

בכל שעריך

לחידוש מערכת משפט התורה בישראל

יהודה ברנדס

א. פתיחה

התורה מצווה "שפטים ושטרות תתן לך בכל שעריך... ושפטו את העם משפט צדק".¹ החובה להעמיד שופטים ודיינים על העדה מוטלת על עם ישראל בכל דור ובכל מקום,² ואינה מותנית באיכות השופטים ובטיב המערכת שאפשר להקים.³ החובה הזאת מוטלת גם על אומות העולם, בהיותה אחת משבע מצוות בני נח.⁴ דהיינו, אין זו חובה יהודית בלבד, אלא אחת מן החובות הטבעיות של כל אדם וחברה תרבותיים. אכן, ברוב פזורי ישראל, בכל דורות הגלות, התקיימה מערכת משפט מקומית - בית דין, שפעל כמיטב יכולתו ולפי האפשרויות שנתן לו השלטון הנוכרי, כדי לקיים משפט בישראל.⁵

הרב ד"ר יהודה
ברנדס הוא ראש
בית המדרש
בבית מורשה

* מאמר מסכם ללימוד מסכת סנהדרין בבית המדרש בבית מורשה, זמן חורף תשע"א. תודתי ללומדי בתי המדרש ולעמיתתי להוראה הרבנית מיכל טיקוצ'נסקי, שתורתם משוקעת בין השורות. מחבריי ומתלמידיי למדתי יותר מכולם.

- 1 דברים טז, יח.
- 2 רמב"ם, ספר המצוות, עשה קעו; ספר החינוך, מצווה תצא.
- 3 עיינו ציץ אליעזר, חלק טו, סימן סט, למקורות החיוב בכל זמן, מדאורייתא ומדרבנן.
- 4 סנהדרין נו ע"ב; רמב"ם, הלכות מלכים, ט, יד.
- 5 אסור לאדם לגור בעיר שאין בה בית דין דנים ועונשים (סנהדרין יז ע"ב; רמב"ם, הלכות דעות, ד, כג).

עם שיבת עם ישראל לארצו, החלה התעוררות גדולה להחייאת מערכת המשפט העברי-תורתית כמערכת המשפט שתנהג במדינת ישראל.⁶ עמדה זו נדחתה על ידי הרוב החילוני במדינה.⁷ לפיכך כוננה במדינת ישראל מערכת משפט שבתחילה הייתה מבוססת בעיקר על שיורי החוק העותמני והבריטי שנהגו בארץ ישראל קודם להקמת המדינה, ועם השנים הוחלפו בחקיקה חדשה, המושפעת ממערכות המשפט בעולם המערבי: בארצות הברית ובארצות מערב אירופה.⁸ בשנת תש"ם התקבל חוק יסודות המשפט, הקובע שבמקרה של לקונה - היעדר התייחסות בחוק או תקדים "לשאלה משפטית הטעונה הכרעה" - תינתן קדימות ל"עקרונות החירות, הצדק, הישר והשלום של מורשת ישראל". אולם מידת הפעלתו של חוק זה מוגבלת מאוד,⁹ גם מסיבות אידאולוגיות - התנגדותם של אישים בכירים במערכת המשפט למתן כבודה למשפט העברי, וגם מסיבות מעשיות - מיעוט ידיעותיהם של מרבית שופטי ישראל במשפט העברי. ההתנגדות לשימוש נרחב במשפט העברי בחוק הישראלי אינה באה רק מחוגים ליברליים-חילוניים, אלא יש גם אנשי משפט דתיים הסבורים שאי אפשר לערב מין בשאינו מינו. מקורות הסמכות, הן של החוק הן של השופטים במשפט העברי, שונים במהותם מאלו של המשפט החילוני-ליברלי, והכנסת פרקים מן המשפט העברי אל תוך החוק הישראלי מחלנת אותו ומבטלת את משמעותו כמשפט התורה.¹⁰

בצד מערכת המשפט הכללית, הותיר המחוקק הישראלי על כנה את המערכת המקבילה של בתי דין דתיים לכל הדתות בישראל, והפקיד בידם את הסמכות לדון בענייני המעמד האישי הקשורים לתחום הדתי, ובעיקר בענייני נישואין וגירושין. עם השנים מתכרסמת והולכת הסמכות של בתי הדין גם בתחום הזה, ובית המשפט הכללי, ובעיקר בתי הדין למשפחה, נוקטים עמדה גם בשאלות רבות מן התחומים שיוחדו בעבר לבתי הדין. "מרוץ הסמכויות" הוא כינוי שגור למתח הקיים כאשר מתדיינים

6 ראו מנחם אלון, **המשפט העברי**, מהדורה ב', ירושלים תשמ"א, עמ' 74-128; אסף לחובסקי, 'משפט עברי ואידאולוגיה ציונית בארץ-ישראל המנדטורית', מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונן שמיר (עורכים), **רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי**, תל אביב תשנ"ח, עמ' 633-659.

7 עיינו עמיחי רדזינר, 'יסודותיה הנשכחים של "פקודת סדרי שלטון ומשפט" והמאבק הסמוי על הסדרי דת ומדינה', **קתדרה**, 136 (תמוז תש"ע), עמ' 121-150.

8 לסקירה ראו רוני שמיר, 'לקס מוריאנדי: על מותו של משפט ישראלי', מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורוני שמיר (עורכים), **רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי**, תל אביב תשנ"ח, עמ' 589-593. עיקרו של המאמר עוסק בבית משפט השלום שפעל בארץ בשנות היישוב ושיקף גישה שונה מזו שהתקבלה במדינה בסופו של דבר, גישה הדומה במקצת לתפיסת בתי הדין המקומיים של בוררים ומפשרים שתוצג כאן בהמשך. עיון בנימוקים של מתנגדי בית משפט השלום (ובכלל זה החוגים הדתיים, הפוליטיים והמשפטיים המקצועיים) יכול לסייע בחיזוי ובהבנה של ההתנגדויות הצפויות למערכת המשפט המוצעת במאמר הנוכחי.

9 ראו אהרן קירשנבאום, 'חוק יסודות המשפט - מציאות וציפיות', **עיוני משפט**, יא (תשמ"ו-תשמ"ז), עמ' 117-127. כן ראו המאמרים האלה: מנחם אלון, 'עוד לעניין חוק יסודות המשפט', **שנתון המשפט העברי**, יג (תשמ"ז), עמ' 227-256; חנינה בן מנחם, 'מתנה טמירתא', שם, עמ' 39-63; אליאב שוחטמן, 'על ההיקש כדרך פסיקה במשפט העברי ובזיקה לחוק יסודות המשפט, תש"ם-1980', שם, עמ' 307-350; שמואל שילה, 'על חוק יסודות המשפט - הערות והארות', שם, עמ' 351-369; אהרן ברק, 'חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל', שם, עמ' 265-283.

10 ראו יצחק אנגלרד, 'מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי', **משפטים**, ב (תשל"ל), עמ' 268-316; ג (תשל"א), עמ' 510-552; ד (תשל"ב), עמ' 31-62.

בשאלות של משפחה פוסחים על שתי הסעיפים - פנייה לבית המשפט או לבית הדין הרבני.¹¹

בין כך ובין כך, נתמעט כוחו של בית הדין בתחומי המשפט האחרים. אין לו כל מעמד בתחום הפלילי, וגם בתחום האזרחי, בדיני ממונות, מעטים נעזרים בו. באופן כמעט אבסורדי נוצר מצב שדווקא במדינת ישראל, המדינה היהודית שהוקמה לאור חזון הנביאים, מעמדם של בית הדין ושל משפט התורה נמוך הרבה יותר מכפי שהיה בקהילות יהודיות בגולה, תחת שלטון נוכרי, בתקופות שונות ובגלויות שונות.¹² ירידת קרנו ומעמדו של בית הדין משפיעה גם על דרך פעולתו. מבלי לפגוע בעבודת הקודש שנעשית בבתי הדין, מיעוט האחריות והסמכות הניתנות לו בשאלות ציבוריות, במשפט האזרחי והפלילי, ובהנהגת הציבור בכלל, גורם לניוון המערכת המשפטית ולכליאתה בתחומי עיסוק מוגבלים. משקל יתר ניתן להתמודדותם של בתי הדין עם חברת הרוב שאינה מקבלת את בית הדין הרבני כמקור סמכות ראוי להערכה. הדיינים ואבות בתי הדין, שהיו בעבר רועי העדה ומנהיגי הציבור, נתפסים לא אחת כפקידים זוטרים במערכת המשפט, שכוחם מוגבל ותפקידם מצומצם לטיפול בסכסוכי משפחה, בסידור גיטין ובעוד כמה סעיפים שאינם מעניינים במיוחד את הציבור הרחב. בשנים האחרונות, עקב התעוררות משבר הגיור, התחדש הדיון במעמד בתי הדין וסדריהם. גם המתח סביב נושא מעמד האישה בדיני המשפחה מעלה מדי פעם לעין הביקורת הציבורית את הנעשה בבית הדין, בתחום הירושות, העגונות ומסורבות הגט, המזונות ועוד. וגם שני תחומי עניין ופולמוס אלה לא הוסיפו, בלשון המעטה, כבוד ונחת ליושבי על מדין.¹³

יש לציין, שהאחריות על התפתחותה של בעיה זו אינה מוטלת אך ורק על כתפי ראשי המדינה, שריה ויועציה, אלא גם על העולם הדתי והתורני. ראשיתה של הבעיה בתהליכי ההשכלה, החילון והופעת המדינה המודרנית בעת החדשה.¹⁴ עם אובדן

11 ראו הרב שלמה דיכובסקי, 'בתי הדין ובתי המשפט - תחומי חיכוך', תחומין, כד (תשס"ד), עמ' 51-70; הנ"ל, 'בתי הדין הרבניים ובתי המשפט האזרחיים: הרהורים על תחומי החיכוך שביניהם בענייני משפחה', מאוני משפט, ד (תשס"ה), עמ' 261-305; שמואל שילה, 'דיני משפחה בבתי המשפט לעומת בתי הדין הרבניים', מאיר בניהו (עורך), ספר זכרון להרב יצחק נסים, הכרך הלכה ומשפט, עמ' רסא-רפ; מנשה שאה, 'היחס בין סמכותו של בית המשפט לענייני משפחה לבין סמכותו של בית הדין הרבני', הפרקליט, מר, א (תשנ"ח), עמ' 44-71.

12 ראו שמחה ח' מירון, 'הכרסום במעמדו של בית הדין הרבני הממלכתי', שמחה רו (עורך), קובץ הצינונות הדתיות, ב, 'ירושלים תשנ"ט', עמ' 564-578.

13 ראו בן ציון אליאש, 'החקיקה הרבנית בפסיקה הרבנית: התעלמות ושררה', דיני ישראל, י-יא (תשמ"א-תשמ"ג), עמ' קצז-קצט; הרב שלמה דיכובסקי, 'סמכות בתי הדין הרבניים בראי פסיקת בתי הדין', שם, עמ' ט-כ; שלומית דרנס, 'חוסר פורמליזם בסדרי הדין בבתי-הדין הרבניים בישראל', שם, עמ' כז-קכד; הרב שלמה דיכובסקי, 'בתי דין רבניים ממלכתיים: בעיותיהם והישגיהם', דיני ישראל, יג-יד (תשמ"ח), עמ' ז-יט.

14 קיימת מחשבה מוטעית שיש הבדל ניכר בין אשכנזים לספרדים בתחום הזה, כי בארצות המערב באירופה הייתה מהפכה מדינית, מה שאין כן בארצות האסלאם. ולא היא. השלטון הקולוניאליסטי האירופי פרש את כנפיו במאה התשע-עשרה גם על יהודי צפון אפריקה (צרפת) והמזרח התיכון (צרפת ובריטניה), וסדרים תרבותיים ומדיניים חדשים הגיעו ליהודים בכל קצווי תבל. ההבחנה בין מזרח למערב היא סטראוטיפית ומוטעית בהקשר הזה (כמו גם בהקשרים אחרים שלא כאן המקום למנותם). מבחינה גאוגרפית, יהודי מרוקו הם מערב ויהודי רוסיה ופולין הם מזרח. ומבחינה תרבותית, יהודי אלג'יריה ומרוקו נכנסו במאה התשע-עשרה תחת חסותו של שלטון צרפתי "נאור" - רפובליקה ליברלית ודמוקרטית במידה, כשיהודי מזרח אירופה עדיין נאנקו תחת שלטון העריץ של הצאר הרוסי.

האוטונומיה של בתי הדין בשיפוט הקהילה היהודית, הועם זוהרם של בתי הדין, ואת מקומם הרם והנישא של הראב"ד ובית דינו בקהילה תפסו גורמים אחרים. בעולם הדתי היו אלה הרב, הארמו"ר וראש הישיבה ולפעמים אפילו העסקנים הפוליטיים, ובחברה הכללית – מנהיגי הציבור שנבחרו מבין עשירי הקהילה, או בעלי הכוח הפוליטי שבה. לא נעשה מאמץ ממשי בעולם התורה להחזיר את כבודו של בית הדין למעמדו הרם והנישא שבעבר. אפילו בחברה החרדית, ראשי ישיבות ואדמו"רים הם המנהיגים שעל פיהם יישק כל דבר. בין "גדולי הדור" של ימינו יש אמנם גם דיינים לשעבר – אולם נראה כי גם הם התקדמו למעמד של "גדולי הדור" דווקא לעת זקנתם, כאשר פרשו זה מכבר מתפקידי הדיינות שלהם.¹⁵

מאמר זה נכתב מתוך תחושת צער גדולה על ש"תורה מונחת בקרן זוית" ואינה מגיעה למקומה הראוי בהנהגת עם ישראל בזמננו. על שני דברים אנו מצטערים: מצד אחד, על כך שהתורה אינה תופסת מקום בהנהגת עם ישראל, ומצד שני – עקב כך או כסיבה לכך – על שהתורה עצמה נמצאת מונחת ואינה נלמדת ומתחדשת כראוי. חדשות לבקרים יוצאים לאור במקומותינו ספרי הלכה, למדנות, עיון והגות, בהלכות תפילה ושבת ומועדים, כשרות ואבלות וכל תחומי ההלכה הנוגעים לאדם הפרטי, ואילו בתחום ההנהגה הציבורית, באבן העזר ועוד פחות מכך בחושן משפט – ההתחדשות דלה ביותר. אין לומר שלא מתרחש דבר – לומדים, מעיינים, הוגים, גם בעולם התורה, וביותר בעולם הציוני-דתי, וגם באקדמיה, וביותר במחלקות למשפט עברי. ועדיין, היעדר התחושה של דחיפות ומחויבות מעשית יומיומית מונע את החיות והחיוניות של העשייה התורנית המוכרת היטב מתחומים אחרים שהם ממש הלכה למעשה.¹⁶ בעקבות לימוד מסכת סנהדרין בבית מדרשנו, אבקש לשרטט קווי יסוד לאפשרות התחייה של משפט התורה במדינת ישראל ובעולם היהודי בדורנו, מתוך התחשבות באפשרויות המעשיות שמציבים הנתונים התרבותיים, המדיניים והחברתיים בני זמננו.¹⁷

ב. שלוש מערכות משפט

בפרק הראשון של מסכת סנהדרין משרטטת המשנה את שלוש מערכות המשפט שבתורה, באמצעות דיון במספר הדיינים שבכל אחת מהן. מערכת השלושה,¹⁸ מערכת

15 ראו קימי קפלן וגורית שטרלר (עורכים), מנהיגות וסמכות בחברה החרדית בישראל: אתגרים וחלופות, ירושלים 2009, פתח דבר ופרק המבוא.

16 לשאלה ברבר מידת היכולת של ההלכה ופוסקיה להתערב בשיקולים מדיניים, ראו ידידיה צ' שטרן, 'פסיקת הלכה בשאלות מדיניות', נייר עמדה מס' 18, המכון הישראלי לרמקורטיה, ירושלים, חשוון תש"ס. לא נעסוק כאן בנושא זה, מכיוון שהמאמר יתמקד בעיקר בבתי דין של שלושה ולא בסנהדרין גדולה של שבעים ואחד, שהיא העומדת אל מול המלך ואפשר שגם מול המדינה.

17 נכתבה על הנושא ספרות רבה ואי אפשר לסקור כאן אפילו מקצתה. וראו אלון, המשפט העברי (לעיל, הערה 7), ובביבליוגרפיה שם, ועוד רבות נכתב מאז. רוב הדברים האמורים במאמר זה כבר נדונו בפירוט בספרות ואין בהם חידוש מיוחד. עיקר מטרתו של המאמר היא להציע באופן מסודר את המסקנות האקטואליות העולות מתוך הסוגיות שבמסכת סנהדרין.

18 סנהדרין א, א-ג.

עשרים ושלושה¹⁹ ומערכת שבעים ואחד.²⁰ בית דין של שלושה יכול לפעמים להתמעט לדין יחיד ולפעמים לגדול לחמישה ושבעה, בהתאם לנושא הדין,²¹ אולם באופן כללי אפשר לכנותו "בית דין של שלושה". מקורו של מספר זה, על פי הגמרא²² ומדרש ההלכה,²³ בדרשה המבוססת על זיהוי המושג "א-לוהים" עם דינים ובתי הדין.²⁴ בתי הדין של שלושה דנים ברוב הנושאים המשפטיים הקיימים, גם במשפט הדתי וגם האזרחי, גם הפרטי וגם הציבורי: דיני ממונות ודיני קנסות, דיני המעמד האישי, האזרחי והפלילי, עיבור החודש וקידוש השנה, הקדשות, מעשרות, ועוד ועוד. מקורה של מערכת שיפוט זו הוא בעצת יתרו שהמליץ למשה למנות מערכת דינים שתעזור לו לשאת במשא העם.²⁵

בתי דין של עשרים ושלושה דנים רק בדיני נפשות. מקורו של מספר זה הוא במושג ה"עדה", המופיע בפרשת רוצח בשגגה ועיר מקלט. "עדה" הם עשרה מישראל, וכדי לקיים דיני נפשות, שיש בהם אפשרות להריגת הנאשם, צריך שבית הדין יוכל להכיל עדה של מחייבים, עדה של מזכים, ועוד שלושה דינים המכריעים את הכף.²⁶ המספר הזה מסמל ומבטא, כמו הרבה הלכות אחרות, את הזהירות והאחריות העצומות המוטלות על כתפי בית דין לנפשות, ואת המאמץ הגדול לחזר אחרי כל אפשרות של זכות לפני שמחליטים על הריגת הנאשם.²⁷

בית דין של שבעים ואחד הוא הסנהדרין הגדולה, שישבה בלשכת הגזית בירושלים. מספר זה מקורו בשבעים הזקנים שנשאו בעול הנהגת הציבור עם משה רבנו.²⁸ הם מוסמכים לדון בשאלות כלל-לאומיות, כגון החלטה על יציאה למלחמה, והם גם בבחינת סמכות עליונה, מחוקקת ומפרשת של התורה. משם יוצאת הלכה רווחת לכל ישראל.²⁹

כדי לברר איזו מן המערכות הללו יכולה להתקיים כיום ולאילו צרכים, נצטרך לבחון תחילה את השאלה העיקרית במינוי דינים – שאלת הסמיכה.

- 19 סנהדרין א, ד.
 20 סנהדרין א, ה.
 21 לדעת רבן שמעון בן גמליאל, בעיבור השנה מתחילים בשלושה ומגיעים עד שבעה (שם, משנה ב). לדעת רבי יהודה, סמיכת זקנים על פר העלם דבר של ציבור ועריפת עגלה בחמישה (משנה ג). לדעת רבי, המספר הבסיסי של דינים הוא חמישה ולא שלושה (תוספתא סנהדרין א, א).
 22 סנהדרין ג ע"ב.
 23 מכילתא דרבי ישמעאל, משפטים, נזיקין, פרשה טו, ד"ה 'ונקב בעל הבית'.
 24 על פי פסוקים בפרשת משפטים, שמות כב, ז-ח, המועברים, בדרך של עירוב פרשיות, לתחום של דיני ממונות (סנהדרין ב ע"ב – ג ע"א).
 25 שמות יח, כא.
 26 סנהדרין א, ו; תוספתא סנהדרין ג, ז; בבלי יז ע"א. ראו הרב אהרן ליכטנשטיין, 'בית דין של כ"ג', איתמר ורהפטיג (עורך), אפיקי יהודה: ספר זכרון להרב יהודה גרשוני, ירושלים תשס"ה, עמ' 229-241.
 27 סנהדרין ד, א וכל המסתעף.
 28 במדבר יא, טז; סנהדרין א, ו; תוספתא סנהדרין ג, ט.
 29 תוספתא חגיגה ב, ט; סנהדרין ז, א; סנהדרין פח ע"ב.

ג. היעדר הסמיכה

דיינים "מומחים" או "סמוכים" הם דיינים שנסמכו "איש מפי איש עד משה רבנו".³⁰ מקובל לומר ששלשלת הסמיכה נקטעה אי שם בתקופת התלמוד, ומאז אין עוד בתי דין סמוכים בישראל.³¹ בלא דיינים סמוכים אי אפשר לקיים בית דין של עשרים ושלושה וסנהדרין של שבעים ואחד, והמוסד היחיד מהשלווה שיכול לתפקד במציאות כזאת הוא בית דין של שלושה, וגם הוא מוגבל לדון בדיני ממונות בלבד. עם זאת, ברור שבמהלך הדורות פעלו בתי הדין גם מעבר לתחום הצר של דיני ממונות. כל מערכת הדיון במעמד האישי - קידושין ונישואין, ייבום וחליצה, גירושין וגיוור - התקיימה בבתי דין של שלושה שאינם סמוכים. במקומות מסוימים נטלו בתי דין לעצמם רשות לדון גם בדיני קנסות, ולהטיל עונשי גוף ואף דיני מיתה. לפיכך, יש לבדוק היטב על מה מבוססת האפשרות לדון גם בלא סמיכה.

עם תקומת מדינת ישראל, היו שסברו שיש צורך לכונן מחדש את הסנהדרין כסמכות שיפוטית-תורנית עליונה. לשם כך, נחוץ כמובן חידוש הסמיכה. השאלה אם ניתן בכלל לחדש את הסמיכה שנויה במחלוקת. נראה, שלדעת רוב הראשונים והפוסקים אי אפשר לחדש את שלשלת הסמיכה שנקטעה בלי התערבות נסית כלשהי. היחיד מן הראשונים שהותיר פתח לחידוש הסמיכה, על ידי הסכמה כללית של כל חכמי ישראל שנקבצו יחד בארץ ישראל, הוא הרמב"ם.³² על סמך דברי הרמב"ם הללו נעשו ניסיונות לחדש את הסמיכה בכל עת שהייתה התעוררות של תחיית התיישבות בארץ ישראל. בפעם הראשונה נעשה ניסיון כזה על ידי רבי יעקב בירב בצפת, במאה השש-עשרה. זה היה הניסיון הרציני והמשמעותי ביותר לחידוש הסמיכה, ואז נסמך בין השאר רבי יוסף קארו, בעל השולחן ערוך. אולם חכמי ירושלים בראשות הרלב"ח - רבי לוי בן חביב - חלקו בעוז על המגמה הזאת, וסופה שנשתקעה ובטלה אחרי דור אחד.³³ בפעם השנייה ניסה לעשות זאת רבי ישראל משקלוב, תלמידו של הגאון מווילנה, במאה התשע-עשרה.³⁴ ובפעם השלישית והאחרונה - הרב יהודה לייב פישמן-מימון, שהיה

- 30 סנהדרין יג ע"ב - יד ע"א; רמב"ם, הלכות סנהדרין, ד, א; פירוש ר"ע מברטנורא למשנה סנהדרין א, ג.
 31 מתי בדיוק בטלה הסמיכה בארץ ישראל - אין מסורת ארץ ישראלית ברורה בדבר זה. המקורות הקדומים ביותר, שקובעים את זמן ביטול הסמיכה בדורו של הלל הנשיא במאה החמישית, אחרי זמן חתימתו של התלמוד הירושלמי, הם מקורות מאירופה של ימי הביניים, כגון הרמב"ן בחידושיו לגיטין לו ע"א וספר החנינוך, מצווה ד. על ביטול הנשיאות בעת ההיא ידוע ממקורות חיצוניים. ראו במאמרו של ירון דן, 'ארץ ישראל במאות הה' והו'', צבי ברס ואחרים (עורכים), **ארץ ישראל מחורבן בית שני ועד הכיבוש המוסלמי**, כרך א, ירושלים תשמ"ב, עמ' 265-299, ובייחוד עמ' 274-275.
 32 רמב"ם, הלכות סנהדרין, ד, יא; אליאב שוחטמן, "והדבר צריך הכרע": לבירור דעת הרמב"ם בשאלת חידוש הסמיכה, **שנתון המשפט העברי**, יד-טו (תשמ"ח-תשמ"ט), עמ' 217-243; יעקב בלידשטיין, 'הצעת הרמב"ם לחידוש הסמיכה: הלכה, אידיאולוגיה, פרשנות', **דיני ישראל**, כו-כו (תשס"ט-תש"ע), עמ' 241-252.
 33 עיינו בפירוש הרדב"ו על הרמב"ם, הלכות סנהדרין, ד, יא; קונטרס הסמיכה הנדפס בסוף שו"ת מהרלב"ח; מאיר בניהו, 'חידושה של הסמיכה בצפת', ש' אטינגר ואחרים (עורכים), **ספר יובל ליצחק בער**, ירושלים תשכ"א, עמ' 248-269.
 34 ראו אריה מורגנשטרן, 'ניסיון של ר' ישראל משקלוב לחדש את הסמיכה לאור מקורות חדשים', סיני, ק, א (תשמ"ז), עמ' תקמח-תקסה.

שר הדתות במדינת ישראל המתחדשת, פרסם סדרת מאמרים בנושא חידוש הסמיכה,³⁵ ולא עלה הדבר בידו כלל.³⁶

הקמת הרבנות הראשית בארץ ישראל בתקופת היישוב על ידי הרב קוק ולאחר מכן אישורה כסמכות דתית מרכזית גם במדינת ישראל, היא וכל מערכת ההנהגה הרבנית ובתי הדין התלויה בה, היו במידת מה ניסיון להצעת מערכת חלופית של חכמים שאינם סמוכים. אולם היא אינה תחליף לסנהדרין, ויש לדון בה במסגרת הדיון הכללי של החלופות לבתי דין סמוכים שנוצרו במהלך הדורות.³⁷

ההסתמכות על דעת יחיד של הרמב"ם, והקושי המעשי לאגד את הרבנים והחכמים ולהביאם לידי הסכמה גם אם נקבל את דעתו של הרמב"ם להלכה, הופכים את שאלת הסמיכה ללא-מעשית. דיוננו בהמשך באפשרות כינונה, חידושה ותחייתה של מערכת משפט תורנית יתקיים על סמך ההנחה שחידוש הסמיכה אינו פתרון מעשי לעת הזאת.

ד. משפט אֵלוהי ומשפט אנושי

מערכת המשפט של התורה עצמה מכירה בקיומה של כפילות. "המשפט לאֵלוהים הוא",³⁸ ובמובן הזה השופטים מייצגים את הקדוש ברוך הוא, והחוק הוא חוק התורה, תורת ה'. מנגד, השופטים הם בני אדם, ושיקול הדעת שלהם מכיל רכיב אנושי. הממד הכפול של מערכת משפט התורה מלווה את כל הלכות הדיינים והמשפט בישראל. הביטויים הסמליים לנוכחות האלוהית בבית הדין רבים: הסנהדרין יושבת ליד מקום המזבח;³⁹ בית דין של עשרים ושלושה יושב בחצי גורן עגולה, ולפי המדרש, במרכזו של המעגל או בחצי הגורן החסרה ניתן מקום להשראת השכינה.⁴⁰ השימוש הכפול בשם "אֵלוהים" גם לקדוש ברוך הוא וגם לדיינים בבית דין של שלושה מלמד אף הוא על הממד הכפול של מעשה בית הדין.⁴¹ כך הדבר לא רק לגבי מושב הדיינים ומסגרת הדיון, אלא גם באשר לתוכני המשפט. מאגדת תנורו של עכנאי ידוע העיקרון "לא בשמים היא", המעביר את האחריות למשפטי התורה לידי החכמים.⁴² פסיקת ההלכה

35 ראו הרב יהודה ליב מימון, חידוש הסנהדרין במדינתנו המחודשת, ירושלים תשי"א.

36 הגוף הציבורי המכנה עצמו "סנהדרין" ופועל בימינו אלה, אינו נראה לרוב חכמי ישראל בזמן הזה אפילו כבבואה דהויה של הסנהדרין המיוחלת, כנסת חכמים סמוכים ונבחרים, ולא כאן המקום לדון בו.

37 ראו הרב אהרן ליכטשנטיין, 'הרבנות הראשית לישראל: מבט הלכתי עכשווי', איתמר ורהפטיג ושמואל כ"ץ (עורכים), הרבנות הראשית לישראל: שבעים שנה לייסודה, ירושלים תשס"ב, חלק א, עמ' 93. וראו גם אביעד הכהן, 'הרבנות הראשית לישראל: היבטים משפטיים', שם, חלק א, עמ' 159-228; אליאב שוחטמן, 'הרבנות הראשית ובתי הדין הרבניים', שם, כרך א, עמ' 229-243.

38 ראו יאיר פרנק, 'כי המשפט לאלהים הוא', ירון אונגר (עורך), קובץ משפטי ארץ, א, עפרה תשס"ב, עמ' 317-356.

39 ירושלמי מכות ב, ו (לא, ע"ד).

40 ויקרא רבה יא, ח: "אמר שלמה: אני חמיתה מצומצם בינהון. הדא הוא דכתיב: 'נודע בשערים בעלה בשבתו עם זקני ארץ'". ראו הרב אברהם יהושע השל מאפטא, אוהב ישראל, פרשת שקלים; הרב אברהם מרדכי אלתר מגור, אמרי אמת, פרשת משפטים, ד"ה 'ואלה המשפטים'; פרשת שמיני תרס"ט, ד"ה 'זהו נודע בשערים בעלה'.

41 רות רבה, פתיחתא א: "אף על פי שקראתי אתכם אלהים, שנאמר: 'אלהים לא תקלל' דעו שאני על גביכם".

42 בבא מציעא נט ע"ב. וראו יצחק אנגלרד, 'תנור של עכנאי: פירושה של אגדה', שנתון המשפט העברי, א (תשל"ד), עמ' 45-50.

היא הרכבה עדינה של שימוש במקורות מתוך התכוונות לשמוע מהם את דבר ה', ושל פרשנות יוצרת של הדיינים, שהיא עצמה מזוהה עם שמיעת דבר ה' או אפילו עם השמעת ה"קול הגדול" שהתחיל בהר סיני ו"לא יסף", במובן של "לא פסק".⁴³ יש לדון בשאלה אם חכמים שעוסקים בפסיקת הלכה, בהוראת תורה וברין, גם אם אינם סמוכים "איש מפי איש עד משה רבנו", הם בכלל שלשלת מסירת התורה ויש להם מעמד דומה - אם לא שווה - לחכמים הסמוכים. נראה, שהעמדה הרווחת בין חכמי ישראל בכל הדורות היא שיש לחכמים התכוונות הללו, גם כשאינם סמוכים. הרמב"ם כינה אותם "מעתיקי השמועה", ובוה שחרר את מעמד החכמים לומדי התורה ומוסריה מן התלות הבלעדית בסמיכה.⁴⁴ זו גם ההתייחסות המקובלת של ראשונים ואחרונים לתלמידי חכמים ויושבי על מדין. כיוון שכך, תפקידה של הסמיכה הופך לתפקיד פורמלי, שאינו מונע מן החכמים לעסוק בדין ובפסיקה, במקום שבו נוצר הכרח לעסוק בכך, ונמצאים פתרונות עוקפי-סמיכה כדי לאפשר לדין להתקיים. להלן נדון בעוקפי הסמיכה הקיימים בהלכה ונראה כיצד הם ניתנים ליישום גם בזמננו.

ה. בהיעדר סנהדרין - דין מלך

השאלות הלאומיות הגדולות שבהן אמורה סנהדרין לטפל, כגון יציאה למלחמה, לא הועברו מעולם לרשות אחרת, מכיוון שמאז שבטלה הסנהדרין לא הייתה לעם ישראל עצמאות מדינית. שום מלך לא נזקק להתייעץ עם סנהדרין כפי שמתוארת באגדה ההתייעצות של דוד המלך לקראת יציאתו למלחמה.⁴⁵ הר"ן מפתח משנה שלמה של מערכת שיפוטית שנמצאת דווקא בידי המלך, ועל פיה אין הוא נזקק לסנהדרין או למערכת הדין המוכרת של התורה. לדעת הר"ן, ידוע מראש שמערכת החוק של התורה אינה ישימה במלואה בכל התנאים החברתיים והפוליטיים הקיימים. כך לדוגמה, אם יקפיד בית הדין על דיני הראיות המפורטים של מסכת סנהדרין, לא יצא שם כמעט לעולם אדם להורג, ומכיוון שאין בתורה חלופה של ממש לעונש מוות, בטלה כמעט סמכות האכיפה של בית הדין, והרשע, חלילה, יכסה ארץ. גם קיום דיני גרמא בנוזקין כלשונם יכול למוטט את מערכת החוק, כי רשעים יוכלו לנצל את הפרצה הזאת ולהחריב את העולם בגרמא. לפיכך, אומר הר"ן,⁴⁶ יש לראות במשפט התורה משפט אידאלי, שבצדו חייב להתקיים "משפט המלך". המלך נושא את ספר התורה על זרועו תמיד כדי לזכור את כפיפותו לתורה, אך הוא רשאי לחוקק חוקים ולתקן תקנות שיעמידו את משפטי הדת על תלם, גם שלא על פי הלכות התורה ברמה הפרטנית שלהן, וכל זאת כדי לקיים את מצוות התורה ברמת הערכים הכלליים שלה.⁴⁷ לכן הוא יכול להוציא

43 דברים ה, יח, רש"י שם בפירוש הראשון; סוטה י ע"ב; סנהדרין יז ע"א. וראו רבי מאיר אבן גבאי, ספר עבודת הקודש, חלק ג, פרק כא.

44 רמב"ם, הלכות תלמוד תורה, א, ט.

45 ברכות ג ע"ב; סנהדרין טז ע"א.

46 דרשות הר"ן, הדרוש האחד-עשר.

47 רמב"ם, הלכות מלכים, ד, י: "ובכל אלו הדברים דינו דין, ובכל יהיו מעשיו לשם שמים, ותהיה מגמתו ומחשבתו להרים דת האמת, ולמלאות העולם צדק, ולשבור זרוע הרשעים ולהלחם מלחמות ה', שאין ממליכין מלך תחלה אלא לעשות משפט ומלחמות".

להורג שלא על פי דיני הראיות המקובלים או לפסוק בדיני ממונות וקנסות שלא כדין התורה – כהוראת שעה, או כהוראת קבע, אף שאין לה תוקף של דין תורה – כדי לקיים סדר ציבורי ולהביא לקיום נאות של דרכה של תורה בישראל.⁴⁸

פוסקים בני הדורות האחרונים סברו שניתן להסתמך על דין המלך על מנת לקיים מערכת משפטית מקבילה למערכת של תורה. המלך אינו דווקא מלך משוח מבית דוד, אלא כל מי שהציבור קיבל עליו את סמכותו השלטונית, ולעניין הזה אין הבדל של ממש בין מלך מבית דוד ובין שלטון נבחר בבחירות דמוקרטיות. ואולי אדרבה, אפשר שכוחו של שלטון נבחר גדול מזה של מלך ממונה, באשר השלטון הנבחר מייצג את רצון הציבור כולו ויונק את כוחו גם מכוח הסכמות ציבוריות.⁴⁹ לתקן תקנות וחוקים על פי הסכמת הקהילות, כפי שנהגו בתי דין בכל הדורות.⁵⁰

ו. בהיעדר בית דין לנפשות – מכין ועונשין

מסלול נוסף לקיום מצוות התורה והשגת יעדיה בהיעדר סמכות משפטית פורמלית לדיני נפשות הוא העיקרון שנקבע בגמרא ש"בית דין מכין ועונשין שלא על פי תורה, ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה".⁵¹ הגמרא במסכת סנהדרין מונה כמה מקרים שבהם הפעילו תנאים ואמוראים עונשי גוף ומיתה בלא מערכת דיני הראיות המקובלת ובלא סמכות מסורתית של סמיכה, מכוח הזכות והחובה לדאוג לתקנת הציבור. זו היא הלכה פסוקה שהתקבלה למעשה גם בדורות מאוחרים, והדוגמה המובהקת לכך היא פעולתו של הרא"ש בספרד במאה הארבע-עשרה. הרא"ש הגיע מאשכנז לספרד וגילה להפתעתו שהדיינים בספרד נוהגים לענוש עונשי גוף ואפילו עונשי מיתה, דבר שלא היה מוכר כלל בין האשכנזים. הסיבה העיקרית לכך הייתה שהשלטון הערבי בספרד נתן אוטונומיה שיפוטית לבית הדין היהודי, והם העדיפו את האפשרות לשמר את האוטונומיה הזאת ולדאוג למערכת משפטית שלמה על פני האפשרות שהשלטון ייקח לידי את הטיפול בעבריינים ויעשה זאת באופן חמור הרבה יותר ומסוכן ליהודים. משראה שכך הם פני הדברים, קיבל הרא"ש את המנהג הספרדי ואף הצטרף אליו ועודדו. לפיכך מוצאים בשו"ת הרא"ש תשובות המסכימות להחלטות דייני הקהילה בערים שונות – לחתוך לשונו של מגדף, לקצץ חוטמה של נואפת, ולסבב הריגתו של אדם שסיכן את הציבור במלשינותו ובהתנהגותו הפרועה.⁵² בעידן המודרני אין לאיש עניין להחזיר את עונשי הגוף והמיתה, אבל ודאי שבדרך של קל וחומר יכול בית הדין ליטול לעצמו מרחב פעולה בתחום האכיפה והענישה ולהשיב לעצמו את הסמכויות שניטלו ממנו עם אובדן הסמיכה, במסלול של "מכין ועונשין

48 על אף התלות הגבוהה של דיינים בראש הגולה, סובר הרמב"ם שראש הגולה לא היה בהכרח "גמיר וסביר", וסמכותו השלטונית נובעת מהיותו נצר לבית דוד, ולא מיכולתו התורנית (פירוש המשנה לבכורות ד, ד).

49 ראו הרב יואל בן נון, 'מקור כפול לסמכות השלטונית: בסיס רעיוני למשטר דמוקרטי על פי התורה', בנימין פורת (עורך), **מחשבות על דמוקרטיה יהודית**, ירושלים תש"ע, עמ' 111-130.

50 לסיכום הגישות בתחום הזה ראו ידידיה צ' שטרן, 'מנהיגות ציבורית כסמכות הלכתית', נייר עמדה מס' 22, המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים, אלול תש"ס.

51 יבמות ז ע"ב; סנהדרין מו ע"א וכל המסתעף, עד פסק ההלכה בשולחן ערוך, חושן משפט, ב.

52 התשובות מרוכזות בשו"ת הרא"ש, כלל יז וכלל יח.

שלא על פי תורה". יש להבין, שכאשר משתמשים במונח "שלא על פי תורה", אין פירוש הדבר שזהו משפט חילוני בעל מגמות שמנוגדות למגמות התורה, אלא הכוונה היא שזהו משפט המכוון לאידאות ולערכים של התורה, אלא שהוא עוקף את הכלים המשפטיים הפורמליים החסרים לו על מנת להשיג יעדים דומים.

ז. בהיעדר סמוכים – שלושה הדיוטות

הדגם המצוי ביותר של חלופה לבית דין סמוכים הוא בית דין של שלושה שאינם סמוכים. לפי המשנה, גם בית דין של שלושה צריך שיהיו סמוכים, מלבד לדיני ממונות. האמוראים נחלקו מה טעם אין צורך בשלושה סמוכים, ודי בשלושה הדיוטות.⁵³ לדעת רבי אבהו, מעיקר הדין צריך שלושה סמוכים גם לדיני ממונות, אלא שהקלו לדון דיני ממונות גם ביחיד וגם בשלושה הדיוטות, "כדי שלא תנעול דלת בפני לוויין".⁵⁴ הכוונה היא, שאם לא יוכלו המלווים לגבות את חובותיהם בצורה מסודרת בבית דין, הם יימנעו מלהלוות. מכאן שהמעבר לבית דין בלתי סמוכים נובע מתקנה חברתית. הנימוק הזה אינו מתפרש במשמעותו המצומצמת בלבד, של דאגה להלוואות. "שלא תנעול דלת בפני לוויין" משמש נימוק לתקנות וסדרים שונים במערכת המשפטית, והוראתו הכללית היא להקל בהקפדה במשפטי התורה על מנת לאפשר פעילות תקינה של המערכת הכלכלית. לפיכך מתרחבות סמכויות הדיון של בית דין של שלושה שאינם מומחים גם לנושאים אחרים של דיני ממונות, שאינם קשורים דווקא להלוואות, כדוגמת ענייני מיקח וממכר, ירושות ואפילו נזיקין.⁵⁵ הפוסקים התלבטו מהם קווי הגבול שעדיהם יכולה להתרחב הסמכות הזאת, יש המרחיבים ויש המצמצמים. במקום של צורך גדול, מסתבר שראוי לסמוך על דעת המרחיבים.

לדעת רב אחא בריה דרב איקא, הסדר הוא הפוך. מעיקר הדין אין צורך כלל בסמוכים, והדרישה לשלושה הדיוטות נובעת מן הרצון להבטיח שיהיה בבית הדין לפחות אדם אחד שהוא "גמיר וסביר". לפי שיטתו של רב אחא סמכות הפעולה של דין יחיד נובעת מן הפסוק "בצדק תשפוט עמיתך".⁵⁶ היא ממעטת במידת ה"אלוקיות" של בית הדין ונוטה יותר לכיוון הצדק המשפטי, שיוכל להיעשות גם בכוח דעת אנוש שאינה נשענת על האצלת הרוח ממשה רבנו.⁵⁷

53 סנהדרין ב ע"ב - ג ע"א.

54 האחרונים נחלקו אם הלכה כרבי אבהו שמדאורייתא צריך שלושה סמוכים או כרב אחא שדי באחד. ראו ש"ך, חושן משפט, ג, א.

55 עיינו יד רמ"ה (ר' מאיר הלוי אבולעפיה) לסנהדרין לב ע"ב, ד"ה 'נקיטין השתא' - על הפטור מחובת דרישה וחקירה בכל הנושאים הללו, המבוסס על תקנת "שלא תנעול דלת".

56 ויקרא יט, טו. ראו סנהדרין ג ע"א. בתוספתא סנהדרין ו, ב ובבבלי סנהדרין לב ע"ב למדים מן המקור הזה פרטים שונים בסדר הדין שתפקידם להבטיח שהצדק ייעשה וייראה.

57 הנוכחות של "אלוהים" בדין מבוססת על עצם מניין השלושה, כמו בזימון ובמניין, ולא על התוכן והאיכות של פעולתם השיפוטית. ראו אבות ג, ו: "עשרה שיושבין ועוסקין בתורה שכינה שרויה ביניהם... ומנין אפילו שלשה שנאמר בקרב אלהים ישפוט". ולכן יש לכל שלושה מעמד של ישות משפטית: כמו בחליצה (יבמות קא ע"א) ובהפדת נדרים (נדרים עח ע"א וקכ ע"א); כבא בתרא קכ ע"א-ע"ב). לעומת זאת, לשיטת רב אחא, כדי לקיים "בצדק תשפוט" אין צורך בשלושה דווקא, אבל היחיד צריך להיות מומחה ולא ייתכן להסתמך על הדיוט.

נושאי הכלים של השולחן ערוך בחושן משפט סימן ג התלבטו בשאלה כיצד הוכרעה המחלוקת

להלן נדון בשאלת הגדרת סוגי הידע והסמכות של חכמים שאינם סמוכים.

ח. סמוכים, מומחים, הדיוטות ורועי בקר

מבחינה פורמלית, אם אין סמיכה "איש מפי איש", אזי האדם שלא נסמך, יהיה חכם ובקי גדול ככל שיהיה, אינו נחשב אלא הדיוט. אין היררכיה פנימית בין סוגי ההדיוטות השונים, והדיוט אינו יכול להיות חבר בסנהדרין או בבית דין של עשרים ושלושה, ואף אינו יכול להיות שותף בבית דין של שלושה כשנצרכים מומחים-סמוכים, כגון לדרון דיני קנסות.⁵⁸

עם זאת מוצאים בגמרא מעמד של חכמים שלא היו סמוכים ובכל זאת ניתן משקל יתר למעמדם ולתפקידם. כבר במסגרת הדיון על בית דין של הדיוטות מעלה הגמרא את הטיעון שבין שלושה שכאלה מצוי שיהיה לפחות אחד שהוא "גמיר וסכיר". רב נחמן טוען כנגד אמורא אחר שסמכותו שלו גבוהה יותר מבחינת תקפות הדין שלו, כי הוא "דיינא".⁵⁹ יש גם קטגוריה של "מומחה" לתחומי דעת מסוימים - הדוגמה המובהקת היא מומחה למומי בכורות.⁶⁰ המעמד של החכם נקבע מצירוף של שלושה רכיבים: היכולת האישית-לימודית שלו, ההכרה הציבורית-חברתית במעלתו, ומינוי שניתן לו על ידי הנהגת הציבור. חכם שכזה, אף על פי שאינו סמוך, יכול לדרון ולהורות במגבלות של מה שנאסר על מחוסרי סמיכה. מושג ה"סמיכה" המאוחר שהתקיים בקהילות שונות, והתחדש במיוחד בסוף תקופת הראשונים באשכנז, נתפס כמעין מתן הכרה רשמית לחכם שהוא יכול למלא תפקידים ציבוריים בהוראה, ברבנות ובדיינות, אך אין הוא מקנה לו את המעמד של הסמיכה הפורמלית הנאצלת ממשנה רבנו.⁶¹ ובכל זאת, שלושה הדיוטות יכולים להיות גם "שלושה רועי בקר" אם יש הסכמה של הציבור או של הממונים על הקהל להטיל עליהם תפקיד של דיינים או בוררים.

העקרונית אם צריך מדאורייתא שלושה או אחד, ולכל אחד מן הצדדים - מה יסוד קיומה של הדרך השנייה בהלכה, שהרי בסופו של דבר השולחן ערוך מביא את שני הצדדים הסותרים. ה'תומים', ה'קצות' וה'נתיבות' מסכימים בהבדלי גוונים על כך שיש שוני מהותי בין בית דין של שלושה, שיש לו תוקף של בית דין פורמלי, ובין דין יחיד, שיכול לברר את הדין אך אין לו תוקף של בית דין לעניינים המצריכים בית דין, כגון "הוחזק כפרן" או שבועה. דבריהם מיוסדים על הבחנות הקיימות כבר בראשונים ונפסקו להלכה בשולחן ערוך סעיף ב ביחס לבית דין של שניים. לדברינו, כל החילוקים הללו מיוסדים על הבחנת היסוד שבגמרא, בין "א-להים" כסמכות משפטית-דתית ובין "בצדק תשפוט" כיכולת משפטית-מקצועית.

ובכל זאת נעשו ניסיונות לקבוע דרגות בהכשרת החכמים לצורך מינויים לתפקידים שונים בקהילה, גם אם הם אינם סמוכים. ראו לדוגמה בתשובתו של רב שרירא גאון בתשובת הגאונים **שערי צדק**, חלק ד, שער ו, סימן לה, המברר מיהו הראוי להיחשב מומחה כדי להתמנות לדיין. ועיינו מחלוקת הש"ך והסמ"ע בעניין מינוי מי שגמיר ולא סביר או הפך, בש"ך לסימן ג, סעיף קטן יא. עיינו גם 'נתיבות המשפט', חידושים, סימן ג, סעיף קטן ב. בעניין הראוי להורות בענייני איסור והיתר, ראו שולחן ערוך, יורה דעה, רמב, יד. ועיינו 'פתחי תשובה', סעיף קטן ח, הוויכוח על הפוסקים מתוך ספרי פסק כדוגמת השולחן ערוך ונשאי כליו.

כתובות צד ע"ב, והוא גם משתבח בכך שהוא דן דיני ממונות יחיד (סנהדרין ה"א).
 במשנה בכורות ה, ה מונגד המומחה לשלושה ולעשרים ושלושה: "רבי יוסי אומר: אפילו יש שם עשרים ושלושה לא ישחט אלא על פי מומחה", כי יש צורך בידע מקצועי, ולא די ב"אלוהיות" של המערכת המשפטית. ועיינו בהרחבת הדיון בכורות לו ע"ב - לו ע"א.

עיינו שולחן ערוך, יורה דעה, רמב, יד, הגהת הרמ"א שם. וראו מרדכי ברויאר, 'הסמיכה האשכנזית', ציון, לג (תשכ"ח), עמ' 15-46.

כיוון שכך נוצרת האפשרות לקיים מערכת משפטית גם במקום שאין תלמידי חכמים מובהקים היכולים לדון מתוך בקיאות מספקת בסדר נזיקין ושולחן ערוך חושן משפט. וכל זאת, אם המתדיינים מודעים לכך שהדיינים אינם פוסקים על פי תורה, אלא על פי שיקול דעתם. האופן הזה של שיפוט, של הדיוטות שהמתדיינים או הציבור הסכימו לקבל עליהם, נתפס אצל מקצת הפוסקים כדרך הלגיטימציה המרכזית של סמכות בתי הדין, בהיעדר סמיכה ברמת "איש מפי איש עד משה רבנו".

ט. הסכמת המתדיינים והציבור

המסלול המרכזי המאפשר לבתי דין לפעול גם אם אינם סמוכים ואין להם סמכות אוטונומית, הוא קבלת הסמכות שלהם מן הציבור או המתדיינים. "קבל רשות"⁶² או "קיבלוהו עליהם" מקנה אפילו לדיין יחיד, ובוודאי שלושה דיינים, מעמד סמכותי מחייב.⁶³ כך, ויותר מכך, הוא הכוח שדיינים מקבלים מהסכמת הציבור למנותם, או מהסכמת הרשות השלטונית – כדוגמת ראש הגולה בבבל. מי שקיבל רשות מראש הגולה⁶⁴ או הסכמה של הציבור⁶⁵ או של המתדיינים, "מה שעשה עשוי". יש הבחנות ביניים משניות בשאלת מידת התוקף של פסק דין של דיין לא מומחה שטעה. יש מצבים שבהם הדין חוזר ומתבטל ויש מצבים שהתקפות מוחלטת. יש מקרים שבהם הדיין או מורה ההוראה חייב לשאת באחריות לנזקים ממוניים שגרם בפסקו, ויש מקרים שהוא פטור, אולם אלו הן בעיות משניות שליוו את הגדרת מעמדו של הרב והדיין בכל הדורות, ובדרך כלל נפתרו כאשר הדיין והרב קיבלו רשות לדון מגורם שלטוני ציבורי סמכותי.

המבנה של בית דין של שלושה מתואר במשנה כ"זה בורר לו אחד וזה בורר לו אחד ושניהם בוררים להם עוד אחד". זהו בית דין של "גבררים", שלדעת כמה מן הפוסקים והמפרשים הוא הדרך העדיפה לכינון בית דין, מפני שכל אחד מן המתדיינים חש שהעמדה שלו תבוטא היטב ובאופן הגון וראוי על ידי הדיין שהוא ברר לו, בבחינת "מתוך שבידרו מדרף זכותו".⁶⁶ יש הסבורים שדרך זו עדיפה פחות מבית דין של

62 סנהדרין ה ע"א-ע"ב, סוגיית 'מאי רשותא' וכל המסתעף.
 63 רש"י ותוספות נחלקו מה טיב ההסכמה, אם צריך קבלה בעלמא (ה ע"א, תוספות ד"ה 'ואי לא זיל שלים') או קבלה לגמרי, "אם לדין או לטעות". אבל אם קיבלוהו רק לדון דין תורה אינו מועיל לטעות (שם, רש"י ד"ה 'אי קבלוך, ואי לא').
 64 הפוסקים דנו בשאלה מי היא הרשות השלטונית שיש לה סמכות למנות דיינים. עיינו לדוגמה בש"ך, סימן ג, סעיף קטן טו שדן אם רשות המלך מספקת. הטור נוטה לצמצם בסמכות הרשות החילונית והנוכרית והריב"ש מרחיבה.
 65 לשאלה מה תוקפה של הסכמת הציבור, עיינו 'נתיבות המשפט', חידושים, סימן ג, סעיף קטן ה, המביא מחלוקת ראשוני האחרונים בשאלה מה מידת התוקף של בית דין ש"המחום רבים עליהם". בחלק הביאורים (סוף סעיף קטן ג) הוא מסכם את הדיון במילים האלה: "דרכים היינו ציבור, והציבור ודאי יכולים לתקן כמו שירצו". לשיטתו, הציבור יכולים למנות גם "יושבי קרנות" לדיינים בסמכות מלאה ('נתיבות המשפט', חידושים, סימן ג, סעיף קטן ב, בשם הש"ך, סעיף קטן ג), ולכאורה נובע מכך שיכולים להחליט גם למנות נשים (עדיין צריך לדון מצד החיסרון של שררה ואכמ"ל).
 66 מירת רבי זירא בירושלמי סנהדרין ג, א (כא, ע"א). וכעין זה לשון הרמב"ם בפירושו המשנה, ג, א, ובאופן שונה במקצת בבבלי כג ע"א ורש"י ד"ה 'יצא דין אמת לאמתו'.

מומחים שנבחרו על ידי הציבור,⁶⁷ אולם במקום שאין אפשרות לבית דין ממונה ונבחר, הדרך של בית דין נבררים מוסכמת על הכול כדרך הרצויה.

הדבר המעניין הוא, שיש גישה מרכזית בתפיסת בתי הדין הממונים האומרת שגם הם אינם פועלים אלא מכוח קבלת הציבור, כנבררים ולא כדיינים. הסיבה לכך היא, שהדיינים חוששים שיטעו ולא יכוונו כיאות לדין התורה. לכן, הצגתם כנבררים מקלה את החשש הזה ומאפשרת יותר נוחות בדיון, וגם הגדלה של האוטונומיה השיפוטית של הדיין ביחס למקורות הקודמים המחייבים שניתנו לפניו.⁶⁸ על יסוד ההנחה הזאת נהוג כיום שכל בית דין ובית דין בישראל מחייב את מי שבא לדון בפניו ממונות, לחתום על מסמך שבו הוא מקבל את בית הדין שידונו אותו "על פי תורה ושלא על פי תורה". בספרות השו"ת מתנהל דיון מעניין סביב השאלה מה לעשות במקרה שבו אחד המתדיינים מתעקש שידונו אותו דווקא על פי דין תורה. יש אומרים שחייבים להישמע לו, ויש אומרים שבכך הוא מערער את כל סמכות בית הדין והוא נחשב לסרבן דין!

נוסף על כך, קיימת גישה המעוררת את הדיינים והמתדיינים לפנות לדרך של פשרה ולא של דין גמור, לא רק מפני שזו דרך של שלום, אלא מפני שדרך זו משהררת במידה מסוימת את הדיינים מכפיפותם וחובתם להגיע למיצוי הדין. כדברי בעל הסמ"ג המובאים בטור: "צריכין הדיינין להתרחק בכל היכולת שלא יקבלו עליהם לדון דין תורה [!] כי מאד נתמעטו הלבבות, וגרסינן בירושלמי פ"ק דסנהדרין בימי רבי שמעון בן יוחאי בטלו דיני ממונות. אמר רבי שמעון בן יוחאי לית דחכים בדין. רבי יוסי בן חלפתא באו ב' אנשים לפניו: אמרו לו על מנת שתדיננו דין תורה אמר להם איני יודע לדון לכם דין תורה".⁶⁹ מנגד טוען ה"ד רמה' שהתביעה מן הדיין העוסק בפשרה חמורה יותר מאשר בדיון, מכיוון שהדין אליבא דהלכתא אינו צריך אלא לכוון לפסוק אליבא דהלכתא, ו"הלכך ליבא למיחש שמא יחייב את הזכאי ויזכה את החייב", אבל "פשרה צריכה עיונא טפי, ולעייין לפי שיקול הדעת ולראות מי מהן אומר אמת ועל מי ראוי להחמיר יותר".⁷⁰

עקב כך נפתחה אפשרות רחבה לכוונן בית דין לענייני ממונות וציבור בכל קהילה וקהילה בישראל,⁷¹ גם אם אין בה שלושה תלמידי חכמים שהוכשרו לדיינות ונבחנו בבחינות ההסמכה. כאמור, מבחינה פורמלית, אין לבחינות ההסמכה הללו חשיבות, וגם מי שעמד בכל המבחנים בהצטיינות מרובה והוא "גמיר וסביר" עדיין אינו סמוך באמת, והוא נחשב לאחד ההדיוטות.

אין כוונתנו לעודד כינונם של בתי דין המורכבים מ"רועי בקר". אדרבה, ההנחה היא שאם תפתח מערכת משפטית שכזאת, ירבו הלומדים שיבקשו להעמיק ולהרחיב

67 עיינו שו"ת משפטי עוזיאל, כרך ד, חושן משפט, סימן א, אות י, שמתבטא בחריפות נגד בתי דין של ברורים.

68 טור, חושן משפט, סימן יב; שולחן ערוך, חושן משפט, יב, ב; ש"ך לסימן יב, סעיף קטן ו.

69 בעניין הפשרה ראו עוד: ברכיהו ליפשיץ, 'פשרה', ירון אונגר (עורך). קובץ משפטי ארץ, א, עפרה תשס"ב, עמ' 137-151; חיים שפירא, 'The Debate Over Compromise and the Goals of the Judicial Process', דיני ישראל, כו-כו (תשס"ט-תש"ע) (מחקרים לכבוד מרדכי עקיבא פרידמן, החלק האנגלי), עמ' 147-182.

70 יד רמה לטנהדרין לב ע"ב.

71 חלק חושן משפט בשולחן ערוך נפתח בהנחת היסוד שיש אפשרות לדון בבתי דין שאינם סמוכים במגוון נושאים, והוא מפרט אותם. העיקרון המנחה הוא שבעניינים מצויים ונחוצים – אפשר וצריך לדון (סימן א, סעיפים א-1).

בתחום המשפט, גם במשפט הכללי הנהוג וגם במשפט העברי ובהלכה, כדי שיוכלו להשתלב במערכת כדיינים הדנים על פי תורה – אף כי לא במונח הפורמלי של דין תורה.⁷²

י. שליחותייהו קעבדין

הפתרון של קבלת הציבור והסכמת המתדיינים מועיל להתדיינות בדיני ממונות. עדיין נותרה פתוחה השאלה, מה מקור הסמכות של בית דין שאינם סמוכים לדון בענייני מעמד אישי – קידושין גיטין וגירור – ואפילו בענייני איסור והיתר. יש לשים לב לכך שנושאים אלו גובלים פעמים רבות בדיני נפשות, שכן ההחלטה על חלות קידושין או גירושין קובעת גרדי עריות ויכולה להפוך ביאת זנות לאיסור עריות שחייבים עליו מיתה. גם אם בית הדין עצמו אינו דן בעונשי מיתה, הרי העניין עצמו הוא בכחינת "נפשות".⁷³ כך הדבר גם בשאלת הגירור, שבה הכנסתו של אדם בכריתו של אברהם אבינו הופכת אותו לבר חיוב בדיני נפשות, ומעתה אם יחלל שבת הוא בגדר של חייב סקילה.

שאלה אחרת היא מה מקור סמכותו של בית דין שאינו סמוך לקבוע בתחומים מקודשים, שבהם פסיקת הדין מחוללת מציאות רוחנית שניתנה במקור רק לחכמים הסמוכים. הדוגמה המובהקת לכך היא קידוש החודש ועיבור השנה.⁷⁴ הקביעה מתייחסת לחול מועד מסוים, התלויה בקידוש החודש, היא קביעה שיש לה השלכות נרחבות גם בתחום ההלכה הפרטית והאישית – מהו היום שבו אסור לעשות מלאכה, או באיזה יום חל יום הכיפורים והאוכל בו עובר איסור כרת. אולם מעבר לכך, זו שאלה של מהות רוחנית של קדושה – קידוש החודש מחולל את קדושת היום טוב, בין היתר, ומניין לאנשים שאינם סמוכים היכולת לחולל זאת?

הפתרון שהוצע כבר בימי הגמרא הוא "שליחותייהו קעבדין"; בית הדין הלא סמוך משמש בעצם שליח היונק את סמכותו מבית הדין הסמוך שבארץ ישראל.⁷⁵ לרעיון השליחות היו שני שלבי התפתחות, המשקפים שתי רמות הפשטה של מושג השליחות. הרמה הראשונה קרובה יותר לשליחות במובנה המשפטי הרגיל. בתי הדין שבבבל, שלא הייתה להם סמכות לדון דיני קנסות, ראו עצמם שלוחים של בתי הדין בארץ ישראל. אמנם יש כאן חידוש גדול, שהמעשה המשפטי ניתן להעברה מבית הדין עצמו לידי שלוחים שאין להם הסמכות הרשמית לקיים את הדין בעצמם, ובכל זאת, יש כאן עדיין "ריח של שליחות". הדרגה הבאה בהתפתחות רעיון השליחות היא שגם בתי דין שאחרי תקופת התלמוד, עד ימינו אלה, מקדשים את החודשים ומעבירים את השנים מכוח השליחות שהטילו עליהם בתי הדין הסמוכים בארץ ישראל בזמן התלמוד. וכך

72 הפתרון לבתי דין שאין בהם מומחים מוצע כבר בגמרא – יתייעצו בכתב עם בתי דין גדולים ומומחים מהם. עיינו סנהדרין לא ע"ב וכל המסתעף, עד להלכה בשולחן ערוך, הושן משפט, יג, ו.

73 עיינו בחידושי הרמב"ן ליבמות קכב ע"ב, ד"ה 'ואוקימנא'; 'קצות החושן', סימן לד, סעיף קטן א, שמוסיף לעניין השליחות גם "דיש כח ביד חכמים לעקור דברי תורה אפילו בקום ועשה".

74 ראש השנה כה ע"ב; נדרים עח ע"ב: "מועדי ה' צריכין קידוש בית דין".

75 בבא קמא פד ע"ב.

גם בכל ענייני המעמד האישי.⁷⁶ זו קפיצת מדרגה גדולה בהבנת מושג השליחות, שהרי כאן המשלח מת מזמן ואין שום זיקה ישירה בין המשלחים ובין שלוחיהם כביכול. השליחות הפכה להיות מושג רעיוני שמבטא זיקה של העברת סמכות מן הסמוכים של פעם לבתי הדין שבהווה.⁷⁷ וכדברי הר"ן: "ואפילו בזמן שאין מומחין בארץ ישראל מסתמא שליחותא דקמאי עבדינן".⁷⁸

כך מנסח זאת הרב ולדנברג בשם הריב"ש: "עבדינן שליחותייהו, לאו שליחות גמור הוא, אלא רוצה לומר דבמילתא דשכיחא ואית בה חיסרון כיס, אנחנו נעשה בעצמנו כאילו אנחנו שלוחיהם וכאילו ב"ד הגדול שבארץ ישראל הממונים על כל ישראל מימות משה רבינו ע"ה, תקנו דבהנהו מילי יוכלו לרון מחכמי חוצה לארץ בלא סמיכה". ומוסיף הרב ולדנברג: "ויש רק להבין באיזה כח ובאיזה סמכות נעשה אנחנו בעצמינו בכזאת להחשב כאילו אנחנו שלוחיהם, ואולי ר"ל דהכח הזה לנו נובע מהמקרא כתוב של חוקת משפט לדורותיכם דמכיון דהתורה גוזרת שחוקת המשפט יהיה לדורותיכם, העניקה ע"כ הסמכות לשפוט לכל שופטי הדורות וגם כשאר סמוכים העניקה להם הזכות לשפוט בכח זה כאילו הם נעשים שלוחיהם של הקדמונים שיש להם הסמכות ויונקים מהם את כחם ובלבד שיהא להם החכמה והידע התורני לכך".⁷⁹

כיוון שכך, בתי הדין של ימינו יכולים לקבל על עצמם משימות שהוגדרו במשנה כאפשריות רק לבתי דין של סמוכים. במובן מסוים ניתן להרחיב עד בלי די את ממדי השליחות, וכשם שבתי הדין עושים שליחותם של הקדמונים בקידוש החודש ועיבור השנה, בדיני קנסות ובענייני המעמד האישי, הם יכולים לקבל על עצמם "שליחותייהו" גם בתחומים נוספים, כגון בסדרי הציבור והמדינה שהיו נתונים בעבר בידיה של הסנהדרין הגדולה.⁸⁰

76 גיטין פח ע"ב; רמב"ם, הלכות סנהדרין, ה, ח. כאשר לשליחות בענין גיור - עיינו יבמות מו ע"ב, תוספות ד"ה 'משפט'; גיטין פח ע"ב, תוספות ד"ה 'במילתא דשכיחא'. לגבי גיטין וקידושין - ראו חידושי הרמב"ן ליבמות מו ע"ב, ד"ה 'ובעי', ולסנהדרין כג ע"א, ד"ה 'ואני אומר'. בקנסות שונים, כגון אונס ומפתה, שבהם לכאורה משמע בפירוש מן הגמרא שלא "עבדינן שליחותייהו", מצאו הגאונים פתרון בכך שמגדירים את העבריין עד שיפייס בממון, שאת שיעורו קובע במידה רבה בית הדין (עיינו אבן העזר, סימן קעז, טור, בית יוסף, שולחן ערוך ונושאי הכלים). למחלוקת הפוסקים בשאלה איזה מן הנושאים מצריך סמוכים ולכן פועל כיום מכוח השליחות, ואיזה מבוסס על "תשים לפניהם" ואינו מצריך זאת, עיינו ב'קצות החושן', סימן ג, סעיף קטן א.

77 דבר זה נכון אפילו כיום, כשסמוכים על הלוח שהתקינו קדמונים סמוכים - ישנו מעין אשרור מחודש של הקידוש, מכוח השליחות. ובוודאי זה היה נכון בכל תקופת הגאונים, שעדיין נסמכו על קידוש החודש ועיבור השנה של גאוני ארץ ישראל, אף על פי שכבר לא היו סמוכים. ראו רמב"ם, ספר המצוות, עשה קנ; רחמים שר שלום, 'מתי נוסד הלוח העברי, מתי תוקן ומתי נחתם', סיני, קב (ניסן-אייר תשמ"ח), עמ' כו-נא, ומהדורה מתוקנת באתר דעת; הנ"ל, 'מנין השנים וסדר העיבורים בתקופת הגאונים', סיני, קכח (תשרי-ניסן תשס"א), עמ' קס-קעט, ומהדורה מתוקנת באתר דעת משנת תשס"ה.

78 גיטין מט ע"ב, ד"ה 'אנן', מובא בבית יוסף, אבן העזר, סימן קלד. ועיינו עוד בבית יוסף, אבן העזר, סימן יא, אות ד, ד"ה 'כתבו התוספות'; בית יוסף, חושן משפט, סימן א, ד"ה 'ודוקא בזמן'.

79 ציץ אליעזר, חלק טו, סימן סט.

80 עיינו הרב שלמה מ' עמאר, 'הסמכות ההלכתית של דיני ישראל מאז ביטול הסמיכה ובגדר של "שליחותייהו דקמאי עבדינן"', תורה שבעל-פה, מה (תשס"ו), עמ' כח-מא.

יא. קיום מצוות שופטים ושופטים בזמננו

- נסכם את הכלים המאפשרים כינונה של מערכת משפט רחבת היקף בזמננו:
1. "משפט המלך" – מעניק לגיטימציה לקיומה של מערכת משפטית בצד דיני התורה שאינה צמודה לה בפרטיה אך מכוונת להשגת ערכיה הכלליים.
 2. "מכים ועונשים שלא על פי תורה" – מעניק סמכות לבית דין של הדיוטות שמייצג את הקהילה לתקן תקנות, לרבות אכיפה וענישה, כדי להנהיג את הציבור ו"להעמיד משפטי הדת על תלם".⁸¹
 3. "שלא תנעול דלת בפני לוויין" – נימוק לכך שיש לקיים מערכת משפט גם אם אין היא עומדת בקריטריונים האידיאליים, כדי לאפשר זרימה חופשית ותקינה של חיי הכלכלה.
 4. "מינוי ורשות" – הענקת רשות של הנהגת הציבור לחכמים ומינוים לדיינים ולמורי הוראה, שמקנים להם סמכות כלפי הציבור, חסינות מפני תביעות ותוקף הדין גם במקום שנטלו חירות הוראה מעבר למוסכם על כלל החכמים.
 5. "זה בורר" – מקור הסמכות של בתי דין של הדיוטות, שהיא הסכמה של המתדיינים – הסכמה אד הוק במקרה פרטי או הסכמה שממילא כאשר מדובר בבית דין קבוע. הסכמה זו מחייבת את המתדיינים לקבל עליהם את פסק הדין, ומאפשרת לדיינים לדון על פי שיקול דעתם, בלא להיות מחויבים להורות בדיוק כדין תורה.⁸²
 6. "שליחותיהו קעבדינן" – הסמכות של בתי הדין הבלתי סמוכים, שיונקת מן הסמכות של בתי הדין הסמוכים הקדומים שבעבר. סמכות זו מנוצלת בפועל בענייני המעמד האישי, ובתחומים שונים של איסור והיתר וקדושה, וייתכן שהיא ניתנת להרחבה נוספת בימינו, עם היווצרות הצורך להורות גם בענייני ציבור, קהילה ומדינה.
- נמצאנו למדים כי בידי ציבור שומרי התורה והמצוות מצויים כל הכלים הנדרשים כדי לכונן מערכת משפטית תקפה ויעילה שתנהל את הקהילה המעוניינת להיות על פי משפטי התורה – לא פחות, ואולי יותר, מכפי שנעשו הדברים בקהילות בגולה. חשוב מאוד לשים לב לכך שכל המנגנונים שנמנו מכילים באופן פרדוקסלי את הסמכות לדון "שלא על פי תורה" אלא על פי ראות עיניו של הדיין.⁸³ התפיסה הזאת מעניקה חופש לבתי הדין לשלב בפסיקתם שיקולים מגוונים מתחום המשפט הכללי, ממדעי המדינה והחברה, מן הפסיכולוגיה ומן הכלכלה. היא מאפשרת להיעזר במומחים מתחומי דעת שונים, והיא מאפשרת לעקוף את המגבלה של פסול נשים לעדות.⁸⁴ בסופו של דבר, המנגנון המשפטי עצמו במערכת הזאת יכול להיות חדשני

81 סמכות זו נתבארה בשולחן ערוך, חושן משפט, ב.

82 ראו אסף פורת, 'בית הדין הרבני כבורר', קרית המשפט, ב (תשס"ב), עמ' 503-531; הרב שלמה דיכובסקי, 'מעמדו של בית דין רבני הדין ממונות כבורר', שנתון המשפט העברי, טז-יז (תש"ן-תשנ"א), עמ' 527-533.

83 ולכן, באופן אירוני משהו, מותר לדיין סומא בשתי עיניו לדון! ('קצות החושן', סימן ז, סעיף קטן ב).

84 עיינו אורי רתם, 'הכרעת דין ללא עדות: על השימוש באומדן ובראיות מודרניות בבית הדין הרבני', ירון אונגר (עורך), קובץ משפטי ארץ, ב, עפרה תשס"ה, עמ' 69-105.

מאוד ומודרני - מבלי לפגוע בגופי תורה כלל. היעדים והמטרות של בית הדין היו מושגות על ערכי התורה ומצוותיה.⁸⁵

כל קהילה המתנהלת באופן אוטונומי יחסית, כגון קיבוץ, מושב ויישוב קהילתי, יכולה וצריכה למנות בצד רב היישוב גם בית דין, שידון בדיני ממונות ומשפחה. כדי שלא למרוד במלכות צריך להשיג אישור ממוסדות המדינה לקיומה של מערכת שכזאת. באופן בסיסי, אם המערכת מוצגת כמערכת של בורות, יש לה לגיטימציה רשמית לקיומה כבר כיום ובלא כל צורך בחקיקה נוספת.⁸⁶ סמכויות האכיפה שלה נתונות למשפט הכללי, ויש לדון אם יש צורך להשתדל להשיג גם סמכויות ענישה ואכיפה מסוימות בתוך הקהילה, או להמשיך להיזקק למערכות הציבוריות הכלליות של אכיפת החוק.⁸⁷ משטר כזה יכול להתנהל גם בתוך קהילה פתוחה, כדוגמת בית כנסת עירוני. הקהילה יכולה להתנות את החברות בה בקבלת סמכות הרב ובית דינו, לפחות בעניינים שבין חברי הקהילה לבין עצמם.⁸⁸

אין שום חובה שבית דין כזה, של שלושה הדיוטות נבררים, יהיה כפוף למערכת משפטית עליונה. במסכת סנהדרין אין מערכת היררכית של בתי משפט שלום, מחוזי ועליון, והסמכות למינוי דיינים נתונה בידי הרשות המקומית. רק הדיינים של בית דין של עשרים ושלושה נבחרים על ידי הסנהדרין הגדולה, אבל בתי דין של שלושה הם מינויים מקומיים, ואין מינוים שונה מבחינה פורמלית ממינויו של רב בית כנסת, שוחט או מוהל.⁸⁹

85 לשם כך יש להבין שמשפט התורה אינו רק קיום "הלכת השולחן ערוך" ככתבה, אלא מארג תרבותי-רוחני שלם. ולכן, אף שיתקיים דיאלוג פורה ומפרה עם התרבות הכללית, עדיין יישמר צביונו של משפט התורה כמבוסס על ערכי היסוד של תורת ישראל, ובוזה יתורנו על המערכת הכללית, החילונית. לסוגיית המשפט כתורות ראו: מנחם מאוטנר, 'המשפט כתורות, לקראת פרגימה מחקרית חדשה', מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונון שמיר (עורכים), רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי, תל אביב תשנ"ח, עמ' 545-587. לדיון מקיף בשאלת היכולת של משפט התורה לבוא לידי ביטוי בחברה הישראלית ובמדינת ישראל עיינו ידידיה צ' שטרן, 'עושר שמור לבעליו לרעתו - מקומם של המשפט ושל ההלכה בחברה הישראלית', נייר עמדה מס' 31, המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים, תשרי תשס"ג (נדפס מחדש בקובץ הזה: בני פורת [עורך], מחשבות על דמוקרטיה יהודית, ירושלים תש"ע, עמ' 561-586).

86 עיינו משה דרורי, 'פסיקות בית הדין הרבני בנושאי רכוש וממון ונפקותם במשפט הישראלי', מדעי היהדות, 39 (תשנ"ט), עמ' 121-131.

87 בשאלת האפשרות והמשמעות של כינון מערכת משפט מקבילה דן לפרטי פרטים ידידיה צ' שטרן, 'צדק שלי צדק שלך - פלורליזם משפטי בישראל', ידידיה צ' שטרן (עורך), צדק שלי צדק שלך - צדק בין תרבויות, ירושלים תש"ע, עמ' 291-325. העיון במאמר מלמד שלאחר קבלת ההחלטה העקרונית לכונן מערכת בתי דין מקומית כמתואר כאן, תידרש עבודה מורכבת להגדרת סמכויותיה, גבולות פעילותה ואופי היחסים שבינה ובין המערכת הכללית. יש לשאוף לענ"ד לפעולה מתוך הסכמה והשלמה הדדית, ולא מתוך תחרות המבוססת על פסילה הרדית ועוינות חלילה.

88 דיונים בסמכות בית הדין הקהילתי ובזכותו של כל אחד מן המתדיינים לדרוש לדון במקום אחר, או בבית הדין של קהילתו ועירו, ורווחים בהלכה מקדמת דנא. ראו סנהדרין כג ע"א וכל המסתעף, עד לשולחן ערוך, חושן משפט, סימן יג, ונושאי הכלים. ועיינו דוגמה אופיינית בשו"ת מהרשד"ם, חלק חושן משפט, סימן ו: "להיות יקרה מקרה כמה פעמים בין שני בעלי דינים זה אומר נלך לפני פלו' דיין וזה אומר לא אלק נלך לפני פלו' דיין, זה פוסל את זה וזה פוסל את זה..." ששם הוא מושה בין מנהגי עירו סלוניקי ובין הפסיקה האשכנזית בתחום זה.

89 על פי התחשיב של הגמרא שנגזר מפסוקי הדיינים של משה היו בישראל שבעים ושמונה אלק ושש מאות דיינים לשש מאות אלק יוצאי מצרים (סנהדרין יח ע"א). הווי אומר: דיין ברמת שרי עשרות הוא תפקיד מצוי ונחוץ מאוד בחברה. לעיר בת מאה ועשרים תושבים, ולכל היותר מאתיים ושלושים, כרעת רבי נחמיה, כבר יש אפשרות למנות גם בית דין של עשרים ושלושה (סנהדרין א, ו).

הצו של התורה לקיים "שופטים ושוטרים תיתן לך בכל שעריך" נועד להפוך את מעשה ההתדיינות המשפטית נגיש וקל לכול. הכול יודעים עד כמה מערכת המשפט הישראלית רחוקה מלעמוד במשימה הזאת, ועד כמה ההימנעות של אנשים מלהיזקק למערכת המשפטית גורמת עוול, ולעתים גם שנאה ומדנים. ייתכן מאוד שמערכת משפטית מקבילה, אמינה, יעילה ומסורתית - במובן זה שהיא מייצגת את המסורת היהודית לדורותיה - תהפוך בתוך זמן קצר לחלופה יעילה, מאירת פנים וידידותית למשתמשים בה, אל מול מערכת המשפט הכללית המסורבלת וחמורת הסבר. תבוא מכך ברכה גדולה גם למערכת המשפט הישראלית בכלל וגם לתחיית התורה ולקידוש השם בארץ ישראל ובעולם כולו.