

פרק ראשון

לא כן היתה דרכו הארוכה של המשפט העברי. אחת התופעות המאלפות שבתולדות המשפט העברי היא, שאבדן העצמאות המדינית — שהיתה קצרה יחסית — ואבדן הקשר הפיסי עם מכורתה של האומה, עם ארץ-ישראל, לא הביאו עמם לביטול האוטונומיה השיפוטית. במשך גלותו הארוכה והמפורזת בתפוצות רבות, נטל העם העברי את משפטו ובית-דינו עמו ועמד על משמרתם הן על-ידי קבלת כתבי זכויות מן השלטון הכללי מבחוץ והן על-ידי הטלת משמעת חמורה מבפנים. ולא זו בלבד שלא נתנון ואבד, אלא שרוב בניינו וחילו באו לו בתקופת אבדן המולדת, בעת פיזורו על פני גלויות הרבה. אותו חלק של המשפט העברי, שנוצר עד לחורבן הבית במאה הראשונה לסה"נ, יש בו רק משום הנחת יסודות משפטיים ורעיוניים לאותו בניין עצום ורב-ממדים שהתפתח לאחר מכן, בימי התנאים והאמוראים, בתקופת הגאונים ובתקופה הרבנית. ואם התנאים וכן האמוראים הארץ-ישראליים עדיין היו ופעלו בארץ-ישראל, הרי התלמוד הבבלי, המהווה את המשכו העיקרי של המשפט העברי לאחר המשנה, כבר נוצר ונערך בגלות בבל; ואם התלמוד הבבלי ועיקר חיבורי הגאונים שאחריו נוצרו בשעה שעדיין היה לעם מרכז אחד השולט על כל הפזורה, הרי כל הספרות הרבנית העצומה, שימיה כימי אלף שנה, הורתה ולידתה במקומות רחוקים ומפורזים זה מזה, בצפון אפריקה, בספרד, באשכנז, בצרפת, בארץ-ישראל, בפולין, בטורקיה, באיטליה ובריכוזים נוספים. בכל התקופות הללו, חי וגדל והתפתח המשפט העברי.

שינוי גדול בדרך חייו של המשפט העברי בא עם הטלטלה הגדולה שטולטלה החברה היהודית — ועמה המשפט העברי וסמכות שיפוטו — בסופה של המאה השמונה-עשרה, עם פרוס האמנציפציה ואבדן האוטונומיה. תוצאותיו של שינוי זה אמורות היו להיות מורגשות במיוחד עם ההתעוררות הלאומית בראשיתה של המאה העשרים ושיבתו של העם היהודי לריבונות מדינית בארצו, שאחד המרכיבים החשובים שבה היא הריבונות המשפטית.

בפרק זה ובבא אחריו נעיין בפרטי הדברים שבהיסטוריה זו שבמשפט העברי עד לסופה של המאה השמונה-עשרה. בהיסטוריה של המשפט העברי מלאחר האמנציפציה נדון בחלק הרביעי של ספרנו.

2. המשפט העברי — משפט חי ונוהג למעשה

כדי להבין דרכו של המשפט העברי עלינו לעמוד על שתי הנחות יסוד שבמהותן. העיקרון האחד הוא, כי גידולו של המשפט העברי בכל תקופותיו, גם לאחר גלות העם מארצו, לא בא כתוצאה מעיון מופשט, מלימוד תורה לשמה בחינת

scholarly achievement that had, at least at first, little to do with the "actual law of the time" וראה עוד בהמשך הדברים, שם; וכן ראה Rudolph Sohm, *Institutionen, Geschichte und System des Römischen Privatrechts*, 17 Auflage, (1949), s. 137—146, 151; P. Vinogradoff, *Roman Law in Medieval Europe*, second edition, Oxford, 1929

ההיסטוריה של המשפט העברי

"דרוש וקבל שכר", אלא כתוצאה מהיות המשפט העברי משפט נוהג, חי ושימושי. אמנם מאז חורבן הבית היו ענייני טומאה וטהרה ודיני קרבן ומקדש להלכות שגלמדו ונשנו מבחינה עיונית בלבד, למצוות שאינן נוהגות בזמן הזה; אך כל שאר חלקי ההלכה, הן שבין אדם למקום והן שבין אדם לחברו ולחברתו, הוסיפו להיות מצוות נוהגות, פועלות ומופעלות בחיי יום-יום. והעיקרון השני, — הנובע מן הראשון — הוא התפתחותו המתמדת והבלתי פוסקת של המשפט העברי.

כיצד ניתן להסביר תופעה זו שבעיקרון הראשון², של הנהגת המשפט העברי בחיי המעשה, עם היותו גולה מ"ביתו", ממדינתו? הסברה של תופעה מיוחדת זו נעוץ בשני גורמים. האחד — גורם פנימי, אשר יסודו במהותו ואופיו של המשפט העברי ובמקומו של המשפט בחיי רוחו ותרבותו של העם העברי. והגורם השני חיצוני, ורקעו — התפיסה המשפטית-מדינית של מושגי שלטון ושיפוט, כפי שהיו מקובלים בהיסטוריה המדינית עד המאה השמונה-עשרה.

א. אופיו הדתי והלאומי של המשפט העברי
נעיין תחילה בגורם הפנימי, שבו המפתח העיקרי להבנתה של תופעה זו. כאמור, גורם פנימי זה יסודו באופיו של המשפט העברי, שהוא דתי ולאומי. דתי — באשר לפי יסודות האמונה היהודית מקורו של המשפט העברי, כמקורה של כל מערכת ההלכה, בהתגלות האלוהית. וכשם שהחיים ה"דתיים" — המצוות שבין אדם למקום, כגון דיני תפילה, שבת ומועד, ודיני כשרות — לא נפגעה חיוניותם ורציפותם בשל הליכת העם לגולה, כך גם החיים ה"משפטיים" — המצוות שבין אדם לחברו, כגון יחסי המסחר, העבודה, דיני נזיקין, עניינים פליליים שונים, קביעת המסגרות שבין היחיד לציבור בחיי הקהילה האוטונומיים — הלכו ונמשכו, הלכו והתפתחו. לשניהם — גם לחיים ה"דתיים" וגם ליחסים ה"משפטיים" — מחפשים ומוצאים פתרונה של הבעיה באותו מקור עצמו, היינו בתורה ובהלכה; ואותו בית-דין, חכם או רב שהיו פוסקים בענייני איסור והיתר, אותם מוסדות גופם היו פוסקים גם בשאלות של דיני ממונות, בהלכות שכירות, מכירה, טוען ונטען וכיוצא בהם. אחידות זו מצאה את ביטויה אפילו בחינוך היום-יומי של הילד היהודי: הוא משנן את מסכת בבא מציעא, העוסקת בדיני ממונות, בדיוק כפי שהוא לומד דיני סוכה ושבט כדי לדעת דיני איסור והיתר³. וכל כך למה? הסיבה ברורה וידועה. כשם שמצווה הוא היהודי לשמור על המצוה ה"דתית" ושלא לעבור עברה, כך מצווה הוא,

2 להסברו של העיקרון השני ראה הפרק השני, עמ' 42 ואילך.
3 וראה יוסף בן מתתיהו, קדמוניות היהודים, ספר רביעי, ח, יב: "ויהיו החוקים גם ראשית תלמודם של הילדים, כי הוא הלימוד היפה ביותר וגורם לאשרם" (תרגום א. שליט, עמ' 100) וראה שם, הערה 122. וכן ראה שם, ספר עשרים, יא, ב, ויוסף בן מתתיהו, נגד אפיון, מאמר שני, יח.

פרק ראשון

בחירוף נפש על שמירת רציפותה¹². לפי מסורת אחת¹³ אף נאמר על תקופה זו: "בימי רבי שמעון בן יוחי¹⁴ ניטלו דיני ממונות מִישראל". אך כבר בסופה של המאה השנייה שוב מצויה אוטונומיה שיפוטית רחבה, ואף בדיני נפשות¹⁵. האוטונומיה השיפוטית הוסיפה להתקיים אף בגולה, במרכזיה השונים ובתקופותיה השונות. למרכז היהודי בבבל היתה אוטונומיה רחבה מתקופה קדומה, ואחד המוסדות העיקריים שבאוטונומיה זו היה בית־הדין היהודי¹⁶. לאחר ביטול המרכז בבבל המשיכו בתי־הדין היהודיים שבכל מרכז ומרכז במילוי פונקציות השפיטה שבין היהודים לבין עצמם¹⁷. מנהיגי המרכזים והקהילות עשו כל אשר לאל ידם כדי להשיג מידי מושלי המדינות, שחסו בצילן, "כתבי זכויות" להבטחת עצמאותו של המשפט העברי ולמתן סמכויות של כפייה לבית־הדין ולשלטונות הפנימיים היהודיים; ואף באותן תקופות וארצות, שהוגבלו בהן זכויותיהם של היהודים, ניתנה להם בדרך כלל הזכות לדון ברוב העניינים שבדיני ממונות, היינו במשפט האזרחי.

נעיינ בשתי דוגמאות המתארות אוטונומיה שיפוטית זו, האחת מספרד, והשניה מפולין.

במחצית הראשונה של המאה החמש־עשרה, כיהן דון אברהם בנבנישתי כרב דה־לה־קורטי (רב החצר) ושופט עליון ומחלק המסים של כל קהילות קאסטיליה שבספרד. בשנת 1432 כינס דון אברהם בנבנישתי את מורשי הקהילות והכמיהן בעיר ואלידוליד, מקום מושבה של חצר המלך, כדי להתקין תקנות בעניינים

12 ראה למשל סנהדרין יג, ב—ד, א: "אמר רב יהודה אמר רב, ברם זכור אותו האיש לטוב ורבי יהודה בן בבא שמו שאלמלא הוא... בטלו דיני קנסות מִישראל. שפעם אחת גזרה מלכות הרשעה גזירה על ישראל, שכל הסומך יהרג, וכל הנסמך יהרג, ועיר שסומכין בה — תיחרב, ותחומין שסומכין בהן — יעקרו. מה עשה יהודה בן בבא? הלך וישב לו בין שני הרים גדולים ובין שתי עיירות גדולות ובין שני תחומי שבת, בין אושא לשפרעם, וסמך שם חמשה זקנים ואלו הן: רבי מאיר, ורבי יהודה, ורבי שמעון, ורבי יוסי, ורבי אלעזר בן שמוע; רב אויא מוסיף — אף ר' נחמיה. כיון שהכירו אויביהם בהן, אמר להן: בניי רוצו; אמרו לו: רבי, מה תהא עליך? אמר להן: הריני מוטל לפניהם כאבן שאין לה הופכים; אמרו: לא זוו משם עד שנעצו בו שלש מאות לונביאות (=חניתות) של ברזל, ועשאתו ככברה".

13 ירושלמי סנהדרין, פ"א, ה"א; א, ב (פ"א, ה"א; יח, א); פ"ה, ה"ב.

14 כך היא הגירסא בירושלמי, פרק ז, שם, וכן צריך לגרוס גם שם, פרק א, הלכה א, ולא כמו בדפוסים שם: "ובימי שמעון בן שטח". וראה קרבן העדה ד"ה ה"ג בימי ר"ש בן יוחי ניטלו דיני ממונות, ושיירי קרבן ד"ה בימי שמעון בן שטח, בפרק א, הלכה א, שם.

15 ראה גולאק, יסודי המשפט העברי, ד, עמ' 25—27; ג. אלון, תולדות היהודים בתקופת המשנה והתלמוד, א, עמ' 130—131; ב, עמ' 43—44; 78—79; 111—114; בארון, היסטוריה חברתית ודתית של עם ישראל, ג, עמ' 111—114.

16 ראה אסף, תקופת הגאונים וספרותה, עמ' יז—כ; גולאק, יסודי המשפט העברי, ד, עמ' 27—29.

17 על סמכות השפוט בתביעות בין יהודי ואינו יהודי ראה להלן, הערה 109.

ההיסטוריה של המשפט העברי

ידועים "שהם עבודת הבורא ית' וכבוד התורה הקדושה ועבודת המלך י"א (=ישמרנו אלהים) והצלחת הקהילות יצ"ו (=ישמרן צור וינצרן) ותועלתם". בתקנות אלה מצויה קודיפיקציה ענפה בשטחי המשפט והמינהל של קהילות קאסטיליה; הסבר מעניין לאוטונומיה שיפוטית רחבה זו, שכללה גם הוצאת פסקי דין מוות על מי שהורשע בפעם השלישית בעוון הלשנה, אנו מוצאים בדברי ההקדמה לשער השלישי של קובץ התקנות:

"מאחר שהוא רצונו וחסדו של אדוננו המלך י"א (=ישמרנו אלהים) יאריך ימים על ממלכתו, שדינינו האזרחיים והפיליליים יהיו נידונים על פי חוקי היהודים; והוא ציוה בכתב הפריבילגיה שלו, שהנכבד דון אברהם י"א ישפוט אותם, הוא והדיינים שימנה במקומו. ומכאן יוצאות לקהילות יצ"ו תועלות מרובות: ראשית—היהודים ישמרו בזה את תורתם; שנית—הם יפטרו את עצמם מכמה הוצאות ונזקים, המתהווים להם כשהם הולכים לערכאות של גויים; שלישית—לפי שהשופטים (של האומות), אף על פי שהם חכמים גדולים ואנשי צדק ומשפט לא הורגלו במשפטינו ובחוקינו, עד שיהיו בקיאים בהם ומומחים; רביעית—בגלל הסבה הזאת מטרידים לאדונים, לשופטים ולא לקלדים.

ובכל הזמנים היו תקנות והסכמות בעניין הנ"ל בקהילות קסטיליא יצ"ו; ועוד—לפי שאדוננו המלך י"א ציווה בכתבו הנ"ל לשופטיו ולדייניו שלא יתערבו בדינים שיש בין היהודים אחד עם חברו...".

לפנינו סמכות שיפוט רחבה ביותר—דינינו האזרחיים והפיליליים—ושופט עליון יהודי, הממנה שופטים אחרים תחתיו. התועלת הראשונה והגדולה שבאו-טונומיה זו היא, כמובן, שהיהודים ישמרו ע"י כך את תורתם וידונו לפי המשפט העברי. מותר להניח, כי הרצון לחסוך טרחה יתרה לשופטים הנכריים, שמוזכר אף הוא כאחת התועלות, לא בא אלא כדי ליפות ולהנאות את התקנות בעיני המלך, וכי לא זה הגורם לשביעות הרצון מהאוטונומיה¹⁸.

הרי תיאור מערכת השיפוט בגלות פולין, במחציתה השנייה של המאה השש-עשרה ובמחצית הראשונה של המאה השבע-עשרה, מפיו של ההיסטוריון פ' באלאבאן:

"בית הדין של ישראל מורכב מכמה דיינים ובראשם הרב. בקהילות גדולות מצויות כמה כתות של דיינים (כרגיל שלוש), ובכל כת לפחות שלושה דיינים. בראש הכת השלישית (הגבוהה) יושב הרב. הכת הראשונה, התחתית, שופטת (בקראקא) בכל יום תביעות של ממון משה פרוסה עד עשרה זהובים, כמו כן עסקי השגת גבול, זלזולים, קטטות

¹⁸ ראה בער, היהודים בספרד, עמ' 372—377. מ. אלון, המאסר במשפט העברי, עמ' 181—186. על תקנות ואילדוליד, גוסחן ותכנן ראה להלן, עמ' 645 ואילך.

פרק ראשון

בביצוע פסקי-דין של מוות²⁶. הסנקציה המקובלת, ואולי אף החזקה ביותר, שבידי המוסדות היהודיים היתה הטלת חרם. מהות החרם וחומרנו שונים היו ממקום למקום ולפי טיב העבירה ומידת הכפייה הדרושה; יש שהגיעה חומרת החרם עד לגיתוק מוחלט מן המוחרם, איסור לדבר עמו, איסור משא ומתן ואף איסור נישואין עמו ועם בני ביתו. השימוש בסנקציה זו היה הכרחי במצב של חוסר ריבונות רגילה של השלטונות היהודיים, והיה זה אמצעי יעיל ומרתיע ביותר בתנאי החיים והמגורים של הקיבוצים היהודיים. בני הקהילה היהודית חיו כגוף אוטונומי מבודד בתוך עצמו, כשכל חברי אותו גוף נזקקו זה לזה, ולעתים קרובות אף התפרנסו זה מזה. מי שהוטל עליו חרם הוצא מכלל חייה הדתיים והאזרחיים של הקהילה היהודית. תוצאות מרחיקות-לכת אלה של אמצעי החרם הגיעו רבים מחכמי ההלכה שלא להשתמש בסנקציה זו אלא במקרים קשים וחמורים ביותר²⁷.

דוגמה מעניינת להיקף נוהגו של המשפט העברי בחיי המעשה מצויה בידינו מתוך בדיקתם השיטתית והמדוקדקת של למעלה מאלף שאלות ותשובות של רבינו אשר בר' יחיאל, מגדולי יהדות אשכנז וספרד במחצית השנייה של המאה השלוש-עשרה ובתחילתה של המאה הארבע-עשרה²⁸. השאלות והתשובות מהוות את ה-Case Law של המשפט העברי, והן כוללות בחלקן המכריע פסקי-דין של גדולי ההלכה שבמרכזים השונים ובתקופות השונות בשאלות שהתעוררו בחיי המעשה בין יהודי לחברו או בין היחיד למנהיגי הקהל²⁹. מתברר, שבקובץ תשובותיו של הרא"ש, כמאתיים שאלות ותשובות, היינו כעשרים אחוז, עניינן מצוות שבין אדם למקום (דינים הכלולים אחר כך בשולחן ערוך אורח חיים ויורה דעה, כגון דיני ברכות, מועדים, מאכלות אסורים, גדה, מקוואות ועוד), וכל השאר, היינו למעלה משמונה מאות שאלות ותשובות, עניינן בתחום

26 ראה למשל שו"ת הרשב"א, ח"ה, סימן רצ. יש לציין, שבמקומות מסוימים (קורפו, פלירמו, קנדיא [=כריתים], מארוקו, אלג'יר ועוד) אנו מוצאים תופעה הפוכה: אחת מגזרות השלטון הכללי היתה, שהיהודים ימציאו מתוכם אנשים שימששו כתליינים לביצוע פסקי-דין מוות שתוצאו על ידי בית המשפט הנכרי, הן בנידונים למות שהם יהודים והן בשאינם יהודים. ראה ש. אסף, "תליינים יהודים", מקורות ומחקרים, עמ' 252 ואילך (המאמר התפרסם גם בתרביץ, שנה ה, עמ' 224—226; פריימן, קידושין ונישואין, עמ' קכג, הערה 8; מרכוס, תולדות היהודים בכנאיה באי כרתים, תרביץ, כרך לח, תשכ"ט, עמ' 165, הערה 30).

27 ראה אסף, העונשין, עמ' 34. על הסאנקציות שעמדנו עליהן ועל דרכי כפייה נוספות ראה אסף, שם, עמ' 18—44; אסף, בתי הדין, עמ' 25—34.

28 בדיקה זו נעשתה תוך כדי הכנת המפתח לספרות השאלות והתשובות על ידי המכון לחקר המשפט העברי שבאוניברסיטה העברית. ראה מפתח השאלות והתשובות, שו"ת הרא"ש, בעריכת מ. אלון, הוצאת המכון לחקר המשפט העברי, תשכ"ה, ובמבוא שם.

29 ראה להלן, עמ' 1213 ואילך.

ההיסטוריה של המשפט העברי

המשפט העברי (עניינים הכלולים, ברובם המכריע, בשולחן ערוך אבן העזר וחושן משפט). שבעה עשר אחוז מתוך רוב מכריע זה של שמונים אחוז, היינו כמאה ושבעים שאלות ותשובות, דנות בדיני משפחה שבמשפט העברי (בדיני נישואין וגירושין, יחסי הממון שבין בני הזוג, יחסי הורים וילדים), וכל השאר, היינו קרוב לשבע מאות שאלות ותשובות, דנות ועוסקות בשאר הענפים של המשפט האזרחי, הפלילי, המינהלי והציבורי. חלוקה זו שבין חלקי ההלכה השונים בקובץ פסקי-הדין של אחד מגדולי ההלכה שבמאות השלוש-עשרה והארבע-עשרה⁸⁰ מראה, שהחלק המכריע של הבעיות שעוררה המציאות החדשה שבגולת ספרד והמרכזים האחרים מבחינת הבירור ההלכתי, היו מתחום החלק המשפטי של ההלכה. חיי החברה, המסחר והכלכלה של היהודים, התארגנותם הציבורית במסגרת הקהילה ומוסדותיה השלטוניים והנבחרים, יחסי התפוצה היהודית עם הסביבה הנכרית והשלטון הכללי — כל אלה עוררו פעם בפעם בעיות, שבחלקן לא נמצא להן פתרון מפורש במשפט העברי הקיים, ובחלקן היה צורך למצוא להן פתרון אחר ושונה. המיוחד, הקשה והחדש שבבעיות אלה, נוסף על ניהוד האינטרסים הטבעי שבין שני הצדדים לדין — גרמו להביא בעיות אלה לפני הסמכות ההלכתית המרכזית כדי לשמוע ממנה את הפתרון ולקבל את הכרעתה.

ד. איסור ההתדיינות לפני המשפט הנכריים — ערכאות של גויים

ביטוי מובהק לאופיו הדתי והלאומי של המשפט העברי נמצא באיסור ההליכה לערכאות של נכרים⁸¹ — איסור, שחכמי ההלכה ומנהיגי העם התייחסו אליו בחומרה יתרה. סמוך לחורבן הבית, כאשר צומצמה לתקופה קצרה האוטונומיה השיפוטית העברית על ידי השלטון הרומי⁸², אנו שומעים:

”תניא: היה רבי טרפון⁸³ אומר: כל מקום שאתה מוצא אגוראות

⁸⁰ תופעה זו אופיינית, פחות או יותר, לכל ספרות השו"ת שעד המאה השש-עשרה, כפי שעולה משני כרכי המפתח המשפטי לחכמי ספרד וצפון אפריקה, שיצא לאור בהוצאת המכון לחקר המשפט העברי ובהוצאת מאגנס, ירושלים, תשמ"ו.

⁸¹ לביאורו של המתח "ערכאות", ראה בלוי, השוואות בין המשפט העברי להלניסטי-מצרי, עמ' 17—21; ג. אלון, היהודים בתקופת המשנה והתלמוד, א, עמ' 346.

⁸² ראה לעיל, עמ' 7.

⁸³ בתבנתומא, פרשת משפטים, פסקה ו (עמ' ק) הנוסח הוא: רבי שמעון אומר, ובשאליות (בכמה דפוסים וכתבי יד) שאליתא ב, פרשת בראשית (עמ' כג, הבאותים שם), הנוסח הוא: רבי מאיר אומר; לפי זה נאמרו הדברים בדור הרביעי לתנאים, לאחר מרד בריבוכבא, שהיתה תקופת משבר חמורה לאוטונומיה השיפוטית העברית. ראה לעיל, הערות 13, 14, דברי הירושלמי סנהדרין, פ"א, ה"א, ופ"ו, ה"ב: "בימי רבי שמעון בר יוחאי ניטלו דיני ממונות מישראל".

פרק ראשון

והם מכריחין אותו למה שדגו לו דיני ישראל — מותר⁴⁴. כלומר, לדעת הרמב"ן השיפוט צריך שיהיה תמיד לפני בית-הדין היהודי, ורק ההוצאה לפועל של פסק-דין, שניתן בבית-הדין היהודי, יכולה להיעשות על ידי השלטונות הזרים. אך הסתייגותו של הרמב"ן לא נתקבלה, וההלכה שנפסקה היא שתחילה צריך להגיש את התביעה לבית-הדין היהודי, ואם לא רצה הנתבע לבוא, נוטל הנתובע רשות מבית-הדין ומתדיין עם הנתבע בבית-המשפט הנכרך, כדי "לא לתת יד לבעלי זרוע ולא למים דלא צייתי דינא"⁴⁵.

לעתים הותרה הפנייה לערכאות בעניינים מסוימים שיש בהם לשלטון הכללי עניין מיוחד, כגון במשפטי קרקעות⁴⁶, פרעון שטרי חוב⁴⁷, מסים לשלטון, ענייני מטבעות⁴⁸ וענייני תקיפה והכאה⁴⁹. לעתים, כאשר נתבררה לפני בית-

44 שו"ת הרמב"ן, סג (אסף, ספרן של ראשונים, מקיצי גרדמים, ירושלים, תרצ"ה, עמ' 98). רק אם בעל-הדין הוא "אגס ובית דין של ישראל מתיראין ממנו מלכתוב עליו אדרכתא, זה בכלל הרשעים הוא, ומתרעם ממנו (=ותובע אותו) בבית דין של גויים... וכיון דלא ציית הליכא תקנתא בדישראל — כמציל מן הליסטים דמי...".

45 רמב"ם, הלכות סנהדרין, כו, ז, ורדב"ז, שם; וראה נושאי כלים על הרמב"ם, שם; טור חו"מ, כו, ר"ז; שו"ע חו"מ, כו, ב ר"ד, ונושאי הכלים שם; ים של שלמה, בבא קמא, פרק שמיני, סימן סה; וראה עוד אוצר הגאונים, בבא קמא, חלק התשובות, עמ' 100; גנזי שכתר, ספר ב גיריורק, תרפ"ט, עמ' 118, 127—128; שו"ת מהרשד"ם, חושן משפט, שם; תקנות מדינת מעהרין, עמ' 88, תקנה רסה. מאלף לציין את תמיהתו של אחד מגדולי ההלכה שבמאה האחרונה על ההיתר לפנות לערכאות של עכו"ם כשאחד מבעלי הדין הוא גבר אלם. רבי מאיר דן הפליג לפנות בית דין אוסטרבה, פולין, (1868—1928) בספרו "כלי חמדה" (פרשת משפטים, סימן א), בדונו בעניין זה, אומר בין היתר: "ולא אמנע מלרשום בזה מה שאני נבוך מאד, בהא דקי"ל דנהי דאמרה תורה לפניהם ולא לפני עכו"ם, היינו דוקא אם הבעל דין רוצה לדון בדיני ישראל מקבל רשות מבית דין והולך בערכאות להציל את שלו. ועיין בלשון הר"ם ז"ל שהי הלכות סנהדרין. ואמאי יהיה מותר, כיון דהוא לאו תבא מכלל עשה, לפנייהם ולא לפני עכו"ם, אמאי יהיה מותר לעבור על זה במקום פסידא, והא מחויב אדם ליתן כל הוננו שלא יעבר בלא תעשה ובפרט בקום ועשה? ... ואיך מותר בשביל ממונו ללכת בערכאות של עכו"ם?" ודאי שתמיהותו של בעל כלי חמדה קשות הן מאד, אך חכמים קבעו דרך היתר זה, בלימוד בדרך האסמכתא מהסוגיא בבבא קמא, צב, ב, משום שאם לא כך, היתה ידם של בעלי זרוע על העליונה, דבר שהיה הורס את סדרי החברה מעיקרם.

46 שו"ת הרמ"א, קט; תקנה שעט של מולת Führt — פורסמה על ידי אסף, לסדרי בתי הדין באשכנז. המשפט העברי, א, עמ' 117. וראה להלן עמ' 654.

47 נחלת שבעה, כח; תקנה שעט של קהילת Führt, שם; וראה אורים ותומים לשו"ע חו"מ, סימן כו, תומים, ס"ק ב.

48 גתיבות המשפט, חידושים, חו"מ, כו, ס"ק ב; וכן ראה כסף הקדושים, שם; פינקל-שטיין, שם, עמ' 361—362.

49 שו"ת מהר"ח אור זרוע, סימנים כה, קמב.