

**פרשת משפטים**  
**"ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם"** —  
**היחס לבתי משפט במדינת ישראל**

<b>הגדרות: הנחיות כופות (=קוגנטיות) ושאינן כופות (=דיספוזיטיביות)</b>	
<b>1</b>	
<p align="right"><u>מנחם אלון, המשפט העברי, א, עמ' 159–162</u></p> <p>שתיים הן הדרכים לקביעתן של הוראות הבאות להסדיר את היחסים המשפטיים שבין הצדדים שבעסקה המשפטית. בדרך האחת נקבעות הוראות משפטיות אלה כהסדרים המחייבים את הצדדים, כהסדרים שאין הצדדים רשאים להתנות עליהם, לסטות מהם או לשנותם — כאן ההוראות הקבועות במערכת המשפטית הן בבחינת <i>jus cogens</i>. בדרך השנייה אין ההוראות המשפטיות באות אלא להסדיר את היחסים שבין הצדדים לעסקה, אם לא קבעו ביניהם כל הסדר משפטי אחר, אך רשאים הצדדים להתנות על הוראות אלה ולהסדיר את היחסים המשפטיים שביניהם כרצונם וכטוב בעיניהם, גם שלא לפי ההוראות הקבועות באותה מערכת משפטית ואף בניגוד להן, וההוראות הקבועות אינן אלא בבחינת <i>jus dispositivum</i>. יש מערכות משפט המרבות לנקוט את השיטה האחת, ויש ההולכות בשיטה השנייה, ובדרך כלל נמצא באותה מערכת משפטית גופה הליכה בשתי הדרכים גם יחד, הכול לפי טיבה ועניינה של העסקה המשפטית ובהתחשב עם תנאי הזמן, הכלכלה והחברה. המונח שנתייחד במשפט העברי לבעיה זו של חופש ההתנאה הוא, אם מותר לו לאדם "להתנות על מה שכתוב בתורה" ותנאו קיים, או שאסור לו "להתנות על מה שכתוב בתורה" ואם עשה כן — תנאו בטל.</p> <p><b>מסתבר, שבהלכה הקדומה חל העיקרון, שכל המתנה על מה שכתוב בתורה — תנאו בטל, הן אם ההתנאה היא בעניין שבממון, הן אם נעשתה בעניין שבאיסור.</b> על יסוד עיקרון זה שונה המשנה: "האומר: איש פלוני בני בכור לא יטול פי שנים, איש פלוני בני לא יירש עם אחיו — לא אמר כלום, שהתנה על מה שכתוב בתורה". כלומר, מאחר שהתורה קובעת, שהבכור נוטל פי שניים בעיזבון אביו, ושכל הבנים יורשים את אביהם, אין אדם יכול להתנות תנאי שבניגוד למה שנקבע בתורה.</p>	
<b>א. הלכות ממון כדינים דיספוזיטיביים</b>	
<b>2</b>	<b>3</b>
<p><u>מנחם אלון (הנ"ל):</u>  <b>בדור הרביעי לתנאים צמצמו אחדים מחכמי ההלכה את היקף תחולתו של עקרון שלילת חופש ההתנאה, והעמידוהו רק בדברים שאינם של ממון.</b> וכך אנו שונים במשנה כתובות: "כתב לה (הבעל לאשתו): דין ודברים אין לי בנכסיך ובפירותיהן, ובפירי פירותיהן, בחייך ובמותך — אינו אוכל פירות בחייה, ואם מתה — אינו יורשה. רבן שמעון בן גמליאל אומר: אם מתה — יירשנה, מפני שהתנה על מה שכתוב בתורה, וכל המתנה על מה שכתוב בתורה, תנאו בטל". לדעת החכמים החולקים על רבן שמעון בן גמליאל</p>	<p><u>דוד הנשקה, "על המציאות המשפטית במשנת הרמב"ם", סיני צד, עמ' רלח–רלט:</u>  <b>הרמב"ם הבין את התורה כמערכת חוקים, שמבחינה זו שאנו עסוקים בה אינה שונה מכל מערכת משפט אנושית אחרת. התורה ניתנה לישראל בתוך מציאות מסוימת ובכפוף לנתוניה. כבכל מערכת חוקים אחרת דיני התורה חלים על גבי המציאות הקיימת ולאחר ההתחשבות בה, ואין בין תורת ה' לתורות אחרות "אלא" מקורה האלקי בלבד: שוני זה מבדיל, כמובן, באופן מכריע בין התורה לשאר משפטי בני אדם מבחינות רבות, אך לא מבחינת מהותה של התורה כמערכת חוק, שניתנה אל תוך המציאות הקיימת וביחס אליה. דיברה תורה כלשון בני אדם, אף</b></p>

<p><b>מבחינת היחס שבין החוק למציאות.</b> ... לא כן שיטת מתנגדיו של הרמב"ם. לדידם תפיסת התורה כשיטת הרמב"ם – תפיסה מצמצמת היא. תורה, הגנוזה תתקע"ד דור קודם שנברא העולת (שבת פח ב), היא לא רק מערכת החוק שנמסרה אל תוך העולם הנתון מכבר; שאין התורה באה לאחר העולם, אלא במקביל לו, ואף קודם לו. תורה שהיתה כתובה באש שחורה על גבי אש לבנה, אינה החוק שחל על המציאות ועל בסיס נתונה, אלא היא עצמה מציאות כשלעצמה.</p>	<p>תקף אפוא התנאי שהתנה הבעל גם לעניין ירושה, אף על פי שהתנה בכך על מה שכתוב בתורה.</p> <p><b>בתקופת האמוראים הלכה ונתקבלה הדעה, המקנה תוקף לתנאי שבממון, גם אם יש בכך משום התנאה על מה שכתוב בתורה ובלבד שהותנה התנאי בסגנון המתאים, וכדעה זו נפסק הדין בהלכה שאחר התלמוד.</b></p>
<p><b>הלכות ממון: דינים דיספוזיביים או קוגנטיים?</b></p>	
<p style="text-align: center;"><b>5</b></p> <p><u>דוד הנשקה, "ליסודי תפיסת ההלכה של הרמב"ם", שנתון המשפט העברי, כ, עמ' 124–125:</u></p> <p>הרמב"ם מביט בתורה באספקלריה משפטית. בתפיסתו התורה היא ספר החוקים של עם ישראל, שבניגוד למערכות חוק אחרות לא בא להישיר רק את הגוף, אלא גם את הנפש; ומכל מקום מדובר במערכת חוק, הנתפסת על פי תכונותיה הידועות שלו. <b>מעצם טבעה מותאמת מערכת חוק לציבור נמעניה, ותכונותיה נבנות גם על פי צרכיו. מכאן עולה כמעט בהכרח תופעת הפער בין עצם רצון ד' לבין ביטויו בספר החוקים, הלא היא התורה.</b> כך, למשל, קובע הרמב"ם במורה הנבוכים (ג, לד), שהכרח הוא כי מצוות התורה לא יתאימו לכל אדם, ועתים אף יזיקו; שכן "ההנהגה התורתית מוחלטת כללית לכל, ואע"פ שיהא זה חיובי ביחס לאנשים וביחס לאחרים אינו חיובי... כמו שאמר יתעלה 'הקהל חקה אחת לכם'". באופי חוקתי זה של התורה כרוכה אף דעתו של הרמב"ם כי זו אינה מחייבת כלל את היחיד מישראל כשהוא לעצמו, אלא דווקא במיצועה של האומה, שהיא מושא חיובה של התורה. יתירה מזו: לדעת הרמב"ם "משפטי זאת התורה יצטרכו בכל זמן, לפי התחלף המקומות והחידושים ולפי הנראה מן העניינים, להוסיף על קצתם ולגרוע מקצתם" (מורה הנבוכים ג, מא); אך הואיל ומימוש צורך זה "מביא להיפסד סדרי התורה ולהאמין בה שאינה מאת האלוה" (שם), לכך "הזהיר מן התוספת ומן המגרעת, ואמר 'לא תוסיף עליו ולא תגרע ממנו'" (שם).</p>	<p style="text-align: center;"><b>4</b></p> <p><u>הרב יעקב אריאל ("המשפט במדינת ישראל ואיסור ערכאות", תחומין א:</u></p> <p><b>... להוציא מליבם של תועים, שהמשפט מקורו בשכל האנושי גרידא, ותפקידו להסדיר את נוחיות החיים החברתיים ויעילותם בלבד, ולא היא. לחיי חברה ישראלים יש יעוד אלקי וסדר אלקי. מידת הצדק האלקית היא המשערת בשיעור חכמתה העליון את הגבול של זכויותיו, חובותיו ובעלותו הממונית של כל אדם ואדם, ואת צורת הענישה לחורגים ופוגעים בגבול זה. כל סטיה משיעורה המדויק של חכמת האל יתברך, יש בה משום גזל וחמס, המְסַפְּנים את קיומה של החברה ... ואף כי בודאי מועילה הסכמתם ומחילתם של בני האדם בדיני ממונותיהם, אולם לא יתכן למסור את כל מערכת הצדק והחוק באופן עקרוני אך ורק להסכמה אנושית. זו משתנית בהתאם לאופנות חשיבה שונות ומתחלפות ואין ביכולתה להקיף את כל האישים וכל הדורות. מדת הצדק שלה היא בהכרח יחסית וחלקית. הצדק המוחלט חייב להיות על-אנושי ועל-זמני ורק בזכותו יכול להתקיים גם הצדק הזמני והיחסי, הנחוץ לפעמים בתור הוראת שעה מיוחדות.</b></p>
<p><b>גישת הר"ן: שתי מערכות מקבילות המשלימות זו את זו</b></p>	
<p style="text-align: center;"><b>6</b></p> <p><u>דרשות הר"ן, דרוש יא:</u></p> <p><b>ואפשר שהם (= משפטי התורה) היו פונים יותר אל הענין אשר הוא יותר נשגב במעלה ממה שהם היו</b></p>	

**פונים לתקון קבוצנו (=בתקון צרכי החברה), כי התקון הוא — המלך אשר נעמיד עלינו ישלים ענינו.** אבל השופטים והסנהדרין היה תכליתם לשפוט העם במשפט אמיתי צודק בעצמו, שימשך ממנו הַדְבָק ענין האלקי בנו, יִשְׁלַם (=יתוקן, יצא) ממנו לגמרי סדור עניני ההמוני (=החברתי) או לא ישלם. ומפני זה אפשר שימצא בקצת משפטי ודיני האומות הנ"ל מה שהוא יותר קרוב לתקון הסדור המדיני (=החברתי) ממה שימצא בקצת משפטי התורה, ואין אנו חסרים בזה דבר, כי כל מה שיחסר מהתקון הנזכר היה משלימו המלך ...

**ב. ממד הלאומיות של החוק**

8	7
<p><u>בבלי גיטין פח ע"ב:</u>  ותניא, היה ר' טרפון אומר: כל מקום שאתה מוצא אגוריאות של עובדי כוכבים, אע"פ שדיניהם כדיני ישראל, אי אתה רשאי להיזקק להם, שנאמר: (שמות כא) "ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם" — לפניהם ולא לפני עובדי כוכבים, דבר אחר: לפניהם — ולא לפני הדיוטות.</p> <p><u>רש"י שמות כא, א:</u>  <b>לפניהם</b> — ולא לפני גוים, ואפילו ידעת בדין אחד שהם דנין אותו כדיני ישראל, אל תביאהו בערכאות שלהם, שהמביא דיני ישראל לפני גוים מחלל את השם ומיקר שם עבודה זרה להחשיבה, שנאמר (דברים לב לא) <b>כי לא כצורנו צורם ואויבינו פלילים, כשאויבינו פלילים זהו עדות לעלוי יראתם.</b></p> <p><u>רמב"ם הלכות סנהדרין כו, ז:</u>  כל הדין <b>בדיני</b> גוים ובערכאות שלהן אע"פ שהיו דיניהם כדיני ישראל הרי זה רשע וכאילו חרף וגדף והרים יד בתורת משה רבינו שנאמר "ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם" — לפניהם ולא לפני גוים; לפניהם — ולא לפני הדיוטות.</p>	<p><u>פרופ' מנחם אלון, המשפט העברי, א, עמ' 120-121:</u>  בהקשר זה יש להעיר על טענה אחרת העולה לפעמים אגב דיון בבעיית דרכו של המשפט העברי במשפט המדינה, והיא הכנסת האלמנט של איסור הליכה לערכאות בהתדיינות לפני בתי-משפט שיושבים בהם שופטים יהודיים הדנים שלא לפי ההלכה. מתוך דיוננו המפורט באיסור הליכה לערכאות קשה ותמוהה היא העלאת טענה זו, הן מבחינה הלכתית והן מבחינת ההסתכלות במציאות ההיסטורית. כל הקשור בדיון במעמדם של בתי-משפט שמכהנים בהם שופטים יהודיים, הדנים שלא לפי ההלכה, מצוי בתחום הדינים האמורים בסימן ח' שבשולחן ערוך חושן משפט, אשר אין לו דבר עם איסור הליכה לערכאות של גויים, ואיסור הליכה לערכאות של גויים נדון — על פרטי חומרותיו, איסוריו והיתריו — בסימן כו שבשולחן ערוך. <b>כפי שראינו מודגש אופי מיוחד זה של שילוב האיסור והסכנה שבהליכה לערכאות של גויים בכל המקורות ההלכתיים, אגב הדגשת החתירה תחת האוטונומיה העברית שיש בהליכה למוסדות השיפוט של השלטון הזר.</b> נכון, שהבחנה זו היתה קיימת בחברה יהודית שבה הציבור, בתור כלל, ראה בהלכה את הערך העליון והמחייב, ולכן אף בתי-דין של הדיוטות שלא דנו לפי ההלכה לא דנו, בדרך כלל, לפי מערכת חוקים קבועה אחרת, אלא לפי אומד הדעת ולפי כללים של צדק ויושר; ולעומת זאת בית-המשפט של המדינה העברית, שדן שלא לפי ההלכה, דן לפי מערכת חוקים אחרת, שבחרו וקבעו המוסדות הנבחרים והמוסמכים של המדינה. אך נוסף לכך שגם במציאות שלפני האמנציפציה מצאנו בתי-דין של הדיוטות, שדנו לפי מערכת חוקים ונימוסים אחרים, הרי <b>אין בשוני שחל במציאות הרוחנית בתוך עם ישראל כדי לשנות מן ההבחנה המהותית והיסודית המצויה בהלכה, לכל תקופותיה, בין מוסדות שיפוט יהודיים, הדנים שלא לפי ההלכה, לבין מוסדות שיפוט שלטון שאינו יהודי, שהם — ורק הם — כלולים בדין ערכאות של גוים.</b></p>