

## דילמות בייצוג בבתי דין לממונות

### שפרה מישלוב

המאמר עוסק בדילמות המלוות עורך דין דתי המייצג מעוטי יכולת - בעיקר בני המגזר הדתי והחרדי - במסגרת דיונים בבתי דין פרטיים לממונות הפוסקים על פי ההלכה היהודית, בהתאם להסכם בורות הנחתם בין הצדדים. המאמר סוקר מקרה לדוגמה שטופל על ידי הקליניקה לסיוע אזרחי על פי המשפט העברי, ואשר על אף היותו חריג יש בו כדי להמחיש באופן חריף את הדילמות המלוות דרך קבע את עבודת הקליניקה. המאמר מציג את אופן פעולתם של בתי הדין ואת ההבדלים הקיימים ביניהם בפרוצדורה ובמהות, את יחסם ההלכתי השונה לחוקי המדינה, ואת עמדתם בנוגע לייצוג צדדים על ידי משפטנים. המאמר עומד על כמה דילמות עיקריות, ועל הקושי שהן מציבות בפני עורך הדין הדתי הנושא זהות כפולה - מחד גיסא הוא חלק מקהילת המשפטנים הישראלית, וכלי עבודתו הינו המשפט המדינתי, ומאידך גיסא הוא אדם דתי המזדהה עם הרצון ליישם את המשפט העברי, להיות חלק מקהילה ולקבל את מרותה של הנהגה דתית. עורך הדין הדתי מתלבט האם הסיכוי (הקלוש לעתים) להשיג תוצאה משפטית שתיטיב עם הפונה הספציפי מצדיק שיתוף פעולה עם בתי דין אשר ממדיניותם ההלכתית הוא מסתייג, או שמא יש להתמקד בשיפור המערכת מבחוץ באמצעות הובלת תהליכי ביקורת וחקיקה. המאמר עומד בהקשר זה גם על גבולות הפלורליזם ביחס להליכים משפטיים אלטרנטיביים מקום שדומה שהם פוגעים בזכויות המוגנות על ידי כללי המשפט הליברלי.

היהדות, בניגוד לשתקנות המיסטית המשבחת סובלנות כלפי כאב, רוצה כי האדם יזעק בקול כנגד כאב כל שהוא, כי יגיב בזעם כלפי כל אי צדק וחוסר הגינות. שכן, היהדות סבורה כי איש המגלה שאננות כלפי כאב וייסורים, המשלים בהכנעה עם המכוער שבחיים, הבלתי הולם והבלתי צודק, איננו מוכשר גם להוקיר את היפה והטוב. הרב י"ד סולוביצ'יק<sup>1</sup>

### מבוא

מאמר זה נכתב על רקע עבודתי כמנהלת הקליניקה לסיוע אזרחי במשפט העברי. הקליניקה מעניקה לפונים מעוטי יכולת מן המגזר הדתי והחרדי סיוע משפטי וייצוג, הניתנים במסגרת דיונים בבתי דין פרטיים לממונות הפוסקים על פי ההלכה היהודית, בהתאם להסכם בורות אשר לרוב נחתם בין הצדדים כאשר מתעורר ביניהם סכסוך. לצורך הצגת הדילמות העולות לעתים בייצוג פונים

בהליך זה ודיון בדילמות אלה, אפתח במקרה שטופל בקליניקה, אשר על אף היותו חריג, יש בו כדי להדגים את מורכבות הייצוג.

## מקרה לדוגמה

במשך חמש שנים עבד חיים (שם בדוי) במפעל עיבוד עורות לקלפים לצורך הכנת תפילין, מזוזות וספרי תורה. הוא עבד בממוצע 15 שעות ביום, כמעט פי שניים מהמותר על פי חוק, ושכרו עמד על 31 ש"ח לשעת עבודה, שכר הנמוך מהשכר המקובל בתחום. כמו כן, לא קיבל חיים שכר עבור ימי חג שבהם לא עבד, ומשכורתו חושבה לפי כמות השעות שעבד בפועל במכפלה של 31 ש"ח, ללא תשלום מוגדל עבור שעות נוספות כקבוע בחוק. לאחר כארבע שנות עבודה, ביקש חיים לשנות את מודל ההעסקה ועבר למתכונת עבודה מצומצמת יותר של עשר שעות ביום תמורת שכר גלובלי של כ-8000 ש"ח לחודש. את משכורתו הוא קיבל באמצעות תלוש משכורת על סך 3000 ש"ח בחודש והיתרה, קרי: ההשלמה ל-8,000 ש"ח, במזומן וללא דיווח למס הכנסה. כחמש שנים מעת שהחל לעבוד במפעל, וכשנה מאז החלת ההסדר החדש, עת עסק חיים במלאכתו, נתפסה ידו ברצועות גיר המנוע של מכונת עיבוד העורות. בניגוד לתקני הבטיחות המוטלים על המעביד על פי חוק, ידו של חיים הייתה חשופה לגמרי וללא הגנה, ועל כן אחת מאצבעות כף ידו הימנית (ידו הדומיננטית) נפגעה קשות. מיד עם פציעתו ביקש חיים ממעבידו שיומין בדחיפות אמבולנס, ברם תגובת המעביד הייתה כי "חבל על הכסף" וכי הוא יבקש מאחד העובדים ל"הקפיץ" אותו לחדר מיון. בבית החולים אובחן שכר פתוח באצבעו של חיים, ובוצע ניתוח לאיחוי האצבע. חיים נאלץ לעבור ניתוח נוסף לכריתת עור נמקי ותפירה במקום הפציעה. הפציעה והניתוחים הובילו להתדרדרות במצבו הנפשי של חיים, והוא הוגדר על פי חוות דעת פסיכיאטרית כסובל מתסמונת פוסט טראומטית.

מאז הפציעה נעשה חיים לא כשיר לחזור לעבודתו כמעבד עורות במפעל, עבודה הדורשת מיומנות מיוחדת, ונותר ללא תעסוקה. במקום זאת הוא מצא לאחר זמן מה עבודה בגיהוץ ובמשלוחים במפעל כיפות בשכר נמוך בהרבה – בסך 2,609 ש"ח לחודש. ועדה רפואית של הביטוח הלאומי קבעה לחיים דרגת נכות בשיעור 15%.

המעסיק סירב לפנייתו הטלפונית של חיים לשלם לו את משכורת החודש שבו נפצע, ושילם לו רק לאחר שהחיים הגיע בעצמו לחנות המפעל. גם את משכורת החודש שלאחריו סירב המעסיק לשלם, אך לאחר לחצים שילם את החלק המזומן בלבד, וכך היה גם כאשר למשכורת החודש הבא. המעסיק לא שלח לחיים מכתב פיטורין, ולא התייחס כלל למעמדו התעסוקתי במפעל. כך, רק בחלוף שלושה חודשים, שבהם קיבל שכר חלקי, הביין חיים כי המעסיק מתייחס אליו כאל מפוטר ולא כאל עובד בחופשת מחלה. בשלב זה הוא ביקש לקבל מכתב פיטורין כמקובל על מנת שיוכל לפנות לרשויות לקבל את הזכויות המגיעות לו וכן לקבל פיצויי פיטורין כדיון. המכתב נשלח אל חיים כארבעה חודשים לאחר הפציעה, אולם נכתב עליו תאריך שקדם לפציעה, וזאת כדי לשוות את הרושם שהוא נפצע לכאורה אחרי שכבר פוטר.

חיים שלח מכתב דרישה חתום על ידי עורך דין פרטי למעסיק, לפיצוי כספי בגין הפציעה, ולהשבת הפער בין השכר שהיה אמור לקבל לשכר שקיבל בפועל בשל אי התשלום בגין שעות נוספות. במכתב זה הוא איים בפנייה לתביעה בבית משפט אזרחי. בין הצדדים נוהל משא ומתן על מנת להגיע להבנות בסיוע עורך הדין, אך במקביל לכך, פנה המעסיק אל רב הקהילה החרדית שאליה השתייך חיים וביקש להפעיל עליו לחץ פן יפנה ל'ערכאות' – דהיינו לבית משפט אזרחי. לחיים הובהר על ידי אנשים בקהילת מגוריו, כי אם ימשיך בהתדיינות אזרחית, הוא צפוי לסנקציות קשות

של חרמות, גירוש מבית הכנסת, הוצאת ילדיו מהגן וכיוצ"ב. בעקבות כך, הסכים חיים להתדיינות משפטית במקום שיבחר בו המעסיק, והלה בחר להתדיין בפני בית הדין של העדה החרדית בירושלים. באמצעות המקרה המתואר, מבקש מאמר זה להציג צדדים מגוונים במורכבות הייצוג בהליכים המתקיימים בפני בתי דין לענייני ממונות המתנהלים על פי ההלכה היהודית, מורכבות אשר מתעצמת במקום שבו ניתן הייצוג על ידי קליניקה אקדמית. זאת בשל יחסם החדשני של בתי דין מהגזר החרדי כלפי ייצוג בכלל וכלפי ייצוג על ידי גופים אקדמיים ובעלי הכשרה משפטית כללית בפרט (אף שמנהלי הקליניקה הם אנשים שומרי תורה ומצוות).<sup>2</sup> נוסף על כך, בשל היעדר כללי דיון בסיסיים בבית הדין, דוגמת כתיבת פרוטוקולים והחלטות מנומקות, התעורר חשש כי לא ניתן יהיה להביא לתוצאה העומדת במבחן ביקורת משפטית והלכתית. עם זאת, בסופו של דבר הוחלט להתגייס לטובת התובע ולהשתדל לייצגו נאמנה.

### דילמות בייצוג – רקע תיאורטי

כל עורך דין חברתי נתקל בדילמות לא מעטות המלוות ייצוג פונים הזקוקים לסיוע משפטי.<sup>3</sup> דילמה עיקרית עוסקת בכפל התפקידים של עורך הדין החברתי – מצד אחד הוא מבקש להוביל לשינוי כללי המשחק והמערכת ההיררכית שעל פיהם נקבעות ומחולקות הזכויות, ומבחינה זו מבקש לקעקע את המערכת הקיימת, ומצד שני הוא מייצג פונים פרטיים בתוך המערכת הנתונה, ומבחינה זו משחק את המשחק כמו כל חבר אחר בתוכה. עד כמה מתמקד עורך הדין בניסיון להשיג תוצאה משפטית אופטימלית עבור הפונה על פי הכללים הקיימים, וכמה הוא משקיע בשינוי הכללים עצמם, גם על חשבון פגיעה אפשרית בתיק הספציפי? חשוב לציין שאמונתו של עורך הדין החברתי, כי המשפט משפיע על החברה, מכניסה לתוך סצנת ייצוג הפונה הספציפי צדדים נוספים, שאינם חלק מובן מאליו ממנו, כמו הקבוצה הרחבה שאליה משתייך הלקוח, הציבור וקובעי המדיניות. קבוצות אלה, ותחושת האחריות הציבורית של עורך הדין, גם הן משפיעות על אופן ניהול התיק הספציפי, ועל חלוקת הזמן והמשאבים של עורך הדין.

עם זאת, יש להדגיש כי המקרה המתואר במאמר שונה במידת מה מזה של עורך דין במערכת המשפט האזרחית, אשר מתחבט בשאלה כיצד לפעול בתוך מערכת של כללים משפטיים שהוא, לעתים, מתנגד להם אידיאולוגית, אך אין לו מנוס מאשר להסתייע בהם בהיעדר אלטרנטיבה משפטית אחרת. עורך דין זה מתמודד עם השאלה מה טעם בשימוש בכללים המשפטיים, בזמן שעצם השימוש בהם מחזק לכאורה את האידיאולוגיה שהוא מתנגד לה. בשונה מכך, הרי שבמקרה המתואר במאמר זה הדילמה עוסקת בשאלה האם לייצג אדם במערכת האחת והיחידה האפשרית עבורו – מערכת של כללים משפטיים הסובלת מלקויות שונות – נוכח בחירתו (החופשית או ה'חצי חופשית') בכך, אף שקיימת לכאורה אפשרות לייצוגו במערכת משפטית אחרת, שבה הכללים אולי 'בעייתיים' פחות – המערכת האזרחית המדינתית. עם זאת, לנוכח אי יכולתו של הלקוח לפנות למערכת המשפטית האזרחית, הן בשל השקפת עולמו הדתית, והן בשל המציאות החברתית שבה הוא חי, הרי שדומה כי למעשה לא קיימת לדידו האפשרות לפנות למערכת משפטית אחרת.

יש גם מקום להדגיש, בהקשר למקרה הנידון במאמר זה, את הדילמה הייחודית של עורך הדין החברתי הדתי עת הוא בא להתדיין בבית דין הפוסק על פי ההלכה, וזאת על רקע זהותו המורכבת כמשפטן ישראלי וכאדם דתי. עורך הדין נאלץ להתמודד עם ההתנגדות הקיימת לעתים מצד בית הדין לממונות כלפי המשפט הישראלי, הבאה לידי ביטוי במקרה המתואר כאן (גפי שיתואר להלן) הן בפסיקה כנגד חוק קוננטי, והן בקבלת המציאות של תשלום בכסף 'שחור' בניגוד לחוקי המיסוי. ההתנגדות היא למשפט המדינתי, שהוא כלי העבודה של עורך הדין החברתי הדתי בחייו המקצועיים.

יש להרגיש כי עורך הדין הרתי אוחו לעתים גם הוא בהשקפת עולם השואפת ליישם את המשפט העברי, מבין את הרצון להשתייך לקהילה, לקבל את מרותה של ההנהגה הרוחנית ואף מזדהה עם כך. לצד זאת הוא אינו מזדהה לעתים עם אופן הפסיקה הספציפי של בית הדין החרדי, הן מבחינה מהותית והן מבחינה פרוצדורלית.

מקרה זה אשר מתרחש בעולמו של המיעוט החרדי – מיעוט המעוניין לקיים מערכת משפטית נפרדת על פי ההלכה – המתנהל על פי חוקים משלו בתוך המסגרת של מדינה ליברלית, מעורר גם את הדילמה עד כמה נכון לאפשר ולעודד חופש דת ותרבות של המיעוט, מקום שמשמעות חופש זה היא פגיעה בזכויות אדם לפי הגדרותיה הליברליות של המדינה דוגמת צדק, שוויון והגנה על החלש. לעומת זאת עולה השאלה מדוע לצמצם את זכות הפרט ואף לפגוע בזכותו לחיות את חייו כרצונו ולממש את עצמו על פי אמונתו על ידי השלטת תפיסותיו הערכיות של הרוב? האם האינטרס של מדינה ליברלית לשמור על עקרונות ליברליים של דמוקרטיה וזכויות אדם הוא אינטרס חשוב יותר מהזכות לחופש דת ותרבות?<sup>4</sup> נוסף על כך, יש לזכור כי בתי הדין הפוסקים על פי ההלכה משמרים את מסורת המשפט היהודית. בישראל, המוגדרת כמדינה יהודית לצד היותה דמוקרטית, רבים מעריכים את הצורך לשמור על הזיקה למסורת ומכירים בו. בכך שונה הזכות לתרבות יהודית במדינת ישראל, מהזכות לתרבות במדינות שהן ניטרליות לגמרי בענייני דת, והמיעוט התרבותי בהן זר לתרבות הרוב (כדוגמת המוסלמים בצרפת).<sup>5</sup> ההכרעה בהתנגשות בין זכויות אלה תלויה בשקילת מידת הפגיעה בדמוקרטיה ובזכויות האדם שיש בהתנהלות בתי הדין אל מול מידת הפגיעה בחופש הדת והתרבות אם לא תתאפשר פעילותם ולא יינתן ייצוג למעוניינים להתדיין בבתי דין אלה. דילמות אלה משפיעות גם הן על עורך הדין המצוי על קו התפר שבין העולם המשפטי-ליברלי, לעולם הדתי-מסורתי.

על רקע דילמות אלה, אבחנו את השאלות הספציפיות העולות בייצוג פונים המתדיינים בפני בתי דין לממונות הפוסקים על פי ההלכה היהודית, באמצעות ניתוח המקרה של חיים.

### הטיעונים ופסק בית הדין

לצורך הבנת הטיעונים שנפרשו בפני בית הדין ופסק הדין שניתן, יש להקדים ולעמוד על מהות הפסיקה בתחומים אלה במשפט העברי. הקודקס ההלכתי היהודי, כולל חלק הנקרא 'חושן משפט' ובו הלכות הנוגעות לעניינים ממוניים, ובכללם 'דיני פועלים'. דינים אלה מתייחסים ברובם למציאות הכלכלית שרווחה בעבר, עוד טרם התפתחותה של מערכת חקיקה סוציאלית רחבה. אמנם ניתן למצוא בהם הוראות שונות המגנות על זכויות העובד, אך לא קל להתאים בין הוראות אלה לבין זכויות העובד של היום כפי שהן באות לידי ביטוי במערכות משפט מודרניות ולמצוא את ההקבלות במקורות ההלכתיים המענגים זכויות אלה. זו ככל הנראה גם הסיבה, שכבר הגמרא קבעה כי בנוגע ליחסי עבודה נוהגים על פי מנהג המקום, שכן ברור הדבר שהזכויות המגיעות לעובד משתנות בהתאם למקום ולזמן: "השוכר את הפועלים ואמר להם להשכים ולהעריב מקום שנהגו שלא להשכים ושלא להעריב אינו רשאי לכופן; מקום שנהגו לזון לזון; לספק במתיקה יספק. הכל כמנהג המדינה".<sup>6</sup> לכן, בפני בית הדין של העדה החרדית, שדן בענייניו של חיים, הועלו טענות בדבר הצורך להכיר בדיני העבודה של מדינת ישראל מכוח 'דינא דמלכותא דינא' (דין המלכות הוא הדין המחייב), 'מנהג המדינה' ו'תקנות קהל'. משמעו של הכלל ההלכתי 'דינא דמלכותא דינא' הוא כי בעניינים של הנהגת סדר שלטוני תקין יש לקבל את משפט המדינה.<sup>7</sup> כלל זה אינו מוסכם באופן גורף על דעת כל הפוסקים, וישנם הסוברים כי בדיני ממונות בארץ ישראל לא שייך לדון בדיני 'דינא דמלכותא דינא' שכן בארץ ישראל קיימת חובה לדון על פי דין תורה. כך על פי בעל קצות החושן בהערה בדבריו:

“ובפרט שישראל דנין על פי דין תורה שנצטוו עליהם מהר סיני אין לשנות ישראל בישראל”.<sup>8</sup> למרות זאת, גם לדעת אלה שאינם מקבלים את חוקי העבודה מכוח הכלל ‘דינא דמלכותא דינא’, רבים מהם, אם כי לא כולם, מכשירים את הסדרי משפט העבודה המגן כמשקפים את מנהג המדינה, כאמור,<sup>9</sup> וכן כתקנות קהל,<sup>10</sup> שההלכה מכירה בהם משום שחוקים אלה הם מנהגים ראויים והגונים.<sup>11</sup> יתרה מזאת, בתי דין רבים מכירים בתחולת חוקי העבודה מכיוון שבימינו כל המתקשרים ביחסים של עובד ומעביד עושים זאת בידיעה שהחוקים והתקנות של הכנסת יחולו עליהם, והרי זה כאילו התנו ביניהם תנאי מכללא שאלה התנאים ביניהם, גם אם לא קבעו זאת בפירוש. כל זאת נטען, כאמור, בפני בית הדין של העדה החרדית, ואף הובאו תקדימי פסיקה רבנית – הן בנושא דיני העבודה והן בנושא פיצוי בגין הנזק הגופני.<sup>12</sup> בהתאם לכך הרי שעל פי חוקי המדינה בתחום יחסי עובד ומעביד, תבע חיים משכורת על תקופת מחלתו החל מיום הפגיעה ועד ליום קבלת מכתב הפיטורין; תשלום פיצויים על הנזק שנגרם לו בעת עבודתו ועל ההוצאות השונות הנלוות בגין הנזק; וכל התשלומים המגיעים לו מכוח דיני העבודה המקובלים והנהוגים בחברה ובציבור במדינת ישראל, לרבות תשלום עבור השעות הנוספות וימי המועדים שלא שולמו לו במשך כל שנות עבודתו במפעל. כל זאת, בהתחשב בגובה האמתי של שכרו – ולא בגובה השכר הפיקטיבי שעליו דיווח המעביד בתלוש המשכורת. בנוסף לכך תבע חיים פיצוי גלובלי בשל אפשרויות התעסוקה המוגבלות העומדות בפניו מעתה כמו גם מצבו המשפחתי והכלכלי הדחוק שנגרם בשל הנזק. מעבר לכל זאת, נפרשו בפני בית הדין נימוקים הלכתיים נוספים המטילים על המעסיק אחריות לתשלום, הנלמדים מתוך המקורות ההלכתיים עצמם. זאת מתוך הנחה שבית הדין לא בהכרח יסכים לפסוק בהתאם לדעה המחילה על המקרה את חוק המדינה, במיוחד במישור הפיצוי הנזיקי על הפגיעה. הבעיה המרכזית שעמה היה צורך להתמודד מבחינה הלכתית הייתה בעיית הנזק העקיף. באופן עקרוני ההלכה אינה מכירה בפיצוי בגין נזקים עקיפים (המכונים: ‘גרמא’), אלא רק בנזקים המוגדרים ישירים (המכונים: ‘גרמי’). בכתב הטענות נטען, בין השאר, כי גם פוסקים דוגמת הרשב”א,<sup>13</sup> הפוסקים מעביד מתשלומי נזק של הפועל מחמת היותו נזק עקיף, מודים שיש לחייב את המעביד אם הנזק נגרם מחמתו או מחמת ממונו, שאז מדובר בנזק ישיר שההלכה מחייבת עליו. במיוחד נכון הדבר במקרה שמדובר בנזק אשר אירע בגין פגיעה של המעביד.<sup>14</sup> בית הדין של העדה החרדית שלפתחו הונח המקרה לא קיבל את הטענה כי במקרה זה חלים על יחסי העובד והמעביד דיני מדינת ישראל, וכן לא קיבל את הטענה בגין אחריות המעביד על נזקו של חיים. בהיעדר פסק דין מנומק, לא ניתן לדעת מה היו שיקוליו ההלכתיים המפורטים של בית הדין, אך בסופו של יום הוא הורה אך ורק על תשלום פיצויי פיטורין וכספי הפנסיה שהפריש המעביד, ולא העניק לחיים פיצוי בגין הנזק הגופני, התנאים הקשים שבהם עבד וימי החג והמחלה שלא שולמו. אשר לעובדת אי היותו של חיים מבוטח כיאות, לאור אי דיווח על שכרו המלא לביטוח הלאומי, קבע בית הדין בניגוד לדיני העבודה, כי עובד רשאי להסכים שלא יבטחו אותו, ובהמשיכו לעבוד, הסכים מכללא לאי ביטוחו. כך קבע בית הדין גם בנוגע לאי תשלום שכר מלא בתלוש המשכורת ואי תשלום לחיים על ימי מחלה וחג. בית הדין הסיק כי בהמשיכו לעבוד במפעל הסכים חיים מכללא לתנאים אלה ועל כן, אין לו על מי להלין אלא על עצמו. מדיניות בית הדין הייתה אפוא כי בכוחה של הסכמה מכללא בין הצדדים לגבור אף על חוקי העבודה הקוגנטיים, שלא ניתן להתנות עליהם על פי החוק בישראל.

## ניתוח מפורט של הדילמות העולות ממקרה זה

### המסגרת הדיונית – בתי הדין לממונות

יש להבהיר, כי רבים מפוסקי ההלכה בני זמננו, הן מהמגזר החרדי, והן רבנים מרכזיים בציבור הדתי לאומי, אוסרים לפנות לבתי המשפט האזרחיים בסכסוכים ממוניים, מהטעם שלא משמשים בהם דיינים שומרי תורה ומצוות והדין הנוהג שם אינו דין תורה.<sup>15</sup> כאמור, בתי המשפט האזרחיים בישראל מכונים בכתיבה התורנית 'ערכאות של גויים', וחל איסור לפנות אליהם.<sup>16</sup> לכן, בפני רבים מקרב שומרי התורה והמצוות, בוודאי אלה המשתייכים למגזר החרדי, הפנייה לבתי דין לממונות לצורך עמידה על זכויותיהם האזרחיות, נתפסת בגדר חובה דתית. לכך יש לצרף את תחושות הניכור ואת עגמת הנפש אשר חשים חלק משומרי התורה והמצוות כלפי החוקים האזרחיים של המדינה, אשר מבוססים על המשפט המנדטורי, הקונטיננטלי והישראלי, כמעט ללא כל טביעת אצבע של דיני הממונות של ההלכה היהודית, אשר הם מפותחים ביותר.

במדינת ישראל קיימות שתי מערכות מקבילות של בתי דין רבניים – מערכת בתי הדין הרבניים הממלכתיים, ומערכת בתי הדין הפרטיים. במשך שנים רבות נהגו בתי הדין הרבניים הממלכתיים אשר דנים בדיני אישות ומשפחה על פי חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953, לדון בהסכמה גם בסכסוכים הקשורים בדיני ממונות אף כשלא היה להליך כל קשר לענייני נישואין-גירושין. בשנת 2006 חל שינוי בסמכויותיו של בית הדין הרבני: בפס"ד סימה אמיר נקבע כי 'עקרון החוקיות' מחייב כי סמכותו של בית הדין הרבני לדון בהסכמת בעלי הדין בסכסוכים ממוניים תעוגן בחקיקה מפורשת של הכנסת. כיום, אין הסמכה חוקית המאפשרת זאת ולפיכך נקבע כי בתי הדין הרבניים אינם מוסמכים לדון כבוררים.<sup>17</sup>

משמעותו של פסק דין זה היא כי יהודים שומרי מצוות הרוצים להתדיין על פי ההלכה בעניינים ממוניים אינם יכולים עוד לפנות לבתי הדין הרבניים הממלכתיים ועליהם לבוא בפני בתי הדין הפרטיים. מאז ועד היום נעשו ניסיונות על ידי המחוקק להסדיר את סמכותם של בתי הדין הרבניים לדון בענייני ממון, אולם הניסיונות לא צלחו.<sup>18</sup>

בעקבות שלילת האפשרות לדון בענייני ממון בבתי הדין הרבניים הממלכתיים, גבר כוחם של בתי הדין הפרטיים לדיני ממונות הקיימים מאז ומקדם בריכוזים דתיים וחרדיים,<sup>19</sup> ואף נוסדו והתבססו בתי דין פרטיים לענייני ממונות אשר משמשים בהם דיינים בעלי השקפת עולם דתית-ציונית ואשר מרביתם מאוגדים תחת רשת 'ארץ חמדה-גזית'.<sup>20</sup> בשונה מחלק מבתי הדין לממונות בעלי אופי חרדי, הרי שבבתי הדין של רשת 'ארץ חמדה-גזית' קיימת שקיפות לגבי אופן הדיון והכללים הפרוצדורליים שעל פיו הם מתנהלים. בבתי דין אלה הדיינים מחויבים לתת פסק דין מנומק, וקיימת ערכאת ערעור. נוסף על כך, השקפת עולמם והכשרתם של הדיינים מובילות אותם לעתים לקבל את תוקפו של הדין הישראלי במסגרת פסיקתם מכוח 'דינא דמלכותא דינא' ו'מנהג המדינה', אך רק במקום שהדבר נראה כצודק ומתאים גם להיגיון הפנימי של ההלכה.<sup>21</sup> מכאן, שהן מטעמים של מהות והן מטעמים של פרוצדורה, נוטה הקליניקה להנחות את הפונים אליה להגיש את תביעותיהם בפני בתי דין אלה.<sup>22</sup>

### מעמדו החוקי של ההליך

האפשרות לפנות לבתי הדין לממונות – לאלה המעוניינים בדיון כפי שתואר לעיל ומאמינים בו – מעוגנת בחוק בישראל. החוק מתיר לצדדים לנהל את הסכסוך הכספי שהתגלע ביניהם בבתי דין פרטיים הפוסקים על פי ההלכה, במקום לפנות לבתי משפט אזרחיים על פי הוראות חוק הבוררות, התשכ"ח-1968. אם כי יודגש שהחוק אינו מאפשר הסכם בוררות בנושא שאינו יכול לשמש להסכם

בין הצדדים, כמו למשל סוגיות הקשורות לדין הפלילי וכיוצ"ב. יתר על כן, ניתן לתקוף את פסק הבוררות בפני בית משפט מחוזי אם הוא נוגד את תקנת הציבור.<sup>23</sup> יובהר כי בכלל הנושאים אשר אינם ניתנים לבידור במוסד הבוררות נמצאים גם תחומים שהחוק בישראל הסדיר באורח קוגנטי, דוגמת זכויות העובד.<sup>24</sup> לכן, במקרה דנן, אף שנחתם הסכם בוררות בין הצדדים, הרי שלמעשה בית הדין שדן ופסק במרכיבי הסכסוך הנוגעים לזכויות העובד הקוגנטיות פסק בניגוד לחוק הבוררות, ולא ניתן יהיה לאכוף פסק דין שכזה. יש להדגיש כי בפסיקותיהם שואבים בתי הדין לממונות את סמכות הכרעתם בעיקר מכוח ההלכה ולא מכוח חוק הבוררות, ולכן אין להתפלא על כך שהם אינם מדקדקים בדרישות החוק. אולם בסופו של יום, הצדדים אשר מגיעים לפתחם של בתי הדין חותמים על הסכם בוררות מתוך מחשבה שפסק הבוררות יהיה בעל תוקף משפטי שיאפשר להם לממשו באמצעות ההוצאה לפועל, אך לא תמיד הדבר כך.

התובע, כאמור, היה מעוניין מלכתחילה לתבוע בבית דין לעבודה, אולם לחצי הרב והקהילה הובילו אותו לתבוע בבית דין של העדה החרדית.<sup>25</sup> הקליניקה התלבטה האם לייצג אותו בפני בית דין אשר אינו עומד בכללים פרוצדורליים בסיסיים, ואשר בפניו היא אינה מופיעה בדרך כלל הן בשל הסתייגותה מקיום דיון שלא בהתאם להוראות חוק הבוררות ומתוצאותיו, והן מתוך חוסר רצון להעניק, בעצם השתתפותה, הכרה למסגרת כללי המשחק של בתי דין אשר פועלים ללא סדרי דין וללא כתיבת פסקי דין מנומקים, או לכתיבת פסקי דין תמציתיים ביותר שאינם מנומקים דיים. ההחלטה לייצג את הפונה בסופו של דבר הייתה מתוך מחשבה שיש לנסות ולמצות את הסיכוי להגן עליו ובכך לממש את תפקידה של הקליניקה כמי שמטרתה להגן על הצד החלש בסכסוך, הצד שממנו ניטלה למעשה יכולת הבחירה היכן להתדיין.

חשוב לציין שהוחלט לייצג את הפונה בידיעה שבכל מקרה לא יוכל לממש את זכויותיו במסגרת אחרת, אך מתוך מחשבה שיש ערך בניסיון להביא אל תוך מסגרת בית הדין נורמות ומבני השיבה אשר אינם מוכרים על ידה, ואשר יש לקוות כי עם הזמן אולי ישפיעו במידת מה על התנהלותה. וכך, גם לנוכח האפשרות הכמעט ודאית שבית הדין יפסוק על פי דפוסיו המוכרים, הרי שסירובו של הפונה מאילוץ הוא לפנות למערכת אחרת, הובילה למחשבה שעצם התודעותו של בית הדין לצורת השיבה אחרת יש בה ערך. יש לציין יתרונות נוספים שהתלוו להענקת סיוע משפטי לפונה – חיים זכה בליווי רגשי ובהעצמה במהלך הדרך, אשר סייעו לו להמשיך לנסות לעמוד על שלו, ולא לוותר על המגיע לו ללא מאבק, מהלך חשוב כשלעצמו. הסטודנטים אשר שותפו בניהול התיק הרוויחו, לבד מעצם המחקר והלימוד של הטיעונים הספציפיים וניסוח כתבי הטענות, גם הבנה והיכרות מעמיקה עם אופן התנהלות בתי הדין השונים, והפנמת מורכבות הייצוג בפניהם. כמו כן, בעקבות המפגש עם מקרה זה ודומיו, החלה הקליניקה בגיבוש נייר עמדה מקיף להסדרת פעילותם של בתי הדין ובמפגשים עם מחוקקים ומעצבי מדיניות בנושא; דהיינו ההליך היה פתח לתהליך ארוך ומורכב יותר של שינוי חברתי באמצעות קידום מדיניות וחקיקה.

דפוס פעולה זה ממחיש את ההתלבטות בין השפעה מבפנים להשפעה מבחוץ. הדפוס שנבחר במקרה זה הוא ניסיון להשפיע מבפנים, מתוך המערכת, והוא שונה לגמרי מדפוס הפעולה הננקט בדרך כלל על ידי הקליניקה, מקום שבו עומדות בפני הפונים אפשרויות נוספות. בדרך כלל הקליניקה מדירה את רגליה מבתי דין מסוג זה ומפנה פונים להתדיין בבתי דין אחרים.

בסופו של דבר התממשו ההערכות – בית הדין דחה כמעט את כל מרכיבי התביעה, ולמרות דרישת מנהל הקליניקה דאז, סירב לתת פסק דין מנומק. בהיעדר נימוקים וערכאת ערעור שבפניה ניתן להביא את התיק לדיון מחודש, לא ניתן היה לתקוף את פסק הדין, וכך נאלץ התובע להסתפק

בסכום הזעום שנפסק לו. יצוין כי התובע סירב להצעת הקליניקה לתקוף את פסק הבורר באמצעות פנייה לבית משפט מחוזי, וזאת שוב בשל חששו מסנקציות חברתיות.

### הפלורליזם המשפטי

מקרה זה מעורר את השאלה מהי ההצדקה להענקת סיוע משפטי למי שבוחר מיוזמתו להימנע מהבאת סכסוכיו בפני ערכאה אזרחית של המדינה, גם אם הדבר נעשה בלחץ הקהילה שבה הוא חי? ובאופן רחב יותר, מהי הלגיטימיות להכרת המדינה בבתי דין פרטיים, אשר אינם בהכרח פועלים על פי זכויות האדם המוכרות כבסיסיות על ידי מערכות המשפט המודרניות, דוגמת שוויון האישה, פומביות הדיון, ועוד? ומדוע שעורך הדין החברתי ישתף פעולה עם בעל דין המבקש לחמוק משעריה של המערכת האזרחית המשקפת לכאורה את ערכי החברה באופן הדמוקרטי ביותר?

ההתנגשות בין מערכות משפט שונות המבוססות על עולמות ערכיים שונים, קיימת בישראל כבר שנים בקשר רצוף המאבקים בין מערכת השיפוט האזרחית במדינה לבין מערכת השיפוט הדתית בתחום דיני המשפחה בישראל. אלא שהחוק בישראל הוא שהעניק לבתי הדין את הסמכות לעסוק בדין האישי, בעוד שבענייני ממונות הדבר נתון לבחירתו האישית של כל פרט ופרט. עם זאת גם בהקשר למערכת זו עולה שוב ושוב שאלת מידת הצנטרליזם המשפטי, כלומר עד כמה מהווה המדינה מקור להסדרים נורמטיביים, לעומת אפשרויות ההפרטה של המשפט לגופים אחרים.<sup>26</sup> במדינות מערביות רבות בעולם קיימת הכרה בקיומן של ערכאות שיפוט דתיות פרטיות, וישנה גם נכונות לאכוף את פסיקותיהן כפסקי דין של בוררים. זאת מתוך הצורך להכיר ברב תרבותיות המאפיינת את החברה ומתוך הבנה שבהיעדר הכרה כזו, יגבר הניכור בין החברות הדתיות לבין המשפט החילוני הנוהג במדינה.<sup>27</sup> עם זאת יש לציין, כי הכרה זו מותנית בדרך כלל בכך שהערכאה האלטרנטיבית לא תיתן ידה לפגיעה בזכויות יסוד ובזכויות קוגנטיות המוקנות ליחיד על פי חוק ואשר לא ניתן להתנות עליהן.

כמו כן, בשנים האחרונות חל במשפט הישראלי תהליך של פלורליזם משפטי, כך שההסדרה של מערכות היחסים החברתיות, הפוליטיות והכלכליות מתבצעת לא רק על ידי מוסדות המדינה, אלא גם על ידי גורמים פרטיים. בישראל הדבר בא לידי ביטוי בעלייתם של תהליכים אלטרנטיביים כדוגמת גישור, פישור, והליכי בוררות – חילוניים ודתיים. תהליך זה מוציא את המונופול על מערכת המשפט מידי המדינה ומכיר בלגיטימיות קיומן של שיטות משפט אחרות המתקיימות בתוך החברה, נוסף למשפט המדינתי-צנטרליסטי. תהליך זה מתרחש בעיקרו בשל אילוצי העומס הרב המוטל על מערכת בתי המשפט.<sup>28</sup> אולם מנקודת מבטם של רבים משומרי התורה והמצוות יש בו, מעבר ליתרון היעילות, גם ערך מהותי בכך שהוא מאפשר להם להתדיין במערכת משפטית המתאימה להשקפת עולמם. באופן פרדוקסלי, גישת הפלורליזם המשפטי, הנתפסת כגישה ליברלית, דווקא היא זו המאפשרת קיומן של מערכות משפט דתיות שעולם הערכים שלהן שמרני מעיקרו, והן מקבילות למערכת משפט המדינה החילונית-ליברלית ומתחרות בה. אולם, כאמור, גם לכך יש גבולות, ובמדינות ליברליות קיימת הגבלה של חופש הדת והתרבות, מקום שישנה פגיעה מהותית בדמוקרטיה ובזכויות אדם. לכן, לא בהכרח תינתן סמכות שיפוט לגופים אשר פוגעים בזכויות הפרט, גם אם בכך תוגבל זכותו של היחיד לממש את תרבותו כרצונו.<sup>29</sup> בישראל, כאמור, לא ניתנה לבורר הסמכות לפסוק תוך פגיעה בזכויות קוגנטיות, ובתי הדין שדנים בזכויות אלה כבוררים, פועלים למעשה בניגוד לחוק הבוררות. גם מקום שנושאי הדיון בבתי הדין הם בהתאם להוראות חוק הבוררות, הרי שאי שמירה על כללים פרוצדורליים מסודרים ומוגדרים בבתי הדין הפרטיים, פוגעת ביכולתם של המתדיינים להיערך לקראת הדיון ומכרסמת באמון המתדיינים במערכת. לכן,



דומה כי יש צורך לפקח על פעילותם של בתי הדין הפרטיים לממונות, כך שהם יכללו, כאמור, סדרי דין, חובת הנמקה, ערכאת ערעור ועוד, כפי שדורש חוק הבוררות, ואולי גם מעבר לכך. עם זאת, יש לזכור כי חלק מיתרון של המערכות האלטרנטיביות הוא הפיכת ההליך למסורבל פחות באמצעות הקלה של הדרישות הפרוצדורליות, לכן דומה כי יש לשמור על האיזון בין כללים בסיסיים אשר יאפשרו ודאות משפטית ומתן הזדמנות שווה לצדדים, לבין הסדרת יתר אשר תוביל לסרכול.<sup>30</sup> גם כאן, מלווה את עורך הדין המייצג פונים במסגרת זו השאלה עד כמה ראוי לשתף פעולה עם בתי דין אשר לא תמיד עומדים בכללי דין בסיסיים, מתוך ההכרה בזכותו של הפרט להתדיין במערכת המתאימה להשקפת עולמו. מצד אחד מבקש עורך הדין לקדם את האידיאולוגיה שבה הוא מאמין כעורך דין חברתי, ומצד שני הוא מכבד את האוטונומיה של הלקוח ומבקש להעצים אותה בתוך מסגרתו החברתית והדתית. לפעולה של עורך הדין בתוך הזירה של הלקוח יש גם יתרון של 'קירוב לבבות' בין פלגים שונים באוכלוסייה הישראלית, שגם בו יש ערך. לאור כל זאת, עורך הדין עסוק בשאלה מה הם הגבולות שיציב לייצוג מעין זה, אם יתברר שהפגיעה בזכויות הדיון הבסיסיות של הפונה אינה מצדיקה את הייצוג בפני המערכת האלטרנטיבית, למרות יתרונותיה והתאמתה להלך רוחו של הפונה או להשתייכותו הקהילתית.

וכאן יש להפריד בין שני סוגי מערכות: 1. בתי דין שבהם הכללים הפרוצדורליים לוקים בחסר, ולכן למעשה אינם מאפשרים לעורך הדין לייצג באופן אפקטיבי את לקוחו בשל היעדר הנמקה, היעדר זכות ערעור וכיוצא ב. בבתי דין מעין אלה ייתכן שאין כל טעם בייצוג בעל הדין המוחלש, שכן המערכת ממילא לא תאפשר ייצוג יעיל. זאת במיוחד בבתי דין אשר קיים בהם אנטגוניזם כלפי עורכי דין בשל הכשרתם המשפטית-אקדמית. לרוב מדיניות הקליניקה היא, כאמור, לא להופיע בבתי דין מעין אלה, והמקרה של חיים מהווה חריג לכלל זה בגין הנימוקים שזכרו לעיל; 2. בתי דין שבהם מתקיימים כללים פרוצדורליים המאפשרים ייצוג הולם, אך הכללים המהותיים הם אלה העשויים לפגוע לעתים בלקוחות המוחלשים, וישנו סיכוי כי עורך הדין יצליח לנקוט טקטיקות משפטיות כדי לעדן זאת. דומה כי בבתי דין מעין אלה חשיבות הייצוג מובהקת יותר, לפחות לצורך 'הפחתת הנזק' של הפונה.

לאור הבחנה זו, יש לדון בהבדל מהותי עקרוני בפסיקת בתי הדין השונים.

### יחסם האמביוולנטי של בתי הדין לחוקי המדינה

הבדל עקרוני המבחין בין בתי הדין השונים הוא יחסם לחוקי המדינה. כאמור, המדיניות של בתי הדין כלפי סוגיה זו אינה אחידה. ישנם המקבלים באופן רחב ביותר את חוקי המדינה בעניינים האזרחיים, ובייחוד את חוקי העבודה הקוגנטיים, בהתאם לנימוקים שפורטו לעיל ואשר הוצגו בפני בית הדין של העדה החרדית במקרה דנן, אולם ישנם בתי דין אשר סוברים אחרת.

מדובר בעיקר בבתי דין, דוגמת זה שדן במקרה שלנו, אשר מבחינת השקפת עולמם מסויגים מהכרה במדינת ישראל בכלל, ובחוקיה בפרט. נוכח העובדה ששני הצדדים שייכים למגזר החרדי אשר לא מקבל על עצמו את חוקי המדינה באופן אוטומטי, אין מקום להנחה שמערכת היחסים החוזית ביניהם כפופה לחוקי הכנסת ולשאר דיני המדינה מכוח הסכמה מכללא מצדם. יתירה מכך, בית הדין אף מסרב להתייחס לעובדה שחוקי העבודה הם חוקים קוגנטיים על פי הדין בישראל: "סקטור מסוים הנוהג בעניין זכויות העובדים שלו שלא לפי חוקי המדינה, וכל מי שמתקבל אצלו לעבודה נכנס על דעת כן, המנהג הכללי אינו קובע אצלם."<sup>31</sup> וכך, לדעתם, אף שעל פי החוק הישראלי, עובד אינו יכול לוותר על זכויותיו, הרי שעל פי ההלכה הוא יכול לוותר עליהן ככל תנאי שבממון.

על אף ניסיונות הקליניקה לכלול בכתב התביעה נימוקים הלכתיים לצד נימוקים משפטיים, הרי שעל פי מדיניותו האמורה, בית הדין דחה מכול וכול את הטענות בדבר הצורך לקבל את חוקי העבודה, ובחר להעניק לתובע זכויות מצומצמות ביותר, תוך התבססות על שיקולים הלכתיים צרים. עם זאת, אף שדומה כי בסופו של יום הייצוג של חיים על ידי הקליניקה לא שיפר את מצבו, הרי שיתכן כי יש ערך להמשך ייצוג על ידי הקליניקה בפני בתי דין כדוגמת זה במקרה שבו בפני הפונה לא עומדת ברירה אחרת. זאת משום שאין לדעת מי מבין בתי הדין יהיה נכון להיפתח בפני טיעונים אלה בעתיד.

### יחס המסויג של בתי הדין לייצוג בעלי הדין

כאן המקום לציין, כי סוגיית ייצוג בעלי דין בפני בתי דין על ידי עורכי דין, אינה מובנת מאליה כלל וכלל בעולם הדתי. עצם הענקת ייצוג לתובע מנוגדת לתפיסה הדיונית המקובלת על פי המשפט העברי.

פרופ' אליאב שוחטמן מבהיר כי שיטת הדיון במשפט העברי מבוססת בעיקרו של דבר על התפיסה האינקוויזיטורית שעל פיה השופט הוא המופקד על מלאכת החקירה, ומעיקר הדין אין מעמד לבעלי הדין ולעורכי דינם במסגרת חקירת בעלי הדין והעדים.<sup>32</sup> קביעה זו מיוסדת על הגישה הבסיסית של המשפט העברי המסתייגת מייצוג צדדים בבית הדין, כפי שהדבר בא לידי ביטוי במשנה: "יהודה בן טבאי ושמעון בן שטח קבלו מהם יהודה בן טבאי אומר אל תעש עצמך כעורכי הדינים [...]"<sup>33</sup>, וכפירושו של הרמב"ם המבהיר כי אין ללמד את בעלי הדין טענות שיועילו להם, אלא להשאיר את הזירה לדיינים בלבד, שישמעו את בעלי הדין באופן בלתי אמצעי.

עם זאת, פוסקים מאוחרים קבעו כי כאשר מדובר באדם שאינו יודע להציג את טיעונו ניתן לייצג אותו.<sup>34</sup> זאת במיוחד לאור העובדה שבזמן הזה כבר פשט המנהג להסתייע בעורכי דין בבתי משפט בכל מקום.<sup>35</sup>

יתר על כן, על אף ההסתייגות המסורתית הקיימת בבתי הדין מהסתייעות בעורכי דין והעדפתם לשמוע ישירות את בעלי הדין עצמם, מציין הרב יואב שטרנברג תועלות אחדות שישנן לבתי הדין מפתחת האפשרות לייצוג בעלי הדין:<sup>36</sup> עורך דין שיעשה את עבודתו נאמנה מסייע בידי בעלי הדין לסדר את טענותיהם, על מנת שיוכלו להציגן בבהירות. הדבר מועיל לכל הנוגעים בדבר, ומקצר את ההליך בבית הדין. עורך הדין יכול לדאוג לכך שבעלי הדין יגיעו לדיון הראשון כאשר כל העדויות השונות המגבות את טענותיהם כבר נמצאות; גם בזאת הוא תורם לקיצור ההליך בבית הדין. עורך הדין יכול לתת ייעוץ מקדים ללקוחו, האם בכלל לפנות לבית הדין. בדרך כלל, הפנייה לבית הדין לא עולה כסף רב, וגם אין חיוב הוצאות, ולכן בעל הדין לא מסתכן כאשר הוא מגיש תביעה, אבל עדיין יש תועלת בעצם הידיעה האם יש לתביעה סיכוי. שוב, הדבר חוסך זמן והוצאות לשני הצדדים. יש לציין כי החשש המרכזי בהלכה מפני ייצוג בעלי דין, הוא החשש כי עורך הדין ישקר ביודעין לבית הדין, משום שיש לו נגיעה כלכלית בעניין, ובנוסף לכך החשש שעורך הדין יטען בשם לקוחו טענות, שהלקוח לא היה מעז לטעון בעצמו בבית הדין, משום החזקה ש"אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו".<sup>37</sup> גם כן לגבי החזקה ש"אין אדם תובע אלא אם כן יש לו עליו"<sup>38</sup> וכדומה. חזקות אלה מתערערות כאשר הטוען אינו בעל הדבר עצמו. יצוין כי חששות אלה קטנים ואף אינם קיימים כלל, כאשר מדובר בסיוע משפטי חינוכי, אשר בו אין לעורך הדין המייצג אינטרס כלכלי ולהיפך. על כל פנים, דומה שהמציאות גוברת על הרתיעה המסורתית של בתי הדין כנגד ייצוג בפני בעלי הדין, ועם הזמן, ככל שהולכת וגוברת על הרתיעה המסורתית של בתי הדין הפרטיים לממונות, וככל שהעניינים המגיעים לפתחם של בתי הדין עוסקים בסכסוכים בעלי השלכות כלכליות גדולות יותר, הולך וגובר

השימוש של בעלי דין בעורכי דין במסגרת זו, לפחות ככל שהדבר נוגע לבתי הדין השייכים למגזר הדתי-לאומי.<sup>39</sup> מצב דברים זה מוביל לכך שצד בסכסוך שידו אינה משגת לממן לעצמו סיוע משפטי, סובל מחוסר איזון בהגנה על זכויותיו המשפטיות. זאת כנגד פסקו של השולחן ערוך הקובע כי יש לשמור על שוויון בין בעלי הדין.<sup>40</sup>

מכאן שבמציאות המודרנית – שבה עורכי דין מופיעים כבשגרה בפני בתי הדין לממונות – סיוע משפטי חינם בבתי הדין הללו שמטרתו לאזן בין מי שיש להם לבין מי שאין להם,<sup>41</sup> הוא חיוני, מקובל ורצוי על פי ההלכה. מסקנה זו, אין משמעה כי עורכי דין המייצגים ללא תמורה בבית הדין מתקבלים בזרועות פתוחות. כאמור, במקומות רבים עדיין קיימת חשדנות כלפי ייצוג בעלי דין, במיוחד מקום שבו המייצגים אינם רק בעלי הכשרה תורנית, אלא גם בעלי הכשרה אקדמית, ומשתייכים לגוף אקדמי.

אולם בכל זאת חלו שינויים בנושא זה, במיוחד ככל שהדבר אמור בנוגע לבתי הדין הפרטיים הדתיים-לאומיים אשר הלכו והכירו בצורך של צדדים חלשים בייצוג ללא תשלום. מה שהתחיל בחשש ובהיסוס האם רצוי וראוי להעביר תיקים לידי עורכי דין בכלל ולידי עורכי דין המייצגים צדדים ללא תשלום בפרט, הפך עם השנים לשיתוף פעולה מלא כאשר בתי הדין גילו שבאמצעות עורכי הדין מתייתרות תביעות שווא רבות, הדיון בתיקים מתייעל, ובעלי דין חלשים זוכים לייעוץ מקצועי המאפשר להם לעמוד כשווים אל מול בעלי דין חזקים. תמורה זו מחזקת את מעמדו של עורך הדין החברתי בבתי הדין, אך עם זאת גם מגבירה את הדילמות שבפניהן הוא ניצב ואשר הוצגו קודם לכן. מתרבות השאלות אילו תיקים נכון וראוי לייצג, על אף מגבלות הייצוג והצורך לשפר את המערכת, ועד כמה ייצוג פונים אכן יצליח לשנות את המערכת מבפנים.

## סיכום

מדינת ישראל מתאפיינת ברב תרבותיות המשפיעה הן על אופייה של מערכת המשפט הממלכתית והן על התפתחותן של מערכות משפט אלטרנטיביות לצדה. לכל מערכת משפט ישנם כללים מהותיים משלה, כללים פרוצדורליים משלה, ועולמות רחבים של דעות ואמונות שעליהם היא מבוססת. אפשרות קיומן של מערכות משפט מקבילות, יש בה כדי לתת ביטוי לעולמות התרבות השונים המתקיימים בישראל זה לצד זה מתוך כבוד והשלמה, אך היא מובילה לעתים גם להתנגשויות בין ערכים, ועלולה להגיע עד כדי שלילת זכויות קוגנטיות מידי מתדיינים. כאשר הצדדים בוחרים להביא את הסכסוך שביניהם לפתחם של בתי דין הפועלים על פי ההלכה מתוך רצון חופשי, הרי הם מקבלים עליהם במודע את יתרונותיה ואת חסרונותיה של המערכת. אולם כאשר צד אחד נגרר למערכת זו כמעט בעל כורחו בשל כפייה קהילתית, ואין לו את היכולת להגן על עצמו, מתעוררת השאלה האם ניתן בכל זאת לסייע לו לעמוד על זכויותיו, על אף האילוצים הרבים שהוא נתון להם. סיפורו של חיים ממחיש כי ישנם מקרים שבהם קצרה ידם של המשפטנים מלהושיע, מקום שהקודים החברתיים והקהילתיים הם בעלי השפעה מכרעת. עם זאת, מקרה זה ממחיש את הצורך להעביר את זירת ההשפעה למישור העקרוני, ולנסות להסדיר את פעילותם של בתי הדין הן במישור הפרוצדורלי, והן במישור המהותי הנוגע למדיניות הפסיקה ביחס לחוקי המדינה בכלל, ולחוקים קוגנטים בפרט. מטרת מאמר זה הייתה, בין השאר, להשקיף על הסיטואציה מנקודת מבט ביקורתית ולאתר את הדילמות המלוות מתדיינים ועורכי דין במערכת, זאת מתוך הכרה שחיים בישראל יחידים וקבוצות לא מעטים, אשר השקפת עולמם או השתייכותם החברתית מובילות אותם להביא את ענייניהם בפני בתי דין הפוסקים על פי ההלכה. עורך הדין החברתי הדתי המייצג פונים בבתי דין אלה חי במתח מתמיד בין הרצון לשפר את המערכת באמצעות פעילות חוץ מערכתית אשר תועיל לציבור רחב של

אזרחים המעוניין להתדיין במערכת זו, לבין האפשרות לפעול בתוכה בהתאם לכלליה, מקום שיש צורך בכך לתועלתו של הפונה אשר אין לו אלטרנטיבה אחרת ומתוך הכרה בערך הפגשת בתי הדין עם נורמות חשיבה שונות. כן נע עורך הדין בין הזהויות השונות שלו, כאיש מקצוע השייך מחד גיסא לקהילת עורכי הדין ולקהילה האקדמית הביקורתית, אשר מתקשה לקבל את מציאות קיומה של כפייה קהילתית מעין זו שתוארה במאמר, ומאידך גיסא אוחז בהשקפת עולם דתית, מזדהה עם הרצון ליישם את המשפט העברי, מכיר ברצון להשתייך לקהילה היהודית-דתית ומקבל את מרותה של ההנהגה הרוחנית. הציפייה היא שעם הזמן בתי הדין ישתמשו בסמכותם התורנית, בידע ההלכתי ובכלי הפסיקה, על מנת להוביל להתדיינות הולמת והוגנת, ולתוצאה צודקת אשר תעגן את זכויותיהם של הצדדים באופן המותאם למציאות מודרנית, ולעקרונות הצדק והיושר של היהדות.

## הערות

- 1 יוסף דב סולוביץ' "גאולה, תפילה ותלמוד תורה" דברי הגות והערכה 255, 271-255 (התשמ"ב).
- 2 יצוין כי במסגרת תיק זה לא עלתה הדילמה של ייצוג פונים על ידי אישה בבתי דין חרדיים, שכן באותה עת פעל בקליניקה עורך הדין משה הרשקוביץ, אשר טיפל בתיק.
- 3 נטע זיו "משפט ועוני – מה על סדר היום?" עלי משפט ד 17, 34-17 (2005); נטע זיו "עריכת-דין למען מטרה ציבורית – מהו הציבור? מהי המטרה? דילמות אתיות בייצוג משפטי של קבוצות מיעוט בישראל" משפט וממשל ו 129, 129-171 (2001); אילן סבן וסקוט סטריינר "על שני סוגים של 'ייצוג הולם' – מסגרת תיאורטית, הדוגמה הקנדית והשוואה ראשונית לישראל" עבודה חברה ומשפט יא 247, 247-273 (2006).
- 4 קצרה היריעה מלהרחיב בדילמות אלו במאמר זה, אשר נדונו במאמרים ובספרים רבים. ראו בין השאר: Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights I* (Oxford: Clarendon Press, 1995); גילה שטופלר "מאחורי הרעלה – הטלת הגבלות על עטיית כיסוי ראש לנשים במדינות ליברליות" משפט וממשל יב 191, 191-226 (2010).
- 5 אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א – עקרונות היסוד, 319-413 (מהדורה שישית, 2005) (להלן: רובינשטיין ומדינה).
- 6 בבלי, בבא מציעא פג, ע"א.
- 7 יצוין כי ישנה מחלוקת מהותית בין פוסקים בנוגע לגדר תכולתו של הכלל שעל פיו יש לקבל את דין המלכות באשר הוא. מקובל לחלק את דיני המלכות לשלושה סוגים: הסוג הראשון הוא חוקים שנועדו לקיום השלטון ולפעולתו התקינה. הסוג השני הוא חוקים שנועדו לתועלת העם ולסדרי חברה תקינים והסוג השלישי הוא חוקים הנובעים מספרי חוק ומשפט של גויים או חוקים שהתגבשו על ידי שופטים ששאבו את השקפת עולמם ממקורות משפטיים נוכריים, הזרים למשפטי התורה. לשיטת הרמ"א, לדין המלכות יש תוקף הלכתי בנוגע לשני הסוגים הראשונים אך לא בנוגע לזה השלישי. דיני העבודה שונים במהותם מתחומי משפט אחרים בכך שבתחום זה המשפט הישראלי נשען במידה מועטה על המשפט הזר, ועל כן ישנה הסכמה רחבה יותר כי לדיני העבודה יש תוקף על פי ההלכה מכוח היותם 'דינא דמלכותא דינא' מהסוג הראשון והשני.
- 8 קצות החושן, סימן קד סעיף ו.
- 9 'מנהג המדינה' – ישנם כמה מאפיינים חיוניים מצטברים שההלכה מגדירה כמנהג מחייב: ראשית, שיהיה נפוץ ומקובל בכל המדינה. שנית, שיהיה מצוי ושינהגו על פיו פעמים רבות. שלישית, שיהיה מפורסם וברור לכול.
- 10 שו"ת התשב"ץ, חלק א, סימן קנט (בעניין תוקפן של תקנות קהל קבע התשב"ץ כי "בני העיר ואפילו מקצתן כגון בעלי אומנות אחת רשאים להתנות ביניהם תנאים ולתקן תקנות אף על פי שהן שלא כדברי תורה וכל מה שיתנו ביניהם הרי הוא דין גמור").

- 11 ראו לדוגמה, פסיקתו של בית הדין הרבני בחיפה בראשות א"ע רודנר, פסקי דין רבניים, חלק א 331.
- 12 שו"ת משפטי עזריאל, כרך ד, חושן משפט, סימן מג (לעניין אחריות המעסיק לבטיחות עובדיו בהתאם למנהג המדינה); דיון נרחב בחבות זו ראו רצון ערוסי "אחריות שילווחית לנזקים" תחומין כו 328, 328-334 (התשס"ו).
- 13 שו"ת הרשב"א חלק ד, סימן כ.
- 14 שו"ת המבי"ט, חלק ב, תשובות שניות, סימן קנו.
- 15 יעקב אריאל "המשפט במדינת ישראל ואיסור ערכאות" תחומין (א) 319, 327 (התש"ם) ("יהודי דתי היודע על קיומו של משפט התורה ועל מציאותם של תלמידי חכמים יודעי דת ודין, ובכל זאת מעדיף להישפט לפני הדייטות אלו, שמחמת אונסם כופרים בתורה, נחשב למחרף ומגדף ולמרים יד בתורת משה, ואיסורו חילול ה' מדאורייתא ודינו כהולך לערכאות של גויים").
- 16 בבלי, גיטין פח, ע"ב ("ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם, לפניהם ולא לפני עובדי כוכבים, דבר אחר: לפניהם – ולא לפני הדייטות").
- 17 בג"ץ 8638/03 סימה אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד סא(1) 259 (2006).
- 18 הצעת חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) (תיקון) – סמכות שיפוט בהסכמה בעניין אזרחי וסמכות נלווית), התשס"ט – 2009, פ/308/18 (בפברואר 2010 עלתה לדין בוועדת השרים הצעת חוק זאת של ח"כ גפני וח"כ מקלב בנושא אשר נדחתה); יעקב פיידברג "המרוץ להרחבת סמכויות בתי הדין – על הצעת חוק שיפוט בתי דין רבניים" נאמני תורה ועבודה (2008) (על ניסיונות החקיקה ומשמעותם) [www.mat.co.il/8Lx](http://www.mat.co.il/8Lx).
- 19 עמיחי רדזינר "בית הדין הרבני בין בג"ץ לבר"ץ: השפעת בג"ץ על מעמדו ההלכתי של בית הדין הרשמי" משפט וממשל יג 271, 271-355 (2011) (בעניין הפגיעה בסמכותם ההלכתית של בתי הדין הרבניים הממלכתיים בעקבות פסק דין אמיר).
- 20 אדם חפרי וינוגרדוב "התעצמות הפלורליזם המשפטי בישראל: עלייתם של בתי הדין ההלכתיים לדיני ממונות במגזר הציוני דתי" עיוני משפט לד 47, 47-91 (2011) (על התעצמות כוחם של בתי דין פרטיים לדיני ממונות).
- 21 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 417, 417-500 (התש"ן-התשנ"א); יעקב אריאל "דינא דמלכותא בארץ ישראל" שנה בשנה 85, 85-96 (התשס"ג); רון שלמה קליינמן "החוק האזרחי במדינה – מנהג המדינה?" תחומין לב 261, 261-274 (התשע"ב).
- 22 לסדרי הדין הנוהגים בבתי הדין של רשת ארץ חמדה גזית ראו: <http://eretzhemdah.org/Data/UploadedFiles/SitePages/828-sFileRedir.pdf>.
- 23 דנ"א 9563/03 כדורי נ' כליף גולן (פורסם בפדאור, 01.01.2004) (סמכות הביטול בגין תקנת הציבור הוגדרה על ידי בית המשפט מקום שיש בתוכנו של פסק הבוררות "כדי לפגוע באינטרסים, בעקרונות ובערכים שחברתנו מבקשת לקיים ולשמר"); ראו גם הפ"ב (ת"א) 5397/06/12 נוריאלי נ' בודהנה (פורסם בנבו, 27.01.2013) (נקבע כי בהגדרה של עילה לביטול פסק בורר נכללים מצבים של אי חוקיות, כאשר תוכנו של פסק הבוררות אינו עולה בקנה אחד עם ציווי החוק במדינה, או שהוא מתבסס על הנחות יסוד העומדות בסתירה לציוויים אלה); ראו גם ישראל שמעוני דיני בוררות: אופק חדש בבוררות 599-601 (מהדורה שנייה, טובה אולשטיין עורכת, 2014) (להלן: שמעוני – דיני בוררות).
- 24 ס' 3 לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968; בג"ץ 760/79 דיין נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לד(3), 820 (1980); אורי שטרומזן ספר הבוררות 43-45 (2001); שם, שמעוני – דיני בוררות, בעמ' 76-79.
- 25 אביעד הכהן "נישט פון אונזערע" (לא משלנו): אפליה עדתית בחברה החרדית וייצוגן של קבוצות אוכלוסייה מוחלשות מקרבה" מעשי משפט ג 123, 123-144 (2010) (על חולשתו של היחיד בן הציבור החרדי מול הלחץ הקהילתי והשפעת הלחץ על יכולתם של הפרטים לעמוד על זכויותיהם המשפטיות).

- 26 רות הלפרין-קדרי "פלורליזם משפטי בישראל: בג"ץ ובתי הדין הרבניים" **עיוני משפט** כ 683, 683-747 (1997) (הלפרין-קדרי מדגישה במאמרה שבמקרה של בתי הדין העוסקים בדין האישי, אלה אשר מגיעים לפתחם לא בהכרח היו בוחרים בכך לו הדבר היה נתון לבחירתם האישית, מכאן שאין מדובר בפלורליזם משפטי במוכן של מתן חירות למיעוט לכטא את דרכו).
- 27 Ayelet Shachar, Privatizing diversity – a cautionary tale from religious arbitration in family law, 27 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 573, 573-607 (2008).
- 28 על תהליך ההפרטה ראו בין השאר: מנחם מאוטנר **משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת** 331-320 (אלי שאלתיאל עורך, 2008); טליה פישר "הפרטת המשפט" **עיוני משפט** ל(3) 517, 517-573 (2008). ראו גם הצעת חוק בתי המשפט (בוררות חובה) (הוראת שעה), התשע"א-2011, ה"ח 606.
- 29 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 5.
- 30 בהקשר לכך יש לציין, כי במתח המובנה ככל מערכת משפטית בין צדק לבין יעילות, בין מהות לבין פרוצדורה, נוטה המשפט העברי בדרך כלל להמעט בהיאחזות דווקנית בסדרי דין, לתועלת מתן אפשרות לצדדים לקבל את יומם בפני בית הדין, ומתן אפשרות לדיינים להגיע לחקר האמת גם אם הדרך לשם מלווה באי אלה פגמים פרוצדוראליים. להרחבה ראו איתמר מירון **סדר הדין האזרחי: בין מהות לפרוצדורה במשפט העברי ובמשפט הכללי** (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר אילן – הפקולטה למשפטים, 2013).
- 31 תיק ממונות 1561-שע (בית דין ירושלים לדיני ממונות ולבירור יוחסין) **עמותת א' נ' גברת ב'** (פורסם באתר דעת – "זכויות עובד למורה שהתפטרה לאחר לידה" [short.urls.co.il/lk1rn3](http://short.urls.co.il/lk1rn3)).
- 32 אליאב שוחטמן **סדר הדין בבית הדין הרבני: לאור מקורות המשפט העברי, תקנות הדין ופסיקת בתי הדין הרבניים בישראל כרך א 11** (התשע"א).
- 33 משנה, אבות א, ח.
- 34 ירושלמי, סנהדרין ג, ח (המקור מספר על רב הונא שכשהיה רואה אדם שלא יודע לעמוד על זכותו, היה מסייע לו לפתוח בדברים, על יסוד הפסוק: "פתח פיך לאֱלֹם" הלקוח ממשלי לא 8).
- 35 ערוך השולחן, אורח חיים, סימן קכד סעיף ב.
- 36 יואב שטרנברג "שימוש בפרקליטים בבתי הדין לממונות" **תחומין** כח 200-210 (התשס"ח).
- 37 חזקה זו מופיעה במספר מקומות בתלמוד הבבלי – בבלי, כתובות יח, ע"א; בבלי, גיטין נא, ע"ב; בבלי, בבא קמא ק"ז, ע"א; בבלי, בבא מציעא ג, ע"א; בבלי, שבועות מ, ע"ב; בבלי, שבועות מב, ע"ב.
- 38 בבלי, שבועות מ, ע"ב.
- 39 ריאיון עם הרב ליאור בוסקילה, מנכ"ל רשת בתי הדין הפרטיים הלאומיים הגדולה ביותר – ארץ חמדה-גזית (17.10.13).
- 40 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן יז, סעיף א.
- 41 מרק גאלאנטר "מדוע 'אלה שיש להם' נוטים להצליח: הרהורים על גבולות השינוי החברתי" **מעשי משפט** ד 15 (2012).