

## 'התובע הולך אחר הנתבע'?

### תוקפו של הכלל במציאות החברתית בת זמננו

מבוא

- א. מקור הכלל 'הדין הולך אחר הנתבע'
- ב. לתובע עדיפות לקבוע שהדיון יהיה בבית דין גדול
- ג. מעמד הכלל 'הדין הולך אחר הנתבע': דין או תקנה
- ד. החריגים לכלל
  1. כוחו של בית דין קבוע
  2. קיומה של שורת הדין
  3. בית דין המברר יותר את הדין
  4. בעל דין אלם, וחשש להטיית בית הדין בשל השייכות החברתית
  5. נטרול הנימוקים הנוגעים למקום הגיאוגרפי של הנתבע
  6. בעיית האכיפה
  7. זבל"א
- ה. כתב סירוב - היתר לדון בערכאות
- ו. קביעת מקום הדיון בהסכם

**מבוא**

במאמר זה אבקש להתייחס לדילמה אשר דומה כי התעוררה ביתר שאת בשנים האחרונות, עם התרבות נטייתם של חלקים מקרב בני הציבור הדתי לאומי לפנות לפתרון סכסוכים ממוניים בפני בתי דין לממונות הפוסקים על פי ההלכה. נטייה זו התחזקה במיוחד לאור הקמתם בשנים האחרונות של בתי דין לממונות שבראשם עומדים דיינים בעלי תפיסת עולם דתית לאומית.<sup>1</sup> בתי הדין הפרטיים לממונות נותנים מענה לצדדים, בעיקר שומרי

---

1 על תהליך זה, ראו: אדם חפרי וינוגרדוב, "התעצמות הפלורליזם המשפטי בישראל: עליית בתי הדין ההלכתיים לדיני ממונות במגזר הציוני דתי", *עיוני משפט*, לד (תשע"א), עמ' 47-91; לילך אמיתי-

תורה ומצוות, אשר מעוניינים להביא את סכסוכיהם הממוניים בפני בית דין הפוסק על פי ההלכה, ולא בפני המערכת האזרחית של בתי המשפט בישראל הנתפסים על ידי חלק מהפוסקים כערכאות של עכו"ם.<sup>2</sup>

חוק הבוררות בישראל מאפשר קיומו של הליך זה מחוץ למערכת הרשמית של בתי המשפט, בתנאי שהצדדים חותמים קודם לכן על הסכם בורות. ישנם עשרות - אם לא מאות - בתי דין פרטיים לממונות הפועלים ברחבי הארץ, בעיקר בריכוזים חרדיים ודתיים, אולם בין בתי הדין השונים קיימים הבדלים ניכרים. הבדלים אלה נוגעים הן לסדרי הדין והראיות והן לדין המהותי.

באופן דיכוטומי וכוללני למדי ניתן לחלק את בתי הדין על פי כמה קבוצות התייחסות. ישנם בתי דין בהם נהוגים כללי סדר דין ידועים ושקופים, פרוטוקול הדיון נרשם ומועבר לצדדים, פסק הדין ניתן מנומק ומפורט, וקיימת ערכאת ערעור. לעומתם, ישנם בתי דין בהם כללים אלה אינם חלים, או חלים באופן חלקי בלבד. ישנם בתי דין הנשענים על דברי הרמב"ם המאפשר לדיין, לפי פרשנותם של חלק מהפוסקים, שיקול דעת רחב על פי אומד דעתו במקום שאין בפניו עדים כשרים.<sup>3</sup> בעקבות כך מקבלים בתי דין אלו עד יחיד ועדות נשים, נעזרים בראיות נסיבתיות, וכיוצ"ב. לעומתם, ישנם בתי דין אשר נצמדים לדיני הראיות כפי שהוגדרו בגמרא ובראשונים, ואינם מבססים את פסקם על עדויות פסולים וראיות נוספות שתוקפן אינו מעוגן במקורות אלה.

מעבר לכך, גם מבחינת הדין המהותי קיימים הבדלים ניכרים בין בתי הדין. כך לדוגמה, ישנם בתי דין בהם השקפת עולמם והכשרתם של הדיינים מובילים אותם לעיתים קרובות לקבל את תוקפו של הדין הישראלי במסגרת פסיקתם מכוח 'דינא דמלכותא דינא' ו'מנהג המדינה', במקום שהדבר נראה כצודק ומתאים גם להיגיון הפנימי של ההלכה, וישנם בתי דין שאינם מקבלים חלותם של עקרונות אלה במדינת ישראל של היום.<sup>4</sup> הבדלים נוספים נובעים משוני במידת היכרותם של הדיינים את המציאות המודרנית, ובהבדלים אידיאולוגיים שונים שלא כאן המקום לפרטם.

אפלטון, סמכות רבנית מול סמכות משפטית: מניעיהם של מתדיינים בציבור הדתי-לאומי בבחירת ערכאה שיפוטית בסכסוכים אזרחיים, עבודה לתואר שני, רמת גן תשע"ד.  
 2 ראו: הרב יהודה דרעי, "אשר תשים לפניהם": בביאור גרדי האיסור לדון בפני ערכאות", שורת הדין, יג (תשס"ח), עמ' שנא.  
 3 משנה תורה, הלכות סנהדרין פכ"ד ה"א.  
 4 על קבלתם של חוקי המדינה לתוך מערכת השיפוט ההלכתית על פי כללים אלה ראו בין השאר: אליאב שוחטמן, "הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל", שנתון המשפט העברי, טז-יז (תש"ן-תשנ"א), עמ' 417-500; הרב יעקב אריאל, "דינא דמלכותא בארץ ישראל", שו"ת באהלה של תורה, חלק ד סי' טז, עמ' 135-149; רון קליינמן, "החוק האזרחי במדינה - 'מנהג המדינה'?", תחומין, לב (תשע"ב), עמ' 261.

הבדלים ניכרים אלה, מביאים להתפלגות טבעית בין המתדיינים: בין מי שקרובים בהשקפת עולמם ובהשתייכותם החברתית לבתי הדין בהם מכהנים דיינים בעלי תפיסת עולם ציונית, קיימים כללי דין והפסיקה מחילה במקרים המתאימים גם את הדין הישראלי - אלה בעיקר מתדיינים הבאים מקרב הציבור הדתי לאומי או החרדי מודרני, לבין מי שאוחזים בתפיסת עולם המתנגדת להחלת הדין הישראלי וכללי דיון מודרניים, ובחרים לפנות לבתי דין אשר בראשם עומדים דיינים המוחזקים בעיניהם לגדולי תורה, לרוב בהתאם להשתייכותם החברתית (לחסידות ספציפית או לפלג חרדי אחר).<sup>5</sup>

הדילמה מתעוררת כאשר ישנו פער ניכר בתפיסת עולמם ובהשתייכותם החברתית של הצדדים בסכסוך הממוני, ובעקבות כך מעוניין כל אחד מהם להתדיין בפני בית דין אחר. האם במקרה של פער ניכר כזה בהשקפת העולם ובאופיים של בתי הדין חל הכלל הידוע 'התובע הולך אחר הנתבע', או שמא במקום זה ניתן וראוי להפעיל מערכת שיקולים אחרת? האם ניתן להסתייע בחריגים שהעמידו פוסקים לכלל הזה במקרים אחרים, ולהחילם גם על דילמה זו? האם האפשרות של זבל"א (זה בורר לו אחד) מהווה פתרון יעיל ומעשי לדילמה זו? האם מצב זה שונה באופן מהותי מהמצב ששרר בעת שנתקנה התקנה, או שמא התפוררותה של המסגרת הקהילתית היהודית, ריבויים של זרמים דתיים במאתיים השנים האחרונות, והפיכת העולם ל'כפר גלובלי', הביאו לשוני מהותי אשר מקצין את ההבדלים בדרכי הפסיקה של בתי הדין, ומחייב חשיבה מחודשת על מתן עדיפות לנתבע לקבוע את מקום הדיון?

לצורך מענה על שאלות אלה, יש לבחון ראשית את גלגוליו של הכלל ההלכתי 'התובע הולך אחר הנתבע', הרציונל העומד בבסיסו והסייגים שנתנו לו.

## א. מקור הכלל 'הדין הולך אחר הנתבע'

נתור אחר מקורותיו של הכלל בגמרא ומפרשיה, תוך עיון בסוגיות העוסקות במקרה של מחלוקת בין התובע לנתבע היכן להתדיין. דיונים אלו נוגעים הן למיקומו הפיזי של בית הדין והן להגדרתו כבית דין גדול לעומת בית דין קטן.

מלשון הגמרא בסנהדרין לא ע"ב נראה דווקא שכוחו של התובע גדול מכוחו של הנתבע, והוא יכול לדרוש הן את קיום הדיון במקומו והן את קיומו בפני בית דין גדול יותר:

---

5 לעיתים הבחירה של צד בבית הדין הפוסק על פי מדיניות הלכתית מסוימת, נעשית מתוך שיקול כלכלי יבש, המתבסס על השאלה האם על פי מנהג המדינה תושג התוצאה המקווה אם לאו.

כי אתא רב דימי אמר רבי יוחנן: התוקף את חבירו בדין, אחד אומר נדון כאן, ואחד אומר נלך למקום הוועד - כופין אותו וילך למקום הוועד. אמר לפניו רבי אלעזר: רבי, מי שנושה בחבירו מנה יוציא מנה על מנה? אלא כופין אותו ודן בעירו... אמר אמימר: הילכתא כופין אותו וילך למקום הוועד. אמר ליה רב אשי לאמימר: והא אמר רבי אלעזר כופין אותו ודן בעירו? הני מילי היכא דקאמר ליה ליה למלוה, אבל מלוה 'עבד ליה לאיש מלוה' (משלי כ"ב, ז).

רבי יוחנן קבע שבמקרה של מחלוקת בין הצדדים בנוגע למקום הדין, יכול כל אחד מבעלי הדין לכופף את חברו ללכת למקום בית הוועד של תלמידי חכמים, כלומר לבית דין גדול יותר. על כך הקשה רבי אלעזר בן פדת, תלמיד חבר של ר' יוחנן, וטען כי אין מקום לחייב את המלווה להוציא הוצאות נוספות על מנת לגבות את סכום ההלוואה, ולכן הוא יכול לכפות על הלווה להגיע להתדיין בעירו. בהמשך הגמרא מכריע אמימר שניתן לכפות על אחד הצדדים ללכת למקום הוועד, אולם רב אשי מבהיר (על פי דברי רבי אלעזר) שזכות הכפייה שמורה למלווה בלבד, שכן לא ניתן לכפות על המלווה להוציא הוצאות נוספות ולהגיע לבית הוועד, בעוד שהלווה משועבד למלווה לעניין החזרת חובו.

מפשטות לשון הגמרא משמע שדווקא במקרה של מלווה ולווה הגמרא מעניקה לתובע את הזכות לקבוע את מקום הדין, על פי קרבה גיאוגרפית או בהתאם לרמתו של בית הדין, אולם הראשונים נחלקו אם גמרא זו מתייחסת רק למישור היחסים שבין לווה למלווה או שמא היא חלה גם על כלל התביעות הממוניות. השולחן ערוך הרחיב את הדין לכלל התביעות.<sup>6</sup>

הגמרא בסנהדרין כג ע"א ביררה לאור דברי רבי אלעזר הנזכרים לעיל האם ישנם מצבים בהם בכל זאת הנתבע יהיה זה שקובע את מקום הדין:

משנה: דיני ממונות בשלשה

זה בורר לו אחד, וזה בורר לו אחד, ושניהן בוררין להן עוד אחד, דברי רבי מאיר. וחכמים אומרים: שני דיינין בוררין להן עוד אחד...

גמרא: מאי זה בורר לו אחד וזה בורר לו אחד, בתלתא סגי?

הכי קאמר: כשזה בורר לו בית דין אחד וזה בורר לו בית דין אחד, שניהן בוררין להן עוד אחד.

6 שולחן ערוך, חושן משפט, ס' יד סע' א.

ואפילו לזה מצי מעכב? והאמר רבי אלעזר: לא שנו אלא מלוה אבל לזה כופין אותו ודן בעירו!?

כדאמר רבי יוחנן: בערכאות שבסוריא שנו, הכא נמי - בערכאות שבסוריא שנו, אבל מומחין לא.

רב פפא אמר: אפילו תימא מומחין, כגון בי דינא דרב הונא ודרב חסדא דקאמר ליה מי קא מטרחנא לך...

הגמרא מבררת באיזה מקרה ניתן להגיע למצב של 'זה בורר לו אחד', כאשר לפי דברי רבי אלעזר ופירוש הגמרא על דבריו המלווה יכול לכפות על הלווה להתדיין בבית הדין שבעירו או בבית דין גדול. התשובה הראשונה מובאת על פי תירוצו של רבי יוחנן (בהמשך הסוגיה) לעניין פסילת העדים, ולפיה זכות זו שמורה למקרים בהם המלווה רוצה להתדיין בערכאות שבסוריה, כלומר בבתי דין של הדיוטות (רש"י: "שלא היו בקיאיין בדין תורה"). במקרה שכזה רשאי גם הנתבע לסרב להתדיין בפני בית דין זה, שאינו מומחה ואינו ראוי, ולהציע בית דין משלו. רב פפא מוסיף שגם במצב של שני בתי דין מומחים הנמצאים בקרבת מקום, כגון בית דינו של רב הונא ובית דינו של רב חסדא,<sup>7</sup> יכול הנתבע לסרב להתדיין בבית הדין שבחר התובע. טענתו של הנתבע במקרה כזה היא שאינו מטריח את התובע ללכת לעיר רחוקה וששני בתי הדין שווים בגדולת חכמיהם, ולכן זכותו לסרב להתדיין בבית הדין שבחר התובע, מטעמי הוא.

כלומר, גם מקור זה שומר על יתרונו של התובע לעומת הנתבע, ומאפשר לנתבע להתנגד לכפיית התובע לדון בבית הדין שבחר רק אם שני בתי הדין סמוכים ושווים זה לזה.

עד כמה החריגה הגמרא את כוחו של התובע לכופף את הנתבע? האם הנתבע רשאי לסרב ללכת לבית הדין שבחר התובע רק אם בתי הדין שווים ברמתם, או שמא רק כאשר הוא מבקש ללכת לבית דין גדול יותר? ואולי הוא יכול לסרב לרצונו של התובע גם במקרה שבית הדין שבחר התובע גדול מבית הדין שבו הוא מעוניין, אך גם בית הדין שלו נחשב מומחה? בעניין זה נחלקו הראשונים: מצד אחד ניצבים הטור, הרשב"א, הריב"ש ועוד, הסוברים כי הנתבע יכול לסרב להתדיין בבית הדין של התובע רק כאשר הוא

---

7 על פי רש"י היו בתי דין אלו סמוכים זה לזה: 'דתרוויהו [= ששניהם] בחד מקום', ועל פי התוספות בריחוק מקום: 'שהיו סמוכים זה לזה חוץ לג' פרסאות'. התוספות חולקים על פירושו של רש"י היות והגמרא במסכת עירובין סב ע"ב מספרת שרב חסדא לא היה מורה לפני רב הונא אפילו בענייני הלכות פשוטות של איסור והיתר, וקל וחומר שלא היה מקיים דין בפניו. ברם יש להבהיר כי רב חסדא אמנם לא הורה הלכה בפני רב הונא, אך נחשב כתלמיד חבר שלו (תוס' יבמות פג ע"ב ד"ה אמרי), ושניהם יחד מכונים 'סבי דסורא' (סנהדרין יז ע"ב) ו'חסידי דבבל' (תענית כג ע"ב).

מעוניין ללכת לבית דין גדול יותר.<sup>8</sup> כנגדם ניצבים הסמ"ג, המרדכי ואחרים, שהעצימו את כוחו של הנתבע וסברו שבכוחו לתבוע דיון גם בבית דין קטן יותר, כל עוד הוא מומחה ונמצא בסמוך לבית הדין שבחר התובע.<sup>9</sup>

הרב שמואל די מודינא, המהרשד"ם, הבהיר על רקע מחלוקת זו, כי זכותו של הנתבע לומר 'קים לי' כדעת הסמ"ג וסיעתו וכדעת התוספות ולדרוש את קיום הדיון גם בבית דין קטן יותר כל עוד הוא סמוך ג' פרסאות לבית הדין שבחר התובע.<sup>10</sup> כנראה על פי דבריו אלה של המהרשד"ם קבע הרב יוסף קולון, המהרי"ק, ובעקבותיו הרב משה איסרליש, הרמ"א, את ההלכה: "התובע צריך לילך אחר הנתבע אם הוא בעיר אחרת, אע"פ שבעיר התובע הבית דין יותר גדול".<sup>11</sup> מלשון הרמ"א משמע שהוא מתכוון רק למצב שבו בעלי הדין גרים בערים שונות, אך רבים ממפרשי השולחן ערוך קבעו שלנתבע זכות לקבוע את זהות בית הדין גם כאשר שני בעלי הדין גרים במקום אחד.<sup>12</sup> מדוע הרחיב הרמ"א את הדין, ולא צמצם את זכותו של הנתבע לדרוש להתדיין בבית דין כרצונו רק במקום הסמוך גיאוגרפית לבית דינו של התובע, כפי שמשמע מהגמרא? ומדוע קבע שהתובע חייב ללכת אחר הנתבע? הרי הגמרא איננה מחייבת זאת, אלא רק פוטרת את הנתבע מללכת אחר התובע ומאפשרת לו להפנות את הסכסוך להליך של 'זה בורר לו אחד', בו כל אחד מבעלי הדין בוחר דיין כרצונו והדיינים בוחרים דיין שלישי (כדברי חכמים). קביעתו זו של הרמ"א, המעניקה כוח יתר לנתבע, גם עומדת לכאורה בסתירה לקביעתו במקום אחר, בו קיבל את דעת רבנו אשר, הרא"ש,<sup>13</sup> והעניק כוח יתר לתובע במצב בו שני הדיינים שנבחרו על ידי הצדדים אינם מצליחים להגיע להסכמה לגבי הדיין השלישי, ואזי "זקני העיר ומנהיגיה הם שיתנו להם שלישי. ואם אין זקנים ומנהיגים בעיר, ילך התובע בפני שלשה ויכופו הנתבע לדון לפניהם".<sup>14</sup> מכל האמור עד כה עולה שהגמרא נטתה להעניק לתובע זכות יתר בהכרעה היכן לקיים את הדיון, וכי בדברי מפרשיה ניתן למצוא העדפה לקיום הדיון במקום הסמוך

8 על פי שיטתם של אלה, נשאלת השאלה מי יכול להכריע איזה בית דין גדול מחברו.  
 9 סיכום השיטות השונות בעניין זה בפסק דין של בית הדין הרבני האזורי רחובות, אב"ד הרב נחום גורטלר, תיק מספר 1-35-4711, בתוך: פסקי דין רבניים - מאגר מקוון, פרויקט השו"ת, פס"ד קב. סיכום נוסף: הלכה ברורה, סנהדרין כג ע"א.  
 10 הרב שמואל די מודינא, שו"ת מהרשד"ם, חושן משפט, סי' ב וסי' ז.  
 11 רמ"א, שולחן ערוך, חושן משפט, סי' יד סעי' א, בשם הרב קולון בשו"ת מהרי"ק כלל א.  
 12 הרב יעקב לורברבוים, נתיבות המשפט, ביאורים, שם, ועוד.  
 13 רא"ש, סנהדרין פרק ג סוף סעיף ב.  
 14 רמ"א, שולחן ערוך, חושן משפט, סי' יג סעי' א.

למגוריו של התובע או בבית דין גדול. קביעת הרמ"א, המעניקה זכות יתר לנתבע אפילו על חשבון גודלו של בית הדין ונותנת לו אף עדיפות גיאוגרפית, לא ברורה.

## **ב. לתובע עדיפות לקבוע שהדיון יהיה בבית דין גדול**

בדברי השולחן ערוך (שהביא את לשון הרמב"ם בהלכות סנהדרין פ"ו הל' ו-ח) מוצאים כי התובע יכול לקחת את הנתבע לבית דין גדול יותר, גם אם זה נמצא מחוץ לעירו:

...אם אמר המלוה נלך לבית דין הגדול, כופין את הלוח ועולה עמו. וכן אם טען זה שהזיקו או גזלו ורצה הטוען לעלות, כופין בית דין שבעירו את הנטען לעלות עמו, וכן כל כיוצא בזה. במה דברים אמורים? כשהיו עדים או ראיה לנגזל או לניזק או למלוה. אבל טענה רקנית אין מחייבין את הנטען לצאת כלל אלא נשבע במקומו ונפטר. וכן הדין בזמן הזה שאין שם בית דין הגדול (וי"א דבית דין חשוב שבכל דור ודור לפי מה שהוא מקרי בית דין הגדול. טור). אבל [במידה ו] יש מקומות (באותה מדינה) שיש בהם חכמים גדולים מומחים רבים ומקומות שיש בהם תלמידים שאינם כמותם, אם אמר המלוה נלך למקום פלוני שבארץ פלוני לפלוני ופלוני הגדול ונדון לפניו כופין את הלוח והולך עמו.  
(שולחן ערוך, חושן משפט, סי' יד סעי' א)

דברים אלה מיוסדים על דברי הגמרא בסנהדרין לא ע"ב שנדונה לעיל, וכן על דיון הגמרא בבבא קמא קיב ע"ב:

אמר רב יהודה אמר שמואל: מקבלין עדים שלא בפני בעל דין.  
אמר מר עוקבא: לדידי מיפרשא לי מיניה דשמואל, כגון דפתחו ליה בדיניה ושלחו ליה ולא אתא. אבל לא פתחו ליה בדיניה ושלחו ליה ולא אתא, מצי אמר ליה: אנא לבית דין הגדול אזילנא.  
אי הכי כי פתחו ליה נמי מצי אמר ליה לבית דין הגדול אזילנא?  
אמר רבינא: כגון דנקט דיסקא מבית דין הגדול.

הגמרא דנה מתי ניתן לקבל עדות שלא בפני בעל הדין, וקבעה שניתן לעשות זאת במקרה בו הדיון נפתח ובעל הדין לא התייצב למרות שהוזמן אליו. אמנם, כל עוד לא נפתח הדיון יכול בעל הדין לומר לבית הדין שאין לו סמכות לדון בעניין, היות ובכוונתו ללכת לבית דין גדול יותר. הגמרא מוסיפה שאף לאחר שנפתח הדיון יכול בעל הדין לטעון זאת, אלא אם כן בית הדין הנמוך קיבל תעודה מבית הדין הגדול המסמיכה אותו לדון בעניין זה.

נחלקו הראשונים מה נקרא "בית הדין הגדול" - האם דווקא בית הדין הגדול שבירושלים או אף בית הדין הגדול שבכל דור, או שמא כל בית דין הגדול יותר מבית הדין המקומי. כאמור לעיל, השולחן ערוך פסק שמדובר בבית דין שבו תלמידי חכמים המוכרים כגדולים ומומחים יותר.

יש שהבינו, על פי פשט דברי הרמב"ם והשולחן ערוך, שסמכות התובע לכוף את הנתבע גם אם רוצה לקחתו מבית דין מומחה לבית דין מומחה יותר ואפילו בעיר אחרת.<sup>15</sup> אולם, יש שדקדקו אחרת בלשונו, ולפי הבנתם זכות הכפייה קיימת רק כאשר בבית הדין הראשון יושבים תלמידים ולא דיינים מומחים. במצב בו שני בתי הדין מומחים, אף שאינם שווים ברמתם, אין התובע יכול לכוף את הנתבע ללכת עמו לבית הדין המומחה יותר.<sup>16</sup>

מאחר שישנה מחלוקת בפירוש דברי השולחן ערוך, הרי שלכאורה יכול הנתבע לטעון 'קים לי' כדעת אלה שאינם סוברים שניתן לכפות עליו התדיינות בבית דין מומחה יותר, והכלל שקבע הרמ"א, לפיו לנתבע זכות בכורה לקבוע את מקום הדיון, נותר על כנו.<sup>17</sup>

### ג. מעמד הכלל 'הדין הולך אחר הנתבע': דין או תקנה?

לאור כל הנאמר עד כה עולה השאלה מה גדרו של כלל זה: האם הוא דין שהתחדש בגמרא, תקנה מאוחרת, או מנהג. להגדרות שונות אלו ישנה השלכה מרחיקת לכת. אם כלל זה הינו דין גמרא הרי שלכאורה יהיה קשה לשנותו עם שינויי הזמן והתקופה, ללא שיחליט על כך בית דין שגדול ממנו בחכמה ובמניין (אלא אם כן ימצא שהוא עומד בגדרים אחרים של 'ביטול תקנות' כדוגמת הגבלת התקנה על ידי הגמרא עצמה בזמן ובמקום, או מידת ההיכרות של הציבור עם טעמה המובהק והיחיד של התקנה - אך נראה שקשה יהיה להכניס תקנה זו בגדרים אלה).<sup>18</sup> אולם, אם הכלל הינו תקנה מאוחרת, או אף מנהג בלבד, הרי שיקל יותר לשקול את תקפותו בהתאם למציאות המתחדשת.<sup>19</sup>

15 הרב משה בן יוסף טיראני, שו"ת המב"ט, חלק א סי' שמג; הרב אברהם הלוי, שו"ת גינת ורדים, חושן משפט, כלל ה סי' יז.

16 הרב דוד בן זמרה, שו"ת הרדב"ז, חלק ג סי' תקעח, ועוד.

17 ראו: הרב גורטלר, לעיל הערה 9.

18 משנה תורה, הלכות ממרים פ"ב ה"ב. ראו הרחבה בעניין גדרי ביטול תקנות בספרו של הרב נריה גוטל, השתנות הטבעיים בהלכה, ירושלים תשנ"ה, פרק כד.

19 ראו דיון בשאלה זו אצל: הרב יצחק צבי אושינסקי, "מקום הדיון בתביעת גירושין", תחומין, לד (תשע"ד), עמ' 287-291; פסקי דין רבניים - מאגר מקוון, פרוייקט השו"ת, פס"ד רכח.



הגאון מווילנא, הגר"א, ביסס את הכלל על דברי הגמרא בבבא קמא מו ע"ב, הדנה בשאלה מהיכן נלמד העיקרון 'המוציא מחברו עליו הראיה':

וחכמים אומרים המוציא מחבירו עליו הראיה.  
אמר רב שמואל בר נחמני: מניין להמוציא מחבירו עליו הראיה? שנאמר "מי בעל דברים יגש אליהם" (שמות כ"ד, יד) - יגש ראה אליהם.  
מתקיף לה רב אשי: הא למה לי קרא? סברא הוא! דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא.

רב אשי סבר שאין צורך למצוא מקור לכלל 'המוציא מחברו עליו הראיה', שכן כלל זה מיוסד על ההיגיון, כשם שמי שיש לו כאב הוא זה שצריך ללכת לבית הרופא. על אותו משקל ביאר הגר"א, כי התובע הוא זה שיש לו בעיה עם הנתבע, ולכן עליו להתאמץ ולהגיע לבית הדין של הנתבע ולא להיפך.<sup>20</sup> מפשט דברי הגר"א עולה שהוא סובר כי זהו דין שנקבע בגמרא.

אולם, ראוי לציין ביחס לסברתו זו של הגר"א את תמיהתו של הרב חיים אלעזר שפירא, ששאל מדוע העדיף הגר"א להישען על היקש מהכלל 'המוציא מחברו עליו הראיה' ולא על גמרות מפורשות המעניקות יתרון לתובע.<sup>21</sup> הסתייגות זו הובילה את הרב שפירא להסיק שמדובר בתקנה מאוחרת, ולדעתו "גם הגר"א בעל כורחו יודה בזה, ולא כתבו רק בדרך סמך". הרב חיים בנבנישתי הבהיר אף הוא שמדובר בתקנה מאוחרת יותר או במנהג שהתפשט,<sup>22</sup> ומנה מספר טעמים לתקנה זו בנוסף לטעם שציין הגר"א: טעם אחד נוגע לסיכויי מימוש פסק הדין. לדבריו, סביר שהנתבע יאות יותר לציית לבית הדין שבחר מאשר לבית דין אחר. הטעם השני הוא כלל הכרעה, המהווה למעשה קביעה שרירותית שמטרתה למנוע מריבה בין בעלי הדין מי הוא בית הדין הגדול יותר מחברו (יש להעיר שנימוק זה ככל הנראה אינו עומד בפני עצמו אלא רק מצטרף לנימוקים האחרים, שכן מדוע לקבוע שרירותית שהדין ילך אחר הנתבע ולא אחר התובע?). הטעם השלישי נועד להגן על הנתבע מפני סחטנותם של רמאים: "יבוא איש רמאי ויתן עינו באיש עשיר שבעיר אחרת, ויאמר שיש לו תביעה עמו שיבוא להתדיין עמו בעירו [= של התובע], והעשיר ההוא, שלא לכתת את רגליו לטלטל את עצמו, יתפשר עמו".

20 הרב אליהו מווילנא, הגר"א, ביאור הגר"א, חושן משפט, סי' יד ס"ק יח.

21 הרב חיים אלעזר שפירא, שו"ת מנחת אלעזר, חלק ב סי' ב: "לפי"ד הגר"א שהביא חילו מש"ס ב"ק מ"ו. מה זה ראייה? הלא שם לא מיירי רק מענין המוציא מחבירו עליו הראיה, אבל לענין מקום הבית דין שפיר יש ללמוד יותר מש"ס סנהדרין פרק זה בורר הנ"ל, דשם מיירי בענין זה דמקום הבית דין, ונראה שם דלתובע שומעין יותר בענין זה".

22 הרב חיים בנבנישתי, כנסת הגדולה, חושן משפט, סי' יד אות כא.

מעניין לציין שגם שיטות משפט אחרות מגדירות את מקומו של הנתבע כאפשרות עדיפה למקום התביעה, ומכאן שהן חוברות לקביעתם של הגר"א והרב בנכנישתי שהכרעה זו לטובת הנתבע מותאמת להיגיון האנושי הישר. עם זאת, במרבית השיטות ישנן גם חלופות נוספות למקום התביעה. כך לדוגמה קובע הדין האזרחי הישראלי שהדיון יתקיים במקום מגוריו או עסקו של הנתבע, אך יחד עם זאת מאפשר הגשת התביעה גם במקום יצירת ההתחייבות, המקום שנועד לקיום ההתחייבות, מקום מסירת הנכס נשוא הדיון, או מקום המעשה או המחדל שבשלו תובעים. מקומות אלה לעיתים קרובים יותר למקום מגוריו של התובע, ובכל אופן מאפשרים לו גמישות יתרה בבחירה היכן תוגש התביעה.<sup>23</sup>

לעניין זה יש לציין את דברי הרב שמואל דימודינא, המהרשד"ם, הסובר אף הוא שאם שני צדדים עשו עסק במקום מסוים, ולאחר מכן התגלע ביניהם סכסוך, רשאי התובע לתבוע במקום עריכת העסק:

שלא אמרי שילך התובע אחר הנתבע אלא כשנעשה המשא ומתן שביניהם זה במקומו וזה במקומו, אבל כאשר היו שניהם במקום אחד, ואחר כך הרחיק הנתבע נדוד... פשיטא שלא נתכוון המלוה אלא שלא יצטרך ללכת אחריו לבקשו.  
(שו"ת מהרשד"ם, חושן משפט, סי' קג)

יצוין כי תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בישראל תשנ"ג הולכים גם הם בעקבות אפשרות זו, ומחריגים את הכלל 'התובע הולך אחר הנתבע', בקבעם בסעיף י"ב לתקנות כי: "נעשתה עיסקה במקום מגוריהם של שני הצדדים, ואחר-כך עזב אחד מהם את המקום - הברירה בידי התובע להגיש תביעה בעניין העיסקה במקומו של הנתבע או במקום העיסקה, אם היא עדיין מתקיימת". אולם, יש להדגיש שתקנות אלה אינן מחייבות את בתי הדין הפרטיים הדנים בענייני ממונות.

לאחר שדנו מעט בהיגיון של הכלל האמור, נשוב לשאלת תוקפו החוקתי. בדברי האחרונים אנו מוצאים התבטאויות המקנות לתקנה או מנהג זה תוקף חזק, כפי שניתן לדוגמה למצוא בדברי הרב חיים אלעזר שפירא כי מנהג זה "פשט בכל תפוצות ישראל בלי שום חולק ופקפוק מעולם".<sup>24</sup> לעומתו כתב הרב יהודה חיים מסלתון, כי מאחר ומדובר במנהג בלבד, הרי מנהג זה לא עדיף מדין הגמרא שכאמור נתנה עדיפות לתובע במקרים מסוימים:

23 סעיף 3 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשד"מ-1984.

24 הרב חיים אלעזר שפירא, שו"ת מנחת אלעזר, שם.

דהגם שבזמנינו המנהג התובע הולך אחר הנתבע אם הנתבע הוא גדול בעירו במעלה וכו', יכול התובע לומר לא אדון בעירו ובקהלתו שדברי לא יהיו נשמעים, דלא עדיף מנהג שנהגו עכשיו מדינא דגמרא שהמלוה כופה ללוה לדון במקום שהוא רוצה.

(שו"ת וזאת ליהודה, חושן משפט, סי' ט)

בית הדין הגדול לערעורים שדן בכלל זה הבהיר כי אין הוא "יחד שלא תימוט" אלא נתון לשיקול ולבחינה "בהתאם למקום ולנסיבות".<sup>25</sup> אם נקבל את הדעות הסוברות כי כלל זה הינו אך בגדר תקנה מאוחרת או מנהג, שבמקרים מסוימים לא יעמוד כנגד היתרון שמעניקה הגמרא לתובע בקביעת מקום הדיון - הרי שיש לנו לבחון את החריגים אשר כתבו פוסקים לכלל זה, הרלוונטיים לשאלה שהצבנו בראש מאמר זה בנוגע למקרה של פערים ניכרים בין הצדדים בהשקפת עולמם הדתית ובהשתייכותם החברתית.

## ד. החריגים לכלל

### 1. כוחו של בית דין קבוע

בית דין קבוע הינו בית דין שנבחר על ידי הציבור ומנהיגיו, כדברי הרב שלמה בן אדרת, הרשב"א, ופוסקים נוספים.<sup>26</sup> עמדת בתי הדין הרבניים הרשמיים היא כי מעמדם הינו מעמד של בית דין קבוע בעניינים שבסמכותם,<sup>27</sup> ויש להם עדיפות על בתי הדין הפרטיים משום שהם ממונים על ידי הציבור.<sup>28</sup> אולם, מעת שנלקחה מבתי הדין הרבניים הסמכות לדון בדיני ממונות על ידי בג"ץ בפס"ד אמיר,<sup>29</sup> דומה שהשוותה סמכותם לבתי הדין הפרטיים בנושאים אלה, ונותרה על כנה עדיפותם רק בדיני משפחה הנתונים בסמכותם על פי חוק.<sup>30</sup> יתרה מכך: כיוון שבג"ץ שלל את סמכות בתי הדין הרשמיים לדון בענייני

25 בית הדין הגדול לערעורים, תיק 104-35-1, בתוך: פסקי דין רבניים - מאגר מקוון, פרויקט השו"ת, פס"ד מא.

26 הרב שלמה בן אדרת, שו"ת הרשב"א, חלק ב סי' רצ; הרב אברהם ישעיהו קרליץ, חזון איש, סנהדרין, סי' טו.

27 הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג והרב בן ציון מאיר חי עוזיאל, בהקדמה לתקנות הדיון בבתי הדין, הוצאת מועצת הרבנות הראשית לארץ ישראל והוועד הלאומי של כנסת ישראל, ירושלים התש"ג - הובא במאמרו של עמיחי רדזינר, להלן הערה 30, עמ' 279; הרב אברהם שפירא, בפסק דין בערעור תשמ"ח/384. על מעמדו של בית הדין הקבוע ראו בהרחבה אצל: אליאב שוחטמן, סדר הדין בבית הדין הרבני, חלק א, ירושלים תשע"ה, עמ' 384-389.

28 בית דין הגדול לערעורים, לעיל הערה 25.

29 בג"ץ 8638/03, סימה אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (2006), פ"ד סא (1), 259.

30 עמיחי רדזינר, "בית הדין הרבני בין בג"ץ לבד"ץ: השפעת בג"ץ על מעמדו ההלכתי של בית הדין הרשמי", משפט וממשל, יג (תשע"א), עמ' 271-355.

ממונות, הרי שגם אם ידונו בעניינים אלה לא ניתן יהיה לאכוף אותם בהוצאה לפועל, ומכאן שייטכן שסמכותכם אף פחותה מבתי הדין הפרטיים, שאת פסק דינם ניתן לאשר בבית משפט מחוזי ולאכוף בהוצאה לפועל.<sup>31</sup> יצוין, שיש הסוברים שבית דין קבוע אינו רק בית דין הממונה מטעם המלכות, וגם בתי דין קהילתיים יכולים לקבל מעמד של בית דין קבוע אם הם מקובלים על רוב מניין ובניין של תלמידי החכמים ועל יושבי העיר בה הם ממוקמים, ואם נודע שם של הדיינים כמומחים.<sup>32</sup> משכך, יש לבחון האם ישנה עדיפות לבתי דין מסוימים מקרב בתי הדין הפרטיים לממונות, על פי קריטריונים אחרים אשר ידרגו אותם כמעין בתי דין קבועים.

## 2. קיומה של שורת הדין

כאמור לעיל, ישנם בתי דין בהם נהוגים סדרי דין, נרשם פרוטוקול וניתנת זכות ערעור - מרכיבים המבטיחים את שקיפות והגינות הדיון. האם ניתן לקבוע כי בתי דין אלה עדיפים על אחרים, ולתת לתובע עדיפות לתבוע דווקא בהם? בית הדין הגדול לערעורים דן בערעור על החלטת ביה"ד האזורי באשדוד שקבעה, מכוח דין "התובע הולך אחר הנתבע", שהדיון כתביעה הממונית שהגיש המערער נדרש להתקיים במקום אליו הפנה הנתבע - ביה"ד של 'קהל מחזיקי הדת' השייך לחסידות בעלז.<sup>33</sup>

בפסיקתו התייחס בית הדין לדברי הרב ישראל איסרליין, בעל תרומת הדשן, הדין בעניין נתבע שהיה לו פקדון בעיר התובע, ועל פי הכלל שהדין הולך אחר הנתבע, הרי שהתובע אינו יכול לכאורה לעכב ולעקל שם את פקדונו, אלא צריך ללכת אחר הנתבע לבית הדין שיבחר.<sup>34</sup> אולם, בדברי תרומת הדשן ישנו סייג, לפיו אם יתברר לדיינים שכתוצאה מכך התובע לא יוכל לאחר מכן לקבל את כספו מהנתבע שיתחמק ממנו, הרי שהם רשאים לאפשר לתובע לעכב את הפיקדון בעירו ולדון בעירו של התובע. על בסיס דבריו אלה של תרומת הדשן הסיקו הדיינים כי:

קיומה של שורת הדין היא תנאי מוקדם לזכותו של הנתבע לקבוע את מקום הדיון. ובלשון אחרת: זכות זו אינה יכולה שתבוא על חשבון זכויותיו ההלכתיות

31 אמנם בתי הדין קבעו כבר כי שלילת סמכותם בכג"ץ אינה פוגעת בסמכותם התורנית לדון בענייני ממון, והם ממשיכים בפועל לעשות כן, גם אם במינון נמוך יותר, אך לא ניתן לאכוף את פסק הדין - ראו: בית דין ירושלים לדיני ממונות ולבירור יוחסין, חלק יא, עמ' קל-קל"ב.

32 הרב צבי יהודה בן יעקב, משפטיך ליעקב, חלק ה ס' ל, עמ' שעז.

33 בית דין הגדול לערעורים, לעיל הערה 25.

34 הרב ישראל איסרליין, שו"ת תרומת הדשן, ס' שה.

של התובע, וחשש מוחשי לפגיעה שכזו מהווה עילה ברורה לשלילת זכות זו של הנתבע.

בית הדין אף לקח קביעה זו צעד נוסף קדימה, והגדיר במפורט מהי שורת הדין, אשר בהעדרה ייחשב הדין בבית הדין של הנתבע כפוגע בזכויות התובע:

א. האם הרכב הדיינים כולל לפחות דין אחד העונה להגדרה של ‘גמיר’ (כלומר שלמד באופן מסודר את השולחן ערוך והפוסקים, נבחן, וקיבל סמיכת ‘דין ידן’ [על פי סנהדרין ה ע”א]).

ב. הימצאותו של סופר דיינים המעלה על הכתב את טענות הצדדים, כנפסק בשולחן ערוך סי’ יג סע’ ג, ורישום פרוטוקול מסודר ומדויק. לעניין זה חשיבות כפולה: הן כדי שהצדדים לא יוכלו לחזור בהם או לשנות את טענותיהם, והן מכיוון שזהו תנאי חיוני במידה ותידרש אכיפת הפסק על ידי גורמי חוץ.

ג. מתן נימוקים בכתב לפסק הדין, הן כדי לאפשר ערעור בפני בית דין גדול ממנו והן על מנת לאפשר את אכיפת הפסק, כאמור לעיל. זאת כדברי הרב שמואל דימודינא, שקבע שהתובע רשאי להתנות את הליכתו אחר הנתבע בכך שהדין ייתן פסק דין מנומק:

וכל שכן אם מעיקרא יתחייב לזה הנתבע ויאמר איני רוצה לדון בפני זה אלא בפני זה, ואם אתה ירא שמא יעביר עליך את הדרך, יהא על זה התנאי שיתן לך פסק הוראתו ותראהו למי שתרצה, שאז לית דין ולית דין שיכוף התובע לנתבע.

(שו”ת מהרשד”ם, חושן משפט, סי’ ז)

בית הדין הבהיר בהקשר זה כי בחוק הבוררות תשכ”ח-1968, שמכווח ניתן לאכוף את פסק הדין, קיימים מספר תנאי סף לקיום סדרי דין נאותים, שבהעדרם לא יאשר בית המשפט את פסק הבוררים, וקבע שאין לחייב את התובע להתדיין במקום בו לא יוכל לאכוף את פסק הדין בהעדר תנאי סף אלה. בהקשר לכך ניתן אף לסבור שעמידת בית הדין בתנאי חוק הבוררות תגדיר אותו כבית דין קבוע, בשל פעילותו במסגרת החוק הנחקק על ידי נציגי הציבור ונבחריו.

ד. מתן זכות לצדדים לערער על פסק הדין, כנהוג בסדרי הדין הכלליים, לצורך שלילת מתן “כח בלתי מוגבל לדיינים הפוטר אותם מכל ביקורת ומכל אחריות למעשיהם”.

ה. עלויות הליך הבוררות - לא מסתבר שהנתבע יוכל לכוף את התובע להוציא הוצאות בלתי סבירות על הליך בוררות שבו האגרות בלתי סבירות ותלויות באורך הדיונים, לעומת בורריות בהן יש אגרה קבועה וסבירה מראש.

בעניין מתן עדיפות לבתי דין אשר עומדים בסדרי דין ומיישמים באופן מובהק יותר את הוראות חוק הבוררות, עובדה המגבירה את סיכויי אכיפת פסק הדין, יש לציין גם את פסיקתו של הרב משה פיינשטיין שעסק במקרה בו סירבה אישה לקבל גט מבית דין רבני משום שביקשה לסדר קודם לכן את זכויותיה הממוניות בבית הדין של המדינה, בעל סמכות האכיפה. הוא קבע שבמקרה שלבית דין אחד סמכות אכיפה יותר מלבית דין אחר, לתובעת זכות ללכת דווקא אליו: "מאחר שהוא ענין תביעת ממון ורק ממון המחויב לה, שבזה ודאי יש לה רשות לתבוע שילך עמה לבית דין דתוכל לגבות ע"י הממשלה, וגם שאם לא יהיה ממה לשלם יתנו לה מכסף המדינה".<sup>35</sup>

מכאן עולה, שלבית דין העומד בהוראות חוק הבוררות ושישנו סיכוי רב יותר שהכרעתו תאושר על ידי בית המשפט המחוזי (המאשר או מבטל פסקי בוררות), תהיה עדיפות על פני בית דין שאינו עומד בכללים אלה.

בעניין הרצון שלא לפגוע בשורת הדין של התובע, יש לציין שגם במקרה בו עיכוב הדין בשל המחלוקת בין הצדדים בנוגע לזהות בית הדין עלולה לגרום לנזק לתובע, התיירו פוסקים לחרוג מהכלל שהדין הולך אחר הנתבע.

כך לדוגמה דן הרב אריה לייב איש הורוויץ במקרה של ביטול שידוכין על ידי צד הכלה בטענת 'מאיס עלי', בו נחשב החתן המעוניין לקיים את השידוכין לנתבע, וקבע שאין לחייב את אבי הכלה להגיע לבית דינו של החתן במקרה שהדבר עלול לעכב את הכלה מלהשתדך לאיש אחר.<sup>36</sup>

גם כאשר נראה שהנתבע משתמש בזכותו לקבוע את בית הדין כדי לענות את התובע קובעים פוסקים שאין לאפשר לו זאת, וכדברי הרב איסרליין:

מה שכתבת שיש שמבקשין הרבה פעמים דחיותא לענוי הדין, כאשר הם נתבעין עבור דבר מועט משיבין לאמר נטעון למרחקים עבור זה, ונמצא שהיה מוציא מאתים על מנה. אומר, דמילתא דפשיטא דאין להניח להם לדחות ולענות הדין ע"י טענות הללו, וכל כהאי גוונא אין לדיין אלא מה שעניו ראות...

(שו"ת תרומת הדשן, סי' פז)

כך גם קבע הרב יחיאל מיכל אפשטיין, שזכותו של הנתבע לקבוע את זהות בית הדין היא רק אם אינו עושה זאת למטרת דחיית הדיון: "אם אין זה דרך דיחוי לפי הבנת הבית דין, צריך לילך עמו לבית דין אחר".<sup>37</sup> בשל כך גם הגבילו פוסקים את זכותו של הנתבע

35 הרב משה פיינשטיין, שו"ת אגרות משה, חושן משפט, חלק ב סי' ט.

36 הרב אריה הלוי איש הורוויץ, שו"ת הרי בשמים, חלק ב סי' צ.

37 הרב יחיאל מיכל אפשטיין, ערוך השולחן, חושן משפט סי' כו סעי' ה.

לקחת את התובע לבית דין שאינו בעירו.<sup>38</sup> עוד נקבע כי כאשר מספר שותפים נתבעים בעניין מסוים, אין להפריד את התביעה למספר תביעות על ידי שכל אחד מהשותפים יבחר בית דין אחר, שכן גם בכך יהיה עינוי הדין.<sup>39</sup>

### 3. בית דין המברר יותר את הדין

לעניין ההכרעה בנושא מקום הדיון הראוי יש לבחון גם את פסקי הדין שניתנו בבית הדין הספציפי, את מידת הפירוט והדיון ההלכתי, ואת ההזדמנות שניתנה לצדדים להביע את עמדתם. בפסק דין שדן בנושא זה בבית הדין לערעורים נקבע כי “בבואנו לקבוע את מקום הדיון, יש לשקול היכן יתקיים ‘דיון שלם, מקיף ומבורר יותר’, ולמקום זה יש עדיפות כמו ביה”ד הגדול שהיה בירושלים בזמן חז”ל.”<sup>40</sup>

מלאכת איתור בתי הדין שבהם נערכים דיונים ‘שלמים, מקיפים ומבוררים יותר’ נעשתה קלה יותר בזכות אתרי אינטרנט בהם מפרסמים בתי דין פסקים מנומקים, ומהם ניתן לאתר גם את אופן סדרי הדין ומתן ההזדמנות הניתנת לצדדים להשמיע את עמדותיהם. דוגמה לדבר הם האתרים של רשת בתי הדין ‘ארץ חמדה גזית’, אתר ‘דין תורה’ המרכז פסקי דין מבתי דין מגוונים, ואתר ‘דעת’ המעלה גם הוא שלל פסקי דין מבתי דין בעלי מדיניות הלכתית שונה.

### 4. בעל דין אלם, וחשש להטיית בית הדין בשל השייכות החברתית

הרמ”א פסק כי במקום שיש חשש לבעל דין אלם אין דנים בעירו: “עשיר מוחזק ואלם בעירו מוציאין אותו לדין בעיר אחרת אף על פי שהבית דין שבעירו יותר גדול.”<sup>41</sup> הרב יעקב מליסא כתב בשם הכנסת הגדולה שדין זה כולל לא רק נתבע “אלים ועשיר דהיינו שהוא תקיף ובעל עוצמה”, אלא גם נתבע שהינו “גדול בחכמה ומעלה או שרוב בני העיר סרים למשמעתו.”<sup>42</sup> הרב חיים בנבנישתי כתב:

---

38 בית דין ירושלים לדיני ממונות ובירור יוחסין, תיק ממונות 1828-עב, אוחזר מתוך דעת - <http://www.daat.ac.il/daat/v1/pdrjerd1/pdrjerd1387.pdf> (נצפה בתאריך כ”ה תמוז תשע”ה, 12.7.2015); תיק ממונות 1130-סח, פסקי דין ירושלים, חלק יא, עמ’ ט-יג.  
39 הרב מנחם מנדל שפרן, דברי משפט, חלק ו, עמ’ רפד-רפה.  
40 הובא בפסק בית הדין הגדול לערעורים, לעיל הערה 25.  
41 רמ”א, שולחן ערוך, חושן משפט, סי’ יד סעי’ א.  
42 הרב יעקב מליסא, נתיבות המשפט, סי’ יד חידושים ס”ק י.

ונראה פשוט דאפילו בזמננו זה שהמנהג הוא שהתובע הולך אחר הנתבע, אם הנתבע הוא גדול שבקהלו בחכמה ובמעלה, יכול התובע לומר: לא אדון בקהלו, שדברי לא יהיו נשמעים... ולא מבעיא למה שכתב מהר"י בן לב... שמה שנהגו לילך שהתובע הולך אחר הנתבע הטעם הוא מפני שהיחיד ההוא מוכרח ונכנע לפני בית דין של קהילתו מה שלא יכנע אם יגזרו עליו זולתם, עד כאן. שיכול התובע לומר אף על פי שתקנה זו לתועלת, אי אפשרי בתקנה זו, שתקנת קלקלתי.<sup>43</sup>

כלומר, במקרה בו הנתבע נחשב גדול בקהלו ובית הדין המקומי חושש ממנו, עלולה להיות פגיעה בתובע, ומתבטל הרציונל שבהפניית הסכסוך דווקא לבית הדין שבעיר הנתבע, על מנת שיקבל את מרותו.

כך גם קבע הרב משה פיינשטיין, כי ההלכה אינה עוסקת רק באלימות פיסית אלא שגם חשש שבית הדין יעדיף את הנתבע מסיבות חברתיות וקהילתיות נכנס לגדר זה:

וגם מה שאומרת עוד שאצל כבוד תורתו הרמה וכל רבני העיר שמחשיבין אותו מאד מסתמין טענותיה, הוא גם כן טענה גדולה, דשייך להחשיבו כאלם בעירו שמוציאין אותו לדון בעיר אחרת.<sup>44</sup>

כלומר, ייתכן שהשתייכות בעל הדין לקהילה של הרכב בית הדין שהתיק אמור לידון בפניו תחשב לגורם העשוי להפר את האיזון הראוי בין הצדדים במהלך הדיון והפסיקה, ותצדיק חריגה מהכלל "הדין הולך אחר הנתבע".

## 5. נטרול הנימוקים הנוגעים למקום הגיאוגרפי של הנתבע

כאמור, על פי הגר"א הרציונל העומד ביסוד הכלל שהדין הולך אחר הנתבע הוא הסברה שמי שיש לו בעיה הוא זה שצריך לטרוח, וגם הרב בנבנישתי ביאר שמטרת הכלל היא למנוע מצב שבו אנשים יטרידו עשירים בתביעות שווא. ייתכן שסברה זו וחשש זה נגעו יותר לימי קדם, בהם אכן היה קושי רב להגיע ממקום למקום, אולם בימינו, כאשר אמצעי התחבורה מפותחים ביותר, יש מקום לטעון שנחלש תוקפם של נימוקים אלה ומתחזק תוקפו של הדין היסודי בגמרא שדווקא לתובע זכות יתר לקבוע את מקום

43 הרב חיים בנבנישתי, *כנסת הגדולה*, חושן משפט, סי' יד הגהות הטור אותיות ג-ד.

44 הרב פיינשטיין, לעיל הערה 35.



הדין. זאת במיוחד לאור האפשרות שנבחנה לאחרונה, הן במערכת המדינתית והן בבתי הדין הפרטיים, לקיים בית דין וירטואלי אשר לא תלוי כלל במקום הצדדים.<sup>45</sup>

## 6. בעיית האכיפה

מכל הנאמר עד כה עולה שבמקרים מסוימים יהיה מוצדק לפטור את התובע מחובתו ללכת לבית דינו של הנתבע, ובמיוחד במקרה של פערים גדולים ברקע הסוציולוגי של בעלי הדין, ובמקום בו בית הדין של התובע נוקט באמצעים להבטחת הוגנות הדין בעוד בית הדין של הנתבע אינו נוהג כן.

אך גם אם נקבע שהנתבע הוא זה שחייב להגיע למקום התובע במקרים אלה, הרי שאין כיום סמכות לבית דין לכפות זאת, בשל העדר אמצעי אכיפה ובגין כללי חוק הבוררות המחייבים הסכמה מלאה של הצדדים להליך. לכן יש לבחון מה הפתרון האפשרי במקרה שישנה מחלוקת בין הצדדים על מקום הדין, כאשר הנתבע מבקש לדון בבית הדין על פי הכלל הפשוט והתובע אינו רואה עצמו מחויב לכך בגין אחד הסייגים שפורטו לעיל.

## 7. זבל"א

האם במקרה זה הפתרון עבור הצדדים הוא לפנות למסלול של זבל"א ("זה בורר לו אחד וזה בורר לו אחד"), שבו בוחר כל אחד מבעלי הדין דיין כרצונו ושני הדיינים בוחרים דיין שלישי בהסכמה?

דומה שבימינו אפשרות זו אינה מהווה פתרון למחלוקת בין הצדדים על מקום הדין, שכן כבר עמדו גדולי הפוסקים על כך שהליך זה התדרדר במהלך השנים והוא מהווה מקור לשחיתות ולעיוות הדין. כך לדוגמא הבהיר הרב שמואל וואזנר במילים חריפות:

ובעוונותינו הרבים הרבה מאד מעניני זבל"א ובוררים שנעשו היום הם היפך דעת תורה והיפך יסוד כוונת חז"ל בתקנת זבל"א... ובעוונותינו הרבים מאז ירד הדור עוד פלאים והרבה מאד מדיוני הזבל"א מיוסדים על דברי שוא ושקר, ומהפכים דברי אלקים חיים ע"י נגיעות ובצע כסף.

(שו"ת שבט הלוי, חלק ח, סי' ש)

---

45 ראו: הרב איתן זן בר, "בית דין וירטואלי", תחומין, לד (תשע"ד), עמ' 292-305. וראו גם התייחסות לטיעון זה בפסקי דין שנתנו בבתי משפט ישראלים: אורי גורן, סדר דין אזרחי, תל אביב תשע"ג, עמ' 79.

## ה. כתב סירוב - היתר לדון בערכאות

בשל העדר סמכות אכיפה לבית הדין לכפות על הנתבע להגיע לבית הדין של התובע, ושלילת הפתרון של זבל"א כפתרון יעיל והוגן, הרי שיש לשקול את האפשרות לאפשר לתובע לפנות לערכאות במקרה שהנתבע מסרב להגיע לבית הדין בו הוגשה התביעה. בתי הדין מוציאים כתבי סירוב לבעלי דין המסרבים להגיע לבית הדין ללא נימוק, ומאפשרים בכך לצד שכנגד לפנות לערכאות אזרחיות. זאת על פי פסק השולחן ערוך:

היתה יד עכו"ם תקיפה, ובעל דינו אלם ואינו יכול להציל ממנו בדייני ישראל, יתבענו לדייני ישראל תחלה. אם לא רצה לבא נוטל רשות מב"ד ומציל בדיני עכו"ם מיד בעל דינו.

(שולחן ערוך, חושן משפט, סי' כו סעי' ב)

פוסקים הרחיבו הגדרה זו גם למקרה בו הנתבע מסכים עקרונית להתדיין בפני בית דין, אך חורג מהאפשרות שנתנו לו חכמים להביא את התובע לבית הדין שבעירו ומבקש להתדיין בבית דין אחר שאינו במקום מגוריו, בעוד התובע אינו מסכים לכך. גם כסיטואציה זו רשאי התובע לבקש מבית הדין היתר להגיש את התביעה בפני ערכאות אזרחיות של המדינה.<sup>46</sup> עם זאת, יש שחלקו על כך וסברו שרק במקרה בו הצד שכנגד מסרב לגמרי להגיע לדין תורה ניתן לתת היתר ערכאות. כך לדוגמה פסק הרב משה שטרנבוך לגבי תובע המסרב ללכת אחר בית דינו של הנתבע:

אמת הדבר שעל התובע לקבל הבית דין שבורר הנתבע, ואם לא מקבל בית דין מודיעים לו שעובר על דין תורה, אבל כיון שמסכים לדין תורה בבית דין הגון אי אפשר להתיר ללכת לערכאות, שאיסורו חמור מאד מאד.

(שו"ת תשובות והנהגות, חלק ה, סי' שסה)

אמנם, יש לחדד שהרב שטרנבוך ציין גם הוא שאיסור ההליכה לערכאות נוגע למקרה בו הצד שכנגד מסכים לבית דין הגון שניתן יהיה לממש את פסק דינו, וניתן להתחבט בשאלה מה נחשב לבית דין שכזה. האם בית דין שמחטים את הצדדים על הסכם בורות השולל מהם את הזכות לסדרי דין תקינים נחשב בית דין הגון?

בנוסף הבהיר הרב עזרא בצרי שיש להתיר ללכת לערכאות בכל מקרה בו קיים חשש להפסד ממון לתובע: "כל שיש הפסד ממון שלא באשמת הצד, רק באשמת אחר המסרב

46 הרב בנימין בן מתתיה, שו"ת בנימין זאב, סי' תיח.

לבוא לבית הדין, יש להתיר ללכת לערכאות.<sup>47</sup> דומה שעל בסיס קביעה זו ניתן להתיר לתובע להתדיין בפני ערכאות אזרחיות במקום שנכפה עליו ללכת לבית דין אשר אין בו סדרי דין הוגנים. זאת משום שמוצדק חששו כי זכויותיו עלולות להיות מקופחות, הן מצד הדין עצמו, והן מבחינת יכולת המימוש של הפסק.

מקורות אלה מצביעים על כך שבמקום בו קיימים חריגים לכלל ‘התובע הולך אחר הנתבע’ יש לאפשר לתובע לפנות לערכאות אזרחיות במידה והנתבע מסרב להגיע לבית הדין שבחר. אם לא נאמץ פתרון זה, משמעות הדבר תהיה שהתובע התמים, אשר חש נאמנות לחיוב ההלכתי להתדיין בפני בתי דין הפוסקים על פי ההלכה, יאלץ להגיע לצורך פתרון הסכסוך לבית דינו של הנתבע אשר בו מכהנים דיינים בני קהילתו, ו/או לא נהוגים בו סדרי דין בסיסיים, פסקי דין מנומקים וזכות ערעור. מצב זה עלול להוביל לעיוות דין שאין לקבלו.

אמנם, ניתן להבין גם את חששו של נתבע המשתייך לקהילה חרדית להתדיין בפני בית דין בו יושבים דיינים ציוניים-דתיים אשר התובע משתייך למגזרם. אך לא ייתכן שבשל כך נאפשר לנתבע לאכוף על התובע התדיינות בבית הדין שבחר, בהינתן פערים גדולים מאוד בין בתי הדין שבוכרים הצדדים הן מבחינת המדיניות המשפטית והן באופן התנהלות ההליך המשפטי. דומה שאם הצדדים לא מצליחים להגיע להחלטה על בית דין מוסכם, הרי שבמקרה כזה אין מנוס מלהביא את עניינם של הצדדים בפני ערכאה אזרחית אשר חוק המדינה העניק לה את הסמכות לחייב את שניהם להגיע לדיון ולקיים את הפסק שינתן.

## ו. קביעת מקום הדיון בהסכם

פתרון אפשרי נוסף הוא הסכמה מראש בין הצדדים על מקום הדיון. בשל המציאות הרווחת של מחלוקות בעניין זה, הרי דומה שראוי ככל האפשר לכלול בהסכמים הנכרתים בין צדדים לעסקה גם הסכמה מראש לבית הדין שידון במקרה של סכסוך. כמובן שפתרון זה לא יכסה את כלל התביעות, שכן לעיתים הסכסוך אינו מבוסס על הסכם מקדים ומתגלע בין צדדים שלא הכירו ולא התקשרו ביניהם קודם לכן. הרב יוסף שאול נתנזון קבע כי במקרה שהוסכם מראש על מקום הדיון, הנתבע לא יוכל לגרור אתו את התובע לבית הדין שלו.<sup>48</sup> יש לציין כי פתרון דומה קיים גם במשפט הישראלי, שכן

47 הרב עזרא בצרי, שו"ת שערי עזרא, חלק ג, חושן משפט, סי' ז.

48 הרב יוסף שאול נתנזון, שו"ת שואל ומשיב, מהדורה קמא, חלק ג סי' יח.

תקנות סדר הדין האזרחי מאפשרות לצדדים להתנות בהסכם ביניהם על מקום השיפוט הסטטוטורי הקבוע בתקנות.

ציון, כי בתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים (תשנ"ג) נקבע גם כן כי הצדדים יכולים להתנות על מקום המשפט: "היה הסכם בין הצדדים על מקום המשפט, כוחו של הסכם כזה הוא יפה, וכל צד קשור בו". עם זאת, סויג כי בית הדין המוסכם רשאי על אף ההסכם שלא לקבל את התביעה בנימוקים בכתב.

כאן ראוי להפנות לתיקון שנעשה לאחרונה בחוק החוזים האחידים (תשמ"ג-1982), שהוסיף בסעיף 4(8) חזקת קיפוח לגבי חוזה אחיד שיש בו התניה המבטאת השפעה של הצד החזק על זהות הבורר. נקבע כי "תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסוימות בערכאות משפטיות, או הקובע כי כל סכסוך בין הספק והלקוח יידון בבוררות", חזקה שהוא מקפח והוא יבוטל. בחוזי עבודה, חוזי מכר וחוזים נוספים המנוסחים באופן אחיד נקבע לעיתים קרובות על ידי המעסיק או הספק מוסד בוררות הכובל את החותם על החוזה להתדיין בפני מוסד זה, ובכך עשוי לקפח את זכותו להביא את עניינו בפני בית משפט אזרחי.<sup>49</sup> לאור התיקון החדש האמור, יכולים כעת מי שחתמו על חוזים מעין אלה להימלט מתניית הבוררות שהוכתבה להם, וזאת בטענה של תנאי מקפח בחוזה אחיד. אמנם, חזקת הקיפוח אינה חזקה חלוטה, והיא ניתנת לסתירה על ידי הצד שהכתיב את תניית הבוררות, אך על צד זה יוטל נטל כבד להוכיח שתניית הבוררות אינה מקפחת בנסיבות העניין. קושי זה יגבר משמעותית במקרה שבית הדין אליו מפנה התניית הבוררות אינו פועל לפי "שורת הדין" כפי שפורטה משמעותה לעיל במאמר זה.

## סיכום

במציאות חברתית מגוונת ומרובדת, כאשר הקהילה הדתית והחרדית מורכבת מאין ספור קהילות משנה ואין סמכות ריכוזית אחת המקובלת על כולם, קיים קושי לאכוף על בעלי דין להופיע בפני בית דין ספציפי - הן משום שבתו הדין נעדר סמכות אכיפה, במיוחד כלפי מי שאינו משתייך לקהילתם, והן משום שאין לצפות מבעל דין להופיע בפני בית דין אשר פועל בניגוד להשקפת עולמו. זאת במיוחד בכל הנוגע לבתי דין אשר לא נהוגים בהם סדרי דין וכללים שונים המאפשרים שקיפות, ודאות, ופיקוח על אופן הדיון ומתן הפסק.

49 חוזים אחידים מעין אלו נפוצים מאוד במערכת החינוך העצמאית החרדית.

במציאות כזו, אל מול הכלל הנהוג 'התובע הולך אחר הנתבע', עומדת זכותו של התובע להתדיין בפני בית דין שהוא סומך עליו ושיש סיכוי גדול יותר שבפניו יתברר הדין כיאות ושורת הדין תבוא לידי ביטוי מובהק יותר. ביתר שאת בולטת זכותו זאת של התובע במקום בו מדובר בנתבע המבקש לקחת את התובע לבית דין בו יושבים דיינים בני קהילתו או חוגו. יש להדגיש גם, כי בתי דין בהם נהוגים סדרי דין תקינים ושקופים הינם בתי דין אשר עומדים באופן מובהק יותר בהוראות חוק הבוררות של מדינת ישראל, ולכן ישנו סיכוי גדול יותר שפסיקותיהם יאושרו על ידי בית המשפט המחוזי ויאכפו על ידי ההוצאה לפועל. לכן, ייתכן שניתן להגדיר בתי דין אלה כבתי דין קבועים, אשר להם יתרון על פני בתי דין אחרים, ובכוחו של התובע לדרוש את קיום הדיון דווקא בפניהם.

עם זאת, בשל אי יכולתם של בתי הדין לאכוף על הנתבעים להתייצב בפניהם לדיון, ובשל העובדה שלעיתים הנתבעים עצמם רוצים, בצדק, לשמור על זכותם שלא להתדיין בבית דין הקרוב יותר להשתייכותו החברתית של התובע, הרי שבמקרים מעין אלה דומה שעל בתי הדין להעניק לתובעים כתב סירוב ולהתיר להם להפנות את תביעתם לערכאות אזרחיות.