

עורך הדין בבית הדין הרבני

מורשה והרשאה

יואב סטשביסקי

להערות

יואב סטשבסקי

הראשונים 11

בני ברק 51300

טל: 054-8439325

תוכן

4..... מבוא

5..... פרק א - האיסור לבוא בהרשאה – על מי נאמר

15..... פרק ב – תביעה ע"י מורשה

20..... פרק ג - נשוא ההרשאה

27..... פרק ד - ייצוג הנתבע על ידי מורשה

38..... פרק ה - סדר הדין למורשה בבית הדין

51..... פרק ו - קטן כבעל דין וייצוגו

63..... פרק ז – תביעה ייצוגית בבית הדין הרבני

71..... פרק ח – עו"ד וטוענת רבנית בבית הדין – יצוג על ידי נשים בבית הדין

76..... פרק ט - שכר הטרחה – חיוב בהוצאות משפט

81..... פרק י - מורשה הקרוב לדיין – יחסי פסלות

93..... פרק יא - חיסיון יחסי עו"ד – לקוח

101..... ביבליוגרפיה

מבוא

כאשר אנו עוסקים בעורך הדין בדין תורה, אנו נזכרים מיד במשנה במסכת אבות (פרק א' משנה ח'): "יהודה בן טבאי אומר אל תעש עצמך כעורכי הדיינים". ממשנה זו עולה לכאורה התייחסות שלילית אל מקצוע עריכת-הדין, ויש לברר מה היא כוונתה של המשנה ואל מה בדיוק היא מתייחסת בשלילה.

ישנם פירושים שונים למשנה זו. חלקם אינם שייכים כלל למקצוע עורך-הדין הנהוג היום. למשל: ר' עובדיה מברטנורא מביא שלושה פירושים. על הראשון שבהם נתעכב בשלב מאוחר יותר. פירושו השני הוא - "כעורכי הדיינים" מובנו הוא כגדולי הדיינים (כנראה "עורכי" כמו "ארכי" "ארכי ליסטים שמרד במלך" - בראשית רבה מ"ח), כלומר שתלמיד לא יעשה עצמו כדין חשוב לדבר לפני רבו. גם פירושו השלישי אינו שייך לעורך הדין המוכר לנו היום. על פי פירוש זה המשנה מזהירה את הדיין שלא יעשה עצמו כגדולי הדיינים ויכוף בעלי דינים לבוא לפניו.

גם לפי הפירוש הראשון המובא ברש"י אזהרת המשנה מתייחסת לדיינים - שאם באו לפניך שניים לדין, וביררת להיכן הדין נוטה, אמור זאת לשניהם יחד, ואל תעשה כמנהג ערכאות של כותים שמנהגם לגלות הדין ליחיד מפני השוחד. ולפי זה אין כאן התייחסות לאדם המייצג את אחד מבעלי הדין.

עורך הדין המוכר לנו היום עוסק בכמה תחומים עיקריים. ישנם עורכי דין העוסקים בעריכת חוזים, ולגבי תחום זה אי אפשר ללמוד ממשנתנו שום חסרון או פגם. תחום נוסף הוא הייעוץ המשפטי, ולפי כמה מן הפירושים למשנה זהו תחום בעייתי - עיין בפירושו הראשון של הברטנורא, בפירוש רש"י ובפירוש הרמב"ם. גם התחום השלישי - ייצוג בעל-הדין בפני בית-הדין, והשמעת הטענות בשמו, הוא תחום בעייתי כפי שנבאר להלן.

ראוי להעיר כאן שתי הערות. הערה ראשונה - נושא הדיון אינו כולל התייחסות לבתי משפט שאינם דנים על פי דין תורה, (על כך אפשר לעיין ב"תחומין" כרכים א' ו-ב'). נושא הדיון הוא אך ורק על מקומו של עורך הדין במערכת משפטית הפועלת על-פי דין תורה. הערה שניה - אין כאן פסק הלכה, בשום פנים ואופן, אלא העלאת הסוגיות הרלבנטיות לנושא.

פרק א - האיסור לבוא בהרשאה – על מי נאמר

אל תעש עצמך כעורכי הדיינים

הגמ' בכתובות (נב:) מספרת על קרובו של ר' יוחנן, שאביו מת והניח אלמנה (מנישואין שניים, לא אמו של הקרוב) שהיתה צריכה רפואה כל יום. על פי הדין הוצאות רפואתה נחשבים כמזונות ומוטלים על נכסי הנפטר שהתחייב בכתובה שאלמנתו תיזון מנכסיו. הקרוב הנ"ל שאל עצה מר' יוחנן כיצד להיפטר מחיוב זה, ור' יוחנן יעץ לו לסכם עם הרופא סכום קצוב עבור רפואתה, והרי רפואה שיש לה קצבה אינה כמזונות אלא באה על חשבון כתובתה.

הגמרא מוסיפה שבתחילה סבר ר' יוחנן שמותר לו לתת עצה כזו משום "מבשרך לא תתעלם", ואח"כ התחרט ואמר "עשינו עצמנו כעורכי הדיינים".

מסוגיא זו עולה לכאורה הסבר מסויים למשנה, כיון שר' יוחנן מתבטא באותה לשון ומתאונן "עשינו עצמנו כעורכי הדיינים". הדברים מתאימים לפירושו הראשון של הברטנורא, שאסור לאדם לגלות דינו לאחד מבעלי הדין לומר לו עשה כך בשביל שתזכה בדיןך, ואע"פ שידוע שהדין עמו. וכן פירש גם רש"י באחד מפירושו, שאסור לתת עצה לאדם כיצד יטען על חבירו.

מקרה דומה מופיע גם בדף פו (ע"א) במסכת כתובות. קרובתו של רב נחמן מכרה את כתובתה "בטובת הנאה" (מכירה בדמים מועטים, כיון שהיא תלויה בהתפתחויות עתידיות, שאם בעלה ימות או יגרשנה הקונה יגבה ממנו את מלוא סכום הכתובה, אך אם האשה תמות הקונה הפסיד את כספו. בסופו של דבר בעלה גירשה ואח"כ היא מתה. כיון שהגירושין קדמו בא הקונה לגבות את מלוא סכום הכתובה מהבעל. רב נחמן נתן עצה לבתם של בני הזוג, שתמחול לאביה על כתובת אמה, כיון שהיא יורשת של אמה ואמר שמואל "המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול, ואפילו יורש מוחל". גם רב נחמן סבר בתחילה שנתנת העצה מותרת משום "ומבשרך לא תתעלם", אך בסופו של דבר התחרט בנמוק ש"אדם חשוב שאני".

צריך להבין מה הוא הפגם בכך שאדם נותן ייעוץ משפטי לחבירו?

הטיית דעת הדיין

להטות דעת הדיין, בין ע"י לחישה לאזנו ע"י היושבים לפני הדיינים, ובין ע"י ניסיון לטשטוש עובדות, ודאי שהינו איסור חמור, ובשפה המשפטית: שיבוש הליכי משפט.

הגמ' במסכת סוטה (מז,ב): משרבו לוחשי לחישות בדין, רבה חרון אף – שעל הטיית המשפט חרון אף בא שנאמר 'בקר אלקים ישפוט'. ופרש"י: לוחשי לחישות – עורכי הדיינים, ומתלחשים עם הדיינים לפתוח להם פתח בזכותו של זה ובחובתו של זה.

הגמ' במסכת שבת (קלט,א): "למדו שפתותיכם דבר שקר" – אלו עורכי הדיינים. ופרש"י: מלמדים את בעל הדין לטעון. וכוונתו ודאי לטעון שקר.

וכן כתב הנחלת שבעה בלשון חריפה נגד המורשים :

ובאמת כך דרכן של קצת מורשים, מבלבלין מצפצפין ואינם יודעין מה מצפצפין, כי מחפשין בספרים אחר סברות ודינים אשר ישרו בעיניהם, ולרוב קולטין את הפסולת וזורקין את האוכל, בראותם כי אין הדיין מסכים לדעתן יצאו לריב מהר, ויש לדיין לגעור בהן ולזלזלן.¹

כמובן שאין כוונתו לזלזל בציבור הטוענים, אלא דיבר על 'קצת מורשים' שלא נוהגים כראוי. ועל המורשים הפועלים כהוגן מצינו בשו"ת פרת יוסף :

וגם מעלת בי דינא רבא היו שמחים בזה, כי מה טוב ומה נעים שהתלמידי חכמים יהיו מורשים, כי יוכלו לחפש בספרי הפוסקים זלה"ה ולהראות הדבר לבית הדין.²

החשש שהמורשה יעוות הדין וילמד שקר

במסכת שבת (קל"ט ע"א) מביאים את הפסוק "כי כפיכם נגואלו בדם, ואצבעותיכם בעוון, שפתותיכם דברו שקר, לשונכם עולה תהגה", ודורשים אותו כלפי עיוותים במערכת המשפט. "שפתותיכם דברו שקר - אלו עורכי הדיינים" ופירש רש"י שעורכי הדיינים מלמדים את בעלי דינים לטעון.

אלא שנימוק זה אי אפשר לאמרו ביחס למעשה של ר' יוחנן. ר' יוחנן לא לימד את קרובו לשקר, שאם-כן כיצד הוא חשב שבתחילה שמותר לו לתת עצמה כזו משום "מבשרך לא תתעלם", וכי משום שזה קרובו הותר האיסור? וגם חרטתו של ר' יוחנן לא היתה משום שיש איסור בדבר אלא משום ש"אדם חשוב שאני"!

ואכן ר' יוחנן לימד את קרובו כיצד לבצע הליך חוקי שבא לעקוף את המצב המשפטי הקיים. הליך כזה אין בו פגם, ולבעל הדין עצמו מותר להשתמש בו. משום כך מותר גם לקרוב משפחה לתת עצה כזו לקרובו משום שקרוב משפחה הוא כגופו. וכך מסכם שם הריטב"א את המסקנה מסוגיא זו :

"ושמעין מינה דכל שהוא קרובו ולא הוי אדם חשוב מותר לגלות לו דינא, ואע"ג דלית דינא עימיה אלא בטענה דאגמריה, והוא דלא ליגמריה שיקרא".

לפי זה צריך לשאול - מדוע אסור לתת עצה כזו, שהיא חוקית למהדרין, לאדם שאינו קרובו? ור' יוחנן, וכן רב נחמן (כתובות פ"ו ע"א), התחרטו על כך שנתנו עצה לקרובם משום ש"אדם חשוב שאני", ופירש רש"י שם "לפי שלמדים הימנו ויש שיעשו אף שלא לקרובים"!

¹ ספר נחלת שבעה שטרות סימן מד.

² שו"ת פרת יוסף לרבי יוסף אלפנדרי, חו"מ, סימן ל.

אמנם התוספות יו"ט על המשנה באבות (פ"א, מ"ח) מדייק מתוך הלשון "אל תעש עצמך כעורכי הדיינים" שהמשנה מדברת על אדם חשוב בלבד, ואדם שאינו חשוב מותר לייעץ אפי' שלא לקרובו. הסיבה שר' יוחנן השתמש בנימוק "מבשרך לא תתעלם" אינה משום שללא נימוק זה הדבר אסור, אלא שללא נימוק זה לא היתה לו שום סיבה להתערב לטובת אחד הצדדים. עיקר הסיבה שמותר לייעץ היא משום שלא מדובר כאן בשקר. אבל, ממשיך התויו"ט, מלשון רש"י בסוגיא בכתובות (פ"ו.) משמע שאסור לייעץ למי שאינו קרובו.

אמנם כתב שם התוס' יו"ט, שאיסור זה אינו אלא מדרך המוסר ואינו איסור גמור.

מתעבר על ריב לא לו

הפסוק במשלי (כ"ו י"ז) אומר: "מחזיק באזני כלב מתעבר על ריב לא לו". אדם אינו צריך לדחוף את אפו לריב שאינו שייך לו, כיון שהדבר מרבה מריבות ומדנים. די לנו בכך שראובן ושמעון רבים ביניהם, ואין סיבה שגם לוי יצטרף למריבה. אם על פי דין ראובן צריך לזכות בממון, ולוי מלמד את שמעון עצה שתשנה את הדין ותביא לידי כך שהוא יזכה בממון, סביר שראובן יראה בכך הפרעה למהלך הנורמלי של עשיית הדין, ויהיה לו כעס על לוי שגרם לו הפסד. כסף הקדשים (סי' יז סעיף ט) אכן מרחיב את הדין של "מבשרך לא תתעלם". לדעתו מותר לתת עצה לתלמיד חכם (הזקוק לעצה כיון שזו הלכה שהוא אינו בקי בה, ואעפ"כ הוא לא יצא מגדר "צורבא מרבנן"), כיון שע"י חביבות דברי תורה מתקיים בו מעין "מבשרך לא תתעלם".

יש מקום לשאול, לפי כל זה, מה דינם של מקרים נוספים. האם מותר לאדם לתת עצה לידידו הטוב שאינו קרובו? האם מותר לתת עצה למי שמשלם כסף עבור קבלת העצה, בטענה שעל ידי התשלום אין זה "ריב לא לו"? או שמא אין לנו אלא דברי חז"ל שהתירו לייעץ לקרובו בלבד?

אופני ההיתר לייעץ ולייצג בעל דין

אם המורשה מקבל שכר טרחה בעבור הייעוץ והייצוג, מותר. כך נפסק בספר גידולי תרומה:

"ואם עושה בשביל ליהנות מהשכר ולא מפני האלמות, לא דיבר בזה, ואולי אין כאן משום לא טוב עשה, כי להנאת עצמו הוא דורש ולא מיקרי ריב לא לו".³

וכן המנהג למנות למורשה כשהדבר להנאתו של המורשה.⁴

קולא אחרת אפשר למצא בדבריו של בעל שלטי גבורים. השלטי גיבורים מתייחס לעצה שנתן רב נחמן לקרובתו, ואומר: "ומותר להשיאו עצה למחול, אם יגיע ליורש שום הנאה במחילה זו, ובלבד שלא יהא המיעץ הזה מן הדיינים, שאין לו לדין ללמד טענות ותחבולות לבעלי דינים".⁵

³ שער נ, חלק ג, אות ח'. הדברים הובאו בספרו של הרב עזרא בצרי, "דיני ממונות", עמ' רסב ועמ' תמ.

⁴ כנסת הגדולה, חו"מ סי' קכג, הגהת טור, לד.

⁵ שלטי גיבורים, כתובות, מ"ה ע"א בדפי הרי"ף.

עורך הדין בבית הדין הרבני

הש"ך בחו"מ (סי' ס"ו ס"ק פ"ב) הביא את דברי השלטי גיבורים באופן שנראה ממנו שמי שאינו דיין מותר לייעץ לאחד מבעלי הדין אע"פ שאינו קרובו. אולם, לעומתו סובר שער המשפט (סי' י"ז ס"ק ה') שגם למי שאינו דיין אסור לעשות עצמו כעורכי הדיינים, ולפי"ז השלטי גיבורים התיר לייעץ רק לקרובים ואילו הדיין אסור לייעץ אפי' לקרוביו.

יוצא אם כן, שאל לעורך הדין לייעץ בחינם כיצד לנצח בסכסוך, אלא אם כן מדובר בהצלת עשוק מיד עושקו, שזוהי מצווה רבה.

הצגת נימוקים משפטיים לזכות בדין

המעשים שהבאנו ממסכת כתובות (ר' יוחנן בדף נ"ב ע"א, ורב נחמן בדף פ"ו ע"א) עסקו במצב משפטי נתון, שעל פי המהלך הנורמלי של עשיית הדין היה זוכה פלוני בדין, וע"י מעשה מסויים יכול חבירו לשנות את המצב המשפטי ולזכות בדין. אולם ישנם מקרים שבהם קיימים במצב המשפטי הנתון נימוקים לטובת אחד הצדדים, והוא אינו יודע עליהם או שאינו יודע לבטא אותם כראוי.

בירושלמי במסכת סנהדרין (פרק ג' ה"ח) נאמר:

רב הונא כד הוה ידע זכו לברנש בדינא, ולא הוה ידע ליה, הוה פתח ליה על שם פתח פיך לאלם.

רב הונא כאשר ידע נימוק לזכותו של אדם בדין, ואותו בעל דין לא ידע לו, היה רב הונא פותח לו על שם פתח פיך לאלם. לפי פירושו של בעל "פני משה" מדובר כאן בבעל דין שלא היה יודע לגמור הדברים ולא היו מסודרים בפיו אז פתח לו "שמא כך דעתך לומר".

וכן נראה שפירש זאת הרמב"ם, מתוך פסקיו בהלכות סנהדרין (פכ"א הי"א):

ראה הדיין זכות לאחד מהם, ובעל דין מבקש לאמרה ואינו יודע לחבר הדברים, או שראה מצטער להציל עצמו בטענת אמת ומפני החימה והכעס נסתלק ממנו, או נשתבש מפני הסכלות, הרי זה מותר לסעודו מעט להבינו תחילת הדבר משום פתח פיך לאלם... וצריך להתיישב בדבר זה הרבה שלא יהיה כעורכי הדיינים.

וכן כתב עליו הרדב"ז שם:

ויפה כתב רבינו שצריך יישוב גדול ודעת שלימה להבחין בין זה לעורכי הדיינים.

יוצא אם כן, ש"פתח פיך לאלם" נאמר במקום שבעל הדין מבקש לטעון טענה מסויימת ואינו יודע לבטאה כראוי. אבל במקום שבעל הדין אינו מתחיל אפילו לטעון טענה זו אין מסייעים לו בכך. וכן כתב הכס"מ שם:

עורך הדין בבית הדין הרבני

ומפרש רבינו דהינו דוקא כשהבעל-דין מבקש לומר אלא שאינו יודע לחבר הדברים וכו', הא לאו הכי לא, משום דנראה כעורכי הדינים.

הטור (סי' יז) מביא את דברי הרמב"ם, וכותב עליהם כך :

ואינו משמע כן בירושלמי, דגרסינן התם רב הונא כי הוה חזי זכו לחד ברנש והוא לא הוה ידע פתח ליה על שם פתח פיך לאלם, וא"א הרא"ש הביאה בפסקיו.

יש להבין למה מתכוון הטור כשאמר שדברי הרמב"ם אינם מתאימים לירושלמי. הב"י (שם) פירש שלדעת הטור משמע בירושלמי ש"פתח פיך לאלם" הוא בכל אופן שהוא, ואפי' אם הבעל-דין אינו יודע את הטענה שלזכותו כלל. אך בבדק הבית חזר הב"י וטען שאין פירוש זה בירושלמי מוכרח, ויתכן שהירושלמי מתכוון דוקא לאופן שבו דיבר הרמב"ם שהבע"ד יודע את הטענה שלזכותו ורק אינו יודע לבטאה, והירושלמי לא פירש זאת כיון שהדבר פשוט. מ"מ יוצא מדבריו שדעת הטור אינה כהרמב"ם, ולדעת הטור מותר ללמד בעל דין לטעון טענה שאינו יודע אותה כלל.

הב"ח (שם) מבאר מדוע הרמב"ם פירש את הירושלמי באופן המצמצם את "פתח פיך לאלם" רק למי שמבקש לטעון טענה ואינו יודע לחבר הדברים. הירושלמי הביא שם הנהגה נוספת של רב הונא :

רב הונא מיקל לדיינא דאמר מקבלין אתון חד סהיד, אלא ימרון אינון את לא תימא.

כלומר שכאשר בעל דין מביא עד אחד אסור לדיין לטעון עבור בעל דינו שעד אחד אינו נאמן, ומדוע אין אומרים כאן "פתח פיך לאלם"? אלא ודאי רק כאשר בעל הדין מבקש לטעון ואינו יודע לחבר הדברים אז אמרינן "פתח פיך לאלם".

לפי הב"ח גם הטור מסכים לרמב"ם שאין טוענים עבור מי שלא פתח בעצמו, ומה שהטור כתב "ואינו משמע כן בירושלמי" כוונתו היא שהרמב"ם כתב שיש להתיישב בדבר שלא להיות כעורכי הדינים, ואילו בירושלמי משמע שאלו מעשים בכל יום.

עורכי הדין של ימינו ודאי אינם עומדים בהגבלה זו. אולם יתכן שהגבלה חמורה זו נאמרה דוקא לגבי דיין שבא לסייע לאחד מבעלי הדין לטעון את טענותיו, כיון שהדיין מצווה באופן מיוחד לשמור על אוביקטיביות ולא להיראות כמעדיף בעל דין אחד על חברו. לעומת זאת אדם מבחוץ שיועד נימוק לזכות אחד הצדדים, ואותו בעל דין אינו מודע לזכותו, יתכן שיש בכך משום "פתח פיך לאלם".

ודאי שאין כאן שום היתר לכך שעו"ד ילמד את לקוחו טענה שקרית, או ילמדנו להסתיר מבית-הדין איזו עובדה העלולה לגרום לחובתו, אלא אך ורק לגלות ללקוחו נימוקים אמיתיים העשויים לגרום שיזכה בדין.

לפי"ז יוצא שמטרתו העיקרית של עורך הדין צריכה להיות הוצאת האמת לאור, ולא לזכות את לקוחו בכל מחיר. להבדיל, גם החוק הגדיר תא עורך הדין כנאמן בית המשפט, ותפקידו לעזור לבית המשפט להוציא הצדק לאור. לכן גם תצהיר נעשה בפני עו"ד, וכן אימות חתימה וכו'.

הגישה לפיה עורך-הדין מחוייב בטובת לקוחו בלבד, ולשם כך הוא מסוגל לטעון אפילו טענות שהוא יודע שאינן נכונות (אולי מתוך הנחה שגילוי האמת זה תפקידו של בית המשפט בלבד), ודאי אינה יכולה להסתמך על הכלל "פתח פיך לאלם".

גישת הרב יונה ריס- אב"ד ניו יורק, ארה"ב

גישה מחודשת בכל ההיתר למנות מורשה, היא במנהג הבי"ד בניו יורק, שלא לאפשר לטוענים רבניים להופיע בפני בית הדין, אלא בהיתר מיוחד. וטוענים רבניים גרועים המה מעו"ד, כי הם יודעים ההלכה, ומסייעים לבעלי הדין להיות 'נבל ברשות התורה', כנגד רוח התורה, ובאמצעות מעקפים לטובת שולחם.⁶

לעומת זאת עו"ד רק מסדרים את הטענות של בעלי הדין, ואין הם מסוגלים לתת עצה מה לטעון לפני בתי הדין, מהבחינה ההלכתית.

מה גם שחל איסור בארה"ב, לאסור על בעלי הדין להסתייע בעו"ד, ועליהם לחתום שהם מוותרים על ייצוג מרצונם החופשי.

עניין נוסף בארה"ב לטובת עורכי הדין, הוא שיש פיקוח אתי וחוקי מצד הרשויות על עורכי הדין. אסור להם לשקר בדברים עובדתיים, לאיים על הצד השני, ובאופן כללי הם מתנהגים יותר ביושר מטו"ר שאין עליהם פיקוח.

טעם זה ב"ה אינו קיים בישראל, שהפיקוח על הטו"ר מוסדר בחוק, וישנו בית דין משמעותי לטו"ר שלא התנהגו כשורה, ואף אחד מתנאי קבלת כושר לטוענות רבנית, היות האיש ראוי מבחינת אופיו ואורח חייו לשמש כטוען רבני בישראל.

האיסור לעשות תחבולות נגד ההלכה

מחדש הרב ריס, שיש ארבע סוגים של נתינת עצה:

1. לייעץ לבעל דין לטעון שקר, או לעשות תחבולה של איסור. בזה יש ודאי איסור גמור, של מזיק, דבר שקר תרחק או לפני עור.
2. אדם שאינו חשוב (שלא יבואו ללמוד ממנו היתר), מותר לייעץ לקרובו ומקיים בזה 'מבשרך אל תתעלם'. יש מקום להקל לפי זה בכל מקום שיש מצוה, כצלה מהיזק מרובה, מנזק ועלילות שטפלו על האדם, ולאפרושי מאיסורא וכדומה.

⁶ שערי צדק, קובץ תורני בדיני ממונות, זכויות בעלים, טוענים, עורכי דין ויועצים, הרב יונה ריס, עמ' 193.

3. עצה ניטרלית, שלא תגרום נזק נגד ההלכה, יש שלמדו לאיסור מן המשנה באבות, לא התערב בריב של אחרים, בזה יש לומר שרק לאדם חשוב יהיה אסור, וזוהי מידת חסידות בעלמא.

4. פעולה משפטית שתכליתה עשיית תחבולות נגד ההלכה, ללא איסור ממש, כמעשה של רב נחמן שנתן עצה למחול את כתובת אמה כדי שתוכל לרשת את כל הסכום מהאב,⁷ ורב יוחנן, שנתן לעשות קצבה עם הרופא, כדי שרפואת האלמנה יהיו חייבים לשלם את רפואתה,⁸ מעעשים לאו לדעת הרב ריס, שייגים לקטגוריה זו של תחבולה משפטית. כי לעשות קצבה לרפואה תדירה, שהיא כמו מזונות, וחכמים פטרו את הורשים מלשלם, זוהי תחבולה נגד מטרת ורוח ההלכה.

וכן העצה של רב נחמן, לדעת התוס' שם הבת חייבת לשלם מטעם גרמי, אם מוחל כתובת אמה שמכרה בטובת הנאה, אך היתה קטנה, ואי אפשר לתובעה. או שהחזירה ללקוחות הכסף ששילמו על טובת הנאה.

וכן מוכיח מדברי הרמב"ם על המשנה באבות, שעורכי הדיינין הם "אנשים שלומדים הטענות והדיינין עד שיהיו בקיאים בני אדם בדיניהם שהם מחברים שאלות כשיאמר הדיין כך ענה כך, וכשיטעון בעל דין כך תהיה תשובתך כך".

וכן מקשה מהאיסור (שו"ע חו"מ יז,ו) שלא יהיה דיין שומע מפי המתורגמן, וביאר הסמ"ע שיותר מתבררת האמת מפי בעלי דינין עצמן.

ומביא דברי הרב בצרי, שפעמים רבות שהטוענים לא מרשים לבעלי דינים להתפשר, וגורם נאה תחת אהבה.⁹

ובעיקר, מסבר הרב ריס את המנהג לאסור הופעת טו"ר אלא ברשות הבי"ד, לפי הצורך והמקרה, על אף דברי הגידולי תרומה שהטוען עושה בשביל הנאת עצמו כי מקבל שכר טרחה, יש לחלק:

1. מצד שאין כאן מצוה כמו בקרוב 'מבשרך אל תתעלם'. ובפרט לפי ההלכה של האיסור לשמוע מפי המתורגמן.
2. יש סברא שאפי' בקרוב ההיתר הוא לייעץ לפני הדיין, ולא להרשות הופעה בלעדית של הטוען.
3. יש לחלק בין קרוב, שריב משפחתו הוא ריבו, לאדם זר, שנכנס מלכתחילה מריבה בעבור הרווחה.
4. אולי לכל אדם יש להחמיר על עצמו, בפרט אם הוא תלמיד חכם, לנהוג כאדם חשוב, וכמו שמדקדקים בהלכות אחרות לנהוג כאדם חשוב ולא מחזי כיוהרא. בפרט אם הטוענים היום מרבים את המחלוקת, במקום להרבות שלום בעולם.

⁷ בבלי, כתובות פו.

⁸ בבלי, כתובות נב.

⁹ הרב בצרי, דיני מממונות, חלק המוסר.

ובסיכום, חזר הרב יונה ריס על הטענה, שעדיף להסתייע בעו"ד ולא בטוען רבני היודע את ענייני ההלכה ועלול להתחכם להם.

יש להעיר על דברים אלו, שלא מצינו חידוש זה, שאסור להסתייע במי שיודע ההלכה, ואף מצינו בכמה מקומות שמשבחים הרבנים הטוענים שעוזרים לדיינים לדמות מילתא למילתא, ולהקל מעליהם הבנת המקרה ויישומו בהלכה.

כנראה שבמקומו, היו טוענים אלמים, שהרבו מדנים ושקרים, ולכן היה מנהג כללי שלא להכניס לבית הדין. כי ההוכחות מההלכה, הן נוגעות לאיסורים פרטיים על הטוען הרבני, ואין בהם סמכות לבית הדין לאסור הופעה בפני בית הדין.

יוצא מן הכלל, האיסור לשמוע מפי המתורגמן, שמוכח שהוא מדבר במקום שבעל הדין כאן, ועדיף לשמוע ממנו ישירות את גרסתו.

ובעיקר הדין, לכאורה נתעלמה ממנו הלכה מפורשת בש"ך קכד, שהאידיא נהיגין לשמוע מורשה גם של הנתבע, בכל בתי הדין. ומי יחדש מנהג, וישלול זכויות מסברת עצמו, אלא אם מסביר זאת בתקנה מקומית נגד טוענים פושעים, שמרבים מצה ומריבה, ולא להתלות בסברות שלא נפסקו להלכה.

וכן פסק החזו"א (חו"מ,ד) שעכשיו נוהגין להתיר בין לתובע ובין לנתבע להעמיד עוזר לו בטענותיו. וכן מצינו היתר בתקנות הרבנות הראשית, לייצוג על ידי מורשה לשני הצדדים.

החובה לטעון בעד המתדיינים

הרב שאר ישוב הכהן,¹⁰ הביא שיש טעמים בעד הזכות לטעון ולהצדיק את אחד מהמתדיינים, ואף ישנה חובה הלכתית במקרים מסויימים:

א. תלמיד היושב לפני רבו, ורואה זכות לעני והרב רוצה לחייבו, חייב ללמד עליו זכות, ואם

שותק עובק משום 'מדר שקר תרחק'.¹¹

ב. המושג של זבלי"א, למעשה הוא דין הממונה מצד אחד, ותפקידו כמובן לדון דין אמת, אך

רש"י (סנהדרין כג) כתב שיש בזה משום דרכי שלום "שהרי החייב סובר אני בעצמי ברתתי האחד, ואם היה יכול להפך בזכותי היה מהפך, והדיינים עצמם דעתם נוחה להפך בזכות שניהם". אמנם הרא"ש שם מזהיר שיש חסרי דעה שטעו בדברי רש"י וסוברים שיש לו לדיין להפך בזכותו של זה שבררו לחפות בדברים אשר לא כדין... אבל הדיין עצמו חלילה לו למצוא סברא לזכותו, אם לא שנראה לו דין גמור... אבל מתוך שזה בררו, מבין דבר לאשורו, ואם יש לו צד זכות נושא ונותן עם חבירו, וכן עושה הדיין האחר לשני, נמצא לא נשאר זכות נסתר ונעלם לשניהם.

¹⁰ הרב שאר ישוב הכהן, מעמד עורכי הדין בהלכה, תורה שבעל פה, כב, סד-פ.ד.

¹¹ חו"מ סימן ט, סעיף ז. ובסמ"ע והש"ך שם שה"ה לעשיר.

ואם כך המעלה בדין, שמצינו שיש בו חובת זהירות גדולה יותר שלא להטות לאחד מהצדדים, ולא לטעון עבורם, ק"ו במורשה עו"ד או טו"ר, שיש בו המעלה של קבלת הדין, שאומר החייב אם היתה טענה בדין לזכותי היה המורשה טוען, ומצד שני אין כאן בעיה של הטיית הדין כדברי הרא"ש.

- ג. החובה להפך בזכות הצדדים, גוברת כשמדובר בת"ח, שגם מי שאינו דיין חובה להפך בזכותו,¹² ובדין יתומים ואלמנות.¹³
- ד. לבעל דין שאינו יודע העובדות, כדוגמת יורש ולוקח, בית דין עצמם טוענים.¹⁴
- ה. אם עושה כדי להציל עשוק מיד עושקו, מצוה קעביד.¹⁵

לכן, סובר הרב שאר ישוב הכהן, ישנה עדיפות לטוענים הרבניים, אשר מצויידיים ברישיון מטעם בית הדין, ומלבד הפיקוח על פעולותיהם, שיהיה הכל כדין וכיושר, למעשה הם שלוחי בית הדין, לטעון עבור "אלמים", אם מפני חוסר ידיעת הדין, או פחד או חסרון דעת וכיושר התבטאות.

ולעורכי הדין, הגם שיש עליהם פיקוח מצד לשכת עורכי הדין, ממליץ הרב שאר ישוב, שהופעתם בבית הדין תותנה ברשיון מצד בית הדין הרבני הגדול, ואז גם הם יהיו כשלוחי בית הדין, ובית הדין יכול לחייב תנאים מתאימים, ולפקח על פעילותם.

הרב בנימין ליפקין אף הוכיח, שהעדיפות היא למנות מורשה שיטען עבור הצדדים, מאשר הדיינים עצמם, על פי דברי הר"ן בקידושין (מב,א):

לפיכך מעמידין להן אפוטרופוס – כדי שיברור להן חלק יפה, אע"פ שבית דין אביהם של יתומים, אפילו הכי מוקמין אפוטרופוס, כי היכי דליהפך בזכותיהו כל מה שאפשר, מה שאין ראוי לבית דין לעשות כן שלא יהו נראין כעורכי הדיינים – שבית דין עצמו רשאי לטעון להם טענות שנחשבות כאלו טענות ברי, להעמיד דברים בחזקתם ובדבר השכיח, כי טענת הבי"ד תמיד דינה כברי... לכן, אימתי טוען בי"ד בעצמו, רק אם בא לפנייהם מקרה של יורש או לוקח שאינם יודעים, או כפי שהצענו, אם אין מי שיטען לצד מן הצדדים, אזי יש כח לדיין לטעון וגם מוטל עליו לטעון, וכל זה אם אכן קרה כך הדבר.

אבל בנכסים של יתומים, שיש לטפל בהם דרך קבע, והן זקוקים לטוען תמידי – אזי על הבי"ד להסתלק מתפקיד הטענות ולמנות עליהם אפוטרופוס, שאם יהיו בית דין עצמם טוען קבוע עבורם, הרי זה כעשו עצמם, כעורכי הדיינים.¹⁶

¹² תוס' שבועות ל, ד"ה למאי שלח לי.

¹³ ראה: שער המשפט חו"מ סי' יז.

¹⁴ רמב"ם הלכות מלוה ולוה פי"א, טושי"ע חו"מ מב,ג.

¹⁵ רמ"א חו"מ ככג,טו, בשם המרדכי שהביא מהר"י בן קלונימוס. ובשו"ע שם: אם התובע בעיר אחת והנתבע בעיר אחרת – הרי זה עושה מצוה.

¹⁶ הרב בנימין ליפקין, עריכת דין במשפט התורה, תורה שבעל פה, כב, קז-קמב.

סיכום

אל תעש עצמך כעורכי הדיינים, יש אומרים שנאמר על הדיין שעוזר לאחד מבעלי הדין, או על היושבים לפני הדיינים, שלא ינסו להטותם לצד אחד במתכוון. ויש אומרים שהדבר נאמר על המשיא עצה לבעל דין לטעון כדי לזכות בדין, ועילו אף נאמר המתעבר על ריב לא לו.

אך עו"ד או טו"ר המקבל שכר טרחה בעבור הייעוץ, לית לן בה, ואם הוא מציל העשוק מיד עושקו, וטוען ומוצא לו נימקים בהלכה לזכותו, ומסדר טענותיו לפני בית הדין, ודאי מצוה רבה היא, וכגון דא נאמר: פתח פיך לאילם.

ועל המנהג בבית דין אחד באמריקה, יש לומר שזוהי תקנה מקומית כגדר נגד רמאים ואלמים, שללא תעודה ורישיון מסודר של טוענים רבניים, מציעים עצמם בעלי זרוע ואלמות, לייצג בבית הדין.

וברי הדבר, וכן אמרו דיינים חשובים בא"י, שטוענים רבניים שהינם בני תורה, ונוהגים לפי הדין, יחד עם האפשרות לפקח על פעילותם מכח תקנות הטוענים הרבניים, וטו"ר שסרח יש אפשרות להעמידו ע"י הדיינים לבי"ד משמעת, ודאי דבר טוב הוא עד למאוד.

פרק ב – תביעה ע"י מורשה

יצוג בעל-דין ע"י עורך דין

בבתי המשפט היום מקובל שבעל דין יכול להפקיד את מלאכת השמעת הטענות בידי עורך הדין. על פי דין תורה דבר זה הוא בעייתי, כי אין רשות לשליח לתבוע את הנתבע, אלא בעל הממון בלבד מעיקר הדין. למעשה, נהגו להרשות גם ללא הקנאה כמו שיבואר להלן, אך גדרי ההרשאה על ידי מורשה, שונים מייצוג ע"י שליח. על כן צריך לפתוח בדינא דגמרא, מה כח הייצוג של בעל הדין לפי ההלכה.

מקור הדין למינוי מורשה – אנטלר

למורשה בלא הקנאה ושייכות בגוף הממון הנידון, יכול לומר מעיקר הדין הנתבע: לאו בעל דברים דידי את – אתה לא יכול לתובעני לדין אלא רק בעל הממון שבמחלוקת בעצמו. כך דברי הגמ' בב"ק:

ואמרי נהרדעי: אורכתא דלא כתיב ביה זיל דון וזכי ואפיק לנפשך - לית ביה מששא. מ"ט?
משום דא"ל האיך: לאו בעל דברים דידי את. אמר אביי: ואי כתיב ביה למחצה לשליש ולרביע, מיגו דמשתעי דינא אפלאגא משתעי דינא אכולה.¹⁷

וכך נפסק להלכה בשו"ע באין חולק:

המרשה את חברו להוציא את שלו מיד המחזיק בו, צריך ליקח לו, בקנין, שהרשהו, וצריך לכתוב לו: דון וזכה ואפיק לנפשך (או שאר לשון כדומה לזה) (ב"י בשם הרשב"א). ואם לא כתב כן, אם ירצה המחזיק לא ישיב לו דבר, שיאמר לו: לאו בעל דברים דידי את.

שיטות הראשונים במסכת שבועות – נשים בבית הדין

הגמ' בשבועות מבררת את המקור לכך שנשים פסולות לעדות, מהפסוק "ועמדו שני האנשים", ואומרת שפסוק זה עוסק ודאי בעדים ולא בבעלי הדין, שהרי גם נשים באות לדין ואין מקום להתייחס דוקא לאנשים. טעון זה נדחה אח"כ כיון שיתכן שהתורה התייחסה לאנשים ולא לנשים כי אין דרכן לבא לדין משום "כל כבודה בת מלך פנימה".¹⁸

התוס' התקשו בשאלה שא"כ גם לענין עדות יתכן שנשים כשרות והתורה התייחסה לאנשים דוקא משום "כל כבודה וכו"ו? ותירצו שלענין עדות אי אפשר לומר שאשה תימנע מלהעיד, כיון שמצווה

¹⁷ תלמוד בבלי מסכת בבא קמא דף ע עמוד א.

¹⁸ בבלי, שבועות ל, א.

להעיד ואין אפשרות אחרת אלא לבוא לבי"ד ולהעיד, משא"כ לענן דין היא יכולה למסור טענותיה ביד אחר.

נמצאנו למדים שבעל-דין אינו חייב להופיע בעצמו לפני בית-הדין והוא יכול למסור טענותיו ביד אחר.

רבנו חננאל, והערוך, הביאו ראיה לכך מן הירושלמי בתחילת פרק ב' במסכת סנהדרין. על המשנה שאמרה שם "כהן גדול דן ודנים אותו" שאל הירושלמי "וימנה אנטלר!" והשיב: "הגע עצמך נתחייב שבועה, וכי אנטלר נשבע?" מוכח א"כ שכהן גדול היה יכול למנות שליח שיטען עבורו בבית-הדין, כדי שלא יהיה זלזול בכבודו, ורק במקום שהכהן הגדול נתחייב שבועה כמובן שצריך הוא עצמו ליטען.

לעומת זאת ראשונים אחרים סוברים שאין אדם רשאי למנות שליח שיטען עבורו בבי"ד "שלא תהא סנהדרין שומעים מפי המתורגמן טענות של שקר". דוקא לכ"ג התירו למנות אנטלר משום שנצטוו בכבודו שנאמר "וקדשתו", אבל אין היתר כזה לאנשים אחרים. זו דעת הרי"ף ורס"ג וכן מסקנת הרמב"ן.

לעומת זאת הרי"ף הסכים לקולא אחרת. "נשים יקרות שיש להם דין אין מזלזלים בהם לבא לבי"ד אלא שולחים להם ביד שליח ביד, כך כתב הר"י מיגש, תלמידו של הרי"ף, ואמר שכך היה דן רבו הרי"ף. זו קולא קטנה יחסית למינוי אנטלר, כיון שבעל הדין עצמו טוען את טענותיו, אלא שאינו בא לבי"ד ובמקום זה בין הדין שולח אליו את סופרי הדיינים. הרמב"ן כתב שאפשר לנהוג קולא זו גם ביחס לתלמידי חכמים שתורתם אומנותם שאין זה מכבודם לבא לבי"ד ולהתדיין עם עם-הארץ, כיון שכבוד תורה עדיף. אמנם כהן-גדול אפי' אופן זה הוא גנאי עבורו, ולכן התירו לו למנות אנטלר.

לכאורה אפשר להסיק מדברי ראשונים אלו, שגם לשיטתם אין איסור דאורייתא למנות אנטלר, והדין לשמוע מפי הבע"ד עצמו הוא מדרבנן בלבד, ולכן חכמים היו יכולים להקל במקרה הצורך - כגון כהן גדול או נשים יקרות.

מה הוא הטעם שחכמים תקנו לשמוע טענות דוקא מבעל הדין?

הריטב"א שם מבאר שני נימוקים:

א. שמא האנטלר יוסיף טענה מעצמו של שקר, או ישנה מעצמו.

ב. גם הנתבע מעיז פניו שלא בפני בעל דינו לשנות מן האמת.

כידוע, ישנם מקרים שבהם אנו סומכים על חזקה שאין אדם מעיז פניו בפני בעל-חובו, כיון שקשה לאדם לומר שקר בפני מי שמכיר בקרוב. לעומת זאת כאשר אדם שלישי מייצג את הנתבע הקושי אינו קיים, כיון שאי אפשר לומר עליו בוודאות שהוא יודע את האמת ואומר את ההיפך ממנה.

גם טעמם של ר"ח והערוך, הסוברים שאפשר למנות שליח, מבואר בחידושי הרטב"א שם :

א. "כל שנתבע מנה אנטלר, ושלוcho כמותו, לפני ה' קרינן ביה". זו תשובה לטענה המוכיחה מלשון הפסוק: ועמדו שני האנשים אשר להם הריב לפני ה', שדוקא בעלי הדין צריכים לעמוד לפני הדיינים. על כך עונה הריטב"א ששלוcho של אדם כמותו, והדבר נחשב כאילו בעל הדין עצמו שם.

ב. "לשנות בשקר לא חיישינן, שהאנטלר לא ישה להיות חוטא ולא לוי".

חזקה שאין אדם חוטא כדי שמישהו אחר ירויח, והוא עצמו לא יהיה לו מן הדבר שום רווח. כוחו של נימוק זה נחלש מאד כאשר האנטלר מקבל שכר עבור מאמציו לזכות את שולחו, או כפי שהנהוג היום ששכרו של עורך הדין גדל על פי מידת הצלחותיו לזכות את שולחיו.

שיטות הראשונים לענין שמיעה מפי מתורגמן

המשנה (מכות ו): למדה מהפסוק "על פי שנים עדים" שלא תהא סנהדרין שומעת מפי המתורגמן.

הגמרא שם סיפרה על "הנהו לעוזי", בעלי לשון אחרת, שבאו לפני רבא ורבא העמיד להם מתורגמן. הגמרא הקשתה על רבא מדברי המשנה "שלא תהא סנהדרין שומעת מפי המתורגמן", ותירצה שרבא הבין את דברי הלועזים, ורק לא ידע לדבר בלשונם, ולשם כך השתמש במתורגמן. באופן פשוט אפשר לומר שלועזים אלו באו להעיד בבי"ד של רבא, ומשום-כך הגמרא הקשתה עליו מן המשנה שעסקה אך ורק בעידם, אבל אין ראייה מכאן לגבי השאלה האם בעל-דין יכול להעמיד מתורגמן. וכך היא הדיעה הראשונה שהובאה במאירי - "בעלי דבר אף לשמען ע"י מתורגמן מותר... מידי דהוה אמורשה ששומעים ממנו טענת הבעל דין". וכ"כ גם הריטב"א בשם רבותיו.

לפי שיטה זו צריך לומר שדוקא לענין עדים דיברה המשנה, כיון שהמתורגמן הוא עד מפי עד וזו עדות פסולה, אבל לענין בעלי הדין אין צורך לשמוע אותם בעצמם. ואכן במסכת סנהדרין (יז). נאמר שאין מושיבים בסנהדרין אלא דיינים היודעים בשבעים לשון שלא תהא סנהדרין שומעת מפי המתורגמן, והסביר שם רש"י שאם יהיה מליץ ביניהם הוה ליה עד מפי עד.

טעם נוסף לחלק בין עדים לבין בעלי הדין נאמר ע"י הרדב"ז. עדות הנשמעת מפי מתורגמן היא עדות שאי אתה יכול להזימה, שהרי אם יוזמו העדים הם יוכלו להכחיש את המתורגמן ולומר שלא כך העידו.

אך הסמ"ע (ח"מ, יז, יד) ביאר הטעם שלא לשמוע מפי מתורגמן: "דיותר יוכל להתברר האמת כששומע מפי בעלי דינין עצמן". ואם כן, לכאורה טעם זה קיים גם במורשה, ואין לבי"ד לשמוע טענות אלא מפי בעל הדין עצמו.

עדיפות המורשה על המתורגמן

התומים מתרץ, ששמיעת מורשה עדיפה, דכיון שהקנו לו בהרשאה, הוי כבעל דבר, דהא זוקק עדים לקרבן שבועה על תביעתו.¹⁹

המתורגמן, אינו אלא צינור להשמעת דברי הבעל דין בבית הדין. לעומת זאת מורשה לתובע, קנה ממנו בקנין חלק מהתביעה, ומעמדו כבעל דבר עצמו.

החזו"א מחלק בין המתורגמן למורשה, שהמתורגמן גרע אפי' משליח, שאין הדיין שומע כל הטענות בבת אחת, אלא הבע"ד נותן רווח על מנת לתרגמו, וקשה לדיין לשמוע טענות בצורה זו.²⁰ ייתכן שכתבת פרוטוקול, וקריאת הדיין את הפרוטוקול בבת אחת לאחר מכן, פותרת בעיה זו.

שיטת הרמב"ם במינוי מורשה

לעומת זאת הרמב"ם הביא הלכה זו הן לענין עדים והן לענין בעלי הדין. בפ"ב מהל' סנהדרין הרמב"ם מונה את התכונות הנדרשות מדייני הסנהדרין "שידעו ברוב הלשונות, כדי שלא תהא סנהדרין שומעת מפי המתורגמן", ויתכן שהצורך בכך הוא כדי שיבינו את דברי העדים. אבל בפרק כ"א הוא פוסק "לא יהיה הדיין שומע מפי התורגמן, אא"כ היה מכיר לשון בעלי דינים ושומע טענותיהם", ומכאן נראה שעל הדיין לשמוע את בעלי הדין עצמם. וכך פסק גם השו"ע בחושן משפט סי' י"ז סעיף ו'.

לפי שיטה זו ישנם טעמים נוספים לכך שאין לשמוע מפי המתורגמן, כמו שכתב הברכי יוסף (חזו"מ סי' י"ז) שאפשר לכוון יותר לאמת כאשר הדיין שומע את הטענות ישירות מבעלי הדין. כמו כן יש חשש שהמתורגמן לא הבין את הטענות כראוי.

לכאורה ניתן לומר שגם האפשרות להעמיד עורך-דין שיטען עבור בעל-הדין תלויה במחלוקת זו. לפי המאירי והריטב"א אין צורך לשמוע את בעל-הדין עצמו, ואפשר לדון לפי מה ששמענו ממי שהוסמך על ידו. אבל לפי הרמב"ם צריך לשמוע את בעל הדין בעצמו. כך נראה מדברי הר"ן (שבועות ל.) שהביא את המחלוקת בדבר מינוי אנטלר, והביא ראיה מדברי הרמב"ם שלדעתו אי אפשר למנות שליח.

לעומת זאת הריטב"א שם, לאחר שהביא את המחלוקת לענין אנטלר, כתב: "והרמב"ם ז"ל לא דיבר בזה כלום בחיבורו". כלומר שלדעת הריטב"א יש חילוק בין מה שנפסק ברמב"ם שאין לשמוע טענות בעלי הדין מפי המתורגמן לבין דין אנטלר. והחילוק מבואר בדברי הריטב"א במסכת מכות (ו:), שם הוא כתב בשם ר' מאיר הלוי את ההלכה שאין לשמוע טענות בעלי הדין מפי המתורגמן, ואח"כ כתב: "ואף לסברת ר' מאיר ז"ל, אנטלר או מורשה לא חשיב מפי המתורגמן דאינהו במקום בעלי דבר ממש הם". כלומר שכוחו של מורשה או אנטלר גדול משל מתורגמן, כיון שהמורשה הוא שליחו של בעל הדבר ושלוחו של אדם כמותו. לפי הריטב"א הטעם

¹⁹ תומים, קכד, א.

²⁰ חזו"א, חו"מ ד, ה.

לאיסור מתורגמן שונה ממה שכתבנו לעיל, והוא נובע מהפסוק "ועמדו שני האנשים אשר להם הריב לפני ה'". וכפי שדרשו "אשר להם הריב" אלו בעלי דינים, "לפני ה'" אלו דינים.

פסיקת ההלכה לגבי המתורגמן

השו"ע הביא הלכה זו בסימן י"ז סעיף ו, וכתב: "לא יהיה הדיין שומע מפי המתורגמן". ופירש שם הסמ"ע (ס"ק י"ד) שמקור הדין הוא לענין עדים, ומהעדים נלמד לבעלי הדין דחד טעם לשניהם, דיותר יוכל להתברר האמת כששומע מפי בעלי דינים והעדים עצמם". לפי זה יוצא לכאורה שפסק ההלכה הוא שאין אפשרות למנות עורך דין שייצג את בעל-הדין בהשמעת טענותיו בבי"ד. אלא שבהמשך דבריו פותח הסמ"ע פתח המאפשר ייצוג כזה: "אם הבע"ד רוצה להעמיד מתורגמן שימליץ דבריהם באזני הדיין **לאחר שטענו הם בעצמם לפני הדיינים** - מותר". כלומר שבכל מקרה צריך בעל-הדין לומר בעצמו את טענותיו, וע"י כך אנו עונים על החשש שעוה"ד מסוגל יותר להעיז ולשקר מאשר הבע"ד שמכירים בשקרו. רק לאחר שהבע"ד טען את טענותיו יכול עוה"ד לחזור עליהן בלשון ברורה יותר.

פרק ג - נשוא ההרשאה

מהות ההרשאה: קנין או שליחות חזקה?

בסוגיית ההרשאה בב"ק (ע.):

אמרי נהרדעי לא כתבינן אורכתא אמטלטלי. אמר רב אשי לאמימר מאי טעמא אמר ליה משום דרבי יוחנן דא"ר יוחנן גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו.

לנהרדעי לא כתבינן אורכתא אמטלטלי, מפני שאין יכול להקדיש, היינו מפני שלא ניתן להקנות את החפץ למורשה. בהמשך הסוגיה מבואר הטעם:

ואמרי נהרדעי: אורכתא דלא כתיב ביה זיל דון וזכי ואפיק לנפשך - לית ביה מששא. מ"ט? משום דא"ל האיך: לאו בעל דברים דידי את. אמר אביי: ואי כתיב ביה למחצה לשליש ולרביע, מיגו דמשתעי דינא אפלאגא משתעי דינא אכולה. אמר אמימר: אי תפס לא מפקינן מיניה.

הטעם לדרישת ההקנאה למורשה, דהנתבע יכול לומר לאו בעל דברים דידי את, אפ"י אם שליח שוויה, אלא אם כן הקנה לו בגוף החפץ 'זיל דון ואפיק וזכי לנפשך' – אפ"י למחצה לשליש ולרביע.

אך נראה בתוס' שם ד"ה אמטלטלין דכפריה, שיטה מחודשת בהבנת ענין ההקנאה למורשה. דכיון דמסקינן דשליח שוויה ולא שותף, ללישנא בתרא שם:

אמר אמימר: אי תפס לא מפקינן מיניה. רב אשי אמר: כיון דכתביה ליה כל דמתעני מן דינא קבילית עלי, שליח שוויה. ואיכא דאמר: שותפא שוויה. למאי נפקא מינה? למיתפס פלגא. והלכתא: שליח שוויה.

לכן גם על הלוואה כתבינן הרשאה אע"פ שאין יכול להקנותה: "וטעמא דלהאי לישנא מסקינן דשליח שוויה ועשו תקנה לענין שליחות כאילו היה קונה קנין גמור".

אך העיטור, הביא מרב שרירא גאון, אחר שכתב שאין להרשות על הלוואה כי א"א להקנותה, (וראה לקמן שתקנו הגאונים על מלוה בשטר הרשאה, מפני שהיא כפירת שעבוד קרקעות. אך על מלוה ע"פ לא נהגו לכתוב הרשאה) הביא גרסה אחרת לגמ', דהעיקר שותפא שוויה:

וכתב בנוסחא כולהו איברא שותפא שוויה. למאי נ"מ למיתפס פלגא. מאי בינייהו איכא בינייהו קני על מנת להקנות ותקנהו לי, כגון מתנה על מנת להחזיר.²¹

כאשר עיקר כח המורשה הוא מהקנאת חלק בנשוא ההרשאה, מסתבר איפוא כי האפשרות להרשות מצטמצמת לדברים הניתנים להקנאה למורשה. אילוץ זה הביא כמה פתרונות יצירתיים להתגבר על בעיה זה וכפי שנראה להלן.

במטלטלין, הכוונה דווקא למלווה, דפקדון ברשותיה דמריה קאי. כך יוצא מהאיכא דאמריה בגמי שם, וכן פסק השאילתות²², ובעל הלכות גדולות.²³

הקנאת חלק מסך התביעה למורשה

אם הקנה למורשה אחוז מסויים מסך התביעה, מפורש בגמי בב"ק ע. שדן עמו על הכל:

ואי כתיב ביה למחצה לשליש ולרביע, מיגו דמשתעי דינא אפלגא, משתעי דינא אכולהו.

אך היש"ש שם, סייג הדבר, דאיירי דווקא בקרקע או בפקדון, שהקנין הוא קנין גמור, אבל שאר מילי, דלא מהני קנין, ורק מתקנתא דרבנן מהני הרשאתו, לא מהני לשון הקנאה למחצה.²⁴

הטושי"ע חו"מ סי' קכב, ה פסקו בסתם, דכתיבת דון וזכי ואפיק לנפשך מחצה או שלישי והמותר שלי, מתוך שהוא דן עמו על חלקו צריך הנתבע לדון עמו על הכל.

הש"ך (שם, סק"י"ט) הביא דברי המהרש"ל להלכה, וביאר דבריו, דבשאר דברים שאין בהם הקנאה, אמרינן שכוונת המרשה לעשות המורשה שליח, ותקנו שיהא מהני השליחות גם ללא הקנאה בפועל של נשוא התביעה. אך במקרה שכתב לו זיל דון וזכי רק על חלק מהממון, אם כן לא מינהו שליח אלא על חלק מהתביעה, ואין לשליח כלל סמכות לדון על שאר הממון. לעומת זאת בכתיבת זיל דון וזכי על קרקע ושאר דברים הניתנים להקנאה, כוונתו להקנות חלק מהתביעה למורשה, ואמדינן דעתיה שעל השאר מינהו שליח. וכי הש"ך שכן עיקר להלכה כדבריו.

לפי דברים אלו יוצא, שאם מוכח משאר לשון שטר ההרשאה, שמינהו שליח על שאר הממון, גם לדעת המהרש"ל והש"ך נפרשת סמכות המייצג על כל הממון, ואין הנתבע יכול להשמט ממנו.

²¹ העיטור, הרשאה (עד, ג; קצד, ב – קצה, א, כת"י ואטיקו).

²² שאילתות דרב אחאי, פ"י שופטים, שאילתה קנ.

²³ הלכות גדולות, ב"ק, פ"ח ג.

²⁴ יש"ש, ב"ק, פ"ז, סי' יא.

החזו"א חולק על שיטת המהרש"ל, דתקנת חכמים דהרשאה קונה, וגם אם כתב לו למחצה ולשליש, לאו שליח שוויה אלא זכה בחלקו מכח תקנת חכמים, מפני תיקון העולם. לכן משתנה גם כוונת המשלח, שהקנה לו שליח, ועל השאר עשאו שליח.²⁵

עוד הקשה החזו"א שם על המהרש"ל, דבסתם שותפין אם אין שותפו בעיר, אין יכול לדון אלא על חלקו, ולמה כאן יכול לדון גם על חלק המשלח? אלא שיש אומדן דעת דהקנה לו חלק בשביל שידון גם על חלקו, ואם כן נאמר זאת גם על מלוה ע"פ שקנה כשיוציא כדברי הרמב"ן או מתקני"ח.

הקנאת סכום קבוע מסויים מהתביעה למורשה

אם הקנה המשלח לשליח סכום קבוע מסך הממון הנידון, הביא הטור בשם הראב"ד, שאין דן עם הנתבע אלא על הסכום שהוקנה לו בלבד. ופסקו המחבר בשם יש מי שאומר.

ובפרישה ביאר, דאין הטעם משום שהקנאת אחוז מהתביעה יש לו נגיעה לכל סכום התביעה, כי חלקו נגזר מהסך הכולל של התביעה, דאם כן גם הקנאת שליח מהחוב הנתבע, ולא שליח ממה שיפסקו הדיינים, הרי שכרו לא תלוי בפסיקה על שאר הממון, והיה אמור להיות שאין הוא דן אלא על חלקו, וחידוש זה לא נאמר ע"י הראב"ד.

אלא הטעם הוא שבמאמר שליח או רביע, נכלל בזה שנתן לו רשות לתבוע כל החוב בשביל להוציא חלקו, מה שאין כן בקציבת סכום מסויים מהחוב, שאמדינן כוונתו שלא הרשהו אלא על הסכום הנ"ל.

פסיקת ההלכה

הרמב"ם בהל' שלוחין פסק דיכול לכתוב הרשאה על כל דבר הניתן להקנות לשליח, כקרקע, מלוה בשטר, פקדון דלא כפריה, ופקדון של מעות בקנין אגב קרקע. וכי דהגאונים תקנו שכותבים הרשאה אף על המלוה בין בשטר בין בעידי קנין. אבל על מלוה על פה לא תקנו שיכתוב הרשאה.²⁶ והביאו השו"ע להלכה.²⁷ והסמ"ע כי הטעם שלא תקנו משום דהוה מילתא דלא שכיחא, שילוח לו על פה וילך למדינת הים.

והרמ"א כי דמ"מ לא גרע משליח שעשאו בעדים. וביאר הש"ך שם (סק"י) דאע"ג דאין כופין לנתבע לדון עמו, אם נתן לו ונאבד פטור, דכיון שמסרו לשליח הרי הוא באחריות המשלח.

²⁵ חזו"א חו"מ סי' א, כב.

²⁶ רמב"ם בהלכות שלוחין פ"ג, הלכה ה,ו.

²⁷ שו"ע חו"מ, סי' קכג, ה"א.

אך להלי' למעשה פסק הרמ"א דנוהגין כדעת הרא"ש והתוס'²⁸ שהביאם המחבר בשו"ע שם בשם י"א שעל הכל כותבין לא שנה פקדון וגזל ולא שנה מלוה בשטר ובעל פה, ואע"ג דכפריה.

וביאר הסמ"ע שם (סק"ו), דאין הטעם משום תקנה שלא יטול כל אחד ממון חבירו וילך למדינת הים, כטעם תקנת הגאונים, דהרי על מלוה על פה לא תקנו משום דלא שכיחא, אלא הטעם הוא דאזלינן בשיטת התוס' והרא"ש, דגם מנהג התלמוד כן היה, דאף בלא הקנאה להיות שלו, מ"מ להרשות עליו ולהיות שלוחו מהני. והביאור בזה, דהקנין אינו להעביר בעלות, דעדיין הוא תובע בשם המרשה, אלא לחזק את השליחות, שלא יכלו לחזור בהם.

בעל בנכסי אשתו

בעל הרוצה לדון עם תובע בנכסי אשתו צריך הרשאה :

אמר אב"י, נקטינן: בעל בנכסי אשתו צריך הרשאה. ולא אמרן אלא דלא נחית אפירי, אבל נחית אפירי, מיגו דמשתעי דינא אפירי - משתעי דינא אגופא.²⁹

הטעם הוא, שקנין פירות של הבעל, לאו כקנין הגוף הוא. אך אם התובע יש לו דין גם על הפירות, מתוך שדן על הפירות, דן עמו גם על גוף הקרקע, ואין התובע יכול לומר לבעל לאו בעל דברים דידי את.

האם צריך פירות בקרקע בפועל, או מספיקה זכות הבעל בפירות העתידין בשביל ההרשאה?

בשאלה זו נחלקו גדולי האחרונים. הריב"ש כתב שאם אין פירות כעת, צריך הרשאה מן האשה.

בדעת התרומת הדשן, הסמ"ע כתב דאף אם אין עתה פירות, יכול לדון, שהרי דן על גוף הקרקע לשנים הבאות. ונתמעט רק: לדעת הרא"ש אם הבעל והאישה מודים שהפירות ניתנו לאחר, והדיון הוא רק על הגוף. ולדעת רב האי קרקע שאינה מגדלת פירות כלל. והש"ך כ' דבעינן פירות בקרקע כעת.

כשהאישה מוחה

אם האישה מתנגדת לכך שהבעל ידון על הפירות, נראה מדברי המבי"ט,³⁰ וכן פסק הש"ך, דאינו יכול לדון.

²⁸ הרא"ש ב"ק פ"ז סי' ד, התוס' ב"ק דף ע, ד"ה אמטלטלי דכפריה.

²⁹ תלמוד בבלי מסכת גיטין דף מח עמוד ב.

³⁰ תשו' מבי"ט ח"א, סימן קסד.

אך דבר זה נתון במח' הראשונים. הריטב"א (כתובות צד, ד"ה אמר רב הונא) כתב דבעל בנכסי אשתו אינו צריך הרשאה דידי כידה, ואפי' מחאתה לא תעזור.³¹

הרשב"א (גיטין מת, ד"ה הא אמר) והר"ן (גיטין כד מדפי הרי"ף), פסקו דיכולה למחות על גוף הקרקע. וביארו הטעם דיכול לדון בלא הרשאה, כמו שותף שיכול לדון אם אין השותף בעיר. ואישה שאין דרכה לילך לבי"ד, כמאן דליתא במתא דמי.

אמנם בפירות שלו, יכול לדון גם בעל כרחה של האישה.

אך אם היא מתנגדת, פסק הרשב"א שם, שאם הודה הבעל, ולא היו עדים בדבר, שהפסיד על פי הודאתו בלבד, אין הודאתו מהני לחוב לאחרני, שהבעל שמכר בנכסי מילוג לא עשה כלום, והפירות ניתנו לו רק לרווח ביתא.

יוצא לדינא, שעו"ד המעוניין לייצג את האישה (לא כנגד בעלה בסכסוך, שאז פשיטא בכל אחד שולח מורשה בשמו בלבד), וכ"ש אם מדובר ברכוש משותף שיש לכל אחד גוף, ואפילו בנכס ששייך רק לבעל, יש מקרים שלפי חוק המדינה יש לאישה זכויות בזה (פעמים כבר כעת, פעמים זכויות עתידיות), ויש פוסקים שדנים בזה לגבי אוכלוסיות שנוהגות לפי חוק זה דהוי כקיבלו עליהו,³² ולכן חשוב לעו"ד המייצג בעל או אישה לגבי זכויות בנכסים, לברר אצל הת"ח הבקיאיים בהלכות אלו, האם צריך הרשאה גם מהאישה, שהרי מצינו בהכרעת הש"ך דיכולה למחות, וודאי שהודאת הבעל בנכסי מילוג אינה תקפה. ותלוי דין זה בתביעה ע"י שותף.

תביעת שותפים

יסוד הדין מצוי בגמ' כתובות במימרא דרב הונא

אמר רב הונא: הני תרי אחי ותרי שותפי דאית להו דינא בהדי חד, ואזל חד מינייהו בהדיה לדינא, לא מצי אידך למימר ליה את לאו בעל דברים דידי את, אלא שליחותיה עבד.³³

אחד מהשותפים יכול לתבוע חוב משותף, ואין הלווה יכול לומר לאו בע"ד דידי את.

אמנם אם הודה השותף, או שאמר אין לי ראייה, אין הודאתו מחייבת את השותף.

³¹ ומה שנדחק הש"ך בדבריו דמיירי בפירות שלו, ודאי לא משמע כן, דהרי הנדון שם היה על הרשאה בחלק השותף. ואכן כתב הש"ך, שגם אם לא משמע כן מהריט"בא, הרי פליגי הרשב"א והר"ן עליה.

³² נידון זה רחב בפני עצמו, ואין מקומו כאן. ראה שמואל שילה **דינא דמלכותא דינא**, י. אושינסקי **סלע מדינה** העוסק בהלכות אלו למעשה בדעת פוסקי זמנינו. השאלה היא האם חוק שאין ברירה לציבור אלא להתדיין לפי חוק זה, לבד אם עשו הסכם ממון לפני הנישואין, שדבר זה אינו נוח לרובא דאינשי, לסדר מה יקרה אם יפרדו. האם הסכמה כזו, שמקורה בחוק קוננטי, האם יש בזה משום מנהג המדינה או תקנות הקהל. ובייחוד בחוק זה שייסדו אותו לא משום תקנה כלכלית לטובת הציבור, אלא פגעו בזכות הקניין ובחופש האנשים לעשות בנכסיהם כרצונם, בשביל זכות השיוויון, שכביכול האישה חלשה, ואינה מקפדת עם בעלה אם הוא רושם הנכסים על שמו, ומחילים שיוויון מלאכותי בשביל לתת ממון האיש שהרוויח לאישה, כנגד דין התורה, הקובע שמשכורת האישה תועבר לאיש ואותו חיבו בנשיאת הנטל הכלכלי לאחזקת הבית, ולמזונות האישה והילדים.

³³ תלמוד בבלי מסכת כתובות דף צד עמוד א.

אך כל זה אם הוא בעיר, שיש ראייה מכך שלא הגיע לדיון, שניחא ליה בטענות השני. ואם היה בעיר אחרת (בימינו: לא ידע מהדיון, לא הוזמן), יכול השותף לחייב דיון מחודש על חלקו, ולכן יש לצד השני זכות להתנגד לדון ללא יפוי כח מהשותף.³⁴

הב"ח (ס"ק יז) חידש שהנתבע יכול לומר לה הוא שותפא דתבע ליה, שחברך לא יעיז כנגדי כ"כ בשקרים, ולדרוש הופעה אישית של השותף. והיות שמדובר בהופעה בהסכמה, לכאורה דין זה הוא כנגד כל הרשאה לייצוג ללא נוכחות בעל הדין, היכא שהוא נמצא בעיר ויכול להגיע, אלא אם כן טוען השליח, שאת הטענות האלו אמר לו המרשה, והוא מוסר אותם לב"ד, וכן כתב שדעת הטור והרמב"ם.³⁵

ואילו הש"ך (סקל"ט) השיג שוודאי הסמ"ג³⁶ יחידאה בדעה זו, שאם שניהם בעיר, על שניהם לבוא לב"ד. ומשמע מהרמב"ם והטור להדיא שאין יכול לדחותו בשום ענין, ומחוייב לדון עמו על הכל. וכן הוכיח הש"ך מרש"י ומהר"מ והגהות אשר"י.

כינוס נכסים

תפקיד אחר שיש בזמנינו למורשה, הוא כינוס נכסים, שבהלכה היה מוטל על בית הדין לפעול למכירת הנכס של החייב, ע"י שומא אדרכתא וכו'. היום, בית הדין מסמיך בדר"כ את ב"כ הצדדים, לפעול בשם בית הדין למכירת הנכס, ומקצה להם שכר קבוע כשכר טרחה.

בפס"ד בביה"ד הרבני בת"א, נפסק ע"י אב"ד הרב חיים שלמה שאנן, שהיות ודין העו"ד בכינוס נכסים כשליח בית הדין, הדין הוא שיש לשלם לו את שכר הטרחה, גם אם ביטלו את שליחותו לפני עשייתה.³⁷

את מקור הדין ביסס על הסוגיה בבבא קמא: "להביא כרוב ודורמסקין לחולה והלך ומצאו שמת, נותן לו שכרו משלם".³⁸

לכאוי' מדין הגמ' ניתן להסיק, שיש לשלם רק היכא שהשליח ביצע את שליחותו, אך למשלח התברר שאין לו צרך בשליחות זו – בתוצאותיה. במקרה זה ברור הדין, שכיון שהשכר על הפעולה, ואין הוא קבלן כאומן לתפור בגד, תוצאות השליחות אינן מענייניו. אך אם העו"ד לא התחיל במלאכה, אין הנידון דומה לראיה.

³⁴ הלכות אלו נפסקו בשו"ע חו"מ סוף סימן קכב. וסי' קעו, סעיפים כה, כו. חילוק זה הוא מהגמ' בכתובות צד.

³⁵ ואין לומר שיש חסרון מצד העזה בפניו, דלא שמענו חזקה זו אצל התובע.

³⁶ סמ"ג, עשין פ"ב, הלכות הרשאה.

³⁷ עיונים במשפט, חושן משפט, סי' נ.

³⁸ ב"ק, קטז, ב.

סיכום

בשאלת הייצוג בבית הדין, מצינו את עיקר הדין שיכול הנתבע לומר לשליח, לאו בעל דברים דידי את. הגמ' סייגה זאת, שאם מקנה התובע לשליח חלק מהממון הנידון, חייב הנתבע לדון עימו.

ישנו חילוק בין האיסור לשמוע מפי המתורגמן, לדיון עם המורשה, אף למנהג המוזכר ברמ"א שמתדיינים עם המורשה גם ללא הקנאת חלק מנשוא התביעה, שהמתורגמן מוסר את דברי בעל הדין וקשה לחוקרו לדעת האמת. לעומת זאת המורשה טוען מעצמו מכח חלקו בממון, וטענתו מחייבת את המרשה כאילו הוא טענה לפני בית הדין, והדיינים יכולים לחוקרו היטב.

חילוק נוסף הוא מהחזו"א, שהמתורגמן מדבר למקוטעין, לצורך התרגום, ולכן קשה לדיינים לשמוע ולחבר את חלקי הסיפור.

בנידון על נשוא ההרשאה, מעיקר הדין רק על מה שאפשר להקנות חלק למורשה, והגאונים תקנו שעל כל דבר חוץ ממילי דלא שכיח כמלוה ע"פ בלא עדים. ושיטת הרא"ש וסיעתו שנפסקה ברמ"א היא שעל הכל ניתן לייצג, מדין שליחות, גם בלא הקנאה. והקנין נועד לחיזוק השליחות.

בעל בנכסי אשתו, ישנם פרטים רבים בזה, מתי אפשר לדון ללא הרשאת אשתו, והאם גם על הפירות שהן שלו צריך הרשאה, כי לא יכול למחול עליהן משום שניתנו לו לרווח ביתא.

פרק ד - ייצוג הנתבע על ידי מורשה

ייצוג הנתבע בבית הדין שונה מכל הנאמר לעיל. כאן אין מה להקנות למורשה ע"מ שיהיה בעל דבר, ומעיקר הדין יכול לומר התובע שאין רצוני לדון עמך, מהטעמים האמורים לעיל: הנאמנות המיוחדת שאין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו, ועצם הדבר שבעל הדין יודע טוב יותר את העובדות לאשורן. ורב האי נתן טעם: "מנא ידע מאי אמר תובע דליהדר תשובה".³⁹

לכן העו"ד בייצוג הנתבע אינו אלא שליח, ואף התקנה שלא יהיה כל אחד לווה והולך למדה"י, מתייחסת לתביעה ולא לנתבע, שכלפיו לא שייך טעם זה.

ואכן פסק הרמב"ם להלכה מעיקר הדין שאין הנתבע יכול למנות מורשה.⁴⁰ וכן הר"י.⁴¹ והוסיף הרמב"ם שם, שכן הוא הדין בכל בתי דיני ישראל.

אמנם, מכיון שנשים לא נהגו להגיע לבית הדין, מטעם שכל כבודה בת מלך פנימה, ואין דרכה להזדלזל ולבוא לבית הדין – הדבר אינו לפי כבודה – התעורר צורך למצוא פתרון להציג את טענתן לפני בית הדין ללא נוכחות אישית. הר"י מיגאש כתב שנהגו לשגר להן הדין ע"י שלוחין, היינו ששליח בית הדין יגיע אליהן לבית, ישמע את טענותיהן, (וישנה אף אפשרות לבעלי הדין לבוא ולחקור את האישה) והשליח יעביר את דבריהן אל הדיינים.⁴²

אך הראב"ן כ' שהאישה יכולה לשלוח טוען לטעון בעדה, אם מינתה אותו אפוטרופוס בפני ב"ד בקניין או בפני עדים.⁴³ ואף מוכיח זאת מן הירושלמי, מקתני 'וימנה אנטלר' שמעינן שהגדול ממנה אפוטרפא.

זהו פתרון המתקרב לטוען הרבני – העו"ד כיום, שדבריו מחייבים את הנתבע, והודאתו כהודאת הנתבע, אך מחייב שימוש במוסד האפוטרופוס.

דרך מקורית לאפשר מינוי אנטלר – מורשה, חידש בעל העיטור, באותה דרך של מינוי מורשה לתבוע – ע"י התחייבות המורשה לשלם במקום הנתבע, ונתינת משכון ע"ז לביה"ד (למנוע טענת אסמכתא, בערב שלא בשעת מתן מעות).⁴⁴ כמובן שדרך זו קשה ליישום, וכנראה שמדובר בקרובי ואוהבי הנתבע, המוכנים לערוב בעדו.

³⁹ תשוי הגאונים, הרכבי, סי' קפ. הסיבה היא שהתובע, בניגוד למשפט המערבי המחייב הגשת כתב תביעה, אינו מחייב את התובע לגלות טענתו לפני הדיון, שלא ילמד הנתבע לשקר מתוך כתב הטענה.

⁴⁰ שו"ת הרמב"ם, סי' תיא.

⁴¹ ר"י, גיטין, ה' א'.

⁴² ח"י הר"י מיגאש, לשבועות דף ל'.

⁴³ הראב"ן, סי' קטו, פ"ד, א'.

⁴⁴ סי' העיטור, הרשאה (ע"ד, ד; ק"ו, ג בדפוס ונציה).

ברשב"א נראה, שכל הנידון נגד מינוי המורשה לנתבע, הוא שאסור למנות מורשה לנתבע, ויטעון מה שבלבו חפץ.⁴⁵ ויש שהבינו מדברי הרשב"א, שהוא אף אם הטוען יודע את נסיבות המקרה.⁴⁶

אך אם הטוען רק מביא את דברי הנתבע לבית הדין, ומעיד שאלו טענותיו, כעין הדין לגבי אשה צנועה ששולחין סופרי הדיינים לביתה לכתוב טענותיה, יכול שבזה מקבלין הטוען. וזה לשונו:

שאינ נתבע יכול למנות טוען, שיטעון טענה מעצמו, שום טענה. כי מי שאינו יודע האמת, איך יטעון ויאמר: כן וכן היה; והוא לא ידע. ואפילו לאשה צנועה, שהתירו לשלוח לבית דין: לא שתשלח טוען ויטעון מעצמו, אלא ששולחין לה מבית דין אנשים לקבל טענותיה, והם באים ומסדרים בפני בית דין, כמה שאמרה. ומכל מקום, פעמים יש שאפילו בית דין טוענין בשבילו. כגון שאמרו: כגון זה, פתח פיך לאלם. כל שהבית דין מכירין, שאינו נמנע מלטעון כן, אלא ממיעוט ידיעתו. והדבר קרוב, לפי ראות הבית דין, שהיה כן. כמו שאמרו: בשמא פרוזבול היה לך, ואבד? וממנה בית דין בן בכל מה שיראה בעיניו שהוא האמת, שלא בחרה התורה השלמה והאמתית, רק בדרכי האמת. ומפני זה אמרו: שטוענין ליורש, וטוענין ללוקח. וכן בכל כיוצא בזה. אבל למנות טוען לנתבע, ויטעון מה שבלבו חפץ, לא.

יוצא מדברי הרשב"א, דכל הנידון במינוי מורשה, הוא במורשה שטוען מעצמו טענות עובדתיות, ולכן שומעים את דבריו רק ע"י היותו בעל דבר אחר שהקנו לו בגוף החפץ. אך אם טוען שכך אמר לו הבע"ד, ויש לו התחייבות שאין הבע"ד יכול לחזור בו, יכול להיות שבי"ד יקבלו אותו. ולעניין הטענות המשפטיות, הא גם הבי"ד יכולים לטעון עבורו מדים 'פתח פיך לאילם' וכ"ש הטוען שלא מוגבל כמו הדיינים באיסור להטות ולהפך בזכותו של צד אחד.

אך הרשב"א כ' בתשו' אחרת שנוהגים שאין ממנין אנטלר לנתבע, אלא לאישה ולא לאיש.⁴⁷

אמנם, אחר שהנתבע טען את הטענות העובדתיות לפני בית הדין, וכך הסתלק הגריעותא מצד אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו, וכן טענות שקר מצד הטוען, מותר לנתבע להעמיד מלמד זכות על הנתבע לחזק טענותיו, ואדרבא, זה מצוה לעשות כן, אם ראה שהדיין טועה בזה, או שאין הנתבע יודע ראייה להעמיד טענותיו.⁴⁸

וכן יש מעלה בזה שאם האדם לא יודע לטעון כראוי, יצטרכו הדיינים עצמם לפתוח פיהם לאילם, ויש בזה בעיות חמורות, וצריכים הם לזהר שלא להיות כעורכי הדיינים, ולכן טוב שיקח האדם טוען חיצוני שיטען עבורו.⁴⁹

⁴⁵ שו"ת הרשב"א, ח"ב, שצג.

⁴⁶ מטה שמעון לחו"מ, סי' קכד, הגהב"י, אות א. ע"י בתשו' כנה"ג ח"מ סי' עד-עה.

⁴⁷ שו"ת הרשב"א ח"א, סי' תשמג.

⁴⁸ שו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' תד.

⁴⁹ שו"ת יחל ישראל, סי' קב, ד"ה עוד סברא.

פסיקת ההלכה

בשו"ע נפסק בפשיטות שאין הנתבע יכול למנות מורשה :

הנתבע אינו יכול למנות מורשה שיבא לבית דין וישיב בעדו לתובע, והוא ישב בביתו. ונשים יקרות שאין כבודן לבא לבית דין, משגרין להן סופרי הדיינים ויטענו בפניהם, וכיוצא בזה עושים לתלמיד חכם שתורתו אומנותו, וזילא ביה מלתא למיזל לבית דין ולערער בהדי ע"ה.

הסמ"ע מביא את הטעמים של אי מינוי המורשה לנתבע :

1. מהטור, שלא תהיה סנהדרין שומעת שקר מפי המתורגמן.
 2. התובע מקנה המעות להמורשה שלו וכאילו הוא עומד במקומו, וכאילו הוא התובע עצמו, משא"כ בנתבע דאינו מקנה לאחר דבר להיות עמוד במקומו.
 3. רק בתובע הוצרכו לתקן מורשה, שלא ילך אדם בממון חבירו למדינת הים.
- אך הש"ך שם כ' דנהגו עכשיו שאפי' כשהנתבע מעכב, התובע טוען בצירוף אחר בבי"ד נגד הנתבע, אך לא הנתבע. וכ"כ החוות יאיר, דאין מקבלין מורשה לנתבע ליחיד.⁵⁰

אך הנחלת שבעה מביא תשו' מהרי"ו סימן קיט, שהנתבע יכול למנות מורשה, וכ' דאפשר שהמנהג היה שם כך.⁵¹ וכן הביא תשו' רמ"א סימן קד.

טעם להליכה אחר המנהג, משום דקבלו עליהו כמבואר לעיל.

הסיבה להתהוות המנהג היום י"א דהוי מטעם דהיום אין דנין דין תורה ממש, רק עיקר הפסק הוא בגדר פשרה הנראית לדיינים כצדק ויושר, על כן אין מדקדקין בזה בכל דקדוקי משפט, ולכן לא מקפידים כששולח טוען רבני אף שאינו מופיע כלל.⁵²

אמנם, הכנסת הגדולה פסק, דהנתבע יכול לומר קים לי כמ"ד דאף הנתבע יכול למנות שליח, דרבים וגדולים נינהו, דאע"פ שהרב ז"ל בספר בדק הבית כתב דנקטינן דאינו יכול למנות שליח... מ"מ גדול כח המוחזק, ומאן מרמי ליה מידיה".⁵³

שאלה שהופנתה לראשון לציון, הרב יעקב שאול אלישר מירושלים, מלמדת כי בקושטא גרמה טענת קים לי לכך, שלא זו בלבד שהנתבע יכול למנות מורשה, אלא שדוחהו לגמרי למורשה של

⁵⁰ שו"ת חוות יאיר, סי' קכד, קנו.

⁵¹ נחלת שבעה, מד, ו.

⁵² שו"ת תשובות והנהגות, ח"ג, סי' תמו.

⁵³ שו"ת בעי חיי, חו"מ, ח"ב, סי' עה.

התובע, וכך הורגלו לפסוק מעשים שבכל יום. דעת הרב השואל רבי חיים מנחם, שאין הדין כן ובכל כי האי מידת הדין לוקה.⁵⁴

על השאלה עונה בן הרשלי"צ שם, שאין לומר קים לי כפול, דהסובר שהנתבע יכול למנות מורשה, כ"ש התובע יכול למנות. וכן הביא מנהג בתי דינין בירושלים, דאם התובע מינה מורשה, דהנתבע ימנה גם כן מורשה. את המנהג הזה מנסה לבסס על קים לי, כדעת המהר"י אלגאזי, שרק כנגד התובע אינו יכול למנות מורשה, דהנתבע בעצמו אינו מעיז כנגד התובע, אך כנגד המורשה של התובע, אין נ"מ, ויכול להביא מורשה.

תקנות ומנהגים בהיתר לנתבע ולתובע לשכור טוענים בעבורם

בתקנות קהילות אה"ו משנת תפ"ו (1726) מוצאים דרך ייחודית להתגבר על הבעיה של אמינות הטענות של המורשה, ע"י הגבלת הזכות לייצג בדין לבעלי תואר 'חבר' בלבד (מזכיר את ההגבלה כיום לרשות לייצג לעו"ד בלבד).⁵⁵

הר"ח בנבנשתי מעיד על המנהג בוניציא:

ובארץ לועז, בפרט בארץ ויניציא, שמעתי שהוא מנהג פשוט דבין תובע בין נתבע רובם ככולם ממנים מורשה לטעון בעדם, הנקראים אבוגאדוריש; וראיתי בספר משפטי שמואל, סימן קכא, נתן טעם מספיק לזה, דכיון שנהגו כך, משמע שקיבלו המנהג לפסוק הלכה כמ"ד דאף הנתבע ממנה מורשה, ומנהגם מנהג.⁵⁶

ונראה שכוונתו להליץ בעד המנהג, שאין הוא נגד הדין באופן מפורש, אלא שקיבלו עליהם דעת פוסק שלא נקבעה הלכה כמותו בשו"ע, להתיר מינוי מורשה לנתבע, ואין אחר קבלתם כלום.

והמנהג הזה פשט בכל איטליה כפי שמעיד רבי חיים רודריגז בשו"ת ארח לצדיק (חוי"מ, א). ואף שהוא מחה נמרצות כנגד המילצים והאנטלרים, אשר מרחיקים האמת, ומשקרים, ומביאים בידיהם דיני העכו"ם וחוקותיהם, מצאנו שנתקנה תקנה בדבר, ע"י שליחי הקהילות במנטובה, ואשר נוסחה ע"י רבי משה זכות:

בהיות שמן הדין הנתבע (צ"ל התובע) רשאי להרשות אחר במקומו ודרך הארץ לבחור באיש ערום וחרף, ופעמים שהנתבע הוא כבן הרביעי שאינו יודע לשאול או לקרוא שטריו ולעשות חשבונותיו, לכן יורשה גם הנתבע לעשות מורשה להבין ולדעת טיב טענתו ולשור על פי שליחותו.⁵⁷

⁵⁴ ספר שאל האיי"ש (לרבי יעקב שאול אלישר), חוי"מ סי' יא. השאלה משנת תרס"ב.

⁵⁵ M.Grundvald: Die Statuten der "Hamburg-Altonaer Gemeinde" Von 1726; M.G.J.V. XI (1903).

⁵⁶ שו"ת בעי חיי, שם, בסופו.

⁵⁷ קובץ שודא דדיינא (מנטובה, תל"ח), ג', ב'.

המנהג בצפון אפריקה בראשית המאה השישית לאלף השישי

כאן, חכמי המקום, בכדי להגן על הנתבע מאי שיוויון מול האנטלר של התובע, הלכו בדרך הפוכה. במקום להרשות לנתבע גם כן למנות מורשה, אסרו בתקנה על שני הצדדים מינוי מורשה לטעון בעדם.

בספר כרם חמר, מובאת תקנה של מגורשי קשטיליה בפאס משנת תק"א (1714), בעניין מורשים, שהמנהג היה לא לגשת למשפט ללא מורשה ושליח ואנטלר. המתקנים מונים את התקלות שבניהול דיון ע"י מורשים, וביניהם ענוי הדין ועיוות הדין, ומחמת זה אלו ואלו באין לידי טענות שקר וכו'. לכן מודיעים המתקנים, שיש כאן 'שעת חירום' והיוקר מאמיר, ולא רצו לשלול פרנסת המורשים, אעפ"כ ראו לתקן: "שלא להזדקק לדון שום דין ע"י מורשה בשום אופן בעולם".⁵⁸

חריג לתקנה זו קבעו, מינוי מורשה לזקן חולה יתום ואלמנה, וכל מי שאינו יכול לבוא לבי"ד או שאין כבודו לבא לבי"ד, או בי"ד ימנו מורשה כטוב וישר בעיניהם.

אך קבעו זאת כהוראת שעה בלבד, בגלל 'שעת דחק'.

תקנה הפוכה לתקנת אה"י, אנו מוצאים בקושטא בשנת תקע"ט (1819), שבה נאסר על מינוי מורשה ת"ח. הטעמים לתקנה זו, שבתקנת אה"י נמנה לשבח מינוי ת"ח העוזר לדיינים בדימוי מילתא למילתא, מפני ביזיון לדיינים, שפעם אחת נזקקו להפוך הדין לאחר שהמורשה ת"ח הביא טענות חזקות, והוכרחו לשנות את פסק הדין. וכן שנגרם זילות לת"ח ע"י שהיו מדברים עליהם לשה"ר עקב מעורבותם בסכסוכים בביה"ד, וכן התעסקות יתר של הת"ח בעניין הזה לפרנסתם.

גוף התקנה אסרה על מינוי מורשה לת"ח מדרגת 'חכם המרומים', וסייג לזה הוא מינויים לאפוטרופסי יתומים קטנים, שהרי בי"ד הוא אביהם של יתומים.⁵⁹

אך התקנה לא התקבלה כלל, וכפי שמעיד בעל הפרת יוסף (שם), התקנה התבטלה רשמית, וחלקו עליה מייד כמה חשובים בעיר, "שלא ייתכן להיות פוסקים לחיוייהו של הת"ח, ולהשפיל בזה כבוד התורה, והיו הדיינים שמחים בתורתם, ועושים אזנם כאפרכסת לשמוע בקול דברי הת"ח הוא, ומסבירים להם פנים".

רבי חיים פאלאג'י הביא בספרו תקנה, שאין הנתבע ממנה מורשה, אלא אם מינה התובע מורשה.⁶⁰

⁵⁸ כרם חמר, ח"ב, (ליוורנא תרל"א) ספר התקנות, תקנה קע.

⁵⁹ התקנה הובאה בשו"ת פרת יוסף (אזמיר תרכ"ח) חומ, סי' ל', לרבי יוסף אלפאנדארי.

⁶⁰ משא חיים, (תרל"ד), מערכת ד', אות כב.

דייני העיר סופיה אף היו ממליצים לצדדים לשגר מורשים: "...אנו יועצים לשני הצדדים דיותר טוב שימנו כל אחד ואחד מורשה בעדו, לאיזה ת"ח או לאיזה איש מקרוביהם ואל יתראו הם בעצמם".⁶¹

טעם התקנה היה למנוע ריב, ואפשרות טובה לפשר. ייתכן שהדבר נבע מכך שהדיונים היו רק בענייני אישות ומשפחה, כי השלטונות אסרו לדון דיני ממונות, כמסופר בתשובה הנ"ל, ובעניינים אלו מעורבות אישית של בעלי הדין, גורמת ליתר ריב ומדון. גם מפני חולשת האישה להשיב מפני חלישות מזגה, ומסתתמין טענותיה.

כמו כן אסרו שם על לקיחת מליץ מקצועי (אדבוקט), מהטעם שהם אינם בני תורה, ואינם יודעים דין תורה, רק מה שמלמדין אותו קצת ראשי דברים, ולא יכול להשיב על פי הדין מאומה, אלא מקבלים רק ת"ח, או מליץ קרוב משפחה של הצדדים.

ההלכה והמנהג בתקופה האחרונה

בעל הערוך השלחן, כי שהמנהג שיכולים הצדדים למנות מורשה, והבי"ד יכולים לזמן הצדדים לטעון אישית בפני בית הדין לחקר האמת:

וכ"ז מדינא אבל עכשיו המנהג בכל בתי דינים שגם הנתבע מעמיד מורשה וכ"ש התובע ובין שהבעלי דינים הם בעצמם בב"ד ובין שאינם בעצמם בב"ד ומ"מ אם אינם בב"ד והב"ד רואים שע"י המורשים אין ביכולת לברר הדין על הברור שולחים אחריהם ובאים בעצמם לב"ד [או"ת] וכן נכון לעשות.⁶²

ובנוגע לעסקים גדולים, כתב הרב מלכיאל צבי טננבוים, שאדרבא, ראוי שהאדם המנהל בפועל את העסקים יבוא לפני בית הדין, כי הוא המכיר בפרטי העסקאות, (ולפי זה הוא הדין בכל עסקה מסובכת, שכדי להסביר את מהלך העסקה צריך להיעזר בעו"ד ורו"ח).⁶³

טעם נוסף כותב, שסוחר גדול מתבזה ללכת לבית הדין על תביעה קטנה, או שזמנו יותר יקר לו מלהתדיין על כך בבית הדין:

פעמים, יש לאחד עסק קטן עם סוחר גדול וחפצו לבזותו ותובעו לדין תורה. ואם יכריחו להנתבע ללכת בעצמו, יותר טוב לו לשלם התביעה הקטנה, ולא ללכת לדין תורה.

סברא זו מזכירה את הסברא גבי ת"ח, שמפני זילותא לבא לבי דינא, שולחים אליהם סופרי הדיינים, לכתוב טענותיהם.

⁶¹ שו"ת חושן האפוד, חו"מ, סי' מג (מ"ט, ב), משנת תרע"ב.

⁶² ערוך השולחן חושן משפט הלכות הרשאה סימן קכד סעיף ב.

⁶³ שו"ת דברי מלכיאל, ח"ג, סי' קסז.

החזו"א כ' דיש צורך בנוכחות הנתבע עצמו לשם חיקור הדין, "שזה גורם עיקרי לברר את האמת ואת פרטי המאורעות לאמתתן".⁶⁴

טעם חדש, לכך שההלכה לשלוח סופרי הדיינים, אמורה הנתבע ולא בתובע, כ' החזו"א שם (שם, אות ב):

בתובע שאינו יכול לבוא לבי"ד לא יועיל שישגרו לו סופרי הדיינים, דסוף סוף אינם רק שלוחים, והתובע צריך הרשאה דוקא. מ"מ בנתבע, דמהני שליח בעיקר הדין, אלא משום חיקור הדין לאמתו מזקיין ליה לנתבע לבוא לבי"ד בעצמו, מיקילין בסופרי הדיינים משום כבוד התורה... ונראה דאם הנתבע חולה או שהוא טרוד בעסקיו, ויהיה לו הפסד הרבה בביטול עסקו, דינו כנשים יקרות, דאין לנו להפסיד ממונם של ישראל.

מאידך, הובא לעיל המנהג בבית דין ניו יורק באמריקה, שלא מקבלים טוענים שם, אלא עו"ד מכח החוק בלבד. והובאו הטעמים של הרב יונה ריס להצדיק המנהג, ע"ש.

מורשה נכרי

כ' המרדכי:

רבינו תם [רמז עא] היה רגיל לשלוח הרשאה ביד עובד כוכבים מדאמרינן פרק ראשון דקידושין גבי נמכר לעובד כוכבים מכסף מקנתו בכסף הוא נקנה ואינו נקנה בתורת תבואה וכלים ומאי נינהו חליפין למדנו שבשאר דברים מועלין חליפין לעובד כוכבים [*כמו בתבואה וכלים] וצריך ליזהר שלא לכתוב בהרשאתו של עובד כוכבים וקניא מיניה שאין שליחות וזכיה לעובד כוכבים אלא וקנה העובד כוכבים כתבין ואף על גב דאמרינן הכא והלכתא שליח שויה ואין שליחות לעובד כוכבים אין אומרים שליח שויה אלא לענין שלא יוכל לעכבם. ובתשובת הגאון ראיתי דאם הרשה עבדו הרשאה היא כדתניא אין עושין אפוטרופוס נשים ועבדים וקטנים ואם מינן אבי יתומים הרשות בידו.⁶⁵

למדנו מדברי המרדכי, דאפשר למנות מורשה נכרי, רק צריך לשנות בכתב ההרשאה הלשון מ'קניא מינה' דלא מהני דאין שליחות לגוי, ולכתוב 'וקנה העובד כוכבים', וכל מה דקיי"ל שליח שוויה, היא לא שנדרש כח שליחות, אלא שלא יוכל הצד השני לדחותו, ולא לדון עימו.

המחבר פוסק (בשו"ע חו"מ קכג, יד), את המרדכי להלכה, ללא סייג. אך הש"ך (שם, סק"ל) הביא מהרש"ל, דבדברים שאינם נקנים בחליפין, אין אפשרות להרשות לגוי.⁶⁶ ואף הוסיף מדיליה, שנראה שאין חליפין מהני בעכו"ם, ולכן אין הרשאה לגוי כלל. וכן הביא מתשו"י מהר"מ מינץ (סי

⁶⁴ חזו"א, חו"מ, סי' ד', א.

⁶⁵ מרדכי מסכת בבא קמא פרק מרובה [רמז עא].

⁶⁶ ביש"ש, ב"ק סי' יג.

עורך הדין בבית הדין הרבני

ה) דלא מהני חליפין לעכו"ם. אך התומים דחה דבריו, וכתב שאין לזוז מפסק ר"ת ומי יורה נגדו ח"ו, ובפרט שכן נפסק במרדכי, ברשב"א ובטושי"ע.

כהיום, שנהגו להרשות גם לנתבע, ללא הקנאה בגוף נשוא התביעה, מסתבר שאפשר להרשות לעו"ד נכרי לייצג בכל האופנים.

תקנות הרבנות הראשית

בתקנות הדיון בבית הדין הרבני התשנ"ג, נקבע הרשות לכל בעל דין למנות מורשה:

מז. (1) כל בעל-דין יכול למנות מורשה להופיע ולפעול בשמו ובמקומו בפני בית-הדין כל-אימת שאין צורך כי בעל-הדין יופיע ויפעל אישית.

(2) הרשאה למורשה תהא בכתב.

(3) חבר דייני בית-הדין הרבני הגדול יקבע נוסח להרשאה.

(4) אם הרשאה אינה בנוסח כאמור בס"ק (3), יחליט בית-הדין אם לקבלה או לאו.

מח. (1) התברר שבעל-הדין אינו יכול לפעול בעצמו וגם אינו יכול למסור הרשאה כדין ושעיכוב בדיון עלול לגרום נזק לבעל הדין, יכול בית-הדין להרשות לאדם אחר לפעול בשם בעל-הדין ולהגן על זכויותיו גם בלי הרשאה בכתב.

(2) בית-הדין רשאי למנות לפסול-דין, או למי שזקוק לאפוטרופוס, אפוטרופוס לדין אשר ייצגו ייצוג מלא בכל ההליכים בבית-הדין.

מט. מורשה על-פי הרשאה יכול, אם הרשאתו מכילה ייפוי-כוח לכך, להעביר את זכויותיו על-פי ההרשאה – כולן או מקצתן – לאחר.

תקנה נ' הגבילה את מינוי המורשה לעו"ד וטוענים רבניים בלבד⁶⁷:

נ. (1) כמורשה בבית-הדין כשיר לפעול

א. עורך-דין בעל רשיון לפי חוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961.

ב. טוען רבני בעל רשיון לפי תקנות הטוענים הרבניים, התשכ"ח-1968.⁶⁸

⁶⁷ כעין תקנת אה"ו, וכטעמים שנאמרו, שלא יופיעו מורשים שאינם יודעים הדין. אמנם עו"ד אינם יודעים ההלכה, ואי אפשר לדון עם חלקם על פי ההלכה, אלא על פי המשפט הזר, והמשפט הכללי הישראלי, מ"מ נראה שלא היה בכחם לתקן שעו"ד לא ייצגו בבית הדין. מה גם שמספר הטוענים הרבניים מועט, ועומד בשנת תשע"ג על קרוב ל 300 איש.

(2) בית-הדין יכול להרשות הופעת מורשה לשם פעולה מסוימת או משפט מסוים, אף אם המורשה אינו עורך-דין או טוען רבני מוסמך.

(3) מורשה שנפסל להופעה, לא יופיע גם שלא בתמורה.

(4) רשות בית-הדין הנזכרת בס"ק (2) תידרש לגבי כל הופעה ושיבה.

(5) רב המשמש בקודש, עובד הרבנות או המועצה הדתית או עובד בית-הדין או עובד-מדינה, לא יורשה להופיע בין בתמורה ובין שלא בתמורה, אלא אם כן הוא מופיע בתוקף תפקידו.⁶⁹

נא. בית-הדין יכול להפסיק את הופעתו של כל מורשה במשפט, אם הוא רואה שהמורשה מפריע להוציא דין אמת לאמיתו או שאינו מציית להוראת בית-הדין או שאינו מתייחס לבית-הדין בכבוד הראוי.

ובתקנה זו נקבעה חובת התייצבות לבעלי הדין:

בהמשך כל מהלך המשפט על בעל-הדין להיות נוכחים גם אם יש להם מורשים, אלא אם כן החליט בית-הדין שאין צורך בנוכחותם או בנוכחות אחד מהם בכל מהלך המשפט או בחלק ממנו.

תקנה זו נתקנה עקב עיסוקו העיקרי של בית הדין בענייני אישות, שבהם ודאי אין האמת יכולה להתברר על ידי עו"ד או טו"ר שאינם יכולים להגיב לטענות בענייני אישות, מי המורד, מי מנע עונה, בשל מי הסכסוך וכיוצ"ב.

בדין בביה"ד האזורי ת"א, נדחתה בקשת ב"כ הבעל להתיר ייצוג ללא נוכחות אישית של הבעל, עקב שהייתו בחו"ל:

תביעת גירושין הינם דברים שרק הבעל ואשתו יודעים, הן בחיי אישות ביניהם, הן בניהול הבית, והן במצב הקשר ביניהם בחיי היום יום, כשלעיתים מדובר בקשר של שנים רבות וארוכות. זולתם אף אדם אחר בעולם אינו יכול לדעת ולטעון בפני בית הדין דברים כהווייתם כולל חקירת הצדדים, זולת הצדדים עצמם.

כדי להגיע לחקר האמת בתביעת גירושין, חובת בית הדין לשמוע את הצדדים עצמם, לחקור אותם אישית, ולהתרשם באופן בלתי ישיר מהטענות הנשמעות מפיהם, ומאופן הבעת הדברים. לעיתים אופן הבעת הדברים והטענות של הצדדים עצמם בפני בית הדין, הם

⁶⁸ מדברי ההסבר לתקנות הדיון בבתי הדין בישראל, תש"ך: "לא ראינו למעשי לדרוש מאת כל עורכי הדין המופיעים בבתי הדין ידיעה בדיון תורה, כי כדי להגיע לידיעה מספקת בדיני תורה, אפילו באותם עניינים שבהם רגיל עורך הדין לעסוק, דרושים עמו ויגיעה של שנים. טוענים רבניים, מופיעים לפני הציבור כבקיאים בדיון תורה, ולכן יש לדרוש מאדם הרוצה לפעול בשטח זה, כי יוכיח שהוא בעל ידיעות הדרושות לכך".

⁶⁹ תקנה זו נועדה למנוע ביזוי רבנים המשמשים בקודש, כעין תקנת קושטא, שהגבילה הופעת 'חכם המרום'.

עורך הדין בבית הדין הרבני

הדברים הנותנים את הרושם מי דובר אמת. תשובות אמיתיות בחקירת הצדדים, כדי לדעת את האמת, יכולות להינתן רק ע"י הצדדים עצמם, ולא על ידי מורשה שלא חי עם הצדדים אפילו יום אחד, ואפילו יהיה מלומד ככל שיהיה.⁷⁰

אמנם רשאי בית הדין להתיר ייצוג בלא נוכחות אישית כאמור בתקנה נח:

- לא הופיע בעל-הדין בעצמו אלא מורשהו, יחליט בית-הדין לפי הנסיבות של המקרה אם
- (1) לדחות שמיעת הטענות עד שיופיע בעל-הדין בעצמו, או
 - (2) לשמוע את טענת המורשה של בעל-הדין הנעדר עד שיתברר אם יש צורך בהופעת בעל-הדין עצמו אם לא, או
 - (3) אם בעל-הדין אינו יכול להופיע בעצמו, כגון אם הוא בחוץ-לארץ או אם בית-הדין מוצא שחקירת בעל-הדין עצמו לא תוכל להועיל לבירור הדין – לשמוע את המורשה במקום בעל-הדין, או
 - (4) לשגר שליחים לקבל טענות בעל-הדין.

אך בדיון הנ"ל, וכן נוהג בית הדין, שההיתר לאי הופעת בעל הדין לדיון, צריכה לא להפריע לחקר האמת, והיא תתאפשר רק במקרים חריגים, כמו אם בית הדין הגיע למסקנה שהדיון הנוכחי הינו פרוצדוראלי, ואין נוכחות בעל הדין נחוצה, ובעל הדין אינו בארץ וכיוצא"ב (למשל, אם היה כבר הליך שמיעת טענות).

ובתקנה ס נקבע במפורש חובת שמיעת טענות מפי הצדדים עצמם תחילה⁷¹:

- (1) גם אם יש לצדדים מורשים, חייבים בעל-הדין לטעון בעצמם בתחילה ולברר את דבריהם, ומורשיהם יוכלו להסביר ולנמק את טענותיהם אחרי-כן.
- (2) בית-הדין יכול, לפי ראות-עיניו, להרשות, בטענות מסוימות או במשפט מסוים, שהמורשה יטען לפני מרשהו או אפילו במקומו. אם בית-הדין מוצא, כי לשם חיקור הדין רצוי שבעל-הדין עצמו לא יהיה נוכח בזמן שמורשהו מרצה את דבריו – רשאי הוא לצוות על כך.

⁷⁰ תיק: 303895/9, בפני הרב זבדיה כהן.

⁷¹ תקנה זו נועדה לברר האמת, ולמעשה פותרת את רוב הבעיות שבמינוי מורשה לנתבע. הוא מספר העובדות, בית הדין יכול לחקור אחר האמת, והנתבע אינו מעיז פניו בפני התובע. תפקיד המורשה (ללא היתר מיוחד מבית הדין, להופיע ללא בעל הדין) מצטמצם לסידור והטעמת הטענות, והעלאת נימוקים משפטיים והלכתיים, שזהו למעשה תפקיד אותו שיבחו חכמי הדורות, בהיותו עוזר לבית הדין לדמות מילתא למילתא, בהיות הדיינים עמוסים, והעזרה הזאת מתקבלת בברכה, כמו שראינו לעיל, בקושטא, איזמיר, וארצות אשכנז.

סיכום

1. נחלקו ראשונים האם בע"ד יכול לשלוח את טענותיו לבי"ד ביד אחר. לדעת ר"ח והערוך הדבר אפשרי. אבל לדעת הרי"ף, הרס"ג והרמב"ן אין אפשרות כזו.

2. נחלקו ראשונים האם הכלל "שלא תהא סנהדרין שומעת מפי המתורגמן" מתייחס לדברי העדים או גם לדברי בעלי הדין.

3. לדעת הסמ"ע - גם האוסרים לשמוע את טענות בעלי הדין מפי המתורגמן מסכמים שאם בעלי הדין טענו את טענותיהם בעצמם אפשר לשמוע אח"כ מתורגמן שימליץ דבריהם באזני הדיין.

להלכה, כ' הש"ך שנהגו להתיר ייצוג מורשה בין לתובע ובין לנתבע. אחד מהטעמים הוא מהחובה להשוות הבעלי דין בכל דבר.

אך מצינו תקנות והנהגות שונות בקהילות ישראל, בהתאם למצב באותה קהילה, החל מתקנות האוסרות כליל הופעת טוענים, מעוותים ומקלקלים הדין, ומונעים פשרות. דרך הגבלות שונות למניעת ביזוי ת"ח, האוסרות הופעת חכם המרומם כמורשה, או פיקוח והתנאת הופעה של מורשה ברישיון מטעם בית הדין, מכח תקנות הדיון בישראל, ועד לשבח לת"ח המטעימים את הדין, והנותנים לדיינים את הפסיקה והדין, הקשורים לדיון, ומרבים תורה בישראל.

פרק ה - סדר הדין למורשה בבית הדין

ייצוג על ידי שני עו"ד

מצד דיני ההרשאה, אין מניעה למנות שני מורשים לייצג. אך הצד שכנגד יכול לומר, אף אם הקנו להם חלק מנשוא התביעה והרי הם כבעל דבר, שמסתתמין טענותיו, ואינו יכול לטעון לבדו כנגד שנים.⁷²

אפ"י אם הוא מיוצג ע"י עו"ד, נפסק בביה"ד הרבני בטבריה, כי יש לצמצם את המורשים הפעילים, והוציא את המתמחה מהדיון. לעומת זאת התיר נוכחות של עורכת דין וטוענת רבנית, בהיותן ממלאות שתי פונקציות נפרדות: הטוענת הרבנית הוסיפה את הנימוקים ההלכתיים שעו"ד לא הכירה.⁷³

מקור הדין לא להרבות בטוענים, מצוי בזכות בעל הדין לומר לבעלי דינים רבים, שאיני חפץ להתדיין מול כולכם כאחד, כי מחמת היותכם רבים, מסתתמין טענותי. אלא או יקחו טוען אחד עבור כולם, או יטענו בזה אחר זה.⁷⁴

הסמ"ע כתב שטענת הנתבע, שחפץ אני שישבו אוהבי וקרובי אצלי, אינה מתקבלת כלל. ואילו הב"ח והט"ז כתבו, שאם אינו דורש את הוצאת התובעים מהאולם, אלא את כניסת אוהביו (כקהל מעודד) והצד השני שותק, בית הדין לא יתערב בהסדר זה.

הפתחי תשובה שם מביא תשו' הרדב"ז, שהטעם לזכות הבעל דין להתנגד להבאת קרוביו של השני לדין, אע"פ שנותן לו רשות להביא גם קהל, הוא מהחובה להשוות בעלי הדין בכל דבר, ושמה אוהביו של השני חריפי טפי, ומרמזי לו טענות, או שמא הם חזקים ואלמים.⁷⁵

סברא זו חשובה, ושמה היא הסיבה למנהג כיום להרשות לנתבע להביא מורשה, על מנת שיוכלו להשתוות. על כל פנים מצינו כאן חובת שיוויון בין בעלי הדין, כלפי רמת העוזרים והטוענים בעדם בבית הדין.

⁷² שו"ת חוקות החיים, סי' כג.

⁷³ הרב יעוזר אריאל, דיני בוררות, ירושלים תשס"ה, עמ' קלד-קלה.

⁷⁴ שו"ע חו"מ יז, ד.

⁷⁵ תשו' הרידב"ז, ח"ב סי' תשנג.

הודאת עורך הדין

בהודאת המורשה בשם מרשהו, והכחיש המרשה שהודה, כ' המהרשד"ם שאין ההודאה מחייבת את המרשה.⁷⁶

ורבי"ש כ' הודאת עו"ד בשם מרשהו, מחייבת את המרשה, ואין המרשה יכול להכחישה, וכן הכריע הש"ך.⁷⁷

אך הקצות החושן חילק בין אנטלר, שאומר בבית דין מה שציווהו המשלח לומר, שאז מהני הודאתו שהודה ע"י שלוחו כמותו, לבין מורשה שטוען מעצמו על פי העובדות, שאין הודאתו מחייבת את המרשה.

והתומים כתב, דאם יש הכחשה בין המרשה למורשה, אין המורשה רק כעד אחד שכן אמר לו המרשה.

אמנם היום נוהגים לכתוב מפורש בשטר ההרשאה, שהודאתו כהודאתי, ומחילתו כמחילתי, ולכן בתי הדין דהיום מתייחסים להודאת המורשה כהודאה גמורה.

גם חתימת עו"ד על מסמך בשם מרשהו המחייבתו, או חתימת בעל דבר על מסמך שניסח או הגיש לפניו עורך דינו, מחייבת.⁷⁸

אם לא הודה עורך הדין במפורש בשם הלקוח, אך הוא ישב באולם ושתק, נחשבת שתיקתו כאילו הוא עצמו טען את הטענה.⁷⁹

⁷⁶ שו"ת מהרשד"ם, חו"מ סי' תלט.

⁷⁷ שו"ת הריב"ש, סי' שצב, ד"ה ועתה יש לבאר. ש"ך חו"מ קכד, סק"ד. ראה פס"ד בערעור תשט"ז/110 פד"ר ב, עמ' 142, בעמ' 160.

⁷⁸ ערעור תשמ"ז/271 פס"ד מיום איב סיון תשמ"ח. בדין ישב גם הראשל"צ הרב עובדיה יוסף.

⁷⁹ ערעור תשט"ז/110, פד"ר ב, עמ' 142.

ביטול ההרשאה

האם ניתן לבטל הרשאה למורשה, והאם יש דרישת צורה לביטול, כו גם חובת יידוע הצד השני? הפסקת ייצוג ע"י המורשה, מבחינת הדין ודאי שאפשרית, ככל פועל שיכול לחזור בו בחצי היום.⁸⁰

אך הדבר הוגבל בכללי לשכת עורכי הדין (החלים אף על טוענים רבניים, כאמור):

13. (א) קיבל עורך דין ענין לטיפולו, אינו רשאי להפסיק את הטיפול בו אלא אם כן נתגלעו חילוקי דעות בינו ובין לקוחו בנוגע לאופן הטיפול, או שנוצרה מניעה מבחינה חוקית או מבחינת האתיקה המקצועית, או בשל אי תשלום שכר טרחה והוצאות, או מחמת סיבה אחרת המצדיקה את הפסקת הטיפול.

(ב) החליט עורך דין להפסיק טיפול בענין לפני סיומו, יתן, ללא דיחוי, הודעה על כך ללקוחו, וחובה עליו, במידת האפשר, להפסיק את הטיפול באופן שלא יפגע בעניינו של לקוחו.

(ג) היה ענין תלוי ועומד לפני בית המשפט, לא יפסיק עורך דין לייצג את לקוחו אלא בכפוף להוראות כל חיקוק.

הסיבה לכך היא נזק הנגרם כיום ללקוח, הן כספי, שעל כך אפשר אכן לתבוע את עורך הדין לשלם על כך מדין דבר האבד: 'שוכר עליהן או מטען',⁸¹ והן דיוני, כגון שאין אפשרות לשכור עו"ד אחר לפני דיון חשוב, ודחייתו גם גורמת נזק ללקוח.

ביטול השליחות ע"י המרשה, כמובן שחלה רק מכאן ולהבא, ואפי' הסכמה למתן רשות ערעור שכנגד, אין אפשרות לבטל.⁸²

אם הקנה את נשוא ההרשאה בקנין למורשה, כנוסח שטרי ההרשאה, דנו הראשונים אם יכול לחזור בו.

מקור הדין הוא דברי הרי"ף:

איתמר משמיה דרב יהודאי גאון זצ"ל דקי"ל דשליחא שויא הלכך אי בעי לבטולי שליחותיה ואורוכי איניש אחרינא אית ליה רשותא למעבד הכי.⁸³

פסק זה מתאים לדברי הרא"ש והטור, שקי"ל שליח שוויה. אך גם הרמב"ם שסבירא ליה, שהרשאה היא הקנאה למורשה, פוסק שיכול לחזור בו.⁸⁴ הדבר מוכיח את דברי מהרי"ט אלגאזי

⁸⁰ שו"ת נודע ביהודה, מהדו"ק, חו"מ סי' ל, אות ט.

⁸¹ שו"ע חו"מ סי' שלג.

⁸² ערעור תשנ"ח/897 (לא פורסם). החלטה מיום ה' אלול תשנ"ח, ע"י הרב ש. דיכובסקי.

⁸³ רי"ף מסכת בבא קמא דף כז עמוד ב.

בדעת הרמב"ם, דאף שיש כאן קנין גמור, ההקנאה מוגבלת כדי שיוכל לדון עם הנתבע, כתובע את שלו. וכן מדייק מלשון ההרשאה "כל דמתעני מן דינא עלי הדר", שאינו קנין גמור.⁸⁵ לכן גם בנידון דידן, יכול המרשה לבטל ההרשאה. וכן נפסק בשו"ע (חו"מ, קכב, ג).

יפוי כח בלתי חוזר, כתב הרב צ.י. בן יעקב בספרו משפטיך ליעקב, שנראה שאינו יכול לחזור, ככל תנאי שבממון. ושונה משליחות גט שמוכח מהגמי בגיטין בריש השולח שיכול לחזור, דגט על הבעל בעצמו ליתן, וברצונו החופשי. וברגע שמודיע שאין רצונו כן, אין דעת השליח מספיקה למתן הגט. אך בממון, מהני התנאי שלא יוכל לחזור מהסכמתו לפעולות השליח, ככל תנאי שבממון.⁸⁶

ביטול השליחות בלא ידיעת הצד שכנגד

כ' הרא"ש:

אבל אם בטל ההרשאה בלא ידיעת המורשה והלך וטען עם המחזיק בנכסים ונתחייב בדיון לא מצי המרשה למימר כבר בטלתי שליחותי. דכיון שנזקקו ב"ד לדון על פי ההרשאה והיה כתוב בו זיל דון וזכי ואפיק לנפשך דיניהם דין.⁸⁷

לדעת הרא"ש, אם הלך המורשה עם כתב ההרשאה, אף אם ביטל המרשה את ההרשאה, חייב לשלם על פי הדין, כיון שכתוב בשטר ההרשאה זיל דון וזכי ואפיק לנפשך. והביאו הטוש"ע להלכה.⁸⁸

אולם הרמ"א שם כתב, שאם ידע המורשה בביטול השליחות, אע"פ שהנתבע לא ידע, הדין בטל. והש"ך שם סקי"א השיג על כך, דגם לדעת הרא"ש, ביטול השליחות הוא רק על ידי לקיחת כתב ההרשאה מהמורשה. דאם לא כן, איך אפשר לדון על פי כתב הרשאה, יטען הנתבע שאין רצונו לדון עימו, שמא ביטל המרשה את השליחות (וזה אחד מהטעמים שיכול לומר השליח לאו בע"ד דיד את לשליח הנתבע מעיקר הדין). וכתב הש"ך דאפשר שגם המחבר ס"ל כן, בדעת הרמב"ם, שהכל תלוי בכתב ההרשאה.

ודברים אלו מפורשים בר"י מיגאש:

ע"כ אמרנו שיכול המורשה לבטל הרשאתו אבל לענין מה שקבל מבני אדם וגבה מן החובות מבעלי חובות בכח ההרשאה שבידו המרשה חייב בכל מה שקבל המורשה שלו אא"כ בטל

⁸⁴ רמב"ם פרק ג' מהל' שלוחין, הלכה ח'.

⁸⁵ מהרי"ט אלגאזי, בכורות פ"ח סי' עב, ד"ה הנה.

⁸⁶ משפטיך ליעקב, ח"ב, סי' לו. דין זה חשוב למסירת יפוי כח בלתי חוזר לעו"ד לכתיבת הערת אזהרה לטובת הצד השני במכירת דירה למשל. אפשרות ביטול ההרשאה, הופכת את ההליך לבלתי אפשרי.

⁸⁷ רא"ש מסכת בבא קמא פרק ז סימן ה.

⁸⁸ חו"מ סי' קכב, סעיף ג'.

הרשאתו או החליף אותה והודיע את בעל חובו. ומי שיש לו אצלו דבר או עשה זה בב"ד או שהעיד עדים בכתב או שלא בכתב ולא היה הענין בסתר שיש לבעל הממון לטעון ולומר כבר בטלתי אותו בעדים וידעו רוב העולם בכך והיה לך לשאל על זה ולהתעכב מלתת וכיון שלא עשית כן אתה הוא שהפסדת על עצמך.

אבל אם טען המרשה אני בטלתי הרשאתי בסתר ואפי' שהיה זה בעדים הואיל ולא היה זה בב"ד ולא בפומבי אין טענה זו מועלת לו כלום ומה שקבל המורשה שלו אח"כ הוא נחשב עליו וחייב בו ולא יפסיד הנותן ממנו שום דבר כלל. ומה שאמרנו שהנתבע יכול לדחות את המורשה ולומר לו לא אתן לך דבר שמא מי שהרשה אותך חזר בו או הרשה זולתך אין זה מטעם שאם נתן למורשה דבר שיפסיד אותו אבל כל הדברים הללו הם אם רצה הנתבע לדחות ואם ירצה יאמר אותם ואם לא ירצה לא יאמר ואם אמר אותם הם על דרך האזהרה לעצמו וההשמר מדברי ריבות ומלטרוח לקיים הרשאתו שהוא רוצה לברוח מהטורח ומהקטטה ויכול לומר זה עד שיברר המורשה שההרשה לא נשתנה ולא שינה אותה כלל זו היא טענה לנתבע בדוקא שיכול לשמור עצמו מהטורח אבל אם רצה ליתן לא יפסיד כלום ובתנאי שלא היתה בטלת ההרשה מפורסמת כמו שנתבאר. עוד הוציא דין זה ממקום אחר והוא שיכול לומר לו אפי' את"ל שבטלת שליח זה ואינו שלוחך הרי אתה גרמת לי הפסד ממון והואיל ואתה גורם אתה חייב לפרוע לי מה שגרמת לי להפסיד אותי והפסדתי אותו בעשותך אותו שליח ורימתני עד שנתתי לו והיית אתה סבה להפסד ומה שאתה מחוייב לפרוע לי לסיבת שאתה הוא הגורם הוא יפטור אותי שליח ואם אח"כ בטלת אותו איני חייב דבר מזה הטעם ג"כ אמר רבינו שמי שהממון אצלו הוא נפטר ממנו. עוד אמר ומה שאמרנו שהמלוה א"א לתת אותה לשום אדם במתנה דוקא אם היתה מלוה על פה אבל מלוה בשטר אפשר לתת אותה במתנה ויקנה אותה מפני ששעבוד השטר על הקרקעות והוא ליה כאלו הקנה לו דבר נמצא בעין והיה דינה כדין דפקדון ע"כ.⁸⁹

שיטת הר"י מיגאש דרק בביטול בבי"ד או באמצעי אחר גלוי ומפורסם, מתבטלת ההרשה כלפי כולי עלמא. אך אם ביטל אפי' בפני עדים, והמרשה לא דאג ליידע את הצד השני, הוא חייב כלפיהם כאילו היתה הרשאה (מצד סמכות נחזית כלפי צד שלישי). כמו כן חייב השליח שרימה והציג עצמו כבעל יפוי כח מהמשלח, והוא חייב על כל הנזקים שייגרמו מצד עצמו.

מורשה הפועל ללא מינוי בכתב

אדם המבקש למנוע נזק מרכוש חבירו, רשאי לפנות לבית הדין, אף ללא הרשאה בעלי הנכס, אם לא ניתן להשיגה, ובית הדין יקבלו כמורשה, מטעם 'זכין לאדם שלא בפניו', שהרי ודאי יסכים למינוי מורשה שיעצור את הנזק המתרחש כעת ברכושו.⁹⁰

⁸⁹ שו"ת הר"י מיגאש סימן ר.

⁹⁰ תרומת הדשן, פסקים וכתבים, סי' ריז. נפסק להלכה ברמ"א חו"מ סי' קכב, א.

מינוי על ידי בית הדין

יש ובית הדין ממנה מורשה לטעון משום פתח פיך לאילם. הדין ביחס לאפוטרופוס לקטן ושוטה יידון להלן. המינוי כאן אינו לפסול דין, אלא לאדם שבית הדין רואה שהוא נזקק לעזרה בעריכת טענותיו לפני בית הדין. אם מפני חולשת שכלו, אם מפני קבוצת אוכלוסיה חלשה. מדובר בתקנות שהן כעים יחידת הסיוע הפועלת בבתי המשפט, לסיוע משפטי לחלשים.

תקנות אלו מצינו בתקנות קראקא שנת שנייה, לפיהן על בית הדין למנות מורשה לטעון עבור אלמנות ויתומים, כמו כן יש רשות לפי התקנה לבית הדין למנות מורשה לאחד מבעלי הדין לפי שיקול דעתו.

כמו כן נתקן בתקנות מגורשי קשטיליא, למנות מורשה לתובע זקן או חולה, או אם אין כבודו לבוא לבית הדין.⁹¹

גם בבתי הדין בארץ מצאנו מינוי עורך דין לדל מפני דלותו, וכתב שם הרב עוזיאל, שכן נוהגים כל בתי הדין.⁹²

מנהג זה מוסדר בתקנה מח(1) לתקנות הדיון:

התברר שבעל-הדין אינו יכול לפעול בעצמו וגם אינו יכול למסור הרשאה כדין ושעיכוב בדיון עלול לגרום נזק לבעל הדין, יכול בית-הדין להרשות לאדם אחר לפעול בשם בעל-הדין ולהגן על זכויותיו גם בלי הרשאה בכתב.

מכח תקנה זו נפסק, כי קרובי אישה בלתי שפויה בדעתה, רשאים לייצגה ללא כתב מינוי, בשאלת מתן היתר נישואין לבעל, והזכויות הממוניות שלה.⁹³

כמובן שאם יש ייצוג לפסול דין של אפוטרופוס, הוא מייצג באופן בלעדי, ואין צורך בייצוג של אדם אחר.

⁹¹ בספר כרם חמר ח"ב חלק התקנות, סי' קע.

⁹² ערעור 1/3/711, לא פורסם. מצוי בגנזך המדינה.

⁹³ ערעור תשי"ז/114, פד"ר ב, עמ' 364.

ייצוג בעלי דין רבים

במקרה של בעלי דין רבים, קיים צורך לייצוג משותף, של אחד שיטען עבור כולם. הן מבחינת הטרחת כל בעלי הדין לכל דיון, דבר שפעמים אינו אפשרי, הן לעניין הדיוני – בעלי דין רבים גורמים לחוסר סדר. גם לצד השני יש זכות לומר שאינו יכול לטעון נגד רבים, כי משתתקין טענותיו מחמת יראה ופחד. אך זכות זו היא רק למניעת הופעת כולם כאחד, אך יכולים הם להתדיין בזה אחר זה.⁹⁴

במקרה שאחד מהשותפים תובע, מעיקר הדין אין צורך בשטר הרשאה, כי נחשב השותף כשלוחו של שותפו, ו"כאילו הרשו זה את זה לתבוע כל החוב".⁹⁵

בהלכה אין הבדל אם בשם התובע השותף תבע גם בשם שותפו, אם לאו. בית הדין מתייחס למהות התביעה, ופחות לצורה. כמו כן, אם הוגשה התביעה גם בשם השותף, והשותף הוכיח שלא ידע מהתביעה, ולא היה ביכולתו לדעת, פסק הדין אינו מחייבו.⁹⁶

לכן, פסק הרב א' גולדשמיט בתביעת אישה נגד בעלה בשאלת החזקת הילדים, ומזונותיהם, שאין חסרון באי כתיבת הילד כתובע, אלא אמו בלבד, דאין נוסח הבקשה קובע, מיהו בעל הדין בעניין, אלא מהותה. לכן פסיקת בית הדין קיימת גם כלפי תביעת הילד בשם עצמו ע"י אימו כאפוטרופוסית.⁹⁷

חריגים לדין זה רבים, כגון הודאה של השותף בדין לא מחייבת את שותפו, או שאמר אין לי ראייה, אמירה הגורמת לחוסר יכולת להביא ראיות אח"כ, אין הדברים מחייבים את שותפו.⁹⁸

כמו כן, אם השותפים נתבעו לדין, אין לחייב השותף שלא נתבע לדין, כי אין לראות בשתיקתו הסכמה להתדיין, אלא יכול לומר: "מה ששתקתי, כי אמרתי מי ייתן שלא היה תובע אותי לעולם לדין".⁹⁹

⁹⁴ שו"ע חו"מ סי' יז, ד. קעו, לה.

⁹⁵ שו"ת הרשב"א, ח"א סי' אלף פב. מקור הדין מהגמ' בכתובות צד. במימרא דרב הונא. ונפסק להלכה בשו"ע, חו"מ, קכב, ט.

⁹⁶ שו"ע חו"מ, סי' קעו, כה.

⁹⁷ בד"מ 1/60, וינטר נ' בארי. למרבה הצער, דעת הרוב היתה הפוכה, ודבר זה נובע מאי הבנה של המשפט העברי. שאלה נפרדת שם היתה על מטרת בית הדין המיוחד שהיה מועצה משותפת שווה של דיינים ושופטים, והבג"ץ בחלטתו על הרכב עם רוב לשופטים, הפך את בית הדין המיוחד לחוכא ואטלולא, עד שאכן הפסיק לזמנו להכריע על סוגיות סמכות שבמחלוקת. ראה: ע"א 620/61 יחזקאל נ' יחזקאל פ"ד טז, עמ' 1184.

⁹⁸ שו"ע חו"מ קעו, כו.

⁹⁹ מרדכי כתובות רלט. נפסק להלכה בב"י על טור חו"מ סוף סי' קכב, מחודשים סק"ו. וכן ברמ"א קכב, כה.

ייצוג אישה על ידי בעלה, אב עבור בתו

בעל ואישה שתובעים, דינם כשותפים, שאם אחד מהם בעיר, בשעת התביעה של השני, פסק הדין מחייב את שניהם.¹⁰⁰

אב שטוען עבור בתו, הרי הוא כמורשה שלה, ואם הסכים לפשרה, מה שעשה עשוי, דמסתמא נתרצית בכל מה שעשה אביה... כיון שהדרך היא שאין האישה באה לבית דין, ואביה בא לטעון בעגה, ודאי דהיא נתרצית לכל מעשה אביה.¹⁰¹

הפסקת הופעה ע"י בית הדין

הרמב"ם כתב באחת מתשובותיו:

אמנם כבר נהגו אנחנו וקדמונו בראותינו שהמורשה מכין להקניט ולקנטר ובטל [קרא: נבטל] ההרשאה ונצוה להביא את בעל הדין שידון הוא עצמו עם בעל דינו. המורשה מתרשל בטענות הדין לסלק המורשה ולצוות להביא התובע לדון עם בעל דינו ויצא דין לאמתו. וכתב משה.¹⁰²

יש כח לבית הדין, להשעות מורשה בדין, ולהפסיק את ייצוגו של בעל הדין ע"י מורשה זה.

הטעם שנכתב הוא שהמורשה ממקניט ומקנטר, ובמהדו' בלאו הנוסח הוא "בראותינו המורשה מתרשל בטענות הדין", שגם סיבה זו מספיקה להשעייתו.

בית הדין רשאי, לפי תקנה נא בתקנות הדיון, להפסיק הופעה של מורשה:

נא. בית-הדין יכול להפסיק את הופעתו של כל מורשה במשפט, אם הוא רואה שהמורשה מפריע להוציא דין אמת לאמיתו או שאינו מציית להוראת בית-הדין או שאינו מתייחס לבית-הדין בכבוד הראוי.

אם עורך הדין מפריע לחקירת בית הדין, בצורה שאינה מאפשרת חקירת העדים, על ביה"ד להפסיק הופעתו של עורך הדין.¹⁰³

¹⁰⁰ תיק תשס"ו/798, פסקי דין מבי"ד ירושלים לממונות, כרך יא (תשס"ט) עמ' לח.

¹⁰¹ שו"ת אורח מישור, לר' רחמים אליהו חזון, חו"מ, סי' יח בסופו.

¹⁰² שו"ת הרמב"ם סימן תיא.

¹⁰³ ערעור תשל"ב/8 (לא פורסם). פס"ד מיום כג טבת תשל"ב. ישבו בדין הרב זיולטי, הרב ישראלי, והרב אליהו.

אם לסירוב עורך הדין להישמע לבית הדין היה יסוד סביר, כגון עו"ד שסירב להורות למרשתו להיכנס לאולם, לאחר שהבעל לא הופיע לדיון למרות שהוזמן שלוש פעמים, והרכב בית הדין היה חסר, קבע ביה"ד הגדול בערעור, שאין הצדקה לפסול את עורך הדין.¹⁰⁴

אין לבית הדין סמכות לפי תקנות הדיון להורות על השעייה כללית של עו"ד או טו"ר מלהופיע לפניו.¹⁰⁵

במקרה חריג, אושרה ע"י ביה"ד הגדול החלטה הפוסלת את עורך הדין להופיע באופן כללי, עד אשר יתנצל לפני בית הדין. מדובר היה בעו"ד אשר "פרץ כל גדר בזילות כבוד בית הדין", וזאת מכח ההלכה (שו"ע חו"מ סי' ח') שבית הדין לנדות ולהכות מכת מרדות, מי שמזלזל אפ"י בשליח בית הדין.¹⁰⁶

כמובן שבית הדין יכול להעביר תלונה בעניין לבית הדין המשמעותי של לשכת עורכי הדין.¹⁰⁷

קנס כספי על הפרעה בדיון

מצינו בגמרא שעל אי ציות להזמנה לבית הדין אפשר לקנס:

אמר רבא: מנלן דמשדרין שליחא דבי דינא, ומזמנין ליה לדינא... ומנלן דאי מתפקר בשליחא דבי דינא... ומנלן דמשמתינן... ומנלן דמחרמינן... ומנלן דמפקרינן נכסיה – וכל אשר לא יבוא לשלשת הימים כעצת השרים והזקנים יחרם כל רכושו והוא יבדל מקהל הגולה. ומנלן דנצינן ולייטינן ומחינן ותלשינן שיער ומשבעינן... ומנלן דכפתינן ואסרינן ועבדינן הרדפה – הן למות הן לשרושי הן לענש נכסין ולאסורין.¹⁰⁸

וכן הוא בריטב"א שם:

ומנא לן דמשמתינן. פי' שמנדין למאן דלא אתי לדינא אפי' בלשון שמתא שיש מיתה בו... וקמ"ל שיש רשות ביד ב"ד להחמיר בנידויו הן בגופו הן בממונו הן להאריך זמן נידויו ולקנסו כל הנטפלים לו ועוזריו.

¹⁰⁴ ערעור תשנ"א/106 (לא פורסם). החלטה מיום כד תשרי תשנ"ב. בדין ישבו הראשלי"צ הרב אליהו, הרב ש.דיכובסקי והרב י.נדב).

¹⁰⁵ ערעור תשל"ט/268 (לא פורסם). החלטה מיום כח אלול תשל"ט. בדין ישבו הרב א.גולדשמיט, הרב ש.ישראל, הרב י.קאפח).

¹⁰⁶ ערעור 0142-64-1. כמו כן נפסק פסילת ייצוג כללית בערעור 1351-35-1.

¹⁰⁷ ראה: "מעמדו ההלכתי של בית הדין המשמעותי של לשכת עורכי הדין", משפטי ארץ – דין דיון ודיון, עפרה תשס"ב.

¹⁰⁸ בבלי, מועד קטן טז, א.

ועיין בתשובת הרי"ף (סימן קמו):

שאלה. מי שלא קבל הדין על עצמו ונדוהו בית דין מותר לדבר עמו או לא ואם לא קבל על עצמו לא הדין ולא הנידוי היש מן הדין לכופו ולחבוש אותו או לא... ומי שלא קבל את הנידוי והדין מלקין אותו שהרי מי שנדו אותו וישב עד ל" יום ולא אתא [לב"ד] למשרא שמתיה מלקין אותו וכל שכן מי שלא קבלו עליו כלל וכתב הן למות הן לשרושי הן לענוש נכסין ולאסורין.

אמנם מדברי הרמב"ם נראה דפירש את שאלת הגמרא לגבי אפשרות בית הדין לכפות משום מיגדר מילתא:

"וכן יש לדיין תמיד להפקיר ממון שיש לו בעלים ומאבד ונותן כפי מה שיראה לגדור פרצות הדת ולחזק הבדק או לקנוס אלם זה והרי הוא אומר בעזרא וכל אשר לא יבוא לשלשת הימים כעצת השרים והזקנים יחרם כל רכושו מכאן שהפקר בית דין הפקר."

והובאו גם הדברים בשו"ע (חוי"מ סימן ב):

"כל בית דין, אפילו אינם סמוכים בא", אם רואים שהעם פרוצים בעבירות (ושהוא צורך שעה) (טור), היו דנין בין מיתה בין ממון, בין כל דיני עונש... ויש להם להפקיר ממונו ולאבדו כפי מה שרואים לגדור פרצת הדור."

ולכאורה פירוש הרמב"ם מבוסס על הגמרא (יבמות פט):

"הפקר ב"ד היה הפקר, דאמר ר' יצחק: מנין שהפקר ב"ד היה הפקר? שנא': כל אשר לא יבא לשלשת הימים בעצת השרים והזקנים יחרם כל רכושו והוא יבדל מקהל הגולה."

וכן פירש הריטב"א שם בדבריו:

"הפקר ב"ד הפקר שנאמר וכל אשר לא יבא. ופסק הרמב"ם ז"ל דה"ה לכל ב"ד חשוב בכל מקום ובכל זמן וכדאמרינן במס' משקין (ט"ז א) ומגלן דמפקרינן."

היינו דהגמרא שם לומדת מפסוק זה את דין הפקר בית דין הפקר. ולכאורה קשה דאם כן הוא איך שייך ללמוד מהפסוק את הדין שמפקירים ממון בעניין אדם שלא בא לבית דין, והלא הפסוק מדבר בבית דין חשוב שיכול להפקיע ממון ומהיכן נלמד דין אפקירותא שנאמר בכל בית דין.

וכיוצא בזה ראה גם בשו"ת אבני נזר (חלק יורה דעה סימן קכו).

ולפי זה הרי שבמקום שיש אפשרות כפיה מדין קיום המצוות הרי שגם ניתן לכופו בדרך של קנס הממון כפי המבואר, ונכונים הדברים גם לגבי מקום שהאדם מזלזל נגד מצוות בית הדין ואינו מקיים, שיכול בית הדין לכופו על דרך ממונו.

עורך הדין בבית הדין הרבני

ועיין גם בשו"ת חיים ביד (סימן צג) לרבי חיים פאלאג'י:

"גם ראיתי בתשו' מוהר"מ ב"ב ק"ק סי' י' שכתב על מי שסירב מלקבל את הדין שפסקו הב"ד של ג' כתב ז"ל וכל ג' שנתמנו ב"ד על ישראל הרי הוא כב"ד של מש"ר שאם היה רוצה לילך אחר ב"ד של מקומות אחרים היה צריך לבקש בסוף העולם וכ"ש וכו' ויש מן הדין לקונסו ממון ורידוי הגוף."

נראה מכל הפוסקים הנ"ל שבית הדין יכול לכפות ע"י קנס ציות לבית הדין, ולו משום אפקירותא.

ואף ברידוי הגוף, שהינו היום מאסר על ביזוי בית הדין לפי חוק בתי דין דתיים (מניעת הפרעה) אך לא חל על עורכי דין:

2. (א) אדם העושה אחד המעשים שלהלן בעת דיוני בית הדין, באולם בית הדין, בלשכתו של דיין, קאדי או קאדי מד'הב או סמוך למקום הדיון, רשאי בית הדין לצוות על הרחקתו, ורשאי הוא, לאחר שהתרה באדם להימנע מהפרעה והוא לא שעה להתראה, להענישו על אתר בקנס או במאסר עד שלושה חדשים:

(1) מתנהג בדרך של אלימות או איומים או בדרך פרועה או מבישה;

(2) מקים רעש כדי להביע הסכמה או אי הסכמה לפעולה משפטית או להחלטה של בית דין;

(3) מאיים על פקיד בית הדין או מפריע לו בצורה אחרת למלא תפקידו;

(4) מפריע בדרך אחרת לדיוני בית הדין.

(ב) על עונש שהוטל לפי סעיף קטן (א) יתן בית הדין מיד הודעה בכתב לנשיא בית המשפט העליון; הנשיא, או שופט אחר של בית המשפט העליון שהנשיא קבע לכך, רשאי, לאחר שזימן את הנידון אם ביקש זאת, לבטל את העונש או לשנותו לקולה.

(ג) סעיף זה לא יחול על מי שנתון באותו ענין לשיפוט משמעתי על פי חוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961, והוא נמצא באולם בית הדין לרגל תפקידו.

לגבי טוענים רבניים, הגם שברוב החוקים והתקנות מעמדם בעת הדיון בבית הדין הרבני השווה לשל עורכי דין, לרבות החלת כללי האתיקה בכללי לשכת עורכי הדין על הטו"ר, מכח סעיף 15(ג) לתקנות הטוענים הרבניים תשס"א - 2001, וקיום בית דין משמעתי לטו"ר, מכח סעיף 16 לתקנות הנ"ל. כאן בחוק אין התייחסות לטוענים רבניים, ואכן מצינו מקרים שטוענים רבניים נקנסו לפי חוק זה (חוק בתי דין דתיים – מניעת הפרעה):

בד"ר אזורי קנס טוען רבני ב 500 ₪ על הפרעה בדיון, אחר שהתרעות לא הועילו.

בית הדין הפנה לדברי הסמ"ע (שו"ע חו"מ סימן א ס"ק כא) אשר הביא את דברי תרומת הדשן שמשמע ממנו כי יכול בית הדין לפסוק קנס כדי לפעול לצורך מימוש פסק הדין. בנוסף מפנה בית

הדין לשו"ע חו"מ סימן ב, וכוונתו לכאורה להלכה לפיה רשאי בית הדין לקנוס בעניין של צורך שעה, וכן אושר הפסק בביה"ד הגדול. אמנם מפני כבוד הטוען הרבני הותיק, וההוצאות הרבות שהוציא לטהר את שמו, נעתר ביה"ד הגדול לדון שוב בהחלטה לאחר קבלת מכתב התנצלות.¹⁰⁹

יש להעיר, שעל פי פרשנות תכליתית של חוק זה, ראוי להחיל את הגבלת הענישה על עו"ד, גם על טוענים רבניים, ולהפנות תלונה בעניינם לבית הדין המשמעתי של הטו"ר.¹¹⁰

טעינת טענות לחילופין

האם יכול המורשה, עקב אי ידיעת העובדות לאשורו, לטעון לחילופין? אם היה כך אז אני טוען כך, ואם אכן אירע אחרת, אזי טענתי היא כך?

בנידון זה יש חילוק בין מקום שהיה על בעל הדין לידע, וטענות סותרות מגרעות את אמינות טענתו, לבין מקרה שניתן לקבל טענה בדבר אי ידיעה, וכנראה שיש לקבל טענה לחילופין.

הרא"ש בתשובה, על ראובן שמשכן ביתו לשמעון, וכשבא לא מצא את המחיצות, ושמעון ענה שלא משכנת לי מחיצות כלל, ואיני מודה שהיו שם מחיצות. ואם היו, אני לא רציתי לקבל במשכונה (באחריות). הרא"ש השיב: "יראה לי שדברי שמעון מגומגמין הם, ואין ולא ורפיא בידיה".¹¹¹

פרופ' אליאב שוחטמן הוכיח מתשובה זו, שאין מקבלין טענות לחילופין.¹¹² ויש להוסיף, שגם הטענה הראשונית שלא היו מחיצות כלל, מאבדת מכחה, היות ולא טוען שכך היה בוודאות, אלא כמסתפק.

אך אם אי הידיעה אינה מגרעת את אמינות טענתו, שלא הוה ליה למידע, כנראה שבית הדין מקבל טענה לחילופין.

¹⁰⁹ תיק מספר: 875507/1 (פורסם באתר בד"ר. החלטה ניתנה ביום כ"ב חשוון תשע"ג. בדין ישבו הרב ש.מ. עמאר, הרב צ. בוארון, הרב א. איגרא).

¹¹⁰ אמנם הרכב בית הדין המשמעתי שונה, וכולל רק דיינים, אך אין זה סיבה לקנוס את הטו"ר ישירות ולא דרך בית הדין המשמעתי.

¹¹¹ שו"ת הרא"ש, צא"ד.

¹¹² בספרו סדר הדין, עמ' 235.

סיכום

- בעל דין המיוצג ע"י מספר מורשים, יכול הצד השני לטעון כי מסתתמין טענותיו, מחמת ריבוי בעלי הדין ממולו, כדין סכסוך עם שותפים, שיכול הצד שכנגד, לתבוע להתדיין מול כל אחד בנפרד. אמנם אם לכל אחד מהמורשים יש תפקיד ותועלת אחרת בדין, כעו"ד וטוען רבני, אין זכות לדרוש להתדיין מול אחד מהם בלבד.
- אם כתוב בשטר ההרשאה בין לפשרה בין למחילה, ודאי שהודאת המורשה מחייבת את משלחו. אם לא חתם על כך, נחלקו האחרונים בפרטי הדינים בזה, מתי המחילה מחייבת. אם היה הבעל דין בדיון, ושמע הודאה אפי' לא מפורשת, ושתק, נחשב כאילו הוא עצמו הודה.
- אפשר עקרונית לבטל את הרשאת המורשה, כדין כל שכיר, אף אם הקנה לו חלק מנשוא התביעה. אם הצד השני לא ידע מביטול התביעה, והמבטל לא פרסם הדבר כראוי (הודעה לבית הדין וכדו'), בעל הדין מתחייב על פי תוצאות הדין, מכח סמכות נחזית כלפי צד שלישי. מיפוי כח בלתי חוזר, כתב הרב בן יעקב, שאי אפשר לחזור, ככל תנאי שבממון.
- לבית הדין יש סמכות למנות מורשה לדל שאין באפשרותו לשכור בעצמו, וכן להרשות הופעה של מורשה ללא יפוי כח, למניעת נזק מידי.
- שותף שהיה בעיר ונתבע לדין ולא בא, אין הדבר מוכיח הסכמה מכללל לייצוג ע"י שותפו שבא לדין, כי מצי אמר, ולוואי שלא יתבעוני לדין לעולם.
- יש כח לבית הדין להשעו מורשה, ולהפסיק הופעתו בפניו, עקב התנהגות לא הולמת, ואף לקונסו בממון ולאוסרו, מכח בי"ד להעניש על אפקירותא.

פרק ו - קטן כבעל דין וייצוגו

לגבי קטן כבעל דין נאמר במדרש: 'ושפטתם צדק בין איש ובין אחיו' – להוציא את הקטן.¹¹³

מה משמעות פסול הקטן כבעל דין?

המשנה בשבועות אומרת שאין נשבעים על טענת קטן, מן התורה. אך רבנן תקנו שבועה, על טענת קטן, שלא יהא אדם נוטל ממונו של קטן, והולך לו.

ואין משביעים את הקטן. הטעם הוא מפני שאין בו דעת, ואינו מבין חומר שבועות. וההלכה היא שאין מקבלין עדות על קטן, והוא פסול להעיד.¹¹⁴

הלכות אלו אכן מצמצמות מאוד את המשפט שקטן הוא צד בו. אך אין בהגבלה על השבועה והעדויות משום פסילת ההליך כולו אם קטן מעורב בעניין. לגבי הלכות שבועה יש מערכת דינים כיצד ניתן לקיים דיון באדם שחשוד על השבועה, שלא ניתן להשביעו.

כמו כן, היום שאין בית הדין נוהג להשביע כלל, אין חיוב השבועה מונע מלדון בתביעת קטן, היות ואין שבועה בפועל כלל.

טענת קטן שהוזכרה, אין הכוונה שיבוא הקטן בעצמו ויתבע, אלא האפוטרופוס שלו או מי שסמוך על שלחנו (שהוא מעין אפוטרופוס טבעי, בימים שהאימוץ לא הוסדר באופן חוקי).¹¹⁵

אם אין לקטן אפוטרופוס, בית דין ממנין לו אפוטרופוס לצורך ההתדיינות מול הנתבע.¹¹⁶

כאן רואים את ההלכה, שלמרות שיש טענות, שבית דין טוען עבור יתומים וקטנים, אין בית הדין מגיש תביעה, ואין הוא מנהל את הליך זימון העדים והבאת הראיות.¹¹⁷

הר"ן בפרק ב' בקידושין, (הביאו הרמ"א בחו"מ ריש סי' רצ) ביאר הטעם שבי"ד ממנין אפוטרופוס לטעון עבור היתומים, בשביל שלא יהיו נראים כעורכי הדיינים – על הדיינים לשמור על איזון במשפט, ולא להיראות כפועלים עבור אחד מהצדדים.

האפוטרופוס הנזכר, למעשה הוא טוען – עו"ד הממונה מטעם בית הדין עבור פסולי דין. ונאמנותו בדין היא לטובת הקטן.

המקור לדין זה, הוא מהפסוק: וְנָשִׂיא אֶחָד וְנָשִׂיא אֶחָד מִמֶּטָה תִּקְחוּ לְנַחַל אֶת הָאָרֶץ.¹¹⁸ שממנו דורשת הגמ' שיש זכות לבית הדין למנות מורשה – אפוטרופוס, שיכול לבחור נחלה וצורת חלוקה

¹¹³ ספרי דברים א, טז. וכן הלכה בשו"ע חו"מ צו, א-ב.

¹¹⁴ שו"ע חו"מ כח, יט. לה, א.

¹¹⁵ שו"ת הרשב"א המיוחסות, סי' פז.

¹¹⁶ שו"ת הרמב"ם, מהדורת בלאו, סי' רכט.

¹¹⁷ וראה תוס' כתובות לו, ב ד"ה החרשת. דר"י הקשה דאין בי"ד טענינן מספק היכי דאיהי לא טענה.

ליתומים בנכסי אביהם, כמו שמצינו בחלוקת הארץ, שנבחר נשיא אחד שימש נציג השבט לבחור נחלה.¹¹⁹

כשירות הקטן למקח וממכר

קטן שאין לו אפוטרופוס, אינו יכול עד גיל שש להקנות לאחרים כלום. ומגיל שש אם בדקוהו ומצאו שיודע להתנהל במו"מ, ומגיל 10 כל שאינו שוטה, יכול להקנות לאחרים. כל זה הוא במטלטלין מתקנת חכמים, כדי שיכול להתעסק בסחורה למזונו, (כדי חייו).¹²⁰

בקרע אינו יכול לסחור עד שיגדיל. ואם זו קרקע שירש מנכסי אביו,¹²¹ אינו יכול למכור עד גיל עשרים.

אך אם לקטן יש אפוטרופוס, אין מעשיו כלום עד שיגדיל, אלא מדעת האפוטרופוס.¹²²

אפוטרופוס זה יכול שמינהו אבי היתומים, או מי שהיתומים סמוכים על שלחנו.

הקטן כנתבע

אמר רב יהודה אמר רב אסי: אין נזקקין לנכסי יתומים אלא אם כן היתה רבית אוכלת בהן; ורבי יוחנן אומר: או לשטר שיש בו רבית, או לכתובת אשה משום מזוני.¹²³

הכלל המרכזי אומר, שאין להגיש תביעה כנגד קטין. ואין האפוטרופוס רשאי לייצגו בבית הדין, כי כל ההצדקה לפעולות האפוטרופוס, שהן נעשות לטובת הקטין, אך לייצגו בתביעה, אין זו טובתו, אלא אם כן הוא מפסיד מהמתנה להגיעו לבגרות, כגון שנצבר רבית (במקום שמותר לגבותה) או בשביל לגבות כתובת אישה מהנכסים שירש מאביו.

הכלל לגבי פעולות האפוטרופוס המותרות בנכסי הקטן נאמר בגמ' בגיטין:

ואין אפוטרופין רשאים לדון לחוב ולזכות בנכסי יתומים. לזכות אמאי לא? אלא, לחוב על מנת לזכות בנכסי יתומים.¹²⁴

¹¹⁸ במדבר פרק לד פסוק יח.

¹¹⁹ בבלי, קידושין מב. ועיי בתוסי' שם ד"ה ובוררין, אם נאמר הדין בחלוקה ע"י בחירה או גורל.

¹²⁰ הלכות אלו הם בחו"מ סי' רלה, ומקורן בגיטין דף סה, נט. ב"ב קנה.

¹²¹ כנראה שהגבלה זו באה בעקבות הכל: מה שבא בקלות הולך בקלות. אם הקטן לא עבד עבור הקרקע, אין הוא מכיר מספיק בערך הקרקע.

¹²² כתובות דף ע. חו"מ סי' רלה סעיף ב.

¹²³ תלמוד בבלי מסכת ערכין דף כב עמוד א.

אך כלל זה לא מנע להתיר לאפטרופוס לחלוק בנכסי יתומים, (בסוגיה בקידושין מב.) מהפסוק יונשיא אחד למטה תקחוי.

התוס' בקידושין חילק בין תביעת חובות שיש לאחרים על היתומים, שיש אינטרס חיובי לקטן לחכות, שמא לא יתבע אותו הקטן כשיגדל,¹²⁵ לבין פעולה משפטית של חלוקת רכוש, שאמנם מקורה בתביעה, אך אין שום אינטרס לקטן לחכות, אין כאן תביעה שיש סיכויים להתפשר או למחול. ולכן, הגם שיש סיכון שהאפטרופוס בחר את החלק הפחות טוב בעבורו, כיון שאין אינטרס ברור לחכות, יכול האפטרופוס לבחור עבורו את חלקו במקרקעין.

הריטב"א שם הביא את שיטת הרא"ש, דשונה מינוי ע"י אבי היתומים מחיים, ממינוי ע"י בי"ד שהוא חזק יותר, וזה לשונו:

וקשיא להו לרבנן ז"ל דהכא אמרינן שמעמידן אפטרופוס ליתומים לחוב על מנת לזכות ואילו התם בגיטין (נ"ב א') אמרינן שאין אפטרופוס רשאי לדון לחוב על מנת לזכות, תירץ הרא"ש ז"ל דהא דהכא באפטרופוס שמינהו בית דין והוא דהתם באפטרופוס שמינהו אבי יתומים שאין כחו יפה כל כך.

ואינו נכון דהא בההיא מתניתא גופא אמרינן ואין ממנין אפטרופוסין נשים ועבדים וקטנים ואם מינן אבי יתומים הרשות בידו אלמא רישא דמתניתא באפטרופוס שהעמידו בית דין עסקינן, ותו דאדרבה כחו של אפטרופוס שמינהו אבי יתומים גדול מאפטרופוס שמינהו בית דין שהרי נתן נכסיו ברשותו וסמך עליו לעשות בהם כדעתו, וכדקתני התם בתוספתא ואם מינן אבי יתומים הרשות בידם כלומר אפילו בדברים שאין עושין אפטרופוס שהעמידו בית דין וכדפרישנא התם.

ואחרים תירצו דהא דהכא לענין חלוקה בלבד וההיא דהתם לשאר דברים, ולא מיחוור דסתמא אמרינן הכא לדון לחוב על מנת לזכות ולא אמרינן לחלוק. והנכון דהתם אמרינן דסתם אפטרופוס אין לו רשות לדון לחוב על מנת לזכות כיון דאיכא צד חובה עד שיטול רשות מבית דין, והכא אמרינן שיש רשות לבית דין להעמיד אפטרופוס על היתומים לחוב על מנת לזכות בין לחלוקה בין לתביעה, ולא דרך כלל אלא כשבא ענין פרטי שרואין שצריך לעשות כן עושין.¹²⁶

הריטב"א אינו מחלק בין סוגי אפטרופוס שונים, ואדרבא, אפטרופוס שמינהו אבי יתומים חזק יותר לעניינים מסויימים הכתובים בגיטין, כמינוינשים וכיוצ"ב. וכן דוחה את שיטת תוס' לייחד את חלוקת הקרקע משאר הפעולות, דאין החילוק הנ"ל מודגש בגמרא.

¹²⁴ תלמוד בבלי מסכת גיטין דף נב עמוד א.

¹²⁵ תוס' קידושין מב ד"ה אלא. מכאן אגב יש להוכיח כשיטת בעל קצות החושן, שאין חובה לשלם חוב – בגדר של פריעת בעל חוב מצווה, אלא אם בעל החוב תובע לשלמו.

¹²⁶ חידושי הריטב"א מסכת קידושין דף מב עמוד א.

אלא שיטת הריטב"א, שאפוטרופוס שמקבל רשות מפורשת מבית הדין על עניין מסויים, לאחר שבית הדין שקל את טובת הקטין והכריע שזוהי טובתו לחלק את הנכס כעת למשל, אז יש כח יותר לאפוטרופוס מכח הרשאת בית הדין, גם לחוב על מנת לזכות לקטן.

חריג נוסף הוא אם התובע מוכן לוותר על מקצת חובו תמורת הדיון כעת, שזו גם טובת הקטין, שגם אם ימצא חייב, ישלם כעת פחות מאשר היה משלם בהגיעו לגדלות. במקרה זה מותר לאפוטרופוס לרדת עם התובע לדין, גם ללא רשות בית הדין.

פסיקת ההלכה

הטור (חוי"מ רצ) הביא בשם הרמ"ה, שכל ההגבלות המוטלות על האפוטרופא, כאיסור למכור שדות ולקחת עבדים, או לרדת לדין עם מי שתבע היתומים (אם זכה בדין, מה שעשה עשוי), הם בלא נטילת רשות מבית דין. אבל ביי"ד רשאין לעשות כל מה שיראה להם שהוא תועלת ליתומים, וכן פסק הרמ"א.

וכתב הב"י (שם, סק"י"ט) שכ"כ הרב המגיד בסוף הלכות נחלות (פי"א ה"י) בשם הרמב"ן (גיטין נב ד"ה הא דתנן), וכן מפורש בתוספתא:

אפוטרופין... אין דנין לחוב ולזכות להכניס ולהוציא ליתומים, אלא אם כן נטלו רשות מבית דין.

אך ישנם מקרים שבהם הקטן חייב להתדיין עם התובע, גם שלא לטובתו:

- תביעה לתשלום חוב על שם אביו שמת, והתביעה היא בתוך זמן ההלוואה, אם יש שטר חוב.¹²⁷
- דבר ברור, ללא חשש שאין צורך לנאמנות בטענה או לעדים, כעדי צוואה, מקבלין בפני הקטן.¹²⁸
- אם בא אדם וטוען שיש לו קרקע או סחורה שלו בבית, דנין בזה על פי שטרו, ולמחבר אף מקבלים עדים על כך.¹²⁹

¹²⁷ שו"ע חוי"מ עח, א.

¹²⁸ רמ"א בשו"ע, חוי"מ, ס"י ק"ט.

¹²⁹ שו"ע חוי"מ ק"ה.

אפוטרופוס על הקטן מיום פטירת אביו/ מיום הולדתו

אם אין חלון זמן שבו היה הקטן ללא אפוטרופוסות, כתב רבנו ירוחם בשם הרשב"א, שמקבלין עדות על הקטן:

ואם יש אפוטרופוס לקטן קודם לכן ממונה על כל נכסיו לא אמרינן בהא אין מקבלין עדות עד שיגדל כפני בעל דין דאמי מאחר שהיה לו אפוטרופוס קודם לכן על כל עסקיו.¹³⁰

והביאו הבי"י להלכה.¹³¹

דין זה מסביר המהרח"ש, שכל החשש בקבלת עדות על הקטן, שמא הלווה שילם, והקטן איבד השובר, וכיוצ"ב. אך אם יש אפוטרופוס ממונה, לא חיישינן שמא היה זמן שחזר בו מאפוטרופוסות, דאסור לו לחזור, כאמור בתוספתא ב"ב פ"ח ה"ג, דאפוטרופוס שהוחזק בנכסי יתומים, אינו יכול לחזור בו, וכן נפסק להלכה.¹³²

אך בעל הכנסת הגדולה כתב, שבעל התרומות, שהביאו הבי"י שם מחודשים א, חולק על הרשב"א, שהרי פסק שאין נפרעין מנכסי קטן אפי' אם יש אפוטרופוס.¹³³

המחבר פסק להלכה בסי' קי סעיף ט, כשיטה שמקבלין עדים בפני האפוטרופוס¹³⁴:

בכל מקום שאמרו שמעמידים להם אפוטרופוס כדי ליזקק לנכסיהם, מקבלים עדים בפני אפוטרופוס, דאפוטרופוס בעל דין הוא. וכן עידי צוואה מקבלים אותם בפני האפוטרופוס. הגה: ו"א הטעם דבדבר הברור שאין בו חשש, כמו צוואה, מקבלין אפי' שלא בפני בעל דבר. ועל כן מותר לקבל עידי צוואה בפני הקטן (נ"י פ' הגוזל בתרא). והוא הדין בכל דבר המבורר שהקטן חייב (כן משמע במרדכי פרק השולח). ויש מי שכתב שאין מקבלים אותם בפני האפוטרופוס. והיכי משכחת לה שהמניח יתומים קטנים תהא צוואתו קיימת, במוסר דבריו לבית דין, או שכתבו העדים צוואתו בשטר וחתמוה בחייו, או שכתב הוא עצמו צוואתו בכתב ידו הניכרת לבית דין (ועיין לעיל סימן ק"ח סעיף ג' ד').

אמנם הכנסת יחזקאל כתב, שתמה אני מי שדעתו רחבה להוציא מיתומים קטנים נגד דעת הראב"ד והרא"ש ורבינו ירוחם, ובעה"ת.¹³⁵

¹³⁰ רבינו ירוחם - מישרים נתיב כו חלק ג.

¹³¹ בי"י חו"מ סי' קי, מחו"ג.

¹³² שו"ת תורת חיים ח"א, סי' לב.

¹³³ הגב"י אות ג, כה. אולי אפשר לפרש שבעל התרומות לא חולק על הרשב"א, אלא דיבר על מקרה שבו האפוטרופוס לא התמנה מזמן מיתת האב, אלא רק מזמן מאוחר יותר, ובמקרה זה מודה הרשב"א ורבינו ירוחם שאין מקבלין עדות מחשש לשוב או לפירעון בצורה אחרת.

¹³⁴ היכא שמביא המחבר דיעה בסתם, ואח"כ מביא דיעה בשם יש אומרים, הלכה כדעה הראשונה. יד מלאכי כללי השו"ע אות יז.

אך הציץ אליעזר הביא בשם ערוך השלחן (חוי"מ סי' קי סעיף יג) שמקבלין עדות בפני אפוטרופוס, וכן פסק להלכה במעשה שבא לפניו.¹³⁶

כשירות המורשה עבור הקטן - מינוי

כשבית דין ממנים אפוטרופוס עבור ההליך הדיוני (מורשה) ישנם תנאים את מי למנות :

אבל אין ב"ד ממנים אפוטרופוס לא אשה, לא עבד ולא קטן ולא עם הארץ שהוא בחזקת חשוד על העברות, אלא בודקין אדם נאמן ואיש חיל ויודע להפך בזכות היתומים וטוען טענתם ויש לו כח בעסקי העולם כדי לשמור הנכסים ולהרויח בהם, ומעמידים אותו על הקטנים יבין שיהיה רחוק בין שיהיה קרוב לקטן, אלא שאם היה קרוב לא ירד לקרקעות, כמו שנתבאר בסימן רפ"ה. ויכולין ב"ד למנות קרוב שלהן לאפוטרופוס, אם ראוי לכך (ב"י בשם הרשב"א).¹³⁷

הטעם לאי מינוי אשה, כ' הסמ"ע שם, דאין דרכה לצאת ולבוא ולטרוח. ועבד אינו נאמן, וקטן אינו בר דעת. הרי"ף מבאר דאין ממנין עם הארץ, שמורה היתר לעצמו לקחת מעט, כשכר טרחה (מעבר לשכר המשולם ע"י בית הדין), כי אין בור ירא חטא, ולא עם הארץ חסיד.

התנאים בהלכה הנדרשים למורשה שעבר את תנאי הסף האלו, לקוחים ממימרא דרב אשי בב"מ :

אלא אמר רב אשי: חזין גברא דמשפו נכסיה, ומהימן, ושמע דינא דאורייתא ולא מקבל שמתא דרבנן, ויהיבין להו ניהליה בבי דינא.¹³⁸

1. עליו להיות אדם נאמן. בזה נכלל מהימן, ששמע דינא דאוי, ולא מקבל שמתא דרבנן.
2. איש חיל. הרד"ק פי' כלומר אדם זריז וטוב ותרגום יונתן פירש גבר דחיל חטאין כלומר בעל כח לכבוש את יצרו.¹³⁹
3. יודע להפך בזכות היתומים וטוען טענתם – מורשה שיודע להיות טו"ר/עו"ד טוב, ויודע ההלכות, ומה לטעון לפי דין תורה.
4. יש לו כח בעסקי העולם כדי לשמור הנכסים ולהרויח בהם – ידע כלכלי, להשקיע הכספים בצורה זהירה: 'קרוב לשכר ורחוק להפסד', תוך קבלת תשואה מקסימלית אפשרית.

¹³⁵ תשו' כנסת יחזקאל סי' פח.

¹³⁶ שו"ת ציץ אליעזר חלק ז', סי' מח, פרק ז.

¹³⁷ שולחן ערוך חושן משפט הלכות אפוטרופוס סימן רצ, סעיף ב.

¹³⁸ תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף ע עמוד א.

¹³⁹ רד"ק מלכים א, א.

סילוק האפטרופוס – המורשה מתפקידו

מורשה על ממון היתומים, שמתפקד כנאמן ואפטרופוס על הנכסים, אם חשוד שמועל בתפקידו, בית הדין יסלקו לפי התנאים האלו:

ב"ד שהעמידו אפטרופוס ושמעו עליו שהוא אוכל ושותה ומוציא הוצאות יותר מדבר שהיה אמוד בו, יש להם לחוש לו שמא מנכסי יתומים הוא אוכל, ומסלקין אותו ומעמידים אחר. אבל אם מינהו אבי יתומים, אין מסלקין אותו, שמא מציאה מצא. אבל אם באו עדים שהוא מפסיד נכסי היתומים, מסלקין אותו ומשביעים אותו, הואיל והוא מפסיד. הגה: ויש חולקין דאף כשמינהו בית דין אין מסלקין אותו אלא אם כן באו עדים שהוא מפסיד (טור בשם הרא"ש). אפטרופוס שמלוה מעות יתומים לאחרים שלא היה לו להלוות, בית דין מוציאין מיד הלוה ומחזירין ליתומים, דמאחר דיכולין לסלק האפטרופוס, כל שכן הלוה שבא מחמתו (תשובת מיימוני סוף ספר משפטים).¹⁴⁰

ההלכה מחלקת בין מינוי ע"י בית הדין, למינוי נאמן בצוואה.

ערעור הקטין בהגיעו לבגרות

אמנם ההלכה מתייחסת לתביעות בשם הקטין בצורה מהותית ולא פורמלית,¹⁴¹ אך בהגיע הקטין לבגרות (גיל 13 לבן, 12 לבת). אך היום אין להם לפי החוק אפשרות לתבוע בעצמם עד הגיעם לגיל 18) יכול הוא לפנות בצורה עצמאית לבית הדין לדון מחדש בעניין, בטענת טעות בפסק הדין.

הסוגיה העוסקת בנידון היא מימרא דשמואל במסכת קידושין:

א"ר נחמן אמר שמואל: יתומים שבאו לחלוק בנכסי אביהם, בית דין מעמידים להם אפטרופוס ובוררים להם חלק יפה, ואם הגדילו - יכולים למחות; ורב נחמן דידיה אמר: אם הגדילו - אינם יכולים למחות, דא"כ, מה כח בית דין יפה.¹⁴²

נחלקו רב נחמן בשם שמואל, ורב נחמן, אם מעשה שנעשה ע"י אפטרופוסים בשם היתומים, אם הוא מעשה מוחלט, או שיכול הקטן בהגיעו לגדלות, למחות.

צורת החלוקה ע"י האפטרופוס, פליגי בה הראשונים, והמחלוקת הגיעה עד ההלכה בשו"ע, שלדברי המחבר בשו"ע חו"מ ס"י רפט, בית דין מעמיד להם אפטרופוס שיבחר להם חלק יפה, והרמ"א הביא י"א שצריכים לחלוק בגורל.

¹⁴⁰ שולחן ערוך חושן משפט הלכות אפטרופוס סימן רצ, סעיף ה.

¹⁴¹ ראה הערה 97, לגבי התייחסות בית הדין לתביעת האם על משמורת ילדים, ללא שהוזכר הקטין כתובע.

¹⁴² תלמוד בבלי מסכת קידושין דף מב עמוד א.

אך בסוגיה העקרונית, אם בבגרותם יכולים היתומים לתבוע בשם עצמם, נפסקה הלכה כרב נחמן שהגדילו אין יכולים למחות, דסתירת הדין לאחר שנים, הופכת את הדיונים בבית הדין לחוכא ואטלולא.¹⁴³

ייצוג פסול דין לפני בית הדין הרבני

ההלכה אינה מכירה בהכרזה משפטית כוללת ועקרונית כי אדם הוא בלתי כשיר לבצע פעולות משפטיות, אלא קובעת כי שוטה אינו בעל יכולת לבצע פעולות משפטיות. כל פעולה ופעולה שביצע החולה בנפשו והלקוי בשכלו תיבחן לגופה, ויחלט האם נעשתה בשעה שהאדם היה כשיר לעשותה, אם לאו. בהלכות מכירה מונה הרמב"ם שלושה "שאיין מקחן מקח ואין ממכרן ממכר דין תורה" והם החרש, השוטה והקטן. על שוטה נאמר כי:

השוטה אין מקחו מקח ואין ממכרו ממכר, ואין מתנותיו קיימות, ובית דין מעמידים אפוטרופוס לשוטים כדרך שמעמידין לקטנים.¹⁴⁴

כאשר בוצעה עיסקה על-ידי אדם שלעתים הינו בלתי שפוי ולעתים הינו שפוי, נדרשים העדים לעיסקה לחקור אם העיסקה לא הושפעה משטיונו של השוטה:

מי שהוא עת שוטה ועת שפוי כגון אלו הנכפין, בעת שהוא שפוי כל מעשיו קיימין וזוכה לעצמו ולאחרים ככל בן דעת, וצריכין העדים לחקור הדבר היטב שמא בסוף שטותו או בתחלת שטותו עשה מה שעשה.¹⁴⁵

במלים אחרות, פעולותיהם של חולה בנפשו ולקוי בשכלו אינם עניין להכרזה מראש או בדיעבד במישור המעמד המשפטי של אותו אדם. פעולות אלו נתונות לבדיקה פרטנית בה ייבחנו שאלת היעדר גיבוש הרצון או פגם ברצון מבצע הפעולה, כפי שאלו מוצאים את ביטויים בכל עיסקה ועיסקה שבוצעה.

מצד שני, על פי ההלכה, יתכנו מצבים בהם נחשב האדם לשפוי ואף על פי כן אינו יכול לבצע פעולות משפטיות הזקקות דעת גמורה.

¹⁴³ מה שאכן עשה בגי"ץ בפס"ד וינטר 97, שלאחר שדן בית הדין בארוכה במשמורת הקטין, נתן בגי"ץ לקטין עצמו להגיש תביעה חדשה לבית משפט לענייני משפחה, הכל בשביל לחתור תחת סמכות בית הדין הרבני.

¹⁴⁴ רמב"ם, הלכות מכירה, כט, ד.

¹⁴⁵ הרמב"ם, הלכות מכירה, כט, ה.

כשירות לביצוע פעולות משפטיות

הגמרא במסכת בבא בתרא (קנה עמוד ב) בדין קטן שאינו מוכר בנכסי אביו עד שיהיה בן עשרים, דנה היאך דינו בשנת עשרים עצמה והביאה ראייה לכאורית ממה שמצינו לגבי אדם שהיה בשנתו העשרים ונפסק שאין מכירתו מכירה. הגמרא הסבירה שאותו אדם היה משחרר את עבדיו ומשום הכי אינו נחשב כגדול לעניין מכירת הנכסים. היינו, אף שיתכן לומר כי בשנת עשרים עצמה נחשב אדם כגדול לענין מכירת מקרקעין, מכל מקום מאחר שעשה מעשים המוכיחים על חסרון דעת, הרי שאין במעשה מכירת הקרקע כלום.

ונחלקו ראשונים בביאור הגמרא, וכך לשון שיטה מקובצת, שם :

"חזא ביה דקא משחרר לעבדיה. אף על פי שאינו נחשב כשוטה לשאר דינים אלא אם כן יוצא יחידי בלילה ולן בבית הקברות ומקרע את כסותו כדאיתא בחגיגה אבל לענין ממכר כיון דחזו ביה שטות בפיוזר ממון שלא לשום תועלת אין ממכרו ממכר. ולא דוקא תוך זמן אלא אפילו אחר זמן כי אפשר שעדיין לא יצא מדרך הילדות. עליות:
אבל הרא"ש ז"ל כתב דלא הוי שוטה גמור כגון מקרע כסותו כו' ובמטלטלי הוי ממכרו מכר אי נמי במקרקעי אם היה לאחר זמן."

וראה שם בפירושו של רבינו גרשום שמשמע בדומה, שכל עניין משחרר עבדיו הוא בנוגע לשנה העשרים שיש להסתפק בה ופעולה זו מוכיחה שעדיין הינו קטן אמנם משיגיע לגיל עשרים ממש אין נפקותא ממעשים אלו.

ועיין בתשובת הריב"ש סימן תסח שהסיק שמעשה שטות זה יכול להשפיע גם לאחר שיגיע לגדלות ממש, אמנם מטעם שנחשב הוא לשוטה בעצם, שאף עניין איבוד ממון הוא מסימני השוטה.

ומכל מקום יוצא שנחלקו הרא"ש והעליות דרבינו יונה האם כשהגיע לגיל כשרות משפטית לענין מכירת קרקעות והיינו גיל עשרים והינו כשיר ואינו שוטה בעצם, האם יש בעובדה שאינו מבין שפיר כדי לפגוע בחלותם של מעשיו.

ומחלוקת דומה מצינו בדברי הנימוקי יוסף לגבי הדין שקטן אינו מוכר בנכסי אביו עד שיהיה בן עשרים, והטעם מפורש שם בגמרא שאף שהוא גדול אינו יודע להבחין בערך הכסף והנכסים ויתכן מצב בו ימכור את נכסי אביו ללא קבלת ערכם הראוי, אלא שדברים אלו נאמרו בדווקא לגבי פחות מבן עשרים. אמנם כשהגיע לגיל עשרים הרי שאף שאינו בקי בטיבו של עולם, להלכה מכירתו מכירה.

וכך לשון הנימוקי יוסף, בבא בתרא, קנו :

אמר המחבר ודעת הרא"ם ז"ל דכל שיש לו עשרים וסימנים אע"ג שאינו יודע בטיב משא ומתן ממכרו אבל הריטב"א ז"ל כתב בשם רבו הרא"ה ז"ל דכל שכן שאם לא היה יודע

וכו' שהוא שוטה ואין מקחו ומכרו כלום ויותר נכון בעיני דעת הרא"ם ז"ל שלא תיקנו על דבר שאינו מצוי... שהרי לענין קידושין וגיטין וחליצה לא חשבינן ליה כשוטה מפני שהוא אינו יודע בטיב משא ומתן.

ועיין ברמ"א סימן רלה סעיף ט שהכריע דלא כריטב"א וראה שם בסמ"ע סעיף לה, ויצא אם כן שאף שאינו יודע בטיב משא ומתן הרי שמקחו מקח וממכרו ממכר.

אלא שנראה כי צריך להבחין בין כשרותו ההלכתית של האדם שאינו בקי לבצע את הפעולה לבין הצורך שיבין את העומד בבסיס הפעולה שהינו עושה.

ועיין דברי המהרי"ט בתשובה ח"ב אבהע"ז סי' טז, ונסוב על דברי הרמב"ם בענין "הפתאים ביותר שאינם מכירים דברים שסותרים זה את זה ולא יבינו עניני הדבר כדרך שמבינים שאר עמי הארץ".

וכתב מהרי"ט :

אבל כשאנו באים לקיים דבר עמו במקח וממכר או בגיטין וקדושין ומסברו ליה וסבר, ואנו מכירים שהבין הדברים, כגון זה לאו שוטה הוא והרי הוא כפקח לכל מה שהוא עושה בדעת שפויה לפנינו.

ומשמע מדבריו כי על כל פנים צריכים אנו לדעת כי האדם הבין את שהוא עושה, והיינו שאין מניעה מבחינת כשרותו לבצע את הפעולה. אמנם ברור כי ללא הבנת הפעולה באופן בסיסי, אין לה ערך.

והנה הראיה שמביא המהרי"ט לדבריו היא מדברי הגמרא בבא בתרא, שם :

ההוא פחות מבן עשרים דאזל זבין נכסי [אבוהו, כגידל בר מנשיא], אתא לקמיה דרבא. אמרו ליה קרוביה: זיל אכול תמרי ושדי ביה קשייתא בי רבא, עבד הכי; אמר להו: זביניה לאו זביני. כי קא כתבו ליה שטרא, אמרו ליה לקוחות, זיל אימא ליה לרבא: מגלת אסתר בזוזא, שטרא דמר בזוזא? אזל א"ל; אמר להו: זביניה זביני. אמרו ליה קרוביה: לקוחות אגמרוהו! אמר להו: מסברי ליה סבר, כיון דמסברי ליה וסבר – מידע ידע, והאי דעבד הכי – חוצפא יתירא הוא דהוה ביה.

והוכיח משם המהרי"ט שבאופן ש"מסבירו ליה וסבר", יש כאן דעת לצורך ביצוע הפעולה, ונראה שהבין מהרי"ט את דברי הגמרא שהסבירו לו לגבי פעולת המכר ושמאחר וכן, אין ריעותא במכר.

אמנם עיין בדברי הרשב"ם שם שביאר שהסבירו ליה וסבר, הכוונה לאמירתו לרבא בענין מחיר פסק הדין. וכוונת הגמרא שמאחר ומדובר בדבר חכמה אף שהיה צריך להסביר לו במה מדובר, מכל מקום דבר זה מוכיח שבעצם מוכר זה אינו טיפש, אמנם לכאורה לא ניתן להביא מכאן ראיה לגבי זה שאדם שאינו בחזקת עושה מעשי שטות שחייבים להסביר לו בשעת מעשה ושידע פשר פעולותיו.

ולכאורה גם מדברי הראשונים שהובאו קודם לא נראה כדברי מהרי"ט שהרי הריטב"א כותב לגבי אותו בן עשרים שאינו יודע בטיב משא ומתן שמעשיו לא מהני מאחר שהינו כשוטה גמור, ואם כדברי מהרי"ט שאירי במסברי ליה וסבר אם כן מדוע רצה להשוותו לשוטה.

ונראה כי גם למהרי"ט אין חובה שיבין לעומק את פשר מעשיו אלא את כלליות הענין וכפי שמבואר שם בתשובה.

ואמנם גם בסתם אדם העושה קנין אין הכרח שיבין בשעת מעשה את עומק התחייבויותיו ומעשיו, וכך לגבי אדם שטען שלא ידע על מה עשה קנין ועל מה חתם המבואר בחו"מ (סימן מה ס"ג ובסימן סא ס"ג) שמהני ותופס הקניין, והטעם הוא מכיון שסומך על נאמנות אחרים, יש בדעתו להתחייב על פי דעתם.

ומכאן נראה לומר, כי גם באופן שדיבר מהרי"ט שיש על האדם לדעת ולהבין הדברים, אם יהיה מצב בו יש לו דעת מספיקה להבין כי יש אדם אחר שפועל עבורו ועל פיו עשה הוא את המעשה תועיל הפעולה מאחר וכאמור אין כאן בעיה של חוסר כשירות הלכתית.

ולפי המבואר נראה כי יש בשילוב של הבנה חלקית לגבי מהות הפעולה וסמיכות דעת על בני משפחה בניהול וגיבוש ההסכם, כדי להביא להכשרת הפעולה.

אפטרופוס למעשה

ניתן להגיע לתוצאה זהה גם בצורה אחרת. המשנה קובעת:

יתומין שסמכו אצל בעל הבית או שמינה להן אביהן אפטרופוס חייב לעשר פירותיהן.¹⁴⁶

ממשנה זו הסיק הרא"ש ש"יתומים שסמכו אצל בעל הבית, "יש לאותו בעל הבית כל דין אפטרופוס שמינהו בית דין או אבי יתומים".¹⁴⁷

לדעת הרא"ש, דינו של בעל הבית שהיתומים סמכו אצלו, הוא "כאפטרופא גמור להתעסק בכל תועלת היתומים" (שם). וכן פסק השולחן ערוך.¹⁴⁸

אפטרופוס מסוג זה מכונה כיום בשם "אפטרופוס למעשה", ופעולתו הוסדרה בסעיף 67 [לתוק הכשרות](#).

מקורה של הוראה זו בהצעת חוק היחיד והמשפחה, התשט"ז-1956, סעיף 162. בדברי ההסבר להצעת החוק, נאמר בין השאר:

¹⁴⁶ גיטין, פרק ה, משנה ד; בבלי, נב ע"א.

¹⁴⁷ שו"ת הרא"ש, כלל פז, סימן א.

¹⁴⁸ חו"מ, סימן רצ, סעיף כד. להרחבה בדיני אפטרופוס שנתמנה מאליו, ראו אנציקלופדיה תלמודית, ערך אפטרופוס, כרך ב, עמ' קכח-קכט.

בספרי החוקים של ארצות המשפט האזרחי לא מצאנו הוראות דומות להוראה זו. אך מצאנו דוגמתה בחו"מ סימן ר"ץ, סעיף כד: יתומים שסמכו אצל בעל הבית הם מעצמם ונשתדל בשלהם, יש לו דין אפטרופוס לכל דבר, ואפילו סמכו אצל אישה...

ניתן לומר שאפטרופוס זה הוא אפטרופוס על פי דין, במובן זה, שלא החוזה או החוק הם שיצרו את הנאמנות, אלא היא נוצרה מאליה, והחוק רק נתן לה תוקף חוקי בדיעבד.¹⁴⁹

גם אם נגיד כי לקוי הדעת לא הבין כלל את מהות הפעולה, מכל מקום הרי הדין נותן כי במצב שהאדם נחשב כמחוסר דעת ויש לו אפטרופוס, יכול זה לבצע פעולות עבורו. אפטרופוס זה יכול להיות גם בצורה של "סמכו אצלו" והיינו שלא מונה בפועל אלא שאותו שאינו בר דעת סמך אצלו והינו אחראי ומטפל בו, כאמור בשו"ע חו"מ סי' רצ סעיף כד.

אפטרופוס זה נוגע בדרך כלל לאדם שהינו פסול-דין בעצמותו, וכך נאמר בגמרא כי אפטרופוס לדיקנני [=בעלי זקן, מבוגרים] לא מוקמינן והיינו שאין בית הדין ממנה אפטרופוס לאלו שאינן בגדרי חרש, שוטה וקטן. אמנם נחלקו האחרונים האם במידה וימונה אפטרופוס לאותם שאינם פסולי דין יהיה לדבר תוקף הלכתי ועיין חו"מ רלה בפתחי תשובה ס"ק ו ועוד בפד"ר ה עמוד 83, ומדברים אלו עולה כי על כל פנים רוב השיטות נותנות תוקף לגדרי אפטרופוס גם בגדולים.

סיכום

קטן הרי הוא כפסול דין. לא משביעים אותו וא"א לתובעו, ואין נשבעים על טענתו אלא מתקנת חכמים שלא יגזלו את הקטן.

גם במו"מ חלות הגבלות על הקטן. רק הפעוטות מקחן מקח, מגיל 10 לערך, ולמכור בקרקעות אביו שירש, אינו יכול עד גיל 20.

אפטרופוס של הקטן, רשאי לחוב על מנת לזכות, ולא להזקק סתם לתביעה נגד הקטן, אלא אם נגרם לקטן נזק בעיכוב התביעה כריבית, או שעתה התובע מוכן להתפשר כדי לדון עתה.

אפטרופוס שמינהו בית דין, אין עליו הרבה מההגבלות, ומעשיו תקפים כמעשה הבית דין.

סילוק האפטרופוס: אם מינהו בי"ד יכולים לסלקו אפי' על פי שמועה. אם מינויו הוא ע"י אבי היתומים, רק ע"י עדים וראיה ברורה על מחדל או עוולה כלפי היתומים.

התנאים למינוי האפטרופוס ע"י בית הדין: אדם נאמן ואיש חיל, היודע להפך בזכות ליתומים וטוען טענתם, ויש לו כח בעסקי העולם, לשמור הנכסים ולהרויח בהם.

¹⁴⁹ הרב ירון אונגר, נאמנות בנכסים [חוק לישראל, פרופ' נחום רקובר – עורך] עמ' 59-57.

פרק ז – תביעה ייצוגית בבית הדין הרבני

על התובענה הייצוגית

הליך זה ידוע בסדרי הדין האזרחי כ'תובענה ייצוגית', ובשנים האחרונות קיבלו פניו השונות והמגוונות ביטוי נרחב בספרות המשפטית הישראלית (ראה להלן), בחקיקה, בפסיקה ובמאמרים לרוב

דוגמא רווחת לתובענה ייצוגית היא מקרה מתחום המשפט האזרחי, שבו נגרם נזק לאלפי ורבבות בני אדם (כגון פרשת הסיליקון שנתגלה בחלב של 'תנובה' או מזון התינוקות 'רמדיה' שגרם נזק לתינוקות שצרכו אותו). לא אחת, נזקו של כל אחד מבני הקבוצה קטן ביותר, אך הנזק הכולל הוא עצום ורב. בשל נזקו הפעוט, כל אחד מיחיד הקבוצה אינו מעוניין (ולעתים, בהיעדר משאבים כספיים ומשפטיים אף אינו יכול) לתבוע את המזיק, אך האינטרס הציבורי דורש ש"לא יצא חוטא נשכר" ושהמזיק יישא באחריות ויפצה את הניזוקים.

המשפט האזרחי המודרני מכיר באפשרות זו, כלומר בתובענה ייצוגית. התובע הייצוגי מגיש את תביעתו בשם ציבור רחב של ניזוקים (צרכנים, לקוחות, עובדים וכיו"ב) שנפגע מפעולות הנתבע. אם התביעה מתקבלת, הפיצוי שמקבל כל יחיד שנפגע הוא בדרך כלל פעוט ביותר, ואילו התובע הייצוגי זוכה לתגמול הולם יחסית ממה שבית המשפט פוסק לרעת הנתבע. נמצא שהתובע הייצוגי מדבר למעשה גם בשמם של נפגעים אחרים, אף שאלה לא מינו אותו לשם כך, כשיש לו עניין בעיקר בהגדלת הונו האישי.

במקרים מסוימים מעודד המשפט המודרני את הגשתן של תובענות ייצוגיות בהנחה שבלי כלי זה איש מבין הנפגעים ממעשה עוולה מסוים לא יתבע את המעוול, והדבר יאפשר לתאגידי ענק לנצל את כוחם ולהתעשר שלא כדין. להלן נבקש להציע מקצת דברים שעולים ממקורות המשפט העברי בסוגיה זו¹⁵⁰.

השאלות מבחינה הלכתית הם: מה דינו של אדם שגזל מרבים, ואיך ניתן להשיב את הגזילה? האם אפשר לתבוע בשם ציבור שלא תבע כלל, מורשה בלא הרשאה? וכן, עד כמה שאפשר, איך ניתן לחייב את ציבור התובעים לשלם מכספי הפיצויים את שכר המורשה?

¹⁵⁰ א' הכהן, "וכי זכין לאדם שלא בפניו? - עיונים בסוגיית התובענה הייצוגית לאור עקרונות המשפט העברי, שערי משפט, כרך ד (תשס"ה), המוקדש כולו לסוגיית התובענה הייצוגית.

גזילת הרבים

התופעה, שאדם גזל ממון מאנשים רבים ע"י מרמה, ואין דרך לאתר או לתבוע את הנגזלים, הוכרה כבר בתוספתא בבא קמא. שם מדובר על מוכר שהשתמש במשקל מזוייף, וע"י כך גנב לאורך זמן מלקוחותיו. וז"ל התוספתא:

הגוזל את הרבים חייב להחזיר לרבים חמור גזל הרבים מגזל היחיד שהגוזל את היחיד יכול לפייסו ולהחזיר לו גזילו הגוזל את הרבים אין יכול לפייסו ולהחזיר להן גזילן.¹⁵¹

התוספתא מכירה בחובה הגזלן להשיב את הגזילה לרבים. אך אומרת שאין אפשרות טכנית להשיב את הגזילה במדוייק לאותם אנשים שנגזלו על ידו. דבר זה אינו פוטר את הגזלן מחובת השבה כללית לציבור על פי הגמ' במס' ביצה:

דתניא: גזל ואינו יודע למי גזל - יעשה בהם צרכי רבים. מאי נינהו? - אמר רב חסדא: בורות שיחין ומערות.¹⁵²

וכן נפסק בשו"ע:

הרועים והגבאים והמוכסים, תשובתן קשה מפני שגזלו את הרבים ואין יודעים למי יחזרו. לפיכך יעשו בו צרכי רבים, כגון בורות שיחין ומערות.¹⁵³

נמצא אם כן, כי עצם חובת ההשבה לנפגעים, מוכרת בהלכה, וחלה חובה על הגזלן להשיב את הגזילה לרבים.

השאלה היא האם יכול העו"ד לייצג את הנפגעים ללא הרשאה מהם?

ייצוג תובע בלא מינוי

כבר בראשית דברינו נבהיר שהתובענה הייצוגית היא פרי צרכים חברתיים כלכליים שנולדו עם התפתחות החברה התעשייתית המודרנית והשיווק ההמוני, ונראה שמשום כך היא אינה מוכרת במקורות המשפט העברי. יחד עם זאת, היא עשויה לעורר שאלה משפטית נכבדה: האם מקורות המשפט העברי מכירים באפשרות של שליחות כפויה, שבה אדם מייצג את זולתו, בין מזכה לו בין מחייב אותו, בלא ידיעתו?

על אף הכלל ההלכתי המפורסם, "שלוחו של אדם כמותו",¹⁵⁴ קבעו בתלמוד חכמי נהרדעא,

¹⁵¹ תוספתא מסכת בבא קמא (ליברמן) פרק י הלכה יד.

¹⁵² תלמוד בבלי מסכת ביצה דף כט עמוד א.

¹⁵³ שולחן ערוך חושן משפט הלכות גזילה סימן שסו סעיף ב.

מסיבות המנויות לעיל, שאם בא אדם לתבוע את זולתו בשם צד שלישי לא די לו במינוי רגיל לשליחות אלא עליו להצטייד בהרשאה מיוחדת - ה"אורכתא".¹⁵⁵

דרישת ההרשאה המיוחדת לייצוג משפטי, סותמת לכאורה את הגולל על האפשרות של הגשת תובענה ייצוגית, שהרי אם אין די בשליחות רגילה לאלץ את הנתבע להתדיין עם נציגו של התובע, איך יעלה על הדעת שאפשר יהיה לעשות כן בלא מינוי כלל!?

אולם מדברי רבי ישראל איסרלין, מגדולי הפוסקים באשכנז במאה ה"טו", בספרו "תרומת הדשן",⁷ "עולה שהדבר אינו חד-משמעי. בעל "תרומת הדשן" דן במנהג שהיה מקובל באשכנז, ולפיו אדם (מכאן ואילך: התובע) יכול להגיש תביעה בשם חברו (מכאן ואילך: בעל העניין), אף שלא נתמנה על ידו להיות אפילו שלוח רגיל. אפשרות זו קיימת כשהתובע חושש שאם לא יגיש תביעה בשם חברו, הלה עלול לסבול נזק בלתי הפיך. כך לדוגמה כשיש לחברו זכות תביעה כלפי נתבע, ויש חשש שיעזוב הנתבע את מקום מושבו הקבוע וילך לגור במקום אחר, ולא ניתן יהיה עוד להגיש נגדו תביעה.

מובן שהנתבע היה יכול לסרב להתדיין עמו בטענה שבעל העניין לא ייפה את כוחו ואין ביניהם אפוא יריבות משפטית. זאת ועוד, הסכמתו להתדיין עם השליח עלולה לגרום לו נזק, משום שאם יתחייב בדיון, וישלם את חובו, אך מסיבה כלשהי לא יגיע לידי התובע הכסף ששילם לשליח, הוא עלול להיתבע שנית על ידי בעל העניין עצמו. לכן, כדי למנוע טענה זו, נהגו שהתובע מקבל על עצמו ערבות שאם לא יביא הרשאה מבעל הדבר, יישא הוא באחריות אישית לכל נזק שייגרם לנתבע.¹⁵⁶ נראה שערבות התובע כללה גם אחריות כלפי הנתבע: אם תידחה תביעתו, ויחליט בעל העניין לתבוע אותו בעצמו, משום שאינו מוכן להשלים עם תוצאה זו.¹⁵⁷

אכן, אין להעלות על הדעת לחייב את הנתבע להסכים לסיכון של ניהול ההליך המשפטי פעמיים, פעם עם התובע ופעם עם בעל העניין עצמו.

רבי ישראל איסרלין מצדיק את המנהג על סמך ההלכה: "זכין לאדם שלא בפניו".¹⁵⁸ משמעו של כלל זה הוא, שהאדם יכול לעשות פעולה משפטית עבור חברו, אף אם לא נתמנה על ידו להיות שלוחו, מתוך ההנחה שאילו ידע חברו את המצב לאשורו, הוא אכן היה מסכים למנותו כשלוחו.¹⁵⁹

אולם רבי ישראל איסרלין מדגיש שיש שני תנאים לאפשרות ייצוג אדם בתביעה משפטית בלא ידיעתו, אחד נוגע לבעל העניין ולטובה הצפויה לו מן התביעה שמבקשים להגיש בשמו ואחד

¹⁵⁴ בבלי, קידושין מב.

¹⁵⁵ בבלי, בבא קמא ע.

¹⁵⁶ סדר הדין, עמ' 74.

¹⁵⁷ שו"ת לחם רב, סימן ריא.

¹⁵⁸ בבלי, קדושין מב.

¹⁵⁹ לדעת הרבה מן הראשונים, לפנינו מינוי קונסטרוקטיבי, אך יש מי שסובר שדין "זכין" הוא מוסד משפטי עצמאי, ולא הרחבה של דיני השליחות על דרך הפיקציה, והכללים החלים עליו שונים מן הכללים החלים על דיני השליחות.

נוגע לתובע ולמניעיו .

א. אשר לבעל העניין, אפשרות הייצוג קיימת רק כשמדובר בעניין נחוץ ודחוף, כגון כשהנתבע עומד לעבור למקום אחר, ואם לא תוגש התביעה מיד, לא תהיה הזדמנות נוספת להגישה. במילים אחרות, התנאי הראשון להגשת התביעה הוא שתהא זו **טובתו האובייקטיבית של בעל העניין** ושתהא **נחוצה**, כי בלעדיה עלול להיגרם לו נזק בלתי הפיך.

ב. ואשר לתובע, צריך שיהיה המניע שלו הצלת בעל העניין מהפסד, **ולא נקמנות כלפי הנתבע או ניסיון לסחוט ממנו כספים**, ולולא כן "פשיטא בדרך זה לית ליה מששא בתביעתו", כלומר ברור שבכגון זה אין ממש בתביעתו. במילים אחרות, התנאי השני הוא שטובת בעל העניין היא המניע הסובייקטיבי של התובע. בעל "תרומת הדשן" מדגיש בדבריו שקיומו של תנאי זה נתון לשיקול דעתו של בית המשפט, ובלשונו: "כל כהאי גוונא, אין לדיין אלא מה שעניו רואות."

אם מתקיימים שני התנאים הללו, נראה לבעל "תרומת הדשן" **"דמנהג יפה** הוא לבית דין לתת יד לתובע להכריח לנתבע **ודין תורה הוא להציל העשוק מיד עושקו**".

מן הפרשנות שהצענו בדברי "תרומת הדשן" עולה שאם תידחה התביעה, **בעל העניין לא יהיה מושתק**, שהרי יש עוד כלל גדול אחר במשפט העברי: **"אין חבין לאדם אלא בפניו"**, כלומר צריך הסכמה מראש של האדם כדי לעשות עבורו פעולה משפטית המחייבת אותו. אשר על כן, אם יחליט בעל העניין להגיש תביעה משלו כנגד הנתבע, התובע יהיה חייב לשפות את הנתבע על הפסדיו מכוח הערבות שנטל על עצמו כלפיו.¹⁶⁰

¹⁶⁰ השווה שוחטמן, סדר הדין, עמ' 74, הערה 202, שהסיק: "אבל נראה, שאם אין בכונתו של 'המורשה' ליטול שום דבר מן הנתבע אלא רק להתדיין עמו, באופן שאין צפוי שום חשש הפסד כתוצאה מכך, אין צורך בהעמדתו של ערב". נראה ששוחטמן מתעלם מן הצורך שיקבל התובע על עצמו ערבות גם מפני החשש של עצם קיומו של הליך משפטי חוזר. ושמא הוא סבור שבעל העניין מושתק, משום ההערכה שזוהי טובתו בעליל, וזהו המנהג שהצדיק "תרומת הדשן" מכוח הכלל "זכין לאדם שלא בפניו". כלומר, הסיכוי לזכות בתביעה המוגשת עבורו על ידי התובע שווה בעליל את הסיכון להיות מושתק, אם יפסיד התובע בה, משום שהאפשרות האחרת היא שהתביעה לא תוגש כלל. מי שמקבל את הפרשנות הזאת לדברי "תרומת הדשן", ימצא כאן מודל משפטי עברי שניתן להשתית עליו תביעה ייצוגית בלא צורך בהתקנת תקנה מיוחדת או חקיקה (השווה להלן). לי נראה שלא לזאת התכוון בעל "תרומת הדשן", משום שהשתק תובע, גם בנסיבות מעין אלה, יש בה יסוד של "חובה" שאי אפשר להתעלם ממנו. זאת ועוד, ראה שו"ת לחם רב, סימן ריא, המצמצם את תשובת רבי ישראל איסרלין, וקובע שדבריו לא נאמרו אלא במקום שנהוג להגיש תביעה עבור הזולת .

מן הכלל אל הפרט

מן האמור לעיל, עולה שהמשפט העברי אינו מכיר באפשרות של תובענה ייצוגית, שהרי משמעותה היא ייצוגו של האדם שלא מדעתו על כל התוצאות הנובעות מכך, בין שהן לטובתו בין שהן **לרעתו**. ואלה הנימוקים נגד תביעה ייצוגית:

א. בתובענה ייצוגית הנתבע אינו עומד לברוח או להיעלם, ובעלי זכות התביעה שהתובעים מבקשים לכאורה לייצג אותם מסוגלים כל אחד להגיש תביעה משלו, וטובתם של בעלי העניין אינה מחייבת אפוא הגשת תביעה בלא הרשאה¹⁶¹.

ב. כפי שראינו לעיל, בעל "תרומת הדשן" סבור שיש חשיבות רבה לכך שהמניע של התובע עבור זולתו יהיה טובתו של זולתו, ולא מניע פסול או זר כנגד הנתבע. נדמה שתנאי זה אינו מתקיים תמיד בתובענה הייצוגית, שהרי לא אחת המניע העיקרי של התובע הוא הרווחים שהוא מצפה להפיק מן התביעה.

ג. העיקרון בתובענה ייצוגית הוא שהיא פועלת הן לטובתם של אחרים, אם נתקבלה, הן לרעתם, אם נדחתה, כיוון שאז הם מושתקים ואינם יכולים עוד להגיש תביעה משלהם. כפי שכבר ראינו, אחד מעקרונות היסוד של המשפט העברי הוא: "אין חבין לאדם אלא בפניו", "ומכאן שכעיקרון אי אפשר לשלול מן האדם את זכותו לתבוע בעצמו את המגיע לו מבלי שנתן את הסכמתו לדבר.

הנימוק בעד התובענה הייצוגית הוא, שאמנם יכול להיות שבמסגרת החוק צריך תובע בשם הנפגעים, ובדין תורה, לא היה נקרא תובע, אלא בית הדין היה תובע מהגזלן לשלם לרבים. אך ייתכן ששינוי השם אין בו כדי לשנות מהצדק לגרום לגזלן לשלם לרבים.

אמנם צורת התביעה המוסדרת בחוק שונה, שהעו"ד תובע בשם כל הנפגעים, אך לא ברור מהו ההליך הפרוצדוראלי על פי דין תורה: מי מעורר את התובענה, מי מביא את ההוכחות, והאם אכן שליחי בית הדין כנציגי הציבור ממונים על כך.

¹⁶¹ עם זאת ראה שו"ת לחם רב, סימן ריא. בסיום תשובתו, ר' אברהם דה בוטון מעלה את הסברה שאם העילה כנגד הנתבע היא הפרת תקנת הציבור, יש סמכות טבועה לבית הדין לדון בעניינו כדי להפרישו מן האיסור הכרוך בהפרת התקנה. וזה לשונו: "דאין צריך הרשאה אלא בדבר של ממוון, משום דמצוי למימר ליה [=שיכול לומר לו]: 'לאו בעל דברים דידי את'. אבל בנדון דידן, שלוי זה [הנתבע] עובר על ההסכמה והחרם הקדום, הוי מילתא דאסורה, וכל אחד מישראל הוא בעל דינו, ובית דין עצמם חייבים ליטפל בו להפרישו מן האיסור, ובדבר כזה אין צריך הרשאה, לעניות דעתי". ומעין זה כתב בחידושי הריטב"א, קידושין כז ע"ב, ד"ה גמרא: "וכל ישראל ערבין זה לזה ומחייבי לאפרושיה מאיסורא, ובעלי דבר חשיבי.

התובענה הייצוגית במשפט הישראלי

התובענה הייצוגית נועדה לאפשר לאדם או לגוף מסוים לתבוע בשמם של אחרים, שתביעותיהם דומות או זהות זו לזו, מבלי לקבל את הסכמת האחרים מראש לייצגם בדרך זו.

להליך התובענה הייצוגית שורשים היסטוריים באנגליה. הוא הגיע לכלל גיבוש ראשון במתכונתו המודרנית בארצות הברית, וכיום הוא מקובל במגוון צורות ברבות ממדינות העולם, אם כי לא ברוב מדינות אירופה.

אפשרויות התביעה לפני חקיקת חוק תובענות ייצוגיות

היו שטענו שהאפשרות להגיש תובענה ייצוגית מוסדרת בתקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי. במשך שנים רבות הייתה התקנה בבחינת 'אות מתה'.¹⁶² בשנת 1988 החלה התעניינות בתקנה לאור חקיקתם של כמה הסדרים פרטניים של תביעה ייצוגית בחוקים שונים,¹⁶³ אלא שבמהלך יישומם נגרמו תקלות לא מעטות.

א. רבים מן החוקים הגבילו את עילות התובענה ל"עילה לפי חוק זה". הגבלה זו מנעה לא אחת את העלאתה של התובענה הייצוגית, משום שלעתים לא עלה בידי התובעים להוכיח שיש להם עילה לפי החוק המסוים

ב. הבדלי נוסח בין ההסדרים עוררו לא אחת את השאלה אם ההבדלים מכוונים, ויש להסיק מהם מסקנות משפטיות, או שהם מקריים בעלמא. כתוצאה מכך, היה לעתים ספק אם ניתן בכלל להקיש מהסדר אחד למשנהו.

ג. בהסדרים שהתקבלו היו חסרים מרכיבים חשובים, כגון הסדרת מעמדם של ארגונים ציבוריים והסדרת מעמדם של תובענות ייצוגיות המוגשות בו זמנית לפי אותן עילות ועוד.

יש מי שביקש לפתור חלק מן הקשיים באמצעות תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, שנוכרה לעיל, הקובעת:

¹⁶² ראה: ס' גולדשטיין, "תביעת ייצוג קבוצתית - מה ועל שום מה?", משפטים ט (תשל"ט) 451-416; הנ"ל, "עוד בעניין תביעת ייצוג קבוצתית", משפטים יא (תשמ"א) 412.

¹⁶³ ראה: פרק ו' בחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981; פרק ו' בחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988; פרק ג' בחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981; פרק ה' בחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשמ"א-1981; סעיפים 10, 13 ו-14 (ב) בחוק למניעת מפגעים סביבתיים, התשנ"ב-1992; סעיף 41 בחוק השקעות משותפות בנאמנות, התשמ"ד-1994; סעיף 11 בחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996; סימן ב' בפרק השלישי שבחלק החמישי של חוק החברות, התשנ"ט-1999.

היה מספר המעוניינים בתובענה אחת גדול, יכולים מקצתם... לייצג באותה תובענה את כל המעוניינים; לא ידעו המעוניינים האחרים על דבר התובענה, יודיע להם בית המשפט או הרשם על הגשתה בהמצאה אישית, או במודעה פומבית.

דעת שופטי הרוב בבית המשפט העליון קבעה בעניין א.ש.ת.¹⁶⁴ שאין זה מן הראוי לכונן הסדר כללי של תובענה ייצוגית על דרך של תקנת סדר דין. השופט מישאל חשין החליט לאשר בקשה לדין נוסף באותו עניין,¹⁶⁵ והביע את תקוותו שהחלטה תזרז הליכי חקיקה שיסדירו את הסוגיה במלואה.

חוק תובענות ייצוגיות תשס"ו-2006

ואכן, בשנת תשס"ו חוקק חוק תובענות ייצוגיות תשס"ו-2006, אשר הסדיר את העניין לראשונה בחקיקה ראשית. מטרת החוק מופיעה בסעיף 1 לחוק:

- (1) מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים;
- (2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו;
- (3) מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין;
- (4) ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות.

התנאים המהותיים לאישור תובענה ע"י ביהמ"ש הם:

- (1) התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה;
- (2) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין;
- (3) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בענין זה;
- (4) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב.

ובסעיף 27 אף ישנה הוראה להקים קרן אשר תממן תובענות ייצוגיות אשר יש בהן עניין ציבורי חשוב.

¹⁶⁴ רע"א 3126/00, מדינת ישראל נ' א.ש.ת., פ"ד נז(3) 220.

¹⁶⁵ דנ"א 5161/03, דינים עליון, סה 864.

את החוק על פרטיו, ניתן לקבל כתקנת הציבור, לאור המקור הברור שמצינו לחיוב הנגזל לשלם לרבים את שווי הגזילה. וכדברי החתם סופר :

דלא מיבעיא דהתיקון שעשו שרי הקומידאט שאיננו נגד דין תורה, אלא כתורה עשו, ואילו באו לפנינו היינו גם כן מתקנים כן...¹⁶⁶

על גדר קבלת חוקי המדינה להלכה כתקנת הציבור ודינא דמלכותא נחלקו גדולי עולם, ראה בהערה¹⁶⁷

שכר טרחת התובע המייצג בתביעה הייצוגית

שכר הטרחה שפוסק בית המשפט לתובע בתביעה הייצוגית, אשר נועד לעודד תביעות מעין אלה, מעורר קושי, מהיכן ההיתר לפי דין תורה לקחת מהתשלום הגזילה שכר טרחה?

ניתן לראות בשכר הטרחה תשלום אגרה לבית הדין ולנציגיו, שהרי ההליך המשפטי והבאת הראיות עולות ממון רב.

מקור להרשאה מבי"ד ליטול שכר טרחה מצינו בהלכות שומר אבידה :

הרואה אבידה חייב להחזיר בחנם, אם הוא בטל. אבל אם היה עוסק במלאכה ובטל ממלאכתו ששואה דינר, והחזיר אבדה ששואה מאה דינר, לא יאמר לו : תן לי דינר שהפסדתי, אלא נותן לו שכרו כפועל בטל שיבטל מאותה מלאכה שהיה עוסק בה. ואם התנה עם הבעלים או בפני בי"ד שיטול מה שיפסיד, והרשוהו, ה"ז נוטל.¹⁶⁸

נמצא, שאדם המציל ממון חבירו, ומתעסק באבידתו, רשאי ברשות מבית הדין, ליטול שכר על חשבון בעל האבידה, ללא הסכמתו. אך תשלום הגבוה יותר משכר עבודה רגיל, כתמריץ להגשת תביעות ייצוגיות, לא מצאנו.¹⁶⁹

סיכום

החובה להשיב לרבים את הגזילה, מוכרת הן ע"י החוק, הן ע"י ההלכה. אמנם צורת התביעה המוסדרת בחוק שונה, שהעו"ד תובע בשם כל הנפגעים, אך לא ברור מהו ההליך הפרוצדוראלי על פי דין תורה : מי מעורר את התובענה, מי מביא את ההוכחות, והאם אכן שליחי בית הדין כנציגי הציבור ממונים על כך. ייתכן שהחוק המסמיך את עורך הדין כנאמן הציבור ונאמן בית המשפט, הוא הוא שליח בית הדין במציאות המשפטית הישראלית להוציא את הצדק לאור, ולהציל עשוק מיד עושקו.

¹⁶⁶ קריטריונים לחוק שגם בי"ד היה מתקן ראה : החלטת פורום דייני בתי הדין לממונות, תחומין כט, עמ' 144.

¹⁶⁷ ראה : שו"ת בית יצחק חו"מ עז, ג. שו"ת מנחת שלמה ח"א סי' פז. שו"ת ציץ אליעזר חיי"ב סי' פג. הרב יוסף שלוי אלישיב פד"ר ו 382.

¹⁶⁸ שולחן ערוך חושן משפט הלכות אבידה ומציאה, סימן רסה, סעיף א.

¹⁶⁹ תשלום גבוה יותר לתובענה ייצוגית בשל הסיכון הכרוך בה, נחשב לדעתי כחלק משכר טרחה הרגיל.

פרק ח – עו"ד וטוענת רבנית בבית הדין – ייצוג על ידי נשים בבית הדין

סוגיה חשובה במיוחד היא מעמד האישה ביהדות בכלל וזכויותיה המשפטיות בבית הדין הרבני בפרט. המודעות לעניין זה גברה מאוד בתקופה האחרונה, עת נושא השוויון בכלל והעדפה מתקנת למעמד האישה בפרט בעולם המערבי, מעסיק מאוד את הציבור.

גם מהפך המעשי, היותן של נשים עורכות דין, הבאות ומייצגות בפני בית הדין הרבני, ויותר מכך, התעסקותן בטענות הלכתיות הנוגעות לייצוג, הגבירה את מעורבותן בהליך המשפטי בבית הדין, ואת התמצאותן בהלכה הנוגעת בעיקר לדיני אישות.

מסלול הכשרתה של טוענת רבנית, כולל לימוד מעמיק של כמאה סימנים בשו"ע חושן משפט ואבן העזר, כולל נושאי הכלים: סמ"ע, ש"ך, חלקת מחוקק, בית שמואל, ואפי' נתיבות המשפט. לעוסקות בנושא נאסף במהלך עבודתן ידע הלכתי נרחב, עד שבשם 'טוענות רבניות' ייקראו. השאלה היא האם מותר, והאם ראוי ליתן לאישה מעמד זה בבית הדין?

וכן האם ניתן למנות אישה לאפוטרופוס על חסוי, או לכינוס נכסים, שהוא הליך שבו עו"ד או טו"ר מתפקד למעשה כשמאי וכמבצע של חלוקת רכוש על פי החלטת בית הדין. האם אישה כשרה לתפקיד זה?

בסוף הפרק ניגע בקצרה במינוי אישה עורכת דין או טוענת רבנית, לגישור או בוררות בין הצדדים, וכן מתן חו"ד ע"י פקידת סעד, או פסיכולוגית קלינית, ושאר מינויים ע"י בית הדין, האם אין בזה משום מינוי לתפקיד ציבורי ושררה על הציבור.

ייצוג על ידי אישה – מורשית

עקרונית, מבחינה הלכתית טהורה, אין מניעה לאישה לייצג בבית הדין הרבני, כמו שאין כל הגבלה על אישה לתבוע ולהתדיין בבית הדין. אמנם נאמר שנשים חשובות אין דרכן לבוא לבית הדין, אך זו החלטה אישית שלהן, ולא איסור מצד הדין, כמו פסול אישה לדון.¹⁷⁰

בכל זאת, עד לשנות התשעים, לא התאפשר לנשים לקבל רישיון להופיע בבית הדין כטוענת רבנית. עורכות דין, הופיעו בבית הדין מכח חוק שיווי זכויות האישה. הנימוק לאי מתן אפשרות לנשים, נומק בצורה פורמלית מכח תקנות הטוענים הרבניים, המחייבות לימודים תורניים בישיבה למספר שנים, כתנאי סף.

¹⁷⁰ שו"ע חו"מ סי' ז, סעיף ד.

בסוף שנת 1993 הוגש בג"ץ בעניין ע"י מכון להכשרת טוענות רבניות, והעתירה התקבלה.¹⁷¹ תנאי הסף שונו, ועתה במקום 4 שנות לימוד בישיבה, ניתן ללמוד 3 שנים במדרשה לבנות.

תקנות הטוענים הרבניים התשנ"ג סעיף 2:

(א) נשיא בית הדין הרבני הגדול ייתן רישיון למי שנתקיימו בו תנאים אלה:

(1) הוא תושב ישראל;

(2) הוא למד, לאחר שמלאו לו 18 שנה, באחד מאלה:

(א) ישיבה, במשך ארבע שנים לפחות;

(ב) מוסד חינוכי, שהכיר בו לענין זה, בית הדין הרבני הגדול, במשך שלוש שנים לפחות, והוא זכאי לתעודת גמר של המוסד החינוכי;

(3) עמד בבחינות שערכה ועדה בוחנת שמינה נשיא בית הדין הגדול כולל בחינה בתחום המעשי של המקצוע;

(4) מבחינת אופיו ואורח חייו, הוא ראוי לשמש טוען רבני;

כיום, דיינים חשובים ורבנים, לאחר התנסות בשטח בעבודה עם הטוענות הרבניות, שיבחו את עבודתן, ואף ציינו את החשיבות בכך, שמן הראוי מטעמי צניעות, שמי שיישב עם אישה שענייניה האישיים נדונים בבתי הדין, וישמע את טענותיה בנושאי אישות, תהיה אישה.¹⁷²

לאחרונה אף תוקן חוק הדיינים, כך שטוענת רבנית היא החברה ה 11 בוועדה למינוי דיינים.

מצב זה גרם למעורבות של ציבור הנשים בהלכות אישות, שאף שאין חובה ללמד את האישה תורה, וכל המלמד את בתו תורה, כאילו לימדה תיפלות,¹⁷³ אך את ההלכות הנוגעות אליה, וכן דברי תורה הגורמים ליראת שמים, מותר ומצווה לאישה ללמוד.

וכן את עצם האיסור ללמד תורה לבנות, אינו נוהג היום, עקב הצורך לחזק גם את הבנות ליראת שמים ואהבת תורה, גם על ידי לימוד תורה הנוגעת להן.

ואלו דברי רבי ישראל מאיר הכהן מראדין בעל החפץ חיים:

נראה דכל זה בזמנים שלפנינו... וקבלת האבות הייתה חזקה מאוד אצל כל אחד ואחד להתנהג בדרך שדרכו אבותיו... בזה היינו יכולים לומר, שלא תלמד הבת תורה, ותסמוך בהנהגתה על אבותיה הישרים. אבל כעת בעוונותינו הרבים, שקבלת האבות נתרופפה מאוד

¹⁷¹ בג"ץ 6300/93, המכון להכשרת טוענות בית דין נ"י השר לענייני דתות ואח"פ"ד מח(4) 441.

¹⁷² מתוך דברים שנאמרו ע"י הראשלי"צ הרב ש.עמר, והדיין הרב היישריק, בכנס לשכת הטוענים הרבניים ה'תשע"ב, לא פורסם.

¹⁷³ בבלי, קידושין כט. משנה סוטה, ג, ד.

מאוד... ובפרט אותן שמרגילין עצמן ללמוד כתב ולשון העמים, בוודאי מצוה רבה ללמדם חומש, וגם נביאים וכתובים ומוסרי חז"ל.¹⁷⁴

וכל שכן בדורינו, שהנשים לומדות שנים ארוכות לימודי חול והשכלה, ומעורבות בכל דרכי החיים כדברי הגאון הרב משה מלכה זצ"ל, רב ואב"ד פתח תקווה:

שלא נחלקו בן עזאי ורבי אליעזר אלא בזמניהם, שהיתה האישה כבודה בת מלך פנימה, ומעולם לא יצאה אישה חוץ למחיצות הבית, ולא לקחה חלק חלק בענייני העולם, שכל עסקה וחכמתה הצטמצמו בניהול הבית, בחינוך הבנים וגידולם... לא כן בימינו אלו, שהנשים לוקחות חלק גדול באורחות חיים, חודרות אל מעמקי החוכמות החיצוניות וממלאות ספסלי האוניברסיטאות, מנהלות משרדים ובעלות עסקים, ויש להן יד ושם בהנהגת המדינה ובענייני הפוליטיקה... בוודאי יודה רבי אליעזר שאין שום איסור ללמדה גם תורה שבעל פה, בכדי שתדע להיזהר ולשמור את כל חוקי התורה הקשורים בכל הליכותיה ובעבודתה. ולא זו בלבד – אלא שהחיוב מוטל עלינו ללמדה ולהלעיטה כל מה שאפשר.¹⁷⁵

תפקידים מעין שיפוטיים: שמאות רכוש, כינוס נכסים, אפוטרופסות

מינוי אישה מטעם הבי"ד לביצוע הליכים, נוגע לסוגיה אחרת, והיא האיסור למנות אישה לתפקידי שררה.

הרמב"ם בהלכות מלכים אוסר למנות אישה לכל תפקידי השררה:

אין מעמידין אשה במלכות שנאמר עליך מלך ולא מלכה, וכן כל משימות שבישראל אין ממנים בהם אלא איש.¹⁷⁶

מקור לדברי הרמב"ם, למד בעל האגרות משה, מהגמ' ביבמות מד, שממעטת מינוי גרים לגבאות – פרנס על הציבור, מהמיעוט לגבי מלוכה: שום תשים עליך מלך – מקרב אחיך ולא גרים.¹⁷⁷

אך התוס' בסוטה מא, ווהרש"י והר"ן קידושין עו, חולקים על הרמב"ם, וסוברים, שרק לעניין מלך נאמר כל הדינים שצריך אימו ואביו מישראל, ולעניין שאר משימות מספיק אמו מישראל, ולמד מזה האג"מ, שגם לעניין מינוי אישה פליגי על הרמב"ם.

¹⁷⁴ לקוטי הלכות, החפץ חיים, סוטה, כא.

¹⁷⁵ שו"ת מקוה המים, ח"ג, יו"ד, כא. וראה: שו"ת עשה לך רב, להרב חיים דוד הלוי, הרה"ר ואב"ד לת"א, ח"ב, נב.

¹⁷⁶ רמב"ם הלכות מלכים פרק א, הלכה ה.

¹⁷⁷ שו"ת אגרות משה, יו"ד ח"ב, סי' מד.

ולכן הכריע האג"מ שם, במקום הדחק וצורך גדול, אפשר לסמוך על הראשונים נגד הרמב"ם, מכיון שהרמב"ם פסק סברת עצמו, ואין לו מקור ברור.

ובמשנה הלכות מצא חבר להבנה ברמב"ם, שלמד זאת מצד ההיקש לשאר משימות:

ולאחר החפוש האיר ה' עיני ומצאתי בק"ס הלכות מלכים אזהרה שנ"ג שכתב להדיא כדברינו וז"ל, אין מעמידין אשה במלכות שנאמר עליך מלך וכן כל משימות בישראל אין משימין אלא איש דכיון דכל שררה דרשינן לה מהכא משום תשים הכי נמי לענין איש ולא אשה ע"כ ע"ש.¹⁷⁸

אך אנכי הקטן, מצאתי במדרש תנאים, מפורש כדברי הרמב"ם:

ד"א שום תשים על" מ' ולא מלכה שאין מעמידין אשה במלכות וכן כל משימות שבישראל אין ממנין בהן אלא איש.¹⁷⁹

מהו מינוי של שררה

כעת עלינו לברר, מהו מינוי שמוגדר כשררה על הציבור.

בגמ' בקידושין עו, מבואר שאפי' ריש כורי לא מוקמי מינייהו, ופרש"י ממונה על המשקולות מטעם הבי"ד אין מעמידין גר. והאג"מ שם ביאר שה"ה גם מפקח על הכשרות אין מעמידין.

והסברא היא, שכל מינוי שהוא לפקח ולפעול נגד רצונו של אדם, זהו מינוי שהוא בגדר שררה. וזה לשון האג"מ שם:

והטעם הוא שהחלוק בין להחשיבו לפועל ובין להחשיבו לממונה שהוא שררה אינו מצד חשיבות המלאכה, אלא דאם נשכר לעשות רצון המשכירו הוא פועל אף שהיא מלאכה חשובה ואם נשכר לעשות נגד רצון בעה"ב כהשגחה על המשקלות ומדות שבעה"ב היה אפשר רוצה שיכשיר לו גם משקל ומדה החסרים והוא ממונה לפוסלם וליקחם מבעה"ב הוא שררה על בעה"ב שבעה"ב מחוייב לעשות כמו שהמשגיח אומר. וכן הוא ממש ממונה להשגיח על הכשרות שמלאכתו הוא לעשות אף נגד רצון בעה"ב שלא להניח לבעה"ב שיקנה דברים אסורים וא"כ להרמב"ם אין למנות ע"ז אשה.¹⁸⁰

אך חילוק זה, הוא רק במינוי עצמאי שהסמכות להחליט על לקיחת המשקולות, היא עצמאית של המפקח, שהוא זה הנותן את ההחלטה המינהלית, מכח סמכותו שלו, שניתנה לו על ידי בית הדין. אבל אם ישנו גוף כשרות, שעיקר הסמכות היא של הרב הממונה, והוא רק שולח משגיח למפעל,

¹⁷⁸ שו"ת משנה הלכות חלק ז סימן רנד.

¹⁷⁹ מדרש תנאים לדברים פרק יז, טו.

¹⁸⁰ שו"ת אגרות משה יורה דעה חלק ב סימן מד.

שעלל המשגיח לבצע את הפעולות בשטח כפי הוראת הרב, בזה פוסק הגר"מ פיינשטיין שם, שגם להרמב"ם ניתן למנות אישה לזה.

לאור דברים אלו, ברור הדבר מדוע אין בתי הדין נמנעים מלשלוח לעובדת סוציאלית, או לפקידת סעד, ליתן חו"ד על מסוגלות הורית, והמלצה על משמורת, שהחלטה האם לקבל את ההמלצה, נשארת בידי בית הדין, ואין הוא חותמת גומי על המלצות הפק"ס.¹⁸¹

נשאר לדון האם סמכות של כינוס נכסים, ואפטרופסות הן בגדר מינוי שררה. בדרך כלל בתי הדין ממנים לדברים אלו את ב"כ הצדדים, ללא הבדל. לעניין אפטרופסות, סמכות בית הדין הינה לפסוק לפי הדין האזרחי בלבד, וכן חוק שיווי זכויות האישה מונע אפליה של האישה, לכל דבר, חוץ מענייני נישואין וגירושין לפי חוק שיפוט בתי דין דתיים. השאלה היא לפי ההלכה.

לעניין אפטרופוס, מפורש בחו"מ ס"י רצ, שאין ממנין אישה, אך אם הצדדים קיבלו עליהו, ניתן למנות.

ולעניין כינוס נכסים, נראה שיש להחשיב הכונס כפועל של בית הדין, כי אין לו סמכות, אלא לפי הוראותיו הברורות של בית הדין, ולפי מגבלות החוק. בדרי"כ מדובר על מכירה של דירה על ידי מכרז, שהעו"ד הוא המנהל את המכרז, עורך סיור בדירה, ודואג לצד הטכני של קבלת ההצעות, הפקדת הערבויות, וההודעה על הזכייה. כל זה בפיקוח צמוד של בית הדין.

לכן נראה לענ"ד שהלכתית, אין בעיה של מינוי אישה לכינוס נכסים, אפטרופסות, חו"ד של פסיכולוגית או עו"ס על מסוגלות הורית, וכדו'.

¹⁸¹ בע"מ 10060/07 פלונית נ' פלוני (פורסם בנוב 2.10.2008)

פרק ט - שכר הטרחה – חיוב בהוצאות משפט

שכר טרחת עורך דין

לגבי שכר טירחת עורכי דין כי הלבוש :

מי שסירב בדין והוכרח התובע לתובעו בפני הערכאות, ותבעו ברשות ב"ד בפני הערכאות כדאיתא לקמן, והוצרך להוציא הוצאות להוליכו ולשכור מליצים ולתת לפסק דינם, חייב הנתבע הכל לשלם מדינא דגרמי.¹⁸²

דעת הלבוש לחייב את הסרבן גם בהוצאות ה'מליצים'. ועורכי דין וטוענים רבניים שבזמננו הם בכלל מליצים אלו. וכן דייק בפסקי דין רבניים מלשון הרשב"א :

' ונראה דלפ"ז י"ל דזהו המכוון גם בדברי הרשב"א הובא במחבר בש"ע, שכולל הוצאות שהוצרך להוציא בדינים וטוענים, וטוענים היינו שכר מליצים. ואף שהרשב"א פוטר בשניהם בערכאות, מ"מ שמעינן מכלל הלאו דגם זה נכלל בסוג הוצאות במקום שחייב בהן. וגם בלך עמי ואבא אחריו וכו' דחייב בהוצאות נראה דאפילו חיובו הוא מדין התחייבות, מ"מ אינו יכול לומר דההתחייבות היתה רק כלפי הופעת הצד שכנגד עצמו ולא כלפי באי כוחו, כיון דרשאי להביא באי כח וגם המנהג בכך, חל החיוב גם כלפי דידיה'.¹⁸³

מדוייק מלשון הרשב"א והשי"ע שחיוב הסרבן במקום שחייב ולהסוברים שחייב, כולל גם את שכירת באי כוחו של הבעל דין.

אמנם בספר תשובות והנהגות נראה אחרת :

' ומיהו נראה דאפילו כשמשלם לו הוצאות, אינו חייב לשלם לו עבור טוען או עורך דין, שבזה הוי רק גרמא. דמאן יימר שצריך ומביא עורך דין, ובמיוחד בהתחלת הדיון. אבל אם אמר לבעל דינו אני בא עם עורך דין ויש לי על זה הוצאות, והבטיח השני לבוא ובמיד לא בא, הוה כלך ואני בא שמחייבין אותו בהוצאות להרמ"א'.¹⁸⁴

דעתו של רבי משה שטרנבוך ששכר טירחת עורכי דין אינו דומה להוצאות. הוצאות שחייבים עליהם מדינא דגרמי אלו הוצאות שהמזיק כפה על הניזק. לעומת זאת את העורך דין לקח הנתבע מדעתו ותועלתו ואין זה כגרמי.

¹⁸² לבוש חושן משפט יד, ד

¹⁸³ פסקי דין רבניים חלק ג עמוד 35

¹⁸⁴ תשובות והנהגות לרבי משה שטרנבוך, חלק ד תשובה שג

ולדבריו צריך לומר שמה שכתב הלבוש ששכר המליצים הוא בכלל ההוצאות, היינו בתביעה לערכאות, שבזה עסק הלבוש. ובפני הערכאות מחוייב להביא 'מליץ', ובלי זה מפסיד את דינו, ולכן בנידון הלבוש הוצאות המליץ הן גרמי, אבל בדין ישראל אם התובע לא הופיע לדיון, או בערכאות שאינן מחייבות להעמיד עורך דין, לא יהיו הוצאות העורך דין מוטלות על התובע.

אמנם גם לדברי רבי משה שטרנבוך, אם ברור לכל ששני הצדדים מביאים ייצוג משפטי, וצד אחד נעדר מדיון, חייב הצד הנעדר בהוצאות העורך דין של הצד שהגיע, מפני שקביעת הדיון הוי כאומר 'לך ואני אבוא אחרריך'.

את גישת בתי הדין הרבניים לנושא זה, סיכם פרופ' אליאב שוחטמן:

' וגם כאשר מצא לפעמים בית הדין לנכון לפסוק הוצאות לטובת הצד שזכה בדיון, הוא לא מצא לנכון לפסוק לו גם שכר טרחת עורך דין- שהוא למעשה המרכיב העיקרי בהוצאות משפט'.¹⁸⁵

ובהמשך דבריו שם מציין עוד:

דומה, שבכל הפסיקה הרבנית שהתפרסמה בעשרת הכרכים הראשונים של פסקי הדין הרבניים, לא נזכרה במפורש פסיקה של שכר טרחת עורך דין אלא פעם אחת, ראה פסקי דין רבניים כרך י עמוד 145.

פרופ' שוחטמן מבקר את בתי הדין הרבניים וקובע שבתחום זה של פסיקת הוצאות עורך דין, בתי הדין לא ממצים את האפשרות ההלכתית לחייב את שכר טרחת עורכי הדין. אמנם מבדיקה מדגמית של פסקי דין, עולה תמונה שונה. כך לדוגמא נפסק¹⁸⁶:

' (א) סירב הנתבע לבוא לבי"ד והתובע נאלץ להוציא כספים לכופו לירד עמו לדיון, חייב הוא לכסות כל הוצאותיו, כולל שכר עו"ד'.

הרי שבית הדין מחייב הוצאות משפט. פסק דין זה ניתן על ידי הרב יעקב רוזנטל, הרב עזרא הדאיה והרב ברוך רקובר.

ולהלכה למעשה פסק בית הדין על פי עיקרון זה:

ובעבור חלק משכר טרחת עורך דין - שנגרם עקב אי הופעת הנתבע - חייבנו לעיל את הנתבע לשלם לתובע, וגם במהלך הדיונים חוייב הנתבע בסך עשרים וחמש ל"י עבור הוצאות התובע.

¹⁸⁵ בספרו סדר הדין עמוד 396 הערה 42

¹⁸⁶ פסקי דין רבניים כרך ו עמוד 81

בנוגע ליתר הוצאות התובע (כולל נסיעות ועודף הוצאות העורך דין), הרי כפי שכתבנו לעיל, לווה שגרם הפסד למלוה, פטור מחמת גרמא בנזיקין - אפילו כשהי' במזיד - לשיטת התוס' והרא"ש, ואי אפשר להוציא מהמוחזק, ורק חייב לצאת ידי שמים'.

בית הדין חילק בין מקרה סביר שבו לא ניתן לחייב בו את הצד המפסיד בדין בהוצאות וממילא בשכר עורך דין, לבין נתבע שלא הופיע שדומה ללך ואני אבוא אחר כך שחייב בהוצאות וממילא גם בשכר טרחת עורך דין.

כך נפסק גם בהרכב נוסף¹⁸⁷:

(א) בהוצאות המשפט שחייבים לשלמן במקרים דלעיל, נכלל גם שכר עורך דין.

גם כאן מפורש שבמקרים בהם יש עילה לחייב הוצאות, מחייבים גם שכר טרחת עורך דין. ובהמשך אותו פסק דין הדיינים מבררים ומוכיחים הנחה זו שדין שכר טרחת עורך דין דינו כשאר ההוצאות וניתן לחייבו. והבאו הדברים לעיל.

הדברים נפסקו הלכה למעשה גם בהרכב מפורסם נוסף¹⁸⁸:

וא"כ בנידון דידן שהבעל תובע שלום בית ובד בבד עם זה הוא הולך לשדכנית למצוא לו אחרת, וכשבא הדבר לפני בית הדין הוא מכחיש מכל וכל, ועל האשה היה להוכיח מה שהכחיש והוכח ורק אחרי כן בסיכומים הוא ממציא לו הסבר למעשיו והצדקה לפעולותיו, אבל הוצאות הופעת העדה ושכר טרחת עורך דין, האשה שלמה. ובזה אין צל של ספק שלא היתה צריכה להוציא אילו הוא התובע לא היה מכחיש בזה, חייב הבעל לשלם לאשה ההוצאות.

בהרכב זה היו הרב עובדיה יוסף, הרב מרדכי אליהו והרב שאול ישראלי. ההרכב חייב בפועל הוצאות עורך דין כאשר הייתה עילה לחייב בהוצאות.

וכך כותב גם הרב עובדיה הדאיה בפסקי דין שפרסם בספרו:

אשר לטענת המערער לתביעות האשה [ש]הם מוגזמות, שלפיהם הייתה חייבת בהוצאות המשפט, הרי הגורם העיקרי לתביעת האשה הוא הבעל שהפסיק לתת לה מזונות, ולזה בצדק הוא היה חייב לשאת בהוצאות ההתדיינות.

לאור כל האמור (א) יש לאשר את פסק הדין המעורער על כל סעיפיו. (ב) הוצאות המשפט ושכר עורך דין של האשה חלות על הבעל.¹⁸⁹

¹⁸⁷ פסקי דין רבניים כרך ג עמוד 18

¹⁸⁸ פסקי דין רבניים כרך י עמוד 14-15

¹⁸⁹ שו"ת ישכיל עבדי לרבי עובדיה הדאיה חלק ה אבן העזר סימן עב

ומבואר שפשוט לרבי עובדיה הדאיה שכשיש חיוב הוצאות, החיוב חל גם על שכר טירחת עורכי דין. ובדומה לזה ימצא המעיין בשו"ת ישכיל עבדי שם שחייב שכר טירחת עורכי דין בפסקי דין נוספים¹⁹⁰.

אמנם הביא פרופ' שוחטמן גם פסק דין סותר לזה.

בהרכב שבו ישבו הרב אלישיב, הרב עדס והרב ז'ולטי, נפסקו הוצאות על הבעל וכל צד ישא בשכר טירחת עורכי דין שלו.¹⁹¹ אמנם לא נומק בפסק הדין הנזכר החילוק בין שכר טירחת עורך הדין לשאר ההוצאות. העילה לחיוב ההוצאות בפסק הדין הנזכר הייתה חיוב מזונות (טעם חיוב ההוצאות לא נזכר בפירוש בפסק הדין. בהעדר טעם אחר נראה שסיבת חיוב ההוצאות היא משום חיוב מזונות. ועיין בפרק העוסק בתקנות בהוצאות משפט, בכותרת המשנה העוסקת במנהג בתי הדין). ואפשר שהדיינים סוברים שבכלל חיוב מזונות כלולה רק עיקר התביעה לבית הדין ולא שכר טירחת עורך דין, אבל בתביעה קנטרנית או בסרבן אולי כן יחייבו. ואפשר גם שסוברים כסברת רבי משה שטרנבוך שאין לחייב בשכר טירחת עורך דין.

אמנם יתכן גם שסיבת הפסק נבעה מפרטים ייחודיים באותו דין. בפסק הדין הסופי נפסק שם לטובת הבעל ואביו לגבי ביקורי הילדים. נמצא שעורך הדין שהביאה האשה, שימש לא רק לגבי תביעת מזונות שהתקבלה, אלא גם לגבי פרטים הלכתיים שבהם לא התקבלה תביעתה ואינם בכלל צרכיה. וכמו כן נפסק שם שעל הבעל לגרש אותה, ואם כן נמצא שהתביעה ביחס להסדרי הראיה נוגעת לחיים לאחר הגירושין, שבהם אין חיוב מזונות. וגם עבור תביעה זו היה צורך בכל הדין, בהוכחת והגדרת מצבו הנפשי של הבעל ובהבאת עורכי הדין. ומכיוון שבפסק הדין לא כתובה בפירוש העילה שלא לגבות שכר טירחת עורך דין, קשה להסיק משם מסקנות מרחיקות לכת.

הרב אלישיב, שישב בהרכב הנ"ל, ישב גם בהרכב נוסף בו נפסקו כל ההוצאות על הבעל¹⁹², ובדין זה השתתפו עורכי דין, וממילא ברור שכוונת בית הדין הייתה לחייב את הבעל גם בשכר טירחת עורכי הדין, כך שאי אפשר לומר שדעת הרב אלישיב היא שלא לחייב באופן גורף שכר טירחת עורכי דין.¹⁹³

בספר דיני בוררות¹⁹⁴ דן כאשר הביא בעל דין עורך דין מומחה ששכרו רב, ובעל דינו נעדר מבית הדין, כמה יחייב בית הדין את הנעדר. האם במלוא הוצאות עורך הדין המומחה, או בדמי עורך דין רגיל. והעלה שלצד שחיוב 'לך ואני אבוא אחריך' הוא מדין ערב, וודאי שחייב בכל הוצאות

¹⁹⁰ שו"ת ישכיל עבדי לרבי עובדיה הדאיה חלק ה אבן העזר סימן עג אות ה, סימן עד אות ו, סימן עז אות ד, סימן עח אות ג וכן הלאה עוד בתשובות רבות.

¹⁹¹ פסקי דין רבניים חלק א עמוד 77

¹⁹² פסקי דין רבניים חלק א עמוד 339

¹⁹³ כמו כן ישנם פסקי דין נוספים שהושתו בהם הוצאות על אחד הצדדים, ולא הוזכר בפירוש שכר טירחת עורך דין, אך ברור שגם לכך הייתה הכוונה כיוון שנכח עורך דין בצד שזכה בדין, עיין פסקי דין רבניים חלק א עמוד 263, חלק ב עמוד 119, חלק ב עמוד 232, חלק ב עמוד 253, חלק ב עמוד 263.

¹⁹⁴ דיני בוררות, הרב יעזר אריאל עמוד תכה-תכו

המומחה, שהרי ערב לבעל דינו על כל הוצאותיו, ולסוברים שחיובו מדינא דגרמי (עיין בפרק העוסק בחיובי מי שלא הגיע לדיון), הסתפק. לכאורה אי אפשר לחייבו יותר מהנזק שגרם, והרי רק גרם לצד השני שיזדקק לעורך דין, אבל לא גרם לו להביא דווקא עורך דין מומחה.

אמנם לבסוף הכריע שגם לצד זה יתחייב הנעדר בכל הוצאות המומחה, מפני שהנזק נגרם לא בתביעה לדיון, אלא בעצם ההעדרות שהפכה את המומחה ללא נצרך. וממילא נגרם אז נזק במלא ערך הופעת עורך הדין המומחה.

ולפי זה בסרבן שחייב על מה שגרם מראש, נחייב רק בהוצאות עורך דין רגיל.

ויש לדון בדבריו. הרי לגבי אשה שחזרה בה מנישואין אחר שהכין החתן את סעודת הנישואין, פסק הרמב"ם¹⁹⁵ שחייבת אם הכין החתן סעודה לפי המנהג. ומשמע שאם הפריז החתן בהוצאות, אין האשה מתחייבת בהן. ואם כן לפי זה יתחייב הנעדר בשכר עורך דין רק לפי דרגת העורך דין שנהוג להביא לדיון מסוג זה.

ולסיכום: לדעת רוב הפוסקים אפשר לחייב בהוצאות עורך דין. לכאורה דמי העורך דין יחוייבו לפי סוג העורך דין שנהוג להביא בדיונים מסוג זה.

עורך דין שלא בא לדיון וגרם לביטול הדיון

כתב בשו"ת נחלת עזרא שאם העורך דין נעדר מהדיון והעדרותו גרמה לביטול הדיון, חייב המורשה בתשלום ההוצאות לצד השני.¹⁹⁶ ואת דין חיוב ההוצאות למד הנחלת עזרא מדינו של החוות יאיר¹⁹⁷ שחייב חתן שלא הגיע לחתונתו בהוצאות החתונה.¹⁹⁸

וחיוב ההוצאות יוטל על העורך דין ולא על המרשה, מפני שדינא דגרמי מוטל רק על עושי הרעה עצמם, כן כתב בשו"ת דברי גאונים.¹⁹⁹

ואף שבנוסח ההרשאה מתחייב המרשה בהוצאות,²⁰⁰ היינו שמתחייב המרשה לשלם למורשה הוצאות נצרכות שהוציא המורשה, ולא הוצאות שאינן צריכות שהסב המורשה לאחרים.

צד נוסף לחיוב עורך הדין, הוא שבדרך כלל הוא הקובע את מועדי הדיון, ולכן הוי כאומר בעצמו 'לך ואני אבוא אחריך'.

¹⁹⁵ רמב"ם הלכות זכייה ומתנה ו, כד

¹⁹⁶ שו"ת נחלת עזרא לרבי עזרא הדאיה חושן משפט סימן ג

¹⁹⁷ שו"ת חות יאיר סימן קסח

¹⁹⁸ הוצרך להוכיח מהחוות יאיר, מפני שניתן להעמיד את דברי הרמ"א דווקא בבעלי דין, ולומר שחיובם משום

סרבנות. ועיין מה שכתבנו לעיל בזה שאפשר שהבנה זו תלויה במחלוקת ודו"ק.

¹⁹⁹ שו"ת דברי גאונים כלל טו סעיף כז

²⁰⁰ וכן פסק בש"ע קכב, ו

פרק י - מורשה הקרוב לדיין – יחסי פסלות

בעל-דין מעוניין להיות מיוצג בבית הדין הרבני או בבית המשפט האזרחי על ידי איש מקצוע, עורך-דין או טוען רבני, אשר מצוי ביחסי פסלות מול דיין או שופט, המכהן בהרכב בית הדין או בהרכב בית המשפט אשר נקבע לדון בסכסוך שבין בעלי הדין. מי נדחה מפני מי - האם הדיין או השופט חייב להסתלק מן הדין, ויש לקבוע דיין או שופט אחר שידון בסכסוך, או שמא עורך-הדין, ביודעו כי הסכסוך צפוי להיות נידון בפני דיין המצוי ביחסי פסלות מולו, מנוע מלייצג את בעל הדין, ועל בעל הדין למנות מורשה אחר?

שאלת הפסלות של מורשה כלפי דיין או עד, נדונה על ידי הרי"ף. ראו שו"ת הרי"ף סימן קנז :

שאלה: על שהוא מורשה בשכר להוציא מיד הנתבע אם יוכל אחד מקרובי המורשה זה להיות עד או דיין וכן האפוטרופוס שאין לו הנאה אם יוכלו קרוביו להעיד או לדון. תשובה. כל מורשה שהוא נרשה בשכר ידוע וקצוב בין אם תיקן התביעה אשר נתנה עליה בין אם הפסיד יכולין קרוביו להעיד לו עליו ולדון כי אינם בעדותם ולא בדינם מהנים לו ולא מפסידין לו אבל ההפסד וההנאה הוא לבעל התביעה אשר התנהו אצל המורש' שכרו קצוב ואין לו שום הנאה והפסד לא בעדותם ולא בדינם. והוא הדין לאפוטרופוס שאין לו שום הנאה באפוטרופוסותי' [דינו כן] אבל אם יש לו חלק בכל מה שיוציא מן הנתבע אין קרובין יכולין להעיד בדין זה מפני שהן מהנין לו או מפסידין לו בחלק אשר יש לו וכן אינם יכולין לדון אלא אם יאות הוא והנתבע לשום אותם דיינים כדאמרינן נאמן עלי אבא וכו'. ומי שיש לו עדים צריך הוא להשתמר מלהרשות אדם מקרובי העדים מפני שהוא מבטל עדותן בהרשאה זאת וכן הנתבע אשר לו עדים בפריעת הממון צריך הוא שלא יבא לדון עם המורשה שהוא קרוב לעדיו מפני שהוא מבטל עדותן כי כאשר העדים קרובים המהנים למורשה פסולין כן העדים הקרובים המפסידין עליו פסולין אלא אם יקנה מן המורשה שיהיה מקבל עליו עדות קרוביו.

נשים אל ליבנו, כי בשאלה שהופנתה אל הרי"ף, הנחת המוצא היתה כי המורשה כבר נושא בתפקיד זה, והשאלה היא האם קרובו יכול להיות עד או דיין בסכסוך. בתשובתו עורך הרי"ף הבחנה בין מורשה ששכרו תלוי בתוצאות המשפט, שאז רואים בקרבה שבין המורשה לדיין או לעד, כעילת פסלות, לבין מורשה ששכר טרחתו קצוב ואין לו הנאה או הפסד בגין תוצאות המשפט, שאז אין מתקיימת עילת פסלות. ראוי להדגיש את הסיפא לתשובת הרי"ף בה הוא קובע כי הנתבע זכאי למנוע את ייצוגו של התובע על ידי מורשה, אם הוא גורם בעצם ייצוגו לפסלות עדים אשר יכולים להעיד לטובת הנתבע. מבחינה עניינית ניתן להסיק מן הסיפא לתשובה, כי בעקרון הנתבע יכול למנוע את ייצוגו של המורשה של התובע גם כאשר הוא גורם לפסלות הדיין. אכן, הרי"ף לא נזקק לציין זאת, לפי שבמציאות החיים שהיתה רווחת בתפוצות ישראל, לא היה בית דין קבוע, ושכסוכים היו נדונים בשיטת "זה בורר לו אחד וזה בורר לו אחד" (זבל"א וזבל"א).

לפיכך, היתה שאלת פסלות מורשה-דין מצומצמת רק לטווח של בעל הדין שמינה את המורשה ובחר את הדיין שידון מצידו (ולהלן עוד נעסוק במקרה שמורשה נמצא ביחסי פסלות לדיין שנבחר הצד שכנגד). לעומת זאת, כאשר מדובר בדיין קבוע בעירו, יסכים הרי"ף, שלא יוכל התובע למנות מורשה, אשר כתוצאה ממינויו הוא גורם לפסלותו של הדיין.

גם הרשב"א עסק בשאלת יחסי הפסלות שבין מורשה לבין אחד הדיינים:

"ומה ששאלת: דראובן יש לו תביעות על שמעון, ולוי הוא מורשה של ראובן בחנם, ומקצת הדיינין פסולין להעיד ללוי. הודיענו, לפי פרק התקנה הנזכרת, אם יכולין קרובי לוי המורשה הנ"ל לדון בדברים ההם, כיון שאינו אלא מורשה בחנם?
תשובה: אם לא היה אלא שליח בעלמא, הרי זה דן בפני קרובו, לפי שאין לו בזה אלא זכות ולא חובה. אבל בא בהרשאה, אם כתב לו בהרשאה: זיל דון ואפיק לנפשך, הרי הוא כבעל דבר ממש, ומשלם, ולא מצי למימר ליה הנתבע: לאו בעל דברים דידי את. ואע"ג דאמר רב אשי בפרק מרובה: שליחו שוייה, כבר כתב הראב"ד ז"ל: דאי אמר המורשה קודם שיתבענו המורשה (בדפוס ליוורנו תקל"ח: המרשה): הריני זוכה לעצמי, קנה, דלהכא אמר ליה המרשה: זיל דון ואפיק לנפשך. אבל כל שתובעו המרשה קודם שיאמר הוא: הריני זוכה לעצמי יכול המרשה לומר לו: תן לי מה שגבית, דשליחא שויה. והילכך בשעה שהוא דן עם הנתבע בהרשאה שבידו שכתוב בה: זיל דון ואפיק לנפשך, הרי הוא כבעל דבר, שדן על שלו.²⁰¹

לכאורה עולה כי קיימת מחלוקת בין הרי"ף לרשב"א. בעוד שהרי"ף אינו רואה פסול בייצוג של מורשה על ידי קרוב משפחה של הדיין - כל עוד מדובר במורשה בשכר קבוע, אשר אין לו רווח או הפסד על פי תוצאות פסק הדין הצפוי - קובע הרשב"א, שאפילו מורשה בחינם, אם אך נאמר בשטר ההרשאה, "זיל דון ואפיק לנפשך", הריהו כבעל דבר ואין קרובו יכול לדון בסכסוך.

ברם, ניתן לומר כי הוספת משפט זה, "זיל דון ואפיק לנפשך", הופכת את המורשה לבעל זכות קניינית בגוף הנכס הנתבע, כך שהוא נעשה לבעל-דין ממש. ואם כן, הרי"ף עסק בהרשאה שאין מופיעה בה אמירה זו, ולכן שאלת הפסלות תלויה רק ברווח או הפסד שיבואו למורשה מתוצאות פסק הדין. אם כך, אין מחלוקת בין פוסקים אלו. תימוכין לגישתנו יש לראות בדברי הש"ך בהלכות הרשאה:

נראה דדקדקו הט"ו וכתבו בזמן שיש לו חלק בתביעתו ולא כתבו או אם קצץ לו שכרו אלא ר"ל דוקא כשיש לו חלק בתביעתו עצמה נמצא הקרובים פסולים להעיד למורשה בין לזכות בין לחובה כדלעיל סי' ל"ג סעיף י' אבל כשאין לו חלק בגוף התביעה עצמו אע"פ ששכרו תלוי באם יוציא דוקא מ"מ הם אינם מעידים למורשה בממון זה רק שי"ל שנוגעים הם ונוגע כשר

²⁰¹ שו"ת הרשב"א חלק ג סימן שצא.

להעיד לחובה כמ"ש לעיל ר"ס ל"ז וכדמוכח ג"כ ממ"ש הפוסקים דנאמן להעיד פ' רבע שורי להרוג אף השור וכמו שנתבאר לעיל סי' ל"ד סעיף כ"ו ע"ש.²⁰²

על כל פנים ברור, הן לדעת הרי"ף והן לדעת הרשב"א, שהיחסים ההדדיים שבין המורשה לבין הדיין, יכולים להקים עילת פסלות, אם כי הדיין הוא מה הן הנסיבות בהן מתעוררת עילה זו.

בשיטתו של הרי"ף הולך גם המהר"י ווייל, אף שאין הוא מזכיר את תשובת הרי"ף:

... ראובן ושמעון שנתעצמו לדין בטבריא כסדר הב"ד לשם כל אחד יברור דיין וימסרו טענתם להדיינים וחילוקי טענות יעמוד על הרב אשר הוא דר שמה. ושמעון הנתבע שכר מורשה שיסדר טענותיו ואותו מורשה הוא חורגו של הרב האב ב"ד. ועתה ראובן שדא ביה נרגא ואינו רוצה להניחו שיהא מורשה של שמעון כיון שהאב ב"ד הוא בעל אמו של המורשה. ועוד שהמורשה הוא תדיר בבית האב ב"ד קמרמזי אהדדי, ועוד אומר ראובן שכך התנה שמעון עם המורשה שאם ינצח בדין שאז ירבה לו בשכרו. מטיבותא דמר אמינא ודאי אם התנה עם המורשה להרבות בשכרו אם יזכה בדין אז טענת ראובן טענה כיון דאית ליה להמורשה הנאה בדבר אם יזכה בדין א"כ המורשה הוא פסול להעיד וכן קרוביו פסולים בין לדין בין לעדות. כדאיתא במרדכי במרובה היכא דאית ליה להמורשה חלק בו אז הוא פסול להעיד וכן קרוביו פסולים לדון ולהעיד וה"נ כיון דנתרבה לו שכרו אם יזכה בדין הוי כמו שיש לו חלק בו.

אבל אם קצב שמעון שכרו להמורשה הן יצא זכאי הן יצא חייב שיטול שכר קצוב ולא ירבה לו שכר אם יזכה. אז נראה שאין ביד ראובן למחות בהמורשה שלא יהא מורשה כיון ששכרו קצוב. כדאיתא נמי במרדכי פר' מרובה דקרובי המורשה כשרים בין לדין בין לעדות.

...ומה שכתבת יש מהנדזין בדבר ורוצים לפסול המורשה ומביאי' ראייה מפרק שבעות העדות אמר רב' בר רב הונא האי צורבא מרבנן ועם הארץ דאית להו דינא בהדי הדדי לא נקדים צורבא מדרבנן משום דמיחזי כמאן דמסדר ליה טענתא כו' ומדמו האי מילתא לההיא דרב' בר רב הונא כיון שהמורשה גס בהרב ורגיל אצלו תדיר איסתתים טענת ראובן. אי משום הא לא איריא דאדרבה כיון שהוא תדיר אצל הרב בלאו הכי אין כאן חשדא דהא מסיק ולא אמרן אלא דלא קביעא ליה עידיה אבל קביעא ליה עידיה לית לן בה מימר אמר בעידיה טריד הכי נמי ליכא חשדא דאמרי בלאו הכי הוא תדיר אצלו. ועוד הא דאמר רבא בר רב הונא אינו אלא עצה טובה להרחיק מן הכיעור ולהיות נקי מהשם ומישראל. דאי לפוסלו לדין הוי ליה למימר ואי עביד הכי פסיל ליה לדינא כדקאמר תלמודא פ"ק דסנהדרין גבי אושפיזיני דרב ובפרק שני דייני גזירות גבי כל הנהו דמייתי התם דקאמר פסילנא לך לדינא ה"נ הוה ליה למימר פסיל ליה לדינא. או הוה ליה למימר לא לידון ליה כדקאמר רב פפא לא לדון איניש לא למאן דרחים ליה כו' ומדלא קאמר הכי ש"מ דאינו אלא עצה טובה.

²⁰² חושן משפט סימן קכג, כו.

ועוד דלא דמי כלל להיחיד דפרק שבועת העדות דהתם קאמר רב הונא דווקא בעל-דין גופיה לא ניקדום דאיכא למחשדא אבל הכא אינו אלא מורשה בעלמא. וכיון דאפילו קרובי המורשה כשרים לדון אין כאן בית מיחוש דהא המורשה גופיה יכול להעיד היכא דאין לו חלק בו כדמשמע בפרק מרובה במרדכי ולא חיישינן שמא יעיד שקר ה"נ לא חשדינן ליה שמא יטעים דבריו להאב ב"ד דאין אדם חוטא ולא לו.²⁰³

עד כה עסקנו בקביעה כי ייתכנו נסיבות שבהן יחסי קרבה שבין מורשה לבין דיין, יוצרות עילת פסלות. ואף שהסקנו שניתן ללמוד מדברי הרי"ף שלא ניתן למנות מורשה אשר יביא לפסלותו של דיין קבוע, עדיין לא הבאנו מקור הלכתי מפורש, שדן בשאלה, מי נדחה מפני מי.

הראשון שדן בכך הוא הרמ"א בתשובותיו:

אשר שאלת על דבר ראובן ושמעון שבאו לדון בזה בורר לו אחד וכל אחד לקח לו מורשה כדרך המדינה ההיא, שגם הנתבע לוקח לו מורשה ועם שאינו מדינא כ"כ. והנה עכשיו בא המחלוקת כי הבורר של התובע הוא פסול למורשה של הנתבע, ולכן אין הנתבע רוצה לעמוד לפני הדיין של התובע. והתובע אומר שיקח לו מורשה אחר כי לא יוכל לפסול דיינו, והנתבע אומר אדרבא התובע יקח לו דיין אחר כי לא יוכל לפסול מורשה שלו.²⁰⁴

השאלה ברורה. טרם נפנה לעיקר התשובה, יש להסב שוב את תשומת הלב, כי ברור מלשון השאלה כי הרמ"א לא דן בדיין שהוא קבוע בעירו, כי אם בדייני זבלי"א וזבלי"א. לאחר שהרמ"א דן בסוגיית הגמרא, סנהדרין כג א, "זה פוסל דיינו של זה וזה פוסל דיינו של זה", קובע הרמ"א:

...ונראה דאם חלוקים בדבר וכל אחד רוצה לדחות דיין חבירו, נראה דיד הנתבע על העליונה והתובע צריך לברור לו דיין אחר כדי שיוציא את שלו, דמאן דכאיב ליה כאיבא אזל לבי אסיא (בבא קמא דף מו, ע"ב). ואע"ג דלענין לבית הועד קא אזילנא יפה כח התובע כדאיתא בתוס' ואשר"י פרק זה בורר (שם לא, ב ד"ה אי ציית ציית וברא"ש פ"ג ס' מא), הני מילי גבי דיינים דיכולין לכופ לעמוד לפנייהם ולכן כח התובע עדיף מטעם עבד לזה לאיש מלוה (משלי כב, ז), ומטעם זה כתב נימוקי יוסף ריש זה בורר (ברי"ף ג, ב), דהתובע יכול להסתלק בעירו מדיין אחד לחבירו משא"כ הנתבע. אבל במקום זה בורר דיד הנתבע כיד התובע, דיד הנתבע (בכל ההוצאות כתוב בטעות התובע) כחו עדיף בזה שיותר הוא יכול לדחות התובע ממה שידחה התובע את הנתבע. וראיה לזה ממ"ש הרא"ש (שם פ"ג סו"ס ב והכונה בדברי רבינו אין שומעין לנתבע), דאם הנתבע בורר לו דיין שאינו הגון כדי לשבת אצל דיין הגון כופין אותו לדון בפני ג' או שיברר לו דיין הגון, עכ"ל.

טעמא דבירר לו דיין שאינו הגון הא דיין הגון אע"פ שפסל דיינו של התובע, כגון שהם קרובים או פסולים אין שומעין לו. ולא דמי להא דכתבו הגהות מיימוני פכ"ד מהלכות סנהדרין (אות ד) דאם בירר הנתבע דיין היודע עדות לתובע דוחקים אותו לברור דיין אחר כדי שזה יוכל

²⁰³ שו"ת מהרי"י ווייל סימן קיט.

²⁰⁴ ראו שו"ת הרמ"א סימן קד.

להעיד, דשאני התם דהתובע לא יוכל למצוא עדים אחרים. משא"כ גבי דיין, דהתובע יוכל לברור לו דיין אחר כמו הנתבע ומה ראינו לדחוק הנתבע יותר מן התובע, אדרבה המוציא מחבירו עליו הראיה (ב"ק לה, א; יומא ט, א).

ואחר שנתבאר זה נ"ל לדקדק בענין המורשה. כתב הרמב"ן והביאו הטור ח"מ ס' קכ"ג, מורשה שהורשה בשכר ידוע אפילו אם לא יוציא הממון מיד הנתבע כשרים הם קרוביו בין לעדות בין לדין כו', עד אבל מורשה שיש לו חלק במה שמוציא מן הנתבע קרוביו פסולין הם בין לעדות בין לדין כו', עד וכן נתבע שיש לו עדים בפריעתו לא יבוא לדון עם המורשה בזמן שיש לו חלק בתביעתו אם קרוב לעדים כו'. הרי קמן דהנתבע יוכל לדחות מורשה של התובע הבא עליו בהרשאה מכח עדים שלו, וה"ה דהיה יכול לדחות מכח בורר שלו אם רצונם לדון בזה בורר. ולא אמרינן דהוא יברור לו דיין אחר, דלעולם כח הנתבע יפה בזה כמו כח התובע ולא יוכל להכריחו לדון בזה בורר כי אם לפני אחד שרוצה בו.

ואע"ג דבהג"ה מיימונית דלעיל כתב דהנתבע צריך לברור לו דיין אחר היינו אם רוצה בזה בורר, אבל נראה דאין יכול לכופו בזה כי אין כופין לעמוד לפני זה בורר והוא פשוט. אך הרשות ביד המורשה שלא לדון בזה בורר אלא לתבעו לפני ב"ד. ואף אם כבר נבררו הבוררים שאין יכולין לחזור בו נראה דבכה"ג יכולין לחזור, דכל כי ה"ג טעות הוי מידי דהוה אמי שבירר לו דיין שאינו הגון דכופין אותו לפני דיינים אחרים, וה"ה בכאן אם המורשה של התובע הוא קרוב לדיין הנתבע, אם ידע הנתבע מן המורשה תחילה ואפ"ה בירר לו דיין שהוא פסול למורשה ודאי דוחין אותו וצריך לברור דיין אחר דהא קבל עליו המורשה.

אבל אם בירר דיינו תחילה ואח"כ לקח לו התובע המורשה, יכול הנתבע לומר לא אדון עם מורשה כדי שלא יפסל דיין שלי. כמו שכתב הרמב"ן ז"ל לענין עדים וה"ה לדיין שכבר נברר.

ובנדון דידן שהמורשה של הנתבע פסול עם דיינו של התובע נראה נמי דינא הכי, דאע"ג דאיכא למימר מאחר שנתרצו לדון בזה בורר וכל זמן שלא נבררו הדיינים יכולים לחזור בהן הרי הרשות ביד שניהם לחזור, ואם קבלו קנין ונבררו הדיינים באופן שאינם יכולים לחזור מן הדיינים, א"כ דיין כל אחד מהן הרי הוא כעדין.

על כן לא יוכל הנתבע לברור מורשה לפסול דיין של חבירו, כי באופן זה היה מתבטל דין של זה בורר דכל אחד יברור לו מורשה הפוסל דיין של חבירו. ומאי פריך בגמרא (סנהדרין דף כג, עמוד א) אדברי ר' מאיר דאמר זה פוסל דיינו של זה כל כמיניה לאפסולי דייני כו', ש"מ דלא יוכל לפסלו בלא טענה וכה"ג הוי מצי לפסלו בלא טענה. וע"כ צריך הנתבע ליקח מורשה אחר מאחר שכבר נבררו הדיינים.

ואם לא נבררו עדיין ועדיין יכולים לחזור בו שיוכל התובע לומר לא אדון בזה בורר ויוכל לתבעו לפני דיינים, אבל לא יוכל להכריח הנתבע לעמוד לפני זה בורר שלו. זהו הנ"ל בשאלתכם, נאום משה איסרלש מקראקא.

מדברי הרמ"א ניתן להסיק, שכל אימת שהדיין נקבע תחילה, ואחר כך בא התובע ולקח לו מורשה אשר נמצא ביחסי פסלות מול הדיין, יכול הנתבע לומר "לא אדון עם מורשה (של התובע) כדי שלא יפסל דיין שלי". נראה לומר, כי גם כאשר מדובר בדיין קבוע אשר אמור היה לדון בסכסוך שבין בעלי הדין, לא יכול התובע למנות מורשה אשר ייצוגו יביא לפסלותו של הדיין.

ואף שציין הרמ"א, שבמקום שבו קיימים דיינים היכולים לכופף לעמוד לפניהם, כח התובע עדיף מטעם עבד לזה לאיש מלוה (משלי כב, ז), וכתב כי מטעם זה כתב נימוקי יוסף ריש זה בורר (בריי"ף ג, ב), דהתובע יכול להסתלק בעירו מדיין אחד לחבירו משא"כ הנתבע, הרי גם זה רק בזמניהם, שכך היה נהוג בפועל שבעת שישנם כמה דיינים קבועים בעיר יכול היה התובע לבחור את הדיין שבפניו יביא את תעצומותיו.

אבל במערכת בתי הדין בישראל, שבה חלוקת העניינים בין הרכבי בתי הדין נעשית על פי כללים קבועים מראש, ובעל-דין אינו יכול לברור לעצמו את הרכב בית הדין, יסכימו הכל, שאין עדיפות לא לתובע ולא לנתבע, ומעיקר הדין, שום בעל-דין אינו יכול למנות מורשה לייצוגו באופן שהדבר יביא לפסלותו של דיין שנקבע לדון בסכסוך (אך ראו להלן שיש לשקול את העניין ע"פ החקיקה החדשה).

וראו שולחן ערוך חושן משפט סימן קכג, סעיף יב, שפסק המחבר :

"וכן מי שיש לו עדים בפריעתו, לא יבא לדון עם המורשה בזמן שיש לו חלק בתביעתו, אם הוא קרוב לעדים, שהרי יבטל העדות".

וכתב שם הש"ך בס"ק כה :

"כלומר עצה טובה קמ"ל להלוה שיעשה כל מה דאפשר שלא יבוא לדון עם המורשה אבל ודאי אם המורשה תובעו אינו יכול לומר לא אדון עמך לפי שיש לי עדים שהם קרובים לך או י"ל שיכול לומר כן לא אדון עמך כי יש לי עדים שפרעתי שהם קרובים לך ואני או' שהמלוה עשך בכונה מורשה שתפסול העדים רק שאם כבר דן עמו והפסק תלוי בעדים שוב אינו יכול להביא עדים שהם קרובים לו ודוק, שוב מצאתי בתשובת הרב ס"ס ק"ד סוף דף רט"ו שהבין דהנתבע יכול לדחות מורשה של התובע הבא עליו בהרשא' מכח עדים שלו וע"ש".

מסיום דברי הש"ך ניתן להסיק, כי אף שבתחילה כתב שזוהי "עצה טובה", הוא רואה עיקר בזכותו של הנתבע שיכול לומר "אני אומר שהמלוה עשך בכונה מורשה שתפסול את העדים". כלומר, אף אם לא ניתן להוכיח כוונה של קנוניה במינויו של המורשה, ולכאורה היה מקום לומר שיש להעמיד כל אדם בחזקת כשרות, ושלא היו כוונות זרות במינוי מורשה הגורם לפסלות

העדים, עדיין זכותו של הנתבע לטעון – אף מבלי להוכיח – שמינוי המורשה נעשה בכוונות זרות ועל כן יש לפסול את מינוי המורשה.

ניתן בהחלט להבין קביעה זו על רקע הקושי להוכיח את כוונת הלב שעמדה ביסוד המינוי. משמע, כי בתחרות שבין זכותו של בעל-דין להעמיד מורשה כראות עיניו, לבין זכותו של בעל-דין שכנגד שלא לאפשר על ידי מינוי המורשה לפסלות הליך הבאת עדים, עדיפה זכותו של בעל הדין המבקש לקיים את ההליך שהינו מרכזי יותר ומצוי בליבת ההליך השיפוטי.

ניתן לראות את ההליך השיפוטי כמכיל מספר מעגלים. הזכות להביא עדים הינה פנימית יותר לזכות להיות מיוצג על ידי מורשה, ולכן היא עדיפה עליה. בה במידה עקרון אי-התלות של הדין, אשר במסגרתו מוטלת חובה על מערכת המשפט למנוע צל צלו של סיכוי למניפולציה שבגינה ייפסל דיין קבוע אשר אמור לדון בסכסוך, הינו מרכזי ופנימי יותר לזכות הייצוג.

והנה בשו"ת דברי ריבות (רבי יצחק בן שמואל אדרבי, בן דורו ובר פלוגתיה של המהרשד"ם, חי לפני כ-450 שנה) סימן קצג, דן הרב המחבר בדין ודברים בראובן שהיה מורשה מצד לאה בתו כנגד שמעון, וחתמו על שטר בוררות לפיו לוי ויהודה יהיו דינים בסכסוך, וקיבלו על כך בקנין ושבועה, ועתה מבקש שמעון לפסול את הדיין לוי, שנברר על ידי ראובן, מאחר וראובן הוא מחותנו של לוי (בנו של ראובן נשואי לבתו של לוי). שמעון טוען כי אף שקיבל עליו את הבורר בקנין ושבועה, היה זה מאחר שסבר שאין קרבת משפחה זו פוסלת את לוי להיות דיין בדבר. "אבל אם קורבה זו פוסלתו מן הדין להיות דיין אדעתא דהכי לא נתחייבתי והיה הקנין והשבועה בטעות".

בעל "דברי ריבות" דן תחילה בשאלה אם מחותנים פסולים לישב יחד בדין עקב קרבתם מכוח נישואי ילדיהם. הוא מוכיח מסוגיית הגמרא, סנהדרין כח ב, "אבי חתן ואבי כלה מעידין זה על זה", שמחותנים כשרים להעיד זה לזה, אך פסולין לדון. הוא מביא ש"כתב המרדכי בהגהות דסנהדרין שכתב העיטור וזה לשונו כתוב בתשובת גאון אבי חתן ואבי כלה מעידין זה לזה ואין כשרים לדון ואפילו הוא דיין קבוע יכול בעל דינו לומר אינו מקובל לי". הוא דוחה את דעת המהרי"ק בשורש כא, שפסק כי מחותנים כשרים גם לדון זה את זה, וקובע כי אילו היה רואה המהרי"ק את תשובת הגאון, היה חוזר בו מדעתו.²⁰⁵

לענין הקניין והשבועה, פוסק בעל "דברי ריבות", שאף שהמקבל עליו לדיין קרוב או פסול בקניין אין אחר קניין כלום, "זה דווקא כשעשו הקניין אדעתא דהכי, אבל בנדון דידן היה סבור דכשר לדון אבל עכשיו שהוכחנו שמן הדין פסול לדון לא אמרינן שמכח הקניין והשבועה הוה ליה כמתנה, דאע"ג דפסול לדון שקבלו עליו לפי שאין השבועה מוספת כלום שום מין חיוב אלא זירז לבד שבהיותו חייב מן הדין שיהיה זירז מכח השבועה לקיים עליו מה שמחייבו הדין וכיון שבנ"ד אין הדין מחייבו לעמוד לפני לוי לדין לא חל עליו חיוב שבועה".

מכאן עובר בעל "דברי ריבות" לדון בשאלת הפסלות שבין המורשה לבין הדיין:

²⁰⁵ אך ראו: שו"ת שאילת יעבץ חלק ב סימן א.

וא"ת ניחא כל מה שכתבתי אם היה ראובן זה הבעל-דין עצמו אבל אינו מורשה מצד בתו וכיון שכן נמצא שלי מחותנו אינו דיין לראובן מחותנו כי אם לבת ראובן וודאי דכשר לדון לה.

ויש לומר שכתב הרשב"א בתשובה הביאה בית יוסף (חו"מ) סימן קכ"ג וז"ל שאם הדיינים פסולין להעיד למורש' אם כתב לו בהרשאה זיל דון ואפיק לנפשך הרי הוא כבעל דבר עצמו ממש וכתב הטור בשם הרמב"ן דמורש' שיש לו חלק במה שמוציא מהנתבע קרוביו פסולין הם בין לדון בין להעיד וכו' ובנדון דידן דבר פשוט היא שיש לו לראובן תועלת גדול ממה שמוציא מיד שמעון אע"ג שבא להוציא לבתו לפי דכל מאי דמחסר לה עליה דידי' תהדר ועליו למלאת צרכה ולכן מכל מה שכתבתי גמרת אמרתי שלי הנזכר אינו כשר לדון דין זה ולכן שמעון הנז' פטור משבועתו זאת..."

והנה דבר גדול לימדנו הרב "דברי ריבות", שפסלות דיין לדון כאשר המורשה הוא קרובו, חלה לא רק כאשר יש למורשה חלק בגוף הנכס נשוא התביעה, אלא גם כאשר תהיה למורשה טובת הנאה עקיפה. על פי שיטה זו ניתן לומר, כי אסור לדיין לדון בסכסוך שבו המורשה – שהוא קרובו של הדיין – צפוי לטובת הנאה עקב פסיקה לטובת הצד אותו הוא מייצג (אם כי, כזכור, קבלת שכר טרחה קצוב וקבוע על ידי המורשה, אין בה כשלעצמה לפסול את הדיין שהוא קרובו).

וראו בשו"ת מהרש"ם, שנשאל לגבי כשרותו של דיין - שדיבר עם אנשי עיר אחת, שיקבלו את חתנו לרב באותו מקום - לדון בסכסוך בין אנשי העיר לבין חתן הרב הקודם, אשר תבע להתמנות שם כרב. בתוך תשובתו הארוכה והמפורטת, מביא המהרש"ם, בין היתר, את תשובת ה"דברי ריבות", ומסיק שם:

...ומבואר מזה בכה"ג דנ"ד שמחזיק את חתנו בביתו וכל צרכיו עליו הוי נוגע ממש לטובת חתנו כמו לטובת עצמו ואפי' לענין עדות ואם כי לענ"ד יש לפקפק קצת מ"מ לענין דין ודאי כן הוא".²⁰⁶

שאלת יחסי הפסלות שבין מורשה לבין דיין עלתה גם בפני הגר"י וייס זצ"ל, גאב"ד העדה החרדית בירושלים. הוא דן בשו"ת מנחת יצחק חלק י סימן קמו, בענין טוען ששכרו תלוי ברצון הבע"ד, אם מותר להיות קרוב להדיין. וכתב שם בתוך דבריו:

"...שוב ראיתי דאפי' הקרוב אינו טוען של הבע"ד כלל, רק שמגיע בודאי הנאה לקרובו של הדיין מכח הבטחת הבע"ד וכדו' יש לפוסלו, כאשר מבואר בארוכה בשו"ת מהר"ם מינץ (סי' פ"ד) בענין עסק דין שיש לראובן על שמעון ולוי, וכאשר תבע ראובן את שמעון ולוי לדין, אז אמר לוי לראובן מה לך ולצרה הזאת לתבוע שנינו יחד להטריחנו חנם על משפט אחד לנו [ששמעון ולוי נעשו ערבים לראובן כל אחד בפני עצמו ולא היו ערבים זה לזה], הניחני מלדון עמי, ודון עם שמעון, ואני אקבל עלי כל מה דמתעני' לשמעון מדינא, הן לזכות והן לחובה, אקבל אותו דין, אם יצא שמעון חייב גם אותו פס"ד חייבוני כאילו דנת עמי, וכן אם יצא שמעון

²⁰⁶ שו"ת מהרש"ם חלק ג סימן כב.

זכאי ג"א אהי' זכאי, וראובן נתרצה זה ללוי, וכן קיבלו עליהם זה לזה בפני קהל ועדה, וכשבא ראובן לדון עם שמעון, בירר שמעון דיין הפסול ללוי מצד קורבה, כי הוא בן אחותו של לוי, וישבו הדיינים וטענו ראובן ושמעון לפנייהם כד' שבועות, בפני דיין הפסול ללוי, עם שאר הדיינים, ואח"כ חזר ראובן ופסל לדיין של שמעון באומרו כיון שהוא קרוב ללוי ופסול לדין מצד קורבה וקיבל לוי עליו אותו דיין (צ"ל דין) א"כ הו"ל כאילו דן עם לוי, - והשיב ע"ז המהר"ם מינץ: הנה דין זה נראה דלית דין צריך פנים דפשיטא הוא דיכול לפסולו, דכיון דלוי קיבל עליו הדין כל מה שנפסק בין ראובן לשמעון הן לזכות והן לחובה, א"כ הוי שמעון כמו מורשו של לוי, לכן דיינא של שמעון פסול משום דיינא של לוי דודו, אע"ג דשמעון עומד וצוח אין לי עסק עם לוי כי אני באתי לדון בשביל עצמי ומה איכפת לי בקבלת דין שעשה ראובן עם לוי וכי אני מורשה שלו, ומ"מ מאחר דמ"מ חד דינא לשניהם ע"י קבלת לוי ממילא הוי כמו מורשה לענין זה לפסול דיינא, כי הדיינא של שמעון יודע שזה הדין נוגע לדודו לוי כאשר קיבלו עליהם ראובן ולוי, והדיין מתוך קירוב הדעת של דודו לא חזיא זכותי לראובן, ולא לדון אינשי לא למאן דרחים לי' והדיינים צריכים להיות שוים לשניהם, לכן כיון דהדיין יודע שפסקו שלו נוגע לדודו לא חזי לי' חובתי', עכת"ד, והובא בקצרה בקובץ הפוסקים (סי' ז' סעי' ט') והבאתי תוכן דבריו באריכות כי המה קילורין לעינים, וק"ו לנידון דדיין כמובן.

...אלא דעדיין יש לדון אם יקצוץ עתה שכר להטוען, אם יחזור לכשרותו, הנה היה עוד צ"ע בפרט זה בדברי הפוסקים (בח"מ סי' קכ"ג) לגבי עדות, מ"מ לכאו' יש לההוכיח מדברי המהר"ם מינץ הנ"ל שיש מקום לחלק בין עדות לדין, שכל (בסי' פ"ד והובא בכנה"ג חו"מ שם ס"ק ל"א ולעיל הבאתי חלק מדבריו) שכל שם בזה"ל: כיון שכל אותם הימים נכנס דבריהם בלבו של הדיין לזכות ולא לחובה, אע"ג דעתה חוזר בו ראובן ולוי, מ"מ תו לא חזי אותו דיין שום חובה לשמעון, אע"ג דנסתלק עתה לוי [שהוא קרובו של לוי], מ"מ שבשתא כיון דעל על לכן מצי לפסולו עכ"ל, אלא דאיך שלא יהיה בנד"ד הרי כבר הודיע מע"כ דכבר נסתדרו ובאו הצדדים לעמק השובה מחוץ לב"ד, ואינו נוגע למעשה.

נראה מתשובת ה"מנחת יצחק", שדעתו נוטה שיש לתת דגש להבחנה שבין פסלות להעיד לבין פסלות לדון. מטרתה של עדות היא להצביע על עובדות ולגלותן לבית הדין. להוציא המקרים שבהם פסלה התורה עדות בגלל קרבת משפחה או נגיעה בדבר, אין מקום לפסול עד עקב ידידות קרובה או יחסי שנאה כלפי בעל-דין או דיין. תפקידו של עד הוא למסור עובדות יבשות, ולא הערכות. כל אדם בחזקת כשרות, ולפיכך, קיימת חזקה שעד יעיד אמת, ולא ישנה עדותו עקב קרבה או שנאה. לא כן הוא ביחס לדיין. תפקידו של הדיין הוא להעריך את טענות ומענות בעלי הדין על פי כל החומר שבפניו. כאשר מדובר בהערכה, הנתונה לשיקול דעת, עלול דיין שלא לראות חובה לשמעון כאשר לוי, שהינו קרובו של הדיין ועשוי להיות מושפע מתוצאות פסק הדין, הינו מורשהו של שמעון ומלמד עליו זכות בפני הדיין. לפיכך, גם אם תוך כדי מהלך המשפט התברר כי הוסרה האפשרות שהמורשה יושפע מתוצאות הדין, לא יהא בכך כדי להכשיר את הדין בפני הדיין, מאחר ו"שבשתא כיון דעל עלי", והדעה המוקדמת שיתכן והתגבשה, עלולה שלא להשתנות.

מגבלות על מורשה בימינו

אגב ההבחנה שבין פסלות להעיד לבין פסלות לדון, ראוי לציין את אשר הובא לעיל, כי מעיקר הדין מורשה כשר להעיד לטובת מרשהו, ואף שהוא מקבל שכר על הייצוג - כל עוד אין לו חלק במה שיוציא מן הנתבע - אין בכך כדי לפוסלו לעדות.²⁰⁷

למרות שמורשה כשר לעדות למרשהו, הביא ה"בית יוסף" (שם) בשם הרשב"א כי מכוער הדבר שמורשה יעיד לטובת מרשהו.²⁰⁸

והנה עורכי הדין בישראל נהגו סלסול בעצמם, וקבעו את כלל 36 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986, האומר:

- (א) לא ייצג עורך-דין אדם בהליכים משפטיים, לרבות ערעור, אם הוא עומד להעיד מטעם אותו אדם באחד משלבי ההליכים האמורים; נקרא עורך הדין להעיד מטעמו של אדם אחרי שהחל לייצגו - יחדל מן הייצוג.
- (ב) הוראות סעיף קטן (א) לא יחולו על מסירת עדות כשעורך-דין נקרא להעיד בידי בעל-דין יריב, או בענין שהוא טכני או ברשות בית המשפט או ברשות הועד המחוזי.

מגבלות אלו שנטלו על עצמם עורכי הדין, הינם מעיקרא בבחינת לפנים משורת הדין העברי, אך כיום הוא דין. עורכי הדין קבלו על עצמם כסייג וגדר, שכיום יש לו תוקף של דין מחייב, כי לא יטלו על עצמם ייצוג של בעל-דין אם צפוי שעורך הדין המייצג יעיד לטובת לקוחו. עורך-דין שיעבור על כלל זה, צפוי לעמוד לדין משמעתי. לא זו בלבד, אלא שאם תוך כדי הדיון נוצרה סיטואציה שלא היתה צפויה, ועורך הדין נקרא להעיד מטעם מרשהו, עליו לחדול מן הייצוג!

נורמה מחייבת זו, מביאה לידי ביטוי ערכים של הגינות, יושרה ותום לב אשר הציבור בישראל מצפה לראות בקרב הגוף המקצועי המצוי דרך קבע, מדי יום ביומו, בצומת הדרכים של המשפט בישראל.

ניתן לומר, כי דווקא בגין הצירוף של ירידת הדורות, מיסוד מקצוע ה"מורשה", והתחרות הקיימת בין עורכי הדין - תחרות שהיא טבעית ולגטימית - ראו עורכי הדין צורך, להסיר מעל סדר יומם המקצועי דברי לעז צפויים, כאילו דברי עדות של עורך-דין לטובת לקוחו נגועים בשיקולים זרים של רצון להגיע לתוצאה שהיא לטובת הלקוח. בכך גם מונעים מבעלי דין שאינם הגונים, או אף בעלי דין הגונים ביסודם אשר אינם יכולים לעמוד בלחץ הנסיון, להפציר בעורכי דינם להעיד לטובתם בדרך של "יפוי האמת" אם לא למטה מכך.

²⁰⁷ שו"ע חושן משפט, סימן קכג, יא, ועיי סמ"ע ושו"ע על הגירסה בטור שם.

²⁰⁸ ועיי שו"ע שם סי"ק כג בשם מהרש"ל שפוסל מדינא, וחלק עליו וכתב שהעיקר כהמחבר שכשר.

נראה כי בדרך זו הלכה גם החקיקה החדשה - אם כי דומה שהיא כבר היתה נהוגה בפועל טרם שהוחקה עלי ספר החוקים - אשר קבעה כי שופט או דיין לא ידונו בסכסוך שבו מתקיימים לגביהם יחסי פסלות מול בא-כוח של בעל-דין. נזכיר את אשר הבאנו לעיל ממקורות ההלכה, כי כאשר המורשה מייצג בשכר קבוע, ואין לו חלק בנכס נשוא התביעה, אין קרבתו לדיין מהווה עילת פסלות.

גם ביחס לכך, הלך דין המדינה לפני משורת הדין העברי - אך על פי ערכי הדין העברי - וקבע כי די בעצם הקרבה או בעצם יחס הפסול שבין המורשה לבין הדיין כדי למנוע את שיתופם ההדדי בהליך שיפוטי אחד. יישומה של נורמה מחייבת זו, הינה מובנת ואף הכרחית לאור השיקולים שצינו לעיל. התחרות שבין עורכי הדין והרצון - הלגיטימי - לנצח, ובכך להביא להאדרת השם והמוניטין של עורך הדין ולתוספת לקוחות, חורגים כיום מן הנורמות שהיו נהוגות בימים קדמונים. בעבר ניתן היה לערוך הפרדה ברורה בין התייחסותו של הדיין לבעל-הדין לבין התייחסותו של הדיין אל המורשה. לכן, לא היתה עילה לפסלות דיין בגלל עצם קרבתו אל המורשה.

כיום, אף שניתן לערוך הפרדה, הגבולות ניטשטשו קמעה. כיום ניתן לומר במידה רבה של ודאות, כי לעורך-דין ממוצע יש ענין רב בתוצאות המשפט. אף שברוב המקרים אין עורך-דין מקבל שכר טרחה לפי תוצאות המשפט, הרי שיש לו אינטרס מובנה להצליח במשפט ובכך להביא ללקוחות חדשים שיתדפקו על דלתותיו. על פי ניתוח זה, מהווה האיסור על דיין או שופט לדון בסכסוך בו מייצג קרובו - גם כששכר טרחתו אינו תלוי בתוצאות המשפט - יישום נאה של עקרונות ההלכה על מציאות ימינו, שהשתנתה מזו שהיתה קיימת בעבר.

הוראות החוק

על פי אותו עקרון של הגינות ויושרה, ומתוך ראיית השפיטה כערך-יסוד אשר ראוי להגנה מוגברת, נקבע בחקיקה החדשה, כי עורך-דין לא ייצג בעל-דין אם ייצוגו יביא לפסלותו של השופט או הדיין שנקבע לדון בסכסוך. הבה נעיין בדברי החקיקה.

חוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961, קובע:

53. סייג לייצוג בשל עילת פסלות של שופט

(א) התבקש עורך-דין לקבל על עצמו לייצג צד בהליך בבית משפט, ויש לו יסוד להניח כי קבלת הייצוג תביא לכך שהשופט שנקבע לדון באותו הליך לא ישב בדיון בשל התקיימות עילה מעילות הפסלות המפורטות להלן, לא יקבל על עצמו את הייצוג אלא אם כן ההליך הוא הליך קשור להליך קודם שבו ייצג עורך הדין את אותו צד או שבית המשפט התיר את הייצוג לפי בקשה שהגיש עורך הדין:

(1) השופט שנקבע לדון בהליך הוא בן משפחה של עורך הדין או שקיימת ביניהם קרבה ממשית אחרת;

(2) לשופט הדין בהליך או לבן משפחה מדרגה ראשונה של השופט יש ענין כספי ממשי או ענין אישי ממשי בעורך הדין.

(ב) לענין סעיף זה -

"בית משפט" - לרבות בית דין לעבודה, בית דין צבאי, בית דין רבני, בית דין שרעי ובית דין דתי דרוזי;

"בן משפחה" - בן זוג, הורה, הורה של בן זוג, ילד, אח, סב, נכד וכן ילד או בן זוג של כל אחד מאלה ולרבות מי שהיה אפוטרופוס או מי ששימש משפחה אומנת של השופט או שהשופט היה אפוטרופוסו או שימש משפחה אומנת שלו;

"בן משפחה מדרגה ראשונה" - בן זוג, הורה, ילד, אח וכן ילד או בן זוג של כל אחד מאלה ולרבות מי שהיה אפוטרופוס או מי ששימש משפחה אומנת של השופט או שהשופט היה אפוטרופוסו או שימש משפחה אומנת שלו;

"שופט" - לרבות שופט ונציג ציבור בבית דין לעבודה, שופט צבאי, דיין, קאדי, קאדי-מדי'הב, וכן רשם בבית משפט או בבית דין לעבודה;

"הליך קשור", ביחס להליך קודם - ערעור או בקשת רשות ערעור על הליך קודם, או הליך אחר הקשור קשר ישיר להליך קודם והנוגע לאותה מסכת עובדתית.

סעיף 53ב הנ"ל לחוק לשכת עורכי הדין, נחקק במסגרת חוק נושאי משרה שיפוטית (מניעה מלשבת בדין) (תיקוני חקיקה), התשס"ד-2004, שהתקבל בכנסת ביום ט"ז באדר התשס"ד (9 במרס 2004) (ס"ח התשס"ד, עמ' 1932).

הוראות דומות הוספו בסעיף 9א לתקנות הטוענים הרבניים, התשס"א-2001, ולענייננו אין נפקא מינה, בין עורך-דין לטוען-רבני.

פרק יא - חיסיון יחסי עו"ד – לקוח

מתן עדות בפני בית הדין בנושאים שחל בהם חסיון מקצועי

לצורך גילוי האמת, פעמים שביה"ד מזמין עו"ד למסור עדות בפניו, בקשר לעסקה מסוימת שעורך הדין היה מעורב בה, או מבקש ממנו מסמכים שהגיעו לרשותו במסגרת הייעוץ המשפטי שנתן ללקוחו.

החוק בארצות המערב מכיר בחיסיון עו"ד לקוח, הפוטר את עורך הדין מגילוי מסמכים שהגיעו אליו במסגרת עבודתו, אם יש להם קשר ענייני לשירות המקצועי שניתן.²⁰⁹

גילוי זה אף נאסר על עורך הדין בכלל 17 לכללי לשכת עורכי הדין, וסעיף 90 לחוק לשכת עורכי הדין, המטילים חובת חיסיון על המסמכים שהוחלפו בין עו"ד ללקוח, מלבד אם ויתר הלקוח על חסינותם. הטעם לכך הוא הרצון ליצור כנות ואמון בין הלקוח לעורך דינו, ללא חשש שהמידע הנמסר יזיק לו. חובה זו חלה גם על הטוען הרבני, מכח סעיף 15 לתקנות הטוענים הרבניים, הקובע כי כללי האתיקה המקצועית החלים על עורכי דין, יחולו גם על טוענים רבניים.

גם טוען רבני שאינו מוסמך, שאינו חייב בחובת סודיות לפי החוק, מתחייב מן הסתם כלפי לקוחו שלא לגלות סוד, ולא לפעול לרעתו בגילוי מסמכים רגישים.

השאלה היא האם הצורך בגילוי האמת גובר על חובת הסודיות, ועל הנזקים שייגרמו לעורך הדין כתוצאה מהפרת חובה זו? והאם יכול ביה"ד לכפות את הלקוח לוותר על החיסיון, ואילו סנקציות ניתן לנקוט כנגדו?

החובה לגלות האמת לבית הדין

אדם היודע עדות לחבירו, חייב להעיד. אם מונע עדותו, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמיים. במקרה שעדותו היא המונע מחיוב על ידי בית הדין – ראייה מכרעת או שינוי עוד עד שהעיד לבית הדין, ועדותו תצטרף לחיובו – חייב מדאורייתא להגיד: אם לא יגיד ונשא עונו.²¹⁰

הרמב"ם הוסיף שגם עדות הפוטרת מחיוב ממון מצווה להעיד מן התורה.²¹¹

כמו כן ישנה חובת הצלה כללית לממון רעהו מכח "לא תעמוד על דם רעך", ואלו דברי הרמב"ם בספר המצוות:

²⁰⁹ סעיף 48 לפקודת הראיות.

²¹⁰ בבלי, ב"ק נה, ב.

²¹¹ רמב"ם הלי עדות א, א.

שהזהירנו מהתרשל בהצלת נפש אחד מישראל כשנראהו בסכנת המות או ההפסד ויהיה לנו יכולת להצילו. כמו שיהיה טובע במים ואנחנו נדע לשחות ונוכל להצילו. או יהיה גוי משתדל להרגו ואנחנו נוכל לבטל מחשבתו או לדחות ממנו נזקו. ובאה האזהרה מהמנע להצילו באמרו יתעלה (קדושים יט) לא תעמוד על דם רעך. וכבר אמרו שמי שיכבוש עדות תכללהו גם כן זאת האזהרה כי הוא רואה ממון חבירו אובד והוא יכול להחזירו אליו באמרו האמת, וכבר בא בזה הענין גם כן (ויקרא ה הוב' במ"ע קעח) אם לא יגיד ונשא עונו, ולשון ספרא מניין אם אתה יודע לו עדות שאין אתה רשאי לשתוק עליה תלמוד לומר לא תעמוד על דם רעך.

אמנם, גם על אדם שלא חל עליו הצייו של אם לא יגיד, כגון עד פסול, או בעל דין ולגלות מסמכים, חלה חובה להגיד האמת מכח השבת אבידה.²¹²

חיוב המונע עדותו בממון לצד הנפגע מכך

במקרה שאין המדובר בעדות מכרעת, כעד אחד, הובא שהחיוב הוא בדיני שמיים. אם העדות היא מכרעת, נחלקו הראשונים אם ישנה חובה גמורה, ואפשר לתבוע את המונע עדותו כדין מזיק, או ששורש החיוב הוא מכח גמילות חסדים, היינו מצווה של הצלת ממון הזולת, שאינה גוררת חיוב כספי.

הרמב"ן בקונ' דינא דגרמי, והנימוקי יוסף (ב"ק כד, מדפי הרי"ף) סוברים שהחובה להעיד גם בשני עדים היא מצד גמילות חסדים, ואינה גורמת לתביעה ממונית.

לעומת זאת, דעת הרי"א²¹³ שאם כפר בעדותו, חייב בדיני אדם, ו"הרי תביעתו כשאר תביעות של ממון".²¹³

מחלוקת זו אפשר לבאר על פי גירסה אחרת של הגמרא בב"ק, הנמצאת בפסקי הרי"ד, הגורסת חיוב בדיני אדם לשני עדים הכובשים עדותם:

במאי עסקין אילימא בבי תרי, בדיני אדם נמי נחייב, דכתיב: אם לא יגיד ונשא עונו. אלא בחד.²¹⁴

להלכה, פסק השו"ע כדעת הרמב"ן והנ"י, ששני עדים שנמנעו מלהעיד חייבים בדיני שמיים בלבד.

²¹² קצות החושן כח, ג. סו, כא. שם הביא משמיה דהרמב"ן דטעם החיוב בדיני שמיים לעד אחד הוא מכח גמילות חסדים.

²¹³ שלטי הגיבורים ב"ק כד, ב מדפי הרי"ף.

²¹⁴ פסקי הרי"ד, ב"ק נו, ב.

חריגים לחובה להעיד

- עד שלא נתבע להעיד לפני בית הדין, ע"י בעל הדין או הדיינים, אינו חייב להעיד.²¹⁵ בעל שער המשפט הקשה הרי יש טעם של השבת אבידה גם ללא תביעה להעיד. וכתב שלולי דברי ה"י והסמ"ע יש לסייג שמדובר שלא מתנהל דין תורה בין הצדדים. אך אם הם מתדיינים בבי"ד ולא יודעים מעדותו, חייב לבא להעיד.²¹⁶
- עד קרוב או פסול אינו בכלל האיסור 'ואם לא יגיד', גם אם קיבלו על עצמם הצדדים את עדותו. אמנם חייב להעיד מטעם השבת אבידה במקרה זה.²¹⁷ כמו כן חייב להעיד מצד השבת אבידה אם בית הדין זימן אותו, לא להכרעה על פיו, אלא 'להחמיץ את הדין'.

עדות הגורמת הפסד ממון לעד

רבי יוסף קארו בשו"ת פסק לכאורה שאין חיוב על העד להעיד אם הדבר יגרום לו להפסד ממון:

שאפי' לא היה בדבר סכנת גוף אלא סכנת ממון בלבד היה מותר לכבש עדותו אפי' אם היה ראוי להעיד ומודה ראב"ן שלא חל עליו החרם ואין אומרים לזה הפסד ממון כדי שיזכה חברך בממון שהרי אין אדם חייב להעיד על חברו אלא מדין גמילות חסדים כמ"ש נמקי יוסף פרק הכונס בשם הרא"ה ואין גמילו' חסד שיפסיד אדם ממונו בשבילו דיותר הוא חייב להיותו חס על נכסיו מעל נכסי חברו וכדאשכחן במשיב אבידה הילכך אפי' לראב"ן מותר לו לכבש עדותו אפי' בראוי להעיד וכ"ש בשאינו ראוי להעיד.²¹⁸

הטעם להתיר זה, הוא לשיטתו בשלחן ערוך, שפסק שכל החובה להעיד שורשה בגמילות חסדים כדעת הרמב"ן. לדעת הרי"א²¹⁹ והרי"ד, שהחובה מקימה חובה ממונית, ונקרא מזיק, לכאורה אין היתר להזיק לחבירו כדי להמנע מהיזק עצמי, ולכל הפחות חייב הוא לשפות את חברו על הנזק שנגרם לו.

אמנם נחקלקו האחרונים בהבנת פסק ה"י הנ"ל, אם אכן פסק לפטור מעדות במקום נזק²¹⁹, או שכתב סברא זו רק לצירוף עם הטעמים האחרים שהובאו בתשובה זו.²²⁰

²¹⁵ שו"ע חו"מ כח, א.

²¹⁶ יש להעיר, שכל דברי הסמ"ע שם, איירי מצד החיוב הגמור להעיד מדין אם לא יגיד. ואפשר שמצד גמילות חסדים, ולא תעמוד על דם רעד, אכן חייב העד להעיד בבית הדין, להציל ממון חברו, ומיושבת תמיהת המשכנות יעקב (חו"מ סי' יב) למה א חייב מטעם גמילות חסדים להעיד.

²¹⁷ קצות החושן כח, ג; נתיבות המשפט כחא; שו"ת רע"א מהדו"ק סי' קעט.

²¹⁸ שו"ת אבקת רוכל סימן קצה.

²¹⁹ כך הבין ופסק להלכה בעל הישועות ישראל בספרו (חו"מ סי' כח).

²²⁰ שו"ת שמע שלמה לרש"י עמאר, ח"ד חו"מ סי' א.

חובת העד להעיד במקום הבטחת סודיות

הסמ"ע והש"ך בחו"מ ריש סימן כח הביאו דברי מהר"י וויל, שאם עד יאמר שאינו רשאי להעיד, מחמת שקיבל עליו בסוד שלא לגלות הדבר, אז בעל דין (מספר הסוד) יתיר לו לגלות. והט"ז הקשה, הרי חלה על העד חובה מצד ואם לא יגיד להעיד בבית הדין, ולמה צריך רשות מבעל הסוד לגלותו? לכן מסייג הט"ז את ההלכה, שמדובר בלא תבעו בעל הדין (וכן המקרים המנויים לעיל שלא חלה חובת העדה גמורה) ולכן מצוות גמילות חסדים כללית להציל ממון חבירו אינה גוברת על החובה לשמור סוד.²²¹ לעומת זאת הנתיבות שם סק"א סבר שאכן נשבע לא לגלות סוד חל באיסור כולל גם על גילוי לבי"ד, ותלוי במחלוקת אם נשבע לבטל המצוה בשב ואל תעשה, אם חלה השבועה.

יוצא אם כן, שהשאלה אם טוען רבני למשל, שהבטיח ללקוחו שלא להעיד, אך אינו ניזוק כספית מהעדות, אם חייב להעיד תלויה במחלוקת אחרונים: לדעת הט"ז והתומים ושער המשפט חייב, ודעת נתיבות המשפט והסמ"ע והש"ך בפשיטות שלא יגיד ללא היתר מבעל הסוד.²²²

אם העו"ד או הטו"ר ניזוק כספית מגילוי הסוד למען הציל את השני מנזק ממוני, או שיש ספק אם הטלת חובת גילוי על עורך הדין, או שהעו"ד בעצמו מסופק אם המידע יועיל, "יש להיות מתון בזה אם חייב לומר, ועי"ז יכנס בסכנת אבדן פרנסתו".²²³

פסיקת בית הדין במקום שהמתדיין מסרב לגלות מסמכים הדרושים לבית הדין

בעל דין שמסרב לגלות מסמכים חשובים לצור בירור האמת, בית הדין יכול לפסוק על פי אומדנא (דבר המצריך דיין מומחה בלבד), שהסתרת הראיות או סירוב לענות לחקירת הדיין, כמוה כראיה שהאמת אינה איתו, כי אם המסמכים מצדיקים את טענתו, למה אינו מגלה אותם? כך פסק הרא"ש בתשובתו, והש"ך (חו"מ טו,ה) והרמ"א (חו"מ עה,א) פסקוה להלכה, וזה לשונו:

וצריך הנתבע להשיב על כל מה שישאל הדיין. ואם אינו רוצה להשיב לדיין, ומכסה ומעלים דבריו ומשיב תשובות גנובות, כדי שלא יוכל הדיין לעמוד על אמתת הדין, מה יעשה הדיין, לזכותו אי אפשר, מאחר שנראה לו דין מרומה, כדאיתא בפרק שבועות העדות, ואם יסתלק מן הדין היינו זכות, כי בזה יפטר, אם שום דיין לא יזקק לדונו מפני שהוא טוען ברמאות ואינו רוצה להשיב על חקירות ודרישות, ונמצא חוטא נשכר. ועל זה ועל כיוצא בזה נאמר: אין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות; וכיון שנראה לדיין שאם היה זה משיב על שאלותיו היה הדבר מתברר, ומחמת שלא יתברר הוא כובש דבריו, ויעשה הדיין כאלו השיב ונתברר שקרו,

²²¹ החובה לשמור סוד ברורה מצד הולך רכיל מגלה סוד. ראה: שערי תשובה לרבינו יונה ג,רכה; חפץ חיים כלל ח.

²²² הט"ז והנתיבות נחלקו לשיטתם לעניין שבועה שלא למכור משלו לשום חוב אם חלה, בחו"מ סימן עג, סעיף ה.

²²³ שו"ת משנה הלכות, מהדורה תניינא, ח"ב (יב), סי' שפו.

ויחייבנו מאומד הדעת, אעפ"י שאינו יכול לברר שקרו בביאור ובפי'. מאחר שהעדר הביאור בא מחמת רמאותו, שאינו רוצה להשיב על חקירות ודרישות כדי שיתברר שקרו, אומדנא דמוכח הוא, ורשאי דיין מומחה לדון באומדנא דמוכח כזה, ואין זה נקרא דברים שבלב, מאחר שהיא סברא מוכחת.²²⁴

אמנם צריך הדיין לחקור, מפני מה אינו מגלה את המסמך או את טענתו, או את עדות עורך הדין. אם יש לו טעם אחר להסתרה זו, כחשיפת סודות מסחריים וכדומה, אין בסירוב לגלות משום ראייה כנגדו.

למצער, אם אין בית הדין רוצה לפסוק על פי אומדנא,²²⁵ יכול בית הדין להפוך את נטל הראייה לרעת הצד המסרב לגלות הראיות.

שימוש לרעה במידע חסוי – מעבר לייצוג של הצד השני

עו"ד שייצג או יעץ לצד אחד במשפט, נאסר עליו לפי כללי לשכת עורכי הדין, לייצג את הצד השני:

16. (א) עורך דין לא יטפל נגד לקוח –

(1) בענין או בקשר לענין שטיפל בו למען אותו לקוח;

(2) בענין אליו יש זיקה של ממש למידע שקיבל עורך הדין מאותו לקוח או מטעמו.

מה עמדת ההלכה בנידון?

ברור שאיסור דתי קיים לגלות סוד, כאמור לעיל. וההלכה אף מחמירה על הדיין יותר מהמשפט הכללי הקיים, ונאסר על הדיין לומר אני הוא המזכה או המחייב, אך מה אעשה וחבריי חולקים עלי. ²²⁶ וכל שכן כאן, שיש הסכמה שהדברים בין עורך הדין ללקוח יישמרו בסוד, ולא ישמשו כנגדו.

השאלה היא האם על בית הדין לאסור מינוי מורשה כזה. על שאלה זו הסתפק המהר"י ברונא, ובתחילה פסק במעשה שבא לפניו לא לאסור על המורשה לעשות כן, כי יכול לגלות לצד השני את הסודות גם בחדרי חדרים, ומה האיסור על ייצוג יעזור? אך לבסוף כתב, כי כשיבוא מעשה לידי אמחה בידו, משום הסר ממך עקשות פה ולזות שפתיים. ועוד כתב, שדבר שגם האומות גדרו עצמם מזה, כל שכן שראוי לישראל לעשות כן:

²²⁴ שו"ת הרא"ש כלל קז סימן ו.

²²⁵ על פסיקה על פי אומדנא בזמן הזה עיין בשו"ע חו"מ טו, ה; מהר"ם אלשיך (הובא בשו"ע חו"מ טו, ו) שיש סוגים של אומדנא, וביניהם אומדנא ברורה, שניתן לדון גם בזה"ז.

²²⁶ רמב"ם ה"ל סנהדרין, כב, ז. ואף רמז קל אסור אם הוא נמנה על הרוב או על המיעוט, שו"ת הלכות קטנות, ח"א סי' רכז.

מכל אילין טעמים היה נראה בעיני להרחיקו ולקדש ה' ולא יליזו עליו ראה זה שלמד תורה היאך עושה, דאפי' הערלים להבדיל מרחיקים מזה כשנטל זה מליץ אין מליץ זה רשאי להליץ בעד חברו שכנגדו, כ"ש אנו שאנו מצווים לקדש עצמינו אף במותר לנו. נאם ישראל מברונא.²²⁷

נימוק זה מצדיק קבלה של כל הכללים ליושר והגינות שקבלו עליהם עורכי הדין בכללי האתיקה. ובהסתכלות רחבה מזו, ראוי שכל הליך המוסדר בחוק ובתקנה, בין לענייני סדרי הדין או בעניינים אחרים, הנובע ממקור טוב של מניעה מניגוד אינטרסים, ועוד עניינים מעין אלה, ראוי לאמצו אל חיקה של ההלכה.

סיכום

1. עו"ד או טוען רבני, שנגרם לו הפסד ממון או איסור על פי חוק לגלות מסמכים ודברים שהעביר לו הלקוח, רשאי שלא לגלות הדברים לבית הדין.
2. כמובן שבית הדין יכול לצוות על בעל הדין לגלות מסמכים, גם מבחינה חוקית על פי חוק הבוררות יש ביד הבורר כח להוציא צו לגילוי מסמכים.
3. טוען רבני לא מוסמך, שלא חלות עליו ההגבלות של חיסיון עו"ד לקוח, חייב לציית לפסק בית הדין לגלות מסמכים, אם יש עדותו הכרחית למשפט, היינו אם חלה עליו חובה מכח ואם לא יגיד.
4. אם בעל הדין מסרב לגלות מסמכים דרושים, בית הדין יכול לפסוק לרעתו מכח אומדנא, או לכל הפחות להפוך את נטל הראיה לרעתו, ולהטיל עליו את החובה להוכיח שהוא צודק בטענותיו.

²²⁷ שו"ת מהר"י מברונא סימן קלב.

עדות מורשה לטובת שלוחו

עו"ד שהיה עד ראיה, האם מקבלים עדותו לטובת מרשהו?

בהשקפה ראשונה נראה הדבר פשוט, שנוגע בעדות הוא. אך אין הדבר פשוט, כמו כן יש מסמכים שהוא מציג בחתימתו, אשר יש לדון על קבילותם מחמת חזקה אומן לא מרע אומנותו, שעו"ד המזייף מסמכים, או חותם על שקר, צפוי לעונשים כבדים, ואף שלילת רשיון. עצם הנידון הוא האם לעו"ד יש נאמנות גבוהה יותר מאדם רגיל, ומתי מקבלים עדותו לטובת לקוחו?

נוגע בעדות

בפסול נוגע בעדות קבע הרמב"ם כלל ברור:

ודברים אלו אינן תלויות אלא בדעת הדיין ועוצם בינתו שיבין עיקר המשפטים וידע דבר הגורם לדבר אחר ויעמיק לראות, אם ימצא שיש לזה העד צד הנאה בעדות זו אפילו בדרך רחוקה ונפלאה הרי זה לא יעיד בה, וכדרך שלא יעיד בדבר זה שמא נוגע בעדותו הוא כך לא ידון באותו דבר.²²⁸

כלומר, כל חשש נגיעה והנאה ממונית אפיי עקיפה, פוסלת לעדות.

אך הטור בהלכות הרשאה, הביא דברי הרמב"ן:

כתב הרמב"ן ז"ל בתשובה מורשה שהורשה בשכר ידוע אפילו אם לא יוציא הממון מיד הנתבע כשרים הם קרוביו בין לעדות בין לדין שההפסד וההוצאה הכל לבעל הממון אבל מורשה שיש לו חלק במה שמוציא מהנתבע קרוביו פסולין הם בין לדין בין לעדות לפיכך מי שיש לו עדים על תביעתו לא ירשה אחד מהעדים אלא א"כ קצץ לו שכר ידוע: וכן נתבע שיש לו עדים בפריעתו לא יבא לדון עם המורשה בזמן שיש לו חלק בתביעתו אם הוא קרוב לעדים שהרי יבטל העדות.²²⁹

הרמב"ן חילק בין מורשה ששכרו קבוע, שאין הוא נהנה הנאת ממון מזכייית הלקוח, יכול להעיד לטובתו. אך מורשה ששכרו תלוי בזכייית הלקוח בתביעה, הוי נוגע בעדות, וכן פסק הרי"ף,²³⁰ ונפסק כך בשו"ע חו"מ קכג.

אך השאלה היא למה המוניטין של המורשה, שנקבע על פי הצלחתו בעבור משלחו, לא נקרא נגיעה הפוסלת. וכי אין זו נגיעה בדרך שאינה רחוקה, אלא קרובה וברורה?

²²⁸ רמב"ם הלכות עדות פרק טז הלכה ד.

²²⁹ טור חושן משפט הלכות הרשאה סימן קכג.

²³⁰ תשו"י הרי"ף, ח"א סי' קנו – מובא במרדכי ב"ק סי' עז, ובבעה"ת שער נ, ח"ד סק"ה.

נגיעה בעדות שאינה של ממון

בדבר זה, נגיעה שאינה של ממון, מצינו מח' אחרונים אי מקרי נגיעה.

הש"ך (ח"מ לו, י) כ' דלענין עדות לא בעינן נגיעה של ממון, דנגיעה של שום הנאה נמי פסול, דהא חיישינן שמעמידה בפני בעל חובו, אע"ג דלית ליה הנאת ממון רק דלא לקרוייה אינשי לווה רשע ולא ישלם, או שהראשון נוח לו והשני קשה הימנו.

אולם המהרי"ט חולק עליו בזה, דנגיעה שאינה ממונית אינה פוסלת, והוכחתו מבני העיר שנגנב ס"ת שלהם, שאם יש להם ס"ת אחר, אינם נוגעים בעדות, אע"ג דמסתמא נהנים בריבוי ספרי התורה.²³¹ ואת דברי הרמב"ם מפרש, דהנאה רחוקה דווקא של ממון הוי הנאה הפוסלת.

נמצא שלגבי הנאה שאינה של ממון, פליגי האחרונים, אך הרב בן יעקב, דיין בביה"ד הרבני, פסק שכיון שהיום הכל מתועד ומפורסם, וכל הצלחתו של עורך הדין תלויה בהצלחת לקוחותיו בבית הדין, קרוב הדבר שגם לדעת המהרי"ט נקרא נגיעה של ממון.²³²

ולגבי ספק אם יקבל הנאה, ע"י בתרומת הדשן (סי' שנד) לגבי מורשה ששכרו תלוי ברצון הלקוח אם ירצה לשלם לו אם יזכה, כ' שהדבר תלוי בראות עיני הדיין, אם קרוב הדבר שיגיע לו שכרו.

פסיקת בתי הדין הרבניים

ביה"ד בירושלים, בראשות הרב צבי פסח פראנק, רבה של העיר, פסק שאין מניעה מלהזמין בא כח להעיד באותו תיק, והוא מחוייב להעיד האמת. אך בערעור, נפסק ע"י הרבנים עוזיאל ברוט והדאיה, כי "כל הטוען בעד אחד הצדדים, כרגיל נעשה ע"י כך נוגע בדבר, ועל כן אינו כשר להעיד באותו משפט.²³³

בעניין אחר נפסק, שאף אם יתפטר עורך הדין מייצוג התיק, עדיין עניין לו בתוצאות הדיון, ואין לקבל עדותו.²³⁴

כמובן שאם הקנה המרשה למורשה את נשוא התביעה, הרי הוא כבעל דבר, ואין לקבלו לכו"ע כעד.²³⁵

²³¹ שו"ת מהרי"ט, חו"מ סי' פ.

²³² הרב צ. י. בן יעקב, מורשה והרשאה, תחומין טז (תשנ"ו), עמ' 349-363.

²³³ לא פורסם. גנזך המדינה, מיכל 4796, תיק 99/36.

²³⁴ מובא בבג"ץ 352/82, בן זאב נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד לו(39) עמ' 250, בעמ' 252. וראה שורת הדין, ח (תשס"ג), עמ' תקב.

²³⁵ ב"י חו"מ, סי' קכג, סעיף יב, בשם תשוי הרשב"א. ועי' חזו"א חו"מ סי' ג, סעיף ט.

ביבליוגרפיה

דבר אברהם.

דברי מלכיאל לרבי מלכיאל צבי ב"ר יונה הלוי טננבוים . - תרנ"א (1891) .

דרכי חושן / הרב יהודה סילמן.

חזון איש / הרב קרליץ רבי אברהם ישעיה.

משנת ר' אהרון לר' אהרון קוטלר .

משפט שלום למהרש"ם .

משפטיך ליעקב לרב בן יעקב .

נחלת שבעה / הרב סג"ל ר' שמואל ב"ר דוד משה הלוי. - אמסטרדם : , 1667 .

עיונים במשפט לרב חיים שלמה שאנן .

פסקי דין ירושלים .

פסקי דין רבניים .

קובץ תחומין .

קובץ תשובות / הרב אלישיב הרב יוסף שלום.

קצות החשן / הרב הכהן ר' אריה ליב ב"ר יוסף. - ירושלים : מאורי אור, 1999.

שו"ת אגרות משה / הרב פיינשטיין רבי משה.

שו"ת הר"ח אור זרוע / הרב משה ר' יצחק ב"ר. - ז'יטומיר : , תרכ"ב.

שו"ת הרא"ש / הרב יחיאל רבי אשר בן. - ונציה : , ר"פ.

שו"ת הרדב"ז / מחבר זמרא דוד בן שלמה אבן.

שו"ת הריב"ש / מחבר פרפת רבי יצחק בר ששת.

שו"ת הרשב"א / מחבר אדרת רבי שלמה בן. - ברצלונה : מכון ירושלים, 1310.

שו"ת חלקת יעקב / מחבר ברייש ר' מרדכי יעקב. - תל אביב : , 1992.

שו"ת חתם סופר / הרב סופר רבי משה. - וינה : , 1889.

שו"ת יחוה דעת / הרב יוסף רבי עובדיה.

שו"ת ישכיל עבדי / הרב הדאיה ר' עובדיה. - ירושלים : , 1931.

שו"ת ישכיל עבדי, לר' עובדיה הדאיה .

- שו"ת כתב סופר / הרב סופר ר' אברהם שמואל בנימין וולף. - ירושלים : מכון חתם סופר, תש"כ.
- שו"ת מבי"ט / הרב טראני משה בן יוסף. - שאלוניקי.
- שו"ת מהר"ם מינץ .
- שו"ת מהר"ם מלובלין .
- שו"ת מהר"ם מרטנבורג / הרב מרטנבורג רבי מאיר בן ברוך. - ירושלים : מכון ירושלים, 2010.
- שו"ת מהרש"ל / הרב לוריא רבי שלמה בן יחיאל. - 1996 : מכון אבן ישראל, ירושלים.
- שו"ת מהרשד"ם / הרב מדינה רבי שמואל בן משה די. - שאלוניקי : .
- שו"ת מנחת יצחק / הרב וייס רבי יצחק.
- שו"ת נודע ביהודה / הרב לנדא רבי יחזקאל בן יהודה.
- שו"ת ציץ אליעזר / הרב ולנדברג אליעזר יהודה.
- שו"ת רבי עקיבא איגר / הרב איגר רבי עקיבא בן משה גינז.
- שו"ת שבט הלוי לגר"ש וואזנר .
- שו"ת שואל ומשיב / הרב נתנזון רבי יוסף שאול.
- שו"ת תרומת הדשן / הרב איסרליין רבי ישראל בן פתחיה.
- שו"ת תשב"ץ / הרב דוראן רבי שמעון בן צמח.
- סדר הדין בבית הדין הרבני / הרב שוחטמן אליאב.
- תשו' מיימוני .