

קובץ
משפטי ארץ

פרסומים נוספים בהוצאת מכון משפטי ארץ

משפטי ארץ א: דין דיין ודיון, תשס"ב, 532 עמודים

משפטי ארץ ב: טענות וראיות, תשס"ה, 524 עמודים

משפטי ארץ ג: קניין ומסחר, תש"ע, 565 עמודים

משפטי ארץ ד: חוזים ודיניהם, תשע"ו, 450 עמודים

הרב ד"ר איתמר ורהפטיג, צנעת אדם, תשס"ט, 364 עמודים

שו"ת משפטי ארץ א: עבודה, גזל, נזיקין, זכויות יוצרים, תשע"א, 362 עמודים

שו"ת משפטי ארץ ב: חוק ועסקים ריבית וצדק, תשע"ג, 320 עמודים

הרב אלעזר גולדשטיין והרב עדו רכניץ, אתיקה צבאית יהודית, תשע"ד, 255 עמודים

הרב עדו רכניץ, מדינה כהלכה, תשע"ח, 374 עמודים

קובץ
משפטי ארץ
כרך ה
בית הדין לממונות

עורכים

הרב עדו רכניץ
הרב הלל גפן

הרב חיים בלוך הרב ד"ר איתמר ורהפטיג
חברי מערכת

עפרה, תשפ"א

מכון
משפטי ארץ
בית מדרש גבוה להלכה ומשפט
MISHPETEI ERETZ Institute for Halacha and Law



בתמיכת הקרן לחיי קהילה על-פי ההלכה
ע"ש ד"ר עזריאל ושושנה מרצבך ז"ל

ספר זה יצא לאור בתמיכת משרד התרבות והספורט – מנהל התרבות

כל הזכויות שמורות © טבת תשפ"א – דצמבר 2020
למכון משפטי ארץ (ע"ר), עפרה
אין להעתיק ספר זה או קטעים ממנו לשימוש מסחרי
בשום צורה ובשום אמצעי, אלקטרוני או מכני
לרבות צילום והקלטה, ללא אישור בכתב מהמוציא
מסת"ב: 978-965-90719-9-9 ISBN:

Printed in Israel

להזמנות, הארות והערות:
www.dintora.org | info@dintora.org
02-9973888

עריכת לשון: הרב אב"י ונגרובר
עיצוב והפקה: דוד הלל, רשימו



תורת חיים ואהבת חסד

לעילוי נשמת

יצחק עבי רכניץ ז"ל

פרשבורג תש"ו – אפרת תשע"ז

ליווה באהבה את כנסי הדיינים

שבהם הוצגו רבים מהמאמרים בכרך זה



|

|

—

—

—

—

|

|

תוכן העניינים

9.....	הסכמות
13.....	הרב אברהם גיסר ♦ צדק צדק תרדוף
15.....	הקדמת העורכים
19.....	תקצירי המאמרים

שער ראשון: המוסדות

27.....	הרב נתן חי ♦ בית דין קבוע – הגדרות והשלכות הלכתיות
33.....	הרב עדו רכניץ ♦ התדיינות לפני דיין יחיד
43.....	הרב נתן חי ♦ בית דין של זבל"א בימינו: פתרון או בעיה
61.....	הרב עדו רכניץ ♦ ערעור על פסיקת בית דין לממונות
77.....	הרב הלל גפן ♦ הסתייעות בהוצאה לפועל

שער שני: הפסיקה

121.....	הרב הלל גפן ♦ היתר פנייה לערכאות
157.....	הרב יובל חסיד ♦ צו מניעה ועיקול נכסים
175.....	הרב הלל גפן ♦ הכרעה במחלוקת בימינו
193.....	הרב דניאל כ"ץ ♦ כיצד מפשרים? בין פשרה לדין וצדק
217.....	הרב דניאל כ"ץ ♦ חיוב בהוצאות משפט

שער שלישי: דיני ראיות

257.....	הרב דניאל כ"ץ ♦ הסתמכות על אומדן
303.....	הרב עדו רכניץ ♦ עדות מומחה בהלכה
339.....	הרב הלל גפן ♦ פרשנות חוזים

שער רביעי: תורת האישים

391.....	הרבנית ד"ר שפרה מישלוב ♦ מעמד האישה בבית הדין לממונות
407.....	הרב עדו רכניץ ♦ דין תורה בין יהודי ובין לא־יהודי

|

|

—

—

—

—

|

|

מכתב ברכה

להוצאת משפטי ארץ ה: בית הדין לממונות

הרב יעקב אריאל

הופעת כרך נוסף של מכון משפטי ארץ היא חגיגה. אכן יש על מה לשמוח, נוסף נדבר בבנינו של משפט התורה בארץ.

ברוך ה' משפט התורה הולך ומתרחב, והולך ומתעמק. והא בהא תליא, ככל שמתרבים הפונים לבתי הדין לדיני ממונות כך גם מתגוונים הנושאים ובתי הדין צריכים לתת מענה לכל המתדפקים על שעריהם.

לא רק כתר תורה מונח על ראש הדיינים של רשת ארץ חמדה גזית, אלא גם כתר שם טוב שיוצא עליהם בין היתר בזכות כללי הדיון, רישום פרוטוקול, הוצאת פסק דין מנומק ואפשרות ערעור (אחד המאמרים בספר עוסק בנושא הערעור, שלא היה ממוסד בבתי הדין עד הקמת הרבנות הראשית, שבאדר השתא ימלאו לה מאה שנה). מדיניות אחידה של פסיקה בנושאים חדשים, המוסכמת על כלל בתי הדין של הרשת, מאפשרת לנידונים לדעת מראש מהי מדיניות בתי הדין בנושאים אלו ולהעדיף את הדיון בהם.

מדיניות זו נידונה ונתלבנה בכנסי דיינים שנתיים ונתקבלה על דעת הדיינים. בספר מלא וגדוש זה רוכזו הסיכומים שהתקבלו בכנסים אלו, כשהם מנומקים במאמרים יסודיים וכבדי משקל של חוקרי מכון משפטי ארץ. יבורכו הכותבים והעורכים וכל העוסקים במלאכה מאת ה' אוהב צדקה ומשפט.

להלן הערותיי, תוך כדי סקירה קצרה של חלק מהמאמרים, המלמדת על היקף הנושאים וחשיבותם לבניית מערכת משפטית מסודרת ומאורגנת.

המאמר הראשון הוא מאמרו של הרב נתן חי העוסק בהגדרתו של בית דין קבוע. אומנם סמכותם החוקית של בתי הדין מבוססת, לצערנו, כעת רק על דיני הבוררות, בהסכמת שני הצדדים, אך מדין תורה יש לבית דין קבוע סמכות לחייב אדם לרדת לדין. לפחות שומרי תורה ומצוות מחויבים לדין זה. לכן חשוב לדעת מיהו בית הדין הקבוע במקום. הסמכות למנות בית דין נתונה לרב המקומי. לפני כמה שנים אסר היועץ המשפטי לממשלה על הרבנים המקומיים לדון דיני תורה במסגרת עבודתם. מחיתי נגד הוראה חסרת בסיס זאת ובית הדין ברמת גן המשיך את פעילותו למרות הגזרה. תפקידו של רב מקומי להקים בית דין, שיוכל בין היתר להציל עשוק מעושקו. זאת חובתו וסמכותו, היונקת מעצם מינויו לרב. אכן כעבור זמן מה בוטלה הגזרה.

במסגרת פעילותו של בית הדין היה מקרה שנתבע סירב לבוא לבית הדין בטענה (או תואנה) שהוא מעדיף להתדיין בבית דין גדול, שהוא בית הדין הרבני האזורי (בימים שהותר לו לדון דיני ממונות). פניתי לרבנים הראשיים וקיבלתי מהם תשובה שבית הדין המקומי הוא בית דין גדול וחייבים להישמע להוראותיו. ביישובים דתיים מצטרף הוועד המקומי למינוי ונותן לכך תוקף נוסף.

לבית דין קבוע יש נפקא מינה גם לנושא זה **בורר לו אחר** (זבל"א) שנדון במאמר אחר של הרב נתן חי. יש לזבל"א מעלה על בית דין רגיל כי הצדדים יקבלו את פסיקתו ברצון. אך לדברי הרמ"א (חו"מ ג) בית דין קבוע עדיף מזבל"א. במאמר זה מובאת בהערות אגב דעתו של הגר"מ שטרנבוך שאין לבית הדין האזורי מעמד של בית דין קבוע, כי הוא מתמנה על ידי המדינה שרבים מאזרחיה אינם שומרי תורה ומצוות. על כך יש לשאול במה המדינה גרועה ממלך גוי, להבדיל, שהריב"ש (הביאו הרמ"א בסוף סימן ג), מכיר בסמכותו למנות דיין (ובלבד שהוא גמיר וסביר!). המדינה הרי לא מתערבת בבחינות למועמדים לדיינים, כולם תלמידי חכמים אהובים, כולם ברורים, שעברו בחינות מטעם הרבנות הראשית וקיבלו אישור לדון מטעמה. הדרישה להקמת בתי הדין הרבניים האזוריים באה דווקא מהנציגים הדתיים בכנסת, מכל הסיעות, והם גם מעורבים במינוי הדיינים.

אומנם באשר להעדפת דיינים מסוימים על אחרים מעורבים גם נציגים חילוניים, אך גם בלעדיהם הנציגים הדתיים מונעים לרוב משיקולים לא ענייניים, והם מגייסים את החילוניים לתמוך במועמדים שהם מעדיפים. כידוע, גם במינוי דיינים בקהילות ישראל הקדושות, בתקופה שעדיין כולם היו שומרי תורה ומצוות, היו בין הממנים שהעדיפו אחד על אחר משיקולים משפחתיים ואחרים. כל עוד היה המועמד ראוי המינוי היה בעל תוקף.

לדעת הרא"ש, בית דין קבוע יכול גם להוציא **צו מניעה** זמני והלכה כמותו, ובכך עסק מאמרו של הרב יובל חסיד. אומנם גם בית דין לא קבוע יכול להוציא צו כזה אלא שהנתבע יכול לטעון שאינו מחויב לו כי הוא מעדיף בית דין אחר. עליו להסכים עקרונית לרדת לדין ולהציע בית דין שידון אותו. כמו כן כל עוד אין לבית הדין סמכות אכיפה אלא כבורר בהסכמת הצדדים, ללא משמעת עצמית אין אפשרות לממש את צו המניעה. אך אפשר לדרוש מהנתבע הסכמה עקרונית לרדת לדין כנ"ל, וכשיסרב, רשאי התובע לפנות לערכאות לצורך הוצאת צו המניעה, כשהדיון עצמו יתקיים בבית הדין לממונות, אם הנתבע יחזור בו מסירובו.

היתר הפנייה לערכאות נדון במאמר נפרד מאת הרב הלל גפן. לכאורה הפרוצדורה הנדרשת בהלכה להתיר ערכאות היא פנייה של בית הדין לממונות

לנתבע שלוש פעמים ורק אחרי כן ניתן לקבל כתב סירוב המאפשר לתבוע את הנתבע בערכאות. אך למעשה מסתפקים בפנייה רשמית אחת. אם הנתבע מוחזק כמי שמסרב לדון בדין תורה אפשר לתובעו מיד בערכאות ללא כתב סירוב מבית הדין. יש לכך השלכה על תביעות משפטיות של גופים ציבוריים. היועץ המשפטי לממשלה אסר על גוף ציבורי להסכים לבוררות, ומכיוון שבית הדין לממונות פועל רק במסגרת בוררות, אין דרך אחרת לתבוע גוף דתי, כגון מועצה דתית (ואפילו את הרבנות!) בבית דין לממונות אלא בערכאות בלבד, להוותנו. מכיוון שברור לנו שגוף ציבורי לא יענה לפניית בית הדין ניתן לתובעו ישירות בערכאות ללא כתב סירוב.

הוצאה לפועל אינה ערכאות לעניין זה. כשמה כן היא, היא רק מוציאה לפועל פסק דין. גם פסיקה של בית דין לממונות, ככל פסיקה של בוררים, ניתן לבצע בהוצאה לפועל (אחרי אישור פורמלי של שופט). הבעיה בהוצאה לפועל, היא הלכות "מסדרין לבעל חוב" לפיה משאירים ללווה רכוש אלמנטרי לצורך קיומו. האם אפשר לסמוך על ההוצאה לפועל שתקיים הלכה זו? במאמרו של הרב הלל גפן מתברר שחוקי ההוצאה לפועל (שהושפעו בין היתר מהמשפט העברי) מתחשבים בצרכי הלווה והותר. היה ראוי להשלים נושא זה בשאלה מסתעפת, אם מותר לרכוש נכסים שעוקלו ע"י הוצאה לפועל? ומה יהא על דין "שומא הדר"?

ההלכה מחמירה מאוד בהלכות עדות. היא דורשת מהעדים יושר וניקיון כפיים ברמה גבוהה. גם עבירות שבין אדם למקום, שאין להן קשר לנושא הנדון או לישרותו של העד, פוסלות. כן פוסלת ההלכה נשים וגויים, גם אם הם הגונים וישרים. כיצד יכול בית דין בימינו לתפקד לנוכח מגבלות אלו?

כאן חסרונו של בית הדין לממונות הוא יתרונו. מכיוון שבית הדין פועל כבורר בהסכמת שני הצדדים, ניתן להחתימם בשטר הבוררות על הסכמתם לקבל כל עד, גם אם הוא פסול. אך גם ללא הסכמה מוקדמת, בלאו הכי עדויות רבות, ואולי רוב העדויות אינן נוגעות ישירות בנושא הנדון בבית הדין, אלא הן עדויות עקיפות, כגון **עדויות מומחים**.

אחד המאמרים בספר, מאת הרב עדו רכניץ, עוסק בנושא בהרחבה, ומכשיר עדויות כאלו. אחת הדוגמאות לכך היא שיטת הרי"ף ב"אשתמודעינהו" (יבמות לט ע"א): כדי לייבם או לחלוץ לאישה שבעלה מת ולא הותיר זרע אחריו, צריכים עדים שיזהו את האישה כאשתו של אותו מת, ואת אחיו, ושהם בני מצווה. לשם כך כל אדם כשר לעדות, גם אישה. לפי הרי"ף, הם אינם מעידים ישירות על החליצה או על הייבום, אלא על זהותם וגילם של היבם והיבמה. הסבר זה הפך

למושג כללי המכשיר כל עדות שאינה ישירה, ורוב העדויות בבתי הדין כאלה. כמדומני שמנהג כל בתי הדין להסתמך על עדויות מסוג של "אשתמודעינהו", כולל גויים, נשים וכדו'.

בעניין עדות נשים עוסק מאמרה של הרבנית ד"ר שפרה מישלוב המאירה את מעמד האישה בבית הדין מכל צדדיו. האישה שווה לאיש בכל חוץ מהשפיטה עצמה. באופן תיאורטי אולי גם זו יכולה להתקיים ע"י אישה, לדעת חלק מהפוסקים. הם לומדים זאת מהתקדים של דבורה הנביאה, שבהסכמת הציבור אישה יכולה להתמנות כשופטת. בכל זאת מסקנתה שאין אפשרות מעשית לכך שאישה תתמנה כדיינית בבית דין לממונות, מסיבות שונות. יש לשבח את ראייתה הכוללת והמאוזנת.

אכן בניין לתפארת, המקדם את משפט התורה בארץ, יבורכו כל העוסקים במלאכת הבניין מעין הברכות.


הרב יעקב אריאל
הרב הראשי לרמת-גן לשעבר

צדק צדק תרדוף

הרב אברהם גיסר

"צדק צדק תרדוף למען תחיה וירשת את הארץ" (דברים טז, כ) – זו ההוראה הניצבת לעולם בפני דייני ישראל והיא נר לרגלי בית הדין לקביעת מדיניותו. כך זה החמישי בסדרת "משפטי ארץ" מוקדש ל"בית הדין לממונות". נושאי הספר הזה הם "סדר הדין ההלכתי" ומדיניות בית הדין. נושאים אלה אינם בשום אופן רק שאלות של הליכים וסדרים, אלה הן סוגיות ממהותו של דין תורה. כשם שהתורה מונחת לפני הכול ורשאי כל אדם ליטלה ולהתברך בה כך הצדק והמשפט חייבים להיות נגישים וזמינים לכל אדם, איש ואישה ובכל מקום. הזמינות והנגישות אל הצדק הם תנאים למימושו של הצדק. אפשר לבנות "היכל צדק" מפואר אבל ככל שהוא רם ונישא הוא עלול להיות בלתי מושג. על כן הוראת הכתוב היא "שפטים ושטרים תתן לך בכל שעריך" – שערי העיר, כפשוטו. השער הוא מקום החיים, מקום חיי המסחר והשוק והפעילות התוססת. כמו התיאור המשפטי החי "ויאמרו כל העם אשר בשער והזקנים: עדים" (רות ד, יא). התורה אינה מצווה על בניין היכל למשפט אלא תובעת מאיתנו להושיב את הדיינים בשער העיר, להיותם שם זמינים לכל דין ולכל סכסוך, לכל תיווך ולכל מריבה ולהביא צדק ושלו.

"אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם" (זכריה ח, טז) – זמינות המשפט ונגישותו הן אבני הצדק לחברה מתוקנת. נגישות אינה רק הקפדה על שיפועים ומעליות, עם כל חשיבותם, אלא בעיקר יצירת סדרי דין פשוטים וקלים להבנה לכל אדם, וחלילה לא כאלה היוצרים מבוך שקל לטעות בו וקל להטעות בו. זמינות פירושה הקפדה על כך שכל בעל דין יוכל לפנות לבית הדין בעצמו, ללא עורך דין, ללא הוצאה כספית גבוהה, ולקבל סעד וצדק בזמן קצר. רק כך התורה נעשית תורת חיים ושם שמיים מתקדש. "פתחו לי שערי צדק אבא בם אודה יי"ה" (תהלים קיח, ט). היכולת הקלה לבוא בשערי הצדק ולהיושע היא המביאה לידי תודה ושמחה.

עוד למדנו מן הפסוק "צדק צדק תרדוף" – "הלך אחר בית דין יפה" (סנהדרין לב,ב). מכיוון שיש לרדוף אחר הצדק יש לבקש את המעולה שבבתי הדין. כל דור וכל מקום לפני זמנו ומקומו. "רדוף אחר בית הדין שדינו יפה: אחר בית דין של רבן יוחנן בן זכאי ואחר בית דינו של רבי אליעזר" (ספרי קמד). ועוד הוסיפו בגמרא שם זמנים ומקומות שונים: "אחר רבי יהושע לפקיעין, אחר רבן גמליאל ליבנה, אחר רבי עקיבא לבני ברק, אחר רבי מתיא לרומי... אחר חכמים ללשכת הגזית". סיום רשימת הדוגמאות בלשכת הגזית מלמד אותנו כיצד יש לעשות לאחר החורבן בשעה שאי אפשר לקיים "וקמת ועלית אל המקום אשר יבחר ה' אלהיך בו" (דברים יז, ח).

סדרת "משפטי ארץ" כולה מבקשת לסייע בקביעת דרכו של "בית דין יפה". בכרך זה נדון בסמכות הערעור, בהרכב הדיינים, בצווי ביניים וצווי מניעה, בפנייה להוצאה לפועל, בחיוב הוצאות משפט ועוד. כל אותם נושאים הנדרשים כדי לקומם "בית דין יפה". הכרך מבוסס בחלקו על ניירות עמדה אשר הוצגו בכנסי הדיינים של המכון, ואשר הפכו למדיניות של מכון משפטי ארץ, רשת בתי הדין ארץ חמדה גזית ובית דינו של הרב רצון ערוסי. תכליתם הייתה להעמיד בתי דין יפים, המתנהלים על פי מדיניות הלכתית שיטתית ומושכלת.

עוד למדו מן הפסוק: "צדק צדק תרדוף – אחד לדין ואחד לפשרה" (סנהדרין לב,ב) – הפשרה היא כלי מרכזי ועוצמתי העומד לימינו של בית הדין בחתירתו לצדק ואמת. הפשרה כמו הדין היא דרך המלך להביא משפט שלום לעולם. הדברים התבארו היטב במאמרו החשוב והידוע של מורנו הרב זלמן נחמיה גולדברג זצ"ל, אשר ממנו נפרדנו בצער לפני מספר חודשים, "שבחי הפשרה", שפורסם בכרך הראשון של סדרה זו.

אמרה חסידיית נאה נאמרה מפיו של הרב ר' שמחה בונים מפשיסחא: צדק צדק תרדוף – שתרדוף את הצדק עצמו בצדק ובמשפט, בחסד וברחמים. סדרים ישרים וצדיקים של בית הדין הם דרכי הצדק והיושר לרדיפת הצדק. אם כך נעשה הרי שהקריאה הזו תתפרש גם (כפירוש הראב"ע) כקריאה לבעלי הדין לרדוף את הצדק, והם יוכלו אז לבחור בביטחון ואמונה בבית הדין לממונות על פי התורה. חזק וברוך לעורכים החשובים, לחברי המערכת ולכל הכותבים היקרים מרנן ורבנן ותלמידיהם. ה' עליהם יחיו.

הקדמת העורכים

חורבן בית המקדש לווה בחורבן מקביל של משפט התורה – "אמר רב יהודה בר אידי אמר רבי יוחנן: עשר מסעות נסעה שכינה, מקראי. וכנגדן גלתה סנהדרין" (ראש השנה לא, א). המסע הראשון היה עזיבת לשכת הגזית בהר הבית, שאירעה ארבעים שנה קודם לחורבן. "מ' שנה עד לא חרב הבית – גלתה סנהדרין וישבה לה בחנות. למאי הלכתא?... שלא דנו דיני נפשות" (עבודה זרה ח, ב). לאחר אותן עשר גלויות בטלה הסנהדרין לגמרי. הרמב"ם (ממרים א, ד) תיאר את משמעות השבר הנורא של חורבן הסנהדרין:

כשהיה בית דין הגדול קיים לא היתה מחלוקת בישראל... משבטל בית דין הגדול רבתה מחלוקת בישראל, זה מטמא ונותן טעם לדבריו, וזה מטהר ונותן טעם לדבריו, זה אוסר וזה מתיר.

רוצה לומר, בית הדין הגדול היה המוסד המשפטי העליון בישראל, וממילא, ביטולו הביא לכך שבהיעדר מוסד מכריע רבו המחלוקות בישראל. אולם, גם לאחר ביטול בית הדין הגדול התקיים מוסד חלופי – בית הוועד, עליו כתב הרמב"ם שמעמדו כמעמד הסנהדרין לעניינים מסוימים (רמב"ם סנהדרין ו, ט): "וכן הדין בזמן הזה שאין שם בית דין גדול אבל יש מקומות שיש בהן חכמים גדולים מומחין לרבים". אלא שבהמשך ציין הרמב"ם (ח"מ יד, א) ש"אין לנו עכשיו בית דין הגדול או בית הוועד".

גם בהיעדר מוסד מרכזי, כתב הסמ"ע (יד, כה) שהעובדות, הראיות והטענות בכל דיון יביאו לתוצאה משפטית וזה בכל בית דין "דתורה אחת לכולנו". על כך תמה בספר פתחי תשובה (ח"מ יד, ז) וכתב שלא ייתכן שכל בית דין יגיע לאותה מסקנה, ונראה שההסבר לפער ביניהם הוא המשך תהליך החורבן הארוך והעמוק שהוביל להתרחבות ההבדלים בין בתי הדין השונים.

נמצא שחורבן הבית כלל גם חורבן חלקי של משפט התורה, ופגיעה קשה במוסדותיו המרכזיים ובסמכויותיהם. מצב זה מחייב את כל מי שמשפט התורה יקר לליבו לפעול ככל יכולתו למען תחייתו.

בשנת תשס"ו התכנסו לראשונה עשרות דייני בתי דין לממונות בבית מלון בירושלים. הכנס נעשה ביוזמה משותפת של עמותת הליכות עם ישראל בראשות הרב ד"ר רצון ערוסי, ומכון משפטי ארץ, עפרה, בראשות הרב אברהם גיסר. בכנס הוצג נייר עמדה בנושא הערעור בבית הדין לממונות. מאז ועד להוצאה לאור של ספר זה זכינו שהתקיימו כנסים בכל שנה. בכל כנס הוצג נייר עמדה שנכתב על ידי חוקרי מכון משפטי ארץ, ולאחר מכן התקיים דיון הלכתי בין הדיינים.

במהלך השנים זכינו לכך שהדיינים בכנסים התקיימו בראשות גדולי ישראל, ובהם, הרב זלמן נ. גולדברג זצ"ל ממנו נפרדנו ביגון לפני כמה חודשים, ויבלח"א הרב יעקב אריאל והרב דוב ליאור שליט"א. גדולים אלה התוו את הדרך להתמודדות הלכתית בשורה של סוגיות: ערעור, חיוב בגרמא, הוצאות משפט, הוצאה לפועל ועוד.

לאחר חלק ניכר מהכנסים גובש מסמך המסכם את הכנס ואת ההכרעות ההלכתיות שהתקבלו בו, עליו חתמו אבות בתי דין לממונות. סיכומים אלה הפכו למדיניות ההלכתית המחייבת של מכון משפטי ארץ, של רשת ארץ חמדה גזית ושל בית הדין בראשות הרב רצון ערוסי.

ספר זה מבוסס בעיקרו על ניירות העמדה אשר הוצגו בכנסי הדיינים, אשר עברו עריכה מעמיקה, זאת, בתוספת מאמרים נוספים בסוגיות יסוד הנוגעות לעבודת בית דין לממונות בימינו.

מטרת הכנסים, ניירות העמדה, וסיכומי הכנסים הייתה אחת: ליצור תהליך תורני מעמיק ויסודי אשר יסייע לגיבוש "מנהג בתי הדין". זאת, מתוך תפילה שיהיה בכך ריפוי מסוים לשבר החורבן של הסנהדרין ולריבוי המחלוקות שבא אחריה.

עם הוצאת הספר מוטלת עלינו החובה והזכות להודות לכל העוסקים במלאכה. לכותבים ולעורכים של ניירות העמדה לאורך השנים, ולדיינים אשר נטלו חלק בכנסים והעשירו את הדיון ואת מסקנותיו. לחברי המערכת הרב ד"ר איתמר ורהפטיג, והרב חיים בלוך, ראש הכולל. לעורך הלשון, בוגר המכון, הרב אב"י ונגרובר, אשר העיר והאיר גם בשאלות של מהות, ולצידו ידיד המכון מר דוד הלל אשר עיצב את הספר, כדרכו בצורה איכותית, והביא אותנו לדפוס.

יבורכו חברי הנהלת המכון, הרב אברהם גיסר יו"ר המכון, שדחף ועודד במשך כל הדרך הארוכה; גב' יעל מינצר המנהלת האדמיניסטרטיבית המסורה; ומר משה בטיש השוקד, לצד עיסוקיו הרבים, על קיומו והתפתחותו של המכון. תודה מיוחדת שלוחה לרב ד"ר מיכאל בריס, לשעבר ראש הכולל ואשר ייסד את סדרת משפטי ארץ שכרך זה מצטרף אליה.

לסיום נודה לבני משפחותינו המלווים אותנו בשותפות ובשמחה במעלה דרך
יישום משפט התורה במדינת ישראל.

בשבח והודאה לבורא עולם, אנו מגישים את הספר לפני ציבור אוהבי משפט
התורה, מתוך תפילה שיהיה בו כדי להמשיך את המגמה המתגברת, של תחיית
משפט התורה והפיכתו למערכת משפט פעילה ורלוונטית. למרות כל המאמצים,
מסתבר שיצאו שגיאות מתחת ידנו, ונודה לכל מי שיאיר עינינו לתקן.

ציון במשפט תפדה ושביה בצדקה

בברכת משפט התורה

הרב עדו רכניץ הרב הלל גפן

תקצירי המאמרים

שער ראשון: המוסדות

בית דין קבוע – הגדרות והשלכות הלכתיות

במהלך שנות הגלות החליפו מוסדות שונים את מערכת המשפט התורנית המקורית, במסגרת זו ניתן מעמד מיוחד לבית דין קבוע. במאמר זה עסק הרב נתן חי בהגדרתו של בית דין קבוע, ומצא כי ההגדרה נעה בין קבלה פורמלית של בית הדין לקבלה מכללא. סמכויותיו של בית דין קבוע כפי שהתברר במאמר הן שילוב של חובות וזכויות המוטלות על בית הדין, בדומה לאלה המוטלות על מערכת משפט מחייבת.

התדיינות לפני דיון יחיד

בדרך כלל בית דין של תורה כולל שלושה דיינים. על רקע זה דן הרב עדו רכניץ בשאלה מתי ראוי להתדיין בפני דיון יחיד ומה נדרש כדי לעשות זאת. מסקנתו שבהסכמת בעלי הדין הדבר אפשרי, ואף שההמלצה היא להימנע מכך, מדברי האחרונים עולה שבקהילות רבות היה מנהג לדון יחידי בתביעות קטנות. אמנם כתבו פוסקים שבנושאים קלים ופשוטים הדבר מותר.

בית דין של זבל"א בימינו: פתרון או בעיה

על פי המשנה אחת הדרכים לגיבוש הרכב של בית דין היא בדרך של "זה בורר לו אחד" (זבל"א). כלומר שכל אחד מבעלי הדין בוחר דיון אחד, ושני הדיינים בוחרים דיון שלישי. דרך זו להקמת בית הדין מעוררת מספר שאלות בהן דן הרב נתן חי, ובכלל זה, אם בית דין של זבל"א הוא בית דין רגיל או שמא סוג של בוררות, אם עדיף להתדיין בפני בית דין רגיל או בפני בית דין של זבל"א. כמו כן נדון אופן התנהלות בית דין של זבל"א, ומתברר כי במשך שנים רבות לוקה דרך זה בהתנהלות שאינה הגונה, ועל כן יש מן הפוסקים ששללו אותה לחלוטין.

ערעור על פסיקת בית דין לממונות

בתקופת המנדט כפו הבריטים את הקמת בית הדין לערעורים על בית הדין הרבני. הדבר עורר ויכוח תורני נוקב בין התומכים והמתנגדים, אשר העסיק את העולם התורני במשך שנים רבות. בהמשך לכך, הרב עדו רכניץ חזר לעיין ביסודות הסוגיה, וטען כי ערעור היה חלק ממערכת המשפט של התורה, והיעלמותו הייתה תוצאה של חורבן מוסדות השיפוט היהודיים במהלך הגלות. ברוח זו הוא המליץ לשוב ולהקים ערכאת ערעור גם על בתי הדין לממונות שתבסס על הסכמת בעלי הדין והדיינים.

הסתייעות בהוצאה לפועל

מימוש פסק דין של בית דין לממונות נעשה על ידי הוצאה לפועל שהיא מוסד אזרחי ולא דתי. על רקע זה הסיק הרב הלל גפן שעל פי ההלכה מותר להסתייע בהוצאה לפועל כדי לממש פסקי דין של בית דין לממונות. זאת, מכיוון שמימוש פסק הדין על פי החוק אינו נוגד את ההלכה המחייבת הגנה מסוימת על החייב ("מסדרין לבעל חוב"). זאת ועוד, לדבריו אין איסור בכך שהוצאה לפועל מטילה על החייב את הוצאות הגבייה ואף מחייבת אותו בריבית פיגורים.

שער שני: הפסיקה

היתר פנייה לערכאות

פסיקת בתי הדין לממונות מותנית על פי החוק בהסכמת שני הצדדים שבית הדין יכריע ביניהם. במקרה שהנתבע מסרב לקבל את סמכות בית הדין על בית הדין להתיר לתובע להגיש את התביעה בבית המשפט. הלכה בסיסית זו מעוררת שורה של שאלות נוהליות שבהן עסק הרב הלל גפן: כיצד יש להודיע לנתבע על התביעה, מה הראייה הנדרשת לסירובו של הנתבע כדי להתיר לתובע לפנות לבית המשפט, ומה דינו של נתבע שמוכן להתדיין בדין תורה אך אינו מוכן לחתום על הסכם הבוררות המקובל "בין לדין ובין לפשרה". בנוסף, נדונה השאלה המהותית, האם לאחר שנתבע סירב לבוא לדין תורה, והדיון התקיים בבית המשפט, רשאי התובע לגבות את מה שפסק בית המשפט, או שמא רק את מה שמגיע לו על פי ההלכה.

צו מניעה ועיקול נכסים

במקרים רבים מבקש אחד הצדדים לדיון מבית הדין סעד זמני, כגון, עיקול נכסים, צו הפסקת עבודות וכדומה. בדיני צו מניעה בהלכה עסק **הרב יובל חסיד** ועמד על הצורך לאזן בין הצורך של מבקש הצו לבין החשש לפגיעה בלתי מוצדקת באדם שהצו יוצא כנגדו. בהקשר זה הוא עמד על העילות למתן צו זמני, על הראיות הנדרשות ועל הסעדים השונים. בשולי הדברים הוא דן במתן צו זמני על ידי בית הדין הפועל בחסות חוק הבוררות, שמעניק סמכות לבית הדין רק לאחר חתימת שני הצדדים על הסכם בוררות. לפיכך במקרה שיש צורך בהוצאת צו טרם שהצד השני יידע על עצם הבקשה ניתן לפנות לבית המשפט לצורך הוצאת הצו. במקרה שהצדדים כבר חתמו על הסכם בוררות וישנו צורך דחוף רשאי בית הדין להוציא את הצו במעמד צד אחד.

כיצד מפשרים? בין פשרה לדין וצדק

בהסכמי הבוררות המקובלים מסמיכים הצדדים את בית הדין "בין לדין ובין לפשרה". הסמכה זו מחייבת להגדיר מה נכלל בסמכות בית הדין לפשרה. בסוגיה זו עסק **הרב דניאל כ"ץ** שעמד על ההבחנה בין פשרה על פי דין לבין פשרה בהסכמת הצדדים. גם כאשר מדובר על הסכמת הצדדים, יש להבחין בין הסכמה נקודתית לפשרה מסוימת שבית הדין הציע לצדדים (שדומה במידת מה לגישור), לבין הסכמה כללית שבית הדין יכריע בדרך של פשרה. הרב כ"ץ הוסיף והדגיש שגם פשרה צריכה לעשות מתוך חתירה לצדק במובנו הרחב. כמו כן, הפשרה מאפשרת להרחיב את סמכות בית הדין ולהשיב לו סמכויות שאבדו לבתי הדין, ובכלל זה, הכרעה במחלוקות וחיוב בנזקי גוף.

הכרעה במחלוקות בימינו

אחד האתגרים הגדולים ביותר בדרך לתחיית משפט התורה הוא מציאת הדרך להכריע במחלוקות. זאת, לאחר שנים רבות ללא הסנהדרין, שהייתה המוסד המשפטי העליון, שהכריע בכל מחלוקת הלכתית. לאתגר זה נענה **הרב הלל גפן** אשר עמד על מספר דרכי התמודדות: על פי רוב דעות הפוסקים, על פי מנהג בתי הדין, על פי מנהג המדינה ועל פי חוק המדינה במקום שבו הוא חופף לאחת הדעות בהלכה.

חיוב בהוצאות משפט

על פי ההלכה המפסיד בדין אינו מחויב בהוצאות המשפט של הצד השני. עם זה פוסקי זמננו עמדו על הצורך לתקן תקנות שירחיבו את סמכות בית הדין לחייב בהוצאות במקרים הנדרשים. **הרב דניאל כ"ץ** עסק בסוגיה זו בהרחבה, ועמד על המקרים שבהם יש חיוב בהוצאות משפט על פי שורת הדין, ועל המקרים שבהם יש צורך בתקנה, כגון, במקרים שיש מחלוקת אם לחייב. במסגרת זו הוא הציע לקבוע בהסכם הבוררות כי הצדדים מסמיכים את בית הדין לחייב בהוצאות משפט על פי שיקול דעתו, ובמקביל להגדיר את התבחינים לחיוב, כגון במקרה של רשלנות של אחד הצדדים שגרמה להוצאות. יודגש כי גם לאחר ההרחבה לא מדובר על חיוב של המפסיד בהוצאות הצד השני בכל מקרה, אלא רק במקרה של אשמה ברמה זו אחרת.

שער שלישי: דיני הראיות

הסתמכות על אומדן

הרמב"ם קבע כי בדיני ממונות בית הדין רשאי להכריע על פי שכנוע פנימי, גם ללא ראיות כשרות, אמנם עוד טרם ימי הרמב"ם הוחלט להגביל את בית הדין להכרעה על פי ראיות כשרות בלבד. אולם לדעת הרא"ש עדיין יש אפשרות להסתמך על שכנוע פנימי בצירוף ראיות נסיבתיות ("אומדנא דמוכח"). למחלוקת זו משמעות רבה בימינו, כאשר רוב הציבור אינו נוהג לוודא קיומם של עדים בעת ביצוע הליכים עסקיים ומשפטיים. על רקע זה בחן **הרב דניאל כ"ץ** את סוגיית ההסתמכות על אומדן מדברי חז"ל ועל ימינו, ועמד על ההבדל בין עוצמות שונות של מידת הוודאות של בית הדין, וכן על ההבדל בין סעדים שונים, ובכלל זה ההבדל בין הוצאת ממון והחזקת ממון. זאת, כדי להגדיר את הנסיבות שבהן רשאי בית דין בימינו להכריע ללא ראיות כשרות.

ערות מומחה בהלכה

בתי דין לממונות, כמו כל ערכאה משפטית, נדרשים להיעזר במומחים שונים, וממילא עולות השאלות: מה מעמדם ההלכתי של המומחים, ומהם הכללים ההלכתיים החלים עליהם. במאמרו דן **הרב עדו רכניץ** בשאלות אלה וטען כי יש מומחים שתפקידם "לפרש" את המידע הנמצא כבר בידי בית הדין, כגון, תרגום של שפה זרה, או ניתוח של תכניות בניה. סמכותם של מומחים אלה מבוססת על

כך שניתן להסתמך על מידע שניתן לאמת בבדיקה חוזרת, גם ללא עדים כשרים. בנוסף, ישנם מומחים שתפקידם להכריע בשאלות שיש בהן מרחב של שיקול דעת, כגון, קביעת שווי נכס על ידי שמאי. מומחים אלה מהווים מעין בית דין לעניין שבו הוסמכו להכריע.

פרשנות חוזים בהלכה

במסגרת הבירור העובדתי נדרש בית הדין במקרים רבים להכריע במקרה של מחלוקת על פרשנות חוזה כתוב שבין צדדים. למעשה מדובר בשורה של שאלות שבהן עסק הרב הלל גפן, אשר הובילו לניסוח כללים לפרשנות חוזה בהלכה. הרב גפן קבע בין השאר כי אין בהלכה מקור לכך שיש לפרש חוזה לרעת מי שניסח אותו, שבמקרים מסוימים מהווה התמורה לעסקה ראייה לגבי מהות העסקה ("הדמים מודיעים"), ושבמקום שבו כוונת הצדדים ברורה היא גוברת אף על מה שנכתב בחוזה שביניהם.

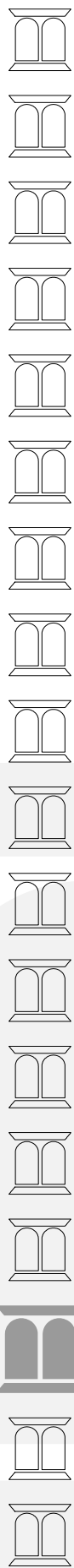
שער רביעי: תורת האישים

מעמד האישה בבית הדין לממונות

מעמדן של נשים בבית הדין מעורר עניין ציבורי בשנים האחרונות. במאמרה בוחנת הרבנית ד"ר שפּרה מישלוב שורה של סוגיות בהקשר זה, ומסקנתה היא שבכל הנוגע לזכויות האישה כתובעת ונתבעת דינה שווה לזה של הגבר. כך גם נשים המייצגות בעלי דין (עו"ד וטו"ר), הן בעלות זכויות שוות לאלה הגברים. אמנם, מעמדה של אישה כעדה מורכב יותר, ובכל זאת, ישנן מספר סיבות לקבל את עדותה. לגבי כהונתה של אישה כדיינית המגבלה ההלכתית חמורה יותר, ויש ספק אם נכון למצוא היתר לכך.

דין תורה בין יהודי ובין לא-יהודי

בתי דין לממונות עוסקים כדבר שבשגרה בבירור מחלוקות בין יהודים ולא-יהודים. הרב עדו רכניץ נדרש לשאלה מהו הדין החל במקרה זה, ומסקנתו כי יש לדון את שני הצדדים על פי משפט התורה באופן שוויוני כאילו שניהם יהודים.



שער ראשון:

המוסדות

בית דין קבוע – הגדרות והשלכות הלכתיות

הרב נתן חי

- | | |
|----------------------------------|-------------------------|
| א. פתיחה | ד. סמכויות בית דין קבוע |
| ב. חובת מינוי דיינים קבועים | 1. דיון בכפייה |
| ג. ההגדרות השונות לבית דין קבוע | 2. העדפת בית דין קבוע |
| 1. בית דין שנבחר על ידי הציבור | 3. עדיפות מול זבל"א |
| 2. קבלה מכללא | 4. הפקעת ממון |
| 3. בית דין שהתמנה על ידי רב העיר | 5. החובה לדון |
| | ה. סיכום |

א. פתיחה

המונח "בית דין קבוע" מופיע בכמה הקשרים בהלכה. למשל, ההיתר לתקוע בשופר בראש השנה שחל בשבת תלוי בקיומו של בית דין קבוע במקום.¹ הטענה העיקרית במאמר היא שהמונח "בית דין קבוע" מתאר מוסד שקיומו מחויב על פי חוקי התורה, וממילא הוא בעל סמכויות שיפוטיות מיוחדות. זאת בניגוד לבית דין שקיומו אינו מחויב מכוח חוקי התורה, אף שהוא דן על פי דיני התורה, וממילא הסמכויות שלו מצומצמות באופן ניכר. משל למה הדבר דומה, להבחנה בין בית משפט לבין בורר שדן על פי החוק – הראשון הוא מוסד שקיומו מחויב על פי החוק, והשני הוא בורר שהצדדים בחרו בו לדון על פי החוק. לבית דין קבוע יש יותר סמכות ואחריות בעניינים שבין אדם לחברו מאשר לבית דין שאינו קבוע, ויש לכך השלכות לגבי חובת ההתדיינות לפניו וכפי שיבואר בהמשך. להלן נעסוק בעיקר בהגדרת בית דין קבוע, תוך התייחסות לשאלה האם בית הדין ביישוב קהילתי דינו כבית דין קבוע, ולאחר מכן נעסוק בסמכויות המיוחדות של בית דין קבוע.

* הרב נתן חי הוא חוקר במכון משפטי ארץ, לשעבר רב היישוב איתמר ואב"ד.
1. ראש השנה כט, ב.

ב. חובת מינוי דיינים קבועים

ברמב"ם נקבע:

מצות עשה של תורה למנות שופטים ושוטרים בכל מדינה ומדינה ובכל פלך ופלך שנאמר שופטים ושוטרים תתן לך בכל שעריך, שופטים אלו הדיינים הקבועין בבית דין ובעלי דינין באים לפניהם.²

כלומר, ישנה מצווה להקים בית דין שיהיה מוכן לקבל תביעות שיובאו בפניו, ולא די בהקמת בית הדין רק כאשר מתעוררת תביעה.

ספר החינוך הוסיף:

וזאת אחת מן המצוות המוטלות על הצבור כולן שבכל מקום ומקום, וצבור הראוי לקבוע ביניהם בית דין כמו שמבואר במסכת סנהדרין [ב' ע"ב] ולא קבעו להם ביטלו עשה זה, וענשן גדול מאד כי המצוה הזאת עמוד חזק בקיום הדת.³ מכאן שבתי דין שהוקמו על ידי הציבור הם מוסדות שהתורה מחייבת את הקמתם.

על פי דברי הרמב"ם הללו וכן מדבריו במקומות נוספים⁴ העלה בשו"ת יביע אומר⁵ וכן בשו"ת ציץ אליעזר⁶ כי לפי הרמב"ם מצוות מינוי דיינים נוהגת אף בימינו מן התורה. כן פסק גם המבי"ט בקרית ספר.⁷ אמנם לפי הרמב"ן⁸ החיוב למנות דיינים בימינו כשאינן סמיכה הוא מדרבנן. וכן פסק רבנו ירוחם: "מצוה מדרבנן למנות שופטים בכל עיר ועיר אף על גב דאין לנו סמיכה עתה".⁹

אולם כאמור לעיל לפי הרמב"ם מצווה מן התורה למנות דיינים בבתי דין קבועים והאחרונים העלו כי מצווה זו נוהגת גם בימינו. וכך מסכם הרב וולדינברג סוגיה זו:

יוצא לנו שלפנינו יסודות חזקים שעל פיהם ניתן לומר שאפילו בזמן הזה שאין סמוכים מכל מקום יש מצוה מן התורה למנות דיינים קבועים שידונו דין תורה, וכמו כן יש יסוד לומר שאפילו בדברים שהבית דין בא עליהם

2. רמב"ם סנהדרין א, א.

3. ספר החינוך, תצא.

4. שם ב, ז, ועוד.

5. שו"ת יביע אומר ז, חו"מ, א.

6. שו"ת ציץ אליעזר טו, ט.

7. קרית ספר, סנהדרין, ה, בסופו.

8. רמב"ן דברים טז, יח; רמב"ן סנהדרין כג, א.

9. רבנו ירוחם, מישרים א, ד, בסופו, עמ' ו.

מכח שליחותייהו דקמאי, מכל מקום כח הרשאתם על כך הוא מדאורייתא.¹⁰

ג. ההגדרות השונות לבית דין קבוע

בפוסקים הועלו הגדרות שונות לבית דין קבוע. מדברי הפוסקים עולה שכל אחת מההגדרות השונות לבדה נותנת לבית הדין תוקף של בית דין קבוע וכל שכן אם בבית הדין מתקיימים כמה מן התנאים להגדירו כבית דין קבוע.¹¹

1. בית דין שנבחר על ידי הציבור

כאמור לעיל, מצוות מינוי דיינים קבועים מוטלת על הציבור, ואכן בית דין קבוע הוא בית דין שדיינו נבחרו על ידי הציבור, מכיוון שבית דין שקיבלו עליהם בני העיר מוגדר כבית דין ש"המחום רבים עליהם", כלומר שבני העיר קיבלו אותם עליהם כדין מומחים. הקבלה מועילה לתת סמכות לבית הדין, כשם ש"רשאיני בני העיר להסיע על קיצתן", כלומר לאכוף את התקנות שלהם¹² וכל תקנה של הציבור או על ידי שבעת טובי העיר לטובת אנשי העיר בדבר שבממון מחייבת את כולם.¹³ בכלל זה, הציבור מוסמך להקים בית דין בעל סמכויות מחייבות.

2. קבלה מכללא

גם כאשר הציבור לא קיבל את בית הדין באופן פורמלי, ישנם מקרים שבהם ההתנהלות מעידה על קבלה מכללא על ידי הציבור. למשל, הרב ואזנר קבע שאם יש בית דין שרגילים לדון לפניו באופן תדיר, דינו כבית דין קבוע שהציבור קיבל

10. שו"ת ציץ אליעזר טו, סט, טו.

11. כאשר יש מספר בתי דין בעיר המוגדרים כבית דין קבוע מסיבות שונות, דנו הפוסקים למי מהם יש מעמד מועדף. ראו בעניין זה: שו"ת עבודת הגרשוני מז; שו"ת שבט הלוי ה, חו"מ, ריב; פס"ד של בית הדין הרבני הגדול, "סמכות מקומית – בית דין קבוע, שורת הדין י, עמ' תסה-תעו; הרב אברהם שרמן, "סמכות בית דין רבני אזורי לנדרות סרבן דין", תחומין כז, עמ' 339; הרב אוריאל לביא, עטרת דבורה ב, עמ' 707-709; הרב ברוך שרגא, "בית דין קבוע מול זבל"א", שערי צדק ב, עמ' 292; הרב שמואל הלוי ואזנר, "מעמדם של בתי הדין העצמאיים", קובץ פעמי יעקב נו, עמ' עט; הרב שמחה מירון, "מעמדם של בתי הדין הרבניים בישראל", קובץ תורה שבעל פה כב, עמ' צד.

12. תוספתא בבא מציעא יא, כג.

13. שו"ת שבט הלוי ה, חו"מ, ריב, ד.

על עצמו באופן פורמלי.¹⁴ וכן קבע הרב אלישיב: "בית דין – ירושלים אשר יושב על מדין באופן קבוע, בודאי נחשב לבית דין קבוע שבעיר".¹⁵ בשו"ת תשובות והנהגות כתב: "ומנהגינו בעדה החרדית שאם ישנו קהל המחזיק בית דין, והדיינים מקבלים מהם משכורת, אז דינם כבית דין קבוע".¹⁶ כלומר כאשר הציבור משלם שכר לדיינים, הרי זו קבלה מכללא של בית הדין. מנהג הוא ביישוב שיש בו בית קברות יחיד שכל בני הקהילה השייכים לבית הקברות של הקהילה שייכים גם לבית הדין של הקהילה, ואין אחד מהם זכאי לדרוש מבעל דינו להתדיין לפני בית דין גדול יותר במקום אחר.¹⁷ כלומר, היקף הסמכות של בית הדין הקבוע נקבע על פי היקף הסמכות של שאר המוסדות של הקהילה.

אם ביישוב או בעיר יש רק בית דין אחד ממילא הוא נחשב לבית הדין הקבוע באותו מקום.¹⁸ מסתבר שטעם הדבר הוא שבית דין זה מממש את חובת הקהילה להקים בית דין, וכל זמן שהקהילה בחרה להסתפק בבית הדין הקיים, הרי זו קבלה מכללא.

3. בית דין שהתמנה על ידי רב העיר

אם רב העיר ממנה דיינים לבית הדין לממונות יש לבית הדין הזה מעמד של בית דין קבוע. חובתו וסמכותו של רב העיר לפסוק לציבור בשאלות של איסור והיתר ואף בדיני ממונות, משום כך מחובתו של הרב גם למנות דיינים שיפסקו לציבור בדיני ממונות.¹⁹ לפיכך, בית דין כזה פועל מכוח חוקי התורה ויש לו מעמד של בית דין קבוע.

ד. סמכויות בית דין קבוע

1. דיון בכפייה

על פי ההלכה בית דין קבוע יכול לדון את תושבי העיר בכפייה ללא צורך בהסכמתם בהסכם בוררות, אמנם בית הדין יכול לחייב את הצדדים לחתום על

14. הרב שמואל הלוי ואזנר, "מעמדם של בתי הדין העצמאיים", קובץ פעמי יעקב נו, עמ' עט.

15. פסקי דין ירושלים ט, עמ' ט.

16. תשובות והנהגות ה, שנא.

17. שו"ת תרומת הדשן פסקים, סה; דרכי משה חו"מ יד, א; סמ"ע יד, א; באר הגולה חו"מ יד, ח; אורים יד, י; נתיבות המשפט, חידושים יד, ח; ערוך השולחן חו"מ יד, ב, שם.

18. הרב שמואל הלוי ואזנר, "מעמדם של בתי הדין העצמאיים", קובץ פעמי יעקב נו, עמ' עט.

19. הרב יעזר אריאל, דיני בוררות, עמ' שג"שד; וכן שו"ת אגרות משה חו"מ, ב, ג.

הסכם בוררות כדי לתת לו תוקף גם על פי חוק ולאפשר ביצוע של פסק הדין על ידי ההוצאה לפועל.²⁰

2. העדפת בית דין קבוע

אם יש בעירם של בעלי הדין בית דין קבוע אין אף אחד מהם זכאי לדרוש להתדיין בפני בית דין שמחוץ לעירם גם אם הוא גדול מבית הדין המקומי.²¹ זאת כדי למנוע מצב שהתובע יגיש בכוונה את תביעתו במקום רחוק מתוך ידיעה שהנתבע ירצה להימנע מלהיטלטל למקום רחוק ויעדיף לשלם את הסכום הנתבע ממנו שלא כדין.²² כמו כן, יש חשש הפוך שהנתבע יתעקש להתדיין דווקא בבית דין רחוק כדי להתחמק מהתביעה.

בנוסף, שלילת האפשרות להתדיין בפני בית דין במקום אחר גם אם הוא גדול וחשוב יותר, נובעת מחשש מחלוקת בשאלה איזה בית דין חשוב יותר.²³

3. עדיפות מול זבל"א

כאשר התובע רוצה לדון בפני בית דין שאינו קבוע, יכול הנתבע לדרוש להתדיין בפני בית דין שיורכב בדרך של זבל"א, כלומר, שכל אחד מהצדדים בורר לו דיין אחד, ושני הדיינים בוררים להם עוד אחד.²⁴ אך אם דרש התובע לדון בבית הדין הקבוע שבעיר אין הנתבע יכול לדרוש דיון בזבל"א.²⁵

4. הפקעת ממון

כתב הרב ישראל מאיר לאו בשו"ת יחל ישראל²⁶ שלבית דין קבוע יש סמכות להפקיע ממון. מקור הדברים ברמב"ם שכתב: "וכן יש לדיין תמיד להפקיע ממון שיש לו בעלים ומאבד ונותן כפי מה שיראה לגדור פרצות הדת".²⁷ הכסף משנה פירש שכוונת הרמב"ם במילה "תמיד" היא שגם בזמן הזה יכול הדיין להפקיע ממון. אמנם בספר ים של שלמה²⁸ כתב שעל פי הרמב"ם רק בית

20. שו"ת הרי בשמים, צט; הרב שמחה מירון, "מעמדם של בתי הדין הרבניים בישראל על פי ההלכה", קובץ תורה שבעל פה כב, עמ' צד.

21. רמ"א חו"מ יד, א. ראו עוד: רמב"ם סנהדרין ו, ו; מאירי סנהדרין לא, ב; שו"ת תשב"ץ א, קנט.

22. שו"ת מהרי"ק, שורש כא.

23. ים של שלמה, בבא קמא י, י; שו"ת מהרשד"ם חו"מ, ז.

24. סנהדרין כג, א. ראו על כך: הרב נתן חי, "בית דין של זבל"א בימינו: פתרון או בעיה", לקמן, עמ' 43, והלאה.

25. רמ"א חו"מ ג, א; וראו: שו"ת מים חיים, עד.

26. שו"ת יחל ישראל, קטו.

27. רמב"ם סנהדרין כד, ו.

דין חשוב יכול להפקיר, אבל מפשט לשון הרמב"ם משמע שכל דיין יכול להפקיר. הנימוקי יוסף²⁸ כתב שכל בית דין קבוע בעירו יכול להפקיר ממון.

5. החובה לדון

הדיינים היושבים בבית דין קבוע חייבים לדון בכל מקרה המובא לפניהם למעט מקרים שיש להם נגיעה בהם.³⁰

ה. סיכום

מהאמור לעיל עולה כי בית דין יחיד ביישוב קהילתי דתי הדין באופן קבוע, דינו כבית דין קבוע, בוודאי כאשר הוא פועל בסמכות רב היישוב, וקל וחומר כאשר מוסדות היישוב הקימו את בית הדין. שהרי די באחת ההגדרות אחד כדי להגדירם כבית דין קבוע, בזמן שרובם עומדים בכמה הגדרות במקביל. משמעות הגדרת בית דין כקבוע התבארה לעיל ובין השאר התבררה חובת הזדקקות בני הקהילה לבית הדין המקומי גם ללא הסכמתם. בשולי הדברים יש להעיר כי שטח השיפוט של בית דין מקומי קבוע הוא עד שלוש פרסאות (כ"2 ק"מ) מתחום העיר.³¹ ומכאן שסמכות בית הדין חלה גם על מאחו או שכונה הנמצאים בתוך תחום זה.

28. ים של שלמה, יבמות י, יט.

29. נימוקי יוסף יבמות כח, ב, בדפי הרי"ף.

30. הרב שמחה מירון, "מעמדם של בתי הדין הרבניים בישראל על פי ההלכה", קובץ תורה שבעל פה כב, עמ' קא.

31. שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, מו; שם א, אלף ה; אור זרוע ד, פסקי סנהדרין, עג; ים של שלמה בבא קמא י, י; שו"ת רקאנטי, תכט.

התדיינות לפני דין יחיד

הרב עדו רכניץ

- א. פתיחה
ב. סמכויות דן יחידי
ג. אל תהי דן יחידי
- ד. הסכמת הצדדים להתדיין בפני דין יחיד
ה. הוראת איסור והיתר של דין יחידי
ו. סיכום

א. פתיחה

בבתי הדין לממונות נידונות מחלוקות כספיות בהיקפים שונים, החל בתביעות של מאות שקלים, וכלה בתביעות של מיליוני שקלים. ככל שמימוש חזון בתי הדין תופס תאוצה והיקף הפניות מתגבר, עולה השאלה האם ניתן לקיים דיונים בפני דין יחיד, ומתי מותר לעשות כן. זאת כדי להקל את העומס שעל הדיינים, ולצמצם בהוצאות של בית הדין. שאלה זו מוטלת לפתחו של בית הדין, כמו גם לפתחם של בעלי הדין, שהסכמתם לכך נדרשת, כפי שנראה בהמשך. מעבר לכך, רבים פונים לרבנים בשאלות ממוניות, כגון שאלות על השבת אבדה. הנוהג הוא להשיב על שאלות אלו בלא צורך בבית דין של שלושה, והדבר אומר דרשני.¹

ב. סמכויות דן יחידי

נפתח בסקירת סמכויות דין יחיד. הרמב"ם כתב:

* הרב עדו רכניץ הוא מנהל המחקר במכון משפטי ארץ ואב"ד ברשת ארץ חמדה גזית.
1. מאמר זה מתמקד בשני עניינים הקשורים לסוגיית דין יחיד ואינו ממצה את כל מה שנכתב בסוגיה זו, שנדונה בכמה מקומות, ובחלקם הסתייעתי (תודתי לרב חיים בלוך על המקורות): הרב מיכאל בריס, "הגמשת סדרי הדין ההלכתיים: האם אופקית או אנכית? – עיון בשיטת התוספות והרמב"ם בסוגיות יחיד מומחה, פשרה וקבלת פסולים", משפטי ארץ א: דין דין ודין, עמ' 179-220; הרב רמי ברכיהו, טל לברכה ב, קיז (בוררות בפני רב היישוב), עמ' 226-219; הרב אליהו דרבקין, בית אליהו מו, עמ' שיא-שיט; הרב אבהם יהושע העשיל דרברמדיקר, סדר הדין, יב (דיין יחיד), עמ' שעב-שפב; הרב יוסף ישי ריין, פני יוסף על מסכת סנהדרין א, עמ' יזכ; קובץ הפוסקים חו"מ, ג.

יחיד שהוא מומחה לרבים אף על פי שהוא דן דיני ממונות יחידי אין ההודאה בפניו הודאה בבית דין ואפילו היה סמוך. אבל השלשה אף על פי שאינן סמוכין והרי הן הדיוטות ואין אני קורא בהם אלהים הרי ההודאה בפניהם הודאה בבית דין, וכן הכופר בפניהם ואחר כך באו עדים הוחזק כפרן ואינו יכול לחזור ולטעון כמו שביארנו. כללו של דבר הרי הן לענין הודאות והלואות וכיוצא בהן כבית דין הסמוך לכל הדברים.²

כלומר, דיין יחיד מוסמך לפסוק את הדין על פי הראיות שישנן, אולם הסמכות ליצור ראיות חדשות תוך כדי דיון, נתונה לבית דין של שלושה בלבד, וכן נפסק בשולחן ערוך.³

בדומה לכך כתב רבנו ירוחם⁴ שעדות צריכה להיאמר בפני שלושה, וכן פסקו הש"ך⁵ וקצות החושן.⁶ כלומר, כדי ליצור את העדות יש צורך בשלושה דיינים, ואין די בדיין יחיד.⁷

קצות החושן כתב שלדעת התוספות, לדיין יחיד אין סמכות כפייה:

ונראה ליישב לפי מה שמבואר מדברי תוספות דאפילו נימא דמן התורה בחד סגי לדון אבל עכ"פ בדיני כפיה ודאי צריך מומחין.⁸

למעשה, נפסק בשולחן ערוך וברמ"א כך:

פחות משלשה, אין דיניהם דין, אפילו לא טעו, אלא א"כ קבלום בעלי דינים או שהוא מומחה לרבים.

הג"ה: ובזמן הזה אין דנין דין מומחה לרבים שידון ביחידי בעל כרחו של אדם.⁹

2. **רמב"ם** סנהדרין ה, ח. **הטור** (חו"מ, ג) חלק על כך, וסבר שהסמכויות שוות. עוד בעניין מחלוקת זו, ראו מאמרו של הרב מיכאל בריס, המוזכר בהערה 1.
3. **שולחן ערוך** חו"מ ג, ב. עוד בעניין שיטת הרמב"ם, והגדרה מדויקת של היכולת לקבל ראיות, ראו בספר **קובץ הפוסקים**, המוזכר בהערה 1.
4. **רבנו ירוחם**, מישרים, ב, א.
5. **ש"ך** חו"מ מו, ע.
6. **קצות החושן** ז, ה, בסופו.
7. ראו את דברי הרמב"ן, כתובות כא, ב, ד"ה והא, שחלק על כך.
8. **קצות החושן** ג, א. לעומת זאת, בשו"ת **שמע אברהם**, לו, כתב שיחיד מומחה לרבים – יכול לכפות, ומטיל שררה על הציבור כמו בית דין של שלושה.
9. **שולחן ערוך** ורמ"א חו"מ ג, ב.

כלומר, אין סמכות לבית דין של פחות משלושה דיינים, אלא אם כן הצדדים הסכימו על כך, או שמדובר על מומחה לרבים. הרמ"א העיר שבימינו אין מומחה לרבים שיכול לדון יחידי, בלא הסכמת הצדדים.¹⁰

ג. אל תהי דין יחידי

שאלת התדיינות בפני דין יחיד זכתה ליחס שלילי כבר במשנה:

הוא היה אומר אל תהי דין יחידי שאין דין יחידי אלא אחד¹¹ ואל תאמר קבלו דעתי שהן רשאים ולא אתה.¹²

בירושלמי מובא שאפילו הקב"ה אינו דין יחידי:

אמר רבי יהודה בן פזי אף הקדוש ברוך הוא אין דין יחידי שנאמר (מלכים א, כב, יט) "וכל צבא השמים עומדים עליו מימינו ומשמאלו" אילו מטין לכף זכות ואילו מטין לכף חובה.¹³

הרמב"ם ביאר שמדובר בהוראה "על צד המוסר":

התורה מתירה לאיש שהוא מומחה לרבים לדון יחידי, כמו שבארנו בסנהדרין, אבל זה דבר תורה, והזהירו ממנו כאן על צד המוסר, לא על צד האיסור.¹⁴

הרמב"ם הדגיש זאת על רקע ההלכה שמומחה לרבים רשאי לדון יחידי. נפקא מינה להלכה של האיסור לדון יחידי, מצאנו בירושלמי:

רבי בא בשם רבי אבהו: בשאמרו לו: "הרי את מקובל עלינו כשלשה על מנת שתדיננו דין תורה" וטעה ודנן משיקול הדעת: מה שעשה עשוי – מפני שטעה ודנן משיקול הדעת, ישלם מביתו – שהגיס דעתו לדון יחידי דין תורה דתנינן "אל תהי דין יחידי שאין דין יחיד אלא אחד".¹⁵

כלומר, לדעת רבי אבהו (שיוזכר גם בהמשך), גם כאשר הצדדים הסכימו לקבל עליהם דין יחיד, וזה טעה ופסק לפי דעה הלכתית שאינה מקובלת ("טעה בשיקול

10. וראו נושאי כלים לשולחן ערוך שם, לגבי הדין בדיעבד.

11. הפירוש המקובל הוא ש"אין דין יחיד אלא אחד" והוא הקב"ה, ראו את פירוש רבנו בחיי והמאירי למשנה; אבל יש שפירשו, שהאחד שיכול לדון יחידי הוא המומחה, ראו פירוש רבנו יונה ורשב"ץ למשנה.

12. משנה אבות ד, ח. ראו עוד: בבא קמא פ,א: "אמר ר' ישמעאל: מבעלי בתים שבגליל העליון היו בית אבא, ומפני מה חרבו? שהיו מרעין בחורשין, ודנין דיני ממונות ביחיד".

13. ירושלמי סנהדרין א, א.

14. רמב"ם פירוש המשנה, שם.

15. ירושלמי שם.

הדעת" – הדין אינו בטל, ועל הדיין לפצות את המפסיד, מכיוון שהסכים לדון אותם לבדו. דברים אלו נפסקו להלכה, בנוגע לדיין שאינו מומחה.¹⁶ בטעם האיסור לדון יחידי נאמרו שני נימוקים. הראשון המפורש הוא: "שמה יבוא לטעות".¹⁷

נימוק נוסף עולה מהכלל "אין עושין שררה על הציבור בממון פחות משנים".¹⁸ כלל זה לא נאמר בנוגע לאיסור לדון יחידי, ואולם הוא מסביר את דברי קצות החושן¹⁹ שהובאו לעיל, שדיין יחיד מוסמך לדון, אבל אינו מוסמך לכפות, ולכך יש צורך בשלושה דיינים. כפייה מבטאת שררה, וזו אינה נתונה לדיין יחיד.²⁰

ד. הסכמת הצדדים להתדיין בפני דיין יחיד

בירושלמי מסופר כך:

רבי אבהו הוה יתיב דיין בכנישתא מדרתא דקיסרין לגרמיה. אמרין ליה תלמידיו: ולא כן אלפן ר' "אל תהא דן יחידי"? אמר לון: כיון דאנן חמי לי יתיב דיין לגרמי ואתון לגביי כמי שקיבלו עליהן. ותני כן במה דברים אמורים שלא קיבלו עליהן אבל אם קיבלו עליהן דן אפילו יחידי.²¹

רבי אבהו היה יושב בדין לבדו. בתשובה לשאלת תלמידיו למה הוא עושה זאת, הרי אסור לדון יחידי, השיב רבי אבהו שהמתדיינים רואים שהוא יחיד, ובבואם יש הסכמה מכלל לקבל אותו בתור דיין.

את ההשפעה של הסכמת המתדיינים על חלות האיסור יש לבחון בשני מישורים: מישור היקף **הסמכות** של הדיין היחיד, ומישור **האיסור** (המוסרי) שלא לדון יחידי. לגבי היקף **הסמכות** של דיין יחיד, כתב הרשב"א שלאחר הסכמת הצדדים יש לדיין יחיד סמכות של בית דין של שלושה, ובכלל זה לקבל ראיות חדשות, כגון הודאת בעל דין, וזו לשונו:

16. רא"ש סנהדרין ד, ה; ש"ך חו"מ ג, י; נתיבות המשפט כה, ד.

17. קרבן העדה סנהדרין, א, א; וראו עוד: תוספות יום טוב, אבות, ד, ח.

18. משנה שקלים ה, ב.

19. קצות החושן ג, א.

20. נראה שאי אפשר לנמק את האיסור בכך שיש גאוה בדיין שדן לבדו ואינו חושש לטעות, שהרי באיסור והיתר ניתן להורות יחידי, כפי שיפורט בהמשך.

21. ירושלמי סנהדרין א, א.

דברים ברורים אני רואה כאן שאין בדברי שמעון כלום דכיון שקבלו עליהם אותו החכם לדיין אף על פי שקבלוהו לדון יחידי וקנו מידם אינם יכולים לחזור בהם ואפילו קודם גמר דין.²²

וכן כתבו כמה מהאחרונים.²³

לגבי שאלת האיסור שלא לדון יחידי, כתב בפירוש שיירי קרבן²⁴ שאף על פי שרבי אבהו סבר שמדאורייתא יש צורך בשלושה דיינים סמוכים,²⁵ עם זה מותר לדון בפני דיין יחיד בהסכמת הצדדים. לכך יש להוסיף (את מה שהובא לעיל), שרבי אבהו הוא שאמר שגם לאחר הסכמת הצדדים, אם הדיין היחיד טעה בשיקול הדעת, הוא חייב לשלם, כיוון "שהגיס דעתו לדון יחידי". כלומר אף שקיבלו אותו הצדדים עליהם, היה עליו לסרב לדון אותם יחידי, וכיוון שלא סירב עליו לשלם כשטעה.

כך עולה גם מדברי הרמב"ם שהובאו לעיל, שכתב שגם כאשר יש סמכות לאדם לדון יחידי (מומחה לרבים), עליו להימנע מכך. כך נכתב גם בשו"ת מהרש"ל,²⁶ וקצות החושן²⁷ הוסיף "שלא להקל בזה כלל", וכן שכל "בעל נפש ירחיק מזה". במילים אחרות, על פי פוסקים אלה בעיית האיסור אינה נפתרת למרות הסכמת הצדדים.

הש"ך סבר שמותר לדון יחידי לאחר הסכמת הצדדים, רק כאשר מדובר בדיין מומחה, בהמשך לכך הוא דן במנהג הנפוץ להתדיין בפני דיין יחיד:

ואפשר דאותן שנוהגים לדון ביחידי היינו בדברים שרגילים ופשוטים שהם מומחים בהם. או אפשר דהיא הנותנת דכיון דהאידינא ליכא מומחה ולית דחכים האידינא בדין... אם כן כי קיבלוהו בסתם מסתמא קיבלוהו בין לדין בין לטעות...

22. שו"ת הרשב"א א, אלף קכו.

23. הגהות רעק"א, על שולחן ערוך חו"מ, ג; שו"ת רב"ז ג, תקט; מדברי נתיבות המשפט ג, ג, משמע שלאחר קבלת הציבור יש לדיין יחיד מעמד של בית דין, גם לעניין קבלת עדות. החזון איש (סנהדרין טו, ג), כתב שאין קבלת הצדדים או הציבור יכולה להועיל, אלא אם כן מדובר בתקנת חכמים.

24. שיירי קרבן על ירושלמי סנהדרין א, א, ד"ה כיון.

25. סנהדרין ב,ב.

26. שו"ת מהרש"ל, לה.

27. קצות החושן ג, ג.

ועל כן יש ליזהר שלא לדון ביחידי אף שקיבלוהו, אם לא שמפרש בהדיא "איני יודע לדון אתכם דין תורה", או שהוא דין פשוט ומומחה ורגיל הוא בכך, דבכהאי גוונא איכא מומחה אף האינדנא, ודוק.²⁸

כלומר, אכן יש צורך בשני תנאים כדי לדון יחידי: האחד הוא הסכמת הצדדים, ובכך נפתרת בעיית הסמכות, והשני הוא שהדיין מומחה, ובכך נפתרת בעיית האיסור. לכן ניתן לנהוג כך כאשר מדובר בתחום שהדיין בקיא ומומחה בו; או לחילופין, כאשר הצדדים מוותרים מראש על הדיון על פי דין תורה, כגון בהסכמה "בין לדין בין לטעות", או כאשר הדיין אומר שהוא אינו יודע לדון דין תורה.

ערוך השולחן התייחס לדברי הש"ך:

ולא ראיתי נוהגין כן ובכל הערים הקטנות שאין שם רק רב יחידי דן בעצמו ואינו מתנה כלל. וצ"ל דכיון דהכל יודעים שהוא יחידי לכתחלה כוונתם כן כשבאין לפניו שידין כפי שכלו והבנתו ומוסכמים הם אף אם לא ירד לעומק הדין וממילא הוה כקבלוהו בין לדין בין לטעות.²⁹

המנהג בעיירות הקטנות היה להתדיין לפני הרב המקומי. ערוך השולחן הסביר שהציבור קיבל על עצמו את הכרעת הרב, על פי שיקול דעתו.³⁰

אחרים הצדיקו את המנהג להתדיין בפני דיין יחיד בלא הגבלות אלה, כגון הרשב"ץ, שכתב: "ומכאן הנהגנו היתר בעצמנו לדון יחידי אפילו מדרכי חסידות כיון שקבלונו הצבור עליהם".³¹ ומכאן שלדעתו אין איסור לדון יחידי.

הרב יונתן אייבשיץ כתב שבקהילת מיץ הייתה תקנה שבתביעות קטנות מותר להתדיין בפני דיין יחיד כדי לצמצם את העלויות, תקנה שפתרה את בעיית הסמכות: "מה שהוא פחות מכ"ה ר"ט שאב"ד ידון לבד שלא להרבות שכר דיינים. וזהו לדעתי אין בו פקפוק כיון שהוא תקנות עיר".³² אולם הוא נהג כך רק בתביעות פשוטות ביותר, כדי לפתור את בעיית האיסור: "שאין הדבר פשוט כביעתא בכותחא אני נזהר [שלא] לדונו יחידי".

28. ש"ך חו"מ ג, י.

29. ערוך השולחן חו"מ ג, ו.

30. ראו עוד: מאמרו של הרב רמי ברכיהו המוזכר בהערה 1, עמ' 222, בעניין מרא דאתרא שקיבלו הציבור גם לדון יחידי.

31. מגן אבות, אבות ד, ח.

32. אורים ג, ח.

ה. הוראת איסור והיתר של דין יחיד

מהגמרא³³ עולה שיש יתרון בשיתוף דיינים נוספים בהכרעה, בין בממונות ובין באיסור והיתר ("כי היכי דנימטיין שיבא מכשורא"). וכך ביאר זאת המאירי:

מגדולי החכמים כשהיה דין בא לפניהם היה מכנס הרבה מן היודעים עד שמתוך כלם יצא הדין לאמתו. ואף באיסור והיתר ראוי לעשות כן כדי שיתרחק מן המכשולות. שרוב דעות מגלים את הצפונות ועצים קטנים מדליקים את הגדולים.³⁴

אף על פי כן ישנה הבחנה בין הוראת איסור והיתר ובין דיני ממונות, כפי שנכתב בספר נתיבות המשפט:

מה שאין כן באיסור והיתר דלא שייך דין זה ד"אל תהי דן יחיד" כלל, דודאי מותר להורות באיסור והיתר יחיד, ולא שייך הסברא דמשום שהגיס דעתו לדון יחיד, אפילו מומחה ולא קיבלו פטור, מה שאין כן בטעה בדבר משנה.³⁵

החזון איש הרחיב יותר:

הא דנאמן כהן לטמא הנגע אע"ג דאין עד אחד נאמן לאיסור היכי דאתחזק היתרא... הכא כיון דאיכא נגע לא הוי התחזק היתרא, אע"ג דלענין דין חזקה מקרי אתחזק היתרא. אבל לענין דין נאמנות עד אחד, לא אמרו [שעד אחד אינו נאמן] אלא כשבא עד אחד לחדש מאורע הבלתי ידוע לנו כלל והוי כמוחזק לן היפוך דברי העד, ובזה אמרינן אין ערעור פחות משניים. אבל ביש דררא דספק באיסורין נאמן עד אחד לברר. והיינו טעמא דנאמן כל יחיד בהוראת איסור והיתר...³⁶

החזון איש התקשה, כיצד כהן יחיד נאמן לטמא את הנגע, בזמן שעד אחד אינו נאמן לאיסור מה שהוחזק כהיתר? על כך השיב שעד אחד אינו נאמן כאשר הוא מחדש מידע שכלל לא היה ידוע, אולם כאשר הוא מעיד על מצב שיש בו ספק – הוא נאמן. מכיוון שהנגע עצמו כבר מעורר ספק שמא האדם טמא, הכהן רק מכריע את הספק ולכך כהן יחיד נאמן. בסוף דבריו כתב החזון איש שזו הסיבה שיחיד נאמן בהוראת איסור והיתר.

33. הוריות ג, ב.

34. מאירי, בית הבחירה, הוריות ג, ב.

35. נתיבות המשפט כה, ד.

36. חזון איש נגעים ד, ט.

דבריו עולים בקנה אחד עם ההגבלות שהטיל הרמב"ם על מומחה לרבים שיכול לדון יחידי. כאמור, הרמב"ם כתב שמומחה לרבים אינו יכול ליצור ראיות חדשות, אלא רק לדון על פי הראיות הקיימות. הבחנה זו דומה להבחנה בין פסיקה על בסיס עובדתי מוסכם, שמסורה גם ליחיד, לבין חידוש עובדתי ("מאורע הבלתי ידוע לנו כלל"), שאינו מסור לכל יחיד. אלא שעל כך קשה שהרי גם בלי יצירת ראיות חדשות, נדרש דיין להכריע בין גרסאות, ולכן אמר הרמב"ם שמן הראוי שלא לדון יחידי.

ישנו דמיון בין הבחנות אלו גם לכלל "אין עושין שררה על הציבור". כל זמן שאדם שואל שאלה ומעורר ספק בעצמו, ורב נדרש להכריע – אין זו שררה. רק כאשר הפוסק קובע שגרסתו של אדם היא שקרית, הוא מפעיל שררה, ואת זה לא ראוי שיעשה יחידי. הגדרה זו אינה מבחינה בין דיני איסור והיתר (או בין אדם למקום) לבין דיני ממונות, אלא בין מקרים שונים שבהם נדרשת הכרעה הלכתית. כשם שישנן שאלות של איסור והיתר שבהן יחיד אינו נאמן לדון, כך ישנן שאלות ממוניות שיהיו בגדר "הוראת איסור והיתר", ויחיד יהיה רשאי להורות בהן:

כאשר אדם שואל את רבו שאלה לגבי מציאה שמצא – זו בוודאי הוראת איסור והיתר שרב יחידי יכול להורות בה מכיוון שאין בזה שום שאלה עובדתית ששנויה במחלוקת, ועל הרב רק להכריע את הדין ולא לברר את העובדות.

כאשר שני אנשים באים לבית הדין ויש ביניהם מחלוקת עובדתית – זו בוודאי לא הוראת איסור והיתר, ועל זה נאמר "אל תהי דן יחידי", מכיוון שבמקרים אלו הדיין נדרש להכריע מה יהיה הדין, כאשר מבחינת אחד הצדדים זהו "מאורע הבלתי ידוע לנו כלל", והוא מכחיש את קיומו.

עם כל זה לא ברור מה הדין במקרה ששני הצדדים מסכימים על העובדות, אלא שחולקים מהו הדין. האם במקרה כזה יכול דיין לדון יחידי כבהוראת איסור והיתר, או שמא מכיוון שכל אחד מהצדדים טוען שהוא יודע מה הדין, אין זה ספק, והדיין נדרש לחדש לבעלי הדין את הדין. לעניות דעתי מקרה כזה גם הוא בבחינת הוראת איסור והיתר, שהרי גם בהוראת הנגע, ייתכן שהמצורע חושב שהוא טהור, אבל דעתו אינה מעלה ואינה מורידה. אלא שעל מקרה זה נאמרה ההוראה המוסרית: "אל תהי דן יחידי".

ו. סיכום

על פי ההלכה, בהסכמת הצדדים מותר לדיין לדון יחידי, וכן מומחה לרבים יכול לדון יחידי גם ללא הסכמת הצדדים, אלא שהרמ"א כתב שכיום אין מומחה לרבים.

הרמב"ם והשולחן ערוך כתבו שמומחה לרבים יכול לפסוק את הדין, ואינו יכול ליצור ראיות חדשות, כגון, על ידי קבלת הודאה של אחד הצדדים. קצות החושן כתב שהתוספות סברו שלדיין יחיד אין סמכות כפייה.

אף שניתן לדון יחידי המשנה במסכת אבות מורה לדיין הוראה מוסרית "אל תהי דן יחידי". בטעם הדבר נכתב שדיין יחיד עלול לטעות, כמו כן, הוצע הטעם שאל ליחיד להטיל שררה על הציבור. אם דיין עבר על הוראה זו, וטעה בשיקול הדעת, הוא חייב בתשלום, כיוון "שהגיס דעתו לדון יחידי".

בירושלמי מובא שרבי אבהו דן יחידי על בסיס הסכמה מכללא של הצדדים, שבאו לפניו לדין אף שראו שהוא יושב בדין לבדו. הרשב"א כתב שאם הצדדים קיבלו על עצמם דיין יחיד, יש לו את מלוא הסמכויות של בית דין של שלושה. אולם הרמב"ם ופוסקים נוספים כתבו שגם בהסכמת הצדדים, ראוי שכל "בעל נפש ירחיק מזה".

אחרונים דנו במנהג הנפוץ לדון בפני דיין יחיד. הש"ך כתב שהדבר מותר בשני תנאים: הראשון, הסכמת הצדדים שפותרת את בעיית הסמכות, והשני, דין בנושא שהדיין בקיא בו, או כאשר הדיין מבהיר לצדדים שהם מקבלים את הכרעתו גם אם היא שגויה, כך נפתרת בעיית האיסור לדון יחידי. הרשב"ץ כתב שדי בהסכמת הצדדים, ורבי יהונתן אייבשיץ הזכיר תקנה בקהילת מיץ, לדון בפני דיין יחיד בתביעות קטנות, אלא שכתב שהוא עצמו נהג כך רק בנושאים משפטיים פשוטים וברורים. המשותף לגישות אלו הוא שיש צורך הן בהסכמת הצדדים הן בכך שמדובר במצב בו הדיין אינו עובר על האיסור המוסרי לדון יחידי.

בסיום הדברים הובאו דברי האחרונים שכתבו ש"בהוראת איסור והיתר" – די ברב יחיד. החזון איש הגדיר מהי הוראת איסור והיתר: כאשר הדיין (או העד) אינו מחדש "מאורע הבלתי ידוע לנו כלל". הגדרה זו אינה נוגעת רק להוראות בשאלות של בין אדם למקום, אלא יכולה לכלול גם הוראה בשאלות ממוניות, כאשר אין ויכוח על העובדות.

לאור זאת נראה שאם שני בעלי דין פונים לרב שיורה להם כיצד לנהוג במקרה ששניהם מסכימים על פרטיו (למשל, בהגשת מסמך החתום על ידי שניהם) – אין מניעה להכריע יחידי. מסתבר שהדבר אפשרי גם במקרה שיש הסכמה על העובדות, ומחלוקת על התוצאות המשפטיות, וצ"ע.

כמו כן הדעת נותנת שיש מקום לחדש את התקנה שנהגה במיץ, שעל פיה בתביעות קטנות הדיון בפני דיין יחיד יכול להיעשות גם בלא הסכמת הצדדים. אמנם הדיין עצמו יכול להחליט על הרחבת ההרכב, אם מדובר בנושא מורכב מבחינה משפטית.

בית דין של זבל"א בימינו: פתרון או בעיה

הרב נתן חי

- | | |
|--|--|
| א. מבוא | 3. בחירת אוהב כדיין בזבל"א |
| ב. בחירת הדיין השלישי וסמכותו | 4. תשלום שכר ושיחות עם הדיינים לפני הדיון |
| ג. זבל"א מול בית דין קבוע – העיקרון | 5. הוספת דיינים במקרה שאחד הדיינים אינו יודע כיצד להכריע |
| ד. זבל"א מול בית דין קבוע – יישומים | ו. השמעת טענות בפני הדיינים טרם הדיון |
| 1. האם יש כיום בית דין קבוע? | ז. שכרם של הדיינים |
| 2. האם בית הדין הרבני האזורי מוגדר כקבוע? | ח. התנהלות הדיינים בדיון |
| 3. זבל"א מול דיין מומחה | ט. סיכום |
| 4. מקרים נוספים | |
| ה. האם בית דין של זבל"א הוא בית דין רגיל? | |
| 1. התנהלות בית הדין | |
| 2. האם יש צורך בדיין שלישי כשיש הסכמה בין שני הדיינים? | |

א. מבוא

בתחילת מסכת סנהדרין נקבע שדיני ממונות נידונים על ידי שלושה דיינים. ובמשנה בתחילת פרק שלישי² מבואר כי אחת האפשרויות לקביעת הרכב הדיינים בבית הדין היא על ידי שאחד מבעלי הדין בוחר לו דיין אחד, בעל הדין האחר בוחר לו דיין אחד, ושני בעלי הדין או שני הדיינים (תלוי במחלוקת) בוחרים יחדיו את הדיין השלישי (להלן, זבל"א – זה בוחר לו אחד). בטעם יצירת מנגנון משפטי כזה אמרה הגמרא שם: "שמתוך שזה בוחר לו דיין אחד, וזה בוחר לו דיין אחד, ושניהם בוחרים להם עוד אחד ייצא הדין לאמיתו".³

* הרב נתן חי הוא חוקר במכון משפטי ארץ, לשעבר רב היישוב איתמר ואב"ד.

1. סנהדרין ב,א.
2. שם כג,א.
3. שם.

הרא"ש⁴ הסביר שהיתרון בהליך זה הוא שכיוון שכל אחד מבעלי הדין בחר דיין, הרי הוא סומך על אותו דיין שיוכל להבין את דבריו וטענותיו. כך עמדת כל אחד מהצדדים תוצג בפני בית הדין בצורה מושלמת, ואז הדיין השלישי, המכריע, יוכל לשקול את כל צדדי המחלוקת ויצא הדין לאמיתו. ממילא, שני בעלי הדין יצייתו אחר כך לפסק הדין ביתר רצון.

מדברי הגמרא הללו ודברי הראשונים שנביא לקמן עולה כי זבל"א הוא בית דין רצוי ולגיטימי. לעומת זאת, במשך הדורות אנו רואים ביקורת קשה על יישום מסלול זה. אם בגלל העובדה שכל אחד מהצדדים נהג להציג את עמדתו בפני הדיין שבחר עוד לפני התכנסות בית הדין, אם עקב מציאות שבה הדיינים הנבחרים קיבלו כסף ממי שבחר בהם וכן מסיבות נוספות.

למרות זאת ולמרות שרבים מהפוסקים קבעו שיש להשתמש בזבל"א רק בדיעבד או במקום שאין בית דין קבוע, בכל זאת רבים משומרי המצוות בימינו נזקקים דווקא לבית דין של זבל"א אפילו במקום שיש בו בית דין קבוע.

במאמר זה נסקור את דיני בית דין של זבל"א, ואת הביקורת הקשה על יישומו בימינו.

ב. בחירת הדיין השלישי וסמכותו

נפתח בהליך הקמת בית הדין – נחלקו תנאים מי בוחר את הדיין השלישי: האם בעלי הדינים או שמא שני הדיינים שנבחרו? לכל הדעות יש צורך בהסכמת שני הדיינים לבחירת הדיין השלישי.⁵ למעשה נפסק כחכמים ששני הדיינים בוחרים לבדם את הדיין השלישי.⁶ אולם ערוך השולחן⁷ כתב שבזמנו המנהג היה שדרושה גם הסכמת בעלי הדין לבחירת הדיין השלישי.

כל זאת כאשר בעלי הדין מעוניינים שידונו אותם על פי דין תורה, אבל אם הם מעוניינים בפשרה, מוסכם שיש צורך בהסכמתם למינוי דיין שלישי, מכיוון שפשרה אפשר לעשות גם בשני דיינים ואפילו בדיין יחיד, ומינוי של דיין שלישי בוודאי אינו הכרחי ודורש הסכמת בעלי הדין.⁸

4. רא"ש סנהדרין ג, ב, בביאור דברי רש"י בסוגיה.

5. סנהדרין כג, א.

6. שולחן ערוך חו"מ יג, א.

7. ערוך השולחן חו"מ יג, א.

8. ב"ח חו"מ יג, ב; ש"ך שם, א; שו"ת נודע ביהודה קמא חו"מ, ב.

ג. זבל"א מול בית דין קבוע – העיקרון

במשנה העוסקת בכינון בית דין של זבל"א נאמר: "דיני ממונות בשלושה, זה בורר לו אחד וזה בורר לו אחד ושניהם בוררים להם עוד אחד".⁹ מסמיכות הלשון "דיני ממונות בשלושה – זה בורר לו אחד" משמע שכאשר מדובר בבית דין של שלושה הרי בית הדין המועדף לכתחילה הוא זה של זבל"א.

ואכן כך משמע מדברי הר"ן שכתב: "הא דאמרן בפרק קמא דדיני ממונות בשלושה כיצד? זה בורר לו אחד".¹⁰ דהיינו, המשנה בתחילת פרק שלישי במסכת סנהדרין המתארת את הרכבת בית דין של זבל"א באה לבאר את המשנה הראשונה במסכת זו שבה נאמר "דיני ממונות בשלושה".

ברם, המאירי כתב שהפרק השלישי במסכת נועד "לבאר על איזה צד הן דנין בדיני ממונות במקום שאין שם בית דין מיוחד מפי סנהדרין".¹¹ כלומר לפי המאירי הקמת בית דין של זבל"א מוצדקת רק במקום שאין בו בית דין. מדבריו יוצא שבית דין רגיל המוזכר בתחילת המסכת עדיף על בית דין של זבל"א אשר מוקם ביוזמת בעלי הדין.

גם בהמשך הדברים מדגיש המאירי שיש מקום לבית דין של זבל"א רק בדיעבד, במקום שאין בו בית דין קבוע – "ומעתה תדע שכל שיש בה בית דין כזה (=בית דין מוסמך) ואין שם עוד בית דין (=נוסף), אין כח בידי בעלי הדין לברור, אלא הולכין לפנייהם ודנין אותם... מעתה משנתנו אתה מפרשה במקום שלא הועמד שם בית דין, אלא שיש שם מומחין ראויים לכך".¹² המאירי הוסיף כאן שגם במקום שבו יש שני בתי דין מוסמכים ושקולים, יש מקום לבית דין של זבל"א. נראה שכוונתו לכך שאם הצדדים למחלוקת מתווכחים איזה משני בתי הדין שבעיר ידון – יש מקום לבית הדין של זבל"א.

הרמב"ם בתחילת הלכות סנהדרין סוקר בצורה יסודית את מערכת המשפט המחויבת על פי התורה. אחרי שפירט דין הסנהדרין הגדולה והקטנה ציין מה עושים בעיירות קטנות: "עיר שאין בה מאה ועשרים, מעמידין בה שלושה דיינים".¹³ כלומר בית הדין התקני בעיירות הוא בית דין של שלושה. רק בפרק השביעי הזכיר הרמב"ם את האפשרות לדון בבית דין של זבל"א: "אחד מבעלי

9. סנהדרין כג, א.

10. ר"ן סנהדרין כג, א, ד"ה מתניתין.

11. בית הבחירה, פתיחה למסכת סנהדרין.

12. בית הבחירה סנהדרין כג, א, ד"ה והמשנה.

13. רמב"ם סנהדרין א, ד.

דינין שאמר איש פלוני ידון לי, הרי אלו שני הדיינים שביירר זה אחד וזה אחד, הם בוררים להן דיין שלישי ושלושתן דנין לשניהן, שמתוך כך יצא הדין לאמיתו".¹⁴ בביאור דברי הרמב"ם כתב הכסף משנה: "דמתניתין לא קתני בחיוב שיצטרכו לברירת דיינים אלא אם האחד בורר דיין אחד, והאחד בורר דיין אחד כשבוררין שלישי יצא הדין לאמיתו, וזהו שכתב רבינו (=הרמב"ם) אחד מבעלי דינין שאמר איש פלוני ידון לי וכו', כלומר אם קרה מקרה ואמר איש פלוני ידון לי וכו'".¹⁵ כלומר לפי הרמב"ם לכתחילה יש ללכת לבית דין של שלושה ורק אם שני בעלי הדין יזמו יצירת בית דין של זבל"א, הרי שיש לפעול לפי הכללים שמפרט אחר כך הרמב"ם.

השולחן ערוך פסק בעקבות הרמב"ם: "אחד מבעלי דינים שאמר: איש פלוני ידון לי, ואמר בעל דינו: פלוני ידון לי, הרי אלו שני דיינים שברר זה אחד וזה אחד, בוררים להם דיין שלישי".¹⁶ הסמ"ע העתיק את הערת הכסף משנה על הרמב"ם שמשמעותה שיש עדיפות לבית דין רגיל של שלושה על בית דין של זבל"א והוסיף הסמ"ע: "ובזה נתבאר גם כן כוונת המחבר שכבר כתב כמה פעמים דשלושה הדיוטות או יחיד מומחה דן את האדם בעל כרחו ולא כתב דלכתחילה זה בורר לו אחד".¹⁷

אולם מדברי השולחן ערוך משמע אחרת, שהרי פסק:

אין בית דין פחות מג' (=שלושה דיינים) וכל שלושה נקראים בית דין אפילו הדיוטות והם דנים את האדם בעל כרחו אם הנתבע מסרב לירד לדין או שאינו רוצה לדון עם התובע בעירו. אבל אם רוצה לדון עימו בעירו אלא שאינו חפץ בג' שביירר התובע אז זה בורר לו אחד וזה בורר לו אחד.¹⁸

דהיינו, בית דין רגיל יכול לכפות נתבע להתדיין בפניו רק אם אותו נתבע מסרב להתדיין בכלל. אולם אם הנתבע מבקש להתדיין בפני בית דין של זבל"א אין בית הדין המקומי יכול לכפותו, בניגוד לשיטת המאירי.

הרמ"א שם השיג על כך ופסק: "ונראה לי דווקא בדיינים שאינם קבועים אבל אם דיינים קבועים בעיר לא יוכל לומר לא אדון לפניהם אלא ב'זה בורר'. וכן נוהגין

14. שם, ז, א.

15. כסף משנה, שם.

16. שולחן ערוך חו"מ יג, א.

17. סמ"ע שם, א.

18. שולחן ערוך חו"מ ג, א.

בעירנו". כלומר אם יש בית דין קבוע¹⁹ בעיר יש להתדיין בפניו ולא ניתן לדרוש הקמת בית דין של זבל"א. גם מחכמי הספרדים הביאו להלכה את פסיקת הרמ"א וביניהם המהרשד"ם²⁰ והתשב"ץ.²¹

אמנם מסתבר שגם הרמ"א מודה שאם שני הצדדים מסכימים להתדיין בפני בית דין של זבל"א – הם רשאים לעשות זאת גם אם יש בעיר בית דין קבוע.²²

הרמ"א בתשובותיו²³ ביאר את טעם פסיקתו. הרמ"א נשאל לגבי נתבע שרצה לדון בפני בית דין של זבל"א, אך התובעים דרשו שידון בפני ועד הקהל שהוא בית הדין הקבוע בעיר. הנתבע לא התייצב בפני בית הדין הקבוע, ונידוהו. הרמ"א כתב כמה נימוקים מדוע היה צריך לנדוהו, ובנימוק השלישי כתב שוועד של הקהל נחשב כבית דין שהתקבל על ידי כל הקהל, ולכן הנתבע אינו יכול לבקש להתדיין בפני בית דין של זבל"א או כל בית דין אחר.

הלבוש הוסיף נימוק אחר: "אם ישנן דיינים קבועים בעיר, לא יוכל לומר: לא אדון בפניהם אלא בפני זבל"א, דאם לא כן, כל אחד ידחה חבירו וימשיכנו כדי לישמט מדינו"²⁴ כלומר, הנימוק הוא כדי שלא לפגוע בתובע.

החזון איש²⁵ הביא שני הסברים לשיטת הרמ"א. **ההסבר הראשון** הוא, שזו תקנה מיוחדת שבני העיר יתדיינו רק לפני הדיינים הקבועים בעיר, כדי שהנתבע לא יישמט מן הדין על ידי בקשת בית דין של זבל"א, או כדי למנוע מצב שבו הנתבע יבחר דיין שאינו הגון.

ההסבר השני הוא שהדין של הרמ"א אינו תקנה אלא הוא עיקר הדין. כיוון שכל בני העיר מינו בית דין כחלק מחובתם הציבורית, הם אינם יכולים שלא להתדיין בפני בית הדין שהם בעצמם מינו. בנוסף יש בבקשת בית דין של זבל"א משום פגיעה בכבוד בית הדין הקבוע. אמנם כשאין בית דין קבוע יש זכות לכל אחד מבעלי הדין לבחור את הדיין שנראה לו, כדי ששניהם ייתנו אמון בבית הדין.

19. לגבי הגדרת בית דין קבוע ראו: **שו"ת שבט הלוי** ה, חו"מ ריב; הרב אוריאל לביא, **עטרת דבורה** ב, עמ' 707-701; הרב ברוך שרגא, "בית דין קבוע מול זבל"א", **שערי צדק** ב, עמ' 292; וכן מאמרנו "בית דין קבוע הגדרות והשלכות הלכתיות" בקובץ **אמונת עתך** 98, שבט תשע"ג, עמ' 128-131.

20. **שו"ת מהרשד"ם** חו"מ, ד.

21. **שו"ת התשב"ץ** א, קנט.

22. הרב חיים שאנן, **עיונים במשפט** חו"מ א, עמ' רפד-רפט.

23. **שו"ת הרמ"א**, כב.

24. **לבוש** חו"מ, ג.

25. **חזון איש** סנהדרין טו, ז.

לפי ההסבר הראשון של החזון איש שהמניעה להזדקק לזבל"א היא מכוח תקנה, הרי שבמקרה שבו לא ברור שהציבור קיבל על עצמו את התקנה אין היא מחייבת. כמו כן, ייתכן שהתקנה מכוונת בעיקר כנגד הנתבע כדי שלא יתחמק, אך היא אינה מחייבת את התובע שיכול מלכתחילה לדרוש בית דין של זבל"א. לעומת זאת, לפי ההסבר השני של החזון איש שכך עיקר הדין, אזי גם אם לא נהגו כהלכה, עדיין חייבים הם לדון בבית הדין הקבוע, בנוסף, לפי הסבר זה אין הבדל בין תובע לנתבע ושניהם אינם רשאים לבקש להתדיין בית דין של זבל"א במקום שיש בית דין קבוע.

ד. זבל"א מול בית דין קבוע – יישומים

בעקבות דברי הרמ"א דנו האחרונים במספר יישומים.

1. האם יש כיום בית דין קבוע?

השאלה הראשונה שבה דנו היא האם יש כיום בית דין המוגדר קבוע. יש אחרונים שכתבו שיש לקיים את דין הרמ"א כפשוטו ולהעדיף בית דין קבוע על פני זבל"א, כי גם בימינו יש בתי דין קבועים שיושבים בהם תלמידי חכמים מעולים ויש להעדיפם על פני זבל"א.²⁶

בנוסף, יש שכתבו שכאשר קהילה מקימה בית דין לעצמה ואחד מחברי הקהילה תובע חבר קהילה אחר בפני בית הדין של הקהילה, הנתבע אינו זכאי להתדיין בבית דין של זבל"א, משום שבית הדין של הקהילה התקבל על ידי בני הקהילה ודינו כבית דין קבוע.²⁷

יתרה מזאת, גם בתי דין לממונות המקובלים בציבור מסוים כגון בית הדין של הרב וואזנר או של הרב קרליץ הנמצאים בבני ברק, דינם כבית דין קבוע. למרות שלא הייתה קבלה מפורשת של בתי דין אלה, די בהסכמה שבשתיקה של מרבית הציבור.²⁸

לעומת זאת, אחרים טענו שאין בימינו בית דין קבוע כלל, והדין של הרמ"א התייחס לקהילה אורגנית עם מסגרת הלכתית מחייבת, שם היה רב מקומי שכולם כפופים לו והוא זה שממנה את בית הדין, אבל בזמננו שבני העיר אינם

26. שו"ת המבי"ט א, רפ; אלפי מנשה חו"מ ג, א; שו"ת שבט הלוי ח, שב; ט, רפה.

27. הרב חיים שאנן, עיונים במשפט, חו"מ א, עמ' רפח.

28. שם.

מאוחדים ובכל עיר יש קהילות שונות לא שייך לומר שבני העיר קיבלו על עצמם בית דין קבוע. לכן מותר לכתחילה ללכת ולהתדיין בפני זבל"א.²⁹

2. האם בית הדין הרבני האזורי מוגדר כקבוע?

יש שקבעו שבית הדין הרבני האזורי הוא בית הדין הקבוע שעליו דיבר הרמ"א, שהרי הוא מקבל את סמכותו מכוח הכנסת והממשלה בישראל, וסמכות זאת התקבלה ע"י אורחי המדינה, מצב זה דומה לבני העיר שקיבלו על עצמם בית דין. מכיוון שלכנסת יש במובן מסוים דין של טובי העיר וחקיקתה היא מתוקף תקנות הקהל. לפיכך, בעיר שיש בה בית דין רבני אזורי לא יוכל הנתבע לדרוש התדיינות בבית דין של זבל"א.³⁰

לעומת זאת, יש שכתבו בדיוק להיפך. לדבריהם, החובה להתדיין בפני בית דין קבוע חלה רק בציבור ההולך בדרך התורה וכאשר מנהיגי הקהל הממנים את הדיינים הם יראי שמים ושומרי תורה ומצוות. מכיוון שבתי הדין הרבניים האזוריים יונקים כוחם ממוסדות המדינה שרוב תושביה אינם שומרי תורה, ממילא אין להם תוקף של בית דין קבוע ואין שום חובה להתדיין בפניהם, לפיכך יכול כל אחד מהצדדים לדרוש להתדיין בבית דין של זבל"א.³¹ מן הראוי לציין שמאז פסיקת בג"ץ³² בשנת 2006 בתי הדין הרבניים אינם רשאים לעסוק בענייני ממון שלא במסגרת גירושין.

3. זבל"א מול דיין מומחה

דיון נוסף עוסק בעדיפות של דיין מומחה על בית דין של זבל"א. הב"ח פסק שאם יש בעיר דיין מומחה, הנתבע אינו יכול לדרוש להתדיין בפני בית דין של זבל"א:

אף על גב דמהרי"ו כתב דעכשיו אין לתלמיד חכם כח לדון את האדם בעל כרחו דלא נמצא בדורותינו מומחה לרבים, מכל מקום אם אינו נמצא בעיר חכם גדול ממנו, יכול החכם לצרף אליו עוד שניים ולכוף את הנתבע לדון לפניהם. דמאחר והם שלושה יכולין לכוף את האדם לדון לפניהם. ואף על פי שהנתבע רוצה לדון בזבל"א וזבל"א, ובעלמא בהג' הדיוטות אין להם כח לכוף בכדי גוונא. מכל מקום כיון שהוא חכם שאין כמוהו בקהל, שבו התביעה, יכול לכופו לפי דעת הטור. דמה ששואל הנתבע לדון לפני

29. שו"ת אגרות משה חו"מ ב, ג.

30. שו"ת ישכיל עבדי ו, חו"מ, ח, ב; שם ו, כח, ב, ו; הרב חיים שאנן, עיונים במשפט חו"מ א, ל, עמ' רפו. וכן פסק הרב אברהם שפירא בפסק דינו (ערעור תשמ"ח).

31. הרב משה שטרנבוך, שו"ת תשובות והנהגות ב, תרצג.

32. בג"ץ 8638/03 סימה אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים.

הדיוטות בזבל"א, הני הדיוטות חשובים כמאן דליתנהו הכא, והוי ליה כאילו אומר לא אדון לפני שום אדם.³³

הב"ח התייחס לדברי מהר"י וייל³⁴ שכתב שבימינו דיין מומחה יחיד אינו יכול לדון בעל כורחם של הצדדים. על כך כתב הב"ח שהדיין המומחה ביותר בעיר יכול לצרף אליו שני דיינים נוספים והם יכולים לדון את הנתבע בעל כורחו, וממילא אין לו זכות לבקש להתדיין בפני בית דין של זבל"א.

4. מקרים נוספים

פוסקי ההלכה התייחסו למקרים שונים שבהם יש עדיפות לבית דין של זבל"א גם על פני בית דין קבוע:

- א. במקום שנהגו לפנות לבית דין של זבל"א ולא הקפידו להתדיין בפני בית דין קבוע, המנהג גובר על ההלכה.³⁵
- ב. בעניינים ציבוריים גדולים יש לדון בבית דין של זבל"א גם כשיש בית דין קבוע, כדי שהצדדים יקבלו את פסק הדין.³⁶
- ג. כשיש שני בתי דין קבועים בעיר (או יותר) יכולים שני הצדדים לדרוש התדיינות בבית דין של זבל"א.³⁷
- ד. במקום שבו אין בית דין קבוע עדיף לדון בזבל"א ולא להטריח את הצד שכנגד להגיע לבית דין קבוע הנמצא במקום מרוחק.³⁸
- ה. גם במקום שיש בו בית דין קבוע, אם אחד הצדדים טוען שלא יצא דין אמת בבית דין זה מאחר שהצד השני ידו תקיפה על הדיינים (ויש רגליים לדבר) או שאחד הדיינים נמצא בניגוד עניינים בנוגע לאחד מבעלי הדין וכיוצא בזה, אזי ניתן לדרוש דיון בבית דין של זבל"א.³⁹

33. שו"ת הב"ח הישנות, נט.

34. שו"ת מהרי"ו, קמו.

35. שו"ת שבות יעקב ב, קמג; שו"ת מהרש"ם ז, קצז; הרב יצחק בירך דסקל, "דין כפיה לדון בבית דין", נאות מרדכי יב, אהל המשפט י, עמ' סה.

36. הרב יצחק בירך דסקל שם עמ' סו, שו"ת מהראל צינץ, כג; שו"ת מנחת אשר ב, צט.

37. חזון איש סנהדרין טו, ז; פסקי דין ירושלים ז, עמ' קעא; שם, ב, עמ' לא.

38. הרב חנן קבלן "כשאין בית דין קבוע עדיף לדון בזבל"א", ויען שמואל ח, עמ' רמא-רמו.

39. שו"ת עבודת הגרשוני, מז; שו"ת מים חיים, א; שו"ת אגרות משה חו"מ ב, ט; הרב חיים שלמה שאנן, עיונים במשפט א, ד, עמ' מד-מו; הרב דסקל שם עמ' 10.

ו. אם אב בית הדין הקבוע, אשר בית הדין נסמך עליו, נעדר, ובמקומו הושיבו דיין אחר, אזי אין לבית הדין מעמד של בית דין קבוע וניתן לדרוש דיון בבית דין של זבל"א.⁴⁰

ה. האם בית דין של זבל"א הוא בית דין רגיל?

את מעמדו ומהותו של בית דין של זבל"א אפשר להגדיר בשתי צורות שונות: אפשר לומר שזבל"א הוא מנגנון לקביעת הרכב בית הדין, ובית הדין שהוקם בהליך זה הוא בית דין כשר ורגיל לכל דבר, וחלים עליו כל דיני בית דין רגיל. אפשר גם לראות את בית דין של זבל"א כשונה מבית דין רגיל, בכך שכל אחד מהדיינים שבחרו הצדדים אמור לייצג בהגינות וביושר את מי שבחר בו, והדיין השלישי הוא שמכריע ביניהם. לשתי דרכים הללו יש השפעה על שורה של סוגיות ומקרים.

1. התנהלות בית הדין

הסוגיה הראשונה שמושפעת מהגדרת בית דין של זבל"א היא אופן התנהלות הדיינים בבית דין של זבל"א. הרמב"ם, שהלך בדרך הראשונה, פסק כך:

אחד מבעלי דינין שאמר איש פלוני ידון לי ואמר בעל דינו פלוני ידון לי, הרי אלו שני הדיינין שבירר זה אחד וזה אחד, הם בוררים להם דיין שלישי, ושלתם דנין לשניהם.⁴¹

מדבריו עולה שלאחר הקמת בית דין של זבל"א, הוא מתפקד כבית דין רגיל לחלוטין, וכן פסק בשולחן ערוך.⁴²

לעומת זאת רש"י והרא"ש הלכו בדרך השנייה. בגמרא מובאים דברי רבי זירא: "מתוך שזה בורר לו דיין אחד וזה בורר לו דיין אחד ושניהם בוררים להם עוד אחד, יצא הדין לאמיתו",⁴³ על כך כתב רש"י:

יצא דין אמת לאמיתו – דצייתי בעלי דינין דסבר החייב הרי אני בעצמי ביררתי האחד, ואם היה יכול בזכותי היה מהפך. והדיינים עצמם נוחה דעתם להפך בזכות שניהן, מפני ששניהם ביררום.⁴⁴

40. שו"ת מהרא"ל מפלאצק חו"מ, כג; שו"ת מהרש"ם ז, קצז; הרב חיים שלמה שאנן, עיונים במשפט א, ד, עמ' מה.

41. רמב"ם סנהדרין ז, א.

42. שולחן ערוך חו"מ יג, א.

43. סנהדרין כג, א.

44. רש"י שם, ד"ה יצא דין אמת לאמיתו.

יש שהבינו בדברי רש"י שכל אחד משני הדיינים הראשונים אמור לפעול לטובת מי שבחר בו, ובכלל זה שלא כדין. הרא"ש דחה בתוקף הבנה זו:

יש חסרי דעת טועין בדברי רש"י, ולמדין ממנו שהדיין יש לו להפך בזכות אותו שבירר ועומד במקומו לחפות בדברים אשר לא כדין. ונהגו כמה אנשים לברור להם בעל תחבולות ונתלין בדברי רש"י ששמע שיש לו להפך בזכותו. וחלילה וחס לא דקדקו בדבריו שכתב דסברי "הרי אני ביררתי" כי הוא סובר כך שיהפך בזכותו יותר מבזכות האחר, ומתוך זה ציית לדיניהן. אבל הדיין עצמו, חלילה לו למצא סברא לזכותו, אם לא שיראה לו דין גמור, אבל אם היה יכול להטעות את חבריו לקבל סברתו, אף על פי שהוא מסופק בה הרי זה בכלל מטה משפט.⁴⁵

הרא"ש דחה את ההבנה שמותר לדיין לפעול שלא כדין לטובת מי שבחר בו, והוסיף הרא"ש וכתב:

מתוך שזה ביררו מבין דבריו לאשורו ואם יש שום צד זכות נושא ונותן עם חבריו וכן עושה הדיין האחד לשני. נמצא לא נשאר זכות נסתר ונעלם לשניהם. והשלישי שומע משא ומתן של שניהם ומכריע ביניהם ויוצא הדין לאמיתו.⁴⁶

הרא"ש דייק וכתב שכל דיין יבחן לעומק האם יש אמת בטענות מי שבחר בו ("אם יש זכות") אולם בוודאי שאינו רשאי להגן על מי שבחר אותו שלא כדין. בשלב הבא אמור להתפתח ויכוח ער בין שני הדיינים שבעקבותיו יוכל הדיין השלישי להגיע לחקר האמת ולהכריע. מדברי הרא"ש עולה שעל כל דיין לפעול בהגינות וביושר לטובת מי שבחר בו, והדיין השלישי הוא שיכריע ביניהם. התנהלות זו שונה מהתנהלות בית דין רגיל שבו כל שלושת הדיינים אמורים לבחון את טענות שני הצדדים באופן שווה.

כך כתב גם הרמ"ה:

זה בורר לו דיין אחד וזה בורר לו דיין אחד ושניהן בוררין להן עוד אחד מאי טעמא כדי שיהא זה מהפך בזכותו של בעל דין זה שביררו, והלה מהפך בזכותו של שני שביררו, והשלישי שנתרצו בו שניהם, אין דעתו נוטה לאחד מהם יתר מחבירו, אלא מכריע את דבריהם לאמת, והדין נגמר בשניהם ונמצא הדין יוצא לאמתו.⁴⁷

45. רא"ש סנהדרין ג, א, ד"ה יצא דין אמת לאמיתו.

46. שם.

47. יד רמ"ה סנהדרין כג, א, ד"ה ומפרקינן.

הרמ"ה כתב באופן ברור שמצופה מכל אחד מהדיינים להפך בזכותו של מי שבחר בו.

2. האם יש צורך בדיין שלישי כשיש הסכמה בין שני הדיינים?

הרמ"א פסק: "ואם השניים הבוררים יכולים להשוות עצמן, יש אומרים דאין צריכים לברור שלישי".⁴⁸ כלומר, אם שני הדיינים שכל אחד מבעלי הדין בירר לו כחפצו הסכימו על פסק הדין, אין הם חייבים להוסיף דין שלישי.

בביאור פסיקה זו כתב הסמ"ע: "והיינו טעמא דדווקא בדיינים שדנים בעל כרחו של ניתבע בעינן שיהא שלושה, אבל בבוררים מאחר והם קבלו כל אחד מהם על עצמו ואם זה ידין לי כנ"ל אם ישו עצמן מה טוב".⁴⁹ כלומר בית דין של זבל"א שונה מבית דין רגיל, וכיוון שכל אחד מהדיינים מייצג את מי שבחר בו, מוכנים הצדדים להחלטה שבה תמכו הדיינים הנבררים.

בספר דרכי משה⁵⁰ הביא את המקור לפסיקתו והוא מדברי המהר"י וייל שכתב: "ושני המבוררים... ישו לדעה אחת בלי שלישי", כדאמר בפרק בתרא דעבודה זרה (עב,א) כדאמרי תלתא, עד דאמרי תלתא".⁵¹ כלומר בית דין של זבל"א דומה לבחירת שמאים, וכשם שבשמאות די בשומה שבה תמכו שני שמאים מתוך שלושה כך בזבל"א.

אמנם המהר"א ששון⁵² חלק על הרמ"א בהבנת דברי המהר"י וייל, וטען כי מהר"י וייל מדבר על מקרה שבו הצדדים מעוניינים בפשרה ואז אכן די בהסכמת שניים מהדיינים להחלטה. אך אין להקיש מכאן שניתן לקבל החלטה בשניים במקרה של זבל"א שבו הצדדים מעוניינים בהכרעה על פי דין.

3. בחירת אוהב כדיין בזבל"א

מחלוקת דומה מצאנו בעניין בחירת אוהב כדיין בבית דין של זבל"א. בשו"ת מהרי"ק⁵³ התיר זאת, מכיוון שגם הצד השני יכול לעשות זאת ובעצם ההכרעה תלויה בדיין השלישי האובייקטיבי. אך המהרי"ק שם סייג דבריו בקבעו שאסור לבחור קרוב או פסול שישבו בבית דין של זבל"א כי הדבר אסור מהתורה וגם

48. רמ"א חו"מ יג, א.

49. סמ"ע שם, א.

50. דרכי משה חו"מ יג, א.

51. שו"ת מהר"י וייל, יא.

52. שו"ת מהר"א ששון, לא, הובאו דבריו בתומים יג, א.

53. שו"ת מהרי"ק, שורש טז.

בזבל"א אין להתיר זאת. הסמ"ע פסק כמהרי"ק.⁵⁴ דברי המהר"יק מבוססים על כך שבכל בית דין של זבל"א מצופה מהדיין הנברר להפך בהגינות בזכותו של מי שבחר אותו. ממילא יכול אדם כשר לבחור את אוהבו, כיוון שלכל היותר הוא יהפך בזכותו.

לעומת זאת, הלבוש⁵⁵ פסק שכשם שאוהבו של אדם פסול מלדון אותו, כך לא ניתן לבחור אותו במסגרת זבל"א,⁵⁶ למרות שדרך בני אדם למנות את אוהבם. נמצא שהלבוש הניח שבית דין של זבל"א זהה לכל בית דין רגיל וחלים עליו אותם כללים.

4. תשלום שכר ושיחות עם הדיינים לפני הדיון

מחלוקת נוספת הנגזרת מדרך הגדרת בית דין של זבל"א היא בשאלת תשלום שכרו של הדיין על ידי בעל הדין והאפשרות לשטוח בפניו את הטענות לפני הדיון. בשו"ת פנים מאירות⁵⁷ פסק שעל בית דין של זבל"א חלות כל ההגבלות החלות על בית דין רגיל. לכן אסור לבעל דין להקדים טענותיו לפני הדיין הנברר, ובוודאי אסור לשלם לנברר שכר בשביל לזכותו בדין (כמו כן, אסור לברור אוהב ושונא). אלא אם כן הסכימו שני הצדדים לכך כדין קבלת קרוב או פסול.

לעומת זאת, ערוך השולחן כתב:

אף על פי שהבוררים יש להם כל דיני דיינים וא"כ אסור לכל בעל דין להציע טענותיו לפני בורר שלו בלא בעל דין חבירו, מ"מ כבר נהגו שכל אחד מציע טענותיו לפני הבורר שלו. וכיון ששני הצדדים עושים כן והמנהג כן הוא הוה כאלו קבלו עליהם שני הצדדים על אופן זה ואין בזה איסור. אך הבורר צריך לזוהר שבעל דינו שבררו והבטיח לו שכר טרחתו יתננה לו בין אם יזכה בדין בין שלא יזכה דאל"כ אסור לו לישיב בדין דהוה נוגע בדבר ולבו יטנו אף בשקר כדי שיקח מהצד שלו מה שהבטיחו.⁵⁸

דהיינו, המנהג הוא שכל אחד מהצדדים יכול לשוחח עם הדיין שבחר, והדבר מותר מכיוון שיש הסכמה מכללל של שני הצדדים לכך. משמעות מנהג זה היא שאכן הדיין הנברר מייצג את מי שבחר אותו, ומי שמכריע באמת הוא הדיין השלישי. ערוך השולחן הדגיש שגם אם זה המנהג אין אפשרות להתנות את

54. סמ"ע ז, ז.

55. עיר שושן שם, ט.

56. שולחן ערוך חו"מ ז, ז.

57. שו"ת פנים מאירות ב, קנט.

58. ערוך השולחן חו"מ יג, ד.

התשלום בתוצאה של פסק הדין, מכיוון שהדבר יגרום לנברר לשקר כדי לקבל שכר. ומכאן, שגם על פי מנהג זה הנבררים אינם ממש עורכי דין של בעלי הדין ועליהם לפסוק כמיטב יכולתם בהגינות.

5. הוספת דיינים במקרה שאחד הדיינים אינו יודע כיצד להכריע

סוגיה נוספת התלויה בהגדרתו של בית דין של זבל"א היא במקרה שאחד הדיינים אומר: "איני יודע" כיצד לפסוק. בבית דין רגיל מוסיפים במקרה כזה עוד שני דיינים,⁵⁹ מה הדין בבית דין של זבל"א?

הר"ן⁶⁰ קבע שאין מוסיפים דיינים אלא בהסכמת בעלי הדין, שכיוון שאמר אחד הדיינים "איני יודע" בטלה הסכמת הצדדים לקבל את בית הדין, וממילא אי אפשר להוסיף דיינים. ברם, העיטור⁶¹ כתב שהדיינים יכולים להוסיף דיינים נוספים אף ללא הסכמת בעלי הדין, וכן כתב בשו"ת בית יעקב⁶² ובספר ערוך השולחן.⁶³

נראה שמחלוקת זו נעוצה בהגדרת בית דין של זבל"א, כאשר לפי העיטור ודעימיה בית דין של זבל"א הוא בית דין רגיל, ולכן מעורבות בעלי הדין בסדרי הדין מסתיימת ברגע שהורכב בית הדין, ומאז חלים עליו הכללים הרגילים. לעומת זאת, לפי הר"ן בית דין של זבל"א הוא הרכב ייחודי שבו כל דיין מייצג את מי שבחר בו והדיין השלישי מכריע ביניהם. ממילא, אין אפשרות להרחיב את ההרכב ללא הסכמת בעלי הדין.

לסיכום, ישנה מחלוקת ראשונים ואחרונים בשאלה האם בית דין של זבל"א הוא בית דין רגיל או ערכאה ייחודית שבה כל דיין מייצג בהגינות את מי שבחר בו והדיין השלישי מכריע ביניהם.

ו. השמעת טענות בפני הדיינים טרם הדין

כאמור לעיל, גם הראשונים שסברו שבית דין של זבל"א הוא ערכאה ייחודית הדגישו שעל הדיינים לפעול בהגינות. בפועל בבתי דין של זבל"א השתמשו מנהגים פסולים של התנהלות כך כתב למשל בשו"ת פנים מאירות:

59. שולחן ערוך חו"מ יח, א.

60. ר"ן סנהדרין לגב, ד"ה מתניתין דיני נפשות.

61. ספר העיטור, אות ב, בירורין.

62. שו"ת בית יעקב, טו.

63. ערוך השולחן חו"מ יג, ז.

באשר שראיתי שערוריא בדורינו זבל"א וזבל"א שכל אחד מהצדדים מסדר טענותיו תחילה עם הדיין שבורר לו ולא זו אף זו שמבטיח לו סך ידוע ומרבה בשכרו ומתנה עמו באם שיזכה לו על פי דת ודין תורתנו יטול שכר הרבה וע"י כך נלקה מדת הדין ונכבה אור התורה ומתחלל שם שמים בעוונותינו הרבים. על כן אמרתי לברר הדין...

באומר: אני נותן כך וכך אם תוכל לזכני בדין, אין לך שוחד גדול מזה. וכל טצדקי דאית ליה למעביד עביד ומעור דברי חכמים ומסלף דברי צדיקים אוי לאזנים שכך שומעות ואוי לענים שכך רואות. וגדולה מזו נראה דאסור על פי הדין להקדים טענותיו לפני הבורר תחילה. והוא הדין לבורר לאוהב או שונא נמי שכנגדו יכול לפוסלו...

אם כן אם היה ריב בין אנשים ומנהיגי העיר רואים לפי הענין שצריכים לדון בזבל"א יקצבו המנהיגי העיר שכר להבוררים ולהשליש ויגזרו בחרם על הנותן ועל המקבל שלא יתן ושלא יקבל שום מתנה חוץ ממה שקצבו הקהל. ועיקר הדין אם מתרצים לדון בזבל"א כל אחד בורר דיין הכשר לו ולצד שכנגדו ולא יסדר טענותיו תחילה אלא כשישבו שלשתן יטענו שניהם ואם רואה בורר איזה זכות או ספק לו בדין יוכל להחמיץ הדין כדי להוציא הדין לאמתו ואז הוא דיין צדק ע"פ דת ודין תורתנו וגם לא יבררו האוהב והשונא אלא ברצון שני הצדדים וכל זה נראה ע"פ הלכה ודת דין תורה.⁶⁴

על פי המתואר כאן בעלי הדין היו שוטחים טענותיהם לפני הדיין שביררו עוד לפני הדיון הראשון, כמו כן בחלק מהמקרים בחרו בעלי הדין את קרוביהם כדיינים, וכן בעלי הדין היו משלמים את שכר הדיין שבחרו, ואף התנו את השכר בכך שהדיין יתאמץ לטובת מי שבחר אותו. מובן שכל זה מנוגד לדין, ואף בחלק מהמקרים מוגדר שוחד ופוסל את הדיינים.

בהגהות כסף הקדשים העלה שני נימוקים ליישב את המנהג שמשמיעים את הטענות לבוררים קודם הדין: "אולי יש לומר שכשהתנו להכריע הפשר על ידי רוב הנבררים אין חשש כל כך, כי שלישי המכריע הוא שומע מב' צדדים כאחד. ואולי על ידי שברצונם קיבלו על עצמם כנהוג להשמיע כל אחד לצד שלו אין בכך משום מתנה על מה שכתוב בתורה הקדושה ובממון מועיל ויתורו".⁶⁵

כלומר, פסק הדין תלוי במידה רבה בהכרעת הדיין השלישי ששומע את טענות שני הצדדים כאחד. על כן אין להקפיד על כך שכל אחד מבעלי הדין משמיע את

64. שו"ת פנים מאירות ב, קנט, מקצת דבריו הובאו בפתחי תשובה חו"מ יג, ג.

65. כסף הקדשים על שולחן ערוך חו"מ יז, ה.

טענותיו לפני הדיין שבחר קודם הדין. נוסף על כך, מכיוון שבדיני ממונות כל המתנה על מה שכתוב בתורה תנאו קיים,⁶⁶ ניתן לומר שבעלי הדין הסכימו מכללא שכל אחד ישמיע את טענותיו לפני הדיין שלו גם לפני הדיין. גם ערוך השולחן כתב שזה המנהג בימיו: "כבר נהגו שכל אחד מציע טענותיו לפני הבורר שלו וכיון ששני הצדדים עושים כן והמנהג כן הוא, הוה כאילו קבלו עליהם שני הצדדים על אופן זה ואין בזה איסור".⁶⁷

אך בשו"ת תשובות והנהגות סייג את הדברים וכתב: "לדעתי שרי (=מותר) לומר רק את עיקרי הדברים ובהם נהגו להתיר, אבל לחכמו בפרטי פרטים כל מה שיאמר בפני הדיינים אסור".⁶⁸

על רקע כל האמור חשוב להדגיש שהנימוקים להתיר לכל אחד מבעלי הדין לפרוש את טענותיו לפני הדיין שבחר הם נימוקים בדיעבד. משום כך אם אחד מבעלי הדין דורש מלכתחילה לעמוד על שורת הדין ולמנוע זאת – הדין עמו.

ז. שכרם של הדיינים

לגבי נתינת שכר לדיינים נפסק בשולחן ערוך: "הנוטל שכר לדון, כל דיניו שדן בטלים אלא אם כן ידוע שלא נטל בהם שכר. ואם אינו נוטל אלא שכר בטלתו מותר".⁶⁹ ובנתיבות המשפט⁷⁰ העיר כי אם מקבלים שכרם מקופת הקהל ולא מבעלי הדין מותר הדבר.

כאמור לעיל, בשו"ת פנים מאירות תקף את הנוהג שבעלי הדין התנו את שכרו של הדיין בכך שיתאמץ לזכות את מי שבחר בו, והמליץ שהשכר ישולם מקופת הקהל. גם ערוך השולחן הזהיר את הדיינים בעניין קבלת שכרם:

הבורר צריך להזהר שבעל דינו שבררו והבטיח לו שכר טרחתו יתננה לו בין אם יזכה בדין בין שלא יזכה, דאם לא כן אסור לו לישיב בדין, דהוה נוגע בדבר ולבו יטנו אף בשקר כדי שיקח מהצד שלו מה שהבטיחו.⁷¹

כלומר מותר לכל אחד מהדיינים הנבררים ליטול שכר טרחה ממי שבחר בו ובתנאי שהשכר ישולם ללא קשר לתוצאות הדין. מדבריו עולה שנהגו שכל צד

66. שולחן ערוך אה"ע לח, ה.

67. ערוך השולחן חו"מ יג, ד.

68. שו"ת תשובות והנהגות ב, תרצט.

69. שולחן ערוך חו"מ ט, ה.

70. נתיבות המשפט חידושים שם, ו.

71. ערוך השולחן חו"מ יג, ד.

משלם לדיין שאותו הוא בחר, וכעת נותר רק לוודא שהתשלום לא מותנה בתוצאות הדין.

גם הרב אשר וייס נאלץ להשלים עם המציאות שמשלמים שכר לדיינים, אולם הוא דרש ששני הדיינים יקבלו שכר שווה, ואם אחד מהם קיבל שכר גבוה יותר הרי הדין שנקבע בטל ואין לו תוקף.⁷²

בפסקי דין ירושלים⁷³ פסקו שאסור לבעל הדין להבטיח לדיין שבחר תוספת שכר אם יפסוק לטובתו, ואם עשה כן, הרי זה בגדר שוחד. אולם מותר לקבל שכר משני הצדדים בשווה זה בפני זה.

אברהם שמואל יהודה געשטעטנער מנהל "בית דין צדק שער המשפט – מאנסי ניו יארק" כתב שכאשר שכרם של הדיינים מוגזם – אין תוקף לפסיקה שלהם:

וכל שכן וקל וחומר בן בנו של קל וחומר בנידון דידן, שגם נטלו שכר מוגזם כל כך כ־ש"י אלפים (= \$310,000) סכום המבהיל הרעיון והמזעזעז כל העשתונות עד עומק הנפש. מה שאין צריך לומר שהוא הרבה יותר מן המותר על פי גדרי שכר בטלה. הרי דבר זה בלבד אף לולא כל הקלקולים שבבוררות שכתבו גדולי דורנו הנ"ל כבר די כוחה לעצמה לבטל כליל את פסק דינם, ושלא להתחשב כלל עם כתב סירוב שלהם, אף אם לו פסקו בישרות וכהלכה.⁷⁴

דהיינו, מכיוון שההיתר של דיינים לקבל שכר ביסודו הוא לקבל שכר בטלה, הרי שאם השכר מוגזם, הדין בטל.

עוד כתב בשו"ת באר משה⁷⁵ בדם ליבו ובאריכות על ההשחתה הגדולה בזבל"א, בעיקר עקב העובדה שזו מערכת המונעת מתוך מניעים כלכליים ומאלצת את הנזקקים לה לשלם סכומי כסף גבוהים, אשר גם אינם זוכים למשפט צדק.

72. שו"ת מנחת אשר א, צב. בעניין התשלום לדייני זבל"א העיר הרב יצחק וייס (שו"ת מנחת יצחק ג, קלא) שיכול אחד הצדדים לדרוש התדיינות לפני בית דין של זבל"א במקום לפנות לבית דין רגיל, גם אם זבל"א יגרום לצד השני הוצאות גדולות עבור שכר הדיינים.

73. פסקי דין ירושלים ח, עמ' יד. ראו עוד הרב חיים וידאל, "נטילת שכר של בוררים בזבל"א", שערי צדק יז עמ' 253-277.

74. ראו בכתובת: http://pinkasbesdin.blogspot.com/p/blog-page_07.html. וראו עוד: הנ"ל, שפוט השופטים, מאנסי נ.י. תמוז התשנ"ט.

75. שו"ת באר משה ד, קמח.

ח. התנהלות הדיינים בדיון

כאמור לעיל הרא"ש⁷⁶ כתב שאסור לדיינים בבית דין של זבל"א לנהוג כאילו הם עורכי הדין של בעלי הדין.

ברוח זו קבעו בפסקי דין ירושלים⁷⁷ שמותר לדיין הנברר להפך בזכות מי שבחר אותו רק כאשר נראה לו שמדובר בדין מובהק, אבל אסור לו לחפות על מי שבחר בו בטענות שווא ולהטעות את חבריו לקבל סברתו כשהוא מסופק בה, והרי זה בכלל מטה משפט. עוד כתבו שדיין בזבל"א הרואה תפקידו כטוען רבני של מי שבחר בו פסול אפילו בדיעבד, וגרוע ממי שנוטל שכר לדון.

למרות האמור פוסקי ההלכה התריעו על כך שבפועל במקרים רבים בתי דין של זבל"א פעלו בניגוד להנחיות.

ואכן בספר עבודת הגרשוני⁷⁸ כתב שמכיוון שיש הטועים לגבי אופן ההתנהלות בבית דין של זבל"א ויש הרבה תקלות במסלול זה, יש להעדיף תמיד בית דין קבוע.

גם הרב וואזנר התריע פעמים רבות על הקלקולים שיש בבית דין של זבל"א בדורנו, ובין השאר כתב:

ובעונותינו הרבים הרבה מאד מענייני זבל"א ובוררים שנעשו היום הם היפך דעת תורה והיפך יסוד כוונת חז"ל בתקנת זבל"א, על פי המתבאר ברש"י וברא"ש ריש פרק זה בורר שכתב הרא"ש: "הדיין עצמו חלילה לו למצא סברא לזכותו אם לא שיראה לו דין גמור. אבל אם יכול להטעות את חבריו לקבל סברתו אף על פי שהוא מסופק בה, הרי זה בכלל מטה משפט...". וכבר ראיתי מה שמובא בזה בשם הגאון כנסת יחזקאל בתשובת אור נעלם ס' מג, "ובעונותינו הרבים מאד ירד הדור עוד פלאים, והרבה מאד מדיוני הזבל"א מיוסדים על דברי שוא ושקר, ומהפכים דברי אלהים חיים על ידי נגיעות ובצע כסף.⁷⁹

ברוח זו העיד הרב מרדכי טנדלר כי סבו הרב משה פיינשטיין הורה שבזמננו אין להתדיין כלל במסגרת זבל"א, "דמאחר ורבתה המכשלה ומצוי מאד שהבוררים נוהגים ממש כעורכי הדיינים, ראוי לנו לאסור לחלוטין את השימוש בדיינים

76. רא"ש סנהדרין ג, ב.

77. פסקי דין ירושלים ח, עמ' יד.

78. שו"ת עבודת הגרשוני, מז.

79. שו"ת שבט הלוי ח, ש.

שכאלה".⁸⁰ וכן כתב שהרב פיינשטיין נמנע בצורה עקבית מלשבת בבית דין של זבל"א למעט מקרים מיוחדים כמו בענייני ציבור חשובים.⁸¹ בנוסף, פורסמו מספר קריאות שעליהן חתמו רבנים רבים להימנע מהתדיינות במסגרת זבל"א בעקבות הליקויים הרבים בהליך זה.⁸²

ט. סיכום

בהלכה יש אפשרות להתדיין בפני בית דין של זבל"א, כאשר כל אחד מבעלי הדין בוחר דיין אחד, ושני הדיינים הנבחרים בוחרים את הדיין השלישי. יש מהפוסקים שכתבו שלכתחילה יש להתדיין בבית דין רגיל, ובית דין של זבל"א הוא פתרון בדיעבד במקום שבו אי אפשר להתדיין בבית דין רגיל. בנוסף, הרמ"א פסק שבמקום בו יש בית דין קבוע אין אפשרות לדרוש להתדיין בבית דין של זבל"א. בעקבות פסיקת הרמ"א דנו האחרונים במקרים שונים. ישנה מחלוקת בין הפוסקים האם בית דין של זבל"א הוא בית דין רגיל או שמא הוא מעין בוררות השונה מבית דין רגיל שבה כל דיין אמור לייצג בהגינות את מי שבחר בו.

למרות ההוראות הברורות המופיעות בהלכה לגבי אופן ההתנהלות של הצדדים והדיינים בבית דין של זבל"א, ההתנהלות בפועל לא תמיד תאמה את הכללים. בחלק מהמקרים בעלי הדין שטחו את טענותיהם בפני הדיין שבחרו לפני הדין, ובחלק מהמקרים בעלי הדין התנו את התשלום לדיין בכך שהוא יפסוק לטובתם, ובחלק מהמקרים הדיין הנבחר פעל לטובת מי שבחר אותו גם בניגוד לאמת ולצדק. לאור כל זאת, כתבו כמה מחשובי הפוסקים שיש להימנע ככל הניתן מהתדיינות בבית דין של זבל"א בימינו.

80. הרב מרדכי טנדלר "הצעות מעשיות ליסוד בתי דין לדיני ממונות ולהנחלת משפט התורה", **שערי צדק** ב, עמ' 296-301.

81. **שו"ת אגרות משה** או"ח ה, בהקדמה. הרב שבתי רפפורט והרב מרדכי טענדלער "מאן מלכי רבנן" עמ' 25.

82. ראו למשל בכתובת הבאה: http://pinkasbesdin.blogspot.com/p/blog-page_07.html.

ערעור על פסיקת בית דין לממונות

הרב עדו רכניץ

- | | |
|--|--|
| א. הערעור במשפט הכללי | ג. עקרון התקדים המחייב |
| ב. הערעור בהלכה: הסמכות לקבוע כי נפלה טעות בפסיקה | ד. עילות הערעור על פי ההלכה והסעדים המתאימים |
| 1. ראיות לקיומה של זכות ערעור בהלכה | 1. טעות בדין |
| 2. יישוב הכלל שבית דין אינו רשאי לבקר פסק דין של בית דין אחר עם המקורות האחרים | 2. טענות נוהליות |
| 3. נימוקים נוספים למתן אפשרות ערעור בימינו | 3. הבאת ראיות חדשות |
| 4. ערעור על פסיקת בית דין לממונות | ה. סיכום |

במערכות המשפט בעולם מקובלת מאוד הזכות לערעור על פסק דין שניתן בפני ערכאה גבוהה יותר. במאמר זה נסקור בקצרה את תפקידיו של בית המשפט לערעורים במערכת המשפט הכללית. לאחר מכן, נדון בשאלה, האם תפקידיים אלו קיימים במסגרת ההלכה. נציין כי שאלת מעמדו של הערעור בהלכה עמדה במוקד ויכוח הלכתי חריף בעת שהבריטים כפו על היישוב היהודי שבית הדין הרבני יכלול ערכאת ערעור, ומאז נדונה על ידי פוסקים¹ וחוקרים² רבים.

* הרב עדו רכניץ הוא מנהל המחקר במכון משפטי ארץ ואב"ד ברשת ארץ חמדה גזית. מאמר זה מבוסס במידה רבה על דבריו של: הרב יואב שטרנברג, "נייר עמדה מספר 1: בית דין לערעורים על בתי הדין לממונות", אתר דין תורה, מכון משפטי ארץ. תודתי לרב שטרנברג, ואני נושא בכל האחיות לכל שינוי מנייר העמדה שלו.

1. ראו על כך: הרב חיים דוד הלוי, "בית דין לערעורים", תחומין טו, עמ' 187-194; שו"ת ציץ אליעזר טז, סז; שו"ת משפטי עוזיאל ד, חו"מ, א (מדובר בפרסום מחדש של מאמר שפורסם בשנת תר"פ בעת הפולמוס על הקמת ערכאת הערעור בבית הדין הרבני); הרב אברהם שפירא, פסקי דין רבניים י, עמ' 180; הרב אברהם שרמן, "מקור הסמכות של בית הדין הגדול ומסגרת סמכותו", שורת הדין ג, עמ' ריא-רכ; שו"ת ישכיל עבדי ג, אה"ע, ב; שו"ת יביע אומר ב, חו"מ, ב; שו"ת יחל ישראל, קא.

2. אריה מורגנשטרן, הרבנות הראשית לארץ ישראל, עמ' 75-76; אליאב שוחטמן, סדר הדין בבית הדין הרבני ג, עמ' 1335-1446; שמחה אסף, בתי הדין וסדריהם, פרק יא; זרח ורהפטיג,

א. הערעור במשפט הכללי

זכות הערעור היא זכות יסודית במערכת המשפט הכללית. את זכות הערעור במשפט הכללי נימק השופט חיים כהן, בסמכות הכפייה של בתי המשפט:

זכות יסוד, היא שאדם יוכל לערער על פסק דין שניתן נגדו, דוקא משום קיום סמכות הכפייה הנתונה בידי בית המשפט.³

הנחת העבודה במשפט הכללי היא, שייתכן שהשופט טעה, ולכן זכותו של בעל הדין לערער בפני ערכאה גבוהה יותר. זכות ערעור זו מכונה "ערעור בזכות". במקרים מסוימים רשאי אדם להגיש בקשת ערעור פעם נוספת, אולם לא תמיד. ערעור מסוג זה נקרא "ערעור ברשות", משום שהעותר צריך לקבל רשות לערער. למרות שניתן לערער על כל פסק דין. הרי שבדרך כלל מתמקד הערעור בטעות משפטית:

"הסמכות הערעורית" היא לבדוק ולפסוק אם, נוכח העובדות כפי שנודעו בערכאה הראשונה, לא טעה השופט טעות משפטית ("טעות שבמשנה": סנהדרין לג, ע"א), אם בהסיקו מן העובדות מסקנות מוטעות ואם שטעה בפרשנות החוק או שהתעלם מהלכה פסוקה או לא הבינה אל נכון.⁴

רוצה לומר, ערכאת הערעור במשפט הכללי אינה שומעת עדויות, אלא דנה בראיות שכבר הוצגו בפני הערכאה הראשונה. הערעור הוא במהותו ערעור על ההחלטה השיפוטית, דהיינו רק כאשר השופט טעה במסקנה המשפטית או בניהול הדיון מתקבל ערעור, ולא כאשר השופט לא היה מודע לעובדות מסוימות וכדומה. אדרבה, ערעור על סמך עובדות חדשות אינו אפשרי במשפט אזרחי (אלא רק במשפט פלילי).

ערכאת הערעור רשאית לקבל אחת מההחלטות הבאות: לשנות את פסק הדין או להחזירו לערכאה הראשונה. שתי אפשרויות אלו נובעות מהעובדה, שלבית המשפט לערעורים ישנה סמכות כפולה: הוא רשאי להחליט אחרת מהערכאה הראשונה, והחלטה זו תהיה מחייבת בתיק זה, וזו הסיבה שהוא יכול לשנות את פסק הדין. ושנית, הוא רשאי לקבוע פירוש מחייב לחוק. מכיוון שהוא קובע את

³ "תקנות הרבנות הראשית", תחומין טו, עמ' 83-86; הנ"ל, "התקדים", שנתון המשפט העברי ר"ז עמ' 105-132; הנ"ל, הרבנות הראשית לישראל – שבעים שנה לייסודה א, עמ' 87-92; עמיחי רדזינר, "הרב עזיאל, רבנות תל-אביב יפו ובית-הדין הגדול לערעורים: סיפור בארבע מערכות", מחקרי משפט כרך כא, עמ' 129-243.

³ חיים ה. כהן, המשפט, עמ' 432.

⁴ שם, עמ' 434.

הפירוש המחייב לחוק, הוא יכול להחזיר את התיק לערכאה הראשונה, על מנת שתשלים את הדיון, על סמך הפרשנות המחייבת שהוא קבע.

הסמכות השנייה של בית הדין לערעורים נובעת מעיקרון כללי במערכת המשפט הכללית, והוא עקרון התקדים המחייב, שמשמעותו היא שבתנאים מסוימים, פירוש שניתן לחוק במסגרת תיק אחד, מחייב גם את השופטים בערכאה נמוכה יותר, לדון על סמך אותו פירוש. לא תמיד הפירוש הזה ניתן במסגרת ערעור. לפעמים, נושאים מסוימים נידונים מראש בערכאה גבוהה יותר משום שהחוק מחייב לדון בהם בבית המשפט המחוזי או בבג"ץ. לכן, התקדים המחייב, באופן עקרוני, אינו תפקיד מהותי של בית המשפט לערעורים, אלא רק פועל יוצא של העובדה שהערעור נעשה בפני ערכאה גבוהה יותר.

עקרון התקדים המחייב אינו עיקרון יסודי במשפט הכללי, ויש מערערים על התועלת שבו. נביא כאן מדבריו של איש התורה והמשפט, ד"ר זרח ורהפטיג:

שללתי את העקרון של התקדים המחייב, שכן יכול להשריש הלכה מוטעית, יכול להביא שופט לכלל טעות בהשוותו עניין לעניין, עלול ליטול הרבה מגמישותם של פסקי דין לאור תמורות החלות ביחסי מסחר ומשא ומתן, עלול גם להביא לידי צמצום מחשבתו המשפטית העצמאית של השופט. לא התעלמתי אמנם גם מהיתרונות של שיטת התקדים, אבל העלתי, כי כל עניין ערכו ומעמדו של תקדים משפטי יש להשאיר בידי בתי משפט, ולא לגבשו בחוק. מעמדו של תקדים משפטי לא צריך להיות נושא לחקיקה. חקיקה בנידון, מתן גיבוי של החוק לפסק דינו של שופט לגבי עניינים דומים, עושה את השופט למחוקק, ויהא בכך משום ערעור חלוקת הסמכויות – השופטת והמחוקקת, ותפגום באמונו של הציבור בשופט.⁵

ד"ר ורהפטיג ציין שמלבד הנצחתן של טעויות שיפוטיות, התקדים המחייב גורם לצמצום מחשבתו המשפטית העצמאית של השופט, וכן פוגע בעקרון הפרדת הרשויות. לכן הוא שלל את העיקרון "תקדים מחייב" והעדיף על פניו את העיקרון "תקדים מנחה".

דא עקא, למעשה, ישנה בעייתיות בקיומו של מוסד ערעורים, בלי להזדקק לרעיון של תקדים מחייב. שכן, אם עמדתה של ערכאת הערעור תהיה שונה מעמדתה של הערכאה הראשונה, יכול להיווצר מצב שבו באופן קבוע תביעות מסוג מסוים נדחות בערכאה הראשונה ומתקבלות בערכאה השנייה, ולהיפך. מצב זה יכול

5. זרח ורהפטיג, "התקדים", שנתון המשפט העברי ר"ז, עמ' 110.

לגרום לחוכא ואטלולא בבתי המשפט. העובדה שסמכותו של בית המשפט לערעורים גוברת על סמכותה של הערכאה הראשונה פותרת בעיה זו. ניתן היה להחליט על פתרון מסוג אחר והוא, שכל פעם שיווצר מצב כזה, הכנסת, או גורם מוסמך אחר יקבע את הפרשנות המחייבת של החוק. פתרון זה הוא הפתרון הראוי, אליבא דד"ר ורהפטיג, אבל יש להודות, כי פתרון זה מסובך ומסורבל. ובכל מקרה, גם פתרון כזה מחייב מוסד שיקבע את הפרשנות המחייבת של החוק עבור כולם.

ב. הערעור בהלכה: הסמכות לקבוע כי נפלה טעות בפסיקה

כאשר אנו באים לבחון את עמדתה של ההלכה ביחס למוסד הערעור, עלינו לבחון את שני תפקידיו של מוסד הערעור שהצגנו קודם לכן. נפתח בשאלה הראשונה: האם יש סמכות לבית דין לקבוע כי נפלה טעות בפסק הדין שניתן בערכאה נמוכה?

1. ראיות לקיומה של זכות ערעור בהלכה

על פי ההלכה, כאשר דיין טעה טעות בדבר משנה, הדין בטל. ההחלטה שהדיין טעה יכולה להיקבע בידי הדיין עצמו כאשר הגיע למסקנה שהוא טעה, או בידי דיין אחר שקבע כי פסק הדין של הדיין הראשון הוא טעות. מקור לאפשרות השנייה מצאנו בסוגיה העוסקת בשאלה אם על בית הדין לנמק את פסק הדין. בגמרא נאמר כך:

כי אתא רב דימי אמר רבי יוחנן: התוקף את חבריו בדין, אחד אומר: נדון כאן, ואחד אומר: נלך למקום הוועד כופין אותו וילך למקום הוועד. אמר לפניו רבי אלעזר: רבי, מי שנושה בחבירו מנה יוציא מנה על מנה? אלא, כופין אותו ודן בעירו... ואם אמר: כתבו ותנו לי מאיזה טעם דנתוני – כותבין ונותנין לו.⁶

הגמרא פתחה בשאלה כיצד יש להכריע במחלוקת לגבי מקום הדיון – אם יש לקיים את הדיון במקומם של הצדדים, או ב"בית הוועד" – וסיימה בכתיבת הנימוקים לפסק הדין. רש"י פירש שבית הוועד הוא בית דין שיש בו תלמידי חכמים רבים. הרמב"ם פסק דין זה כך:

6. סנהדרין לא, ב.

7. רש"י שם, ד"ה התוקף.

שנים שנתעצמו בדין אחד אומר נדון כאן ואחד אומר נעלה לבית דין הגדול שמא יטעו אלו הדיינים ויוציאו ממון שלא כדין כופין אותו ודן בעירו. ואם אמר כתבו ותנו לי מאי זה טעם דנתוני שמא טעיתם, כותבים ונותנין לו ואחר כך מוציאיין ממנו...

וכן הדין בזמן הזה שאין שם בית דין גדול אבל יש מקומות שיש בהן חכמים גדולים מומחין לרבים.⁸

הרמב"ם כותב שהדיון ההלכתי עוסק בשאלה האם להתדיין בסנהדרין, אותה מכנה הרמב"ם במקום אחר "בית הדין הגדול",⁹ ולאחר ביטול הסנהדרין הכוונה לכל בית דין שיש בו חכמים גדולים.

ועדיין קשה – מה הקשר בין מקום הדיון לדרישה לכתוב את נימוקי פסק הדין שהזכרה בגמרא וברמב"ם? הבית יוסף הסביר זאת כך:

ונראה מדברי הרמב"ם דאפילו בשנתעצמו, לא אמרו שכותבין ונותנים אלא כשדן אותם בית דין קטן, משום דחיישינן שמא טעו. אבל אם דן אותם בית דין הגדול אין כותבין ונותנין לו, דלא חיישינן בהו לטעותא. דאם באנו לחוש לכך אין לדבר סוף.¹⁰

דהיינו, כאשר הנתבע זכאי לדרוש שהדיון יתקיים במקומו, התובע זכאי לקבל פסק דין מנומק, כדי שיוכל לערער על תוכנו בפני בית הדין הגדול. לפיכך כאשר הדיון התקיים מלכתחילה בבית הדין הגדול, אין צורך בכתיבת נימוקים, וכן פסק הרמ"א.¹¹

ראיות נוספות לזכות ערעור בהלכה מצאנו בדברי מהר"ם מרוטנבורג שכתב:

ששאלת האומר כתבו לי מאיזה טעם דנתוני ואני רוצה לילך לבית דין הגדול ולבית הועד ולסתור הדין אם גובי' ממנו תוך כך [און] עד שיתברר הדבר. ודאי אין ממתני' לו.¹²

וכן כתב עוד:

וששאלת אם יכול אדם לערער על בית דין ולהזמין לדין. נראה דיכול דהא לא שמעי' שהיה חרם או תקנת הקהל מלערער על הדיין. אדרבא מעשים בכל יום שמערערי' על הדייני' [המזמני'] אותו לדין.¹³

8. רמב"ם סנהדרין ו, ר"ט.

9. שם א, ג.

10. בית יוסף חו"מ, יד.

11. רמ"א חו"מ יד, ד.

12. שו"ת מהר"ם מרוטנבורג ד (פראג), תקכג.

וכן פירש ספורנו את היחס בין שרי העשרות לשרי החמישים וכן הלאה, כלומר לשר הבכיר יש זכות לבטל את החלטת השכר הזוטר.¹⁴

2. יישוב הכלל שבית דין אינו רשאי לבקר פסק דין של בית דין אחר עם המקורות האחרים

לכאורה יש סתירה בין המקורות האמורים והכלל המובא הגמרא: "בית דינא בתר בית דינא לא דייקי"¹⁵ וכן פסק הרמב"ם: "ולעולם אין בית דין בודקין אחר בית דין אחר אלא מחזיקין אותו שהן בקיין ולא יטעו."¹⁶ בעקבות זאת פסק בספר חוזה התנופה:

ראובן ושמעון שבאו לדין זה על זה בפני בית דין ויצא האחד זכאי, ושוב חזר בעל דינו ותבעו לפני בית דין אחר – אינו זקוק לירד עמו לדין ולא להשיב על טענותיו וגם אין הבית דין השני רשאי לשמוע דבריו כלל אחר שיצא זכאי מבית דין הא' (=הראשון).¹⁷

כלומר אין לבית דין אחד סמכות לבחון ולבקר פסקי דין של בית דין אחר. ביישוב סתירה זו נאמרו כמה תירוצים:

- א. דברי הגמרא שבית דין אחד אינו מבקר פסק דין של בית דין אחר, אינם הלכה אלא תיאור עובדתי שכך מקובל בדרך כלל. אולם במקרה שבית הדין השני משוכנע שבית הדין הראשון טעה – הוא רשאי לדון מחדש בעניין ולבטל את פסק הדין הראשון. ולראיה, השולחן ערוך לא פסק את הכלל שבית דין אחד אינו בודק פסק דין של בית אחר.¹⁸
- ב. כאשר הדיון בבית הדין המקומי נעשה בכפייה יש זכות ערעור, אולם כאשר הדיון נעשה בהסכמת הצדדים אין זכות ערעור.¹⁹
- ג. אין בהלכה מוסד קבוע לערעורים, אולם כל דיין רשאי לבקר פסק דין שניתן כאשר הוא מוצא בו טעות ברורה.²⁰

13. שם, תשטו. לעומת זאת, יש מקורות אחרים מהם עלה שאין אפשרות ערעור וצ"ע: שם, רמו; שם, לבוב, ריד.

14. ספורנו שמות יח, כא.

15. בבא בתרא קלח, ב.

16. רמב"ם עדות ו, ה.

17. חוזה התנופה, מ, הובא על ידי: בית יוסף חו"מ, יב; סמ"ע יט, ב. ראו גם: שו"ת הרא"ש פה, ה.

18. שו"ת ציץ אליעזר טז, סז, ה; שו"ת משפטי עזיאל ד, חו"מ, א.

19. שו"ת ציץ אליעזר טז, סז, ג, וכן משמע בשו"ת נודע ביהודה, תניינא, חו"מ א.

ד. אפשרות הערעור קיימת רק כאשר הדיינים של הבית הדין הראשון הסכימו שבית הדין הגדול יבחן את פסק הדין שלהם.²¹

ה. על פניו ניתן היה לומר שהאיסור על בית דין לבקר פסק דין של בית דין אחר עוסק רק בבתי דין שווים, אולם לבית דין הגדול מחברו באופן מובהק (כגון, בית הדין הגדול או בית הוועד) יש סמכות לבקר את פסק הדין של בית הדין הראשון.²²

3. נימוקים נוספים למתן אפשרות ערעור בימינו

פוסקי ההלכה הזכירו שני נימוקים נוספים המאפשרים ערעור. הראשון, הוזכר לעיל, ועל פיו ניתן לערער במקרה שבו דייני בית הדין הראשון מסכימים לכך.²³ באופן רחב יותר כתבו פוסקים אחרים כי במקום שבו הצדדים והדיינים מודעים לקיומה של אפשרות ערעור, אזי הערעור אפשרי.²⁴

נימוק נוסף הוא ירידת הדורות ועלייה מקבילה בטעויות של בתי הדין השונים, תהליכים אלה מחייבים בקרה נוספת על פסקי דין שניתנו כדי לתקן את הדרוש תיקון. כך עולה כבר מדברי הרשב"א:

וכל שכן בדיינין שאין חוששין לבית דין טועין... אפילו הכי בכאן מסתברא שאין אומרי' כן. דאנן סהדי דרוב הדיינין שיושבין עכשו בדין אינן בקיאינן בכך. ולפיכך יש לחוש לכך דאפילו הן עצמן טועין הן בכך.²⁵

דבריו הובאו על ידי פוסקים נוספים.²⁶

20. הרב חיים דוד הלוי, "בית דין לערעורים", תחומין טו, 187-194. הוא לא התייחס למקורות שהובאו לעיל שמהם עולה שכתובת פסק דין מנומק נדרשת לצורך ערעור. חילוק דומה משמע גם מדברי שו"ת חתם סופר ו, ג, שו"ת רדב"ז א, רעט.

21. ערוך השולחן חו"מ יד, ח; שם יב, ג.

22. כעין זה כתב בשו"ת יחל ישראל, קא, שבסתמא בית דין אחד לא יכול לבטל פסק דין של בית דין אחר, אולם אם הוחלט על הקמת ערכאת ערעור הדבר אפשרי. אלא שלדבריו זכות הערעור אינו תלויה בגדלותו של בית הדין לערעורים, אלא בהחלטה המוסמכת להקים אותו.

23. ערוך השולחן חו"מ יד, ח.

24. שו"ת ציץ אליעזר טז, סז; שו"ת משפטי עוזיאל ד, חו"מ, א; הרב אברהם שפירא, פסקי דין רבניים י, עמ' 180; שו"ת יביע אומר ב, חו"מ, ב.

25. שו"ת הרשב"א א, אלף קמט.

26. כגון, רדב"ז בתוך: שו"ת מבי"ט ב, קעב. ראו עוד: פתחי תשובה חו"מ יט, ג; הרב אברהם שרמן, "מקור הסמכות של בית הדין הגדול ומסגרת סמכותו", שורת הדין ג, עמ' ריא-רכ; שו"ת ציץ אליעזר טז, סז; שו"ת יביע אומר ב, חו"מ, ב.

4. ערעור על פסיקת בית דין לממונות

הרמ"א עצמו כתב ש"אין לנו עכשיו בית דין הגדול או בית הוועד"²⁷, כלומר כבר בימיו בטל גם "בית הוועד", כך שלכאורה אף שבאופן עקרוני יש ערעור בהלכה, בפועל לא ניתן לממש את אפשרות הערעור.

בנוסף, בית דין לממונות פועל במסגרת חוק הבוררות וסמכותו מותנית בהסכמת שני הצדדים. משום כך בדרך כלל הוא אינו יכול לכפות את עצמו על הצדדים, למעט בתי דין בקהילות מסוימות, שיש להם סמכות חברתית לכפות דיון על הצדדים. כאמור לעיל, הרמב"ם כתב שיש לתת לבעל דין המבקש זאת פסק דין מנומק כדי לאפשר לו לערער.

מפסיקת השולחן ערוך ובמיוחד מפסיקת הרמ"א והאחרונים נוכל להסיק מסקנות לגבי דיון שנעשה בהסכמת הצדדים. השולחן ערוך פתח בדברי הרמב"ם וסיים בחובה לתת פסק דין מנומק כאשר בעל הדין אינו נותן אמון בדיין:

סעיף א: שנים שנתעצמו בדין, זה אומר: נידון כאן, וזה אומר: נעלה לב"ד הגדול, כופין אותו ודן בעירו. ואם אמר: כתבו ותנו לי מאיזה טעם דנתוני, שמא טעיתם, כותבים ונותנים לו ואח"כ מוציאים ממנו...
סעיף ד: יש אומרים שאם רואה הדיין שבעל דין חושדו שנוטה הדין כנגדו, צריך להודיעו מאיזה טעם דנו, אפילו אם לא שאל.²⁸

על פניו מדובר כאן על שני נושאים שונים: הראשון, חובת ההנמקה לצורך ערעור כאשר היה ויכוח על מקום הדיון, והשני, חובת ההנמקה כאשר בעל הדין אינו נותן אמון בדיין, גם כשאינן אפשרות לערער.
הרמ"א העיר על סעיף ד:

יש אומרים דוקא אם דנו אותו ע"י כפייה, אבל בלאו הכי אין כותבין, וכן עיקר. ואין צריך לכתוב לו הטעמים והראיות, רק כותבין להם הטענות והפסק דין. וצריך לשלם מיד, ואם יסתור הדין יחזרו לו. ואין צריכים לכתוב לו אלא מבית דין קטן לבית דין גדול, אבל בית דין גדול שדנו אין צריכין לכתוב לו, דלא חיישינן לטעותא, דא"כ אין לדבר סוף.²⁹

מדברי הרמ"א משמע שהוא הבין שהנמקת פסק הדין כאשר בעל הדין אינו נותן בו אמון, נועדה כדי לאפשר לו לערער, שהרי, הוא עוסק כאן בדיני ערעור. בהקשר זה הוא כותב שאין צורך לכתוב את הנימוקים, אלא רק את הנתונים, כדי

27. רמ"א חו"מ יד, א.

28. שולחן ערוך חו"מ יד, א"ד.

29. רמ"א שם, ד.

שבית הדין לערעורים יוכל לבחון האם הם מובילים לתוצאה שאליה הגיע בית הדין הראשון. זאת מתוך הנחה שהקשר בין הנתונים לתוצאה הוא מוכרח, כלשונו של הסמ"ע, כיוון "דתורה אחת לכולנו".³⁰ כאמור הרמ"א הביא את דברי התוספות³¹ שהדרישה לנימוקים מתקבלת רק כאשר הדיון היה בכפייה, ולא כאשר הוא נעשה מרצונם של שני הצדדים.

ועדיין קשה, והרי גם אם הדיון לא נעשה בכפייה עדיין יש מקרים שבהם בעל הדין אינו נותן אמון בפסק הדין? כמו כן אם לבעל הדין אין אמון בדיין מה יועיל פסק דין לא מנומק? מסתבר שהסמ"ע עמד על קושי זה, ולכן ביאר את הרמ"א כך:

דמאחר שקיבל אותם לדיינים סתם לאו כל כמיניה לחזור מפסקיהן, ואם מבקש טעם הדין ודאי יאמרו לו, שהרי אפילו זה שרואין ב"ד שחושדין אותן ולא ביקש טעם כבר נתבאר דצריכים להודיעו הטעם, וקל להבין.³²

נראה שהסמ"ע פירש את הרמ"א לאור ההבחנה של השולחן ערוך בין הנמקה לצורך ערעור להנמקה לצורך יישוב דעתו של בעל הדין. הנמקה לצורך ערעור נעשית בכתב, כוללת רק את הנתונים שעמדו בפני בית הדין ואת הכרעתו, ונדרשת רק כאשר הדיון נעשה בכפייה ובעל הדין דרש לקבל פסק דין כתוב. לעומת זאת הנמקה לצורך יישוב דעתו של בעל הדין נעשית בעל פה, נעשית גם בדיון שנעשה בהסכמת הצדדים, ונדרשת גם ללא בקשה מפורשת של בעל הדין אלא כאשר הדיין חש שלבעל הדין אין בו אמון, וכוללת את נימוקי בית הדין. בספר אורים ותומים התקשה מדוע מי שנידון בפני בית דין בהסכמתו אינו זכאי לערער, הרי ייתכן שנפלה טעות בפסק הדין, והשיב כך:

דמהיכי תיתי לחשוד אותם שטעו, ואילו הם בחזקת דלא גמירי כל כך, לא היה לך לדון מתחילה בפניהם. אבל כשבאמת לא רצה לדון בפניהם, זהו טענתו לכך לא רציתי כי יודע אני שאין דעתם שלם בדיון הזה כלל ולכך צריכין לכתוב לו.³³

כלומר ברירת המחל היא שבית הדין אינו טועה, ולכן אין זכות ערעור. אולם במקרה שבעל הדין טען מראש שהוא מבקש שהדיון יתקיים בבית דין איכותי יותר וטענתו נדחתה, זכותו לערער על פסק הדין בטענה שנפלה טעות.

30. סמ"ע יד, כה, וראו פתחי תשובה שם, י שתמה על כך.

31. תוספות בבא מציעא סט, ב, ד"ה כי.

32. סמ"ע יד, כד.

33. אורים יד, כא.

העולה מכל זה הוא שלדעת הרמ"א, הסמ"ע והאורים ותומים, כאשר הדיון נעשה בהסכמת שני הצדדים אין אפשרות ערעור. זאת ועוד, בכל בתי הדין בימינו מקובל שהצדדים מקבלים עליהם את בית הדין "בין לדין ובין לפשרה", לאור פסיקת השולחן ערוך: "צריכים הדיינים להתרחק בכל היכולת שלא יקבלו עליהם לדון דין תורה".³⁴ במציאות כזו, קשה לערער על פסק הדין, שהרי ייתכן שהוא ניתן במסגרת פשרה ולא במסגרת דין.

ובכל זאת הדעת נותנת שיש מקום לערעור. גם כאשר בעל דין חתם על הסכם בוררות מרצונו החופשי, אין זו בחירה חופשית מלאה. מכיוון שאדם ירא שמיים, מחויב להתדיין בבית דין של תורה, הרי שמרחב הבחירה שלו מצומצם מאוד. גם החתימה על הסכם בוררות "בין לדין ובין לפשרה" כפוייה על בעל הדין³⁵ מכיוון שזהו הנוסח המקובל בכל בתי הדין. קל וחומר, כאשר ההסכמה נעשתה על דעת זה שישנה אפשרות לערעור. אמנם כאשר בעלי דין בחרו אדם שהם סומכים עליו באופן אישי, והסמיכו אותו להכריע על פי שיקול דעתו, אכן מסתבר שאין מקום לערעור.

לאור זאת מסתבר שיש יתרון במתן אפשרות ערעור גם בבית דין לממונות, אמנם ניתן להציע לצדדים לוותר על זכות זו, וכן ניתן לקבוע מסלולים בעלי אופי של בוררות ללא אפשרות ערעור.

ג. עקרון התקדים המחייב

כל זמן קיומה של הסנהדרין, היא שימשה כערכאה עליונה אשר פסיקותיה חייבו את הערכאות הנמוכות, כפי שמתאר זאת הרמב"ם:

כשהיה בית דין הגדול קיים לא היתה מחלוקת בישראל. אלא כל דין שנוגד בו ספק לאחד מישראל שואל לבית דין שבעירו. אם ידעו אמרו לו, אם לא הרי השואל עם אותו בית דין או עם שלוחיו עולין לירושלים ושואלין לבית דין שבהר הבית. אם ידעו אמרו לו, אם לא הכל באין לבית דין שעל פתח העזרה. אם ידעו אמרו להן, ואם לאו הכל באין ללשכת הגזית לבית דין הגדול ושואלין. אם היה הדבר שנוגד בו הספק לכל, ידוע אצל בית דין הגדול, בין מפי הקבלה בין מפי המדה שדנו בה, אומרים מיד. אם לא היה הדבר ברור אצל בית דין הגדול, דנין בו בשעתן ונושאים ונותנים בדבר עד שיסכימו כולן, או יעמדו למנין וילכו אחר הרוב ויאמרו לכל

34. שולחן ערוך חו"מ יב, כ.

35. ראו בעניין זה: הרב הלל גפן, "היתר פניה לערכאות", לקמן עמ' 134.

השואלים: כך הלכה, והולכין להן. משבטל בית דין הגדול רבתה מחלוקת בישראל זה מטמא ונותן טעם לדבריו וזה מטהר ונותן טעם לדבריו זה אוסר וזה מתיר.³⁶

על פי דברי הרמב"ם בזמן קיומה של הסנהדרין בית דין זוטר לא היה רשאי לחדש הלכות, אלא רק הסנהדרין, ופסיקתה הייתה מחייבת את כל בתי הדין. מאז חורבן הסנהדרין כל תלמיד חכם החל לפסוק בעצמו, ומאז אין פסיקה מחייבת אחת בעם ישראל.

משמעות הדברים שמאז ביטול הסנהדרין אין למעשה תקדים בהלכה.³⁷ כלומר גם אם יוחלט על הקמת בית דין לערעורים, ובית דין זה יוכל לבטל פסק דין של בית דין זוטר, עדיין בית הדין לערעורים לא יוכל להורות לבית הדין הזוטר לפסוק בניגוד למצפוננו והבנתו. עובדה זו הייתה אחד הגורמים להתנגדות להקמת בית הדין הרבני הגדול לערעורים.

מכאן נגזר שהדרך הנכונה היא שבית הדין לערעורים יכריע בעצמו, ולא יחזיר את התיק לבית הדין הזוטר. אולם אין בכך פתרון לפגיעה בוודאות המשפטית של הציבור. רוצה לומר, כל זמן שאין במערכת משפטית הכרעה בשאלות עקרוניות, וכל בית דין יכול לשפוט לפי תפיסתו, הציבור אינו יכול להיערך מראש ולפעול על פי ההלכה, כאשר זו שנויה במחלוקת.

אחת הדרכים לפתור בעיה זו היא על ידי קבלת הצדדים. כלומר אם בעלי הדין יקבלו את הכרעות בית הדין לערעורים, יוכלו בתי הדין לפסוק על פי הכרעות אלה מכוח היותן הסכמות הצדדים, גם אם בית הדין עצמו סובר אחרת.

אמנם הדעת נותנת שהדרך הנכונה לקבל את הסכמת הצדדים איננה על ידי הסכמה מכללא לכלל הכרעות בית הדין לערעורים. קל וחומר, שקשה לומר שישנה הסכמה מכללא להכרעה של בית הדין שהתקבלה אחרי שהצדדים כבר הגיעו לבית הדין. לכן הטוב והישר הוא שהכרעות משמעותיות של בית הדין לערעורים יהפכו להחלטת מדיניות של רשת בתי הדין, ויפורסמו לציבור. בנוסף, מומלץ לכתוב בהסכם הבוררות שהצדדים מקבלים על עצמם את מדיניות בית הדין.

36. רמב"ם ממרים א, ד.

37. ראו על כך בהרחבה: זרח ורהפטיג, "תקנות הרבנות הראשית", תחומין טו, עמ' 83-86; הנ"ל, "התקדים", שנתון המשפט העברי רז, עמ' 121-126.

ד. עילות הערעור על פי ההלכה והסעדים המתאימים

כפי שציינו בית הדין לערעורים מוסמך לבטל פסקי דין שיש בהם טעות הגורמת לכך שהדין בטל. עילות אלו כבר מפורשות בהלכה, ומרוכזות בעיקר בשולחן ערוך חושן משפט סימן כה, ותפקידו של בית הדין לערעורים הוא לקבוע אם טעות מסוימת מחייבת ביטול הדין או לא. למרות זאת נציין כאן שלוש עילות עיקריות, היכולות לשמש את בעל הדין כאשר הוא רוצה לדעת אם ביכולתו לערער על פסק הדין.

1. טעות בדין

בהלכה מצאנו שני סוגים של טעויות בדין:

א. טעות בדבר משנה, כפי שנפסק בשולחן ערוך:

כל דיין שדן דיני ממונות וטעה, אם טעה בדברים הגלויים והידועים, כגון דינים המפורשים במשנה או בגמרא או בדברי הפוסקים, חוזר הדין ודניתו אותו כהלכה.³⁸

כפי שאפשר לראות הכוונה לפסיקה בניגוד להלכה פסוקה, ולא רק לפסיקה בניגוד למה שכתוב במשנה.

ב. טעות בשיקול הדעת – בשולחן ערוך הוגדרה טעות זו כך:

טעה בשיקול הדעת, כגון דבר שהיא מחלוקת תנאים או אמוראים ולא נפסקה ההלכה כאחד מהם בפירוש, ועשה כאחד מהם ולא ידע שכבר פשט המעשה בכל העולם כדברי האחד.³⁹

יש מחלוקת בין פוסקים איזה סעד אפשר לקבל במקרה של טעות בשיקול הדעת,⁴⁰ אמנם אם פסק הדין טרם בוצע כתב הש"ך בשם הרמ"ה:

כתב הרמ"ה דיינא דטעה ולא הספיק תובע לאפוקי מיניה דנתבע עד דאתברר דטעה, לא שנא הדיוט ולא שנא מומחה לא שנא טעה בדבר משנה, לא שנא טעה בשיקול הדעת, כל כמה דלא זכה תובע בממונו הדר דינא.⁴¹

דהיינו, אם הטעות התבררה לפני ביצוע פסק הדין, ניתן לתקן את פסק הדין גם במקרה של טעות בשיקול הדעת.

38. שולחן ערוך חו"מ כה, א.

39. שם, ב.

40. ראו שולחן ערוך ורמ"א שם, ב"ג ונושאי הכלים.

41. ש"ך חו"מ כה, כט, אות ב.

במקרה של ערעור בטענה שחלה טעות בדין, יש לשאול האם יש לבצע את פסק הדין הראשון טרם בירור הערעור, או שמא יש לעכב את הביצוע עד לסיום הליך הערעור. לאור דברי הרמ"ה שהובאו לעיל יש לשאלה זו משמעות רבה, מכיוון שאם פסק הדין לא יבוצע ניתן יהיה לתקן אותו גם במקרה של טעות בשיקול הדעת.

בעקבות הרמב"ם פסק השולחן ערוך כך: "ואם אמר: כתבו ותנו לי מאיזה טעם דנתוני, שמא טעיתם, כותבים ונותנים לו ואחר כך מוציאים ממנו".⁴² הרמ"א הוסיף: "וצריך לשלם מיד, ואם יסתור הדין יחזרו לו".⁴³ הסמ"ע הבין שיש ביניהם מחלוקת: על פי השולחן ערוך על הנתבע להפקיד את הממון בידי בית הדין אך אין לתת אותו לתובע, כדי לאפשר את החזרתו במקרה של טעות. לעומת זאת, לדעת הרמ"א אין חשש לטעות ולכן על התובע לשלם לנתבע, אף שהדבר יפגע באפשרות לתקן את פסק הדין. למעשה, רצוי שבית הדין לערעורים יהיה מוסמך לקבוע אם פסק הדין הראשון יבוצע או יעוכב, זאת בהתאם לטענות הערעור ולנסיבות.

כאמור לעיל, בגלל הקושי לכפות על בית דין קמא לפסוק בניגוד למצפוננו, רצוי שבית הדין לערעורים יכריע בעצמו ולא יחזיר את התיק לבית הדין קמא.

2. טענות נוהליות

ישנן הלכות הנוגעות לדרך ניהול ההליך ולהרכב בית הדין. בחלק מהמקרים נפסק כי חריגה מהלכות אלה גוררת את ביטול פסק הדין.

א. **דיינים פסולים** – דיינים נפסלים משורה של טעמים, כגון, כאשר הם קרובי משפחה של בעל הדין, הדין בטל.⁴⁴

ב. **קבלת שוחד** – אם אחד הדיינים נטל שוחד חס וחלילה, הדין בטל.⁴⁵

ג. **הליך לקוי** – ההלכה מחייבת את הדיינים להקפיד על נוהל הוגן. משום כך אסור לדיין לשמוע בעל דין שלא בפני בעל הדין השני.⁴⁶ כשדיין עבר על הלכה זו יש מחלוקת אם דינו בטל.⁴⁷

42. שולחן ערוך חו"מ יד, א.

43. רמ"א שם, ד. ראו גם את דברי מהר"ם לעיל עמ' 65.

44. שולחן ערוך חו"מ ז, ט; פתחי תשובה שם, כב.

45. שו"ת הב"ח הישנות, נא; שו"ת חתם סופר ה, קס.

46. שולחן ערוך חו"מ יז, ה.

47. פתחי תשובה חו"מ יז, ח.

אם יתברר בבית הדין לערעורים שנפל בבית הדין קמא ליקוי הגורם לביטול פסק הדין, ברור שיש לבטלו. אולם מסתבר שכיום יש להרחיב את עילות הביטול בבית הדין לערעורים. זאת מכיוון שהדיון בבית הדין נעשה במסגרת חוק הבוררות, ועל פי החוק⁴⁸ ניתן לבטל פסק בורר שנהג שלא בהגינות. לפיכך מוטב שבית הדין לערעורים יקבל את הערעור שעלול להתקבל בבית המשפט וידון בתיק בעצמו, מאשר שבית המשפט יבטל את הבוררות והתיק יועבר לבית המשפט.

3. הבאת ראיות חדשות

נקודה נוספת קשורה לממשק בין בית הדין לממונות לבין חוק הבוררות. על פי ההלכה ניתן להציג ראיות חדשות לאחר שנפסק הדין, ובית הדין יהיה רשאי לתקן את פסק הדין בהתאם, ללא הגבלת זמן:

מי שנתחייב בבית דין והביא עדים או ראיה לזכותו, סותר הדין וחוזר, אף על פי שכבר נגמר (=הדין).⁴⁹

לעומת זאת חוק הבוררות⁵⁰ אינו מאפשר תיקון פסק בורר בשל הצגת ראיות חדשות. הדרך לממש את ההלכה בנסיבות הקיימות היא לאפשר לבית הדין לערעורים לבחון ראיות חדשות.

ה. סיכום

במערכות משפט בעולם המערבי זכות הערעור היא זכות יסוד, בנוסף, במדינות רבות מקובל שפסיקה של ערכאות גבוהות מהווה תקדים מחייב עבור הערכאות הנמוכות. בעקבות זאת כפו הבריטים בתקופת המנדט הקמת בית דין לערעורים במסגרת בית הדין הרבני. צעד זה עורר תגובה חריפה של חלק מרבני היישוב למהלך.

עיון בהלכה גילה יסודות מוצקים לקיומה של ערכאת ערעור, אולם במקביל נמצא בהלכה כלל שבית דין אחד אינו רשאי לבקר פסק דין של בית דין אחר. האחרונים יישבו את הסתירה בין המקורות בדרכים רבות, חלקם ראו בקיומה של זכות ערעור את העיקרון השולט, וחלקם ראו בהיעדר ערעור את העיקרון השולט. בנוסף, הרשב"א ופוסקים נוספים כתבו נימוקים להרחיב את זכות הערעור מאז מימיהם ועד ימינו, כגון, ירידת הדורות או הסכמת דייני בית הדין קמא.

48. ראו בעיקר: סעיף 24 לחוק הבוררות.

49. שולחן ערוך חו"מ כ, א.

50. ראו סעיף 22(א) לחוק הבוררות, שמונה עילות אחרות לתיקון פסק בורר.

בכל הנוגע לערעור על פסיקת בית הדין לממונות, ראינו כמה נימוקים להיעדר זכות ערעור: הראשון, שבמהלך שנות הגלות פסקו מוסדות הערעור להתקיים, ובכלל זה, הסנהדרין ו"בית הוועד", השני, שהדיון נעשה בבית דין שעליו הסכימו הצדדים, השלישי, שהצדדים מקבלים עליהם את בית הדין "בין לדין ובין לפשרה". למרות כל זאת, הוסבר כי במקרה שהצדדים הסכימו מראש שתהיה אפשרות ערעור, הדבר אפשרי ואף רצוי, ויש בכך משום השבת עטרת הערעור למקומה.

גם את עיקרון התקדים המחייב מצאנו בהלכה, בעת שהסנהדרין הייתה קיימת. אולם מאז ביטול הסנהדרין אין אפשרות שבית דין אחד יכפה על בית דין אחר לפסוק בניגוד למצפוננו. כדי להגביר את הוודאות המשפטית של צדדים המתדיינים בפני בית הדין הוצע שבסוגיות עקרוניות יקבלו אבות בתי הדין החלטת מדיניות, שהצדדים יקבלו על עצמם בהסכם הבוררות. לאחר קבלת הצדדים, המדיניות ההלכתית תחייב את כלל הדיינים במערכת.

למעשה הוצע כי דין בית לערעורים יוכל להתערב באחת משלוש העילות הבאות: כאשר נמצאה טעות הלכתית בפסק דין, במקרה של טעות בהתנהלות, או במקרה שהתגלו ראיות חדשות.

הסתייעות בהוצאה לפועל

הרב הלל גפן

- | | |
|--|---|
| א. מבוא | 3. חששות אחרים |
| ב. סקירת תפקידיה של ההוצאה לפועל | 4. מוגבל באמצעים |
| 1. ביצוע פסק דין | ו. ביצוע שטר בהוצל"פ |
| 2. ביצוע שטר | 1. וידוא נכונות החיוב |
| 3. חקירת יכולת | 2. תפיסת משכון שלא על ידי שליח בית דין |
| ג. הוצאה לפועל – האם תפקידו של בית הדין? | 3. תפיסת חפצים חיוניים שלא כדין |
| ד. ביצוע פסק דין | 4. סיכום |
| 1. אופן מכירת רכושו של החייב | ז. סיכום |
| 2. הוצאות הגבייה וריבית | ח. סיכום כנס הדיינים תשע"א בנושא: הסתייעות בהוצאה לפועל |
| 3. מאסר החייב | |
| ה. חקירת יכולת – מסדרין לבעל חוב | |
| 1. מבוא | |
| 2. צרכיו המינימליים של החייב | |

א. מבוא

אמרה תורה' "שפטים ושטרים תתן לך בכל שעריך". ופירש רש"י: "שופטים – דיינים הפוסקים את הדין. ושטרים – הרודין את העם אחר מצותם. שמכין וכופתין במקל וברצועה עד שיקבל עליו את דין השופט". מכאן למדנו שאין די בכך שבית הדין יאמר את דברו, אלא צריך למנות גם גורם שיאכוף את פסקי הדין והוצאתם אל הפועל.

כיום, בתי דין הדנים על פי דין תורה הם בתי דין רבניים ובתי דין לממונות. בתי הדין הרבניים דנים מתוקף סמכותם על פי החוק, והגורם המופקד על אכיפת פסק

* הרב הלל גפן הוא חוקר במכון משפטי ארץ ור"מ בישיבה הגבוהה בית אל.
1. דברים טז, יח.

דינם הוא מערכת ההוצאה לפועל הכללית.² בתי דין לממונות הם בתי דין פרטיים, הפועלים מכוח חוק הבוררות, ופסקי הדין שלהם מחייבים את הצדדים על פי הסכם הבוררות שחתמו עליו, ולאחר אישור של בית משפט אפשר לאכוף אותם באמצעות מערכת ההוצאה לפועל (להלן: הוצל"פ).

עלינו לברר אם הוצאת פסק הדין אל הפועל היא באחריות בית הדין, ואם ומתי בית דין רשאי לסמוך על מערכת ההוצל"פ? אם כן, מהי מידת התאמתו של חוק ההוצאה לפועל לדין תורה? אם יתברר שישנן אי התאמות כיצד על בית הדין לממונות לפעול במצב זה?

באופן כללי נעסוק בשלוש שאלות:

א. האם מותר לגבות חובות ברורים, כגון שיק שבוטל, על ידי הוצל"פ ללא פסק דין של בית דין?

ב. האם מותר לכפות ע"י הוצל"פ אדם שמסרב לבצע פסק דין?

ג. האם מותר לכפות ע"י הוצל"פ, אדם שמבקש מבית הדין הסדר תשלומים בטענה שאינו יכול לשלם את כל הסכום בתשלום אחד?

ב. סקירת תפקידיה של ההוצאה לפועל

ע"פ החוק יש להוצל"פ שני תפקידים:

1. **ביצוע פסקי דין** – ובכלל זה ביצוע פסקי דין של בתי משפט, בתי דין רבניים ופסקי בוררות לאחר אישורו של בית משפט מחוזי.
2. **ביצוע שטר** – גביית שטרות, כגון, שיקים ושטרי חוב.⁴

1. ביצוע פסק דין

לאחר שנפסק דין בערכאה בעלת סמכות יכול הזוכה לפנות להוצל"פ לשם מימוש פסק הדין.⁵ בשלב זה החייב אינו יכול להתנגד לביצוע פסק הדין בטענות לעצם

2. ראו **פסקי דין רבניים**, י, עמ' קמה: "הנוהג המקובל בבתי הדין לפסוק מזונות לאשה ומזונות לילדים ועם מתן פסק דין על ידי בית הדין, הוא עובר לביצוע על ידי הוצאה לפועל".
3. מעשה שהיה באחד מבתי הדין לממונות, שהנתבע הודה לטענת התובע שהוא חייב לו 60,000 ש"ח, אך טען שאין לו נכסים לשלם ומתוך משכורתו הוא יכול לשלם כ-500 ש"ח בחודש בלבד. הוא היה מוכן לעשות כל מה שבית הדין יורה לו על פי דין תורה. האם על בית הדין להיענות לבקשתו ולקבוע לו סדרי תשלום לפי ראות עיני הדיינים, או שמא עדיף שבית הדין יכתוב פסק דין וישאיר את הטיפול בגבייה למערכת ההוצאה לפועל?
4. **חוק ההוצאה לפועל**, סעיף 81א: "(א) שטר חליפין, שטר חוב ושיק כמשמעותם בפקודת השטרות (בחוק זה – שטר) ניתנים לביצוע כמו פסק דין של בית משפט".

גופו של החוב, אלא בטענת "פרעת י" בלבד, וגם אז נטל הראיה להוכיח שפרע מוטל עליו.⁷ הדיון בטענה זו נערך בפני ראש ההוצאה לפועל, ואפשר לערער על החלטתו בפני בית משפט מחוזי.

2. ביצוע שטר

בעל שטר או שיק שלא נפרע יכול לפנות להוצל"פ בבקשה שתגבה בעבורו את השטר או את השיק.⁸ הוצל"פ פונה לחייב ודורשת את ביצוע השטר. החייב יכול להגיש התנגדות לביצוע שטר, בטענות שונות, ואזי התיק מועבר לדיון מהותי בבית המשפט.⁹

לדוגמה, אדם הזמין מוצר ונתן שיק בתמורה, ולאחר מכן ביטל את השיק. המוכר יכול לפנות להוצל"פ, ואם הקונה יטען שהוא ביטל את השיק מכיוון שלא קיבל את המוצר, וראש ההוצל"פ השתכנע שלטענתו יש בסיס – הטיפול בעניין יועבר להחלטת בית המשפט.

3. חקירת יכולת

גם במקרה של ביצוע פסק דין וגם במקרה של ביצוע שטר, יכול החייב לטעון שאיננו יכול לעמוד בתשלומים, והוא יכול לנקוט באחת משתי דרכים: הדרך הראשונה היא להגיש בקשה למתן **צו חיוב בתשלומים**, שמשמעו בקשה לפריסת החוב. הבקשה של החייב צריכה לכלול הצהרה מלאה הנתמכת במסמכים על מצבו הכלכלי ויכולתו לפרוע את החוב. כמו כן הוא צריך לחתום

5. **חוק ההוצאה לפועל**, סעיף 6: "הזוכה רשאי להגיש לכל לשכת הוצאה לפועל בקשה לביצוע פסק הדין; הוא יציין בה, ככל הידוע לו, פרטים מזהים של החייב כפי שייקבעו, ואם הוא קטין או פסול דין, וכן יפרש בה את ההליכים שהוא רוצה שיינקטו, ויכול הוא מפעם לפעם לבקש נקיטת הליכים נוספים".

6. טענה זו יכולה להתבטא בכמה אופנים. או שהחייב שילם לתובע את חובו באופן כלשהו, או שכתוצאה מן העסקה שבגינה ניתן פסק הדין נוצר חוב של הזוכה כלפי החייב והחייב רשאי לקזז חוב זה מסכום פסק הדין, או שלאחר פסק הדין נכרת הסכם חדש בין הזוכה לבין החייב ובמסגרתו הוסכם על חוב מופחת.

7. **חוק ההוצאה לפועל**, סעיף 19: "(א) חייב הטוען שמילא אחר פסק הדין שאינו חייב עוד למלא אחריו, כולו או מקצתו, עליו הראיה, ורשאי ראש ההוצאה לפועל לקבוע אם ובאיזו מידה מוטל עוד על החייב למלא אחר פסק הדין".

8. **חוק ההוצאה לפועל**, סעיף 81א: "(ב) המבקש ביצעו של שטר יגיש ללשכת ההוצאה לפועל בקשה על כך, והוראות סעיף 7(ב) יחולו עליה כאילו היתה בקשה לביצוע פסק דין".

9. **חוק ההוצאה לפועל**, סעיף 81א: "(ג) החייב רשאי להגיש התנגדות לביצוע הבקשה, שתהא נתמכת בתצהיר ובו יפורטו העובדות ונימוקי ההתנגדות, ומשהוגשה ההתנגדות יעכב ראש ההוצאה לפועל את הביצוע ויעביר את הענין לבית המשפט".

על כתב ויתור על סודיות. אם החייב מציע הסדר תשלומים סביר, בדרך כלל בקשתו תתקבל.

הדרך השנייה הפתוחה בפני החייב היא להתייצב בלשכת ההוצאה לפועל, תוך 21 יום מיום שהומצאה לו האזהרה, לחקירת יכולת. החייב יצטרך למלא שאלון מפורט בדבר יכולתו הכלכלית, ויחקר על ידי ראש ההוצאה לפועל על הכנסותיו ורכושו. היום יש להוצל"פ אפשרות לקבל מידע מרשויות ממשלתיות נוספות ומגופים כלכליים מרכזיים (בנקים, חברות ביטוח, וכד') על כספים ונכסים של החייב. במקרה הצורך החייב יוזמן שוב לחקירה בנוכחות הנושה (להלן ייקרא – הזוכה) או בא כוחו. במקרים שבהם לזוכה או לעורך הדין מטעמו יש מידע על נכסי החייב אשר ראש ההוצאה לפועל לא יודע עליו, יחקר החייב ע"י עורך הדין מטעם הזוכה. אם החייב לא התייצב לחקירת יכולת יראו אותו כבעל יכולת המשתמט מתשלום חובותיו.

אם החייב ביקש לפרוס את תשלום חובו על פני תקופה ארוכה מאוד, כפי המפורט בחוק,¹⁰ הוא יוכרז כמוגבל באמצעים, ויחולו עליו הגבלות כמו עיכוב יציאה מן הארץ והגבלה על שימוש בשיקים ובכרטיסי אשראי.¹¹

ג. הוצאה לפועל – האם תפקידו של בית הדין?

הרמב"ם¹² מנה את מצוות מינוי השופטים והשוטרים כמצווה אחת. ישנם מפרשים¹³ שהסבירו שהטעם הוא מפני שאי אפשר לזה בלא זה, אין ערך להוצאת פסק דין אם אין אפשרות ליישם אותו, ואין משמעות לשוטרים ללא שופטים. כך כתב גם אור החיים הקדוש בשם הפסיקתא:

רבי אלעזר בן שמוע אומר אם יש שוטרים יש שופטים אם אין שוטרים אין שופטים עד כאן הדברים מוכיחים שאם אין שוטרים אין חיוב מצות שופטים, ומעתה כל שיודעים ישראל שהעם אינם נשמעים לשופטים, והשופטים אינם יכולים לכופם, אין חיוב במינוי השופטים.¹⁴

10. חוק ההוצאה לפועל, סעיף 69א(א): "(1) שנתיים – אם סכום החוב אינו עולה על 20,000 שקלים חדשים; (2) 3 שנים – אם סכום החוב עולה על 20,000 שקלים חדשים ואינו עולה על 100,000 שקלים חדשים; (3) 4 שנים – אם סכום החוב עולה על 100,000 שקלים חדשים".

11. חוק ההוצאה לפועל, סעיף 69ד.

12. רמב"ם סנהדרין א, א: "מצות עשה של תורה למנות שופטים ושוטרים ... שופטים אלו הדיינים הקבועין בבית דין ובעלי דינין באים לפניהם, שוטרים אלו בעלי מקל ורצועה...".

13. מהר"ם שיק סנהדרין טז, ב; ר"י פערלא ג, פרשה א (דף קטד; קי, א).

14. אור החיים דברים טז, יח.

פוסקים רבים כתבו שתפקידו של בית הדין אינו מסתיים עם מתן פסק הדין, אלא עם ביצועו, ולכן על בית הדין לעשות את שביכולתו לשם יישום פסק הדין.¹⁵ מו"ר הגר"א שפירא זצ"ל הביא ראיה לדבר מהגמרא:

מנודה, מהו שינהוג נידויו ברגל? אמר רב יוסף: תא שמע: דנין דיני נפשות, ודיני מכות, ודיני ממונות. ואי לא ציית דינא – משמתינן ליה. ואי סלקא דעתך אינו נוהג נידויו ברגל – משומת ואתי מעיקרא – אתי רגל דחי ליה, השתא משמתינן ליה אנן?¹⁶

הקשה הגר"א שפירא: מניין למדו בגמרא שאם החייב אינו מצייט מנדים אותו ברגל, הרי ייתכן שבית דין דנים ברגל כדי שאם בעלי הדין ירצו הם יקיימו את פסק הדין, אבל את מי שאינו מצייט אין מנדים ברגל! ומכאן הוכיח שאם מדובר בשני בעלי דינים שאינם רבים ביניהם, אלא באו לשאול שאלה מבית הדין איך הדין נוטה, "הרי זה דומה לשאלה של איסור והיתר שהברייתא לא היתה צריכה לשנותה שמותר ברגל. ועל כרחך שברייתא מיירי בחיוב להציל עשוק מיד עושקו, ועל כן פשיטא לגמרא שיהא אפשר ברגל לכוף את המחויב לשלם."¹⁷

לקביעה זו יש השלכות בדברי הפוסקים. אדמו"ר הזקן בעל התניא¹⁸ כתב שמאחר שעיקר מצוות הדין היא להציל עשוק מיד עושקו, לכן עליו לטרוח כדי לכוף את קיום פסק הדין. משום כך הוא קבע שאם דיינים פסקו דין, והזוכה בדין מבקש לקבל את פסק הדין כתוב וחתום כדי להציגו לפני המנהיגים שיכופו את בעל הדין לקיים הפסק, הדיינים חייבים לתת לו את מבוקשו ואינם רשאים לדרוש תשלום על כך, מכיוון שאף דבר זה כלול בחובתם לדון ונאמר עליו "מה אני בחינם אף אתם בחינם".

ר' ישראל איסר ממזריטש, בשו"ת עזרת ישראל¹⁹ (מובא בפס"ד הנ"ל של הגר"א שפירא), כתב שאם הנתבע אינו מוכן לחתום על שטר בוררות, ומחמת כך אם יחויב בדין אי אפשר יהיה לכפות אותו לקיים את פסק הדין – אין לבי"ד מצווה לדון בעניינו כלל, מכיוון שגם אם ידון אין ביכולתו לכפות את ביצוע פסק הדין.

לפי הפוסקים הנ"ל יוצא שהאחריות לביצוע פסק הדין מוטלת על בית הדין, והוא משתמש לשם כך במערכת ההוצל"פ שרק מסייעת בידו למלא את תפקידו. לאור

15. עיין מאמריו של הרב אברהם שרמן, "סמכות בית דין רבני איזורי לנדות סרבן דין", תחומין כז, עמ' 344; הנ"ל, "משפט אמת – משפט שלום", שורת הדין ד, עמ' רסה.

16. מועד קטן יד, ב.

17. מנחת אברהם, מב, מתוך פסק דינו בפסקי דין רבניים י, עמ' 181-168.

18. שולחן ערוך הרב, יו"ד שחיטה, קונטרס אחרון א, ז.

19. שו"ת עזרת ישראל חו"מ, קטו.

זאת יש לבחון כמה שאלות שמעוררת ההסתייעות בהוצל"פ שכפופה לבית המשפט ולא לבית הדין.

ד. ביצוע פסק דין

כאשר אנו מדברים על פנייה להוצל"פ לצורך ביצוע פסק דין שניתן על פי דין תורה מסתבר ששליחי ההוצל"פ באים בשליחות בית הדין. לכן כאשר החייב מתחמק מביצוע פסק הדין מתיר הרב שטרנבוך²⁰ לפנות להוצל"פ "ויודיע ללווה שהוא ממנה אותם לגובינא ברשות בית הדין". הגדרת הוצאה לפועל כשליח בית הדין מתירה על פי ההלכה להוצאה לפועל להיכנס לביתו של החייב ולעקל את רכושו.²¹

1. אופן מכירת רכושו של החייב

שאלה נוספת היא דרך המכירה של המיטלטלין שנגבו מהחייב. בדרך כלל אין לזוכה עניין במיטלטלין עצמם שנגבו מן החייב, והוא מעוניין לממש אותם ולקבל כסף מזומן. על פי הדין החייב אינו חייב לטרוח כדי להביא למלווה כסף מזומן דווקא, וטרוח המכירה מוטל על המלווה. אם בית הדין ישום למלווה את המיטלטלין על פי הערך הגבוה ביותר שאפשר להשיג תמורתם הדבר יקשה מאוד על המלווה, ובסופו של דבר יביא לנעילת דלת בפני לוויים. משום כך נפסק בשולחן ערוך:

כל מה שיתן לו, מקרקעי או מטלטלין, ישומו לו כפי מה שיוכל למכרם מיד, אפילו בביתו, לפי השעה ולפי הזמן, ולא שיצטרך לחזור למוכרו בעיירות ובשוקים או לעכבו עד שימצאו לו קונים או שיתייקר, דאם כן נעלת דלת בפני לוויים.²²

טבעו של עולם הוא שכאשר הקונים הפוטנציאליים רואים שהמוכר רוצה מאוד להיפטר מהסחורה, וכן שהוא אינו סוחר קבוע בסחורה זו אלא היא באה אליו בעל כורחו, הם מנצלים את מצבו כדי להוריד את המחיר. למרות שאופן מכירה כזה יביא לקבלת תמורה נמוכה שתפגע בחייב, מותר לעשות זאת כדי לא להכביד על הזוכה.

20. שו"ת תשובות והנהגות ג, תמב, עמ' תקטז.

21. שולחן ערוך חו"מ צו, טו.

22. שם קא, ט.

כאשר הזוכה גובה קרקע מתקיים תהליך של שומה והכרזה, כלומר בית הדין מעריך את ערך הקרקע (שומה), ואח"כ מציע אותה למכירה במשך 30 יום²³ כדי להשיג עבורה מחיר טוב יותר (הכרזה). אם לא נמצאו קונים שיתנו את הסכום שהוערך, אזי הזוכה מקבל את הקרקע לפי אותו מחיר שהוערך. מיטלטלין אינם עוברים תהליך של הכרזה,²⁴ אלא שמים אותם בבית הדין ומוכרים אותם מיד. לכאורה, קביעת מחירו של החפץ תלויה בביקוש שיש לו, ויש לשאול – אם אין מכריזים עליו, כיצד שמים את מחירו? והאם בקביעת המחיר מתחשבים בכך שהחפץ חייב להימכר, והקונים מנצלים מצב זה כדי להוריד את המחיר?

הפרישה כתב ששמים את החפץ "כאילו היה [קונה] אחד בכאן שהיה צריך לו היה נותן לו כך וכך".²⁵ יש לקביעה זו שתי השלכות:

1. כאשר חפץ עומד למכירה לאדם אחד בלבד ערכו יורד, ולפי זה שמים "אף אם היה נותנה בחצי דמיה" (פרישה שם).

2. שמים במחיר זה אף על פי שאין עכשיו מי שרוצה לקנותו כלל, מכיוון שדרך בני אדם היא "שמשום שרואים שמכריזים עליה ושצריכים למוכרו כדי לשלם בדמיו סבורים לדחוק המוכר או להבית דין שיתן לו בזול".²⁶

אם כן, תפקידו של בית הדין הוא עדין מאוד. מצד אחד, עליו לדאוג שהחייב לא יפסיד, ולא יוכלו לנצל את מצבו כדי לקנות את מיטלטליו בזול. מצד שני, צריך להקל על המלווה שלא יצטרך לטרוח כדי למכור את המיטלטלין, אלא יוכל למכרם כאן ועכשיו.

קיימת בציבור תחושה שמייטלטלין הנמכרים ע"י הוצל"פ נמכרים במחיר נמוך מדי. תחושה זו תרמה כנראה להסתייגות בחלק מהחיבורים שעסקו בנושא²⁷ מפנייה להוצל"פ. הסיבות לכך הן, כנראה, העובדה שהחפצים הם לרוב

23. לדעת הרמב"ם (מלוה ולוה כב, ו) אין זמן קצוב להכרזה, אלא כפי מה שיראו הדיינים, כלומר שכל זמן שאנו רואים שיש קונים המוכנים להוסיף על מחירה של הקרקע אין מחליטים עדיין את הקרקע בידו של המלווה. לדעתו, דווקא על קרקע של יתומים נאמר (ערכין כא, ב) "שום היתומים לי יום". אבל לדעת התוספות (ערכין שם, ד"ה שום היתומים), בעל התרומות (ג, ב, ז) והרי"ף (שו"ת הרי"ף, רעב) הדין להכריז לי יום קיים בכל אדם.

24. כתובות ק, ב; רמב"ם מלוה ולוה יב, יא; שולחן ערוך חו"מ קג, ב.

25. פרישה חו"מ קא, ט.

26. סמ"ע קא, יב.

27. ראו, למשל: יגאל בן יהודה בנבנישתי, משפטי מלוכה, עמ' קעה, "דא עקא שהשומא היא הרבה פחות מערך החפץ ואין זה דינא דמלכותא אלא חמסנותא דמלכא". וכן הרב יצחק רצאבי, שלחן ערוך המקוצר, ח, עמ' קפב, "פקידי ההוצאה לפועל שמחרימים חפצים ומציעים אותם למכירה פומבית בזול".

משומשים, ובימינו ערכו של חפץ משומש נמוך בהרבה ממחירו של חפץ חדש. כמו כן החפצים חייבים להימכר, ולכן הקונים הפוטנציאליים מוכנים לקנות במחיר נמוך בלבד. כלי רכב, למשל, נמכרים ללא אפשרות לבדיקה במכון בדיקה, והדבר מוריד את ערכם.

השאלה היא אם קיימת אפשרות מעשית לנהוג אחרת. אם קיים אמצעי טוב יותר ממכירה פומבית כדי להשיג את התמורה המרבית עבור נכסי החייב? ייתכן שניתן למצוא רעיונות יצירתיים²⁸ במקרים מסוימים כדי להקל על החייב, אך באופן כללי נראה שגם אם בית הדין היה ממונה על ההוצל"פ התוצאות היו דומות. יש לזכור גם שהתנהגותו של החייב תורמת לא במעט למצב הביש שלו. אם החייב היה מקפיד למלא אחר פסק הדין הוא עצמו היה מוכר את רכבו למשל, ומקבל מחיר טוב יותר.²⁹

במכירת קרקעותיו של החייב קיימת פרוצדורה יעילה יותר. נערכת הערכה של הקרקע על ידי שמאי, ואח"כ מוזמנים אנשים שהביעו התעניינות בקניית הקרקע להליך של "התמחרות", מעין מכירה פומבית שבה מנסים להשיג את המחיר הטוב ביותר בעבור הקרקע. בדרך כלל מצליחים להשיג מחיר טוב, לא פחות מ-90% מהערכת השמאי, ולפעמים אף יותר מהמחיר שהעריך השמאי.

2. הוצאות הגבייה וריבית

מערכת הוצל"פ גובה אגרה בעד שירותיה. ישנן גם הוצאות הקשורות לעיקול מיטלטלין, העברתם למקום אחסון, פרסום בדבר מכירתם, ועריכת המכירה. כמו כן, פנייה להוצל"פ כוללת לעיתים שכר טרחה לעורך דין.³⁰ כאשר הזוכה בדין פונה אל מערכת הוצל"פ הוא משלם את האגרות וההוצאות המשוערות, ובסופו

28. הזכרנו למשל שכלי רכב נמכרים ללא מתן אפשרות לרוכש לבדוקם. ודאי אין אפשרות לתת לכל מתעניין ברכישת הרכב את האפשרות לקחת אותו לבדיקה. אולם, ניתן היה להעביר כל רכב מעוקל במכון לבדיקה, ולהציג בפני הקונים הפוטנציאליים את תוצאות הבדיקה. הקונה כבר יוכל לדעת בוודאות שאינו צריך לחשוש מפגמים משמעותיים מסוימים (כגון פגיעה בשלדה), ויהיה מוכן לשלם יותר עבור הרכב.

29. ראו אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לא"י, עמ' נה. התובע היה אדם שהיה חייב סכום מסוים לבנק, לא שילם אותו במשך כמה שנים, ולבסוף הבנק עיקל ממנו רהיטים שנמכרו במכירה פומבית. התובע טען שהמחיר שהתקבל עבורם היה חמישית מערכם, ודרש לחייב את הבנק מדינא דגרמי. בית הדין קבע שאכן "המלוה חייב להתנהג כלפי הלווה בזהירות יתרה, שלא לגרום לו נזק בשעת גביית החוב ובקשר עמה", אך "מאידך גיסא, צריך להביא בחשבון שהתובע בעצמו בהרבה גרם להפסדו בהזנחתו".

30. חוק ההוצאה לפועל, סעיף 10(א): "זוכה המיוצג על-ידי עורך דין בתיק הוצאה לפועל זכאי לשכר עורך דין כאמור בתעריף המינימלי שנקבע לפי סעיף 81 לחוק לשכת עורכי הדין".

של התהליך ההוצאות נזקפות על חשבון החייב.³¹ בפועל, הוצאות הגבייה מכפילות לפעמים את גובה החוב, כמו כן מוטלת ריבית בשיעור של 5% על אי תשלום החוב בזמנו.³² השאלה היא על מי מוטלות ההוצאות על פי ההלכה, ואם ישנו פער בין ההלכה והחוק כיצד יש לנהוג.

א. חיוב בהוצאות גבייה

בהלכה מצאנו הבדלים בין סוגים שונים של הוצאות. למשל: בעל דין שהזיק את חברו לזון עמו בעיר אחרת אינו חייב לשלם לו את הוצאותיו שהוציא על הדיון, אף אם חברו זכה בדין,³³ מכיוון שהדבר מוגדר כ"גרמא" בלבד. לעומת זאת הוצאות בית הדין, כמו שטרי טענות³⁴ או שאלות שבית הדין הוצרך לשאול,³⁵ מוטלות על שני הצדדים. כך גם כאשר הוצרכו לשלם שכר בטלה לדיין שביטלוהו ממלאכתו.

גם בזמן הגמרא התובע היה צריך לפעמים להוציא הוצאות כספיות כדי לממש את נכסי החייב. הוא היה צריך לחקור אם לחייב יש נכסים שאפשר לגבות, והיכן הם נמצאים. לאחר שמצאן הוא היה צריך לפרסם שהנכסים עומדים למכירה, היות שמכירת הנכסים מוטלת עליו. השאלה הנשאלת היא על מי מוטלות הוצאות אלו? ומה דין הוצאות שהוציא המלווה כדי לגבות את חובו? דברי רבנו ירוחם המובאים בבית יוסף³⁶ משמע שהוצאות תהליך הגבייה מוטלות על התובע:

כתב רבינו ירוחם... שטר אדרכתא ואחלטתא נראה שיפרע אותם **התובע** שהם לתועלתו לגבות חובו זולתי אם התנה לפרוע כל ההוצאות.

31. **חוק ההוצאה לפועל**, סעיף 9(ב): "האגרות וההוצאות לנקיטת ההליכים יחולו על החייב, ודין לענין ההוצאה לפועל כדין החוב הפסוק, זולת אגרות והוצאות של הליכים שלדעת ראש ההוצאה לפועל ביקש הזוכה את נקיטתם שלא בתום לב".

32. **חוק ההוצאה לפועל**, סעיף 10(א): "(א) חוב שנפסק ולא שולם על ידי החייב במועד שנפסק או במועד שנקבע לתשלומו בפסק הדין, לפי המאוחר (להלן בסעיף זה – מועד הפרעון), יתווספו עליו הפרשי הצמדה כמשמעותם בחוק **פסיקת ריבית והצמדה** (להלן בסעיף זה – החוק) וריבית צמודה כמשמעותה בחוק בשיעור של 5% ממועד הפרעון עד התשלום בפועל".

33. **שולחן ערוך** חו"מ יד, ה, על פי **תוספות** סנהדרין לא, ב, ד"ה וירצא; **רא"ש** שם ג, מ.

34. **בבא בתרא** קסז, ב: "אין כותבין שטרי ברורין ומעשה בית דין אלא מדעת שניהם. ושניהם נותנין שכר. ומפרש בגמרא (שם קסח, א): "מאי שטרי ברורין? הכא תרגימו: שטרי טענתא. ומעשה ב"ד, היינו פסקי דינין".

35. **שו"ת הריב"ש**, תעה: ובכלל זה, כל הוצאות שצרכין לעשות הדיינין בפסק דינם, כגון אם הוצרכו לשאול.

36. **בית יוסף** חו"מ, יד, ד"ה כתב הריב"ש.

“שטר אדרכתא” הוא שטר המאפשר לנושה ללכת ולחפש את הנכסים השייכים ללווה. לאחר שהנושה מצא את הנכסים, הוא מבקש מבית הדין שבאותו מקום לגבותם בעבורו, ואז כותבים לו “שטר אחלטתא” המחליט את הנכסים לבעלות הנושה.

אולם מדברי הרא”ש משמע לכאורה אחרת. לדעת רב נחמן³⁷ כאשר המלווה מחזיק בשטר הלוואה, והלווה אינו בפנינו, גובים מנכסי הלווה שלא בפניו. הרי”ף³⁸ הוסיף וכתב שאם בית הדין יכול לשלוח שליח אל הלווה ולהודיעו על הכוונה לגבות מנכסיו – שולחים ומודיעים לו. על מי מוטל שכר השליח? הרא”ש כתב³⁹ שהמלווה יוסיף את שכר השליח על חובו, ויגבהו אחר כך עם חובו **מהחייב**, וכך פסק גם השולחן ערוך.⁴⁰ לכאורה נלמד מכאן שהוצאות שהמלווה נאלץ להוציא כדי לגבות את חובו נזקפות על חשבון הלווה.

אולם המהרש”ל⁴¹ טען שהרא”ש חייב את הלווה רק משום שהשליח נשלח לטובתו, לכן “שאר הוצאות שמוציא כדי לגבות את חובו, כגון שהלך בעבורו למקום פלוני או שכר שליח לשלוח אחר המעות, אינו משלם”. מדברי המהרש”ל משמע שההוצאות מוטלות על מי שהוצאו לטובתו: אם הן לטובת בעל החוב – הן תהיינה על חשבוננו, ואם הן לטובת החייב – הן תהיינה על חשבון החייב. הוצאות גביית החוב הן בדרך כלל לטובת התובע ואם כן יש להטילן עליו.

מדברי רבנו ירוחם נראה שהוא הסכים לקריטריון של המהרש”ל שלפיו יש לבחון לטובת מי הוציאו הוצאות אלו, והואיל ושטר אדרכתא נכתב לטובת התובע עליו לפרוע את שכר הסופר.

כאשר התובע בא לטרוף קרקע, יש להכריז עליה במשך 30 יום. על מי מוטלות הוצאות ההכרזה? יש מקום לומר שהוצאות ההכרזה תהיינה מוטלות על החייב, שהרי מטרת ההכרזה היא להשיג מחיר טוב יותר לקרקע וזה בוודאי לטובת החייב.

במקרים רבים כתוב בהסכם הבוררות שבית הדין רשאי לחייב בהוצאות משפט. ייתכן שסעיף כזה מאפשר להטיל על החייב גם את הוצאות הגבייה, לא מצד הדין אלא מכוח הסכמת הצדדים, ואפשר גם לנסח סעיף מפורש שיטיל על החייב את

37. כתובות פח, א.

38. רי”ף כתובות מח, ב.

39. רא”ש כתובות ט, כז.

40. שולחן ערוך חו”מ קו, א.

41. ים של שלמה בבא קמא י, יד.

הוצאות הגבייה, אלא שהרב משה פיינשטיין⁴² כתב שיש בזה בעיה של אסמכתא, מכיוון שהתחייבות זו תלויה בתוצאות הדין בבית הדין ואינה מוחלטת. אמנם אם שטר הבוררות נעשה בקניין מעכשיו ובבית דין חשוב התחייבות זו תועיל.⁴³ אלא שבמקרה כזה תגדל אחריותו של בית הדין לכך שלא תהיינה הוצאות גבייה מיותרות.

ב. הוצאות גבייה בגלל סרבנות

דין שונה הוא כאשר הנתבע סירב לבוא לדין, ובית הדין נאלץ לכתוב עליו "פתיחא" (שטר נידוי), במקרה כזה הנתבע הוא שחייב לשלם את שכר הסופר.⁴⁴ הרא"ש⁴⁵ למד מכאן שבכל מקרה שהנתבע סירב לבוא לדין, והתובע נאלץ להוציא הוצאות כדי לכופו לירד לדין, שהסרבן חייב לפרוע לו הוצאותיו. לעומתו, הרשב"א⁴⁶ פוטר את הסרבן, וטען שאין זה דומה לחיוב הנתבע בהוצאות הפתיחא, מכיוון ששם בית הדין מחייב אותו על שסירב לבוא לפנייהם ביום שנקבע. השו"ע⁴⁷ הביא את שתי הדעות, ונראה מדבריו⁴⁸ שדעת הרא"ש היא הדעה העיקרית. הרמ"א (שם) פסק כדעת הרא"ש, וכן הכריע הש"ך⁴⁹ בשם המהרש"ל. הרצ"ה קלישר⁵⁰ כתב שהנתבע אינו יכול לומר "קים לי" כרשב"א, מכיוון שהוא נגד הכרעת הרמ"א והסכמת האחרונים. מלבד זאת ישנם פוסקים שכתבו⁵¹ שהרשב"א מודה שהנתבע חייב בהוצאות כאשר התובע קיבל רשות מבית הדין לתובעו בערכאות. כך נפסק לאחרונה גם בבית הדין של "ארץ חמדה –

42. שו"ת אגרות משה חו"מ ב, כו, ענף ב. ראו גם: אליאב שוחטמן, סדר הדין בבית הדין הרבני, עמ' 399.

43. שולחן ערוך חו"מ רז, טו: "אסמכתא שקנו עליה בבית דין חשוב, הרי זה קנה".

44. בבא קמא קיב,ב, ועיינו רא"ש שם י, ו.

45. רא"ש בבא קמא י, ו; וכן בשו"ת הרא"ש עג, ב: "מרנא ורבנא מאיר ז"ל הביא ראייה מפרק הגזול (בבא קמא קיב,ב), דקאמר דבעי למיתב זוזי דפתיחא, ומדבעי למיתב זוזי דפתיחא, דהיינו כמו סרבנות דידן, אלמא נתחייב המסרב בתשלום יציאות קודם שנכתב הפתיחא, והיינו משעשה שנעשה סרבן".

46. שו"ת הרשב"א א, תתקמ.

47. שולחן ערוך חו"מ יד, ה.

48. דעת הרא"ש הובאה ראשונה, ודעת הרשב"א כ"ש מי שאומר". כמו כן בב"י כתב שמסתבר כהרא"ש.

49. ש"ך חו"מ יד, יג.

50. מאזניים למשפט משנה אחרונה יד, ה.

51. ראו שו"ת מהרשד"ם חו"מ, לה; שו"ת ושב הכהן, צט.

ייתכן שהכלל של המהרש"ל שהובא לעיל אמור רק על הוצאות הדרושות כדי לחייב את החייב לשלם את חובו, אבל לאחר שהחייב התחייב בדין והוא אינו פורע יש מקום להחשיבו כמסרב לבצע את פסק הדין, ודינו יהיה תלוי במחלוקת שהובאה למעלה.

גזית⁵² בראשות הרב יעקב אריאל, שכאשר יש לתובע רשות לפנות לערכאות גם הרשב"א מודה שיש לחייב את הנתבע בהוצאות. גם אם רשות זו לא ניתנה במפורש על ידי בית דין, אלא נעשתה פנייה להוצל"פ לביצוע שטר ברור, יש לחייב את הנתבע בהוצאות הגבייה.

ג. חיוב בריבית פיגורים

הבעיה הקשה יותר היא תשלומי הריבית המוטלים על החייב על ידי הוצל"פ. הרב שמחה אסף, בתפקידו כשופט בבית המשפט העליון, טען שאין איסור בריבית פיגורים המוטלת על מזיק שנתחייב בדין, וראה בכך תשלום נזק, ולכן כתב:⁵³ "ומאותה שעה שנתחייב בדין בתשלומי הנזק והוא מעכב את התשלום הרי הוא חייב לפצות את הזוכה בדין על הנזק שנגרם לו על ידי העיכוב בתשלום".

גישה זו נסמכת על שני מקורות:

הראשון: דברי בעל "בית הלל"⁵⁴, המתייחס למנהג ואומר כי "עכשיו בדורות הללו המנהג בדיני ארצות לפסוק פסידא דשוקא (היינו: לחייב את הלווה בהפסד המגיע למלווה בשוק המשא והמתן) ואין פוצה פה ומצפצף, כדין הפקר בית דין הפקר, וזה פשוט". פוסקי דורנו⁵⁵ דחו את האפשרות להסתמך על כך, בנימוק שזו הייתה תקנה שלא פשטה בכל מקום, וכמו כן זו הייתה הוראת שעה בזמן מסוים בלבד, ואין כוחה יפה בזמן אחר. "לא תקנו כן אלא משום פסידא דשוקא שהיה אז בזמן הסמ"ע... הי' נחוץ אז הוראת שעה"⁵⁶. בנוסף לכך הועלתה הסברה שבעל בית הלל התייחס למקרה שבו הנתבע התחייב לשלם לחברו את היזקיו, ובא רק לסלק חשש ריבית, ואין ללמוד מכאן שאפשר לחייב אדם לא קיבל על עצמו התחייבות כזו.

השני: דבריו של ר' יוסף שאול נתנון בשו"ת שואל ומשיב,⁵⁷ העוסק באחד שתבע את חברו לדין. מאחר שלא רצה הלה לעמוד עימו בדין תבעו בערכאות, ונתחייב הנתבע לשלם את חובו בתוספת ריבית של 6%. השואל ומשיב הורה שמותר לתובע לקבל גם את התוספת, והסתמך על דברי הרמ"א⁵⁸: "אם בא בעל הפקדון

52. פס"ד ארץ חמדה גזית 70020.

53. ע"א 207/51 אגד נ' ברנדס, פ"ד ו, 1103.

54. בית הלל יו"ד קע, א.

55. בית הדין הרבני בחיפה, פסקי דין רבניים ו, עמ' פא, ד"ה ועיין. ראו גם מהרש"ם א, צ; שבט הלוי ט, שט.

56. פסקי דין רבניים, שם, בשם ספר חמדת נפש, כה.

57. שו"ת שואל ומשיב תנינא ד, קכג.

58. רמ"א חו"מ רצב, ז.

ואמר תן לי פקדוני ואני ארויח בהן בעצמי, והלה מעכב בידו, חייב ליתן הרויח מכאן ולהבא". וכך הסביר מדוע אין בזה איסור ריבית:

שאינן שייך בזה משום ריבית, שהרי לא הילווה לו כלל, וזה עיכב מעותיו. ואף שמעכב כיסו של חברו פטור, אבל משעה שתבעו שיחזיר לו – צריך להחזיר לו... וכל שזה עיכב, ואינו רוצה להחזיר לו, אין כאן הלוואה, רק גולן וצריך לתת הריבית.

יש לציין שאף הרמ"א לא התיר אלא כאשר הנפקד הרויח במעות שבידו, שאז התיר למפקיד לתבוע את הרווח. המהרש"ל⁵⁹ חלק על הרמ"א אפילו במקרה זה, וטען שמדובר בגרמא ולכן המפקיד אינו יכול לתבוע את הרווח, וכן פסק הש"ך שם. האבני נזר⁶⁰ הכריע שטוב לפשר ביניהם, וכך הורה גם הגרצ"פ פרנק.⁶¹

הרב צב"י בן יעקב כתב שאם נגרמו לנזק הפסדים כתוצאה מאי תשלום החוב בזמנו ישנם מקרים שמותר לו לגבות תשלום עבור הפסדיו, וצריך לשאול מורה הוראה בכל מקרה לגופו.⁶²

לכאורה אפשר לומר שאם בשטר הבוררות כתוב שבית הדין מוסמך לחייב בגרמא יש לחייב בריבית משום שהחייב מנע מהזוכה להרויח במעות שהוא חייב לו. אמנם המבטל כיסו של חברו פטור בדיני אדם משום שזה גרמא, אבל הוא חייב בדיני שמיים, ובית הדין רשאי לחייבו על פי כתב הבוררות, או מדין פשרה.

אפשר לחייב את הנתבע מדין קנס: המהרש"ל עצמו כתב שראוי לקנוס את מי שמעכב תשלום לחברו, "כדי לשבר זרוע הרשעים שלא יהא כל אלם וחוטא נשכר", אלא שסמכות זו נתונה רק לגדול הדור או ממונה על פי טובי העיר. ייתכן שאפשר להתייחס לחוק הכנסת כתקנת קהל המטילה קנס על החייב על כך שלא שילם את חובו בזמנו.⁶³ כאשר אדם מסרב לבצע פסק דין של בית דין יש כאן עוולה המצדיקה הטלת קנס, כפי שהתבאר בדברי המהרש"ל.

מכל מקום, כאשר הנתבע מוכן לשתף פעולה עם בית הדין וטוען שהוא חסר יכולת פירעון יש קושי גדול להפנות את הצדדים להוצל"פ, משום שגם אם הנתבע ישתף פעולה עם הוצל"פ וחובו ייפרס הוא יחויב בריבית גבוהה מאוד.

59. ים של שלמה בבא קמא ט, ל.

60. אבני נזר יו"ד, קלג.

61. שו"ת הר צבני יו"ד, קלא.

62. הרב צב"י בן יעקב, משפטיך ליעקב ב, ו, עמ' קטז.

63. ראו דברי מרן הגר"א שפירא זצ"ל, "מזונותיו של בן מרדן", תחומין טז, עמ' 85.

ד. סיכום

1. ישנו פער גדול בין החוק לבין ההלכה בשאלת הוצאות הגבייה ובוודאי בשאלת הריבית: הוצל"פ מטילה על החייב בכל מקרה הוצאות גבייה וריבית, וההלכה מטילה את הוצאות הגבייה על הנושה, ואוסרת ריבית.
2. אם החייב מסרב לבצע את פסק הדין יכול הזוכה לפנות להוצל"פ, והוצאות הגבייה המוטלות על החייב הן בגדר קנס למי שמסרב לבצע את פסק הדין.
3. אם החייב טוען שהוא חסר יכולת פירעון יש קושי גדול להפנות את הצדדים להוצל"פ בידיעה שיטילו על החייב הוצאות גבייה וריבית.

3. מאסר החייב

א. מאסר החייב בהלכה

אצל אומות העולם היה נהוג לאסור את החייב שאינו משלם את חובו.⁶⁴ החוק לא חילק בין מי שיש לו נכסים ואינו רוצה לפרוע את חובו, לבין מי שאין לו נכסים, ונראה שהאיום במאסר היה אמצעי מרתיע שגרם ללווה לעשות מאמצים עליונים לפרוע את חובו. לעומת זאת על פי דין תורה אין אוסרים את החייב כאשר אין לו מה לשלם, וכך היא לשון הרמב"ם:

דין תורה שבזמן שיתבע המלוה את חובו אם נמצאו ללוה נכסים מסדרין לו ונותנין לבעל חובו את השאר כמו שביארנו, ואם לא נמצא ללוה כלום או נמצאו לו דברים שמסדרין לו בלבד ילך הלוה לדרכו ואין אוסרין אותו ואין אומרים לו הבא ראייה שאתה עני ולא משביעין אותו כדרך שדנין העכו"ם שנאמר לא תהיה לו כנושה.⁶⁵

דברים אלו אמורים רק בלווה שאין לו מה לשלם, אבל אם יש לו נכסים ואינו רוצה לפרוע את חובו בית דין כופים אותו לשלם,⁶⁶ ואחד מאמצעי הכפייה יכול להיות מאסרו של החייב. וכך פסק בשו"ע:

ודוקא שאין לו לשלם, אבל אם יש לו ואינו רוצה לשלם, בית הדין חובשין אותו ומכין אותו עד שתצא נפשו.⁶⁷

64. ראו שו"ת הריב"ש, תפד: "וחק זה, הוא נהוג במלכות ארגון: שאם אין לו מטלטלין בני חורין, שהוא נתפש בגופו". ראו סקירה מקיפה בספרו של מנחם אלון, כבוד האדם וחירותו בדרכי ההוצאה לפועל, פרק ששי.

65. רמב"ם מלוה ולוה ב, א.

66. ראו כתובות פו, א: "אמר ליה רב כהנא לרב פפא, לדיך דאמרת: פריעת בעל חוב מצוה, אמר לא ניחא לי דאיעביד מצוה, מאי? אמר ליה: תנינא: במה דברים אמורים – במצות לא תעשה, אבל במצות עשה, כגון שאומרין לו עשה סוכה ואינו עושה, לולב ואינו עושה, מכין אותו עד שתצא נפשו".

אמנם הב"ח הבין שלדעת הרשב"א⁶⁸ אין חובשים במאסר אפילו לווה שמבריה את נכסיו, מאחר שהרשב"א נימק את דעתו שאין אוסרים את החייב משום שאין הגוף משועבד. אך גם הוא הביא ראיות לכך שכאשר יש ללווה נכסים והוא אינו רוצה לשלם אוסרים אותו.

הריב"ש מספר שהייתה תקנה של הקהל בעירו לאסור את החייב גם אם אין לו מה לשלם:

והאמת, כי בעירנו זאת, נוהגין הדיינין לתפוש הלוח בגופו, כשנתחייב כן, והוא מצד תקנת הקהל. ועוד תקנו הקהל: שאף בלא חיוב, יתפש כל אדם, על כל תביעה שיתבעוהו; או יתן ערבים על התביעה, הנקרא: קיום ב"ד. ואני רציתי למחות בידם, על התקנה ההיא, באשר היא שלא כדין תורתנו. ואמרו לי: כי זו תקנת השוק, מפני הרמאין. ושלא לנעול דלת בפני לווין. והנחתים על מנהגם.⁶⁹

התומים ניסה להסביר שמנהג זה יסודו בכך שלא האמינו ללווה שאין לו נכסים: ובזמננו פשט המנהג שחובשין ללוה כשאין לו מה לשלם ואין מוחה, ואולי הכל בחזקת שמבריהין נכסים.⁷⁰

אך סיום דבריו הוא: "וצ"ע, כי אין להם על מה שיסמוכו".

רבי יום טוב ליפמן הלר, בעל תוספות יום טוב, כתב בספרו פלפולא חריפתא⁷¹ שראוי לתקן תקנות לפריעת בעל חוב ואפילו מה שלא מן הדין, כמו לתפוס גופו בתפיסה, כדי שלא לנעול דלת בפני לווים.

בבתי הדין הרבניים נוהגים לכתוב פסק דין, והוא עובר לביצוע על ידי הוצאה לפועל, ואין חוששים שמא יאסרו את החייב שלא כדין:

הנוהג המקובל בבתי הדין לפסוק מזונות לאשה ומזונות לילדים ועם מתן פסק דין על ידי בית הדין, הוא עובר לביצוע על ידי הוצאה לפועל, וזו האחרונה משתמשת באמצעי כפיה על ידי מאסר ופסק הדין. בית הדין יודע מראש שפסק דינו עלול להיות גורם למאסרו של הנתבע ואינו נרתע במתן פסק דין, למרות שלא חקר על יכלתו של הנתבע לעמוד בחיובו...⁷²

67. רמ"א חו"מ צו, טו.

68. שו"ת הרשב"א א, אלף סט.

69. שו"ת הריב"ש תפד.

70. תומים צו, יג.

71. פלפולא חריפתא על הרא"ש, בבא מציעא ה, לח.

72. פסקי דין רבניים י, עמ' קמה.

אמנם בית הדין נימק נוהג זה בכך שמדובר בדרך כלל בחיוב הבעל במזונות האישה והילדים, וחיוב זה נקבע על ידי בית הדין לאחר שחקר על מקום עבודתו והתעסקותו של הבעל, ולכן קיימת התרשמות של בית הדין בדבר יכולתו של הבעל לשלם את חובו.⁷³ מה גם שברוב המקרים ראש המשפחה עוסק בעבודה המאפשרת לו לפרנס את בני משפחתו התלויים בו. משום כך בעל שאינו משלם מזונות ייחשב למשתמט מתשלום החוב, ואפשר להפעיל נגדו אמצעי כפייה של מאסר. נימוק זה אינו מתאים לבתי הדין לממונות והבעיה שם בעינה.

ב. מאסר החייב על פי החוק

החוק במדינת ישראל קיבל את החילוק העקרוני שבדברי הריב"ש בין חייבים שיש ביכולתם לשלם את חובם לבין אלו שאין ביכולתם לעשות כן.⁷⁴ ההתייחסות אל המאסר היא כאמצעי אכיפה ולא כאמצעי ענישה, ואמצעי זה בא רק לאחר בירור בפני ראש הוצל"פ שיש בידי החייב לשלם את החוב. למרות זאת הייתה תקופה שבה הוצאו פקודות מאסר רבות כנגד חייבים שלא פרעו את חובם, בהסתמך על סעיף 70 (א) לחוק ההוצאה לפועל:

נתברר לראש ההוצאה לפועל כי החייב לא שילם את החוב הפסוק במועד שנקבע בצו... וכי אין דרך אחרת לאלץ את החייב לבצע את פסק הדין, רשאי הוא לתת צו מאסר נגדו לתקופה שלא תעלה על 21 יום.

על פי סעיף זה נתקנה תקנה 114 הקובעת:

ראש ההוצאה לפועל רשאי לתת צו מאסר לפי סעיף 70(א) לחוק, אם עד ליום מתן הצו **לא הראה החייב** כי קיימת דרך אחרת לביצוע פסק הדין.

תקנה זו הטילה על החייב את חובת הבירור בדבר יכולתו לפרוע את החוב, והוא היה האחראי ליזום בירור זה. הדבר גרם לכך שיצאו פקודות מאסר כנגד חייבים, ללא שנתבקשו להופיע לפני ראש הוצל"פ ולטעון את טענותיהם. היו חייבים שלא ידעו שהם יכולים להביא להפחתת התשלומים שעליהם לשלם אם יגישו בקשה לחקירת יכולת. היו חייבים שלא קיבלו לידיהם את האזהרה, והמאסר נחת עליהם בפתאומיות.

73. יש מערערים על נימוק זה, מכיוון שיתכן שמצבו הכלכלי של הבעל משתנה במשך הזמן. כמו כן ייתכן שהבעל השתמט מתשלום במשך זמן רב, וכעת הוא נתבע לשלם את כל הסכום שהצטבר, ואת זה אין ביכולתו. ראו הרב יהודה סילמן, **דרכי חושן א**, עמ' קע. מאידך גיסא, הרב סילמן טוען שאין צורך שלבית הדין יהיה ברור שהחייב יכול לשלם את חובו, ודי בכך שיש לו ספק בדבר כדי להשתמש במאסר על מנת לאלצו להודות.

74. ראו על כך באריכות בספרו של פרופ' מנחם אלון, **כבוד האדם וחירותו בדרכי ההוצאה לפועל**, עמ' 293-315.

בשנת תשנ"ג הוגשה לפני בג"צ עתירה על ידי עמותת פר"ח (עמותת הפועלת לשמירת זכויותיהם של פושטי רגל וחייבים), בבקשה לקבוע שתקנה 114 דינה להתבטל, מכיוון שאין רשות לראש הוצל"פ להוציא צו מאסר אלא אם כן נתברר לו שאין דרך אחרת לאלץ את החייב לבצע את פסק הדין, ואין להטיל את נטל הבירור הזה על החייב. בג"צ קיבל את העתירה, וקבע שאין להוציא צו מאסר ללא הזמנת החייב להופיע בפני ראש הוצל"פ ולטעון את טענותיו.

בשנת תשנ"ט שונה חוק הוצל"פ באופן שמקל על החייב להגיע למצב של חקירת יכולת (ראו לקמן) והסדר תשלומים, ועם זה מאפשר למערכת ההוצל"פ להוציא נגדו צו מאסר במקרה שלא עשה כך, כאשר עילת המאסר היא בזיון ההוצאה לפועל. חייב שלא ביצע את המוטל עליו רואים אותו בחזקת סרבן המשתמט מביצוע פסק הדין, ולא כמי שאין לו מה לשלם. וזו לשון החוק לאחר תיקונו:

69. יג(ג) ראה ראש ההוצאה לפועל במעמד הבירור או ההבאה כי החייב מסרב למלא הצהרה בדבר יכולתו או לחתום על כתב ויתור על סודיות או למסור מידע כלשהו לגבי יכולתו, או כי הוא בעל יכולת המשתמט מתשלום החוב מבלי לתת הסבר סביר לאי התשלום, רשאי הוא לצוות על מאסרו של החייב בשל בזיון ההוצאה לפועל לפי סעיף 70.

70. מאסר חייב בשל בזיון ההוצאה לפועל [תיקון: תשנ"ד, תשנ"ו, תשנ"ט] (א) ראש ההוצאה לפועל רשאי, לבקשת הזוכה, לתת צו מאסר נגד החייב בשל בזיון ההוצאה לפועל, בין אם הוכרו מוגבל באמצעים ובין אם לאו, לתקופה שלא תעלה על שבעה ימים, אם נתברר לו כי התקיים אחד מאלה: (1) החייב הוא בעל יכולת המשתמט מתשלום חובותיו, כאמור בסעיפים 67,ג7(ד) או 69יא(ד);

(2) החייב הוא בעל יכולת למלא אחר צו תשלומים שניתן לפי חוק זה והוא לא מילא אחריו, או לא שילם שיעור מהשיעורים שנקבעו לפיו; (3) החייב לא מילא אחר החלטה שניתנה לפי סעיף 69יג(ב).

ג. סיכום

נראה שלאחר תיקון החוק מאסרו של החייב מתאפשר רק בעקבות מחדל מצידו. אם החייב לא ינסה להתחמק מתשלום החוב, ולא יסתיר מידע בדבר יכולתו לפרוע את החוב, אין סיבה שייאסר. גם עילת המאסר אינה אי פריעת החוב, אלא בזיון ההוצאה לפועל, ומשום כך אין סיבה שבית הדין יימנע מהוצאת פסק דין שייאכף ע"י הוצל"פ.

ה. חקירת יכולת – מסדרין לבעל חוב

כמה מפוסקי זמננו הזכירו את החשש שמא שליחי הוצל"פ יגבו דברים חיוניים שאינם רשאים לגבותם על פי דין תורה.

הרב ישראל פישר⁷⁵ חושש שמא שליחי הוצל"פ גובים מה שעל פי דין צריך להניח ללווה ("מסדרין לבעל חוב"). בנוגע לחוב שנוצר בדרך מקח וממכר, ולא בהלוואה, נחלקו ראשונים אם קיים בו דין "מסדרין לבעל חוב", ועל כן צריך לחוש לסוברים שדין זה קיים גם במקח וממכר או בשכר שכיר וכד'.

גם הרב משה שטרנבוך⁷⁶ חושש לכך שהוצל"פ לא תשאיר לחייב את צרכיו החיוניים, ובכך יעבור הנושה על דין "מסדרין לבעל חוב". בדבריו של הרב שטרנבוך ניכרת נימה של חוסר אמון כלפי המערכת, "אלו שיונקים כחם מערכאות ואינם מאמינים בתורת משה", ולכן הוא מטיל על בית הדין את חובת בירור מצבו הכלכלי של החייב ומידת יכולתו לפרוע את חובו. אולם יכולתו של בית הדין מתבססת במידה מרובה על החרם שמחרימים את החייב אם הוא מסתיר רכוש שיש לו,⁷⁷ והדבר בעייתי במקרה שהחייב אינו מתחשב בחרם.

שבט הלוי⁷⁸ כתב שבית הדין יכול לאשר לבעל השיק לפנות להוצל"פ כאשר החוב ברור והחייב אינו רוצה לשלם, ובתנאי שלא יעברו על דין "מסדרין לבעל חוב". להלן נערוך השוואה בין חוק ההוצאה לפועל לדיני "מסדרין לבעל חוב", ונבחן האמנם סעיפי החוק מאפשרים לגבות מהחייב יותר ממה שמתירה ההלכה. נראה שחשש זה הוא חשש קטן, ולעומת זאת ייתכן שקיימות בעיות אחרות שלא הוזכרו בדברי פוסקי זמננו.

1. מבוא

במשנה⁷⁹ בערכין כתוב שהאומר "ערכי עלי", ובא גזבר למשכנו ואין ידו משגת, משייר לו הגזבר כדי חייו ונוטל השאר ויצא ידי הקדש. נחלקו תנאים אם גם כאשר גובים מנכסי החייב מותירים לו מהם את צרכי חייו. חכמים סוברים

75. הרב ישראל יעקב פישר, **אבן ישראל** ח, צו.

76. **שו"ת תשובות והנהגות**, ג, תמב.

77. **שולחן ערוך** חו"מ צט, א: "התקינו הגאונים שמשיעין את הלוה כעין של תורה בנקיטת חפץ, שאין לו כלום יותר על מה שמסדרין לו, ושלא החביא ביד אחרים, ושלא נתן מתנה על מנת להחזיר" "ומחרימין תחלה על מי שיודע לפלוני נכסים גלויים או טמונים ולא יודיע לבית דין".

78. **שו"ת שבט הלוי** י, רסג.

79. **ערכין** כג, ב.

”מסדרים⁸⁰ לבעל חוב”, ולומדים הלכה זו מערכין, ורבן שמעון בן גמליאל סובר שאין מסדרים אלא בערכין ולא בבעל חוב.

להלכה נחלקו הפוסקים: לדעתו של רבנו תם⁸¹ יש לפסוק כרשב”ג, לעומת זאת דעת רוב הראשונים⁸² היא שמסדרין לבעל חוב, וכך נפסק בשולחן ערוך.⁸³

עיון בחוק ההוצאה לפועל מגלה שגם החוק הישראלי קובע שנכסים מסוימים אין לעקל, לכן עלינו לבדוק האם ההגדרות המובאות בחוק חופפות לדין תורה. אפשר לחלק את הדברים שמניחים לחייב ואין גובים אותם ממנו לכמה תחומים עיקריים. התחום הראשון הוא צרכיו המינימליים של החייב, כמו מזון ל-30 יום וכסות ל-12 חודש. תחום שני הוא כלי אומנותו של החייב שהוא זקוק להם כדי לעשות מלאכתו ולהתפרנס. מלבד זאת דנים הפוסקים על צרכי אשתו ובניו של החייב, נכסים שהוא זקוק להם למלאכתו, ספרי קודש וכד’.

2. צרכיו המינימליים של החייב

א. צרכי מזון

על פי ההלכה מניחים לחייב מזון ל-30 יום.⁸⁴ אם יש בביתו מזון משאירים קצבה המספיקה ל-30 יום ואת השאר נותנים למלווה. אם אין מזון בביתו מוכרים חלק מן המיטלטלין ונותנים ללווה כדי שיהיו בידו דמי מזונות ל-30 יום.⁸⁵ כמו כן מניחים לו כסות ל-12 חודש.

אם היה לבוש בגדים יקרים נחלקו בזה תנאים: לדעת ר’ ישמעאל ור’ עקיבא מניחים לו את בגדיו היקרים, ולדעת חכמים מסירים אותם ממנו ונותנים לו בגדים הראויים לו,⁸⁶ והלכה כחכמים.⁸⁷

80. רש”י (בבא מציעא קיג,ב, ד”ה שמסדרין) והרא”ש (נדרים סה,ב, ד”ה שמע מינה אין מסדרין לבע”ח) פירשו “מסדרים” מלשון הערכה, ששמין להניח לו צרכי חייו, לשון והעריך אותו. פירוש נוסף הביא שם רש”י: “שמשרדין” לשון שריד.

81. ספר הישר, תקח, מובא בתוספות בבא מציעא קיד,א, ד”ה מהו.

82. רי”ף בבא מציעא סט,ב; נימוקי יוסף שם; רא”ש בבא מציעא ט, מז; רמב”ם מלוה ולווה א, ז; שם ב, א.

83. שולחן ערוך חו”מ צו, כג; ראו גם שם צט, א.

84. שולחן ערוך חו”מ צו, כג.

85. סמ”ע צו, מז.

86. בבא מציעא קיג,ב: “הרי שהיו נושין בו אלף זוז ולבוש איצטלא בת מאה מנה – מפשיטין אותה ממנו, ומלבישים אותו איצטלא הראויה לו. ותנא משום רבי ישמעאל, ותנא משום רבי עקיבא: כל ישראל ראויין לאותה איצטלא.”

גם לעניין מזון משאירים לחייב מזון כבינוני שבעיר, ולא מאכלים יקרים כפי שהיה רגיל לאכול.⁸⁸ וכך פסק הרמב"ם:

יוציא... מזון הראוי לו וכסות הראוי לו, לא אכילת הזוללים והסובאין או בני מלכים ולא מלבושי הפחות והסגנים אלא כדרכו.⁸⁹

אמנם האמרי ברוך⁹⁰ הביא את דברי מהר"ם מרוטנבורג שכתב:

ומזונות לשלשים יום. ואם היה עשיר ורגיל בהוצאת עשירים נותנים לו כמו שהיה רגיל, וכן עני ובינוני. אבל אם [היה] עני ורגיל להוציא בעושר לא יתנו לו כי אם הרגיל לעניים.⁹¹

נראה שלדעת הרמב"ם גם אם החייב היה עשיר אין מניחים לו מזון כמו שהיה רגיל, אלא כבינוני. אולם המהר"ם סבר שמאפשרים לו לשמור על רמת החיים שהיה רגיל בה.

מנגד הרא"ה⁹² כתב שמניחים לו מזון וכסות כבינוני, ואין פוחתים לו, גם אם היה רגיל לפני כן לאכול כעני או ללבוש בגדים מטולאים, וכן פסק הרמ"א.⁹³ לפי הסמ"ע⁹⁴ טעמו הוא שמתחילה החייב צמצם בהוצאותיו כדי לפרנס מהמותר את אנשי ביתו, אבל עתה שאין מניחים עבורם כלום אין הוא צריך להרעיב את עצמו בשביל המלווה. אמנם הסמ"ע העיר שמלשון הרמב"ם והשו"ע, שנותנים לו מזון "כדרכו", לא משמע כדברי הרא"ה, אלא אם כן נדחק ונפרש שכוונתם במילה "כדרכו" היא לאופן שבו ראוי שתהיה דרכו, כלומר לאופן הבינוני.

על פי החוק אין מעקלים "צרכי אוכל כדי מחיית החייב ובני משפחתו הגרים עמו, לתקופה של שלושים יום". להלן נדון בעמדת ההלכה לגבי צרכי בני משפחת החייב, אך לגבי החייב עצמו אין הבדל מפורש בין לשון החוק לבין ההלכה.

87. רמב"ם מלוה ולוה א, ז: "ונותנין לו מן הכל מזון [ל'] יום וכסות י"ב חדש מכסות הראויה לו, ולא שילבש בגדי משי או מצנפת זהובה אלא מעבירין אותה ממנו ונותנין לו כסות הראויה לו ל"ב חדש".

88. סמ"ע צו, מח.

89. רמב"ם מלוה ולוה ב, ב.

90. אמרי ברוך על דברי הרמ"א חו"מ צו, כג.

91. שו"ת מהר"ם מרוטנבורג ד (פראג), נא.

92. מובא בנימוקי יוסף בבא מציעא סט, ב, בדפי הרי"ף.

93. רמ"א חו"מ צו, כג.

94. סמ"ע צו, מח.

ב. צרכי בני משפחת החייב

על פי ההלכה מניחים לחייב את צרכי מחייתו, אך לא את צרכי בני משפחתו. כך למדו מערכין שבהן נאמר:

אע"פ שאמרו חייבי ערכין ממשכנין אותו, נותנין לו מזון שלשים יום וכסות שנים עשר חדש, מטה מוצעת וסנדליו ותפליו, לו אבל לא לאשתו ולבניו.⁹⁵

כשם שדיני סידור נכסים בבעל חוב נלמדו מערכין, כך נלמד משם שלעניין צרכי בני משפחתו של החייב, זכותו של המלווה קודמת לזכות אשתו ובניו של המלווה. יש לציין שהדיון על צרכי אשתו ובניו של המלווה אינו מבוסס רק על כבוד האדם, שלא יישארו ללא פרנסה. הדיון מבוסס גם על זכות משפטית של האישה (ובמידה מסוימת גם של הילדים), מכיוון שבעלה חייב במזונותיה, וזכות זו מציבה את האישה כבעלת חוב הבאה לגבות את חובה, ואין סיבה שהמלווה הבא לגבות את חובו יהיה עדיף ממנה.

אכן, היו מן הראשונים⁹⁶ שטענו שאם החייב נשא את האישה קודם ההלוואה נמצא שהתחייב כבר במזונותיה וזכותה קודמת לזכות המלווה, ומשום כך האישה תישבע ותיטול מזונותיה.⁹⁷ לעומתם הרי"ף⁹⁸ טען שלעולם זכות המלווה קודמת, ואפילו אם קדמו הנישואין להלוואה. טעמו של הרי"ף הוא שזכות המלווה היא מן התורה מכיוון ששעבודא דאורייתא, ואילו זכות האישה למזונות היא מדרבנן בלבד.

הרמב"ם⁹⁹ פסק אף הוא כשיטת הרי"ף, שזכות המלווה קודמת לזכות אשתו של החייב. המפרשים הקשו על דברי הרמב"ם שהרי לשיטתו הבעל חייב במזונות אשתו מן התורה,¹⁰⁰ ואם כן שעבודה אינו נופל משעבודו של המלווה! למרות זאת

95. ערכין כג, ב.

96. הגהות מימוניות מלווה ולווה א, י, בשם רב האי גאון (משפטי שבועות ב, שער י ממחויבי גזירה: "וכן מסדרין אותו בשאר כל נכסיו. ונותנין לו. ממעשה ידיו מה שראוי לו ולביתו ולבניו קטנים שלא השלימו עדיין שש שנים וחכמים חייבוהו במזונותם, אבל בניו הגדולים לא"), ובשם הרי"ף, שערי שבועות, יט.

97. ראו שולחן ערוך חו"מ קד, א: "מי שיש עליו בעלי חובות הרבה, כל מי שקדם זמן קנין של שטרו, קודם הוא לגבות, בין קרקע בין מטלטלים...". ובסעיף יא: "בכל מקום שאנו אומרים בזה יחלוקו, או שזכה הראשון, הזוכה בנכסים ישבע תחלה שעדיין לא נפרע מחובו".

98. מובא בספר התרומות שער א, א, ד; ובבית יוסף חו"מ, צו.

99. רמב"ם מלווה ולווה א, ז.

100. רמב"ם אישות יב, ב.

הרמב"ם פסק שזכות המלווה קודמת לזכות האישה, והטעם לכך הוא שלמדנו דין "מסדרין לבעל חוב" מערכין, ושם שנינו שנותנים לו אבל לא לאשתו ולבניו.¹⁰¹ נמצא שבנושא זה קיים הבדל בין החוק לבין ההלכה, מכיוון שלפי החוק יש לשייר ללווה גם "מחיית בני משפחתו הגרים עמו". הבדל זה אינו אמור למנוע מהתובע את ההזדקקות לשירותיה של ההוצל"פ, מכיוון שהחוק מקל עם החייב, ואין חשש שהוצל"פ תגבה ממנו מה שלפי דין תורה אסור לגבות.

"מיטות וכלי מיטה"

על פי ההלכה מניחים לחייב מיטה ומצעים ושאר צרכי המיטה.¹⁰² בזמן הגמרא היו משאירים לו מיטה נוספת לאכול עליה, מכיוון שבזמנם נהגו לאכול בהסבה על המיטה. בימינו אין נוהגים לאכול בהסבה, ומסתבר שיניחו לו כיסא ושולחן.¹⁰³

"כלי אוכל, כלי מטבח וכלי בית אחרים שהם צרכים חיוניים לחייב..."

כאשר ממשכנים את החייב אין נוטלים ממנו כמשכון דבר שעושים בו אוכל נפש, שנאמר "לא יחבל רחים ורכב כי נפש הוא חבל", ודרשו חז"ל במשנה¹⁰⁴ "לא ריחים ורכב בלבד אמרו, אלא כל דבר שעושין בו אוכל נפש, שנאמר כי נפש הוא חבל". נחלקו ראשונים בפירוש הביטוי "דבר שעושים בו אוכל נפש". לדעת רש"י¹⁰⁵ הכוונה היא לכל כלי שעושים בו מלאכה להתפרנס, אבל לדעת רבנו תם¹⁰⁶ הכוונה היא דווקא לכלי שמכינים על ידו את האוכל עצמו, כגון סכין של שחיטה או פרות הדשות את התבואה, וכך נפסק גם בשולחן ערוך.¹⁰⁷ לעומת זאת כאשר אין ממשכנים אלא גובים מן החייב את חובו אין מניחין לו כלי אוכל נפש:

מסדרין לבעל חוב. כיצד, אומרים ללוה: הבא כל המטלטלים שיש לך, ולא

תניח אפילו מחט אחת (ואפילו כלי אוכל נפש).¹⁰⁸

101. טעם זה מופיע בבעל התרומות שער א, א, ד, והסביר גידולי תרומה שם שטעם זה נצרך לדעת הרמב"ם.

102. שולחן ערוך חו"מ צו, יז.

103. ערוך השולחן חו"מ צו, כו.

104. בבא מציעא קטו, א.

105. רש"י בבא מציעא קטו, א, ד"ה חבל זוג; ד"ה חייב שתיים. לפי גרסת רש"י "זוג של ספרים" הוא דבר שעושים בו אוכל נפש, מכיוון שהספר מתפרנס על ידו.

106. תוספות בבא מציעא קיג, א, ד"ה ואת המחרישה.

107. שולחן ערוך חו"מ צו, ח.

108. שולחן ערוך ורמ"א חו"מ צו, כג.

בית הדין הרבני הגדול¹⁰⁹ דן בתביעה של אישה מבעלה למכור (או להחזיר למוכר) תנור גז שרכש, כדי שיהיה בידו ממון לפרוע את מזונות בניו. בית הדין הזכיר את דברי הרמ"ה¹¹⁰ המונה תנור בין שאר כלי אוכל נפש שאין ממשכנים, ואת השולחן ערוך המונה ביניהם עריבות ויורות שגם הן משמשות לבישול. אף על פי כן בית הדין ציווה על הבעל למכור את התנור, משום שהיה זה תנור יקר והרי הוא כמי שרוצה שישאירו לו בגדי משי ורקמה שאין שומעים לו.

על פי חוק ההוצאה לפועל אין גובים מן החייב "כלי אוכל, כלי מטבח וכלי בית אחרים שהם צרכים חיוניים לחייב". נמצא שאף בנושא זה החוק מקל עם החייב יחסית להלכה, ואין חשש שעל ידי פנייה להוצ"ל פתבצע גבייה שלא כדין.

"דברים הדרושים כתשמישי קדושה לחייב ולבני משפחתו הגרים עמו"

בהלכה מצאנו שמשאירים לחייב את תפיליו:

אע"פ שאמרו חייבי ערכין ממשכנין אותו, נותנין לו מזון שלשים יום וכסות שנים עשר חדש, מטה מוצעת וסנדליו ותפיליו.¹¹¹

היו מן הפוסקים¹¹² שסברו שכשם שמניחים לחייב את תפיליו כך מניחים לו גם את ספריו, אם הוא תלמיד חכם וזקוק להם. הטעם הוא משום שגובים את מה שמוגדר כ"נכסים", ומכיוון שלגבי ספר תורה הגמרא¹¹³ מסתפקת אם הוא מוגדר כ"נכסים", מספק אין לגבותו. פוסקים אחרים¹¹⁴ חילקו ואמרו שאין גובים ספר תורה, שהוא אינו מוגדר כ"נכס" משום שאסור למכרו, אך שאר ספרים גובים.

להלכה נפסק כדעת ר' יהודה אלברצלוני שגובים מהחייב את ספריו, ואף שאין גובים תפילין אין זה משום שהתפילין הם "תשמישי קדושה", אלא משום שתפילין הן "דרך מלבוש ומצוה שבגופו", כלומר כמלבושיו הנצרכים של החייב. משום כך חילקו פוסקים בין תפילין לבין ספריו של החייב, ופסקו שאין מניחים לו את ספריו, ואפילו אם הוא תלמיד חכם ותורתו אומנותו, אין מניחים לו ספריו, ואפילו ספר תורה, לפי שהם כשאר נכסים שבעל חוב גובה מהם.¹¹⁵ לפי זה ברור

109. פסקי דין רבניים ג, רצט.

110. מובא בטור חו"מ, צו.

111. ערכין כג.ב. וכן נפסק בשולחן ערוך חו"מ צו, כג.

112. מובא בספר התרומות א, א, ח.

113. בבא בתרא קנא,א. הנפקא מינה שם היא לעניין המוכר כל נכסיו האם ספר תורה שלו כולל במכירה.

114. ספר התרומות שער א, א, ח.

115. שולחן ערוך חו"מ צו, כג.

שגובים מהחייב חנוכיית כסף או גביע לקידוש, שהרי הוא יכול להדליק נרות חנוכה ללא חנוכייה, ולעשות קידוש בכוס הרגילה שהוא שותה בה.

הב"ח¹¹⁶ כתב שגובים מהחייב את ספריו מכיוון שהם "נכסים שאינם צריכים לו" שהרי הוא יכול ללמוד בשל חברו. ולכן, כתב הב"ח, שבימינו לספר תורה יהיה דין שונה מאשר בדורות הראשונים, כיון שאז היו לומדים מתוך ספר תורה כמו משאר הספרים, אבל בימינו שכותבים ספר תורה ומניחים בארון הקודש שבבית הכנסת ו"דעת כל אדם שלא למכרה אפילו יגיע לידי עוני" גם בעל חוב אינו גובה ממנו.

הב"ח כתב שאם המנהג הוא שאדם מניח את ספר התורה שלו בבית הכנסת, וכשרוצה הוא לוקח אותו משם, ואם ירד מנכסיו הוא מוכרו לאחרים, גם בעל חוב יכול לגבות ממנו,¹¹⁷ וכך הכריע הש"ך¹¹⁸ שבעל חוב גובה ספר תורה. מכל מקום אפשר ללמוד מהדיון הזה את ההגדרה של "נכסים" שבעל חוב גובה מהם – כל דבר שהחייב היה מוכרו לצורך פרנסתו בשעת עוני ודוחק גדול גם בעל חוב מוכרו כדי לגבות את חובו.

על פי החוק הישראלי אין גובים מן החייב "דברים הדרושים כתשמישי קדושה לחייב ולבני משפחתו הגרים עמו". גם כאן החוק מקל עם החייב, ולפיכך אין חשש שעל ידי פנייה להוצ"פ יגבו מן החייב מה שלפי דין תורה אסור לגבות, אף על פי שהדברים אינם תואמים את ההלכה.

כלי אומנות

במשנה נאמר:

אם היה אומן – נותן לו שני כלי אומנות מכל מין ומין, חרש – נותנין לו שני מצעדין ושני מגירות; רבי אליעזר אומר: אם היה איכר – נותן לו צמדו, חמר – נותן לו חמורו.¹¹⁹

חכמים חולקים על ר' אליעזר וסוברים שאין מניחים לו את צמדו או את חמורו, מכיוון שאלו אינם בגדר "כלי אומנות" אלא "נכסים",¹²⁰ למרות שהוא זקוק להם למלאכתו. הרמב"ם¹²¹ פסק כדעת חכמים.

116. ב"ח חו"מ צו מ.

117. שם יו"ד רנט, ז.

118. ש"ך חו"מ צו, יג; ש"ך יו"ד רנט, ז.

119. ערכין כג, ב.

120. שם כד, א.

121. רמב"ם ערכים וחרמים ג, יח.

מה היא ההגדרה המבחינה בין "כלי אומנות" ו"נכסים"? נראה שישנם כלי אומנות שאין אדם מוכר אפילו אם הגיע לידי עוני גדול, מכיוון שאם ימכרם לא יהיה לו ממה להתפרנס, אבל צמדו וחמורו אדם עשוי למכור, ולכן הם מוגדרים כ"נכסים".¹²²

מעשה בקצב בקהילת בואנוס איירס שבארגנטינה, שהיה חייב לקהילתו סכום גדול, ורבה של הקהילה פנה אל הרב וייס¹²³ בשאלה אם אפשר למכור את כלי האיטליו, כגון מקרר חשמלי גדול ומסור גדול, כדי לגבות את החוב. לדעת השואל כלים אלו אינם כלי אומנות מכיוון שהקצב יכול לעסוק במלאכתו גם בלעדיהם, וזה לשון התשובה:

והנה לפענ"ד החפצים הנ"ל אינם בכלל כלי אומנות, כי ארון מקרר, אעפ"י שנחוץ מאד במדינה חמה כמו ארגנטינה, בכ"ז אינו הכרחי, אם הקצב ימכור את הבשר מיד, כמו שעשו לפני שהומצא המקרר החשמלי, וה"ה למסור החשמלי, כי יכולין לשבור את העצמות גם בקופיץ פשוט, כמו שעשו מקדמת דנא.

מדברי הרב וייס משמע שהוא מסכים להגדרתו של הרב השואל, אם כי השיב לו שבמקרה הספציפי הזה הקהילה צריכה לנהוג עם הקצב לפני משורת הדין. הרב י"י בלוי¹²⁴ פקפק במסקנה זו, וכתב שהיום כלים אלו נחשבים הכרחיים באיטליו, ואין לדבר אלא מקומו ושעתו. מכל מקום למדנו שהגדרה של "כלי אומנות" היא, לדעתם, כלים שהאומן אינו יכול לעסוק במלאכתו בלעדיהם. על פי החוק¹²⁵ אין גובים מן החייב:

(4) כלים, מכשירים, מכונות ומיטלטלין אחרים, וכן בעלי חיים, שבלעדיהם אין החייב יכול לקיים מקצועו, מלאכתו, משלח ידו או עבודתו שהם מקור פרנסתו ופרנסת בני משפחתו, ובלבד ששוויים אינו עולה על סכום שנקבע בתקנות, ואם היו מכונות – בתנאי שהחייב עובד בהן בעצמו או בעזרת שני עובדים לכל היותר.

גם בלשון החוק ניכר המאמץ להבחין בין כלי אומנות בסיסיים לבין "נכסים". הבחנה זו נדרשת בעיקר לגבי מכונות, שהן נכס שערכו עשוי להגיע לסכום נכבד,

122. ראו לעיל (עמ' 100) בסוף הפרק העוסק בתשמישי קדושה.

123. שו"ת מנחת יצחק ה', קכא.

124. פתחי חושן, הלואה ואבידה, ב, הערה נא.

125. חוק ההוצאה לפועל, סעיף 22(א).

וההבחנה שהמחוקק יצר היא בין מכוונות שאפשר להפעילן ע"י החייב בעצמו (כולל עזרה מעטה), לבין מכוונות המופעלות ע"י פועלים.

בית שדר בו

הש"ך¹²⁶ כתב שמוציאים את החייב מביתו, וכן כתב מהר"א בן ששון¹²⁷ שאין מרחמים בדין ומוציאים את הלווה מביתו מכיוון שהוא משועבד לבעל חובו. המקור לכך הוא רבנו ירוחם שכתב שמקום בבית הכנסת הוא בכלל הנכסים ומוכרים אותו לצורך פירעון החוב. מסתבר שאין הכוונה להוציא את הלווה מביתו ולהניחו ללא קורת גג, שהרי קורת גג לראשו היא ודאי מהצרכים המינימליים של אדם, אלא שיש להניח לו ממון כדי למצוא מקום מגורים זול יותר, או לשכור דירה.

יש לציין שערוך השולחן מסייג את הדברים ואומר:

אם יהיה לו בזיון גדול כאשר יסור ממקומו שבבית הכנסת, יראה לי שאין לכופו למכור אותו, והוא הדין כל כהאי גוונא שהבזיון יוגדל מאד אין לכופו למכור.¹²⁸

לפי זה ייתכן שיש להימנע מהוצאת החייב מביתו אם הדבר יגרום לו בזיון גדול.¹²⁹ נראה שהמקור לדברי ערוך השולחן הוא תשובת מהר"ם מרוטנברג, שהסביר את דברי הגמרא שגובים מן הלווה "אפילו מגלימא דעל כתפאי":

ודוקא אם יש לו ב' סרבליים אחד יפה יותר מדאי יקח הלווה הטוב ויתן למלוה הגרוע אבל אם אין לו אלא א' גרוע לא יקח המלוה וישב הלווה ערום, שגדול כבוד הבריות שדוחה את לא תעשה שבתורה.¹³⁰

ר' יוסף ענגילי¹³¹ הסביר זאת כך: בית דין גובה מן החייב מכיוון שמוטלת עליו מצוות פריעת בעל חוב, ותפקידו של בית הדין לכפות את קיום המצווה. במקום שאין מצווה, כגון שהלווה פטור ממנה משום כבוד הבריות, גם בית הדין אינם כופים אותו.

126. ש"ך חו"מ צו, יד.

127. שו"ת תורת אמת, רטז.

128. ערוך השולחן חו"מ צו, כו.

129. ראו פסקי דין ירושלים דיני ממונות ובירורי יהדות ג, עמ' מזה, שכתבו: "ובנידון דידן לא שמענו מפי הנתבעת שאם תצטרך לעבור מדירתה לדירה קטנה יותר יהיה בכך "בזיון גדול", כי כמה אנשים מחליפים דירתם מפני סיבות כאלה ואחרות". ומשמע שאם אכן היתה טענה כזו יש להתחשב בה.

130. שו"ת מהר"ם מרוטנברג ד (פראג), ת.

131. גליוני הש"ס בבא מציעא קיג, ב.

אמנם המהרי"ט¹³² כתב שבעל חוב "אינו יכול להוציאנו מבית דירה שלו שהוא דר בה עד י"ב חדשים דומיא דכסות דתנן בערכין מניחין לו מזון שלשים יום וכסות י"ב חדש", אך כנראה כוונתו היא שלא להוציא את החייב מביתו ללא אפשרות להיערך למקום דיור חילופי, ולכן המהרי"ט מדמה זאת להשאת החייב ללא מזון ל' יום. משמע שאפשר להוציא את החייב מביתו לאחר י"ב חודש. כלומר בית הדין יכול למכור את דירת החייב ובלבד שיוכל להמשיך לדור בה עד י"ב חודש.

בחוק ההוצאה לפועל קיים סעיף¹³³ העוסק בהגנת בית המגורים:

(א) היו המקרקעין שעוקלו משמשים, כולם או מקצתם, בית מגורים לחייב, רשאי ראש ההוצאה לפועל להורות על מכירת המקרקעין ועל פינוי החייב ובני משפחתו הגרים עמו מהמקרקעין, ובלבד שהוכח תחילה, להנחת דעתו, שיהיה לחייב ולבני משפחתו הגרים עמו מקום מגורים סביר, או שהועמד לרשותם סידור חלוף.

(ב) ראש ההוצאה לפועל רשאי לקבוע שהסידור החלוף יהיה בהמצאת דירה אחרת או בתשלום פיצויים או בדרך אחרת.

(ג) הוראות סעיף קטן (א) יחולו גם על ביצועה של משכנתה או מימוש של משכון, זולת אם נרשמה המשכנתה לפני תחילת חוק זה, או אם פורש בשטר המשכנתה או בהסכם משכון שהחייב לא יהיה מוגן לפי סעיף זה.

(ד) הוראות סעיף זה אינן חלות על מקרקעין שדיני הגנת הדייר חלים עליהם, ואין בהם כדי לפגוע בדינים אלה.

גם כאן החוק מקל עם החייב בכך שאינו מגביל את הגנת בית המגורים בזמן. על פי ההלכה משאירים לחייב את בית המגורים ל"ב חודש בלבד, ואילו לפי החוק אין הגבלה כזו.

סיכום

ככלל, חוק ההוצאה לפועל מקל עם החייב יותר מן ההלכה. לפיכך, החשש שמא יגבו מהחייב חפצים שאין לגבותם על פי דין תורה הוא חשש קטן שאין בכוחו למנוע מהזוכה בדין לפנות להוצל"פ.

3. חששות אחרים

להלן נדון בחששות אחרים הקיימים בתהליך הגבייה ע"י הוצל"פ, שלא מצאתי בדברי הפוסקים שמתייחסים אליהם.

132. שו"ת מהרי"ט א, ק"ג.

133. חוק ההוצאה לפועל, סעיף 38.

א. נכסי אשתו ובניו

אין המלווה גובה אלא מנכסי החייב, אך לא מנכסי אשתו, ולכן כתב השולחן ערוך:

מה שהכניסה לו, בין נכסי מלוג בין נכסי צאן ברזל, אין בעל חוב גובה ממנו, אם ידוע שהוא ממה שהכניסה היא או ממה שפסק הבעל לה בשעת נישואין. ואם אינו ידוע, היא נאמנת בבגדים ותכשיטים שדרך האשה להכניס לבעלה.¹³⁴

השאלה הנשאלת היא מה הדין כאשר החייב נתן מנכסיו מתנה לאשתו, האם דינם לגמרי כנכסיה ואין המלווה גובה מהם או שמא השתעבדו נכסים אלו לחוב והמלווה רשאי לגבותם.

על פי הדין קרקעותיו של החייב משתעבדות לבעל חובו, כלומר הנושה רשאי לגבותם אם החייב לא ישלם את חובו. משום כך אם אין לחייב ממה לשלם רשאי הנושה לגבות את הקרקעות אף אם מכרן החייב לאחר.¹³⁵ הטענה היא שזכותו של הנושה קדמה לזכותו של הקונה, מכיוון שהקונה קנה את הקרקע לאחר שנוצר החוב.

לעומת זאת מיטלטליו של החייב אינם משתעבדים לבעל חובו,¹³⁶ לכן אם מכרן החייב לאחר אין הנושה יכול לגבותם ממנו. לא רק מיטלטלין שנמכרו לאחר אי אפשר לגבותם, גם אלה שניתנו במתנה לאחר אין הנושה יכול לגבותם ממקבל המתנה. זאת, למרות שמקבל המתנה לא שילם עליהם, ולכאורה אין הדבר גורם לו הפסד. הלכה זו פותחת פתח להשתמטות מתשלום החוב, שהרי אדם יכול לתת את נכסיו במתנה לאשתו או לבניו וכך להבריחם מבעל חובו.

המשנה במסכת ערכין אומרת:

אחד המקדיש נכסיו ואחד המעריך עצמו, אין לו בכסות אשתו ולא בכסות בניו, ולא בצבע שצבע לשמן, ולא בסנדלים חדשים שלקחן לשמן.¹³⁷

כאמור, דין "מסדרין לבעל חוב" נלמד מערכין, לכן נפסק שהמלווה גובה ממיטלטליו של החייב, אך לא ממיטלטלין השייכים לאשתו ולבניו, ואפילו מבגדים שקנה לאשתו ועדיין לא לבשה אותם:

134. שולחן ערוך חו"מ צו, כו.

135. שולחן ערוך חו"מ ס, א.

136. בבא בתרא מד, ב; שולחן ערוך חו"מ ס, א; ראו עוד שם קיג, א.

137. ערכין כד, א.

אין בעל חוב גובה מכסות אשתו ובניו של לזה, ולא מבגדים צבועים שצבען לשמן, אע"פ שעדיין לא לבשו אותם, ולא מסנדלים חדשים שלקחן לשמן.¹³⁸

טעמה של הלכה זו הוא שמכיוון שהבגדים קנויים לאשתו לבניו של החייב, הרי הם כמיטלטלין שהחייב מכרם לאחרים שאין בעל חוב גובה מהם.¹³⁹ הוא הדין בבגדים שהחייב קנה לעצמו, ואח"כ ייחדם לאשתו, וצבעם לשמה, שאשתו קנתה את הבגדים על ידי השינוי ואין בעל חוב גובה מהם.¹⁴⁰ יש מחלוקת בין פוסקים מה דינם של נכסים יקרים שבעל נתן לאשתו. הרמב"ם כתב:

אין בעל חוב גובה לא מכסות אשתו ובניו של לזה ולא מבגדים צבועים שצבען לשמן אף על פי שעדיין לא לבשו אותן ולא מסנדלים חדשים שלקחן לשמן אלא הרי אלו שלהן. במה דברים אמורים בכלי החול אבל בגדי שבת והמועד גובה אותן בעל חוב ואין צריך לומר אם היו בהן טבעות וכלי זהב או כסף שהכל לבעל חובו.¹⁴¹

טעמו של הרמב"ם הוא משום "שאינו עולה על דעת הבעלים להקנות להם בגדים אלו המכובדים שהם מיותרים על דעת שלא יוכל למכרן".¹⁴² לעומתו המרדכי¹⁴³ כתב בשם מהר"ם מרוטנבורג שאפילו בגדי שבת ורגל שתיקן לאשתו נעשה כמי שהקנה לה ואין בעל חוב גובה מהם. גם המחבר והרמ"א נחלקו במחלוקת זו:

במה דברים אמורים, בכלי חול. אבל בגדי שבת ומועד, גובה אותם בעל חוב (ויש חולקים). ואין צריך לומר אם היו בהם טבעות וכלי זהב וכסף, שהכל לבעל חוב.¹⁴⁴

הסמ"ע¹⁴⁵ מדייק ממיקום הגדה הרמ"א שהחולקים מתייחסים רק לבגדי שבת, אך גם הם מודים שטבעות וכלי כסף וזהב אין הבעל מקנה לה לגמרי. במה דברים

138. שולחן ערוך חו"מ צו, כה.

139. סמ"ע צו, נט.

140. שם צו, ס. אמנם קצות החושן שם, יד חולק וסובר שאין שינוי קונה אלא בגנב וגזלן, ומשום כך אם היה בגד של הבעל וחתכו ותפרו לשם האישה או לשם בניו, הם לא זכו בו על ידי השינוי.

141. רמב"ם מלוה ולוה א, ה.

142. בית יוסף חו"מ צו. כך כתב גם הסמ"ע צו, סא.

143. מרדכי כתובות, קעב, וכן שם, בבא קמא, יא.

144. שולחן ערוך חו"מ צו, כו.

145. סמ"ע צו, סב.

אמורים? כאשר הקנה לה בסתם, אבל אם הקנה לה בפירוש אין גובים אפילו מתכשיטים.¹⁴⁶

ב. החשש מהעברה פיקטיבית של רכוש החייב לאור כל האמור יש לשאול כיצד אפשר למנוע מן החייב להשתמט מפירעון החוב על ידי העברת נכסיו לבעלות אשתו, כאשר הוא ממשיך להשתמש בהם כפי שהיה רגיל?

אמנם קיימת ביד המלווה אפשרות להתנות מראש, בשעת ההלוואה, שהשעבוד יחול גם על מיטלטליו של החייב, באופן שיהיה אפשר לגבותם מן הלקוחות, באמצעות שעבוד אגב הקרקעות,¹⁴⁷ ולפיכך גם אם הלווה יקנה לאשתו מיטלטליו לאחר ההלוואה, המלווה יוכל לגבות מהם. אלא שכבר ראשונים כתבו שבזמן הזה אין גובים מיטלטליו מן הלקוחות, משום תקנת השוק, כלומר משום החשש ששום אדם לא ירצה לקנות מיטלטליו מחברו, שמא המוכר חייב כספים ויבוא בעל החוב ויגבה מן הלוקח.¹⁴⁸

לכאורה אפשר היה לומר שתקנת השוק שייכת במיטלטליו שהלווה מכרם לאחר, אבל כאשר הלווה נתנם במתנה אפשר לומר שמקבל המתנה לא יימנע מלקבלה בגלל חשש כזה, ואין טעם לתקן שלא יגבו ממנו. כך כתב הרשב"א¹⁴⁹ לגבי מיטלטליו גנובים שניתנו במתנה לאחר, ולכן אם הגנב נתן את החפצים הגנובים במתנה לאחר חייב מקבל המתנה להחזירם לבעלים.

אולם לשונו של הרא"ש: "כבר נהגו בכל הארץ שאין מגבין לבעל חוב מטלטלי שמכר, או שנתן, הלווה, מפני תקנת השוק"¹⁵⁰ מורה שגם במתנה עשו תקנת השוק, וכתב הבית יוסף שסוגיין דעלמא בזה כרא"ש.¹⁵¹ לפי זה יוצא שאם החייב נתן את מיטלטליו במתנה אין המלווה יכול לגבות מהם, ואם כן חזרה השאלה כיצד ניתן למנוע מהלווה את האפשרות להערים ולהבריח את נכסיו.

בשאלה זו עסק כבר הרא"ש, שכתב שכאשר רמאים באים לעוות משפט –

146. מרדכי כתובות, קעב.

147. שולחן ערוך חו"מ ס, א; ראו עוד שם קיג, א.

148. שו"ת הרא"ש עט, ד. התשובה הובאה גם בטור חו"מ, ס, ונפסקה להלכה בשולחן ערוך חו"מ ס, א.

149. רשב"א בבא קמא קטו, א, ד"ה והלכתא.

150. שו"ת הרא"ש עט, ד.

151. לפי הש"ך (חו"מ שנו, ד) אין מחלוקת בין הרא"ש לבין הרשב"א. הרשב"א עסק במיטלטליו גנובים, שמן הדין יש להחזירם לבעליהם, ובוזא אמר שאין להקל על מקבל מתנה, ולכך מודה גם הרא"ש.

חייבין חכמי ישראל לסכל עצתם ולבטל מחשבותם. ועל זה נאמר: צדק צדק תרדוף (סנהדרין לב,ב), ואמרו חכמים: דין אמת לאמתו, לאפוקי מרומה. הנימוק ההלכתי המאפשר לבטל את המתנה הוא שבית הדין מעריך שהמתנה פיקטיבית:

לפי שידוע וניכר באומדנא דמוכח שלא גמר בלבו להקנות, אלא להבריא נכסיו מבעלי חוביו, וילדה ויאכל ממון של אחרים ולא ימצאו לגבות ממנו; דאנן סהדי שאין לך אדם שיתן ממונו לאחרים ויחזור הוא על הפתחים. הרא"ש האריך והביא מקרים רבים מן הגמרא שחכמים הלכו בהם אחר אומדנא, וכתב שכל זה נעשה כדי לבטל עצת המערימים:

מכל הלין חזינן, דכל הרוצה להערים להפקיע תקנת חכמים ולעשות לחברו תחבולה, לכדוהו חכמים בערמם ועמדו כנגדו להפר עצתו ולבטל מחשבתו הרעה. ואנו נדון דבר מדבר ונלמוד דבר מדבר, כי חכמי התלמוד לא הספיקו לכתוב כל הנולדות העתידות לבא המתחדשות בכל יום, אלא שהבאים אחריהם יוצאים בעקבותיהם ומדמין מילתא למילתא.¹⁵²

הרא"ש לא הסתפק בפסק זה, אלא תיקן גם שהסופרים והעדים לא יכתבו ולא יחתמו שטר של מתנת נכסים שנראה שיש בו תחבולה ומרמה, ואם יעברו על זה יש להעבירם מאומנותם.

דיון דומה לזה מצאנו במסכת כתובות¹⁵³ בעניין שטר מברחת. אישה אלמנה שבאה להינשא שנית רצתה שבתה תירש את נכסיה ולא בעלה השני, ולשם כך היא הקדימה ונתנה את נכסיה במתנה לבתה. נפסק בסוגיה שהמתנה אינה מתנה, מכיוון "דלא שביק איניש נפשיה ויהיב לאחריני", אף על פי שמדובר בבתה.

רבנו תם¹⁵⁴ פירש שדווקא באישה הבאה להינשא אנו אומרים שהמתנה אינה מתנה, מכיוון שעיקר כוונתה הוא להבריא את הנכסים מבעלה, ורצונה התמלא למרות שהנכסים לא נקנו לבתה מכיוון שהם נחשבים כ"נכסים שאינם ידועים לבעל". לעומת זאת מי שבא להבריא נכסיו מבעל חובו ונתנם לאחר, המתנה חלה, שהרי אם לא תחול נמצא שמטרתו לא הושגה. הרא"ש¹⁵⁵ סבר בדיוק

152. שו"ת הרא"ש עח, ג. התשובה הובאה בטור חו"מ, צט.

153. כתובות עט, א.

154. תוספות כתובות עט, א ד"ה עשאום. כך היא גם דעת הר"ן שם לו,ב; מרדכי שם, רח. הביאם

דרכי משה חו"מ צט, ו.

155. רא"ש כתובות ח, ג.

להיפך, האומדנא היא ש"לא שביק איניש נפשיה ויהיב לאחריני", ולכן המתנה אינה מתנה, וממילא בעל חובו יוכל לגבות מנכסיו.

כאשר ההלוואה ניתנה לחייב בדרך עיסקא (כלומר שהממון ניתן ללווה על מנת שיעסוק בו ויחלוק עם המלווה ברווחים או בהפסדים), והוא הלך ונתן ממנה מתנה לקרוביו, קיימת טענה נוספת המאפשרת למלווה לגבות את הממון מן הקרובים. הר"י מיגאש נשאל על –

ראובן שנתן לשמעון מעות בעיסקא, וכשנשלם הזמן תבע ראובן את ממונו וטען שמעון שאין לו, והשיבו ראובן איך אתה טוען שאין לך וממוני עשית גדוניה לבתך.¹⁵⁶

תשובתו התבססה על דברי רבא "להכי קרו ליה עיסקא, דאם מת – לא יעשה מטלטלין אצל בניו.¹⁵⁷ כלומר אין העברת הממון לרשות אדם אחר מועילה כלום, ובלבד שיש על כך עדות ברורה של שני עדים.

ג. מיטלטלין הנמצאים בחזקת החייב ולטענתו הם של אחרים נמצאו מיטלטלין ברשותו של החייב והוא טוען שאינם שלו אלא של אחרים, אין שומעים לו,¹⁵⁸ מכיוון שכל מה שנמצא ברשות אדם הוא בחזקת שלו.¹⁵⁹ אמנם לדעת הרי"ף¹⁶⁰ "ישבע אותו אחר שהן שלו ונותנים אותו לו". הב"ח¹⁶¹ כתב שנראה שהרמב"ם מודה לו, ומה שכתב הרמב"ם שאין הלווה נאמן הוא רק כשאין אותו אחר נשבע. לעומת זאת בעל התרומות¹⁶² דחה את תשובת הרי"ף, וטען ש"אפשר שהסופרים שיבשוה", מכיוון שישנן כמה טענות כנגדה: א. יש חשש לקנוניה בין הלווה לבין המקבל שהלווה טוען שהמיטלטלין שייכים לו. ב. הלווה אינו נאמן בהודאתו מכיוון שיש בזה חובה למלווה. ג. אין מקור בש"ס לשבועה של המקבל. הש"ך¹⁶³ כתב שמשום כך תשובת הרי"ף לא הובאה באף אחד מן הפוסקים, ואין הלכה כמותה.¹⁶⁴

156. שו"ת הר"י מיגאש, קסט.

157. בבא מציעא קד, ב.

158. רמב"ם מלוה א, ד; רמב"ן כתובות יט, א, ד"ה מה שהעלנו.

159. טור חו"מ, צט.

160. שו"ת הרי"ף, רט.

161. ב"ח חו"מ, צט.

162. בעל התרומות ה, א, בסופו.

163. ש"ך חו"מ צט, ד.

164. בין הפוסקים שכתבו שאין הלווה נאמן: תלמידו של הרי"ף, הר"י מיגש בשו"ת הר"י מיגש, קסט.

כאשר הלווה טוען שהמיטלטלין שייכים לפלוני, ויש לו מיגו, יש בזה כמה אופנים: אופן אחד הוא כאשר על פי הידוע לבית הדין המיטלטלין שייכים לחייב, אלא שבכוחו להקנותם לאחר ואז לא תהיה אפשרות לגבותם ממקבל המתנה משום שמיטלטלין אינם משתעבדים. על כך כתב הרשב"א¹⁶⁵ שאין זה מיגו משום שהטענות אינן שוות, שהרי אם היה מקנה את המיטלטלין למקבל, הוא לא היה חייב להחזירם ללווה, משום שהם קנויים לו. אבל כאשר הלווה טוען שהם של המקבל והמקבל יודע שהם אינם שלו, הוא צריך להחזירם ללווה אם בא לצאת ידי שמיים. יוצא שהלווה יעדיף שלא להקנות את המיטלטלין לאחר אלא רק לשקר ולטעון שהם שייכים לפלוני. אופן אחר הוא כאשר המיטלטלין עדיין לא הוחזקו כשייכים לחייב בבית הדין, והחייב היה יכול להחזירם למקבל. הרמב"ן¹⁶⁶ כתב שאינו נאמן במיגו כזה, מכיוון שטענתו מנוגדת לחוקה "מה שתחת יד אדם שלו", ואין אומרים מיגו נגד חוקה, "דמגו במקום חוקה זו לא אמרינן, דעביד אינש למעבד קנוניא"¹⁶⁷.

שיטה שונה היא שיטתו של רבנו אביגדור כהן בתשובה שהשיב לחמיו, רבנו חיים¹⁶⁸ וכתב ש"לוה נאמן שהממון שבידו משל אחרים אף על פי שמלביש עצמו ובני ביתו מאותו ממון שמא אחרים נתנו לו על מנת שלא יפרע לבעל חובו". כלומר למרות שבית הדין רואים שיש ממון ביד הלווה, והוא משתמש בממון להלביש עצמו ובני ביתו, הוא נאמן לומר שהממון אינו שלו כי ייתכן שהממון ניתן לו על מנת שלא יפרע ממנו לבעל חובו. שו"ת בנימין זאב¹⁶⁹ פסק כרבנו אביגדור, אבל רוב הפוסקים¹⁷⁰ לא פסקו כך.

על פי חוק ההוצאה לפועל¹⁷¹ הדין במקרה של ספק בבעלות הוא:

(א) מיטלטלין שעוקלו כשהיו על גופו של החייב, בכליו או בחצרים שבהחזקתו, רואים אותם כנכסי החייב, כל עוד לא הוכח, להנחת-דעתו של ראש ההוצאה לפועל, שאינם שלו.

165. רשב"א בשם רבו, כתובות יט, א, ד"ה אביי אמר. דבריו הובאו במגיד משנה מלוה ולוה א, ד.

166. רמב"ן כתובות יט, א, ד"ה מה שהעלנו.

167. כוונת הרמב"ן היא, לכאורה, שלא להיכנס לשאלה אם אומרים מיגו נגד חוקה, מכיוון שזו שאלה שנשאלה בגמרא (בבא בתרא ה, ב) ולא הוכרעה, ולכן הוא הוסיף כאן את הנימוק המקומי של חשש לקנוניה.

168. מובא במרדכי בבא מציעא, תג.

169. שו"ת בנימין זאב, רס.

170. דרכי משה חו"מ, צט. ש"ך חו"מ צט, ו.

171. חוק ההוצאה לפועל, סעיף 28.

(ב) מיטלטלין שעוקלו כשלא היו על גופו של החייב, בכליו או בחצרים שבהחזקתו, לא יימכרו כל עוד לא הוכח, להנחת – דעתו של ראש ההוצאה לפועל, שהם רכושו של החייב; לא הוכח שהם רכושו של החייב, יבוטל העיקול. נמצא שגם החוק מקבל את העיקרון האמור לעיל "חזקה מה שתחת יד אדם שלו". הבעיה היא בכך שסעיף זה מעניק לראש ההוצאה לפועל סמכויות שיפוטיות. ראש הוצל"פ רשאי לקבוע אם ההוכחה שמיטלטלין מסוימים אינם של החייב מניחה את דעתו או לא. אין הכרח שקביעה זו תיעשה על פי דין תורה, ולכן ייתכן שמיטלטלין יעוקלו לטובת הנושה למרות שהם שייכים לצד שלישי. כאשר החייב משתמש ברכב הרשום על שמו של אדם שלישי, נהוג בהוצל"פ להתייחס אל החייב כבעל הרכב אם הוא נוהג בו באופן קבוע כמנהג בעלים. לכן אם חוקר יעיד על כך שראה את החייב נוהג ברכב שלוש פעמים הוא יוכר כבעל הרכב, ויהיה אפשר לעקלו. דבר זה אינו תואם את דין תורה, מכיוון שיתכן שאביו או אוהבו של החייב ריחם עליו והשאיל לו רכב לשימוש.

4. מוגבל באמצעים

ראש ההוצאה לפועל רשאי להכריז על חייב שהגיש בקשה למתן צו תשלומים, כחייב מוגבל באמצעים, אם ביקש לפרוס את תשלום חובו לתקופה ארוכה מדי, כפי המפורט בחוק.¹⁷² במקרה כזה רשאי ראש ההוצאה לפועל להטיל על החייב הגבלות שונות כדי להבטיח את פירעון החוב ולמנוע יצירת חובות נוספים. הגבלות אלו הן: עיכוב יציאה מן הארץ, שימוש בשיקים, ושימוש בכרטיסי אשראי.¹⁷³

פרטיו של החייב נרשמים במרשם של חייבים מוגבלים באמצעים. המרשם פתוח לעיון הציבור בכל לשכת הוצאה לפועל, והרישום מכיל את שם החייב, מספר תעודת הזהות שלו, מענו ומשלח ידו, תאריך ההכרזה על החייב כמוגבל באמצעים, מספר תיק ההוצאה לפועל שבו ניתנה ההכרזה, וסכום החוב.¹⁷⁴ באופן זה ניתנת לציבור האפשרות להיזהר מפני פעולות ממוניות המבוססות על התחייבויות של החייב.

לבית דין לממונות אין סמכות ואפשרות לצוות על הגבלת החייב באיזושהי הגבלה, כמו למשל יציאה מן הארץ. לפיכך עלינו לשאול את עצמנו כיצד לנהוג עם חייב שאינו סרבן, אלא מחוסר אמצעים, שמוכן להסדר תשלומים לפיו יעבור

172. שם, סעיף 69ג.

173. שם, סעיף 69ד.

174. שם, סעיף 69ה.

זמן רב עד שישלם את חובו. להוצאה לפועל ישנם אמצעים משוכללים יותר מאשר לבית הדין לחקור את יכולתו האמיתית של החייב, ואם משתכנעים שיכולתו מוגבלת אזי להגביל את אפשרותו להתחמק מתשלום החוב על ידי יציאה לחו"ל או ליצור חובות נוספים. השאלה היא אם זו סיבה לשולחו להוצל"פ, או שעל בית הדין לפעול לביצוע פסק הדין כמיטב יכולתו, בכלים העומדים לרשותו.

ו. ביצוע שטר בהוצל"פ

כאמור, ניתן למסור שטרות להוצל"פ לשם גבייה. פוסקי זמננו דנו בכך, ובמיוחד בשאלת מסירת שיק שלא כובד לגבייה דרך הוצל"פ, ללא הליך של תביעה בבית דין. הדיון מבוסס על ההנחה שהחוב ברור וצריך רק לאכוף את החייב לשלם. ואכן כך מובא במאמרו של הרב אליהו, "יחס ההלכה לחוקי המדינה":

יש תחומים בהם אפשר ומותר לפנות למערכת השלטונית – משפטית. כך הוא ביחס לגבית שטרות, שאנו בעצם פונים להוצאה לפועל, שהיא הזרוע היחידה המבצעת את הגבייה.¹⁷⁵

גם הרב שמואל וואזנר נשאל בעניין זה, והשיב:

בנדון השאלה אם מותר לפנות להוצאה לפועל בעניין שק שהנתבע אינו רוצה לשלם, יראה דאם אינו רוצה לשלם והחוב ברור, ואין ברירה למצות הדין כהלכה, מותר להתיר לו לפנות להוצאה לפועל בתנאי שלא ייסתר ע"י הוצאה לפועל דין המבואר בחו"מ סי' צ"ז סכ"ג דהיינו פרטי דינים של סדור בע"ח כשכבר הגיע זמן הפירעון.¹⁷⁶

אלא שישנן כמה בעיות הלכתיות שאנו עלולים להיתקל בהן:

1. וידוא נכונות החיוב

כפי שכתבנו לעיל על פי החוק החייב רשאי להגיש "התנגדות לביצוע שטר".¹⁷⁷ במקרה כזה, כאשר לפי דעתו של ראש ההוצל"פ יש ממש בדברי החייב, יופסקו הליכי הוצל"פ עד לבירור הטענות בבית המשפט (כאשר נטל הראיות מוטל על

175. הרב מרדכי אליהו, "יחס ההלכה לחוקי המדינה", תחומין ג, עמוד 244.

176. שו"ת שבט הלוי י, רסג.

177. חוק ההוצאה לפועל, סעיף 81(א)(ג). ההתנגדות צריכה להיות מוגשת תוך 20 יום מקבלת מכתב האזהרה מההוצל"פ.

החייב), ורק לאחר פסק דין יימשכו ההליכים. במקרה כזה מסתבר שהדיון צריך להתקיים בבית דין ולא בבית משפט!

שאלה נוספת היא כאשר באים הצדדים להתדיין בבית הדין וביד אחד מהם שיק שבוטל ע"י הצד השני, מי מהם ייחשב מוחזק בממון? האם האפשרות העומדת למחזיק השיק לפנות להוצל"פ עושה אותו למוחזק? הרב יעקב אריאל¹⁷⁸ כתב שאין במסירת השיק להוצל"פ איסור ערכאות, מכיוון שלהוצל"פ יש תפקיד טכני בלבד לבצע את התקנה ששיק דינו כמזומן.¹⁷⁹ לפי זה תפקיד ההוצל"פ הוא רק לממש את הכסף שכבר ניתן לאוחז בשיק. במקרה שעסק בו הרב אריאל טען מוסר השיק שהוא לא קיבל תמורה, ולכן ביטל את השיק. אוחז השיק טען שהתמורה התקבלה, והרב אריאל פסק שהאוחז בשיק נחשב מוחזק בכסף מכיוון שהוא יכול לפנות להוצל"פ.

הרב אריאל נימק זאת בכך ששיק דינו ככסף מזומן, ולכן האוחז בו רשאי לממשו ע"י הוצל"פ. אם מוסר השיק טוען שהוא אינו חייב, הוא נחשב כתובע את אוחז השיק שיחזיר לו את הממון, ובמקרה כזה ודאי אוחז השיק ייחשב מוחזק בממון. אם נתייחס באופן שונה לתוקפו של שיק הדבר יגרור בהכרח את הצורך לברר על פי דין תורה שמוסר השיק אכן חייב את הממון שבאים לגבותו ע"י הוצל"פ.

בספר "המשפט וישראל"¹⁸⁰ כתב שנהגו להקל במסירה להוצל"פ של חובות ברורים, כגון שטר או המחאה בנקאית. לעומת זאת הוא מסתפק לגבי דינה של המחאה פרטית, שמא אין לראות את החוב כחוב ברור, מכיוון שלדעתו השיק הוא הוראה לבנק לשלם תשלום זה מחשבונו, ומוסר השיק יכול לבטל את ההוראה. על פניו נראה שהמחלוקת נובעת מהתייחסות שונה למעמדו ההלכתי של שיק.

הרב משה שטרנבוך¹⁸¹ דן במסירת שיק להוצל"פ והעלה מספר בעיות,¹⁸² אך הוא לא דן בשאלה כיצד ניתן לוודא את אמיתות החיוב. כנראה מתוך הנחה שאם למוסר השיק יש טענות נגד חיובו בממון הוא ידרוש את הברור. אמנם הוא מתנגד לפנייה להוצל"פ ללא רשות בית דין, מכיוון ש"צריך להזהיר את החייב,

178. באהלה של תורה א, פד.

179. תוקפו של שיק הוא נושא רחב בפני עצמו, ראו למשל, מאמרו של הרב צבי יהודה בן יעקב, "השיקים – תוקפם והליכותם", תחומין יג, עמ' 422 ואילך. לאפשרויות השונות הנידונות שם יש השלכות לענייננו, ואכמ"ל.

180. יגאל מוניסר, המשפט וישראל, עמ' 448.

181. שו"ת תשובות והנהגות ג, תמב.

182. כגון תפיסת משכון שלא ע"י שליח בית דין, או תפיסת דברים חיוניים שלא כדין. נדון בשאלות אלו להלן.

ולברר את המצב על פי דין תורה, אך נראה לי שכוונתו היא לכך שיש חשש ששליחי ההוצל"פ ינקטו צעדים העלולים לגרום לחייב הפסדים, ואם החייב היה מודע לכך שפונים להוצל"פ היה משלם מיד כדי להימנע מהפסדים.

הרב צבי יהודה בן יעקב¹⁸³ מתיר לגבות שיק באמצעות הוצל"פ, מכיוון שנתנית שיק נועדה לאפשר למלווה לגבות את חובו ללא כל פרוצדורה משפטית ועינוי דין, ולכן יש כאן הסכמה מצד הלווה שהמלווה יוכל לפנות להוצל"פ ולגבות את החוב המגיע לו. נימוק זה יכול להיות מספק לגבי הסכום הכתוב בשיק, אבל אינו מועיל לגבי הוצאות גבייה וריבית והצמדה. מצד שני יש צורך למנוע סחבת מצד החייב ע"י דיונים בבי"ד. משום כך ממליץ הרב בן יעקב על הליך מקוצר של הזמנת הלווה לדין בהזמנה אחת ויחידה, שבה מצוין שאם הוא לא יופיע בבית הדין או לא יודיע על עמדתו בעניין התביעה בית הדין יתיר לתובע לפנות להוצל"פ ולגבות גם את ההוצאות.

כאמור לעיל,¹⁸⁴ בית הדין של "ארץ חמדה – גוית" בראשות הרב יעקב אריאל דחה תביעה של חייב להשיב לו את הוצאות הגבייה שבהן חויב על ידי הוצל"פ.

2. תפיסת משכון שלא על ידי שליח בית דין

כמה פוסקים כתבו שיש במסירת שיק להוצל"פ בעיה של תפיסת משכון שלא על ידי שליח בית הדין, מכיוון ששליחי ההוצל"פ אינם שליחי בית הדין.

הרב ישראל פישר¹⁸⁵ כתב שאם השיק ניתן כהחזר הלוואה יש בגבייה זו איסור של תפיסת משכון שלא ע"י שליח בית הדין. בעיה זו אינה קיימת אם השיק ניתן כתשלום על סחורה, מכיוון שאיסור לקיחת משכון שלא ע"י שליח בית הדין קיים רק בהלוואה,¹⁸⁶ אלא אם כן זקף עליו את החוב כהלוואה שיש בה איסור תפיסת משכון.

גם לדעת הרב משה שטרנבוך¹⁸⁷ הגובה שיק דרך ההוצל"פ עובר על איסור תפיסת משכון שלא ע"י שליח בית הדין. הנושה הוא זה שעובר על הלאו, ואין לומר כאן "אין שליח לדבר עבירה", מכיוון ששליחי ההוצל"פ הם שוגגים ואינם מודעים לאיסור. לכן בכל מקרה כזה צריך לפנות לבית הדין כדי שהם ידונו אם יש חשש שהחייב לא ציית דינא ומערים ואינו משלם אף על פי שיש לו ממון. גם במקרה זה

183. משפטיך ליעקב ב, ו, עמ' קה.

184. ראו ליד הערה 52.

185. הרב ישראל יעקב פישר, אבן ישראל ח, צו.

186. ראו נתיבות המשפט צו, א.

187. שו"ת תשובות והנהגות ג, תמב.

הרב שטרנבוך מתנה את נתינת ההיתר לפנות להוצל"פ בכך שהנושה "יפקיד התחייבות בבי"ד ש[נהרכוש של החייב] מונח אצלו בינתיים על מנת לנהוג בזה כפי פסק בי"ד". לפי הידוע לי נראה שדרישה זו אינה מעשית. החפצים המעוקלים על ידי הוצל"פ אינם נמסרים לנושה, אלא נמכרים לכל המרבה במחיר, ומתוך מה ששולם תמורתם נותנים לנושה את הסכום המגיע לו.

3. תפיסת חפצים חיוניים שלא כדין

כמה מפוסקי זמננו הזכירו את החשש שמא שליחי הוצל"פ יגבו דברים חיוניים, שעל פי דין תורה אינם רשאים לגבותם. כאמור השוואה בין חוק ההוצאה לפועל לדיני "מסדרין לבעל חוב" מעלה שהחוק מקל עם החייב ביחס להלכה. אולם נראה שחשש זה הוא חשש קטן, ולעומת זאת ייתכן שקיימות בעיות אחרות שלא הוזכרו בדברי פוסקי זמננו, כפי שהתבאר לעיל.

4. סיכום

- א. יש מפוסקי ההלכה שהתירו לפנות להוצל"פ לצורך גביית "חוב ברור". חלקם התירו רק את גביית החוב, וחלקם אף את הוצאות הגבייה.
- ב. מכיוון שאין הסכם בוררות בין אוהזו השיק לבין החייב, וממילא אין התחייבות של החייב לשלם הוצאות גבייה, יש להעדיף פנייה לבית דין לפני פנייה להוצל"פ.
- ג. הרב צבי יהודה בן יעקב כתב שכדי שלא ליצור סחבת מיותרת הונהג בבית הדין ברמת גן הליך מקוצר למקרים כאלה:¹⁸⁸ התובע מגיש תביעה לבית הדין על שיק שחזר, בית הדין שולח הזמנה אחת ויחידה לנתבע ומציין בהזמנה שאם לא יופיע או לא יודיע לבית הדין על עמדתו בעניין התביעה בית הדין יתיר לתובע לפנות להוצל"פ ולגבות אף את ההוצאות.

ז. סיכום

1. תפקיד ההוצאה לפועל הוא: ביצוע פסקי דין וביצוע שטרי חוב.
2. לצורך ביצוע תפקידה רשאית הוצל"פ לחקור את יכולתו של החייב לשלם את חובו, ולקבוע עבורו הסדר תשלומים.
3. כאשר החייב מתחמק מביצוע פסק הדין רשאי ראש הוצל"פ לצוות על מאסרו.

188. הרב צבי יהודה בן יעקב, משפטיך ליעקב ב, ו, עמ' קיג.

ביצוע פסקי דין

4. ע"פ ההלכה תפקידו של בית הדין כולל גם אחריות לביצוע פסק הדין.
5. מנהג מקובל בבתי הדין להתיר לזוכה לפנות להוצל"פ כאשר החייב איננו מבצע את פסק הדין.
6. ההוצל"פ מטילה הוצאות גבייה וריבית על החייב בניגוד להלכה, אולם כאשר מדובר באדם שמסרב לבצע פסק דין נראה שאין מניעה לפנות להוצל"פ.
7. היו פוסקים שחששו שמא בגבייה ע"י הוצל"פ לא תישמר ההלכה של "מסדרין לבעל חוב". נראה שאין לחשוש לכך מכיוון שההלכה מחמירה עם החייב יותר מאשר חוק ההוצל"פ.
8. אנו ממליצים שהסכם הבוררות בין בעלי הדין יכלול סעיף שיאפשר להטיל את הוצאות הגבייה על החייב, ויקבלו חיוב זה עליהם בקניין מעכשיו בפני בית דין חשוב.
9. אנו ממליצים שכאשר חייב מבקש הסדר תשלומים סביר מבית הדין – להיענות לבקשתו, ולא להפנות את הזוכה להוצל"פ שתטיל על החייב הוצאות נוספות.
10. כאשר החייב מבקש פריסה ארוכה מאוד של החוב יש להסתפק אם להיעזר בהוצל"פ שיש לה יכולת חקירה טובה ויכולת להטיל על החייב מגבלות כגון איסור יציאה מהארץ.

ביצוע שטרי חוב

11. יש מפוסקי זמננו שהתירו לגבות חובות ברורים, כגון לפנות עם שיק שבוטל להוצל"פ ללא צורך באישור של בית הדין.
12. יש פוסקים שהסתייגו מגביית שיק דרך הוצל"פ, בגלל החשש של תפיסת משכון שלא על ידי שליח בית הדין. כאן העלינו חששות נוספים כגון הטלת הוצאות הגבייה על החייב וחיוב בריבית.
13. אנו ממליצים לאפשר מסלול מהיר בבתי הדין לאישור פנייה להוצל"פ עם שיק או שטר חוב.

ח. סיכום כנס הדיינים תשע"א בנושא: הסתייעות בהוצאה לפועל

ביצוע פסקי דין

1. תפקידו של בית הדין כולל גם אחריות לביצוע פסק הדין.¹⁸⁹
2. זוכה בדין תורה רשאי לפנות להוצל"פ כאשר החייב איננו מבצע את פסק הדין,¹⁹⁰ ולגבות גם את הוצאות הגבייה.¹⁹¹
3. הוצל"פ מטילה תשלומי ריבית על החייב בניגוד להלכה, אולם, כאשר מדובר באדם שמסרב לבצע פסק דין ניתן לגבות גם תשלומים אלה כקנס על החייב,¹⁹² או כפיצוי עבור מניעת רווח.¹⁹³

חקירת יכולת

4. חלק מתפקידו של בית הדין הוא לבחון את יכולת התשלום של החייב.¹⁹⁴ לכן כאשר חייב מבקש מבית הדין הסדר תשלומים סביר – יש להיענות לבקשתו ולדון בכך בבית הדין, ולא להפנות את הזוכה להוצל"פ.
5. כאשר החייב מבקש פריסה ארוכה מאוד של החוב ואין זה ברור שבקשתו תואמת את ההלכה, ניתן להפנות את הזוכה להוצל"פ, כדי שיחקרו את יכולת ההחזר של החייב באופן מקצועי (חקירת יכולת).

ביצוע שטרי חוב

6. ניתן לפנות להוצל"פ לצורך ביצוע שטר חוב, כאשר מדובר בחוב ברור שאין לגביו מחלוקת, כגון לפנות עם שיק שבוטל להוצל"פ ללא צורך באישור של בית הדין.¹⁹⁵
7. במקרה של התנגדות החייב לשטר החוב יש לקיים את הדיון בבית הדין.

189. **שולחן ערוך הרב** יו"ד שחיטה, קונטרס אחרון א, ז; הרב אברהם שפירא, **מנחת אברהם**, מב, מתוך פסק דינו ב**פסקי דין רבניים** י, עמ' 168-181.

190. השוואה של החוק וההלכה (לעיל, עמ' 94) העלתה שהחוק מקל עם החייב יותר מאשר ההלכה, ולכן נראה שאין מניעה לפנות להוצל"פ מצד זה.

191. **רא"ש** בבא קמא י, ו; **שו"ת הרא"ש** עג, ב; **שולחן ערוך** חו"מ יד, ה; **ש"ך** שם יג. מן הראוי להזהיר את החייב בפסק הדין על המשמעויות החמורות של אי ביצוע פסק הדין במועדו.

192. **ים של שלמה** בבא קמא ט, ל.

193. הרב צב"י בן יעקב, **משפטיך ליעקב** ב, עמ' קטז.

194. **שולחן ערוך** חו"מ, צז.

195. הרב מרדכי אליהו, "יחס ההלכה לחוקי המדינה", **תחומין** ג, עמ' 244; **שו"ת שבט הלוי** י, רסג; הרב יעקב אריאל, **באהלה של תורה** א, פד; הרב צב"י בן יעקב, **משפטיך ליעקב** ב, ו, עמ' קה.

8. רצוי לפנות לבית הדין לאישור פנייה להוצל"פ עם שיק או שטר חוב, כדי לאפשר גבייה של הוצאות שיוטלו על ידי הוצל"פ.

הרב יעקב אריאל – רבה של רמת גן, הרב דב ליאור – רבה של קריית ארבע
ואב"ד לממונות "ארץ חמדה – גזית" ואב"ד לממונות
גוש דן

הרב אברהם גיסר – יו"ר מכון משפטי ארץ, אב"ד לממונות "ארץ חמדה – גזית"
בעפרה

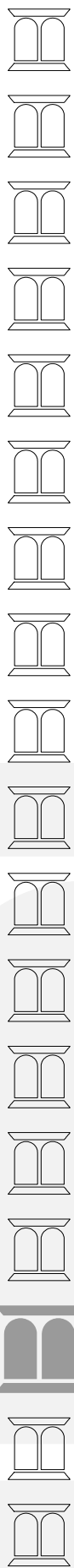
הרב יוסף כרמל – ראש כולל ארץ חמדה, אב"ד לממונות "ארץ חמדה – גזית"
בירושלים

הרב רצון ערוסי – רבה של קריית אונו, אב"ד לממונות

הרב אליעזר שנקולבסקי – אב"ד לממונות "ארץ חמדה – גזית" וראש ישיבת
ההסדר, בית שמש

הרב שלמה אישון, רב מזרח העיר רעננה, אב"ד לממונות גוש דן

הרב בניהו ברונר, אב"ד לממונות מפרץ חיפה



שער שני:

הפסיקה

היתר פנייה לערכאות

הרב הלל גפן

- א. מבוא
- ב. קריטריונים להוצאת היתר פנייה לערכאות
1. הוצאת היתר פנייה לערכאות על פי השולחן ערוך ונושאי כליו
 2. זימון לדין בעזרת שירותי הדואר או שליחות
 3. מסירת הזמנה לדין לידי ילד או אישה של הנתבע
 4. דרישה מהנתבע לחתום על הסכם בוורות מראש לפני הדין
 5. הסתמכות על דיווח של מזכירות בית הדין על תגובת הנתבע
 6. דינו של נתבע שלא משיב לפניית בית הדין
 7. דינו של נתבע שמוכן לדון בדין תורה ולא מוכן לחתום על הסכם בוורות
 8. דינו של נתבע שלא מוכן לחתום על הסכם בוורות בין לדין ובין לפשרה
 9. הצורך בהיתר פנייה לערכאות כאשר הנתבע ידוע כמי שמסרב לדין תורה
 10. היתר פנייה לערכאות כאשר הנתבע מבוטח
- ג. דינו של תובע בהיתר בערכאות שזכה ביותר מהמגיע לו על פי ההלכה
1. הצגת השאלה
 2. מקור דין היתר פנייה לערכאות וטעמו
- ד. סיכום
- ה. סיכום כנס הדיינים תשע"ד בנושא: הוצאת היתר פנייה לערכאות
- א. קריטריונים להוצאת היתר פנייה לערכאות
- ב. דינו של תובע בהיתר בערכאות שזכה ביותר ממה שהוא זכאי על פי ההלכה
3. היקף ההיתר לתבוע בערכאות
4. פטור תובע בהיתר כאשר נגרמו לנתבע הפסדים בערכאות
5. תובע ללא היתר בערכאות שזכה בפחות מהמגיע לו על פי דין תורה
6. תובע בערכאות בהיתר שזכה ביותר מהמגיע לו על פי דין תורה – עמדת האוסרים
7. עמדת המתירים: הנתבע קיבל על עצמו את דין הערכאות
8. עמדת המתירים מכוח הפקר בית דין הפקר

א. מבוא

מכיוון שחוק התורה איננו החוק המחייב במדינה כיום, הרי שדיון בדין תורה מבוסס על הסכמת שני הצדדים לדיון. כאשר נתבע איננו מעוניין להתדיין בדין

* הרב הלל גפן הוא חוקר במכון משפטי ארץ ור"מ בישיבה הגבוהה בית אל.

תורה מתיר בית הדין לתבוע לתבוע בערכאה מחייבת (כגון בית משפט), כפי שנפסק בשולחן ערוך:

היתה יד עובדי כוכבים תקיפה, ובעל דינו אלם, ואינו יכול להציל ממנו בדייני ישראל, יתבענו לדייני ישראל תחלה; אם לא רצה לבא, נוטל רשות מבית דין ומציל בדייני עובד כוכבים מיד בעל דינו.¹

כיום החוק הישראלי מאפשר דיון בבית דין של תורה במסגרת חוק הבוררות. על פי החוק, אמנם לא ניתן לכפות אדם להתדיין בדין תורה, אולם לאחר ששני הצדדים חתמו מרצונם על הסכם בוררות מחייב – יש סמכות לבורר, ובכלל זה לבית דין של תורה שנבחר כבורר.

כאשר הנתבע מסרב להתדיין בדין תורה (ייקרא לשם הקיצור: סרבן), יתיר בית הדין לתבוע לתבוע בבית המשפט של מדינת ישראל, על פי דברי השולחן ערוך שהובאו לעיל. ההיתר מכונה לעיתים "כתב סירוב".

במאמר זה נעסוק בשאלות המעשיות המצויות כיום בהקשר זה. המאמר מתחלק לשני חלקים:

א. התנאים להוצאת היתר פנייה לערכאות.

ב. היקף ההיתר – האם הוא מאפשר לגבות את כל מה שייפסק בבית המשפט.

ב. קריטריונים להוצאת היתר פנייה לערכאות

1. הוצאת היתר פנייה לערכאות על פי השולחן ערוך ונושאי כליו

לפני שנבחן את השאלות המעשיות נסקור את דיני הוצאת היתר פנייה לערכאות כפי שהם מופיעים בשולחן ערוך חושן משפט סימן יא. על פי השולחן ערוך יש להזמין את הנתבע לדין תורה שלוש פעמים ואם הוא לא מופיע אזי הוא מוגדר כסרבן:

כיצד מזמינים בעל דין לדין, שולחים לו בית דין שלוחם, שיבא ליום המזומן לדין. לא בא, מזמינים אותו פעם שנית. לא בא, מזמינים אותו פעם שלישית. לא בא, ממתינים לו כל היום. לא בא, מנדין אותו למחרתו. במה דברים אמורים, במי שהיה בכפרים ויוצא ונכנס; אבל מי שהוא מצוי בעיר, אין קובעים לו זמן אלא פעם אחת, ואם לא בא כל אותו יום, מנדין אותו

1. שולחן ערוך חו"מ כו, ב.

למחרתו. והשליח ב"ד נאמן לומר: הקלני, או הקלה הדיין, או לא רצה לבא לדין, ומשמתין אותו על פיו.²

מדברי השולחן ערוך עולה שאדם שנמצא בעיר ולא הגיע אחרי ההזמנה הראשונה – נחשב סרבן. כמו כן, אדם שאמר לשליח בית הדין שאיננו מתכוון להגיע ("לא רצה לבא") – מוגדר כסרבן. התגובה של בית הדין במקרה של סירוב היא נידוי.

לפי חלק מן הראשונים³ הזמנה שלוש פעמים מיועדת לנתבע שאינו מצוי בעיר אלא נכנס ויוצא לעסקיו, וכן פסק שולחן ערוך, אבל לאישה המצויה בעיר די בהזמנה פעם אחת, ואם לא באה הרי היא מוגדרת סרבנית מיד, והוא הדין לכל נתבע המצוי בעיר שמוגדר סרבן אם לא נענה להזמנה ראשונה.

הרא"ש⁴ לעומת זאת חילק בין איש שטרוד בעבודתו לבין אישה שיושבת בביתה. בספר אורים ותומים⁵ כתב שלפי שיטה זו נהגו להזמין כל נתבע שלוש פעמים, בין אנשים ובין נשים, גם כשהם מצויים בעיר. כיוון שבזמן הזה כולם טרודים בעבודתם לצורך הפרנסה וגם נשים נושאות ונותנות בתוך הבית, והסכים עמו בעל נתיבות המשפט.⁶

בשולחן ערוך לא נאמר במפורש שההזמנה צריכה להיות בכתב, ומשמע ששליח בית הדין אומר בעל פה לנתבע שהוא מוזמן לדין. למרות זאת נהגו גם בעבר להזמין את הנתבע בכתב, כפי שמשמע בשולחן ערוך: "הדיין יכול לחתום בשטר הזמנה מן הצד"⁷ (בניגוד לעדי שטר שחותמים למטה ולא מן הצד).

ההזמנה צריכה להיות מנוסחת כך שיהיה ברור לנתבע שהוא מוזמן על ידי בית דין, ולכן שליח בית דין שהזמין בשם אחד מן הדיינים לא אמר כלום. צריך לפרט מיהו התובע,⁸ כדי שהנתבע יוכל להיזכר אם אכן הוא חייב דבר מה לתובע ויפייסנו ללא דיון בבית הדין, או כדי שיוכל להכין תשובתו לתביעה.⁹ יש אומרים שצריך גם לפרט את מהות התביעה, וכל זמן שהתובע אינו רוצה לגלות לנתבע

2. שם יא, א.

3. רשב"א בבא קמא קיג,א, בשם ר"ח; רמ"ה בשיטה מקובצת שם, רמב"ם סנהדרין כה, ח.

4. רא"ש בבא קמא י, ח. ההבדל בין השיטות תלוי בגרסת הגמרא. הרשב"א והרמב"ם גורסים: "והני מילי גברא דאניס וליתיה במתא", ואילו הרא"ש גורס: "והני מילי גברא דטריד בעבדיתה".

5. אורים יא, ד.

6. נתיבות המשפט חידושים יא, ד.

7. שולחן ערוך חו"מ יא, ו.

8. מועד קטן טז,א; שולחן ערוך חו"מ יא, ב.

9. ריטב"א מועד קטן טז,א, ד"ה את ופלניא.

אותה, הנתבע אינו מחויב לבוא עמו לדין כלל.¹⁰ לעומתם יש הסוברים שהתובע רשאי שלא לגלות לנתבע מהי תביעתו עד שיבוא עמו לדין.¹¹ ר' יהונתן אייבשיץ¹² הכריע שהתובע חייב לגלות לנתבע את סכום התביעה אבל אינו חייב לפרט כיצד הוא חייב לו.

בספר מאזניים למשפט¹³ חילק באופן שונה במקצת, וכתב שעל התובע לגלות את עיקר התביעה שיש לו כדי לתת הזדמנות לנתבע אולי יסכים לשלם ללא דיון או שיוכיח לתובע שהוא טועה, אבל אין התובע צריך לגלות את הטענות שיש לו. השולחן ערוך והרמ"א ביררו מה נחשבת "מסירה כדין" של ההזמנה לדין:

מי שהוא במדינה והלך שליח בית דין ולא מצאו, אין קובעים לו זמן עד שימצאו השליח ויאמר לו.

היה בכפר, אם דרכו לבא באותו היום, אומר השליח אפילו לאחד מהשכנים, אפילו אשה אם יבא פלוני, הודיעוהו שבית דין קבעו לו זמן שיבא היום לבית דין, ואם לא בא מנדין אותו לערב. (וכ"ש על פי שליח בית דין, אף על פי שלא חזר ואמר: עשיתי שליחותי).

במה דברים אמורים, כשאין בדרך שדרכו לילך בה על מקום בית דין, אבל אם דרכו עליהם, אין מנדין אותו עד שיודיעו השליח בעצמו, שמא לא אמרו לו השכנים, שהרי הם אומרים: דרכו על פתח בית דין, וכבר הלך (אליהם) ונפטר. וכן אם לא בא במדינה עד למחר, אין סומכים על השכנים, שמא שכחו ולא אמרו לו.

הגה: וכן אם היה בעיר, אין סומכין על השכנים, שיאמרו: שמא השליח ב"ד מצאו ואמר לו (טור).¹⁴

השולחן ערוך הדגיש שהזמנה צריכה להגיע לידי הנתבע. אולם במקרים מסוימים ניתן לסמוך על כך ששכנים יעבירו לנתבע את המסר. כעת נעבור לדון בשאלות המעשיות בימינו.

2. זימון לדין בעזרת שירותי הדואר או שליחות

כאמור לעיל, מן השולחן ערוך ונושאי כליו עולה כי בית הדין שולח שליח לנתבע. גם תקנות הדיון של בתי הדין הרבניים שנהגו עד שנת תשנ"ג העדיפו שההזמנה

10. ש"ך חו"מ יא, א; נתיבות המשפט שם.

11. שו"ת באר שבע, נד, מובא בש"ך שם. הסכים עמו שו"ת שבות יעקב א, קמג.

12. אורים יג, א.

13. מאזניים למשפט יא, א.

14. שולחן ערוך חו"מ יא, ג.

לדין תימסר ע"י שליח בית הדין, ורק כאשר הדבר אינו אפשרי תישלח ההזמנה בדואר.

אולם למעשה העומס של משלוח הזמנות גרם לכך שהמשלוח בדואר היה האמצעי הקבוע והמקובל. הרב מרדכי אליהו במאמרו "יחס ההלכה לחוקי המדינה"¹⁵ כתב שיש לעגן את ההסדר הזה בתקנה שתתקן מועצת הרבנות הראשית בשיתוף חברי בית הדין הגדול המוסמכים לתקן תקנות לסדרי בתי דין. הצעות ברוח זו הועלו כבר בשנת תשי"ב בוועדה לתקנות הדיון (ע"י הרב ברוך רקובר, הרב יואל קלופט והרב שמואל ברוט) אך לא התקבלה החלטה.¹⁶

תקנות הדיון של בתי הדין הרבניים משנת תשנ"ג (תקנה לט) מאפשרות גם הזמנה בדואר רשום עם אישור מסירה. חתימת הנמען היא ראייה לכך שההזמנה הגיעה לידי. את העתק ההזמנה ואישור המסירה מצרפים לתיק התביעה. אם סירב הנתבע לקבל את ההזמנה פקיד הדואר רושם שהנמען סירב לקבל את דבר הדואר, והדבר מהווה ראייה לכך שהוא מודע להזמנה לדין.

למעשה סומכים על טופס מסירת הזמנה החתום על ידי פקיד דואר, למרות שהוא אינו מוכר לבית הדין באופן אישי, למרות שהוא עד יחיד, וייתכן שהוא אף אינו יהודי. הרב מרדכי אליהו (שם) כתב שיש לעגן הסדר כזה בתקנה על פי הדין "אומן לא מרע אומנותיה", כלומר, אומן מקפיד לומר את האמת במסגרת עבודתו כדי לא לפגוע באמינותו ובעסקיו.¹⁷

על פי העיקרון הזה כתב באגרות משה¹⁸ שאם בית הדין שלח למורדת שלוש הזמנות ושליח הדואר רשם שסירבה לקבלם – השליח נאמן מכיוון שחזקה על אומן שאינו מרע אומנותו, ואין חוששים שמא היא הייתה מוכנה לקבל את ההזמנה והוא התעצל ולא מסר לה, וטעם הדבר הוא משום ששליח הדואר חושש שמא האישה תתלונן עליו בערכאות והוא יאבד את משרתו.¹⁹

15. הרב מרדכי אליהו, "יחס ההלכה לחוקי המדינה", תחומין ג, עמ' 245.

16. לפירוט ראו: אליאב שוחטמן, סדר הדין בבית הדין הרבני, עמ' 365 הערה 39.

17. בעניין נאמנות קפילא (=טבח) לטעום תערובת של איסור והיתר – חולין צו,א; תוספות שם, ד"ה סמכינן; כך כתב גם הרשב"א בספר תורת הבית הארוך בית ד, שער א; הר"ן חולין לד,א; בית יוסף יו"ד, צח. אמנם יש ראשונים שהסבירו שטעם הנאמנות אינו בגלל אומנותו של הנכרי אלא מפני שמדובר במסיח לפי תומו, ולא הזכירו "קפילא" אלא מפני שבדרך כלל הוא זה שיודע להבחין בטעמים.

בעניין נאמנות נכרי לומר שהוא מוכר יין רימונים – שולחן ערוך יו"ד קיד, ה.

בעניין ריפוי ע"י רופא נכרי – שולחן ערוך יו"ד, קנה; ש"ך שם, ג.

18. שו"ת אגרות משה אה"ע ג, כט.

19. וכך כתב גם שוחטמן, סדר הדין בבית הדין הרבני, עמ' 365.

לסיכום, ניתן לשלוח הזמנה לדין בעזרת שירותי הדואר או בעזרת חברת שליחויות, כמו כן ניתן להסתמך על הדיווח של השליח לגבי תגובת הנמען.

3. מסירת הזמנה לדין לידי ילד או אישה של הנתבע

במקרים רבים השליח איננו מוצא את הנתבע או הנתבעת בביתם והוא מוסר את ההזמנה לאחד מבני הבית, ואף לילדים. האם מסירה כזו תקפה? כאמור, בשולחן ערוך נפסק על פי הגמרא²⁰ שניתן למסור את ההודעה (בעל פה) על ההזמנה לדין בעזרת שכנים:

מי שהוא במדינה והלך שליח בית דין ולא מצאו, אין קובעים לו זמן עד שימצאו השליח ויאמר לו.

היה בכפר, אם דרכו לבא באותו היום, אומר השליח אפילו לאחד מהשכנים, אפילו אשה אם יבא פלוני, הודיעוהו שבית דין קבעו לו זמן שיבא היום לבית דין, ואם לא בא מנדין אותו לערב. (וכ"ש על פי שליח בית דין, אף על פי שלא חזר ואמר: עשיתי שליחותי).²¹

כלומר ניתן לסמוך על השכנים או על אשתו של הנתבע.²² אמנם הדרישה²³ הקשה כיצד אנו סומכים כאן על 'חזקה שליח עושה שליחותו', הרי בגמרא²⁴ הסתפקו אם ניתן לסמוך על חזקה זו, ומחמת כך נפסק שהיא מועילה רק בדרבנן אבל בדיני תורה אין סומכים עליה! משום כך לפי הדרישה גם כאן איננו סומכים לגמרי על חזקה זו, ולא נוציא ממון על פיה, והיא מועילה רק לעניין נידוי שמנדים את הנתבע.

בספר אורים ותומים כתב²⁵ שלעניין הזמנה לדין 'חזקה שליח עושה שליחותו' מועילה מן התורה מכיוון שאין זו שליחות של כל אדם אלא של בית הדין. גם כאשר שליח בית הדין אומר לשכנים שימסרו לנתבע שהוא הוזמן לדין, הוא אומר להם שזו שליחות של בית הדין, ולכן ניתן להניח שגם השכנים עשו את שליחותם.

20. בבא קמא קי"ב.

21. שולחן ערוך חו"מ י"א, ג.

22. שיטה מקובצת בבא קמא קי"ב, ד"ה אמר רבא.

23. דרישה חו"מ י"א, ד.

24. עירובין לא"ב.

25. אורים י"א, ט.

כאמור, בשולחן ערוך הובאו מקרים שבהם אין אנו סומכים על השכנים שיאמרו לנתבע שהוא מוזמן לדין, כגון כאשר הנתבע שכח בעיר שאז השכנים מניחים ששליח בית הדין מצאו ואמר לו.

אמנם יש להעיר שהדברים מתאימים יותר לזמן הגמרא כאשר ההזמנה לדין נמסרה בעל פה, אבל בימינו יש כתב הזמנה, ואם הוא נמסר לידי השכנים הם יודעים ששליח בית הדין אינו יכול עוד למוסרו לנתבע והדבר מוטל עליהם. כמו כן אין לחשוש שמא השכנים שכחו למסור את ההזמנה, כיוון שכתב ההזמנה נמצא בידם ומזכיר להם לעשות את שליחותם.²⁶

לאחר ששליח בית הדין העביר את ההזמנה אל השכנים, הרי שהם נעשים שליחים של בית הדין, ומשום כך נאמר עליהם 'חוקה שליח עושה שליחותו'. מכאן, שניתן להיעזר רק בשכנים גדולים ולא בקטנים, שהרי אין שליחות לקטן. וכך נקבע בתקנות הדיון תשנ"ג:

(1) שליח בית-הדין ימסור את ההזמנה למוזמן בכל מקום שהוא מוצא או פוגש אותו. (2) סירב המוזמן לקבל את ההזמנה מידי שליח בית-הדין או שקיבלה וסירב לחתום, ירשום השליח את דבר הסירוב בכתב על הטופס שהוא מחזיר לבית-הדין. (3) לא מצא שליח בית-הדין את המוזמן, ימסור את ההזמנה בדירת המוזמן לידי אחד מבני-ביתו הבוגרים או במקום עסקו לידי אחד מהעובדים בו או לאחד משכניו הקרובים; יחתים את מקבל ההזמנה וירשום בה את שמו המלא של המקבל וקרבנותו או יחסו אל המוזמן וזמן מסירתה; ואם סירב המקבל לחתום, ירשום את דבר הסירוב.²⁷

לסיכום, ניתן למסור את מכתב ההזמנה לדין לאחד מבני ביתו הבוגרים של הנתבע, ויש ליידע את מקבל ההזמנה שמדובר במכתב הזמנה של בית הדין, או לכתוב על המעטפה: "הזמנה לדין".

4. דרישה מהנתבע לחתום על הסכם בוררות מראש לפני הדיון

כאמור לעיל, לפי הפרוצדורה המתוארת בשולחן ערוך מזמינים את הנתבע לדיון שלוש פעמים ואם לא בא – הוא יוגדר כסרבן.

26. תקנות הדיון בבתי-הדין הרבניים בישראל תש"ך, עמ' 37. הדברים מובאים אצל שוחטמן, סדר הדין בבית הדין הרבני, עמ' 363.

27. תקנות הדיון בבתי-הדין הרבניים בישראל התשנ"ג, מ.

בפועל יש נתבעים שמנצלים את ההליך כדי להתיש את התובע.²⁸ בינתיים נגרם נזק לתובע וטרחה שלא לצורך לו ולדיינים שבאו לשווא רק כדי לראות שהנתבע לא הופיע לדין. לפעמים הדבר גורם לכך שהתובע לא ינסה לתבוע בדין תורה, אלא יפנה לערכאות, ולפעמים התובע מתייאש מתביעתו למרות שהיא מוצדקת. לגבי הצורך להזמין שלוש פעמים כתב בספר מאזניים למשפט²⁹ שדווקא לעניין נידוי שהוא חמור צריך התראה שלוש פעמים, אבל כל בית דין שבדור יכול להטיל קנס על מי שלא בא בפעם הראשונה לדין, אלא אם כן שלח התנצלות סבירה לבית הדין. גם הרב יועזר אריאל כתב שאם ברור שקיבל ומסרב – די בהזמנה אחת.³⁰

בעניין הצורך להזמין את הנתבע לדין, טען הרב משה שלום שור שניתן לדרוש מהנתבע לחתום על הסכם בוררות לפני קביעת דיון, וזאת מהנימוקים הבאים:

א. ייתכן שנדרשת הזמנה שלוש פעמים רק בשביל לנדות את הנתבע, אבל בשביל להתיר פנייה לערכאות די בהזמנה אחת. כך הוא דייק מלשון השולחן ערוך: "אם לא רצה [הנתבע] לבוא [לבית הדין] נוטל [התובע] רשות מבית הדין ומציל בדיני גויים".³¹ בשולחן ערוך לא הוזכר שיש צורך בהזמנה שלוש פעמים, אלא אם פעם אחת הנתבע לא רצה לבוא מתירים לתובע להציל בערכאות.

ב. גם לצורך נידוי נדרשת הזמנה שלוש פעמים משום "דרכיה דרכי נעם", שלא לנדות את הנתבע מיד עד שיתברר מעל כל ספק שהוא ראוי לכך. אבל אין לאפשר לנתבע להתיש את התובע, שהרי גם זה אינו "דרכי נעם".

ג. הצורך בהזמנה שלוש פעמים הוא משום שייתכן שהנתבע היה טרוד מאוד בזמן שנקבע לו ולא יכול היה לבוא או להודיע, אבל בימינו אמצעי התקשורת השתכללו ואין סיבה שהנתבע לא יוכל להודיע אם יש לו אונס שמנע ממנו לבוא לדין. משום כך נתבע שלא הופיע לדין, ולא הודיע שאירע לו אונס המונע ממנו להופיע, יש לראות בו סרבן דין.

ד. הטעם של טרדה שייך כאשר הנתבע צריך לבוא בזמן שנקבע לו, וייתכן שהוא היה טרוד באותו זמן. אבל אם הודיעו לו שעליו לחתום על הסכם בוררות תוך

28. הרב משה שלום שור, "בענין הזמנה לדין", בית אהרן וישראל, שנה טז, גליון צה (סיון-תמוז תשס"א), עמ' עג. דבריו הובאו אצל שוחטמן, סדר הדין בבית הדין הרבני, עמ' 371.

29. מאזניים למשפט יא, א.

30. הרב יועזר אריאל, דיני בוררות, עמ' רעו; ראו בשו"ת מנחת יצחק ט, קנה, שכתב שאם הנתבע הוא מחלל שבת שמוחזק לסרב לדין נהוג ששולחים לו הזמנה אחת ומתירים בו שאם לא יבוא לדין תינתן לתובע רשות ללכת לערכאות.

31. שולחן ערוך חו"מ כו, ב.

שלושים יום, לא יוכל הנתבע לטעון שהיה טרוד, מכיוון שבתוך הזמן שנקבע הוא היה יכול למצוא את הזמן הנוח לו ולחתום על הסכם הבוררות.

על פי כל זה הציע הרב משה שלום שור שבית הדין ישלח לנתבע הזמנה בדואר רשום לחתום בפני מזכיר בית הדין על הסכם בוררות בכל עת שיחפוץ תוך שלושים יום, ואם לא יבוא בתוך זמן זה ייחשב סרבן. על המעטפה יהיה כתוב באופן בולט "הזמנה לדין", ואם פקיד הדואר יודיע שהנתבע סירב לקבל את ההזמנה הוא ייחשב סרבן.

במקרים מסוימים הנתבע טוען שהוא אינו חייב על פי ההלכה לחתום על הסכם בוררות. למשל, כאשר דיון בעניין כבר התקיים או מתקיים בבית דין אחר, או שהוא טוען שהוא איננו בעל הדין, ויש לתבוע אדם אחר. במקרים אלה יש צורך לשמוע את דברי הנתבע, ואת נימוקיו לסירוב לחתום על שטר בוררות. לפיכך, יש לערוך דיון מקדמי (ללא חתימה על שטר בוררות מראש) במעמד שני הצדדים שישמיעו את טענותיהם.

לסיכום, ניתן לדרוש מהנתבע לחתום על הסכם בוררות תוך זמן קצוב וסביר, עוד לפני קביעת דיון בבית הדין. במקרה שהנתבע טוען טענות שיש בהן ממש שאיננו חייב על פי ההלכה לחתום על הסכם בוררות – יש לקיים דיון מקדמי לפני חתימת הסכם בוררות. חשוב להדגיש שקודם שפונים לנתבע, על התובע לחתום על הסכם בוררות. זאת כדי למנוע מהתובע לבטל את התביעה ולהתיש את הנתבע בתביעות בכמה בתי דין.

5. הסתמכות על דיווח של מזכירות בית הדין על תגובת הנתבע

כאשר הנתבע נדרש לחתום על הסכם בוררות לפני קביעת דיון, מזכירות בית הדין, קרי מזכיר או מזכירת בית הדין, אחראית על הקשר עמו. במקרים רבים הנתבע מגיב להזמנת בית הדין בשיחת טלפון ומסרב לשלוח את תגובתו בכתב. האם יכול בית הדין להסתמך על הדיווח שקיבל ממזכירות בית הדין כדי להגדיר את הנתבע כסרבן.

הרמב"ם פסק ששליח בית הדין נאמן להעיד על סירובו של הנתבע לבוא לדין:

השליח נאמן כשנים לענין הנידוי, שאם אמר פלוני הקלני או הקלה הדיין או לא רצה לבא לדין משמתין אותו על פיו, אבל אין כותבין פיתחא עליו עד שיבאו שנים ויעידו עליו שנמנע לבא לבית דין.³²

32. רמב"ם סנהדרין כה, ה.

כלומר שליח בית דין נאמן לעניין הנידוי אך אינו נאמן כדי לחייב את הנתבע ממון. רש"י³³ כתב ששליח בית הדין נאמן כשניים משום "דלא משקר בבי דינא". נשאלת השאלה האם כתב סירוב המאפשר לתובע לתבוע את ממונו בערכאות נחשב דבר שבממון ששליח בית הדין אינו נאמן בו, וממילא צריך שני עדים שיעידו על הסירוב.

בספר אורים ותומים כתב³⁴ בשם כנסת הגדולה שאכן צריך שני עדים, מכיוון שהוא דבר שבממון. אמנם הוא כתב שלא ראה שנוהגים כך, אלא אם שליח בית הדין התרה בנתבע וזה אמר שאינו רוצה לבוא לבית הדין נותנים רשות לתובע לתבעו בערכאות. ההסבר למנהג לדעתו הוא כך: בית דין שנותן רשות לתובע בערכאות אינו מחייב את הנתבע ממון בהכרח, מכיוון שלא ברור שהתובע יזכה בדין הערכאות. משום כך אין כאן אלא מילתא דאיסורא, שאסור ללכת לדון שלא בדין תורה, ובית הדין מתיר את האיסור הזה על פי עד אחד שהרי עד אחד נאמן באיסורים. למרות זאת, הוא סיכם שיש לחוש ולתת רשות בית דין רק על פי שני עדים.

בספר אורח משפט (להגרש"ד אנאליק)³⁵ כתב שאם בית הדין היה מתנה בפירוש ששליחו יהיה נאמן גם להוציא ממון הדבר היה מועיל מכיוון שבידו של בית הדין להפקיע ממון. הואיל ואנו רואים שהמנהג הוא לתת רשות לתובע בערכאות על פי השליח הרי זה כאילו התנו על הדבר.

כסף הקדשים³⁶ כתב שייתכן שבשליח בית הדין שממונה על ידי הקהל כולם יודו שהוא נאמן לבדו. הוא מביא ראיה לדבר מההלכה של סופרי הדיינים:

ראש בית דין שהיה יודע ענין השטר, וקרא לפניו הסופר שלו, הואיל והוא מאמין אותו ואימתו עליו, הרי זה חותם השטר אף על פי שלא קראו הוא בעצמו.³⁷

נימוק נוסף מדוע מאמינים לו הוא שמדובר בדבר שעשוי להתגלות אם אכן אין זו האמת (מילתא דעבידא לאיגלווי).³⁸

33. רש"י בבא קמא קיב,ב, ד"ה מהימנינן ליה.

34. אורים כו, ז.

35. אורח משפט כו, ב.

36. כסף הקדשים על שולחן ערוך חו"מ כו, ב.

37. שולחן ערוך חו"מ מה, ב, על פי גיטין יט,ב.

38. ראו בעניין זה הרב עדו רכניץ, "עד מומחה בהלכה", לקמן עמ' 303.

בשו"ת ברית אברהם³⁹ כתב שאם הנתבע מכחיש את דברי שליח בית הדין וטוען שלא סירב, שליח בית הדין אינו נאמן כנגדו. לפי זה בית הדין לא יוכל לתת רשות לתבוע בערכאות על פי שליח בית דין במקרה שהנתבע טוען שלא סירב.

נראה שמזכיר או מזכירת בית הדין במסגרת תפקידם דינם כשליח בית דין שנאמן לומר על הנתבע שסירב לבוא לדין. הנימוקים שהוזכרו לגבי שליח בית הדין שייכים גם במזכיר או מזכירה של בית הדין לממונות.

לכך יש להוסיף שבמקרה שהמזכירים הם עובדים קבועים של בית הדין יש לקבל את דבריהם גם מן הטעם שאין אומן מפסיד אומנותו, שהרי אם יתברר ששיקרו הדבר יפגע בעבודתם. ובוודאי שהם אינם גרועים מדוור נכרי שכאמור ניתן לסמוך על דיווח שלו שהנתבע סירב לקבל את ההזמנה לדין. כשם שאנו אומרים שפקיד הדואר לא יפסיד את אומנותו ולכן חזקה שלא ישקר, כך גם מזכירי בית הדין יזהרו לא להפסיד את מקום עבודתם. על פי זה הם יהיו נאמנים גם לעניין ממון, ובוודאי שניתן יהיה להסתמך עליהם כדי להתיר לתבוע בערכאות.

6. דינו של נתבע שלא משוב לפניית בית הדין

כאמור לעיל, ניתן לדרוש מהנתבע לחתום על הסכם בוררות לפני קביעת מועד לדיון. במקרה שהנתבע סירב, בית הדין יתיר לתבוע לפנות לבית המשפט. אלא שחלק מהנתבעים בוחרים שלא להתייחס לפניית בית הדין, הם אינם מודיעים על סירוב להתדיין בדין תורה אלא מתעלמים מהפנייה אליהם. האם התעלמות כזו היא בגדר סירוב לדין תורה?

ככלל, אין אפשרות לאדם להתחמק מן הדין, והוא אינו רשאי שלא להתייחס להזמנת בית הדין. וכך כתב הרמ"א:

מי שלא יוכל לבא לבית דין, כי צריך לילך למרחקים, יש להודיע לבית דין ולשום התנצלותו ולבקש זמן אחר; ואם לא עשה, מנדין אותו, אף על פי שלא היה יכול לבא.⁴⁰

כלומר: גם אדם שאינו יכול להגיע לדיון מחמת אונס אינו יכול להתעלם מההזמנה לדיון שקיבל ועליו להודיע לבית הדין על כך.

ברוח זו כתב הרב משה שלום שור⁴¹ שמי שמתעלם מפניית בית הדין, למרות שהיו לו שלושים יום לחתום על שטר הבוררות, הרי הוא מזלזל בבית הדין

39. שו"ת ברית אברהם יו"ד, סג, ז.

40. רמ"א חו"מ יא, א, בשם שו"ת מהרי"ק שורש יא.

41. ראו לעיל הערה 29.

ואפשר לנדותו על כך, ובוודאי שאפשר להתיר לתובע להוציא את ממונו בכל מקום.

אמנם הרמ"א כתב: "וכל מקום שאינו צריך לבא לפניו לדון, אין צריך לחוש כלל להזמנתו, ואין צריך לבא כלל".⁴² כלומר, הנתבע אינו חייב להתייחס לתביעה שהוגשה בבית דין שהוא אינו מחויב להתדיין בפניו. תופעה כזו מצויה מאוד, למשל, כאשר אין בית דין בעירו של הנתבע והתביעה מוגשת בבית דין הנמצא בעיר אחרת שהנתבע אינו חייב להתדיין בו.

דוגמה נוספת של מקרה שאינו צריך לבוא לפניו לדין מביא הרב יהודא סילמן:⁴³ שלושה אברכים הזמינו אישה מעיר אחרת לדין בפניהם ומכיוון שלא הגיבה כתבו עליה כתב סירוב. הרב סילמן קובע, על פי דברי הרמ"א, שמכיוון שבעירה של האישה יש בית דין קבוע אין היא חייבת להתדיין בפני אותם אברכים, וממילא היא אינה צריכה להשיב כלל להזמנתם.

על פסק הדין של הרב סילמן יש להקשות ממקור דברי הרמ"א בספר התרומות:

הענין הראשון אם שלחו ב"ד שלוחים שיבא לפניהם לדון עם בעל דינו ומרד על מצותם, אם הדיינים אינן מומחין, כלומר שלא המחום רבים עליהם יכול הוא לומר אין רצוני לבא לפניכם אך אלך לפני אחרים שהן בעיר הזאת ואדון לפניהם שהן מומחין כמותכם או יותר מכם.⁴⁴

ספר התרומות אמנם כתב שהנתבע יכול לדרוש להתדיין בבית דין מומחה, אולם, הוא לא כתב שהנתבע יכול להתעלם מפניית בית הדין גם אם איננו מומחה.

אמנם הגר"א ציין מקור נוסף מגמרא (סנהדרין ח,א) שם נאמר שאם שליח בית הדין הזמין לדין בשם דין אחד, ולא בשם של שלושת הדיינים, "לא אמר כלום". הרא"ה קוק (פירוש באר אליהו) ביאר שמהמילים "לא אמר כלום" למד הגר"א שהנתבע כלל אינו צריך להתייחס לפנייה, בניגוד למי שלא בא לדין מחמת אונס שצריך להתנצל בפני בית הדין ולבקש ארכה נוספת, כפי שהובא לעיל.

הרב שי"ל לנדסמאן⁴⁵ כתב שהרמ"א התכוון רק למקרה שבית הדין שלח הזמנה כדי לחייב את הנתבע לדון דווקא בפניו, ועל כך אמר שהנתבע אינו חייב לענות. אבל אם בית הדין מזמין את הנתבע לדון בפני כל בית דין שראוי לכך, ורק מפקח

42. רמ"א חו"מ יד, ג.

43. הרב יהודא סילמן, דרכי חושן א, עמ' יב.

44. ספר התרומות שער ג, ח, ו, הובא בבית יוסף חו"מ יא.

45. הרב שי"ל לנדסמאן, "קביעת הרכב בית הדין", דברי משפט א (תשנ"ו), עמ' רהירו. מובא אצל שוחטמן, סדר הדין בבית הרבני, עמ' 382.

על כך שהנתבע לא ישתמט מן הדין, הרי זה בסמכותו והנתבע חייב לענות לו גם אם הוא רוצה להתדיין בבית דין אחר.

לפי זה אם בית הדין דורש מהנתבע לחתום על הסכם בוררות או להודיע אם הוא מעוניין להתדיין בבית דין אחר – הנתבע חייב להשיב, ואם התעלם מהפנייה דינו כסרבן.

7. דינו של נתבע שמוכן לדון בדין תורה ולא מוכן לחתום על הסכם בוררות האם נתבע שאומר כי הוא מוכן להתדיין בדין תורה ואף מתחייב לבצע את פסק הדין, אולם, איננו מוכן לחתום על הסכם בוררות – הוא סרבן? פוסקים רבים כתבו שתפקידו של בית הדין אינו מסתיים עם מתן פסק הדין, אלא עם ביצועו, ולכן על בית הדין לעשות את שביכולתו לשם יישום פסק הדין.⁴⁶ כיום, ללא חתימה על הסכם בוררות אין אפשרות מעשית לאכוף את פסק הדין. משום כך כתבו פוסקים רבים שאם הנתבע מסרב לחתום על שטר בוררות דינו כסרבן דין, למרות שהוא מצהיר על נכונותו לקבל את הדין. וכך כתב בדברי גאונים:

מי שרוצה לעמוד על דין תורה אך שאינו רוצה לחתום עצמו על קאמפרמוס מבואר בשו"ת נאות דשא סי' נ"א דיש לו דין מסרב, וכ"מ בשו"ת דברי חיים ח"ב חו"מ סימן ז' וט', וכ"כ בשו"ת שואל ומשיב מהד"ג ח"ג סו"ס קכ"ה, ובשו"ת רמ"ץ חו"מ סי' ו', והעיד שכן דנין.⁴⁷

כך פסקו פוסקים נוספים.⁴⁸

סוגיה נוספת התעוררה בעקבות פסיקת בג"ץ⁴⁹ שבית הדין הרבני הממלכתי אינו יכול לדון במסגרת חוק הבוררות. לעומת זאת פסקי דין של בתי דין פרטיים לממונות ניתנים לאכיפה על פי חוק הבוררות. על רקע זה עולה השאלה האם נתבע שמבקש שהדיון ייערך בבית הדין הרבני הוא בגדר סרבן מכיוון שפסק דינו אינו ניתן לאכיפה?

46. ראו הרב אברהם שפירא, **מנחת אברהם**, מב, מתוך פסק דינו בפסקי דין רבניים י, עמ' 168-181. עיין גם מאמריו של הרב אברהם שרמן, "סמכות בית דין רבני איזורי לנדות סרבן דין", **תחומין כז**, עמ' 344; "משפט אמת – משפט שלום", **שורת הדין ד**, עמ' רסה.

47. **דברי גאונים כלל נב**, ח.

48. **שו"ת מהרש"ם ג**, קסה, בסופו; **פסקי דין ירושלים ג**, עמ' יג; הרב יעזר אריאל, **דיני בוררות**, עמ' עח.

49. בג"ץ 8638/03 **סימה אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול ירושלים**. ראו פירוט נרחב של סוגיה זו אצל שוחטמן, **סדר הדין בבית הדין הרבני**, עמ' 23 הערה 91, ובנספח "סמכות השיפוט של בתי הדין הרבניים שלא בעניני המעמד האישי" בסוף הספר שם, עמ' 1447 ואילך.

בית הדין לממונות של המועצה הדתית ירושלים פסק שאכן במקרה כזה הנתבע מוגדר כסרבן:

מכאן שיש עדיפות לבית דין שבכחו לכוף ולהוציא לפועל את פסקו גם על צד שאינו ציית דינא, על פני בית דין – חשוב ככל שיהיה – שחסר כח כזה. לפיכך הסירוב לדון בבית דין בעל כח כפיה כמוהו כסירוב להתדיין בפני בית דין. וכבר פסקו כן בבית הדין של הרבנות הראשית לירושלים בראשות האב"ד הגר"א קצנלבוגן שליט"א בתיק מס' 312 – סו מיום כה תמוז תשס"ז ומיום ב באב תשס"ז שכיון שפסיקותיו של בית הדין האיזורי – לפי פסיקת בג"ץ – לא ניתנים לאכיפה, ולכן אין התובע יכול לבקש להתדיין בבית הדין האיזורי, ועליו להופיע לדיון בבית הדין, ובאם לא יופיע ידון בית הדין במתן "היתר".⁵⁰

לסיכום, נתבע שמוכן להתדיין בדין תורה אך אינו מוכן לחתום על הסכם בוררות – דינו כסרבן, כך גם דינו של נתבע שמבקש להתדיין בבית דין שפסק הדין שלו אינו ניתן לאכיפה בהוצאה לפועל.

8. דינו של נתבע שלא מוכן לחתום על הסכם בוררות בין לדין ובין לפשרה

נוסח שטר בוררות המקובל בבתי הדין מעניק לבית הדין את הסמכות לדון "בין לדין ובין לפשרה". מה דינו של נתבע שמוכן להתדיין בדין תורה אך אינו מוכן להעניק לבית הדין את הסמכות לכפות פשרה על הצדדים? שאלה זו נדונה בפני בית הדין הרבני בירושלים,⁵¹ ונחלקו בזה דייני בית הדין: דעת המיעוט⁵² הייתה שבמקרה כזה הנתבע אינו מוגדר כמי שסירב להתדיין בדין תורה, מכיוון שפשרה זו מצווה ואין לכפותה על מי שאינו מעוניין בה.⁵³ לעומת זאת דעת הרוב הייתה שנתבע שאינו מוכן לחתום על הנוסח "בין לפשרה" הוא בגדר סרבן, אולם בית הדין לא יתיר לתובע לתבוע אותו בערכאות. גם הרב אליעזר ולדנברג⁵⁴ כתב שהמסרב לקבל עליו את מנהג בתי הדין לכתוב בהסכם הבוררות "בין לדין ובין לפשרה" מוגדר כסרבן. כמו כן, הרב יועזר

50. פסקי דין ירושלים יא, עמ' יד. ראו גם שם ז, עמ' קעו.

51. פסקי דין רבניים יא, 267-262.

52. הרב משה יוסף מילצקי.

53. לדבריו, גם אם יסכימו שני הצדדים לחתום על הסכם בוררות שלא מעניק לדין את הסמכות לכפות פשרה, יש לדין זכות להסתלק מן הדין על פי ההלכה ש"צריכים הדיינים להתרחק בכל היכולת שלא יקבלו עליהם לדון דין תורה" (שולחן ערוך חו"מ יב, ב).

54. שו"ת ציץ אליעזר ז, מח, קונטרס ארחות המשפטים פרק ח. מובא אצל הרב יועזר אריאל, דיני בוררות, עמ' שיו.

אריאל⁵⁵ כתב שהנתבע יכול לסרב לנוסח "בין לפשר" רק אם הוא מוצא בית דין אחר בעירו שמוכן לדון אותו לפי דין תורה בלבד, אבל אם לא יציג תוך זמן סביר הסכם בוררות שנחתם על ידו בבית דין אחר הוא אינו רשאי לסרב.⁵⁶ לסיכום, נתבע שמסרב לחתום על הסכם בוררות בנוסח "בין לדין ובין לפשר" רשאי לבקש להתדיין בבית דין שדן רק על פי הדין. אולם, אם לא ימצא בית דין כזה עליו לחתום על הנוסח המקובל הנ"ל.

9. הצורך בהיתר פנייה לערכאות כאשר הנתבע ידוע כמי שמסרב לדין תורה
 על פי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה אין לרשויות השלטון הפועלות על פי חוק סמכות להתדיין במסגרת חוק הבוררות ללא אישור של היועץ המשפטי לממשלה,⁵⁷ וזה מאשר בוררות רק על פי חוקי המדינה. משום כך, כאשר אדם פרטי רוצה לתבוע רשות שלטונית כלשהי ברור שאין אותה רשות יכולה לחתום על שטר בוררות ולדון בבית דין רבני או בבית דין לממונות. השאלה היא האם יש צורך בפנייה לבית הדין לצורך קבלת היתר פנייה לערכאות במקרה כזה. שאלה דומה קיימת גם לגבי חברות פרטיות מסוימות שאמנם רשאיות לפנות לבוררות, אולם נוהגות שלא להתדיין בדין תורה.
 כסף הקדשים כתב שמי שידוע עליו שלא יסכים להתדיין בבית דין של תורה, והיא אומדנא הידועה לרבים, אפשר לתבעו בערכאות:

מי שידוע עליו שידוע מאליו חיוב שלא לעשות עולה, והוא ממונה בעירו, או שיש אומדנא שלא תועיל התביעה בבדה"צ דעם בני ישראל, והיא אומדנא הידועה לרבים... י"ל ששייך בזה מעין מה שאמרו חז"ל חבר אין צריך התראה.⁵⁸

לא ברור מלשוננו אם צריך היתר בית דין ואם בית הדין יכולים להתיר ללא הזמנת הנתבע, או שמא התובע אינו צריך רשות מבית הדין.
 כסף הקדשים דן גם בשאלה מהי "אומדנא הידועה לרבים", ונוטה לומר שזו אומדנא הידועה לשלושה בני אדם. בהלכות לשון הרע מצאנו שדבר הידוע לג' בני אדם הוא דבר העומד להתפרסם ומשום כך אין בו איסור לשון הרע. מאותה סיבה לא תהיה לזות שפתיים על כך שהתובע פנה לערכאות. אח"כ הוא הוסיף שיייתכן שמועילה ידיעת שלושה בני אדם גם אם הם אינם תושבי עיר זו.

55. שם, עמ' שטו.

56. שם, עמ' שכ.

57. שוחטמן, סדר הדין בבית הדין הרבני, עמ' 151 והערה 153.

58. כסף הקדשים על שולחן ערוך חו"מ כו, ב.

מקצת אחרוני זמננו כתבו שבמקרה כזה בית הדין יוציא היתר לתובע גם ללא פנייה לנתבע, בית הדין יכול גם להוציא היתר כללי ללא צורך בפנייה נפרדת לכל תביעה.⁵⁹ להיתר כזה יש תועלת גם בשאלה האם מותר לקבל את כל שיפסוק בית המשפט, כפי שיבואר בפרק הבא.

לסיכום, נראה שבית הדין יכול להתיר פנייה לערכאות כאשר הנתבע אינו יכול להתדיין בדין תורה או שבאופן עקבי מסרב להתדיין בדין תורה, כל זאת, גם ללא פנייה לנתבע.

10. היתר פנייה לערכאות כאשר הנתבע מבוטח

ישנם מקרים בהם הנתבע אינו מעוניין בקיום הדיון בבית דין של תורה, לא משום שאינו מעוניין בדין תורה, אלא משום שהוא מבוטח בחברת ביטוח, ועל פי תנאי חברת הביטוח היא אינה משלמת אלא אם כן התביעה תידון בבית משפט. לכאורה ההסכם שבין הנתבע לבין חברת הביטוח אינו נוגע לתביעה שבין התובע לנתבע. מבחינתו של התובע, הנתבע הוא בעל דינו, ואותו הוא תובע בבית דין של תורה. העובדה שהנתבע יפסיד את הכיסוי הביטוחי אם יתדיין בדין תורה לא אמורה להתיר לשני הצדדים להתדיין בבית המשפט, אולם משמעות קביעה זו היא שלאדם המקפיד על ההלכה בעצם לא יהיה כיסוי ביטוחי.

נושא זה נדון בבית הדין הרבני בנתניה,⁶⁰ שם נתבעו בית חולים ורופא מנתח על רשלנות רפואית. בית החולים טען שהתביעה צריכה להיות מוגשת לבית המשפט הואיל וחברת הביטוח מתנה את הכיסוי הביטוחי בכך שהדיון יתקיים בבית המשפט, התובע מצידו התעקש שהדיון יתקיים בבית דין של תורה. על פי קביעת הרוב בבית הדין, אין להוציא כתב סירוב כנגד הנתבעים ויש לתת רשות לתובע לתובעם בבית המשפט.

הנימוק הראשון הוא שכאשר ברור שהנתבעים חייבים להיות מבוטחים, הרי זה כדברים שבלבו ובלב כל אדם וכאילו התנו ביניהם שהתביעה תתנהל כנגד חברת הביטוח בבית המשפט.⁶¹ ממילא, התביעה נחשבת כתביעה נגד חברת הביטוח ולכן הנתבעים רשאים לסרב להתדיין בבית דין.

59. שו"ת תשובות והנהגות ה', שסב, ד', אמנם כתב שבפעם ראשונה צריך רשות מבית דין; הרב י. מוניסר, המשפט בישראל, עמ' 116; ראו עוד: שוחטמן, סדר הדין עמ' 377 הערה 110.

60. פסקי הדין של דעת הרוב ודעת המיעוט, בבית הדין האזורי ובערעור בבית הדין הגדול, מובאים בספר שורת הדין יג, עמ' קנ ואילך.

61. שם, עמ' קס.

הנימוק השני הוא שיש לראות את בית החולים כאנוס שלא לדון בבית הדין משום שאם נתקבל התביעה וחברת הביטוח לא תכסה אותה בית החולים לבדו לא יוכל לעמוד בתשלום.⁶²

הנימוק השלישי הוא שחברת הביטוח עצמה מבוטחת על ידי חברות ביטוח גדולות בחו"ל שאינן בבעלות יהודית, ועל כן הדבר נחשב כתביעה כלפי נכרי שאי אפשר לחייבו להתדיין בדין תורה.⁶³

הנימוק הרביעי הוא שכל מי שנכנס לבית החולים נכנס על דעת כך שאם יהיו תביעות הן יידונו בבית המשפט, מכיוון שזה מנהג המקום. בנוסף, אין בסירוב הנתבעים כוונה לייקר את דיני המדינה אלא שאינן אפשרות לקבל את הכיסוי של חברת הביטוח שלא דרך בתי המשפט. דעת המיעוט חלקה על כל נימוקי הרוב.⁶⁴ על פסק דין זה הוגש ערעור לבית הדין הגדול, וגם שם דעת הרוב הייתה כדעתו של בית הדין האזורי.⁶⁵

מקרה דומה בא לפני בית הדין של ארץ חמדה – גזית.⁶⁶ התובע טען כי עקב נהיגה רשלנית של הנתבע אירעה תאונה, ובגללה ניזוק הרכב שלו, וביקש לתבוע אישית את הנתבע בדין תורה, ולא את חברת הביטוח שלו. הנתבע השיב שהוא אינו צד לסכסוך, מכיוון שחברת הביטוח שלו מטפלת בתביעות ההדדיות.

בית הדין פסק שעל פי ההלכה נתבע בנויקין המבוטח על ידי חברת ביטוח, רשאי לדרוש שהדיון יתקיים בבית המשפט, שם הוא יהיה זכאי לכיסוי ביטוחי. הטעם הוא משום שכלל המשתמשים בכביש יודעים שבמקרה של תאונה, המזיק יוכל

62. שם, עמ' קנו.

63. שם, עמ' קנו.

64. דעת המיעוט טענה כך: א. הנתבעים הם הרופא ובית החולים ולא חברת הביטוח. ב. יש פוסקים שגם דין שבין ישראל ונכרי יש לתבוע בבית דין של ישראל, ולכן גם אם חברת הביטוח היא הנתבעת יש לקיים את הדיון בבית הדין. ג. אין ספק שבית החולים רשאי לבטח את עצמו כנגד תביעה בערכאות, אבל לצורך תביעה בדין תורה בית החולים אינו חייב לבטח את עצמו, ואם ינהג כדין תורה לא יודקק לביטוח כלל, משום שהתורה פטרה רופא אומן שטעה. רק רופא שהזיק במזיד או בפשיעה חייב לשלם, ודבר זה אינו שכיח, וגם אין טעם לבטח מקרה כזה כי עדיף שרופא כזה ייאלץ לשלם מכיסו. ד. יש לפקפק בהנחה שבאי בית החולים יודעים שמקום הדיון בתביעה עתידית הוא בערכאות, מכיוון שהם אינם חושבים על תביעת פיצויים במקרה של נזק, וגם סביר שהמטופלים מניחים שבית חולים שמתנהל על פי דין תורה לא יסרב לדון בדין תורה. ה. נפסק שהסכמה לדון בערכאות אינה מועילה, מכיוון שהיא כהסכמה לעבור על דברי תורה, ולכן גם אילו הייתה הסכמה של המטופלים לא היה לה תוקף (שם, עמ' קסד-קעח).

65. שם, עמ' קצג.

66. פס"ד ארץ חמדה גזית 75073.

להפעיל את חברת הביטוח. על כן, גם הניזק דומה למי שמסכים לתנאי זה שבאם יוזק – הוא יתבע בעצם רק את חברת הביטוח, והמזיק יירשם רק כנתבע פורמלי. בתביעה כנגד חברת הביטוח בבית המשפט אין כל איסור, שכן ידוע שהיא תסרב לדון בבית דין של תורה.⁶⁷ וכן הוא מנהג המדינה שכאשר הנתבע מבוטח בחברת ביטוח יש לתבוע את הביטוח, גם אם משמעות העניין היא דיון בבית משפט, וכך נוהגים גם יראי ה'.

ג. דינו של תובע בהיתר בערכאות שזכה ביותר מהמגיע לו על פי ההלכה

1. הצגת השאלה

הלכה פסוקה היא שאין לדון בערכאות של נכרים, ודברים חמורים נאמרו בעניין: אסור לדון בפני דייני עובדי כוכבים ובערכאות שלהם (פי' מושב קבוע לשריהם לדון בו), אפילו בדין שדנים בדיני ישראל, ואפילו נתרצו ב' בעלי דינים לדון בפניהם, אסור. וכל הבא לידון בפניהם, הרי זה רשע, וכאילו חרף וגדף והרים יד בתורת מרע"ה.⁶⁸

אמנם ההלכה מכירה בצורך לקיים שלטון שידאג לביטחון ולסדר הציבורי, ונותנת לו תוקף הלכתי באומרה "דינא דמלכותא דינא". משום כך יש תוקף הלכתי לחוקי המדינה בתחומי השמירה על הסדר הציבורי, על הביטחון האישי והלאומי. לכן בתחומים השלטוניים והפליליים מותר גם לפנות לבתי המשפט של מדינת ישראל. עם זה לדעת רוב הפוסקים אין לפנות בתביעה למערכת משפט העוסקת בדיני ממונות שבין אדם לחברו (משפט אזרחי) בניתוק מתורת ישראל. איסור זה אינו רק לכתחילה, אלא שגם אם עבר אדם ודן בפני ערכאות אין דינם דין, ואם פסקו לו ממון שלא כפי המגיע לו בדין תורה והוציאו מבעל דינו, הממון שבידו נחשב גזל, כמו שכתב התשב"ץ:

אם דיניהם אינו כדינינו הדבר פשוט שהוא אסור והדן לפניהם הרי הוא גזלן ופסול לעדות עד שישלם מה שנטל ממנו שלא כדינינו אע"פ שהוא [זכה] בדיניהם. ודבר זה לרוב פשיטותו לא ניתן ליכתב. ואם קדש אשה באותו ממון שנטל בדיניהן שלא כדינינו אינה מקודשת.⁶⁹

67. כסף הקדשים על שולחן ערוך חו"מ כו, א.

68. שולחן ערוך חו"מ כו א.

69. שו"ת תשב"ץ ב, רצ. דבריו הובאו בחידושי רעק"א על שולחן ערוך חו"מ כו, א.

כאמור בפרק הקודם במקרה שבו הנתבע מסרב להתדיין בדין תורה בית הדין מתיר לתובע לתבוע בערכאות.

על רקע זה עולה השאלה מה הדין כאשר התובע קיבל היתר לתבוע בערכאות, וזכה בערכאות בסכום גבוה ממה שהיה מקבל בדין תורה, האם עליו להשיב לנתבע את ההפרש?

כדי להשיב לשאלה זו, יש לעיין במספר סוגיות.

2. מקור דין היתר פנייה לערכאות וטעמו

ראשונים כתבו שהמקור לכך שאפשר לתבוע בערכאות את המסרב לדין תורה הוא מדברי הגמרא:

אמר ליה רבא לרבה בר מרי, מנא הא מילתא דאמרי אינשי: 'קרית לחברך ולא ענך – דחי גודא רבה שדי ביה?' אמר ליה: 'יען טהרתיך ולא טהרת מטומאתך לא תטהרי עוד'.⁷⁰

רש"י פירש שאם קראת לחברך להוכיחו ולא ענך הפוך עליו כותל, כלומר הניחו ויפול ברשעו, דחהו בידיים. והרא"ש כתב:

מכאן פסק רב פלטוי ראובן שיש לו תביעה על שמעון ומסרב לבא עמו לדין רשאי להביאו לערכאות של גויים כדי להוציא את שלו מתחת ידו.⁷¹

כך פירש גם רבינו יוסף טוב עלם:⁷² "קרית לחברך בדיני ישראל ולא רצה לבוא השלך עליו הכותל הגדול שלא יוכל להשמט כלומר שיבוא עליו בדיני גוים".

מדברי הרא"ש ורבנו יוסף טוב עלם עולה שכאשר הנתבע מסרב לבוא לדין תורה יש רשות לתובע להביאו לערכאות שהם ידונו ויפסקו את דינו. כמו כן משמע שהתובע אינו צריך לקבל רשות מבית הדין, מכיוון שחכמים נתנו רשות לתובע להציל את ממונו בכל דרך.

מראשונים אחרים משמע אחרת. הרמב"ן כתב:

לזה אלם שלא רצה לבוא לבית דין אסור להביאו לפני גוים לדון. אלא בית דין של ישראל כותבין אדרכתא על נכסיו. ואם הוצרך לכך לדון לפני גוים

70. בבא קמא צב,ב.

71. רא"ש בבא קמא ח, יז.

72. רבנו יוסף טוב עלם, הובא בהגהות מיימוניות סנהדרין כו, ז ובסמ"ג עשין, קז.

והם מכריחין אותו למה שדנו לו דייני ישראל מותר. דבכי הא ליכא משום לפניהם ולא לפני גוים, כדאמ' 73 בעשוי דגיטין. 74

מלשון זו משמע שדייני ישראל הם שדנים את הנתבע, והערכאות רק כופים את הנתבע לקיים את פסק הדין. משום כך הרמב"ן מדמה זאת לכפייה בגיטין, שאם דייני ישראל פסקו שאדם חייב לתת גט יכולים הם לומר לגויים שיכפו אותו לבצע את פסק הדין, ואין בזה משום גט מעושה. אם כן לפי הרמב"ן אין לנו מקור לכך שיש רשות לדון לפני ערכאות באופן שהם יפסקו את הדין, אלא רק היתר לאכוף. אבל הרמב"ם כתב:

היתה יד העכו"ם תקיפה ובעל דינו אלם ואינו יכול להוציא ממנו בדייני ישראל יתבענו לדייני ישראל תחילה, אם לא רצה לבא נוטל רשות מבית דין ומציל בדייני עכו"ם מיד בעל דינו. 75

מדבריו עולה: (א) צריך רשות בית דין כדי לתבוע בערכאות, (ב) הערכאות דנים ופוסקים את דינו של הנתבע, ולא רק מכריחים אותו לקיים את מה שבית הדין פסק. כך פסקו הטור והשולחן ערוך. 76 נאמרו כמה הסברים מדוע יש צורך ברשות בית דין.

המהרש"ל⁷⁷ כתב שזו תקנה הנהוגה בבתי דין בישראל שלא לדון בפני נכרים אלא ע"י רשות. כלומר האיסור "לפניהם ולא לפני גויים" אמור רק כאשר התובע יכול להכריח את הנתבע להתדיין בפני דייני ישראל, אולם, כאשר הנתבע הוא אלם שלא ניתן לכופו בדייני ישראל אין איסור לתובעו בערכאות, אלא רק מצד התקנה.

לעומתו החתם סופר כתב שההיתר מטעם בית הדין נועד להתיר את האיסור להתדיין בפני ערכאות. ההיתר הוא –

73. כוונתו למשנה גיטין פח, ב: גט מעושה בישראל כשר ובעובדי כוכבים פסול, ובעובדי כוכבים חובטין אותו ואומרים לו עשה מה שישראל אומרים לך.

74. שו"ת הרמב"ן, סג. כך משמע גם מספר התרומות שער סב, ג; שו"ת הרשב"א ה, קעא.

75. רמב"ם סנהדרין כו, ז.

76. טור ושולחן ערוך סימן כו. בשו"ת הרמ"א, נב, עמד על כך שהטור כתב לכאורה שלא כדעת הרא"ש אביו, ואפילו לא הזכיר את דעתו, ולכן הסיק שגם לדעת הרא"ש צריך נטילת רשות מבית הדין. אבל בעל גידולי תרומה שער סב, ג, הבין בדעת הרא"ש שאין צורך רשות מבית הדין.

77. ים של שלמה, בבא קמא ח, סה.

משום דאז לא מיקרי הפלילים על שמם, אלא על שם ב"ד שנתנו לו רשות.⁷⁸

כלומר, לאחר ההיתר הרי זה כאילו הערכאות דנים מכוח הוראת בית הדין ולא במקום בית הדין.

לסיכום, נחלקו אחרונים בטעם הצורך בהיתר פנייה לערכאות. מהרש"ל כתב שזו תקנה ומעיקר הדין אין צורך בהיתר בית דין, וחתם סופר כתב שההיתר נדרש כדי להגדיר את הערכאות כמי שדנים מכוח בית הדין.

3. היקף ההיתר לתבוע בערכאות

נחלקו אחרונים בשאלה האם כאשר בית הדין מתיר לתבוע בערכאות עליו לבחון את תוכן התביעה ולהתיר לתבוע רק מה שהתובע זכאי לו לפי דין תורה.

נתיבות המשפט⁷⁹ כתב שדייני ישראל אינם יכולים לתת לתובע היתר לדון בערכאות על ממון שלא ברור להם שהנתבע חייב לתובע, ומה שכתב השולחן ערוך "נוטל רשות מבית דין ומציל בדיני גוים מיד בעל דינו" כוונתו רק לחוב ברור כמו מלווה בשטר וכדומה. לפי זה, בעצם בית הדין הוא הפוסק את הדין, וההיתר לפנות לערכאות הוא רק לצורך ביצוע גבייה של חוב ברור, אך לא לצורך פסיקת דין.

בספר ערך ש"י⁸⁰ כתב שלפי דברים אלו ברוב התביעות שהחוב אינו ברור, כגון שותפות ועסקה, אין נותנים רשות לתבוע בערכאות, ואם כן יש לשאול מה נעשה כאשר אחד מבעלי הדין מתכחש לחובותיו ומסרב לדין תורה, וכי אז "יאכל הלה וחד"י"? אמנם אפשר לנדות את הנתבע על שאינו בא לדין תורה, אבל במקום שהחוק אינו מאפשר לנדות לא נותרה דרך לפעול נגד המסרב! שהרי גם אם ינסה בית הדין לבחון את טענות התובע לא יוכל לעשות זאת, כיוון שאין שומעים בעל דין אחד שלא במעמד חברו.

מסקנתו היא שאפשר להתיר לתבוע בערכאות גם בחוב שאינו ברור, מכיוון שלפי המהרש"ל האיסור "לפניהם ולא לפני גויים" אינו תקף כשיש בעל דין אלם שמסרב לדין תורה. האיסור לתבוע בערכאות הוא רק מצד התקנה, ולא נתקנה תקנה לטובת סרבנים.

78. שו"ת חתם סופר חו"מ, ג.

79. נתיבות המשפט כו, ג.

80. ערך ש"י חו"מ כו, ב.

גם בספר אמרי בינה⁸¹ חלק על בעל נתיבות המשפט, וטען שהמנהג בבתי הדין הוא לתת רשות לדון בערכאות נגד המסרב, גם אם אין זה חוב ברור, מכיוון שאם לא כן לא שבקת חיי לתובע שיש לו תביעה על חברו ואין זה חוב ברור. כך כתב גם ר' יהושע מקוטנא בספרו ישועות ישראל.⁸²

ערוך השולחן⁸³ הסכים בתחילה לדברי נתיבות המשפט, וכתב שאם החוב אינו ברור אין נותנים לתובע רשות לדון בערכאות אלא רק היתר שהערכאות יכריחו את המסרב לדון בבית הדין. אולם הוא הוסיף שאם הדבר אינו מעשי, יש לקבל טענות מהתובע, וכן לקבל עדות אף שלא בפני הנתבע, מכיוון שכוונת בית הדין היא רק לברר שיש לתובע תביעה מבוססת כנגד הנתבע, והואיל והוא מסרב לבוא לדין "כאשר עשה כן יעשה לו" שלא יהא חוטא נשכר.

לסיכום, נחלקו אחרונים האם על בית הדין לבדוק את טענות התובע קודם שהם נותנים לו היתר לתובע סרבן בערכאות. בפועל, מנהג בתי הדין שלא לבדוק את טענות התובע ולהתיר באופן כללי.

כיון שבדרך כלל ניתן לתובע היתר לתובע בערכאות ללא בדיקה של בית הדין בנוגע לתוכן התביעה, עולה שאלת תובע שזכה בערכאות ביותר ממה שמגיע לו על פי דין תורה. על מנת לבחון שאלה זו נעיין בכמה סוגיות.

4. פטור תובע בהיתר כאשר נגרמו לנתבע הפסדים בערכאות

בכמה תשובות קבעו הפוסקים שהתובע אינו אחראי לכך שערכאות חייבו את הנתבע שלא כדין. למשל בשו"ת המבי"ט עסק בראובן שהיכה את שמעון וסירב לעמוד עמו לדין תורה:

אינו חייב שמעון בשום דבר מן הקנס שקנסו לראובן, 'קרית חברך ולא ענך גודא רבא שדי עילויה', ואע"פ שקנסו אותו יותר ממה שהיה חייב בדין תורה אינו חייב שמעון בו.⁸⁴

מסקנתו שהתובע אינו חייב בקנס שהוטל על הנתבע בערכאות. לכאורה נראה כאן שהמבי"ט מפרש שהמקור לדין מסרב, "גודא רבה שדי עליה", מאפשר לקנס את הנתבע גם במה שאינו חייב מן הדין. אבל נראה שלא מדובר פה בערכאות שחייבו את הנתבע לשלם לתובע, אלא בקנס או בעונש שחייבו את הנתבע. על זה אמר המבי"ט שהתובע נהג כדין כאשר תבע את ראובן בערכאות בהיתר, ואינו

81. אמרי בינה דיני דיינים, כז.

82. ישועות ישראל כו, ב.

83. שם.

84. שו"ת מבי"ט ב, קע.

אחראי להפסדים שנגרמו לראובן עקב כך. אבל אם היו מחייבים את הנתבע לשלם לתובע ממון שלא מגיע לו על פי דין תורה, לכאורה, יתכן שגם המבי"ט לא היה מתיר לשמעון להחזיק בו.

כך נראה גם פירוש דברי כנסת הגדולה:

גודא רבה שדי עליה ... מינה יש לדון דאף על גב דאם יביאוהו לערכאות של נכרים יכבידו עליו העול ואולי יבא לסכנה גדולה יש היתר בדבר. משפטי שמואל [סי' צ"ד וקי"ד].

אמר המאסף: לכאורה נראה שזה חולק על מה שכתב תומת ישרים סי' כ"ב כתבתי בהגהת הטור אות י"ט. ואפשר דלא פליגי, דבעל תומת ישרים מיירי דאם אי אפשר להציל את שלו יגלגל עליו היוק ממקום אחר, אבל משפטי שמואל איירי כשמוליכו בערכאות של נכרים נמשך ממנו היוק.⁸⁵

גם כאן נראה לומר שכנסת הגדולה לא התיר לתובע להחזיק בממון שאינו מגיע לו על פי דין תורה. אלא שאם התובע בא להציל את שלו ושופטי הערכאות מענישים את הנתבע בעקבות כך וגורמים לו הפסדים, אין התובע אחראי לכך.

רבי חיים מצאנז⁸⁶ דן באדם שהתחייב שבועת היסת בבית הדין, ולא רצה להישבע, האם אפשר לכתוב פסק דין בסגנון זה "פלוגי חייב כך וכך ממון ורק באם ירצה לשבע פטור". טענת המערערים היתה שעל ידי זה יוכלו הערכאות לכופף אותו לשלם אם לא ישבע, מה שאין רשות לעשות לפי דין תורה, כיון שעל פי דין תורה מנדים אותו למשך שלושים יום אך אין יורדים לנכסיו לגבות את הממון.

רבי חיים מצאנז הוכיח מתשובת הרדב"ז שהנידוי שמנדים את המסרב להישבע אינו עונש על סירובו לבית הדין, אלא אמצעי של כפיה להישבע או לשלם. לכן כאשר לא ניתן לנדות, ואין ברירה אלא לפנות לערכאות, הדבר מותר גם אם הם יחמירו עליו יותר. משום כך הוא פסק שהואיל ובית הדין אינו יכול לנדות את הנתבע שאינו נשבע היסת, מותר להתיר לתובע לפנות לערכאות, ואע"פ שהם יגבו מהנתבע אם לא ישבע.

לסיכום, תובע שקיבל היתר לתבוע בערכאות אינו חייב לפצות את הנתבע על הקנסות שהוטלו עליו בערכאות. יש לציין שאין בכך כדי לענות על שאלת זכותו של תובע לקבל בערכאות יותר ממה שמגיע לו על פי דין תורה.

85. כנסת הגדולה חו"מ כו, הגהות בית יוסף, ב.

86. שו"ת דברי חיים, חו"מ ב, ט.

5. תובע ללא היתר בערכאות שזכה בפחות מהמגיע לו על פי דין תורה

סוגיה נוספת דנה במקרה ההפוך: תובע שהיה יכול לזכות בדין תורה תבע בערכאות ללא שקיבל רשות מבית הדין, בית המשפט לא קיבל את תביעתו, ועל כן הוא רוצה לחזור ולתבוע את הממון בדין תורה. הב"י כתב שיש בזה מחלוקת בין ראשונים: לדעת המהרי"ק⁸⁷ אם התובע רוצה לחזור ולתבוע את הממון בבית דין אין נזקקים לו, ולדעת המרדכי⁸⁸ נזקקים לו. הרמ"א⁸⁹ הכריע כסברה ראשונה שאין נזקקים לו.

הגר"א⁹⁰ ציין לגמרא במסכת נדרים:

מי שנזר ועבר על נזירותו, אין נזקקין לו עד שינהוג בו איסור כימים שנהג בהן היתר, דברי רבי יהודה; אמר רבי יוסי: בד"א – בנזירות מועטת, אבל בנזירות מרובה דיו ל' יום.⁹¹

נראה שהסביר דין זה מטעם קנס. כשם שקונסים את מי שעבר על נזירותו שאין בית הדין נזקק לו להתיר את הנדר עד שינהג איסור, כך גם במי שעבר איסור ותבע בערכאות אין נזקקים לו ואין בית הדין דן בתביעתו.

אפשר להסביר את הקנס בשני אופנים. אפשר לומר שבית הדין קונס את מי שתבע בערכאות שיפסיד את הממון שחשב להוציא באיסור, ואין מחייבים את הנתבע לשלם למרות שזה ממון שהוא חייב על פי דין תורה. אך אפשר לומר שהקנס מתבטא רק בכך שבית הדין אינו נזקק לתביעתו ואינו דן בה, אבל הנתבע לא פטור לשלם את הממון שהוא יודע שעל פי האמת הוא חייב.

נתיבות המשפט⁹² כתב את האפשרות השנייה, שאם אכן הנתבע יודע שהוא חייב על פי דין תורה עליו לשלם לתובע, ואם הוא מסופק צריך לדון לפני דיני ישראל שלא יהיה ספק גזל תחת ידו.

מסתבר שגם הגר"א מסכים לכך, שהרי חכמים קנסו קנסות רבים, מדוע בחר הגר"א דווקא את הקנס בנדרים? נראה שסבר שהקנס לתובע בערכאות דומה לנזר בכך שלא אמרו שאי אפשר להתיר את נדרו אלא שבית הדין אינו נזקק לו.

87. שו"ת מהרי"ק, שורש קפו.

88. מרדכי בבא קמא, קצה, תשובת מהר"ם בן ברוך. התשובה מובאת גם בתשובות מימוניות נזיקין, טו.

89. רמ"א חו"מ כו, א. יש להעיר שהרב עובדיה יוסף פירש את דברי הבית יוסף כחולקים על הרמ"א, והכריע כמותו, ראו שו"ת יביע אומר ז, ה.

90. הגר"א חו"מ כו, ד.

91. נדרים כ, א.

92. נתיבות המשפט ביאורים כו, ב.

אם הנודר מצא בית דין שנוקק לו והתיר לו את נדרו – הנדר מותר, אף שבית הדין לא נהג כשורה. וכך פסק הרמב"ם:

כל בית דין שנוקקין לזה וכיוצא בו ומודיעין לאלו שמזולזלין בנדרים שאין חייבין מן התורה, או שיורו להן להקל או שיפתחו להן פתח, מנדין אותו בית דין ההדיוט.⁹³

גדולה מזו כתב הראי"ה קוק:⁹⁴ כשם שלעניין נזירות יש לו תקנה, שאם ינהג איסור כימים שבהם עבר על נדרו, ולפי ר' יוסי אפילו פחות מזה, בית הדין יזדקק לו ויתיר לו את נדרו, כך גם כאן בית הדין יכול לראות באיזה אופן יתקן את אשר עיוות בהליכתו לערכאות, ואחר שיתקן נזקקים לו.

כסף הקדשים הסביר את הדין של הרמ"א באופן זה: עם ישראל מצווה לדון על פי משפטי ה' שהם שכל אלוקי, ואילו בני נח מצווים לדון במשפטיהם שהם על פי שכל אנושי,⁹⁵ ומי שנוטה ממשפטי ה' למשפטי הגויים נוטה מאמונתנו, וכתבו האחרונים שאין לצרפו למניין עד שיעשה תשובה. לפי זה התובע את חברו בדיניהם נחשב כיוצא מהדת, ודינו כבן נח שבא למשפט עם יהודי שאם יש ליהודי זכות על פי דין תורה דנים לו דין תורה ואם יש לו זכות על פי דיניהם דנים לו בדיניהם, כלומר הערכאות דנו את דינו האמיתי והנכון.⁹⁶

לפי סברה מחודשת זו נראה שאפילו אם הנתבע יודע שהוא חייב לתובע על פי דין תורה הוא אינו צריך לשלם לו, מכיוון שהתובע קיבל על עצמו את דיני הגויים וכעת אינו יכול לבקש להתדיין על פי דיני ישראל.

בספר אורים ותומים⁹⁷ הסביר שלפי הבית יוסף דין זה שכתב המהרי"ק, שהתובע בערכאות אין שומעים לו אח"כ בבית הדין, הוא משום קנס על התובע שתבע בערכאות, ולכן "אין בית הדין אחראים לפקח בטובתו ובאיבוד ממון שלו". לעומתו המהר"ם (בתשובה המובאת במרדכי) סובר שאף שעשה שלא כדין לא

93. רמב"ם נזירות ד, טז.

94. באר אליהו חו"מ כו, ד.

95. קיים דיון בין האחרונים האם בני נח המצווים על הדינים צריכים לדון על פי שכל האנושי או על פי דיני התורה. הרמ"א עצמו (שו"ת הרמ"א, י) כתב שצריכים לדון על פי דיני התורה. ראו עוד בעניין זה: שו"ת חתם סופר ה, צא; שם ו, יד; מנחת חינוך נא, ב"ג; שרידי אש ב, נו; העמק שאלה שאילתא ב, אות ג; הראי"ה קוק, מצות ראייה חו"מ, א; עץ הדר, א; מ. חזון איש בבא קמא י, י. הרב מאיר ברקוביץ, "יומשפטים בל ידעום: המערכת המשפטית שבין ישראל לנכרי", תחומין יד, עמ' 166.

96. לפי זה יש להבין, לדעתו, את מה שכתב התומים (כו, ב) שמדובר בערכאות של גויים שאינם נוטלים שוחד, מכיוון שאלו הנוטלים שוחד אינם דנים כדין בני נח המצווים על הדינים.

97. תומים כו, ב.

הפקירו את ממונו. בדעת הרמ"א הסביר התומים טעם אחר, והוא שהתובע קיבל עליו את דיני הערכאות ונתרצה לדון בפניהם, ולכן לגביו דינם דין.⁹⁸ התומים הקשה על דינו של הרמ"א, מדוע לא יוכל התובע לחזור בו, הרי מי שקיבל עליו לדון בפני גוי יכול לחזור בו כל זמן שלא עשה קניין?

מכל האמור לעיל יוצא לכאורה שלדעת רוב הפוסקים לא קנסו את המסרב לדון תורה בממונו, אפילו כאשר עשה מעשה נגד הדין והלך מיוזמתו לערכאות, וכל שכן במקום שמחמת סירובו לדון בדין תורה תבעוהו בערכאות. לפי זה התובע יצטרך להחזיר מה שניתן לו שלא על פי דין תורה.

כמו כן, יש לדון האם הטעם שכתב התומים בדעת הרמ"א, שניתן לחייב אדם בדיני הנכרים כיוון שנתרצה לדון בפניהם, ניתן להיאמר כאן. התומים דיבר על תובע שהלך לערכאות, ובכך גילה דעתו שרוצה את דיניהם, אולם אנו עוסקים בנתבע, והוא לא גילה דעתו שהוא מוכן לדון בפני נכרים. אמנם הוא לא בא לדון בדין תורה, אך גם בערכאות לא רצה לדון, אלא שלא הייתה לו אפשרות להתחמק מהם.

לסיכום, תובע בערכאות שזכה בפחות ממה שמגיע לו על פי דין תורה אינו זכאי לשוב ולתבוע בדין תורה. אולם, גם מכאן אין ראייה ברורה לנידון דין.

6. תובע בערכאות בהיתר שזכה ביותר מהמגיע לו על פי דין תורה – עמדת האוסרים

כאמור לעיל, מדברי החתם סופר שהובאו לעיל עולה שהיתר פנייה לערכאות משמעו שהערכאות דנים מכוח בית הדין. יש מי⁹⁹ שהסיק מכאן שאם ערכאות דנים מכוח בית הדין הם אינם יכולים להוציא יותר מבית הדין.

הרב מרדכי רלב"ג¹⁰⁰ הסביר בשם הרב אלישיב, שקיימים שני דינים באיסור לדון בפני ערכאות: הדין האחד הוא עצם האיסור על דיון שנעשה בפניהם ולא בפני דייני ישראל. הדין השני שייך לתוצאת הדיון, שאם חייבו את הנתבע בערכאות ממון שלא כדין, התובע הנוטל ממון זה עובר באיסור גזל. כאשר בית הדין מתיר לתובע לפנות לערכאות הוא מתיר את עצם הדיון אך אינו מתיר לו ליטול ממון

98. לפי זה הסביר מדוע הרמ"א בדרכי משה כתב שהמהר"ם אינו חולק על המהרי"ק, מכיוון שבמקרה המובא בתשובת מהר"ם התובע לא קיבל עליו את דין הערכאות, ע"ש.

99. הרב אברהם יהושע העשיל אונגער, "תגובות", קובץ בית הוראה הישר והטוב, ו, עמ' רלח.

100. הרב מרדכי רלב"ג, "התדיינות בערכאות בהיתר בית דין", תחומין כה, עמ' 251.

שלא כדין. לפי דברי הרב אלישיב די לתובע בשאלת חכם כדי לדעת כמה ממון מגיע לו, ככל שאלת איסור והיתר, ואין צורך בגדרי דיון.¹⁰¹ לחילופין, על פי ערוך השולחן שהובא לעיל על בית הדין לדון בתביעה לפני הפנייה לערכאות, לפי הנתונים שהתובע יציג בפניו, ואז ייתן רשות לתובע לתבוע את הסכום שנראה שמגיע לו.

משמעות הדבר היא שהכרעה על פי גישתו של הרב אלישיב מחייבת את בית הדין להבהיר בכתב הסירוב שעל התובע לבדוק כמה מגיע לו על פי דין תורה, מכיוון שאם התובע בא לידי טעות בגלל ניסוח עמום של כתב הסירוב נמצא שבית הדין הכשיל אותו באיסור גזל.

מבחינה פרקטית שתי ההצעות מעוררות קשיים. הצעתו של ערוך השולחן היא לערוך דיון שלא בפני בעל דין שייתכן ולא יהיה צודק.

הקושי בהצעת הרב אלישיב הוא בכך שלא די בתהליך השיפוטי שהתובע עבר כבר, הוא צריך עכשיו להתחיל הכול מחדש בבית הדין! בוודאי במקרה שמדובר על תביעה מורכבת, הדבר יחייב עיון מחדש בתיק עב כרס, ובמקרים מסוימים יהיה צורך בקיום דיונים חוזרים כדי לחקור את הגורמים הרלבנטיים באופן שיתאים לדרישות ההלכתיות. מעבר לכך הדבר נותן הזדמנות נוספת לנתבע שכבר סירב לדון בבית הדין, וחויב בערכאות, ויצא חוטא נשכר.

בנוסף, הסכם הבוררות הנהוג ברוב בתי הדין כולל סעיף שמאפשר להם לעשות פשרה כדי להכריע את הדין ("הן לדין הן לפשר"). בתי הדין נוהגים להשתמש בסעיף זה כדי לחייב את הנתבע במקרים שנראה מן הצדק לחייבו אך הסמכות ההלכתית לכך אינה ברורה (למשל, במקרה של גרמא¹⁰²). כאשר הנתבע סירב לדין תורה, ולא חתם על הסכם בוררות שכזה, יהיה קשה להוציא דין אמת לאמתו.

כנגד עמדת האוסרים, המתירים הזכירו שלוש סברות להתיר.

101. למעשה כך יוצא גם מדברי ערוך השולחן שכתב שבית הדין דן כמה מגיע לתובע לפי טענותיו ללא שמיעת טענות הנתבע (שמסרב לבוא לבית הדין), וכאן מקבלים עדות שלא בפני הנתבע. ההבדל הוא רק בכך שלפי ערוך השולחן הליך זה מתבצע לפני שמתירים לו לתבוע בערכאות, ולפי הצעת הרב אלישיב התובע ישאל שאלת חכם לאחר שבית המשפט יפסוק.

102. עיינו מאמרו של הרב זלמן נ. גולדברג, "שבחי הפשרה", משפטי ארץ א: דין דיון ודיון, עמ' 82.

7. עמדת המתירים: הנתבע קיבל על עצמו את דין הערכאות

רבים מהאחרונים כתבו שתובע בערכאות שזכה ביותר ממה שהוא זכאי על פי דין תורה – רשאי להחזיק בכסף שבו זכה. דבריהם מתבססים על דברי תשב"ץ ומהרש"ם, שכתבו שנתבע בערכאות שבא מרצונו לדון שם קיבל על עצמו לשלם כפי שיפסקו ערכאות, גם אם זה יותר ממה שהוא חייב על פי דין תורה.

התשב"ץ דן ביורשים, בני שמעון, שמכרו את בית אביהם ללוי ואח"כ רצו לבטל את המכירה בטענה שאחד מהם הוא קטן, וגם הגדול אינו בן עשרים שנה. הם ערערו על המכירה בערכאות ושם לוי זכה בדין מכיוון שכתבו לו אחריות. לאחר מכן הם חזרו ותבעו בעלות על הבית בדיני ישראל. התשב"ץ העלה כמה נימוקים שלפיהם היורשים היו יכולים לזכות בדיני ישראל, אבל סיכם כך:

וכל טענות אלו לזכות בני שמעון היה מן הדין לקיימם אלו באו מתחלה לדון בדיני ישראל אבל כיון שהלכו תחלה לדון לפני האומות ובדיני האומות יצאו חייבין הרי הם כאלו קבלו עליהם לדון באותו דין ומחלו זכותם והרי מה שדנו האומות בין לוי ובין בני שמעון קיים.¹⁰³

באופן דומה פסק גם המהרש"ם¹⁰⁴ בנוגע לראובן שתבע את שמעון בערכאות ללא היתר בית דין. שמעון דן עמו בדיניהם וחייב את התובע שבועה, ובסופו של דבר ראובן זכה בדין. לאחר מכן ביקש שמעון להתדיין בדין תורה. המהרש"ם פסק שאין טענת שמעון מתקבלת מכיוון שהוא קיבל על עצמו את דין הערכאות, ואם רצה דין תורה היה צריך לתבוע זאת לפני שדנו בערכאות.

החידוש בדברי המהרש"ם הוא שכשם שאנו אומרים על התובע שאם תבע בערכאות הוא קיבל על עצמו את דיניהם ואינו יכול לתבוע שוב בדיני ישראל, כך אנו אומרים גם על הנתבע בערכאות שהוציא הוצאות כדי לזכות בדיניהם, שקיבל אותם על עצמו ואינו יכול לחזור ולתבוע בדיני ישראל.

בית הדין לממונות ירושלים¹⁰⁵ פסק בכמה וכמה מקרים שבאו לפניו על פי תשובת המהרש"ם, שאין הנתבע יכול לתבוע לחזור לדין תורה, גם כאשר התובע לא קיבל היתר מבית הדין לאחר סירוב של הנתבע. כלומר גם כאשר התובע פנה לבית המשפט ללא היתר והנתבע לא הציע להתדיין בדין תורה קבע בית הדין כי הנתבע קיבל על עצמו את דין הערכאות:

103. שו"ת תשב"ץ ג, סח.

104. שו"ת מהרש"ם א, פט.

105. פסקי דין ירושלים, ב, עמ' רלט; שם, עמ' רנו. שם, ג, עמ' קח.

במקרה אחד מדובר בראובן שמסר שיקים דחויים לשמעון, וכשנתגלע סכסוך ביניהם ביטלם. שמעון מסר את השיקים לגבייה בהוצאה לפועל. ראובן הגיש בקשה לביטול הגבייה ולשם כך היה צריך להופיע בפני בית המשפט.

ואף בנידון דידן, כיון שהנתבע הינו אדם שומר תורה ומצוות ויודע שיש בית דין בישראל, מה שהלך לדון עם התובע בביהמ"ש, אפילו רק כנתבע ולא כתובע, ורק כדי לבטל גזירת ההוצאה לפועל, מכיון שלא פנה בו זמנית גם לבית דין, מוכיח שקבל עליו מה שיפסוק בית המשפט, וכמו שכתב המהרש"ם, ומחל על זכותו, כמש"כ התשב"ץ.¹⁰⁶

במקרה אחר עסקו בקונה דירה שגבה קנס מהמוכר בבית המשפט על כך שאיחר ברישום הדירה על שמו בטאבו. אחר כך הגיש בבית הדין תביעות נוספות כנגד המוכר, והמוכר טען כנגדו שעליו להחזיר לו את מה שגבה בבית המשפט. גם כאן דחה בית הדין תביעה זו¹⁰⁷:

ואף בנידון דידן, כיון שהנתבע הינו בר אוריין ויודע היטב את הכתובת של הבית הדין כשצריך להם, מה שהלך לדון עם התובע בביהמ"ש ולא דרש לדון בבית הדין, מוכיח שקבל עליו מה שיפסוק ביהמ"ש, וכמש"כ המהרש"ם, ומחל על זכותו, כמו שכתב התשב"ץ, ואל לו לבוא כיום לבית הדין ולתבוע חזרה את מה ששילם בהסכמה.

אמנם בפסק דין של בית הדין האזורי באשדוד חלקו על כך, וכתבו כי אדם שנתבע בבית משפט מלכתחילה ומעולם לא סירב להתדיין בדין תורה, לא קיבל על עצמו את דיני הערכאות.

בית הדין הרבני דן במקרה של עובדת שהגישה תביעה לבית הדין לעבודה כנגד המוסד שבו עבדה וזכתה בתביעתה. הנהלת המוסד הגישה תביעה לבית הדין לעיכוב הליכים בהוצאה לפועל עד בירור העניין על פי דין תורה. הטוען בשם העובדת ביקש לדחות את התביעה והסתמך על דברי המהרש"ם. בית הדין לא קיבל את טענתו וכתב:

הרי מפורש שרק בשל כך משעשה הנתבע מעשה והשביע התובע בדיני אומות העולם, זה מה שמוכיח שגמר בליבו, שדינו יתברר על פי דיני אומות העולם. אולם אם רק טוען להגנתו, אין בכך כל ראייה שהסכים לדין אומות העולם.

106. שם, ב עמ' רנו.

107. שם ג, עמ' קט.

בפרט שכידוע בבתי משפט אזרחיים, מי שלא מופיע למשפט צפוי להכרעת דין שלא בפניו. א"כ ודאי שאין לראות בנידון דידן ראייה להסכמה לדין הערכאות מעצם ההופעה לצורך ההגנה במשפט.¹⁰⁸

כלומר דברי המהרש"ם מתייחסים רק לנתבע שעשה מעשה והשביע את התובע בדיניהם, ודבר זה מוכיח שגמר בליבו שדינו יתברר על פי דיני אומות העולם. אבל אם הנתבע רק התגונן בבית המשפט אין בכך כל ראייה שהסכים לדיני הערכאות, ובפרט כאשר מדובר בבית משפט שעלול להוציא פסק דין גם שלא בפני הנתבע אם זה יתעלם מהפנייה.

סברת מהרש"ם שמבוססת על כך שהנתבע קיבל על עצמו את דין הערכאות מועילה רק לחיוב על עיקר התביעה, ולא לריבית או להוצאות משפט, וכך כתב מהרש"ם:

אבל לענין הריבית שפסקו שם, ודאי אסור לו ליקח ריבית כמ"ש בזה בתשובה אחרת, וכן מה שפוסקין בדיני אומות העולם בעד ביטול היום ודאי הוא שלא כדין.

לעניין הוצאות משפט ניתן לומר שמהרש"ם עסק במי שתבע בערכאות ללא קבלת היתר, אבל מי שקיבל היתר מבית הדין בעקבות סירוב הנתבע לדון בבית הדין זכאי לתשלום על הוצאותיו כפי שנתבאר בשולחן ערוך חו"מ סי' יד סעיף ה.¹⁰⁹

אולם ריבית היא בעיה קשה יותר מכיוון שריבית אסורה גם כאשר הלווה משלם אותה מרצונו, ואין תועלת בקבלת הנתבע את דין הערכאות. לשם כך יש לדון בסברה השנייה שהובאה כדי להתיר לקבל מה שנפסק בערכאות.

8. עמדת המתירים מכוח הפקר בית דין הפקר

כאמור לעיל החתם סופר כתב שהיתר פנייה לערכאות משמעו שערכאות דנים מכוח בית הדין. לפיכך יש מי שכתב¹¹⁰ שעל פי החתם סופר מותר לתובע ליטול כל מה שיפסקו לו בערכאות, שהרי דין פסיקת הערכאות כדין פסיקת בית הדין. בספר אורח משפט (להגרש"ד אנאליק) כתב שיש להתייחס לכל מה שהנתבע התחייב בערכאות כקנס שחייבוהו בית דין:

108. פסקי דין רבניים, בית הדין האזורי אשדוד, תיק 212/ס"א. מובא גם בספר שורת הדין ז, עמ' נט.

109. ראו עוד: הלל גפן, "הוצאות גביה", אמונת עתיד 96, עמ' 100, בפרק: הוצאות גביה בגלל סרבנות.

110. הרב פנחס זעליג בלויא, קובץ בית הוראה הישר והטוב ה, עמ' רלו.

נראה לי דלהתיר איסור דלפניהם ולא לפני עכו"ם צריך בית דין של ג', דבאיסור לא שייך קבלה... ועיקר היתרו מבואר ברמ"א (שאלה קח) דהוא מטעם הפקר בית דין. והפקר בית דין ודאי דבעי ג', כידוע בזה.¹¹¹

על פי סברה זו ניתן להתייחס גם לריבית שפוסקים בערכאות כקנס שבית הדין קונס את הנתבע על סרבנותו, אלא שהרשות לקנוס נתונה דווקא לגדול הדור או לטובי העיר שהמחום בית דין עליהם,¹¹² ולא לכל בית דין לממונות שכותב כתב סירוב לקנוס את הנתבע, אלא אם כן יסכימו על כך גדולי הדור. אולם הרב יועזר אריאל¹¹³ קבע שאף על פי שיש מחלוקת אם לבית הדין בזמן הזה יש סמכות על פי הכלל "הפקר בית דין – הפקר", מוסכם שיש לבית הדין סמכות לקנוס את מי שאינו מצייט לדין לצורך קיום הדין והמשפט. הוא הסתמך¹¹⁴ על תשובת מהר"ם שיק¹¹⁵ שעסקה באפשרות לדון את המסרב שלא בפניו בתורת קנס. המהר"ם שיק ביאר באריכות את הדעה האומרת שאין סמכות לבית הדין להפקיר ממונו של אדם אלא אם כן הוא בדרגתם של רבי אמי ורבי אסי, ואף על פי כן סיכם ואמר שאם אין אפשרות אחרת צריך לעשות סייג לתורה כהוראת שעה לדון שלא בפניו.

הרב אריאל סיכם וכתב:

לפי זה בית הדין שנותן רשות לתבוע את הסרבן בביהמ"ש הרי הוא פוסק מכללא ששיעור הקנס על סירובו יהיה כפי הסכום שיפטוק בית המשפט, בתנאי שהתובע יודע שתביעתו היא תביעת אמת.

ד. סיכום

קריטריונים להוצאת היתר פנייה לערכאות

1. ניתן להסתמך על שירותי דואר ושליחות כדי לשלוח הזמנה לדין לבעלי הדין. כמו כן, ניתן לסמוך על שליח שכתב שהנמען קיבל או סירב לקבל את המכתב. רצוי לציין על המעטפה שמדובר בהזמנה לדין.

111. אורח משפט כו, ב.

112. שולחן ערוך חו"מ ב, א.

113. הרב יועזר אריאל, דיני בוררות, עמ' שכט.

114. שם, עמ' רפו.

115. שו"ת מהר"ם שיק חו"מ, ב.

2. ניתן למסור את מכתב ההזמנה לדין לאחד מבני ביתו הבוגרים של הנתבע, ויש ליידע את מקבל ההזמנה שמדובר במכתב הזמנה של בית הדין, או לכתוב על המעטפה: "הזמנה לדין".
3. ניתן לדרוש מהנתבע לחתום על הסכם בוררות תוך זמן קצוב וסביר, עוד לפני קביעת דיון בבית הדין. במקרה שהנתבע טוען טענות שיש בהן ממש שאיננו חייב על פי ההלכה לחתום על הסכם בוררות – יש לקיים דיון מקדמי לפני חתימת הסכם בוררות. חשוב להדגיש שלפני פנייה לנתבע, על התובע לחתום על הסכם בוררות.
4. ניתן להסתמך על דיווח של מזכיר או מזכירת בית הדין שהנתבע מסרב להתדיין בדין תורה כדי להתיר לתובע לתבוע בערכאות.
5. נתבע שמתעלם מפנייה בכתב של בית הדין לחתום על הסכם בוררות או להודיע אם הוא מעוניין להתדיין בבית דין אחר – דינו כמי שסירב להתדיין בדין תורה.
6. נתבע שמוכן להתדיין בדין תורה אך אינו מוכן לחתום על הסכם בוררות – דינו כסרבן, כך גם דינו של נתבע שמבקש להתדיין בבית דין שפסק הדין שלו אינו ניתן לאכיפה בהוצאה לפועל.
7. נתבע שמסרב לחתום על הסכם בוררות בנוסח "בין לדין ובין לפשר" רשאי לבקש להתדיין בבית דין שדן רק על פי הדין. אולם אם לא יימצא בית דין כזה עליו לחתום על הנוסח המקובל הנ"ל.
8. בית הדין יכול להתיר פנייה לערכאות במקרה של נתבע שאינו יכול להתדיין בדין תורה או שבאופן עקבי מסרב להתדיין בדין תורה, כל זאת, גם ללא פניה לנתבע.
9. במקום שבו מקובל לעשות ביטוח (כגון, ביטוח של רופא או ביטוח רכב), וחברת הביטוח מסרבת להתדיין בדין תורה, מוזק המבוטח רשאי להתדיין בבית משפט כדי שיוכל להשיג כיסוי ביטוחי.

דינו של תובע בהיתר בערכאות שזכה ביותר ממה שהוא זכאי על פי ההלכה

10. נחלקו האחרונים אם תובע בערכאות בהיתר יכול לקבל כל מה שייפסק לזכותו. המתירים הסתמכו על שני נימוקים.
11. מהרש"ם כתב שהנתבע קיבל על עצמו את דיני הערכאות. על פי סברה זו נחלקו דייני זמננו: יש שסברו שהדבר אמור רק במי שסירב לדיון בבית הדין או שהיה אקטיבי בדיון בערכאות (למשל, דרש שהתובע יישבע). ויש שסברו

- שהדבר אמור בכל נתבע בבית משפט שלא ביקש דיון בבית דין של תורה, גם אם לא נתבע בבית דין תורה ולא סירב לדיון שם.
12. חתם סופר כתב שהיתר פנייה לערכאות משמעו שערכאות דנים מכוח בית הדין, בספר אורח משפט כתב שההיתר מבוסס על "הפקר בית דין – הפקר", ולכן, בסמכות בית הדין לקנוס את הנתבע שסירב להתדיין בדיון תורה.
13. על פי הנימוק השני יתכן שהתובע זכאי לקבל גם ריבית שתיפסק לזכותו בערכאות, כיוון שיש לראות אותה כקנס של בית הדין שהתיר את הפנייה לערכאות.
14. על פי המתירים, על בית הדין לכתוב בהיתר הפנייה לערכאות באופן מפורש שהוא מתיר לתובע לקבל כל מה שייפסק לטובתו בבית המשפט.

ה. סיכום כנס הדיינים תשע"ד בנושא: הוצאת היתר פנייה לערכאות

להלן סיכום כנס הדיינים בנושא הוצאת פנייה לערכאות, שהתקיים בשנת תשע"ד, ביוזמת מכון משפטי ארץ ועמותת הליכות עם ישראל. יש להדגיש, על כל בית דין להפעיל שיקול דעת בכל מקרה לגופו כדי לוודא שהיתר יינתן רק במקרה הנדרש.

א. קריטריונים להוצאת היתר פנייה לערכאות

1. ניתן לדרוש מהנתבע לחתום על הסכם בוררות תוך זמן קצוב וסביר, עוד לפני קביעת דיון בבית הדין,¹¹⁶ כמו כן די בהזמנה אחת.¹¹⁷
2. ניתן להסתמך על שירותי דואר ושליחות כדי לשלוח הזמנה לדיון לבעלי הדין, ועל דיווח שלהם שהנמען קיבל או סירב לקבל את המכתב. יש לוודא שבעל הדין ידע מה תוכן המכתב.¹¹⁸
3. ניתן למסור את מכתב ההזמנה לדיון לאחד מבני ביתו הבוגרים של הנתבע, ויש ליידע את מקבל ההזמנה שמדובר במכתב הזמנה של בית הדין, או לכתוב על המעטפה: "הזמנה לדיון".¹¹⁹

116. הרב משה שלום שור, "בענין הזמנה לדיון", בית אהרן וישראל, שנה טז, גליון צה סיון-תמוז תשסא, עמ' עג. דבריו הובאו אצל שוחטמן, סדר הדין בבית הדין הרבני, עמ' 371.

117. בספר מאזניים למשפט יא, א, כתב שיש צורך בשלוש הזמנות רק לצורך נידוי; הרב יעזר אריאל, דיני בוררות, עמ' רעו.

118. שו"ת אגרות משה אה"ע ג, כט; תקנות הדיון בבתי-הדין הרבניים בישראל התשנ"ג, לט; וכך כתב גם שוחטמן, סדר הדין בבית הדין הרבני, עמ' 365.

119. שולחן ערוך חו"מ יא, ג; תקנות הדיון בבתי-הדין הרבניים בישראל התשנ"ג, מ.

4. ניתן להסתמך על דיווח של מזכיר או מזכירת בית הדין שהנתבע מסרב להתדיין בדין תורה כדי להתיר לתובע לתבוע בערכאות.¹²⁰
5. נתבע שמתעלם מפנייה בכתב של בית הדין לחתום על הסכם בוררות או מסרב להודיע האם הוא מעוניין להתדיין בבית דין אחר – דינו כמי שסירב להתדיין בדין תורה,¹²¹ וזאת, גם אם הנתבע אינו חייב להתדיין בפני בית הדין הזה.¹²²
6. נתבע שמוכן להתדיין בדין תורה אך אינו מוכן לחתום על הסכם בוררות – דינו כסרבן.¹²³ כך גם דינו של נתבע שמבקש להתדיין בבית דין שפסק הדין שלו אינו ניתן לאכיפה בהוצאה לפועל.¹²⁴
7. הנוסח המקובל של הסכם הבוררות הוא "בין לדין ובין לפשר", והוא אינו מאפשר לבית הדין להכריע באופן שרירותי,¹²⁵ ועל כן נתבע שמסרב לחתום על נוסח זה דינו כמי שסירב לדין תורה.¹²⁶
8. במקרה של נתבע שאינו יכול להתדיין בדין תורה על פי החוק, או שידוע לבית הדין כמי שבאופן עקבי מסרב להתדיין בדין תורה, בית הדין רשאי להתיר פנייה לערכאות גם ללא פנייה לנתבע.¹²⁷

ב. דינו של תובע בהיתר בערכאות שזכה ביותר ממה שהוא זכאי על פי ההלכה

1. מנהג בתי הדין להתיר פנייה לערכאות במקרה של סירוב גם ללא בדיקת תוכן התביעה.¹²⁸

120. אורח משפט (אנאליק) כו, ב, שכתב שאם בית הדין קובע שיש נאמנות לשלוחיו אזי הם נאמנים.
121. רמ"א חו"מ יא, א, בשם שו"ת מהרי"ק, שורש יא. במקרה כזה רצוי להוציא היתר פנייה לערכאות מושהה שמאפשר לנתבע לחזור בו תוך זמן קצוב וקצר (כגון, 14 יום).
122. הרב ש"ל לנדסמאן, "קביעת הרכב בית הדין", דברי משפט א (תשנ"ו), עמ' רה"רו, מובא אצל שוחטן, סדר הדין בבית הדין הרבני, עמ' 382.
123. דברי הגאונים כלל נב, ח; שו"ת מהרש"ם ג, קסה, בסופו; פסקי דין ירושלים ג, עמ' יג; הרב יועזר אריאל, דיני בוררות, עמ' עח.
124. פסקי דין ירושלים יא, עמ' יד. ראו גם שם ז, עמ' קעו.
125. בבא בתרא קלג, ב, "דייני דחצצתא".
126. שו"ת ציץ אליעזר ז, מח, ח, שאלה ב; הרב יועזר אריאל, דיני בוררות, עמ' שטו, ראו מחלוקת בפסקי דין רבניים יא, עמ' 267-262.
127. כסף הקדשים על שולחן ערוך חו"מ כו, ב.
128. אמרי בינה, דיני דיינים, כו; ערך שי חו"מ כו, ב; ישועות ישראל כו, ב.

2. נחלקו אחרונים לגבי תובע בערכאות בהיתר: יש שכתבו שהוא זכאי לקבל רק מה שמגיע לו על פי דין תורה ועליו לפנות למורה הוראה כדי שיורה לו כמה הוא יכול לקבל.¹²⁹
3. לעומתם, אחרים התירו לקבל כל מה שנפסק בערכאות, מכיוון שהנתבע קיבל על עצמו את דיני הערכאות,¹³⁰ או מכיוון שהיתר פנייה לערכאות משמעו שערכאות דנים מכוח בית הדין, ולכן, בסמכות בית הדין לקנוס את הנתבע שסירב להתדיין בדין תורה.¹³¹
4. בנוגע לחיוב ריבית בערכאות יש לעשות שאלת חכם.¹³²
 - הרב יעקב אריאל, רב העיר רמת גן, ואב"ד לממונות "ארץ חמדה – גזית"
 - הרב ד"ר רצון ערוסי, רבה של קריית אונו, ויו"ר הליכות עם ישראל
 - הרב יוסף כרמל, ראש כולל ארץ חמדה ואב"ד לממונות "ארץ חמדה – גזית"
 - הרב אברהם גיסר, רבה של עפרה, יו"ר מכון משפטי ארץ, אב"ד לממונות "ארץ חמדה – גזית"
 - הרב בניהו ברונר, אב"ד לממונות "ארץ חמדה – גזית"
 - הרב אליעזר שנקולבסקי, ראש ישיבת ההסדר בית שמש, ואב"ד לממונות "ארץ חמדה – גזית"
 - הרב שלמה אישון, ראש מכון כת"ר, רב מזרח העיר רעננה, ואב"ד לממונות "ארץ חמדה – גזית"
 - הרב יהונתן בלס, רב היישוב נווה צוף, ראש כולל רצון יהודה, ואב"ד לממונות "ארץ חמדה – גזית"

129. הרב מרדכי רלב"ג, "התדיינות בערכאות בהיתר בית דין", תחומין כה, עמ' 251, בשם הרב יוסף ש. אלישיב; הרב אברהם יהושע העשיל אונגער, "תגובות", קובץ בית הוראה הישר והטוב, ו, עמ' רלח.

130. שו"ת מהרש"ם א, פט.

131. אורח משפט כו, ב; הרב יועזר אריאל, דיני בורות, עמ' שכט.

132. זאת, כיון שיש הבדל בין חיובי ריבית שונים, כגון, במקרה של פירות, קנס של בית משפט, פיצוי על עיכוב תשלום, וקנס מתרבה.

צו מניעה ועיקול נכסים

הרב יובל חסיד

- א. שיטת הרא"ש: סעד זמני לצורך מניעת נזק
ב. דעת רב יהודאי גאון והרמב"ן: אין סמכות למתן סעד זמני
ג. התכליות שיש לשקול בעת מתן סעד זמני
ד. הראיות הנדרשות לצורך מתן סעד זמני
ה. מתן סעד זמני כאשר הנתבע פועל בתום לב
ו. סוגי הסעדים הזמניים
ז. הממשק עם החוק
ח. סיכום

צו מניעה הינו צו הניתן ע"י בית הדין במצבים שבהם טוען התובע עוד קודם הדיון שיש חשש שלא יוכל לממש את פסק הדין לכשיינתן, מפני שהנתבע עלול להבריח את נכסיו או לכלותם. משום כך התובע מבקש כצעד מקדים לעקל את נכסי הנתבע או להטיל עליו עיצומים אחרים, זאת עוד בטרם ניתן פסק הדין ולעתים אף טרם הוגשו ראיות המבססות את טענותיו של התובע. במאמר זה נדון במקור סמכותו של בית הדין לבצע פעולות אלו, בגבולותיה ובגדריה.¹

א. שיטת הרא"ש: סעד זמני לצורך מניעת נזק

בגמרא² מובאים דברי אביי, לגבי הקונה קרקע מחברו באחריות (כלומר, שאם יתברר שהקרקע לא שייכת למוכר, אזי יקבל הקונה פיצוי) והתברר לאחר הקנייה שיש מערערים על בעלות המוכר על השדה. לפי אחת הגרסאות שם קבע אביי שהקונה אינו יכול לבטל את העסקה כל עוד לא הוציאו המערערים מידיו את השדה, ויכול המוכר לומר לו "אחויי טירפך ואשלם לך", כלומר לכשיטרפו ממך

* הרב יובל חסיד הוא חוקר במכון משפטי ארץ.

1. בכתבת מאמר נעזרתי בכמה מקורות עיקריים: הרב צבי יהודה בן יעקב, "עיקול נכסים ועיכוב יציאה", תחומין טו, 195-227, (להלן: הרב בן יעקב, לעיל הערה 1); פרופ' אליאב שוחטמן, סדר הדין בבית הדין הרבני, עמ' 1262-1263.
2. בבא קמא ח, ב"ט, א.

את הקרקע תוכל לתבוע אותי.³ יוצא מכאן שהקונה אינו יכול לדרוש ביצוע של צעדים להגנתו מחמת חשש של הפסד עתידי, כל עוד התביעה לא יצאה אל הפועל.

רבים מהראשונים⁴ פירשו סוגיה זו באופנים שאינם קשורים לענייננו ולכן לא נאריך בשיטתם. אולם הרא"ש שם כתב:

ונראה דמיירי שלא נתברר הערעור עדיין אלא באדם וערער ואמר שדה זו גזלה ראובן (=המוכר) ממני ואני רוצה להביא עדים או יש לי חוב על ראובן ואני רוצה להביא השטר. ומשום דברים בעלמא לא יבטל שמעון (=הקונה) כחו של ראובן. אבל אם ראו בית דין אמתלא בדברי המערער כגון שהביא שטר שאין מקוים ואומר שרוצה לקיימו. או אם הוא אומר שיביא העדים בתוך שלשים יום. לא יוציא שמעון המעות מתחת ידו אלא ימתין עד שיעבור זמן שלשים יום דהפוכי בי מטרתא למה לי. אבל אם המערער ירחיק זמן הבאת עדים, אי אית ליה לראובן מקרקעי או אמיד במטלטלי שיוכל שמעון לחזור עליו אם יוציא המערער הקרקע מתחת ידו צריך ליתן לראובן מעותיו ולא לבטל כוחו בשביל הערער. אבל אי לא אמיד הוא ואין לו קרקע כיון שיש אמתלא בערעור אין לו לדיין להוציא המעות משמעון עד שיהא בטוח שלא יפסיד מעותיו אם יוציא המערער הקרקע מתחת ידו ועל זה וכל כיוצא בזה נאמר אין לדיין אלא מה שענינו רואות הכל לפי הענין.⁵

כלומר מדובר במערער שטוען שיש לו זכות להוציא את הקרקע מידי הקונה, אך עדיין לא הביא ראיה לכך. במקרה כזה יכול הדיין לאפשר לקונה לעכב את התשלום למוכר עד שתתברר התביעה, אם הוא רואה ביסוס לתביעה ויש חשש שהקונה לא יוכל לגבות מהמוכר את כספו בחזרה אם הקרקע תעוקל. טעם הדבר מתבאר בהמשך דברי הרא"ש שם:

ואם רואה הדיין אמתלא בדברי התובע או שלא יוכל ראובן לגבות חובו משמעון כשיגיע הזמן – מצווה הדיין לעכב ממון הנתבע עד שיברר התובע תביעתו או עד שיגיע זמן השטר. וכן מצאתי בשם הגאון ז"ל כתוב דתקנתא דרבנן הוא באיניש דמפסיד נכסיה משום השבת אבידה.

3. שם ט,א.

4. ראו: תוספות שם, ד"ה משהחזיק; רש"י בבא מציעא יד,ב, ד"ה יכול; ד"ה איכא; רמב"ם מכירה יט, ב.

5. רא"ש בבא קמא א, ה.

ולי נראה דלא צריכנא לתקנתא דרבנן אלא **דין גמור** הוא שחייב אדם להציל עשוק מיד עושקו בכל טצדקי דמצוי למיעבד.⁶

הרא"ש הסיק מסוגיה זו שכשבעל חוב חושש שלא יצליח לגבות את חובו, יכול הדיין ואף מצווה לעכב את נכסי החייב עבור בעל החוב. לשיטת הגאונים הטעם הוא תקנת חכמים משום השבת אבדה, דהיינו, אף שאין כאן אבדה ממש שהרי הממון אינו של בעל החוב כעת, תיקנו חכמים שיש למנוע גם הפסד עתידי. אולם לדעת הרא"ש עצמו זהו דין גמור להציל עשוק מיד עושקו בכל דרך אפשרית. אם נדייק בדברי הרא"ש נראה שהוא מדבר על שלוש תגובות של בית הדין לבקשת אדם לסעד זמני:

- א. כאשר יש חשש בעלמא לתביעה ללא בסיס ראייתי, כגון, כאשר יש מי שמערער על בעלות המוכר על השדה ללא ראייה – בית הדין אינו מקבל ערעורו, ומחייב את הקונה לשלם למוכר עבור הקרקע שקנה (להוציא ממון).
- ב. כאשר יש בסיס לחשש של מבקש הסעד, כגון שיש למערער שטר אף שאינו מקוים, או טוען שיש לו עדים, אזי בית הדין יכול לאפשר למבקש כסעד זמני **שלא להוציא ממון**, ולעכב את התשלום למוכר עד להתבהרות הדברים.⁷
- ג. במצב של תביעה ודאית, כגון במקרה שיש חשש שחייב לא יפרע את חובו, אזי ניתן לתת סעד זמני **להוציא ממון**.

הנימוקי יוסף הביא את תשובת הרי"ף ובה דין דומה:

וכן כתב רי"ף ז"ל בתשובה מבזבו נכסיו או רוצה ללכת יכול (=בעל החוב) לעכב עליו שיניח נכסים כדי פרעון, כדי שלא יהא כל אחד לזה מחבירו ומבזבו נכסיו או הולך למדינת הים ונמצא נועל דלת בפני לוי.⁸

הרי"ף פסק כאן שניתן לתת סעד לבעל חוב כאשר יש חשש שהחייב יבזבו נכסיו או יברח מן הארץ למדינת הים. משום ש"נמצא נועל דלת בפני לוי", דהיינו, ללא מתן סעד שכזה יימנעו אנשים מלהלוות והדבר יפגע בסופו של יום בלויים. הנימוק הזה מלמד שהרי"ף סבר שהסעד יסודו בתקנה כפי שכתב הגאון.

6. שם.

7. הרב בן יעקב, לעיל הערה 1, עמ' 196-197, למד מדברי הרא"ש, שגם כשקיים רק חשש שהחייב יאבד את נכסיו ניתן לתת צו לטובת התובע כדי להבטיח את זכויותיו באופן מלא, כפי שעולה מלשון הרא"ש "אין לו לדיין להוציא המעות משמעון עד שיהא בטוח שלא יפסיד מעותיו". אולם נראה שדיוק זה נכון רק אם נגביל אותו רק למקרים שבהם התובע מבקש להימנע מתשלום, אולם למקרים שבהם הוא מבקש להגביל את ממון הנתבע אין ראייה מכאן.

8. **נימוקי יוסף** בבא בתרא סה,א, בדפי הרי"ף, ד"ה פרנסה.

ב. דעת רב יהודאי גאון והרמב"ן : אין סמכות למתן סעד זמני

דעת רב יהודאי גאון והרמב"ן, שאין לבית דין לפסוק סעדים זמניים לטובת בעל חוב טרם מועד הפירעון, הובאה בקצרה בטור,⁹ ובספר התרומות הביא באריכות את דברי הרמב"ן החולקים על תשובת הרי"ף:

שאלתי בזה ה"ר משה בר' נחמן ז"ל. וזה אשר השיב, אף על פי שאימת חכמת הרב (=הרי"ף) מוטלת עלינו אין משוא פנים בדין. שלא מצינו בתלמוד למי שאינו מתחייב עדיין כלום שנעמיד ממנו בבית דין משום חששא זו שמא יזכו אחרים בממונו. ומה שהביא ראיה מאדרכתא (שאינן כותבים אותה על מטלטלין שמא שמיט ואכיל להו, ואנו חסים על ממון המלוה), התם מעשה בית דין הוא ואין בית דין מוציאין מתחת ידם דבר שאינו מתוקן, שאינו בדין שיזיקו הם לאחרים, ואי שמיט ואכיל וליכא לאשתלומי מיניה, בית דין הוא שהפסידו ממנו והזיקו נכסיו בגרמא שלהם, לפיכך אין כותבין עד שיהא מעשה ברור שלא יבוא על ידם תקלה לאחרים שלא כדין. אבל מלוה למי שאין לו נכסים, וכן הלוקח ממי שאין לו קרקע אחר רוצה ליזוק בנכסיו, מה נעשה לו, לכשיבא זמן חובו הרי הדין ביניהם.¹⁰

הרמב"ן בתשובתו חלק על דברי הרי"ף, וסובר שבית הדין אינו מתערב עד שיתברר הדין באופן סופי, למרות שהתובע חושש שיפסיד. הוא נימק זאת בכך שהמלוה למי שאין לו נכסים והקונה ממי שאין לו קרקע, סיכן את עצמו מרצונו ואינו יכול לבקש בדיעבד את הגנת בית הדין בטרם יגיע מועד הפירעון.

הרמב"ן התייחס לראיית הרי"ף מדברי הגמרא שאין מוציאים שטר אדרכתא המסמיק בעל חוב לגבות את חובו מנכסיו המיטלטלין של החייב, מכיוון שיש סיכון שהחייב יבזבז אותם. משמע שבית הדין מתמודד עם החשש לסיכון עתידי. על כך השיב הרמב"ן שבית הדין לא ינקוט פעולות שיפגעו בבעל החוב, אולם בה בעת, בית הדין לא יתערב לטובת בעל חוב טרם הגיע מועד הפירעון, מכיוון שבעל החוב הכניס את עצמו למצב זה ביודעין ולכן אינו זכאי להגנה.

יש להסתפק האם כוונת הרמב"ן היא שדווקא כשהמלוה ידע שהוא נוטל סיכון בהלוואה הוא אינו זכאי להגנת בית הדין בעזרת סעד זמני, אבל במקרים שבהם המלוה אכן דאג לבטוחות לפירעון החוב ואחר כך התברר שישנם סיכונים נוספים עליהם ידע – הוא יוכל לדרוש התערבות של בית הדין אף קודם מועד

9. טור חו"מ עג, טו.

10. ספר התרומות שער טז, ג, א.

הפירעון. או שמא לדעת הרמב"ן בשום מצב אין לתת סעדים זמניים לבעל חוב טרם מועד הפירעון. זאת, בגלל ההבדל העקרוני בין פעולה של בית הדין לגביית חוב במועדו, שצריכה להיעשות באופן שיבטיח את גביית החוב באופן מלא, לבין הסירוב לתת צווים זמניים לטובת בעל חוב שטרם הגיע מועד פירעונו גם כאשר ישנו סיכון שהחוב ללא ייפרע.

המהר"י בן לב צמצם את דברי הרמב"ן, וכתב שאין להוכיח מהרמב"ן ורב יהודאי גאון שהם חולקים על הסמכות לעקל נכסים כשיש חשש הפסד, משום שרב יהודאי גאון והרמב"ן דיברו על שטר חוב שלא הגיע מועד פירעונו, אך אין להסיק מדבריהם שהם חולקים על הרא"ש בכך שיש לבית הדין סמכות לעקל בתביעה שעומדת לדיון אך טרם הוכרעה. לכן רשאי בית הדין לתת סעד זמני במצב שכזה והנתבע לא יוכל לטעון טענת "קים לי" כרמב"ן ורב יהודאי גאון נגד הרא"ש.¹¹

ג. התכליות שיש לשקול בעת מתן סעד זמני

עד כה ראינו כי התכליות המצדיקות מתן סעד זמני הן חשש לאובדן נכסי הנתבע או לבריחה שלו מהארץ. כעת נתוודע לתכליות נוספות.

תרומת הדשן כתב שניתן לעקל נכסי נתבע כדי לגרום לו להגיע לדיון במקום שנוח לתובע. במה דברים אמורים? על פי ההלכה, ברירת המחדל היא שהדיון מתקיים במקומו של הנתבע.¹² על רקע זה נשאל בעל תרומת הדשן האם תובע שמצא מנכסי הנתבע בעירו שלו יכול לדרוש מבית הדין לעכב נכסים אלו כדי שהנתבע יצטרך לתבעו עליהם. כך ייהפך הנתבע לתובע, ואז הנתבע ייאלץ להתדיין בבית הדין במקומו של התובע. תרומת הדשן השיב שאם רואים הדיינים שהנתבע יציית לדיון ולא יישמט – אסור לעקל את נכסיו. אבל אם יש חשש שהנתבע יתחמק מדיון אזי רשאי בית הדין לעכב את ממונו כדי לכפות עליו דיון במקומו של התובע.¹³ כך פסק גם הרמ"א.¹⁴

במקרה זה העיקול לא נועד למנוע נזק לרכוש, אלא כדי לשפר את מצבו המשפטי של מבקש הסעד, לפחות בענייני סדר הדין. פסיקת תרומת הדשן פותחת פתח לשורה ארוכה של סעדים אפשריים שמטרתם צמצום התמרון הנוהלי של נתבע שיש חשש שמטרתו התחמקות מתשלום חובו.

11. שו"ת מהר"י בן לב א, קג.

12. רמ"א חו"מ יד, א.

13. שו"ת תרומת הדשן, שה.

14. רמ"א חו"מ יד, א.

תכלית נוספת היא הגברת הביטחון שהנתבע יופיע לדיון בבית הדין. בתרומת הדשן¹⁵ כתב שאין לעקל את נכסי הנתבע כאשר הנתבע הוא "ציית דינא, ואין לו כח להשמיט מתחת ידי בית דין שבעירו או הסמוך לו, ואינו יכול לדחות את שמעון ולא להתאלם כנגדו".¹⁵ אולם אם הנתבע מציית לבית הדין בדרך כלל, אלא שמחמת כבודו או תקיפותו קשה יהיה להביאו לדיון בעל כורחו – ניתן לעקל את נכסיו.¹⁶

כאמור, סעד זמני מוצדק כאשר יש חשש ממשי שייגרם נזק בהמתנה לדיון בבית הדין. אולם בה בעת ישנו חשש הפוך, שמתן הסעד הזמני הוא שיגרם נזק לא מוצדק למי שהסעד ניתן כנגדו. אכן מצאנו בהלכה שיש לשקול זאת בעת מתן הסעד הזמני, כפי שכתב רבנו ירוחם שהדבר תלוי בשיקול דעתם של הדיינים אם יש חשש לנזק לנתבע,¹⁷ וכן פסק בערוך השולחן.¹⁸ בהתאם לכך, אפשר לדרוש מהתובע הפקדת בטוחה בידי בית הדין על מנת לכסות הפסדים שעלולים להיגרם לנתבע בשל הסעד הזמני.¹⁹

ד. הראיות הנדרשות לצורך מתן סעד זמני

נשוב לעיין בדעת הרא"ש. הרא"ש כתב: "מצווה הדיין לעכב ממון הנתבע עד שיברר התובע תביעתו או עד שיגיע זמן השטר". בפשטות משמע שמדובר על שני מקרים: הראשון, בתביעה ללא שטר, ובה ניתן לעקל את נכסי הנתבע עד שיביא התובע ראיות, והשני, כשיש לתובע שטר שלא הגיע זמנו ויש חשש שעד מועד הפירעון יבריא הנתבע את נכסיו.

הרב צבי יהודה בן יעקב²⁰ מציע ביאור אחר לדברי הרא"ש. לדבריו, כשהתביעה היא לתשלום מידי, יכול התובע לדרוש עיקול נכסים למרות שאין בידו שטר, מכיוון שהדברים יתבררו מיד. אבל כשמדובר בתביעה לפירעון עתידי, אזי רק כשיש ביד התובע שטר אף על פי שאינו מקוים הוא יהיה זכאי לסעד זמני, משום שדרוש ביסוס חזק יותר לטענת התובע.

נראה שטעם הדבר הוא שיש לשקול את הנזק שעלול להיגרם לנתבע מול הנזק שעלול להיגרם לתובע. לכן כשמדובר על תביעה לתשלום מידי ללא ראיות ניתן

15. שו"ת תרומת הרשן, שם, וכן כתב בשו"ת המבי"ט ב, לג.

16. שו"ת תרומת הרשן, פסקים סד; שו"ת מהריב"ל א, קג.

17. רבנו ירוחם, מישרים א, ח.

18. ערוך השולחן חו"מ עג, טו.

19. פרופ' אליאב שוחטמן, סדר הדין בבית הדין הרבני, עמ' 1249.

20. הרב בן יעקב, לעיל הערה 1, עמ' 197.

לבקש סעד זמני לזמן קצר להבאת הראיות. אולם כאשר מדובר על פירעון עתידי אין מקום לסעד זמני לזמן ארוך ללא הבאת ראיות ראשונות על ידי תובע. מכל מקום גם בתביעה מיידית דרושה ראשית־ראיה לטענת התובע, כפי ששמע מלשון הרא"ש "ואם רואה הדיין אמתלא בדברי התובע, או שלא יוכל ראובן לגבות חובו משמעון כשיגיע הזמן", כלומר לגבי תביעה ללא ראיה דרושה "אמתלא", ביסוס כלשהו לדברי התובע.⁵

לעומת זאת, הטור הביא את דעת הרא"ש ותשובת הרי"ף בנוסח מעט שונה:

וכן כתב א"א הרא"ש ז"ל: מי שיש לו שטר על חברו ולא הגיע זמנו ובא בתוך הזמן לבית דין ואמר מצאתי מנכסי פלוני ואני ירא שמא יבואו לידו ויבריחם ממני ולא אמצא מקום לגבות חובי ומבקש מבית דין שיעכבו הנכסים עד שיגיע זמן השטר, אם רואה הדיין שום אמתלא לדבריו או שלא יוכל לגבות חובו כשיגיע הזמן מצווה הדיין לעכב הממון עד שיגיע זמן השטר.²¹

הטור הביא רק את המקרה השני שבו התביעה היא בשטר שלא הגיע זמן פירעונו. הב"ח²² העיר שנראה שהטור הבין שבשני המקרים שבהם דן הרא"ש מדובר בתובע המוציא שטר אלא שבמקרה הראשון מדובר בשטר שאינו מקוים והתובע רוצה לקיימו וכבר הגיע זמן הפירעון, ובמקרה השני מדובר בשטר מקוים אלא שלא הגיע זמנו. לפי זה כתב הב"ח שהתובע מלווה על פה אינו זכאי לסעד זמני, שהרי הנתבע נאמן לטעון שפרע את החוב ואינו צריך להביא ראיה לשם כך.²³ השולחן ערוך פסק כדעת הרא"ש במלווה בשטר, ולא חשש לשיטת הרמב"ן.²⁴ וכתבו שם הסמ"ע והש"ך שדווקא בשטר הדין כך, כי גם אם יטען הלווה פרעתי

21. טור שם שם, יז.

22. ב"ח על הטור חו"מ שם, ד"ה ומ"ש וכ"כ אדוני אבי הרא"ש.

23. עדיין יש להסביר מדוע הטור לא הביא את המקרה הראשון בו עסק אביו הרא"ש, כאשר אין לתובע כל ראיה. אולם עיון נוסף בדברי הטור מגלה שהוא כן התייחס לכך.

הטור פתח בדברי הפוסקים שאין נותנים סעד זמני במלווה שלא הגיע מועד פירעונו (רמב"ן ורב יהודאי גאון) ועל זה כתב שהרי"ף בתשובה חלק עליהם. אולם תשובת הרי"ף אינה עוסקת במקרה של מלווה שטרם הגיע מועד פירעונו, אלא בסעד זמני בעקבות ערעור על שדה. על דברי הרי"ף הוסיף הטור את דברי אביו הרא"ש לגבי מלווה שלא הגיע זמנו.

לפיכך נראה שהטור הבין שתשובת הרי"ף עוסקת בתביעה למתן סעד זמני ללא ראיה כאשר יש חשש לנזק מידי לתובע, מקרה זה מקביל למקרה הראשון שבו נותנים סעד זמני שהביא הרא"ש, ועל דין זה כתב הטור שכך כתב גם הרא"ש. אחר כך הוסיף את המקרה השני שהביא הרא"ש – כאשר לתובע שטר. נמצא שהטור הזכיר את שני המקרים שבהם דן הרא"ש.

24. שולחן ערוך חו"מ עג, י.

יישבע המלווה וייטול, אבל במלווה על פה, אפילו אם יש לתובע עדים על ההלוואה יוכל הנתבע לטעון פרעתי ולהיפטר בשבועת היסת, וממילא אין טעם לעקל כדברי הב"ח.²⁵ הוסיף עוד הש"ך, שבמלווה בשטר מעכבים את הנכסים אפילו כשהשטר אינו מקוים, וממתינים עד שיקיימו התובע.

בספר אורים ותומים כתב שלפי זה גם בתביעה על בסיס התחייבות בכתב ידו של החייב עם מתן נאמנות למלווה, רשאי המלווה לדרוש סעד זמני של עיקול נכסים. אמנם אין זה שטר לכל דבר, אולם די בכך שהלווה אינו יכול לטעון 'לא היו דברים מעולם' או 'פרעתי' כנגד טענות המלווה.²⁶

לכאורה היה ניתן להסיק שקבלת סעד זמני תלויה בעוצמת הראיה שבידי התובע – שטר או כתב התחייבות. אולם אפשר להציע שהמבחן העיקרי הוא יכולתו של הנתבע להיפטר בטענת "פרעתי". לשאלה זו, האם העיקר הוא עוצמת הראיה שבידי התובע (שטר) או העיקר היא יכולתו של הנתבע להיפטר בטענה בעלמא, יש השלכה על הבנת דברי המבי"ט שדן במקרה של תביעה לעיכוב נכסים בדיון על ירושה, וכתב:

ובכל יום בבית דינינו באים לעכב ואין אנחנו שומעים לעכב כי אם בראיית שטר או פסק דין או עדות או אמתלא שהוא חייב לו ולא בתביעה וערעור בעלמא.²⁷

הרב צבי יהודה בן יעקב²⁸ דייק מדבריו שדי בעדות על הלוואה כדי לעקל נכסים, ואין צורך דווקא בשטר, שלא כדברי הסמ"ע והש"ך הנ"ל, אולם לדברינו נראה שאין ראייה משם כי המבי"ט דן בעיכוב נכסי ירושה שבהם לא שייכת טענת פירעון, ואולי משום כך יכול התובע לדרוש עיקול על בסיס עדות על פה.

נוסף על השאלה אם צריך שטר כדי לקבל סעד זמני, דנו האחרונים בשאלה הכללית מהן הראיות הנדרשות למתן סעד כזה. מהר"י בן לב כתב שטענת התובע צריכה להיות מבוססת, הן טענתו שיש לנתבע חוב כלפיו הן טענתו שייגרם לו נזק ללא הסעד הזמני.²⁹ גם המבי"ט כתב שאין לעכב ממון לפני דיון מהותי אלא "בדבר ברור", אמנם ניתן לתת סעד זמני לזמן קצר (יום או יומיים) עד לקיומו של

25. סמ"ע שם, ל; ש"ך שם, לג.

26. אורים שם, לח.

27. שו"ת המבי"ט ב, לג.

28. הרב בן יעקב, לעיל הערה 1, עמ' 198.

29. שו"ת מהריב"ל א, קג, על פי דברי תרומת הדשן, שם.

דיון כזה.³⁰ מדבריו עולה שככל שהסעד ניתן לזמן ארוך יותר, כך עליו להיות מבוסס יותר מבחינה ראייתית.

גם בשו"ת הראנ"ח עסק בשאלה מהי מידת הוודאות שייגרם נזק הנדרשת לצורך מתן סעד זמני, וכתב שאין להתערב כאשר יש רק חשש לנזק אך לא ודאות, כגון אישה נשואה שחוששת שלא תוכל לגבות כתובה, וכן מתנה שניתנה על תנאי, וחושש הנותן שהתנאי לא יתקיים ובינתיים יכלה המקבל את המתנה באופן שלא יהיה ניתן להחזירה, ולכן מבקש סעד זמני שימנע את המקבל לנקוט פעולות כאלה עד שיתקיים התנאי בפועל.³¹ הוא הביא ראייה מתשובת הרשב"א שאין למלווה זכות למנוע מלווה למכור את נכסיו לנכרים, למרות שיש חשש סביר שהמלווה לא יוכל לגבות מנכסים אלה את החוב, מכיוון שייתכן שהמלווה יפרע את החוב בעצמו.³² אולם הרמ"א כתב שאם נראה לבית הדין שהמלווה לא יוכל לפרוע את חובו ניתן למנוע את המכירה.³³ לעומת זאת בשו"ת דברי חיים הביא את דברי הראנ"ח הנ"ל, וכתב שאין נוהגים כדבריו, אלא אפילו על טענה כלשהי מעקלים.³⁴

נחלקו פוסקים רבים בנוגע לסמכות בית הדין לפסוק על פי אומדן דעתו ולא על פי ראיות.³⁵ לכאורה מתן סעד זמני הוא פסיקה על פי אומדן שהרי בשלב הזה בית הדין אינו יודע את המסכת העובדתית והראייתית המלאה, אלא סומך על אומדן דעתו בלבד.

אולם בשו"ת מהרש"ך כתב שמתן סעד זמני אינו דומה לפסיקת דין באופן סופי, ולכן בית הדין רשאי לתת סעד זמני על בסיס אומדן כדי להציל עשוק מיד עושקו, ומכיוון שזו מטרת העיקול אין צורך אפילו בבית דין של ג' דיינים.³⁶ ניתן להטעים את דבריו על פי שיטת הרא"ש שחויב הצלת העשוק הוא מדין השבת אבדה, וחויב זה מוטל על כל אדם.

30. שו"ת המנבי"ט ב, לג.

31. שו"ת הראנ"ח כח.

32. תשובת הרשב"א הובאה גם בבית יוסף חו"מ, קיא, וברמ"א חו"מ קיא, יג.

33. שם.

34. שו"ת דברי חיים (מצאנו) ב, י.

35. ראו בעניין זה הרב דניאל כ"ץ, "הסתמכות על אומדן", לקמן עמ' 257.

36. שו"ת מהרש"ך ג, נח.

לסיום עניין זה, יש לציין כי ניתן להוציא צו מניעה גם ללא ידיעת הצד השני³⁷ כאשר יש בכך צורך. כמובן לאחר הוצאת הצו יש לאפשר לצד השני לשטוח את טענותיו כנגד הצו תוך זמן קצר.

לסיכום, ישנה מחלוקת מהן הראיות הנדרשות לצורך מתן סעד זמני. בנוסף ראינו שככל שהסעד ניתן לתקופה ארוכה כך הראיות הנדרשות הן חזקות יותר.

ה. מתן סעד זמני כאשר הנתבע פועל בתום לב

כדוגמה להגבלת היכולת לעקל כתב הש"ך בשם המהרש"ל שאין לעקל אלא כשיש חשש שהחייב עצמו יבזבז נכסיו, אבל אם נכסיו מתמוטטים שלא באשמתו אין לעקל. טעמו הוא שמעיקר הדין הלכה כשיטת הרמב"ן ורב יהודאי גאון שאין לעקל, אמנם פשט המנהג כדברי השולחן ערוך אלא שאין לך בו אלא חידושו, ויש לצמצם את סמכותו של בית הדין רק למצבים שהנתבע מבזבז בכוונה ולא כאשר הוא פועל בתום לב.³⁸

נראה שגם לשיטת הרא"ש שיש סמכות לבית הדין לעקל משום הצלת עשוק מיד עושקו יש לקבל חילוק מעין זה: רק כאשר החייב מנסה לעשוק את בעל החוב יש לעקל נכסיו, אבל כשנכסיו של החייב מתמוטטים שלא באשמתו – אין מקום להתערבות. כן משמע מדברי המהרש"ל שכתב שגם לשיטת הרא"ש רק כשהחייב מבזבז נכסיו יש לעקלם:

מהרי"ק הביא דברי הרא"ש לפסק הלכה בשורש ק"ט. שטוען, שרצו לדון, במי שהעני ויורד מנכסיו קודם שהגיע הזמן, ומתמוטט מדי יום. שאפשר לעת הזמן הכתוב בשטר לא יהיה יכולת בידו לשלם אפילו במטלטלים. שגם כן יכול המלוה לעכב ביד בית דין על מה שנמצא ביד הלוח עכשיו מנכסיו. ואפילו קודם הזמן.

וטעות גדול הוא. כי לא כתב הרא"ש עם סיעתיה. אלא במי שרוצה להבריא נכסיו ולאבדם מידו, ודעתו להעשיק המלוה. או שרוצה לילך למדינת הים. ואם כן ידוע שלא יכול לגבות חובו או שמבזבז נכסיו.³⁹

אמנם לטעם הגאון המובא ברא"ש, שהעיקול הוא משום השבת אבדה, יש מקום לעקל נכסים גם כשנכסי החייב מתמוטטים מעצמם. לפי זה נראה לבאר את דברי

37. שו"ת המבוי"ט ב, לג. הרב יועזר אריאל, דיני בוררות, עמ' קלו; רצו. פרופ' אליאב שוחטמן, סדר הדין בבית הדין הרבני, עמ' 1278.

38. ש"ך חו"מ עג, לד.

39. ים של שלמה, בבא קמא, א, כ.

הש"ך שהובאו לעיל כך: למרות שלדעת הגאון המובא ברא"ש, שהעיקול הוא מדין השבת אבדה, ניתן לעקל גם במקום שאין החייב אשם באובדן נכסיו, אין להקל בכך.

לעומת זאת, מדברי המהרש"ל, שציטט את דברי הרא"ש,⁴⁰ משמע בדיוק להיפך. המהרש"ל הביא את דברי הרא"ש לגבי נתבע שהוא קטן ואי אפשר לקבל עדים בפניו, שאין מעקלים את ממונו, והסביר מה ההבדל בין קטן לבין חוב שלא הגיע מועד פירעונו:

ואין זה דומה למה שכתבתי בפרק קמא סימן כ'. מי שחייב, ולא הגיע זמנו, שיכולין הבית דין לעכב בנכסיו, שלא יאבד אותה. שאני התם, דידיעיןן בודאי שחייב לו. רק שלא הגיע זמנו לנוגשו. משום הכי מצוה להצילו. כדי שיבא לגבות חובו. אבל לגבות עדות שלא בפניו. הוי כמאן דלא אסהידו. ואם כן עדיין ספק לן אם חייב או לאו, אף אם יסהידו.⁴¹

המהרש"ל כתב שאין סתירה בדברי הרא"ש: הרא"ש פסק שניתן לעקל את נכסיו הלווה שלא יאבדו, מכיוון ששם קיומו של החוב ברור אלא שלא הגיע זמן הפירעון, אבל עדות שלא בפני בעל דין היא ראייה פסולה, ולא ניתן לעקל ללא ראייה. משמע מדבריו שאם הייתה ראייה על החוב אלא שלא הגיע זמנו להיפרע, בית הדין היה מעקל את ממון היתומים למרות שאינם מבזבזים את הממון כדי להבריח מהתובע, אלא משתמשים לצורכם. דברים אלו של המהרש"ל סותרים לכאורה את מה שהבאנו לעיל בשמו שאין לבית הדין לעקל ממון אלא כשהחייב מבזבז בכוונה כדי להבריח נכסיו.

אשר על כן נראה שכוונת המהרש"ל היא שאין מעקלים כשאין לחייב אפשרות למנוע את אובדן נכסיו והוא אנוס על כך. אבל כאשר החייב מכלה את ממונו, גם אם עושה כן בתום לב, מעקלים את רכושו. אלא שעדיין הדברים צריכים עיון, מכיוון שמלשון המהרש"ל שהובאה לעיל משמע בפירוש שרק כשהחייב מבזבז בכוונה מעקלים נכסיו. וכן משמע מהש"ך הנ"ל.

בספר שער משפט פסק גם כן שרק כאשר החייב מבזבז נכסיו בכוונה ניתן לעקל את נכסיו, אולם העיר על כך "ונראה דדוקא להוציא מיד הלווה הדין כן אבל אם באו מעות הלווה ליד המלווה עצמו תוך הזמן אין מוציאין מיד המלווה להחזירו ללווה".⁴² דהיינו, גם כאשר נכסיו החייב אובדים מאליהם ואין מעקלים את ממונו,

40. רא"ש בבא קמא י, ג שעסק בבקשה לסעד של עיכוב נכסו יתומים משום שלא ניתן לקבל עדות עד שיגדלו, אף שהם פועלים על פי שורת הדין.

41. ים של שלמה בבא קמא, י, ח.

42. שער משפט עג, יב.

אם בעל החוב כבר מחזיק בממון החייב הוא יכול לבקש שהממון יישאר בחזקתו. הוא הביא ראיה מכך שעושים כן ביתומים. מדבריו עולה שגם ביתומים הדבר היחידי שאפשרי הוא להחזיק את הממון ולא להוציא מהם ממון, זאת, בניגוד למה שעלה מדברי המהרש"ל.

עוד יש לדון במצב שהנתבע מבצע פעולות שאינן בזבזו מכון של הנכסים אבל אינן צורך רגיל, ועלולות לסכן את אפשרות הגבייה – האם זו עילה לדרוש עיקול? הנימוקי יוסף כתב שאישה שנישאת ויש עליה חובות, "יכול המלווה למחות בידה שתפרעהו או שתיחד לו נכסים כדי שלא יפסיד" שהרי לא יוכל לגבות מרכושה לאחר שתינשא, וכן הדין בבעל חוב שרוצה לעזוב את העיר טרם מועד הפירעון.⁴³ משמע שלמרות שהחייב אינו מבזבזו נכסיו בכונה אלא נוצר ממילא סיכון לחוב, זכאי בעל החוב לדרוש עיקול נכסים. נראה שאין זה דומה לדיון דלעיל לגבי יתומים קטנים, שם הנוק לבעל החוב הוא עקב שימוש רגיל ומוכרח בנכסים, ולכן אין עילה לעיכוב נכסים כלל לדברי שער המשפט. לעומת זאת במצב המתואר כאן יכול החייב להימנע מפעולות שיוזיקו לתובע ולכן אפשר לעקל נכסיו.

בהמשך לכך הרב צבי יהודה בן יעקב⁴⁴ כתב שנהגו לפסוק בבתי הדין שהשקעה בסיכון סביר אינה עילה לדרישת עיכוב מכיוון שכוונת הנתבע היא להרוויח. אולם מן הראוי לציין שגם השקעה בסיכון סביר איננה מעשה מוכרח, וייתכן שניתן למנוע אותה.

לסיכום, הש"ך כתב שאין לעקל נכסים אלא כשהחייב מבזבזו אותם שלא כדין, מהמהרש"ל משמע שגם אם משתמש בנכסים לצריכה שוטפת ניתן לעקל, ואילו משער משפט משמע שבמקרה זה לא ניתן לעקל אבל ניתן להחזיק את הממון.

ו. סוגי הסעדים הזמניים

מהם הסעדים הזמניים שרשאי בית הדין לתת? עד כה ראינו שהפוסקים עסקו בעיקר בעיקול נכסי הנתבע. אולם מצאנו גם סעדים אחרים, כגון חיוב הנתבע בהעמדת בטוחה לתובע. בתשובת הרי"ף המובאת בטור נאמר שהקונה קרקע וחושש שהיא אינה שייכת למוכר, יכול לחייב את המוכר לקנות קרקע אחרת בממון שנתן לו כדי שיוכל לגבות ממנה את חובו אם יוציאו את הקרקע מידו.⁴⁵ הרשב"א עסק בדרישה של מלווה שהלווה יקנה קרקע כבטוחה לחוב, וטען שבית

43. נימוקי יוסף, בבא בתרא סה, א, בדפי הרי"ף, ד"ה אמר המחבר.

44. הרב בן יעקב, לעיל הערה 1, עמ' 208-209.

45. תשובת הרי"ף המובאת בטור חו"מ, עג.

הדין אינו רשאי לתת סעד זמני לפני שהכריע את הדין, ובוודאי שאינו יכול לחייב את הלווה לקנות נכסים חדשים כבטוחה. אבל במכירה שיש בה חשש קרוב-לוודאי למקח טעות כתב הרשב"א שיש מקום לדון כדעת הרי"ף.⁴⁶

בשולחן ערוך נפסק שבמלווה ניתן לדרוש רק עיכוב נכסים שקיימים ממילא בידי הלווה, ואילו בקונה קרקע שיש המערערים עליה, יכול הקונה לדרוש שהמוכר יקנה קרקע בדמי המכירה כבטוחה.⁴⁷

הלבוש⁴⁸ הסביר שקניית קרקע שיש עליה מערערים היא כעין מקח טעות ולכן יש זכות לקונה לדרוש העמדת בטוחות. אבל המלווה לחברו ממון לקח בחשבון שייעשה שימוש בממון ולכן אינו יכול לדרוש העמדת בטוחה, וכן חילק הסמ"ע⁴⁹ בין הלוואה למקח טעות.⁵⁰

סוגיה נוספת היא עיקול נכסי הנתבע הנמצאים בידי צד ג'. תרומת הדשן כתב שכאשר בית הדין סבור שיש צורך המנהג פשוט לעכב גם פיקדונות והלוואות הנמצאים בידי אחרים.⁵¹ לצד זה הוא עצמו הדגיש שאסור לבית הדין כסעד זמני לתת לתובע את נכסי הנתבע, אלא רק לעקל אותם. ואפילו נהגו לעשות כך זהו מנהג טעות.⁵²

הנימוקי יוסף⁵³ כתב שבית הדין רשאי להוציא צו המונע מאישה להינשא, כאשר המבקש טוען שלאחר נישואיה לא יוכל לגבות את חובו ממנה, ולכן הוא דורש שתפרע את חובותיה או שתייחד נכסים לפירעון החוב קודם הנישואין, כמו כן ניתן להוציא צו המונע את יציאת נתבע מן העיר. הרמ"א הביא את דברי הנימוקי יוסף על התביעה לעיכוב נישואין,⁵⁴ וכן פסק שהתובע יכול לדרוש למנוע את יציאת הנתבע מן העיר עד שיפרע חובו או שייחד לו נכסים.⁵⁵

46. שו"ת הרשב"א ה, קע.

47. שולחן ערוך חו"מ עג, יא-יב.

48. הלבוש שם. עוד כתב שאם יש אמתלא ניכרת שהלווה מאבד מעותיו ניתן להוציא סעד זמני כנגדו, אבל לא ברור מדבריו האם הכוונה לעיקול נכסיו או לקניית קרקע כבטוחה.

49. סמ"ע עג, לג.

50. ערוך השולחן חו"מ עג, יז, כתב שאם המוכר איש ישר ועשיר אין נזקקים לטענת הקונה למרות שיש חשש למקח טעות.

51. שו"ת המבוי"ט ב, לג.

52. שו"ת תרומת הדשן, שה, בשם תשובת מהר"ם. וכן בשו"ת מהרי"ק, שורש קט, ובשו"ת ר' יוסף בן עזרא, כט.

53. נימוקי יוסף, בבא בתרא סה, א, בדפי הרי"ף, ד"ה אמר המחבר.

54. רמ"א אה"ע צא, ד.

55. רמ"א חו"מ עג, י.

אמנם יש לדייק, הנימוקי יוסף מדבר על מצבים שהנישואין או היציאה מהעיר עלולים לגרום באופן עקיף נזק כספי לתובע, אולם, אין מכאן ראיה שניתן להוציא צו איסור יציאה כסנקציה בלבד.

ז. הממשק עם החוק

על פי החוק במדינת ישראל יכול בית דין לממונות לקבל החלטות רק אחרי חתימת שני הצדדים על הסכם בוררות. ללא הסכם כזה יוכל הנתבע להשתמש מביצוע הצו. אמנם יש בתי הדין הנוהגים לתת סעד זמני גם ללא חתימה של הנתבע על הסכם בוררות מתוך הנחה שהנתבע יישמע להוראות בית הדין. אולם במקרה כזה חובה להחתיים את התובע על הסכם בוררות, כדי לאפשר לבית הדין לחייב אותו בפיצויים במקרה שייגרם נזק לנתבע.

מכיוון שכאמור בית הדין אינו מוסמך על פי החוק לתת סעד זמני לפני שהנתבע חתם על הסכם בוררות, עולה השאלה כיצד ינהג בית הדין במקרה כזה. הדרך הפשוטה ביותר היא לפנות לנתבע ולדרוש ממנו לחתום על הסכם בוררות בתוך זמן קצר מאוד (יום או יומיים), ובמקרה שהוא מסרב להתיר לתובע לפנות לבית המשפט.

אולם לעתים התובע טוען כי עצם הפנייה לנתבע תאפשר לו לבצע פעולות שיגרמו נזק בלתי הפיך ולכן מבקש התובע סעד זמני שיינתן טרם הפנייה לנתבע. אכן, בתי המשפט מוציאים צווים כאלה כדבר שבשגרה. במקרים אלה עולה השאלה האם על פי ההלכה רשאי התובע לפנות לבית המשפט לצורך מתן סעד זמני, ואילו הדיון המהותי יתקיים לאחר מכן בבית דין של תורה אם הנתבע ירצה בכך.

לכאורה אפשר להסיק מדיני עשיית דין עצמית ("עביד איניש דינא לנפשיה") שרשאי התובע לעשות כן. אלא שהסמכות של אדם לעשות דין לעצמו מוגבלת רק לממון ששייך לו בבירור, ואילו במתן סעד זמני מדובר בתביעה ממונית שלא התבררה. זאת ועוד, לגבי עשיית דין לעצמו נפסק שאין לעשות זאת ע"י גויים,⁵⁶ ורק במצבים מיוחדים יש להתיר, כגון בממון שידוע ששייך לו,⁵⁷ או כשהנתבע לא ציית דינא.⁵⁸ על פי יחסם של פוסקי ההלכה לבתי המשפט של מדינת ישראל⁵⁹

56. רמ"א חו"מ ד, א.

57. שו"ת מהרי"ק, שורש קסא, ד"ה ואמנם.

58. שו"ת מהר"ם (לבוב), שלד, שו"ת מהרש"ל, יא, וראו במאמרו של הרב צבי יהודה בן יעקב "עיקול נכסים ועיכוב יציאה", תחומין טו, עמ' 205 והלאה, שהרחיב בזה.

59. ראו בעניין זה: הרב עדו רכניץ, מדינה כהלכה, עמ' 262-266.

מסתבר שלעניין זה אין הבדל בינם לבין בתי משפט של אומות העולם, מכיוון ששניהם אינם דנים על פי דין תורה.

אלא שיש מקום לומר שסעד זמני מותר הואיל והוא נועד כדי לאפשר לבית דין של תורה לדון בעניין המהותי.

בטור הובאה תשובת הרא"ש שכתב שנהגו לכתוב בשטרות שידונו גם בבתי משפט של גויים, אף שאסור לדון בפניהם אפילו בהסכמת שני הצדדים, זאת מכיוון שכוונת הכותבים היא "כגון אי גברא אלמא הוא ואין כח בדיני ישראל לכופו אז יש לו רשות להביא אותו בדיני עכו"ם שלא יפסיד ממנו".⁶⁰ הרמ"ע מפאנו הביא את דברי הרא"ש, וכתב שכיוון ש"אזלת יד מישראל ורבו המבריחים נכסיהם... ראינו לכל גדולי רבותינו נותנים רשות לעכב בדיני האומות ממון הנתבע ביד הנפקד שמא יעשו קנוניה על נכסיו של זה, ואח"כ יסדרו טענותיהם בפני ברורים בדינינו",⁶¹

הרמ"ע התנה זאת בכמה תנאים:

- א. דווקא כשאין בכוח בית דין של תורה לעכב את הממון בצורה אפקטיבית.
- ב. דווקא כשיש הפסד לתובע אם לא יעכבו את הנכסים, כגון שהנתבע מבזבז את מעותיו ולא יהיה לו במה לפרוע.
- ג. על התובע ליטול רשות מבית דין של תורה (אלא אם כן מדובר בחפץ מבורר שהוא שלו), ונהגו שבית הדין נותן רשות כזו כי אין בכוחם בדרך כלל למנוע את העלמת הנכסים. אם היה תנאי בין הצדדים מראש שיוכל לתבעו בדיני גויים מותר אף ללא נטילת רשות מבית הדין. ובשם מהר"ם פדואה כתב הרמ"ע שמי שעכב ממון בערכאות של נכרים בלי ליטול רשות אינו נחשב כתובע חברו בערכאות, מכיוון שאינו דין ממש אלא עיכוב בלבד, ומחייבים את שני הצדדים לדון בעניין המהותי בבית דין של תורה.
- ד. רק עיכוב נכסים שנמצאים ביד צד ג' מותר, אבל הוצאה מרשות הנתבע עצמו אסורה.

גם בשו"ת חוות יאיר כתב שמי שעיקל ממון בבתי משפט של גויים בשעת מלחמה אין לחייבו על כך מכיוון שזו שעת פסידא ואדם בהול על ממונו ואין יכולת לתבוע בבית דין.⁶² אולם לא ברור מדבריו אם מותר לכתחילה לעשות כך או רק שבדיעבד אינו נחשב כמוסר.

60. שו"ת הרא"ש סח, יג, הובא בטור חו"מ, סא.

61. שו"ת הרמ"ע מפאנו, נא.

62. שו"ת חוות יאיר, מה.

לגבי מהות ההיתר, עולה מדברי הרמ"ע שם שיש שתי רמות של עשיית דין עצמית – הרמה הראשונה, כאשר אין במעשה עצמו כל איסור מלבד העובדה שאינו פונה לבית דין של תורה אלא מממש את זכויותיו או מגן על עצמו מפני הצד השני בכוחות עצמו – אז הדבר מותר גם כשיכול לפנות לבית דין ללא חשש הפסד. הרמה השנייה היא כאשר עשיית דין עצמית כרוכה באיסור, כגון הכאה, שאסורה בדרך כלל – אז יש היתר לעשות זאת רק כשאינן אפשרות להמתין לסיוע של בית הדין. לכן פנייה לבית המשפט שאסורה על פי ההלכה, שייכת לרמה השנייה, והיא מותרת רק במקום הפסד. וכן משמע מהרא"ש שהזכיר הרמ"ע בדבריו, שכתב שמותר להכותו רק כשאינו יכול להציל בעניין אחר.⁶³

הרב בן יעקב⁶⁴ ביאר את כוונת הרמ"ע מפאנו, שבאמת היתר עיקול נכסים בבית המשפט אינו חלק מדיני עשיית דין עצמית, אלא הוא נובע מדיני איסור פניה לערכאות. לדבריו, אין איסור מן התורה לפנות לערכאות אלא כשדנים אצלם, אבל מתן סעד זמני אינו דין, עד שידון בית דין של תורה בדבר. לפיכך, הוא אינו אסור מהתורה אלא מדרבנן, וחכמים לא אסרו זאת במקום הפסד. אלא שכאמור מלשון הרמ"ע משמע שלמד את ההיתר מעשיית דין לעצמו ומדברי הרא"ש שם.

ח. סיכום

השימוש בסעד של עיכוב נכסים לפני דיון נתון במחלוקת ראשונים, ולמעשה נפסק כדעת הרא"ש שיש לבית הדין סמכות לתת סעד זמני. מקור הסמכות של בית הדין הוא מתקנת חכמים, או מדיני השבת אבדה וכדי להציל עשוק מיד עושקו.

העילות למתן סעד זמני – בית הדין רשאי לתת סעד זמני כדי למנוע הברחת נכסים על ידי חייב, לצורך הבטחת הגעתו של החייב לדיון, ואף כדי לחייב את הנתבע לבוא לדיון בעירו של התובע במקום בעירו של הנתבע.

כאשר התובע חושש לנזק שלא מחמת מעשי החייב, אין הוא זכאי לסעד זמני. האחרונים נחלקו במקרה שעלול להיגרם הפסד ממעשי הנתבע הנעשים בתום לב, האם יש לתובע זכות לסעד זמני: יש שכתבו שהתובע זכאי לסעד זמני כדי להציל את ממונו, ויש שכתבו שניתן לתת סעד זמני הפוטר את התובע מלתת לנתבע את נכסיו המוחזקים בידיו, אך לא סעד המוציא ממון מהנתבע.

63. רא"ש בבא קמא ג, ג.

64. הרב בן יעקב, לעיל הערה 1, עמ' 204.

הראיות הנדרשות – עוצמת הסעד הזמני תלויה בעוצמת הראיות של המבקש. כאשר יש לתובע (המבקש) בסיס ראייתי חלקי, כגון שטר שאינו מקוים, או טענה שיש לו עדים, רשאי בית הדין לעכב הוצאת ממון מידי התובע, ולפטור אותו מלשלם עד התבררות תביעתו, אך אין להוציא ממון מידי של הנתבע. אולם אם ישנה ראיה ברורה לטענת התובע הוא יוכל לקבל סעדים תקיפים יותר, ואף להוציא ממון מהצד שכנגדו כדי למנוע הברחה. כמו כן, ניתן להוציא צו מניעה במעמד צד אחד, ורק לאחר מכן לאפשר לנתבע לטעון לביטול הצו.

גם כאשר אין ביד התובע ראיה התומכת בבקשתו, ניתן לתת לו סעד זמני לזמן קצר מאוד, ובלבד שבית הדין סבור שיש ביסוס כלשהו (אמתלא) לדבריו. דעת כמה מהאחרונים היא שכאשר מדובר בתביעת מלווה ללא שטר (על פה) שהנתבע נאמן להיפטר בטענת פירעון – אין לבית הדין להזדקק לבקשתו של התובע לסעד זמני של עיכוב הנכסים, משום שהנתבע יוכל לטעון שפרע ובכך להיפטר מהחוב למרות העיקול.

הסעדים – הסעד המבוקש על ידי התובע יכול להיות במישור הממוני הישיר – עיקול נכסיו של הנתבע כדי למנוע ממנו מלבוז את נכסיו ולהבריחם, וכן עיקול נכסי הנתבע מוחזקים ביד צד ג' המחזיק בהם כפיקדון או כהלוואה. ניתן לתת גם סעדים אחרים שיש להם קשר עקיף לממון – כגון עיכוב נישואין כשיש חשש שלא יהיה ניתן לגבות מנכסי האישה לאחר שתינשא, וכן עיכוב יציאה מן הארץ כאשר הדבר יפגע ביכולת לתבוע את הנתבע לדין לכשיגיע זמנה של התביעה. אולם אין רשות לבית הדין לגבות בפועל את נכסי החייב ולהעבירם לרשות התובע קודם שניתן פסק הדין. במקביל לסעדים שמבקש התובע, מן הראוי לשקול לדרוש ממנו בטוחות למקרה שיתברר שהסעד הזמני גרם נזק בלתי מוצדק לנתבע.

הממשק עם החוק – מאחר שלפי החוק במדינת ישראל בתי הדין לממונות פועלים מכוח חוק הבוררות, הרי שבית הדין אינו מוסמך להוציא צו זמני קודם לחתימת שני הצדדים על הסכם בוררות. כאשר יש צורך להוציא צו כזה באופן מידי כדי למנוע מהנתבע לבצע פעולות שיפגעו בתובע, ניתן להתיר לתובע לפנות לבית משפט לצורך הוצאת הצו, אולם את הדיון המהותי על התובע לקיים בבית דין של תורה.

הכרעה במחלוקות בימינו

הרב הלל גפן

- | | |
|---|---|
| א. מבוא | 3. התחייבות שאינה קצובה |
| ב. התגברות על טענת קים לי | 4. התחייבות למכור נכס מסוים |
| ג. פסיקה לאשכנזים וספרדים | 5. דעת הפוסקים שמנהג בתי הדין אינו מכריע מחלוקת |
| ד. הכרעה על פי רוב דעות | ו. הכרעה על פי מנהג ישראל |
| ה. הכרעה על פי מנהג בתי הדין | ז. הכרעה על פי חוקי המדינה |
| 1. דיני מצרן | ח. סיכום |
| 2. הטלת שבועה על מי שמנהל את כספי חברו בשכר | |

א. מבוא

כל מערכת משפט חייבת לכלול מוסדות וכללים לצורך הכרעה במחלוקות. ואכן גם בתורתנו הקדושה ישנה התייחסות לכך, כפי שנאמר כבר בתורה:

כי יפלא ממך דבר למשפט בין דם לדם בין דין לדין ובין נגע לנגע דברי ריבת בשעריך וקמת ועלית אל המקום אשר יבחר ה' אלהיך בו. ובאת אל הכהנים הלויים ואל השפט אשר יהיה בימים ההם ודרשת והגידו לך את דבר המשפט. ועשית על פי הדבר אשר יגידו לך מן המקום ההוא אשר יבחר ה' ושמת לעשות ככל אשר יורוך. על פי התורה אשר יורוך ועל המשפט אשר יאמרו לך תעשה לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל.¹

בהמשך לכך, תיאר הרמב"ם את אופן ההכרעה בשאלות הלכתיות:

כשהיה בית דין הגדול קיים לא היתה מחלוקת בישראל, אלא כל דין שנולד בו ספק לאחד מישראל שואל לבית דין שבעירו. אם ידעו אמרו לו, אם לאו הרי השואל, עם אותו בית דין או עם שלוחיו, עולין לירושלים ושואלין לבית דין שבהר הבית. אם ידעו אמרו לו, אם לאו הכל באין לבית

* הרב הלל גפן הוא חוקר במכון משפטי ארץ ור"מ בישיבה הגבוהה בית אל.

1. דברים יז, ח"א.

דין שעל פתח העזרה. אם ידעו אמרו להן, ואם לאו הכל באין ללשכת הגזית לבית דין הגדול ושואלין. אם היה הדבר שנולד בו הספק לכל, ידוע אצל בית דין הגדול, בין מפי הקבלה בין מפי המדה שדנו בה, אומרים מיד. אם לא היה הדבר ברור אצל בית דין הגדול, דנין בו בשעתן ונושאים ונותנים בדבר עד שיסכימו כולן, או יעמדו למנין וילכו אחר הרוב ויאמרו לכל השואלים: כך הלכה, והולכין להן.

משבטל בית דין הגדול רבתה מחלוקת בישראל זה מטמא ונותן טעם לדבריו וזה מטהר ונותן טעם לדבריו זה אוסר וזה מתיר.²

הרמב"ם כתב כי ההכרעה הסופית הייתה נעשית בבית הדין הגדול על פי רוב דעות. אולם, לאחר ביטול הסנהדרין כבר אין מנגנון הכרעה במחלוקות. כיצד יש להכריע במחלוקות לאחר ביטול הסנהדרין?

הרמב"ם התייחס לכך בהלכה הבאה וכותב כך:

שני חכמים או שני בתי דינין שנחלקו שלא בזמן הסנהדרין או עד שלא היה הדבר ברור להן, בין בזמן אחד בין בזה אחר זה, אחד מטהר ואחד מטמא אחד אוסר ואחד מתיר אם אינך יודע להיכן הדין נוטה, בשל תורה הלך אחר המחמיר בשל סופרים הלך אחר המיקל.³

דהיינו, בענייני איסור והיתר ברירת המחדל היא שבדאורייתא יש להחמיר ובדרבנן יש להקל, אלא אם הדיין יודע להיכן הדין נוטה. בדיני ממונות הכלל הקובע הוא "המוציא מחברו עליו הראיה", ולכן במקרה של מחלוקת שהדיין אינו מוסמך להכריע או שאינו מצליח להכריע, ברירת המחדל היא שאין להוציא מהמוחזק, כפי שפסק הרמ"א:

ולא יאמר האדם: אפסוק כמי שארצה בדבר שיש בו מחלוקת, ואם עושה כן הרי זה דין שקר. אלא אם הוא חכם גדול ויודע להכריע בראיות, הרשות בידו; ואי לאו בר הכי הוא, לא יוציא ממון מספק, דכל היכא דאיכא ספיקא דדינא אין מוציאין ממון מיד המוחזק.⁴

הרמ"א הדגיש שגם בימינו מי שהוא "חכם גדול ויודע להכריע בראיות" רשאי להכריע במחלוקות, אולם, מי שאינו כזה אינו יכול להוציא מהמוחזק.

2. רמב"ם ממרים א, ד.

3. שם, ה.

4. רמ"א חו"מ כה, ב. הדברים לקוחים מדברי הרא"ש סנהדרין ד, ו. הרא"ש הסתמך על סוגיית "שטרא זיפא" (בבא בתרא לב, ב), שם נחלקו רבה ורב יוסף והסוגיה מסכמת: "הלכתא כרבה בארעא והלכתא כרב בוזי היכא דקיימא ארעא תיקום והיכא דקיימי זוזי לוקמו".

הש"ך בקונטרס "תקפו כהן" העלה על נס את הטענה כי בכל מחלוקת לא ניתן להכריע, ואין להוציא ממון מיד המוחזק מכיוון שהוא יכול לטעון "קים לי", דהיינו, הוא סובר כדעה התומכת בכך שהממון יישאר בידו. הש"ך הוכיח את טענתו באריכות מדברי רבים מהפוסקים. ואלו מקצת דבריו:

ודע דבפולוגתא דרבוותא היכא דמצי למימר קים לי, היינו אפילו הוא מיעוט הפוסקים יכול לומר קים לי כהמיעוט ולא כהרוב ומהני תפיסתו, כן פשוט בדברי האחרונים בכמה דוכתי, והוציאו כן מהא דקי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב...⁵

דברים אלה אמורים גם כאשר בעל הדין המחזיק עצמו לא מסביר מדוע "קים ליה" כפוסק המצדד בו, ואף כאשר המחזיק הוא עם הארץ שכלל אינו טוען "קים לי".⁶ בעקבות הש"ך עסקו אחרונים רבים בסוגיית "קים לי" ובהלכותיה.⁷ שיטת הרב עובדיה יוסף היא שיש להחזיק ברמה בדגל ה"קים לי". בדברי הפתיחה לשו"ת יביע אומר, תוך כדי דיון בשיטות הלימוד בישיבות זמננו, הוא הדגיש שעל הדיין להכיר היטב את ספרי האחרונים, וזאת בין השאר בגלל טענת "קים לי":

וביותר יש להזהיר את הדין בדיני ממונות לחפש ולבדוק הרבה בספרי האחרונים, שהרי על פי סברת שני פוסקים המזכין את הנתבע מצי המחזיק לומר קים לי כסברתם, אפילו ישנם מאה פוסקים המחייבים... והרי כל היד המרבה לבדוק בספרי האחרונים יוכל למצוא שנים מזכין על כל פנים על ידי עמל ויגיעה, כי יגעי ומצאתי האמן (מגילה ו ע"ב), ומכיון שאין צורך שהבעל דבר בעצמו יטעון קים לי, רק על הדיין לחקור ולדעת אם יש ב' פוסקים (ואפילו אחרונים) המסייעים את המוחזק... והא ודאי שיקשה על הדיין לפסוק ולהוציא ממון, מבלי לטרוח ולעיין היטב בספרי האחרונים כדי שלא יהיה בסוג מוציא ממון שלא כדין. ואפילו בדיעבד שפסק להוציא ממון דעת כמה פוסקים דהדר דינא. ואכמ"ל.⁸

מדבריו עולה שחובתו של דיין למצות את האפשרות לטעון "קים לי" בכל מחלוקת.

5. תקפו כהן, קכג.

6. שם, צב.

7. כגון פרשני קונטרס תקפו כהן: אורים ותומים ונתיבות המשפט, וכן כנסת הגדולה, הגהות בית יוסף, חו"מ כה, כללי הקים לי; חשק שלמה, כללי קים לי; ארח משפט (חזון), כה, כללי קים לי; ועוד.

8. שו"ת יביע אומר א, דברי פתיחה, יא.

לעומת זאת, אחרונים אחרים כתבו שחוסר היכולת להכריע במחלוקות פוגע קשות באפשרות ליישם את משפט התורה. כך כתב רבי יהונתן אייבשיץ כנגד הפוסקים שהרחיבו את ה"קים לי":

הנכון כמו שכתב הש"ך כי הכל תלוי בראות עיני הדיינין לפי עניין הנדון, וצריך ישוב גדול כי לולי זאת חס וחלילה תיפוק תורה ויהיה ממש כל דאלים גבר, ובעוונותנו הרבים נשכח התורה מאתנו אשר אין בכל חושן משפט ממש דין אחד שאין בו בכללים או בפרטים מחלוקת הפוסקים ראשונים או אחרונים. ואם כן לשוא עמלו בונים הפוסקים ומחברים בראיות שונות ופלפול עמוק בתורה, כי לעולם המוחזק יטעון קים ליה וחס וחלילה תורתנו הפקר, ולכן צריך ישוב רב. ובפרט דין שנזכר בשולחן ערוך והמחבר והרמ"א השמיטו דעת החולק... וכן דן אני ובא מבלי לטעון קים ליה כדעת החולק.⁹

דברים חריפים וגורפים עוד יותר כתב הרב יעקב חגיז:

שאלה: אם דנין בירושלם תבנה ותכונן קים לי? תשובה: קים לי בגואי שאיני דן כזה דאם כן בטלת כל החשן משפט מן העולם ויש טענות הרבה כנגדו וחס ליה לזרעא דאבא אעפ"י שיצא מפי גדולים, וקורא אני בזה עד מתי אתה מכלה ממונם של ישראל ונותן יד לפושעים ולחמסנים. וחוששני שברוב הימים יבאו לבטל כל דיני הגמרא באומרם קים לי כהאי תנא או כהאי אמורא בטענה שהיא בלבי גלויה ומלבא לפומא לא גליא.¹⁰

גם הריא"ה הרצוג¹¹ כתב כי צריך לצמצם את האפשרות לטעון "קים לי". במסגרת זו לא נדון בכללי ה"קים לי" שעסקו בהם רבים בהרחבה גדולה,¹² אלא בשאלה כיצד ניתן להסמיך את בית הדין להכריע במחלוקות ובכללי הכרעה שונים.

ב. התגברות על טענת קים לי

בחלק זה של המאמר נדון בדרכים להתגבר על טענת "קים לי", ובעיקר על ידי הסכמה מפורשת או מכללא של הצדדים כי בית הדין יוכל להכריע במחלוקות.

9. אורים ותומים על תקפו כהן, קבג-רכד.

10. שו"ת הלכות קטנות א, קפב.

11. הריא"ה הרצוג, תחוקה לישראל ע"פ התורה ב, עמ' 137-138.

12. ראו במקורות המוזכרים בהערה 7.

בשו"ת דרכי נועם כתב כי במקרה שבו הצדדים הסמיכו במפורש את בית הדין להכריע במחלוקות לא ניתן לטעון "קים לי":

וכתב הרדבא"ז ז"ל עוד אני אומר שאם הדיין מומחה לרבים והוא דעתו לפסוק כאחת מבעלי המחלוקת לא מצי בעל דין למימר קים לי כדברי החולק אלא מוציאין ממנו בעל כורחו דלא עדיף מהפקר ממון או הפקעתו דכיון שהוא מומחה אין לו אלא מה שענינו רואות לזמנו ושעתו עכ"ל.

והשתא אין לנו מומחה שיוכל להפקיר ממון או להפקיעו ומכל מקום נפקא מינה לכשקבלוהו עליהם לדין ביניהם כפי מה שירוהו מן השמים שאין בעל דין יכול לומר קים לי בהפך כמו הכת האחרת.¹³

הרדב"ז כתב שדיין מומחה יכול להכריע במחלוקות גם בימינו. הדרכי נעם הביין שמומחה יכול להכריע, לכל הפחות מדין "הפקר בית דין", ומכאן הוא הסיק שהצדדים יכולים להסמיך את בית הדין להכריע במחלוקות.

בבתי הדין לממונות נהוג שבמסגרת החתימה על הסכם הבוררות, הצדדים מאפשרים לבית הדין לדון "בין לדין ובין לפשרה". אחת ההשלכות של הסמכה זו היא שהצדדים אינם יכולים לטעון "קים לי". כך כתב הרב זלמן נחמיה גולדברג:

ונחלקו הפוסקים (עיין בקיצור תקפו כהן שהאריך בזה, וכן בקונטרס הספיקות), אם מוציאין ממון על פי רוב פוסקים או יכול לומר קים לי כדעת המיעוט. ונראה (עוד) שבקבלו עליהם לדון הן לדין והן לפשרה יש להוציא ממון על פי רוב פוסקים, ולא להתחשב בטענת קים לי. וגם אם קבלו פשרה קרובה לדין, גם כן מסתבר שיש לפסוק כרוב הפוסקים ולא לדון בקים לי, [משום] שזה שאין לטעון קים לי, נראה שהוא [בגדר] "קרובה לדין", הן מצד שיש הרבה חולקין וסוברים שאין לטעון קים לי...¹⁴

אם כן, רצוי לקבוע במפורש כי בית הדין יוסמך להכריע במחלוקות, אולם, כדיעבד ניתן לסמוך על הנוסח הכללי "בין דין בין לפשרה" המקובל בהסכמי הבוררות.

ג. פסיקה לאשכנזים ולספרדים

לאחר הסמכה של בית הדין יש לשאול האם על בית הדין להחיל פסיקה זהה או שונה לאשכנזים ולספרדים, ונבאר. במסגרת הדיון על "קים לי" כתבו רבים מהפוסקים שמי שמשתייך לעדה שקיבלה על עצמה פוסק מסוים, אינו יכול לטעון

13. שו"ת דרכי נועם חו"מ, טו.

14. הרב זלמן נחמיה גולדברג, "שבחי הפשרה", משפטי ארץ א: דין דיין ודיון, עמ' 79.

"קים לי" כפוסק החלוק עליו. זאת, מכיוון שחכמי דורם של השו"ע והרמ"א קיבלו עליהם את פסיקתם כפסיקה מחייבת, הרי הם נחשבים כמרא דאתרא (השו"ע ליוצאי עדות המזרח; הרמ"א ליוצאי עדות אשכנז), ואין לומר "קים לי" נגד המרא דאתרא.¹⁵ עיקרון זה מופיע כבר בדברי הרדב"ז:

והוי יודע דמצרים אתריה דהרמב"ם ז"ל הוא ולא מצי שום בעל דין לומר קים לי כפלוגי גאון נגד דברי הרב ז"ל וכן כל המלכות כלו וכל ארץ תימן וכן שמעתי שדין בארץ המערב על פיו.¹⁶

בעקבות זאת, כתבו הפוסקים שאם התובע והנתבע הם מאותה עדה (שניהם ספרדים או שניהם אשכנזים) אזי הדין יהיה כפי השיטה המוסכמת על עדה זו (ספרדים לפי השו"ע ואשכנזים לפי הרמ"א). במקרה כזה לספרדי אין אפשרות לטעון "קים לי" כרמ"א, ולאשכנזי אין אפשרות לטעון "קים לי" כשו"ע, ואפילו כאשר צדדים אלו נמצאים בבית דין שדייניו נמנים על העדה הנגדית – על הדיינים לפוסק לפי השיטה שהמתדיינים קיבלו על עצמם.¹⁷

לעומת זאת כאשר המתדיינים אינם מאותה עדה – כגון ספרדי התובע אשכנזי, או אשכנזי התובע ספרדי – במקרים כאלו יוכלו הנתבעים לומר "קים לי" כדעה המקלה עמם, כגון, ספרדי על פי הרמ"א, ואשכנזי על פי השו"ע. וכן כתב בספר ארח משפט:

דבר זה כל כך פשוט בעיני, שבין אם יהיה התובע או הנתבע בחו"ל, שהם הזוכים בטענת קים לי נגד מרן, גם שכנגדו היושב בארץ ישראל שפיר מצי לזכות בטענת קים לי אפילו נגד מרן. שאין סברא לומר שבני ארץ ישראל קבלו עליהם סברת מרן לחייב את עצמם בכל צד, שאם יהיה בן חו"ל מוחזק זוכה בטענת קים לי אפילו נגד מרן, ואם יהיה בן ארץ ישראל מוחזק לא יוכל לזכות בטענת קים לי נגד מרן, שבאמת כל כיוצא בזה לקתה מדת הדין.¹⁸

אולם בימינו כאשר אנשים מעדות שונות חיים ביחד, במדינת ישראל ומחוצה לה, ויש ביניהם עסקים התוצאה בלתי סבירה, שהרי אדם אינו בודק בטרם עסקה את העדה של הצד השני, ונמצא שאין לו דרך לדעת מראש איזה דין יחול במקרה של מחלוקת, ואם כן, אין לו דרך לוודא שהוא פועל על פי דעת הפוסק שתחול עליו.

15. שו"ת יביע אומר ז, חו"מ ב, אות א"ב; ברכי יוסף חו"מ כה, כו"כ; שו"ת מהרי"ף, סא; שו"ת חוות יאיר, קסה; נתיבות המשפט קיצור כללי תפיסה, כ; ועוד.

16. שו"ת רדב"ז ב, תתכה.

17. שו"ת זרע אברהם חו"מ, ג.

18. ארח משפט כה, כללי קים לי, יד; הובאו דבריו בשו"ת יביע אומר ז, חו"מ, ב, ד, והסכים עמו.

יתרה מזאת, בשו"ת מנחת יצחק כתב: "ומי שמע כזאת בבתי דיני ישראל לחלק בזה בין ספרדי לאשכנזי".¹⁹ וכוונתו שיש לטעון "קים לי" כדעת הרמ"א גם לספרדים וכדעת השולחן ערוך גם לאשכנזים. מדבריו למדנו שדין אחד הוא לכל העדות.

גם הרב רצון ערוסי כתב שבימינו אין לנהוג כך, ואלו דבריו:²⁰
 לענ"ד אין לדון בעניין ה"קים לי" על בסיס עדתי, ספרדי, אשכנזי ותמני, כי ברוך ה' הולכים ומתרבים הנישואין הבין-עדתיים בישראל, וכן הולכים ומתרבים תלמידים מעדות שונות, בני ישיבות שונות. לכן קשה בימינו לקבוע מיהו בן עדה מסוימת, אם אביו בן למשפחה בין-עדתית, ואמו בת למשפחה בין-עדתית, וכיוצא בזה.

לפיכך ראוי לכתוב במפורש כי בית הדין יחיל הלכה אחת על כל המתדיינים בפניו.

ד. הכרעה על פי רוב דעות

עד כאן עסקנו בשאלה האם ניתן להסמיך את בית הדין להכריע במחלוקת והמסקנה הייתה שהדבר אפשרי. כעת נבחן כמה כללי הכרעה במחלוקת שעל פיהם יוכל בית הדין לפעול. בראשית הדברים נזכיר את דברי הפוסקים שדיין רשאי להחליט על פי שיקול דעתו כאשר יש לכך נימוקים. בנוסף לכך נסקור מספר כללי הכרעה.

כאשר בית דין יושב ודן בדין מסוים, והדיינים נחלקים ביניהם, ההכרעה נקבעת על פי רוב הדיינים שדנו בדין זה, על פי מה שאמרה התורה "אחרי רבים להטות".²¹ וכך לשון הרמב"ם:

והמצוה הקע"ה היא שצוה לנטות אחרי רבים כשתפול מחלוקת בין החכמים בדין מדיני התורה כלם. וכן נמשך ונטה בדין פרטי גם כן בדין ראובן ושמעון, דרך משל כשתפול המחלוקת בין דייני עירם אם שמעון הוא

19. שו"ת מנחת יצחק ו, קע. וראו שו"ת עטרת פז א, ג, חו"מ, ו, שהביא את דבריו וחלק עליו, והרב ניסים קרליץ, חוט השני הל' נדה, קפח, כתב שעל הדיין לפסוק בדיני ממונות על פי העדה שלו ולא על פי העדה של בעלי הדין. וראו עוד פסקי דין ירושלים ט, עמ' לא.

20. הרב רצון ערוסי, "התחשבות בטענת 'קים לי' בבתי הדין לממונות", אמונת עתיד 122, עמ' 96.

21. שמות כג, ב.

חייב או ראובן, נמשך אחר הרוב. והוא אמרו יתעלה (משפטי' כג) "אחרי רבים להטות".²²

לפי הרדב"ז הולכים אחר רוב גדול גם במחלוקת הפוסקים שלא ישבו יחד, ומוציאים ממון על פיהם:

עוד אני אומר דלא אמרינן דמצי למימר קים לי כפלוגי פוסק אלא היכא שהם אחד כנגד אחד או שנים כנגד שנים אלא שהדיין אשר בא לפניו המעשה סובר כחד מינייהו אז מצי אידך למימר תביא ראייה שאין הלכה כפלוגי ותוציא ממני אבל כשיחיד חולק על רבים או רבים כנגד מרובים לא אמרה אדם מעולם דאם כן בטלת מה שכתוב בתורה אחרי רבים להטות וקרא איירי בין לאפוקי ממונא בין לאוקומי ממונא וכן לענין דיני נפשות אפילו שרבו המחייבים יאמר קים לי כאותם הפוטרים.²³

דהיינו, כאשר מדובר על מחלוקת בלתי שקולה מבחינה כמותית, ופוסקים רבים תומכים באחת העמדות, יש להכריע על פיהם, ולא ניתן לטעון "קים לי". אמנם לדעת רוב הפוסקים הכלל "אחרי רבים להטות" נאמר דווקא בבית דין כאשר כל הדיינים יושבים כולם כאחד ונושאים ונותנים בדבר (כפי שהיה בסנהדרין וכפי שמתקיים בכל דין גם בימינו), אבל הכלל אינו תקף לגבי הפוסקים שכתבו כל אחד דעתו בספרו ולא ישבו כאחד ונשאו ונתנו בדבר. זאת, מכיוון שייתכן שאם המרובים היו שומעים נימוקי המיעוט היו חוזרים בהם. וכך כתב כבר הרשב"א:

שאיין הולכים אחר הרוב אלא כשרבו המזכים על המחייבים או המחייבים על המזכים מתוך משא ומתן של כולם, אבל כשהמיעוט איננו – לא, שאילו היה שם אותו האחד שמא היה מראה טעם הפך מה שהסכימו הרוב ויודו הרוב בכך... ואין רוב בכל מקום אלא רוב הבא מתוך הכלל ומתוך משא ומתן...²⁴

תוספות הסבירו את ההליכה אחר הרוב בבית הדין קצת אחרת:

גבי דיינים שאני דחשיב מיעוט דידיהו כמי שאינו וליכא למימר התם אוקי ממונה בחזקת מריה דהא בית דין מפקי מיניה, אבל גבי שאר ממון דאיכא מיעוט וחזקה לא אזלינן בתר רובא.²⁵

22. ספר המצוות לרמב"ם, מצות עשה קעה.

23. שו"ת רדב"ז ד, קטז (אלף קפז).

24. שו"ת הרשב"א ב, קד, הובא בבית יוסף חו"מ יג, בסופו.

25. תוספות בבא קמא כו,ב, ד"ה קמ"ל.

כלומר, בבית הדין המיעוט בטל ביחס לרוב. לעומת זאת, כאשר המחלוקת היא בין תלמידי חכמים שאינם יושבים ביחד בבית הדין אין ביטול כזה. מהר"א ששון²⁶ הסביר את דברי התוספות על פי סברת הרשב"א. התורה אמרה "אחרי רבים להטת" כאשר בית דין דן במקרה מסוים וכל הדיינים דנים יחד זה כנגד זה, ואז המיעוט בטל. אבל בכל מקום אחר אין הולכים בממון אחר הרוב, זה הבסיס לטענת "קים לי" (שנדונה לעיל), שאין להוציא ממון מן המוחזק כאשר על פי מיעוט הפוסקים הוא מחזיק כדין.

לסיכום עניין זה: לדעת רוב הפוסקים, במקרה של מחלוקת הלכתית אין חובה לפסוק על פי רוב דעות, אולם הדעת נותנת שבמקום שבו הוסמך בית הדין להכריע במחלוקת, יש עדיפות להכרעה כדעת הרוב ובוודאי כאשר מדובר על רוב גדול, או במקרה שכל הפוסקים עומדים כנגד דעת יחיד.²⁷ חשוב לציין כי גם כאן נדרש שיקול דעת מצד בית הדין כדי להעריך את חשיבותן של עמדות הפוסקים ואת מידת הזיקה שלהן לנושא הנדון. ממילא ברור שלא מדובר על ספירה טכנית של פוסקים.

ה. הכרעה על פי מנהג בתי הדין

יש סוברים שכאשר ישנה מחלוקת בין הפוסקים, ולדעת הרוב יש להוציא ממון מהנתבע ולדעת המיעוט אין להוציא, ומנהג בתי הדין לפסוק כדעת הרוב, יש להכריע כדעת הרוב. לפי דעה זו זהו המושג "סוגיא דעלמא" המוזכר בסוגיית טעות הדיינים.²⁸ דיין שפסק בניגוד למנהג בתי הדין נחשב "טועה בשיקול הדעת", וכך הדבר מוגדר בשולחן ערוך:

טעה בשיקול הדעת, כגון דבר שהיא מחלוקת תנאים או אמוראים ולא נפסקה ההלכה כאחד מהם בפירוש, ועשה כאחד מהם ולא ידע שכבר פשט המעשה בכל העולם כדברי האחד.²⁹

הסבר זה מופיע בשו"ת דרכי נועם:

וכן אי סוגיין דעלמא כמו הכת האחת לא מצי בעל דין למימר קים לי כמו האחרת דהא חשבינן ליה טועה בשקול הדעת.³⁰

26. שו"ת תורת אמת, רז.

27. ש"ך חו"מ ס, יב.

28. סנהדרין לג, א.

29. שולחן ערוך חו"מ כה, ב.

30. שו"ת דרכי נועם חו"מ טו.

רוצה לומר, לא ניתן לטעון "קים לי" כנגד מנהג בתי הדין, וכך כתבו פוסקים נוספים.³¹ מכאן למדנו שכאשר בית הדין הוסמך להכריע במחלוקות, בוודאי שהוא יכול להכריע על פי מנהג בתי הדין ולהוציא ממון.

1. דיני מצרן

תרומת הדשן מוכיח שבדיון על תחולתו של "דינא דבר מצרא" הקונה נחשב מוחזק, משום שמן התורה הקרקע שייכת לו וחכמים הם שתיקנו שעליו לעשות הטוב והישר ולהניח את הקרקע למצרן. משום כך הרמב"ם³² כתב שבמקרה של ספק הקרקע נשארת בידי הקונה. למרות זאת, במקום שבו יש מחלוקת ויש מנהג שהמצרן זוכה בקרקע, הולכים אחר המנהג, כלומר מוציאים את הקרקע מידי הקונה ונותנים אותה למצרן:

ואי לאו דכתב דלא נהגו לזכות הלוקח היה נראה לומר בפלוגתא דרבוותא זוכה הלוקח דאיהו מיקרי מוחזק... אלא משום דכתב דלא נהגו כן איכא למימר דלא חיישינן להא דפליג אור זרוע, כי היכי דלא חיישינן לדברי רבנו תם דפסק דאין דינא דבר מצרא בבתיים, כיון דראבי"ה ומהר"ם ואשירי כתבו דלא נהגו כן.³³

תרומת הדשן הביא שתי מחלוקות בדיני מצרנות שבהן נהגו להכריע לטובת המצרן. המחלוקת הראשונה היא כאשר המצרן הוא בעל דירה ולקונה אין דירה, והמנהג הוא שזכות המצרן גוברת והוא מוציא מיד הלוקח. המחלוקת השנייה היא האם יש זכות למצרן גם בבתיים או שמא רק בקרקע, והמנהג הוא שיש זכות גם בבתיים. דברי תרומת הדשן הובאו על ידי כמה פוסקים.³⁴

2. הטלת שבועה על מי שמנהל את כספי חברו בשכר

במשנה³⁵ נאמר שאם שותף אחד חושד בחברו שלקח לעצמו חלק מכספי השותפות הוא רשאי להשביעו שלא נטל לעצמו דבר, למרות שאין לחושד טענת ברי אלא חשדות בלבד. הגמרא³⁶ הסבירה שהטעם הוא משום ש"מורו בה

31. ראו גם: חשק שלמה, כללי קים לי, צד. ובספרי אחרוני זמננו: עמודי משפט (טהרני), ג, עמ' מא; תפארת יצחק (סופר), עמ' קלא; מאמר יעקב, כ, עמ' נט; שו"ת משיב משפט עמ' שנא.

32. רמב"ם שכנים יב, יב.

33. שו"ת תרומת הדשן, שמ.

34. בית יוסף חו"מ, קעה; שו"ת פרח מטה אהרן (א, ס, דף קטז, ב); פסקי דין רבניים א, 201, עמ' 209, בפני הדיינים הרב א' גולדשמידט, הרב א"א קרליץ הרב י' בבליקי.

35. שבועות מה, א.

36. שם, מח, ב.

היתרא", כלומר השותף טורח בממון המשותף ולכן הוא עלול להורות היתר לעצמו לקחת יותר מהמגיע לו כשכר עבור טרחתו, משום כך מטילים עליו שבועה כדי להרתיע אותו.

רבנו תם³⁷ הסיק מכך שאם אדם עוסק בממון חברו ומקבל שכר עבור טרחתו, אין חשש שיורה היתר לעצמו, ולכן אין להטיל עליו שבועה. הרמב"ם לעומת זאת לא הבחין בין המקרים. המחלוקת הובאה בשו"ע.³⁸ הנודע ביהודה כתב שיש לחייב שבועה גם מי שמקבל שכר עבור טרחתו, מכיוון שזה מנהג בתי הדין:

ובל שטרי עסקא יוכיחו שהרי אין להם היתר אלא בנותן שכר עמלו ובכל יום בכל בתי דינים שבישראל אם טוען 'לא הרווחתי' חייב לישבע, ואם לא כן לא שבקת חיי ויבוטל היתר זה של עסקא, וכל אחד יתיירא ליתן בעסקא שיטעון 'לא הרווחתי', וכל עיקר סמיכות המלוה על השבועה וכזה אנו דנין בכל עת בכל בתי דינין שראיתי ושמעתי.³⁹

דהיינו, שטרי עסקא מבוססים על כך שהמתעסק חייב שבועה אם יטען שלא הרוויח, וניתנת לו האפשרות לפדות את השבועה בתשלום קבוע מראש. אמנם לפי רבנו תם אין המתעסק חייב שבועה, מכיוון שהוא מקבל שכר עבור טרחתו ואין חשש במקרה כזה שיורה היתר לעצמו. מכאן, מוכיח הנודע ביהודה, שהמנהג הוא לא כשיטת רבנו תם.

פתחי תשובה⁴⁰ כתב שיש לדחות את ראייתו של הנודע ביהודה, מכיוון שבשטרי עסקה יש טעם ייחודי לחייב שבועה⁴¹ ואין להסיק מכך לכל מי שטורח בתמורה לשכר. הפתחי תשובה לא חלק על כך שמנהג בתי הדין מכריע מחלוקת, אלא על כך שאין ללמוד ממנהג הנוגע לעסקה על מחלוקת הראשונים.

3. התחייבות שאינה קצובה

לדעת הרמב"ם אדם אינו יכול לחייב עצמו בדבר שאינו קצוב: "חייב עצמו בדבר שאינו קצוב, כגון שאמר הריני חייב לזון אותך או לכסות אותך חמש שנים, אף על

37. תוספות שם, ד"ה מורו.

38. שולחן ערוך חו"מ צג, ד.

39. שו"ת נודע ביהודה קמא, חו"מ, ל.

40. פתחי תשובה חו"מ צג, ז.

41. או מהטעם שכתב **נתיבות המשפט** (צג, ג) שבשטרי עסקא הייתה תקנה מיוחדת של מהר"ם לחייב שבועה, או מהטעם שכתב **בשו"ת בגדי ישע** (מז) שרבנו תם פטר משבועה דווקא במקום שאדם מקבל שכר מלא לפי שווי הטרחה והעמל, אבל למתעסק נותנים פרוטה בתחילת העסקה או מטבל עמו בציר ולכן יש חשש שגם הוא יורה היתר לעצמו.

פי שקנו מידו לא נשתעבד. שזו כמו מתנה היא, ואין כאן דבר ידוע ומצוי שנתנו במתנה. וכן הורו רבותי".⁴² הראב"ד וראשונים נוספים חלקו על הרמב"ם. השו"ע הביא את דעת הרמב"ם, אך כתב: "וחלקו עליו כל הבאים אחריו לומר שהוא משתעבד, והכי נקטינן".⁴³

נחלקו אחרונים האם המוחזק יכול לומר "קים לי" כרמב"ם. הש"ך⁴⁴ הביא את דעת מהר"י בן לב ואחרונים נוספים שסברו שאי אפשר להוציא מהמוחזק נגד דעת הרמב"ם, אך הוא חלק עליהם וכתב שאין אומרים "קים לי" כדעת היחיד, והרי כאן הרמב"ם חולק על כל גדולי הראשונים.

הריא"ה הרצוג והרבצמ"ח עוזיאל נשיאי בית הדין הגדול⁴⁵ כתבו שמנהג בתי הדין הוא שיש תוקף להתחייבות שאינה קצובה, בניגוד לרמב"ם. כן כתבו דיני בית הדין הרבני הגדול הרב יעקב הדס, הרב יוסף שלום אלישיב, והרב בצלאל זולטי:

מעשים בכל יום וכן המנהג בבתי הדין בארץ דעבדינן עובדא כמרן בהתחייבות בדבר שאינו קצוב, וכן העידו גם הגריא"ה ז"ל והרבצ"ע ז"ל שמנהג בתי הדין לחייב גם בדבר שאינו קצוב ודלא כהרמב"ם.⁴⁶

קדם להם בשנים רבות שו"ת בית אפרים שכתב: "כל בתי דינין שבישראל פוסקים לחייב המחייב בדבר שאינו קצוב".⁴⁷

4. התחייבות למכור נכס מסוים

התחייבות לעשות מעשה היא בגדר "קניין דברים", ואינה חלה גם אם עשו על כך מעשה קניין. לדעת קצות החושן⁴⁸ גם התחייבות למכור נכס היא התחייבות לעשות מעשה ועל כן אינה חלה. לעומת זאת נתיבות המשפט⁴⁹ סובר שלהתחייבות למכור נכס מסוים יש תוקף.⁵⁰ דעת רוב האחרונים היא כנתיבות המשפט, וכתבו שכך הוא המנהג.⁵¹

42. רמב"ם מכירה יא, טז.

43. שולחן ערוך חו"מ ס, ב.

44. ש"ך חו"מ ס, יב.

45. אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית א, עמ' קנא.

46. פסקי דין רבניים ד, 289, עמ' 302.

47. שו"ת בית אפרים חו"מ עה.

48. קצות החושן רג ב, רו א.

49. נתיבות המשפט לט, יז.

50. ראו: הרב דוד בס, "תוקפם ההלכתי של חוזים", כתר א, עמ' 47. ראו גם: הרב יעקב כהן, עמק המשפט א, ו.

51. שו"ת לחם רב, קמז.

בספר עמק המשפט⁵² כתב שהרב יוסף ש. אלישיב נשאל על כך ואמר שאי אפשר לומר אפילו 'קים לי' כדעת קצות החושן, אבל לא כתב מה טעמו. נראה שטעמו הוא משום שדעת קצות החושן מנוגדת למנהג, כמו שכתב הרב הרצוג:

ואולם העיקרון של ההתחייבות תופס מקום בכל המקרים של מו"מ ונתקבל בישראל ודנים על פיו. והנראה שהונהג כך שלא לנעול דלת, והיינו כדי לסול את המסילה למשא ומתן בישראל, וקיבל תוקף של מנהג בהסכמת בתי הדין, ונעשה כדין תורה.⁵³

5. דעת הפוסקים שמנהג בתי הדין אינו מכריע מחלוקת

אמנם הרב עובדיה יוסף חלק על כך, וכתב שלא ניתן להכריע על פי המנהג,⁵⁴ ונראה שכוונתו למנהג בתי הדין.⁵⁵ והוא הביא כמה אחרונים שהלכו בדרך זו, כגון המהרש"ך שכתב:

ובדרך הזאת דרכו לפסוק כל גדולי המורים אשר שמענו שמעם, דבכל מידי דאיכא פלוגתא דרבוותא, שיכול המוחזק לומר קים לי כהני רבוותא, אפילו נגד הרוב, משום דקיימא לן כשמואל (ב"ק כז ע"ב) שאין הולכין בממון אחר הרוב, ואין לנו להכריח בסברת הפוסקים הקדומים, ולעמוד עליהם לראות על מי ראוי לסמוך יותר, ואעפ"י שיאמרו החולקים, שמעשים בכל יום שנוהגים לעשות היפך סברת שכנגדם.⁵⁶

בשיטתו הלכו רבים מתלמידיו, ופסקו שאפשר לומר 'קים לי' גם נגד המנהג.⁵⁷ אולם מכיוון שרבים מפוסקי ההלכה כתבו שבמקרה של מחלוקת יש ללכת אחר מנהג בתי הדין לפסוק כאחת הדעות, ניתן לפסוק כמותם, בוודאי אם הדבר ייכתב בסדרי הדין של בית הדין.

52. עמק המשפט א, עמ' סז.

53. הריא"ה הרצוג, פסקים וכתבים ט, כו.

54. שו"ת יביע אומר, ג, חו"מ, ד, י.

55. אולם ראו בספר בית ראובן (ללוש), כו בהערה, שכתב שבוודאי אין כוונת הרב יוסף למנהג הציבור או לפסק שהתקבל על הציבור, אלא למנהג של בית דין מסוים לפסוק כדעה מסוימת ולכן אין הדבר מחייב את כל הציבור. ולא נתבררו לי דבריו.

56. שו"ת מהרש"ך א, ה. הביאוהו שו"ת בית דוד חו"מ ה, טו, אהל יצחק (חסיד) חו"מ, א.

57. ראו: שערי עזרה (טאראב), כד, עמ' שמו.

ו. הכרעה על פי מנהג ישראל

פוסקים רבים כתבו שאחד השיקולים שעל פיהם ניתן להכריע במחלוקת הוא מנהג ישראל. רוצה לומר, במקרה שבו הציבור נוהג כאחת הדעות בהלכה, יש בכך הכרעה לטובת אותה דעה.

שימוש בנימוק זה מופיע כבר בדברי ראשונים, כגון בנוגע למחלוקת שהוזכרה לעיל לגבי התחייבות שאינה קצובה: הרשב"א⁵⁸ חלק על הרמב"ם וסבר שיש תוקף להתחייבות כזו ולאחר הבאת ראיותיו כתב: "שלא נתכוונו בזה דברי הרב ז"ל ופוק חזי מאי עמא דבר". כלומר הרשב"א הביא סיוע לשיטתו ממנהג ישראל להתחייב התחייבות שאינה קצובה.

חשוב להדגיש, ברור שיש תוקף למנהג כאשר הוא משפיע על גמירות דעתם של בני אדם, אולם, במקרה זה, לכאורה⁵⁹ מחלוקת הראשונים אינה עוסקת בשאלה אם ישנה גמירות דעת אלא אם יש תוקף להתחייבות, ובכל זאת סבר הרשב"א שהמנהג מהווה בסיס להכרעתו.

גם הש"ך דחה הסתמכות על שיטת הרמב"ם בגלל מנהג העולם: "שאינן הנתבע יכול לומר קים לי כהרמב"ם והמנהג פשוט להתחייב וכו', וכן עושים מעשים בכל יום".⁶⁰

אפשר להסביר את הדברים על פי מה שכתב הרדב"ז. כאמור לעיל הרדב"ז סבר שיש ללכת אחר הרוב גם כשהצדדים במחלוקת לא ישבו יחד, הוא התייחס לשיטת המרדכי שהוא המקור לדין "קים לי" וכתב כך:

ועוד אני אומר דעד כאן לא קאמר מהר"ר יוסף קולון בשם המרדכי דמצי למימר קים לי כפלוגי להחזיק הממון בידו אלא היכא דלא קבלו עליהם לדון כפלוגי פוסק או שלא נהגו לדון כאחד מן הפוסקים. אבל היכא דנהגו לפסוק כדעת הרמב"ם ז"ל כי אתרין או כדעת הרא"ש ז"ל כי אתרייכו לא מצי למימר קים לי כפלוגי שהרי כל השטרות וכל ההלואות לדעת אותו פוסק נעשו והוי כאלו קבלוהו עליהם... דאי לא תימא הכי לא שבקת חיי לכל בריה דאפילו שהוא חכם גדול לא תקיף ידיעתו לכל הפוסקים כי אפשר שיש פוסק א' שהוא לא ראה ויאמר בעל הדין קים לי כאותו פוסק

58. שו"ת הרשב"א ד, קמה.

59. אמנם ייתכן שגם כאן המחלוקת היא בהבנת גמירות הדעת של הצדדים לעסקה.

60. ש"ך חו"מ ס, יב.

אלא ודאי כיון שנעשה השטר לדעת אותו פוסק שנהגו לפסוק כמותו תו לא מצי אידך למימר קים לי כפוסק אחר ודוק כי זה טעם נכון...⁶¹
 דהיינו, כאשר קיים נוהג מסוים בציבור הרי שכל העסקאות והחוזים נעשים על דעת אותו נוהג, ויש להתחשב בכך גם אם לדעת פוסקים מסוימים אין תוקף לעסקה או לחוזה.
 הרחיב בדבר הרב אהרן עזריאל וכתב כך (ראו בדבריו שלא צוטטו כאן מקורות נוספים לשיטתו):

דאין לומר קים לי נגד המנהג כמו שכתב הרב חשק שלמה בכללי הקים לי אות צ"ד בפשיטות ובראיות חזקות ובריאיות. ותמה על הרב מוצל מאש שנסתפק בזה, דמה מקום יש להסתפק ד'מנהג מבטל הלכה' שנינו, ובכמה מקומות שקיבלו לדון כספר הפוסק ואין נוהגים לומר קים לי עד כאן דבריו. וכן העלה הרב בעי חיי... ועיין רדב"ז בחדשות סי' תתכ"ה דבמום שנוהגים לפסוק כדעת הרמב"ם אין לומר קים לי ואי תפיס מפקינן מיניה ואחריו נמשכו כל רבני האחרונים... והכל הולך אחר השורש דמנהג מבטל הלכה.⁶²
 מדבריו עולה שהנוהג הידוע שעל פיו יוצאי ארצות ערב נוהגים כדעת השו"ע ויוצאי אשכנז נוהגים כדעת הרמ"א הוא תוצאה של מנהג ישראל שגובר ומכריע את המחלוקת.

ז. הכרעה על פי חוקי המדינה

מהרש"ם⁶³ כתב שכאשר קיימת מחלוקת בהלכה, וחוק המדינה מתאים לאחת השיטות, יש להכריע את הדין על פי חוק המדינה:
 ועוד אני אומר דלפי מה שכתבתי לעיל דעכ"פ תליא במחלוקת הפוסקים אי שטר מהני להתחייב על הספק, אם כן בודאי אמרינן בזה דינא דמלכותא דינא, דלא הווי כלל נגד דין תורה כיון דגם בדין תורה הוי ספיקא דדינא...
 כוונתו היא שאמנם לדעת הש"ך⁶⁴ אין תוקף לחוק המדינה כאשר הוא מנוגד לדין תורה, אולם כאשר חוק המדינה תואם את אחת השיטות בהלכה אין הוא נגד דין תורה, ואין מניעה ללכת אחריו.

61. שו"ת רדב"ז ד, קטז (אלף קפז).

62. כפי אהרן (ירושלים תרל"ד), יב, דף קנב.ב.

63. שו"ת מהרש"ם ה, מה. משפט שלום, קצד, ד"ה כלל.

64. ש"ך חו"מ עג, לט.

הרב הרצוג כתב סברה זו מדעתו מבלי להזכיר את המהרש"ם, וראה בה דרך להכריע מחלוקות בהלכה:

ואולי גם בספק פלוגתא דרבוותא יש להסתמך בזה בדינא במלכותא.⁶⁵

במקום אחר ציטט הרב הרצוג⁶⁶ את דבריו של הראשון לציון הרב אשכנזי. הרב אשכנזי דן בדברי הרמב"ן, שכתב שאין תוקף לחוקי המדינה המכשירים שטר כאשר יש מחלוקת בין שופטי ערכאות המדינה לגבי תוקפו. על כך כתב הרב אברהם אשכנזי:

הנה יש לומר דעד כאן לא אמרוה אלא בדין אחד, דאצלינו הדין מוסכם בחסר אותה ההקנאה דלאו כלום היא. אבל היכא דהדין אצלינו בפלוגתא הוא שנוי, דדינו למי שתפס ומוחזק שזוכה, והם נהגו כחד מיניהו, דהגם שהווי מיעוטא ודאי דאזלינן בתרייהו.⁶⁷

דהיינו, כאשר חוק המדינה זהה לאחת הדעות בהלכה, גם אם זו דעת המיעוט, יש לנהוג על פי החוק. משמע מדבריו שהדברים אמורים גם כאשר מחלוקת בין השופטים.

על פי דברי המהרש"ם פסק בית הדין הגדול⁶⁸ שהתחייבות אִם לכסות את מזונות ילדיה מועילה, למרות שהתחייבה באופן שנוי במחלוקת הלכתית, זאת, מכיוון שעל פי דינא דמלכותא ההתחייבות מועילה.

הרב מתתיהו שוורץ⁶⁹ כתב על פי דברי המהרש"ם שצוואה המועילה על פי חוק המדינה מועילה גם לפי דין תורה, מכיוון שיש פוסקים המקיימים את הצוואות מסיבות שונות (מצווה לקיים דברי המת או משום מצווה מחמת מיתה וכדומה).

הרב יעזר אריאל⁷⁰ דן בהתחייבות לבצע דבר שאין בו ממש (כגון, התחייבות לפעולה), והביא את מחלוקת האחרונים בשאלה אם מנהג הסוחרים (סיטומתא) תקף בדבר שאין בו ממש כאשר הדבר מקובל. כסיוע לכך שמנהג הסוחרים תקף הוא הביא את דברי המהרש"ם, שהרי על פי דינא דמלכותא מועילה התחייבות בדבר שאין בו ממש.

65. הריא"ה הרצוג, תחוקה לישראל על פי התורה, ב, עמ' 72.

66. שם, עמ' 146.

67. הובאו דבריו בשו"ת כפי אהרן (ירושלים תרל"ד) א, יג, דף קנז, ב.

68. פסקי דין רבניים ד, עמ' 279-280.

69. הרב מתתיהו שוורץ, משפט הצוואה, עמ' תג.

70. הרב יעזר אריאל "הפרת הסכם שנחתם עם מורדים בכלא", תחומין כא, עמ' 159.

ח. סיכום

הש"ך בספרו תקפו כהן התמקד בטענת "קים לי". משמעות טענת "קים לי" היא שבכל מקום שבו יש מחלוקת הלכתית לא ניתן להוציא ממון מידי המוחזק שמא הלכה כדעה התומכת בו. עמדת הש"ך התקבלה על ידי פוסקים רבים, גם אם במגבלות מסוימות.

אולם כמה מפוסקי זמננו כתבו כי טענת "קים לי" גורמת נזק קשה לאפשרות ליישם את משפט התורה, במיוחד עקב התרבות המחלוקות לאורך השנים, שהרי כמעט בכל דיון ממוני תימצא מחלוקת והתוצאה תהיה שלא ניתן יהיה להוציא ממון מידי המוחזק.

אשר על כן כתבו כמה מן הפוסקים שיש למצוא דרך להחזיר לבית הדין את הסמכות להכריע במחלוקות. הדרך הסלולה לכך היא הסכמה מפורשת של בעלי הדין כי בית הדין יוכל להכריע במחלוקות. מעבר לכך כתב הרב זלמן נחמיה גולדברג כי בכל הסכמה לקבל את בית הדין "בין לדין ובין לפשרה" כלולה הסכמה לכך שבית הדין גם יוכל להכריע במחלוקות.

על בסיס הסכמה כזו מן הראוי כי בית הדין יפסוק הלכה אחת לכל הנידונים בפניו ללא קשר לעדה אליה הם משתייכים. זאת מכיוון שבימינו ישנו ערבוב מבורך בין העדות, ורבים כלל אינם יודעים לאיזו עדה הם משתייכים ובוודאי שאינם יודעים מהי עדתו של בעל הדין עמו עשו עסקה שהגיע לידי מחלוקת.

כמו כן, סקרנו כללי הכרעה נוספים שעל פיהם יוכל בית הדין להכריע. הכלל הראשון הוא שיקול דעתו של בית הדין, ובכפוף לכלל זה ישנם כללים נוספים:

1. על פי רוב דעות, בוודאי כאשר מדובר על רוב מובהק.
2. על פי מנהג בתי הדין להעדיף דעה מסוימת.
3. על פי מנהג המדינה לנהוג על פי דעה מסוימת.
4. על פי חוק המדינה במקום שבו הוא חופף לאחת הדעות בהלכה.

כיצד מפשרים? בין פשרה לדין וצדק

הרב דניאל כ"ץ

- | | |
|--|--------------------------------------|
| א. הקדמה | ה. בין פשרה לדין וצדק |
| ב. שני סוגים של פשרה | 1. פשרה ויושר |
| 1. פשרה בהסכמה | 2. פשרה קרובה לדין |
| 2. פשרה מן הדין | 3. ביקורת שיפוטית על פשרה בלתי סבירה |
| ג. דיני פשרה בהסכמה | 4. כללי הדיון בפשרה |
| 1. פשרה לאחר גמר דין | 5. סיכום המקרים שבהם פשרה ראויה |
| 2. הכרעה על פי רוב דעות | ו. סיכום |
| 3. סירוב לקבל את הכרעת בית דין בדרך פשרה | ז. נספח: סיכום כנס הדיינים תשס"ט |
| ד. פשרה בטעות | בנושא: כללי הפשרה בבית הדין לממונות |
| 1. ביטול פשרה בעקבות התגלות ראיות חדשות | |
| 2. טעות בפשרה | |
| 3. פשרה מתוך הכרח | |

א. הקדמה

בכל שטרי הבוררות של בתי הדין לממונות מקובל לכתוב שהצדדים מקבלים את בית הדין "בין לדין ובין לפשרה". לנוסח זה מקורות קדומים, והוא מעניק לבית הדין את הסמכות גם לסטות מן הדין. אמנם יש הטוענים שבתי הדין משתמשים בנוסח זה בצורה לא ראויה כאשר הם מנצלים את סמכותם ונמנעים מלהכריע גם כאשר העובדות והדין ברורים כשמש. טענות אלה אינן נכונות בנוגע לרבים מבתי הדין, ולהיפך, במקרים רבים בתי הדין משתמשים בסמכות להטיל פשרה על מנת להרחיב את היקף החיובים, כגון במקרה של נזק בגרמא. מאמר זה עוסק בשאלות מתי וכיצד ראוי להטיל פשרה בין הצדדים. הנושא המרכזי הוא מה צריך להיות היחס בין פשרה לבין צדק ודין.

* הרב דניאל כ"ץ הוא דיין בבית הדין הרבני בתל אביב, לשעבר חוקר במכון משפטי ארץ.
1. שו"ת ריב"ש, תד, ועוד.

ב. שני סוגים של פשרה

מעיון בגמרא עולה שישנם שני סוגים של פשרה. הסוג הראשון הוא פשרה בהסכמה של הצדדים לסטות מן הדין, והסוג השני הוא פשרה על פי דין, במקום שבו ההלכה מורה לדיין לסטות מן הדין.

1. פשרה בהסכמה

בגמרא מובאות שלוש דעות תנאים:

תנו רבנן: כשם שהדין בשלשה כך ביצוע בשלשה, נגמר הדין – אי אתה רשאי לבצוע.

רבי אליעזר בנו של רבי יוסי הגלילי אומר: **אסור לבצוע**, וכל הבוצע – הרי זה חוטא... אלא: יקוב הדין את ההר...

רבי יהושע בן קרחה אומר: **מצוה לבצוע**... איזהו משפט שיש בו שלום – הוי אומר: זה ביצוע.²

לפי תנא קמא מותר לבצוע, כלומר לפשר, לפני גמר דין, לרבי אליעזר בנו של רבי יוסי הגלילי אסור לפשר, ולדעת רבי יהושע בן קרחה מצווה לפשר. הגמרא בהמשך פוסקת כדעת רבי יהושע בן קרחה, ומסבירה מה משמעות המצווה: אמר רב: הלכה כרבי יהושע בן קרחה... מצוה למימרא להו: אי דינא בעיתו, אי פשרה בעיתו.

כלומר המצווה לפשר פירושה להציע לבעלי הדין לבחור בין דין לפשרה. רבי יהושע בן קרחה מגדיר את הפשרה כ"משפט שיש בו שלום", ולפי פשוטם של דברים כוונתו שאכן הפשרה מבוססת בראש ובראשונה על הצדק, אלא שהיא מביאה לידי ביטוי גם את השלום. פשרה כזו תכונה כאן **פשרה בהסכמה**.

גם כאשר מדובר על פשרה בהסכמה, ישנם שני סוגים של הסכמות:

1. **הסכמה נקודתית** להצעת פשרה מסוימת שהציע בית הדין.

2. **הסכמה כללית** שבית הדין יוכל לסטות מן הדין על פי שיקול דעתו – הסכמה כזו נובעת מנוסח הסכמי הבוררות המקובלים המסמיכים את בית הדין להכריע "בין לדין ובין לפשרה".

שיקול נוסף לשאוף לעשיית פשרה הוא הסעיף החותם את דיני הפשרה בשולחן ערוך: "צריכים הדיינים להתרחק בכל היכולת שלא יקבלו עליהם לדון דין

תורה.³ אולם חשוב לשים לב שהדברים מכוונים לדין שיעדיף שלא להכריע, ואין בהם לגרוע מזכותם של בעלי הדין לדרוש הכרעה על פי הדין.

2. פשרה מן הדין

בסוגיה נוספת מובא סוג שני של פשרה כפתרון הכרחי, ואף נמצא לו מקור בפסוק:

תניא: צדק צדק תרדף – אחד לדין ואחד לפשרה. כיצד? שתי ספינות עוברות בנהר ופגעו זה בזה, אם עוברות שתיהן – שתיהן טובעות, בזה אחר זה – שתיהן עוברות. וכן שני גמלים שהיו עולים במעלות בית חורון ופגעו זה בזה, אם עלו שניהן – שניהן נופלין, בזה אחר זה – שניהן עולין. הא כיצד? טעונה ושאינה טעונה – תידחה שאינה טעונה מפני טעונה. קרובה ושאינה קרובה – תידחה קרובה מפני שאינה קרובה. היו שתיהן קרובות, שתיהן רחוקות – הטל פשרה ביניהן, ומעלות שכר זו לזו.⁴

במקרים הללו הפשרה היא הדרך היחידה וההכרחית לפתרון הסכסוך. לפי הגרסה שלפנינו הפשרה הזו נלמדת מהפסוק "צדק צדק תרדף". אולם, לחלק מהראשונים הייתה גרסה אחרת שלפיה הגמרא עימתה בין פסוק זה לפסוק "בצדק תשפט עמיתך", ומסקנתה – אחד לדין ואחד לפשרה. פשרה כזו תכונה כאן "פשרה מן הדין".

דוגמה נוספת לפשרה מן הדין מביא הרא"ש בתשובותיו:

שאיין כח ורשות להוציא את הדין חלוק מתחת ידו, שצריך לגמור ולהשלים את הדין כדי להטיל שלום בעולם. ולכך נתנו חכמים רשות לדיין לפסוק לפי ראות עיניו, במקום שאין הדבר יכול להתברר בראיות ובעדיות, פעמים באומד הדעת, ופעמים כמו שיראה הדיין בלא טעם ובלא ראיה ובלא אומד הדעת, ופעמים על דרך פשרה.⁵

וכך פסק השולחן ערוך:

יש כח לדיין לעשות דין כעין הפשרה, במקום שאין הדבר יכול להתברר. ואינו רשאי להוציא הדין חלוק מתחת ידו בלי גמר.⁶

3. שולחן ערוך חו"מ יב, כ.

4. סנהדרין לב, ב.

5. שו"ת הרא"ש קו, ו.

6. שולחן ערוך חו"מ יב, ה.

דוגמה נוספת ונפוצה מאוד של פשרה מן הדין היא הטלת פשרה במקום חיוב שבועה, בעניין זה כתבו התוספות: "ומיהו כשמתחייבין שבועה זה או זה שרי למימר להו לעשות הביצוע כדי ליפטר מעונש שבועה".⁷ וכן נפסק בשולחן ערוך: "ואם חייבו בית דין שבועה לאחד מהם, רשאי הבית דין לעשות פשרה ביניהם כדי ליפטר מעונש שבועה".⁸ אמנם יש מחלוקת⁹ אם מדובר כאן על פשרה בהסכמת הצדדים או בפשרה שבית הדין כופה על הצדדים, אנו נקטנו כאן כדרך הראשונה.

ג. דיני פשרה בהסכמה

מדברי השולחן ערוך עולים שלושה כללים לעשיית פשרה בהסכמה:

א. יש להציע את הפשרה לפני גמר דין.¹⁰

ב. דרושה הסכמת כל הדיינים.¹¹

ג. יש לעשות מעשה קניין על ההסכמה לפשרה.¹²

על שלושת העמודים הללו עומדת פשרה בהסכמה, ובלעדיהם פשרה אינה תקפה. שלושתם מעידים על כך שפשרה אינה פסיקת דין רגילה, למשל, הצורך בהסכמת הצדדים, הסכמה המגובה במעשה קניין, מוכיח שמדובר בעצם בהסכם בין הצדדים.¹³

בניגוד לפשרה בהסכמה, פשרה מן הדין אפשר לעשות לאחר גמר דין. כך עולה מדברי השולחן ערוך שכתב בתחילת הסעיף את הדין לעשות פשרה לפני גמר דין,¹⁴ ובסוף הסעיף כתב שבמקום חיוב שבועה ניתן להציע פשרה גם לאחר גמר דין.¹⁵ נראה שבמקרה זה גם אין צורך בהסכמת כל הדיינים, אלא הולכים אחר

7. תוספות סנהדרין ו,ב, ד"ה נגמר.

8. שולחן ערוך חו"מ יב, ב.

9. ראו: הרב שלמה לוי, "הטלת פשרה במקום חיוב שבועה", תחומין יב, עמ' 328, שהביא מחלוקת בעניין זה, ראו עוד: ד"ר ליפשיץ איתי, "פשרה עד היכן? גבולות הדיון בפשרה", שנתון המשפט העברי כד (תשס"ו-תשס"ז) עמ' 63-122.

10. שולחן ערוך חו"מ יב, ב.

11. שם, יח.

12. שם, ז.

13. כפי שכתב הרב משה צבי נריה, "משפט הפשרה", ספר יובל לכבוד מורנו הגאון רבי יוסף דוב הלוי סולובייצ'יק, עמ' שנח"שסח.

14. שולחן ערוך חו"מ יב, ב.

15. כאמור לעיל, זאת מתוך הנחה שפשרה על השבועה היא פשרה מן הדין.

הרוב.¹⁶ גם העמוד השלישי של הפשרה והוא עשיית קניין לפני הפשרה אינו נצרך, שכן זהו פסק דין לכל דבר שיש לו תוקף גם ללא מעשה קניין. כך הוכיח הרב זלמן נ. גולדברג,¹⁷ מדברי הגמרא לגבי שתי ספינות שלא הביאה את הצורך במעשה קניין.¹⁸

1. פשרה לאחר גמר דין

כאמור, פשרה בהסכמה חייבת להיות לפני גמר דין. השולחן ערוך¹⁹ פסק שגמר דין משמעותו העברת הוראה ברורה לצדדים הכוללת את פסק הדין. אמנם הריא"ז כתב:

נראה בעיני שאין כל הדברים הללו אמורים אלא כשדיינים רוצים להטיל פשרה כפי הנראה בעיניהם שלא מדעת הבעלי דינים, אבל אם הם מודיעים להם טיב הפשרה ומפייסים אותם עד שהם מתרצים למחול אחד לחבירו או לתת אחד לחבירו דבר ידוע, אפילו אחר גמר דין ראוי לעשות כן, ובלבד שלא יהא שום צד הכרח בדבר אלא פיוסים ופיתויים, וזו היא מצוה גדולה והבאת שלום שבין אדם לחבירו.²⁰

מדבריו עולה שניתן להציע לצדדים הסכמה נקודתית לפשרה גם לאחר גמר דין. הש"ך,²¹ שהביא את דבריו בסתם, סבר שדבריו מתקבלים. וכן הוסיף על כך נתיבות המשפט:²²

וכן מסתבר, דמהיכי תיתי יהיה אסור לפייס לאחד שימחול לחבירו. וכן כל הסוגיא דפשרה בג' גם כן על כרחך מיירי בהכי, דהפיוס ודאי אף ביחיד סגי. כנסת הגדולה מוסר שזה היה מנהגו אך לא מנהג ארץ ישראל.²³ מאידך, הב"ח התנגד לכך נמרצות והתומים הצטרף לדבריו.²⁴

16. כך כתב מסברה בספר צדק ומשפט יב, יח.

17. הרב זלמן נ. גולדברג, "שבחי פשרה", משפטי ארץ א: דין דיין ודיין, עמ' 80-82.

18. עוד הוכיח כן מהפשרה המופיעה בפירוש רש"י בבא מציעא מב, ב, ד"ה ומשלם, ואף שם לא נאמר שנעשה מעשה קניין. אם כי בסוף דבריו מציין הרב גולדברג שייתכן שבמקרים אלו כן נעשה מעשה קניין, אלא שהדבר לא נכתב.

19. שולחן ערוך חו"מ יב, ב.

20. מובא בשלטי גיבורים סנהדרין א, ב, בדפי הרי"ף.

21. ש"ך חו"מ יב, ו.

22. נתיבות המשפט יב, א.

23. הובא בפתחי תשובה חו"מ יב, ה.

24. ב"ח חו"מ יב, ד, תומים שם, ג. הובאו בפתחי תשובה שם, ה.

מקונטרס הראיות לריא"ז עולה שאכן דברי הריא"ז מבוססים על חילוק עקרוני בין הסכמה כללית לפשרה לבין הסכמה נקודתית לפשרה. לדעתו סוגיית הגמרא הקובעת שפשרה תהיה לפני גמר דין עוסקת אך ורק בהסכמה כללית לפשרה על פי החלטת בית הדין, אבל פשרה הנובעת מהסכמה נקודתית אינה בגדר זה, וזו לפי הריא"ז דרכו של אהרן שעשה שלום. אמנם ראשונים אחרים הסבירו שאהרן עשה שלום קודם שניגשו בעלי הדין לבית הדין,²⁵ או מפני שאינו שייך לצוות בית הדין.²⁶ משמע שלדעתם אכן בית הדין עצמו מנוע מלהציע הסכמה נקודתית לפשרה לאחר גמר דין.

אף על פי כן, מהר"ש מוהליבר קיבל את דברי הריא"ז וביססם:

בוודאי מצוה גדולה היא אם רואה הדיין שיעשה שלום על ידי זה. וכן המנהג פשוט בכל בתי דין שבישראל, שאם רואים לאחר הפסק שיוכלו לבוא מזה לידי קטטה ומריבה ואפשר גם לסירוב וביטול הפסק דין בכללו, כי יד ישראל אינה תקיפה כעת להעמיד הדין תורה על תילו בכל תוקף, מפייסים את הבעל דין שיוותר מה לבעל דינו וכל איש יבוא על מקומו בשלום.²⁷

גם בשו"ת זקן אהרן²⁸ דן בשאלה זו ומציע גם כן, בשעת הדחק, דרך לפשרה לאחר גמר דין, וציין שכך היא גם הסכמת המאזניים למשפט:²⁹

רק אם לראות עיני כת"ר אי אפשר להעמיד הפסק דין הקודם, וגם בעלי הדינים מסכימים לזה, אז תעשו באופן כזה – לומר להם דעו שהדין נשאר כמו שאמרנו, רק מצד הישר והטוב ראוי לוותר נגד רעהו בכך אם תסכימו מרצונכם הטוב.

בשאלה נוספת הקשורה לעניין פשרה לאחר גמר דין עסק בשו"ת משנה הלכות,³⁰ שדן בפסק דין שכלל בתוכו קביעה מהו הדין ולאחר מכן נכתב שבית הדין הכריע בדרך של פשרה. לדבריו, לאחר שבית הדין כתב מהו הדין הוא אינו רשאי להכריע בדרך של פשרה, והיא בטלה. והביא ראיה מדברי המהרש"ך³¹ שביטל פשרה מאותן הסיבות, וכן מצאנו בשו"ת אבני שיש.³² לפי דבריהם יש להיזהר

25. רש"י סנהדרין ו, ב, ד"ה אבל.

26. תוספות שם, ד"ה אבל.

27. שו"ת מהר"ש מוהליבר חו"מ, ט.

28. שו"ת זקן אהרן ב, חו"מ, קכו.

29. מאזניים למשפט יב, ד.

30. שו"ת משנה הלכות ט, שטז.

31. שו"ת מהרש"ך ג, מד.

32. שו"ת אבני שיש, כה, הובא בתוך: דיני בורות, עמ' קנה.

כאשר בית הדין רוצה להכריע בדרך של פשרה שלא לכתוב את שורת דין, שאחריה לא יוכל בית הדין להכריע בדרך של פשרה.

2. הכרעה על פי רוב דעות

כאמור, בשולחן ערוך³³ נפסק שפשרה מחייבת הסכמה פה אחד, וזאת על פי דברי התוספות ועוד ראשונים. אמנם יש פוסקים שניתן להכריע גם בפשרה על פי הרוב, ובוודאי כשבעלי הדין קיבלו את בית הדין לפשרה קרובה לדין.³⁴ מעבר לכך, בספר ערוך השולחן כתב ש"טוב להתנות מקודם שילכו אחר הרוב דעל פי רוב כבד מאד שיסכימו כולם לדעת אחת ונמצא טרחתם לריק".³⁵ דהיינו הצדדים רשאים להסכים על כך שהפשרה תוכרע על פי רוב דעות, מה גם שהסיכוי שהדיינים יסכימו לפשרה פה אחד הוא קטן מאוד.

3. סירוב לקבל את הכרעת בית דין בדרך פשרה

מה הדין במקרה כשאחד מבעלי הדין מסרב לחתום על הסכם בוררות "בין לדין ובין לפשרה" ודורש שבית הדין יכריע על פי שורת הדין?³⁶ בעניין זה נחלקו דייני בית הדין הרבני:³⁷ דעת המיעוט הייתה שלא ניתן לכפות על נתבע הסכמה כללית לפשרה, ודעת הרוב הייתה שהסכמה כללית פירושה הסכמה לפשרה מן הדין בלבד, וניתן לכפות אותה על נתבע, ואם יסרב, יתיר בית הדין לתובע לתבוע את הנתבע בבית המשפט. אולם לדעת הציץ אליעזר³⁸ ההסכמה לפשרה אינה מוגבלת לפשרה מן הדין בלבד, ובכל זאת, כיוון שהמנהג היום הוא לחתום על נוסח כזה, ממילא המסרב לחתום עליו הוא בגדר סרבן לדין תורה וניתן לתבועו בבית המשפט.³⁹

מן הראוי להעיר כי כאשר נתבע חתם על הסכמה כללית לפשרה בעל כורחו מן הראוי לצמצם מאוד את הפשרה ולהעדיף הסכמה נקודתית לפשרה.

33. שולחן ערוך חו"מ יב, ח.

34. הרב אליעזר שנקולבסקי, "אופן ההכרעה בפשרה ובזבל"א", תחומין יא, עמ' 381; דיני בוררות, עמ' רנה.

35. ערוך השולחן חו"מ יב, טו.

36. ראו באריכות בספר דיני בוררות, עמ' שטר-שכ, ובמאמרו של הרב אברהם שרמן, "משפט אמת – משפט שלום (המצוה לדון בין בעלי הדין)", שורת הדין ד (תשנ"ח), עמ' רסו.

37. פסקי דין רבניים יא, עמ' 259-274.

38. שו"ת ציץ אליעזר ז, מח, ח.

39. ראו על כך עוד: הרב הלל גפן, היתר פניה לערכאות", לעיל עמ' 134.

ד. פשרה בטעות

מכיוון שפשרה בהסכמה מבוססת על הסכמה מודעת של הצדדים, במקרים שבהם התברר שהנתונים שעליהם התבססו הצדדים השתנו או שהיו שונים מלכתחילה – הפשרה בטלה.

1. ביטול פשרה בעקבות התגלות ראיות חדשות

הרי"ף עסק במקרה של הסכמה נקודתית לפשרה עקב חיוב שבועה, כשהתברר שחיוב השבועה התבטל:

שאלה. ראובן היה לו חייב שמעון שבועה, וקנה ממנו שמעון השבועה ונתן לו קצת הממון שטוען על דרך הפשרה שלא ישבע, והעידו על עצמו בכך. לאחר כך נתגלה ראייה לראובן באותו ממון כלו – פשרה זו קיימת היא או לא?

תשובה. פשרה זו בטלה היא, משום שכשמכר לו ראובן השבועה היה שמעון מחוייב בה, אבל עכשיו שהביא ראייה בממון, שבועה אין כאן, מכירת שבועה אין כאן. אבל אילו עשו ביניהם כתיקונה, ולא הזכירו השבועה, הפשרה קיימת דאמרינן עביד איניש דזבין ומזבין דיניה.⁴⁰

הרי"ף פסק שאם הובאה ראייה שייתרה את הצורך בשבועה,⁴¹ מתבטלת הפשרה או "מכירת השבועה". זאת אך ורק כאשר הצדדים הזכירו את השבועה כסיבה לפשרה.⁴² בעקבות הרי"ף פסק הרמב"ם:

דיין שטעה וחייב שבועה למי שאינו חייב בה ועשה זה פשרה עם בעל דינו כדי שלא ישבע, ואחר כך ידע שאינו בן שבועה, אע"פ שקנו מידו על הפשרה – אינה כלום, שלא קבל עליו ליתן לו או למחול לו אלא כדי שיפטר משבועה שחייבו בה הטועה, וכל קניין בטעות חוזר, וכן כל כיוצא בזה.⁴³

הרמב"ם לא פירט כיצד נודע לדיין שבעל הדין אינו חייב שבועה, אך מהרי"ף למדנו שאפשר שהובאו לפניו ראיות חדשות, או שגילה שטעה. דבריו של

40. שו"ת הרי"ף, קכד.

41. **שער משפט** כה, טז, מחדש שאם נמצא עד המסייע שפוטר משבועה – אין הדין מתבטל. אך ראו שו"ת **מהרש"ם** ג, שכח, ובספר **בית יהודה** (הובא באורחות המשפטים, ערך "פשרה", שחזק את דבריו) שחלקו עליו, וסברו שגם טעות כזו מבטלת את הפשרה.

42. ראו גם: שו"ת הרי"ף, קמה.

43. **רמב"ם** סנהדרין ו, ה.

הרמב"ם נפסקו בשולחן ערוך,⁴⁴ והרמ"א הוסיף והדגיש (כנראה לפי דברי הרי"ף בתשובה שהבאנו): "ודווקא שגילה דעתו שעשה הפשרה משום השבועה או כדומה לזה". כלומר צריך שיהיה ברור שאכן הפשרה מבוססת על העובדה המוטעית. שכן אם הפשרה אינה נובעת מפסק הדין אלא היא פשרה רגילה, גם שינוי בדין לא ישנה את הפשרה. מן הראוי לציין שדברי הפוסקים שהובאו כאן מבוססים על כך שפשרה על השבועה היא פשרה בהסכמה נקודתית ולא פשרה מן הדין.

דוגמאות נוספות לביטול פשרה מובאות בשולחן ערוך:

הכופר בפקדון, ונתפטר עמו ומחל לו, ואח"כ מצא עדים, יכול לחזור בו. והוא הדין למי שנתפטר מפני שלא היה לו ראיה או שטר, ואחר כך מצא.⁴⁵

דהיינו אם הסכים אחד הצדדים לפשרה משום שהניח שאין לו ראיות – הפשרה בטלה כאשר מצא ראיות.

הפוסקים הדגישו שביטול הפשרה בעקבות מציאת ראיות חדשות או שינוי הנתונים מותנה בכך שאכן הראיות החדשות הן ברורות. כך כתב הרמ"א⁴⁶ לגבי מקרה שבו הטענה החדשה אינה מועילה יותר מאשר הקודמות לה, ועוד הוסיף לקבוע: "לא דמי לשאר פשרה בטעות דאיכא אומדן דאדעתא דהכי נתפטר, אבל בכאן שהיה להם הרבה ערעורים ביחד מי יוכל לעמוד על דעתו שלא נתפטר בלא זה". פוסקים נוספים כתבו שרק אם בעקבות הראיות יכול להשתנות פסק הדין הפשרה תבטל.⁴⁷ וכן כתב בשו"ת דבר משה: "אבל כשיש צד בעולם דילמא אינו חייב באותה שבועה ואף על פי כן מתפטר בה לא אמרינן קנין בטעות".⁴⁸

הנודע ביהודה הוסיף שראיות חדשות מבטלות פשרה רק אם כבר היו בעולם כשנעשתה הפשרה, ולא כאלו שהתחדשו לאחר מכן.⁴⁹ לעומת זאת הראי"ה קוק

44. שולחן ערוך חו"מ כה, ה.

45. שם יב, יא; יב, יד-טו. מקורם בשו"ת הרשב"א ג, קב; שם ב, רעח; נימוקי יוסף סנהדרין א, ב, בדפי הרי"ף.

46. שו"ת הרמ"א, עד.

47. שו"ת משכנות יעקב חו"מ, י; ראו פתחי תשובה חו"מ כה, יג.

48. שו"ת דבר משה ג, חו"מ, ג. הובא ב פסקי דין רבניים יז, עמ' 83.

49. דגול מרבבה יב, יד. ראו בפתחי תשובה חו"מ יב, כ, שביאר דבריו. בהלכה פסוקה יב, הערה 469, ציינו לדברי שו"ת שואל ומשיב ג, ג, קס, שעסק במקרה שבו התפטר על חפץ שאבד והתברר לאחר הפשרה שהוא נגנב והוחבא במקום מסוים, והשואל ומשיב ביטל את הפשרה. בספר ערך שי חו"מ יב, יד, טען שהשואל ומשיב חולק על דברי הדגול מרבבה. אך נראה שאין מחלוקת ביניהם, אלא שיש להבחין בין חפץ אבוד שאין יודעים את מקומו, לבין עדים פסולים שהוכשרו לאחר מכן.

כתב שהמבקש לבטל את הפשרה צריך להוכיח שלא ידע מראיות אלו בזמן הפשרה.⁵⁰ על זאת יש להוסיף את דברי נתיבות המשפט שאם אחד הצדדים חזר והודה לפני עדים ששיקר בדיון שהוביל לפשרה – הפשרה בטלה.⁵¹

2. טעות בפשרה

בתשובות חכמי פרובינציה⁵² הובא מקרה שהמפשר טעה בחשבון, ועל כן הציע פשרה מוטעית. השאלה הובאה לפני כמה חכמים. כמה מהם⁵³ השיבו שזוהי הסכמה בטעות ועל כן הפשרה בטלה. דברים יסודיים בעניין הפשרה בכלל כתב הרב המשיב, רבי אבא מרי ב"ר משה:

אם טעו בחשבון הראוי להיות בין בעלי דינין נראה ודאי דטעותא הדרא, וכ"ש הכא דסברי אינהו שכוונו ודקדקו בחשבון ועל פי החשבון ההוא פסקו את הדין, כסבורין הם שהחשבון מכון ונמצאת שגיאה ברורה בחשבוננו בכי האי גוונא הדר דינא, ואע"ג דקנו מיניה הוי קנין בטעות וחוזר... הילכך בנדון שלפנינו אע"פ שיש בו שטר בירורין ויש בו כח לחנוך הנברר לזכות את החייב ולחייב את הזכאי, אפי' הכא שופרא דשטרא הוא ולא עלה על דעת שיתן רשות לנברר שיחייבהו בלתי שישמע טענותיו וחשבונותיו וראיותיו הראויות לקבל, ואם אמרו ז"ל "מצוה לבצע", ולא אמרו "מצוה לגזול", וראוי לנברר לשמוע טענת בעלי דינין ולכוין חשבונם על פי הדין וראוי להיות הפשרה קרובה לדין כדי שיתקיים במשפט ושלום ומי שלא עשה כן ראוי לבטל את הדין מעיקרו, וכ"ש בהדין עובדא דהוי הפסק דין והקנין בטעות וחוזר.⁵⁴

לדבריו גם כאשר יש הסכמה כללית לפשרה שמסמיכה את המפשר "לזכות את החייב ולחייב את הזכאי", במקרה של טעות בחישוב הפשרה בטלה. יתרה מזו, הוא אף כתב שהצדדים מצפים לדין שבו יישמעו כל טענותיהם ויבדקו ביסודיות ומתוך כך תיעשה הפשרה. ממילא, אם המפשר אינו נוהג כך – ראוי לבטל את הפשרה. נרחיב על כך בהמשך.

מקרה נוסף של טעות הובא בדרכי משה:

50. באר אליהו יב, כה.

51. נתיבות המשפט רה, ט, ד"ה ואם.

52. תשובות חכמי פרובינציה ב, א"ג; ח"ד.

53. שם יא"ג.

54. שם ב, יד.

על אודות אחד מן האחים שנתפשר עם שאר אחיו לפטור חלקו מירושת אביו בעבור סך מה, כאשר היה סבור שלא היו הנכסים מרובים כאשר היו. וכן אמרו לו אחיו שלא היו הנכסים מרובין, ועל זה סמך ופטר את חלקו לאחיו בשביל דבר מועט לפי המגיע לחלקו. ושוב נודע שהיו הנכסים מרובים, ושהיה מגיע לחלקו כמעט כפלים ממה שנתפשר עם אחיו. נראה לע"ד דבר פשוט שאין באותה פשרה ממש שהרי הלכה רווחת היא בישראל דכל קנין וכל מחילה בטעות חוזרים.⁵⁵

דהיינו, אם ההסכמה לפשרה התבססה על נתונים עובדתיים שגויים שהיו ידועים למסכימים, ניתן לבטל את הפשרה.

במקרה זה הרמ"א לא התנה את ביטול הפשרה בגילוי דעת שהפשרה מתבססת על הנתונים הללו שהתגלו כטעות, בניגוד לפשרה במקום חיוב שבועה, שבטלה לאחר מכן, שם כתב הרמ"א שרק אם נאמר שהפשרה נעשתה בגלל השבועה, היא בטלה.

האחרונים הסבירו⁵⁶ שיש הבדל בין המקרים. במקרה שבו לתובע אין כל ראייה ולכן הוא מסכים לפשרה, ואז התגלתה ראייה – ברור שהפשרה נעשתה בטעות, מכיוון שלא הייתה לתובע כל דרך להוציא ממון על פי שורת הדין. אולם במקרה שבו היה חיוב שבועה והתובע העדיף פשרה, ולבסוף מצא ראייה שייתרה את הצורך בשבועה – הפשרה בטלה רק אם נאמר במפורש שהפשרה נובעת מחיוב השבועה, מכיוון שהתובע היה יכול להוכיח את טענתו גם על פי שורת הדין בדרך של שבועה, ממילא, ייתכן שהסכים לפשרה משיקולים אחרים.⁵⁷

3. פשרה מתוך הכרח

הרמב"ם קבע ש"פשרה דינה כמכר"⁵⁸, וגם השולחן ערוך כתב כן.⁵⁹ לפי זה ניתן לבטל פשרה שנעשתה תחת איומים (אונס), כפי שפסק השולחן ערוך במפורש:

55. דרכי משה חו"מ כה, ה. מקורו בשו"ת מהרי"ק, שורש קיא.

56. ראו הלכה פסוקה יב, הערה 490.

57. הערת עורך: מכיוון שבימינו לא ניתן להישבע בבית הדין (ראו הרב נתן חי, "השבועה בבית הדין הרבני: בין חזון למציאות", משפטי ארץ ב: טענות וראיות, עמ' 479-489) נראה שפשרה על השבועה וזהה לפשרה במצב שלא היו ראיות. ע. ר.

58. רמב"ם מכירה י, ג.

59. שולחן ערוך חו"מ רה, ג.

אם ראובן הפחיד את שמעון למסרו לאנס אם לא יתן לו ממון שהיו דנין עליו ואין לו בו זכות כפי הדין, ועשו פשרה בקנין וביטול מודעא, יכול לחזור בו.⁶⁰

לגבי התנאים לביטול הסכמה תחת איומים יש הבדל בין מכר למתנה. ביטול מכר מותנה בקיומם של שני תנאים גם יחד: א. שהמוכר יצהיר בפני עדים שהוא מוכר תחת לחץ ("מודעא"), ב. שהמוכר יביא לבית הדין עדים שיעידו על הלחץ שהופעל עליו. לעומת זאת, לביטול מתנה די באחד התנאים.⁶¹ מכיוון שדין פשרה כדין מכר, הרי שיש צורך בקיומם של שני התנאים כדי לבטל פשרה שנעשתה תחת לחץ.

אמנם הדברים סותרים את דברי הרשב"א,⁶² שהובאו בשולחן ערוך,⁶³ שניתן לבטל פשרה אם ההסכמה לפשרה נבעה מתוך הפחדות ואיומים שאם לא יתפשר יפסיד הכול, וזאת גם ללא "מודעא". לצורך יישוב הסתירה הציעו האחרונים⁶⁴ מספר אפשרויות:

א. הרב עוזר⁶⁵ תירץ שפשרה דינה כמכר לעניין זה שלא די "במודעא", אולם שלא כמכר בפשרה די בעדים על הלחץ. תירוץ זה אינו מתיישב עם דברי הרשב"א בסוף התשובה (שלא צוטטו בבית יוסף) שם הוא כתב: "ואם מסר מודעא, אפילו לא ידעו עדים באנסו, הוא נאמן", וכן מדברי התשב"ץ שיובאו להלן.

ב. קצות החושן כתב:

משום דהכא מיירי בדין מסופק שאינו ידוע להיכן נוטה, או בדבר שיש בו הכחשה ועסק שבועה ביניהם והוה ליה תורת פשרה, אבל התם מיירי שהיה הדין ברור בלי שום ספק ואינו בתורת פשרה כלל ומשום הכי הוה ליה אונס גמור.⁶⁶

כלומר במקרים שהדין ברור ללא ספק ואחד הצדדים הסכים לפשרה מחמת אונס – הרי שהפשרה נחשבת כמתנה, ואז די בעדים על האונס או במסירת מודעא. לעומת זאת במקרים שיש ספק בדין או בשאלות עובדתיות – פשרה כמכר, ואז

60. שם יב, יא.

61. שולחן ערוך חו"מ רה, א"ב.

62. שו"ת הרשב"א ג, קב.

63. לעיל ליד הערה 60.

64. ראו הלכה פסוקה יב, הערות 404-409.

65. הובא בפתחי תשובה חו"מ רה, ה.

66. קצות החושן רה, ב.

הפשרה לא תתבטל אלא בשילוב של "מודעא" ועדות על האונס, כך כתב גם המבי"ט בתשובותיו.⁶⁷

הרב חיים ש. שאנן ציין שהמהרשד"ם⁶⁸ פסק במפורש שגם באונס גמור ובדין ברור אין הפשרה מתבטלת.⁶⁹ גם התשב"ץ⁷⁰ כתב שפשרה אינה מתבטלת באונס, אף כאשר הדין ברור. במקרה שבא לפניו נעשתה פשרה למרות שהיה זה "דין ברור" והתובע מסר "מודעא", אולם לא היו עדים על כך שהסכים לפשרה תחת אונס והתשב"ץ קבע שיש תוקף לפשרה.⁷¹

ג. החמדת שלמה⁷² טען שאם הפשרה עוד לא מומשה דינה כמתנה.

ה. בין פשרה לדין וצדק

אחת השאלות שמטרידות את בעלי הדין בנושא הפשרה היא – האם פשרה משמעה ויתור על הצדק? כאמור לעיל, במקרה של פשרה מן הדין, פשרה אכן משקפת חוסר יכולת לברר את העובדות ולהגיע לצדק מוחלט. אולם ככל שמדובר בפשרה בהסכמה, אופי הפשרה אמור לשקף את הצדק, כך עולה מדברי הפוסקים.

על פי תפיסה זו שפשרה איננה מנוגדת לצדק, אלא הרחבה שלו, ניתן להבין גם את דברי הטור הבאים: "וכשם שמוזהר (=הדיין) שלא להטות דין כך מוזהר שלא יהא נוטה בפשרה לאחד יותר מחבירו".⁷³ הבית יוסף⁷⁴ והמהרי"ט⁷⁵ ציינו כמקור לכך את דברי רש"י בגמרא בסנהדרין: "ולא תרדוף אחד יותר מחבירו".⁷⁶ דברים דומים בעניין הפשרה כבר כתב הרמ"ה: "אבל פשרה צריכה עיינא טפי, ולעיין לפי

67. שו"ת המבי"ט ב, ק, הובא גם בשער משפט יב, ה.

68. שו"ת המהרשד"ם חו"מ, שלד; תיח.

69. הרב חיים ש. שאנן, עיונים במשפט חו"מ, טז (מהדורה שניה תשע"ב), עמ' קפב.

70. שו"ת תשב"ץ ב, סב.

71. בשו"ת שואל ומשיב א, א, יח, העיר שיש סתירה בין תשובה זו לתשובה של התשב"ץ ב, רכו (ההפניה המדויקת מופיעה בשו"ת שואל ומשיב ג, א, קמח). שם התשב"ץ חילק בין פשרה שהיא חלוקת זכויות לבין פשרה שיש בה מחילה של חייב על ממונו.

72. חמדת שלמה חו"מ, יג, הובא בפתחי תשובה חו"מ רה, ה.

73. טור חו"מ, יב.

74. שם.

75. שו"ת המהרי"ט חו"מ, צח.

76. רש"י סנהדרין לב, ב, ד"ה צדק. על אף שרש"י עוסק בפשרה מן הדין, והטור עוסק בפשרה בהסכמה. העיר על כך בשו"ת מהר"י באסן, קו.

שיקול הדעת, ולראות מי מהם אומר אמת ועל מי ראוי להחמיר יותר.⁷⁷ הרמ"ה הדגיש בהמשך דבריו שצריך לעיין בפשרה אף יותר מבדין.⁷⁸ וכן הדגיש הראי"ז: "וצריך להיזהר לעשות הדבר בצדק על הפשרה כמו על הדין."⁷⁹ וכאן עולה השאלה: איך אפשר לעשות פשרה שיש בה צדק, הרי פשרה במהותה אינה נעשית על פי הדין?

1. פשרה ויושר

מדברי הפוסקים למדנו שיש מצבים שבהם ישנו פער בין הצדק לבין הדין. כך למשל עולה מדברי הראי"ה קוק שכתב שלושה סוגי מקרים שבהם יש להעדיף פשרה:

דבאמת מקום הנטיה מהדין אל הפשרה תלוי או אם הדין מסופק לדיינים, דראוי להתרחק מן הספק, כמורגל כמה פעמים בתשובות, שמייעצים לפשרה וביצוע במקום ספק,

או מפני שאין הדין יכול לצאת בלא סכסוכים, כי אי אפשר יהי' להוציא אל הפועל, ויש לומר דזה גם כן נכלל בדין שאינו יכול להוציא את הדין חלוק מתחת ידו דסימן י"ב ס"ה,

והדרך האחר הוא שאם יראו שהדין הוא נגד היושר השכלי לפי מצב הענין, שאז כיון שיש בידם לעשות פשרה, יש מצוה דצדק צדק תרדוף בין לדין בין לפשרה.⁸⁰ לדבריו פשרה עדיפה במקרה שיש בו ספק לדיינים, או כשיש קושי ליישם את פסק הדין, או במקרים שבהם "הדין הוא נגד היושר השכלי". הסוג השלישי הם מקרים שבהם יש פער בין הדין והצדק.

כך משמע גם מדברי הרב קלישר. כאמור לעיל רבי יהושע בן קרחה סבר שמצווה לעשות פשרה, וכן פסק השו"ע,⁸¹ שיש להציע פשרה לבעלי הדין לפני מתן פסק הדין. המפרשים נחלקו עד כמה צריכים הדיינים "לדחוף" את בעלי הדין לכיוון הפשרה. מדברי הסמ"ע⁸² משמע שצריכים הם לשכנע את בעלי הדין לפשר, ואילו

77. יד רמ"ה סנהדרין לב, ב, ד"ה תניא.

78. כאמור לעיל בהערה 76, הדברים במקורם אמורים ביחס לפשרה מן הדין.

79. קונטרס הראיות לריא"ז סנהדרין ה, ב.

80. שו"ת אורח משפט חו"מ, א.

81. שולחן ערוך חו"מ יב, ב.

82. סמ"ע שם, ו.

המהר"ל מפראג⁸³ כתב "שאינן לרדוף כל כך אחר הפשרה". בספר מאזנים למשפט לרצ"ה קלישר יישוב בין הדעות:

דיש ב' מיני פשרה, דאם יש צד עשיית ישר וטוב שלא מן הדין, אז ודאי מצווה לעשות פשרה ולרדוף אחריה בכל היכולת שהרי "לא חרבה ירושלים אלא מפני שהעמידו דבריהם על דין תורה", ולמה נרחיק הפשרה, מפני שמחסרין לזה ממונו המגיע לו מן הדין? אדרבה ראוי לזה הזוכה בדין לקיים "ועשית הישר והטוב"... אבל היכי שגם מן הצד הישר והטוב ליכא צד לזכות המתחייב, וכל עין ישפוט בצדק שאין לזה שום זכות, אז אין לרדוף אחר הפשרה שהרי היא כרוּדף לעשות עוול ומזיק לזה הזוכה על חינום... והשתא בזה צדקו דברי מהר"ל דבתחילה אין לרדוף אחר הפשרה רק בשאלה בעלמא, שהרי יוכל להיות שהוא מאותו סוג שאין לעשות פשרה... אבל אחר שנודע לו עניין המשפט ויודע שיש צד עשיית ישר וטוב אז יש לעשות כסמ"ע להסביר לבעלי דין ולפייסם לפשרה.⁸⁴

דהיינו, בכל דיון יש להציע פשרה באופן כללי, אולם יש לדחוף לפשרה רק כאשר נראה שיש בדבר עדיפות מצד היושר וכדומה. מדבריו עולה שבמצבים מסוימים יש לעדיף "יושר" על פני הדין, ואז ראוי לפשר בין הצדדים. בדומה לכך כתב גם בשו"ת דברי מלכיאל: "לפי שיש עוד דרך שלישי לפשר על פי יושר כגון שע"פ דין מגיע לו הכסף, אבל ע"פ יושר אין ראוי שיקחנו".⁸⁵ וכן כתב בחידושי הרי"מ:

דהנה ענין הפשרה אינו כפי שירצה... ועל כרחק שהוא נוטה למי שנוטה היושר יותר כך מפשרין... דיש משפט כזה שהוא משפט שלום לב' הצדדים. ודין אינו שלום כמו שאמר בגמ', ועל כרחק זו פשרה והתירה התורה לשפוט משפט כזה כפי נטיות הדעת שלא על פי דין שיזכה כל אחד קצת מטענתו כפי הכרע דעת למי נוטה יותר, וזה משפט שלום.⁸⁶

העולה מדבריהם הוא שיש מקום לפשרה במקרים שבהם הדין סבור שה"יושר" איננו חופף לדין, במקרים כאלה פשרה משקפת צדק על פי היושר.⁸⁷

83. מובא בט"ז שם, ב.

84. מאזנים למשפט יב, ג. וראו בספר דיני בוררות, עמ' קנב ואילך.

85. שו"ת דברי מלכיאל ב, קלג.

86. חידושי הרי"מ חו"מ, יב (נדפס בסוף חו"מ חלק ד).

87. עוד בעניין זה ראו: הרב עדו רכניץ, "מבוא לתורת המשפט: בין משפט וצדק אלוקי לצדק אנושי", אסיף ה, עמ' 211-233.

2. פשרה קרובה לדין

בתשובת חכמי פרובינציה שהבאנו לעיל, נכתב שלמרות שהפשרה איננה על פי שורת הדין בכל זאת מן הראוי "להיות הפשרה קרובה לדין כדי שיתקיים במשפט ושלוש ומי שלא עשה כן ראוי לבטל את הדין מעיקרו".⁸⁸ דרישה זו שהפשרה תהיה קרובה לדין מופיעה גם אצל פוסקים נוספים.⁸⁹ גם בספר אורח משפט (אנאליק) כתב שהבסיס לפשרה הוא הדין הראוי באותו מקרה:

יש לחקור בפשרה האם צריך לעשות הפשרה לפי הד"ת ולמי שנוטה הד"ת יותר, או יכול לעשות הפשרה לפי דעתו שרואה שיתקיים הפשר ויהיה שלום ביניהם... ונראה דודאי עיקר מצות פשרה שיהיה קרוב לדין תורה... אלא אם א"א כפי הענין יפשר לפי מה שיכול גם כן.⁹⁰

בשו"ת שבות יעקב נשאל על ידי דיין שנתקבל להכריע בדרך של "פשרה קרובה לדין", כיצד לעשות זאת במקרה שברור לו שהדין נוטה לגמרי לאחד הצדדים:

לבי אומר לי דעל כל פנים לא יפטור זה שמתחייב בדין בכל השלש מאות לא יפטור אותו יותר משליש שהוא מאה ר"ט ויתחייב עכ"פ בשני שלישים שזה מקרי קרוב לדין... אבל עכ"פ לא יהיה זה שיעור מוחלט לדבר לפחות מזה כיון שע"פ הדין פטור לגמרי כל שאפשר לפשר בפחות עדיף, אם יראה בעינו הפקח שבדבר מועט יוכל לפשר בעל דינו בענין שיהיה שלום ביניהם, כלל הדבר הכל תלוי בראות עיני הפשרן לפי אומד דעתו במהות הדבר, רק שיהיה כוונתו לשם שמים לא לשום נטית צד לאפשר הדבר ולתווך השלום.⁹¹

כלומר פשרה תלויה בעיני הדיין, ובמגמה להביא לשלום בין הצדדים. כאשר הצדדים קיבלו את בית הדין לעשות פשרה קרובה לדין, אין לסטות מן הדין ביותר משליש, ועדיף למעט ככל האפשר בסטייה מן הדין.⁹²

88. תשובות חכמי פרובינציה ב, יד.

89. שו"ת רדב"ז ד, קסד.

90. אורח משפט כה, ה.

91. שו"ת שבות יעקב ב, קמה.

92. בשו"ת דברי מלכיאל (שיובא לקמן) העיר על השבות יעקב: "ובשבות יעקב ח"ב סי' קמ"ה כתב דבתשובת הרא"ש שהובא בב"י סי' י"ב מבואר דפשרה הוי כעין שודא. ותמהני דאדרבא מפורש שם להיפוך דפשרה לאו היינו שודא, שכתב מקודם שודא ואח"כ כתב א"נ פשרה ע"ש". אך נראה שאכן השבות יעקב מסכים עם העיקרון של הדברי מלכיאל, וכפי

בשו"ת דברי מלכיאל התייחס לדברי השבות יעקב הנ"ל ובעקבותם דן בשאלה האם במקום חיוב שבועה שיעור הפשרה הוא אכן תשלום שליש מסכום התביעה: והנה מנהג הדיינים הזקנים לתת בעד שבועה ערך שליש מכפי הטענה. ונראה שהמקור לזה הוא מהשבות יעקב הנ"ל. אבל באמת לא דמי דשם איירי בלא שבועה וכנ"ל.

והנה מאז ניתנה עלי משא ההוראה אני נוהג באופן כזה, דהנה בפשרה כזו יש שני דרכים:

הדרך האחד לשום כמה שוה השבועה לאיש זה היינו כמה היה נותן כדי להיפטר ממנה. וזה תלוי בערך האיש המחויב השבועה. ובערך השבועה אם לפי אומדנא טענתו חזקה ויכול ליטבע או לא.

והדרך השני לפי הענין כי לפעמים ניכר שהוא דין מרומה והתביעה אין בה ממש, או להיפוך שהנתבע כופר בשקר. ובדין ההכרח לדון כפי טענות הבעל דין וכמו שכתב הרמב"ם ובח"מ סי' ט"ו שבזמן הזה אסור לדון ע"פ אומדנא. אבל כשהדיין מפשר ביניהם אסור לו לחייב את הזכאי באמת. ומוטל עליו לתת להתובע רק דבר מועט בעד תביעתו אם נראה לדיין שאין בה ממש. או אם דברי הנתבע אין בהם ממש צריך לוותר לו רק דבר מועט מהתביעה... **עכ"פ שמענו שהפשרה ראוי לצדד באופן כזה שיהא קרוב לדין אמת לאמיתו שזהו עיקר מצות דין ומשפט להעמיד האמת על תלו.** וגם אם לא התנה קרוב לדין ראוי לפשר באופן זה.

ולשון "קרוב לדין" בא למעט לפי שיש עוד דרך שלישי לפשר על פי יושר כגון שע"פ דין מגיע לו הכסף, אבל ע"פ יושר אין ראוי שיקחנו... אכן כשמתנה בפירוש קרוב לד"ת אין לצרף זה.⁹³

כלומר פשרה במקום חיוב שבועה צריכה להיעשות מתוך התייחסות למאזן הראיות שהוצג בפני הדיין ולמידת הנכונות של הנתבע להישבע.⁹⁴ דברי מלכיאל הדגיש שפשרה קרובה לדין אינה כוללת פשרה על פי יושר, שיכולה להיות גם רחוקה מן הדין.

אמנם הריב"א הסביר מדוע ניתן לעשות פשרה בפני דיין יחיד,⁹⁵ כיוון ש"אין צריך לדקדק בדבר אלא ענין שיכול לפשר יפשר",⁹⁶ אולם נראה שלא נתכוון לומר שאין

שעולה מדבריו בתשובה השנייה. וראו עוד מה שהאריך בביאור שיטת השבות יעקב, הרב מאיר יוסף ויצמן, "שורשי דין פשרה ואופן עשייתה", **דברי משפט ג**, כז.

93. **שו"ת דברי מלכיאל ב**, קלג.

94. בימינו כידוע בית הדין אינו משביע, ממילא שיקול זה לא רלבנטי.

95. כפי שאכן נפסק בשולחן ערוך חו"מ יב, ז.

צריך לדקדק כלל, כי אם שצריך פחות דקדוק מאשר פסיקה על פי הדין. דברים דומים מצויים גם על ידי הרמ"ה⁹⁷ ובתוספות רא"ש.⁹⁸

3. ביקורת שיפוטית על פשרה בלתי סבירה

מצאנו בפוסקים תשובות שונות לשאלה האם ניתן לבקר ביקורת מהותית הכרעה במסגרת פשרה. יש שכתבו שאין מקום לביקורת, והדיין רשאי להחליט על פי שיקול דעתו, כך כתב המאירי: "ואפילו הייתה אותה סברא רחוקה מן דין – דבריהן קיימין".⁹⁹ וכן העלה מהר"י באסן בתשובותיו:

אבל אין בפשרה טעות כלל לומר אם טעה הפשרן ועשה הפשרה רחוקה מן הדין שיהא חוזר, דסתם פשרה אפילו רחוקה מן הדין משמע... אלא ודאי אין לדיין עסק כלל עם הדין אלא לפי ראות עיניו.¹⁰⁰
גם בשו"ת שבות יעקב נשאל על פשרה שהייתה מוטית, לדעת אחד מהצדדים, וכתב כך:

הרי דעיקר הפשרה תלוי בראות עיני הדיין לפי מראה עיניו ישפוט ואומדנא דלבו והוא כעין שודא דדייני... ליתן מי שלבו נוטה לחד פירושו, ובירושלמי איתא אל תקרי שודא דדייני אלא שוחדא דדייני. וא"א אף אנו בנדון שלפנינו הדיינים יכולים לתרץ דבריהם **שלדעתם וכפי ראות עיניהם** היה לפי המדומה יותר צדק בדינו שמעון מראובן, כגון שראו בטענותיהם שראובן אי אפשר לו ליטע על דבריו עד שצריך פדיון הרבה לשבועתו, משא"כ שמעון היה רוצה לשבע באמת, וכד"ג יכולין לתרץ דבריהם בכמה אנפי, ודבר המסור ללב הדיינים נאמר בו ויראת מאלהיק.¹⁰¹

דהיינו קביעת הפשרה נובעת מבדיקת העובדות ומכך שהמפשר משוכנע שהוא עושה צדק.

גם המהרשד"ם דחה את האפשרות לבטל פשרה במקום שהדיין הוסמך להכריע על פי שיקול דעתו המלא:

שאפילו שצריך הדיין שלא להטות בפשרה לצד אחד יותר מלצד אחר מכל מקום כתב בעל העיטור והביאו הבית יוסף ח"מ סוף סימן י"ב וזה לשונו

96. הובא בתוך: תמים דעים, רו.

97. יד רמ"ה סנהדרין ו, א, ד"ה ואמרינן.

98. תוספות רא"ש סנהדרין ו, א, ד"ה בצוע בשלושה.

99. בית הבחירה סנהדרין ה, ב.

100. שו"ת מהר"י באסן, קו.

101. שו"ת שבות יעקב ב, קמד.

דבתי קנין פשרה לא מצי טעין חד לחבריה משום קנין בטעות, כל שכן וקל וחומר אם כנים הדברים כאשר באו בשאלה שקבלוהו אפילו שיטעה בדבר משנה או בשקול הדעת וכו'... אם כן הדבר ברור כשמש שאין שמעון יכול לערער ערעור גדול ולא קטן.¹⁰²

כלומר כשבעלי הדין הסמיכו את הדיין להכריע אפילו בטעות – לא ניתן לבטל את ההחלטה בשום טענה.

לעומת זאת, פוסקים אחרים כתבו שניתן לבטל החלטת פשרה מוטית. כך למשל כתב המבי"ט: "נראה כי כמו שבהטיית דין או כשטועה בדין הוא (חוזר), כן בהטיית הפשרה או כשטועה בפשרה חוזר".¹⁰³ בנו ותלמידו, המהרי"ט, המשויך באותו הקו וכתב: "מכל מקום צריך לצדק את שני הצדדים ולא לחוב את הצד האחד לגמרי".¹⁰⁴ המהרי"ט בתשובה עסק בפשרה שלא הייתה סבירה כלל ונטתה לטובת אחד הצדדים, כפי הנראה כתוצאה מאיומים של אותו צד על הדיינים, והוא ביטל אותה.

סיכום יפה של האפשרות לביטול פשרה, גם ללא גילוי נתונים חדשים, כתב הריא"ה הרצוג בתשובותיו:

הפשרה היא בגדר של טעות כל שאין יסוד כל שהוא לחייב את הנתבע, אם מצד מדת הישר והטוב, ומדת לפנים משורת הדין... ועל כן אם הפשרה באה במקום ספיקא דדינא או אפילו אם באה רק בכוונה לפצות במקום שיש בו משום ועשית הישר והטוב, או במקום שיש בו "ואהבת חסד" כביאור רז"ל וזה לפנים משורת הדין. אעפ"י שאין בו משום "עשית משפט" כביאורם זהו הדין, או במקום שהכוונה היא לסלק תרעומת ע"י איזה פיצוי בממון, ומובן שזהו הדבר המסור ללב ולשיפוט השכל כאחד של הדיינים שלא להפריז על המידה ולא לפחות לגמרי מן הראוי. ואי אפשר לקבוע בזה מסמרות קבועים ואין מקום לטעון שזוהי פשרה בטעות. אבל במקום שאין אחד משום העקרונות הנ"ל אעפ"י שאין הפשרה מבוססת על הנחה של עובדות שנתבדתה, יש לבית הדין הגדול לערעורים להתבונן שמא ממידת הצדק לבטלה ויחזור הדין לסיני.¹⁰⁵

102. שו"ת מהרשד"ם חו"מ, לא.

103. שו"ת המבי"ט ג, קמז.

104. שו"ת המהרי"ט חו"מ, צח.

105. הריא"ה הרצוג, פסקים וכתבים ח, ה, ב.

דהיינו, פשרה חייבת להיות מוצדקת על פי שיקולי צדק ומוסר, ובלא זה ניתן לבטלה.

הרב שלמה דיכובסקי, בשבתו בבית הדין הגדול, הבחין בין שני סוגים של פשרה בהקשר זה:

קיימים שני סוגים של פשרה: (1) פשרה לאחר מיצוי כל אפשרויות הדין. (2) דיון במסגרת של פשרה, ללא מיצוי הדין... דיון כזה נעשה לפי שיקול דעת רחב של בית הדין שאינו מתבסס בהכרח על דין תורה... ועל זה אין מקום לערעור מאחר וההכרעה היא לפי שיקול דעת בלבד ועל שיקול דעת אין לערער. שכן פשרה כזו נעשית לפי "שודא דדינא" (כפי שאמר הסמ"ע שם) וגם על זה אין מקום לערעור. סוף דבר בדיני ממונות ניתן לערער רק על "הדין" ולא על "הפשרה".¹⁰⁶

הסוג הראשון הוא פשרה במסגרת הדין, שאותה ניתן לבחון בחינה מהותית, והסוג השני הוא כאשר הצדדים הסמיכו את בית הדין להכריע על פי שיקול דעתו, פשרה כזו לא ניתן לבקר.

4. כללי הדיון בפשרה

נוסף על השאלה האם הפשרה צריכה להיות קרובה לדין, כתבו הפוסקים שגם בדיון במסגרת פשרה יש להקפיד על כללי הדיון הרגילים. בשו"ת חכמי פרובינציה שהובא לעיל נכתב:

הילכך בנדון שלפנינו אע"פ שיש בו שטר בירורין ויש בו כח לחנוך הנברר לזכות את החייב ולחייב את הזכאי, אפי' הכא שופרא דשטרא הוא ולא עלה על דעת שיתן רשות לנברר שיחייבהו בלתי שישמע טענותיו וחשבונותיו וראיותיו הראויות לקבל, ואם אמרו ז"ל "מצוה לבצע", ולא אמרו "מצוה לגזול", וראוי לנברר לשמוע טענת בעלי דינין ולכוין חשבונם על פי הדין.¹⁰⁷

בשו"ת לחם רב דן במקרה שבו התלונן אחד מבעלי הדין שהמפשר לא שמע את טענותיו כראוי ומיהר להוציא פסק, על כך כתב המשיב:

106. פסקי דין רבניים יז, עמ' 162.

107. שו"ת חכמי פרובינציה ב, יד.

מכל מקום למדנו מדברי כולם דכל כך יש לדיין לדקדק בפשרה כמו בדין, אם כן בנידון דידן בין שגור לוי דין בין שגור פשרה כיון דלא שמע הטענות – אין דינו דין ואין פשרתו פשרה.¹⁰⁸

דהיינו, אם הדיין המפשר לא הקפיד על כללי הדיון – הכרעתו לפשרה בטלה.

5. סיכום המקרים שבהם פשרה ראויה

כפי שהזכרנו יש מקרים שבהם הפשרה היא הפתרון ההכרחי או הרצוי ביותר. עתה נסדר בקצרה את המקרים שבהם על פי הפוסקים ראוי לפשר בין הצדדים. סעיפים א-ז הם לפי דברי הרב זלמן נ. גולדברג במאמרו "שבחי פשרה", הסעיפים האחרים מקורם בספר "דיני בוררות" (שער רביעי) לרב יועזר אריאל. מקורות מפורטים נמצאים בחיבורים הללו. כמו כן, יש להדגיש שרוב הדברים תלויים בכך שיש הסכמה לפשרה, וכפי שכבר הוזכר לעיל.

- א. כשאין ראיות, ניתן להכריע על פי אומדן בדרך של פשרה.¹⁰⁹
- ב. כשיש מחלוקת בהלכה ניתן להכריע במסגרת הסמכות לפשרה.¹¹⁰
- ג. כשיש ספק אם הייתה פשיעה בשמירה והשומר חייב להישבע.
- ד. כשיש חיוב בדיני שמיים, כגון בנוק עקיף (גרמא), או כשהנתבע טוען: איני יודע אם התחייבתי.
- ה. בנוקים שאין דנים בזמן הזה, כגון, בפיצוי על נזקי גוף (חבלה).
- ו. כשיש חיוב על נזק, אך קושי לשום את הנזק או שעלות השומא גבוהה.
- ז. במקום שיש "תרעומת", כגון חזרת מעסיק או עובד טרם כריתת הסכם מחייב, וכן ב"מחוסר אמנה" שחזר אחד הצדדים מסיכום בעל פה טרם העברת בעלות.
- ח. במקרה שיש בו אונאת ממון בשטרות ובקרקעות.
- ט. בחיובים שהם "לפנים משורת הדין".
- י. בהפסדים עקב פיחות המטבע.
- יא. בתביעה לפיצוי על גרימת מוות.
- יב. כאשר יש תביעה של בעלי זכויות שוות (כגון, שני שכנים – בר מצרא וכדומה).

108. שו"ת לחם רב, פז.

109. ראו הרב דניאל כ"ץ, "הסתמכות על אומדן" לקמן עמ' 295.

110. ראו הרב הלל גפן "הכרעה במחלוקת בימינו", לעיל עמ' 178.

ו. סיכום

להלכה נפסק שמצווה על בית הדין לפשר בין בעלי הדין. לפי דברי הגמרא משמעות המצווה היא שבית הדין יציע דין או פשרה. נחלקו אחרונים האם בית הדין צריך לשכנע את הצדדים להתפשר, או די בכך שיציג את האפשרות לפשר. נמצאה גם דעה ממוצעת – החלטה על פשרה תלויה בשאלה האם במקרה הנידון יש צורך בפשרה מצד היושר, ואז יש לשכנע את הצדדים להסכים לפשרה. שיקול נוסף לפסוק פשרה כיום הוא הצורך של הדיינים להתרחק מפסיקת דין עקב הקושי בבירור ההלכה.

בהלכה מצאנו שני סוגים של פשרה: **פשרה בהסכמת הצדדים, ופשרה מן הדין**, כגון, במקרה שלא ניתן להכריע את הדין. פשרה בהסכמה יכולה להיות בהסכמה נקודתית להצעת פשרה מסוימת הציע בית הדין, ויכולה להיות בהסכמה כללית להסמיך את בית הדין בדרך של פשרה, וכך מקובל בימינו.

פשרה בהסכמה מחייבת עמידה בשלושה תנאים:

1. שהיא תיעשה לפני גמר דין, אולם יש הסבורים כי תנאי זה קיים רק בהסכמה כללית, וההסכמה נקודתית להצעת פשרה מסוימת יכולה לבוא גם לאחר גמר הדין. כמו כן, יש שכתבו שלא ניתן לכתוב בפסק הדין את שורת הדין ולאחר מכן לכתוב הכרעה בדרך של פשרה.
 2. הסכמת כל הדיינים פה אחד, למעט מקרה שבו הצדדים הסכימו שבית הדין יכריע על פי רוב דעות.
 3. ביצוע מעשה קנין, עם קבלת הצעת הפשרה בהסכמה נקודתית, או בעת קבלת בית הדין במקרה של הסכמה כללית. בפשרה מן הדין אין צורך בעמידה בשלושת התנאים האלה.
- ישנה מחלוקת האם נתבע רשאי לסרב לקבל את בית הדין גם לפשרה (ההסכמה כללית), ולדרוש שהדיון יתקיים על פי שורת הדין. בכל אופן, אם כופים על בעל דין הסכמה כללית ראוי להכריע בדרך הקרובה לשורת הדין.
- פשרה בהסכמה בטלה כאשר מתברר שההסכמה ניתנה בטעות. הן כאשר הנתונים שעל פיהם נתקבלה ההסכמה היו שגויים, הן כאשר ההסכמה לפשרה ניתנה בהיעדר ראיות ולאחר מכן התגלו ראיות חדשות ומכריעות. כך גם במקרה שהמפשר טעה בחישובים שביצע. גם פשרה שהתקבלה תחת איומים בטלה בתנאים מסוימים, שעליהם נחלקו הפוסקים.
- פשרה צריכה להיעשות מתוך חתירה לצדק, אולם היא ראויה במקום שבו יש ספק לבית דין, כאשר לא ניתן ליישם את הכרעת הדין על פי שורת הדין וכאשר

היא על פי ה"יושר" גם אם שלא כדין. משום כך אין להטות את הכרעת הפשרה לטובת אחד הצדדים ויש להקפיד על כללי הדיון של דין תורה רגיל. לצד שיקול הדעת הרחב של המפשרים, הורו הפוסקים שראוי שפשרה תהיה קרובה לדין, כאשר הכוונה לסטייה של עד שליש משורת הדין בהתאם למאזן הראיות ולנסיבות. אמנם יש מחלוקת האם ניתן לבטל הכרעת פשרה על בסיס ביקורת מהותית של ההחלטה.

פשרה מאפשרת לבית הדין להרחיב את סמכותו במקרים רבים, כגון, לצורך הכרעה במחלוקת, לצורך חיוב ממון כאשר ישנו חיוב בדיני שמיים, כדי לדון בנוקי גוף ועוד.

ז. נספח: סיכום כנס הדיינים תשס"ט בנושא: כללי הפשרה בבית הדין לממונות

הכללים דלהלן נוסחו בעקבות כנס דייני בתי הדין לממונות ובהסתמך על מאמרו של הרב זלמן נ. גולדברג "שבחי הפשרה" (משפטי ארץ – דין דייני ודיון, עמ' 78) וספרו של הרב יעזר אריאל "דיני בוררות".

1. בהסכם הבוררות מקובל לכתוב שהצדדים מקבלים את בית הדין "בין לדין ובין לפשרה", ובכך ניתנת לבית הדין הסמכות להכריע על פי פשרה.
2. פשרה הנהוגה בבתי הדין היא פשרה הקרובה לדין.¹¹¹
3. הסכמה לפשרה אינה כוללת פשרה שרירותית, ודיינים שנוהגים כך נקראים "דייני דחצצתא".¹¹²
4. אין לבחור בפשרה כאשר "הישר והטוב" הוא לפסוק על פי שורת הדין.¹¹³
5. בנוסף לאמור, סמכות הפשרה מאפשרת לבית הדין להכריע בשאלות עובדתיות על פי אומדן דעת,¹¹⁴ להכריע במחלוקות בין פוסקי ההלכה גם כנגד טענת "קים לי",¹¹⁵ לחייב בתשלום מי שחייב בדיני שמיים, כגון מזיק בגרמא,¹¹⁶

111. תשובות חכמי פרובינציה ב, יד; שו"ת רדב"ז ד, קסד; ועוד.

112. בבא בתרא קלג, ב.

113. מאזנים למשפט יב, ג: "שגם מן הצד הישר והטוב ליכא צד לזכות המתחייב"; וראו עוד יד רמ"ה סנהדרין לב, ב, ד"ה תניא; שו"ת דברי מלכיאל ב, קלג. מאידך, אחד השיקולים להעדיף פשרה הוא במקרים "שהדין הוא נגד היושר השכלי לפי מצב הענין" – שו"ת אורח משפט חו"מ א, וראו עוד: שו"ת דברי מלכיאל ב, קלג; חידושי הרי"מ חו"מ, יב.

114. שולחן ערוך ח"מ יב, ה; מהרשד"ם חו"מ, שסו; דברי מלכיאל ב, קלג.

115. גט פשוט, כללים, ב; ערוך השולחן חו"מ קד, טו; אבני נזר יו"ד א, קלג.

116. הרב זלמן נ. גולדברג, "שבחי הפשרה", משפטי ארץ א: דין, דיון ודיון, עמ' 82.

לחייב בדיני קנסות כמשמעם בהלכה¹¹⁷ (ובכלל זה בנוקי גוף), ולהטיל קנס שיש לו תקדים בהלכה או בדינא דמלכותא.

הרב יעקב אריאל – רבה של רמת גן, הרב דב ליאור – רבה של קריית ארבע
ואב"ד לממונות "ארץ חמדה – גזית" ואב"ד לממונות
גוש דן

הרב רצון ערוסי – רבה של קריית אונו ואב"ד לממונות
הרב אברהם גיסר – יו"ר מכון משפטי ארץ, ואב"ד לממונות "ארץ חמדה – גזית"
בעפרה

הרב יוסף כרמל – ראש כולל ארץ חמדה, ואב"ד לממונות "ארץ חמדה – גזית"
בירושלים

הרב אליעזר שנקולבסקי – אב"ד לממונות "ארץ חמדה – גזית"
וראש ישיבת ההסדר, בית שמש

חיוב בהוצאות משפט

הרב דניאל כ"ץ

- | | |
|---|---|
| א. מבוא | ה. היקף החיוב בהוצאות משפט |
| 1. הוצאות בית הדין | 1. צמצום היקף ההוצאות |
| 2. הוצאות התובע | 2. שכר טרחתו של התובע |
| 3. הגדרת הוצאות בית הדין והוצאות התובע | 3. הוצאות עורך דין |
| 4. סקירת המקרים שבהם ישנו חיוב בהוצאות | 4. הוצאות גבייה |
| ב. הוצאות כדי להביא סרבן לדין תורה | 5. היקף החיוב למי שגורם הוצאות בדין תורה |
| 1. מקור הדין | 6. שומת הוצאות |
| 2. טעם החיוב | ו. הרחבת סמכות בית הדין לחייב בהוצאות משפט |
| 3. דיני סרבן דין | 1. תקנות בעניין הוצאות משפט |
| ג. חיוב מי שגורם הוצאות במהלך דין תורה | 2. התחייבות לשפות על הוצאות משפט |
| 1. טעם הדין | ז. סיכום |
| 2. גדר החיוב | 1. הוצאות בעלי הדין – עיקר הדין |
| ד. הוצאות כאשר בעל דין נאלץ להתדיין בבית משפט | 2. חיוב בהוצאות מכוח תקנה או הסכם |
| 1. מקור הדין והפסיקה | 3. קריטריונים לחיוב הוצאות על בסיס התחייבות |
| 2. הוצאת תביעה בבית משפט ברשות בית דין | ח. נספח: סיכום כנס הדיינים תשע"ג |
| 3. הוצאות תביעה בבית משפט ללא רשות בית דין | בנושא: הוצאות משפט |
| 4. מקרים שבהם אין צריך רשות בית דין | |

א. מבוא

שאלת חיוב בהוצאות משפט עולה כמעט בכל דין תורה, ונדונה כבר בכמה מסגרות.¹ בתי הדין מתמודדים עם הצורך לתת מענה במצבים שבהם אדם גורם

* הרב דניאל כ"ץ הוא דיין בבית הדין הרבני בתל אביב, לשעבר חוקר במכון משפטי ארץ.

בהתנהגות בלתי הגונה, הוצאות לבעל דינו, ונדרשים לקבוע מדיניות שיטתית ומבוססת בנושא זה.

מן הראוי לציין כי בעולם מקובלות שתי שיטות בעניין חיוב בהוצאות: השיטה הבריטית שבה הצד המפסיד משלם את הוצאות הצד שזכה, והשיטה האמריקנית שבה הצד המפסיד אינו משלם את הוצאות הצד שזכה.²

בהלכה ישנה הבחנה בין הוצאות בית הדין המוטלות על שני הצדדים בשווה, לבין הוצאות התובע, מהן הנתבע בדרך כלל פטור. נפתח בהבחנה שבין שני סוגי ההוצאות ובהגדרתן, ולאחר מכן נדון במקרים שבהם הנתבע חייב בהוצאות על פי ההלכה. נמשיך ונעסוק בהיקף ההוצאות שבהן ישנו חיוב, ונסיים בסמכויות בית הדין לחייב בהוצאות על בסיס התחייבות של הצדדים.

1. הוצאות בית הדין

מוסכם שהוצאות בית הדין מוטלות על שני הצדדים כפי שכתב הריב"ש:

דעו: כי הוצאות הסופר לכתוב הטענות, על שניהם לפורעם... ובכלל זה, כל הוצאות שצריכין לעשות הדיינין בפסק דינם, כגון אם הוצרכו לשאול...³

וכך הכריעו דייני בית הדין הרבני:

אמנם נראה שבמסי המשפט חייבים שני הצדדים. ואם כי הבאנו לעיל: שהמתחייב בדין אינו חייב לשלם לכשנגדו יציאותיו, נראה דבמסי המשפט כן חייבים, דהרי נפסק בחו"מ סימן יג סעיף ג ששני הצדדים נותנים שכר הסופר עבור כתיבת הטענות. ולפי זה נראה דהוא הדין גם לגבי מסי המשפט בתביעת ממונות, ששניהם חייבים בזה.⁴

1. בכתיבת מאמר זה נעזרתי בספרי הליקוטים הגדולים על חושן משפט: הלכה פסוקה וקובץ הפוסקים, ראויים לציון מיוחד עבודותיהם של הרב אליעזר שנקולבסקי ("הוצאות המשפט", תחומין יב, עמ' 335 ואילך), הרב יועזר אריאל (דיני בורות, שער שמיני) והרב שלמה אישון (כתר ו, לא). אציין גם את חיבורו המקיף של פרופסור אליאב שוחטמן, סדר הדין בבית הדין הרבני, שהקדיש את פרק טז לנושא זה. יתרון גדול יש לאחרון שמביא פסקי דין רבים שלא פורסמו עדיין, עם זה עמדה לפניי אזהרתם של חכמים שלא להסתמך על קיצורים ועל כן לא ציינתי פסקי דין שאותם לא ראיתי במלואם.

2. קרן וינשל-מרגל ויפעת טרבולוס, "סקירה השוואתית בנושא הוצאות משפט – לקראת מחקר אמפירי בישראל", אתר מחלקת מחקר של הרשות השופטת, עמ' 4-2.

3. שו"ת הריב"ש, תעה.

4. פסקי דין רבניים, ו, עמ' 84. וכן כתב הרב משה שטרנבוך, שו"ת תשובות והנהגות ב, תרצו, בסופו.

הוצאות בית הדין מתחלקות בשווה בין שני הצדדים, ובכלל זה אגרות בית הדין, והוצאות על חוות דעת מומחה.

2. הוצאות התובע

מה הדין בנוגע להוצאות התובע? הגמרא קובעת:

כי אתא רב דימי אמר רבי יוחנן: התוקף את חברו בדין, אחד אומר: נדון כאן, ואחד אומר: נלך למקום הוועד כופין אותו וילך למקום הוועד. אמר לפניו רבי אלעזר: רבי, מי שנושה בחברו מנה יוציא מנה על מנה? אלא, כופין אותו ודן בעירו.⁵

כלומר אין הנתבע יכול לחייב את התובע להגיש את התביעה בבית דין שאינו בעירו, שכן הוא יפסיד את הוצאות הדרך. מכאן הסיקו בתוספות:

ויוציא מנה על מנה – מכאן למתחייב בדין דלא משלם לאידך יציאותיו אף על פי שמזיקו לילך לו לדון בעיר אחרת.⁶

דהיינו אף מי שחויב בדין אינו מחויב לשלם את ההוצאות הכרוכות בדין. דברי התוספות הובאו על ידי ראשונים רבים.⁷ דעה חולקת על התוספות, ומחייבת בהוצאות הדרך, הובאה במאירי:

כל שאמרנו שהמלוה יכול לכופף את הלוה יש אומרים שאם תובעו שיפרע לו הוצאותיו רשאי.⁸

המאירי עצמו תמך בדעת הפוטרים מתשלום:

ולא יראה לי כן ואפילו יצא הלווה זכאי שאם כן היאך אמרו דרך תמיהה יוציא מנה על מנה וכו'.⁹

כלומר גם אם התבררה התביעה כתביעת סרק אין מקום לחייב את התובע על כך שגרם לנתבע הוצאות כשתבע אותו במקום רחוק.

5. סנהדרין לא, ב.

6. תוספות שם, ד"ה מנה.

7. פסקי תוספות, עט; פסקי הרא"ש סנהדרין ג, מ; בבא קמא י, ו; תוספות רא"ש סנהדרין לא, ב; שו"ת הרא"ש עג, ה; אור זרוע ד, סנהדרין, עג, בשם ר"ש משאנץ; פסקי רקנאטי, תכט, בשם ר"ש משאנץ; שו"ת מהר"ם ד (פראג), תנד, בשם ר"י; תשמ; מרדכי סנהדרין, תשז, בשם ר"י; אגודה סנהדרין ג, לט, בשם ר"י; הגהות מימוניות סנהדרין כה, ב; רבנו ירוחם מישרים ג, א; טור חו"מ, יד; שו"ת מהרי"ק שורש יא; שורש קמד.

8. בית הבחירה, סנהדרין לא, ב, ד"ה כל שאמרנו.

9. שם.

3. הגדרת הוצאות בית הדין והוצאות התובע

בהגדרת ההבדל בין הוצאות התובע להוצאות בית הדין כתב המהרש"ל:

ואין לדמות שכר השליח שמזמנים לדין להאי דינר דרבי אבהו. דשאני התם, דהוי נמי קצת טובת הלוח. שאלמלא לא פדאו היו אותן הנכסים הקדש, וחובו היה נשאר עליו. ועוד שהלוחה גרם הזיקו בידים, שהוא הקדישה. אבל שליח להזמינו לדין, דליכא אפילו חד מה"ט. פשיטא שפטור. דהא לא סריב בדינא. אלא המלוחה לטובת עצמו הזמינו...¹⁰

המבחן לחיוב הוא השאלה האם הדבר נעשה לטובת צד אחד, או לטובת שני הצדדים. בעל דין שמוציא הוצאות לצורך עניינו המשפטי אינו יכול לתבוע אחרים שיפצו אותו על כך. לעומת זאת בהוצאות שנעשו לטובת שני הצדדים – שני הצדדים חייבים (כגון שליח להודיע לנתבע שעומדים לגבות את נכסיו).

4. סקירת המקרים שבהם ישנו חיוב בהוצאות

למרות הקביעה הברורה שאדם אינו מחויב בהוצאות גם אם הפסיד בדין, מצינו בפוסקים מקרים שבהם ניתן לחייב על ההוצאות. המקרים הללו מתחלקים לשלושה נתיבים עיקריים שמהם מסתעפים דיוני משנה:

א. גורם הוצאות בדין תורה – כאשר בעל דין (בדרך כלל הנתבע) מסרב לשתף פעולה וגורם לתובע להוציא הוצאות כדי להביא אותו לדין תורה, או כאשר הוא גורם להוצאות במהלך דין תורה.

ב. גורם הוצאות בערכאות – בעל דין שגרם הוצאות בכך שתבע את חברו בערכאות, ובעל דין שסירב להתדיין בדין תורה ואילץ את חברו לתבוע אותו בערכאות.

ג. כאשר בעלי הדין התחייבו לפצות על הוצאות, בחוזה או בהסכם הבוררות.

ב. הוצאות כדי להביא סרבן לדין תורה

1. מקור הדין

בגמרא מובא:

אמר רבא: שליח דבי דינא מהימן כבי תרי, והני מילי לשמתא, אבל לפתיחא, לא, מאי טעמא: ממונא הוא דמחסר ליה, דבעי למיתב וזוי דפתיחא.¹¹

¹⁰. ים של שלמה, בבא קמא י, יד.

¹¹. בבא קמא קיב, ב.

כלומר הוצאות כתיבת "שטר פתיחא", שהוא שטר נידוי כנגד הנתבע המסרב לבוא לדין, מוטלות עליו, על כן צריך שני עדים שהנתבע סירב לבוא. הרא"ש הביא את דברי מהר"ם מרוטנבורג שעל פי גמרא זו חייב בהוצאות במקרים מסוימים:

מכאן ראייה מי שנתחייב בדין אינו משלם לכשנגדו יציאותיו אף על פי שהזקיקו לדון בעיר אחרת והני מילי דלא מסרב למיקם בדינא אלא שרצה לדון בעיר אחרת. אבל אם היה מסרב לבוא לבית דין והוצרך התובע להוציא הוצאות לכופו לירד עמו לדין היה רבנו מאיר מחייבו לפרוע כל יציאותיו והביא ראייה מפרק הגוזל בתרא (בבא קמא קיב,ב) דאמר רבא שליחא דבי דינא מהימן כבי תרי והני מילי לשמתא אבל למיכתב עליה פתיחא לא מהימן דממונא קמחסר ליה. פירוש קודם שיקרעו כתב הפתיחא עליו לתת שכר הסופר שכתב הפתיחא והוא הדין לכל שאר הוצאות שהוציא.¹²

דעה זו הובאה על ידי פוסקים רבים.¹³ יש לציין שרבנו פרץ העיר על דברי מהר"ם: "מיהו לא ראינו שום מעשה בזה לחייב שום יציאה".¹⁴ אולם ייתכן שאין זו מחלוקת של ממש כי אם רק הערה בבחינת "לא ראינו" שאינה ראייה. למרות דבריו, הפוסקים בדורות שלאחר מכן המשיכו וחיזקו את האפשרות לחיוב בגבייה. כך למשל כתב הריב"ש:

שמדין תורתנו, אין היוצא מחוייב בדין, חייב בהוצאות. מדתנן בפרק גט פשוט (בבא בתרא קסז,ב): אין כותבין שטרי ברורין, אלא מדעת שניהם, ושניהם נותנין שכר. ומפרש בגמרא: מאי שטרי ברורין? שטרי טענתא. אלמא: ששכר כתיבת טענות הכתות, על שניהם. ולא אמרו: שיפרע אותם היוצא מבית דין חייב וכן נמי משמע... אלא שנראה: שאין על המחוייב בדין, חיוב ההוצאות, אלא דוקא הוצאות שיעשה, כדי להביאו לדין, אם הוא מסרב... ולכן, אין על דון יהודה לפרוע מן הדין, בהוצאות שיעשה דון שלמה.¹⁵

וכן במקרה שהנתבע סירב לבוא לדין וגרם הוצאות לתובע:

12. רא"ש סנהדרין ג, מ. ראו עוד: שו"ת מהר"ם, ד (פראג), תצו.

13. שו"ת הרא"ש קז, ו, בשם מהר"ם; נימוקי יוסף בבא קמא לט,ב, בדפי הרי"ף, ד"ה ממונא; השב"ץ קטן, תקי, "הר"ם ז"ל רגיל לפסוק"; כל בו, קכד, מב, בשם מהר"ם; רבינו ירוחם, מישרים ג, א; טור חו"מ, יד.

14. מובא בתוך תשב"ץ קטן, שם; בכלבו, שם.

15. שו"ת הריב"ש, רכב, וכן שם, רסג.

ואשר שאלתם: מענין ההוצאות שנעשית בזה הריב: על מי לפרועם?... אמנם, אם הנתבע מסרב מלבא לדין. והוצרך התובע לעשות הוצאות, **כדי לכופו, לבא לדין, ויצא הנתבע מחוייב;** בענין זה חייב לפרוע ההוצאות ההם...¹⁶

כלומר כל ההוצאות הכרוכות בדין מתחלקות בין שני הצדדים, וביניהם כתיבת שטרי טענות, הוצאות שונות לבירור הדין ושכר שליחות. לעומת זאת על הוצאות אישיות שכל אחד מוציא לצורך הדין, אין הצד השני מחוייב לפצותו. רק על הוצאות של כפיית המסרב ניתן לחייב את הסרבן בתשלום אם הוא יצא חייב בדין.

גם דרכי משה¹⁷ כתב שבשו"ת מהר"י וויל חייב מי שנדרשו הוצאות כדי להביאו לדין תורה, ואלו דברי מהר"י וויל:

על ששמת פניך כחלמיש וסרבת במאמר הדיינים והשליש והוצרכו מה"ר זעליקמן וסיעתו לשלוח אל רבותינו שכפו אותך לעשות דין על פי מאמר הדיינים. כל ההוצאות שהוציא מה"ר זעליקמן וסיעתו על זה תשלם להם.¹⁸

וכן פסק להלכה בשולחן ערוך:

המתחייב בדין אינו חייב לשלם לשכנגדו יציאותיו, אף על פי שהזקיקו לדון בעיר אחרת. והני מילי דלא מסרב למיקם בדינא, אלא שרוצה לדון בעיר אחרת. אבל אם היה מסרב לבא לבית דין, והוצרך התובע להוציא הוצאות לכופו לירד לדין, חייב לפרוע לו כל הוצאותיו.¹⁹

2. טעם החיוב

א. דינא דגרמי

ביסוד חיוב ההוצאות במקרה של סרבנות נחלקו הדעות. מדברי הגר"א עולה שדעת הרא"ש (בעניין חיוב הוצאות על כפייה על ידי ערכאות, ראו להלן) נובעת מעמדתו בעניין חיוב מ"דינא דגרמי":

בפלוגתא דר"י וריצב"א בתוספות דבבא בתרא כב, בד"ה זאת: דסברא ראשונה סבירא ליה כר"י – דגרמי הוא שעושה עצמו ובשעת מעשה בא

16. שם, תעה.

17. דרכי משה חו"מ יד, י.

18. שו"ת מהר"י וויל, קמו.

19. שולחן ערוך חו"מ יד, ה.

ההיזק, וסברא האחרונה (=דעת הרא"ש, המחייב) סבירא ליה כריצב"א –
דבדבר השכיח קנסינן והכי נמי שכיח.²⁰

דהיינו שיטת הרא"ש נסמכת על שיטת הריצב"א הקובע ש"גרמי" הוא קנס שקנסו
חכמים על המזיק. מאותו טעם חייב סרבן בהוצאות, מכיוון שמדובר בתופעה
שכיחה.

ב. קנס – הפקר בית דין

דייני בית הדין הרבני²¹ הוכיחו באריכות מדברי הרמ"א שיסוד החיוב הוא משום
קנס שמטיל בית הדין. מטעם זה נדרשת רשות מבית הדין לפני פנייה לערכאות
כאשר הנתבע מסרב להתדיין בדין תורה, שכן בית הדין למעשה קונס ומחייב את
הסרבן בתשלום על כל ההוצאות שיהיו לאחר מכן כתוצאה מסרבנותו. כך גם
הוסכם בפסק דין רבני נוסף:

מה דהמסרב לעמוד בדין חייב לפרוע הוצאות התובע, צריך לומר דהוא
מטעם תקנה וקנס על זילותא דבי דינא, ומטעם הפקר בית דין הפקר,
וכמ"ש בתשובת הרשב"א ח"א סי' תתק"מ לענין הוצאות פתיחא: דבית דין
מחייבים אותו על שסירב לבא לפנייהם ליום שקבעו. וכעין זה כתב הרמ"א
בתשובה סימן ק"ח לענין חיוב הנתבע בהוצאות שהוציא התובע בלכתו
לערכאות ברשות בית דין. דפשיטא דיש כח ביד בית דין להפקיר ממונו
ושיתחייב לו הוצאות והזיקות.²²

פוסקים רבים ציינו שכן כתב גם רמ"ע מפאנו:

אלא כשהנתבע מסרב לעשות צווי בית דין דאז הוא כעין סרבנות ומשום
הכי קנסינן ליה, אבל באופן אחר לא, כל שלא נשתעבד על כך מתחלה...²³

3. דיני סרבן דין

א. הגדרת סרבן

הרא"ש עסק בשאלה ממתני מוגדר הנתבע כסרבן:

וששאלת: מאימתי חייב המסרב לתת יציאותיו שכנגדו, משעה שנכתב
עליו סרבנות, או שלשים לאחר מכאן?

20. ביאור הגר"א על שולחן ערוך חו"מ יד, ל.

21. פסקי דין רבניים, ג, עמ' 23 ואילך.

22. פסקי דין רבניים, ו, עמ' 83.

23. שו"ת רמ"ע מפאנו, פט.

נראה לי משעה שנעשה סרבן, אפילו קודם שנכתב הסרבנות. כי מרנא ורבנא מאיר ז"ל הביא ראיה מפרק הגזול (בבא קמא קיב,ב), דקאמר דבעי למיתב זווי דפתיחא, ומדבעי למיתב זווי דפתיחא, דהיינו כמו סרבנות דידן, אלמא נתחייב המסרב בתשלום יציאות קודם שנכתב הפתיחא, והיינו משעשה שנעשה סרבן.²⁴

מכאן עולה שמיד כשהנתבע מסרב לדון חל עליו החיוב לשלם הוצאות. לעומת זאת, המהרש"ל הוכיח מלשון המהר"ם במקורות האחרים המצוינים לעיל²⁵ שרק מכתיבת כתב סירוב הוא מתחייב בהוצאות:

פסק מהר"ם ז"ל, אדם התובע חבירו לדין, ומסרב לבא עמו לדין, או לעשות צווי בית דין, שעל הנתבע לפרוע לו כל יציאותיו שהוציא, **מיום שכתבו עליו סרבנות**. ואם הנתבע אלם כל כך, שאין הבית דין רשאיין לכתוב לתובע עליו סרבנות, מכל מקום צריך לפרוע לו כל יציאותיו שמוציא, מיום שכתבו עליו שאר רבנים גיזומים. כגון אם לא תעשה לו דין נכתוב עליך (מרירות) [מרירות], והביא ראייה לדבריו.²⁶

וכן מופיע בהגהות מימוניות, מתלמיד המהר"ם:

מכאן פוסק מורי רבינו שי' שמעת שנעשה אדם סרבן בבית דין כל אשר יוציא שכנגדו לכופו לדין עליו לשלם, אבל עד שלא נעשה סרבן אין המתחייב בדין חייב לשלם לזה יציאותיו.²⁷

ממקורות אלו עולה שהחיוב בהוצאות חל רק כאשר החליט בית הדין שמדובר בסרבן. אמנם המהרש"ל הסיק שניתן ליישב את המחלוקת, וגם אם יש מחלוקת, הלכה כרא"ש:

ולי נראה דלא סתרי אהדדי. **ולאו דוקא** קאמר לאחר שכתבו עליו סרבנות ולא מקודם, אלא שדרך מיד כשסרב כותבין עליו סרבנות. ומהר"ם פסק בכך הוה עובדא, באחד שסרב, וכתבו עליו סרבנות, ואז פסק מיד כשכותבין עליו סרבנות, שאז נודע בראייה שסירב, אם כן מחויב בהוצאה. ומה שכתב ואם הוא אלם כו'. הכי קאמר, ואם הוא אלם, שלא היו כותבין עליו רבנים מיד. אם כן אין צרך לשלם ההוצאה, אלא אחר שכתבו עליו

24. שו"ת הרא"ש עג, ב.

25. הים של שלמה מפנה ל"והטור" במצות להתרחק מדבר שקר ביו"ד בסימן רכ"ו, אך כוונתו אינה ברורה. הדברים מצויים לפנינו בחיבורי תלמידי המהר"ם המצוינים לעיל.

26. ים של שלמה, בבא קמא י, יד.

27. הגהות מימוניות סנהדרין כה, ב.

רבנים גיזומים. שאז נודע סרבוננו, אבל מקודם הכי, דלא הוברר לן סרבנותו. פשיטא דלא משלם מידי, בלא עדות וראייה ברורה. אבל היכא שסרב בבית דין, פשיטא שמשלם אף קודם כתיבת הסרבנות. ואף אם ת"ל שפליג הא אתשובת הרא"ש. מכל מקום סמכינן ארא"ש תלמידו, שקבל ממנו פה אל פה, והיה בעל הוראה אחריו. וכן איתא בהג"ה מיימוני (סנהדרין פרק כה אות ב).²⁸

כלומר, החיוב בהוצאות חל על הסרבן מיד לאחר שסירב ובלבד שנתברר בוודאות שהוא סרבן. אלא שהראיה למועד הסירוב היא כתב הסרבנות.

ב. משתמט מלדון

בשו"ת נאות דשא²⁹ מרחיב את הגדרת הסרבן וכולל בה גם מי שמשתמט בתואנות שונות מלדון. לטענתו כן מפורש בשו"ת הרמ"א:

אמנם אם ימשיכה עוד בטענות רעועות ובהמשכות כדי שלא יהא גמר לדבר זה תוך שלשים יום ומצדו יבצר, מוסיף על הנח"ש הנ"ל שתהיה כרוכה בצוארו, הנני מוכן ומזומן להסכים עם אותן שנתנו רשות לכמר קלמן לתבוע אותו בעש"כ (=בערכאות) ולהוציא את של האלמנה מיד חמיה שלא בטובתו, ואיהו דאפסיד אנפשיה. גם יתחייב כל הוצאות והיזקות שיגיע לאלמנה או באי כחה ע"י זה כדין המסרב.³⁰

כך גם עולה מדברי ערוך השולחן: "אמנם אם אומר שרצונו לדון בבית דין אחר ולא בבית דין זה **אם אין זה דרך דיחוי** לפי הבנת הבית דין".³¹

אולם במקרה שהנתבע סירב מחמת טעות כתב בשו"ת נאות דשא³² שאין לחייבו בהוצאות. כך פסק במקרה שבו אדם סירב לדין עקב רצונו לשנות דברים בשטר הבוררות, מכיוון שהדבר נבע מטעות (והוא שיער שהנתבע אף התייעץ עם תלמיד חכם בעניין), במקרה זה לא חייבו בהוצאות.

הוא הסביר את זה על פי התפיסה שהעונש לסרבן הוא משום "דינא דגרמי" ובשוגג אין מחייבים משום "גרמי". גם אם נאמר שתשלום הוצאות הוא קנס, אין מקום לקנוס מי שטועה בדין. על כן יש מקום לבית דין לבחון את המקרה ולהעריך את כוונותיו של הנתבע.

28. ים של שלמה, בבא קמא י, יד.

29. שו"ת נאות דשא, נא.

30. שו"ת הרמ"א, קח.

31. ערוך השולחן חו"מ כו, ה.

32. שו"ת נאות דשא, נא.

ג. חיוב נתבע סרבן שזכה בדין

החיוב בהוצאות במקרה של סירוב הוא ברור כאשר הסרבן אכן הפסיד בדינו ונתגלה כמי שגורם הפסד לחברו כאשר השתמט מדיון. עולה השאלה מה הדין בסרבן שיצא זכאי?

מדברי הריב"ש המובאים לעיל: **"ויצא הנתבע מחוייב"**³³ משמע שבמקרה שהתביעה התבררה כלא-כלום אין מחייבים את הנתבע הסרבן בהוצאות שנדרשו כדי להביאו לדין. כך הבין הסמ"ע³⁴ מדברי הריב"ש וכן פסק להלכה. כך גם משמע מדברי המהר"ם (לעיל) שכתב "מי שנתחייב בדין". וכן לכאורה פשוט השולחן ערוך הפותח "המתחייב בדין".

לעומת זאת שו"ת ושב הכהן³⁵ טען שאין לפטור את הנתבע שיצא זכאי בדין והוכיח כן ממקור דבריו של המהר"ם, והוא ההלכה שכתיבת "שטר פתיחא" (כתב נידוי) מוטלת על הנתבע. מרש"י שם משמע שהתשלום הוא תנאי להתרת הנידוי, ומכאן שהדיון המהותי מתחיל רק אחרי שהנתבע משלם את הוצאות כתיבת כתב הנידוי, ממילא ברור שתשלום זה נעשה לפני הכרעת הדין. על כן ביאר בשו"ת ושב הכהן ש"מתחייב בדין" פירושו שמתברר שלא הייתה הצדקה לכך שסירב לבוא לדין אף שבסוף זכה בדין.³⁶ גם את דברי השולחן ערוך פירש כך שהחיוב בכל ההוצאות אינו מותנה בכך שהנתבע יצא חייב.

התומים הביא גם הוא את הראיה מ"שטר פתיחא" שהתשלום מוטל בכל מקרה על הסרבן, אך סיים:

לענ"ד נראה ודאי אם נתברר שהתובע בא עליו בטענת שקר ותרמית אם כן אין לשלם, דלא היה לו לתובעו. אבל אם באמת התובע חשב שהדין עמו והדיין פטרו לנתבע בכח הדין מכל מקום לא היה לו לנתבע לסרב ולגרום הוצאות לתובע ובזה חייב משום מזיק לחברו וצריך לשלם. וזה נראה ברור אלא שלא מצאתי בזה דבר ברור בפוסקים.³⁷

כלומר אם התביעה הייתה קנטרנית והנתבע הסרבן יצא זכאי – הנתבע אינו חייב בהוצאות שגרם לתובע. אולם אם התביעה נעשתה בתום לב, והנתבע סירב –

33. שו"ת הריב"ש, תעה.

34. סמ"ע יד, כח.

35. שו"ת ושב הכהן, צט.

36. בפסקי דין רבניים ג, עמ' 24, טענו שפירוש זה נסתר מדברי שו"ת הריב"ש, רסג, אך איני יודע מה מצאו שם יותר מהתשובות האחרות שציטטנו שבהן נאמר במפורש "מחוייב בדין" ונתבאר על ידי בעל ושב הכהן שהיינו "מחוייב לבוא לדין".

37. תומים יד, ד.

הוא חייב בהוצאות גם אם יצא זכאי בסופו של דבר. נתיבות המשפט³⁸ וערוך השולחן³⁹ קיבלו את דברי התומים.

מאידיך ישועות ישראל⁴⁰ כתב שאין דברים אלו מוכרחים. ובספר מאזנים למשפט (מאת הרב צבי הירש קלישר) חלק גם הוא על התומים וסיעתו וסבר שאין לחייב את הנתבע אם התברר שהוא זכאי ואין לו כל אשמה בכך שהוא נתבע: "ונראה לי דכיון דאתברר שתבע שלא כדין ה"ל כמו המשנה ובא אחר ושינה דפטור בנזק כל שכן בגרם נזק אבל בפתיחה חייב לשלם לסופר ולא לו".

ג. חיוב מי שגורם הוצאות במהלך דין תורה

סיבה נוספת לחיוב קיימת כאשר אדם גרם להוצאות בדין תורה עקב ההתנהלות שלו, כגון, כאשר נעדר מדיון. הבסיס לחיוב מצוי בדברי המרדכי:

אמנם אם ראובן אמר לשמעון 'נלך לבית דין הגדול', ואמר שמעון: 'ואני אבא אחריך לאותו בית דין הגדול'. אם יחזור ראובן ויטעון על שמעון ויאמר אני פזרתי מעותי על שהלכתי לבית דין נגדך ולא באת, אני שואל ממך יציאותי – רבינו מאיר מחייב את ראובן לשלם כל יציאותיו אף על פי שלא נדר לו. ולא שייך למימר שמעון לראובן משטה אני בך בדבר הזה וכמה דברים יש שאין צריכין קנין.⁴¹

בעקבות כך כתב הרמ"א:

מי שאמר לחבירו שילכו לדון במקום אחר, ואמר לו: "לך ואני אבוא אחריך", והלך, והשני לא הלך אחריו, צריך לשלם לזה שהלך כל יציאותיו.⁴²

המקרה המתואר במרדכי ניתן לפרשנויות שונות. יש שפירשו שמדובר בנתבע שהלך לבית הדין וגילה שהתובע ביטל את התביעה ולא הגיע לדיון, בעקבות זאת, הנתבע תבע את ההוצאות על עצם ההליכה לבית הדין.⁴³ יש שפירשו שמדובר בנתבע שלא הגיע לבית הדין.⁴⁴ על פי פסיקה זו נהגו בתי הדין לחייב

38. נתיבות המשפט יד, ד.

39. ערוך השולחן חו"מ יד, י.

40. ישועות ישראל יד, ו.

41. מרדכי סנהדרין, תשז.

42. רמ"א חו"מ יד, ה.

43. מהר"ם מטיקטין, חידושי אנשי שם על מרדכי סנהדרין, תשז, אות ב, וראו שער משפט יד, ג, שהאריך בביאור דבריו.

44. כנסת הגדולה יד, הגהות בית יוסף, לא.

בתשלום במקרה שאחד הצדדים לא הגיע לדיון.⁴⁵ ראו להלן בפרק על גדרי הדין את דינו של מי שלא בא מחמת אונס או טעות (להלן עמ' 229 והלאה).

1. טעם הדין

נחלקו אחרונים מדוע המטעה את חברו חייב לשלם לו את הוצאותיו.

א. נזיקין

מדברי הגר"א⁴⁶ עולה שהחיוב הוא משום גרמי שכן הוא כתב: "דדמי למסרב וצ"ע". הראי"ה קוק⁴⁷ ביאר שהגר"א הבין שיסוד הדין הוא משום "גרמי" והתקשה אם אכן יש מקום לחייב משום גרמי במקרה כזה. כיוון דומה עולה מדברי נתיבות המשפט:

ומזה נראה לפענ"ד, דאם חטף ראובן חפץ משמעון והוליכו למקום אחר דחייב ראובן להחזיר לו החפץ על הוצאותיו דהרי מזיק בידים הוא, דהא הכא בשוגג הוליכו ואפילו הכי חייב בהוצאות החזרה, מכל שכן כשעשה במזיד גמור. ועוד, דלא גרע מ"לך ואני אבוא אחריך" דחייב להחזיר ההוצאות כמבואר לעיל בסימן י"ד סעיף ה' בהגה"ה.⁴⁸

ראו בשו"ת חסד לאברהם⁴⁹ שהרחיב על פי שיטת סבו, בעל נתיבות המשפט, וקבע שלפי דבריו יש לסרבן דין מזיק גמור. נפקא מינה: הניזק יכול להישבע מה היה נזקו וליטול (ראו להלן בפרק על שומת ההוצאות עמ' 241), אמנם, הוא הדגיש, שהסרבן המזיק צריך לשלם רק אם יצא חייב בדין ולאחר שהתובע קיבל רשות מבית דין.

ב. התחייבות

הרב קוק⁵⁰ עצמו הציע יסוד שונה לדין. לדבריו מדברי המרדכי המסיים במילים: "וכמה דברים יש שאין צריכין קנין", עולה שיסוד החיוב הוא משום "שכירות פועלים וכיוצא בהם דברים הנגמרים בדיבור בעלמא בלא קנין". וראו בפסקי דין רבניים⁵¹ שהרחיבו בהגדרה זו והשלכותיה, ולדבריהם יסוד החיוב הוא: "כיון שסמך עליו לבא ולא בא הרי חייב בגרמת היזק זו מדין התחייבות וכערבות".

45. ראו: פסקי דין רבניים ו, עמ' 83, ועוד רבים.

46. ביאור הגר"א חו"מ יד, לא.

47. הראי"ה קוק, באר אליהו, שם.

48. נתיבות המשפט רלב, י.

49. שו"ת חסד לאברהם, תנינא, חו"מ ד.

50. שם.

51. פסקי דין רבניים ג, עמ' 23.

2. גדרי החיוב

דייני בית הדין הרבני⁵² הציעו נפקותות לאפשרויות השונות: א. במקרה שנאנס ולא בא (ראו עוד להלן): גרמי באונס – פטור, בנויקין ובהתחייבות – חייב גם באונס. ב. האם התובע יכול להישבע וליטול: בגרמי – ספק האם נשבע ונוטל, בנוק רגיל – נשבע ונוטל, בהתחייבות – אין התובע נשבע ונוטל. ג. גבייה מעידית (כדין מזיק) או מבינונית (כדין בעל חוב) – דבר שאינו מעשי כיום ולא נידון כלל בפוסקים. כעת נרחיב בנפקותות אלה ובאחרות.

א. נאנס ולא בא

בספר כנסת הגדולה טען שהחיוב על פי הרמ"א במקרה "לך ואני אבוא אחרוך" הוא גם כאשר נאנס ולא בא. אמנם בספר ישועות ישראל⁵³ כתב שמדברי הרמ"א⁵⁴ עצמו עולה שאם נאנס ולא בא פטור מתשלום על כך. בפסקי דין רבניים הכריעו:

ולהלכה נראה בדין לך עמי ואבא וכו' כיון דרוב הפוסקים סבירא להו דהוא מדין גרמי וכמו כן מבואר בדבריהם דגרמי באונס פטור וכן פטור באונס בלך עמי וכו' כמבואר ברמ"א הנ"ל. אם כן בנידון שהתובע הזמין הנתבע לדין ולא בא התובע מסיבת אונס פטור בהוצאות.⁵⁵

הרב יעזר אריאל⁵⁶ דן במקרה שנתבע נעדר עקב חשש מהפסד גדול. הוא הביא את שו"ת הרמ"א⁵⁷ המחייב בתשלום מי שנעדר מדיון עקב עיסוקו בביטול גזירת גירוש שהיה כרוך בה הפסד ממון. לפיכך קבע הרב יעזר אריאל שיש לחייב מי שנעדר בגלל חשש הפסד ממוני. יש לציין שיש חולקים על שו"ת הרמ"א, ולכן בספר ישועות ישראל כתב: "לכן לעניות דעתי צריך עיון בדין זה טובא ונראה דאין מוציאין מיד המוחזק ובאונס גמור וודאי פטור". על כן צריך עוד עיון אם למעשה ניתן להוציא במקרה כזה.⁵⁸

52. פסקי דין רבניים ג, עמ' 32.

53. ישועות ישראל יד, ה.

54. שו"ת הרמ"א יב; שם, פו.

55. פסקי דין רבניים ג, עמ' 34.

56. דיני בוררות, עמ' תכו.

57. שו"ת הרמ"א, ב.

58. ישועות ישראל יד, ה.

ב. כאשר ההזמנה לא הגיעה לנתבע הרב ח"ש שאנן⁵⁹ דן במקרה שנמסרה הודעה על אי הגעה לדיון אך ההודעה נשלחה בטעות לעורך דין שטיפל בתיק וכבר פרש ממנו ועל כן לא הגיעה לבעל הדין. לדבריו אין לחייב במקרה כזה בהוצאות.

ג. שכח ולא בא

הרב יעוזר אריאל⁶⁰ דן במקרה שבו טען הצד שנעדר כי שכח לבוא לדיון. בתחילת דבריו כתב שצריך לפשר בין הצדדים שכן מחד גיסא שכחה היא כשוגג, והן משום גרמי הן משום התחייבות אין חיוב בשוגג (לשיטה שזהו נזק לכאורה יש חיוב גם בשוגג), ומאידך גיסא הטענה הייתה מסופקת וגרועה וראוי להשביע עליה, ועל כן יש לפשר במקום שבועה. למסקנה הוא פסק שיש חיוב במקרה של "ספק גדול" אם שכח. הוא מציין בסוף דבריו שאם היה ברור ששכח יש לפטור אותו וכך הוא הכריע למעשה במקרה אחר שהגיע לפני בית הדין.

ד. תובע או נתבע ששיקרו וגרמו להוצאות

בספר ישועות ישראל חידש שפוטרים תובע מתשלום ההוצאות רק אם פעל בתום לב, אך אם התובע שיקר בתביעתו דומה הדבר ל"לך ואני אבוא אחריך" שחייב לשלם את כל ההוצאות:

אבל במקום שכפה המלוה את הלוה ונמצא שהמלוה שיקר בתביעתו שנתברר שלא היה חייב לו בזה וודאי חייב המלוה להחזיר לו ההוצאות שהרי ע"י כפיה שלו הוצרך להוציא הוצאות והרי איבד מעותיו של זה ע"י גרמתו ודמי ממש ל"לך אחרי ואני אבוא אחריך" ולא בא דצריך לשלם לו ההוצאות כיון שע"פ דבורו הוציא זה ממונו.⁶¹

וכתב שבמקרה שהנתבע שיקר יש בזה מחלוקת ראשונים:

ולוה שאמר איני פורע עד שיהא לך פסק דין מבית דין הגדול לדעת הרי"ף ורמז"ל (=הרמב"ם) חייב ולדעת התוספות והרא"ש פטור.

הרחבה זו התקבלה בבתי הדין. ראו למשל בפסק דינו של הרב מרדכי אליהו⁶² שעסק בתובע שהכחיש את טענת הנתבעת וגרם לקיום דיון מיותר שבו נדרשה גם הבאת עדים כדי להוכיח את הכחשת השקר. בית הדין חייב אותו בהוצאות

59. עיונים במשפט חר"מ ב, עמ' כה.

60. דיני בוררות, עמ' תכט.

61. ישועות ישראל יד, ד.

62. פסקי דין רבניים י, עמ' 3.

וראו שם גם דברי הרב שאול ישראלי (האב"ד הרב עובדיה יוסף הצטרף ללא נימוקים).

ה. דיון שווא

הרב צבי יהודה בן יעקב⁶³ פסק שיש לחייב בהוצאות במקרה של דרישה לדיון שהתברר כדיון שווא מכיוון שלא נאמר בו דבר חדש ולא הובאו ראיות חדשות מעבר למה שהיה קודם, זאת לאחר ערעור לבית דין הגדול בטענה שיש למערער טענות חדשות אשר בעקבותיו התקיים הדיון המיותר.

ד. הוצאות כאשר בעל דין נאלץ להתדיין בבית משפט

עד כה עסקנו בחיוב הוצאות על התדיינות בדין תורה. כעת נפנה לדון בשאלת חיוב בהוצאות כאשר בעל דין נאלץ להתדיין בבית משפט (ערכאות) בגלל התנהלות הצד השני.

1. מקור הדין והפסיקה

בשו"ת הרשב"א דן במקרה זה:

ההוצאות אלו שאמרת לא ידעתי מה הן ועל מה הוציאם... ואם תבעו בערכאות של גוים והוצרך להוציא הוצאות בדיינין וטוענין. והיאך ישלם? ואדרבא הוא עושה שלא כהוגן ועובר על לפנייהם ולא לפני גוים. ואפילו סרב הנתבע ומתוך סירובו הוצרך להעמידו בערכאות ולהוציא הוצאות גם כן בזה יראה לי שאינו חייב דאינו אלא גרמא בנזקין בעלמא. ואינו דומה לדינא דגרמי שעושה מעשה בגוף הדבר שהוא מזיקו כשורף שטרותיו של חברו ודומין לו. וכן אינו דומה להוצאות דפתיחא משום דבית דין מחייבין אותו על שסירב לבא לפנייהם ליום שקובעין.⁶⁴

לדברי הרשב"א כאשר מדובר בתביעה בערכאות האסורה על פי דין תורה ברור שלא ניתן לחייב את הנתבע בהוצאות התובע. אולם גם כאשר התובע קיבל רשות מבית דין לתבוע בבית משפט בגלל סירוב הנתבע להתדיין בדין תורה, אין לחייב את הנתבע בהוצאות התובע שכן זהו "גרמא".

הוא מסביר שהפנייה לערכאות שונה מהותית מהוצאות "שטר פתיחא" המוטלות על הסרבן שהן חיוב ישיר שבית דין מטיל על הסרבן מלכתחילה. מדברי הרשב"א

63. משפטיך ליעקב ג, מג.

64. שו"ת הרשב"א א, תתקמ, מובא בתוך בית יוסף חו"מ, יד.

עולה שיסוד החיוב הכספי של הסרבן הוא על ידי פסיקת בית הדין.⁶⁵ לדבריו אין בעצם הסירוב סיבה לחייב את הסרבן בתשלום שכן זהו "גרמא". אולם הבית יוסף כתב שעל פי הרא"ש (מקורו ידון לקמן) יש לחייב במקרה זה והלכה כדבריו:

מדברי תשובות הרא"ש כלל עג סימן ג נראה שאם מתוך סירובו הוצרך להעמידו בערכאות ולהוציא הוצאות חייב לפרוע לו כל יציאותיו והכי **מסתבר**.⁶⁶

בשולחן ערוך הביא את דעת הרשב"א כ"יש מי שאומר":

ויש מי שאומר שאם תבעו בערכאות והוציא הוצאות בדיינים וטוענים, אף על פי שמתוך סרובו הוצרך להוליכו בערכאות, אינו חייב לשלם הוצאותיו.⁶⁷

הרמ"א העיר כך: "חייב לשלם לו וכן נראה לי עיקר ובלבד שעשאו ברשות בית דין". באר הגולה כתב שזו גם דעת הבית יוסף שהביא את דעת הרשב"א כ"יש מי שאומר".

אמנם המפרשים הרחיבו בהבנת שיטת הבית יוסף והרמ"א, שכן לא נתבררה כוונת הבית יוסף כשהפנה לדברי הרא"ש. בספר בני שמואל העיר: "לא מצאתי גלוי בדברי הרא"ש כלל וקצרה דעתי מהבין זה".⁶⁸ אמנם בשו"ת הרא"ש כתב:

שמעתי וגם ראיתי בדברי גאון, אם יכולין לשלוח ללוה שילך ויחזור בתוך ל' יום, ישלחו לו שליח על יציאת הלוה; כי כל יציאות שיוציא המלוה בגרמת הלוה, שמרחיק פרעון המלוה, על הלוה לפרוע...⁶⁹

דהיינו הרא"ש קבע שהוצאות הבאת הנתבע לדין מוטלות עליו. אולם בדבריו אין התייחסות ישירה לשאלת ההוצאות במקרה של התדיינות בבית משפט. אם כי ייתכן שהלשון הכוללת "כל יציאות שיוציא בגרמת המלוה" מהווה לדעת הבית יוסף הוכחה גם לשאלת ההוצאה עקב התדיינות בבית משפט.⁷⁰

65. ראו: פסקי דין רבניים ג, עמ' 23, וכן דיני בוררות, עמ' ת, שקשרו חיוב זה לכלל "הפקר בית דין" ולקנס שבית הדין מטיל.

66. בית יוסף חו"מ, יד.

67. שולחן ערוך חו"מ יד, ה.

68. בני שמואל (חיון), יד.

69. שו"ת הרא"ש עג, ג.

70. כך העלה גם הרב יועזר אריאל, דיני בוררות, עמ' ת.

בשו"ת ושב הכהן⁷¹ העיר על כך, והציע שכוונת הבית יוסף לדברי שו"ת הרא"ש הבאים:

ומה שתבע ר' שלמה שיפרע לו רבי ישראל ההוצאה שהוציא על זה נכדי לכוף את ר' ישראל שיעשה לו דין, אם יש לו לר' שלמה לברר שתבע את ר' ישראל לבא עמו לדין על תביעת שטר י"ב אלף זהובים וסירב ר' ישראל לבא עמו לדין, והוצרך ר' שלמה להוציא על זה הוצאות עד שכפוהו לבא עמו לדין, חייב ר' ישראל לפרוע לו כל הוצאות שהוציא על זה; כי כן כתב ר' מאיר מרוטנבורג ז"ל.⁷²

אולם גם בדבריו אלו לא נתפרש חיוב על הוצאות הדין בבית משפט, כי אם על הוצאות כדי לכפות את הנתבע לעמוד בדין תורה.

על כן הסיק שכוונת הבית יוסף שנחלקו הרשב"א והרא"ש בעניין ההוצאות לכפות את הנתבע לעמוד בדין תורה. וגם על כך הקשה שכן אין בדברי הרשב"א רמז לכך שהוא פוטר את הנתבע מהוצאות הכפייה לעמוד בדין תורה, שכן הוא עוסק רק בהוצאות של התביעה עצמה בבית משפט. גם בניסוח השולחן ערוך "שאם תבעו בערכאות..." לא משמע בבירור שהדיון הוא על הכפייה של הנתבע לבוא לבית דין של תורה ועל כן הוא נשאר בצ"ע בהבנת דברי הבית יוסף.

בשו"ת ושב הכהן⁷³ הכריע, לפי דרכו, שהרא"ש סובר שניתן לחייב בהוצאות:

(א) מי שגרם לבעל דינו להתדיין בערכאות אם הייתה רשות בית דין לכך.

(ב) מי שגרם לבעל דינו להוציא הוצאות כדי להביאו לבית דין של ישראל אף בלא רשות בית דין.⁷⁴

גם בשו"ת אגרות משה עמד על כך שהרא"ש אינו עוסק בהוצאות על התביעה בבית משפט כי אם על הבאה לדין תורה, על כן הוא הציע כיוון מחודש:

ואולי ניחא מה שהמחבר לא הביא כלל (=בשולחן ערוך) ה"יש חולקין" שהביא הרמ"א אף שהוא בעצמו כתב בבית יוסף על דברי תשובת הרא"ש "והכי מסתבר". שהוא משום שהמחבר סובר שרק ההוצאות שהוציא

71. שו"ת ושב הכהן, צט.

72. שו"ת הרא"ש קו, ו.

73. שו"ת ושב הכהן צט.

74. לגבי דעת הרשב"א כפי שציינו למעלה, נראה שאינו חולק על כך, אך ראו **כנסת הגדולה** יד, הגהות בית יוסף, כח, שהסיק שדברי הרשב"א כפשוטם, שמגדיר את כל הנוקים הנגרמים מסרבנות כגרמא, הם ראייה לכך שהוא פוטר גם במקרה שניתנה רשות בית דין לתבוע בערכאות וכדומה.

שהערכאות יביאו אותו לדייני ישראל חייב ולא ההוצאות שהוציא לדון בדיני הערכאות...

אבל הרמ"א הביא דיש חולקין משום דמפרש דלהרא"ש חייב לפרוע גם הוצאות שהוציא למשפט ערכאות.⁷⁵

כלומר, הרא"ש אכן עוסק בהוצאות שנדרשו כדי להביא את הסרבן לדין תורה, והמחלוקת היא על הוצאות שנדרשו בדין בבית משפט. בבית יוסף כתב שמסתבר כדעת הרא"ש אולם כוונתו הייתה רק להוצאות כדי להביא את הנתבע לדין תורה, ולכן בשולחן ערוך הביא רק את דעת הרשב"א שאין לחייב בהוצאות התביעה בבית משפט. לעומת זאת, הרמ"א הבין שמדברי הרא"ש יש ללמוד שניתן לחייב בכל הוצאה שנגרמה עקב סרבנות.

2. הוצאת תביעה בבית משפט ברשות בית דין

לאחר שהתברר כי לדעת חלק מהפוסקים ניתן לחייב נתבע בהוצאות התביעה בבית משפט, יש לברר האם צריך התובע לקבל אישור של בית דין לפני הפנייה לבית משפט במקרה של נתבע סרבן, או שדי בעצם הסרבנות כדי לאפשר לתובע לגבות הוצאות.

הרמ"א שהביא את שיטת הרא"ש הדגיש שהחויב הוא רק בתנאי: "ובלבד שעשאו ברשות בית דין". כמה מהפוסקים הבינו שבמקרה שניתנה רשות כזו אף הרשב"א יודה בכך שיש חיוב ממוני על הסרבן. למשל, מהרש"ל קיבל את שיטת הרשב"א שאין לחייב על הוצאות סרבנות, אך הוסיף שאם ניתנה לתובע רשות מבית דין לתובע בבית משפט, זו מועילה כדי לחייב גם בהוצאות:

ישרו דבריו בעיני, היכא דלא נטל רשות מבי דינא. ואף היכא שאין צריך ליטול רשות מבי דינא כגון שכתב לו בשטר, שיכול לכופו בין בדיני ישראל בין בערכאות של גוים, והוא אלם, כדפי' בפרק החובל, סימן סה, מכל מקום פטור, מטעם גרמא. אבל היכא דהוה אלם, ונטל רשותא מבי דינא, והרשוהו. ועל פי בית דין נזקק עמו בפני ערכאות של גוים. פשיטא דמחייב לשלם. ודמיא לפתיחא דבי דינא.⁷⁶

יש להבין מהו יסוד החיוב לשיטה זו, ומה הופך את הנזק מ"גרמא" לחיוב ממוני גמור כהוצאות בית הדין ("שטר פתיחא"). ייתכן שהסיבה שזהו חלק מהקנס

75. שו"ת אגרות משה חו"מ ב, כו.

76. ים של שלמה בבא קמא י, יד.

שקנסו בית הדין את הסרבן. כך עולה מדברי הרמ"א העוסק בשאלת ההוצאות על הכפייה ושם מבואר שזהו חלק מהקנס שבית הדין קונס את הסרבן:

גם יתחייב כל הוצאות והיזקות שיגיע לאלמנה או באי כחה ע"י זה כדין המסרב וכמו שכתב הרא"ש כלל עג סימן ג, שמאחר שמכריח להכריחו ע"י כותים (=גויים בבית משפט) מחוייב לו כל הוצאותיו. ואף על גב דבתשובת הריב"ש סי' תעה לא משמע כן, אנו אין לנו אלא דברי הרא"ש וכמ"ש הגאון הקאר"ו דהכי מסתברא. ועוד דגם הריב"ש לא קאמר אלא אם הלך מעצמו בערכאות של עכו"ם אף על פי שבדין עשה סבירא ליה דאין מחוייב לו הוצאות בזה, אבל ברשות בית דין פשיטא דיש כח ביד בית דין להפקיר ממונו ושיתחייב לו הוצאות והיזקות.⁷⁷

המהדיר⁷⁸ העיר שנראה שהדעה הפוטרת שהביא הרמ"א היא של הרשב"א ולא של הריב"ש. בכל אופן הסיק הרמ"א שגם הרשב"א יודה שאם הכפייה בבית משפט של גויים נעשתה ברשות בית דין צריך הסרבן לשלם את הוצאות התובע, זאת משום קנס בית הדין. כן כתב גם המהרשד"ם:

ואעפ"י שכאשר ההוצאות ע"י ערכאות של גוים נראה שיש קצת מחלוקת, מ"מ כי שלחו בית דין ישראל בעדו ולא בא לכולי עלמא הדין עם המלוה וכל שכן בנידון דידן שכבר גבה דאין מוציאין מידו.⁷⁹

המהרשד"ם חידש שסרבן צריך לשלם את הוצאות המשפט לכל הדעות, אולם לא נימק חידוש זה וגם לא נתפרש בדבריו שהדבר נעשה ברשות בית דין, ועל כן ייתכן שגם הוא סבור כשיטת מהרש"ל ורמ"א ואף הוא אינו מצריך רשות בית דין מפורשת.

3. הוצאות תביעה בבית משפט ללא רשות בית דין

יש מקום לדון בשתי שאלות: אדם תבע בבית משפט סרבן ללא רשות בית דין, האם יתחייב הנתבע הסרבן בהוצאות הדיון? בנוסף יש מקום לדון האם יש לחייב את התובע בבית משפט בהוצאות של הנתבע? הרמ"א עסק בחיוב התובע בהוצאות וכתב:

מכל מקום אין לו דין מסור, אף על פי שהפסיד חבירו ע"י זה הרבה, דלא מקרי מסור אלא במתכוין להזיק, אבל לא במתכוין להוציא את שלו. ויש

77. שו"ת הרמ"א, קח.

78. שם, הערה לה.

79. מהרשד"ם חו"מ, לה.

חולקין וסבירא להו דמקרי מסור וחייב לשלם לו כל הזיקו, אם לא היה חבירו סרבן; וכל שכן אם התרו בו תחלה שלא ידונו בפני אנשים, ועבר, שיש לו דין מסור.⁸⁰

הרמ"א הביא מחלוקת אם מי שתובע בבית משפט ללא היתר של בית דין חייב לשלם לנתבע הוצאות משפט. אמנם גם לדעת המחייב, אם הנתבע סירב להתדיין בבית דין של תורה – התובע פטור. אם כן, גם ללא היתר של בית דין לתובע בבית משפט, אין לחייב את התובע בהוצאות.

גם הרדב"ז דן במקרה שאדם תבע את חברו בבית משפט ללא רשות בית דין. לדבריו, השאלה האם התובע חייב לפצות את הנתבע על ההוצאות שנגרמו לו תלויה בשאלה אם התובע יצא זכאי בדין:

ובשלמא אם היה מתברר למפרע שהדין עם ראובן (=הנתובע) היה פטור מכל הוצאות שמעון (=הנתבע). דמצי (=הנתובע) למימר: היה לך לפרוע לי כיון שהדין עמי ואתה הפסדת אנפשיך.

אבל כיון שנמצא למפרע שהדין עם שמעון (=הנתבע) נמצא שהיה צריך להוציא הוצאות לינצל ממנו וחייב לשלם לו כל מה שהפסיד בעדים.⁸¹

לדבריו כשהתובע פנה לבית משפט לאחר סירוב של הנתבע, ללא רשות מבית הדין, הדין כן: אם זכה בבית המשפט – אינו חייב לשאת בהוצאות הנתבע, אבל אם הפסיד – עליו לשלם לנתבע את הוצאותיו. כך הכריע גם בשו"ת נאות דשא⁸² והביא ראיות לכך. גם בשו"ת משפטי שלמה⁸³ דן במקרה שבו נפסקו הוצאות משפט על נתבע שחויב בבית משפט. הלה טען שלא סירב לבוא לדין תורה, ונפסק שיש לחייב את התובע לשאת בהוצאות הנתבע.

לעומת זאת בשו"ת אגרות משה⁸⁴ טען שלדברי הגר"א⁸⁵ שיסוד החיוב בהוצאות משפט הוא משום "דינא דגרמי" יש לחייב נתבע סרבן בהוצאות גם במקרה שהתובע פנה לבית המשפט ללא רשות מבית דין. אמנם להלכה מכיוון שלדעת מהרש"ל ועוד אחרונים אין חיוב ללא רשות בית דין אין להוציא ממון ללא רשות בית דין.

80. רמ"א חו"מ, שפח, ה.

81. שו"ת הרדב"ז א, קעב.

82. שו"ת נאות דשא א, נב.

83. שו"ת משפטי שלמה (קרליץ) א, יז.

84. שו"ת אגרות משה חו"מ ב, כו.

85. ביאור הגר"א חו"מ, יד, ל.

בנוגע למקרה שבו הוגשה תביעה בבית משפט ללא סירוב של הנתבע וללא אישור מבית דין, והתובע זכה הביא בשו"ת מהרש"ם את מנהג הונגריה:

שוב הגיעני מכתב מרב אחד מארץ הגר וכתב לי שהמנהג שם בקבלה מגדולי הדור הקדום וכל תלמידי החתם סופר שכל המוציא הוצאות על חבירו בדיני אומות העולם יפסיד רק הוצאות תביעה הראשונה. אבל מה שעשה אחר כך להלאה הוצאות, כיון שהנתבע לא תבעו לדין תורה, אחר שהשיג מערכאות תביעה הראשונה הרי קיבל עליו לנהוג המשפט בדיני אומות העולם ואיהו דאפסיד אנפשיה.⁸⁶

לפי שיטה זו יכול התובע לקבל החזר הוצאות מלבד ההוצאה על התביעה הראשונה (וראו בקובץ הפוסקים⁸⁷ שהביאו כמה פוסקים שחלקו בחריפות על מנהג זה). זאת מכיוון שאחר התביעה הראשונה נמנע הנתבע לתבוע תביעה נגדית בבית דין של תורה וגילה דעתו שהוא מקבל את הכרעת בית המשפט. כל זה אמור במקרה שהתובע בא לבית הדין לדרוש הוצאות. בנוגע למקרה שאדם תבע בבית משפט בלא רשות בית דין וזכה שם בהחזר הוצאות, כתב המהרש"ם:

בענין הוצאות בדיני אומות העולם ע"ע בתשובת מהרא"ל צינץ סימן ל, אות ה ואות ו, שהעלה בהא דבלא רשות בית דין לא נתחייב לשלם לו הוצאות שעשה היינו הוצאות שאינו מחויב לשלם בערכאות. אבל במה שנתחייב בדיניהם מחויב לשלם הוצאותיו כפי חק דיניהם. ובפרט אם הנתבע העמיד לו טוען (אדוואקאט) (=עורך דין) למצוא טעדיק לפטור את עצמו בדיני אומות העולם שלא כדין ובאמת חייב לו, אזי חייב לשלם להתובע הוצאות שעשה להעמיד ג"כ טוען כזה. שהרי היה התובע מוכרח לזה להציל מעותיו דאם לא כן הרי יזכה כנגדו הנתבע שלא כדת. ולכן אין לו להפסיד לתובע הוצאותיו, דהנתבע אפסיד אנפשיה שהיה לו לחקור אם בדיני ישראל חייב לשלם – ישלם. ועוד שהרי קיבל הנתבע על עצמו דין ערכאות במה שהוציא הוצאות להעמיד לו טוען מומחה בדיני אומות העולם, ע"ש עוד בזה.⁸⁸

המהרש"ם נטה לקבל את פסק הדין של בית המשפט בענין חיוב ההוצאות של התובע כאשר הוא זכה בדין. בדבריו מוזכר גם החיוב בהוצאות עבור ייעוץ

86. שו"ת מהרש"ם א, פט.

87. קובץ הפוסקים יד, ה, עמ' ש.

88. שו"ת מהרש"ם א, פט.

משפטי וייצוג (עורך דין). הוא נימק זאת בכך שהנתבע קיבל על עצמו את פסיקת בית המשפט, ובגלל שהנתבע לא שילם מעצמו את מה שהיה חייב. בנוסף לכך בקובץ הפוסקים⁸⁹ הביאו את דברי שו"ת לבושי מרדכי⁹⁰ שמצדד להתיר לזוכה בהוצאות לגבות אותם משום שזו טובת המדינה ובדבר כזה חל הכלל "דינא דמלכותא דינא" כדברי החתם סופר.⁹¹ גם בשו"ת משפטיך ליעקב⁹² צידד שמותר לנתבע לגבות את ההוצאות שנפסקו לטובתו בבית המשפט. מאידך בשו"ת מהר"ם בריסק⁹³ חלק על כך וסבר שזהו מנהג שנוגד דין תורה ואין ראוי לקבלו. לסיכום, כאשר אדם תבע בבית משפט ללא אישור של בית הדין, ישנה מחלוקת האם הוא פטור מהוצאות הנתבע, או שמא הוא חייב ובלבד שהנתבע הסכים להתדיין בדין תורה. כאשר התובע זכה בבית משפט גם בהוצאות, מנהג הונגריה היה שהחל מההליך השני הוא זכאי לגבות אותן. במקרה שהנתבע זכה בבית המשפט ונפסקו לו הוצאות יש שכתבו שמותר לו לגבות אותן, ויש שחלקו על כך.

4. מקרים שבהם אין צריך רשות בית דין

הפוסקים כתבו שיש מקרים שבהם אין צורך באישור של בית דין לפני פנייה לבית משפט, וממילא הפונה זכאי להחזר הוצאותיו. כאמור לעיל לדעת שו"ת ושב הכהן בפנייה לערכאות לצורך הבאת נתבע סרבן לבית דין אין צורך ברשות בית דין, ויכול לתבוע הוצאות שהוציא לצורך כך. מהרש"ך כתב שאם יש חיוב ברור לשלם יכול לגשת לערכאות להוציא לפועל: אבל כל שעמד בדין בפני דייני ישראל וחיבוהו לפרוע, יראה דרשאי להוליכו לפני ערכאות להציל את שלו שלא ברשות בית דין.⁹⁴ אמנם באמרי בינה⁹⁵ הביא שיש חולקים על המהרש"ך וכתב שאין לפסוק כדבריו. משו"ת כנסת יחזקאל⁹⁶ עולה שבמקרה שאדם צריך להציל עצמו מנזק שנגרם לו על ידי בית המשפט מותר לו לפנות לבית המשפט אף בלא רשות מפורשת מבית דין.

89. קובץ הפוסקים יד, ה, עמ' רצט.

90. שו"ת לבושי מרדכי חו"מ, ב.

91. שו"ת חתם סופר חו"מ, מד.

92. שו"ת משפטיך ליעקב א, יב.

93. שו"ת מהר"ם בריסק א, ט.

94. מהרש"ך א, קצב (מובא בתוך כנסת הגדולה חו"מ, כו, הגהות הטור, יד; שו"ת מהרש"ם א, פט).

95. אמרי בינה דיינים, כו.

במקרים אלה מסתבר שדין הפונה לבית המשפט יהיה כמי שפנה באישור בית הדין, והוא יהיה זכאי להחזר הוצאות.

ה. היקף החיוב בהוצאות משפט

1. צמצום היקף ההוצאות

לאור דברי הפוסקים שיש מקרים שבהם זכאי אדם לקבל פיצוי על הוצאות משפט עולה השאלה מה כלול בהוצאות אלו. בשו"ת כנסת יחזקאל כתב ככלל:

דכמו ברודף שיכול להצילו באחד מאבריו לא ניתן להצילו בנפשו, הכי נמי בהוצאות מסרב.⁹⁷

דהיינו, כשם שבדין רודף יש לצמצם את הפגיעה ברודף למינימום, כך גם בחיוב הוצאות לסרבן יש לצמצם את ההוצאות למינימום.

2. שכר טרחתו של התובע

כמה מן הפוסקים כתבו שיש מקום לחייב את הנתבע בשכר הטרחה של התובע.⁹⁸ אולם בנוגע לביטול עבודתו של התובע נפסק בבית הדין הרבני:

אמנם בהוצאות שתובע מצד שבטל מעבודתו עקב המשפט נראה שאין לחייב בזה הצד החיוב בהוצאות דהוי בזה כמבטל כיסו של חברו דפטור.⁹⁹

כלומר אין פיצוי על ביטול מלאכה משום שהוא בגדר "מבטל כיסו של חברו". עוד פסקו בבית הדין הרבני: "כמו כן הוצאות הנסיעה נכללים בהוצאות המשפט שחייב בהן כמבואר בתשובת הרא"ש הנ"ל, וכן מבואר באריכות בענין זה בשו"ת נאות דשא הנ"ל".¹⁰⁰ דהיינו כל טורח שהיה מוטל על הצד שהגיע הוא בכלל ההוצאות.

3. הוצאות עורך דין

בעניין החזר שכרו של עורך הדין נקבע בבית הדין הרבני:

96. שו"ת כנסת יחזקאל, צו.

97. שם (מובא בתוך שו"ת מהרש"ם א, ה; ועוד, על פי מרדכי בבא קמא, רצה).

98. הכרעת ערך ש"י יד, ה: "שכר טרחה כשכיר יום", ראו גם: הרב ח"ש שאנן, עיונים במשפט, עמ' כד, שהביא דבריו להלכה.

99. שם.

100. פסקי דין רבניים ג, עמ' 35.

יש לברר בכל מקום שחייב בהוצאות המשפט, כגון במסרב וכדומה, איזה סוג הוצאות אפשר לכלול במושג זה בכדי שיתחייב בהן הצד שכנגד. והנה ראשית יש לדון במה שנהוג בזמנינו שהבעלי דין לוקחים בתור בא-כוח עורך דין, אם לפי ההלכה שכר טרחתם נכלל ג"כ בגדר הוצאות המשפט שחייב בהן.

והנה זה מפורש בדברי הלבוש סי' י"ד שכתב: גם ההוצאות שהנתבע חייב דהיינו גם שכר מליצים, ונראה דלפי זה יש לומר דזהו המכוון גם בדברי הרשב"א הובא במחבר בשולחן ערוך, שכולל הוצאות שהוצרך להוציא בדינים וטוענים, וטוענים היינו שכר מליצים.

ואף שהרשב"א פוטר בשניהם בערכאות, מכל מקום שמעינן מכלל הלאו, דגם זה נכלל בסוג הוצאות במקום שחייב בהן. וגם בלך עמי ואבא אחריר וכו' דחייב בהוצאות נראה דאפילו חיובו הוא מדין התחיבות, מכל מקום אינו יכול לומר דההתחיבות היתה רק כלפי הופעת הצד שכנגד עצמו ולא כלפי ב"כ, כיון דרשאי להביא ב"כ וגם המנהג בכך חל החיוב גם כלפי דיידה.¹⁰¹

מכאן שכאשר תובע זכאי להחזר הוצאות, ההחזר כולל גם את שכר עורכי דין. וראו עוד בדברי שו"ת מהרש"ם¹⁰² שהובאו למעלה שכתב שניתן לחייב בשכר טרחתו של עורך הדין.

4. הוצאות גבייה

המהרש"ל הדגיש שגם כאשר ניתן לחייב בהוצאות נתבע שסירב לבוא לדין תורה, אין לחייבו אלא בהוצאות שהוציא התובע כדי להביא אותו לבית הדין ולא בהוצאות אחרות הנוגעות למימוש פסק הדין והוצאת הכספים בפועל:

מכל מקום נראה לי, שאר הוצאות שמוציא כדי לגבות חובו. כגון שהלך בעבורו למקום פלוני, או שכר שליח לשלוח אחרי המעות. אינו משלם.¹⁰³

והש"ך¹⁰⁴ הביאו להלכה. צריך אמנם לחלק בין הוצאות אלו להוצאות על כפיית פסק הדין על ידי הוצאה לפועל, שבהם השולחן ערוך ורמ"א מחייבים. נושא זה שעיקרו פנייה להוצאה לפועל לא יידון כאן.¹⁰⁵

101. שם ג, עמ' 35.

102. שו"ת מהרש"ם א, פט.

103. ים של שלמה בבא קמא י, יד.

104. ש"ך חו"מ יד, י.

105. ראו עוד: הרב הלל גפן, "הסתיעות בהוצאה לפועל", לעיל עמ' 77.

5. היקף החיוב למי שגורם הוצאות בדין תורה

גם במקרה של אי התייצבות לדיון בדין תורה יש לברר מה נכלל בהוצאות האמורות. בבית הדין הרבני¹⁰⁶ חייבו את הנעדר בשכר עורך הדין של הצד השני. הרב מרדכי אליהו¹⁰⁷ חייב בהוצאות עד שבא להעיד כנגד הכחשת התובע. הרב יעזר אריאל¹⁰⁸ הכריע שיש לחייבו גם בשכר עורך דין יקר במיוחד, שכן הנזק הנגרם כאן הוא בעצם הבאת האדם למקום ברמייה, ועל כן אין מקום לטענה שלא היה לצד שכנגדו לשכור עורך דין במחיר יקר כזה. אמנם על שכר בטלה אין לחייב גם במקרים אלו.¹⁰⁹ במקרה של תביעת שקר יש שהיססו האם לחייב בתשלום עבור עורך דין,¹¹⁰ ויש שהחייבו.¹¹¹

יש לציין שלפעמים יש מקום לחיוב הוצאות משפט כחלק מחיוב המזונות,¹¹² אולם, לא נעסוק כאן בעניין הזה שמטבע הדברים אינו נוגע לבתי דין לממונות.

6. שומת הוצאות

עניין לעצמו קובעת דרך הוכחת שיעור ההוצאות. בעניין זה כתב הרא"ש:

וההוצאה שחייבתי את רבי ישראל שיפרע לר' שלמה, אחר שיברר רבי שלמה בעדים שתבע את ר' ישראל שיבא עמו לדין על התביעה הזאת וסרב לבא עמו לדין, לא תהיה פרעון הוצאתו בשבועת רבי שלמה, שישבע כמה הוציא ויטול. אלא יברר רבי שלמה כל הדרך שהוצרך לילך לכוף את רבי ישראל שיעשה לו דין, והשלוחים ששלח וכיוצא בזה ושכר הסופר, ובית דין ישומו כמה היה ראוי שיוציא רבי שלמה בדרכים הללו ובהוצאות השלוחים והסופרים, ועל פי שומת בית דין יפרע ר' ישראל לר' שלמה כל ההוצאות שהוציא עד שהביאו לבית דין ונפסק הדין.¹¹³

מדבריו עולה שעל התובע להוכיח כמה הוציא ולא די בשבועה, ולאחר מכן על בית הדין לשום מהי ההוצאה הראויה אותה ישלם הצד השני. כלומר, יש צורך

106. פסקי דין רבניים ו, עמ' 84.

107. שם י, 14.

108. דיני בוררות, עמ' תכה.

109. פסקי דין רבניים ו, עמ' 84.

110. שו"ת תשובות והנהגות ד, שג; ראו גם: סדר הדין בבית הדין הרבני, עמ' 1222, הערה 125, בשם הרב זלמן נ. גולדברג.

111. דיני בוררות, עמ' תכה.

112. פסקי דין רבניים יב, עמ' 190 ועוד.

113. שו"ת הרא"ש קז, ו.

בראיות להוצאות וגם בשומת בית הדין. הרמ"א פסק שעל התובע להוכיח כמה הוציא או שבית הדין ישום את ההוצאות:

כשהסרבן צריך לשלם ההוצאות אין אומרים שישבע כמה הוציא, ויטול, אלא צריך לברר כמה הוציא, או הבית דין ישומו לו הוצאותיו וכזה ישלם לו.¹¹⁴

נמצא שהרא"ש כתב שיש צורך בהוכחות וגם בשומה של בית הדין, ואילו הרמ"א כתב שיש צורך בהוכחות או בשומה. בעקבות זאת כתב בשו"ת ושב הכהן:

הא ודאי בין שמברר כמה הוציא ובין אינו מברר, לעולם שייך שומא, אך החילוק הוא, דאם מברר כמה הוציא וצריך שומא, אז השומא הוא אם לא הוציא יותר מן הראוי וכמ"ש סימן קפ"ב סעיף ג' בהגה כו'. אבל אם אינו יכול לברר אז השומא היא בענין אחר, שישומו לו בפחות שבהוצאות וכמ"ש בסימן שע"ח סעיף ח'. וזו כונת הרמ"א, דמה שכתב צריך לברר כמה הוציא וצריך לשלם לו, היינו גם כן לאחר שישומו אם לא הוציא יותר מן הראוי.¹¹⁵

כלומר אם התובע הביא ראיה על ההוצאות שהיו לו, יש לערוך שומה כדי לבחון אם ההוצאות היו סבירות. אם התובע לא הביא ראיה על ההוצאות, הוא יקבל פיצוי לפי שומת ההוצאות המינימליות.

בניגוד לכל האמור, בשו"ת מהר"י וויל כתב שיש צורך בשבועה ולא הזכיר את שומת בית דין:

רבי ישראל בנו יעשה חשבון לפני הפרנסים כמה שהוציא ובאיזה מקום שהוציא ויעשה שבועה על זה ור"ח יפרע לו יציאותיו.¹¹⁶

האחרונים נחלקו האם במקום שלא ניתן להוכיח כמה הוצאות היו, תועיל שבועה. לדעת נתיבות המשפט¹¹⁷ די בשבועה במקרה כזה, ואילו בספר משובב נתיבות¹¹⁸ כתב שאין מקום לשבועה כלל ואם אינו יכול להוכיח ובית הדין אינו יכול לשום – יפסיד.

אולם ערוך השולחן כתב, ככל הנראה, בעקבות דברי שו"ת ושב הכהן שהובאו לעיל: "התובע יכול לומר לבית דין שומו לי כפחות שבהוצאות בענין כזה ואין

114. רמ"א חו"מ יד, ה.

115. שו"ת ושב הכהן, נג, מובא בפתחי תשובה חו"מ יד, טז.

116. שו"ת מהר"י וויל, מב.

117. נתיבות המשפט יד, ו.

118. משובב נתיבות יד, ו.

רצוני לישבע".¹¹⁹ דבריו יכולים להוות פתרון מעשי בימינו כשאין נוהגים להשביע בבתי הדין.

ו. הרחבת סמכות בית הדין לחייב בהוצאות משפט

1. תקנות בעניין הוצאות משפט

בתקנות הדיון של הרבנות הראשית משנת תש"ך נאמר:

כל פסק יכיל החלטה על מי חלות הוצאות המשפט. מקום שיש לחייב גם בתשלום שכר עורך דין ייקבע השכר בפסק הדין.¹²⁰
הרב מרדכי אליהו ביאר בפסק דין משנת תשל"ד את התקנה וקרא לתקן תקנות משמעותיות יותר:

עם כל האמור לעיל, ראוי ורצוי הוא שיתקנו תיקון גדול, וכמו שמשמע מהרשב"א שאם תקנו, חייב לשלם ההוצאות, ויתאספו אלו שבידם לתקן תקנות הקהל ויאמרו ויקבעו באיזה מקרים ובאיזה אופנים יחייבו הוצאות כדי לצאת מכל הספקות ולא יוכל לטעון קים לי. אמנם בתקנות הדיון תש"ך, גם אם ניתן להן תוקף של תקנות הקהל – מה שאינו נראה לי, רשום בתקנה ק"ח: כל פסק יכיל החלטה על מי חלות הוצאות המשפט. מקום שיש לחייב גם בתשלום שכר עורך דין ייקבע השכר בפסק הדין. לא שבאו לתקן תקנה חדשה ולחייב בהוצאות מקום שאין הדין מחייבו, אלא סידרו את הסדר שבתוך פס"ד ייכתב במפורש על מי חלות ההוצאות, כי כמו שראינו לעיל לעיתים יש והתובע חייב בהוצאות, ולפעמים הנתבע, ולפעמים חלות ההוצאות על שניהם והכל לפי הדין.¹²¹

לדבריו, יש צורך בתקנות שירחיבו את החיוב בהוצאות משפט, אולם בתקנות הדיון לא מדובר על הרחבת סמכויות בית הדין לחייב בהוצאות משפט אלא בתקנה המחייבת את בית הדין להתייחס בפסק הדין לסוגיה זו, ולפסוק על פי הדין. לאחר כמה שנים הרחיב הרב אליהו וביאר את דבריו:

119. ערוך השולחן חו"מ יד, יג.

120. תקנות הדיון בבתי-הדין הרבניים בישראל תש"ך, קח.

121. פסקי דין רבניים ג, עמ' 14.

הצעתו לתקן תקנה לחייב הוצאות משפט... אם צד למשפט אינו מופיע למשפט ואין בכך די כדי לקונסו, עולה השאלה אם מעשהו היא בגדר גרמי או גרמא, והצעתו שיחשב הדבר כגרמי.¹²²

ואכן בספר תקנות הדין של הרבנות הראשית **משנת תשנ"ג** כבר נאמרו דברים מפורטים יותר:

קיט. (1) בית-הדין מוסמך לפסוק הוצאות המשפט. הוצאות המשפט כוללות אגרות, הוצאות העדים, תרגום, שכר טרחתו של המורשה וכל הוצאה אחרת שתיראה לבית-הדין.

(2) כל פסק-דין או החלטה הגומרת את הדיון צריכים להכיל החלטה על מי חלות הוצאות המשפט.¹²³

אך בהקדמה לספר "תקנות הדין" כתב הרב אברהם אלקנה כהנא שפירא דברים המצמצמים את התקנה ומתנים אותה בהתחייבות מפורשת של הצדדים:

והנה, כעת ראיתי שהוועדה הציעה דבר חדש לחייב כל בעל-דין שהפסיד המשפט שישלם הוצאות לצד השני והנה, אין זה לפי הדין שאינו חייב לשלם הוצאות וכמו שכתוב בחו"מ סימן יד. והטעם שהווי גרמא ופטור. והנה זה ודאי יש בזה משום צורך הכלל שמחמת זה הרבה יהודים נמנעים מלבוא לבית דין והולכים לערכאות ששם משלמים הוצאות על פי חוק ויש בזה ניסיון גדול של הפסדים. והנה כל גרמא שאינו יוצא בדיונים אבל חייב בדיני שמים שבגרמתו הפסיד זה ממון, ולכאורה יש מקום גם כאן לתקן תקנה שגם בחיוב בידי שמים ישלם. והנה במרדכי בהגוזל מפורש, שאם קיבל עליו בפירוש לשלם, חייב לשלם והובא במחנה אפרים ה' שכירות. ולכאורה גם כאן נניח שאם יתוקן ע"י הרבנות אפשר כבר לסמוך על זה שהוא תקנה המקובלת על הציבור כמו במזונות ילדים. אבל נראה שלא דמי למזונות ויש לחלק, שהרי כל דיני גרמא אין לשנות ע"י תקנה שיתחייבו בדין. אבל יש לומר שיש לתקן שבכל כתב-תביעה וכן יש לתקן שבכל כתב-הגנה יהיה מפורש שמחייב עצמו לשלם אם יחייבו אותו בהוצאות, ובהתחייבו הרי מהני לפי המרדכי.

122. הרב מרדכי אליהו, " מבט תורני על חוקי המדינה והתקנת תקנות בימינו", תחומין ג, עמ' 245.

123. תקנות הדיון בבתי-הדין הרבניים בישראל התשנ"ג, קיט.

אמנם, באשה התובעת בעלה למזונות וחויב נראה פשוט, שבכל מזונות שחויב כלולות גם הוצאות המשפט שגם זה בכלל מזונות, אבל בכל תביעה של הוצאות משפט נראה שהגון יותר שייכתב בפירוש בכתבי התביעה וההגנה.¹²⁴ הרב שפירא מסתייג מהאפשרות לתקן תקנה שתחייב בהוצאות משפט, ומציע כחלופה התחייבות של הצדדים בהסכם הבוררות.

2. התחייבות לשפות על הוצאות משפט

התחייבות לשפות על הוצאות משפט מאפשרת להרחיב את החיוב הן למקרים נוספים הן להוצאות נוספות, מעבר לדין.

א. התחייבות בחוזה

רבנו ירוחם כתב ביחס להוצאות גבייה:

ושטר אדרכתא ואחלטתא נראה שיפרע אותם התובע שהם לתועלתו לגבות חובו זולתי אם התנה לפרוע כל ההוצאות.¹²⁵

דהיינו, כאשר הנתבע התחייב לשלם את הוצאות הגבייה יש לכך תוקף. גם הריב"ש כתב בתשובה ביחס להוצאות משפט שהתחייבות לשלם מועילה:

אבל, אם נתחייב ונשתעבד בהן בשטר הקניה, חייב: דתנאי שבממון הוא וקיים.¹²⁶

המהרש"ל לעומת זאת סבר שהתחייבות אינה תקפה מכיוון שהיא בגדר אסמכתא: "אפילו כתב לו בכתב לשלם לו כל הוצאותיו. הוי כאסמכתא, ולא קניא".¹²⁷ המהרש"ל הסתמך על תשובת הרא"ש הבאה:

גם הקנס שרגילין לכתוב בשטרות, שיפרע כל ההוצאות עם הכפל, היאך יגבו. והלא אסמכתא הוא. והשיב, אם היה מעשה בא לידי לגבות ההוצאה, לא הייתי פוסק לגבות, אם לא נעשה הקנין בבית דין חשוב, דלא כאסמכתא, דהיינו שלשה שיודעים ובקיאים בדיני אסמכתא. וה"ה מה שנותן שכר לשליח להזמינו אינו משלם.¹²⁸

124. הרב אברהם שפירא, "הקדמה", תקנות הדיון בכתבי-הדין הרבניים בישראל התשנ"ג.

125. רבנו ירוחם, מישרים ג, א, (מובא בבית יוסף חו"מ, יד).

126. שו"ת הריב"ש, רכב.

127. ים של שלמה בבא קמא י, יד.

128. שו"ת הרא"ש סח, יב (מובא בטור חו"מ, סא).

מדבריו עולה שגם במקרה של התחייבות לשלם את ההוצאות מדובר באסמכתא, שיש לה תוקף רק אם נעשתה באופן הנדרש. כך עולה גם מדברי המהרשד"ם¹²⁹ שנשאל לגבי מקרה שבו ההתחייבות לתשלום הוצאות הגבייה הייתה חלק משטר החוב, ובכל זאת המהרשד"ם כתב שניתן לגבות את ההוצאות רק אם הנתבע חייב בהם על פי דין בלבד. חיזוק לשיטת מהרש"ל יש בדברי המהרי"ל שכתב:

ומה שתובע ההוצאות גם בזה איני רואה דבריו כיון שהיה ציית דינא... ועוד דאית לן לפירושי ההי' (=ההוא) תנאי דהוצאות כדין תורה אם יעשה סרבן כמו שבאר הרא"ש בתשובתו. והיא בטור חשן (=משפט) על מה שרגילין לכתוב בשטרות בין בדיני אומות ויש לגבות ההוצאות שלא ברשות בית דין ופירש הרא"ש דהכל מפרשי' ליה דלא ליהוי ביה צד עבירה אלא בדין תורה, ודין תורה כל כמה דלא נעשה סרבן דלא חייב בהוצאות כמו שהוכיחו רבו' מההיא דיוציא מנה על מנה כו'.¹³⁰

המהרי"ל כתב שהתחייבות לשלם הוצאות, אינה כוללת אלא את מה שחייב בדין תורה ולא יותר. מדברים אלו מוכח כשיטת המהרש"ל דלעיל שבאמצעות התחייבות לשלם הוצאות, אפשר לגבות את מה שמגיע בלאו הכי על פי דין תורה.

לעומת זאת הרשב"א¹³¹ כתב שהתחייבות לפצות על כל הפסד והוצאה אינה כוללת התחייבות לפיצוי על מניעת רווח. משמע מדבריו שאין פגם בהתחייבות לפיצוי על ההוצאות, אולם היא לא כוללת פיצוי על אובדן רווחים, כגון, פיצוי על אובדן ימי עבודה.

השולחן ערוך והרמ"א פסקו כך:

שטר שכתוב בו שיפרע ההוצאות על הכפל, אסמכתא הוא ואינו גובה.

הגה: ואף על גב דכתב ביה דלא כאסמכתא...¹³²

השולחן ערוך פסק במפורש שאין תוקף להתחייבות להחזיר הוצאות משום אסמכתא, והוסיף הרמ"א שבמקרה כזה גם כתיבת "דלא כאסמכתא" בשטר לא תועיל לחייב.

129. שו"ת מהרשד"ם חו"מ, לה.

130. שו"ת מהרי"ל החדשות, צ.

131. שו"ת הרשב"א ג, רכז (מובא בבית יוסף חו"מ, סא).

132. שולחן ערוך ורמ"א חו"מ סא, ה.

הסמ"ע¹³³ כתב שהתחייבות להחזר ההוצאות בלבד תקפה, ורק התחייבות לפיצוי מופרז היא בגדר אסמכתא. הוא הוכיח זאת מדברי הרא"ש עצמו שהורה לגבות את ההוצאות:

ולענין ההוצאה והשחד, כל תנאי שבממון קיים, ומועיל הנאמנות לענין ההוצאה והשחד, כמו שמועיל לענין גוף הממון הכתוב בשטר.¹³⁴

הסמ"ע ציין לדברי הטור והשולחן ערוך¹³⁵ שכתבו שאין גובים את ההוצאות של התובע, ולא כתבו מה יהיה הדין במקרה של התחייבות לפצות על ההוצאות. הסמ"ע דייק מכך שאם יש התחייבות מפורשת יש לשלם את כל ההוצאות הסבירות. גם הש"ך¹³⁶ הגר"א¹³⁷ ונתיבות המשפט הסכימו לדבריו אך סייגו זאת בתנאי שמדובר בהפסד ולא במניעת רווח: "אבל מניעת הריוח לא הוי היזק, ואם התחייב בזה הוי אסמכתא."¹³⁸

ערוך השולחן חידש שיש מקרים שבהם חייב גם על מניעת רווח:

נראה לי דדווקא מניעת הריוח מעסק שאינו קבוע אצלו למחירתו לא מקרי היזק. אבל מעסק קבוע אצלו למחירתו שפיר מקרי היזק, ולא הוי אסמכתא. וכן אם הפסיד לו ע"י זה מסחור יריד הקבוע מזמן לזמן שפיר מקרי היזק.¹³⁹

בבית הדין הרבני¹⁴⁰ תמזהו מהי הסברה לחלק בין סוגי מניעת רווח, והציעו שהדבר תלוי במידת הוודאות בשיעור מניעת הרווח, שכן החיסרון העיקרי במניעת רווח הוא אי ידיעת הרווח שנמנע. וראו עוד בפסקי דין ירושלים¹⁴¹ תשובת הרב שלום משאש¹⁴² שכתב שבמקום שיש תביעה של הניזק והניזק ברור וודאי, ניתן לחייב גם על מניעת רווח כגרמי לכל דבר. ראו גם בספר עיונים במשפט¹⁴³ שיש לחייב על מניעת רווח כאשר הייתה התחייבות מפורשת לפצות על כך על פי שיטת שער משפט.¹⁴⁴

133. סמ"ע סא, יב.

134. שו"ת הרא"ש עא, ח, נפסק ברמ"א חו"מ עא, ג.

135. טור חו"מ, יד; שולחן ערוך חו"מ יד, ה.

136. ש"ך חו"מ סא, י.

137. ביאור הגר"א חו"מ סא, כ.

138. נתיבות המשפט חידושים סא, יב.

139. ערוך השולחן חו"מ סא, יא, מובא בתוך פסקי דין רבניים ג, עמ' 37.

140. פסקי דין רבניים, שם.

141. פסקי דין ירושלים ה, עמ' 3.

142. על פי ספר כתונת יוסף לב; לד.

143. עיונים במשפט חו"מ, ב, עמ' כד.

144. שער משפט סא, ב.

לסיכום, לדעת הרבה פוסקים התחייבות לפיצוי על הוצאות מועילה אם מדובר בסכום המשקף את שיעור ההפסד האמיתי. לגבי מניעת רווח עולה שהתחייבות לא תועיל. אמנם מדברי ערוך השולחן עולה שמניעת רווח קבוע (כגון, אובדן שכר עבודה) ניתן להחשיב בכלל ההפסדים וכן עולה מפוסקים נוספים. יש שחייבו במקרה של התחייבות מפורשת שכללה גם נזקי מניעת רווח.

ב. התחייבות בהסכם הבוררות
בשו"ת אגרות משה כתב:

אבל כשכתבו שטר בירורין אחרי שיש ביניהם כבר דין ודברים לילך לדינא. שהדין הוא בעצם שאין להנתבע שהפסיד בדין לשלם להתובע הזוכה בדין את הוצאותיו. והתנו ביניהם שמי מהם שיפסיד בבית דין ישלם להזוכה את יציאותיו. שנמצא שכל התנאי היה זה התחייבות בעלמא, שלא שייך שיהיה לאחד זכות שלא להתרצות לילך לדין מחמת ההוצאות, ורק מאיזה טעם התחייבו תרוייהו לכתוב שטר שהמפסיד בבית דין ישלם כל ההוצאות, שזה ודאי אסמכתא היא. אף רק על ההוצאה המוכרחת ומצויה שבני אדם מוציאים כן, מאחר דרק אם יפסיד יתחייב ליתן דכל דאי אסמכתא היא.¹⁴⁵

לפי דבריו התחייבות בשלב שבו החליטו ללכת לבית דין בוודאי לא תהיה תקפה מטעם אסמכתא. אמנם הוא הוסיף:

ואם עשו השטרי בירורין בתנאי דהמפסיד ישלם גם הוצאות השני בקנין מעכשיו ובבית דין חשוב, שפיר כתב כתר"ה דקנה.

הוא הדגיש שבית הדין צריך להיות מודע לבעיית האסמכתא ולדעת שהחיוב הוא למרות בעיה זו.

ז. סיכום

1. במקרה שיש הוצאות בית דין, כגון, הוצאות על מומחה בית דין, ואגרות בית דין – ההוצאות מתחלקות באופן שווה.¹⁴⁶

1. הוצאות בעלי הדין – עיקר הדין

1. ככלל אין חיוב בהוצאות¹⁴⁷ למעט המקרים הבאים:

145. שו"ת אגרות משה חו"מ ב, כו, ב.

146. שו"ת הריב"ש, תעה; פסקי דין רבניים ו, עמ' 84.

147. תוספות סנהדרין לא, ב, ד"ה מנה.

- א. כאשר התובע נאלץ להוציא הוצאות כדי להביא נתבע סרבן לדין תורה.¹⁴⁸
 אמנם נחלקו אחרונים האם החיוב מותנה בכך שהנתבע יצא חייב בדין¹⁴⁹
 או אף כאשר יצא פטור ובלבד שהתביעה לא התגלתה כקנטרנית.¹⁵⁰
- ב. כאשר אדם גרם להוצאות מיותרות במהלך דין תורה, כגון, כאשר התובע
 תבע תביעה שקרית בדין תורה כדי להטריד את הנתבע,¹⁵¹ כאשר אדם
 שחתם על הסכם בוררות, נעדר בזדון מדיון שנקבע מראש,¹⁵² או ביקש דיון
 שלא היה בו צורך וכדומה.¹⁵³
- ג. כאשר הנתבע סירב במזיד להתדיין בדין תורה והתובע קיבל אישור מבית
 הדין לתבוע אותו בבית משפט, ונגרמו לתובע הוצאות.¹⁵⁴
- ד. כאשר אדם נתבע בבית משפט והוא נדרש להוציא הוצאות כדי להתגונן.¹⁵⁵
2. חיוב הוצאות כולל את ההוצאות המינימליות שנדרשו,¹⁵⁶ ובכלל זה, שכר
 טרחה של בעל הדין,¹⁵⁷ שכר טרחה של עורך דין,¹⁵⁸ הוצאות נסיעה,¹⁵⁹ אולם,
 אינו כולל אובדן ימי עבודה.¹⁶⁰
3. שומת ההוצאות: כאשר בעל דין הוכיח כמה הוצאות הוציא – בית הדין יבחן
 אם ההוצאות סבירות. כאשר בעל דין איננו יכול להוכיח כמה הוציא – בית
 הדין יפסוק לו את העלות המינימלית של הוצאות כאלה.¹⁶¹

148. רא"ש סנהדרין ג, מ; שולחן ערוך חו"מ יד, ה. שו"ת נאות דשא, נא, פטר נתבע שסרב בשוגג,
 כגון נתבע שהתווכח על הסכם הבוררות.

149. סמ"ע יד, כת, ועוד.

150. תומים יד, ד; נתיבות המשפט יד, ד; ערוך השולחן חו"מ יד, י.

151. ישועות ישראל יד, ד.

152. מרדכי סנהדרין, תשז; רמ"א חו"מ יד, ה. האחרונים דנו בדינו של מי שנעדר מדיון בגלל אונס
 (שו"ת הרמ"א, יב; פסקי דין רבניים ג, עמ' 34), או בגלל הפסד גדול (שו"ת הרמ"א, ב; ישועות
 ישראל יד, ה), או כששכח את קיומו של הדיון (הרב יעזר אריאל, דיני בוררות, עמ' תכט).

153. משפטיך ליעקב ג, מג.

154. רמ"א חו"מ יד, ה. יש אומרים שגם אם תבע בלא רשות בית דין וזכה בדין שהוא זכאי לפיצוי
 על ההוצאות (כך משמע מהרמ"א חו"מ שפח, ה; שו"ת הרדב"ז א, קעב).

155. משפטיך ליעקב א, יב.

156. שו"ת כנסת יחזקאל, צו. אמנם הרב יעזר אריאל (דיני בוררות, עמ' תכה) כתב שכאשר
 הנתבע שיקר הוא חייב גם בשכרו של עורך דין, אף אם הוא יקר במיוחד.

157. ערך ש"י יד, ה.

158. לבוש חו"מ, יד; שו"ת מהרש"ם א, פט; פסקי דין רבניים ג, עמ' 35.

159. שם.

160. שם.

161. רמ"א חו"מ יד, ה; שו"ת ושב הכהן, נג; מובא בפתחי תשובה חו"מ יד, טז.

2. חיוב בהוצאות מכוח תקנה או הסכם

4. יש מפוסקי זמננו שכתבו שיש לתקן תקנות בעניין הוצאות¹⁶² ויש שכתבו שטוב לכלול התחייבות לשלם הוצאות בהסכם הבוררות.¹⁶³
5. התחייבות בחוזה¹⁶⁴ או בהסכם בוררות¹⁶⁵ לפצות על הוצאות משפט דינה כהתחייבות לשלם קנס (למשל, עליה להיעשות בפני בית דין חשוב).
6. התחייבות כזו מאפשרת לחייב בהוצאות מעבר לדין, הן במקרים שבהם פטור מעיקר הדין, הן בהוצאות נוספות שמעבר לדין.¹⁶⁶
7. יש אומרים שהתחייבות לשלם הוצאות כוללת גם מניעת רווח.¹⁶⁷ למען הסר ספק צריך לכתוב זאת במפורש בהסכם הבוררות.¹⁶⁸

3. קריטריונים לחיוב הוצאות על בסיס התחייבות

8. על בסיס התחייבות, יש לחייב בעל דין שגרם להוצאות ברשלנות, ובכלל זה:
 - א. בעל דין ששכח להגיע לדיון למרות שקיבל הזמנה.¹⁶⁹
 - ב. תביעת שווא שהוגשה ברשלנות, וכן הליכי ביניים.¹⁷⁰
 - ג. בעל דין שלא שילם חוב ברור וכדומה, ואילץ את בעל דינו לתבוע אותו.¹⁷¹
9. שיעור ההוצאות – יש לחייב בהוצאות סבירות שהוצאו בתום לב, תוך התייחסות לסכום התביעה ולעניינה:
 - א. ניתן לחייב גם מעבר להוצאות המינימליות והמוכרחות, ובלבד שהן סבירות בהקשר של נושא התביעה וסכום התביעה, והוצאו בתום לב.¹⁷²

162. הרב מרדכי אליהו, פסקי דין רבניים ג, עמ' 14.

163. הרב אברהם שפירא, "הקדמה", תקנות הדיון בבתי-הדין הרבניים בישראל התשנ"ג.

164. שולחן ערוך ורמ"א חו"מ סא, ה.

165. שו"ת אגרות משה חו"מ ב, כו, ב.

166. הרב אברהם שפירא, "הקדמה", תקנות הדיון בבתי-הדין הרבניים בישראל התשנ"ג.

167. המחייב: ערוך השולחן חו"מ סא, יא, במקרה של אובדן רווח ברור ולא מסופק. הפוטרים: ש"ך חו"מ סא, י; הגר"א חו"מ סא, כ; נתיבות המשפט חידושים סא, יב.

168. עיונים במשפט חו"מ, ב, עמ' כד.

169. ראו הרב יעזר אריאל (דיני בוררות, עמ' תכט) שלכאורה הדבר שנוי במחלוקת, ונראה שכאשר ישנה התחייבות אפשר לחייב.

170. כנ"ל בהערה הקודמת.

171. במקרה של חוב ברור בשיק ניתן אפילו לפנות ישירות להוצאה לפועל ושם הוא יחויב בהוצאות גבייה (משפטיך ליעקב ב, עמ' קה, פס"ד ארץ חמדה גזית 70020, בראשות הרב יעקב אריאל), ולכן, מסתבר שיש מקום לחייב הוצאות משפט גם בדין תורה כאשר הייתה התחייבות לכך. ראו בעניין זה: פס"ד ארץ חמדה גזית 70075, בראשות הרב דניאל מן, וכן פס"ד ארץ חמדה גזית 69008 בראשות הרב אליעזר שנקולבסקי.

- ב. אין לחייב בהוצאות שהן מעבר להוצאות הסבירות גם אם בעל הדין הוציא אותן בפועל (דהיינו אין לחייב ב"הוצאות ריאליות").¹⁷³
- ג. אין לחייב מעבר להוצאות שהוצאו בפועל ("הוצאות ריאליות"), אך ניתן לחייב פיצוי על שעות העבודה שהושקעו על ידי בעל הדין עצמו.¹⁷⁴

ח. נספח: סיכום כנס הדיינים תשע"ג בנושא: הוצאות משפט

1. מומלץ להוסיף להסכם הבוררות סעיף שבו הצדדים מתחייבים לשלם הוצאות משפט כפי שיקבע בית הדין,¹⁷⁵ ובכלל זה פיצוי על מניעת רווח,¹⁷⁶ לצד שכנגד או לצד ג' (כגון, מומחה או עד) הכללים להלן מבוססים על הדין ועל ההתחייבות.
2. במקרה שיש הוצאות בית דין, כגון, הוצאות על מומחה בית דין, ואגרות בית דין – ברירת המחדל היא שההוצאות מתחלקות באופן שווה,¹⁷⁷ אלא אם כן יש סיבה לחלק אחרת כמפורט להלן.
3. כאשר מדובר בבעלי דין שנהגו באופן הגון וסביר אין חיוב בהוצאות של בעלי הדין.¹⁷⁸
4. ניתן לחייב בהוצאות בעלי הדין, או להטיל על אחד מבעלי הדין את הוצאות בית הדין, במקרים הבאים:
 - א. כאשר התובע הוציא הוצאות כדי להביא נתבע סרבן לדין תורה,¹⁷⁹ אף כאשר הנתבע יצא פטור ובלבד שהתביעה לא התגלתה כקנטרנית.¹⁸⁰

172. מן הדין צריך להוציא רק הוצאות מינימאליות (שו"ת כנסת יחזקאל, צו), כאשר בעל דין נהג שלא כדין, ובעל דינו הוציא הוצאות בתום לב מסתבר שניתן לחייב כאשר היתה התחייבות מראש.

173. רמ"א חו"מ יד, ה; ע"פ ביאור שו"ת ושב הכהן, נג, מובא בפתחי תשובה חו"מ יד, טז, שאין לחייב יותר ממה שהוציא בפועל.

174. מנחת ש"י חו"מ יד, ה: "שכר טרחא כשכיר יום".

175. הרב אברהם שפירא, "הקדמה", תקנות הדיון בבתי-הדין הרבניים בישראל התשנ"ג. הרב מרדכי אליהו, פסקי דין רבניים ג, עמ' 14, כתב שראוי לתקן תקנה כללית בעניין זה.

176. לדעת עיונים במשפט חו"מ, ב, עמ' כד, יש לציין זאת במפורש. לדעת ערוך השולחן חו"מ סא, יא, במקרה של אובדן רווח ברור ולא מסופק אין צורך לציין במפורש, ורבים חלקו עליו (ש"ך חו"מ סא, י; הגר"א חו"מ סא, כ; נתיבות המשפט סא, חידושים יב).

177. שו"ת הריב"ש, תעה; פסקי דין רבניים ו, עמ' 84; שו"ת תשובות והנהגות ב, תרצז, בסופו.

178. תוספות סנהדרין לא, ב, ד"ה מנה.

179. רא"ש סנהדרין ג, מ; שולחן ערוך חו"מ יד, ה. בשו"ת נאות דשא, נא, פטר נתבע שסירב בשוגג, כגון נתבע שהתווכח על הסכם הבוררות.

- ב. כאשר אדם גרם להוצאות מיותרות במהלך דין תורה, כגון, כאשר התובע תבע תביעה שקרית בדין תורה כדי להטריד את הנתבע,¹⁸¹ או כאשר אדם שחתם על הסכם בוררות נעדר בזדון מדיון שנקבע מראש,¹⁸² או ביקש דיון שלא היה בו צורך וכדומה.¹⁸³
- ג. כאשר מתקיים דיון בבית הדין לאחר התחלה של דיון בבית המשפט: ניתן לחייב את התובע בהוצאות של הנתבע בבית המשפט – אם הנתבע ביקש להתדיין בדין תורה והתובע סירב.¹⁸⁴ ניתן לחייב את הנתבע בהוצאות של התובע בבית המשפט – אם הנתבע סירב במזיד להתדיין בדין תורה והתובע קיבל אישור מבית הדין לתבוע אותו בבית משפט, ונגרמו לתובע הוצאות.¹⁸⁵
- ד. על בסיס התחייבות בהסכם הבוררות, יכול בית הדין לחייב בעל דין שגרם להוצאות ברשלנות, ובכלל זה: בעל דין ששכח להגיע לדיון למרות שקיבל הזמנה,¹⁸⁶ תביעת שווא שהוגשה ברשלנות, וכן קיום הליכי ביניים מיותרים,¹⁸⁷ ובעל דין שלא שילם חוב ברור וכדומה, ואילץ את בעל דינו לתבוע אותו.¹⁸⁸
5. חיוב הוצאות פירושו ההוצאות המינימליות שנדרשו,¹⁸⁹ ובכלל זה, שכר הטרחה של בעל הדין,¹⁹⁰ שכרו של עורך דין,¹⁹¹ והוצאות נסיעה.¹⁹²
180. תומים יד, ד; נתיבות המשפט יד, ד; ערוך השולחן חו"מ יד, י. בניגוד לדעת סמ"ע יד, כח, ועוד.
181. ישועות ישראל יד, ד.
182. מרדכי סנהדרין, תשז; רמ"א חו"מ יד, ה. האחרונים דנו בדינו של מי שנעדר מדיון בגלל אונס (שו"ת הרמ"א יב; פסקי דין רבניים ג, עמ' 34), הפסד גדול (שו"ת הרמ"א, ב; ישועות ישראל יד, ה), או כששכח את קיומו של הדיון (הרב יעזר אריאל, דיני בוררות, עמ' תכט).
183. משפטיך ליעקב ג, מג.
184. שם א, יב. בעניין זה יש לבחון האם התובע פעל בתום לב.
185. רמ"א חו"מ יד, ה. יש אומרים שגם אם תבע בלא רשות בית דין וזכה בדין שהוא זכאי לפיצוי על ההוצאות (כך משמע מהרמ"א חו"מ שפח, ה; שו"ת הרדב"ז א, קעב).
186. ראו הרב יעזר אריאל (דיני בוררות עמ' תכט) שלכאורה הדבר שנוי במחלוקת, ונראה שכאשר ישנה התחייבות אפשר לחייב.
187. כנ"ל בהערה הקודמת.
188. במקרה של חוב ברור בשיק ניתן אפילו לפנות ישירות להוצאה לפועל ושם הוא יחויב בהוצאות גבייה (משפטיך ליעקב ב, עמ' קה, פס"ד ארץ חמדה גזית 70020, בראשות הרב יעקב אריאל), ולכן, מסתבר שיש מקום לחייב הוצאות משפט גם בדין תורה כאשר הייתה התחייבות לכך. ראו בעניין זה: פס"ד ארץ חמדה גזית 70075, בראשות הרב דניאל מן; פס"ד ארץ חמדה גזית 69008, בראשות הרב אליעזר שנקולבסקי.
189. בשו"ת כנסת יחזקאל, צו, כתב שניתן לחייב רק בהוצאות המינימליות.

- על בסיס התחייבות ניתן לחייב בהוצאות סבירות (ולא רק מינימליות) וכן עבור אובדן ימי עבודה, לאחר הבאת ראיות על הוצאות אלה.¹⁹³
6. אין לחייב בהוצאות שהן מעבר להוצאות הסבירות על פי שיקול דעתו של בית הדין גם אם בעל הדין הוציא אותן בפועל (דהיינו אין לחייב ב"הוצאות ריאליות").¹⁹⁴ אין לחייב מעבר להוצאות שהוצאו בפועל ("הוצאות ריאליות"), אך ניתן לחייב פיצוי על שעות העבודה שהושקעו על ידי בעל הדין עצמו.¹⁹⁵
7. שומת ההוצאות: כאשר בעל דין הוכיח כמה הוצאות הוציא – בית הדין יבחן האם ההוצאות סבירות. כאשר בעל דין איננו יכול להוכיח כמה הוציא – בית הדין יפסוק לו את העלות המינימלית של הוצאות כאלה.¹⁹⁶
- הרב יעקב אריאל, רב העיר רמת גן, ואב"ד לממונות "ארץ חמדה – גזית"
 הרב ד"ר רצון ערוסי, רבה של קריית אונו, ויו"ר הליכות עם ישראל
 הרב יוסף כרמל, ראש כולל ארץ חמדה ואב"ד לממונות "ארץ חמדה – גזית"
 הרב אברהם גיטר, רבה של עפרה, יו"ר מכון משפטי ארץ,
 אב"ד לממונות "ארץ חמדה – גזית"
 הרב אליעזר שנקולבסקי, ראש ישיבת ההסדר בית שמש,
 ואב"ד לממונות "ארץ חמדה – גזית"
 הרב שלמה אישון, ראש מכון כת"ר, רב מזרח העיר רעננה
 ואב"ד לממונות "ארץ חמדה – גזית"
 הרב יהונתן בלס, רב היישוב נווה צוף, ראש כולל רצון יהודה
 ואב"ד לממונות "ארץ חמדה – גזית"

190. ערך ש"י יד, ה.

191. לבוש חו"מ, יד; שו"ת מהרש"ם א, פט; פסקי דין רבניים ג, עמ' 35.

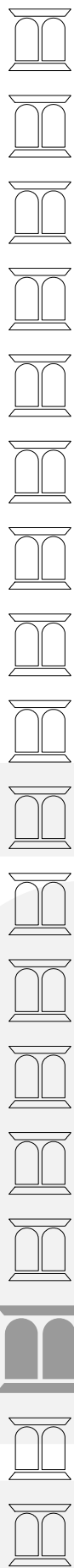
192. שם.

193. בפסקי דין רבניים שם, נכתב שאין לחייב עבור אובדן ימי עבודה, אולם, במסגרת התחייבות הצדדים ניתן לחייב על כך.

194. רמ"א חו"מ יד, ה; ע"פ ביאור שו"ת ושב הכהן, נג, מובא בפתחי תשובה חו"מ יד, טז, שאין לחייב יותר ממה שהוציא בפועל.

195. מנחת ש"י חו"מ יד, ה: "שכר טרחא כשכיר יום".

196. רמ"א חו"מ יד, ה; שו"ת ושב הכהן, נג; מובא בפתחי תשובה חו"מ יד, טז.



שער שלישי:

דיני ראיות

הסתמכות על אומדן

הרב דניאל כ"ץ

- | | |
|----------------------------------|----------------------------------|
| א. פתיחה | 3. אומדן לכל העולם |
| ב. סוגיות הגמרא ופסיקת הראשונים | 4. כוחו של שכנוע אישי |
| 1. ידיעה ללא ראייה | 5. הוצאת ממון מיתומים |
| 2. אומדן גמירות דעת הנותן והמוכר | 6. בית דין גדול בדורו |
| 3. הסתמכות על אומדן לא ודאי | 7. הסתמכות על אומדן במסגרת פשרה |
| 4. שכנוע של הדיין ללא ראייה | ד. סיכום |
| 5. דין מרומה | 1. הסוגיות ופסיקת הראשונים |
| 6. קנס שלא מן הדין | 2. אחרונים |
| ג. עקרונות העולים מדברי האחרונים | ה. נספח – נאמנות עדים פסולים |
| 1. אומדן מועיל רק להחזיק ממון | ו. סיכום כנס הדיינים תש"ע בנושא: |
| 2. "אומדנא דמוכח" | הסתמכות על אומדן דעת |

א. פתיחה

הראיה הבסיסית בדיני ממונות היא עדותם של שני עדים. עדות עד אחד לעומת זאת אינה יכולה ליצור אלא חיוב שבועה בלבד. אולם, לעיתים במקרים מסוימים הדיין יכול להבין מתוך הנתונים שהוצגו לפניו מי הוא החייב ומי הוא הזכאי גם כשאין לפניו ראיה כשרה. במאמר זה נברר האם במקרים כאלה דיין יכול לפסוק על פי אומדן (ראו הגדרות של המונח בהערה¹) והערכה? בגמרא אנו מוצאים מספר מקרים שבהם נפסק שניתן לכאורה להסתמך על אומדן. חלקם מהווים מקור של ממש, שכן הם מובאים כדיונים הלכתיים וחלקם כאמירת אגב. נפתח בסוגיות המרכזיות, ונברר בהרחבה את פסיקת הראשונים, השולחן ערוך והאחרונים, בכל סוגיה.

* הרב דניאל כ"ץ הוא דיין בבית הדין הרבני בתל אביב, לשעבר חוקר במכון משפטי ארץ.
1. כדי למנוע טעות, במאמר זה המונח "אומדן דעת" – פירושו אומדן דעת של בית הדין המהווה בסיס להכרעה משפטית, ואילו המונח "אומדן גמירות דעת" – פירושו שבית הדין אומד את דעתו של אדם הנוטל חלק בהליך, כגון, אומדן גמירות דעת מוכר או נותן מתנה (זאת, למרות שבמקורות המונח "אומדן דעת" מתפרש לשתי המשמעויות).

ב. סוגיות הגמרא ופסיקת הראשונים

ישנם כמה סוגים של מקרים בהם ישנה הסתמכות על אומדן ללא ראייה, חלקם מוסכמים על כל הראשונים, וחלקם שנויים במחלוקת, נבחן אותם אחד אחד.

1. ידיעה ללא ראייה

א. הסוגיה ופרשניה

בעניין הסתמכות על ידע ודאי ללא ראייה בעיניים,² מובא בגמרא:

אמר רב יהודה אמר שמואל: לא שנו (=שהנחבל נשבע ונוטל דמי החבלה) אלא במקום שיכול (=הנחבל) לחבל בעצמו, אבל במקום שאינו יכול לחבל בעצמו נוטל שלא בשבועה. וניחוש דלמא בכותל נתחכך? תני רבי חייא: שעלתה לו נשיכה בגבו ובין אצילי ידיו. ודלמא אחר עביד ליה! דליכא אחר.³

כלומר כאשר ברור מעבר לכל ספק מי ביצע את החבלה ניתן לחייב ממון, גם ללא עדות כשרה. לעומת זאת, לגבי דיני נפשות נאמר בגמרא:

תנו רבנן: כיצד מאומדן? אומר להן (=הדיין לעדים): שמא כך ראיתם: שרץ אחר חבירו לחורבה, ורצתם אחריו, ומצאתם סייף בידו ודמו מטפטף, והרוג מפרפר. אם כך ראיתם – לא ראיתם כלום. תניא, אמר רבי שמעון בן שטח: אראה בנחמה אם לא ראיתי אחד שרץ אחר חבירו לחורבה, ורצתי אחריו, וראיתי סייף בידו ודמו מטפטף והרוג מפרפר, ואמרתי לו: רשע, מי הרגו לזה? או אני או אתה. אבל מה אעשה שאין דמך מסור בידי, שהרי אמרה תורה על פי שנים עדים יומת המת – היודע מחשבות יפרע מאותו האיש שהרג את חבירו. אמרו: לא זוז משם עד שבא נחש והכישו, ומת.⁴

מכאן משמע שלפחות בדיני נפשות יש צורך בעדות כשרה ולא די באומדן, חזק ככל שיהיה.

לגבי דיני ממונות פסק הרמב"ם:

במה דברים אמורים (=שהנחבל נשבע ונוטל) בשהיתה המכה במקום שאפשר לו להכותה לעצמו או שהיה עמהם שלישי שאפשר שזה הנחבל אמר לו לחבול בו ולהתרעם על אחר, אבל אם אין עמהם אחר והיתה

2. מקור המונח "ידיעה ללא ראייה" הוא בדברי יד רמה סנהדרין לו,ב, ד"ה ומתמיהין, "ידיעה בלא ראיה".

3. שבועות מו,ב.

4. סנהדרין לו,ב.

המכה במקום שאינו יכול לעשותה בעצמו כגון שהיתה נשיכה בין כתפיו וכיוצא בזה הרי זה נוטל בלא שבועה.⁵

יש שלמדו שכוונת הרמב"ם היא שזהו חלק מהקנס המוטל על החובל בחברו.⁶ אולם ניתן גם לפרש שזהו מקרה של "ידיעה בלא ראייה", וכן משמע מהאחרונים שלמדים מכאן למקרים אחרים (ראו לקמן).

מדברי התוספות (וכן בתוספות הרא"ש⁷) נראה שניתן להסתמך על היסק לוגי הכרחי גם בדיני נפשות:

משכחת לה אומדנא בדיני נפשות לכולי עלמא, כמו שעלתה לו נשיכה על ראשו ונקב קרום של מוח דאפילו רבנן מודו בהאי אומדנא כדמוכח בפרק כל הנשבעין לקמן (דף מו,ב) כגון שעלתה לו נשיכה על גבו ובין אצילי ידיו.⁸

לפי דבריהם עולה שחכמים (שחלקו על רבי אחא, ראו לקמן עמוד 265) מודים שניתן לדון דיני נפשות, ומן הסתם גם דיני ממונות, על סמך אומדן ודאי. לכאורה יש להקשות על דברי התוספות מאדם שרדף אחר חברו לחורבה ונמצא הרוג. הראי"ה קוק תירץ זאת כך:

ועדיפא אפילו מהאומדנא דשמעון בן שטח, דשם אע"פ שהענין מוכיח טובא מכל מקום יש מקום לומר שההרוג איבד את עצמו לדעת בסייף זה המטפף, ואח"כ לקח אותו זה הרודף בידו, אלא שהוא נגד השכל מתוך האומדנא, אבל כשעלתה לו נשיכה בקרום של מוח, ולא היו שם כי אם הנרצח והאחר, אז הדבר ברור בתורת ידיעה דהוא כמו ראייה שזה הרגו.⁹ כלומר, ברודף אחר חברו לחורבה ישנו סיכוי קלוש שהנרצח התאבד, לעומת זאת, במקרים שישנה ודאות מוחלטת ניתן לדון גם דיני נפשות ללא ראייה. גם הטור בשם הרמ"ה התייחס לידיעה ללא ראייה:

וכי היכי דאמרינן גבי נחבל אי איבריר מילתא דחבל ביה שקיל בלא שבועה הוא הדין גבי נגזל אי בריר מילתא דגזליה אע"ג דלא חזו דגזליה שקיל בלא שבועה. והיכי משכחת לה כגון דמסהדי סהדי דהוה ליה בביתו כך וכך כלים וחזו להאי דעייל לביתיה ונפק ולא עייל התם אינש אחרינא ומקמי

5. רמב"ם חובל ומזיק ה, ה.

6. ראו: אבן האזל ח, יד; משנת יעקב רוצח ושמירת נפש ד, ו, ועוד.

7. תוספות הרא"ש סנהדרין לו,ב, ד"ה כמאן; שבועות לד,א, ד"ה דאי.

8. תוספות שבועות לו,ב, ד"ה דאי.

9. שו"ת עזרת כהן, כט.

דעייל להתם אינש אחרינא עייל לביתיה ומנינהו להנהו כלים ואשתכחו חסר ולא הוה התם דוכתא דליפלו הנך כלים בגויה – שקיל בעל כלים מההוא דמסהדי בו סהדי דעייל להתם בלא שבועה, וזו היא עדות המתקיימת **בידיעה בלא ראות**.¹⁰

הרמ"ה סבר שבוודאות מוחלטת ניתן להוציא ממון גם ללא ראייה של המקרה. לגבי דיני נפשות הוא כתב בספרו¹¹ שלא די בכך.¹²

ב. פסיקת ההלכה

השולחן ערוך מציין בהלכות עדות¹³ את הדעה שבדיני ממונות ניתן לסמוך על עדות ידיעה ללא ראייה, כשהוא מפנה לדיני הנחבל,¹⁴ שם מובאים דברי הרמ"ה שניתן להוציא ממון, וכן פסק החתם סופר.¹⁵

הראי"ה קוק כתב בתשובותיו מספר פעמים שניתן לסמוך על שיטת תוספות שכשיש אומדן מוכח ביותר ניתן לסמוך עליו בכל התחומים וגם בזמן הזה. כך כתב לדוגמה לגבי היתר עגונה:

וכיון שהבדיקה מועלת הרי נפילתו בים הוא דבר בטוח, ואין זה בכלל אומדנא כלל, אלא בכלל ידיעה ברורה. והרי הוא כדברי התוספות... משכחת לה אומדנא בדיני נפשות לכולי עלמא, כמו שעלתה נשיכה על ראשו וניקב קרום של מוח, דאפילו רבנן מודו בהאי אומדנא, כדמוכח בפרק כל הנשבעין לקמן דף מ"ו כגון שעלתה לו נשיכה על גבו ובין אצילי ידיו עכ"ל.

10. טור חו"מ, צ.

11. יד רמה סנהדרין לו, ב, ד"ה ומתמהינן.

12. יש שתי גרסאות ברמ"ה המובא בטור. לפי גרסה אחת רק כאשר הייתה קטטה ביניהם ניתן לחייב כשיש ודאות מוחלטת, לפי גרסה אחרת אין צורך בכך (ראו פרישה ובי"ח על הטור חו"מ, צ, ונתיבות המשפט חידושים צ, כה). מסתבר שמי שמחייב רק כשהייתה קטטה ביניהם סבר שזו תקנה, ומי שמחייב בלא זה סבר שכאשר יש ודאות אין בכך צורך. הרמ"ה (הובא בטור חו"מ, צ) הוסיף: "מסתברא היכא דאיכא אחר עמו דבריר להו לסהדי דלא חבל ביה ההוא אחר כמאן דליכא אחר דמי ונוטל בלא שבועה", למרות שאין ודאות מוחלטת.

בשו"ת שבות יעקב א, קיג, הסביר שהרמ"ה סבר בעניין זה כתוספות לגבי אומדנא דמוכח, או שהרמ"ה סבר כרמב"ם שבחבלה יש קנס מיוחד ועל כן אין צורך בעדות ברורה וראה במשנת יעקב רוצח ושמירת נפש ד, ו, שדחה את ביאורו של השבות יעקב ברמ"ה.

13. שולחן ערוך חו"מ ל, יד.

14. שולחן ערוך חו"מ צ, ו; טז.

15. שו"ת חתם סופר אה"ע ק"קא.

והכונה היא שאומדנא כזאת, שאי אפשר בשום אופן להיות באופן אחר, נחשבת ידיעה ברורה, שסומכין עליה גם לחייב בדיני נפשות, דהוי כמו ראיית עדים ממש...¹⁶

בתשובה זו עסק הראי"ה בעגונה ובקידושין, ואם כן עולה מדבריו שידיעה ודאית מועילה בתחומי ההלכה השונים ולא רק בדיני ממונות. גם בשו"ת חלקת יעקב ביסס היתר עגונה שבעלה נעלם במחנות ההשמדה על אומדן:

מכל הנ"ל חזינן דאומדנא מבוררת נקרא בגדר ידיעה בלא ראייה דמהני לענין ממון ולשיטת התוספות הנ"ל אף בדיני נפשות ולשיטת הפוסקים הנ"ל אף לענין קידושין ואשת איש, א"כ מכל שכן לענין עדות אשה דלא בעי עדות גמורה דמהני ידיעה בלא ראייה...¹⁷

מדבריו עולה שניתן להסתמך על ידיעה ודאית בענייני התיר עגונה וגם בדיני ממונות.¹⁸

2. אומדן גמירות דעת הנותן והמוכר

א. אומדן גמירות דעת נותן מתנה

סוג נוסף של אומדן שמוסכם שניתן להסתמך עליו הוא אומדן גמירות דעתו של נותן מתנה. כך אפשר ללמוד מן הגמרא שמסבירה מדוע אב שחשב שבנו מת ונתן את רכושו לאדם אחר יכול לחזור בו לאחר שגילה שבנו חי:

מאן תנא דאזלינן בתר אומדנא? אמר רב נחמן: רבי שמעון בן מנסיא היא; דתניא: הרי שהלך בנו למדינת הים, ושמע שמת בנו ועמד וכתב כל נכסיו לאחר, ואחר כך בא בנו – מתנתו מתנה; רבי שמעון בן מנסיא אומר: אין מתנתו מתנה, שאלמלי היה יודע שבנו קיים – לא היה כותבן. רב ששת אמר: ר' שמעון שזורי היא... ורב ששת מאי טעמא לא מוקים לה כרבי שמעון בן מנסיא? אומדנא דמוכח שאני.¹⁹

מגמרא זו עולה שניתן לפסוק בדיני ממונות על פי אומדן גמירות דעתו של אדם שנתן מתנה, כמו כן, אנו פוגשים כאן את המונח "אומדנא דמוכח" המלמד שיש רמות שונות של אומדן גמירות הדעת. הרמב"ם אכן פסק כך להלכה, וכך הוא כתב בהלכות זכיה ומתנה:

16. שו"ת עזרת כהן, כט.

17. שו"ת חלקת יעקב אה"ע, מט.

18. וראו גם בדבריו שם או"ח, קצב; שם, יו"ד, לד.

19. בבא בתרא קמו"ב.

לעולם **אומדין דעת הנותן**, אם היו הדברים מראין סוף דעתו עושין על פי האומדן אע"פ שלא פירש, כיצד מי שהלך בנו למדינת הים ושמע שמת וכתב כל נכסיו לאחר מתנה גלויה גמורה ואחר כך בא בנו אין מתנתו קיימת, שהדברים מוכיחין שאילו ידע שבנו קיים לא היה נותן כל נכסיו, לפיכך אם שייר מנכסיו כל שהוא בין קרקע בין במטלטלין מתנתו קיימת. וכן הכותב כל נכסיו מתנה לאחד מבניו בין שהיה בריא בין שהיה שכיב מרע, אפילו היה בן קטן המוטל בעריסה לא עשהו אלא אפוטרופוס, והרי הוא בכל הנכסים כאחד מאחיו, אומדן דעת הוא שלא נתכוון אלא להיות אחיו נשמעין לו... וכן הכותב כל נכסיו לאשתו בין בריא בין שכיב מרע אף על פי שקנו מידו לא עשאה אלא אפוטרופא על יורשיו...²⁰

יש לציין שהמקרים שהביא הרמב"ם הם כאלו שאין בהם בכדי להוציא ממון כי אם **להחזיק**, ועל כן אין להוכיח מכאן מה דעת הרמב"ם לגבי הוצאת ממון מהמוחזק על פי אומדן.

ב. אומדן גמירות דעת המוכר

נחלקו ראשונים אם ניתן להסתמך על אומדן רק בבירור דעתו של נותן מתנה או שמא גם בבירור דעתו של מוכר. תוספות עסקו בכך אגב השוואת הכלל "דברים שבלב אינם דברים" לדיני אומדן, וכתבו במקומות רבים את הכלל הבא:

ואומר ר"י דצריך לחלק ולומר דיש דברים שאינם צריכין **תנאי כפול**, אלא **גלוי מילתא** דאנן סהדי דאדעתא דהכי עביד, וגם יש דברים דאפילו גילוי מילתא לא בעי כגון ההיא דהכותב כל נכסיו לאחרים ושמע שיש לו בן שהמתנה בטלה וכן הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפוטרופא לפי שאנו **אומדין שלכך היה בדעתו**, וכמו כן אנן סהדי דלא **זבן** אלא אדעתא למיסק לארעא דישראל.²¹

לפי תוספות רמת הוודאות כדי לקבוע אם ההליך היה מותנה משתנה לפי המקרה:

- א. יש מקרים שבהם צריך להתנות במפורש ולפי כללי התנאים.
- ב. יש מקרים שבהם יש צורך באמירה של אחד הצדדים כדי להניח שההליך היה מותנה, אף שלא נאמר תנאי מפורש.

20. **רמב"ם** זכיה ומתנה ו, א"ד, בדילוגים.

21. **תוספות** קידושין מט, ב, ד"ה דברים.

ג. יש מקרים שבהם אין צורך באמירה כלל וברור שההליך היה מותנה, ובכלל זה המוכר את ביתו כדי לעלות לארץ ישראל, ובסוף לא הסתייע הדבר בידו.²² הגר"א²³ מסביר שכל המקרים המובאים על ידי תוספות כהוכחה לדרגה ג נכללים ב"אומדן דעת הנותן" של הרמב"ם. מכאן שהוא הבין שלדעת הרמב"ם אומדים רק את דעת הנותן ולא את דעת המוכר. כמו כן, משמע מדבריו שלדעת תוספות אין הבדל בין מוכר ונותן מתנה וניתן לאמוד את דעת שניהם.²⁴ לעומת זאת, האור זרוע כותב בשם רבינו יצחק בר מרדכי שיש להבחין בין מכר ומתנה:

נראה לי דגבי מתנה דברים שבלב דברים הן דהיכא דגלי אדעתיה דלא יהיב מדעתיה לא הויא מתנה... אבל גבי מכר וקידושין אינן דברים, דלאו כל כמיניה לומר לא היה בדעתי. ואפילו גלי אדעתיה אם לא אמר בפירוש, אמרינן אגב דשקיל זוזי גמר ומקני.²⁵

כלומר, כיוון שמוכר קיבל תמורה עבר העסקה, יתכן שגמר בדעתו ללא תנאי ולכן כל תנאי שלא נאמר במפורש – בטל.

ג. פרטי דיני אומדן גמירות דעת הנותן והמוכר

המהר"ם מרוטנבורג, רבו של הרא"ש, דן במקרה שחייבו בעל דין בסכום גדול בפשרה ובעל הדין הסכים לפשרה רק מפני שהיה סבור שלא יחייבו אותו בסכום גדול כזה:

...אזלינן בתר אומדן דמוכח טובא. ובפחות מכאן אזלינן בתר אומדן דעתא, כמו בפרק האיש מקדש (קידושין נ,א) גבי ההוא גברא דזבין לניכסיה

22. ראו: מאירי בבא בתרא קמ"ב, שהביא את שיטת התוספות: "ואע"פ שכלל ידוע דברים שבלב אינן דברים כתבו גדולי הצרפתים שבחמשה מקומות בתלמוד מצינו שהם דברים וסימן השמועות: זו שבכאן, ומתנה טמירתא, ומברחת, וההיא בצורתא דהוה בנהרדעא וזבון אפדנייהו, והקדש שאמרו שיש בה שאלה. וטעם כלם משום אומדנא דמוכח, ולא היה רואה עצמו צריך אלא לגלוי הדעת. אבל מכר היה לו לגלות דעתו וכן בכל דבר הבא דרך תנאי מאדם לחברו. אבל דברים שהזכרנו אינן בדרך זה, ומתוך כך הולכין בהם אחר האומדן. וכן הענין בכותב נכסיו לאשתו או לבנו שלא עשאן אלא אפטרופסין כמו שהתבאר, ואיני יודע למה לא צירפום עם אותם חמשה שהזכרו." כפי הנראה עמדו לפניו תוספות אחרים, שהרי אלו שלפנינו מביאים את הדוגמה החסרה.

23. ביאור הגר"א חו"מ רז, יד.

24. התייחסות מפורשת לשאלת אומדן גמירות דעת המוכר ישנה בדברי רבי יצחק קרקושא (בשיטת הקדמונים) בבא בתרא קמ"א, ד"ה דומה, שמביא תירוץ דומה לדברי התוספות (ובמיוחד למובא בשמם במאירי, ראו לעיל) ומסכם: "ומהתם אתה למד דבמכר נמי אמרינן אומדנא דמוכח דכדברים דמו ולא דוקא במתנה".

25. אור זרוע בבא בתרא, קפ.

אדעתא למיסק לארעא דישראל... וכמה מקומות בתלמוד אפילו לא פירש מידי, דאזלינן בתר אומדן דעתא, כל שכן הכא דמוכח טובא שהרי פירש כן מעיקרא והבטיחוהו...²⁶

המהר"ם קבע שבאומדן גמירות דעת **נותן ומוכר** אין צורך ב"אומדן דמוכח טובא", אלא די בפחות מכך.

הרשב"א עסק במספר תשובות במקרים של אומדן גמירות דעת הנותן. בתשובה אחת העוסקת בשידוך עם חתן שהחל להמר (לשחק בקוביה) ונודה גם על עבירות נוספות קבע הרשב"א:

עוד: דאומדן הדעת הוא: שאלו היה מקלקל עצמו כל כך, שלא היה נותן לו זה בתו. והיא לא תנשא לו. **והולכין בתר אומדנא**... וגם זה: בידוע. אילו היה יודע שהיה מתקלקל כל כך, לא היה משיא לו בתו. ואף במקום השבועה והנדרים הולכים בתר אומדנא. כאותה שאמרו: לא נתכוונה זו אלא להגון לה.²⁷

בדברים אלו יש חידוש, שכן הוא קבע שגם בנוגע להתנהגות שהתפתחה לאחר חתימת העסקה, יש להסתמך על אומדן. בתשובות נוספות הוא אמר את דעת נותן שהתכוון לכלול דברים אף שלא פירטם²⁸ או לחילופין אדם שהשתמש בלשון כללית אך לא התכוון לכלול הכול בדבריו²⁹ וכן כתב הרשב"א לגבי שאלות נוספות הנוגעות בכוונת הנותן.³⁰ כמו כן הוא התבסס על אומדן כדי להעריך כוונת פסק דין.³¹

ד. פסיקת ההלכה

בהלכות מתנה פסק השולחן ערוך³² את דברי הרמב"ם ש"אומדין דעת נותן", והביא את כל הדוגמאות שהביא הרמב"ם.

בהלכות מקח וממכר הביא השולחן ערוך³³ לגבי מכר את שיטת הרמב"ם שאם לא פירש בשעת המכר את כוונתו אזי "דברים שבלב אינם דברים". הרמ"א הוסיף והביא את שיטת התוספות שגם אם לא פירש אם יש "אומדנא דמוכח" המקח

26. שו"ת בעלי התוספות, פט.

27. שו"ת הרשב"א ב, לה.

28. שם ב, קב; ב, קכח.

29. שם ב, ריז.

30. שם ד, ריג; ז, תלט; החדשות, שכה.

31. שם ג, רד.

32. שולחן ערוך חו"מ, רמו.

33. שולחן ערוך חו"מ רז, גיד.

מתבטל, וכן את שיטת הרי"ד³⁴ שבמתנה "דברים שבלב הוי דברים". כאמור הגר"א מבאר שזו שיטת הרמב"ם שמחלק בין מתנה למכירה.³⁵ ערוך השולחן העיר על כך הערה משמעותית וכתב: "אמנם אין לנו לעשות אומדנות מעצמינו אלא מה שאמרו רז"ל וכיוצא בהם".³⁶ כלומר, גם באומדן גמירות דעת נותן מתנה לא ניתן לשער שהיו תנאים שאינם מופיעים בגמרא וכיוצא בהם.

3. הסתמכות על אומדן לא ודאי

א. גמל האוחר בין הגמלים

בתוספתא הובאה מחלוקת בעניין הסתמכות על אומדן בנזק:

שור שהיה רועה ויצא שור אחר אחריו, נמצא הרועה זה שמת, אפילו זה מנוגח וזה מועד לנגיחה, זה מנושך וזה מועד לנשיכה – פטור. רבי אחא אומר: גמל שהיה אוחר בין הגמלים ונמצא גמל מת שם – חייב, בידוע שזה המיתו.³⁷

במקרה המדובר כאן יש ספק **עובדתי**, אולם, יש הסתברות גבוהה שהאירוע התרחש באופן מסוים, ורבי אחא פסק שדי בכך כדי לחייב ממון. מחלוקת זו הובאה בגמרא במספר מקומות כשהגמרא תולה את המחלוקת בשאלה האם הולכים אחר "אומד" בדיני ממונות. כך הוא בסוגיה בסנהדרין:

כיצד מאיימין את העדים? על עידי נפשות, היו מכניסין אותן ומאיימין עליהן: שמא תאמרו מאומד ומשמועה... בדיני נפשות הוא דלא אמדינן, הא בדיני ממונות – אמדינן, כמאן? כרבי אחא.³⁸

בסוגיות בבבא בתרא³⁹ ובשבועות⁴⁰ מושווה דין זה להליכה אחר הרוב ולפסיקה על פי ידיעה ללא ראייה.

34. מובא ברי"א ז', שלטי גיבורים כתובות נו, א, בדפי הרי"ף, אות ח.

35. בפסקי דין רבניים יט, עמ' 125, כתב ר"י אלמליח שאמנם הרמב"ם מקל באומדן גמירות דעת הנותן, אולם, לשיטת תוספות שאינם מחלקים בין מכר ומתנה, יש להחמיר ולדרוש אומדן "מוכח טובא" גם במתנה. יש להקשות על דבריו ממה שכתב המהר"ם מרוטנבורג (שו"ת בעלי התוספות, פט), הובא לעיל, שבאומדן גמירות דעתם של מוכר ונותן אין צורך באומדן "דמוכח טובא". במילים אחרות, המהר"ם מקל גם במכר וגם במתנה.

36. ערוך השולחן חו"מ רמו, א.

37. תוספתא בבא קמא ג, ו.

38. סנהדרין לו, ב.

39. בבא בתרא צג, א.

40. שבועות לד, א.

להלכה הכריעו הרי"ף,⁴¹ הרמב"ם,⁴² רמב"ן,⁴³ סמ"ג,⁴⁴ רבינו ירוחם⁴⁵ והטור⁴⁶ כחכמים שלא ניתן להסתמך על אומדן. הרמב"ם אף שיבץ פסיקה זו בתוך הדרכה כללית לפסיקה בדיני ממונות:

אין הנזקין משתלמין ואין חייבין בכופר ואין הבהמה נהרגת אלא **בראיה ברורה ובעדים הכשרים** להעיד, שלא תאמר הואיל ואין מצויין באוריות (=אורוות) הסוסים וברפת הבקר וגדרות הצאן אלא העבדים והרועים וכיוצא בהן אם העידו שבהמה זו היא שהזיקה את זו שומעין להן או אם העידו קטנים או נשים שאדם זה חבל את זה או העידו בשאר נזקין סומכין עליהן. אין הדבר כן, אלא לעולם אין מחייבין ממון על פי עדים עד שיהיו עדים הכשרים להעיד שאר עדיות ויעידו בבית דין ויחייבו בית דין המזיק לשלם.

שור שהיה רועה על גב הנהר ונמצא שור הרוג בצדו, אף על פי שזה מנוגח וזה מועד ליגח זה מנושך וזה מועד לישך אין אומרין בידוע שזה נשכו וזה נגחו, אפילו גמל האוחז בין הגמלים ונמצא גמל הרוג בצדו אין אומרין בידוע שזה הרגו עד שיראוהו עדים כשרים.⁴⁷

גם המהרי"ק פסק שלא כרבי אחא, והבחין בין הסתמכות על אומדן בהכרעת שאלה עובדתית, לבין אומדן גמירות דעת הנותן כן:

דודאי דכל היכא **שהמעשה** מבורר אצל הדיינים אלא שאנו מסופקין **באומדן דעת הנותן או המוכר** או המגרשה **אזלינן בתר אומדנא**, אבל היכא דלא נתברר גוף המעשה אצל הדיינים כי ההיא דגמל אוחז כו' דאין ידוע לנו אם נגחו ואם לאו אלא מתוך אומדן בהא ודאי פליגו רבנן עליה דרבי אחא וקיימא לן כוותיהו לדעת הפוסקים הנזכר למעלה.⁴⁸

לדבריו יש לחלק בין מקרה שהאומדן משמש לבירור **המציאות** לבין מקרה שהמציאות ברורה לדיין והאומדן משמש לפירוש **כוונת** הצדדים המעורבים באירוע.

41. רי"ף בבא קמא כ,ב.

42. רמב"ם נזקי ממון ח, יד.

43. ראו לקמן עמ' 274.

44. סמ"ג עשה, סו.

45. רבנו ירוחם, מישרים נתיב לא, חלק א.

46. טור חו"מ, תח.

47. רמב"ם נזקי ממון ח, יג-יד.

48. שו"ת מהרי"ק, שורש קכט.

לעומת כל הראשונים המוזכרים לעיל, מתלמידיו של המהר"ם משמע שפסקו כרבי אחא. כך למשל תלמיד המהר"ם, רבי פלטיאל, כתב⁴⁹ את דברי רבי אחא כדוגמה לאומדן שהולכים אחריו,⁵⁰ גם המאירי⁵¹ הביא ראשונים שהכריעו כרבי אחא, לפחות באופן חלקי ובאומדן מוכח.

וכן כתב תלמיד נוסף של המהר"ם מרוטנבורג, הרא"ש:

וכן בכמה מקומות הלכו חכמי הגמרא בטר **אומדנא דמוכח**; גבי שטר מברחת, וכן גבי מי שכתב כל נכסיו לאחר ואח"כ נודע לו שיש לו בן, וכן מתנת שכיב מרע בכולה, וההוא גברא דזבין נכסיה אדעתא למיסק לארעא דישראל, **וגמל האוחר בין הגמלים**.⁵²

הרא"ש קבע שהולכים אחר אומדן ובין הדוגמאות הביא את שיטת רבי אחא, וחזר והביא דוגמאות אלו במקום אחר.⁵³ משום כך כתבו אחרונים⁵⁴ שניתן לדייק מדבריו שהוא פסק כרבי אחא. אמנם הב"ח⁵⁵ כתב שאין ראייה מכאן שהרא"ש פסק כרבי אחא, כי ייתכן שכוונת הרא"ש לומר רק שיש שיטה כזו בהלכה, ושבאומדן מוכח ביותר ייתכן שכולם יודו (כפי שאכן מבואר בדברי תוספות רא"ש לגבי ידיעה ללא ראייה, ראו לעיל עמ' 259, ליד הערה 7).

הרא"ש הסתמך על "אומדנא דמוכח" במקרים נוספים. כך הוא כתב בתשובה ביחס לשטר שבני הלווה טענו שפרעו אותו, אך היו נסיבות שהוכיחו שהשטר נפל מידי המלווה והתגלגל לידי בני הלווה שלא כדין. בתשובה קבע הרא"ש עיקרון יסודי בדיני הראיות:

...ונצטוינו לדון **דין אמת לאמתו**, ואע"פ שאין אנו נביאים לדון דברים שבלב, חכם עדיף מנביא, ונצא בעקבות הראשונים ונלמוד ממעשיהם. מההיא עובדא דפרק חזקת הבתים (נח): "ההוא גברא דשמע לדביתהו

49. מובאת בהגהות **מרדכי** קידושין, תקסד.

50. בשו"ת **מהרי"ק**, שורש קכט, התייחס לתשובה זו במילים אלו: "ואע"ג שכתב המרדכי בתשובות השייכות לסדר נשים תשובה אחת אשר לא נזכר שם המשיב, ומתוכה משמע דסבירא ליה כרב אחא, סמייה להאי מקמי כולהו הני רברבתא שהבאתי לעיל. ועוד דהיכא דאיכא פלוגתא דרברבתא אומרים המוציא מחברו עליו הראיה. ועוד דנהגו כרב אלפס היכא דלא נחלקו עליו התוספות" יש לציין שבמקום אחר בשו"ת **מהרי"ק**, שורש א, ציטט תשובה זו והסתמך עליה למעשה.

51. מאירי, **בית הבחירה**, בבא בתרא צג, א.

52. שו"ת **הרא"ש** סח, כג.

53. שם פו, א.

54. שו"ת **רדב"ז** ד, קצח, ובעוד תשובות רבות; הב"ח, שו"ת **גאוני בתראי**, נד, ועוד.

55. ב"ח **ח"מ**, תח.

דקאמרה לברתה: אמאי לא צניעת באיסורא, הך איתתא עשרה בני אית לה, ולית לי מאבוך אלא חדא. כי קא שכיב אמר: כל נכסי לחד ברא, ולא ידעי להי מינייהו, אתו לקמיה דרבי בנאה, אמר להו: זילו חבוטו לקברא דאבוכון עד דקאי ומגלי לכו להי מינייכו, אזלו כולהו, וההוא דבריה לא אזל, אמר להו: כולהו נכסי להאי נינהו". וכן בכמה מקומות הלכו חכמי הגמרא בתר **אומדנא דמוכח**; גבי שטר מברחת, וכן גבי מי שכתב כל נכסיו לאחר ואח"כ נודע לו שיש לו בן, וכן מתנת שכיב מרע בכולה, וההוא גברא דזבין נכסיה אדעתא למיסק לארעא דישראל, **וגמל האוחר בין הגמלים**. ודבר זה יש לו עיקר מדברי קבלה, מאב לחכמים, אשר צוה ליתן לה הילד החי. על כן בכל דור ודור מצווין לשבור מלתעות עול, והמטים עקלקלותם להדריכם בנתיב יושר.⁵⁶

מדברי הרא"ש עולה שהוא לא הבחין בין אומדן גמירות דעת נותן מתנה לבין הסתמכות על אומדן בהערכת מציאות. הרא"ש הוכיח את דבריו מן הסיפור על רבי בנאה⁵⁷ ששלח את הבנים לבזות את קבר אביהם, ונתן את הירושה לבן שלא הסכים לעשות זאת,⁵⁸ וממעשה שלמה המלך. בדבריו עולה במרומז ("ונצטוונו לדון דין אמת לאמיתו") שהשימוש באומדן במקרים אלו הוא משום "דין מרומה" (ראו דיון בעניין זה לקמן, עמ' 277), והוא הסיק שניתן לכתוב שטר חדש **ולהוציא** בעזרתו ממון.

עוד כתב הרא"ש בנוגע לאדם ששידך את בנו ולאחר מכן המירה אחות המשודכת את דתה ואבי הבן רצה לבטל את השידוך. הרא"ש הצדיק את האב וכתב שיש "אומדנא דמוכח" שזו הייתה גמירות דעתו:

אבל דברים דאיכא **אומדנא דמוכח** בלא גילוי דעתו, וכונתו ידוע לכל לאיזה דעת הוא עושה, אפילו לא גלה דעתו בשעת מעשה לא הוי דברים שבלב, אלא עבדינן כאלו התנה. כגון שטר מברחת... בכל אלו הדברים סמכו חכמים ז"ל על אומדנא דמוכח, **לדון ע"פ אומדן אלו עדים מעידים על דבר זה**. וכן בנדון זה, אומדנא דמוכח שאלו היה יודע דבר זה שהיה עתיד ליעשות, לא היה מקבל עליו קנס זה, דישראל קדושים הם והרבה פורשים מלהתערב בפגם גזרה. ורגלים לדבר, שהרי העביר זמן החופה והכניס עצמו

56. שו"ת הרא"ש סח, כג.

57. בבא בתרא נח, א.

58. **התשב"ץ** א, פ, הציע מספר הסברים לסיפור, או כאומדן להכרעה מי הוא הבן, או כאומדן גמירות דעת האב שרצונו לתת למי שלא ירצה לבזותו. בכל מקרה מדובר לדבריו בהסתמכות אחר אומדן.

בספק הפסד הקנס, כל שכן שמתחלה אדעתא דהכי לא הקנה ושעבר עצמו, ואומדנא דמוכח הוא, וכאלו התנה בפירוש דמי.⁵⁹ במקום אחר הוא דן בחוב שהיה על יתומים וכתב שמכיוון שיש "אומדנא דמוכח" שהחוב קיים גובים מהם ואין טוענים להם טענות שקריות:

אלמא חזינא, היכא דמית, ונולד ספק ליתומים בממון אביהם, אזלינן בתר **אומדנא** דדעתא, ואמרינן: מסתמא כך היה הענין. וכל שכן בנדון זה, שאין לך ידים מוכיחות ורגלים לדבר יותר מזה, שיש שטרות ועדים ופנקס ופיתקי המשכונות ואשתו וחמותו ואחיו וכל בית אביו יודעים שהוא אמת; הרבה אומדנות מצינן בגמרא שאין להם כל כך הוכחה כמו לזו. כי ההיא דפרק מי שמת (קמ"ב): מי שהלך בנו למדינת הים, ושמע שמת בנו... וכן **גמל האוחר** **בין הגמלים** ונמצא גמל הרוג בצדו (ב"ב צ"ג, א). אלמא, האי דאזלינן בתר אומדנא בדיני ממונות, דינא, ואין חילוק לענין דינא בין יתומים לאחר.⁶⁰

בתשובה נוספת ביטל הרא"ש שטרות מכר שנעשו כדי להבריח את הרכוש מהנושים. ולאחר שהוא חוזר על כל המקורות בדיני אומדן סיים בעדות על דרכו של המהר"ם:

ובאתי לשבור מלתעות עול ולהפר מחשבות ערומים ולא יפיקו זממם ולהודיע ולבאר שאין במתנה זו ממש. לפי שידוע וניכר **באומדנא דמוכח** שלא גמר בלבו להקנות אלא להבריח נכסיו מבעלי חוביו וילוה ויאכל ממון של אחרים ולא ימצאו לגבות ממנו, דאנן סהדי שאין לך אדם שיתן ממונו לאחרים ויחזור הוא על הפתחים.⁶¹

במקרה דומה הוא חוזר על הדברים בקיצור⁶² וכן הוא כתב בתשובה אחרת⁶³ על אדם שהקנה לבנו הקטן את הקרקע אך האב המשיך לשלם את המסים עליה שזו הערמה ומבטלים את ההקנאה.⁶⁴

נמצא שהרא"ש פסק שניתן להוציא ממון או להעריך את גמירות דעתו של אדם על סמך "אומדנא דמוכח", ולא הבחין בין אומדן גמירות דעת להכרעה עובדתית על סמך אומדן. כמו כן, מסתבר שהמונח "אומדנא דמוכח" פירוש ראיות

59. שו"ת הרא"ש לד, א.

60. שם פו, א.

61. שם עח, ג.

62. שם עח, א.

63. שם עח, ב.

64. וראה גם בדבריו שם ט, א, ששלל הקנאה לצורך הברחה ממסים גם כן.

נסיבתיות, כלומר, הכרעה שאינה מבוססת אך ורק על הערכה אלא גם על עובדות התומכות, גם אם לא באופן מוחלט.

ב. עדי קידושין שלא ראו את נתינת הטבעת המרדכי דן בתוקפם של קידושין כשהעדים לא ראו את רגע נתינת הטבעת, ובין היתר כתב את הסברה הבאה:

ועוד אם עד רואה **דבר מוכיח ונראה** יכול להעיד ונדון כאילו ראה גוף המעשה כדאמרינן בגיטין ובקדושין ובית הלל אומר: "הן הן עדי יחוד הן הן עידי ביאה" [ואמרינן] בכ"מ במנאפין עד שיראה כדרך המנאפין.⁶⁵

דהיינו, גם אם העד לא ראה את מתן הטבעת בעיניו הוא יכול להעיד על הקידושין כאשר הנסיבות מוכיחות שכך היה. הרשב"א בתשובה חלק על כך:

השיב עוד בשנים שהיו עומדים אחרי גדר בית אחד. ושמעו שאמר ראובן ללאה התקדשי לי באתרוג אבל לא ראו נתינה ממש. ואפילו ראו האתרוג יוצא מתחת ידה אין כאן חשש של כלום. ואפילו היא מודה שלקחתו לשם קידושין דעדות ראייה דידיעה בעיא ממש.⁶⁶

אחרונים האריכו בביאור המחלוקת.⁶⁷ רבים מהאחרונים פירשו שבמקרה שבא לפני הרשב"א לא היה אומדן ברור, ובאומדן ברור יסכים הרשב"א שהוא מועיל בקידושין.

ג. פסיקת ההלכה

בעניין גמל האוחר בין הגמלים סברו הרמב"ם וראשונים נוספים, שאין מוציאין ממון על פי אומדן כזה, וכך פסק גם בשולחן ערוך.⁶⁸

למרות זאת השולחן ערוך⁶⁹ הביא גם את תשובת הרא"ש שאם יש "כמה אומדנות" מוכיחות שהשטר אבד בית דין כותב שטר חדש לתובע. כמו כן הוא פסק⁷⁰ את תשובת הרא"ש שאם הגיע לבית הדין כתב-פירעון שנראה מזויף אין סומכים עליו. בעקבות תשובה אחרת של הרא"ש הזהיר השולחן ערוך⁷¹ גם הוא

65. מרדכי קידושין, תקלא.

66. שו"ת הרשב"א א, תשפ, וראו ביתר פירוט: שם א, אלף קלג.

67. ראו: קצות החושן צ, ז; אבני מילואים לא, ד; מב, ח; חתם סופר אה"ע, ק"קא; דברי יחזקאל מ; וסיכום הדעות במשפט ערוך ל, יד.

68. שולחן ערוך חו"מ תח, ב.

69. שם סה, יז.

70. שם עא, יא.

71. שם צח, ב.

מהסתמכות על שטרות ישנים. הוא⁷² הזהיר גם מהערמה והברחת נכסים, והרמ"א סיים והדגיש שכל מי שרוצה להפקיע תקנות חכמים או לגזול חייבים חכמי הדור לבטל כוונתו אף על פי "שאינן כאן ראייה רק אומדנות מוכיחות היטב". עמדות האחרונים יובאו לקמן.

4. שכנוע של הדיין ללא ראייה

בגמרא מובאים כמה מקרים שבהם הכריעו דיינים בשאלות עובדתיות על סמך אומדן או ראיות פסולות.

א. סוגיות הגמרא

במסכת כתובות מובאים מקרים שבהם חכמים הוציאו ממון מיתומים על סמך אומדן שממון זה הופקד אצל אביהם:

ההוא גברא דאפקיד שב מרגניתא דציירי בסדינא בי רבי מיאשא בר בריה דרבי יהושע בן לוי, שכיב רבי מיאשא ולא פקיד, אתו לקמיה דרבי אמי, א"ל: חדא, דידענא ביה ברבי מיאשא בר בריה דרבי יהושע בן לוי דלא אמיד; ועוד, הא קא יהיב סימנא. ולא אמרן – אלא דלא רגיל דעייל ונפיק להתם, אבל רגיל דעייל ונפיק להתם, אימא איניש אחרינא אפקיד ואיהו מיחזא חזא.⁷³

וכן מופיעים שם גם המקרים הבאים:

ההיא איתתא דאיחייבא שבועה בי דינא דרבא, אמרה ליה בת רב חסדא: **ידענא בה** דחשודה אשבועה, אפכה רבא לשבועה אשכנגדה... בת רב חסדא **קים לי בגווה**... אמר רב פפא, השתא דאמר מר: קים לי בגווה מילתא היא, כגון אבא מר ברי דקים לי בגווה, קרענא שטרא אפומיה. קרענא ס"ד? אלא, מרענא שטרא אפומיה.⁷⁴

במעשה זה מסופר על אישה שנתחייבה שבועה, ורבא על פי עדות אשתו, שאותה אישה חשודה להישבע לשקר, הפך את השבועה על הצד שכנגדה.⁷⁵ רב פפא

72. שם צט, ר"ח.

73. **כתובות פה,ב.** הר"ן כתובות מד,א, בדפי הרי"ף, הביא שלוש שיטות להבנת המקרה: א. שיטת הרי"ף, ב. שיטת הרמב"ן כתובות פה, ב (וכן **מלחמות ה'** בבא קמא לח,ב, בדפי הרי"ף; וכן בהשגותיו **לספר הצבא**, מדה יב), ג. שיטת הרמב"ם שתידון כאן בהרחבה.

74. **כתובות פה,א.**

75. לדעת רוב הראשונים הוא אפשר לתובע להישבע וליטול, מלבד הריטב"א במקום שהקשה: "דכיון דליכא ראייה חשודה משום דקים ליה בבת רב חסדא לית ליה **לאפוקי** ממונא". על כן הסביר הריטב"א בשם רבי פנחס הלוי, אחי הרא"ה, שהנתבע היה אמור להישבע וליטול, ומכיוון שהוא נחשד, הנתבע נשבע ונפטר.

הסיק מזה שניתן גם למנוע גביית שטר שיש כנגדו עדות של אדם יחיד ואפילו פסול לעדות, שהשטר אינו תקף, ובלבד שהדיין מאמין לעד.⁷⁶

ב. שיטת הרמב"ם

הרמב"ם קבע על פי שתי הסוגיות את הכלל הבא:

יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים **שדעתו נוטה** להן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן, אף על פי שאין שם ראיה ברורה ואין צריך לומר אם היה יודע בודאי שהדבר כן הוא שהוא דן כפי מה שיודע. כיצד? הרי שנתחייב אדם שבועה בב"ד ואמר לדיין אדם שהוא נאמן אצלו ושדעתו סומכת על דבריו שזה האיש חשוד על השבועה יש לדיין להפוך השבועה על שכנגדו וישבע ויטול הואיל **וסמכה דעתו** של דיין על דברי זה, אפילו היתה אשה או עבד נאמנים אצלו הואיל ומצא הדבר חזק ונכון בלבו סומך עליו ודן, ואין צריך לומר אם ידע הוא עצמו שזה חשוד.

וכן אם יצא שטר חוב לפניו ואמר לו אדם שסמך עליו אפילו אשה או קרוב זה פרוע הוא אם **סמכה דעתו** על דבריו יש לו לומר לזה לא תפרע אלא בשבועה, או אם היה עליו שטר חוב לאחר יתן לזה שלא נפגם שטרו כלל ויניח זה שנפגם שטרו בדברי האחד או ישליך השטר בפניו ולא ידון בו כפי מה שיראה.

וכן מי שבא וטען שיש לו פקדון אצל פלוני שמת בלא צואה ונתן סימנין מובהקין ולא היה זה הטוען רגיל להכנס בבית זה האיש שמת, אם ידע הדיין שזה המת אינו אמוד להיות לו חפץ זה **וסמכה דעתו** שאין זה החפץ של מת מוציאו מן היורשין ונותנו לזה האמוד בו ונתן סימנים.

וכן כל כיוצא בזה שאין הדבר מסור אלא ללבו של דיין **לפי מה שיראה לו שהוא דין האמת**, אם כן למה הצריכה תורה שני עדים שבזמן שיבואו לפני הדיין שני עדים ידון על פי עדותן אע"פ שאינו יודע אם באמת העידו או בשקר.⁷⁷

הרמב"ם כרך את דין "קים לי בגווה" עם דין הוצאת פיקדון מן היתומים והסיק מסוגיות אלו שהדיין צריך ללכת בפסיקתו על פי הבנתו ושכנועו הפנימי, גם ללא

הסבר מצמצם ביותר למקרה זה הובא בשו"ת מהר"ם אלשקר, קיט, בשם הגאונים: "אנו אין לנו אלא מה שהשיבו רב שרירא גאון וחמודו רבינו האי ז"ל. וזה לשון התשובה: הכי מפרשי רבנן דהאי דינא שודא דדייני הוה, או כגון שודא דדייני דהוה אית ליה לרבא למידיני כדהואי ולפיכך סמך אבת רב חסדא". כלומר מדובר באחד המקרים המיוחדים שבהם על הדיין לפסוק על פי שיקול דעתו, ורק אז אפשר להסתמך על אומדן.

76. נחלקו ראשונים בסוגיה האם כוונתו הייתה שיניחו את השטר ללא גבייה כלל (רש"י) או שיחייבו את בעל השטר בשבועה (רבנו חננאל ורבנו תם).

77. רמב"ם סנהדרין כד, א.

ראיה תקפה על פי דין. ממילא הוא העלה את השאלה המתבקשת לשם מה צריך שני עדים, הרי הדיין יכול לפסוק גם בלעדיהם? על כך הוא השיב ששני העדים מהווים עילה לפסיקת דין גם במקום שהדיין אינו משוכנע מה האמת. את הסוגיה בסנהדרין השוללת פסיקה על פי אומדן הביא הרמב"ם כהסבר למצווה במניין המצוות בנוגע לדיני נפשות בלבד:

והמצוה הר"צ היא שהזהירנו שלא לחתוך הגדרים באומדן הדעת החזק ואפילו היה קרוב אל האמת. כמו שיהיה אדם ירדפהו שונאו להרגו ולהנצל ממנו יכנס בבית אחד ויכנס הרודף ההוא אחריו ונכנס אנחנו אחריהם ונמצא הנרדף הרוג והוא מפרפר ושונאו שהיה רודפו עומד עליו והסכין בידו ושניהם מנטפין דם. הנה זה הרודף לא יהרגוהו הסנהדרין על צד חתוך הגדר אחר שאין שם עדים מעידים שראו ההריגה...

ולא תרחיק זה ולא תפלא מזה הדין. כי הדברים האפשריים מהם קרובי האפשרות מאד ומהם רחוקי האפשרות ומהם אמצעיים בין זה לזה. ולאפשר רוחב גדול מאד. ואילו התירה התורה לחתוך דיני נפשות... עד שיחתכו הגדרים וימיתו האנשים פעמים במעט אומדן לפי דמיון הדיין ומחשבתו... ולזכות אלף חוטאים יותר טוב ונכסף מהרוג זכאי אחד יום אחד...⁷⁸ כלומר, שלא כדיני ממונות שבהם יכול הדיין להסתמך על השכנוע הפנימי שלו, כדיני נפשות הדבר אסור. כדי להבין היטב את שיטת הרמב"ם נציג את דבריו בטבלה:

גמל האוחר (נזקי ממון ח, יג)	דיני ממונות (סנהדרין כד, א)	דיני נפשות (סנהדרין כ, א)
אין הנזקין משתלמין ואין חייבין בכופר ואין הבהמה נהרגת אלא בראיה ברורה ובעדים הכשרים להעיד...	יש לדיין לדון כדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן אף על פי שאין שם ראיה ברורה ואין צריך לומר אם היה יודע בודאי שהדבר כן הוא שהוא דן כפי מה שיודע...	אין בית דין עונשין באומדן הדעת אלא על פי עדים בראיה ברורה...

78. ספר המצוות, מצוות לא תעשה, רצ.

לעומת זאת, הרמב"ן בהשגתו לספר המצוות סבר שאין הבדל בין ממונות לנפשות:

וכן מאומד אף בדיני ממונות הוא פסול דקיימא לן כרבנן דפליגי עליה דר' אחא בגמל האוחר כמתבאר שם ברביעי שלסנהדרין (לז,ב).⁷⁹

לפי דרכו הרמב"ן אף הקשה על הרמב"ם, שכתב שיש מצווה שלא להסתמך על אומדן בדיני נפשות, מדוע המצווה אינה כוללת גם את דיני הממונות? אלא שכאמור הרמב"ם הבחין בין דיני ממונות לדיני נפשות.

ועדיין, גם לגבי ממונות, לכאורה יש סתירה בדברי הרמב"ם לגבי הסתמכות על אומדן – לגבי גמל האוחר הרמב"ם כתב שיש צורך בעדות כשרה ו"בראייה ברורה", לעומת זאת הוא כתב במפורש שניתן להכריע את הדין בממונות למרות "שאינן שם ראייה ברורה".

אחרונים רבים דנו בשיטת הרמב"ם, ודבריהם יובאו לקמן, אולם, כבר כעת נוכל להבחין בארבע שיטות בביאור דעת הרמב"ם:

1. **אומדן מועיל רק להחזיק ממון** – הממון שאצל היתומים במקרה שנדון בגמרא אינו נחשב כמוחזק בידם, ולכן אומדן בית הדין מספיק כדי להוציאו מהם (אמרי בינה).
2. אומדן של הדיין על פי שכנוע פנימי מועיל רק להחזיק ממון, לעומת זאת, אומדן של כל העולם מועיל אף להוציא (נתיבות המשפט).
3. שכנוע על פי עדים מועיל רק להחזיק ממון, לעומת זאת שכנוע של הדיין עצמו מספיק אף להוציא ממון (נחל יצחק).
4. אומדן מועיל רק בבית דין גדול שיכול גם להוציא ממון שלא על פי שורת הדין, לעומת זאת בבית דין רגיל אומדן מועיל רק להחזיק ממון (ישועות ישראל).

ג. תקנה שלא להסתמך על אומדן

העיקרון המובא ברמב"ם סויג כבר על ידי הרי"ף:

וחזינן לגאון דקאמר דהאידינא לא אפשר ליה לדיין למימר "קים ליה בגויה", דלא בריר לן קים לן בגויה היכי הווי. הלכך לית ליה לאורועי שטרא או לאפוכי שבועה אלא בעדות ברורה ואעפ"כ בעדות אדם נאמן מחמיצין את הדין ודורשין וחוקרין עד שיתברר הדבר ויצא הדין לאמיתו.⁸⁰

79. השגות הרמב"ן על ספר המצוות לרמב"ם, מצוות לא תעשה, רצ.

80. רי"ף כתובות מג,ב.

לפי דברי הרי"ף ישנה תקנה שאין להסתמך על שכנוע פנימי בפסיקה, והאפשרות היחידה העומדת לפני הדיין שקיבל עדות פסול שהוא מאמין לה היא להמשיך ולחקור עד לבירור העניין. הרמב"ם פסק גם את שיטת הרי"ף ובכך צמצם את היסוד שהניח הוא עצמו בתחילת דבריו:

כל אלו הדברים הן עיקר הדין אבל משרבו בתי דינין שאינן הגונים ואפילו היו הגונים במעשיהם אינן חכמים כראוי ובעלי בינה הסכימו רוב בתי דיני ישראל שלא יהפכו שבועה אלא **בראיה ברורה**, ולא יפגמו שטר ויפסידו חזקתו בעדות אשה או פסול וכן בשאר כל הדינין **ולא ידון הדיין בסמיכת דעתו** ולא בידיעתו כדי שלא יאמר כל הדיוט לבי מאמין לדברי זה ודעתי סומכת על זה, וכן אין מוציאין מן היתומים אלא בראיה ברורה לא בדעת הדיין ולא באומדן המת או הטוען, ואעפ"כ אם העיד אדם נאמן בדבר מכל הדברים ונטתה דעת הדיין שאמת הוא אומר ממתין בדין ואינו דוחה עדותו ונושא ונותן עם בעלי דינין עד שיודו לדברי העד או יעשו פשרה או יסתלק מן הדין.⁸¹

לפי דבריו בזמן הזה הדיין לא יכול לסמוך על "קים לי בגווה" ואף לא על האומדן שעל ידו מוציאים פיקדון מן היתומים.⁸² גם הסמ"ג⁸³ הביא את דברי הרי"ף והרמב"ם שבזמן הזה לא מסתמכים על אומדן.

חשוב לציין שהרמב"ם לא כלל בתקנה את אומדן גמירות דעת נותן מתנה שם הוא פסק שניתן להסתמך על אומדן. ייתכן שבמקרים כאלו בית הדין מוכרח לפעול על פי אומדן גם כיום, ומלכתחילה האדם שנותן את המתנה כוונתו היא שבית הדין יקיים את דבריו לפי דעתו ורצונו. מה שאין כן במקרים שבהם בית הדין מתערב בגלל הסכסוך בין הצדדים שלא ניתן לומר שמלכתחילה התכוונו לפעול על פי מה שבית דין יורה להם, ועדיין צ"ע.

הרא"ש הביא את דברי הרי"ף,⁸⁴ אולם, מדבריו במקומות אחרים נראה שאם האומדן חזק ("אומדנא דמוכח"), ניתן להסתמך עליו גם בימינו. כך הבינו חלק

81. רמב"ם סנהדרין כד, ב.

82. המאירי במספר מקומות מביא את דברי הרי"ף והרמב"ם להלכה. ראו למשל דבריו בבית הבחירה יבמות קא, ב: "ומכל מקום עכשו כתבו גאוני ספרד שאין לו לדיין להיות סומך בענין זה אלא בראיה ברורה שאין כל הדיינין בקיאיין כל צרכם ואין ראוי להתיר הרצועה לכל דיין ודיין לומר מוחזקני בזה שהוא נאמן, ויפה כתבו".

בשו"ת מהרי"ט א, קיב, ביאר שהסיבה שהרמב"ם הרחיב את דבריו גם לגבי היתומים, מעבר למה שכתב הרי"ף, היא שהרמב"ם חלק על הרי"ף בביאור דין זה וסבר שהוא מבוסס על אומדן, בניגוד לרי"ף שביאר הלכה זו בדרך אחרת.

83. סמ"ג, עשין קז.

מהאחרונים (ראו לקמן בדברי עבודת הגרשוני ומהריט"ץ בפרק על "אומדנא דמוכח").

ד. פסיקת ההלכה

השולחן ערוך⁸⁵ העתיק את דברי הרמב"ם בעניין אומדן, ואף את קביעתו שלא ניתן להסתמך על אומדן בזמן הזה. הרמ"א הוסיף על פי דברי תרומת הדשן⁸⁶ שניתן לגזור על אדם שלא ישאו ויתנו עמו ולא ישיא שלא תינשא אם יש אומדן שהם מחזיקים גזל תחת ידיהם. הסמ"ע⁸⁷ הסביר שהרי"ף והרא"ש שהשמיטו את הסייג על הסתמכות על אומדן במקרה של גבייה מיתומים, סוברים שניתן גם היום להוציא מיתומים על סמך אומדן מפני שאינם טוענים ברי.

באחת מתשובותיו דן המהרשד"ם במקרה שיש אומדן שנפלה טעות בשטר – במקום מ"ה אלף (=45,000) נכתב מ"ה (=45) בלבד. הוא הביא את דברי הרא"ש אך הוסיף שלפי הרמב"ם אין להסתמך היום על אומדן:

ואם בארזים הגבוהים כהרמב"ם וחבריו אמרו כן מה נעשה אנן יתמי דיתמי אזובי קיר. למדנו מכאן שאעפ"י שיש אמדנות שראוי לסמוך עליהם, אין לדון אלא על פי ראייה גדולה וחזקה ועל כן אני אומר דבנידון דידן אעפ"י שנראה שיש כאן אמתלאות כפי הנזכר למעלה מ"מ פשיטא דאין כח להוציא ממון גדול כזה.⁸⁸

למרות שהוא הבין שהרא"ש פוסק שניתן להסתמך על אומדן, הוא חשש מלהכריע במחלוקת והעדיף טעמים אחרים המבוססים בהלכה. במקום נוסף⁸⁹ הזכיר המהרשד"ם את דברי הרא"ש שאומדן מועיל אף להוציא ממון, אך כתב שליבו לא מלאו לסמוך על כך. וראו בשו"ת בעי חיי⁹⁰ שטען שהמהרשד"ם הורה להוציא ממון רק כשהממון הוצא מבעליו במרמה על ידי אותם אנשים שהממון אצלם, וגם אז התיר לאיים עליהם על ידי המלכות, ולא שבית הדין עצמו יוציא את הממון מהם.

84. רא"ש כתובות ט, ו.

85. שולחן ערוך חו"מ טו, ד.

86. שו"ת תרומת הרשן ב, רס.

87. סמ"ע טו, טז.

88. מהרשד"ם חו"מ, סו, וכן שם, רו.

89. שם, קמח.

90. שו"ת בעי חיי חו"מ, י.

5. דין מרומה

מקרה נוסף שבו רשאי בית הדין לפעול על פי אומדן, הוא בדין מרומה, כפי שנאמר בגמרא:

מנין לדיין שיודע בדין שהוא מרומה, שלא יאמר: הואיל והעדים מעידין, אחתכנו ויהא קולר תלוי בצואר עדים? תלמוד לומר: מדבר שקר תרחק.⁹¹
בביאור הדין ובפסיקה נחלקו ראשונים, כפי שיבואר.

א. הסתלקות או הסתמכות על אומדן

הרמב"ם, לאחר שקבע שלא ניתן לפעול לפי אומדן בזמן הזה, כתב מה הדיין צריך לעשות ב"דין מרומה", כלומר, כאשר יש התנגשות בין העדויות ששמע לבין השכנוע הפנימי שלו:

...אם היה לבו נוקפו שיש בו רמאות או שאין דעתו סומכת על דברי העדים אע"פ שאינו יכול לפסלן או שדעתו נוטה שבעל דין זה רמאי ובעל ערמה והשיא את העדים אף על פי שהם כשרים ולפי תומם העידו וזה הטעם, או שנראה לו מכלל הדברים שיש שם דברים אחרים מסותרין ואינן רוצים לגלותם, כל אלו הדברים וכיוצא בהן אסור לו לחתוך אותו הדין אלא **יסלק עצמו מדין זה** וידיננו מי שלבו שלם בדבר, והרי הדברים מסורים ללב והכתוב אומר כי המשפט לאלהים הוא.⁹²

הרמב"ם קבע שאם הדיין רואה שלא ניתן להגיע לדין אמת עליו להסתלק מן הדין. הלכה זו תקפה גם בימינו, והיא יכולה לסייע לדיין כשיש לו סתירה בין השכנוע הפנימי לבין הראיות.

לגבי דין מרומה תוספות⁹³ סברו כרמב"ם שאם הדין מרומה בוודאות, על הדיין להסתלק מן הדין, ואם הוא מסופק בכך עליו לדון ולברר עד היכן שידו משגת. השאלה היא מדוע על פי התוספות לא ניתן במקרה כזה להכריע לפי אומדן, ואולי מפני שאין זו "אומדנא דמוכח" וצ"ע.

לעומת זאת, הרא"ש נקט בצעד פעיל יותר. בתשובה לגבי שטר הלוואה שהמלווה רוצה לגבות 30 שנים אחרי ההלוואה מירשי הלווים שכבר מתו, כתב הרא"ש:

ואם יראה לדיין שדין מרומה הוא, ימנע מלהשתדל באותו הדין. וכן אני עושה, כשמביאין לפני שטרות ישנים, אני חוקר ודורש להוציא הדין

91. שבועות ל,ב.

92. רמב"ם סנהדרין כד, ג.

93. תוספות סנהדרין לב,ב, ד"ה כאן.

לאמיתו, ואם אני רואה באומדנא דמוכח שהדין מרומה ושקר, אני אומר
שאינ לשום דיין מישראל להשתדל בדין זה, וזה אני כותב וחותם ונותן ביד
הנתבע.⁹⁴

כלומר כאשר הדיין חש **שהתובע** מרמה פסק הרא"ש שאין לדון בכך יותר, כאשר
משמעות הדברים היא פסיקה כנגד התובע.

במקרה בו התברר שיש רמאות מצדו של הנתבע הרא"ש הכריע בסופו של דבר
שחייבים לפסוק את הדין על סמך אומדן.⁹⁵ הרא"ש האריך בדיני דין מרומה,
הזכיר את שיטת המהר"ם מרוטנבורג שאם הנתבע מרמה חייבים לפסוק נגדו, על
פי "אומדנא דמוכח" שהוא אכן מרמה והזכיר שוב את כל הראיות שלו מדיני
אומדן שבגמרא. שיטת המהר"ם בדין מרומה מובאת גם בתוספות הרא"ש⁹⁶ לאחר
שהוא מביא דברי התוספות (שהם כדעת הרמב"ם כמבואר להלן).

ב. פסיקת ההלכה

השולחן ערוך⁹⁷ העתיק את דברי הרמב"ם ביחס לדין מרומה והוסיף עליהם את
עצת הרא"ש לכתוב פסק דין שאין לאף דיין להשתדל בדין שבו **התובע** מרמה.
הלכה זו מובאת על ידו גם בהלכות הלואה⁹⁸ הרמ"א הוסיף על פי המהרי"ק⁹⁹
שראו לדרוש אחרי כל שטר ישן כדי להוציא הדין לאמיתו.

הסמ"ע¹⁰⁰ סבר שדברי הרא"ש מנוגדים לשיטת הרמב"ם שכתב שבדין מרומה
הדיין צריך להסתלק מלדון, אך הגר"א¹⁰¹ כתב שהוראת הרא"ש במקרה כזה,
לכתוב שטר שאין לדון בזה מוסכמת גם על דעת הרמב"ם.

בסעיף הבא הביא השולחן ערוך¹⁰² גם את שיטת המהר"ם, המובאת ברא"ש ובעוד
ראשונים, שאם הנתבע רמאי הדיין אינו יכול להסתלק מהדין, ואם יש לדיין
"אומדנא דמוכח" שהנתבע חייב – יחייבנו "אם הוא דיין מומחה ויחיד בדורו".
לכאורה יסוד הדין הוא משום דין מרומה, אך הגר"א¹⁰³ ציין הביא לכך מספר

94. שו"ת הרא"ש סח, כ.

95. שם קז, ו.

96. תוספות הרא"ש סנהדרין לבב, ד"ה כאן.

97. שולחן ערוך חו"מ טו, ג.

98. שם סא, ט.

99. שו"ת מהרי"ק, שורש קצ.

100. סמ"ע טו, יב, הובא גם בנתיבות המשפט חידושים טו, ח.

101. הגר"א חו"מ טו, י.

102. שולחן ערוך חו"מ טו, ד.

103. הגר"א שם, יא.

מקורות, כמעשה שלמה המלך ודין מברחת, וסיים "הכל באומדנא". הרמ"א הוסיף שבמקרה כזה הדיין יכול גם להשביע מי שאינו חייב שבועה מצד הדין "כדי לברר האמת".

ביחס למגבלה של הסתמכות על אומדן בזמן הזה ציינו הסמ"ע¹⁰⁴ ובעקבותיו נתיבות המשפט,¹⁰⁵ לדברי המהרי"ק שכתב:

לעניות דעתי נראה דבר פשוט יותר מביעותא בכותחא שעל הדיין מוטל לדון על פי האמת אשר נתאמת אצלו, ולא על פי הטענות אם הם מכחישות את האמת כי למה תהא האמת נעדרת מפני טענות רמאות חלילה וחס.¹⁰⁶

כמו כן הם ציינו לדברי הרשב"א בתשובה שהובאה לעיל על קריעת שטר החוב שהיה ניכר שהוא מזויף (הדברים יובאו בהרחבה מיד, בדיון על קנס שלא מן הדין) ויפורט שם שהסיבה לכך הייתה משום דין מרומה. נראה שאין כוונת הסמ"ע ונתיבות המשפט לחלוק על השולחן ערוך, כי אם לומר שבית הדין יכול לפעול בדרכים מסוימות גם לאחר ביטול השימוש באומדן.

המהר"ם אלשיך נשאל על שטר קידושין שהיו סימנים מרובים שהוא מזויף, בתשובתו הוא דן באריכות בשאלה האם דנים על פי אומדן בזמן הזה, הביא את כל המקורות הנוגעים לעניין, וקשר את כל הדיון באומדן ל"דין מרומה". לבסוף הוא סיכם שיש חמש דרגות ב"דין מרומה":

חדא, דמספקא לדיינא אי הוא דין מרומה.

שנית, דברור ליה דמרומה הוא, ממה שלמד מסברא מתוך דברי עדים באומדנא בלי שום ראיה.

שלישית, דאית בה ראיה דקא מהדר בזיפא, אלא דלא ידעי אי האי שטרא דנפיק השתא ביה דינא אי מזויף הוא אי לא, דלא מסהדי אהאי שטרא בייחוד.

רביעית, דאיכא רעותא בהאי שטרא גופא או במאן דחייב שבועה, אלא דלית ראיה אלא הוכחה על פומא דחד סהדא אף על גב שהוא מפי אשה דלאו בת עדות היא.

חמישית היכא דע"י בדיקות ובירורין איתגלי דמזויף שטרא.¹⁰⁷

104. סמ"ע שם, טו.

105. נתיבות המשפט, חידושים שם, י.

106. שו"ת מהרי"ק, שורש קיח.

107. מהר"ם אלשיך, מ.

לדבריו, יש מקרים בהם האומדן ברור על פי הוכחות וניתן אף לקרוע שטר על פיו, אך כאמור הוא מתבסס על "דין מרומה".

6. קנס שלא מן הדין

סמכות נוספת שהרמב"ם העניק לדיין היא לפעול שלא על פי הדין, סמכות זו תקפה גם בזמן הזה. הרמב"ם גם הדגיש שאין צורך בדיני הראיות בשביל לקנוס באופן זה, ואלו דבריו:

יש לבית דין להלקות מי שאינו מחוייב מלקות ולהרוג מי שאינו מחוייב מיתה ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה, וכיון שרואים בית דין שפרצו העם בדבר יש להן לגדור ולחזק הדבר כפי מה שיראה להם הכל הוראת שעה לא שיקבע הלכה לדורות... ומעשה ותלה שמעון בן שטח שמונים נשים ביום אחד באשקלון ולא היו שם כל דרכי הדרישה וחקירה וההתראה ולא בעדות ברורה אלא הוראת שעה כפי מה שראה.

וכן יש לבית דין בכל מקום ובכל זמן להלקות אדם ששמועתו רעה והעם מרננים עליו שהוא עובר על העריות... וכן יש לדיין תמיד להפקיר ממון שיש לו בעלים ומאבד ונותן כפי מה שיראה לגדור פרצות הדת ולחזק הבדק או לקנוס אלם זה... וכן יש לדיין לנדות ולהחרים מי שאינו בן נידוי... וכן יש לדיין לעשות מריבה עם הראוי לריב עמו ולקללו ולהכותו ולתלוש שערו ולהשביע באלהים בעל כרחו שלא יעשה או שלא עשה... וכן יש לו לכפות ידים ורגלים ולאסור בבית האסורים ולדחוף ולסחוב על הארץ... כל אלו הדברים לפי מה שיראה הדיין שזה ראוי לכך ושהשעה צריכה...¹⁰⁸

הרמב"ם קבע שבית הדין רשאי לפעול באופן חופשי במקום שיש צורך מיוחד.¹⁰⁹ בבית יוסף¹¹⁰ הוסיף והביא ראשונים שקבעו שרק גדולי הדור או טובי העיר שנבחרו לכך מוסמכים לפעול באופן זה.

בתשובה העוסקת באלמנה שנתנה הרשאה לאדם שידון בשבילה והלך ונתן את הנכסים לבנו, כתב הרשב"א דברים ברורים לגבי דרך הפסיקה:

108. רמב"ם סנהדרין כד, ד"י.

109. הדגשנו בדברי הרמב"ם שאפילו בדיני נפשות נעשה הדין בלא עדים וחקירות. עיינו בט"ז חו"מ ב, א, ד"ה וכן יראה) שעסק בשאלה מדוע הטור שמביא דינים אלו כתב: "וכן יראה מדברי הרמב"ם" ולא: "וכן כתב הרמב"ם", וטען שהטור חידש שאין צורך בעדים והראיה שזה לא נכתב במפורש ברמב"ם, אך לכאורה הדברים מפורשים ברמב"ם וצ"ע.

110. בית יוסף חו"מ, ב.

והווי יודעים: שכל הדברים שאמתתו ידועה לבית דין, אף על פי שבעלי הדין נוטין מדרך האמת מתוך טענותיהן, ואין לבעל הדין עדים ידועים וראיה ברורה, צריך הבית דין לדון הדין לאמתו. ואין לדיין לומר: איני חותך אלא מתוך העדים והראיה. ויהא קולר תלוי בצואר בעלי הדין. אלא **חותך על פי האמת**. שלא נצטוינו אלא על דין האמת שנאמר: אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם. ואמרו ז"ל (שבועות, ל,ב) מנין לדיין שיודע בדין שהוא מרומה, שלא יאמר: הואיל והעדים מעידים לפני, אחתכנו, ויהא קולר תלוי בצואר העדים? תלמוד לומר: מדבר שקר תרחק. ומרי בר איסק יוכיח. שאמר לו רב חסדא: הכי דיינא לך ולכל אלמי חברך. ובפרק הכותב אמרו: תולה מעותיו בנכרי היה. הוא עשה שלא כהוגן, לפיכך: עשו לו שלא כהוגן. וזהו ההוגן, וזה הדין האמת והצדק.¹¹¹

בסיום דבריו הזכיר הרשב"א מימרות חז"ל על היכולת של חכמים לעשות "שלא כהוגן" עם מי שעשה שלא כהוגן. בתשובה נוספת הוא מגבה בית דין בנימוק זה: שאלת, בית דין קבוע שבעירו שיצא שטר לפניו וידוע אצלו כי השטר ההוא מזוייף שאותו שהוציאו ציורי צייריה וכי העדים החתומין בו עדי שקר הם אלא שלא הוחזקו. וסמך הבית דין על ידיעתו וקרע השטר. היש לבעל השטר על הבית דין דין ודברים? או דילמא אלמי אלמוה לכח בית דין דכיון דבית דין חשוב הוא מוחזק שלא להפקיע ממונם של אחרים בכדי יש כח בידו לעשות הוראת שעה כי האי גוונא.

תשובה, אם הבית דין ידוע ומוחזק בכשרות וירא שמים ובית דין חשוב הוא יש בו כח לעשות כזה וכיוצא בזה להוראת שעה. וכמדומה שעל זה אמרו דין אמת לאמתו. וזהו מעשה דמרי בר איסק (בבא מציעא לט,ב) ... אמר ליה הכי דייננא לך ולכל אלמי חברך. הנה שרב חסדא הפך את הדין לפי שעה להוציא את הדין לאמתו. ומכל מקום צריך הבית דין להיות מתון בדברים אלו הרבה ולדרוש ולחקור היטב קודם שיקרע שטרות של בני אדם. וכאותה שאמרו בפרק הכותב אמר רב פפא השתא דאמר קים לי בגווייה מילתא היא כגון אבא מר ברי דקים לי בגווייה קרענא שטרא אפומיה. ואקשינן קרענא ס"ד אלא מרענא שטרא אפומיה. ושמעתי כי מעשה היה בפני מורנו הרב רבינו משה בר' נחמן ז"ל וקרעו בידיו. והכל לפי הבדיקות ולפי כוונת שמים וירא אלהים יצא את כלם.¹¹²

111. שו"ת הרשב"א ב, קמח.

112. שם א, אלף קמו.

הרשב"א הזכיר בדבריו הן את המושג "דין מרומה" הן את המקורות של "ענישה שלא כדין". נראה שלדעתו אלו המקורות שעליהם ניתן להסתמך אף בשביל לקרוע שטר חוב. הוא גם מביא את הדין של "קים לי בגווה", אך אין זה המקור היחיד לפסק, ועל כן אין לשאול כיצד הוא מתמודד עם שיטת הרי"ף והרמב"ם שכיום אין לנהוג כך. לפי עדותו של הרשב"א, גם רבו, הרמב"ן, פסק לעיתים לקרוע שטר הלוואה על פי אומדן.

השולחן ערוך¹¹³ הביא גם את דברי הרמב"ם ביחס לענישה שלא כדין אף כשאין ראיות מספיקות למעשה העבירה, והוסיף על כך את המגבלה של הרא"ש שדווקא לגדולי הדור או לטובי העיר יש סמכות כזו. הרמ"א הביא שיש חולקים לגבי טובי העיר אך אם נהגו כך או קיבלו עליהם גם להם יש כוח לענוש שלא כדין.

ג. עקרונות העולים מדברי האחרונים

האחרונים עסקו בסוגיה זו ויישבו שיטות הראשונים וסוגיות הגמרא. כדי להקל על הדיון, דבריהם מוינו לפי הסברות השונות.

1. אומדן מועיל רק להחזיק ממון

כמה מהאחרונים¹¹⁴ תירצו את הסתירה בין פסיקת הרמב"ם לגבי "גמל האוחר" – שם לא ניתן להסתמך על אומדן, לבין פסיקתו שניתן לאמוד את גמירות דעת נותן המתנה, וכן שמעיקר הדין ניתן להסתמך על שכנוע פנימי, בכך שניתן להסתמך על אומדן רק כדי להחזיק ממון, או שכיוון שיש מחלוקת בעניין, אין להוציא ממון מהמוחזק.

א. הרמב"ם מאפשר להחזיק ממון על בסיס אומדן הרדב"ז קבע שעל פי הרמב"ם אין להוציא ממון על פי אומדן אך אפשר להחזיק ממון:

אלא אפילו לדעת הרמב"ם ז"ל דפסק כרבנן דלא אזלינן בתר אומדנא, הני מילי לאפוקי ממונא, אבל לאוקמי ממונא הדבר ברור דאזלינן בתר אומדנא.¹¹⁵

113. שולחן ערוך חו"מ ב, א.

114. ראו גם: שו"ת שואל ומשיב ג, א, קנב; ג, ב, קפד ועוד.

115. שו"ת הרדב"ז א, רפז, ובעוד תשובות רבות.

אמנם מדברי הרמב"ם נראה שמוציאים ממון מהיתומים על פי אומדן שהממון שבידם הוא פיקדון.

ואכן הרדב"ז חזר במקומות רבים על כך שהרא"ש שפוסק כרבי אחא, סובר שניתן להוציא ממון על סמך אומדן והחולקים עליו סוברים שניתן רק להחזיק ממון על סמך אומדן. נביא כדוגמה תשובה בה הוא מסתמך על אומדן, אך רק בכדי להחזיק:

ואע"ג דרוב הפוסקים פסקו דלא קיימא לן כרב אחא דאמר גמל האוחר בין הגמלים ונמצא גמל הרוג בצידו בידוע שזה הרגו הני מילי לאפוקי ממונא אבל לאוקומי ממונא מוקמינן מאומדנא והכא קרקע בחזקת בעליה עומדת והשוכר הוא המוציא.¹¹⁶

במקום אחר¹¹⁷ השתמש הרדב"ז בצירוף של אומדן וסיבות נוספות כדי להוציא אף מיתומים, והדגיש שרק בגלל צירוף של כמה דברים ביחד ניתן לעשות זאת. במקרה אחד¹¹⁸ שבו היה צירוף של אומדן ושיקולים הלכתיים נוספים הוא פסק להוציא ממון והדגיש שהוא פוסק כמו הרמב"ם ולדעתו במקרה כזה גם הרמב"ם יודה מכיוון שיש צירוף של סברות נוספות. כמו כן הרדב"ז כתב במספר מקומות שאומדן מסוים אינו מספיק ודרש אומדן טוב יותר. לא נוכל לפרט את הדברים וכל דבר לפי עניינו.

הרדב"ז לא התייחס לדברי הרמב"ם שהיום אין מסתמכים על אומדן, אולם בשו"ת משפטים ישרים דן בעניין זה. הוא עסק במקרה של אדם שהחזיק בקרקע ונתבע על ידי יורשי שותפו, שטענו שהוא לקח את חלק הקרקע של מורישם שהיה שותפו. הנתבע השיב שהוא קנה מהשותף את חלקו בקרקע. נפסק על פי אומדן, שהנתבע אכן קנה מהתובע את חלקו, והוסבר מדוע ניתן להסתמך על אומדן בזמן הזה גם לדעת הרמב"ם: "אך נראה דעד כאן לא קאמר הרמב"ם ז"ל דאין לסמוך על האומדנא אלא להוציא אבל להחזיק מה שבידו שפיר סמכינן על האומדנא."¹¹⁹ לדבריו, מסתמכים על אומדן כדי להחזיק ממון גם בזמן הזה. גם בית הדין הרבני הגדול¹²⁰ חיזק פסק דין של בית הדין האזורי שנמנע מלהוציא ממון על פי אומדן מוכח.

116. שם ג, תקנא.

117. שם ד, ע.

118. שם ו, ב אלפים צו.

119. שו"ת משפטים ישרים א, קעא.

120. פסקי דין רבניים ד, עמ' 178-177.

ב. אין להוציא ממון כיון שיש מחלוקת בתשובה מפורטת סיכם בשו"ת בעי חיי את תמונת המצב בפסיקה עד זמנו, והיא מצטרפת לכל המקורות שהבאנו עד עתה. נושא התשובה הוא תביעה על חוב ישן כלפי אדם שנפטר זה מכבר. התביעה נראתה תמוהה ביותר מכיוון שהחוב לא נתבע בחייו של הנתבע ובשל אומדנות רבים, ובסיכום תשובתו כתב:

כללא דמילתא דכולהו רבוותא סבירא להו דאזלינן בדיני ממונות בתר אמדנא דמוכח להחזיק ויש מהם סוברים דאזלינן בתר אמדנא אפילו להוציא ממון... ומסורת היא בידינו גדול כח המוחזק.¹²¹

נמצא שלדעתו ניתן להשתמש ב"אומדנא דמוכח" כדי להחזיק ממון אף בימינו אלו. אף שהרמב"ם ומהרי"ק שללו זאת, המחזיק יוכל לומר "קים לי".

2. "אומדנא דמוכח"

בניגוד לאחרונים שפסקו שניתן להסתמך על אומדן רק כדי להחזיק ממון, פסקו אחרונים רבים שניתן להסתמך על "אומדנא דמוכח" כדי להוציא ממון. התשב"ץ פסק:

שאלת, אשה אחת במליינא ואחיה בתונס והדרך רב ביניהם, ובצאת נפשה כי מתה צוותה שיתנו נכסיה לעניי עירה. ועכשיו בא אחיה והוא עני, אי אזלינן בתר אומדן דעתא, שאנו אומרין שאלו עלה בדעתה שיבוא למליינא או שישלחום לו ממליינא, לא היתה מקדשת נכסיה לעניים, כל שכן אם הוא עני אי אמרינן ענייך ועניי עירך ענייך קודמין?

תשובה, קיימא לן כרבי שמעון בן מנסיא בפרק יש נוחלין (בבא בתרא קלב,א) ובפרק אע"פ (כתובות נו,א) דאזלינן בתר אומדנא. ואומדן דעתא הוא שאם היה אחיה עמה או במקום שתוכל לשלוח לו נכסיה לא היתה נותנת נכסיה לאחרים ולעבור נחלה מאחיה היורש דבר תורה. וכל שכן אם הוא עני, וענייך ועניי עירך ענייך קודמין. ע"כ כל מה שיש מנכסיה בעין ולא הוציא והוה הקהל בהוצאותיהם ינתן בידו מן הדין.¹²²

הרשב"ש, בנו של התשב"ץ, כתב תשובה בחיי אביו, שבה הוא מבאר את אחד מפסקי התשב"ץ. בתשובה זו הוא קושר את כל ענייני האומדן יחדיו. התשובה עוסקת בסוחרים שקנו סחורה כדי לטעון אותה על האונייה, ומסיבות שונות אי אפשר היה להעמיס את הסחורה. התשב"ץ הורה לבטל את העסקה:

121. שו"ת בעי חיי חו"מ, י.

122. שו"ת תשב"ץ ג, רפט.

שהרמב"ם ז"ל לא יחלוק שכל אומדנא דמוכח דסמכינן עליה, שהרי ביש נוחלין תניא, הרי שהלך בנו למדינת הים ושמע שמת בנו ועמד וכתב כל נכסיו לאחר ואח"כ בא מתנתו מתנה, שמעון בן מנסיא אומר אין מתנתו מתנה שאלו היה יודע שבנו קיים לא היה כותבם, ואמר רב נחמן הלכה כר' שמעון בן מנסיא, ופסק הרב ז"ל דין זה בפ"ו מהלכות זכיה ומתנה. א"כ הרמב"ם ז"ל אינו חולק ואולינן בתר **אומדנא דמוכח**. ומתנת שכיב מרע בכולה דאם עמד חוזר, משום אומדנא דמוכח היא דלא שביק איניש נפשיה ויהיב לאחרנא. והכא בנדון הזה, אומדנא דמוכח הוא (דלא) שלא קנה זה פשתן והספינה בנמל אלא לשלחו במיורקה, ואם נאנסה הדרי זביני, דאנן סהדי דלא קנאו אלא לשלחו, ואנן סהדי רבותינו ז"ל נשתמשו בתלמוד בכמה מקומות.¹²³

הרשב"ש רואה במקרים שבגמרא העוסקים באומדן גמירות דעת במתנה אב טיפוס לכל הסתמכות על "אומדנא דמוכח". ממילא ניתן להסיק שהוא אינו מבחין בין אומדן גמירות דעת במתנה לאומדן במכר. מכלל דבריו עולה שאף שבתני הדין כיום אינם יכולים לפסוק על פי אומדן הם כן יכולים לפסוק על פי "אומדנא דמוכח".

לעומת זאת הרא"ם הזהיר מהסתמכות על אומדן, אם לא כאשר מדובר בדין שמופיע בתלמוד או "באומדנא דמוכחא טפי":

וכיון דאנן לא בקיאינן האידינא בשעור האומדנא כמו שהיו בקיאים בהם חכמי התלמוד דהווי בקיאי טפי באומד כל דבר ודבר, ואיזה מהם הוי אומדנא דמוכחא ואי זה מהם לא הוי אומדנא דמוכחא, לא נוכל אנחנו להוציא ממון מיד המחזיק בו בלא ראייה ברורה, אלא או באומד שנזכר בתלמוד או באומדנא דמוכחא טפי דליכא למיתלי בה משום מלתא אחריתי.¹²⁴

בדומה לכך, המהר"א ששון¹²⁵ כשדן באדם שהציל אחרים ותבע מהם הוצאות, כתב שיש "אומדנא דמוכח" שהם היו רוצים שיעשה זאת עבורם ולכן דינו כ"יורד ברשות". אולם למסקנה הוא כתב שמכיוון שהם מכחישים צריך לדון אותו כ"יורד

123. שו"ת רשב"ש, שפז.

124. שו"ת הרא"ם, טז.

125. שו"ת מהר"א ששון, מה.

שלא ברשות".¹²⁶ במקרה נוסף¹²⁷ הוא הסתמך על דברי הרא"ם שהובאו לעיל שלא ניתן לקבוע שמקרים שלא מופיעים בגמרא הם בגדר "אומדנא דמוכח". למרות זאת הוא עצמו פסק על סמך "אומדנא דמוכח" במקרה שהגיע לפניו:

הנה מהנודע בכמה וכמה דברים וענינים חמורים אזלינן בתר אומדנא דמוכח, כדאיתא בגמרא ובספרי הפוסקים ישנים גם חדשים ולא יכילם ספר וגיליון להביאם ולכותבם ולהאריך בהם. וכיון שכן, הנה בנידון דידן, מכח האומדנות המוכיחות בזה הענין בהן לבדנה היה ראוי לפטור את שמעון... וא"כ בודאי דנידון דידן אין לך דין מרומה גדול ממנו ואדרבא אני אומר שהוא מפורסם ונודע אצלי ששטר זה כולו פרוע ואם נשאר ממנו לא נשאר כי אם מעט מזער כו' באופן שהנה מהראוי היה מכח אלו האומדנות לבדן לפטור את שמעון אך אמנם להפיס דעת התובע אעלה על ספר קצת טענות אחרות ראויות ורצויות לפטור את שמעון הנזכר ומה גם בהצטרפם בשרש הזה והוא שרש האומדנות דמוכיחות שכתבתי.¹²⁸

אמנם הפסיקה היא להחזיק ממון ולא להוציא ממון, אולם הוא לא ציין במפורש שלא היה פוסק כך אילו היה מדובר על הוצאת ממון.

בעל שו"ת עבודת הגרשוני סובר שניתן להפוך שבועה על סמך "אומדנא דמוכח", גם לאחר פסיקת השולחן ערוך ששולל הסתמכות על אומדן רגיל בזמן הזה:

אמנם נלע"ד אם יש לדיין אומדנא מוכחות שלבן משקר ומכחיש ודאי יש בידו להפך השבועה על שכנגדו אע"פ שהגאונים אחזו לנו השער הובא בהרא"ש... וכ"כ הרמב"ם, ש"מ שאסרו לנו ידינו להעמיד דבר על האומדנא להוציא ממון כי אנו אין בקיאים באומדנא. מכל מקום נראה היינו דוקא לענין זה לומר קים לי בגווה להפך שבועה או לארועי שטרא אבל ע"י אומדנות דמוכחות ודאי יש לנו רשות לדון גם בזמן הזה וכן מצינו בכמה תשובות הרא"ש ושאר אחרונים שיש לנו רשות לדון ע"פ אומדנת דמוכחות...¹²⁹

לדבריו "אומדנא דמוכח" אינו בכלל תקנת הרמב"ם, וניתן להסתמך עליו גם בזמן הזה.

126. ראו שולחן ערוך חו"מ שעה, א"ד, שם מבואר ההבדל בין "יורד ברשות" ל"יורד שלא ברשות".

127. שו"ת מהר"א ששון, נד.

128. שם, פב.

129. שו"ת עבודת הגרשוני צא.

בתשובות מהרשד"ם ישנן התייחסויות רבות ומשמעותיות לנושא הסתמכות על אומדן. במקום אחד הוא כתב בנוגע לאירוע שבו נהרג נער, ונחשדו בכך שני אנשים שחשבו שהוא גנב מהם וחקרו אותו, כפי הנראה באלימות, עד מותו:

אבל מ"מ יש לכל קהל וקהל מישראל לעשות קרוב לדין להעניש עושה רע כזה או יוצא מחמת ידו דבר כיוצא בזה, ולכן ראיתי לכתוב בקצור במעשה הרע הזה... שמע מינה **שיש להלך אחר אומדנא להוציא ממון כאשר יש אומדנא גדולה.**¹³⁰

המהרשד"ם ציין לדברי הראב"ד שניתן לחייב בתשלום על חבלה באבן על פי אומדן והסיק מכך שניתן להוציא ממון על סמך "אומדנא גדולה". במקום נוסף¹³¹ הוא הסתמך על אומדן כדי להוציא ממון מיתומים וזאת על פי "קלא דלא פסיק" ועדויות חלקיות, על פי תשובות הרא"ש.

גם מהר"י אדרבי, בעל שו"ת דברי ריבות, סמך על שיטת הרא"ש בענייני אומדן, הן בבירור זיפופ של שטר¹³² הן ביחס להברחת נכסים על ידי נתינתם כביכול לאחר.¹³³ בתשובה שכתב הוא הכריע על פי בירור המציאות, והקדים לכך את הכללים הבאים:

ומצאתי ראיתי מה שכתב הרא"ש בתשובותיו כלל ס"ט והביא כמה וכמה ראיות מן הש"ס דאזלינן בתר **אומדנא דמוכח** אפילו להוציא ממון... וגם כתב הרמב"ם ז"ל בהלכות סנהדרין פרק כ"ה יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה בהן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא דין אף על פי שאין ראיה ברורה ואין צריך לומר אם הוא ידוע בודאי שהוא כן שהוא דן כפי מה שידוע... ולכן קריתי ושניתי ושלשתי השטרות והגזירות והאגרות אשר בין השתי כתות הנזכרות ומצאתי שיש כמה וכמה אומדנות גדולות וידיים מוכיחות בלי שום ספק...¹³⁴

במקרה הנדון הוא אכן הוציא כסף מאחד הצדדים (על פי שטר, כך שאין כאן הסתמכות מלאה על אומדן גרידא), אך הוא הקדים לכך גם כמה מילים על חשיבות הפשרה, ונראה שהאומדן היה בסיס לפשרה ולא לפסיקה על פי שורת הדין. במקום נוסף¹³⁵ התייחס מהר"י אדרבי למקרה של שטר שחסרה בו מילת

130. שו"ת מהרשד"ם חו"מ ה.

131. שם, לז.

132. שו"ת דברי ריבות, קא.

133. שם, רנח.

134. שם, רסב.

135. שם, שדמ.

"אלף", שבו דן המהרשד"ם, וכתב שהיה ראוי לפסוק על פי אומדן, אלא שמסיבות שונות לא הכריע כך.

מהרי"ט צהלון נקט במספר תשובות שניתן לגבות מיתומים חובות שיש "אומדנא דמוכח" שאביהם לא פרע, וכן שניתן לגבות חובות מהקדש על סמך "אומדנא דמוכח". כך הוא כתב בתשובה אחת:

אמנם אם איכא אומדנא דמוכחי שלא פרעו, כגון שהכתב ששלח שמעון ללוי שיפרע לראובן ממעות העניים ששלח לידו היה קרוב למיתת שמעון, ויש בירור שלא יצאת ספינה מאותו היום עד שמת, אם כן הרי אומדנא דמוכח שלא פרע...¹³⁶

אך עולה מדבריו שרק במקרים מיוחדים ניתן להוציא על פי אומדן (כגון גביית חוב מיתומים כאשר ברור שהאב לא פרע את החוב). לגבי אומדן להוציא ממון נקט מהרי"ט צהלון בשיטה מחודשת, המופיעה בתשובה שבה יישב דברי הרא"ש:

דאם כן תיקשי להרא"ש דידיה אדידיה, דהוא כתב דאזלינן בתר אומדנא דמוכח אפילו לאפוקי ממונא אפי' מהיורשים קטנים, והיכי כתב הכא דאין להוציא ממון בהוכחות. ובודאי הוכחות הם אומדני דמוכחי אלא שלא-יש עדים ברורים, דהכי כתב דלא מהני אם לא בעדים.

אלא שאין הנדון הזה דומה לאותו הנדון, דלעולם אומדנא דמוכחי דנין על פיו, אלא שהשאלה ההיא שכתב על סכום מנין המעות שהפסידה, שרחל אומרת הפסדתי הרבה מעות סך אחד יש לו עדים ברורים והסך האחר אין עדים אלא הוכחות. לכך השיב שמנין המעות שהפסידה לא מהני לברר המנין מהוכחות אם לא בעדים ברורים, דאין אפשר לברר על ידי הוכחות מנין המעות, וזה פשוט... אמור מעתה אעפ"י דאזלינן בתר אומדנא דמוכח על המעשר מכל מקום על סכום המעות לא אזלינן זו היא דעת הרא"ש ומעתה לא יהיו דבריו סותרים למה שכתבנו.¹³⁷

כלומר ניתן לשער את עצם החיוב על פי "אומדנא דמוכח", אך לא ניתן לשער באופן זה את שיעור החיוב.

136. שו"ת מהרי"ט צהלון החדשות, יט, מב; שו"ת מהרי"ט צהלון, יז.

137. שו"ת מהרי"ט צהלון החדשות, מב.

בשו"ת דרכי נועם¹³⁸ עסק בהרחבה במקרה שהיה אומדן שבעלי חוב לא שילמו חובם למלווה. הוא חייב על פי אומדן, והתווכח עם חכם אחר שכתב לו שאין מוציאים ממון על סמך אומדן. נצטט קטע קצר מאחת התשובות:

כל הפוסקים כלם האריכו למעניתם בענין האומדנות דעבדינן בהו עובדא להוציא ממון וגם להפקיע מעליו חומר שבועה או נזירות.¹³⁹

בשו"ת שבות יעקב חיזק את היכולת לדון במיוחד בזמן הזה על פי אומדן, מכיוון שאין מי שיודע לדון דין תורה, אך גם הוא הגביל זאת להיפוך שבועה או לפשרה:

ואדרבא נראה לי דעכשיו יותר יש לדון ע"פ האומד והיושר דהרי הסכמת האחרונים דהאידינא לית דידע למידן דין תורה אפילו בימי אמוראים מצינו כן בירושלמי מכל שכן האידנא אם הראשונים כפתחו של אולם וכו' רק שצריך כל דיין להיות מתון בדין בכל מאמץ כחו לדין דין אמת ואם רואה שהדין מרומה יכול לדון ע"פ האומד לראות לפשר הדבר או להפך השבועה על המשלח.¹⁴⁰

הראי"ה קוק הוסיף עוד קולא בעניין אומדן:

ונראה שדוקא בדבר פרטי לפסוק שתמיד יהיה הדין לסמוך על אומדנא מיוחדת, לא אזלינן בתרה, דשמא ישתנה הענין ובזמן אחר לא יהי' הענין מכריח כל כך, כמו שביאר הרמב"ם כהאי גוונא בספר המצוות מפני שהשער הזה הוא רחב. אבל בדרך כלל במקום שמתברר להדיין, בכלל אמיתת הענין, לא ע"פ איזה פרט של אומדנא, אלא מההקף של כמה ענינים ביחד, זהו ענין ברור, שעל זה לא שייך כלל לומר דלא אזלינן בתר אומדנא. ועל כן אע"ג דקיי"ל דלא כרב אחא היינו לסמוך תמיד על פרט זה, וכן נראה מאריכות דברי הברייתא, שלא נאמר הואיל וזה ניגח וזה מועד ליגח וכיו"ב, אבל אם באותו המאורע מתברר לדיין ביחוד שהאמת הוא באופן מיוחד דנין על פיו מדינא, וממילא שמצד הדין גם בדיני קדושין אזלינן בתר אומדנא ברורה.¹⁴¹

הרב קוק חילק בין אומדן על סמך פרט מסוים, שנשללה בימינו, לבין הסתמכות על מכלול של ראיות נסיבתיות, שעדיין אפשרית.

138. שו"ת דרכי נועם חו"מ מט; נא-נג.

139. שם, חו"מ מט.

140. שו"ת שבות יעקב ג, קמב (מובא בפתחי תשובה חו"מ טו, ט), ראו דבריו גם בתשובה נוספת ב, קסח.

141. שו"ת עזרת כהן, מא.

כאמור לעיל, הנטייה בפסקי הדין הרבניים היא להשתמש באומדן רק כדי להחזיק ממון. אמנם מצאנו מקרה שהוציאו מיתומים:

ובענין הוצאה מהיתומים עפ"י, אומדנא מצינו בשו"ת הלכה למשה חלק חו"מ סי' י' שהרבה להוכיח שאף שכתב מרן בחו"מ בסי' ט"ו סעי' ג' שאין מוציאין וכו', וכן בחו"מ בסוף סי' רצ"ז, מ"מ היינו דוקא כשהאומדנא היא מדעתו של הדיין דוקא ואין לה הוכחה מדברי העדים, אבל כשיש לה סמכות גם מדברי העדים – מוציאין. ועל פי זה העלה להלכה דהיכא דאיכא אומדנא טובא דמוכחי מוציאין גם בזמן הזה מן היתומים עיי"ש. ובנידוננו הדעת נוטה כי יש לדון לומר דהוי בגדר אומדנא טובא, ולכן על כל כגון זה יש עכ"פ לפסוק לטובת התובע.¹⁴²

גם בתשובה זו בית הדין חייב רק בחלק מהתביעה ובצירוף שיקולים רבים נוספים. במקום אחר¹⁴³ הסתמך בית דין על אומדן כדי לבטל הוכחה מסוימת על בעלות הממון.

הרב מרדכי אליהו¹⁴⁴ פסק שהולכים אחר אומדן מוכח גם בזמן הזה, אלא שלכאורה מדובר באומדן כדי להחזיק ממון ולא כדי להוציא. אמנם יש לציין שבעקבות דברי הרב אליהו הכריע בית הדין לממונות ירושלים¹⁴⁵ להוציא ממון מנתבע שנראה ששיקר לבית הדין.

הרב מימון נהרי¹⁴⁶ כתב בפסק דין שיש להוציא ממון ממוחזק על סמך אומדן ברור וקלטת שבה נראו מעשים מכוערים. בפסק דין של בית הדין הגדול¹⁴⁷ נחלקו הדעות האם ללכת אחר אומדן, ורוב הדיינים הכריעו שיש ללכת אחר אומדן שהבעל רשם את הדירה כולה על שם אשתו רק לצורך המשכנתא, ולמעשה חצי הדירה שייכת לו (ואולי מקרה זה הוא בגדר "אומדין דעת נותן" שלא הזכר שם, וצ"ע). הרב ציון אלגרבל¹⁴⁸ קבע בפסק דין ללכת אחר "אומדנא דמוכח" לפי שיטת התשב"ץ.

142. פסקי דין רבניים א, עמ' 374.

143. שם ג, עמ' 192.

144. שם ט, 350.

145. שם ב, רמט.

146. שם, בית הדין בחיפה, תיק מס' 1-29-6830, פורסם באתר דעת.

147. פסקי דין רבניים יז, 321.

148. שם כא, עמ' 143.

הרב משאש¹⁴⁹ כתב בתשובה לקיים צוואה שאחד התנאים שבה לא התקיים, על פי אומדן שהמצווה לא התכוון לבטלה במציאות שנוצרה. הוא ביסס באריכות את דין "אומדנא דמוכח" אף כדי להוציא ממון, והדגיש שיש גם צד נוסף של אומדן על התנאי.¹⁵⁰

3. אומדן לכל העולם

באחרונים מובא שיש הבדל בין אומדן אישי של הדיין לבין אומדן דעת שמתקבל על דעת רבים. כך הסביר התשב"ץ את ההבדל בין המקרים שבהם הרמב"ם פסק שניתן לסמוך על אומדן בזמן הזה, למקרים שבהם הרמב"ם שלל זאת:

היינו במילתא דלא קיימא לן לאיניש בההיא סהדותא דקושטא היא אלא לההוא דיינא וכמו שהוא מוכיח לשון הרמב"ם ז"ל בזה. אבל היכא דקיימא לן לכולי עלמא דהאי סהדותא דמסהיד האי קושטא היא שפיר עבדינן בה עובדא ומרעי' וקרעי' שטרא אפומיה. שהרי נסתלק חשש רחוק מעליו, והתורה לא פסלתו אלא מאותו חשש רחוק וכיון שנסתלק מעליו הרי הוא כשני עדים כשרים.¹⁵¹

מדברי התשב"ץ עולה שיש הבדל בין הדין המוזכר בגמרא המאפשר לדיין להסתמך על עד אחד במקרה שהדיין סומך על דבריו ("קים לי בגווה"), שבטל בימינו, לבין מקרה שבו כולם מאמינים לו. התשב"ץ המשיך בשיטה זו וקבע שניתן להסתמך על אומדן כללי גם בימינו:

ואינו קשה כלל דהתם שהוא רוצה לסמוך לאורעי שטרא לאפוכי שבועתא ע"פ קרוב או אשה כשנים משום דאיהו קים ליה בגויה האידנא לית לן למעבד הכי אבל במאי דאמרי כולי עלמא דהכי הוא קושטא דמילתא לית ליה לאמנועי מלמעבד הכי אדרבא מחייב למרדף בתר קושטא להוציא דין לאמתו.¹⁵²

התשב"ץ הביא ראיה לדבריו שמעבירים רכוש ליורש גם ללא עדות של שני עדים כשרים על פטירת המוריש. ביחס ל"גמל האוחר" נראה מדברי התשב"ץ¹⁵³ שהוא רואה בכך מעין "חזקה" בלבד שהיא בדרגה פחותה מאומדן.

149. שו"ת תבואות שמש חו"מ, יח.

150. וצ"ע מדוע לא הזכיר גם "אומדן דעת נותן".

151. שו"ת התשב"ץ א, עז.

152. שם, פ.

153. שם.

מן הראוי לציין כי התשב"ץ אינו מחלק בין אומדן כדי להחזיק ממון לבין אומדן להוציא ממון. כמו כן, כאמור לעיל, בדיני נפשות הרמב"ם שלל פסיקה על פי אומדן, ואף שהתשב"ץ אינו מתייחס לכך, ייתכן שהוא מקבל הבחנה זו. בדומה לתשב"ץ כתב בשו"ת אבני שיש לגבי אישה שמכרה שדה ולאחר זמן רב ערערה על חלק מהשדה. הוא הראה שכאשר האומדן אינו של הדיין בלבד אלא "מוכח לכל העולם" הולכים אחריו גם בזמן הזה:

אלא שהרמב"ם בפרק כ"ד מהלכות סנהדרין נעל בפנינו כראוי... וקרוב לשמוע דמאי דהוסיף הרמב"ם על דברי גאון מחמת שכך הסכימו רוב בתי דיני ישראל להוסיף דאין מוציאין, מכל מקום אף לדעת הרמב"ם לא אמרה למילתיה אלא בדבר שאין לו הוכחה אלא מאומדן דעתו של דיין שדעתו נוטה שדבר זה אמת והדבר חזק בלבו שהוא כך. וכיון שכן איתיה השתא לטעמא דכתב כדי שלא יאמר כל הדיוט לבי מאמין בזה ודעתי סומכת על זה. אבל דבר שאינו תלוי באומדן דעתו של דיין זה בלבד, אלא הדבר מוכח **לכל העולם**. ולא נפיק מניה חורבא שיאמר כל הדיוט לבי מאמין בזה שדברים שבלבו אינם דברים, אלא שיהיו מוכיחים וברורים לכל העולם יע"ש. והוא טעמו של הרא"ש דאזיל בתר אומדנא דמוכח לכל.¹⁵⁴

גם נתיבות המשפט הבחין בין אומדן כללי לאומדן של הדיין בדעת הרמב"ם:

ונראה דלא מהני אומדנא רק לענין אורועי שטרא. תדע, דאמרינן בכתובות פרק הכותב (פה,א) קרענא סלקא דעתך אלא מרענא, או לענין מיפך שבועה. אבל לענין להוציא ממון אין שום הוה אמינא, כדאמרינן שם קרענא סלקא דעתך. והא דמהני אומדנא להוציא מיתומים (כמבואר ברמב"ם שם), נראה דוקא אומדנא שהיא אומדנא לכל העולם, כגון ידענא ביה בחסא דלא אמיד (כתובות שם,ב), דכשם שידוע לו כך ידוע לכל העולם, ובדבר שהוא אומדן של כל העולם אין זה בגדר עדות כמו שכתבו התוספות ביבמות ריש פרק האשה רבה (פח,א, ד"ה אתא גברא), אבל בדבר שהוא רק ידוע להדיין פסלו רחמנא בגזירת הכתוב, כנ"ל.¹⁵⁵

לדבריו הרמב"ם מחלק בין "אומדנא לכל העולם" שמאפשר אף להוציא ממון (אך לא בימינו), לבין אומדן של הדיין ("קים לי בגווה") שמועיל רק להחזיק ממון.

154. שו"ת אבני שיש ב, יח, וחזר על כך שוב שם, לו, אך הדגיש שזו אומדנא להחזיק ממון ולא להוציא ממון.

155. נתיבות המשפט טו, ב. כדאי לציין שבספר נחל יצחק דייק מדברי נתיבות המשפט שהחיסרון בעדות עד אחד הוא משום שאינו מדייק, ועל כן נאמנות אישית של העד ("קים לי בגווה") פותרת חשש זה, אולם, הוא חולק עליו.

דבריו דומים לדברי התשב"ץ, אולם מסתבר שיש הבדל ביניהם במקרה של נאמנות מיוחדת של עד ("קים לי בגווה"). מנתיבות המשפט משמע שנאמנות כזו מבוססת תמיד על אומדן אישי בעוד שלדברי התשב"ץ ייתכן שהיא תהיה מבוססת על אומדן כללי. כמו כן, לדעת נתיבות המשפט היה ניתן להסתמך על אומדן כללי כדי להוציא ממון בעבר אך לא בימינו, בעוד שלדעת התשב"ץ באומדן כללי ניתן להוציא ממון גם בזמן הזה.

בספר נחל יצחק¹⁵⁶ התקשה בהבנת דברי נתיבות המשפט. לדבריו האומדן ביתומים יכול להיות גם כזה הידוע רק לדיין, ומאידך האומדן של "קים לי בגווה" יכול להיות כזה שמפורסם אצל רבים שמכירים את העד כאדם ישר במיוחד. גם בספר אמרי בינה¹⁵⁷ דייק מדברי הרמב"ם¹⁵⁸ שאומדן הדעת של הדיין קובע לגבי היתומים גם כשהדברים אינם מוסכמים על אנשים אחרים.

4. כוחו של שכנוע אישי

יש אחרונים שתירצו את הסתירה ברמב"ם בין ההיתר להסתמך על אומדן בדיני ממונות, לבין דין "גמל האוחר" שבו האפשרות הזו נשללה, כהבדל בין שכנוע פנימי לבין הסתמכות על עדות פסולה או על הסתברות. ברוח זו כתב בספר נחל יצחק:

כללו של דבר כיון דבהך "קים ליה בגווא" דלא משקר, דהדיין עצמו **סומך על עדותו של האחר** דכיוון דהדיין אינו יודע את הענין בעצמו רק ע"פ עד האחר... אבל אומדנא זו יודע הדיין על פי ידיעתו ואומדן דעתו.¹⁵⁹

נחל יצחק מבחין בדעת הרמב"ם בין שתי דרגות של אומדן: הדרגה הגבוהה שניתן להוציא על פיה ממון היא אומדן שנובע מידיעת הדיין עצמו, ואילו הדרגה

156. נחל יצחק, טו.

157. אמרי בינה חו"מ, כד.

158. הן מסיום דבריו של הרמב"ם שקובע בצורה ברורה בהלכות סנהדרין (רמב"ם סנהדרין כד, א) "שאין הדבר מסור אלא ללבו של הדיין", הן לאור דבריו בהלכה המקבילה בהלכות שאילה ופקדון (שם, שאילה ופקדון ו, ד): "באו עדים והעידו לדיין שאין זה אמוד אין מוציאין מיד היתומים בעדותן שאין זה ראייה ברורה, ואומדן דעתן אינו אמוד דעתו ואין לו לדיין אלא מה שדעתו סומכת עליו כמו שיתבאר בהלכות סנהדרין". ההדגשה בדברי הרמב"ם היא ברורה, גם כשיש עדים בדבר "אומדן דעתן אינו אמוד דעתו" כלומר רק אמוד דעתו של הדיין עצמו הוא זה שקובע.

159. נחל יצחק, טו.

השנייה היא אומדן שהדיין מבסס על אמירת אחרים ואז הוא אינו יכול להוציא ממון על פיו. כך כתבו גם פרישה¹⁶⁰ וזכר יצחק.¹⁶¹

5. הוצאת ממון מיתומים

כיוון שונה עולה מדברי אמרי בינה.¹⁶² הוא סבר שבדרך כלל ניתן רק להחזיק ממון על ידי אומדן. לדעתו המקרה של היתומים אינו בגדר הוצאת ממון שכן מדובר בחוב ברור, והדין הוא בשאלה עד כמה בית הדין יכול לטעון טענות עבור היתומים כדי לפטור אותם. במקרה כזה יש סברה להימנע מטענות עבורם, שהרי גם הם מצווים על הגול.

גם מדברי המהרי"ט¹⁶³ משמע קצת שכך היא דעתו והוא אף מכריע שבמקרה שהטענות עבור היתומים הן מאוד לא שכיחות הרמב"ם יודה שגם היום בית הדין יכול לאמוד שטענות אלו אינן נכונות ולהימנע מלטעון אותן.¹⁶⁴

6. בית דין גדול בדורו

ראוי לציין גם לדברי בנו של הרשב"ש ונכדו של התשב"ץ, רבי צמח דוראן בשו"ת יכין ובוועז שמזהיר מהסתמכות על אומדן. אם כי אזהרתו מיועדת למי שאינו ראוי בעיניו, ובמקרה שלדבריו גם לא היה אומדן אמיתי:

מבואר שלדעת הרי"ף ז"ל והרמב"ם ז"ל שבתני דינים שלנו היום אין דנין באותן אומדן דעתא ואומדנא דמוכח שהזכירו בעלי התלמוד. ואפילו תאמר שלא תסמוך על הרי"ף ז"ל והרמב"ם ז"ל בזה, מכל מקום הבו דלא לויסיף עלה ואין לדון בזה אלא באותן עניינים המוזכרים בתלמוד לא בענין חדש שאינו מאותן הנזכרים בתלמוד, ויבא כל הבא וימלא את ידו וידמה מילתא למילתא דילמא לא דמייא. ואם יעשה זה הרא"ש שהוא רב וגדול בישראל ומופלג בדינים ודיינא הוא ונחית לעומקא דדינא לו נאה לדון

160. פרישה חו"מ טו, ד"ה אם.

161. זכר יצחק יח, ב. ראו עוד באריכות הרב מיכאל בריס, "מבוא להלכות עדות: כללים נוקשים ושכנוע הלב – עיון בשיטת הרמב"ם", משפטי ארץ ב: טענות וראיות, עמ' 60-61.

162. אמרי בינה דיינים, כד.

163. שו"ת מהרי"ט א, קיב.

164. יש מקום להעיר על שו"ת תבואות שמש חו"מ, יח, שהוכיח מדברי המהרי"ט שאפשר לסמוך על "אומדנא דמוכח" גם בזמן הזה. לכאורה אין זו כוונת המהרי"ט, מכיוון שהוא עוסק אך ורק בתחום זה של טענות ליתומים ואי אפשר ללמוד מדין זה על דיני אומדן בכלל.

באומדנא דמוכח ואומדן דעתא הוא וכל דדמי ליה לא לאחריים שאינם

בקיאים.¹⁶⁵

גם בספר ישועות ישראל¹⁶⁶ טען שיש לחלק בין אומדן של בית דין רגיל שלא ניתן להוציא ממון על פיו, לבין אומדן של דיין גדול בדורו שרשאי לפסוק שלא על פי שורת הדין.

7. הסתמכות על אומדן במסגרת פשרה

בשולחן ערוך פסק בעקבות הרא"ש:

יש כח לדיין לעשות דין כעין הפשרה, במקום שאין הדבר יכול להתברר.

ואינו רשאי להוציא הדין חלוק מתחת ידו בלי גמר.¹⁶⁷

השולחן ערוך קבע כאן שכאשר אי אפשר להגיע לחקר האמת ניתן להכריע בדרך פשרה על פי אומדן. בעקבות זאת כתב בשו"ת דברי מלכיאל:

שאינן הפשרה על שיווי השבועה רק על אומדן הדעת בגוף החוב. ומצד

האומדנא פסק ג"כ לפשר אף בלא הסכם הבעלי דין.¹⁶⁸

כלומר, כאשר ישנו ספק עובדתי ניתן לפשר בין הצדדים גם ללא הסכמתם.

בעקבות דברים אלה כתב הרב זלמן נ. גולדברג: "נראה שבפשרה יש אפשרות

להוציא ממון ברוב או במיגו. אכן מסתבר שדבר זה תלוי בשיקול הדעת, ובודאי

שגם ברוב יש חילוקים בין רוב לרוב... הרי מצינו פשרה כשאין הדבר ברור

לגמרי... ובכל ספק שלא ניתן לבד להגיע לאמת, עליהם לעשות פשרה".¹⁶⁹

ד. סיכום

במקרים רבים נדרש בית הדין להכריע את הדין ללא שהוצגה בפניו ראייה כשרה,

כשני עדים, הודאת בעל דין או שטר. בחלק מהמקרים מוצגות בפני בית הדין

ראיות נסיבתיות שונות – האם במקרים כאלה יוכל בית הדין להכריע בשאלות

עובדתיות או שמא יהיה עליו להישאר בספק? בחינת המקורות בעניין, מעלה

שניתן לחלק את המקורות לכמה סוגים, ובכל סוג ישנן דעות שונות.

165. שו"ת יכין ובועז א, קלג.

166. ישועות ישראל טו, ד.

167. שולחן ערוך חו"מ יב, ה.

168. שו"ת דברי מלכיאל ב, קלג.

169. הרב זלמן נ. גולדברג, שבחי הפשרה, משפטי ארץ א: דין, דיין ודיין, עמ' 79-81.

1. הסוגיות ופסיקת הראשונים

א. ידיעה ללא ראיה

בגמרא נאמר שאם אדם נחבל במקום שלא היה יכול לחבול בעצמו, ולא היה שם איתו אלא אדם אחד – הנחבל גובה ממנו בלא שבועה. בעקבות זאת נפסק בשולחן ערוך: "עדות בידיעה ללא ראיה... שיש מי שאומר דהוי עדות". נחלקו הפוסקים האם גובה מעיקר הדין¹⁷⁰ או שמא מן התקנה.¹⁷¹

ב. אומדים דעת הנותן

הרמב"ם כתב: "לעולם אומדין דעת הנותן", וכן נפסק בשולחן ערוך. מהרי"ק הסביר שבמקרה זה ניתן להסתמך על אומדן מכיוון שמדובר באומדן גמירות דעתו של אדם, ולא בהכרעה בשאלה עובדתית. לגבי מכר נחלקו ראשונים: תוספות כתבו שאומדים את דעת המוכר, ואור זרוע כתב שבמקרה כזה לא ניתן להסתמך על אומדן, הרמ"א הביא את שתי הדעות.

בשו"ת התוספות מובא שאומדן גמירות דעת הנותן הנדרש הוא פחות מאשר אומדן בהכרעה עובדתית. הרשב"א כתב שאומדים דעתו של אדם שהתחייב, גם כאשר השתנו הנסיבות לאחר הסיכום, כגון ביטול שידוך עם חתן שנודה.

ג. "גמל האוחר"

בתוספתא נחלקו תנאים לגבי "גמל שהיה אוחר בין הגמלים ונמצא גמל מת שם": חכמים פוטרים ורבי אחא מחייב. רמב"ם, רי"ף, רמב"ן, סמ"ג, רבנו ירוחם והטור פסקו כחכמים. מהר"ם ותלמידיו, רא"ש ורבי פלטיאל, פסקו כדעת רבי אחא, שניתן להסתמך על "אומדנא דמוכח" אפילו כדי להוציא ממון. בשולחן ערוך פסק שלא כרבי אחא, אולם פסק כדעת הרא"ש במקרים שבהם הסתמך על אומדן אפילו כדי להוציא ממון.

ד. שכנוע של הדיין ללא ראיה

בעקבות כמה מקרים המופיעים בגמרא כתב הרמב"ם: "יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן, אף על פי שאין שם ראיה ברורה", אולם, הוסיף הרמב"ם שבימינו הדבר נאסר ויש צורך בראיות. דברים דומים כתבו רי"ף ורא"ש.

170. רמ"ה, תוספות, רמב"ם ע"פ חלק מהאחרונים, חתם סופר, הראי"ה קוק, חלקת יעקב.

171. רמב"ם ע"פ אחרונים אחרים.

כמה אחרונים הציעו לחלק בדעת רא"ש בין גמל האוחר שם יש "אומדנא דמוכח", לבין המקרים שבהם יש תקנה שלא להסתמך על אומדן, שם אין אומדן ברור.

ה. דין מרומה

הרמב"ם כתב שב"דין מרומה", שבו יש לדיין תחושה שהראיות אינן משקפות את האמת, על הדיין להסתלק מהדין. הרא"ש כתב שכאשר התובע נראה כמשקר הוא כותב לנתבע שאין לדון בתביעה זו יותר, וכאשר הנתבע נראה כמשקר הוא מכריע על פי אומדן. בשולחן ערוך הביא את דברי הרא"ש.

ו. קנס

הרמב"ם כתב שניתן לקנוס גם ללא ראיה כשרה, וכך פסק בשולחן ערוך לגבי גדול הדור, כפי שכתב הרא"ש.

2. אחרונים

בעקבות מחלוקות וסתירות בדברי הראשונים הציעו אחרונים כמה עקרונות להכרעה על פי אומדן:

א. להחזיק ממון

בשו"תים הבאים נפסק שניתן להסתמך על אומדן רק כדי להחזיק ולא כדי להוציא: רדב"ז, תורת אמת, בעי חיי, שואל ומשיב, משפטים ישרים, וכך מקובל לפסוק בפסקי דין רבניים.

ב. אומדנא דמוכח

לעומת זאת בשו"תים הבאים נפסק שניתן להסתמך על "אומדנא דמוכח" גם כדי להוציא ממון: רא"ם, מהרשד"ם, מהרי"ט צהלון (מחדש שלפי הרא"ש אומדן לא יועיל כדי לשער את סכום התביעה), דרכי נועם, עבודת הגרשוני, אבני שיש, תבואות שמש, וכן במקצת פסקי דין רבניים.

ג. שכנוע אישי

ישנם אחרונים שחילקו בין הסתמכות על שכנוע אישי שאפשרית, לבין הסתמכות על עדות פסולה או על הסתברות שאסורה, ובהם: התשב"ץ, פרישה, נחל יצחק ובית יצחק.

ד. יתומים

בספר אמרי בינה כתב שהוצאה מיתומים דינה כהחזקת ממון כיון שיתומים אינם טוענים ברי, וכך משמע מהמהרי"ט.

ה. בית הדין הגדול בדורו בשו"ת יכין ובוועז ובספר ישועות מלכו כתבו שרק בית דין גדול שבדורו יכול להוציא ממון על פי אומדן.

ו. פשרה

משו"ת דברי ריבות משמע שניתן להסתמך על אומדן כחלק מפשרה, וכן כתבו בשו"ת דברי מלכיאל, והרב זלמן נ. גולדברג. וכך סוכמו הדברים בכנס הדיינים בנושא כללי הפשרה: "סמכות הפשרה מאפשרת לבית הדין להכריע בשאלות עובדתיות על פי אומדן דעת".¹⁷²

ה. נספח – נאמנות עדים פסולים

השולחן ערוך פסק:

אשה, פסולה. וטומטום ואנדרוגינוס, פסולים מספק. וכל מי שהוא ספק כשר ספק פסול, הרי הוא פסול.¹⁷³

הרמ"א הוסיף על כך:

וכל אלו הפסולים, פסולים אפילו במקום דלא שכיחא אנשים כשרים להעיד, וכל זה מדינא. אבל י"א דתקנת קדמונים הוא דבמקום שאין אנשים רגילים להיות, כגון בבית הכנסת של נשים או בשאר דבר אקראי שאשה רגילה ולא אנשים, כגון לומר שבגדים אלו לבשה אשה פלונית והן שלה, ואין רגילים אנשים לדקדק בזה, נשים נאמנות. ולכן יש מי שכתב דאפילו אשה יחידה, או קרוב או קטן, נאמנים בענין הכאה ובזיון תלמיד חכם או שאר קטטות ומסירות, לפי שאין דרך להזמין עדים כשרים לזה, ואין פנאי להזמין. והוא שהתובע טוען ברי.

הרמ"א הביא תקנת קדמונים שבמקום שאין אנשים רגילים להיות גם נשים נאמנות. וסיים שלפי זה יש מי שכתב שאפילו אישה יחידה וקטן נאמנים על ביזיון תלמידי חכמים.

הנודע ביהודה¹⁷⁴ ציין שהרמ"א עירב שתי שיטות שונות. החלק הראשון ברמ"א מבוסס על דברי תרומת הדשן:

...והשתא כיון דשמעין מן התנא דסברא לומר דכל היכי דהפסולים שכיחי טפי מן הכשרים יש להכשיר הפסולים, אע"ג דמסיק התנא דלא נכשרינהו

172. לעיל עמ' 215.

173. שולחן ערוך חו"מ לה, יד.

174. שו"ת נודע ביהודה חו"מ תנינא, נח, מובא בפתחי תשובה חו"מ לה, ט.

אית למימר הני מילי גבי נזיקין, משום דאי הימנינהו א"כ לא שביק חיי לכל בריה, דכל חשוד גזלן ישכיר עבדים או נכרים, או יפתה נשים או קטנים, שיעידו לו שחבירו או בהמת חבירו הזיקו בק' מנה בכל יום. אבל לעולם נימא במילי אקראי כגון בגדי אלמנות או מקומות בבית הכנסת של נשים, יש לנו לתפוס סברת התנא דיש להכשיר הפסולים.¹⁷⁵

לפי מה שמבאר תרומת הדשן, באירועים נדירים שאינם קשורים לדיני נזיקין המצויים ניתן לסמוך מדאורייתא על אנשים שרגילים להיות במקום, אפילו אם הם פסולי עדות. מדבריו משמע שפסולי עדות כשרים מדאורייתא, והם נפסלו (ככל הנראה מדרבנן) רק מחשש שישכרו אותם להעיד עדות שקר. הנודע ביהודה כתב שלפי ההסבר של תרומת הדשן גם בעדות על גניבה הם נאמנים, מכיוון שגניבה היא אירוע חריג שבו לא גזרו חכמים.

לעומת זאת המהרי"ק שהוא המקור השני המובא ברמ"א מדבר על תקנה:

ואף על גב שלא היו שני עדים בדבר הלא כתב בתקנת קדמוניות מרבנו תם שאפילו אשה יחידה או קרוב נאמנים להעיד שראו שהכהו כו'. וכן קטן כדאיתא התם ומפרש שם הטעם לפי שאין פנאי להזמין כשרים פתאום לזה והוא הדין נמי בדין מבזה תלמיד חכם וקל וחומר הוא לפי הנראה לעניית דעתו.¹⁷⁶

נראה שמהרי"ק מסתמך בעיקר על תקנה קדמונית, שנשים נאמנות בדברים שאין אנשים מצויים בהם ואין פנאי להזמין עדים עבורם.

הנודע ביהודה נשאל אם אפשר לקבל עדות שתי נשים על מי שיצא עליו שם שגנב. השואלים נחלקו האם אפשר לקבל עדותם על פי הרמ"א. אך הנודע ביהודה הפנה אותם לסוף דברי הרמ"א שלצורך קבלת עדים פסולים נדרשת טענה ודאית ("בריי").

לפני כן הוא הוסיף עוד מספר יסודות בדינים אלו. כבר הזכרנו לעיל שלדעתו אין לסמוך על עדות נשים גם על גניבה כמו על נזיקין. והוסיף שגם לדברי המהרי"ק שיש תקנה לקבל את עדותן, אין מקבלים אותן אלא במקום שאין אנשים ונשים מצויים, מכיוון שזהו דבר שקורה באופן פתאומי. אך להעיד על גניבה שנמצאת ביד פלוני, שזהו דבר שיכול להימשך זמן מה ואינו פתאומי, גם לדעת מהרי"ק נשים אינן נאמנות.

175. שו"ת תרומת הדשן, שנג.

176. שו"ת מהרי"ק, שורש קעט.

מן הראוי לציין גם את דעת המהרש"ל¹⁷⁷ שעדות נשים מועילה רק במקום שיש כבר ספק ואי אפשר לברר אלא על ידי הפסול, כמו ביולדת שנאמנת על הוולד מסיבות אלו. כמו כן הוא כתב שאם הפסולים הם גם קרובים, הם אינם נאמנים אלא לחובת הקרוב.

בשו"ת כנסת יחזקאל¹⁷⁸ כתב שאף לפי דרכו של המהרש"ל נשים נאמנות על עבירה רק במקום שיש "קול" המסייע להן. בנוסף לכך הביא את חידוש המהרש"ל שאישה או קטן ששונאים אינם נאמנים, וראו עוד בשו"ת משפטי עוזיאל¹⁷⁹ בפסק דין ירושלים עסקו בעדות קרובים על תנאים שהתחייבה החמות לחתן וציינו דעות מצמצמות:

ובכנסת הגדולה סוף סימן לה כתב בשם מהר"ש הלוי חו"מ סי' לח דאף המכשירים עדות נשים ופסולים אלא בדברי ריבות וקטטות, אבל לענין ממון לא, זולת תרומת הדשן. ועוד כתב שם בכנה"ג דמהר"י פורמון שהובא ברש"ך ח"ב סי' קס הסכים עם הדעה הראשונה שאין להכשיר עדות נשים ופסולים כלל. וכתב מהר"ש הלוי שם ומהר"א די בוטון בתשו' כתב יד סי' קעד, דכיון דאיכא פלוגתא אוקי ארעא בחזקת מריה קמא. ועי' אוצר הפוסקים אבהע"ז סי' ד ס"ק קסא.¹⁸⁰

נמצא שישנה מחלוקת האם ניתן להסתמך על עדים פסולים כשאינן עדים כשרים. גם בין הסבורים שהדבר אפשרי ישנה מחלוקת באילו מקרים ותנאים ניתן לעשות זאת.

ו. סיכום כנס הדיינים תש"ע בנושא: הסתמכות על אומדן דעת

1. בהסכם הבוררות מקובל לכתוב שהצדדים מקבלים את בית הדין "בין לדין ובין לפשרה", ובכך ניתנת לבית הדין הסמכות להכריע על פי פשרה הקרובה לדין.¹⁸¹

2. סמכות הפשרה מאפשרת לבית הדין להכריע בשאלות עובדתיות על פי אומדן דעת.¹⁸²

177. ים של שלמה בבא קמא, א, מא.

178. שו"ת כנסת יחזקאל פג, מובא בפתחי תשובה חו"מ לה, יא.

179. שו"ת משפטי עוזיאל ד, חו"מ, כ.

180. פסקי דין ירושלים ז, עמ' שמ.

181. תשובות חכמי פרוביניציה ב, יד; שו"ת רדב"ז ד, קסד; ועוד רבים.

182. שולחן ערוך חו"מ יב, ה, שו"ת מהרשד"ם חו"מ, שסז; שו"ת דברי מלכיאל ב, קלג.

3. כאשר ישנה ודאות מוחלטת ניתן לחייב אדם ללא ראיה.¹⁸³
4. בית הדין מוסמך לאמוד את דעתו של אדם (כגון, האם גמר בדעתו למכור) גם ללא ראיה.¹⁸⁴
5. בית הדין יכול להסתמך על אומדן דעתו בשאלות עובדתיות, כאשר הוא משוכנע שכך אכן קרה.¹⁸⁵
6. כאשר בית הדין איננו משוכנע במידה סבירה, הוא ימנע מלחייב אפילו חיוב חלקי,¹⁸⁶ מלבד במקרים המוגדרים בהלכה (כגון, חיוב ממון במקום שבועה¹⁸⁷).
הרב יעקב אריאל, רב העיר רמת גן, ואב"ד לממונות "ארץ חמדה – גזית"
הרב דב ליאור, רבה של קריית ארבע
הרב ד"ר רצון ערוסי, רבה של קריית אונו, ויו"ר הליכות עם ישראל
הרב אברהם גיטר, רבה של עפרה, יו"ר מכון משפטי ארץ,
אב"ד לממונות "ארץ חמדה – גזית"
הרב יוסף כרמל, ראש כולל ארץ חמדה ואב"ד לממונות "ארץ חמדה – גזית"
הרב אליעזר שנקולבסקי, ראש ישיבת ההסדר בית שמש,
ואב"ד לממונות "ארץ חמדה – גזית"

183. תוספות שבועות לו,ב, ד"ה דאי; דברי הרמ"ה שהובאו בטור חו"מ, צ; שו"ת חלקת יעקב אה"ע, מט; שו"ת עזרת כהן, כט.

184. תוספות קידושין מט,ב, ד"ה דברים; שו"ת מהרי"ק, שורש קכט.

185. שו"ת הרא"ש סח, כג; לד, א; פו, א; הגהות מרדכי קידושין, תקסד; שו"ת הרא"ם, טז; שו"ת מהרשד"ם חו"מ, ה; שו"ת דברי ריבות, רסב, הרב בצמ"ח עוזיאל, השופט והמשפט, עמ' 420-421.

186. בבא קמא מו,א: "אמר רב יהודה אמר שמואל: זו דברי סומכוס, דאמר: ממון המוטל בספק חולקין, אבל חכמים אומרים: זה כלל גדול בדין המוציא מחבירו עליו הראיה."

187. שולחן ערוך חו"מ יב, ב.

עדות מומחה בהלכה

הרב עדו רכניץ

- | | |
|---|---|
| א. רקע – הסתמכות על מומחים ובקיאים | 3. הכרעה בוויכוח בין השמאים |
| ב. מידע שעשוי להתגלות | 4. טעות בשמאות |
| 1. עדות אישה – עבידא לאיגלויי | 5. סמכותו של בית הדין להחליט בניגוד לדעת השמאים |
| 2. זיהוי יבם – גילוי מילתא | ד. מקרים גבוליים |
| 3. הסתמכות על עד שאינו כשר | 1. הערכה לגבי אירוע שהתרחש בעבר |
| 4. מחלוקת ריב"ש ורשב"ץ בפרשנות הרמב"ם | 2. הערכה לגבי פעולה עתידית |
| 5. פסיקת שולחן ערוך ורמ"א לגבי מידע שעשוי להתגלות | ה. אמינות המומחה |
| 6. הכרעה על פי רוב דעות | 1. אמינות מיוחדת של בעל מקצוע |
| 7. ודאותו של המומחה | 2. חוות דעת שניתנה תמורת תשלום |
| 8. סמכותו של בית הדין להחליט בניגוד לדעת המומחה | 3. מומחה בתשלום מטעם אחד הצדדים |
| ג. הסתמכות על הערכת מומחים | 4. כיצד ניתן לאמת את חוות דעתו של מומחה בית הדין? |
| 1. מהות השמאות ודיניה | ו. סיכום |
| 2. מספר השמאים וכשרותם | |

א. רקע – הסתמכות על מומחים ובקיאים

בשולחן ערוך מוזכרת מספר פעמים הסתמכות על מומחים ("בקיאים" בלשוננו). כך בנוגע להערכת מחיר (שומה) לצורך גביית חובות מנכסי החייב: אחר שכותבין הטירפא, מורידין שלשה בקיאין לאותה שדה ושמין לו ממנה כשיעור חובו, כפי מה שראוי לו מהקרן וחצי השבח כפי מה ששוה עתה...¹ וכן בנוגע לקביעות בענייני בנייה וכדומה:

* הרב עדו רכניץ הוא מנהל המחקר במכון משפטי ארץ ואב"ד ברשת ארץ חמדה גזית. המאמר נכתב בסיוע הרב אריה וולהנדלר וידיד יקר נוסף שלצערי ביקש שלא אזכיר את שמו, תודתי להם.
1. שולחן ערוך חו"מ קיד, ד.

יש מי שאומר שכותל שבין שתי חצירות שהמקום והאבנים של שניהם, כל אחד בונה ומגביה ומכביד כמו שירצה, ובלבד שלא יגביה כל כך שיתקלקל הבנין לפי ראות עיני הבקיאים בבנין. ויש מי שאומר דהני מילי במקום שלא נהגו השותפין להקפיד בכך, אבל אם נהגו להקפיד, מעכב עליו.²

ובבירור ספק מתי נרקבו גבינות שנמכרו:

ראובן שמכר לשמעון גבינות, ולאחר שלשה ימים פתחם ומצאם מרוקבות ריקבון (גדול), ישאלו לעושי גבינות בכמה זמן ראוי לבא ריקבון ועיפוש כזה, אם יאמרו שנעשה הריקבון בבית המוכר נמצא שהיה מקח טעות, ואם הדבר ספק, המוציא מחבירו עליו הראיה.³

וכן בדברי רמ"א בנוגע להערכה מה גרם לנוק:

ואם לא הרחיק והזיק בית חבירו, חייב לשלם לפי ראות הדיינין שישימו אם הוא גרם לו ההזיק. וכן בשאר נזיקין, כגון האורג שמזיק לחבירו בהכאות שעושה בשעת אריגה, ישומו על פי בקיאין ואומנין, וכל כיוצא בזה.⁴

לפיכך יש לברר מהו מעמדו ההלכתי של המומחה, האם דינו כעד, ואז חלים על עדותו דיני עדות (של שני עדים כשרים), או שמא מעמדו אחר? משאלת מעמדו הבסיסי נגזרות שאלות משניות רבות: האם בית הדין רשאי שלא לקבל את עמדתו של המומחה, כיצד יש לנהוג כאשר קיימת מחלוקת בין המומחים ועוד.⁵

כבר בפתח הדברים ניתן לאפיין את עדות המומחה בכך שבדרך כלל הוא מתבקש לחוות את דעתו בנוגע לעובדות הנמצאות בפני בית הדין, אלא שבית הדין אינו מבין אותן או את משמעותן. לדוגמה, באחת ההלכות שהובאו לעיל דובר על הערכת שווי קרקע: הקרקע נמצאת בפני בית הדין, אלא שלבית הדין אין את הידע כדי לבצע את הערכת השווי בעצמו. כך גם לגבי קביעות הנדסיות – המבנה נמצא לפני בית הדין, אלא שלבית הדין אין את הידע הנדרש כדי להעריך את חזקו. במילים אחרות, עדות רגילה מביאה בפני בית הדין עובדות חדשות, לעומת זאת, עד מומחה אינו מביא עובדות אלא מפרש אותן עבור בית הדין.

אלא שכאן יש להבחין בין שני תחומים:

2. שם קסד, ח, ראו עוד: רמ"א חו"מ קנה, י.
3. שולחן ערוך חו"מ רלב, טז.
4. רמ"א חו"מ קנה, ז.
5. עוד בעניין זה ראו: הרב ד"ר יוסף שרעבי וד"ר יובל סיני, "הגדרת מומחה במשפט העברי", חוות דעת של מרכז ישמ"ע, אתר מכללת נתניה.

תחום ראשון – עדות מומחה המהווה פרשנות של מידע הנמצא בפני בית הדין, כגון, תרגום מסמך משפה זרה, פרשנות של תוכניות הנדסיות, בדיקת חישובים, עדות על המנהג הרווח. בכל הדוגמאות הללו מדובר על פרשנות למידע נגיש ובכולן בדרך כלל הפרשנות היא חד משמעית, ולכן בית הדין יכול לאמת את דבר המומחה אם ייועץ במומחה נוסף.

תחום שני – עדות שיש בה הערכה של המומחה. דוגמה מובהקת לכך היא שמאות של נזק או של קרקע – כאן אין תשובה נכונה אחת, אלא הערכות שונות של מומחים שונים. לתחום זה ניתן לצרף הערכה של מומחה לגבי תיקון נדרש כדי למנוע נזק נוסף, שהרי גם כאן לא ניתן לאמת באופן מיידי את הערכת המומחה, אף שייתכן שבעתיד הערכתו תתבדה.

נדון בשני התחומים ובמאפייניהם, לאחר מכן נבחן מקרי ביניים נוספים.

ב. מידע שעשוי להתגלות

כדי לדון בתחום הראשון, יש לעיין בסוגיות העוסקות בעדויות דומות, כאלה המכונות "מילתא דעבידא לגלויי" ו"גילוי מילתא בעלמא".

1. עדות אישה – עבידא לאיגלויי

לגבי עדות על בעל שנפטר ואשתו מותרת להינשא (להלן, עדות אישה) – הקלו חכמים מאוד, והורו לקבל אפילו עד פסול או עד מפי עד. בטעם דין זה הסתפקה הגמרא, ואחת האפשרויות הייתה "משום דמילתא דעבידא לאיגלויי לא משקר".⁶

נימוק זה הוסבר על ידי הרמב"ם כך:

אל יקשה בעיניך שהתירו חכמים הערוה החמורה בעדות אשה או עבד או שפחה או גוי המשיח לפי תומו ועד מפי עד ומפי הכתב ובלא דרישה וחקירה כמו שבארנו, שלא הקפידה תורה על העדת שני עדים ושאר משפטי העדות אלא בדבר שאין אתה יכול לעמוד על בריו אלא מפי העדים ובעדותן, כגון שהעידו שזה הרג את זה או הלוח את זה. אבל דבר שאפשר לעמוד על בריו שלא מפי העד הזה ואין העד יכול להשמט אם אין הדבר אמת כגון זה שהעיד שמת פלוני, לא הקפידה תורה עליו, שדבר רחוק הוא שיעיד בו העד בשקר, לפיכך הקלו חכמים בדבר זה והאמינו בו עד אחד

6. יבמות צג,ב.

מפי שפחה ומן הכתב ובלא דרישה וחקירה, כדי שלא ישארו בנות ישראל עגונות.⁷

דהיינו, כאשר מדובר על עד שמביא לבית הדין מידע שלא ניתן לאמת אותו, יש לעמוד בדרישות דיני עדות. אולם, כאשר ניתן לאמת את המידע, דרישות אלה אינן תקפות.

נראה שכוונת הרמב"ם היא שכאשר מעידים על אדם שהוא נפטר, יש אפשרות שהמידע יתברר כשקרי אם אותו אדם יופיע. באופן כללי יותר, ניתן לומר שכאשר עד מעיד על **אירוע** שהיה בעבר (פלוני הרג את אלמוני) הדבר אינו ניתן לאימות, לעומת זאת כאשר עד מעיד על **מצב** (פלוני אינו בין החיים) הדבר ניתן לאימות בסבירות גבוהה.

מהרמב"ם משמע שמדובר בדין דאורייתא.⁸ אולם נראה שלפי תוספות⁹ מדובר בדין דרבנן.

אמנם גם הרמב"ם (בעקבות המשנה) הודה שהגמשת דיני הראיות בעדות אישה אינה חלה על דיני ממונות, ואפילו על חלק מדיני הממונות הנגזרים מעדות אישה. וכך פסק הרמב"ם:

אין היורשין נוחלין עד שיביאו ראיה ברורה שמת מורישן, אבל אם שמעו בו שמת או שבאו עכו"ם משיחין לפי תומן, אף על פי שמשיאין את אשתו על פיהם ונוטל כתובתה אין היורשין נוחלין על פיהם.

האשה שבאת ואמרה מת בעלי אף על פי שהיא נאמנת ותנשא ותטול כתובתה אין היורשין נכנסין לנחלה על פיה, אמרה מת בעלי ונתייבמה הרי יבמה נכנס לנחלה על פיה שנאמר יקום על שם אחיו המת והרי קם.¹⁰

דהיינו, גם לאחר היתר אישה להינשא, לא ניתן לסמוך על עדות שאינה כשרה כדי להעביר את רכושו של הבעל ליורשיו. לכך יש חריגים (כתובה ויבם) ולא נעסוק בהם כאן.

2. זיהוי יבם – גילוי מילתא

מושג קרוב הוא "גילוי מילתא" שעליו נאמר בגמרא כך:

7. רמב"ם גירושין יג, כט.

8. לכאורה ברמב"ם יש סתירה בשאלה האם מדובר בקביעה מדאורייתא או מדרבנן, ראו הדגשות בדברי הרמב"ם לעיל וכן רמב"ם עדות ה, ב, אולם אין זה המקום להאריך בכך.

9. תוספות יבמות פח, א, ד"ה מתוך.

10. רמב"ם נחלות ז, א"ב.

אשתמודעינהו – פליגי בה רב אחא ורבינא, חד אמר: בעדים, וחד אמר: אפילו קרוב, אפילו אשה. והלכתא: גלויי מילתא בעלמא הוא, ואפילו קרוב, ואפילו אשה.¹¹

כאן מדובר על זיהוי אחיו של הנפטר כדי להגדיר אותו כיבם. בעניין זה נחלקו אמוראים אם יש צורך בעדות כשרה או לא, ולהלכה נפסק שאין בכך צורך מכיוון שמדובר על "גילוי מילתא בעלמא".

הרי"ף ביאר מושג זה כך:

וכיון דקיימא לן דאשתמודענהו להדין פלניא, גלויי מלתא בעלמא הוא ואפילו קרוב ואפילו אשה מהימנו, דלאו אמילתא דאיסורא קמסהדי ולא אממונא מסהדי, אלא מלתא בעלמא הוא דמגלו, דהדין ניהו גברא פלן והא ניהי איתתא פלניתא. וכיון דמודעי ליה הכי הרי איתחזק גביה דההוא סהדא מפומא דהאי קרוב או מפומא דהאי איתתא דהאי ניהו פלניא והא ניהי פלניתא, הלכך שרי ליה לסהדא למיסמך אפומייהו ולמיסהד עלויה דההוא גברא או עילוה דהך איתתא בין לענין איסורא בין לענין ממונא.¹²

טעם הדבר לפי הרי"ף הוא שאין כאן שאלה הלכתית אלא על שאלה אם איש זה הוא אחיו של הנפטר ולשם כך כל עדות כשרה (ראו לקמן מחלוקת בביאור עמדתו).

לעומתו, הרמב"ם קשר דין זה לדיני "מילתא דעבידא לגלויי":

...ואפילו אשה או עבד או קטן שהוא מכיר ונבון נאמנין לומר זה הוא פלוני אחי פלוני, וזו היא יבמתו, וחולצין על פיהן. מה שאין כן בשאר עדיות של תורה בין לעדות ממון בין לעדות איסור, שזה דבר העשוי להגלות הוא ואפשר לידע אמתת הדבר שלא מפיהן כענין שבארנו בסוף הלכות גירושין...¹³

הרמב"ם כתב במפורש שנאמנות אישה וקטן בזיהוי היבם והיבמה זהה לנאמנותם להתיר אישה, ושתייהן מבוססות על היכולת לאמת את דברי העד. לא ברור מדבריו האם ב"דבר העשוי להגלות" עדות כזו תועיל בממון, או שגם עדות על "דבר העשוי להתגלות" לא תועיל בממון, ודינה כמו עדות רגילה שמחייבת שני עדים כשרים. עוד יש להעיר כי הרמב"ם הגדיר גם את זיהוי היבם כ"דבר העשוי

11. יבמות לט,ב.

12. רי"ף יבמות יג,א.

13. רמב"ם יבום וחליצה ד, לא.

להגלות", ואינו מגדיר אותו כ"גילוי מילתא". משמע, שהוא לא הבחין בין המונחים.

הרא"ש למד מדין זיהוי יבם לתחומים נוספים:

ההוא תברא דהוה חתים עליה רבא בר חנן אתאי ההיא איתתא לקמיה אמרת ליה לאו אנא הואי אמר לה אנא נמי אמרי להו דלאו איהי היא ואמרו לי מיקש הוא דקשיא ובגר לה קלא אמר אביי אע"ג דאמור רבנן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד צורבא מרבנן לאו אורחיה למידק. ושמעינן מינה דלהיכר איש ואשה סומכין על עד אחד ואפילו אשה או קרוב דמילתא דעבידא לאיגלויי הוא מידי דהוה ביבמות (דף לט, ב) להכיר שהוא אחיו מן האב דסגי על פי קרוב דמילתא דעבידא לאיגלויי הוא.¹⁴

דהיינו, הרא"ש סבר שניתן ללמוד מדיני זיהוי יבם גם לזיהוי אדם לצורך דיני ממונות.

3. הסתמכות על עד שאינו כשר

הרמב"ם פסק בכמה הקשרים שניתן לסמוך על עד שאינו כשר, גם כאשר מדובר על עדות שאיננה עדות אישה. למשל, ניתן לסמוך על תרגום של שטר שנכתב בשפה זרה כדי להוציא ממון, גם אם התרגום נעשה על ידי גויים ובלבד שהם יעידו זה שלא בפני זה, ואז דינם כמסיחים לפי תומם (להלן: מסל"ת), דהיינו, כמי שמעיד ללא מודעות לכך שמדובר בעדות, ועל כן אין חשש משמעותי שמא ישקרו:

אם לא ידעו דייני ישראל לקרות שטר זה הנעשה בערכאות של עכו"ם נותנו לשני עכו"ם זה שלא בפני זה וקורין לו שנמצא כל אחד מהן כמסיח לפי תומו וגובה בו מבני חורין.¹⁵

כמו כן פסק כי ניתן לסמוך על אישה שבודקת אם בת הגיעה לבגרות:

כשבדקין הבת בין בתוך הזמן שהוא כל שנת שתיים עשרה בין קודם זמן זה בין לאחריו בודקין על פי נשים כשרות ונאמנות, ואפילו אשה אחת בודקת ושומעין ממנה אם הביאה אם לא הביאה.¹⁶

הרמב"ם כתב שנשים נאמנות לבדוק את הבת גם טרם שהגיעה לגיל שתיים עשרה, והיו שחלקו עליו,¹⁷ אמנם מסתבר שחלקו עליו רק בעדות על בת משום

14. רא"ש בבא בתרא י, יז.

15. רמב"ם מלוה ולוה כו, א.

16. שם אישות ב, כ.

שהמצב אינו סטטי, מכיוון ששערות יכולות לגדול ולנשור, אבל בנוגע לתרגום שטר וכדומה, שהמידע סטטי לגמרי, יסכימו שאין צורך בעדות. כך גם בנוגע לעדות על כך שבית הדין קידש את החודש:

אין השלוחין צריכין להיותן שנים אלא אפילו אחד נאמן, ולא שליח בלבד אלא אפילו תגר משאר העם שבא כדרכו ואמר אני שמעתי מפי בית דין שקדשו את החדש ביום פלוני נאמן ומתקנין את המועדות על פיו, שדבר זה דבר העשוי להגלות הוא ועד אחד כשר נאמן עליו.¹⁸

4. מחלוקת ריב"ש ורשב"ץ בפרשנות הרמב"ם

נחלקו הראשונים – הרשב"ץ והריב"ש, שניהם בתשובות העוסקות בפרשנות דברי הרמב"ם. הרשב"ץ כתב כך:

וזה אשר אני אומר. ואוציא בשפתי אשר לבי גומר. שאין ספק בדעתו של הרמב"ם ז"ל שהוא סובר שע"א במילתא דעבידא לאגלויי כגון מת פלוני או זהו פלוני או אחי פלוני שהוא נאמן דבר תורה וכיון שהתורה האמינתו ואין הפרש בין דבר שבערוה לדבר שבממון שהתורה לא חלקה בעדות בין ממון לערוה...

דודאי עד אחד המעיד אני ראיתיו שמת מדאורייתא הוא נאמן ולא מתורת עדות אלא דחוקה גדולה היא דלא משקרי אינשי בכה"ג. אבל עד אחד המעיד מפי אחרים דהשתא ליתא להא מילתא דעביד' לאגלויי שאפילו יבא אותו שאומרים עליו שמת מצי לאשתמוטי ולומר שמעתי מפי פלו' ואפילו יכחישונו אותו פלוני יכול להעזיז פניו ולומר לו מפיך שמעתי בזה אינו נאמן מן התור' אלא מדבריהם...¹⁹

דהיינו, בדבר שעשוי להתגלות עד אחד כשר נאמן מן התורה גם לעניין ממון (כגון, חלוקת הירושה על פי עדות עד אחד). עד מפי עד נאמן רק לעניין עדות אישה, ולא לעדות ממון, משום שבעד מפי עד, קשה לאמת את דברי העד, שהרי הוא יכול לומר שהוא לא שיקר, אלא רק ציטט את מה שנאמר לו. רשב"ץ סבר שלפי הרמב"ם עדות אישה מועילה מדרבנן בלבד ורק במקרים שבהם אין עד אחד כשר.

נוסף על כך, חילק הרשב"ץ בין דבר שעשוי להתגלות לבין גילוי מילתא, באופן הבא:

17. ראו למשל: כסף משנה אישות ב, ב.

18. רמב"ם קידוש החודש ג, יד.

19. שו"ת תשב"ץ א, פג.

הוי יודע ששני דברים הם בענין זה האחד, מלתא דעבידא לאגלויי והשני גלוי מלתא ויש קצת הפרש ביניהם אף אם נסכים לדברי הרמב"ם ז"ל שהשוה אותן בדיניהן וכמו שאפרש בע"ה.

וההפרש שביניהם הוא דמלתא דעבידא לאגלויי הוא הדבר שאין לנו בו שום ידיעה וגלוי לא בעדות ולא באומדן דעתא אלא מה שהעיד בו זה העד אלא שאינו במדרגת שאר עדיות שיכול לעמוד העד בדבריו כנגד המכחישין אבל הוא באופן שיכול להתברר בירור אמתני כי שקר העיד בלי שום השמטה בעולם.

וגלוי מלתא הוא בהפך מזה שהדבר קרוב לנו להיות נודע כמו שהוא מעיד זה אלא שהוא מכוסה ונעלם קצת שאחר שגלה לנו זה העד אותו כיסוי הוחזק הדבר בדעתנו כאלו נודע לנו ע"פ ראייתנו מצד מה שהיה כבר דעתנו נוטה לזה.²⁰

לדבריו, שני המונחים מתייחסים למידע שניתן לאמת או להכחיש אותו, ובכל זאת יש ביניהם הבדל: דבר שעשוי להתגלות הוא מידע חדש שהביא העד, לעומת זאת גילוי מילתא הוא מידע שכמעט היה במלואו בידי בית הדין, אלא שהיה צורך באימות נוסף כדי להשלים אותו, ולכך הוא נזקק לעד. משום כך כאשר מדובר בגילוי מילתא ניתן לסמוך על כל אדם נאמן, ואין צורך אפילו בעד כשר אחד.

הריב"ש הביין את הרמב"ם באופן אחר. כבר בפתח דבריו הוא חלק על הרשב"ץ:

תשובה: נראה לי ברור, שהדין הוא כמו שאמרת, שאין עד אחד נאמן בעדות אשה מן התורה, אף על פי שהוא דבר העשוי להגלות, אלא מדרבנן...

אלא, כי מעיינת בהך מילתא שפיר, תמצא שאין כל מילתא דעבידא לאיגלויי בגדר אחד: יש דבר שאמרו בו מילתא דעביד' לאיגלויי, שהוא דבר מפורסם לכל ועתיד ליגלות בודאי בקרוב, כהיא דקדשו בית דין את החדש (ראש השנה כב,ב); וכן שטרא פרסאה, דמקרינן ליה לשני עובדי כוכבים זה שלא בפני זה, ומגבינן ביה מבני חרי (גיטין יט,ב ע"ש). לפי שזה דבר שלא ישקרו בו, מפני שרבים יודעים הלשון ההוא, ובידינו לחקור עליו. וכן בבדיקת סימני נערה, שנבדקת ע"פ נשים, לפי שאפשר לבדוק על ידי נשים אחרות, וגם דלא אפשר על ידי אנשים שיסתכלו בערוה. וכן: זה אחיו

של פלוני וזה יבמתו, שדבר זה כבר ידעו בו רבים, ונוכל לחקור הדבר מיד; כי אם אחיו הוא, כבר הוא מוחזק כן בעיר. ויש דבר שאמרו בו גם כן: מלתא דעבידא לאיגלווי, ואינו בגדר זה, שאינו דבר מפורסם, ואין בידינו לגלותו, וגם אינו ודאי שיגלה, אלא שאפשר שיגלה באיזה זמן. כגון: מת פלוני; שהרי אף אם הוא חי, אפשר שלא יבא לעולם, כי ירחיק נדוד לקצה הארץ, ולא יודע אם הוא חי, אם לא; אלא שאם הוא חי ויבא, לא יהיה טענה למי שהעיד עליו שמת; וכמו זה, אינו נאמן מן הדין אלא מדרבנן, בצרוף טעם דיוק האשה. ולא אמר בזה הרמב"ם ז"ל שיהיה נאמן בעדות ממון, אלא בזה אחיו של פלוני ודומה לו, שהוא דבר מפורסם ובידנו לגלותו מיד.²¹

כאמור הריב"ש חלק על הרשב"ץ והוא קבע באופן ברור שעד אחד כשר אינו מועיל לעניין ממון גם בדבר שעשוי להתגלות, אלא רק מדרבנן ובעדות אישה בלבד. בהמשך הדברים הוא מודה שכאשר מדובר על מידע שניתן לאמת אותו באופן מיידי, אזי ניתן לסמוך על עד אחד גם לעניין ממון. כגון, לצורך תרגום של מסמך שנמצא תחת ידיו של בית הדין אשר יכול לבדוק שוב ושוב את דבריו של המתרגם, או במסירת מועד קידוש החודש, שהוא מידע שידוע לרבים.

הריב"ש עסק בנושא זה בשתי תשובות נוספות.²² באחת הוא דן בדברי הרי"ף על עדות לזיהוי יבם, ופירש אותו באופן מצומצם ביותר:

ואני אומר, שלפי לשון הרי"ף ז"ל נראה, שאין אשה וקרוב נאמנין לומר: זה אחיו של פלוני, כשמעידין כן בממון או באיסור בשעת מעשה. ומשנה שלמה שנינו בפרק יש נוחלין (בבא בתרא קלד): האומר: זה אחי, אינו נאמן, ונוטל עמו בחלקו; אלא שאם אמרו כן קודם מעשה, שאין מעידין לא על ממון ולא על אסור, הוחזק על פיהם. ויכולין העדים, או הדיינין, המעידים על החליצה, לומר בלשונם: ואשתמודענוהי וכו', כיון שכבר הוחזק ע"פ אילו קודם מעשה.²³

דהיינו, רק עדות על שאלה שאינה הלכתית מתקבלת. אולם הבית יוסף ציין שרבים חלקו עליו:

וכתב הריב"ש בסימן קפ"ב שנראה לו לפי לשון הרי"ף שאין אשה וקרוב נאמנים לומר זה אחיו של פלוני כשמעידין כן בשעת מעשה, אלא שאם אמרו כן קודם

21. שו"ת ריב"ש, קנה.

22. שם, קפב-קפג.

23. שם, קפב.

מעשה שאין מעידין לא על ממון ולא על איסור הוחזק על פיהם. עד כאן. ואין נראה כן מדברי הפוסקים אלא אפילו לא אמרו כן אלא בשעת מעשה סומכים עליהם. וגם בהגהות מיימון (קושטנטינא) פרק ד' (הלכה ל') כתוב דמשמע מדברי הרי"ף דלא סמכינן אהני אלא אם כן הם מסיחים לפי תומם וכתבו דאין נראה לראבי"ה אלא אפילו במתכוונים להעיד נאמנים וכ"כ במרדכי פרק מצות חליצה (סי' נח).²⁴

למעשה קיבל הבית יוסף את דעת הפוסקים המכשירים עד פסול לזיהוי יבם גם כאשר הוא מעיד לאחר התעוררות השאלה המשפטית.

5. פסיקת שולחן ערוך ורמ"א לגבי מידע שעשוי להתגלות

סקירת הפסיקה מעלה שיש מקרים שבהם ברור שצריך עדות כשרה, יש מקרים שבהם ברור שאין צורך בעדות כשרה, ויש מקרים שלגביהם יש מחלוקת.

מחד גיסא, ברור שצריך עדות כשרה בדבר שעשוי להתגלות – הרמ"א התייחס באופן מפורש למחלוקת ריב"ש ורשב"ץ, ופסק כדעת ריב"ש: "אין חילוק בדיני ממונות בין מלתא דעבידא לגלויי או לא"²⁵, כלומר בשני המקרים נדרשת עדות כשרה. כך כתבו גם הסמ"ע,²⁶ וגם הש"ך: "וכן נראה לי עיקר לדינא דלענין ממון אין חילוק בין דבר שיכול להתברר או לא"²⁷. ומכאן, שכאשר מדובר על מידע שעשוי להתגלות אך אין ודאות שיתגלה – נדרשת עדות כשרה.

מאידך גיסא, ברור שאין צריך עדות כשרה בתרגום שטר – שהרי בשולחן ערוך פסק כדעת הרמב"ם בנוגע לתרגום שטר על ידי שני גויים זה שלא בפני זה:

אם לא ידעו דייני ישראל לקרות שטר זה הנעשה בערכאות של עובדי כוכבים, נותנים לשני עובדי כוכבים, זה שלא בפני זה, וקורים אותו, שנמצא כל אחד כמסיח לפי תומו, וגובה בו מבני חורין.²⁸

על דין זה אין חולק, ומכאן, שכאשר מדובר על מידע שלא משתנה, שניתן לבודקו באופן מידי – אין צריך עדים כשרים. בנוגע למידע שניתן לבדיקה אך יש קושי לאתר מומחה מתאים ראו בהערה.²⁹

24. בית יוסף אה"ע, קנו.

25. רמ"א חו"מ ל, יד.

26. סמ"ע ל, מא.

27. ש"ך חו"מ ל, יג.

28. שולחן ערוך חו"מ סח, ב.

29. בשו"ת מהרש"ם ג, רטו, כתב שמומחיות נדירה, אינה נחשבת דבר שניתן לאימות, מכיוון שהמומחה יוכל להניח שלא ימצאו מספיק מומחים שיסתרו את דבריו, ואלו דבריו: "בנידון

במקרים שבהם הסיכוי לאימות הוא גבוה אך לא ודאי יש מחלוקת אם צריך עדות כשרה – שהרי לגבי בדיקת בת אם היא בוגרת נפסק בשולחן ערוך שאין צורך בעדות כשרה:

כשבודקין אותה בודקין ע"י נשים כשרות ונאמנות, ואפילו אשה אחת בודקת, ושומעין לה אם הביאה ואם לא הביאה, ואפילו היא קרובה.³⁰ ואילו הבית שמואל³¹ הביא שיש חולקים, ועל פיהם נשים נאמנות להחמיר ולא להקל כאמור. בדיקה זו איננה ניתנת לאימות ודאי, מכיוון שיתכן שהשערות גדלו או נשרו לאחר הבדיקה. מחלוקת נוספת הובאה לעיל לגבי זיהוי יבם (גם שם אין ודאות שניתן יהיה לאמת את העדות, ראו לעיל עמ' 306). בשולחן ערוך נפסק כדעת הרא"ש, שניתן לסמוך בענייני זיהוי לצורך תביעת ממון גם על עד פסול מכיוון שזה דבר שעשוי להתגלות:

צריך שיכירו העדים ששם הלוח פלוני בר פלוני, ובשטר המכר, שם המוכר; ובשובר, שם הלוח והמלוה; ואם שטר המלוה הוא בלא קנין, צריכין להכיר אף שם המלוה. ואם אינם מכירים אותם, אפילו אשה או קרוב כשרים לומר שכך הוא שםם.³²

אולם קצות החושן ביאר שעד פסול נאמן מכיוון שהצורך בזיהוי הוא מדרבנן, ולכן אין צריך עדות כשרה:

ולכן נראה הא דסומכין כאן על מלתא דעבידא לגלויי, דחשש זה דאין כותבין אא"כ מכירין אינו חשש אלא מדבריהם, דהא קיימא לן גבי גט דבשעת הסכנה כותבין אעפ"י שאין מכירין כדאיתא פרק התקבל (גיטין סו,א), ואי הוי ספקא דאורייתא בשעת הסכנה היאך עושין נגד חשש תורה, אלא על כרחך אינו אלא מדבריהם ובשעת הסכנה הקילו, ומשום הכי ראו חז"ל להאמין במלתא דעבידי לגלויי אפילו עד אחד והוא פשוט.³³

דין שאין כל אדם יודע להבחין את השמן זולת האומן הכעמיקער ואם רוצים להבחין ע"י אומן אחר גם אם ישנו בעיר צריך להוציא הוצאות על זה כנודע ועוד שהרי יוכל להכחישו ויהיה חד לגבי חד ומי יודע איזהו אומר אמת ולא יהיה נתפס כבדאי אם כן י"ל דבכהאי גוונא אינו נאמן לכולי עלמא."

30. שולחן ערוך אה"ע קנה, טו.

31. בית שמואל שם, כג.

32. שולחן ערוך חו"מ מט, ב.

33. קצות החושן מט, ב.

מדבריו עולה שכאשר צריך עדות מדאורייתא עד פסול לא יועיל אפילו בגילוי מילתא וכן כתב בספר אורים ותומים, אולם בהמשך כתב על פי העיקרון שקבע הריב"ש לגבי גילוי מילתא:

והקשה בספר בני שמואל הא לעיל סוף סימן למ"ד (סעיף יד) אמרינן בממון לא-יש (=אין) הבדל בין מילתא דעבידי לגלויא, והן דברי ריב"ש (סי' קנה וקפא). ולא קשיא מידי, חדא, דכאן בלאו הכי חשש רחוקה שיכחשו וישנו שמום וכמו שכתב בעל העיטור (מאמר ז, כתיבת שטרות כט"ד) באמת דלא חישינן להך ערמה, ואם כן בכל דהו האמינו חז"ל.

ועוד, הריב"ש גופיה בסימן קנ"ה כתב בדבר שגלוי לכל וסופו להתברר, ודאי סמכינן על הך סברא מילתא דעבידי לגלויא וכו' אפילו בממון כי הך שטרא דפרסי וכו' (גיטין יא,א), ואף זה כמוהו דבסוף יבא הלוח ויצעק לא הייתי ויתברר בעיני כל ולא קשיא מידי.³⁴

גם בספר שער משפט הזכיר את העיקרון של הריב"ש בנוגע לעדות על דבר שניתן לבדיקה מיידית:

...לפי מה שכתב הריב"ש בתשובה סימן קנ"ה בפשט דברי הרמב"ם בפ"ד מהל' יבום וחליצה (הלכ' לא) דסבירא ליה דבמלתא דעבידא לגלויי לאלתר עד אחד נאמן אף לענין ממון...

ולכך מהימנינן נמי בשטרא פרסאה שני עכו"ם מסיחים לפי תומם אף בשעת מעשה, משום דודאי הנתבע והבית דין יחקרו אחריהם מיד ומרתתי לשקר, ובודאי לא עדיפי שני עכו"ם מסיחים לפי תומם יותר מעד אחד כשר...³⁵

לסיכום, נראה שכל הפוסקים שהובאו לעיל הסכימו שכאשר מדובר על עדות ממון שניתן לאמת אותה באופן ודאי ומידי אין צריך עדות כשרה, וניתן לסמוך על כל אדם נאמן, ובכלל זה על גויים. בנוגע למידע שעשוי להתגלות נחלקו ריב"ש ורשב"ץ אם ניתן לסמוך על עד כשר אחד, ולהלכה פסק רמ"א שצריך שני עדים כשרים. בנוגע למידע שיש סיכוי גבוה שניתן יהיה לאמת אותו אבל אין ודאות, נראה שיש בזה מחלוקת.

34. אורים מט, ד.

35. שער משפט ל, ז.

6. הכרעה על פי רוב דעות

בגמרא נאמר:

והאמר רב ספרא: היכא אמר מאה כתרי ותרי כמאה – לענין עדות, אבל לענין אומדנא – בתר דעות אזלינן!³⁶

בגמרא מדובר על שומת נכסים ונקבע כי יש ללכת אחר רוב דעות, והכלל "תרי כמאה" (עדותם של שני עדים שקולה לעדותם של מאה עדים) אינו חל, אף שמדובר בענייני ממון.

האחרונים סברו שכלל זה נכון גם לגבי עדות על דבר שעשוי להתגלות, וכך כתב הש"ך:

ומה שהקשו עוד התוספות על פירש"י דמאי פריך גילוי מילתא בעלמא הוא דדבר העשוי ליגלות הוא שיבדקו עד שיתברר הדבר, וזה תימה איך יתברר הדבר לעולם כיון שאלו שנים אומרים שהוא עבד אין כל העולם יכולים להכחישן דתרי כמאה, עכ"ל.

לפי עניות דעתי נמי לא קשה מידי, דבדבר העשוי ליגלות לכל העולם לא אמרינן תרי כמאה. והכי אמרינן ביבמות.³⁷

דהיינו, תוספות שאלו מדוע עדות על ייחוסו של אדם נחשבת כדבר העשוי להתגלות, הרי גם אם יבואו מאה עדים ויכחישו את העדים הראשונים, העדויות תהיינה שקולות והאמת לא תתברר. על כך השיב הש"ך שבדבר שעשוי להתגלות הולכים אחר רוב דעות.

עיקרון זה עולה גם בנוגע לקיום שטרות. כתב רבנו ירוחם:

יש מחלקת בתוספתא אם העדים אומרים כתב ידינו הוא זה ואחרים אומרים אין זה כתב ידם, אם נעשה כשטר שקרא עליו ערער ויתקיים בבית דין או נעשה כמו שנחקרה עדותן בבית דין ואין צריך קיום אחר ולא איפסיקא הלכתא כמאן...³⁸

רבנו ירוחם עוסק במקרה שיש ויכוח בין עדי השטר לעדים אחרים לגבי זיהוי החתימות של העדים על השטר. לפי אחת השיטות שהוא מביא, יש להביא עדויות נוספות כדי לסייע בזיהוי כתב היד. דבריו הובאו על ידי כמה אחרונים.

36. תמורה כז, ב.

37. ש"ך חו"מ מו, סו.

38. רבנו ירוחם מישרים, נתיב ב, חלק ח.

התומים³⁹ תמה כיצד יועיל קיום נוסף, הרי תרי כמאה? על כך השיב בספר נתיבות המשפט שבעניין זה יש ללכת אחת רוב דעות:

אם כן הכי נמי בהכרת הכתב בטביעת עין, דמה הפרש יש בטביעת עין דהכרת איש, או הכרת הכתב בטביעת עין, ובודאי אזלינן בתר רוב העולם ורוב דעות.⁴⁰

גם בנוגע לעדות על גובה מחיר השוק של מוצר (או עדות על המנהג המקובל), כדי לקבוע האם הייתה אונאת מחיר במכירה שלו, כתב בספר ערוך השולחן שיש ללכת אחר הרוב:

בכל מטלטלין שייך אונאה... ואם יש הכחשה בין התגרים שזה אומר שטעה וזה אומר לא טעה יד המוחזק על העליונה ואם הרוב אומרים שטעה ומיעוט אומרים שלא טעה או להיפך אזלינן בתר רובא. ואף שבממון אין הולכין אחר הרוב מ"מ רוב דעות שאני דהמיעוט כמאן דליתא שהרי הרוב מבטלים דעתם ואומרים שטועים הם, כמו דאזלינן בדיינים אחר הרוב גם להוציא ממון. דלא דמי לכל רוב ומיעוט שהמיעוט גם כן בעל כרחך שישנו, מזה שאין כן בדעות המיעוט כמי שאינו.⁴¹

לסיכום, לגבי עדות מומחה, המבוססת על כך שניתן לאמת את דבריו של העד יש ללכת אחר רוב דעות.

7. ודאותו של המומחה

העובדה שההלכה מאפשרת הסתמכות על מומחה מחייבת את בית הדין לבחון היטב את רמת הודאות של קביעות המומחה. הדברים אמורים במיוחד לאור הכלל הידוע שאין הולכים בממון אחר הרוב.⁴² מכיוון שכך על בית הדין לשאול את המומחה שאלות התואמות את הדרישות של ההלכה, וכן לבחון היטב את תשובותיו.

בעניין זה יפים דבריו של הראי"ה קוק שהבחין בין קביעה המבוססת על ניסיון לבין השערה בעלמא:

39. תומים מו, יב.

40. נתיבות המשפט מו, ז. בהגהות אמרי ברוך שם הסכים עם העיקרון וחלק על יישומו במקרה זה: לדבריו, בעניין קיום שטרות הכלל הוא "תרי כמאה", מכיוון שיש צורך בעדים שמכירים את חתימות העדים שעל השטר. זאת, בניגוד לדבר שעשוי להתגלות שם ניתן המידע ידוע לכל, ולכן שם הולכים אחר רוב דעות.

41. ערוך השולחן חו"מ רכו, טז.

42. בבא קמא כו, א"ב; שולחן ערוך חו"מ רלב, כג.

והנה כל המשא ומתן, שנמצא בפוסקים בדבר נאמנות הרופאים, הוא סובב רק על הנאמנות של חכמת הרפואה, והיינו בדברים שהם אומרים מצד ההבנה במדע של מקצוע זה, שיש ספק אם דבריהם הם דברים מוסמכים, והם בעצמם שודים נרגא על החלטותיהם המדעיות בכמה עניני חכמה, כידוע. ובשכבר הימים אמרתי שרק דברים שהם יודעים ע"פ החושים **בנסיון** ראוי לקבל מהם, בתורת הנחות ודאיות.⁴³

על פי פסיקה של בית המשפט העליון בארה"ב הנקראת "הלכת דאוברט" ישנן ארבע אמות מידה לקביעת קבילותה של תזה מדעית:

1. האם התיאוריה או התזה המדעית נבדקה באופן מדעי והאם ניתן להפריכה?
 2. האם התזה המדעית עמדה בביקורת עמיתים (Peer Review) ופרסום מדעי?
 3. מידת יציבות המחקר שעליו מושתתת התזה המדעית ומידת ההסתברות לטעות.
 4. ההכרה הכללית של התזה המדעית בקרב הקהילייה המדעית העוסקת בנושא.⁴⁴
- היו מי שחלקו על עקרונות אלה.⁴⁵ בשולי הדברים יש להעיר שתיאוריה שניתנת להפרכה דומה למונח ההלכתי דבר שעשוי להתגלות באופן לא ודאי.

8. סמכותו של בית הדין להחליט בניגוד לדעת המומחה

בעניין זה לא מצאתי מקורות מפורשים, אולם הדעת נותנת שכשם שבית הדין יכול להחליט אם לקבל עדות רגילה אך אינו רשאי לחלוק על העד על פי שיקול דעתו, כך גם בנוגע לעד מומחה, מסתבר שניתן לקבל חלק מדברי העד ולדחות את מקצתם, אבל לא ניתן לחלוק על חוות דעתו. כגון, במקרה שהעד סבור שהנוק הוא בשיעור מסוים בית הדין אינו רשאי לחייב יותר או פחות. אם עדות המומחה אינה מסתברת בעיני בית הדין, עליהם לחקור אותו בנושא עד שיבינו את עמדתו לאשורה. כאשר הסבריו אינם משכנעים את בית הדין, יש לשקול אם למנות מומחה נוסף או חלופי.

43. שו"ת דעת כהן, קצא, ראו עוד שם, קמ.

44. י' דייזיס "קבילות ומשקל ראיות מדעיות במשפט – האם יש מקום לייבא את הלכת דאוברט?", רפואה ומשפט, גיליון 29 (נובמבר 2003).

45. שם.

ג. הסתמכות על הערכת מומחים⁴⁶

בראש המאמר נעשתה הבחנה בין מומחה המפרש עובדות הנמצאות בפני בית הדין, לבין מומחה המבצע הערכה עבור בית הדין. כעת נעסוק בעניין הערכות מומחה.

בהלכה מוזכרת הערכה של מומחה בנוגע לשמאות, כגון בדברי שולחן ערוך על גביית חוב מקרקע, שהובאו לעיל: "אחר שכותבין הטירפא, מורידין שלשה בקיאים לאותה שדה ושמין לו ממנה כשיעור חובו".⁴⁷

1. מהות השמאות ודיניה

לגבי מהותה של השמאות כתבו כמה אחרונים שדינה כהחלטה שיפוטית. כך עולה מדברי הגמרא⁴⁸ בנוגע לאישה שבעלה הלך למדינת הים והיא רוצה למכור את נכסיו כדי לפרנס את עצמה, שעליה לשום את הנכסים ב"בית דין של הדיוטות" לפני המכירה. וביאר הר"ן "שאינן יודעין בדין כלל אלא שהן בקיאים בשומא".⁴⁹ בהמשך לכך כתב בספר נתיבות המשפט:

נראה דהשלשה צריכין להיות ביחד, דהא קרא להו בש"ס (בבא מציעא לב,א) בית דין הדיוטות, וכמו שהבית דין צריכין להיות ביחד לשמוע אחד דברי חבירו, כמו כן צריכין הג' שמאין. וכשאחד אומר איני יודע, צריכין לקרוא אחר, כי אולי אם ישמעו טעם וסברת השלישי יודו השנים לדבריו.⁵⁰ דהיינו, מכיוון שמדובר בהחלטה שיפוטית על שלושת השמאים לדון ביחד בחוות דעתם, כפי שדיינים מחויבים לעשות.

הרב משה פיינשטיין דן בהשלכה נוספת של היות השמאים מעין בית דין, והיא במקרה שקיבלו שוחד, וכתב ששומתם בטלה:

אבל א"כ הוא רק כשהיתה החלוקה כדין לפי החלק שצריך ליתן לכל אחד ולפי השומא הנכונה אבל אם היתה שלא כדין שהממונים נתנו מקומות יתירים למכיריהם ולמי שנתנו שחד ולבעלי העוזה, אז ודאי בטלה החלוקה אף שסמכו עליהם, דאף אנשים שנבררו רק לשומא ואף לפשר יש להם דין דיינים ואסורים להטות שומתם ולומר שלא כפי האמת ואם אמרו בשביל

46. פרק זה מבוסס על מחקר של הרב אריה וולהנדלר, שנעשה במסגרת מכון משפטי ארץ.

47. שולחן ערוך חו"מ קיד, ד.

48. בבא מציעא לב,א.

49. ר"ן שם, ד"ה אינה.

50. נתיבות המשפט קג, א.

אהבה וידידות וקבלת שחד בטלו דבריהם ומעשיהם וזה פשוט וברור ומפורש בכמה מקומות.⁵¹

בשו"ת דברי יציב חלק על נתיבות המשפט, וטען שמדובר במעין בית דין רק לעניינים מסוימים:

ולגבי בית דין של שומא מסתבר טובא דכיון שעוסקין רק בבירור שיווי החפץ ולא נחתי בתורת בית דין, לא שייך בזה כלל לומר שהחיוב על היחיד לבטל דעתו נגד הרבים...

א"כ נראה שאין בזה תורת בית דין ששני הבעלי דינים צריכים לעמוד לפנייהם. ועיין גם בחו"מ סי' ק"ג ס"א שקוראם רק ג' שמאין ולא בית דין...

ויש לומר דלענין זה נקראים השמאין בית דין של הדיוטות, אף שהם הדיוטות שבהדיוטות ואינם יודעים לדון, מכל מקום יש להם בית דין שמעשה שלהם אין צריך קנין, ולכך צריך דייקא ג'. ולפי זה אין הכרח לומר דנקראים בית דין לענין שצריכים לישב יחד כמ"ש הנתיבות, רק דעי"ז אין צריך קנין ודו"ק.⁵²

דהיינו, שמאים אינם בית דין ולכן אין צריך ששני בעלי הדין יטענו בפניהם, וכן הם אינם צריכים לשבת ביחד (בניגוד לדעת נתיבות המשפט). הם נחשבים כבית דין לעניין זה שהחלטתם מחייבת ללא מעשה קניין של הצדדים כדי לתת תוקף להחלטתם.

2. מספר השמאים וכשרותם

השולחן ערוך פסק על פי הגמרא⁵³ שצריך שלושה שמאים כדי למכור קרקע שעוקלה בעבור חוב. כאמור, נתיבות המשפט קבע ששמאים הם בית דין ומכאן שהמספר שלושה מחייב.

אולם הרשב"א כתב שהצדדים יכולים להסכים גם על שמאי אחד:

ומכלל דברים אלו שכתבתי אתה שומע: דלא שייך כאן דין פשרה צריכה קנין. כי אין זה פשרן, אלא שומא ואומר: איזה סך יראה בעיניו ששורה הקרקע ההוא. ואין כאן דרך לפשרה כלל. אלא מכיון שנתרצו שניהם בסך שיאמר פלוני, והחזיק זה בקרקע, ולא חזר בו אחד מהם עד שהחזיק זה, קנה.⁵⁴

51. שו"ת אגרות משה חו"מ א, מה.

52. שו"ת דברי יציב חו"מ, ג.

53. עבודה זרה עב, א.

54. שו"ת הרשב"א ב, קפה.

אמנם כדרכה של הסכמה היא מחייבת מעשה קניין מראש, או לאחר קביעת השומה, כפי שמתאר הרשב"א.

לגבי כשרות השמאים כך הובא בגמרא בנוגע לשומת פירות מעשר שני שמחירם אינו ידוע (כגון, פירות שנקבו) לצורך פדיון:

תנו רבנן: מעשר שני שאין דמיו ידועין פודין אותו בשלשה לקוחות, אבל לא בשלשה שאין לקוחות. אפילו נכרי אחד מהן, אפילו אחד מהם בעלים. בעי רבי ירמיה: שלשה ומטילין לתוך כיס אחד, מהו? תא שמע: איש ושתי נשיו – פודין מעשר שני שאין דמיו ידועין. דילמא כגון רב פפא ובת אבא סוראה.⁵⁵

דהיינו, ניתן לשום את שוויים של פירות מעשר שני בעזרת שלושה לקוחות, ומבאר רש"י (שם) "סוחרים בקיאים בשומא". השמאים יכולים להיות גם לא-יהודים, נשים, שותפים, ואפילו בעל הפירות הנישומים יכול להשתתף בשומת הפירות שלו עצמו.

בעקבות זאת כתב בנו של הרא"ש:

נראה לי שאין צריך לזהר (=להיזהר) שלא יהיה מן השמאים קרובים זה לזה, כי מה שהדיינין קרובים פסולין לדין הוא בגזרת הכתוב ושומא אינו דין וכן מוכח בפ"ק דסנהדרין גבי נטע רבעי בג' דקאמר בגמרא דאפילו איש ושני נשיו יספיק...⁵⁶

כלומר, ניתן לקבל חוות דעת של שמאים שהם קרובים זה לזה (קרובים של הצדדים פסולים כמובן) אפילו לכתחילה, בניגוד לדיינים קרובים הפסולים,⁵⁷ וכך פסק הרמ"א: "ויכולין אלו שלשה השמאים להיות קרובים זה לזה".⁵⁸

התומים הסתפק בדין זה, שהרי מדברי הגמרא עולה שאדם יכול לשום את המעשר שלו, ואילו בשומה לצורך גבייה אין זה מתקבל על הדעת שאחד הצדדים יוכל לשום את הרכוש הנתון במחלוקת, ואלו דבריו:

ואם כן אף כאן בכלל השומא יהיה הבעלים במנין הג' הלוח והמלוה, דבר זה מהנמנע, ומעולם לא שמענו. ובגמרא דכתובות (צט, ב) אמרינן שומת

55. סנהדרין יד, ב.

56. שו"ת זכרון יהודה, לח.

57. שולחן ערוך חו"מ לג, א-ב.

58. רמ"א חו"מ קג, ג.

בית דין ומה כח בית דין יפה, ומה תואר בית דין אם הם קרובים גוים ובעלים.⁵⁹

התומים הבין גם הוא ששמאים דינם כבית דין, ולכן התפלא כיצד ייתכן להכשיר מי שפסול לדון. לדעתו, יש להכשיר קרובים ופסולים רק לצורך שומת פירות מעשר שני מכיוון שמדין תורה "שווה מנה שחיללו על שווה פרוטה – מחולל", אך לא לצורך לעניין דיני ממונות.

על כך השיב בספר נתיבות המשפט:

ולא קשה מידי, דהא עיקר דין דשומא הוא, כיון שרוב מהשלשה מסכימין לדעת אחת שאינו שוה אלא כך, בודאי אינו שוה יותר, ולפי זה צריכין שיהיה כל אחד כשר להעיד להבעל דין שיעיד כפי שכלו, דהיינו שמעיד שבשכלו נראה לו ששוה כך, מה שאין כן כשהיו פסולים לעדות, חיישינן שיאמר יותר או פחות מכפי מה שבשכלו, מה שאין כן במעשר שני שדומה לאיסורין, ובאיסורין אפילו פסולי עדות נאמנין. אבל קרובים זה לזה שפיר יליף דכשר, דאין קרובין זה לזה פסולין רק במקום שצריכין שני עדים להעיד על דבר אחד, ושני קרובים כחד דמי, אבל בשומא, דתמיד אין כאן רק אחד, [ד]הא אין אחד יודע מה שבלב חבירו ואין כל אחד מעיד רק על עצמו, דהיינו על מה שבשכלו, ואין כאן רק עד אחד, משו"ה אפילו קרובים זה לזה כשר.⁶⁰

לדבריו יש לחלק בין פסול קרבה לשאר הפסולים: שאר הפסולים אינם כשרים לשומה מכיוון שיש חשש שעדותם אינה אמינה. לעומת זאת קרבה בין העדים איננה גורמת לבעיית אמינות, אלא לצמצום מגוון העדויות הנדרשות. מגוון זה הכרחי דווקא כאשר מדובר על עדות על אירוע, ואז אם למרות המגוון תינתן גרסה עובדתית אחת על ידי שני העדים – זה יהווה ראיה לאמינות שלה. לעומת זאת לגבי שומה אין תשובה אחת נכונה אלא כל אחד אומר את דעתו, ולכן אין בעיה בשמאים הקרובים זה לזה. יש להעיר שבעניין זה נתיבות המשפט מזהה את השמאות עם עדות ולא כבית דין.

בגלל המחלוקות בנושא מומלץ לקבל את הסכמת הצדדים מראש למספר השמאים ולכשרותם האישית. הסכמה זו תתקבל עם מינוי השמאים, או בתחילת ההליך – במסגרת הסכם הבוררות.

59. תומים קג, ב.

60. נתיבות המשפט קג, ב.

לסיכום, מעיקר הדין בשומה הקשורה לדיני ממונות נדרשים שלושה שמאים הכשרים לעדות. עם זאת הצדדים יכולים להסכים שהשומה תבצע על ידי שמאי אחד, וכן על ידי שמאים פסולים. מומלץ שתקבל על כך הסכמה עקרונית מן הצדדים כבר בשלב חתימת הסכם הבוררות.

3. הכרעה בוויכוח בין השמאים

נאמר בברייתא:

תנו רבנן: שלשה שירדו לשום, אחד אומר במנה ושנים אומרים במאתים, אחד אומר במאתים ושנים אומרים במנה – בטל יחיד במיעוטו.⁶¹

בעקבות זאת, נפסק בשולחן ערוך:

שלשה שירדו לשום, אחד אומר: במנה, ושנים אומרים: במאתים, או אחד אומר: בק"ק, ושנים אומרים: במנה, בטל יחיד במיעוטו.⁶²

דהיינו, כאשר לשני שמאים הערכה אחת ולשמאי השלישי הערכה אחרת – הולכים אחר הרוב (לגבי השאלה האם יש לתת מעמד מיוחד למומחה ברמה גבוהה ראו בהערה⁶³). כאשר לכל שמאי עמדה שונה, נחלקו הפוסקים. בעקבות הרמב"ם⁶⁴ נפסק בשולחן ערוך שהולכים אחר ממוצע הדעות הקיצוניות:

שלשה שירדו לשום... ממצעים מה שיש בין המועט למרובה, ומוסיפין על המועט המחצית, וגורעין מהמרובה המחצית... ולפי זה אם אחד אומר: במנה (=100), ואחד אומר: בצ' (=90), ואחד אומר: בק"ל (=130), נידון בק"י (=110), ועל דרך זו שמיין ביניהם לעולם.⁶⁵

61. בבא בתרא קז, א.

62. שולחן ערוך חו"מ קג, ב.

63. בעניין הסתמכות על רופאים כדי להתיר לחולה לאכול ביום הכיפורים כתב הרמ"א שבמקרה של מחלוקת בין הרופאים הולכים אחר הרוב, ואין נותנים יתרון לרופא מומחה (רמ"א או"ח תריח, ב: "ואפילו קצתן יותר בקיאיין מקצתן"). לעומת זאת המגן אברהם הביא את דעת החולקים (מגן אברהם תריח, ד): "והוא דעת הטור והרא"ש, אבל הבי"ח פסק כהרמב"ם דכשהן שוין הולכין אחר הבקי אם הוא מופלג בחכמה".

בענייני ממונות עסק הרב יצחק זילברשטיין ואלו דבריו (חשוקי חמד עבודה זרה עב, א):
אם הדברים גלויים ואין בדברי המומחה כל משמעות מיוחדת, אין למומחה חשיבות מיוחדת ואי אפשר להוציא ממון על פיו. אך אם צריך עבור שמאות זאת מומחיות מיוחדת יתכן שהולכין אחר שמאות המומחה.

דהיינו, בנושאים ברורים אין יתרון למומחה גדול על פני מומחה קטן. לעומת זאת במקרים שבהם יש צורך במומחיות מיוחדת ייתכן שיש לתת מעמד מיוחד למומחה הגדול.

64. רמב"ם מלוה ולוה כב, יד.

65. שולחן ערוך חו"מ קג, ב.

לעומת זאת לדעת הרשב"ם⁶⁶ יש ללכת אחר הדעה האמצעית, וכן פסקו רבים מנושאי הכלים של השולחן ערוך.⁶⁷

לאחר קביעת השמאים אין אפשרות לסתור את החלטתם:

שמוה שלשה, ואומר המלוה: ישומו אותה שלשה אחרים הבקיאים יותר בשומא, אין שומעין לו.⁶⁸

אלא אם כן השמאים עצמם חזרו בהם כפי שכתב הרשב"א:

תשובה: מסתברא, שהדין עם המלוה, שאין לו ליקח אלא בשומת הבית דין, אלא אם כן חזרו הבית דין בהם והכירו שטעו בשומתן. דהיינו ששנינו שום הדיינין שפחתו שתות או שהותירו שתות מוכן בטל, הא לאו הכי שומתן הראשונה שומא, ואפילו בא אחד ועולה. או אפי' באו אחרים ואמרו שטעו בשומתן, לא. דמאי חזית דסמכת אהני ותימר דאינהו בקיא טפי? אדרבא! נימא שהבית דין שדקדקו הרבה יפה יפה כפי הראוי לבית דין הם כונו יותר.⁶⁹

דהיינו, רק בית הדין שערך את השומה הראשונה יכול להודות בטעות שהייתה בשומה, ואין דרך להוכיח שהשומה הראשונה שגויה בעזרת שומות אחרות, מכיוון שחזקה על בית הדין שביצע את השומה באופן מדוקדק.

כאשר השמאי עצמו חזר בו מהשומה שנתן, ניתן להוסיף הוכחה בעזרת ראיות אובייקטיביות: כגון, מחירוניהם. כמו כן, כאשר מדובר על המלצה לתיקון כדי למנוע נזק עתידי, שגם היא כשומה מבוססת על הערכה, ניתן להוכיח טעות כאשר ההערכה מתבדית ונגרם נזק למרות התיקון.

השולחן ערוך⁷⁰ התייחס למקרה שבו טעו השמאים, ועל כך הקשה בספר נתיבות המשפט:

וטעו בכל שהוא. ואין להקשות האיך יבורר הטעות כיון שכבר שמאזהו שלשה, ואפילו אם יבואו מאה ואומרים ששוה יותר אינן נאמנים בכך דהא תרי כמאה. דזה אינו, דבדבר שאינו עדות גמורה הולכין אחר רוב דעות כמ"ש הש"ך בסימן מ"ו ס"ק ס"ו. ולפי זה אף דהדין אם אמר המלוה ישומו

66. רשב"ם בבא בתרא קז, א, ד"ה מילתא.

67. סמ"ע קג, ה; תומים קג, א; נתיבות המשפט חידושים קג, ב.

68. שולחן ערוך חו"מ קג, ג.

69. שו"ת הרשב"א ב, שסא.

70. שולחן ערוך חו"מ קג, ד.

אותו אחרים אין שומעין לו, מכל מקום, אם באו מעצמם ארבעה ואמרו ששזה יותר אזלינן בתר רוב דעות.⁷¹

מכיוון שלא ניתן לסתור את ההכרעה בנוגע לשומה, הקשה נתיבות המשפט: כיצד ייתכן מצב שבו התברר שהשמאים טעו, הרי הכלל לגבי עדות הוא 'תרי כמאה' (שני עדים שקולים אפילו כמאה עדים)? על כך הוא השיב שרק בעדות על אירוע חל הכלל 'תרי כמאה', אולם, בשומה יש ללכת אחר רוב דעות. מכיוון שכך, אמנם לכתחילה אין אפשרות להביא שמאים נוספים, אבל אם בכל זאת באו אחרים וחיוו את דעתם הם יכולים לסתור את דעתם של השמאים הראשונים (כל זאת, כאשר חוות הדעת הנגדית ניתנת על ידי שמאי אובייקטיבי, בנוגע לשמאי מטעם אחד הצדדים – ראו עוד לקמן).

על כך הקשה בספר שער המשפט מתשובת הרשב"א שהובאה לעיל שממנה משמע שרק השמאים עצמם יכולים להודות שטעו. בספר שער המשפט ניסה לתרץ את דברי נתיבות המשפט וכתב:

ואפשר לומר דהרשב"א מיירי דוקא כשאותן אחרים שאמרו שהבית דין טעו בשומא לא קבעו עצמם ביחד בתורת בית דין דאז אמרינן דמסתמא הבית דין דקדקו יותר כדמשמע מלשון הרשב"א, אבל היכא שאחר שומא קבעו אחרים ושמו בפחות או ביותר והם רוב ודאי דאזלינן בתר רובא. אלא דאכתי קשה מאי פריך הש"ס דלמא עולא מיירי שהמאה לא קבעו יחד לחזור ולשום, והדבר צ"ע.⁷²

דהיינו, כאשר שמאים יושבים ביחד ודנים בשומה כבית דין, יש להכריע על פי דעת רוב השמאים. לעומת זאת כאשר שמאי שולח את חוות דעתו ללא ישיבה ודין עם שמאים נוספים, יש לחוות דעתו משקל נמוך יותר, והיא איננה מצטרפת למניין השמאים.

לסיכום, כאשר יש ויכוח בין שמאים שנקבעו על ידי בית הדין – הולכים אחר רוב דעות. ניתן לסתור את חוות דעתם של שמאי בית הדין כאשר הם עצמם חוזרים בהם או בעזרת ראיות אובייקטיביות. לגבי סתירת חוות הדעת של מומחה בית הדין בעזרת חוות דעת אחרות ישנה מחלוקת.

4. טעות בשמאות

לגבי טעות בשומה נפסק בשולחן ערוך וברמ"א כך:

71. נתיבות המשפט קג, ג.

72. שער משפט קג, ד.

בית דין שמכרו שלא בהכרזה, נעשו כמו שטעו בדבר משנה, וחוזרים ומוכרים בהכרזה.

הגה: י"א דאם מכרו הקרקעות בשעה שאין קונין, כגון בשעת מגפה או מלחמה, מה שעשו עשוי, דאין לבית דין למכור אלא בשעת הגבייה, ויש חולקין.

ובית דין שמכרו, האחריות על היתומים. ובית דין שהכריזוה כראוי, ובדקו יפה ודקדקו בשומא, אף על פי שטעו ומכרו שוה מנה (=100) בק"ק (=200), או ק"ק במנה, הרי מכרן קיים.

אבל אם לא בדקו בשומא ולא כתבו אגרת בקורת, שהיא דקדוק השומא וההכרזה, וטעו והותירו שתות או פחתו שתות, מכרן בטל; פחות משתות, מכרן קיים...

וכן בית דין שמכרו דברים שאינם טעונים הכרזה, וטעו בשתות, מכרן בטל; פחות משתות, מכרן קיים. ואלו הם הדברים שאין מכריזין עליהם: העבדים, והשטרות, והמטלטלים, אלא שמיין אותם בבית דין ומוכרים אותם מיד. ואם השוק קרוב למדינה, מוליכים אותו לשוק.⁷³

דהיינו, אם בית הדין לא ביצע את הליך השומה הנדרש, ולא ביצע הכרזה (מעין מכרו) אזי השומה בטלה. אם בית הדין ביצע את השומה כנדרש, והתברר שנפלה טעות, אזי חלים דיני אונאת מחיר: אם מדובר על מקרקעין – אזי כשם שאין אונאה לקרקעות⁷⁴ כך גם במקרה של טעות בשומה – היא איננה בטלה. לעומת זאת אם מדובר על מיטלטלין אזי במקרה של טעות בשיעור של פחות משישית היא איננה בטלה, ואילו במקרה של טעות בשיעור של שישית ומעלה היא בטלה, בדומה לדיני אונאת מחיר במיטלטלין.⁷⁵

כל זאת, כאשר מדובר על שומת מחיר. אולם כאשר מדובר על הערכה עובדתית שהתגלתה כשגויה, כגון שהמומחה העריך שתיקון מסוים מספיק, ואחר כך התברר שהתיקון לא הספיק – מסתבר מאוד שההערכה בטלה ויש לבצע הערכה מחודשת, שהרי דין טעות בשומה נלמד מדין טעות במקח, וכשם שבטעות בהערכת המחיר חלים דיני אונאת מחיר, כך בטעות בהערכת האיכות חלים דיני מקח טעות, שם המקח בטל בכל טעות שבגינה מקובל לבטל את העסקה ללא תלות בגודלה.⁷⁶ בפועל, מכיוון שבתי הדין דנים היום במסגרת חוק הבוררות,

73. שולחן ערוך ורמ"א חו"מ קט, ג.

74. שולחן ערוך חו"מ רכז, כט.

75. שם חו"מ רכז, ב"ד.

76. שם חו"מ רלב, ד.

במקרה של טעות שהתגלתה לאחר שניתן פסק דין – תידרש חתימה מחודשת על הסכם בוררות.

לגבי חיוב השמאים עצמם בטעות כתב בספר נתיבות המשפט:

ונראה דאם שמאים (ש) שמו לבע"ח והוצרך לקבלו בחובו כפי שומתו, דלא דמי למראה דינר לשולחני, דדין בית דין יש להן וכטעו בדבר משנה דמי דפטורין מלשלם...⁷⁷

דהיינו, מכיוון שדינם של שמאים כדין דיינים, אם הם פעלו כראוי הם פטורים. על כך העיר בספר ערוך השולחן:

ודוקא כשבקש אותם הוא או הבית דין שישומו אבל אם באו מעצמם ואמרו שישומו וביכלתו לסמוך עליהם וטעו חייבים לשלם מדיני דגרמי ואין להם דין בית דין [נ"ל] וכן אם שמו בשכר נ"ל דחייבים בכל ענין דדינם כשומר שכר.⁷⁸

רוצה לומר, אם השמאים הציעו את שירותיהם לבעלי הדין, והתברר שהם טעו, או אם קיבלו שכר על עבודתם – ניתן לתבוע מהם לשלם על טעותם.

5. סמכותו של בית הדין להחליט בניגוד לדעת השמאים

בעניין זה עסקו כמה מאחרוני זמננו, בעיקר בנוגע לחוות דעת רפואיות שמבוססות על הערכה ולכן דינן כדין שמאות. דברי האחרונים מבוססים על דברי הרמב"ם:

אין מעמידין בסנהדרין בין בגדולה בין בקטנה אלא אנשים חכמים ונבונים, מופלגין בחכמת התורה בעלי דיעה מרובה, יודעים קצת משאר חכמות כגון רפואות וחשבון ותקופות ומזלות ואיצטגנינות ודרכי המעוננים והקוסמים והמכשפים והבלי ע"ז וכיוצא באלו כדי שיהיו יודעים לדון אותם, ואין מעמידין בסנהדרין אלא כהנים לויים וישראלים המיוחסים הראויים להשיא לכהונה, שנאמר והתיצבו שם עמך בדומין לך בחכמה וביראה וביחס.⁷⁹

על כך כתב הרב חיים דוד הלוי:

ומה נפלאה חכמת תורתנו הקדושה שהצריכה שהיושבים על מדין יכירו בעצמם את עיקרי החכמות הכלליות (שכן כתב רבינו "יודעים קצת משאר חכמות", ונראה לי שכונתו היא עיקרי החכמות) ובשעה שיבואו לדון

77. נתיבות המשפט שו, יב.

78. ערוך השולחן חו"מ שו, יד.

79. רמב"ם סנהדרין ב, א.

בפניהם בעניינים שידיעת אותן חכמות כלליות נחוצה, לא יצטרכו להסתייע בעדויות של מומחים, שלא תמיד הן משוללות נטיות שאינם עולות בקנה אחד עם מטרות הצדק המשפטי הצרוף... ולכן ברור שידיעת העקרונות היסודיים של החכמות הכלליות גם בזמננו היא רצויה ואולי אף הכרחית.⁸⁰ הרב הלוי הסיק שרצוי שדייני בית הדין יהיו בקיאים ב"חכמות כלליות" ואז הם יוכלו לבקר את חוות דעתם של המומחים. גם בשו"ת פסקי עוזיאל התייחס להלכה זו של הרמב"ם, וכתב:

הרמ"ך תמה ע"ז ואמר: מה צורך לדיינים שידעו רפואות וחשבונות וחכמת המזלות...

עפר אני תחת כפות רגליהם של רבותינו אלה, אבל לקוצר השגתי לא הבנתי תמיהתם, כי הלא ידיעת הרפואה דרושה לסנהדרין לדיני נפשות כדי לדון בהורג את הטרפה או אמדוהו למיתה והקל חוליו ומת (עיין סנהדרין ע"ה ורמב"ם ה' רוצח ושמירת נפש ב, ח, ויד, ה). וכדי לדון בה הלכות טרפות ולדעת כל הדברים שאין כמוה חיה להטריפה, ולענין היתר עגונה (עיין יבמות ק"כ) ולענין אסורי נדה (עין נדה כב, ב, טור ושולחן ערוך יו"ד קפז, ח). וכל שאלות אלה שקשורות בדעת חכמת הרפואה אין הסנהדרין שהם עיקר תורה שבע"פ רשאים לסמוך על הרופאים בעינים עורות (=עיוורות), אלא צריכים לדעת לכל הפחות יסודות חכמה זו כדי שידעו להורות בה מתוך הכרתם ולא מפי עדות רופאים.⁸¹

דהיינו, אמנם הדיינים צריכים להיעזר במומחים, אולם צריכה להיות להם היכולת המקצועית לבחון את עמדתם של המומחים בעצמם. למרות זאת מסתבר שגם כאשר יש לבית הדין את הידע המקצועי הוא אינו רשאי לחלוק על המומחה, אלא לכל היותר להחליט שלא לקבל את עמדתו.

ד. מקרים גבוליים

עד כה נדונו שני סוגים של עדויות מומחה – בנוגע לדבר שעשוי להתגלות ובנוגע לשמאות. אולם, ישנם עוד שני סוגים גבוליים שמעמדם לא ברור:

80. דבר המשפט סנהדרין, ב.

81. שו"ת פסקי עוזיאל בשאלות הזמן, פב.

1. הערכה לגבי אירוע שהתרחש בעבר

הסוג הראשון הוא עדות של מומחה שנדרש לקבוע על סמך המומחיות שלו מה אירע או מה הסיבות למה שאירע. כגון, מומחה שהתבקש להעריך מדוע נגרם נזק למנוע של רכב או האם פעולה של הנהג בכלל גרמה לנזק. כאן מדובר על שאלות עובדתיות שיש להן תשובה אחת נכונה, אולם אין דרך להגיע לתשובה ודאית, והמומחה מתבסס על הערכה בלבד. האם עדות כזו דומה לדבר שעשוי להתגלות או לשומה (ואז על פי שורת הדין יש צורך בשלושה מומחים)? בעניין זה כתב הרמב"ם:

כשם שאומדין למיתה כך אומדין לנוקין, כיצד, הרי שהכה חבירו בצרור קטן שאין בו כדי להזיק או בקיסם של עץ קטן וחבל בו חבל שאין חפץ זה ראוי לעשותו הרי זה פטור שני "באבן או באגרוף דבר הראוי להזיק..." לפיכך צריכין העדים לידע במה הזיק ומביאין החפץ שהזיק בו לבית דין עד שאומדין אותו ודנין עליו.⁸²

בשו"ת לב אריה עסק באריכות בשאלת מעמדו וסמכותו של עד מומחה, ובעקבות דברי הרמב"ם כתב כך:

לפי זה כי מומחיות אינו ענין המסור לעדים... אלא להכרעת ב"ד, וא"כ בכל עדויות מומחים בב"ד אין לעדותם דין עדות כלל, אלא בית הדין לומדים מפיהם ומתמחים בנושא הנדון לפנייהם, ומכריעים לפי דעת הדיינים לאחר שהתמחו בענין, כי מומחיות ושיקול דעת הינו דבר המסור לב"ד בלבד. אמנם נראה דלהכרעה זו אין צריך דיינים הבקיאים בדין אלא סגי אף בג' הדיוטות כדמצינו בכמה מקומות, לענין אלמנה המוכרת לכתובתה... וא"כ ב"ד יכולים לפנות לשלשה מומחים בענין שהם יכריעו את המציאות וחוות דעתם תתקבל כב"ד של הדיוטות.⁸³

דהיינו, את הקביעה האם המעשה גרם לנזק יקבל בית הדין ולא העד על האירוע. אולם בעניין זה אין צורך בדיינים אלא די בשלושה מומחים, כפי שנקבע לגבי שמאות.

גם הרב יצחק זילברשטיין⁸⁴ שדן במחלוקת בין שרברבים בשאלה מה גרם לסתימה, השווה מקרה זה לדין שמאות.

82. רמב"ם חובל ומזיק א, יח.

83. שו"ת לב אריה (הורביץ), כט.

84. חשוקי חמד עבודה זרה עב, א.

2. הערכה לגבי פעולה עתידית

הסוג השני הוא קביעת מומחה בנוגע לפעולה עתידית, כפי שמופיע בהלכה הבאה:

יש מי שאומר שכותל שבין שתי חצירות שהמקום והאבנים של שניהם, כל אחד בונה ומגביה ומכביד כמו שירצה, ובלבד שלא יגביה כל כך שיתקלקל הבנין לפי ראות עיני הבקיאים בבנין. ויש מי שאומר דהני מילי במקום שלא נהגו השותפין להקפיד בכך, אבל אם נהגו להקפיד, מעכב עליו.⁸⁵

כאן עוסק השולחן ערוך בהערכה של מומחה אם וכמה ניתן להגביה קיר או להסתמך עליו לבנייה אחרת, מבלי להזיק לו.

מחד, סוג זה מבוסס על הערכה ובכך הוא דומה לשמאות, מאידך, הוא ניתן לאימות בחלק מהמקרים, למשל, במקרה שהערכת המומחה הייתה שגויה ונגרם אחר כך נזק נוסף. אולם במקרה של הערכה מוגזמת של המומחה לא ניתן יהיה להוכיח זאת. לפיכך הדעת נותנת שאם דין קביעה לגבי אירוע שהיה בעבר כדין שמאות, קביעה לגבי העתיד בוודאי דינה כשמאות.

בסוג זה נכללת גם חוות דעת מומחה בנוגע לטובת הילד בהקשר של משמורת ילדים, שהרי גם היא מבוססת על הערכה וניתנת לאימות רק בחלק מהמקרים. אולם בנוגע לעניין זה, עולה מפסקי הדין הרבניים, שבית הדין מקבל את חוות הדעת של המומחה כעד, ומחליט בסופו של דבר בעצמו, ראו למשל:

וזה אינה צריכה לפנינו, כי בית הדין אף על פי שהוא הפוסק האחרון בזה, מכל מקום צריך להודות כי אין הוא מומחה להחליט על טובת הילד בעצמו בלי בירורים קודמים ע"י מומחים לדבר כמו באותה מידה שאין בית הדין מומחה להחליט איזה חולה מותר לחלל עליו את השבת ואיזה מותר להאכילו ביום הכיפורים מפני פיקוח נפש בלי עצת רופא או מומחה לדבר, כן גם בטובת הבן.⁸⁶

משום כך נראה שגם בית הדין יכול להכריע בעניין לאחר שהתמחה בעניין במסגרת ניסיונו, אבל באותה מידה יכול היה בית הדין להעביר את ההכרעה לשלושה מומחים.

85. שולחן ערוך חו"מ קסד, ח, ראו עוד: רמ"א חו"מ קנה, י.

86. פסקי דין רבניים יא, עמ' 161.

ה. אמינות המומחה

כאמור לעיל, לגבי דבר שעשוי להתגלות כתבו הפוסקים שעד כשר אחד נאמן וכן שני גויים מסל"ת. לעומת זאת לגבי שמאים הובא שמבחינת כשרותם דינם כדין עדים. כעת נבחן את מעמדם של מומחים בעלי נאמנות ייחודית.

1. אמינות מיוחדת של בעל מקצוע

ראינו לעיל שעדים פסולים אינם נאמנים לעניין ממון, אף בדבר שעשוי להתגלות. האם לבעל מקצוע יש אמינות מיוחדת משום שהוא מקפיד שלא לשקר בתחום המקצועי שלו? בעניין זה נחלקו אחרוני זמננו: הרב עובדיה יוסף כתב שרופא שאינו שומר תורה ומצוות אינו נאמן:

ואין לסמוך על עדות הרופא שהולד בן ט' חדשים גמורים. וכנודע ממ"ש מרן הב"י יו"ד (סי' קפז) בשם הריצב"א, שאין להתיר ע"פ רופא עכו"ם, ואפי' מומחה לרבים דלא מרע נפשיה, דקרינן בהו אשר פיהם דבר שוא. ע"ש. והוא הדין לרופאים ישראלים המחללים ש"ק בפרהסיא וכו', שדינם כעכו"ם לכל דבר.⁸⁷

לדעתו אין לסמוך על עדות רופא גוי, למרות ששמו הטוב של הרופא עלול להיפגע אם יתגלה ששיקר, יש לחשוש שמא הוא משקר. אמנם גם לדעתו ניתן לסמוך על חוות דעת של שני רופאים שהעידו בנפרד, וזאת על פי הדין שמאפשר לסמוך על תרגום של שני גויים מסל"ת:

והן אמת דלפי מה שהוכחנו במישור מפי סופרים ומפי ספרים שיש איסור תורה בהפלת העובר, י"ל שאין לסמוך על הרופאים בזה... ואף למ"ש מרן (קפז, ח) לחלק בין רופא ישראל לרופא עכו"ם, אלו הרופאים שמחללים שבת בפרהסיא איתרע חזקתייהו ואין לסמוך עליהם להקל בשל תורה... ומ"מ נראה שאם שואלת לרופא אחר שלא בפני הרופא הראשון וגם הוא אומר שיש חשש סכנה בדבר נראה שיש להקל. וכעין מ"ש בגיטין (יט, ב) דמקרי להו לשני כותים זה שלא בפני זה במסל"ת ומגבי ביה ממשעבדי. ע"ש. ומכ"ש כאן שיש לצרף דלא מרעי אומנותם.⁸⁸

בסוף דבריו הוא הוסיף שיש יתרון למומחה שיקפיד שלא לפגוע בשמו הטוב ולכן לא ישקר.

לעומת זאת הרב משה פיינשטיין כתב שיש אמינות מיוחדת למומחים:

87. שו"ת יביע אומר ג, אה"ע א.

88. שם ד, אה"ע א.

וגם כיון שהרופאים אומרים שעדין היא בתולה ונתנו עדותן בכתב להביא לדון בערכאות שאם היה שקר היו נענשים והיה להם לירא מהבעל שיאמר שהעידו שקר, יש להאמינם אף להסוברים דאין לסמוך על רופאים שאינם כשרים לעדות.⁸⁹

אמנם יש לציין שיש הבדל בין המקרה שעליו מדבר הרב עובדיה יוסף, שם מדובר על הערכה (שאינה ניתנת להפרכה באופן מוחלט), ואילו במקרה שבתשובת הרב פיינשטיין מדובר על ציון עובדה ברורה.

בשו"ת מהר"ם שיק כתב שיש נאמנות מיוחדת למומחה בעל תפקיד ציבורי:

שיש בידו מאת הראש דירעקטע"ר של בית המשוגעים כתב שמבואר ממנו שאין תקנה לחליה וזה הוי כספר הערכי דקי"ל בחו"מ סי' ס"ח דערכאות כה"ג בנידון כזה לא חיישינן למשקר.⁹⁰

יתרה מזו, בדבריו הוא מקבל חוות דעת כתובה ולא דורש הופעה של העד בפני בית הדין.⁹¹ לכך יש להוסיף שבשו"ת מלמד להועיל⁹² כתב שבמיוחד לגבי הצהרה בכתב נכון הכלל "אומן לא מרע אומנותיה", דהיינו דווקא כאשר המומחה מגיש חוות דעת כתובה הוא ייזהר ויקפיד לדויק.

חשוב להדגיש שהדברים אמורים רק לגבי עדות שניתן לאמת אותה. אולם בעדות מומחה המבוססת על הערכה בעלמא, שאינה ניתנת לאימות, כל השיקולים הנ"ל אינם רלוונטיים, שהרי המומחה לא יחשוש לפגיעה בשמו הטוב.⁹³

2. חוות דעת שניתנה תמורת תשלום

בדרך כלל מומחה מקבל שכר עבור חוות דעתו. כדי לבחון נוהג זה יש לדון בדברי המשנה:

הנוטל שכרו לדון – דיניו בטילים, להעיד – עדותו בטילין.⁹⁴

בעקבות זאת פסק הרמ"א:

כל מי שנוטל שכר להעיד, עדותו בטלה, כמו הנוטל שכר לדון, כמו שנתבאר לעיל סימן ט' סעיף ה', ואינן צריכים הכרזה, אלא הדין והעדות

89. שו"ת אגרות משה אה"ע, א, עו.

90. שו"ת מהר"ם שיק אה"ע, ג.

91. הובאו הדברים באוצר הפוסקים א, עב, אות יב.

92. שו"ת מלמד להועיל יו"ד ב, ל.

93. וכך כתב בספר חיים של שלום ב, יט, הובא באוצר הפוסקים, שם. ראו עוד: השופט משה דרורי, "מהימנותו של עד מומחה", בר"ע 775/03, אתר דעת.

94. בכורות כט, א.

בטל מעצמו. ואם החזיר הממון, דינו ועדותיו קיימים, שאין זה כשאר פסולים שצריכין הכרזה ותשובה, אלא קנס קנסוהו חכמים שיתבטלו מעשיו כל זמן שנוטל שכר. וכל זה בעדים שכבר ראו המעשה ומחוייבים להעיד, כמו שאדם מחוייב לדון בין אדם לחבירו. אבל מי שאינו מחוייב להעיד, ונוטל שכר לילך ולראות הענין שיהיה עד, מותר.⁹⁵

רמ"א כתב שעד המקבל שכר פסול מדרבנן (בשם הר"ן), וכן שהדברים אמורים על מי שיודע עדות ודורש תשלום כדי להעיד, אולם מותר לבקש תשלום כדי לראות את האירוע ולהיות עד (בשם הרשב"א). הבחנה זו חשובה לענייננו, מכיוון שבדרך כלל המומחה מתבקש לבוא ולבחון את המקרה הנדון כדי להביע לגביו את דעתו, ואם כן הוא רשאי לקבל תשלום על כך.

בעקבות זאת נחלקו אחרונים. נתיבות המשפט כתב שפסול עד שקיבל שכר כדי להעיד הוא מדרבנן (כפי שכתב הרמ"א) רק כשנוטל שכר משני הצדדים:

דוקא כשנוטל משני צדדין, אבל כשנוטל רק מצד אחד פסול מטעם נוגע. ואפילו החזיר השכר אחר שהעיד, פסול.

מה שאין כן כשנוטל משני צדדין, כשר כשהחזיר השכר, כמו שמסיים בהג"ה. ואפילו נוטל משני צדדים והוא אחר זמן רב דיש לחוש לשכחה ומעיד משום השכר, פסול משום נוגע.

וכן לילך ולראות הענין ושיהיה עד לבסוף, אינו מותר להיות עד רק כשנוטל משני צדדין, אבל כשנוטל רק מצד אחד אסור להיות עד, רק כשאינו נוטל רק שכר בטלה דמוכח.⁹⁶

דהיינו, כאשר עד נוטל שכר מאחד הצדדים הוא נוגע בדבר (וממילא הוא פסול מדאורייתא), ולכן ההיתר ליטול שכר כדי לראות את העדות הוא רק כאשר נוטל שכר בטלה בלבד ומשני הצדדים ביחד.

לעומת זאת קצות החושן⁹⁷ כתב שעד שנטל שכר עבור עדותו אינו פסול מן התורה אלא רק מדרבנן.

לפיכך מוסכם ששני הצדדים יכולים לשלם שכר למומחה בית הדין כדי שזה יבחן את המקרה וייתן חוות דעת, אולם אין תוקף לחוות דעת של מומחה שקיבל תשלום מאחד הצדדים.

95. רמ"א חו"מ לד, יח.

96. נתיבות המשפט חידושים לד, כא.

97. קצות החושן לד, ד.

3. מומחה בתשלום מטעם אחד הצדדים

כאמור לעיל, נתיבות המשפט כתב שאדם שקיבל שכר מטעם אחד הצדדים כדי לראות עדות – פסול מכיוון שהוא נוגע בדבר. האם הדין שונה כאשר מדובר על עדות מומחה, שהרי אין זו עדות רגילה? לפני הדיון במקורות, נפתח בדבריו של שופט בימ"ש העליון אליקים רובינשטיין שתיאר את רמת האמינות של מומחים מטעם הצדדים:

אפתח בהערה, כי תיק זה מדגים באופן שכמעט אין למעלה הימנו את מה שבעיני הוא כשל קשה בשיטה הנוהגת בתביעות מעין אלה, של חוות דעת רפואיות משני הצדדים. מבלי לפגוע באיש, אין בר דעת יכול שלא להתרשם בתיקים רבים, כי תוכן חוות הדעת קשור במוזמין. בולט הפער בין חוות הדעת ש"במקרה" באו מטעם צד אחד, והתומכות בגישתו, אל מול אלה ש"במקרה" באו מטעם צד אחר והתומכות בגישתו. ועוד, האם וכיצד ניתן מניה וביה להידרש להתייחסותם הקוטבית של מומחים רפואיים לפרקטיקות במחלקות ליולדות? האם וכיצד ניתן מניה וביה להידרש לכך שאף האבחנה באשר למחלה ממנה סובל המשיב אינה מוסכמת בין המומחים, מומחה המשיב מגדירה כדיפלגיה ספסטית ואילו מומחה המערערת מגדירה כפרפלגיה ספסטית? האם ניתן מניה וביה – בשכל הישר הפשוט והבהיר – לקבל שרופא אחד ישקיף על המשיב, רחמנא ליצלן, כמעט כשבר כלי, ואילו האחר יציג אותו כאדם מן היישוב הכשיר לעבודה במידה רבה מאד?⁹⁸

כעת נדון במעמדו ההלכתי של מומחה מטעם אחד הצדדים. מסתבר שבעניין זה יש להבחין בין עדות על דבר שעשוי להתגלות (ניתן לאימות) לבין חוות דעת שמאית. האחרונה עוסקת בהערכה ולא בעובדות, ולכן היא בגדר החלטה שיפוטית, כאמור לעיל. אם כך ברור שאין כל משקל לעמדתו של מומחה הנוגע בדבר מכיוון שקיבל שכר מאחד הצדדים.

השאלה היא לגבי עדות על דבר שעשוי להתגלות – מכיוון שמדובר בעדות שניתנת לאימות וההנחה היא שהעד לא ישקר, האם ניתן לקבל עדות מומחה מטעם אחד הצדדים?

98. ע"א 4330/07 מוזס נ' מדינת ישראל.

בעניין עדות אישה שניתנה על ידי עד הנוגע בדבר הסתפק בשו"ת מהר"י בן לב,⁹⁹ ובעקבות הדיון שלו נחלקו אחרונים: יש שכתבו שהוא פסול,¹⁰⁰ ויש שכתבו שהוא כשר,¹⁰¹ העמדות השונות הובאו בפתחי תשובה.¹⁰²

אמנם לגבי נוטל שכר להעיד כתב בשו"ת נודע ביהודה¹⁰³ שדינו חמור מדין נוגע, מכיוון שייתכן שעדותו פסולה מדרבנן גם אם אין חשש שישקר, ולכן גם בעדות אישה עדותו תהיה פסולה.¹⁰⁴

ניתן אם כן לסכם ולומר שמבחינה הלכתית מעמדה של עדות מומחה מטעם אחד הצדדים שנוי במחלוקת, אם לא למטה מזה. אם נוסף לכך את התיאור העגום של השופט רובינשטיין שהובא לעיל, הרי שקשה לקבל כאמינה חוות דעת מטעם הצדדים, גם בדבר שעשוי להתגלות.

4. כיצד ניתן לאמת את חוות דעתו של מומחה בית הדין?

כאמור, אחת הסיבות לנאמנות מומחה היא שמדובר בדבר שיכול להתאמת. לאור הטענה שמעמדה של חוות דעת מומחה מטעם הצדדים רעוע ביותר, עולה השאלה: כיצד ניתן לבקר את חוות דעתו של מומחה בית הדין?

לשאלה זו משמעות רבה, שהרי נאמנותו של מומחה בית הדין בדבר שעשוי להתגלות מבוססת על היכולת לבקר את דבריו, ואם אין דרך מעשית לבצע ביקורת, הרי שנשמט הבסיס לנאמנותו של המומחה! שאלה זו מתעצמת לנוכח הנוהג הרגיל שלפיו בית הדין ממנה מומחה אחד בלבד, ולא שלושה מומחים.

לשאלה זו ניתן להשיב כך: אמנם לחוות דעת מטעם הצדדים אין מעמד מחייב, אולם בית הדין צריך להיות קשוב לטענות שמועלות בהן, כדי לבדוק בעצמו את דברי מומחה בית הדין. רוצה לומר, על בית הדין לאפשר לצדדים לבקר את חוות דעתו של מומחה בית הדין לאחר שזו ניתנה, ועליו לבחון לעומק את הטענות שלהם כנגד חוות דעתו של מומחה בית הדין.

מבחינה מהותית כדי להפריך את קביעות המומחה רצוי להביא אסמכתאות אובייקטיביות, ובכלל זה, תקנים, מאמרים אקדמיים ומקצועיים, תמונות וכד'. כמו

99. שו"ת מהר"י בן לב א, יט.

100. שו"ת משאת בנימין, צח; שו"ת פני יהושע ב, סד.

101. שב שמעתתא שמעתתא ז, פרק ז; שו"ת נודע ביהודה קמא אה"ע, כז, אלא שלמעשה לא רצה להקל.

102. פתחי תשובה אה"ע יז, יט.

103. שו"ת נודע ביהודה קמא אה"ע, כז.

104. ראו פירוט הדעות באוצר הפוסקים אה"ע יז, ג, לה, והלאה.

כן ניתן להביא קביעות סותרות של אותו מומחה שנאמרו בהקשרים דומים. בעניין זה הניסיון מראה שבחלק מהמקרים המומחה עצמו מודה בטעותו, ובמקרים אחרים בית הדין משתכנע שהמומחה טעה. כאמור לעיל מסתבר שבית הדין רשאי להחליט האם לקבל את דברי המומחה או לדחות אותם או את מקצתם, אולם הוא אינו מוסמך לחלוק על המומחה ולהעריך בעצמו עובדות שאינן בתחום הבנתו המקצועית.

בעניין זה יש להזכיר את האמור בסעיף יב לתוספת לחוק הבוררות:

היתה הכרעת הסכסוך כרוכה בענין הטעון מומחיות, רשאי הבורר, בכל שלב משלבי הדיון ולאחר שנתן לבעלי-הדין הזדמנות נאותה לטעון טענותיהם, להורות על מסירת הענין לחוות-דעתו של מומחה שימנה; עותק מחוות-הדעת של המומחה יימסר לבעלי-הדין והם רשאים להתנגד לה ולדרוש את חקירת המומחה כאילו היה עד מטעם הבורר; הבורר רשאי שלא לשמוע עדויות של מומחים אחרים לענין שהוא מסר למומחה, אם הודיע על כך מראש לבעלי-הדין ולא התנגדו.

רוצה לומר:

1. בשלב ראשון ניתן להסתפק בחוות דעת כתובה.
2. יש למסור לצדדים עותק של חוות הדעת של מומחה בית הדין.
3. הצדדים רשאים לדרוש לחקור את המומחה ולא להסתפק בחוות דעת כתובה.
4. הצדדים רשאים לדרוש מהבורר לשמוע חוות דעת נוספות מטעםם אלא אם כן הם ויתרו על כך מראש.

אמנם הרב שלמה דיכובסקי כתב בפסק דין שאין לצדדים זכות לדרוש חקירה של המומחה בדיון ועליהם להסתפק בהעברת שאלות בכתב למומחה.¹⁰⁵ אולם דבריו נאמרו במסגרת דיון בבית הרבני ולא בנוגע לדיון בבית דין לממונות שנעשה במסגרת חוק הבוררות. נוסף על כך, יש לשקול האם קביעה גורפת זו מוצדקת, והאם היא מאפשרת לבית הדין לאמת את דברי העד כפי שנדרש על פי ההלכה.

ו. סיכום

בהלכה מוזכרת נאמנות מומחים (בקיאים). בעניין זה מצינו הבחנה בין שני תחומים:

105. פסקי דין רבניים המאגר המקוון, קכו.

- א. תחום ראשון: נאמנות בנוגע לדבר שעשוי להתגלות (מילתא דעבידא לגלויי), כאשר מוסכם שיש נאמנות בנוגע לפרשנות של מידע בלתי-משתנה שנמצא בפני בית הדין, אם ניתן לאמת פרשנות זו. לנאמנות זו כמה דינים:
1. אין דינה כדין עדות רגילה, אולם נדרש אדם נאמן (ובכלל זה אישה יהודייה, או שני לא-יהודים זה שלא בפני זה שיעיד על בסיס ידע אישי ולא על בסיס עדות שמיעה).
 2. במקרה של מחלוקת בין המומחים יש להכריע על פי רוב דעות.
 3. על בית הדין לשים לב האם המומחה משוכנע בעמדתו, או שהוא מתבסס על השערות והסתברויות, שהרי אין הולכים בממון אחר הרוב.
 4. מסתבר שלבית הדין יש סמכות לדחות את דברי המומחה (ולקבל חו"ד נוספת, או להכריע על דרך פשרה וכדו'), אולם אין לו סמכות לחלוק עליו בשאלות מקצועיות.
- ב. תחום שני: נאמנות שמאים להכריע בנוגע לשווי נכס.
1. לדעת רבים מהאחרונים דין השמאים העורכים שומה זו כדין בית דין.
 2. מעיקר הדין יש למנות שלושה שמאים, אולם בהסכמת הצדדים אפשר למנות גם שמאי אחד.
 3. לגבי כשרות המומחים, מוסכם שנוגע פסול וכן שלא-יהודי פסול, ישנה מחלוקת לגבי כשרות מומחים הקרובים זה לזה.
 4. הכרעה נעשית על פי רוב הדעות של המומחים שנבחרו, וכאשר לכל מומחה מהשלושה דעה אחרת, נחלקו הפוסקים האם הולכים אחר ממוצע העמדות הקיצוניות או אחר העמדה האמצעית.
 5. ניתן לקבוע שנפלה טעות בשמאות כאשר השמאים מודים בכך, או על בסיס ראיות אובייקטיביות. יש מחלוקת האם חוות דעת נוספות שהתקבלו יכולות להוות ראיה לטעות.
 6. מסתבר שלבית הדין אין סמכות לחלוק על השמאים, אלא אם כן יש לו מומחיות בתחום.
 7. כאשר שמאים טעו בשומה – אזי הדין הוא כדין אונאת מחיר: בקרקע השומה לא בטלה, ואילו במיטלטלין אם הטעות בשיעור שיטית ומעלה – היא בטלה. לגבי טעות בהערכת מציאות עתידית, כגון, בסוג התיקון הנדרש – מסתבר שדינו כדין מקח טעות, וההערכה בטלה אפילו בפחות משישית.
 8. ישנם שני סוגים נוספים של עדויות מומחה שדינן כשמאות:

- א. הכרעה לגבי אירוע שהתרחש בעבר על בסיס הערכת מומחה – כגון, קביעה מה גרם לנזק.
- ב. הכרעה לגבי פעולה נדרשת, כגון, תיקון של ליקוי, המבוסס על הערכה של מומחה, או קביעת מומחה לגבי טובת הילדים בהקשר של דיון על משמורת ילדים.
- ג. נושא נוסף הוא שאלת אמינות המומחה, בהקשר זה נדונו כמה נושאים:
1. לגבי בעל מקצוע כתבו אחרונים שיש לו נאמנות מיוחדת משום שאומן לא מרע אומנותיה ולכן גם מומחה לא-יהודי יהיה נאמן, במקרה כזה הוא רשאי להגיש את חוות דעתו גם בכתב. כל זאת, רק לגבי דבר שעשוי להתגלות ולא בנוגע להערכות.
 2. ניתן לשלם שכר טרחה למומחה בית הדין, ובלבד שהתשלום יינתן על ידי שני הצדדים בשווה.
 3. יש מחלוקת האם מומחה שקיבל שכר מאחד הצדדים, פסול. בכל מקרה, יש לבחון לגופן את הטענות המהותיות שלו כלפי חוות דעתו של בית הדין.
 4. נאמנות המומחה מבוססת במידה רבה על האפשרות לאמת את דבריו, ולכן על בית הדין להיות קשוב לטענות כנגד חוות דעתו של המומחה, ולבחון אותן לעומקן.
- ד. חשוב להדגיש שמומחה מוסמך לעסוק בנושאים הנוגעים לתחום המקצועי שלו, ולא בסוגיות משפטיות או בהכרעות אחרות שלא על בסיס הידע המקצועי שלו.
- ה. חוק הבוררות מאפשר לקבל חוות דעת מומחה בכתב. חוות דעת זו תישלח לצדדים, ואלה יכולים לדרוש לחקור את המומחה או להביא מומחים נוספים מטעמם. כל זאת, אלא אם כן הוסכם אחרת.
- ו. נתגלתה טעות בהערכת המומחה לאחר שניתן פסק דין, תיידרש חתימה מחודשת על הסכם בוררות כדי לעמוד בדרישות חוק הבוררות.
- ז. לסיכום, מומלץ להתייחס בסדרי הדין לנושאים הבאים: מספר המומחים, כשרותם, תשלום שכרם, אופן הגשת חוות הדעת (בכתב או בעל פה), ותהליך קבלת חוות הדעת המאפשר ביקורת של הצדדים על חוות הדעת בהתאם להלכה ובהתאם לחוק הבוררות.
- לאור האמור, מומלץ להוסיף את הסעיפים הבאים להסכם הבוררות שעליו חותמים הצדדים:

1. ברירת המחדל היא שימונה מומחה אחד מטעם בית הדין, ובשלב ראשון שכרו ישולם על ידי שני הצדדים בשווה. בפסק הדין רשאי בית הדין לשנות את אופן חלוקת עלות המומחה.
2. בית הדין לא יקבל חוות דעת של מומחים מטעם הצדדים, אולם יאפשר להם להגיש השגות ושאלות של מומחים מטעמם על חוות דעתו של מומחה בית הדין.
3. בית הדין לא ימנה לעד מומחה אדם הנוגע בעדותו, אלא אם כן תהיה על כך הסכמה מפורשת של שני הצדדים.
4. בשלב ראשון חוות דעתו של המומחה תוגש בכתב. בית הדין יאפשר לצדדים לחקור את מומחה בית הדין. החקירה תהיה בכתב או בעל פה, על פי שיקול דעתו של בית הדין. במקרה הצורך יוכל בית הדין להחליט על מינוי מומחה נוסף או להורות לצדדים להגיש חוות דעת של מומחה מטעמם.
5. הצדדים מסמיכים את בית הדין לקבוע את מספר המומחים, זהותם, תשלום שכרם, ואופן הגשת חוות הדעת – הכול ייעשה לפי שיקול דעת בית הדין, באופן שימצא לנכון להביא את הסכסוך לסיומו הצודק והמהיר. בכלל זה חריגה מהכללים שנקבעו לעיל.

פרשנות חוזים

הרב הלל גפן

- | | |
|--|--|
| ה. סתירות בשטר | א. הקדמה |
| 1. סתירות בין ראשית החוזה לסופו | ב. כוונת הצדדים מול לשון השטר |
| 2. סתירה בין שני עותקים | ג. יד בעל השטר על התחונה |
| 3. סתירה בתאריכים | 1. מקור הכלל |
| 4. סיכום | 2. בעל השטר שתפס מיטלטלין |
| ו. הדמים מודיעים – מחיר העסקה כגורם בפרשנות החוזה | 3. ספק בפירוש קבלה |
| 1. הקדמה | 4. כאשר הפירוש לטובת בעל השטר סביר יותר |
| 2. מחלוקת התנאים והפסיקה | 5. יש להעדיף את הפירוש המתאים למינוח ההלכתי המקובל |
| 3. הדמים מודיעים בשני דברים מחוברים | 6. כל שהשטר בטל לגמרי אין אומרים יד בעל השטר על התחונה |
| 4. הדמים מודיעים כאשר לשני הפריטים אותו השם | 7. כאשר נכתב "דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי" |
| 5. התמורה מהווה ראייה לתנאי ולא יכוח המוצר | 8. פרשנות לרעת המנסח |
| 6. הודעת דמים בקרקע | 9. סיכום |
| 7. סיכום | ד. לשון יתרה בשטר |
| ז. סיכום דיני פרשנות חוזים בהלכה כוונת הצדדים מול לשון השטר יד בעל השטר על התחונה לשון יתרה בשטר סתירות בשטר הדמים מודיעים – מחיר העסקה כגורם בפרשנות החוזה כללי השלמה | 1. האם לשון יתרה נועדה להוסיף – הסתירה בגמרא |
| | 2. שיטת הפוסקים שלשון יתרה נועדה להוסיף |
| | 3. שיטת הר"ן |
| | 4. שיטת הרשב"א |
| | 5. שיטת השולחן ערוך |
| | 6. סיכום |

א. הקדמה

חוזה הוא מסמך בין שני צדדים אשר מבטא את ההסכמות שביניהם. כאשר מתעורר ויכוח בין הצדדים על גבולות ההסכמה שביניהם, וכל צד טוען שהתכוון למשהו אחר, החוזה אמור להכריע, אך לעיתים קשה לעמוד על כוונת הצדדים

מתוך לשון החוזה. אם בגלל ניסוח לא ברור של החוזה או ניסוח דו משמעי, אם בגלל טעות סופר של כותב החוזה, אם מפני שהשטר פגום וקשה לקריאה עקב משך הזמן שעבר בין כתיבתו ועד הדיון בבית הדין. נדון בכמה סוגים של חוסר בהירות בהבנת ההסכם, ובדרך שההלכה מתמודדת איתם.

ב. כוונת הצדדים מול לשון השטר

כאמור, החוזה צריך לבטא את כוונות הצדדים. אולם יש מקרים שבהם ברור שכוונת שני הצדדים או כוונת אחד מהם¹ לא הייתה כפי מה שנראה מלשונו הפשוטה של החוזה, וכך כתב רבנו ירוחם:

וכלל גדול בידינו בכל תנאי שאדם מתנה עם חברו שאין להלך אחר לשון הכתוב אלא אחר הכוונה לבד. וראיה ד"על מנת שאראך מאתים זוז" דהאיש מקדש דלא נתכוונה זאת אלא להראות משלו, [אז] בית כור עפר, וכן פסקו שמה החדושין דאע"ג דקנו מיניה נלך אחר הכוונה וכן פסק הרמב"ם ז"ל, וכן במתנת שכיב מרע שאם עמד חוזר.²

במסכת קידושין נאמר שאם אדם קידש אישה על מנת שיראה לה סכום כסף או קרקע בגודל מסוים, לא נתכוונה האישה להתקדש לו אלא אם כן נכסים אלה הם שלו, אף שלא נאמר כן בתנאי. רבנו ירוחם הסיק מכאן שכשיש אי התאמה בין כוונת הצדדים ללשון ההסכם שביניהם, הכוונה גוברת על לשון ההסכם.³ במקרים כאלו, למרות שצד אחד קיים את המשמעות המילולית של ההסכם, אין די בכך, ויש לעמוד בתנאי ההסכם כפי שהובן על ידי שני הצדדים.

גם המהרי"ק סבר שאין להיצמד לניסוח המדויק של החוזה, אלא לרדת לעומק כוונתם של הצדדים ולדון לפי זה:

כי גם מעיקר הדין נראה לעניות דעתי שבכל תנאי שאדם מתנה עם חברו אין לומר הולך אחר לשון התנאי דוקא, עד שלא נלמד ממנו לחייב המתנה כי אם באותו תנאי שהוזכר דוקא ולא בכיוצא בו. אלא יתחייב המתנה

* הרב הלל גפן הוא חוקר במכון משפטי ארץ ור"מ בישיבה הגבוהה בית אל.

1. "כוונת אחד מהם" תיתכן באחד משני אופנים: או כאשר "אנן סהדי" שזו כוונתו, כמו המקרים שמהם רבנו ירוחם הביא ראיה, ואז ברור שגם הצד השני היה מודע לכוונת חברו. באופן כזה נראה שהולכים אחר הכוונה כמו שנביא כאן בשם רבנו ירוחם, או כאשר לא ברור שזו כוונתו ואז היא בגדר "דברים שבלב" שאינם דברים.

2. רבנו ירוחם, מישרים, נתיב כג, חלק י.

3. ראיותיו של רבנו ירוחם הן מהסוגיה בקידושין ס, ב.

אפילו בדבר שאינו יוצא מתוך לשון התנאי כלל, רק שלא יקשה עליו יותר ממה שהתנה עם חברו.⁴

המהרי"ק נשאל על לווה שהתחייב לפרוע למלווה בעיר מסוימת שבה גר המלווה, ובתאריך הפרעון אירע אונס שמחמתו המלווה והלווה לא היו יכולים להיכנס לעיר הזו, האם על הלווה לבוא אל העיר שהמלווה שוכן בה עכשיו? תשובתו היא שהלווה אינו יכול לטעון שאינו חייב לפרוע את ההלוואה מאחר שאין דרך להיכנס לעיר, מכיוון שוודאי כוונת ההסכם הייתה שיפרע לו במקום שהוא גר בו ובלבד שאינו רחוק יותר מן העיר שנזכרה שם. מתשובתו רואים שכאשר ישנה סתירה בין לשון ההסכם לכוונת הצדדים – כוונת הצדדים גוברת על לשון ההסכם.

דין זה של רבנו ירוחם נפסק להלכה בשולחן ערוך:

יש מי שאומר שתנאי שאדם מתנה עם חברו אין הולכים אחר הלשון הכתוב, אלא אחר הכוונה.⁵

בית מאיר⁶ ונחל יצחק⁷ צמצמו את תחולת הכלל: רק ל"אומדנא דמוכח"⁸ על כוונת הצדדים יש עדיפות על לשון ההסכם, אך כאשר אין "אומדנא דמוכח" מה הייתה כוונת הצדדים – יש ללכת אחר לשון ההסכם.⁹ בשו"ת מהרש"ם משמע לכאורה שיש ללכת אחר כוונת הצדדים גם ב"אומדנא דלא מוכח", לפחות כדי להימנע מהוצאת ממון. תשובתו עסקה באדם שהתחייב לחברו בתנאי מסוים, והתנאי התקיים באופן שונה מכוונתו, וזה לשונו:

4. שו"ת מהרי"ק, שורש קיב. בהמשך הוא מביא ראיות לדבריו מבבא מציעא עז,א לגבי שכיר יום שסיים את עבודתו, ומכתובות קא,ב, לגבי מי שהתחייב לזון את בת אשתו.

5. שולחן ערוך חו"מ סא, טז.

6. בית מאיר אה"ע קיח, יט.

7. נחל יצחק סא, טז.

8. על האפשרות להסתמך על אומדן בדיני ממונות ראו: הרב דניאל כ"ץ, "הסתמכות על אומדן", לעיל עמ' 257.

9. לדברי הסמ"ע חו"מ סא, כו, המקור לדין שהולכים אחר הכוונה הוא מדיני נדרים, שגם בהם ישנה עדיפות לכוונה על פני לשון הנודר. בספר מראות הצובאות, ליקוטים בסוף הספר, חו"מ, סא, הקשה, שבדיני נדרים הולכים אחר כוונת הנודר רק בנדרים שבין אדם לבין עצמו. אך בנדרים שאדם נודר לחברו הולכים אחר הלשון, אלא אם כן ישנה "אומדנא דמוכח" שזו הייתה כוונת הנודר, ודיני ממונות דומים יותר לנדרים שאדם נודר לחברו. מכאן הסיקו הבית מאיר והנחל יצחק שיש ללכת אחר הכוונה כרבנו ירוחם ושולחן ערוך רק כאשר ישנו "אומדנא דמוכח" שכך הייתה כוונת הצדדים.

דהא מבואר בחו"מ סי' סא סע' טז דבתנאי שבין אדם לחבירו הולכין אחר הכונה, והכא נמי מסתמא אדעתא דהכי לא נתחייב, ואף דהבית מאיר באבן העזר סי' קיח סע' יט פקפק בזה מכל מקום אי אפשר להוציא ממון.¹⁰ מסתבר שהמהרש"ם לא החשיב את האומדן במקרה הזה כ"אומדנא דמוכח", שהרי ב"אומדנא דמוכח" הבית מאיר אינו מפקפק שיש להעדיף את הכוונה, אף על פי כן פסק המהרש"ם שהולכים אחר הכוונה לפחות שלא להוציא ממון. לסיכום עניין זה:

1. בדרך כלל יש להעדיף את הפרשנות המילולית של החוזה.
2. כאשר יש "אומדנא דמוכח" שכוונת הצדדים שונה מהכתוב בחוזה – הכוונה גוברת על לשון השטר.
3. לדעת המהרש"ם הולכים אחר הכוונה גם ב"אומדנא דלא מוכח", לפחות כדי לא להוציא ממון על פי לשון השטר.

ג. יד בעל השטר על התחונה

כאשר נופל ספק במשמעות השטר, משום שניתן לפרשו בשני אופנים, אין להוציא ממון מהמוחזק, ובלשון חז"ל "יד בעל השטר על התחונה".

1. מקור הכלל

הברייתא במסכת בבא בתרא אומרת:

תנו רבנן: "דהב" – אין פחות מדינר דהב, "דהב דינרין" ו"דינרין דהב" – אין פחות משני "דינרין דהב", "דהב דינרין" – אין פחות מבשני דינרין כסף דהב.¹¹

הגמרא בהמשך שואלת מדוע המתחייב לחברו "דהב דינרין" נותן לו זהב בשווי שני דינרי כסף, אולי הוא התחייב לו זהב פריכא (=זהב גולמי שאינו טבוע) בשווי שני דינרי זהב? על כך השיב שם אביי: "יד בעל השטר על התחונה".¹²

10. שו"ת מהרש"ם ה, עח.

11. בבא בתרא קסה, ב.

12. לאחר דברי אביי הנ"ל, הגמרא הביאה את דברי רב אשי: "רישא דכתב דינרי, סיפא דכתב דינרין", כלומר "דינרי" משמעותם דינרי זהב אבל "דינרין" משמעותם דינרי כסף, ומשום כך המתחייב לחברו "זהב דינרין" נותן לו זהב בשווי שני דינרי כסף. היו שגרסו "אלא אמר רב אשי", ולפי גרסתם משמע שרב אשי חולק על אביי ועל הכלל "יד בעל השטר על התחונה", ולכן רב אשי מסביר שאין ספק בביטוי "זהב דינרין" אלא ברור שדינרים הם דינרי כסף. התוספות (בבא בתרא קסו, א, ד"ה אמר רב אשי) דחו גרסה זו, והסבירו שרב אשי לא בא

הרשב"א¹³ הסביר שדין זה בנוי על הכלל הידוע "המוציא מחברו עליו הראיה", שהרי בעל השטר בא להוציא מחברו ממון על פי הכתוב בשטר.¹⁴ משום כך הוא הסיק שכן הדין גם במי שכותב בשטר התחייבות לשלם במטבע סתם במקום שמשתמשים בשניים או בשלושה סוגי מטבעות, שגובה במטבע הפחות שבהם.

2. בעל השטר שתפס מיטלטלין

השולחן ערוך פסק שבמקרה של ספק בפרשנות השטר אם בעל השטר תפס מיטלטלין אין מוציאים אותם ממנו. מכיוון שהטעם שיד בעל השטר על התחנותה הוא משום שהמוציא מחברו עליו הראיה, לאחר שבעל השטר תפס נעשה הוא המוחזק.¹⁵ הלכה זו מסתמכת על דברי הרי"ף:

ושמענין מינה דליתה להא דאמר רב: "אסתירא מאה מעי" – מאה מעי, "מאה מעי אסתירא" – אסתירא, אלא כשמואל דאמר "הלך אחר הפחות שבלשונות". דמספקא לן אי תפסינן לשון ראשון אי תפסינן לשון אחרון, הלכך הלך אחר הפחות שבלשונות כדקימא לן דמספיקא לא מפקינן ממונא. אבל אי תפס לא מפקינן מיניה דהוה ליה לאחר תפיסה נתבע.¹⁶

הרי"ף עסק במקרה שהייתה סתירה בלשון השטר (שכתוב בתחילה שחייב "אסתירא" ואח"כ שחייב "מאה מעות" או להיפך), ופסק כדעת שמואל, שהולכים אחר הפחות שבלשונות משום שאין להוציא ממון מספק. בדרך כלל בעל השטר הוא זה שבא להוציא ממון על ידי השטר, ולכן חובת הראיה מוטלת עליו. אולם

לחלוק על אביי, וגם לפי רב אשי "דינרים" משמע בין כסף ובין זהב, וההכרעה שחייב לו זהב בשווי שני דינרי כסף היא משום הכלל "יד בעל השטר על התחנותה".

13. רשב"א בבא בתרא קס"א, ד"ה ודילמא.

14. גם ראשונים אחרים פירשו שהטעם הוא משום שהמוציא מחברו עליו הראיה, ראו: יד רמ"ה בבא בתרא קב, ב; שם קעג, א; מאירי נדרים נה, א; שיטה מקובצת כתובות פג, ב.

לעומת זאת קובץ שיעורים (בבא בתרא קס"א, אות תרטו) הסביר בדעת התוספות שהכלל "יד בעל השטר על התחנותה" הוא מדין ודאי, ואין מועילה בו תפיסה. באופן דומה כתב החזון איש אה"ע עז, ט, "דוה אינו מדין ספק אלא כן הוא מדין שדין שאין בלשון השטר אלא הפחות שבלשונות, כיון שבא לחדש בכח השטר ולא נתחדש בו בודאי אלא הפחות, ואף אם כיוון למרובה הוי כדברים שבלב". דברים דומים כתב גם ספר שערי יושר ה, ח: "דהכלל שיד בעל השטר על התחנותה הוא מדיני השטרות, דמה שמוכח מלשון השטר הוא כח השטר, למה דאפשר לפרש פחות מזה אינו כתוב בשטר". לכאורה משמע ששיטתם שונה משיטת הראשונים שהסבירו שיד בעל השטר על התחנותה היא משום "המוציא מחברו עליו הראיה". לא ברור לי כיצד הם יסבירו את ההלכה המובאת להלן שיד בעל השובר על העליונה.

15. שולחן ערוך חו"מ מב, ח.

16. רי"ף בבא מציעא נט, ב.

במקום שבעל השטר תפס ממון של הנתבע, בעל השטר נעשה מוחזק ועל הנתבע מוטלת חובת הראיה.

באילו תנאים תפיסה מועילה? הדבר תלוי בשיטות הראשונים והאחרונים בידי תפיסה, אשר אין כאן המקום להרחיב בהם.

3. ספק בפירוש קבלה

נחלקו ראשונים מה יהיה הדין כאשר לשון השטר שביד התובע ברורה, ולנתבע יש קבלה (שובר) שלשונה מסופקת:

ושובר שיצא והיה כתוב בו שנתפרע ממנו דינרין, יש אומרים דגבי שובר נדון הלשון על העליונה והמוציא מחבירו עליו הראיה, ודיינין הכי דטובא קאמר, ולזה נוטה דעת הרא"ה ז"ל, אף על פי שאינו נראה בעיני הריטב"א ז"ל תלמידו ע"ב.¹⁷

כאשר בשטר חוב כתוב 'פלוני לווה מפלוני דינרים', ולא כתוב כמה דינרים לווה, אין המלווה יכול להיפרע מהלווה אלא שניים. אבל כאשר מדובר בשובר שכתוב בו שהלווה פרע למלווה "דינרים", ולא כתוב כמה דינרים פרע, הרא"ה פסק שיד בעל השובר על העליונה, מכיוון שבעל השובר הוא המוחזק והתובע בא להוציא ממנו. כך כתב גם הריטב"א בחידושי:

בעל חוב הוא מוציא מחבירו ולפיכך יד בעל השובר על העליונה, ומכאן היה אומר הר"ם דהוא הדין לכל לשון מסופק שיש בו בשובר דיד בעל החוב על התחתונה ולא בעל השובר.¹⁸

דיון דומה קיים גם לגבי בעל שוויתר על זכויותיו בנכסי אשתו וכתב לה 'דין ודברים אין לי בנכסיך', שאז יש להסתפק בלשון השטר, אם נסתלק אף מזכותו לרשת אותה ולאכול פירות מנכסיה, או שמא ויתר רק על זכותו למנוע ממנה למכור את נכסיה לאחרים.¹⁹

מדברי השולחן ערוך עולה שהוא פסק שיד בעל השובר על העליונה: "מי שהוציאו עליו שטר חוב בניסן, סתם, והוציא מחילה שזמנה בי"ח בניסן, יש כח

17. נימוקי יוסף בבא בתרא ע"ב, בדפי הרי"ף, ד"ה אמר המחבר.

18. ריטב"א בבא בתרא קעג, א, ד"ה שאני התם. והביא ראיות לכך בריטב"א כתובות פג"ב, ד"ה רב אשי אמר. וראו גם ביאור הגר"א חו"מ מב, כו. יש להעיר שהנימוקי יוסף בבא בתרא ע"ב, בדפי הרי"ף, ד"ה אמר המחבר, כתב שהריטב"א חולק על הרא"ה, ואין נראה כן מהריטב"א.

19. להרחבה בעניין זה ראו כתובות פג"ב; תוספות שם, ד"ה רב אשי; פני יהושע שם, בביאור דברי התוספות; ריטב"א שם; שולחן ערוך אה"ע צב, א; שו"ת נודע ביהודה תניינא, צח.

במחילה זו לבטל החוב.²⁰ כלומר כשקיים ספק האם המחילה מתייחסת לשטר זה, או שהיא מוקדמת לשטר וכוונתה לחוב אחר, נפסק ששטר המחילה מבטל את שטר החוב. הגר"א בביאורו הסביר: "דיד בעל השובר על העליונה".²¹ גם הרמ"א פסק במפורש דין זה:

הגה: וכל שכן שאומרים בשובר יד בעל השטר על העליונה, הואיל והוא מוחזק. דלא כיש חולקין ואומרים דאפילו בשובר אמרינן ידו על התחתונה.²²

מלשונו ניכר שדין זה נלמד בקל וחומר מדין תפיסת מטלטלין שראינו לעיל, מכיוון שאם תפיסה מועילה, כל שכן שבעל השובר ייחשב מוחזק בשלו. הסמ"ע²³ הקשה על כך וסבר ששובר שיש ספק בלשונו לא יועיל נגד שטר חוב שלשונו מבוררת ויש בו שעבוד קרקעות.²⁴ הש"ך²⁵ דחה את דברי הסמ"ע, ולשיטתו כאשר יש לשון מסופקת בשובר יד בעל השובר על העליונה.²⁶ המחלוקת בין הש"ך לבין הסמ"ע מקבלת ביטוי בהלכה נוספת: רב פפא הסתפק בשטר שבחלקו העליון כתוב "קפל" ובחלקו התחתון כתוב "ספל",²⁷ אם הולכים

20. שולחן ערוך חו"מ מג, כה.

21. ביאור הגר"א חו"מ מג, לח.

22. שולחן ערוך חו"מ מב, ח.

23. סמ"ע חו"מ מב, כג.

24. ראייה לסברתו הוא מצא בהלכה הבאה: אם המלווה נתן נאמנות ללווה לומר שהשטר פרוע, הלווה יהיה נאמן לטעון כך, אבל למרות זאת הוא צריך להישבע שהשטר פרוע (שולחן ערוך חו"מ עא, כא). מדוע צריך להישבע, הרי המלווה נתן לו נאמנות? הטעם הוא משום שיד בעל השטר על התחתונה, ולכן נפרש את שטר הנאמנות שביד הלווה באופן מצמצם שהאמינו רק לבטל את כוחו של שטר החוב ולעשותו כמלווה על פה אך עדיין הוא ככופר במלווה על פה שחייב שבועת היסת. הסמ"ע הסיק מזה שהואיל וביד המלווה שטר חוב ברור יש לצמצם את משמעות הנאמנות הבאה נגדו, ובדומה לכך יש לצמצם גם את משמעותו של שובר נגד שטר חוב ברור.

25. ש"ך חו"מ מב, יז.

26. הש"ך טען שבהלכה שבסימן עא אין הטעם משום שיש למלווה שטר חוב ברור ולכן אנו מצמצמים את הנאמנות. השטר כבר התבטל על ידי הנאמנות, ודין ההלוואה הוא כדין מלווה על פה. כאשר המלווה תובע מלווה על פה, הלווה צריך להישבע, ואם הלווה טוען שאינו צריך להישבע משום שיש לו נאמנות בשטר הרי הוא בעל השטר שידו על התחתונה. נמצא שאף שיד בעל השובר על העליונה, הדבר אמור רק לעניין ביטול השטר, אבל הוא לא ייפטר משבועת היסת, כמו כל תביעה שבעל פה.

27. לפי פירוש רשב"ם היה כתוב בשטר שפלוני הפקיד אצל פלוני "קפל" שהם טליתות שראויות לקיפול, ואח"כ נכתב שהפקיד "ספל" שהוא כלי שתייה. לפי רבנו תם "קפל" הם "ק' פלגי", כלומר מאה חצאי סלעים, ו"ספל" הם "ס' פלגי". ר"י מיגש כתב ש"קפל" הוא "קב ופלגא"

אחר הלשון שנכתבה בסוף או שמא תולים בזבוב שחיסר את רגל הק' ועשאה ס'.²⁸ הספק לא הוכרע, ולכן יש ללכת אחר הלשון המקלה על הנתבע.²⁹ הבית יוסף³⁰ חידש שגם אם אירע כך בשטר מחילה (שובר שנכתב לאחר מחילת החוב) יד בעל שטר המחילה על העליונה, מכיוון שהמוציא מחברו עליו הראיה.

הסמ"ע³¹ כתב שהלכה זו קשה, משום ששטר המחילה המסופק עומד כנגד שטר חוב ברור. הש"ך³² טען שדברי הבית יוסף נכונים. על פניו, המחלוקת בהלכה זו נעוצה במחלוקת הקודמת: לפי הסמ"ע קיומו של שטר חוב ברור ביד המלווה עושה אותו למוחזק, והלווה המסתמך על שטר נאמנות או מחילה שיש בהם ספק ידו על התחתונה. ואילו לפי הש"ך המלווה הוא המוציא ממון מיד הלווה ולכן תמיד ידו על התחתונה.

לסיכום, נחלקו הפוסקים מה הדין כאשר לתובע יש ראייה, והנתבע מסתמך על ראייה נגדית (כמו קבלה) בשטר שיש בו דו משמעות. לדעת רוב הפוסקים יש להעדיף את הפירוש התומך בנתבע מכיוון שהמוציא מחברו עליו הראיה.

4. כאשר הפירוש לטובת בעל השטר סביר יותר

האם הכלל "יד בעל השטר על התחתונה" נוהג גם כאשר הספק בין שני הפירושים האפשריים אינו שקול, והפירוש של התובע בעל השטר הוא סביר יותר (על פי לשון השטר) מאשר הפירוש השני, או שמא במקרה כזה נעדיף את הפירוש הסביר אף שהוא לטובת בעל השטר המבקש להוציא ממון מחברו?

הבאנו לעיל את דברי הרשב"א שבמקום שיש כמה סוגי מטבעות, ולא כתוב בשטר החוב מאיזה סוג מטבע החוב, המלווה יגבה את המטבע בשווי הנמוך, משום שיד בעל השטר על התחתונה. אולם הרשב"א הוסיף ואמר: "ובלבד בשיוצאין זה כזה, הא בשאחד יוצא להדיא, סתמא מיניה הוא", כלומר, כאשר ישנו מטבע שהוא המטבע "הרגיל" אז גובה את החוב ממטבע זה אף שהוא שווה יותר ממטבעות אחרים. מכאן משמע שכאשר יש פירוש אחד שהוא מסתבר יותר הולכים אחריו, אפילו כשהוא לטובת בעל השטר.

הרשב"א והריטב"א הסבירו על פי עיקרון זה את הסוגיה במסכת עבודה זרה:

ו"ספל" הוא "סאה ופלגא". פירוש זה הביא גם ר"ח, ולפי זה "ספל" הוא שיעור גדול מ"קפל", וכן כתב גם בשולחן ערוך חו"מ מב, ז.

28. בבא בתרא קסו, ב.

29. שולחן ערוך חו"מ מב, ז.

30. בית יוסף חו"מ, מב.

31. סמ"ע מב, כג.

32. ש"ך חו"מ מב, יז.

ההוא שטרא דהוה כתיב ביה שית שנין יתירתא סבור רבנן קמיה דרבא למימר האי שטר מאוחר הוא ניעכביה עד דמטיא זמניה ולא טריף. אמר רב נחמן האי ספרא דוקנא כתביה והנך שית שנין דמלכו בעילם דאנן לא חשבינן להו, הוא קחשיב ליה, ובזמניה כתביה.³³

חכמי בית מדרשו של רבא סברו שהשטר מאוחר, מכיוון שהתאריך שצוין בו היה מאוחר בשש שנים לאותו כיום, ולכן אין לגבות בו עד שיגיע זמנו. רב נחמן העדיף את פרשנות בעל השטר, שהסופר מנה גם את אותן שש שנים שהיוונים מלכו בעילם בלבד, וייפה את כוחו לגבות מיד. הרשב"א והריטב"א הסבירו שרב נחמן ייפה את כוחו של בעל השטר, כי יותר מסתבר לומר שהסופר מנה כראוי למלכות יוון מאשר לומר שהשטר הוא שטר מאוחר. גם כאן משמע שהולכים אחר הפירוש המסתבר יותר אפילו כשהוא לטובת בעל השטר. עיקרון זה יוצא גם מביאור הגר"א להלכה הבאה:

ראובן שכתב לבנו ולאשתו בית, וכתב דלא יגבו אלא שתיהן ביחד, ומת הבן, יכולה אשתו לגבות כתובתה ממתנה זו; דלשון "יחד" שכתב לא בא למעט אם מת האחד, אלא שלא יגבה כל אחד המחצה.³⁴

אדם כתב מתנה לאשתו ובנו, וכתב שיגבו את הבית רק כשהם ביחד. לשון שטר זה יכולה להתפרש בשני אופנים: האחד הוא שהבית ניתן לבן ולאשתו דווקא כאשר הם ביחד, ואם מת הבן אין הבית נתון להם כלל. האופן השני הוא שהנתון התכוון רק שאשתו ובנו לא יבואו לגבות כל אחד לבדו, אלא הבית נתון לשניהם, אבל אם הבן מת – האישה יכולה לגבות מהבית את המגיע לה. הרמ"א פסק לטובת בעל השטר, וייפה את כוחה של האישה לגבות כתובתה מהבית. הגר"א³⁵ הסביר שהרמ"א ייפה את כוחו של בעל השטר כפירוש השני, משום שהפירוש הזה מסתבר יותר.

הסבר הדין מופיע בתשובת הרשב"א:

כלל גדול אמרו (בבא קמא מו, א) המוציא מחבירו עליו הראיה ולפיכך כל מוציא שטר ידו על התחטונה. ופעמים שיד בעל השטר על העליונה בזמן שהלשון שאמר כולל לפי דעת השומעים. ולפיכך מי שכתב סתם – על דעת

33. עבודה זרה ט, ב.

34. רמ"א חו"מ עז, י.

35. ביאור הגר"א חו"מ עז, לד.

משמעות השומעים הוא בוטח, שאילולי כן הוה ליה לפרושי כיון שהוא יודע שסתמן של דברים משמע בהפך כוונתו.³⁶

האם במקרה שפירוש אחד מסתבר קצת יותר מן הפירוש השני נלך אחר הפירוש המסתבר, או שבמקרה זה יחול הכלל שיד בעל השטר על התחתונה? המהרי"ק כתב:

הרי לך דבר ברור למבין דאמר יד בעל השטר על התחתונה אפילו היכא דלישנא משמע קצת כדברי בעל השטר.³⁷

שער משפט³⁸ הסביר שאין מחלוקת בין המהרי"ק לרשב"א ולריב"ש, כי יש להבחין בין "לשון שסתמא משמע כך לפי דעת השומעים" שהיא ברורה, לבין "לשון שמשמע קצת כבעל השטר" שהיא מסופקת.

גם בפסקי בית הדין הרבני³⁹ כתבו שלמרות שלדעת המהרי"ק גם אם הספק אינו שקול ונוטה יותר לצד בעל השטר, בכל זאת ידו על התחתונה, "אך בנידון זה שהנטיה לצד אחד היא מאד סבירה, הרי כולם מודים שהנטיה היא בעלת משקל להכריע לאותו מצד מבלי להתחשב עם ספק קל הנוטה קצת לצד השני".

5. יש להעדיף את הפירוש המתאים למינוח ההלכתי המקובל

כאשר אחד הפירושים לשטר מתיישב עם המינוח ההלכתי המקובל יש להעדיף אותו, אפילו כאשר הוא מרחיב את החיוב, על פירוש שאינו מתאים למינוח ההלכתי המקובל, אפילו כשזה מצמצם את החיוב.

ההנחה היא שכוונת הצדדים הייתה לפעול באופן שמתאים לדין ולא נגדו, ושמושגים מתפרשים לפי ההקשר המשפטי הרגיל שלהם, ומשום כך יש להשתדל לפרש את לשון השטר בהתאם. כך כתב בספר באר שבע:

מזקנים אתבונן הלא המה הפוסקים אבות העולם שכתבו בכל תנאי שבעולם שאדם מתנה עם חברו שאינו מפורש יפה באר היטב כנגד הדין, שאז יש לחקור ולחפש כל טצדקי שבעולם לפרש לשון התנאי באופן שלא יהיה כנגד הדין. משום דאנו אומרים אלמלא היה כוונתו של בעל התנאי להתנות כנגד הדין לא היה לו לסתום אלא לפרש בהדיא, כנודע לכל יודע ספר אפילו למתחיל מן המתחילים.⁴⁰

36. התשובה מובאת בבית יוסף חו"מ, מב.

37. שו"ת מהרי"ק, שורש ז.

38. שער משפט מב, ו.

39. פסקי דין רבניים ט, עמ' 26.

40. שו"ת באר שבע, לט.

בתשובה זו מדובר בשני אחים שותפים שהיו ניוונים בשותפות מכספי הירושה, ועשו תנאי ביניהם שהוצאות חריגות יהיו על חשבונו הפרטי של המוציא ולא על חשבון הכספים המשותפים. השאלה הייתה מאילו כספים יש לשלם על הוצאות רפואיות. האם הוצאות כאלו הן הוצאות חריגות שהן על חשבונו הפרטי של כל אחד, או שאלו הוצאות רגילות שיש לשלמן מחשבון השותפות. הבאר שבע השיב כי ברור מכמה דינים שהוצאות רפואיות הן בכלל מזונות ואינן בגדר הוצאה חריגה, ולכן יש להניח שגם כאן כוונת הצדדים הייתה להתחייב באופן המתאים למינוח ההלכתי, שהוצאות רפואה אינן חריגות והן ישולמו מחשבון השותפות. על כך יש להעיר כי בימינו לצערנו הרב המודעות לדין תורה נמוכה מאוד, וממילא ייתכן שכלל זה אינו משקף את גמירות דעתם של צדדים לחוזה.

6. כל שהשטר בטל לגמרי אין אומרים יד בעל השטר על התחטונה

כאמור, כאשר ניתן לפרש את השטר בשני אופנים יש להעדיף את הפירוש המצמצם את החיוב, ולא את הפירוש שמרחיב את החיוב. כפי שנראה להלן דין זה נכון רק כאשר שתי הפרשנויות מקיימות את השטר וההבדל ביניהן הוא בשיעור הממון שיזכה צד זה או אחר, אבל אם פרשנות אחת מבטלת את כוחו של השטר לגמרי אין ללכת אחריה, שכן "כל שהשטר בטל לגמרי אין אומרים יד בעל השטר על התחטונה".

כלל זה נאמר בשני אופנים. האופן האחד הוא כאשר יש ספק אם השטר כשר או פסול, למשל כאשר ברור שהתאריך המופיע בשטר שגוי, כגון כשחל בשבת או ביום הכיפורים, שהרי ישראל אינם כותבים בימים אלו, אם כן יש להסתפק האם התאריך שבשטר מוקדם לזמן הכתיבה האמיתי וממילא השטר פסול כדין שטר מוקדם, או שהתאריך שבשטר מאוחר לזמן הכתיבה האמיתי, והשטר כשר. הברייתא פוסקת שהשטר כשר: "שטר שזמנו כתוב בשבת או בעשרה בתשרי שטר מאוחר הוא וכשר".⁴¹ כיצד מכשירים את השטר ותולים שהוא מאוחר, ומאפשרים לבעל השטר להוציא ממון מחברו? הנימוקי יוסף⁴² הסביר שכדי לפסול שטר צריך להביא ראיה: "ולא אמרינן יד בעל השטר על התחטונה אלא בלשון הכתוב בשטר שיש לו שתי משמעות אחד לזכות ואחד לחובה, אבל לפסול את השטר ולומר שעשאה שלא כדין לא, דחזקה על העדים שעושיין דבריהם כהוגן".

41. בבא בתרא קע"א, א.

42. נימוקי יוסף בבא בתרא ע"ט, א, בדפי הרי"ף.

ראיה נוספת הביא הרמב"ן:⁴³ מהברייתא "שטר שזמנו באחד בניסן בשמטה ובאו עדים ואמרו היאך אתם מעידים על שטר זה והלא ביום פלוני עמנו הייתם – שטר כשר ועדים כשרים, חיישינן שמא איחרוהו וכתבוהו".⁴⁴ גם כאן מכשירים את השטר כשטר מאוחר ולא אומרים שהוא מוקדם ופסול, משום אותה חזקה שהעדים כותבים שטר כשר ואינם מקדימים את זמנו של השטר. אופן אחר הוא כאשר יש ספק אם יש לשטר כוח גבייה, למרות שברור שהוא כשר והעדים היו רשאים לחתום עליו. כמו שכתב הטור בשם הרא"ש:

כגון שכתב בו: פלוני נתחייב לפלוני מנה אחר הפסח, צריך ליתנו אחר פסח הבא ראשון, ואינו יכול לומר לא אתנם לך אלא אחר הפסח הבא אחרון.⁴⁵

במקרה זה בשטר לא מפורט אחרי איזה פסח יש למלא את ההתחייבות, ואפשר להתלבט אם מדובר על פסח הקרוב או על פסח שיחול באחת השנים הבאות. כאן לא שייך הנימוק שיש חזקה על השטר שנעשה בכשרות, כי גם אם הכוונה לפסח בעוד עשר או עשרים שנה, עדיין השטר כשר. אלא שאם נפרש את השטר באופן כזה הוא יאבד את כוחו לגמרי, ולכן מפרשים שהכוונה לפסח הבא ראשון. הקביעה שיש ללכת אחר הפירוש שנותן משמעות לשטר מבוססת על אומדן הדעת של הצדדים, שבוודאי לא התכוונו לפרשנות כזו שאינה נותנת לשטר שום תוקף, ש"אם כן למה נכתב השטר כלל".⁴⁶

7. כאשר נכתב "דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי"

מבואר במסכת בבא בתרא שאדם יכול לשעבד לחברו מטלטלין אגב קרקעות אם כתב לו "דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי". הרמב"ן נדרש להסביר לשם מה כותבים "דלא כטופסי דשטרי":

אחד מרבתי שמעתי שאומר משום הגאון רב סעדיה ז"ל שטופס השטרות ונוסחן לכתוב לשון שיד בעל השטר בו על התחוננה. לפיכך כותבין ליפות

43. רמב"ן בבא בתרא קעא, א, ד"ה שטר מאוחר.

44. סנהדרין לב, א.

45. טור חו"מ, מב.

46. כלל דומה קיים גם בסעיף 25(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973: "חווה הניתן לפירושים שונים, פירוש המקיים אותו עדיף על פירוש שלפיו הוא בטל". ראו עוד: גבריאלה שלו, דיני חוזים (מהדורה שנייה), עמ' 304.

כחו, שלא יהא טופסו של זה כטופסן של שטרות, אלא בכל לשון מסופק שבו יהא ידו על העליונה.⁴⁷

על פי זה כתב השולחן ערוך את ההלכה הבאה:

הרבה מהמפרשים כתבו שעכשיו שנהגו לכתוב: דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי, אמרינן בכל לשון מסופק, יד בעל השטר על העליונה.⁴⁸

לפי פירוש זה הביטוי "דלא כטופסי דשטרי" יכול להיכתב בכל שטר כדי לייפות את כוחו של בעל השטר שתהיה ידו על העליונה בכל מקרה של ספק בלשון השטר. ראשונים אחרים, כמו רבנו יונה⁴⁹ והטור,⁵⁰ פירשו באופן שונה את הסוגיה. לפי פירושם אין ראייה לכלל שהוציא הרמב"ן.

התומים⁵¹ הקשה על המחבר שדבריו סותרים זה את זה: בסימן מב הוא פסק כרמב"ן, ואילו בסימן ס⁵² הוא פסק את הפירוש השני לסוגיה. התומים תירץ בדוחק, וסיים ב"צריך עיון".⁵³ גם בתשובת כנסת יחזקאל⁵⁴ פקפק בהלכה שבסימן מב, הן משום שרבים חולקים עליה, והן משום שמלשון המחבר "הרבה מהמפרשים כתבו" משמע שלא החליט אם לפסוק כך.

כנסת הגדולה⁵⁵ הביא דעות מן האחרונים לכאן ולכאן. ערוך השולחן הביא את המחלוקת וסיכם: "וקשה להוציא מיד המוחזק ביפוי כח הזה שנכתב דלא כאסמכתא וכו' או שאר יתור לשון לכן יעשו הדיינים כפי הבנתם בפרט הזה וכפי עומק דעתם בכתובת השטר".⁵⁶

8. פרשנות לרעת המנסח

במשפט הנוהג מקובל הכלל שדו־משמעות בניסוח חוזה תתפרש כנגד הצד המנסח, כאשר לאותו צד היה יתרון בהשפעה על נוסח החוזה. בבתי המשפט היה נהוג להשתמש בכלל פרשני זה כבר שנים רבות, עוד לפני שהוא עוגן בחקיקה

47. רמב"ן בבא בתרא מד, ב, ד"ה ומיהו; וכן כתבו הר"ן בבא בתרא מד, ב, ד"ה ואמר רב חסדא; נימוקי יוסף בבא בתרא כד, א, ד"ה ודלא כטופסי; שו"ת הריב"ש, שמה.

48. שולחן ערוך חו"מ מב, י.

49. עליות דרבנו יונה בבא בתרא מד, ב, הביאו דבריו הרשב"א והר"ן שם.

50. טור חו"מ, קיג.

51. תומים מב, יג.

52. שולחן ערוך חו"מ ס, א.

53. ראו ספר תפארת יעקב חו"מ מב, יז.

54. שו"ת כנסת יחזקאל, קא, התשובה הובאה בפתחי תשובה חו"מ מב, י.

55. ספר כנסת הגדולה חו"מ מב, הגהות בית יוסף, כה.

56. ערוך השולחן חו"מ מב, יג.

בחוק החוזים: "חווה הניתן לפירושים שונים והיתה לאחד הצדדים לחווה עדיפות בעיצוב תנאיו, פירוש נגדו עדיף על פירוש לטובתו."⁵⁷ כלל זה נוהג רק במצב שבו שתי האפשרויות לפרש את החווה סבירות במידה שווה פחות או יותר, אבל אם אחת האפשרויות סבירה יותר מחברתה היא תהא עדיפה גם אם היא לטובת הצד המנסח.⁵⁸

כלל מקובל בפירוש חוזים הוא שדו־משמעות בניסוח חווה תתפרש כנגד הצד המנסח (וממילא לטובת הצד השני). תנאי להפעלת כלל זה הוא, שהחווה או התניה הנדונה ניתנים לשני פירושים. הכלל חל אפוא רק במקרה של ספק. כאשר לשון החווה שנוסח בידי צד אחד ניתנת לשני פירושים סבירים, וכפות־המאזניים מעוינות – יועדף הפירוש שהוא נוח פחות למנסח. לעומת זאת, לא יופעל פירוש נגד המנסח כאשר החווה מנוסח בבהירות ובאורח חד־משמעי.

ההיגיון העומד מאחורי כלל זה הוא שהצד שבידו הכוח לנסח את החווה באופן שמביא לידי ביטוי את רצונות הצדדים, ואינו עושה זאת כראוי אלא מנסח את החווה באופן לקוי, יישא בתוצאות חוסר הבהירות של החווה. כלל זה נקלט במשפט הישראלי דרך המשפט האנגלי, ונעשה בו שימוש בעיקר לגבי חוזים אחידים. כלל הפירוש נגד המנסח מתיישב עם המגמה להגן על הצד החלש בתחום החוזים האחידים.

לעומת זאת, הכלל הנוהג במשפט התורה הוא כאמור "יד בעל השטר על התחתונה", ולא מצאנו הנחיה כנגד הצד המנסח או כנגד מי שהייתה לו עדיפות בעיצוב תנאי החווה.

אמנם בפסק דין של בית הדין ארץ חמדה גזית, שעסק במחלוקת בין ישיבה לבין הורי תלמיד לגבי תשלום שכר לימוד לאחר שהתלמיד הודח מהישיבה, נאמר כך: הישיבה היא שניסחה את החווה; אם אמנם יש בלשון החווה דו־משמעות, הרי האחריות לכך מוטלת עליה. יש לפחות אפשרות סבירה להבין את לשון החווה, כפי שהיא, כך שמדובר במקרה של פרישת תלמיד מהישיבה בזמנו, ולא במקרה שהישיבה מחליטה על הדחה. קשה לדעת מה היה התובע מחליט לו ניסחה הישיבה את החווה בצורה מפורשת, כלומר, לו הציעה הישיבה לתובע לחתום על חווה שבו נאמר במפורש כי גם במקרה של הדחה יישאר שכר הלימוד בידי הישיבה. האם היה נמנע מלחתום,

57. סעיף 25 (ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

58. גבריאלה שלו, דיני חוזים (מהדורה שניה), עמ' 312.

והיה מחפש ישיבה אחרת לבנו? האם היה חותם על החוזה? האם היה מסכים גם לו נאמר בחוזה במפורש, שהישיבה תוכל לקבוע את עיתוי ההדחה, וכי לא יהיה זכאי להחזר גם אם העיתוי שתקבע הישיבה יהיה השבוע הרביעי של הסמסטר?⁵⁹

בניגוד למה שעולה מראשית הציטוט, נראה שבית הדין לא קבע שיש להחיל את הכלל האמור בדין תורה, אלא רק העריך את גמירות הדעת של הצדדים לגופו של המקרה שבא לפניו. בית הדין התרשם שאילו החוזה היה נכתב במפורש על פי פרשנותה של הישיבה, סביר להניח שאבי הבן לא היה מסכים לתנאיו, וממילא, אין לקבל את פרשנות הישיבה.

9. סיכום

מקובל שבספק בפרשנות חוזה חל הכלל "יד בעל השטר על התחתונה", שמשמעו שלא ניתן להוציא ממון מהמוחזק. אולם אם התובע תפס את ממונו של הנתבע הוא יכול להמשיך ולהחזיק בו על סמך השטר המסופק.

נחלקו פוסקים מה הדין כשיש ספק בלשון קבלה (שובר). יש אומרים שמכיוון שבעל הקבלה הוא המוחזק, ידו על העליונה. אולם יש אומרים שגם בקבלה יד בעל השטר על התחתונה, והקבלה המסופקת אינה גוברת על השטר הברור.

כאשר יש ספק בפירוש חוזה ואחת האפשרויות סבירה יותר – יש להעדיף אותה ואף להוציא ממון על פיה. כאשר אחת האפשרויות סבירה רק מעט יותר מהאחרת, כתב המהרי"ק שאין להוציא ממון.

כאשר יש ספק אם תנאי בחוזה הוא מנוגד להלכה, כתב בספר באר שבע שמספק יש להעדיף את ההלכה. אולם הערנו כי ייתכן שבימינו אין הדין כן. כאשר אחת האפשרויות בפרשנות החוזה מבטלת את תוקפו לגמרי, או מונעת את יישומו – יש לבחור בפרשנות האחרת. כמו כן ראינו כי ישנה מחלוקת אם שטר שנכתב בו "דלא כטופסי דשטרי" יש לפרשו לטובת בעל השטר, כי יד בעל השטר על העליונה, או שמא גם אז יש לנהוג לפי הכלל "יד בעל השטר על התחתונה".

לא מצאנו בהלכה מקור לכך שיש לפרש הסכם לרעת מי שניסח אותו.

ד. לשון יתרה בשטר

1. האם לשון יתרה נועדה להוסיף – הסתירה בגמרא

מצאנו מקרים שבהם הגמרא מדקדקת בלשון השטר, ומסבירה שכוונתם של משפטים מיותרים ומילים מיותרות להוסיף דברים שאינם מפורשים באופן ברור בשטר. כמו למשל המשנה שדנה במי שמכר בית לחברו, ומונה את הדברים שאינם מכורים בכלל הבית:

המוכר את הבית לא מכר... לא את הבור ולא את הדות אף על פי שכתב לו עומקא ורומא וצריך ליקח לו דרך דברי ר' עקיבא. וחכמים אומרים אינו צריך ליקח לו דרך. ומודה רבי עקיבא בזמן שאמר לו "חוץ מאלו" שאין צריך ליקח דרך.⁶⁰

כלומר מוסכם שהמוכר בית לחברו מן הסתם שייר לעצמו את בור המים שבתוכו ודומיו ולא מכר אותם לקונה, מכיוון שאלו דברים שיש להם חשיבות מצד עצמם, והם אינם סתם חלק מן הבית. לדעת חכמים אדם מוכר בעין רעה, ומן הסתם התכוון לשייר לעצמו גם את הדרך אל הבור שנשאר בבעלותו, ואילו לדעת רבי עקיבא אדם מוכר בעין יפה ומשום כך אנו מניחים שלא שייר לעצמו דרך, אלא אם כן אמר זאת בפירוש. המשנה מחדשת שלפעמים ניתן להגיע למסקנה שהמוכר התכוון לשייר לעצמו דרך באמצעות דקדוק בלשון השטר, אף על פי שהדבר לא נאמר במפורש. אם המוכר אמר ללוקח שהוא מוכר לו את הבית "חוץ מהבור" יש כאן מילים שאינן נצרכות, שהרי ברירת המחל הוא שהבור לא נמכר בכלל הבית. לפיכך מדקדקים בדבר ואומרים שכוונת המוכר הייתה לשייר לעצמו גם את הדרך אל הבור, למרות שהדבר לא נאמר באופן מפורש.

כלל זה בא לידי ביטוי גם במקומות נוספים: שכיב מרע שאמר "תנו מאתים זוז לפלוני בעל חובי כראוי לו" הרי המקבל זכאי למאתיים זוז וגם נוטל את חובו. אבל אם שכיב מרע אמר "תנו מאתים זוז לפלוני בחובו" אזי המקבל זכאי למאתיים זוז או לחובו – הגבוה מבין שניהם – ולא יותר.⁶¹ זאת מכיוון שהמילים "כראוי לו" מיותרות, ולכן מפרשים שהכוונה הייתה לתוספת. כאן רואים שתולים בלשון יתרה כוונה להוסיף דבר אף על פי שהפירוש הפשוט בדבריו הוא "כראוי לו בחובו".⁶²

60. בבא בתרא סד, א.

61. שם קלח, ב.

62. אמנם בהמשך הגמרא אומרת "אמר רב נחמן אמר לי הונא הא מני רבי עקיבא היא דדייק לישנא יתירא", ומשמע שזו שיטת רבי עקיבא בלבד. אך רשב"ם פירש שגם חכמים מודים

סוגיה נוספת הוסברה בראשונים על ידי כלל זה: המוכר לחברו "בית", לא מכר לו את הגג שיש לו מעקה גבוה עשרה טפחים.⁶³ אם מכר בית ואמר ללוקח "על מנת שדיוטא העליונה שלי" הרי זה תנאי שלכאורה מיותר, שהרי דיוטא עליונה היא הגג שמן הסתם אינו מכור בכלל הבית, ולכן מפרשים שכוונת המוכר הייתה להוסיף לעצמו זכות כלשהי. לדעת רב זביד המוכר התכוון לשייר לעצמו זכות הוצאת זיזים מהגג אל חלל החצר, ולפי רב פפא המוכר התכוון לשייר לעצמו את הזכות לבנות מחדש את הדיוטא העליונה במקרה שזו תיפול.⁶⁴ על פי זה פסק בשולחן ערוך באופן כללי:

מדקדקין לשון השטר ודנין על פי אותו דקדוק, ולא אמרינן האי גברא לא גמיר כולי האי והיה סבור שהדין היה בענין כך ומפני כך כתב אותו לשון.⁶⁵ לעומת זאת ישנם מקרים שבהם תוספת של מילים בלשון השטר אינה מתפרשת ככוונה להוסיף דברים אלא כ"שופרא דשטרא". למשל:

אמר רב יהודה האי מאן דמזבן ארעא לחבריה צריך למכתב ליה "קני לך דיקלין ותאלין והוצין וציצין" ואע"ג דכי לא כתב ליה הכי קני אפילו הכי שופרא דשטרא הוא.⁶⁶

כלומר המוכר שדה לחברו מכר לו מן הסתם את כל הדקלים והאילנות שבה, גם אם לא התייחס אליהם במפורש. אולם כאשר כתבו במפורש שהדקלים והאילנות מכורים עם השדה אנו מפרשים שהדברים נכתבו ל"שופרא דשטרא", ולא באו להוסיף דבר במכירה. ראשונים כבר שאלו מדוע רב יהודה אמר "צריך למכתב ליה", הרי הדקלים והאילנות מכורים גם אם לא כתב לו. וכך ענה הרשב"א:

אלא נראה לי דלשון חכמים שלום וכדי לסלק התרעומת אמר כן, כלומר שופרא דשטרא הוא דלאו כולי עלמא דינא גמירי, וכי היכי דלא ליתו

שכל לשון יתרה באה להוסיף דברים, אלא שבדברי רבי עקיבא מצאנו כלל זה מפורש. וכך כתבו גם **תוספות** (ערכין יט, א, ד"ה הוא דאמר) שלדעת חכמים אדם מוכר בעין רעה ולכן אין לו צורך לשייר לעצמו דרך, אך לא חלקו על העיקרון שלשון יתרה באה להוסיף, אלא שבסוגיה שם הובאה ברייתא הסוברת שלשון יתרה לא באה להוסיף, והתוספות התקשו כמי נוכל להעמיד אותה.

63. משנה בבא בתרא סא, א.

64. בבא בתרא סג, א-ב.

65. שולחן ערוך חו"מ סא, טו.

66. בבא בתרא טט, ב.

לאינצווי צריך לפרש כן שיהא שטרו יפה ולא יצטרך למיקם בהדיא בדינא ודיינא, כנ"ל.⁶⁷

דהיינו, צריך לכתוב את השטר באופן שלא יעורר תרעומת וויכוחים בין הצדדים, שפעמים אינם יודעים את הדין. זו כוונת הביטוי "שופרא דשטרא", כלומר ששטרו יהיה יפה על ידי שהוא מפורש כל צרכו באופן שלא יצטרכו לדון בבית דין על חילוקי דעות שביניהם. על כל פנים רואים כאן שאין מפרשים את תוספת המילים בשטר כבאה להוסיף דבר במכירה, אלא כ"שופרא דשטרא" בלבד, בניגוד למוכר בית וכתב לו "חוץ מן הבור".

הר"ן עמד על הסתירה בין הסוגיות, ושאל:

וקשיא לי כיון דכתבי אינשי לישנא יתירא משום שופרא דשטרא ואף על גב דלא צריך, ורבנן נמי מתקני להו למכתב הכי, למה מודה רבי עקיבא בזמן שאמר לו חוץ מאלו שאין צריך ליקח לו דרך וקימא לן נמי הכי, נימא לשופרא דשטרא כתבי הכי?⁶⁸

מצאנו בדברי הפוסקים כיוונים שונים ביישוב הסתירה.

2. שיטת הפוסקים שלשון יתרה נועדה להוסיף

ישנם פוסקים שהתייחסו לכלל שיש לדייק בלשון יתרה ככלל מקובל, ואמרו שבכל מקום לשון יתרה באה להוסיף דבר. את הסוגיה של "שופרא דשטרא" הם דחו באופנים שונים. כך, למשל, עולה מפירושו של הרמ"ה בסוגיה:

א"ר ירמיה האי מאן דמזבין ליה ארעא לחבריה צריך למכתב ליה קני לך דיקלין ותאלין הוצין וצנין. ואף על גב דכי לא כתב ליה הכי קני, אפילו הכי שופרא דשטרא הוא. דאי משייר חד מיניהו איהו לחודיה הוא דהוי שיור, אבל שארא לא, דהא אדכירינהו בפירוש. ואי לא כתב ליה הכי ושייר חד מיניהו, זימנין דאיכא למימר דשייר כולהו כדבעינן למימר קמן.⁶⁹

לפי רמ"ה ישנם מקרים שבהם צריך להבהיר שהדקלים מכורים. כגון במקרה שהמוכר שייר לעצמו דקל אחד, שאם הוא דקל גרוע אנו אומרים שבוודאי שייר גם את שאר הדקלים הטובים ממנו. במקרה כזה נוצר צורך להבהיר ששאר דקלים נמכרו. לפי פירושו הקושיה בטלה מעיקרה מכיוון שבסוגיה זו אין לשון יתרה

67. רשב"א שם.

68. ר"ן שם.

69. יד רמ"ה שם, אות סח.

כלל, אבל בשטר שנכתבה בו תוספת שלכאורה אין בה צורך יש לדון מה ללמוד ממנה.

הרדב"ז הסביר שהסוגיה של "שופרא דשטרא" עסקה במקרה שלא היה מה להוסיף מכוח הלשון היתרה. וכך הוא כתב:

ונראה לי דכל היכא דאיכא למימר לטפויי אמרינן ליה, אבל כל היכא דליכא לטפויי במכר כי הכא, דבסתם קנה דיקלין ותאלין וכל מה שבתוך השדה וליכא לטפויי מלתא במכר, אמרינן לישנא יתירא שופרא דשטרא הוא. וההיא דהמוכר את הבית דכתיבא לעיל איירי שלא היה בשדה לא מחיצת הקנים שהיא בית רובע, ולא חרוב המורכב ולא סדן השקמה ולא שומירה ולא שום דבר שיהיה ראוי לימכר בכלל השדה מלישנא יתירא, ומשום הכי אמרינן לשופרא דשטרא.⁷⁰

לדעת הרדב"ז בכל מקום לשון יתרה באה להוסיף דבר, ורק אם אין מה להוסיף אנו אומרים שהלשון נכתבה ל"שופרא דשטרא".⁷¹ אמנם בתשובה אחרת הרדב"ז כתב שאם ישנם שיבושים רבים בלשון השטר ואנו רואים שלא דקדקו בלשונו, אין תולים בלשון יתרה כוונה להוסיף דבר כלשהו:

הנה אספרם כחול ירבון היתורים השיבושים שיש בלשון הפסק, לא שאני פוסל אותו בשביל זה, אלא שאינו לשון מדוקדק שנדרוש בו טפויי, ודבר פשוט הוא מאד.⁷²

המהרי"ק נשאל על שטר שבעל כתב לאשתו ופטר אותה "מכל תביעות וערעורים שהיו לו עליה מעולם עד היום הזה", והיה מן הדיינים מי שרצה לפרש ביטוי זה באופן מצומצם, שהכוונה היא לתביעות מסוג מסוים בלבד. המהרי"ק ענה שמלשון השטר משמע שהכוונה הייתה לכל התביעות, אך הוסיף שיש לפרש כך גם מחמת הכלל שלשון יתרה באה להוסיף. לפי דבריו לשון יתרה באה להוסיף גם דברים שאינם כלולים בלשון מחמת עצמם:

ואפילו לא היה אלא לישנא יתירא דהוה לן למימר דלטפויי הוא דאתא ואף על גב שלא היה הלשון מוכיח כן מצד עצמו אלא מכח ייתור. כי ההוא דפרק יש נוחלין (בבא בתרא קלח) גבי תנו מאתים זוז לפלוני בעל חובי

70. שו"ת רדב"ז א, פז.

71. בפתחי תשובה חו"מ מב, י, כתב: "והנכון בזה מה שתירץ הרדב"ז (שו"ת רדב"ז א, פז) דלהוציא אין לומר לטפויי כי אם הנזכר בגמרא, אבל למוחזק ודאי אמרינן לטפויי". אינני יודע היכן ראה כן בדברי הרדב"ז. ייתכן שהפתחי תשובה הבין כך את שיטת הר"ן (תבואה להלן) שהרדב"ז כתב עליה שהוא כלל נכון, אבל נראה לי שקשה לבאר כך את הר"ן.

72. שו"ת רדב"ז ג, תקיח.

כראוי לו נוטלן ואת חובו, ופריך עלה תלמודא משום דאמר כראוי לו נוטלו ואת חובו, דלמא כראוי לו בחובו קאמר. ומשני הא מני רבי עקיבא היא דדייק לישנא יתירא דתנן לא את הבור ולא את הדות. אלמא כיון דלא צריך וקאמר דלטפויי מילתא קא אתי, הכא נמי כיון דלא צריך וקאמר לטפויי מילתא קא אתי. ופסק רב אלפס וכן שאר הפוסקים שכך הלכה.⁷³

המהרשד"ם⁷⁴ הוכיח מהתוספות⁷⁵ שיש לדקדק בלשון השטר יותר מאשר בלשון המשנה. למרות זאת כתב שייתכן לומר על ביטוי מסוים שנכתב בשטר אגב ביטוי אחר, ואינו לשון יתרה שיש ללמוד ממנה, כשם שבמשנה אומרים לפעמים שדברים נכפלו אגב דברים אחרים. במיוחד ניתן לומר כן "בזמן הזה שאין הסופרים בקיאים כל כך לדקדק שלא יהיה לשון מיותר כלל".⁷⁶

3. שיטת הר"ן

הר"ן בחידושיו עונה על סתירת הסוגיות כך:

וניחא לי, דכי אמרינן דשופרא דשטרא הוא הני מילי לגבי לוקח, דכיון דאתי לאפוקי מחזקה דמוכר אף על גב דלא צריך לפרושי קא מפרש בהדיא לפי שהוא חושש שאם יסתפקו בית דין בדבר יעמידו בחזקת מוכר וחייש לבי דינא דלא גמירי. אבל מוכר שהוא מוחזק למאי חייש, הרי אין הדבר מצוי שיהו בית דין טועין כל כך שיוציאו הדבר מחזקתו שלא כדין. והיינו דכל לישני יתירי דפירקין דאמרינן דלטפויי קאתו נקיטינן להו גבי מוכר, בזמן שאמר לו חוץ מאלו (בבא בתרא סד,א), על מנת שדיוטא העליונה שלי (שם סג,א), חוץ מהרוב פלוני (שם ע,א). וזהו כלל גדול בדינין הללו דכל לישנא יתירא דאמר מוכר דלא צריך – לטפויי קאתי, אבל כי אמר לוקח – לשופרא דשטרא בעלמא הוא דאיכוון.⁷⁷

כלומר כאשר מילים יתרות בלשון השטר מבטאות זכות לקונה, אנו מפרשים שכוונת הצדדים הייתה להבהיר את זכותו של הקונה כך שלא יהיה בה כל ספק.

73. שו"ת מהרי"ק, שורש י. ראו עוד: שם, שורש יב.

74. שו"ת מהרשד"ם חו"מ, מא; חו"מ, רמ.

75. תוספות תמורה יז, ב, ד"ה לא מיבעיא.

76. שו"ת מהרשד"ם חו"מ, רמ.

77. ר"ן בבא בתרא סט, ב. הר"ן חוזר על עיקרון זה במקום נוסף (ר"ן שם קכה, ב, ד"ה נכסאי לסבתא), שם הוא מסביר שהאומר "נכסיי לסבתא ואחריה לבתי מעכשיו" אין אומרים ש"מעכשיו" זו לשון יתרה שבאה להוסיף זכות למקבל, ולכן אין לסבתא אלא קניין פירות. הטעם הוא משום שלשון יתרה לטובת מקבל המתנה אין מדייקים בה, שלא באה להוסיף דבר אלא לשופרא דשטרא.

מכיוון שהקונה חושש שבמקרה של ספק יזכה בממון המוכר שהוא המוחזק. לעומת זאת כאשר מילים יתרות מבטאות זכות למוכר אין לפרש כך את כוונת הצדדים, מכיוון שהמוכר אינו זקוק להבהרת זכותו מעל לכל ספק שהרי הוא המוחזק וכל ספק יתפרש לטובתו. משום כך אנו מפרשים שכוונת הצדדים היא לייפות את כוחו של המוכר ולהעניק לו זכות נוספת שלא נכתבה בשטר עד כה. הבית יוסף⁷⁸ הביא את דברי הר"ן בסימן רמח. הרדב"ז⁷⁹ הביא את דברי הר"ן וכתב שזה הכלל נכון הוא. גם בספר שער משפט⁸⁰ כתב שזו סברה נכונה מאוד.

4. שיטת הרשב"א

א. הסתירה בדברי הרשב"א

הרשב"א יישב את הסתירה כך:

בזה אין כח בדינו לדון בו, בדמיונות,⁸¹ אלא מקום שאמרו, אמרו. במקום שלא אמרו, לא ידענו מהו, אין כח בדינו לדון בו. ותדע לך, שהרי שנינו: ומודה רבי עקיבא בזמן שאמר לו: חוץ מאלו שאין צריך ליקח לו דרך. ולא אמרינן דאף על גב דלא צריך, שופרא דשטרא הוא כדי שלא יבאו לידי מחלוקת, שמא זה יאמר סבור הייתי שהכל בכלל מקחי, וזה יאמר לא כי. אלא חשיב ליה רבי עקיבא למלתא יתירתא, ולטפווי מלתא קא אתי, וקימא לן כוותיה. דאלו [צ"ל: ואילו] רב יהודה אמר: האי מאן דזבין ארעא לחבריה צריך למכתב ליה: קני לך דיקלין תאלין והוצין. ואף על גב דאי לא כתב לה קני, אפילו הכי שופרא דשטרא הוא.⁸²

מתשובה זו עולה שבכל לשון יתרה שבשטר אומרים שהיא נכתבה ל"שופרא דשטרא", אלא אם כן זו לשון שחכמים תלו בה תוספת זכות לאחד מן הצדדים.⁸³ בהמשך דבריו הרשב"א דחה את החילוק בין משייר במכירתו (שבא להוסיף דבר) לבין ביטוי המייפה את כוחו של מקבל מתנה או לוקח (שבא ל"שופרא דשטרא").

78. בית יוסף חו"מ, רמח.

79. שו"ת הרדב"ז א, פז.

80. שער משפט סא, ג.

81. כך היא הגרסה לפנינו בשו"ת הרשב"א ב, ער, וגם בציטוט המובא בבית יוסף חו"מ, סא, בסופו. אמנם היו שגרסו "בממונות", ראו שו"ת הרדב"ז ג, תקיח. בשו"ת אבקת רוכל, קצו, דייק מלשון זו שהרשב"א מודה שמדקדקים בלשון השטר במה שנוגע לאיסורים.

82. שו"ת הרשב"א ב, ער.

83. תשובה זו הובאה בבית יוסף חו"מ, סא, בסופו, וכן בשו"ת הריב"ש, רז.

ראייתו היא מהאומר "תנו מאתים זו לבעל חובי כראוי לו", שמדקדקים בלשון "כראוי לו" כדי להוסיף זכות למקבל המתנה.⁸⁴

פוסקים העירו שקיימת לכאורה סתירה בדברי הרשב"א, מכיוון שבתשובות אחרות הרשב"א עצמו דקדק בלשון השטר ותלה במילים יתרות כוונות שלא נאמרו במפורש. למשל, באחת מתשובותיו מופיעה שאלה זו:

עשרה תלמידים שכרו רב אחד והתנו ביניהם ללמוד לפניו תלמוד, והתנו ביניהם שכל מי שימרוד ולא יבא ללמוד שיפרע שכירות כל השנה כולה. והתחילו ללמוד, ונוספו לרב תלמידים ונסתלק אחד מן התלמידים. ואמר שלא היה רוצה לפרוע אלא כפי הימים שלמד, לפי שלא הפסיד כלום שבעשרה ליטרין שכרוהו ומלבד שכירותו יש לו עשרה ליטרין.⁸⁵

והשיב על כך הרשב"א:

דכיון שהתנה מתחלה שאם יחזור בו שיפרע משלם, נראה שהוא חייב לשלם משום תנאו. דמאי אמרת לא התנה זה אלא שאם יחזור ולא ימצא הרב מי ישכרנו שיהא הוא נותן לו כדינו, אם כן לא היה צריך תנאי שאפילו לא התנה כך דינו. אלא כיון שאמר דברים מיותרים, הוי כאומר דבין ימצא אחרים ובין לא ימצא יתן שכרו משלם. וכדתניא בפרק יש נוחלין (בבא בתרא קלח, ב) תנו מאתים לפלוני בעל חוב כראוי לו... אלמא כיון דלא צריך וקאמר לטפויי הוא דאתא ואף אנו נאמר דנדון שלפנינו כן.⁸⁶

מתשובה זו עולה שלשון יתרה באה להוסיף דברים שאינם מפורשים. במקרה המתואר כאן תלמידים שכרו מלמד, ואחד מהם חזר בו בתוך הזמן, ועל כן היה חייב מן הדין לשלם למלמד את שכרו עד סוף הזמן. לכן אם התנה שישלם שכר זה אנו מפרשים שהוא בא להוסיף חיוב, וחייב עצמו לשלם גם במקרה שיפרוש אחרי שנוספו לתלמידים אחרים.

מתשובת רשב"א נוספת עולה שתנאי שלא היה בו צורך בא להוסיף:

שאלה: ראובן משכן עלייתו לשמעון בנכיינתא והתנה שלאחר הזמן יהא רשות בידו לתבוע חובו או לדור הוא וסיעתו או למשכנה או להשכירה למי

84. ייתכן שהר"ן יענה ויאמר שלשון זו נאמרה על ידי נותן המתנה, שאינו חושש לשופרא דשטרא, ובעל חובו לא היה שם כלל, ולכן תולים בלשון היתרה תוספת. אחר כך מצאתי הסבר זה בשו"ת מהר"י קצבי, יח.

85. שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, א. שו"ת מהר"י בן לב א, צ, ציין סתירה זו, אלא ששם הקשה משו"ת הרשב"א א, א, אלף מב. בשו"ת הרשב"א שלפנינו תשובה זו מופיעה בנוסח שונה לגמרי, והמקור הנכון הוא כאמור בשו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, א.

86. שם.

שירצה. ואחר זמן המשכונא בא למשכנה או להשכירה לאחרים, והלה טוען שאין לו רשות לא למשכן ולא להשכיר אלא לבעל הבית אחד ושלא יהיה לו סיעה גדולה יותר ממה שהיה לשמעון בשעת המשכונא.

תשובה: הדין עם שמעון, לפי ששורת הדין אפילו בלא תנאי יכול היה למשכנה או להשכירה לאחרים... ואפילו ליותר מסיעתו היה רשאי כל שיראה לבית דין שאין הפסד מתרבה בכך ומיהו אם יראה לבית דין שההפסד מתרבה אינו רשאי. אבל עכשיו שנתן לו רשות, התנאי מוסיף להשכירה לכל מי שירצה אפילו לסיעה גדולה. ואל תאמר שלא נכתב התנאי לתוספת ענין אלא לשופרא דשטרא וכדאמרינן בפרק המוכר את הבית (בבא בתרא סט, ב), לא היא, דכל היכא דאיכא למילף מן התנאי ילפינן.⁸⁷

במקרה המתואר כאן שמעון הלווה לראובן וקיבל כמשכון נכס של ראובן (עלייה). הוסכם ביניהם שאם החוב לא ייפרע במועדו, יהיה רשאי שמעון להשכיר את הנכס "למי שירצה". אכן החוב לא נפרע במועד והתעורר ויכוח האם שמעון רשאי להשכיר את הנכס למי שבני ביתו מרובים מאלה של שמעון. הרשב"א פסק שמכיוון שעל פי שורת הדין שמעון היה יכול להשכיר את הנכס, נוסף הסעיף המיותר לרבות השכרה למי שבני ביתו מרובים. משמע שמדקדים לשון השטר.

ב. תירוץ המהרי"ט

המהרי"ט הביא תשובה זו, ועמד על הסתירה בינה לבין התשובה שממנה עולה שאין מדקדים אלא במה שאמרו חכמים. בתחילה הוא הביא את תירוצו של "אחד מגדולי הדור":

דודאי להוסיף על חיובו לא ילפינן מלישנא דטופיינא, אבל בהיא דעשרה תלמידים הלשון הוא כולל שכל מי שימרוד וכו' ולא נפרשהו דוקא בשאין לו תלמידים אחרים.⁸⁸

נראה שכוונתו היא כך: יש מקרים שבהם הכלל "לישנא יתירא לטפויי אתא" מתפרש כבא להוסיף דברים שאינם נזכרים במפורש בשטר. כגון כאשר אמר שאינו מוכר את הבור, תולים בדבריו תוספת שאינו מוכר גם את הדרך לבור. על מקרים אלו אמר הרשב"א שאין לנו לדון "בדמיונות". אולם יש מקרים שבהם התוספת היא במשמעותו של לשון השטר, שיש לפרשו באופן רחב ולא באופן מצומצם. כגון באומר 'תנו מאתים זוז לפלוני בעל חובי כראוי לו', שהשאלה היא אם אלו אותם מאתיים זוז שכבר חייב בחובו, או מאתיים נוספים. התשובה

87. שו"ת הרשב"א ג, לו. הציטוט הוא מתוך בית יוסף חו"מ, עב.

88. שו"ת מהרי"ט ב, חו"מ, קיט.

לשאלה עולה מדקדוק בלשון השטר. כך היה גם במקרה שבו הרשב"א דקדק בלשון השטר. התנאי היה שהתלמידים ישלמו למלמד גם אם יפסיקו ללמוד, והרשב"א הרחיב את תחולתו של תנאי זה גם למקום שהמלמד מצא תלמידים אחרים, מכיוון שאילולא כן לא היה צריך לאומרו משום שהחיוב קיים מעיקר הדין. נמצא שאין כאן חיובים נוספים אלא פירוש רחב למה שכתוב בשטר.

המהרי"ט לא קיבל את החילוק הזה, והקשה עליו: "וקשה לי כיון שעיקר הראיה היא מההיא דתנו מאתים זוז לפלוני בעל חובי כראוי לו, התם אין הלשון כולל, ואדרבה לשון כראוי לו טפי משמע כראוי לו בחובו ומכח שהוא מיותר ילפינן דחוץ מחובו קאמר".⁸⁹ מסתבר שכוונתו היא לתשובת הרשב"א בעניין התלמידים שהתנו לשלם למלמד גם אם יפסיקו ללמוד. אותו גדול פירש שהרשב"א לא הוסיף דבר מעבר לתנאי אלא רק הרחיב את תחולתו. קושיית המהרי"ט היא כיצד הרשב"א הביא ראיה לכך מההיא ד"תנו מאתים זוז לפלוני בעל חובי", הרי שם המילים "כראוי לו" מוסיפות דבר שאינו כלול במתנה בלעדיתה.⁹⁰ המהרי"ט הקשה גם מתשובת הרשב"א על השכרת נכס ממושכן למי שבני משפחתו מרובים שהובאה לעיל, ויישב כך:

ונראה לי לומר בענין שלא יהיו דברי התשובה סותרת זו לזו: דכל שלא בא הלשון דרך חיוב ולא תנאי, אלא בדרך פירוש אף על פי שלא היה צריך לפרש, לא דייקי לישנא דטופיינא בשטרא, דאמרינן שמא לשופרא דשטרא כתבינהו כדאשכחן דלכתחלה כתבינן תאלין ודקלין לשופרא. אבל היכא שבא להתנות או להתחייב בדבר, ודאי יש לנו לומר שחיוב חדש הוא ולא

89. שם.

90. הערת עורך: ניתן להסביר שהמחלוקת בין המהרי"ט לבין אותו גדול תלויה במחלוקת הראשונים בדין האומר "תנו מאתיים זוז לבעל חובי", ולא אמר את המילים "כראוי לו": לדעת הרמב"ן בבא בתרא קלח,א, ד"ה ובחובו, ידו של המקבל על העליונה, והוא יכול לבחור אם לגבות את חובו או לגבות מאתיים זוז. לעומתו כתב הריטב"א בבא בתרא קלח,ב, ד"ה ופרקינן, בשם הרא"ה, שבמקרה כזה המקבל נוטל מאתיים זוז בנוסף לחובו, כאילו אמר "כראוי לו". רק כאשר אמר "מאתים זוז בחובו" נוט את מאתיים הזוז בחובו.

המהרי"ט סבר כרמב"ן, שהאומר "תנו מאתיים זוז לבעל חובי" אינו מתכוון למתנה בנוסף לחוב. ומכאן שהתוספת "כראוי לו" באה להוסיף מתנה שאינה כלולה או רמוזה בלשון המקורית. לעומתו אותו גדול סבר כרא"ה שהאומר "תנו מאתיים זוז לבעל חובי" מתכוון למתנה בנוסף לחוב, כלומר שהלשון היא כוללת ובעקבות תוספת המילים "כראוי לו" אנו מפרשים פירוש רחב אבל לא מוסיפים דבר שאינו כלול בלשון המקורית.

לגבי דעת הרשב"א עצמו במחלוקת זו, ראו בהערות המגיה על ר"ן בבא בתרא קלח,ב, הערה 85 (הוצאת מוסד הרב קוק), שבתחילה הביא הרשב"א רק דעת הרמב"ן, ובהמשך הוסיף תוספת לדבריו וסבר כרא"ה. א.פ.

מה שמחוייב ועומד, דהיינו ממש ההיא דפרק יש נוחלין "לפלוני בעל חובי כראוי לו" דחוץ מחובו קאמר.⁹¹

כלומר: המוכר שדה לחברו וכתב לו "קנה לך דקלין ותאלין והוצין וציצין" בא לפרש את מה שמכור בכלל השדה, ומכיוון שאינו מוסיף חיוב או תנאי אלא בא לפרש בלבד אנו אומרים שכתב זאת ל"שופרא דשטרא". אבל במקום שאדם מוסיף חיוב או תנאי שהם ברורים גם ללא שיפרש אותם, אנו תולים בתוספת זו כוונות אחרות. למשל הנוסח 'תנו מאתיים זוז לבעל חובי כראוי לו' הוא נוסח של התחייבות, והואיל וחיוב דומה היה ברור מכוח ההלוואה שנעשתה בעבר, יש לתלות שהכוונה לתת למלווה מתנה מעבר לחובו. וכן תלמיד המתחייב לשלם שכר המלמד אם לא יבוא ללמוד, אינו מתכוון למה שהוא כבר חייב מן הדין אלא להוסיף חיוב.

ג. תירוץ המהרש"ך

רבי שלמה הכהן עמד על הסתירה בתשובות הרשב"א, ויישב אותה באופן הבא:

ולי פשר הדבר והתרתו יראה בפשיטות, והוא דהרשב"א ז"ל קאמר דלא אמרינן לישנא יתירא לטפויי אתא, אלא דוקא כשהתנה וכתב בשטר דבר שאינו צריך דבלאו הכי סתמיה דההיא מלתא הכי משתמע... אמנם כשנכתב בשטר דבר אחד הצריך להתנות וליכתב ואותו הדבר הוכפל והוא מיותר גמור, כהאי גוונא לא אמרינן לישנא יתירא הוי ולטפויי אתא דלא הוי כהאי גוונא אלא לשון כפול, ולא דרשינן ליה דלרבויי אתא.⁹²

לדעת רבי שלמה הכהן, לשון מיותרת נועדה להוסיף רק כאשר התנו בשטר דבר שאינו צריך כלל, כלומר שגם בלעדיה כך היו עושים. כך הוא מסביר את המקרים שהובאו בגמרא, כשהמוכר שייר לעצמו את הבור והדות שממילא נשארים שלו, ולכן רבי עקיבא פירש ששייר לו גם את הדרך לבור. וכן כשאדם אמר 'תנו מאתיים זוז לפלוני בעל חובי כראוי לו', שאין בכך צורך אלא כדי להוסיף דבר. כך הוא גם במקרה שבו דן הרשב"א על התלמידים ששכרו מלמד, שם כל התנאי מיותר, ולכן פירש שבא להוסיף דבר מעבר למה שנאמר במפורש.

אולם כאשר ישנם דברים שצריכים להיכתב בשטר, אלא שנכתבו פעמיים, אין לדרוש מהלשון היתרה שהכוונה הייתה להוסיף דבר כלשהו שלא הוזכר במפורש, אלא הכוונה הייתה לחזק את מה שכבר נכתב. באופן דומה פסק גם בשו"ת נודע ביהודה:

91. שו"ת מהרי"ט ב, חו"מ, קיט.

92. שו"ת מהרש"ך א, ב.

דעד כאן לא סגר עלינו הרשב"א בזה אלא היכא דגוף הדבר צריך לכותבו
אלא שיש בו לישיני יתירי, בזה לא אמרינן דלטפויי אתא. אבל היכא שאין
צריך לכותבו כלל בזה שפיר אמרינן מדכתבו בפירוש שמע מינה לטפויי
אתי דבר שלא היה זוכה בו אם לא נכתב.⁹³

לתירוץ זה הסכימו פוסקים נוספים.⁹⁴

ד. תירוץ שו"ת תורת חיים

רבי חיים שבת, ⁹⁵ חלק על רבו רבי שלמה הכהן. הוא הוכיח מתוך תשובת
הריב"ש שהרשב"א אמר ש"אין לדון בדמיונות" גם בתנאי כזה שלא היה צורך
לכותבו כלל. משום כך הוא הגיע למסקנה הפוכה: מהתחייבות מיותרת לא ניתן
לרבות מכיוון שיתכן שפרשוה ל"שופרא דשטרא" כדי שלא תהיה מחלוקת בדבר.
אבל מכתובה כפולה של אותה התחייבות ניתן לרבות, מכיוון שהלשון המיותרת
באה להוסיף דבר שלא נזכר בשטר, ולא נאמר שהדבר נכתב ל"שופרא דשטרא".

ה. תירוץ הנודע ביהודה

ראינו לעיל שהנודע ביהודה הסביר את שיטת הרשב"א כמו המהרש"ך. אולם
מתשובה אחרת שלו נראה שתירץ באופן נוסף. הנודע ביהודה נשאל על בעלי דין
שקיבלו עליהם שני דיינים שידונו בעניינם, והותנה שאם לא יושוו דעתם יוכלו
לבחור דיון שלישי "יהיה איזה שיהיה". ואכן כך קרה: הדיינים חלקו ביניהם,
והוסיפו דיון שלישי. אחר גמר דין התברר שהדיין השלישי הוא קרוב של אחד
הצדדים. המפסיד בדין טען שהדין בטל, והזוכה טען שהביטוי "יהיה מי שיהיה"
הוא מיותר שנועד להוסיף אפילו קרוב ופסול. הנודע ביהודה הכריע כך:

ונראה לפי עניות דעתי שאם הכריע להוציא ממון מידי המוחזק ודאי דלא
סמכינן לומר לישנא יתירא לטפויי אתי להכשיר הקרוב, הואיל והרשב"א
הכריע דלא למידרש לישנא יתירא. אבל אם הכריע לזכות את המוחזק
במה שיש בידו, בזה קם הכרעתו. שהרי הרשב"א אומר שאין לנו לדמות,
אבל לא הכריע שבודאי לא דרשינן לישנא יתירא. ובפרט ששאר תשובות
דרשי בהדיא לישנא יתירא, אם כן יכול המוחזק להחזיק מה שבידו ע"פ
הכרעת המכריע.⁹⁶

93. שו"ת נודע ביהודה תניינא, אה"ע, ק.

94. שו"ת מהרש"ם ג, קכח; משנה למלך מכירה כד, טו.

95. ראו שו"ת תורת חיים א, לא; שם, א, לח; שם ב, כזכח; שם ב, לד.

96. שו"ת נודע ביהודה קמא, חו"מ, ג.

הנודע ביהודה הבין שהרשב"א הסתפק אם והיכן יש לדרוש לשון יתרה, ולכן אין דורשים לשון יתרה כדי להוציא ממון, אבל מחזיקים ממון על פי לשון יתרה.⁹⁷ זו גם מסקנת הפתחי תשובה,⁹⁸ שיש לפסוק בזה לילך אחר המוחזק.

1. סיכום ההסברים בשיטת הרשב"א

1. לכאורה יש סתירה בדברי הרשב"א: בתשובה אחת הרשב"א כתב שלא ניתן לדייק מלשון השטר, ולכן רק במקום שחז"ל דייקו מלשון מיותרת בשטר ידייק גם בית הדין. לעומת זאת בתשובות אחרות הרשב"א עצמו דייק מלשון מיותרת שהובאה בשטרות.

2. לפי "אחד מגדולי הדור" שהובא במהרי"ט: כאשר הלשון בשטר מיותרת, יש לפרש אותה בפירוש הרחב שלה, ולא בפירוש המצומצם. אבל אין לפרש שהלשון המיותרת באה להוסיף דברים שאינם כלולים בלשון השטר.

3. לפי המהרי"ט: כאשר השטר אינו מוסיף חיוב או תנאי, אלא בא לפרש בלבד, אנו אומרים שכתב זאת ל"שופרא דשטרא". אבל במקום שאדם מוסיף חיוב או תנאי שהם ברורים גם ללא שיפרש אותם, יש לפרש שהלשון המיותרת באה להוסיף דברים שאינם כלולים בלשון השטר.

4. לפי מהרש"ך ונודע ביהודה: לשון יתרה שלא היה בה צורך משום שבלאו הכי זהו הדין, באה לחדש דבר שלא הוזכר במפורש בשטר. אולם אין ללמוד דבר נוסף מלשונות שצריך היה לכתוב, אלא שנכפלו בשטר פעמיים.

5. לפי שו"ת תורת חיים: הסברה הפוכה מסברת מהרש"ך – כל דבר שנכפל בא להוסיף דבר שלא נכתב במפורש. אולם דבר שנכתב למרות שממילא כך שורת הדין – ייתכן שנכתב ל"שופרא דשטרא" כדי שלא תהיה מחלוקת בדבר.

6. לפי הנודע ביהודה בתשובה אחרת: משמע שהרשב"א מסופק אימתי דורשים לשון יתרה, ולכן ידו של המוחזק על העליונה.

5. שיטת השולחן ערוך

הבית יוסף הביא את תשובת הרשב"א שממנה עולה שאין לדרוש מלשון יתרה בשטר, ומשמע שהסכים עמה:

97. לפי זה יוצא שאף שבפרשנות הגמרא הרשב"א והר"ן חולקים זה על זה, כאמור לעיל, מכל מקום, התוצאה המעשית תהיה זהה – שדורשים לשון יתרה לטובת המוחזק, ולא דורשים אותה לטובת המוציא מחברו.

98. פתחי תשובה חו"מ, מב, י. גם בשו"ת כנסת יחזקאל חו"מ, קא, כתב "דלהוציא סבירא ליה דעת הרשב"א דאין לומר לאטפויי כי אם הנוכח בגמרא, אבל למוחזק ודאי אמרינן לטפויי".

כתב הרשב"א שנשאל באיזה ענין ראוי להשתמש במימרא (בבא בתרא קלח,ב) דכל מילתא דלא צריך, לטפויי מילתא אתא. והשיב בזה אין כח בידינו לדון [בן] בדמיונות אלא מקום שאמרו – אמרו, במקום שלא אמרו – לא ידענו מה ואין כח בידינו לדון בו, והביא ראיה לדבר.⁹⁹

מנגד, השולחן ערוך פסק גם כתשובת הרשב"א שבה הוא דרש לשון מיותרת בשטר:

ראובן משכן ביתו לזמן, והתנה שאחר הזמן יהיה רשות (בידו) לדור בו הוא וסיעתו, או למשכן או להשכיר למי שירצה. יש מי שאומר שאפילו בלא תנאי רשאי להשכיר או למשכן (למי שבני ביתו אינן מרובין), ומפני התנאי רשאי להשכיר ולמשכן אפילו למי שיש סיעה גדולה מסיעתו.¹⁰⁰

במקום אחר¹⁰¹ הבית יוסף הביא את שיטת הר"ן המחלק ואומר שאין מוציאים ממון על פי לשון יתרה, אלא תולים אותה ב"שופרא דשטרא", אך לשון יתרה מועילה כדי להחזיק ממון.

שער משפט¹⁰² כתב על שיטת הר"ן שהיא סברה "נכונה מאד". עם זאת הוא עמד על כך שחילוקו של הר"ן לא יועיל כדי להסביר את הדין המאפשר למלווה להכניס סיעה גדולה בקרקע ממושכנת, מכיוון שקרקע ברשות בעליה עומדת, ולכן הלווה הוא המוחזק ולא המלווה. נמצא שעל פי דקדוק השטר הוספנו זכות למלווה שבא להוציא ממון. דין זה אינו מתיישב לפי שיטת הר"ן.

6. סיכום

ישנן סוגיות הקובעות שכל לשון יתרה בשטר באה להוסיף דבר. לעומת זאת יש סוגיה שהמליצה להוסיף לשון יתרה ל"שופרא דשטרא", כלומר, להבהרת היקף השטר כפי שהוא, שממנה משמע שאין לרבות דברים נוספים על בסיס הלשון היתרה.

לדעת חלק מן הפוסקים (רמ"ה, רדב"ז) הכלל הוא שלשון יתרה באה להוסיף ולחדש דבר, אלא אם כן יש בה צורך כדי להבהיר פרט מסוים או כאשר אין מה להוסיף. כמו כן הרדב"ז כתב שמדקדקים בלשון שטר רק כאשר הכותב הוא אדם המדייק בלשונו, אולם משטר משובש לא ניתן לדייק ולרבות. מכאן אפשר להסיק שבימינו כאשר רוב הציבור אינו בקיא בדיני חוזים שבהלכה, קשה לדייק מעצם

99. בית יוסף חו"מ, סא.

100. שולחן ערוך חו"מ שטז, ג.

101. בית יוסף חו"מ, רמח.

102. שער משפט סא, ג.

הריבוי. אמנם מסתבר שניתן לרבות כאשר הלשון מרבה במפורש כגון 'בכל דרך שהיא', 'בכל אופן שירצה', וכדומה.

לדעת הר"ן לשון יתרה לטובת המוחזק (כגון, מוכר) באה להוסיף דבר, וצריך לדקדק מה ללמוד ממנה, אולם לשון יתרה לטובת המוציא מחברו (כגון, קונה) באה ל"שופרא דשטרא" כדי למנוע ויכוחים בנוגע למה שכבר הוסכם, ואין ללמוד ממנה תוספת כלשהי.

בתשובה אחת הרשב"א כתב שלא ניתן בימינו לדייק מלשון השטר, למעט מקום שבו חז"ל דייקו. לעומת זאת בתשובות אחרות הרשב"א עצמו דייק מלשון מיותרת שהובאה בשטרות. האחרונים האריכו בתירוץ שונים לסתירה זו, וכן השולחן ערוך הביא מגוון של דעות, ולא ברור כדעת מי הוא פסק להלכה.

ה. סתירות בשטר

לעיתים מתגלע סכסוך בין צדדים להסכם, וכל אחד מהם מוצא בהסכם סעיף התומך לכאורה בטענתו. בפרק זה נדון במקרים כאלה, כאשר נכתבו בחוזה תנאים או לשונות הסותרות זו את זו.

1. סתירות בין ראשית החוזה לסופו

השולחן ערוך¹⁰³ קבע שלושה כללים כיצד לנהוג בחוזה שיש בו סעיפים הסותרים זה את זה:

היה כתוב בו למעלה דבר אחד ולמטה דבר אחר ואפשר לקיימם (שניהם) – מקיימם אותם.

אבל אם הם סותרים זה את זה, כגון שכתוב למעלה מנה ולמטה מאתים או להיפך – הולכים אחר התחתון.

במה דברים אמורים שהולכים אחר התחתון, כשאינן האחד תלוי בחברו אבל אם היה כתוב בו מאה שהם מאתים או מאתים שהם מאה – אינו גובה אלא מאה שהוא הפחות שבשניהם, כיוון שיד בעל השטר על התחתונה.

נדון בהם לפי הסדר.

א. סתירה שניתן ליישבה ברווח או בדוחק

נפתח בכלל הראשון: כאשר אפשר לפרש את השטר באופן המקיים את הכתוב בו, ולא חוזר בו הכותב, הדבר עדיף. כך למשל, כאשר אדם נותן מתנה לחברו

103. שולחן ערוך חו"מ מב, ה.

“מהיום ולאחר מיתה” מפרשים את הדברים באופן שיתקיימו שתי הלשונות, וקובעים שהתכוון לתת גוף המתנה מהיום ואת פירותיה לאחר מיתה, ואין אומרים שחזר בו מרצונו לתת מהיום, והחליט לתת לאחר מיתה, ואז זהו שטר לאחר מיתה שאינו מועיל.¹⁰⁴

נחלקו אחרונים אם יש לפרש את השטר גם באופן דחוק כדי ליישב את הסתירה שבו. הרמ"א בספר דרכי משה¹⁰⁵ כתב בשם תשובות מימוניות¹⁰⁶ “דהיכא דאפשר לקיים אפילו היכא דשתי הלשונות מרוחקים זו מזו מקיימים אותן, וכל שכן היכא דסמיכי אהדדי, דלאו אורחא הוא לסתור דבריו תוך כדי דיבור”, ונחלקו אחרונים בביאור דבריו.

הסמ"ע¹⁰⁷ הבין ש“שני הלשונות מרוחקים זה מזה” היינו שרחוקות מבחינת משמעותן ולכן כתב שלפי הדרכי משה יש להעדיף לקיים את הלשונות הסותרות שבשטר גם באופן דחוק. הטעם הוא משום “שאינן דרך הבריות לחזור בדבריהם תוך כדי דיבור”, כלומר הגיוני יותר להניח שהתכוונו לפירוש הדחוק מאשר להניח שעושה השטר חזר בו בתוך כדי דיבור.

לעומת זאת לדעת הש”ך¹⁰⁸ כוונת הדרכי משה בביטוי “שני הלשונות מרוחקים זה מזה” היא שהלשונות הסותרות בשטר מרוחקות זו מזו ויש דברים אחרים שכתובים ומפסיקים ביניהן. במקרה כזה מיישבים בין הלשונות הסותרות, וכל שכן כאשר הלשונות סמוכות זה לזה. יוצא שאין בדברי הרמ"א התייחסות ליישוב דחוק של סתירה בשטר, על כן כתב הש”ך “אבל כשאי אפשר ליישבם אם לא מדוחק, זה לא שמענו”.

מהר”י בן לב¹⁰⁹ דן בשטר שבראשו נכתבה צוואה מחמת מיתה, ובסופו נכתב שעשו מעשה קניין מעכשיו. הוא נשאל אם דין השטר כדין צוואה שחלה לאחר מיתה בלבד, כמו שכתוב בתחילת השטר, או כדין מתנת בריא שחלה מעכשיו, כמו שעולה מסוף השטר. תשובתו היא שדין השטר כדין מתנת בריא, מכיוון

104. בביאור הגר"א חו"מ מב, יח, ציין כמקור נוסף לדין זה את פסק הגמרא בבא בתרא קטו, ב, שאם היה כתוב למעלה “קפל” ולמטה “ספל” אין אומרים שחזר בו, ובמקום “קפל” – קב וחצי, חזר לומר “ספל” – סאה וחצי (ע”פ פירוש ר”י מיגש ורבנו חננאל), אלא אומרים שהיה כתוב “קפל” גם למטה ובא זבוב והסיר רגל הקוף ונעשה סמך. כלומר פירוש השטר באופן המקיים את הכתוב בו עדיף מהפירוש שכותב השטר חזר בו בין תחילתו לסופו.

105. דרכי משה חו"מ מב, ח.

106. תשובות מימוניות משפטים, סט.

107. סמ"ע מב, י; ראו גם גידולי תרומה שער סח, אות א.

108. ש”ך חו"מ מב, ט; וכן משמע קצת בשו"ת הרמ"א, פ.

109. שו"ת מהר"י בן לב ד, כו.

שהולכים אחר סוף השטר (ע"פ הכלל השני בשולחן ערוך, לעיל) וודאי חזר בו והחליט לתת את המתנה מעכשיו, ולכן עשו מעשה קניין. לדבריו, אין זה דומה לנותן "מהיום ולאחר מיתה", שהוסבר כמי שנותן את הגוף מהיום ואת הפירות לאחר מיתה, כי לא מסתבר שיכתוב בתחילת השטר כאילו זו צוואה גמורה ורק בסופו יכתוב שנעשה קניין מעכשיו. נראה מדבריו שאם הגיוני יותר לומר שחזר בו אין מנסים ליישב את שתי הלשונות. גישה זו דומה לשיטת הש"ך, אשר לפיה לא מנסים ליישב בדוחק סתירה בשטר, אלא מסבירים את הסתירה באופן הסביר ביותר – אם בדרך של יישוב, חזרה, או טעות סופר.

כאשר הצדדים השתמשו בטופס מודפס של חוזה, והוסיפו תנאים או סעיפים בכתב יד אשר סותרים את המודפס למעלה מהם, מסתבר לומר שגם הסמ"ע יודה שאין ליישב את הסתירה באופן דחוק, וסביר יותר לומר שהנוסח הכתוב ביד הוא הנוסח האחרון והקובע.¹¹⁰

ב. סתירות שאין אפשרות ליישב ביניהן

המשנה במסכת בבא בתרא עוסקת במקרה שבו יש סתירה בשטר: "כתוב בו מלמעלה מנה, ומלמטה מאתים, מלמעלה מאתים ומלמטה מנה – הכל הולך אחר התחתון."¹¹¹ כלומר הולכים אחר הניסוח האחרון בשטר ("התחתון"). הראשונים¹¹² הסבירו שהטעם הוא משום שוודאי חזר בו מהניסוח הראשון ("העליון"), לאחר שעייין בחשבונותיו ומצא אחרת ממה שנכתב שם, ולכן נקט סכום אחר למטה. דין זה מבוסס על אומדן דעת, ומשום כך הוא עשוי להשתנות במקום שבו מסתבר אחרת. למשל, במקרה שכתב השולחן ערוך בהמשך הסעיף:

ויש מי שאומר שאם למעלה היה פורט והולך ולמטה כתוב סכום הכל כך וכך ופיחת או הוסיף – בזה אנן אומרים ודאי טעה בחשבון, ואחר הפרט אנו הולכים ונראין דבריו.¹¹³

במקרה המתואר בסעיף זה נכתב בתחילת השטר פירוט של כמה סכומים ובסופו נכתב סיכום של כל הסכומים, ונמצא פער בין הפירוט לסיכום. במקרה כזה אין

110. מעובד מתוך פסק דין בהרכב הדיינים הרב אליהו בר שלום, הרב פנחס משה לנדמן, והרב אהרן מיטלמן, "תביעת ביטול מקח על רכב שנתגלה שעבר תאונה", קובץ תורני בית דוד בעניני חושן משפט: זכרון טוביה, עמ' רכב.

111. בבא בתרא קסה, ב.

112. ראו: רשב"א בבא בתרא קסה, ב, ד"ה זווין מאה: "דהכא ודאי מהדר הוא דקא ביה דעינו בחושבנהו וכתבי למטה". כך כתב גם הר"ן שם, וכן בבית יוסף חו"מ, מב.

113. שולחן ערוך חו"מ מב, ה, על פי דברי הטור חו"מ, מב, בשם רבנו ישעיה.

הולכים אחר הסיכום, אלא מניחים שמדובר בטעות והולכים אחר הפירוט שבתחילת השטר.

עד כה עסקנו בהסכם או בשטר שנכתבו בכתב יד. מה דינו של חוזה שנערך בעזרת מעבד תמלילים, שיש סתירה בין סעיפיו? בחוזה כזה, גם אם אחד הצדדים חזר בו, הוא היה יכול לתקן במקום. ייתכן גם שלאחר הקלדת כל החוזה חזרו ותיקנו פרט מסוים בתחילתו ושכחו לתקן גם בסופו, כלומר הנכתב למעלה נכתב בעצם בסוף. לפי זה עשוי להיות ספק מה נכתב ראשון ומה נכתב אחרון, ויד בעל השטר תהיה על התחטונה.

בשו"ת חוט השני¹¹⁴ הסתפק שמא כלל זה נאמר דווקא כאשר שתי הלשונות שייכות למין אחד, וההבדל הוא כמותי בלבד, כגון מאה או מאתיים – שבכלל מאתיים מאה. אבל כאשר מדובר בשני מינים שונים, כגון שלמעלה כתוב שהלווה לו חבית של יין ולמטה כתוב חבית של שמן, השטר פסול לגמרי.¹¹⁵

ח. סתירה שניתן להסבירה רק כטעות סופר

הכלל השלישי הוא שאומרים "הלך אחר התחונן" רק כאשר שני הסכומים הכתובים אינם תלויים זה בזה, אבל במקום שלשון השטר תולה אותם זה בזה – הולכים אחר הסכום הפחות שבהם. למשל, אם כתוב בשטר שההלוואה היא "מאה שהם מאתיים" או "מאתיים שהם מאה" יש ללכת אחר פחות שבלשונות ואינו גובה אלא מאה.¹¹⁶ מכיוון שהדברים נאמרו בדיבור אחד, אין זה מסתבר שחזרו בהם מהלשון הראשונה. לכן הולכים אחר הסכום הנמוך בגלל ש"המוציא מחברו עליו הראיה" ו"יד בעל השטר על התחוננה".¹¹⁷ כך הדין גם במשכיר ב"שנים עשר זהובים לשנה, דינר זהב לחודש" שאין הולכים אחר הלשון האחרונה, אלא אומרים שהמוציא מחברו עליו הראיה (נפקא מינא לשנה מעוברת).¹¹⁸ בספר פתחי חושן¹¹⁹ כתב שהוא הדין כאשר כתבו את הסכום בספרות ובמילים, ויש סתירה בין הסכום במילים לבין הסכום בספרות, שיד בעל

114. שו"ת חוט השני, לט, דבריו הובאו בפתחי תשובה חו"מ מב, ג. ספר חוט השני נערך על ידי רבי יאיר חיים בכרך, בעל הספר חוות יאיר, ויש בו גם תשובות של אביו ושל סבו. תשובה זו היא של סבו.

115. כמו שני עדים הסותרים זה את זה, ראו שולחן ערוך חו"מ ל, ב.

116. שולחן ערוך חו"מ מב, ה; ספר התרומות שער סח, אות ח.

117. ר"י מייגש בבא בתרא קס"ב, ד"ה כתב מלמעלה.

118. שם.

119. פתחי חושן עדות שטרות, ה, הערה כג.

השטר על התחטונה. כי אין זה מסתבר שכותב השטר חזר בו תוך כדי דיבור, ולכן אין תולים בחזרה מכוונת אלא בטעות סופר, והמוציא מחברו עליו הראיה. בספר חשוקי חמד¹²⁰ כתב שגם כאשר הסכומים נכתבו צמודים אחד לשני, הולכים אחר אומד הדעת כדי להכריע איזה סכום מסתבר יותר, אם ניתן להגיע לאומדן כזה. למשל, אם כתב בספרות 300 ₪ ובמילים "שלושת אלפים", מסתבר יותר שהשמיט אפס בספרות מאשר לומר ששינה את המילים ובמקום "שלוש מאות" כתב "שלושת אלפים".

2. סתירה בין שני עותקים

בזמן חז"ל היה נהוג לכתוב עותק אחד של החוזה ולתת אותו לבעל הזכויות: "כותבים שטר ללווה אף על פי שאין מלווה עמו, כותבים שטר למוכר אע"פ שאין לוקח עמו".¹²¹ הלווה היה נותן את השטר למלווה בשעת ההלוואה, וכן המוכר ללוקח בשעת המכירה. משום כך נקבעו כללים שלא יאפשרו למלווה להכניס בשטר שינויים לטובתו באופן שלא יהיה ניכר לבית הדין, וכל שטר שלא נכתב לפי כללים אלו נפסל.

בימינו נהוג לעשות שני עותקים לכל חוזה, וביד כל אחד מן הצדדים יש עותק. הדבר מבטיח שאחד הצדדים לא יוכל להכניס שינוי לטובתו, מכיוון שהשינוי לא יופיע בעותק שביד הצד השני. נשאלת השאלה כיצד לנהוג כאשר יש סתירה בין שני העותקים, כגון שבאחד כתוב שהלווה מאה ובשני כתוב שהלווה מאתיים? הרדב"ז¹²² כתב שבמקרה כזה המוציא מחברו עליו הראיה:

אם אין שם אלא שני שטרות ויש חילוק לשונות בהם – המוציא מחברו עליו הראיה, ואם אין שם ראיה, דל מהכא שטרי דהוו כמאן דליתנהו ונשבע שלא היה התנאי כך אלא כך כמו שכתוב בשטרו ונפטר.

משמע מדברי הרדב"ז שבשני עותקים לא חל הכלל שהולכים אחר האחרון. הטעם הוא כנראה שבסתירות בשטר אחד אנו תולים את השינוי בכך שהצדדים חזרו בהם והסכימו לנוסח המאוחר, וכפי שכתבנו לעיל. אולם בסתירה בין שני עותקים מסתבר שבאחד מהם נעשה שינוי בשגגה או במזיד והוא פסול לחלוטין. לעומת זאת בספר שער משפט¹²³ התייחס לשני עותקים של שטר כמו אל שטר אחד, שאם אין חתומים עליהם עדים, אלא שני הצדדים, יש לנו לומר שחזרו בהם

120. חשוקי חמד בבא בתרא קסה, ב, ד"ה חזוין מאה.

121. בבא בתרא קסז, ב.

122. שו"ת רדב"ז א, שנג.

123. שער משפט מב, ג.

והולכים אחר האחרון. אם לא יודעים איזה שטר הוא האחרון – המוציא מחברו עליו הראיה. אם עדים חתומים על השטרות הולכים אחר השטר הראשון, משום שהחתימה עליו נחשבת כעדות שנחקרה בבית הדין, שהעדים אינם רשאים לחזור בהם ממנה. אם לא יודעים איזהו השטר הראשון – המוציא מחברו עליו הראיה. עיקר הדיון של הרדב"ז הוא במקרה שבו נכתבו שלושה עותקים, שניים מהם נמסרו לשני הצדדים והשלישי נמסר לידו של נאמן (שליש), ולאחר זמן נמצא שבאחד מן השטרות יש תנאי שונה מהשניים האחרים. לדעתו במקרה כזה הולכים אחר הרוב ומקבלים את הנוסח של שני השטרות הזהים, ותולים את הטעות בשטר החריג. הרדב"ז הביא ראייה לכך מדיני ספר תורה, שם נפסק שאם נמצאו הבדלים בין נוסח של ספרי תורה יש ללכת לפי הנוסח שברוב ספרי התורה.

שער משפט¹²⁴ הקשה על הרדב"ז כמה קושיות: הוא הוכיח שבמקום שאפשר לתלות את שינויי הנוסח בכך שחזרו בהם, אין הולכים אחר הרוב. לכן שטר שהיה כתוב בו כמה פעמים שסכום ההלוואה הוא חמש, ואחר כך כתבו חמישים, הולכים אחר "התחתון" אף על פי שברוב הפעמים כתוב חמש.

לפי זה הוא הדין בסתירה בין כמה העתקים: אם חתומים עליהם שני הצדדים, יש לנו לומר שחזרו בהם והולכים אחר האחרון, ואם אין יודעים איזה שטר הוא האחרון הרי שהמוציא מחברו עליו הראיה. אם עדים חתומים על השטרות הולכים אחר השטר הראשון, משום הכלל 'כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד', ואם אין יודעים איזהו הראשון – המוציא מחברו עליו הראיה.¹²⁵ בנוסף לכך הקשה: כיצד הביא רדב"ז ראייה מאיסורא לממונא, דיני ספר תורה שייכים לאיסור והיתר

124. שם.

125. הערת עורך: ניתן להשיב על דברי שער משפט, שאין להשוות שני שטרות סותרים לשטר אחד שיש בו סתירה. כאשר יש שטר העומד בפני עצמו שתוכנו שגוי והצדדים חזרו בהם מההסכמות שבו, יש להניח שהצדדים לא יאפשרו את קיומו. הצד שהטעות לרעתו יקרע את השטר, או לא יחתום עליו. גם לצד שהטעות לטובתו אסור להשהות את השטר משום "אל תשכן באהליך עולה". לכן, כאשר יש סתירה בין שטרות, ההסבר הסביר לכך הוא שבשטר אחד יש טעות שלא הייתה ידועה לצדדים או ששטר אחד מזויף, ונלך אחר הרוב. לכן הרדב"ז יכול היה להביא ראייה מדין ספרי תורה, שבהם בוודאי לא שייך לומר שהסופר "חזר בו". לעומת זאת, כאשר יש סתירה בתוך השטר, הולכים אחר התחתון כי מניחים שהצדדים חזרו בהם. הם לא היו צריכים לקרוע את השטר כי יכלו להניח שתיתן עדיפות לנוסח התחתון המתוקן. זאת אומרת שכאשר יש שינוי, אנחנו מניחים שהשינוי מכוון ולא טעות או זיוף. ייתכן ששער משפט סבר שכאשר נעשו מעיקרא שני העתקים על מנת ששניהם ישמשו כראיה, יש להתייחס אליהם כאחד, ולכן הולכים בהם אחר האחרון. א.פ.

ואין להביא משם ראייה לממון מכיוון שאין הולכים בממון אחר הרוב! שער משפט מסכם ואומר שצריך עיון למעשה אם להוציא ממון על פי דברי הרדב"ז הללו.

3. סתירה בתאריכים

המרדכי¹²⁶ כתב שרבי אליעזר ב"ר שמשון (ראב"ש) הכשיר שטר שהיה כתוב בו "בד' בשבת בכ"ב בתשרי", למרות שאותו יום רביעי היה כ"ד תשרי ולא כ"ב בתשרי. טעמו הוא שיש להניח שהסופר טעה בעיבורו של חודש, או בשני עיבורים, או שהחשיב את שני ימי ראש השנה כיום אחד. הכלל הוא שתולים בכל מה שיכולים לתלות כדי להכשיר שטר שעיקרו נכתב כהלכתו ומקוים בעדים כשרים, ואין לפוסלו בגלל סתירה בתאריך.

לעומתו רבנו תם פסל את השטר. הש"ך¹²⁷ הסביר שטעמו של רבנו תם הוא שהרי כאשר יש סתירה בין עדויות של עדים, שזה אומר שהאירוע עליו הוא מעיד היה בתאריך ג' בחודש מסוים וזה אומר בה' בו, עדותם נפסלת ואין תולים בשני עיבורים! ואפילו בהפרש של יום אחד אנו תולים שהעד לא ידע על עיבור החודש רק בתחילת החודש, אבל לאחר שעבר רובו של חודש אין תולים אפילו בטעות בעיבור אחד! הסמ"ע¹²⁸ תירץ את שיטת ראב"ש ואמר שאין תולים בעיבורו של חודש כאשר מדובר בעדות על פה, אבל כאשר מדובר בשטר שהטעות מוכחת ממה שכתוב בצידו את היום בשבוע – תולים בכך.

יש להעיר שאנו רואים הבדל בין סתירה בסכום הכסף הכתוב בשטר לבין סתירה ביחס לתאריך של השטר: כאשר יש סתירה בסכום הכסף לא מדובר על פסילת השטר, מכיוון שהשטר ודאי כשר והספק הוא לגבי פרט מסוים. לעומת זאת התאריך של השטר הוא חלק ממהות העדות, ועדות ללא זמן אין לה תוקף, ומשום כך רבנו תם פסל את השטר לחלוטין.

השולחן ערוך פסק כדעת ראב"ש, והכשיר את השטר:

אם כתב: ברביעי לשבת, כ"ב לתשרי, ונמצא שאינו מכוון, שרביעי בשבת

של תשרי של אותה שנה היה ביום (ארבע) ועשרים, אפילו הכי כשר.¹²⁹

השולחן ערוך הלך לשיטתו גם באבן העזר לגבי גט, אולם שם הרמ"א השיג עליו:

126. מרדכי ראש השנה, ש.ס.

127. ש"ך חו"מ מג, ז.

128. סמ"ע חו"מ מג, ח.

129. שולחן ערוך חו"מ מג, ה.

אם כתב: ברביעי עשרים יום לירח שבט, ודילג ולא כתב: בשבת, וגם יום רביעי היה כ"א לשבט והוא כתב: עשרים, הגט כשר. (ויש חולקין ופוסלין בכהאי גוונא).¹³⁰

לדעת השולחן ערוך, אף על פי שגט שזמנו מוקדם (שהתאריך הכתוב בו מוקדם ליום האמיתי בו הגט נכתב ונמסר) פסול, במקרה זה הגט כשר, משום שמהגט עצמו – שמזכיר את היום בשבוע שבו הוא נכתב – מוכח מהו היום האמיתי שבו הגט נכתב. כי הקורא ידע שהתאריך האמיתי הוא לפי היום בשבוע, מכיוון שאנשים טועים במניין ימי החודש ולא במניין ימי השבוע.¹³¹ ואילו לדעת הרמ"א יש להחמיר כשיטת רבנו תם שהגט פסול בהלכות גיטין החמורות.¹³²

כוונתו של ראב"ש שהכשיר את השטר ותלה ב"טעות הסופר" היא שהסופר אכן חשב שהתאריך הוא כ"ב בתשרי, אלא שמחשבה זו הייתה טעות. בשו"ת חוט השני¹³³ דן בטעות סופר מסוג אחר: הסופר לא שם לב שהוא כותב תאריך שגוי ("טעות הקולמוס ולא טעות החשבון"). בא לפנוי שטר שהייתה סתירה בין התאריכים הכתובים בו. תאריך כתיבת השטר היה בט' באב בשנת שמ"ז, ואילו בגוף השטר דובר על חוב שזמן פירעונו הוא בראש השנה שנת ש"ס "דהיינו בערך ב' שנים" לאחר ההלוואה. חשבון פשוט מראה שיש כאן סתירה, מכיוון שראש השנה שנת ש"ס הוא בערך שתיים עשרה שנה לאחר ט' באב שנת שמ"ז! המשיב ענה שמוכח שהסופר טעה וכתב שמ"ז במקום שנ"ז, ולכן אין לפסול את השטר, ואפילו לשיטת החולקים על ראב"ש.¹³⁴

4. סיכום

כאשר נכתבו בחוזה שני פרטים הסותרים זה את זה, אם אפשר יש לפרש את השטר באופן המיישב את הסתירה. אולם נחלקו אחרונים אם מפרשים אפילו באופן דחוק כדי ליישב את הסתירה.

אם אי אפשר ליישב בין שני הפרטים הסותרים – הולכים אחר התחתון, מפני שהוא נכתב מאוחר יותר. היו שני הפרטים תלויים זה בזה, שאין לומר שהצדדים חזרו בהם מהראשון, ספק אחר מי הולכים ועל כן יד בעל השטר על התחתונה.

130. שם אבה"ע קכו, כא.

131. בית שמואל קכו, לא.

132. שם.

133. שו"ת חוט השני, לט.

134. לקביעה שהטעות הייתה בתחילת השטר (שבו היה כתוב שנת שמ"ז במקום שנ"ז) ולא בסופו (שבו היה כתוב שנת ש"ס במקום ש"ג) הצטרפו ראיות נוספות, כגון העובדה שהשטר התייחס לאחד הצדדים בתור "האלמנה", אף שאישה זו התאלמנה רק לאחר שנת שמ"ז.

חזוה מודפס שהוסיפו בו סעיף בכתב יד מסתבר שהוא האחרון והולכים אחריו. כאשר עורכים חזוה במעבד תמלילים לרוב אי אפשר לדעת איזה סעיף הוא האחרון ולכן יד בעל השטר על התחתונה.

כאשר קיימת סתירה בין שני עותקים של החזוה: לדעת הרדב"ז המוציא מחברו עליו הראיה, ואם לא מצא ראייה הנתבע יישבע וייפטר. לדעת שער משפט הואיל ואין אפשרות לדעת איזה מהם הוא האחרון, לכן יד בעל השטר על התחתונה. אם אפשר לדעת איזה מהם הוא האחרון: אם חתומים שני הצדדים בלבד הולכים אחר האחרון, אם חתומים עדים הולכים אחר הראשון מחמת הכלל "כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד".

כאשר היו שלושה עותקים ונמצא הבדל בין אחד מהם לבין השניים האחרים: לדעת הרדב"ז הולכים אחר הרוב, אולם לדעת שער משפט אין הולכים אחר הרוב במקום שייתכן שחזרו בהם. כאשר נכתבו בשטר שני זמנים ואין התאמה ביניהם, כגון היום בשבוע והתאריך בחודש, רבי אליעזר ב"ר שמשון תולה בכל מה שאפשר לתלות כדי להכשיר את השטר, ואילו רבנו תם פוסל את השטר. השולחן ערוך פסק כדעה הראשונה, הרמ"א השיג עליו רק בהלכות גיטין החמורות (ומשמע שבדיני ממונות יסכים לו).

כאשר נראה מתוך השטר שיש עדיפות לאחת הלשונוה והשנייה נכתבה בטעות – יש לתת עדיפות ללשון הסבירה.

ו. הדמים מודיעים – מחיר העסקה כגורם בפרשנות החזוה

1. הקדמה

דבר מצוי הוא שהמוכר והקונה נחלקים בשאלה מה כלול במכירה ומה אינו כלול בה ואחד הצדדים מבקש להוכיח את טענתו מהמחיר שנקבע. השאלה שבפנינו היא אם המחיר יכול להוכיח מה כלול בעסקה, כאשר המנהג או לשון בני אדם אינם ברורים.

2. מחלוקת התנאים והפסיקה

המחלוקת העקרונית בנושא היא בין רבי יהודה לחכמים:

מכר את הצמד – לא מכר את הבקר, מכר את הבקר – לא מכר את הצמד.
 רבי יהודה אומר: הדמים מודיעין; כיצד? אמר לו: מכור לי צימדך במאתים

זו, הדבר ידוע שאין הצמד במאתים זו; וחכמים אומרים: אין הדמים ראייה.¹³⁵

במקרה הנדון סוכם על קניית "צמד". המוכר טוען שמדובר על היצול שמחבר את שני השוורים למחרשה,¹³⁶ ואילו הקונה טוען שכוונתו הייתה לקניית היצול ושני השוורים גם יחד, ששוים כמובן הרבה יותר. לדעת חכמים במקרה כזה המחיר שסוכם אינו ראייה להוכיח מה נכלל בעסקה. בהמשך הגמרא מבואר שכאשר המונח שהצדדים השתמשו בו הוא חד משמעי, מוסכם גם על רבי יהודה וגם על חכמים שיש ללכת אחר הפרשנות המקובלת, ואין להביא ראייה מגובה התמורה. דוגמה: במקום שקוראים ליצול בלבד "צמד", וסוכם על מכירת "צמד", ברור שמכר לו את היצול ללא השוורים, אף לשיטת רבי יהודה. במקום שהמונח "צמד" פירושו היצול והשוורים, ברור שמכר לו גם את השוורים אף לשיטת חכמים. המחלוקת היא כאשר הרוב קוראים ליצול "צמד" ולשוורים "בקר", אבל ישנו מיעוט שקורא ליצול ולשוורים ביחד "צמד". לדעת רבי יהודה התמורה מוכיחה שמכר לו גם את הבקר, ולדעת חכמים אין הדמים ראייה.

הרמב"ם פסק כדעת חכמים:

מכר את הצמד לא מכר את הבקר, מכר את הבקר לא מכר את הצמד, ואפילו במקום שקורין מקצתן לצמד בקר.¹³⁷

האם כוונת חכמים היא שהדמים אינם ראייה והעסקה קיימת כפי שהיא, אף שהמחיר שסוכם גבוה בהרבה ממחיר יצול ללא שוורים? נאמרו בזה בגמרא שני הסברים. לפי הסבר אחד, אמנם הקונה אינו יכול להוציא מהמוכר את השוורים, כי הדמים אינם ראייה שמכרם, אך חלים על מכירה זו דיני אונאת ממון. ממילא, אם המחיר שסוכם הוא גבוה ביותר משישית ממחירו של היצול, הרי שיש לבטל את המקח. לפי הסבר אחר, דיני אונאה חלים רק "בכדי שהדעת טועה", אבל אם סוכם על מחיר כה גבוה ביחס ליצול עד שאין הדעת טועה בו, יש להניח שהקונה רצה לתת למוכר מתנה. רבנו חננאל פסק כהסבר הראשון,¹³⁸ אולם שאר הראשונים פסקו כהסבר השני,¹³⁹ וכן פסק השולחן ערוך:

135. בבא בתרא עז, ב.

136. רשב"ם שם, ד"ה צמד.

137. רמב"ם מכירה כז, ב.

138. ראו רשב"א בבא בתרא עז, א, ד"ה ואיבעית אימא.

139. בבא בתרא עז, א; רשב"ם שם, ד"ה בכדי שהדעת טועה; רמב"ן שם, ד"ה ודאמרינן; רשב"א שם, ד"ה ואיבעית אימא.

בכל אלו הדברים אין הדמים ראייה, שאם טעה בכדי שהדעת טועה יש לו אונאה או ביטול מקח, כדין כל מוכר ולוקח; ואם טעה בכדי שאין הדעת טועה, לא בטל המקח, שזה מתנה נתן לו.¹⁴⁰

לכאורה משמעותה של הפסיקה כדעת חכמים, על פי פרשנות זו, היא שלעולם אין מביאים ראייה מהתמורה. אולם כפי שנראה ישנם מקרים רבים שבהם התמורה מהווה ראייה לתוכן העסקה.

3. הדמים מודיעים בשני דברים מחוברים

בתחילת המשנה¹⁴¹ נאמר: "מכר את הקרון לא מכר את הפרדות, מכר את הפרדות לא מכר את הקרון". רב תחליפא שנה ברייתא שבה נאמר "מכר את הקרון מכר את הפרדות". הואיל והדברים מנוגדים לנאמר במשנה, העמיד רבי אבהו את דברי הברייתא ב"אדוקין בו", כלומר שהפרדות רתומות לקרון בשעת מכירה ומשום כך הן מכורות עם הקרון, את המשנה העמיד בפרדות שאינן קשורות לקרון, ולכן אינן מכורות איתו.

מדוע פרדות הרתומות לקרון מכורות עימו? הראב"ד¹⁴² פירש שהדבר מבוסס על העיקרון שכל מכירה כוללת את המחברים הקבועים (כשם שמכירת בית כוללת גם מכירת תנור קבוע), וכן פירש הרשב"א. הר"י מיגש¹⁴³ והרמב"ן¹⁴⁴ טענו שהעובדה שהפרדות רתומות לקרון אינה מוכיחה שהן מכורות עימו, מכיוון שאין הלכה כאותם תנאים האומרים שהמוכר דבר מכר גם את כל תשמישיו.¹⁴⁵ משום כך הם אומרים שהפרדות מכורות בגלל צירוף שני הגורמים: הן רתומות אליו, וגם הדמים מודיעים שמכר אותן. לפי זה חכמים חלקו על רבי יהודה רק כאשר הבקר אינו רתום לצמד, אבל כאשר הוא רתום, יש רגליים לדבר שמכר גם אותו, ואם גם המחיר מורה על כך, הקונה זכה גם בשוורים.

הרמ"ה¹⁴⁶ סבר שיש לחלק בין צמד ובקר לבין קרון ופרדות. הפרדות טפלות לקרון, "שאינן אומרים נקנה קרון לפרדות אלא נקנה פרדות לקרון", ומכיוון שמכר את

140. שולחן ערוך חו"מ רכ, ח.

141. בבא בתרא עז, ב.

142. מובא ברשב"א בבא בתרא עז, ב, ד"ה אמר ליה.

143. מובא ברמב"ן בבא בתרא עז, ב, ד"ה הא דאמרין.

144. שם.

145. ראו בבא בתרא עז, ב: "אמר אביי רבי אליעזר ורשב"ג ורבי מאיר ורבי נתן וסומכוס ונחום המדי כולו סבירא להו כי מזבין איניש מידי איהו וכל תשמישתיה מזבין". וכתב הרי"ף שם: "והני כולו שיטה אינון ולית הלכתא כחד מינייהו".

146. יד רמ"ה בבא בתרא עז, ב, אות לד.

העיקר, מכר את הטפל. ברם, הבקר אינו טפל לצמד, אלא להיפך, הצמד טפל לבקר, ולכן המוכר את הצמד לא מכר את הבקר, גם אם הוא רתום אליו. גם הרשב"ם¹⁴⁷ כתב שלעניין צמד ובקר הגמרא לא חילקה בין רתומים לשאינם רתומים.

הטור¹⁴⁸ פסק כדעת הר"י מיגש והרמב"ן, שבכל מקרה שבו שני הפריטים מחוברים, קנה את שניהם, וכן כתב גם הרמ"א:

מכר את הצמד לא מכר את הבקר. מכר את הבקר לא מכר את הצמד, אפילו במקום שקורין (מקצתן) לצמד בקר.

הגה: ודוקא שאינן קשורין ביחד, אבל קשורין ביחד, מכורים.¹⁴⁹

הגר"א¹⁵⁰ הסביר שאם מכר את הצמד, מכר גם את הבקר כאשר הם קשורים ביחד, משום שהדמים מודיעים כדברי הרמב"ן. מכאן שלשיטתו הדמים מהווים ראיה כאשר שני הפריטים מחוברים אפילו בחיבור שאינו קבוע, ואפילו כשמכר את הפריט הטפל.

4. הדמים מודיעים כאשר לשני הפריטים אותו השם

בסוגיה אחרת משמע שלעיתים יש למחיר העסקה השפעה על פרשנותה:

איתמר, המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן, רב אמר: הרי זה מקח טעות, ושמואל אמר: יכול לומר לו לשחיטה מכרתיו לך.¹⁵¹

אדם מכר לחברו שור והתברר שהוא נגחן וראוי רק לשחיטה, המוכר טען שהבין שמטרת העסקה היא שחיטה ואילו הקונה טען שהתכוון לקנות שור לחרישה. לדעת רב הולכים אחר רוב האנשים, ומכיוון שהרוב קונים שור לחרישה, המקח בטל. לעומת זאת לפי שמואל אין הולכים אחר הרוב, ולכן המוכר יכול לטעון שמכר שור לשחיטה והמקח קיים. הגמרא שאלה מדוע במקרה זה הדמים אינם הוכחה אם השור נקנה לחרישה או לשחיטה: "וליחזי דמי היכי נינהו? לא צריכא דאייקר בישרא וקם בדמי רדיא". תשובת הגמרא היא שמדובר במקרה שבו שוויו של שור לשחיטה הוא כשוויו של שור לחרישה. מכאן שאם שור לחרישה יקר יותר, ניתן להסיק מהמחיר מה הייתה מטרת העסקה.

147. רשב"ם בבא בתרא עז,ב, ד"ה הכי גרסינן צמד זבין ליה.

148. טור חו"מ, רכ.

149. שולחן ערוך חו"מ רכ, ד.

150. ביאור הגר"א חו"מ רכ, ו.

151. בבא בתרא צב,א.

ראשונים¹⁵² הקשו: כיצד ניתן להסיק מהמחיר מה מטרת העסקה, הרי הלכה כחכמים שאין הדמים מודיעים? הר"י מיגש השיב לשאלה זו כך, ורבים מן הראשונים¹⁵³ הסכימו עם תירוצו:

וכתב הרב ר' יוסף הלוי ז"ל בן מגש דלא נחלקו שם אלא בלהכניס בכלל המקח מחמת הודעת הדמים מה שאינו מבואר שהוא בכלל המקח לולי שהדמים ראייה. אבל כאן שאינו אלא לגלות ולהודיע שור זה שלקח למה קנאו, אם לשחיטה אם לרידיא, בכי הא ודאי לכולי עלמא הדמים ראייה.¹⁵⁴

לדברי הר"י מיגש אין הדמים ראייה כאשר מכר "צמד" והקונה טוען שהדמים מוכיחים שגם השוורים כלולים במכירה אף שלא הזכירו אותם. ברם, כאשר מכר שור, ברור שגם שור לחרישה וגם שור לשחיטה כלולים במילה "שור", השאלה היא רק מה מטרת העסקה, ולכך הדמים יכולים להיות ראייה. תירוצו של הר"י מיגש נפסק להלכה בטור¹⁵⁵ ובאחרונים על השולחן ערוך.¹⁵⁶

יש להעיר שאם ידוע שהקונה רגיל לקנות למטרה מסוימת, מפרשים את המקח לפי מטרה זו, אפילו נגד הפרשנות הנובעת מסכום המקח. משום כך אם ידוע שהקונה רגיל לקנות שור לשחיטה, יש לפרש גם עסקה זו על פי דרכו, וכשמכר לו שור נגחן אין לבטל את המקח בטענת מקח טעות. רק בקונה שרגיל לקנות לשחיטה ולחרישה, מועילה ההוכחה משיעור התמורה.¹⁵⁷

גם תרומת הדשן¹⁵⁸ כתב שחכמים מודים שהדמים מודיעים במקום שהדבר אינו מכחיש את עיקר הלשון. המקרה שבא לפניו עסק באדם ששכר שליח עבור י' זהובים, במקום שהמחיר הרגיל הוא ז' זהובים, וטען אחר כך שהשכר כולל גם את הוצאות הדרך. השליח טען שמנהג המקום הוא לשלם לשליח את הוצאותיו בנוסף על שכרו. תרומת הדשן פסק שהדמים מודיעים שהשכר כולל גם הוצאות, ובזה גם חכמים מודים, מכיוון שהמילה "שכר" יכולה לכלול הוצאות ואין שינוי במשמעותה. מנהג המקום אינו קובע באופן מוחלט שפירוש המילה "שכר" לא

152. ראו: רשב"ם שם, ד"ה וליחזי; תוספות שם, ד"ה וליחזי; רמב"ן שם, ד"ה וליחזי דמי היכי; רשב"א שם, ד"ה וליחזי דמי היכי.

153. רמב"ן שם, ד"ה וליחזי דמי היכי; רשב"א שם, ד"ה וליחזי דמי היכי; ר"ן שם, ד"ה וליחזי דמי היכי.

154. הובא ברשב"א שם.

155. טור חו"מ, רלב.

156. סמ"ע רלב, ס; נתיבות המשפט רלב, לו.

157. רמב"ם מכירה טז, ה; שולחן ערוך חו"מ רלב, כג.

158. תרומת הדשן א, שכג.

כולל הוצאות, אלא מהווה מעין "רוב" שיש לו משקל במערכת השיקולים שמביאה בחשבון גם את המוחזקות ואת שיעור התמורה.

כך עולה מדברי הרמ"א שעסק במקרה שאדם מכר "חלק" מקרקע שלו, ופסק שבמקרה כזה ניתן לקבוע מה גודל החלק שנמכר על פי המחיר, "אבל במכר אמרינן בכי האי גוונא הדמים מודיעים".¹⁵⁹ כך עולה גם מפסיקת הבית יוסף והרמ"א בעניין נוסף. הבית יוסף¹⁶⁰ חידש שאם אדם השכיר בית לחברו ולא קצב לו זמן, והשוכר הקדים לו שכרו, אין המשכיר יכול להוציאו עד שיכלה זמן השכירות כנגד שכר הדירה ששולם. וכן פסק הרמ"א: "ואפילו לא קצב לו זמן, אפילו הכי מסתמא שכרו נגד מעותיו",¹⁶¹ וכן פסקו קצות החושן¹⁶² וערוך השולחן.¹⁶³

הש"ך¹⁶⁴ חלק על הבית יוסף והרמ"א וטען שהדמים אינם מהווים ראייה גם במקרה שבו אין סתירה בין הדמים לבין הלשון. נתיבות המשפט¹⁶⁵ הצדיק את דינו של הש"ך, שאין ראייה מגובה שכר הדירה למשך השכירות (כאשר לא קצבו זמן), אבל הוא נימק זאת בכך שסתם שכירות שלושים יום. ממילא אם נאמר שהשכיר ליותר זמן על פי גובה התשלום, הרי זה סותר את הלשון. נמצא שבעיקרון הוא דווקא מסכים עם קצות החושן.

5. התמורה מהווה ראייה לתנאי ולא יכוח המוצר

בספר שואל ומשיב¹⁶⁶ הכריע שהדמים מלמדים על תנאים בעסקה כאשר אינם סותרים את הלשון, ויש ללמוד מהדמים על דעת הצדדים בשעת העסקה.¹⁶⁷ הוא מתייחס למעשה המסופר בספר נתיבות המשפט:

שפעם אחת בשעת מלחמה הוצרך המלך לקנות פשתן הרבה בלי מספר, עד שקנו לצרכי פשתן ד' או ה' פעמים יותר רב מכפי שקונין בפעם אחר. והמלך עשה קאנטראקטין (=חוזים) עם הרבה אנשים, והלך ראובן ועשה

159. שולחן ערוך חו"מ רנג, כה.

160. בית יוסף חו"מ שיב.

161. שולחן ערוך חו"מ שיב, א.

162. קצות החושן שיב, ב.

163. ערוך השולחן חו"מ שיב, ה.

164. ש"ך חו"מ שיב, ד.

165. נתיבות המשפט שיב, ד.

166. שו"ת שואל ומשיב רביעאה, ב, רכב.

167. אמנם כאן איננו באים ללמוד מן הדמים אילו פריטים כלולים בעסקה, אם רק הצמד או גם הבקר, אלא שהעסקה הייתה תלויה בתנאי מסוים, אך משמע מדבריו שאין מקום לחלק.

עם שמעון גם כן קאנטראקט על סך רב מפתן, והראה לשמעון קונטראקט מהמלך. ואח"כ הפסיד המלך המלחמה, ולא רצה ליקח הפשתן מראובן כפי הקונטראקט שעשה, והזול הפשתן בכל המקומות. ועכשיו תובע שמעון מראובן שיקח הפשתן ממנו, וליתן לו מעות כפי קנין המועיל שעשה עמו, ונתן לו חילוף כתב שנכתב בו כל מי שמוציאו.¹⁶⁸

השואל ומשיב פסק במעשה זה שראובן אינו צריך ליקח את הפשתן, מכיוון שהתחייב בתנאי שהמלך יקנה ממנו ביוקר, וההוכחה לכך היא ממה שהתחייב עליו מחיר כפול. כך כתב גם בשו"ת בית אפרים.¹⁶⁹

בהמשך לכל האמור פסק בשו"ת פני משה¹⁷⁰ שהתמורה מעידה על איכות המוצר,¹⁷¹ וכאשר יש פער בין המחיר לאיכות הרי זה מקח טעות, דבריו הובאו בשו"ת דברי חיים:

אפילו שהיה במונח שהכל מין אחד הוא מכל מקום כיון שמה שמכר לו אינו שוה לשליש ולרביע מהערך שמכר לו אם כן מסתמא כי קנה ממנו, יפה קנה, שהדמים מודיעים... דהדמים מודיעים היכי שאין מכחישים את עיקר הלשון.¹⁷²

מכאן הסיק בשו"ת דברי חיים (שם) שמי ששילם מחיר גבוה ונמצא שקיבל מוצר באיכות נמוכה יכול לבטל את העסקה מדין מקח טעות ולא מדין אונאת מחיר:

ואם כן בנידון דידן שבא בשאלה שקנאו יותר הרבה על חד תלת מדמי שווי' ודאי שהוא בחשבו שהוא יפה והרי הוא כאלו הזכירו לו בפירוש יפה ונמצא גרוע שגם בזה חוזר לעולם אפילו בדליכא אונאה בדמים.

וכן כתב בשו"ת נוכח השולחן:

והשתא דאתינא להכי דהדמים מודיעים וכל שנמצא גרוע ואינו שוה בדמים חוזר לעולם, אמינא דגם במכר לו רעות ונמצא רעות ביותר אם אין הדמים מודיעים דהיינו שאלו הרעות ביותר שוים כמו שקנה, אלא שאין הלוקח רוצה בהם מפני הרוע שנתחדש לו בהן, אז אין יכול לחזור בו.¹⁷³

168. נתיבות המשפט רל, א. ראו התייחסות למעשה זה גם בשו"ת נטע שעשועים, מה"מז.

169. בית אפרים חו"מ, ל.

170. שו"ת פני משה (בבבנישתית) ב, נה.

171. תודתי לרב עדו רכניץ על המקורות בעניין זה.

172. שו"ת דברי חיים חו"מ א, לו.

173. שו"ת נוכח השולחן חו"מ, י.

לדבריו, כאשר סוכם על מכירת מוצר גרוע ("רעות") והתברר שהוא גרוע מאוד ("רעות ביותר"), אלא שהאיכות מתאימה למחיר הנמוך מאוד – לא ניתן לבטל את העסקה. בהמשך הוא למד כך גם מדברי הנודע ביהודה,¹⁷⁴ וכתב שהרדב"ז¹⁷⁵ חולק על כך מכיוון שלא הזכיר סברה זו בתשובה בה עסק.

אמנם, נוכח השולחן רצה ליישב את המחלוקת ולחלק בין מקרה שבו לא סוכם דבר על איכות המוצר, שחזקתו שהאיכות טובה, והתברר שמדובר במוצר באיכות גרועה אלא שהמחיר היה מתאים לאיכות רגילה – אז המחיר מהווה ראייה וניתן לבטל את העסקה. לבין מקרה שבו הובטח מוצר באיכות גרועה ונמצא מוצר באיכות גרועה מאוד – שם המחיר המתאים למוצר גרוע אינו מהווה ראייה ואין זה מקח טעות, מכיוון שאין הבדל מהותי בין מוצר גרוע למוצר גרוע מאוד. בהמשך הוא הוסיף ודייק מדברי התשב"ץ¹⁷⁶ שהוא חולק על שיטת הפני משה, מכיוון שלא הזכיר את סברתו. אולם למעשה הכריע בשו"ת נוכח השולחן כדעת הפני משה מפני שהמוכר מוחזק בכסף.^{177, 178}

6. הודעת דמים בקרקע

הגמרא¹⁷⁹ עוסקת במקרה של מחלוקת בין מוכר לקונה בשאלה מה נכלל במכירת מבנה גדול, ואמרה שהמוכר "בית" לחברו בבניין גדול, לא מכר את כל הבניין אלא בית (חדר) אחד בלבד. יש מהראשונים שהקשו מדוע לא נבחן את שיעור התמורה, ואם שילם למוכר מחיר של בניין נסיק שקנה את כולו, כי הדמים מודיעים? בהקשר הנדון כאן מצאנו שלוש תשובות:

174. שו"ת נודע ביהודה קמא, חו"מ, לב (בתשובת נוכח השולחן המופיעה בפרויקט השו"ת ההפניה היא לשו"ת נודע ביהודה חו"מ, י, אולם ככל הנראה מדובר בטעות). המשפט בשו"ת נודע ביהודה שממנו דייק נוכח השולחן הוא: "אמנם לפי לשון אגרת שלו עשו עמו המותר בעד שכרו וא"כ יפה פסק מעלתו שהרי אין כאן מותר כלל ונתאנה בשכרו לגמרי".

175. שו"ת רדב"ז ד, רע; אלף שמא.

176. שו"ת תשב"ץ ד (חוט המשולש) א, ח.

177. ראו גם תשובת מהר"ם מטיקטין, תלמיד הרמ"א, פורסמה ע"י הרב אריה פרייזלר, "תשובות מהר"ם מטיקטין שהושמטו מספרי הרי"ף המצויים", מוריה שנה 28, גיליון ח"ט (שלב-שלג), אב תשס"ז, עמ' כג, שכתב שיהודי שקנה חבית דבש מגוי במחיר נמוך במיוחד היה אמור לדעת שמדובר בדבש מסוג גרוע, ואסור היה לו למכור אותו במחיר רגיל לאחרים.

178. ראו גם: שו"ת שבט הלוי א, ז, שדן בשאלה האם קביעת מחיר נמוכה שקולה להצהרה ברורה שמדובר במוצר גרוע, או שמא יש לומר זאת במפורש. תשובתו היא שהמחיר אינו ראייה ברורה וידועה לכול, ולכן יש לומר לקונה שמדובר במוצר באיכות גרועה. אין מתשובה זו ראייה מה יהיה הדין בדיעבד.

179. בבא בתרא סא, ב.

1. ראשונים רבים כתבו שרק רבי יהודה סובר שהדמים מודיעים, והסוגיה היא כדעת חכמים שהם הרוב, והלכה כמותם.¹⁸⁰ לפי זה, במקרים שחכמים מודים שהדמים מודיעים, כגון שההוכחה משיעור התמורה אינה סותרת את לשונו, יש הוכחה מהדמים גם בקניית קרקע.

2. הרשב"ם ענה שאין הדמים מודיעים במכירת קרקע, מכיוון שאין אונאה לקרקעות. כנגדו טענו התוספות וראשונים נוספים שהכלל "אין אונאה לקרקעות" הוא גזרת הכתוב, ואין להסיק ממנו שאין שווי ידוע לקרקע!

3. ר"י בתוספות ענה שבקרקע לא שייך לומר "הדמים מודיעים", מכיוון שכאשר קרקע מסוימת חשובה לאדם, הוא עשוי להוסיף על שוויה כדי לקנותה.¹⁸¹ כאמור לעיל הרמ"א פסק שהדמים מודיעים גם במכירת קרקע (כאשר מכר "חלק" בלתי מוגדר מהקרקע) וגם בשכירות קרקע ללא הגבלת זמן. מכאן שהוא פסק כדעת הראשונים שהדמים מודיעים בקרקע כמו במיטלטלין, כגון במקום שאין הדבר סותר את לשונו. וכך היא מסקנת קצות החושן.¹⁸²

7. סיכום

המוכר דבר לחברו, והקונה טוען שהמכירה כללה פריטים נוספים ומביא ראיה משיעור התמורה שנקבעה – הלכה כדברי חכמים שאין הדמים מודיעים, ואין להסיק משיעור התמורה מה נכלל בעסקה. אולם אם הפריטים הנוספים מחוברים לפריט העיקרי אפילו בחיבור זמני (כגון, חיבור בין חמור לעגלה) וגם יש התאמה למחיר שנקבע – אזי הם כלולים בעסקה.

כאשר יש ויכוח אם המכירה התייחסה לפריט א' או לפריט ב', ושני הפריטים הם בעלי אותו שם (כגון שור לחרישה ושור לשחיטה), ניתן להכריע על פי התמורה שנקבעה. בהתאם לכך ניתן להביא ראיה מסכום המקח בכל מקום שהדבר אינו סותר את הלשון שהשתמשו בה. שיעור התמורה יכול להוות ראיה לקיומם של תנאים בעסקה שלא נאמרו, וכן לאיכות המוצר שנמכר.

באותם מקרים שבהם הדמים מודיעים, אין חילוק בין מכירת מיטלטלין למכירת קרקע או לשכירות קרקע.

180. תוספות שם, ד"ה שמע מינה בתירוצם הראשון; הרמב"ן שם, ד"ה פירש ה"ר שמואל; הרשב"א שם, ד"ה לא צריכא; הר"ן שם, ד"ה לא צריכא.

181. כך כתב גם בספר עליות דרבנו יונה שם, ד"ה קמ"ל.

182. קצות החושן שיב, ב.

ז. סיכום דיני פרשנות חוזים בהלכה

כוונת הצדדים מול לשון השטר

1. בדרך כלל הולכים אחר הפרשנות המילולית של החוזה.
2. כאשר יש "אומדנא דמוכח" שכוונת הצדדים שונה מהכתוב בחוזה – הכוונה גוברת על לשון השטר.
3. לדעת המהרש"ם הולכים אחר הכוונה נגד לשון השטר גם כאשר אין "אומדנא דמוכח", לפחות שלא להוציא ממון.

יד בעל השטר על התחונה

4. מקובל שבספק בפרשנות חוזה חל הכלל "יד בעל השטר על התחונה", שמשמעו שלא ניתן להוציא ממון מהמוחזק. אולם אם התובע תפס את ממונו של הנתבע הוא יכול להמשיך ולהחזיק בו על סמך השטר המסופק.
5. נחלקו פוסקים מה הדין כשיש ספק בלשון קבלה (שובר). יש אומרים שמכיוון שבעל הקבלה הוא המוחזק ידו על העליונה. אולם יש אומרים שגם בקבלה יד בעל השטר על התחונה, והקבלה המסופקת אינה גוברת על השטר הברור.
6. כאשר יש ספק בפירוש חוזה, אולם אחת האפשרויות הרבה יותר סבירה – יש להעדיף אותה ואף להוציא ממון על פיה. כאשר היא סבירה מעט יותר כתב המהרי"ק שאין להוציא ממון.
7. כאשר יש ספק אם תנאי בחוזה הוא מנוגד להלכה, כתב בספר באר שבע שמספק יש להעדיף את ההלכה. אולם הערנו כי ייתכן שבימינו אין הדין כן. כאשר אחת האפשרויות בפרשנות החוזה מבטלת את תוקפו לגמרי, או מונעת את יישומו – יש לבחור בפרשנות האחרת. כמו כן ראינו כי ישנה מחלוקת אם שטר שנכתב בו "דלא כטופסי דשטרי" יש לפרשו לטובת בעל השטר, כי יד בעל השטר על העליונה, או שמא גם כאן הכלל הוא "יד בעל השטר על התחונה".
8. לא מצאנו בהלכה מקור לכך שיש לפרש הסכם לרעת מי שניסח אותו.

לשון יתרה בשטר

9. ישנן סוגיות הקובעות שכל לשון יתרה בשטר באה להוסיף דבר. לעומת זאת יש סוגיה שהמליצה להוסיף לשון יתרה ל"שופרא דשטרא", כלומר להבהרת היקף השטר כפי שהוא, ממנה משמע שאין לרבות דברים נוספים על בסיס הלשון היתרה.

10. לדעת חלק מן הפוסקים (רמ"ה, רדב"ז) הכלל הוא שלשון יתרה באה להוסיף ולחדש דבר, אלא אם כן יש בה צורך כדי להבהיר פרט מסוים או כאשר אין מה להוסיף. כמו כן, הרדב"ז כתב שמדקדקים בלשון שטר רק כאשר הכותב הוא אדם המדייק בלשונו, אולם משטר משובש לא ניתן לדייק ולרבות. מכאן אפשר להסיק שבימינו כאשר רוב הציבור אינו בקיא בדיני חוזים שבהלכה, קשה לדייק מעצם הריבוי. אמנם מסתבר שניתן לרבות כאשר הלשון מרבה במפורש כגון "בכל דרך שהיא", "בכל אופן שירצה", וכדומה.

11. לדעת הר"ן לשון יתרה לטובת המוחזק (כגון, מוכר) באה להוסיף דבר, וצריך לדקדק מה ללמוד ממנה, אולם לשון יתרה לטובת המוציא מחברו (כגון, קונה) באה ל"שופרא דשטרא" כדי למנוע ויכוחים בנוגע למה שכבר הוסכם, ואין ללמוד ממנה תוספת כלשהי.

12. בתשובה אחת הרשב"א כתב שלא ניתן בימינו לדייק מלשון השטר, למעט מקום שבו חז"ל דייקו. לעומת זאת בתשובות אחרות הרשב"א עצמו דייק מלשון מיותרת שהובאה בשטרות. האחרונים האריכו בתירוצים שונים לסתירה זו, וכן השולחן ערוך הביא מגוון של דעות, ולא ברור כדעת מי הוא פסק להלכה.

סתירות בשטר

13. כאשר נכתבו בחוזה שני פרטים הסותרים זה את זה, אם אפשר מפרשים את השטר באופן המיישב את הסתירה. אולם נחלקו אחרונים אם מפרשים אפילו באופן דחוק כדי ליישב את הסתירה.

14. אם אי אפשר ליישב בין שני הפרטים הסותרים – הולכים אחר התחתון, מפני שהוא נכתב מאוחר יותר. היו שני הפרטים תלויים זה בזה, שאין לומר שהצדדים חזרו בהם מהראשון, ספק אחר מי הולכים ועל כן יד בעל השטר על התחתונה.

15. חוזה מודפס שהוסיפו בו סעיף בכתב יד מסתבר שהוא האחרון והולכים אחריו. כאשר עורכים חוזה במעבד תמלילים לרוב אי אפשר לדעת איזה סעיף הוא האחרון ולכן יד בעל השטר על התחתונה.

16. כאשר קיימת סתירה בין שני עותקים של החוזה: לדעת הרדב"ז המוציא מחברו עליו הראיה, ואם לא מצא ראייה, הנתבע יישבע וייפטר. לדעת שער משפט הואיל ואין אפשרות לדעת איזה מהם הוא האחרון לכן יד בעל השטר על התחתונה. אם אפשר לדעת איזה מהם הוא האחרון: אם חתומים שני

- הצדדים בלבד הולכים אחר האחרון, אם חתומים עדים הולכים אחר הראשון מחמת הכלל "כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד".
17. כאשר היו שלושה עותקים ונמצא הבדל בין אחד מהם לבין השניים האחרים: לדעת הרדב"ז הולכים אחר הרוב, אולם לדעת שער משפט אין הולכים אחר הרוב במקום שייתכן שחזרו בהם. כאשר נכתבו בשטר שני זמנים ואין התאמה ביניהם, כגון היום בשבוע והתאריך בחודש, רבי אליעזר ב"ר שמשון תולה בכל מה שאפשר לתלות כדי להכשיר את השטר, ואילו רבנו תם פוסל את השטר. השולחן ערוך פסק כדעה הראשונה, הרמ"א השיג עליו רק בהלכות גיטין החמורות (ומשמע שבדיני ממונות יסכים לו).
18. כאשר נראה מתוך השטר שיש עדיפות לאחת הלשונות והשנייה נכתבה בטעות – יש לתת עדיפות ללשון הסבירה.

הדמים מודיעים – מחיר העסקה כגורם בפרשנות החוזה

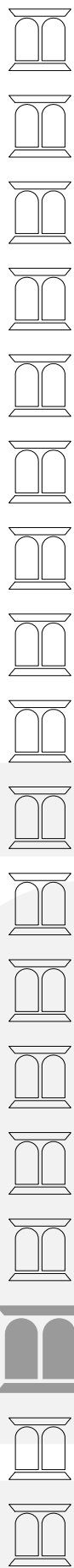
19. המוכר דבר לחברו, והקונה טוען שהמכירה כללה פריטים נוספים ומביא ראיה משיעור התמורה שנקבעה – הלכה כדברי חכמים שאין הדמים מודיעים, ואין להסיק משיעור התמורה מה נכלל בעסקה. אולם אם הפריטים הנוספים מחוברים לפריט העיקרי אפילו בחיבור זמני (כגון, חיבור בין חמור לעגלה) וגם יש התאמה למחיר שנקבע – הם כלולים בעסקה.
20. כאשר יש ויכוח אם המכירה התייחסה לפריט א' או לפריט ב', ושני הפריטים הם בעלי אותו שם (כגון שור לחרישה ושור לשחיטה), ניתן להכריע על פי התמורה שנקבעה. בהתאם לכך ניתן להביא ראיה מסכום המקח בכל מקום שראיה זו אינה סותרת את הלשון שהשתמשו בה. שיעור התמורה יכול להוות ראיה לקיומם של תנאים בעסקה שלא נאמרו, וכן לאיכות המוצר שנמכר.
21. באותם מקרים שבהם הדמים מודיעים, אין חילוק בין מכירת מיטלטלין למכירת קרקע או לשכירות קרקע.

כללי השלמה¹⁸³

22. צדדים שהייתה ביניהם התקשרות על בסיס הסכם שנכרת ביניהם וכלל פרטים שונים, ואחר כך התקשרו שוב בעסקה נוספת ובהסכם החדש חזרו על חלק מפרטי ההסכם הקודם והחסירו פרטים – יש להשלימם על פי מה שסיכמו בהסכם הראשון. זאת, על פי הכלל ש"כל העושה על דעת ראשונה הוא

183. להרחבה בעניין זה ראו: הרב הלל גפן, "כללי השלמה: השלמת פרטים שלא הוגדרו בחוזה", משפטי ארץ ד: חוזים ודיניהם, עמ' 67-76.

- עושה". השלמת הפרטים על פי מנהגם של שני הצדדים להתקשרות גוברת על מנהג העולם.
23. כלל זה בא לידי ביטוי בתחומים הלכתיים מגוונים, כגון, שכירות בתים, שכירות עובדים, שדכנות, שותפות וכדומה.
24. כאשר הצדדים לא כרתו הסכם חדש, אלא המשיכו את ההתקשרות בשתיקה, נחלקו הפוסקים. יש מי שכתבו (ש"ך, סמ"ע) שכל פרטי ההסכם הראשון חלים על ההתקשרות החדשה, ויש מי שכתבו (רמ"א, מחנה אפרים) שאין הדבר כך.
25. גם כאשר בהסכם החדש ישנם פרטים שהשתנו ביחס להסכם הקודם ישנה מחלוקת. לדעת הלבוש גם במקרה זה יש להשלים את הפרטים שאין התייחסות אליהם לפי ההסכם הקודם, ולדעת הש"ך אין ללמוד מההסכם הקודם.
26. מסתבר שכאשר מדובר על פרטים שבוודאי היו חלק מההסכם, כגון, מועד תשלום ומקום האספקה, יש ללכת אחר מנהג הצדדים בכל מצב לדעת כל הפוסקים.



שער רביעי:

תורת האישים

מעמד האישה בבית הדין לממונות

הרבנית ד"ר שפרה מישלוב

- | | |
|---------------------|---------------------|
| א. מבוא | ו. נשים כדיינות |
| ב. בתי הדין לממונות | 1. אישה פסולה לדון |
| ג. נשים כבעלות דין | 2. ערכאות שבסוריא |
| ד. נשים כעדות | 3. קבלת הציבור |
| ה. נשים כמייצגות | 4. בורות |
| | ז. סיכום ואחרית דבר |

א. מבוא

סוגיית השוויון בין גברים לנשים במרחב הפרטי והציבורי, תופסת מזה עשרות שנים נפח רחב בסדר היום של הציבור בארץ ובעולם, וחוללה בשנים אלה שינויים מפליגים באורח החיים, התרבות, והמחשבה של אוכלוסיות נרחבות. שינויים אלה התחוללו ועדיין מתחוללים, בין השאר, על רקע חשיבה ביקורתית אשר לא מותירה פינה חפה מתהיות וסימני שאלה על אודות התפקידים המשפחתיים והחברתיים המסורתיים שהיו נחלתן של נשים במאות השנים הקודמות. בכלל זה עומדת תחת מבחן הביקורת גם ההלכה היהודית, הכוללת הוראות ייחודיות לנשים ולגברים במסגרת חיי הדת והפעילות הציבורית.

במאמר זה ברצוני לבחון את מקומן של נשים במרחב ציבורי חשוב ומרכזי – המרחב המשפטי, וביתר מיקוד – בבתי הדין לממונות הפוסקים על פי ההלכה, תוך הצגה תמציתית של התפיסה ההלכתית ותיאור המציאות בשטח.

נקודת מבטי בכתיבת מאמר כוללת מחד הערכה לתהליך ההיסטורי אשר פתח בפני נשים אפשרויות רבות למימוש יכולותיהן המגוונות, ומאידך הכרה במגבלות כלי הביקורת והחשיבה האנושיים לתת מענה אמיתי לאושרם ולשליחותם המהותית של נשים וגברים. נקודת מבט זו משליכה על האופן שבו בחרתי להציג את הסוגיה ההלכתית – מתוך חיבור, אמון ואהבה גדולה לתורת ה' תמימה

* הרבנית ד"ר שפרה מישלוב היא מנהלת הקליניקה למשפט עברי באוניברסיטת בר אילן.

(במובן 'שלמה' – מביאה את האדם אל תכלית קיומו) ולדברי חז"ל (שהם הופעת התורה ודבר ה' בכלי החשיבה האנושיים). אלה שרירים וקיימים, אינם תלויים בתהליך היסטורי וחברתי זמני המוגבל לחברה ולתקופה, ועוסקים בחשוב מכול – ייעודם האמיתי של נשים כגברים בגילוי כבוד ה' בעולם כחוליה בשרשרת התעלות האנושות לדורי דורות. בנוסף לכך, הכללים ההלכתיים ניתנים לפרשנות רחבה – 'הפוך בה והפוך בה דכולא בה' (אבות ה, כב), ובנקל ניתן למצוא סברות לכאן ולכאן, אולם נקודת המוצא של מאמר זה היא כי ישנם כללי פסיקה וכללי הכרעה הנתונים לחכמי ישראל שבכל דור ודור, והם הסוללים את הדרך הנכונה לרבים.

היכרותי עם נושא זה הינה על רקע עבודתי כמנהלת הקליניקה למשפט עברי באוניברסיטת בר אילן. במסגרת זו אני מייצגת בעלי דין – נשים כגברים, בפני בתי דין לממונות בסוגיות אזרחיות מגוונות: חוזים, נזיקין, ליקויי בניה, דיני עבודה ועוד.

ב. בתי הדין לממונות

מאז ומקדם פעלו בקהילות יהודיות בארץ ובגולה בתי דין אשר הכריעו בין חברי הקהילה בעניינים מגוונים. במדינת ישראל כיום, בתי הדין הפוסקים על פי ההלכה פועלים בשני מישורים:

- א. בית דין רבני הפועל מכוח סעיף 9 לחוק שיפוט בתי הדין הרבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953. הוא מהווה אורגן של מערכת השפיטה בישראל וסמכותו לדון רק בענייני מעמד אישי והעניינים הכרוכים בהם.
- ב. בתי דין פרטיים הדנים בעניינים אזרחיים (דיני ממונות) (להלן: 'בתי דין לממונות'). סמכותם החוקית היא מכוח חוק הבוררות, התשכ"ח-1968, המאפשר לבעלי דין להתדיין בהסכמה בפני בורר כבחירתם בנושאים המוגדרים בחוק, ובלבד שחתמו על הסכם בוררות. ברחבי הארץ פזורים מאות בתי דין שכאלה, המשרתים בעיקר את המגזרים הדתי והחרדי. בין הבולטים שבבתי הדין הדתיים לאומיים היא רשת בתי הדין "ארץ חמדה-גזית", ו"איגוד בתי הדין לממונות" המאגד בתי דין ביישובי יהודה ושומרון ובתי דין הפועלים ליד מועצות אזוריות.

מעמד האישה בבתי הדין לגווניהם נדון כבר בספרות התורנית והמחקרית באריכות מכמה זוויות¹:

1. נשים כבעלות דין.
2. נשים כעדות.
3. נשים כמייצגות: טוענות רבניות או עורכות דין.
4. נשים כדיינות או כנציגות ציבור.

לפיכך, במאמר זה יובאו הדברים בקצרה ובהתמקדות בהלכה למעשה בבתי הדין לממונות כיום. בעבר, כאשר נשים היו פעילות פחות בזירה הציבורית, גם הופעתן בבתי הדין הייתה מצומצמת יחסית. גם כיום מרבית ההתייחסויות למעמדן של נשים בבתי הדין נדונות בהקשר לדיני משפחה, בשל הסמכות הייחודית של בתי הדין הרבניים לדון בתחום זה. אולם בימינו, בשונה מבעבר, נשים נוכחות יותר בזירה הציבורית והעסקית, וכאשר צדדים מחליטים בהסכמה להגיע לדיון תורה בבתי דין פרטיים לממונות, מקומן של נשים לא נפקד מהם.

ג. נשים כבעלות דין

נשים הינן בעלות כשרות משפטית מלאה לכרות חוזים, לבצע עסקאות ולהתנהל בכל הכרוך בעולם התעסוקה והמסחר, ובכלל זה לתבוע ולהיתבע על רקע פעילותן הכלכלית.

כך דרשו חז"ל על הפסוק "ועמדו שני האנשים אשר להם הריב לפני ה'", לפני הכהנים והשפטים אשר יהיו בימים ההם" (דברים יט, יז) – "שני האנשים", אין לי אלא בזמן שהם שני אנשים. איש עם אשה ואשה עם איש, שתי נשים זו עם זו מניין תלמוד לומר: 'אשר להם הריב', מכל מקום².

1. ראו בין השאר (רשימה חלקית). מקורות נוספים יובאו בהמשך מאמר זה): הרב אליהו בקשי דורון, "סמכות והנהגה בנשים וגברים", **בנין אב: תשובות ומחקרים א**, ירושלים תשס"ב, עמ' שא"ש; הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג, "עדות ודיינות", **תחוקה לישראל על-פי התורה א**, א' ורהפטיג (עורך), ירושלים תשמ"ט; שמשון אטינגר, "אשה כעד בדיני ממונות במשפט העברי", **דיני ישראל כ"א** (תש"ס-תשס"א), עמ' 241-267; תהילה בארי-אלון, "נשים בתפקידי שיפוט בבית הדין הרבני: בחינה מחדשת נוכח פסיקת בג"ץ", **משפחה במשפט** (2016-2017), עמ' 163-219; עליזה בוק, "דיינות נשים: ניתוח מקורות הדין ובחינתם לאור הפסיקה בדיינות ובשררה לדורותיה", **להיות אשה יהודייה ג** (תשס"ה), ט' כהן וע' לביא (עורכות), עמ' 77-122; אליעזר חדר, **על מעמדן של נשים בבתי דין רבניים**, המכון ליהדות ולדמוקרטיה.

2. **ספרי דברים**, קצ.

נשים גם נושאות בכל החיובים הממוניים שהגדירה התורה: "דבי רבי אליעזר תנא אמר קרא (שמות כא, א) 'אשר תשים לפניהם', השוה הכתוב אשה לאיש לכל דינים שבתורה".³ הגמרא שם אף שוללת את האפשרות שנשים פטורות מחיובי ממון בשל כך שבדרך כלל אינן עוסקות במשא ומתן (כפי שהייתה המציאות הרווחת באותה התקופה). קל וחומר שהדבר נכון בימינו כאשר נשים עוסקות במשא ומתן כלכלי באופן תדיר – כבעלות עסקים, מנהלות, שכירות, צרכניות וכו'.⁴

בית הדין מצדו חייב לנהוג כלפי בעלי הדין בשוויון, ללא קשר למעמדם, מינם ולבושם, כפי שנפסק בשולחן ערוך:

"בצדק תשפוט עמיתך". איזהו צדק המשפט? זו השוויית שני הבעלי דינים בכל דבר. לא יהא אחד מדבר כל צרכו ואחד אומר (לו) קצר דברך, ולא יסבירו פנים לאחד וידבר לו רכות וירע פניו לאחר וידבר לו קשות, ואם היה אחד מהם מלובש בגדים יקרים והשני מלובש בגדים בוויים אומרים למכובד או הלבישהו כמותך או לבוש כמוהו, ולא יהא אחד יושב ואחד עומד אלא שניהם עומדים, ואם רצו ב"ד להושיב את שניהם מושיבים ולא ישב אחד למעלה ואחד למטה אלא זה בצד זה...⁵

ד. נשים כערות

נפסק בשולחן ערוך כי אישה פסולה לעדות.⁶ זאת על יסוד דרשת חז"ל "ועמדו שני האנשים" (דברים יט, יז) – אנשים ולא נשים.⁷ פסלות זו היא גזרת הכתוב, אף שגם נתנו לה טעמים שונים.⁸

3. קידושין לה, א.
4. על השינויים במשך השנים בהיקף הופעתן של נשים כבעלות דין בפני בתי הדין ראו בין השאר: אביעד הכהן, "זוהיה ערכך הזכר עשרים שקלים ולנקבה עשרת שקלים": על שוויון מגדרי, 'נשים יקרות' ומעמד האישה כבעלת דין, "פרשת השבוע" (משרד המשפטים ומכללת שערי משפט), 391 (תשע"א).
5. שולחן ערוך חו"מ יז, א.
6. שם חו"מ לה, יד.
7. ספרי דברים, קצ, ועוד. לניתוח ביקורתי של המקורות התלמודיים שעליהם נשענת הלכה זו ראו: צבי קרל, "עדות אישה במשפט העברי", הפרקליט ה (1948), עמ' 81-85.
8. מקוצר היריעה לא אכנס לטעמים אלו. להרחבה בעניין הטעמים האפשריים, ובהם משום כבודה של האישה, ראו לדוגמה: אבי וינרוט, "האישה בהליך השיפוט", פרשת השבוע (משרד המשפטים ומכללת שערי משפט), 49 (תש"ס).

למרות הכלל היסודי שאישה פסולה לעדות, חכמים סייגו כלל זה במקרים שונים. כך נקבע עקרונית כי אם קיימת ודאות לגבי אמינותה של האישה, עדותה תתקבל. הדבר נלמד מאשתו של רבא אשר הביאה לו מידע חיוני לגבי אחד הצדדים שהתדיינו בפניו, והוא קיבל את דבריה מכוח נאמנותה ("קים לי בגווה" = בטוח אני בה).⁹ אמנם להלכה לא נפסק כך, מחשש שבתי דין שאינם הגונים ואינם חכמים מספיק ייטו לקבל גם עדויות לא מהימנות:

יש לדיין לרון דיני ממונות ע"פ הדברים שדעתו נוטה להם שהם אמת והדבר חזק בלבו שהוא כך אע"פ שאין שם ראיה ברורה. ומשרבו בתי דינים שאינם הגונים ובעלי בינה הסכימו שלא יהפכו שבועה אלא בראיה ברורה ולא יפגמו שטר ויפסידו חזקתו על פי עדות אשה או קרוב, אע"פ שדעתו סומכת על דבריהם. וכן אין מוציאים מהיתומים אלא בראיה ברורה לא בדעת הדיין ולא באומדן המת או הטוען.¹⁰

יחד עם זאת נפסק, כי למרות שהעדויות לא מתקבלת באופן ישיר, הרי שבמקרה שהאישה נאמנת על בית הדין, ישתדלו הדיינים להמשיך לברר את הדין עם בעלי הדין עד שיוודו לדבריה של העדה, או יעשו פשרה או יסתלקו מהדין.¹¹ בנוסף, פתחי תשובה על השולחן ערוך גורס כי ניתן לפסוק על פי 'אומדנא דמוכח' (כשברור לדיין שהעדויות אמת) גם בזמן הזה, כשיטת הרא"ש.¹² שיטה זו הוזכרה גם על ידי הריא"ה הרצוג בדונו בסוגיית עדות נשים.¹³

נוסף על כך, ישנם מקרים שבהם מוסכם כי תתקבל עדותה של אישה בבית דין גם באופן ישיר. בשורה של עניינים שבהם נקבע כי מספיק עד אחד (למרות הדרישה הבסיסית של התורה לשני עדים), הרי שגם עדות אישה מתקבלת. עניינים אלה קשורים בעיקר לדיני איסורים ואישות ולכן לא ניכנס אליהם במסגרת זו הממוקדת בדיני ממונות.

גם לגבי דיני ממונות נפסק כי בדברים שבהם אישה רגילה לשים לב ולדקדק יותר מגברים או במקומות שבהם גברים אינם רגילים לשהות, תתקבל עדותן של נשים. מקור הפסק בשו"ת תרומת הדשן לרבי ישראל איסרליין¹⁴ שעסק במחלוקת סביב מקומות ישיבה בעזרת הנשים בבית הכנסת. בעקבותיו פסק הרמ"א: "וכל זה

9. כתובות פה, א.

10. שולחן ערוך חו"מ טו, ד.

11. שם.

12. שו"ת הרא"ש סח, כג.

13. הריא"ה הרצוג, אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית, ז' ורהפטיג (עורך), תשמ"ה, עמ' 14.

14. שו"ת תרומת הדשן, שנג.

מדינא, אבל יש אומרים דתקנת קדמונים הוא דבמקום שאין אנשים רגילין להיות, כגון בבית הכנסת של נשים או בשאר דבר אקראי שאשה רגילה ולא אנשים, כגון לומר שבגדים אלו לבשה אשה פלונית והן שלה ואין רגילין אנשים לדקדק בזה, נשים נאמנות¹⁵. אמנם כלל זה צומצם על ידי פוסקים מאוחרים, דוגמת המהרש"ל¹⁶ והכנסת יחזקאל¹⁷, אולם הוא תופס מקום מרכזי בדברי פוסקים¹⁸. לכך יש להוסיף שבמקום שישנו מנהג רווח לקבל עדים פסולים, ניתן להכשיר עדות נשים, ובייחוד בענייני ממון שבהם הצדדים יכולים לוותר בהסכמה על זכויותיהם הממוניות. הסכמה זו יכולה להילמד גם מקיומו של מנהג ומהסכמה מכללא¹⁹. ברי, כי המנהג הרווח הקבוע והידוע לכול כיום במערכות המשפט הכלליות של המדינה הוא קבלת עדות נשים כשוות ערך לעדות גברים. לכן יש להניח שצדדים המגיעים לבית הדין לממונות מסכימים מכללא שבית הדין ישמע עדות נשים וישקלל אותה בדרך לקבלת ההכרעה המשפטית. על יסוד כל אלה, נוהגים בתי דין לממונות (וכך גם בתי הדין הרבניים) לקבל, לבחון ולשקול כיום עדות נשים כדבר שבשגרה ולתת לה משקל ראייתי ככל עדות או ראיה אחרת. כך התחוויר לי במהלך הדיונים שבהם נכחתי, לפחות בבתי דין דתיים-לאומיים שבהם אני מייצגת לרוב. זאת בייחוד מכיוון שמעטים מאוד המקרים שבהם ניתן למצוא כיום שני עדים העומדים בכל התנאים ההלכתיים הנדרשים שיעידו על הסכסוך, ולכן נחשב הדבר שאין עדים זמינים. במצב כזה בתי הדין עוברים מהמישור הראייתי הפורמלי למישור המהימנות – כל עדות וראיה מהימנות נשקלות על מנת להגיע לתוצאה הנכונה, כדברי הרי"א²⁰ הרצוג: "באם הדין מכיר שהדברים אמיתיים והדבר חזק בלב הדין שהוא כך, סומכים גם על עדות פסולין... שיש לדון דיני ממונות עפ"י דברים שדעת הדיין נוטה להם שהם אמת"²⁰.

15. רמ"א חו"מ לה, יד.

16. ים של שלמה בבא קמא א, מא.

17. שו"ת כנסת יחזקאל, פג.

18. להרחבה בעניין פסול אישה לעדות ראו בין השאר: א' שוחטמן, סדר הדין בבית הדין הרבני ב, ירושלים תשע"א, עמ' 814-823.

19. שו"ת מהר"י מינץ, ו; ערוך השולחן חו"מ לו, כב; שוחטמן, שם, עמ' 884-886. וכך גם קבע הרב עזיאל כי "רשאים הקהל לתקן בהסכמת כולם להכשיר אשה לעדות כמו שמהניא (=מועילה) תקנתם לקבל עדות הקרובים" – שו"ת משפטי עוזיאל חו"מ, כ.

20. הרי"א הרצוג, אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית, ז' ורהפטיג (עורך), ירושלים תשמ"ה, עמ' 14. וכך אף הבהיר הרב יוסף כרמל, אב בית הדין ארץ חמדה-גזית בשיחה בפני סטודנטים של הקליניקה למשפט עברי, חשוון תשע"ט, כי בית הדין מקבל כדבר שבשגרה עדות נשים. להרחבה בסוגיה זו ראו בין השאר: אטינגר, "אשה כעד בדיני ממונות במשפט

ה. נשים כמייצגות

ההלכה מסתייגת עקרונית מייצוג צדדים על ידי עורכי דין (גברים כנשים) בפני בתי הדין כנאמר במשנה: "יהודה בן טבאי ושמעון בן שטח קבלו מהם יהודה בן טבאי אומר אל תעש עצמך כעורכי הדיינין..."²¹ כפירושו של הרמב"ם במקום המבהיר כי אין ללמד את בעלי הדין טענות שיועילו להם, אלא להשאיר את הזירה לשופטים ולבעלי הדין בלבד. הדיינים מעדיפים לשמוע ישירות את בעלי הדין, ללא תיווך של אנשי מקצוע העשויים להציג את הדברים באופן המשרת את האינטרסים של הלקוחות.

עם זאת בירושלמי מוזכר כי כאשר ראה רב הונא אדם שלא יודע להציג את עמדותיו בפני בית הדין, הוא סייע לו לפתוח בדברים כלשון הפסוק: "פתח פיו לאלם"²². בעקבות זאת קבעו פוסקים מאוחרים כי יש ערך בייצוג כאשר טיעונו של בעל הדין יישמעו טוב יותר באופן זה. זאת במיוחד בימינו, כאשר פשט המנהג להסתייע בעורכי דין בבתי משפט בכל מקום.²³ על רקע זה הוקמו קליניקות משפטיות באוניברסיטאות המעניקות ייצוג לצדדים המתקשים להציג את טיעוניהם בכוחות עצמם וכורעים תחת נטל הוצאות הייצוג.

האם צדדים יכולים למנות אישה שתייצג אותם בפני בית הדין? הגמרא קובעת²⁴ כי "אין עושין אפוטרופין נשים ועבדים וקטנים". מכאן, שבית הדין אינו יכול למנות אישה כאחראית על נכסי אחרים. רש"י במקום מפרש שהסיבה לאי מינוי נשים היא משום ש"אין דרכן לצאת לבוא ולטרוח". אולם בהמשך הסוגיה נאמר ש"אם מינן אבי יתומין, הרשות בידו", כלומר בעל הרכוש עצמו רשאים למנות אישה לאפוטרופוס על רכושו.

מובן מכך שאין מדובר באיסור, אלא במצב שבו נשים לא רגילות לפעול כאפוטרופוס ולכן יש חשש שלא יבצעו היטב את מלאכתן. משום כך הסיק הרשב"א בחידושו שאם מתברר שהצדדים רואים באישה כראויה לתפקיד (כדוגמת הגמרא: כאשר אבי היתומים נתן לה אחריות על הנכסים גם בחייו), גם

העברי", דיני ישראל כ"כא (תשס"ח-תשס"א), עמ' 241-267; אבי ויינרוט, פמיניזם ויהדות, תל אביב 2001, עמ' 89-97.

21. אבות, א, ח.

22. ירושלמי סנהדרין ג, ו.

23. ראו לדוגמה ערוך השולחן חו"מ קכד, ב. להרחבה בעניין השיקולים בעד ונגד ייצוג בבתי דין לממונות מנקודת מבטה של ההלכה ראו: הרב יואב שטרנברג, "שימוש בפרקליטים בבתי הדין לממונות", תחומין כח (תשס"ח), עמ' 200-210.

24. גיטין נב, א.

בית הדין רשאי למנותה (ובגמרא: מינוי אישה כאפוטרופוס לנכסי היתומים לאחר מות אביהם).²⁵ מכאן ניתן להסיק שניתן למנות אישה גם למורשה בבית הדין, וכך אכן נפסק להלכה בשולחן ערוך, שאין מניעה לאישה לשמש כמורשה.²⁶

בתחילת דרכי בפעילות בקליניקה, ערכתי בירור קצר מול מזכירות בתי הדין שהקליניקה מופיעה בפניהם על מנת לעמוד על מדיניות בתי הדין בסוגיית ייצוג על ידי נשים. התשובות שקיבלתי היו שהדבר מקובל ומובן מאליו בעיניהם. אמנם במהלך השנים נתקלתי במקרים ספורים שבהם הצד השני או מייצגיו, לא ראו בעין יפה את הופעתו בפני בית הדין, אך כאשר ההתנגדות בוטאה במפורש, הדיינים העמידו את המוחים במקומם. נראה שבבתי הדין הרבניים ייצוג על ידי נשים נפוץ אף יותר, בעיקר בעקבות פתיחת הכשרות לנשים לשמש כטוענות רבניות בתחום דיני המשפחה.²⁷ ידוע לי משיחות עם עמיתות, שעורכות דין מייצגות גם בפני חלק מבתי הדין החרדיים הפוסקים בענייני ממונות (בעיקר עורכות דין מארגוני סיוע או בפרויבונ).

ו. נשים כדיינות

מבין הסוגיות שסקרנו עד כה, סוגיה זו הינה המורכבת והנפיצה ביותר, הן בשל מורכבותה ההלכתית, והן בשל המשמעות הציבורית של מניעה מנשים לכהן בהרכב בתי הדין, תפקיד ציבורי בעל כוח ומעמד, במיוחד במערכת הממלכתית, ובמידה פחותה גם בזו הפרטית. הקושי מתחדד בייחוד על רקע מינוי נשים כיום לתפקידים ציבוריים כמעט בכל המישורים האחרים – החל מחברות ועדי קהילה ומנהלות בתי ספר, ועד לשופטות, שרות וראשות ממשלה.

ו. אישה פסולה לדון

מקור ההבחנה בין נשים וגברים בעניין תפקידים ציבוריים מצוי בפסוק בספר דברים, המצווה להעמיד מלך עם ישיבת עם ישראל בארץ: "שום תשים עליך מלך" (דברים יז, טו). המדרש דייק מלשון פסוק זה כי יש למנות "מלך ולא

25. ראו עוד על כך: משפטיך ליעקב ב, לו, טו.

26. שולחן ערוך חו"מ קכג, יג. בבתי הדין הרבניים הדבר נקבע ב תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בישראל התשנ"ג ובתקנות הטוענים הרבניים (תשס"א). בתלות כמובן בהסמכה על פי חוק לעריכת דין או לטוענת רבנית.

27. על הרקע להקמת תכניות הכשרה לטוענות רבניות ראו: נורית פריד, "טוענות בתי הדין והעצמת נשים", אישה, חוה, אדם: נשיות יהודית בין התפתחות למסורת, א' שרבט (עורכת), ירושלים תשס"ט, עמ' 129-142.

מלכה".²⁸ הרמב"ם הרחיב קביעה זו לכל דבר ששררה תלויה בו וקבע: "אין מעמידין אישה במלכות שנאמר 'עליך מלך' ולא מלכה, וכן כל משימות שבישראל אין ממנים בהם אלא איש".²⁹

המניעה למינוי אישה לדיינות מבוססת גם על דברי הירושלמי: "הרי למדנו שאין האישה מעידה, מעתה אין האישה דנה".³⁰ כאשר מדובר בירושלמי על הסמכות לדון, הכוונה לבית דין שיושבים בו דיינים סמוכים – כפי שמגדיר הבבלי כי עקרונית רק דיינים סמוכים מותרים לדון.³¹ כידוע, התלאות שעברו על עמנו הובילו לביטול הסמיכה. הגמרא בסנהדרין דנה באריכות בסמכותם של דיינים לא סמוכים לדון בעניינים שונים בשל אילוצים כמו הצורך לא 'לנעול דלת בפני לוויין' וכדו'. מכיוון שבבתי דין של ימינו לא יושבים דיינים סמוכים כמשמעותה המקורית של 'הסמיכה', ייתכן שיש מקום לשלב גם נשים שסמכותן אינה מכוח 'סמיכה' אלא על בסיס חכמתן, כמו שאר הדיינים. אולם יתכן שיש להפריך טענה זו על פי דברי הגמרא שסמכות הדיינים לדון היום היא מכוח "אגן שליחותיהו קא עבדינן",³² ולכן יש מקום לומר שגם בימינו, כשאין סמיכה מקורית, יש למנות לדיינים רק את מי שהיה ראוי להיות מוסמך. מכיוון שנשים לא היו כשרות לדון בזמן שנהגה סמיכה, הרי שגם כיום הן אינן כשרות לכך.³³

יש לציין כי על אף דברי הירושלמי הפוסל אישה מלדון, הרי כבר בראשונים עלתה האפשרות שנשים כשרות לדון על יסוד הדרשה המשווה אישה לאיש לכל משפטי התורה,³⁴ אך אפשרות זו נפסלה. אפשרות זו עלתה גם על יסוד האמור

28. ספרי דברים, קנו.

29. אמנם בשו"ת אגרות משה ה, יו"ד, ב, מד, מצייין הרב משה פיינשטיין, כי לדעת רוב הראשונים נתמעטה אישה רק מתפקידי מלוכה, אך לא מכל תפקיד שררה אחר (בניגוד למי שאינו יהודי), ולכן פסק שיש לאפשר לאישה לשמש משגיחת כשרות תחת בעלה, במקום צורך גדול. עם זה בתשובה נוספת (שם, מה) המתייחסת לתשובתו זו, סייג את הדברים וקבע כי למעשה יש להחמיר כשיטת הרמב"ם. דיון נרחב בשיטת הרמב"ם ופוסקים נוספים בעניין שררה לנשים והשלכותיה לימינו ראו: אריה פרימר, "נשים בתפקידים ציבוריים בתקופה המודרנית", אפיקי יהודה, א' ורהפטיג (עורך), ירושלים תשס"ה, עמ' 330-354. כתיבה מרובה קיימת בעניין זה סביב זכות הבחירה שניתנה לנשים, שילובן בתפקידים ציבוריים שונים, במועצות דתיות ועוד, ואין כאן המקום להרחיב בעניין זה.

30. ירושלמי יומא ו, א.

31. גיטין פח, ב.

32. בבא קמא פד, ב, ועוד, כלומר סמכות חכמים בימינו היא מכוח היותם שליחים של הסמוכים המקוריים.

33. ראו דיון נרחב ומעמיק בעניין מעמד הסמיכה והשלכותו על תפקידי רבנות לנשים – הרב דוד מישלוב, "מינוי אשה לתפקיד רבני", שערי צדק יז (תשע"ו), עמ' 125-153.

34. תוספות גיטין פח, ב, ד"ה ולא לפני הדיוטות.

בספר שופטים בעניין דבורה הנביאה ששפטה את הבאים בפניה. המפרשים השונים עימתו בין הקביעה ההלכתית השוללת לכאורה מינוי נשים לתפקידי שפיטה, לבין הסיפור בנביא על אודות דבורה. תירוצים שונים ניתנו לסתירה זו, אך המשותף לרובם היא המסקנה שעל פיה אין אישה יכולה לדון, וסיפור דבורה הינו מקרה חריג שאין להבינו כמשמעו.³⁵

אם כן, בשורה התחתונה מרבית הראשונים והאחרונים פסקו ש"אישה פסולה לדון".³⁶

הנמקות שונות ניתנו לדין זה: הסמכות והצורך בכבוד הכרוכים בתפקידי שררה, שיש הסוברים שאינם מאפיינים נשים;³⁷ ההערכה כי לנשים תכונה של רחמנות יתר העלולה להפריע להן במילוי תפקידן;³⁸ חשש לפגיעה בצניעות בישיבה משותפת של גברים ונשים בהרכב בית הדין;³⁹ לא ניתן לתת הנמקה לדין זה ומדובר בגזרת הכתוב, ולכן גם אם המציאות משתנה, הרי שההלכה אינה תלויה בהנמקה המתבססת על טבע האישה ואופייה.⁴⁰

35. ראו פירוט המקורות: תהילה בארי-אלון, "נשים בתפקידי שיפוט בבית הדין הרבני: בחינה מחדשת נוכח פסיקת בג"ץ", **משפחה במשפט** (2016-2017), עמ' 180-181, הערות 73-77. להלן אדון בהנמקה אחת הפותחת פתח אפשרי למינוי נשים – מכוח "קיבלו עליהם".

36. **רמב"ם מלכים א**, ה; **רי"ן גיטין מט**, ב בדפי הרי"ף; **טור חו"מ**, ז; **שולחן ערוך חו"מ** ז, ד, ונושאי כליו – **ב"ח**, **פרישה**, **סמ"ע**, **גר"א**, **באר היטב**. יצוין כי יש מי שטען כי פסולה של אישה לדון מבוססת על דעת יחיד בתנאים (רבי יוסה, **ירושלמי** יומא ו, א, שהבאנו לעיל), ולדעת רוב התנאים אין כל בעיה למנות אישה לדיינות, על אף שהיא פסולה עקרונית לעדות – הרב חיים הירשנזון, **מלכי בקודש**, חלק שני, עמ' 186-187. בנוסף, יש הטוען כי פשט הגמרא בירושלמי אין מובנו שנשים פסולות מלכהן בשפיטה, אלא שהן אינן יכולות להיות בעלות דין. לשיטתו התוספות וראשונים אחרונים שגזרו מהסוגיה פסול לנשים לכהן בדיינות התבססו על הבנה מוטעית שלה – הרב אחיה דוידוביץ, "אשה פסולה לדון?", **חמדת הארץ** ד, עמ' 41-43 (אמנם הוא מבהיר כי תוספות וראשונים אחרונים ביססו את פסול נשים מלדון גם על מקורות אחרים).

37. הרב יחיאל מיכל אפשטיין, **ערוך השולחן העתיד**, מלכים עא, ט. וראו דיוקו של חמי הרב דוד מישלוב שאין המדובר בכבוד לשם כבוד, אלא כבוד ככלי הכרחי לסמכותו של הרב הנובע מהערכה ללמדנותו פרי עשרות שנות לימוד והתמדה, דבר שעדיין אינו נפוץ בימינו כלפי נשים, למרות "מהפכת לימוד התורה לנשים" – מיעוט מבוטל מגיעות לרמה שכזו – הרב דוד מישלוב, "מינוי אשה לתפקיד רבני", **שערי צדק**, יז (תשע"ו), עמ' 125-153.

38. הרב יהודה גרשוני, "האישה באגדה ובהלכה", **קול יהודה**, עמ' תצהיתקו.

39. "הגר"א שפירא מבהיר התנגדות הרבנות הראשית לכהונת אשה כחברה במועצה דתית", **הצפה**, כ"א סיון תשמ"ח, 6.6.88.

40. הרב חיים דוד הלוי, **שו"ת מים חיים** א, ע. ראו גם הסברו של הרב משה בוצ'קו שלפיה אין הבדל בנאמנות וביכולת השפיטה בין גברים לנשים, אלא הסיבה להבדל נעוצה בכך שהדיינים דנים בעזרתו של ה'; וכמו כל דבר שבקדושה יש צורך בעדת אנשים – הרב משה בוצ'קו, "האם אשה פסולה להעיד ולדון", **קול מהיכל ט** (תשנ"ט), עמ' 125-130.

2. ערכאות שבסוריא

בשל מיעוטם של דיינים מומחים תלמידי חכמים, התירו חכמים לדון דיני ממונות גם ב"בתי דין של הדיוטות". התנאי לכשירותו של בית דין זה הוא שלפחות אחד מן השלושה יהיה "גמיר", כלומר ששמע דינים והלכות מפי חכמים ודיינים, והשניים האחרים לכל הפחות יבינו מה שמסבירים להם.⁴¹ להלכה נקבע שלפחות אחד מהדיינים יהיה גם "גמיר" וגם "סביר",⁴² כלומר שידע להוסיף וליישב טעמים מדעתו.

בתקופה מאוחרת יותר, מתוך רצון למנוע פנייה לבתי דין של גויים (ערכאות), תיקנו חכמים שניתן להקים בית דין של הדיוטות, גם אם אין שם ולו דין אחד שהוא "גמיר". הרמ"א הוסיף כי כאשר הציבור מקבל עליו דיינים אלה (המכונים "ערכאות שבסוריא"⁴³) הם נעשים דיינים לכל דבר וענין, זאת כאשר הנושא שנידון בפניהם הוא דיני ממונות.⁴⁴ פסיקה זו מבוססת על דברי הרשב"א⁴⁵ שכאשר אין דיינים מומחים מותר למנות הדיוטות. אופציה זו עדיפה לדבריו על פנייה לערכאות של גויים.

התשב"ץ⁴⁶ טען כי כאשר הציבור מקבל עליו דיינים שאינם מומחים, יש לפסיקתם סמכות כמו תקנות קהל. הסייג הוא שמינוי זה צריך לעמוד בתנאים של תקנות קהל, שהם בין השאר הסכמה של אדם חשוב.⁴⁷ יש אמנם מחלוקת ראשונים אם נדרש אישור של אדם חשוב לתקנה המיועדת לכלל הציבור או רק להסכמה של אגודה מקצועית, אך ההלכה נפסקה כדעת הרא"ש,⁴⁸ שהאישור נדרש בכל תקנה, ושלא כדעת הריב"ש.⁴⁹

מכאן, שיש מקום לטעון שלגבי דיני ממונות, אם הקהל יקבל על עצמו נשים כדיינות, תהיה להם סמכות לדון כערכאות שבסוריא, ובתנאי שתהיה לכך הסכמה של אדם חשוב.

41. סנהדרין ג, א.

42. שם ה, א.

43. שם כג, א.

44. רמ"א חו"מ ח, א.

45. שו"ת הרשב"א א, תשכט.

46. שו"ת תשב"ץ א, קנט.

47. וכך גם דעת שו"ת הרשב"ש, תריא.

48. רא"ש בבא בתרא א, לג.

49. שו"ת הריב"ש, שצט.

3. קבלת הציבור

על פי אחד מתירוצי התוספות⁵⁰ דבורה הנביאה דנה מכיוון שהעם קיבל אותה עליו לתפקיד שפיטה קבוע – "שמה קיבלו אותה עליהם משום שכינה".

בדורות האחרונים, יש שנשענו על תירוץ זה בתוספות, כמקור אפשרי להיתר מינוי נשים לדיינות מכוח קבלת הציבור אותן. כך לדוגמה הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל, אשר למרות שהעלה אפשרות זו, קבע בסופו של דבר כי אין להשתמש בעיקרון קבלת הציבור, אלא אם כן מדובר באשה מיוחדת במינה, שכן הדבר עלול לפגוע בשלמות המשפחה ובחינוך הילדים וכן אינו מתאים למרבית הנשים:

מהאמור אנו למדים דאין איסור מן התורה להתדיין בפני אשה... יש להכשיר בקבלה עליהם... אלא שלדעתנו מפני חשיבות של עניין דין בישראל לא נכון לעשות תקנה כזאת שהיא פוגעת בהנהלת משק הבית הישראלי וחינוך הבנים וטפולם התמידי שאינו יכול להיעשות על ידי אם רחמניה שהיא צופיה הליכות ביתה, ושאין הדין יכול להיות אמת מסבות פסיכולוגיות של רגשי רחמים מרובים, שהאשה חוננה בהם...⁵¹

ייתכן לטעון שבדורות שחלפו מאז כתב הרב עוזיאל את תשובתו זו (בראשית המאה הקודמת – לאחר מלחמת העולם הראשונה) חל שינוי בתפקידיהן וביכולותיהן של נשים בעקבות השינויים החברתיים והתרבותיים, ואפשר למצוא היום נשים "חכמות וגיבורות לב" (כהגדרותיו במקום אחר בתשובה) המתאימות לתפקידי שפיטה, ולכן גם לשיטתו ניתן למנות כיום נשים לדיינות בהסכמת הציבור.

לעומת הרב עוזיאל המציע את האפשרות לקבל נשים לדיינות על פי קבלת הציבור, אך מסייג אותה, לדעת הרב בקשי-דורון עיקרון זה אכן מתיר כיום מינויין של נשים לדיינות מבלי כפייה ללא סייג שכן: "כל מינוי שנעשה על דעת הקהל ובהסכמת הקהל, גם אם יש בו מינוי ושררה, וכוח של סמכות מותר הוא בגר ואשה", ובכלל זה גם דיינות.⁵²

50. תוספות גיטין פח, ב ד"ה ולא לפני הדיוטות.

51. פסקי עוזיאל בשאלות הזמן, מג.

52. הרב אליהו בקשי דורון, "סמכות והנהגה בנשים וגברים", שו"ת בנין אב: תשובות ומחקרים א, סה, עמ' שא"שו. ראו גם: הלכה פסוקה, שולחן ערוך חו"מ, הלכות דיינים ז, ד, עמ' 94 – שם קבעו המחברים בפשטות כי אם קיבלו אותה בעלי הדינים עליהם, יכולה אישה לדון, ואם קיבלו אותה ראשי הקהל והיא מלומדת ובקיאא בדיני התורה, מועילה הקבלה לכל הציבור.

אולם נשאלת השאלה, גם לדעת המתירים, מה משמעות "קבלו עליהו"? מי מקבל וכיצד? לדעת הרב חיים דוד הלוי,⁵³ והרב בקשי דורון די בקבלתה של אישה על ידי גדולי הקהל וראשיו כדי להיחשב קבלה על ידי הציבור. על פי הרב מרדכי אליהו⁵⁴ נדרשת לשם כך קבלת הציבור כולו, ודווקא ציבור מוגדר, ולכן בעם שלם לא תועיל קבלה. הריא"ה הרצוג סובר שעל האספה המחוקקת להצהיר שהיא מקבלת עליה לעדים ולדיינים בשם הציבור כולו את הפסולים מן התורה ומחז"ל.⁵⁵

4. בורות

לכל האמור יש להוסיף כי בנוגע לשפיטה בדיני ממונות (בשונה מאיסורים, אישות וכדו'), אין כל קושי כי הצדדים ימנו על עצמם בהסכמה אישה כבוררת, שכן בענייני ממון "כל תנאי שבממון תנאו קיים"⁵⁶ – הצדדים רשאים להתנות על זכויותיהם בתחום זה, ובכלל זה לקבל עליהם כבוררים גם מי שפסולים לדיינות. כמובן הדבר מותנה בכך שהצדדים יסכימו על כך מפורשות בהסכם בורות ביניהם.⁵⁷

במדינת ישראל סמכותם החוקית של בתי הדין נובעת מכוח חוק הבוררות, אולם מבחינת ההגדרה ההלכתית בתי דין אלה אינם פוסקים כבוררים אלא כבתי דין מוסמכים. מעבר לכך וכפועל יוצא מכך, בבתי הדין לממונות יושבים בדרך כלל דיינים שעברו מסלול לימודים והכשרה ארוך שנים הכולל התמחות בדיינים הספציפיים הנדרשים לדיינות, ובכללם דיני ממונות. סביר כי ציפיית הצדדים תהיה שגם אם אישה תשב בהרכב כזה כבוררת, היא תהיה בעלת הידע והמומחיות הייחודיים בתחום. נכון להיום לא נראה שיש מי שאוחזת בידע בהיקף שכזה הדורש התמסרות של שנים רבות ללימוד שבדרך כלל אינה אפשרית לנשים. אף לא בטוח שראוי להשקיע בפתיחת מסלול לימוד שכזה, על חשבון נתיבים אחרים של התפתחות לנשים. כמובן לשם מימוש אפשרות זו, יהיה צורך גם לדאוג לשמירה על הצניעות והענייניות המקצועית המחויבת בהינתן שהרכב

53. הרב חיים דוד הלוי, "זכות אשה לבחור ולהבחר", תחומין י, עמ' 120 (וביתר הרחבה: שו"ת עשה לך רב ח, עט).

54. הרב מרדכי אליהו, "מינוי אשה לתפקיד ציבורי", תחומין ז, עמ' 518.

55. הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג, "עדות ודיינות", תחוקה לישראל על פי התורה א, א' רהפטיג (עורך), ירושלים תשמ"ט, עמ' 44-45.

56. כתובות נו, א.

57. סנהדרין כד, א.

בית הדין יושב בד"ר במשך שעות ארוכות, והדיינים מתייעצים תכופות זה עם זה במהלך הדיון, בפני המתדיינים ובהיעדרם.

ז. סיכום ואחרית דבר

במאמר זה סקרנו את המקורות ההלכתיים ועמדנו על יישומם כיום בפועל, וראינו כי נשים משולבות כיום בבתי הדין לממונות באופן שוויוני – כבעלות דין, עדות ומייצגות. בנוגע לאפשרות כהונתן בהרכב בית הדין, ראינו כי יש לכך פתח בהלכה – אם על ידי קבלת הצדדים, אם על ידי קבלת הציבור באמצעות נציגיו, ואם על ידי הסכמת אדם חשוב, אך הדבר נתון להכרעת הפוסקים הלכה למעשה. לסיום חשוב להדגיש את האופן שבו יש להתבונן על שינויים המתחוללים עם השנים בפסיקת ההלכה. ראינו במהלך המאמר כי ביחס לעדות נשים, לדוגמה, חלו שינויים במשך השנים, וכיום הלכה למעשה עדות אישה מתקבלת בבתי דין כדבר שבשגרה. כך הוא בתחומים נוספים, הן כאלה הנוגעים ספציפית לנשים, הן בתחומים אחרים. ועל כך ישאל השואל, מדוע לא לחולל שינויים נוספים ולהכשיר כהונת נשים בבתי דין בהתאמה למציאות החברתית שכה השתנתה?

על כך יש להשיב על פי דבריו הנכוחים של הרי"ד סולוביצ'יק אשר נאמרו בפני ועידת הרבנים של ארה"ב בשנת תשל"ה⁵⁸ ונועדו לתת כללים למפגש בין עולם ההלכה היהודית לתפיסות תרבותיות מערביות. הרב סולוביצ'יק הציב ארבעה עקרונות ליחס בין פסיקת ההלכה לעולם המודרני:

א. הפסיקה היא אך ורק "בדרך חשיבה והבנה תורנית הלכתית ייחודית, מבפנים, על פי המתודה הנתונה למשה והנמסרת הלאה מדור לדור. האמת ניתנת להגלות רק בהצטרפות אל שורות חכמי המסורה חז"ל, ראשונים, גדולי האחרונים". יש להימנע מלנסות להסביר את חוקי התורה על ידי הסברים השאולים מבחוץ – פרשנות היסטורית או פסיכולוגית ועל פי אמות מידה של שיטת ערכים חילונית.

ב. הפסיקה איננה ניתנת מנקודת מוצא רגשית של נחיתות כלפי "הקסם החולף של סיסמה מודרנית פוליטית או אידיאולוגית... עלינו להיות גאים במסורת שלנו".

ג. אין לנסות "להתאים את הנורמה ההלכתית הנצחית לערכים חולפים של חברה נירוטית ואכן כזו היא החברה שלנו".

58. הרי"ד סולוביצ'יק, "זה סיני", דברי הרב, הרב צבי שכטר (עורך), ניו יורק תש"ע, עמ' קיב-קיד.

ד. הפסיקה תינתן מתוך כבוד, אהבה והערצת דבריהם של חכמי המסורה כסמכות הסופית.⁵⁹

הדברים נכונים כלפי כלל הסוגיות המתעוררות במפגש בין התרבות המערבית לעולם ההלכה, והם יפים גם לגבי הסוגיה שבה אנו עוסקים. התרבות העכשווית חותרת להשוואה מוחלטת בתפקידי נשים וגברים, תוך התעלמות משינויים רלוונטיים במבנה הנפש, הרוח והמהות. כמו כן ישנה התעלמות ממקומם של ערכים חשובים נוספים לצד המימוש העצמי, כשלמות המשפחה והאומה. על רקע זאת יש לשאול מי ערב לנו שערכי התרבות העכשווית הם אלה שייטיבו עם הפרט והכלל? ומה המחירים שנשים וגברים משלמים על הדחיפה החברתית והכלכלית להשתלב בכל תחום ותחום?⁶⁰

לכן, יחד עם הערכה לתרומתן של תנועות לשוויון נשים, ראוי לשקול בזהירות האם, מתי וכיצד נכון לאמץ את דרישותיהן בכל עניין, כולל בנוגע לשילוב נשים בהרכבי בתי דין לממונות.

59. אמנם אבי, הרב פרופ' שלום פייגלשטוק, בוגר הישיבה יוניברסיטי העיר לי כי בית בריסק-סלובייצ'יק לא נודעו בכוח הפסיקה שלהם אלא בכוח למדנותם, ופסיקת הלכה מטבעה הרי היא גמישה יותר מגישה זו שהוצגה על ידי הרי"ד, אולם בכל זאת סבורני כי יש כאן התוויית כיוון חשובה.

60. ראו בעניין זה בהרחבה: הרב יעקב אריאל, "מעמד האשה ביהדות", הלכה בימינו: מורשתה, לימודה, הוראתה ויישומה, ירושלים תשע"ד, עמ' 175-187.

דין תורה בין יהודי ובין לא-יהודי

הרב עדו רכניץ

- א. הדין והערכאה כאשר אחד הצדדים אינו יהודי
- ב. מחלוקת בין יהודי ובין מוסלמי בימינו
- ג. סיכום

מקרים לא מעטים של מחלוקות בין יהודים לשאינם יהודים מגיעים לבתי הדין לממונות. מקרים אלה מעוררים מספר שאלות: על פי איזה דין יש להכריע במחלוקות אלה – על פי דין תורה או על פי דין אחר? באיזו ערכאה יש להתדיין – בבית דין של תורה (שייתכן שידון על פי דין אחר) או בבית משפט? בשאלות אלה נעסוק במאמר שלפנינו.¹

א. הדין והערכאה כאשר אחד הצדדים אינו יהודי

בנוגע למחלוקות כספית בין יהודי לבין לא-יהודי כתב הרמב"ם שאם מדובר בגר תושב, יש לדון אותו "בדיניהם", וזו לשונו:

ויראה לי שאין עושין כן לגר תושב אלא לעולם דנין לו **בדיניהם**, וכן יראה לי שנוהגין עם גרי תושב בדרך ארץ וגמילות חסדים כישראל.²

מדברי הרמב"ם נראה שכוונתו לחוקים של האומה שאליה משתייך אותו לא-יהודי. דיון התעורר לגבי השאלה מה כלול במצוות "דינים" המהווה חלק משבע מצוות בני נוח. על כך כתב הרמב"ן:

ועל דעתי הדינין שמנו לבני נח בשבע מצות שלהם אינם להושיב דינין בכל פלך ופלך בלבד, אבל צוה אותם בדיני גנבה ואונאה ועושה ושכר

* הרב עדו רכניץ הוא מנהל המחקר במכון משפטי ארץ ואב"ד ברשת ארץ חמדה גזית.
1. מאמר זה מבוסס על פרק מתוך פסק דין ארץ חמדה גזית 75104-2 שניתן בבית הדין בעפרה בפני הדיינים הרב חיים בלוק, אב"ד, הרב משה חביב וכותב מאמר זה.
2. רמב"ם מלכים י, יב.

שכיר ודיני השומרים ואונס ומפתה ואבות נזיקין וחובל בחבירו ודיני מלוה ולוה ודיני מקח וממכר וכיוצא בהן, כענין הדינין שנצטוו ישראל.³ ניתן להבין שלדעת הרמב"ן על בני נח לדון על פי דיני ישראל, אולם מסתבר יותר שכוונתו שעליהם לחוקק חוקים בכל התחומים, כפי שהתורה עוסקת בכל התחומים, ולפיכך "כענין הדינין שנצטוו ישראל" פירושו במקביל לדינים שנצטוו ישראל, ולא שיש להחיל את דיני ישראל על אומות העולם. הרמ"א הבין שמהות מצוות "דינים" שנויה במחלוקת אמוראים:

כי רבי יוחנן... סובר שבן נח אינו מצווה רק לשמור המנהג המדיני ולדון בין איש ובין אחיו ובין גרו משפט יושר, אבל אינו בדרך דיני ישראל שמסרם לנו משה מסיני, רק הוא חק נימוסי... ורבי יצחק רוח אחרת עמו... וסובר שדיני בני נח הן אותן דינים שנצטוו ישראל בסיני ולכן לומד אותן מקרא הנאמר בסיני והכל אחד... גם נראה לפסוק כרבי יצחק...⁴

הרמ"א הכריע ש"דינים" של הגויים הם דיני ישראל. הנצי"ב מוולוז'ין כתב שעל הגויים לחוקק לעצמם חוקים, אך אלו אינם בהכרח כדיני ישראל:

אלא ודאי לכולי עלמא לא ניתן לבני נח פרטי דינים ולא נצטוו אלא להושיב שופטים כפי דעתם כערכאות שבסוריא...⁵

לגבי הערכאה שתדון במחלוקת בין יהודי ולא־יהודי כתוב במדרש תנחומא שיש לקיים את הדיון בבית דין ישראל: "שאסור לישראל לומר לעכו"ם לך עמי לערכאות שלכם ושהוא עובר בלאו".⁶ וכך פסק גם בשו"ת תשב"ץ.⁷ רוצה לומר, אף שלא־יהודי נידון על פי דיניו ולא על פי דין תורה, במקרה של מחלוקת בינו לבין יהודי הדיון יתקיים על פי דיני הגוי אולם בבית דין של תורה.

ב. מחלוקת בין יהודי ובין מוסלמי בימינו

הרמב"ם פסק כיצד הופך לא יהודי לגר תושב:

וצריך לקבל עליו בפני שלשה חברים, וכל המקבל עליו למול ועברו עליו שנים עשר חדש ולא מל הרי זה כמן האומות. כל המקבל שבע מצוות, ונזהר לעשותן, הרי זה מחסידי אומות העולם, ויש לו חלק לעולם הבא,

3. רמב"ן בראשית לד, יג.

4. שו"ת הרמ"א, י.

5. העמק שאלה, שאילתא ב, אות ג.

6. תנחומא שופטים, א.

7. שו"ת תשב"ץ, ד (חוט המשולש) טור ג, ו.

והוא שיקבל אותן ויעשה אותן מפני שציווה בהן הקדוש ברוך הוא בתורה והודיענו על ידי משה רבנו שבני נח מקודם נצטוו בהן, אבל אם עשאן מפני הכרע הדעת, אין זה גר תושב ואינו מחסידי אומות העולם, אלא⁸ מחכמיהם.⁹

דהיינו יש לקבל שבע מצוות בפני בית דין של שלושה יהודים, משום שכך ציווה הקב"ה, ולא די בביצוע בפועל. בנוסף לכך פסק הרמב"ם:

ואין מקבלין גר תושב אלא בזמן שהיובל נוהג אבל שלא בזמן היובל אין מקבלין אלא גר צדק בלבד.¹⁰

ממילא עולה השאלה כיצד יש לנהוג בדין שבין יהודי למוסלמי שאיננו גר תושב במובן הפורמלי. על כך כתב המאירי:

ולפי מה שנאמר בגמרא דוקא בעממים שאינם גדורים בדרכי דתות ונימוסים כמו שאמר עליהם בגמרא ראה שבע מצות שקבלו עליהם בני נח שלא קיימום עמד והתיר ממונם כל שעה שהדין מחייבם בכך. הא כל ששבע מצות בידם דינם אצלנו כדיננו אצלם ואין נושאים פנים בדין לעצמנו ומעתה אין צריך לומר שכן באומות הגדורות בדרכי דתות ונימוסים.¹¹

כלומר עמים השומרים על שבע מצוות בני נח, כגון, המוסלמים, נידונים כמו בני נח, אף שלא עברו הליך פורמלי בפני בית דין. יש אחרונים שפסקו את דברי המאירי להלכה,¹² ולעומתם פוסקים אחרים חלקו עליו.¹³

לאור דברי רבים מהפוסקים, במקרה של דין בין יהודי לשראינו יהודי, כברירת מחדל יש לדון לפי דיניהם. אולם אם שני הצדדים מבקשים שידונו אותם לפי דיני ישראל, יש לדון אותם לפי דין תורה. ניתן ללמוד זאת מדברי הרמב"ם לגבי שני גויים שבאים להתדיין בפני בית דין של תורה: "שני גויים שבאו לפניך לדון בדיני ישראל ורצו שניהם – דנים להם דין תורה."¹⁴

8. ע"פ גרסת מפעל משנה תורה, ומהדורת פרנקל. בדפוסים כתוב: "ולא מחכמיהם".

9. רמב"ם מלכים ח, י"א.

10. שם עבודה זרה י, ו.

11. מאירי, בית הבחירה, בבא קמא לו, ב.

12. ראו למשל: שו"ת שואל ומשיב, תליתאה א, נ; שו"ת עטרת פז א, ג, חו"מ, יב; שו"ת מים חיים ב, עט; הראי"ה קוק, אגרות הראיה א, פט; שו"ת עשה לך רב ט, ל.

13. שו"ת מהרש"ם ה, מא.

14. רמב"ם מלכים י, יב.

על אף האמור, מכיוון שבתי דין של תורה אינם בקיאים במשפט המוסלמי, ומכיוון שחזקה על הצדדים שידעו זאת, הרי שניתן להניח ששני הצדדים שפנו לבית דין של תורה הסכימו ורצו שידונו את שניהם לפי דין תורה.

זאת ועוד, מכיוון שהדיון בין שני הצדדים נעשה מתוך הסכמה, חזקה על הצד המוסלמי שהסכים להתדיין על פי דין תורה רק בתנאי שהדין שיחול עליו יהיה שווה לזה החל על יהודים, וחזקה על הצד היהודי שהסכים לכך כדי שהדיון יתקיים בבית דין של תורה ולא בערכאה אחרת.

לכך יש להוסיף כי גם אילו החוק המחייב היה דין התורה, היה עלינו להעניק שוויון לשאינם-יהודים, כפי שכתב למשל הריא"ה הרצוג:

תנאי יסודי במדינת ישראל שעליה הסכימו הכל שבממונא לא תהא שום הפלייה במשפט בין בן ברית לאינו בן ברית, והנה כח הכנסת ודאי שהוא כח הציבור... ואם כי הכנסת אין בכחה אפילו בממונות לעקור מכל וכל דינים מפורשים שבתורה... מה שאין כן בעניין כזה שלפנינו... אין זה כלל עוקר דבר תורה אלא מוסיף על התורה...¹⁵

ג. סיכום

בהתדיינות בין יהודי ובין מוסלמי בבית דין של תורה, יש לדון אותם על פי דין תורה באופן שוויוני, כאילו מדובר בהתדיינות בין שני יהודים.

15. הריא"ה הרצוג, תחוקה לישראל ע"פ התורה ג, עמ' 27.