישיר ומכוון, לבין עמדת ההלכה השוללת חיוב פיצוי בגין נזקים עקיפים (המכונים 'גרמא') ומחייבת בעיקר במקרים של נזק ישיר. היטיב לחדד פער זה ולקרוא לצמצומו הרב אהרן ליכטנשטיין:<sup>17</sup>

במציאות הטכנולוגית המתפתחת גוברת בהתמדה היכולת להסב נזקים של ממש, פיזיים ואפילו וירטואליים, בלי להתחייב על פי הקריטריונים של הרמב"ן או של הר"י... הבקשה שטוחה, הסמכות קיימת והעיניים נשואות. במידה ויעלה ביד גדולי הפוסקים לתקן בנידון, הם יצליחו לגדור פְּרָצָה חברתית של ממש, ואף ישכילו בדבד להרים קרנה של תורה.

ראשית יש להבהיר את קיומם של שני סוגים מובחנים של נזקים עקיפים בגרמא: (1) 'גרמא' - נזק עקיף שבו המזיק פטור מדיני אדם (כלומר מחיוב תשלום לניזק) וחייב לעיתים בדיני שמיים, כלומר יש לו אחריות נזיקית אך לא ניתן להטיל עליו חיוב פיצוי כספי בגין כך.

(2) 'גרמא' - נזק עקיף שבו המזיק חייב גם בדיני אדם וגם בדיני שמיים, וניתן לחייב אותו בפיצוי כספי לניזק.

השאלה הגדולה היא אילו מהנזקים העקיפים יוגדרו כ'גרמא' ואילו יוגדרו כ'גרמא'. שאלה זו נדונה בהרחבה יתרה בדברי ראשונים ואחרונים, וניתנו הגדרות שונות לאופן שבו ניתן להבחין בין נזקים ולסווג אותם לכל אחד משני הסוגים הללו. הרב ליכטנשטיין ציין בקריאתו האמורה את הרמב"ן<sup>18</sup> ור"י מבעלי התוספות,<sup>19</sup> שאכן מפרשים את סוגיות הגרמא הדנות ב'גרמא' וב'גרמא' באופן המצמצם את המקרים שבהם יוטל חיוב נזיקי במקרים של נזק עקיף. לעומתם ישנם ראשונים אחרים המפרשים אחרת את המונחים הללו, ועל פי פרשנותם המונח 'גרמא' כולל נזקים עקיפים רבים, מלבד הנדירים שבהם. כך מובא כבר בתוספות בשם הריצב"א (מובא בתוספות, ב"ב כב ע"ב ד"ה זאת):

נראה לריצב"א דדינא דגרמי הוי מטעם קנס כדמוכח בירושלמי ולכך כל היזק המצוי ורגיל לבא קנסו חכמים וטעם דקנסו שלא יהא כל אחד הולך ומזיק לחבירו בעין.

לעניין זה חשוב לציין את המחלוקת בין הפוסקים בשאלה אם לדעת הריצב"א המקרים המוגדרים כ'גרמא' הינם 'רשימה סגורה' המופיעה בתלמוד (דעת הש"ך<sup>20</sup>), או שמדובר

17. שיעורי הר"א ליכטנשטיין: 'דינא דגרמי', ישראל תש"ס, עמ' 200.

18. רמב"ן, קונטרס 'דינא דגרמי'.

19. ר"י בתוספות, בבא בתרא כב ע"ב ד"ה זאת אומרת גרמא בנזיקין אסור: 'וחילק רבינו יצחק לשון אח' דדינא דגרמי חייב היינו שעושה הוא עצמו היזק לממון חבירו ועוד חילק דדינא דגרמי דחייב היינו משעת מעשה שבא ההיזק ועל הכל קשה טיהר את הטמא ובעל הבית עצמו עירבן עם פירותיו ואמאי חייב דהוא עצמו אינו עושה היזק בממון חבירו וגם באותה שעה שמטהר אינו בא ההיזק'.

20. ש"ך, חו"מ סי' שפו ס"ק כד.



ברשימה פתוחה המתעדכנת בכל זדור ודור (דעת הרמ"א<sup>21</sup> ו'ערוך השלחן<sup>22</sup>). יתירה מזו, הרמב"ם (הל' חובל פ"ז ה"ז) פסק באופן פשוט: 'כל הגורם להזיק ממון חבירו חייב לשלם נזק שלם מן היפה שבנכסיו כשאר המזיקין'. באופן מפתיע, הרמב"ם כלל לא הבחין בין נזקי 'גרמא' ל'גרמי', וחייב בשניהם.<sup>23</sup> ה'שלחן ערוך'<sup>24</sup> פסק כדעת הרמב"ם, והרמ"א<sup>25</sup> הביא להלכה כ'יש אומרים' את שיטת הריצב"א, לפיה נזק 'גרמי' שניתן לחייב בגינו בפיצוי נזיקי הינו כל נזק מצוי ('שכיח ורגיל' בלשוננו). רק נזק נדיר ייחשב כ'גרמא', והמזיק ייפטר מתשלום פיצוי נזיקי, אם כי יוגדר כבעל אחריות כלפי שמיים. אולם יש לשים לב כי גם מי שמרחיבים את גדר הפטור מחיוב נזיקי משום 'גרמא', סבורים כי במקרים רבים מוטלת על המזיק אחריות נזיקית והוא חייב בדיני שמיים, אך בית הדין אינו רשאי לאכוף חוב זה. על בסיס זה פסק הרב זלמן נחמיה גולדברג כי במסגרת הפשרה רשאי בית הדין לפסוק חיוב גם בגרמא כדי לפטור את המזיק מדיני שמיים.

יוער כי מאחורי כל תורה נזיקית יושבת תפיסת עולם שעל פיה נגזרים היקף החיוב ושיעורו. ישנם הרואים בדיני הנזיקין מעין מקבילה לדיני העונשין, שמטרתם להעניש את המעוול ולהרתיע אחרים מלהתרשל ולגרום לנזקים דומים. ישנם המתבוננים דווקא על הניזק ומבקשים להשיב את מצבו לקדמותו; ישנם המתבוננים בתפיסה כלכלית רחבה ובוחנים כיצד תשפיע הטלת החיוב הנזיקי על המערכת הכלכלית של החברה; ישנם הנוטים לשלב תפיסות מוסריות בהכרעה על מידת האחריות הנזיקית, וישנם המתמקדים בערך התועלתני שבפסיקה כזו.<sup>26</sup>

לא כאן המקום לפרט את היסודות הערכיים שעומדים מאחורי התפיסה הנזיקית ההלכתית, בייחוד שההלכה עצמה לא נתנה נימוק לאבחנות אלה, אך בקציר האומר יצוין כי נראה שההלכה משקפת תפיסת עולם משולבת. מצד אחד היא מטילה אחריות מוסרית רחבה, ומצד שני היא מצמצמת לעיתים את החיוב לפיצוי בפועל. יש מי שהסבירו זאת כחלק מתפיסה כלכלית מניעתית רחבה, על פיה לעיתים נכון להטיל את האחריות לנזק על הניזק, כדי שזה ימנע את הנזק.<sup>27</sup> לכך יש להוסיף שקביעת חכמים שגם בנזקים מסוג 'גרמא' ישנו חיוב מדיני שמיים מאפשרת גם לפוסקים כדעת הר"י

21. רמ"א, לשו"ע חו"מ סי' שפו סעי' ג.

22. ערוך השלחן, חו"מ סי' שפו סעי' כ.

23. כפי שכתבו סמ"ע חו"מ סי' שפו ס"ק א; ש"ך, חו"מ סי' תיח ס"ק ד, ואכן בארמית 'גרמי' הוא הרבים של 'גרמא'.

24. שו"ע, חו"מ סי' שפו סעי' ג.

25. רמ"א, לשו"ע שם. ראו בעניין זה הרב עדו רכניץ, "ישום המשפט העברי בימינו", אתר דין תורה.

26. עמוס הרמן, דיני הנזיקין, ישראל תש"פ, עמ' 19-27.

27. ראו הרחבה על הגישה הנזיקית, המחפשת את מונע הנזק הזול ביותר, והשוואתה לשיטת הרמב"ם, בספרם של יובל סיני, בנימין שמואלי וקלברסי (שופט פדרלי בארה"ב, מגדולי התיאורטיקנים בתחום הנזיקי בעולם) -

Maimonides and contemporary tort theory : law, religion, economics, and morality / Yuval Sinai, Benjamin Shmueli with the Hon. Guido Calabresi, Cambridge: Cambridge University Press, 2020.



והרמב"ן להטיל לעיתים פיצוי נזיקי בדיני אדם כדי לפטור אותו מדיני שמייים,<sup>28</sup> תוך הסתייעות בסמכותם לפשר בין הצדדים, לצורך הטלת חיוב פיצוי.<sup>29</sup> למעשה, בתי דין רבים<sup>30</sup> קבעו בהסכם הבוררות שלהם כי הצדדים מתחייבים לשלם גם על נזק עקיף. בכך הם יצרו בסיס משפטי איתן לפסוק על פי הגישות המרחיבות בהלכה.<sup>31</sup>

### 3. הכרעה במחלוקות - 'קים לי'

טענה נוספת כנגד היכולת לדון דין תורה נטענת ביחס לכלל 'קים לי'. משמעות כלל זה הינה שבכל מחלוקת הלכתית יש לזכות את הנתבע, גם על פי דעות מיעוט בהלכה, שכן כלל נקוט בדינו 'המוציא מחברו - עליו הראיה'. לפי זה, אם טוען הנתבע 'קים לי' כדעה הפוטרת אותו (גם אם היא דעת מיעוט), הרי שידין של בית הדין כבולות, והוא לא יוכל לחייב את הנתבע בדין. ראשית, ראוי לציין כי כלל הפסיקה 'קים לי' לא נזכר בגמרא, אלא מופיע לראשונה בדברי אחרוני הראשונים.<sup>32</sup> הטענה בדבר הקושי שכלל זה מטיל על אפשרות המעשית לדון ולחייב את הנתבע נטענה כבר על ידי 'ערוך השלחן' - שאם לא כן לא שבקת חיי לכל דין, ומעולם לא יצא הדין לאורה.<sup>33</sup> קושי זה וקשיים נוספים הובילו לצמצום ניכר של הכלל. כך לדוגמה נקבע שלא ניתן לטעון 'קים לי' כנגד מה שנפסק ב'שלחן ערוך' והרמ"א,<sup>34</sup> וכן כנגד דעתו של רב המקום (מרא דאתרא) או כנגד מנהג שהציבור קיבל עליו. כך גם לא ניתן לטעון טענת 'קים לי' המבוססת על דעת יחיד כנגד דעת הרוב, או על דעה אזוטריה שטעמיה אינם מסתברים כנגד עמדה מרכזית. סייגים נוספים נקבעו כלפי כלל זה,<sup>35</sup> כך שהלכה למעשה כיום בבתי הדין נדיר למצוא שדיינים נמנעים מהטלת חיובים על נתבע במקרה שהוא מצביע על דעת יחיד כנגד עמדתם. יעידו על כך מאות פסקי דין המפורסמים על ידי בתי הדין ובהם מוטלים

28. שו"ת מהר"י מברונא, סי' רמא.

29. הרב זלמן נחמיה גולדברג, 'שבחי הפשרה', משפטי ארץ - דין דיין ודין, א, תשס"ב, ישראל עמ' 78. ראו גם פסק דין של הרב אשר וייס שליט"א לפיו במקרה של התקשרות חוזית בין שני אנשים, שלגבי אחד מהם ישנה אומדנא סבירה שהוא מעוניין לדון רק בבתי משפט אזרחיים, ולא על פי דין תורה, יהיה חיוב גם על נזקי גרמא שגורם צד אחד לשני, בכפוף למקובל על פי חוקי המדינה - הלכה פסוקה, 9, אייר תשס"ו.

30. ראו לדוגמה סעיף 3, להסכם הבוררות של רשת ארץ חמדה גזית.

31. ראו לדוגמה ניסיון לגבש מדיניות וקריטריונים לפסיקת פיצוי בנזקים עקיפים על ידי מכון 'משפטי ארץ', שנכתב ונערך על ידי דיינים בפועל - הרב עדו רכניץ (הרב איתמר ורהפטיג - עורך) 'נייר עמדה 2 - פיצוי על גרימת נזק', משפטי ארץ, כסלו תשס"ז, אשר התקבל כמדיניות הלכתית של רשת בתי הדין ארץ חמדה גזית (ראו באתר הרשת). תקצירי דוגמאות מייצגות מפסיקות בתי דין בארץ מהשנים האחרונות ניתן למצוא בגיליון מס' 4 של 'ממון ודין' - נזקי ממון עקיפים, בהוצאת הקליניקה למשפט עברי, אוניברסיטת בר אילן.

32. מרדכי, כתובות סי' רצ.

33. ערוך השלחן, חו"מ סי' כה סעי' ג.

34. אורים ותומים, קיצור תקפו כהן אות קכג-קכד.

35. הרחבה בסוגיה זו ניתן למצוא: הרב הלל גפן, 'הכרעה במחלוקות בימינו', משפטי ארץ ה: בית הדין לממונות, עמ' 175-192; הרב ישועה רטבי, 'קים לי', אתר בית הדין וישיבה גבוהה קריית משה; הרב רצון ערוסי, 'התחשבות בטענת 'קים לי' בבתי הדין לממונות', אמונת עתיך 122 (תשע"ט), עמ' 90-96.

חיובים בסכומים גבוהים על הנתבעים.<sup>36</sup> יתירה מזו, חוסר היכולת להכריע במחלוקות הוא אחת מתוצאות החורבן והגלות, אשר הביאו לחורבן הסנהדרין, שהייתה המוסד המכריע העליון של ההלכה.<sup>37</sup> לאור זאת, מובן מדוע נפסק שיש להחזיר לבית הדין את הסמכות לפסוק, במסגרת ההסמכה הכללית שלו להכריע בדרך של פשרה. הפשרה מתגברת על בעיית הסמכות הפורמלית, אולם התוצאה המהותית היא יכולת הכרעה במחלוקות.<sup>38</sup>

## סיכום ביניים

טענה מרכזית שנדונה בחלק זה של המאמר הינה טענה נפוצה למדי בדבר מאובנות ההלכה, וחוסר יכולת לכאורה של פוסקים לספק פתרונות ההולמים את המציאות העכשווית. בתגובה הופנו הטוענים למאות ספרי השו"ת, ספרי ההלכה והמחקר שנכתבו בעת החדשה, ובהם מתמודדים פוסקים וחוקרים עם שאלות על סדר היום בכל התחומים, בין השאר תוך הסתייעות בכלים הלכתיים דוגמת דינא דמלכותא ומנהג המדינה.

חלק זה של המאמר דן גם בקשיים נוספים הנוטעים בנוגע ליישום דיני הממונות - דיני עדות, 'קים לי' ו'גרמא'. לגבי כל אחד מהם הוסבר כיצד פוסקים בני ימינו מיישמים פתרונות מוסכמים המאפשרים לדון דין תורה ולהכריע על פיו. בדיני ממונות ניתן על פי שורת הדין לקבל עדות פסולים כסיוע ליכולת הדיין להכריע בדבר מהימנות גרסאות הצדדים. באשר לנזקים עקיפים - ישנן גישות בהלכה המרחיבות את היכולת של הדיינים לחייב בנזקים עקיפים, ובאמצעות חתימה על הסכם בורות, הצדדים יכולים לקבל עליהם אחריות על נזקים מעין אלה על פי הגישות המרחיבות הקיימות בהלכה עצמה. טענת 'קים לי' אין משמעותה כי הצדדים יכולים להסתמך על כל טענה אזוטרת או על דעת יחיד, והלכה למעשה בתי דין מכריעים בין דעות שונות בפסיקותיהם. החלק השלישי והאחרון של המאמר, שיפורסם ב"ה בגיליון הבא, יתמקד בקשיי התנהלות של בתי הדין מנקודת המבט הפנימית של בתי הדין עצמם, וכן יצביע על יתרונותיהם של בתי הדין, יציע הצעות לשיפור ההתנהלות בהם, ויסכם את כלל המהלך שהוצג בשלושת חלקיו של המאמר תוך קריאת כיוון לעתיד.



36. כאמור, רבים מפסקי הדין נגישים במרשתת, באתרים ובמאגרי המידע: דין תורה, פסקים, דעת, פרויקט השו"ת ואוצר החכמה.  
 37. רמב"ם הל' ממרים פ"א ה"ד.  
 38. הרב זלמן נחמיה גולדברג, 'שבחי הפשרה', משפטי ארץ - דין דיין ודיון, א, תשס"ב, ישראל עמ' 78; הרב עדו רכניץ, 'הפשרה - חזרה אל הדין', תחומין לג (תשעג), עמ' 94-100.