

סדר הדין האזרחי –  
בין מהות לפרוצדורה  
במשפט העברי ובמשפט הכללי

חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה"

מאת:

איתמר מירון

הפקולטה למשפטים

הוגש לסנט של אוניברסיטת בר-אילן

כסלו, התשע"ד

רמת גן

עבודה זו נעשתה בהדרכתו

של ד"ר יעקב חבה

מן הפקולטה למשפטים

של אוניברסיטת בר-אילן.

## שלמי תודה

ממעון הברכות שלוחה ברכה ותודה לד"ר יעקב חבה, אשר הנחה אותי בדרך הארוכה, רבת העניין והמשמעות של המחקר וכתובת הדוקטורט. דלתו הייתה פתוחה תמיד, ואוזנו כרויה לכל הערה, רעיון ויוזמה. העצות נכונות תמיד והמבט בוחן וכולל - מזהה את נקודות החוזק ומעצים אותן ואת נקודות החולשה ומתמודד עימן. ועוד מעלה חשובה לא פחות, היכולת והפתיחות לקבל רעיונות בלב פתוח ונפש חפה, גם אם הרעיון לא נראה בשמיעה ראשונה (ולפעמים גם בשמיעה החמישית), תוך פתיחת זוויות הסתכלות חדשות, עליהן לא חשבתי מלכתחילה. על כל אלו ועל עוד הרבה מעלות נוספות - תודתי לו שלוחה. תודה מקרב הלב שלוחה גם לפרופ' טליה פשר, אשר הנחתה אותי בראשיתו של המסע הארוך של כתיבת העבודה. עצותיה מלבד שהיו מועילות ומכוונות, היו תמיד גם מדויקות להפליא, תוך שימת לב מיוחדת לפרטים קטנים כגדולים.

תודה גם לנשיא אוניברסיטת בר אילן ולמפעל 'מלגות הנשיא', אשר תמיכתם סייעה לי בתקופת כתיבת העבודה. תודה לכלל אנשי הפקולטה למשפטים, למרצים, לאנשי הסגל המנהלי ולכלל העובדים, אשר סייעו בכל דרך שיכלו - במילה טובה, בעצה, בהפניה למקורות חשובים ומעניינים וגם בהגנה ותמיכה מפני סבך הברוקרטיה. תודה גם לקוראים האנונימיים על הערותיהם המחכימות ועל ההפניות המועילות.

תודה לשורה ארוכה של חברים (רובם ככולם עורכי דין), אשר עברו על טיטות העבודה המתגבשות, שאלו שאלות מתבקשות והעירו הערות בונות. הרשימה ארוכה, אך בין היתר אבקש לציין את אלעד אלעזר, נריה כהן, גולן לוזון, נדיב חי מרדכי, שירלי פרזאן, גרגורי פאוסט קורצ'מני, ירין ראובן, אהרוני רבינוביץ' וורד שפילמן. הערות כולכם טמונות בגוף העבודה ועל כך אני אסיר תודה.

תודה לכל מורי ורבותי, אשר זיכוני לטעום מעץ החיים ולהכיר במתיקותה של תורה. רבים הם וקצרה היריעה מלפורטם, אך אזכיר בייחוד את מו"ר, הרב חיים דרוקמן שליט"א, ואת יתר רבותי בישיבת 'אור עציון' אשר במחיצתם ובצילם חמדתי וישבתי, ופרי תורתם מתק לחיכי.

תודה למאמני בעת ההתמחות, היועץ המשפטי לממשלה, עו"ד מני מזוז, וליתר הצוות הנהדר שליווה אותי שם - עו"ד רננה אמיר, עו"ד רז נזרי ויתר אנשי הלשכה. מהם למדתי והתוודעתי למערכת המשפט של מדינת ישראל לפני ולפנים. מהם גם למדתי את תורת המשפט הרעיונית והעיונית ואת חיוניות השתלבותה בתורה המשפטית המעשית.

"בן יכבד אב" (מלאכי, א', ו'), על כן אביע תודה מיוחדת להורי, תודה שלעולם לא אוכל לבטא מקצתה במילים. הם אשר אילפוני בינה, והשתדלו בכל מאודם להביאני לתורה עם דרך ארץ. במקביל, הם גמלו וגומלים חסדים ללא גבול והפסק עימי ועם משפחתנו היקרה. תודה עצומה על כל הסיוע, ובכללו על ההערות לעבודה זו. יאריך ה' ימיהם בטוב ושנותיהם בנעימים בבריות גופא ונהורא מעליא, וירו רוב נחת מכל צאצאיהם. תודה גם לאחי ואחיותי (ובכללם אלחנן ויאיר שנאלצו גם לקרוא את העבודה), גיסי וגיסותי ובני משפחותיהם ולכל משפחתי המורחבת והאוהבת אשר סבלו וסובלים את משוגותי ותומכים ללא הרף.

בהקשר זה, אזכיר גם את סבי משה צבי ואליהו וסבתי שושנה, מנוחתם עדן, אשר דאגו לי ללא הרף, ולימדוני "עֲשׂוֹת מִשְׁפָּט, וְאֶהְבֵּת חֶסֶד וְהִצַּנֵּעַ לְפֶתַע אֶלְהֵיךָ" (מיכה, ו', ח'). תודה מיוחדת ועמוקה לסבתי אורה, תבדל"א, אשר על אף מוראות המלחמה שעברה בצעירותה וכל הקשיים, תמיד כשמה כן היא - אורה ושמחה לכל מכריה וחיוך וזיו פנים לכל הפוגש בה. יזכנה ה' רק באושר ושמחה מכל בני משפחתה, גיבור בארץ יהיה זרעה, דור ישרים יבורך'.

תודה רבה במיוחד לרחלי, רעייתי היקרה, תודה שאילו באתי לכתוב מקצתה אין הנייר מספיק. אזכיר רק בקצרה, שלולי היא לא הייתה באה עבודה זו לעולם, ובזכותה זוכה אני לברך עתה על המוגמר. היא שסבלה לאורך כל תקופת הכתיבה מהשעות הרבות שהושקעו בכתיבת העבודה, אך דרבנה אותי פעם אחר פעם לשבת, לחקור ולכתוב. כך, אוכל לומר בלב אוהב על רחלי, ממש כמו על רחל של רבי עקיבא, כי "שלי ושלכם - שלה הוא" (נדרים, נ', ע"א). תודה רבה גם לילדי המתוקים, אריאל אליהו, יהונתן משה ואלקנה שמואל – אשר החיוך הממיס שלהם והאור שהם מפיצים – מחזקים ונותנים כוחות גם כשמותשים. נתפלל שזוכה לראות רק אור וטוב ביחד עם כל צאצאינו וצאצאי צאצאינו.

ומעל לכל התודות, אבקש להודות ולשבח לבורא עולם, אשר חסדו לא מש מעמי. "וְאֵלוּ פִּינוּ מְלֵא שִׁיחַ פִּי, וּלְשׁוֹנֵנוּ רִנָּה פֶּה־מוֹן גִּלְיוֹ, וְשִׁפְתוֹתֵינוּ שִׁבַּח כְּמֶרְחֵבִי רִקְיעַ, וְעֵינֵינוּ מְאִירוֹת כְּשֶׁמֶשׁ וְכִנְרָח, וְיָדֵינוּ פְּרוּשׁוֹת כְּנִשְׂרֵי שָׁמַיִם, וְרַגְלֵינוּ קְלוֹת כְּאַיִלוֹת אֵין אֲנַחְנוּ מְסַפְּקִים לְהוֹדוֹת לְךָ, ה' אֱלֹהֵינוּ וְאַלְקֵי אֲבוֹתֵינוּ, וְלִבְרַךְ אֶת שִׁמְךָ מְלַכְנוּ עַל אַחַת מְאַלְף, אֱלֹף אֱלֹפִי אֱלֹפִים וְרַבֵּי רַבּוֹת, פְּעָמִים הַטּוֹבוֹת, נְסִים וְנִפְלְאוֹת שֶׁעָשִׂיתָ עִם אֲבוֹתֵינוּ וְעִמָּנוּ" (מתוך 'נשמת כל חי'). אתפלל שיהיו נא אמרי לרצון לפני אדון כל ואל אכשל בדבר הלכה. אני תקווה שזוכה בעבודה זו ובאורחות חיינו בכלל להאהיב ולקדש שם שמים.

## תוכן עניינים

עמ'	
1	הקדמה
9	פרק ראשון: מבוא לסדר הדין האזרחי
9	א. מהו סדר דין אזרחי?
10	1. סוגי הזכויות
12	2. חשיבותה של זכות התביעה בהלכה
15	ב. זכות הגישה לערכאות
21	ג. זכות הגישה לערכאות במשפט העברי
25	ד. השפעת הכללים הדיוניים על המשפט המהותי
31	ה. מודלים להבנת כללי הדיון
32	ו. הבחנה בין זכות דיוניות לזכויות מהותיות
36	פרק שני: הערכים העומדים ביסוד סדר הדין האזרחי
36	א. מבוא לניתוח הערכים
36	1. חשיבות זיהוי הערכים
38	2. מהפכת ה-Civil Procedure Rules (CPR) באנגליה וסעיפי ערכים דיוניים בעולם
39	3. האיזון בין הערכים
42	ב. גילוי האמת
47	ג. הצדק
47	1. הצדק המהותי
49	2. כללי הצדק הטבעי
51	3. הצדק הפרוצדוראלי
56	ד. יעילות
62	ה. התפיסה הניהולית
66	ו. ודאות ויציבות
70	ז. שלטון החוק
74	ח. ערכים נוספים
74	1. מכנה משותף חברתי
74	2. אוטונומיה
75	3. ריכוז הכוח לעומת פיזור וחלוקתו מחדש
75	4. היעדר פניות ואובייקטיביות (שקיפות)
75	5. טקסיות ופורמליות
75	6. בחינה מחדש
76	7. עקביות
77	פרק שלישי: סדר הדין כענף משפטי נפרד במשפט העברי
77	א. כללי הדיון במשפט העברי
80	ב. תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים
84	פרק רביעי: המשפט העברי - בין מהות לפרוצדורה
84	א. היחס לכללי הדיון
85	ב. העמדה שכללי הדיון נוטים גם לגישות פורמליסטיות
85	1. עמדתו של פלק
86	2. עמדתו של אלון
87	3. עמדתו של שוחטמן
88	3ב(א). היעדרות בעל הדין

עמ'	
89	ב3(ב). הקפדה על כללי הערעור
94	ב3(ג). תקיפת סמכות בית הדין הרבני
95	ב3(ד). הצעת פשר
96	ב3(ה). בין שוחטמן לרובינשטיין ושופטים נוספים
101	<b>4. סיכום גישות אלה</b>
101	ג. העמדה שכללי הדיון הם אנטי-פורמליסטיים
104	ד. המודל הנסיבתי לעומת מודל גילוי האמת
104	ה. הסיבות לגמישות כללי הדיון במשפט העברי
105	ה1. מטרת המשפט
107	ה2. חשיבות הנגישות לבית הדין ולקב"ה
108	ה3. תחושתו של בעל הדין
108	ה4. האמת האלוקית
109	ה5. "כִּי הַמִּשְׁפָּט לֹא-לֵהִים הוּא"
110	ה6. החובה הדתית של הדיין
113	ה7. קבלת פסק הדין והשלום בין הצדדים
116	ה8. יראת הדין
117	ה9. מרכזו של ההליך המשפטי
118	ו. סיכום
119	<b>פרק חמישי: כללי הדיון במשפט העברי - חוסר פורמליזם מובהק</b>
119	א. הטיעון בפני ביה"ד
119	א1. היקף הסעד הנפסק
123	א2. שינוי חזית
124	א3. התיישנות
126	א4. הצגת ראיות באיחור
129	ב. ההכרעה השיפוטית
129	ב1. עיקרון סופיות הדיון וסתירת הדין
135	ב2. פסיקה בהיעדר הגנה
139	ג. תקנות הדיון בפועל
140	ד. פסיקת בתי הדין הרבניים
144	<b>פרק שישי: האמת ביסודם של כללי הדיון</b>
144	א. ייחודה של האמת במשפט העברי
145	ב. סדרי הדין לעומת דיני הראיות
151	ג. דוגמאות למעמדה המיוחד של האמת במשפט העברי
151	ג1. תיבת אוצר בשדה
153	ג2. דין אמת לאמיתו ודין מרומה
157	ד. חשיבות האמת בטיעון בפני ביה"ד
157	ד1. השיטה האדברסרית והשיטה האינקוויזיטורית
157	ד1(א). השתתפות בהעלאת הטענות
161	ד1(ב). חקירת העדים
163	ד1(ג). זימון עצמאי של עדים
163	ד2. טענות הצדדים – זכויות וחובות
163	ד2(א). טענות הצדדים כמביאות לתוצאת אמת

עמ'	
168	2ד(ב). טענות הצדדים ונטל השכנוע
169	2ד(ג). היחס השלילי לטיעון באמצעות עורך דין
170	3ד. הגעה לתוצאה אמיתית בדרכים שאינן כשרות
171	3ד(א). הפוסקים האוסרים הגעה לתוצאה צודקת באמצעות תחבולה
174	3ד(ב). הפוסקים המתירים הגעה לתוצאה צודקת באמצעות תחבולה
178	4ד. הליך משפטי עם צד שאינו מעורב
179	ה. חשיבות האמת בהכרעה השיפוטית
179	ה1. מגבלות כוחו של הרוב
183	ה2. תחבולות שיפוטיות
187	ה3. אחריות השופט לפסק דינו
188	ה4. חובות הסובבים את הדיין
189	ו. חשיבות האמת במהלך ההליכים המשפטיים
189	ו1. המותב
191	ו2. התחשבות בהיקף התיק
193	ז. הגנה על ערכים נוספים
193	ז1. יתרו והצדק הדיוני
195	ז2. ויתור על האמת בעדים זוממים שזממם בוצע
198	ז3. דוגמאות ממקרים דיוניים
198	ז3(א). גודל המותב תלוי בהיקף התיק
199	ז3(ב). העלאת טענות חדשות
200	ז3(ג). מקום הדיון במקרה של מספר נתבעים
201	ז3(ד). מקום הדיון כאשר התובע והנתבע מזדמנים לאותה עיר
201	ז3(ה). מקום הדיון בתביעה חדשה
202	ז3(ו). דיון בעניינים שלא ניתן יהיה לכפות בגינם
203	ז4. תקנת הלווין
205	ז5. חשיבות הפשרה
207	ח. סיכום
210	<b>פרק שביעי: מודל חדש להבטחת בירור האמת והגנה על ערכים נוספים</b>
210	א. המודל המוצע - כללי
211	ב. הגנה מסדר ראשון – הגנה על ערך בירור האמת
212	ג. הגנה מסדר שני – הגנה על ערכים דיוניים ("הצדק הדיוני")
215	ג1. פיתרונות המתייחסים למהות התיק
215	ג1(א). שינוי נטלי הראיה
217	ג1(ב). מחיקת כתבי בי-דין
217	ג2. פיתרונות כלכליים הנוגעים להפרה הדיונית
217	ג2(א). הטלת עיקול וערובה כנגד הנתבע
218	ג2(ב). ערובה להבטחת הנזק וההוצאות
219	ג2(ג). הוצאות
219	ג2(ד). שימוש בכלי האגרה
221	ג2(ה). הענשת מפר הכללים על מחדליו הדיוניים – שימוש בהצמדה, ריבית, ובנזק הישיר מהכשל הדיוני
222	ג2(ו). כלים נוספים ההולמים את נסיבות המקרה

223	ג3. שילוב כלים שונים
223	ד. הצורך במודל אחיד
224	ד1. הקשר בין המשפט הישראלי והמשפט העברי
228	ד2. אחדות ערכית – חשיבות האמת וחסימת הפרצות הדיוניות בדין
228	ד2(א). חשיבות בירור האמת
229	ד2(ב). חסימת הפרצות הדיוניות בדין תוך התחשבות בנוכלים פוטנציאליים
232	ה. סיכום

**פרק שמיני: בחינת המודל המוצע בהלכה ובפסיקת בתי הדין הרבניים**

233	א. היחס להגנה מסדר ראשון - ערך בירור האמת
233	ב. היחס להגנה מסדר שני - ההגנה על ערכים דיוניים ("הצדק הדיוני")
234	ב1. הבעיה המהותית של בתי הדין
236	ב2. חסימת הפרצות בדין והתחשבות בנוכלים פוטנציאליים
239	ב3. ניתוח הפתרונות המוצעים - הדרך בחיפוש הפיתרונות ההלכתיים
244	ג. בחינת הפיתרונות המוצעים במודל
244	ג1. שינוי נטלי הראיה
251	ג2. מחיקת כתבי בי-דין
252	ג3. הטלת עיקול
257	ג4. ערובה להבטחת הנזק וההוצאות
258	ג5. הוצאות
260	ג6. חיוב באגרה
261	ג7. החיוב בהצמדה ובריבית למפר הכללים
262	ג7(א). יסודות הלכות ריבית
264	ג7(ב). עיכוב בקבלת הכסף
265	ג7(ג). שינוי ערך המטבע
266	ג7(ד). בין תקנה לפשרה
268	ג7(ה). התייחסות בתי הדין הרבניים בישראל להצמדה
271	ג7(ו). הקלות אפשריות ביחס לחיוב הריבית
274	ג7(ז). חיוב סרבן בריבית באמצעות ההוצאה לפועל
278	ג8. מבטל כיסו של חבירו
282	ג9. פיצוי על עמלו של בעל הדין ועל הוצאותיו
286	ד. קנסות
287	ד1. הטלת קנסות לצורך תיקון חברתי
288	ד1(א). הפקר בית דין הפקר
291	ד1(ב). סוגי הקנסות בבתי הדין היום
293	ד2. קנס כחלק מדינא דגרמי
296	ד3. הטלת קנסות על מאן דלא ציית דינא
303	ה. תקנות
307	ו. סיכום

**פרק תשיעי: בחינת המודל המוצע במשפט הישראלי**

308	א. היחס להגנה מסדר ראשון - ערך בירור האמת
-----	---



עמ'	
309	<b>א1. המגמה לכיוון המודל כבר קיימת</b>
309	א1(א). מעבר מפורמליזם לערכים
313	א1(ב). המודל כבר קיים גם בישראל
315	א1(ג). בטלות יחסית
317	א1(ד). האיזון בין הערכים
317	א1(ד)1. חשיבות מלאכת האיזון
318	א1(ד)2. האיזון בין צדק ליעילות
320	א1(ד)3. ביטול סעיפי חוק הודות להעדפת הצדק על היעילות
321	א1(ה). אמון הציבור
321	א1(ו). הקשר בין המשפט הדיוני הפלילי והאזרחי
322	א1(ז). מגמה עולמית
323	<b>א2. הקושי הנפשי של השופט בהכרעתו</b>
327	<b>א3. הקשיים במצב הנוכחי</b>
328	<b>א4. השלכות חברתיות</b>
330	<b>א5. החיסרון במנגנון בינארי</b>
334	<b>א6. התועלת האמיתית של הערכים הדיוניים</b>
334	א6(א). ערך היעילות
334	א6(א)1. מהי יעילות ואיך היא נבחנת?
334	א6(א)2. האם הכללים הנוכחיים יעילים?
336	א6(א)2(א). סדר דין מקוצר
337	א6(א)2(ב). סדר דין מהיר
338	א6(א)2(ג). הנטיה לגישור
339	א6(א)2(ד). התיישנות
340	א6(א)2(ה). גילוי מסמכים
341	א6(א)2(ו). הרחבת וצמצום השתק העילה
342	א6(א)3. איום בהצפת המערכת
343	א6(ב). ודאות - האם הוודאות היא ודאית?
343	א6(ב)1. מהי ודאות ואיך היא נבחנת?
344	א6(ב)2. האם הכללים הנוכחיים יוצרים ודאות?
345	<b>ב. היחס להגנה מסדר שני – ההגנה על ערכים דיוניים ("הצדק הדיוני")</b>
346	<b>ג. בחינת הפיתרונות המוצעים במודל</b>
346	ג1. שינוי נטלי הראיה
347	ג2. מחיקת כתבי בי-דין
348	ג3. הטלת עיקול וערובה כנגד הנתבע
349	ג4. ערובה להבטחת הנזק וההוצאות
350	ג5. אגרות
351	ג6. הוצאות
352	ג7. החיוב בהצמדה ובריבית למפר הכללים
353	<b>ד. סיכום</b>
354	<b>אחרית דבר</b>
356	<b>רשימת מקורות ביבליוגרפית</b>

## רשימת קיצורים

### קיצורים בעברית

דפנה אבניאלי, מי יבקר את השופטים וכיצד?, <b>משפט וממשל</b> ט' (התשס"ו), 387.	אבניאלי, מי יבקר
דפנה אבניאלי, מי ישפוט את השופטים וכיצד?, <b>הפרקליט</b> מ"ז (התשס"ג), 77.	אבניאלי, מי ישפוט
מיכל אגמון-גונן, 'אי-תלות שיפוטית? האיום מבפנים', <b>המשפט</b> 18 (התשס"ד), 2.	אגמון-גונן, אי תלות
מיכל אהרוני, 'הידיד האמריקני – קווים לדמותו של ה-Amicus Curiae (ידיד בית המשפט)', <b>המשפט</b> 18 (2004), 30.	אהרוני, הידיד האמריקני
הרב ירון אונגר ויובל סיני, חיוב בהוצאות משפט, חוות דעת באתר ישמ"ע: <a href="http://www.netanya.ac.il/ResearchCen/JewishLaw/AcademicPub/Procedure/Pages/Admission.aspx">http://www.netanya.ac.il/ResearchCen/JewishLaw/AcademicPub/Procedure/Pages/Admission.aspx</a> .	אונגר וסיני, חיוב בהוצאות
<b>אוסף פסקי-דין של הרבנות הראשית לארץ ישראל, בית-הדין הגדול לערעורין</b> , עובדו ונערכו ע"י זרח ורהפטיג, בהוצאת משרד המשפטים ומשרד הדתות, ירושלים התש"י.	אוסף פסקי דין – ורהפטיג
שמשון אטינגר, <b>פרקי שליחות במשפט העברי (בהשוואה לחוק השליחות, תשכ"ה-1965)</b> , ירושלים-התשנ"ט.	אטינגר, פרקי שליחות
שמשון אטינגר, <b>ראיות במשפט העברי</b> (מכון סאקר, המכון לחקר המשפט העברי והוצאת נבו), ירושלים, התשע"א.	אטינגר, ראיות במשפט העברי
ציון אילוז, 'דין מרומה, התיישנות ושיהוי', <b>פרשת השבוע</b> 163, אחרי מות-קדושים התשס"ד.	אילוז, דין מרומה
שלום אלבק, <b>בתי הדין בימי התלמוד</b> , אוניברסיטת בר אילן, רמת-גן-התשמ"א.	אלבק, בתי הדין
שלום אלבק, <b>הראיות בדיני התלמוד</b> , רמת-גן-התשמ"ז.	אלבק, הראיות
יובל אלבשן, 'מבית-משפט לבית שופטים? ההאנשה השיפוטית כחלק מהפרטת השפיטה בישראל', <b>עלי משפט</b> ז' (התשס"ט), 147.	אלבשן, מבית משפט
מנחם אלון, 'הדין, האמת, השלום והפשרה'; על שלושה וארבעה עמודי המשפט והחברה', <b>מחקרי משפט</b> י"ד (התשנ"ח), 269.	אלון, הדין, האמת
מנחם אלון, <b>המשפט העברי – תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו</b> , (מהדורה שלישית) מאגנס, ירושלים-התשמ"ח.	אלון, המשפט העברי
מנחם אלון, 'על ההתיישנות במשפט העברי (לבעיית קליטת הדין העברי לאור הצעת חוק ההתיישנות, תשי"ז-1957)', <b>הפרקליט</b> י"ד (התשי"ח), 179; 243.	אלון, על ההתיישנות
בן ציון אליאש, 'החקיקה הרבנית בפסיקה הרבנית – התעלמות ושברה', <b>דיני ישראל</b> י"י"א (התשמ"א-התשמ"ג), קע"ז.	אליאש, החקיקה הרבנית
בן ציון אליאש, 'שורשיה הרעיוניים של ההלכה – פרק בהלכות ריבית במשנה ובתלמוד', <b>שנתון המשפט העברי</b> ה' (התשל"ח), 7.	אליאש, ריבית
אהרן אנקר, יסודות במשפט הפלילי העברי, <b>משפטים</b> כ"ד (התשנ"ד), 177.	אנקר, יסודות
הרב שמחה אסף, <b>בתי הדין וסדריהם לאחר חתימת התלמוד</b> , ירושלים-התרפ"ד.	אסף, בתי הדין
הרב יועזר אריאל, <b>דיני בורות, הדין הפשרה ושטר הבוררות</b> , מכון שער המשפט והנהלת בתי הדין הרבניים, ירושלים-התשס"ה.	אריאל, דיני בורות
יעקב בזק, סמכות הבורר לפרש ולתקן את פסק-דינו במשפט העברי ובמשפט מדינת ישראל, <b>הפרקליט</b> ל"ט(ג) (התש"ף), 461.	בזק, סמכות הבורר
אברהם צבי בלידשטיין, הפקר בית דין הפקר, <b>עלון שבות</b> 114 (התשמ"ו), 21.	בלידשטיין, הפקר
הרב צבי יהודה בן-יעקב, בצדק תשפוט עמיתך, <b>סיני</b> קט"ז (התשנ"ה), מ"ב.	בן-יעקב, בצדק תשפוט
חמי בן נון, 'הטיות קוגניטיביות והחלטות שיפוטיות – אינטואיציה וחשיבה סדורה במלאכתו של השופט', <b>שערי משפט</b> ה' (התשי"ע), 177.	בן נון, הטיות קוגניטיביות
חמי בן נון, <b>הערעור האזרחי</b> , ע.ד. ספרות משפטית בע"מ, התשס"ד.	בן נון, הערעור האזרחי
מרים בן פורת, מבחנים לסיווג הוראה בדין כמהותית או כדיונית, <b>ספר אורי ידן – מאמרים לזכרו</b> , (הוצאת בורסי, ירושלים-תש"ף), 11.	בן פורת, מבחנים לסיווג

בנדור, חיי המשפט	אריאל בנדור, 'חיי המשפט הם היגיון, ולכן הכל שפיט – על פורמליזם משפטי ראוי, <b>משפט וממשל</b> ו (תשס"ג), 591.
ברנד, ערכאות	יצחק ברנד, <b>ערכאות של גויים במדינת היהודים</b> , הוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה (מחקר מדיניות 83), התש"ע.
ברק, מבחר כתבים	אהרן ברק, <b>מבחר כתבים</b> , נבו הוצאה לאור, התש"ס.
ברק, על משפט	אהרן ברק, 'על משפט, שיפוט ואמת', <b>משפטים</b> כ"ז (התשנ"ו), 11.
ברק, פרשנות במשפט	אהרו ברק, <b>פרשנות במשפט</b> , נבו הוצאה לאור.
בשערי בית הדין	<b>בשערי בית הדין – אוסף פסקי דין בנושאי הקדשות ומוסדות ציבור</b> (בעריכת הרב ירוחם פישל אדלר), אוצר הפוסקים, ירושלים.
גוטל, הסדר חדש	אהוד גוטל, 'הסדר חדש לדין ההתיישנות?', <b>משפטים</b> ל"ו (התשס"ז), 829.
גולאק, יסודי המשפט	אשר גולאק, <b>יסודי המשפט העברי</b> , הוצאת דביר, נדפס: תל אביב-התשכ"ז (נדפס במקור: ברלין-התרפ"ב).
גולדשטיין, צדק מהיר	סטיבן גולדשטיין, 'צדק מהיר: מבט השוואתי, <b>עלי משפט</b> ט' (התשע"א), 19.
גולדשטיין, הסמכות הטבועה	פנחס גולדשטיין, 'הסמכות הטבועה' של בית המשפט, <b>עינוי משפט</b> י' (התשמ"ד), 37.
גורביץ', אורי גורן	עמית גורביץ', אורי גורן של בתי הדין הרבניים, <b>הפרקליטים</b> 37, 40 (2011).
גורן, הפרוצדורה האזרחית	אורי גורן, 'הפרוצדורה האזרחית בראי פסיקתו של הנשיא שמגר', <b>ספר שמגר</b> (כרך ג', התשס"ג), 631.
גורן, סוגיות	אורי גורן, <b>סוגיות בסדר הדין האזרחי</b> (מהדורה עשירית), סיגא הוצאה לאור, תל אביב – התשס"ט.
גינוסר, מבוא לתורת הדיון	שלו גינוסר, <b>מבוא לתורת הדיון</b> , (עורך: צ' לייסטר) אקדמון, ירושלים, התשל"א.
גלין, סעיף 5	י' גלין, 'סעיף 5 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח-1958 ושלטון החוק', <b>הפרקליט</b> ל"ב (התשל"ט-התש"ס), 399.
גלעד, דוקטרינת	ישראל גלעד, 'דוקטרינת הנזק הראייתי: האם הורם נטל השכנוע?', <b>משפטים</b> ל' (התש"ס), 317.
דויטש, מתי "אמת"	מיגל דויטש, מתי "אמת" ומתי "יציב", <b>עורך הדין</b> 4 (יולי 2009), 68.
דויטש, על הרפורמה	סיני דויטש, על הרפורמה הדרושה במערכת בתי המשפט, <b>מחקרי משפט</b> ח' (התש"ן), 129.
דיכובסקי, בעיות בהצמדת	הרב שלמה דיכובסקי, בעיות בהצמדת דמי המזונות במציאות הכלכלית של ימינו, <b>תורה שבעל פה</b> כ"ז (התשמ"ו), צ"ג.
דיכובסקי, הצמדת חוב	הרב שלמה דיכובסקי, הצמדת חוב למדד, <b>תחומין</b> ו' (התשמ"ה), 208.
דיכובסקי, חיובי הצמדה	הרב שלמה דיכובסקי, חיובי הצמדה בבתי הדין הרבניים, <b>דיני ישראל</b> י"ב (התשמ"ד-התשמ"ה), ק"ג.
דיכובסקי, סמכות	הרב שלמה דיכובסקי, סמכות בתי הדין הרבניים בראי פסיקת בתי הדין, <b>דיני ישראל</b> י"א (התשמ"א-התשמ"ג), ט"ז.
דרנס, חוסר פורמליזם	שלומית דרנס, חוסר פורמליזם בסדרי הדין בבתי-הדין הרבניים בישראל, <b>דיני ישראל</b> י"א (התשמ"א-התשמ"ג), כ"ז.
הכהן, אם לא יגיד	אביעד הכהן, "אם לא יגיד ונשא עוונותיו!!" – על זכות השתיקה ותוצאותיה, <b>פרשת השבוע</b> 315, ויקרא התשס"ה.
הלוי, כתבי תביעה	הרב חיים דוד הלוי, כתבי תביעה והגנה, <b>תורה שבעל פה</b> כ"ב (התשמ"א), ל"ה.
הלוי, מגמות התפתחות	גבריאל הלוי, מגמות התפתחות במשפט הפלילי הדיוני ובדיני הראיות בישראל, <b>קריית המשפט</b> ד' (התשס"ד-התשס"ה), 109.
הרנון, דיני ראיות	אליהו הרנון, <b>דיני ראיות</b> , הדפוס האקדמי, ירושלים-התש"ל.
ויגודה, הרשעה פה אחד	הרשעה פה אחד וזכות הערעור של התביעה הכללית (חוות דעת של ד"ר מיכאל ויגודה, ראש תחום משפט עברי במשרד המשפטים, 21.12.2007) - <a href="http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/71CB9F4F-7967-44A5-A101-0BB204B541F3/9578/50harshaapeiehad.doc">http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/71CB9F4F-7967-44A5-A101-0BB204B541F3/9578/50harshaapeiehad.doc</a>

א' וייס, <b>סדר הדין – מחקרים במשפט התלמוד</b> , חורב, ניו יורק, התשי"ח.	וייס, סדר הדין
אליהו וינוגרד, <b>תקנות סדרי הדין</b> (מהדורה רביעית, עדכון שלישי), הוצאת הלכות, רמת השרון, 2008.	וינוגרד, תקנות
א' וינר ועמנואל מאק, קוים לתיקונים בפרוצדורה האזרחית, <b>יבנה</b> ג' (התש"ט), 137.	וינר ומאק, קוים לתיקונים
אברהם וינרוט, <b>ריבית</b> , שואב הוצאה לאור, התשנ"ח.	וינרוט, ריבית
יהושע ויסמן, ההתיישנות והמדינה, <b>משפטים</b> י"ד (התשמ"ד), 3.	ויסמן, ההתיישנות והמדינה
אלפרד ויתקון, <b>משפט וחברה</b> , הוצאת דביר, תל אביב התשט"ז.	ויתקון, משפט וחברה
שילם ורהפטיג, <b>דיני מטבע במשפט העברי</b> , אריאל – מפעלי תורה יהדות וחברה בישראל, (ירושלים, התש"מ).	ורהפטיג, דיני מטבע
איתמר ורהפטיג, סירוב בעל דין לברר דבריו, <b>תחומין</b> ז' (התשמ"ז), 394.	ורהפטיג, סירוב בעל דין
איתמר ורהפטיג, קנס פיגורים ללא חשש ריבית, <b>תחומין</b> כ"ג (התשס"ג), 382.	ורהפטיג, קנס פיגורים
זרח ורהפטיג, תקנות הרבנות הראשית [בית דין לערעורים], <b>תחומין</b> ט"ו (התשנ"ה), 83.	ורהפטיג, תקנות הרבנות
יואל זוסמן, <b>סדרי הדין האזרחי</b> , (מהדורה שביעית, בעריכת שלמה לוי), הוצאת אמינון, ירושלים-1995.	זוסמן, סדרי הדין
משה זילברג, <b>באין כאחד – אסופת דברים בהגות ובהלכה</b> (ירושלים התשמ"ב).	זילברג, באין כאחד
משה זילברג, <b>כך דרכו של תלמוד</b> (ירושלים, התשכ"ב).	זילברג, כך דרכו
צבי זילברטל, הוצאות לטובת המדינה, <b>משפטים</b> ט"ו (התשמ"ז), 389.	זילברטל, הוצאות
נינה זלצמן, <b>מעשה בית דין בהליך האזרחי</b> , (רמות, תשנ"א).	זלצמן, מעשה בית דין
יצחק זמיר, <b>הסמכות המינהלית</b> (מהדורה שניה), נבו הוצאה לאור, התש"ע.	זמיר, הסמכות המינהלית
יצחק זמיר, 'חקיקה מינהלית: מחיר היעילות', <b>משפטים</b> ד' (תשל"ב-תשל"ג), 63.	זמיר, חקיקה מינהלית
יצחק זמיר, שיקול הצדק בהחלטות מנהליות, <b>משפט וממשל</b> ז' (2) (התשס"ה), 623.	זמיר, שיקול הצדק
חיים שלמה חפץ, גדרי אומדנה וחוקה בדיני נפשות במשפט העברי, <b>דיני ישראל</b> ח' (התשל"ז), מ"א.	חפץ, גדרי אומדנה
ערן טאוסגי, 'הפירוט העובדתי הנדרש בכתבי טענות והסטנדרט הראוי לסילוק תביעה על הסף בהיעדר עילה', <b>עלי משפט</b> ט' (התשע"א), 111.	טאוסגי, הפירוט העובדתי
יעקב א' ב' טירקל, 'לקראת "דהומניזציה" של המשפט?', <b>הפרקליט</b> ל"ו (התשמ"ד), 71.	טירקל, לקראת "דהומניזציה"
אברהם טננבוים, "והדבר אשר יקשה מכם תקרבון אלי ושמעתיו" – לשאלת הצדקתה של ערכאת ערעור', <b>פרשת השבוע</b> 132, דברים התשס"ג.	טננבוים, והדבר אשר
זלמן יהודאי, <b>דיני התיישנות בישראל, תוך זיקה למשפט האנגלי והאמריקני</b> , הוצאת תמר, חיפה-1991.	יהודאי, דיני התיישנות
רפאל יעקובי, "אחרי רבים להטות" – על הרכבים שיפוטיים ותחבולות שופטים', <b>פרשת השבוע</b> 157, משפטים התשס"ד.	יעקובי, אחרי רבים
רפאל יעקובי, "ארדה נא ואראה" – החתירה לאמת וערעורים בבתי הדין הרבניים', <b>פרשת השבוע</b> 398, וירא התשע"ב.	יעקובי, ארדה נא
רפאל יעקובי, "וירד ה' לראות את העיר אות המגדל" – התרשמות ישירה של שופט, עדויות ותחליפים', <b>פרשת השבוע</b> 182, נח התשס"ה.	יעקובי, התרשמות ישירה
חיים ה' כהן, דאגה ליום מחר, <b>הפרקליט</b> ג' (התש"ו-התש"ז), 38. נדפס בשנית בתוך <b>חיים כהן – מבחר כתבים</b> , (בורסי, ירושלים-התשנ"ב), 15.	כהן, דאגה
חיים ה' כהן, דין אמת לאמיתו, בתוך <b>גבורות לשמעון אגרנט</b> (התשמ"ז), 35.	כהן, דין אמת
חיים ה' כהן, <b>המשפט</b> (מוסד ביאליק, התשנ"ב).	כהן, המשפט

כהן, על עינוי	חיים כהן, על עינויי סדרי הדין, בתוך <b>ספר היובל לפנחס רוזן</b> , ירושלים, התשכ"ב, 267.
כהן, פרשנות נאמנה	חיים כהן, 'פרשנות נאמנה – תלתא משמע', <b>משפטים</b> ז' (1) (התשל"ו), 5.
כהנא, שומרים	ברוך כהנא, <b>שומרים</b> (ספריית המשפט העברי, מורשת המשפט בישראל, ירושלים התשנ"ט).
כך, האומדן	הרב אברהם דוד כץ, האומדן בדיני הראיות, בתוך <b>משפטי ארץ</b> ב' (טענות וראיות), התשס"ה, 107.
לב, דיני ממונות	זאב לב, דיני ממונות במעמד צד אחד, <b>תחומין</b> י' (התשמ"ט), 151.
לבונטיין, הצעת חוק	אביגדור לבונטיין, 'הצעת חוק ברירת הדין: סוגיות פרוצדוראליות', <b>ספר אורי ידן ב' - מאמרים לזכרו</b> (עורכים: א' ברק וט' שפניץ), הוצאת בורסי (ירושלים תש"ן), 99.
לבנוני, השפיטה	שלמה לבנוני, 'השפיטה: הכרעה דיכוטומית או פסיקה משקללת? האמנם 'הכל או לא כלום'?', <b>עלי משפט</b> ג (התשס"ד), 531.
לוין, חוק יסוד	שלמה לוין, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים, <b>הפרקליט</b> מ"ב (התשנ"ה-התשנ"ח), 451.
לוין, מהותו של ערעור	שלמה לוין, <b>מהותו של ערעור</b> , עבודה לשם קבלת התואר דוקטור, התשכ"ז, האוניברסיטה העברית, ירושלים.
לוין, תורת הפרוצדורה	שלמה לוין, <b>תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד</b> , מהדורה שנייה, הוצאת פרלשטיין-גינסר, ירושלים, התשס"ט.
ליאור, מבט תורני	הרב דב ליאור, מבט תורני על חוקי המדינה והתקנת תקנות בימינו, <b>תחומין</b> ג' (התשמ"ב), 247.
ליפשיץ, הפשרה	איתי ליפשיץ, <b>הפשרה במשפט העברי</b> , עבודה לשם קבלת התואר דוקטור, התשס"ד, אוניברסיטת בר אילן, רמת גן.
ליפשיץ, פשרה	ברכיהו ליפשיץ, פשרה, בתוך <b>משפטי ארץ – דין, זיין ודין</b> (עורך: הרב י' אונגר), מכון משפטי ארץ-התשס"ב, 137.
לנדוי, על השמרנות	משה לנדוי, 'על השמרנות בסדרי הדין האזרחי', <b>ספר זוסמן</b> (ירושלים התשמ"ד), 285.
מאוטנר, החינוך המשפטי	מנחם מאוטנר, <b>על החינוך המשפטי</b> (הוצאת רמות, אוניברסיטת תל אביב, התשס"ב).
מאוטנר, ירידת הפורמליזם	מנחם מאוטנר, <b>ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי</b> , (הוצאת במעגלי דעת, תל אביב, תשנ"ג).
מאוטנר, משפט ותרבות	מנחם מאוטנר, <b>משפט ותרבות</b> , הוצאת אוניברסיטת בר אילן, התשס"ח.
מאוטנר, משפט ותרבות בישראל	מנחם מאוטנר, <b>משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת</b> (עם עובד, 2008).
מדינה, ירידת הפורמליזם	ברק מדינה, 'ירידת הפורמליזם ועליית הגישור: יישוב סכסוכים בהסכמה כפתרון "משפטי" של מחלוקות', <b>נקודת מפגש</b> א', אביב תשס"ג, 31.
מוניסר, המשפט וישראל	יגאל מוניסר, <b>המשפט וישראל – דיני ממונות עפ"י משפט התורה</b> , מכון שתילי זיתים, פי"ת-התשס"ח.
מירון, תגובה	שמחה מירון, תגובה למאמרו של ד"ר אליאש, <b>דיני ישראל</b> י"א (התשמ"א-התשמ"ג), רט"ז.
מנשה, הערך שבשימור	דורון מנשה, הערך שבשימור תנאי ההדדיות בדוקטרינת השתק פלוגתא, <b>עיוני משפט</b> כ"ג (התש"ס), 343.
מנשה, סדר דין	דורון מנשה, 'סדר-דין אזרחי: מגמות מרכזיות לקראת כינונה של פרספקטיבה חוקתית', <b>עיוני משפט</b> כב (התשנ"ט), 205.
מרזל, דיני פסלות	יגאל מרזל, <b>דיני פסלות שופט</b> , (ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, התשס"ו-2006).
ניסני, זאת חקת	דוד ניסני, "'זאת חקת התורה" – סדר הדין והאמת המשפטית', <b>פרשת השבוע</b> 289, חקת התשס"ז.
סדרי המשפטים	'סדרי המשפטים בבתי הדין בארץ ישראל', <b>המשפט</b> ב' (התרפ"ז-התרפ"ח), 241-250; 290-298.
סילבר, שערי משפט	הרב יצחק א' סילבר, <b>שערי משפט</b> , ירושלים – התשס"ו.

סיני, אל תעש	יובל סיני, "אל תעש עצמך כעורכי הדיינים" – למקומו של כלל בהליך הדיוני, בתוך עיונים <b>במשפט עברי ובהלכה – דיין ודיין</b> (עורכים: י' חבה וע' רדזינר), הוצאת אוניברסיטת בר אילן, התשס"ז, 93.
סיני, הדוקטרינה	יובל סיני, 'הדוקטרינה של הודאה והדחה וכללי נטל השכנוע במשפט האזרחי – ניתוח ביקורתי והצעת מודל חדש-ישן', <b>מחקרי משפט</b> כ"ד (התשס"ח), 165.
סיני, השופט	יובל סיני, <b>השופט וההליך השיפוטי במשפט העברי</b> , הוצאת נבו, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי והמכון לחקר המשפט העברי, ירושלים – התש"ע.
סיני, מעורבות	יובל סיני, <b>מעורבות בית הדין בהליך הדיוני במשפט העברי</b> , עבודה לשם קבלת התואר דוקטור, 2003, אוניברסיטת בר אילן, רמת גן.
ערוסי, שיחות	הרב רצון ערוסי, <b>שיחות בנושא "צדק צדק תרדף"</b> , מכון משנת הרמב"ם (קרית אונו, התשנ"ד).
פורת ושטיין, דוקטרינת	אריאל פורת ואלכס שטיין, 'דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים', <b>עיוני משפט</b> כ"א (התשנ"ח), 191.
פורת ושטיין, דוקטרינת: תגובה	אריאל פורת ואלכס שטיין, 'דוקטרינת הנזק הראייתי: תגובה לביקורת', <b>משפטים</b> ל' (התש"ס), 349.
פלק, מבוא לדיני	זאב פלק, <b>מבוא לדיני ישראל בימי הבית השני</b> , אוניברסיטת תל אביב - התשכ"ט.
פלק, ערכי משפט	זאב פלק, <b>ערכי משפט ויהדות</b> , הוצאת מאגנס, ירושלים, התש"ם.
פלו, על רטרואקטיביות	שניאור זלמן פלו, על רטרואקטיביות דיני ההסגרה ועל השפעת החנינה עליה, <b>משפטים</b> ד' (התשל"ג), 403.
פסקי דין – דיני ממונות	<b>פסקי דין מבית הדין לדיני ממונות ולבירור יהדות</b> , בעריכת הרב א"ד לוי.
פסקי דין - קרית ארבע	<b>פסקי דין – בית הדין האיזורי לדיני ממונות, קרית ארבע – הר חברון</b> (עורך: הרב י' אריאל), התשנ"ה.
פרי, הנסתרות	אלדד פרי, 'הנסתרות והנגלות – בין אמת עובדתית לאמת משפטית', <b>פרשת השבוע</b> 138, נצבים-וילך התשס"ג.
פרלמן, הלוגיקה המשפטית	חיים פרלמן, <b>הלוגיקה המשפטית</b> , (תרגום: אורה גרינגרד), הוצאת מאגנס, האוניברסיטה העברית, ירושלים, התשמ"ב.
פרנק, כי המשפט	הרב יאיר פרנק, כי המשפט לא-להים הוא, בתוך <b>משפטי ארץ - דין, דיין ודיין</b> (עורך: הרב י' אונגר), מכון משפטי ארץ-התשס"ב, 317.
צוקרמן, צדק שווה זמן	ע' צוקרמן, צדק שווה זמן (וכסף), <b>עורך הדין</b> 12 (2000), 50.
קדמי, על הראיות	יעקב קדמי, <b>על הראיות</b> , מהדורה משולבת ומעודכנת, דיונון, התש"ע-2009.
קוק, הועידה	הרב אברהם יצחק הכהן קוק, 'הועידה לסדור הרבנות הראשית לארץ ישראל: דין וחשבון', <b>התור</b> כ"א-כ"ב (התרפ"א).
קוק, פתיחות	הרב אברהם יצחק הכהן קוק, פתיחות למסכתות בבא קמא וסנהדרין, <b>תחומין</b> ז' (התשמ"ו), 273.
קידר, הפורמליזם המחנך	ניר קידר, 'על הפורמליזם המחנך של בית המשפט העליון המוקדם – עיון מחודש בפסקי הדין בפרשות בז'רנו ושייב', <b>מחקרי משפט</b> כ"ב (התשס"ו), 385.
קינן, תחרות מסחרית	דניאל קינן, <b>תחרות מסחרית במשפט העברי</b> , עבודה לשם קבלת התואר דוקטור, התשס"ו, אוניברסיטת בר אילן, רמת גן.
קירש, למהות הפרוצס	נפתלי קירש, למהות הפרוצס העברי, <b>יבנה</b> ג' (התש"ט), 128.
קלינג, אתיקה	גבריאל קלינג, <b>אתיקה בעריכת דין</b> (ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, התשס"א).
קלמנט ושפירא, יעילות וצדק	אלון קלמנט ור' שפירא, 'יעילות וצדק בסדר הדין האזרחי – גישה פרשנית חדשה', <b>משפט ועסקים</b> ז' (התשס"ז), 75.
קלמנט, התביעה הייצוגית	אלון קלמנט, 'התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד על פני תובעים רבים: בעקבות פסק הדין ברע"א 3126/00 מ"י נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ', <b>מחקרי משפט</b> כ"א (התשס"ד), 387.
קמיניץ, דיני ההתיישנות	ארז קמיניץ, 'דיני ההתיישנות בקודקס האזרחי – שיקולים בקביעת ההסדרים החדשים ובפרשנותם', <b>משפט ועסקים</b> ד' (התשס"ו), 339.

קרייני, הגילוי המוקדם	מיכאיל קרייני, 'הגילוי המוקדם בהליך האזרחי בישראל: מגמות', <b>משפטים</b> ל"ח(3) (התשס"ט), 559.
קרייני, השימוש ההתקפי	מיכאיל קרייני, 'השימוש ההתקפי בהשתק פלוגתא – כורח שיש לו תקנה', בתוך <b>ספר שלמה לוי</b> (עורכים): אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאיל קרייני, 85.
קרייני, התביעה הייצוגית	מיכאיל קרייני, 'התביעה הייצוגית בישראל – על פרשת דרכים': בעקבות פסק דין מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, <b>דין ודברים</b> א' (התשס"ה), 449.
קרן-פז, לי זה עולה	צחי קרן-פז, "לי זה עולה יותר": דחיית הטענות בדבר חוסר לגיטימיות ועלות מוגזמת הנטענת כלפי קידום השוויון במשפט הפרטי, <b>משפט וממשל</b> ז' (2) (התשס"ה), 541.
קשת, הזכויות הדיוניות	משה קשת, <b>הזכויות הדיוניות וסדר הדין במשפט האזרחי – הלכה ומעשה</b> , מהדורה חמש עשרה (ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין) – התשס"ז.
רבין, הזכות לייצוג	יורם רבין, הזכות לייצוג ולסיוע משפטי בהליך אזרחי, המשפט ו (התשס"ב), 225.
רבין, זכויות חברתיות	יורם רבין, זכויות חברתיות מהספרה הדיונית, בתוך זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות במשפט הישראלי (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004), 765.
רבין, זכות הגישה	יורם רבין, <b>זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית</b> (1998).
רבינוביץ' ודורפמן, שימוש לרעה	ארנה רבינוביץ'-עיני ודורון דורפמן, 'שימוש לרעה וחוסר תום לב בהליך האזרחי: הפער שבין מודל דיוני פוסט-אדברסרי למודל יצוג מסורתי', בתוך <b>ספר שלמה לוי</b> (עורכים): אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאיל קרייני, 255.
רדזינר, הרב עוזיאל	עמיחי רדזינר, 'הרב עוזיאל, רבנות תל אביב יפו ובית הדין הגדול לערעורים', <b>מחקרי משפט</b> כ"א (התשס"ד), 129.
רדזינר, על ראשיתן	עמיחי רדזינר, 'על ראשיתן של תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים: "סדרי המשפטים"', תרפ"א, <b>מחקרי משפט</b> כ"ה (התשס"ט), 37.
רדזינר, ראשיתן של	עמיחי רדזינר, 'ראשיתן של תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים: תקנות תש"ג', <b>דיני ישראל</b> כ"ה (התשס"ח), 189.
רובינשטיין, הפואמות	בלהה רובינשטיין, 'הפואמות של יהודה לייב גורדון (יל"ג): שירה סיפורית לוחמת', בתוך ספרה <b>'שירים ומה שביניהם: על משוררים ושירים בתכנית הלימודים החדשה לבית הספר העל-יסודי'</b> (עם עובד, תל אביב-התשס"ב), ח"א, 11.
רובינשטיין, על דין אמת	אליקים רובינשטיין, 'על דין אמת וסדר דין אמת, דברים לכבוד המשנה לנשיא בבית המשפט העליון, השופט ד"ר שלמה לוי עם פרישתו', בתוך <b>ספר שלמה לוי</b> (עורכים): אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאיל קרייני, 7 [פורסם במקור ב <b>המשפט</b> ט' (התשס"ד), 501].
רוזין, אלה המשפטים	הרב אברהם רוזין, <b>אלה המשפטים – הלכות והליכות בית הדין</b> , זכרון אהרן, ירושלים התשס"ט.
רוזן צבי ופישר, מעבר לאזרחי	יששכר רוזן צבי וטליה פישר, 'מעבר לאזרחי ולפלילי: סדר חדש לסדרי הדין', <b>משפטים</b> ל"ח (התשס"ח-התשס"ט), 489.
רקובר, המסחר במשפט העברי	נחום רקובר, <b>המסחר במשפט העברי – פרקים בהגנת הצרכן, הסוחר והנושה</b> , ספרית המשפט העברי, ירושלים-התשמ"ח.
רקובר, השליחות וההרשאה	נחום רקובר, <b>השליחות וההרשאה במשפט העברי</b> , ירושלים-התשל"ב.
רקובר, פיצוי-עכוב כספים	נחום רקובר, <b>פיצויים על עיכוב כספים (ריבית פיגורים)</b> , סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי, חוברת נ"ב, משרד המשפטים (ירושלים, התשל"ז).
רקובר, פיצויים	נחום רקובר, 'פיצויים על עיכוב כספים (ריבית פיגורים)', <b>שערי צדק</b> ג' (התשס"ב), 305.
רקובר, שלטון החוק	נחום רקובר, <b>שלטון החוק בישראל</b> , ספרית המשפט העברי, ירושלים-התשמ"ט.
שאקי, קוי-יחוד	אבנר חי שאקי, 'קוי-יחוד בסדרי הדין הרבניים ובגישת הדיינים לטיעון פורמליסטי – לאור פסיקת בתי הדין הרבניים בישראל', <b>ספר סנהדראי</b> (תל אביב-התשל"ב), 275.
שוורץ, סדר דין	דוד שוורץ, <b>סדר דין אזרחי – חידושים, תהליכים ומגמות</b> , הוצאת הקריה האקדמית אונו, התשס"ז.
שוחטמן, החיוב בהוצאות	אליאב שוחטמן, החיוב בהוצאות משפט בפסיקת בתי הדין הרבניים, <b>דיני ישראל</b> י"א (התשמ"א-התשמ"ג), רס"ג.
שוחטמן, חובת ההנמקה	אליאב שוחטמן, חובת ההנמקה במשפט העברי, <b>שנתון המשפט העברי</b> ו' (התש"ס), 319.
שוחטמן, מדבר שקר	אליאב שוחטמן, "מדבר שקר תרחק" – השלכות דיוניות, בתוך <b>עיונים במשפט עברי ובהלכה – דיין ודיין</b> (עורכים): "חבה וע' רדזינר), הוצאת אוניברסיטת בר אילן, התשס"ז, 273.

שוחטמן, מעמדס ההלכתי	אליאב שוחטמן, מעמדס ההלכתי של בתי המשפט במדינת ישראל, <b>תחומין</b> י"ג (התשנ"ג), 337.
שוחטמן, סדר	אליאב שוחטמן, <b>סדר הדין בבית הדין הרבני</b> (א. ש. סדרי משפט בע"מ), ירושלים, התשע"א.
שוחטמן, סדר הדין	אליאב שוחטמן, <b>סדר הדין לאור מקורות המשפט העברי, תקנות הדין ופסיקת בתי הדין הרבניים בישראל</b> (מורשת המשפט בישראל), ירושלים, התשמ"ח.
שור, בענין תובע	הרב משה שלום שור, בענין תובע שתבע פחות מהמגיע לו באמת, <b>בית אהרן וישראל 90</b> (התש"ס), ע"ב.
שטרית, בעיות ערכיות	שמעון שטרית, בעיות ערכיות ומעשיות במינהל המערכת השיפוטית, <b>קובץ הרצאות בימי עיון לשופטים</b> (תשל"ז), 80.
שטרית, על מי יוטל	שמעון שטרית, על מי יוטל מחיר העיכובים והתקלות בהליך השיפוטי, <b>משפטים</b> ו' (התשל"ה-התשל"ו), 584.
שטרית, קווי יסוד	שמעון שטרית, 'קווי יסוד לרפורמה – מחשבות על דמות מערכת השפיטה בעתיד מתוך עיון בבעיות ההווה', <b>מחקרי משפט</b> ח' (התש"ן), 59.
שיין, הפילוסופיה של המשפט	חיים שיין, <b>הפילוסופיה של המשפט – עיון ישראלי</b> , שערי משפט, תל אביב, התשס"ח.
שיין, הצדק	חיים שיין, <b>הצדק במשפט העברי</b> , הוצאת אביבים, התשנ"ד.
שיין, עוד על האמת	חיים שיין, עוד על האמת המשפטית, <b>פרשת השבוע 319</b> , נשא התשס"ח.
שיינפלד, נזיקין	אברהם שיינפלד, <b>נזיקין</b> , ספרית המשפט העברי, ירושלים, התשנ"ב.
שילה, ושפטו את	ערן שילה, "ושפטו את העם משפט צדק" – על זיכוי בטעות ועל עשיית "צדק", <b>פרשת השבוע 327</b> , שופטים התשס"ח.
שילה, צדק דחוי	יאיר שילה, "צדק דחוי עדיף על אי צדק מהיר", <b>עלי משפט</b> ג' (התשס"ג), 314.
שני, הנזק הראייתי	גיא שני, 'הנזק הראייתי ו"עונשו": בשבחי מעבר מהמודל הקיים של העברת הנטל למודלים של מידתיות ואינדוקטיביות, <b>משפטים</b> מ"א (התשע"א), 315.
שנקלובסקי, הוצאות המשפט	הרב אליעזר שנקלובסקי, הוצאות המשפט, <b>תחומין י"ב</b> (התשנ"א), 335.
שפירא, הבאת ראיות	הרב שלמה שפירא, 'הבאת ראיות לאחר פס"ד, וסתירת הדין', <b>שורת הדין</b> י"ב (התשס"ז), שצ"ד.
שפירא, החמרה	יעקב שפירא, החמרה בענישת עבריין החוזר ופושע (חוות דעת של המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים, 15.7.09) - <a href="http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/1C5361EC-2543-451F-BB9D-ECCB6E591C87/16673/64.doc">www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/1C5361EC-2543-451F-BB9D-ECCB6E591C87/16673/64.doc</a>
שפירא, השוואת	הרב שלמה שפירא, 'השוואת בעלי הדין – ייצוג משפטי', <b>שורת הדין</b> י"ג (התשס"ח), שמ"ג.
שפירא, ויקרב משה	יעקב שפירא, "ויקרב משה את משפטן לפני ה'" – לשאלת סמכות ההכרעה ההלכתית', <b>פרשת השבוע 81</b> , פנחס התשס"ב
שפירא, חיוב לדון	הרב אברהם אלקנה כהנא-שפירא, חיוב לדון בדבר שאינו ניתן לכפייה, <b>תחומין</b> כ"ח (התשס"ח), 157.
שפירא, מבט תורני	הרב אברהם אלקנה שפירא, מבט תורני על חוקי המדינה והתקנת תקנות בימינו, <b>תחומין</b> ג' (התשמ"ב), 238.
שפירא, שקרים "לבנים"	יעקב שפירא, שקרים "לבנים" ושקרים אחרים, <b>פרשת השבוע 3</b> , תולדות התשס"א.
שפירא, תורת המשפט	עומר שפירא, <b>תורת המשפט – פרקי מבוא</b> , הוצאת הקריה האקדמית אונו והוצאת בורסי, התשס"ז.
שציפנסקי, התקנות שרמן, דיני ממונות	הרב ישראל שציפנסקי, <b>התקנות בישראל</b> , מוסד הרב קוק, ירושלים התשנ"ג.
שרמן, מקור הסמכות	הרב אברהם שרמן, דיני ממונות במעמד צד אחד (תגובה), <b>תחומין</b> י' (התשמ"ט), 168.
שרמן, משפט אמת	הרב אברהם שרמן, מקור הסמכות של בית הדין הגדול ומסגרת סמכותו, <b>שורת הדין</b> ג' (התשנ"ה), רי"ט.
	הרב אברהם שרמן, 'משפט אמת – משפט שלום', <b>שורת הדין</b> ד' (התשנ"ח), רס"ה.



- Ailes, Substance and Procedure Edgar H. Ailes, Substance and Procedure in the Conflict of Laws 39 , **Mich. L. Rev.** 392 ,(1941) .
- Bayles, Principles for Michael Bayles, Principles for Legal Procedure, 5 **L. & Phil.** (1986), 33.
- Bebchuk, A New Theory Lucian A. Bebchuk, A New Theory Concerning the Credibility and Success of Threats to Sue, 25 **The Journal of Legal Studies** (1996), 1.
- Ben-Menahem, Is Talmudic Hanina Ben-Menahem, 'Is Talmudic Law A Religious Legal System? A Provisional Analysis', 24 **Journal of Law & Religion** (2008-2009), 379.
- Braeutigam, Owen & Panzar, An Economic Ronald R. Braeutigam, Bruce M. Owen & John C. Panzar, An Economic Analysis of Alternative Fee Shifting Systems, 47 **Law and Contemporary Problems** (1984), 173.
- Brazil, The Adversary Wayne D. Brazil, `The Adversary Character of Civil Discovery: A Critique and Proposal for Change`, 31 **Vand. L. Rev.** (1978), 1295.
- Chayes, The Role Abram Chayes, The Role of the Judge in Public Law Litigation, 89 **Harv. L. Rev.** (1976), 1281.
- Chayes, The Supreme Abram Chayes, 'The Supreme Court, 1981 Term – Forward: Public Law Litigation and the Burger Court' , 96 **Harv. L. Rev.** (1982), 4.
- Chigier, Compensation Moshe Chigier, Compensation for Loss of Profit Resulting from Breach of Contract in Jewish Law, **Jewish Law Association Studies** 6 (1992), 29.
- Cook, Substance and Procedure Walter W. Cook, "'Substance" and "Procedure" in the Conflict of Laws', 42 **Yale L. J.** (1933), 333.
- Cooter, Prices and Sanctions Robert Cooter, Prices and Sanctions, 84 **Colum. L. Rev.** (1984), 1523.
- Cover, Fiss & Resnik, Procedure Robert M. Cover, Owen M. Fiss & Judith Resnik ,**Procedure**) Foundation Press, 1988.(
- Dotan, Do the "Haves" Yoav Dotan, 'Do the "Haves" Still Come out Ahead? Resource Inequalities in Ideological Courts: The Case of the Israeli High Court of Justice', 33 **Law & Soc. Rev.** (1999), 1059.
- Fiss, Against Settlement Owen M. Fiss, Against Settlement, 93 **Yale L. J.** (1984), 1073
- Frankel, The Search Marvin E. Frankel, `The Search for Truth: An Umpireal View`, 123 **U. Pa. L. Rev.** (1975), 1031.
- Galanter, Why the 'Haves' Marc Galanter, 'Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change', 9 **Law & Society Rev.** (1974), 95.
- Galligan, Due Process Denis. J. Galligan, **Due Process and Fair Procedure: a Study of Administrative Procedures** (Clarendon Press, Oxford, 1997).
- Goldstein, The Influences Stephen Goldstein, The Influences of Constitutional Principles on Civil Procedure in Israel, 17 **Isr. L. Rev.** (1982), 467.
- Gordon, The Path Robert W. Gordon, The Path of the Lawyer, 110 **Harv. L. Rev.** (1997), 1013.
- Gould, The Economics J. P. Gould, The Economics of Legal Conflicts, 2 **The Journal of Legal Studies** (1973), 279
- Greene, The New David Greene, **The New Civil Procedure Rules** (Butterworths, 1999).

Grey, Langdell's Orthodoxy	Thomas C. Grey, Langdell's Orthodoxy, 45 <b>U. Pitt. L. Rev.</b> (1983), 1.
Guttel & Novick, A New Approach	Ehud Guttel & Michael T. Novick, 'A New Approach to Old Cases: Reconsidering Statutes of Limitation', 54 <b>U. Toronto L. J.</b> (2004), 129.
Hart, The Concept	H. L. A. Hart, <b>The Concept of Law</b> (Oxford, 1961).
Hay, Civil Discovery	Bruce L. Hay, 'Civil Discovery: Its Effects and Optimal Scope', 23 <b>J. Leg. Stud.</b> (1994), 481.
Holmes, The Path	Oliver Wendell Holmes, The Path of Law, 10 <b>Harv. L. Rev.</b> (1897), 457.
James, Hazard & Leubsdorf, Civil Procedure	Fleming James, Geoffrey C. Hazard & John Leubsdorf, <b>Civil Procedure</b> , (5 <sup>th</sup> ed., Foundation Press, New York, 2001).
Jolowicz, On civil procedure	John Anthony Jolowicz, <b>On civil procedure</b> (Cambridge University Press, 2000).
Kaplow & Shavell, Accuracy - Damages	Louis Kaplow & Steven Shavell, Accuracy in the Assessment of Damages, 39 <b>J. L. &amp; Econ.</b> (1996), 191.
Kaplow & Shavell, Accuracy - Liability	Louis Kaplow & Steven Shavell, Accuracy in the Assessment of Liability, 37 <b>J. L. &amp; Econ.</b> (1994), 1.
Kaplow & Shavell, Fairness	Louis Kaplow & Steven Shavell, <b>Fairness verses Welfare</b> , (Harvard University Press, 2002).
Kennedy, Form	Duncan Kennedy, Form and Substance in Private Law Adjudication, 89 <b>Harv. L. Rev.</b> (1976), 1685.
Kennedy, Legal Formality	Duncan Kennedy, Legal Formality, 2 <b>The Journal of Legal Studies</b> (1973), 351.
Klement, Threats	Alon Klement, Threats to Sue and Cost Divisibility under Asymmetric Information, 23 <b>Int'l Rev. L. &amp; Econ.</b> (2003), 261.
Landsman, Readings	Stephan Landsman, <b>Readings on Adversarial Justice: The American Approach to Adjudication</b> (St. Paul Minn., 1988).
Leubsdorf, Constitutional Civil Procedure	John Leubsdorf, Constitutional Civil Procedure, 63 <b>Texas L. Rev.</b> (1984), 579.
Levine, Discovery	Julius Byron Levine, <b>Discovery, A Comparison Between English and American Discovery Law with Reform Proposals</b> (Oxford University Press, 1982).
Menkel-Meadow, Whose Dispute	Carrie Menkel-Meadow, 'Whose Dispute Is It Anyway? A Philosophical and Democratic Defense of Settlement (in Some Cases)', 83 <b>Geo. L. J.</b> (1995), 2663.
Michelman, The Supreme I	Frank I. Michelman, 'The Supreme Court and Litigation Access Fees: The Right to Protect One's Right – Part I', 1973(6) <b>Duke L. J.</b> , 1153.
Michelman, The Supreme II	Frank I. Michelman, 'The Supreme Court and Litigation Access Fees: The Right to Protect One's Right – Part II', 1974(3) <b>Duke L. J.</b> , 527.
Milton, Procedural Right	John Milton et al. 'Procedural Right' in <b>Rights and Constitutionalism: the New South African Legal Order</b> (David van-Wyk, John Dugard, Bertus de-Villiers & Dennis Davis, ed., Oxford University Press, 1994).

Nesson, The Evidence	Charles Nesson, 'The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts, 98 <b>Harv. L. Rev.</b> (1985), 1357.
Ochoa & Wistrich, Puzzling Purposes	Tyler T. Ochoa & Andrew Wistrich, Puzzling Purposes of Statutes of Limitation , 28 <b>Pac. L. J.</b> (1997), 453.
Parchomovsky & Stein, The Relational	Gideon Parchomovsky & Alex Stein, The Relational Contingency of Rights 98 <b>Virg. L. Rev.</b> (2012), 1313.
Rawls, A Theory	John Rawls, <b>A Theory of Justice</b> (Oxford University Press, 1973).
Raz, The Authority	Joseph Raz, <b>The Authority of Law</b> (Oxford University Press, 1979), 219.
Resnik, Tiers	Judith Resnik, Tiers, 57 <b>S. Cal. L. Rev.</b> (1984), 837.
Sanchirico, A Primary	Chris William Sanchirico, A Primary Activity Approach to Proof Burdens, 37 <b>J. Legal Stud.</b> (2008), 273.
Schauer, Formalism	Frederick Schauer, Formalism, 97 <b>Yale L. J.</b> (1988), 509.
Schauer, Playing	Frederick Schauer, <b>Playing by the Rules</b> , (Oxford, 1991).
Scott, Two Models	Kenneth E. Scott, Two Models of the Civil Process, 27 <b>Stan. L. Rev.</b> (1975), 937.
Shavell, Suit	Steven Shavell, `Suit, Settlement and Trial: A Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs`, 11 <b>J. Leg. Stud.</b> (1982), 55.
Shetreet, The Administration	Shimon Shetreet, `The Administration of Justice: Practical Problems, Value Conflicts and Changing Concepts`, 13 <b>U.B.C. L. Rev.</b> (1979), 52.
Sime, A Practical	Stuart Sime, <b>A Practical Approach to Civil Procedure</b> (11 <sup>th</sup> ed., Oxford University Press, 2008).
Sinai, Reconsidering	Yuval Sinai, 'Reconsidering Res Judicata – A Comparative Perspective', 21 <b>Duke J. Comp. &amp; Int. L.</b> (2011), 353.
Sinai, The Downside	Yuval Sinai, 'The Downside of Preclusion: Some Behavioral and Economic Effects of Cause of Action Estoppel in Civil Actions', 56 <b>McGill L. J.</b> (2011), 673.
Twining, Rethinking Evidence	William Twining, <b>Rethinking Evidence: Exploratory Essays</b> (Cambridge University Press, 2006).
Wallace, Judicial Administration	J. Clifford Wallace, 'Judicial Administration in a System of Independents: A Tribe With Only Chiefs', <b>B. Y. U. L. Rev.</b> (1978), 39.
Welsh, Making Deals	Nancy A. Welsh, 'Making Deals in Court-Connected Mediation: What's Justice Got To Do With It?', 79 <b>Wash. U. L. Q.</b> (2001), 787.
White Book	<b>Civil Procedure - The White Book Service</b> (Edited by Lord Justice Waller & I. R. Scott, Sweet & Maxwell, 2008).
Woolf, Access - Final Report	Harry Woolf, <b>Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice in England and Wales</b> (1996).

---

## הקדמה

”צריך לשכור עורך דין טוב

לפני עשר שנים לווה ממני קונשטטר 20 לירה לשעתיים. הוא הבטיח להביא לי את הכסף תוך 24 שעות. כיוון שלא הביא, נתתי לו צלצול, אז הוא ביקש ארכה של שבוע ימים.

מקץ שבוע ימים הלכתי אל קונשטטר ודרשתי את כספי. הוא הבטיח לי לסדר את העניין עד יום ב' בצהריים.

ביום ה' בערב הלכתי אל עורך דין והלה שלח לקונשטטר אזהרה של עורך דין, לפיה ”באם לא יסולק החוב בתוך 72 שעות מקבלת אזהרה זו יינקטו כל הצעדים הדרושים”.

תוך חודשיים לא באה תשובה מקונשטטר, על כן קבע הפרקליט שאין מה לעשות עוד, מאחר שהוא לא רוצה לשלם. לקחתי ממנו את העניין והעברתי לפרקליט יותר טוב. תבענו את קונשטטר לדין.

כעבור חמישה חודשים נתקיים המשפט, אבל קונשטטר לא בא בגלל מחלה, ולכן נדחה המשפט למועד מאוחר יותר בשנה הבאה. אז שוב לא היה משפט מפני שקונשטטר בינתיים נסע לחוץ לארץ. חיכיתי שנה וחצי אך משלא חזר, פניתי אל עורך דין אחר די מפורסם והלה השתדל לחדש את המשפט, אך השופט לא היה מוכן לדון בהעדר הנתבע. ערערנו לפני בית דין גבוה יותר אך הוא דחה את התביעה בגלל החוק, לפיו אין דנים בבית דין גבוה כזה בתביעה אזרחית למטה מחמישים לירה. חיכינו שנתיים-שלוש עד שקונשטטר חזר מחוץ לארץ ואז שלחתי לו על ידי נוטריון עוד שלושים לירה הלוואה ועיגלתי כך את חובו לחמישים. עכשיו כבר דן בית הדין הגבוה בתביעתנו וחייב את בית המשפט הנמוך לערוך משפט בהיעדר הנתבע, אולם מכיוון שקונשטטר לא היה נעדר היות שחזר בינתיים מחוץ לארץ, כזכור, לכן נדחה המשפט עד בירור נוסף.

לקחתי פרקליט עוד יותר נודע והגשנו לבית הדין העליון צו על תנאי נגד שר המשפטים שיבוא וינמק מדוע אי אפשר לקבל בחזרה את חמישים הלירה שלי מקונשטטר. שר המשפטים בא ואמר שצריך לפנות אל בית המשפט או חידשנו את המשפט אבל הוא נדחה מפני שקונשטטר ביקש דחייה.

הלכתי אל עורך הדין הגדול ביותר בארץ ותיארת לי לפניו את הפרשה. הוא הקשיב קשב רב ויעץ לי ללכת לקונשטטר ולהכות אותו. הלכתי אל קונשטטר והכיתי אותו. הוא תכף שילם לי 50 לירה במזומנים.

כדאי לפנות אל עורך דין באמת טוב!<sup>1</sup>

הקטע דלעיל שכתב אפרים קישון משקף מחד את הצורך בהצבת סדרים ברורים להליך המשפטי, אך מאידך הוא מדגיש את המגרעות החמורות שבסדרי הדין, כפי שאלו נתפסים בידי הציבור: הכבדתם של סדרים אלו על חיי היום-יום וקטנוניותם של סדרי הדין ופריטיהם. הקושי האמור איננו נחלתם של הדיוטות בלבד. הנטייה המקובלת בקרב אנשי המשפט היא להתייחס אל סוגיות שבסדר דין כאל נטל מכביד, אשר אין ברירה כי אם להתעסק בו. לא פעם גם נעשה העיסוק בסדרי הדין כ'קרדום לחפור בו'. במקביל, תלמידי משפטים סבורים פעמים רבות כי זהו התחום המשעמם ביותר בו הם נתקלים במהלך לימודיהם, וכי מדובר בשינון יבש ודווקני (שלא לומר קטנוני) של פרטים נעדרי עמקות.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> אפרים קישון, **הגי'נג'י עם המפתח** (הוצאת ידיעות אחרונות), 123.

<sup>2</sup> מקורות לטענות מעין אלו יובאו בהמשך העבודה. עם זאת, נזכיר כבר כעת את החשש, המובע אצל ארנה רבינוביץ-עיני ודורון דורפמן, שימוש לרעה וחוסר תום לב בהליך האזרחי: הפער שבין מודל דיוני פוסט-אדברסרי למודל יצוג מסורתי, בתוך **ספר שלמה לוי** (עורכים: אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני), 255 (להלן: "רבינוביץ' ודורפמן, שימוש לרעה"), 258, אשר נדמה כאילו הוא

אלא שעיון מעמיק בסוגיות המתעוררות על ידי סדרי הדין מלמד שתדמיתו של ענף משפטי זה רחוקה מאד מהשאלות הערכיות אותן הוא מעורר. בכל מקרה של תקלה דיונית, המתרחשת בכל יום מאות פעמים במאות הליכים שונים ברחבי ישראל, טמונות, הלכה למעשה, סוגיות ערכיות כבדות משקל. עקרונות תורת משפטיים, תיאורטיים, חוקתיים ומוסריים כמוסים בכללים הדיוניים הפרטניים<sup>3</sup>. הסוגיה המרכזית המתעוררת במקרים אלו הינה המתח שבין הרצון להגיע לבירור האמת בכל מקרה ולתת לכל בעל דין את יומו בבית המשפט, לרצון לקבוע סדרים יציבים ויעילים, אשר יבטיחו את ניהולה היעיל של המערכת והבטחת צדק לכלל תושבי המדינה, הנזקקים לשירותי המערכת המשפטית.

מתח זה, שבמקומות רבים מכונה 'המתח בין הצדק ליעילות', יהיה הבריא התיכון של עבודתנו. ננסה לעמוד על המתח הנ"ל באמצעות ניתוח מעמיק של גישתו של המשפט העברי לסוגיה הדיונית. כך, נעמוד על המתח בין הניסיון להגן על זכויותיהם המהותיות של הצדדים לדיון, לניסיון ליצור מסגרת ברורה, אשר במסגרתה יאלצו הצדדים לפעול. זהו המתח בין המהות והפרוצדורה.

בעבודה נבחן את יחסו העקרוני של המשפט העברי לכללי הדיון. נבקש להצביע, גם בעקבות מחקרים קודמים, על המגמה השלטת בו, ועל היחס אותו הוא מעניק למי שמפר את כללי הדיון. נבקש גם לעמוד על ייחודיות עקרוניתיו, ועל הנימוקים לייחודיות זו. נציג גם סקירה של סולם הערכים המנחה את המשפט הישראלי בנוגע לכללי הדיון. כן אבקש לבחון את הקשיים שנתגלו במערכת המשפט הישראלי בשל מדיניותה המורכבת. כחלק מסקירה זה ייוחד מקום נרחב למדי לבחינה השוואתית ולהצגה כוללת יותר של המדיניות בשתי מערכות המשפט (העברי, והנוהגת במדינת ישראל).

בעבודה נראה כי במשפט העברי - ניתן לתאר באופן קטגורי, עמדה המבכרת את הדין המהותי על פני סדרי הדין, ולמצער נותנת לשניהם מעמד שווה, ונדירים המקרים בהם יוכרע הדין אך ורק בשל פגמים שבפרוצדורה. מערכת בתי הדין מצטיינת בגמישות ובחתיירה לאמת המשפטית. הדברים באים לידי ביטוי, הן ברצון לקבוע מלכתחילה כמה שפחות כללים דיוניים נוקשים, והן בהתייחסות סלחנית בדיעבד, אל מי שלא עמד בכללי הדיון הקבועים, כאשר הקו המנחה הוא מתן משקל נכבד לערך בירור האמת ביחס לכל יתר הערכים. במילים אחרות, אם במשפט הכללי ניתן להציג את 'המודל הנסיבתי' כמודל לבחינת היחס למפר הכללים, הרי שבמשפט העברי ניתן להכליל ולטעון כי המודל הוא 'מודל גילוי האמת'. בין היתר, נעמוד גם על הטעמים בעטיים קיימת בשיטת המשפט העברי גמישות דיונית כה רבה, הבולטת בייחוד על רקע שיטות המשפט המקובלות הפורמליסטיות בהרבה. לניתוח זה חשיבות רבה הן למערכת המשפט העברי, והן לכל מערכת משפטית אשר תבקש ללמוד ולקבל השראה

---

מתכתב עם קישון, ולפיו: "עשויה להיווצר תחושה שבעל הדין המעוניין לזכות צריך לשכור את שירותיו של עורך דין שכישוריו מתמצים בתכסיסים ובתמרונים פרוצדוראליים"

<sup>3</sup> ע"א 5634/05, צוקית הכרמל פרוייקטים בע"מ נ' מיכה צח חברה לקבלנות כללית בע"מ (פורסם בנבו, 4.6.07): "כללי סדר הדין הם כללים עם 'נשמה'. על בית המשפט מוטל התפקיד לעמוד על משמעותם ולהפעיל את שיקול דעתו בהתחשב ברעיונות שעמדו ביסוד התקנתם (אם היו כאלה), במטרותיהם ובתפיסות היסוד של השיטה המשפטית, לרבות (אך לא רק) באופיה החוקתי של זכות הגישה למערכת השיפוטית". דברים אלה ראוי שיהיו לנגד עינינו בהתמודדות עם אתגרי סדרי הדין".

מעקרונותיה. מובן, אם כן, וברור כי ניתוחים השוואתיים של המשפט יתפסו מקום של כבוד בעבודה זו, ועדיין לניתוח העצמאי של המקורות חשיבות בפני עצמה.

בהמשך המחקר נבקש לבחון האם ניתן לגבש מודל רצוי לשיטה הדיונית בישראל, אשר יסתמך גם על העקרונות המנחים את מערכת המשפט העברי. נבקש גם לטעון כי יישום מודל מעין זה יעלה בקנה אחד עם עקרונות רבים המיושמים כבר היום בבתי המשפט בישראל בנושאים שונים, ובכך יסייע להרמוניות המערכת. כן נבקש לבחון האם מודל זה יוכל לסייע גם להתייעלותה של המערכת, ולפיתרון כמה מקשייה. עם זאת, נבקש להתאים את עקרונות העל, לכללי הדיון המודרניים, תוך שימוש בכלים דיוניים נקודתיים, בהם ניתן לעשות שימוש על מנת להבטיח את עקרונות הצדק הדיוני (בין האמצעים ניתן למנות את הכבדת נטלי הראיה, היפוך נטלי הראיה, אגרות בית המשפט, הוצאות המשפט, הערובה והעירבון, השימוש בכלי ההצמדה והריבית ועוד).

### **מבנה המחקר –**

**בפרק הראשון, מבוא לסדר הדין האזרחי**, נציג את יסודותיו של סדר הדין האזרחי, את חשיבותם של הכללים הדיוניים והשפעתם על הדין המהותי ואת חשיבות ההבחנה בין זכות דיונית למהותית. כך גם יוצגו מודלים שהפיק המחקר עם השנים להבנת כללי הדיון. במקביל, תוצג זכות היסוד המרכזית לענייננו – זכות הגישה לערכאות. זכות הגישה לערכאות תיבחן הן במשקפי מערכת המשפט הישראלית והן במשקפי המשפט העברי, ויעלו גם שאלות המבהירות את טיבה של הזכות, דוגמת היחס למי שוויתר על זכותו לגשת לערכאות ומבקש לנצלה מאוחר יותר.

**בפרק השני, הערכים העומדים ביסוד סדר הדין האזרחי**, ננתח את הערכים הדיוניים היסודיים, דוגמת: גילוי האמת, הגנה על הצדק (למרכיביו), יעילות, ודאות ויציבות, טובת הכלל, שלטון החוק ועוד. בנוסף, נעמוד על חשיבות זיהוי ערכי היסוד ומעמדם, בין היתר לאור שיטות דיוניות מהעולם, בהן סעיף הערכים הוא אבן הראשה לכללים הפרטניים.

**בפרק השלישי, סדר הדין כענף משפטי נפרד במשפט העברי**, נבחן מעט את ההיסטוריה של כללי הדיון במשפט העברי, ובפרט את ההיסטוריה של תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים.

**בפרק הרביעי, המשפט העברי – בין מהות לפרוצדורה**, נבחן את היחס לכללי הדיון במשפט העברי כפי שהוצג במחקר עד כה. נציג את גישתם של חוקרים הסבורים כי כללי הדיון נוטים גם לגישה פורמליסטית, ונעמוד על הקשיים המשמעותיים בגישה זו, ונציג את הגישה המקובלת עלינו שכללי הדיון הם אנטי-פורמליסטיים. נגדיר גם את גישת המשפט העברי כ'מודל בירור האמת' וזאת לעומת 'המודל הנסיבתי' המנחה את שיטת המשפט בישראל. בסיום הפרק נעמוד על טעמי הגמישות הדיונית במשפט העברי. בין הטעמים נציין את מטרת ההליך המשפטי, את חשיבות הנגישות לבית הדין, את הרצון ליצור תחושה נוחה יותר אצל בעל הדין, את התחושה שהדין מייצג את 'האמת האלוקית', את התפיסה שבכל מקרה "המשפט לא-להים הוא", את הרצון להשיג שלום בין הצדדים, את יראת הדין של הדיין ואת המושא המרכזי של ההליך המשפטי.

**בפרק החמישי, כללי הדיון במשפט העברי – חוסר פורמליזם מובהק**, נוכיח את עמדתנו לפיה המשפט העברי מגלה גמישות דיונית מירבית. נציג זאת באמצעות ניתוח, המכיל השוואה בין עמדת המשפט העברי למשפט הכללי, בשלל סוגיות דיוניות דוגמת הגשת ראיות מאוחרת, היעדר התגוננות, שינוי חזית, הרחבת הסעד הנתבע, התיישנות, מעשה בית דין ועוד. נראה גם כי הן תקנות הדיון והן פסיקתת בתי הדין הרבניים מעידה על גמישות רבה וחוסר-פורמליזם מובהק.

**בפרק השישי, האמת ביסודם של כללי הדיון**, נעמוד על ייחודו של ערך האמת, ועל כך שהאמת משמשת כבריח התיכון של ההליך המשפטי במשפט העברי, באמצעות שלל דוגמאות המתייחסות הן לכללים משפטיים יסודיים דוגמת חשיבות איתור 'דין אמת לאמיתו' (הימנעות מדין מרומה) והיכולת להגיע לתוצאת אמת באמצעות שקר, והן דרך בחינת נושאים דיוניים דוגמת הטיעון בפני ביה"ד, סמכויות ביה"ד ואחריות הדיינים ועוד. בין היתר, נעמוד בפרק זה גם על ייחודם של סדרי הדין בכך לעומת דיני הראיות. עם זאת, נראה גם כי במקביל למעמדה המרכזי של האמת, קיימת במשפט העברי חשיבות מסוימת גם לערכים דוגמת יעילות ויציבות.

**בפרק השביעי, מודל חדש להבטחת בירור האמת והגנה על ערכים נוספים**, נציג את המודל המוצע בעבודה. מודל הקובע הגנה על בירור האמת בסדר ראשון, כך שההליך לא יוכרע ללא בירור מהותי רק בשל מחדל דיוני, ואולם במקביל - הגנה על הערכים הדיוניים בסדר המשני. בין היתר יוצע לעשות שימוש במחדלים דיוניים בסנקציות דוגמת: שינוי נטלי הראיה, מחיקת כתבי בית דין, ערובה ו/או עיקול כנגד מפר הכללים, הטלת הוצאות ואגרה, שימוש בהצמדה ובריבית ועוד. ערכים אלו ייצרו סנקציה מידתית כלפי מפר הכללים. המודל מוצע הן למשפט העברי, בו ההגנה על ערכים דיוניים נעשית בצורה חלשה יותר, והן למשפט הנוהג במדינת ישראל, בו לעיתים ההגנה על הערכים הדיוניים מביאה לאי-גילוי האמת בהליך המשפטי. בסיומו של פרק זה נעמוד על התועלת שתהיה לאחידות המודל בין שיטות המשפט (גם אם לאו דווקא בכל הפרטים) באספקטים שונים.

**בפרק השמיני, בחינת המודל המוצע בהלכה ובפסיקת בתי הדין הרבניים**, נציג תחילה את הבעיות המהותיות של בתי הדין הרבניים, והקושי שלהם להתחרות על ליבו של הציבור, הנובע, בין היתר, מהקושי האינהרנטי לבצע התאמות למציאות הכלכלית הנוכחית. בפרק זה נראה כי הכלים במודל המוצע, אשר ההלכה מאפשרת לעשות בהם שימוש (גם אם בשעת הדחק), עשויים להוות פיתרון חלקי לעניין זה, מעבר להצדקה המוסרית שבהם. נבחן את היתכנותו של כל אחד מהכלים בהתאם להלכה, ונבחן גם את מידת התאמתו של כל אחד מהכלים להגנה על הערכים הדיוניים. בנוסף נבחן את אפשרות השימוש בכלים אלו בבתי הדין דרך אחת משתי האפשרויות הבאות: הטלת קנסות (בין אם מכח צורך חברתי, מכח דינא דגרמי או מכח התנהלותו של הנקנס) והתקנת תקנות ייעודיות.

**בפרק התשיעי, בחינת המודל המוצע במשפט הישראלי**, נבחן תחילה את נחיצותו של המודל המוצע למשפט הנוהג בישראל, בייחוד על רקע העמדת גילוי האמת בראש סולם הערכים. נראה כי ניצני מגמה זו כבר מצויים במשפט בישראל בשלל תחומים (כללים דיוניים, בטלות יחסית, מעבר מפורמליזם לערכים, ביטול סעיפי חוק בשל

העדפת ה'צדק' על היעילות' ועוד). נראה גם כי אימוץ המודל יסייע ליצור השלמה נפשית של השופט עם הכרעתו, יביא להשלכות חיוביות על הנגשת והשוואת ההליך המשפטי ותנאיו למעמד החברתי הנמוך יחסית ויועיל במספר סוגיות עקרוניות נוספות. נדגיש גם כי אימוץ המודל, לא רק שלא יפגע בערכי היעילות והיציבות, אלא שהוא עשוי אף להביא ליעול ההליכים, בניגוד לתחושה האינטואיטיבית שמעורר המודל. בהמשך הפרק נבחן בקצרה את הכלים אותם מספק המודל. נראה כי הם (ולמצער מרביתם) מצויים, בצורה כזו או אחרת, כבר היום בשיטה. חשיבות המודל המוצע תהיה, ממילא, בעיקר בקביעת מדרג הערכים שהוא יוצר כמחייב, וכחל על שלל הסוגיות הדיוניות, בין אם אלו ניתנו לשיקול דעת ביהמ"ש ובין אם לאו. בנוסף, תודגש חשיבות המודל בשל הבטחת האיזון הראוי בין הערכים באמצעות הכלים שהוא מציע, כמו גם חיבורם.

### השיטה המתודולוגית –

בחקר המשפט העברי אנו נפעל בתהליך אינדוקטיבי, כלומר נסיק תיאוריות ועקרונות משפטיים מתוך טקסטים והלכות שבפנינו. בכוונתנו לחשוף את הכללים העולים מתוך המקורות, ולנסחם בצורה משפטית מודרנית. מטבע הדברים, מאחר ומטרתנו במחקר היא גם יישומית, נפנה גם לפוסקים המאוחרים, לספרות השו"ת ולפסקי בתי הדין הרבניים, כך שהמחקר יועיל גם ברובד המעשי, ולא רק ברובד העיוני. בנוסף, ננסה לנקוט בחקירה שיטתית (סיסטמטית), על ידי מציאת הצדדים הדומים בין עניינים שונים, מה שיקל על סידור העקרונות והכללים. הצורך בתהליך אינדוקטיבי ושיטתי הכרחי בנוגע לשיטת משפט דוגמת המשפט העברי, בה לא נכתבו כללי הדיון כקודקס מסודר עד לעת האחרונה. אין בכוונתי בעבודה זו להכניס את ראשי למחלוקת שבין ההרים הגדולים בנוגע לקיומן של תקנות דיון קודם לשנת התשי"ג.<sup>4</sup> תקנות כאלה פורסמו, ככל הנראה, ואולם השפעתן על מערכת בתי הדין דהיום היא זניחה לחלוטין,<sup>5</sup> ועל כן במחקר שאיננו מחקר היסטורי ניתן להתעלם מהן, כמו גם מתקנות קדומות יותר.<sup>6</sup>

לא יעשה עיון מדוקדק בפרטי הכללים הדיוניים השונים, ובוודאי שלא ביישומם הלכה למעשה, אך פרטים שונים אשר יסייעו בחשיפת מטרת הכללים ובערכים העומדים ביסודם ישמשו כחומר למחקר. כך נבחן, לפי הצורך, כיצד הכללים הדיוניים וההתייחסות להפרתם, מסייעת בהגנה על הערכים העומדים ביסודם.

לעניין זה, נבהיר כי במשפט העברי מצויות מספר שיטות מחקר.<sup>7</sup> יש הכותבים מתוך מגמה מחקרית עיונית, יש מחפשים מגמה של פסיקה, יש משלבים בין הדברים וכיו"ב. לענייננו נתמקד בשתיים מהשיטות, ובשתיהן נעשה

<sup>4</sup> התקנות העיקריות שעליהן ניטשת המערכה הן המופיעות ב'סדרי המשפטים בבתי הדין בארץ ישראל', המשפט ב' (התרפ"ז-התרפ"ח), 241-250; 290-298 (להלן: "סדרי המשפטים"). ראה אליאב שוחטמן, **סדר הדין לאור מקורות המשפט העברי, תקנות הדיון ופסיקת בתי הדין הרבניים בישראל** (מורשת המשפט בישראל), ירושלים, התשמ"ח (להלן: "שוחטמן, סדר הדין"), 11 ובהע"ש 48; מנחם אלון, **המשפט העברי – תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו**, (מהדורה שלישית) מאגנס, ירושלים-התשמ"ח (להלן: "אלון, המשפט העברי"), 669; זרח ורהפטיג, תקנות הרבנות הראשית [בית דין לערעורים], **תחומין** ט"ו (התשנ"ה), 83 (להלן: "ורהפטיג, תקנות הרבנות"), 87, ולעומת כל אלה במאמרו הנרחב של עמיחי רדזינר, 'על ראשיתן של תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים: "סדרי המשפטים", תרפ"א, **מחקרי משפט** כ"ה (התשס"ט), 37 (להלן: "רדזינר, על ראשיתן"), המביא ראיות רבות (ובהן גם מחומר ארכיוני) לתוקפן של תקנות אלו.

<sup>5</sup> גם רדזינר, שם, מודה בכך בפרק ד' של מאמרו "מהפכה שנכשלה". וראה גם עמיחי רדזינר, 'ראשיתן של תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים: תקנות תשי"ג, **דיני ישראל** כ"ה (התשס"ח), 189 (להלן: "רדזינר, ראשיתן שלי"), 197, הכותב כי תקנות תשי"ג היו התקנות הראשונות "דה-פקטו, אך לא דה-יורה".

<sup>6</sup> דוגמת תקנות דיון שפורסמו בבתי הדין של מדינת מעהרין. ראה אצל שוחטמן, שם; אלון, המשפט העברי, ח"א, 642-640.

<sup>7</sup> ראה יצחק אנגלרד, 'מחקר המשפט העברי – מהותו ומטרותיו, **משפטים** ז' (התשל"ו), 34; שלום אלבק, משפט והיסטוריה במחקר ההלכה, **עיוני משפט** ג' (התשל"ד), 710; מנחם אלון, לזכרו של אשר גולאק, **שנתון המשפט העברי** ט"ז-י"ב (התשמ"ב-התשמ"ג), ג.



שימוש. השיטה האחת, השיטה הדוגמאטית ('בירור ממצה של כל דין והלכה מבחינה משפטית-הלכתית')<sup>8</sup>, פועלת בדרך של התחקות אחר העקרונות המשפטיים במקורות המשפט העברי בנושא מסוים. כך, ינוסחו עקרונות, כאמור, בדרך של אינדוקציה, על סמך מקורות בני כל הדורות. שיטה זו מותירה את ההלכה בדימויה, ואינה נותנת משקל משמעותי לשינויים שחלו בה<sup>9</sup>. דרך אחרת היא השיטה הדוגמאטית-היסטורית. שיטה זו בוחנת את המקורות כאשר הם אינם מנותקים ממימד הזמן (והמקום). השיטה מניחה כי המשפט העברי הוא דינמי, וכי מימד הזמן והמקום הוא גורם משמעותי בעיצוב המקורות. במילים אחרות, לעיתים, מתרחש שינוי עם הזמן בפרשנותם של המקורות<sup>10</sup>. על עמדה גורפת זו נמתחה ביקורת הן לגופה, והן בשאלת היכולת להיות נאמן לה באופן עקבי<sup>11</sup>. לעניין, לא ניתן להעדיף באופן קטיגורי את אחת השיטות או שיטה אחרת ויש לבחור בשיטה הרצויה לכל מקרה לגופו<sup>12</sup>, בין היתר לפי אישיותו של החוקר, התחום הנדון במחקר, והשינויים שעבר במשך השנים.

אנו בעבודתנו נבחר בעיקר בשיטה הדוגמאטית. על מנת לעמוד על הערכים המנחים את השיטה, ובעיקר על הסולם ההיררכי ביניהן, עלינו לבחון בסוגיות דיוניות רבות את ההלכות במקורן, ולהסיק מהן על המידרג הנורמטיבי העומד ביסודן. לשם כך, כלל דיוני העולה מן הפוסקים משפר את איכותה של המסקנה הערכית<sup>13</sup>. לצורך העניין ניתחנו מקורות החל מתקופת התנאים, וכלה במאמרים של פוסקי דורנו ופסקי דין של בתי הדין הרבניים הניתנים בימים אלו. יודגש, כי איננו מבקשים לקיים בחינה טקסטואלית או פילולוגית של מקורות ההלכה, ועניין לנו בעבודה זו רק בעצם קיומה של המימרה ההלכתית. עם זאת, בשלב המאוחר יותר, בו נבקש לבחון את הדרך בה ניסה המשפט העברי להגן על הערכים שנותרו ברמה משנית בלבד, דוגמת הוודאות, היציבות והיעילות, נבקש לבחון גם שינויים שחלו עם הזמן. כך, נציג איך ההלכה שהגנה בעבר רק (ולמצער, בעיקר) על ערך בירור האמת, הוסיפה הגנה, בין היתר בשל שיקולים מערכתיים, גם על ערכים המצויים עם ערך זה בקונפליקט<sup>14</sup>. עם זאת, נדגיש שמחקרנו במשפט העברי נושא בבירור פן יישומי. כך, נבקש מבקש לאמץ ממחקרנו במשפט העברי מודל למשפט הנוהג במדינת ישראל. כאן הלכנו בדרכם של כמה מחשובי החוקרים. אלו, לדוגמה, טען כי היעד המרכזי של מחקר המשפט העברי צריך להיות הכנת הדרך לקליטה נכונה ומיוחלת של דיני המשפט העברי

<sup>8</sup> מנחם אלון, **חירות הפרט בדרכי גביית חוב במשפט העברי** (התשכ"ד), י"א.

<sup>9</sup> ראה אנגלרד, שם, 37-40; וראה גם אליאב שוחטמן, **מעשה הבא בעבירה** (ירושלים, התשמ"א), 17-21.

<sup>10</sup> אלון, המשפט העברי, 1601-1603, וכן מנחם אלון, עוד לעניין מחקרן של המשפט העברי, **משפטים** ח' (התשל"ז), 99.

<sup>11</sup> ראה שמואל שילה, 'תרומתו של מנחם אלון לחקר המשפט העברי', **משפטים** כ"ה (התשנ"ה), 13; Zeev W. Falk, 'Book Rev.', 11 J. of L. & Rel. 835 (1994-1995), 837. לבחינת השפעות המחלוקת על עמדותיהם בסוגיות שונות ראה גדעון ספיר, 'שני תלמידי חכמים שהיו בעירנו', **עיוני משפט** י"ט (התשס"א), 189, 200-201.

<sup>12</sup> וראה גם אצל דניאל קינן, **תחרות מסחרית במשפט העברי**, עבודה לשם קבלת התואר דוקטור, התשס"ו, אוניברסיטת בר אילן, רמת גן (להלן: "קינן, תחרות מסחרית"), 8-9.

<sup>13</sup> וראה גם אצל שמואל שילה, **דינא דמלכותא דינא** (ירושלים, התשל"ה), 1, הטוען כי במקום בו עיקר מטרת העבודה היא "ללבן עד תום את דרכי המחשבה ההלכתית של גדולי חכמי ישראל שבנידון", ניתן להתמקד בתוכן, ולא פרספקטיבה ההיסטורית ובמניעים ההיסטוריים והסוציולוגיים.

<sup>14</sup> דוגמה מיטבית לכך ניתן למצוא אצל מנחם אלון, 'על ההתיישנות במשפט העברי (לבעיית קליטת הדין העברי לאור הצעת חוק ההתיישנות, תשי"ז-1957)', **הפרקליט** י"ד (התשי"ח), 179 (להלן: "אלון, על ההתיישנות"), 243.

במערכת המשפט הישראלית<sup>15</sup>. לעניין זה, מדובר במובהק בגישה ערכית, העוסקת במשפט הרצוי, ולא רק בגישה פוזיטיביסטית העוסקת במשפט ההווה בלבד<sup>16</sup>.

השקפות העולם המקובלות במשפט הכללי יובאו גם כמשפט השוואתי אך גם כנשוא מחקר עצמאי. הצגתם כמשפט השוואתי תסייע למימוש שתיים ממטרותיו של המשפט השוואתי<sup>17</sup> - השגת הבנה ברורה ועמוקה יותר של השיטה ע"י הדגשת המשותף והמבדיל בין השיטות ובחינת יכולת ההשפעה של המשפט המשווה על נשוא המחקר. עם זאת, כאמור, המודל המוצע בעבודה מיועד גם למשפט הנוהג בישראל, וממילא יש להתייחס גם אל שיטה זו כאל מושא המחקר, אשר המשפט העברי ישמש לה כמשפט משווה. לעניין זה חשוב להבהיר כי קיים קושי ליצור השוואה מוחלטת בין השיטות, המבוססות על עולמות שונים, ולכן כפי שהדגיש סיני "אם אטען במחקרי, דרך משל, כי חכמי המשפט העברי נקטו שיטה דיונית כזו או אחרת, כוונתי היא שניתן לעמוד על קווי דמיון בין שיטות הדיון ביחס ליסודות דיוניים מסוימים..."<sup>18</sup>.

למען הסדר הטוב, נציין כי את המודלים המשפטיים המקובלים ביום בעולם ננתח בשיטה האיכותנית. נבקש לעמוד על העקרונות המנחים את השיטה מתוך החקיקה והפסיקה בעניין, כמו גם מתוך מחקרי מלומדים בעניין (בישראל ובמדינות נוספות). יצוין כי בעבודה זו נעשה שימוש לא מבוטל בפסיקה. הסיבה לכך נעוצה בעובדה שבספרות הקיימת הדיון בה הוא בדרך כלל קצר ולא מעמיק, וגם כאשר הנושא זוכה להרחבה, הרי שזו נשארת בדרך כלל ברמה התיאורטית, מבלי לבחון את השלכות יישומה בפועל. לשם כך, אנו נבקש לבחון גם ניתוחים נורמטיביים שערכו שופטים בפסקי דינים, אשר בהם ההשלכה המעשית באה, מטבע הדברים, הרבה יותר לידי ביטוי. יצוין גם כי הערת האזהרה דלעיל - בנוגע לפרטי הכללים הדיוניים, אשר לא יזכו לניתוח המעמיק והנרחב הראוי להם, בשל הצורך בבחינת העקרונות הכלליים - נכונה גם כאן. גם כאן, המחקר בנושא זה לא יהיה תיאורי בלבד, בייחוד בכל הנוגע למשפט הנוהג במדינת ישראל, אלא יעסוק גם בהבעת עמדה על מקומם של העקרונות, וביכולתם להבטיח את הערכים.

נקודה חשובה בעבודה זו הינה ב'הצגת העמדה' שבה. אנו נבקש להתמקד בהתייחסות הערכית להפרה של כללי הדיון במשפט העברי ובמשפט הכללי, מתוך בחינה ביקורתית שלהם. לשם כך, המחקר בנושא זה לא יהיה תיאורי גרידא, תוך בחינת העמדות המקובלות במשפט העולמי, אלא יעסוק גם בהבעת עמדה על מקומם של העקרונות, ויכולתם להבטיח הלכה למעשה את הערכים עליהם הם מתיימרים להגן. כל זאת, כאמור, כחלק מהאבחנה שבין נקודת המוצא הערכית של המשפט האזרחי הנוהג במדינות העולם לזו של המשפט העברי.

<sup>15</sup> אלון, המשפט העברי, ח"א, 133-142. וראה גם אצל שלום אלבק, **דיני הממונות בתלמוד**, הוצאת דביר (תל אביב, התשל"ו), 19-13, הסבור כי מטרת המחקר במשפט העברי הינה התחקות אחר היסודות המשותפים של פרטי הדינים, שכן לשיטתו "ההלכה היא עקרונות מופשטים ללא תוכן, הנכונים בכל מציאות חברתית שהיא".

<sup>16</sup> ראה מנחם מאוטנר, **על החינוך המשפטי**, (הוצאת רמות, אוניברסיטת תל אביב, התשס"ב; להלן: "מאוטנר, החינוך המשפטי").

<sup>17</sup> ראה רון חריס, מדוע וכיצד ללמד משפט השוואתי בישראל? **עיוני משפט** כ"ה (התשס"א-התשס"ב), 443 והמקורות המצוינים בהע"ש 1 למאמרו. כן ראה אצל שמשון אטינגר, **פרקי שליחות במשפט העברי (בהשוואה לחוק השליחות, תשכ"ה-1965)**, ירושלים-התשנ"ט (להלן: "אטינגר, פרקי שליחות"), 13-14.

<sup>18</sup> יובל סיני, **מעורבות בית הדין בהליך הדיוני במשפט העברי**, עבודה לשם קבלת התואר דוקטור, התשס"ג, אוניברסיטת בר אילן, רמת גן (להלן: "סיני, מעורבות"), י"א. בדרך דומה נכתבו הדברים גם בספרו: יובל סיני, **השופט וההליך השיפוטי במשפט העברי**, הוצאת נבו, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי והמכון לחקר המשפט העברי, ירושלים - התש"ע (להלן: "סיני, השופט"), כ"ג.

כאן המקום להעיר הערה חשובה (שתזכר גם בגוף העבודה). חשוב להבהיר כי עבודה זו עוסקת בנושא שמימדיו עצומים ורחבים, והוא חולש על שלל נושאים פרטיים. מטבע הדברים, בעבודה מעין זו לא ניתן לירד לעומקם של שלל הנושאים הפרטיים, על אף שניתן להרחיב עליהם רבות, ועל אף שכל אחד מהם ראוי למחקר מקיף בפני עצמו. התייחסות קצרה לסוגיות עלולה לחטוא בשטחיות. למרות זאת, על מנת להישאר ממוקדים במטרה לשמה מובאים הדברים כאן, המבקשת לעמוד על מגמות עומק כלליות בסדרי הדין, נתייחס לדברים בקצרה. עם זאת, בהערות שוליים הפנינו למקורות רבים אשר יסייעו למבקש להעמיק בכל אחד מהנושאים הנידונים. אנו מבקשים כבר כעת את מחילת המעיין, ככל שיחוש שהדיון בסוגיה מסוימת להלן הינו שטחי ולא ממצה. אותו נימוק ואותה מחילה רלוונטיים גם לשימוש המרובה במסגרת העבודה במקורות משניים, כאשר פעמים רבות לא אוזכרו כלל המקורות הראשוניים באותו עניין ולא נערך בהם דיון<sup>19</sup>.

לסיום ההקדמה נבקש להעיר בפר הטכני, כי כל ההדגשות בעבודה זו אינן במקור, אלא אם כן צוין אחרת. כל הציטוטים מספרות המקור, אלא אם נאמר אחרת, נלקחו מן המהדורות המקובלות. כך למשל – התלמוד הבבלי מדפוס ווילנא והתלמוד הירושלמי מדפוס וונציה. פירוט כלל מהדורות המקור מצוי בביבליוגרפיה של העבודה.

חז"ל אמרו כי "לא חרבה ירושלים אלא בשביל שפסקו ממנה אנשי אמנה"<sup>20</sup>. נקודה זו, של חשיבותם של אנשי האמנה, פותחה רבות בספר קול התור, העוסק במשימותיו של עם ישראל לצורך קירוב הגאולה בהתאם לתורת הגר"א:

"תכלית הגאולה גאולת האמת וקדוש השם... וזאת כוונת הנביא (ישעי' נ"ב) "גאל ירושלים" הנקראת עיר האמת. גאולת האמת יכולה להיות רק אחרי כל ביעור הקליפה של עשו... אשר כל שאיפתו היא שנאת האמת, וזהו עשו שונא ליעקב שהוא יסוד האמת, תתן אמת ליעקב, ותכלית גאולת האמת היא קדוש השם... בכח הגדול של סוד אלקים אמת וחותמו אמת... ואלה הם עיקרי דרכי האתחלתא דגאולה המעשית באיתערותא דלתתא: (א) קבוץ גליות, (ב) בנין ירושלים, (ג) ביעור רוח הטומאה מן הארץ ע"י נטיעת אדמת הקדש... (ד) גאולת האמת ע"י הקמת אנשי אמנה, (ה) קדוש השם, (ו) גלוי רזי התורה, (ז) תקון עולם במלכות שדי"<sup>21</sup>.

לא נותר לנו אלא להתפלל כי עבודה זו תסייע בגאולת האמת, ותביא לכך שבקשת האמת תלך ותגבר ושאנשי אמנה ישובו למלא את רחובותיה של עיר האמת.

<sup>19</sup> חשוב להבהיר כי בעת שמסתמכים על מקור משני קיים חשש שניתוח המקור הראשוני איננו מלא, איננו מדויק ו/או סלקטיבי. למרות זאת, כאמור, בשל מגבלות העבודה נאלצנו להסתמך גם על מקורות משניים.

<sup>20</sup> שבת, קי"ט, ע"ב.

<sup>21</sup> קול התור, פ"ד, אות א'. וראה גם שם, פ"א, אות י"ז: "אחד האמצעים העיקרים לקיומה של כל עבודתנו היא הקמת אנשי אמנה, עפ"י חז"ל (שבת קי"ט) כי לא חרבה ירושלים אלא בשביל שפסקו ממנה אנשי אמנה. להקים אנשי אמנה, בכל השלמות בעיר קדשנו כי בלעדי זאת אין שום ערך לכל עמלנו ופעלינו ח"ו"; ובפ"ו, אות ד': "בעמדנו על סף הגאולה עלינו להקים כח אדיר וחזק של אנשי אמנה, כי לא חרבה ירושלים אלא בשביל שפסקו ממנה אנשי אמנה. לפי זה אין ח"ו תקומה לכל מעשי עבודתנו בקבוץ גליות ובבנין ירושלים... אנשי אמנה יהיו בחירי ה' אנשי אמת. כי תכלית הגאולה היא גאולת האמת... ירושלים היא המקום המקורי של סגולת אנשי אמנה מכל הבחינות ולשם זה נקראת קריה נאמנה. תכלית גאולת האמת היא קדוש השם".

## פרק ראשון: מבוא לסדר הדין האזרחי

"העיון בדקויות של פרוצדורה לא נועד אולי להרנין נפש שוקקה. יש נושאים יותר מרגשים. עם זאת... מתגלה בדין האזרחי חתירה לאיזון בין צדק לבין יעילות. היכרות קרובה עשויה להפיג פחדים ולהרגילנו לשלוט בפרוצדורה, פן תשלוט היא בנו"

(פרופ' אביגדור לבונטין<sup>1</sup>)

### א. מהו סדר דין אזרחי?

עוד לפני שניכנס לסבכיו של סדר הדין, עלינו להבין את מהותו וייחודו של סדר הדין האזרחי.

סדר הדין הנוהג בעניינים האזרחיים, המכונה גם סדר הדין האזרחי או הפרוצדורה<sup>2</sup> האזרחית (ובמקומות מסוימים: הדין השיפוטי הפרטי) עוסק בדרך בה יכול אדם לממש את הזכויות המהותיות. סדרי הדין נותנים לפרט את הכוח לממש את זכויותיו הקונקרטיים, ואף את הכלים והיכולת להוציאן מן הכוח אל הפועל<sup>3</sup>. זוהי אחת מחובותיה של המדינה הדמוקרטית<sup>4</sup>.

בהכללה לא מדויקת, ניתן לטעון שסדרי הדין עוסקים בשאלה "כיצד" ניתן לממש את הזכויות<sup>5</sup>, תוך עיסוק בשאלות של פניה לבית המשפט, הרכב או ערעור על החלטותיו<sup>6</sup>, וכי מטרתו של סדר הדין האזרחי היא רק

<sup>1</sup> אביגדור לבונטין, 'הצעת חוק ברירת הדין: סוגיות פרוצדוראליות', **ספר אורי ידן ב' - מאמרים לזכרו** (עורכים: א' ברק וט' שפיץ), הוצאת בורסי (ירושלים תש"ף), 99 (להלן: "לבונטין, הצעת חוק"), 112.

<sup>2</sup> הנגזרת מהמלה הלטינית *procedere*, שמשמעותה לנוע קדימה.

<sup>3</sup> אין בכוונתי להרחיב במסגרת זו בשאלת ההגדרה המדויקת, וככלל קיבלנו את הגדרותיו של שלמה לוי, **תורת הפרוצדורה האזרחית - מבוא ועקרונות יסוד**, מהדורה שניה, הוצאת פרלשטיין-גינור, ירושלים, התשס"ט (להלן: "לוי, תורת הפרוצדורה"). בנוגע לדרך בה יש להגדיר את הסדר הדין האזרחי ראה גם אצל שלו גינור, **מבוא לתורת הדין**, (עורך: צ' לייסטר) אקדמון, ירושלים, התשל"א (להלן: "גינור, מבוא לתורת הדין"), 1: "אלו אותם הדינים הנוגעים לבתי המשפט, וליתר דיוק: אותו חלק של המשפט המתאר וקובע את הדרך בה מופעל המשפט המהותי, הסובסטנטיבי, הלכה למעשה, בבתי המשפט או במוסדות השיפוט האחרים למיניהם, באותם המקרים המובאים לפניהם לשם כך". לענין, הגדרה זו טובה בהרבה מההגדרה שהוא עצמו מציע במקום אחר (גינור, דין ודיון, חלק א', 9. המקור איננו מצוי בידי, אך הוא מצוטט ע"י שוחטמן, סדר הדין בהע"ש 2: "הפרוצדורה האזרחית מורה אלו הליכים יינקטו, איפה, כלפי מי ואימתי, בפניה לבית המשפט בסכסוך שכבר נתגלע, או מתוך הנחה כי הוא עשוי להתגלע במהלך הדין"), שכן הגדרה זו מתייחסת למושגים בעייתיים בענייננו דוגמת "סכסוך" ו"נקיטת הליכים". ודאי שהיא הגדרה מדויקת מההגדרה המוצעת על ידו במקום שלישי (שלו גינור, **דין אזרחי**, (עורך: "בן-דוד) אקדמון, ירושלים, התשל"א, חלק א', 1): "יישום המשפט המהותי על דרך הפעלת סנקציות באמצעות המנגנון השיפוטי", שכן זו הגדרה חלקית ביותר. וראה גם בעניין זה אצל שוחטמן, סדר הדין, 2.

<sup>4</sup> ראה **Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v South India Shipping Corp.** [1981] AC 909, HL, 976: "Every civilised system of government requires that the state should make available to all its citizens a means for the just and peaceful settlement of disputes between them as to their respective legal rights. The means provided are courts of The civil": Genn, Judging Civil Justice, 3; כן ראה "justice to which every citizen has a constitutional right of access justice system provides the legal architecture for the economy to operate effectively, for agreements to be honoured and for the power of government to be scrutinised and limited. The civil law maps out the boundaries of social and economic behaviour, while the civil courts resolve disputes when they arise. In this way, the civil courts publicly reaffirm norms and behavioural standards for private citizens, businesses and public bodies. Bargains between strangers are possible because rights and responsibilities are determined by a settled legal framework and are enforceable by the courts if promises are not kept".

<sup>5</sup> שניאור זלמן פלר, על רטרואקטיביות דיני ההסגרה ועל השפעת החנינה עליה, **משפטים** ד' (התשל"ג), 403 (להלן: "פלר, על רטרואקטיביות"), 408. לעניין זה, ראה גם בדבריו של השופט רובינשטיין בדברים שכתב בפתח לספרו של אליאב שוחטמן, **סדר הדין בבית הדין הרבני** (א. ש. סדרי משפט בע"מ), ירושלים, התשע"א (להלן: "שוחטמן, סדר"), ט"ז: "סדר הדין הוא נרתיקו ובגדו של הדין המהותי". להרחבה, ראה גם: **Walter W. Cook**, "Substance" and "Procedure" in the Conflict of Laws, 42 **Yale L. J.** (1933); **Edgar H. Ailes**, Substance and Procedure in the Conflict of Laws, 39 (**Cook**, Substance and Procedure); 333 (להלן: "Ailes, Substance and Procedure"); **Albert Kocourek**, Substance and Procedure, 10 (**Ailes**, Substance and Procedure); 392 (**Michigan L. Rev.** (1941)); **Paul D. Carrington**, "Substance" and "Procedure" in the Rules Anabling Act' 28 **Duke L. J.**; **Fordham L. Rev.** (1941), 157 (**Janeen M. Carruthers**, 'Substance and Procedure in the Conflict of Laws: A Continuing Debate in Relation'; (1989), 281 (**Jennifer S. Hendricks**, In Defense of the Substance-Procedure Dichotomy, ; to Damages', 53 **Int. & Co. L. Q.** (2004), 691

להבטיח את ביצוע הדין המהותי<sup>7</sup>. נראה שזו הסיבה לכינוי שקיבל המשפט הדיוני – המשפט האדיקטיבי<sup>8</sup>, הנובע מן המילה adjective – נספח. ועדיין, אין לראות במשפט הדיוני משפט טפל. ראשית, החשיבות החברתית והפוליטית של הערכים העומדים ביסוד המשפט הדיוני, הביאה את חשבי המלומדים להגדיר אותו כענף של המשפט החוקתי במובנו הרחב<sup>9</sup>. שנית, חשוב להדגיש כי כמעט בכל עניין נמצא, הן היבט מהותי – בעצם ותוכן העניין, והן היבט דיוני – העוסק בדרכים להגשמתו. לכן תידחה על הסף טענה כאילו זכויות מהותיות מהוות תוכן, ואילו זכויות דיוניות – צורה<sup>10</sup>. לכל תוכן צורה משלו, ובכל אחד מהנושאים ישנם מושגים תוכניים וצורניים<sup>11</sup>.

## 1א. סוגי הזכויות

להבנת הדברים, תורת המשפט מחלקת את הזכויות<sup>12</sup> המשפטיות למספר סוגי זכויות<sup>13</sup>:

א. **הזכות המושגית** - זכות זו קובעת נורמות מופשטות, המנותקות ממערכת עובדתית מסוימת, דוגמת החובה לנהוג בתום לב, להימנע מלהזיק ולקיים חוזה (גם הזכות לקבל סעד על פגיעה בזכות קונקרטי היא זכות מושגית).

ב. **הזכות הקונקרטית** – קובעת את דרך ההתנהגות במקרה ספציפי, ומתמקדת במערכת עובדתית מסוימת, אשר בה על הפרט לפעול בדרך כלשהי. לדוגמה, חוזה יכול לקבוע את זכותו הקונקרטית של רוכש דירה לקבל את הדירה מהקבלן בתאריך מסוים, כמו גם את זכותו הקונקרטית של הקבלן לקבל את תשלומי הרכישה במועדים מסוימים.

---

Richard Garnett, **Substance and Procedure in Private International Law** (Oxford ; 89 Wash. U. L. Rev. (2011), 103 Private International Law Series, 2012).

<sup>6</sup> בג"צ 162/80, פלוני נ' בית הדין הצבאי המיוחד, פ"ד לה(1), 292 (1980); להלן: "פרשת בית הדין הצבאי המיוחד", 299: "צורך מיון אקדמי גרידא ניתן לומר, שכל הוראת דין המתייחסת להרכבתם של בתי המשפט, לפנייה אליהם ולערעור על החלטותיהם שייכת לספירת המשפט הדיוני. לעומת זאת, הוראות הדין המתייחסות לתוכן של הזכויות הנידונות שייכות לספירת המשפט המטריאלי".

<sup>7</sup> 5, 7, **Principles of Judicial Procedure** (The Works of Jeremy Bentham, 1843, Vol. 2), Jeremy Bentham. וראה, לדוגמה, ברע"א 1794/91, סהר חברה לביטוח בע"מ נ' עבדאל כרים עומרי (פורסם בנבו, 25.9.91; להלן: "פרשת סהר"): "המשפט נועד לברור ענייני של הנושא שבמחלוקת ומחטפים דיונים אינם סממן לוואי מקובל של תפיסותינו הדיוניות דהאינדנא".

<sup>8</sup> גינוסר, מבוא לתורת הדיון, 1; אהרן ברק, דברים שנשא הנשיא אהרן ברק בטקס הפרידה מהשופט שלמה לויין בבית המשפט העליון, בתוך ספר שלמה לויין (עורכים: אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני), 3. וראה Charles M. Hepburn, **The Historical Development of Code Pleading in America and England** (The Lawbook Exchange, Ney Jersey, 2002), 19-20 law, on the other hand, is secondary in its purpose. As its name 'adjective' imports, it exists for the sake of something "else - for the sake of "substantive" law".

<sup>9</sup> ראה: 63 **Texas L. Rev.** (1984), 579 John Leubsdorf, **Constitutional Civil Procedure**, (להלן: "Leubsdorf, Constitutional Civil Procedure"; Fleming James, Geoffrey C. Hazard & John Leubsdorf, **Civil Procedure**, (5<sup>th</sup> ed., Foundation Press, (2001) New York, (להלן: "James, Hazard & Leubsdorf, Civil Procedure").

<sup>10</sup> יש לציין, שקבלת טענה מעין זו היתה יוצרת הצדקה ברורה, להגברת כוחם של המצדדים בגישה הפורמליסטית (שכשמה כן היא – עוסקת בצורה), בעת שעוסקים במשפט דיוני, ולהגברת כוחם של מצדדים בגישה ערכית-תכליתית, בעת העיסוק במשפט מהותי.  
<sup>11</sup> פלר, שם, 406.

<sup>12</sup> להרחבה ראה: 23 **Yale L. J.** (1913-), Wesley N. Houfeld, **Fundamental Legal Conception as Applied in Judicial Reasoning**, 16, 1914, 573 **Harv. L. Rev.** (1937), 50 Roscoe Pound, **Fifty Years of Jurisprudence**, 21/80, **לביאה ורטהיימר נ' אילנה הררי**, פ"ד לה(3), 253, 269 (1981). וראה חיים שיין, **הפילוסופיה של המשפט – עיון ישראלי**, שערי משפט, תל אביב, התשס"ח (להלן: "שיין, הפילוסופיה של המשפט"), 363-382; ע"פ 95/51, ש. פודמסקי נ' היועץ המשפטי, פ"ד ו', 341 (1952); להלן: "פרשת פודמסקי"; בש"פ 658/88, **חסן נ' מדינת ישראל**, פ"ד מה(1), 670, 694 (1991).

<sup>13</sup> כאמור לעיל, החלוקה המושגית כאן הולכת ברובה בעקבותיו של לויין, תורת הפרוצדורה, 3-5. בנושאים אלו ישנם הבדלים מסוימים בין השיטה האנגלו-אמריקנית לשיטה הקונטיננטלית, כאשר בפסיקה הישראלית ניתן למצוא הדים גם לשיטה הקונטיננטלית (ראה לדוגמה בדני"א 2401/95, **רותי נחמני נ' דניאל נחמני**, פ"ד נ(4), 661, 749 (1996); להלן: "פרשת נחמני"). ראה בהרחבה אצל לויין, שם בהע"ש 1.

- ג. **הכוח לממש את הזכות הקונקרטי** – עצם קיומה של הזכות, עדיין איננו מבטיח את קיומה<sup>14</sup>, ועל כן לפרט ניתן כוח לממש את הזכות<sup>15</sup>. לעיתים ימנע הפרט משימוש בכח, ויעדיף להתפשר על זכותו (או לקזזה כנגד חובה כלשהי) ואולי אף ימחל על זכותו. לעיתים יבחר הפרט בשימוש בכוח ישיר (בין אם באמצעות אופציות המותרות בדין כעשיית דין עצמי, עיכובן וזכות השביתה, ובין אם באמצעות פעולות אסורות), ולעיתים מרובות יבחר הפרט במימוש הזכות באמצעות הכלי של המערכת השיפוטית<sup>16</sup>.
- ד. **כלים למימוש הזכות הקונקרטי**<sup>17</sup> - אם בוחר הפרט לממש את זכותו באמצעות המערכת השיפוטית, הרי שעל הדין להעמיד לזכות הפרט כלים על מנת שיוכל להוציא את זכותו מן הכוח אל הפועל<sup>18</sup>, ולממש את הכוח שניתן לו<sup>19</sup>. הכלי העיקרי שמעמיד הדין הוא באמצעות הגשת תביעה (מסוג כלשהו) לערכאה המוסמכת, על מנת שזו תאכוף את זכותו הקונקרטי<sup>20</sup>, ותביא למימוש כוחו. בהיעדר כלי זה – הזכות חסרת משמעות<sup>21</sup>.

<sup>14</sup> ראה: James, Hazard & Leubsdorf, Civil Procedure, 2. וראה אצל נפתלי קירש, למהות הפרוצס העברי, **יבנה** ג' (התש"ט), 128 (להלן: "קירש, למהות הפרוצס"), המתאר את התקופה בה דרך ה"הוכחה" היחידה להבטחת הזכות, היתה באמצעות כח הזרוע בלבד.  
<sup>15</sup> שלמה לוי, **מהותו של ערעור**, עבודה לשם קבלת התואר דוקטור, התשכ"ז, האוניברסיטה העברית, ירושלים (להלן: "לוי, מהותו של ערעור"), 153. וראה אצל משה קשת, **הזכויות הדינוניות וסדר הדין במשפט האזרחי – הלכה ומעשה**, מהדורה חמש עשרה (ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין – התשס"ז (להלן: "קשת, הזכויות הדינוניות"), ח"ב, 1371, המדגיש בנוגע ל"מונח זכות הגישה לערכאות" כי: "אין המדובר רק בזכות להגשת עתירה או תובענה לבית המשפט, אלא מקופלת בו גם הזכות לקבלת סעד, לאכיפת הסעד, לביורר הולם והוגן של התובענה, למתן הזדמנות נאותה לעשות שימוש בזכויות הדינוניות העומדות לרשות בעלי הדין, ליחס ראוי ושווה כלפיהם וכיוצא באלה". דברים אלו צוטטו בהסכמה במספר פסקי דין ובהם, לדוגמא, בג"ץ 9198/02, **ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 2.10.08; להלן: "פרשת ההסתדרות הרפואית").

<sup>16</sup> ישנם גם חריגים להגדרה מופשטת זו. כך, לדוגמא, יכול הכוח למימוש הזכות הקונקרטי, יאבד בשל שיהוי הפרט במימוש הכוח או בשל התיישנותה של הזכות הקונקרטי. מהעבר השני, לעיתים הפרט יכול ויקבל כוח לממש את הזכויות הקונקרטיות של פרטים נוספים, ולעיתים אף של פרטים אחרים בלבד (בדרך של תביעה ייצוגית או של עתירה ציבורית). דרך זו אף תופסת תאוצה בשנים האחרונות.

<sup>17</sup> במקרים חריגים יוכל הפרט להשתמש בכלי של הגשת התביעה על מנת לאכוף זכות מושגית. הדברים נפוצים הרבה יותר בשאלות ציבוריות, אך גם בשאלות אזרחיות יוכל הפרט לתבוע הצהרה ולפיה נורמה מסוימת (לרבות דבר חקיקה) בטלה, בשל זכויות מושגיות המוקנות לו. במקרה מעין זה ידון ביהמ"ש בנורמה המופשטת, מבלי לבחון את יישומה על מקרה קונקרטי כלשהו. ראה בג"ץ 1661/05, **המועצה האיזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2), 481 (2005; להלן: "פרשת המועצה האיזורית חוף עזה"), 582-580, בו ביטל בית המשפט העליון מספר הוראות בחוק ליישום תוכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005, הנוגעות לדרך הפיצוי של נפגעי העקירה מחבל עזה ומצפון השומרון, וזאת על אף שהשאלות הקונקרטיות שלהם כמעט ולא עלו לפני ביהמ"ש, וראה גם בג"ץ 8276/05, **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון** (פורסם בנבו, 12.12.06).

<sup>18</sup> במילים אחרות, מדובר באמצעים למימוש מטרות ההליך, ראה: Robert G. Bone, 'The Process of Making Process: Court Rulemaking, Democratic Legitimacy, and Procedural Efficacy', 87 **Geo. L. J.** (1999), 887, 894.  
<sup>19</sup> ראה גינסר, שם, 3.

<sup>20</sup> תוך מימוש הזכות יתכן בהחלט שיצטברו אצל הפרט התובע זכויות קונקרטיות חדשות. הכלי למימוש הזכות מעניק לפרט זכויות נוספות על כך שנצרך להשתמש בכוח על מנת לממש את זכותו. בין הזכויות הקונקרטיות בהן יזכה התובע, ניתן למנות את הזכות לקבלת ריבית והצמדה על הסכום אותו תבע, החל מהיום בו התגבשה הזכות הקונקרטי ועד ליום התשלום בפועל, ואת הזכות לקבל את ההוצאות אותן הוציא על מנת לממש את זכותו (לרבות שכר טרחת עורך דין בגין הגשת התביעה). זו גם הסיבה שסעדים מעין אלו נחשבים כסעדים כלליים, אשר אין צורך למנותן בכתב התביעה. ראה תקנה 14(ב) לתקנות, וראה ע"א 37/85, **הנס ברבלק נ' אברהם שביט**, פ"ד מא(1), 708 (1987); ע"א 9535/04, **סיעת "ביאליק 10" נ' סיעת "יש עתיד לביאליק"**, פ"ד ס(1), 398-399 (2005); ע"א 2622/05, **עו"ד בלפור קויתי (הנאמן) נ' אזולאי עמרם חברה לפיתוח בע"מ** (פורסם בנבו, 15.6.06).

<sup>21</sup> ראה **Poyser v. Minors** (1881) L.R. 7 Q.B.D. 329, 333. "...the mode of proceedings by which a legal right is enforced, as distinguished from the law which gives or defines the right הבינוי והשיכון, פ"ד סא(2), 855 (2006; להלן: "פרשת מליבו"): "זכות הגישה לערכאות שיפוטיות הינה זכות בסיסית ויסודית. חשיבותה הרבה של זכות זו נגזרת מן הצורך להבטיח, כי מי שסבור שזכאי הוא לסעד משפטי יוכל להביא את עניינו לפני ערכאות שיפוטיות, על מנת שאלו תכרענה בדבר. בהיעדר אפשרות לפנות לבית המשפט, לא יוכל אדם לזכות בסעד בגין פגיעה באיזו מזכויותיו המהותיות, וממילא לא תהא משמעות אפקטיבית לזכויות אלו"; בג"ץ 6824/07, **ד"ר עאדל מנעא נ' רשות המיסים** (פורסם בנבו, 21.12.10): "אכן, לזכות הגישה לערכאות שיפוטיות... קיימת חשיבות רבה, הנוגזרת מן הצורך להבטיח, כי למי שסבור שהוא זכאי לסעד משפטי יתאפשר להביא את עניינו לפני בית המשפט, על מנת שזה יכרע בו. לא יתאפשר כן – לא יוכל אדם לזכות בסעד בגין פגיעה בזכויותיו, וממילא לא תהיה משמעות אפקטיבית לזכויות אלו"; רע"א 993/06, **מדינת ישראל נ' מוסטפה דיב מרעי דיראני** (פורסם בנבו, 18.7.11; להלן: "פרשת דיראני"): "זכות הגישה לערכאות מהווה, אפוא, תנאי בלעדיו-אין להגשמת הזכויות המהותיות הנתונות לאדם, אשר נותרות, בהעדרה, חסרות ערך ממשי"; בג"ץ 2171/06, **שני כהן נ' יו"ר הכנסת** (פורסם בנבו, 29.8.11; להלן: "פרשת שני כהן"): "זכות הגישה לערכאות היא זכות העומדת ביסודן של כל הזכויות האחרות – חוקיות וחוקתיות – והיא המקנה להן חיים. ברי כי אם לא ניתן לאכוף זכויות באמצעות פנייה לבתי המשפט, הן עלולות להיות ריקות מתוכן. זכות חוקתית שאין בידיה זכות למימושה ולהגנתה בהליך שיפוטי, עלולה להפוך חסרת משמעות, בבחינת אות מתה".

לעיתים, אי מימוש הזכות בזמן יביא לאובדן הכלי למימושה. זכות קונקרטיית שאינה בת אכיפה, כלומר שאין כלים לממש את הזכות, הינה, בדרך כלל<sup>22</sup>, זכות חסרת משמעות. נזכיר רק, כי לא תמיד התנהלו הדברים כך:

"Primitive man's reaction to injustice appears in the form of vengeance... The first impulse of a rudimentary soul is to do justice in his own hand. Only at the cost of mighty historical efforts has it been possible to supplant in the human soul the idea of self-obtained-justice by the idea of justice entrusted to authorities..."<sup>23</sup>.

זכות הופלדיאנית אינה מושג ערטילאי בתורת המשפט. היא משפיעה על פרטי הזכויות הדיוניות היומיומיות של בעלי הדין. לשם הדוגמא בלבד נזכיר, כי קיימת בישראל הלכה פסוקה, לפיה בכדי שתקום זכות ערעור על פסק דין למי שלא היה בעל דין פורמאלי בערכאה הדיונית, עליו לעמוד במספר תנאים מצטברים (דוגמת התנאי כי התקיים 'הליך נלווה' בעניינו, כי הוא שימש כבעל דין בפועל וכי לא השתהה בבקשתו). התנאי הבולט בהם הוא התנאי היוצר 'מבחן פונקציונאלי' ולפיו פסק דינה של הערכאה הדיונית פגע בזכות הופלדיאנית שלו<sup>24</sup>, דהיינו שינה את זכויותיו או הטיל עליו חובות אישיות, במובן הצר, או נגע לחירות כוח או חסינות הנתונים לו<sup>25</sup>.

לא למותר להזכיר כי גם בהלכה ניתן למצוא הד לחלוקת זכויות זו. כאשר הזכות המושגית והזכות הקונקרטיית (סעי' א' ובי' לעיל) מסווגים תחת המושג – 'דין', ואילו הכוח והכלים למימוש הזכות הקונקרטיית (סעי' ג' ודי' לעיל) מסווגים תחת המושג – 'דברים', וכלשונו של פרופ' גולאק<sup>26</sup>:

"היחס שבין בעלי הדין נקרא בתלמוד בשם דין ודברים. הדין מציין זכות על שווי של ממון... ומי שיש לו זכות כזו נאמר עליו שהדין עמו; ודברים מצינים את זכות התביעה הנובעת מזכות זו... ושעל פיה התובע כופה את הנתבע להטפל עמו לברור הדין. מי שאין לו זכות של תביעה... אין לו עליו גם דברים, זאת אומרת, אין לו הזכות לכופו לדון עמו, ואם יתבענו, יסתלק ממנו הנתבע על ידי טענה: "לאו בעל דברים שלי אתה". ומי שיש לו איזה זכות... ומסתלק ממנה, הוא כותב לו: "דין ודברים אין לי עליך..." "שאיין לו בכך לא שום זכות של ממון (דין) ולא שום זכות של תביעה (דברים)"<sup>27</sup>.

## **2א. חשיבותה של זכות התביעה בהלכה**

גם בהלכה ניתן למצוא חשיבות לשאלת היכולת לפנות לבית הדין. לעיתים היעדר היכולת לפנות לבית הדין הוא שמכריע בשאלת הזכויות המהותיות. כך, לדוגמא, קובעת הגמרא<sup>28</sup> שעל אף שאין קניין לנוכרי בארץ ישראל להפקיע מידי מעשר, הרי שישראל שקנה טבלים ומירח ברשות נוכרי – מעשרן והן שלו, כיון שיכול לומר ללוי

<sup>22</sup> כחריג בולט להגדרה זו עומד סעי' 2 לחוק ההתיישנות, תשי"ח-1958 (להלן: "חוק ההתיישנות"), הקובע כי: "תביעה לקיום זכות כל שהיא נתונה להתיישנות, ואם הוגשה תובענה על תביעה שהתיישנה וטען הנתבע טענת התיישנות, לא יזדקק בית המשפט לתובענה, אך אין בהתיישנות בלבד כדי לבטל את הזכות גופה".

<sup>23</sup> Eduardo J. Couture, 'The nature of the judicial process', *Tulane L. Rev.*, 25 (1950), 1, 7.  
<sup>24</sup> בג"ץ 198/96, גד צירינסקי נ' סגן נשיא בית-משפט השלום בחדרה, השופט עמירם שרון, פ"ד נב(3), 721 (1998); ע"מ 8884/11, איץ אנד או אופנה בע"מ נ' ועדת המשנה לעררים המועצה הארצית לתכנון ובניה (פורסם בנבו, 29.3.12).

<sup>25</sup> בש"פ 658/88, מחמוד סארי חסן נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(1), 670, 694 (1991).  
<sup>26</sup> אשר גולאק, יסודי המשפט העברי, הוצאת דביר, נדפס: תל אביב-התשכ"ז (נדפס במקור: ברלין-התרפ"ב; להלן: "גולאק, יסודי המשפט"), ספר רביעי, פרק חמישי, אות כ"ד.

<sup>27</sup> וראה גם ע"א 811/75, *The Russian Ecclesiastical Mission* נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לא(3), 317, 325 (1977).

<sup>28</sup> בכורות, י"א, ע"א-ע"ב. וראה גם רמב"ם, תרומות, פ"א, הי"א.

"קאתינא מכח גברא דלא מצית לאשתעווי דינא בהדיה". כלומר, היעדר היכולת לתבוע את הנוכרי על המעשרות, מונעת את הלוי מלקבל את המעשרות מידי הקונה. דין דומה מביאה הגמרא<sup>29</sup> בן בכור של כהן שהינו חלל, אשר אביו הכהן נפטר קודם שהבכור הגיע ליומו השלושים<sup>30</sup>, שיכול (לשיטת רבה בר רב הונא) לומר לכהן אחר "אתינא מכח גברא דלא מצית לאשתעווי דינא בהדיה". גם כאן ההסבר נעוץ בחוסר היכולת לעמוד בדין ממוני כנגד הבכור, וממילא זהו פטור ממוני לכל דבר<sup>31</sup>. מדברי רש"י אף עולה כי באופן תיאורטי הדין יחול גם במי שניתן לעמוד עימו לדין, אך הוא איננו 'ציית דינא'<sup>32</sup>.

בדומה לכך כותב הרשב"א<sup>33</sup> במי שקנה חצר מאת הנוכרי, והוא מבקש לסתום את החלונות בין החצרות, על אף שחלונות אלו מיועדים להכניס אור לחצר (כאשר לפי ההלכה, לא ניתן בדרי"כ לסתום חלונות אלו). למרות זאת, במקרה ומצד דיני העכו"ם יכול היה הנוכרי לסתום את החלונות, יוכל גם היהודי הרוכש לסתום כיוון שהוא בא מכח מי שאיננו יכול לעמוד עימו בדין<sup>34</sup>. להלכה נחלקו המחבר והרמ"א האם נפסק הדין כשיטה זו<sup>35</sup>. כחלק מנושא זה קמה גם סוגיית ה'הרשאה'<sup>36</sup>. אנו מכירים את מושג ההרשאה כמיועד לייצוג מקצועי בפני מותב בית הדין, אך במקורו הוא נועד לשמש כלי למימוש זכות הגישה לערכאות וליצירת יריבות דיונית. כך, לדוגמא, ניתן ללמוד מסוגיית הגמרא<sup>37</sup>:

"מתניתין. שתי נשים שלא בכרו וילדו שני זכרים - נותן י' סלעים לכהן. מת אחד מהן בתוך שלשים יום, אם לכהן אחד נתן

[רש"י: "האב פדיון שניהם יחזיר לו ה' סלעים הואיל ומת בתוך ל' ואיגלאי מילתא דנפל הוא ושלא כדין שקל" - יחזיר לו חמש סלעים ואם

לשני כהנים נתן - אינו יכול להוציא מידם [רש"י: "דכל חד וחד מדחי ליה ואומר הריני מחזיק במ בשביל פדיון החי""]...

גמרא. מ"ש שני כהנים דאזיל לגבי האי ומדחי ליה ואזיל לגבי האי ומדחי ליה, כהן אחד נמי [רש"י: "ומב' אבות שקל כי אזיל

לגביה האי אב, לידחייה כהן ולימא: 'לא שלך מת, אלא של חבריך, ולא בעל דברים דידי את"'] לזיל לגבי האי ולידחייה וליזיל לגבי האי

ולידחייה? ! אמר שמואל: בבא בהרשאה [רש"י: "שני האבות כתבו הרשאה האחד לחבירו, ובא בעל הרשאה ותובעו ממה נפשך, אם שלי

מת החזיר לי את שלי, ואם של חברי מת החזיר לי את שלו, שהרי יש לי הרשאה""]

כלומר, אין כל מחלוקת שהכהן מחזיק בחמישה סלעים שצריכים להיות אצל אחד האבות, שכן הבכור מת קודם

שהגיע לגיל ל' יום, ותשלום דמי הפדיון – בטעות יסודו. למרות זאת, אף אחד לא יכול לדרוש מהכהן להשיב את

<sup>29</sup> בכורות, מ"ז, ע"ב.

<sup>30</sup> לשם הנוחות, נסביר בקצרה כי כהן בכור פטור באופן עקרוני ממצות פדיון בכורות. לעומת זאת, במקרה שלכהן נולד בן חלל, דהיינו בן הפסול לכהונה (מאישה האסורה לכהן), הבן חייב בפדיון, והחובה מוטלת בתחילה על אביו הכהן. עם זאת, הכהן יכול לפדות את בנו החלל, ולשלם את דמי הפדיון (חמישה סלעים) לעצמו. כאשר הכהן נפטר בתוך שלושים יום, חובת פדיון הבן, אשר חלה רק כשהבכור מגיע לגיל שלושים יום, מוטלת על הבן עצמו.

<sup>31</sup> וראה שיטה מקובצת, בכורות, שם, ד"ה "לאחר שלושים"; קונטרס הספיקות, כלל ו', סט"ו; שפת אמת, בכורות, י"א, ע"ב, ד"ה "דמרחינהו".

<sup>32</sup> בכורות, מ"ז, ע"ב, ד"ה "אמאי". דברים אלו של רש"י שוללים את האפשרות להבין כאילו עיקרן של הסוגיות לא היה בעצם זכות התביעה, אלא בעובדה שמלכתחילה לא היתה זכות מהותית כלפי הגוי או הכהן.

<sup>33</sup> שו"ת הרשב"א, סימן ט"ז.

<sup>34</sup> ואמנם עמדתו של בעל העיטור (אות מ', מ"ג, ע"ב – מ"ד, ע"א) שונה.

<sup>35</sup> חו"מ, קנ"ד, י"ח-י"ט, ועיין גם בביאור הגר"א על אתר.

<sup>36</sup> לעיון כללי במושג ה'הרשאה' ראה: נחום רקובר, השליחות וההרשאה במשפט העברי, ירושלים-התשל"ב (להלן: "רקובר, השליחות וההרשאה"); אטינגר, פרקי שלוחות; בן יעקב, מורשה והרשאה; ברכיהו ליפשיץ, הרשאה ושליחות, תרביץ נ"ח (התשמ"ט), 1; שמשון אטינגר, חריגת שליח מן ההרשאה במשפט העברי, שנתון המשפט העברי ט-י (התשמ"ב-התשמ"ג), 29; יחיאל חיים פריימן, שיטת הרמב"ם ובי"בית יוסף" בגדרי הרשאה, חמדת הארץ ו' (התשס"ח), 157.

<sup>37</sup> בכורות, מ"ח, ע"ב - מ"ט, ע"א.



הממון בדין, שכן הכהן יכול לומר לכל אחד מהם "לאו בעל דברים דידי אתי"<sup>38</sup>, ולהיפטר בדין. לאור זאת, קיים הפיתרון של 'הרשאה', אשר באמצעותה אחד מבעלי הדין מייצג גם את רעהו, ואז הוא יכול לתבוע "ממה נפשך"<sup>39</sup> (וממילא, מתקיים דיון האם ניתן ליצור מורשה גם לנתבע, בהתחשב בספק האם ניתן להקנות את החוב למורשה<sup>40</sup>). פיתרון אחר אשר נועד לפתור מקרים אחרים בהם קיימת בעיית יריבות משפטית, הוא פיתרון של 'ערבות' בו בעל דין אחד ערב לחובותיו של בעל הדין האחר<sup>41</sup>. למעשה, כל הטענה של "לאו בעל דברים דידי אתי"<sup>42</sup> מבוססת על השאלה למי קיימת היכולת והזכות לפנות למימוש זכויותיו (והיא גם רלוונטית לעניינים מודרניים שונים, (דוגמת היחס בין מנהל מוסד לעצמו<sup>43</sup> או היחסים המשולשים בין קבלן, יזם ורוכשי דירות<sup>44</sup>), והפיתרון של הרשאה בא על מנת למנוע שימוש לא ראוי בטענה זו<sup>45</sup>.

למען הסדר טוב, יצוין כי מספר סוגיות במשפט הישראלי שואבות את השראתן העקרונית מהסוגיות ההלכתיות של "לאו בעל דברים דידי אתי" והשלכותיהן<sup>46</sup>. בין הסוגיות ניתן למנות את היחס בין זכות אישית לבין זכות חפצית<sup>47</sup>, היכולת להקים נאמנות ולקיומו של הליך משפטי בין הנאמן ליריבו של הנהנה<sup>48</sup>, היחס בין מנהל החברה

<sup>38</sup> לולי דבריו אלו של רש"י ניתן היה אולי לראות זאת כפגם ראייתי, שכן אף אחד מהאבות לא היה יכול להוכיח את טענתו. וראה גם בכורות, מ"ז, ע"ב: "בכור לנחלה הוא דלא הוי הא כפשוט שקיל, ואמאי לזיל לגבי האי ולידחיה ולגבי האי ולידחיה?! אמר רבי ירמיה: לא נצרכא אלא לבא אחריו, וה"ק בכור לכהן והבא אחריו אין בכור לנחלה. ולכתבו הרשאה להדדי, וכי תימא מתניי שלא בהרשאה, הא מוקמינן לה קמן דבהרשאה? מסייע ליה לרבי ינאי, דא"ר ינאי: הוכרו ולבסוף נתערבו כותבין הרשאה זה לזה, לא הוכרו ובסוף נתערבו אין כותבין הרשאה זה לזה".

<sup>40</sup> פסק דינו של הרב דיכובסקי בביה"ד הרבני הגדול 1-13-002793529, **פלוני נ' פלונית** (פורסם בנבו, 4.4.05; להלן: "פרשת פנדרייך"): "יש להעיר כי המונח המקובל בהלכה למייצג של בעל-דין בפני בית הדין הוא: "מורשה". הביטוי נגזר מן המושג "הרשאה", שהגדרתה: נתינת כח לשליח לדון עם חברו ולהוציא ממנו מה שחייב לו, כאילו דן ומוציא לעצמו. ישנן דעות בפרוסקים כי כוחו של המורשה גדול מכוחו של שליח רגיל, שלגביו יכול הנתבע לומר, "לאו בעל דברים דידי אתי". זאת, מאחר ונערך קנין אשר באמצעותו זוכה המורשה בגוף הנכס הנתבע. על פי גישה זו, קיים קושי הלכתי במינוי מורשה לנתבע, אשר אינו יכול להקנות את חובו. חוב הינו בגדר "דבר שאין בו ממש", ולכן קנין אינו יכול לחול עליו".

<sup>41</sup> ראה, לדוגמה, כתובות, צ"ב, ע"ב: "אמר אביי: ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות, ואתא בעל חוב דראובן וקטריף לה מיניה, דינא הוא, דאזיל ראובן ומפצי ליה, ולא מצי אמר ליה לאו בעל דברים דידי את, משום דאמר ליה: דמפקת מיניה עלי הדר"; בבא קמא, ח', ע"ב.

<sup>42</sup> ראה בבא קמא, ח', ע"ב; שם, ע', ע"א; כתובות, פ"א, ע"ב; צ"ד, ע"א; שו"ת הרשב"א, ח"ב, סימן רכ"ו; שם, ח"ג, סימן ע'.

<sup>43</sup> ראה בפסק דינו של ביה"ד הרבני הגדול בתיק נט/1-35-2734, **פלוני נ' אלמוני** (פורסם בנבו, 25.3.99).

<sup>44</sup> ראה שו"ת חבל נחלתו, ח"ד, סימן מ"ו, במקום בו זכה יזם בתביעה כנגד קבלן על ליקויי בניה, אך התכחש לקביעות פסק הדין, כאשר ביקשו ממנו רוכשי הדירות על אותם ליקויים בדיוק: "היסוד לתביעה זאת של היזם מהקבלן היא תביעת הדיירים ממנו, ובעצם מה שהדיירים תובעים ממנו... הוא תובע מהקבלן. וע"כ הטענה שהדיירים אינם צד בעניין וחוות הדעת של המהנדס אינה מתייחסת להם אינה נכונה. יתר על כן הקבלן יכול לטעון כלפי היזם בתביעה זו: 'לאו בעל דברים דידי אתי' – היינו, לא הזקתי לך אלא הזקתי לדיירים, אם הם מעוניינים לתובעני – שיתבעו. אלא שכלפי הדיירים הוא טוען אותה טענה: אינכם בעלי דברים שלי, שהרי אני עבדתי עבור היזם ומה שהוא עשה בדירות שבניתי עבורו אינו מענייני. נמצא שהיזם הוא ערב לנוזקי הדיירים מפגיעת הקבלן".

<sup>45</sup> ראה חידושי הרשב"א, בבא קמא, שם.

<sup>46</sup> להרחבה בפן הפילוסופי העולות מהסוגיה, ראה הרב יצחק ברנד, 'פילוסופיה בשירות ההלכה – עיון בבעיית האישיות המשפטית', בתוך **הלכה, מטה-הלכה ופילוסופיה** (בעריכת אבינועם רוזנק, התשע"א), 187.

<sup>47</sup> ראה ע"א 208/51, **ארוון הקר נ' שינה ברש**, פ"ד ח, 566, 571 (1954): "זכות גברא – או זכות אישית, פרסונאלית – מקורה נעוץ ביחסים שנוצרו, על פי חוזה או על-פי דין, בין אותו תובע לבין אותו נתבע מסויים, והיא פועלת כלפיו, וכלפיו בלבד; זכות חפצא – או זכות חפצית, ריאלית – שוכנת כביכול בתוך החפץ גופו, וממילא היא פועלת כלפי כל מי שבא לדחוק את רגלי הזכות, ואין איש יכול לומר לתובע: לאו בעל דברים דידי את!".

<sup>48</sup> ראה משה זילברג, **כך דרכו של תלמוד**, (ירושלים, התשכ"ב), 136-137: "הולדסוורת אומר, כי הבעלות שביושר, שהעניקה האקוויטי האנגלית לבנפיציאנט של הטרסט, אין לה אח ורע בשום שיטת משפט אחרת, ואין הדבר כן! במשפט העברי מוצאים אנו בעלות זו בעסקת הנאמנות של ה'אורכתא', או ההרשאה. המרשה מקנה למורשה את נשוא התביעה, כדי שיוכל להתדיין במקומו עם הנתבע, והלה לא יוכל להטיר כלפיו: לאו בעל דברים דידי את! אבל הקנאה זו היא 'הקנאה גרועה', זאת אומרת: הבעלות שהוא רוכש היא בעלות מוגבלת, פועלת כלפי חוץ ואינה פועלת כלפי פנים, כלפי המרשה. ביחסים הפנימיים שביניהם, הבעלים הוא המרשה, ולא המורשה, והרי לפנינו ביקליפת אגוזי רעיון הנאמנות. כי 'הקנאה הגרועה' של המשפט העברי מניחה מקום ל'קנין טוב' הנשאר ביד המרשה, שהוא הבנפיציאנט האמיתי של ההרשאה, בדומה לבעלות שביושר המוקנית, על פי אקוויטי, לבנפיציאנט של הטרסט. אין אפוא כל חדש תחת השמש, וכבר היה לעולמים במקורות המשפט העבריים"; ע"א 5955/09, **כונס הנכסים עוה"ד יעקב אמסטר נ' מרשה טאובר טוב** (פורסם בנבו, 19.7.11).

לחברה<sup>49</sup> ובין שלוח למשלח<sup>50</sup> ובייחוד עניינים של היעדר יריבות והצורך לעמוד בדין אל מול בעל הדין כלפיו קיימת הזכות הקונקרטית<sup>51</sup>. עם זאת, חשוב להבהיר כי בדרך כלל הזהות היא רעיונית בלבד, אך בכל הנוגע לפרטי הדינים גיבש המשפט הישראלי כללים משלו, אשר לפעמים מצויים בסתירה מוחלטת להלכה.

## ב. זכות הגישה לערכאות

הזכות המרכזית המגולמת בעקרונות אלו הינה זכות הגישה לערכאות. נבחר כבר בפתיחת פרק זה כי זכות זו מגולמת בעקרונות שהוצגו עד כה, אך היא לא עומדת תמיד בקו אחד עם סדרי הדין בפועל. אדרבה, לעיתים סדרי הדין ומטרותיהם עומדים בחזית ישירה אל מול זכות הגישה לערכאות, ויש לאזן ולהכריע בין הזכויות השונות<sup>52</sup>. על זכות הגישה לערכאות נכתב בשנים האחרונות רבות במסגרת המשפט הישראלי<sup>53</sup>. המשפט המשווה עסק בה בצורה קדחתנית אף יותר<sup>54</sup>. הגדרתה המדויקת אינה ברורה, אך ניתן להציגה ברמה מסוימת של קירוב. לוי

<sup>49</sup> ע"א 4351/01, ע"ד איתן ארז, מפרקן של חברות ח.א. מזון בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל, אגף המכס והמע"מ, פ"ד ס(1), 467, 474 (2005).

<sup>50</sup> ע"א 499/79, אברהם בן דיין נ' אי.די.אס. אינטרנשיונל בע"מ, פ"ד לח(2), 99, 109 (1984).

<sup>51</sup> ע"א 176/55, נתן איזנברג נ' יעקב וילצייק, פ"ד י, 1391, 1394 (1956); ע"א 294/69, החברה הכלכלית של מרכז הקבלנים והבונים בישראל בע"מ נ' נחום הרשנזון, פ"ד כד(1), 505, 507 (1970); ע"א 142/70, אליהו שמואלי נ' המפרקים של חברת ברזל בע"מ, פ"ד כד(2), 449, 446 (1970); ע"א 489/85, מאהר פרחאן סאלחאת, קטין נ' עיריית שכם, פ"ד מב(1), 497, 502 (1988); ע"א 526/89, סאלח עבד אל קאדר עומר עוואדה נ' עיזבון המנוח עומר עלי עוואדה, פ"ד מה(5), 749, 752 (1991); ע"א 7919/11, חברת מעדני הצפון בע"מ נ' יהודה גואטה (פורסם בנבו, 16.6.13); המ' 3547/82, איב קנטור נ' אופנת להב בע"מ, פס"מ תשמ"ג (3), 309; ת"א (חי) 936/98, א.ר.צ.ג. פנתיאון נ' יו.אס.אר. מערכות אלקטרוניקה (פורסם בנבו, 26.9.04); ת"א (חי) Vitti Marmi & C.SNC, 12567/02, סמניה גזה (פורסם בנבו, 7.11.10); ת"א (י-ם) 4652/05, יערה קלמנוביץ' נ' עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 22.10.09). בפסק דין זה מצוין ביהמ"ש כי גם מטרתו של "שיעבודא דר' נתן" (קידושין, ט"ו, ע"א) היא לגבור על היכולת לחמוק מהתמודדות עם טענה של היעדר יריבות.

<sup>52</sup> ע"א 6479/06, בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' משה שניף (פורסם בנבו, 15.1.07; להלן: "פרשת שניף"): "...בית-המשפט יפעיל את סמכותו למתן סעד בגין התנהלות דיונית חסרת תום-לב בהתחשב במכלול השיקולים הרלוונטיים לעניין, ובהם: שמירה על הגינות ההליך השיפוטי והגנה על התכליות המונחות בבסיס סדרי הדין מחד-גיסה; אל מול זכות הגישה לערכאות וזכותו של בעל-דין לקבל הזדמנות מלאה לבירור עניינו בבית-המשפט מאידך-גיסה".

<sup>53</sup> ראה יורם רבין, זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית (1998); להלן: "רבין, זכות הגישה"; לוי, תורת הפרוצדורה; שלמה לוי, "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים", הפרקליט מ"ב (התשנ"ה-התשנ"ו), 451 (להלן: "לוי, חוק יסוד"); יורם רבין, זכויות חברתיות מהספרה הדיונית, בתוך זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות במשפט הישראלי (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004), 765 (להלן: "רבין, זכויות חברתיות"), 773-793; יורם רבין, זכות הגישה לערכאות - מזכות רגילה לזכות חוקתית, המשפט ה (התשס"א), 217; יורם רבין, הזכות לייצוג ולסיוע משפטי בהליך אזרחי, המשפט ו (התשס"ב), 225 (להלן: "רבין, הזכות לייצוג"); אהרן ברק, זכות הגישה למערכת השיפוטית, בתוך ספר שלמה לוי (עורכים: אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייניו), 31; פרשת מליבו; ע"א 733/95, ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3), 577 (1997). להלן: "פרשת ארפל"; ע"א 6805/99, תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים, פ"ד נז(5), 433, 444-445 (2003). להלן: "פרשת תלמוד תורה"; רע"א 2146/04, מדינת ישראל נ' עיזבון המנוח באסל נעים איברהים, פ"ד נח(5), 865, 868 (2004); להלן: "פרשת איברהים"; ע"א 4980/01, עו"ד כהן, כונס נכסים נ' גלאם, פ"ד נח(5), 625 (2004); פרשת דיראני; פרשת שני כהן.

<sup>54</sup> לשם הטעימה בלבד, ראה: רבין, זכות הגישה, 61-106; Frank I. Michelman, 'The Supreme Court and Litigation Access Fees: The Right to Protect One's Rights. Part I', 1973(6) *Duke L. J.*, 1153; Frank I. Michelman, 'The Supreme Court and Litigation Access Fees: The Right to Protect One's Rights. Part II', 1974(3) *Duke L. J.*, 527; Donald B. Brenner, 'The Right of Access to Civil Movement to Make Rights Effective', 27 *Buffalo L. Rev.* (1978), 181; Heribert A. Hirte, 'Access to the Courts for Indigent Persons: and Procedural Rights', 13 *Rutgers L.J.* (1981-1982), 399; A Comparative Analysis of the Legal Framework in the United Kingdom, United States and Germany', 40 *Inter. And Deborah L. Rhode, Access to Justice*, Oxford University Press, 2004; Margaret Martin Barry, 'Access to Justice: On Dialogues with the Judiciary', 29 *Fordham Urb. L.J.* (2001-2002), 1089; Nicole Dulude, 'Unlocking America's Courthouse Doors: Restoring a Presumption of First Amendment Access as a Means of Reviving Public Faith in the Judiciary', 11 *Roger Williams U. L. Rev.* (2005-2006), 193; Francesco Francioni, 'Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law', 20 *The European Journal of International Law* (2009), 729; Francesco Francioni, *Access to Justice as a Human Right*, Oxford University Press, 2007; Logan v. Zimmerman Brush Co., 455 U.S. 422, 428-433 (1982); (להלן: "פרשת Logan"). בקנדה גם יוצא כתב עת

הגדיר את זכות הגישה לערכאות כ"גישה ראויה ומלאה אל המערכת השיפוטית, כדי לאפשר [לאזרח] לממש מכלול זכויותיו בכל תחום ותחום – ללא יוצא מן הכלל"<sup>55</sup>. אכן, הזכות מכונה פעמים רבות כזכות האזרח לקבלת יומו בבית המשפט<sup>56</sup>. עם זאת, יש להתייחס בהקשרה גם לעצמאות המערכת השיפוטית, לדיון ההוגן, ולצורך להכריע בסכסוך ביעילות ובמהירות.

הזכרנו כבר לעיל כי זכות זו כוללת, בין היתר, את הזכות להגיש תביעה. במקביל, מצויה גם בפן השלילי של הזכות - "זכותו של הנפגע כי לא יעמידו בדרכו מכשולים, אשר ימנעו ממנו את מימוש הזכות"<sup>57</sup>. כחלק מגישה זו נקבע שבפרשנות חקיקה "יש לבחור באותה פרשנות המקיימת את זכותו הבסיסית של אדם לפנות לערכאות. יש לאמץ את אותה פרשנות, אשר אין בה כדי להציב מכשול של ממש בפני מי שמבקש להשיג על החלטת הרשות בעניינו"<sup>58</sup>. לעיתים אף מביאה הזכות להסדרי מימון ייצוג משפטי לחסרי יכולת.

זכות הגישה לערכאות אינה דרה יחידה בעולמה. ישנם עקרונות המהווים פגיעה בזכות זו. בין עקרונות אלו ניתן למנות כדוגמאות בולטות את כלל דיני ההתיישנות והשיהוי, את עקרונות מעשה בית הדין, את האגרות והחיוב בהוצאות, את זוטי הדברים ואת חלק מדיני הבוררות<sup>59</sup>. במקביל, כרוכה זכות הגישה לערכאות ביסודות שלטון החוק ובעקרונות הדמוקרטיה<sup>60</sup>, כמו גם בזכות להליך הוגן, וכפי שעמד על כך השופט מרשל:

"We recognized long ago that mere access to the courthouse doors does not by itself assure a proper functioning of the adversary process, and that a criminal trial is fundamentally unfair if the State proceeds against an indigent defendant without making certain that he has access to the raw materials integral to the building of an effective defense"<sup>61</sup>.

---

קבוע בנושא בשם *The Windsor Yearbook of Access to Justice*, אשר ניתן להפנות כמעט לכל המאמרים בו. כן ראה גם ב: *Boddie v. Connecticut*, 401 U.S. 371 (1971); *v. Connecticut*, 402 U.S. 954 (1971); *Meltzer v. LeCraw*, 402 U.S. 954 (1971); *Little v. Streater*, 452 U.S. 1 (1981); *Arthur B. LaFrance, 'Constitutional Law Reform for the Poor: Boddie v. Connecticut'*, 1971 *Duke L. Jour.*, 487; *Airey v. Ireland*, 2 E.H.R.R. 305 (1979); *v. U.K.*, 15 E.C.H.R. Series A (1975) (להלן: "פרשת Airey").<sup>55</sup> לוי, תורת הפרוצדורה, 32.

<sup>56</sup> ראה, לדוגמה, בבש"א 445/12, עיזבון המנוח יוסף עאסלה ז"ל נ' עאסלה ופיקה (פורסם בנבו, 26.1.12); רע"פ 7525/10, יונס אלקרעאן נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה - מחוז דרום (פורסם בנבו, 17.10.10).<sup>57</sup> קשת, הזכויות הדיוניות, ח"ב, 1374.

<sup>58</sup> ע"א 3115/93, ראובן יעקב נ' מנהל מס שבה מקרקעין חיפה, פ"ד (4), 549 (1997). להלן: "פרשת יעקב". וראה גם בפרשת תלמוד תורה, 445: "כאשר קיימת מניעה לפנות לערכאות, יש לפרשה בצמצום"; עע"ם 9272/11, הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה מחוז חיפה נ' יעקב ורצהייזר (פורסם בנבו, 20.6.13).

<sup>59</sup> ראה, לדוגמה, בפיסקה 22 לפסק הדין בפרשת שני כהן; אורי גורן, סוגיות בסדר הדין האזרחי (מהדורה עשירית), סיגא הוצאה לאור, תל אביב – התשס"ט (להלן: "גורן, סוגיות"), 869.

<sup>60</sup> בג"ץ 294/89, המוסד לביטוח לאומי נ' כאמל עבד אל רחמן עוואד אלפטפטה, פ"ד מה(5), 445, 450 (1991).

<sup>61</sup> ראה: *Ake v. Oklahoma*, 470 U.S. 68, 80 (1985). למאמרים שכתבו בעקבות פסק הדין ראה: John M. West, 'Expert Services and the Indigent Criminal Defendant: The Constitutional Mandate of Ake v. Oklahoma', 84 *Mich. L. Rev.* (1986), 1326; Sundeep Kothari, 'And Justice for All: The Role Equal Protection and Due Process Principles Have Played in Providing Amber J. McGraw, 'Life But Not Liberty? ; Indigents with Meaningful Access to the Courts', 72 *Tul. L. Rev.* (1998), 2159; An Assessment of Noncapital Indigent Defendant's Rights to Expert Assistance Under the Ake v. Oklahoma Doctrine', Carlton Bailey, 'Ake v. Oklahoma and an Indigent Defendant's 'Right' to an Expert ; 79 *Wash. U. L. Q.* (2001), 951

זכות הגישה לערכאות אינה מנויה באחד מחוקי היסוד של מדינת ישראל, והיא אינה מנויה בצורה מפורשת במרבית החוקות בעולם<sup>62</sup>. עם זאת, גם אם הזכות אינה מנויה במפורש בחוקי היסוד במדינת ישראל, הרי בתי המשפט בישראל קבעו במספר רב של פסקי דין, הן קודם לחקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק בשנת 1992 והן אחריה, כי לזכות הגישה לערכאות מעמד חשוב ביותר להגנה על הפרט ועל החברה, ולפיכך ראויה היא להגנה רחבה<sup>63</sup>. יש הרואים בזכות הגישה זכות חוקתית לכל דבר ועניין<sup>64</sup>, יש הרואים בה זכות על-חוקתית<sup>65</sup> ויש המסתפקים בקביעה כי זוהי אך זכות יסוד, אף שאינה כתובה על חוק יסוד<sup>66</sup>.

גם בין העמדות שזכות הגישה לערכאות מהווה זכות חוקתית קיימת מחלוקת לגבי מקורה המדויק. האם מדובר בחלק מזכות הקניין (שכן בלעדית זכות זו מאבדת את משמעותה), האם מדובר בחלק מכבוד האדם, ואולי מדובר בזכות חוקתית המשתמעת מתוך חוקי היסוד<sup>67</sup>.

חשוב להדגיש, שבכל דרך שלא נתייחס לזכות הגישה לערכאות, ואף אם נראה אותה כזכות חוקתית מן המעלה הראשונה (ואף זכות על חוקתית) הרי שיש לזכור, כי בדומה ליתר הזכויות החוקתיות, כך גם זכות הגישה לערכאות אינה זכות מוחלטת. ככל זכות בעלת אופי חוקתי, גם היא עשויה להתנגש בזכויות אחרות או בערכים ואינטרסים ציבוריים שונים המחייבים איזון ראוי ביניהם<sup>68</sup>.

זכות הגישה לערכאות מעוררת מספר נכבד של שאלות הלכה למעשה. אנו נימנע מלדון כאן בשאלות רבות אלו, אך נזכיר את אחת ההשלכות המעשיות של הזכות. השאלה בה נבקש לעסוק נוגעת בהסכם בו חתם אחד מהצדדים או שניהם על התחייבות שלא להעלות טענות בעניין זה בערכאות<sup>69</sup>.

את השאלה דן, יש לחלק לשני מצבים. במקרה האחד מדובר במקרה בו **שלל ההסכם את זכות הגישה לערכאות בצורה גורפת וברורה, מבלי שנתקבלה תמורה כלשהי בתמורה לויתור זה**, לעומת מקרה אחר בו ניתנה תמורה לויתור על היכולת לפנות לערכאות משפטיות. [זאת, במובחן ממקרה בו קיימת בהסכם תניית בוררות (תניה שגרתית למדי), אשר פוגעת אמנם במידה מסוימת בזכות הגישה לערכאות, אך ברוב רובם של המקרים נראה את הפגיעה כמידתית<sup>70</sup>. הוא הדין גם לגבי תניית שיפוט זר, אשר נקבע כי היא אינה שוללת באופן עקרוני את סמכות

---

William J. Brennan, 'A Tribute to ; Witness: A Promise Denied or Imagined?', 10 **Wm. & Mary Bill of Rts. J.** (2002), 401  
Justice Thurgood Marshall', 105 **Harv. L. Rev.** (1991), 23

<sup>62</sup> אך ראה, לדוגמה, בסעיף 34 לחוקה של דרום אפריקה (Constitution of the Republic of South Africa, 1996) ובסעיף (1)24 לצירטר הקנדי בדבר זכויות וחירויות (Canadian Charter of Rights and Freedoms, 1982).

<sup>63</sup> ע"א 3833/93, **לויין נ' לויין**, פ"ד מח(2), 862, 874 (1994). להלן: "פרשת לויין"; רע"א 7608/99, **לוקי ביצוע פרויקטים (בניה) 1989 בע"מ נ' מצפה כנרת 1995 בע"מ**, פ"ד נו(5), 156, 163-164 (2002); להלן: "פרשת לוקי".

<sup>64</sup> ב"ש"א 1528/06, **ורנר נ' כונס הנכסים הרשמי** (פורסם בנבו, 17.10.07); פיסקה 51 לפסק הדין בפרשת ההסתדרות הרפואית; פרשת תלמוד תורה, שם; פיסקה 23 לפסק הדין בפרשת דיראני.

<sup>65</sup> עמדת השופט חשין בפרשת ארפל, 629: "זכות הגישה לבית המשפט אין היא זכות יסוד במובנו הרגיל של המושג זכות יסוד. שייכת היא למסדר נורמות אחר בשיטת המשפט. ניתן לומר – וכך אומר אני – כי נעלה היא על זכות יסוד".

<sup>66</sup> פרשת לויין, 874.

<sup>67</sup> ראה סיכום של העמדות בפיסקה 19 לפסק הדין בפרשת שני כהן. וראה גם אצל ברק, שם.

<sup>68</sup> פיסקה 26 לפסק דינה של השופטת פרוקציה בפרשת דיראני.

<sup>69</sup> ראה רבין, זכות הגישה, 206-228.

<sup>70</sup> להרחבה ולדיון מקיף בנוגע לזכות הגישה לערכאות אל מול תניית בוררות, ראה רבין, שם, 216-220; ר"ע 201/85, **ניצני עוז נ' אנדרי בלחסן**, פ"ד לט(3), 136 (1985); פרשת לוקי; רע"א 6450/01, **שמחה אוריאל ובינו, חברה להנדסה וקבלנות בע"מ נ' מכון טיפול בשפכי אשקלון**, פ"ד נו(5), 769 (2001).

בית המשפט<sup>71</sup>, אך ביהמ"ש יטה לכבדה<sup>72</sup> בהיעדר טעמים מיוחדים שלא לכבדה<sup>73</sup>. נבהיר כבר בתחילה, כי כאשר שלילת זכות הגישה לערכאות נעשתה במסגרת חוזה אחיד, הרי שמדובר בתנאי מקפח הסותר את תקנת הציבור והוא בטל (void). זאת, בהתאם לחוק החוזים האחידים<sup>74</sup>: "תנאי בחוזה אחיד השולל או המגביל את זכות

הלקוח לפנות לערכאות משפטיות - בטל". ואולם, מה הדין בחוזה רגיל הכולל תניית ויתור?

תניה השוללת גישה לערכאות צריכה להיבחן במשקפי דיני החוזים, ולכאורה היה מקום לכבד את ההסכמה שהתגבשה בין הצדדים הבאה לידי ביטוי בהסכם. למרות זאת, קבעה הפסיקה כי חשיבותה של זכות הגישה לערכאות מקימה חזקה פרשנית, כי אין תכליתו של החוזה למנוע אפשרות של מי מהצדדים לפנות לערכאות שיפוטיות. כדברי השופט י' זמיר, "...יש מקום לחזקה שהצדדים לחוזה לא התכוונו למנוע תביעה על פי החוזה בבית המשפט. בהתאם לכך, בית המשפט יהיה נוטה לפרש הוראה כזאת באופן שיסלק את המחסום או המכשול מעל הדרך אל בית המשפט"<sup>75</sup>. יתר על כן, כאשר נסתרת החזקה או שאין אפשרות לפרש את החוזה באופן שיסיר את הפגיעה בזכות הגישה לערכאות, בית המשפט עשוי בהחלט לפסוק כי ההוראה הרלוונטית סותרת את תקנת הציבור, ועל כן היא בטלה<sup>76</sup>.

<sup>71</sup> להרחבה בסוגיה זו ראה רבין, שם, 213-216; רע"א 102/88, מעדני אווז הכסף בע"מ נ' Cent or S.A.R.L., פ"ד מב(3), 201 (1988); רע"א 6934/10, כספי תעופה בע"מ נ' JSC AEROAVIT AIRLINES (פורסם בנבו, 28.10.10).

<sup>72</sup> ע"א 9/79, קרפול נ' הורוביץ, פ"ד לד(1), 260 (1979); ע"א 65/88, אדרת שומרון בע"מ נ' הולינגסוורת ג.מ.ב.ה., פ"ד מד(3), 600 (1990).

<sup>73</sup> ראה ע"א 165/60, אוניון, חברה לביטוח בע"מ נ' עזרא יצחק משה, פ"ד יז, 646 (1963); ע"א 194/68, פירמנס פנד חברה לביטוח בע"מ נ' האניה "אנוטריה", פ"ד כב(2), 411 (1968).

<sup>74</sup> סעיף 5 לחוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982. וראה גם את ההוראות הספציפיות בסעיפים (8)4 ו-(9)4 לחוק זה..

<sup>75</sup> פרשת לוי, 875-874: "תקנת הציבור דורשת שהדרך אל בית המשפט תהיה פתוחה כדי שבית המשפט יוכל לדון ולהכריע בסכסוכים משפטיים למיניהם... לגבי חוזים אין זה מתיישב עם תקנת הציבור שחווה יעניק זכות ובו בזמן ימנע את מימוש הזכות. אין זה סביר או רצוי שאדם לא יהיה רשאי לאכוף את זכותו בערכאה של משפט, והזכות תשאר בידו ככלי אין חפץ בו, או שיראה עצמו נאלץ לפנות לדרכים נלוזות לשם מימוש הזכות... גישה חופשית ויעילה אל בית המשפט היא זכות יסוד אף אם אינה כתובה על חוק יסוד, וביהמ"ש אמור להגן עליה כמו על זכויות יסוד אחרות. מכאן נובעת המדיניות הראויה כלפי הוראה חוזית המתיימרת לחסום את הדרך אל בית המשפט או להניח מכשולים של ממש על דרך זאת, ראשית, יש מקום לחזקה שהצדדים לחוזה לא התכוונו למנוע תביעה על פי החוזה בבית המשפט. בהתאם לכך בית המשפט יהיה נוטה לפרש הוראה כזו באופן שיסלק את המחסום או המכשול מעל לדרך אל בית המשפט"; אהרן ברק, פרשנות במשפט, נבו הוצאה לאור (להלן: "ברק, פרשנות במשפט"), ח"ד (התשס"א), 619-618.

<sup>76</sup> וראה סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. עמדה כי תנאי המונע גישה לערכאות עומד בסתירה לתקנת הציבור מובאת אצל דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים, אבירם הוצאה לאור, ח"א, 378-380: "נראה שאם התכוונו הצדדים ליצור חוזה, אין הם יכולים לשלול את סמכותו של בית המשפט. קיימת סתירה פנימית בין מהותו וטבעו של הקשר שביניהם לבין התניה, שאינה מאפשרת פניה לערכאות. ועוד: בית המשפט איננו שואב את סמכותו מהסכמת הצדדים, אלא ממעמדו כאורגן של המדינה. ממילא, אין הצדדים יכולים לשלול ממנו את אשר הוא שואב ממוקדם אחר. ההסכמה בין הצדדים שלא לפנות לבית-המשפט ודאי אינה מחייבת את בית המשפט... תקנת הציבור היא כי אין לנעול מעריהם של בית המשפט בפני צדדים לחוזה, משום כך לא ישלל מסלול הפניה לערכאות, מקום שלצדדים היתה כוונה ליצירתו של קשר משפטי מחייב...". עמדה זהה מצויה גם אצל רבין, שם, 207. וראה גם ע"א 350/54, צבי אילני נ' הסוכנות היהודית לא"י, פ"ד י, 1693, 1697 (1956): "הוא חוסם את דרכו של האזרח לבית המשפט בלי לפתוח לו כל פתח אחר להביא את תביעתו - אם יש לו כזאת - בפני טריבונל משפטי אחר כלשהו הנתון לביקורתו של בית המשפט. בתור שכזה הוא נוגד את טובת הציבור שכן הכל מסכימים שהסכם המונע מאת צד המעוניין לקבל את סעדו בבית המשפט פסול הנהו. אין לראות בסעיף הנ"ל רק עשיית סייג לפניה לבית המשפט בהצגת תנאי מוקדם לה... אינני סבור כי שמירה קפדנית על סמכותם המלאה של בתי המשפט, ששעריהם יהיו פתוחים בפני כל דורש ללא מעצור, עלול לסכן הסדר זה או לפגוע בו במשהו... העקרון בדבר שמירה על סמכותם של בתי המשפט של המדינה מפני שלילה ופגיעה על ידי הסכם בין צדדים נשמר במלואו בכל הזמנים ובכל התנאים"; ע"א 148/77, שאול רוט נ' ישופה (בניה) בע"מ, פ"ד לג(1), 617, 625 (1979): "מדובר על מערכת יחסים בה נעדר לעתים קרובות מדי הבסיס של שוויון המעמד והאזיון בין הצדדים הכורתיים את החוזה ואין הדעת סובלת בנסיבות כאלה השלמה עם שלילת זכויות כה מרכזיות... המתכסה באיצטלה של חופש כריתת החוזים. האינטרס הציבורי בהבטחת זכויותיהם של אלה שהם לעיתים קרובות חלשים יותר ובעיקר נעדרי חלופות משפטיות יעילות, מטה כאן את כפות המאזניים לכיוון פסילתה מטעמי תקנת הציבור של תניית פטור כמתואר, הלוקה בחוסר הגינות ואף פותחת פתח להתעמרות בקוונה"; ע"א 6234/00, ש.א.פ. בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד נו(6), 769, 789 (2003); ע"א 3369/98, מינהל מקרקעי ישראל נ' רוזנטל, פ"ד נה(4), 52, 63-64 (2001); (1922) 478, 484 Czarников v. Roth, Schmidt & Co., 2 K.B. וראה גם בהמשך הציטוט דלעיל מפרשת לוי, שם מצויים הדברים בסימן שאלה: "שנית, אם פירוש כזה אינו אפשרי בנסיבות המקרה, עשוי בית המשפט לפסוק, כי ההוראה סותרת את תקנת הציבור לפי סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), ולפיכך היא בטלה". לעיון נוסף בסוגיה זו ובקשיים האינהרנטיים המתעוררים משלילת זכות הגישה לערכאות בין היתר במקרה של תנאי השולל את זכות הגישה לערכאות במסגרת מכרז, ראה רע"א 9333/05, הלוט-פקרד (ישראל) בע"מ נ' מפעל הפיס (פורסם בנבו, 30.10.05); רע"א 4328/09, גרינברג נ' מפעל הפיס (פורסם בנבו, 25.6.09); ע"מ 3813/11, טלדור מערכות מחשבים (1986) בע"מ נ' מלם מערכות בע"מ (פורסם בנבו,

סוגיה אחרת מתעוררת במקום בו שלל ההסכם את זכות הגישה לערכאות בצורה גורפת וברורה, אך נתקבלה תמורה משמעותית בתמורה ליתור על זכות הגישה לערכאות. מקרה זה סבוך הרבה יותר, שכן באותו מקרה מקבל הפונה אל הערכאות תמורה משמעותית בגין ויתורו. בצורה מסוימת, ניתן לראות בכל הסכם פשרה אשר נחתם במסגרת הליך משפטי כהסכם מעין זה, שכן הסכם הפשרה כולל, כמעט תמיד, גם ויתור על תביעות נוספות בין הצדדים. ויתור בתנאים מסוימים מעורר שאלות רבות.

שאלה זו התעוררה במלוא עוזה, כאשר הוטל ספק בנוגע לתוקפה של "תניית סילוקין" אשר הופיעה במסגרת צוואה<sup>77</sup>. אותה תניה מודיעה, למעשה, כי פלוני זכאי לקבל חלק מירושת המצווה, אך זאת רק בכפוף להימנעות מערעור על תוקפה של הצוואה ועל תוכנה, כאשר ערעור יביא לסילוק המערער מרשימת הזוכים בירושה, או כפי שנוסחה התניה בפרשת יונה: "כל מי שיתנגד לקיום צוואתי או לביצועה מנימוק כלשהו – יאבד אוטומטית את כל זכויותיו על פי צוואתי זו, ולא יקבל דבר".

בית המשפט העליון (בדעת רוב<sup>78</sup>, שהפכה בהמשך לדעה המקובלת) הציג את הצדדים השונים לבחינת הסוגיה (אשר חלקם רלוונטיים דווקא לענייני צוואה), והציע פיתרון ביניים הבוחן את נסיבותיו של כל מקרה לגופו:

"מחד גיסא, יש להצביע על מערכת השיקולים הבאה, התומכת במתן תוקף לתניית הסילוקין: ראשית הגשמת העיקרון של כיבוד רצון המצווה... שנית, באמצעות תניית הסילוקין מגונן הנפטר על אינטרסים היקרים לו... שלישית, עידוד פשרה בין היורשים. זהו אינטרס ציבורי, שעניינים שניתן להסדירם מחוץ לכותלי בית המשפט יוסדרו מחוץ לכתליו..."

מאידך גיסא, ניתן להצביע על מערכת נוגדת של שיקולים... ראשית, תניית הסילוקין... תרתיע מתנגדים מלפנות לבית המשפט. כתוצאה מכך, עשוי להינתן תוקף לצוואה, שאינה משקפת כלל את רצונו של המצווה... שנית, תניית הסילוקין "קונסת" את הפונה לבית המשפט... היא נופלת לקבוצת התניות החוסמות, הלכה למעשה, את הנגישות לבית המשפט. תניות כאלה נוגדות הן את טובת הציבור... באין דיין אין דין, ושלטון החוק נפגם; שלישית, מתן תוקף לתניית הסילוקין עשוי לעודד מעשים בלתי חוקיים: מתנגד פוטנציאלי תם לב עשוי לחשוש מחשיפת אי החוקיות..."

מהו הפתרון להתנגשות זו בין הערכים, האינטרסים והעקרונות... תניית הסילוקין כשלעצמה אינה בטלה מאליה. יש ליתן לה תוקף מכוח הטעמים התומכים בה. על-כן, אם יורש על-פי צוואה מתנגד לקיומה בטענות סרק... ושלא בתום-לב, יש מקום לקיים את האמור בתניה... עם זאת, אין ליתן לה תוקף... מקום שההתנגדות מבוססת על עילה סבירה ובתום-לב. גישה זו לתניית הסילוקין מקיימת איזון ראוי בין השיקולים הנוגדים השונים. היא מרתיעה יורש מלהעלות טענות סרק ושלא בתום-לב. היא מגינה על יורש שיש לו טענה סבירה ובתום-לב..."<sup>79</sup>.

51.1.12; עת"מ (י-ם) 51671-02-11, מ.א.ה מנרב – אלקטרה – הדרכה בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד האוצר – אגף החשב הכללי (פורסם בנבו, 5.1.12).

<sup>77</sup> לעיון בסוגיה זו ראה רבין, שם, 220; ע"א 245/85, יהודית אנגלמן נ' מרטה קליין, פ"ד (מג1), 772 (1989); להלן: "פרשת אנגלמן"; ע"א 2698/92, יהודית יונה נ' רחל אדלמן, פ"ד מח(3), 275 (1994); להלן: "פרשת יונה".

<sup>78</sup> השופט מלץ בדעת המיעוט סבר שאין כלל מקום לדון בעניין, שכן גם אם התניה סותרת את תקנת הציבור (והוא סבר שהיא אינה סותרת אותה), הרי שלא ניתן לבטל תניה בצוואה הסותרת את תקנת הציבור.

<sup>79</sup> פרשת אנגלמן, 787-785. וראה גם בפרשת יונה, 280: "בין השיקולים שאותם יש לבחון כאמת מידה של תקנת הציבור בהקשר לתוקפה של תניית סילוקין, הצביע השופט ברק על אלה התומכים במתן תוקף לתניה כזו: הגשמת רצון המצווה, הגנה על האינטרסים היקרים לו, שמו הטוב, שלום המשפחה, עידוד פשרה בין יורשים, הסדרת ענייני בני המשפחה בהסכמה והבנה, ועל אלה התומכים

יצוין כי פיתרון מעין זה - בו נמנעת נקיטת עמדה קיצונית המעדיפה בצורה קטיגורית את זכות הגישה לערכאות או את העמדת התניה על מכונה, ובחירה בפיתרון ביניים בו פעמים מבוטלת התניה ופעמים ניתנת לה תוקף - מקובל גם בשיטות משפט שונות דוגמת האמריקאית, האנגלית והגרמנית<sup>80</sup>.

דרך ביניים מעין זו נדונה גם בפרשת מליבו. באותו מקרה נדונה תניית היעדר תביעות אשר היוותה חלק ממחירון בחוזה שבין המדינה וחברת מליבו. תניית היעדר התביעות קבעה כי: "עבור הוצאות בלתי נראות מראש ועבור העדר תביעות כספיות מצד החברה ישלם משב"ש תוספת העדר תביעות כמפורט במחיר הבניה הבסיסי. עבור העדר תביעות להארכת תקופת ביצוע מסיבות כלשהן, מאשר משב"ש הארכת תקפת ביצוע... במידה ויש תביעה באחד הסעיפים הנ"ל - תבוטל התוספת להעדר תביעות באותו סעיף"<sup>81</sup>. בית המשפט מנתח שוב את השיקולים העומדים בפניו ואת הצורך להכיר בתניה (פיסקאות 17-18 לפסק הדין). אחר כך הוא בודק מהן האפשרויות העומדות בפניו ובוחן ארבע אפשרויות, כאשר האפשרות השלישית והרביעית הן אפשרויות ביניים:

"החלופה הראשונה הינה פירוש התניה באופן המעניק לה תוקף בלתי מסויג... פרשנות זו מביאה לכדי הגבלה ממשית של זכות הגישה של מליבו לערכאות שיפוטיות, והיא עלולה להוביל לכך שמליבו תימנע מהגשת תובענות כספיות מסוימות אף כשהן מוצדקות... החלופה השנייה הינה קביעה לפיה תנית העדר התביעות בטלה, בהיותה נוגדת את תקנת הציבור... חלופה זו אינה עולה בקנה אחד עם התכלית שעניינה קידום הוודאות התקציבית... על פי החלופה השלישית, תפורש התניה באופן שהיא תחול רק ביחס לתובענות כספיות אשר טענות ההגנה המועלות במסגרתן הינן כנות וסבירות... בהתאם לחלופה הרביעית, יש לפרש את התניה כך שהיא תחול אך ביחס לתובענות כספיות אשר מבוססות על טענות סרק, היינו טענות בלתי סבירות או מחוסרות תום לב...

סבורני, כי מבין ארבע החלופות הנזכרות יש להעדיף את זו הרביעית. הפרשנות הנזכרת בחלופה האמורה עולה בקנה אחד עם החזקה לפיה לא התכוונו הצדדים להגביל את אפשרות הפנייה לבית המשפט... בכך נשמרת זכות הגישה... לערכאות שיפוטיות. בד בבד, יש בפרשנות הכלולה בחלופה הרביעית כדי להרתיע מפני הגשתן של... תובענות סרק. באופן זה מקודמת התכלית שעניינה הגברת הוודאות התקציבית... יש להודות על האמת, החלופה הרביעית, כמו גם החלופה השלישית, אינן משיגות במלואה את המטרה העיקרית של התניה... השגת המטרה במלואה אפשרית רק על דרך הפרשנות על פי החלופה הראשונה. אלא שכאמור, קבלתה של החלופה הראשונה אינה מתיישבת עם זכות הגישה לערכאות".

הנה כי כן, במטרה להגן על זכות הגישה הלך בית המשפט כמה וכמה צעדים לקראת מי שלכאורה נמנעה ממנו הזכות לפנות לערכאות שיפוטיות. הוא עשה זאת גם במקום בו נתקבלה תמורה כספית (לעיתים משמעותית

---

בביטולה, כגון: הצרת צעדי מתנגדים בזכותם לפנות לבית-משפט (gnituoof the court outing), דבר העשוי לנגוד את המדיניות הציבורית בעניין זה ויש באותה הצרה כדי לקנוס את הפונה לבית-משפט ולעודד מעשים בלתי חוקיים".

<sup>80</sup> ראה בפרשת אנגלמן, 786 ובפרשת יונה, 282-284.

<sup>81</sup> לניתוח התניה ראה בסעי' 17 לפסק הדין בפרשת מליבו: "התניה בה עסקינן אינה חוסמת לגמרי את דרכה של מליבו לבית המשפט. אין היא כוללת התחייבות חוזית להימנע מהגשת הליכים משפטיים. עם זאת, תנית היעדר התביעות מטילה הגבלה ממשית על זכות הגישה של מליבו לערכאות. כזכור, קובעת התניה כי זכותה של מליבו לתוספת כספית, מותנית באי הגשתן של תובענות כספיות נגד המדינה. לשון אחר, הגשתה של תובענה כספית גוררת אחריה מעין "קנס" המתבטא בהשבת חלק מן הסכום ששולם למליבו על פי המערכת ההסכמית בינה לבין המדינה. ההפסד הכספי הגלום בהגשתה של תובענה כספית צפוי להרתיע את מליבו מפני נקיטת מהלך מעין זה, וזאת אף במקרים בהם נתונה לה עילת תביעה ממשית. במונחים מעין מתימטיים ניתן לומר, כי הגשתה של תובענה כספית נגד המדינה תהא כדאית עבור מליבו רק אם תוחלת התביעה (היינו מכפלת סכום התביעה בסיכוי לקבלתה) גדולה מתוספת העדר התביעות". וראה בהרחבה גם אצל אשר גרוניס וטל סלע, בתי המשפט והסדרים דיוניים, בתוך ספר שלמה לוי (עורכים): אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קריינין, 59, 76-79.

ביותר) בתמורה לויתור על זכות התביעה. עם זאת, במקום בו ניתנה אכן תמורה משמעותית נמנע בית המשפט מלפרוץ לחלוטין את הסכר, וביקש לקבוע מבחני סף מינימליים, אשר רק בהתקיימם תמומש זכות התביעה.

### ג. זכות הגישה לערכאות במשפט העברי

כאשר מצביעים על זכות הגישה לערכאות במשפט העברי נוטים להתייחס בעיקר למקורות, דינים ואמירות כלליים ומחשבתיים-פילוסופיים כמשמשים בסיס לזכות זו<sup>82</sup> בהקשרים שונים (דוגמת הימנעות ממחיקת תביעה על הסף, פרשנות מצמצמת לשלילת הזכות וכד'), כאשר בדרך כלל מקורות אלו אינם מהווים חלק מ'שטר ושוברו בצדו', אלא רעיונות כלליים הניתנים לפרשנות מרובה. לעיתים, מתקיים אף דיון ממשי בעיקרון. כך, לדוגמא, הדגיש בית המשפט במקום אחד את חשיבות זכות הגישה לערכאות בהלכה, כחלק מהרצון שלא לפגוע בזכות העמידה בפני האל-המגולמת בפניה אל הערכאות<sup>83</sup>. זאת, כחלק מתפיסה לפיה בעצם עשיית הדין שותפים הדיינים לקב"ה במעשה בראשית<sup>84</sup>. על עניין זה נרחיב בהמשך. עם זאת, עיון במקורות ההלכתיים מעיד כי גם בסוגיות הלכתיות מעשיות ניתן לבחון את יחסה של ההלכה לזכות הגישה לערכאות. נבחן זאת באמצעות בחינה

<sup>82</sup> ראה בפרשת ארפל, 629: "דעת-שלי היא, כי זכות הגישה לבית-המשפט אין היא זכות-יסוד במובנו הרגיל של המושג זכות-יסוד. שייכת היא למסדר נורמות אחר בשיטת המשפט. ניתן לומר – וכך אומר אני – כי נעלה היא על זכות-יסוד. לא עוד, אלא שקיומה הינו תנאי הכרחי וחיוני לקיומן של שאר זכויות-היסוד. זכות הגישה לבית-המשפט הינה צינור החיים של בית-המשפט. התשתית לקיומם של הרשות השופטת ושל שלטון החוק. בזאת נשתנתה הרשות השופטת משתי אחיותיה – הרשות המחוקקת והרשות המבצעת – ששתי אלו האחרונות יוזמות ועושות, אם בתחום החקיקה ואם בתחום המעשה, בעוד אשר הרשות השופטת יושבת על מושבה ומצפה כי יבואו אליה לקבל את חוות-דעתה ואת הכרעותיה. וכנאמר על משה: "וַיְהִי מִמְּהָרָת וַיִּשָּׁב מֹשֶׁה לְשַׁפֵּט אֶת-הָעָם וַיַּעֲמֵד הָעָם עַל-מֹשֶׁה מִן-הַבֶּקֶר עַד-הָעֶרֶב" (שמות, יח, יג). שניים אלה הם הנדרשים לשיפוט: שופט היושב על מושבו ומתדיינים העומדים לפניו. באין מתדיינים יישב בית-המשפט בטל וחסר-מעש, ובית-משפט שאין מתדפקים על שעריו כמוהו כמו-לא-היה. נדע מכאן, כי חסימת הדרך לבית-משפט – בין במישרין בין בעקיפין – ולו באורח חלקי, חותרת תחת ה"raison d'être של הרשות השופטת. ופגיעה ברשות השופטת פירושה פגיעה ביסוד הדמוקרטי של המדינה. באין רשות שופטת, באין ביקורת על מעשי הפרט והשלטון, ייפרע עם ותאבד ממלכה. באין ביקורת שיפוטית יאבד שלטון החוק ותיעלמנה זכויות-היסוד... בחסימת הדרך לבית-משפט ייעלם ואיננו הדיין, ובאין דיין ייעלם אף הדין עמו... חוקי-היסוד אינם בפיסגת הפירמידה, שמא נאמר: בתשתית-התשתיות. נעלים עליהם עקרונות-יסוד בחיינו, עקרונות שאף חוקי-היסוד יונקים מהם את חיותם. עקרונות אלה הם עיקרים במשפט הטבע ועיקרים בתורת הדימוקרטיה היהודית. אלה הם "הגבוה מעל גבוה שומר". אלה הם הגנים היוצרים את חיינו... מטרתם של חוקי-היסוד הינה לעגן, לקבע, לנטוע בתוכנו את ערכי המדינה; ערכים אלה – ערכים הקיימים לבר-חוק-היסוד – הם המזינים את חוק-היסוד ומהם חיותו של החוק. זה המעיין ממנו שואבים אנו מימינו להחיות נפשנו. אלה הם "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". מושג הדימוקרטיה משמיע – אף זועק – קיומה של רשות שופטת. מוחה של הדימוקרטיה עשוי שלוש אוניות: האונה המחוקקת, האונה המבצעת והאונה השופטת. המוח – על שלוש האוניות – הוא השולט על הגוף, נותן לגוף חיות ומעצב את חייו. שיתקת אחת משלוש אוניות אלו, והדימוקרטיה נעלמה ואיננה. מסקנה נדרשת מאליה היא, כי קיומה של רשות שופטת – כאונה חיונית בגופה של המדינה הדימוקרטית – משמיע מעצמו איסור חסימת צינורות הדם המוליכים אליה, איסור חסימת דרכו של אדם לבית-המשפט"; פרשת יעקב, 565: "חשיבותו של הכלל שלפניו יש לאפשר לכל אדם גישה חופשית ויעילה לבית המשפט הוכרה במשפט העברי מקדמת דנא בין "שבע מצוות בני נח" שהן שבע המצוות הבסיסיות שכל נברא בצלם חייב בהן. לעניין זה נקבע כי "כשם שישראל מצווים להושיב בתי דיינים בעיירות שלהם, כך בני נח מצווים בעירות שלהם, היינו בכל פלך ופלך ובכל עיר ועיר" (סנהדרין, נו, ב ובעוד מקומות, וכן עיין באנציקלופדיה תלמודית לענייני הלכה (כרך ג)), בש"א (ת"א) 117674/02, מרים רוזנטל נ' צבי שיאוביץ, פ"מ תשס"ב(3), 316, 325 (2002); עב' (ב"ש) 1314/02, קנט בוזו נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.3.02); בש"א (י-ם) 4262/04 Nations Truce Supervision Organization United נ' רואנו פאול סיראגניאן, פ"מ תשס"ג(1), 817, 826 (2004). להלן: "פרשת סיראגניאן": "זכות הגישה לערכאות מעוגנת גם במקורותינו, בספר בראשית פרק י"ח פסוקים כ"א-ל"ג, (פרשת סדום). כאשר שופט כל הארץ שומע את צעקת סדום, הוא איננו מכריע על סמך הצעקות אשר מגיעות אליו, אלא יורד לסדום על מנת לבדוק את שורש העניין, וכדי ליתן הכרעה עניינית בסוגיית "הכצקתה". כאשר אברהם עומד לסגור על אנשי סדום ושואל: "השופט כל הארץ לא יעשה משפט?" מתדיין ומתמקח עם הקדוש ברוך הוא, אין סוגרים הדלתות בפניו, ואין מדקדקים עמו בפרוצדורות, אלא נותנים לו לטעון טיעונו לגופו של עניין. ולמהדרין, עדיפה עלי דעת אור החיים: "לרדת, והלא כל העולם כנגריר של חרדל לפניו, ועוד אמרו הכצקתה וגו' וכי האדון ברוך הוא יסתפק בידיעה ורש"י ז"ל פירש כי ללמוד בא שלא יפסקו בית דין למטה משפט אלא בראייה"; ה"פ (ים) 3363/04, "המגן" חברה לביטוח בע"מ נ' אליה שמעון (פורסם בנבו, 28.12.04; להלן: "פרשת המגן"); בש"א (י-ם) 1628/03, Philip Morris USA Inc. נ' שירותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 16.2.04); ת"א (ת"א) 8431-01-10, מדינת ישראל נ' יעקב לבייב (פורסם בנבו, 23.3.11).

<sup>83</sup> ת"א (י-ם) 1517/98, אריק שפורטיש נ' ישראל אדלר ובנו חברה להשקעות בע"מ (פורסם בנבו, 2.3.09; להלן: "פרשת שפורטיש").

<sup>84</sup> שבת, י', ע"א.



של הסוגיה החוזית שהוזכרה לעיל. מה דינו של תנאי בחוזה מכר השולל את זכות ההתדיינות בבית דין (או בכל ערכאה אחרת).

הפוסקים אשר דנו בסוגיה<sup>85</sup> החלו את דיונם בשאלה כיצד יש לפרש את התנאי האוסר לתקוף את החוזה. ניתן לפרש את התנאי כמחילה גמורה של הקונה על כל ליקוי שיתגלה בעתיד במכר, או כהסכמה שלא לברר את העניין בבית הדין, אך ללא מחילה כלשהי. לדרך זו, המוכר מתחייב בדיני שמים לתשלום כדין, אך הקונה מוותר על יכולתו לפנות לבית הדין לשם כך. כאו חשוב להזכיר כלל הלכתי, ולפיו "כל הלוקח סתם, אינו לוקח אלא דבר השלם מכל מום. ואם פירש המוכר ואמר, על מנת שאין אתה חוזר עליי במום - הרי זה חוזר עד שיפרש המום שיש בממכרו, וימחול הלוקח, או עד שיאמר לו כל מום שיימצא במקח זה הפוחת דמיו עד כך וכך, קיבלתי אותו. שהמוחל צריך לידע הדבר שימחול בו ויפרש אותו"<sup>86</sup>. יתר על כן, הרמ"א<sup>87</sup> פסק כי "וכשם שאין אדם יכול להקנות דבר שלא בא לעולם, כך אינו יכול למחול דבר שלא בא לעולם". ממילא, בדרך כלל הויתור על זכות התביעה הוא בעניינים שטרם באו לעולם, כך שאין כאן כל מחילה. הדין יהיה שונה בעת ויתור על זכות הערעור. זאת, לנוכח העובדה שזכות הערעור מהווה זכות ברמה פחותה בהרבה מזכות התביעה (אם בכלל קיימת זכות ערעור בהלכה, וכדלהלן), וגם ההגנה עליה פחותה בהרבה<sup>88</sup>.

הרמב"ם, לדוגמא, כתב דברים ברורים בעניין (אשר, לענ"ד, לא זכו להד מספק). הרמב"ם<sup>89</sup> נשאל על מי שבמסגרת תביעה שהתבררה התחייב בשבועה: "חי התורה ובשם הגדול, שלא אתבע לשמעון הנז' בשום דבר בעולם לעולם לא בשבועה ולא בממון, יורינו רבינו היועיל [לשמעון שבועת ראובן כמו המחילה אם לא". ועל כך משיב הרמב"ם בתשובה קצרה ותמציתית:

"לא הגיע בזה מחילה בשום פנים מראובן לשמעון – לא מהשבועה לא מהממון. אבל מתי שיתבע ראובן לשמעון באלו

הטענות בעצמם היה משקר בשבועתו".

<sup>85</sup> וראה גם הרב ברוך שובקס, תנאי בחוזה השולל זכות ההתדיינות בבית דין, **עלון המשפט** 11 (התשס"ח), ג'.

<sup>86</sup> רמב"ם, הלכות מכירה, פט"ו, ה"ז. וראה גם בשו"ע, חו"מ, רל"ב, ז': "כל הלוקח סתם, אינו לוקח אלא הדבר שלם מכל מום. ואם פירש המוכר ואמר: על מנת שאין אתה חוזר עלי במום, הרי זה חוזר, עד שיפרש המום שיש בממכרו וימחול הלוקח, או עד שיאמר לו: (כל מום) שימצא במקח זה הפוחת דמיו עד כך וכך קבלתי אותו, שהמוחל צריך לידע הדבר שמוחל לו בו ויפרש אותו, כמו המפרש האונאה". ועיין גם סמ"ע, רל"ב ט"ז; פתחי תשובה, שם, ד'; הרב אליעזר שנקלובסקי, תקלות שנמצאו ברכב שנקנה, **משפט והלכה בישראל** 28 (התשס"ז), 5, 6.

<sup>87</sup> רמ"א, חו"מ, ר"ט, ד'. הרמ"א מתבסס על שו"ת הר"ן, סימן כ"ג.

<sup>88</sup> וראה את סיכום הדברים בסוגיה זו ברע"א 2237/03, **אפרים שועלי בנין והשקעות נ' המועצה המקומית תל מונד**, פ"ד נט(4), 529 (2005; להלן: "פרשת שועלי"), 547: "...בהקשר השיפוט הרבני נדונה השאלה האם יכולים צדדים הבאים להתדיין בבית דין רבני להצהיר מראש כי הם מוותרים על הזכות לערער; פרופ' א' שוחטמן... נדרש לשאלה זו בהקשר שטר בוררות הנחתם בידי צדדים שבאו להתדיין בבית הדין הרבני בעניין המצריך שטר כזה; הצדדים רשאים לוותר על זכות הערעור, עם כל הקושי העיוני שבדבר. לזו הקושי כך הוא: "אם מתברר כי פסק הדין מוטעה ומחובתו של בית הדין להוציא דין אמת, כיצד יכולים הצדדים להתחייב לדבר שמשמעותו המעשית היא מניעת חשיפת האמת?"... והמחבר משיב על כך: "אלא שניתן לראות את התחייבויות הזו של בעלי הדין כקבלת שיפוטו של בית הדין, הן לדין הן לטעות, דבר שבידי הצדדים לעשות, וכשם שרשאים הם להסכים מראש אף לקבלת פסק דין מוטעה, רשאים הם גם לקבל על עצמם שלא לערער על פסק הדין - גם אם יימצא שהוא מוטעה... אין הדברים אמורים אלא בדיני ממונות. הצהרתו של בעל דין שהוא מוותר על זכותו לערער נחשבת כויתור על ממונו" (שם)... ראו גם תקנה קל"ז לתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בישראל, התשנ"ג, שלפיה "פסק דין שניתן על סמך שטר בוררות אינו ניתן לערער אם צוין בשטר הבוררות ששני הצדדים מוותרים על זכות ערעור או שהצדדים הצהירו בפני בית הדין כי הם מוותרים על זכות הערעור" (פסק דין כזה גם מאפשר פסק ללא הנמקה; ראו תקנה קט"ז שם: "בהסכמת שני הצדדים ואחרי שויתרו על זכות ערעור, רשאי בית הדין להוציא פסק מבלי לפרש מאיזה טעם דין").

<sup>89</sup> תשובות הרמב"ם (בלאו), סימן תי"ט.

גם המהר"ם אלשיך<sup>90</sup> פסק באופן דומה, בנוגע לאדם שביקש משותפו דבר, ואמר לו "ואם לאו ד' ירחם ולא אזמין אותך לדין". לאחר שהוגשה התביעה בכל זאת, בניגוד להתחייבות, הבהיר המהר"ם אלשיך כי ההתחייבות שלא להזמין לדין איננה מחילה בגוף החוב, וממילא ניתנת לתביעה.

גם ממקור אחר ניתן ללמוד כי באופן עקרוני התחייבות שלא להגיש תביעה כלל אינה יכולה לעמוד, אם כי לעיתים היא תחול מכח נימוקים הלכתיים אחרים (דוגמת נדר ושבועה). הירושלמי קובע כלל ולפיו "המלוה את חבירו על מנת שלא לתובעו – שביעית משמטתו"<sup>91</sup>. דין זה נפסק גם ברמב"ם<sup>92</sup>. בעקבות זאת, ביאר המהר"ח אור זרוע<sup>93</sup> סוגיות בנוגע למצוות השמיטה: "אכן זה עצמו צריך לדעת, וכי עבור שאמר לו לא אתבעך, קאי ב'לא יחל דברו' אם יתבענו?! אלא מיירי כגון שנדר או נתן תקיעת כף שלא לתובעו, ומעתה איסור שבועה ונדר גורמים שלא יוכל לתובעו, ודמי לאיסור שבת ויום טוב".

בעל הערך ש"י, אמנם הקשה על הדברים, "כיון שהלוהו אדעתא דהכי זכה במשיכת המעות וגם אח"כ הוי כמחילה וכמאריך לו זמן דל"ל קניין"<sup>94</sup>, אלא שהוא מקבל את קביעת המהר"ח אור זרוע בשל תשובה של המהר"ם מרוטנבורג, אשר בה הוא מגיע אותה התוצאה בדיוק:

"דאם אמר לו לא אתבעך, כיון דלא אמר לו מחול לך או הפטר או אחד מלשון מחילה – אין זה אלא פטומי מילי. ואפילו

אם הוא לא תבע חייב בדיני שמים, כיון דלא פטר אותו לגמרי. וא"כ לא הוי מחילה ויכול לתובעו, דמה שאמר לא אתבעך –

**אין כאן מחילת ממון, ולא זכה הלה במה שבידו, דאין כאן אלא דברים בעלמא"**<sup>95</sup>.

הערך ש"י אינו מבאר כיצד העובדה שהמהר"ם סבר כך גם הוא מועילה לפיתרון שאלתו. נראה, לכאורה, שההבנה היא שזכות התובע לתבוע בבית הדין אינה זכות נוספת הנגזרת מהעיסקה שנכרתה בין התובע לנתבע, אלא כל אדם יכול לתבוע חבירו בבי"ד מכח עצם הזכות לתבוע (הלא היא זכות הגישה לערכאות), ואם בית הדין רואה לדוגמא, שהנתבע לווה מן התובע והוא אכן חייב, הרי שבית הדין מצווה לכופ את הלווה לפרוע את חובו, גם אם המלווה התחייב שלא לתובעו. יתר על כן, חלק מהפוסקים מזכירים גם את היכולת הקיימת בהלכה להמחות את החיוב באמצעות הכלי ההלכתי הקרוי 'שיעבודא דרבי נתן'<sup>96</sup>. יכולת ההמחאה הנ"ל תסייע לבטל, הלכה למעשה, את ההתחייבות שלא להגיש תביעה. כך יכול המלווה, אשר התחייב שלא להגיש תביעה, ללוות כסף מצד שלישי כלשהו, ובמקום להשיב לו את ההלוואה, להמחות לו את החוב, כך שאותו צד שלישי יגיש את התביעה כנגד הלווה המקורי<sup>97</sup>.

<sup>90</sup> שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן פ'.

<sup>91</sup> ירושלמי, שביעית, פ"י, ה"א.

<sup>92</sup> רמב"ם, הלכות שמיטה ויובל, פ"ט, ה"ט: "התנה עמו שלא יתבענו – שביעית משמטת".

<sup>93</sup> שאלות ותשובות מהר"ח אור זרוע, סימן ל"ט.

<sup>94</sup> ערך שי, חו"מ, ע"ג, ב', ד"ה "שלא קנו מידו".

<sup>95</sup> שו"ת מהר"ם בן ברוך, ח"ד, סימן תל"ה. יצוין כי המהרש"ם בשתיים מתשובותיו (שיוזכרו להלן) טוען כי תשובה זו סותרת, לכאורה, תשובה אחרת של המהר"ם (בשו"ת מהר"ם בן ברוך הישנות, סימן תשי"ח), על אף שהוא לא ראה אותה, והוא מנסה ליישב בין התשובות, ואכמ"ל.

<sup>96</sup> להרחבה בסוגיה זו ראה הרב אלכסנדר זיסל תנסקי, שעבודא דרבי נתן, מוריה ט(גי-ד') (התש"ס), נ"ג; הרב שניאור זלמן דיטון, בענין שעבודא דרבי נתן, בית אהרן וישראל נ"ו (התשנ"ה), ל"ט.

<sup>97</sup> וראה מקצוע בתורה, סימן ס"ז, סעי' י"ח, ד"ה "מיהו לוליי": "ועוד שאף שהתנה שלא תבענו, הרי יכול ללוות מאחר, וא"כ ישתעבד לו מדרי נתן, ואותו אחר יתבענו כיון שהחוב נשאר ואינו מחול".

לעומת זאת, ישנם גם פוסקים הסוברים כי התניה השוללת את זכות הגישה לערכאות חלה, אלא שעדיין על הנתבע להשיב את מושא התביעה על מנת לצאת ידי שמים. כך, הביאו חלק ממפרשי הרמב"ם. ה'כסף משנה'<sup>98</sup> מצטט את הר"י קורקוס שכתב:

"נ"ל טעם הדבר שאע"פ שאינו יכול לנגוש אותו, כיון שהחוב מוטל עליו והוא חייב לפרוע בכל עת לצאת ידי שמים, גם אם יתפוס המלוה משל הלוה יכול ליקח אותו בחובו, קרינן ביה "לא יגוש". ולא דמי לקובע זמן שאין עליו שום חיוב בתוך הזמן".

בדרך דומה ביאר הרדב"ז את דין הירושלמי, כאשר כתב: "נ"ל טעמא דאע"ג שלא יתבענו כל שעה שהוא רואה אותו הרי הוא נגוש מעצמו"<sup>99</sup>. כלומר, לשיטות אלו ההתחייבות שלא להגיש תביעה חלה ותופסת, אך עדיין חלה על הלווה חובה מקבילה כלפי שמים להשיב את החוב<sup>100</sup>.

המהרש"ם כותב בתשובתו<sup>101</sup> במפורש, כי גם לאחר ויתור ברור על סכום במסגרת הליך משפטי, תוך התחייבות שלא להמשיך בתביעה, הרי שההתחייבות שלא לתבוע אינה מבטלת את עצם החיוב כלפי שמיא להשיב את החוב. עם זאת, לדבריו של המהרש"ם יוצא שבסופו של יום גם החיוב בידי שמים יכול להביא לתביעה ממשית:

"יש לעיין כפי הלשון שכתב... שהתפשר עמו שלא יתבענו יותר. י"ל דאין זה לשון מחילה כלל, דנהי שהבטיח לו שלא יתבענו, מ"מ גוף החיוב לא נמחל. ולצאת ידי שמים חייב לשלם. וא"כ שוב כיון דלא נקנה גוף החיוב לנתבע ויכול תובע לחזור ולתבעו".

בנוסף, בתשובה אחרת<sup>102</sup> מדגיש המהרש"ם כי ללא קשר למחלוקת הנ"ל בין הפוסקים, הרי במקום שבו יש פגם כלשהו בגמירות הדעת של המוותר על זכות התביעה – ודאי שיש לראות את ויתורו כמבוטל. באותו מקרה היה מדובר במשכיר, אשר במטרה לפנות את השוכר מהמושכר הבטיח לו שאם יצא מיד לא יתבע אותו על חוב דמי השכירות. המהרש"ם מבהיר שבשל הנסיבות הללו, הסכמת כל הפוסקים תהיה שלא ניתן לראות בזה ויתור על זכות התביעה. "ובנ"ד, שהי' ראובן נאלץ שיצא שמעון מהבית. י"ל דלכ"ע לא הוי מחילה, דאפשר דדחויי מדחה ל"י בכדי שיצא מהבית".

כך או כך, הן לפי גישת מיעוט הפוסקים בהם ההתחייבות שלא לתבוע חלה, אך החוב שריר וקיים, ובוודאי לפי מרבית הפוסקים, הקובעים כי עצם ההתחייבות שלא להגיש תביעה אינה אלא "פטומי מילי" ו"דברים בעלמא" – אין כל מחלוקת כי 'זכות הגישה לערכאות', גם אם היא אינה מכונה כך, זוכה לכבוד רב בהלכה, ויכולת הפגיעה בה היא מינימלית ביותר, אם בכלל.

<sup>98</sup> כסף משנה, הלכות שמיטה ויובל, פ"ט, ה"ט, ד"ה "התנה עמו שלא יתבענו".

<sup>99</sup> רדב"ז, הלכות שמיטה ויובל, פ"ט, ה"ט, ד"ה "התנה עמו שלא יתבענו".

<sup>100</sup> יצוין כי שיטות אלו נראות כסותרות, לכאורה, סוגיא מפורשת במסכת שבת, קמ"ח, ע"ב, העוסקת ביחס בין שמיטת כספים והיכולת לתבוע הלוואת יום טוב. בין היתר, מבואר שם שלפי השיטות שהלואה אינה ניתנת להיתבע, השביעית אינה משמטת, למרות שניתן לתפוס מידי הלווה (וראה בפירושי הראשונים לגישה זו). וראה בהרחבה על עניין זה בתומים, חו"מ, ס"ז, ס"ק י"ב וס"ק ט"ז, המתייחס לשאלה זו.

<sup>101</sup> שו"ת מהרש"ם, ח"ה, סימן כ"ב.

<sup>102</sup> שו"ת מהרש"ם, ח"ב, סימן נ"ד.

כחלק מגישה זו לגבי חשיבות זכות הגישה לערכאות, ניתן לזהות כללים בהם נמנע בית הדין משלילת זכות הגישה לערכאות. כך, לדוגמה, בעוד שבמשפט הישראלי תהיה מחיקת כתב תביעה על הסף (וקל וחומר דחייתו) עניין המתרחש, גם אם לעתים רחוקות<sup>103</sup>, הרי שבמשפט העברי מחיקה או דחייה על הסף כלל אינה אפשרית. "משחוגשה תביעה לביה"ד, אין ביה"ד רשאי לסרב לדון בה. אם החלו הצדדים לטעון בפני ביה"ד, ואין זה משנה מהו נשוא הדיון, שוב אין ביה"ד יכול להסתלק מן הדיון"<sup>104</sup>. ניתן להצביע על נקודה דומה, כאשר הנושאים אשר הוזכרו לעיל כפוגעים בזכות הגישה, דוגמת ההתיישנות, אגרות בית המשפט, מעשה בית הדין וזוטי הדברים – אינם קיימים כלל או שקיימים במידה מועטה בהרבה במשפט העברי. על עניינים אלו ואחרים נרחיב להלן. במקביל, לעיתים קיימים כלים למניעת שימוש לרעה בזכות הגישה. דוגמה לגישה מעין זו, היוצרת תמריצים להימנע מהגשת תביעה לא מוצדקת, ניתן למצוא דווקא בסוגיה המנסה ליישב בין שני פסוקים:

"רמי ליה אביי לרבא: כתיב 'מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם'<sup>105</sup> – מיטב אין, מידי אחרינא לא. והתניא 'ישיב'<sup>106</sup> לרבות שווה כסף, ואפילו סובין? ! לא קשיא. כאן מדעתו, כאן בעל כרחו".

כלומר, לפי ההעמדה של הגמרא (שלא נפסקה בסופו של דבר להלכה) ההבדל בהתנהגותו של החייב לאחר שנגרם החוב, מביא להבדל בדין שיושת כלפיו. "אי משלם ליה מזיק נזקו מדעתו, דלא אטרחיה לצעוק עליו בבי"ד – שקיל סובין, אבל אם אינו רוצה המזיק לשלם נזקו לניזק אלא בבי"ד, דהיינו בעל כרחו, אינו משלם אלא מיטב"<sup>107</sup>. בכך, מבקשת הגמרא למנוע 'התגוננויות סרק'.

## ד. השפעת הכללים הדיוניים על המשפט המהותי

המשפט המהותי והמשפט הדיוני משפיעים זה על זה בהיזון חוזר<sup>108</sup>. מובן וברור, כי לכל הכרעה דיונית ישנה השפעה מיידיית במישור המהותי<sup>109</sup>. נדגיש, כי באומרנו הכרעה דיונית, כוונתנו היא להכרעה של בית המשפט, כמו גם להחלטה שמקבל המתדיין עצמו על דרך התנהלותו. הדברים ברורים, ונראה שאין צורך בהרחבה כלשהי, ככל שהדברים נוגעים להקשרים הישירים של הדיון. הקשרים ישירים מעין אלו ימצאו למשל כאשר אנו עוסקים

<sup>103</sup> ע"א 615/84, **אברהם מרקוביץ נ' חייא סתם**, פ"ד מב(1), 541 (1988); להלן: "פרשת מרקוביץ", 545; ע"א 556/84, **קומפני פריזיין נ' שמואל פלאטו שרון**, פ"ד לט(2), 529, 532 (1985); ע"א 765/81, **משה עומיסי נ' יעקב חסן**, פ"ד לט(1), 556, 559 (1985).

<sup>104</sup> שוחטמן, סדר הדין, 164. וראה גם פרשת סיראגניאן, 825; פרשת המגן.

<sup>105</sup> שמות, כ"ב, ד'.

<sup>106</sup> שמות, כ"א, ל"ד.

<sup>107</sup> רש"י, ד"ה "מדעתו" לפי גירסת הרש"ש וכתבי יד. הישיטה מקובצת (בד"ה "כאן") חולק על רש"י, וטוען כי אדם יכול להיות חסר בקיאות בדין, ולסבור שהוא פטור, וממילא אין מקום להענישו על פנייתו לבית הדין. לכן לשיטתו תשלומי המיטב יבואו כאשר המזיק מסרב לשלם לאחר הפסיקה, ומצריך את הניזוק לפנות להוצאה לפועל או לשוב לביה"ד. על כל פנים, נראה שהמחלוקת היא מתי יש לתלות אשמה במזיק שלא שלם, אך לפי שתי שיטות הימנעות מתשלום באשמה – גוררת סנקציה [ביחידושי רבי נחום] (אות רל"ב, ד"ה "לא") מובא הסבר הפוך, שהדין המהותי הוא לשלם 'מיטב', אלא שהתורה נתנה תמריץ למזיק, אשר 'חסד' לניזוק את הפניה לבית הדין. והתירה לו לשלם גם בשוה כסף דוגמת סובין, וראה גם בחדושי ר' אריה לייב (מאליו), ח"א, נ"ה, ב'.

<sup>108</sup> ראה: James, Hazard & Leubsdorf, Civil Procedure, 2.

<sup>109</sup> עד כדי כך, שהיה מי שטען בעבר כי: "So great is the ascendancy of the Law of Actions in the infancy of Courts of Justice, that substantive law has at first the look of being gradually secreted in the interstices of procedure" ראה: Henry Summer Maine, **Early Law and Custom** (John Murray, London, New Edition 1891), 389. וראה גם בבש"ס 1070/13, **עיריית גבעתיים נ' התחדשות אורבנית ייזום נדל"ן** (פורסם בנבו, 17.3.13; להלן: "פרשת עיריית גבעתיים"): "הפרוצדורה, הנדמית לא פעם כטפלה לדין המהותי, יכולה לחרוץ גורלות, ועליה להיות מוסדרת באופן שיגן במידה המירבית על יכולתם של בעלי דין לעמוד על זכויותיהם המהותיות מחד, ועל האינטרס הציבורי שביעילות ההליכים וסיומם מאידך. מטעם זה אף פורשו כזכויות חוקתיות, זכויות פרוצדוראליות מרכזיות".

בנושאים המאיינים לחלוטין את הזכות הדיונית, כאשר אליה נלווית, כמובן, גם זו המהותית (דוגמת החלטת המפסיד שלא להגיש ערעור במשך 45 ימים לאחר קבלת פסק הדין, או החלטת בית המשפט שלא להאריך לו את המועד להגשת הערעור<sup>110</sup>), או בנושאים המשפיעים על יכולת בירור האמת<sup>111</sup> בסוגיה הנדונה (דוגמת החלטה שלא להגיש שאלון ו/או לדרוש גילוי מסמך מסוים<sup>112</sup>).

עם זאת, להכרעות דיוניות יכולה להיות השפעה גם בכיוונים נוספים. כך, לדוגמא, יתכן מצב בו עלויות ניהול התביעה הן גבוהות מתוחלתה. במצב מעין זה איום בהגשת התביעה איננו אפקטיבי, והגשת התביעה אינה כדאית<sup>113</sup>. ואולם, יתכן מצב בו בחירה במסלול בעל השלכות דיוניות שונות תשנה את מאזן הכוחות, ותביא לאיום אפקטיבי בהגשת תביעה. כך, לדוגמא, יתכן בהחלט מצב בו הגשת התביעה על סכום של 60,000 ₪ אינה כדאית מבחינה כלכלית, שכן היא כרוכה במסלול דיוני ארוך ומסורבל, אך הפחתת סכום התביעה והסתפקות ב-50,000 ₪, תהפוך את הגשת התביעה לכדאית, שכן היא תאפשר שימוש בכלי דיוני<sup>114</sup> מהיר יותר ומדויק פחות. הדברים נכונים מקל וחומר, מקום בו יוכל אחד הצדדים להגיע להליך של סדר דין מקוצר, גם אם בשל כך יאלץ לוותר על עילות שאינן רלוונטיות בהליך זה.

ההשפעה היא גם במישור אחר. נניח לצורך דיונו כי הליך מהיר יותר הוא מדויק פחות, וזוכה ליחס מעמיק פחות מצד בתי המשפט. במצב דברים זה, התקנות מעודדות תובע לנפח את תביעתו מ-40,000 ₪ ל-50,000 ₪, וזאת כדי לזכות ביחס הולם מביהמ"ש. מאידך, הן גם מעודדות תובע, המעוניין לפגוע ביכולתו של הנתבע להתגונן כראוי, להפחית את גובה התביעה על מנת להיכנס למסלול המהיר<sup>115</sup>. למעשה, ניתן בהחלט לומר כי גם החלטות בנושאים שוליים לכאורה, דוגמת מועד קביעת התיק לדיון, מספר הדיונים שיתקיימו ואופן הגשת העדויות, עשויות להשפיע באופן ניכר על תוצאות ההליך<sup>116</sup>.

<sup>110</sup> בהתאם להוראת תקנה 397 לתקנות.

<sup>111</sup> יכולת בירור האמת משפיעה, כמובן, באופן ישיר על רמת הדיוק של בית המשפט בפסק הדין, שיצא מתחת ידיו. ככל שבית המשפט יהיה מדויק יותר, כך יפחתו המקרים בהם תתבצע טעות לאחד הכיוונים – קביעה שאדם לא הפר את חובותיו, על אף שלמעשה הפר אותם, או קביעה שאותו אדם הפר את חובותיו, על אף שלמעשה עמד בהם. חשוב להבין כי שתי הקביעות כאחת יוצרות תמריצים שליליים לנתבע פוטנציאלי לקיים את התחייבויותיו. מחד, ככל שירבו המקרים, בהם יקבע כי הנתבע חייב בפיצוי, על אף שלא הפר את חובותו, הרי שהנתבע יבחר מלכתחילה שלא לעמוד בהתחייבויותיו. מאידך, ריבוי מקרים בהם יקבע כי הנתבע אינו חייב בפיצוי, על אף שהפר חובות, יביא לעידוד הנתבע שלא לעמוד בהתחייבויותיו. בנוסף, ככל שבית המשפט יהיה מדויק יותר, כך גובה הפיצוי שיקבע ישקף בצורה המיטבית את הנזק הכללי שנגרם כתוצאה מהפרת ההתחייבות [ואולם, בנוגע לאי דיוק מעין זה, הרי שאי דיוק שאינו מוטה, לא ישפיע על המוטיבציה לקיום התחייבויות בדרך כלשהי, וישפיע רק על מעמדו של בית המשפט בעיני הצדדים]. להרחבה ראה: Kaplow & Shavell, Accuracy in the Assessment of Liability, 37 J. L. & Econ. (1994), 1; Louis Kaplow & Steven Shavell, Accuracy in the Assessment of Damages, 39 J. L. & Econ. (1996), 191.

<sup>112</sup> להרחבה ראה: Hay, "Civil Discovery: Its Effects and Optimal Scope", 23 J. Leg. Stud. (1994), 481.

<sup>113</sup> John P. Gould, The Economics of Legal Conflicts, 2 The Journal of Legal Studies (1973), 279. עם זאת בנסיבות מסוימות, ובעיקר במקרים של היעדר איזון באינפורמציה הידועה לצדדים ובמקרים של חלוקה לא מאוזנת של עלויות התביעה במשך תקופת ניהול המשפט, יתכן מצב בו גם כאשר עלויות ניהול התביעה גבוהות מתוחלתה – איום התביעה יישאר אפקטיבי. לעניין זה ראה Alon Klement, Threats to Sue and Cost Divisibility under Asymmetric Information, 23 Int'l Rev. L. & Econ. (2003), 261; Lucian A. Bebchuk, Suing Solely to Extract to Settlement Offer, 17 The Journal of Legal Studies (1988), 437; Lucian A. Bebchuk, A New Theory Concerning the Credibility and Success of Threats to Sue, 25 The Journal of Legal Studies (1996), 1.

<sup>114</sup> בהתאם לפרק ט"ז לתקנות (תקנות 214א-214ט"ז).

<sup>115</sup> אייר שילה, "צדק דחוי עדיף על אי צדק מהיר", עלי משפט ג' (התשס"ג), 314 (להלן: "שילה, צדק דחוי"), 342-343.

<sup>116</sup> מיכל אגמון-גונן, "אי-תלות שיפוטית? האיום מבפנים", המשפט 18 (התשס"ד), 2 (להלן: "אגמון-גונן, אי-תלות"), 9.

ההשפעה של הכללים הדיוניים לא באה לידי ביטוי רק בעת הדיון בפני ביהמ"ש. הם משפיעים גם אחרי הדיון, באמצעות החלתו של הכלל בדבר מעשה בית דין גם על תביעה שנדחתה על הסף בשל אי עמידה בכללים הדיוניים<sup>117</sup>. ההשפעה המוקדמת היא משמעותית עוד יותר. כפי שניתן לראות גם בדוגמא דלעיל, לכללים הדיוניים השפעה ניכרת על הכרעות הצדדים קודם לדיון בבית המשפט. להשפעה זו חשיבות תורת משפטית רבה<sup>118</sup>. המשפט המהותי משפיע ומכוון את דרך ההתנהגות הנורמטיבית בחברה, וזאת במספר דרכים שונות. עם זאת, ההשפעה אינה תלויה אך ורק בדין המהותי. יכולת אפקטיבית לתבוע במצב בו בוצעה התנהגות שלא ע"פ הנורמה היא הכרחית להבטחת ההשפעה על התנהלות הצדדים. כך, כדי למנוע מקרים בהם תבוצע הפרת כללים סיטונאית, המניבה תועלת שתהפוך את אפשרות התביעה לבלתי אפקטיבית, בשל השקעת משאבים לא סבירה ביחס לגובה הנזק, 'הומצא' המנגנון של התביעה הייצוגית<sup>119</sup>. הוא הדין לגבי יכולת אפקטיבית להתגונן מפני תביעה (או גבייה)<sup>120</sup>. בדומה לכך, ככל שהכללים הדיוניים יכבידו על הגשת תביעה בשל הפרת חובה, הסיכוי שהמפר יידרש לפצות את בעל הזכות יורד, וממילא התמריץ למפר הפוטנציאלי לקיים את חובותיו יפחת. לעומת זאת, ככל שהכללים יכבידו על ניהול ההגנה (לדוגמא, בסדר דין מקוצר<sup>121</sup>), חששו של המפר הפוטנציאלי מטעויות לרעתו יגבר, ומבחינה כלכלית, לפחות, גם תמריצו להפר את החובה<sup>122</sup>. ההשפעה על ההתנהגות תלויה גם בתוצאות ההליך הצפויים בהתחשב ביכולת ביהמ"ש לרדת לחקר האמת (התלויה בסוגיות דיוניות), ובתוצאות הצפויות של מגעים לפשרה מחוץ לכותלי ביהמ"ש וברמת הלחץ שיופעל על הצדדים להתפשר.

מחקרים עדכניים מראים כיצד הוראות הדין המהותי קשורות בטבורן לכלים הדיוניים. הם מציגים בצורה נרחבת את השפעותיהם של כללים דיוניים על מספר התביעות שיוגשו, על מספר הפרשות שיושגו, על רמת הדיוק

<sup>117</sup> פיסקה 9 לפסק דינה של השופטת ארבל בע"א 4087/04, מוטי גורה נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 8.9.05; להלן: "פרשת גורה"). "...סדרי הדין אינם חלק נפרד משיטת המשפט, אלא קשורים הם בקשר גורדי ליכולות המהותיות המוקנות על פי הדין. עמדה זו באה לידי ביטוי אף בהחלת דוקטרינת מעשה בית דין, במקרים בהם נדחתה תובענתו של בעל דין על הסף, ולו מפאת אי עמידתו בהוראות סדרי הדין גם כן...". וראה גם במקורות המאוזכרים שם.

<sup>118</sup> לעיון בסוגית השפעת ההליכים הדיוניים על הכרעות הצדדים להליך ראה גם: John Anthony Jolowicz, *On civil procedure* (Cambridge University Press, 2000), 72 (להלן: "Jolowicz, On civil procedure"); Marc Galanter, 'Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering and Indigenous Law', *Journal of Legal Pluralism* 19 (1981), 47, 158.

<sup>119</sup> ראה סעי' 1 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006: "מטרתו של חוק זה לקבוע כללים אחידים לענין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות, לשם שיפור ההגנה על זכויות, ובכך לקדם בפרט את אלה: (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"; דברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, ה"ח 93, 232: "כלי משפטי זה נועד בעיקר למצבים שבהם תאגיד גדול או רשות פוגעים בציבור גדול, באופן שלכל פרט נגרם נזק קטן, אשר אינו מצדיק הגשת תביעה על ידו, אולם סך כל הנזק המצטבר לציבור הנפגעים הוא רב. התובענה הייצוגית מאפשרת לאחד את האינטרס של כלל הנפגעים ויוצרת תמריץ להגשת תובענה..."; דברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, ה"ח 234, 256-257: "התובענה הייצוגית היא כלי חשוב להגברת האכיפה של זכויות, שלגביהן התביעה הפרטנית אינה הליך יעיל ומעשי, ובכלל זה תביעות שסכומן זניח לעומת עלות התביעה, או תביעות הסובלות ממחסומי תביעה אחרים. התובענה הייצוגית היא כלי חשוב לתביעת זכויות של ציבור גדול, הנפגע ממעשה של גורם אחד, המרכזו בידו כוח רב... מטרת החוק המוצע היא ליצור מסגרת אשר תאפשר לציבור או לקבוצה של פרטים, לרבות לאוכלוסיות שאין בידן לפנות לבית המשפט כיחידים, מימוש של זכות הגישה לבית המשפט, וזאת כדי להבטיח אכיפה יעילה של הדין, מתן סעד הולם לנפגעים מהפרתו ויצירת הרתעה מפני הפרתו. מטרה נוספת שעומדת בבסיס החוק היא קידום ניהול יעיל, הוגן וממצה של התובענה הייצוגית"; מיכאיל קרייני, 'התביעה הייצוגית בישראל – על פרשת דרכים': בעקבות פסק דין מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, *דין ודברים* א' (התשס"ה), 449 (להלן: "קרייני, התביעה הייצוגית"), 457-452; אלון קלמנט, 'התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד על פני תובעים רבים': בעקבות פסק הדין ברע"א 3126/00 מ"י נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, *מחקרי משפט* כ"א (התשס"ד), 387 (להלן: "קלמנט, התביעה הייצוגית"); אלון קלמנט, גבולות התביעה הייצוגית בעולות המוניות, *משפטים* ל"ד (התשס"ד), 301, 318.

<sup>120</sup> Assaf Hamdani & Alon Klement, *The Class Defense*, 93 *Cal. L. Rev.* (2005), 685 (להלן: "Hamdani & Klement, The Class Defense"); אלון קלמנט, הגנה ייצוגית וגבייה לא חוקית, *משפטים* ל"ח(3) (התשס"ט), 445.

<sup>121</sup> בהתאם לפרק ט"ז לתקנות (תקנות 202-214), וראה בהרחבה להלן על המצב בפועל.

<sup>122</sup> שכן, שיקול כלכלי יראה, שגם קיום החובה לא יבטיח מניעת חיוב כפול, וממילא במצב שכזה קיימת עדיפות (אם נתעלם לרגע מעלויות ניהול התביעה) להימנע מקיום החובה.

של הפסיקה, ועל תוצאותיו הסופיות של ההליך המשפטי<sup>123</sup>. יתר על כן, גם בעידן בו מחקרים מראים כי התדיינות משפטית מלאה (הכוללת ליטיגציה) הולכת ופוחתת<sup>124</sup>, השפעתם של כללי הפרוצדורה הנוהגים בבתי המשפט השונים על בעלי הדין נותרת בעלת משמעות מרחיקת לכת. זכאויות פרוצדוראליות במסגרת ההליך השיפוטי משפיעות, מטבע הדברים, לא רק על התוצאה השיפוטית גופה, אלא גם על הסדרי הפשרה הצפויים להתגבש מחוץ לכתלי בית המשפט. המשא ומתן בין הצדדים לסכסוך מתנהל בצלו של ההליך המשפטי<sup>125</sup>. בסופו של דבר, בהיזון חוזר ההשפעות הללו ישפיעו ישירות על הדין המהותי, שכן הן תשפיענה על החלטתו של בעל הדין הפוטנציאלי<sup>126</sup>, האם לעמוד בהתחייבויותיו כלפי בעל דינו ככתבן וכלשונו, או שמא לנסות וללחוץ עליו תוך ניצול מעמדו הדיוני (לדוגמא, ככל שהתוצאות הצפויות בפסק הדין תהיינה מדויקות יותר, כך תוגשנה יותר תביעות מוצדקות ופחות תביעות לא מוצדקות<sup>127</sup>). השפעת גורמים אלו על נכונותם של הצדדים במערכת לעמוד בחובותיהם, ועל התנהגותם, ככלל, טרם פרוץ הסכסוך, כמתחייב מאלמנטים של צפיות, רק מעצימה את חשיבותם של הכללים הדיוניים, אך גם בלעדיה משמעותם, כאמור, ניכרת.

לעניין זה, חשוב להבהיר כי המטרה הכוללת של קביעת הכללים הדיוניים נועדה, בין היתר, לסייע ביצירת הודאות המשפטית והצפיות, שהן הינן אבני יסוד בערכי הפרוצדורה האזרחית:

"There is no doubt that one of the cardinal values of a procedural system is to insure a certain, sure and predictable process in which the parties can rely. That is, the rules should be clear so that a party knows what is expected of him, and they should be certain and predictable so that if person acts in accordance with them he need not fear that his case will be lost on procedural grounds"<sup>128</sup>.

במשפט העברי נראה שההשפעה של 'תעלולים' דיוניים תהיה פחותה בהרבה. עם זאת, יכולה להיות השפעה ניכרת להחלטות דיוניות כאלו ואחרות. כך, לדוגמא, כללי מקום השיפוט<sup>129</sup> קובעים כי זכותו של הנתבע לדרוש שהדיון

<sup>123</sup> ראה אלון קלמנט ורועי שפירא, 'יעילות וצדק בסדר הדין האזרחי – גישה פרשנית חדשה', **משפט ועסקים** ז' (התשס"ז), 75 (להלן: "קלמנט ושפירא, יעילות וצדק"), 81-93.

<sup>124</sup> ראה: Marc Galanter, 'The Vanishing Trial: A n Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts', 1 **J. Empirical Legal Stud.** (2004), 459.

<sup>125</sup> יששכר רוזן צבי וטליה פישר, 'מעבר לאזרחי ולפלילי: סדר חדש לסדרי הדין', **משפטים** ל"ח (התשס"ח-התשס"ט), 489 (להלן: "רוזן צבי ופישר, מעבר לאזרחי"), 510.

<sup>126</sup> ההשפעה על ההתנהגות תהיה משמעותית יותר, ככל שהכללים הדיוניים ידועים יותר לאותו בעל דין, כאשר יכולת התכנון שלו תגבר. לעניין זה ראה: Meir Dan-Cohen, 'Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law', 97 **Harv. L. Rev.** (1984), 625.

<sup>127</sup> קלמנט ושפירא, שם, 87, 91.

<sup>128</sup> Stephen Goldstein, 'The Influences of Constitutional Principles on Civil Procedure in Israel', 17 **Isr. L. Rev.** (1982), 467 (להלן: "Goldstein, The Influences").

<sup>129</sup> לסיכום כללים אלו ראה שוחטמן, סדר, ח"א, 223-321; שוחטמן, סדר הדין, 87-125; הרב אברהם רוזין, **אלה המשפטים – הלכות והליכות בית הדין**, זכרון אהרן, ירושלים התשס"ט (להלן: "רוזין, אלה המשפטים"), ע"ה-פ"ד; הרב יהודה שחור, בחירת מקום הדיון על ידי התובע או הנתבע, **כתלנו** ט"ו (התשנ"ד), 383; תיק (חי') 921689/1, **פלונית נ' פלוני** (פורסם בנבו, 28.1.13). יודגש, כי כללים אלו מקבילים לכאורה לכללי הסמכות המקומית. עם זאת, חשוב להדגיש כי לפי ההלכה מבחינת הסמכות יש לכל בית דין בישראל סמכות לדון כל איש מישראל, אלא שאין בית דין אחד יכול לכוף את הנתבע להתדיין בפניו, אם הנתבע עומד על זכותו להתדיין בפני בית דין אחר בעירו. ראה שוחטמן, שם, 227. וראה עוד על ההבדלים בין מושגים אלו אצל שוחטמן, סדר הדין, 89. להתייחסות ליברלית ביותר

המשפטי ייערך בבית הדין 'שלו'<sup>130</sup>, והתובע ילך אחר הנתבע. הדברים נכונים גם כאשר הנתבע מצוי בחו"ל<sup>131</sup>, ואפילו אם התובע מנוע מלהגיע לעירו של הנתבע<sup>132</sup>, וגם כאשר סמכות ביה"ד במקומו של התובע נחשבת לגדולה יותר<sup>133</sup>. הדברים, כמובן, מטילים הוצאות כבדות על כתפי התובע, ויכול גם להביא לאובדן דרכי הוכחה מבחינתו<sup>134</sup>. מדובר בתמריץ שלילי מובהק להיות מגיש התביעה, ופעמים רבות עדיף לאדם לעשות דין לעצמו, מאשר להגיש תביעה<sup>135</sup>.

לא למותר לציין, שהיום מאבקים רבים בין זרמים שונים ביהדות החרדית מגיעים להכרעה בבתי המשפט. שופטים שתמחו על הפניה לערכאות<sup>136</sup>, נענו כי כללי הדיון מביאים לכך שאיש מהצדדים איננו מעוניין לתבוע לדין תורה, על מנת לא להגיע לבית הדין של הזרם היריב, והדרך היחידה מבחינתו להגיע להכרעה אובייקטיבית, אבסורד ככל שזה יישמע, היא באמצעות פנייה לבתי המשפט, השופט בהתאם לדין שאיננו מקובל על הצדדים. במשך השנים זכו כללי הדיון ליחס בלתי אוהד מצד רבים מהעוסקים במלאכת המשפט. חלק מהעוינות שנודעה לסדרי הדין נעוצה ביכולת לעשותם 'קרום לחפור בו'<sup>137</sup>. חלק אחר נעוץ, ככל הנראה, בריבוי הפרטים הפורמליסטיים הקטנים, ובייחוד בפרטים המבדילים בין הליך אחד למשנהו. הדברים אף הובילו להערות ציניות של שופטים בעניין<sup>138</sup>. עוד גורם ליחס הבלתי אוהד נובע, ככל הנראה, מהתפיסה כי מדובר בחלק ה'משעמם' של

לכללי סמכות מקומית בבית הדין הרבני (מכח תקנות הדיון), ראה פסק בית הדין הרבני הגדול בתיק 1-21-6396, פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 9.1.07).

<sup>130</sup> רמ"א, חו"מ, י"ד, א'. להרחבה על כלל זה ומקורותיו ראה אצל שוחטמן, שם, 93-96 ובייחוד בהע"ש 26. בין הטעמים שנוכרו ניתן למנות את הכלל הידוע "המוציא מחבירו עליו הראיה", את הרצון להבטיח את ביצועו של פסה"ד בידי הנתבע ואת החשש מפני הרמאים.

<sup>131</sup> ראה בפסקי ביה"ד הרבני הגדול אליהם מפנה שוחטמן, שם, 95, בהע"ש 36.

<sup>132</sup> במקרה זה על התובע ליקח מורשה (עו"ד/טו"ר) על מנת שייצגו בפני ביה"ד. שו"ת משפט וצדקה ביעקב, ח"א, סימן קס"ג; תיק 3898/תשכ"א, פד"ר ו', 265, 272.

<sup>133</sup> שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן ז'.

<sup>134</sup> וראה גם שו"ת מהריב"ל, ח"ג, סימן ק"ח.

<sup>135</sup> עם זאת, לעיתים יוכל התובע לכפות דיון במקומו [שוחטמן, סדר הדין, 106-100; נחום רקובר, שלטון החוק בישראל, ספרית המשפט העברי, ירושלים-התשמי"ט (להלן: "רקובר, שלטון החוק"), 115-113; רוזין, שם, פ"ג-פ"ד], כך שמלכתחילה הדיון יתקיים במקומו של התובע. בעיקר במקרים ייחודיים, דוגמת אב ובנו [שו"ע, יו"ד, ר"מ, ח'. הרחבה בנושא זה להלן], רב ותלמידו [פתחי תשובה, חו"מ, י"ד, ד'], אישה ובעלה [ראה שו"ת אגרות משה, חו"מ, ח"א, סימן ה'. אך בעניין זה שיטות רבות הסוברות כי האישה אינה צריכה לילך אחר בעלה גם כאשר הוא התובע (ובפרט כאשר מדובר בתביעה לגירושין), ראה את עמדת הפתחי תשובה, חו"מ, י"ד, ס"ק ד'; שו"ת יביע אומר, ח"ז, חו"מ, סימן ד'; שוחטמן, סדר, 271-269. ההלכה המקובלת היום היא כי האישה אינה צריכה ללכת למקומו של בעלה, התובע – ראה תיק (חיפה) תשכ"ו/3898, פד"ר ו', 265, 272], אכסנאי [ראה מהרי"ק, שורש י"ד; רוזין, שם, פ"א] וכו'.

להרחבה נוספת בעקרונות מקום השיפוט ובפרט בבתי הדין הרבניים במדינת ישראל, ראה ערעור תשכ"ז/159, מובא בשו"ת משפטי שאול, סימן מ"ב; הרב אברהם דב לוי, קביעת מקום הדיון, דיני ממונות וביורוי יהדות ט', קמ"א; ערעור תשמ"ז/159, קרית שומרי אמונים נ' הרב מ., שורת הדין ז', תס"א (ניתן ביום ז' אדר התשמ"ח); ערעור תשמ"ח/384, מ. ס. נ' א. ג., שורת הדין ז', תס"ג (ניתן ביום י"ט טבת התש"ן); ערעור תשנ"א/162, י. ש. נ' י. א., שורת הדין ז', תס"ז (ניתן ביום ה' טבת התשנ"ב); ערעור 113/ס"ג, א. מ. נ' א. י., שורת הדין ט', תל"ז (ניתן ביום כ"ה אדר א' התשס"ג); ערעור 4485/ס"ג, כ. צ. נ' כ. ח., שורת הדין ט', תנ"ח (ניתן ביום כ"ח אדר א' התשס"ג); ערעור 2971/ס"ד, א. ע. נ' א. ש., שורת הדין י', תס"ה (ניתן ביום כ"ה חשוון התשס"ה); ערעור 1043/ס"ד, מ. י. נ' י. א., שורת הדין י', תס"ו (ניתן ביום 30.6.04); פסק הדין המופיע בעלון המשפט 3 (תשרי התשס"ח), א'.

<sup>136</sup> הדברים, כמובן, אינם נכללים בפרוטוקולים, ואולם עדויות על אירועים מעין אלו נשמעו מפי רבים. וראה גם אצל יצחק ברנד, ערכאות של גויים במדינת היהודים, הוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה (מחקר מדיניות 83), התשי"ע (להלן: "ברנד, ערכאות"), 66-67; ת"א 16016/07, אסקימו סחר בע"מ נ' משה וידיסלבסקי (פורסם בנבו, 5.5.08; להלן: "פרשת אסקימו סחר"); וברמיזה המופיעה בפסקה 11 לפסק הדין בע"מ 10010/08, הרב אליעזר כהנמן נ' הרב שמואל מרקוביץ (פורסם בנבו, 2.12.09).

<sup>137</sup> חיים כהן, על עינויי סדרי הדין, בתוך ספר היובל לפנחס רוזן, ירושלים, התשכ"ב, 267 (להלן: "כהן, על עינויי"), 269-275; ע' צוקרמן, צדק שווה זמן (וכסף), עורך הדין 12 (2000), 50 (להלן: "צוקרמן, צדק שווה זמן"), 51.

<sup>138</sup> ראה, לדוגמה, בפסקה 4 לפסק הדין בבש"ם 10486/08, המועצה המקומית קריית טבעון נ' תשתיות נפט ואנרגיה בע"מ (פורסם בנבו, 2.3.09): "...מקור הבעיה נובע מקביעה של מועדים שונים להגשת ערעור על פסק דין בעתירה מינהלית - 30 ימים - מאשר המועד המקובל להגשתו של ערעור אזרחי - 45 ימים. אילו נקבע מועד אחיד היה הדבר מקל על עורכי הדין ומונע מצב בו מועדי התקיפה השונים של החלטות שיפוטיות יכולים לשמש כחומר בבחינות הכניסה ללשכת עורכי הדין או אולי כשאלות בחידוני טריוויה לעורכי דין". אגב, מבלי להיכנס לגופם של דברים, לענ"ד, יש היגיון רב בהוראה שתקופת הערעור על עתירה מנהלית מוגבלת יותר. וראה גם אצל אליקים רובינשטיין, 'על דין אמת וסדר דין אמת', דברים לכבוד המשנה לנשיא בבית המשפט העליון, השופט ד"ר שלמה לוי עם פרישתו, בתוך ספר שלמה לוי (עורכים: אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קריינין), 7 (פורסם במקור בתוך המשפט ט' (התשס"ד)),



המשפט<sup>139</sup>, וכי מדובר בעיקר בכללים שיש לשננם ללא דיונים מעמיקים. סיבות אפשריות נוספות הן העובדה שמרבית הכללים מצויים בחקיקת משנה בלבד והתחושה כי מדובר בשפחה לגבירה נכבדה – הדין המהותי<sup>140</sup>. באופן קטיגורי ניתן גם לקבוע כי סדרי הדין אמורים להיקבע מתוך כפיפות לזכויותיהם המהותיות של בעלי הדין, וכאשר בית המשפט קובע את סדרי הדין עליו להימנע ככל יכולתו מפגיעה בזכויותיו הדיוניות של מי מבעלי הדין<sup>141</sup>, וכאשר מסלול דיוני מסוים עשו לפגוע בזכויותיהם המהותיות של בעלי הדין – הרי שמסלול זה ייפסל, גם אם הדברים עשויים לפגוע ביעילות בירור ההליך<sup>142</sup>.

אין זה המקום לדון בשאלת היחס הראוי לכללים הדיוניים. עם זאת, ניתן בהחלט לומר, כי חלק ניכר מהדיון ומהשיח בנוגע לכללים הפרוצדוראליים, נעשה תוך התעלמות מהעקרונות התורת משפטיים, התיאורטיים, החוקתיים והמוסריים הכמוסים בכללים הדיוניים הנקודתיים. עמד על כך בית המשפט, כאשר הבהיר כי :

”הלכות המשפט המהותי קמו ונולדו על יסודות דיוניים. מקום שהיתה לאדם עילה מן העילות המוכרות, המשמשות לדיון

על פי צו פרוגטיבי, נולדה לו זכות מהותית, ובאין עילה, למעשה גם לא היתה לו זכות. אך מגיעה השעה, והתווך, הזכות

המהותית, יוצאת מן הקליפה הדיונית ועומדת בפני עצמה... השווה דברי השופט Denning “...substantive law

...has a habit of being secreted in the interstices of procedure”<sup>143</sup>.

כך או כך, הצגה יפה וברורה של הקונפליקט שיוצרים הכללים הדיוניים, ושל הגישה להפרת הכללים הדיוניים,

בבחירת 'אוי לי מיצרי – אוי לי מיוצרי', מופיעה אצל ויתקון :

---

[501 (להלן: "רובינשטיין, על דין אמת"), 11, המצטט את השופט סקאליה, אשר העיר בהומור כי מקצוע הפרוצדורה האזרחית "אינו חשוב לאיש למעט בעלי דין, עורכי דין ושופטים".

<sup>139</sup> ראה בויודיווי של רובינשטיין, שם, 9 וביודיווי של ברק אצל קשת, הזכויות הדיוניות, ח"א, ז'.

<sup>140</sup> ברק, שם.

<sup>141</sup> כך, לדוגמא, בהתייחס לתקנה 48 לתקנות המאפשרת את פיצול הדיון מטעמי יעילות נקבע ברע"א 2301/01, **פז חברת נפט בע"מ נ' משה רשקס**, פ"ד נה(4) 245, 247 (2001), כי: "ככלל, תקנה זו מקנה לבית המשפט סמכות נרחבת להורות על אופן ניהול הדיון ולהתאימו לנסיבותיה הקונקרטיות של התביעה המובאת בפניו. בהפעילו סמכות זו בית המשפט מבקש למצוא מסגרת דיונית אשר תהא הוגנת ויעילה כאחד. בהיבט היעילות, עליה להביא למיצוי מרבי של הזמן והמשאבים המושקעים בנייהול של ההליך על ידי בית המשפט ועל ידי בעלי הדין כאחד. בהיבט ההגיונות, עליה להבטיח כי תשמרנה זכויותיהם המהותיות של בעלי הדין, וכי יינתן להם יומם בבית המשפט, במובן המהותי והמלא של מושג זה. ואולם, כאשר רואה בית המשפט כי עשוי להיווצר ניגוד בין שיקולים אלה, וכי זכותו המהותית של בעל הדין עלולה להיפגע משינוי סדרי הדיון, הרי שעליו להעדיף את שיקול ההגיונות ולהימנע מהפעלת הסמכות הקבועה בתקנה". וראה גם ברע"א 6812/11, **וואטאירפול הנדסה בע"מ נ' L-3 Communications Security and Detection System, Inc.** (פורסם בנבו, 21.12.11): "**סמכותו של בית המשפט** מכוח תקנה 48 לתקנות סדר הדין האזרחי, להורות על אופן ניהול הדיון ולהתאימו לנסיבות המקרה המובא בפניו, כפופה להבטחת זכויותיהם המהותיות של בעלי הדין תוך שמירה על כך שלכל צד יינתן יומם בבית המשפט... לפיכך החלטה לפיצול הדיון, שהינה החלטה פרוצדוראלית על-פי טיבה, אינה יכולה לשמש אכסניה לצמצום העילות שנטענו בכתב התביעה".

<sup>142</sup> ראה לעניין זה בפסקי דין הבוחנים את אפשרות השימוש במסלול הדיוני המקוצר של יבקשה למתן הוראות' ובייחוד בנוגע להליכים המקוצרים בהתאם לסעיפים 373-374 לפקודת החברות, התשמ"ג-1983 המאפשרים לחייב נושאי משרה בכלל חובות החברה. בפסקי דין אלו מודגש כי במסלול זה "טמונים יתרונות פרוצדוראליים משמעותיים לתובע", ולכן נקבע כי תנאי לבירור תובענה בדרך מקוצרת של בקשה למתן הוראות "הוא שבניהול ההליך בדרך מקוצרת לא יהיה בכדי לגרום עיוות דין ופגיעה בזכויות דיוניות ומהותיות של בעלי הדין" (פ"ד 839/03, **כונס הנכסים הרשמי בתפקידו כמפרק עמותת ביקור חולים הוספיטל נ' עיזבון המנוח יוסף כהן ז"ל** (פורסם בנבו, 20.12.11). וראה גם ברע"א 743/76, **אולמי נפטון בע"מ נ' מגדל נחום בע"מ בכינוס נכסים**, פ"ד לב(1), 136, 139 (1977); רע"א 2906/96, **סולי ש. ואנו, עו"ד, מנהל מיוחד מ.ב. תשלובת הבניה של הקיבוץ הארצי בע"מ נ' מכון התקנים הישראלי**, פ"ד (נ1), 298, 299 (1996); רע"א 259/99, **חברת פליצה ראובן בע"מ נ' ציפורה סופיוב**, פ"ד נה(3), 385, 396 (2001).

<sup>143</sup> בג"ץ 19/64, **התאחדות סוכני ביטוח בישראל נ' המפקח על הביטוח, משרד האוצר**, פ"ד יח(3), 506, 515 (1964). עם זאת, נדמה שהמקור לביטוי מצוי דווקא אצל Maine, ibid, 389: "substantive law has at first the look of being gradually secreted in the interstices of procedure". וראה גם אצל ברק, שם, ז-ח: "ההיסטוריה של המשפט המקובל האנגלי היא ההיסטוריה של יצירת משפט מהותי באמצעות דין דיוני... כך באנגליה וכך גם במידה מסוימת אצלנו... הדין הדיוני הוא המכשיר להגשמת הדין המהותי. הוא האמצעי על פיו זכויות של הפרט... מוצאות מן הכח אל הפועל. צמצום הזכות הדיונית, סופו צמצום הזכות המהותית... הזכות הדיונית היא המכשיר להגשמת המשפט החוקתי...".

"יש והמשפט אינו עולה בקנה אחד עם רגש הצדק כשתביעה המוצדקת לגופו של ענין עשויה להיכשל מטעמים פרוצסואליים... אין חולק על כך שכללים דיוניים אלה מועילים ונחוצים הם. מטרתם להבטיח שהמשפט יתנהל בהגינות... אך מה לעשות? הנה לפניך אדם שעשו לו עוול, וזכותו היא זכות, אך אין בית המשפט יכול להיזקק לטענותיו ולסייע לו מחמת שגיאה פרוצסואלית, שעל פי רוב לא הוא האשם בה אלא פרקליטו. כאן אין על השופט לבור בין זכות לעושה, בין צדק לרשעה, אלא הברירה היא מן הקשות ביותר, ולאמיתו של דבר, אין מוצא מן המבוכה. אם ינהג השופט לפי חומרת הכלל הדיוני תידחה התביעה ונמצא החוטא נשכר, ואם יטה לקולה או יתעלם מן הכלל הדיוני ויכריע את הדין לפי גופו של ענין, הרי ישבש את הליכות הדין ויפתח פתח לכל מיני פורענות, ושוב אין רגש הצדק מרוצה מהכרעתו"<sup>144</sup>.

## ה. מודלים להבנת כללי הדין

מחקרים<sup>145</sup> בתורת המשפט מציבים מספר מודלים, בבקשם לבחון את הפרוצדורה האזרחית ואת יחסה למשפט המהותי. האמנם תפקיד הפרוצדורה למצוא פיתרונות לסכסוך בו היא נוגעת, או שמא עליה לדאוג גם למישור הציבורי ולאיינטרסים החברתיים?! האם עיקרם של כללי הדין מתמצה בהוצאתו של המשפט המהותי מן הכח אל הפועל או שיש לה מטרות עצמאיות?! למודלים אלו השלכה רבה על הערכים שנבחן להלן. כך, לדוגמא, גישה השמה את המשפט המהותי כעיקר, תבקש לתת דגש מיוחד לערכי האמת והצדק. בדומה לכך, הערך של שלטון החוק, והרצון בחינוך להקפדה על ההוראות יגברו מאד במודל שבו האספקטים הציבוריים של הדין מקבלים משנה תוקף.

אחד המודלים המשמעותיים הוצע ע"י סקוט<sup>146</sup>. זה חילק בין מודל הרואה את הפרוצדורה כאמצעי לפיתרון קונפליקטים פרטיים (מודל קונפליקטואלי), למודל המדגיש את יכולת הפרוצדורה לעצב התנהגות חברתית (מודל התנהגותי). בהתאם למודל הראשון, המודל הקונפליקטואלי, אנו מעוניינים שאדם יוכל להוציא את זכויותיו מן הכח אל הפועל ושהדברים ייעשו בצורה מסודרת, ולא בעשיית דין עצמי, שבהיקף מוגבר תביא למצב של "איש את רעהו חיים בלעו"<sup>147</sup> (נזכיר, שהדברים הוגדרו לעיל במינוח "כלים למימוש הזכות הקונקרטיית"). הכללים

<sup>144</sup> אלפרד ויתקון, **משפט וחברה**, הוצאת דביר, תל אביב התשט"ז (להלן: "ויתקון, משפט וחברה"), 12. וראה גם שם: "אלפים ורבבות מתדיינים חזו את הדבר מבשרם, פנו לערכאות ובידם הזכות, הכסף שתבעוהו בדין תבעוהו, החפץ שדרשו את החזרתו שלהם היה, הנוק שעליו תבעו פיצויים נגרם להם על ידי הנתבע והיה נזק ממשי, ואף על פי כן נכשלה תביעתם... מכיוון שתביעתם לקחה בליקויים ופגמים טכניים. אולי נתאחרה הגשת התביעה עד לאחר תקופת ההתיישנות, אולי לא נתמלא תנאי מוקדם כלשהוא".

<sup>145</sup> להרחבה ראה: Mirjan R. Damaska, **The Faces of Justice and State Authority, A Comparative Approach to the Legal** (1974), 1 Robert S. Summers, "The Evaluating and Improving Legal Processes – A Plea for Process" (Yale University, 1986); Kenneth E. Scott, "Two Models of the Civil Process", 27 **Stan. L. Rev.** (1974), 1; "Process Values", 60 **Cornell L. Rev.** (1974), 1; Jeremy Lever, "Why is Procedure more Important than Substantive Law", 48 **Scott, Two Models** (1975), 937; Abram Chayes, "The Role of the Judge in Public Law Litigation", 89 **Harv. L. Rev.** (1976), 1281; **Int'l & Comp. L. Q.** (1999), 285; Abram Chayes, "The Supreme Court, 1981 Term – Forward: Public Law Litigation and Chayes, The Role" (להלן: "Chayes, The Role"), 1281; Michael Bayles, "Principles for Legal Procedure", 96 **Harv. L. Rev.** (1982), 4; "Chayes, The Supreme", (להלן: "Chayes, The Supreme"); Michael Bayles, "Principles for Legal Procedure", 5 **L. & Phil.** (1986), 33; "Bayles, Principles for" (להלן: "Bayles, Principles for"); מיכאיל קרייני, 'הגילוי המוקדם בהליך האזרחי בישראל: מגמות', **משפטים** ל"ח(3) (התשס"ט), 559 (להלן: "קרייני, הגילוי המוקדם"), 574.

<sup>146</sup> Scott, *ibid*.

<sup>147</sup> וראה אצל הרב יעוזר אריאל, תובע העושה דין לעצמו, **תחומין** כ"ח (התשס"ח), 193, 199.

הדיוניים המושגות על מודל זה אינם מתעניינים בתוצאת הדיון, אלא מתמקדים במטרתם – לייצר כללים מונעי אנרכיה. במוקד הכללים עומדים, אם כן, התובע ומערכת יחסיו עם הנתבע.

המודל ההתנהגותי, לעומת זאת, מעמיד במרכז הדיון את החברה בכללותה (ובכללה התובע והנתבע). במסגרת ההליך המשפטי, ובכלל זה ההליך הדיוני, יכול (ומתבקש) בית המשפט להשפיע על נורמות ההתנהגות של יחיד החברה. בית המשפט מתמקד בחברה בכללותה<sup>148</sup>. הוא איננו רואה לנגד עיניו רק את הצדדים לסכסוך הנידון לפניו, אלא מתייחס גם להשפעת פסיקתו על עשרות סכסוכים פוטנציאליים שטרם הגיעו לבירור בערכאות משפטיות, ולמעשה, טרם נפתחו<sup>149</sup>. מודל מעין זה יתמוך בהלכה בהירה וחד משמעית, אשר תקנה לצדדים עתידיים ביטחון משפטי בבואם להכריע אודות דרך התנהלותם, וממילא יתנגד לפתרונות גמישים יותר. במקביל, במודל זה מתחייב השופט לבחון גם האם עמידה על 'קוצו של יוד', לשם יצירת ודאות משפטית, אינה עלולה להביא להדגשת מסר חברתי, אשר לפיו הרצון לוודאות יגבר על שיקולי צדק, והזכויות המהותיות תקופחנה. מסר מעין זה יפגע במאמץ לאכוף נורמה ראויה ולמנוע התנהגות פסולה.

באמצעות מודלים אלו ניתן לנתח סוגיה דוגמת היחס לזכות הערעור<sup>150</sup> (אשר המודל ההתנהגותי ישאף להרחיבה, שכן פיתרון נכון יותר (מתוך הנחה שזכות הערעור תגדיל את הסיכוי לפיתרון נכון יותר) ישיג אפקט חברתי טוב יותר, ואילו מודל קונפליקטואלי ישאף לצמצמה, שכן הצורך במתן כלי למימוש הזכות הקונקרטיית כבר מוצה), כמו גם סוגיות נוספות<sup>151</sup>. במעין המשך לגישה זו, טען צ'אייס<sup>152</sup> כי המודל ההתנהגותי מקדם תפיסה, ההולכת וכובשת את הבכורה, ולפיה תפקידם של הכללים הדיוניים להשפיע על הציבור בכללותו. בין היתר, טען, השינוי בגישה מוזן ע"י ההתערבות המתגברת של המדינה (באמצעות חקיקה) ביחסים המשפטיים בין פרטים.

## 1. הבחנה בין זכות דיונית לזכויות מהותיות

במשפט הנוהג במדינת ישראל חשיבות רבה גנוזה בהבחנה בין הזכויות המהותיות לזכויות הדיוניות, ולא לשווא נשתברו קולמוסים רבים אודותיה<sup>153</sup>. זו אינה שאלה תיאורטית ואקדמית גרידא<sup>154</sup>, ויש לה נפקויות מעשיות

<sup>148</sup> קרייני, שם, 576, מציון, אמנם, כי המודל ההתנהגותי "מתמקד יותר בנתבע", ואולם, כמדומני שעל מנת לכסות מקרים, דוגמת מקרים של הגנה ייצוגית ו/או זכות עמידה לגופים ציבוריים במתרת אחד עם משיבים לעתירה ו/או נתבעים, יש מקום להתמקד דווקא בחברה, ולא בנתבע.

<sup>149</sup> ניתן לראות בנקל, כי בעוד שהמודל הקונפליקטואלי בוחן את הסוגיה המשפטית ex-post, בדיעבד, הרי שהמודל ההתנהגותי בוחן את הסוגיה ex-ante, מלכתחילה. להלן נזכיר מעט מהביקורת שהועלתה על הכרעות ex-post. מובן שביקורת זו מעודדת את פריחתו של המודל ההתנהגותי.

<sup>150</sup> ראה Scott, ibid, 946.

<sup>151</sup> משמעות רחבה למודלים אלו היא בבחינת היכולת ליצור מסלולים דיוניים, למקרים בהם הקונפליקט בין התובע לנתבע הוא בסכומים מזעריים, וכשלעצמו איננו מצדיק הליך משפטי, ואולם צירוף תובעים או נתבעים רבים יעביר את הקונפליקט לפסים יעילים יותר, ויביא לשיפור התנהגותו העתידית של הצד השני (בדרך של תובענות והגנות ייצוגיות). בהתאם למודל הקונפליקטואלי החושש מעשיית דין עצמית, כאשר לא קיים קונפליקט אמיתי בין הצדדים, וממילא בהיעדר סכסוך אישי – אין מקום לברר את התביעה, ואין מקום לייצר כלים למימוש הזכות הנפגעת. לעומת זאת, במודל ההתנהגותי נבקש לעודד נקיטת הליכים כנגד הפועל בצורה שאינה הוגנת (נתבע או תובע), ולשרש את הנורמות הפסולות שהציב. כלי דיוני ייצוגי הינו דרך נאותה להביא לאכיפה חברתית של נורמות ראויות.

במסגרת דיונו המצומצמת, לא נעסק בהשלכה נרחבת זו. להרחבה ראה, Scott, ibid, 940; קרייני, התביעה הייצוגית, 465.

<sup>152</sup> Chayes, The Supreme; Chayes, The Role

<sup>153</sup> ראה במאמרה הקלאסי של מרים בן פורת, מבחנים לסיווג הוראה בדין כמהותית או כדיונית, ספר אורי ידן – מאמרים לזכרו, (הוצאת בורסי, ירושלים-תש"ן), 11 (להלן: "בן פורת, מבחנים לסיווג"); W. Glenn Forrester, "Substance and Procedure: The"; Ailes, ;Cook, Substance and Procedure; Scope of Judicial Rule Making Authority in Ohio" 37 OHIO St. L. J. (1976), 364

- רבות. בחלק מהמקרים יתברר כי זכות מסוימת היא דו-מהותית<sup>155</sup>, כאשר בהקשרים מסוימים היא תחשב כזכות דיונית, ואילו באחרים – כמהותית. ההבחנה חשובה בפן המעשי, בין היתר, בשל הנושאים הבאים<sup>156</sup>:
- ע"פ המשפט הבינלאומי הפרטי, גם במקום בו יש להחיל דין זר, על פרטי מקרה הנדון בבית משפט מקומי, הרי שיש להחיל אך ורק את הדין המהותי (המטריאלי) ולא את כללי סדר הדין האזרחי והראיות<sup>157</sup>. הדברים נובעים מהנחה כי אין לאדם זכות מוקנית (vested right) בסדרי הדין והראיות, וממילא גם צדדים שהסכימו לדון לפי הדין הזר, יפגשו בסדרי דין ובדיני ראיות מקומיים. גם במהלך דיון במעמדו האישי של זר, אין משתמשים בחוק הפרוצדוראלי ובסדרי הראיות הלאומיים שלו<sup>158</sup>.
  - ע"פ החוק<sup>159</sup>, סמכות להתקין תקנות, מקנה ביחד עימה גם את הסמכות להתקין תקנות שבסדר דין בקשר עם אותו הנושא, וזאת, גם אם לא נקבעה מפורשות בחוק סמכות להתקין תקנות שבסדר דין. שאלת הסמכות בהתקנת התקנות מחייבת הבחנה בין זכות מהותית לזכות דיונית. בנוסף לכך, יש לבחון את חוקיות תקנות סדר הדין האזרחי ותוקפן, גם דרך שאלת הסוגיה בהן הן עוסקות<sup>160</sup>, ובעבר כבר בוטלו תקנות שלא עסקו במשפט דיוני בדווקא<sup>161</sup>.
  - לביהמ"ש 'סמכות טבועה' בעניינים שבסדר דין. 'סמכות טבועה' זו היא כוחו של בית המשפט לשלוט על סדרי הדין בהליך שלפניו, גם במקום בו אין הוראה מפורשת בדין, וזאת במטרה להבטיח צדק. עם זאת, סמכות זו חלה רק בעניינים שבסדר דין ולא בענייני הדין המהותי<sup>162</sup>.
  - נפקות חשובה במיוחד היא בנוגע לתחולה הרטרופקטיבית של הוראות חוק דיוניות. כלל ידוע הוא כי תוקפו של חוק הוא רק החל מיום פרסומו, ואולם כלל זה הוא אך ורק בחוק מהותי, ולא בחוק דיוני<sup>163</sup>, וזאת מתוך

Substance and Procedure; פלר, על רטרואקטיביות; גבריאלי הלוי, מגמות התפתחות במשפט הפלילי הדיוני ובדיני הראיות בישראל, **קרית המשפט** ד' (התשס"ד-התשס"ה), 109 (להלן: "הלך": "הלוי, מגמות התפתחות"), 111-113; ע"א 22/56, **יצחק כהן נ' קצין התגמולים – משרד הביטחון**, פ"ד י, 1375, 1380-1381 (1956); ע"פ 290/63, **עאצם נאשף נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד יח(2), 570, 583 (1964): "אין השאלה חדה ופשוטה כל כך, כי את ספירת ההשפעה של זוג המושגים האנטיתטיים "מהותי-דיוני", חוצים שתי וערב גורמים ושיקולים אחרים, והללו משפיעים אף הם על ה"פרוספקטיביות" או "רטרופקטיביות" של חוק ההתיישנות החדש"; ע"א 350/74, **חברת מ.ל.ט. בע"מ נ' מסעוד ו-יחיאל ממן**, פ"ד כט(1), 208, 213 (1974); **פרשת בית הדין הצבאי המיוחד**; בג"צ 245/81, **אברהם שדה נ' הוועדה להענקת זכויות לפי חוק המשטרה (נכים ונספים)**, פ"ד לו(1), 193, 195 (1982); ע"א 1130/90, **חברת מצות ישראל בע"מ נ' עיריית פתח-תקווה**, פ"ד מו(4), 778, 782 (1992): "סיווגה של הוראת דין פלונית כדיונית או כמהותית איננו מלאכה קלה כלל ועיקר"; ע"א 1613/91, **אורית ארביב נ' מדינת ישראל**, פ"ד מו(2), 765, 783-784 (1992); **Yew Bon Tew v. Kenderean Bas**, 3 All E. R., 833 (1982).

<sup>154</sup> זאת, לעומת **פרשת בית הדין הצבאי המיוחד**, 299, שם עסק השופט לוי בסוגיה כ"מיון אקדמי גרידא".

<sup>155</sup> פלר, שם, 406-407 והע"ש 10; בן פורת, שם, 13-24; קשת, הזכויות הדיוניות, ח"ב, 1349-1360; לוי, תורת הפרוצדורה, 13; גורן, סוגיות, 3; ע"א 352/87, **גרייפין קורפוריישן נ' כור סחר בע"מ**, פ"ד מד(3), 45 (1990).

<sup>156</sup> הדוגמאות מבוססות על לוי, שם, 13-14; קשת, הזכויות הדיוניות, ח"א, 2-3.

<sup>157</sup> לבונטיץ, הצעת חוק; גינוסר, מבוא לתורת הדין, 9; ע"א 750/79, **יונתן קלאוזנר נ' אפרים ברקוביץ'**, פ"ד לו(4), 449 (1983).

<sup>158</sup> ע"א 26/51, **שמעון קוטיק נ' צילה (ציפה) וולפסון**, פ"ד ה(2), 1341 (1951).

<sup>159</sup> סעי' 17(א) לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981; סעי' 108 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. וראה גם ע"א 303/57, **מיכאל רייך נ' משה המר**, פ"ד יא, 1362, 1363 (1957).

<sup>160</sup> גינוסר, שם, 8.

<sup>161</sup> בעניין זה ראה במאמרו של צבי זילברטל, הוצאות לטובת המדינה, **משפטים** ט"ו (התשמ"ז), 389 (להלן: "זילברטל, הוצאות"), המביע עמדה כי תקנות 6 ו-514 אינן בבחינת 'סדרי דין', ועל כן הן חורגות מסמכותו של השר.

<sup>162</sup> ראה פנחס גולדשטיין, 'הסמכות הטבועה' של בית המשפט, **עיוני משפט** י" (התשמ"ד), 37 (להלן: "גולדשטיין, הסמכות הטבועה"); קשת, הזכויות הדיוניות, ח"א, 349-363. וראה גם ד"ר 22/73, **יגאל בן שחר נ' יוסף מחלב**, פ"ד כח(2), 89 (1974); להלן: "פרשת בן שחר"; ע"א 230/87, **יצחק שקולניק נ' יגאל זכאי**, פ"ד מו(3), 279, 284-285 (1992). להלן: "פרשת שקולניק"; בג"צ 3914/92, **לאה לב נ' ביה"ד הרבני האזורי תל אביב יפו**, פ"ד מח(2), 491, 499 (1994); דנ"א 7325/95, **ידיעות אחרונות בע"מ נ' יוסף קראוס**, פ"ד נב(3), 1 (1998); להלן: "פרשת קראוס"; רע"א 2327/11, **פלוני נ' פלוני** (פורסם בנבו, 28.4.11).

ההנחה, שהזכרה לעיל, כי אין לאדם זכות מוקנית בסדרי הדין והראיות<sup>164</sup>, המצטרפת לתפיסה כי שינוי בהוראה דיונית נחשב לשיפור בדרך לעשיית הצדק, ואין לשלול מבעלי הדין את הסיכוי להגיע למשפט צדק בהתאם לרוח הזמן<sup>165</sup>.

• חוק ההתיישנות קובע הוראה דיונית על נושאים מסוימים (מבלי לפגוע בזכות המהותית)<sup>166</sup>. בנוסף, מצויות בחוקים ובאמנות הסדרי התיישנות שונים. השאלה האם ניתן להחיל את הוראות חוק ההתיישנות גם באותם מקרים, תלויה בשאלה האם ההסדרים הינם מהותיים או דיוניים<sup>167</sup>.

• הסעד הניתן כלפי הפרת זכות מהותית של אחד, ניתן במסגרת פניה לבית המשפט להגנת הזכות המופרת. לעומת זאת, על הפרת זכותו הדיונית של אחד, לא תינתן סנקציה במסגרת דיון משפטי נפרד (מה שעלול היה להצמיח דיונים משפטיים אינסופיים), אלא סנקציה דיונית הניתנת באותו ההליך<sup>168</sup>, ומתייחסת ישירות לזכות המופרת. על טיבה של סנקציה זו נעמוד בהרחבה להלן.

• צו בתי המשפט<sup>169</sup> קובע שורה של סוגיות עליהן לא ניתן להגיש בקשת רשות ערעור. אחת הסוגיות הללו הינו "החלטה שהיא קבלת בקשה לביטול פסק דין או לביטול החלטה"<sup>170</sup>. בפסיקה נקבע כי כוונת הצו הינה ל"ביטול החלטה מבחינה דיונית מובהקת, אך לא מבחינה מהותית"<sup>171</sup>. יוער כי כאן הכוונה רק לסוגיות דיוניות מובהקות, ולא לסוגיות דיוניות-מהותיות דוגמת סוגית ההתיישנות<sup>172</sup>.

האבחנה המקובלת במינוח המשפטי בין המהותי לדיוני, קובעת כי הוראות המגדירות אירועים או פעולות, אשר מהם יצמחו או יופקעו זכויות וחובות משפטיות, או הוראות הקובעות את עצם קיום הזכויות והחובות – הן

<sup>163</sup> וראה פלר, שם; בן פורת, שם; לבונטין, שם; ע"א 316/56, חיים קרמש ו"אגוד" (אש"ד) בע"מ נ' סול ו-מזל דבי, פ"ד יא, 1336 (1957); להלן: "פרשת קרמש"; ע"א 135/63, וידאד ו-רחל סעיד ג'ריס כורי נ' מנצור ג'ריס כורי, פ"ד יז, 1855, 1870 (1963): "כל עיקרו של הכלל הנזכר אינו אלא לומר כי חוק המשנה את סדרי הדין תופס מיד וחל על כל דיון (ובמקרה של דיון שכבר הוחל בו – על המשך הדיון) המתנהל בבית המשפט...". בנוסף, ראה קשת, הזכויות הדיוניות, ח"ב, 1343-1349. ואולם במבוא לספר (עמ' ח"ט) סבור נשיא ביהמ"ש העליון (בדימו), אהרן ברק, כי כיום יש להחיל את החוקה כנגד תחולה רטרואקטיבית גם בדין הדיוני וראה גם בפרשת עיריית גבעתיים".

<sup>164</sup> ד"נ 25/80, פנחס קאטשווילי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(2), 457, 460 (1981): "אין לאדם זכות קנויה, שבמשפט יידון עניינו לפי דיני הראיות, שהיו קיימים בעת קרות האירוע מושא המשפט, לא במשפט אזרחי ואף לא במשפט פלילי. מה שאין כן בדין המהותי". עם זאת, נראה כי בהתחשב בזרמים ההולכים ומתחזקים, המכניסים אלמנטים של צפיות בכללים הדיוניים, ומבקשים לבחון את השפעתם ex-ante (ראה לדוגמה, קלמנט ושפירא, יעילות וצדק), יש מקום להטיל ספק האם יש מקום להשאיר את כלל זה בתוקפו, ככל שמגמה זו תתקבל. לחריג לכלל זה ראה המ" 434/64, אריק תיאודור גלבר נ' רוגוזין אינדסטריס לימיטד, פ"ד יט(2), 200 (1965); להלן: "פרשת גלבר", 206.

<sup>165</sup> גינוסר, שם, 9.

<sup>166</sup> סעי' 2 לחוק ההתיישנות, וראה ע"א 522/71, מוריס בנין נ' אלברט בנין, פ"ד כח(2), 309 (1974); ע"א 197/84, מחמוד חסן יגורי נ' רשות הפיתוח באמצעות מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד לט(2), 85, 91 (1985); ע"א 506/82, זונטג שמעון נ' עזבון המנוח מנדלסון דוד ז"ל, פ"ד מ(3), 113 (1986); להלן: "פרשת זונטג". אך ראה אצל ארז קמיניץ, דיני ההתיישנות בקודקס האזרחי – שיקולים בקביעת ההסדרים החדשים ובפרשנותם, משפט ועסקים ד' (התשס"ו), 339 (להלן: "קמיניץ, דיני ההתיישנות"), 351-353.

<sup>167</sup> ר"ע 166/83, אביבה בן הלל נ' קצין התגמולים, פ"ד לח(3), 13 (1984); ד"נ 36/84, רג'ין טייכנר נ' אייר פרנס, פ"ד מא(1), 589 (1987). גינוסר, שם, 9-10.

<sup>168</sup> צו בתי המשפט (סוגי החלטות שלא תינתן בהן רשות ערעור), התשס"ט-2009.

<sup>170</sup> סעי' 7(1) לצו.

<sup>171</sup> בש"א 5692/10, פלוגית נ פלוגי (פורסם בנבו), 9.11.10. בהמשך פסק הדין ההגדרה הינה "החלטה דיונית מובהקת אשר ניתן להחילה במצבים שונים על ציר ההליך המשפטי".

<sup>172</sup> רע"א 4539/12, מלכה כהן נ' נח טויטו (פורסם בנבו), 11.1.13; להלן: "פרשת טויטו": "משטר התיישנות מצוי בחוק עצמאי, ואינו עניין של שיקול דעת של הערכאה המבררת או פרשנות תקנה מתקנות סדר הדין האזרחי. מכאן מסקנתי, שלצורכי הצו מדובר בהחלטה מהותית ולא דיונית מובהקת".

הוראות מהותיות. הוראות דיוניות, לעומתן, הן אלו אשר קובעות את דרכי ההתנהלות, לשם אימות קיום העילה ומימוש תוצאותיה<sup>173</sup>.

במשפט העברי, לעומת זאת, האבחנה רלוונטית הרבה פחות. על משמעות האבחנה נעמוד בהרחבה להלן.

---

<sup>173</sup> פלר, שם, 407.

## פרק שני: הערכים העומדים ביסוד סדר הדין האזרחי

### א. מבוא לניתוח הערכים

#### 1.א. חשיבות זיהוי הערכים

כעת ננסה לבחון את העקרונות והערכים העיקריים, שעליהם באים כללי הדיון האזרחי להגן, ובמילים אחרות – את מטרות סדרי הדין האזרחי<sup>1</sup>. הערכת סדרי הדין יכולה להיעשות רק לאחר הגדרה של מטרותיהם<sup>2</sup>. לעניין זה עלינו להתחשב גם בעובדה שהכללים הדיוניים פעמים רבות "מבוססים על שיקולים חוקתיים"<sup>3</sup>. יתר על כן, החשיבות החברתית והפוליטית של ערכים אלו הביאה, כאמור, את חשבי המלומדים להגדיר את המשפט הדיוני כענף של המשפט החוקתי במובנו הרחב<sup>4</sup>. במקומות בהם ערכים יעמדו בסתירה, כאשר האחד מושך לכיוון אחד, ואילו רעהו לכיוון האחר, יהיה עלינו להציב את הזכויות המתחרות על כף המאזניים, לקבוע את משקלו הראוי של כל ערך, ואת משקלם המצרפי של הערכים הרלוונטיים לאותן נסיבות, ולקבל את ההכרעה בדבר כף המאזניים הכבדה יותר<sup>5</sup>. הכרעה זו עלינו לקבל, לא כהכרעה אד-הוק, בהתאם לכל מקרה ספציפי (וכאזוהרתו הידועה של השופט Holmes: "Hard cases make bad law"<sup>6</sup>) ובהתאם לתפיסתו של המכריע, אלא כהכרעה עקרונית הנגזרת משיקולים ערכיים עקרוניים<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> או כפי שהם מכונים ע"י רוניק – valued features. ראה Resnik, Tiers, 845. בנייתו מטרות וערכי המשפט הדיוני נעשה שימוש גם במאמרים הבאים: (Foundation Press, 1988) Robert M. Cover, Owen M. Fiss & Judith Resnik, **Procedure** (להלן: "Cover, Owen M. Fiss & Judith Resnik, **Adjudication and Its Alternatives: An Introduction to**"); ("Fiss & Resnik, **Procedure** Linda S. Mullenix, The Counter-Reformation in Procedural Justice, 77 **Minn. L. ; Procedure** (Foundation Press, 2003) Linda S. Mullenix, 'Adversarial Justice, Professional Responsibility, and the New Federal Discovery'; **Rev.** (1992), 375 Neil H. Andrews, **American Law Institute/Unidroit Principles of ; Rules'**, 14 **Review of Litigation** (1994), 13 Neil H. Andrews, 'The Modern Procedural ; **Transnational Civil Procedure** (Cambridge University Press, 2006) Synthesis: the American Law Institute and UNIDROIT's - "Principles and Rules of Transnational Civil Procedure", 164 Richard Marcus, Martin H. Redish, Edward F. Sherman & James Pfander, **Civil ; Revista de Processo** (2008), 109 Geoffrey C. Hazard Jr., Michele Taruffo, Rolf Stürner ; **Procedure: A Modern Approach** (Thomson/West 5th ed. 2009) & Antonio Gidi, Introduction to the Principles and Rules of Transnational Civil Procedure, 33 **N. Y. U. J. Int'l L. & Pol.** (2000-2001), 769.

<sup>2</sup> 319. Jhon Thibaut & Laurens Walker, A Theory of Procedure, 66 **Cal. L. Rev.** (1978), 541, 551.

<sup>3</sup> בר"ע 288/89, **אושיות חברה לביטוח בע"מ נ' כהן אורית**, פ"ד מג(4), 427, 430 (1989); לוי, תורת הפרוצדורה; Resnik, Tiers; John Milton et al. 'Procedural Right' in **Rights and ; Leubsdorf, Constitutional Civil Procedure ; Goldstein, The Influences Constitutionalism: the New South African Legal Order** (David van-Wyk, John Dugard, Bertus de-Villiers & Dennis Guido Pincione, 'Market Rights and the ; ("Milton, Procedural Right": להלן: Davis, ed., Oxford University Press, 1994). **Rule of Law: A Case for Procedural Constitutionalism**', 26 **Harv. J. L. & Pub. Pol'y** (2003), 397.

<sup>4</sup> ראה: Leubsdorf, ibid; James, Hazard & Leubsdorf, **Civil Procedure**, 3.

<sup>5</sup> Resnik, ibid, 845 "when judges, legislators, and commentators discuss whether to provide a given procedure, they " "make reference to values that the features embody or are used to express

<sup>6</sup> 197 **Northern Securities Co. v. United States** 193 US (1904), 197. במקור הניסוח היה: "great cases, like hard cases make bad law". וראה גם רע"ב 1559/03, **מדינת ישראל נ' דני סוויסה**, פ"ד נח(1), 880, 895-896 (2003); בג"ץ 1618/97, **יצחק סצ"י נ' עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד נב(2), 542, 576 (1998): "הכרעתנו בתחולת דיני ההתיישנות חייבת להיות מנותקת מן המקרה הקונקרטי. שכן, כדברי האימרה הידועה: "Hard cases make bad law".

<sup>7</sup> בג"ץ 2481/93, **יוסף דיין נ' ניצב יהודה וילק, מפקד מחוז ירושלים**, פ"ד מח(2), 456, 474 (1994): "האיזון המתבקש בין זכויות אדם מתנגשות – בינן לבין עצמן ובינן לבין אינטרס הציבור – ראוי לו שיהא איזון עקרוני (principled balance) ... המייחד איזון עקרוני – להבדל מאיזון "אד-הוק" – הוא בכך שנקבע "עקרון רציונלי" ... המשקף "אמת-מידה הנושאת בתוכה קו מנחה ערכי", המתרחקת מ"אמת-מידה פטרנליסטית מקרית, אשר איש לא יוכל להעריך מראש כיווניה וטיבה". להרחבה בדבר הדרך לאיזון חוקתי עקרוני, ראה: Aleinikoff, **Constitutional Law**, 948.

ודוק. לתקנות סדר הדין האזרחי מטרות ברמה הפונקציונלית. בין אלו ניתן למנות את הבטחת ניהול המשפט באופן יעיל, מניעת סחבת ובזבוז זמן שיפוטי, מניעת התדיינות אקדמית חסרת תועלת, מניעת הפתעות (משחק בקלפים גלויים), ועוד מטרות פרטניות שונות.<sup>8</sup> עם זאת, מעל מטרות אלו עומדים ערכים, המשמשים כמטרות על, ובהם נבקש להתמקד לצורך דיונו.

נדגיש, כי בהילוכנו נפסע בעקבות הכתיבה המחקרית הרבה, אשר ביקשה עד כה לבחון את הערכים העומדים ביסוד סדר הדין האזרחי.<sup>9</sup> עם זאת, עוד קודם שנמנה את הערכים השונים, חשוב להעיר כי במקרים רבים חלק מהערכים חופפים אחד לשני בנקודות רבות. למרות זאת, הם נמנים כערכים שונים כפי שנמנו במחקרים לאורך השנים. כך או כך, מניית הערכים כשלעצמה אינה רלוונטית לצורך הכרעה באיזון בין הערכים.

עוד קודם שננסה לנתח את הערכים העיקריים, המוגנים על ידי הנורמות, המעצבות את סדרי הדין במשפט האזרחי, ואת הקשר בין הכללים לערכים, חשוב להקדים ולהבהיר שמדובר בהתייחסות כללית, ומטבע הדברים גם מכלילה, לסדרי הדין. למעשה, כל אחת מהנורמות מונחית על ידי ערכים כאלו ואחרים. לעיתים, ערך אחד שולט בכיפה, ולעיתים מדובר בשילובם של כמה ערכים. כל נורמה תיבחן בפני עצמה, ונסיבותיה של כל נורמה תיבחנה ביחס לערכים העומדים ביסודה. אי אפשר להכריע בשאלה שעל הפרק, מבלי ללבן קודם מהו הערך והרעיון העומד מאחורי ההוראה הספציפית.<sup>10</sup>

כך, לדוגמא, יש הטוענים שביסוד הנורמות בנוגע לסמכות השיפוט המקומית עומדים שני ערכים: היעילות (מניעת עומס על בית משפט מסוים) ונוחיות הדיון.<sup>11</sup> אולם, בית המשפט עמד על התמיהה שמעוררת הטענה,

---

<sup>8</sup> גורן, סוגיות, 2 והמקורות המצוינים שם בהע"ש 1-8; בש"א (י-ם) 2246/03, **מדינת ישראל – מינהל מקרקעי ישראל נ' קיבוץ שריד, אגודה שיתופית חקלאית** (פורסם בנבו, 21.9.03); בר"ע (י-ם) 4110/02, **סהר חברה ישראלית לביטוח בע"מ נ' יהודה אמיתי – שלהבת סוכנות לביטוח (1991) בע"מ** (פורסם בנבו, 4.8.02).

<sup>9</sup> בין יתר הספרים והמאמרים (העוסקים במכלול הערכים או מתמקדים בערך מסוים) ניתן למנות את: Jolowicz, On civil procedure, Leubsdorf, ; ("Schauer, Playing" (להלן: Frederick Schauer, **Playing by the Rules**, (Oxford, 1991); Resnik, Tiers, 59-80; Owen M. Fiss, 'The Supreme Court 1978 – Forward: The Forms of Justice', 93 **Harv. L. Rev.** (1979), 1; ibid, 594; Richard A. Posner, An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration, 2; Goldstein, The Influences Martin H. Redish & Lawrence C. Marshall, Adjudicatory Independence and the Values of, **J. Leg. Stud.** (1973), 399; E. Allen Lind & Tom R. Tyler, **The Social**; Summers, ibid; Procedural Due Process, 95 **Yale L. J.** (1986), 455, 482-491; Frank I. Michelman, 'A Brief Anatomy of'; Michelman, The Supreme I; **Psychology of Procedural Justice** (1988); Robert G. Bone, 'Rethinking the "Day in Court" Ideal'; Adjudicative Rule Formalism', 66 **U. Chicago L. Rev.** 934 (1999); Jerry Mashaw, The Supreme Court Due Process Calculus for ; and Nonparty Preclusion', 67 **N. Y. U. L. Rev.** (1992), 193; Administrative Adjudication in Mathews v. Eldridge: Three Factors in Search of a Theory of Value, 44 **U. Chi. L. Rev.** Jerry Mashaw, Administrative Due Process: The Quest for a Dignitary Theory, 61 **B. U. L. Rev.** ; (1976), 28, 46-57; Jerry Mashaw, **Bureaucratic Justice**; Jerry Mashaw, **Due Process and the Administrative State** (1985); (1981), 885; **Managing Social Security Disability Claims** (1983).

<sup>10</sup> ע"א 3857/96, **יוסף שגיא נ' תעשיות רוגוזין בע"מ**, פ"ד נב(2), 706, 711 (1998); להלן: "**פרשת שגיא**". "ההתייחסות של סדרי הדין למי שסוטה מהוראותיהם, עשויה להיות פועל יוצא מאיזון של אינטרסים שעל בית המשפט להפעילו במקרים רבים. בכך אין סדרי הדין שונים מהדין המהותי. אכן בצד הוראות טכניות שונות כולל הדין הוראות דיוניות המגשימות מדיניות, ואי אפשר להכריע בשאלה פלונית העומדת על הפרק כל עוד לא נתלבן הרעיון העומד מאחורי ההוראה"; בש"א 3780/98, **גיא רוזן נ' כפר הרי"ף כפר שיתופי להתישבות חקלאית**, פ"ד נב(3), 625, 628 (1998): "אי אתה יכול, איפוא, לשקול את תוצאותיו של מחדל דיוני ללא בדיקה של האינטרסים השונים המעורבים בנושא הדיון".

<sup>11</sup> גורן, סוגיות, 34; אליהו וינוגרד, **תקנות סדרי הדין** (מהדורה רביעית, עדכון שלישי), הוצאת הלכות, רמת השרון, 2008 (להלן: "וינוגרד, תקנות"), ח"א, 4.



כאילו תקנה זו מסייעת ליעילות ומפחיתה את העומס בבתי המשפט<sup>12</sup>. נוכח האמור, תקנה זו תיבחן, בכל מקרה לנסיבותיו, בעיקר תחת משקפי נוחיות הדיון<sup>13</sup>. זו הסיבה, שהסכמת בעלי הדין, לשם הדוגמא, יכולה להביא לשינוי הסמכות המקומית<sup>14</sup>.

פעמים רבות, אמנם, המתח בין הצדק והיעילות הינו "פער מדומה"<sup>15</sup>, ואולם נראה שלא ניתן להכחיש כי קיים פער מהותי בין הערכים. נבחר, אין מחלוקת שפעמים רבות יימצאו שני הערכים מצידו האחד של המיתרס<sup>16</sup>. כך, לדוגמא, הן הצדק והן היעילות מחייבים לעיתים חשיפת מסמך **נשוא דיון**, כאשר הערך שעמד מולם היה דווקא 'חופש הביטוי'<sup>17</sup>. כך, יש גם שטוענים כי על השופט להשתמש בידעיותו המקצועיות והכלליות כדיעה שיפוטית מטעמי צדק ויעילות<sup>18</sup>. ועדיין - המתח בין הערכים יביא במקרים רבים להתנגשות חזיתית. להלן יוצגו חלקם.

## **2א. מהפכת ה- Civil Procedure Rules (CPR) באנגליה וסעיפי ערכים דיוניים בעולם**

לעניין זה חשוב להזכיר את ה- Civil Procedure Rules (CPR) מ-1998, אשר בהם נוסחו, לראשונה בתולדות המשפט האנגלי<sup>19</sup>, ערכי הפרוצדורה האזרחית במגמה שיגברו על הכללים הפרטניים של סדר הדין<sup>20</sup>. ע"פ דו"ח וולף העקרונית אמורים להשפיע על החלטת בתי המשפט במקרים הפרטניים:

"Ultimately their purpose is to guide the court and the litigants toward the just resolution of the case... The effectiveness of those steps depends upon the spirit in which they are carried out. That in turn depends on an understanding of the fundamental purpose of the rules and of the underlying system of procedure... This is intended to

<sup>12</sup> רע"א 188/02, **מפעל הפיס נ' אלי כהן**, פ"ד נו(4), 473, 477 (2003); להלן: "**פרשת מפעל הפיס**"; "ספק בליבי עד כמה אכן מועילים כללי הסמכות המקומית להגשמת המטרה של חלוקה יעילה של התיקים בין בתי המשפט". ואולם, ראה עמדה שונה בסעי' 30 לפס"ד של השופט לוי בבג"ץ 7067/07, **חיים נתנאל בע"מ נ' שר המשפטים** (פורסם בנבו, 30.8.07); להלן: "**פרשת חיים נתנאל**".

<sup>13</sup> ואכן, יואל זוסמן, **סדרי הדין האזרחי**, (מהדורה שביעית, בעריכת שלמה לוי), הוצאת אמינון, ירושלים-1995 (להלן: "זוסמן, סדרי הדין"), 78, מצייין טעם זה כטעם יחידי עוד קודם לפקפוק שהעלה בדבר ביהמ"ש. לא למותר לציין, כי גם לגבי העיקרון של נוחיות הדין הועלו שאלות לא מעטות. ראה בפרשת מפעל הפיס, 478: "כיום, רבים המפקפקים בעצם תועלתה של הסמכות המקומית ככלי לקידום הנוחיות. מדינת ישראל היא מדינה קטנה בשטחה... בהתחשב באמצעי התחבורה הזמניים לאדם בעידן בו אנו חיים, יקשה לקבל את ההנחה כאילו קיום הדין בבית משפט המצוי במחוז מסוים, ולא אחר, חיוני להבטחת נוחות הצדדים", וכך רע"א 6920/94, **יאיר לוי נ' צבי פולג**, פ"ד מט(2), 731, 734 (1995): "במדינה קטנה כמדינתנו ממילא אין לייחס משמעות מופרזת לשאלה אם תובענה פלוגית מוגשת בתחום סמכותו המקומית של בית משפט זה או אחר". וראה גם ע"א 775/75 **נתן צרקלביץ נ' נזאם עבד אלרחים אלנבולסי**, פ"ד ל(3), 102 (1976); בר"ע 501/84, "**הסנה" חברה ישראלית לביטוח נ' משה רוטבן**, פ"ד לט(1), 26 (1985); בש"א 1307/00, "**אריה" חברה ישראלית לביטוח בע"מ נ' שריקי מיכאל** (פורסם בנבו, 28.3.00); רע"א 11556/05, **קמור רכב בע"מ נ' חיים חימו** (פורסם בנבו, 27.2.06); סעי' 5 לפס"ד של השופטת נאור בפרשת **חיים נתנאל**; פיסקה 8 לפסה"ד ברע"א 11180/08, **עיריית מודיעין - מכבים - רעות נ' ארד ד. הנדסה בע"מ** (פורסם בנבו, 6.5.09). להרחבה ראה גם אצל סטיבן גולדשטיין וערן טאוסגי, הפחתה במעמד שאלת הסמכות בבתי המשפט הכלליים, **עלי משפט ג' (התשס"ג)**, 279, 292-300.

<sup>14</sup> תקנה 5.

<sup>15</sup> קלמנט ושיפרא, שם, 134.

<sup>16</sup> וראה Resnik, Tiers, 844.

<sup>17</sup> ראה אצל משה קשת, 'חובת הגילוי וסייגיה: ההיבטים הדיוניים בפרשת "הגביר"', **עיוני משפט ט"ז (התשנ"א)**, 181, 186-188, היוצא כנגד ההלכה שנקבעה בע"א 214/89, **אריה אבנרי נ' אברהם שפירא**, פ"ד מג(3), 840, 870 (1989). לביקורת נוספת ראה גם אצל אריאל בנדור, **חופש לשון הרע, משפטים כ"י (התשנ"א)**, 561, 586-589; אורי שנהר, **דיני לשון הרע (הוצאת נבו, התשנ"ז)**, 357.

<sup>18</sup> אמנו כרמי, **בריאות ומשפט**, הוצאת נבו התשס"ג, 593; 143 N.Y.S. 818, 158 App.Div. 936, **People ex. rel. Langdon v. Waldo**, (1913); **People v. Garcia**, 1 Cal.App. 2d 761, 32 P. 2d 445 (1934).

<sup>19</sup> Adrian A. S. Zuckerman, **Civil Procedure**, (LexisNexis Butterworths (UK), 2003), 2-3.

<sup>20</sup> ראה **Civil Procedure - The White Book Service** (Edited by Lord Justice Waller & I. R. Scott, Sweet & Maxwell, 2008), par. 1.0.2 (להלן: "**White Book**"): "...a substantial change in the handing of civil cases in the courts whilst at the same "time reinforcing "procedural values" which... have not always been put into effect

govern the operation of all the rules and in particular the choices which the court makes in managing each case and in interpreting the rules... provides a compass to guide courts and litigants and legal advisers as to their general course"<sup>21</sup>.

ואכן, הפסיקה בבריטניה הכריעה כי במצבים של לאקונה משפטית, כמו גם במקרים של ספק פרשני, יש להכריע בהתאם לכלל ההולם יותר את סעיף הערכים<sup>22</sup>. עם זאת, בית המשפט קבע כי שימוש בסעיף הערכים לא ייעשה מקום בו הכלל עצמו נוקט בלשון מפורשת<sup>23</sup>.

סעיף ערכים דומה מופיע גם בחוק הפרוצדורה האזרחית הפדרלי בארה"ב:

"These rules govern the procedure in all civil actions and proceedings in the United States district courts... They should be construed and administered to secure the just, speedy, and inexpensive determination of every action and proceeding"<sup>24</sup>.

ובקנדה קובע החוק כללים דומים מאד (המבוסס גם על הכללים בארה"ב):

"These rules shall be interpreted and applied so as to secure the just, most expeditious and least expensive determination of every civil proceeding on its merits"<sup>25</sup>.

כללים דומים, המגדירים את 'ערכי הפרוצדורה', חלים גם במדינות נוספות<sup>26</sup>.

### 3א. האיזון בין הערכים

בחינה של סוגיה בסדר הדין האזרחי תעמיד בדרך כלל ערכים מסוימים בשני צידי המיתרס. כך, לדוגמא, הכללים בדבר 'מעשה בית דין' מעמתים בין ערכי בירור האמת, לבין ערכי יעילות הדיון וסופיותו<sup>27</sup>. בדרך דומה, כאשר עולה שאלה בדבר הצורך לגלות מסמכים בהליך אזרחי, יש לשקול את הרצון לבירור אמיתי ומלא של הסוגיה, שיבכר חובת גילוי רחבה ככל הניתן, מול שיקולי יעילות הדיון (בהתחשב בשלב בו מתבקש הגילוי), כמו גם

<sup>21</sup> Harry Woolf, **Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice in England and Wales** David Greene, **The New** ("Woolf, Access - Final Report" (1996), sec. V, ch. 20, par. 10-12, pp. 274-275 John O'hare & Kevin Browne, **Civil Litigation** ; ("Greene, The New" (להלן: "Civil Procedure Rules (Butterworths, 1999) Stuart Sime, **A Practical Approach to Civil Procedure** (11<sup>th</sup> ed., Oxford ; 11<sup>th</sup> ed., Sweet & Maxwell, 2003), 6-7 they contain... a statement of the overall purpose behind the civil " ("Sime, A Practical" (להלן: "Sime, A Practical" University Press, 2008) . "justice system... It is therefore a pervading concept that must always be kept in mind at all stages in civil proceedings ; **Chilton v. Surrey County Council** (1999) LTL 24/6/99 ; **Totty v. Snowden** [2002] 1 WLR 1384 ; Sime, *ibid*, par 3.21 <sup>22</sup> **Adan v. Securicor Custodial Services Ltd.** (2005) PIQR ; **Albon v. Naza Motor Trading Sdn Bhd** (2007) LTL 19/11/07 .P79

<sup>23</sup> **Godwin v. Swindon Borough Council** ; **Vinos v. Marks & Spencer plc.** [2001] 3 ALL ER 784 ; Sime, *ibid*, par 3.22 <sup>24</sup> [2002] 1 WLR 997

<sup>25</sup> סעיף מס' 1 ל- Federal Rules of Civil Procedure (2009) וראה גם בסעיפים (1)53, (2)53, 54, 55 ו- 380-391. בקנדה קיימים חוקים שונים בחלק מהמדינות, וסעיף מס' 1.04 (1) לחוק של אונטריו קובע דברים דומים: "These rules shall be liberally construed to secure the just, most expeditious and least expensive determination of every civil proceeding on its merits

<sup>26</sup> ראה, לדוגמא, בפיליפינים בסעיף 6(1) ל- 1997 Rules of Civil Procedure .  
<sup>27</sup> ראה: James, Hazard & Leubsdorf, **Civil Procedure**, 3 ; נינה זלצמן, **מעשה בית דין בהליך האזרחי**, (רמות, תשנ"א. להלן: "זלצמן, מעשה בית דין"), 137 ; שילה, שם, 328.

שאלות של צדק בחשיפת מידע שעלול לפגוע בצד השני<sup>28</sup>. לעניין זה ישנו הבדל מהותי בדרך בה יש לאזן בין הערכים בהליכים שונים. אינו דומה הליך אזרחי להליך מנהלי ושני אלו שונים מהליך פלילי<sup>29</sup>. נראה כי כללים מנוסחים אמנם בצורה פורמליסטית ונוקשה באופן יחסי, אך המטרות העומדות ביסודם הן בראש ובראשונה מטרות ערכיות, שלא תמיד עלולות בקנה אחד עם נוסחם הנוקשה של הכללים<sup>30</sup>. בהמשך, נבדוק את טיב ההגנה על העקרונות והערכים הללו, כמו גם את התאמת הכללים למטרה אותה הם מבקשים להשיג. לעניין זה, נבקש לבחון כיצד מתמודדת המערכת המשפטית עם העקרונות ה'ערכיים' גם כאשר אלו אינם מעוגנים בנורמה בצורה מפורשת. נראה כי המערכת מנסה לתמרן בין עקרונות ערכיים אלו, הנראים כחשובים בעיניה, לבין מערכת הכללים הפורמליסטים המייצגים את הנורמה, כאשר גם הנוקשות הדיונית משקפת ערכים שונים. לעניין זה, נבקש לבחון את המתח בין שתי הגישות, כפי שבוטא על ידי העוסקים בנושא.

ככלל, ישנה דילמה "נצחית" בין ערכים דיוניים כ'ודאות' ו'יציבות' לבין ערכים דוגמת 'גילוי האמת' ו'צדק מהותי'<sup>31</sup>. דילמה, אשר בפרפראזה נפלאה על נוסח התפילה נוסחה כ- "אמת ויציב"<sup>32</sup>. מחד קבע השופט זמורה כי במצב מעין זה "אמת עדיף"<sup>33</sup>, ומאידך, בשנים האחרונות נקבע כי "יש לזכור כל העת כי גם האמת זקוקה לקרקע יציבה שתוכל לעמוד עליה". הכללים הפרוצדוראליים, ובהם כללים בדבר מועדי הגשת כתבי בי דין, חיוניים לקיומו של הליך תקין ולביאור האמת והצדק: "באין כללים - אין משפט, ובאין משפט - אין צדק"<sup>34</sup>. חשוב להבין כי מעמדם של הערכים איננו סטטי, והוא משתנה בחלוף הזמן בהתאם להכרעות חברתיות ופוליטיות<sup>35</sup>. בנוסף, נדמה שניתן לומר ש**נסיונותיו של כל מקרה** הן המשפיעות ביותר על ההכרעה השיפוטית באותו מקרה. כך גם ברובן של מערכות המשפט שולט המודל הנסיבתי במקרים של הפרות דיוניות. בהתאם למודל זה, אין מקום לקבוע כלל עקרוני חותך, ויש צורך להתחשב בכל מקרה ונסיונותיו הוא<sup>36</sup>. עם זאת, ישנן סוגיות דיוניות דוגמת

<sup>28</sup> קרייני, הגילוי המוקדם; ע"א 200/63, משה צוף נ' דוד אושפיז, פ"ד יז, 2400, 2405 (1963).

<sup>29</sup> שילה, שם.

<sup>30</sup> ההגנה על הערכים, מטבע הדברים, מזוהה דווקא עם הגישה 'הערכית', ולא עם הגישה הפורמליסטית, ואולם, אנו בודקים את מערכת הערכים שקדמה לקביעתם של הכללים. לגבי מערכת זו, גם הגישה הפורמליסטית תודה בפה מלא, כי הנחת היסוד היא שקביעת הנורמות נועדה להגן על מערכת ערכית, ולא נעשתה בצורה שרירותית.

<sup>31</sup> מיגל דויטש, מתי "אמת" ומתי "יציב", עורך הדין 4 (יולי 2009), 68 (להלן: "דויטש, מתי "אמת"").

<sup>32</sup> ע"א 376/46, אהרן רוזנבאום נ' שיינה מרים רוזנבאום, פ"ד ב (1), 235, 254 (1949).

<sup>33</sup> וראה גם אצל פנינה להב, 'העוץ והמשרה': בית המשפט העליון בעשור הראשון לקיומו, עיוני משפט י"ד (התשמ"ט), 479, 495, הרואה בדברי הנשיא זמורה עדות על גישתו העקרונית של בית המשפט העליון, לפיה "בהתנגשות בין הצדק לבין היציבות הנורמטיבית - על בית המשפט להעדיף את הצדק".

<sup>34</sup> פיסקה 9 לפסק דינו של השופט דנציגר בע"א 1782/06, משרד הבינוי והשיכון נ' סולל בונה בע"מ (פורסם בנבו, 6.4.08; להלן: "פרשת משרד הבינוי והשיכון"). וראה גם אצל גורן, סוגיות, 373; רע"א 8940/05, יוסף חממי נ' נדרה חדאד (פורסם בנבו, 13.12.05; להלן: "פרשת חממי"); "ואכן המגמה היא להקפיד על סדרי הדין ולמעט בהתחשבות במי שאיחר את המועד"; רע"א 2694/92, אינג' אליהו פבר חברה לבנין והנדסה אזרחית בע"מ נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל (פורסם בנבו, 5.8.92; להלן: "פרשת פבר"); רע"א 2159/00, עוזי פנחסי נ' שמעון סוויסה (פורסם בנבו, 19.6.00); רע"א 442/89, איאד עלאלדין נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(3), 824 (1989); ע"א 1205/03, א.ש. בוני הכפר בניה ופיתוח בע"מ נ' חיים קמיל רו"ח (פורסם בנבו, 13.1.05); ע"א 694/01, מדינת ישראל נ' לאה ויסמן (פורסם בנבו, 30.7.01); רע"א 910/13, סלמאן חיר נ' ישקול סחר בע"מ (פורסם בנבו, 18.2.13) ובשלל פסיקות נוספות.

<sup>35</sup> At times, some features are in ascendancy, and others in eclipse... Examining which features of " : Resnik, ibid, 859

"process are employed and which are neglected illuminates the underlying political and social judgments

<sup>36</sup> ראה ב Purdy v. Cambrian (1999), unreported, 17 December, CA

There are no hard and fast theoretical " : Purdy v. Cambrian (1999), unreported, 17 December, CA

circumstances in which the court will strike out a claim or decline to do so. The decision depends on the justice in all "the circumstances of the individual case

ההתיישנות, בהן שיקול הדעת של בית המשפט הינו נמוך מהרגיל, ובדרך כלל עליו לדחות את התביעה ללא תלות  
בנסיבות המיוחדות של ההליך ושל הצדדים, למעט הנסיבות המפורשות בחוק.<sup>37</sup>

להבנת המתח<sup>38</sup> נזכיר את אחת האמירות הידועות בתולדות המשפט הישראלי, אשר שייכת לשופט ברנזון<sup>39</sup>:

**“הפרוצידורה אינה מיטת סדום שבה מקצצים את רגליו או מתיזים את ראשו של בעל-דין כדי להכניסו לתוכה כנכה או**

**כבר-מינן.** הפרוצידורה היא מסגרת רחבה וגמישה למדי המכוונת לתת לבעל-דין את מלוא האפשרות להציג ולפתח את

ענינו בצורה מלאה ושלמה. היא חייבת להישאר כך גם כאשר קורית תקלה או כשבעל-דין עושה שגיאה במהלך המשפט

הניתנת לתיקון בלי לגרום עוול לבעל-הדין האחר...

אי-נוחות מסוג זה ניתנת בדרך כלל לתיקון בצורה נאותה בלי לקפח את ענינו של אף אחד מבעלי-הדין. כבר אמרנו הרבה

פעמים שכמעט ואין לך דבר שבסדר דין שאינו ניתן לתיקון על-ידי האמצעי של פסיקת הוצאות... אילו כך נהגו בתי-

המשפט באופן שיטתי היו פוסקות התנגדויות הסרק הבלתי-מוצדקות מצד עורכי-הדין בעניני נוהל, שמטרתן לנצל עד

הסוף כל שגיאה או צעד מוטעה של הצד השני... דחף היעילות אינו צריך ליהפך לבהילות. לעולם אין לשכוח שסדר הדין

אינו אלא אמצעי להשגת המטרה הנעלה של עשיית משפט צדק ואין להפוך את האמצעי למטרה בפני עצמה. אין להעלות

את האסקופה לדרגת מטרה. העיניים צריכות להישאר נשואות תמיד אל המטרה היחידה של כל משפט, והיא – עשיית

משפט צדק בין הצדדים על יסוד בירור הוגן והולם של גוף הענינים האמיתיים השנויים במחלוקת ביניהם.”

אך במקביל, ותוך התכתבות ברורה עם דברים אלו של השופט ברנזון, פסק השופט עציוני כי:

**“אמנם אין הפרוצדורה ‘מיטת סדום’, אבל גם מזרון סתם אין היא שאתה מקפלו וזורקו במקום למקום. תקנות הדיון -**

מטרתן ליצור מסגרת נאותה כדי לאפשר לצדדים להגיע לחקר האמת בדרך היעילה ביותר, ולכן מן הראוי כי נקפיד ככל

האפשר לקיימן”<sup>40</sup>.

בהמשך עבודתנו נבקש, בין היתר, לבחון האמנם ההגנה שמספקת המערכת, אכן מצליחה ליצור את שביל הזהב

בין העקרונות, וננסה להעלות רשימה של כללים אלטרנטיביים באמצעותם תוכל המערכת ליצור איזון הולם,

שיהוו, הלכה למעשה, דרך ראויה לפגיעה מינימלית בבעלי הדין השונים כמו גם במערכת המשפטית כולה.

הדברים יובאו להלן במסגרת המודל המוצע ובמסגרת בחינת התאמתו.

<sup>37</sup> פרשת טויטו.

<sup>38</sup> בשנים האחרונות אירעו במשפט הישראלי מספר שינויים מסיבות שונות, אשר הסיטו מעט את נקודת האיזון להתייחסות גמישה יותר, אך עדיין נקודה זו איננה ברורה, והעדפת הפרוצדורה על המהות אינה נדירה כלל. ראה אצל לוי, תורת הפרוצדורה; לוי, חוק יסוד; דורון מנשה, “סדר דין אזרחי – מגמות מרכזיות לקראת כינונה של פרספקטיבה חוקתית (סקירה שנתית)”, עיוני משפט כ”ב (התשנ”ט), 205 (להלן: “מנשה, סדר דין”); דוד שוורץ, סדר דין אזרחי – חידושים, תהליכים ומגמות, (הוצאת הקריה האקדמית אונו, התשס”ז; להלן: “שוורץ, סדר דין”); 47-99; דוד שוורץ, “מגמות התפתחות בסדר הדין האזרחי”, ספר השנה של המשפט בישראל תשנ”ו (עורך: א’ רוזן צבי, 1997), 417; שי שגב, “על היחס שבין חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לבין תקנות סדר הדין האזרחי, בכלל, והסעדים הזמניים בפרט, המשפט ב’, 53 (1997); דוד שוורץ, “סעדים זמניים – קווים מנחים בהפעלת שיקול הדעת השיפוטי”, מחקרי משפט י”ג (התשנ”ז), 441.

<sup>39</sup> ע”א 189/66, עזיז ששון נ’ “קדמה” בע”מ, בית חרושת למכונות וציוד, פ”ד כ(3), 477, 479-480 (1966); להלן: “פרשת ששוין”. וראה גם ע”א 263/65, שרייטר נ’ חלף, פ”ד כ(1), 178, 183 (1966): “סדרים נוקשים העלולים להיות לרועץ להשגת משפט צדק”; בש”א 6708/00, יוסף אהרון נ’ אמנון אהרון, פ”ד נד(4), 702, 704 (2000); להלן: “פרשת אהרון”; רע”א 8292/00, גבריאל יוספי נ’ שמואל לוינסון (פורסם בנבו, 27.2.01; להלן: “פרשת יוספי”); ע”א 4607/11, אליהו חברה לביטוח בע”מ נ’ הסתדרות העובדים הכללית החדשה (פורסם בנבו, 4.6.13; להלן: “פרשת אליהו”); “העדפת בירור המחלוקת לגופה על פני ראייה פורמליסטית צרה המייחסת משמעות לפגמים טכניים או לטעויות”.

<sup>40</sup> ע”א 103/71, יום טוב נורדיה נ’ ברוך בכר, פ”ד כו(1), 320, 325 (1972). וראה גם ויתקון, משפט וחברה, 12: “בימינו הנטייה היא לייחס חשיבות-יתר לעצם התביעה או ההגנה ולא להפריז בשיקולים פרוצסואליים... אך אין הדעות שוות בנידון זה אצל אנשי המשפט – מהם נוטים לחומרה ומהם נוטים לקולה”.

חשוב להדגיש, כי כללי סדר הדין יחשבו כראויים אם מטרתם ראויה, ואם דרך הגשמת המטרה הינה ראויה. על מנת לברר האם הכללים ראויים ומבצעים את תפקידם כראוי, נבחן שלושה תנאים מצטברים<sup>41</sup>:

א. על המדיניות הנוהגת להגן על **הערכים הראויים להגנה**, וזאת בהתחשב בערכים הנפגעים מאותה מדיניות.

ב. על המדיניות הנוהגת להבטיח **הגנה אפקטיבית** על אותם ערכים<sup>42</sup>.

ג. על המדיניות הנוהגת להגן על אותם הערכים בצורה אשר תפגע **במידה המועטה ביותר** בערכים נוספים הראויים להגנה.

יתר על כן. בהתאם לפסיקה בישראל, הכללים הדיוניים המצויים בחקיקת משנה (דוגמת תקנות סדר הדין האזרחי שהותקנו ע"י שר המשפטים) מחייבים עמידה קפדנית בתנאים אלו, יותר מכללים המצויים בחקיקה ראשית. זאת, משום שהתקנות תקפות רק אם החוק המסמך להתקין תקנות התכוון להסמך את מתקין התקנות לפגוע בזכויות היסוד, הנפגעות בפועל ע"י התקנות<sup>43</sup>. הדברים חלים, כמובן, גם כלפי ערכי צדק טבעי<sup>44</sup>. לצורך עבודתנו נניח את התקיימותם של שני התנאים הראשונים, ונבקש לבחון אך ורק את התקיימותו של התנאי השלישי. ואולם, עלינו להגדיר תחילה את הערכים העומדים ביסוד כללי הדיון, וכך לבחון מהם הערכים אשר עלולים להיפגע מהמדיניות המגובשת בכללים הקיימים.

## ב. גילוי האמת

"המשפט עומד על האמת. ביסוד ההליך השיפוטי עומדת חשיפת האמת... מטרת

ההליך השיפוטי כולו הינה - כלשונו של הנשיא זמורה - "להוציא כאור משפט"...

תפקידו של ההליך השיפוטי - האזרחי, הפלילי והמינהלי - הינו "לחשוף את

<sup>41</sup> שלושת התנאים הללו דומים במידה מרובה לתנאים הבודקים את המידתיות שבפעולה שלטונית מסוימת ו/או בדבר חקיקה. תנאי המשנה הראשון שהצגנו מקביל ליסוד השלישי של זמיר, תנאי המשנה השני מקביל ליסוד הראשון, ותנאי המשנה השלישי מקביל ליסוד השני (אם כי יתווסף לו "מבחן המידתיות" במובנה הצר"מ" מתוך היסוד השלישי). לעניין זה, ראה יצחק זמיר, המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה, **משפט וממשל ב' (התשנ"ד)**, 109, 131: "הראשון הוא יסוד ההתאמה, הדורש כי הרשות המינהלית תבחר באמצעי מתאים להשגת המטרה של החוק. אמצעי יחשב לא-מתאים אם הוא לא-חוקי או אם אין הוא מסוגל להשיג את מטרת החוק מבחינה מעשית... היסוד השני של עילת המידתיות הוא יסוד הצורך... חובה על הרשות לבחור מביניהן באמצעי שישג את מטרת החוק ויגרום את מזער הנזק לאזרח... היסוד השלישי הוא המידתיות עצמה. לפי יסוד זה, אין די בכך שהרשות המינהלית בחרה באמצעי המתאים והמתון להשגת המטרה, אלא עליה... לשאול את עצמה אם בנסיבות אלה קיים יחס ראוי בין התועלת לציבור לבין הנזק לאזרח... היחס בין האמצעי לבין המטרה, צריך להיות מידתי (פרופורציונלי)". וראה גם בג"ץ 3477/95, **ישראל בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט**, פ"ד מט(5), 1, 11 (1996); בג"ץ 3379/03, **אביבה מוסטיקי נ' פרקליטות המדינה**, פ"ד נח(3), 865, 908-907 (2004); בג"ץ 2056/04, **מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נח(5), 807, 839-840 (2004): "מבחן המשנה הראשון קובע כי נדרש קשר של התאמה בין המטרה לבין האמצעי... מבחן המשנה השני קובע כי האמצעי אשר הרשות המינהלית נוקטת בו צריך לפגוע בפרט במידה הקטנה ביותר... מבחן המשנה השלישי קובע, כי הנזק שנגרם לפרט מהאמצעי שהרשות המינהלית נוקטת בו להגשמת מטרתה צריך להיות ביחס ראוי לתועלת שאמצעי זה יביא".

<sup>42</sup> במיוחד ע"פ הגישה הערכית (אך לא רק ע"פ גישה זו), אין די בזיהוי הזכות ואפילו לא בזיהוי הערך העומד מאחוריה, אלא יש לבחון את היעדים והתכליות שעמדו ביסוד הזכות, ולבדוק את יכולתה של הזכות להגשים את הערכים ולממש את היעדים והתכליות הנ"ל. נוכח האמור, בדיקת האפקטיביות של הגנת הערכים היא הכרחית.

<sup>43</sup> בג"ץ 252/77, **שלמה בבאגני נ' עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד לב(1), 404, 410 (1977); בג"ץ 337/81, **שלמה מיטרני נ' שר התחבורה**, פ"ד לז(3), 337, 360 (1983).

<sup>44</sup> עמ"מ 9/55, **עו"ד פלוני נ' יו"ר וחברי המועצה המשפטית**, פ"ד י, 1720, 1733 (1956) בדברי השופט ברנזון: "ברור כי במקרה של ספק בפירוש של החוק המסמך או של חקיקת המשנה, יעדיף בית המשפט פירוש אשר יתן תוקף ולא יסתור את עקרונות הצדק הטבעי, וזה על יסוד ההנחה כי אין בדעתו של המחוקק לבטל עקרון מעקרונות הצדק הטבעי המקובלים אלא אם הוא אומר זאת בלשון ברורה ומפורשת", וראה גם בדעת המיעוט של השופט זילברג בעמ"מ 1735; ד"נ 13/58, **עיריית תל-אביב-יפו נ' יוסף לובין**, פ"ד יג, 118, 122 (1959): "מן הדין הוא להניח גם שהמחוקק הריבוני לא התכוון לפגוע בעקרונות כלליים שהם בבחינת יסוד מוסד של מערכת המשפט שלנו כולה. על עקרונות אלה נמנים עקרונות הצדק הטבעי במה שנוגע לדרכי הדיון"; בג"ץ 74/74, **שלום עזרא נ' שר התחבורה**, פ"ד כח(2), 729 (1974); בג"ץ 654/78, **ריבה גינגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד לה(2), 649, 656 (1979): "שלילה זו צריכה להיות בלשון ברורה ומפורשת. במקום שהוראת חוק ניתנת לפירושים מספר, עדיף הפירוש, אשר ייתן תוקף לזכות הטיעון ולא יסתור אותה".

האמת, וזו מטרתו העיקרית... תפקידו של השופט, הוא "התפקיד לעשות כדי שהאמת תצא לאור העולם"... "לאמת יוציא משפט" (ישעיהו, מב, ג). "משפט אמת שפטו" (זכריה, ז, ט)<sup>45</sup>.

נראה שדברים חדים מאלו - על חשיבותה של האמת, ועל מעמדה כתשתית למערכת המשפטית - נתקשה למצוא. ואולם, אין מדובר באמירה חריגה. ערך האמת מהווה התשתית לקיומם של הכללים הדיוניים האזרחיים<sup>46</sup>, והוא הערך המשמעותי ביותר גם בסדר הדין הפלילי<sup>47</sup>. ערך זה הוא כה חשוב, עד כי עליו נקבע ש"אם תיטול את האמת, או אם ייגרע מכוחו של בית המשפט לבררה, תוצאות פסק הדין לא תהיינה נכונות. **במצב זה, מה הטעם בכל ההליך השיפוטי?!"**<sup>48</sup>. עד כדי כך הגיעו הדברים, שהיו אף שהביעו עמדה לפיה סדרי הדין הם האמצעים בעזרתם ניתן לגלות את האמת בהליך השיפוטי<sup>49</sup>, ותיאורטיקנים של סדרי הדין קבעו שמטרתם העיקרית היא הגברת הדיוק בפסיקה לצורך בירור האמת<sup>50</sup>. הא, ותו לא. נוכח הדברים, מקובלת היום, לדוגמא, הגישה לפיה יש לשאוף לגילוי מירבי ורחב ככל האפשר של מסמכים ומידע היכולים לשפוך אור על המחלוקת<sup>51</sup>, ובשל כך יכול בית המשפט לחייב אדם לבא ולהעיד בהליך שהוא איננו צד לו<sup>52</sup>.

הדברים אמנם ברורים וחדים, אך הם אינם מעמידים את ערך האמת כערך בלעדי, וכמו לכל ערך, יש להתייחס אליו תוך מבט כולל על כלל הערכים שסביבו<sup>53</sup>. בדוגמה שהובאה לעיל, בנוגע לגילוי המסמכים, האיזון מתבצע באמצעות חסיונות, חובות סודיות והוראות קבילות שונות<sup>54</sup> (כאשר אינו דומה דין אחד מאלו למשנהו). עם זאת,

<sup>45</sup> רע"א 1412/94, **הסתדרות מדיצינית הדסה עין-כרם נ' עפרה גלעד**, פ"ד מט(2), 516 (להלן: "**פרשת הסתדרות מדיצינית הדסה**"), 522 (1995). הדברים צוטטו מאז בעשרות פסקי דין נוספים.

<sup>46</sup> בג"צ 3914/92, **לאה לב נ' בית הדין הרבני האיזורי בתל אביב יפו**, פ"ד מח(2), (להלן: "**פרשת לבי**"), 491, 502 (1994): "ניתן להצביע על מספר שיקולים טיפוסיים, העוברים כחוט השני בהליך הדיוני... שיקול מרכזי הוא זה של הצדק הדיוני. שיקול זה משמעותי, בין השאר, ראית ההליך הדיוני כנועד להגשים את המשפט המהותי, על בסיס חשיפת האמת"; אהרן ברק, "על משפט, שיפוט ואמת", **משפטים כ"ז** (התשנ"ו), 11 (להלן: "ברק, על משפט"), 16: "מטרת השיפוט היא חשיפת האמת".

<sup>47</sup> ע"פ 951/80, **קניר נ' מדינת ישראל**, פ"ד לה(3), 505, 516 (1981); (להלן: "פרשת קניר"). אם כי במשפט הפלילי עומד ערך האמת במדרגה אחת עם זכותו של הנאשם להליך הוגן, ראה ע"פ 7832/00, **בוריס יעקובוב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(2), 534, 541 (2002).

<sup>48</sup> בשי"א (י-ם) 7577/09, **עוזבון המנוח פלוני ז"ל נ' ביטוח ישיר - חברה לביטוח בע"מ** (פורסם בנבו, 12.5.09; להלן: "פרשת ביטוח ישיר"); בשי"א (י-ם) 7984/09, **רוזן שרה נ' חברת ארזי הבירה בע"מ** (פורסם בנבו, 9.7.09; להלן: "פרשת רוזן"); וראה גם אצל Julius Byron Levine, **Discovery, A Comparison Between English and American Discovery Law with Reform Proposals** (Oxford University Press, 1982), 112-122 (להלן: "Levine, Discovery"), המדגיש את התפיסה כי גילוי האמת הוא ערך עליון.

<sup>49</sup> Cover, Fiss & Resnik, **Procedure**, 112 (1979); Cover & Owen M. Fiss, **The Structure of Procedure** (1979); Robert M. Cover & Owen M. Fiss, **The Structure of Procedure**, 112 (1979); ברק, על משפט, 12: "דיני הראיות וסדרי הדין לא באו אלא כדי לשרת מטרה זו: חשיפת האמת".

<sup>50</sup> ראה: William Twining, **Rethinking Evidence: Exploratory Essays** (Cambridge University Press, 2006), 71 (להלן: "Twining, Rethinking Evidence"); Denis. J. Galligan, **Due Process and Fair Procedure: a Study of Administrative Procedures** (Clarendon Press, Oxford, 1997) (להלן: "Galligan, Due Process").

<sup>51</sup> וראה בהרחבה: Zuckerman, *ibid*, 189-193.

<sup>52</sup> רע"א 1917/92, **יעקב סקולר נ' ניצה ג'רבי**, פ"ד מז(5), 764 (1993).

<sup>53</sup> מנחם אלון, "הדין, האמת, השלום והפשרה"; על שלושה וארבעה עמודי המשפט והחברה, **מחקרי משפט י"ד** (התשנ"ח), 269 (להלן: "אלון, הדין, האמת"); 275; וראה גם רע"א 6546/94, **בנק איגוד לישראל בע"מ נ' הנרי אזולאי**, פ"ד מט(4), 54 (להלן: "**פרשת בנק איגוד**"), 61 (1995): "גילוי האמת הוא ערך מרכזי בכל שיטת משפט ובכל חברה. בלעדיו אין. עם זאת, אין הוא ערך בלעדי. לצידו קיימים ערכים אחרים, אשר גם עליהם צריכה החברה להגן... אין לומר כלל כי תגלה האמת, גם אם ייחרב העולם. יש צורך לאזן בין הערכים המתנגשים"; פסקה 10 להחלטתה של השופטת חיות בבג"ץ 844/06, **אוניברסיטת חיפה נ' פרופ' אברהם עוז**, פ"ד סב(4), 167 (2008); להלן: "**פרשת אוניברסיטת חיפה**"); "שיטת המשפט הישראלית אינה דוגלת בכלל טוטאלי של חשיפת האמת ועשיית צדק בכל מחיר בבחינת *fiat justitia et pereat mundus*... היא מכירה בכך שקיימות זכויות וקיימים ערכים ואינטרסים מתחרים בעלי חשיבות לפרט ולחברה הראויים להגנה..."; פסקה 6 לפסק הדין ברע"א 5806/06, **עוזבון המנוח נמירובסקי מיכאל ז"ל נ' אורי שימקו** (פורסם בנבו, 13.6.07); נינה זלצמן, "אמת עובדתית ויאמת משפטית" - מניעת מידע מבית המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים, **עיוני משפט כ"ד** (התש"ס-התשס"א), 263.

<sup>54</sup> וראה בהרחבה אצל יצחק עמית, "קבילות, סודיות, חיסיון ואינטרסים מוגנים בהליכי גילוי במשפט האזרחי - ניסיון להשלטת סדרי, **ספר אורי קיטאי** (עורך: בועז סנג'ור), תשס"ח, הוצאת נבו.

המדיניות הנוכחית המקובלת גם בפסיקה הזרה, לא שררה מאז ומעולם. על המדיניות ששררה בעבר אף נאמר כי היא מצביעה על כך שאין החיפוש אחר האמת מטרתו העיקרית של ההליך<sup>55</sup>. לכן, ועל אף שלכאורה, העמדתו של ערך האמת ביסוד ההליך המשפטי נראית מובנת מאליה, יש להבין את ההצדקות השונות לערך, ואת יישומן בסדרי הדין האזרחי.

- א. ערך גילוי האמת ראוי להגנה בראש ובראשונה בשל הרצון להגן על הזכויות המהותיות של הצדדים לדיון. הזכויות המהותיות נקבעות בסופו של הדיון המשפטי, ולכן גילוי האמת במהלך הדיון מהווה תנאי לאכיפת הנורמות הקבועות בדין המהותי ולהגשמתן בפועל. הצדקה זו יונקת את חיותה מתפיסתו של האדם כמרכז הבריאה, כיוצר אוטונומי, בעל זכות בחירה<sup>56</sup>, ומהנחה שכיבוד אוטונומיית המתדיין תניב תוצאות אמת<sup>57</sup>.
- ב. ההנחה היא שהעמדת גילוי האמת בראש פירמידת הערכים מבטיחה תהליך קבלת החלטות רציונאלי, וכי תהליך זה עומד בתשתית ההליך המשפטי המודרני<sup>58</sup>. קבלת החלטות שלא מתוך רציונאליות גמורה עלולה להוביל לשרירות<sup>59</sup>. קבלת החלטות שרירותית ולא רציונלית של הערכאה השיפוטית, תנטרל את מימד הרציונאליות מקבלת החלטות של הפרט, עוד קודם להכרעה השיפוטית, כאשר רציונאליות זו היא אבן הראשה של החיים במדינה מודרנית<sup>60</sup>. בירור אמיתי של הזכויות המהותיות מביא לרציונאליות בהחלטות הפרט. רק קבלת החלטות רציונאליות תכווין התנהגויות בחברה ותמנע התנהגויות אנטי חברתיות<sup>61</sup>.
- ג. הידיעה כי המערכת השיפוטית מעמידה בראש סולם דאגותיה את גילוי האמת, מסייעת עד מאד להגברת אמון הציבור<sup>62</sup> ברשות השופטת<sup>63</sup>. ללא אמון מעין זה תפשוט מערכת המשפט את הרגל<sup>64</sup>. כאשר הציבור מכפיף את עצמו להכרעות המערכת השיפוטית, הוא עושה זאת בשל אמונו במערכת<sup>65</sup>, אשר מנסה, כמיטב כוחותיה, להתחקות אחר האמת הנעדרת, ובשל הנחה כי בידיה כלים נאותים להשגת המטרה<sup>66</sup>. ידיעה כי למערכת משימות נעלות יותר מבירור האמת בהליך שלפניה, תפגע קשות באמון הציבור וברצון הפרט

<sup>55</sup> קרייני, גילוי המוקדם, 580-581; Wayne D. Brazil, 'The Adversary Character of Civil Discovery: A Critique and Proposal', 31 Vand. L. Rev. (1978), 1295, 1319. ("Brazil, The Adversary" (להלן: "Brazil, The Adversary").

<sup>56</sup> שילה, שם, 321. וראה גם בפסקי הדין: (1975) 422 U.S. 806, 818, *Faretta v. California*, 104 S. Ct. *McKaskle v. Wiggins*, 104 S. Ct. (1984) 944, 950.

<sup>57</sup> Resnik, Tiers, 847: "litigants' autonomy is often justified as leading to more "accurate" or better outcomes".  
<sup>58</sup> Resnik, *ibid*, 852. בעבר היו הדברים ברורים הרבה פחות, והליכי קבלת החלטות, שאינם רציונליים בעליל, היו מקובלים בהליכים שיפוטיים, שם, 838.

<sup>59</sup> וראה גם אצל יצחק זמיר, **הסמכות המינהלית** (מהדורה שנייה), נבו הוצאה לאור, התשי"ע (להלן: "זמיר, הסמכות המינהלית"), ח"ב, 733: "שרירות היא סוג של שחיתות. יש בה חומרה קיצונית. היא עילה לפסול כל החלטה מינהלית", וכן בג"צ 376/81, **משה לוגסי נ' שר התקשורת**, פ"ד לו(2), 449, 460 (1982).

<sup>60</sup> Fiss, *ibid*, 12-17.

<sup>61</sup> Michelman, The Supreme I; Michelman, The Supreme II.

<sup>62</sup> על עצם ההתחשבות בטעמים ציבוריים לסוגיות בתחום הכללים הדיוניים, ראה: Summers, *ibid*.

<sup>63</sup> על חשיבות אמון הציבור במערכת ראה בג"ץ 732/84, **ח"כ יאיר צבן נ' השר לענייני דתות**, פ"ד מ(4), 141, 148 (1986): "אמון הציבור ברשות השופטת הוא הנכס היקר ביותר שיש לה לרשות זו. זהו גם מנכסיה היקרים ביותר של האומה. ידועה אמרתו של דה-בלזק, כי חוסר אמון בשפיטה הוא תחילת סופה של החברה", וראה גם אצל ברק, מבחר כתבים א' (נבו הוצאה לאור, התשי"ס), 965 (במאמר שכותרתו "בית המשפט העליון ואמון הציבור"); יובל אלבשן, 'מבית-משפט לבית שופטים: ההאנשה השיפוטית כחלק מהפרטת השפיטה בישראל, **עלי משפט** ז' (התשס"ט), 147 (להלן: "אלבשן, מבית משפטי"), 149, והדברים אותם הוא מצטט מדברי פרופ' ברק בכנס הנשיא לדמוקרטיה.

<sup>64</sup> אהרן ברק, **שופט בחברה דמוקרטית** (כתר, 2004), 49.

<sup>65</sup> אך ראה עמדה מנוגדת אצל חיים כהן, הרהורי כפירה באמון הציבור, **ספר שמגר** (כרך ב', התשס"ג), 365.

<sup>66</sup> Fiss, *ibid*.

להפקיד את ההכרעה בעניינו – בידיה. הדברים מקבלים משנה תוקף נוכח ההנחה שמרבית המתדיינים אינם 'נוכלים' מקצועיים, אלא מאמינים בצדקת טענותיהם אך חלוקים בתפיסותיהם על הצד שכנגד.<sup>67</sup> ודאי שאלו לא היו נותנים אמון במי שמטעמים שונים היה נמנע מלנסות ולהגיע לפתרון הקולע ביותר אל האמת.

ד. ערך גילוי האמת משמעותי ליתקנת הציבור.<sup>68</sup> ע"פ תפיסה זו גילוי האמת חשוב לא רק להבטחת האינטרסים הפרטיים של בעלי הדין, אלא גם להבטחת האינטרסים הציבוריים, המתבטאים בהבטחת "תקינות הפעולה של המערכת החברתית כולה"<sup>69</sup>, כאשר היכולת של בתי המשפט לגלות את האמת היא עניין ציבורי,<sup>70</sup> וכאשר מתוך האינטרס הציבורי נובעת גם "זכותו של הכלל לעדותו של כל פרט"<sup>71</sup>. ודוק. ע"פ תפיסה זו, גילוי האמת הוא משמעותי לא רק לצורך ההכרעה בדיון המקומי, אלא מקבל משמעות גם מעצם חשיפת האמת עצמה.<sup>72</sup> עם זאת, חשוב לזכור כי ערך גילוי האמת איננו מופיע בסולם הערכים המפורש בחוקי הפרוצדורה שהוזכרו לעיל, דוגמת ה-CPR האנגלי. יש אמנם שטענו שהוא מצוי שם בכל זאת בין השורות,<sup>73</sup> יש שטענו שכללי הפרוצדורה אינם המקום הטבעי לציון ערך זה,<sup>74</sup> ויש שטענו שהוא לא נמצא שם רק בשל חשיבותו העליונה,<sup>75</sup> ועדיין היעדרותו של ערך ברור האמת מהרשימה מדברת בעדה. נראה, כי אין מנוס מהמסקנה שאומצו כאן דבריו של פולוק, ולפיהם תהא זו טעות רצינית להאמין, כי תפקידו של הדיון המשפטי הוא רק או בעיקר הגעה אל התוצאה הנכונה.<sup>76</sup> יתר על כן, רבים טוענים כי על בית המשפט לא קיימת כל חובה להגיע לתוצאה שהיא האמת,<sup>77</sup> וכך גם נקבע בפרשה ידועה בבריטניה,<sup>78</sup> בה ניהלו הצדדים את ההליך בצורה שגויה.

על ערך 'גילוי האמת' נשענים עקרונות יסודיים בכללי הדיון האזרחי, דוגמת עיקרון פומביות הדיון<sup>79</sup> המעוגן בחוקי מדינת ישראל,<sup>80</sup> החובה לנהל פרוטוקולים,<sup>81</sup> זכות הערעור<sup>82</sup> וכן כלל יכולות הפיקוח והבקרה על התנהלות

<sup>67</sup> שילה, שם, 322.

<sup>68</sup> קרייני, שם, 563.

<sup>69</sup> פרשת בנק איגוד, שם; רע"א 4999/95 *alberici international* שותפות רשומה בישראל נ' מדינת ישראל, פ"ד (נ1), 39, 44 (1996); פסקה 9 להחלטתה של השופטת חיות בפרשת *אוניברסיטת חיפה*. וראה גם ב"ש 298/86, *בן ציון ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב*, פ"ד מא(2), 337, 358 (1987).

<sup>70</sup> רע"א 4708/03, *לילי חן נ' מדינת ישראל, משרד הבריאות*, פ"ד ס(3), 274, 287 (2005): "גילוי האמת הוא ערך מרכזי בשיטת המשפט אשר לציבור כולו עניין בו. השאיפה היא כי בניהול הליכים משפטיים בבתי המשפט יהא ניתן להגיע לגילוי האמת, לפריסת מרב הנתונים שהיד משגת, והכול כדי שההכרעה המשפטית תיעשה על בסיס מוצק ואיתן ככל האפשר".

<sup>71</sup> פרשת הסתדרות מדיציניית הדסה, 522.

<sup>72</sup> הדברים דומים במידה מסוימת לאפשרות שמעניק הדין, למי שהורשע בדיון בעבירה פלילית, לנסות ולהשיג זיכוי בערעור גם לאחר מותו. ראה תקנה 36 לתקנות סדר הדין הפלילי, תשל"ד-1974: "היה ערעור מטעם הנאשם תלוי ועומד ונפטר הנאשם, רשאי בית המשפט להרשות שהדיון יימשך, ולקבוע כי בן משפחתו, יורשו, מבצע צוואתו או מנהל עזבונו ימשיך בערעור במקום הנאשם". וראה עוד על עיקרון זה בע"פ 427/64, *משה יאיר נ' מדינת ישראל*, פ"ד יט(3), 402, 408-406 (1965); ע"פ 1619/00, *ראמו אלרוזי נ' מדינת ישראל* (פורסם בנבו, 28.11.00); ת"פ (ראשלי"צ) 2372/04, *מדינת ישראל נ' עופר ישראלי* (פורסם בנבו, 9.11.08).

<sup>73</sup> ראה אצל 20: Greene, *The New, The Old*, "but certainly one of the overriding obligations of the Court is to try and find out ... the truth of the matters in issue".

<sup>74</sup> ראה אצל 6-7: Zuckerman, *ibid*, "The right of access to court for the purpose of enforcing rights is derived from a ... general constitutional principle and not from the rules of procedure".

<sup>75</sup> כך, בהערת שוליים לגירסה השלישית של ה-CPR, נאמר כי: "...seeking the truth is so obviously part of the court's role that ... it does not need to be stated expressly in the Rules".

<sup>76</sup> Frederick Pollock, *Essays in the law* (Macmillan, London, 1922), 275.

<sup>77</sup> Jolowicz, *ibid*, 5.

<sup>78</sup> *Air Canada v. Secretary of State for Trade* (1983) 2 A.C. 394, 438.

<sup>79</sup> אנו העמדנו את העיקרון כחלק מהמנגנון לבירור האמת בהליך המשפטי, ואולם יש המונים אותו כחלק מהכללים שנועדו להבטיח צדק דיוני. יש אף המונים את עיקרון פומביות הדיון כאחד העקרונות העומדים ביסודה של המערכת הדיונית כולה, ראה גינוסר, מבוא לתורת הדיון, 70-72. כך או כך, חשיבותו אינה מוטלת בספק. לעניין זה ראה גם: *Richmond Newspaper, Inc. v. Virginia*, 448 U.S.



בית המשפט. אמצעי פיקוח ובקרה מופעלים באופן יומיומי כלפי כל בעל סמכות<sup>83</sup>, והרשות השופטת היא אחת מבעלי הסמכויות, אשר יש מקום להפעיל ביקורת על התנהלותם<sup>84</sup>. הדברים משפיעים כבר בשלב המקדמי, שכן היודע שמעשיו יהיו נתונים לביקורת חיצונית, מושפע (במודע ובתת-מודע) ונוהג ביתר זהירות ואחריות. בהתאם לתיאוריה זו, זכות הערעור מסייעת לבידור האמת בכפל<sup>85</sup>. מחד, היא מאפשרת לערכאת הערעור לתקן שגיאות של הערכאה התחתונה<sup>86</sup>, ובכך להביא לתוצאה 'אמיתית' יותר<sup>87</sup>. מאידך, ידיעת השופט בערכאה הנמוכה שמעשיו צפויים לביקורת ערכאה גבוהה יותר, תפעל לריסון מקדם הטעות שלו, ולתוצאה מדויקת ו'אמיתית' יותר. ההשלכה הדיונית של ערך גילוי האמת ברורה:

"היעד המרכזי של ההליך המשפטי... הוא אכן לחשוף את האמת העובדתית וליישם עליה את הדין החל באותן נסיבות, כדי שיעשו, ככל שניתן, הדין והצדק עם המתדיינים ועם החברה. בדרך כלל יהא נכון וראוי למנוע סיכול מגמה זו בשל משגים פורמאליים, שאין בהם כדי לקפח או לגרום עוול לצד שכנגד ושניתן לתקן את נזקם בחיוב בהוצאות"<sup>88</sup>.

חשוב, עם זאת, להבהיר כי בדברינו כאן על האמת, עוסקים אנו הלכה למעשה ב'אמת המשפטית' ולא ב'אמת העובדתית'. מדובר שני מושגים שאינם זהים בעליל<sup>89</sup>, אם כי היו כבר שהעירו כי "שעתו היפה של השיפוט הינה כאשר "האמת המשפטית" - זו האמת שבית המשפט קובע אותה כקיימת - מתקרבת כמלוא האפשר אל "האמת העובדתית" - זו האמת אשר קיימת במציאות כמות שהיא"<sup>90</sup>.

---

Press-Enterprise Co. v. Superior Court, 104 S. Ct. 819 (1984), 823, 824; 555 (1980), 575-81 (Enterpris).

<sup>80</sup> הקבוע בצורה מפורשת בסעי' 3 לחוק יסוד: השפיטה וראה גם בסעי' 68(א) לחוק בתי המשפט. מעיקרון פומביות הדיון נגזרת גם זכות העיון בתיק בית המשפט. ראה תקנות בתי המשפט ובתי הדין לעבודה, התשס"ג-2003; גורן, סוגיות, 11; בג"ץ 1447/03, **תובל ש"י נ' פנים - להתחדשות יהודית בישראל** (פורסם באתר הנהלת בתי המשפט, 1.11.04): "מעיקרון פומביות הדיון וחופש המידע נובע שבהיעדר טעם מיוחד המונע זאת רשאי כל אדם לעיין בתיקי בית-המשפט"; ע"א 1651/08 - א', **עו"ד שי עינת (רו"ח) נ' צביון בע"מ** (פורסם בנבו, 27.7.08); בג"ץ 9474/00, **אליעזר גל נ' ראש עיריית חיפה, מר מצנע**, פ"ד נט(3), 714 (2004), אגב, פסק דין זה גם מדגיש את העיקרון שעל בעל דין לומר לבית המשפט אמת, ואמת בלבד, גם במקום בו הוא איננו מחויב בצירוף תצהיר (פיסקה 5 לפסק הדין).

<sup>81</sup> החובה לנהל פרוטוקולים של דיוני בית המשפט מעוגנת בסעי' 68(א) לחוק בתי המשפט. בשנים האחרונות הוכרה זכות הערעור כזכות חוקתית ברמה כזו או אחרת, ראה סעיף 17 לחוק יסוד: השפיטה; חמי בן נון, **הערעור האזרחי**, ע.ד. ספרות משפטית בע"מ, התשס"ד (להלן: "בן נון, הערעור האזרחי"), 57-64; יגאל מרזל, **זכות הערעור או ערעור בזכות?** סעיף 17 לחוק יסוד: השפיטה ומהותו של ערעור, בתוך **ספר שלמה לוי** (עורכים: אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני), 141; ע"פ 1903/99, **אהרן חסין נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 7.4.08; להלן: "פרשת חסין"); ע"פ 6179/12, **דוד טובול נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 27.9.12); בר"ש 6442/10, **מדינת ישראל נ' יצחק אביזמיל** (פורסם בנבו, 21.11.10): "במישור הערכי - זכאי אדם ליומו הערעורי"; רע"א 1441/02, **משה פרץ נ' שרה שטרן** (פורסם בנבו, 15.4.2002): כי "זכות הערעור היא זכות יסוד באופן שלכל אדם הזכות להישמע בבית משפט, פעם בערכאה ראשונה ופעם בערכאת ערעור"; פרשת עיריית גבעתיים.

<sup>83</sup> בג"ץ 5743/99, **יוסי דואק נ' ראש עיריית קרית ביאליק, מר דני זק**, פ"ד נד(3), 410, 415 (2000): "הביקורת על מוסדות השלטון מעוגנת בעקרונות היסוד של השיטה".

<sup>84</sup> Resnik, ibid, 851. וראה גם ברע"א 1958/00, **אריה נדב נ' סלון מרכזי למכונות כביסה וטלוויזיה בבית אל על**, פ"ד נח(5), 43 (2001); להלן: פרשת נדב(י), 47; בש"א 4459/94, **עמנואל סלמונוב, עו"ד נ' משה שרבני**, פ"ד מט(3), 479 (1994); להלן: "פרשת סלמונוב(י)", 482-483; בש"א (ת"א) 164183/07, **מדינת ישראל - הנהלת בתי המשפט נ' שאולי שמעון** (פורסם בנבו, 24.7.07; להלן: "פרשת שאולי").

<sup>85</sup> בן נון, הערעור האזרחי, 33.

<sup>86</sup> הכל, כמובן, מתוך הנחה, שערכאה גבוהה יותר היא גם בעלת סיכויים טובים יותר לקלוע לאמת, וזאת בשל עודף כישוריה וניסיונה. בכל מקרה, יש להדגיש כי גם סופיות הכרעתו של בית המשפט העליון אינה מבוססת על אי יכולתו לטעון אלא על נימוקים אחרים. וראה, ברק, על משפט, 13-14, ובמקורות אותם הוא מביא בהע"ש 7.

<sup>87</sup> וראה בהרחבה Resnik, ibid, 855-856.

<sup>88</sup> ב"ש 230/86, **עוזי עצמון נ' מדינת ישראל**, פ"ד מ(2), 353, 356 (1986).

<sup>89</sup> להרחבה בנוגע לפערים אלה, ראה לדוגמא, אצל זלצמן, שם; אלדד פרי, 'הנסתרות והנגלות - בין אמת עובדתית לאמת משפטית', **פרשת השבוע** 138, נצבים-וילך התשס"ג (להלן: "פרי, הנסתרות"); דוד ניסני, "זאת חקת התורה" - סדר הדין והאמת המשפטית, **פרשת השבוע** 289, חקת התשס"ז (להלן: "ניסני, זאת חקת"); חיים שייך, עוד על האמת המשפטית, **פרשת השבוע** 319, נשא התשס"ח (להלן: "שייך, עוד על האמת"); חיים ה' כהן, דין אמת לאמיתו, בתוך **גבורות לשמעון אגרנט** (התשמ"ז), 35 (להלן: "כהן, דין אמת"); אלון, שם; בג"ץ 152/82, **דניאל אלון נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לא(4), 449 (להלן: "פרשת דניאל אלון"), 465-468 (1982); ע"פ 115/82, **האיל מועדי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לח(1), 197 (להלן: "פרשת מועדי"), 259-260 (1984); ע"א 61/84, **יוסף ביאזי נ' אברהם לוי**, פ"ד מב(1), 446 (להלן: "פרשת ביאזי"), 476 (1988).

<sup>90</sup> ברק, שם, 12.

## ג. הצדק

### 1. הצדק המהותי

ערך נוסף נחשב כערך עליון בהיררכיית הערכים המשפטית – ערך הצדק. מדובר בציודו השני של מטבע האמת, אשר כבר עמדנו על חשיבותו ומעמדו בראש סולם הערכים. "הליכים משפטיים משרתים מטרה עיקרית, והיא עשית דין צדק תוך הבטחת מראית פני הצדק. כל היתר הוא, בדרך כלל, פועל יוצא מכך... כל אלו הן תוצאות נגזרות מעשיית דין צדק ולא חליפיו"<sup>91</sup>. יתר על כן, בעבר רווחה המימרה הלטינית *fiat justitia et periret mundus*, ולפיה "ייעשה הצדק גם אם ייחרב העולם" [הדומה לביטוי היהודי "יקוב הדין אֶת הָהָר" <sup>92</sup>]. גם אם אמירה זו אינה מקובלת היום בעולם המערבי<sup>93</sup>, הרי שהיא מבהירה את משמעותו של הערך. לכן, הובהר לא פעם כי זוהי מטרתו העיקרית של בית המשפט:

"...litigation is not a war or even a game. It is designed to do real justice between opposing parties and if the court does not have **all** the relevant information, it cannot achieve this object"<sup>94</sup>.

מכאן יש גם שניסחו את היחס בין בירור האמת לשאיפת הצדק. כך, לדוגמא, טען ברק:

"מטרת המשפט הוא הצדק. האמצעי של המשפט להשגת הצדק הוא חיפוש אחר האמת. המשפט עומד על האמת. בלא אמת אין צדק. בלא אמת אין משפט. בלא אמת אין שיפוט..."

הערך המרכזי של המשפט הוא הצדק. הערך המרכזי של השיפוט הוא האמת"<sup>95</sup>.

מכח תפיסה זו, לבית המשפט מוקנית סמכות אינהרנטית לשלוט על ההליך הפרוצדוראלי, כך שההליכים הדיוניים לא ישמשו כמכשיר ליצירת אי-צדק<sup>96</sup>. עמד על כך הלורד דיפלוק כשקבע:

"The High Court's power... is but an instance of a general power to control its own procedure so as to prevent its being used to achieve injustice. Such a power is inherent in its constitutional function as a court of justice. Every civilised system of government requires that the state should make available to all its citizens a means for the just and peaceful settlement of disputes between them as to their respective legal rights... So, it

<sup>91</sup> בג"ץ 87/85, ג'מאל אחמד ג'בר ארג'וב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מב(1) 353, 378 (1988); להלן: "פרשת ארג'וב".

<sup>92</sup> סנהדרין, ו', ע"ב. עם את, עיון בסוגיה מלמד כי ספק האם מימרה זו נפסקה להלכה. וראה ע"פ 866/95, אהרון סוסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1), 793, 817 (1996); להלן: "פרשת סוסן"; רע"פ 2413/99, טוראי רחמים גיספן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נה(4), 673 (2001); להלן: "פרשת גיספן"; רע"א 686-688; רע"א 4044/04, יצחק ועמוס בוקרה קבלנים בע"מ נ' אסתר סגל, פ"ד נח(6), 894 (2004).

<sup>93</sup> ואכן, גישה זו אינה מקובלת היום באף מדינה מערבית, ובוודאי לא בישראל, ראה ברק, על משפט, 14; פרשת הסתדרות מדיצינית הדסה, 522; פרשת אוניברסיטת חיפה; בג"ץ 4044/93, גרשון סלומון נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מט(5), 617, 621 (1996).

<sup>94</sup> Davies v. Eli Lilly & Co (1987) 1 W.L.R., 428, 431-432. ההדגשה במקור.

<sup>95</sup> ברק, על משפט. זאת, תחת הכותרת 'צדק כמטרה ואמת כאמצעי', המדברת בעדה.

<sup>96</sup> Sime, ibid, par 3.10.

would stultify the constitutional role of the High Court as a court of justice if it were not armed with power to prevent its process being misused in such a way as to diminish its capability of arriving at a just decision of the dispute"<sup>97</sup>.

ואולם, הצדק הוא מושג מורכב<sup>98</sup> ועמום<sup>99</sup>. הוא איננו זהה למושג האמת<sup>100</sup>. ככל שמרבים לעסוק בו, הוא נותר ללא הגדרה ותיאור מוסכמים<sup>101</sup>. "Doing justice is the goal of any enlightened system of civil litigation,"<sup>102</sup> "יש אף שבירכו על הותרתו של מושג הצדק עמום. "ידוע כי בתחיקה מפוזרים מושגים עמומים, כמו צדק ותום-לב, שאין זה ראוי להקים סביבם חומה נוקשה של הגדרה, גם אם הדבר אפשרי. עדיף להשאיר בהם קצוות פתוחים, כדי שניתן יהיה להכניס דרכם גם נסיבות מיוחדות של מקרים בלתי צפויים"<sup>103</sup>. יש שטענו כי צדק הינו מושג סובייקטיבי יותר, וממילא הכרעה ע"פ הצדק תהא צפויה פחות, בעוד שהכרעה 'משפטית' טהורה היא אובייקטיבית יותר, וממילא צפויה יותר<sup>104</sup>. עם זאת, גם חלוקות מעין אלו זכו לביקורות נוקבות<sup>105</sup>. למעשה, המינוח 'צדק' משמש למספר היבטים. המשמעות הראשונה והברורה שלו הינה הגעה לתוצאה סופית צודקת. היבט זה ייקרא להלן 'צדק מהותי'. הצדק המהותי במשפט פועל בשלושה מישורים שונים. ראשית, כאחד מהערכים שאותם באים הכללים להשיג. שנית, זהו כלי בעזרתו ניתן לבחון האם הפרשנות לכלל אותה אימץ הפוסק – ראוייה. שלישית, זהו ערך המכריע את המאזניים, כשאלו מעוינות לאחר העמדת כל הערכים והשיקולים במקומם<sup>106</sup>. נוכח מעמדו הרב-מימדי, ניתן לומר כי השופט מונחה בצורה משמעותית ע"י שיקולי צדק<sup>107</sup>.

<sup>97</sup> *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v. South India Shipping Corporation* [1981] 1 AC 909

<sup>98</sup> לבחינה של הנושא ראה בהרחבה אצל עמיחי רדזינר, "צדק צדק תרדוף": תפיסות שונות של צדק שיפוטי במשנת התנאים, בתוך: **צדק שלי, צדק שלך: צדק בין תרבויות** (בעריכת ידידיה צ' שטרן, מרכז זלמן שזר, התש"ע), 59; פניה עוז-זלצברגר, 'על משפט ועל משפט: קווים לדמותו של האי-צדק', בתוך: **צדק שלי, צדק שלך: צדק בין תרבויות** (בעריכת ידידיה צ' שטרן, מרכז זלמן שזר, התש"ע), 243; ובמאמרים נוספים בספר זה.

<sup>99</sup> טובה שטרסברג כהן, עקרונות כלליים במשפט הפרטי, **המשפט** 12 (התשס"א), 4, 8-9.

<sup>100</sup> וראה רע"א 7116/11, **חנה בורשטיין נ' איתן שריקי** (פורסם בנבו, 24.6.12; להלן: "פרשת בורשטיין").

<sup>101</sup> יצחק זמיר, שיקול הצדק בהחלטות מנהליות, **משפט וממשל** ז' (2) (התשס"ה), 623 (להלן: "זמיר, שיקול הצדק"), 626; וראה בהרחבה אצל חיים פרלמן, **על הצדק: מסות על המוסר ועל המשפט** (תרגום: י' אור), הוצאת מאגנס, ירושלים, התשמ"א; חיים ה' כהן, **המשפט** (מוסד ביאליק, התשנ"ב; להלן: "כהן, המשפט"), 83.

<sup>102</sup> Zuckerman, *ibid*, 3.

<sup>103</sup> עש"מ 4123/95, **יוסף אור נ' מדינת ישראל – נציב שירות המדינה**, פ"ד מט(5), 184, 189 (1996). וראה גם בת"א (ת"א) 2103/98, **מינהל מקרקעי ישראל – תל אביב נ' כהן דוד** (פורסם בנבו, 9.2.06): "אכן המושג 'צדק' מושג עמום הוא וברי כי תבניתו נוצקת בנסיבות כל מקרה לגופו. תפקידו של בית המשפט בכגון דא, לאתר את הנסיבות בהן יש להעניק למפר סעד זה, על מנת להגיע לתוצאה הראויה"; ת"פ (ת"א) 6650/93, **מדינת ישראל נ' יגאל תומרקין**, פ"מ תשנ"ה(4), 415, 422 (1996): "אכן, מושג הצדק אינו צלול ובהיר (שלא לומר עמום ומעורפל). הילכך, בית המשפט יצוק לו תוכן מתאים, יקים ויצמיד נדבכיו מתוך מערכת נתונים ותפיסות חברתיות, רוחות תרבות וכלל הערכים המבטאים דעותיה והשקפותיה של אותה תקופה... מושג זה פורש כדיבור גמיש הלוכש צורה ופושטה בהחלפת העתים והמקומות... עקרון הצדק עלול להיות כמו אותו סוס פרא "אשר דרכו מי ישורנה"... ברם, סוס פרא הניתן לאילוף, והשופט הוא הרוכב עליו לנווטו...".

<sup>104</sup> זמיר, שם, 627; פרשת נחמני; רע"א 5768/94, **א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ**, פ"ד נב(4), 289, 490 (1998).

<sup>105</sup> סטטמן, הצדק כ'שדה פרוץ'.

<sup>106</sup> ברק, פרשנות במשפט ב', 709-710.

<sup>107</sup> ראה 116 *Harv. L. Rev.* (2002), **Aharon Barak, 'A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy'**, 16: 82: "Justice guides the entire interpretive process, for, indeed, justice is one of the core values of the legal system." "Within the bounds of the judicial discretion, justice becomes a 'residual' value which can decide hard cases

בהקשר למשפט הדיוני מתבטא ה'צדק' בשני היבטים שונים. האחד, הגעת בית המשפט לפיתרון הצודק במקרה המונח לפניו. הצדק המהותי לא יכול לקבל שמטעמים פרוצדוראליים יצא הצד הצודק מקופח<sup>108</sup>. אלו, כאמור, פנים אחרות של ערך האמת שהוצג לעיל. לעניין זה, ישנה זהות בין דיני הראיות וכללי הדיון האזרחי - "מבחנו של השיפוט הוא ביכולתו לקבוע את האמת, כלומר את המציאות כמות שהיא, ולאורה להגשים את הצדק. דיני הראיות וסדרי הדין לא באו אלא כדי לשרת מטרה זו: חשיפת האמת"<sup>109</sup>. השני, יצירת מערכת כללים אשר תיצור שוויון והגינות בין המתדיינים השונים ותסייע לבירור ההליך.

על כל פנים, הזכות להליך הוגן הוכרה בארה"ב כזכות חוקתית – Due process. כבר בשלהי המאה ה-19 קבע בית המשפט העליון בארה"ב שביסוד זכות זו עומדים ערכי החירות והצדק. "Those fundamental principles of liberty and justice, which lie at the base of all our civil and political institutions"<sup>110</sup>.

## 2.2. כללי הצדק הטבעי

במקביל, ההקפדה על הזכויות הדיוניות מכונה 'צדק דיוני'<sup>111</sup>, כאשר הצדק מחייב מתן זכויות דיוניות לכל הצדדים בהליך המשפטי. יחד עם הזכות ליומם בבית המשפט (המכונה גם הזכות להישמע)<sup>112</sup> זכאים הצדדים גם לזכויות דיוניות נוספות, וזאת כחלק מכללי הצדק הטבעי<sup>113</sup> (בין הזכויות – הזכות לקבל כתב תביעה וכל כתב בי דין, הזכות לקבל מידע, הזכות לנכוח בדיונים, הזכות להביא ראיות והזכות לחקור את עדי הצד השני<sup>114</sup>). מטרתם של הכללים להביא לדיון אמיתי, מלא והוגן<sup>115</sup>. כללי הצדק הטבעי מבטיחים ניהול דיון הוגן<sup>116</sup>, וההנחה היא שהקפדה על זכויות הצדק הטבעי תוביל גם לצדק המהותי, כאשר היא תסייע לקבלת הכרעה צודקת יותר. בהיעדרו של הצדק הטבעי, גם אם יושג צדק מהותי בסופו של יום, הרי שתוקפה של המערכת, חוסנה המוסרי והאמון הציבורי בה יצאו נפסדים<sup>117</sup>. כמערכת לא נקבל השגת תוצאה צודקת בדרך שאינה צודקת<sup>118</sup>, וכשם

<sup>108</sup> ע"א 2629/98, **השר לביטחון פנים נ' הרב שלום דב וולפא**, פ"ד נו(1), 786 (להלן: "**פרשת וולפא**"), 794 (2001): "...הסוגיה שלפנינו אינה מעמידה זה מול זה אינטרס ציבורי מול אינטרס פרטי מובהק... לצד אינטרס הפרט העותר לגילוי ראיה ניצב אפוא גם אינטרס הציבור בקיום הליך הוגן ובעשיית צדק".

<sup>109</sup> ברק, על משפט, 12.

<sup>110</sup> **Hurtado v. California**, 110 U.S. 516, 535 (1884). וראה גם **Palko v. Connecticut**, 302 U.S. 319 (1937). סקירה מקיפה של השתלשלות בנושא זה מצויה גם בפסק דינה של השופטת אגמון-גונן בת"א (י-ם) 4050/01, **עיריית ירושלים נ' האשם מחמד** (פורסם בנבו, 16.7.02; להלן: "**פרשת מחמד**").

<sup>111</sup> להלן נעסוק בהיבט נוסף של הצדק – הצדק הפרוצדוראלי.

<sup>112</sup> **Goldberg v. Kelly**, 397 U.S. 254, 267 (1970). בפסק דין זה נקבע כי בעל הדין צריך להישמע "זמן משמעותי ובדרך משמעותית",

וראה גם: Kadish, Methodology; **Grannis v. Oredan**, 234 U.S. 385, 394 (1914).

<sup>113</sup> **פרשת לב**, 502: "ניתן להצביע על מספר שיקולים טיפוסיים, העוברים כחוט השני בהליך הדיוני... שיקול מרכזי הוא זה של הצדק הדיוני... הצדק הדיוני מחייב קיומם של כללי הצדק הטבעי, שעניינם מתן הזדמנות לכל צד להשמיע טענותיו, איסור על משוא פנים וחובת הנמקה. כן נגזרים מהצדק הדיוני כללים בדבר הגינות הדיון. במסגרתו של זה ניתן להזכיר את הידיעה על קיום הדיון, הזדמנות נאותה להצגת העמדה, הפעלה הוגנת של כוחות דיוניים, פומביות הדיון והנגישות לבית המשפט". להרחבה בנושא זה, ראה שמעון שטרית, היחס בין כללי הצדק הטבעי והוראות דיוניות מן החקיקה, **הפרקליט ל"א** (התשל"ז-התשל"ח), 42.

<sup>114</sup> שילה, שם, 326-325. וראה ע"א 654/83, **זאב מוסקוביץ נ' משה אברבנאל**, פ"ד ל"ח(4), 131, 134 (1984).

<sup>115</sup> **Armstrong v. Manzo**, 380 U.S. 545, 552 (1965). פרשת יוספי;

<sup>116</sup> **פרשת וולפא**, 793; בש"א 723/97, **עוזי בניזמן נ' שר הביטחון**, פ"ד נא(1), 364, 371 (1997).

<sup>117</sup> **Joint Anti-Fascist Refugee Comm. v. McGrath**, 341 U.S. (1951) 123, 171-72: "That a conclusion satisfies one's private conscience does not attest its reliability. The validity and moral authority of a conclusion largely depend on the mode by which it was reached. Secrecy is not congenial to truth-seeking and self-righteousness gives too slender an assurance of rightness. No better instrument has been devised for arriving at truth than to give a person in jeopardy of serious loss notice of the case against him and opportunity to meet it. Nor has a better way been found for generating

שנימנע מהכרעה בדרך של הגרלה (על אף שהתוצאה עשויה להיות צודקת), כך גם נבקש להימנע מפגיעה בכללי הצדק ללא תלות בתוצאה הסופית (והדברים נכונים גם כאשר לבעל הדיון אין טענות ראויות לזכותו<sup>119</sup>).

מאחר וההצדקות הנוגעות למושג הצדק זהות להצדקות שהובאו לעיל לעניין ערך האמת (לדוגמא, הגעה לפיתרון אמיתי וקבלת החלטות רציונליות). נוסף כאן רק את ההצדקות הרלוונטיות להקפדה על כללי הצדק הטבעי השונים, המשקף "הוראות דיוניות המגשימות מדיניות"<sup>120</sup>:

א. ההצדקה הראשונה נעוצה בזכות לכבוד של המתדיין. מניעת יכולתו של המתדיין להתגונן כראוי, פוגעת בכבוד ובאוטונומיה האישית שלו<sup>121</sup>. זאת, במיוחד אם נאמץ את התפיסה לפיה כבוד האדם תובע התייחסות אל האדם, כאל כל אדם אחר המצוי באותו סטטוס<sup>122</sup>. מניעת יכולתו של הפרט להשתתף באירועים המשפיעים על חייו אינה רצויה במדינה מתוקנת<sup>123</sup>. כאמור, זוהי פגיעה אשר אינה ראויה גם במקום בו אין בפי בעל הדין טענות היכולות לשנות את מצבו, והדברים נוהגים מקדמא דנא<sup>124</sup>.

ב. ההצדקה השנייה מצויה בעובדה שהקפדה על זכויות הטיעון תביא בדרך כלל להעלאת הסיכוי לברור האמת, כאשר כל אחד מהצדדים יוכל לשתוח את מלוא טענותיו בפני בית המשפט, ועיקר המידע יהיה לפניו. הצדקה זו קובעת כי על מנת שההליך יגיע לתוצאה האמיתית יש להקפיד על זכות הטיעון. ממילא, זכות הטיעון היא חלק מזכות הקניין של בעל הדין<sup>125</sup>, שכן היא המבטיחה לו את ההגנה על קניינו.

ג. ההכרה בזכויות הדיוניות מכוח הצדק הטבעי מבטיחה גם את השוויון בין המתדיינים. מתן יחס שווה למתדיינים הוא מסימני ההיכר של מערכת משפטית מפותחת<sup>126</sup>, והוא מתחייב לצורך הגעה לתוצאה צודקת, כמו גם להקפדה על מראית פני הצדק<sup>127</sup> ולתחושת האמון של המתדיינים בתיק. נדגיש עוד, כי על השוויון לשרור לא רק בין המתדיינים באותו תיק, אלא גם בין המתדיינים בתיקים שונים<sup>128</sup>.

---

5-7. ואולם, חריג לדבר מצוי בהוראת סעי' 26(א) לחוק הברורות, תשכ"ח-1968.

<sup>118</sup> וראה בהקשר דומה בג"צ 3486/94, **סלימאן ג'בר מסאלחה נ' ועדת התכנון והבניה נחל עירון**, פ"ד מח(5), 291, 303 (1994): "ואין זו סיבה למנוע שימוע, מאדם שעשוי להיפגע מהחלטת הרשות, שלדעת הרשות אין בפי אותו אדם טענה שהינה טובה או טענה שאינה ידועה נגד ההחלטה. לעולם אין לדעת. יתירה מזאת. גם אם כך הדבר, עדיין ראוי לאפשר שימוע, ולו רק למען מראית פני הצדק... כך מתחייב גם מן המהות של משטר דמוקרטי, בו הרשות המינהלית נושאת בתפקידה כנאמן הציבור".

<sup>120</sup> פרשת שגיא.

<sup>121</sup> Tyler, The Role, 71; Michelman, The Supreme I, 1172, 1174; שם, שם, 324.

<sup>122</sup> ראה רייכמן, כבוד האדם.

<sup>123</sup> Resnik, ibid, 848; Fiss, ibid, 13-14.

<sup>124</sup> בג"צ 3/58, **יונה ברמן נ' שר הפנים**. פ"ד יב(2), 1493, 1506-1507 (1958); להלן: "פרשת ברמן": "כבר בתחילת המאה ה-19 הכריז הלורד אלנבורו (ELLENBOROUGH) כי - "מתנגד הדבר לעקרונות ראשוניים של הגיון וצדק כי בן-אדם, אם במשפט אזרחי ואם במשפט פלילי, יורשע (CONDEMNED) לפני ששמעו אותו." (Buchanan V. RUCKER (1807), 170 E.R. 877, 878). ובענין שלילת תארו האקדמיים של ד"ר בנטלי, בתחילת המאה ה-18, אמר שופט אנגלי אחד (FORTESCUE), כי כפי שהוא שמע, מצוי מקור העקרון של שמיעת הנפגע העתיד לפני היפגעו - בדברי הקדוש-ברוך-הוא אל אדם הראשון לפני גרשו אותו מגן עדן". על יסודותיהם של כללי הצדק הדיוני במשפט העברי ראה בבג"ץ 4112/90, **האגודה לזכויות האזרח נ' אלוף פיקוד הדרום**, פ"ד מד(4), 626, 637 (1990); ע"א 197/89, **הסתדרות אגודת ישראל בארץ ישראל נ' שלום משה שוורץ**, פ"ד מה(3), 320, 324 (1991).

<sup>125</sup> פרשת Logan, 428-433.

<sup>126</sup> לוי, תורת הפרוצדורה.

<sup>127</sup> ראה לדוגמא, רמב"ם, סנהדרין, פכ"א, הלכות א'-ג': "מצות עשה לשפוט השופט בצדק, שנאמר "בצדק, תשפוט עמיתך". איזה הוא צדק המשפט? זה השוויות שני בעלי דינין בכל דבר. לא יהיה אחד מדבר כל צורכו, ואחד אומר לו קצר דברך; לא יסביר פנים לאחד וידבר לו רכות, וירע פניו לאחד וידבר לו קשות. שני בעלי דינין שהיה אחד מהם מלובש בגדים יקרים, והשני בגדים בזויים, אומרין למכובד, או הלבשהו כמותך עד שתידון עימו, או לבוש כמותו: עד שתהיו שווין, ואחר כך תעמדו בדין. לא יהיה אחד יושב ואחד עומד,

ד. אמון הציבור במערכת גובר, כמובן, כנגזרת של ההליך ההוגן<sup>129</sup>. בנוסף, האמון האישי של בעל הדין בהליך בו הוא משתתף, גוברת עד מאד, כאשר הוא חש שזכויותיו הדיוניות נשמרו לו, וזאת גם אם התוצאה הסופית אינה לרוחו. מורת הרוח מהתוצאה מתעמעמת מאד בשל התחושה כי גם דעתו נשמעה, וכי ההכרעה נתקבלה בצורה אובייקטיבית<sup>130</sup>. הדברים מגובים גם במחקרים פסיכולוגיים-אמפיריים, אשר הראו כי במקומות בהם מטעמים של יעילות מערכתית, נקבעו הסדרים דיוניים, הפוגעים ביכולתו של הפרט להישמע, איבדו הצדדים את אמונם בבית המשפט, בעוד שבמקרים בהם נשמעו בעלי הדין בהליך, הם האמינו הרבה יותר בצדקת התוצאה<sup>131</sup>. [אגב, דברים דומים נכונים גם בנוגע להנמקה השיפוטית, המסייעת לאמון המתדיינים, גם אם הפסידו בדינם<sup>132</sup>]. מחקרים נוספים העלו כי אנשים מייחסים חשיבות רבה לפרוצדורה גמישה, המאפשרת להעביר את הנרטיב שלהם בצורה חופשית יחסית, וחשיבות נמוכה יותר לתוצאות ההליך<sup>133</sup>.

### 3. הצדק הפרוצדוראלי

כך או כך, ה-CPR הבהיר כי לשיטת מנסחיו הצדק (ולמצער, הצדק המהותי<sup>134</sup>) איננו חזות הכל ויש מקום להתחשב גם בשיקולים ובערכים דיוניים<sup>135</sup> אליהם נתייחס להלן:

"It was thought that the court's function was doing justice on the merits and no more. The CPR break with this tradition by establishing that **doing justice on the merits is not the sole overarching principle**. The overriding objective adds two other vital procedural

---

אלא שניהם עומדין. ואם רצו בית דין להושיב את שניהם, מושיבין; ולא יישב אחד למעלה ואחד למטה, אלא זה בצד זה". וראה בהרחבה על מקורות המשפט העברי לסוגיה אצל הרב צבי יהודה בן-יעקב, בצדק תשפוט עמיתך, סיני קט"ז (התשנ"ה), מ"ב (להלן: "בן-יעקב, בצדק תשפוט"); חיים שיין, **הצדק במשפט העברי**, הוצאת אביבים, התשנ"ד (להלן: "שיין, הצדק"), 98-99; אליאב שוחטמן, "שמע בין אחיכם" - כללי הצדק הטבעי ועקרון השוויון בשמיעת טענות בעלי הדין, **פרשת השבוע** 36 (דברים התשס"א); רע"א 7284/09, **זאב רוזנשטיין נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 24.11.09; להלן: "פרשת רוזנשטיין").

<sup>128</sup> שילה, שם, 327. עם זאת, שילה מסווג את השוויון כערך נפרד, ואולם נדמה שבהקשר הדיוני משמעותו מודגשת דווקא כחלק מזכויות הצדק הטבעי, וראה גם בדברי הרמב"ם דלעיל.

<sup>129</sup> Shimon Shetreet, 'The Administration of Justice: Practical Problems, Value Conflicts and Changing Concepts', 13 **U.B.C. L. Rev.** (1979), 52, 64 (להלן: "Shetreet, The Administration"); בר"ע 4974/01, **אליעזר קפלנסקי נ' גולדסיל בע"מ**, פד"י נו(3), 859, 863 (2002).

<sup>130</sup> אגמון-גוני, אי-תלות, 6. וראה בהרחבה בפסקה 6 לפסק הדין בפרשת מחמד.  
<sup>131</sup> ראה: Christoph Rennig, Subjective Procedural Justice and Civil Procedure, in **Procedural**; Thibaut & Walker, *ibid*: Laurence H. Tribe, 'Trial by Mathematics: Precision and Justice' (Klaus F. Roehl & Stephan Machura, eds., 1997), 10; Tom R. Tyler, Kenneth A. Rasinski & Nancy Spodick, 'Ritual in the Legal Process', 84 **Harv. L. Rev.** (1971), 1329, 1391; 'The Influence of Voice upon Satisfaction with Leaders. Exploring the Meaning of Process Control', 48(1) **J. Personality & Social Psychology** (1985), 72.

<sup>132</sup> ראה: Owen M. Fiss, 'The Forms and Limits of Adjudication', 92 **Harv. L. Rev.** (1978), 353, 388; Lon L. Fuller, 'The Forms of Justice', 93 **Harv. L. Rev.** (1979), 1, 15; Supreme Court 1978 - Forward: 'The Forms of Justice', 93 **Harv. L. Rev.** (1979), 1, 15; 8996/04, **שכטר נ' נציגות בית המשפט**, פ"ד נט(5), 17 (2005).

<sup>133</sup> John M. Conley & William M. O'Barr, Hearing the Hidden Agenda: The Ethnographic Investigation of Procedure, 51 **LAW & CONTEMP. PROBS** (1998), 181, 184-188.

<sup>134</sup> ראה אצל: Ian Grainger & Michael Fealy, **The Civil Procedure - Rules in Action** (Cavendish, London, 2000), 17. "The emphasis is thus emphatically on procedural fairness in the court's management of cases rather than on any concept of substantive justice".

<sup>135</sup> רע"א 4984/13, **איתן כוכבי נ' שרון כוכבי** (פורסם בנבו, 23.7.13): "יש לזכור שעקרונות של צדק מחייבים כי לצד כללי המהות יעוצבו גם כללי פרוצדורה ודיני סמכות שיגשימו עקרונות ואינטרסים של סדר, יעילות, ודאות, בטחון משפטי ועוד. דינים וכללים אלה, בלעדיהם לא יתכון מערכת משפט, משרתים אף הם תכליות של צדק... והם מחייבים את בית המשפט ואת בעלי הדין".

imperatives to the imperative of doing substance justice: **deciding cases within a reasonable time, and using no more than proportionate resources**"<sup>136</sup>.

עיקרון זה מכיר בפגיעה בחוש הצדק במקרה הפרטני, אך יוצר הגדרה חדשה של צדק: "הצדק הפרוצדוראלי"<sup>137</sup> (או כפי שהוא מכונה במקום אחד "הצדק הממוצע"<sup>138</sup>). ניתן להגדיר את הצדק הפרוצדוראלי כ"הליך האופרטיבי הנחוץ להגשמת עקרונות הצדק החלוקתי והצדק המתקן בדרך המיטבית"<sup>139</sup>. הצדק הפרוצדוראלי מתמקד בהוגנות של הליך קבלת ההחלטות וביכולת לשפר את הסיכויים לקבלת החלטה צודקת. בהתאם לגישה זו, הצדק פרוצדוראלי חיוני לא רק בשל היותו כלי המסייע להגיע לתוצאה סופית הוגנת, אלא שהוא אינו נופל מחשיבותה של התוצאה הסופית עצמה<sup>140</sup>. בדומה לתיאוריות אחרות של צדק, תיאוריית הצדק הפרוצדוראלי מסייעת להבנתן ולהצדקתן של נורמות מוסריות, חברתיות ומשפטיות המתגבשות מעת לעת בחברה נתונה<sup>141</sup>. מטרת המשפט, לפי הגדרות אלו והמודל הנהוג ב-CPR, אינה להבטיח 'צדק מוחלט' בכל המקרים, כי אם עשיית 'צדק ממוצע', שיבטיח 'צדק מוחלט' במרבית המקרים. זאת, משום שהצדק הינו מושג סובייקטיבי, המשתנה בין אדם לאדם לפי נסיבות המקרה, ואילו המשפט יוצר מושג אובייקטיבי, בעל קנה מידה אחיד וקבוע של צדק<sup>142</sup>. הצדק המהותי מגדיר את התוצאה הצודקת (ואת התוצאה בלבד) באמצעות קריטריונים של ערכים, מוסר ואתיקה, וממילא קיים קושי מובנה לקבוע קריטריונים גורפים וחדים. הצדק הפרוצדוראלי, לעומת זאת, בוחן את ההקפדה על הכלל הדיוני, וצדק פרוצדוראלי טהור יבחן את התוצאה באמצעות היצמדות לכללי ההליך<sup>143</sup>. מבחן זה גם מבטיח הקפדה על שוויון מהותי בין המתדיינים<sup>144</sup>. לעניין זה, יכול הצדק הפרוצדוראלי לעמוד גם לצידו של הצדק המהותי, ולא דווקא בעימות עימו<sup>145</sup>. ודאי שהוא איננו עומד בסתירה לצדק הטבעי, ולעיתים מזומנות הוא זה שמבטיח אותו<sup>146</sup>.

<sup>136</sup> Zuckerman, *ibid*, 3.

<sup>137</sup> ראה: 74-75: John Rawls, *A Theory of Justice* (Oxford University Press, 1973) (להלן: "Rawls, A Theory").

<sup>138</sup> כהגדרתו היפה של בנימין כהן, בשבח הפורמליזם, הפרקליט, ספר היובל (תשנ"ד), 169, 170.

<sup>139</sup> ראה 181, *Lawrence Solum, Procedural Justice, 78 Southern California Law Review* (2004); רעות שמר בגס, 'צדק פרוצדוראלי וכבוד העובד – עיונים בהלכת השימוע', *עבודה, חברה ומשפט* י"ג (התשע"ג), 175.

<sup>140</sup> להרחבה ראה: Thibaut & Walker, *ibid*; Lind & Tyler, *ibid*; David De Cremer & Tom Tyler, 'Managing Group Behavior: The Interplay Between Procedural Justice, Sense of Self, and Cooperation', *37 Advances in Experimental Social Psychology* (2001), 151.

<sup>141</sup> שמר-בגס, שם.

<sup>142</sup> וראה אצל יעקב א' ב' טירקל, 'לקראת "דהומניזציה" של המשפט?', הפרקליט ל"ו (התשמ"ד), 71 (להלן: "טירקל, לקראת "דהומניזציה""), 72: "סדרי הדיון שלנו צרים צורה ב"חלל" מופשט של מושגי צדק ערטילאיים ועושים, כביכול, "הומניזציה" שלהם. בתהליך של ההכרעה השיפוטית – שהוא השלב שבו אנו מורידים את הסכסוך מהמישור הנורמטיבי למישור האינדיבידואלי – משתתפים גם שיקולים של צדק, ואפשר לומר שבתהליך זה עושה השופט "קונקרטיזציה של צדק".

<sup>143</sup> Rawls, *A Theory*. להרחבה ראה גם אצל Robert G. Bone, 'Agreeing to Fair Process: The Problem with Contractarian Theories of Procedural Fairness', *83 Boston U. L. Rev.* (2003), 485; צחי קרן-פז, "לי זה עולה יותר": דחיית הטענות בדבר חוסר לגיטימיות ועלות מוגזמת הנטענת כלפי קידום השוויון במשפט הפרטי, *משפט וממשל* ז' (2) (התשס"ה), 541 (להלן: "קרן-פז, לי זה עולה"), 570; בנימין פורת, 'החוויה הכפוי ועקרון הצדק החוזי: דיון משפטי-פילוסופי בסוגיית 'תליוהו וזבין', *דיני ישראל* כ"ב (התשס"ג), 49, 51.

<sup>144</sup> ת"א (ת"א) 62355/07, *מיו יצחק נ' עו"ד ארצי בן יעקב* (פורסם בנבו, 21.4.09): "צדק פרוצדוראלי, גם הוא צדק, ואין לאפשר לבעל דין, לקנות יתרון דיוני בלתי מוצדק, על משנהו"; ת"א (ת"א) 26232/08, *איזי ריזר הסעות נ' הדקה התשעים בע"מ* (פורסם בנבו, 3.12.09): "כאשר בית המשפט שוקל שיקולי צדק, גם צדק פרוצדוראלי במשמעו".

<sup>145</sup> פיסקה כ"א לפסק דינו של השופט רובינשטיין בע"מ 8128/06, *יצחק לוינזון נ' נתנאל ארנון* (פורסם בנבו, 3.2.09).

<sup>146</sup> ראה שמר בגס, שם; תע"א (ת"א) 10105/09, *סיגל יעל נ' חברת דלק מערכות אנרגיה בע"מ* (פורסם בנבו, 23.7.12).

כך בפסק דין ידוע באנגליה, קבע זקן השופטים כי בשל ההשלכות העתידיות הוא מסרב לאפשר שינוי בכתב האישים, למרות תוצאות לא צודקות שיגרמו באותו המקרה: "אין תועלת בכך להרהר מה היה קורה לו היו הולכים בדרך אחרת, ויכול מאד להיות שלפי moral merits של המקרה יש מעט לומר לזכותו של המערער, אבל אנו משוכנעים שזה יהיה תקדים מסוכן, אם נאשר את התיקון הזה בהיותו מה שהינו, ואחרי שנעשה בשעה שנעשה..."<sup>147</sup>. ואכן, הצדק הפרוצדוראלי אומץ גם בפסיקה הישראלית בצורה מפורשת<sup>148</sup>.

נבחן, לשם הדוגמא, סוגיה דיונית ידועה. בעבר, בית המשפט העליון קבע מפעם לפעם, כי על אף שדיון לגופה של החלטת ערכאת הערעור הראשונה מראה כי זו שגתה בהחלטתה, הרי שאין מקום ליתן רשות ערעור בגלגול שלישי על החלטה<sup>149</sup>. יצוין כבר כעת, כי כיום מדובר בהחלטה נדירה ביותר, ובדרך כלל לא תינתן החלטה מעין זו, החולקת מפורשות על הכרעת הערכאה הקודמת ללא מתן רשות ערעור<sup>150</sup>. כך או כך, גורן מגונן על גישה זו, שכן, לטענתו, ערכאת הערעור בדרך כלל אינה מתערבת אלא בטעות מהותית היורדת לשורשו של עניין<sup>151</sup>, ובמקרים בהם בוקרה החלטה, אך לא ניתנה רשות ערעור, אין מדובר בטעות מעין זו. במקביל, הוא סבור שהיה חשוב להבהיר את הטעות (הלא מהותית), ולהנחות את הערכאות הנמוכות, וכך ליצור ודאות משפטית, ערך יסודי בפני עצמו<sup>152</sup>. למרות זאת, נשמעה ביקורת על החלטות אלו, בשל העובדה שביהמ"ש מדגיש כי נפלה טעות בפסק הדין ולמרות זאת היא אינה מתוקנת. לכאורה, מדובר בהקרבת הצדק המהותי על מזבח הפרוצדורה<sup>153</sup>. לעניין זה, קשה מאד לקבל את הסבריו של גורן, שכן עיון בפסקי הדין מקשה על קבלת ההסבר. ראשית, מפסקי הדין משתמע כי לו היה מדובר בערכאת ערעור ראשונה היה מקום להתערב בהחלטה. שנית, דווקא אי ההתערבות יצרה מצב לפיו קביעתו המהותית של בית המשפט העליון נותרה כ'אוביטר', וממילא לא היוותה תקדים מחייב לערכאות הנמוכות יותר. אדרבה, התערבות הערכאה העליונה תוך מתן רשות ערעור היתה יוצרת 'רציו' בפסק הדין, וממילא מהווה תקדים מחייב. שלישי, אם היה כה חשוב להבהיר את ההלכה לערכאות הנמוכות יותר,

<sup>147</sup> Rex v. Robert Hughes (1927-1928), 20 Cr. App. R. 4, 5, 9 פסק הדין מאוזכר בע"פ 1/48, פרדריק ויליאם סילוסטר נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד א(1), 5, 14-15 (1949); להלן: "פרשת סילוסטר" והתרגום מצוטט ממנו. עם זאת, בפרשת סילוסטר נקבע כי יש דווקא מקום לתקן את כתב האישים.

<sup>148</sup> פסקי הדין שהוזכרו לעיל, וראה גם בע"ע 266/99, מועצה מקומית ירכא נ' זיאד תקתוק, פד"ע ל"ז, 105, 133 (2001); ת"א (ת"א) 54839/03, אופוסדנט בע"מ נ' א.ר.ק.ה. ניהול ושירותים רפואיים בע"מ (פורסם בנבו, 21.2.06); ת"א (ת"א) 187180/02, מרדכי מרדכי תשתיות בע"מ נ' עיריית קרית ים (פורסם בנבו, 15.11.06).

<sup>149</sup> ראה ר"ע 711/85, בנק לאומי לישראל בע"מ נ' אברהם אלגזיר, פ"ד לט(4), 682 (1986); רע"א 1008/91, קצין התגמולים נ' עזבון המנוח זמיר בן ציון, פ"ד מה(3), 431 (1991); רע"א 2598/91, דיאנה וולפסון נ' עופר וולפסון, פ"ד מה(5), 816 (1991).

<sup>150</sup> כיום, בקשות רשות ערעור נדחות בשל אי חשיבות הפרשה, בהסתמך על רע"א 103/82, חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו(3), 123 (1982) (להלן: "הלכת חניון חיפה"). פעמים רבות אף נוסף המשפט "יש לדחות את טענות המבקש גם לגופן". ראה לשם הדוגמא בלבד ברע"א 6556/08, אחמד נעימה נ' יהודית מנליס (פורסם בנבו, 18.8.08); בע"מ 3828/08, פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 18.9.08); רע"א 6241/08, ד"ר חדד זילבר נ' חן אהרוני (פורסם בנבו, 16.11.08); רע"א 1011/08, אסמעיל עבדאלרחים נ' כלל חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 25.6.08) ובעוד מקרים רבים מספור. אך ראה רע"א 4827/12, גילה חיות נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ (פורסם בנבו, 30.8.12).

<sup>151</sup> ראה רע"א 5568/92, שיכון עובדים נ' ערים חברה לפיתוח עירוני בע"מ (פורסם בנבו, 28.12.92), המביא את הסברו של השופט זוסמן לסוגיה הדומה להסבר זה: "לשם הסרת ספק אוסיף כי טענה בדבר טעות בהכרעה אין בה כדי להצדיק ערעור שני ברשות. על כגון דא אמר הנשיא זוסמן: "אין צריך לומר שבדוני בבקשת רשות ערעור, שאלה זו, היינו קיומה של שאלה בעלת חשיבות ציבורית עקרונית המצדיקה הכרעה בבית משפט זה, הוא המבחן היחיד, ואין אני עוסק בשאלה אם צדק בית המשפט המחוזי אם לאו. ואם תאמר כי בית המשפט המחוזי שגה, אף אני אשיב לך שכבר היו דברים מעולם, ואף בית משפט זה טעה, לאמור ריבוי הערכאות איננו מבטיח בעצמו עשיית הצדק (המרצה 648/78 אלקינד נ' פוזניאק - לא פורסם)".

<sup>152</sup> אורי גורן, 'הפרוצדורה האזרחית בראי פסיקתו של הנשיא שמגר', ספר שמגר (כרך ג', התשס"ג), 631 (להלן: "גורן, הפרוצדורה האזרחית"), 634.

<sup>153</sup> ראה ד' מור, סדר דין אזרחי, ספר השנה של המשפט בישראל (בעריכת אריאל רוזן צבי, תשנ"ב-תשנ"ג), 351, 370.



הרי שחשיבותו של פסק הדין חורגת מנסיבות המקרה הספציפי, וממילא מתקיימת עילה למתן רשות ערעור בגלגול שלישי לפי הלכת חניון חיפה ("מקרים בהם יש לתרום לאחידותה של ההלכה")<sup>154</sup>.

נראה, לענ"ד, שערכאת הערעור סירבה ליתן רשות ערעור על אף השגיאה, דווקא בשל התפיסה השונה של הצדק. אמנם הצדק הפרטי עשוי להיפגע במקרה של אי מתן רשות ערעור, אך צדק רחב היקף עם כלל בעלי הדין - יעשה גם יעשה. זאת, בשל קביעת קו ברור לפיו רק במקרים חריגים תינתן רשות ערעור בגלגול שלישי. הדברים הולמים גם את דבריו של גורן לפיהם "נשברו כבר הרבה קולמוסים בניסיון לתאר עד כמה נפגע הצדק המהותי כתוצאה מעינוי הדין הנגרם לכלל המתדיינים בעקבות העומס הרב המוטל על בתי המשפט"<sup>155</sup>. ניתן להלין על עיוותו של הצדק המוחלט במקרה הפרטי, ואולם אנו 'מקריבים' את הצדק הפרטי על מזבח הכללים הקבועים. אי הצדק במקרה זה הוא מס שמחויבת המערכת המשפטית לשלם על מנת לבצע את ייעודה המקורי<sup>156</sup>.

הצדק הפרוצדוראלי רלוונטי לא רק לכללי הדיון האזרחי. הוא רלוונטי גם לסוגיות של חקיקה. כך, במישור הציבורי, בשל ריבוי הדעות בדבר טיבה של החקיקה, הקריטריון היחיד לבחינת תוקפה של חקיקה הינו פרוצדוראלי (בדמוקרטיה, לדוגמא, מדובר בעיקרון רובני, כאשר רוב חברי הפרלמנט הם המכריעים)<sup>157</sup>. זאת, כמובן, כל עוד הותקפה חוקתיות החקיקה, אז היא עשויה להיבחן גם לגופה<sup>158</sup>.

אגב, תפיסת "הצדק הפרוצדוראלי" באה לידי ביטוי גם בנכונות לספוג טעויות של הרשות השופטת (וממילא חוסר צדק במקרה הפרטי), על מנת שהמערכת תפעל לפי עקרונות צודקים<sup>159</sup>. "כל עיקרם של סדרי הדין אינו בא אלא כדי לבצע זכויות מהותיות... אירועים מאירועים שונים בדרך זו – וביניהם גם תקלות שקרו וטעויות שנעשו – עלולים לחרוץ את גורל המשפט. בתי המשפט הוקמו ושופטים הושבו כדי לפסוק את הדין, ואם קם מעשה בית דין עקב פסקם, הרי זו המטרה שלמענה הושבו... הכוח להסדיר את סדרי הדין כולל ממילא גם את הכוח לקבוע את התוצאה שתהא נובעת מאי-מילוי אחרי סדר דין שנקבע... העובדה כי תוצאה מהותית עלולה לנבוע מן המעשה הדיוני עליו דובר בתקנה, אינה מעמידה את תוקף התקנה בספק"<sup>160</sup>.

לכאורה, הדברים הולמים את הערכים המהותיים המניעים את העמדה הפורמליסטית. ע"פ רולס<sup>161</sup>, עמדה פורמליסטית קלאסית יוצרת מצע המיטיב עם הפרט, המעוניין לתכנן את מעשיו בצורה רציונאלית, מבלי שיופתע משינויים פתאומיים. בכך מובטחות, הלכה למעשה, זכויותיו. הצדק הפרוצדוראלי שבתפיסה הפורמליסטית אוצר בחובו ערכים של שוויון, קוהרנטיות, הגינות ואובייקטיביות. גם התבססות על 'מסך הבערות' של רולס

<sup>154</sup> הלכת חניון חיפה, 128.

<sup>155</sup> גורן, הפרוצדורה האזרחית, 648.

<sup>156</sup> כהן, שם, 170.

<sup>157</sup> קרן-פז, שם, 570.

<sup>158</sup> גם כאן, בהתאם לאמור לעיל, הביקורת השיפוטית על החקיקה מבוססת בחלקה על חילופיות בין הצדק הפרוצדוראלי והצדק המהותי. כלל של בית המשפט השולל תוקפה של חקיקה נחות לעומת כלל החקיקה מבחינת צדק פרוצדוראלי, אך עדיף מכלל החקיקה מבחינת הצדק המהותי (לתפיסתו של ביהמ"ש, לפחות). ראה, שם, 578-579. אגב, חשוב לשים לב שבסופו של דבר גובר הצדק המהותי על הצדק הפרוצדוראלי במקרה זה. קרן-פז טוען כי סיטואציה דומה תיווצר בבואנו ליצור חלוקה מחדש באמצעות המשפט הפרטי.

<sup>159</sup> להרחבה על נכונות הפרט להקריב את טובתו האישית למען טובת הכלל במקורות היהדות, ראה לדוגמא אצל הרב יעקב אריאל, מאהלי תורה - לתורה ולמועדים, 309.

<sup>160</sup> ע"פ 72/60, היועץ המשפטי לממשלה נ האיל סלמאן ג'ועיה, פ"ד יד(2), 1093, 1102-1103 (1960).

<sup>161</sup> Rawls, A Theory, 235.

תביא לתוצאה דומה. זאת, כמובן, מתוך ההנחה שכאשר ישאל הפרט על הסוגיה, מבלי לדעת שזו קשורה אליו (כלומר, מאחורי 'מסך הבערות'), הוא יעדיף את הכלל הקבוע בנורמה על פני הנסיבות האישיות<sup>162</sup>, שתעשנה רלוונטיות בעבורו מאוחר יותר. מדובר, כמובן, בנקודת זמן הקודמת לנקודת ההכרעה הנוכחית (ex-ante), אך דווקא בשל כך היא תיחשב כנקודת זמן 'צודקת' יותר.

בדומה לכך, ניתן למצוא הצדקות מההקשר החוזי לתפיסה זו. כאשר הצדדים נכנסו למערכת יחסים ביניהם (וגם אם מדובר בתביעה של מי שלא היה בשום מערכת יחסים, הרי שיש לראות את החברה כולה כשותפה לאותה מערכת יחסים), הרי שיש לראותם כמי שקיבלו ביניהם בהסכמה חוזית את הכללים המקובלים במערכת<sup>163</sup>. ממילא, העובדה שהיום הכללים הדיוניים אינם נוחים למי מהם מסיבה כזו או אחרת – אינה מעלה ואינה מורידה, ועליהם לעמוד ב'הסכם', אשר קבע כללי משחק מסוימים.

עם זאת, ומבלי להיכנס לניתוח מפורט של הסוגיה, הדברים אינם כה פשוטים. ההנחה של בחירת האדם מאחורי 'מסך הבערות' טעונה ראיות אמפיריות. בהחלט ניתן לטעון כי גם מאחורי 'מסך הבערות' יעדיף הפרט שהכלל יתחשב בנסיבותיו האישיות של המאחר, ולא יוותר קפוא ונוקשה, מבלי להכיר בנסיבות הרבות שעלולות לצוץ בכל מקרה ומקרה<sup>164</sup>. אדרבה, לעני"ד, נראה שמרבית הפרטים יעדיפו מצב מעין זה מאחורי 'מסך הבערות', תוך הנחה שכשם שנסיבות חריגות עלולות לפקוד את יריבם העתידי, כך הן עלולות לפקוד אותם, והם יעדיפו שלא להניח לידי גורל מקרי להכריע את גורל תביעתם, אלא ליצור מראש פלטפורמה, שתאפשר הכרה בנסיבות חריגות כמו גם באי-שוויון מובנה.

הטענות בנוגע להסכמות בהקשרים חוזיים שבין הצדדים לוקות בשתיים. ראשית, האמנם הצדדים ליחווה (שמעולם לא הוסכם פורמלית בין הצדדים) לא התכוונו להותיר בו מקום לנסיבות אישיות חריגות?! האמנם לא ניתן להניח שההסכמה המקורית היתה כפופה לחריגים מעין אלו?! מובן שלעניין זה רלוונטיים גם הדברים שהובאו לעיל, בנוגע לבחירתו של הפרט מאחורי 'מסך הבערות'. שנית, גם בדיני חוזים גישה 'ערכית' תאפשר התערבות בתוכנו של החוזה וקריאת תנאות מגבילות אל תוך ההסכמה החוזית<sup>165</sup>, מקום בו ברור כי קיים פער בין

<sup>162</sup> David Rosenberg, 'Mandatory-Litigation Class Action: The Only Option for Mass Torts', 115 *Harv. L. Rev.* (2002), Bone, *ibid*, 518 ; 831.

<sup>163</sup> Kaplow & Shavell, " Louis Kaplow & Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, (Harvard University Press, 2002) (להלן: "Fairness"), 440-443.

<sup>164</sup> Richard A. Nagareda, 'Autonomy, Peace and Put Options in the Mass Tort Class Action', 115 *Harv. L. Rev.* (2002), 747, 790. להרחבה בעניין ראה George Rutherglen, 'Future Claims in Mass Tort Cases: Deterrence, Compensation and Necessity', 88 *Va. L. Rev.* (2002), 1989, 2000.

<sup>165</sup> ראה ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון וייזום בע"מ, פ"ד מט(2), 265 (1995); דנ"א 2045/05 מגדלי הירקות – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(2), 1 (2006); רע"א 3961/10 המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ מגדל חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 26.2.12); מיגל דויטש, 'דיני חוזים: סקירה והתפתחות', ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו (בעריכת אריאל רוזן-צבי, התשנ"ז), 167; מנחם מאוטנר, התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל, עיוני משפט כט (התשס"ג), 17; גבריאלה שלו, 'פרשנות החוזה – תורת ברק', המשפט ח (התשס"ג), 675; דניאל פרידמן, 'לפרשנות המונח 'פרשנות' והערות לפסק דין אפרופים' המשפט ח (התשס"ג), 483; סיני דויטש, אקטיביזם שיפוטי בדיני חוזים, מאזני משפט ו (התשס"ז), 21; ישראל ציגנלאוב, 'פרשנות לגיטימית או התערבות הפוגעת ביציבות המשפטית? גישת הפרשנות התכליתית על פרשת דרכים', הפרקליט נ (התשס"ח), 261; איל זמיר, 'אפרופים עדיין כאן', עורך הדין 11 (התשע"א), 98; נילי כהן, 'הניסוח בעייתי, התכלית ברורה', עורך הדין 11 (התשע"א), 102.

הסכמת הצדדים למציאות. כך, קיומן של נסיבות חריגות נוספות תאפשרנה החדרה של ערכים חברתיים, אשר תשנה את תוצאתו של הכלל במקרה הפרטני.

#### ד. יעילות

ערך אחר חשוב, אשר מהווה חלק ממושגי 'הצדק הדיוני', העומד ביסוד הכללים הדיוניים הוא ערך היעילות<sup>166</sup>. סדרי הדין מכוונים ליעל את הדיון עד כמה שאפשר, מתוך רצון להגיע לאמת בדרך הקצרה, היעילה והחסכונית ביותר<sup>167</sup>. ההנחה היא שפגיעה ביעילות היא בסופו של דבר פגיעה מערכתית בצדק<sup>168</sup>. מציאות בה הדין איננו מתנהל במהירות ובמחירים סבירים, כמו גם מציאות בה אין חסמים דיוניים וניתן ליצור בנקל הליך דיוני מסורבל וללא עלות ממשית, תוביל לעשיית דין עצמית מחד<sup>169</sup>, ולא-צדק מאידך<sup>170</sup>. היעילות חוסכת משאבים, מקדמת שירותים ומשפרת את איכות החיים<sup>171</sup>. חוסר היעילות והעומס של מערכת המשפט בישראל, מהווים סוג של 'ידיעה שיפוטית', והם מהדברים שאין צורך להוכיח<sup>172</sup>. במקביל, קשה להקל בה ראש. היא פוגעת במשימה שהוטלה על מערכת בתי המשפט, וממילא בבני החברה, באורחותיה ובמוסדותיה. לנוכח הדברים, הקלת העומס מעל מערכת השפיטה מכונה ע"י גורן בחיבה ובהומור "המטרה הציונית"<sup>173</sup>. כל העוסקים בתחום מלינים על חוסר היעילות, כאשר פיתרונות אפשריים רבים מוצעים לבעיה<sup>174</sup>. איש איש ופיתרונו, איש איש וראייתו את המערכת. לכן, יעילות המערכת ופישוטה מצויה ביסוד תקנות סדרי הדין<sup>175</sup>.

<sup>166</sup> ראה בהרחבה אצל Jolowicz, On civil procedure, 71-73; שמעון שטרית, על מי יוטל מחיר העיכובים והתקלות בהליך השיפוטי, **משפטים** ו' (התשל"ה-התשל"ו), 584 (להלן: "שטרית, על מי יוטל"), והמקורות המובאים אצלו בהע"ש 1; רבינוביץ' ודורפמן, שימוש לרעה, 273-277.

<sup>167</sup> גינוסר, מבוא לתורת הדין, 68.

<sup>168</sup> ראה אצל שילה, שם, 326, המצטט מימרה בשם ויליאם פן, ולפיה: "To delay justice, is injustice". וראה גם אצל אגמון-גונן, אי-תלות, 6: "אין ספק כי צדק נדחה – פעמים אינו צדק".

<sup>169</sup> ראה Bayles, Principles for, 57: "The justification of a legal system and procedures must be one of lesser evils, that ... legal resolution of disputes is preferable to blood feuds, rampant crime and violence".

<sup>170</sup> Jolowicz, ibid, 71-72. וראה גם אצל Resnik, ibid, 857, המתייחס למטרה: "...that the system produce results with the least expenditure of dollars, energy, and time possible. Economy is that part of efficiency that relates to resource conservation and to the view that a functional system must produce results speedily and with minimal cost". יצוין כי דברים אלו רלוונטיים לסעיף זה כמו גם לסעיף הבא המתייחס לראיית העלות המערכתית.

<sup>171</sup> יצחק זמיר, 'חקיקה מינהלית: מחיר היעילות', **משפטים** ד' (תשל"ב-תשל"ג), 63 (להלן: "זמיר, חקיקה מינהלית").

<sup>172</sup> ראה לדוגמה אצל שלמה לוי, 'מינהל שיפוטי ויעדיו: הווה ועתיד, בתוך **ספר זוסמן** (ירושלים, התשד"ס. עורכים א' ברק, י' זמיר, ח' כהן, נ' ליפשיץ וגי' שלו), 279; גורן, סוגיות, 12; **ועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל – דין וחשבון** (תשנ"ז) [=ועדת אור – א.מ.], 14-16; רבינוביץ' ודורפמן, שימוש לרעה, שם ובעיקר במקורות המובאים בהע"ש 78-80; אגמון-גונן, שם, 5; בג"ץ 3844/07, **מיכל אסתר צבי נ' כבוד השופט מוסיה ארד – נשיאת בית המשפט המחוזי בירושלים** (פורסם בנבו, 22.5.07): "בעיית העומס הקשה השורר בבתי-המשפט מוכרת וידועה לכל. היא מציבה מכשלה קשה בדרכן של הערכאות השיפוטיות למלא את התפקיד שהועידו להם עיקרי-יסוד של שיטתנו. היא פוגעת, לעתים באורח אנוש, בבני החברה ובמוסדותיה הכלכליים והאחרים. היא גוררת שיבוש ניכר באורחות החיים של רבים וביכולתם לתכנן כראוי את מהלכיהם ולהגשימם. רבות דובר בסוגיה זו ועוד רבות, חוששני, ידובר בעתיד. פתרונה מצריך שידוד מערכות מקיף וטיפול מעמיק, אשר ספק אם משמעותם הופנמה כל צורכה בידיהם של מקבלי ההחלטות".

<sup>173</sup> אורי גורן, שיפוט מהיר, **עורך הדין** 4 (יולי 2009), 72. עם זאת, גורן מעיר כי בעוד שפעם היתה "המטרה הציונית" של הקלת העומס הזרז העיקרי לשימוש בהליכי יישוב סכסוכים מוץ לבית המשפט, הרי שבעת האחרונה ירד קרנה של מטרה זו, והפניה ליישוב סכסוכים מחוץ לבית המשפט נעשית בעיקר כדי להאיץ את ההליכים, "כדי שיהיה ניתן לקיים ולתמוך בכלכלה המודרנית המתקדמת". מציאות זו מאפשרת גם מתן פיתרון לקונפליקטים, אשר טרם הבשילו לידי ריב, במטרה למנוע את הסכסוך בטרם יפרוץ.

<sup>174</sup> ראה משה טלגם, "מורה נבוכים' בסוגיית הרפורמה במבנה בתי-המשפט", **מחקרי משפט** ח' (התש"ן), 9; שמעון שטרית, 'קווי יסוד לרפורמה – מחשבות על דמות מערכת השפיטה בעתיד מתוך עיון בבעיות ההווה', **מחקרי משפט** ח' (התש"ן), 59 (להלן: "שטרית, קווי יסוד"); סיני דויטש, על הרפורמה הדרושה במערכת בתי המשפט, **מחקרי משפט** ח' (התש"ן), 129 (להלן: "דויטש, על הרפורמה"); בג"ץ 4974/92, **יעקב רובין, עו"ד נ' כב' השופט סגלסון**, פ"ד מו(5), 772, 782 (1992).

<sup>175</sup> **פרשת לב**, 502; פרשת מרקוביץ, 545; ת"א (י-ם) 1504/96, **שאלו כהן נ' אפוטרופוס על נכסי נפקדים** (פורסם בנבו, 11.1.99).

העומס על המערכת מביא גם לשינוי האיזון בין ערכי היעילות והצדק, כאשר בצוק העיתים יש מקום לאפשר פתרונות יעילים יותר, על מנת להביא להקלה בעומס<sup>176</sup>, גם כאשר עשויה להיווצר פגיעה בנסיבות מסוימות<sup>177</sup>.

ייעול המערכת הכרחי ממספר בחינות. מבחינת התיק העומד לפני בית המשפט, הרי שכאשר המערכת אינה פועלת ביעילות, עינויי דין רבים נגרמים, ולעיתים עלול הלחץ על הצדדים אף להביא לידי עיוות דין<sup>178</sup>. בנוסף, התנהלות חסרת יעילות יוצרת עלות, המכבידה מאד על שני הצדדים לדיון<sup>179</sup> (כך, לדוגמה, עורכי הדין של הצדדים נאלצים ללמוד את התיק מספר רב של פעמים, והעלות מוטלת על בעלי הדין). מבחינת ההכרעה בתיק, הרי שפעמים רבות נוצר קושי מהותי בהוצאת האמת אל האור, ועינוי הדין מתגבש במהירות לכדי עיוות דין<sup>180</sup>. כך לדוגמה, מובן שהקושי בבירור מהלך הדברים לאשורן, ובייחוד במקרה בו נסמך הבירור על התרשמות מעדויות, מאבד הרבה מתוקפו עם חלוף הזמן מאז קרות המקרה, ובמיוחד מאז שנשמעה העדות<sup>181</sup>. גם בבחינת ההסתכלות הכללית של המערכת, הרי שהתייחסות סלחנית תביא בהכרח בעקבותיה עוד הפרות רבות של כללי הדיון. ההנחה היא שרק הקפדה על הכללים תוכל להשפיע על שאר המתדיינים לנהוג כראוי, ובכך ייחסך זמן שיפוטי רב<sup>182</sup>. משכך, האינטרס בדבר ייעול ההליכים הינו אינטרס ציבורי אולם בה בעת הוא גם אינטרס פרטי של בעלי הדין הפרטניים<sup>183</sup>. ובכלל, כבכל מערכת - סדר הוא מצרך הכרחי<sup>184</sup>, ויעילות גוררת בעקביה סדר ובהירות<sup>185</sup>. נוכח כל אלו, לעיתים ההקפדה על היעילות בסדרי הדין היא הכרחית להשגת צדק<sup>186</sup>. מקובל גם

<sup>176</sup> דויטש, מתי "אמת", 69; מיכאיל קרייני, 'שיקולי הפרום הנאות: מסעם אל תום האלף השני ומעבר לו', מחקרי משפט יט (התשס"ב), 67, 88-89. בשל כך גם הועברה תביעה לדיון ברוסיה, ראה רע"א 10250/08, יוסף קציב נ ZAO RAIFFEISENBANK (תאגיד זר) (פורסם בנבו, 18.3.10).

<sup>177</sup> Schauer, Playing, 145-149.

<sup>178</sup> נתאר, לצורך הדוגמה, מקרה שכיח עד מאד, בו צד, אשר סיכוייו לזכות בהליך גבוהים ביותר, מצוי במצב כלכלי קשה ומכביד. אותו צד עלול בהחלט לבקש בשל הזמן המתארך ובשל העומס הכלכלי ההולך וכבד (הן בשל לחצים כלכליים חיצוניים להליך, והן בשל עלויות ההליך ושכר טרחת עורכי הדין), להגיע לפשרה, ולעיתים אף למשוך את התביעה, וזאת, על אף שהוא מודע היטב לסיכוייו העדיפים לו יגיע ההליך לסיומו בפסק דין. לעיתים, הדברים אף באים לידי ביטוי בבקשתם של צדדים להמשיך ולנהל קרב התשה בתיק, וזאת למרות ידיעה ברורה שלהם בסיכויי הנמוכים של התיק, וזאת כטקטיקה המיועדת להתשת היריב. כאמור, מדובר במעשים המתרחשים דבר יום ביומו. וראה גם אצל יעקב נאמן, הדיברות של נאמן, הפרקליטים 27 (ספטמבר 2009), 9: "אחד השיקולים העיקריים... או שאמשוך עשר שנים וארוויח את הזמן, או שאנהל הגנת סרק בתיק מסוים". הדברים רלוונטיים, כמובן, גם להשפעות חברתיות הנוצרות ע"י כללי הדיון השונים.

<sup>179</sup> לא למותר לציין שהעלות אמנם מכבידה על שני הצדדים, אך מטבע הדברים הכבדה זו פוגעת בצד החלש יותר (זה שעלויות הדיון מכבידות עליו יותר באופן יחסי) בצורה משמעותית הרבה יותר, ועלולה להביא אותו לוותר על זכויותיו המהותיות, ולמצער – להתפטר עליהן.

<sup>180</sup> אגמון-גונין, שם, 14.

<sup>181</sup> וראה בפסקה 8 להחלטת השופט גרוניס בע"פ 4865/09, עו"ד אביגדור פלדמן נ' בית המשפט המחוזי ת"א (פורסם בנבו, 9.7.09; להלן: "פרשת פלדמן"): "שמיעה שאינה רציפה עלולה לפגום ביכולתו של השופט לקבוע ממצאים על יסוד מהימנותם של העדים (ע"א 322/74 ג'בור נ' סעד, פ"ד כט(1) 223, 224 (1974); ע"א 612/84 מרגלית נ' מרגלית, פ"ד מא(3) 514, 517 (1987)). לפיכך, עינוי הדין עלול לגרום לעיוות דין (ע"פ 188/77 ורטהיים נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 225, 231 (1978)... על כן, במקרים קיצוניים ביותר, חלוף הזמן ממועד שמיעתו של עד ועד למתן פסק דין יכול שיביא לביטולו של פסק הדין על ידי ערכאת הערעור. בעניין פלילי אפשר שבמקרה מאוד חריג תבוטל הרשעה המבוססת על קביעות מהימנות (עניין ורטהיים); ע"פ 125/74 מירום, חברה למסחר בינלאומי בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(1) 57, 63 (1975)...). בהליך אזרחי ייתכן שביטולו של פסק דין יגרור החזרת התיק לדיון חוזר בפני שופט אחר (כך נעשה בפרשת ששון). אף אם בהליך פלילי מסוים לא תבוטל הכרעת דין מרשיעה, חלוף הזמן עשוי להביא להקלה בעונש (למשל, עניין מירום; ע"פ 2103/07 הורוביץ נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 31.12.08)); שטרית, על מי יוטל.

<sup>182</sup> וראה גם רע"א 83/01, וייס נ' מרדכי, פ"ד נה(3), 730, 732 (2001).

<sup>183</sup> ראה אורי גורן ועופר דרורי, 'עדויות מומחים לאחר תקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 3), התשס"ה-2005: היבטים דיוניים ומהותיים', ספר עדי אזור (בעריכת נילי קרקו אייל; התשס"ז), 167, 190; בג"ץ 3349/05, אנדריי מזדיקוב נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 19.5.05; להלן: "פרשת מזדיקוב"); בר"ע (חי') 1775/07, חיים ענבל נ' דאנס בר / צוות בראבו (פורסם בנבו, 6.6.07).

<sup>184</sup> ראה פסקה 9 לפסק דינו של השופט הנדל ברע"א 8629/08, דני עטר נ' יעל אשל (פורסם בנבו, 10.11.10): "סדרי הדין האזרחי, כשם כן הם. יש לשמור על הסדר. נכון שסדרי הדין אינם מטרה בפני עצמם, אך הם חיוניים להליך המשפטי. הבהירות חשובה. במובן זה ניתן לערוך השוואה בין סדרי הדין לתמורורי התנועה. אדם נוסע בדרך, היא זה בכביש, היא זה בנתיב המשפטי. בהגיעו לצומת, עליו לדעת אם הפניה ימינה או שמאלה מותרת. ידיעה שכזו מעצבת את תכנון התוואי טרם יציאה לדרך".

<sup>185</sup> פסקה 8 לפרשת שפ. יצוין כי בשם היעילות ביקר בית המשפט גם את המחוקק, על סעיפי חוק אשר לטעמו של בית המשפט פוגעים ביעילות. כך, לדוגמה, נמתחה ביקורת נוקבת על פיצול הסמכויות בין בתי משפט השלום והמחוזי. ע"א 510/82, רינה חסן נ' יפה פלדמן,

לטעון כי תפיסה פורמליסטית היא "לבטח יעילה" יותר<sup>187</sup>. פרופ' פרידמן<sup>188</sup> אף מנסה להציג את היתרון הגלום בגישה פורמליסטית באמצעות סטטיסטיקה היפותטית שהוא מציג. ההקפדה באה לידי ביטוי גם בהתערבות של המחוקקים במדינות השונות, אשר קבעו כללים 'מונחי יעילות'<sup>189</sup>. לעניין זה רלוונטיים גם דברים שנכתבו על הקשר בין ערכי היעילות והצדק הדיוני להליך המשפטי<sup>190</sup>.

לכך יש להוסיף את גישתם של מלומדים מסוימים, אשר סבורים כי המטרה המרכזית של שיטת המשפט הינה בהבטחת אמון הציבור ביעילותה של השיטה<sup>191</sup>, וזו תושג רק באמצעות מסרים ברורים של בית המשפט על המותר והאסור. זאת בשל הצגת הפיתרון כאובייקטיבי וטהור מהכרעות ערכיות, בשל הטענה שהפיתרון כבר קיים במערכת הנורמות במשתמע, ובשל השימוש ב"שכל הישר"<sup>192</sup>. בהתאם לשיטה זו, חלק ניכר מדיני הראיות אינם אמורים להיתפס ולהיבחן כמכשירים לחיפוש האמת גרידא, אלא כאמצעים לחיזוק אמון הציבור בפסקי הדין המושגים בהתאם לראיות אלו<sup>193</sup>.

כפי שהראינו, היעילות פועלת בשני מישורים. היא מגנה על בעל הדין, שהליך שאינו יעיל פוגע בו בצורה ישירה, ובמקביל – מגנה על החברה, אשר מערכת בלתי יעילה מזיקה לה. ליעילות מספר ערכי משנה פרטניים, ובהם:

**א. סופיות הדין** - לאחר שאנו מונעים את בעל הדין מעשיית דין עצמית, ומחייבים אותו לפנות לערכאות להבטחת זכויותיו, עלינו לדרוש שההכרעה בסכסוך תהיה סופית מוחלטת, שכן אחרת ההצדקה הרעיונית למניעת עשיית הדין העצמית קשה יותר<sup>194</sup>. בנוסף, סופיות היא מאפיין המייצג סמכות. אנו מוקירים את העובדה שהמערכת מסוגלת לפתור סכסוכים בצורה סופית ומוחלטת בפרק זמן קצר. לכן, ישנו רצון שפרק הזמן בין התגלעות המחלוקת לבין פתרונה יהיה קצר ככל שניתן, כך שהמערכת והן המתדיינים ישקיעו משאבים בדברים אחרים ולא בהמשך ניהול הסכסוכים. בייחוד נכונים הדברים, לנוכח האסכולה הטוענת

פ"ד לז(3), 1, 13 (1983): "קשה לגלות סיבה סבירה לכך, מדוע ממשיך להתקיים הפיצול בין סמכויותיו של בית-משפט השלום לבין זה של בית המשפט המחוזי... התחימה הקיימת בסמכויות, היא מיושנת, ואף מרבה כשלעצמה דיונים מיותרים במחלוקות סמכות. על-כן מן הראוי היה, שהמחוקק ייתן דעתו למכשלה, הנובעת מן ההפרדה הקיימת בסמכויות כדי לשקול הסרתה". וראה בנושא זה גם אצל Stephen Goldstein, On Unifying the Israeli Trial Court Structure, 18 *Israel L. Rev.* (1983), 76. מעניין, כי במקרה זה, המחוקק לא קיבל את הביקורת, וגם היום עיקר החלוקה עדיין שרירה וקיימת, אם כי מפעם לפעם עולה הצעה לשינוי החקיקה בעניין. פרשת בן שחר, 96: "אותה סמכות מינימאלית בענייני נוהלי יעילות המשפט וצידקתו, הדרושה לבית המשפט כדי שיוכל למלא את התפקיד שלמענו הוא קיים: עשיית משפט צדק".

<sup>187</sup> אריאל בנדור, 'חיי המשפט הם היגיון, ולכן הכל שפיט – על פורמליזם משפטי ראוי', **משפט וממשל** ו (תשס"ג), 591. (להלן: "בנדור, חיי המשפט"), 595.

<sup>188</sup> דניאל פרידמן, 'פורמליזם וערכים – ביטחון משפטי ואקטיביזם שיפוטי', **המשפט** 21 (פברואר 2006), 2, 3-4. עם זאת, החיסרון הברור בדבריו הוא ההיפותטיות של הסטטיסטיקה, כפי שגם הוא עצמו מודה בהע"ש 16.

<sup>189</sup> ראה לדוגמא: Rule 60(b) of the Federal Rules of Civil Procedure; סעי' 41(ב) ו- 41(ה) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984; צו בתי המשפט (סוגי החלטות שלא תינתן בהן רשות ערעור), התשס"ט-2009.

<sup>190</sup> J. Clifford Wallace, 'Judicial Administration in a System of Independents: A Tribe With Only Chiefs', *B. Y. U. L. Rev.* (1978), 39 (להלן: "Wallace, Judicial Administration"); Axel Tschentscher, *The Function of Procedural Justice in Theories of Justice*, in *Procedural Justice* (Edited by Klaus F. Röhl and Stefan Chayes, The Role of Rennig, *ibid*, 207; Machura, 1997), 105; שמעון שטרית, בעיות ערכיות ומעשיות במינהל המערכת השיפוטית, **קובץ הרצאות בימי עיון לשופטים** (תשל"ז), 80 (להלן: "שטרית, בעיות ערכיות"); שטרית, קווי יסוד.

<sup>191</sup> ראה, לדוגמא, אצל Charles Nesson, 'The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts', *Harv. L. Rev.* (1985), 1357 (להלן: "Nesson, The Evidence").

<sup>192</sup> ראה בהרחבה אצל ניר קידר, 'על הפורמליזם המחנך של בית המשפט העליון המוקדם – עיון מחודש בפסקי הדין בפרשות בז'רנו ושייב', **מחקרי משפט** כ"ב (תשס"ו), 385 (להלן: "קידר, הפורמליזם המחנך"), 419; מאוטנר, החינוך המשפטי, 21; וראה גם אצל יצחק אולשן, **דין ודברים**, ירושלים התשל"ח, 246, "השיטה הזאת אומצה בתוך תקווה שבך יימנעו שיקולים פוליטיים, דתיים ומפלגתיים בקבלת ההמלצות...".

<sup>193</sup> Nesson, *ibid*, 1369.

<sup>194</sup> גינוסר, מבוא לתורת הדין, 75.

שהתערבות המדינה בחיי הפרט צריכה להיות מוגבלת בזמן<sup>195</sup>. סופיות הדין מתבטאת בעיקר בכללי 'מעשה בית דין'. ההגנה במקרה זה היא הן על טובת הציבור, ורצונה של החברה בסיום הדין המשפטי, והן על טובתו של בעל הדין, אשר מן הראוי שלא יוטרד פעמיים באותה עילה<sup>196</sup> (ובלטינית – 'interest rei publicae ut sit' – 'nemo debet bis vexari pro una et eadem causa', לעומת – 'finis litium', לעומת – 'nemo debet bis vexari pro una et eadem causa'). הכלל כלפי בית המשפט קובע כי לאחר מתן פסק הדין לא יכול עוד בית המשפט (למעט במקרים חריגים) להוסיף על הפסק או לגרוע ממנו, וזאת גם אם ליבו נוקפו, והוא משוכנע שנפלה טעות בהכרעתו הראשונה. הכלל כלפי בעלי הדין הוא שפסק הדין מחייב אותם, ואין הם רשאים להטיל בו ספק. ביסוד הדברים עומד מהלך של זיהוי האמת המשפטית עם האמת העובדתית, והעדפת האמת המשפטית במצב של חוסר התאמה ביניהן<sup>197</sup>.

**ב. מהירות הדין** - כחלק מעיקרון היעילות מתחייבת זריזות בעבודה השיפוטית<sup>198</sup>. בית המשפט מחויב לגמר מלאכה (functus officio), עיקרון זה מחייב לרכז את הדיונים ביחידת זמן אחת, ולא לפזר את הדיונים ולהשהותם<sup>199</sup>. לעניין זה קבע המחוקק, כי פסק הדין יינתן "בהקדם ככל האפשר"<sup>200</sup>, כאשר בנוסף לכך נקבעו הוראות ספציפיות רבות<sup>201</sup>, אם כי חלקן הן כמעט בבחינת 'אות מתה'. נתינת פסק הדין באיחור יוצרת עינוי דין, אך לעיתים היא גורמת לכך שבעת מתן פסק הדין הוא כבר איננו אפקטיבי<sup>202</sup>, וממילא עינוי הדין הופך לעיוות דין [אגב, גם עקרונות ההתיישנות והשיהוי קשורים בטבורם למהירות הדין].

יצוין כי סוגיה זו עוגנה גם במסגרת האמנה האירופית להגנה על זכויות אנוש וחירויות יסוד משנת 1950 שם נקבע כי: "...everyone is entitled to a fair and public hearing **within a reasonable time** by an independent and impartial tribunal established by law".<sup>203</sup> כן עוגנו הדברים גם במסגרת 'עקרונות סדר הדין להתדיינות על-לאומית' של המכון האמריקני למשפט (ה- ALA) ושל המכון הבינלאומי להאחדת המשפט הפרטי (ה- UNIDROIT)<sup>204</sup>.

**ג. עלויות הדין** – בסוגיה זו נעסוק בהרחבה להלן.

<sup>195</sup> Resnik, ibid, 854-855.

<sup>196</sup> ראה בהרחבה אצל זלצמן, מעשה בית דין, 13, ובמקורות המובאים שם בהערות שוליים 3.

<sup>197</sup> זלצמן, שם; גינוסר, שם, 79-80; Yuval Sinai, 'Reconsidering Res Judicata – A Comparative Perspective', 21 **Duke J.** ; Yuval Sinai, 'The Downside of Preclusion: Some Behavioral and Economic Effects of Cause of Action Estoppel in Civil Actions', 56 **McGill L. J.** (2011), 673 (להלן: "The Downside").

<sup>198</sup> להרחבה בסוגיה זו ראה אצל סטיבן גולדשטיין, 'צדק מהיר: מבט השוואתי, **עלי משפט** ט' (התשע"א), 19 (להלן: "גולדשטיין, צדק מהיר"); מיכל אלברשטיין, 'צדק מהיר מול צדק נשגב: אנטומיה של יחסי פרקטיקה ותיאוריה ביישוב סכסוכים', **עלי משפט** ט' (התשע"א), 85.

<sup>199</sup> גינוסר, שם, 75, וראה גם **בפרשת פלדמן**, שם נדחתה עתירה אשר דרשה לאפשר לעורכי הדין להתפטר מייצוג הנאשם, בשל קביעת ביהמ"ש המחוזי שהדיונים בתיק יתנהלו ארבעה ימים בשבוע.

<sup>200</sup> תקנה 190(א) לתקנות.

<sup>201</sup> ביניהן סעי' 49 ו- 63א(ה) לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], תשכ"ט-1969; סעי' 22 ו- 42(ג) לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), תשכ"ה-1965; תקנה 190(ד), 279(ג), 295"ג, 295"ד(ג) לתקנות, ועוד.

<sup>202</sup> גינוסר, שם, 81-80.

<sup>203</sup> סעיף 16(1) לאמנה בנוסחה האנגלי.

<sup>204</sup> סעיף 7 ל- Principles of Transnational Civil Procedure.

בשל כל הנימוקים דלעיל, פרידמן<sup>205</sup> סבור כי הגמשת כללי הפרוצדורה, ומעבר לפסיקה ערכית, תפגע ביעילות בצורה משמעותית. לטענתו, גישה זו תביא להגברת הדחף להתדיינות משפטית, וממילא להגשת תביעות רבות נוספות, במקרים "שבעבר איש לא היה מעלה על דעתו שניתן להגיש תביעה"<sup>206</sup>, הנחשכות היום מבית המשפט, ובמקביל תביא הגישה גם להתארכות ההליכים בצורה לא פרופורציונאלית.

עם זאת, להישענות הגורפת על ערך היעילות קמו מבקרים רבים<sup>207</sup>. כך, נמתחה ביקורת ברורה על כך ש"שיקולי יעילות הולכים ותופסים מקום מרכזי במערכת המשפט, כמעט אולי מקום יחידי או עדיף על עקרונות אחרים... אולי הרחקנו לכת יותר מדי בעניין היעילות על חשבון הצדק..."<sup>208</sup>, תוך הבהרה שמערכת המשפט אינה מערכת נותני שירותים רגילה, וכי לא ניתן לבחון אותה בעיניים של ניהול כלכלי<sup>209</sup>. זאת, בשל כמה נימוקים:

- הקושי הראשון העומד בפני ערך היעילות הוא היעדר הגדרה מדויקת. "מהי יעילות? מהו חוסר יעילות? מהו המדד לקבוע פיגורים? מהו זמן סביר לשהיית תיק בבית המשפט? למתן פסק דין? האם יש שוני בין הליך פלילי, מנהלי ואזרחי? מהי תפוקה סבירה של שופט? מי אמור לקבוע מדדים לעניין זה ועל סמך מה?"<sup>210</sup>.
- בנוסף, כלל לא ברור כי ראוי שמערכת המשפט תעמוד בכלל בצילן של סטטיסטיקות של תפוקה. אומר על כך ויתקון: "לא טוב לה, לשפיטה, שתיעשה בלחץ הסטטיסטיקה"<sup>211</sup>. לעניין זה צריך לזכור "כי מי שמחפש אחר היעילות בכל מחיר, סופו שיישאר בלי יעילות, ובלי בירור עובדתי נאות, שמביא לעשית צדק בין הצדדים"<sup>212</sup>. חריף במיוחד בעניין זה הוא פסק דינו של השופט דרורי<sup>213</sup> (המושפע, ככל הנראה, לא מעט מהמשפט העברי). בפסק הדין הוא מבקר בחריפות את המעדיפים את המינהל השיפוטי על פני הגעה לפיתרון צודק<sup>214</sup>.
- אגמון-גונן אף עומדת על בעיה חמורה נוספת, אשר עלולה להגיע בד בבד עם הדגשת ערך היעילות. היא מביעה חשש כי טעמי "יעילות" ישמשו ככיסוי למערכת, כך שתמנע משופטים לדון בעניינים בהם אין דעת 'המערכת'

<sup>205</sup> פרידמן, שם, 4.

<sup>206</sup> שם, 9.

<sup>207</sup> ראה להלן וכן אצל: David L. Bazelon, 'New Gods for Old 'Efficient' Courts in a Democratic Society', 46 N.Y.U. L. Rev. 653 (1971); דויטש, על הרפורמה.

<sup>208</sup> אגמון-גונן, שם, 4.

<sup>209</sup> אלבשן, מבית משפט, 155; אגמון-גונן, שם, בעיקר בעמ' 3-8.

<sup>210</sup> אגמון-גונן, שם, 8. להבנת הבעייתיות בקביעת מדדים מתמטיים ושימוש בנתונים סטטיסטיים במערכת השפיטה ראה גם:

Shimon Shetreet, The Limits of Expeditious Justice, *Expeditious Justice – Papers of*; Shetreet, The administration, 64

1, 4 (Toronto, 1979), *the Canadian Institute for the Administration of Justice*. לבחינה סטטיסטית שבוצעה בעבור מערכת

המשפט בישראל, ראה רענן סוליציאנו-קינן, אמנון רייכמן וערן ויגודה-גדות, *העומס על מערכות משפט: ניתוח השוואתי של 17*

*מדינות*, דו"ח מסכם של המרכז לניהול ומדיניות ציבורית באוניברסיטת חיפה (2007).

<sup>211</sup> אלפרד ויתקון, 'עבודתו של בית המשפט העליון – הלכה למעשה', *משפט ושיפוט* (התשמ"ח), 108.

<sup>212</sup> *גורן, הפרוצדורה האזרחית*, 638.

<sup>213</sup> פרשת ששפורטיש.

<sup>214</sup> שם, סעי' 68-62: "על היבט אחד – לא אוכל לפצות, באופן מלא. כוונתי, לזמן השיפוטי, שיהיה צורך להקדיש לתיק זה... ממילא,

הזמן השיפוטי שנותר לי... הוא מצומצם, יחסית, ומהווה משאב של הציבור. אולם, על אף חשיבות שיקול זה, אשר יש שופטים

הנותנים לו משקל מרכזי ואולי אף מכריע, בשיקוליהם, בכל עת שניצבת בפניהם בקשה שקבלתה או דחייתה, יכולה (ויש אומרים:

עלולה) לגרום להימשכות הליכים, אני סבור, כי עדיין חובתי, כשופט, היא לתת לכל מתדיין את יומו, גם אם בקשתו זו מוגשת באיחור

של תשע עד עשר שנים, לאחר הגשת התביעה, וזאת כדי למצות את הצדק, עד תומו. לפי השקפתי, יש ליתן משקל מכריע לעקרונות

הכתובים בחוק יסוד: השפיטה, ובמיוחד סעיף 6 שבו, הכולל את נוסח הצהרת האמונים אשר כל שופט מצהיר ומתחייב בפני נשיא

המדינה, כתנאי לתחילת תפקידו כשופט: "אני מתחייב לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה, לשפוט משפט צדק, לא להטות משפט

ולא להכיר פנים"... המונח התיאורי היחיד לאיכות של פסקי הדין היוצאים תחת ידו של כל שופט, היא, האם הם בגדר "משפט צדק"."

נוחה מעמדתו של השופט<sup>215</sup>. אגמון-גונן מציגה מקרה מגרמניה בו הועברו לאחד השופטים תיקים אזרחיים בלבד, וזאת בעקבות ביקורת שנשמעה על פסיקותיו בעניינים פליליים<sup>216</sup>. היא מביאה את החלטת הארגון הבינלאומי של השופטים<sup>217</sup> לפיה אופן חלוקת התיקים צריך להיעשות תוך הימנעות מהשפעות זרות, ותוך שמירת עצמאותו של השופט, ובעדיפות לחלוקה אקראית. בארה"ב אף נקבע, כי אין להקריב ערכים דוגמת הפרדת הרשויות ואי התלות השיפוטית, גם למען שיפור וייעול מובהק של ההליכים<sup>218</sup>.

כך או כך, לעניין ערך זה אמנם הובעה העמדה ולפיה גילוי האמת כפוף ליעילות:

"חשיפת האמת, חשובה ככל שתהיה, איננה מטרה המקדשת את האמצעים. גם קבלת התוודות על-ידי עניינים היא "חקר האמת"... חקר האמת על-פי השיטה האדוורסארית הנוהגת במדינתנו כפוף לדינים ולכללים: דיני ראיות, דיני פרוצדורה וכללי התנהגות של שופטים. דינים וכללים אלה אינם כפופים לחשיפת האמת; חשיפת האמת כפופה להם"<sup>219</sup>.

עם זאת, העמדה המקובלת יותר היא העמדה אותה הביע השופט עציוני בפרשת ששון הידועה (אשר דבריו של השופט ברנזון בה אוזכרו כבר לעיל). עמדה התומכת בחשיבותו של ערך היעילות ובביצורו, אך מדגישה את כפיפותו לערך גילוי האמת במקום בו נוצרת התנגשות ביניהם:

"לא פעם נמצא השופט בין הפטיש והסדן וקשה לו להחליט מה עדיף על מה: אם הרצון לסיים את המשפט בזמן הקצר ביותר, דבר שיקל על עומס העבודה, או הרצון לשמוע את המשפט בסבלנות ובאורך רוח הראויים למלאכת עשיית הצדק... מתוך רצון ושאיפה למנוע ענייני-דין, לא פעם עלולים לגרום לעיוות-הדין... חלילה לנו להקריב על מזבח היעילות את דבר עשיית הצדק עצמו... לי גם נראה שאפשר ואפשר ליעל את עבודת בתי-המשפט בלי לפגוע בציפור הנפש של מלאכת השפיטה. אין ביניהם כל סתירה... בכל אופן אם ישנה התנגשות בין השאיפה ליעילות לבין השאיפה לעשיית הצדק במלוא מובן המלה... עשיית הצדק עדיפה מכל הבחינות, כי אין, כדברי חברי הנכבד השופט ברנזון, מתקנים עוול בעוול"<sup>220</sup>.

<sup>215</sup> אגמון-גונן, שם, 12-13, וראה גם שטרית, קווי יסוד, 63.

<sup>216</sup> ראה שם בהערות 105-106 ובטקסט הנלווה אליהן. היא מזכירה גם מקרה בו נעצרה העברת תיקים לאחד השופטים בארה"ב, אך שם העצירה היתה בעקבות פיגורים עצומים שצבר במתן פסקי דין. להרחבה ראה **Chandler v. Judicial Council of the Tenth Circuit**, 398 U.S. 74, 137 (1970); **Irving Robert Kaufman, Chilling Judicial Independence**, 88 **Yale L. J.** (1979), 681. בישראל הועלתה טענה חמורה מעין זו בפרשת השופט מור, כאשר שופט בית משפט השלום בתל אביב דן מור נאלץ לפרוש, לאחר שביקורת אקראית בתיק השומה שלו העלתה חשד לביצוע עבירות מס. מור טען בעיתונות לחפותו, ואמר כי מדובר בהמשך רדיפתו בעקבות פסיקתו נגד עמדת רשות המסים בשורה של הליכים, לעיתים תוך מתיחת ביקורת נוקבת על הפרקליטות. בעמדתו שמדובר ברדיפה תמכו גם גורמים נוספים. ראה: "השופט מור יוצא להתקפה: 19 שנה הייתי שופט, יצאתי נגדם ותרואו מה קרה לי" (כלכליסט, 4.10.11); "השופט דן מור נפל קורבן לגורמים הבאים עמו חשבון בגין פסיקותיו" (גלובס, 5.10.11).

<sup>217</sup> ראה שם בהערה 104.

<sup>218</sup> **INS V. Chadha**, 462 U.S. 919, 944 (1983), וראה אצל אגמון-גונן, שם, בהע"ש 44.

<sup>219</sup> בג"ץ 144/86, סא"ל זיו הלוי נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד מ(2), 309, 314 (1986).

<sup>220</sup> **פרשת ששון**, 480-482. יצוין כי השופט עציוני עשה שימוש, אמנם, במונח ה'צדק', אך נדמה שאין ספק כי כוונתו היתה ל'צדק' כחלק מגילוי האמת. הדברים עולים בצורה ברורה מדבריו, ובעיקר מנסיבות המקרה שם נמנע ביהמ"ש, מנימוקים פרוצדוראליים בלבד, מלשמוע את עדותו של עד שהגיע לביהמ"ש, ואשר הצד שכנגד העיד עדים על אותה סוגיה בדיוק. לעניין זה, ראה גם בדברים שציטט השופט עציוני בפסק הדין מתוך, **Bernard Botein, The Case Against Instant Justice**, 52 **American Bar Association J.** (1966), 713: "I have been one of those court administrators who have been continuously locked in struggle with calendar delay. Like most big City administrators, I have utilized every device and contrivance i could copy to speed the disposition of cases and have even invented a gimmick or two myself, and i now fear that in doing so we have done the courts a great disservice. For while in many cases justice delayed is justice denied, it does not follow that the prompt administration of justice, in and of itself, is adequate justice. It is a prime ingredient, no doubt, but there are others, as we shall see. We, judges and lawyers alike, have lost sight of the fact that while speedy disposition of a case is usually essential to a fully appropriate disposition, it is a means, not an end. Too many judges have become caught



## ה. התפיסה הניהולית

"הציבור זכאי לקבל את השירות השיפוטי הטוב ביותר, שבאילוצים

התקציביים הקיימים מערכת בתי-המשפט מסוגלת לספק לו"<sup>221</sup>.

דו"ח וולף הבריטי הגדיר את ההשקעה במערכות הצדק<sup>222</sup>. בכך החלה עלייתה והתפתחותה של התפיסה לפיה כללי הדיון צריכים להיבחן בראש ובראשונה באמצעות כלים ארגוניים. מטרת דו"ח וולף היתה הנגשת מערכת הצדק לכל, ואולם כחלק אינהרנטי מהדו"ח התפתחה התפיסה הניהולית של כללי הדיון. התפיסה הניהולית מתייחסת למערכת המשפטית כאל מערכת כלכלית לכל דבר ועניין. בין האמצעים בהם נוקטת התפיסה הניהולית ניתן למנות את ארגונה מחדש של המערכת, חיזוקו של השופט, שימוש מוגבר באמצעים טכנולוגיים, ניסוח כללי הדיון בצורה שתוזיל את עלויות הדיון ועידוד יישוב סכסוכים מחוץ לכתלי בית המשפט (ADR), ועוד<sup>223</sup>.

בהתאם לגישה זו עלינו להביא בחשבון כי עשיית צדק במקרה אחד, עשויה להביא לעיכוב חמור בהופעת הצדק במקרים אחרים. מנקודת המבט הפנימית של הצדק מתבקש ניהול של "כלכלת צדק"<sup>224</sup>. בהתאם לפילוסופיה של ההפצה, ההנחה היא שממש כמו שמשאבים ציבוריים שונים מחולקים בקפידה, כך גם המשאב הציבורי המושקע בניהול הליך אזרחי הוא מוגבל<sup>225</sup>, וממילא יש ליצור חלוקה צודקת והוגנת בין המבקשים לעשות שימוש במשאב<sup>226</sup>. בהקצאת המשאבים יש להביא בחשבון פרמטרים דוגמת חשיבות ההליך, קשייו, מורכבותו ושווי וניתן לאבחן בין הליך אחד למשנהו<sup>227</sup>. לפי תפיסה זו צדק הנעשה במחיר גבוה מדי, מהווה מעמסה כבדה שכתפי הציבור השחות אינן מחויבות לסבול<sup>228</sup>, ואין מקום להקצבה מיותרת של תשומת לב וזמן שיפוטי. ואכן, במטרה

---

up in a consuming campaign against the old debbil calendar - in the obsessive delusion that rapid disposition of a case is the be-all and end-all of the juicial process - and without thought to the calibre of the disposition mind you, there is nothing indecorous about the crisp and efficient disposition of litigation. But the frenzy with which we try to shorten the long line of cases shuffling toward trial, when it is accomplished by hard-pressed settlements, is highly indecorous and undignified. And the trial itself sometimes takes on this breathless character, as though it were just an afterthought to an exercise in logistics... And instant justice at the trial or pre-trial stage, can never be a consistent substitute for true justice, which requires time for brewing, blending and often brooding"<sup>221</sup>

<sup>221</sup> בג"צ 8850/02, עו"ד יראון פסטינגר נ' שר המשפטים, פ"ד נח(2), 696, 708 (2004). לביקורת על הדברים ראה אלבשן, שם, 155.

<sup>222</sup> Harry Woolf, **Access to Justice: Interim Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice in England and Wales** (1995). Woolf, Access - Final Report ; (1995)

<sup>223</sup> Steven Flanders, 'Blind Umpires – A Response ; Judith Resnik, Managerial Judges, 96 **Harv L. Rev.** (1982-1983), 374

Bernard C. Cairns, Management of Litigation and the ; to Professor Resnik', 35 **Hastings L. Rev.** (1983-1984), 505

Adrian A. S. Zuckerman, 'Reform in the Shadow of ; Adversary System, 12 **The Queensland Lawyer** (1992), 143

Lawyers' Interests', in **Reform of Civil Procedure - Essays on Access to Justice** (Adrian A. S. Zuckerman and Ross

Bernard C. Cairns, 'Lord Woolf's Report on 'Access to Justice': An ; Cranston, Oxford University Press, 1995), 61

Stephen Goldstein, **The Woolf Report and its Critics in a ; Australian Perspective**', 16 **Civil Justice Q.** (1997) 98

.40-46, **סדר דין**, שורץ, **Comperative Perspective**, The Institute of Comperative and European Law, Oxford, 1999

<sup>224</sup> דויטש, מתי "אמת", 69.

<sup>225</sup> Stephen Goldstein, Administration of Justice and Financial Means, in **Law in Motion** (R., להרחבה בעניין זה ראה אצל :

Blainpain ed., Brussels 1997)

<sup>226</sup> ראה : Resnik, ibid, 394.

<sup>227</sup> Resnik, Tiers, 858-859.

<sup>228</sup> רחמים כהן ומנחם קליין, **סדר דין מהיר בבית משפט השלום**, נבו הוצאה לאור בע"מ, תשס"ה-2005, 7.

להגן על משאבי המערכת הותרה בבריטניה פגיעה בזכות הגישה לערכאות, כאשר העלות למערכת המשפטית אינה מצדיקה את עצמה<sup>229</sup>.

זאת ועוד. לא רק המשאבים הציבוריים עמדו ביסודו של דו"ח וולף, אלא גם המשאבים שמשקיעים הצדדים בדיון. הדו"ח הופיע לאחר מחקרים שקדמו לו שתיארו מצב לפיו ברבות מהתביעות הוצאות המשפט הריאליות<sup>230</sup> חסרות פרופורציה לסכום נשוא התביעה<sup>231</sup>. דברים אלו באו לידי ביטוי בהעמדת ה'פרופורציונליות' כאחת ממטרות סדר הדין ב-CPR (ראה סעי' 1.1(2)(c)), ובסעיפים ספציפיים המתחשבים במטרה זו (ראה, לדוגמא, בסעיפים 31.3, 31.7 ו-44.4)<sup>232</sup>. יש אף מי שמנה זאת כאחד העקרונות המשמעותיים ביותר ב-CPR<sup>233</sup>. ככלל, ניתן לומר שמרבית המטרות המנויות בסעיף 1.1(2)(c) הן כלכליות ולכך יש לצרף גם את ס"ק (b) ו-(e) שמטרתם דומה<sup>234</sup>. מישור הפרופורציונליות מתייחס לסכום התביעה וסכומי הכסף המעורבים בעניין, החשיבות העקרונית של הנושא, מורכבות הנושא והסיבוכים הצפויים בהליך ומעמדם הכלכלי של הצדדים להליך<sup>235</sup>.

בין הכללים המעשיים, שנוצרו על מנת להבטיח שימוש בכללי הדיון בצורה פרופורציונלית, ניתן למנות את היכולת שניתנה לבית המשפט להטיל הוצאות ריאליות בגין הליך מיותר על הצד שנקט אותו, ללא קשר לתוצאות ההליך כולו<sup>236</sup>. כך גם ניתן למנות את היכולת של בית המשפט למנוע מצד שלו משאבים גדולים יותר לנקוט בהליכים דיוניים מיותרים ולא פרופורציונליים<sup>237</sup>. לעיתים בית המשפט אף ידחה את התביעה כולה בשל קטנוניותה<sup>238</sup>, בעוד שלעיתים ימנע מדחיית התביעה על אף כשלים דיוניים בשל חוסר פרופורציות בין הכשלים לחומרת התביעה<sup>239</sup>.

<sup>229</sup> ראה: Sime, A Practical, par 3.32; *Adoko v. Jemal*; *Stephenson (SBJ) Ltd v. Mandy* (1999), The Times, 21 July 1999; Sime, A Practical, par 3.32 (1999), The Times, 8 July 1999.

<sup>230</sup> יצוין, כי מלכתחילה הכלל אנגלי קובע כי הוצאות המשפט של הצד המנצח ישולמו ע"י הצד המפסיד. זאת, בניגוד לגישה האמריקאית לפיה כל צד נושא בהוצאותיו שלו. בהערת אגב יוער כי בישראל חלה, לכאורה, השיטה האנגלית (ראה ע"א 1894/90, **שמואל פלאטו-שרון נ' ז'ק אסולין**, פ"ד מו(4), 822 (1992), 829; ע"א 2617/00, **מחצבות כנרת (שותפות מוגבלת) נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה, נצרת עלית**, פ"ד ס(1), 600 (2005); להלן: "**פרשת מחצבות כנרת**"), אך בפועל נוהגת מעין שיטת ביניים, כאשר בדרך כלל נפסקות הוצאות משפט על הצד הנמוך. לעניין זה, ראה גם אצל קלמנט ושפירא, יעילות וצדק, הע"ש 31.

<sup>231</sup> Report of the Civil Justice Review Body, pp. 14.

<sup>232</sup> ראה גם בסעיף 1.1(a) ל-Arbitration Act 1996, הקובע כעיקרון כללי לחוק את הצורך להגיע להליך "without unnecessary ... delay or expense".

<sup>233</sup> White Book, par. 1.3.5.

<sup>234</sup> Greene, The New, 21.

<sup>235</sup> White Book, par. 1.3.5.

<sup>236</sup> ראה גם סעי' 1.4(2)(h) ו-44.3 ל-CPR; White Book, par. 1.4.10. לפסיקה דומה בישראל בעלת רציונאל דומה ראה רע"א 519/08, **עו"ד מועין דאוד ח'ורי נ' סמיר עוואד** (פורסם בנבו, 19.8.10): "עיון במשפט המשווה בסוגיה זו מלמד, שלאחרונה... מתפתחת גישה חדשה... על פי התפיסה העדכנית, ראוי לראות כל הליך ביניים כעומד בפני עצמו ולחייב בו בהוצאות, בלי קשר לתוצאות בהליך העיקרי. הדבר מביא, כמובן, ליעילות, שכן יוזמי הליך הביניים מודעים לסיכון שבחייב בהוצאות ומביאים דבר זה בחשבון טרם פתיחת ההליך. מאידך גיסא אף הצדדים-שכנגד נענים מראש לדרישות מוצדקות המופנות אליהם מתוך חשש שאם לא יעשו כן – ייפתח נגדם הליך ביניים והם יחויבו בגדרו בהוצאות. השיטה החדשה מביאה איפוא להפחתה בהליכי סרק. עיינו: Orkin, vol II, 4.2-4.9... המציאות המודרנית מוכיחה שהטלה מידתית ומיידיית של הוצאות בכל הליך בנפרד (Pay As You Go) מאפשרת ניהול מיטבי יותר של התיק בערכאות. ראו: Orkin, שם, המביא מהניסיון שנצבר בהקשר זה במחוז Ontario שבקנדה... הטעם לכך נעוץ בעובדה שהתוצאה בהליך העיקרי – אין בה בהכרח כדי להאיר בדיעבד באור חדש את בקשות הסרק שהוגשו במהלך המשפט, ולהצדיק את חיוב הנתבע בנשיאה בהוצאות התובע בקשר עם אותן בקשות...".

<sup>237</sup> Greene, ibid, 22.

<sup>238</sup> ראה Flynn v Robin Thompson & Grainger & Fealy, ibid, 21-22; White Book, par. 1.3.6; וראה דוגמאות נוספות גם ב: Flynn v Robin Thompson & Grainger & Fealy, ibid, 21-22; *Piglowska v. Piglowski* [1991] 1 W.L.R. 1360, HI; *Partners and Wallen*, The Times, 14 March 2000.

<sup>239</sup> ראה *Lambeth LBC v. Onayomake* (2007), The Times, 2 November 2007; Sime, ibid, par 3.30.

[בהערת אגב נעיר, כי כללים דוגמת האחרונים מסייעים, במידת מה, גם לפיתרון בעיית ההעדפה, שיוצרים כללי הדיון לצדדים חזקים ובעלי אמצעים, תוך מתן כלים לבית המשפט למנוע את ניצול הפער, לפחות באופן חלקי<sup>240</sup> (וראה גם את הוראות סעי' 1.1(2)(a) ו- (c)(iv)). כך או כך, על בעיה זו נשפכו כבר נהרות דיו<sup>241</sup>, והיא עדיין זוקקת הרחבה רבה, ופיתרון זה לא עונה על מרבית הקשיים שמעוררת בעיה זו].

בנוסף, עוסק סעי' 1.1(2)(e) ל-CPR בשמירה על המשאבים הציבוריים, ובצורך שלא להשקיע משאבים מיותרים של המערכת במקרים שאינם מצדיקים את ההשקעה. יש גם לזכור כי השקעה מיותרת של משאבים בהליך ספציפי, גורמת לטווח ארוך פגיעה משמעותית בחוסן הכלכלי של כל עולם העסקים<sup>242</sup>. גם סעיף זה בא לידי ביטוי בפסיקה, ולא פעם נדחתה תביעה על הסף בשל הצורך להשקיע בה משאבים לא ראויים<sup>243</sup>.

יצוין כי בהרצאה שנשא בארץ, טען הלורד ג'ון דיסון, שופט ביהמ"ש לערעורים באנגליה, כי הרפורמה של דו"ח וולף הובילה לכך שכמעט כל ההליכים האזרחיים בבריטניה מסתיימים תוך שנה מתחילת ההליך<sup>244</sup>. גם בישראל עמד על כך בית המשפט העליון. כך, לדוגמה, נקבע כי:

"בעת הכרעה בבקשת תיקון יש להתחשב אף באינטרסים של מתדיינים אחרים, שתיקיהם תלויים בבית המשפט. אם התרה של תיקון בשלב מתקדם של ההליך עלולה להביא לכך שמשאבים שיפוטיים רבים ונוספים יוקדשו להליך, הרי הכף תיטה לכיוון דחייתה של הבקשה"<sup>245</sup>.

מעבר לכך. דו"ח וולף הדגיש את מושג האחריות. **אחריות משפטית הינה אחריות של בתי המשפט ליצור צדק בכלל המערכת**, מעבר לרצון לעשות צדק וליישם את החוק בפסק הדין הספציפי. זו, למעשה, אחריות מנהלתית לכלל המערכת המוטלת על כל אחד משופטי בית המשפט. תפיסת האחריות המשפטית מדגישה, כחלק מתפיסה כוללת של צדק, שצדק בתיק מסוים על חשבון מתדיינים בתיקים אחרים אינו צדק, וכי צדק אינו יכול להיעשות בבדידות<sup>246</sup>. כאשר מתדיין בתיק מסוים איננו מציינת כללים הדיוניים הוא פוגע באינטרסים של מתדיינים אחרים רבים, באמצעות יצירת עומס על המערכת<sup>247</sup>, וגרימת עינוי דין לצדדים בתיקים אחרים<sup>248</sup>.

<sup>240</sup> ראה 18-20 ibid, Grainger & Fealy, par 3.29; Sime, ibid, par 3.29. וראה גם McPhilemy ; Maltez v. Lewis, [1999] All ER (D) 425.

<sup>241</sup> Mars (U.K.) Ltd. v. Teknowledge Ltd., The Times, July 8, 1999; v. Times Newspapers, [1999] 3 All ER 775.

<sup>242</sup> סוגיה זו תאוזכר להלן.

<sup>243</sup> White Book, par. 1.3.7.

<sup>244</sup> ראה פסקי הדין המצוטטים אצל Grainger & Fealy, ibid, 22-23, ובהם גם המשפט: "It was neither appropriate nor just that any further share of the court's resources should be allocated to a [case] conducted in that way".

<sup>245</sup> מובא בירחון 'עורך הדין' (אפריל 2004), 30.

<sup>246</sup> רע"א 7709/06, עיריית הרצליה נ' בר. מסעדות (הרצליה פיתוח) בע"מ (פורסם בנבו, 29.10.06). וראה גם ע"א 3725/04, מערון דיבה נ' יוסף עדווין (פורסם בנבו, 31.8.06): "הזמן השיפוטי משאב מוגבל הוא והוא שייך לא רק לכל אחד ואחד מבעלי-הדין אלא גם לציבור בכללותו. מותר היה לבית-המשפט להעדיף את הציבור על-פני עניינו של המערער"; דב"ע נו/3-153, אילנה בן עזרא נ' מדינת ישראל, פד"ע לא, 501, 507 (1996): "מטרת הדיון המהיר היא להביא להכרעות מהירות ולקצר תהליכים שיפוטיים בתביעות בסכומים נמוכים יחסית. בתביעות כאלה העדיף המחוקק את המהירות וקיצור ההליכים, על מנת להביא בכך תועלת לכלל המתדיינים, גם על חשבון פגיעה מסוימת בהליכים, במנגנונים ובסדרי הדין, שנועדו להבטיח הכרעה צודקת בכל מקרה פרטני"; ע"א 653/80, יצירות ברנע בע"מ נ' דנית חברה לפיתוח בע"מ, פ"ד לז(1), 802 (1983); רע"א 8327/05, דוד צדק נ' ציון פנימי (פורסם בנבו, 14.9.05).

<sup>247</sup> כהן וקליין, שם, 8; צוקרמן, צדק שווה זמן, 51. וראה גם אצל רבינוביץ' ודורפמן, שם.

<sup>248</sup> מעניין כי בעבר נטען שארגון בשם Al-Hak הציע לחבל במערכת המשפט הישראלית באמצעות הצפתה בהליכים משפטיים ופגיעה כלכלית בה ובמשאביה. "flooding the Court with petitions in the hope of obstructing its functioning and resources". ראה הטענות באתר: [http://www.ngo-monitor.org/article/al\\_haq\\_politics\\_over\\_the\\_rule\\_of\\_law](http://www.ngo-monitor.org/article/al_haq_politics_over_the_rule_of_law).

מושג האחריות הביא לפסיקה ברורה בישראל. כך, לדוגמה, קבע בית המשפט העליון כי:

"בית המשפט מייצג את אינטרס הכלל, ומוסיף ומגן הוא על אינטרסים ראויים הן של תובע הן של נתבע. אינטרס הכלל הוא שבית המשפט לא יבטל זמנו לריק, וכי יעשה כמיטב יכולתו לסיומם של משפטים שהוחל בשמיעתם. תובעים חדשים לבקרים עומדים ומתדפקים על שעריי בית המשפט, וישן מפני חדש נוציא. תובע שאינו מתייצב לדיון - ובאין טעם ראוי לדבר - פוגע באינטרס הכלל, ובית המשפט יאמר את דברו"<sup>249</sup>.

חשוב להדגיש כי תפיסה זו נשענת, גם היא, על מבחן 'מסך הבערות' של רולס. שוב, ההנחה היא שמאחורי 'מסך הבערות' יראה האדם, לא רק את מקרהו הפרטי, אלא גם את התור הארוך של תיקים הממתינים להכרעה, את בעלי הדין הממתינים בקוצר רוח לקבל את יומם בבית המשפט, ואת עינויי הדין החמורים שנגרמים. מאחורי 'מסך הבערות' האדם יראה את עצמו כאחד ממעוניי הדין, בדיוק כפי שיראה את עצמו כמי שעשוי להיתקל בנסיבות חריגות, ובשל כך הוא בהחלט עשוי להעדיף את טובת הכלל על פני טובת הפרט החריג.

עם זאת, שוב הדברים אינם פשוטים<sup>250</sup>. ראשית, כפי שהזכרנו לעיל כלל לא ברור איזו החלטה היתה מתקבלת מאחורי 'מסך הבערות'. בנוסף לכך, במחקר הועלו תהיות האומנם ניתן לומר בצורה ברורה כי משעה שנפתח הליך אזרחי בבית המשפט, הוא נעשה מעין 'בן ערובה' של החברה, כך שהצרכים של בעלי הדין הפרטניים יאלמו דום לנוכח הצורך להעביר מסרים חברתיים<sup>251</sup>. בדומה לכך, אגמון-גוגן העלתה מספר תהיות נוקבות ובראשן תהייה האמנם לא מוטל על השופט לעמוד מול המתדיינים שמולו כאילו היו עולם ומלואו, מבלי לתת את הדעת על העומס הכללי:

"האם השופט, במסגרת שיקול הדעת הנתון לו ועקרון אי-התלות, צריך לשקול, במסגרת השיקולים הנוגעים להליך, עד כמה לשפוט כל מקרה הבא לפניו כאילו היה המקרה הבודד, ולאור זאת להקדיש לו את המשאבים השיפוטיים הנדרשים, או

<sup>248</sup> ת"א (י-ם) 16682/01, **צדוק נריה-השכרת רכב בע"מ נ' יהוד דנה** (פורסם בנבו, 31.1.02): "יעילות משמעה לא רק יעילות בתובענה הספציפית שנדונה באותה שעה לפני בית המשפט, אלא יעילות שבאה לשרת את עניינו של כלל הציבור המתדיין בין כותלי בית המשפט"; ת"א (י-ם) 6992/03, **הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עיריית ירושלים** (פורסם בנבו, 22.2.04).

<sup>249</sup> ע"א 32/89, **חיים גולן נ' אורי עלוני**, פ"ד מו(3), 665, 671-672 (1992), וראה גם בדברי השופטת פרוקצ'יה, לעניין אי התייצבות לדיון, ברע"א 3454/04, **יעקב ורקר נ' עמי הראל** (פורסם בנבו, 5.6.05; להלן: "פרשת ורקר"); "כנגד הזכות החוקתית לפנות לערכאות, עומדת חובתו של בעל דין לקבל על עצמו את עולם של סדרי הדין ושל צווי בית המשפט כדי להבטיח את זכויותיהם הדיוניות של בעל הדין, וכדי לאפשר את מהלכם התקין של הליכי בית המשפט להגנה על אינטרס הציבור כולו". כך גם בדברי השופט ש. לוי, לעניין בקשות דחייה שלא נענות, ברע"א 3136/00, **סלימאן סלמאן נ' ג'ורג' שוקייר - רוח**, פ"ד נה(2), 97, 100 (2000); פרשת שגיא, 712: "אינטרס אחר בשמירת המועדים שנקבעו בתקנות היא תקנת הציבור, המעוניין בביור מהיר ויעיל של ההליכים התלויים בבית המשפט"; ב"ש 261/87, **דניאל ש' הופר נ' החברה הישראלית לביטוח אשראי (כ.א.) בע"מ**, פ"ד מא(2), 692, 694 (1987): "לא ניתן יהיה לקיים פעולתם של בתי המשפט, אם לא יכובדו המועדים הקצובים... המגמה להנהיג גמישות יתר אינה משרתת את טובתם של בעלי הדין, כי בעל הדין, המחפש דרך לדחיית מועדים, פוגע בחלק אחר מציבור המתדיינים, יהיו אלו הצדדים האחרים באותו תיק או מתדיינים אחרים בתיקים אחרים... האינטרס הציבורי מוכרח לבוא לידי ביטוי גם בהליכים בין בעלי דין פרטיים... חוסר הוודאות במועדים, התמשכות העניינים, הלאות בניהול ובקידום ההליכים, אשר יתלו בהכרח לעבודתו של בית המשפט אם תגבר הנטייה שלא לקיים את הדרישות לביצוע פעולות פלוגיות תוך זמן קצוב, כל אלה הן רעה חולה, שיש לשקוד על מניעתה, ואחת מן הדרכים למניעתה היא העמידה בלוח זמנים, כפי שהוא נקבע על-ידי הרשויות של בית המשפט, וההקפדה על קיומו".

<sup>250</sup> לביקורת חשובה נוספת על דו"ח וולף ראה אצל: Michael Zander, 'Why Lord Woolf's Proposed Reforms of Civil Litigation Should Be Rejected', in **Reform of Civil Procedure: Essays on "Access to Justice"** (A.A.S. Zuckerman & R. Cranston. Goldstein, ibid; eds., Clarendon Press), 79.

<sup>251</sup> Carrie Menkel-Meadow, 'Whose Dispute Is It Anyway? A Philosophical and Democratic Defense of Settlement (in Some Cases)', 83 **Geo. L. J.** (1995), 2663. (להלן: "Menkel-Meadow, Whose Dispute").

שמא על השופט להתחשב בעומס העבודה הכולל המוטל עליו, ולהקדיש לכל הליך את המרב, במסגרת העומס הכללי? ... מרגע שתיק מסוים נקבע בפני שופט מסוים, מאותו רגע רק השופט, על פי צו מצפוננו, יערוך את האיזונים הנדרשים"<sup>252</sup>.

## ו. ודאות ויציבות

ערך משמעותי נוסף הינו ערך הודאות והיציבות<sup>253</sup>. הימנעות מגמישות בכללים הדיוניים תביא עימה בכנפיה ודאות יחסית של בעלי הדין, בנוגע לדרך ולצורה בה יזכו לברר את זכויותיהם. הם יוכלו גם להסתמך על מחדלי יריביהם ולהניח כי אלו יניבו להם פרי מהותי. לעניין זה מובן, כי פסיקה המקפידה על הכללים באורח דווקני מגבירה את הודאות, בעוד שזו המגמישה אותם יוצרת עולם משפטי וודאי פחות. החלת חוקים ברורים שנקבעו מראש היא עקיבה וקוהרנטית יותר, ומקרית הרבה פחות מהכרעות המתקבלות אד הוק<sup>254</sup>. ההנחה היא כי אדם משקיע רשאי לצפות שלא יופתע, בדרך כלל, ע"י שינוי פתאומי בהלכה, שיפגע בסיכוייו לרווח<sup>255</sup>. לאור זאת, העמיד בנתיהאם<sup>256</sup> בראש סולם דאגותיו של המחוקק את הגנת הציפיות של היחיד (Security of individual expectations), כערך שיש לקדש. ההנחה היא שליכולת התכנון יש חשיבות רבה לחירותו של הפרט, הנובעת מתכנון חייו ומהשליטה בגורלו<sup>257</sup>. לנוכח האמור, ובהינתן קבלת החלטות רציונאלית, על המערכת להבטיח ודאות ככל הניתן<sup>258</sup>, ואין מקום לפגוע בהסתמכות הקהילה על הכלל, ובכלכל צעדי בעלי הדין לנוכח הידיעה על הפרת הכלל<sup>259</sup>. תפיסה זו משמעותית עד כדי כך, שהיו אף שהביעו עמדה לפיה מטרה עצמאית ועקרונית של כללי סדר הדין הינה השפעה על קביעת מדיניות עתידית (כך, לדוגמא, הידיעה באיזה מסלול תביעה יוכל לגבות את חובו בדרך המיטבית, תביא בנק לקביעת עלויות ההלוואה אותה יעניק ללקוח, וכדו'<sup>260</sup>).

<sup>252</sup> אגמון-גונן, שם, 8. וראה גם פסקאות 42-46 בפרשת ששפורטיש: "לעיתים (ויש רבים שיאמרו כי הדבר קורה לעיתים רבות מדי), אמות המידה לבדיקת הצלחת המערכת השיפוטית נקבעות על פי מבחנים כמותיים של מספר התיקים, אשר הטיפול בהם הסתיים, במקום להתרכז, באיכות של כל אחד ואחר מפסקי הדין הניתנים על ידי בתי המשפט, שהיא לב ליבו של ההליך השיפוטי, וזה הקריטריון אשר חשוב לכל מידיין ומידיין. למותר לציין, כי כאשר אדם מקדיש חייו לשיפוט, הוא עושה כן לא כדי לעמוד בהספק של סיום מספר תיקים בתקופה של חודש או שנה, כפי שקובע אותם מאן דהוא, אלא, אותו שופט עושה כן, כדי להוציא תחת ידו פסקי דין והחלטות צודקות, אשר בהם מוכרע הדין, בין בעלי הדין שהתייצבו בפני השופט, הביאו ראיותיהם בפניו, והם מצפים כי אותו שופט, יקדיש זמן, מחשבה, תשומת לב, יצלול לעומק הדין ויבחן את מכלול הנתונים, ורק לאחר מכן, יכריע בדינם של בעלי הדין, ויוציא תחת ידו, משפט צדק".

<sup>253</sup> גורן, הפרוצדורה האזרחית, 632 מזכיר שערך זה גם מסייע לערך היעילות, שכן ודאות מביאה לכך שהתוצאות ניתנות יותר לחיזוי מראש, וממילא נחסכים דיונים עקרים שתוצאותיהם ידועות מראש.

<sup>254</sup> בנדור, חיי המשפט, 595.

<sup>255</sup> בן פורת, מבחנים לסיווג, 25.

<sup>256</sup> Jeremy Bentham, *Theory of Legislation* (London, 1896), 142.

<sup>257</sup> Thomas C. Grey, *Langdell's Orthodoxy*, 45 *U. Pitt. L. Rev.* (1983), 1, 11 (להלן: "Grey, Langdell's Orthodoxy"); קרן-פי, שם, 587. הדברים הולמים את הגישה הפילוסופית הכללית של בנתיהאם, הגישה התועלתנית. על פי גישה זו, שהדובר המפורסם ביותר שלה היה מיל, מעשים הינם נכונים ביחס ישר למידה שבה הם נוטים לטפח אושר. זאת, תוך יציאה מנקודת הנחה שהאושר אינו מצב של היחיד, אלא מצב שמתאפשר בזכות מבנה חברתי שוויוני ויעיל.

<sup>258</sup> Fuller, *ibid*; Fiss, *The Supreme Court*, 12-17.

<sup>259</sup> Schauer, *Playing*, 137-145.

<sup>260</sup> ראה, לדוגמא: Chris William Sanchirico, *A Primary Activity Approach to Proof Burdens*, 37 *J. Legal Stud.* (2008), 273 (להלן: "Sanchirico, A Primary"); Gideon Parchomovsky & Alex Stein, *The Relational Contingency of Rights*: וראה עוד אצל: (להלן: "Parchomovsky & Stein, The Relational") 98 *Virg. L. Rev.* (2012), 1313.

מעבר לכך, הצורך בביטחון ובוודאות משפטיים נגזר מהיות המדינה מקור סמכותו של השופט. עובדה זו מחייבת להימנע מקבלת החלטות אישיות ושרירותיות, המותנות בהשקפת עולמו של המחליט<sup>261</sup>. על מנת שהמערכת תהיה עקבית, צריך, לכאורה, להתקיים לכל סיטואציה כלל משפטי יחיד. היעדר גמישות בעניין זה תייצר ודאות, יציבות, קביעות ואחידות<sup>262</sup>. במקביל היא תמנע שרירות לב, כאוס, אקראיות, ואף סובייקטיביות. בפורמליזם משפטי מעין זה הפיתרון אינו תוצר ערכי, אלא חלק מהמציאות העובדתית של העולם (החשופה וזו שניתנת לחשיפה)<sup>263</sup>. ממילא, הצורך ביציבות וודאות מחייב את הגבלת שיקול דעתו של ביהמ"ש<sup>264</sup>.

לכן, נקבע לא פעם כי הצורך בביטחון ובוודאות משפטיים הוא מתכליתיהם של כללי הדיון האזרחי<sup>265</sup>, ואילו מבחנים 'ערכיים' מדי, של נורמות פתוחות הניתנות לפרשנות, עלולים ליצור אי-ודאות רבה. מבלעדיה עלולה להיווצר שרירותיות נוראית, ותוצאות ההפרה הדיונית תיקבענה בעיקר לפי גישתו של המותב היושב בדיון.

"...procedural rules are not "value free". They are based on policy choices, they have their own objectives and, in the adversary context, for good reason individual rules may reflect bias towards one party or another. Further, in a given situation, what is just and what is fair may be a matter on which reasonable persons may reasonably differ"<sup>266</sup>.

יש גם לזכור כי בענייני פרוצדורה קיים קושי מובנה, בלאו הכי, לחזות את תוצאות הפרת הכלל הדיוני<sup>267</sup>. לנוכח האמור, אין פלא שהמגמה של כללי הדיון בעולם היום, היא לנסות להבטיח את צפיות ההחלטה ואת וודאותה<sup>268</sup>. כללי הדיון ודיני הראיות הם מסגרת משפטית הנוטעת יציבות בין המתדיינים, ומקלה במקרים רבים על השגת פשרה. כל צד אמור לדעת מהן זכויותיו הדיוניות ולכלכל על פיהן את התנהגותו במשפט. שיקול דעת רחב לשופט לסטות מכללים אלה, עלול לערער את היציבות בין המתדיינים<sup>269</sup>. במיוחד הוחשבה היציבות במישור הציבורי.

"יציבות בפירוש החוק מאפשרת לעוה"ד ליעץ ללקוחו וליועץ המשפטי ליעץ לממשלתו... דוקא לגבי היחסים אשר בין

האזרח והשלטון – הרי יציבות ובטחון עולים ביתרונם על צדק מופשט"<sup>270</sup>.

<sup>261</sup> חיים פרלמן, הלוגיקה המשפטית, (תרגום: אורה גרינגרד), הוצאת מאגנס, האוניברסיטה העברית, ירושלים, התשמ"ב (להלן: "פרלמן, הלוגיקה המשפטית"), 62.

<sup>262</sup> ראה גם אצל Schauer, ibid, 155-158.

<sup>263</sup> Frederick Schauer, Formalism, 97 Yale L. J. (1988), 509, 539 (להלן: "Schauer, Formalism"); ברק מדינה, ירידת הפורמליזם ועליית הגישור: יישוב סכסוכים בהסכמה כפתרון "משפטי" של מחלוקות, נקודת מפגש א', אביב תשס"ג, 31 (להלן: "מדינה, ירידת הפורמליזם"), 32; מאוטנר, החינוך המשפטי, 21-22.

<sup>264</sup> ע"א 447/92 הנרי רוט נ' אינטרקונטיננטל קרדיט קורפריישן, פ"ד מט(2), 102, 114 (1995); להלן: "פרשת רוט": "זו מחייבת תחימה מסוימת של שיקול דעתו של השופט כדי שלא לפגום ביציבות ההליך".

<sup>265</sup> Goldstein, The Influences, 481; Resnik, Tiers, 852; Leubsdorf, ibid, 594. ראה גם לדוגמה בפיסקה 8 להחלטת השופטת ביניש בפרשת שני.

<sup>266</sup> White Book, par. 1.3.3.

<sup>267</sup> ראה Jolowicz, On civil procedure, 68: "in contrast to substantive law, procedural law rarely purports to dictate" "what the court's order must be, even after the facts has been established".

<sup>268</sup> Greene, ibid, 4.

<sup>269</sup> יובל סיני, 'הדוקטרינה של הודאה והדחה וכללי נטל השכנוע במשפט האזרחי – ניתוח ביקורתי והצעת מודל חדש-ישן', מחקרי משפט כ"ד (התשס"ח), 165 (להלן: "סיני, הדוקטרינה"), 210.

<sup>270</sup> בג"ץ 287/51 ד"ר אמיל ראם נ' שר האוצר והמפקח על המטבע הזר, פ"ד ח(1), 494, 503-504 (1954), וכן נאמר שם: "נראה לנו כי מדינה חדשה זקוקה לא רק לחוק בהיר, אלא גם לפירוש של חוק אשר יהא יציב ובטוח. אם בית המשפט העליון יוכל לפרש את החוק

כך, קיימת הנחה שפרשנות רחבה של תקנות סדר הדין תיצור אי ודאות רבה בתחום הפרוצדורה<sup>271</sup>. וכי בתחום סדרי הדין הצורך בוודאות וביציבות גדול יותר והינו חלק מכללי הצדק הטבעי<sup>272</sup>. לפי גישה זו, הצורך במערכת יציבה ובהלכה עקיבה וחד משמעית מחייב הקפדה על המדיניות הנוהגת בסדרי הדין מימים ימימה<sup>273</sup>. לעניין זה, היציבות של הנהלים הדיוניים דווקא יוצרת רקע נוח לקיומם המעשי, והשיגרה מסייעת לפעילותם התקינה<sup>274</sup>. בעניין זה אף נקבע כי: "אי קיום סדרי דין, עלול לגרום ל'מגדל בבל' עד כי איש את רעהו חיים בלעו. סדרי הדין והפרוצדורה באו להתוות הדרך הנכונה לכל הצדדים בסבך הדיוני, כדי בירורם וליבונם. לכול צד צפיות הנשענת גם על מדד הזמן..."<sup>275</sup>.

לא למותר לציין, שהלכה למעשה, סדרי הדין האזרחי הם מהכללים היציבים ביותר בישראל. כך, ארבעים שנה לאחר קום המדינה טען פרופ' גולדשטיין כי מאז קום המדינה לא השתנה "כמעט מאומה"<sup>276</sup>, ותקנות סדרי הדין שלנו מהוות ברובן - תרגום עברי של התקנות המנדטוריות, וכי מבנה בתי המשפט וחלוקת הסמכויות שוררים בארץ "מאז ימי התורכים". גולדשטיין אמנם העריך כי יהיו שינויים "בשנים הקרובות יותר מאשר בכל 40 השנים האחרונות"<sup>277</sup>, ואולם היום, כעבור כחצי יובל נוסף, ביכולתנו להעיד, שרק באחד התחומים שהזכיר - התובענות הייצוגיות - חלו שינויים משמעותיים, ואילו בשני התחומים האחרים (מבנה מערכת בתי המשפט ותקנות סדר הדין לגבי כתבי הטענות והתצהירים) לא חלו בשנים אלו שינויים משמעותיים. נראה שהדברים אינם מקריים, מאחר ומישור היציבות הוא מאדני סדרי הדין, והנטייה הטבעית היא למעט בשינויים בסדרים אלו.

פרידמן מעריך, כהנחה שבעובדה, שהגברת שיקול הדעת של בתי המשפט בתחום סדרי הדין והגמשת הכללים הדיוניים, יביאו עורכי דין להימנע מלנחש את תוצאות התביעה, והם פשוט יאמרו "אי אפשר לדעת. אם רצונך - נסה את מזלך!"<sup>278</sup>. לעניין, מדובר בהערכה מוגזמת ביותר. ייתכן שעורכי הדין יצטרכו לסייג את דבריהם יותר

---

יום אחד פירוש אחד ולמחרת לתת לו פירוש שונה - יעמוד האזרח הפשוט מבולבל ותוהה ויחשוב כי החוק גמיש הוא וכי החלטות בית המשפט תלויות בעיקר בכשרון הפולמוס המשפטי של ב"כ הצדדים המופיעים במשפט מסויים... והיה האיש אשר יחתום על חוזה - יידע כיצד בית המשפט יפרשו, והאיש אשר יתבע דמי נזיקין - יכיר את היסודות הדרושים להצלחת תביעתו... אנו תקווה כי בהליכתנו לפי סימני הדרך הללו - לא נתרחק הרבה מהדרך המובילה לפסקי דין צודקים". וראה גם ע"א 561/77, **חברת "רם" עבודות עפר בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ**, פ"ד לב(2), 639, 643 (1978); להלן: "פרשת חברת רם": "חשיבות ההקפדה על סדרי הדין אינה צריכה לפנים, שהרי בהם ערובה ליציבות המשפט ולבירור אמיתו של דין"; בש"א 1461/12, **אלי בן דוד נ' משה נחמיאס** (פורסם בנבו, 20.2.12): "הקפדה על המועדים הסטטוטוריים תורמת להגשמת המטרות של יעילות, ודאות וסופיות ההליך... הקפדה על לוחות הזמנים הקבועים בדין הכרחית לניהול מערכת שיפוט סדירה, יעילה ותקינה, כמו-גם לשם הבטחת אינטרס ההסתמכות של בעלי-הדין ויכולתם לכלכל את צעדיהם"; ע"א (י-ם) 3085/09, **יצחק רוזובסקי נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 3.8.10): "הדרישה להצגת טעם מיוחד אינה נובעת משיקולים טכניים ומהקפדה פורמאלית על סדרי הדין, אלא נועדה לשרת תכלית מהותית של הגנה על היציבות המשפטית וקידום תועלתו המערכתית של הציבור כולו".

<sup>271</sup> **Torrs v. Oakland Scavenger Co.** 487 U.S. 312 (1988)

<sup>272</sup> **פרשת לב**, 502: "הצדק הדיוני מחייב קיומם של כללי הצדק הטבעי... במסגרת שיקולים טיפוסיים אלה יש לכלול גם את השאיפה לבטחון, יציבות וודאות בהסדרים דיוניים".

<sup>273</sup> ע"א 393/82, **חיים חיים נ' גדי אביוב**, פ"ד מא(1), 716, 727 (1987): "בעניינים שבסדר דין עסקי, תחום אשר לגביו, אולי יותר מאשר לגבי תחומים רבים אחרים, חשובה הלכה עקיבה וחד-משמעית"; וראה גם ד"נ 39/75, **רשות הנמלים בישראל נ' אררט**, פ"ד לא(1), 533, 536 (1976); רע"א 3749/12, **ששון בר עוז נ' דניאל סטר** (פורסם בנבו, 1.8.13).

<sup>274</sup> **שמגר, מבוא לתקנות**. וראה גם: "...יש בכך אך ורק ביטוי לתקווה כי יעמוד בנו הכוח לפעול למען פישוטם, פירוטם והבהרתם של סדרי הדין האזרחיים. בתחום זה, אולי יותר מאשר בכל תחום אחר, חייבים הדברים להיות ערוכים באופן שאינו מותיר מקום להתפתחות ענפה מדי של התורה שבעל פה, הנושאת בתוכה גוונים וגווני-גוונים שאין להם ביטוי מפורש במילה הכתובה של התקנות".

<sup>275</sup> ע"א (נצ' 12-03-13245), **המוסד לביטוח לאומי נ' מוחמד טאהא** (פורסם בנבו, 25.6.12); להלן: "פרשת טאהא".

<sup>276</sup> סטיבן גולדשטיין, ארבעים שנה לסדר-הדין האזרחי, **משפטים** י"ט (התש"ן), 663.

<sup>277</sup> שם, 664.

<sup>278</sup> פרידמן, שם, 4.

(וכבר כיום עורכי דין נוטים לסייג מאד את דבריהם), אך מובן שעורך דין טוב ידע גם האם במקרה בו הוא מייצע יש אכן נימוק ערכי, אשר ראוי להביאו בחשבון למול הפרוצדורה, אם לאו, ולשקלל נתון זה בהערכתו. גם ערך זה זכה לביקורת<sup>279</sup>. נכתב כי התפיסה, שוודאות רבה באשר למצב המשפטי היא יעד משמעותי של המערכת השיפוטית, מהווה עיוות של תפקידה החברתי. המשפט נועד להשיג מטרות מהותיות, ולפתור בעיות חברתיות<sup>280</sup>. ודאות ויציבות אינם ערכי יסוד מוגנים. ממילא, טענו המבקרים, אמון הציבור במערכת איננו נובע ממתן "פסקי דין צפויים, יציבים וחסרי פערים", אלא דוקא מהאמון ביושרתם של השופטים ובאי-תלותם<sup>281</sup>. נטען גם כי דווקא מעורבות אקטיבית, במקרים בהם הצדק מחייב זאת, תזכה את המערכת באמון הציבור<sup>282</sup>. אנשי הגישה הריאליסטית<sup>283</sup> טוענים כי הוודאות המשפטית היא אשליה, שכן מדובר בנבואה. לא הכלל מכתוב את התוצאה אלא הציפיה החברתית. לגישה זו, הכלל המשפטי אינו יכול להשיג תוצאה ודאית אחת, שכן זו תלויה בתכליתו של הכלל<sup>284</sup>. השופט הולמס עמד על כך שהמשפטנים הסבורים, שההיגיון מניע את התפתחות המשפט, סוברים זאת רק כדי לענות על הכמיהה האנושית לידיעה ושליטה:

"But certainty generally is illusion... Behind the logical form lies a judgment as to the relative worth and importance of competing legislative grounds... For the rational study of the law the black-letter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics. It is revolting to have no better reason for a rule of law than that so it was laid down in the time of Henry IV... I look forward to a time when part played by history in the explanation of dogma shall be very

<sup>279</sup> בנוסף לדברים שיובאו להלן, ראה גם ביקורות המתנגדות לוודאות כחלק מהשמרנות אצל משה לנדוי, 'על השמרנות בסדרי הדין האזרחי', **ספר זוסמן** (ירושלים התשמ"ד), 285 (להלן: "לנדוי, על השמרנות"), 293; כהן, המשפט, 133.

<sup>280</sup> וראה גם עמנואל גרוס, 'שיטת הדיון האדוורסרית בהליך הפלילי - האם היא מאפשרת אקטיביזם שיפוטי, עיוני משפט י"ז (התשנ"ג), 867, 874-876: "השקפה זו יונקת את הגיונה מתפיסת ההליך האדוורסרי כזירה או כהתחרות בין יריבים או מתמודדים להשגת ניצחון. במצב דברים זה, פסק הדין הוא אך הכרעה בין הצדדים, ולא דווקא הכרעה בשאלת האמת... שיטת הדיון האדוורסרית אינה גורסת, מן ההיבט הקונספטואלי, העדפת ערך היציבות או הסדר על ערך האמת".

יצוין, כי אפילו הארט אשר תמך בגישה פורמליסטית באופן כללי, ביקר בחריפות את מי שאינו מכיר בקיומה של 'רקמה פתוחה', אשר מחייבת שיקול דעת רחב של הפרשן/שופט. בביקורתו כנגד הפורמליזם הני"ל, עמד הארט בפירוט על החיסרון הבולט של הגישה הפורמליסטית: "הרעה החולה המכונה... בשם פורמליזם... היא גישה המתייחסת אל הכללים... מתוך שאיפה להסתיר או למזער את הצורך בבחירה האמורה, מרגע שנחקק הכלל המופשט. דרך אחת לעשות זאת היא להקפיד את משמעותו של כלל כך שמונחיו הכלליים יהיו חייבים לשאת את אותה משמעות בכל מקרה פרטי שבו יעלה יישומו על הפרק... ללא קשר לשאלה אילו מאפיינים אחרים יהיו למקרים פרטיים אלו או יעדרו מהם, ואף ללא קשר לשאלה מה יהיו ההשלכות החברתיות של יישום הכלל בדרך זו. הליכה בדרך האמורה משמעה הבטחה של ודאות החוק או צפיותו, במחיר של שיפוט מוקדם עיוור, אודות כל מה שעתיד להיעשות בטווח של מקרים פרטיים עתידיים, שעל טיבם אין לנו ידיעה" (H. L. A. Hart, **The Concept of Law**, (Oxford, 1961) (להלן: "Hart, The Concept"), 126, בתרגומו של בנימין בראון, 'פורמליזם וערכים: שלושה דגמים', בתוך **עיונים חדשים בפילוסופיה של ההלכה** (עורכים: אביעזר רביצקי ואבינועם רוזנק), הוצאת מאגנס, ירושלים התשס"ח, 233, 241).

<sup>281</sup> טלגס, שם, 13.

<sup>282</sup> ע"א 116/66, **חלקה 62 גוש 6946 בב"מ נ' מוניק זמל**, פ"ד (4), 226, (1966; להלן: "פרשת זמל"), 234: "ברור לי כי בית-המשפט לא ימלא את תפקידו היסודי הכלול בשבועת האמונים שלו "לשפוט את העם משפט צדק" אם יירתע מלהפעיל את מלוא סמכותו החוקית כאשר הוא משוכנע כי התערבותו דרושה למען עשיית משפט צדק, מחשש של מה יאמרו הבריות. לפי מיטב הכרתי, לא זו בלבד שהתערבות עניינית וצודקת כזאת אינה עשויה לפגוע ביוקרת בתי-המשפט, אלא שהיא תעלה את קרנם כעיני הציבור ועמם יעלה גם קרנה של המדינה כולה".

<sup>283</sup> הדברים מייצגים רק חלק מהשפעותיה הרבות של הגישה הריאליסטית על כללי הדיון האזרחי (במקביל להשפעתה על כלל הלכי המחשבה המשפטית). לדיון רחב בעניין ראה: M. M. Karayanni, **Forum Non Conveniens in the Modern Age, A Comparative and Methodological Analysis of Anglo-American Law**, Ardsley N.Y. (2004), 109-124.

<sup>284</sup> שיין, הפילוסופיה של המשפט, 269.



small, and instead of ingenious research we shall spend our energy on a study of the ends sought to be attained and the reasons for desiring them"<sup>285</sup>.

להבנת הקונפליקט ניתן להביט בדברי המלומד ג'ני, אחד מראשי "תנועת המשפט החופשי" באירופה בשלהי המאה ה-19, אשר הכיר בחסרונות הרחבת שיקול הדעת של שופטים: "השיטה... מוכרחה ליצור, בסופו של דבר, מצב של אי ודאות וחוסר יציבות של הפתרונות המשפטיים, ולגרום מעין אנרכיה משפטית, הפורקת כל עול מפסקי הדין... שכן ברגע שנתיר לסמכות לנסח כללים מופשטים, ולרדת מן הספירה הבלתי מוחשית, שם עוצרת בעדה ישותו הריבונית של החוק, אל המישור ההפכפך של השיפוט האישי, נסתכן בטלטלה מביכה של ההכרעה השיפוטית"<sup>286</sup>. למרות זאת, תמך ג'ני ביצירת מצבים של אי ודאות, מטעמים חברתיים של צדק. דברים אלו משקפים מגמות המופיעות בכתבי מלומדים נוספים<sup>287</sup>. ואכן, כלל לא ברור שוודאות כלשהי מתקיימת: "כל מי שהתנסה בהליכי משפט יודע כי אין לדעת בוודאות את תוצאותיהם של הליכים משפטיים עד למתן פסק-דין חלוט, ואין לדעת כיצד היו נראים פני הדברים לו התנהלו ההליכים באופן שונה"<sup>288</sup>.

## ז. שלטון החוק

ערך נוסף העומד מאחורי הקפדה על כללי סדר הדין האזרחי הוא הרצון להקפיד על שלטון החוק, וכפי שניסח זאת בתמציתיות סיר ג'ק ג'ייקוב:

"The supremacy of procedure is the practical way of securing the rule of law, for the law is ultimately to be found and applied in the decisions of the courts in actual cases"<sup>289</sup>.

בדומה לכך, בישראל כתב על כך בית המשפט כי:

**"יש להקפיד על כללי הדין הפרוצדורליים מכיוון שהם מבטיחים את שלטון החוק.** לשופט יש אמנם שיקול-דעת, אולם

שיקול-הדעת שלו לעולם מוגבל וכפוף לדין, ולא יעלה על הדעת לתת לשופט חירות מוחלטת בניהול המשפט"<sup>290</sup>.

הרציונל מאחורי הדברים הוא פשוט. מאחר וסדרי הדין מעוגנים בחקיקה - כל העובר על הכללים ראוי לסנקציה, שכן "שלטון החוק במובנו הפורמאלי משמעותו, שכל הגורמים במדינה, בין הפרטים כיחידים וכהתאגדויות ובין זרועות המדינה, חייבים לפעול על-פי החוק, ופעולה בניגוד לחוק צריכה להיתקל בסנקציה המאורגנת של

<sup>285</sup> Oliver Wendell Holmes, The Path of Law, 10 Harv. L. Rev. (1897), 457, 465, 469 ("Holmes, The Path").

<sup>286</sup> בתרגומה של א' גרינגרד, מובא אצל פרלמן, הלוגיקה המשפטית, 61.

<sup>287</sup> Harry W. Jones, An Invitation to Jurisprudence, 74 Colum. L. Rev. (1974), 1023, 1026-1028.

<sup>288</sup> ע"א 989/03, א' חטר ישי, משרד עורכי דין נ' יעקב חינוזון, פ"ד נט(4), 796, 811 (2005). בעקבות הדברים קבעו בתי המשפט פעמים רבות, כי עורכי דין אינם חייבים ברשלנות מקצועית, שכן לא מוטלת עליהם חובה לחזות בוודאות את התרחשויות ההליך. ראה לדוגמא בת"א (ת"א) 62868/06, ליליה בוגדנוב נ' איליה וייסברג - עו"ד (פורסם בנבו, 7.9.08): "תהא זו במידה רבה חוכמה שבדיעבד, בעקבות תוצאתו של פסק הדין, לקבוע כי הנתבע טעה... המבחן שבית המשפט צריך לשוות לנגד עיניו אינו אמור להתבסס על חוכמה שבדיעבד, אלא על מסכת הנתונים והשיקולים שנשקלו על ידי עורך הדין בזמן אמת, בעת ניהול התיק".

<sup>289</sup> Jack I. H. Jacob, The Fabric of English Civil Justice (Stevens & Sons Ltd., 1987), 67.

<sup>290</sup> ע"א (בי"ש) 1226/97, אבו ג'עפר חברה לבנין נ' החברה הכלכלית לפיתוח ב"ש (פורסם בנבו, 18.3.99).

החברה"<sup>291</sup>. אלו הם פני הדברים במי שלא שעה לכללים החקוקים של סדרי הדין<sup>292</sup>. הדברים נכונים בכל מערכת, ונכונים בקל וחומר בכללים המפעילים את הרשות השופטת<sup>293</sup>, הרשות המהווה סמל לשלטון החוק<sup>294</sup>. יש לזכור גם כי כחלק משלטון החוק נהנו השופטים בישראל, הלכה למעשה, מחופש פעולה כמעט מוחלט בקביעת הכללים הדיוניים, על אף שבמישור העקרוני היתה הסמכות נתונה גם לגופים ממשלתיים-פוליטיים. הדבר נבע מתוך הנחה שרעיון שלטון החוק מחייב התערבות מינימלית בממלכת בתי המשפט ובעצמאות מערכת השיפוט. סדרי הדין, אם כן, כחלק מכללי המנגנון, הוגנו ע"י שלטון החוק בצורה מסיבית יותר. בחינת יסודותיו הנורמטיביים של החוק<sup>295</sup> מעלה כי העמידה על לשון החוק ועל הפורמליזם בפסיקה, נובעת מתוך החשיבות החינוכית הרבה<sup>296</sup>, שייחס בית המשפט לפיתוח תודעה "אזרחית", בעיקר מתוך הקפדה דווקנית על שלטון החוק<sup>297</sup>, ועל הלגליזם והפורמליזם המשפטי הנגזרים ממנו (צדק אריסטוטלי פורמלי)<sup>298</sup>. זאת מארבעה טעמים שונים<sup>299</sup>. ראשית, המילה הכתובה יוצרת וודאות, שהיא היסוד לשלטון החוק. שנית, המילה הכתובה יוצרת את הפומביות, ההכרחית להשלטת החוק. שלישית, השוויון בפני החוק מחייב הקפדה אדוקה על החוק כלשונו. ורביעית, המילה הכתובה מהווה ערובה לחירות האדם.

מהותו של שלטון החוק<sup>300</sup> היא פעולה באמצעות דין המנוסח בצורה כללית, הפונה באופן שוויוני ואחיד לכלל האוכלוסייה, וממילא יש לו זיקה ישירה לפורמליזם המשפטי. ההנחה העומדת ביסוד הטענה היא שהפורמליזם, התופס את לשון החוק כ'מקודשת' וכדווקנית, יוצר דפוס מחשבה חברתי ולפיו החוק עומד ביסודה של החברה, ועל הציבור להתרגל לכוון את התנהלותו על פיו. גישה זו מחייבת הקפדה על כללי הדין. הדברים נובעים מתוך עמדה רפובליקנית מודרנית, המדגישה את מרכזיות זכויות הפרט והאוטונומיה שלו (וראה להלן) כרעיון הומניסטי יסודי, בה במידה שהיא מדגישה את המחויבות לאינטרס הכללי (ה-Rex-publica), ומטפחת תודעת חיים של חברה שומרת חוק (משמע, לגליזם הבא לידי ביטוי בצדק ובשוויון בין הפרטים). עיקר העיקרים, אם כן, של המדינה המודרנית הוא הכלליות והניטרליות המנחות את פעולותיה. ההנחה היא שאדם היודע שמוסדות

<sup>291</sup> בג"ץ 428/86, **ברזילי נ' ממשלת ישראל**, פ"ד (מ3), 505 (להלן: "פרשת ברזילי"), 621 (1986).

<sup>292</sup> זאת, מבלי להביא בחשבון מקרים בהם הערך של שלטון החוק מובא כנלווה לעקרונות פשוטים של סדרי הדין. כך, לדוגמה, עיקרון 'סופיות הדין' מתחזק, אם מביאים בחשבון שהתעלמות מפסק הדין שכבר ניתן תיצור פגיעה בשלטון החוק. ראה פסקה 14 לפסק דינו של השופט פוגלמן בבר"מ 10823/07, **נור סטאר בע"מ נ' עמותת "פעולה ירוקה"** (פורסם בנבו, 30.12.07); בש"א (י-ם) 7616/09, **חברת "לוי רמות עבודות עפר כבישים ופיתוח" בע"מ נ' עמותת ז.פ.** (פורסם בנבו, 20.5.09). במקום אחד מובא שלטון החוק כסיוע לשתי התפיסות הנוגדות בנוגע לחיוב בהוצאות משפט, ראה פרשת מחצבות כנרת, 614.

<sup>293</sup> וראה ברק, פרשנות במשפט, ח"ב, 571: "עקרון שלטון החוק מופנה גם כלפי הרשות השופטת: שופט חייב בכיבוד החוק. חובה זו מוטלת עליו כאדם והיא מוטלת עליו כשופט. חשובה במיוחד היא חובה זו. אכן, השופטים מופקדים על שמירת החוק על ידי הפרטים ועל ידי רשויות השלטון. מי שאחראי לכך כי אחרים יכבדו את החוק, חייב הוא עצמו לדקדק עם עצמו ולכבד את החוק".

<sup>294</sup> Shimon Shetreet, *Judicial Responsibility, in Israeli Reports to the XI Int'l Congress of Comparative Law* (S. Goldstein, eds., 1982-Jerusalem), 88, 89; אגמון-גוגן, שם, 7.

<sup>295</sup> קידר, הפורמליזם המחנך, 388, 399, 414.

<sup>296</sup> על תפקיד בית המשפט כמחנך, ראה: James O. Freedman, *The Law as Educator*, 70 *Iowa L. Rev.* (1985), 487, 490-496.

<sup>297</sup> אם כי ישנן טענות לא מעטות, שבעת הקמת מדינת ישראל היה דווקא הערך של שלטון החוק במגננה, והחברה היתה לא לגלסטית מטעמים שונים. ראה אצל אהוד שפרינצק, **איש הישר בעיניו יעשה: אי-לגליזם בחברה הישראלית**, תל אביב-1986.

<sup>298</sup> להרחבה ראה פנינה להב, 'ביד הרוקם: יריעת חירויות הפרט על פי שמעון אגרנט', **עיוני משפט ט"ו** (תשנ"ב), 475, 484-485, אלפרד ויתקון, המשפט בארץ מתפתחת, **ספר היובל לפנחס רוזן** (התשכ"ב), 66, 74-70; תום שגב, 1949 – **הישראלים הראשונים**, (דומינו, ירושלים, התשמ"ד), 84.

<sup>299</sup> וראה בפירוט אצל חיים כהן, 'פרשנות נאמנה – תלתא משמע', **משפטים ז' (1)** (התשל"ו), 5 (להלן: "כהן, פרשנות נאמנה"), 6-7.

<sup>300</sup> להרחבה ראה קידר, שם.

החברה פועלים בדרך הוגנת ושוויונית, יפנים את חשיבותם של מוסדות ממלכתיים ושל המרחב הציבורי לשמירה על זכויותיו וריבונותו<sup>301</sup>. לעומת זאת, במקרה של חריגה מהכללים, ההשלכה על החברה בכללותה תהיה פגיעה בתדמית המשפט וזלזול עקרוני בחוק ובסדר באזרחי, איש מערכיו הוא. לכן, נטען שגמישות והיעדר קביעה קטיגורית להגנה על הכללים הדייוניים עשויים לערער את שלטון החוק<sup>302</sup>.

כך יש זיקה בין צורת ותוכן פסק הדין. אמונת השופטים בערכים הפוליטיים הבסיסיים של המודרנה: חירות, שוויון, שותפות ואחוה, מביאה לפסקי דין פורמליסטים, תוך הכרה בכך ש'הצדק הפורמלי', ובכללו 'הצדק הדייוני', מכונן הגינות ושוויון בסיסיים בחברה<sup>303</sup>. כך מחד, רעיון זכויות האדם הטבעיות, מהווה את **אחד הציזוקים העיקריים לצדק הפורמלי, ומאידך, הצדק הפורמלי יוצר את העקרונות הבסיסיים לרעיונות הקלאסיים בדבר חירות, שוויון ושותפות חברתית**. כך נוצר היזון חוזר בין הרעיונות. מקור משמעותי לטענה מצוי בדבריו של שופט בית המשפט העליון (ולימים נשיאו) מיום הקמתו, יצחק אולשן:

"...סברנו כי פסקי הדין... צריכים להינתן באופן שיוכלו למלא לפחות באופן חלקי את החסר ולשמש תקדימים, שבמשך הזמן יהוו כעין תדריך לעובדי המינהל הציבורי... לא לכולם היו נהירים עקרונות החוק הקונסטיטוציוני... לרבים מעובדי המינהל נראו בעיות כמו סמכות, חריגה מסמכות, **הליכים פרוצדוראליים**, כעניינים משניים ובלתי חשובים. היו מהם שהיו עלולים לראותם כפרטים מעיקים בלבד שהינם למעמסה על אותם שמעוניינים לזרז את התפתחות הארץ..."<sup>304</sup>.

לפי עמדה זו לבית המשפט תפקיד מחנך. תפיסה חינוכית זו לעליונות החוק התעצמה עוד, ואף באה לתקן את קלקולי סדרי הדין בפרט: "פרשנותם של סדרי הדין האזרחי... מושפעת מהלכי רוח קיימים בחברה המתירנית. אם ברוב אין עוד הקפדה על סדר נימוס או אדיבות נשמע הד הדברים בדרך התנהגות המתדיינים ובאי כוחם.

<sup>301</sup> קידר, שם, 417. בכך אנו רואים את **ההיבטים המהותיים** שביסוד הגישה הפורמליסטית. כבר רולס (Rawls, A Theory, 235) עמד על כך ששלטון החוק הפורמלי מקדם בצורה הטובה ביותר את חירויות הפרט. שיטת משפט פורמליסטית כזו יוצרת לאדם תנאים לפעילות רציונלית, לשם השגת היעדים הרצויים לו, מבלי שיחשוש כי פעולתו תטורף ע"י הכלל באמצעות שינוי הכללים למפרע. לעניין זה ראה גם אצל Joseph Raz, **The Authority of Law** (Oxford University Press, 1979), 219 (להלן: "Raz, The Authority").

<sup>302</sup> Resnik, Tiers, 855.

<sup>303</sup> קידר, שם, 389, 406.

<sup>304</sup> אולשן, שם, 215. אולשן מדגים את הדברים בכמה מפסקי הדין הראשונים (והחשובים) של בית המשפט העליון (בעיקר בפרשת סילוסטר ובג"ץ 7/48, **אל-כרבוטלי נ' שר הביטחון**, פ"ד ב', 5 (1949), תוך תיאור מפורט של מהלך העניינים, והדגשת הפן החינוכי-ציבורי שראו השופטים בפסק הדין ('יקשה לתאר את חרדתי, שמא אומר דבר, שבהקשר עם העובדות אמנם נראה לי נכון, אך מבחינה וירידית אין לו סימוכין, וזה יוכל לשמש בעתיד בידי עורכי דין אסמכתא לקביעת עקרונות מוטעים', וכן 'הציבור היהודי ואיתו חוגי השלטון נוכחו לדעת כי שלטון החוק אינו רק דבר טכני פרוצדוראלי שאפשר לזלזל בו... וכי הזרוע השיפוטית של המדינה עומדת ללא חת על משמר שלטון חוק'). כך מחנך בית המשפט את החברה הישראלית לאזרחות טובה ולכיבוד החוק, הסדר והחיים הציבוריים, ומדגיש כי צדק פורמלי חיוני לקיומו של מרחב ציבורי ראוי. וראה גם ע"א 4/66, **מרים פרץ נ' יעקב הלמוט**, פ"ד כ(4), 337, 349 (1966). קידר שהעלה את הטענה, מסביר בכך את הדרך הפורמליסטית, בה בחרו שופטי בית המשפט העליון בראשית תקופת המדינה לנמק את פסקי דינם, ובהם גם פסקי דין המגנים על זכויות הפרט, ומהווים מהפכה ערכית משמעותית (בג"ץ 1/49, **בז'רנו נ' שר המשטרה**, פ"ד ב', 80 (1949); להלן: "פרשת בז'רנו"), ובג"ץ 144/50, **ד"ר ישראל שייב נ' שר הביטחון**, פ"ד ה(1), 399 (1951); להלן: "פרשת שייב"). לשיטתו, הנמקה פורמליסטית אינה הצנעת המימד הערכי שבפסיקה, כטענתו הידועה של מאוטנר, אלא דווקא הבעת ערכים משמעותיים - הקפדה דווקנית על שלטון החוק ופיתוח תודעה "אזרחית". אדרבה, טוען קידר, השימוש של השופט חשין בפרשת בז'רנו, בזכותו הטבעית של האדם לבחור לו משלה יד, כלל אינו הכרחי לשם קבלת העתירה. לשיטתו, הדגשת ערכי היסוד הדמוקרטיים דוגמת חופש העיסוק, נועדה דווקא להבהיר, שהערכים הפורמליסטים של שלטון החוק וחוקיות המינהל נובעים מרעיונות פוליטיים גבוהים, וכי חינוך לכיבוד החוק יביא לכיבוד הערכים העומדים ביסוד הדמוקרטיה. כך גם מוסברת ההרצאה על חשיבות הממלכתיות (במערכת החינוך) בפתיח של פסק הדין בפרשת שייב, כבאה לקשור בין הפורמליזם המשפטי לרעיונות היסודיים העומדים ביסוד המדינה המודרנית. בשני המקרים יתכן שמבחינה ערכית היה צדק בהתנהלות הרשות המבצעת, ואולם מבחינה פרוצדוראלית היא פעלה שלא כדיו. בשני המקרים מדובר באמירה, ולפיה החשיבות של הצדק הפורמלי אינה עצמאית, והיא נגזרת מתיאוריה שמטרתה לטפח חברה צודקת וטובה, השמה במרכז את הפרט וזכויותיו. ניתן לראות זאת גם בפסק דינו של השופט אולשן בפרשת שייב, הנפתחת במילים: "נראה לי, כי לו היינו מסרבים להיזקק לבקשת המבקש היינו מסייעים לכך שעקרון "שלטון חוק" השולט במדינה יעשה פלסטר". עם זאת, ההסבר מעורר גם קשיים, שכן בעוד שהחינוך הציבורי לערכים של שלטון החוק בפרשת שייב מובן, שכן הוא מגביל את הרשות המבצעת מלעשות ככל העולה על רוחה, הרי שנדמה שבפרשת בז'רנו המסר הציבורי הוא דווקא הפוך. הציבור יכול ללמוד על סלחנות שמגלה בית המשפט כלפי פורעי חוק (נותני שוחד), כך שגם כאשר הרשות המבצעת 'מנקה את השורות', בית המשפט מכשיל זאת.

אך שאלה היא האם יסחף בית המשפט בהלך רוח כללי זה – או יעמוד על המשמר של שמירת סדרי הדין והדיוק בקיומם לטובת המתדיינים וסדרי המערכת גם יחד<sup>305</sup>.

חשוב להדגיש כי גם לפי דבריו של אולשן הדגש הוא בקשר לחברה צעירה ולתהליכים מודרניים של בניית מדינה. בית המשפט ראה את תפקידו כמי שאיננו צריך לכבות את הלהט האידיאולוגי, אך עליו להבהיר לו את הגבולות, הגלומים בשלטון החוק<sup>306</sup>. אין כל ספק, שהסבר מעין זה, מאבד מתוקפו עם חלוף השנים, והתגבשותה של תפיסה חינוכית-חברתית במדינה. גם המחקרים המנתחים את עליית הערכים בפסיקה, מבהירה כי "ככל שהשופטים חששו פחות לחוסנה האזרחי של המדינה", כך "ההנמקה השיפוטית הפכה לביקורתית וערכית יותר"<sup>307</sup>.

כך או כך, נראה שיש מקום להעלות ספק האומנם הקפדה דווקנית על הכללים, ובפרט על כללי סדרי הדין, היא זו שמעודדת הקפדה על שלטון החוק. ואולי דווקא הידיעה שהמהות והצדק עלולים ליפול קורבן בפני כללים פרוצדוראליים תביא להחלשת שלטון החוק, כחלק מהחלשת החובה לשמור על הערכים המהותיים המוגנים<sup>308</sup>. אדרבה, דווקא זכות הגישה לערכאות (בה עסקנו לעיל) הינה זכות יסודית להבטחת שלטון החוק<sup>309</sup>, והיא מהווה סיבה להימנע מלמחוק תביעה על הסף, כל עוד לא התאפשר דיון מהותי בתביעה<sup>310</sup>, וסיבה להאריך מועדים במטרה להימנע ממתן פסק דין בהיעדר הגנה<sup>311</sup>. גם היכולת להגמיש את הכללים, ולפתח בצורה דינמית את הכללים הדייוניים היא ערובה להגנה על שלטון החוק, מקום בו הכללים הדייוניים אינם פועלים את פעולתם, דוגמת היכולת לתבוע תביעה ייצוגית<sup>312</sup>, או במקרים בהם דווקא שלטון החוק הביא להארכת מועדים<sup>313</sup>.

יפים לענייננו דבריו של השופט ברנזון<sup>314</sup>, ביום בו פרש מכס בית המשפט העליון:

"הכל מרימים על נס את עקרון שלטון החוק, כי בלעדיו אין קיום לחברה תקינה, ואני דגלתי בשלטון הצדק. לא שאני שולל את

שלטון החוק, אבל לדעתי החוק והצדק חד הם, אם אתה משתמש בחוק ומפרשו כראוי לו. משפט הוא משפט אם הוא משפט

<sup>305</sup> חנה אבנור, 'סדרי הדין: הצדק והמדיניות', הפרקליט ל"ב (התשל"ט-התש"ס), 478, 481.

<sup>306</sup> קידר, שם, 388.

<sup>307</sup> קידר, שם, 421. ובכלל, יש שטענו שדווקא הקמתה של מדינת ישראל, שהינה מדינה ילידת הפיכה ותוצאה של ניתוק כבלים, מחייבת את הריסת הדפוסים הישנים. פורמליזם מייצג את הקונסרבטיזם והשמרנות, ושומר בדרך כלל על הישן, וממלא גישה מעין זו מחייבת מעבר לרוח יתכליתית יותר, ופגיעה בעקרונות פורמליסטיים מקובלים. ע"פ גישה זו, התהליך העצום של הקמת מדינת פליטים חייב להשתקף בחיי החוק והמשפט, ובמצב זה "בית המשפט אינו רשאי לעוג סביבו עוגה של סייגים פורמליים" (בנימין גור, נגד הפורמליזם, הפרקליט, ספר היובל (התשנ"ד), 173, 175). והוא חייב ליצור סינתזה בין הנורמות הפורמליות למציאות ולערכים המתקמים.

<sup>308</sup> פרשת ארגיוב: "הליך משפטי, המחוסן בפני טענות ומענות מאחר שהוא מקיים, גם עלפי מבנהו, את המקובל בשיטות משפט נאורות, מחזק את כיבוד החוק ואת השלטתו יותר מן המהירות, ומבטיח ביתר שאת, שההליכים המשפטיים ישיגו את מטרותם".

<sup>309</sup> פרשת מחצבות כנרת, 613; ע"א 4358/04 ב', פרופ' גורג' קנאזע נ' ווירינה קנאזע (פורסם בנבו, 24.10.04); פרשת ארפל, 631; וראה גם אצל י' גליון, 'סעיף 5 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח-1958 ושלטון החוק', הפרקליט ל"ב (התשל"ט-התש"ס), 399 (להלן: "גליון, סעיף 5").

<sup>310</sup> פרשת נדב, 47; בש"א (ת"א) 6269/08, מדינת ישראל – משטרת ישראל והנהלת בתי הדין הרבנים נ' אנה וזגיאל (פורסם בנבו, 20.8.08); בש"א (ת"א) 8203/07, עיריית רמת השרון נ' טו-מז חברה קבלנית בע"מ (פורסם בנבו, 12.7.07).

<sup>311</sup> בר"ע (י-ם) 756/05, בנק סטנדרט צ'רטר בע"מ נ' ויסאם מוסא מוחמד אבו אלהוא (פורסם בנבו, 12.6.06).

<sup>312</sup> דני"א 5712/01, יוסף ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נז(6), 385, 433 (2003); רע"א 4556/94, רמי טצת נ' אברהם זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 784 (1996); רע"א 3126/00, מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נז(3), 220, 287-288 (2003); בש"א (ת"א), 31160/07, ירון אלון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.5.09); בש"א (ת"א) 32654/06, שמואל אחימן נ' רשות המיסים (פורסם בנבו, 26.3.09).

<sup>313</sup> ה"פ (ת"א) 285/07, מרדכי אטיאס נ' אגודת בית יעקב (פורסם בנבו, 16.10.07).

<sup>314</sup> לא למותר להזכיר כי השופט ברנזון הוא אבי פסה"ד בפרשת ששון (שהובא לעיל), הנחשב לפסק הדין המשמעותי ביותר בקריאה להעדפת המהות על הפרוצדורה. כן נזכר את עברו של השופט ברנזון ב'חדר' ובישיבה, היוצרות יסוד להנחה כי תפיסת האנטי-פורמליזם של המשפט העברי השפיעה רבות על שיטתו, וממלא אף השפיעה בעקיפין על מערכת המשפט הישראלית.

צדק... ולעולם מצאתי שהצדק הוא בהישג יד, אם אתה רק רוצה בלב שלם להשיגו, לפעמים אפילו על חשבון קרושת הפרוצדורה,

שבעיני אינה אלא אמצעי להשגת משפט צדק, ולא מטרה בפני עצמה"<sup>315</sup>.

## ח. ערכים נוספים

מעבר לערכים שהוצגו עד כאן ישנם מספר ערכים שהוזכרו במחקר, אשר גם אותם נדמה שיש מקום להזכיר. עם זאת, לערכים אלו נתייחס בתמציתיות רבה ביותר<sup>316</sup>.

### ח1. מכנה משותף חברתי

לקהילה המשפטית בכל חברה קיים מכנה משותף שהינו פרי של חינוך ותרבות. המכנה המשותף הוא כלי חיוני לאמון הציבור במערכת (כמו גם לוודאות ולשלטון החוק). פעילות חברתית וכלכלית עניפה מתבססת על המשפט הנוהג בחברה, ותקינותה מתבססת על המכנה המשותף. מרבית העולם המשפטי בנוי על טקסטים כתובים, כשלמרביתם של הטקסטים ניתנת פרשנות זהה ע"י רובו של הציבור. מצב בו טקסט בעל משמעות ברורה ומובנת, מקבל משמעות שונה באמצעות פרשנות ערכית, חותר תחת יסודות ההסכמה והמכנה המשותף החברתי<sup>317</sup>. במקביל נפגעת האוטונומיה של הצדדים, והציפיה הסבירה שלהם לפרשנות. פרשנות כזו מבטאת התעלמות ממילתו של המחוקק, ובד בבד – פגיעה במכנה המשותף החברתי. סטיה משיקולים כבדי משקל יכולה לשמור על מכנה משותף זה, אך עם הדברים קורים בצורה גורפת מדי, המכנה המשותף, וממילא האמון הציבורי, נסדק<sup>318</sup>.

### ח2. אוטונומיה –

לערך זה התייחסנו לעיל במסגרת הדיון על 'גילוי האמת'. נוסף רק כי המתדיינים זוכים לחירות רבה בעיצוב גבולות הסכסוך ובקביעת הסעד המבוקש. השיטה מובלת על ידי המתדיינים ומדגישה את חירותם<sup>319</sup>, ומתוך כך מממשת את כבוד האדם שלהם<sup>320</sup>. בנוסף, האוטונומיה של המתדיינים מהווה גם הצדקה פוליטית להפעלת כוח על ידי המדינה באמצעות המערכת המשפטית.

<sup>315</sup> צבי ברנזון, דברים שאמר השופט ברנזון ביום שנפרד מכהונת שופט, משפטים ח' (התשל"ח), 3, 5.

<sup>316</sup> יוער, כי ישנם ערכים נוספים אשר בפועל נמנו כבר לעיל. ביניהם ניתן למנות את הזדמנות השכנוע, רציונאליות, סופיות הדיון.

<sup>317</sup> פרידמן, שם, 8.

<sup>318</sup> דוגמא לדבר נותן פרידמן (שם, 8-6) באמצעות הלכות שקבע בית המשפט בשתי פרשות, אשר שינו לחלוטין את הפרשנות המקובלת של סעי' 30 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), תשמ"ד-1984. סעיף זה עוסק באפשרות לנהל דיון נוסף על פסק דינו של בית המשפט העליון. הגבלה אחת בו היא שמדובר דווקא על פסק דין שניתן ע"י שלושה שופטים. והנה בפרשה מפורסמת, פרשת נחמני, קבע בית המשפט העליון בהרכב מורחב מאד (11 שופטים) שניתן לקיים דיון נוסף גם על פסק דין שניתן ע"י חמישה שופטים. ראה בש"א 1481/96, נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(5), 598 (1996). בדיון הנוסף, אכן נהפכה ההחלטה המקורית. ראה פרשת נחמני. הגבלה אחרת שנקבעה בחוק היתה שמדובר יהיה בהלכה חדשנית שנקבעה בפסק הדין המקורי. ושוב, בפרשה מפורסמת אחרת, פרשת שבס, התקיים דיון נוסף למרות שלא נקבעה הלכה חדשה, וזאת "בתמורה" ליתור מסוים מאת מבקש הדיון הנוסף. ראה דנ"פ 1397/03, מדינת ישראל נ' שמעון שבס, פ"ד נט(4), 385 (2005), וראה בפסקה 21 לפסק הדין של השופט ברק. פרידמן מבהיר כי ספק האם הכרעות אלו, אכן, ערכיות יותר, אך הן ללא ספק מבטאות פרשנות שונה מזו שהיתה ניתנת ע"י רוב רובם של המשפטנים, מבלי שהדברים היו נוגעים לפרשה כזו או אחרת.

<sup>319</sup> ראה: *Gilmore v. Utah*, 429 U.S. 1012, 1013 (1976).

<sup>320</sup> Resnik, Tiers, 847 : "Implicit in litigants' autonomy is concern about respect for individual dignity".

### ח3. ריכוז הכוח לעומת פיזורו וחלוקתו מחדש –

לשופטים כוח רב, ובכלל זה בקביעות דיוניות שחלקן אינן ניתנות לערעור כלל, ועל חלקן כמעט שלא ניתן לערער. הם בעלי חופש רב בניהול התיק. במדינות רבות (ובכללן ישראל) הם גם נהנים מקביעות ארוכת שנים, שמטרתה מניעת היכולת להחליש את המערכת השיפוטית. הכוח שמוענק למקבלי ההחלטות במשפט הוא חשוב שכן הוא מאפשר את ההכרעה בהליך. במקביל, המערכת מגבילה לעיתים את הסמכות של השופט על ידי קביעת גבולות ההתדיינות ופיזור הכוחות. פיזור הכוח משפיע על טיב ההחלטה השיפוטית. ככל שמספר האנשים שמעורב בהחלטה גדל כך גדלים הסיכויים שההחלטה שתתקבל תהיה צודקת יותר. פיזור הכוח משקף גם את עקרונות הדמוקרטיה. מערכת שיפוטית מפורזת מגבילה את הכוח שנמצא בידי אדם אחד<sup>321</sup>. היא גם מעריכה לעיתים את השופט על ההכרה במגבלות כוחו, והותרת עניינים אחרים לרשויות האחרות<sup>322</sup>.

### ח4. היעדר פניות ואובייקטיביות (שקיפות)

השופט מחויב לגבש את החלטתו ללא דעות קדומות וללא משוא פנים. יצוין כי כחלק מהמגמה להבטיח היעדר משוא פנים קמה גם חובת הפומביות. האובייקטיביות מסייעת, איפוא, בחיפוש אחר התוצאה הנכונה ומעניקה לה לגיטימציה. פומביות הדיון ושקיפות מבטיחות שמקבלי ההחלטות אכן פועלים כך<sup>323</sup>.

### ח5. טקסיות ופורמליות

ההליך המשפטי מאופיין בטקסים קבועים ובריטואלים שונים. מאפיין זה בא לידי ביטוי בהיבטים שונים (שמות, כינויי כבוד וחיבה, לבוש, מיקום ועוד<sup>324</sup>). ההליך הטקסי מפחית את הסיכוי לטעויות, יוצר הליך קוהרנטי וברור, מאפשר תודעה היסטורית ותורם לגיטימיות של ההחלטה (דרך העלאת מעמד מקבל ההחלטה)<sup>325</sup>.

### ח6. בחינה מחדש –

אנו רואים חשיבות ביכולת של המערכת לתקן את טעויותיה<sup>326</sup>. מעבר לצורך בתיקון עצמו, יכולת התיקון גם מאפשרת למתדיין לחוש שהאזינו לטענותיו כראוי, שהמערכת משקיעה בכך משאבים רבים וממילא היא מפחיתה את תחושת האי-אונים של המתדיין. ישנה גם אפשרות שבפרק הזמן שבין ההחלטות השונות מקבליהן יחשפו לתובנות חדשות או לראיות טובות וברורות יותר. הליך הערעור גם מאפשר לצדדים, לעיתים, לשטוח את

<sup>321</sup> Resnik, Tiers, 849-851.

<sup>322</sup> ראה Schauer, Playing, 162: "An agent who says: 'This is not my job', is not necessarily abdicating responsibility. One form of taking responsibility consists in taking the responsibility for leaving certain responsibilities to others."

<sup>323</sup> ראה: Resnik, ibid, 851-852; פרשת Press-Enterpris, 823: "The value of openness lies in the fact that people not actually attending trials can have confidence that standards of fairness are being observed; the sure knowledge that anyone is free to attend gives assurance that established procedures are being followed and that deviations will become known."

<sup>324</sup> ראה לדוגמא אצל: Glenn W. Ferguson, 'To Robe or Not to Robe?-A Judicial Dilemma', 39 J. Am. Judicature Soc'y 166 (1955-1956).

<sup>325</sup> Resnik, ibid, 853-854.

<sup>326</sup> ראה Brown v. Allen, 344 U. S. 443, 540 (1953).

טענותיהם בצורה ברורה ומפורטת יותר. בנוסף, יש גם לזכור כי השיח המשפטי הינו דינאמי, וכי עקרונות, הלכות וחוקים משתנים או מקבלים פרשנות שונה<sup>327</sup>.

### ח.7. עקביות

ההנחה היא כי מערכת המשפט צריכה לנהוג בתיקים דומים בצורה זהה, ובכך להימנע משרירותיות, ליצור ודאות וביטחון, כאמור לעיל, ולאפשר קבלת החלטות רציונאלית. עם זאת, צריך לזכור שבייחוד בארה"ב העקביות הינה פחותה בהרבה בשל שיקולים פנימיים מן הגיאוגרפיה ועד החוקה ( Independent and adequate state ground )<sup>328</sup>rule וערכאות ערעור נוטות להתעלם מהחלטות הערכאות המקבילות להן.

---

<sup>327</sup> Resnik, *ibid*, 855-857.

<sup>328</sup> ראה *Michigan v. Long*, 103 S. Ct. 3469 (1983).

## פרק שלישי: סדר הדין כענף משפטי נפרד במשפט העברי

### א. כללי הדיון במשפט העברי

עד כאן עסקנו בהבנה יסודית ביותר של סדר הדין האזרחי. עמדנו על ייחודיות סדרי הדין ועל השפעתם על הדין המהותי. עמדנו גם בתמצית על חשיבות האבחנה בין כללים דיוניים לכללים מהותיים, ועל התוצאות שיכולות להיות לאבחנה זו על ההליך. הראינו כי במרבית השיטות יכולה להיות לכללי הדיון השפעה משמעותית ביותר על תוצאות הדיון ועל ההכרעה המהותית. כעת נבקש לבחון את הימצאות כללי הדיון במשפט העברי, ואת השפעתם הפוטנציאלית על תוצאות הדיון. כן נבקש לבחון את הערכים העומדים ביסוד כללים אלו. הבנת מקומם של הכללים והערכים העומדים ביסודם יאפשר לבחון את היחס הראוי למפר הכללים, ולגמישות הנדרשת בעניינם. ובכן, אין ספק שלאורך כל הדורות נהג סדר דיוני מסוים בהליך המשפטי לפי ההלכה<sup>1</sup> (על אף שיש שטענו שכללי דיון כלל לא התקיימו בעבר בבתי דין שדנו לפי ההלכה<sup>2</sup>), ואף על פי כן במשפט העברי לדורותיו לא סווגו כללי הדיון כענף משפטי העומד בפני עצמו, כפי שמקובל היום ברובן ככולן של השיטות המשפטיות. הדבר גרם הן למיעוט בכללים דיוניים סדורים, והן לאי סדר בעריכת כללים אלו. אמנם, כללים דיוניים רבים מוקמו בהלכות טוען ונטען ובהלכות דיינים (סנהדרין), אך לא מעט כללים דיוניים פוזרו ברחבי הקודקסים המשפטיים<sup>3</sup>. שוחטמן מדגים בספרו<sup>4</sup> איך ההלכה העוסקת ביכולתו של נתבע אחד לייצג אחרים, פזורה בין הלכות דיינים<sup>5</sup>, הלכות הרשאה<sup>6</sup> והלכות שותפים<sup>7</sup>, כאשר בחלק מההלכות היא מצויה בסימן מתחום שהקשר אליה מקרי בהחלט. עם זאת, חשוב לציין כי כללי הדיון הם, ככלל, עניינים הלכתיים מובהקים. לכן מחו הרבנים הראשיים לישראל בצורה נחרצת, כאשר עשו בתי המשפט ו/או השלטונות הפרדה בין כללי הדיון והדין המהותי, וביקשו להתערב בהחלטות בית הדין הרבני בנושאים אלו<sup>8</sup>. הם גם סירבו נחרצות לשתף משפטנים שאינם שומרי תורה ומצוות בוועדה שתכריע על גורל סדרי דין אלו, שכן "אי אפשר שהחילונים ישבו עם הרבנים אותה שעה שידונו על עניני דיינים והלכות"<sup>9</sup>. עמדה זו נתקבלה, בעניין אחר, ע"י ביהמ"ש העליון. ביהמ"ש דחה טענה כנגד תקנות הדיון בבתי

<sup>1</sup> ראה לדוגמה בסידור שיוצר גולאק, יסודי המשפט, ח"ד, 48-49, המתייחס להזמנת בעלי הדין, העמידה בדין, בירור הדין (טענות בעלי הדין וראיות בעלי הדין) ולגמר הדין.

<sup>2</sup> עמית גורביץ', אורי גורן של בתי הדין הרבניים, הפרקליטים 37, 40 (2011); להלן: "גורביץ', אורי גורן": "ונקרב בעל הבית אל האלוהים" נכתב בספר שמות... זהו משפט המתאר מציאות רבת שנים וישירה בין הדיין העברי ובין המתדיינים, במסגרתה נסוג הדין הפרוצדוראלי מהדין העברי המהותי. בספר שמות פט משה ישירות את אנשיו, בלא צורך בכללי דין". עם זאת, מדובר בטענה תמוהה המבקשת להסיק על שיטת משפט שלמה משברי פסוק אחד.

<sup>3</sup> א' וינר ועמנואל מאק, קוים לתיקונים בפרוצדורה האזרחית, יבנה ג' (התש"ט), 137 (להלן: "וינר ומאק, קוים לתיקונים"); שוחטמן, סדר הדין, 10-11.

<sup>4</sup> שוחטמן, שם; שוחטמן, סדר, 14.

<sup>5</sup> שו"ע, חו"מ, י"ז, ד'.

<sup>6</sup> שם, קכ"ב, ט'.

<sup>7</sup> שם, קע"ו, ל"ה.

<sup>8</sup> ראה רדזינר, ראשיתו של, 204-205; רדזינר, על ראשיתו, 65-67 ובהע"ש 146. הוא מביא גם מכתב של הרבנים הרצוג ועוזיאל לימזכיר הראשי של ממשלת פלשתינה (א"י): "בתי הדין הרבניים בישיבת לדין, נוהגים לפי כללי הפרוצדורה שמקורם בדיני ישראל... אם נמסרה הסמכות לבתי הדין הרבניים לדון במצב האישי של חברי עדתם, הרי שיש לתת להם את האפשרות המלאה לדון לא בלבד לפי החוק המטריאלי של העדה היהודית, אלא גם לפי חוקי וכללי הדיון הנהוגים בבתי דין ישראליים, והמהוים חלק בלתי נפרד מהחוק הישראלי הכללי".

<sup>9</sup> הרב אברהם יצחק הכהן קוק, 'הועידה לסדור הרבנות הראשית לארץ ישראל: דין וחשבון', התור כ"א-כ"ב (התרפ"א) (להלן: "קוק, הועידה"), 16.



הדין הרבני, בשל העובדה שאלו לא פורסמו ברשומות. לשם כך, הוא השווה בין היעדר הצורך בפרסום של הדין המהותי העברי, להיעדר הצורך בפרסום הדין הדיוני<sup>10</sup>. לכן גם נעלמה, ככל הנראה<sup>11</sup>, תקנה י' אשר פורסמה בנוסח תקנות התש"ג, וקבעה כי "משפטים הנוגעים לנכסים לא נדים מתבררים במקום שבו נמצאים הנכסים". תקנה זו זהה לתקנה 4 לתקסד"א, והיא נועדה לסייע ליעילות הדיון בנוגע לתביעות שבמקרקעין. עם זאת, התקנה נמחקה בנוסחי התקנות המאוחרים יותר, כל הנראה, בשל העובדה שאין לה כל יסוד בהלכה היהודית<sup>12</sup>.

מעניין לציין כי רבים מהכללים הדיוניים לא נקבעו בדרך של הלכות פסוקות, כי אם בדרך של הוראות מוסריות כלליות<sup>13</sup>. חלק מהכללים הדיוניים אף נקבעו בתקנות קהילתיות, ושונו במהלך השנים לפי צרכי הקהילה<sup>14</sup>. חשיבותו של מקור הדין היא רבה, שכן יש לו השפעה משמעותית על יכולתו של בית הדין לחרוג מהכללים במידת הצורך. בנוסף לכך, פעמים רבות היתה סטייה מסדרי הדין הקבועים בהלכה, וזאת באמצעות הסכמת הצדדים או באמצעות קבלת רשות מגורם המוסמך לכך (בית הדין הגדול שבא"י או ראש הגולה)<sup>15</sup>.

אלבק מסביר כי בתקופות בהן לא היתה סנהדרין, כוחו של הדיין נבע מתוך אמונתו של הציבור בבקיאותו בדיני התורה<sup>16</sup>. הציבור פנה אל הבקי מכולם, על מנת שיורה לו מהו דין התורה בעניינו. מכך נגזר כי תפקיד הדיין היה בעיקרו פרטי ולא ציבורי, וכוחו היה ככח כל אדם מישראל (ואף רועה בקר<sup>17</sup>), ולא כח שררה ושלטון. מעמד זה של הדיין ואופי השאלות בהן עסק, הם שגרמו לכך, שמקורות ההלכה עוסקים בעיקר בכללי התנהגות נורמטיביים של בין אדם לחבירו, ולא בסדרי דין ובתרופות אפשריות להפרת הכללים הנורמטיביים. מטבע הדברים, הציבור בא לשאול על הדין המהותי בעניינו, ולא על סדר הבאת הראיות, לדוגמה, וכתוצאה מכך, ההלכה אינה מיוסדת על פרטי הלכות וכללים ליישוב מריבות, והיא כמעט שאינה עוסקת בסדרי הדיון לפני בתי הדין. פלק<sup>18</sup> טוען כי אילו היו בתי הדין חלק אינטגרלי מרשויות השלטון, היו מצויים כללי דיון ברורים, כאשר מתוך כללי דיון אלו צומחים כללי ההתנהגות, והעם היה לומד כיצד ידונו בתי הדין, והיה יכול לנהוג על פי כללים אלו בצורה עצמאית<sup>19</sup>.

<sup>10</sup> בג"ץ 150/59, ועד עדת הספרדים בירושלים נ' ביה"ד הרבני האזורי בירושלים, פ"ד טו, 106 (1961); להלן: "פרשת ועד דעת הספרדים", בדברי השופט זילברג (עמ' 113): "תקנות תש"ך אינן, למעשה, אלא "קיצור שולחן ערוך" של הלכות דיינים, הלכות עדות, הלכות טוען ונטען וכו' כפי שנתגבשו במקורות ראשונים ואחרונים... ואיש לא ידרוש לפרסם את הריב"ש והרשדים ו"קצות החושן" על דפי "רשומות"; ובדברי השופט ברנזון (עמ' 114): "בתי הדין דנים ונוהגים לפי המשפט העברי הדתי ותקנות-בית-דין הן חלק ממנו. כשם שהדין העברי המטריאלי אינו טעון פרסום ואינו מתפרסם ברשומות, כך גם הדין העברי הפרוציסואלי, שמצא את ביטויו בתקנות הנדונות, אינו חייב פרסום כזה".

<sup>11</sup> כך מעריך שוחטמן, סדר, 311.

<sup>12</sup> וכך הציע השופט קיסטר לוועדה לתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים, תשי"ב - בה היה חבר.

<sup>13</sup> וינר ומאק, שם, 138.

<sup>14</sup> ראה הרב שמחה אסף, בתי הדין וסדריהם אחרי חתימת התלמוד, ירושלים-התרפ"ד (להלן: "אסף, בתי הדין"), 109 ואילך.

<sup>15</sup> שלום אלבק, בתי הדין בימי התלמוד, אוניברסיטת בר אילן, רמת גן-התשמ"א (להלן: "אלבק, בתי הדין"), 60; וראה דיון נרחב על משמעות סטייה זו אצל הרב מיכאל בריס, 'הגמשת סדרי הדין ההלכתיים: האם 'אופקית' או 'אנכית'? - עיון בשיטות התוספות והרמב"ם בסוגיות יחיד מומחה, פשרה וקבלת פסולים', בתוך משפטי ארץ - דין, דיין ודיון (עורך: הרב י' אונגר), מכון משפטי ארץ-התשס"ב, 179.

<sup>16</sup> אלבק, שם, 52-58.

<sup>17</sup> סנהדרין, פ"ג, מ"ב.

<sup>18</sup> אלבק, שם, 58.

<sup>19</sup> נדגיש עוד, כי למשפט העברי לא היתה מזה זמן רב כל יכולת לשפיטה פלילית משמעותית, וממילא הכללים הדיוניים שגובשו לאחר תקופת התלמוד עוסקים, רובם ככולם, בכללי הדיון של דיני הממונות (סדר דין אזרחי), וכללי הדיון הפלילי, המצויים רבות במשנה, נזנחו במידה רבה.

כחלק בלתי נפרד מהאמור לעיל יש להעיר 'הערת אזהרה' כבר כעת. מאחר ולא כל המקורות הנורמטיביים הם בעלי מעמד זהה, הרי שישנו קושי מובנה בעצם השימוש במושג 'סדר הדין של המשפט העברי'. מושג זה כולל בתוכו הלכות המפורשות בתורה, כמו גם כללים אשר נקבעו בתורתם של התנאים ושל האמוראים ואינם מצויים במחלוקת. מקורות אלו מהווים, ללא כל ספק, מקורות נורמטיביים שאין לסטות מתוכם. עם זאת כאמור, במקביל, ישנם מקורות אשר מעמדם הנורמטיבי נמוך יותר, ומקורות הנתונים במחלוקת בין הפוסקים. מקורות אלו אינם יכולים לחייב בצורה חד משמעית את הדיין, וכללי הפסיקה בהם סבוכים הרבה יותר, וממילא קיים קושי ביצירת כללים מחייבים המהווים תורה דיונית אחת שלמה, בהתבסס על מקורות אלו [זאת, בניגוד למקובל בדין הכללי שם המערכת הנורמטיבית היא ברורה וחד משמעית, כאשר החוק, התקנות ופסיקת בית המשפט העליון צריכים להנחות את כל הערכאות ואת כל העוסקים במלאכה. כך נוצר פיתרון אחד המחייב את הכל, כאשר לעיתים הפיתרון בעצמו מותיר שיקול דעת לערכאה השיפוטית היושבת בדין<sup>20</sup>]. הדבר בולט עוד יותר ביחס שבין הערכאות השונות. בעוד שבדין הישראלי קיים עיקרון בו פסיקת בית המשפט העליון מהווה תקדים מחייב כלפי כל הערכאות במערכת זולת בית המשפט העליון<sup>21</sup> (אשר גם הוא עצמו אינו נוטה להפוך את תקדימיו בתדירות רבה<sup>22</sup>), ואף פסיקות בתי המשפט המחוזיים מנחות את בתי המשפט שמתחתיהם<sup>23</sup>, הרי שבמערכת בתי הדין הרבניים – הדברים סבוכים בהרבה. הלכה שנקבעת ע"י בית דין רבני מסוים אינה מחייבת כלל את בתי הדין הרבניים האחרים, גם אם הם מצויים בערכאה נמוכה יותר<sup>24</sup> (בדברים אלו אין הכוונה לערכאה דיונית אשר החלטתה מתבטלת בערכאת הערעור. עם זאת, לא למותר לציין שגם בעניין זה המצב רחוק מלהיות פשוט<sup>25</sup>). נבהיר, כי סוגיה זו רלוונטית גם בדין המהותי, ואולם לנוכח האמור לעיל על כך שמלכתחילה במסגרת ההלכה לא היו כללי דיון סדירים, בשונה מהדין המהותי, הרי שהבעיה קשה כפליים. אגב, בדברים אלו כשלעצמם ישנה תמיכה בטענה שתובא להלן אודות חשיבות העל שמייחס המשפט העברי לערך גילוי האמת<sup>26</sup>. למרות זאת, על

<sup>20</sup> ראה ע"א 625/68, מפעל הבניה של הקבוץ המאוחד ושות' נ' החברה הדרומית בע"מ, פ"ד כג (2), 721 (1969); בש"א 356/89, שמעונה בריק נ' בנק אוצר החייל, פ"ד מג(4), 22 (1989); ע"פ 417/87, מדינת ישראל נ' אברהם אלבז, פ"ד מב(4) 385 (1988); בג"ץ 73/85, סיעת "כך" נ' שלמה הלל – יושב ראש הכנסת, פ"ד לט(3), 141 (1985); ב"ש 899/86, מקס גרינהוט גמבה נ' אלבני ישראל פרייט בע"מ, פ"ד מ(4) 365 (1986); ע"א 256/57, ש' אפלבוים נ' עמוס בן גוריון, פ"ד יד(2) 1205 (1960).

<sup>21</sup> סעי' 20(ב) לחוק יסוד: השפיטה.

<sup>22</sup> ראה ע"א 376/46, אהרן רוזנבאום נ' שיינה מרים רוזנבאום, פ"ד ב(1), 235, 252 (1949); C. A. 158/38, Municipal Corporation of Jerusalem v. Nakhleh Cotton (1938), P.L.R. Vol. 5. 485; C. A. 236/42, Yehoshua Hankm v. Zaki Rashtd Shanti (1943), P.L.R. Vol. 10, 383, 390.

<sup>23</sup> סעי' 20(א) לחוק יסוד: השפיטה.

<sup>24</sup> תיק תשכ"ו/520, מצוטט אצל אלון, המשפט העברי, ח"ג, 1522-1524: "...שיוציא פסק דין בניגוד ולהפך מאשר בית הדין סובר שדין תורה קובע, ויגיד ויכתוב ויחתום מותר – על דבר שהוא סובר שהוא אסור. זאת היא הוראה מוזרה מאד, ובה הולך... בעקבות בית הדין לערעורים של בתי המשפט האזרחיים, המחייב את בתי המשפט לפסוק למעשה כפי שבית המשפט לערעורים קובע... עם כל הכבוד, השוואה זו אינה עולה יפה. בתי המשפט יונקים את סמכותם מחוק המדינה... לא כן אנחנו דייני ישראל בבתי הדין. אנו דנים ופוסקים רק מכח סמכות התורה על כל ישראל, ולפי דיני התורה, וכדכתיב: "ושפטני בין איש ובין רעהו והודעתי את חקי האלקים ואת תורתיו" (שמות יח, טז). ומכיוון שבחוקי אלוקים אנו עוסקים, אין לדין אלא הוא ומצפוננו, הוא ואמיתו שלב, רק זה בלבד. אין מי שיכול להתייחר לומר: אני הוא המפרש חוקי אלוקים, ופירושי מחייב את כלל חכמי ודייני ישראל, ולכן שום דין אינו רשאי לקבל הוראות מחכם אחר, יהיה מי שיהיה, איך שיפסוק את הדין".

<sup>25</sup> ראה יעקב שפירא, "ויקרב משה את משפטן לפני ה'" – לשאלת סמכות ההכרעה ההלכתית, פרשת השבוע 81, פנחס התשס"ב (להלן: "שפירא, ויקרב משה"); רפאל יעקובי, "ארדה נא ואראה" – החתירה לאמת וערעורים בבתי הדין הרבניים, פרשת השבוע 398, וירא התשע"ב (להלן: "יעקובי, ארדה נא"); שוחטמן, סדר, ח"ג, 1359-1366.

<sup>26</sup> שייך, הצדק, 35; פרשת שועלי, 549; "אגב אורחא אזכיר, כי 'דרישת האמת היא גם הסיבה שהמשפט העברי לא הכיר בעקרון התקדים המחייב".

מנת להתייחס באופן כללי לעקרונות סדר הדין במשפט העברי נתייחס בעבודתנו לכלל המקורות הללו, תוך שימת לב לחשיבותו ומעמדו של המקור לכלל הרלוונטי, ותוך בחינה של המקום שניתן למקור זה בפסיקת בתי הדין.<sup>27</sup> כך או כך, נפקויות לשאלה האם כלל מסוים הוא דיוני או מהותי ניתן למצוא גם בהלכה. פרופ' שוחטמן, לדוגמא, סבור כי לשאלה זו השלכות בתחום הערעור. לשיטתו, בית דין רבני אזורי שפסק דינו התבטל בערעור והתיק הוחזר אליו עם הוראות – חייב לפעול על פי הוראות בית הדין הגדול, ככל שמדובר בהוראות דיוניות. לעומת זאת, בעניינים מהותיים, הוא סבור כי אין מקום "לאכוף על בית דין אחר לפעול בניגוד להלכה הנראית לו".<sup>28</sup> בדרך זו מיישב שוחטמן בין התייחסויות שונות של דיינים לשאלת חובתם של בתי הדין האזוריים לשנות בעצמם את החלטותיהם בעקבות הוראות בית הדין הרבני הגדול, וקובע כי "לאמתו של דבר אין כאן כל מחלוקת".<sup>29</sup> יש לזכור כי המשפט העברי הינו שיטת משפט דתית, והשפעות עובדה זו ניכרות בכל מקום אליו נפנה, לרבות הכללים הדיוניים. נתייחס לדוגמא להבהרת דברינו. כלל יסודי במשפט העברי קובע מפורשות כי כולם שווים בפני הדין,<sup>30</sup> "וְדָל לֹא תִהְיֶה בְּרִיבוֹ"<sup>31</sup>. הדברים חלים בדין הדיוני ממש כפי שהם חלים בדין המהותי. למרות זאת, ועל אף שהכלל העקרוני הוא שתביעות תישמענה לפי הסדר שבו הוגשו לבית הדין,<sup>32</sup> הרי שתינתן קדימות, כאשר ישנם כמה תיקים לפני ביה"ד - ליתום, לאלמנה, לתלמיד חכם<sup>33</sup> ולנשים בכלל<sup>34</sup> - וזאת מסיבות שונות. דוגמא אחרת מצויה בכללי 'מקום השיפוט'.<sup>35</sup> בעוד שבדרך כלל סמכות בית הדין נקבעת לפי מקום מגוריו של הנתבע,<sup>36</sup> הרי שאם התובע הוא אביו של הנתבע, הסמכות תינתן לבית הדין שבמקומו של התובע.<sup>37</sup> כך, מאפשרים כללי הפרוצדורה במשפט העברי התחשבות בערכים דתיים, מבלי לפגוע בערך של הוצאת דין אמת לאמתו.<sup>38</sup>

## **ב. תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים**

במובן זה, חידוש גדול מאד נתחדש עם כינון של תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים.<sup>39</sup> אין בכוונתי בעבודה זו להכניס כאן את ראשי למחלוקת שבין ההרים הגדולים בנוגע לקיומן של תקנות דיון קודם לשנת התש"ג.<sup>40</sup> תקנות

<sup>27</sup> וראה גם אצל שוחטמן, סדר, 25, בהע"ש 94 המתייחס בצורה דומה ל"מכלול הפתרונות המצוי במקורותיה של שיטת משפט זו בשאלות של סדר הדין, בין אם מדובר במקורות מחייבים ובין אם מדובר במקורות בעלי כוח שכנוע בלבד".

<sup>28</sup> שוחטמן, סדר, ח"ג, 1363-1364.

<sup>29</sup> לגישות שונות בעניין זה ראה אצל יעקובי, שם, 3-4.

<sup>30</sup> וראה בהרחבה שוי"ע, חו"מ, בכל סימן י"ז. קיים אמנם חריג בדמות המצווה לבית הדין להפך בזכותו של בתלמיד חכם (בעקבות דברי רבא בשבת, קי"ט, ע"א), מתוך הרצון להעמידו על חזקתו כצדיק. ואולם, 'ניטל עוקצו' של דין זה, עם קביעת הפוסקים שלתלמידי החכמים בדורות אלו אין דין זה. ראה בסמ"ע, חו"מ, ט"ו, ד'.

<sup>31</sup> שמות, כ"ג, ג'.

<sup>32</sup> שוי"ע, חו"מ, ט"ו, א'.

<sup>33</sup> וראה הרב אליהו בקשי-דורון, הקדמת תלמיד חכם בדיוני בית הדין, **מוריה** י"ט (ה'ו') (התשנ"ד), ס"ג.

<sup>34</sup> שם, ב', ובנושאי הכלים על אתר; הרב יצחק א' סילבר, **שערי משפט**, ירושלים – התשס"ו (להלן: "סילבר, שערי משפט"), ר"נ-רנ"א.

<sup>35</sup> ראה קירש, למהות הפרוצס, 133.

<sup>36</sup> רמ"א, חו"מ, י"ד, א'. על יסודותיו של דין זה, והאם הוא מעיקר הדין או מתקנת חכמים, ראה הרב יהודה שחור, מצוות כבוד אב כגורם בקביעת מקום הדיון, **אבני משפט** ב' (התשס"ג), 39, 44.

<sup>37</sup> רמ"א, שם; וכן ברמ"א, יו"ד, ר"מ, ח'. וראה בהרחבה אצל שחור, שם; סילבר, שערי משפט, רט"ז. חריג זה נקבע גם בתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים. בעוד שתקנה ז' קובעת שהתביעה תוגש במקום הנתבע, הרי שתקנה י"א קובעת שכאשר הורה תובע את ילדו, התביעה יכולה להיות מוגשת גם במקום התובע. לסיכום הנושא בהרחבה, ולדוגמאות נוספות בהן הנתבע חייב בכבוד התובע ראה אצל שוחטמן, סדר, ח"א, 267-271.

<sup>38</sup> קיימים גם כללים דיוניים 'דתיים' נוספים, ראה לדוגמא בשוי"ע, חו"מ, ה', ב'.

<sup>39</sup> לסקירה היסטורית ראה שלומית דרנס, חוסר פורמליזם בסדרי הדין בבתי-הדין הרבניים בישראל, **דיני ישראל** י"ג-י"א (התשמ"א-התשמ"ג), כ"ז (להלן: "דרנס, חוסר פורמליזם"), ל"ז-מ"ב; אלון, המשפט העברי, ח"א, 667-676.

כאלה פורסמו, ככל הנראה, ואולם השפעתן על מערכת בתי הדין זהיום היא זניחה לחלוטין<sup>41</sup>, ועל כן במחקר שאיננו מחקר היסטורי ניתן להתעלם מהן, כמו גם מתקנות קדומות יותר<sup>42</sup>.

עוד קודם להתקנת התקנות ביטל בג"ץ פסקי דין של בתי הדין הרבניים בשל פגמים פרוצדוראליים שנפלו בהם, והדבר שימש, כמובן, כזרז לפרסום התקנות<sup>43</sup>. התקנות המרכזיות פורסמו, לראשונה, בשנת התש"ג<sup>44</sup>, ובמבוא להן נאמר כי "התקנות האלה ברובן מקורן בשולחן ערוך ושאר הפוסקים; מקצתן הותקנו על ידי מועצת הרבנות הראשית לארץ ישראל לשם הסדר הדיון בבתי הדין ולתקנת הרבנים". בשנת התש"ך חודשו התקנות ונקבע בהן כי מדובר אך ורק בתמצית התקנות. כן נאמר שוב שעיקרן בשולחן ערוך ובספרי הפוסקים, ושהן עוסקות בנושאים המעשיים ביותר. עוד הובהר שם כי נעשו שינויים בתקנות משנת התש"ג, בין היתר, כתוצאה מהניסיון המעשי, וכי הן הותאמו לרוח הזמן. תקנות אלו תוקנו כבר ע"י מועצת הרבנות הראשית בשיתוף עם דיני בית הדין הרבני הגדול<sup>45</sup>. התקנות עברו חידוש נוסף בשנת התשנ"ג, לאחר שהועלו שאלות הלכתיות שונות על התקנות<sup>46</sup>, וקובץ התקנות מאז - הוא התקף בימים אלו. קובץ תקנות מגובש יותר כבר הוכן, אך טרם קיבל תוקף עד כה.

בנוסף לשלושת גלגולי התקנות, פורסמו תקנות דיוניות העוסקות בנושאים ספציפיים, דוגמת תקנות הדיינים (אגרות), התש"ז-1957, תקנות הדיינים (עניינים שניתן לדון בהם בדין אחד), התש"ן-1990, ו- תקנות הדיינים (החזרת פיקדונות בבתי דין רבניים), תשנ"ט-1999. ובנוסף לתקנות אלו, התקרבה מערכת בתי הדין עוד אל כללי המינהל המקובלים במערכת בתי המשפט שבמדינת ישראל, עם פרסומם של הנחיות מנהליות נוספות<sup>47</sup>, כללים ספציפיים בנוגע לבקשות לגיור<sup>48</sup> וכללי אתיקה לדיינים<sup>49</sup>. הוראות דיוניות אלו מהוות חידוש גדול עוד יותר, שכן כמעט כולן אינן מעוגנות בשולחן ערוך ובפוסקים, והן נועדו בעיקר בכדי לארגן את הנוהל והסדר בבתי הדין.

<sup>40</sup> התקנות העיקריות שעליהן ניטשת המערכה הן המופיעות ב"סדרי המשפטים בבתי הדין בארץ ישראל", המשפט ב' (התרכ"ז-התרכ"ח), 241-250; 290-298 (להלן: "סדרי המשפטים"). ראה שוחטמן, סדר הדין, 11 ובהע"ש 48; אלון, המשפט העברי, 669; ורהפטיג, תקנות הרבנות, 87, ולעומת כל אלה במאמרו הנרחב של רדזינר, על ראשיתן, המביא ראיות רבות (ובהן גם מחומר ארכיוני) לתוקפן של תקנות אלו.

<sup>41</sup> גם רדזינר, שם, מודה בכך בפרק ד' של מאמרו "מהפכה שנכשלה". וראה גם רדזינר, ראשיתן של, 197, הכותב כי תקנות תש"ג היו התקנות הראשונות "דה-פקטו, אך לא דה-יורה". כן ראה אצל שוחטמן, סדר, 14-15 ובהע"ש 58.

<sup>42</sup> דוגמת תקנות דיון שפורסמו בבתי הדין של מדינת מעהרין. ראה אצל שוחטמן, שם; אלון, המשפט העברי, ח"א, 640-642.

<sup>43</sup> ראה: 1614 C.O.J. 5, *Dienfeld v. Dienfeld* (1935) 163/33, C.A.; *Levitov v. CEO Haifa and Another* (1935) 34/35, H.C.

345 P.L.R.; *Another* (1939) 6 P.L.R. 243; *Hari v. CEO Haifa and Another* (1936) 4 P.L.R. 9; *Hazan v. CEO Tel-Aviv and* 11/39, H.C.

206-201 ובהע"ש 52-53, 56-57.

<sup>44</sup> להרחבה ראה רדזינר, שם; אלימלך וסטרייך, עשיית משפט בידי הרבנים הראשיים בתקופת המנדט, בתוך **מאה שנות ציונות דתית – היבטים היסטוריים** (עורכים: אבי שגיא ודב שוורץ), התשס"ג, 121-122; חיים ה' כהן, דאגה ליום מחר, **הפרקליט ג'** (התש"ו-התש"ז), 38. נדפס בשנית בתוך **חיים כהן – מבחר כתבים**, (בורסי, ירושלים-התשנ"ב), 15 (להלן: "כהן, דאגה").

<sup>45</sup> שוחטמן, סדר, 15-16. וראה גם ערעור תשמ"א/291 (כ"ב תמוז התשמ"ב): "הנהוג היה שמועצת הרבנות הראשית לישראל היתה ממנה ועדה... ואחר כך היו מתאספים מועצת הרבנות הראשית לישראל יחד עם בית הדין הגדול, וכך היו מאשרים או מתקנים תקנות... מפני שאמנם בית הדין הגדול הוא בית דין לערעורים, אבל באופן מנהלי, הרי מועצת הרבנות הראשית היא הנותנת כושר לדיינים, והיא הממונה על תקנות הציבור בכללותו...".

<sup>46</sup> מעניין כי במהדורה של תקנות הדיון שפורסמה בשנת התשל"ח נכתב כי תקנה י"א בטלה "ע"פ החלטת חבר דיני בית הדין הגדול בט"ז חשוון תשל"א". אך בערעור תשמ"א/291 הני"ל נקבע שאין תוקף לביטול הני"ל, וכי מדובר בהצעה בלבד "לפי השמועה" שלא הובאה למועצת הרבנות הראשית "ולמדפיס התקנות פתרוניים". כך או כך, התקנה שבה ופורסמה בתקנות תשנ"ג, וממילא אין ספק כי היא עודנה בתוקף (מה עוד שמדובר בתקנה המעוגנת היטב בהלכה).

<sup>47</sup> הנחיות נשיא בית הדין הרבני הגדול, התשס"ד, המצויות באתר: <http://www.rbc.gov.il/judge/av/index.asp>. הנחיות אלו עוסקות בנושאים מינהליים דוגמת יחלוקת העניינים לפי אותיות, פתיחת תיקים, סמכויות המזכירות וטיפול בתיק ע"י שני הרכבים, אך גם בנושאים דיוניים 'מהותיים' יותר, דוגמת הסתלקות דין, פרוטוקול, החלטה ופסק דין.

<sup>48</sup> כללי הדיון בבקשות לגיור, התשס"ו-2006 (שהחליפו את הכללים שקדמו להם בשנתיים), י"פ תשס"ו, 5500, עמ' 2062.

<sup>49</sup> כללי אתיקה לדיינים, התשס"ח-2008, וראה שוחטמן, סדר, 13-14.

עם השנים נקבע מעמדן הנורמטיבי של התקנות. מחד, קבעו בתי הדין<sup>50</sup> כי תקנות אלו מחייבות את כל בתי הדין, כאשר מעמדן הוא כשל תקנת חכמים<sup>51</sup> (שאלה אחרת היא עד כמה מצייתים, אכן, הדיינים לכל התקנות. שאלה זו טרם זכתה למחקר מעמיק<sup>52</sup>). במקביל קיבלה, מערכת המשפט הבריטית<sup>53</sup>, ומאוחר יותר – הישראלית, את סמכות בית הדין הרבני להתקין תקנות דיון, והן אושרו מספר פעמים על ידי בית המשפט (בין היתר, גם לאי פרסומן ברשומות)<sup>54</sup>, עד כדי כך שאף תקנה נ"ג, המחייבת חבישת כיסוי ראש בדיון בבית הדין, אושרה למרות הפגיעה הלכאורית בחירות הפרט<sup>55</sup>. בנוסף נקבע, כי בית הדין הוא בעל הסמכות היחידה בפירושן של התקנות<sup>56</sup>. אחת המטרות העיקריות, ככל הנראה, בפרסום התקנות היתה משיכת מתדיינים ממערכת המשפט הכללית שנהגה אז בארץ ישראל, למערכת בתי הדין הרבניים<sup>57</sup>. זאת, בהתחשב בעובדה שלהעברת דיונים לבתי הדין הרבניים ישנו ערך דתי מובהק<sup>58</sup>. לשם כך היה על המערכת לשכנע את המתדיינים, ובעיקר את פרקליטיהם, כי הדיון בבתי הדין הרבניים הוא לא רק עדיף מבחינה הלכתית ולאומית אלא גם מן הצד הפרקטי<sup>59</sup>.

כך כותבים הרבנים עוזיאל והרצוג בהקדמתם לתקנות:

"...כך נפתח כר נרחב לפעולה בכיוון המטרה הגדולה והקדושה של החיאת המשפט הישראלי בישובנו כהלכתו בדיני ישראל ודיניו.

התרחבותה של אותה סמכות, גידולו של הישוב, כן ירבה וכן יגדל, ורובי הפונים אל בית הדין העלו צורך הכרחי במערכת של תקנות דיון אשר... תראינה לכל איש מישראל, וביחוד לעורכי הדין, את סדר הפנייה אל בית הדין... ואחרי שראינו שהוא

<sup>50</sup> ראה בערעור תשל"ד/67, פד"ר י, 168, 180; ערעור תשמ"א/18, פד"ר י"ב, 129, 137. וראה גם שו"ת ציץ אליעזר, חט"ז, סימן ס"ז.

<sup>51</sup> ואולם התקנות מוגבלות מטבען לתחומה של מדינת ישראל בלבד, ראה הרב חגי איזירר, סמכות דיון מקומית, **שערי צדק** ד' (התשס"ג), 363; תיק (י-ם) תשכ"ט/176; הרב אברהם א' כהנא שפירא, מקום הדיון, **תחומין** כ' (התש"ס), 11, 16.

<sup>52</sup> וראה נגיעות בה אצל הרב שלמה דיכובסקי, 'בתי דין רבניים-ממלכתיים: בעיותיהם והישגיהם', **דיני ישראל** י"ג-י"ד (התשמ"ח), ז', ט"ז; הרב אברהם שרמן, מקור הסמכות של בית הדין הגדול ומסגרת סמכותו, **שורת הדין** ג' (התשנ"ה), ר"ט (להלן: "שרמן, מקור הסמכות"); אלון, המשפט העברי, ח"ג, 1519; שוחטמן, סדר הדין, 448; בן ציון אליאש, 'החקיקה הרבנית בפסיקה הרבנית – התעלמות ושברה', **דיני ישראל** י"ג-י"ד (התשמ"א-התשמ"ג), קע"ז (להלן: "אליאש, החקיקה הרבנית"); שמחה מירון, תגובה למאמרו של ד"ר אליאש, **דיני ישראל** י"ג-י"ד (התשמ"א-התשמ"ג), רט"ז (להלן: "מירון, תגובה"); אליאב שוחטמן, חובת ההנמקה במשפט העברי, **שנתון המשפט העברי** ו-ז' (התש"ס), 319 (להלן: "שוחטמן, חובת ההנמקה"), 372-361; רדזינר, על ראשיתו, הע"ש 6; רדזינר, ראשיתו של, 240-251.

להבנת הבעייתיות במציאות בתי הדין בפועל, ראה פסק בית הדין הרבני הגדול בערעור 520/תשכ"ו, לא פורסם (ציטוט מפסה"ד מובא אצל אלון, המשפט העברי, ח"ג, 1524-1522); פסק בית הדין הרבני הגדול בתיק 1-22-064229255-22-1, **פלונית נ' פלוני**, לא פורסם, (ניתן ביום 26.2.08, מתוך 'הדין והדיין' 22, 6); פסק בית הדין הרבני הגדול בתיק 1-21-008630931-21-1, **פלונית נ' פלוני**, לא פורסם, (ניתן ביום 4.6.03, מתוך 'הדין והדיין' 3, 6); בג"ץ 35/72, **אלחנן קליר נ' בית הדין הרבני האזורי, ירושלים**, פ"ד לו(1), 757 (1972); ע"א 682/81, **יונית רבקה פריד נ' יוסף פריד**, פ"ד לו(2), 695 (1982).

<sup>53</sup> ראה H.C. 110/46, **Dajani v. The Supreme Moslem Council**, (1947) A.L.R. 28; רדזינר, על ראשיתו, 38 ובהע"ש 5 והמקורות המוזכרים בה; רדזינר, ראשיתו של, בהע"ש 5.

<sup>54</sup> פסק הדין המנחה בענין זה הוא פרשת **ועד עדת הספרדים**, בו נאמר בין היתר בנוגע לקביעת סדרי הדין בבית הדין: "בנדון זה – במידה שחוק המדינה לא הצר את צעדיו - בית הדין הוא אדון לעצמו"; וראה גם בג"ץ 136/54, **הרב משה יהודה פולאק נ' הרב יצחק א. הרצוג**, פ"ד ט(1), 155 (1955).

<sup>55</sup> בג"ץ 1912/97, **צבי ריש, עו"ד נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל**, פ"ד נב(5), 650 (1998).

<sup>56</sup> בג"ץ 323/81, **יוסף וילוז'ני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים**, פ"ד לו(2), 733 (1982); להלן: "פרשת וילוז'ני". וראה אליאב שוחטמן, על צו עיכוב יציאה מהארץ נגד החייב בדיון ועל סמכות הביקורת של בג"ץ כלפי בית הדין הרבני בענייני סדר דין, **משפטים** י"ד (התשמ"ד), 83, 99.

<sup>57</sup> וראה גם אצל הרב אברהם שרמן, דיני ממונות במעמד צד אחד (תגובה), **תחומין** י" (התשמ"ט), 168 (להלן: "שרמן, דיני ממונות"), 171-173, המסביר כך את התקנה המאפשרת לקיים דיון בפני אחד הצדדים, אם חבירו ממאן להגיע.

<sup>58</sup> גיטין, פ"ח, ע"א. וראה בהרחבה אליאב שוחטמן, מעמדם ההלכתי של בתי המשפט במדינת ישראל, **תחומין** י"ג (התשנ"ג), 337 (להלן: "שוחטמן, מעמדם ההלכתי"), ובעשרות מאמרים נוספים.

<sup>59</sup> בעקבות כך עלו הצעות במשך השנים לשינוי התקנות על מנת שאלה תפתורנה בעיות פרקטיות, ויירשם גידול במספר הפונים אל בית הדין. ראה אצל שוחטמן, שם בפרק ט': 'חובתם של חכמי ההלכה בדורנו, המציעה התקנת תקנות אשר יפתרו את בעיית ההצמדה (לאחר שבעיית ההוצאות המשפטיות נפתרה בהתקנת תקנה קיימת בתקנות התשנ"ג, בעקבות דברי ביה"ד הרבני הגדול ב ערעור תשל"ד/49, א. נ' ב., פד"ר י, 3, 14. ראוי לציין שתקנה זו היתה קיימת כבר בתקנות התש"ג (תקנה פ"ד), אך בוטלה אחר כך בתקנות התש"ד). שוחטמן מציע שם גם התקנת תקנות בעניינים מהותיים. כן ראה אצל משה דרורי, סדרי דין חדשים בתביעות למזונות, **הפרקליט** ל"א (התשל"ז), 317, 336-339, המציע התקנת תקנות מיוחדות הנוגעות לתביעה למזונות (וראה גם בתקנה ל"ג לתקנות הדיון).

צורך השעה כדי לקרב כל איש ישראל אל משפט ישראל ושופטיו, צעד נוסף בדרך הקודש לביסוסם ושכלולם של בתי הדין ככה חי ופועל בארץ תקותנו, כח מניע ומעורר לתחיתו של משפט תוה"ק שהוא תחלה וראש לתקומת ישראל בארצו".

לצורך כך נקבעו סדרי דין ברורים, שמטרתם הראשונה היא ליצור סדר בכללי הדין, כך שלבאים בשעריו של בית הדין תינתן 'ודאות' דיונית<sup>60</sup>. מטרה חשובה לא פחות, לעני"ד, היתה להבטיח ערכים של ודאות ויציבות, יותר מכפי שאלו מובטחים בכללי הדין ההלכתיים המקובלים. להלן נעמוד בהרחבה על העובדה שכללי הדין במשפט העברי מקדשים את גילוי האמת, וממילא פוגעים בכללים רבים המבטיחים ודאות, יעילות ויציבות. לצורך שיפור המותג של מערכת בתי הדין הרבניים נקבעו סדרי דין, אשר נתנו מענה (חלקי, אמנם) לפגיעה בערכים שהיו מוכרים (בעיקר לעורכי הדין) ממערכת המשפט הישראלית<sup>61</sup>. סדרי דין אלו יכולים היו לחול, גם במקום בו הן היו בגדר חידוש, מכוח הסכמת הצדדים הנעשית מכללא עם ההסכמה לדיון בפני ביה"ד. על יכולת התקנת התקנות בנושאים אלו וחשיבותה, עמד אחד משני הרבנים הראשיים, מתקיני התקנות בשנת התש"ג, הריא"ה הרצוג<sup>62</sup>:

"והיות ויש כח ידוע בידנו על פי תורתנו הקדושה עצמה לתקן תקנות לתיקון העולם ולמיגדר מילתא, וכמו שיבואר להלן, אף בקביעות עד שיתוקן עולם במלכות שדי; והיות גם כן, ובקשר עם הרבה ענינים שבחיי המסחר והתעשייה, וגם כן בשטחים אחרים מסויימים, דרושות תקנות משפטיות על פי יסודות משפט תורתנו הקדושה לתקן תקנות בשטחים הללו - לפיכך יוטל על ועדה משפטית מוסמכת מורכבת מגדולי התורה, שתהא עובדת בהתייעצות עם מומחים למשפט בכלל [דתיים ובני תורה], לקבוע התקנות הדרושות בכל השטחים הנ"ל, ועל פיהן ידונו בתי הדין הממשלתיים היהודיים הנ"ל.

והוא הדין בנוגע לבתי הדין הרבניים - ועדת רבנים מוסמכת תוסיף תקנות, כפי כח התורה הנתון לנו, כפי הצורך, והן תהיינה זוקקות את בתי הדין הרבניים".

עד כאן עמדנו על ייחודיותם של סדרי הדין והפרוצדורה במשפט האזרחי וניתחנו את הערכים המנחים שלהם. עסקנו גם בשאלה ההיסטורית של סדרי הדין במשפט העברי וביצירתו של קודקס ראשוני של סדרי דין המבוסס על ההלכה היהודית - תקנות הדין. מכאן ואילך נעבור לעסוק באחת השאלות המרכזיות בעבודה זו - הקו המאפיין את כללי הדין ההלכתיים, ויחסו של המשפט העברי לכללים פורמליים ופרוצדוראליים. היחס לפרוצדורה כולל, כמובן, גם את היחס למי שהפר כלל דיוני, והיכולת לפגוע בזכויותיו המהותיות בשל כך.

<sup>60</sup> מטרה זו מופיעה אצל רדזינר, על ראשיתו, בהע"ש 19; רדזינר, ראשיתו של, בהע"ש 22.

<sup>61</sup> על חשיבות ההתייחסות לציבור העוסקים במשפט, ראה שו"ת משפטי עוזיאל, ח"ד, חו"מ, סימן א', י"ג: "בכתבת פסק דין מנומק מראים אנו מידת הצדק של משפט ישראל והתאמצותו של הדין לחקור עד כמה שידו מגעת לברר את האמת, ולגלות את המרמה והזיוף של בעלי הדין אם ישנה כזאת, ולדון דין אמת לאמתו. חובה זאת גדולה יותר בזמן הזה שכל בתי דין של ערכאות מנמקים את משפטים בראיות והוכחות להצדקת דינם. וזה מוקיר את דיניהם בעיני כל העם, ולמה לא נעשה גם אנו כדבר הזה לחבב המשפט, לגדל כבודו ולהוכיח צדקתו וצדקת שופטיו בעיני בעלי הדין עצמם, ועל ידם לעיני כל העם, למען יכירו וידעו כולם נכונות דברי משה רבינו בתורתו, לאמר: "ומי גוי גדול אשר לו חקים ומשפטים צדיקים ככל התורה הזאת אשר אנכי נותן לפניכם היום"; שם, ט"ז: "אם העם דורש... להכניס יפיותו של יפת באהלי שם ולייסד ביי"ד לערעורים, אין אנו רשאים לאטום את אוזנינו מדרישתם, וחיובים ומשועבדים אנו להם למלא את בקשתם זו... וחובה עלינו לתת סיפוק נפשי לדרישת העם ולקרבת ע"י כך למשפטי התורה". וראה גם אצל עמיחי רדזינר, 'הרב עוזיאל, רבנות תל אביב יפו ובית הדין הגדול לערעורים', מחקרי משפט כ"א (התשס"ד), 129 (להלן: "רדזינר, הרב עוזיאל"), 199 ובהע"ש 62 וכן רועי אביחי שויקה, "ארדה נא ואראה" - על חובת ההנמקה, פרשת השבוע 334, וירא התשס"ט, 4, המפנים לדבריו אלו של הרב עוזיאל. וראה גם שוחטמן, חובת ההנמקה, 357; הרב יואב שטרנברג, בית דין לערעורים על בתי הדין לממונות, נייר עמדה באתר 'דין תורה' (התשס"ו), <http://dintora.org/files/lrurim.pdf>, 6-7.

<sup>62</sup> הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג, תחוקה לישראל על פי התורה, ירושלים-התשמ"ט, ח"א, 26. וראה גם אצל קוק, שם, 10: "... בצורה של דין אי אפשר לנו לשנות את שום דבר מהמשפטים הקבועים לסדרה, אבל בתור תקנות יש לחפש לחדש ולתקן מה שמוצאים בתי הדין בהסכמת הרבים לתיקון העולם ובכוונה לשם שמים. הרבה תקנות גדולות תקנו חכמי דור ודור... בחיינו הלאומיים החדשים בארץ ישראל יהיה לנו בודאי לפעמים צורך גדול לתקן תקנות גדולות, שכל זמן שתהיינה מוסכמות מרוב חכמי ישראל... ומקובלים אחר כך על הקהל, יהיה להם כוח של דין תורה".

## פרק רביעי: המשפט העברי – בין מהות לפרוצדורה

"כבר אמר מי שאמר, שסדרי הדין, אשר נוצרו למטרת שימושן של זכויות חוקיות, התפרקו מעול מטרתם, וכאותו שולית הקוסם, חיים עתה חיי הוללות משלהם"<sup>1</sup>.

### א. היחס לכללי הדיון

ביקורת נוקבת כלפי בתי הדין הרבניים, המובעת במקורות לא מעטים, הינה כי אלו פורמליסטים להחריד, וכי הפורמליזם הדווקני שלהם, ודבקותם בפרטים קטנים ולא חשובים, מערימה בעיות (והחמרות) על הבאים בשעריו<sup>2</sup>. ואולם, עיון מעמיק בכללי הדיון של המשפט העברי מעלה כי, לפחות בכל הנוגע לתחום זה, מדובר בטענות מופרכות, המונעות בעיקר מתוך תדמית שלילית ויחסי ציבור לקויים<sup>3</sup>.

כבר במבט מרפרף על כללי הדיון של המשפט העברי, ניתן להבחין בקשיי טיעון זה. ראיה נסיבתית ראשונה למידת הגמישות הרבה, שמאפשר ההליך הדיוני במשפט העברי, נקבל מתוך השוואה של היקף הכללים הדיוניים בקודיפיקציות הגדולות של העולם המערבי, או היקפן של התקנות הדיוניות במשפט ישראל, על כל טפסי החובה הנלווים עליהן, לעומת היקפם של הכללים הדיוניים במקורות המשפט העברי. משוואה זו תתחדד, אם נקיים השוואה דומה ביחס לספרות העניפה שנכתבה בנוגע לדין המהותי. תוצאות דומות נקבל גם אם נשווה את היקף המקרים והנושאים הדיוניים בהם נוגעת כל שיטה. יבול הכללים הדיוניים במשפט העברי הוא כה דל<sup>4</sup>, באופן יחסי, עד שבאופן מיידי הוא מעורר את החשד כי אין מדובר בחסר מקרי, והוא מייצג את שיקול הדעת הנרחב שמצוי בידיו של הדיין, אשר בידיו הסמכות להתייחס לכל מקרה לגופו, ולהגמיש את הכללים לפי בעלי הדין ונסיבותיהם<sup>5</sup>. עם זאת, ניתן להקהות מכוחה של ראיה זו, בהתחשב בטענה שכבר בתקופה מוקדמת של התפתחות ההלכה חלה הפסקה בהתפתחות המקורית והעצמאית של בתי הדין היהודיים<sup>6</sup>.

אנו סבורים כי המשפט העברי מגלה גמישות רבה ביותר לכללי הדיון, ומגמתו היא אנטי-פורמליזם מובהק. הדברים באים לידי ביטוי, הן ברצון לקבוע מלכתחילה כמה שפחות כללים דיוניים נוקשים, והן בהתייחסות סלחנית ביותר בדיעבד אל מי שלא עמד בכללי הדיון שנקבעו בכל זאת. זאת, בניגוד בולט למרביתן של שיטות

<sup>1</sup> Gustav Radbruch, *Vorsculer der Rechtsphilosophie*, 3<sup>rd</sup> ed., Ch. 25, 272. הדברים מובאים מתורגמים לעברית אצל כהן, על עינויי,

<sup>2</sup> על מנת להבין יותר את הביקורת הציבורית כלפי הפורמליזם במשפט העברי, מומלץ לעיין בפואמה המפורסמת של י"ל גורדון, "קוצו של יוד", אשר מבטא היטב את התחושה של ההחמרה ששידרו בתי הדין. וראה גם אצל בלהה רובינשטיין, 'הפואמות של יהודה לייב גורדון (י"ל)': שירה סיפורית לוחמת', בתוך ספרה 'שירים ומה שביניהם: על משורים ושירים בתכנית הלימודים החדשה לבית הספר העל-יסודי' (עם עובד, תל אביב-התשס"ב), ח"א, 11; וכן אצל אריאל הירשפלד, האשה ונקודת ארכימדס, הארץ (28.11.08), 16, הסבור כי בעקבות שיר זה "נולדה החילונית היהודית".

<sup>3</sup> וראה ערעור תש"ס/168, בבלי ח. נ' בבלי ש., שורת הדין ח', תק"ס (י"א אדר א' התש"ס; להלן: "פרשת בבלי ח. נ'"), הרומז לפואמה דלעיל: "בתי הדין הרבניים אינם עומדים על "קוצו של יוד" בדקדוקי פרוצדורה, ופעמים רבות מעלימים עין מחריגה קטנה מן הפרוצדורה המשפטית".

<sup>4</sup> וראה גם זאב פלק, מבוא לדיני ישראל בימי הבית השני, אוניברסיטת תל אביב - התשכ"ט (להלן: "פלק, מבוא לדיני"), ח"א, 88. וינר ומאק, קוים לתיקונים.

<sup>5</sup> וינר ומאק, שם, 138. עם זאת, ההשוואה להיקפו של המשפט המהותי, אשר ממנו נותרו כמויות בלתי מבוטלות של חומר, עומדת בעינה. בשל כך גם קשה לקבל את האפשרות המוצעת (בחוסר הסכמה) ע"י וינר ומאק, כי בזמן מן הזמנים היו קיימות תקנות דיון משפטיות (בכתב או בע"פ), שלא נשתמרו לדורות הבאים.

המשפט המודרניות. כפי שנראה להלן, עומד ביסוד הדברים עיקרון בסיסי של הרצון בבירור האמת בכל מחיר, כאשר למען הרצון מוקרבים ערכים אחרים דוגמת יציבות, ודאות ועוד.

מבנה הדברים בשער זה יהיה כדלהלן. נבקש להביא כעת, בפרק ב', דווקא את העמדות הנוטות גם לכיוונים פורמליסטיים (אם כי לא בצורה מוחלטת), ורואות גם התייחסות מחמירה למפר הכללים הדיוניים. נציג גם את הקשיים העולים מעמדות אלו. בפרק ג', נביא את עמדותיהם של הסוברים שעמדתו של המשפט העברי היא אנטי-פורמליסטית. כאמור, אנו סוברים כי המשפט העברי העמיד את המהות כקודמת לפרוצדורה, והוא מגלה אנטי-פורמליזם מובהק בנוגע לכלליו, לכן, בפרק ד', ננסה לעמוד על הנימוקים העומדים בשורש הכרעתו זו. כן ננסה לעמוד על האבחנה בין המשפט העברי לשיטות המשפט המקובלות היום בנושא זה. בשער הרביעי לעבודה זו, נבקש להביא ראיות לעמדה, ולפיה המשפט העברי מגלה סלחנות מובהקת כלפי המפר את הכללים הדיוניים, ולמעשה, הכללים עצמם בנויים במגמה סלחנית להפרותיהם. בהמשך, בשער החמישי, נראה כי הכללים מעמידים את בירור האמת במרכזם, ומוכנים לוותר על ערכים אחרים למענה.

## **ב. העמדה שכללי הדיון נוטים גם לגישות פורמליסטיות**

ישנן גישות הסבורות כי המשפט העברי יצר מציאות מורכבת, בה הוא מנסה ליצור שביל זהב בין המהות והפרוצדורה, ומגשר בין מקרים בהם הוא מעמיד את דרישות הצדק מעל לכל, למקרים בהם הוא מעדיף להיצמד לכללי הדיון היבשים, ולהבטיח ערכים של יעילות ויציבות. גישות אלו נוטות לראות במשפט העברי גם גוון פורמליסטי.

ניתן לאתר מספר תומכים מרכזיים לגישה זו - פלק, אלון ואולי גם שוחטמן<sup>7</sup>. עם זאת, נראה שיש ליצור חלוקה ברורה ביניהם, שכן הכיוונים בהם הם הולכים שונים, וכדלהלן:

### **1.1. עמדתו של פלק**

• פלק סבור כי גם במקומות בהם ההלכה המקורית היא גמישה ואנטי פורמליסטית (והוא מקבל את הטענה שבדרך כלל היא מעדיפה את ה"אמת על פני ה"יציב"), הרי שבתי הדין נהגו בדרך אחרת, פורמליסטית הרבה יותר, תוך שימוש בכלים הלכתיים שונים<sup>8</sup>. אלא שפלק איננו מגבה את דבריו בתימוכין מן המקורות ובעובדות מחקריות. פלק מתבסס בעיקר על ה-"ניסיון", ה"מלמד כי בכל שיטה משפטית יש תחומים הזקוקים ליציבות, ויש אחרים הזקוקים לגמישות ולאנדיבידואליות". פלק איננו מסתיר כי הוא סבור שדווקא עמדה דיונית פורמליסטית יוצרת "סיכוי גדול לדיני ישראל בשביל העתיד", "תקווה למצב הדין בימינו" ו-"פתיחות לצרכים של המודרניזציה, וסיכוי לשימוש בכללים המאפשרים תיקון בעתיד"<sup>9</sup>. במקביל, הוא מביע ביקורת נוקבת על

<sup>7</sup> ניתן אולי למנות יחד עימם את בזק, הסבור, בנוגע לסופיות הדיון, כי "הכלל שנתקבל הוא מעין פשרה בין שני האינטרסים הצודקים שמן הראוי להגן עליהם. האינטרס האחד - שימת קץ להתדיינות והגנה מפני בעל דין טרדן, והשני - חתירה מתמדת לגילוי האמת והצדק" (יעקב בזק, סמכות הבורר לפרש ולתקן את פסק-דינו במשפט העברי ובמשפט מדינת ישראל, הפרקליט ל"ט"ג) (התש"ן), 461 (להלן: "בזק, סמכות הבורר"), 462). עם זאת, נראה שבזק איננו מכוון לעמדה דומה, שכן מאוחר יותר הוא מבהיר כי ביה"ד יכול לפתוח את פסק דינו בכל מקום של טעות, וכונתו היתה דווקא לניסיון לשוב על אותו ההליך ממש בפני ב"ד חדש.

<sup>8</sup> ראה, לדוגמא, אצל זאב פלק, ערכי משפט ויהדות, הוצאת מאגנס, ירושלים, התש"ם (להלן: "פלק, ערכי משפט"), 85-88.

<sup>9</sup> שם, 84-89.



העמדה האנטי-פורמליסטית, בשל "ההשפעה השלילית... על היציבות", הפגיעה "ללא ספק ביעילותם של בתי הדין עצמם, שלא יוכלו להתפנות לעניינים חדשים, בגלל שמיעה מחדש של עניינים שנידונו בעבר", כמו גם "הקושי שיש בשיטה זו לגבי דין של מדינה מודרנית"<sup>10</sup>.

למסקנותיו מגיע פלק רק לאחר שטען כי "אנו רשאים להניח שכל מקום שדיני ישראל נהגו למעשה, נקטו שיטות שמטרתן היתה להקטין את האפשרות לסתור את הדין..."<sup>11</sup>. על הלכה אחרת שנפסקה בכל הפוסקים, ומופיעה בתלמוד ללא מחלוקות, הוא מניח כי מדובר בהלכה ש"אינה מקורית", וכי הפסיקה בנוגע לדיני ממונות הוספה "בדרך אגב" ללא הצדקה ובצורה לא הגיונית<sup>12</sup>. גם לשתי הנחות אלו נמנע פלק מלצרף אסמכתאות. הוא גם משתמש בדעה המופיעה במשנה כטכניקה בה השתמשו בתי הדין, על אף שדווקא דעה אחרת נפסקה להלכה בתלמוד בצורה מפורשת, ובעקבותיו בכל הפוסקים<sup>13</sup>. לענין ד, עמדתו של פלק מוטעה<sup>14</sup>, וכמדומני שריבוי המקורות שיובאו להלן יעיד על כך. נכון, אמנם, שבמהלך השנים נקבעו מספר עקרונות שנועדו להבטיח עוד יציבות ויעילות במערכת (ואנו נתייחס לכך בהמשך העבודה, בע"ה), אך השורה התחתונה נותרה כשהיתה – העדפה ברורה של בירור האמת על פני ערכים אחרים.

## **2.2. עמדתו של אלון**

• דומה לכך, לכאורה, היא עמדתו של אלון. על עמדתו של אלון ניתן ללמוד מתוך דברים שכתב בספרו<sup>15</sup>. אלון מציין בתחילה את ההלכה היסודית, ולפיה 'מעשה בית דין' איננו מתקיים במשפט העברי, ופסק הדין איננו מוחלט וסופי<sup>16</sup>. אלא שאז הוא מעיר כי "מובן שהיה בכך משום מכשול רציני לחיי המשפט והכלכלה התקינים התובעים קץ לדיונים"<sup>17</sup>. לנוכח זאת הוא מניח כי "מבחינה מעשית נתגבשו סייגים שקיבלו בעלי הדין עליהם – סייגים שחלו בדרך כלל באופן אוטומטי - שהבטיחו סיום לדיונים, וקבלת פסק הדין כמכריע וקובע את הזכויות שבין הצדדים"<sup>18</sup>. כאמור, יכולת השימוש בסייג כולו אינה מובנת מאליה (בעניין זה נעסוק בהרחבה להלן), ולא מצאנו אסמכתאות בדבריו גם לטענתו הנוספת, כאילו הסייג לכללי סתירת הדין חל באופן אוטומטי.

אלון כתב דברים דומים במספר פסקי דין שהוציא מתחת ידו. כך, לדוגמא, כתב אלון כי:

"...משמדובר על בירור האמת בעולמה של מערכת המשפט, אין כוונתנו אלא לבירור האמת, במידה שניתן להגיע לחקרה

על-פי הנורמות המהותיות והכללים הפרוצדוראליים שבאותה מערכת משפט, שבמסגרתה מתקיים הבירור המשפטי... לא

אחת מונע בית המשפט עצמו במודע מלהגיע לחקר האמת העובדתית מטעמים של מדיניות משפטית, כאשר השמירה על

<sup>10</sup> שם, 85-87.

<sup>11</sup> שם, 85.

<sup>12</sup> שם, בנוגע למשנה בבכורות, פ"ד, ה"ד.

<sup>13</sup> שם, 86. הכוונה לדעותיהם של חכמים ורשב"ג בסנהדרין, פ"ג, מ"ו, בנוגע ליכולת הוספת ראיות לאחר פסק הדין, אשר תוצגנה בהמשך הדברים בהרחבה.

<sup>14</sup> בשל היעדר האסמכתאות לא ניתן להתעמת בצורה ישירה עם מקורותיו.

<sup>15</sup> עם זאת, מדברים אלה יש להבחין שאין מדובר בהעמדת גישה סדורה בעניין מצידו של אלון, ויש להתייחס לדברים בזהירות הראויה.

<sup>16</sup> אלון, המשפט העברי, ח"א, 800-802.

<sup>17</sup> שם, 800.

<sup>18</sup> שם, 801.

ערכים-אינטרסים מסוימים עדיפה וחשובה בעיני המערכת המשפטית מגילוי האמת העובדתית... זאת ועוד. בית המשפט, בשיטה הנקוטה בדינו, אינו יוזם הבאת ראיות; תפקיד זה מוטל הוא על בעלי הדין, ולדין אין לו "אלא מה שענינו ראות" מחומר הראיות המובא בפניו"<sup>19</sup>.

כלומר, בירור האמת איננו עיקרון על, אלא כפוף לכללים הדיוניים, בהתאם לגישה הפורמליסטית. ועם זאת, גישתו של אלון אינה פורמליסטית מובהקת. בפסק דין אחר שהוציא מתחת ידו גילה אלון גמישות מרובה כלפי בעל דין שהפר את סדרי הדין:

"חשיבות ההקפדה על סדרי הדין אינה צריכה לפנים, שהרי בהם ערובה לציבות המשפט ולבירור אמיתו של דין. אך יש והציווי להוציא דין אמת לאמיתו, מטיל על בית-המשפט להקל עם אחד מבעלי-הדין ששגה בסדרי הדין, כאשר לא ייגרם על-ידי כך נזק לחברו בעל-הדין. גישה עקרונית זו, בכללותה, באה לידי ביטוי גם במשפט העברי, ולא כאן המקום להאריך... מאלפים הם דברי הראב"ד מפושקיייר (POSQUIERES) שבדרום צרפת, מגדולי חכמי ההלכה במאה ה-12, שאמרם בענין מסויים, שבו שגה בעל-דין בטענה שטען: "שאינ לנו לילך אחר טענתו אלא להוציא דין אמת לאמיתו... ששגה היתה בידו והיה סבור לחזק טענתו; ולכן הדבר תלוי בבית-דין, אם יראו כי משגה ומפתיות טען מה שטען... שלא ילכו בה אחר מיצוי הדין אלא שיתקנו הדבר" (תמים דעים, סי' נו). אף בענין שלפנינו, מן הראוי שלא נמצה את הדין אלא נאפשר לבעל-הדין ששגה היתה בידו, להביא את ענינו על תיקונו"<sup>20</sup>.

אלון אמנם מזכיר בתחילת דבריו את "חשיבות ההקפדה על סדרי הדין", וכי בהם ערובה לבירור אמיתו של הדין. לטענה זו הוא איננו מביא כל תימוכין. ההדגשה בדבריו, וגם המקורות המסייעים, מופיעה דווקא כלפי הגישה האנטי-פורמליסטית, המבקשת לגלות גמישות, ולמחול למפר הכללים על הפרתו. גם היישום המעשי בפסק הדין היה ליברלי וגמיש, והקל עם בעל דין, משום ש"שגגה היתה בידו", ולכן יש רגליים לטענה שגם אלון קיבל, בסופו של דבר, את הגישה שאין לגלות יחס נוקשה ופורמליסטי למי שלא עמד בכללים הדיוניים, וכי עמדתו מורכבת.

### 3.3. עמדתו של שוחטמן

- עמדתו של שוחטמן מורכבת יותר. שוחטמן חולק, לכאורה, על העמדה הסבורה כי המשפט העברי מגלה אנטי-פורמליזם, ועל מאמרים שטענו כך ובהם קירש, שאקי ודרנס (כדלהלן). הוא גם מבקש לטעון שלעיתים מקפיד בית הדין על 'קוצו של יוד' בכלליו הדיוניים, וכי ישנם כללים אשר בהם מגלה ביה"ד פורמליות נוקשה, בעוד שלעיתים הוא מגלה גמישות, ומוחל על הפרות הכללים. שוחטמן מביא ראיות לדבריו (עימן נתמודד להלן), אך

<sup>19</sup> פרשת דניאל אלון, 465-468. הדברים, אמנם, אינם עוסקים בצורה ישירה במשפט העברי, אך בפסק דין זה, הדברים מופיעים בצמוד להתייחסות למשפט העברי, מבלי לטעון כי הגישה בו שונה. וראה גם בדבריו בפרשת מועדי, 259-260: "משימה זו של בית המשפט בדבר גילוי האמת היא הכלל, שהרי כל דין מצווה הוא לדון "דין אמת לאמיתו... אמת - היא האמת העובדתית, לאמיתו - היא האמת המשפטית, ועל הדין לדון לפי שתי האמיתות, וליישמן זו על גב זו. אך יש שהמערכת המשפטית - כל מערכת משפטית - קובעת יוצאים מן הכלל, כאשר לדעתה מצויים לעניין זה או אחר שיקולים ערכיים אחרים, העדיפים על חובת גילוי האמת... במיוחד בא שוני זה לידי ביטוי בדיני הראיות וסדרי הדין שבמערכת המשפטית"; פרשת ביאזי, 476: "אכן, בית המשפט מצווה לדון דין אמת לאמיתו, והוא חותר ללא ליאות לקראת מגמה זו. במערכת המשפטית מצויים כללים וכלים, שבאים לסייע בידי השופט במציאת האמת שבדברים ושבדין; ויש מכללים וכלים אלה שמגבילים את השופט בחופש חיפושו אחר האמת העובדתית, כפי שמתחייב מתורת שקלול הערכים - משפטיים, מוסריים וחברתיים - והעדפת הערך האחד על האחר, כדי להגיע לאמת המשפטית". פסקי דין אלו מאזכרים ישירות את המשפט העברי, ובפרשת ביאזי אף מופיע בהמשך דיון ישיר במשפט העברי, שוב, מבלי לטעון כי העמדה בו הינה שונה.<sup>20</sup> פרשת חברת רם, 643.

כבר כעת נעיר, כי עיון מעמיק בדבריו מראה שגם שוחטמן מקבל את העמדה שבדרך כלל ינהג ביה"ד בחוסר פורמליזם. המחלוקת בינו לבין אלו הסוברים כי ביה"ד דוגל בחוסר פורמליזם מובהק, ככל שישנה, היא לכל היתר על כמות וסגנון.

### ב3(א). היעדרות בעל הדין

הראיה הראשונה שמביא שוחטמן לעמדתו נעוצה בשני כללים, אשר הפרתם עשויה בהחלט להביא לבטלות הדיון ולקיומו מחדש, לאחר תיקון הפגם הפרוצדוראלי:

"אם המונח "פורמאליזם" משמעותו הקפדה יתירה על מילוי מושלם של כללי סדר הדין, ניתן להצביע... גם על כללים שמהם אין לסטות כלל, ויש בסטייה מהם כדי להביא לבטלותו של הליך כולו. כך, לדוגמא, כלל יסודי מאד במשפט העברי קובע, שאין לבית הדין לשמוע את טענותיו של אחד מבעלי הדין שלא בנוכחות חברו, וכלל חשוב אחר קובע, שאין לבית הדין לגבות עדות בהיעדר בעל הדין שהעדויות נמסרת נגדו; חריגה מכללים אלה – פרט ליוציאים מן הכלל – מביאה לבטלותו של ההליך, ועל בית הדין לחזור ולשמוע את הטענות או לגבות את העדות, על פי דרישת הדין"<sup>21</sup>.

ראשית, נבהיר כי מדובר, למעשה, בשתי זרועות של אותו כלל - האיסור להשמיע דברים כנגד בעל דין בהיעדרו, בצורה המונעת ממנו את זכות הטיעון בעניין. ומכאן לטענה לגופה. אכן, יש רגליים לטענה כי ההקפדה על כללים אלו התבצעה באופן דווקני. ואולם, דווקא כללים אלו הם החריגים, המעידים בעצם יציאתם מן הכלל, על מגמתו של הכלל. **מדובר בכללים דיוניים-מהותיים**. כללים אלו הם כללים (מדאורייתא) הנמנים על מה שמכונה במשפט הנוהג במדינת ישראל - 'כללי הצדק הטבעי'<sup>22</sup>, אשר יש להקפיד עליהם גם בהיעדר הוראת חוק מפורשת בעניין. שמיעת אחד הצדדים בהיעדרו של חברו, כלל אינה מהווה פגם פרוצדוראלי אלא דווקא פגם מהותי<sup>23</sup>. היא אמנם מהווה חלק מכללי הדיון המשפטיים, אך היא אינה מאפיין של כללים אלו. לכן, יש להתייחס אל מי שמפר את הכללים הללו בחומרה, כמי שפגע בכלל מהותי ולא כמי שפגע בכלל דיוני.

כך, נקבע גם בחוק הישראלי במספר נושאים. גם בורר, אשר בהתאם להוראות חוק הבוררות, התשכ"ח-1968, פטור מסדרי הדין (אלא אם נקבע אחרת בהסכם הבוררות)<sup>24</sup>, מחויב בשמירה על כללי הצדק הטבעי, ומציאות בה "לא ניתנה לבעל-דין הזדמנות נאותה לטעון טענותיו או להביא ראיותיו"<sup>25</sup> תביא לביטול פסק הבורר. הוא הדין גם בנוגע לרשות מנהלית דוגמת רשם האגודות השיתופיות<sup>26</sup>. התפיסה לפיה כללים אלו שייכים לדין

<sup>21</sup> שוחטמן, סדר הדין, 7; שוחטמן, סדר, 9-10.

<sup>22</sup> ראה לדוגמא בפרשת ברמן; בג"ץ 295/72, **יהודית בכר נ' בית הדין הרבני האיזורי ברחובות**, פ"ד כז(1), 568, 573 (1973): "את עיקרי הצדק הטבעי אנו חייבים ליישם כפי שאנו מבינים אותם וכפי שנתגבשו בפסיקה במשך הדורות. אנו חייבים לדרוש את קיומם גם על-ידי כל רשות שיפוטית, מעין-שיפוטית, ואף מינהלית גרידא, כשהיא עושה פעולה או מחליטה החלטה שיש בה כדי לפגוע באזרח. הלכה פסוקה היא משכבר הימים, כי פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי על-ידי רשות כזאת, השוללת מאדם את האפשרות להשמיע את טענותיו ולהביא את ראיותיו בעניין הנוגע לו, היא בבחינת חריגה מסמכות הפוסלת מעיקרו את הפעולה או ההחלטה שנעשתה כך"; ובעוד פסקי דין רבים מספור.

<sup>23</sup> לדוגמא ברע"א 6130/98, **חברה קבלנית לבנין ירושלים תשד"מ בע"מ נ' ר.א.מ. מהנדסים קבלנים בע"מ** (פורסם בבנו, 5.1.99); רע"א 1407/09, **MICHRAZ REAKTY LTD. נ' משה שרם** (פורסם בבנו, 22.6.09).

<sup>24</sup> סעיף י"ד לתוספת הראשונה לחוק הבוררות.

<sup>25</sup> סעיף 24(4) לחוק הבוררות, וראה גם סעיף 15 לחוק וכן סעיף י' לתוספת הראשונה.

<sup>26</sup> בג"ץ 2786/94, **משה מנא נ' רשם האגודות השיתופיות, אורי זליגמן** (פורסם בבנו, 11.9.94): "הענקת השליטה בכל המחלוקות שבאגודות השיתופיות לרשם האגודות יוצרת ריכוז סמכויות מהותי, וחשוב על כן, פי כמה, שתהיה הקפדה רבה על קיום נוהגים ונוהלים ההולמים רשות, אשר לה העניק המחוקק, על פי התפיסות של אמצע שנות השלושים למאה זו, משום מה, סמכות לתת החלטות

המהותי (ואף קודמים לו במעמדם) הביאה גם לקביעת בית המשפט העליון פעמים רבות, כי גם בית הדין הרבני ובית הדין השרעי, הדנים ע"פ כללי הדיון של המשפט העברי והשרעי, מחויבים יהיו להקפיד על כלל הצדק הטבעי בדיוניהם<sup>27</sup>.

ואולם, כל הסקת מסקנות מכללים אלו, לכללים פשוטים - המחייבים, בדרך משל, הגשת כתב טענות בתוך 30 יום, איסור על צירוף תצהיר לכתב הטענות באיחור, הגבלת היכולת להביא עדים וודאי שהגבלת היכולת להגיש תביעות לאחר תקופה מסוימת – היא הסקה לא מדויקת, אשר מדמה מין לשאינו מינו. הקפדה פורמליסטית על כללים שהם מעין 'כללי הצדק הטבעי', לא רק שאינה מלמדת דבר על הקפדה שכזו על כללי הדיון במשפט העברי, אלא שהיא אף עשויה להדגיש את ההבדלים בין כללים אלו למרבית ההסדרים הדיוניים, אשר הפרה שלהם אינה גורמת לתוצאות דומות, ובית הדין מגלה דווקא גמישות מרובה גם אם הופרו.

ניתן לראות זאת בבירור באמצעות אחת ההחלטות של בית הדין הרבני<sup>28</sup>. באותו מקרה הנתבעת ביקשה שלא להופיע לדיון מסוים, ובקשתה סורבה ע"י בית הדין. למרות זאת, לא הופיעה הנתבעת לדיון. התובע ביקש לקיים את הדיון בהיעדרה, בגין "הזלזול המופגן של הנתבעת בבית הדין". למרות זאת, הסתפק בית הדין בהטלת הוצאות, והקפיד על החובה לשמוע את שני הצדדים כאחד:

"חובת הנוכחות של שני בעלי הדין היא יסוד מוסד במשפט העברי... האיסור חל אפוא הן על בית הדין והן על בעל הדין כאחד – והוא: שלא תשמענה הטענות אלא במעמד כל הצדדים... כאמור, במשפט העברי הגישה היא ברורה, גורפת וחד משמעית. היא איננה נוקטת בגמישות בסוגיה זו... משום כך בית הדין מקפיד תמיד בכל הדיונים הנערכים לפניו לשמוע בראש ובראשונה את בעלי הדין בעצמם, בטרם יוסיפו באי כוחם ויטעימו לאחר מכן את טיעוניהם העובדתיים או המשפטיים".

בית הדין מדגיש כי בסוגיה זו הוא איננו יכול 'לוותר' על ההלכה הברורה. ומכלל הן נשמע גם הלאו. הימנעותה של הנתבעת מהתייצבות לדיון, על אף שבית הדין דחה בצורה מפורשת את בקשתה - לא תעלה לה במחיר זכות הטיעון שלה, אלא רק בדרך של הטלת הוצאות (וגם הן נמוכות למדי – 2,000 ₪) ובית הדין לא יכריע בתיק לגופו.

### ב3(ב). הקפדה על כללי הערעור

ראיה נוספת שמביא שוחטמן לעמדתו, ולפיה לא ניתן לטעון כי עמדת המשפט העברי היא אנטי פורמליסטית, נעוצה בסדרי הדין בתחום הערעור, וכך הוא כותב:

שדינן כדון פסק דין של בית משפט מחוזי (כך לשון סעיף 52 הני"ל). שחרורו של הבורר המתמנה על פי סעיף 52 לפקודה הני"ל מתחולתו של חוק הבוררות, התשכ"ח-1968, אין בו כדי להצדיק רפיון או הקלה בהקפדה על כללי הצדק הטבעי או על מראית פני הצדק, כך למשל על החובה לקיים את זכות הטיעון באופן מלא, או על האיסור לשמוע טיעון, ולו כזית, של צד אחד שלא בנוכחות הצד השני...".<sup>27</sup> לדוגמה בפרשת ועד עזת הספרדים, 114; בגי"ץ 187/54, חלימה סלימאן ברייה נ' קאדי בית-הדין השרעי המושלמי, עכו, פ"ד ט (2), 1193 (1955); בגי"ץ 5182/93, יהודית לוי נ' בית הדין הרבני האזורי, רחובות, פ"ד מ"ח(3), 1 (1993); בגי"ץ 1912/97, צבי ריש, עו"ד נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, פ"ד נב(5) 650, 660 (1998); בגי"ץ 816/80, דבורה גוטהלף נ' בית הדין הרבני בתל-אביב-יפו, פ"ד ל"ה(3), 561 (1981); להלן: "פרשת גוטהלף"; בגי"ץ 7/83, מסודי ביארס (לשעבר לוי) נ' בית הדין הרבני האזורי חיפה, פ"ד ל"ח (1), 673, 687 (1984); בגי"ץ 2578/03, פחמאוי פרחאת נ' פחמאוי חסדיה (פורסם בנבו, 8.5.06).<sup>28</sup> תיק (נת') 269668/7, פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 5.7.12).

”דוגמא אחרת לחובתם של בעלי הדין למלא בקפדנות אחר כללי סדר הדין, ניתן ליטול מן הנוהל הנוהג כיום בבתי הדין הרבניים בעניין המועד להגשת הערעור. אף על פי שלפי תקנות הדין הרבניים קיימת אפשרות להארכת המועד אם לא הוגש הערעור בזמן, הנה קיימת מצד בית הדין הגדול לערעורים הקפדה רבה בעניין זה, והוא לא יאפשר בנקל הגשת ערעור באיחור”<sup>29</sup>.

ואולם, כמדומני ששוב, מדובר דווקא ביוצא מן הכלל, המעיד על הכלל. שוחטמן מוכיח את דבריו מתוך ההקפדה על המועדים הנוגעים בזכות הערעור<sup>30</sup>. לעניין זה, זכות הערעור<sup>31</sup> (ככל שישנה בכלל 'זכות' מעין זו) הינה חריג מובהק, אשר בית הדין נוטה להטיל ספק עקרוני בעצם קיומה, וודאי שאין בכוונתו להגמיש בעבורה את הכללים מעבר לנדרש.

ראשית, שוחטמן עצמו מונה את הקמת בית הדין לערעורים כאחד החידושים הבולטים בתקנות הדין בבתי הדין הרבניים<sup>32</sup>, נושא אשר היה קיים רק במקומות ובנסיבות נדירים, ואין בנמצא כמעט סוגיות הלכתיות בעניינו. אנו מקבלים את הגדרת המוסד כחידוש, אך, כידוע, 'חידוש' – אין לך בו אלא חידושו<sup>33</sup>. גם אם כבר התקבל החידוש שבמוסד הערעורים, אין לצפות דווקא בו להגמשה נוספת של הכללים<sup>34</sup>. שנית, גם עיון בעצם מוסד הערעור יוביל לתוצאה דומה. נתחיל דווקא מן הפן ההיסטורי של הסוגיה. במחקר ההיסטורי התגלעה מחלוקת מהותית בדבר היחס בין בתי הדין המקומיים לבית הדין המרכזי. בעוד שגישות מסוימות<sup>35</sup> טענו כי לא היתה כלל זיקה בין בית הדין המרכזי ביבנה, אשר עסק בהכרעות הלכתיות בתחומים דתיים, לבין בתי הדין המקומיים, אשר עסקו בתחום דיני הממונות (במשפט האזרחי), הרי שישנן גישות<sup>36</sup> אשר לפיהן בית הדין המרכזי הוא זה שהסמיך את הדיינים המקומיים, ואף פיקח על פעולתם. מובן, שלפי אותן גישות, הכופרות באופן עקרוני בסמכות עדיפה של בית הדין המרכזי על פני בתי הדין המקומיים, היכולת לערער במשפט העברי כלל אינה קיימת. לעומת זאת, לפי הגישות הטוענות שביה"ד המרכזי פיקח על פעילות בתי הדין המקומיים – לא ניתן לשלול על הסף את אופציית הערעור.

<sup>29</sup> שוחטמן, סדר הדין, 7, בהע"ש 27.

<sup>30</sup> לעניינו, אנו מקבלים הנחת יסוד זו ונראה שזהו, אכן, המצב, אך ראה בפסק בית הדין הרבני הגדול בתיק 1-23-5184 (פורסם בנבו, 5.5.09) אמירה מורכבת יותר, וכן בפרשת בבלי ח..

<sup>31</sup> להרחבה בנוגע לזכות הערעור בבתי הדין ראה הרב חיים דוד הלוי, בית דין לערעורים, תחומין ט"ו (התשנ"ה), 187; M. Schwartz, *HUCA* (1978), 49, 202; ורהפטיג, תקנות הרבנות, 135-158; אליאב שוחטמן, 'בית הדין הרבני הגדול לערעורים – מעמדו וסמכויותיו', קובץ הצינונות הדתיות ד' (התשס"ב), 534; רדזינר, שם; אברהם טננבוים, "והדבר אשר יקשה מכם תקרבון אלי ושמעתיו" – לשאלת הצדקתה של ערכאת ערעור, פרשת השבוע 132, דברים התשס"ג (להלן: "טננבוים, והדבר אשר"); אלון, המשפט העברי, ח"ב, 668-669; שפירא, ויקרב משה; יחיאל צור, זכות הערעור על פסק בית דין במשפט העברי, ממעיין מחולה 2 (התשנ"ו), 130; גבריאל יצחק רוונה, 'בית דין לערעורים – לכתחילה ולא בדיעבד', תחומין כ"ט (התשס"ט), 105; הרב רצון ערוסי, שיחות בנושא "צדק צדק תרדף", מכון משנת הרמב"ם (קרית אונו, התשנ"ד); להלן: "ערוסי, שיחות", קס"ח; יעקובי, ארדה נא; שטרנברג, שם; אלון, המשפט העברי, ח"א, 667-669, ח"ג, 1521-1529; שוייט ציץ אליעזר, חט"ז, סימן ס"ז; ערעור תשל"ד/67, א. נ' ב., פד"ר י', 168, 180; תיק 2372 – נ"ו בבית הדין לבירור יהדות על-יד הרבנות הראשית בירושלים, פסקי דין מבית הדין לדיני ממונות ולבירור יהדות ה', קצ"ט; פיסקה ד(4) לפסק דינו של השופט רובינשטיין בפרשת חסין.

<sup>32</sup> שוחטמן, סדר הדין, 15; שוחטמן, סדר, 10, הע"ש 29.

<sup>33</sup> ראה, לדוגמא, תמורה, י"ג, ע"ב.

<sup>34</sup> וראה דברים זהים שאמר בית הדין הרבני בתיק 1-21-1350, פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 17.6.07), לעניין הגבלת תיקון כתב תביעה: "אמנם גם על פי המשפט העברי, הציבור רשאי לקבל על עצמו כללים ותקנות לענין הגשת טענות בכתב, אך מבחינה הלכתית זהו חידוש, וכמו בכל חידוש – אין לך בו אלא חידושו".

<sup>35</sup> צבי פרץ חיות, הדיינים היהודים בא"י משנת 70 עד 500 (מתורגם ע"י מ' גוטל), שנתון המשפט העברי כ' (התשנ"ה-התשנ"ז), 429, 430. וראה גם אצל חיים שפירא, 'בית הדין ביבנה – מעמד, סמכויות ותפקידים', בתוך עיונים במשפט עברי ובהלכה – דיין ודיין (עורכים: י' חבה וע' רדזינר), הוצאת אוניברסיטת בר אילן, התשס"ז, 305, 327-333. הנוטה לתמוך בעמדה זו.

<sup>36</sup> גדליהו אלון, תולדות היהודים בארץ ישראל בתקופת המשנה והתלמוד, הקיבוץ המאוחד, התשי"ג, כרך א', 71.

היסטורית, הקמת ערכאה לערעורים במשפט העברי באה רק בעקבות הקמת מערכת בתי הדין הדתיים במדינת ישראל, וכמעט שלא הייתה קיימת במערכת המשפט העברי בתקופות קדומות יותר.<sup>37</sup> הקמת בית הדין לערעורים היתה, למעשה, כניעה ללחץ השלטונות הבריטיים, ובעיקר ללחצו של עו"ד נורמן בנטוויץ', שהיה היועץ המשפטי של השלטון הבריטי בארץ באותה התקופה. הראי"ה קוק נאלץ להסכים להקמת בית הדין לערעורים, על אף התנגדותו הראשונית להקמתו, וזאת לאחר שבנטוויץ' איים שאם לא יוקם מוסד לערעורים, לא יכיר השלטון הבריטי בסמכות השיפוט של בתי הדין הרבניים כלל.<sup>38</sup>

ההלכה הפשוטה בעניין זה היא, לכאורה, ברורה. "בית דינא בתר בי דינא לא דייקיי"<sup>39</sup>, ו-"אין בית דין יכול לבטל דברי בית דין חברו..."<sup>40</sup> (אם כי, למען הסדר הטוב יצוין שהכללים במקורם נאמרו שלא בהקשר לזכות הערעור). הגישה הכללית במשפט העברי שללה את רעיון מוסד הערעור.<sup>41</sup> אפשרות הערעור נחשבה בהלכה לתופעה מזיקה, שאין לה מקום בשיטת משפט הגיונית.<sup>42</sup> המשפט העברי פתר את הבעיות שהולידו את מוסד הערעור (דוגמת הצורך בתיקון טעויות, הרצון לקיים ביקורת, הצורך בהסדרת הדין במקרה של מחלוקת, וכו') בדרכים שונות, וממילא מוסד הערעור הנראה לבן דורנו טבעי מאין כמוהו, היה רלוונטי הרבה פחות למי שחי בהתאם לכללי המשפט העברי. המותב הרחב, חובת ההיוועצות, כללי סתירת דין וההכרה בטעות הגורמת לביטול הדין<sup>43</sup> – כל אלו הפכו את מוסד הערעור למשמעותי הרבה פחות.<sup>44</sup> יש, אמנם, הטוענים כי למוסד הערעור זכות קיום מלכתחילה<sup>45</sup>, ואולם זוהי עמדת מיעוט מבוטל בקרב העוסקים בנושא.

<sup>37</sup> ניסני, זאת חקת, 3.

<sup>38</sup> ראה רדזינר, שם, 169-170; רדזינר, על ראשיתו, 70; אריה מורגנשטרן, הרבנות הראשית לארץ ישראל – ייסודה וארגונה (שרשים, ירושלים-התשל"ג), 26; טננבוים, והדבר אשר, 3-4; שויקה, שם.

<sup>39</sup> בבא בתרא, קל"ח, ע"ב; שו"ת הרא"ש, כלל פ"ה, סימן ה'; בית יוסף, חו"מ, סימן י"ב. וראה דיון נוסף בהגדרות 'בית דינא בתר בית דינא לא דייקיי' בפסק דינו של בית הדין הרבני הגדול בתיק 815380/1, פלונית נ' יורשי המנוח פלוני (פורסם באתר 'דעת', 1.6.11); תיק (י-ס) 2008-61-1 (פורסם בתוך בשערי בית הדין, ח"ג, 313, י"ט טבת תשס"א).

<sup>40</sup> עדיות, פ"א, מ"ה.

<sup>41</sup> אגב, מעניין שדווקא הזרמים שהתנגדו בתוקף למוסד הערעור, בשל העובדה ש"בית דינא בתר בי דינא לא דייקיי", הם אלו המבקשים היום להפוך את פסקי הדין של בתי הדין המיוחדים לגיור. ראה לעניין זה בתיק (גדול) 6122-21-1, פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 10.5.09), בפסק דינו של הרב שרמן (עמ' 6 לפסה"ד): "מהוראת ופסיקתם ודעת תורה הנ"ל של מרן ורבנן גדולי התורה ופוסקי הדור עולה קביעה עקרונית ברורה שבענייני הליכי ומעשה גיור בימינו ובדורות האחרונים לא נאמר הכלל דבי"ד בתר בי"ד לא דייקיי" ובהרחבה רבה בהמשך פסק דינו, וכן בפסק דינו של הרב איזירר (עמ' 32 לפסה"ד): "העמדה של ידידי הרה"ג א. שרמן שליטי"א שלא שייך כאן הכלל של בי"ד בתר בי"ד לא דייקיי מקובלת עלי מזה זמן רב...". וזאת על אף שהוא מדגיש שבאותו מקרה אין צורך בכלל זה. הדין השלישי במותב, הרב אלגרבל, נמנע במוצהר מלהביע עמדה בסוגיה זו (עמ' 34 לפסה"ד). כן ראה בפרקים י"ג-י"ד לפסק דינו בתיק (גדול) 5489-64-1, פלוני, פלונית ופלוני (פורסם בנבו, 10.2.08); הרב אברהם ח' שרמן, בדיקה חוזרת של גיור בבית דין אחר, תחומין ל"א (התשע"א), 230.

<sup>42</sup> טננבוים, שם.

<sup>43</sup> גורמים אלו יוזכרו להלן, מי בהרחבה ומי בקצרה.

<sup>44</sup> טננבוים, שם, 2-3.

<sup>45</sup> ראה רוונה, שם, והעמדות הרלוונטיות המובאות אצל רדזינר, הרב עוזיאל (לדוגמה בהע"ש 299). אלו מסתמכים בעיקר על דברי הספורנו, שמות, י"ח, כ"א, ד"ה "ואתה תחזה": "... אבל בענייני פסקי דינים פרטיים יספיקו שרי אלפים, שרי מאות וכו'. כי אמנם כשיהיו ד' מדרגות זו למעלה מזו, הנה ישפוט הקטן ראשונה, והצועק על פסק דינו יצעק אל הגדול ממנו, ומן השני אל השלישי, ומן השלישי אל הרביעי...". ושם, כ"ג, ד"ה "על מקומו": "אחרי שיתברר בכל כך בתי דינין, ידע כל בעל דין שפסק הדין היה אמת, ולא יוסיף לריב...". וכן על דברי בעל "מעשה הי". יש גם המסתמכים על שו"ת הרא"ש, כלל פ"ה, ה', וראה, לדוגמה, במכתבו של הרב עוזיאל, המובא אצל רדזינר, שם, 197. מעניין כי גם מי שטען שביה"ד האזורי איננו כפוף לסמכותו הבלעדית של ביה"ד הגדול, הסתמכו על דברי הרא"ש בשו"ת הרא"ש, כלל צ"ט, סימן ו', וראה, לדוגמה, במכתבו של הרב קלמס, המובא אצל רדזינר, שם, 231.

ואכן, יש הכותבים בפשיטות כי בדיני ממונות, המשפט העברי אינו מכיר כלל בעקרון סופיות הדיון, וממילא הוא איננו מכיר בערכאת ערעור.<sup>46</sup> למרות זאת, היו שטענו שבדורות שאחרי חתימת הש"ס, יש מקום למוסד לערעור, שכן החזקה שבית הדין מדייק, איבדה מתוקפה. ואולם, מרביתם של הפוסקים קבעו שהחריג יתממש רק בדין "זר", ולא במצב רגיל.<sup>47</sup> כך או כך, בתקופה בה הוקם בית הדין הרבני הגדול, נשענו הרבנים הראשיים לישראל, מקימיו, על תקדימים היסטוריים בהם שימשו ערכאות ערעור בקהילות ישראל<sup>48</sup> (דיינים אלו כונו 'דייני סילוקין' או 'אפיליגטים'<sup>49</sup>). גם הם הקפידו לומר שהקמת מוסד ערעורים מותרת, אך בהחלט לא הכרחית (אלא שהצורך בהכרה מצד השלטון הבריטי מטה את הכף לטובת הקמת המוסד). כאשר זוכים בהליכים מוקדמים סירבו לקבל את סמכותה של ערכאת הערעור, נדחתה טענתם<sup>50</sup>, לא בשל עצם הצדקת ערכאת הערעור, אלא בעיקר בשל העובדה שקיבלו עליהם את סמכות המוסד בו ישנה ערכאת ערעור.<sup>51</sup> כאן עלינו להזכיר, כי לא פעם מתעלמים בתי הדין האזוריים מהכרעותיו של בית הדין גדול בערעור, והדבר מעיד כאלף עדים על יחסם לזכות הערעור עצמה.<sup>52</sup> לא למותר להזכיר כי במרביתם של בתי הדין הרבניים שאינם ממלכתיים לא קיימת ערכאת ערעור, דבר המעיד על היחס העקרוני של מרבית הדיינים לעצם מוסד הערעור.<sup>53</sup> ניתן אולי לומר שדווקא ההתנגדות העקרונית למוסד הערעור נובעת מהרצון לתור אחרי האמת בכל מצב. אמנם, לכאורה, ערכאת ערעור מסייעת לבירור האמת, אך המשפט העברי מניח שאין מקום לאקסיומה שדווקא עמדתה של הערכאה המאוחרת יותר היא האמיתית. כחלק מגישה זו, המשפט הרומי אשר שלל את

<sup>46</sup> הרשעה פה אחד וזכות הערעור של התביעה הכללית (חוות דעת של ד"ר מיכאל ויגודה, ראש תחום משפט עברי במשרד המשפטים, 21.12.2007 - <http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/71CB9F4F-7967-44A5-A1010BB204B541F3/9578/50harshaapeieh.ad.doc> (להלן: "ויגודה, הרשעה פה אחד"), 10.

<sup>47</sup> שו"ת אבקת רוכל, סימן כ"א. וראה אצל הלוי, שם, המיישם זאת על מציאות ימינו.

<sup>48</sup> ראה אצל אסף, בתי הדין, 74-86; Schwortz, ibid; רדזינר, שם, 174-182.

<sup>49</sup> אסף, בתי הדין, 76, 81. הכינוי אפיליגטים נובע, ככל הנראה, מהמילה 'ערעור' - appeal.

<sup>50</sup> אגב, מכלל 5(ד) לכללי האתיקה לדיינים, התשס"ח-2008 עולה כי ישנה הכרה, דה פקטו, בכך שדיינים אינם מוכנים לקבל את מרותה של ערכאת הערעור, והכללים אף מציעים דרך התמודדות במקרה שכזה: "אי-תלותו של הדיין אין משמעה פטור מלקיים הוראה של בית הדין הרבני הגדול שניתנה במסגרת ערעור על פסק דין או החלטה של הדיין, גם כשזו אינה נראית בעיניו, ועליו לבצע את הוראת בית הדין הגדול; סבר דין כי קיימת לפניו מניעה הלכתית לפעול בהתאם להוראה כאמור של בית הדין הרבני הגדול, יכתוב את נימוקיו לכך ויעביר את התיק נושא העניין לבית הדין הרבני הגדול, כדי שיחליט בדבר המשך הטיפול בתיק". הדברים בולטים במיוחד מתוך השוואה לכללי האתיקה לשופטים, התשס"ז-2007, אשר כלל 5 בו ('אי תלות') דומה דמיון לא מפתיע לכלל 5 לכללי האתיקה לדיינים ('אי תלות'), ושלושת כללי המשנה הראשונים בו הם כמעט זהים. אלא שכללי האתיקה לשופטים מסתפקים בשלושה כללי משנה, ואילו בכללי האתיקה לדיינים נוסף כלל 5(ד) האמור, המדבר בעדו. אבקש להודות לד"ר עמיחי רדזינר על שהפנה אותי למקור חשוב זה.

<sup>51</sup> שו"ת חושן האפוד, ח"ו"מ, סימן מ"ד: "...בנידון דין, שהתקינו ראשי הקהילות וקבלו עליהם שיש רשות למי שיצא חייב מבי"ד להביא תביעותיו לפני בי"ד הגדול, פשיטא דמחויב לדון... דמעיקרא אדעתא דהכי נחתי..."; שו"ת ציץ אליעזר, חט"ז, סימן ס"ז: "אולם שונה הדבר לחלוטין כאשר המדובר על בתי דין האיזוריים כאן בארץ, כי הדיינים המשמשים בקודש בבתי דינים אלה נכנסו מעיקרא למשרותיהם אדעתא דהכי, שכל אחד מבעלי הדין יוכל להגיש ערעור על פסקי הדין לפני בית דין הגדול שבירושלים. וכך בכל דיון ודיון שבא לפניו, אדעתא דהכי נחתי הן הדיינים והן התובעים והן הנתבעים, שתהא לכל אחד מבעלי הדין הזכות להגיש ערעור כזו. ומה שיצא מלפני בית הדין הגדול תהא זו הפסיקה האחרונה... ועל זה מסתמכים בפשיטות גם כל העם כאן בארצנו, וגם החרדים הקיצוניים ביותר משתמשים בזכות זאת ומגישים ערעורם לפני בית דין הגדול, ואני יודע ועד על כך".

<sup>52</sup> ראה, לדוגמה, בתיק (גדול) 064229255-22-1 פלונית נ' פלוני (פורסם ביהדין והדיין, 22, 6, 26.2.08); תיק (גדול) 008630931-21-1 פלונית נ' פלוני (פורסם ביהדין והדיין, 3, 6, 4.6.03); תיק 012213252-21-1 פלונית נ' פלוני (פורסם ביהדין והדיין, 3, 10, 14.7.02).

<sup>53</sup> ואגב, גם במוסדות בהם קיימת ערכאת ערעור, דוגמת בתי הדין הרבניים של המדינה, יכולים הצדדים להתנות על עצם קיומה של זכות הערעור ושטרות הבוררות בבתי הדין אף מעודדים זאת. ראה תקנה קל"ז לתקנות הדיון בבית הדין הרבני: "פסק דין שניתן על סמך שטר בוררות אינו ניתן לערעור אם צויין בשטר הבוררות ששני הצדדים מוותרים על זכות ערעור או שהצדדים הצהירו בפני בית הדין כי הם מוותרים על זכות הערעור", ותקנה קט"ז: "בהסכמת שני הצדדים ואחרי שוויתרו על זכות ערעור, רשאי בית הדין להוציא פסק, מבלי לפרש מאיזה טעם דין". וראה שוחטמן, סדר הדין, 45; מיכאל בריס, "שמע בין אחיכם", בית הדין לממונות – בין סמכות לבוררות, פרשת השבוע 173, דברים התשס"ד; פרשת שועלי, 547.

ערכאת הערעור יצר חזקה חלוטה ולפיה "את פסק הדין אנו תופסים כאמת"<sup>54</sup>. במקום זאת, הציב המשפט העברי דרכים אחרות אשר יפחיתו את הסיכוי לטעות בערכאה הראשונה<sup>55</sup>.

נוכח כל האמור לעיל, מאחר ומדובר בזכות שעצם קיומה מוטל בספק, ומאחר ומדובר בהוראה דיונית אשר נכפתה על בתי הדין למורת רוחם (וחלקם אף נוטים להתעלם ממנה), הרי שמדיניות של הקפדה על לוח הזמנים הקבוע בתקנות בנוגע אליה – מובנת לחלוטין, ואין בה כדי להצביע על הנהגה עקרונית בנוגע לסדרי דין. אדרבה. 'מכלל לאו אתה לומד הן'. דווקא ההקפדה על המועדים במקרה דנן, מעידה על היחס ה'רד', שמגלה בית הדין, לאיחורים בנוגע למועדים הנוגעים לזכויות שאינן מוטלות בספק.

ניתן גם לראות שבית המשפט העליון הבחין בהתנהלות חריגה של בית הדין בנושא זה. על אף הכלל הידוע שבית המשפט הגבוה לצדק איננו יושב כערכאת ערעור על החלטות בתי הדין הרבניים<sup>56</sup>, ועל אף שלכלל זה משנה תוקף בעת שעסקין בהחלטות דיוניות של בתי הדין ובעניינים פרוצדוראליים של הארכת מועדים<sup>57</sup>, הרי שבית המשפט העליון הרשה לעצמו להתערב, כאשר הקפיד בית הדין הרבני הגדול על המועדים להגשת ערעור, ולא גילה גמישות בשל נסיבותיו המיוחדות של המערער, והתייחס לכך כפגיעה מהותית בכללי הצדק הטבעי<sup>58</sup>. הדברים הולמים את טענותינו כי הקשיחות אותה מגלה בית הדין הרבני בעניין זה חריגה וייחודית, והיא נובעת מתפיסתו העקרונית של בית הדין הרבני ביחס לעצם החידוש שביכולת הערעור והרצון לצמצמו.

ראיה ליחסו העיוני של בית הדין הרבני לעצם מוסד הערעור ניתן למצוא בפסקי דין של בית הדין הרבני הגדול. כך, באחד המקרים הביא בית הדין הרבני הגדול את הצדדים להסכמה ולפיה "ביה"ד האזורי בחיפה ידון ויפסוק בכל עניני הממון שבין הצדדים, לרבות העניינים שנפסקו הן ע"י ביה"ד האזורי והן ע"י בית המשפט האזורי, ופסק הדין שינתן על ידו יהיה פסק דין סופי ללא זכות ערעור לאף אחד מהצדדים"<sup>59</sup>. כאשר הנושא נבחן בהחלטה מאוחרת של בית הדין הרבני הגדול, נמנע הרב איזירר מלהתערב בהחלטת ביה"ד הרבני האיזורי, על אף שהיה סבור שזה האחרון שגה בפסק דינו, בשל ויתורם של הצדדים על זכות הערעור. הרב מצגר הצטרף לעמדתו ההלכתית של הרב איזירר ונימק את הצורך בחסימת יכולת הערעור של הצדדים, מניעת 'סחרור של תביעות' ו'בשיקום החיים'<sup>60</sup>. בית הדין סבור כי חלק מתפקידו הוא לחסום בשלב מסוים את יכולת

<sup>54</sup> יוסף אלכסיביץ פוקרובסקי, **תולדות המשפט הרומאי** (ירושלים, התרפ"ה), 115; לוי, מהותו של ערעור, 32; יהושע ויסמן, כבוד השופט, **משפטים** י"א (התשמ"א), 7, 12.

<sup>55</sup> ראה יעקובי, שם.

<sup>56</sup> פרשת וילו'ני, 738.

<sup>57</sup> בג"צ 4260/05 **פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול** (פורסם בנבו, 14.6.05); בג"ץ 1983/05 **פינק נ' בית הדין הרבני האזורי-בתל אביב** (פורסם בנבו, 28.6.05); בג"צ 5912/06 **פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים** (פורסם בנבו, 17.9.06).

<sup>58</sup> בג"ץ 1986/06 **פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול** (פורסם בנבו, 27.5.08).

<sup>59</sup> החלטת בית הדין הרבני הגדול מיום כ"א באב התשנ"ט, המצוטטת בתיק (גדול) 3460-22-2, **פלוני נ' פלונית** (פורסם בנבו, 21.10.04).  
<sup>60</sup> שם, בפסק הדין בתיק 3460-22-2: "בצילה של המחלוקת והתסבוכת בתביעות כה מרובות, חוסה טרגדיה אנושית קשה של זוג שחיהם המשותפים הגיעו לקיצם כמעט לפני שני עשורים, אולם תחת שיקבלו החלטה מושכלת וכה מתבקשת על פירוק התא המשפחתי בדרך מכובדת הוגנת ומתחשבת, ויפנו לשיקום חייהם בדרך חדשה, נכנסו הצדדים לסחרור של תביעות הדדיות, ערעורים והתדיינות כמעט בכל ערכאה משפטית הקיימת בישראל, תוך שהם מכלים את מיטב שנותיהם, בריאותם וממונם במלחמה עיקשת רווית יצרים וכעסים שהביאתם עד הלום - מעוגנים, פגועים ומרוששים, וכשעודם מצויים בעצם כמעט בעמדת המוצא. סבורני כי חובה עלינו לשים למצב בלתי נתפס זה סוף פסוק ומוחלט, ומלבד חובתנו להביא להכרעה משפטית בעניינם הרי שגם מצוות הצלת נפשות בפנינו - כשבראש וראשונה המדובר בהצלת נפשות בני הזוג מיד עצמם". מדובר, כמובן, בהתייחסות מגוננת (שלא לומר פטרנליסטית) של בית הדין לעומדים בפניו ולשיקוליהם... ברצוני לשוב ולהדגיש את הצורך העליון לסיים פרשה עגומה וקשה זו, ללא שיהיו וללא דחיו... שני הצדדים מחוייבים לפסק הדין הסופי שיוציא בית הדין הרבני ולא יתקיים לאחרינו כל הליך נוסף".



הערעור, וזאת על מנת לשים את הפרק המשפטי מאחורי הצדדים. יובהר כי בפסיקה הישראלית ניתן למצוא פעמים רבות אמירות עקרוניות על הצורך להציב גבול לדיונים המשפטיים<sup>61</sup>, אך הדברים נכתבים, כמעט תמיד, בשאלות הסובבות את בית המשפט ואת המערכת, ובעיקר בצורך להגן על הוודאות של בעלי הדין הזוכים. הן כמעט ואינן נוגעות בסבל שממיטים הליכים בלתי פוסקים על הצדדים עצמם, מבלי קשר לשאלת הזכיה בהליך<sup>62</sup>, ככל הנראה מתוך רצון להימנע מאותו פטרנליזם.

### 33(ג). תקיפת סמכות בית הדין הרבני

ניתן לדמות את הדוגמאות שמביא שוחטמן לדוגמא נוספת, שאותה הוא איננו מביא. בית הדין הרבני מגלה דקדקנות בנוגע למועדים הקבועים בתקנות, ומסרב לגלות גמישות ולאפשר ארכות, כאשר הארכה מתבקשת על מנת לערער על סמכותו של בית הדין הרבני<sup>63</sup>, ובעיקר כאשר היא מתבקשת כחלק ממירוץ הסמכויות עם בית המשפט לענייני משפחה<sup>64</sup>. הוא מגלה גם דקדקנות בנוגע לתקנות הרלוונטיות לבית המשפט לענייני משפחה<sup>65</sup>. בית הדין הרבני, שדעתו אינה נוחה ממירוץ הסמכויות עוד מלכתחילה, ומירוץ זה נכפה עליו<sup>66</sup>, נתלה גם בהפרה של סדרי הדין על מנת להשאיר את הסמכות בידי (ואז הוא גם משתמש במינוחים של חוסר תום לב וכד'). למעשה, אי הנוחות מקורה בגישה עקרונית ולפיה דעתו של בית הדין הרבני אינה נוחה מהעברת הסמכות מדין תורה לדין הכללי. מספר פעמים אף סירב בית הדין הרבני לבטל תביעות אשר הוגשו אליו, כאשר ביטול התביעה נתבקש ע"י זה שהגיש אותה. מדובר היה במקרים בהם סבר בית הדין הרבני שמטרת הביטול אינה אלא הוצאת הסכסוך מתחת כנפיו אל כנפי בית המשפט לענייני משפחה – הוצאה לה הוא התנגד<sup>67</sup>.

<sup>61</sup> ראה, לדוגמא, בבש"א 2611/11, אריה ביטון נ' מוטי איצקוביץ (פורסם בנבו, 7.4.11); ע"א 4525/08, בתי זיקוק לנפט בע"מ נ' New Hampshire Insurance Co. (פורסם בנבו, 15.12.10); ע"א 7687/04, מרדכי ששון נ' זוהר ששון, פ"ד נט(5), 596 (2005); ע"א 9555/02, זידאן זידאן נ' ברית פיקוח לקואופרציה החקלאית העובדת בע"מ, פ"ד נט(1), 538 (2004); ע"א 3441/01, פלוני נ' פלונית, פ"ד נח(3), 1 (2004); דנ"א 2485/95, אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.7.95); בש"א 93/89, ליאוניד מנדליכט נ' מעבדות טרבינוול (ישראל) בע"מ, פ"ד מג(1), 524 (1989); ת"א (ת"א) 51917/95, כהן יחזקאל נ' עיריית תל אביב (פורסם בנבו, 21.3.07); ת"א (ת"א) 200067/02, עמירון סי.טי.אל. מימון והשקעות בע"מ נ' וולף יצחק (פורסם בנבו, 1.3.04).

<sup>62</sup> אמנם לעיתים הם מזכירים זאת, אך כהמלצה ולא כהוראה. ראה, לדוגמא, בבג"ץ 2829/03, פלונית נ' בית הדין הדרוזי לערעורים בעכו, פ"ד ס(4), 159, 194 (2006): "הנה למען הקטנה וזכרו של המנוח, ראוי שבעלי הדין ישימו קץ למלחמות שביניהם".

<sup>63</sup> וראה בשו"ת ישכיל עבדי, ח"ו, חו"מ, סימן א', שם נבקע כי לשם הקפדה על סמכותו של ביה"ד הרבני יש לחרוג גם מכללי מקום השיפוט.

<sup>64</sup> ראה, לדוגמא, פסק בית הדין הגדול בתיק 1-22-2960, י.מ. נ' י.ד. (פורסם בנבו, 5.5.04); תיק (פ"ת) 5815-24-1, פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 4.6.07), ועוד.

<sup>65</sup> תיק (נת') 4652, פלוני נ' פלונית (פורסם ביהדין והדיין, 11, 6, 20.7.05). בפסק דין זה ביה"ד גם מסביר מדוע הוא עצמו איננו נוהג לפי התקנות.

<sup>66</sup> ראה בתיק (גדול) 1-21-4280, פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 30.4.07) המבטל את תוקפן של התקנות בנוגע לבקשה ליישוב סכסוך; וראה גם את הפיכת פסק הדין ע"י ביהמ"ש העליון בבג"ץ 5918/07, פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול (פורסם בנבו, 23.6.09), תוך קביעת מבחנים של תום לב לבחינת הבקשה.

<sup>67</sup> תיק (נת') 1-53-1673, פלוני נ' אלמוני (פורסם בנבו, 2.2.06; להלן: "פרשת הלשכה לסיוע משפטי"): "במסגרת מדיניות זאת מורה הלשכה לסיוע משפטי לצד שהגיש תביעה בפני בית הדין למשוך תביעתו. ביה"ד העיר בעבר מספר פעמים בתיקים אחרים שמדיניות זו אין לה ולא כלום עם טובת הצדדים, וברוב המקרים גורמת נזק רב לשני הצדדים ע"י פיצול הדיונים בפני ערכאות שונות... לאור האמור לעיל ביה"ד קובע שהבקשה למחיקת התביעה למזונות הקטינים שהוגשה בפנינו הוגשה בחוסר תום לב וללא סיבה עניינית אמיתית שתצריך ביטול התביעה, ומשכך ביה"ד אינו נענה לבקשה למחיקת התביעה... יש לצפות שהמדינה תדע להדריך את עורכי הדין הממונים על ידה לשמור על האינטרס הציבורי. לענייננו, כוונתנו ברורה - על המדינה למנוע את הכרוך מערכאה לערכאה ולשמור על כללי נימוס וכללי הכיבוד ההדדי של הערכאות... חובה עליה שלא להרשות לממונים על ידה, להעלות תביעות או בקשות בלתי מוצדקות, ולמנוע דיוני כפל וריצות בין הערכאות". באותו מקרה גם חייב בית הדין הרבני את מדינת ישראל (כמפעילת הלשכה לסיוע משפטי) בהוצאות לטובת הנתבע. וראה גם בתיק (רח"ו) 1-22-4930, מ.א. נ' י.י. (פורסם בנבו, 26.1.04); תיק (נת') 4252, אברהם נ' אברהם, לא פורסם (ניתן ביום 14.1.04); בג"ץ 4238/03, בלה לוי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נח(1), 481 (2003); בג"ץ 3650/98, אברהם פרידמן נ' בית הדין הרבני האיזורי בירושלים (פורסם בידיניים ועוד, 14.3.99).

למרות כל אלו, אין בדוגמה זו בכדי להביא לטענה כאילו בית הדין מגלה פורמליזם ונוקשות כלפי סדרי הדין, וחריגות הנושא ברורה<sup>68</sup>.

אדרבה. ניתן אף לטעון כי לא רק שפסיקות אלו אינן מעידות על פורמליזם המאפיין את בית הדין, אלא שפסיקות אלו דווקא מעידות על התייחסות והבנה ריאליסטית חריפה מצידו של בית הדין הרבני. בית הדין מבקש להגיע למציאות בה הסמכות להכריע בסכסוך תיוותר בידי. הימנעות מהקפדה פורמליסטית על עקרונות דיוניים עשויה להביא למציאות, בה העקרונות המנחים את בתי הדין בדרך כלל - שלא לגלות דקדקנות יתירה בסדרי הדין - יישמרו, ואולם התיק לא ידון כלל לפי דין התורה. בהינתן מציאות מעין זו, העדיפו בתי הדין להקפיד ולדקדק בכללים הדיוניים, ולמנוע בכל דרך את הוצאת סמכות השיפוט מידיהם. בדומה לכך, אך מהכיוון ההפוך, ניתן להדגים את יחסו הסלחני של בית הדין הרבני לפסקי דין שאינם מנומקים בניגוד להוראות תקנות הדיון הרבני<sup>69</sup> (וזאת, ככל הנראה, בשל העובדה שחובת ההנמקה היא חידוש הלכתי, כאשר בעבר ההנמקה היתה ניתנת רק לפי דרישת בעלי הדין<sup>70</sup>).

### ב3(ד). הצעת פשר

אך כפי שהערנו לעיל, אני מבקש לתהות האם בכלל קיים הבדל בין שוחטמן לעמדה האנטי פורמליסטית, שתוצג להלן. הדברים רמוזים גם בהמשך דבריו של שוחטמן<sup>71</sup>, שם הוא עומד על כך שההקפדה על הכללים אותם הזכיר, "מקורה במגמה להבטיח את קיומו של משפט הוגן, אשר בסיומו יהיה בידי בית הדין לפסוק דין אמת". הוא גם אומר שיש לבחון כל כלל לגופו – "אם שמירה קפדנית על הכלל נועדה להבטיח דין אמת, אין לסטות ממנו אלא במקרים יוצאי דופן... מאידך גיסא, במקום ששמירה קפדנית על הכלל עלולה להביא לידי כך שבית הדין לא יפסוק דין אמת, יש לאפשר חריגה מן הכלל. תפקידו של בית הדין הוא לדון דין אמת, וכל כללי סדר הדין לא נועדו אלא להבטיח שתושג מטרה זו".

לאמירות אלו **אנו מסכימים בלב שלם**, ודווקא בגלל זה נראה שהאמת עם הטוענים כי סדרי הדין במשפט העברי הם אנטי-פורמליסטיים לחלוטין. ישנם כללים **בוודים** (בעיקר כאשר הדיון מתנהל בהיעדרו של אחד מבעלי הדין), אשר בהם היכולת להוציא דין אמת נפגעת כתוצאה מהפרת הכללים, ובמקרה זה תהיה הקפדה על הכללים. אלו הם, למעשה, הכללים המכונים במשפט הישראלי "כללי הצדק הטבעי". הקפדה תהיה גם

<sup>68</sup> דוגמא נוספת ניתן להביא מהחלטה בה דחה ביה"ד הרבני הגדול פה-אחד בהרכב של שבעה שופטים בקשת ארכה. שם מדובר היה בבקשה שהגיש גוף להיות מוכר כגוף המכשיר טוענים רבניים לטיעון בפני בית הדין. הבקשה נדחתה לאחר שהתברר כי המכללה חשודה בתרמיות מרובות, ולאחר שהתברר שלאורך כל הדרך "הכשילה המכללה את עבודתה של ועדת הבדיקה, ולא השיבה לשאלות שהופנו אליה. עקב כך לא ניתן היה להיווכח אם אכן מקיימת המכללה לימודים סדירים, אם תכניות הלימודים אכן מיושמות הלכה למעשה, ואם תכניות אלו עונות אחר הקריטריונים, שנקבעו על ידי בית הדין הגדול, להכרה במוסד חינוכי". ראה בתיק (גדול) 1-64-900030836, **מכללת חושן – מרכז להלכה ולמשפט עברי** (פורסם בנבו, 5.8.03). כאמור, אין מדובר בהקפדה יתירה של בית הדין הגדול על סדרי הדין ועל המועדים, אלא בניסיון לשים קץ לטענות סרק של בעל דין חסר תום לב, המבקש לנצל לרעה את ההליך בפני בית הדין.

<sup>69</sup> לפירוט נרחב ראה אבנר חי שאקי, 'קוי-יחוד בסדרי הדין הרבניים ובגישת הדיוניים לטיעון פורמליסטי – לאור פסיקת בתי הדין הרבניים בישראל', **ספר סנהדראי** (תל אביב-התשל"ב), 275 (להלן: "שאקי, קוי-יחוד"), 285-290; דרנס, חוסר פורמליזם, ע"ה-צ"ג (שאקי ודרנס מביאים, אמנם, את הדברים כראיה לחוסר הפורמליזם של ביה"ד הרבני, אך, לעני"ד, מדובר גם פה בסוגיה חריגה, ואת גישתו העקרונית של ביה"ד הרבני יש לבחון דווקא בסוגיות עקרוניות בהן עומדים זה מול זה המהות והפרוצדורה).

<sup>70</sup> לסיכום הסוגיה ראה שוחטמן, חובת ההנמקה.

<sup>71</sup> שוחטמן, סדר הדין, 8; שוחטמן, סדר, 10.

במקרים בהם הכלל מעניק זכות חריגה, לפנים משורת הדין, וממילא מתן זכות זו מעבר לסף המינימום הנדרש, תפגע באמת ובצדק.

הבחנה זו מצויה הלכה למעשה גם בפסק הדין של בית הדין הרבני הגדול<sup>72</sup>, בו נדונה שאלת הסכמת הצדדים לוותר על זכות הערעור על החלטת בית הדין האיזורי, כאשר הרב מצגר מדגיש כי הצדדים הסכימו לה, "ולפיכך יש לראותה כהחלטה חלוטה על כל המשתמע מכך. עם זאת, יש לסייגה וליתן לה את הפירוש המצמצם האפשרי, לפיו רק ערעור על תוכנו ומהותו של פסק הדין של ביה"ד בחיפה לא ישמע, אולם **לא נסגרה דלתו של בית הדין הגדול בפני מי מן הצדדים שיחפוץ לערור כנגד פגמים שבנוהל** או כנגד סטייה מגופו של ההסדר אותו קבע בית הדין... נאמנים לשיטתנו זאת, מעורבותנו בהחלטות בית הדין תתמקד בעניינים שבנוהל...".

מובן שאלו הם חריגים בודדים, והכלל הוא שאי הקפדה מצד מי מבעלי הדין על כללי הדיון הפרוצדוראליים תיענה בסלחנות מובהקת מצד בית הדין, כחלק ממגמתו להוציא דין אמת לאמיתו, וכפי שנראה להלן. עמדה זו הולמת גם את דבריו של שוחטמן עצמו, תוך עיסוקו בסוגיה של סתירת הדין במשפט העברי:

"במשפט העברי, גובר אפוא השיקול של הצורך לדון דין אמת בין הצדדים, על כל שיקול אחר"<sup>73</sup>.

הדברים נכונים בייחוד מתוך מבט מעמיק לכללים הפרוצדוראליים. עיון בתקנות סדר הדין האזרחי בישראל מעלה שמתוך למעלה מ-650 תקנות, ישנן תקנות בודדות ביותר שתוקנו בכדי להגן על כללי הצדק הטבעי. רובן של התקנות נועדו כדי ליצור סדר במערכת, ולהגן על ערכים דוגמת יעילות ויציבות מצד אחד, ובכדי לאפשר את חשיפת האמת בהליך המשפטי מהצד השני. כאשר המאזניים נעות בין שתי כפות אלו, נראה שגם שוחטמן מסכים כי 'כף האמת' תכריע, ללא ספק, את 'כף הסדר', היעילות והיציבות.

### ב3(ה). בין שוחטמן לרובינשטיין ושופטים נוספים

משהגענו למסקנה אליה הגענו - ולפיה גם שוחטמן מקבל, כעיקרון, את התפיסה ולפיה השיטה מיועדת להבטיח את גילוי האמת, וכי בכל מקום ששמירה קפדנית על הכלל הדיוני עלולה להביא לפסיקה שאינה קולעת לדין אמת, יש לאפשר חריגה מן הכלל. שכן "**תפקידו של בית הדין הוא לדון דין אמת, וכל כללי סדר הדין לא נועדו אלא להבטיח שתושג מטרה זו**" – הרי שיש לבחון את הדרך בה נותחו דבריו אלה של שוחטמן ע"י אחרים, ובעיקר ע"י שופטים אשר ביקשו ליישם את הדברים הלכה למעשה בפסקי דין שנתנו.

כך, לדוגמא, ניתח השופט רובינשטיין את דבריו של שוחטמן ואת עמדת המשפט העברי, וקבע כי הדימוי הרווח - על עמדה פורמליסטית של המשפט הישראלי לעומת דבקות "בידין אמת" שמעבר לפורמליות" של המשפט העברי - על אף ש"אינו נטול ממשות", הינו "דימוי מופרז במידה רבה"<sup>74</sup>, שכן כיום "מתקרבים הרחוקים-

<sup>72</sup> תיק (גדול) 2-22-3460, פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 21.10.04) בחוות דעתו של הרב מצגר.

<sup>73</sup> שוחטמן, סדר הדין, 424; וראה גם שוחטמן, סדר, ח"ג, 1297.

<sup>74</sup> מובא אצל שוחטמן, סדר, ט"ז. עם זאת, יש להבחין בעובדה שמדובר בדברי ברכה שכתב השופט רובינשטיין לפרופ' שוחטמן לכבוד ספרו, ולא בשיטה סדורה אותה ביקש השופט רובינשטיין לפתח, ממילא יכולת הניתוח של הדברים מוגבלת.

לכאורה, והכל מודים כי יש צורך בסדרי דין... ויש צורך לקיימם", ומשום ש"גם ההלכה אינה מתעלמת מן הצורך בהקפדה על סדרי הדין"<sup>75</sup>.

כחלק מגישה זו, ניתן למצוא מספר מקומות בהם החמיר השופט רובינשטיין עם מי שהפר את הכללים הדיוניים, ומנע את בירורה המהותי של התביעה ואת גילוי האמת כ"קנס" על מחדליו הדיוניים של בעל הדין. בעיקר מדובר במקרים בהם איחרו בעלי הדין מלפעול בהתאם למועדים הקבועים בתקנות ולהחלטות בית המשפט<sup>76</sup>. יצוין, כי לעיתים אף הביע השופט רובינשטיין עמדה מחמירה יותר מזו שהביעו חבריו להרכב<sup>77</sup>. מקרה אשר ייטיב להציג את הקושי בסוגיה זו, הוא זה שהתעורר בפרשת וינשטיין<sup>78</sup>. בנק הפועלים הגיש תביעה בסדר דין מקוצר נגד גב' וינשטיין, בגין חוב שהצטבר בחשבון בנק. גב' וינשטיין הגישה בקשת רשות להתגונן וטענה כי החשבון אינו שלה אלא של חברה בייסוד, אך לא התייצבה לחקירה על תצהירה. כתוצאה מכך, בקשת הרשות להתגונן נדחתה, והבנק קיבל פסק דין לטובתו. כמה שנים לאחר מכן תבעה גב' וינשטיין את הבנק בגין הנזקים שנגרמו לה בשל חיובה בחוב, על אף, שלטענתה, היא כלל לא היתה בעלי החשבון. ביהמ"ש המחוזי קיבל את התביעה בחלקה, ודחה את טענת הבנק להשתק פלוגתא. ובית המשפט העליון דן בשאלה האם פסק הדין שניתן בסדר הדין המקוצר מהווה מעשה בית דין לעניין הבעלות בחשבון והחיוב לפיו. מדובר במקרה חריג בו התעוררה טענת סופיות הדיון וטענת מעשה בית הדין לגבי פסק הדין הראשון, כאשר קיימת בינתיים הכרעה הפוכה לגופה של הסוגיה. וכפי שעמד על כך השופט רובינשטיין: "המקרה שלפנינו אינו פשוט. מתחרים בו שני פסקי דין - האחד (בהתדיינות השניה) מפורט ומנומק, מקבל (בהיקף מסוים) את עמדת המערער לגופה; השני (בהתדיינות הראשונה) - ניתן בהעדר הגנה ובו מסקנה הפוכה. אכן, **תחושת צדק אינטואיטיבית אומרת על פניה, כי פסק דין המברר את הסוגיה לגופה עדיף. ומקרה זה קשה במיוחד, כיון שבניגוד לתיקים "רגילים", בהם התשובה לשאלה 'מה היה קורה אילו היה התיק מתברר לגופו?' לוטה בערפל, במקרה שלפנינו - עקב דחיית טענת ההשתק - ניתנה תשובה בפסיקה בהתדיינות השניה. ער אני גם לחדותה של התוצאה של קביעת מעשה בית דין בכגון דא, הדומה במובן מסוים לדחיה על הסף, הכרעה המחייבת זהירות רבה, אל מול שתי כפותיהם של מאזני הצדק"**<sup>79</sup>.

<sup>75</sup> ש.ם.

<sup>76</sup> ראה ע"א 9598/07, **ניקול עמר-פלצר נ' SAMUEL-ROZENBAUM DIAMONDS 1992 CO LTD** (פורסם בנבו, 4.2.10): "חברי הטעים את חשיבותם של סדרי דין. אמת, מהות היא עיקר, אך גם להפרות דיוניות הכרח להציב גבולות, ובמקרה דנא דומה כי גדשה הסאה. נזדמן לי לומר בעבר ש"ברי כי החלטות בית המשפט אינן תכנית כבקשתך ואינן המלצה. הן עומדות לקיום".... גם המשפט העברי, שבו הבכורה בבירור לדין המהותי על פני סדרי הדין... מצא דרכים לסנקציות כנגד הפרות דיוניות (ראו תקנה ק"א לתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בישראל, תשנ"ג, המאפשרת בירור תביעה בהיעדר הופעת הנתבע)... אכן, לא אחת מבקש הצדק למחול - ולוא גם על-ידי פסיקת הוצאות - על מחדלים דיוניים לטובת הכרעה מהותית. אך הצטברותם של מחדלים כאלה, וזילות בית המשפט המצטרפת לכך, מטה את הכף בנידון דידך"; ע"א 2328/07, **יורם גיל נ' עו"ד אביחי דרזנר** (פורסם בנבו, 3.5.09); בע"מ 4808/04, **פלונית נ' פלוני**, פ"ד נט(3), 132 (2004); רע"א 1345/13, **סאמי סעאידה נ' אסיל חברה להובלות סחר ועצים בע"מ** (פורסם בנבו, 5.3.13; להלן: "פרשת סעאידה"); "הנושאים הללו מטעימים את חשיבותה של התנהלות דיונית נכונה. גם אם אין הפרוצדורה חזות הכל ו"מיטת סדום", כבטיוו של השופט ברנזון... אין היא עניין של מה בכך. חשיבותה בהיותה מציבה את הדברים בסדר המאפשר הגינות כלפי כולי עלמא... על כן טענות שאינן מועלות עלולות ככלל, גם אם יהיו לכך חריגים, למלא תפקיד בחריצת גורלה של תביעה".

<sup>77</sup> ראה, לדוגמא, ע"א 8493/06, **עייזבון המנוח ציון כהן נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 17.10.10).

<sup>78</sup> רע"א 2237/06, **בנק הפועלים בע"מ נ' רלה וינשטיין** (פורסם בנבו, 8.3.09; להלן: "פרשת וינשטיין").

<sup>79</sup> פיסקה חי לפסק דינו.

לא נפרוט פה את ההלכה שנקבעה באותו פסק דין. בקצרה יאמר כי השופט נאור סברה כי פסק הדין הראשון יוצר השתק פלוגתא, ובנוסף הוא יוצר מניעות מהגשת התביעה השניה ע"י הגב' וינשטיין<sup>80</sup>. לעמדה זו הצטרף גם השופט רובינשטיין. השופט מלצר הצטרף למסקנה, אך קיבל רק את טענת המניעות ולא את טענת השתק הפלוגתא. הוא סבר שישנם שיקולים משפטיים כבדי משקל שלא להורות על השתק פלוגתא במקרה מעין זה, והראה כי אלו הם פני הדברים גם באנגליה, קנדה ובחלק ממדינות ארה"ב<sup>81</sup>.

לענייננו חשובה נקודה אחרת. השופט רובינשטיין ביקש להסמיך את דבריו על המשפט העברי, ובו הוא מצא "ביסוס עיוני לגישה זו - גם ללא הידרשות לדוקטרינה של מעשה בית דין, או ליצירת מניעות שיפוטית כאמור"<sup>82</sup>. בתחילה, אמנם, מזכיר רובינשטיין את החתירה לאמת הרווחת במשפט העברי:

"ככלל נרתע המשפט העברי מחסימת בירור תביעה בטענת מעשה בית דין: "כי מטרת משפט התורה ומגמתו היא שיהיה פסק הדין אמת לאמתו, אמת לפי הטענות והבירורים שהיו לפני בית הדין; לאמתו אמת בתוצאות... ועל כן לפי משפט התורה אין לסתום את הפתח ולהיאחז בטענת קם דינא ובמעשה בית-דין עד שאין להרהר אחריו"<sup>83</sup>.

עם זאת, השופט רובינשטיין מוצא חריג, אשר ממנו הוא לומד על גישת המשפט העברי, ורואה בו, כאמור, "ביסוס עיוני" ליצירת השתק ומניעות במקרה דנא:

ברם, על אף החתירה לתוצאה שהיא "אמת לאמתו", ועל אף ההתנכרות לדוקטרינת "מעשה בית דין"... אין המשפט העברי (בהסתמך על תשובת הריב"ש (ר' יצחק בר ששת, אלג'יר, המאות י"ד-ט"ו), סימן רכז) מאפשר לדיין לפסוק סעד שלא נתבקש על ידי התובע... ההנחה היא, שבעל דין המודע לזכותו אך אינו תובע אותה בפירוש מוחל עליה - ומחילה זו, לפי הדין המהותי, משמעה ויתור על הזכות... ביסוד הדברים עומדת הנחה מהותית, כי בעל דין שבחר שלא לתבוע זכות מסוימת מוחל עליה - באופן שפסיקתה על ידי בית הדין עולה כדי טעות בזיהוי הזכויות המהותיות"<sup>84</sup>.

והוא אף מוסיף על כך ומסיק מסוגית ה'מחילה' על סעד שלא נתבקש לכלל ידני היעילות:

"אוסף, כי ניתן לראות בדברים אלה פן נוסף של המאמץ ליצור דרך הוגנת לבירור סכסוכים. היא מי שיכנה אותה "כלי יעיל לבירור סכסוכים"... אך לדידי יש לכך גם מימד ערכי של צדק דיוני... ודוק: ניתן לדבוק בצדק דיוני, שכן שני צדדים הם למשפט, וההגנות מחויבת כלפי שניהם. בשעתו כתב השופט עציוני - אל מול דבריו הנודעים של השופט ברנזון בהלכת

<sup>80</sup> ראה פסקאות 21-22 לפסק דינה: "בענייננו, פסק הדין שניתן לטובת הבנק בהתדיינות הראשונה הכריע בפלוגתא העיקרית שהיתה נושא ההתדיינות בין וינשטיין ובין הבנק. אין לפרשו אלא כקביעה, כי וינשטיין חבה על פי החשבון שבבעלותה. פסק דין זה מונע מוינשטיין לשוב ולהעלות בהתדיינות השניה טענות החותרות תחת ההכרעה בפלוגתא זו תוך ניסיון לאיין את תוצאות פסק הדין, כפי שניסתה לעשות... אם חבריי הנכבדים להרכב לא יסברו כמוני כי מתקיים בענייננו השתק פלוגתא אציע להם לילך בדרך אחרת שתוביל לתוצאה זהה ועניינה קביעה כי נתבע חייב להתגונן מפני תביעה שמוגשת נגדו במסלול שקבע החוק לכך, ואם לא עשה כן, הרי שהוא מנוע מלהעלות את טענותיו במסלול אחר".

בקשה לקיום דיון נוסף על ההלכה שנקבעה בפסק דין זה נדחתה בדנ"א 2699/09, רלה וינשטיין נ' בנק הפועלים בע"מ (פורסם בבנו, 30.8.09).

<sup>81</sup> ראה פסקאות 3-4 לפסק דינו. כן ראה 894, Civil Procedure (New York, 1994), Larry L. Teply & Ralph V. Whitten, New Brunswick Rail Co. v. British and French Trust Corporation [1938] 4 All E.R., 747.

<sup>82</sup> פסקה ד' לפסק דינו.

<sup>83</sup> פסקה ד' לפסק דינו. תוך שהוא מזכיר את דברי רבי חייא בר רב מדפתי על כך ש"כל דיין שדן דין אמת לאמתו אפילו שעה אחת מעלה עליו הכתוב כאילו נעשה שותף לקדוש ברוך הוא במעשה בראשית".

<sup>84</sup> שם, פסקה ה'.

ששון... כי הפרוצדורה אינה "מיטת סדום" - כהאי לישראל: "אמנם אין הפרוצדורה מיטת סדום, אך גם מזרן סתם אין היא, שאתה מקפלו וזורקו ממקום למקום"..."<sup>85</sup>.

הדברים אינם מצויים רק בפסקי דינו, והתיאוריה מופיעה גם במאמר שכתב רובינשטיין:

"אכן, יש המקלים ראש במידת מה בסדרי הדין מתוך תפיסת עולם שלפיה מסגרות 'פורמליסטיות' מכבידות על עשיית הצדק. אך הצדק צריך להיעשות לכל הצדדים, לא רק למי שסדרי הדין אינם נוחים לו, וסדרי הדין הם המרכבה לכך. המקל ראש בהם טועה. אכן, אולי אין הם במהותם משוש כל לב ואין בהם ניחוח של שיח הרבים... בבוא רש"י לאפיין את המשפט (בדונו בחושן המשפט שעל לב הכהן הגדול, שמות כ"ח, ט"ו - א"ר), מזכיר הוא את סדרי הדין: "שהמשפט משמש ג' לשונות, דברי טענות בעלי הדין, וגמר הדין ועונש הדין", קרי, למשפט שלבים סדורים, ומנהגו מנהג של שופי"<sup>86</sup>.

כפי שהבהרנו כבר, אנו סבורים כי עמדת המשפט העברי בסוגיה ליברלית בהרבה, וזוהי אף אינה עמדתו של שוחטמן, ואולם בדברים אלו של רובינשטיין ובדוגמא אותה הביא בפסק דינו ניתן, לענ"ד, למצוא שלושה קשיים שונים:

- הקושי הראשון נעוץ בעצם הדוגמא. גם אם בסוגיה של פסיקת סעד שלא נתבקש היה המשפט העברי מגלה נוקשות עד אין קץ (וכאמור להלן – לא היא), הרי שכלל לא ברור כיצד ניתן להסיק מנוקשות בסוגיה מסוימת לנוקשות בסוגיה אחרת. בייחוד נכונים הדברים כאשר השופט רובינשטיין עצמו מזכיר "התנכרות לדוקטרינת "מעשה בית דין"<sup>87</sup>.
- הקושי השני נעוץ בעובדה שעיון בכללים ה'נוקשים' הנוגעים להיקף הסעד הנתבע, מעלה ש'נוקשות' זו נגזרת דווקא מהגמישות המרובה בכללי מעשה בית דין. במילים אחרות, מאחר והמשפט העברי איננו מכיר בכללי 'מעשה בית דין', הרי שגם במקרה שבו לא תתקבל התביעה בהיקף הראוי, אלא רק בהתאם לסעד המבוקש, התובע תמיד יוכל לשוב ולתבוע<sup>87</sup>. ברור, אם כן, שלא ניתן להשתמש בכלל זה כראיה כנגד מגמת גילוי האמת ושליטת סופיות הדיון. אם כבר, מדובר בראיה להיפוך.
- הקושי השלישי הינו שגם בכללים לגבי סעד שלא נתבקש, הרי שעל אף הניסוח ה'נוקשה' יחסית של הדין ע"י הרמ"א, הרי שהאחרונים סייגו את ההלכה בסייגים רבים (שינותחו להלן), עד שבפועל גם הכללים בנושא זה גמישים מאד, ושורה עליהם המטרה הכללית של בתי הדין – להוציא דין אמת לאמיתו. על מנת לעמוד עוד על הקושי בדבריו ניתן לפנות אל מקור משפטי נוסף אליו מפנה השופט רובינשטיין. הכוונה לפסק דין של השופט סולברג בפרשת צימרמן, בו הוא כותב כי "דעת לנבון נקל, כי סופיות הדיון איננה 'לעומתית' לצדק. התדיינות שאינה פוסקת, היא-היא היוצרת עיוות, מבוכה ועוול. דרך הכלל היא, כי סופיות

<sup>85</sup> שם, פסקאות ו-ז.

<sup>86</sup> רובינשטיין, על דין אמת, 9.

<sup>87</sup> הרב משה שלום שור, בענין תובע שתבע פחות מהמגיע לו באמת, בית אהרן וישראל 90 (התש"ס), ע"ב (להלן: "שור, בענין תובע"), ע"ו.

הדיון משרתת את הצדק. היוצא מן הכלל הוא, מצב שבו סופיות הדיון גורעת מן הצדק<sup>88</sup>. אלא שציטוט זה איננו הולם את המקרה עליו מדבר השופט רובינשטיין וזאת בשני מובנים. ראשית, השופט סולברג הדגיש כי מבחינתו ישנו מצב "יוצא מן הכלל", מצב בו "סופיות הדיון גורעת מן הצדק". נדמה שהמצב בפרשת וינשטיין הוא בדיוק המצב הזה. לנוכח ההכרעה לגופה של התביעה שהגישה הגב' וינשטיין בבית המשפט המחוזי, הרי שבית המשפט העליון ידע כבר שההגנה על סופיות הדיון למען הצדק הדיוני פוגעת במקרה הזה בהגעה אל האמת, והיא כמעט מבטיחה הגעה לפיתרון בלתי אמיתי. לעומת זאת בפרשת צימרמן בוחן השופט סולברג את הטענות שהועלו, וקבע שהראיות החדשות שהוצגו כלל אינן חדשות, וכי ניתן היה להגיע אליהן בשקידה ראויה. לכן סבר השופט סולברג שבאותו מקרה אין מדובר ב"יוצא מן הכלל".

שנית, על אף שהוא מזכיר בקצרה את עמדת המשפט העברי<sup>89</sup>, השופט סולברג מדגיש בפסק דינו כי הוא איננו פוסק בהתאם למשפט העברי. אדרבה, הוא כותב כי "ברי, עם זאת, כי אילו דנו על-פי המשפט העברי היינו מסירים מספר מכשולים מדרכה של ידיעות תקשורת בע"מ, בהבאת הראיות החדשות"<sup>90</sup>. מובן שבפסיקה שלא ע"פ המשפט העברי יש מקום לתת משקל רב הרבה יותר לערכים של צדק דיוני. הקושי הוא בהסתמכות על המשפט העברי לשם פגיעה באיתור האמת<sup>91</sup>.

יצוין שפעמים רבות גילה השופט רובינשטיין ליברליות וגמישות בעניינים דיוניים, בדרך שהולמת את העמדה של המשפט העברי<sup>92</sup>. בדברינו רק ביקשנו להצביע על כך שהסקה מדברי שוחטמן על גישת ביניים של המשפט העברי ביחס למפר הכללים הדיוניים – אינה נכונה.

בדרך דומה ניתן לנתח את אחד מפסקי הדין של השופט פינשטיין. כך, באחד מפסקי דינו הסיק השופט פינשטיין מדבריו של שוחטמן כי גם ע"פ המשפט העברי לעיתים יש לגלות נוקשות במקרה של אי עמידה בלוח

<sup>88</sup> ת"א (י-0) 4582/03, **ידיעות תקשורת בע"מ נ' פרופ' משה צימרמן** (פורסם בנבו, 24.2.04). פסק דין זה צוטט ע"י השופט רובינשטיין גם ברע"א 194/07, **בני פור נ' המועצה המקומית פרדס חנה כרכור** (פורסם בנבו, 6.3.07).

<sup>89</sup> פסקה 23 לפסק דינו: "בי"כ המלומדים של ידיעות תקשורת בע"מ הכבירו מילים על צדק. אכן, מקובלנו מקדמת דנא כי אמת ויציב, אמת עדיף. למשפט העברי עמדה שונה בתכלית מזו של המשפט הישראלי. בהיותו משפט דתי, מטיל המשפט העברי חובה על הדיין לדון דין אמת [ראו: א' שוחטמן, סדר הדין לאור מקורות המשפט העברי (תשמ"ח-1998) 423-441]. החובה לדון דין אמת גוברת על כל שיקול אחר, בכלל זה על עקרון סופיות-הדיון. במשנה (סנהדרין ג, ח) נקבע הכלל: "כל זמן שמביא ראיה - סותר את הדין". בהמשך המשנה, מחלוקת אם ראוי בית הדין להגביל את משך הזמן שבו ניתן להביא ראיות לשם סתירת הדין: "אמרו לו: 'כל ראיות שיש לך הבא מכאן עד שלושים יום', מ'צא בתוך שלושים יום - סותר; לאחר שלושים יום - אינו סותר. אמר רבן שמעון בן גמליאל: 'מה יעשה זה שלא מצא בתוך שלושים ומצא לאחר שלושים?'" במחלוקת זו נפסקה הלכה בשולחן-ערוך (חושן משפט כ, א) כדעתו של רבן שמעון בן גמליאל: "מי שנתחייב בבית דין והביא עדים וראיה לזכותו - סותר את הדין וחוזר אף על-פי שכבר נגמר, ואפילו אם פרע כבר, כל זמן שהוא מביא ראיה, סותר. אמרו לו הדיינים: 'כל ראיות שיש לך הבא מכאן ועד שלושים יום' - אף על-פי שהביא ראיה לאחר שלושים יום, סותר את הדין, שאם לא כן, מה יעשה אם לא מצא בתוך שלושים יום ומצא לאחר שלושים יום?!" אין זה המקום להאריך בפרטי דיני סתירת הדין שבמשפט העברי (החפץ, ימצאם בחיבורו הנ"ל של פרופ' א' שוחטמן). עיון נרחב בסוגיה זו ייערך להלן.

<sup>90</sup> שם.

<sup>91</sup> יצוין כי לאחר מינויו לבית המשפט העליון ישב השופט סולברג בתיק רע"א 8973/10, **בנק אוצר החייל בע"מ נ' גולייט בן ברוך** (פורסם בנבו, 23.7.12), בו נדונה שאלה הדומה עד מאד לשאלה שעלתה בפרשת וינשטיין, אך בה טרם נדון התיק לגופו בערכאה הדיונית, והערעור בבית המשפט העליון עסק בשאלת 'מעשה בית הדין', כאשר לא קיים כל מידע המסייע להנחה כי ההכרעה הקודמת שגויה. השופט סולברג קיבל באותו ערעור את העמדה כי קיים מעשה בית דין וכי יש לדחות את התביעה על הסף. יודגש, כי באותו מקרה שני ההבדלים בין עמדתו של רובינשטיין לעמדתו של סולברג עליהם עמדנו, באו לידי ביטוי. ראשית, באותו מקרה לא היה כל רמז לאמת מיוחדת בטענות התביעה, ושנית, השופט סולברג לא תלה את עמדתו בהלכות המשפט העברי.

<sup>92</sup> ראה, לדוגמה, ברע"א 1119/05, **גולדסיל בע"מ נ' ביליה רוברט - נכסים ובניין בע"מ** (פורסם בנבו, 27.2.05); להלן: "פרשת גולדסיל(י)": "אכן, ביטול פסק דין בהעדר הגנה, גם אם ניתן אותו פסק דין כדיון, על פניו מותר טעם שלא מוצה, מה שאולי ראוי היה שיתמצה בגלל טעם פרוצדורלי. בתי משפט מעדיפים לעסוק במהות, ככל הניתן, ולפצות בהוצאות ובערובה על אי נוחות שנגרמה. כך, מן הסתם, גם בענייננו. השאיפה הבסיסית היא, כי "יישמע הצד האחר"... כך גם - בהיקש - במשפט העברי. אסור לדיין לשמוע דברי אחד מבעלי דינין קודם שיבוא חברו, או שלא בפניו (רמב"ם, שופטים, סנהדרין, כ"א, ז'). ומשניתן איפוא לכפר בהוצאות על הטרחה, מנסים לעשות כן"; רע"א 3522/10, **גני עינב (בניה מעולה) בע"מ נ' יאיר בן דוד** (פורסם בנבו, 6.3.12).

הזמנים הקבוע בתקנות<sup>93</sup>. לאור דברינו עד כאן, ברור שככל שלא היה מדובר במקרה של פגיעה בגילוי האמת – אין מקום למסקנה זו.

#### **4.2. סיכום גישות אלה**

לסיכום פרק זה נדגיש כי לא מצינו, ולו שיטה אחת, הסבורה כי היחס לכללי הדיון במשפט העברי הוא פורמליסטי. הראינו את שיטתם של שלושה חוקרים הסבורים כי כללי המשפט העברי מגלים, לעיתים, נטיות פורמליסטיות. עם זאת, הראינו כי שלושת החוקרים אינם מדברים בקול אחיד. פלק מביע, אכן, עמדת ביניים, אך זו אינה נקיה מספיקות. אלון הביע עמדה דומה, אך ייתכן שבסופו של דבר הביע עמדה גמישה יותר, וגם לעמדה זו יש עדויות בפסיקתו. שוחטמן ביקר, אמנם, את חלקם של המאמרים שיוצגו להלן, הסבורים כי היחס לכללי הדיון הוא אנטי פורמליסטי, ואולם עיון בדבריו מראה שגם הוא מקבל את העיקרון האנטי-פורמליסטי, ככלל, והוא אך מצביע על חריגות, כך שזוהי, ככל הנראה, מחלוקת על הכמות ולא על האיכות.

#### **ג. העמדה שכללי הדיון הם אנטי-פורמליסטיים**

מכאן נעבור לסקירת העמדות שהובעו במחקר, ולפיהן המשפט העברי דוגל בקו אנטי-פורמליסטי מובהק, ומעודד גמישות כלפי מפר הכללים<sup>94</sup>. אבהיר כבר כעת כי איני מבקש למנות כאן את מי שסבור כי במשפט העברי הדיון המשפטי בכללו הוא אנטי-פורמליסטי, וסטייה מן הדין עשויה להיות עניין שבשיגרה<sup>95</sup>. אנו מבקשים לבחון דווקא את היחס לכללי הדיון.

אחד החוקרים הראשוניים אשר הביע עמדה, שהשיטה במשפט העברי עומדת בקצה סקאלת הגמישות, ובייחוד ביחס לשיטות בהן הפורמליזם מגלה הגמוניה בסדרי הדין, היה קירש<sup>96</sup>. הוא סבר כי השיטה במשפט העברי הינה "חופש גמור בניסוח טענות, היעדר פורמאליות ויחס ער בין בית הדין ובין הצדדים לדין, יחס שכולו מכוון למטרה אחת: מיצוי דין אמת לאמיתו"<sup>97</sup>. על **הראיות** המובאות ע"י קירש, וע"י החוקרים הבאים אחריו, נעמוד בהרחבה להלן. עם זאת, קירש טוען כי לאי הפורמליזם של המשפט העברי ישנם שני **מקורות** בולטים, הקודמים בהרבה להלכות ולכללים הדיוניים של המשפט העברי (כאשר מקורות אלו יכולים להיחשב גם כנימוקים לשיטה). נעיר, כי לאחר דברים אלו, הוא מדגים את דבריו בהלכות ספציפיות.

● המקור האחד אותו הוא מציין, המקור ההיסטורי, טמון בעובדה שבמשפט העברי ההכרעה המשפטית הינה יסוד מוסד בהיסטוריה של עם ישראל. זאת לעומת שיטות משפט דוגמת המשפט הרומאי, אשר בהן ההכרעה

<sup>93</sup> ת"א (רח"ו) 3654/02, MARKO BAIO נ' אובניט גיאומטריות בע"מ (פורסם בנבו, 19.10.07; להלן: "פרשת MARKO BAIO"), שם נאמר בנוגע להבאת ראיות התובע באיחור: "מתברר כי למרות הליברליות של המשפט העברי בענייני פרוצדורה, בעיקר כאשר נושא הצדק ניצב לדיון, עדיין אין פריצת גבולות טוטלית ו-"לא הכל מותר".

<sup>94</sup> מדובר רק בכותבים העיקריים, והכלל העקרוני מופיע אצל כותבים נוספים. כמו כן, ובהתאם לאמור לעיל, אני סבור כי גם את שוחטמן יש למנות בין התומכים בגישה זו.

<sup>95</sup> לעניין זה ראה, לדוגמה, אצל: Hanina Ben-Menahem, 'Judicial Deviation in Talmudic Law: Governed by Men, Not by Rules', Chur, Switzerland: Harwood Academic Publishers, 1991; חנינה בן מנחם, יחס התלמוד הירושלמי והתלמוד הבבלי לסטיית שופט מן הדין, **שנתון המשפט העברי** ח' (התשמ"א), 113.

<sup>96</sup> קירש, למהות הפרוצס.

<sup>97</sup> קירש, שם, 131.



המשפטית באה על רקע מציאות, שבה היתה ההכרעה בסכסוכים מתבצעת בדרכים כוחניות, והכלל השליט היה "כל דאלים - גבר"<sup>98</sup>. במציאות מעין זו, הותרה המערכת המשפטית פורמליות מרובה, המהווה דרמטיזציה מובהקת של ההיאבקות הפיזית, באמצעותה הוכרע גורל הסכסוך<sup>99</sup>. ביעדן החדש, קובעת השיטה, עולה הסכסוך אל פני השופט באמצעות הכללים הפורמליים המייצגים את המאבק, ואז קוטע השופט את המאבק הפיסי לכאורה, ומכריע בסכסוך בכלים משפטיים. הדברים מקבלים משנה תוקף במסגרת השיטה האדוורסרית, אשר בה משמש השופט כמעין משקיף מן הצד<sup>100</sup>, כשתפקידו הוא, בדומה לעמיתו שופט הספורט, להבטיח שהמשחק ישוחק לפי הכללים, ולהכריז בסוף המשחק על המנצח.

בעם ישראל, לעומת זאת, שימש השלטון המשפטי בסיס ויסוד לשלטון המדיני (הן במנגנון הצמיחה, והן בזהות המנהיגים), ואף קדם לו<sup>101</sup>. היחסים בין אדם לחבירו שהו תמיד מתחת למטריה הגדולה של החוק. כללים פורמליים, אם כן, לא מצאו את מקומם בשיטה. "אין אדם זוכה בתביעתו רק אם הוא תובע בדרך קבועה ומסוימת, ואין תרופות קבועות ומסוימות שעל התובע לדרוש אותן"<sup>102</sup>. לא זו אף זו. **מושג הצדק לא שימש כמעט לגבי הדין המהותי, אלא אך ורק בנוגע לדין הדיוני**<sup>103</sup>.

• המקור השני, המקור הנורמטיבי, מסתמך על התפיסה המקראית של ההתדיינות המשפטית. כאשר מתאר משה את ההתדיינות המשפטית הוא מתאר זאת כמסלול המקשר בצורה ישירה בין בעל הדין, הדיין והא-ל. "וַיֹּאמֶר מֹשֶׁה לְחַתְּנוֹ כִּי-יָבֵא אֵלַי הָעַם לְדָרֹשׁ אֶ-לֹהִים; כִּי-יִהְיֶה לָהֶם דָּבָר בְּאֵלֵי, וְשִׁפְטֵי בֵּין אִישׁ וּבֵין רֵעֵהוּ, וְהוֹדַעְתִּי אֶת-חֻקֵי הָאֱ-לֹהִים, וְאֶת-תּוֹרֹתַי"<sup>104</sup>. ובמקום אחר מתואר הדין בבית המשפט "וְנִקְרַב בַּעַל הַבַּיִת אֶל הָאֱלֹהִים אִם לֹא שָׁלַח יְדוֹ בְּמִלְאֲכַת רֵעֵהוּ... אֲשֶׁר יֹאמַר כִּי הוּא זֶה - עַד הָאֱלֹהִים יָבֵא דָבָר שְׁנֵיהֶם. אֲשֶׁר יִרְשִׁיעַ אֱלֹהִים יִשְׁלַם שְׁנַיִם לְרֵעֵהוּ"<sup>105</sup>, כאשר בעל הדין קרב אל בית הדין, וכאשר לבית הדין נבחר המינוח אלהים<sup>106</sup>, ולא בכדי. לדבריו של קירש, הרוח העולה משני הפסוקים היא שבעל הדין נידון, למעשה, בידי הקב"ה, כאשר דברו מושם בפיו של הדיין. במצב דברים זה, הצבת שלשלאות פורמליסטיות כאזיקים על ידיו של בעל הדין המעוניין לשמוע את דבר ה' שבדין, הינה מעשה לא ראוי מבחינה רוחנית וציבורית, וזאת לצד החשש מעיוות

<sup>98</sup> על השוואה בין מושגי עשיית דין עצמית במשפט העברי ובמשפטי האומות ראה הרב אבי"ג ונגרובר והרב יהודה יפרח, "עביד איניש דינא לנפשיה" – על העושה דין לעצמו, בתוך **משפטי ארץ – דין, דיין ודין** (עורך: הרב י' אונגר), מכון משפטי ארץ-התשס"ב, 357, ובעיקר מעמ' 383; מיכאל ויגודה, עשיית דין עצמית, בתוך **משפטי ארץ – דין, דיין ודין** (עורך: הרב י' אונגר), מכון משפטי ארץ-התשס"ב, 164, 172-176.

<sup>99</sup> קירש, שם, 130.

<sup>100</sup> ע"פ 20-21/49, **עלי מוחמד חוסין עבדול האדי נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל**, פ"ד ג(1), 13, 27 (1950): "השופט אינו מצווה להשקיף ממרום דוכנו על המערכת הנערכת לפניו, לגזור שתיקה על עצמו, ולשמור סוד, כספינקס זה, עד בוא מועד מתן פסקו. מאידך גיסא, פסולה בעינינו השיטה אשר אותה נוקטים קצת שופטים, שלפיה מטייל לו השופט ארוכות וקצרות בשדה המערכה, חוקר כאן, דורש שם, מפכה, מדריך ונוטל, למעשה, לידי הוא את עצם סידור הדין". וראה גם בע"פ 3971/90, **אילנה אסיס נ' השופטת ויקטוריה אוסטרובסקי**, פ"ד מה(1), 661, 668 (1990).

<sup>101</sup> להרחבה, ראה גם אצל פלק, מבוא לדיני, ח"א, 87-83.

<sup>102</sup> אלבק, בתי הדין, 58.

<sup>103</sup> שיין, הצדק, 36, בעקבות המהרש"א, שבועות, ל', א', ד"ה "ת"ר בצדק תשפוט עמיתך".

<sup>104</sup> שמות, י"ח, ט"ו-ט"ז.

<sup>105</sup> שם, כ"ב, ז'-ח'.

<sup>106</sup> וראה גם בדברי הפרשנים על פסוקים אלו, וכן אצל הרב יאיר פרנק, כי המשפט לא-להים הוא, בתוך **משפטי ארץ – דין, דיין ודין** (עורך: הרב י' אונגר), מכון משפטי ארץ-התשס"ב, 317 (להלן: "פרנק, כי המשפט").

הצדק שבו. גם בפועל דבר הסכסוך מובא, בתחילה, ישירות אל משה, ומאוחר יותר אל הדיינים, ללא כל חציצה של נוסחאות קבועות ו/או טקסים מיוחדים (פורמליים), המצריכים קירבה מיוחדת<sup>107</sup>.

כאמור לעיל, בנוסף למקורות התיאורטיים שהציג, הביא קירש גם מספר ראיות לגישתו (על ראיות אלו וראיות רבות נוספות נעמוד לקמן). לגישה זו קמו בדור האחרון תומכים רבים נוספים, שעמדתם האנטי-פורמליסטית היא מובהקת. בין התומכים ניתן למנות את שאקי<sup>108</sup>, שילה<sup>109</sup>, שיין<sup>110</sup>, דרנס<sup>111</sup>, ניסני<sup>112</sup>, קשת<sup>113</sup>, גורביץ'<sup>114</sup>, הכהן<sup>115</sup>, הרב שפירא<sup>116</sup> והרב פרנק<sup>117</sup>. כך גם כותב שגיא על עמדתו של הרב ח"ד הלוי<sup>118</sup>. תומכים אלו מדגישים כי המשפט העברי מבכר בקביעות את הדין המהותי על פני סדרי הדין, ורק במקרים נדירים יוכרע המשפט בגלל ענייני פרוצדורה. הם מוסיפים כי מערכת בתי הדין מצטיינת בגמישות ובחתימה לאמת המשפטית, גם כאשר הדברים מסרבלים את הליכי המשפט, וגם כאשר הגמישות באה על חשבון סדרי הדין, היציבות והיעילות. יש אף הטוענים כי עמדה זו נכתבה בצורה מפורשת ע"י הגר"א<sup>119</sup>.

אנו, כאמור, מקבלים עמדה זו, ובהמשך העבודה נעסוק בהוכחת הדברים.

<sup>107</sup> קירש, שם, 130-131.

<sup>108</sup> שאקי, קוי-יחוד, 284: "ניתן לדעתנו לקבוע בביטחה... גישתם הבסיסית של הדיינים היא לא-פורמליסטית ביסודה. לאמור, היחס אל התקנות הוא יחס אל הוראות מנחות, ואף מחייבות, המאפשרות סדר ותקינות בעבודה הדיינית השוטפת. אך, לא כאל הוראות-בל-יעבור, שהפרת אחת מהן גוררת בעקבותיה אובדן זכויות או נזק לבעל-דין, שאינם מחייבי המציאות, ושאינם משרתים את עשיית הצדק".

<sup>109</sup> ערן שילה, "ושפטו את העם משפט צדק" – על זיכוי בטעות ועל עשיית "צדק", **פרשת השבוע** 327, שופטים התשס"ח (להלן: "שילה, ושפטו את"), 2: "ההכרעה ביחס לדיני ממונות מבטאת בין היתר את ההעדפה להגיע לתוצאה משפטית צודקת על פני שיקולי יעילות או ודאות או נוחות".

<sup>110</sup> שיין, שם, 67: "כללי הדיון לא תפסו מקום מרכזי במעשה השיפוטי. הפוסקים נהגו בד"כ גמישות באשר לתקנות הדיון על פי העיקרון שהאמת חייבת לצאת לאור בין בדרך אחת או אחרת".

<sup>111</sup> דרנס, חוסר פורמליזם, ל"ג: "... גישת בתי-הדין הרבניים היא נגד פורמליזם, אם הוא מהווה מכשול לעשיית דין אמת לאמיתו, כפוף לחריגים"; שם, ע"ג: "הקו המנחה את בתי הדין הרבניים הוא חוסר פורמליזם. גישה זו מודגשת בפסקי הדין הרבניים מפורשות או מכללא..."; שם, קמ"ד: "ניתן לומר, ללא כל היסוס, כי בית-הדין הרבני בפסיקתו משוחרר מכבליו של פורמליזם ונוקשות טכנית-פרוצדוראלית, וזאת משום חתימתו של בית-הדין לפסיקת דין אמת לאמיתו כפי שבית-הדין מצווה על פי ההלכה המנחה אותו. שהרי לא יתכן מיצויו של דין או חקר אמת בצד השתעבדות לכללים פורמליים, העשויים להכשיל מראש את התכלית המהותית והעיקרית של הדיון. ובית הדין בדרכו אל חקר האמת לא יעצר על-ידי כללים דיוניים, שהם בבחינת אמצעי נאות לביורן הדיון... ברי שבית הדין לא יפטור עצמו מחובת הדיון בה, בהסתמך על נימוק פורמלי פרוצדוראלי, אלא ייכבד ויכנס לפני ולפנים על מנת לחשוף את שרשי הבעיה ולפתרה".

<sup>112</sup> ניסני, זאת חקת.

<sup>113</sup> קשת, הזכויות הדיוניות, ח"א, 65-66.

<sup>114</sup> גורביץ', אורי גורן.

<sup>115</sup> אביעד הכהן, "אם לא יגיד ונשא עוונותיו!!" – על זכות השתיקה ותוצאותיה, **פרשת השבוע** 315, ויקרא התשס"ה (להלן: "הכהן, אם לא יגיד"), 2.

<sup>116</sup> הרב שלמה שפירא, 'הבאת ראיות לאחר פס"ד, וסתירת הדין', **שורת הדין** י"ב (התשס"ז), שצ"ד (להלן: "שפירא, הבאת ראיות"), שצ"ט: "... דבירור האמת עדיף על כל דבר צדדי ופרוצדורה של דין... שעיקר חובתנו לברר האמת תמיד ובכל ענין"; וכן הרב שלמה שפירא, 'השוואת בעלי הדין – ייצוג משפטי', **שורת הדין** י"ג (התשס"ח), שמ"ג (להלן: "שפירא, השוואת"), שד"מ: "... יסוד דין זה, **דאין ביי"ד מתנהג רק לפי הפרוצדורה של הדין, אלא חובתו לברר האמת לאמיתה**, ואסור לפסוק הדין אם לא ברורים לו כל הפרטים ושכך היא האמת".

<sup>117</sup> פרנק, שם, 333: "אמנם, קיימים במשפט התורה סדרי דין ברורים, אך אלו קיימים אך ורק בכדי להוציא את הצדק לאור, והקפדה על קיומם קיימת, במידה ויש בה לסייע למטרה זו".

<sup>118</sup> אבי שגיא, 'הרב חיים דוד הלוי: מבוא לפילוסופיה של ההלכה', בתוך **יהדות של חיים – עיונים** ביצירתו ההגותית-הלכתית של הרב חיים דוד הלוי (עורכים: צ' זוהר וא' שגיא), הוצאת מכון הרטמן ואוניברסיטת בר אילן, התשס"ז, 311, 327: "האוטונומיה של הדיין... מאפשרת לו **לחרוג מסדר הדין הפורמלי** ולפסוק כפי הבנתו לבו, גם אם פסק זה מנוגד לעובדות הרלוונטיות... כשכל מגמתו בירור האמת...".

<sup>119</sup> שוחטמן, סדר, 10. הכוונה לדברי הגר"א בפירושו אדרת אליהו, ישעיהו, א', כ"א, אשר מסביר את דברי הפסוק "בצדק תשפוט עמיתך" (ויקרא, י"ט, ט"ו): "**שיעשו צדק בסדר המשפט**". כאמור, ככלל אני מקבל את העמדה שהאמת עומדת מעל סדרי הדין, ואולם השימוש של הגר"א במינוח 'צדק', יכול להיות מובן גם לשיטת הסוברים שכללי סדרי הדין עשויים לגבור על האמת, שכן גם הם תולים זאת במינוחים של 'צדק פרוצדורלי' ושל 'צדק דיוני'.

#### ד. המודל הנסיבתי לעומת מודל גילוי האמת

כפי שתוארנו כבר לעיל, המתח בין הערכים שימש מאז ומעולם במה לעימות, בין גישה אשר קראה להקפיד על "קוצו של יוד" לגבי הכללים הדיוניים, וכך להביא להקפדה עתידית של בעלי הדין על הכללים, לבין גישה אשר קראה להגן על זכויותיו המהותיות של מפר הכללים, ולא לחסום את דרכו של המפר אל הצדק מסיבות טכניות. הראינו כבר ונראה גם בהמשך העבודה, ששיטות המשפט המודרני יצרו מודל הבא להתמודד עם בעיה זו. ניתן לכנות מודל זה בשם 'המודל הנסיבתי'. מודל זה קובע כי אין להעדיף בצורה ברורה וקטיגורית מי מהערכים שהוזכרו לעיל (אם כי משקלם איננו זהה). נוכח האמור, היחס למפר את הכללים ייגזר מנסיבותיו המיוחדות של כל מקרה ושל כל מפר<sup>120</sup>. במקום בו ההפרה מצביעה על זלזול בהליך המשפטי ובבית המשפט, ויצרה הסתמכות משמעותית אצל הצד השני, תיטה שיטת המשפט לחסום את זכות הגישה לערכאות של מפר הכללים, ותעדיף את הצדק הדיוני על פני הצדק המהותי. לעומת זאת, במקרה בו ההפרה אינה מעידה על זלזול, אלא מצביעה על תקלה חד פעמית או על נסיבות מיוחדות אחרות, תיטה השיטה למחול על ההפרה, ולכל היותר לחייב את המפר בתשלום הוצאות לצד השני.

לעומת זאת, הדברים שונים במשפט העברי. שלא כמו במשפט האזרחי הנוהג בעולם, ניתן לתאר באופן קטגורי, עמדה המבכרת את הדין המהותי על פני סדרי הדין, ולמצער נותנת לשניהם מעמד שווה, ונדירים המקרים בהם יוכרע הדין אך ורק בשל פגמים שבפרוצדורה. כפי שכתבנו לעיל, מערכת בתי הדין מצטיינת בגמישות ובחתיירה לאמת המשפטית, כאשר המשפט העברי מגלה גמישות רבה ביותר לכללי הדיון, ומגמתו היא אנטי-פורמליזם מובהק. הדברים באים לידי ביטוי, הן ברצון לקבוע מלכתחילה כמה שפחות כללים דיוניים נוקשים, והן בהתייחסות סלחנית בדיעבד, אל מי שלא עמד בכללי הדיון הקבועים, כאשר הקו המנחה הוא מתן משקל נכבד לערך בירור האמת ביחס לכל יתר הערכים. במילים אחרות, אם במשפט הכללי ניתן להציג את 'המודל הנסיבתי' כמודל לבחינת היחס למפר הכללים, הרי שבמשפט העברי ניתן להכליל ולטעון כי המודל הוא 'מודל גילוי האמת'.

#### ה. הסיבות לגמישות כללי הדיון במשפט העברי

כאן עלינו לעמוד על הסיבות<sup>121</sup> בעטיין קיימת בשיטת המשפט העברי גמישות דיונית כה רבה, הבולטת בייחוד על רקע שיטת המשפט המקובלת בישראל, שגם אם אינה שיטה פורמליסטית קיצונית, היא פורמליסטית בהרבה מזו הנוהגת במשפט העברי.

<sup>120</sup> פרשת שגיא, 711: "ההתייחסות של סדרי הדין למי שסוטה מהוראותיהם, עשויה להיות פועל יוצא של איזון של אינטרסים שעל בית המשפט להפעילו במקרים רבים".

<sup>121</sup> חשוב להבהיר כי מאחר ובפרק זה אנו עומדים על טעמים רעיוניים, הסתפקנו לעיתים בהצגת מקורות יחידאיים ו/או בהבאתם של מקורות שנויים במחלוקת (לעיתים יתכן שניתן אף למצוא סתירות בין הנימוקים). הסיבה לכך ברורה. גם אם מאן דהו יסבור כי טעם רעיוני אחד איננו חזק דיו, הרי שהדבר איננו מבטל את עצם העיקרון ו/או את יתר הטעמים.

## ה.1. מטרת המשפט

נראה שהיסוד העיקרי טמון בהגדרת מטרתיו של המשפט בכל אחת משיטות המשפט<sup>122</sup>. המשפט העברי קובע את גילוי האמת כעיקרון היסודי ביותר המנחה את השיטה, כך שמטרת המשפט היא להוציא לאור "דין אמת לאמיתו", ולהשיג משפט צדק. "מטרת משפט התורה ומגמתו הוא שיהיה פסק הדין אמת לאמתו, אמת - לפי הטענות והברורים שהיו לפני בית הדין. לאמתו – אמת בתוצאות"<sup>123</sup>. הדברים נובעים גם מתוך תפיסה כי הגעה לאמת אינה רק ערך בבית המשפט<sup>124</sup>, אלא גם עיקרון דתי חשוב<sup>125</sup>. הקב"ה בעצמו יורד לראות את הנעשה בדור הפלגה ו"לא הוצרך לכך אלא בא **ללמד לדיינים שלא ירשיעו הנידון עד שיראו ויבינו**"<sup>126</sup>. מטרה זו עומדת במובהק מעל הרצון לשמור על הסדר החברתי, ומעל הניסיון להביא ליישוב המחלוקות בין הפרטים<sup>127</sup> (למעט חריגים שיוזכרו להלן), ולאור זאת, כללים פרוצדוראליים, אשר מטרתם היא הבטחת יעילות המערכת (ככל שאלו קיימים), יוגמשו ככל שניתן, על מנת שלא לפגוע בזכויותיו המהותיות של בעל הדין. "**העיקר בדיני ממונות, שצריך הדיין להשתדל להציל העשוק מיד עושקו ולהעמיד על האמת**... והכל לפי ראות עיני הדיין, ובלבד שיכוין לבו לשמיים"<sup>128</sup>. גם כאשר טובת החברה ובעלי הדין היא שלא לרדוף אחרי הצדק, השאיפה של המשפט העברי אל הצדק מונעת מטעמים תיאולוגיים, ולפיהם האמת והצדק נזקקים בכדי להעלות את העולם ולתקנו<sup>129</sup>. בעקיפין, זוהי גם טובתם של בעלי הדין, וכך, לדוגמה, יפעל בית הדין כיאביהם של יתומים' להחזרת ממון לבעליו, מכיוון שטובת היתומים היא שיתקיים החוק כהלכתו ולא ייחשבו כרשעים<sup>130</sup>. ודאי ששיקולים זמניים, אם כן, ייסוגו מפני שיקול תמיד.

לעומת זאת, מערכת המשפט במדינת ישראל, כמו גם מערכות משפט נוספות רבות, מציבות לצד גילוי האמת גם מטרת נוספת<sup>131</sup>, דוגמת הרצון להגן על הסדר החברתי ולהשליטו בחברה (תיאום ההתנהגות האנושית

<sup>122</sup> בין המקורות התולים את ההבדל בסיבה זאת (בצורה מפורשת או ברמזיה) ניתן למנות את הרב יעזר אריאל, **דיני בורות, הדין הפשרה ושטר הבורות**, מכון שער המשפט והנהלת בתי הדין הרבניים, ירושלים-התשס"ה (להלן: "אריאל, דיני בורות"), תנ"ד-תנ"ה; שוחטמן, סדר הדין, 9; זרח ורהפטיג, **מחקרים במשפט העברי**, הוצאת אוניברסיטת בר-אילן, רמת גן, התשמ"ה, 23; ניסני, שם; שאקי, שם, 282; דרנס, שם, מ"ג; פרנק, שם, 331-337, גולאק, יסודי המשפט, ח"ד, 201-202; דברי השופט טירקל בע"א 5610/93, **יוסף זלסקי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ראשון לציון**, פ"ד נא(1), 68 (להלן: "**פרשת זלסקי**"), 108 (1997).

<sup>123</sup> ע"י תשי"ז/18, א. נ' ב., פד"ר ב', 262, 264.

<sup>124</sup> וראה גם במאמרו הידוע של Owen M. Fiss, **Against Settlement**, 93 **Yale L. J.** (1984), 1073 (להלן: "Fiss, Against Settlement"). בו הוא יוצא כנגד המגמה המתפשטת במשפט העולמי של Alternative dispute resolutions.

<sup>125</sup> שייך, עוד על האמת, 4: "דומה שבמשפט העברי, מאחר שלהכרעת בית המשפט יש גם משמעויות איסוריות מובהקות, הרי שנקודת האיזון בין גילוי האמת לבין ערכים אחרים... תיטה לטובת גילוי האמת".

<sup>126</sup> רש"י בראשית, י"א, ה'. וראה בעניין זה יעקובי, ארדה נא: "חובת הדיינים לפסוק את הדין רק לאחר שהשתכנעו במידה רבה ביותר לגבי התוצאה הראויה... כפועל יוצא מכך קיימת בו מגמה שלא להסתפק בפחות מן האמת המוחלטת"; רפאל יעקובי, "וירד ה' לראות את העיר אות המגדל" – התרשמות ישירה של שופט, עדויות ותחליפים, **פרשת השבוע** 182, נח התשס"ה (להלן: "יעקובי, התרשמות ישירה"); "עולה שלפני פסיקת הדין יש צורך ברמת שכנוע גבוהה מאוד של הדיין לגבי התוצאה הראויה".

<sup>127</sup> להלן נעמוד על דוגמאות רבות הממחישות עיקרון זה, וראה גם טור, חו"מ, תחילת סימן א'.

<sup>128</sup> שו"ת דברי מלכאל, ח"ג, סימן ק"ע.

<sup>129</sup> פרנק, שם, 336-337.

<sup>130</sup> בבא מציעא, ע"י, ע"א, וראה שוחטמן, סדר, 140-141.

<sup>131</sup> עיסוק בכל המטרות שנמנה להלן, ראה לדוגמה אצל: יוסף רז, עקרונות משפטיים ושיקול דעת שיפוטי, **משפטים** ב' (התש"ל), 317, Steven D. Smith, ; Joseph Raz, **The Concept of Legal System**, (Oxford University Press, 1970), 168-186 ; 321 David A. Funk, Major Functions of Law in Modern ; Reductionism in Legal Thought, 91 **Colum. L. Rev.** (1991), 68 Michal Alberstein, **Pragmatism and law : from philosophy to** ; Society, 23 **Case W. Res. L. Rev.** (1972), 257, 278-293 ; **dispute resolution**, Aldershot 2002, Ch. 1 ; שייך, הפילוסופיה של המשפט, 57-64; עומר שפירא, **תורת המשפט – פרקי מבוא**, הוצאת הקריה האקדמית אונו והוצאת בורסי, התשס"ז (להלן: "שפירא, תורת המשפט"), 22-26.

והכוונתה)<sup>132</sup>, הרצון ליישב את המחלוקות והסכסוכים הבאים לפתח של בית המשפט ולמנוע סכסוכים עתידיים (באמצעות גוף סמכותי ואובייקטיבי)<sup>133</sup>, הרצון לחינוך ועיצוב החברה<sup>134</sup>. תפקידו של בית המשפט הוא לאזן בין מטרות אלו<sup>135</sup>, ועוד<sup>136</sup>. בהתאם לכך, המערכת מחויבת להגן על ההוראות הדיוניות המגנות על סדרי המשפט גם על חשבון הצדק, והוראות דיוניות שוללות, פעמים רבות, זכויות מהותיות המוקנות לאדם, לרבות זכויות חוקתיות. רק כך יכולה מערכת המשפט לפעול ביעילות מירבית, ולהשליט את הסדרים החברתיים הנחוצים, גם על חשבון האמת<sup>137</sup>. עמד על כך לנדסמן<sup>138</sup>:

"One of the most significant implications of the American adoption of the principles of neutrality and passivity is that it tends to commit the adversary system to the objective of resolving disputes **rather than searching for material truth**"<sup>139</sup>.

שופט פדרלי אחד בארה"ב אף טען כי שיטת הדיון כושלת במרבית המקרים בבירור האמת<sup>140</sup>:

"It becomes evident that **the search for truth fails too much of the time**".

שאקי<sup>141</sup> עמד על כך שהדברים מתבטאים היטב בתיקון שהתרחש בלשון סעי' 54 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961. לשון הסעיף היום היא: "במילוי תפקידו יפעל עורך דין לטובת שולחו בנאמנות ובמסירות, ויעזור לבית המשפט לעשות משפט", בעוד שבעבר קבע החוק שעו"ד יסייע לביהמ"ש "לעשות צדק". זהו בדיוק ההבדל בין

<sup>132</sup> ראה: Raz, The Authority, 169.

<sup>133</sup> Raz, ibid, 172-175, אף יוצר כאן תפקיד כפול למשפט, כיוצר המוסדות מייצרי ומיישמי הנורמות, וכמכריע בסכסוכים שאין להם הכרעה במסגרת הנורמות המשפטיות, ואכמ"ל.

<sup>134</sup> Freedman, ibid.

<sup>135</sup> בש"א 10073/02, **יהושע שביט נ' בנק הפועלים** (פורסם בנבו, 17.2.03): "השאלה היא בסופו של יום שאלה של איזון בין המטרות החברתיות והמשפטיות אותן מיועד להגשים סדר הדין, לבין הצורך להגיע לחקר האמת ולמנוע תוצאות קשות שאינן מתיישבות עם חוש הצדק"; בש"א 8942/04, **עז' המונח גוואד בזלמיט נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 10.10.04); בש"א 10674/05, **עכסה כהן נ' דולב חברה לביטוח בע"מ** (פורסם בנבו, 14.12.05); ע"א 9876/06, **צ'רלס ניבורג נ' ישראל ניבורג** (פורסם בנבו, 17.8.09).

<sup>136</sup> וראה בפרשת בורשטיין: "שאלה יפה השייכת לתחום תורת המשפט הינה מה היא ה-מטרה של המערכת המשפטית. היו שהצביעו על חשיבות איתור האמת, כפי שנפסק: מטרה עיקרית של בית המשפט כמוסד היא להכריע בכל מחלוקת על-ידי קביעת האמת... קביעת עובדות אמת היא אמת מידה מרכזית בהליך השיפוטי... היו שהדגישו דווקא את המשוכות הקיימות בהשגת היעד האמור. הגדרה מה היא האמת קשה היא, גם בעולמה של מערכת המשפט... עשוי להיווצר פער בין האמת כפי שהיא משתקפת בבית המשפט לבין האמת כמות שהיא לאמתים של דברים מחוץ למערכת המשפט. הפער בין שתי האמיתות – העובדתית והמשפטית – נובע, בין היתר, מיכולתה או ליתר דיוק מגבלתה, של מערכת משפטית להתחקות אחר המצב העובדתי המלא תוך שמירה על איזון עם ערכים נוספים העומדים במרכזה. כשלעצמי, הייתי שם דגש על הצדק – "צדק צדק תרדוף" (דברים ט"ז, כ). כך או כך, לא ניתן להשיג את היעד, יהא אשר יהא, באופן אבסולוטי; עסקינן בשאיפה אליו, או אם תרצו ברדיפה אחריו".

<sup>137</sup> שייך, עוד על האמת, 3, אמנם מציינ כי ישנו "דמיון רב בין שיטות המשפט בשאלת בירור האמת", אך נראה שכוונתו לדרכי גבית העדות, ולכלל שאין לדין אלא מה שענינו רואות, אך לא למטרות העומדות ביסודו של המשפט. להלן נראה כי גם בנושא זה ישנם הבדלים מהותיים, הבאים לידי ביטוי בעיקר בכללי דין מרומה, וכדלהלן. וראה גם שלום אלבק, **הראיות בדיני התלמוד**, רמת גן-התשס"ז, 23 (להלן: "אלבק, הראיות"); ניסני, שם: "נראה שיסוד הבדלי הגישות בין המשפט העברי לבין החוק הישראלי במשקל ששתי מערכות המשפט מעניקות למטרותיו של המשפט. המשפט העברי רואה את גילוי האמת המשפטית ופסיקת הדין לאמתו כתפקידו הראשון, והוא מבכר אותו על פני המטרות של שמירה על סדרי החברה. אשר על כן, שיקולי פרוצדורה שמטרתם לשמור על סדרי המשפט והחברה, אין בהם כדי לדחות זכויות מהותיות. לעומת זאת, מערכת המשפט הישראלית מדגישה את הצורך ביישוב מחלוקות שנתגלו בין שני הצדדים למשפט ובשמירה על סדרי החברה. משום כך, היא חייבת להיזקק ביתר שאת להוראות השומרות על סדרי המשפט וכללי הדיון".

<sup>138</sup> בספרו: Stephan Landsman, **Readings on Adversarial Justice: The American Approach to Adjudication** (St. Paul: Minn., 1988), 3 (להלן: "Landsman, Readings").

<sup>139</sup> וראה גם אצל - Brazil, The Adversary, 1319: "The principle purpose of the present system of adversarial investigation is not to ascertain the truth, but to establish the informational basis for strategies to control the flow of relevant data and to secure the best settlement". 580-581.

<sup>140</sup> Marvin E. Frankel, 'The Search for Truth: An Umpireal View', 123 U. Pa. L. Rev. (1975), 1031, 1034 (להלן: "Frankel, The Search").

<sup>141</sup> שאקי, שם, 284-285.

השיטות. המערכת המשפטית במדינת ישראל מנסה "לעשות משפט" בעוד שהמשפט העברי מבקש "לעשות צדק". גישת המשפט הישראלי בעניינים אלו היא גישה פורמליסטית בה למען ההליך המשפטי יש לפעמים להסתפק בפיתרון שאינו צודק. מעניין כי קריאה דומה לביהמ"ש לעשות "צדק", ולא דווקא "משפט", יצאה מפי השופט חיים כהן<sup>142</sup>.

יסוד עמוק ביותר מסתתר מאחורי הבדל זה. עומד על כך הראי"ה קוק<sup>143</sup>:

"המשפטים האלהיים, מתוך שהם נובעים ממקור האמת העליונה, אין מטרתם רק מטרה קרובה, לישר סכסוכים ארעיים, ההווים בחיי בני אדם, אלא הם הולכים להעלות את החיים ואת ההויה כולה. מיסוד האמת העליונה הטבועה בהם הרי הם משרים את השכינה בעולם, ומעלים ע"י השפעתם את האדם ואת העולם, מבירא עמיקתא, אשר נפל בחטאו ורשעו, לאיגרא רמא, של אור הקדושה העליונה וזיו עדן קודש קודשים. ומתוך הידיעה של המגמה האחרונה, המוכרחת לבוא ע"י קדושת משפטי ה'... מתגברת היא הזהירות..."<sup>144</sup>.

ניתן להצביע גם על נימוקים נוספים לגישה זו, המהווים למעשה פיתוחים של הנימוק דלעיל.

## 2. חשיבות הנגישות לבית הדין ולקב"ה

השופט דרורי<sup>145</sup> עומד על נקודה משמעותית נוספת, הנעוצה בחשיבות שמעניק המשפט העברי לנגישות לבית המשפט וליכולת האדם בחברה לתבוע את זכויותיו (וראה לעיל בהרחבה בדברינו על זכות הגישה לערכאות). זאת, כחלק מתפיסה לפיה בעצם עשיית הדין שותפים הדיינים לקב"ה במעשה בראשית<sup>146</sup>. יתר על כן, ההתייצבות בפני בית הדין מהווה, למעשה, התייצבות בפני הקב"ה<sup>147</sup>, ומהווה חלק מהמושג המקודש של 'דרישת א-להים'<sup>148</sup>. כאשר אנו מקדשים (תרתי משמע) את היכולת לתבוע ואת העמידה בדין, היכולת לפגוע בזכות זו בשל

<sup>142</sup> כהן, על עינוי, 276.

<sup>143</sup> הרב אברהם יצחק הכהן קוק, **עולת ראי"ה**, הוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים, התרצ"ט, ח"ב, נ"ט.

<sup>144</sup> וראה גם, הרב אברהם יצחק הכהן קוק, פתיחות למסכתות בבא קמא וסנהדרין, **תחומין** ז' (התשמ"ו), 273 (להלן: "קוק, פתיחות"), 275: "סידור ענייני הממונות באמצעות המשפט ע"י **דעה תנאה**, זהו רק אמצעי לתיקון החברה האנושית, למניעת גזל ואונאה. אולם כשמצטרפת לזה גם **דעה עילאה**, מביאים הדברים לידי דביקות ברכי יושר, להתעלות רוחנית, ומאיר בתוכם האור הגנוז של ימי בראשית"; שמועות הראי"ה, ברקאי, קובץ א', 175: "וואלה המשפטים אשר תשים לפניכם – ולא לפני עכו"ם" – כי היושבים למשפט אצלם פועלים רק על פי דעה תנאה, רק על פי התבונה האנושית, שכאמור עיינה הוא תיקון החברה, ואין הם מתעלים ויונקים מדעה עילאה, מהמאור שבתורה, המעלה את הדיינים ובעלי הדין גם יחד לישר והטוב הרוחניים"; שמועות ראי"ה, קכ"ג: "יש הבדל בין הדיינים שנצטוו עליהם בני נח לדיינים ומשפטים שניתנו לישראל. נאמר "והוא ישפוט תבל בצדק" (תהילים, צ"ו, י"ג) ונאמר "צדקת ה' עשה" (דברים, ל"ח, כ"א) – מה הוא ההבדל ביניהם? הצדק הרגיל אלו הם הדיינים של בני נח, שעיקרם הוא לשם תיקון העולם, לשם הסדר של החברה האנושית, ואילו הדיינים המשפטים של ישראל מקורם הוא בצדקת ה', בצדק העליון".

וראה גם במקורות שהובאו שם בהערות שוליים 8-9 ובכתבי ר' חיים ויטאל, עץ חיים, שער כ"ה, דרוש ב', כלל י"ז; זוהר, ח"ג, רצ"ב, ע"ב. להעמקה נוספת בסוגיה זו, ראה טללי חיים, שמות, ר"ב-ר"ג, ר"כ, רכ"ג.

<sup>145</sup> פרשת שפורטיש.

<sup>146</sup> שבת, י', ע"א: "כל דין שדן דין אמת לאמתו אפילו שעה אחת, מעלה עליו הכתוב כאילו נעשה שותף להקב"ה במעשה בראשית". וראה גם שבת, קל"ט, ע"א; בבא בתרא, ח', ע"ב; סנהדרין, ז', ע"א: "אמר רבי שמואל בר נחמני אמר רבי יונתן: כל דין שדן דין אמת לאמתו משרה שכינה בישראל... וכל דין שאינו דן דין אמת לאמתו גורם לשכינה שתסתלק מישראל...". וראה בהרחבה בפסק הדין בפרשת פנדרייך: "מרכזיותו של הדין בעצם קיומו של עולם, בא לידי ביטוי בדברי הגמרא... "כל דין שדן דין אמת לאמתו אפילו שעה אחת, מעלה עליו הכתוב כאילו נעשה שותף להקב"ה במעשה בראשית". **סכסוך בין בני אדם עלול להוביל לחורבנו של העולם. הואיל וקיומו של העולם תלוי בעשיית דין, הרי שהדין שדן דין אמת לאמתו, כאילו נעשה שותף לעצם יצירתו של העולם. דומה, שאין ביטוי נעלה יותר לחשיבות תפקידה של השפיטה בישראל!"**

<sup>147</sup> וראה רמב"ם, שמות, כ"א, ו', ד"ה "והגישו אדניו אל האלהים" המבאר שורה ארוכה של פסוקים בדרך זו: "לרמוז כי האלהים יהיה עמם בדבר המשפט, הוא יצדיק והוא ירשע... כי האלהים הוא השופט... ובאלה שמות רבה (פרשה ל', אות כ"ד) ראיתי: אלא בשעה שהדין יושב ודן באמת, כביכול מניח הקב"ה שמי השמים ומשרה שכנתו בצדו, שנאמר: 'כי הקים ה' להם שופטים והיה ה' עם השופט' (שופטים, ב', י"ח)".

<sup>148</sup> ראה הראי"ה קוק, אורות, ישראל ותחייתו, ג': "דיני תורת אלהים חיים מציינים אותנו מכל עם ולשון. הקדש הוא פועל בקרבנו פנימה, שאיפות חיינו הכלליות אליו הן הולכות... על כן המשפטים הם קדש קדשים בישראל... משה רבנו ע"ה, בתפסו אתו את כח המשפט, בתחלת יסודו באומה, העלה את כל ערכי המשפט עד סוף כל הדורות לאותו התכן האלהי שמשפטי ישראל באים אליו, ודרישת אלהים באה יחדו עם המשפט הישראלי. "כי יבא אלי העם לדרש אלהים, כי יהיה להם דבר בא אלי ושפטי בין איש ובין רעהו. והודעתו

טעמים של מינהל, יעילות, יציבות וכו' כמעט ואינה קיימת. השיטה תעמוד על זכותו של אדם לברר את טענותיו גם אם בירור התביעה ייצור קשיים רבים למערכת, ואף לבעל הדין שכנגד, וגם אם קשיים אלו נוצרו באשמתו של הטוען<sup>149</sup>. לכל היותר, ישלם על כך הטוען באמצעים אחרים (דיוניים או ממוניים). לעומת זאת, כאשר מדובר בזכות ככל הזכויות (גם אם מעמדה הוא של זכות חוקתית), הרי שיש לאזנה כנגד ערכים מנוגדים אחרים, ולא תמיד זכות זו תגבר.

### **ה3. תחושתו של בעל הדין**

סיני מבהיר כי מטרת השיטה הינה יצירת סביבה לא פורמלית, שתיתן תחושה נעימה ונוחה לבעל הדין<sup>150</sup>. לעמדתו, שיטה דיונית חסרת כללים פורמליים נוקשים תסייע לגילוי האמת בצורה בטוחה יותר מכל גישה פורמליסטית. סיני מסביר כי שיטה דיונית המאפשרת לבעל דין להביע את רצונו באופן הפשוט ביותר האפשרי, עשויה להביא לגילוי האמת העובדתית, הרבה יותר משיטה דיונית מסובכת, אשר רק המצויים ברזי התורה המשפטית הרלוונטית – בקיאים בה, ושבה השיח מתנהל בעיקר בין השופטים והפרקליטים, המשוחחים ביניהם בשפה מקצועית, אשר פעמים רבות כלל אינה נהירה לבעל הדין. במצב דברים מעין זה האחרון, עומד בעל הדין נבוך מן הצד, ומביט במחזה שכלל איננו מדבר בשפתו.

### **ה4. האמת האלוקית**

נימוק נוסף מובא ע"י הרב פרנק<sup>151</sup>. לגישתו, ביסוד המשפט העברי רווחת תפיסה כי משפטי התורה מייצגים את האמת האלוקית האחת<sup>152</sup>. "הצור תמים פֶּעְלוּ פִּי כֹּל דְּרָכָיו מְשֻׁפָּט אֶל אֱמוּנָה וְאֵין עֹלָ צְדִיק וְיִשָּׁר הוּא"<sup>153</sup>. אמת זו גוברת, כמובן, על כללי פרוצדורה ומינהל כאלה ואחרים. אמת זו מצויה גם בפרטי הדין המהותי, אשר לעיתים נראים נוגדים להיגיון, ולפרטי הדין שהיו נקבעים לו היו בני האדם קובעים אותם בהגיונם, והדברים נכונים גם במקום בו הדין הוא, לכאורה, זהה בפרטיו<sup>154</sup>.

---

את חקי האלהים ואת תורותיו". ודרישת אלהים של המשפט נשארה סגולה ישראלית, שהיא מתגלה באופי האלהי הכולל עולמי עד וזורח בארץ ישראל, בארץ חבל נחלתו, מקום האורה של סגולת הקדש".

<sup>149</sup> פיסקה 73 לפרשת שפורטיש: "הנגישות לבית המשפט, והחובה לאפשר לכל תובע החפץ בכך להגיש תביעתו, ולצפות לכך שעניינו יידון על ידי הדין, היא כה חשובה בעיני התורה... ניתן ללמוד מעצם המילים של הפסוק על החשיבות, בעיני התורה, לעצם הנגישות של התובע לבית הדין (משה שהיה נשיא הסנהדרין, ממנה כממלאי מקום, אפילו לתקופה קצרה שהוא יימצא על הר סיני, את אהרון וחור, כאחראים על המערכת השיפוטית), ועל זכותו של התובע למצות את ההליכים בבית המשפט".

<sup>150</sup> יובל סיני, "אל תעש עצמך כעורכי הדין" – במקומו של כלל בהליך הדיוני, בתוך עיונים במשפט עברי ובהלכה – דיין ודיין (עורכים: יי חבה ועי' רדזינר), הוצאת אוניברסיטת בר אילן, התשס"ז, 93 (להלן: "סיני, אל תעש"), 128.

<sup>151</sup> פרנק, שם, 332-333.

<sup>152</sup> נזכיר שנושא 'האמת האלוקית האחת' איננו פשוט כלל ועיקר, ונכתבו עליו מחקרים ומאמרים רבים, ואנו מביאים את הדברים כפי שהם מובאים ע"י הרב פרנק. לעיון בסוגיה ראה, לשם הדוגמא בלבד, אצל יצחק אנגלרד, 'תנורו של עכנאי – פירושה של אגדה', שנתון המשפט העברי א' (התשל"ד), 45; אבינועם ספיר, מבחן האמת במקורות הקלאסיים של היהדות, דיני ישראל ח' (התשל"ז), ז'; חנינה בן-מנחם, 'טענת קים לי – לקראת ניתוח יוריספרודנטי', שנתון המשפט העברי ו-ז' (התשל"ט-התש"ס), 45; שמשון אטינגר, 'מחלוקת ואמת – לשאלת משמעות האמת בהלכה', שנתון המשפט העברי כ"א (התשנ"ח-התש"ס), 37; חנינה בן-מנחם, 'ספק, בחירה ושכנוע (השוואה בין דוקטרינת "קים לי" שבמשפט העברי והפרובביליזם שבתיאולוגיה הקתולית)', דיני ישראל כ"א (התש"ס-תשס"א), 13.

<sup>153</sup> דברים, ל"ב, ד'.

<sup>154</sup> ראה שו"ת הרשב"א, ח"א, סימן צ"ד; רמב"ם, הלכות מלכים, פ"ח, ה"א; נפש החיים, שער א', פכ"ב; שם, שער ג', פרקים ו-ז'; דרש דוד, ח"ב, קע"ב-קע"ג: "הן אמנם, יסוד ענין המשפטים מתחייב מצד השכל הישר, ובלעדיו אין העולם יכול להתקיים, ולכן גם אומות העולם קובעות לעצמם כללים וסדרים על פי דעתם ומצפונם, כדי שיוכלו הבריות לחיות בשלום אלו עם אלו, שכן לולא סדרים אלו – איש את רעהו חיים בלעו. אולם משפטי התורה, אף על פי שישודותיה מובנים בדעת בני אדם, מכל מקום פרטי הדברים והצורה שבה הם צריכים להיעשות – רחוקים משכלנו וגבוהים מהשגתנו... זהו ההבדל היסודי שבין משפטי התורה ובין משפטי האומות... אולם משפטי התורה, אשר נקבעו... לפי חכמת הבורא, אינם משתנים מזמן לזמן וממקום למקום...".

לפי גישה זו, לכל מי שמתפלל ומאמין "כִּי אֵתָה אֶל־לֵהִים אֲמֹת, וְדָבַרְךָ אֲמֹת וְקִיָּם לְעַד"<sup>155</sup>, 'אהבת האמת' והרצון להגיע לפיתרון אמיתי הולכים ומתגברים<sup>156</sup>. 'אהבת האמת' באה לידי ביטוי מיוחד אצל הדיין, שכל תכונות נפשו אמורות להיות מוכוונות לה<sup>157</sup>. רעיון דומה מביא המדרש על הציווי למנות דיינים 'אנשי אמת'<sup>158</sup>: "אמר הקב"ה: אני אמת ונתתי לכם תורת אמת. אף אתם תהיו מעמידים דיינים אנשי אמת, שמעמידים הדין לאמיתו"<sup>159</sup>.

[בצורה עמוקה יותר ניתן להבחין בעובדה שאיננו מחפשים במהלך הדיון המשפטי אך ורק את ה'אמת', אלא בירור ה'אמת' אמור לשקף את המציאות כפי שהתרחשה. ואולם, המציאות עצמה, הנצחית וההכרחית, היא הקב"ה – הממלא את כל העולמות, "וכל הנמצאים מן השמים ומן הארץ לא נמצאו אלא מאמתת המצאו"<sup>160</sup>].

לעומת זאת, המשפט הכללי (במודע ובתת-מודע) נזהר הרבה יותר מפיתרון 'אמיתי', וזאת בשל תפיסה, שהתגברה מאד עם עליית הפוסט-מודרניזם, ולפיה האמת היא רבת פנים, והגעה אל האמת תלויה רבות בסיפור (הנרטיב). על פי התפיסה, האמת אינה חד מימדית ואבסולוטית<sup>161</sup>, והיא יכולה גם לעבור שינויים מרובים במהלך הזמן. ממילא, הפיתרון המשפטי שנותן פסק הדין איננו בהכרח האמת, אך הוא צמוד לעוגן היחיד שנותן למערכת – החוק. הקפדה על הכללים שבחוק מבטיחה, אם כן, את הצדקת המשך קיומה של המערכת.

## ה. "כִּי הַמִּשְׁפָּט לֹא-לֵהִים הוּא"

דומה לכך הוא הסברו של פלק<sup>162</sup>. פלק סבור כי היעדר הפורמליזם של המשפט העברי במקומות בהם הוא קיים, נובע מתוך התפיסה לפיה "כִּי הַמִּשְׁפָּט לֹא-לֵהִים הוּא"<sup>163</sup>. "המשפט בישראל יש לו יסוד ושורש אלוהי... ומכח ההשראה האלוקית מגיעים דייני ישראל למשפט אמת"<sup>164</sup>. על פי תפיסה זו הקב"ה משפיע בצורה ישירה על הכרעת הדיינים בדין, ומכוון אותם להכריע לפי האמת, וכדברי ר' חיים בן עטר: "כי אלהים נצב בעדת אל... ומן הנמנע שיחתום ה' על דבר שקר"<sup>165</sup>. במצב מעין זה, לפסק דין מוטעה (לגופו או מטעמים דיוניים) אין כלל קיום,

<sup>155</sup> מתוך ברכת קדושת היום לראש השנה.

<sup>156</sup> אורות התשובה, פט"ו, אות א': "הרגשת האמת היא יסוד התשובה. ההכרה, שהעולם כולו וכל הופעותיו הוא רק הזרחה ממעטה לבושו של אור האמת המחלטה האלהית, משרישה בלב אהבת אמת בהירה, וכל הבטאה מנגדת ליסוד האמת, בין שהיא בדבור בין שהיא בתנועה ובמעשה, הרי היא נטולה מן העולם, עבורה מהמציאות ומסולקה מן החיים... ושב האדם אז בתשובה מאהבה אל אור האמת. ותלמיד חכם ג"כ מבעי ליה למימר חד פסוקא דרחמי בעלותו על ערשו, להפקיד רוחו למקור האמת, להחליף כח לעבודת האמת, בתורה דכתיב בה אמת, - כגון: "בידך אפקיד רוחי פדית אותי ד' אל אמת"<sup>157</sup>.

<sup>157</sup> חזון איש, אמונה וביטחון, פ"ג, אות ל': "כי אין נגיעה בעולם בעלת כח להטות לב חכם לעות משפט, כי מגמת החכם לזכות נפשו, ולהתגאל באיזה אשמה יכאב לנפשו יותר מכל מכה ופצע, ואיך יתכן כי בשביל בצע כסף או לעגי חנף, יחבל נפשו לעות משפט, נוסף לזה כי תכונת האמת היא אצל חכם תכונת נפשו ושרש מציאותה, וכל אבקת שקר ממנו והלאה... והתורה האמינה בבטחה גמורה את החכם הדיין כי יראה נכוחות, ולא יטה לבו לשאיפת טבעו כהרגל שנעשה טבע שני אצל חכם והאמת תמיד נר לרגלו ואור לנתיבתו."<sup>158</sup>

<sup>158</sup> שמות, י"ח, כ"א.

<sup>159</sup> מובא במנורת המאור (אלנקוה), ח"ד, דף ר"ב ובתורה שלמה, חט"ו, פיסקה קל"ט.

<sup>160</sup> רמב"ם, הלכות יסודי התורה, פ"א, ה"א. וראה בהרחבה על עיקרון זה אצל הרב מיכאל בריס, 'פתיחת שערים: בקשת האמת, אפשרות השקרי, בתוך משפטי ארץ ב' (טענות וראיות), התשס"ה, 15.

<sup>161</sup> ע"פ 2910/94, ארנסט יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2), 221, 370 (1996): "את שידוע נחזור ונדגיש. אין אמת אבסולוטית ואין להעדיף באופן מוחלט אינטרס זה על פני חברו. הכול, כאמור, שאלה של איזונים ופשרות..."<sup>162</sup>

<sup>162</sup> פלק, ערכי משפט, 25.

<sup>163</sup> דברים, א', י"ז.

<sup>164</sup> קוק, פתיחות, 275.

<sup>165</sup> אור החיים, שמות, כ"ג, ז', ד"ה "כי לא אצדיק רשעי". וראה גם פירוש הרלב"ג לתורה, שמות, כ"ג, ז': "כי כל משפטי הדיינים מה', כמו שאמר שלמה: "פלגי מים לב מלך ביד ה' על כל אשר יחפוץ יטנו" (משלי כא, א). והנה לא הסכים ה' יתברך שזיכוהו הדיינים אם לא היה צדיק"; העמק דבר, שמות, כ"ג, ז': "אני מכוין דעתם שיוציאו המשפט כפי ההשגחה". להרחבה בעניין זה ראה אצל שילה, שם, 3.



וממשפטיו של הא-ל איש איננו יכול לברוח<sup>166</sup>. ודאי שלא בנימוקים פורמליסטים כאלה ואחרים. דברים מעין אלו כותב גם (השופט) זילברג, לאחר שהוא מנסה לתהות על מעמדו רם הדרג של הדיין במשפט העברי:

"... מבחינת הברור הדיוני... השיבותם של השופט והמשפט מודגשת במשפט העברי יותר מאשר בכל שיטת משפט אחרת... התשובה לכך מצויה ברעיון אחד, והוא כי בכל סכסוך שבין אדם לחברו השכינה היא, כביכול, בעלת זכויות צד שלישי - "נוגע בדבר" - ונמצא שיפוטו של השופט פוגע לשבט או לחסד, ב"אינטרסים" של האל. הרעיון הוא נועז ביותר "ואלמלא מקרא כתוב אי אפשר לאמר", אבל המקרא כתוב והרשות נתונה. נאמר: "כי המשפט לאלקים הוא", ופירושו של פסוק הוא, כי השופט הוא שליחו של האל, המקיים - בשפטו צדק בין איש ובין אחיו - את שיווי המשקל הלאבילי שברא הבורא בחיי החברה, ואם הוא מעוות את הדין הרי הוא מפר את האיזון ההוא, וגורם לשכינה שתילאץ לתקן, על חשבונה היא, את הפגימה שפגם. הלא כה דברי רש"י בפירושו על הפסוק הנזכר: "מה שאתה נוטל מזה שלא כדין אתה מזיקני להחזיר לו, נמצא שהטית עלי את הדין"<sup>167</sup>.

על הסבר זה מוסיף שוחטמן<sup>168</sup> שמאחר והדין מתבצע בשליחות הקב"ה, הרי שלמעשה, כל עוד לא פסק הדין דין אמת, הוא לא סיים את תפקידו. זו הסיבה, לדוגמה, לאפשרות הנוחה שמותיר המשפט העברי לסתירת הדין. יתירה מזו. העמדת העולם על אדני דין האמת מהווה חלק מגילוי מלכות שמים<sup>169</sup>, כמאמר הפסוק: "מִלְךָ בְּמִשְׁפָּט וְעַמִּיד אֶרֶץ"<sup>170</sup>, וכפי שכתב בספר רבינו בחיי: "ידוע כי המשפט מכון כסא הכבוד, שנאמר: "צדק ומשפט מכון כסאך" (תהילים, פ"ט, ט"ו). ומי שהוא מעמיד המשפט - הוא מעמיד הכסא, ומי שהוא מטה המשפט ופוגם אותו - הוא פוגם את הכסא"<sup>171</sup>.

## ה. החובה הדתית של הדין

צידה השני של אותה מטבע נעוץ בחובותיו הדתיות של הדיין, הלקוחות מהתחום 'שבין אדם למקום'. למעשה, גם בעניינים המשפטיים, המצויים בתחום שבין אדם לחברו קיים גם פן של 'בין אדם למקום'. בנוסף לכך, בניגוד לתפיסה המקובלת לפיה על בית המשפט להתעסק רק בעניינים בהם יש סכסוך בין פרטים, הרי שבית הדין לא רואה עצמו מוגבל לכך, ולא רק שהוא יכול להיכנס גם לעניינים שבין אדם למקום, אלא שהוא מחויב לעשות כך,

<sup>166</sup> וראה בדברי ר' נחמן מברסלב, ליקוטי מוהר"ן קמא, תורה ס"ט, הסבור כי 'התחשבנות' הקב"ה מגיעה לאחר כל דין: "...ובאמת לא היה ראוי לחלק הירושה בשוה, כי בודאי אינו שוה חלקי אורם. אבל אי אפשר למסר משפט זה לבית דין שלמטה, כי אין יודע חלוקים אלו, כי אם היודע תעלומות, והוא באמת מסדר אחר כך כראוי, ונוטל מזה ונותן לזה".

<sup>167</sup> משה זילברג, באין כאחד - אסופת דברים בהגות ובהלכה (ירושלים התשמ"ב; להלן: "זילברג, באין כאחד"), 207. ההדגשות במקור. <sup>168</sup> שוחטמן, סדר הדין, 425; שוחטמן, סדר, ח"ג, 1298: "למעשה אפשר לומר, שכל זמן שלא פסק הדין דין אמת, לא סיים את תפקידו, ולכן אם מתברר שפסק הדין אינו נכון, עליו לסתור את דינו ולחזור ולדון בעניין מחדש כדי שימלא את חובתו כראוי".

<sup>169</sup> וראה גם בישעיהו, מ"ב, א"ג: "הן עבדי אֶתְמַן-בו, בְּחִירֵי רִצְתָה נְפִשִׁי; נְתַתִּי רוּחִי עָלָיו, מִשְׁפָּט לְגוֹיִם יוֹצִיא... לְאֻמּוֹת, יוֹצִיא מִשְׁפָּט". וראה גם טללי חיים, שמות, רכ"ג, המבאר את הפסוק "לא עשה כן לכל גוי ומשפטים בל ידעום" (תהילים, קמ"ז, כ') כמדגיש את ייחודו של המשפט העברי.

<sup>170</sup> משלי, כ"ט, ד'. <sup>171</sup> כד הקמח, ערך 'דינין'. וראה גם בפירושו רבינו בחיי על התורה, ויקרא, כ"ד, כ"ב: "המשפטים שבתורה הן מעקרי תורה, וכשאין אנו עוסקים בהם הנה זה חילול השם... שכל העולם כולו תלוי בדינים...". לעניין זה, ראה גם ארחות צדיקים, שער כ"ג: "הנשמה נבראת ממקום רוח-הקודש, שנאמר: "ויפח באפיו נשמת חיים" (בראשית, ב', ז'), ונחצבה ממקום טהרה, ונבראת מזוהר העליון מכסא הכבוד. ואין למעלה במקום קדשי-הקודשים שקר, אלא הכל אמת... וחותרו של הקדוש-ברוך-הוא אמת... וכשאדם עוסק בשקר אז אין השקר דבק לאמת. וכשיש אמת, כביכול מכון שבתו בשמים כנגד בני-אדם, כי כשיש אמת בבני-אדם, אז מודים שעשה שמים וארץ והים וכל אשר בס... וכשיש בגידה ושקר, כביכול אז כמי שאין מכון שבתו בשמים ובארץ. ומי שהוא זוכה להתבונן בדברים אלו איך הנשמות נחצבות ממקור האמת, יעשה כל ענייניו באמת, ולא יכניס השקר במקום קדושת האמת... גם הרמיזות של אדם יהיו אמת, כי שכן האמת גדול מאוד".

כחלק מחובתו להקים את התורה<sup>172</sup>, וזוהי חלק מהשלטת החוק והצדק ומהעמדת משפטי הדת על תילים<sup>173</sup>. "כי בדבר איסורא כולחו אינשי בעלי דין הס', מכל שכן בית דין ששליחי הקהל הם לעמוד על משמרת הקודש"<sup>174</sup>. דברים דומים כתב גם שוחטמן, בהתייחסו לחובה הדתית של הדיין: "גישתו השונה של המשפט העברי נובעת מאופיה של שיטת משפט זו כשיטת משפט דתית ומחובתו הדתית של הדיין לדון דין אמת. במילוי תפקידו השיפוטי אין הדיין ממלא רק פונקציה של בורר בסכסוך שבין איש לרעהו, אלא ממלא חובה גם כלפי שמיא"<sup>175</sup>. שוחטמן מזכיר גם מקורות שונים וביניהם, דברי המקרא ו'יַעֲמֵד שִׁפְטִים בְּאֶרֶץ כָּל עַרְי הַיְהוּדָה הַבְּצֻרוֹת לְעִיר וְעִיר. וַיֹּאמֶר אֶל הַשִּׁפְטִים רְאוּ מָה אַתֶּם עֹשִׂים כִּי לֹא לְאֲדָם תִּשְׁפְּטוּ כִּי לְה' וְעִמְכֶם בְּדָבָר מִשְׁפָּט"<sup>176</sup>, ודברי רש"י על הפסוק: "אל תחשבו בלבבכם לומר מה לנו אם אנו מטים את הדין... הלא אין המשפט לה'?! לכך נאמר 'לה' - שלו הוא. אם חייבת את הזכאי כאלו נטלת ולקחת משל בוראך, ודין שמים עקלת לתת משפט מעוקל. לפיכך תראו מה שתעשו והיה ללבבכם בכל דין ודין כאלו הקב"ה עומד לפניכם בדין, וזהו 'ועמכם בדבר משפט'".

הוא מפנה גם לדבריו של ר' יעקב בעל הטורים:

"כל הדין דין אמת לאמיתו, כאילו נעשה שותף להקב"ה במעשה בראשית. כי הקב"ה ברא העולם להיות קיים, והרשעים שגוזלין וחומסיין – מחריבין אותו במעשיהם... נמצא שהדיין, המשבר זרועות רמות הרשעים ולוקח מידם טרף ומחזירו לבעלים, מקיים העולם וגורם להשלים רצון הבורא... שבראו להיות קיים, והרי כאילו נעשה שותף להקב"ה בבריאה"<sup>177</sup>.

דברים אלו בדבר חובתו הדתית של הדיין נכונים גם בשעה ששני הצדדים אשר פנו מלכתחילה לבית הדין מבקשים דווקא את אי התערבותו, ואף על פי כן "אסור להתעלם מהם אפילו שעה אחת"<sup>178</sup>. בעניין זה בולט ההבדל בין בית הדין לבתי המשפט בהם משעה שהצדדים חזרו בהם – אין בנמצא הליך, ובית המשפט ימנע מלדון

<sup>172</sup> וראה ירושלמי, סוטה, פ"ז, ה"ד: "כתיב ארור אשר לא יקים את דברי התורה הזאת (דברים, כ"ז, כ"ו) - וכי יש תורה נופלת?!... רבי שמעון בן חלפתא אומר זה הבית דין שלמטון, דאמר רב חונה רב יהודה בשם שמואל על הדבר הזה קרע יאשיהו ואמר עלי להקים". וראה גם ברמב"ן, דברים, כ"ז, כ"ו, ד"ה "אשר לא יקים את דברי התורה הזאת"; שבת, נ"ד, ע"ב – נ"ה, ע"א: "כל מי שאפשר למחות לאנשי ביתו ולא מיחה - נתפס על אנשי ביתו, באנשי עירו - נתפס על אנשי עירו, בכל העולם כולו - נתפס על כל העולם כולו".

<sup>173</sup> ראה שוחטמן, סדר, 137-140, ובמקורות הרבים המאוזכרים שם.

<sup>174</sup> ערעור תשמ"א/102, פד"ר י"ב, 33, 44.

<sup>175</sup> שוחטמן, סדר, ח"ג, 1298.

<sup>176</sup> דברי הימים ב', י"ט, ו'.

<sup>177</sup> טור, חו"מ, א', ב'. ובהמשך אותו סעיף מביא הטור: "וכפי גודל משכורתו, כן עונש המבטלו והמעוותו, כדתן: "חרב בא לעולם על ענוי הדין ועל עוות הדין" (אבות, פ"ה, מ"ח). וכן אמר דוד: "עשיתי משפט וצדק בל תניחני לעשק" (תהילים, קי"ט, קכ"א), מכלל שבמניעת המשפט יונח ביד העושקים. ולא חרבה ירושלים ולא גלו ישראל אלא על שביטלו המשפט, כדכתיב: "מלאתי משפט צדק ילין בה ועתה מרצחים" (ישעיהו, א', כ"א), וכתיב: "יתום לא ישפוט וריב אלמנה לא יבא אליהם" (שם, כ"ב), וכתיב בתריה: "הוי אנחם מצרי ואנקמה מאויבי" (שם, כ"ד). ובמשפט עתידה ליפדות, דכתיב: "ציון במשפט תפדה ושביה בצדקה" (שם, כ"ז), וכתיב: "דרשו משפט אשרו חמוץ שפטו יתום ריבו אלמנה" (שם, י"ז), וכתיב בתריה: "אם יהיו חטאיכם כשנים כשלג ילבינו" (שם, י"ח). והוא מקרב הגאולה, דכתיב: "שמרו משפט ועשו צדקה כי קרובה ישועתי לבא וצדקתי להגלות" (שם, נ"ו, א'). והקב"ה חפץ בו יותר מבכל הקרבנות, דכתיב: "עשה צדקה ומשפט נבחר לה' מזבח" (משלי, כ"א, ג'), ומחטאת ועולה לא נאמר אלא 'מזבח'. ובכמה מקומות הזהיר עלינו על ידי משה רבינו עליו השלום: "לא תכירו פנים במשפט... לא תגורו מפני איש כי המשפט לאלהים הוא" (דברים, א', י"ז), ועוד הזהיר עלינו בעשה: "בצדק תשפוט עמיתך" (ויקרא, י"ט, ט"ו), "ושפטתם צדק" (דברים, שם, ט"ז).

על דברי הטור הללו כתב הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג, בתי הדין בישראל, תחומין ז' (התשמ"ו), 277, 278: "אפשר לכתוב ספר שלם על נושא זה... אבל מדברי רבינו בעל הטורים אין לגרוע. כל הסימן הוא מחרוזת של פנינים יקרים". ולגופם של דברים הוא מוסיף שם: "לא זו בלבד שהוא [המשפט - א.מ.], כדברי המשנה, אחד משלושת עמודי העולם, אלא שהוא מהווה דבר יסודי בעצם מושג האלהות של היהדות. הקב"ה הוא שופט כל הארץ. כביכול, השופט העליון שהשופטים הם בבחינת שלוחיו... ללמדך שהמשפט לאלהים הוא".

<sup>178</sup> שו"ת הרמב"ם, סימן שמ"ו. וראה גם בערעור תשמ"ו/56, אוסף פסקי-דין של הרבנות הראשית לארץ ישראל, בית-הדין הגדול לערעורין, עובדו ונערכו ע"י זרח ורהפטיג, בהוצאת משרד המשפטים ומשרד הדתות, התש"י (להלן: "אוסף פסקי דין – ורהפטיג"), ח"ב, 60; ובמקורות המצוטטים אצל שוחטמן, סדר, ח"א, 138, הע"ש 75.

בתיק<sup>179</sup>. יתר על כן, על הדין בבית הדין הרבני, מוטלת אותה חובה המוטלת על כל יהודי - "בית הדין חייב להציל עשוק מיד עושקו"<sup>180</sup>, באיזה צורה שהיא"<sup>181</sup>. בנוסף, מוטלת על בית הדין מצוות 'השבת אבידה'<sup>182</sup> – להשיב את אבידתו של בעל הדין הצודק. לעיתים חובתו של בית הדין היא גם לדאוג לחינוך בעל הדין לאמונה בה, כמו שבעניינו של גר קטן<sup>183</sup>.

כחלק מחובה זו יכול גם בית הדין (וצריך) להימנע מלתת פסק דין שלכאורה היה עליו ליתן, וזאת על מנת "שלא לסייע ביד עוברי עבירה"<sup>184</sup>. כחלק מחובה חרג גם בית הדין מסמכותו. במקרים מסוימים ידע בית הדין היטב כי נושא מסוים איננו מצוי בתחום סמכותו הפורמאלית, אך למרות זאת החליט בית הדין כי עליו לומר את דברו<sup>185</sup>. כך היו הדברים כאשר בית הדין הורה לשר הסעד בממשלת ישראל הוראות בנוגע לשירות הלאומי לבנות, על אף שהיועץ המשפטי לממשלה המציא לבית הדין חוות דעת כי הדבר איננו מצוי בתחום סמכותו<sup>186</sup>. דברים אלו צוטטו בהמשך<sup>187</sup>, בין היתר ע"י בית הדין אשר הורה לשנות את הרכב הגוף הבחור של הרב הראשי האשכנזי לתל אביב-יפו<sup>188</sup>.

<sup>179</sup> ראה ע"א 536/89, פז חברת נפט בע"מ נ' גד לויטין, פ"ד (מ3), 617, 625 (1992): "תפקידו של בית המשפט הינו לפסוק במחלוקת בין הצדדים, כפי שהללו רואים אותה, וככלל אין זה מתפקידו ליצור מחלוקת חדשה, ולהכריע בה".

<sup>180</sup> רמב"ם, הלכות סנהדרין, פ"ב, ה"ז: "בית דין של שלושה צריך שיהיה בכל אחד מהם שבעה דברים, ואלו הן: חכמה, ענווה, יראה, שנאת הממון, אהבת האמת, ואהבת הבריות ובעלי שם טוב. ובמה יהיו אהובים לבריות? בזמן שיהיו בעלי עין טובה ונפש שפלה וחברתן טובה ודיבורן ומשאן בנחת עם הבריות, ובכלל אנשי חיל שיהיה להן לב אמיץ להציל עשוק מיד עושקו". וראה בשו"ע הרב, יו"ד, הלכות שחיטה, סימן א', קונטרס אחרון, ס"ק ז' שכתב: "ולהציל עשוק מיד עושקו אין לך מצוה רבה כזו, שזהו עיקר מצות הדין לכוף לקיימו, כמ"ש בטור חו"מ, ס"ו, א"י. החובה להציל עשוק מיד עושקו חלה לגבי כל אדם, ולכן מבחינת הסמכות יכול כל בית דין לדון כל אדם מישראל, אלא שלעיתים יהיה מקום להעביר את הדיון למקום שיפוט אחר. וראה; פירוש הרא"ש, בבא קמא, פ"א, ה"ה; תשובות מהרש"ד, ח"ג, סימן נ"ח; שו"ת בשמים ראש, סימן פ"א; משפטיך ליעקב, ח"א, סימן כ', אות ה', שם הוא עומד על כך שהמצווה חלה על כל יהודי, ואולם לדיון יש בפועל את הכלים להציל את העשוק מיד עושקו; שוחטמן, סדר, ח"א, 227. וראה דיון מה הדין כאשר הדין סבור שגמר הדין לא יציל עשוק מיד עושקו אצל הרב אברהם שרמן, 'משפט אמת – משפט שלום', שורת הדין ד' (התשנ"ח), רס"ה (להלן: "שרמן, משפט אמת"), רס"ח.

<sup>181</sup> שו"ת ישכיל עבדי, ח"ו, חו"מ, סימן כ"ד.

<sup>182</sup> שו"ת דרכי נעם, חו"מ, סימן ל"ט.

<sup>183</sup> ראה רש"י, כתובות, י"א, ע"א, ד"ה "על דעת בית דין"; המאירי, שם: "מודיעין את הדבר לבית דין, ומגיירים אותו על דעתם כאילו הם אבותיו של זה, שיהא עניינו מסור להם כדרך שענין הבן מסור לאב להכניסו לברית ולקדושת אמונה". וראה אצל הרב יעקב אריאל, **יושב אלהים – שיעורים (כתובות וקידושין)**, 99, במאמר 'בית הדין – אביו של הגר'.

<sup>184</sup> ראה ערעור תשכ"ח/42, פד"ר ז', 175, 178.

<sup>185</sup> וראה בעניין זה אצל הרב שלמה דיכובסקי, סמכות בתי הדין הרבניים בראי פסיקת בתי הדין, **זיני ישראל י"א** (התשמ"א-התשמ"ג), ט' (להלן: "דיכובסקי, סמכות"); "בתי הדין הרבניים דנים, כידוע, לפי דין תורה. לפי התורה, סמכותם של בתי הדין היא בלתי מוגבלת, בהיותה נובעת מן המחוקק האלוקי, ולא מן המחוקק האנושי. בתי הדין מצאו לנכון שלא להתייחס לסמכות, עקב השקפתם כי סמכותם נובעת מגבוה ולא מחקיקה אנושית. הזדקקות לדיןי סמכות עפ"י החוק מהוה כעין הודאה בסייגים שחתם המחוקק האנושי, בניגוד לדין תורה". וראה גם בהקשר אחר אצל יצחק אנגלרד, על מעמדה של מועצת הרבנות הראשית וסמכות הפיקוח של בית המשפט הגבוה לצדק, **הפרקליט כ"ב** (התשכ"ו), 68.

<sup>186</sup> ערעור תשל"ב/9 (ט"ו טבת התשל"ב).

<sup>187</sup> תיק (נת') תשנ"ז/715, פד"ר י"ט, 344, 345.

<sup>188</sup> הציטוטים מפסק דינו של בית הדין הרבני מופיעים בבג"ץ 816/98, **אליהו אמינוב נ' שמואל אלטלף**, פ"ד (נב2), 769, 782-781 (1998): "פסה"ד... הנו ככל פסק דין אחר ואינו חו"ד גרידא, ועל כל הצדדים לבצעו ככתבו וכלשונו ולהימנע מכל פעולה שיש בה להפר פסק דין דעת תורה זה... חובה קדושה מגטלת על כל העוסקים במלאכת קודש זו של בחירת רב ראשי האמונים על שמירת תורה ומצוות למלא אחר פסק דין דעת תורה זה... ובאשר לכבוד השר... כאיש שומר תורה ומצוות וכעומד בראש המשרד האמור לשמור על כבוד הדיינים ומעמדם ודאי שלא יעשה דבר שיש בו לזלזל בפסיקת בית הדין שהיא דעת תורה טהורה... ובסיום הבהרה זו אצטט... את שכתב הגאון הרב מרדכי שליט"א בערעור תשל"ב/9 בשבתו יחד עם הרבנים הגאונים הרב אלישיב שליט"א והרב בצלאל זילטי זצ"ל: 'אין הדבר צריך לפנים, כי כל יהודי באשר הוא יהודי, יחא מעמדו ותפקידו אשר יחא חייב לפי דין תורה להענות, ולציות לכל אשר יורה בית הדין ואפילו מלך וכהן גדול, מזמנים אותו לדין לפני ביה"ד והוא חייב להתדיין בפניו. ופסק דין זה כוחו יפה גם לנידון דין, כל העושה נגד פסק דין זה שניתן כאמור פה אחד, עליו לדעת, כי הוא מערער וכורת את הענף עליו הוא יושב, באיזה פנים אפשר אח"כ לבקש לעמוד על כבודם של בתי הדין, כאשר אנשים העומדים בראש הציבור הדתי מזלזלים בריש גלי בפסק הדין ובנותניו'. יצוין, כי סוגיה זו הגיעה לפתחו של בג"ץ (שאזכר לעיל), וזה קבע בצורה חד משמעית כי בית הדין חרג מסמכותו, וכי וועדת הבחירות אינה יכולה להיעתר לפסק הדין של בית הדין הרבני. שם, 789: "בעניינינו מדברים אנו בבית-דין התופש סמכויות ושררה. ולא הרי זה כהרי זה. שרב – באשר רב הוא – אמור להשיב לשאלות שהוא נשאל ולחוות דעתו בנושאי הלכה המובאים לפניו. ואילו דין שבבית-דין, עליו הנטל לשפוט בין בעלי-דין המתייצבים לפניו בגדרי סמכויותיו כפי שנקבעו בחוק, ובגדרים אלה בלבד".

[אגב, לעיתים קיימת מחלוקת לגבי שאלת סמכות בית הדין להתערב בסוגיה ציבורית מסוימת. בעיקר מדובר, במקומות בהם קיימת התנגשות בין חובות המשפט הציבורי לבין חובות המשפט הפרטי<sup>189</sup>. כך, לדוגמה, הרב דיכובסקי<sup>190</sup> סבר כי בית הדין יכול וצריך להתערב בשאלת התאמתו של ראש ישיבה מסוים לתפקידו, לאחר שנהג שלא כשורה (לטענת הנהלת הישיבה): "בית דיננו גילה דעתו לא אחת, שתפקידו של ביה"ד הגדול בנושאי ציבור, אינו רק לעסוק בהיבט הנקודתי של פסק הדין, אלא יש לו זכות וחובה גם יחד להיות אביהם של יתומים, אביהם של ילדי ישראל... על כן, כאשר נושא חינוכם של ילדי ישראל נדון בפנינו, לא נוכל להתעלם מן האספקט הציבורי ומן החובה הבסיסית לדאגה לשלומם ולטובתם של התלמידים, ואל לנו להתרכז אך ורק בתחום האישי של בעלי הדין". לעומתו, סבר הרב שרמן כי "ביה"ד מוסמך לפעול רק בחלל ריק", וכי "הצבור רואה את ביה"ד כממונה וכשליח לפעול בענייני הצבור רק כאשר אין מי שפועל ודואג, כגון כאפוטרופוס ליתומים קטנים, לחרשים, לשוטים ולעניים שאין להם דואג. וכן בענייני ציבור שלא נתמנה להם אחראי, שאז בית הדין הופך להיות לאב, לממונה ולשליח. אולם ברור שבמוסדות שיש להם מנהל אין לבית הדין כל מינוי וסמכות לפעול"<sup>191</sup>].

מובן, אם כן, שכאשר הדיין מביא בין יתר שיקוליו גם את חובתו הדתית, יקשה עליו הרבה יותר מתן פסק דין המתייחס אך ורק להפרת החובות הדיוניות מצד אחד מבעלי הדין, ותהא ההפרה חמורה ככל שתהא. התייחסות מעין זו תפגע ביכולת הצלת העשוק, וממילא - בחובתו של הדיין.

## **7. קבלת פסק הדין והשלום בין הצדדים**

נימוק נוסף, המובא ע"י דרנס<sup>192</sup>, מתקשר לרצונו של בית הדין להשכין שלום בין הצדדים, גם לאחר פסק הדין<sup>193</sup>. זהו חלק מתפקידו היסודי ביותר של בית הדין לפי הרמב"ם: "כל איש מצווה לדון דין תורה כשיהיה יודע בו, ושישבית הריב שבין בעלי דינים"<sup>194</sup>. כחלק מדיוק זה מסיק הרב שרמן ש"תפקידו של הדיין הוא לא רק לדון את דין התורה, אלא גם לפעול שדין התורה ייושם, והריב בין הצדדים יושבת"<sup>195</sup>. לכן גם מצווה על הדיין לנסות ולפשר בין בעלי הדין<sup>196</sup>.

<sup>189</sup> במקרה אחד חייב בית הדין הרבני עמותה בהוצאות, מבלי שזו חתמה על שטר ברורות, והבהיר כי סמכותו נובעת מדין תורה, ואילו כתב הברורות נחוץ רק לצורך אכיפת הפסק ע"פ החוק. ראה ערעור תשס"ב/5515, **שורת הדין ט'** (התשס"ה), תס"ד.

<sup>190</sup> הרב שלמה דיכובסקי, בית דין הוא אביהם של ישראל, **תחומין כ"ה** (התשס"ה), 247. הרב דיכובסקי הסכים כי יש למקום לפצות את אותו ראש ישיבה בממון, אך הדבר איננו מבטל את החיוב המוטל על בית הדין להתערב בעניין ציבורי מעין זה.

<sup>191</sup> הרב אברהם שרמן, סמכותו של בית דין לדון בעניינים ציבוריים, **תחומין כ"ה** (התשס"ה), 243, 244-245. למען הסדר הטוב יצוין כי באותו מקרה קם בית דין מיוחד לאותה רשת חינוכית, אשר דן בנוגע לאותו ראש ישיבה עשר שנים קודם לכן, וגם מסיבה זו קבע הרב שרמן כי אין מדובר "בחלל ריק". וראה גם שו"ת הרשב"א, ח"ג, סימן רצ"ז; שו"ע, חו"מ, ר"צ, ה"ו.

<sup>192</sup> דרנס, שם, ע"ג-ע"ד.

<sup>193</sup> כחלק מגישה זו, יש להזכיר את ההלכה המאפשרת לבית הדין במקרים מסוימים לכפות על הצדדים פשרה. ראה שו"ת הרא"ש, ק"ז, ו': "דכיון שבא הדין לפני הדיין והוא אינו יכול לברר הדבר, אינו רשאי למשוך ידו מן הדין ויריבו בעלי דיניו זה עם זה, וכתוב: 'אמת ומשפט שלום...'. כי על ידי המשפט יש שלום בעולם, ולכך נתנו כח לדיין לשפוט ולעשות כל מה שירצה אף בלא טעם וראיה כדי לתת שלום בעולם... כל זה סברתי והארכתי להודיע שאין כח ורשות להוציא את הדין חלוק מתחת ידו, (אלא) שצריך לגמור ולהשלים את הדין כדי להטיל שלום בעולם, ולכן נתנו חכמים רשות לדיין לפסוק לפי ראות עיניו במקום שאין הדבר יכול להתברר בראיות ובעדויות, פעמים באומדן הדעת ופעמים כמו שיראה הדיין בלא טעם ובלא ראייה ובלא אומדן הדעת, ופעמים על דרך פשרה"; וראה גם שו"ע, חו"מ, י"ב, ח'; שוחטמן, סדר הדין, 213-216; בג"ץ 2222/99, **אנז'ל (אורה) גבאי נ' בית הדין הרבני הגדול**, פ"ד נד(5), 401 (להלן: "פרשת גבאי"), 419-423 (2000).

<sup>194</sup> ספר המצוות לרמב"ם, מצוות עשה קע"ז, על הפסוק "בצדק תשפוט עמיתך". הנוסח בהתאם למהדורת ר"ח הלר.

<sup>195</sup> שרמן, שם, 246.

<sup>196</sup> שו"ע, חו"מ, י"ב, ב'.

המדרש מדגיש בעניין זה כי "מה ראו דינין לקדום לכל מצוות שבתורה? שכשהדין בין אדם לחבירו תחרות ביניהם. נפסק הדין – נעשה שלום ביניהם"<sup>197</sup>. ובמקום אחר מדגיש המדרש שדווקא החיפוש המתמיד אחרי דין אמת (ולא ניסיון ליצירת פשרה במקום שזו אינה ראויה) הוא שיביא לשלום אמיתי בין בעלי הדין:

"ר' סימאי אומר: הדין אמתי לאמתו נראה כמטיל קנאה בין הבריות, ואינו אלא נותן שלום ביניהם, שנאמר: "אלה הדברים אשר תעשו אמת ומשפט שלום בשעריכם". אין לי אלא נוטל ממון שיש לו שלום. מניין שאף המתחייב ממון שגם הוא סופו שלום? שנאמר: "וגם כל העם הזה על מקומו יבוא בשלום"<sup>198</sup>.

לנוכח מטרה זו של הדין לייצר שלום בין בעלי הדין, העניק הרא"ש<sup>199</sup> לביה"ד סמכות להכריע לעיתים גם במקום בו אין ראייה ברורה:

"דכיון שבא הדין לפני הדיין והוא אינו יכול לברר הדבר, אינו רשאי למשוך ידו מן הדין ויריבו הבעלי דינין זה עם זה, וכתב: 'אמת ומשפט שלום' וכו', כי על ידי המשפט יש שלום בעולם. ולכך נתנו כח לדיין לשפוט ולעשות מה שירצה אף בלא טעם וראיה, כדי לתת שלום בעולם... להודיע שאין כח ורשות להוציא את הדין חלוק מתחת ידו, שצריך לגמור ולהשלים את הדין כדי להטיל שלום בעולם. ולכך נתנו חכמים רשות לדיין לפסוק לפי ראות עיניו במקום שאין הדבר יכול להתברר בראיות ובעדיות, פעמים באומד הדעת ופעמים כמו שיראה הדיין בלא טעם ובלא ראייה ובלא אומד הדעת ופעמים על דרך פשרה"<sup>200</sup>.

כחלק ממטרה זו של הדין קבעה ההלכה כי יש להקדים ניהול של משפט בין בני זוג על פני משפט בעניינים אחרים, מפני שבהליך שבין בני הזוג יש עשיית שלום וודאית, "וגם עסקי ממונות שבין זוג, שייך גם כן לבקשת שלום"<sup>201</sup>. זו גם אחת הסיבות להתנגדות ההלכה לניהול התביעה באמצעות מורשים, "שעריכת הדיינין מחדשת שנאות בין בני אדם, וכל שכן למי שנכנס בה מצד הרצון ושלא מחמת עניני עצמו"<sup>202</sup>.

יתר על כן, המשפט העברי מציב לפנינו מטרה, שהצדדים יפתרו, לא רק את הסכסוך שהגיע לביה"ד, אלא את מכלול הסכסוכים שביניהם, וששני הצדדים יצאו מרוצים מבית הדין, שכן ביה"ד 'חסד' מהצד המפסיד את חטא הגזל, וכאמור לעיל – בסופו של יום, גם המתחייב בדין שמח בסיום הסכסוך<sup>203</sup>. על מנת שהצדדים יצאו מבית הדין מרוצים יחסית, בית הדין יתאמץ לעסוק בפרטי הסכסוך שביניהם במלואם<sup>204</sup>, גם אם אלה לא הובאו

<sup>197</sup> מכילתא, מסכתא דנזיקין, משפטים, פ"א.

<sup>198</sup> מכילתא דרשב"י, שמות, י"ח, כ"ג. וראה גם בהמשך המקור.

<sup>199</sup> שו"ת הרא"ש, כלל ק"ז, ו'.

<sup>200</sup> וראה בפסק דינו של בית הדין 'ארץ חמדה-גזית' בתיק 71061, נ. נ' ש. (פורסם באתר 'ארץ חמדה', 9.10.11; להלן: "פרשת נ. נ' ש."), שם אימץ בית הדין את גישת הרא"ש, על אף שלכאורה השו"ע הכריע כנגדה: "אמנם פסק השו"ע (ח"מ, סימן ת"ח) שאין מוציאין ממון ע"פ אומדנא, ואף לא ע"פ אומדנא דמוכח. וא"כ דבריו הם בניגוד לדברי הרא"ש שהובאו לעיל. אולם כבר כתבו הפוסקים, שעל אף דברי השו"ע הנ"ל, לעיתים רשאי ביה"ד להוציא ממון ע"פ אומדנא דמוכח, משום שתפקידו של בית הדין הוא להטיל שלום בעולם".

<sup>201</sup> סוף הקדשים, חו"מ, ט"ו, א'; וראה אצל שוחטמן, סדר, 118.

<sup>202</sup> המאירי, בית הבחירה, שבועות, ל"א, ע"א, ד"ה "לעולם". וראה גם רש"י, שבועות, שם, ד"ה "זה הבא בהרשאה", המסביר כי מורשה יכול לפגוע גם בסיכויי הפשרה: "ושמא הראשון נוח לו ונוח לפשרה יותר מזה, שאינו יכול לעשות פשרה בממון אחרים".

<sup>203</sup> רש"י, סנהדרין, ז', ע"א, ד"ה "דמבי דינא": "מי שנטלו ב"ד טליתו לפורעה לאחר. לזמר וליזל, הואיל ודין אמת דנו לא הפסיד כלום אלא גזילה הוציאו מידו". וראה, לדוגמה, בתיק (אש"פ) 63609/6, פלוני נ' פלונית (פורסם באתר הנהלת בתי הדין, 20.3.13): "כשם שרצון התובע בכספו כך צריך לרצות הנתבע את הדין כדי שלא יניח גזלה בביתו".

<sup>204</sup> חשוב לציין כי בבית המשפט לענייני משפחה קיים גם כן האידיאל של פיתרון הסכסוך הכללי, והימנעות מהכרעה מסוגיות פרטניות בלבד. מסיבה זו כללי הדין בבית המשפט לענייני משפחה גמישים בהרבה מהכללים הרגילים ומותירים לשופט שיקול דעת רחב מאד בדרכו "לעשות צדק". לעניין זה, ראה לדוגמה בע"א 1751/95, יצחק סנגבי נ' תמר סנגבי, פ"מ תשנ"ו(2), 517 (להלן: "פרשת סנגבי").

להכרעתו<sup>205</sup>, וזאת בניגוד גמור למשפט האדוורסרי, שם הכלל הוא ש"בית המשפט פוסק בגדר הסכסוך הקונקרטי שהצדדים הניחו לפניו"<sup>206</sup>. מובן, כי בעל דין יוכל להיות מרוצה אם טענותיו המהותיות נדחו ע"י בית הדין, אך הסיכוי שיאמין שביה"ד הצילו מעוון גזל, אם תביעתו נדחתה בשל איחור במועדים, לדוגמא – הוא קלוש ביותר<sup>207</sup>.

דברים דומים נקבעו ע"י ביה"ד הרבני באחד מפסקי הדין<sup>208</sup>:

"מעיקר תפקידו של ביה"ד דתי הוא להביא שלום בין אדם לחברו ולסדר לשם כך בין הצדדים כל פרטי ריבם וכל סכסוכיהם עד כמה שאפשר, כדי שלא ישארו שום דין ודברים ביניהם... תכלית המשפט הוא הבאת שלום, והנביא צווח: "אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם", ואמרו בירושלמי... "על שלושה דברים העולם עומד, על הדין ועל האמת ועל השלום – נעשה הדין נעשה אמת, נעשה אמת נעשה שלום"... כל ביה"ד בישראל מחויב לשאוף להסדר סופי ולהשראת שלום שיש בו קיום בין הצדדים ע"י פסק דינו, ואין להשאיר נקודות פתוחות של ריב ומחלוקת להבא".

נדגיש כי השלום בו אנו עוסקים כעת, איננו עומד, בדרך כלל, בסתירה לערך גילוי האמת, אלא הוא דווקא חלק ממנו. מובן כי החלטת בית הדין לדון במחלוקת נוספת שלא הועלתה בכתב התביעה, אינה משמחת את בעל הדין שכנגדו הועלתה, ועלולה לפגוע דווקא בשלום. הדברים נכונים גם ביחס לשיקול הדעת העקרוני שניתן לבית הדין, ולחוסר הפורמליזם שהוא מגלה. שיקול דעת זה יכול בהחלט להביא דווקא להתמרמרות של המפסיד, החש כי הפגיעה בו היא שרירותית, וממילא לגרום לפגיעה בשלום.

לכן נראה, שמשמעות השלום פה הינה רחבה בהרבה, מיישוב המחלוקת בנסיבות הסכסוך המצומצם שהובא בפני בית הדין (כפי המקובל במערכת המשפט הישראלית). השלום (מלשון שלמות) מחייב ראייה כללית ושלמה של הסכסוך, ודיון לגופה של המחלוקת המלאה. רק דיון שכזה יוכל להביא לשלום ולשלווה לאורך זמן, כאשר הצדדים יודעים שבית הדין, זרועו הארוכה של בורא העולם, בחן את טענותיהם במלואן, והכריע בהן. רק במצב כזה תוכל לשרור המציאות האידיאלית של 'זמרת המפסיד' לאחר ההכרעה. זו גם הסיבה שבית הדין בחר שלא לעמת בין ערכי האמת והשלום, אלא דווקא לצטט את דברי הירושלמי, ולפיהם "נעשה הדין – נעשה אמת. נעשה אמת – נעשה שלום".

<sup>205</sup> וראה גם בפסק דין המופיע להלן, בו עסק בית הדין הרבני בתביעה לפינוי מנכס, והכריע גם בסוגיית דמי השכירות שכלל לא עלתה בתביעה, מתוך רצון להימנע מפורמליזם, וזאת מתוך מטרה לסיים את הדיון ולהביא שלום: "...והיו מוכרחים לעיין בזה ולא להמשיך משפטים, כמו שנהוג בערכאות שלהם, שאצלם המשפט הוא ענין מלאכותי באופן מכוונתי (מכאני), ואצלנו, להבדיל, תכלית המשפט היא הבאת שלום, והנביא צווח "אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם", ואמרו בירושלמי פרק ג' דמגילה "על שלשה דברים העולם עומד – על הדין על האמת ועל השלום, נעשה הדין נעשה אמת, נעשה אמת נעשה שלום", ולהרבות במשפטים ולהמשיכם איננו מביא שלום, ופעמים שכופין על הפשרה כשאין הדין יכול להביא לידי שלום" (שו"ת היכל יצחק, או"ח, סימן י"ד). וראה גם אצל הרב דב ישראל פוגל, 'על הגישור, השלום ובית הדין', תחומין כ"ג (התשס"ג), 456.

<sup>206</sup> פרשת בורשטיין.  
<sup>207</sup> וראה גם אצל, שוחטמן, סדר, 264 המקשר בין חיפוש האמת בדין ויישוב הסכסוך: "עניינם של כללי סדר הדין הוא להביא לידי חקר האמת כדי ליישב סכסוכים בין בני אדם".

<sup>208</sup> תיק 1/9/704, הנהלת הישיבה ב' נ' אפוטרופסי הקדש, (להלן: "פרשת הנהלת הישיבה ב'"), אוסף פסקי דין – ורהפטיג, ל"ד, ל"ו-ל"ז; פורסם גם בשו"ת היכל יצחק, שם.

עם זאת, חשוב להדגיש כי ישנו מימד מסוים בו ערך השלום עומד בסתירה לגילוי האמת, ואף על פי כן הוא גובר על גילוי האמת<sup>209</sup>. כך, בפסק דין אחר<sup>210</sup> מצאנו כי בית דין רבני בחן את סמכות בית הדין להתערב בסכסוכים, על מנת להשכיח שלום בין הצדדים, וקבע כי:

”לנגד עיניו של בית הדין הרבני הדין לפי משפט התורה צריכה לעמוד לא רק המגמה שדינו יהיה אמנם דין אמת לאמיתו, אלא גם, להביא לכך שפסק הדין יביא שלום לעולם – ”אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם”.

לכן, מקום שרואה בית הדין שדווקא חריגה מסדרי דין רגילים, התערבות בסכסוך וכדומה, תביא להשכנת השלום, לא זו בלבד שהוא רשאי לנהוג בהתאם, אלא הוא אף מחויב לעשות כן”<sup>211</sup>.

נבקש להוסיף עוד לעניין זה, כי האמון האישי של בעל הדין בהליך בו הוא משתתף, גוברת עד מאד, כאשר הוא חש שזכויותיו הדיוניות נשמרו לו, וכי מכלול טענותיו נשמע בפני ביה”ד, וזאת גם אם התוצאה הסופית אינה לרוחו. מורת הרוח מהתוצאה מתעמעמת מאד בשל התחושה כי גם דעתו נשמעה, וכי ההכרעה נתקבלה בצורה אובייקטיבית<sup>212</sup>. לעיל כבר הראינו כי במקומות בהם, מטעמים של יעילות מערכתית, נפגעה יכולתו של הפרט להישמע, איבדו הצדדים את אמונם בבית המשפט.

## ה. יראת הדין

נימוק נוסף שמצאתי נרמז ע”י דרנס, הטוענת כי עוד סיבה לחוסר הפורמליזם של בית הדין הוא יראת הדין של הדיינים<sup>213</sup>. זאת, לאור ‘האיומים’ שמכוון התלמוד לעבר דין שטועה בתוצאת הדין<sup>214</sup>. ”ואמר רבי שמואל בר נחמן אמר רבי יונתן: כל דין שנוטל מזה ונותן לזה שלא כדין הקדוש ברוך הוא נוטל ממנו נפשו שנאמר: ”אל תגזול דל כי דל הוא, ואל תדכא עני בשער, כי ה’ יריב ריבם, וקבע את קובעיהם נפש”.

ואמר רבי שמואל בר נחמני אמר רבי יונתן: לעולם יראה דין עצמו כאילו חרב מונחת לו בין ירכותיו וגיהנם פתוחה לו מתחתיו...”<sup>215</sup>. יראת

<sup>209</sup> על הכלל לפיו ‘מצווה לשנות מפני השלום’, ראה אבות דר’ נתן, פ”ב, ג’; יבמות, ס”ה, ע”ב; חפץ חיים, הלכות רכילות, פ”א, ה”ח; מלמד, פניני הלכה, ח”ג, 154-157.

<sup>210</sup> ראה אצל הרב נתן חי והרב צבי פרג’, ‘גישור ופישור בבית הדין: פסק דין בעניין הפסקת בנייה עקב עיכוב בתשלומים’, **משפטי ארץ – דין, דין ודין** (עורך: הרב י’ אונגר), מכון משפטי ארץ-התשס”ב, 525. המאמר מבוסס על תיק תשס”א/01 בבית הדין לענייני ממונות באיתמר, ד. ש. נ’ מ. כ..

<sup>211</sup> שם, 530-531, וראה גם בעמ’ 532 איך בסופו של דבר השכיח פסק הדין שלום בין הצדדים, ונפתר משבר האמון ביניהם.

<sup>212</sup> אגמון-גונן, אי-תלות, 6. וראה בהרחבה בפסקה 6 לפסק הדין בפרשת מחמד.

<sup>213</sup> דרנס, שם, מ”ה, נ”ה-נ”ו; וראה גם אצל שוחטמן, סדר הדין, 424-425.

<sup>214</sup> להרחבה בסוגיית יראת הדין ראה: Yuval Sinai, *The Religious Perspective of the Judge’s Role in Talmudic Law*, 25.

*Journal of Law & Religion* (2009-2010), 357; עמיחי רדזינר, **יסודות דיני קנסות**, עבודה לשם קבלת התואר דוקטור, אוניברסיטת בר אילן, רמת גן, התשס”א, 278; ברכייה ליפשיץ, פשרה, בתוך **משפטי ארץ – דין, דין ודין** (עורך: הרב י’ אונגר), מכון משפטי ארץ-התשס”ב, 137 (להלן: “ליפשיץ, פשרה”), 141-142; חיים שפירא, “כ”י המשפט לאלהים הוא” – על הזיקה בין האל להליך השיפוט במקרא ובמסורת ההלכתית”, **מחקרי משפט כ”י** (התש”ע), 74-79; איתי ליפשיץ, **הפשרה במשפט העברי**, עבודה לשם קבלת התואר דוקטור, התשס”ד, אוניברסיטת בר אילן, רמת גן (להלן: “ליפשיץ, הפשרה”), 72-80; סיני, השופט, 443-445; ידידיה אלטר דינרי, **חכמי אשכנז בשלהי ימי הביניים**, ירושלים התשמ”ד, 34; משה פרנק, **קהלות אשכנז ובתי דיניהן: מהמאה הי”ב עד סוף המאה הט”ו**, הוצאת דביר, תל אביב התרצ”ח, 30-32.

<sup>215</sup> סנהדרין, ז’, ע”א. וראה גם ספרי, דברים ט’; רמב”ם, הלכות סנהדרין, פכ”ג, ה”ח: “לעולם יראה הדין עצמו כאילו חרב מונחת לו על צווארו, וגיהנם פתוחה לו מתחתיו; ויידע את מה הוא דן, ולפני מי הוא דן, ומי עתיד להיפרע ממנו, אם נטה מקו האמת: שנאמר “אלוהים ניצב בעדת אל” (תהילים, פ”ב, א’), ואומר “ראו מה אתם עושים כי לא לאדם תשפטו, כי אם לה’ (דברי הימים ב’, י”ט, ו’); שו”ע, חו”מ, ח’; ב”י: “צריכים הדיינים לישב באימה, ובראה, בעטיפה ובכובד ראש. ואסור להקל ראש ולישב לספר בדבר בטלה בבית דין. ויראה הדין כאילו חרב מונחת לו על צווארו, וכאלו גיהנם פתוחה לו מתחתיו, וידע את מי הוא דן, ולפני מי הוא דן, ומי הוא עתיד להפרע ממנו אם נוטה מקו הדין. וכל דין שאינו דן דין אמת גורם לשכינה שתסתלק מישראל. וכל דין שנוטל ממון מזה ונותנו לזה שלא כדין, הקדוש ברוך הוא נוטל ממנו נפשות. וכל דין שדן דין אמת לאמתו, אפילו שעה אחת, כאילו תקן כל העולם כולו, וגורם לשכינה שתשרה בישראל. (שמא יאמר הדיין: מה לי לצרה הזאת, תלמוד לומר: “ועמכם בדבר המשפט”, אין לדיין אלא מה שענינו רואות)”. וראה גם בסמ”ע שם על אתר, ס”ק ו’: “מפני כבוד השכינה ששרויה ביניהם”, ושם, ט’: “יהא דומה לו כאילו דן להקב”ה”. לעניין זה ראה גם בת”א (י-ם) 8256/02, **ב. יאיר חברה קבלנית לעבודות בנייה בע”מ נ’ חיים שיינס** (פורסם בנבו, 18.1.04).

דין זו מביאה את הדיין לשקול פעמיים ושלוש את התוצאה אליה הוא מגיע<sup>216</sup>. דיין, אשר יודע כי לפסק הדין שייתן יהיו השלכות אישיות לגביו, ובייחוד השלכות בעולם הבא (המשמעותי יותר מבחינתו), ישתדל להימנע מלתת פסק דין על רקע איחור קל במועדים או הפרה דיונית אחרת, שכן הפיתרון ה'קל' וה'טכני' עשוי להתברר כמכביד מאד בפני דיין האמת<sup>217</sup>. כחלק מיראת דין זו מזכירה דרנס מקרה בו צמו דיני בית הדין הגדול, ביום שנתנו בו פסק דין קשה<sup>218</sup>. אגב, מעניין כי דברים דומים נאמרו גם ע"י השופט זילברג, כאשר הכשיר פסק דין של דינים שלא הכריעו בסוגיה שעמדה לפנייהם בשל ספקות רבים<sup>219</sup>.

בצורה דומה ניתן למצוא הד לדברים, בפסק דין של השופט קליין, אשר בו הוא מביע חשש על כך שהחלטה שלו (קבלה זמנית של עמדתם של צוות בית אבות ופקידת הסעד העירונית כנגד עמדת המשפחה) הביאה לפטירתה בטרם עת של הקשישה נשוא הדין, וכותב דברים נוקבים עד תהום:

"מכל מקום, ברור שעל טעויות שיפוטיות עליהם יש חסינות רחבה על פי החוק בעולם הזה, אצטרך ליתן דין וחשבון בבית הדין של מעלה"<sup>220</sup>.

## 9. מרכזו של ההליך המשפטי

כאן אבקש להציע הסבר נוסף, המתמקד בשאלה מיהו העומד במרכז ההליך המשפטי ומהי מגמתו. הליך רגיל של משפט אזרחי במערכת משפט נועד על מנת לעסוק בטענת התובע כי הנתבע חייב לו דבר מה. העיסוק הוא ביחסים שבין התובע והנתבע, כאשר פסיקה כנגד הנתבע, היא, למעשה, דאגה לזכויותיו של התובע. בהסתכלות מעין זו, ישנה הצדקה מוסרית להענשתו של התובע על מחדליו הדיוניים, שכן הוא אחראי למעשיו, והוא הביא על עצמו את הרעה, כשבחר להפר את הכללים (הדברים נכונים, כמובן, גם לכיוון הנתבע). ואולם, הסתכלות אחרת, וזוהי ככל הנראה הסתכלותו של המשפט העברי, תעמיד במרכז את הדרישה שהעוול יתוקן והחובה תוחזר, מבלי קשר למהלכיו של התובע או הנתבע. בהסתכלות זו, 'תיקון העולם' הוא המונח על כפות המאזניים בהליך, ומכאן גם החשיבות שמעניקים חז"ל לפועלו של הדיין. במצב דברים שכזה התייחסות להפרה דיונית כזו או אחרת תהיה, בדרך כלל, בבחינת 'זוטי דברים' ביחס למשימה הכבירה בפניה ניצבת מערכת המשפט. הדברים מיוסדים בעומקם, שוב, על דברי הראי"ה קוק שכתב:

<sup>216</sup> וראה גם אצל הרב אברהם דוד כץ, האומדן בדיני הראיות, בתוך **משפטי ארץ ב'** (טענות וראיות), התשס"ה, 107 (להלן: "כץ, האומדן"), 162-163, הקובע כי רק יראת הדין והאחריות הגדולה הניצבת לנגד עיני הדיין, הן המונעות את עיוות הדין.

<sup>217</sup> ניתן, אמנם, להעלות טענה הפוכה, ולפיה דווקא יראת הדין תביא את הדיין לברוח לדרך הקלה, הפורמלית. כך יוכל הדיין לנקות את מצפונו, ולטעון כי האשמה אינה בו כי אם בכללים הדיוניים, ובמי שבחר להפר אותם. ואולם, נראה שזו אינה ההבנה המלאה של יראת הדין המוטלת על הדיין. היראה אינה רק מפני עצם הדין. יראה זו היתה גורמת לדיין שלא לישב כלל לדין, ויראה זו זוכה להרגעה אלוקית באמצעות הכלל ש"אין לדיין אלא מה שענינו רואות" (כפי שהבאנו לעיל). אלא שבנוסף לכך מוטלת על הדיין יראה מפני תוצאת הדין. מעת שהדיין יודע כי פרטי המקרה הם כאלה וכאלה, הרי שהוא אינו מסוגל להתעלם מהעובדה שההכרעה המהותית לוקה. לעניין זה, דווקא 'ההרגעה' של "אין לדיין אלא מה שענינו רואות" מגבירה את יראת הדין. עיניו של הדיין כבר רואות את התביעה ונסיבותיה, והכרעה בניגוד לדין המהותי, תיפול על כתפיו.

<sup>218</sup> דרנס, שם, נ"ו.

<sup>219</sup> בגי' 130/66, **חיים שגב נ' בית הדין הרבני האזורי, צפת**, פ"ד כא(2), 505, 548-549 (1967): "...אמרתי כי השופט חייב להגיע לדעה ברורה ומוחלטת בכל שאלה משפטית המתעוררת לפניו... הדברים הללו מכוונים היו כלפי שופט היושב לדין בבית-משפט אזרחי, להבדיל מן הדיין היושב לדין בבית-הדין הרבני. כי לא הרי פסיקתו של השופט החילוני כהרי פסיקתו של השופט הדתי. בפני השופט החילוני אין אמת אבסולוטית בעניני חוק ומשפט... הדיין הדתי, לעומת זה, חייב לדון דין אמת לאמתו, ללא ספק או פקפוק כל שהוא בנכונות האינטרפרטציה שניתנה לחוק על-ידו... הווה אומר: עליו לפחד ולרעוד מפני סטייה כל שהיא, מן האמת הצרופה, פן יידקר באותה חרב בירך זו או בירך האחרת. משום כך כה רבו יראי הוראה בישראל, וזה הוא טעמו ונימוקו של הדיין".

<sup>220</sup> הי"פ (תי"א) 12-01-25089, **עמותת גג לנזקק ולחוסה נ' מ.ג.** (פורסם בנבו, 22.1.12).



"העונשים החברתיים, ביחוד בשביל היזק ממון, יש להם שני מקורות נפשיות, טוב ורע. האחד נובע מתוך ההכרה שאסור לעשות עולה, והעושה עול צריך שיוסר, כדי שתתחזק ההכרה הטובה הזאת. והשני בא מתוך צרות עין, שהאיש האחר אין לו ליהנות בשלי, או לנגע בשלי, מפני ההרגשה של השלי ושל האני היא חזקה ומגושמת<sup>221</sup> לאין שיעור. כל המשפטים שהם הולכים בלא מקור אלהי, יונקים ממקור הרע<sup>222</sup>, וכל המשפטים האלהיים אין בהם כלום מהרע, כי אם הכל נובע ממקור הטוב של האמת והיושר כשהוא לעצמו"<sup>223</sup>.

יסוד המשפטים של התורה איננו חיזוק ה'אני', הקניין והבעלות הפרטית, אלא דווקא חיזוק הרגישות לכך ש'אני לא אפגע או אזיק לחברי. הדברים מבוססים על העיקרון המוסרי שניסחו בעלי התוספות "דיותר יש לו לשמור שלא יזיק משלא יזוק"<sup>224</sup>. בעולם בו הכללים הדיוניים גוברים על המהות קשה מאד להשיג מטרה זו.

## ו. סיכום

בפרק זה הצגנו את העמדות שהוצגו עד היום במחקר, בנוגע למידת הפורמליזם שמגלים סדרי הדיון האזרחי במשפט העברי. הצגנו את הקשיים בעמדות (המיעוט) הסבורות כי כללי הדיון נוטים גם לגישות פורמליסטיות. הראינו גם כי גישתו של שוחטמן (עליה יש מי שהתבססו) - אינה כזו. הצגנו גם את עמדות (הרוב) ולפיה כללי הדיון הם אנטי פורמליסטים. בהוכחת עמדה זו נעסוק בפרק הבא. הזכרנו גם את ההבדלים בין המודל הדיוני במשפט העברי לבין המודל הדיוני במשפט הכללי. לסיום הפרק עסקנו בטעמים בעטיים קיימת בשיטת המשפט העברי גמישות דיונית כה רבה. בין הטעמים שזכיר נציין את מטרת המשפט הכללית במשפט העברי, את חשיבות הנגישות לבית הדין ולקב"ה, את הרצון ליצור תחושה נוחה יותר אצל בעל הדין, את התחושה שהדין מייצג את 'האמת האלוקית', את התפיסה שבכל מקרה "הַמְשֵׁפֵט לֹא-לֵהִים הוּא", את הרצון להשיג שלום בין הצדדים, את יראת הדין של הדיין ואת המושא המרכזי של ההליך המשפטי.

<sup>221</sup> הכוונה לדבר גשמי (פיזי), להבדיל מרוחני, ולא במשמעות המקובלת למילה זו כיום.

<sup>222</sup> הכוונה למקור שצוין לעיל כ'רע', כלומר להעמדת רכושו של האדם במרכז, להבדיל משאיפת התיקון הכללית - ה'טוב'.

<sup>223</sup> הרב אברהם יצחק הכהן קוק, **שמונה קבצים מכתב יד קדשו**, ירושלים, התשס"ד, קובץ ב', פיסקה רס"ז. אך ראה בדברי תלמידו, הרב חרל"פ, מי מרום, חלק א' - באור על שמונה פרקים לרמב"ם, ס"ד-ס"ו.

<sup>224</sup> תוספות, בבא קמא, כ"ז, ע"ב, ד"ה "אמאי פטור, איבעי ליה לעיוני"; וראה גם קוק, פתיחות: "ישועות - זה סדר נזיקין". סדר משנה זה עניינו הוא יחסי הבריות, וחובת השמירה הנחוצה שלא לגרום נזק למישהו ולמשהו... "דיותר יש לו לאדם לזוהר עצמו שלא יזיק אחרים משלא יזוק", ומתוך כך הלימוד בסדר זה הוא המביא ישועה לעולם... קביעת דרגות השמירה וחובותיהם מונעות מריבות בין אדם לחברו, הואיל ותלמודם מחדיר בהם מראש את זכויותיהם וחובותיהם, וכך מתרבה השלום בעולם."

לניתוח הכלל בהקשר משפטי זה ראה גם פסק הדין בע"א 3/51, "דן" בע"מ נ' מנדלבוים, פ"ד (2), 817, 825-827 (1952); רע"א 418/03, אוסם תעשיות מזון בע"מ נ' סמג'ה יעקב, פ"ד (נט) 3, 541, 570 (2004); רע"א 10721/05, "אליהו" חברה לביטוח בע"מ נ' אברהמים יונאן (פורסם בנבו, 9.11.06).

## פרק חמישי: כללי הדיון במשפט העברי – חוסר פורמליזם מובהק

הבהרנו כי עמדתנו הינה שהמשפט העברי דוגל באנטי-פורמליזם, ומגלה גמישות רבה כלפי מפירי הכללים הדיוניים הקבועים. נדגים את הדברים במספר נושאים, בהם ניתן להבחין בקלות במגמתו של הדין העברי להמעט בכללים פרוצדוראליים.

חשוב להבהיר כי על כל אחד מהנושאים דלהלן ניתן להרחיב רבות, וכל אחד מהם ראוי למחקר מקיף בפני עצמו.<sup>1</sup> התייחסות קצרה לסוגיות עלולה לחטוא בשטחיות. מאידך, הוכחת הטענה במקרה זה דורשת עיסוק במספר רב של דוגמאות, ומחייבת לעסוק בדברים אלו ב'קציר האומר', בשל אילוצי המקום, ובכדי לא להטריח את הקורא. על מנת להישאר ממוקדים במטרה לשמם מובאים הדברים כאן, איתור הרציונאל המרכזי העומד ביסוד הכללים הדיוניים במשפט העברי – בירור האמת, נתייחס לדברים בקצרה. עם זאת, בהערות שוליים הפנינו למקורות רבים אשר יסייעו למבקש להעמיק בכל אחד מהנושאים הנידונים. אנו מבקשים כבר כעת את מחילת המעיין, ככל שיחוש שהדיון בסוגיה מסוימת להלן הינו שטחי ולא ממצה.

עוד נבקש להעיר כבר בפתיחה לחלק זה, כי הסתמכות על תקנות בתי הדין יוצאת מנקודת הנחה כי תקנות אלו עומדות במבחן ההלכה. הנחה זו אינה נקיה מספיקות, אך למרות ספיקות אלו, בחרנו להביא, מעת לעת, את המובא בתקנות כאסמכתאות לדברינו.<sup>2</sup> ככל שניתן, השתדלנו להסמך לדברים גם את המקורות ההלכתיים הקדומים יותר.

### א. הטיעון בפני ביה"ד

#### 1א. היקף הסעד הנפסק

בדין הכללי מקובל הכלל מתורת המשפט הרומית, לפיו בית המשפט מוגבל לכתב התביעה, והוא איננו יכול לפסוק לתובע יותר ממה שתבע. "אין בית-משפט מוסמך לתת לתובע סעד אלא בגבולות תביעתו, ואין הוא פוסק על דעת עצמו סעד שלא נתבקש ממנו".<sup>3</sup> *Judex ne eat index ultra petita partium*.<sup>4</sup> זאת, גם אם במהלך הדיון

<sup>1</sup> כך, לדוגמא, עוסק שוחטמן, סדר בכל אחד מפרטי הדינים בנושאים שיובאו להלן. ישנם גם מאמרים ספציפיים בנושאים אלו, אשר לחלקם הפנינו בהערות שוליים.

<sup>2</sup> חשוב לציין כי יש מקום לשאול עד כמה יכולות לשמש תקנות הדיון ראייה ליחסו של המשפט העברי לסוגיות העולות בהן. רבות מתקנות הדיון קיבלו את השראתן דווקא מהמשפט המנדטורי ומאוחר יותר מהמשפט הישראלי, ולא מספרות הפסיקה של המשפט העברי. לדוגמאות לכך ראה שרמן, מקור הסמכות; אלון, המשפט העברי, ח"ג, 1339; כהן, דאגה, 19; רדזינר, הרב עוזיאל, 149-172; רדזינר, ראשיתן של, 228-234, ובפרט בעמ' 233: "באופן פרדוקסאלי משהו היו 'סדרי המשפטים' שנכתבו בידי 'היועצים החילוניים' קרובים הרבה יותר להוראותיו של השולחן ערוך מאשר 'תקנות תש"ג' שהצהירו על עצמן כמבוססות בעיקרן על הוראות אלה ושרמזו כי הן פרי מפעלם של רבנים לבד, אך הושפעו רבות מחוקים נוכריים, גם במקומות שהסדריהם אינם עולים בקנה אחד עם הסדרי ההלכה". על אף כל האמור, הבאנו את הדברים מכמה סיבות. ראשית, אנו מביאים ממחקריהם של אחרים, אשר התייחסו לתקנות כאל מקור מוסמך, והביאו מהן ראייה. שנית, במשך השנים חל שיפור, והתקנות המאוחרות יותר קרובות יותר לעמדת ההלכה, ומשקפות אותה בדייקנות רבה יותר, ראה שוחטמן, סדר הדיון, 333 ובהעמ"ש 84; רדזינר, ראשיתן של, בהעמ"ש 208 ובמקורות שהוא מביא בה. שלישית, והיא גם הסיבה החשובה ביותר, גם אם סעיפים מסוימים בתקנות הדיון הושפעו מסדרי הדין בבתי המשפט של מדינת ישראל, הרי שעדיין הרוח הכללית של התקנות היא ללא ספק רוח ההלכה, ובוודאי שניתן להשתמש בתקנות לשם השוואה לסדרי הדין במשפט הישראלי. יתר על כן, יש רגליים לטענה כי גם אותן תקנות שהושפעו 'מחוקים נוכריים', היו כאלו שאינן עומדות בסתירה ברורה וישירה לדין התורה, אלא כאלו שניתן להתירן בדוחק (כך עולה גם מדברי הראי"ה קוק המופיעים בקוק, הועידה). עם זאת, ולנוכח הערת האזהרה שאזכרה כאן, יש מקום לגלות זהירות מתבקשת בכל מקום בו הובאו תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים כמקור יחיד להוכחת טענה מסוימת.

<sup>3</sup> ע"א 529/78, איליט בע"מ נ' אלקו חרושת אלקטרו מיכנית ישראלית בע"מ, פ"ד לד(2), 13, 21 (1979). וראה גם זוסמן, סדרי הדיון, 162.

<sup>4</sup> ראה, לדוגמא, בע"א 68/93, בועז אשכנזי נ' ישראל יעקב אשכנזי, קטין (פורסם בנבו, 9.6.94).

עולה כי לתובע מגיע סעד גבוה מזה שביקש. כלל זה תקף אפילו במקום בו העמיד התובע את הסעד שביקש, על סעד נמוך מזה שסבר שהוא ראוי לו, וזאת "מטעמי אגרה", ומאוחר יותר (לאחר הכרעה חלקית) הוא מבקש לתקן את כתב התביעה.<sup>5</sup> הדרך היחידה לקבלת סעד שלא נתבקש מלכתחילה היא באמצעות הגשת בקשה לתיקון כתב התביעה,<sup>6</sup> ואפילו אם הסעד הנוסף מובן מאליו, ומתחייב כחלק מהסעד שכן נתבע.<sup>7</sup> זאת, למעט במקרים חריגים בלבד ובהתקיים מספר תנאים ובין היתר כי מדובר בסעד הנובע ישירות מן הסעד המקורי שהתבקש וכן כי כל העובדות הדרושות להענקת אותו הסעד נתבררו בפני בית-המשפט והצדק או הצורך ללבן את השאלות המהותיות שבמחלוקת, מחייבים את מתן הסעד אף שלא נתבקש.<sup>8</sup>

הלכה עקרונית זו נכונה, לכאורה, גם במשפט העברי.<sup>9</sup> הרמ"א<sup>10</sup> קובע כי: "בעל דין שתבע חבירו בעד דבר מועט, והדין רואה שיתחייב לו על פי הדין יותר ממה שתבע, אין לו לדין לפסוק יותר ממה שתבע, ואם פסק לו יותר – הוי טעות בדין, וחוזר". חשוב להזכיר, עם זאת, שמקרה זה היה נדיר מלכתחילה הרבה יותר בבתי הדין, שכן התובע לא היה צריך לשלם אגרה, הנגזרת ישירות מהסכום אותו הוא תובע. במצב דברים זה, הנחה כי הפחתת הסכום נעשתה בשל מחילה על יתרת החוב היתה הגיונית יותר. בנוסף, בבתי הדין ניתן לתבוע סעד **בקירוב**<sup>11</sup>. בצורה כזו, תובע המצפה לכ-10,000 ₪ יוכל לזכות בתביעתו, גם ב-12,500 ₪, מה שמפחית את מספר המקרים בהם תתעורר הבעיה הנ"ל.

אך גם בהינתן הדין האמור, נקבעו בספרות ההלכה **חריגים** רבים לדין זה<sup>12</sup> (חריגים כה רבים עד שהיה מי שתיאר את המצב, בהפרזה מסוימת, כאילו הדין האמור כלל לא נתקבל להלכה<sup>13</sup>):

• ראשית, חשובה לענייננו הערתם של נושאי הכלים לרמ"א<sup>14</sup>, הקובעים כי במקום שבו דרישת הסעד המינימלית **נעשתה מתוך טעות שבדין**, או שטעה טעות אחרת בנוגע לזכויותיו – **מצווה על בית הדין להשיב את האבידה**

<sup>5</sup> בש"א 9576/05, הדר הדמיה ואבחון רפואי בע"מ נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 13.11.05; להלן: "פרשת הדר הדמיה"); רע"א 3385/08, מרקט-פלייס מערכות בע"מ נ' טלטל ערוצי תקשוב בע"מ (פורסם בנבו, 25.9.08; להלן: "פרשת מרקט-פלייס"); "הבוחר להקטין את תביעתו משיקולי אגרה, עושה כן בשעה שאינו בטוח בתוצאה, ואינו רוצה להשקיע סכומים גבוהים באגרות; הוא נוטל כמובן סיכון מסוים, וככלל אין לראות בעין טובה שינויים בגובה התביעה בשעה שנדמה כי הסיכויים גוברים, ובמיוחד – כמו בענייננו – לאחר פסק דין חלקי. ושוב – ומה על ציפיות הצד שכנגד? הציון "לצרכי אגרה" אינו מקנה כשלעצמו זכות לתיקון עתידי, ומי שבחר ללכת בדרך זו הכריע ובחר".

<sup>6</sup> ראה ע"א 490/85, מלחי יריחו בע"מ נ' מפעלי ים המלח, פ"ד מא(4) 401, 404 (1987); קשת, הזכויות הדיוניות, ח"א, 581; ע"א 359/79, אלחנני נ' רפאל, פ"ד לה(1) 715, 701 (1980); להלן: "פרשת אלחנני"; ע"א 2286/07, ג.מ.ח.ל. חברה לבניה 1992 בע"מ נ' רפאלי (פורסם בנבו, 28.3.11); ע"א 253/84, ספיר נ' ספיר, פ"ד מב(3) 14, 18 (1988); להלן: "פרשת ספיר".

<sup>7</sup> כך בע"א 1546/11, בן גור נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 8.9.11) נפסק שלמרות קבלת הסעד המבטל הסכמים שנחתמו ללא סמכות ובניגוד לדין לגבי שטח מסוים, הרי שלא ניתן היה לפסוק על פיננים בפועל של בעלי הדין מאותו שטח, שכן סעד זה לא נתבע, וזכותו של צד להליך משפטי לידע בפני מה הוא עומד.

<sup>8</sup> ראה בפסקה 12 לפסק דינו של השופט לוי בע"א 69/98, מחאג'נה נ' מחאג'נה (פורסם בנבו, 8.6.05); רע"א 196/88, טומשבסקי נ' אופנהיימר, פ"ד מב(4) 365, 372 (1988); פרשת ספיר; גורן, סוגיות, 78.

<sup>9</sup> סיכום נרחב לדין זה מצוי אצל ערן שילה, "כ"י יהיה להם דבר ובא אלי" – פסיקת סעד שלא נתבקש, פרשת השבוע 339, יתרו התשס"ט; שור, בענין תובע; רוזין, אלה המשפטים, קמ"ז-קנ"ד.

<sup>10</sup> רמ"א, חו"מ, י"ז, י"ב; בית יוסף, חו"מ, כ"ה. וראה באריכות בנושאי הכלים על אתר. מקור הדין הוא בשו"ת הריב"ש, סימן רכ"ז: "אבל במה שראוי לסתור דינם [של הדיינים הקודמים], הוא מפני שלא עיינו בתביעת ראובן, ונתנו לו יותר ממה שתבע... ולזה, אף אם יהיה הדין דחלוקת השכירות עדיפא; כיון שהוא ויתר לשמעון בפני בית דין, ונתן לו הבחירה, היה ראוי לדיינין לפסוק הדין כפי תביעתו. ואע"פ שנחלקו המפרשים ז"ל אם יוכל לחזור בו קודם פס"ד כיון שלא קנו מידו...". גולאק, יסודי המשפט, ח"ד, 50, טוען אמנם כי אין לדין זה מקור "בתקופת התלמוד ובתקופת הפוסקים הראשונים", ואולם אין מחלוקת כי מקורו לכל הפחות בריב"ש (שהיה מהראשונים) וייתכן שאף בגמרא, כאשר הרמ"א מסתמך על סוגית הגמרא בבבא בתרא, ה', ע"א.

<sup>11</sup> ראה תקנה כ"יו" (50) לתקנות הדין בבתי הדין הרבניים, וראה דיון נרחב בנושא זה בפסקי דין – בית הדין האיזורי לדיני ממונות, קרית ארבע – הר חברון (עורך: הרב י' אריאל, התשנ"ה (להלן: "פסקי דין – קרת ארבע"), כרך א', 282.

<sup>12</sup> שם, 283-282.

<sup>13</sup> גולאק, שם, 51, שקבע כי "להלכה לא נתקבל כלל זה, ורוב הפוסקים האחרונים סוברים, שאם התובע טועה וטוען פחות ממה שחייב לו הנתבע, על הדין להראות לו טעותו ולזכותו ביותר ממה שתבע".

**לבעליה - התובע.** הדברים מתבססים על תהייתו של הש"ך "למה לא יפסוק לו לשלם לו כל מה שמגיע לו על פי הדין? דאטו משום שהתובע אינו יודע ששלו הוא אצל חבירו, לא יפסוק הדין להחזיר לו!! ובאיזה צד יזכה הנתבע במה שבידו משל חבירו?!"<sup>15</sup>. ישנן אף דעות שהחזקה היא שמדובר בטעות, ורק במקום בו תימצא ראייה למחילת התובע – הרי זו מחילה<sup>16</sup>. כך גם פסקו בתי הדין הרבניים במדינת ישראל<sup>17</sup>.

• שנית, קודם גמר הדין יכול התובע לחזור בו, ולתבוע יותר מכפי שתבע מלכתחילה, משום שהגשת התביעה אינה נחשבת למחילה ודאית, אלא מחילה מסופקת. בשל כך נאמן התובע לטעון שזוהי מחילה בטעות ולהעלות את הסעד המבוקש<sup>18</sup>, "דברי ושמא ברי עדיף, והרי הוא טוען ברי"<sup>19</sup>.

• שלישית, דין הרמ"א אינו רלוונטי במקום בו יעבור הנתבע כתוצאה מכך על איסורי תורה. המחילה יכולה לחול על זכויות ממוניות, אך לא על איסורי תורה<sup>20</sup>.

• רביעית, מאחר והמשפט העברי איננו מכיר בכללי מעשה בית דין, הרי שגם במקרה שבו לא תתקבל התביעה בהיקף הראוי, אלא רק בהתאם לסעד המבוקש, התובע תמיד יוכל לשוב ולתבוע. וכפי שכתב הרב שור: "דאכן אין פה מחילה עולמית אלא מחילה זמנית לצורך דו"ד זה, וזה מחל בעצם הדבר שתבע כפי שתבע והנתבע השיב כפי שהשיבו והדין שמע הדברים, ואה"נ דיכול לחזור ולתבוע, וא"כ לא אכפת לו אם יטעון עכשיו... דסו"ס קודם טען בזה המועט בלבד וכנ"ל"<sup>21</sup>.

• חמישית, גם במקום בו אין כלל תביעה על שולחנו של בית הדין, מחויב הדין להזהיר את הנתבע כי "מחויב אתה להחזיר לו, כי הוא גזל בידך"<sup>22</sup>.

וראה לעניין זה באחד מפסקי הדין בבית הדין הרבני, בו אגב דיון בתביעת פינוי החליט לדון גם בסוגיית דמי השכירות שיש לשלם על הנכס:

"הנה אין לבי הולך אחרי פורמליות עד כדי כך... ממילא עלתה לפנייהם שאלת דמי השכירות והיו מוכרחים לעיין בזה ולא להמשיך משפטים, כמו שנהוג בערכאות שלהם, שאצלם המשפט הוא ענין מלאכותי באופן מכונתי (מכאני), ואצלנו, להבדיל, תכלית המשפט היא הבאת שלום..."<sup>23</sup>.

הבדל נוסף הקשור לנושא זה, נוגע ביכולת לתקן את כתב התביעה. ע"פ התקנות, בית המשפט יכול להתיר תיקון כתב תביעה כמעט בכל עת<sup>24</sup> (אך לאחר קדם משפט, ההיתר יינתן במשורה הרבה יותר<sup>25</sup>). בית המשפט קבע כי יש

<sup>14</sup> ש"ך, שם, ס"ק ט"ו; נתיבות המשפט – משפט הכהנים, שם, ס"ק כ'; פתחי תשובה, שם, ס"ק, י"ח.

<sup>15</sup> ש"ך, שם. וראה גם אצל שור, בענין תובע, ע"ה: "וה"נ דבציור הריב"ש דבפירוש נתן הברירה לשכנגדו, הואיל והמחילה היתה בפירוש – לא יוכל לחזור בו. ואמנם בלא"ה שפיר יוכל לתבוע יותר".

<sup>16</sup> פתחי תשובה, שם, בשם שו"ת מעיל צדקה, סימן נ"ג. וראה גם עיקרון דומה בנוגע למחילה בשער משפט, שם, ט', ס"ק א', ובדברים שהביא על כך שור, שם.

<sup>17</sup> ראה דיון בנושא בפסקי דין – קרית ארבע, שם; וכן את פסק דינו של בית הדין הרבני הגדול בערעור תשט"ז/140, א. נ' ב., פד"ר ב', 162, 165: "ודוקא באופן שיש להניח שזה שלא תבע את כל המגיע לו לפי הדין הוא מפני שמחל לו על זה... אבל אם הסיבה שלא תבע יותר נובעת מהעלם דבר או מצד חסרון ידיעה בהלכה או בעובדה לא הפסיד את זכותו בזה".

<sup>18</sup> נתיבות המשפט – משפט האורים, שם, ס"ק ב'.

<sup>19</sup> פתחי תשובה, שם.

<sup>20</sup> שו"ת חיים ביד, סימן מ"ד: "כי לא כתב מור"ם כן, [אלא] כשאין איסור בדבר"; שו"ת אבני שיש, ח"א, סימן ס"א.

<sup>21</sup> שור, שם, ע"ו.

<sup>22</sup> נתיבות המשפט – משפט הכהנים, שם, ס"ק כ'.

<sup>23</sup> שו"ת היכל יצחק, או"ח, סימן י"ד.

להיעתר ברוחב לב לבקשה לתיקון כתב תביעה, אך התובע ישלם על כך בהוצאות משפט<sup>26</sup>. למרות זאת, קבע בית המשפט במספר מקומות כי יש להביא בחשבון נקודות שונות מעבר לרצון להכריע במחלוקת לאמיתה<sup>27</sup>, ובין היתר יש להביא בחשבון את האינטרסים של הצד השני ושל הציבור הרחב בבירור התביעה. גם שיקולים של שיהוי בבקשת התיקון, של היעדר תום לב בבקשה ושל פגיעה 'בהליך ההוגן' עשויים להביא לסירוב לבקשת התיקון<sup>28</sup>. יפים לעניין זה דבריו של פרופ' שוורץ:

"אם נמקד את הדברים, הרי בתחרות שבין השגה מיטבית של האמת המשפטית לבין שיקולי יעילות, הכף עשויה להיות

מוכרעת, באותם מקרים שבהם אין חפיפה בין השניים, לטובת שיקולי יעילות"<sup>29</sup>.

**בבית הדין הרבני, לעומת זאת, אין כמעט היגבלות בנושא זה**<sup>30</sup>. ביה"ד יכול לתקן את כתב התביעה בכל שלב כמעט, ובית הדין בעצמו יבקש את תיקון התביעה, אם יזהה בטיעון בע"פ אי התאמה לאמור בכתב התביעה<sup>31</sup>. כך נקבע, לדוגמה, באחד מפסקי הדין של בית הדין הרבני<sup>32</sup>:

" בשלב הראשון של פתיחת תביעה, עיקר מטרתם של כתבי בי דין הוא להודיע לצד שכנגד על מה נסובה התביעה, על מנת שיוכל להכין את הגנתו לתביעה. במשפט העברי אין צורך להגיש פרוט מלא ומדויק של פרשת התביעה. אין מניעה שבעל דין יוסיף ויתבע מעבר לאשר תבע בעת פתיחת ההליך. לבית הדין מסור שיקול דעת לקבל או לא לקבל את הטענות החדשות ולתת כל הוראה מתאימה אחרת בהתחשב בכל נסיבות העניין".

הטעם לפערים אלו נעוץ, שוב, במגמות המשפט העברי והמשפט הישראלי. המשפט העברי מחפש את הפיתרון האמיתי והצודק<sup>33</sup>, לכן הוא יהיה מוכן למחול לתובע על מחדלו בציון הסעד הנכון, ולפסוק לו סעד גבוה מזה

<sup>24</sup> תקנה 92 לתקנות.

<sup>25</sup> תקנה 149(א) לתקנות.

<sup>26</sup> רע"א 2345/98, סלים דנגור נ' חנוך ליבנה, פ"ד נב(3), 421, 427 (1998).

<sup>27</sup> ראה רשימה אצל קשת, הזכויות הדיוניות, ח"א, 516-509.

<sup>28</sup> **פרשת הזר הדמיה; פרשת מרקט פלייס:** "את המחלוקת האמיתית, המעשית להבדיל מהרעיונית, ביניהם הגדירו הצדדים בשלב הקודם – וזו הייתה בחירתם, כולל בחירת המבקשת עצמה באשר לסכום, אל מול בחירת המשיבה באשר לפרוצדורה. יש להעמידה על חזקת בחירתה, ולאפשר למשיבה לעמוד על זכותה הדיונית שבחירה זו לא תשתנה. אין כאן כפיפת המהות לפרוצדורה, ואין מתקיימת גישת "המהות אל מול הפרוצדורה"... יש כאן "משחק הוגן"... גם להליכים מקדימים צריך שתהא סופיות משלהם, שוב – לצורך צדק דיוני כלפי כולי עלמא, לרבות כלפי בית המשפט עצמו שמלאכתו רבה וזמנו מועט".

<sup>29</sup> שוורץ, סדר דין, 45; וראה גם בש"א (י-ם) 2358/08, מטב – עמותה לשירותי טיפול ורווחה נ' מרינה צוראל (פורסם בנבו, 17.4.09).

<sup>30</sup> דרנס, שם, ל"ה-ל"ו.

<sup>31</sup> תקנות ס"ד ו- ס"ה לתקנות הדיון.

<sup>32</sup> תיק 3935/ס"ג, א. נ' ב. (פורסם בנבו, 11.3.03): "אנו רואים פנייתה זו במסגרת השוני בדרכי הדיון בין בתי הדין הרבניים לבין בתי המשפט האזרחיים. כידוע, בבית הדין הרבני קיימת גמישות מירבית בענייני פרוצדורה וסדרי דין. ניתן להעלות טענות, לרבות תביעות נגד ותביעות-אגב במהלך הדיון... לעומת זאת, בבית המשפט האזרחי, חייב בעל-הדין להעלות את טענותיו מכל סוג שהוא על הכתב"; תיק 1-21-1350, פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 17.6.07): "גישת המשפט העברי שונה בתכלית מגישת המשפט האזרחי לענין כתבי טענות. בעוד שבמשפט האזרחי קיימים כללים נוקשים לענין הגשת כתבי טענות... על פי שיטת המשפט העברי, בתי הדין הרבניים נוהגים בגמישות רבה בכל הנוגע לענייני פרוצדורה... במיוחד נכונים הדברים ביחס לכתבי טענות. עם כל חשיבותם, בית הדין איננו חי מפי הכתב אלא מפייהם של בעלי הדין. לאור רציונאל זה, נקבע בסעיף ס"ה לתקנות הדיון... המשמעות היא שאין בעצם העובדה כי התובע משנה את טענותיו במהלך הדיון ללא קבלת רשות לכך, כדי לחסום את כוחו של בית הדין לדון בהן"; תיק 1-21-3437, פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 26.10.08), המאמץ את קביעות פסק הדין הנ"ל, ואף דן באריכות ביסודות העיוניים של הוספת טענות באיחור במשפט העברי: "...כל ענינו של כתב תביעה, או כתבי טענות, איננו אלא כאקט טכני בלבד... לפי ההלכה יש לקבל אך ורק טענות אשר נטענות במעמד שני הצדדים המתדיינים. משום כך טענות הנשלחות ככתבי תביעה או הגנה אין להם משקל הלכתי ומשפטי בבתי הדין הרבניים. בנקודה זו שונה לחלוטין גישת ההלכה מהגישה האזרחית אשר נותנת להגשת כתבי הטענות משקל זהה לאלו הנטענות בעל פה במהלך הדיון, ואולי אף מעמד עדיף עליהן... הודאה, באם היתה בכתב התביעה, לא ניתן לבטל. טענות, ודאי שניתן להוסיף. בודאי ובודאי להוסיף על טענות שעדיין לא הגיעו לכלל מעמד הטענות אשר נתקבלו בבית-הדין ע"י הדיינים... אין להקיש מסדרי הדין האזרחי – למשפט העברי התורתי, ולהלכה הצרופה המסורה לנו ממש רבנו, מסיני". וראה לעניין זה גם אצל שוחטמן, סדר הדין, 280; פיסקה (ד) לפסק הדין ברע"א 10732/06, ארגון הנהגים ברעננה בע"מ נ' רעננית הסעות וטילים בע"מ (פורסם בנבו, 1.1.07).

<sup>33</sup> זו גם התשובה להחייטו של שילה, שם, 3-4, על העובדה שנושאי הכלים של הרמ"א הגבילו מאד את דבריו.

שנתבקש (או לאפשר את תיקון כתב התביעה)<sup>34</sup>. המשפט הישראלי, לעומת זאת, מתייחס הרבה יותר לערכים של סדר חברתי. מבחינה זאת, יש לבחון את גובה הסעד שנתבקש, ואין מקום להפתיע את הנתבע כעת, בחיוב בגובה שכלל לא צפה את סיכונו. אין גם מקום לאפשר ללא בחינה, תיקון מאוחר של כתבי התביעה בצורה שתכביד על בית המשפט ועל סדריו, ותביא לעבודה כפולה של המערכת<sup>35</sup>.

## **2. שינוי חזית**

במשפט הישראלי היחס לשינוי בקו הטענה, במהלך ההליך המשפטי הוא חריף. האיסור "להרחיב חזית" עיקרו בכך שבעל דין איננו רשאי לחרוג מגדר המחלוקת, כפי שהוצבה בכתבי הטענות, אלא אם קיבל היתר לכך מביהמ"ש או מבעל הדין היריב<sup>36</sup>. האפשרות היחידה שבה יגלה בית המשפט סלחנות להרחבת חזית היא במקרה בו נטענו הטענות במהלך הדיון, ובעל הדין היריב לא מחה על כך<sup>37</sup>. ודאי וודאי שאל לו לבית המשפט להעלות טענות, החורגות מרשימת הפלוגתאות שגובשו בין הצדדים, מיוזמתו הוא<sup>38</sup>.

במשפט העברי, לעומת זאת, הכללים בנוגע לעמידה בקו הטיעון המקורי של בעל הדין הם גמישים בהרבה<sup>39</sup>. ככלל אדם לא יכול לחזור בו מטענת חיוב לטענת פטור, אך יכול להחליף בין טענות פטור עובדתיות, ויכול לחזור בו גם מטענת חיוב לטענת פטור, כאשר הוא מפרש את דבריו הראשונים או בטענות שונות.

הסוגיה בעניין זה סבוכה<sup>40</sup>, ונביא רק את דברי השו"ע כפי שפסק להלכה:

מי שטוען בב"ד טענה אחת ונתחייב בה, אינו יכול לטעון טענה אחרת שסותרת הראשונה... אבל אם בא לתקן טענה ראשונה ולומר: כך נתכוונתי, ויש במשמעותה לשון שסובל זה התיקון, שומעין לו. במה דברים אמורים, שלא יצא מבית דין. אבל אם יצא מבית דין, אין שומעין לו, דשמא למדוהו לטעון שקר. אבל כל מה שטוען חוץ לבית דין, יכול לחזור ולטעון, אפילו לסתור טענתו הראשונה, לפי שאין אדם מגלה טענותיו אלא לבית דין. במה דברים אמורים שאינו טוען וחוזר וטוען לסתור טענתו הראשונה, כשנתחייב בדין בטענה ראשונה. אבל אם יכול לזכות בדין גם בטענה הראשונה, יכול לחזור ולטעון ולזכות בטענה האחרת ואף על פי שלא נתן אמתלאה לטענה הראשונה, ואף ע"פ שיצא מבית דין וחזר, יש לו

<sup>34</sup> קירש, למהות הפרוצס, 136.

<sup>35</sup> אגב, כאן ניתן למצוא דוגמא כיצד הקפדה יתירה על סדרי הדין עשויה להביא דווקא לחוסר יעילות ולעבודה כפולה. כך, לדוגמא. הוצג לעיל המקרה בו אגב תביעת פינוי נכס דן בית הדין גם בדמי השכירות שיש לשלם על הנכס. לעומת זאת, במערכת המשפט הכללי מעשים שבכל יום שלאחר סיום הדיון בתביעת פינוי נאלץ בעלי הנכס להגיש תביעה נוספת (לפיצויים ו/או דמי שכירות ראויים), כך שבית המשפט נאלץ לנהל הליך כפול, ולעיתים מזומנות, גם להקצות שופט חדש שלומד את התיק.

<sup>36</sup> גורן, סוגיות, 89; פיסקה י' לפסק הדין בפרשת סעאידה: "...טענות שאינן מועלות עלולות ככלל, גם אם יהיו לכך חריגים, למלא תפקיד בחריצת גורלה של תביעה"; ע"א 6799/02, משולם יולזרי נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, פ"ד נח(2), 145 (2003). לבחינת החריגים ראה, לדוגמא, ת"א (מרכז) 5542-08-07, אמנונים חברה לעבודות עפר בע"מ נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 19.4.12).

<sup>37</sup> גורן, שם; ע"א 759/76, צביה פז נ' יצחק נוימן, פ"ד לא(2), 169, 173 (1977); ע"א 311/83, אריה פינקלשטיין נ' ברנרד פלבסקי, פ"ד לט(1), 496, 503 (1985); ע"א 607/83, חיים אהרן נ' יובל קרסנטי, פ"ד מב(1), 397, 402 (1988); ע"א 3199/93, יוסף קראוס נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פ"ד מט(2), 843, 874 (1995); ע"א 1270/02, עיריית רמת גן נ' מנחמי בוני מגדלי דוד רמת-גן בע"מ, פ"ד נח(2), 7, 10-11 (2003).

<sup>38</sup> ע"א 536/89, פז חברת נפט בע"מ נ' גד לויטין, פ"ד מו(3), 617, 625-626 (1992); רע"א 5127/06, נעאגה עמרן נ' האפטרופוס הכללי ממנהל נכסי ההקדש גליציה (פורסם בנבו, 30.8.06).

<sup>39</sup> להרחבה ראה הרב עמיעד גלזר, חזרה מטענה לטענה ובפרט מטענה לטענות, אבני משפט א' (התשס"ב), 46.

<sup>40</sup> לפירוט הדברים והנמקתם, ראה בהרחבה אצל גלזר, שם, 47-50; גולאק, יסודי המשפט, ח"ד, 74-75; רע"א 4224/04, בית ששון בע"מ נ' שיכון עובדים והשקעות בע"מ, פ"ד נט(6), 625 (2005); להלן: "פרשת בית ששון", 637-638; וראה גם אצל דוד ניסני, "על ההשתק השיפוטי – חזרת בעל דין מטענות עובדתיות שהעלה בהליך אחר", פרשת השבוע 362, וישלח התש"ע, העוסק בעיקר בשאלה אם השתק שיפוטי, המאייץ את יכולת החזרה מטענה, יתקיים רק אם זכה בעל דין בהליך קודם, בו טען את אותן הטענות, או גם אם נכשל בהליך זה.

לחזור ולטעון ולהפך כל הטענות שירצה מפיטור לפיטור, עד שיבואו עדים... הגה: וכל זה דוקא לאתר כדי דבור, אבל תוך כדי דבור, יכול לחזור ולסתור טענתו הראשונה. ובכל זה אין חלוק בין אם טען בראשונה ובא אחר כך לטעון טענה אחרת, או אם שתק תחלה ובא לטעון אחר כך, אלא אם כן נתן טעם למה שתק בתחלה...<sup>41</sup>.

באחד המקרים, בו עלה פן נוסף של הדיון במסגרת הדיון בע"פ, לאחר שלא הופיע בכתב התביעה, קבע ביה"ד הרבני, כי ביה"ד יכול לדון בעילה שכלל אינה מופיעה בכתב התביעה, שכן היא מהווה חלק אינטגרלי<sup>42</sup> מהתביעה: "בצדק הכריע ביה"ד באופן חיובי, ולא הלך אחרי פורמליות מוגזמת ומופרזת. מעיקר תפקידו של ביה"ד דתי הוא להביא שלום בין אדם לחברו ולסדר לשם כך בין הצדדים כל פרטי ריבם וכל סכסוכיהם עד כמה שאפשר... במצב כזה היה מענינו, ואפילו מחובתו, של ביה"ד לסדר גם את הסכסוך הזה, מבלי להסתגר במסגרת הפורמלית של התביעה... לכן, טוב עשה ביה"ד הראשון שבדק את הענין לכל צדדיו, וסידר אותו בפסק דינו לכל צדדיו, ולא חרג בזה ממסגרת סמכותו"<sup>43</sup>.

בית הדין משתמש באנטי-פורמליזם, ומרחיב את מסגרת הטענות. הוא עושה זאת כדי להביא למצב בו יוכלו שני בעלי הדין לצאת מבית הדין מרוצים (וכדלעיל<sup>44</sup>). כך מתברר הסכסוך המלא, וניתן לראות את התמונה השלמה. לדין זה, לכאורה, שני חסרונות ברורים. הוא יוצר תמריץ שלילי לצדדים לטעון טענות ראויות בלבד, ובמקביל גורם לבית הדין לפסוק בהסתמך על טענות נזילות ולא מוצקות<sup>45</sup>. למרות זאת, בחר המשפט העברי בדרך זו על חסרונותיה, מתוך הרצון שלא לבוא חשבון עם בעל הדין על מהלכים דיוניים מוטעים שנקט, גם כאשר ניתן לעשות כן, ולנסות להוציא, בסופו של יום, דין אמת וצדק<sup>46</sup>, גם כלפי מי שנהג שלא כדין, וכדברי הראב"ד: "אין לנו ללכת אחרי טענות, אלא להוציא דין אמת לאמיתו, כי הדבר תלוי בבית דין, ואם יראו כי בשגגה טען מה שטען, ולא נתכוון אלא לחזק טענתו, אין להם ללכת אחרי מידת הדין, אלא יש להם לתקן את הדברים"<sup>47</sup>.

### 3א. התיישנות

המשפט הישראלי, בעקבות כלל מערכות המשפט בעולם, חוסם את הדרך להגשת תביעה אזרחית, לאחר חלוף תקופה מסוימת מעת התגבשות החוב<sup>48</sup>. הרציונאליים להכרה בהתיישנות מתמקדים בקשיי הנתבע לשמור על ראיותיו, באפשרות שהתובע מחל על חובו, בזכות הנתבע לדעת את מצבו ובאינטרס הציבור שבתי המשפט יתעסקו בבעיות ההווה ולא בבעיות העבר<sup>49</sup>.

<sup>41</sup> שו"ע, חו"מ, פי, א'. דברי השו"ע מבוססים על דברי הגמרא במסכת בבא בתרא, ל"א, ע"א.

<sup>42</sup> הדגשתו של שאקי, קוי-יחוד, 293.

<sup>43</sup> פרשת הנהלת הישיבה ב', שם. אך ראה לעומת זאת בתיק 1/48/703, א. נ' ב., אוסף פסקי דין - ורהפטיג, כ"ו.

<sup>44</sup> נבקש להפנות גם לדברים שכתבנו לעיל על האמת כמביאת השלום.

<sup>45</sup> וראה גם בערוך השולחן העתיד, סנהדרין, נ"ח, ב', שם הוא מבהיר כי בית דין איננו יכול להתחשב בתשובה שעושה הנידון, ותשובה זו מועילה רק בבי"ד של מעלה, "ואם תשאל למה, התשובה פשוטה, דאם יועיל תשובה לדבר המסור בידי אדם, כל רשע ישקר ויאמר שעשה תשובה, אבל דבר המסור בידי שמים כמו כרת ומיתה בידי שמים, הקב"ה יודע מי ששב באמת ומי בשקר".

<sup>46</sup> וראה גם אצל דרנס, שם, הע"ש 218. כן ראה בענין זה בדבריו של השופט רובינשטיין בפרשת בית ששון, 637-638: "במשפט העברי התמונה בכגון דא מורכבת מעט... אומר הרמב"ם באיגרתו לר' אברהם בנו, הידועה כאיגרת המוסר [ה]: "אהבת האמת והצדק ובהם תדבקון... האמת והצדק הם תכשיטי הנפש" (מהדורת לוי-אפשטיין, תשל"ח, ג'). בניסיון להתחקות אחר שורש הגישה היסוד הוא חיפוש האמת, לפיכך מתירים לאדם בתוך מהלך הדיון לתקן את טענותיו...".

<sup>47</sup> תמים דעים, סימן נ"ו.

<sup>48</sup> חוק ההתיישנות, תשי"ח-1958, וכן סעיפים פרטניים נוספים בחוקים שונים.

<sup>49</sup> הטעמים בהרחבה מצויים בע"א 165/83, יתרו בוכריס נ' דוד לעולה בע"מ, פ"ד לח(4), 554 (1984); להלן: "פרשת בוכריס", 558-560; ד"נ 36/84, רג"ן טייכנר נ' איר-פראנס נתיבי אויר צרפתיים, פ"ד מא(1), 589, 602-604 (1987); ע"א 3602/97, נציבות מס הכנסה ומס רכוש נ' דניאל שחר, פ"ד נו(2), 297 (2001); להלן: "פרשת שחרי", 325; ע"א 1254/99, אביגדור המאירי נ' הכשרת הישוב - חברה

ההלכה אינה מכירה במושג ההתיישנות<sup>50</sup>, ובאופן עקרוני, זכותו של בעל החוב לגבות את חובו לנצח. "בעל חוב גובה לעולם!"<sup>51</sup>. "כשהמלוה מוציא שטר חוב מקויים, אומרים ללוה: שלם. אפילו שהה כמה שנים ולא תבעו. אין אומרים: מחל לו, כיון ששהה כל כך שנים ולא תבעו. ואפילו שמענו שנתיאש מהחוב לגמרי, ואמר: וי לחסרון כיס - אינו יאוש"<sup>52</sup>.

לא נרחיב כאן בדיון רחב זה. עם זאת, חשוב לציין כי חלוף הזמן משפיע על סיכויי התביעה גם במשפט העברי. ההשפעה דומה במהותה לדיני השיהוי המקובלים בשיטת המשפט הישראלית<sup>53</sup>. "צריך לעשות הדין דרישה וחקירה בשטרות ישנים שמוציאים אותם, למה לא תבעו עד עתה, אם יראה לו צד רמאות, כדי להוציא הדין לאמתו"<sup>54</sup>. שיהוי זה פועל כנגד טענתו, אך איננו גובר על עדים<sup>55</sup>. שיהוי יעיד על מחילה של התובע, רק אם יובאו אינדיקציות נוספות למחילת החוב<sup>56</sup>. בנוסף, במספר מקומות הותקנו תקנות שמטרתן הגבלה דיונית של זמן יכולת התביעה<sup>57</sup>. כך או כך, אינה דומה ההלכה במשפט העברי המותירה את קיומו של החוב, ורק דורשת אמצעי הוכחה מוגברים, למצב הקיים בחוק הישראלי, החוסם לחלוטין את יכולת התביעה שהתיישנה<sup>58</sup>.

**לביטוח בע"מ**, פ"ד נד(2), 535 (2000); ע"א 7401/00, **יעקב יחזקאלי נ' מרדכי גלוסקה, עו"ד**, פ"ד נו(1), 289, 300-301 (2002); להלן: "פרשת יחזקאלי"; זלמן יהודאי, **דיני התיישנות בישראל, תוך זיקה למשפט האנגלי והאמריקני**, (הוצאת תמר, חיפה-1991); להלן: "יהודאי, דיני התיישנות"; ח"א, 10-5; יהושע ויסמן, ההתיישנות והמדינה, **משפטים** י"ד (התשמ"ד), 3 (להלן: "ויסמן, ההתיישנות והמדינה"); קמיניץ, דיני ההתיישנות, 344-347. לבחינה מקיפה של המעלות והחסרונות הגלומים במשטר ההתיישנות ראה: Tyler T. Ochoa & Andrew Wistrich, *Puzzling Purposes of Statutes of Limitation*, 28 *Pac. L. J.* (1997), 453 (Wistrich, *Puzzling Purposes*).

<sup>50</sup> להרחבה ראה גולאק, יסודי המשפט, ח"ב, 105 בהע"ש 1; אלון, המשפט העברי, ח"ג, 1453-1450; הרב רצון ערוסי, התיישנות בחוק ובהלכה, **תחומין** כ"א (התשס"א), 422; אלון, על ההתיישנות, 243; **The Principles of Jewish Law** (Menachem Elon (Editor)), Jerusalem, 1975, 596; נחום רקובר, **המשפט העברי בחקיקת הכנסת: המקורות היהודיים בשילובם בדיוני הכנסת ובחוקי מדינת ישראל** (ירושלים, התשמ"ט), ח"א, 439-456; ציון אילוז, **ידן מרומה, התיישנות ושיהוי, פרשת השבוע 163**, אחרי מות-קדושים התשס"ד (להלן: "אילוז, ידן מרומה"); ניסני, זאת חקת, 2; הרב משה בארי ויובל סיני, מחילת חוב, חוות דעת מיום 24.2.06 באתר ישמע"ע: [http://www.netanya.ac.il/content/law/opinion\\_24022006.pdf](http://www.netanya.ac.il/content/law/opinion_24022006.pdf), 3-5; שיינפלד, נזיקין, 345-340; ערוסי, שיחות, ק"ז; בע"מ 8098/04, **פלונת נ' פלונים**, פ"ד נט(3), 111, 122-124 (2004); פיסקאות 105-382 לדעת המיעוט של השופט דרורי בע"א (י-ם) 11053/07, **סלון ירושלים מוצרי חשמל בע"מ נ' כלליר תפעול ואחזקה בע"מ** (פורסם בנבו, 30.7.09); ע"א 158/54, **יצחק דה בוטון נ' בנק המזרחי בע"מ**, פ"ד י(1), 687, 695 (1956); להלן: "פרשת דה בוטון".

<sup>51</sup> ירושלמי, כתובות, פ"ב, ה"ה.

<sup>52</sup> שו"ע, חו"מ, צ"ח, א'. וראה גם שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן ל"ב: "...שאומר שמן הסתם מחל, ואם כך הוא, אין כאן שאלה, שאפילו היתה מלוה על פה לא אמרינן דמן הסתם מחל, דלא עביד איניש דמחיל חוביה בכדי...". חריג לכללי ההתיישנות מצוי בכתובות, ק"ד, ע"ב, וראה גם שו"ע, אה"ע, ק"א, א'; שו"ת משפטי עוזיאל, חו"מ, כ"ח, ד"ה "אולם אין". חריג נוסף עשוי להיות ביתומים, ראה סמ"ע, חו"מ, ס"יא, י"א: "והמנהג, שאין גובין בשטר ישן מן היורשים, והלווה נאמן לטעון 'פרעתי'...".

<sup>53</sup> להבנת כללי השיהוי ראה ע"א 752/83, **יצחק פולק נ' אילנה פרנס**, פ"ד מא(1), 274, 280 (1987); ע"א 7217/02, **רחל רבי נ' מאירה הלוי**, פ"ד נח(5), 529, 533-534 (2004). ליחס בין דיני השיהוי לדיני ההתיישנות ראה ע"א 6805/99, **תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים**, פ"ד נו(5), 433 (2003).

<sup>54</sup> שו"ע, חו"מ, צ"ח, ב', המבוסס על שו"ת הרא"ש, ע"ז, ד': "מיום באי הנה קראתי תגר על אלו השטרות הישנים שמוציאים בארץ הזאת, כי אני חושש להם לרמאות. **דלמה ישהה אדם שטרו ימים רבים כאלה?** ואולי פרוע הוא או שטר אמנה או הברחה? וכשבאין לפני, אני חוקר ודורש על השהייה: אם יאמר התובע סברא ואמתלא על השהייה, שהיא מקובלת לי, אני משתדל לדונו, ואם לאו, אני אומר: איני פוסל שטרך ואיני משתדל לדונו, כי נראה לי דין מרומה, והדין מוזהר שלא לדון דין מרומה"; וראה גם שם, פ"ה, י'; שם, ס"ח, כ'. וראה גם שו"ע, שם, ס"יא, ט'; פתחי תשובה, שם, ה'.

<sup>55</sup> שו"ת חת"ם סופר, חו"מ, סימן ע"ח.

<sup>56</sup> תיק מס' 10662/תשל"ו, פ"ד י', 363; ערעור מ"א/תשל"ח, א. נ' ב., פ"ד י"א, 131, 137, 147; בארי וסיני, שם, 3.

<sup>57</sup> נתיבות המשפט, ס"א, י"ח; אברהם שיינפלד, **נזיקין**, ספרית המשפט העברי, ירושלים, התשנ"ב (להלן: "שיינפלד, נזיקין"), 342-343; פרשת המאירי, 558. ואולם, יש לזכור שהגבלות אלו חלות רק בנוגע לבני העיר מתקני התקנה.

<sup>58</sup> בכך, לענין, לא דייק אילוז, כאשר טען כי: "חרף נקודת המוצא השונה במשפט העברי ובדין הישראלי לענין ההכרה בטענת ההתיישנות, הרי שהלכה למעשה, החשש להערמה במקרה של שיהוי גורם לצמצום הפערים ביישום ההלכה" (אילוז, שם, 4), ובכך גם לא דייק השופט טירקל שקבע כי: "אכן, נקודת המוצא של המשפט העברי שונה מזו של המשפט הישראלי... אולם, על אף השוני בנקודת המוצא, קיים דמיון רב ביישום ההלכה בבתי הדין" (ע"א 6912/98, **חאלד ראבא ואח' נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים**, פ"ד נח(2), 870, 878-879 (2004)).

וראה גם בשו"ת משפטי עוזיאל, שם: "הרי זה בכלל דינא דגזלנותא. ואין הגזל ניתר מפני המנהג, שתורת ישראל מחייבת את כל אדם להיות רודף צדקה ומשפט, כדכתיב: 'צדק צדק תרדוף למען תחיה וירשת את הארץ'".



גם הבדל זה נעוץ בפער התכליות בין שיטות המשפט. כפי שהראינו לעיל, חוק ההתיישנות נועד לא מעט על מנת להגן על הסדר הציבורי, שכן ברבות השנים העניין בתיק הולך ואובד, כאשר גם הסוגיה עצמה מאבדת מחשיבותה. הוא נועד גם להגן על ציפיות הנתבע להיערך תוך תכנון כלכלי של התנהלותו העתידית. מובן, אם כן, שרק שיטה המעמידה את השמירה על הסדר החברתי, בין היתר, בראש מעייניה, יכולה לקבל חוק הקובע חסם דיוני מוחלט לתביעות בשל נימוקים של יעילות, וודאות וכד'. גם רצון המערכת ביישוב סכסוכים מאבד מתוקפו עם חלוף הזמן. לעומת זאת, המשפט העברי מעדיף את האמת המשפטית על פני הסדר המשפטי, ומאפשר לתובע לעמוד על זכויותיו, על אף הפגיעה ביציבות המשפטית שהחייב מצפה לה, ועל אף הפגיעה בסדר החברתי. בנוסף, קידוש האמת המשפטית מחייב את המשך הטיפול בתביעה, גם כאשר אין חשיבות חברתית ליישוב הסכסוך<sup>59</sup>.

#### 4. הצגת ראיות באיחור

הלכה אחרת המשקפת את גמישותם של כללי הדיון במשפט העברי נוגעת לשאלת מועד העלאת הראיות בפני ביה"ד. האם על בעל הדין להודיע כבר בפתיחה על העדים והראיות אותם הוא מעוניין להביא, או שמא כל עוד לא ניתן פסק הדין יכול בעל הדין להביא עדות וראיה חדשה<sup>60</sup>? הדין הוא שבאופן עקרוני יכול בעל הדין להביא עדים או ראיות בכל עת, ולעיתים, אפילו לאחר שכבר ניתן פסק דין בהליך<sup>61</sup>.

"כל זמן שמביא ראיה, סותר את הדין."

אמרו לו<sup>62</sup>: 'כל ראיות שיש לך, הבא מכאן עד שלשים יום'. מצא בתוך שלשים יום – סותר; לאחר שלשים יום – אינו סותר.

אמר רבן שמעון בן גמליאל: מה יעשה זה שלא מצא בתוך שלשים ומצא לאחר שלשים?!

אמרו לו: 'הבא עדים', ואמר: 'אין לי עדים'. אמרו: 'הבא ראיה', ואמר: 'אין לי ראיה'. ולאחר זמן הביא ראיה ומצא עדים –

הרי זה אינו כלום. אמר רבן שמעון בן גמליאל: מה יעשה זה שלא היה יודע שיש לו עדים ומצא עדים, לא היה יודע שיש לו

ראיה ומצא ראיה?!

אמרו לו: 'הבא עדים', אמר: 'אין לי עדים'. 'הבא ראיה', ואמר: 'אין לי ראיה'. ראה שמתחייב בדין, ואמר: 'קרבו פלוני

ופלוני והעידוני'; או שהוציא ראיה מתוך פונדתו – הרי זה אינו כלום"<sup>63</sup>.

הגמרא העוסקת במשנה זו קובעת בצורה מפורשת שההלכה נפסקת כרשב"ג, פרט למקרה המופיע במימרה

השלישית, בו הודה בעל הדין שאין לו עדים, אשר בו הלכה כחכמים<sup>64</sup>, והיא אף מחדדת שאף בדיעבד לא ניתן

<sup>59</sup> ניסני, שם; אריאל, דיני בוררות, תנ"ד.

<sup>60</sup> הדיון אצל פוסקי ההלכה נעשה בדרך כלל בסוגיית הבאת הראיות באיחור בצוותא עם סוגיית סתירת פסק הדין שתובא להלן, שכן הסוגיה המרכזית היא אחת. אנו הפרדנו בין הנושאים, וזאת בהתאמה עם סדרי הדיון המקובלים היום במדינת ישראל, המתייחסים בצורה שונה להבאת ראיות באיחור, אך במהלך ההליך, ולסתירת פסק דין לאחר שניתן מטעמים כלשהם.

<sup>61</sup> סיכום הדיון בסוגיה מצוי אצל הרב מיכאל בריס, 'סתירת טענות וסתירת הדין: סופיות הדיון בשיטת הרמב"ם', בתוך **משפטי ארץ – דין, דיין ודיין** (עורך: הרב י' אונגר), מכון משפטי ארץ-התשס"ב, 221; שוחטמן, סדר הדיון, 316-313; ע"א 8021/03, **משה אלישע נ' יוסף אלישע**, פ"ד נט(3), 337, 343 (2004). דיון מפורט בעמדת המשפט העברי בסוגיה מצויה במספר פסקי דין של השופט דרורי. ראה בר"ע (י-ס) 305/04, **אמג"ד עיסא סברי נ' עומר עבד אלרחמאן ענאני** (פורסם בנבו, 21.12.04; להלן: "**פרשת סברי**"); בר"ע (י-ס) 787/05, **רביב חוה נ' פזגז בע"מ** (פורסם בנבו, 13.11.05); ה"פ (י-ס) 5145/06, **ויקטור יונה נ' ס.א.ד.ר. חברה לעבודות בנין בע"מ** (פורסם בנבו, 9.7.07); פרשת ביטוח ישיר.

<sup>62</sup> וראה גם בדברי ה"תפארת ישראל", מ"ו, שאין מדובר בנוהל סטנדרטי, אלא במקרה בו יש צורך מיוחד בעניין.

<sup>63</sup> סנהדרין, פ"ג, מ"ו.

<sup>64</sup> זו הכוונה במימרה הידועה החוזרת פעמים רבות בש"ס: "דאמר רבה בר בר חנה אמר רבי יוחנן: כל מקום ששנה רבן שמעון בן גמליאל במשנתנו – הלכה כמותו, חוץ מערב וצידן וראיה אחרונה".

לסטות מעמדת רשבי"ג<sup>65</sup>. גם במקום בו אמר בעל הדין שאין לו ראיות, הרי שאם מסתבר שהעדים או הראיה נשמטו ממנו שלא באשמתו (היו בכספת או במדינה אחרת), יכול בעל הדין לשוב ולהביא את ראיותיו<sup>66</sup>. במקרה מעין זה, ההנחה היא כי אין מדובר ברצון לשקר, ולכן שימוש בראיה ובעדות יסייע לבירור האמת. על הדין האחרון לא חולק רשבי"ג, וזאת משום שבמקום בו ידע התובע על קיומם של העדים ו/או הראיות, הרי שהימנעותו מלהביאם מעידה על ניסיון לעיוות האמת, ואנו מניחים שהעדות המופיעה עתה היא מעוותת ושקרית<sup>67</sup>.

הפוסקים<sup>68</sup> קיבלו את דברי הגמרא, וקבעו להלכה כי לעולם יכול בעל הדין להוסיף את ראיותיו, אלא אם כן ידע על הראיה והחביאה, או שנשאל האם יש לו ראיות, השיב בשלילה, ומסתבר כי היתה ראייה שיכול היה להשיגה בנקל. הנימוק הוא כמובן הצורך בבירור האמת, כאשר הכללים באו למנוע, ממי שלא פעל לבירור האמת, את היכולת לפתוח את הדין מחדש<sup>69</sup>.

ואמנם, כפי שראינו, גם במשפט העברי נקבעו הגבלות מסוימות, ובדרך כלל על המבקש להוסיף ראייה באיחור להראות כי הראיות החדשות לא היו ברשותו, וכי לא ידע עליהן<sup>70</sup>. בנוסף, הועלתה, כפי שראינו, דעה (שלא נפסקה להלכה), המאפשרת לבית הדין לקבוע מועד, אשר עד אליו יוכל בעל הדין להביא את ראיותיו. כפי שהזכרנו בפתחה, יש חוקרים הסבורים כי דרך זו אף היתה טכניקה מקובלת לצמצום המחלוקות<sup>71</sup>, והופעה "באופן אוטומטי"<sup>72</sup> (אם כי הם אינם מתייחסים לעובדה שעמדה זו לא נפסקה להלכה)<sup>73</sup>.

הפסיקה במדינת ישראל, לעומת זאת, ליברלית הרבה פחות בעניין זה. "כלל הוא לעניין הגשתן של ראיות, שבעל דין אמור להגישן ב'חבילה אחת' – כך ולא בתפזורת, זעיר פה זעיר שם"<sup>74</sup>. בדרך כלל לא תותר הבאת ראייה נוספת, אלא אם כן ייווכח ביהמ"ש כי הראיה לא הוצגה לאונסו של בעל הדין, וגם אז הדבר נתון לשיקול דעתו של בית המשפט<sup>75</sup>. החשש מפני 'מיחזור' אינסופי של תיקים משפטיים הביא לעמדה לפיה יש לאפשר הגשת ראיות נוספות, רק במקרים יוצאי דופן, "כי אחרת יטלטל הדיון עד אין קץ, כהיטלטל ספינה בלב ים ללא הגה, ללא עוגן

<sup>65</sup> סנהדרין, ל"א, ע"א.

<sup>66</sup> סנהדרין, שם, ע"ב.

<sup>67</sup> רש"י, סנהדרין, ל"א, ע"א, ד"ה "קרבו פלוני ופלוני", המשתמש בלשון "ודאי שקרנים הן".

<sup>68</sup> רמב"ם, הלכות סנהדרין, פ"ד, הלכות ו-ח'; תשובות הרמב"ם, תי"ב; שו"ע, חו"מ, כ', א'.

<sup>69</sup> וראה ערוך השולחן, כ', א'–ד': " ואפילו אמרו לו בית דין בשעת הדין: 'כל ראיות שיש לך הבא עד לי יום', והוא הביא לאחר ל' – סותר הדין, **דמה היה יכול לעשות** אם לא מצא בתוך שלושים יום, האם מפני זה יאבד זכותו?! אבל אם כשאמרו לו בית דין: 'הבא עדים, הבא ראיה', ואמר: 'אין לי עדים ולא ראיה', ומצא אחר כך – אינו כלום, **דמסתמא כשהשיב תשובה כזו לבית דין דקדק יפה שאין לו שום ראיה או עדים. וממילא, דאין לסמוך על זה שהביא אחר כך, דוודאי יש איזה זיוף בזה**... אבל אם כשאמרו לו ב"ד: הבא עדים הבא ראיה, ואמר: אין לי, וחייבוהו, וכשראה שנתחייב, אמר: קרבו פלוני ופלוני והעידוני, והעידו - **ניכר הדבר שעדי שקר הם ויש קנוניא ביניהם ופסולים לכל עדות של אותו האיש וקרוב לומר שפסולים לכל עדות שבעולם**... ואם לא ענה לב"ד: אין לי עדים וראיה, אלא שתק כששאלו לו ב"ד, ואח"כ, כשחייבוהו, אמר: קרבו פלוני ופלוני והעידוני, או שהוציא ראיה מכיסו, **אע"פ שנראה קצת שיש חשש ערמה** בדבר בזה... מ"מ מקבלים העדות והראיה כיון שלא ענה אין לי וזה ששתק אפשר שהיה לו איזה טעם בדבר ואנו אין בכוחנו לפסול העדים או הראיה מפני זה וכן לענין טענות... ולכן, אם פירש ואמר בשעה ששאלוהו ב"ד: אין לי עדים וראיה לא בכאן ולא במקום אחר לא אצלי ולא אצל אחרים שוב אינו יכול להביא, **דמאחר שהודה בעצמו שאין לו בשום מקום, בוודאי כן הוא האמת; וזה שהביאם אח"כ, יש איזה קנוניא בזה**".

<sup>70</sup> שוחטמן, סדר הדין, 432; פרשת MARKO BAIU.

<sup>71</sup> פלק, מבוא לדיני, ח"א, 95; פלק, ערכי משפט, 85.

<sup>72</sup> אלון, המשפט העברי, ח"א, 801–800.

<sup>73</sup> להלן נציג טכניקה נוספת, הרלוונטית במקרה בו בעל הדין נזכר בראיה לאחר שכבר ניתן פסק דין.

<sup>74</sup> ע"א 579/90, **מרדכי וגילה רוזין נ' צפורה בן נון**, פ"ד מו(3), 738 (להלן: "פרשת רוזין"), 742 (1992). הדברים מופיעים לאחר ההצגה הציווית הבאה: "אומנם כך הוא: דלתותיהם של בתי המשפט פתוחות לרווחה לפני המבקשים סעד. ויכולת הפניה לבתי המשפט היא מזכויות היסוד של האדם. ואולם, משעברנו את השערים ונכנסנו אל הטרקלין, מחובתו לשמור על סדרים שקבע בעל הבית ולא כל הרוצה ליטול בא ונוטל".

<sup>75</sup> אליהו הרנון, **דיני ראיות**, הדפוס האקדמי, ירושלים-התש"ל (להלן: "הרנון, דיני ראיות"), ח"א, 132; פרשת רוזין, 742–743.

וללא קברניט, ונמצאה צורת הדיון, ואיתה מידת הדין, לוקה<sup>76</sup>. אפילו בהליך הערעור, בו פסק הדין עדיין איננו חלוט, תותר הוספת ראיות רק במשורה ובכפוף לתנאים מסוימים<sup>77</sup>, אם כי בעניין זה עיקרון הבסיס של אי הגשת ראיות חדשות עשוי לפנות את מקומו כאשר בית המשפט רואה שיש צורך בראיה לשם בירור האמת, ועל מנת לעמוד באופן מלא ושלים על זכויותיהם המהותיות של בעלי הדין<sup>78</sup>. ואולם, גם במקרה מעין זה גילוי האמת איננו הערך היחיד – "שיקול הדעת של בית המשפט צריך להיות מבוסס על שיקולי הגינות, יעילות ותועלת. הגינות - עשיית צדק עם כולי עלמא, צדק פרוצדורלי וצדק מהותי; יעילות - משאבי הצדדים וגם הזמן השיפוטי; ותועלת - "השורה התחתונה" של גילוי האמת"<sup>79</sup>. לסיכום, הכלל המנחה במשפט הישראלי הוא ש"אין ליתן היתר זה כדבר שבשיגרה, שאם לא ישקוד בית המשפט על סדרי דין תקינים, תשתלט אנדרלמוסיה בבית המשפט ולא ייעשה צדק"<sup>80</sup>. גם טענה משפטית חדשה לא תותר במקום בו היא סותרת בצורה ברורה דברים שנאמרו קודם לכן, שכן זוהי פגיעה בהגינות הדיונית<sup>81</sup>.

כך או כך, המשפט העברי מעמיד כקנה מידה עיקרי את הרצון לגילוי האמת, וממילא איפשר הבאת ראיות היכולות לסייע למטרה זו<sup>82</sup>. עמדה המנסה להוסיף יציבות ויעילות למערכת על חשבון גילוי האמת, הדומה לעמדה המנחה את מערכת המשפט במדינת ישראל, הובאה, אמנם, במשנה, אך נדחתה ע"י רשב"ג<sup>83</sup>.

<sup>76</sup> ע"א 507/64, ג'ני בטאן נ' יעקב זאבי, פ"ד יט(4), 337, 339 (1965). וראה גם בדעת המיעוט של השופט גרוניס בע"א 105/05, שמעון דהאן נ' מישל קסון (פורסם בנבו, 10.11.05; להלן: "פרשת קסון"): "היעתרות לבקשה דוגמת זו שהגישו המערערים תביא לכך שלא יהיה סוף להליכים ובעל דין שהפסיד בדינו יוכל לתקן את שגיאותיו ולהשלים את ראיותיו על דרך של הבאת ראיות נוספות כמעט ללא הגבלה".

<sup>77</sup> בן נון, הערעור האזרחי, 459; קשת, הזכויות הדיוניות, ח"ב, 1306; זוסמן, סדרי הדין, 849-848; ע"א 538/82, רבקה נצוראל נ' שמחה רג'ואן, פ"ד לו(2), 722, 730 (1983); ע"א 391/80, לסרסון נ' שיכון עובדים בע"מ, פ"ד לח(2), 237, 245 (1984); רע"א 4543/07, ירון אביסדריס נ' צפין התגמולים (פורסם בנבו, 6.12.07); ע"א 1249/04, רבאח אדהם נ' רבאח רביע (פורסם בנבו, 8.11.06; להלן: "פרשת רבאח"); ע"א 3911/01, כספי נ' נס, פ"ד נו(6), 752, 767, 768 (2002).

<sup>78</sup> רע"א 1297/01, גיל מיכאלוביץ' נ' כלל חברה לביטוח, פ"ד נה(4), 577, 579 (2001); להלן: "פרשת מיכאלוביץ'". וראה גם הלוי, מגמות התפתחות, 149; ע"א 82/88, שמחה שמואלי נ' שושנה קצב, פ"ד מו(4), 129 (1992); דעת הרוב שנכתבה ע"י השופט ארבל בפרשת קסון: "התרת הגשתן של הראיות בשלב הערעור אפשרית, במקרים המתאימים גם אם מחדלו של בעל הדין המבקש הוא שהביא לידי כך שהראיות לא הוגשו במועד לערכאה הדיונית... ברי, כי התרת הגשתן של ראיות במקרה אחרון זה של מחדלו של בעל הדין המבקש תתאפשר רק באותם מקרים בהם ניכר כי לראיות שהגשתן מתבקשת תהא חשיבות ניכרת לעניין ההכרעה בפסק הדין. הראיות... הינן כאלה שאני סבורה כי יש להן חשיבות ממשית ומשמעותית לעניין הכרעת בית המשפט המחוזי, אשר במידה רבה מבוססת על ממצאי מהימנות... הראיות הנוספות האמורות יש בהן לכאורה כדי לבסס את טענתם של המערערים לפיה המשיב הציג מצג שווא בפני בית המשפט. כיוון שפסק הדין מבוסס במידה רבה על הערכות מהימנות שמקורן בהתרשמותו של בית המשפט מהעדים שבאו בפניו, אני סבורה כי עשויה להיות לראיות אלה השפעה ממשית על תוכן ההכרעה ודי בכך כדי לבסס "סיבה חשובה אחרת" להבאת הראיות".

<sup>79</sup> ע"א 8128/06, יצחק לוינזון נ' נתנאל ארנון (פורסם בנבו, 3.2.09). גם לוי, תורת הפרוצדורה בפיסקה 36 קובע כי השיקול המנחה בעניין הוא פרקטי, שכן הכלל "אינו מחויב המציאות: הוא אינו מופיע בהגדרת הערעור שבחוק יסוד: השפיטה וגם לא בהגדרת הערעור בחוק בתי המשפט (נוסח משולב) תשמ"ד-1984. הוא נובע אך משיקולים פרגמטיים המונעים מבית משפט שלערעור להתערב בהחלטת הערכאה הראשונה מקום שלזה היה מוקנה היתרון של שמיעת העדים...".

<sup>80</sup> זוסמן, סדרי הדין, 510.

<sup>81</sup> ע"א 8517/06, מדינת ישראל נ' שכטמן ושות' חברה לבנין בע"מ (פורסם בנבו, 1.6.11): "שכטמן שינתה קו טיעונה ב-180 מעלות... אומנם, טענותיה של החברה להשתק פלוגתה נידחו על ידי בית משפט קמא. כלומר, היא לא הצליחה בטיעונה בערכאה הראשונה. ואולם נראה כי המהפך בטיעונה של החברה אינו עולה בקנה אחד עם ערכי ההגינות הדיונית והשמירה על טוהר ההליך השיפוטי, אשר עומדים בבסיסה של דוקטרינת ההשתק השיפוטי"; רע"א 5988/13, מנאל חמאיסי נ' מנאר ייעוץ כלכלי והשקעות בע"מ (פורסם בנבו, 9.10.13): "ההליכים המשפטיים אינם "תכנית כבקשתך", ובעלי דין אינם יכולים ללהטט בהם כאוות נפשם, או לנהוג בהם "כחומר ביד היוצר". לפנינו במהות מקרה של השתק שיפוטי".

<sup>82</sup> אמנם, בפרשת רבאח השוה השופט רובינשטיין בין שיטתו של המשפט הישראלי ל"שיטה המאוזנת" הנהוגה למעשה במשפט העברי. עם זאת, נדמה שגם השופט רובינשטיין לא יחלוק שגישתו של המשפט העברי בעניין ליברלית בהרבה, כאשר גם הוא כותב כי "ביסוד הדברים עומדת גישה המתירה, לשם דין אמת, הבאת ראיה נוספת". יתר על כן, השופט רובינשטיין גם לא עומד באותו פסק דין על ההבדל המשמעותי שבין השיטות – ההיתר המוגבל במשפט הישראלי חל רק בשלב הערעור. הבאת ראיות לאחר שפסק דין הפך חלוט קשה לאין שיעור. לעומת זאת, במשפט העברי הבאת הראיות בהתאם לאותה הלכה הינה בכל שלב שלאחר פסק הדין (וראה להלן בנוגע ל"משפט חוזר").

<sup>83</sup> וראה פרשת ביטוח ישיר, פסקאות 150-151 לפסק הדין הנכתבות בעקבות המשפט העברי: "אמת המידה, אשר, לדעתי, צריכה להנחות אותנו, השופטים, איננה רק - ואולי כמעט בכלל לא - ההיבט הארגוני, היעילותי ולוח הזמנים של כל שופט. לעניות דעתי, ניתן ללמוד מכל הסוגיות שהבאתי, כי הקריטריון המרכזי לקבלת ראיה חדשה, הוא מידת אמינותה. עצם הגשתה באיחור, מהווה מעין תמרוך אזהרה לשופט: דע לך, כי אותו צד לא הביא את הראייה במועד, על אף שעמדה לרשותו. אם כן, שמא מדובר במסמך מזויף או

## ב. ההכרעה השיפוטית

### 1.1. עיקרון סופיות הדיון וסתירת הדיון

כהמשך לנושא הבאת הראיות באיחור, עולה גם היכולת לפתוח מחדש פסק דין חלוט. אחד הכללים היסודיים ביותר בשיטות המשפט המודרניות הוא עיקרון סופיות הדיון (Res judicata)<sup>84</sup>. פסק הדיון איננו הפיך, אלא רק לתקופה קצרה (בישראל - 45 יום לכל היותר), אשר בה ניתן לערער על פסק הדיון. הגשת ערעור לאחר תקופה זו תתאפשר רק במקרים חריגים. לאחר תקופה זו פסק הדיון נעשה חלוט. יודגש, כי עיקרון זה חל לא רק בשל הצגת טענה חדשה, אלא גם כאשר מתגלה ראיה חדשה אשר לא הוצגה בפני ביה"ד, ואפילו אם פסק הדיון ניתן על בסיס עובדות שהתבררו אח"כ כשגויות (ואפילו בהליך אחר בבית המשפט). "הכלל הוא שגילוי ראיה חדשה בלבד, להבדיל מהתהוותן של נסיבות חדשות, בעניינים שהיו שנויים במחלוקת בהליכים קודמים, אינו מהווה תשובה להגנה של 'Res judicata'<sup>85</sup>. קשה לדמיין את המשפט הישראלי ללא גישה זו<sup>86</sup>. לו היה ניתן לערער על פסקי דין גם לאחר זמן רב, הרי שיציבות המערכת היתה כלא היתה<sup>87</sup>, העומס עליה היה כבד ביותר, טובת הציבור היתה נפגעת<sup>88</sup>, והחשוב מכל - בעל הדיון הזוכה לא יכול היה לסמוך על זכייתו, והיה חושש מהמשך הטרדתו, מחשש שביה"ד יחליט להפוך את פסק הדיון בעוד זמן<sup>89</sup>.

עם השנים, גילה בית המשפט במדינת ישראל גמישות רבה יותר מבעבר, והותיר פתח להעדפת המהות על הפרוצדורה<sup>90</sup>. כך, לדוגמא, נתן בית המשפט פרשנות מצמצמת ביותר, לכלל היוצר 'השתק פלוגתא אופנסיבי' [דהיינו: טענה המועלית על ידי התובע בהתדיינות מאוחרת נגד הנתבע כדי למנוע מן האחרון מלהעלות טענת הגנה שסותרת או מתכחשת לממצא שנקבע נגד אותו נתבע בהתדיינות קודמת שבינו לבין תובע אחר (ובכך היא משמשת למעשה בידי התובע אמצעי לביסוס עילת תביעתו נגד הנתבע)]<sup>91</sup>, ונמנע מביטול גורף של תנאי ההדדיות

---

בעידי שקר. מכאן, נגזרת המסקנה ההפוכה: אם הראייה לא היתה בהישג יד, אלא בכספת של האב, כי אז, ניתן להגישה. על המבקש להגיש ראייה באיחור, מוטל, איפוא, הנטל להסביר את האיחור ומדוע לא הוגשה הראייה במועד הרגיל.<sup>84</sup> ראה בהרחבה רבה אצל זלצמן, מעשה בית דין; Sinai, The Downside; Sinai, Reconsidering. וראה גם בהוראת תקנה 101(א) לתקנות. מתן האפשרות לדחיית התביעה בשל מעשה בית דין גם ע"י רשם (שהוא שופט), מעידה כשלעצמה על הפשטות היחסית שרואה מחוקק המשנה בפעולה זו.

<sup>85</sup> ע"א 211/65, **היועמ"ש נ' שלמה מזן**, פ"ד י"ט(3), 33, 37 (1965); להלן: "פרשת מזן"; ע"א 199/82, **יעקב סניטובסקי נ' חברת החשמל לישראל בע"מ**, פ"ד לט(1), 225 (1985); ע"א 165/76, **רשות הפיתוח נ' עלי חליל עזאם**, פ"ד לא(1), 253 (1976).

<sup>86</sup> וראה גם אצל אלבשן, מבית-משפט, 160-161, בנוגע לחרטת שופטים על פסקי דין שנתנו, הטוען כי בעת האחרונה נוטים שופטים להביע חרטה על פסקי דין שנתנו.

<sup>87</sup> שניאור זלמן פלר, 'הרהביליטציה: מוסד משפטי מחוייב המציאות', **משפטים** א' (תשכ"ח-תשכ"ט), 497, 503.

<sup>88</sup> וראה בג"ץ 9060/08, **יאסין נ' שר הביטחון** (פורסם בנבו, 7.5.12), המבהיר כי העיקרון "נשען על שורה של אינטרסים ציבוריים. העיקרון מאפשר תחימה של ההליך המשפטי; הוא מסייע בהבהרת המצב המשפטי; הוא מונע הטרדה של בעל דין באותה סוגיה וכפל התדייניות, והוא מבטיח פעולה תקינה של המערכת השיפוטית".

<sup>89</sup> פרנק, כי המשפט, 336. וראה גם בע"פ 7853/05, **רחמיאן נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 27.11.06): "לכל התדיינות משפטית יש סוף. משתבררו זכויות וחובות הצדדים בהליכים המשפטיים השונים, ונתקבלה החלטה סופית, הרי שאין לשוב ולהידרש לעניין מחדש. הדבר מערער את היציבות המשפטית. הדבר פוגע בזכויות המתדיינים עצמם. הדבר פוגע ביעילות המערכת המשפטית"; בג"ץ 681/12, **שחר מרים גרינשפן נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 19.9.12); להלן: "פרשת גרינשפן".

<sup>90</sup> פסק דינו של ביה"ד הרבני הגדול 1-64-9638, **ש.מ. נ' ש.י.** (פורסם בנבו, 8.6.04); להלן: "**פרשת ש.מ.מ.**"; "במשפט האזרחי נהוג היה כמעט לקדש את עקרון 'סופיות הדיון' ועקרון 'מעשה בית דין'. למרות זאת, חלו שינויים והתפתחויות בשנים האחרונות, אשר קרבו את משפט המדינה למשפט העברי".

<sup>91</sup> ראה זלצמן, מעשה בית דין, 547-552; דורון מנשה, הערך שבשימור תנאי ההדדיות בדוקטרינת השתק פלוגתא, **עיוני משפט** כ"ג (התש"ס), 343 (להלן: "מנשה, הערך שבשימור"); מיכאיל קרייני, השימוש ההתקפי בהשתק פלוגתא - כורח שיש לו תקנה, בתוך **ספר שלמה לוי** (עורכים: אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאיל קרייני), 85 (להלן: "קרייני, השימוש ההתקפי"); רע"א 6830/00, **ברנוביץ נ' תאומים**, פ"ד נו(5), 691, 711-712 (2003); רע"א 7831/99, **צוריאנו נ' צוריאנו**, פ"ד נו(1), 673 (2002); ע"א 1041/97, **אבי סררו נ' נעלי**

שנקבע בהקשר זה. "...החשש מהנצחת טעויות שיפוטיות בשל הסטייה מעקרון ההדדיות והימנעות מבחינה עניינית של התביעות המאוחרות, קל וחומר כאשר בטענת השתק פלוגתא אופנסיבית מדובר, מקבל משנה תוקף, לאור ההשלכות השליליות רחבות ההיקף שעלולות להיות לטעויות כאמור. כך, החלטה שגויה במסגרתה מתקבלת תביעה לא מוצדקת... עלולה להביא לקבלתן של תביעות רבות נוספות של חברות... שכלל לא היו צד להליכים בתביעה הראשונה ואשר ייהנו מהמשגה השיפוטי. הנוק שייגרם בשל כך... יכול להיות קשה ביותר"<sup>92</sup>. מאידך, אפילו כאשר שני הצדדים ביקשו לפתוח את פסק הדין, והגיעו להסכם פשרה, קבע בית המשפט העליון כי לא ניתן לאפשר זאת ולפגוע בסופיות הדין, מבלי לגרוע מזכות הצדדים להגיע להסכמות ישירות ביניהם<sup>93</sup>. במקרים קיצוניים ביותר יתערב בית המשפט גם בפסק דין חלוט, ויעמיד אותו לדיון מחודש. הנסיבות הרווחות ביותר לכך הן במקרים של תרמית בהשגת פסק הדין, אך לעיתים ביהמ"ש יורה על 'עיון חוזר' גם במקרים בהם סבור ביהמ"ש ששיקולי צדק פרטניים גוברים על שיקולי מעשה בית דין.

הכלל שנקבע בפסיקה בעניין זה הוא ש :

"ההסדר החקיקתי לקיומו של "משפט חוזר" ... הוגבל לפלילים"<sup>94</sup> ... בדין החרות לא נקבע הסדר דומה לביורו של עניין אזרחי. אך כבר נקבע, בעקבות פסיקה אנגלית, כי חרף היעדרו של הסדר חקיקתי מקביל, נתונה לבית-משפט אזרחי סמכות טבועה, לבטל פסק-דין חלוט, בהתקיים נסיבות שבהן שיקולים של צדק עדיפים על פני שיקולים של מעשה-בית-דין... בעיקר, למקרים בהם הסתמך המבקש על עילת תרמית... אך הפסיקה הכירה באפשרות העקרונית לבטל פסק-דין גם בשל עילות נוספות, ובראשן העילה בדבר התגלותן של ראיות חדשות... שבכוחן לשנות את פני ההכרעה מיסודה, ואשר לא ניתן היה להשיגן בשקידה סבירה קודם למתן פסק-הדין..."<sup>95</sup>.

ועם זאת, נקל לראות כי גם כך, עדיין קיים מרחק ניכר בין גישה זו לגישת המשפט העברי, המרחיבה אפשרות זו בהרבה. כאמור כבר לעיל, ביחס לעיקרון סופיות הדין<sup>96</sup> גלום אחד ההבדלים הבולטים בין שיטות המשפט המודרני למשפט העברי<sup>97</sup>. במשפט העברי 'סופיות הדין' הינו ערך מוגבל ביותר (אם הוא בכלל קיים<sup>98</sup>), ובית הדין יכול לסתור את הדין בקלות יחסית<sup>99</sup>. "בית דין רבני, שלא כמו בתי המשפט, מוסמך לדון מחדש בתיק שהכריע בו

תומרס בע"מ, פ"ד נד(1), 642 (2000); להלן: "פרשת סררו"; ע"א 2035/03, לב יסמין בע"מ נ' ת.ג.י. בע"מ, פ"ד נח(6), 447, 452-453 (2004); ע"א 8265/96, רמט בע"מ נ' בריברום, פ"ד נו(1), 486, 494 (2002); ע"א 9647/05, פוליבה בע"מ נ' מדינת ישראל אגף המכס ומע"מ ומשרד המסחר (פורסם בנבו, 22.7.07).

<sup>92</sup> ע"א 9551/04, אספן בניה ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.10.09; להלן: "פרשת אספן").

<sup>93</sup> ע"א 2228/11, שלומי גבעתי נ' אברהם דואק (פורסם בנבו, 5.5.13).

<sup>94</sup> להרחבה בסוגית המשפט החוזר בדין הפלילי ראה הלוי, שם, 139-131.

<sup>95</sup> ע"א 4682/92, עיזבון המנוח סלים עזרא שעיה נ' בית טלטש בע"מ, פ"ד נו(3), 366 (2003). וראה גם: דני"א 79/01, עין-גב - קבוצת פועלים להתיישבות שיתופית בע"מ נ' מקורות חברת מים בע"מ (פורסם בנבו, 29.11.01), העוסק גם בשאלה האם מגבלות חוק ההתיישבות יחולו על 'משפט חוזר' אזרחי שכזה. וראה גם בהפניות הרבות בפסקי דין אלו, וכן אצל זלצמן, מעשה בית דין, 610-598 וכן 625-636; בן נון, הערעור האזרחי, 50; גורן, סוגיות, 352-350.

<sup>96</sup> האמור להלן מתייחס ליכולת סתירת הדין במשפט אזרחי (דיני ממונות). במשפט פלילי (דיני נפשות) היכולת לסתור את הדין גדולה הרבה יותר, וניתן לסתור את הדין לזכות כמעט מכל טענה שהיא, ולעיתים אפילו בהיעדר טענה כלל. ראה, לדוגמה, מכות, ז', ע"א: "מחוצה לארץ לארץ - סותרים את דינו משום זכותה של ארץ ישראל", וראה בעיקר ריטב"א, שם, ד"ה "לא".

<sup>97</sup> ראה גם אצל ניסני, שם, 3-2.

<sup>98</sup> ויגודה, הרשעה פה אחד, 10.

<sup>99</sup> ראה בהרחבה אצל רונלד ורבורג, דיני סופיות הדין במשפט העברי (במקרה שנתגלית בו טעות בדבר), עבודה לשם קבלת התואר 'דוקטור', האוניברסיטה העברית, ירושלים-התשמ"ד; א' וייס, סדר הדין - מחקרים במשפט התלמוד, חורב, ניו יורק, התשי"ח (להלן: "וייס, סדר הדין"), 139-160; פלק, ערכי משפט, 88-85; א' מכלוביץ, סופיות הדין במשפט העברי, דיני ישראל א' (התש"ל), 7; שוחטמן, סדר הדין, 441-423; בזק, סמכות הבורר, 461-469; הכהן, אם לא יגיד, 4-3; בריס, שם; כהן, דין אמת, 67-66; שילה, ושפטו את;

כבר ונתן בו פסק דין<sup>100</sup>. הדברים נכונים הן בשל טעות תיאורטית בפסק הדין והן בשל עדות או ראיה חדשה. כל עוד יכול בעל הדין להוכיח את האמת לאמיתה, יפקיעו הדיינים פסקי דין קודמים<sup>101</sup>. לעיתים אף מצווה ביה"ד לסתור את פסק דינו<sup>102</sup>.

המשנה קובעת כי "דיני ממונות מחזירין בין לזכות בין לחובה"<sup>103</sup> וכי "כל זמן שמביא ראיה הוא סותר את הדין"<sup>104</sup>. בעקבות הדברים פוסק השו"ע כי:

"מי שנתחייב בב"ד והביא עדים או ראיה לזכותו, סותר הדין וחוזר, אף על פי שכבר נגמר; ואפילו אם פרע כבר, כל זמן שהוא מביא ראיה, סותר. אמרו לו הדיינים: כל ראיות שיש לך הבא מכאן ועד ל' יום, אע"פ שהביא ראיה לאחר שלשים יום, סותר את הדין, שאל"כ מה יעשה אם לא מצא בתוך ל' ומצא לאחר שלשים"<sup>105</sup>.

מדובר בהבאת ראיות חדשות, כמו גם בהעלאת טענות חדשות<sup>106</sup>. כאן הפגיעה ביציבות הפרקטיקה המשפטית, וערעור הביטחון ביחסים המשפטיים שבין אדם לחבירו היא ממשית, ועל כן מעניק המשפט העברי לבית הדין אפשרות לפעול למיצוי הדין, כאשר לעיתים ישנה אפשרות להגבלת מועד הבאת הראיות<sup>107</sup>, וכפי שפוסק השו"ע: "אבל אם אמרו לו להביא עדים או ראיה, ואמר: אין לי, אע"פ שמצא אחר כך, אינו כלום. ואצ"ל אם אמרו לו: יש לך עדים, ואמר: אין לי עדים; יש לך ראיה, ואמר: אין לי ראיה, ודנו אותו וחייבוהו, כיון שראה שנתחייב אמר: קרבו איש פלוני ופלוני והעידוני, או שהוציא ראיה מתוך אפונדתו... אין זה כלום ואין משגיחים עליו ועל ראייתו. הגה: אבל אם לא אמר אין לי ראיה, אף על פי ששתק עד שנתחייב בדין, ואחר כך אמר: קרבו פלוני ופלוני והעידו, סותר הדין..."<sup>108</sup>. עם זאת, כפי שהדגשנו כבר קודם, מדובר בחריג של מי שלא פעל לבירור האמת (ואולי אף פעל במכוון במטרה למנוע את בירור האמת<sup>109</sup>).

בנוסף, טעות בדברים גלויים במשנה, בגמרא ובפוסקים גורמת לחזרת הדין<sup>110</sup>, וזאת בניגוד ל"טעות בשיקול הדעת", ביטוי שמשמעותו טעות בשקילת הדעות ההלכתיות, ולא כמשמעותו בימינו<sup>111</sup>. דין טעות בפסק דין סבוך

---

שפירא, הבאת ראיות; Sinai, Reconsidering; Sinai, The Downside; בירור הלכה, בבא קמא, ק"ד-ק"ה; פיסקה ד(4) לפסק דינו של השופט רובינשטיין בפרשת חסין; רע"א 5285/03, פנחס כהן נ' חנן בונה, פ"ד נט(1), 39, 47 (2004).

<sup>100</sup> בג"ץ 6250/06, פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א, לא פורסם, (מובא בתוך פסק דינו של ביה"ד הרבני בתיק 9613-64-2, פלונית נ' פלוני (פורסם בבנו, 4.7.07).

<sup>101</sup> שייך, הצדק, 35.

<sup>102</sup> שו"ע, חו"מ, י"ז, ח': "דיין שדן דין ולבו נוקפו לומר שהוא טועה – לא יחזיק דבריו להביא ראיות להעמידם שהוא בוש לחזור, אלא לכל הצדדים יחזור להוציא הדין לאמתו"; שו"ת משפטים ישירים, ח"א, סימן רפ"ד: "עוד ראיתי להעיר און המעיין בפרט א' שגגו בו רבים' והוא כל ששני החכמים מתוכחים זע"ז, ומקשה א' על חבירו על סברתו קושיא חזקה שלא מצא שכנגדו תשובה הוגנת כ"א דחיות של הבל, חובה עליו לחזור מסברתו אף שלסברתו נ"ל שהוא דין אמת, מ"מ כיון שהקשה לו חבירו מגמ' או מפוסק וכיוצ"ב, מחויב לחזור וכל עוד שלא חזר ואינו חושש לקושית חבירו רק אומר כך נ"ל, ז"א מן המנין ואין לנו לחוש לדבריו כלל".

<sup>103</sup> סנהדרין, פ"ד, מ"א. לפי המאירי (שם, ל"א, ע"א) אין חידוש בכך שהחזרה היא בין לזכות ובין לחובה, שכן "זכותו של אחד היא חובה אצל האחר" (ע"פ הגמרא, שם, ל"ב, ע"ב), וההדגשה היא בהשוואה לדיני נפשות, אך הרי"ן מדגיש שפגיעה בזכות התובע היא חדשנית יותר, שכן הוא הימוחק. וראה שילה, שם, בהע"ש 3.

<sup>104</sup> שם, פ"ג, מ"ח.

<sup>105</sup> שו"ע, חו"מ, כ', א'. וראה גם רמב"ם, סנהדרין, פ"ז, ה"ו.

<sup>106</sup> שו"ת הרשב"א, ח"א סימן, תתצ"ט; ערוך השולחן, חו"מ, כ', ג'; שוחטמן, סדר הדין, 436-437. וראה בשו"ת חתם סופר, ח"ו, סימן נ', ד"ה "ראשוני": "אבל האמת יורה את דרכנו, אי אתא פסקא וידענו מאיזה טעם דנוהו ויש לנו עליו פירכא בזה... אין לדין אלא מה שענינו ראות, שהרי קמן שטעה בעצמו, שגאות מי יבין".

<sup>107</sup> קירש, למהות הפרוצס, 136.

<sup>108</sup> שו"ע, שם. וראה גם רמב"ם, שם, ה"ז.

<sup>109</sup> ראה בדברי ערוך השולחן, כ', א-ד'.

<sup>110</sup> שו"ע, כ"ה, א': "כל דיין שדן דיני ממונות וטעה, אם טעה בדברים הגלויים והידועים כגון דינים המפורשים במשנה או בגמרא או בדברי הפוסקים, חוזר הדין ודנין אותו כהלכה".

ביותר, ומדובר בסימן הנחשב לאחד הקשים בשו"ע, והוא גם נדיר עד מאד, בהתחשב בידיעותיו של הדיין ובעובדה שהמשפט העברי מצדד בישיבה במושב של שלושה שופטים לפחות<sup>112</sup>, ולא נרחיב פה רבות בהקשר זה<sup>113</sup>. כך או כך, הקשרם של הדברים ברור, "על פי ההקפדה המרובה שהקפידה תורת משפטינו להוציא דין אמת, פסק הדין נפקע מאליו ובטל אם לא העמיד את הדין על אמתו, ואין הכרעת בית דין מחליטה אלא במדה שהיא מתאמת אל האמת האובייקטיבית. אבל אם לאחר פסק הדין נתגלה הדבר, שלא נבנה פסק זה על האמת, הרי הוא בטל מאליו והדין חוזר"<sup>114</sup>. לעיל כבר הצגנו את עמדת בתי הדין השוללת את מוסד הערעור. מובן, שחלק משלילת מוסד הערעור נובעת מהגישה המוצגת כאן השוללת את סופיות הדיון.

נדגיש, כי ההלכה מודעת היטב לפגיעה בהליכים המשפטיים הנגרמת במקרה שכזה. היא מודעת לפגיעה במעמדו של בית הדין, אך מעדיפה במודע את ההגעה לדין אמת<sup>115</sup>. וכדברי רב נחמן: "אנן אחתינן, אנן מסקינן ליה. לזילותא דבי דינא [רשב"ם: "שמא ילגלו הבריות על ב"ד על שסותרים את דיניהם ודמי לחוכא ואיטולוא"] – לא חיישינן"<sup>116</sup>. הפוסקים גם הדגישו שלא צריכה להיות לדין שטעה כל בושא להודות בטעותו<sup>117</sup>.

כללים אלו קבועים גם בתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים<sup>118</sup>, ולא פעם בתי הדין הרבניים פותחים את פסקי דינם<sup>119</sup>. תקנה קכ"ח נותנת לבית הדין את הסמכות ליזום דיון נוסף, במקרה שבו הוא חושש לטעות בפסק דינו<sup>120</sup>. תקנה קכ"ט נותנת לבעל הדין את הזכות לבקש דיון נוסף במקרה שבו עלו טענות עובדתיות חדשות או נתגלו טענות חדשות מאז הדיון הקודם בבית הדין<sup>121</sup>. בשתי התקנות הללו אין כלל (!) הגבלת מועדים<sup>122</sup>. בנוסף,

<sup>111</sup> אגב אורחא נעיר, כי דין זה מייצג גם הגינות כלפי הדיין, המקבל הזדמנות לתקן את רשלנותו, לפני שיתחייב בממון. ראה אצל שילה, ושפטו את, 2.

<sup>112</sup> דרנס, שם, נ"ו-נ"ז.

<sup>113</sup> הרחבה מצויה בנושאי הכלים לשו"ע, חו"מ, כ"ה; הרב יהודה שחור, סמכות ביה"ד לחידוש דיון מחשש טעות, שורת הדין י"ד (התשס"ח), תי"ז; שוחטמן, סדר הדין, 437-441; גולאק, יסודי המשפט, ח"ד, 179-183; וויס, סדר הדין, 150-160.

<sup>114</sup> גולאק, שם, 201-202.

<sup>115</sup> שוחטמן, סדר הדין, 429-430.

<sup>116</sup> בבא בתרא, ל"א, ע"ב.

<sup>117</sup> שו"ת משפט וצדקה ביעקב, ח"א, סימן שני"ה.

<sup>118</sup> ואמנם, בתקנות משנת התש"ג לא היו קבועות תקנות בעניין, אך החל בתקנות משנת התש"ך הדברים תוקנו. הדברים תומכים בטענות של המבקרים את החריגה הרבה יחסית של מתקיני תקנות התש"ג מכללי המשפט העברי. וראה שוחטמן, סדר הדין, 427, בהע"ש 21.

<sup>119</sup> ע"ר תשי"ז/18, א. נ' ב., פד"ר ב', 262, 264-265. במקרה זה נמנעה אישה בעקשנות לטעון את טענותיה בפני בית הדין הרבני. ניתן פסק דין בהיעדרה, והוא אף הומצא לה כדין. האישה גם לא ביקשה את ביטול פסק הדין. מאוחר יותר ביקשה האשה לשוב ולטעון את מכלול טענותיה הראשונות (שדבר לא נתחדש בהן) בפני בית הדין, וביה"ד האזורי הסכים לכך. ביה"ד הגדול גיבה את החלטתו וקבע כי: "גם אם הדיון התקיים בפניו וביה"ד הוציא פסק דין המחייב את הנתבע לשלם, ופסה"ד יצא לפועל ואחר זמן מצא עדים או ראייה לזכותו - סותר הדין וחוזר אפילו אם פרע כבר, כל זמן שלא הצהיר בפני ביה"ד שאין לו עדים ואין לו ראייה... ובמרדכי פ' ז"ב, נשאל רבינו מאיר עד כמה יכול לסתור את הדין והשיב נראה לי דלא קבעו חכמים שום זמן לדבר, כדתנן כל זמן שמביא ראייה סותר את הדין... וע"כ לפי משפט התורה אין לסתום את הפתח ולהיאחז בטענת קם דינא ובמעשה בית - דין עד שאין להרהר אחריו. גם במקרה שהצד שנשפט שלא בפניו לא התנהג כשורה בזה שלא הופיע להתדיין, שערי בית הדין פתוחים לפניו כדי שיתבררו ויתלבנו הדברים הצדק עם מי, ומי באמת הזכאי ומי החייב". כן ראה פרשת ש.מ. "אכן, ההגיון, השכל הישר ועקרונות המוסר, הצדק והיושר מחייבים, כי פסק דין שישודו בטעות, יבוטל, בלי תלות במועד הגשת בקשת הביטול או באופיה. פסק דין שישודו בטעות, יוצר מציאות משפטית מעוותת, שאינה תואמת את המציאות העובדתית. תפקידו של בית הדין הוא לפסוק "דין אמת לאמיתו". אסור לו לבית הדין, להותיר פסק דין מוטעה על כנו, אך ורק בשל העובדה, כי כבר ניתן פסק דין..."; תיק (י-ם) 1-61-2008 (פורסם בתוך בשערי בית הדין, ח"ג, 313, י"ט טבת תשס"א).

במקום אחד התיר ביה"ד לסתור פסק דין של רב אחר, לאחר שזה הסכים לסתירת דינו אם לתובע ראיות חדשות. ראה תיק 3301/717/תשכ"ה, א. נ' שיכון ופיתוח, חברה למימון והשקעות של הסתדרות אגודת ישראל, פד"ר ו', 315, 317-318. במקום אחר, נדחה ערעור בו הוצגו ראיות חדשות, אך נקבע כי ביה"ד האיזורי יוכל לקבוע דיון נוסף, אם יסבור שיש בראיות הנוספות חידוש. ראה ערעור 2408/ס"ד, א.נ.נ' א.ב., שורת הדין י"ג, ש"נ (ניתן ביום 30.1.05).

<sup>120</sup> על השאלה האם תקנה זו הולמת את הלכת השו"ע, ראה ניסני, שם, בהע"ש 15 והטקסט שמעליה.

<sup>121</sup> וראה תיק תשי"ד/252, א. נ' ב., פד"ר א', 65, 68; ערעור תשי"ט/154, א. נ' ב., פד"ר ג', 225.

<sup>122</sup> וראה בכל התקנות המצויות בפרק י"ד לתקנות.

אין הגבלה של הנסיבות בהן יכול בית הדין לחשוש לטעותו<sup>123</sup>. בשני מקרים אף "המתיק" בית הדין הרבני פסק דין שלו בלי שהתגלה דבר חדש ומבלי שהתגלתה טעות, והוציא "פסק דין מילואים"<sup>124</sup> (זהו, כמובן, שיא של אנטי-פורמליזם במטרה להגיע לפיתרון צודק. להליך זה גם אין כל עיגון בתקנות). בהקשר דומה, בחר בית הדין באחד המקרים להבהיר פסק דין שניתן ע"י הרכב שונה, וכי עיקרון 'סופיות הדין' מוגבל מאד<sup>125</sup>.

מעניין לציין, כי גופים אחרים המפעילים בתי דין לדיני ממונות, התקינו תקנות ובהן כללים שונים לכללי הדין. לעיתים, כללים אלו דומים יותר לכללים המודרניים, ומונעים אפשרות של סתירה הדין על יסוד עובדות והוכחות שלא הובאו בפני בית הדין<sup>126</sup>. חשוב לציין גם כי נוצרו פתרונות היסטוריים, על מנת ליצור סופיות להליך המשפטי. היו שנהגו בפסק הדין לחייב את המפסיד לכתוב שטר ('שטר מרחק') לטובת המנצח בדין, אשר בו יתחייב שלא לעורר עוד דין ודברים אודות נושא התביעה<sup>127</sup>. דומה לכך הוא שטר ההודאה, אשר באמצעותו נמנעה הכחשת עובדות שנקבעו כבר ע"י בית הדין<sup>128</sup>. במקומות אחרים נתקנה תקנה שאסרה על הבאת ראיות באיחור<sup>129</sup>, או שנקבע מועד שעד אליו ניתן יהיה להביא ראיות, והיו מקומות בהם 'הודו' בעלי הדין כי אין להם ראיות נוספות 'לא כאן ולא במדינת הים', לא בידי עצמם ולא בידי אחרים<sup>130</sup>.

כך או כך, בכללי הדין של המשפט העברי, סופיות הדין מקובלת הרבה פחות, והיכולת של בית הדין לתקן פסק דין חלוט גדולה בהרבה, מאשר בשיטה המשפטית במדינת ישראל. המשפט העברי מכיר בכך שהלכות אלו פוגעות פגיעה אנושה ביציבות ההליך המשפטי, ביעילות ההליכים (שכן הוא גורר התדיינויות מיותרות בעניינים רבים), ובביטחון המשפטי לבעל הדין (ואכן, הלכה זו זכתה לביקורת מרובה מידי חוקרים מסוימים<sup>131</sup>). זו גם הסיבה שכפי שהראינו לעיל המשפט העברי הגביל את השימוש בכלל זה. למרות זאת, כפי שהראינו הכלל עדיין פוגע מאד בסופיות הדין. הסיבה לכך היא ברורה. המשפט העברי מציב את חובתו של הדיין לדון דין אמת הרבה לפני כל ערך אחר, וממילא הוא דוחה ערכים של יציבות, וודאות ויעילות<sup>132</sup>. מי שמציב את גילוי האמת בראש מעייניו, לא

<sup>123</sup> בעקבות דברי המרדכי, סנהדרין, פ"ג, סימן תש"ח, וראה גם בפסק ביה"ד בתיק 24-2235, **פלוני נ' פלוני** (פורסם בנבו, 9.10.07).  
<sup>124</sup> תיק 1/12/704, **א. נ' ב.**, אוסף פסקי דין - ורהפטיג, ל"ח; תיק 1/39/705, **א. נ' ב.**, שם, ק'. סיכום הסוגיה ופסקי הדין מצויים אצל שאקי, קוי-יחוד, 294-298; דרנס, שם, ק"י-ק"יג. שאקי עומד על כך שהרציונליזציה של פסקי הדין היא שבית הדין יתיר לעצמו לשנות או לתקן פסק דין שטרם בוצע, אם שינוי בנסיבות מעמיד בספק את עצם הוצאתו מן הכח אל הפועל, ללא התאמתו והכנסת שינויים בו.  
<sup>125</sup> תיק (אשקלון) 62662/4, **פלוני נ' פלוני** (פורסם בנבו, 24.6.12): "עקרון סופיות הדין, עיקרון חשוב הוא עד למאוד בבתי המשפט, ובמתן הבהרה להחלטה או לפסק דין יש לכאורה מן הדין המחודש מבחינה פורמאלית, אשר סותר את עקרון סופיות הדין. שונה הדבר בבתי הדין הרבניים... לאחר שנוכחנו לדעת שבית הדין רשאי לשוב ולדון בפסק דינו - שלא כבתי המשפט - גם בדרך של מתן הבהרה, הרי שבעצם טענות שני באי-כוחי של האיש נפלו. עקרון סופיות הדין אינו שייך במקרה כעין זה, על פי האמור בתקנות הדין, וכפי שאכן פסק בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ". וראה גם בבג"ץ 6250/06, **פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א** (פורסם בנבו, 28.6.07): "בית דין רבני, שלא כמו בתי המשפט, מוסמך לדון מחדש בתיק שהכריע בו כבר ונתן בו פסק דין. עקרון סופיות הדין בבתי דין רבניים כפוף לסייגים הקבועים בתקנות הדין... נראה מהתקנות, כי בית דין רשאי לשנות פסק דין שנתן, ובכלל זה גם להבהירו".

<sup>126</sup> התקנה מצויה בסעיף 4 לפרק ט' לסדרי הדין של בית הדין "משפט והלכה בישראל" של כולל "ארץ תמדה". ראה: <http://www.erezhemdah.org/Data/UploadedFiles/SitePages/279-sFileRedir.pdf>. ייתכן שהטעם לכך נעוץ ברצון, שהזכר לעיל, של בתי הדין, לעודד את בעלי הדין ובאי כוחם לפנות לדין תורה. כחלק ממגמה זו נקבעו כללי הדין, וייתכן שחלק ממגמה זו מודגש יותר עיקרון 'סופיות הדין', אשר ימצא חן בעיני פרקליטי הצדדים.

<sup>127</sup> ראובן ירון, **המשפט של מסמכי יב**, (אקדמון, ירושלים-התשכ"ח), 47. פלק, מבוא לדיני, ח"א, 95, טוען כי הדברים רמוזים גם בדברי המשנה בכתובות, פ"ט, מ"א, וראה גם הרחבה בדבריו בהע"ש 9 לפרק ד' (בעמ" 140).

<sup>128</sup> פלק, שם, 95; פלק, ערכי משפט, 86.

<sup>129</sup> שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן נ"ט.

<sup>130</sup> גולאק, יסודי המשפט, ח"ד, 179.

<sup>131</sup> פלק, ערכי משפט, 15, 86.

<sup>132</sup> שאקי, שם, 282; דרנס, שם, נ"ד-נ"ה, ס"ט; שילה, שם, 2.



יוכל להותיר פסק דין החשוד כמוטעה בעינו<sup>133</sup>. זאת גם כחלק מהיותו דין דתי, אשר בו השופט מחויב לא רק למערכת ששלחה אותו, אלא גם כלפי שמיא<sup>134</sup>, וכפי שקובע גולאק:

"התכונה היסודית של פסק הדין על פי תורת משפטינו, הוא במה שאין לפסק הדין ערך מוחלט לגמרי... על פי ההקפדה המרובה שהקפידה תורת משפטינו להוציא דין אמת, **פסק הדין נפקע מאליו ובטל אם לא העמיד את הדין על אמיתו**, ואין הכרעת בית הדין מחליטה אלא במידה שהיא מתאמת אל האמת האובייקטיבית..."<sup>135</sup>.

דרנס אף קובעת כי דווקא התקנות בהן מודה ביה"ד בטעותו, ומבקש להשיב את הגלגל אחורה, ולהחזיר את הדין, מגלמות "דרגת מוסר שאין גבוהה הימנה"<sup>136</sup>. אגב, דרנס גם טוענת כי ספק עד כמה בפועל יתקיים החשש מאי-ביטחון בתקיפות פסק הדין ומפגיעה ביעילות בתי הדין. זאת, בעיקר לנוכח ההנחה שהדברים לא יקרו דבר יום ביומו, שטעויות בהלכה ברורה של מותב שלם תהיינה נדירות, ושמרבית בעלי הדין יביאו את כל הראיות שיש ביכולתם להביא כבר לדיון הראשוני, ולא ישמרו אותן בביתם<sup>137</sup>.

לעומת זאת, מערכת המשפט במדינת ישראל המקדשת רעיונות של סדר חברתי ויישוב סכסוכים, ומגנה על אינטרסים של יעילות יציבות תימנע ככל יכולתה מפגיעה בעיקרון סופיות הדיון ומפתיחת הסכסוך מחדש<sup>138</sup>, גם אם סדר זה בא על חשבון בירור האמת בהליך המשפטי<sup>139</sup>.

בנושא זה, עמד שאקי<sup>140</sup> על העובדה, שגם עמדת המשפט הישראלי אינה נקיה מקשיים. הוא מביא פסק דין של ביהמ"ש העליון, בו הבהיר בית המשפט כי לשופט מותר לחזור בו, גם לאחר שכבר נתן צו זמני. ביהמ"ש כתב דברים נכוחים בענין: "האם במצב זה היה על השופט המלומד לפטור את עצמו מלדון בענין מחדש, ולתת יד למשיבה לגבות כספים שהתברר לו שאינם מגיעים לה... והאם היה על השופט לפטור את עצמו מבדיקה מחודשת של יכולת המשיב, אחרי שנאסר, ולומר "כבר החלטתי בענין", כאשר החלטה כזו אינה מעשה-בית-דין, ואין כל **מניעה פרוצידורלית לבחון את הענין מחדש**?! נראה לי כי במקרה הזה נהג השופט המלומד כדין, ויפה עשה בבדקו את ההחלטה הקודמת. **אילו היה משאר בתוקף את החלטתו הקודמת, אף-על-פי שעמד על טעותו, היה**

<sup>133</sup> שוחטמן, סדר הדין, 424; פיסקה ד' (4) לפסק דינו של השופט רובינשטיין בפרשת חסין: "במשפט העברי גובר איפוא השיקול של הצורך לדון דין אמת בין הצדדים, על כל שיקול אחר... זאת – בכפוף לחריגים מסוימים. הטעם הוא איפוא עשיית "דין אמת לאמיתו". שוחטמן, שם.

<sup>134</sup> גולאק, יסודי המשפט, ח"ד, 201-202. וראה גם **בפרשת זלסקי**, 108: "המאבק בין "אמת ויציב" – לפי מטבע הזהב הלשוני שטבע הנשיא זמורה ז"ל... שהוא המאבק בין השאיפה לתוצאה הצודקת ביותר לבין העיקרון של סופיות הדיון, הוא עתיק יומין. ביסודה של ההשקפה המשפטית המודרנית עומד העיקרון של סופיות הדיון, שיש לו סייגים וחריגים, שאחד מהם הוא תיקונו של עוול מהותי. לעומתה השקפתו של המשפט העברי, שביסודה השאיפה להוציא דין אמת – על-ידי סתירת הדין והחזרת הדין – שהוגבלה בסייגים הנוגעים, בין היתר, משיקולים מעשיים".

<sup>136</sup> דרנס, שם, נ"ד, נ"ו.

<sup>137</sup> שם, ס"ט.

<sup>138</sup> פיסקה 7 לפסה"ד **בפרשת גורה**: "בבסיס הכלל של מעשה בית דין ניצב רעיון סופיות הדיון שהצדקה לו נעוצה בשני שיקולים עיקריים. האחד מגלם את **האינטרס הציבורי בסופיות הדיון המשפטי**. האינטרס הציבורי אינו אלא מכנה משותף לשיקולים שונים: **הקלת העומס המוטל על בית המשפט, הקטנת עלויות ההתדיינות של המערכת השיפוטית ושמירה על יוקרתה של המערכת השיפוטית** העשויה להישחק באם יתאפשר לבעל דין לחזור פעם אחר פעם לאולמות בתי המשפט עד אשר יצליח להשיג את מבוקשו. השיקול השני, עניינו בבעלי הדין עצמם. לבעל הדין אינטרס מובהק שלא יוטרד בשנית בשל עילה או פלוגתא בה התדיין בעבר בפני בית המשפט. כך, **לא יצטרך בעל הדין לשמור על ראיותיו ולא לחשוש** כי בעתיד נכון לו מאבק משפטי נוסף, המצריך השקעת משאבים רבים, בעניין זהה לזה שכבר הוכרע בעבר".

<sup>139</sup> ניסני, שם, 3.

<sup>140</sup> שאקי, שם, 282-283.

זה עיוות-דין... הדחיית המשיב... היה בה לא רק עינוי, אלא גם עיוות-דין<sup>141</sup>. על כך מקשה שאקי מדוע לא נכונים הדברים גם בנוגע לטעות רגילה, האם רק בשל "מניעה פרוצידורלית" עלינו להסכים לעיוות דין?! "כשמדובר ב"עיוות דין", שאותו מבקשים למנוע – מה לי "צו זמני" מה לי "פסק סופי"?<sup>142</sup>. בכך עדיפה, ללא ספק, עמדת המשפט העברי, שנמנעת מאבחנה זו.

לעניין זה מעירה דרנס כי נראה שפסק דין אשר יקבע את מעמדם של ילדים כממזרים, ולא יזכה לדיון נוסף, גם אם תועלינה טענות וראיות חדשות, לא יזכה לתמיכה של הציבור הישראלי, ובמקרה מעין זה לא תעמוד לזכותו חשיבותן של היציבות והיעילות. כך גם בפרשת האח והאחות לנגר, אשר בי"ד מיוחד ביטל את הכרזתם כממזרים, בעקבות עדויות חדשות שנתקבלו, לא זכה פסק הדין החדש לגינוי מאיש על רקע סתירת הדין שבו (להבדיל מגינויים לגופו של פסק הדין)<sup>143</sup>. אין כל סיבה מהותית להבדיל בין נושא זה לבין נושאים ממוניים היכולים לשעבד את הצד המפסיד לכל חייו.

## **2.2. פסיקה בהיעדר הגנה**

סוגיה נוספת בה עולה במלוא עוזה שאלת היחס למי שהפר את כללי הדיון, היא הסוגיה של מי שבחר שלא להתגונן מפני התביעה שהוגשה כנגדו.

תקנות סדר הדין האזרחי מגלות קוצר רוח בולט כלפי המפר. בית המשפט יפסוק לתובע, כאשר הנתבע לא התגונן מפני התביעה, את מלוא הסעד שביקש, למעט במקרים חריגים<sup>144</sup>. התקנה קובעת עוד כי במקרה זה, דיון ייערך שלא בפני הנתבע. לא זו אף זו. נקבע כי לו זומן בטעות הנתבע לאותו הדיון יש להתעלם מדבריו. הוא הדין באשר לכתב הגנה שהוגש בינתיים. על בית המשפט להתעלם מכתב הגנה, אשר הוגש לו באיחור, לאחר שכבר התחיל לדון בבקשה למתן פסק דין<sup>145</sup>. אמנם, פעמים רבות נתקבלו בפסיקה בקשות לביטול פסקי הדין תוך חיוב בהוצאות, אך בלא מעט מהמקרים פסק הדין נותר על כנו. חריג לכלל זה מצוי במסלול של המרצת פתיחה, אשר בה הנתבע כלל איננו מחויב להגיש כתב תשובה, ועל בית המשפט לקיים בכל מקרה דיון ולשמוע את המשיב<sup>146</sup>. יצוין כי גם על כלל זה נשמעה ביקורת לא מעטה, ובפרט על הפגיעה שלו ביעילות ניהול ההליך המשפטי, ואולם הפסיקה קבעה כי למרות כל אלו התקנות בעניין זה מורות דברים ברורים, ומעדיפות את בירור ההליך לגופו<sup>147</sup>.

<sup>141</sup> ע"א 37/68, תנה גינז נ' יוסף (גינז) מאירי, פ"ד כב(1), 525, 531 (1968). הוא הסתמך גם על המשפט העברי: "נאמר במסכת שבועות... שלא יעשה דין סניגורן לדבריו, ורש"י... פירש: "אם דן דין ולבו נוקפו לומר שהוא טועה לא יחזיק דבריו להביא ראיות להעמידם שהוא בוש לחזור אלא לכל צדדים יחזור להוציא דין לאמיתו." וכך גם נאמר בשולחן ערוך...". פסק הדין מקובל גם היום, ראה בג"ץ 490/82, בנק לאומי לישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לז(4), 578 (1983); רע"א 8420/96, דן מרגליות נ' משכן – בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ, פ"ד נא(3), 789 (1997); ע"א 9396/00, קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים נ' אלי זנגי, פ"ד נה(3), 537 (2001).

<sup>142</sup> שאקי, שם, 283.

<sup>143</sup> דרנס, שם, ס"ט-ע'.

<sup>144</sup> תקנה 97(א) לתקנות. בתביעה שאינה לסכום כסף קצוב, רשאי בית המשפט, מטעמים מיוחדים שיירשמו, לבקש מן התובע שיוכיח את תביעתו. וראה אצל וינוגרד, תקנות, 162-164.

<sup>145</sup> סיכום הסוגיה בע"א 519/82, פקיד השומה ת"א 4 נ' ישראל נחושטן, פ"ד לט(3), 240 (1985) (להלן: "פרשת נחושטן"). וראה גם ע"א 392/89, אברהם עינצי נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל, פ"ד מד(4), 4 (1990) (להלן: "פרשת עינצי"); רע"א 6265/04, מאיר כסיף, עו"ד נ' דורון רובין, פ"ד נט(3), 913 (2004); רע"א 8712/04, דן בן טוב נ' אורות הגליל אחזקות בע"מ, פ"ד נט(5), 693 (2005); להלן: "פרשת בן טוב").

<sup>146</sup> תקנה 256 לתקנות.

<sup>147</sup> רע"א 6678/09, רחל נחום ספדיה נ' עודד גלעד (פורסם בנבו, 25.8.11); (25.8.11) 1 WLR 921 (C.A.) [1972] Isaac v. Isaac. וראה עמדות שונות בסוגיה למשל בבש"א 2289/02 (י-ם) מייקלסון נ' די סי אלון בע"מ (פורסם בנבו, 16.7.02); ה"פ 277/04 (חי') אסדי נ' עזבון המנוחה בכרי ז"ל (פורסם בנבו, 31.7.07).

בכך ישנה העדפה בולטת של ערך היעילות (המהול בהרתעת המאחרים העתידיים) על פני ערכי האמת והצדק. כתב ההגנה הרי כבר מצוי בפני השופט, אך בהחלטה עקרונית הוא מתעלם מתוכנו, וזאת גם במקרים בהם הוא ידע בבירור שתוכנו היה הופך את תוצאות פסק הדין לחלוטין. בכך מוקרב הפיתרון הנכון והצודק, לטובת פיתרון יעיל, אשר מעודד את הסדר החברתי ואת תקינות עבודת המערכת (וירתיע את המאחרים הפוטנציאליים העתידיים, ובכך יסייע, שוב, ליעילות). עם זאת, חשוב לציין שניכרת מגמה מסוימת של הקלה בסד נוקשה זה<sup>148</sup>. הדברים בולטים במיוחד על רקע השוואה לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: "החסד"פ").<sup>149</sup> בהתאם לסעי' 126 לחסד"פ, הכלל העקרוני הוא ש"לא יידון אדם בפלילים אלא בפניו", וזאת משום שהצדק מחייב את שמיעת טענותיו, בטרם ייחרץ דינו<sup>150</sup>. אין כל ספק, אם כן, שבמשפט האזרחי יוצאת מידת הצדק מקופחת.

למשפט העברי, לעומת זאת, כללים שונים בתכלית<sup>151</sup>. בהתאם להם, אין לבית הדין הרבני, ברגיל, יכולת לשפוט נתבע שמסרב להגיש את כתב הגנתו (במשפט העברי אין כלל חובה להגיש כתב הגנה)<sup>152</sup>, אלא רק להגיע לדיון, אליו מזומן הנתבע ע"י ביה"ד, בדומה למה שאוזכר לעיל במסלול 'המרצת הפתיחה' בדין הכללי, ואף לא על נתבע שמסרב להתייצב לדיון<sup>153</sup>. אי התייצבות הנתבע, כאשר היא אינה מנומקת כדבעי, יכולה להתפרש, אמנם, כזלזול בבית הדין<sup>154</sup>, ואולם, קביעה כי בעל דין מגלה זלזול כלפי בית הדין מאפשרת, מן הדין, אך ורק הטלת סנקציות של נידוי<sup>155</sup>, אך לא קבלה בפועל של התביעה כלשונה<sup>156</sup>, שהרי התוצאה הראויה והאמיתית של התביעה

<sup>148</sup> נבחר, כי גם בנקודה זו ניכרת במשפט הישראלי מגמה של פגיעה בעיקרון הפורמליסטי. בעוד שתקנה 97 מנוסחת בצורה חדה וברורה, הרי שהפסיקה קבעה שביטול המשפט לא יתעלם מכתב הגנה שהוגש באיחור, אם הוגש לפני שהחל השופט לדון בבקשה למתן פסק דין. בנוסף, ישנה פסיקה ממנה עולה אף משמעות רחבה יותר, של התחשבות בכתב הגנה שהוגש קודם למועד מתן פסק הדין, בנסיבות בהן האיחור הינו איחור קל, וכאשר הדיון בבקשה למתן פסק דין לא היה מהותי, ראה רע"א 8743/01, **אריעד מבנים בע"מ נ' אבי את אריק הנדסת חשמל בע"מ**, פ"ד נו(4), 61 (2002), אם כי, פסק הדין אינו בא לסתור את ההלכה שנקבעה ב**פרשת נחושתן ובפרשת עינזי**, והוא אף ניתן בדין יחיד. וראה גם שורץ, **סדר דין**, 270-271.

<sup>149</sup> על השוואה מאלפת זו עמד ניסני, שם, 4.

<sup>150</sup> ע"פ 353/88, **גניה וילנר נ' מדינת ישראל**, פ"ד מה(2), 444, 450 (1991): "כייבד זכות הנאשם לנוכחות איננו מתמצה, לדידי, בהזמנתו לישיבות הפומביות המיועדות לשמיעת מהלכיו המקובלים הרגילים של המשפט - כהקראת כתב האישום, שמיעת הראיות ומתן הכרעת הדין - אלא כולל הוא גם את הבאתן לידיעתו של בקשות מיקדמיות ובקשות ביניים, שהוגשו על-ידי המאשימה בכתב, והזמנתו להגיב על כל בקשה שיש לו זכות כדון להשמיע את עמדתו ביחס אליה"; ע"פ 1632/95, **עוזי אזולאי משולם נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(5) 534, 547 (1996): "זכותו של נאשם להיות נוכח במשפטו היא זכות-יסוד. ככלל היא אף חובה המוטלת על הנאשם. נוכחות הנאשם במשפטו מבטיחה כי הנאשם לא יישפט "מאחורי גבו", ומאפשרת לו לפרוס את הגנתו... ככלל, קיימת חפיפה בין זכות הנוכחות לבין האינטרס הציבורי בדבר קיום דיון משפטי הוגן. שכן, נוכחות הנאשם שומרת על מראית פני הצדק ומבטיחה התגוננות יעילה בפני הראיות המפלילות, ובכך גם מאפשרת בירור נאות של העובדות".

<sup>151</sup> להרחבה ראה הרב יוסף אביטן, שמיעת טענות ופסק דין שלא בפני בעל דין, **אבני משפט ב' (התשס"ג)**, 104; שוחטמן, סדר הדין, 188-192; זאב לב, דיני ממונות במעמד צד אחד, **תחומין י' (התשמ"ט)**, 151 (להלן: "לב, דיני ממונות"); שרמן, דיני ממונות; זאב לב, זכות בעל דין להתנגד לסדרי הדין (תגובה), **תחומין י' (התשמ"ט)**, 177; איתמר ורהפטיג, סירוב בעל דין לברר דבריו, **תחומין ז' (התשמ"ז)**, 394 (להלן: "ורהפטיג, סירוב בעל הדין").

<sup>152</sup> שו"ע, חו"מ, י"ג, ג'. לקיומו של כתב תביעה, לעומת זאת, ישנם מספר מקורות במדרשים, כמו גם בכתבי פילון, ואף אסמכתא בדברי איוב: "וְסִפֵּר קֵתָב אִישׁ רִיבֵי". ראה פלק, מבוא לדיני, ח"א, 90, ואולם הדברים עדיין אינם פשוטים, וראה הרב חיים דוד הלוי, כתבי תביעה והגנה, **תורה שבעל פה כ"ב (התשמ"א)**, ל"ה (להלן: "הלוי, כתבי תביעה").

<sup>153</sup> שו"ע, חו"מ, ק"ו, א'; נתיבות המשפט, י"ד, ס"ק ה'.

<sup>154</sup> הגמרא (בבא בתרא, ל"א, ע"ב) קבעה כי החשש מזילות בית הדין לא תהווה נימוק לפיתרון לא אמיתי.

<sup>155</sup> בבא קמא, קי"ג, ע"א; שו"ע, חו"מ, י"א, א', ג'-ד': "כיצד מזמינים בעל דין לדין, שולחים לו בית דין שלוחם, שיבא ליום המזומן לדין. לא בא, מזמינים אותו פעם שנית. לא בא, מזמינים אותו פעם שלישית. לא בא, ממתנינים לו כל היום. לא בא, מנדין אותו למחרת. במה דברים אמורים, במי שהיה בכפרים ויוצא ונכנס; אבל מי שהוא מצוי בעיר, אין קובעים לו זמן אלא פעם אחת, ואם לא בא כל אותו יום, מנדין אותו למחרת. הגה: הלך הב"ד למקום אחר, צריך לילך אחריהם; ואם לא הלך, מנדין אותו. והשליח ב"ד נאמן לומר: הקלני, או הקלה הדין, או לא רצה לבא לדין, ומשמתיך... אותו על פיו. אבל אין כותבין עליו פתיחה של שמתא, עד שיבואו שנים ויעידו שנמנע לבא. ואין שליח ב"ד חייב באמירת דברים משום לשון הרע. הגה: מי שאומר שאינו חושש על גזירת בית דין או חכם, אף על פי שבא לבית דין, מנדין אותו; הואיל ואומר שלא בא מחמת גזירתו, הוא אפקירותא... מי שלא יוכל לבא לבית דין, כי צריך לילך למרחקים, יש להודיע לבית דין ולשום התנצלותו ולבקש זמן אחר; ואם לא עשה, מנדין אותו, אף על פי שלא היה יכול לבא...".

אינה ידועה לבית הדין<sup>157</sup>. יתר על כן, הנידוי באותו מקרה נובע מתוך כבוד בית הדין והסירוב להישמע לדברי חכמים ולא מנימוק אחר<sup>158</sup>.

במציאות הנוכחית, עם ירידת האפקטיביות החברתית של פיתרון הנידוי (המשולבת בסוגית הספק החוקי שמעורר עצם הנידוי ע"י בית הדין<sup>159</sup>) מחד, ובצירוף עם הלחץ שהפעילו השלטונות הבריטיים על בני הדין לדון אדם גם שלא בפניו<sup>160</sup>, נאלצו בתי הדין לפתור את בעיית 'הנתבע המתעלם'. כצעד ראשוני, קיימים לבית הדין עוד כלים<sup>161</sup> שמטרתם להביא את בעל הדין לקיים דיון רציני ומשמעותי. רק בלית ברירה יזדקק ביה"ד להוראת תקנה ק"א לתקנות הדין:

"הופיע התובע ולא הופיע הנתבע והוא הוזמן כדין - רשאי בית-הדין להחליט על בירור התביעה כולל שמיעת עדות וראיות

שלא בפני הנתבע, ולתת פסק-דין או לדחות את הישיבה לתאריך אחר".

תקנה זו באה בעקבות תקנות שנעשו במהלך הדורות<sup>162</sup>, ובהן ניתנה לדיינים האפשרות לדון סרבן גם בהיעדרו<sup>163</sup>. בעיקר מדובר במקרים בהם תביעתו של בעל החוב ברורה ביותר (כגון שיש בידו שטר חוב מקויים)<sup>164</sup>. הלכה למעשה, בית הדין משתמש בזכות זו לעיתים נדירות מאד, רק לאחר שהנתבע מקבל הזדמנויות חוזרות ונשנות לתקן את מחדליו, ורק לאחר שישנן הוכחות אובייקטיביות חזקות לצדקת טענות התובע<sup>165</sup>. על פי האמור בתקנות תש"ך היא מבוססת גם על דברי בעל 'קצות החושן'<sup>166</sup>. אחת ממטרות התקנה היא חיזוק דין התורה<sup>167</sup>.

---

ג. מי שהוא במדינה והלך שליח בית דין ולא מצאו, אין קובעים לו זמן עד שימצאו השליח ויאמר לו. היה בכפר, אם דרכו לבא באותו היום, אומר השליח אפילו לאחד מהשכנים, אפילו אשה אם יבא פלוני, הודיעוהו שבית דין קבעו לו זמן שיבא היום לבית דין, ואם לא בא מנדין אותו לערב... במה דברים אמורים, כשאין בדרך שדרכו לילך בה על מקום בית דין, אבל אם דרכו עליהם, אין מנדין אותו עד שיודיעו השליח בעצמו, שמא לא אמרו לו השכנים, שהרי הם אמורים: דרכו על פתח בית דין, וכבר הלך (אליהם) ונפטר. וכן אם לא בא במדינה עד למחר, אין סומכים על השכנים, שמא שכחו ולא אמרו לו...

ד. מי שכתבו עליו נידוי על שלא בא, ואמר: אבוא, אין קורעין כתב הנדוי עד שיבוא. אבל מי שכתבו עליו נידוי על שהיה מסרב לעשות ציווי בית דין, מיד כשאומר: הריני מקבל עלי לעשות צווי בית דין, קורעים כתב הנדוי והוא נותן שכר הסופר...".

<sup>156</sup> וראה גם סנהדרין, ז', ע"ב; ת"א (ב"ש) 537/91, מרכז תריסי דרום נ' קורם קונסטרוקציות ומבנים בע"מ, פסי"מ תשנ"ג(2), 205, 210 (1993).

<sup>157</sup> הרב אברהם אלקנה כהנא-שפירא, חיוב לדון בדבר שאינו ניתן לכפייה, תחומין כ"ח (התשס"ח), 157 (להלן: "שפירא, חיוב לדון"): "וע"כ נראה, דלא ציית דינא דמו"ק הכוונה שאינו רוצה להתדיין בכלל, היינו שמסרב גם לטעון טענותיו לפטר מתביעת המלוה. וכהאי גוונא אין ביה"ד יכול לכתוב שטר אדרכתא, שהרי אינם יודעים אם המלוה צודק בטענותיו, ולכן רק מנדים את הלווה כדי שיעמוד בדין".

<sup>158</sup> שפירא, שם, 159.

<sup>159</sup> בג"צ 3269/95, יוסף כץ נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים, פ"ד נ(4) 590, 610 (1996): "המשפט רואה בחומרה מקרה שבו גוף ציבורי עושה שימוש בכוח השררה כדי לאלץ אזרח לעשות מעשה שאין הוא חייב לעשותו. וכך הדבר כאשר בית-דין רבני מוציא כתב סירוב נגד אדם שאינו מוכן ללכת לבוררות לפני בית-דין זה, בסכסוך פרטי בינו לבין אחר. ראשית, כל אדם זכאי לפי דין להביא סכסוך שיש לו עם אחר להכרעה לפני בית-משפט. מכל מקום, אין אדם חייב להתדיין בסכסוך שש לו עם אחר לפני בורר, בניגוד לרצונו. שנית, כל אדם זכאי לכך שסכסוך בינו לבין אחר יוכרע לפי דין המדינה, אלא אם הסכים ללכת לבוררות שתכריע לפי דין אחר. אין הוא חייב להתדיין בענייני ממונות, בניגוד לרצונו, לפי דין תורה". זאת לעומת בג"ץ 484/77 (לא פורסם), הנזכר בעמ' 604 לפסה"ד הנ"ל; בג"ץ 9170/01, יהודה וייס נ' בית הדין הרבני האיזורי בירושלים (פורסם בנבו, 18.12.01).

<sup>160</sup> ראה רדזינר, הרב עוזיאל, 143 ובהע"ש 54 והמקורות המנויים שם; רדזינר, על ראשיתן, 49 ובהע"ש 49.

<sup>161</sup> ראה סעיפים 4, 4א', 5, 7א', 7ב', 7ג' ו-7ד' חוק בתי דין דתיים (כפיית ציות ודרכי דיון), התשט"ז-1956.

<sup>162</sup> ראוי לציין שכאשר הובאו ההוראות בעניין "משפט שלא בפני בעלי הדין" ב'סדרי המשפטים', לכל תשעת הסעיפים הרלוונטיים לא צוין מקור כלשהו (דבר שהיה חריג ב'סדרי המשפטים', בהם נהוג היה לציין את המקור ההלכתי לתקנה בסוגריים). הדבר מעיד עד כמה היתה יכולת ניהול הדיון בהיעדר הנתבע אקט חריג מצד בית הדין, וראה גם רדזינר, על ראשיתן, 49.

<sup>163</sup> אסף, בתי הדין, 37-36; וראה גם רקובר, שלטון החוק, 109-112.

<sup>164</sup> גולאק, יסודי המשפט, ח"ד, 70.

<sup>165</sup> וראה לדוגמא בפסק דינו של בית הדין האיזורי בחיפה בתיק 517131/10, פלוני נ' פלוני (פורסם באתר 'דעת', 23.5.11) שם ניתן פסק הדין לאחר שבמשך חצי שנה לא הגיב הנתבע לטענות מסוימות (לאחר שבעבר התייצב לדיון בבית הדין) על אף שבית הדין פנה אליו שלוש פעמים שונות, ורק לאחר שהתובעת הביאה שלוש אסמכתאות שונות לטענותיה.

<sup>166</sup> קצות החושן, חו"מ, י"ג, א'. עם זאת עיון בדברי 'קצות החושן' מעלה כי נראה שהוא אמר דבריו אך ורק בדיעבד, אך לא כהכרעה לכתיחילה. ראה לב, דיני ממונות, 157-159.

<sup>167</sup> שרמן, שם, 171-173.

ואולם, ראשית יש לזכור שבדיני ממונות מדובר רק במי שחתם על שטר בוררים כלפי ביה"ד, וממילא קיבל עליו את התקנות<sup>168</sup>. בנוסף, גם כאשר הותקנה, ככלות הכל, התקנה המאפשרת את קבלת התביעה<sup>169</sup>, הרי שהיא מאפשרת לדיין לקבל את התביעה רק לאחר הוכחתה. בית הדין גם יבטל את פסק הדין, אם יסכים הנתבע להתייצב. בייחוד לנוכח העובדה שמלכתחילה כל פסק דין ניתן לסתירה, וכך גם אם נחתך דינו בהיעדרו, "שומעין דבריו למחר אם מביא ראיות לסתור את הדין"<sup>170</sup>. זאת, בניגוד ברור לתקנות של המשפט הישראלי, בו על בית המשפט חובה לקבל את התביעה, בעל הדין איננו יכול להואיל ולהתייצב עוד, אלא אם כן תתקבל בקשה לביטול פסק הדין (ובה תצהיר מפורט בנוגע למחדל ולגופה של ההגנה) ע"י ביהמ"ש בתוך 30 יום, וגם הוכחת התביעה תתבקש רק במקרים נדירים (תביעה שאינה על סכום קצוב וטעמים מיוחדים שיירשמו<sup>171</sup>). למרות כל ההבדלים הללו זכתה התקנה לקבלת פנים 'צוננת', ונעשו מאמצים רבים לשנותה<sup>172</sup>.

לעניין זה ראה, לדוגמא, באחד מפסק הדין של בית הדין הרבני<sup>173</sup>, בו נמנעה הנתבעת מלהתייצב לדין, לאחר שבקשה שלה לקבל לכך היתר מבית הדין נדחתה בצורה מפורשת. התובע דרש "מבית הדין לקבל לאלתר את התביעה של מרשו", ואף טען כי "בבית המשפט במקרה שכזה הייתה ניתנת פסיקה במעמד צד אחד"<sup>174</sup>. למרות זאת, בית הדין נמנע מלהיעתר לבקשתו.

אגב, ניתן להצביע על הבדל דומה ביחס להיעדרות התובע מהדיון בפני בית הדין. בעוד שע"פ החוק במדינת ישראל תוביל היעדרות התובע למחיקת התביעה, ולעיתים אף לדחייתה, אם הנתבע יבקש זאת<sup>175</sup>, הרי שע"פ תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים, אפשרית רק מחיקת התביעה (ומאחר והכלל הקובע 'מעשה בית דין' איננו קיים, סנקציה זו אינה כה חמורה), וגם מחיקה זו תלויה בשיקול דעתו של מותב בית הדין<sup>176</sup>.

ושבו, העיקרון המנחה בגישתו של המשפט העברי הוא הרצון להגיע לדין אמת<sup>177</sup>. לעניין זה, לבית הדין אין כל אפשרות להגיע לדין אמת, כאשר אחד הצדדים איננו פורס את טענותיו, גם אם ההימנעות מהצגת הטענות היא כל כולה באחריותו. בית הדין נאלץ להילחם בבעיה בדרכים עוקפות, דרך 'עידוד' הנתבע להצגת טענותיו, ורק בצוק העיתים ייגרר לסנקציה החריפה של קבלת התביעה, וגם אז בסייגים מרובים. הדברים אינם הולמים את מי שמציב בראש מעייניו גם ערכים של סדר חברתי, דוגמת מערכת המשפט במדינת ישראל. במקרה זה, ההימנעות מלהגיע לדין (ואף להגיש את כתב ההגנה כמצוות התקנות) מהווה פגיעה חמורה במוסכמות ובסדר החברתי.

<sup>168</sup> שרמן, שם, 159.

<sup>169</sup> וראה אצל לב, שם, ביקורת נוקבת על התקנה, ואף קביעה כי היא בטילה וכי גם ביה"ד מכיר בכך (בעמ' 164-163).

<sup>170</sup> שו"ת הרשב"א, ח"א, סימן אלף קי"ח; פסק דינו של בית הדין הרבני הגדול בערעור תשי"ז/18, פד"ר ב', 262; שוחטמן, סדר, ח"ג, 1297, הע"ש 3.

<sup>171</sup> תקנה 97(א) לתקנות.

<sup>172</sup> רדזינר, ראשיתו של, בהע"ש 208, מביא בעניין זה ציטוט של השופט קיסטר מתוך פרוטוקול 'הועדה לתקנות הדיון', שהכינה את תקנות תש"ד: "תקנות אלה נתקבלו לפי החוק האנגלי ולא לפי הפרקטיקה, והן גם אינן מתאימות להלכה. אמנם יש כאן ענין של זלזול בכבוד בית הדין מצד הנתבע אשר לא הופיע, אבל משום כך אסור לנו לעוות את הדין".

<sup>173</sup> תיק (נת' 269668/7, פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 5.7.12).

<sup>174</sup> אגב, ספק האם בנסיבות אלו לא היה בית המשפט גם כן מסתפק בהטלת הוצאות, אם כי העובדה שהנתבעת ביקשה שלא להגיע ובקשתה נדחתה יוצרת זלזול בבית המשפט, מה שעשוי גם להביא לדחיית טענותיה.

<sup>175</sup> תקנה 157(3) לתקנות.

<sup>176</sup> תקנה ק"ב לתקנות הדיון בבית הדין הרבני.

<sup>177</sup> ניסני, שם, 4.

סנקציה על פגיעה מעין זו, בדמות קבלת התביעה, היא מנגנון סביר בהתאם לנסיבות. גם אם תביא להכרעה שונה מזו שהיתה מתקבלת בהינתן הגנה, הרי שהקולר על תוצאה מעין זו תלוי בצוואר מפר התקנות ובצווארו בלבד. אגב, לעניין זה, מגמתו של המשפט העברי פועלת בצורה דו-צדדית. כשם שהמשפט העברי איננו נוקשה, ומוכן לקבל הפרות של הכללים מצד הנתבע, כך גם נתבע אשר לא זומן לדין כראוי, אך הגיע בכל זאת לדין בית הדין, יחויב למסור את גירסתו לבית הדין על אף הפגמים הפרוצדוראליים<sup>178</sup>. מובן שגם גישה אנטי פורמליסטית זו נובעת מהרצון בבירור האמת.

### ג. תקנות הדיון בפועל<sup>179</sup>

גם מבט אל הכללים הנוהגים היום בבתי הדין הרבניים מראה, שכבר על פניהם הם מגלים אנטי-פורמליזם. כך, לדוגמה, פסקה ה' להנחיות נשיא בית הדין הרבני הגדול – התשס"ד, העוסקת בנהלי הגשת בקשה לשינוי מועד דיון (הגשת תגובת הצד שכנגד, מועדים חלופיים וכו'), קובעת במפורש כי מי שאיננו מיוצג ע"י עו"ד או טו"ר פטור מהוראותיה<sup>180</sup>. פסקה ו' להנחיות מציגה, על דרך החיוב, נימוקים שיועילו לשם הארכת המועדים (פגרה וכד'). דרנס, אשר בחנה את התקנות בהרחבה, מציגה גם את שיקול הדעת הנרחב הנתון לבית הדין בנוגע לקביעת מועדים ובתקנות נוספות<sup>181</sup>. ואולם התקנות לא רק מקנות שיקול דעת. התקנות גם קובעות בצורה מפורשת שהמטרה העליונה שלהן היא בירור האמת, ובית הדין יפעל בהתאם לה. נציג פה רק מעט מהתקנות הללו:

"נא. בית-הדין יכול להפסיק את הופעתו של כל מורשה במשפט, אם הוא רואה שהמורשה מפריע להוציא דין אמת לאמתו..."

סג. (1) אחרי ששני בעלי-הדין הרצו את דבריהם, יורשה הנתבע... לחקור ולדרוש... ואחר-כך יורשה התובע... לחקור ולדרוש... חקירות ודרישות אלה של בעלי-הדין זה את זה צריכות להיות מכוונות לעזור לבית-הדין לברר את האמת. (2) בית-הדין רשאי לפסול כל שאלה ואף להפסיק את חקירתו של בעל-הדין אם נראה לבית-הדין כי השאלה או המשך החקירה מיותרים או שהם עלולים להפריע לבירור האמת."

איננו מדברים על תקנות, אשר הימצאותן הקריטריון של גילוי האמת הוא מובן מאליהו בהן, דוגמת אזהרת העדים כי עליהם לומר את האמת<sup>182</sup>, מדובר כאן בתקנות הבאות להדגיש כי מטרתן של ההליך כולו היא גילוי האמת. התקנות קובעות שניתן לחרוג מהכללים הדיוניים הרגילים, וניתן להפסיק חקירת עד או לפגוע בזכות לייצוג. כל אלו למטרה אחת ויחידה – בירור האמת.

מקור נוסף המעיד על העדפת גילוי האמת, מצוי בכללי סדרי הדין של בתי הדין 'משפט והלכה בישראל' (גזית):

1. בית הדין רשאי, לפי שיקול דעתו, לסטות מסדרי הדין בכדי להביא לידי הכרעה צודקת ומהירה של הסכסוך.

<sup>178</sup> ער/תשט"ז, מועצת עזבון בליוס נ' הרב צ. פ. פרנק, פד"ר ב, 18 (להלן: "פרשת מועצת עזבון בליוס"), 35; שייך, הצדק, 97.  
<sup>179</sup> לעניין זה נבקש להפנות ל'הערת האזהרה' שהקדמנו לפרק זה, המסייגת את ההנחה ולפיה העולה מהתקנות משקף בהכרח את עמדת ההלכה. וראה שם גם את הסיבות בעטיין מובאות התקנות כראיות בכל זאת.  
<sup>180</sup> "האמור בסעיף זה יחול רק על בעלי דין המיוצגים על ידי עורך-דין או טוען-רבני".  
<sup>181</sup> דרנס, שם, מ"ב-מ"ה.  
<sup>182</sup> תקנה פ"ד לתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים.

2. בכל ענין שבסדרי הדין שאיננו קבוע בתקנות אלו יפעל בית הדין לפי שיקול דעתו לשם יעילות הדיון ועשיית צדק

ומשפט".

#### ד. פסיקת בתי הדין הרבניים

על שאלת יחסם של בתי הדין בפועל לסדרי הדין, ומידת הגמישות שהם מפעילים, נכתב כבר רבות, בעיקר בשני מאמרים יסודיים המנתחים נקודה זו<sup>183</sup>. שני המאמרים מגיעים לתוצאה זהה, פחות או יותר, ולפיה עמדת בתי הדין הרבניים היא אנטי פורמליסטית בהגדרה<sup>184</sup>.

כך, לדוגמא, קובעת דרנס כי "בפסיקת בתי הדין הרבניים לא מצאנו פסקי-דין בנושא "תורת המועדים". היא מניחה כי הטעם לכך הוא "שבת-הדין מחמת גישתם הבלתי פורמלית אינם רואים בעין יפה ואוהדת טענות ממין אלה, המונעות דיון לגופו של ענין"<sup>185</sup>. נכון להיום דווקא קיימים מספר פסקי דין בעניין, אך התוצאה בהם היא בדרך כלל זהה - הימנעות מהכרעה פורמליסטית על רקע הפרת הכללים הדיוניים ואיחור המועד הקבוע בהם, וכדברי בית הדין:

"בתי הדין הרבניים אינם עומדים על "קוצו של יוד" בדקדוקי פרוצדורה, ופעמים רבות מעלימים עין מחריגה קטנה מן

הפרוצדורה המשפטית"<sup>186</sup>.

במקום אחר<sup>187</sup>, קבע בית הדין הרבני את מקומם של האמת ובירורה בכללי ההליך:

"בית הדין מוצא לנכון להבהיר שהחלטה זו ניתנה באיחור רב... אנו ערים לכן שקיימת חובה לדיינים למנוע עינוי דין אך

יחד עם זאת הדרישה להוציא דין אמת היא מעל הכל".

חשוב להבהיר כי גם אם דברים אלו אינם כפשוטם, וחובת בירור האמת אינה "מעל הכל", אלא רק גוברת על עינוי דין, הרי שבהתחשב בהלכה הקובעת ש"במאזן בין פרוצדורה משפטית ובין עינוי דין, יש להעדיף את מניעת עינוי הדין"<sup>188</sup>, ובהתאם לכללי הלוגיקה הפורמליים, והרי שניתן לומר ללא חשש כי עמדת בתי הדין הרבניים היא שיש להעמיד את בירור האמת מעל "הפרוצדורה המשפטית".

ובמקום נוסף<sup>189</sup>, הוקיע בית המשפט בצורה מפורשת את העלאת הטענות הפרוצדוראליות:

"על פי שיטת המשפט העברי, בתי הדין הרבניים נוהגים בגמישות רבה בכל הנוגע לעינוי פרוצדורה... כדיינים הננו רואים

כמעט מידי יום התנגחויות בין עורכי דין כאשר להגשת מסמכים לתיקי בתי הדין, ולפעמים אנו מתבוננים במחזה די

<sup>183</sup> שאקי, קוי-יחוד; דרנס, חוסר פורמליזם.

<sup>184</sup> שאקי, שם, 284; דרנס, שם, ל"ג. וראה גם אצל רדזינר, ראשיתן של, במקורות המופיעים בהע"ש 103.

<sup>185</sup> דרנס, שם, ל"ה.

<sup>186</sup> פרשת בבלי ח, אם כי שם ישנה תוצאה חריגה בשל נסיבת חריגות במיוחד. וראה דוגמא נוספת בפסק בית הדין הרבני הגדול בתיק 5184-23-1 (פורסם בנבו, 5.5.09): "יש טעם בטענה המקדמית של ב"כ המשיב, לפיה אין מדובר במקרה דנן בערעור בזכות אלא בהחלטה שמן הדין היה לבקש רשות לערער עליה בתוך עשרה ימים מעת מתן ההחלטה... אנו דוחים את הטענה המקדמית של ב"כ המשיב. בנסיבות הענין אין בשמיעת הערעור לגופו, אף ללא בקשות פורמליות להארכת המועד ולרשות ערעור, פגיעה באינטרסים לגיטימיים של המשיב...".

אך ראה, לעומת זאת, ערעור תש"ס/247, ש. י. נ' א. א., שורת הדין ז', תע"ג (ניתן ביום ל' שבט התש"ס), המקבל, בדעת רוב, ערעור על פסק בית הדין האזורי, בשל היעדרו של יפוי כח להופעה בפני בית הדין האזורי, וראה גם בדעת המיעוט של הרב גולדברג, הפוטר בהינף יד את הפגם הדיוני. ייתכן, שבמקרה זה סברו דייני הרוב כי היעדר יפוי הכח איננו רק פגם דיוני, אלא פרי תכנון שמטרתו היתה לכפור בתוצאות ההליך, באם אלו לא יהיו לרוחו של בעל הדין.

<sup>187</sup> סעיף ו' ל'מסקנת הדברים' בתיק (חי) 1-24-9630, ב. א. א. נ' ב. א. ד. (פורסם בנבו, 24.12.07; להלן: "פרשת ב.א.א.").

<sup>188</sup> סעיף ד' לפסק בתיק (גדול) 1-21-6396, פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 9.1.07).

<sup>189</sup> תיק 1-21-1350, פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 17.6.07). וראה גם בתיק 1-21-3437, פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 26.10.08).

בתמיהון – כאילו הכנסתו של מסמך זה או אחר תחרוץ את גורל התביעה או ההגנה. ולא כי: הכנסת מסמך לתיק אין משמעותה כי תוכן המסמך קביל בעיני בית הדין לשמש כראיה. בתי הדין בוחנים כל מסמך וכל ראיה בהקשרם הנכון. במיוחד נכונים הדברים ביחס לכתבי טענות. עם כל חשיבותם, בית הדין איננו חי מפי הכתב אלא מפיהם של בעלי הדין...  
כתב התביעה הראשון הוגש בכתב יד וניכר שהוא הוגש על ידי אדם שאין לו כל שיג ושיח בעניני משפט. בור ועם הארץ בהלכות משפט, המבקש לכרוך את כל עניני הסכסוך המשפחתי שבינו לבין אשתו בתביעת הגירושין, אך טועה בדרך, איננו יכול להיתפס בשל כך כמי שפועל בחוסר תום לב. זכות הגישה לערכאת בית הדין הרבני מעוגנת בחוק, והינה בגדרי זכות היסוד של הגישה לערכאות".

כאן המקום להזכיר גם החלטות נוספות של בית הדין הרבני על כך ש"הפרוצדורה היא שפחת המהות, ולא גבירתה"<sup>190</sup>, ובפסק דין אחר קבע בית הדין הרבני הגדול כי "כללי הפרוצדורה נועדו להגן על הצדק ולא לעוות אותו"<sup>191</sup>. ככלל, ניתן לומר כי בית הדין מסתייג מטענות פרוצדורליות<sup>192</sup>.

כך, לדוגמא, התייחס בית הדין הרבני בצורה ליברלית בהרבה מהמקובל במשפט הישראלי לשאלת זהותו הפורמלית של בעל הדין. בית הדין קבע כי השאלה מיהו התובע תיבחן במשקפיים מהותיות, ולא בשאלת התובע הפורמאלי המופיע בכתב התביעה. כך הם פני הדברים בתביעות המוגשות ע"י קטין כנגד אביו<sup>193</sup>, "אין זו יריבות בין הקטין לבין הוריו, אלא בין ההורים לבין עצמם... לכן לא ניתן להשתמש ב'אדרת הכפולה', ולראות את התביעה בבית הדין הרבני כתביעה של האם 'עבור הילד'... לא הילד תובע את אביו, אלא האם היא התובעת את האב"<sup>194</sup>. ובמקום אחר נפסק כי:

"כי הילד הוא תמיד בעל הדין והוא התובע... ואין לכן כל הבדל בדבר, שם מי נכתב כמבקש בפניה לבית הדין; אין נוסח הבקשה קובע, כי אין ביד 'לשון' לבטל מעמדו של בעל דין, ואין בכוחו לעשות את מי שאינו בעל דין - לבעל דין"<sup>195</sup>.

כך גם, לדוגמא, נקבע שאין להקפיד על השאלה האם התביעה הוגשה כנגד העיזבון או כנגד היורשים<sup>196</sup>, וכך גם, לדוגמא, נקבע שניתן לדון בתביעה נגד מנהלי המוסד כאשר נטענו טענות נגד המוסד, שכן "מי שהוא מופקד על

<sup>190</sup> ערעור תשנ"ו/820 (א' באב התשנ"ו).

<sup>191</sup> ערעור תשנ"ו/916 (ט' בשבט התשנ"ו).

<sup>192</sup> תיק (ח"י) 563566/1, פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 18.2.13): "אולם מגדילה האשה לעשות בכך שמחפשת כל העת אמתלאות פרוצדורליות להצדקת התנהגותה זו, ולא מפסיקה להלין... אף שטענה זו כבר נדחתה ע"י בית הדין האזורי, ע"י בית הדין הגדול ואף ע"י בג"ץ אליו הפנתה טענותיה הפרוצדורליות... מני אז לא חדלים האשה ובי"כ בכל דיון להעלות ענייני הפרוצדורה. נראה לכאורה כי האשה מבקשת לעשות שימוש בלתי ראוי... לשם חיפוש פגמים שוליים של פרוצדורה, כגון בקשות לא מהותיות לתיקוני פרוטוקול, כדי שלא למלא אחר החלטה שיפוטית ותיקה... בית הדין לא יאפשר לאשה לעשות שימוש לרעה בהליכי משפט באמצעות הליכים פרוצדורליים כאלו ואחרים".

<sup>193</sup> אלו הם גם פני הדברים במצב ההפוך, בו מוגשת תביעת משמורת בין ההורים. במקרה זה נקבע כי: "אין כל ספק בדבר, שלפי הדין בעל הדין הוא תמיד הילד עצמו, והוריו אינם אלא אפוטרופסיו" (עזר משפט, סימן כ"ח, שמ"ב).

<sup>194</sup> ערעור תש"ס/65 (י"ז טבת התש"ס).

<sup>195</sup> לסיכום סוגיה זו במשפט הישראלי, והשתלשלות ושינוי העמדה בנושא במשפט הישראלי ראה: יצחק כהן, 'מעמדו העצמאי של הקטין בדיני משפחה – תהליכים, מגמות ודרכים לאיזון מחודשי, משפטים מא (התשע"א), 255; ע"א 404/70, עברון נ' עברון, פ"ד כה(1), 373 (1971); ע"א 544/82, חממי נ' חממי, פ"ד ל"ח(3), 605 (1984); ע"א 413/85, רוט נ' רוט, פ"ד מ(1), 835, 840-839 (1986); בג"ץ 2898/03, פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נח(2), 550 (2004); בע"מ 7916/03, פלונית נ' פלוני, פ"ד נט(5), 183 (2005): "גישה זו, המעוגנת בהבחנה שהיא בעיקרה פרוצדורלית-פורמאלית, אינה נוהגת עוד, ואת מקומה תפסה גישה המעוגנת במבחן מהותי"; בג"ץ 4407/12, פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים (פורסם בנבו, 7.2.13); שוחטמן, סדר, ח"א, 210-211.

<sup>196</sup> ערעור תשנ"ו/954 (כ"ז תמוז התשנ"ו). זאת למרות ההוראה בסעיף 4 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התש"ג-1953, המתייחס לתביעה כנגד עיזבון.



נושא מסוים הוא הבעלים לגבי התביעה"<sup>197</sup>. לכך יש להוסיף את שהוזכר כבר לעיל על כך שבענייני איסורים – "הכל בעלי דין".

בהליך מסוים טען בעל דין כי אישורו של בית הדין להסכם הפשרה שנחתם צריך להתבטל, בשל העובדה שהרכב בית הדין היה חסר<sup>198</sup>. בית הדין דחה את הבקשה על הסף<sup>199</sup> (כשבחלק מהטענות הוא דן 'בשאלת נפש'). הרב קאפח מבהיר, בין היתר, כי "גם אם ניתן לבעל את טענתו, כי לא היו מוסמכים מבחינת ההרכב החסר... הרי אנו נותנים לו עתה תוקף פסק דין למפרע מיום אישורו... וזו חובתנו וחובת כל בית דין להציל עשוק מיד עושקו"<sup>200</sup>. אגב, הרב אליהו שהיה חבר באותו הרכב הסתפק בקביעה שהערעור הוגש שלא בתום לב לצורך דחיית הערעור. יצוין כי עתירה לבית המשפט העליון כנגד פסק הדין – נדחתה<sup>201</sup>.

במקום אחר<sup>202</sup>, קבע בית הדין הגדול כי למרות שהסכם גירושין לא אושר כנדרש בפני בית הדין – ההסכם תקף, ובכך אישר את פסק דינו של בית הדין האיזורי. בית הדין הגדול טען שהעלאת הטענה הפורמלית נדחית, והוא סומך את ידיו "על חובת תום הלב, ועל הצורך למנוע שימוש לרעה בהליכי משפט". הוא קובע כי "יש כאן חוסר 'תום לב' מובהק, כאשר צד מנצל את ההסכם לטובתו ולאחר שמיצה את זכויותיו לפי ההסכם, הוא מעלה טענות כנגד תוקפו". יצוין, כי אחד הדיינים אף טען כי גם העומס הכבד המוטל על בתי הדין הרבניים מהווה סיבה לאישור הסכם, וכי "עמידה על קוצו של יו"ד מבחינה פרוצדוראלית, תביא נזק רב לכלל ציבור המתדיינים"<sup>203</sup>.

גם נושאים פורמליים נוספים דוגמת טעות בשמו של בעל הדין, היעדר חתימה של בא כחו על כתבי בית הדין, או מסמך שלא צורף בשגגה – כל אלו לא עלו כלל, לדבריה של דרנס<sup>204</sup>, בפסקי הדין של בית הדין הרבני, על אף שעלו מספר פעמים בפסיקת בתי המשפט בישראל. לעניין זה, נראה, כי היעדר הנושא איננו משקף את אי-התקיימות המקרים, אלא את אי החשיבות שמייחס לכך בית הדין. גם במקומות בהם הוגשו תביעות, אשר פרטיהן נמסרו בע"פ לביה"ד, ללא פירוט "העובדות המשמשות יסוד לתביעה"<sup>205</sup>, מחל ביה"ד על הפרת התקנות, ודן בתיק לגופו של עניין<sup>206</sup>. בהליך מסוים אף קבע בית הדין הרבני כי על אף שנושא רכושי מסוים איננו מצוי בסמכותו, והדיון באותו נושא כבר התקיים ונגמר בפני בית המשפט לענייני משפחה, הרי שבשל העובדה שבית המשפט לא דן

<sup>197</sup> הרב חיים שלמה רוזנטל, מעמדם ההלכתי של מנהלי מוסדות, שורת הדין ד' (התשנ"ח), רע"ד, רע"ז, אך ראה גם בדעת המיעוט של הרב משה מרדכי פרבשטיין, מעמדתם של מנהלי מוסדות הנתבעים לדין, שורת הדין ד' (התשנ"ח), רפ"א.

<sup>198</sup> לסוגיה העקרונית של הרכב חסר של בית הדין ראה אליאב שוחטמן, 'דיון בהרכב חסר ופסיקה לקויה בשאלת טובת הילד בבית הדין הרבני - עילה להתערבות בג"צ?', משפטים ט"ו (התשמ"ו), 287; בג"ץ 8754/00, רון נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נו(2), 625 (2002); בע"מ 7593/06, פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 22.10.06); בג"ץ 1555/05, יחזקאל לוי נ' בית הדין הרבני האזורי מחוז תל אביב (פורסם בנבו, 16.7.09).

<sup>199</sup> ערעור תשמ"ו/57. פורסם בתוך משפטי ארץ – דין, דיין ודין (עורך: הרב י' אונגר), מכון משפטי ארץ-התשס"ב, 74.

<sup>200</sup> וראה גם שם בהע"ש 7 של עורך הקובץ, הרב ירון אונגר, אשר כתב כי "באמרת אגב זו רמוזה גישה שונה בתכלית של בתי הדין בישראל, לעומת זו המקובלת בבתי המשפט האזרחיים. בית המשפט האזרחי אינו נותן סעד שלא נתבקש לתת אותו, ואף אין הוא מתערב בדיון על מנת לשפר את מצבו של אחד הצדדים. בית הדין הרבני, רואה חובה לעצמו, לא רק לשפוט בין הצדדים, אלא גם להציל "עשוק מיד עושקו". לפיכך לא יירתע מלהתערב בדיון, ולהגיש סעד שלא נתבקש לתת, אם יראה שבכך ניתן יהיה אמנם להציל את העשוק".

<sup>201</sup> בג"ץ 502/86, א. נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים ובית הדין הרבני האזורי בת"א (לא פורסם).

<sup>202</sup> תיק (גדול) 872361/3, פלונית נ' פלוני, (פורסם ע"י הנהלת בתי הדין הרבניים; 5.12.12).

<sup>203</sup> פיסקה ג' לפסק דינו של הרב שיינפלד, הקובע כי: "כאשר המחוקק קבע את הנהל לאישור הסכם, כוונתו לנוהל שיש לנהוג במצבים רגילים. אנו מודעים לעומס הרב על בתי הדין, שגובר במיוחד בערבי חגים ופגרה או מיד לאחריהם".

<sup>204</sup> דרנס, חוסר פורמליזם, ל"ו-ל"ז.

<sup>205</sup> תקנה כ"ו(4) לתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים.

<sup>206</sup> ראה תיק 1/48/705, ב. נ' א., אוסף פסקי דין - ורהפטיג, ק"ה; פרשת מועצת עזבון בליליוס, 34. סיכום הסוגיה אצל דרנס, שם, צ"ג-צ"ה.

בטענות מסוימות לגופן ודחה אותן מטעמים פרוצדוראליים, הרי שבית הדין הרבני יכול להתחשב באותן טענות במסגרת דיון בנושאים שבסמכותו (סוגית הכתובה) ולהתעלם מהפגמים הפרוצדוראליים<sup>207</sup>.  
ומה ברורים מדברי ביה"ד אשר קבע בעניין מסוים כי:

"... הצהיר ביה"ד הגדול כבר בהרבה מקרים דומים לזה, שאין חסרונות פורמליים כאלה יכולים להצדיק את ביטולו של

הפסק-דין המעורער, כי אם רק במקרה שהיו יכולים להשפיע על תוכנו הענייני..."<sup>208</sup>.

במקום אחר יצא ביה"ד<sup>209</sup> נגד פרשנות דווקנית של כללי הדיון, בצורה שמנעה את פסילת המותב, ואף הראה שפרשנות מעין זו מקובלת בפרשנות המקרא<sup>210</sup>. במקום נוסף, חרג בית הדין הרבני מכללי מקום השיפוט. חריגה זו אושרה ע"י בית המשפט העליון<sup>211</sup>, שהדגיש את גמישות הדין:

"בע(נ)ייננו בכל המקורות הדנים בענייני "הסמכות המקומית" לפי דיני ישראל, ניווכח לדעת כי אין כללים נוקשים בנדון זה, אלא הכל תלוי בנסיבות העניין ובדחיפות העניין, והכל נעשה לפי ראות עיני הדיין... גם זו ראייה מוכרחת לגמישותו של הדין הנ"ל... במקרה מעין זה אין למצות עד עומק עמקו את הדין הפורמלי של הסמכות מקומית".

הרב שרמן<sup>212</sup> אף הבהיר במאמר שכתב, שיש להבדיל בין סדרי הדין (המכונים אצלו 'הלכות הדיינות') לדין המהותי (המכונה 'הלכות הדין'). בעוד שטעות של הדיין בדין המהותי – תביא לפסילת דינו ולפגיעה בו, הרי שטעות של הדיין בהלכות הדיינות לא תביא לבטלות פסקיו ולפגיעה במעמדו. זאת, על אף שיש שטענו שדיין שטעה בסדרי הדין ייפסל מלדון בתיק<sup>213</sup>. "ברור שפעמים שדיין יעבור על סדרי הדיינים... ועדיין אין לקבוע שמעמדו כדיין נפגע ונפסל פסק דינו"<sup>214</sup>.

נסכם במשפט אחד את הסוגיה עד כה, ונבהיר כי המסקנה הברורה היא שבית הדין מגלה אנטי פורמליזם, הכללים מלכתחילה גמישים ולא דווקניים, וגם במקום שמתגלה הפרה ברורה של הכללים, בית הדין נוטה לסלחנות כלפי המפר. מטרתו העיקרית של בית הדין היתה ונשארה – בירור האמת.

<sup>207</sup> תיק (ח"י) 1655-64-1, פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 26.7.09). באותו מקרה לא השפיעו בסופו של יום הטענות על בית הדין הרבני, בשל העובדה שבאותו מקרה קיבלה האשה בסך הכל הכללי בבית המשפט לענייני משפחה - סכום העולה על זה שהיה אמור להיפסק לה בהתאם לפסיקת בית הדין הרבני, גם כאשר זה מביא בחשבון את טענותיה שנדחו בביהמ"ש מטעמים פרוצדוראליים.

<sup>208</sup> תיק 1/36/703, א. נ' ב., אוסף פסקי דין - ורהפטיג, כ', כ"ב. וראה גם בפסקי הדין שצוטטו לעיל, לדוגמא בנוגע לשינוי חזית: "בצדק הכריע ביה"ד באופן חיובי, ולא הלך אחרי פורמליות מוגזמת ומופרזת... במצב כזה היה מעניינו, ואפילו מחובתו, של ביה"ד לסדר גם את הסכסוך הזה, מבלי להסתגר במסגרת הפורמלית של התביעה".

<sup>209</sup> פסק דינו של הרב דיכובסקי בפרשת פנדרייך.

<sup>210</sup> לסיכום מקיף של הסוגיות העולות בחלק מפסקי הדין, ראה אצל שאקי, שם, 284-298; דרנס, שם, ע"ג-קיי"ג. בהמשך (שאקי, שם, 298-301; דרנס, שם, קיי"ד-קיי"ח), הם גם מציגים מספר מקרים בהם כן גילה ביה"ד פורמליזם לכללים הדייניים. מדובר בדרך כלל במקרים חריגים, בהם לא זומן אחד מבעלי הדין לדיון וכד', וכלשונו של שאקי, שם, 298: "...לא כל טיעון פורמלי מונע כביכול, כשלעצמו, בעד ביה"ד מעשות צדק. פעמים שבעל דין נזקק לטיעון פורמלי לא כאשר הוא בלתי-צודק, אלא כאשר מאמין הוא כי טעון זה יקצר לו את הדרך לעשיית צדק".

<sup>211</sup> בג"ץ 99/62 יעקב סולטאן נ' בית הדין הרבני, טבריה, פ"ד טז, 1763, 1768 (1962).

<sup>212</sup> עמדתו הברורה של הרב שרמן בסוגיה מתבררת גם ממשפט אשר חזר על עצמו לפחות בשלושה פסקי דין שנתן בנושאי הגיור: "לא שמענו בהלכה שטענות פורמליות פרוצדורליות גוברות על דברים מהותיים שסותרים להם. אולי זוהי גישת המשפט האזרחי, אך אינה קיימת במשפטי התורה". ראה לעניין זה בתיק (גדול) 6745-12-2, פלוני ט' (פורסם בנבו, 27.2.07); תיק (גדול) 5489-64-1, פלוני, פלונית ופלוני (פורסם בנבו, 10.2.08); תיק (גדול) 6122-21-1, פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 10.5.09). בשני האחרונים הוא אף ייחד לדברים פרקים (פרקים ט"ו ו-ו' בהתאמה) הנושאים את הכותרת המדברת בעדה: "טעונים פורמליים פרוצדוראליים אינם גוברים על דברים מהותיים שסותרים להם".

<sup>213</sup> לב, דיני ממונות, 161-162.

<sup>214</sup> שרמן, דיני ממונות, 173.

## פרק שישי: האמת ביסודם של כללי הדין

"מלך עליון - שופט האמת, מעבדיו אמת, עושה חסד ואמת, ורב חסד ואמת,

נתיבתו אמת, חותמו אמת – לעדי עד ימלך"<sup>1</sup>.

### א. ייחודה של האמת במשפט העברי

עד כה עמדנו על גמישותם של הכללים הדיוניים, ואף הבהרנו כי הגורם לגישה זו הוא רצונו של בית הדין בבירור האמת. בפרק זה נבקש להראות, כיצד הרצון בבירור האמת הוא הברית התיכון, אשר מחבר כמעט את כל הכללים הדיוניים של המשפט העברי<sup>2</sup> (גם במקומות בהם אין מדובר ביחס להפרת הכללים).

קשה להפריז בחשיבותה של האמת במשפט העברי ובהלכה. מידת האמת היא ממידות היסוד, שעליה מתקיים העולם<sup>3</sup>. "חותמו של הקב"ה אמת"<sup>4</sup>. החותם הוא הדבר המייצג בצורה התמציתית ביותר את החותם בו, כך שהקב"ה מיוצג ע"י האמת<sup>5</sup>. החתירה לאמת היא חתירה לזהות בין ההבנה, הדיבור והמציאות<sup>6</sup>. בשל כך, האמת חשובה במיוחד בבית הדין<sup>7</sup>.

העמדת האמת ביסוד ההליך השיפוטי, מגיעה דווקא כתפיסת נגד למציאות החברתית הרווחת, הרואה בעולם המשפט ובכל העוסקים בו את מקור השקרים והעיוותים. חז"ל היו מודעים היטב לכך שהשקר, על כל גווניו, רווח דווקא בעולם המשפט ובאולמו של השופט<sup>8</sup>. הם מבטאים זאת בדברים חמורים (ויש הטוענים שגם ציניים), המדברים בעדם:

"אמר רבי אליעזר בן מלאי בשם ריש לקיש: מהו שכתוב 'כי כפיכם נגאלו בדם ואצבעותיכם בעוון שפתותיכם דברו שקר לשונכם עוולה תהגה'? כי כפיכם נגאלו בדם - אלו הדיינין; ואצבעותיכם בעוון - אלו סופרי הדיינין; שפתותיכם דברו שקר - אלו עורכי הדיינין; לשונכם עוולה תהגה - אלו בעלי דינין"<sup>9</sup>.

יחד עם זאת, חז"ל לא ראו תופעה זו ככורח המציאות ותבעו מהעוסקים בעולם המשפטי להקפיד על נאמנות מירבית לערך האמת, גם כאשר נאמנות זו תעלה להם מחיר יקר. יתר על כן, חז"ל מנו איסורים רבים המהווים איסורי לוואי לאיסור השקר. איסורים אלו מניחים כי שקר הוא דבר פסול, ועל כן יש להתרחק "מן הכיעור ומן

<sup>1</sup> פיוט לשחרית, יום ב' של ראש השנה.

<sup>2</sup> בנייתו עמוקים יותר של תורת הסוד, היו שטענו כי מידת האמת הינה הברית התיכון גם של הדין המהותי בדיני הממונות. ראה, לדוגמה, בחלק ח"י"מ של לקוטי הלכות לר' נחמן מברסלב, שם חוזרת מידת האמת פעם אחר פעם (כאשר בחלק הדיוני, הלכות דיינים, היא חוזרת בתדירות רבה הרבה יותר).

<sup>3</sup> אבות, פ"א, מ"ח.

<sup>4</sup> שבת, נ"ה, ע"א.

<sup>5</sup> מסילת ישרים, פ"א: "וחכמים זכרונם לברכה אמרו: 'חותמו של הקדוש ברוך הוא אמת'. ובודאי שאם האמת הוא מה שבחר בו הקדוש ברוך הוא לקחתו לחותם לו, כמה יהיה הפכו מתועב לפניו. והזהיר הקדוש ברוך הוא על האמת אזהרה רבה... להודיע עד היכן חובת האמת מגעת... ואחד מן העמודים שהעולם עומד עליו הוא האמת, אם כן מי שדובר שקר כאלו נוטל יסודו של עולם, וההפך מזה, מי שזהיר באמת כאילו מקיים יסודו של עולם". וראה גם ראשית חכמה, שער הקדושה, פ"ב.

<sup>6</sup> הרב אליעזר מלמד, פניני הלכה ח"ג, מכון הר ברכה-התשנ"ו (להלן: מלמד, פניני הלכה, ח"ג, 135-136).

<sup>7</sup> לנפקות חשיבות האמת בבית הדין, ראה יעקב חבה, אתיקה של ניהול התדיינות במשפט העברי, משפטים כ"ה (התשנ"ה), 333, 342.

<sup>8</sup> יעקב שפירא, שקרים "לבנים" ושקרים אחרים, פרשת השבוע 3, תולדות התשס"א (להלן: "שפירא, שקרים "לבנים""), 3.

<sup>9</sup> שבת, קל"ט, ע"א.

הדומה לכיעור"<sup>10</sup>. השקר מגונה תמיד, ובבית הדין על אחת כמה וכמה, אך במפתיע, עיקר השלכותיו של האיסור לשקר אינן מצויות במשפט המהותי, אלא דווקא בסדרי הדין ובמשפט הדיוני<sup>11</sup>.

## **ב. סדרי הדין לעומת דיני הראיות**

כפי שהרחבנו כבר לעיל, חז"ל תבעו מהדיינים לנקוט בכל דרך לבירור האמת. העמדת החובה נעשתה למרות ידיעה ברורה שמדובר בדיינים בשר ודם, והצבת המטרות נעשתה בהתאם. חז"ל פירשו את הפסוק "הנסתרת לה' אלהינו, והנגלת לנו ולבנינו עד עולם לעשות את כל דברי התורה הזאת"<sup>12</sup>, ותלו בו את ההצדקה לסמוך על דיני הראיות הפורמליים, אף על פי שאפשר שהאמת אינה כדברי העדים, ואלה משקרים או למצער טועים<sup>13</sup>. וכדברי הרמב"ם "כמו שנצטוינו לחתוך את הדין על פי שני עדים כשרים, ואף על פי שאפשר שהעידו בשקר, הואיל וכשרים הם אצלינו, מעמידין אותן על כשרותן. ובדברים האלו וכיוצא בהן נאמר: "הנסתרות לה' אלהינו והנגלות לנו ולבנינו". ונאמר: "כי האדם יראה לעינים וה' יראה ללבב"<sup>14</sup>. לכן, דיני הראיות הפורמליים יוצרים קושי עם היסוד של בירור האמת בהליך השיפוטי<sup>15</sup>.

ועם כל זאת, האמת נותרת בראש הפירמידה. "הבסיס המשפטי... נעוץ בעקרון ידיעת האמת בלבו של השופט. ידיעתו ושכנועו הסובייקטיביים של השופט בדבר מקום שכנו של אור האמת במשפט שלפניו, הם המהווים את הנורמה העליונה בדיני הראיות, שמפניה נדחית אף הגדת עדים כשרים הברורה ביותר"<sup>16</sup>.

לעניין זה, עלינו להעיר כי דיני הראיות נראים, לכאורה, דווקא כפורמליסטים, וכחוטאים לבירור האמת. "הזהיר הדיין שלא לחתוך הגדרים באומד הדעת החזק ואפילו היה קרוב לאמת"<sup>17</sup>. היו אף שסברו כי בעוד שבשיטות משפט מודרניות נוהגת בדרך כלל "שיטת הערכה חופשית" של העדות, במשפט העברי מקובלת "שיטת הערכה פורמלית", המחייבת לעתים לפסוק על פי העדים, גם כשהשופט אינו משוכנע שהעידו אמת<sup>18</sup>. סוגיה זו מצריכה בירור נרחב, אך נראה שניתן להזכיר מספר עקרונות משלימים, אשר באמצעותם ניתן לעמוד על חילוק זה:

<sup>10</sup> אבות דרבי נתן, ב', ב'.

<sup>11</sup> אליאב שוחטמן, "מדבר שקר תרחק" – השלכות דיוניות, בתוך עיונים במשפט עברי ובהלכה – דיין ודין (עורכים: י' חבה וע' רדזינר), הוצאת אוניברסיטת בר אילן, התשס"ז, 273 (להלן: "שוחטמן, מדבר שקר").

<sup>12</sup> דברים, כ"ט, כ"ח.

<sup>13</sup> פרי, הנסתרות. יש לזכור כי המשפט העברי יוצא מנקודת ההנחה הדתית, שענישה יכולה להתבצע בידי אדם או בידי שמים, וממילא הקושי המוסרי בכך שהדין לא יהיה דין אמת, מתעמעם במקרה זה. כך, לדוגמה, כותב הרשב"ם בפירושו (שם, ד"ה "הנסתרת לה'"): "על הנסתרות היו הברכות והקללות, שאין הדבר ליענש ביד בית דין, אלא ביד הקב"ה", וכך כתב גם הספורנו (שם, ד"ה "הנסתרות לה' אלקינו"): "...שאתם נצבים כולכם לפני ה', שלא יוכל אדם להטעותו, והוא יפרע מן הבוגד, הנה זה יהיה בנסתרות בלבד". אך על החברה מוטל "לעשות דיני עונשין על פי עדים" (רשב"ם, שם, ד"ה "לנו ולבנינו"). על בית הדין להעניש רק אותם עבריינים שביצעו את זממם בגלוי, ויש עדים כשרים להרשעתם על פי דיני הראיות. וראה בהרחבה אצל פרי, שם. אין בדברים אלה, אמנם, פיתרון למציאות בה נענש אדם על לא עוול בכפו (אלא אם נתייחס לתהליכים אלוקיים רחבים מאד), אך נראה שהמציאות מפניה חוששים הפרשנים היא דווקא מציאות בה ימלט עבריון מעונש בשל הכללים הפורמליים. מציאות בה באים שני עדים, וטופלים על מאן דהו עלילה, רלוונטית גם במערכת שאינה פורמליסטית, ויכולת ההתמודדות עם עדי שקר שכאלו היא מוגבלת ביותר, ללא קשר לשיטה.

<sup>14</sup> הלכות יסודי התורה, פ"ז, ה"ז.

<sup>15</sup> וראה בהרחבה בפרשת מועדי, 465-471.

<sup>16</sup> חיים שלמה חפץ, גדרי אומדנה וחזקה בדיני נפשות במשפט העברי, דיני ישראל ח' (התשל"ז), מ"א (להלן: "חפץ, גדרי אומדנה"), ס"א, וראה גם אצל חבה, שם, 375: "המטרה העיקרית אליה חותרת ההלכה היא הוצאת הצדק לאור, ופסיקת דין אמת לאמתיו".

<sup>17</sup> ספר המצוות לרמב"ם, מצוות לא תעשה, ר"צ. וראה גם חפץ, שם.

<sup>18</sup> ע"א 459/59, מלכה ואלימלך פינקלשטיין נ' ברוך (ברונק) פרושטייר, פ"ד יד, 2327, 2333 (1960); וראה גם דברי השופט חיים כהן בע"א 646/78, חברת מ' בורוכוביץ נ' עיריית רמת גן, פ"ד לג(3) 698, 690 (1979); להלן: "פרשת בורוכוביץ"; יעקובי, התרשמות ישירה.

**ראשית**, לא ברור שיש מקום להשוות בין הכללים הדיוניים לדיני הראיות. תחומים אלו משויכים אמנם, בדרך כלל, למשפט הדיוני, אך נראה שדיני הראיות מצויים כבר עמוק יותר בדרכם אל הדין המהותי<sup>19</sup>, והם חלק מקיום הדין המהותי ומיסודותיו, כפי שמבאר ר' שמעון שקופ<sup>20</sup>:

"עניין דיני עדות, שאינו רק כירור אמת ושקר, אלא שעל ידי כוח העדים יקום דבר חדש, ליתן כוח לבית הדין לכופ את הנידון לקיים את דין התורה. ובלי עדים אין כוח ביד הדיינים לכופ, אף אם הם בעצמם יודעים את המעשה, כל היכא דלא קרינן בהו "על פי שנים עדים יקום דבר".

כך גם, לדוגמא, כאשר שוחטמן דן בסוגיית יכולתו של קטין לשמש כבעל דין, בהקשר ליכולתו של הקטן להעיד וליכולתו של הקטן להישבע, מדגיש שוחטמן כי מדובר בהלכות מן הדין המהותי<sup>21</sup>. [למצער, ניתן לטעון כי דיני הראיות יהיו חלק מן הדין הדיוני הפלילי אך לא ממקבילו האזרחי<sup>22</sup>].

להרחבת הדברים נבחר, כי ישנו הבדל בסוג הספק בין דיני הראיות לסדרי הדין. הכללים הדיוניים אינם מתייחסים כלל לספק המהותי. הם יוצרים כללים מסביב לעצם זכות התביעה במקרה הנדון, אך לא מבהירים דבר לגבי השאלה עם מי מבעלי הדין מצוי הצדק. דיני הראיות, לעומת זאת, מתייחסים לספק הנוגע ישירות לשאלה 'עם מי מבעלי הדין מצויה האמת?'. כאן באים הכללים וקובעים כי יש להאמין לגירסתם של שני עדים, לדוגמא. במצב זה הכלל ה'דווקני' הינו חלק מהדין המהותי.

**שנית**, קיים נימוק נוסף הרלוונטי לדין הפלילי<sup>23</sup>. לעיתים "הפניית העורף" אל האמת, והבחירה בדרך הפורמליסטית שמתווים דיני הראיות, נובעות שלא מתוך פגיעה במגמה של גילוי האמת, אלא מתוך העלאתו של ערך מקודש נוסף – קדושת החיים והרצון להימנע (כמעט בכל מחיר) מביצועו של עונש מוות<sup>24</sup>, וזאת גם כשפני הדברים במציאות הם ברורים לחלוטין, ומחייבים לכאורה עונש מוות<sup>25</sup>. כחלק מגישה זו משרבו הרצחנים, גלתה

<sup>19</sup> ראה אצל Jolowicz, On civil procedure, 60 "rules of evidence are procedural for the purposes of the conflict of"; "laws, but no one supposes that they fall within 'practice and procedure' for the purposes of the rule-making power"; *Comfort Hotels v. Wembley Stadium* [1988] 1 W.L.R. 872. כך גם, לדוגמא, בקביעת נטל השכנוע יש לבחון את הדין המהותי, שכן "... דיני הראיות הולכים אחר הדין המהותי...". ראה רע"א 3646/98, כ.ו.ע. לבנין בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף, פ"ד (נז) 4, 891, 900 (2003).

<sup>20</sup> שערי יושר, ש"ו, פ"ו, וראה בהרחבה בפרק כולו.

<sup>21</sup> שוחטמן, סדר, 207.

<sup>22</sup> וראה, לדוגמא, אצל הלוי, מגמות התפתחות, שם נדונו בצוותא דיני הראיות והמשפט הפלילי הדיוני (ובעיקר בעמ' 112-113).

<sup>23</sup> כהערת אזהרה לדברים, חשוב להבהיר כי קשה מאד לדמות בין המשפט הפלילי העברי למשפט האזרחי העברי. ראה אהרן אנקר, יסודות במשפט הפלילי העברי, **משפטים** כ"ד (התשנ"ד), 177 (להלן: "אנקר, יסודות").

<sup>24</sup> ראה מכות, ז', ע"א: "סנהדרין ההורגת אחד בשבוע נקראת חובלנית רבי אליעזר בן עזריה אומר אחד לשבעים שנה רבי טרפון ורבי עקיבא אומרים אילו היינו בסנהדרין לא נהרג אדם מעולם", אך, לעומתם, בדברי הנשיא רשב"ג שם במשנה: "רשב"ג אומר אף הן מרבין שופכי דמים בישראל"; רמב"ם, הלכות סנהדרין, פ"ד, ה"י. וראה בעניין זה אצל אנקר, יסודות; י"ק' מיקלישנסקי, 'עונש מוות – עיונים וסיכומים', בתוך **ערכים והערכות** ח"א (התשל"ו), 40; שלמה רוזנפלד, "סנהדרין ההורגת אחת בשבוע נקראת חובלנית" והפעלת דין מיתה, **ממעין מחולה** 5 (התשנ"ז), 31; נפתלי קראוס, עונש מוות במקורות היהדות, **האומה** י"ב (התשל"ד), 437. וראה אצל הרב אליהו אליעזר דסלר, **מכתב מאליהו**, ח"ג, הגיגים ומכתבים, 298: "ולכאורה צריך עיון, איזו תועלת יש בזה אם מוצאים דרך לפטור את האשם מעונש, אדרבא הרי הסנהדרין אחראית להוציא לאור משפט הרשעים? אלא יסוד כל עונשי בית דין הוא, שלא הטילה התורה על בית דין להעניש את החוטא בעונש המגיע לו, כי השי"ת בעצמו מעניש ברצונו והרבה שלוחים למקום. אלא הכוונה שבית דין ילמדו דעת, ולזה די במה שהעונש כתוב בתורה, וישנה אפשרות ואפילו רחוקה להוציאו לפועל...". לדין נוסף להדגמת עניין זה, ראה סנהדרין, י"ז, ע"א.

<sup>25</sup> בנוסף למפורט לעיל, ראה גם, לשם הדוגמא, שבועות, ל"ד, ע"א: "ארי"ש בן שטח אראה בנחמה אם לא ראיתי אחד שרץ אחר חבריו לחורבה ורצתי אחריו ומצאתי סייף בידו ודם מטפטף והרוג מפרפר. אמרתי לו רשע מי הרגו לזה או אני או אתה, אבל מה אעשה שאין דמך מסור בידי שהרי אמרה תורה "על פי שנים עדים או שלשה עדים יומת המת", אלא המקום יפרע ממך. אמרו לא זזו משם עד שנשכו נחש ומת"; סנהדרין, פ', ע"א: "שנים שהיו עומדין ויצא חץ מביניהם והרג שניהם פטורין וא"ר יוסי אפילו אבא חלפתא ביניהן" וברש"י, שם, ד"ה "אלא אמר רבא": "אמר רבי יוסי אפילו אבא חלפתא ביניהם שהכל יודעין שהוא חסיד ולא זרקו לא מחייבין לאידך משום האי חזקה".

הסנהדרין מלשכת הגזית ומנעה מעצמה ומשאר בתי הדין שבארץ ישראל את הסמכות לדון אותם למיתה<sup>26</sup>. כך, מבהיר שוחטמן<sup>27</sup> כי הדין לפיו לא ניתן לסתור את דינו של נאשם אשר יצא זכאי בטעות<sup>28</sup> (מה שמכונה במשפט הכללי – 'סיכון כפול' (Double Jeopardy)<sup>29</sup>) – הבולט בחריגותו לנוכח גישת המשפט העברי המתנגדת בצורה עקרונית למושגי 'סופיות הדיון' – נובע מתוך החשש העצום מהטלת עונש מוות לשווא. התייחסות זהירה זו להרשעה במשפט הפלילי מתוך החשש מפני הטלת עונש מוות לשווא, הולוכה לחשש משמעותי מפני כל הרשעה שגויה בדין הפלילי, ולדינים המדגישים את הרצון להגיע לזיכויים של נידונים בעבירות פליליות, גם כאשר עונש מוות כלל איננו ניצב על הפרק<sup>30</sup>. חלק מהרציונאל של ה'התעלמות' מהאמת במשפט הפלילי נובע, בין היתר, גם מהעובדה שבמשפט הפלילי בהלכה התובע המשמש בתור ה'צד' השני, לכאורה, בהליך – הוא הקב"ה, אשר בענייניו מושגי ה'אמת' בהליך הם מורכבים יותר, וישנה גם משמעות לתשובה<sup>31</sup>.

**שלישית**, לא מעט מהחוקרים הבהירו, כאמור לעיל, כי גם דיני הראיות כפופים למטרת בירור האמת<sup>32</sup>. בין החריגים לדיני הראיות, בהם עשה המשפט העברי שימוש במטרה לברר את האמת, ניתן למנות את הכלל של דין מרומה<sup>33</sup> אשר בענייניו נרחיב להלן. חריגים נוספים טמונים בדיני הראיות בעניינם של בעל דין אלם<sup>34</sup>, ביכולת לחרוג מכללי הראיות באמצעות אומדנות<sup>35</sup>, וביכולת להתעלם מהתניית הצדדים על דיני הראיות, כאשר התניה זו

<sup>26</sup> עבודה זרה, ח', ע"ב.

<sup>27</sup> אליאב שוחטמן, צדק צדק תרדוף, **שבתון** 483, שופטים התש"ע, 1, 30: "יש מקום לומר, שהלכה זו היא אחד הביטויים למגמת חז"ל להרחיק... אפשרות ביצועו של דין מוות... יתכן שהלכה זו נובעת מן הדרישה, שיהיה **ביטחון מוחלט** שהדין הוא דין **אמת**, ועצם העובדה שהנאשם יצא זכאי על-ידי בית הדין בדיון הראשון, מעוררת ספק (ואפילו קל) שמא דווקא ההרשעה המאוחרת היא המוטעית". בשל כך מציע שוחטמן את קבלת מודל בו תבטל זכות הערעור של התביעה כנגד פסקי דין בהם זוכה הנאשם.

<sup>28</sup> סנהדרין, ל"ב, ע"א; ספרי, דברים, קמ"ד; רמב"ם, הלכות סנהדרין, פ"י, ה"ט.

<sup>29</sup> לדיון בעיקרון הסיכון הכפול ראו, למשל, יעקב קדמי, **על סדר הדין בפלילים** (מהדורה מעודכנת, התשס"ג-2003), ח"ב, 974-973; ע"פ 2910/94, **יפת נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2), 353, 372 (1996); פרשת גרינשפן; Saul Levmore & Ariel Porat, Bargaining with Double Jeopardy, 40 *The Journal of Legal Studies* (2011), 273. לעניין זה ראה גם בנוגע לטענת 'כבר נשפטתי' שמקורה בסעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982: "אין דנים אדם על מעשה שזוכה או הורשע קודם לכן בשל עבירה שבו..."; ע"פ 244/73, **רבר נ' מדינת ישראל**, פ"ד כח(1), 798, 802 (1974).

<sup>30</sup> סוגיה המדגישה היטב נקודה זו מצויה במכות, י"א, ע"ב. המשנה שם קובעת כי כאשר מי שרצח בשוגג קודם מות הכהן הגדול, אך טרם נגמר דינו עד למינוי כהן גדול חדש – יוצא מעיר המקלט רק עם מות הכהן הגדול החדש. הגמרא שואלת במה אחראי הכהן הגדול לרציחה בשגגה שלא היתה כלל בתקופת כהונתו (הנחת היסוד של הגמרא היא שהכהן הגדול אחראי במשהו לרציחה, שהרי אחרת קללתם של הרוצחים כנגדם לא היתה תופסת ככל "קללת חינם", ואחריותם מתמקדת בכך "שהיה להם לבקש רחמים על דורן ולא בקשו"). לכן גם אימותיהן של הכהנים הגדולים היו מספקות לרוצחים בשגגה "מחיה וכסות", ומשיבה ש"היה לו לבקש רחמים שיגמר דינו לזכות ולא ביקש". להרחבה בעניין זה ראה גם פסקי הרי"ד, שם, ד"ה "חוזר"; ערוך לנר, שם, ד"ה "שיגמור"; עיון יעקב, שם, ד"ה "שהיה"; שפת אמת, שם, ד"ה "היה לו";

עיון כי חלק מהפרשנים מסבירים גם את הביקורת על הסינהדרין חובלנית שהוזכרה לעיל, כנובעת מתוך הביקורת על כך שהיה על חברי הסנהדרין להתפלל על בני דורן שלא יבואו לידי חיוב מיתה בבית דין, ראה מאירי, מכות, ד"ה "המשנה הי"ד"; בן יהודע, מכות, ז', ע"א, ד"ה "ההורגת".

<sup>31</sup> כך, לדוגמא, בנוגע לסוגיה שהובאה לעיל בקשר עם אחריות הכהן הגדול החדש לרוצחים בשגגה מובאים הסברים מעין אלו. ראה, לדוגמא, **מכתב מאליהו**, ח"ג, 88: "לכאורה תמוה, וכי ימות משום שלא התפלל שיטעו הדיינים בדין? אולם הביאור הוא, שאם מתפלל הצדיק עבור הרשע, והחטא מגיע על ידי זה לתיקונו... הרי בדין שמים כבר נפטר החוטא מעונשו... במצב כזה מסבבים מן השמים שיראו בית-דין איזו זכות בעד הרוצח... שהקב"ה נותן בהם דעת ומנהל את הכרעתם אל האמת הפנימית המוחלטת הידועה אך למעלה, וזהו גדר "דין אמת לאמיתו", כלומר, יש "דין אמת", ויש מדרגה יותר גדולה – "דין אמת לאמיתו"; הרב אביגדר הלוי נבנצל, **שיחות לספר בראשית** (ירושלים, התשס"ה), עמ' מ"מ"ה: "וכי אנו דורשים מן הכהן-הגדול להתפלל שהדיינים יטעו בדינם וישפטו עוול? ... אם אכן היה הכהן עובד את עבודתו העליונה כראוי, היה העולם מתעלה לדרגה כזו, שבה היה הרוצח נפטר מגלות, והייתה זו אמת לאמיתתה של תורה! כי בעולם שמצוי ברמה גבוהה יותר, היו מתגלים מ"ט פנים-של-זכות שבאותו דין, ועל פיהם היה נפסק שאין להגלות את הנידון. אך מכיוון שהעולם נשאר ברמתו הנוכחית, פסקו הדיינים דין – **שגם הוא אמת**... ועל פיו צריך הרוצח לגלות". להסבר שונה לשאלה זו ראה בדברי בעל חידושי הרי"מ, אשר הובאו בשפת אמת, מסעי, תרנ"ד.

<sup>32</sup> ראה חפץ, שם; דוד ניסני, התניה על דיני הראיות, **פרשת השבוע** 354, ראה התשס"ט; שייך, עוד על האמת; שו"ת כתר, ח"ו, סימן ל"ב, 227.

<sup>33</sup> ראה: 209, 17 *Jewish Law Annual* (2007), Yuval Sinai, 'Judicial Authority in Fraudulent-Claim Cases (din merume)'.  
<sup>34</sup> וראה בהרחבה רמב"ם, הלכות עדות, פ"ג, הי"ב; רקובר, שלטון החוק, 105-136; שייך, עוד על האמת, 2-3; אברהם גרוסמן, עבריניים

ואלמים באשכנז הקדומה והשפעתם על סדרי הדין, **שנתון המשפט העברי** ח' (התשמ"א), 135.  
<sup>35</sup> ראה בהרחבה רבה אצל כך, האומדן; רוזין, אלה המשפטים, קנייה-קע"ב.

תפגע בבירור האמת.<sup>36</sup> גם הכלל הפורמליסטי, לפיו "אין לדיין אלא מה שענינו רואות", נתבאר בתלמוד כמי שמחייב את הדיין לעמוד על האמת, כפי שהוא רואה אותה, גם אם קיים פסק הפוך של רבו.<sup>37</sup> כך, לדוגמה, מבהיר גולאק<sup>38</sup> כי "בפועל היו בתי הדינים בישראל דנים על הראיות לפי ראות עיניהם ולפי נטיית דעתם, והיו דוחים ראיות ברורות אם ראו שהדין מרומה, והיו סומכים על הוכחות, שלפי חומר הדין אין להן כח ראייה, במקום שהדבר נראה להם ברור ומתקבל על הלב". השימוש המופחת בעיקרון זה נובע בעיקר כתוצאה מירידת הדורות<sup>39</sup>, וממילא עיקר הדין – שונה<sup>40</sup>. עיקרון זה מופיע גם אצל הרב אפשטיין, הכותב כי: "בניגוד לדעה הרווחת... פסק הרמב"ם... יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן, אף על פי שאין שם ראייה ברורה... נמצא כי מן התורה אי"צ בדיני ממונות דוקא לשני עדים, ואף אי"צ בדרישה וחקירה, ולכן ניתן להכריע את הדין"<sup>41</sup>.

המקור לגישה זו מצוי בדבריו של הרשב"א בתשובה<sup>42</sup> בה הוא מדגיש כי כבודם של דיני הראיות במקומם מונח, אך לעיתים על הדיין לפעול לפי האמת העולה מדברי העדים:

"ורואה אני שאם העדים נאמנים אצל הברורים רשאים הם לקנוס קנס ממון או עונש הגוף, הכל לפי מה שיראה להם וזה מקיים העולם, שאם אתם מעמידים הכל על הדין הקצובים כתורה... נמצא העולם חרב, שהיינו צריכים עדים והתראה, וכמו שאמרו ז"ל 'לא חרבה ירושלים אלא על שהעמידו דבריהם על דין תורה...'

וראה בדבריו החד משמעיים של הרב חיים דוד הלוי<sup>43</sup>:

"ובהלכה זאת ד'אין לדיין אלא מה שענינו רואות', טמון יסוד משפטי עקרוני ביותר במשפט התורה... קביעת האמת במשפט ומתן פסק הדין בהתאם להכרת האמת שלב הדיין סומכת עליו, ובניגוד לראיות, למסמכים, לטענות ולעדויות שהושמעו ושהובאו, אם אין דעתו של הדיין סומכת עליהם".

ובמקום אחר<sup>44</sup> הוא מבהיר זאת:

"זהו יסוד גדול ויסודי במשפטי התורה... הדיין אינו אובייקטיבי לפסוק ולהחליט על פי העדויות שהובאו בפניו, הוא מצווה להיות פעיל כשכל מגמתו בירור האמת, מבלי להתחשב באורח פורמלי בטענות ובעדויות".

וכך גם קבע להלכה הראייה קוק שבמקום זה על בית הדין להביא (ולפחות לקרב) לתוצאה אמיתית<sup>45</sup>:

<sup>36</sup> רבינו חננאל, שבועות, מ"א, ע"ב; רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פט"ו, הלכות א"ב; פסקי הרא"ש, שבועות, פ"ו, י"ד-ט"ו. ראה בהרחבה אצל ניסני, שם.

<sup>37</sup> ראה בבא בתרא, ק"ל, ע"א – קל"א, ע"ב: "אמר להו רבא לרב פפא ולרב הונא בריה דרב יהושע: כי אתי פסקא דדינא דידי לקמייכו וחזיתו ביה פירכא... לאחר מיתה לא מיקרע תקרעוהו, ומגמר נמי לא תגמרו מיניה. לא מיקרע תקרעיניה, דאי הואי התם דלמא הוה אמינא לכו טעמא. ומגמר נמי לא תגמרו מיניה, דאין לדיין אלא מה שענינו רואות [רשב"ם: "...אלא כפי שדעתכם נוטה, דאין לו לדיין אלא מה שענינו רואות... והוא הדין לדבר התלוי בסברא, דאין לו אלא מה שלבו רואהו..."]".

<sup>38</sup> גולאק, יסודי המשפט, ח"ד, 110.

<sup>39</sup> רמב"ם, הלכות סנהדרין, פכ"ד, ה"א; שו"ע, חו"מ, ט"ו, ד'.

<sup>40</sup> אנוק, יסודות, 183: "סמכות זו של בית הדין לסטות מדין תורה קיימת גם לגבי סדרי הדין והראיות".

<sup>41</sup> שו"ת חבל נחלתו, ח"י, סימן ס"ג, אות א'.

<sup>42</sup> שו"ת הרשב"א, ח"ג, סימן שצ"ג.

<sup>43</sup> דבר המשפט, ח"ג, 144-145. וראה גם אצל הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל, 'אומדנת הדיינים', תלפיות ב', 319: "חייב הדיין לדון על פי אומדן דעתו בכל דבר שדעתו נוטה להם שהוא אמת, והדבר חזק בלבו שהוא אמת אף על פי שאין ראייה לדבר... (אך) אין אומדנא חשובה לדון על פיה אלא אומדנא ברורה המוכרת לדיין מתוך הכרתו והבנתו העצמית...".

<sup>44</sup> שו"ת עשה לך רב, ח"ג, שאלה נ', עמ' רמ"ה.

"והדרך האחר הוא שאם יראו שהדין הוא נגד היושר השכלי לפי מצב הענין, שאז כיון שיש בידם לעשות פשרה, יש מצוה דצדק צדק תרדוף בין לדין בין לפשרה".

[אגב, לעיתים קובלת ההלכה את שיקול דעת הדיינים דווקא במשפט המהותי בתחום של שקילת הטענות האחת כנגד רעותה. כך, במקום בו אין עניין בראיות חיצוניות, ויש לבחון את הסוגיה לפי טענות בעלי הדין, "תורת משפטינו קובעת כללים לבירור הדין על פי טענות בלבד... ואין היא מוסרת את שיקול הטענות והערכתן לראות עיני הדיין, שיוכל לסמוך על הטענות או לבטלן כפי נטיית דעתו בלבד. אלא שהיא קובעת כללים ודרכים ידועים, שעל פיהם כל טענה וטענה נערכת, וניתן לה אמון מועט או הרבה..."<sup>46</sup>. ואולם, גם בעניין זה קיים הסייג לפיו "...ובמקום שביט דין רואים שאין הוכחת המגו עולה יפה בענין שדנים בו ושסברת המגו מביאה לידי מסקנה מוטעית שאין הדעת נוטה לה, יכולים הם לצאת בנידון זה מגדרי ההגיון הקבועים, לדחות את המגו בסברא מועטת, ולדון את הדין כפי נטיית דעתם"<sup>47</sup>].

מדובר, בנושא רחב היקף, אך נדגים זאת באמצעות שני דינים בעלי השלכה אקטואלית רבה ומשמעותית. נדגיש כבר כעת כי אין מדובר בדינים המוסכמים על הכל, והם מובאים רק כאיזכור לסוגיה. נדגיש גם כי איננו טוענים שהמטרה הבלעדית של דינים אלו הינה 'בירור האמת'. נכון יותר לומר כי הגמישות באותם מקרים רוממה בצורה מעשית את ערך 'בירור האמת', בין היתר, כחלק מהצורך להתייחס לדברים בצורה מערכתית ולחשש מהשלכות התנהלות פורמליסטית בסוגיה. הדוגמא הראשונה נוגעת לעדות אשה<sup>48</sup>. על אף שמעיקר הדין אשה פסולה לעדות, הרי שמימושה של הלכה זו יצר בעייתיות רבה בעת המודרנית. כאשר ביקש הרב הרצוג להתמודד עם סוגיה זו, הוא חיפש כיצד לצמצם מאד את תחולתו של דין זה (בין היתר פסק שהתקנה אינה חלה בענייני קטנות ומריבות, ואינה חלה בעניינים שנשים מצויות אצלם וגברים לא). למרות צמצומים אלו, הרב הרצוג איננו מסתפק בכך, והוא מסיים את דבריו בהיתר כוללני<sup>49</sup>, אשר מעמיד את הרצון להגיע לתוצאה שהיא 'אמת לאמיתה'<sup>50</sup> בראש סדר העדיפויות של הדיין:

<sup>45</sup> שו"ת אורח משפט, חו"מ, סי' א'.

<sup>46</sup> גולאק, שם, ח"ד, 94. וראה בהרחבה בכל הפרק השמיני – 'שקול הטענות'. כן ראה בעמ' 107-108: "אין תורת משפטינו מוסרת לראות עיני הדיין בלבד להעריך את טענות בעלי הדין, אלא היא נותנת לדיין מדות הגיון קבועות לשקול על ידן את הטענות, ולקצוב על פיהן את הנאמנות שכל אחת ואחת ראויה לה... דיין מומחה שדן על פי תורת משפטים שלא קבעה כללים אלה, ילך גם הוא בדרכים קרובים לאלו... **אולם, תורת משפטינו הלכה כאן בדרך מיוחדת ולא הותירה את שקול הטענות לראות עיני הדיין בלבד אלא קבעה מדות של נסיון ושל הגיון והעמידה גדרים וכללים שעל הדיין להשתמש בהם כדי להעריך על פיהם את הטענות**".

<sup>47</sup> גולאק, שם, 108, בדוגמא העוסקת בכללי ה'מיגו'. וראה ש"ך, 'דיני מגו' בחו"מ, סוף סימן פ"ב, כלל ל"ב: "גם תדע שמצינו בכמה מקומות שדוחים המגו בסברא מועטת". גולאק מרחיב עוד בהמשך (עמ' 109-108) ומבאר: "ההגיון התלמודי, שקבע גדרים הללו ועיבד אותם בחריפות השכל, אינו סובל קפאון, ואינו נותן ללומדיו כללים חנוטים וחסרים כל תנועת מחשבה... ואף שהכללים לשקול הטענות מגבילים לכאורה את ראות עיני הדיין ומעמידים מדה אחת לדון על פיה עניינים שהם שונים זה מזה בתכונותיהם המיוחדות. עם כל זאת... **במקום שהוא רואה טעמים מכריעים לנטות מן הגדרים שגדרו כללים אלו, אין הדרך סגורה לפניו להבדיל בין עיני ועיני לפי שיקול דעת**". לעניין זה, ראה גם בשו"ת דברי מלכיאל, ח"ב, סימן קל"ג, הקובע כי כיום, בית הדין יכול גם להורות על פשרה בהתאם להתרשמותו מאמיתות הטענות, גם אם אין בידיו ראיות לכך.

<sup>48</sup> הנשוא של פסול אשה הוא נושא רחב. ראה שמשון אטינגר, אשה כעד בדיני ממונות במשפט העברי, דיני ישראל כ"א-כ"ב (התש"ס-התשס"א), 241; הרב משה בוצ'קו, 'האם אשה פסולה להעיד ולדון?', קול מהיכל ט' (התשנ"ט), 125; הרב יהושע מנחם אהרנברג, 'פסול נשים לעדות – צדק או אפליה?', פעמי יעקב מ"ה (התש"ס), ט'.

<sup>49</sup> ההיתר הכוללני של הרב הרצוג מעניין במיוחד בהשוואה להיתר הכוללני של הרב עוזיאל שכיהן כרב הראשי לישראל בצוותא עם הרב הרצוג בעת הקמת מדינת ישראל. הרב עוזיאל (שו"ת משפטי עוזיאל, חו"מ, סימן כ') ביקש לפתור את סוגית עדות נשים באמצעות תקנה המשקפת את הסכמת הקהל להכשיר אישה לעדות (בדיני ממונות), וראה גם בשו"ע, חו"מ, ל"ז, כ"ב. הרחבה בנושא עמדתם של הרב הרצוג והרב עוזיאל מצויה אצל שמשון אטינגר, **ראיות במשפט העברי** (מכון סאקר, המכון לחקר המשפט העברי והוצאת נבו), ירושלים, התשע"א (להלן: 'אטינגר, ראיות במשפט העברי'), 178-183.



"ועל כל פנים, **באם הדיין מכיר שהדברים אמיתיים**, והדבר חזק בלב הדיין שהוא כך, סומכים גם על עדות פסולין"<sup>51</sup>.

דוגמא שניה בה ניתן להצביע על גישה דומה<sup>52</sup> מצויה בסוגית עדות עבריינים שבין אדם למקום, אשר אמורה להיות פסולה בהתאם להלכה<sup>53</sup>. והנה, גם בנושא זה קבע הרב הרצוג כי כאשר בית הדין חש שהאמת עם העד העברייני<sup>54</sup>, הרי שעליו לקבל את עדותו:

"יש להתחשב עם העובדה שבזמן ובמקום שרבתה ופשטה, בעונותינו, החופשיות... אין עבירות מסוג זה עלולות להתור תחת נאמנותם של העדים... ולא נפלאות היא ולא רחוקה היא אפוא לאמר, שבמקום שקים לו לבית דין באדם זה שהוא איננו עלול לשקר בשביל הנאה, הרי יש לקבלו כעד כשר... אין להם לפוסלו מדינא דאורייתא... ומכאן תצא לנו תולדה שניה... אין נסיעה בשבת ואפילו עישון וכדומה, הוכחה על שקר בבית דין. ואדם אף מסוג זה הידוע באופן מיוחד לישר ונאמן מצבו עוד יותר טוב בנוגע לעדותו בבית דין"<sup>55</sup>.

מכל הנ"ל מובן שגם בדיני הראיות לא נפקד מקומו של ערך גילוי האמת, וגם אם מצויים כללים פורמליסטים, הרי שגם למהות יש ערך וחשיבות בדיני הראיות. על כל פנים, בפרק זה נתמקד במספר דוגמאות משמעותיות, בעיקר בתחום כללי הדין, המציגות את מעמדה של שאיפת האמת כבסיסה של מערכת הדין במשפט העברי. עם זאת, נעיר כבר עתה כי ישנן דוגמאות נוספות למעמד זה, אשר יצינו רק על דרך האיזכור. כן נחזור על האזהרה מהפרק הקודם, ולפיה הרצון להרבות בדוגמאות בא לעיתים על חשבון הירידה לעומקן של הסוגיות. המבקש להוסיף עיון מוזמן לפנות אל המאמרים, אליהם נפנה בהערות השוליים.

<sup>50</sup> אטינגר, שם, 182, טוען כי המקור לדבריו של הרב הרצוג מצוי בדבריו של הרמב"ם (הלכות סנהדרין, פכ"ד, ה"א), אשר ינותחו להלן, על כך ש"יש לדיין לדון בדיני ממונות, על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת".

<sup>51</sup> אוסף פסקי דין - ורהפטיג, י"א. וראה גם אצל הרב דב ליאור, מבט תורני על חוקי המדינה והתקנת תקנות בימינו, **תחומין ג'** (התשמ"ב), 247 (להלן: "ליאור, מבט תורני"), 248-249.

<sup>52</sup> וראה גם אצל הרב אברהם אלקנה שפירא, מבט תורני על חוקי המדינה והתקנת תקנות בימינו, **תחומין ג'** (התשמ"ב), 238 (להלן: "שפירא, מבט תורני"), 239: "עד פסול, כאשה או קרוב, יתכן להאמינו בפלילים לפי תקנות, אך אינם חשודים לשקר. מה שאין כן עד מדינה שכאמור הוא נוגע בעדותו...". כך שגם כאן ניתן לראות את החיפוש אחר האמת במרכז, כאשר ההבדל בין סוגי הפסול נובע מתוך ההבדל במהימנות המיוחסת לכל אחד מסוגי הפסולים. וראה גם שם, 240, על הנוהג לשמוע עדות נשים בדיני נזיקין. כן ראה אצל ליאור, שם, 248.

<sup>53</sup> גם הנושא של פסול מי שאינו שומר תורה ומצוות לעדות הוא נושא רחב מאד. ראה שו"ת אגרות משה, אבן העזר, ח"ד, סימן ל"ב; הרב נחום נריה, עדות של מי שאינו שומר תורה ומצוות, **תחומין י"ג** (התשנ"ב-התשנ"ג), 417; הרב אברהם יהודה רוס, עדות של יהודי שאינו שומר מצוות, **תחומין כ"ח** (התשס"ח), 211; הרב אברהם יהודה רוס, 'עדות של כופר - האם תיתכן יציאה מכלל ישראל?', **תחומין ל'** (התש"ע), 321; הרב אברהם ח' שרמן, נאמנותו של מי שאינו שומר תורה ומצוות, **תחומין י"ז** (התשנ"ז), 243; יאיר שיבר, קבלת עדים פסולים, **תחומין כ"ה** (התשס"ה), 254; יאיר שיבר, ביטול קידושין שעדיהם קרובים, **תחומין ל'** (התש"ע), 333; הרב חגי נפתלי איזירר, 'פסול רשע' לעדות - 'חשש משקר' או גזה"כ, **אבני משפט ב'** (התשס"ג), 16; הרב משה ארנרייך, פסול רשע ורשע דחמס, **חמדת הארץ ה'** (התשס"ז), 187; צבי זוהר, 'אחריות הכנסת לעיצוב ההלכה (עיון במאמרו של הרב עוזיאל "בהגדרת פסולי עדות")', בתוך: **רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית - ספר זכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל**, (עורכים: מנחם מאוטרר ואחי, תל אביב התשנ"ח), 301; יובל סיני, ביאור שיטת הרמב"ם בענין כשרותם של רשעים לעדות, **מג"ל י"ב** (התשנ"ח), 289.

<sup>54</sup> גם כאן, מעניין להשוות את הדברים לדבריו של הרב עוזיאל (הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל, בהגדרת פסולי עדות, **המאור** (התשי"ג-התשי"ד)) אשר בשל המצב בו "רוב העדים המופיעים כיום לפני בתי הדין הם לא דתיים", ראה "חובה למצוא את האפשרות שהדין נותן לנו, להשתמש בעדים כמו שהם נמצאים היום, בכדי לפסוק פסקי דין המחייבים מדין התורה". למרות זאת, ממש בדומה לסוגיה דלעיל של עדות אישה, בחר הרב עוזיאל לסמוך בדרך אחת דווקא על רשותה של "הרבנות הראשית בישראל לתת תקף משפטי לתקנת הציבור על ידי צירוי במדינת ישראל לתקן, שתהיה מתקבלת לדון על פיה עדות הפסולים מחמת עבירה, בין על איסור דרבנן ובין על עבירה דאורייתא, ותקנתם קיימת ומחייבת". להרחבה בעניין זה, ראה זוהר, שם. גם הרב הרצוג המליץ על דרך של "קבלה כללית מצד הציבור לקבל עדותם של פסולים ידועים... (תחוקה לישראל על פי התורה, מוסד הרב קוק, ירושלים, התשמ"ט, ח"א, 39). הרחבה בנושא עמדתם של הרב הרצוג והרב עוזיאל מצויה אצל אטינגר, שם, 142-148. וראה גם אצל צבי א' טל, הכשרת פסולי עדות ודינות לשיטת הרב י"א הלוי הרצוג, בתוך: **משואה ליצחק ח"ב** (בעריכת הרב אורי דסברג, התשס"ט), 141.

<sup>55</sup> תחוקה לישראל על פי התורה, ח"ג, נספח 5, 'עדותו של מי שאינו דתי בימינו', 231. מדובר בפסק דין של בית הדין הרבני הגדול בתיק **זולצברגר נ' זולצברגר**. תמצית מפסק הדין מצויה באוסף פסקי דין - ורהפטיג, קל"ב. יצוין כי הרב עוזיאל היה חבר (ביחד עם הרב ראטה) בהרכב בו נתן הרב הרצוג את פסק הדין, והוא הסכים לפסק הדין.

## ג. דוגמאות למעמדה המיוחד של האמת במשפט העברי

### 1.1. תיבת אוצר בשדה

את סקירתנו נבקש לפתוח דווקא בסוגיה שאינה עוסקת במשפט הדיוני, כי אם בזכויות מהותיות, ואולם בעקיפין היא עוסקת גם בהליך המשפטי ובהליכים אלטרנטיביים. אדם מכר את שדהו או את ביתו לחבירו, והנה כאשר בא חבירו לחפור באותה קרקע, מתגלה לפתע תיבת אוצר, אשר שוויה עולה עשרת מונים על התמורה שנתקבלה בעיסקת המכר. השאלה היא, כמובן, למי תהיה שייכת תיבת האוצר. כתשובות אופציונליות פשוטות ניתן להעלות את המוכר (אשר מכר, למעשה את התיבה ללא ידיעתו, וממילא זהו מקח טעות), את הקונה (אשר קנה את הקרקע וכל אשר בה), את הבעלים הראשונים של הקרקע (שכן גם המוכר קנה את הקרקע במחיר נמוך משוויה), את רשויות המדינה ועוד.

המדרש מתאר, לשם הדוגמא, שכחלק מתשובתם של אנשי נינוה, הם פתרו את בעיותיהם הממוניות, ובמצב מעין זה שתואר לעיל, חיפשו את בעליה הקדמונים של הקרקע.<sup>56</sup> המשפט העברי, לעומת זאת, קובע כי במקרה שכזה בדרך כלל התיבה שייכת למוצאה, כלומר - לקונה<sup>57</sup>, אלא אם כן הקרקע היתה "מימות עולם" בחזקת אבותיו של המוכר<sup>58</sup>, או שיכול המוכר להוכיח כי המטמון הוא מתקופה לגביה אין ספק שהקרקע היתה ברשות אבותיו של המוכר<sup>59</sup>. פיתרונות נוספים לסוגיה זו מופיעים במדרש<sup>60</sup> המבקש לספר על יכולתם המופלאה של אנשי קציא לפסוק את דיניהם. המדרש מתאר כי מלך קציא מצא פיתרון אולטימטיבי - השאת בנו של אחד הצדדים עם ביתו של השני, וחלוקת האוצר ביניהם. המדרש גם מזכיר לגנאי את עמדתו של אלכסנדר מוקדון, ולפיה על המלכות להחרים את האוצר, ולהרוג את המוכר ואת הקונה.

דיון נורמטיבי מתקיים רק בין שלושת הפיתרונות הראשונים. הפיתרון האחרון, המייצג, במטאפורה קיצונית משהו, את יכולתה של המערכת המשפטית "לחסל" את המתדיינים לשם תועלת המערכת<sup>61</sup>, נדחה ע"י המשפט העברי בשאט נפש<sup>62</sup>. לכאורה, נראה שהפיתרון האמיתי ביותר הוא של אנשי נינוה ו/או של מלך קציא, ואולם עיון

<sup>56</sup> ילקוט שמעוני, יונה, רמז תק"ן: "ביום שלישי חזרו כלם מדרכם הרעה... ואפילו מכר אדם לחברו בית חורבה ומצא בו ממון... מה היה עושה הדיין? ביקש שטר של אותה חורבה, ומצא ל"ה דורות, ומצא יורש לאותו האיש שהטמין אותו ממון, והחזירו לבעליו".

<sup>57</sup> ראה לעניין זה בבא מציעא, כ"ה, ע"ב; שו"ת מלמד להועיל, ח"ג (אבה"ע וחוו"מ), סימן נ"ז; שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן מ"ד.

<sup>58</sup> שו"ע, חו"מ, ר"ס, א'; סמ"ע, שם, ס"ק א'.

<sup>59</sup> שו"ע, שם; שו"ת מלמד להועיל, שם, אות א': "אם המוכר היה יכול להביא ראיה שאבותיו הטמינו המטמון, כגון דרך משל שיש בו זהובים שטבעם מוכיח שנטבעו זה מאה שנה, והמוכר מביא ראיה שבית זה היה בחזקת אבותיו זה מאה שנה, אז ודאי יכול לטעון המטמון שלי הוא שירשתי מאבותי, וביתי מכרתי לך ולא המטמון. אבל כנראה המוכר אינו טוען כלל טענה זו, ועכ"פ אינו יכול להביא ראיה על זה, והמוציא מחבירו עליו הראיה. וכיון שרק אפשר להיות שכשקנו אבותיו של המוכר בית זה כבר היה המטמון שם, אי"כ לא זכו בו כלל - לא אבותיו ולא הוא, כהסכמת כל הפוסקים הנ"ל, והמטמון הוא של המוצא".

<sup>60</sup> ע"פ התלמוד הירושלמי, בבא מציעא, פ"ב, ה"ב אלכסנדר מוקדון ביקר את מלך קציא, וביקש לראות איך הוא עושה משפט. בפני המלך בא המעשה בתיבת האוצר בשדה, כאשר כל אחד מהצדדים תבע שהאוצר יינתן לרעהו. מלך קציא גילה שלאחד מבעלי הדין יש בן, ולרעהו יש בת, וקבע כי אלו יתחתנו זה בזה, והאוצר יינתן לזוג הצעיר. אלכסנדר גיחך על פסק הדין, ואמר למלך קציא שאצלם היו הורגים את שני בעלי הדין, ולוקחים את האוצר לבית המלך. אז הטיף לו מלך קציא מוסר על רדיפת הבעע שלו (ולא כאן המקום להרחיב בפרטים), והודיע לו שהמסקנה מהשחיתות המוסרית הזו היא שהשמש זורחת והגשם יורד רק בזכות בעלי החיים. המדרש מופיע בנוסח דומה מאד גם בבראשית רבה, ל"ג, א' ובמקורות נוספים, וראה שם במקור.

על משמעויותיו ופרשנויותיו הרחניות של הסיפור, ראה אצל אדמיאל קוסמן, עיון מחדש בסיפור האגדה על מסעו של אלכסנדרוס מקדון לקציא, סידרא י"ח (התשס"ג), 73, המציע שיטה עצמאית, וסוקר גם את ההצעות שקדמו לו.

<sup>61</sup> ראה אצל קוסמן, שם, וראה גם בדבריו בהע"ש 77 שם נעשה ניסיון להבין את 'פסק דינו' של אלכסנדר מוקדון, כנובע מדין (שנהג באותה העת במספר מדינות) הקובע כי ממון הפקר יהיה למלכות, והנידונים פה הם 'מעלימי מסי'.

<sup>62</sup> וייתכן שמכאן ניתן לגזור גם לדיון דלהלן, על המקום שיש לתת לשיקולים מערכתיים.

מעמיק יותר יציג דווקא את המציאות ההפוכה<sup>63</sup>. אנשי נינוה יתנו את האוצר ליורשי בעליה המקוריים של הקרקע, וזאת למרות שאין להם כל ידיעה על כך שהוא שהותיר שם את האוצר. אין להם גם כל ידיעה על הנימוקים להותרת האוצר בקרקע (ייתכן, לדוגמא, שהוא נתכוון להעניקו בדרך שקטה במתנה לרוכש). פיתרונו של מלך קציה ודאי שאיננו מייצג את האמת על אף שהוא יוצר אחווה בין הצדדים<sup>64</sup>. דווקא הפיתרון של המשפט העברי הוא האמיתי ביותר. כל עוד שאין ראיה, המאמת לבית הדין כי האוצר שייך בוודאות למוכר, אנו נעמיד את האוצר בחזקת הרוכש, שכן "המוציא מחבירו - עליו הראיה"<sup>65</sup> איננו רק ההסדר הדיוני המועיל ביותר, אלא גם ההסדר הצודק ביותר<sup>66</sup>. זהו ההסדר היחידי שאיננו מניח הנחות עובדתיות מוטלות בספק, שממילא- הן לא אמת, אלא מקבל את הקושי כמות שהוא, ופותר את הסוגיה דווקא באמצעות כללים דיוניים.

בכך באה לידי ביטוי עמדת המשפט העברי, לפיה הטלת נטלי הראיה על התובע איננה כלל פרוצדוראלי גרידא, כי אם חלק מכללי הצדק. בהתאם, במשפט העברי נוספה על חובתו של הדיין לדון לפי הדין, החובה לדון דין "צדק". כלומר, הדיין חייב לדבוק בכלל זה, ולא להתרשם ממעמדו של התובע מול מסכנותו של הנתבע. אפילו נתבע רע לב וחמדן המוחזק בטלית, בפרה, בשדה או בבית - "ידו על העליונה"<sup>67</sup>, גם אל מול תובע מסכן. על כן, אף אם התובע "צדיק בצדקו", הוא החייב להביא ראיה לטענתו:

"ושפטתם צדק" - צדיק בצדקו תובע ומביא ראיות. משל: זה עוֹטֵף בטליתו וזה אומר שלי היא, זה חורש בפרתו וזה אומר שלי היא, זה מחזיק בתוך שדהו וזה אומר שלי הוא, זה יושב בתוך ביתו וזה אומר שלי הוא. לכך נאמר: "ושפטתם צדק" - צדיק בצדקו תובע ומביא ראיות"<sup>68</sup>.

כאן עולה התהייה, מדוע, אם כן, הציג המדרש את פיתרונו של מלך קציה כפיתרון אידיאלי? האם זהו פיתרון של "מידת חסידות", העומד "לפנים משורת הדין"? ואולי מדובר במקור להעדפת המשפט העברי הליך של גישור<sup>69</sup>, על פני פיתרון של אמת שבו "ייקוב הדין את ההר", וכפי שמציינת בן אליהו<sup>70</sup> "מלך קציה אינו מציע את האמת,

<sup>63</sup> לא למותר להזכיר, כי תשובתם של אנשי נינוה לא החזיקה מעמד ימים רבים, ובסופו של התהליך הם שבו לסורם. יתר על כן, המחקר המקובל מחלק בין האסכולה של חכמי בבל, אשר ראו בתשובת אנשי נינוה תשובה מעולה, לאסכולה של חכמי ארץ ישראל, אשר ראו בה "תשובה של רמיות", ראה אצל אפרים אלימלך אורבך, "תשובת אנשי נינוה והויכוח היהודי-נוצרי", בתוך ספר היובל לכבוד אפשטיין (ירושלים, התש"ס), 118-122; בן ציון קריגר, יונה, ישראל ואומות העולם, ספרית אלינר (ירושלים, התשנ"ז), 111-117. ניתן להחליט לטעון, כי חלק מהפגמים שנתגלו (מלכתחילה, ולפחות בדיעבד) בתשובתם של אנשי נינוה נוגעים לפיתרונות המשפטיים שאינם מהווים פיתרון אמיתי. זוהי גם ביקורתו של יונה, אשר משמיט את מידת האמת ממידותיו של הקב"ה לאחר שחזה בתשובת נינוה: "כִּי אֶתָּה אֶל-חַנוּן וְרַחוּם אֶךְךָ אֶפְיִם וְרַב-חֶסֶד וְנֶחֱם עַל-הַרְעָה" (יונה, ד, ב').

<sup>64</sup> לא למותר להזכיר כי ע"פ המדרש מדובר בשני בעלי דין חריגים, אשר כל אחד מבקש שהאוצר יימסר לחבירו. יש אף הטוענים שזהו המסר העיקרי של המדרש - החינוך הציבורי הוא היסוד למערכת משפט בריאה. ייתכן שרק על גבי מציאות מעין זו ניתן להציע פיתרון שאיננו אמיתי, אך יוצר שלום, כאשר שני הצדדים מוחלים אחד לשני על ההגעה לפיתרון האמיתי. כך גם אפשרות פשרה פוגעת ביסודות האמת. לעניין זה ראה גם ליפשיץ, הפשרה; הרב זלמן נחמיה גולדברג, שבחי הפשרה, בתוך משפטי ארץ - דין, דין ודין (עור: הרב י' אונגר), מכון משפטי ארץ-התשס"ב, 78; אלון, הדין, האמת; ליפשיץ, פשרה; הרב מאיר יוסף ויצמן, שורשי דין פשרה ואופן עשייתה, דברי משפט ג' (התשנ"ח), קמ"ד; הרב אריאל בראלי, מצוות הפשרה, אבני משפט ד' (התשס"ה), 134; המ' 427/78, יצחק סובול נ' יצחק זאב גולדמן, פ"ד לג(1), 789 (1979); פרשת גבאי.

<sup>65</sup> בבא קמא, ל"ה, ע"א.

<sup>66</sup> בדברינו, לא נתייחס להסבר נוסף, המתייחס לצדק האלוקי שמאחורי דין זה. הזוהר בתחילת פרשת משפטים מבאר את המילים "ואלה המשפטים" - "אילן אינון סדורין דגלגולא". רוזין, אלה המשפטים, 1-2, מבאר שמוכן שבחלק מהמקרים התובע יצא נפסד מהכלל 'המוציא מחבירו עליו הראיה', ואולם זהו תיקון עיוות מגלגולים קודמים, כאשר התובע של היום היה הנתבע שניזוק בעבר מהכללים. וראה גם לעיל בהתייחסות ליחס בין כללי הדין לדיני הראיות בהקשר עם בירור האמת.

<sup>67</sup> וראה בהרחבה אצל ישראל צבי גילת, "שמע בין אחיכם ושפטתם צדק" - משפט בינלאומי פרטי - פרק בעקרונות בררת הדין, פרשת השבוע 292, דברים התשס"ז, 3.

<sup>68</sup> ספרי דברים, פיסקה ט"ז.

<sup>69</sup> וראה חיים שייך ויהודית שייך, גישור ישראלי ופשרה יהודית, שערי משפט ג' (התשס"ב), 111.

<sup>70</sup> הילה בן אליהו, "ידן גור אריה, יזנק מן הבשן" - הדן והדין, הדין והדיין, פרשת השבוע 227, וזאת הברכה התשס"ו, 4.

את הדין האידיאלי, אלא פתרון נכון וראוי לצדדים המסוכסכים. דין אמת היה מוביל לתוצאה אחרת. הדגש הוא אפוא לא על התוצאה, אלא על האופן שהמערכת המשפטית תופסת את תפקידה: ... שמא ראוי שיפתור ההליך את הבעיה לשביעות רצונם המוזר לעתים של שני הצדדים!?"

הרד"צ הופמן מכריע כי אין מדובר באחת האפשרויות הללו, ומוכיח זאת מהפסיקה. הוא מעמיד את האמת כערך עליון, וקובע כי הפיתרון של מלך קציא היה נכון ואמיתי רק באותו מקרה. הוא מעמיד את המקרה שם ('אוקימתא'), במצב בו היתה הקרקע נחלת אבותיו של המוכר מאז ומעולם, והתלבטות העולה בבית דינו של מלך קציא היא רק בשאלת הכוונה במכירה, התלבטות שנפתרה בדרך יצירתית<sup>71</sup>. לעומת זאת, במקרה רגיל, הפיתרון האמיתי והנכון הוא בדרך הדיונית הרגילה של 'המוציא מחבירו' – עליו הראיה'.

סיכומה של סוגיה מותיר בידינו את המסקנה כי המשפט העברי מחפש את הפיתרון האמיתי ולא דווקא יצירת סדר חברתי, והכללים הדיוניים מהווים כלי להגעה לפיתרון זה. ההנחה היא שהכלל הדיוני מסייע להגיע לפיתרון האמיתי, ועל כן יש לפעול לפיו, אלא אם כן פעולה בהתאם לכלל זה תמנע את בירור האמת.

## **2.2. דין אמת לאמיתו ודין מרומה**

עוד מציאות בה קיימת הכרעה בניגוד לכללים הדיוניים, לכאורה, מצויה גם מאחורי סוגית 'דין מרומה'. זהו אחד הדינים המיוחדים ועתירי המשמעות<sup>72</sup> בכללי הדיון של המשפט העברי. בהתאם לכלל, אם הדיינים רואים שעל פי כלל המשפט על פלוני להתחייב, אך ליבם אומר להם שיש כאן תרמית (העדים משקרים, או שהוטעו ע"י מי מבעלי הדין) - מוטל על הדיינים שלא להסתפק בגביית עדות רגילה כבכל דיני ממונות, אלא עליהם לחקור שוב ושוב את העדים, ואת כל פרטי המקרה, ולעשות כל שלאל ידם, על מנת לגלות את האמת ולחשוף את השקר, עד שיוציאו את הדין לאמיתו<sup>73</sup>. אם לא הצליחו לחשוף שום תרמית, אך תחושתם היא שהפסק שעליהם להוציא, לפי כללי המשפט, איננו תואם את האמת, עליהם לפרוש מהדין, ולומר שאין בכוחם לפסוק בשאלה זו, משום שהם חשים שהפסק שעליהם להוציא אינו נכון<sup>74</sup>. כאשר הנתבע הוא הנוכל, ופיתרון מעין זה עלול דווקא לשמח אותו, עליהם לפעול במשנה תוקף לבירור האמת<sup>75</sup>, ולפי חלק מהשיטות אף להוציא פסק דין לחובת הנתבע<sup>76</sup>. יסוד לדברים אלו נמצא, כמו רבות מהסוגיות העוסקות בחיוב האמת, בגמרא במסכת שבועות<sup>77</sup>:

מנין לדיין שיודע בדין שהוא מרומה [נרש"י: "שלמד מתוך דברי עדים שאין עדותם אמת"], שלא יאמר הואיל והעדים מעידין

אחתכנו, ויהא קולר תלוי בצואר עדים? ת"ל "מדבר שקר תרחק".

<sup>71</sup> שו"ת מלמד להועיל, שם, אות ה': "אמנם לפי זה קשה, אמאי לא הביא בש"ע סי' ר"ס דעפ"י מידת חסידות יחלוק, וביותר קשה על המרדכי דהביא האי מדרש, אעפ"כ לא כתב דיעשה לפנים משורת הדין ויחלוק עם חבירו. על כן נראה דהתם במעשה דמלכא דקציא, האי קילקלתא ודאי היתה אחוזת אבותיו של המוכר מעולם דליכא למימר שהיה שדה מקנה שקנו מאיש אחר, דא"כ האידן דן המלך שהאוצר יהי לבן ולבת של הבעלי דינים, דהא יכול להיות שהאוצר הוא של מוכר הראשון או של יורשיו, והיה לו לחקור על זה... אלא דהמוכר אמר דנתכונן למכור הקילקלתא וכל דבגוה וא"כ מכר גם האוצר. ובזה שפיר דן המלך שיחלוקו. אבל בנידון דידן דהמוכר לא זכה מעולם במטמון, אפילו מידת חסידות אין כאן ליתן לו פלגא", וראה גם אצל בן אליהו, שם.

<sup>72</sup> אם כי יהיו שיגידו שעוצמתו של דין זה, ויכולת ההרחבה שלו, הופכים אותו דווקא לדין בעייתי ומסוכן.

<sup>73</sup> וראה גולאק, יסודי המשפט, ח"ד, 73. יצוין כי אנו מתייחסים פה למשמעותו הפשוטה של המושג 'דין אמת לאמיתו'. בפועל היו שהסבירו אותו בכיוונים שונים. ראה, לדוגמא, בדרישה, חו"מ, א', ס"ק ב'.

<sup>74</sup> סנהדרין, ל"ב, ע"א.

<sup>75</sup> רמב"ם, סנהדרין, כ"ד, ט'.

<sup>76</sup> שו"ת הרא"ש, ק"ז, ו'; שו"ע, חו"מ, ט"ו, ד'. וראה דיון נרחב בעניין אצל סילבר, שערי משפט, 339-344.

<sup>77</sup> שבועות, ל', ע"ב – ל"א, ע"א.

הסיבה לדין זה היא ברורה. "שלא נצטוינו אלא על דין האמת"<sup>78</sup>. חשיבות ההגעה לפיתרון האמיתי עולה עשרת מונים על כללי העדות הפורמאליים. "דבר נראה לעין שבדין מרומה יש רשות לדיין לעשות דברים שהם כנגד הדין כדי להוציא דין לאמיתו"<sup>79</sup>. [אגב, מעניין כי במחקרים אקדמיים התברר שבמערכות משפטיות דתיות רבות נמנעים השופטים מלהתעמת עם עדויות, ולבצע חקירה ודרישה. זאת, מתוך שאיפה שקולר האחריות לטעות יהא תלוי בצואר העדים<sup>80</sup>. כאן באה ההלכה, ומודיעה לדיין כי הקולר יהיה תלוי בצווארו גם אם הוטעה ע"י העדים].

כהרחבה של דין זה קובע הרמב"ם הלכה ידועה ולפיה מלכתחילה הדין היה, לכאורה, רחב עוד יותר:

"יש לדיין לדון בדיני ממונות, על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת, והדבר חזק בליבו שהוא כן, אף על פי שאין שם ראייה ברורה; ואין צריך לומר אם היה הוא יודע בוודאי שהדבר כן, שהוא דן כפי מה שיידע. כיצד: הרי שנתחייב אדם שבועה בבית דין, ואמר לדיין אדם נאמן אצלו ושדעתו סומכת על דבריו, שזה האיש חשוד הוא על השבועה--יש לדיין להפוך השבועה על שכנגדו, ויישבע וייטול, הואיל וסמכה דעתו של דיין, על דברי זה. אפילו הייתה אישה או עבד נאמנים אצלו--הואיל ומצא הדבר חזק ונכון בליבו, סומך עליו ודן; ואין צריך לומר, אם ידע הוא עצמו שזה חשוד... וכן כל כיוצא בזה: שאין הדבר מסור אלא לליבו של דיין, שידון כפי מה שייראה לו שהוא דין אמת. אם כן למה הצריכה תורה שני עדים: שבזמן שיבואו לפני הדיין שני עדים ידון על פי עדותן, אף על פי שאינו יודע אם באמת העידו או בשקר"<sup>81</sup>.

דין מרומה, אליבא דהרמב"ם, נותר רק שריד לשיקול הדעת אדיר המימדים שהופקד מלכתחילה בידי הדיינים לפי שיטה זו (שיקול דעת שהרמב"ם מדגיש שצומצם עם השנים)<sup>82</sup>. 'דין מרומה' שימש בניין אב גם לכללי דיון נוספים. מבלי להרחיב נזכיר כי מכאן גם נלמדו כללי האומדנות במשפט העברי<sup>83</sup>, וכך גם נקבעו פיתרונות דיוניים לטיפול בבעלי דין אלימים וסרבני ציות<sup>84</sup>. ההלכה מאפשרת לבית הדין גם לשנות את נטלי הראיה<sup>85</sup>, להתייחס אל התחמקות ממתן מענה לטענה כאל מקרה בו הטענה הוכחה<sup>86</sup>, ובמקרים קיצוניים אפילו לקרוע שטר אשר חשוד

<sup>78</sup> שו"ת הרשב"א, ח"ב, סימן קמ"ח; וראה גם שפירא, השוואת, שד"מ.

<sup>79</sup> שו"ת הרדב"ז, חלק ו', סימן אלפיים רכ"ח, בנוגע לקבלת עדותם של פסולי עדות.

<sup>80</sup> ראה: Noel James Coulson, *Conflicts and Tension in: Islamic Jurisprudence*, Chicago 1969, 63.

<sup>81</sup> רמב"ם, הלכות סנהדרין, פכ"ד, ה"א. לניתוח מקיף ביותר של הלכה זו של הרמב"ם, ראה אצל יעקב בלידשטיין, 'האמת' של הדיין ככלי פסיקה במשנת הרמב"ם, **דיני ישראל** כ"ד (התשס"ז), 137; Yuval Sinai, 'Maimonides on the "Two Witnesses" Requirement', 19 *J. L. A.* (2011), 207.

<sup>82</sup> וראה בעיקר בהלכות ב' ו' ג' שם: "כל אלו הדברים, הן עיקר הדין. אבל משרבו בתי דינין שאינן גונון, ואפילו יהיו הגונים במעשיהם, אינן חכמים כראוי ובעלי בינה--הסכימו רוב בתי דיני ישראל שלא יהפכו שבועה אלא בראיה ברורה, ולא יפגמו שטר ויפסידו חזקתו בעדות אישה או פסול; וכן בשאר כל הדינין... ומניין לדיין שהוא יודע בדין שהוא מרומה, שלא יאמר אחתנו ויהיה הקולר תלוי בצוואר העדים--תלמוד לומר "מדבר שקר, תרחק". כיצד יעשה בו: ידרוש ויחקור הרבה, בדרישה וחקירה של דיני נפשות--אם נראה לו לפי דעתו שאין בו רמיות, חותך הדין על פי העדות. אבל אם היה ליבו נוקפו, שיש בדין רמיות, או שאין דעתו סומכת על דברי העדים, אף על פי שאינו יכול לפוסלן, או שנטוה דעתו שבעל דין זה רמאי ובעל עורמה והשיא את העדים, אף על פי שהן כשרים ולפי תומם הטעם, או שנראה לו מכלל הדברים שיש שם דברים אחרים מסותרין, ואינן רוצים לגלותם--כל אלו הדברים וכיוצא בהן, אם באו לדיין בדין--אסור לו לחתוך אותו הדין; אלא יסלק עצמו מדין זה, וידונו מי שליבו שלם בדבר. והרי הדברים מסורים ללב".

<sup>83</sup> להרחבה בכללי דין מרומה ואומדנות, ראה חפץ, גרדי אומדנה; כץ, האומדן.

<sup>84</sup> בבא מציעא, ל"ט, ע"ב; רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פ"ב, ה"ד: "כללו של דבר: כל שיעשה הדיין מדברים אלו וכוונתו לרדוף הצדק בלבד, שנצטוינו לרדפו, ולא לעבור הדין על אחד מבעלי דינין, הרי זה מורשה לעשות, ומקבל שכר, והוא שיהיו מעשיו לשם שמים"; שו"ת הרשב"א, ח"ב, סימן רפ"ג. סיכום הסוגיה מצוי אצל שייך, עוד על האמת וראה גם אצל Hanina Ben-Menahem, 'Is Talmudic Law A Religious Legal System? A Provisional Analysis', 24 *Journal of Law & Religion* (2008-2009), 379 ("Menahem, Is Talmudic").

<sup>85</sup> שו"ת מהרי"ק, שורש קפ"ו; שו"ת מהר"ם מינץ, סימן צ"ז; רמ"א, חו"מ, ט"ו, ד'. וראה דיון מקיף בפרשת מוסדות פלוניס, 13-15.

<sup>86</sup> סמ"ע, חו"מ, ט"ו, י"ג, מצטט את דברי הרא"ש: "אם הנתבע לא רוצה להשיב על כל דבר שחוקר אותו - ודאי רמאי הוא ויכול לפסוק לו כאילו השיב לו ונתברר השקר"; ש"ך, שם, ג'. וראה גם בתיק (נת' 288169/3, פלוני נ' פלונית (פורסם בנוב, 20.10.10), שם בוצע ניתוח מקיף של עניין דין מרומה, ושם נכתב בין היתר: "לפנינו עומדת נתבעת אשר הולכת בדרך פתלתלה של כחש, תוך גלגול עיניים צדקני המתגלגל לכיוונו של בא כוחה... בפרשייה משפטית עגומה זו ממשיכה הנתבעת להלך בעקביות בדרך עקלקלה תוך העלמת ראיות

בעיניהם כמוזיף<sup>87</sup>. [ניתן לציין גם כלל שייתכן שהינו בעל רציונאל דומה - 'שודא דדייני'<sup>88</sup>, ולפחות כפי שמבאר אותו הרשב"ם, "לאותו שיהא נוטה לב הדיינים, שהיה הנותן אוהבו או קרובו, שודאי להוא גמר ואקני"<sup>89</sup>]. הלכת 'דין מרומה' (מבלי להיכנס כאן לפרטים, הזוקקים הרחבה<sup>90</sup>) נפסקה להלכה גם ע"י ר' יוסף קארו בשולחן ערוך<sup>91</sup>. כהרחבה וכלקח מהלכה זו, המבהירה בצורה החדה ביותר שבמוקד ההליך במשפט העברי עומד הרצון להגיע לתוצאה אמיתית, פסק השולחן ערוך<sup>92</sup> כי אל לדיין להתעלם מלבבו:

"יש לדיין לדון דיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להם שהם אמת, והדבר חזק בליבו שהוא כך, אף על פי שאין שם ראייה ברורה..."<sup>93</sup>.

יצוין, כי על אף שהדברים נראים כמובנים מאליהם בכל שיטת משפט, הדברים אינם ברורים. בדין הכללי פעמים רבות כבול השופט בחומר הראיות ובטענות כפי שהוצגו לו, גם כאשר תחושתו הינה שהדין עם הטוען. גדולי ישראל הבינו את הדברים כקריאת כיוון לדיין להבין את הטענות והעובדות על אמיתותן, להסתמך לא על הנאמר והנטען בלבד, אלא גם על מה שמסתתר מאחורי ומתחת לנאמר, ללמוד את הטענות, ולא רק לשומען, לקרוא בין השורות, לברור בטוב שכלו בין האוכל לפסולת ולהבחין בעקימת שפתיים<sup>94</sup>. כך קבע ר' חיים בן עטר<sup>95</sup>:

"עוד יראה להזהירם להתחכם מתוך הדברים הנאמרים בין הטוענים, להכיר אמיתות הענין. והגם שע"פ הטענות יזכה הזכאי

ויתחייב החייב. אם ניכרים מתוך סדר דבריהם ומעקימת שפתייהם היפך מה שנתחייב הדין, אין לדיין אלא מה שענינו

רואות. והוא אמרו "שמוע" – לשון השכלה, "בין אחיכם" – ... מה שיעברו ביניהם מהדברים ומהתוכחות, "ושפטתם צדק"

---

והפרת צווים שיפוטיים שניתנו על ידנו. הפרות אלה מאופיינות בחוסר תום לב ומלוות בהצטדקות מפולפלות ונפתלות... הנתבעת מסתתרת לה מאחורי ההלכה ש"אין דבר שבערוה פחות משניים" ובכך היא מרשה לעצמה להתנהג ככול העולה על רוחה: להסתיר ראיות, להפר החלטות שיפוטיות, וחמור מזאת - לנסות להטעות את בית הדין, תוך הצטדקות מפולפלת פתלתלה ועקלקלה. במשפט העברי קיימת להתנהלות הזו הגדרה ברורה וחדה - "דין מרומה"!... בדיני ממונות מלבד מערכת ההוכחות והעדויות, קיימת מערכת נוספת – מערכת של טענות. הלכות טוען ונטען. כאשר טענתו של התובע בריאה וברורה יותר מטענתו של הנתבע – יפסיד הנתבע בשל טענתו הגרועה ויתחייב לשלם לתובע את סך תביעתו... אך כל זה כאשר הנתבע טוען לכל הפחות טענת "שמא"... אולם כאשר הנתבע אינו רוצה כלל להשיב על טענתו של התובע, או שיש לחשוד שטענתו היא טענה מרומה – כאן לכולי עלמא יזכה התובע בדינו מכות טענתו...". (וראה גם בתיק (נת' 765289/2, פלונית נ' פלוני (פורסם באתר 'דעת', 30.12.12).

<sup>87</sup> שו"ת הרשב"א, ח"א, סימן אלף קמ"ו.

<sup>88</sup> ראה בבא בתרא, ל"ד, ע"ב, בנוגע ל"שני שטרות היוצאים ביום אחד".

<sup>89</sup> רשב"ם, שם, ד"ה "שודא דדייני". זאת, בניגוד לעמדת ר"ת (תוספות, שם, ד"ה, "שודא"), הסבור כי הדיין יכול לתת לפי רצונו האישי. ראוי לציין כי פרופ' אטינגר סבור כי הסוגיה שם אינה מתקשרת לשאלה מהי האמת בפועל, אלא רק לשאלה להיכן נוטה ליבו של הדיין (ומכאן נובעת עמדת ר"ת), ראה אטינגר, ראיות במשפט העברי, 191, בהע"ש 22. עם זאת, מלשונן של הרשב"ם נראה בהחלט כי יש קשר ענייני בין הסוגיות.

<sup>90</sup> להרחבה ראה גם מלמד, פניני הלכה, 145; כהן, דין אמת; Sinai, ibid; שוחטמן, סדר הדין, 331; אטינגר, שם, 190-191; שוחטמן, מדבר שקר, 288-291; סיני, השופט, 445-459; יובל סיני, כוחו של דיין בדין מרומה וביקים לי בגוה"י במשנת הגאונים והרמב"ם, מעליות כ"ה (התשס"ה), 269; אילוז, דין מרומה; ע"פ 7637/05, שלמה יוסף נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.7.07); פיסקה ח' לפסק דינו של הרב רבינוביץ' בתיק ביה"ד הרבני (י-ם), 1-35-8935, מוסדות פלוניס נ' יואל ובילה ק' (פורסם בנבו, 5.7.07; להלן: "פרשת מוסדות פלוניס").

<sup>91</sup> שו"ע, חו"מ, ט"ו, ג'. וראה גם קירש, למהות הפרוצס, 134.

<sup>92</sup> שו"ע, חו"מ, ט"ו, ה'. וראה פתחי תשובה, שם, ט', המאריך להוכיח מהפוסקים כי: "...היכא דאיכא אומדנות טובא ולבו של הדיין שלם בדבר והוא מומחה בדרו ומוחזק איש ישר שאינו נושא פנים, מותר לדון ע"פ האומד אף בזה"ז", כתב בהגה, מי שבא להפקיע תק"ח בערמה ותחבולות וכ"ש לגזול של חבירו, חייבים חכמי הדור לבטל כונתו אע"פ שאין כאן ראייה רק אומדנות מוכיחות היטב, ע"כ. ואדרבה נ"ל דעכשוו יותר יש לדון על פי האומד והיושר, דהרי הסכמת האחרונים דהאידינא לית דידע למידן דין תורה כו', רק שצריך כל דיין להיות מתון בדין בכל מאמצי כחו ולדון דין אמת, ואם רואה שהדין מרומה יכול לדון ע"פ האומד לראות לפשר הדבר או להפך השבועה על שכנגדו כו', רק שיהא כונתו לשם שמים".

<sup>93</sup> וראה בהמשך הסעיף שם על ההגבלה המסוימת שחלה בהלכה זו "משרבו בתי דינים שאינם הגונים ובעלי בינה". עם זאת, גם לאחר ההגבלה זו מצטט הסמ"ע (ס"ק ט"ו) את דברי המהרי"ק "דאף בזמן הזה מוטל על הדיין לדון ע"פ האמת שנתאמת לו, ולא ע"פ הטענות אם הם מכחישות האמת", וראה גם במקורות אליהם מפנים הסמ"ע והש"ך (ס"ק ו').

<sup>94</sup> בן-יעקב, בצדק תשפוט, מ"ו.

<sup>95</sup> אור החיים, דברים, א', ט"ו. וראה גם אור החיים, ויקרא, י"ט, ט"ו: " עוד יכוון באומרו, לא תעשו עוול במשפט - אזהרה לדיין, שהם שהמשפט יגיד לחייב את זה ולזכות את זה, אם בעיניו נראה כי הוא עוול, לא יעשו עוול זה בשביל מה שנתחייב במשפט, אלא אין לדיין אלא מה שענינו רואות...". וראה גם ע"פ (ת"א) 1419/86, יהושע טסה נ' מדינת ישראל, פ"מ תשמ"ח (1), 309 (להלן: "פרשת טסה"), 323-324.

- ... כפי שיתברר לכם שהוא צדק, הגם שיהיה הפך משפט הסדור. שהמשפט לא בא אלא לדיין שאינו יודע בירור לדבר,

ואין לדיין אלא מה שעניו ראות"

וכך כתב גם הגר"א :

"כי נצרך לזה ב' תנאים, א' שידע הד"ת בבירור, השנית מלבד זה צריך שיהי' חכם להבין עם מי חותמת האמת ולמי טענת הפסולים, כי בלאו זה אעפ"י שידע היטב הדין מ"מ יכול להיות שלהשקן נודע לו הטענות שיכול לצאת זכאי בדין עבורם... אבל אם שני אלה לו... אז יוצאים הבעלי דינים מפורשים ובלב שמה, וכלי שום טינא בלב איש על חבירו, כי גם השקן יודע שבדין נתחייב"<sup>96</sup>.

ואכן, כתוצאה מדברים אלו היו מדייני ישראל, אשר יצרו לעצמם מדיניות שכל תפקידה להימנע מדין מרומה, ואף הרחיבו זאת לכל דין הנוגד, לכאורה, את השכל הישר. כך, למשל, מביא ר' יצחק וייס, במסורת איש מפי איש, עד לרב דובריש אשכנזי, הרב מלובלין, בעל "נודע בשערים":

"מ"מ נשארתי בצ"ע, והוא עפ"י אשר קבלתי מהגאון הגדול מראדימישלא וצ"ל... הי' אומר כללו, ואח"כ ראיתי שכן כתב גם בספר בשו"ת חבצלת השרון מדודו הגאון הגדול וצ"ל... וז"ל: מראש כל אמינא להו מה ששמעתי מפי הרב הגאון מוה"ר דובעריש ראפיפארט... שהי' מקובל מפי רבו הגאון בעמח"ס נודע בשערים... שבבואו לפניו איזה שאלה, מקודם הוא שוקל בשכלו על אמיתת הענין לפי שכל אנושי שהדבר אמת, אז הוא מעיין עפ"י חוקי תוה"ק מה משפטו, וכן הוא אצלי עכ"ל. וכ"ז עבר במחשבתי, שהי' קשה לי המציאות..."<sup>97</sup>.

נדגיש, כי ישנם מספר פסקי דין<sup>98</sup> במשפט הישראלי, הסוברים כי כללי המשפט המרומה, והיכולת לדון בניגוד לראיות שנשמעו, חלים גם בו. בנוסף, יש טוענים כי כללים דומים<sup>99</sup> חלים בו מכח הסמכות הטבועה שניתנה בידי של בית המשפט, וזאת בייחוד בתחום כללי הדין<sup>100</sup>. למרות זאת, לא ברור עד כמה בא כלל זה בפועל לידי ביטוי

<sup>96</sup> קול אליהו, שופטים, אות קט"ז (מהדורת פיעטרקוב, כ"ג, ע"ב). וראה גם אדרת אליהו, דברים, י"ג, ט"ו, ד"ה "ודרשת וחקרת היטב": "אבל הנראה שהדיין צריך להיות חכם בתורה שיפסוק הדין ע"פ התורה, וצריך להיות בקי בדרך ארץ, כדי שלא יהיה הדין מרומה... שחכמים נקראים חכמים בתורה, ופקחים נקראים שבקאים בדין... וזהו שאמר הדין אמת הוא דין תורה, ויכול להיות שדן על פי ד"ת אבל הוא מרומה, לכך אמר הדין אמת לאמתו לאפוקי דין מרומה... והנה אמת נכון הדבר – אמת הוא ע"פ ד"ת, נכון – שלא יהא מרומה". וכך גם בחידושי וביאורי רבינו הגר"א, שבת, י', ע"א, ד"ה "תוס"': "ויש דין שהוא אמת, אבל אינו לאמיתו של תורה, ר"ל הדין מבין שהדין מרומה ואם יפסוק לאמיתו של תורה – אין הדין אמת, דינו שצריך לדיין לפסוק לפי טענותיהם הדין, אף שמן התורה אין לו לפסוק כך", וכן בפירושו למשלי, ו', ד'. לענין זה ראה גם שו"ת עטרת פז, ח"א, ג', ג': "שיהיה אמת גם לפי דין תורה, וגם אמת מצד המציאות, וזה יהיה על ידי שיחקור היטב את העדים ובעלי הדין עד שיוציא מהם את האמת הצרופה..."; ערוך השולחן, חו"מ, ט"ו, ג'; שו"ת ציץ אליעזר, ח"ח, סימן ס"ג, המספר על הרב צ"פ פרנק: "ידע גם ידע לער מערומי בני האדם, היחיד, והציבור, שמערימים הרבה פעמים מסיבות שונות על פני המציאות הנכונה ומעלים עליה צעף של אמת-מדומה, ולחדור פנימה אל נקודת האמת כדי ללדון דין אמת לאמיתו"; דבר המשפט, ח"ג, 148: "שמע בין אחיכם כלומר שמיעת טענות בעלי הדין, ואעפ"כ ושפטתם צדק, אל תשפט לפי הטענות כפי שהושמעו, אלא צדק הדין לכל עומק מהותו ואח"כ תתכחו, כי רק בדרך זו מובטח לדיין לשפוט משפט צדק ודין אמת לאמתו".

<sup>97</sup> שו"ת מנחת יצחק, ח"ט, סימן ק"ן, וראה גם שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן ש"ס; שו"ת שבות יעקב, ח"ג, סימן קמ"ב. אך ראה, לעומת זאת, בשפת אמת, שופטים, תרמ"ה: "במדרש אני ה' אוהב משפט. משל למלך שהי' לו פרדס שאוהב אותו, נתנו לבנו שאוהב אותו ע"ש. פי' מה שנותן מצות מניית שופטים לבניי, הוא מתנה מאת השייית, כי אין המשפט ע"פ שכל אנושי, רק שבניי המה כלים שהקב"ה משפיע להם דעת ורוח הקודש לעשות משפט".

<sup>98</sup> פרשת ברוכוביץ, 697; בג"צ 702/81, אוריאל מינצר נ' הוועד המרכזי של לשכת עורכי הדין בישראל, פ"ד לו(2), 1, 17-19 (1982); פרשת מועדי, 259; ע"א 1354/92, היועץ המשפטי נ' פלונית, פ"ד מח(1), 711, 748 (1994).

<sup>99</sup> שוחטמן, סדר הדין, 10.

<sup>100</sup> גולדשטיין, הסמכות הטבועה, 39-40: "המינוח 'סמכות טבועה' ודומיו ננקט לתיאור כוח בית משפט ליצור, במקרים יוצאי דופן, כלים במישורי הפרוצדורה וביזיון בית המשפט, למען ההגנה על יכולתו התפקודית מוסדית, להבטחת אי ניצול הליכיו לרעה ומניעת אי צדק בולט, העלול לנבוע מקביעת מועדים לעשיית פעולה בפסק דין".

בפסיקה, ובפרט לאור הפסיקה אשר הגבילה את השימוש בסמכות הטבועה למקרים חריגים ביותר<sup>101</sup>. עם זאת, חשוב להדגיש כי חשיבותו של הכלל במשפט הנוהג במדינת ישראל פחותה בהרבה, בשל העובדה שמלכתחילה שיקול הדעת של בית המשפט, בנוגע לסוג הראיות שעליו לקבל, גדול בהרבה מזה שניתן לדיין במשפט העברי. מכאן נעבור לדיון בכללים הדיוניים של המשפט העברי, ונבחן את הדרכים בהן דאג המשפט העברי להבטיח את הערכים המשמעותיים לו, ובייחוד את בירור האמת.

#### ד. חשיבות האמת בטיעון בפני ביה"ד

##### 1. השיטה האדברסרית והשיטה האינקוויזיטורית

###### 1ד(א). השתתפות בהעלאת הטענות

ישנן שיטות שונות לניהול המשפט. שתי השיטות הבולטות בעולם המערבי, הן השיטה האדוורסרית, המצמצמת את מעורבות בית המשפט בהליכים המתנהלים לפניו, והשיטה האינקוויזיטורית, המעודדת מעורבות מעין זו<sup>102</sup>. אין כל ספק ששיטה אדברסרית, מעצם הגדרתה, מוותרת על השאת הסיכויים לבירור האמת<sup>103</sup>, וזאת למען הקפדה על השארת היוזמה לידי בעלי הדין, והדגשת אי ההתערבות של השופט במערכה הניטשת לפניו, או כפי שקובע סיני: "אי-אמירת האמת בכתבי הטענות היא, כפי שנראה להלן, חלק בלתי נפרד מהשיטה האדוורסרית המסורתית"<sup>104</sup> [יובהר, כי השיטה אינה מתנערת מהאמת במוצהר, אלא מבקשת מהשופט כי "האמת" שעליו לקבוע היא "האמת" המוצגת לפניו בגדר טענותיהם וראיותיהם"<sup>105</sup> של הצדדים לסכסוך, כאשר ההנחה היא שדרך זו תובטח השקעה מקסימלית של הצדדים לשם בירור האמת<sup>106</sup>]. שיטה אינקוויזיטורית, לעומת זאת, מעודדת התערבות של בית המשפט בהליך, לשם הבטחת גילוי האמת, גם אם זו באה על חשבון ההליך ההוגן ומראית פני הצדק<sup>107</sup>. "לפי שיטה אינקוויזיטורית טהורה תפקידו של השופט בניהול המשפט הוא מרכזי. האחריות לרדת לחקר האמת (האמת לאמיתה – כך טוענים – ולא האמת שבעלי הדין מביאים לפניו) מוטלת עליו ואין להשאיר עניין כה חשוב לשיקול דעתם של בעלי הדין ולשגיונותיהם. רק בדיקה יסודית של הראיות על-ידי השופט עצמו או ביזמתו, יכולה להביא לתוצאה נכונה וצודקת יותר של המשפט"<sup>108</sup>.

<sup>101</sup> פרשת שקולניק, 285: "מוטל עליו להישמר מפני עשיית שימוש בסמכות האמורה במקרה שבו אין ההימנעות מכך מובילה לאי-צדק ברור ובולט. ראוי לזכור, שבעצם השימוש בסמכות האמורה יש משום פגיעה בעקרונות הכלליים המקובלים".

<sup>102</sup> להשוואה מקיפה של השיטות ראה לוין, תורת הפרוצדורה, 149-159.

<sup>103</sup> גינוסר, מבוא לתורת הדין, 59.

<sup>104</sup> סיני, הדוקטרינה, 197. וראה גם שם בעמ' 200-201, בתיאור שני החסרונות העיקריים של השיטה: הקשיים לגלות את האמת ואווירת התחרות וההתנצחות המונעת את בירור האמת, ובמקורות המובאים שם בהערות שוליים 159-165.

<sup>105</sup> לוין, תורת הפרוצדורה, 121-122.

<sup>106</sup> וראה: Jones v. National Coal Board [1957] 2 Q.B. 55: "Was it not Lord Eldon, LC, who said in a notable passage that **truth is best discovered by powerful statements on both sides of the question**" ; Frankel, The Search, 1037-1038 ; Monroe H. Freedman, Judge Frankel's Search For Truth, 123 U. Pa. L. Rev. (1975), 1060, 1064.

<sup>107</sup> להרחבה ראה אצל מרדכי קרמניצר, 'התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת, או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת המשחקים', משפטים י"ז (התשמ"ז), 475, ובמאמרי התגובה הנספחים למאמרו.

<sup>108</sup> לוין, שם.



ממילא מובן שמי שמציג את גישתו של המשפט העברי כגישה אינקוויזיטורית קלאסית, טוען, למעשה, כי בית הדין מעמיד את גילוי האמת בראש מעייניו. זוהי, לדוגמא, עמדתו של שוחטמן<sup>109</sup>, זוהי עמדתם של וינר ומאק<sup>110</sup>, וזוהי גם עמדתו של גולאק, המדגיש כי העיקרון העומד מאחורי הדברים הוא של גילוי האמת (בדומה לדבריו של שוחטמן<sup>111</sup>):

"לפי דינינו גם הטענות כשהן לעצמן אינן דבר המסור לגמרי לבעלי הדין, אלא בית דין כאילו משתתפים בהן ומסתייעים

מהן להוציא הדין לאמיתו"<sup>112</sup>.

הוא גם מבהיר, שרק החשש מאי הגעה לאמת מונע מבית הדין את ההתערבות במסכת הטענות:

"הם רשאים לסייע לו ולפתוח ולומר לו זכות, ובלבד שלא ילמד מדבריהם להערים ולטעון טענת שקר".

מאלף להשוות את הדברים לתפיסה הרווחת, ולפיה לאור מטרותיה של תורת הדין האדברסרית השופט איננו מחויב להגיע לחקר האמת<sup>113</sup>, אלא רק לבחור בין טענות הצדדים כפי שהן מוצגות בפניו ברמה העובדתית וברמה המשפטית<sup>114</sup>:

"The judge is not responsible for there being an adequate development of the evidence during trial and a fortiori is not responsible for there being adequate pretrial discovery of evidence. Nor is the judge responsible for getting at 'the truth' – the judge simply chooses between the contentions of law and the versions of fact laid before him by the parties".

כאן חשוב להוסיף, שבניגוד לכל שיטה המוכרת לנו כיום<sup>115</sup>, הדיין בדין העברי יכול ומחויב להיות לפה למי שאין לו היכולת לטעון<sup>116</sup>. בית הדין טוענים לחרש ולשוטה<sup>117</sup>, ליורש וללוקח<sup>118</sup>, למי שהוא במדינת הים<sup>119</sup> ובענייני ריעותא בשטרות<sup>120</sup>. הדיין גם יכול לסייע לבעל דין המתקשה לטעון מפאת המעמד, "ראה הדיין זכות לאחד מהם, ובעל דין מבקש לאמרו ואינו יודע לחבר הדברים, או שראוהו מצטער להציל עצמו בטענות אמת, ומפני החימה

<sup>109</sup> שוחטמן, סדר הדין, 8: "אם נבקש לבחון את שיטת הדיון של המשפט העברי... נמצא, כי בעיקרו של דבר מבוססת שיטת דיון זו על התפיסה האינקוויזיטורית...".

<sup>110</sup> וינר ומאק, קוים לתיקונים, 140-141.

<sup>111</sup> שוחטמן, שם, 9: "מעמדו של הדיין במסגרת הדיון בבית הדין הרבני נובע מן החובה הדתית המוטלת על הדיין לדון דין אמת... על פי התפיסה המנחה את הדיין בדין העברי עליו לחקור בעצמו את בעלי הדין ואת העדים כדי להבטיח, ככל שניתן, הוצאת דין אמת".

<sup>112</sup> גולאק, יסודי המשפט, ח"ד, 198. וראה גם הרב אריאל בראלי, מידת המעורבות של השופט במשפט, אבני משפט א' (התשס"ב), 7; הרב אריאל בראלי, טוענים ליורש וללוקח, אבני משפט ג' (התשס"ד), 89.

<sup>113</sup> וראה בהרחבה קרייני, שם, 578-582.

<sup>114</sup> Geoffrey C. Hazard, Discovery and the Role of the Judge in Civil Law Jurisdictions, 73 *Notre Dame L. Rev.* (1998), 1017, 1019; וראה גם: Landsman, Readings, 2.

<sup>115</sup> לכל היותר תסייע היום המדינה בקבלת עו"ד מטעם הסיוע המשפטי, אך השופט לעולם לא יעלה את הטענה בשביל בעל הדין. לסיכום הדברים ראה אצל חבה, שם, 365-375.

<sup>116</sup> ירושלמי, סנהדרין, פ"ג, ה"ח: "רב הונא כד הוה חזי זכות לברנש, ולא הוה ידע ליה, הוה פתח ליה על שום "פתח פיך לאילם""; קירש, למהות הפרוצס, 136.

<sup>117</sup> כתובות, ל"ו, ע"א; וראה לעניין יישום ההלכה בערעור תשכ"ה/23, א. נ' ב., פד"ר ה', 298.

<sup>118</sup> בבא בתרא, מ"א, ע"א.

<sup>119</sup> טור, חו"מ, ק"ו.

<sup>120</sup> שו"ע, חו"מ, מ"ב, ג'.

והכעס נסתלקה ממנו, או נשתבש מפני הסכלות, הרי זה מותר לסעדו ולהבינו תחלת הדבר, משום פתח פיך לאלם"<sup>121</sup>.

הטור מבהיר כי הסיבה לדין זה היא גילוי האמת: "וני" שאפילו אם לא יטעון הנתבע, חייב הדין לטעון כדי להוציא הדין לאמיתו"<sup>122</sup>. בפועל, כאשר תבע התובע סכום, אך הגיע אליו מטעמים שגויים, קבע ביה"ד כי יש לפסוק לטובת התובע, שכן "...אילולי היה לו מושג בחוקי הלכה היה מבסס את תביעתו, ומכוון את דבריו כהלכה, והיה זוכה בדין"<sup>123</sup>. בעקבות דברים אלו, עלו גם במשפט הישראלי הצעות לתיקון התקנות ע"פ עקרונות דומים אשר יאפשרו סיוע (וראה גם לעיל בדברינו בנוגע לשינוי חזית ולפסיקה מעבר לגובה התביעה)<sup>124</sup>. הפסיקה בעניין זה נותרה במחלוקת בנושא, כאשר השופטים זוסמן (המיצג את הגישה הפורמליסטית-דווקנית) וברנזון (המייצגת את הגישה הגמישה – מחפשת האמת) הביעו עמדות סותרות בעניין"<sup>125</sup>.

ואולם, גם העמדות המתנגדות לגישה האינקוויזיטורית, המסתמכות על הכלל המופיע במשנה בשם יהודה בן טבאי "אל תעש עצמך כעורכי הדיינים"<sup>126</sup>, נשענות על אותה מגמה בדיוק – **המגמה להביא לבירור האמת**. עמד על כך בהרחבה סיני<sup>127</sup>, אשר איבחן את העובדה שדווקא "ההנמקה האינקוויזיטורית המרכזית ביותר משמשת – לדעת רבים מחכמי ההלכה – כנימוק מכריע כנגד השיטה האינקוויזיטורית עצמה, המאפשרת לדין לגלות מעורבות בהליך הדיוני"<sup>128</sup>. שני טעמים מרכזיים ניתנו לחשש לפיו מעורבות הדין תפגע בגילוי האמת:

א. הטעם הראשון נעוץ בחשש שהתערבות הדין בדיון תחשוף, מבלי משים, את הלך מחשבתו בנוגע לעניין הנידון לפניו, וממילא הוא יסייע בכך לבעלי הדין להציג את הטענות שימצאו יותר חן בעיניו, וזאת, גם אם אלו פחות אמיתיות<sup>129</sup>. בכך מקושרת המשנה בצורה ישירה למשנה הסמוכה לה, אשר בה מזהיר שמעון בן שטח את הדיינים: "והוי זהיר בדבריך, שמא מתוכם ילמדו לשקר"<sup>130</sup>.

<sup>121</sup> שו"ע, חו"מ, י"ז, ט'. וראה גם שו"ת הרשב"א, ח"ב, סימן שצ"ג: "ומכל מקום, פעמים יש שאפילו בית דין טוענין בשבילו... 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 דן 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". וראה גם בפסק בית הדין האזורי בתיק 041989237-13-1 (פורסם ביהדין והדיין 3, 8, 17.5.00).

<sup>122</sup> טור, חו"מ, סימן מ"ב, אות ג' במהדורת "שירת דבורה" (דף ע"ג, ע"א, במהדורות הישנות).

<sup>123</sup> ערעור תשי"ז/157, א. נ' ב., פד"ר ד', קע"ה, וראה סיכום מקיף של הסוגיה אצל דרנס, שם, ק"ה-ק"י.

<sup>124</sup> וינר ומאק, שם, 141.

<sup>125</sup> פרשת זמל. השופט ברנזון כתב כי: "לדעתי, יש לראות בעין יפה נקיטת יזמה כזאת מצד בית-המשפט בכל מקרה שבו נראה לו כי הדבר דרוש למען עשיית משפט צדק. אין כל רע בכך שבית-המשפט ינהג לפי הכלל של "את פתח לוי" כשנראה לו כי הדבר צודק מבחינת הענין העומד לדין כפניו. המשפט איננו משחק... וברור לי כי בית-המשפט לא ימלא את תפקידו היסודי הכלול בשבועת האמונים שלו "לשפוט את העם משפט צדק" אם יירתע מלהפעיל את מלוא סמכותו החוקית כאשר הוא משוכנע כי התערבותו דרושה למען עשיית משפט צדק, מחשש של מה יאמרו הבריות" (עמ' 233-234 לפסה"ד). לעומתו, השופט זוסמן כותב כי: "קראתי בצער שחברי הנכבד השופט ברנזון מצדד בשינוי נוהג זה, והוא סבור שיש לראות בעין יפה נקיטת יזמה שכזאת מצד השופט... הרעיון המונח ביסודו של הכלל שהשופט אינו פותח לבעל-דין הוא, שבעל-דין המתניצב לפני בית-המשפט עומד מול בעל-דין-יריב, ולעולם אין לו לחשוש לכך שיעמוד גם מול שופט-יריב. אם לא יצטמצם השופט בדיון בטענות בעל-הדין, אלא יירד לזירת ההתגוששות... ייהפך הוא למעשה לפרקליטו של צד" (עמ' 236-237).

<sup>126</sup> אבות, פ"א, מ"ח.

<sup>127</sup> סיני, אל תעש, 104. מקור הדברים אצל סיני, מעורבות.

<sup>128</sup> עם זאת, סיני אינו מתעלם גם מעמדות שונות, ובעמ' 119-115 הוא מתייחס גם לגישות הרואות בחיוב סיוע ולימוד הטענות לבעלי הדין בידי בית הדין בעניין, ומעמידות כהוראה משמעותית יותר את הכלל "פתח פיך לאלם".

<sup>129</sup> סיני, אל תעש, 104 ובהע"ש 71.

<sup>130</sup> אבות, שם, מ"ט.

ב. הטעם השני נעוץ בטעמים פסיכולוגיים<sup>131</sup>. ההנחיה באה למנוע את ההשפעה הנפשית, שעלולה לצמוח מהתערבותו של הדיין, על יכולתו לפסוק מבלי להיות מוטה<sup>132</sup>. כך דיין אשר במהלך הדיון נוטה לסבור כי האמת מצויה עם אחד מבעלי הדין, הוא 'משוחד' ברמה כזו או אחרת, ויתקשה מאד לשנות את דעתו הקדומה בעת שיבוא להכריע את הדיין<sup>133</sup>. נוכח האמור, על הדיין לשמור על ריחוק מעמדותיהם של בעלי הדין, ולהימנע מסיוע בעריכת טענותיהם. זו גם הסיבה לציווי המופיע בסיפא של המשנה, "וכשיהיו בעלי הדין עומדים לפניך – יהיו בעיניך כרשעים"<sup>134</sup>. לא למותר לציין כי עמדה זו שונה לחלוטין מהעמדה המקובלת בפסיקה בישראל, הסבורה כי שופט מקצועי יוכל בנקל לחזור בו מעמדתו הראשונית<sup>135</sup>.

ניתן למצוא בדברים גם הפרעה פסיכולוגית לכיוון ההפוך. בעל דין המזהה כי השופט מתערב לרעתו, עלול לחשוש ולאבד את חוט המחשבה שלו. ובכך יאבד את היכולת לטעון את טענותיו, גם אם אלו טענות ראויות<sup>136</sup>. הדבר דומה לדבריו של רש"י<sup>137</sup>: "לא תכיר פנים – אף בשעת הטענות. אזהרה לדיין שלא יהיה רך לזה וקשה לזה, אחד עומד ואחד יושב, לפי שכשרואה שהדיין מכבד את חברו – **מסתתמין טענותיו**". סיני מזהה גם עמדה שלישית, מורכבת יותר, שמציג הרמב"ם. סיני מראה כיצד מחלק הרמב"ם בין שני שלבים בדיון המשפטי. בשלב הראשון, שלב שמיעת טענות הצדדים, מזהה סיני בדברי הרמב"ם חוסר פורמליזם קיצוני, כאשר סדרי הדין פשוטים ביותר. לעומת זאת, בשלב השני של פסיקת הדין, בית הדין עובר להתמקד אך ורק בשקלא וטריא המשפטית<sup>138</sup>. לטענתו של סיני, גם דרכו של הרמב"ם מונעת מהערך העליון של גילוי האמת לגישתו<sup>139</sup>, באופן פרדוקסלי, דווקא חוסר הידע המשפטי של בעלי הדין הוא שמאפשר להגיע לגילוי האמת העובדתית. הדיון מנוהל, למעשה, בידי בעלי הדין עצמם, כאשר הדיין מסתפק בכך שבעלי הדין יוכלו לברר את טענותיהם העובדתיות בפניו. גילוי האמת ינבע מן העימות החי הנערך בין בעלי הדין עצמם ללא סיוע מגורם אחר כלשהו. דווקא חוסר ניסיונם של בעלי הדין, יציג את גירסתם הפשוטה והאותנטית, ויביא לבירור האמת בדרך המיטבית.

<sup>131</sup> סיני, אל תעש, 104-105, ובייחוד בהערות 72 ו-74. וראה עוד על הנמקות 'פסיכולוגיסטיות' בהליך הדיוני ראה אצל אילה משאלי, 'שמע בין אחיכם ושפטתם צדק', **הדף השבועי** 196 (בהוצאת אוניברסיטת בר אילן), דברים התשנ"ז, בטקסט מעל הע"ש 8-9.

<sup>132</sup> טענה דומה מופיעה אצל משה שלגי, תגובה למאמר 'התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת, או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת המשחקים', **משפטים** י"ז (התשמ"ז), 503, 504, בבואו למנוע אימוץ אלמנטים מההליך האינקוויזיטורי לתוך שיטת המשפט הישראלית.

<sup>133</sup> וראה גם בדברי השופט רובינשטיין בפסקה ב' לפסק דינו בע"מ 4011/05, **דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים (חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ)** (פורסם בנבו, 11.2.08); בע"מ 4808/04, **פלונית נ' פלוני**, פ"ד נט(3), 132, 143 (2004).

<sup>134</sup> אבות, שם, מ"ח.

<sup>135</sup> יגאל מרזל, **דיני פסלות שופט**, (ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, התשס"ו-2006; להלן: "מרזל, דיני פסלות"), 92-94; ע"פ 9302/01, **יאיר כרמל נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה "לודים"** (פורסם בנבו, 20.12.01); ע"פ 1640/04, **יעקב קקון נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 15.3.04); ע"פ 1179/94, **נסים אשכנזי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(5), 320, 327 (1994); ע"פ 6752/97, **רפי פרידן נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(5), 329, 335 (1997); ע"פ 7724/02, **יוסף צבי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 3.10.02). לביקורת על גישה זו ראה אצל יששכר רוזן צבי, 'האם שופטים הם כבני אדם? כינון דמות השופט בראי כללי הפסלות', **משפט וממשל ח' (התשס"ה)**, 49; חמי בן נון, 'הטיות קוגניטיביות והחלטות שיפוטיות – אינטואיציה וחשיבה סדורה במלאכתו של השופט', **שערי משפט ה' (התש"ע)**, 177 (להלן: "בן נון, הטיות קוגניטיביות").

<sup>136</sup> ראה בן-יעקב, בצדק תשפוט, מ"ה.

<sup>137</sup> רש"י, דברים, ט"ז, י"ט, ד"ה "לא תכיר פנים".

<sup>138</sup> סיני, אל תעש, 125.

<sup>139</sup> סיני, אל תעש, 124, 128.

כאן נבקש להעיר נקודה אשר תהיה רלוונטית גם לסוגיות שתזכרנה להלן. העובדה שעמדות חולקות מקבלות שתיהן את הנחת היסוד לפיה בירור האמת עומד ביסודם של הכללים, ואינן מנמקות את שיטתם בהעלאת ערך אחר אל ראש סולם הערכים, מעידה בצורה המיטבית כי זוהי מעין אקסיומה, אשר עליה איננו חולק. ככל שאחד מחכמי ישראל מבקש להציע גישה חדשה, הרי שראשית כל עליו להראות כיצד עומדת עמדה זו במטרה של ההליך הדיוני – בירור האמת<sup>140</sup>.

נוסיף עוד כי בפשטות, החשש הוא מהעלאת טענות במקרה בו הדיין איננו יודע האם יש מן האמת באיזו מן הטענות, והוא מעלה את הטענה כחלק מחקירתו אחר האמת<sup>141</sup>. יש הסוברים, כי החשש מפני עיוות האמת בהתערבות הדיינים בטענות בעלי הדין, מביא עד כדי מניעת התערבותם, גם כאשר ברור לדיין שזו תסייע לגילוי האמת במקרה הספציפי<sup>142</sup>. על היחס לפגיעה באמת לשם גילוי האמת, נעמוד בהרחבה להלן.

### ד1(ב). חקירת העדים

עד כאן אמורים הדברים דווקא בנוגע למעורבותו של בית הדין בטענות התובע והנתבע. בנוגע למעורבות כלפי העדים תומכת לכאורה המשנה הסמוכה בצורה ברורה בעמדה האינקוויזיטורית, ומעודדת את מעורבות בית הדין בחקירת העדים<sup>143</sup>. כך, מצווה הדיין: "שמעון בן שטח אומר: הוי מרבה לחקור את העדים"<sup>144</sup>. על היחס בין מעורבות בית הדין כלפי בעלי הדין, למעורבותו של בית הדין כלפי העדים נכתב כבר באריכות<sup>145</sup>. הרב פרנק מדגיש כי בניגוד לתפיסות מקובלות בימינו, התורה, על כל פנים, אינה רואה בחוק, בתקנות ובנהלים את ה'שחקנים הראשיים' בהליך שלפנינו. דווקא הדיין ואישיותו הם המרכזיים, עליו מוטלת חובת החקירה<sup>146</sup>, ועליו

<sup>140</sup> לעניין זה, ראה גם אצל שוחטמן, סדר, 11-12: "מעמדו של הדיין במסגרת הדיון בבית הדין הרבני נובע מן החובה הדתית המוטל על הדיין לדון דין אמת... אבל על פי התפיסה המנחה את הדיין בדין העברי עליו לחקור בעצמו את בעלי הדין ואת העדים כדי להבטיח, ככל שניתן, הוצאת דין אמת. לפעמים נדרש הדיין אפילו להושיט סיוע לבעל דין בטענותיו, כשהדבר נחוץ על מנת להוציא דין אמת לאמיתו".  
<sup>141</sup> יש אף שטענו כי תפקידו של האפוסטרופוס על היתומים הוא להעלות גם טענות שאין לו ידיעה על נכונותן, ובזאת הוא נבדל מן השופט היושב בדין. ראה בהרחבה סיני, אל תעש, 111-113, וראה גם בשו"ת התשב"ץ, ח"א, סימן נ"ב; שו"ת הרא"ש, כלל פ"ו, סימנים א-ב.  
<sup>142</sup> ראה פירוש הרמב"ם למשנה (מהדורת הרב שילת), אבות, שם, מ"ח: "ואפילו ידע שהוא עשוק, ושבעל דינו טוען עליו בשקר לפי הכרע הסברה, עם כל זה – אין מותר לו ללמדו טענה שתצילו בשום פנים", וזאת לעומת דבריו ב"משנה תורה" (הלכות סנהדרין, פכ"א, הי"א) שם התיר "לסעדו מעט ולהבינו תחלת הדבר", אך הדגיש כי "צריך להתיישב בדבר זה הרבה שלא יהיה כעורכי הדיינים".  
<sup>143</sup> וראה גם אצל וינר ומאק, שם, 144: "מתיאור הדברים במס' סנהדרין... נראה כי לפי דיני ישראל השופט, ולא הצדדים, הוא בעיקר חוקר העדים. בנוגע לבעלי הדין... אפשר להסיק, כי גם הצדדים משתתפים בחקירת העדים...". לאור זאת הם מציעים כי "הדרך הנכונה תהיה אולי, שבמשפטים האזרחיים תימסר חקירת העדים בראש ובראשונה לשופט. לצדדים יותר להמשיך בחקירה נוספת, אם לדעת השופט יהיה צורך ותועלת בכך...".  
<sup>144</sup> אבות, שם, מ"ט.

<sup>145</sup> וראה את סיכום הגישות החלוקות אצל סיני, אל תעש, 108-110.  
<sup>146</sup> על היכולת (או אי היכולת) לגלות את האמת באמצעות ההתרשמות מהעד עצמו, ובין היתר באמצעות סימנים לא מילוליים (nonverbal clues), ראה: R. Harper, A. Wiens & J. Matarazzo, **Nonverbal Communication: The State of the Art**, Wiley; Robert Rosenthal, Judith A. Hall, M. Robin Dimatteo, Peter L. ; Series on Personality Processes (1978). New York, 2 Resnik, Tiers, 988, ; Rogers & Dane Archer, **Sensitivity to Nonverbal Communication: The PONS Test**, (1979), 178 1002. לעניין זה ראה גם סעי' 53 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, העוסק ב"אותות האמת המתגלים במשך המשפט"; מרדכי קרמניצר, קריטריונים לקביעת ממצאים עובדיים והתערבות ערכאת ערעור בממצאים המתייחסים למהימנות של עדים, הפרקליט לה (תשמ"ג - תשמ"ד), 407, 411-412; עמנואל גרוס, 'חקר האמת והביקורת השיפוטית: התערבות של ערכאת ערעור בממצאי עובדה', עיוני משפט כ (התשנ"ז), 551, 568; ע"פ 3/48, כ"ץ-כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (1), 681, 690 (1949); ע"א 91/51, "מדור" חברה לבניין ולפיננסים בע"מ נ' ביק, פ"ד ה, 792, 796 (1951); ע"פ 377/61, לוי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (2), 1065, 1074 (1963): "טעמו של דבר כנראה בעליל הוא שהמניע הפסיכולוגי למתן או אי-מתן אמון בדברי העד, מקורו כרגיל בדבר שאינו לא "שקול" ולא "מדוד" ולא "מנוני", אלא כמעט "סמוי מן העין", כמו עקימת שפתיים, שטף דיבור, היסוס פורטא, אזיל סומקא ואתי חיורא (או להיפך)"; ע"פ 1442/06, מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 1.9.08): "...איני סבורה כי ניתן או רצוי להקל ראש בערכה של ההתרשמות הבלתי-אמצעית מן העדים העולים על דוכן העדים, מספרים את סיפורם ונחשפים ברגעי חולשה, מבוכה וכאב... ההתרשמות הבלתי-אמצעית מן העדות, מן האופן בו מוסרים העדים את דבריהם, מהתנהגותם לאורך מתן עדותם... למראה עיניים ולמשמע אוזניים יש חשיבות".

האחריות לעשיית הצדק<sup>147</sup>. "מצות עשה לדרוש את העדים ולחקרן ולהרבות בשאלתן, ומדקדקין עליהן ומסיעין אותן מענין לענין בעת השאלה, כדי שישתקו או יחזרו בהן אם יש בעדותן דופי..."<sup>148</sup>. חובתו של הדיין לחקור את העדים אף מתגברת במקרה של דין מרומה<sup>149</sup> (בו עסקנו לעיל). גם בתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים אין כל חלוקה לחקירה ראשית ולחקירה נגדית, והעד ייאלץ לענות לשאלות שני הצדדים בכל עת, לפי הוראת בית הדין<sup>150</sup>.

נדגיש כי גם כאן ניכרת העמדתו של ערך גילוי האמת במרכזה של הסוגיה<sup>151</sup>. מחד, היעב"ץ, הסבור כי אכן מדובר בכללים מנוגדים ומשלימים, התומכים במעורבות רבה של בית הדין כלפי העדים, ובמעורבות מינימלית כלפי בעלי הדין. לשיטתו, טענות בעלי הדין מיועדות רק להציב את פרטי הפלוגתאות, ולהבהיר את הזכויות המשפטיות<sup>152</sup>, מה שאין כן בחקירת העדים, "כי חקירת העדים סבה לעמוד על האמת..."<sup>153</sup>, ולכן שם מצווה הדיין במעורבות רבה. לעומת זאת, המהר"ם שיק משלב את הציוויים לדיין בענין בעלי הדין ובענין העדים. הוא חושש מהפיכת הדיין לאחד מעורכי הדין בחקירות המרובות, ולכן הוא מדגיש את החיוב להיות 'זהיר בדברים', "שמא מתוכם ילמדו לשקר, דהיינו שילמדו הטענות להשיב שקר, כי יבין מתוך השאלות כיצד ישיב להדיין"<sup>154</sup>. כך או כך, שתי הגישות מדגישות את החשש מאי גילוי האמת בהליך, וממילא החמצת מטרות העיקריות, ובהתאם לחשש זה הן מכוונות את הנחיותיהן לדיין.

אגב, וינר ומאק<sup>155</sup> עומדים על אספקט נוסף, פרקטי יותר, אשר בו מסייעת חקירת העדים ע"י השופט לבירור האמת. כיום, פעמים רבות השופט כלל איננו מודע להיקפו הרחב של התיק, והוא יורד לעומקה של הלכה רק לקראת כתיבת פסק הדין (בין היתר, מתוך ידיעה, שבמקרים רבים ההליך כלל לא יגיע להכרעה שיפוטית, אלא יסתיים בהסכמה כלשהי). השמת מושכות החקירה בידי השופט, תחייב אותו להיות מודע לפרטי המקרה כבר בשלבים המוקדמים של ההליך. כך, גם אם ינסה השופט להניע את הצדדים להגיע להכרעה מוסכמת, הרי שזו תתחשב במכלול נתוני המקרה, ותהיה 'אמיתית' יותר.

<sup>147</sup> פרנק, כי המשפט, 333. וראה דוגמא מאלפת לבירור עצמאי של האמת ע"י ביה"ד בתיק בירור יוחסין (ח"י) 867607/1, ש. כהנא (פורסם בנבו, 27.12.11; להלן: "פרשת ש. כהנא"). עם זאת, באותו מקרה לא היה בעל דין נוסף, והחיוב על בית הדין היה מובן מאליו.  
<sup>148</sup> רמב"ם, עדות, א', ד'. וראה גם בג"ץ 172/78, משה בקר נ' השופט חיים אילת, פ"ד לב(3), 370, 378-385 (1978); פסקאות 36-37 לברי"ע (י-ם) 775/03, אבישג אוהנה נ' אליהו חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 16.6.04).

<sup>149</sup> שו"ע, חו"מ, ל', א'.  
<sup>150</sup> ראה בתקנות פ"ט(1), פ"ט(3) וצ"ב(1) לתקנות הדיון. וראה גם בתקנה צ' המאפשרת פסילת שאלה שהועלתה בחקירה, ככל שביה"ד חושש שהשאלה עלולה ללמד את העד לשקר.

<sup>151</sup> וראה גם בפסק בית הדין האזורי בתיק 303895/9, פלוני נ' פלונית, לא פורסם, (ניתן ביום 20.2.11): "כדי להגיע לחקר האמת... 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 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..."

<sup>152</sup> סיני, אל תעש, 109.

<sup>153</sup> פירוש היעב"ץ על מסכת אבות, שם.

<sup>154</sup> חידושי אגדות מהר"ם שיק על מסכת אבות, שם, וראה גם בדברי רבינו יונה בפירושו למשנה.

<sup>155</sup> וינר ומאק, שם.

נושא נוסף המייצג את התערבותו של בית הדין בהליכים שלפניו הוא הכוח האצור בידיו של המותב לזמן עדים מדעתו. לשם מיצוי האמת ועשיית הצדק בהליכים המתנהלים לפניו, נוטל בית הדין על עצמו תפקיד אקטיבי, ויוזם הזמנת עדים, גם ללא בקשתם, ואף ללא הסכמתם, של בעלי הדין<sup>156</sup>. דברים אלו מבוססים על דברי הרשב"ש, שהתיר בענייני עגונות לבית הדין לזמן עדים מטעמו, וזאת בשל הצורך של כל הציבור לעסוק במקרה. "שהטעם הוא כי כל ישראל בעלי דין בכל דבר שאסור לערוה..."<sup>157</sup>. תקנות הדיון הרחיבו כלל זה, ונקבע בהן כי "בית-הדין רשאי, לפי שיקול דעתו, להזמין כל אדם או לדרוש המצאת מסמכים והוכחות, אם ראה צורך בכך"<sup>158</sup>. ביחוד משתמש ביה"ד בסמכותו בעניינים של איסור והיתר, בהם יש השלכות של מעמד אישי לכל עם ישראל לעתיד, ובעניינים שניתנו לדאגותיו האישיות של בית הדין מסיבות תורניות (הקדשות, יתומים וכו'). הכלל במשפט הישראלי נוקשה הרבה יותר<sup>159</sup>, והוא מאפשר לבית המשפט לדרוש עדות אך ורק ממי שנמצא בבית המשפט<sup>160</sup>. היכולת של בית המשפט להזמין עדים לפי דעתו מוגבלת מאד, ביחוד בשיטה האדברסרית, וזאת למעט חריגים בתחומי מומחים<sup>161</sup>, אימוץ<sup>162</sup> וקטינים<sup>163</sup> וכד'.

## ד2. טענות הצדדים – זכויות וחובות

### ד2(א). טענות הצדדים כמביאות לתוצאת אמת

המשפט העברי מטיל על בעלי הדין חובות רבים אשר אינם מקובלים בשיטת המשפט במדינת ישראל. מצידו השני של המיתרס מאפשר המשפט העברי לבעלי הדין זכויות מופלגות, אשר גם הן אינן מקובלות בשיטת המשפט במדינת ישראל. המגמה המנחה הן את החובות והן את הזכויות החריגים, המתאפשרים במשפט העברי, היא אחת – ניסיון להוציא מבעלי הדין את האמת. כך, לדוגמא, מפרש המלבי"ם את הפסוק "מִלֶּךְ יוֹשֵׁב עַל כֶּסֶף דִּין"<sup>164</sup>, כבא לתבוע שמיעה ישירה של בעלי הדין, ולא באמצעות גורם אחר המהווה מסננת של הטענות (ואף אם מדובר בגורם אובייקטיבי, אשר עשוי לסנן את הטענות שלא מתוך כוונה רעה):

"...אמנם אם המלך בעצמו יושב על כסא דין ועושה המשפט בעצמו, אז בודאי יעשה משפט לעשוקים וזרוע רמה תשבר.

ואמר בזה ד' תנאים... ג', שיושב על כסא דין. שיש הבדל בין כסא דין ובין כסא משפט, שהמשפט הוא גמר המשפט והפסק

<sup>156</sup> שאקי, קוי-יחוד, 279.

<sup>157</sup> שו"ת הרשב"ש, סימן מ"ו.

<sup>158</sup> תקנה פ"ג לתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים. וראה גם פרשת מועצת עזבון בלילוס, 34-35.

<sup>159</sup> השוואה מפורטת מצויה אצל דרנס, שם, מ"ה-מ"ח.

<sup>160</sup> תקנה 167 לתקנות.

<sup>161</sup> תקנה 130 לתקנות.

<sup>162</sup> תקנה 295ט(ב) לתקנות.

<sup>163</sup> ע"א 50/55, הרשקוביץ נ' גרינברגר, פ"ד ט, 791, 802 (1955).

<sup>164</sup> משלי, כ', ח'.

דין, והדין הוא שמיעת טענות הבע"ד, שגם ישמע בעצמו טענת הבע"ד. לא ע"י עורכי הדיינים ושופטים השומעים הטענות, שבזה יוכלו להטעות השופט העליון"<sup>165</sup>.

על בעל הדין מוטלת החובה להופיע בפני בית הדין (ולמעשה, לפני הקב"ה). "וְעָמְדוּ שְׁנֵי הָאֲנָשִׁים אֶשֶׁר לָהֶם הָרִיב לִפְנֵי ה', לִפְנֵי הַכֹּהֲנִים וְהַשֹּׁפְטִים, אֶשֶׁר יִהְיוּ בְּיָמֵם הָהֵם"<sup>166</sup>. מנגד, חובה זו מזכה גם בזכויות. כך, בעל הדין איננו חייב להגיש את טענותיו בכתב טענות מסודר<sup>167</sup>. "אין כופין את האדם שיתן טענותיו בכתב, ואין לדיין לקבל טענות בכתב, אלא ישמעו טענותיהם מפיהם"<sup>168</sup>. המקור לכך מצוי בדברי הריב"ש<sup>169</sup>, אשר נתן שני נימוקים למניעת כפיית הגשת הטענות בכתב:

"... שאין לקבל שום טענות בכתב, לפי שאין להטריח לנתבע לקחת טופס מטענות התובע, ולהשיב עליהם מתוך הכתב, ולעשות הוצאות חנם. וגם שיש לדיינים לשמוע טענות הכיתות מפיהם, שמא מתוך דבריהם ילמדו ויבינו מי מהם טוען באמת, ולא שיבואו בטענות מסודרות מפי אחר, כאשר בודא מליבו ליפות טענות של שקר בתיקון הלשון, אלא ישמעו הדיינים טענות התובע וטענות הנתבע מפיהם, ויצו לסופר הדיינים שישים טענותיהם בכתב כפי אשר סדרו אותם מפיהם לפניהם, וזה למען לא יוכלו הכתות לחזור בהם ממה שטענו בפניהם".

הנימוק הראשון הוא כלכלי גרידא. אין זה מן הראוי להטיל הוצאות שווא על מי מבעלי הדין שלא ברצונו. הנימוק השני הוא תועלתני, והוא והמשמעותי לענייננו. היכולת לבירור האמת, לאחר שבעלי הדין הציגו את עמדתם בכתבי הטענות, פוחתת בהרבה, מזו שהייתה ניתנת לבית הדין בהתרשמות ישירה מהטוענים. לכן יכול התובע לומר לנתבע: "איני רוצה שיהיו טענותי בידך, שמא מתוכם תלמוד לטעון שקר"<sup>170</sup>. נפקות אפשרית להבדל בין הנימוקים תהיה במקרה בו בעלי הדין מוכנים לקבל על עצמם את הצורך להגיש כתבי טענות<sup>171</sup>. על כל פנים, אין כלל מחלוקת על כך שאין לכופ את הצדדים להגיש כתבי טענות מפורטים<sup>172</sup>. להלכה קיבל הסמ"ע<sup>173</sup> גם את הטעם השני, ואף קיבל כתוצאה מכך את הדין הפוטר את בעל הדין מלהעביר לבעל הדין היריב את כתב טענותיו<sup>174</sup>, גם אם זה הוגש:

<sup>165</sup> מלבי"ם, מוסר חכמה, ביאור הענין, שם, ח"ט.

<sup>166</sup> דברים, י"ט, י"ז. וראה אצל הראי"ה קוק, באר אליהו, י"ג, י"ב.

<sup>167</sup> ראה בהרחבה הלוי, כתבי תביעה; שוחטמן, סדר, 325-335.

<sup>168</sup> שו"ע, חו"מ, י"ג, ג'.

<sup>169</sup> שו"ת הריב"ש, סימן רח"צ.

<sup>170</sup> שו"ת הרדב"ז, ח"ג, סימן תרל"א.

<sup>171</sup> הרמ"א, שם, פוסק מפורשות כי במקרה מעין זה, על ביה"ד לקבל כתבי טענות: "מיהו, אם שני בעלי הדין רוצים לטעון בכתב, הרשות בידם, וכל מה שכותבים אינם יכולים לחזור בהם". דעת המחבר ברורה הרבה פחות. יש מפרשים שהוא מסכים לדברי הרמ"א, אך מהגר"א (שם, אות י"ב) משמע שהמחבר והרמ"א חלוקים. זו גם המסקנה אליה מגיע הרב הלוי בסופו של דיון מעמיק בסוגיה. ראה הלוי, כתבי תביעה, ל"ו-מ', וכן באר אליהו, שם. גם הרמ"א לא חולק על זכותו של בעל דין לומר לחבירו: "איני רוצה שיהיו טענותי בידך, שמא מתוכם תלמוד לטעון שקר". אלא שבמקום שבו אותו בעל דין מוכן שחבירו יוכל להתכונן לטענותיו (ואף הוא יוכל להתכונן לטענות חבירו) ואף מוכן להוציא הוצאות על כך - סבור הרמ"א כי אין להתערב בהסכמת הצדדים (כאשר ניתן להניח שההסכמה ניתנה לנוכח העובדה שהצדדים מכירים איש את טענות רעהו ואין עוד מקום להפתעות מרובות). לעומת זאת, נדמה שהחולקים יסברו כי גם אם הצדדים הסכימו לקבל על עצמם את הצורך בהגשת כתבי טענות, הרי שעצם הפגיעה התיאורטית בכלי לבירור האמת המצוי בידי ביה"ד - די בה בכדי להביא לבטלות ההסכמה בין הצדדים.

<sup>172</sup> הלוי, שם, ל"ח-מ"א. הוא מראה כי זוהי גם המסקנה בפשט סוגיה בבבא בתרא, קס"ז, ע"ב: "דלמדו מכאן, שאין כופין לשום אדם שיתן טענותו כתובה אפילו לבי"ד, וכל שכן לבעל דינו, דרמי עליה כאריא ארבא".

<sup>173</sup> סמ"ע, חו"מ, י"ג, י"א-י"ב.

<sup>174</sup> הדברים מיוסדים על דברי הנימוקי יוסף לבבא בתרא, קס"ז, ע"ב.

”...שאינן כופין שיתן לבעד טענתו כתובה, דיאמר איני רוצה שתהיה עלי כאריה ארבע ללמוד מטענתי להשיב עליהן בשקר, אלא אפי' ליתן לבד בכתב ג"כ אינו יכול לכפותו, ואפי' כבר טען לפניו.

ואין לדיין וכו' - ...שאינן להטריח חברו לקחת טופס טענתו, ולהשיב עליהן מתוך הכתב. ועוד, שיש לדיינים לשמוע הטענות מפיהן, דמתוך דבריהם ילמדו להבין מי הטוען האמת או שקר, ולא שיבוא בטענות סדורה מפי אחרים, כאשר בודה מליבו ליפות טענות של שקר בתיקון הלשון.”

כלומר, אינה דומה התרשמות הבאה בשמיעה מפי המדבר החי, לזו הבאה מתוך קריאה מן הכתב<sup>175</sup>. לכן, גילוי האמת מחייב שמיעה אותנטית של בעלי הדין והתרשמות ישירה מהם, כך שניתן יהיה ביתר קלות להגיע לבירור האמת<sup>176</sup>. זאת, גם אם הדבר יפגע ביעילות ההליך המשפטי, כפי שמבהיר הרב ערוסי: ”בבית הדין יש אימת האמת ואימת הדין, והן משפיעות על הצדדים בדבריהם. בית הדין יכול וחייב להתרשם מכך. בשיטה זו יש ערובה לעשיית צדק. אמת, שלפי שיטת כתבי תביעה והגנה יש יותר יעילות, אך כפי שראינו יש פחות צדק”<sup>177</sup>.

לכן גם יש להיזהר במיוחד, ממתן אפשרות לבעל הדין שכנגד להתאים את גירסתו לטענות, ולעוות את האמת. המשפט העברי מבכר את גירסתו הקצרה והאותנטית המושמעת בע"פ לבית הדין על כתבי טענות ארוכים ומפורטים<sup>178</sup>. אגב, קיימת בכלל מחלוקת האם על התובע לגלות (אפילו בע"פ) את פרטי תביעתו לנתבע, או שהוא יכול להשאירם לוטים בערפל<sup>179</sup>.

ואכן, תקנות הדיון בבתי דין שונים ויתרו לחלוטין על כתבי טענות. כך, ב'בי-דינא רבה לעדת הספרדים בירושלים' (אשר פעל עד להקמתה של מדינת ישראל), התובע היה מוסר בע"פ את יסוד התביעה שלו (כלומר, פלוני חייב לי כך וכך), ומזכירות בית הדין היתה מוסרת זימון לנתבע עם הודעה על יסוד התביעה<sup>180</sup>. רק בדיון בע"פ היו נשמעות לראשונה טענות הצדדים.

למרות זאת, תקנות הדיון המקובלות היום בבתי הדין הרבניים מחייבות הגשה של כתב תביעה<sup>181</sup>. תקנה אחרת מחייבת את מסירת כתב התביעה לנתבע<sup>182</sup>. הטעמים לכך הם בעיקר הרצון למנוע מבעלי הדין את היכולת לחזור בהם מטענות שהעלו כבר, כמו גם היכולת לדחות תביעה על הסף, כאשר היא קנטרנית וטורדנית, ובכך למנוע

<sup>175</sup> לכן גם עדות העדים מתקבלת "מפיהם, ולא מפי כתבם" (יבמות, ל"א, ע"ב. וראה מחלוקת רש"י ור"ת בסוגיה, וכן בשו"ע, כ"ח, י"א-י"ב ובנושאי הכלים על אתר). אגב, באחד המקרים הובעה בבית הדין הגדול עמדה (מפי כב' הרב דיכובסקי) לפיה יש להחיל את הכלל גם על מומחה מטעם ביה"ד, וכי יש לבטל פסק דין המסתמך על חוות דעת מומחה, אשר ניתנה על סמך המסמכים בלבד, מבלי שהתרשם באופן אישי מהמעוררת. דעת הרוב סברה שבנסיבותיו המיוחדות של אותו מקרה לא היה בכך צורך, אך גם היא לא חלקה על העיקרון. ראה ערעור 2-21-5923, פלונית נ' פלוני (פורסם באתר הנהלת בתי הדין, 2.4.08).

<sup>176</sup> קירש, למהות הפרוצס, 131; הלוי, שם, ל"ז; שוחטמן, מדבר שקר, 282.

<sup>177</sup> ערוסי, שיחות, נ"ב, נ"ד. ובהמשך: "עלינו לציין, ששיטת כתבי תביעה והגנה החלה לחדור גם למשפט התורה. דומה, שאסור לזנוח את השיטה הקדומה, שכאמור, יש בה מקסימום של צדק".

<sup>178</sup> וינר ומאק, שם, 141, מביעים דווקא עמדה שונה, לפיה יש להגביר את העלאת הטיעונים בכתב, לעומת דלותם היחסית של כתבי התביעה וההגנה דהיום. עם זאת, הצעתם מתבססת בעיקר על עצם הרצון בדיון מעמיק לבירור האמת, והם אינם מתייחסים לשאלה מהי הדרך הטובה יותר לבירור האמת.

<sup>179</sup> ראה בבא בתרא, ל"א, ע"א; ריטביא, מו"ק, ט"ז, ע"א; ש"ך, חו"מ, י"א, א' ולעומתו דברי היבאר שבע' המובאים על ידו; שו"ת שבות יעקב, ח"א, סימן קמ"ג; שו"ת חכם צבי, סימן קס"ט; שו"ת אגרות משה, חו"מ, ח"ב, ו'.

<sup>180</sup> התקנות אינן מצויות בידי, אך עדות אודותן נמצאות אצל הלוי, שם, מ"ב.

<sup>181</sup> תקנה כ"ו לתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים.

<sup>182</sup> שם, תקנה כ"ט(1), וראה גם בתקנה מ"ו.



מהנתבע את הזלזול שיגרם לו כתוצאה מפרסום עצם התביעה כנגדו<sup>183</sup>. התקנות מבוססות על דברי ערוך השולחן<sup>184</sup> "יש שכתבו, שנכון להבית דין לבקש מבעלי הדין שיתנו טענותיהם בכתב או הב"ד עצמם יכתבו הטענות, כדי שלא יוכלו לחזור ולטעון, ויגרמו טרדת הדין בחנם, וידקדקו בכתיבתם להגיד פעם אחת ולא לשנות בטענות". גם בדברי בעל 'ערוך השולחן', בית הדין צריך לבקש זאת מהצדדים, ואינו יכול לכפות זאת<sup>185</sup>, אך, כפי שראינו, לגבי כתב תביעה בתי הדין הרבניים כופים הגשת כתב תביעה בכל זאת, שכן התובע מקבל על עצמו את הכללים הנוהגים במערכת, מה עוד שאין דרישה לפירוט כלל טענות התביעה, אלא למסירת "העובדות המשמשות יסוד לתביעה"<sup>186</sup> בלבד. בנוסף, התקנות היום מחייבות את בעלי הדין להיות נוכחים בבית הדין כל עוד מתנהל הדיון<sup>187</sup>, כך שהדיינים יכולים להתרשם מכנותם בכל עת שירצו. בנוסף, בדרך כלל טוענים בשלב הראשון בעלי הדין ורק אחר כך באים עורכי הדין לידי ביטוי<sup>188</sup>, בהתאם לתכלית של בירור האמת באמצעות שמיעת בעלי הדין. למותר להזכיר כי התקנות במדינת ישראל מחייבות הגשת כתבי טענות, ולמעשה, כמעט כל בקשה צריכה להיות מוגשת בכתב<sup>189</sup>, תוך מתן זכות תגובה לבעל הדין שכנגד<sup>190</sup>. כתבי הטענות צריכים לפרט את העובדות העיקריות הנוגעות לעילת התביעה<sup>191</sup>, כאשר ברבות הימים קיימת אף מגמת הרחבה מסוימת בדרישות הפירוט (ובייחוד בטענות דוגמת מצג שווא, תרמית ו/או זדון<sup>192</sup>) כחלק מעיקרון תום הלב, אשר הוחל על הצבת הפלוגתאות במרכז כתבי הטענות<sup>193</sup>. כללים דומים, ולעיתים אף מרחיבים יותר, חלים גם במדינות הקונטיננטל<sup>194</sup> ובבריטניה<sup>195</sup>. ודאי וודאי שכל כתב טענות צריך להיות מועבר לידיעתו של בעל הדין שכנגד<sup>196</sup>. אי העברת בקשה לידי צד אחר יכולה כשלעצמה להביא לדחיית הבקשה<sup>197</sup>. כמו כן, המצב הרגיל הוא שבעל הדין פטור מלהופיע בדיון בעניינו<sup>198</sup>,

<sup>183</sup> הלוי, שם.

<sup>184</sup> ערוך השולחן, חו"מ, פ', אות ה'.

<sup>185</sup> יש גם שמבינים שהשימוש בפונקציה זו נעשה בעיקר לאחר שביה"ד כבר שמע את טענותיהם, והתרשם מבעלי הדין, ראה פרנק, שם, 334.

<sup>186</sup> תקנה כ"ו(4) לתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים.

<sup>187</sup> שם, תקנה נ"ז; תיק (ת"א) 303895/9, פלוני נ' פלונית (פורסם באתר הנהלת בתי הדין, 20.2.11): "כדי להגיע לחקר האמת... חובת בית הדין לשמוע את הצדדים עצמם, לחקור אותם אישית, ולהתרשם באופן בלתי ישיר מהטענות הנשמעות מפייהם, ומאופן הבעת הדברים. לעיתים אופן הבעת הדברים והטענות של הצדדים עצמם בפני בית הדין, הם 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. לא לחינם נקבע בתקנות הדיון תקנה נ"ז... תקנה זו מבוססת על ההלכה בשולחן ערוך חושן משפט סימן י"ג סעיף ג' לפיה "אין לדיין לקבל טענות בכתב אלא ישמעו טענותיהם מפייהם".

<sup>188</sup> תקנות נ"ז-ו-ס'. אגב, מצאתי גם החלטה בה דחה ביה"ד הרבני בקשות ארכה שהגישו ב"כ הצדדים, שכן ביה"ד הודיע שהוא מעוניין לסייע לצדדים לפתור את בעיותיהם, והעיכובים של עורכי הדין אינם סיבה לפגוע בחובתו של בית הדין כלפי בעלי הדין עצמם. ראה פסק הדין בתיק 9846-21-1, פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 8.4.08).

<sup>189</sup> תקנה 240: "כל בקשה תוגש בכתב, אם אין הוראה מפורשת אחרת בתקנות אלה או בדין אחר".

<sup>190</sup> תקנה 241(ג).

<sup>191</sup> ראה תקנות 59(5), 71(א), 77-81 ו-85-86. חלקן של התקנות מרחיבות את רמת הפירוט הנדרשת (בייחוד תקנות 78 ו-85) וחלקן מצמצמות אותה.

<sup>192</sup> זוסמן, סדרי הדין, 135: "העילה צריכה להיות מתוארת בצורה כזאת שלא יהיה ספק לנתבע מפני מה הוא צריך להתגונן". וראה גם ע"א 543/86, כלל חברה לביטוח נ' כלפון, פ"ד מב(3), 339 (1988); ע"א 6095/97, ישראל איטר בע"מ נ' בנק דיסקונט, פ"ד נו(4), 721 (2002).

<sup>193</sup> שוורץ, סדר דין, 73-74; דודי שוורץ, תחולתו של עיקרון תום הלב בסדר הדין האזרחי, עיוני משפט כ"א (1997-1998), 295. וראה בהרחבה אצל ערן טאוסגי, הפירוט העובדתי הנדרש בכתבי טענות והסטנדרט הראוי לסילוק תביעה על הסף בהיעדר עילה, עלי משפט ט' (התשע"א), 111 (להלן: "טאוסגי, הפירוט העובדתי").

<sup>194</sup> ראה: Oscar G. Chase Et Al., *Civil Litigation in Comparative Context* (2007), 166-168.

<sup>195</sup> ראה: Neil Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (2003), 236.

<sup>196</sup> ראה לדוגמה בתקנות 18, 55, 61 ו-67.

<sup>197</sup> תקנה 242.

<sup>198</sup> תקנה 472.

והחריג הוא שביהמ"ש יכול לחייבו להגיע לדיון<sup>199</sup>. אין זה נכון גם שביהמ"ש יקרא מיזמתו לבעל דין, שבחר שלא להעיד, ולא זומן גם ע"י הצד השני<sup>200</sup>. מיותר להדגיש כי זכותו של בעל הדין להישמע בידי עורך דינו. כל הכללים הנ"ל נאכפים בקפדנות יחסית על ידי בית המשפט.

מובן שהסדר החברתי מחייב התנהלות מעין זו, שכן הדיון המשפטי של היום מחייב שבעל דין יהיה מודע לטענות רעהו, מה עוד שהכרעותיהם של השופטים נשענות בעיקר על האמור בכתבי הטענות, ומושפעות מעט מאד מהדברים שנשמעו בדיון ע"י בעלי הדין (ופעמים רבות ניתן פסק הדין מבלי שבעלי הדין הוציאו מפייהם דברים כלשהם). ואולם במערכת בה עיקר קביעותיהם של הדיינים נשענות על התרשמות ישירה מבעלי הדין, הרי שדווקא שמירה על 'חשאיות' הטענות יכולה לסייע לבירור האמת.

הסוגיה שבה ניתן למצוא, אולי, את החומרה הגדולה ביותר בעניין זה טמונה בכך שהמשפט הישראלי כלל איננו מחייב את בעל הדין להיצמד לטענות אמת בלבד<sup>201</sup>. השיטה אינה רואה בחומרה בעל דין אשר טען טענות שאינן אמת, ולכל היותר יביא הדבר לחיובו בהוצאות, בעיקר בשל הטירח שנגרמה למערכת<sup>202</sup> (ולאו דווקא בגלל עצם החומרה שבאי אמירת אמת)<sup>203</sup>. הדבר בולט בייחוד בכללי האתיקה של עורכי הדין<sup>204</sup> המתירים גם לעורך הדין (ולא רק לבעל הדין עצמו) להכחיש טענה העולה בכתב התביעה, גם תוך ידיעה ברורה כי ההכחשה אינה נכונה<sup>205</sup>. אגב, גם ההוראה הידועה, המשויכת בדרך כלל לכללי הצדק הטבעי, ולפיה אסור לשופט לשמוע את טענותיו של בעל דין אחד שלא בנוכחות בעל הדין השני<sup>206</sup>, נוגעת גם לשאלה של בירור האמת<sup>207</sup>. בעל דין המשמיע טענות שלא בפני עמיתו יוכל לנסח את דבריו בצורה משכנעת ויפה יותר, מתוך ידיעה שאין מי שיכול להכחיש את דבריו<sup>208</sup>.

<sup>199</sup> תקנה 474.

<sup>200</sup> המ' 28/61, יהודה לוי נ' גלה פנר, פ"ד טו(1), 533, 536-537 (1961).

<sup>201</sup> ע"א 254/58, אינגסטור נ' לנגפוס, פ"ד יג, 449, 457 (1959). להלן: "פרשת אינגסטור"; ע"א 236/64, חברת "ארדה" בע"מ נ' משה ואלעזר כץ, פ"ד יח(3), 518, 521 (1964).

<sup>202</sup> וראה, לדוגמה, בתקנה 90 ובפרשת אינגסטור.

<sup>203</sup> וראה לעומת זאת, את הוראות תקנה ס"א לתקנות הדיון: "בעל-הדין חייב לענות תשובות מלאות, אמיתיות וכנות ובלי השתמטות, על כל השאלות שבית-הדין יעמיד לו או שהצד שכנגד יעמיד לו ברשות בית-הדין".

<sup>204</sup> ראה כלל 34 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986, ובייחוד בס"ק (ב): "א) לא יעלה עורך דין, בין בעל-פה ובין בכתב, טענה עובדתית או משפטית בידועין שאינה נכונה. (ב) האמור בסעיף קטן (א) אין בו כדי למנוע הכחשה בכתב-טענות בהליך אזרחי, או כפירה בעובדה בהליך פלילי".

<sup>205</sup> נכון, אמנם כי ניתן לטעון שאין מדובר באי אמירת אמת 'רגילה', אלא רק בהקפדה על כך שנטל השכנוע יישאר אצל התובע, כדי להעמיד במבחן את יכולתו להוכיח את טענותיו. ראה א' פולונסקי, 'הפרקליט, שולחו ובית המשפט', הפרקליט ל"ג (התשמ"מ-התשמ"א), 151. עם זאת, נדמה שהיום קשה לטעון כך, בין היתר, בשל החובה להכחיש את טענות התביעה בצורה מפורשת ומלאה, הקבועה בתקנות 85-90, ובייחוד בתקנות 85-86: "לא די בהכחשה כללית אלא חייב בעל דין לדון במפורש בכל טענה שבעובדה שאין הוא מודה באמיתותה... בעל דין המכחיש בכתב טענותיו... לא יעשה זאת על דרך ההתחמקות, אלא ישיב לגופו של ענין... נטענה עובדה אגב תיאור נסיבותיה, לא די שיכחיש אותה לגבי אותן נסיבות בלבד". במציאות מעין זו, הכחשה בלתי נכונה אינה רק מהלך דיוני אלא שקר של ממש. לעניין זה ראה גם אצל גבריאלי קלינג, אתיקה בעריכת דין (ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, התשמ"א; להלן: "קלינג, אתיקה"), 363-372, ובפרט בעמ' 366: "...קשה לומר שבכפרו בעובדות הידועות כנכונות מסייע עורך הדין בעשיית צדק".

<sup>206</sup> סנהדרין, ז', ע"ב; שבעות, ל"א, ע"א; שו"ע, חו"מ, י"ז, ה'. וראה על החלת השוויון הדיוני במשפט הישראלי בפרשת רוזנשטיין: "ענייני הרואות כי השוויון הדיוני מושרש במשפטנו ובגדרי המשפט העברי, שרבים מכללי האתיקה שואבים השראתם ממנו".

<sup>207</sup> שייך, הצדק, 98-99; לב, דיני ממונות, 152-156; פרנק, שם, 335; שוחטמן, מדבר שקר, 292. לסיכום הסוגיה, ראה תיק (נת') 269668/7, פלוגי נ' פלוגית (פורסם בנבו, 5.7.12): "טעמה של הלכה זו היא, שבהיעדרו של הצד השני יש בידי בעל הדין המשמיע את טענותיו לטעון דברי שקר כאילו שהם אמת... עימות ישיר בין שני בעלי הדין מקטין את הסכנה שבעל דין אחד יעזי לשקר... וכלשונו של הרמב"ם – "כדי שלא תכנס לנפשו צורת אין ישר לה, ולא אמתות"... וכלשון בעל "ספר החינוך" – "שלא יכניס בנפשו כזביו של אחד מהם". אם נדקדק בלשונו המזוקקת של הרמב"ם ניווכח, כי החשש איננו דווקא בהפגמת דברי שקר... אלא אף במה שקרוי בלשונו המדוברת כ"חצאי אמיתות"... קרי: לאו דווקא שקר אלא גם בהיעדר דברי אמת ובהיעדר ישרות!".

<sup>208</sup> תוספות, כתובות, י"ח, ע"א, ד"ה "חזקה". זו גם הסיבה שכאשר מתבקש סעד זמני במעמד צד אחד חלה חובת גילוי מוגברת על הצד המבקש. ראה רע"א 4196/93, שפע בר ניהול ושירותים (1991) בע"מ נ' שפע מסעדות ייצור ושיווק ארוחות מוכנות 1984 בע"מ, פ"ד מז(5), 165, 168 (1993): "מי שפונה לבית המשפט בבקשה למתן סעד זמני חייב לגלות את כל העובדות העשויות להיות רלוואנטיות

בנוסף, עצם הצורך לטעון בפני בעל הדין השני מרתיע את האדם מלשקר (מלהעזי פניו)<sup>209</sup>. פרט לכך שבים גם כאן הטעמים שהוזכרו לעיל, בנוגע לנטייתו הפסיכולוגית של השופט להכריע לטובת בעל הדין ששמע, והחשש מפני 'הסתתמות הטענות' של הצד שלא נשמע<sup>210</sup>. נזכיר כי במשפט הישראלי, בדרך כלל, לא קיימת חובת נוכחות של בעלי הדין<sup>211</sup>.

## ד2(ב). טענות הצדדים ונטל השכנוע

נזכיר כאן הבדל נוסף בין השיטות הקשור לעיקרון זה. המשפט העברי מתיר לבית הדין לפסוק לחובת נתבע 'השומר על זכות השתיקה', וממאן לספק מידע היכול לחשוף את שקריו<sup>212</sup>. זאת, גם כאשר לא הרים התובע את נטל הראיה המוטל עליו. המשפט הישראלי, לעומת זאת, מעמיד את כללי נטלי הראיה כמנחים לקביעת הזוכה בדין, ותובע שלא הצליח להרים את נטלי השכנוע – לא יוכל לזכות בדינו<sup>213</sup>.

לעניין זה, חשוב להדגיש גם, כי עצם הטלת נטל השכנוע על אחד הצדדים באמצעות מבחנים מסוימים, עשויה ליצור תמריצים שליליים לאמירת אמת. כך, לדוגמה, אחד המבחנים הבולטים הוא מבחן הנגישות לראיות, ולפיו הנטל יוטל על מי שיכול בנקל יותר להוכיח את הדרוש הוכחה<sup>214</sup>. על גישה זו נמתחה ביקורת רבה, שכן מבחן זה, במינוחי יעילות כלכלית, אינו מספק תמריצים חיוביים לדוברי אמת ולא להחששים לחשוף עובדות שאינן נוחות להם<sup>215</sup>. נסכם זאת, במילותיו של סיני: "מבחן הנגישות לראיה אינו מסביר את פניו לישרי הדרך ולדוברי האמת, והחוטא עלול להיות נשכר"<sup>216</sup>.

עוד דוגמה למקום בו נטל השכנוע במשפט הישראלי יוצר תמריץ שלילי לאמירת אמת מצוי בסוגיה של טענות מסוג 'הודאה והדחה'<sup>217</sup>. במשפט הישראלי טענה מסוג של 'הודאה והדחה' מביאה להיפוך בנטל השכנוע. משכך,

---

לבקשתו, ובמקרה של ספק עליו להשאיר את שאלת הרלוואנטיות להחלטת בית המשפט ולא לקבוע בעצמו, תוך שיקול האינטרס הצד שבו, מה יש לגלות לבית המשפט".

<sup>209</sup> רשימי, סנהדרין, ז', ע"ב, ד"ה "שמוע"; סמ"ע, חו"מ, סימן קנ"ד, א'.

<sup>210</sup> ספר החינוך, מצווה ע"ד; שו"ת הרמ"א, סימן י"ג.

<sup>211</sup> ראה בהוראות תק' 28(א), 147(א), 472, 474 ו- 499(א) לתקנות. הניגוד להוראות תקנה 199(א) העוסקת בגישור, תקנה 214(ה) העוסקת בסד"מ ותקנה 258(א) העוסקת בבית המשפט לענייני משפחה המחייבות התייצבות, רק מבליט את הדברים עוד יותר.

<sup>212</sup> שו"ת הרא"ש, ק"ז, ו', וראה ורהפטיג, סירוב בעל הדין; הרב ירון אונגר, זכות השתיקה, תחומין כ"ד (התשס"ד), 22.

<sup>213</sup> יעקב קדמי, על הראיות, מהדורה משולבת ומעודכנת, (דיונון, התש"ע-2009; להלן: "קדמי, על הראיות"), ח"ד, 1761-1719; ד"נ 4/69, יצחק נוימן נ' פולה פסיה כהן, פ"ד כד(2), 229, 290 (1970); להלן: "פרשת נוימן": "נטל השכנוע... פירושו כי בעל הדין שנושא בו, חייב להוכיח את העובדה השנויה במחלוקת ואשר הוכחה מהווה תנאי לזכייתו במשפט, כך שאם לא ישכיל להוכיחה, תיפול ההכרעה בגינה לרעתו..."; ע"א 357/72, שנסו עזיז נ' סוראיה בצלציוני, פ"ד כז(1), 741, 744 (1973); להלן: "פרשת עזיז": "חובת שכנוע זו נובעת מהעקרון היסודי בדיני ראיות, לפיו בעל-דין במשפט אזרחי, הטוען טענה חשובה לעמדתו המשפטית, נושא בנטל השכנוע להוכחת העובדות הנחוצות לביסוס טענתו"; ע"א 6283/97, יאניקה אלכסנדרוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3), 254, 264 (1998); ואולם, גם לכך נמצא חריגים. ראה בע"א 8482/01, בנק איגוד לישראל נ' סנדובסקי, פ"ד נז(5), 776, 782 (2003); להלן: "פרשת סנדובסקי": "אמנם נטל השכנוע נותר על כתפי התובע, אולם ככל שהמידע מצוי בידי הנתבע וככל שהתובע יראה יותר אותות מרמה ונסיבות עובדתיות המצביעות על מרמה מצד הנתבע, ניתן יהיה להפחית את נטל הראיות המוטל על התובע" (הדומה במשהו לדברי הרא"ש); ובת"א (חי') 595/02, כהן דבי נ' כהן יוסף (פורסם בנבו, 11.2.08): "סיכומו של דבר, שהנטל על הטוען כי ההסכם הוא למראית עין. אך אין לראות בכך כלל "מיכני" ושומא על בית המשפט לשים נגד עיניו את העקרון כי דיני הראיות הולכים אחר המשפט המהותי. לכן, נטל השכנוע להוכחת טענה מסוימת מוטל על הצד שהטענה מקדמת את עניינו במשפט".

<sup>214</sup> ראה: (2006) 564 McCormick on Evidence, Charles T. McCormick, United States v. 6109 Grubb Rd., 886 F.2d 618, 626 (3rd Cir. 1989).

<sup>215</sup> ראה: Alex Stein, 'Allocating the Burden of Proof in Sales Litigation: The Law, its Rationale, a New Theory, and its Failure', 50 Univ. Miami L.R. (1996), 337-338.

<sup>216</sup> סיני, הדוקטרינה, 177.

<sup>217</sup> להרחבה בעניין זה ראה אצל נתן קנת וחיים קנת, נטל ההוכחה וחזקות במשפט האזרחי ובמשפט הפלילי (בורסי, התשס"ב), 77; איסי רוזן-צבי, 'הודאה והדחה: כיצד ניתן להציל את הדוקטרינה?', בתוך ספר שלמה לוי (עורכים): אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קריינין, 227; ע"א 530/89, דיסקונט נ' נופי, פ"ד מז(4), 116, 123 (1993); ע"א 166/90, אזולאי נ' א"ב מפעלי תירות, פ"ד

הדרכים בהן הומלץ<sup>218</sup> לאורך השנים לנסח הכחשות בכתבי הטענות (לדוגמא, בדרך של הודאה רק בחלק מהנתונים והכחשת חלקם<sup>219</sup> או בהצבת ההודאה וההדחה כטענה חלופית בלבד<sup>220</sup>) הביאו לכך שסיני כתב על תפיסת ההודאה וההדחה במשפט הישראלי את הדברים החרिפים הבאים:

"הדוקטרינה של הודאה והדחה משמשת אפוא תמריץ שלילי לנתבע ישר דרך המעוניין למסור את הגרסה העובדתית האמיתית המלאה, אך חושש לעשות כן מחשש "שייענש" בכך שנטל השכנוע יועבר אליו... נמצא אפוא שדוקטרינת ההודאה וההדחה מדיחה ומסיתה אדם לשקר, בידעו שגם אם הוא נמצא חוטא – הרי הוא יוצא נשכר... כלום אין עצם מציאותן של אותן דרכי מילוט, שהן פועל יוצא הכרחי של דוקטרינת ההודאה וההדחה, פוגמת בהגשמת הערך הנשגב של חשיפת האמת? כלום אין זה מתפקידו של כל בית משפט... להשפיע על החברה באמצעות קביעת נורמות ערכיות ומוסריות שימנעו התנהלות דיונית פסולה זו?"<sup>221</sup>.

## ד2ג). היחס השלילי לטיעון באמצעות עורך דין

רצינול זהה מצוי באיסור על שמיעת הטענות מפי המתורגמן<sup>222</sup>, וביחס הלא אוהד שמגלה המשפט העברי כלפי השימוש בעורכי דין<sup>223</sup>. לא נאריך בנושאים אלו, אך שוב, העמדת גילוי האמת במרכז, והחשש מהיכולת להציג טענות בדויות, הם העומדים מאחורי דינים אלו. ההנחה היא מינוי מורשה פוגע ביכולת להגיע לחקר האמת באמצעות הטיעון האישי<sup>224</sup>.

מו(5), 344, 351 (1992); להלן: "פרשת אזולאיי". להרחבה בסוגיה זו וביחס שבין המשפט הישראלי למשפט העברי בה, ראה סיני, הדוקטרינה.

<sup>218</sup> ראה: Giles F. Harwood, *Odgers on Pleading and*; Jack H. Jacob, *Precedents of Pleadings* (12th ed., 1975), 88; *Practice* (20th ed., 1971), 144.

<sup>219</sup> ראה ע"א 777/80, *קלרה שרייבר נ' מרגוט שטרן*, פ"ד לח(2), 143 (1984).

<sup>220</sup> ראה זוסמן, סדרי הדין, 320-321.

<sup>221</sup> סיני, הדוקטרינה, 196. ניתן אמנם לטעון כי גם דין 'מודה במקצת' יביא לתוצאה דומה של הסתת האדם לשקר. זאת, משום שמודה במקצת מתחייב בשבועה, ואילו היה כופר בכל החיוב היה נפטר בשבועה מדין תורה. להרחבה בסוגיה זו ראה בבא קמא, ק"ו, ע"ב. אלא שבניגוד לכללים בנוגע להודאה והדחה, דין זה של מודה במקצת נשען על חזקה מציאותית, ולפיה אדם פשוט איננו מסוגל לכפור בפני בעל חובו, שהיטיב לו בעבר ומכיר בשקרו (שיטות רש"י ותוספות בהתאמה), בכל החוב. התורה מניחה כי אותו אדם מודה במקצת רק כדי להתחמק באופן זמני מתשלום החוב במלואו, וחובי השבועה נועד לזרז אותו לשלם מיד את כל החוב. וראה גיטין, נ"א, ע"ב; כתובות י"ח, ע"א. להרחבה רבה בסוגיות אלו ראה צבי אריה שטיינפלד, *מודה במקצת – מחקר בסוגיות המשפט התלמודי* (הוצאת אוניברסיטת בר אילן, רמת גן, התשל"ט).

<sup>222</sup> מכות, פ"א, מ"ט: "על פי שנים עדים - שלא תהא סנהדרין שומעת מפי התורגמן"; רמב"ם, סנהדרין, פכ"א, ה"ח: "לא יהיה הדיין שומע מפי התורגמן, אלא אם כן היה מכיר לשון בעלי דיניו ושומע טענותיהם"; שו"ע, חו"מ, י"ז, ו'; סמ"ע, חו"מ, י"ז, י"ד: "...דיותר יוכל להתברר האמת כששומע מפי בעלי דיניו והעדים עצמן". וראה גם עדו רכניץ, מתורגמן בבית הדין, *תלמוד דרך ארץ – בית מאיר* (התשס"ח), 129; אברהם טננבוים, "כי המליץ בינתים" – על תרגום ומתורגמנים בבית המשפט, *פרשת השבוע* 103, ויגש התשס"ג; פסקאות נ"ח-נ"ט לפסק הדין בע"פ 8974/07, *הונצ'אן לין נ' מדינת ישראל* (פורסם בנבו, 3.11.10): "מעיקר הדין אין המשפט העברי מסתפק בתרגום הדין, ויש חובה שהדיינים יוכלו להבין ישירות את הנאמר באולם המשפט. כדברי פרופ' א' שוחטמן: "שיטת המשפט העברי מחייבת מגע אישי ובלתי אמצעי בין בית הדין ובין בעל הדין...". הובאו גם טעמים נוספים המתמקדים אף הם ברצון להגיע לחקר האמת. בכלל אלה, החשש שמא בדיון מתורגם לא תהא "אימת הדיינים" על בעלי הדין, או שהתרגום המקוטע עלול להקשות על קו המחשבה של הדיינים".

<sup>223</sup> על נושא זה נכתב רבות, וראה שוחטמן, סדר, ח"א, 167-206; שלמה פרקש, *ייעוץ משפטי במשפט העברי*, עבודה לשם קבלת התואר 'מוסמך', אוניברסיטת בר-אילן, רמת גן-התשנ"ט; רקובר, השליחות וההרשאה, 308-354; הרב אברהם אלקנה כהנא-שפירא, האם הודאת עו"ד מחייבת את שולחו, *תחומין כ"א* (התשס"א), 413; הרב שאר-ישוב כהן, מעמד עורכי הדין בהלכה, *תורה שבעל פה כ"ב* (התשמ"א), ס"ד; הרב בנימין ליפקין, עריכת דין במשפט התורה, *תורה שבעל פה כ"ב* (התשמ"א), ק"ז; אביעד הכהן, 'עו"ד יישמע?' - על פרקליטים ועורכי דין, *משפטים* כ"ה (התשנ"ה), 459; אביעד הכהן, 'עו"ד יישמע?' – על פרקליטים ועורכי דין, *פרשת השבוע* 91, האזינו התשס"ג; הרב אליהו כץ, עורכי הדיינים, *דברי משפט* ו' (התש"ס), של"ז; אליאב שוחטמן, מעמדו של עורך הדין במשנת הרמב"ם, *תחומין כ'* (התש"ס), 38; סיני, אל תעש; חבה, שם; שפירא, השוואת; הרב צבי יהודה בן-יעקב, מורשה והרשאה, *תחומין ט"ז* (התשנ"ו), 349; רוזין, אלה המשפטים, ק"ד-ק"א; הרב ישראל מאיר לאו, ייצוג בעלי דין בפני בית דין, *תחומין כ'* (התש"ס), 21; הרב יואב שטרנברג, שימוש בפרקליטים בבתי הדין לממונות, *תחומין כ"ח* (התשס"ח), 200; הרב הלל גפן, עורכי דין במערכת המשפט העברי, באתר 'דין תורה': <http://www.dintora.org/files/lawyer.doc>; הרב יצחק אלמליח, אל תעש עצמך כעורכי הדיינים, *שורת הדין י"א* (התשס"ז), שכ"ב; שו"ת חבל נחלתו, ח"ב, סימן ע'; פרשת פנדרייך.

<sup>224</sup> ראה לאו, שם; שוחטמן, שם.

באופן כללי מלמדת הגמרא<sup>225</sup>: "וואשר לא טוב עשה בתוך עמיו"<sup>226</sup> - רב אמר: זה הבא בהרשאה". ומסביר רש"י את הדברים: "ומתעבר על ריב לא לו, ושמא הראשון נוח לו ונוח לפשרה יותר מזה שאינו יכול לעשות פשרה בממון אחרים"<sup>227</sup>. בדומה לכך מזהיר המאירי: "לעולם יזהר אדם שלא יבוא לדין אלא בהכרח ולא יעשה עצמו כעורכי הדיינין להיותו מתעבר על ריב לא לו, שעריכת הדיינין מחדשת שנאות בין בני אדם, וכל שכן במי שנכנס בה מצד הרצון ושלא מחמת ענייני עצמו"<sup>228</sup>.

ביקורת חמורה מביא ר' חיים בנבנישתי על מנהגם של עורכי הדין להתאים את טענותיהם לעמדת לקוחותיהם, ללא כל מחויבות לאמת<sup>229</sup>:

"דרכן של קצת מורשים: מבלבלין, מצפצפין, ואינם יודעים מה מצפצפין, כי מחפשים בספרים אחר סברות ודינים אשר ישרו בעיניהם, ולרוב קולטין את הפסולת וזורקים את האוכל... ומי שגדול מחבירו בשקרים ותחבולות ומרמות נותנים עיניהם בו לשכרו ברצי כסף".

היסוד לדברים מצוי בגמרא המבארת את הפסוק "שפתותיכם דברו שקר"<sup>230</sup> – אלו עורכי הדיינים"<sup>231</sup>, שכן לעורכי הדיינין לא קיים כלל הקושי הנפשי לשקר לבית הדין ולבעל הדין שכנגד, כפי שזו קיימת אצל בעל הדין עצמו. "שהמורשה יטעון טענת שקרים לפי שאינו בוש מן התובע, ונמצאת מדת 'אין אדם מעיז פניו בעל חובו' - לוקה"<sup>232</sup>.

יצוין, כי כחלק מגישה זו קבע היועץ המשפטי להנהלת בתי הדין הרבניים כי בעת ראיון בפני מברר יהדות (המשמש כמומחה המסייע לבית הדין בגיבוש עמדתו) - אין לבעל הדין כל זכות להיות מיוצג ע"י עורך דין, ועורך הדין יוכל להעיר את הערותיו על חוות הדעת לכשתימסר<sup>233</sup>. הדברים אינם נאמרים במפורש בחוות דעת היועץ המשפטי, אך נדמה כי אין ספק שהרצון בבירור האמת הוא העומד מאחוריה.

### **3.4 הגעה לתוצאה אמיתית בדרכים שאינן כשרות**

סוגיה מעניינת אחרת העולה בהקשר זה, היא זו המציבה את ערך האמת משני צידי המשוואה. האם ניתן להשיג תוצאה אמיתית בעזרת שקר<sup>234</sup>? היש היתר לבדות ראייה כדי להגיע לתוצאה שברור שהיא התוצאה הנכונה

<sup>225</sup> שבועות, ל"א, ע"א.

<sup>226</sup> יחזקאל, י"ח, י"ח.

<sup>227</sup> רש"י, שם, ד"ה "זה הבא בהרשאה".

<sup>228</sup> בית הבחירה להמאירי, שבועות, ל"א, ע"א, ד"ה "לעולם". וראה גם בדברי המאירי על המשנה באבות, פ"א, מ"ח: "אל תעש עצמך כעורכי הדיינין" – "שהרי מי שעושה כן מלמד לבריות לשקר ולהכחיש האמת ונמצא גורם לו תקלה ועוון, ולפי זה ראוי לקרות 'הדיינין' ביו"ד אחת בלבד".

<sup>229</sup> שו"ת בעי חיי, חו"מ, ח"ב, סימן צ'. וראה גם כתובות, נ"ב, ע"ב; סוטה, מ"ז, ע"ב: "משרבו לוחשי לחישות בדין רבה חרון אף בישראל ונסתלקה השכינה...". וכהסבר רש"י, שם, ד"ה "לוחשי לחישות": "עורכי הדיינין ומתלחשים עם הדיינין לפתוח להם פתח בזכותו של זה ובחובתו של זה".

<sup>230</sup> ישעיהו, נ"ט, ג'.

<sup>231</sup> שבת, קל"ט, ע"א.

<sup>232</sup> שו"ת הרשב"א, ח"ו, סימן ר"י. וראה שוחטמן, סדר, ח"א, 170-169.

<sup>233</sup> חוות דעתו של עו"ד הרב שמעון יעקובי מיום כ"ח אדר התשס"ט (פורסם באתר הנהלת בתי הדין הרבניים).

<sup>234</sup> לדיון רחב בהרבה, ראה נחום רקובר, **מטרה המקדשת את האמצעים**, ספרית המשפט העברי, ירושלים-התש"ס. וראה גם מנחם (מריו) קליין, 'מותי מותר על-פי המשפט העברי לשקר בהליך משפטי? עקרונות המשפט העברי וספרות השו"ת' בעניין שקר ואמת בטיעונים ובעדויות, **עלון השופטים ע"ש השופט ברוך ז"ל** 22 (2012), 1; יפתיאל ויסקוט, 'האיסור לשקר – מקורו ומוחלטותו', **מאבני המקום** י"א (התש"ס), 210.

והצודקות<sup>235</sup>?! להלן נראה שגם בסוגיה זו, הסכמתם של כל הפוסקים, ללא כל קשר לתוצאה ההלכתית<sup>236</sup> אליה הגיעו, היא שערך בירור האמת עומד בבסיסו של סולם הערכים<sup>237</sup>.

### 3ד(א). הפוסקים האוסרים הגעה לתוצאה צודקת באמצעות תחבולה

"צדק צדק תרדוף... בשם הרב הקדוש מפרשיסחא היהודי ז"ל להיות רדיפת הצדק

בצדק ולא בשקר. ודברי פי חכם חן"<sup>238</sup>.

רובם של הפוסקים<sup>239</sup>, קבעו שאם המטרה המוצהרת של ההליך המשפטי היא גילוי האמת, הרי שאין זה לגיטימי להגיע אל האמת באמצעות שקרים, וכל אדם חייב להיזהר שלא להעלות על לשונו שום דבר שקר בפני ביה"ד. עליו להגיד אך ורק את האמת הצרופה ואת העובדות לאשורן. זאת, גם כאשר בעל הדין יודע בבירור שהצדק עימו, וטענת השקר נועדה להבטיח שיפסק הדין כראוי<sup>240</sup>. הציווי המנחה בקביעת עיקרון זה הוא "מדבר שקר תרחק"<sup>241</sup>. מדובר בציווי להתרחק משקרים ככלל, אך עיקרו (מהתורה, לפחות) עוסק בשקרים בבית הדין<sup>242</sup>. על ציווי זה אומר המדרש כי אך ורק בעטיו באה הגלות על ישראל<sup>243</sup>, וסוגיה ארוכה במסכת שבועות<sup>244</sup> עוסקת באיסורי לוואי הגנוזים בתוך האיסור להתרחק מהשקר, ומשיבה, לכאורה, בצורה ברורה על השאלה שהצגנו:

"מנין לדיין שידוע לחבירו שהוא גזלן, וכן עד שידוע בחבירו שהוא גזלן, מנין שלא יצטרף עמו נרש"י: "ואע"פ שהעדות אמח"א? תלמוד לומר מדבר שקר נרש"י: "שגורם לפסוק דין על פי שנים עדים ואין כאן אלא עד אחד" תרחק... מנין לתלמיד שאמר לו רבו: יודע אתה בי שאם נותנין לי מאה מנה איני מבדה, מנה יש לי אצל פלוני ואין לי עליו אלא עד אחד. מנין שלא יצטרף עמו? תלמוד לומר מדבר שקר תרחק. האי מדבר שקר תרחק נפקא, הא ודאי שקורי קא משקר, ורחמנא אמר (שמות כ, יב) לא תענה ברעך עד שקר?! אלא כגון דאמר ליה: ודאי חד סהדא אית לי, ותא אתה קום התם נרש"י: "ושיהא סבור בעל דין

<sup>235</sup> אלישי בן יצחק, בידוי ראיות וראיות המושגות באמצעים פסולים, פרשת השבוע 149, מקץ התשס"ד, 2. בן יצחק עוסק בשאלה זו בהרחבה, ומאמרו כולל מקורות רבים נוספים שאינם מנויים כאן.

<sup>236</sup> חשוב להזכיר כי מעבר לאספקטים ההלכתיים של הסוגיה קיימים גם סוגיות מוסריות. כך, נמסר כי החזון איש סבר כי גם במקומות בהם מותר מעיקר הדין לשקר על מנת להשיג רווח כספי, הרי ש"כל מה שאדם מתעסק עם ממון, אינו אלא בגדר ההשתדלות, ושקר אינו בגדר השתדלות" (חשוך חמד, פסח, ל"א, בהע"ש 8).

<sup>237</sup> נזכיר שוב את ההערה דלעיל, ולפיה העובדה שעמדות חולקות מקבלות את הנחת היסוד לפיה בירור האמת עומד ביסודם של הכללים, ואינן מנמקות את שיטתם בהעלאת ערך אחר אל ראש סולם הערכים, מעידה בצורה המיטבית כי על הנחה זו אין חולק. שפת אמת, שופטים, תרל"א.

<sup>239</sup> הדעה המקובלת כיום היא שזוהי עמדת רוב רובם של הפוסקים. ראה אצל בן יצחק, שם; שוחטמן, סדר הדין, 234-235; חבה, שם, 335-343; שוחטמן, מדבר שקר, 299-303; יגאל מוניסר, המשפט וישראל – דיני ממונות עפ"י משפט התורה, מכון שתילי זיתים, פ"ת-התשס"ח (להלן: "מוניסר, המשפט וישראל"), 389-390; רפאל יעקובי, "אחרי רבים להטות" – על הרכבים שיפוטיים ותחבולות שופטים, פרשת השבוע 157, משפטים התשס"ד (להלן: "יעקובי, אחרי רבים"), הע"ש 6; דרש דוד, ח"ג, שמ"ה.

<sup>240</sup> רמב"ם, הלכות טוען ונטען, פט"ז, ה"י; שם, הלכות עדות, פ"ז, ה"ה; סמ"ג, עשין, ק"ז; ש"ד, חו"מ, ע"ה, א': "אסור לטעון שקר כדי לעוות הדין או כדי לעכבו אע"פ שהוא זכאי... ולא ידעתי למה לא הזכירו הטור והמחבר בשום מקום דינים אלו". למרות דברי הש"ך, נבקש להעיר כי לפחות חלקן של ההלכות נפסקו גם ע"י הרמ"א, חו"מ, כ"ח, א': "ואסור לאדם להעיד בדבר שאינו יודע, אף על פי שאמר לו אדם שידוע בו שאינו משקר".

<sup>241</sup> שמות, ל"א, א'. להרחבה ראה במאמרו המקיף של שוחטמן, מדבר שקר.

<sup>242</sup> העמק דבר, שמות, כ"ג, ז'; שו"ת חוט המשולש, ח"א, סימן ט"ו: "ואמנם אפשר לומר דדווקא לטעון שקר בפני ב"ד הוא דאסור משום מדבר שקר תרחק לפי שגורם שבי"ד מעוותין הדין. וכן יראה מלשון הרמב"ם... וא"כ בנידון דידן דהתביעה היא שלא בפני בית דין אין בו משום מדבר שקר תרחק"; פירוש הראב"ע הארוך, שמות, כ"ג, ז', ד"ה "מדבר שקר": "עם הדיין ידבר, שלא ידין דין שקר"; פירוש הרשב"ם, שמות, כ"ג, ז'; אגרות משה, יו"ד, ח"ג, קל"ג; הרב יובל שרלו, "מדבר שקר תרחק" – קיצור הלכות שקר, צהר א' (התש"ס), 13, 15-18; הרב יהודה עמיטל, מדבר שקר תרחק, עלון שבות 163 (התשס"ד), 27; מוניסר, המשפט וישראל, 389, הע"ש 15; שוחטמן, שם, 277; אמיתי נתן צוריאלי, מדבר שקר תרחק, חידושי תורה @ NDS 10 (התש"ע), 44.

<sup>243</sup> מדרש גנוז, מופיע בתורה שלמה, חייט, שמות, כ"ג, ז', אות ק"ח: "אמר רב הונא: מצינו שלא גלו ישראל מארצם, אלא על שעברו על זה הפסוק: "מדבר שקר תרחק". אמירה דומה מצויה במסכת שבת, ק"ט, ע"ב, ולפיה "לא חרבה ירושלים אלא בשביל שפסקו ממנה אנשי אמנה".

<sup>244</sup> ל', ע"ב – ל"א, ע"א.

<sup>245</sup> ראה את מה שהסיק מכך ביהמ"ש העליון בע"פ 20/61, יחזקאל סהר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טו, 561, 579 (1961).

שאתה בא להעיד ויודה אמת", ולא תימא ולא מידי, דהא לא מפקת מפומך שקרא, אפי' הכי אסור, משום שנאמר מדבר שקר תרחק. מנין לנושה בחבירו מנה שלא יאמר אטעננו במאתים כדי שיודה לי במנה ויתחייב לי שבועה ואגלגל עליו שבועה ממקום אחר? תלמוד לומר מדבר שקר תרחק. מנין לנושה בחבירו מנה וטענו מאתים, שלא יאמר אכפרנו בב"ד, ואודה לו חוץ לבית דין, כדי שלא אתחייב לו שבועה, ולא יגלגל עלי שבועה ממקום אחר, תלמוד לומר מדבר שקר תרחק. מנין לשלשה שנושין מנה באחד, שלא יהא אחד בעל דין ושנים עדים [וש"י: "והם בעלי דין"] כדי שיוציאו מנה ויחלוקו? ת"ל מדבר שקר תרחק".

הנחת היסוד של הסוגיה היא שלא נאסר רק שקר, אלא אף 'דבר שקר'<sup>246</sup>. יתר על כן. אין די בהימנעות מדיבור, ויש להתרחק ממש מהשקר, כמו שמביא ה'חתם סופר': 'בריש פרק שבועת העדות מיייתי ש"ס כמה ענינים שהמה בכלל עשיית עוול במשפט ובכלל לא תענה ברעך עד שקר, ומכל מקום לא נאסרה אלא מדכתיב "מדבר שקר תרחק", ואילו הוה כתיב לא תדבר שקר, הוה מותר הגרמת דיבור שקר, אך מלשון 'תרחק' קדריש"<sup>247</sup>.

אם כן, יש להתרחק מכל גרימת שקר, וממילא בידוי ראיה יהיה אסור, גם כאשר המטרה היא להגיע לתוצאת אמת<sup>248</sup>. ראינו כי לגבי המקרה בו נתבקש התלמיד לפעול מתוך אמון ברב, על אף שהוא עצמו לא יודע באופן וודאי את העובדות, הגמרא מבהירה כי מחשבה להתיר פעילות זו כלל לא עלתה בדעתה, שכן שקרים ממש ודאי שאינם ראויים. לכן העמידה הגמרא את הסוגיה בתחבולות שנעשות בניסיון להשפיע על בעל הדין שכנגד, במטרה להגיע לתוצאה אמיתית<sup>249</sup>. גם מהלך כזה נפסל ע"י הגמרא, שכן בעל הדין שכנגד מבקש להתפשר, בנקודה לה לא היה מסכים, אילולי היה סבור כי לעמיתו יש עדים<sup>250</sup>. ואכן, הפוסקים הרחיבו את הכלל גם למקרים בהם פועל האדם למען עצמו, במקום בו האמת ידועה לו בוודאות.

לגבי שקרים ברורים, ראינו כי הדברים בגמרא ברורים יותר, וכך, לדוגמא, נשאל הרשב"א האם ההיתר לעשיית דין עצמית יכול להתיר גם 'עשיית דין' באמצעות בית הדין, דרך זיוף מסמכים ואו העלאת טענות כזב<sup>251</sup>, והבהיר כי "חס ליה לזרעיה דאברהם דלימא שיקרא, דכתיב: "שארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב" ... אלא ודאי שנוי השקר ואהוב האמת, ואין תמורתו כלי פז"<sup>252</sup>. במקרה עדכני יותר קבע הרב עוזיאל כי אסור להישבע לשקר בבית משפט על מנת לקבל קיצבאות שונות<sup>253</sup>. גם המרדכי<sup>254</sup> מביא דברים בשם המהר"ם מרוטנבורג שפסק, בתשובה לשאלה האם מותר לעו"ד לשקר בעבור לקוחו, וענה כי:

<sup>246</sup> שרלו, שם; אלון, שם.

<sup>247</sup> אה"ע, ס"י כ'. וראה גם בדברי הספורנו, שמות, כ"ג, ז', ד"ה "מדבר שקר תרחק": "מכל דבר שיוכל לסבב שקר".

<sup>248</sup> וראה גם על"ע 1/68, פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כב(1), 673, 677 (1968): "גישת המשפט העברי... מתייחסים בחומרה לכל תופעה של שקר ואף לגררה של שקר; לגבי הליכים משפטיים ישנן דוגמאות רבות בתלמוד ובשולחן ערוך שלפיהן רואים שימוש בכל תחבולה, כולל תחבולה להשיג יתרון פרוציסואלי, עבירה על האיסור של "מדבר שקר תרחק".

<sup>249</sup> מלמד, פניני הלכה, ח"ג, 141-142.

<sup>250</sup> סמ"ע, חו"מ, כ"ח, י"ג.

<sup>251</sup> להרחבה ראה ידידיה דינר, עביד איניש דינא לנפשיה, דיני ישראל ד' (התשל"ג), 91, 103-104; רפאל יעקובי, עשיית דין עצמית, פרשת השבוע 130, פינחס התשס"ג, 4 ובמקורות הנזכרים שם בהע"ש 10 ו-15.

<sup>252</sup> שו"ת הרשב"א, ח"ג, סימן פ"א. מעניין כי הרב רצון ערוסי נשאל שאלה זהה, והשיב גם הוא באיסור גורף, מבלי אף להזכיר את עמדות הפוסקים המתירים דלהן. ראה: <http://www.moresheet.co.il/web/shut/shut2.asp?id=73332>.

<sup>253</sup> משפטי עוזיאל, ח"ד, חו"מ, סימן כ"ז, אות ט': "מכאן אתה למד שאסור להערים בשבועה אפילו אם היא שבועה דלהבא כדי לפטור עצמו מדינא דמלכותא, ודין זה נאמר גם בדברים שאינם שייכים למלכות עצמה, כגון מכס ופסקא וכרגא, אלא גם במשפטי ממונות..."

”ושאלת אם האנטלר יכול לטעון כל מה שיכול לטעון ולהערים, אפילו בדבר שהוא יודע שאינו. חלילה מעשות כן, להיות

חוטא ולא לו, ואפילו בשל עצמו אין רשאי לשקר...”<sup>255</sup>.

בדברים אלו של המרדכי לא מופיע, אמנם, במפורש כי מדובר בשקר למען השגת תוצאה צודקת, ואולם הדעת נותנת שלא ייתכן כי חידושו של המהר"ם הוא באיסור על עו"ד לשקר למטרות פסולות, ובוודאי לא ש"אפילו בשל עצמו" אסור לו לשקר. הרי אין כל ספק שאסור לאדם לשקר לבית הדין, על מנת להוציא את ממון חבירו בדרכי רמיה. שאלה כזו לא היה איש מפנה למהר"ם. חייבים לומר, אם כן, שהמהר"ם בא לאסור דבר ש'הוראת היתר' בו היתה מקובלת. שקר למען השגת מטרה צודקת.

גם ר' ישראל איסרליין, בעל שו"ת תרומת הדשן, חוזר על הלכה זו, והוא אף מדגיש שגם התנהגות פסולה של בעל הדין במהלך ההליך, אינה מתירה לבעל הדין שכנגד להתנהג בצורה דומה<sup>256</sup>:

”והלא דברים קל וחומר. ומה התם דמן הדין נתחייב להם מנה, אף על פי כן דרשו חכמים והזהירו שלא לבקש תחבולות

ומרמה כדי להוציא את שלהם מן הדין... וכל המבקש תואנות ופקפוקים, ומשתמיט מן הדין, אי אפשר לו לעשות כן...”.

דברים אלו גם נפסקו להלכה ע"י ר' יוסף קארו<sup>257</sup>.

אלא שכפי שראינו בסוגיה המנחה בגמרא דלעיל, לא זו בלבד שאסור לבדות ראיות ולזייף מסמכים, גם אם הדבר נעשה כדי להשיג תוצאה צודקת כשלעצמה, אלא שישנו איסור גם לתחבל תחבולות חמורות הרבה פחות. כך ראינו כי אסור לשלושה נושים להתחלק לשתי חבורות, האחד תובע והשניים האחרים נעשים עדים, כדי להבטיח את השבת כספם, אף על פי שאין ספק שהאמת עמהם, משום שנאמר בתורה ”מדבר שקר תרחק”, והאמת לאמיתה היא: שלושתם תובעים, והסכום הנתבע לא נלווה מאיש מהם. לכן גם אסור להעמיד פנים, כאילו ישנם עדים, בניסיון לחלץ הודאה מן הצד שכנגד<sup>258</sup>.

ועדיין, קשים הדברים לתפיסה. כך, על ההלכה המופיעה בשו"ע ולפיה ”ואפילו עד כשר שיוודע בחבירו שהוא רשע, ואין הדיינים מכירים רשעו – אסור לו להעיד עמו, אע"פ שהוא עדות אמת...”<sup>259</sup>, כותב הש"ך כי מסברה הדברים קשים מאד, שהרי, לכאורה, מדוע שלא להגיע לתוצאה שהיא אמת? למרות זאת, מקבל הש"ך את הדברים שכן הם ”גזירת הכתוב”<sup>260</sup>.

הנימוקים העיקריים לגישה זו הם שלושה:

---

ועל כל פנים למדנו מזה דאסור להערים בשבועה כדי להסתלק או להפטר מדינא דמלכותא שהוא לתיקון העולם והשראת מוסר ושולם במדינה”.

<sup>254</sup> מרדכי, בבא מציעא, אות רע"ו (ע"ה, ע"ב בדפי הרי"ף).

<sup>255</sup> דין זה נפסק גם בש"ך, חו"מ, קכ"ג, ל"ב.

<sup>256</sup> תרומת הדשן, חלק השו"ת, סימן ש"ו. וראה גם בגר"א על אתר (אות י"א) המבהיר למען הסר ספק: ”ואפילו על אמת אסור”.

<sup>257</sup> שו"ע, חו"מ, י"ב, ו'. וראה גם בגר"א על אתר (אות י"א) המבהיר למען הסר ספק: ”ואפילו על אמת אסור”.

<sup>258</sup> רמב"ם, הלכות טוען ונטען, פט"ז, הלכות ט"ו ו-י', והלכות עדות, פ"ז, ה"ו; שו"ע, חו"מ, כ"ח, א'; תקפו כהן, סימן קי"ז; שו"ת חבל נחלתו, ח"ז, סימן מ"ה. וראה שו"ת איגרות משה, יו"ד, ח"ג, סימן קל"ג, שהאיסור לנקוט תחבולות מסוג זה, רלוונטי לא רק בהליכים משפטיים, אלא גם בהליכות מסחר, וכך גם אצל מלמד, פניני הלכה, ח"ג, 147-150.

<sup>259</sup> שו"ע, חו"מ, ל"ד, א'.

<sup>260</sup> ש"ך, חו"מ, ל"ד, ג'. זאת, בגלל לשונם המפורשת של הפוסקים, ולאחר שניסה להעמיד את הגמרא בעדי קידושין, שבהם העדות היא עדות קיום, ואין כל תועלת בעד אחד. ישנם גם פוסקים אשר הגבילו, בפועל, את החידוש. הרשב"ש (שו"ת הרשב"ש, סימן תרי"ב) קובע שמדובר רק במקרה בו העד הכשר איננו יודע האם העד הרשע אכן ראה את המעשה, הכלבו (סימן פ"א) קובע שהאיסור הוא להעיד ”אנחנו ראינו”, אך ניתן לומר ”אני ראיתי”, ואולם הגבלות אלו אינן מקובלות בפסיקה.



- הטעם הראשון נעוץ בדברי הגמרא הידועים ולפיהם "בתר גנבא גנוב, וטעמא טעים"<sup>261</sup>. באותו מקרה ביקש רב הונא לברר על מה נענש מהשמיים בזה שהחמיצו לו ארבע מאות חביות יין. התברר כי מדובר בעונש על כך שרב הונא לא נתן לאריסו חלק מסוים משכרו, וזאת על אף שהיה מדובר במעין 'קיצוץ' של גניבות גדולות יותר מצד האריס<sup>262</sup>. על פי גמרא זו גם הגונב מן הגנב, טועם טעמה של גניבה, ופוגע בעצמו. שקריו של הזוכה, גם אם נועדו להשיב לעצמו את הגזילה, יותירו בו ובנשמתו חותם שלילי של הוצאת ממון לא לו בשקר<sup>263</sup>.
- בנוסף לכך, בולט הנימוק (שייתכן שגנוז גם בתוך הנימוק הראשון) של 'המדרון החלקלק', שעלול להיווצר מהתרת השקר. תחילה יתיר לעצמו פלוני להטעות, שכן הוא סבור שעושים אותו. אח"כ ירשה לעצמו לשקר שקרים 'לבנים' בכדי לתקן המעוות. סופו של דבר, שאותו פלוני אף ירמה בכדי ליטול את שאינו מגיע לו<sup>264</sup>. כך יתעוות כל יסוד היושר הציבורי, והחברה כולה תתנהל בסיוע כספי שלמונים ושוחד, כאחרונת רפובליקת הבנות.
- הטעם השלישי הוא טעם עמוק יותר<sup>265</sup>. אמירת האמת במקרים הנ"ל אמנם תיצור הפסד למי שהצדק עימו, אך לטווח ארוך הוא יצא נשכר. "שְׁפֹתַי אֶמֶת תִּכּוֹן לְעַד, וְעַד אֶרְגִּיעָה לְשׁוֹן שְׁקָרִי"<sup>266</sup>. דובר האמת נאמן למציאות המוחלטת, ומתוך כך קיומו איתן, אך המשנה מהאמת מנותק מהמציאות, ולטווח ארוך – קיומו מעורער.

### ד(ב). הפוסקים המתירים הגעה לתוצאה צודקת באמצעות תחבולה

לעומת כל הגישות שראינו עד כה, עמדה אחרת תטען כי הערך של השגת האמת גובר על הכל, ואין רצוננו שיצא החוטא נשכר. לגישה זו, תותר חריגה כזו או אחרת מן האמת לצורך הגעה לפיתרון האמיתי. הסוגיה העיקרית הנותנת, לכאורה, תימוכין לעמדה זו הינה סוגיה במסכת בבא קמא<sup>267</sup> העוסקת באובדן טענת תחבולה פוטנציאלית. לא כאן המקום להאריך בסוגיה<sup>268</sup>, ורק נזכיר מספר דוגמאות שנפסקו להלכה. כדוגמא לדברים ניתן להביא את פסק הרא"ש שרשאי אדם לומר "פרעתי" בכדי להיפטר, אם באמת לא לוח כלל, שהרי באמת אינו

<sup>261</sup> ברכות, ה', ע"ב.

<sup>262</sup> וראה מרדכי, בבא קמא, פרק שלישי, רמז ל', המבאר מדוע באותו מקרה לא ניתן לראות בקיצוץ מעין זה עשיית דין עצמית. וראה גם בשו"ת מהרי"ק, שורש קס"א; המאירי, בבא קמא, כ"ז, ע"ב, ד"ה "כל"; ים של שלמה, בבא קמא, שם, סימן ה', ד"ה "ולכך"; משנה למלך, סנהדרין, פ"ב, הי"ב; תומים, חו"מ, ד', ס"ק ב'; נתיבות המשפט, שם, ס"ק ג'; סמ"ע, שם, ס"ק ג'; שו"ת שואל ומשיב, מהדורה תליתאה, סימן שע"א; שו"ת רב פעלים, ח"ג, חו"מ, סימן ה'; העמק שאלה, בראשית, שאילתא ב', אות א'; מרומי שדה, ברכות, שם, ד"ה "בתר".

<sup>263</sup> וראה גם מלבי"ם, משלי, כ', י', מוסר חכמה, ביאור הענין, המסביר את הפסוק "אָבֵן וְאָבֵן, אֵיפֶה וְאֵיפֶה - תּוֹעֵבֶת ה' גַּם שְׁנֵיהֶם", כפסוק המדבר על ניסיון להגיע לתוצאה אמיתית בעזרת שקר: "...הגם שבזה יוכל לומר זכיתי לבי, אחר שנותרו לפי הצדק, בכ"ז לא יוכל לומר טהרתי מחטאתי לפי הנגלה, כי תועבת ה' גם שניהם, אף שימצאו שניהם זה לעומת זה, האבן מול האיפה, כי התורה הזהירה בכלל שלא ימצא בכיסך אבן ואבן בשום אופן ובשום הצטדקות".

<sup>264</sup> הרב יעקב אפשטיין, הצהרה כוזבת לצורך קבלת פיצוי, תחומין כ"ו (התשס"ו), 51, 54.

<sup>265</sup> ע"פ מלמד, פניני הלכה, 143-144.

<sup>266</sup> משלי, י"ב, י"ט.

<sup>267</sup> בבא קמא, מ', ע"א.

<sup>268</sup> הרחבה מצויה אצל חבה, שם, 336-339.

חייב כלום<sup>269</sup>. כך גם פסק הש"ך בעניין אחר. הדין הוא שיש להחליט על ממונו אביו, אך אינו יודע האם אביו אכן חייב לתובע את אותו הממונו, איננו חייב להישבע, אלא אם כן הוא טוען טענת 'ברי'<sup>270</sup>. לנוכח דין זה המליץ הש"ך ליורש פקח לבוא בטענת 'שמא', ובכך להיפטר משבועה<sup>271</sup>. בדומה לכך, התירו גם פוסקים נוספים בספרי השו"ת אמירות שאינן אמת בסיטואציות מסוימות לצורך השגת תוצאה צודקת, משום שסברו שדין זה הינו בגדר 'מידת חסידות'<sup>272</sup>. יש שטענו, במעין עמדת ביניים, כי אמירת שקר לצורך השגת האמת אפשרית במקרים בהם המשקר הינו הנתבע, אך לא ניתן לתבוע תביעה שאינה נכונה. כך, לדוגמא:

"לענ"ד, היה נראה שסובר הש"ך שאין איסור לטעון טענות שקר כדי ליפטר מממונו שבאמת פטור... אבל כל הדברים שאסרו חכמים... לא רק טוען שקר אלא גם תובע ממון שבאמת אין חייבין לו... שהרי תובע מה שאינו מגיע לו"<sup>273</sup>. במקומות אחרים מצאנו פוסקים אשר התירו לעשות תחבולות ותרגילים במטרה להציל את ממונו מידי חברו<sup>274</sup>, אך זאת מבלי להוציא שקר מפורש משפתיו של בעל הדין<sup>275</sup>.

חבה<sup>276</sup> מסביר כי החילוק בין דינים אלו לסוגית הגמרא במסכת שבועות שהבאנו לעיל טמון במיקום התחבולה. בפני ביה"ד אין מקום לשום תחבולה. קדושת הדין והדיינים מאיינים כל אפשרות לשקר ולתחבולה. לעומת זאת, בהליך מחוץ לבית הדין ניתן לעשות תחבולות על מנת להביא לתוצאה אמיתית – הצלת הממונו מידי היריב. הוא גם מדייק זאת מלשונו של בעל ערוך השולחן שכתב בסוף דבריו "ובלבד שלא יתראה כרשע בפני בית דין"<sup>277</sup>. כדברים האלה העלה גם ר' חיים מוולוז'ין<sup>278</sup> אשר סבר שהאיסורים דגן רלוונטיים רק בבית הדין:

"ואמנם אפשר לומר דדווקא לטעון שקר בפני בית דין הוא דאסור משום 'מדבר שקר תרחק' לפי שגורם שבית דין מעוותין הדין... ואם כן בנידון דידן דהתביעה היא שלא בפני בית דין אין בו משום מדבר שקר תרחק".

הסברים נוספים יכולים להיות זה שבו הלך המהרש"ל, ולפיו מדובר במקרים בהם ישנה תרעומת מיוחדת על בעל הדין שכנגד (ניתן אולי לדמות זאת ליחוסר תום לב' או 'חוסר נקיין כפיים' המודרני), כאשר במקרה זה מותר לבצע

<sup>269</sup> כתובות, כ"א, ע"א, אות י"ז.

<sup>270</sup> שו"ע, חו"מ, ע"ה, ט"ז.

<sup>271</sup> ש"ך, חו"מ, ע"ה, ס"ק נ"ז.

<sup>272</sup> שו"ת יהודה יעלה, ח"ב, חו"מ, סימן קפ"ז: "וזה שדייק רש"י יטעון ויאמר אין לי מעות, ור"ל אע"ג דיש לו, אין עושה שלא כדין אם טוען כן, ואע"ג דשרי לגמרי לא כתבו תוס' אלא שאין עושה שלא כדין נקטו השלילה משום דלא מידות חסידות הוא לטעון אין לי מעות אם יש לו, וכת' מדבר שקר תרחק, לכן כתבו רק שאין עושה שלא כדין".

<sup>273</sup> דברי הגר"ן גולדברג באות כ"ה בקונטרס 'בענין עשיית תחבולות ולשקר בכדי לזכות בשל' בתוך **ברכת אליהו**, חו"מ, ח"ג.

<sup>274</sup> שלטי גיבורים, שבועות, י"ד (מדפי הרי"ף), ע"א, א': "...דדוקא היכא דמדבר שקרים כדי לזכות בדין שקר או כיוצ"ב איכא למיחש, אבל הכא שרוצה לעשות מעשים שבשבילם ימחול לו הלה מרצונו הטוב ע"י טצדקי דקא עביד מאי קפידא איכא... והוי כמאן דמפייס לחבריה עד דמחיל ליה, וצ"ע; תומים, חו"מ, י"ב, ה': "ופשוט לדינא דמי שיודע שיש לו מלוה ישנה על חברו... וחברו תובע אותו, ויודע כשיטעון בבית-דין... לא יהיה נאמן, דיכול לעשות טצדקאות ותחבולות לייגע חברו עד שיפטר עימו, ולהציל שלו במקצת, ואין כאן עוול"; נתיבות המשפט, חו"מ, י"ב, ה'; ערוך השולחן, חו"מ, י"ב, ה': "... אבל אם יודע שהצדק עימו, אלא שבפני הדיין אין ביכולתו לברר זה, כי לא יאמינו לו, ויחייבו אותו - מותר לו לבקש תחבולה כדי שיבוא לידי פשר".

<sup>275</sup> תומים, שם: "...שלא להוציא שקר מפיו כלל".

<sup>276</sup> חבה, שם, 343-341. הוא גם מפנה לדיון בתיק בית הדין 7586/כ"ט, א. נ' ב. ו-ג., פד"ר ט', 115, 131-126, וראה בעמ' 131-130 לפסה"ד: "והיינו דגם הטצדקאות דעביד לנפשי מחוץ לבי"ד לא הותרו לו לעשות אלא באופן שלא יודע לבי"ד על כך, כדי שלא יהא כרשע בעיניהם, כי הרי ב"ד לא יאמינוהו... ונמצא כרשע בעיניהם".

<sup>277</sup> שם.

<sup>278</sup> שו"ת חוט המשולש, ח"א, סימן ט"ז.

תחבולות, אך ראוי לכל ירא שמים להיזהר מזה<sup>279</sup>, לכיוון של היתר רק בתחבולה פסיבית<sup>280</sup>, או לכיוון של היתר בחוב שטרם התגבש<sup>281</sup>.

מהלך קיצוני בהרבה הותר ע"י ה'בן איש חי'<sup>282</sup>, אשר פסק כי מותר באופן עקרוני לזייף מסמך כדי למנוע מאדם אחר לבצע חלוקת רכוש בצורה שאינה אמיתית, כלומר, מנוגדת לדין התורה (הצעה לבדות צוואה כדי למנוע חלוקת ירושה על פי הדין האזרחי, הסותר את דין התורה), כאשר קבע כי<sup>283</sup>:

"ודאי שרי ואין בזה חשש מדבר שקר... והא עדיפא להקים דגל התורה... ועוד יש להביא ראיה גדולה לזה מן הגמרא דראש השנה... וגדולה מזו יש ללמוד מהגמרא הנד' **דכל שהם עושים בשביל תיקון העולם וגם כדי שלא להוציא לעז ולהרהר אחר מעשה ב"ד אין לחוש משום שקר** דכל זה נכלל בכלל מה שאמרו שמותר לשנות מפני השלום.

אך ודאי צריך לשקול בפלס משפט העניינים, ואין לעשות היתר זה בכל גוונא. וישימו יראת השם על פניהם, ותחלת הכל יהיו רואים היטב את הנולד, שלא יצא מזה חילול ה' ח"ו, אח"כ ואם אפשר שיהיה נודע לערכאות ששקר עשו ודאי צריך שיחדלו מעשות הדבר הזה, כי אין לך דבר שעומד בפני חילול ה'".

אמנם ה'בן איש חי' מסייג מאוד את דבריו, ומזהיר מפני שימוש גורף בהם, ועדיין, יש בדברים אלו, לכאורה, כדי להצדיק בידוי ראיות על מנת למנוע תוצאה לא צודקת<sup>284</sup>. ייתכן שגישה זו נובעת מתוך תפיסה חריגה של מושג ה'אמת', שהדים לה מצויים גם במקומות נוספים<sup>285</sup>. ניתן להזכיר כאן גם את דברי ספר יראים<sup>286</sup>, ולפיהם: "מדבר שקר תרחק חייב להתרחק... וצריך לתת לב בזה הענין שיוכל לבוא שקרו לידי היזק. אבל שקר שאינו בא לידי רעה - לא הזהירה תורה עליו".

דוגמא נוספת לדברים ניתן למצוא בדברי הפוסקים אשר התירו (ולפחות, נמנעו מלאסור ומלגנות) מתן שוחד לדיין גוי, תוך הנחה כי מתן השוחד מציב את בעל הדין היהודי בעמדה שווה לחבירו, וממילא יביא למשפט אמת<sup>287</sup>. בדומה לכך נקבע כי ניתן להתיר הברחת נכסים מבעל חוב התובע בבית המשפט, אם החוב באמת איננו קיים, ואולם זאת רק אם בית דין יאשרו<sup>288</sup> כי, אכן, מדובר במקרה שבו הדין עם החייב<sup>289</sup>.

<sup>279</sup> ים של שלמה, בבא קמא, פ"ד, י"ח.

<sup>280</sup> ראה שו"ת שבות יעקב, ח"א, סימן קס"ג; שו"ת שואל ומשיב, מה' ג', ח"א, סימן ע"ח. וראה אצל חבה, שם, 339 ובהע"ש 19.

<sup>281</sup> ראה אצל חבה, שם, בהע"ש 20.

<sup>282</sup> בן יצחק, שם, סבור, אמנם, כי עמדה זו "תמוהה מאד", אך נראה שמדובר במחלוקת הלכתית לגיטימית.

<sup>283</sup> שו"ת תורה לשמה, סימן שע"א.

<sup>284</sup> וראה גם להלן בדבריו בשו"ת רב פעלים, ח"ג, חו"מ, סימן א': "שמותר לשקר כדי לברר האמת, וכדי להעמיד האמת על בוריו ותיקונו".

<sup>285</sup> וראה לדוגמא שפת אמת, תולדות, תרל"ה, ד"ה "חז"ל": "כי שקר אין לו רגלים. רק בני אדם המשקרים, ע"י שדבוקים בשקר, נותנין כח וקיום להשקר בעולם... אבל הצדיק שדבוק באמת, אף שנצרך להשתמש לפעמים גם בהשקר כמו שאמרו "יותר לשנות מפני דרכי שלום", שמי שמכוין להאמת ואינו מדבק עצמו בהשקר יוכל עוד על ידי זה לבטל השקר. כי עולם הזה נקרא עלמא דשיקרא ולכן נצרך לפעמים לתקן העולם על ידי השקר עצמו. רק שצריך לזה סיעתא דשמיא שלא להתדבק הרצון בהשקר ח"ו".

<sup>286</sup> ספר יראים, סימן רל"ה.

<sup>287</sup> שו"ת חוות יאיר, סימן קל"ו: "לכן סבר לתקן מאזני צדק להעמיד דעת קנה מאזנים של השופט על היושר שלא ינטה אנה ואנה ע"י שחד שנותן לו, לא לעות המשפט, אדרבה לישר המשפט ולשמרו מעות המשפט פן יצא... ר"ל שאין החשש שיעות המשפט במזיד רק ע"י השוחד יקרב דעתו לזכותו ויעוררו עיניו לראות אמת. לכן מצד הנותן אפשר שאין חטא... אם נותן שוחד לדיין, כי לבו יודע שהדין עמו. רק שלגבי מקבל השוחד שלא ידע הדין עם מי נאסר ודאי בכל ענין... ולכן בשוחד לשופטיהם אין בו חשש... וגם נותן השוחד אינו מתנה שיזכהו רק שיחפש זכותו וישים דברי טענתו אל לבו".

<sup>288</sup> וראה אצל חבה, שם, 343, דיון בסוגיה כיצד ייקבע שאכן מדובר בטענה צודקת.

<sup>289</sup> משפטי עוזיאל, ח"ד, חו"מ, סימן כ"ז, אות ז': "ובכגון זה אפשר לומר לגבי המלוה: **הוא עשה שלא כהוגן ורבנן עושים עמו שלא כהוגן לקיים מתנת הנתבע שהוא עשוק שלא כדיון**".

השגה של תוצאה אמיתית בדרך בעייתית מצויה גם בסוגיה אחרת. הגמרא התירה לשקר למוכס שאין לו קצבה, על מנת להימנע מתשלום<sup>290</sup>. גם כאן הדבר נעשה על מנת להימנע מגביה שאינה צודקת. עם זאת, שלא כמו ה'בן איש חי', אשר התיר זיוף ממש, הגמרא<sup>291</sup> מנסה לבחור בשקר שאיננו מפורש<sup>292</sup> (שבועת שקר) אלא רק משתמע (שבועה הניתנת לפירוש דו משמעי): "היכי נדר? א"ר עמרם אמר רב: באומר יאסרו פירות העולם עלי אם אין של בית המלך... באומר בלבו 'היום', ומוציא בשפתיו סתם, ואע"ג דסבירא לן 'דברים שבלב - אין דברים' לגבי אונסין שאני<sup>293</sup>". כלל זה עוד הורחב אצל הגאונים<sup>294</sup>:

"הכין חזינא, דלכולהו אנוסי שרי למידר ואישתבועי. מה לי מוכסין, מה לי כל אונסין? ! וכיוון דקיימא לן בסתם גוי אנוסא הוא... כל גוי שבא לאנוס או לחמוס דבר ממנו, ואין אנו יכולים להציל את שלנו מידו ביד, יש להישבע לו על דברים... כי אם ינצל שלו: אם של בית המלך הוא... ואם דבר אחר, משום דתנא לא האישיב כרוכלא, אילא אורחא יאהיב. וטעמא דמילתא ברור הוא שכל אנס כן דרכו, וכל דבר שמצילין בו כן דרכו".

והדברים גם נפסקו בפוסקים האחרונים<sup>295</sup>. דוגמאות עדכניות יותר ניתן למצוא בעדויות על כך שהרב יעקב קמיניצקי התיר להגיש תביעה על סכום גבוה יותר מהאמיתי לחברת הביטוח, על מנת להתפשר על הסכום האמיתי<sup>296</sup>, וכי הגרז"ן גולדברג התיר למלא דו"ח שעות עבודה מופרז, כאשר המעביד איננו משלם כחוק, ובדרך זו 'לאזן' את התשלום<sup>297</sup>.

מכל הנ"ל עולה שהעיקרון המנחה, גם אצל מי שהתיר להשיג דברים באמצעות תחבולה ואמירת אי-אמת, הוא שיש לעשות הכל בכדי להגיע לתוצאה אמיתית. יתר על כן, ראינו כי קיימות דעות המבחינות בין היכולת של המטרה 'לקדש את האמצעים' שלא בבית הדין, שם ניתן יותר בנקל להשתמש בשקר על מנת להשיג את האמת, לבין ההתנהלות בבית הדין – שם השקר יהיה אסור בכל מקרה. גם נקודה זו מדגישה, כמובן, את החשיבות שמפגינה ההלכה כלפי הוצאת דין אמת לאמיתו.

יצוין כי השיטה ששלטה בתקנות הדיון במדינת ישראל בעבר היתה כזו, שודאי לא הלמה איזו מהשיטות. זו התירה לטעון אף טענות עובדתיות סותרות, ובלבד שאלו יערכו כטענות חלופיות<sup>298</sup>, כך שמדובר היה בשקר בולט על גבי הטענות, דבר שאסור בכל מקרה ע"פ המשפט העברי.

<sup>290</sup> סקירה רחבה של המקורות בנושא מצויה אצל אפשטיין, שם, ובדבריו בשו"ת חבל נחלתו, ח"ו, סימן מ"ט ובמשיגים על דבריו על אתר. וראה גם אבינועם ברנס, היחס למוכסים ולגבאים, המאיר לארץ 31 (התש"ס), 54.

<sup>291</sup> נדרים, כ"ח, ע"א.

<sup>292</sup> וראה גם פסקי הרי"ד, סימן נ"ג; שו"ת רב פעלים, ח"ג, חו"מ, סימן א' ("מלתא סתומה דמשתמעה לתרי אנפי").

<sup>293</sup> ומבהיר הר"ן (ד"ה "היכי נדר") כי אין מדובר בשקר מובהק: "ונהי דסתמא לעולם משמע, הני מילי היכא דליכא אונסא, משום דטפי משמע "לעולם" מ"היום". אבל היכא דאיכא אונסא, הך אונסא מפרש ליה לדיבוריה ד"היום" קאמר, כיוון שלא אמר בפירוש בהיפך".

<sup>294</sup> תשובות הגאונים (הרכבי), סימן רמ"ב.

<sup>295</sup> ראה, לדוגמא, סמ"ע, חו"מ, שס"ט, ס"ק י': "ועיין פרישה (ס"ק ח') שם כתבתי דנראה שבמקום שהמוכסים מאמינים להסוחרים במה שאומרים לפניהם שאין להם סחורה אלא כך וכך, אזי מותר לשנות להגיד לפניהם באופן שלא יפסידו. דהיינו דרך משל - אם יש להם מ' אמות בגד, ומן הדין אין להם ליתן מהם מכס אלא ל' גדולים, וכשידוע להמוכסן שיש מ' אמות יכריחו ליתן לו מהם מ' גדולים, מותר להם לשנות ולומר להמוכס שאין להם אלא ל' אמות ולא יתנו לו אלא ל' גדולים וכל כיוצא בזה, ומשום הכי דקדק המחבר וכתב ז"ל, אסור להבריש ממנו דבר הקצוב... הא המותר מותר להבריש".

<sup>296</sup> ראה קליין, שם, 12-13. וראה דוגמא אחרת בחשוקי חמד, פסח, ל"ו-ל"ח ובמקורות המצוינים שם, ודוגמא נוספת אצל אפשטיין, שם, 55. הסתייגויות של הרבנים נבנאל, אריאל וליאור לגופם של דברים ניתן למצוא בהערות בשו"ת חבל נחלתו, שם.

<sup>297</sup> קליין, שם, 13; הרב רפאל שטרן, הגישו עצמותיכם - מהלכות טוען ונטען, גבעת שמואל בית ועד לתורה, התשע"א, 286.

<sup>298</sup> לדיון ולביקורת על התקנה בנוסחה החדש ראה זוסמן, סדרי הדין, 310. וראה גם אצל קלינג, אתיקה, 365.

ואולם, מה לגבי הימנעות מרוככת יותר מאמירת אמת? היום אוסרת תקנה 72(ב) לתקנות לטעון טענות עובדתיות סותרות, אך עדיין אין חובה להצהיר על הטענות המופיעות בכתב ההגנה<sup>299</sup>, כך שניתן לטעון טענות שאינן נכונות ביתר קלות. גם הפסיקה קבעה כי לעתים נתבע רשאי לכפור בעובדה שמצוינת בכתב התביעה שהוגשה נגדו, על אף שאין בכפירתו אמת, אם מטרתו היא להשיג תוצאה אמיתית:

"אני מסכים... כי פעמים מותר לנתבע לכפור בכתב ההגנה בעובדה, אשר הוא יודע כי אמת היא. אבאר את דברי בדוגמה: פלוני נתבע לשלם סכום כסף על פי שטר חוב עליו חתם. הגנתו היא כי לא קיבל תמורה, והוכחת הגנתו היא כי לא קיבל תמורה... העד היחיד היכול להעיד על שלא ניתנה תמורה או לסייע לעדות הנתבע בנדון... הוא אדם... אשר מקום מגוריו אינו ידוע לנתבע, אך אם יכפור הנתבע נוסף על טענת חוסר תמורה, גם בחתימתו על השטר, יאלץ התובע להביא אותו אדם כעד כדי להוכיח את חתימת הנתבע, ובחקירת שתי וערב של העד יוכל הנתבע גם להוכיח את הגנתו האמיתית. מה פסול יש בדבר? אם לא ינהג הנתבע בדרך זו, יתכן שיחויב שטר שבעדו מעולם לא קיבל תמורה. "התכסיס הלגיטימי בהחלט"... שנקט, הוא דווקא אשר מנע עיוות דין"<sup>300</sup>.

שפירא<sup>301</sup> סבור כי הדברים, בביור, אינם הולמים את הלכות המשפט העברי. עם זאת, לאור הדברים שהצגנו עד כה, בהחלט ניתן לומר כי הדברים יוכלו להלוו את השיטה המקבלת, בתנאים מסוימים, אי אמירת אמת לשם השגת תוצאה אמיתית, וכך, לדוגמה, הדברים אינם שונים שינוי מהותי מדברי הרא"ש<sup>302</sup> ומדברי בעל שו"ת 'יהודה יעלה' שהובאו לעיל.

#### **4.4. הליך משפטי עם צד שאינו מעורב**

כחלק משאיפת גילוי האמת במשפט העברי, יכול צד שלישי לנהל הליך משפטי, ככל שיש לו עניין בתוצאות ההליך המשפטי, ואפילו אם עניין זה הוא עניין מוסרי ו/או עקרוני בלבד<sup>303</sup>. כך, לדוגמה, יכול ראובן להיכנס להליך משפטי כנגד לוי, אך ורק במטרה ששמעון לא יכעס עליו, גם אם אין לו כל פגיעה כלכלית או זכות שנפגעת (לדוגמה, במקרה שבו הוציא לוי מיד שמעון קרקע, שקנה מראובן ללא אחריות)<sup>304</sup>.

למען האמת, נעיר כי עצם השאלה מדוע רק בעל הזכות יכול להגיש תביעה היא שאלה שנתלבטו בה רבים בתורת המשפט<sup>305</sup>. ואולם, לאחר התהיות, ובניגוד למשפט העברי, כללי הפרוצדורה המקובלים במשפט הכללי, אינם מאפשרים<sup>306</sup>, ברגיל, פתיחת הליך ללא קשר משפטי ישיר לבעל הדין (גם במקום בו מעורבותו באירועים שקדמו לתביעה אינה מוטלת בספק)<sup>307</sup>, ואפילו לא התערבות של צד שלישי בהליך על יסודו של נימוק מוסרי ואפילו כלכלי. האינטרס של אותו צד צריך להיות אינטרס משפטי של ממש. גם פגיעה ממשית בשמו הטוב לא פותחת

<sup>299</sup> על ניסיונות תיקון התקנות ראה שוחטמן, מדבר שקר, 274-276.

<sup>300</sup> פרשת אינגסטור, 457.

<sup>301</sup> שפירא, שקרים "לבנים", 4.

<sup>302</sup> אם כי ההצעה של הרא"ש היתה לטעון לפירעון השטר, במקום לכפור בעצם ההלוואה. פסק הדין, לעומת זאת, מציע לכפור בעצם ההלוואה וגם לכפור בפירעון. במקרה כזה, ע"פ המשפט העברי, לא יוכל הנתבע לכפור בפירעון, שכן "כל האומר לא לויתי, כאומר לא פרעתי". יתר על כן, אפילו אם תוכח ההלוואה, ורק אז יטען הנתבע כי בינתיים פרע את החוב, הרי שביה"ד יתעלם מטענתו, שכן הוא "מוחזק כפרן", ואינו נאמן. ראה שו"ת הרשב"א, ח"א, סימן אלף קכ"ו, ובשו"ע, חו"מ, ע"ט, ה'.

<sup>303</sup> קירש, למהות הפרוצס, 133.

<sup>304</sup> שו"ע, חו"מ, רכ"ו, א'.

<sup>305</sup> ראה הרב שמעון פדרבוש, המוסר והמשפט בישראל, מוסד הרב קוק, ירושלים-התשל"ט, 34.

<sup>306</sup> שם.

<sup>307</sup> ראה לדוגמה בת"א (ת"א) 1974/06, סופר טק אלקטרוניקה בע"מ נ' FUJITSU MICROELECTRONICS EUROPE GMBH (פורסם בנבו, 2.7.09).

בפניו בצורה אוטומטית את שערי בית המשפט<sup>308</sup>. היעדר יריבות בין הצדדים הוא עילה לדחיית התביעה על הסף<sup>309</sup>. יש מהמלומדים שאף כינו זאת 'ניכוש עשבים רעים'<sup>310</sup>. רק לשם הדוגמא, בית המשפט קבע שעמותה המפעילה בית ספר, והמייצגת בפועל את הורי בית הספר, אינה יכולה לתבוע את הכספים ששילמו ההורים לעמותה, שהפעילה את בית הספר בעבר, והיא גם אינה יכולה לתבוע את מי שמעל בכספי העמותה הישנה<sup>311</sup>.  
שוב, יסוד הדברים הוא במטרת ההליך המשפטי. כאשר ההליך חותר להגעה אל האמת, הרי שיש לבררה גם כאשר אין בין השני הצדדים 'יריבות' במובנה המשפטי. לעומת זאת, כאשר מטרת ההליך היא פיתרון הסכסוך המשפטי שהגיע לבית המשפט, ויצירת סדר חברתי, הרי שאין מקום להרחיב את מעגל היריבויות, זהו 'עשב רע' יש לנכשו, ויש לפתור רק סכסוכים בין מי שמתחרה ישירות על זכות כלשהי, ורק כאשר קיימת בין הצדדים מערכת יחסים משפטית.

עם זאת, חשוב להעיר כי כחלק מתהליכים של מעבר מפורמליזם לערכים<sup>312</sup>, אשר עברו גם על המשפט הישראלי, וכחלק מחדירה של הריאליזם המשפטי, הביאה מגמה זו גם להחדרת תחומים ממדעי החברה והרוח לבתי הספר למשפטים, ובשלב הבא להתערבותם של גורמים חברתיים בהליכים משפטיים<sup>313</sup>, כך שאלו מביעים, הלכה למעשה, עמדות מוסריות עקרוניות, על אף שאינם צדדים ישירים לסכסוך.

## ה. חשיבות האמת בהכרעה השיפוטית

### 1. מגבלות כוחו של הרוב

כחלק מהעמדת גילוי האמת בראש מעייניו של המשפט העברי, גם כללי ההכרעה בו מורכבים בהרבה מאלו המקובלים במערכת הנוהגת במדינת ישראל. כלל ידוע הוא בידינו כי "אחרי רבים להטות". כלל זה הוא כלל הכרעה פשוט, ומסייע בשמירה על סדרים חברתיים בצורה מיטבית, בכל מצב של מחלוקת<sup>314</sup>. כלל זה הוא כמעט אקסיומה במערכת המשפט הישראלי, ודיון יהיה מוכרע ברוב דעות חברי המותב.

<sup>308</sup> בג"ץ 198/96, גד צירינסקי נ' סגן נשיא בית-משפט השלום בחדרה, השופט עמירם שרון, פ"ד נב(3), 721 (1998).

<sup>309</sup> וינוגרד, תקנות, 182.

<sup>310</sup> שם, 165.

<sup>311</sup> רע"א 1263/09, עמותת תומכי תלמוד תורה מכמש נ' עמותת לקידום החינוך התורני עפ"י שיטת ברקאי במכמש (פורסם בבנו, 15.9.09).

<sup>312</sup> ראה מנחם מאוטנר, ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי, (הוצאת במעגלי דעת, תל אביב), תשנ"ג (להלן: "מאוטנר, ירידת הפורמליזם").

<sup>313</sup> להרחבה ראה שייך, הפילוסופיה של המשפט, 261; אבישי אנטונובסקי, 'הפסיכולוגיה ומערכת המשפט – התילכנה השתיים יחדיו? על תרומת הידע על הטבע האנושי (המצוי) לתהליך עשיית הצדק (הרצוי)', 'שערי משפט ה' (התש"ע), 11; בן נון, הטיות קוגניטיביות; מאוטנר, החינוך המשפטי. מאוטנר מדגיש כי נקודה זו גם העלתה את כניסתם של 'ידידי בית המשפט' (Amicus Curiae) להליכים מסוימים, בשל התמצאותם בסוגיות החברתיות הרלוונטיות. בארה"ב המגמה משמעותית הרבה יותר. שם, ל-92 אחוזים מהתיקים שנידונו בפני ביהמ"ש העליון צורפו תזכירים מטעם 'ידידי בית המשפט', ראה מיכל אהרוני, 'הידיד האמריקני – קווים לדמותו של ה-Amicus Curiae (ידיד בית המשפט)', המשפט 18 (2004), 30 (להלן: "אהרוני, הידיד האמריקני"). לעניין זה ראה מ"ח 7929/96, אחמד כוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1), 529, 553 (1999); להלן: "פרשת כוזלי"; "בהמשך התפתח מוסד 'ידיד בית המשפט' כצד להליך, שאינו דווקא נייטרלי ואובייקטיבי, אלא שהוא מייצג - מתוקף תפקידו או עיסוקו - אינטרס או מומחיות שמן הראוי שישמעו בפני בית המשפט בסכסוך ספציפי. כך, באותם המקרים בהם קיים גורם שלישי - שאינו מעורב בסכסוך עצמו - ניתן יהיה לצרפו כ'ידיד בית המשפט', אם היא בנוכחותו בהליך בכדי לתרום לגיבושה של ההלכה בעניין מסויים, זאת על יסוד הצגת מלוא העמדות הרלבנטיות בעניין הנדון ותוך מתן ייצוג ופתחון פה ודעת לגופים מייצגים ומקצועיים"; ישראל (איסי) דורון, מנאל תותרי-גיובראן, גיא אנוש וטל רגב, 'עשור ל'ידיד בית-המשפט': ניתוח אמפירי של החלטות בתי-המשפט, עיוני משפט ל"ד (התשע"א-2011), 667.

<sup>314</sup> ראה גם אצל: Shmuel Nitzan & Jacob Paroush, Optimal Decision Rules in Uncertain Dichotomous Situations, 23 Int'l Economic Rev. (1982), 289. בנוגע לדרך ההכרעה בגופים שונים.

המשפט העברי, לעומת זאת, מציג תפיסה מורכבת בהרבה<sup>315</sup>. מחד, כפי שכבר הובא לעיל, כלל ההכרעה הוא זהה, ועמדתם של רוב חברי המותב היושב לדין תיחשב להכרעת הדין<sup>316</sup>. מאידך, כללי ההכרעה מותירים פתחים בהם עמדת הרוב לא תתקבל. מחוץ לבית הדין המצב עוד סבוך בהרבה, וישנם כמה וכמה כללים המגבילים את יכולת ההכרעה של הרוב, כחלק מניסיון בירור האמת.

נתחיל דווקא מחוץ לבית הדין<sup>317</sup>. המחלוקת, כידוע, אינה שייכת רק בבית הדין, ובעולם ההלכה המחלוקת מקיפה את הכל. בעניין דרך ההכרעה בה כותב הרב רפאל ברדוגו<sup>318</sup> כי ההכרעה ע"פ חכמתו של המכריע דווקא, ולא ע"פ הרוב היא יסוד מוסד במשפט העברי:

”... שורש שדיני התורה תלוי בו הוא מצות אחרי רבים להטות וצריך לידע אם אלו הרבים צריכים להיות שוים בחכמה או

אפי' לא יהיו שוים נלך אחר הרוב... מכאן יש ללמוד דכל היכא דהווי חריפי טפי אין שם דין אחרי רבים להטות דלא אמרי

אחרי רבים אלא בשוים בחכמה דוקא”.

וכך כותב גם המהרשד”ם<sup>319</sup>:

”אבל רואה אני שמה שאמרה תורה אחרי רבים, אין הפירוש כפי הנשמע לבני אדם... דלא אמרה תורה אחרי רבים, אלא

כאשר הם שוים החולקים, אז הוי מעלת הרוב מכרעת, אבל כשיש הבדל בין שתי הכתות, אפשר שאיש א' יעלה לאלף.

והיכן כתוב בתורה? אלא שיש לנו לומר שמה שאמרה תורה אחרי רבים - אחרי רוב בנין או אחרי רוב בנין. כשהם שוים -

רוב בנין. בלתי שוים - רוב בנין”.

לעומת זאת, פוסקים רבים אחרים קובעים כי שיטת הרוב היא הכלל הקובע, וקביעת חריג של רוב חוכמה יותר

פתח אינסופי, עד שלעולם לא יימצא פיתרון:

”ועיקר הציווי דאחרי רבים להטות – שלא ירבה מחלוקת בישראל... וא”כ, אי יועיל נמי רוב חכמה, זה היה שרש המחלוקת,

שכל אחד יאמר אני גדול ממך... ולבי אומר שאם הדין תלוי גם בדיעת החכמה יותר גם כן כמעט שלא היה שלום בשום

מחלוקת, וע”כ ירדה תורה לדעת הבריות... ולא הקפיד כי אם על רוב בנין”<sup>320</sup>.

<sup>315</sup> להרחבה בנושא זה ראה הרב מנחם מ' כשר, רוב בנין או רוב חכמה, נועם ז' (התשכ”ד), ש”ח; יוסף ריבלין, שיקול דעת ומשקל דעה, בתוך עיונים במשפט עברי ובהלכה – דיין ודיין (עורכים: י' חבה וע' רדזינר), הוצאת אוניברסיטת בר אילן, התשס”ז, 249 (להלן: “ריבלין, שיקול דעת”); הרב אריה יהודה בלוי, “אחרי רבים להטות”, תורה שבעל פה י' (התשכ”ח), קכ”ח; הרב משה צבי נריה, יחיד ורבים, אור המזרח ח”ג (התשכ”א), 9; הרב שאול ישראל, עמוד הימיני (תל אביב), התשכ”ו, ל”ז; הרב יעקב בצלאל זילטי, משנת יעבץ, (ירושלים, התשכ”ג), חו”מ, סימן ה'; הרב מנחם חשאי, רוב ומיעוט בבית דין, שורת הדין ו' (התש”ס), ל”ה; הרב חיים שלמה שאנן, רוב ומיעוט בבית דין, שורת הדין ח' (התשס”ג), ל”ט; מ' ד' בקשט, 'אם סומכין על נביא או בת קול בהלכה, רוב חכמה נגד רוב בנין אחרי מי הולכין', מוריה י”ב, ה-ו (התשמ”ו), מ”ו; זרח ורהפטיג, 'רוב ומיעוט בבית הדין', מנחה לא”ש (עורך: א' ורהפטיג), ירושלים, התשנ”א, 89; זרח ורהפטיג, איכות וכמות בבתי הדין, המעיין ל”ז (התשנ”ז), 17; הרב אהרן יצחק זסלנסקי, ונצדק קדש, מוסד הרב קוק, ירושלים-התש”ה, י”ט; אברהם וינרוט, דעת המיעוט בהכרעה שיפוטית במשפט העברי, סיני ק”י (התשנ”ב), רט”ז; אבי שגיא, 'בעיית ההכרעה ההלכתית והאמת ההלכתית – לקראת פילוסופיה של ההלכה', דיני ישראל ט”ו (התשמ”ט-התש”ן), ט”ו; הרב חיים יואל בלוד, 'מקורות והארות בהלכות דיינים – חושן משפט, סימנים א - ו', בתוך משפטי ארץ – דין, דיין ודיין (עורך: הרב י' אונגר), מכון משפטי ארץ-התשס”ב, 241, 271.

<sup>316</sup> סנהדרין, פ”ג, מ”ו.

<sup>317</sup> בדיונונו כאן לא נעסוק בחריג בולט ליכולת ההכרעה של הרוב, “בשל תורה – הלך אחר המחמיר. בשל סופרים – הלך אחר המיקל” (עבודה זרה, ז', ע”א). זהו חריג המתייחס לחומרת הסוגיה המוטלת בספק, אך הוא איננו קשור לשאלת גילוי האמת, אלא לעקרונות אחרים, ועל כן לא נרחיב בו.

<sup>318</sup> שו”ת משפטים ישרים, ח”א, סימן רפ”ד.

<sup>319</sup> שו”ת מהרשד”ם, סימן ל”ז, וראה גם שער משפט, י”ח, א’.

<sup>320</sup> שו”ת חקרי לב, י”ד, ח”א, סימן פ”ו, וראה גם בשו”ת שבות יעקב, ח”א, סימן קל”ז.

להבנת גישה זו, מסביר הרב כשר כי לבד מהסדר חברתי, הרי שאין משמעות לשאלה מהי 'אמיתת ההלכה', שכן ע"פ תפיסת המשפט העברי רצון הקב"ה הוא הפקטור המשמעותי ביותר<sup>321</sup>, וממילא גם אם הרוב אינם מכוונים לאמת, הרי שרצונו של הקב"ה הוא בהכרעה ע"פ הרוב<sup>322</sup>.

בעלי התוספות<sup>323</sup> מסבירים שמחלוקת זו עומדת גם ביסוד הספק האם הלכה כבית הלל או כבית שמאי. בעלי התוספות מסבירים שלמרות הכלל היסודי של "אחרי רבים להטות", התעורר ספק באיזה רוב מדובר. האם הכוונה לרוב כמותי, ואז בית הלל היו הרוב מבחינת מספרם, או שמא הכוונה לרוב איכותי, ואז בית שמאי הם אלו שהיו "מחדדי טפ"י". המחלוקת הוכרעה נקודתית ע"י בת קול, שקבעה כי הלכה כבית הלל, אך זו לא התייחסה לשאלת הרוב, כי אם ליתרונם של בית הלל "שנחין ועלובין היו ושונין דבריהן ודברי ב"ש, ולא עוד אלא שמקדימין דברי ב"ש לדבריהן"<sup>324</sup>.

הגבלה נוספת של כוח הרוב נעוצה בקביעה שהוא יקבל משמעות רק לאחר שהחולקים נועדו ביניהם, ויכולים היו לברר את האמת<sup>325</sup>, אך כאשר קיימת מחלוקת בין מי שלא נפגשו לדון בה, אין משמעות להכרעת הרוב<sup>326</sup>. כך קובע בעל המנחת חינוך<sup>327</sup>: "...דהא דאזלינן בתר רובא מן התורה, דווקא כששני הכתות נשאו ונתנו יחד בדין זה פנים אל פנים, אז אמרינן "אחרי רבים להטות", אבל אם לא נשאו ונתנו יחד, רק כל אחד כותב דעתו בפני עצמו כספרי הפוסקים, אף דרוב מסכימים לדעה אחת, בכהאי גוונא לא אזלינן בתר רובא, דאפשר אם היו נושאים ונותנים פנים אל פנים, היו הרוב מודים לדעת המיעוט". הדבר מקובל גם על פוסקים<sup>328</sup> רבים נוספים<sup>329</sup>.

חשוב להבהיר כי יסודו של דין זה הוא ברדיפה הברורה אחר האמת:

"...כל איש בטבעו עלול לטעות. ולא איש פרטי בלבד כי אם גם קיבוץ הרבה אנשים יחד עלולים לטעות בדבר מן הדברים, ועל כן צריך לברור האמת התווכחות בין הדעות המתנגדות. שכל אחד מבעלי הדעות השונות יתאמץ להעמיד השערתו, ויתאושש להביא ראיות ומופתים לאמת דעתו ולדחות דעת מתנגדו. ואם בכל זאת, אחרי שמוע דעות והוכחות מתנגדיו יסכים הרוב לדעה אחת – אז הדבר ברור כי כן הוא האמת. לא כן אם אין כאן רק דעה אחת ואין מי שיתנגד לה בהביא ראיות ומופתים נגדה, ולא ימצא הויכוח הנדרש לברור אמתת הדעות, הלא יכול להיות שכולם נאחזו בפח הטעות וכולם שגו במשפטם"<sup>330</sup>.

<sup>321</sup> בבא מציעא, נ"ט, ע"ב.

<sup>322</sup> כשר, שם, רצ"ג.

<sup>323</sup> יבמות, י"ד, ע"א, ד"ה "רבי יהושע היא". וראה גם אגרות ראי"ה, ח"א, עמ' קכ"ג.

<sup>324</sup> עירובין, י"ג, ע"ב.

<sup>325</sup> ראה שגיא, שם, כ"ד.

<sup>326</sup> בין היתר, יוכל מי שעומד בפני ב"ד לטעון טענת 'קים לי' על טענה מעין זו, בעוד שטענת 'קים לי' לא תועיל על דעת מיעוט המופיעה

בפסק דין. ראה ריבלין, שם, 266.

<sup>327</sup> מנחת חינוך, מצווה ע"ח, ב'.

<sup>328</sup> ראה מקורות לדוגמא בהע"ש 83, 102 ו-105 אצל ריבלין, שם.

<sup>329</sup> וראה בהרחבה אצל אליאב שוחטמן, "רובו מתוך כולו" – תוקפם של חוקים המתקבלים במליאת כנסת שאינה מלאה, תחומין ט' (התשמ"ח), 82, 83-85. וראה גם בפרוטוקול הדיון בעת"מ (י-ם) 1111/09, הרב אברהם יוסף לייזרזון נ' ראש רשות התאגידים (3.2.09).

העתירה נמחקה לאחר שרשם העמותות חזר בו מעמדתו הראשונית בלחץ השופט סובל.

<sup>330</sup> שו"ת אבן יקרה, ח"א, חו"מ, סימן כ'.



אך, יתר על כן, גם בבית הדין כוחו של הרוב איננו אוטומטי. ראשית, יש שהעמידו את כוחו של הדיין החשוב יותר, כגובר גם על עמדת רוב הדיינים. הביטוי הראשון<sup>331</sup> לדברים מצוי בתשובתו של רב האי גאון<sup>332</sup>:

”שלושה שהן בית דין. שנים אומ' כך, ואחד אומ' כך. אם שוין בחכמה – מניחין דברי היחיד, ועושין כדברי השנים, ואם האחד עדיף מהשנים, הולכין אחר מי שנותן טעם לדבר”.

ההנחה זהה לזו האמורה לעיל, כלומר העדפת 'רוב חכמה' על 'חכמת הרוב'. וכך גם בעל 'ספר החינוך'<sup>333</sup> קובע כי העדפת החכמה חלה גם בבית הדין, ומבהיר את ההיגיון העומד בבסיסה "לנטות אחרי רבים, והוא כשיפול מחלוקת בין החכמים... לנטות אחר הרוב לעולם... ובחירת רוב זה לפי הדומה הוא בששני הכיתות החולקות יודעות בחכמת התורה בשוה, שאין לומר שכת חכמים מועטת לא תכריע כת בורים מרובה ואפילו כיוצאי מצרים, אבל בהשוות החכמה או בקרוב הודיעתנו התורה שריבוי הדעות יסכימו לעולם אל האמת יותר מן המיעוט". עם זאת, מדגיש בעל 'ספר החינוך' כי דין זה נכון בכל בי"ד פרט לסנהדרין<sup>334</sup>, שם ההליכה אחרי הרוב היא מוחלטת<sup>335</sup>.

ואולם, דברים אלו ספגו התנגדות רבה מצד מרבית הפוסקים<sup>336</sup>. חלק ניכר מהם פשוט פסקו להיפך<sup>337</sup>, ואילו חלקם הטילו מגבלות חמורות על דברי רב האי. [בין ההגבלות: קביעה שדברי המיעוט אינם מתקבלים, אלא זוכים לידיון נוסף בבית הועד<sup>338</sup>; קביעה שדברי המיעוט אינם גוברים אלא יוצרים מצב של שקילות<sup>339</sup>; ועוד].

הנקודה המשמעותית לענייננו הינה שנראה שגם עמדות אלו מעמידות את גילוי האמת כמשימתו העיקרית של בית הדין, וכללי הכרעה אלו נועדו לגלות את האמת<sup>340</sup>. דא עקא, שבניגוד לעמדות הסוברות שהאמת תימצא אצל החכם יותר, פוסקים אלו סבורים כי ישיבתם של הדיינים יחד בבית הדין מבטלת את יתרון החכם<sup>341</sup>. יתרון החכמה צריך היה לבוא לידי ביטוי במו"מ בין השופטים לקראת כתיבת פסק הדין. משלא שכנע החכם שבחבורה את רעיו, בטל יתרונו, וההכרעה תיעשה ברוב רגיל<sup>342</sup>.

<sup>331</sup> ואמנם הרב רפאל חזן (שו"ת חקרי לב, שם) סבור שגם דבריו של רב האי אינם אמורים בבית הדין. לדבריו השימוש במינוח 'בי"ד' אפשרי גם במשמעות של הוראת הלכה. להרחבה בנושא זה, ראה ריבלין, שם, 256-257.

<sup>332</sup> תשובות הגאונים - גאונים קדמונים, סימן קמ"ד.

<sup>333</sup> מצווה ע"ח, וראה בלוי, שם, כ"ט-קל"ב. ואמנם יש המפרשים את דבריו בצמצום רב, ראה כשר, שם, ש"ז-ש"ח.

<sup>334</sup> "ומה שאני אומר כי בחירת הרוב לעולם הוא בששני הכיתות החולקות שוות בחכמת האמת, כי כן נאמר בכל מקום חוץ מן הסנהדרין, שבהם לא נדקדק בהיותם חולקין אי זו כת יודעת יותר אלא לעולם נעשה כדברי הרוב מהם, והטעם לפי שהם היו בחשבון מחויב מן התורה, והוא כאילו צייתה התורה בפירוש אחר רוב של אלו תעשו כל עניינכם, ועוד שהם כולם היו חכמים גדולים".

<sup>335</sup> שני חריגים לדבר. בחריג אחד, המשפט העברי משלב את ההלכה שראינו לעיל, בדבר מעמדו המיוחד של החשוב יותר, עם הצורך להכריע בדרך רובנית (בהתאם לדעת רוב הדעות). ראה סנהדרין, ל"ב, ע"א: "דיני נפשות מתחילין מן הצד [רש"י: "מן הקטנים שמא יחייבנו הגדול ולא ירצו לחלוק על דבריו"]". בדרך זו, איש איננו חולק על הרב, הדיין החשוב יותר, אך בו זמנית מובעות גם דברי הדיינים הזוטרים בצורה ברורה, ומבלי שיצטרכו לעוות את דבריהם, ומתקבלת ההכרעה ע"פ הרוב. בחריג השני (הצורך בדעת מיעוט בעונש מוות) נעסוק להלן.

<sup>336</sup> סיכום התייחסות הראשונים לדברי רב האי גאון אצל ריבלין, שם, 254-264.

<sup>337</sup> ראה, לדוגמא, אור זרוע, פסקי עבודה זרה, ק"ד: "אבל זה גדול בחכמה וזה גדול במנין – הלך אחרי המנין, דאחרי רבים להטות", וכך פסק גם הרא"ש.

<sup>338</sup> חידושי רמב"ן, סנהדרין, ל"ב, ע"א.

<sup>339</sup> בית הבחירה להמאירי, יבמות, י"ד, ע"א; ריטב"א, יבמות, י"ד, ע"א.

<sup>340</sup> אך ראה אצל נריה, שם ושגיא, שם הסבורים כי בעוד שעמדתו של רב האי מייצגת את הרצון בגילוי האמת בכל מחיר, הרי עמדת החולקים עליו היא עמדה פורמליסטית, הדוגלת בניסיון ליצור כללי הכרעה מסודרים ופשוטים ולעמוד בהם.

<sup>341</sup> אמנם מדברי ספר החינוך שהובאו לעיל נראה שהוא מדבר "בין שיסכימו לאמת או לא יסכימו", אך, לענ"ד, נראה שהדגש בדבריו צריך להיות דווקא על המילים "לפי דעת השומע", וממילא הדברים אינם סותרים את החתירה לאמת.

<sup>342</sup> ורהפטיג, שם, טוען שעם הגעתו לבית הדין מקבל על עצמו הנידון את הכרעת הרוב, ובגלל זה בבית הדין לא נתחשב בצורה מיוחדת בדיין החשוב יותר. עמדה זו קשה מעט, שכן פחות ברור כיצד יכול כלל זה לפעול כנגד הנתבע.

הגבלות אחרות של הרוב כלל אינן מוטלות בספק, והכל – לשם בירור האמת. ראשית, חלק מההגבלות שזכרו לעיל רלוונטיות גם בבית הדין, דוגמת הצורך במו"מ בין כלל הדיינים כתנאי להכרעת הרוב (וכפי שהדבר מוגדר ע"י הפוסקים 'רובו מתוך כולו'<sup>343</sup>), וכדברי המהרי"ט: "שזה דבר ברור ומוסכם שאין הולכים אחר הרוב אלא כשיהיו כולם שם"<sup>344</sup>. והדברים אכן מקובלים על הפוסקים<sup>345</sup>.

בנוסף, הלכה ידועה במשפט הפלילי העברי היא שכאשר כל חברי הסנהדרין מחייבים את הנאשם, הרי שהוא איננו נהרג<sup>346</sup>. כאן מדובר במקרה קיצוני בו הכרעה 'פה אחד' אינה מועילה (דווקא הכרעה ברוב – כן תועיל). חריג אחר בדין הפלילי קובע שעל מנת לחייב את הנאשם יש צורך ברוב של שניים, ואין די ברוב רגיל<sup>347</sup>. הלכה אחרת קובעת שכאשר דין איננו יכול להכריע מהו הדין לדעתו, יש להרחיב את המותב, ללא קשר לשאלת יכולת ההשפעה על התוצאה<sup>348</sup>. ההנחה היא שאם הדיין, אכן, היה מביע עמדה מנוגדת לפסק הרוב, היה יכול המותב כולו להתייחס לטענותיו ולהשתכנע מטענותיו<sup>349</sup>, וכלשון הרשב"א – "היה מראה פנים להיפך כל מה שהסכימו הרוב, ויודו הרוב בכך"<sup>350</sup>. ויתור מוחלט של הדיין על זכותו להכריע מחמת חוסר ידיעה, יוצרת מותב פגום, אשר בו לא הובעה אחת הדעות, והאמת עלולה להיות נעדרת.

הגבלות אלו מעידות שהמשפט העברי אינו מקבל את כלל ההכרעה הרובני כמחייב בכל מצב, וזאת בשל רצונו להבטיח בירור אמיתי ונוקב של הדין.

## ה.2. תחבולות שיפוטיות

כהמשך לדברים דלעיל, בנוגע להגעה לתוצאה אמיתית בדרכים בעייתיות, עלינו לדון בשאלה משיקה – עד כמה מוטל על הדיין לעשות הכל בכדי להגיע לפיתרון אשר נראה בעינינו כתוצאה האמיתית ביותר. ראינו כבר לעיל, כי על הדיין להיוועץ בעומדים בסביבתו, ובחובת הזהירות ממי שעלול להביאו לתוצאה שאינה נכונה. ואולם, מה יקרה במקום בו גיבש הדיין את עמדתו, אך הוא מצוי במיעוט במותב היושב בדין? מחד, הלכה ידועה היא כי

<sup>343</sup> להרחבה בדין זה ראה איתמר ורהפטיג, "רובו מתוך כולו" לדעת מהרי"ו והרמ"א, המעין כ' (התש"ס), 26; שוחטמן, שם, 85-87.

<sup>344</sup> שו"ת מהרי"ט, ח"א, סימן נ"ח.

<sup>345</sup> ראה שו"ת הרשב"א, ח"ה, סימן קכ"ו; שו"ת מהרלב"ח, סימן קמ"ז; בית יוסף, חו"מ, י"ג, ט.

<sup>346</sup> רמב"ם, הלכות סנהדרין, פ"ט, ה"א. וראה גם שמואל ספראי, 'לפירושה של המימרה: "סנהדרין שראו כולן לחובה פוטרין אותו"', **תריץ** ל"ד (התשכ"ה), 40; מיכאל ויגודה, "אחרי רבים להטות" – הרשעה ברוב דעות או פה אחד, **פרשת השבוע** 312, משפטים התשס"ח; שי עקביא וזנר, מחלוקת לשם שמים, **פרשת השבוע** 127, קרח התשס"ג, 3, אף מביא את פירושו של ר' שלמה ב"ר יצחק הלוי, לב אבות, לאבות, פ"ה, מ"ז: "והדבר הזה נעלם מעיני המלעיגים על מה שאמרו חז"ל שאם היו כל הסנהדרין מחייבין מיתה לאיש אחד לא היה מומת... להודיע ולהשמיע שכשאיין כת מנגד על פי קושיות וטענות בחקירה מן החקירות, אי אפשר שיצא הדבר לאור, ואפשר שכולם יפלו בטעות".

<sup>347</sup> סנהדרין, פ"ד, מ"ו.

<sup>348</sup> סנהדרין, פ"ג, מ"ו; שו"ע, חו"מ, י"ג, ז'; שם, י"ח, א'. וראה בהרחבה אצל שוחטמן, סדר הדין, 357; אלעד סטופל, "יושפטם צדק" – אי ידיעת הדין לעומת החובה לפסוק דין אמת, **פרשת השבוע** 353, דברים התשס"ט; הרב יעקב כהן, דין אומר "איני יודע", **הכי אתמר** ד' (התשס"ט), 100.

<sup>349</sup> סמ"ע, חו"מ, י"ח, ג"ד.

<sup>350</sup> שו"ת הרשב"א, ח"ב, סימן ק"ד. במצב דברים זה, אין המותב יכול להכריע בסוגיה, שכן אותו הדיין "אינו נחשב לכלום, ואינו יושב עוד עמהם" (שו"ת הרשב"א, ח"ג, סימן שני; והדברים הובאו גם בכסף משנה, הלכות סנהדרין, פ"ח, ה"ב). וראה אצל כהן, שם, 101-107, המנתח בשיטות הראשונים והאחרונים את השאלה האם הדיין שאיננו יודע בטל לגמרי, או שמא הוא כמי שישנו, ובמקרים מסוימים יוכל לשוב ולהביע את דעתו.

במותב שיפוטי שנחלקו בו הדעות, דעת הרוב מכרעת<sup>351</sup>. מאידך, הכיצד יוכל לחתום מי שחותר בכל מאודו לאמת, על פסק אשר הוא סבור שאיננו אמת<sup>352</sup>!?

השאלה מתחדדת לנוכח העובדה ששופט ו/או דיין יכול להשפיע על התוצאה בדרכים שונות, בעיקר במקרים בהם קיימת חריגה מכללי הכרעת הרוב, בעיקר בשתי הדרכים שנזכרו לעיל. תוך ניצול ההלכה שכאשר כל חברי הסנהדרין מחייבים את הנאשם, הרי שהוא איננו נהרג (כאשר מובן שדיין שיציג עמדה שונה מעמדתו האמיתית, יכול להשפיע כך על התוצאה), ותוך ניצול ההלכה שכאשר דיין איננו יכול להכריע מה הדין, יש להרחיב את המותב, ללא קשר לשאלות של רוב ומיעוט<sup>353</sup>.

מחד, רבים מן הפוסקים ראו בתחבולות מעין אלו דרך מגונה. כך כתב ר' חיים בן עטר כי:

"לזה בא הכתוב וציווה על זה בדיוק, לבל עשותו, ואמר: "לא תהיה אחרי רבים לרעות"... תאמר אתה כדעתם "חייב", היפך ממה שנראה לך, כדי שיצא זכאי כדעתך, אלא אמור דעתך כפי מה שידעת במשפטי התורה, ואין לך להתחכם על המשפט, כי ה' הוא אלוהים, והוא שאמר: "פתחו כולם לחובה – זכאי". לא אמר ה' שיזכה זה, אלא אם לך יראה חייב, ולא שיראה לך זכאי, שאז חייב הוא כמשפט האלוהים"<sup>354</sup>.

גישה מעין זו מופיעה גם בדברי החיד"א<sup>355</sup>, הקובע כי "הדין דין אמת, דאסור לדיין לשקר ולמעבד טצדקי להקים מזימות לבו, וחייבא רמיא עליה לגלות דעתו באמת, וכתורה יעשה..."<sup>356</sup>. וכך קבע גם בעל שו"ת בית יעקב<sup>357</sup> כי יש לאסור זאת, על מנת שלא להוציא לעז על הדיינים היושבים בהרכב הראשון, כאשר הרחבת ההרכב תיצור רושם כאילו דבר מה פגום בהם. כך פסק גם הרב עובדיה יוסף, אך טעמו שונה – לא משום איסור השקר, אלא משום החיוב ליתן פסק דין<sup>358</sup>.

מאידך<sup>359</sup>, לא מעט מן הפוסקים מקבלים תחבולות מעין אלו, ולעיתים אף ממליצים עליה. כך לדוגמא, קובע הרב יעקב ריישר<sup>360</sup>:

<sup>351</sup> סנהדרין, ג', ע"ב; רמב"ם, הלכות סנהדרין, פ"ח, ה"א; שו"ע, חו"מ, סימן י"ח, סעיף א'. להרחבה ראה רון שפירא, 'אחרי רבים להטות – סעיף 80 לחוק בתי המשפט', **עיוני משפט** י"ז (התשנ"ב), 393.

<sup>352</sup> להרחבה הרב חיים דוד הלוי, חתימת פסק דין שהוכרע ברוב, **תחומין** י"ח (התשנ"ח), 11; הרב זלמן דרוק, פסיקה ברוב דעות, **תחומין** י"ח (התשנ"ח), 71; יעקובי, אחרי רבים; חשאי, שם.

<sup>353</sup> לדין בסוגיה זו ראה סטופל, שם, 2-4; שרמן, משפט אמת.

<sup>354</sup> אור החיים, שמות, כ"ג, ב'. ובהמשך הדברים: "עוד יש ממשול שני במשפט זה באופן אחר, והוא אם יראה בעיני חכם שהוא חייב ככל הדיינים שאמרו "חייב", ורואה שאם יאמר "חייב", הנה יוצא זכאי, היפך דבריו, שאומר "חייב". לזה יתחכם לומר "זכאי", כדי שיוטה המשפט אחרי רבים שאומרים "חייב", כפי סברתו... לזה אמר: "ולא תענה על ריב לנטות"... אלא אמור דעתך, הגם שיצא זכאי, היפך דעתך. ה' זיכהו. וטעם משפט זה, לצד כי ה' ישב במסיבת הדיינים, והוא ישפוט בניהם, וכשיראה משפט מרומה ואין בו מציאות לזכות הזכאי, יתחכם לפתוח כולן לחובה, וצוה שיצא זכאי בזה". וראה גם פרשת טסה, 321-323, וההשלכות שהסיק שם השופט הכהן מדברים אלו.

<sup>355</sup> שו"ת ברכי יוסף, חו"מ, סימן י"ח, ג"ד.

<sup>356</sup> וראה גם אצל הלוי, שם, 16: "...כל התחכמות מצד הדיין לבטל הכרעת חבריו היא בניגוד למצות התורה 'אחרי רבים להטות', ולכן חייב הוא לגלות דעתו, וכתורה יעשה".

<sup>357</sup> שו"ת בית יעקב, סימן ט"ו.

<sup>358</sup> שו"ת יביע אומר, ח"ב, חו"מ, סימן ג'.

<sup>359</sup> פרט לגישות הנוכחות בגוף הדברים, קיימת גישת ביניים, ולפיה הפתרון איננו חד-משמעי, לכאן או לכאן, והדרך שהשופט צריך לילך בה תלויה בנסיבות העניין שלפניו (אם כי בדרך כלל יהיה מהלך מעין זה אסור). ראה שו"ת חוות יאיר, סימן קמ"ז: "עוד נ"ל פשוט דאפילו עדיין לא נפסק פסק דין וזה אומר איני מסכים ואיני רוצה לחתום, ואפילו רץ מב"ד ראוי לעונש מטעמים הנ"ל, ואלו השנים גומרים ופוסקים הדין מבלעדי הדיין, ואפילו יאמר הדיין נשלחה דברינו לבי"ד הגדול או נוסף דיינים ואלו השנים אינם רוצים הדין עמאם... אכן אם יאמר זה הדיין היחיד אפילו כבר אמר דעתו וגם חבריו שכנגדו כבר רבו עליו שנתן אל לבו דבריהם והוא מסופק בדין מצי להכריח בזה חבריו שיוסיפו דיינים כדן אחד אומר איני יודע מעיקרא אף שמכוער הדבר ועל כיוצא בזה נאמר ויראת מאלהיך מ"מ אין השנים יכולין לגמור הדין"; שו"ת יביע אומר, ח"ב, חו"מ, סימן ג'. להרחבה ראה אצל יעקובי, אחרי רבים, 3-4.

"ודאי דשפיר דמי למעבד הכי, כיון דכוונתך לשם שמים להוציא הדין לאמיתו על ידי שיוסיפו דינים, אף על גב דשקורי קא משקרת, כי ידעת הדין<sup>361</sup>. מכל מקום, הא קיימא לך, מותר לשנות בדבר השלום, ודינא שלמא הוא, כדכתיב: "אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם". ועל זה וכיוצא בזה אמרו: "למוד לשונך לומר: איני יודע". כל זה נ"ל פשוט...".

גם היבן איש חי<sup>362</sup>, בהתאם לשיטתו שהוצגה לעיל, המתירה לבעל דין לבדות ראיות להבטחת דין אמת, מתיר לדיין לפעול להרחבת ההרכב:

" דשרי לשקר כדי להעמיד הדבר על אמיתותו... יש להוכיח... שמותר לשקר כדי לברר האמת, וכדי להעמיד האמת על בוריו ותיקונו".

הרב שרמן מבהיר<sup>363</sup>, על כל פנים, שכל ההיתר לדיין לומר איני יודע, הוא רק כשכל כוונתו שהדין יגיע אל תכליתו, כאשר העוול יתוקן ויוצל עשוק מיד עושקו, אך אם כוונתו לכפות על הדיינים שחלקו על עמדתו, או שהוא מתבייש מכך שנותר בדעת מיעוט – הרי שאז אין ספק שחל עליו איסור "מדבר שקר תרחק", וההיתר כלל לא חל. שיטת ביניים מצויה בדברי ר' יאיר בדרך, הקובע ש"אם יאמר זה הדיין היחיד... שנתן אל לבו דבריהם, והוא מסופק בדין, מצי להכריח בזה חבריו שיוסיפו דינים, כדין אחד אומר איני יודע מעיקרא, אף שמכוער הדבר. ועל כיוצא בזה נאמר ויראת מאלהיך"<sup>364</sup>. כלומר, בעל ה"חוות יאיר" מאפשר אמנם את התחבולה, אך מדגיש שמדובר בדבר מכוער<sup>365</sup>.

דיון מקיף בסוגיה התעורר בפסק דין ארוך (58 עמודים צפופים) של ביה"ד הרבני הגדול<sup>366</sup>, אשר בו מצא את עצמו הרב שרמן במיעוט כנגד חבריו להרכב (הרב דיכובסקי והרב בר שלום), לאחר שהביע את עמדתו בעד דחיית הערעור בנוגע לסמכות ביה"ד קמא לבטל גיור שאושר בבי"ד אחר. לאחר שזיהה הרב שרמן את העובדה שהוא במיעוט<sup>367</sup>, נקט תחבולה במטרה להגיע לאמת (לשיטתו), והודיע כי "למרות שדעתי ידועה לעמיתי הרבנים הגאונים ומנומקת באריכות רבה, ומפרטת מדוע אין לקבל את דעת הרוב, שעומדת בניגוד גמור לדעת השולחן ערוך וכל הפוסקים, כולל פוסקי דורנו, ויש בקביעתם קלקול גדול ועוות ההלכה בענייני גיור החמורים, אני אומר

<sup>360</sup> שו"ת שבות יעקב, ח"א, חו"מ, סימן קל"ח. הוא גם משיב על החשש שהעלה ב"בית יעקב", ש"כאן כיון שהדיין סובר שמעקלין ומעוותין הדין, כי הדין הוא לדעתו להיפך, יותר יש לחוש לעיוות הדין, שלא יצא דבר שאינו מתוקן מתחת ידו, מלחוש לכבודו של ראשונים, שהוא כבוד המדומה בעה"ז. יותר טוב דליבוש בהאי עלמא מעונש ע"ה. וכיון שהדיין תולה קללתו ולעז בעצמו לומר אינו יודע, כדי להוציא הדין לאמתו, ודאי זכור לטוב דאין כאן לעז אחרים כלל ושלוש על דיני ישראל". גישה זו נפסקה גם ע"י בעל האורים ותומים (סימן י"ב, ס"ק ב') וע"י בעל נתיבות המשפט (סימן י"ב, ס"ג ג').

<sup>361</sup> ריבלין, שם, בהע"ש 106, עומד על כך שעמדתו של בעל "שבות יעקב" נגזרת גם מעמדתו שלו בסוגיה שהזכרנו לעיל של מגבלות כוחו של הרוב. מאחר ובעל ה"שבות יעקב" סבור ששני דינים בורים יכריעו דיין בקי, מצא בעל ה"שבות יעקב" פיתרון אחר לאותו הדין, בדמות אמירת "איני יודע", מה שיחייב הוספת שני דינים, שאולי אותם יצליח הבקי לשכנע. הדברים גם הולמים את דברי החיד"א ב"ברכי יוסף", שם.

<sup>362</sup> שו"ת רב פעלים, ח"ג, חו"מ, סימן א'.

<sup>363</sup> שרמן, שם, ר"ע.

<sup>364</sup> שו"ת חוות יאיר, סימן קמ"ז.

<sup>365</sup> ואולם, יש להעיר כי אנו איננו משוכנעים האם כוונתו למי שבאמת איננו יודע ומצוי בספק, או שמא מדובר באמירה בעלמא כתחבולה.

<sup>366</sup> פסק בית הדין הגדול בתיק 2-12-6745, פלוניס ט' (פורסם בנבו, 27.2.07).

<sup>367</sup> בדרך, הוא ביקש את הרחבת ההרכב מבלי לטעון שאינו יודע, תוך הסתמכות על תקנה ד(5) לתקנות הדין הרבני, בדרך של פניה לנשיא ביה"ד, הרב עמאר, ואולם זה דחה את בקשתו, בשל העובדה שהפניה לא באה מכלל חברי ההרכב (ראה עמ' 41-42 לפסה"ד).

"איני יודע", כדי שעל ידי כך יוסיפו הדיינים, ואולי על ידי כך תצא ההלכה ודין לאמיתותם". מפורשות אומר כאן

הרב שרמן כי כדי להוציא דין אמת, הוא אומר דברים שאינם אמת.<sup>368</sup>

לא נאריך כאן באותה פרשה חריגה<sup>369</sup>, בסופו של יום נדחתה עמדתו של הרב שרמן, ופסק הדין הוכרע כדעת חבריו. ההרכב לא הורחב בשל העובדה שנשיא ביה"ד השתכנע (ולאור דברי הרב שרמן, לא קשה להשתכנע), שהרב שרמן יודע היטב מה הדין, וממילא אין עילה להרחבת ההרכב. עם זאת, נדמה, לענ"ד, כי הנסיבות החריגות דן וההתנהלות שהייתה כה רחוקה מעמידה על האמת – מביאה את המתבונן מן הצד לתמוך בעמדות אשר התנגדו בצורה נחרצת לאותן תחבולות שיפוטיות. לא נוכל להימנע מלצטט מעט מדבריו הנוקבים (והלא מקובלים) של הרב דיכובסקי על מעשהו של הרב שרמן, ומחאתו כנגד התחבולה השיפוטית:

"כבוד עמיתי טוען ש'איני יודע'. קשה לי לדעת אם לצחוק או לבכות. הוא יודע, ועוד איך יודע. משום מה סבור כבוד עמיתי כי האמת האלוקית מסורה רק למי שעמדתו מתאימה לדעתו. ומי שחולק עליו, שוגג. מה לעשות, ואיני סבור כך. הייתי עורך נסיון קטן. אציע לכבוד עמיתי האחר כי נסכים שנינו לעמדתו של כבוד עמיתי הנ"ל ונדחה את הערעור על ביה"ד האיזורי. האם אז יאמר שאינו יודע? אם הוא אינו יודע, הרי גם אם אקבל את עמדתו הוא יהיה חייב לדרוש הרכב מורחב, שהרי אינו יודע. האם הידיעה או אי הידיעה, תלויות בשאלה אם אקבל את עמדתו או לא?"

איני עומד על דעתי. ישנם מקרים לא מעטים שחזרתי בי. לא זו בלבד, אלא גם במקרים שלא חזרתי בי, התנדבתי לכתוב ולנמק את דעת החולקים עלי, ופעלתי בתיק בהתאם לדעת הרוב, למרות שדעתי היתה שונה. התורה קבעה כי אחרי רבים להטות, וכבוד עמיתי שליט"א צריך להוסיף לפסוק תנאי, כי הולכים אחרי רבים, בתנאי שסוברים כדעתו. מובן, שאין הלכה כזו".<sup>370</sup>

לא למותר לציין כי שנה מאוחר יותר עלה הנושא לדין לפני מותב אחר, שסבר, פה אחד, כי יש לבטל את הגיור. שלא במפתיע, במקרה זה נמנע הרב שרמן מלטעון שהוא איננו יודע. אדרבה, הוא זה שכתב את כל פסה"ד, ואף התייחס לפסק הדין בו לא נתקבלה דעתו.<sup>371</sup>

הסוגיה כולה מדגישה שוב את העמדת האמת במרכזו של ההליך השיפוטי. בעוד שגישה אחת אומרת, שהגעה לתוצאה אמיתית היא הכרחית, ומחייבת גם אמירת דברים שאינם אמת ע"י הדיין, גישה אחרת רואה זאת בחריפות, שכן לא ניתן לקדם אמת ע"י פגיעה באמת.

מעניין לציין כי מחלוקת דומה מצויה גם בפסקי הדין במדינת ישראל. מן העבר האחד, יש שמצאו תחבולה מעין זו כמעשה חמור ביותר<sup>372</sup>, ומן העבר השני, יש הרואים בתחבולה מעין זו רצויה ומבורכת.<sup>373</sup>

<sup>368</sup> כאמור לעיל, הרב שרמן פירט את עמדתו בסוגיה כבר שנים קודם לכן במאמר שאוזכר לעיל - שרמן, משפט אמת.

<sup>369</sup> דיון קצר מצוי אצל סטופל, שם, 3-4, והדברים עדיין זוקקים הרחבה רבה.

<sup>370</sup> עמ' 56-57 לפסה"ד. להבנת היתרגילי של הרב שרמן חשובה גם הפיסקה הבאה בדבריו של הרב דיכובסקי: "כבוד עמיתי יודע היטב שבהרכב הקיים של ביה"ד הגדול, אין אפשרות להרכב מורחב בתיק זה. יש דיון שהוא קרוב משפחה ויש דיון שאינו יושב בנושאים אלו, ויש דיון שישב בתיק זה בביה"ד האיזורי. המשמעות של הרכב מורחב, היא "לכשירחיב", כאשר יורחב הרכבו של ביה"ד הגדול שהוא מזמור שיר לעתיד לבוא, וקבורת התיק לנצח".

<sup>371</sup> פסק בית הדין הגדול בתיק 1-64-5489, פלוני, פלונית ופלוני (פורסם בנבו, 10.2.08). התוצאה המעשית של פסק הדין נהפכה מאוחר יותר, וממילא הדיון בו בבית המשפט העליון התייתר. ראה בבג"ץ 5079/08, פלונית נ' הדיין הרב אברהם שרמן (פורסם בנבו, 25.4.12), ובייחוד בפיסקאות י"ז-כ"ג לפסק הדין.

<sup>372</sup> פרשת טסה, 323: "היה זה מובן מאליו... שלא עלה ולא יעלה על הדעת להטות חלילה וחס את המשפט... על ידי כך שהייתי מצטרף לדעתו... נוהרנו... לא "להתחכם" להטות את הדין על-פי התוצאה הסופית המוכה בלבד... שלא להטות את הדין ע"י תרגיל מתוחכם, כדי לקבוע את התוצאה שאליה הגיע לדעתו, כדעת יחיד, אם התוצאה הכוללת היא "הפך דבריו"."

### ה.3. אחריות השופט לפסק דינו

גם הדיין, כמו כל אדם אחר, עלול לטעות. במשפט העברי לא נהנה הדיין מחסינות דיונית בנוגע להחלטותיו<sup>374</sup>. הדברים מתקשרים לסוגיה שהזכרנו לעיל בנוגע ליכולת לסתור את הדין לאחר טעות. ראינו כי יש מקרים בהם לא ניתן יהיה לסתור את הדין. בתמצית נבהיר כי במצב דברים מעין זה, כאשר הדיין טועה בדבר משנה, היינו בדבר הפשוט בפוסקים, דינו בטל ומבוטל, והמצב חוזר לקדמותו. היות שמטרת הדין להגיע לאמת ולצדק, הרי שמיד כשנודע שהדיין טעה, לפסק דינו אין כל משמעות ("לאו דינא")<sup>375</sup>. רק אם הדיין פסק כשיטה מסוימת שאינה מקובלת, יכולה פסיקתו להיות מוגדרת כ'טעות בשיקול הדעת', ויהיו מצבים שהדין יישאר על כנו. דיין שאיננו דיין מומחה ייאלץ לשלם מכיסו על הנזק שנגרם, וכמאמר המימרה המפורסמת: "הלכה חמורך, טרפון!"<sup>376</sup>. דיין מומחה, לעומת זאת, יפטר מתשלום לפי רוב שיטות הפוסקים<sup>377</sup> (אלא אם כן הוא מקבל תשלום על עבודתו, שאז יתחייב ככל בעל מקצוע שהתירשל<sup>378</sup>). אם פסק הדין בוצע בפועל ע"י ביה"ד או ע"י שליחו יתחייב הדיין לשאת בנזק<sup>379</sup>.

דין זה סבוך עד מאד, ולא נרחיב פה יתר על המידה. נזכיר רק שאלות נוספות העולות בהקשר זה: האם יכול הדיין להמשיך בתפקידו לאחר טעותו<sup>380</sup>, האם חייב הדיין להוציא ממון על מנת להודיע לצדדים על הטעות שטעה בפסק הדין<sup>381</sup>, מיהו זה שהסמיך את הדיין לדון<sup>382</sup>, האם הדיין המשפטי היה בכפיה או בהסכמה<sup>383</sup>, ועוד<sup>384</sup>. המשפט הישראלי, לעומת זאת, מגן הגנה נחרצת, באופן יחסי, על שופטים<sup>385</sup>. פקודת הנזיקין<sup>386</sup> מקנה חסינות מפני תביעות נזיקין לכל המבצע פעולה שיפוטית (לרבות בורר), וחסינות זו הינה חסינות מלאה, והיא חלה אפילו במקרה שבו פעל שופט מתוך מניע פסול<sup>387</sup>.

<sup>373</sup> בעקבות תחבולה שיפוטית שבוצעה בע"א 1540/97, הועדה המקומית לתכנון ולבניה חולון נ' אברהם רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ, פ"ד נז(3), 374, 383 (2003) ע"י השופט טירקל (הבעת עמדה שאינה עמדתו, כדי להגיע לתוצאה מסוימת, על מנת שלא תימצאנה שלוש דעות, ותכריע עמדת אב בית הדין), הוגשה בקשה לקיים דיון נוסף בשל אותה תחבולה. זו נדונה בדנ"א 3730/03, אברהם רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה חולון (פורסם בתקדין, 29.5.03), ונדחתה, שכן: "...החלטתו של שופט להצטרף לדעת חברו, שאותה הוא מוצא כקרובה ביותר לדעתו שלו - אף שהיא שונה ממנה - הינה רצויה ומבורכת. יצירה זו של "קואליציה" בין רוב שופטי ההרכב מאפשרת גיבושה של תוצאה סופית מושכלת ומכוונת, אשר איננה נגזרת מכלל טכני שרירותי. תוקפה המוסרי והחברתי של תוצאה כזו רב מזה של החלטה המבוססת על דעת יחיד... דברים אלה פשוטים הם וברורים מאליהם"; וראה גם בסעי' 32 לפסק דינה של השופטת נאור בבג"צ 2651/09, האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 15.6.11).

<sup>374</sup> סיכום הסוגיה אצל שיינפלד, נזיקין, 29-35; הרב יוסף שרעבי ויובל סיני, אחריות שופט בנזיקין בעוולה שבוצעה תוך כדי מילוי תפקידו השיפוטי, חו"ד מיום 9.5.05 באתר: [http://www.netanya.ac.il/content/law/opinion\\_09052005.pdf](http://www.netanya.ac.il/content/law/opinion_09052005.pdf).

<sup>375</sup> פרנק, כי המשפט, 349.

<sup>376</sup> סנהדרין, ל"ג, ע"א. כך קרא ר' טרפון על עצמו, לאחר שהטריף בטעות פרה שניטל רחמה. בסופו של דבר קבע ר' עקיבא שר' טרפון איננו צריך למכור את חמורו כדי לרכוש פרה לשואל, שכן הוא 'מומחה לרבים'.

<sup>377</sup> סוגית הגמרא מצויה בבכורות, כ"ח, ע"ב. לדעות הפוסקים דיין מומחה, ראה רמב"ם, הלכות סנהדרין, פ"ו, ה"א; שו"ע, חו"מ, כ"ה, א'. לדעות המחייבים דיין מומחה, ראה: פסקי הרא"ש, סנהדרין, פ"ד, ה'; רמ"א, חו"מ, שם.

<sup>378</sup> קצות החושן, כ"ה, י"א: "נראה דעכשיו בזמן הזה שגשג הרבה המנהג ליטול שכר אע"פ דאנוסים הם על פי החרם מ"מ בשכר הוי להו למידק". וראה גם המאירי, בית הבחירה, בבא קמא, צ"ט, ע"ב: "מכל מקום ראוי לתלמידי חכמים ולאנשי מעשה לשלם כל נזק הבא מחמת דיבורם ולעשות עם שאר בני אדם לפנים משורת הדין".

<sup>379</sup> שו"ע, שם, ג'.

<sup>380</sup> שו"ת התשב"ץ, ח"ב, סימן ט'.

<sup>381</sup> אמרי בינה, חו"מ, דיני דינים, סימן ל'.

<sup>382</sup> רמב"ם, שם, ד'; שו"ע, שם, ד'.

<sup>383</sup> ש"ך, שם, ה'.

<sup>384</sup> ראה גם, לדוגמא, את הדין במצב בו איש איננו רוצה להיות דיין, וכופים את המינוי על הדיין בחרם או בקנס. ראה שיינפלד, שם, 33.

<sup>385</sup> לסיכום נרחב של הסוגיה, ראה דפנה אבניאלי, גבולות החסינות השיפוטית, עבודה לשם קבלת התואר 'דוקטור לפילוסופיה', אוניברסיטת בר אילן, רמת גן-1999, 48-79; ישראל גלעד, אוי לדרור שופטיו צריכים להישפט, עלי משפט ב' (התשס"ב), 255; דפנה

נכון, אמנם, שבשנים האחרונות התקרב המשפט הנוהג במדינה אל המשפט העברי, ונוצרו בקיעים במערך החסינות מאחריות נזיקית של שופט לטעויות שביצע מתוקף תפקידו. בין היתר, נקבע כי המדינה תיכנס בנעליו של השופט במקרה של רשלנות רבתי<sup>388</sup>, כן הוצע שלמדינה תהיה אחריות על כשלי המערכת, וכך, לדוגמה, יפוצה מי שפסק הדין בעניינו עוכב וגרם לו נזק רב<sup>389</sup> (ובפועל, ניתנים, אכן, פיצויים במקרים אלו<sup>390</sup>). ועדיין, נדמה שאין כל מקום להשוואה בין השיטות<sup>391</sup>. ראשית, במשפט הנוהג במדינת ישראל, גם אם ימצא השופט כאחראי בנוזיקין הרי שהחבות תוטל על שולחו, מדינת ישראל, ולא עליו באופן אישי. שנית, במשפט בישראל אין מדובר בטעות של השופט בתוכנו של הפסק. המשפט הישראלי מתייחס אך ורק לנזק שגרם השופט בהתנהלותו הרשלנית בתיק<sup>392</sup>. בהתאם לגישתנו הפערים ברורים. המשפט הישראלי, המעמיד בראש מעייניו גם ערכים דוגמת הסדר החברתי, מגן על השופטים באופן מוחלט, על מנת להבטיח להם חופש פעולה ולגונן עליהם מפני תובע טרדן ומפני דיונים אינסופיים. לעומת זאת, המשפט העברי מעמיד בראש מעייניו את האמת ואותה בלבד, ועל כן יהיו מצבים בהם יימצא הדיין כאחראי באופן אישי על טעויות שביצע.

#### **ה. חובות הסובבים את הדיין**

המשפט העברי מציב חובות רבות על הסובבים את הדיין בשעת הדין, כמו גם על הדיין בבחירת הסובבים אותו<sup>393</sup>. תלמיד שיושב לפני רבו בשעת הדין, ורואה שרבו טועה בסברה, אסור לו לשתוק מפני כבודו של רבו, או לשם כבודו שלו, אלא עליו לקום ולומר את דעתו, כדי שהרב יוכל לשקול את דבריו, ועל ידי כך האמת תצא לאור, והדין יתברר לאשורו. לעומת זאת, אסור לדיינים להרשות שבשעת הדין ישב מולם תלמיד בור, מפני שאותו תלמיד עלול להציע סברות מעוותות, ולהסית בכך את הדיינים מחקר האמת.

"מניין לדיין שלא ישב תלמיד בור לפניו? ת"ל "מדבר שקר תרחק" ... מנין לתלמיד שיושב לפני רבו ורואה זכות לעני וחוב לעשיר, מנין שלא ישתוק? ת"ל "מדבר שקר תרחק". מנין לתלמיד שרואה את רבו שטועה בדין, שלא יאמר אמתין לו עד שיגמרנו ואסתרנו ואבננו משלי, כדי שיקרא הדין על שמי? ת"ל "מדבר שקר תרחק"<sup>394</sup>.

החובה שלא להושיב תלמיד בור לפני הדיין<sup>395</sup>, היא חלק מקביעה כי הדרך הטובה ביותר להגיע למסקנה אמיתית היא באמצעות היפתחות לדעות נוספות<sup>396</sup>, שהביאה לחובה המוטלת על הדיין להיוועץ באחרים לפני שיוציא את

אבניאלי, מי ישפוט את השופטים וכיצד?, הפרקליט מ"ז (התשס"ג), 77 (להלן: "אבניאלי, מי ישפוט?"); דפנה אבניאלי, מי יבקר את השופטים וכיצד?, משפט וממשל ט' (התשס"ו), 387 (להלן: "אבניאלי, מי יבקר?"), 392-398.

<sup>386</sup> סעי' 8 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש]. חשוב לציין כי הפטור הניתן במסגרת החוק חל גם על דיינים הפועלים במסגרת מערכת בתי הדין הרבניים, ובמידה כזו או אחרת גם על דיינים הפועלים כבוררים.

<sup>387</sup> ראה: Fray v. Blackburn, (1863) 122 Eng. Rep. 217 (Q.B.); ע"א 572/74, מרדכי רויטמן נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, פ"ד כט(2), 57 (1975).

<sup>388</sup> בר"ע (י-ם) 2315/00, מדינת ישראל נ' אבי פרידמן (פורסם בנבו, 12.3.01); רע"א 2821/01, אבי פרידמן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.4.02); ת"א (ת"א) 19254/04, מדינת ישראל – משרד המשפטים נ' חברת בעלי מקצוע (נכסים) בע"מ (פורסם בנבו, 5.12.04); אבניאלי, מי יבקר, 394-398. וראה הסתייגות בע"א 1152/05, חברת בעלי מקצוע (נכסים) בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד המשפטים (פורסם בנבו, 11.9.07).

<sup>389</sup> אבניאלי, מי ישפוט, 94.

<sup>390</sup> אבניאלי, מי יבקר, הע"ש 48 ו-49.

<sup>391</sup> להשוואה שכזו, ראה אבניאלי, מי יבקר, בהע"ש 24.

<sup>392</sup> וראה שיינפלד, שם, 35.

<sup>393</sup> ראה מלמד, פניני הלכה, ח"ג, 145-146.

<sup>394</sup> שבועות, ל', ע"ב – ל"א, ע"א.

פסק דינו<sup>397</sup>. סוגיה זו עוררה שאלות נוספות. להלכה, נקבע כי אין חשש בטיעון עורכי דין בורים, שכן ביה"ד מודע היטב לעמדתם המוטתה. לא כך הם הדברים בתלמיד אובייקטיבי, ואשר נראה כלפי חוץ כתלמיד חכם<sup>398</sup>. גם החובה לתקן את טעותו של הדיין, ולתקנה באופן מיידי וללא שהיות<sup>399</sup>, מדגישה את חשיבות בירור האמת<sup>400</sup>:  
"שהתורה האמיתית לא בחרה – רק באמת, והדיין צריך לדון הדין לאמיתו"<sup>401</sup>.

בשל כך גוברת החובה לתקן את הדיין על פני כללים דוגמת האיסור לחלוק על הגדול ממך<sup>402</sup>, והאיסור להורות הלכה בפני רבך<sup>403</sup>. הפוסקים אף הדגישו כי חובה זו מוטלת, לא רק על תלמידו של הדיין, אלא על כל מי שיודע מטעותו של הדיין<sup>404</sup>. יתר על כן, החובה היא לא רק להסב את תשומת ליבו של הדיין לטעותו, אלא גם להסב את תשומת ליבו של בעל הדין לטעותו, וזאת משום שבכך הוא משיב את אבידתו<sup>405</sup>. בנוסף, חובת ההודעה על הטעות היא גם לאחר שפסק הדין כבר בוצע<sup>406</sup>, וזאת בשל עקרונות סתירת הדין המקובלים במשפט העברי.

## 1. חשיבות האמת במהלך ההליכים המשפטיים

### 1.1. המותב

המשפט העברי מעודד מותב בן שלושה חברים ומעלה, שכן "דיני ממונות בשלושה"<sup>407</sup>, ואף קובע "אל תהי דן יחידי"<sup>408</sup>. להלכה נקבע שעדיף אף להרחיב יותר את המותב היושב לדין. "אף על פי שבית דין של שלשה בית דין שלם הוא, כל זמן שהן רבים, הרי זה משובח"<sup>409</sup>, "ומוטב שיחתוך הדין באחד עשר מבעשרה"<sup>410</sup>. הסיבה לכך היא

<sup>395</sup> שו"ע, חו"מ, ט', ו'.

<sup>396</sup> וזוהר, שם, 3-4.

<sup>397</sup> שו"ע, חו"מ, י"ח, א'; שו"ת שבות יעקב, ח"א, קמ"א. וראה גם הרב בנימין זלצמן והרב אליהו גורפינקל, חובת ההתייעצות לפני מתן פסק הדין, בתוך **משפטי ארץ – דין, דיין ודיין** (עורך: הרב י' אונגר), מכון משפטי ארץ-התשס"ב, 387.

<sup>398</sup> שו"ת יביע אומר, ח"ב, חו"מ, ב', ו'. שם אמנם מדובר בעו"ד שאינו ירא שמים, והדברים אמנם מעוררים שאלה במקרה של עורך דין הנראה כתלמיד חכם, אך שוחטמן, מדבר שקר, 283, מבהיר כי הדין יישאר זהה, שכן ביה"ד יודע שעוה"ד ממיצג את בעל הדין.  
<sup>399</sup> ראה שוחטמן, שם, 293-296.

<sup>400</sup> אמנם שוחטמן, שם, 294, סבור כי היסוד העומד מאחורי דינים אלו, הוא לאו דווקא החשש מאי גילוי האמת במהלך הדיון המשפטי, אלא בעיקר החשש מאי גילוי האמת בנוגע למקורו של החידוש ההלכתי. טענה זו נסמכת על כמה מקורות, ומאידך היא מוקשה ממקורות אחרים (דוגמת הלימוד מהפסוק "מדבר שקר תרחק" העוסק, לפחות לפי חלק מן הפוסקים, דווקא בבית הדין), אך מדובר בנושא רחב, ואכמ"ל.

<sup>401</sup> שו"ת הרשב"א, ח"ב, סימן ת"ד.

<sup>402</sup> שו"ת הרדב"ז, ח"א, סימן ש"ח.

<sup>403</sup> שו"ת שאילת יעביץ, ח"א, סימן ה'. וראה גם שו"ת תרומת הדשן, סימן רל"ח: "אמנם מה שכתבת, אם אין לתלמיד רשות לחלוק על רבו באיזה פסק והוראה, אם יש לו ראיות מן הספר ופסקי גאונים הפך מדעת הרב. נראה ודאי אם הוראות ברורות קצת וצורתא דשמעתא משמע כדברי התלמיד, למה לא יחלוק? כך היתה דרכה של תורה מימי התנאים. רבינו הקדוש חלק בכמה מקומות על אביו ועל רבו, רשב"ג. באמוראים, רבא היה חולק בכמה דוכתי על רבה, שהיה רבו...".

<sup>404</sup> שו"ת הרשב"א, שם; שו"ת חיים ביד, סימן א', ד"ה "וא"כ איך יתכן": "ולא נקטו תלמיד אלא לרבותא דאיכא משום כבוד רבו".

<sup>405</sup> שו"ת הרא"ש, צ"ט, ו'; שו"ת הרשב"ש, סימן רפ"ח.

<sup>406</sup> שו"ת הרא"ש, שם; שו"ת שער אפרים, סימן קמ"א.

<sup>407</sup> סנהדרין, ב', ע"א ו- כ"ג, ע"א. וראה גם שו"ע, חו"מ, סימן ג', סע' א'-ב': "אין בית דין פחות מג', וכל שלושה נקראים בית דין, אפילו הדיוטות... פחות משלושה - אין דיניהם דין, אפילו לא טעו, אלא אם כן קבלום עליהם בעלי דין".

<sup>408</sup> תלמוד ירושלמי, סנהדרין, פ"א, ה"א: "אל תהי דן יחידי, שאין דן יחיד אלא אחד - אמר ר' יהודה בן פזי: אף הקב"ה אין דן יחידי, שנאמר: "וכל צבא השמים עומדים עליו מימינו ומשמאלו".

<sup>409</sup> רמב"ם, סנהדרין, פ"ב, ה"ג.

<sup>410</sup> שו"ע, חו"מ, ג', ד'.



פשוטה וברורה, היכולת הטובה ביותר להגיע לגילוי האמת ולבירורו של הדין היא באמצעות משא ומתן עם אחרים על הדברים<sup>411</sup>:

”דכל זמן שהדיינים רבים יותר – יוצא הדין לאמתו”<sup>412</sup>.

לנוכח האמור, בהתאם לדין במדינת ישראל סוגיות בהן יכול בית הדין הרבני לדון ב'דין יחידי' הן ספורות ביותר, והן בעיקר בעניינים מנהליים או בסעדים ארעיים<sup>413</sup>. לכן גם בהליכים בהם אין כלל צורך בהליך שיפוטי ובגילוי האמת, והצורך בבית הדין נובע אך ורק מתוך גזירת הכתוב (דוגמת חליצה), הרי שלא רק שאין כל שבח בהגדלת המותב, אלא שלו אכן היתה מתבצעת בפועל הגדלת המותב היה הדבר גנאי לדיינים המקוריים, ”דנראה כאילו לא סגי בהו בלבד”<sup>414</sup>.

זאת לעומת שיטת המשפט הנהוגה במדינת ישראל. זו מעודדת במקרים רבים מותבים מצומצמים ככל שניתן. כך הוגבל בעת האחרונה מספר התיקים אשר יישמעו בהרכב שלושה<sup>415</sup> (לדוגמא, נקבע כי ערעור על פסקי דין על תביעות של עד 300,000 ₪ יישמע בדין יחיד<sup>416</sup>), וכך, לדוגמא, קובע החוק כי בוררות סתם תיערך בבורר יחיד<sup>417</sup>. המטרה היא להניב פסק בוררות זול ומהיר ככל שניתן<sup>418</sup>, כאשר עולה החשש שמותב רחב יותר עלול להפיק ויכוחים בין חברי המותב, אשר יביאו, מן הסתם, לדחייה במתן פסק הבוררות ולהתייקרות ההליך.

גם עיקרון זה משתלב עם המגמה שהצגנו לעיל. המשפט הישראלי יסכים לוותר לעיתים על דיון בין חברי המותב, בשביל לקדם ערכים אחרים, דוגמת יעילות. המשפט העברי, לעומת זאת, המעמיד בראש מעייניו את מגמת השגת האמת, לא יוותר על החלפת דעות בין חברי המותב, וקיום דיון מפרה בין הדיינים, גם במחיר יעילות ההליך<sup>419</sup>.

גם מותב של בוררות זבל”א נועד, לפי חלק מהגישות, בעיקר על מנת לסייע בבירור האמת. כך, מיועדת בוררות זבל”א דווקא למטרה של גילוי האמת, לפחות לפי חלק מעמדות המחקר המודרני<sup>420</sup>, ולא למטרה של עשיית שלום ופשרה. ”הכי אמרי במערבא משמיה דר’ זירא: מתוך שזה בורר לו דיין אחד וזה בורר לו דיין אחד, ושניהן בוררין

<sup>411</sup> תוספות יום טוב, אבות, ד', ח': ”ברוב משא ומתן ירד לעומקו של הדין... וסתם משא ומתן לא עם עצמו אלא עם זולתו”; טור, חו”מ, סימן י'; ערעור 2-21-057988396, לא פורסם, (ח' ניסן התשס”ד): ”דיין אחד אינו יכול לנהל משא ומתן עם עצמו. הוא אינו יכול לבדוק את הדברים בבדיקה חיצונית, וחייב להסתמך אך ורק על מצפונו ועל השקפתו” [פסק הדין מאוזכר אצל שוחטמן, סדר, 32].

<sup>412</sup> רמ”א, חו”מ, י”ג, א'. מקור הדברים הוא ברמב”ן, דברים, א', י”ב, ד”ה ”טרחםם”: ”שבכך נצטוונו, שנאמר צדק צדק תרדוף, הלך אחר ב”ד יפה, וריבוי חכמים – ב”ד יפה הוא”.

<sup>413</sup> לפירוט הדברים ראה סעי' 8(ה) ו-8(ה) לחוק הדיינים, התשט”ו-1955 ובתקנות הדיינים (עניינים שניתן לדון בהם בדין אחד), התש”ן-1990, וכן אצל שוחטמן, סדר, 49-56. עם זאת, חשוב להזכיר כי בהלכה קיים מושג של 'מומחה לרבים', אשר אוזכר כבר לעיל. בעניין זה קבעה הברייתא כי ”דיני ממונות בשלשה, ואם היה מומחה לרבים דן אפילו יחידי” (סנהדרין, ה', ע”א) וראה בעניין זה גם בשו”ע, חו”מ, סימן ג', ד'. סיכום הסוגיה מצוי אצל הרב יוחנן גבאי, לדון יחידי, **אבני משפט** ב' (התשס”ג), 48, וראה שם בעמ' 61-62 על היחס בין ההלכה ומציאות בתי הדין בזמן הזה.

<sup>414</sup> שו”ת יהודה יעלה, ח”ב, סימן קס”ד, ד”ה ”לענ”ד נראה”. חשוב להבהיר כי בהתאם למשנה ולגמרא (יבמות, ק”א, ע”א; סנהדרין, ב', ע”א) חליצה דורשת שלושה דיינים, ואלו נלמדים בדרשת הפסוקים [ישנן דעות כי שיטת רבי יהודה היא שמדרשת הפסוקים חליצה דורשת חמישה דיינים]. חכמים אף הצריכו חמישה דיינים כדי לפרסם את דבר החליצה ומטעמים נוספים (ראה ט”ז, אבה”ע, קס”ט, ס”ק ב'). כך או כך, בכל מקרה, אין עניין בהרחבה נוספת של המותב, ואין עניין בבירור האמת בסוגיה זו.

<sup>415</sup> ראה תיקון מס' 52 לחוק בתי המשפט. פורסם בס”ח תשס”ח מס' 2169 (27.7.2008), 668.

<sup>416</sup> סעי' 37(ב) לחוק בתי המשפט.

<sup>417</sup> סעי' 2(א) לתוספת לחוק הבוררות.

<sup>418</sup> ראה סמדר אוטולנגי, **בוררות - דין נוהל**, מהדורה רביעית, תל אביב-התשס”ה, ח”א, 367-365; ע”א 39/69, **מכמורת, חברת פיתוח בתי-מלון בע”מ נ’ יהודה שפיגל**, פ”ד כג(1), 757 (1969): ”...הליך בוררות זה מוכיח בצורה מדאיגה ומצערת את חוסר התועלת והיעילות של בוררות זבל”א”. סיבה אחרת, הרלוונטית דווקא למוסד הבוררות, היא העובדה ששימוש בבורר אחד בלבד נותן שריון טוב יותר מפני ביטול הפסק.

<sup>419</sup> אריאל, דיני בוררות, תנ”ד.

<sup>420</sup> וראה בעיקר אצל: Yuval Sinai, Arbitration As an Ideal Judicial Procedure, 18 **Jewish Law Association Studies** (2006).

279. וכן אצל הרב חיים דוד הלוי, דין או בוררות, **תחומין** י”ד (התשנ”ד), 141; וייס, סדר הדין, 6.

להן עוד אחד – יצא הדין לאמתו<sup>421</sup>. הנימוק לכך הוא פשוט. הדין אשר מונה ע"י בעל הדין ישתדל להפך בזכותו (אם כי הוא, כמובן, מחויב לפסוק את האמת<sup>422</sup>), וגם כאשר מאזן הראיות נוטה לרעתו של זה שמינהו, הוא לא ימהר לחרוץ דעה, ויבקש להמתין עד כלות הדיון, שמא יתהפך הגלגל לטובתו<sup>423</sup>. יתר על כן, הדין שממונה על ידי בעל דין מסוים גם מבין בדרך כלל את דבריו טוב יותר<sup>424</sup>. הדבר מונע את המציאות הבעייתית, בה דעתו של השופט 'ננעלת' בשלבי המוקדמים של הדיון, והוא מתקשה אחר כך לשנות את דעתו. זאת, מבלי להתייחס לכך שהדבר גם יכול להביא לקבלה טובה יותר של פסק הדין<sup>425</sup>.

## 21. התחשבות בהיקף התיק

הבדל נוסף בין השיטות קיים ביחס לתביעות בסכום נמוך. השיטה במדינת ישראל קובעת כי ככל שמשמעותו הכלכלית של התיק פעוטה יותר, כך יזכו בעלי הדין לפחות תנאים לבירור האמת. בתיקים בסכומים נמוכים ישב שופט פחות מנוסה, לא תמיד יתאפשרו גילויי מסמכים ושאלונים, פסק הדין יינתן, לעיתים, בתמצית, וגם זכות הערעור מוטלת בספק. זהו גם ההיגיון העומד מאחורי חלוקת הסמכות העניינית בין בית המשפט השלום לבית המשפט המחוזי ע"פ היקפו הכלכלי של הסעד הנתבע<sup>426</sup>, ומאחורי הגבלת הרכב המותב בערעור על תיקים שהיקפם הכספי נמוך<sup>427</sup>. זהו גם המסר העומד מאחורי מושגים דוגמת 'סדר דין מהיר', 'מעשה של מה בכך' ו-'זוטי דברים'<sup>428</sup>, ובעיקר מאחורי 'בית המשפט לתביעות קטנות'<sup>429</sup>. מטרת ההליך האחרון אף נקבעה בצורה רשמית כרצון ליצור הליך פשוט ומהיר יותר, ללא מהמורות פורמליות<sup>430</sup>, אך ביחד עם ביטול הפורמליות בוטלו

<sup>421</sup> סנהדרין, כ"ג, ע"א.

<sup>422</sup> ראה טור, חו"מ, י"ג: "ונהגו כמה אנשים לברור להם דין בעל תחבולות, ונתלים בדברי רש"י שמשמעם שיש לו להפוך בזכותו. וחלילה וחס לא דקדקו בדבריו... אבל הדין עצמו חלילה שיהפך למצוא סברא לזכותו אם לא שיראה לו דין גמור. אבל אם היה יכול להטעות את חברו שיקבל סברתו אף על פי שהוא מפוקפק בה, הרי זה בכלל 'מטה משפט'".

<sup>423</sup> ראה נימוקי יוסף, סנהדרין, ג', ע"ב, ד"ה "גמ"י": "דכיון שזה שביררו מעיין יפה בדינו, ואפילו כשרואה שיתחייב בדין, אינו ממהר לפסוק הדין כנגדו, אלא ממתין שמא יתברר הדבר יותר ויוכל לזכותו בדין, וכן עושה השני. ומתוך שאינן ממהרין לפסוק יוצא הדין לאמתו"; דרכי משה, חו"מ, י"ג.

<sup>424</sup> טור, שם: "אבל דעת הרב ז"ל – מתוך שזה ביררו מבין דבריו לאשורו אם יש לו שום צד זכות נושא ונותן עם חברו, וכן עושה הדין השני למי שבררו. נמצא שלא ישאר שום צד זכות נעלם לשניהם. והשלישי שומע משא ומתן של שניהם ומכריע ביניהם, ויוצא הדין לאמתו".

<sup>425</sup> רש"י, סנהדרין, כ"ג, ע"א, ד"ה "יצא דין אמת לאמתו".

<sup>426</sup> סעי' 51(א)(2) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984; שולמית וסרקורג, סמכותם העניינית של בתי-המשפט לדון בעניינים מינהליים לפי חוק בתי המשפט לעניינים מינהליים, **משפט וממשל ז'** (התשס"ד), 381, 383-384.

<sup>427</sup> ראה סעי' 37(ב)(9) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984.

<sup>428</sup> ראה סעי' 4 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]; סעי' 6 לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981; סעי' 34 לחוק העונשין, תשל"ז-1977; סעי' 18(ג)(1) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988; תקנה (ב) לתקנות משק הגז הטבעי (דרכים ותנאים למתן רישיון חלוקה), התשס"ח-2008.

<sup>429</sup> ראה סימן ה' לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, ובייחוד בסעי' 60, 62 ו-64 לחוק; תקנות שיפוט בתביעה קטנה (סדרי דין), תשל"ז-1976, ובייחוד תקנה 9 ותקנות 13-16.

<sup>430</sup> דברי ההסבר להצעת חוק שיפוט בתביעות קטנות התשל"ה-1975: "החוק המוצע בא לקבוע דרך שיפוט מיוחדת בתביעות אזרחיות קטנות. שיפוט זה יהא, אמנם, במסגרת בתי המשפט השלום הרגילים, אך הדיון בתביעות הקטנות יהיה ללא פורמליות, מהיר וזול"; רע"א 5711/08, **רשל פרטוק נ' סול טורגמן בע"מ** (פורסם בנבו, 17.3.09): "מטרתו של בית המשפט לתביעות קטנות היא לאפשר הליך מהיר ושאינו יקר לתביעות בסכומי כסף קטנים ולמנוע מהצרכן את הקשיים הכרוכים בהגשת תביעה בצינורות השיפוט המקובלים"; רע"א 3612/07, **השטיח המעופף בע"מ נ' שלמה מוסרי** (פורסם בנבו, 30.8.07); רע"א 7711/06, **המכללה המשותפת בע"מ נ' שרית מנדל** (פורסם בנבו, 18.1.07); רע"א 8144/04, **מיכאל בודקר נ' ברטה בשקירוב** (פורסם בנבו, 20.3.05); רע"א 9052/01, **אליהו רווח נ' הום סנטר סניף ערד** (פורסם בנבו, 3.1.02): "אחת התכליות החקיקתיות העיקריות שבסדרי הדין בבית המשפט לתביעות קטנות, היא להביא את ההליכים לסיומם במהירות".

זאת, לאחר שבעבר נקבעו הדברים בצורה מתונה יותר ברע"א 292/93, **אריה סרבוז נ' ע. אופק בע"מ**, פ"ד מח(3), 177, 191 (1994): "על אף שהליכי דיון מהירים, זולים ובלתי פורמליים אינם תכליתו של מוסד התביעות הקטנות, יש לייחס להם חשיבות ראשונה במעלה, באשר בלעדיהם לא ניתן להגשים את התכלית לשמה נוצר מוסד זה, היא פתיחת שערי המשפט בפני האזרח הקטן"; רע"א 596/84, **קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל נ' מרים גל**, פ"ד לט(3), 477 (1985).

גם ההסדרים שמטרתם להביא לבירור האמת. הימנעות מגילוי מסמכים, לדוגמא, איננה אנטי-פורמליסטית, אלא פגיעה ביכולת בירור האמת מתוך רצון להאיץ את הליכי התביעה<sup>431</sup>.

סדרי הדין המיוחדים של הליכים אלו מבטיחים, הלכה למעשה, ריבוי של פתרונות לא צודקים, וזאת בגלל הסטייה החריפה מדיני הראיות, מסדרי הדין (כאמור, בדרך של ביטול הליכים דיוניים המובילים לבירור האמת) ובעיקר בשל הגבלת יכולת הערעור. בית המשפט גם קבע מפורשות כי עמדתו בנושא זה שונה מעמדת המשפט העברי<sup>432</sup>. חשוב לציין, כי בעת האחרונה נשמעו גם קולות בתוך מערכת המשפט, המבקרים את היחס השונה לתביעות על סכומים נמוכים, ואת הפגיעה ביכולת בירור האמת בתביעות אלו, בעיקר בכל הנוגע לסדר הדין המהיר<sup>433</sup>.

במשפט העברי, לעומת זאת, הכלל היסודי הוא כי יש לתת יחס עקרוני זהה<sup>434</sup> לתביעה על שקלים בודדים כמו לתביעת מיליונים:

”כקטן כגדול תשמעון” - אמר ריש לקיש: שיהא חביב עליך דין של פרוטה כדין של מאה מנה. למאי הלכתא, אילימא לעיוני ביה

ומיפסקיה, פשיטא? ! אלא לאקדומיה!<sup>435</sup>.

כלומר, הגמרא תמחה על המחשבה, כאילו ניתן כלל לזלזל בפסק הדין בהליך הפעוט יותר, ומבהירה כי הלימוד מהפסוק לא נועד על מנת להפנות תשומת לב מלאה להליך זה, שכן דבר זה מובן מאליו, אלא לקבוע כי אף דחיית ההכרעה בו, עד לאחר שיוכרעו הליכים בעלי משמעות כלכלית כבדה יותר – אינה לגיטימית.

שוב, ההיגיון מאחורי ההבדלים נעוץ במטרות השיטה. מערכת המשפט הישראלית, המעמידה את הסדר החברתי והיעילות כאחת ממטרותיה, חייבת להגביל את המשאבים שתשקיע המערכת בדיונים בנושאים איזוטריים מחד, ומאידך להבטיח את יכולת הנגישות של כל אזרח לבית המשפט, גם בעניינים ששוים הכספי נמוך יחסית. המשפט העברי, המקדש בעיקר את הפיתרון האמיתי והצודק למחלוקת, איננו יכול להסכים למסלול אשר בו הפיתרון אליו יגיע בית הדין יהיה פיתרון 'אינסטנט', והוא מחייב את הדין להתייחס לכל דין באותה דרך בדיוק, לרבות בסדרי הדין ובדיני הראיות<sup>436</sup>.

בדרך דומה הסביר הנצי”ב מוולאז’ין את ההבדלים בין שני פסוקים. בעוד שיתרו מציע למשה רבינו 'וְשִׁפְטוּ אֶת הָעָם בְּכָל-עֵת, וְהָיָה כָּל הַדָּבָר הַגָּדֹל יָבִיאוּ אֵלַיךְ, וְכָל הַדָּבָר הַקָּטָן יִשְׁפְטוּ הֵם'<sup>437</sup>, ביישום ע”י משה רבינו מצוין

<sup>431</sup> ראה שילה, צדק דחוי, 330-333. יצוין, כי במשפט העברי מלכתחילה לא קיים 'הליך גילוי מסמכים', ואולם הוא מחויב מכח סמכותם של הדיינים, ומעוגן בהוראות תקנה ס”א לתקנות הדיון: "בעל-הדין חייב... להגיש את כל המסמכים והניירות אשר יידרשו על-ידי בית-הדין או, ברשות בית-הדין, על-ידי הצד שכנגד".

<sup>432</sup> רע”א 9615/05, **אירית שמש נ’ פוקצ’טה בע”מ** (פורסם בנבו, 20.3.05); ע”פ 5345/07, **יואל שפירא נ’ מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 27.6.07): "אכן, "דין של פרוטה כדין של מאה מנה" (בבלי סנהדרין ח' א'), אך דעת לנבון נקל, כי כלל זה יש ליישם באופן מידתי"; רע”א 10200/07, **עו”ד מזל מנצורי-טחורש נ’ מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 1.4.08): "אכן, ישנם עניינים שבהם אין המחוקק רואה "דין פרוטה כדין מאה"...".

<sup>433</sup> ראה בהרחבה שילה, שם; אגמון-גונן, אי-תלות; פרשת מחמד; ע”א (י-ם) 3350/02, **היועץ המשפטי לממשלה נ’ עיריית ירושלים** (פורסם בנבו, 14.7.03; להלן: "פרשת עיריית ירושלים"). אך ראה לעומת זאת את התייחסותו של גולדשטיין, צדק מהיר.

<sup>434</sup> אם כי נראה להלן שבחלק מהמקרים היחס לא היה זהה לחלוטין, ונקבעו סדרים מיוחדים ל- 'תביעות קטנות'.

<sup>435</sup> סנהדרין, ח', ע”א.

<sup>436</sup> אריאל, דיני בוררות, תנ”ד-תנ”ה.

<sup>437</sup> שמות, י”ח, כ”ב.

"וְשִׁפְטוּ אֶת-הָעַם בְּכָל עֵת, אֶת הַדָּבָר הַקָּשֶׁה בְּיָאוֹן אֶל מֹשֶׁה, וְכָל הַדָּבָר הַקָּטָן יִשְׁפְּטוּ הֵם"<sup>438</sup>. הנצי"ב מסביר כי הבדל זה איננו מקרי<sup>439</sup>. יתרו הציע את הצעתו בהתאם למערכות המשפטיות המקובלות, מערכות שאינן שופטות בהתאם לדין התורה. במערכות אלו הסדר החברתי מחייב הצבת הבדלים, בין תיק עם משמעות כלכלית ניכרת, לאותם 'זוטי דברים', אשר בהם יכריעו השופטים הבקיאים פחות. אך משה רבינו מאמץ את הרעיון 'בשינויים המחויבים'. בשיטה הבנויה על כללי המשפט העברי חלוקת הסמכויות בין משה לבין הדיינים הזוטרים נעשית בהתאם לקשיותו של התיק, ולא בהתאם להיקף הסעד הנתבע.

## ז. הגנה על ערכים נוספים

"כי ב' רגלים צריך לאמת – היינו אהבת הכלל ותיקון הפרט"<sup>440</sup>.

הצגנו עד כה את ההגנה התקיפה של ההלכה ושל בתי הדין על ערך גילוי האמת בדין. עם זאת, חשוב להדגיש כי אם ניתן היה להבין כי מדובר בערך יחיד, הרי שבפועל אין מדובר בהזנחה גמורה של יתר הערכים. אכן, במקום בו קיים עימות ישיר, והגנה על הערכים השונים דוגמת יעילות, יציבות, וודאות וכד' תביא לנעילת דלתות בית הדין, ולחוסר יכולת להביא לבירור האמת – מעמד בירור האמת יגבר. לעומת זאת, במקום שהדבר לא יפגע בערך העל של גילוי האמת ניתן למצוא מספר הכרעות הלכתיות, המחפשות בהחלט את מימד היעילות של בית הדין ושל הצדדים לדיון, אף כאשר הדברים, לעיתים, חורגים מכללי הדיון הקבועים באופן עקרוני בהלכה. הדברים נובעים מתוך גישה עקרונית ולפיה "ההטרדה לדין גורמת לשיבוש במערכת המשפט בעם ישראל, וזאת עלינו למנוע גם אם יגרם לו הפסד"<sup>441</sup>. לעיתים אף תבצע ההגנה על ערכים אלו גם במחיר של הפחתה מסוימת בסיכויי בירור האמת (אך שוב יש להדגיש - לא במחיר שלילתם). יצוין, כי העמדה ולפיה המשפט העברי מדגיש גם את ההגנה על יעילות המערכת השיפוטית (בצד רצונו לחקר האמת), הובאה ע"י שופטים שכתבו כי "גישת המשפט העברי לחשיבותה של יעילות בעבודתה של המערכת השיפוטית... מעוגנת בשכל הישר ובעומס המוטל על בתי המשפט"<sup>442</sup>, וכי "על-פי השקפת המשפט העברי יש לאפשר קיום הליך משפטי יעיל כדי לקיים את הפסוק "ובערת הרע מקרבך"<sup>443</sup>. בסעיף זה יוצגו, אם כן, מספר מקרים בהם בחר להגן המשפט העברי על ערכי היעילות והיציבות גם על חשבון כללים דיוניים ידועים והלכות מובהקות.

## 1.1 יתרו והצדק הדיוני

כפתיחה, נבקש להציג מקור ראשוני המחזק, לכאורה, את ערכי הפרוצדורה עד מאד. מדובר בסיפור עצת יתרו למשה רבנו בנוגע לניהול מערכת המשפט בישראל, סיפור בו מצויה העדפה ברורה של ערכי היעילות על פני הצדק.

<sup>438</sup> שם, כ"ו.

<sup>439</sup> העמק דבר, שמות, י"ח, כ"ב, ד"ה "כל הדבר הגדול", ושם, כ"ו, ד"ה "את הדבר הקשה".

<sup>440</sup> הראי"ה קוק, מדבר שור, ע"ו.

<sup>441</sup> חשוקי חמד, פסח, מ"ט. מדובר בסוגיה שלא נעסוק בה להלן, אשר רלוונטית אף היא לעניין זה, המצויה בבבא בתרא, קס"ח, ע"ב, שם הותר לדין לכתוב שטר בעייתי נוסף על הקרקע (וראה שם בנסיבות הייחודיות לסוגיה). הריטב"א, שם, לומד מכך "וש"מ דשרי למיעבד לדיינא כה"ג, כי היכי שלא ליטרדוה", ודבריו של הרב זילברשטיין עוסקים בייחודו של הדיין.

<sup>442</sup> רע"א 779/07, יוסף בועז נ' שושנה בועז (פורסם בנבו, 30.1.07).

<sup>443</sup> ב"ש (י-ם) 1153/02, מדינת ישראל נ' אברג'יל, פ"מ תשס"א (2) 728, 762 (2002).

מחד, משה<sup>444</sup> סבור היה כי עדיף שהעם כולו יבוא לברר את מחלוקותיהם בפניו, וכך הסיכויים להשגת דין צדק יהיו מיטביים. הפניה לדין אצל משה רבינו נתפסת ככזו שבאופן עקרוני הינה חפה מטעויות, ובודאי שעלולה הרבה פחות מכל דין אחר להגיע לידי טעות<sup>445</sup>. "כי יהיה להם דבר בא אלי - באים אלי לא כתיב אלא בא אלי. דא הוא קודשא בריך הוא דהוה אתי לגביה, וביה הוה ידע ולא איצטריך לכל דא לאסתכלא ולעינא, אלא לפום שעתא הוה ידע משה"<sup>446</sup>. ועוד. גם בחינת הדברים במשקפיים של אמון הציבור במערכת תומכת בהותרת השפיטה בצורה בלעדית בידי משה. ניתן להניח כי לא דומה האמון שנתן הציבור במשה רבינו לאמון שנתן בשאר השופטים, ואמון הציבור במערכת הוא, כידוע, היסוד למעמדו של בית המשפט<sup>447</sup>.

יתרו, מאידך, טען באזני משה, והצעתו, אכן, נתקבלה, כי יש למנות שופטים זוטרים יותר, אשר ייתכן שיפספסו פה ושם את התוצאה הצודקת, אך ישפרו, ללא צל של ספק, את יעילות המערכת. עמד על כך בזק שהבהיר כי מטרת המהלך שהציע יתרו היתה לא רק 'קיצור התורים' בבית דינו של משה רבנו, אלא בעיקר הנגשת מערכת הצדק לכל, והעברתה ממוקד מרכזי אחד ויחיד, מעולה ככל שיהיה, אל כלל המחנה<sup>448</sup>. חשוב להדגיש גם שלפי חז"ל, הצעתו של יתרו נתקבלה רק לאחר שמשה נמלך אודותיה עם הקב"ה<sup>449</sup>, אשר אישר לו את יישום ההמלצה<sup>450</sup>.

ואכן, הרמב"ן בפירושו לפרשה זו<sup>451</sup> עומד, למעשה, על עקרונות הצדק הפרוצדוראלי, וקובע כי פעמים רבות הניסיון להשיג צדק מהותי בכל מחיר, ע"י העברת הדיון לשופט הטוב ביותר, עולה במחיר של עינוי דין לחלק מהמתדיינים, המגיע לעיתים עד כדי ייאוש גמור מהמערכת השיפוטית, ומביא אף למצב של אנרכיה שיפוטית, ולתמריצים שליליים לעמידה בהוראות הדין:

"כי בהיות להם שופטים רבים, ילך העשוק אצל השופט בכל עת שירצה, וימצאנו מזומן, כי אליך לא יוכל להתקרב בכל עת

מפני ההמון הגדול אשר לפניך והטרדה הגדולה אשר לך, ורבים מהם יסבלו החמס הנעשה להם, מפני שלא יזמן להם

להגידו לך, ולא ירצו לעזוב מלאכתם ועסקיהם עד בא העת הפנאי שיוכלו לגשת אליך. וזה טעם "איש על מקומו יבוא

<sup>444</sup> ככל הנראה זו לא היתה עמדתו של משה דווקא, אלא גם בחירתו החופשית של העם להתדיין בפני משה דווקא, מתוך אמונה בצדקתו ובחכמתו. וראה גם אור החיים, שמות, י"ח, ט"ו, ד"ה "כי יבא אלי": "לזה השיבו: כי לא ממני אלא מהעם. כי יבוא מעצמו אלי, ולא לזולתי חפץ ללכת"; וכן מדויק בלשון הכתוב אצל יעקב בזק, 'מערכת המשפט - בין צדק ליעילות', פרשת השבוע 14, יתרו התשס"א, 2. <sup>445</sup> חייבים להבהיר כי זוהי עמדתו של משה גם כתוצאה משתי קושיות נוספות. ראשית, הציווי למנות דיינים קיים כבר בשבע מצוות בני נח. וממילא קשה על משה מדוע היה עליו להמתין לעצתו של יתרו לצורך מינוי הדיינים. יתר על כן, לשיטתו של רש"י פרשת יתרו כתובה שלא כסדרה, ולמעשה נאמרה רק לאחר מתן תורה (רש"י, שמות, י"ח, י"ג, ד"ה "ויהי ממחרת"; וראה זבחים, קט"ז, ע"ב). ממילא כבר יד משה רבינו היטב את הציווי "שפטים ושטרים תתן לך בכל שעריך... ושפטו את העם משפט צדק (דברים, ט"ז, י"ח), ומתחזקת השאלה מדוע היה צריך להמתין לעצתו של יתרו למנות דיינים נוספים, כאשר נצטווה על כך קודם לכן. לנוכח האמור, חייבים להסביר כי משה רבינו סבר שמצוות אלו מחייבות למנות את הגדול ביותר על מנת שידון (או את הגדול ביותר באותו מקום לאחר הכניסה לארץ), אך כל עוד קיים פער באיכות הדיינים יש להסתפק רק בדין הגדול, ולא לפגוע בסיכוי להשגת דין צדק. דברים אלו מביא גם הרב חיים קנייבסקי, טעמא דקרא, יתרו תשנ"ט.

<sup>446</sup> זוהר, ח"ב, ע"ח, ע"א.

<sup>447</sup> הרב חנן פורת, מעט מן האור, שמות, 171-172.

<sup>448</sup> בזק, שם, 3. לימוד משמעותי נוסף העולה מעצת יתרו נוגע לצורך בעשייה האנושית, גם לאחר הגילוי האלוקי, כחלק מהשלמת הבריאה. להרחבה בסוגיה זו ראה אצל הרב רא"ם הכהן, העלם וגילוי, הוצאת גילוי-ישיבת עתניאל, 74-79.

<sup>449</sup> וראה מכילתא, שמות, י"ח, כ"ג: "וצוך א-להים - צא הימלך בגבורה. ויכלת עמוד - אם מודה לך ויכלת עמוד, ואם לאו אי אתה יכול לעמוד".

<sup>450</sup> מכילתא, שם, כ"ד: "ר' אלעזר המודעי אומר: וישמע משה לקול חותנו, ודאי. ויעש כל אשר אמר לו א-להים". עם זאת, משה רבינו כעס על בני ישראל על תמיכתם בהצעתו של יתרו, שכן אצלם היא שיקפה בעיקר את הרצון להגיע לדיון בפני שופטים זוטרים יותר, אצלם הם יוכלו להשפיע בדרכים לא ראויות על תוצאות פסקי הדין. ראה רש"י, דברים, א', י"ד, ד"ה "ותענו אותי".

<sup>451</sup> רמב"ן, שמות, י"ח, כ"ב, ד"ה "ושפטו את העם".

בשלוש, כי עתה, מפני שלא יוכלו לגשת אליך למשפט בכל עת, לא ינוחו בשלוש, כי זה פתח לגוזלים לעשוק חמס

### ולעושים לעשות מריבה

מעניין, כי גישה זו שימשה כתנא דמסייע ליו"ר וועדת חוקה, חוק ומשפט, ח"כ חנן פורת, אשר תמך בביזור חלק מסמכויות בית המשפט העליון במדינת ישראל והורדתם לבתי המשפט המחוזיים. הוא טען בפני נשיא ביהמ"ש העליון דאז, השופט אהרן ברק, כי קיימת הכרעה מגבוה, המבכרת מערכת משפט יעילה על פני איכות השפיטה<sup>452</sup>.

יודגש כי, לענ"ד, הדברים אינם סותרים את העמדה שהוצגה עד כה, המבכרת את בירור האמת על פני הערכים הדייוניים. ההדגשה המובאת כאן עוסקת בהגנה **בדרג המשני** על ערכי היעילות והצדק הדייוני. במקרה דנן, אין כלל מקרים בהם מתקבלת החלטה ללא דיון בתיק לגופו וללא בירור האמת במחלוקת שבין הניצים. ההקרבה היא במסירת ההכרעה לשופט אשר הסיכויים שיטעה בדיון (או בקריאה נכונה של המציאות) גבוהים מסיכויי הטעות של משה רבינו.

כבודו של הצדק הדייוני במקומו מונח, והמשפט העברי ניסה, אכן, ליצור נהלים שיגנו על ערכים דוגמת יעילות, ודאות ויציבות, ואולם ערכים אלו נותרו במהלך כל הדורות רק במעמד משני. זו גם התשובה לטענות שהועלו לעיל, על כללים שאומצו במטרה להבטיח את סופיות הדיון. כללים מעין אלה אומצו במטרה לחזק את הביטחון המשפטי, אך רק במידה שלא יפגעו בהוצאתו של דין אמת לאמיתו.

בסעיף זה נרחיב על המקרים בהם הועדפה היעילות הדייונית על כללים אחרים (אך, כאמור, בכל מקרה לא על חשבון אי בירור האמת!), ונבחן את הדרכים בהן הבטיחו פוסקי הדורות את הערכים המשניים הללו, ולפחות את הכללים בהן ניתן יהיה להבטיח את הערכים הללו. בהמשך עבודתנו ננסה להסיק מאימוץ כללים אלו, על דרכים בהן יוכל המשפט הישראלי לפתור את הקונפליקט בין המהות והפרוצדורה בסדרי הדין שלו.

### 2. ויתור על האמת בעדים זוממים שזממם בוצע

אחת ההלכות היותר קשות להבנה עולה מסוגיית ענישתם של עדים זוממים. עדים זוממים הם עדים המעידים כנגד אדם מסוים, כאשר מאוחר יותר באים עדים אשר כלל אינם מעידים על עצם האירוע. הם מעידים רק על כך שהעדים הראשונים כלל לא יכולים היו להעיד על האירוע, שכן הם היו עימם במקום אחר. במקרה מעין זה נענשים העדים בהתאם לכלל "וְעֵשִׂיתֶם לוֹ, כַּאֲשֶׁר זָמַם לַעֲשׂוֹת לְאָחִיו"<sup>453</sup>. אולם, הכלל הפשוט לכאורה מסתבך בספרות חז"ל. במקום בו נגזר דינו של הנאשם למיתה, ולפני ביצוע גזר הדין העדים הזממו – ייענשו הם בעונת המוות (או המלקות), אותו זממו לנאשם. לעומת זאת, אם הזמת העדים היתה רק לאחר ביצוע גזר הדין – הרי שהעדים לא ייענשו בעונת מוות<sup>454</sup>, וכלשון הגמרא: 'הרגו – אין נהרגין'<sup>455</sup>. זאת, בהתאם לדרשת הכתוב "כאשר

<sup>452</sup> הרב חנן פורת, מעט מן האור, שם.

<sup>453</sup> דברים, י"ט, ו"ט, וראה בפירוט ברמב"ם, הלכות עדות, פ"ח, הלכות א'–ח'.

<sup>454</sup> שאלה אחרת (המצויה במחלוקת בין הראשונים) היא האם דין זה חל דווקא בעונש מוות או שמה הוא חל גם בעונשים אחרים דוגמת מלקות, והאם הוא חל גם בדיני ממונות. ראה לעניין זה, לשם הדוגמא, את דברי הריטב"א, מכות, ב', ע"ב, ד"ה "תדע", הסבור כי הדין חל גם בדיני ממונות, וכך גם ב"ם של שלמה', בבא קמא, פרק החובל, סימן ה'. לעומת זאת, הרמב"ם סבור כי הדין רלוונטי רק לעונש מוות (הלכות עדות, פ"כ, ה"ב) וראשונים רבים סוברים כי הוא איננו חל בדיני ממונות (תוספות, בבא קמא, ד', ע"ב, ד"ה "עדים

זמם – ולא כאשר עשה"<sup>456</sup>. הקושי בעניין זה ברור, שכן לכאורה אם העונש כבר בוצע יש להעניש את העדים מקל וחומר, "ועל דבר זה מרמזים באצבע, ואומרים כי דבר זה הוא כחומץ לשיניים וכעשן לעינים להחמיר על מי שלא עשה יותר ממי שעשה"<sup>457</sup>.

כיוון ידוע של הסבר לדין זה נעוץ באמונה בהשגחת ה' על התנהלות בית הדין. וכפי שמביא ר' מנחם רקנאטי "תדע כי הקדוש ב"ה לא עביד דינא בלא דינא, ומי שאינו חייב מיתה לא יבא לידי כך שיהרג בעדי שקר, ואם נהרג בעדי שקר **בודאי חטא בכיוצא בזה** שהוא היה ראוי לכך... וזהו בסיבת **שהשכינה שרויה עם הדיינים**, וכשכוונתם לשם שמים אין דבר מקולקל יוצא משם"<sup>458</sup>. בדרך דומה צועד גם הרמב"ן<sup>459</sup>. גם הסברים אחרים נשמעו בהבנת דין זה<sup>460</sup>.

הקושי המשמעותי ביותר בהסבר זה נעוץ בעובדה שהוא יכול אמנם להסביר היטב את עונש המוות שקיבלו המורשעים בפועל, אך הוא איננו יכול להסביר בשום פנים את שוויון הנפש שלנו והסלחנות אותה אנו מגלים למי ששיקר<sup>461</sup> בעדותם, והביאו להריגת אנשים (גם אם כאלה שאינם חפים מפשע)<sup>462</sup>.

לנוכח קושיה זו עלה כיוון אחר בהבנת דין התורה 'כאשר זמם, ולא כאשר עשה', התולה את הדברים בכבודו של בית הדין. כפי שכתב המאירי "ומ"מ נראה לי שאין הטעם אלא משום זילותא דבי דינא, שלא יתפרסם שיהא מכשול זה יוצא מתחת ידם להיות זה נהרג בשקריות, והשומעים סבורים שזה אירע להם במיעוט חקירה ודרישה"<sup>463</sup>, וכפי שביאר את הדברים ר' חסדאי קרשקש: "וכבר יראה שהסיבה במה שגזרה בעדים זוממין ועשיתם לו כאשר זמם ולא כאשר עשה לפי מה שבא בקבלה כדי שלא יתפרסם שב"ד הגדול טעו בהוראה והרגו

---

זוממים"; המאירי, מכות, ג', ע"א, ד"ה "וזה שביארנו". וראה גם בדברי הראי"ה קוק, באר אליהו, חו"מ, א', כ"א. מובן שאם הדין חל גם בדיני ממונות הרי שהשלכתו על נושא עבודתנו מרובה עוד יותר.

<sup>455</sup> מכות, ה', ע"ב.

<sup>456</sup> המופיעה ברש"י לדברים, שם, ד"ה "כאשר זמם", אך לא מצויה בחז"ל.

<sup>457</sup> המהר"ל ביבאר הגולה, הבאר השני, עמ' כ"ד. להרחבה בעניין זה, ראה אצל הרב חיים יואל בלוך, 'כאשר זמם – ולא כאשר עשה', **מעט מן האור** 615, שופטים התשע"א.

<sup>458</sup> דברים י"ט, י"ח.

<sup>459</sup> דברים, י"ט, י"ח, ד"ה "כאשר זמם": "אבל אם נהרג ראובן, נחשוב שהיה אמת כל אשר העידו עליו הראשונים, כי הוא בעונו מת ואילו היה צדיק לא יעזבונו ה' בידם, כמו שאמר הכתוב: 'ה' לא יעזבונו בידו ולא ירשיענו בהשפטו' (תהילים, ל"ז, ל"ג). ועוד, שלא יתן ה' השופטים הצדיקים העומדים לפנינו לשפוך דם נקי, כי המשפט לאלהים הוא ובקרב אלהים ישפוט. והנה כל זה מעלה גדולה בשופטי ישראל, וההבטחה שהקב"ה מסכים על ידם ועמהם בדבר המשפט. וזה טעם: 'ועמדו שני האנשים אשר להם הריב לפני ה', כי לפני ה' הם עומדים בבואם לפני הכהנים והשופטים, והוא ינחם בדרך אמת".

<sup>460</sup> בין ההסברים הנוספים שהועלו לסוגיה זו נזכיר את דברי היסוף משנה' (הלכות עדות, פ"כ, ה"ב) לפיהם עונש המוות הוא קל מדי במקרה זה: "דלא אמרינן כאשר זמם ולא כאשר עשה אלא היכא דהרגו על פיהם, משום שגדול עונשם מנשוא, אין ראוי לתת להם מיתת ב"ד שתכפר עליהם, אלא ראוי להניח שיהיו נידונים אחר מיתה בעונשים נוראים..." [וראה גם בדברי המהר"ל, שם, כ"ד-כ"ו, על כך ש"דינו הוא אצל הש"י, אשר הוא יתן לו דינו ומשפטו כפי אשר עשה"]. כן ניתן למנות את דברי הימשך חכמה' (דברים, י"ט, י"ט, ד"ה "ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו"), המבאר שלאחר הוצאתו להורג של המורשע, קיים חשש גדול הרבה יותר שקרוביו יחפשו להינקם מהעדים שהביאו להריגתו, וישכרו עדים אשר יזימו אותם (כאשר קודם לביצוע גזר הדין היתה מבחינתם עדיפות להביא דווקא עדים מכחישים, על מנת שלא לעודד את העדים המוכחשים להוכיח את חפותם, כפי שהיה מתרחש לו היה נקבע שהם עדים זוממים). במצב זה, חידוש התורה על האמונה שיש להאמין לעדים המזימים – בטל, ומאחר ואין ידיעה מיהו המהימן מבין העדים, לא נעניש את העדים שהוזמו. בלוך, שם, מציע הסבר לפיו אכן לפי הכללים הרגילים לא מגיע לעדים דין מוות, אך בכדי להרתיע עדים מלבוא ולומר שקר בפני בית הדין, התורה חייבה עונש מוות במקרה שבו העדים יוזמו, כדי להרתיע את העדים. זהו חריג מיוחד שנועד להגן על המשפט מפני רמאים. אך במקרה שהעדים 'הצליחו' בזממם, וגרמו למותו של הנאשם, למרות שוודאי שמעשה זה הוא חמור יותר, אך על זה כבר חלים הדינים הרגילים של הלכות רוצח, שבגרמא אדם פטור.

<sup>461</sup> לשיטת הרמב"ן השאלה, כמובן, אינה קשה, שכן הוא מדגיש כי אנו מאמינים לעדים לחלוטין. דא עקא, שרוב רובם של הפוסקים לא קיבלו עמדה זו.

<sup>462</sup> שאלה זו מתחזקת עד מאד אם מתקבלת להלכה העמדה המובאת בראשונים ולפיה עדים אלו לא יפסלו כלל, והם כשרים להעיד עדות אחרת. ראה המאירי, מכות, ה', ע"א, בסוף משנה זו, המביא את דעת הריטב"א בשם 'חכמי הדורות', ולא כשו"ת הריב"ש, סימן רס"ו.

<sup>463</sup> מכות, ג', ע"א, שם.

את הנפש שלא כדן, ויהיה זה סבה להכניס בלבבות האנשים אשר בדברי, ותפרץ החומה שהיא הכרחית מאד בגדר התורה<sup>464</sup>. זוהי הגנה ישירה על הערכים של סופיות הדיון והוודאות.

ר' יצחק עראמה מבאר אף הוא את הדברים, ומקשר אותם באופן ישיר לנשוא דיונו:

"ואולם הטעם הנכון בזה... שיש להקפיד על כבודם כאשר הרגו בפועל על פי העדים הזוממים, שהם נזקקים להכריז בפניהם הני גברי מתקטלו מפני שהטעו לבית דין להרוג את הנפש שלא כדן וכדי בזיון וקצף, מה שיהיה בהפך כאשר יכריזו שהם מומתים על שבקשו להטעות את החכמים ולא עלה בידם מפני גודל חריפותם וחריצותם להוציא דבר לאמתתו, גם כי אלהים נצב בעדת אל להישיר מעשיהם אשר בזה יוסיפו להם כבוד ומורא שכבוד שמים ותועלת הכלל מתרבה... גם מה שאמר הרב המורה<sup>465</sup>... יש בכלל דבריו ענין זה בלי ספק, שמדרך התורה לחוש אל התקון הכללי העומד בכבוד בית דין ומוראם. לא אל הצער או העצב המגיע אל קרוב או קרובי ההרוג ההוא לבדו, כי טוב הנמוס הוא לפי רוב התועלת שיקבלו הרבים ממנו..."<sup>466</sup>.

בהמשך מחדש בעל ה'עקידת יצחק' כי מקורה של סוגיה נוספת נעוץ בתפיסה זו. הכוונה לסוגיית התלמוד<sup>467</sup> המתארת מקרה מדהים: "ת"ר מעשה באדם אחד שיצא ליהרג אמר אם יש בי עון זה לא תהא מיתתי כפרה לכל עונותי ואם אין בי עון זה תהא מיתתי כפרה לכל עונותי וב"ד וכל ישראל מנוקין והעדים לא תהא להם מחילה לעולם. וכשמעו חכמים בדבר אמרו להחזירו אי אפשר [רש"י: "שכבר נגמר הדין"] שכבר נגזרה גזירה, אלא יהרג ויהא קולר תלוי בצואר עדים. פשיטא כל כמיניה?! לא צריכא דקא הדרי בהו סהדי. וכי הדרי בהו מאי הוי כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד? לא צריכא דאע"ג דקא יהבי טעמא למילתייהו [רש"י: "מפני שנאה פלונית היינו שונאים אותו"], כי ההוא מעשה דבעיא מיכסא". השאלה העולה מאליה היא הכיצד נהרוג אדם חף מפשע, כאשר בשעת ההמתה אנו כבר יודעים כי העדים שהביאו להרשעתו חזרו בהם, ואף הסבירו ששיקרו מתוך שנאתם למורשע<sup>468</sup>. ה'עקידת יצחק' תולה זאת בחשש לכבוד בית הדין, גם במחיר פגיעה בפרט כזה או אחר (תהיה הפגיעה חמורה ככל שתהיה)<sup>469</sup>.

<sup>464</sup> אור ה', המאמר השלישי, הכלל השישי, פרק ב'.

<sup>465</sup> הכוונה לדבריו של הרמב"ם במורה הנבוכים, ח"ג, פל"ד: "חייב אתה לדעת גם כן שאין התורה שועה אל החרגי, ואין הציווי בהתאם למיעוט. אלא בכל דעה, מידה, או מעשה מועיל שרוצים להשיג, מתכוונים לדברים שעל-פי-רוב, ואין שועים לדבר הממעט לקרות או לנזק הפוגע באדם אחד בגלל הקביעה הזאת והנהגת התורה. כי התורה היא ציווי אלוהי. תוכל להתבונן בדברים הטבעיים שמאותן תועלות לכלל הנמצאות בהם - מתחייבים נזקים לפרטים, כמו שהתברר מדברינו<sup>2</sup> ומדברי זולתנו".

<sup>466</sup> עקידת יצחק, דברים, שער ששה ותשעים.

<sup>467</sup> סנהדרין, מ"ד, ע"ב.

<sup>468</sup> התמיהה מתחזקת לאור המעשה המבואר ברש"י (ד"ה "דבעיא מכסא") ולפיו המוצא להורג היה לא פחות מבנו של אב בית הדין באותה תקופה, רבי שמעון בן שטח, אשר עיקר משנתו היתה בנהלי בתי הדין: "... ובאו שנים מהם וכוונו דבריהם והעידו על בנו של שמעון בן שטח חיוב מיתה ונגמרו דינו וכשהיה יוצא ליסקל אמר אם יש בי עון זה לא תהא מיתתי כפרה לי ואם אינו כן תהא מיתתי כפרה על כל עונותי וקולר תלוי בצואר עדים ושמעו אלו וחזרו בהם ונתנו טעם לדבריהם מחמת שנאת הנשים ואעפ"כ לא נפטר".

<sup>469</sup> שם: "לכאורה יש להקשות דאי איתא דסהדו מצו דהדרו כשנתנו אמתלא... והלא לא הרגו עדיין, ואם חפץ השם להמיתו לא יגלו העדים האמת עד שימות?! אלא שיראה שכוונתם לומר שהענין כלו הוא לחוס על כבוד בית דין, כי איך יחל בהתפרסם קלונם... כי היום נודע לכל שלא עמדה להם חכמתם גם לא היתה יד ה' אתם להצילם משפך דם נקי על פי אלו העדים, ומנחו והלאה לא יהיה כח ב"ד יפה בעיני העם ויפרקו עול מוראם מעליהם ויבא נזק גדול לכללות התורה והמצוות אשר בית דין מצווים להכריח עליהם. ולזה ראו שיהרג זה אחר שנגזרה גזרתו בדינם - כאילו נהרג להעמיד תיקון הכלל, והקולר יהא תלוי בצואר העדים לענין הרע הפרטי הזה". הדברים מתחזקים עוד לאור התיאור המופיע בירושלמי, סנהדרין, פ"ו, ה"ג, לפיו חשב רבי שמעון בן שטח שלא להרוג את בנו ולפוטרו בעקבות הודאתם של העדים בכך ששיקרו בעדותם, אך בנו התעקש למות למען הכלל: "אי"ל אבא אם ביקשתה לבוא תשועה על ידך עשה אותי כאסקופה".



נדגיש כי החידוש במקרה דנן הוא גדול בהרבה. כאן מדובר במצב בו העונש **טרם** בוצע. למרות זאת, סבור בעל ה'עקידת יצחק' כי גם במצב זה יוצא המורשע להורג, על מנת שכבוד בית הדין יוותר על תילו<sup>470</sup>. במקרה דנן, מודגש, לכאורה, הערך של 'סופיות הדין' עוד יותר. על אף שפסק הדין לא בוצע - עצם העובדה שהוא ניתן מייצרת כשלעצמה ערך עצמאי (ראוי גם להעיר כי מתן נימוק זהה להלכה זו ולדין עדים זוממים נסתר לכאורה דווקא מהעובדה שבעדים זוממים, כל עוד לא בוצע העונש, אין מחלוקת על כך שהעונש לא יבוצע, אלא יוטל על העדים<sup>471</sup>).

יצוין כי הדין בעדים הזוממים הולם את הטענה הכללית של פרק זה ולפיה ההגנה על היעילות והיציבות מתבצעת רק בדרג המשני. באותו מקרה, לא ניתן להשיב את המומת לתחייה, ועל כן פיתרון 'אמיתי' כבר איננו אפשרי, ואנו מסתפקים בהגנה על סופיות הדין וכבוד בית הדין.

לעומת זאת, בדוגמא הנוספת שהביא בעל ה'עקידת יצחק', מצוי אכן ויתור על האמת בשל עקרונות מערכתיים. סוגיה זו מהווה, לכאורה, חריג לכלל אותו הבאנו של העדפת האמת, שכן הכלל הראייתי "כיון שהגיד – שוב אינו חוזר ומגיד" נשמר בדווקנות, גם לכשהיה ברור שהעדויות אינה אמת. ניתן להניח שהיא נובעת בשל נסיבות המקרה המיוחדות וייתכן שמדובר אף בעמדה ייחודית של רבי שמעון בן שטח. עם זאת, חשוב לשוב ולהזכיר כי הערנו כבר לעיל שקיים הבדל בין דיני הראיות לסדרי הדין בכך שבדיני הראיות ניתן, אכן, למצוא מגמות דווקניות הרבה יותר.

### **3ז. דוגמאות ממקרים דיוניים**

#### **3ז(א). גודל המותב תלוי בהיקף התיק**

עוד מקרה בו הועדף 'כלל יעילות' על 'כלל מהותי' ניתן למצוא ביכולת להפחית את מספר הדיינים, כאשר מדובר בתביעות בהיקף כספי נמוך.

הכלל בדין העברי, עליו הרחבנו לעיל, בנוגע למספר חברי המותב הוא שברגיל אין לפחות משלושה דיינים, ואם ניתן להוסיף על כך – מה טוב! כלל זה נועד על מנת לסייע בהוצאת האמת אל הפועל. "דכל זמן שהדיינים רבים יותר – יוצא הדין לאמתו"<sup>472</sup>. למרות זאת, מדובר בכלל הניתן להתניה (דיספוזיטיבי), והציבור רשאי לתקן תקנות לפיהן כלל ההתדיינויות המשפטיות תהינה בפני דן יחיד<sup>473</sup>, ממש כשם שהתובע והנתבע יכולים לקבל

<sup>470</sup> יש להבחין כי הגמרא תלתה את המקור לדין בדין העקרוני של 'כיון שהגיד – שוב אינו חוזר ומגיד'. לעניין זה, יש להבחין גם כי ההסבר לדין זה מעיד על מעמדם המיוחד של העדים, ראה, לדוגמא, אצל הרב יעקב אריאל, **יושב אהלים – שיעורים (כתובות וקידושין)**, 173, 178, במאמר 'כיון שהגיד – שוב אינו חוזר ומגיד', המסביר כי: "ידעת העדים שאין להם אפשרות לחזור בהם מדבריהם או לתקנם, מחדדת את העובדה שאינם באים רק לתת את גירסתם, ובית הדין יקבע מה שיקבע, אלא שהעדים **שותפים מלאים ביצירת החיוב וקביעת הדין**!... נמצא, שדוקא הדין שהעדים אינם יכולים לחזור ולהעיד, הוא הנותן לעדותם הראשונה כוח לקיים דבר". ממילא, ניתן לומר שמאחר והעדים מקבלים מעמד של מי שיוצרים את החיוב בצוותא עם בית הדין, הרי שחזרה שלהם משולה לכך שבית דין יחזור בו מהחלטתו, תוך שהוא מודיע שהחלטתו הראשונה המוטעית ניתנה במכוון. האם ישנה פגיעה גדולה מכך בכבודו של בית הדין ובאמונו בו?!

<sup>471</sup> גם בעל ה'עקידת יצחק' בעצמו עמד על סתירה זו, אך הוא אומר שהדמיון הוא ב'העדה על הטעם'.

<sup>472</sup> רמ"א, חו"מ, י"ג, א'.

<sup>473</sup> תשב"ץ, ח"א, סימן קנ"ט; שו"ת הרשב"ש, סימן תקל"ג; שו"ת ב"ח (הישנות), סימן מ'. וראה בהרחבה אצל שוחטמן, סדר, 47-49 ובמקורות הרבים המובאים בהע"ש 85.

עליהם דן יחיד<sup>474</sup>. מציאות כזו אכן שררה לא פעם במקומות בהם לא ניתן היה למצוא יותר מאדם אחד הראוי לשמש כדיין על הציבור<sup>475</sup>. אמנם, במקומות בהם ניתן היה למצוא מספר רב יותר של דיינים לא תוקנו תקנות מעין אלו, על מנת שלא לפגוע בבירור האמת.

למרות זאת, היו קהילות שהתקינו, שבתביעות על סכום נמוך יחסית (אשר בדין הישראלי ניתן להקבילן ל'תביעות קטנות' ואולי אף לתביעות הנידונות בסדר דין מהיר) הדיון המשפטי יתקיים בפני דן יחיד ולא בפני בית דין של שלושה<sup>476</sup>. בכך, למעשה, קיבלה על עצמה הקהילה פגיעה בסיכויי גילוי האמת. זאת, בשל הרצון בדיון מהיר ויעיל, על מנת שלא 'לבזבז' משאבי שיפוט נכבדים מדי על תיקים 'קטנים' ועל מנת לשפר את יעילות המערכת. נדמה שהסיבה לחריגה זו מהכלל המנחה שאזכר לעיל, "שיהא חביב עליך דין של פרוטה כדין של מאה מנה" נעוצה בעובדה שהסתפקת בדין אחד אינה ויתור על האמת, ולכן בדרך של **תקנה**, ועל מנת להבטיח ניצול חסכוני יותר של משאבי הקהילה, ניתנה האפשרות לדון גם בדין יחיד.

ניתן לדמות זאת לסעי' 37(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984<sup>477</sup>, המונה רשימה של נושאים בהם ידון בית המשפט המחוזי בערעור בדין יחיד, על אף הקביעה בסעי' 37(א)(2) כי בערעורים על פסקי דין של בית משפט השלום - בית המשפט המחוזי ידון בהרכב של שלושה שופטים. זאת, בין היתר, בשל שיקולים של סכום התביעה הנמוך באופן יחסי (עד 300,000 ₪) כקבוע בסעי' 37(ב)(9) לחוק. יצוין כי בהצעת החוק בה הוצע התיקון הובהר בצורה מפורשת כי ישנו יתרון בקיום דיון בהרכב שלושה, אבל 'קטנותו' של התיק, והצורך ביעילות ובהקלת העומס מעל המערכת מחייבים הסתפקות בדין יחיד<sup>478</sup>.

### 31(ב). העלאת טענות חדשות

באחד המקרים שהגיעו לפני בית הדין הרבני הגדול<sup>479</sup> נטענו ע"י המערערת טענות חדשות, אשר בית הדין האיזורי לא דן בהם, וממילא ההימנעות מבירור הטענות הללו עשויה להביא לפגיעה בבירור האמת. בשל כך פסקה דעת המיעוט בבית הדין (הרב טופיק) כי יש להחזיר את הטענה לבית הדין האיזורי על מנת שידון בה. ואולם, דעת הרוב (הרבנים שרמן וגולדברג) סירבה לקבל זאת. דעת הרוב קבעה כי ההימנעות מהעלאת הטענה בערכאה קמא באותו המקרה, מהווה לכשלעצמה הודאה באי נכונות הטענה. אדרבה, בית הדין קבע כי מתן אפשרות למערערת להעלות כעת את הטענה לא רק שלא תסייע בבירור האמת אלא שהיא תפגע בבירורה. זאת בהסתמך על תשובת הרא"ש: "מסתמא כשאדם עומד בפני ב"ד טוען כל הטענות שזכותו תלוי בהם... ולא תלינן שמא אח"כ נזכר לאותה טענה מעצמו, אלא ודאי אמרינן מדלא טען אותה בתחילה שקר היא ואחר שיצא מביה"ד למדוהו לטעון

<sup>474</sup> רמ"א, שם, ג', ב'.

<sup>475</sup> שו"ת שואל ונשאל, ח"ז, חו"מ, סימן ב'; שם, סימן י"ג; שם, סימן מ"ט.

<sup>476</sup> אסף, בתי הדין, 52.

<sup>477</sup> מדובר בתוספת לחוק אשר התקבלה בנסגרת תיקון מס' 52, ראה ס"ח תשס"ח מס' 2169 מיום 27.7.2008, 668.

<sup>478</sup> מקורו של התיקון לחוק בה"ח הממשלה תשס"ח מס' 341, 212, שם מובהר כי "הצעה זו נועדה לצמצם את מספר ההליכים הנדונים בבית המשפט המחוזי לפני הרכב של שלושה שופטים, ובכך להקל על העומס הכבד שבו נתונים בתי משפט אלה, ועם זאת, לשמור על היתרון שיש בקיום דיון לפני יותר משופט אחד". וראה אצל גולדשטיין, צדק מהיר, 43-44.

<sup>479</sup> תיק (גדול) נ"ח/1-1832-64, **מנצר פנינה נ' קלך אסתר** (פורסם באתר 'דיינים ועוד', 3.1.99).

שקר"<sup>480</sup>. לכן, מסיק בית הדין כי יש להיזהר מלאפשר לצדדים להעלות טענות חוזרות שישבשו את ההליך: "נמוק זה... קשור יותר לסדר הדין ותקינות פעולתו של ביה"ד להוציא ולפסוק הדין ושבע"ד לא יעלו טענות חוזרות במטרה לשבש את פסיקת ביה"ד. וכך יש לראות את ערעורה של המערערת שמטרתה לעקב ולשבש את פסק הדין". הרב שרמן מבהיר כי אין מדובר בכלל מהפכני, ואף ציטט מקורות שונים על מנת להוכיח את מקובלותו של כלל זה:

"מן הראוי להוסיף את נמוקו הנוסף של המהר"י וויל (שהגדירו טעמא רבה) להלכה שמי ששתק מלטעון ולאחר מתן פסה"ד מבקש לחזור ולטען טענה אחרת שלא טען שאין חוזר וטוען וז"ל "ועד טעמא רבה איכא דאי יכול לחזור ולטעון א"כ כל אדם יעשה כן כשיראה שמתחייב בדין וא"כ מה כה ביי"ד יפה".

וכן העלה הרדב"ז... "שאם לא תאמר כן לא שבקת מקום לשום פס"ד דאם תדע את חברו מנה ואמר הן וחזר ואמר להד"ם אם אתה אומר יכול לחזור בו, לא יוכל הדיין לפסוק שמיד שיראה שרוצין לחייבו יעתק מטענה לטענה..."

במילים אחרות, בית הדין בחר להגן על עיקרון הוודאות וסופיות הדין, ונמנע מלאפשר למערערת להעלות טענות שהיו עשויות להביא לבירור האמת. עם זאת, חשוב להדגיש שוב שבית הדין לא ביקש לשלול את גילוי האמת, ואף טען שבנסיבות אלו אי האפשרות להעלות טענות חדשות דווקא מסייעת לבירור האמת.

### 3ז(ג). מקום הדיון במקרה של מספר נתבעים

כאמור, במקרים של קונפליקט ישיר בין ערכי הפרוצדורה לגילוי האמת, הדין העברי מעדיף בבירור את בירור האמת. ההגנה על ערכים אלו, כאמור, במקומות בהם הפגיעה בבירור האמת תהיה מינימלית. עם זאת, הביטוי להגנה על ערכי סדרי הדין בהלכה בא לידי ביטוי בהסרה של כללים הלכתיים קובעים מפניהם. נדגים זאת. כאמור לעיל, ע"פ ההלכה הכלל הוא שהתובע הולך אחר הנתבע<sup>481</sup>. מה יהיה הדין במקום בו החל תובע להתדיין עם אחד הנתבעים, וכעת הוא מבקש להתדיין עם נתבעים נוספים, אשר מבקשים להעביר את הדיון למקומם? האם יהיה על התובע להתדיין עם הנתבעים בכמה מקומות?

הסוגיה הגיעה לבית הדין הרבני<sup>482</sup> וזה צירף מספר נימוקים בכדי לצרף את שאר הנתבעים לדיון המתקיים כבר בפניו. בית הדין הבהיר כי מטעמים של יעילות הדיון ובהתאם ל"שכל הישר", מן הראוי שדיון מורכב שכמה צדדים מעורבים בו - יישמע בפני הרכב אחד של דיינים ולא יפוצל. יעילות זו אינה רק מצידו של בית הדין, והיא גם חוסכת זמן וממון רב לצדדים ולעדים. בית הדין צירף לעניין זה את העובדה שאחת הסברות מאחורי כללי 'מקום השיפוט' נובעת מהרצון לחסוך בהוצאותיהם של הצדדים<sup>483</sup>, וברור שפיצול הדיונים בין בתי דין שונים, לא רק שאיננו יעיל, אלא שגם יגרור הוצאה ממונית רבה<sup>484</sup>.

<sup>480</sup> שו"ת הרא"ש, כלל ק"ז, סימן ו', ד"ה "ועוד אמתלאות".

<sup>481</sup> רמ"א, חו"מ, י"ד, א.

<sup>482</sup> תיק (ת"א) 7134-35-2 (לא פורסם, מובא אצל שוחטמן, סדר, 244). בית הדין הסתמך גם על לשונה של הוראה ט' לתקנות הדיון, ועל הכרעת הרוב של הנתבעים.

<sup>483</sup> על אף שבמקורם של הדברים חסה ההלכה דווקא על ממונו של הנתבע ולא על ממונו של התובע. ראה, לדוגמא, שו"ת מהרי"ק, שורש כ"א.

<sup>484</sup> וראה גם שו"ת דברי מלכאל, ח"ג, סימן קס"ז.

לתוצאה זהה הגיע גם 'בית ההוראה המרכזי שע"י מכון ירושלים לדיינות'<sup>485</sup>. כך, בתשובה שפירסם בית הדין לגבי מי שכבר החל בדיון עם נתבע מסוים, וביקש לצרף נתבעים נוספים, הוא קבע כי: "ניתן לדרוש מהנתבעים הנוספים לקיים את הדיון במקום שנעשה העסק. אם הנתבעים יבחרו להתדיין בפני ביי"ד אחר שבמקום העסק, יש לטעון לביי"ד השני שפיצול הדיון יקשה על בירור הדין וגם יגרום להוצאות מיותרות, ואז לכאורה יורה ביה"ד השני לנתבעים לדון בביי"ד הראשון"<sup>486</sup>.

### ז3(ד). מקום הדיון כאשר התובע והנתבע מזדמנים לאותה עיר

בהתאם לכללי מקום השיפוט, כפי שכבר הזכרנו לעיל, התובע הולך אחר הנתבע למקומו. למרות זאת, מצאנו חריג לכלל זה במקרה בו התובע והנתבע מצויים באותם עיר. במקרה מעין זה, הצורך ביעילות הדיון מביאה לחריגה מהכלל. הדברים נכונים כאשר הנתבע מגיע למקום מגוריו של התובע, והם נכונים אפילו כאשר הזדמנו שני בעלי הדין לעיר אחרת, שאז יכול התובע לחייב את הנתבע לדון עימו באותה העיר<sup>487</sup>. הלכה זו נובעת מטעמי יעילות גרידא. החשש הוא שמא יתקשה לתובע לאתר מאוחר יותר את הנתבע, ולהביאו לדין תורה. הימצאותם באותה עיר נותנת לו הזדמנות להתחיל בדיון, ולכן במקרה מעין זה תתברר התביעה ללא דיחוי. עם זאת חשוב להדגיש שעיקרון היעילות איננו עומד במקרה זה כנגד עיקרון חיפוש האמת, אלא הולם אותו דווקא – "דכל אלה, מתוך שאינם קבועים, יש לומר שדוחה אותם הנתבע ברמאות, שחושב שישמט עי"ז מן הדין, מפני שלא יוכל התובע להמתין חוץ לעירו, או שהנתבע ישתמט מן העיר, או שניהם ישתמטו זה מזה, וכה"ג דחיישינן לרמאי קבעינן בכל גוונא להנצל להוציא כאור משפט"<sup>488</sup>.

### ז3(ה). מקום הדיון בתביעה חדשה

כחלק מהגישה המבכרת את היעילות הדיונית על פני היצמדות פורמלית ללשון התקנות, הרי שבית הדין קבע<sup>489</sup> כי כאשר התנהלה בעבר תביעה בפני בית דין מסוים, אשר נסתיימה בפסק דין חלקי, ומאוחר יותר נפתחה תביעה חדשה, אשר מהווה למעשה המשכה של התביעה הישנה ("אותו סכסוך") - על הנתבע לקיים את הדיון בפני המותב שדן בתיק בעבר, והוא איננו יכול לדרוש את העברת התיק למקום שיפוט אחר בהתאם לכללים. משכך "אין מקום להעברה הואיל והמשפט התחיל בפני הצדדים בירושלים, ואף ניתנו פסקי דין זמניים בזה, וניכר שהטענה היא התחמקות".

לכן, כאשר עזב הנתבע את מקום המגורים לאחר שכבר התקיים דיון בעניין, ראוי להעדיף את קיומו של המשך הדיון בפני אותו בית דין. "רצוי וראוי שמקום הדיון... יהיה לפני בית הדין... שנהירין לו העניינים שבין הנידונים

<sup>485</sup> הפועל לצד 'בית דין צדק – נתיבות חיים' בנשיאות הרב חיים פנחס שיינברג.

<sup>486</sup> התשובה מצויה באתר 'דין' המופעל ע"י בית ההוראה:

<http://www.din.org.il/2011/09/19/%d7%9c%d7%93%d7%95%d7%9f%d7%a0%d7%aa%d7%91%d7%a2%d7%a9%d7%9e%d7%a1%d7%a8%d7%91%d7%9c%d7%94%d7%95%d7%a4%d7%99%d7%9c%d7%93%d7%99%d7%9f%d7%aa%d7%9d7%a8%d7%94%d7%a9%d7%9c%d7%90%d7%91%d7%a4>

<sup>487</sup> שו"ת מהרי"ק, שורש י"ד; רמ"א, חו"מ, י"ד, א'.

<sup>488</sup> באר אליהו, שם, אות ט"ז.

<sup>489</sup> ערעור 1/4/710 (לא פורסם, גנזך המדינה, מיכל 4798, מובא אצל שוחטמן, שם). וראה גם את הנימוק הנ"ל כנימוק משני בפסקי הדין בערעור תשמ"ט/131 (לא פורסם, מובא אצל שוחטמן, סדר, 295) ובערעור תשנ"ד/000 (לא פורסם, מובא אצל שוחטמן, שם).

אגב הדיונים שהיו לפנייהם... ומה שלא יהיה בדין המתחדש... זהו המשך טבעי לדיונים ולטענות ולהחלטות דאזי<sup>490</sup>. שוב, ההנחה היא כי הרצון בהליך יעיל גובר על היצמדות לכללי הדיון. בפעם אחרת קבע בית הדין הגדול<sup>491</sup> כי התיק ישוב אל בית הדין שכבר נתן בו החלטה, על אף שמדובר היה בצו שניתן במעמד צד אחד, ללא שהתקיים דיון לגופו של עניין.

למען הסדר הטוב, יצוין כי כאשר שני הצדדים עברו לאיזור שיפוט אחר, הרי שהדין היה שונה גם אם התקיימו כבר דיונים בנושא בבית דין אחר. במצב מעין זה נקבע "...שאינן שום טעם להטריח ולטלטל את הצדדים להתדיין בטבריה בזמן ששניהם מצויים באזור שיפוטו של בית הדין בתל-אביב"<sup>492</sup>. ואולם הדבר נכון דווקא לנסיבות אלה<sup>493</sup>, בהן, למעשה, עיקרון היעילות נדרש לשני פנים – היעילות של המערכת (המבכרת לקיים את הדיון באותו בית דין) לעומת היעילות והנוחות של הצדדים (המתגוררים במקום אחר).

### 31(ו). דיון בעניינים שלא ניתן יהיה לכפות בגינם

סוגיה אחרת עולה במקום בו פנה בעל דין לבית הדין הרבני, וביקש צו אשר יחייב את בעל דינו לפנות לבית הדין הרבני, ולהימנע מבירור התביעה בערכאות. מובן, כי מתחילה עמדתו של בית הדין הרבני מבכרת את בירור הסוגיה בבית הדין הרבני על פני בירורה בערכאות. למרות זאת, דחה בית הדין הרבני את התביעה על הסף ממספר טעמים<sup>494</sup>. הטעם הראשון נעוץ בעובדה שמדובר היה בדיון בנוגע לדייר מוגן. לתביעה כזו יש להתייחס בצורה 'מחמירה' מאשר תביעה בה אחד מבעלי הדין לא חתם על הסכם הבוררות. זאת בשל הקביעה המפורשת בחוק ולפיה גם חתימה על הסכם בוררות של שני הצדדים לא תועיל במקרה זה. סיבה נוספת להתייחסות 'מחמירה' נעוצה בעובדה שמדין תורה אין לדייר כל 'הגנה', וזו ניתנה לו רק בחוק. וממילא כאשר מוגשת תביעה מכח חוק מסוים, אשר קבע סמכות שיפוט לערכאה מסוימת – ייתכן לומר כי ההתדיינות באותה ערכאה היתה, למעשה, תנאי מכללא בשכירות, וממילא ההשכרה היתה על דעת שהדיון המשפטי יהיה בבית הדין הרלוונטי<sup>495</sup>. ואולם, אלו טעמים משניים. בית הדין הרבני מדגיש כי ישנו טעם אחד שהוא "העיקר". בית הדין מדגיש שמטעמי יעילות בית הדין לא ראוי להיזקק לתביעה:

"העיקר הוא, שבאמת הרי ב"ד זה מיוחד ענייני אישות... ועומס העבודה על ב"ד בשטח זה גדול מאד, כידוע לכל. ואם כי

ב"ד זה אינו פטור מלהזדקק לדון דין ממונות, אם כי בכך גרמת תקלה לאותם הזוגות העלובים והעלובות שמצפים לשיבה

<sup>490</sup> תיק (פ"ת) תשי"ד/716 (לא פורסם).

<sup>491</sup> ערעור תשמ"ט/82 (לא פורסם, מובא אצל שוחטמן, סדר, 292).

<sup>492</sup> ערעור תשי"ז/58 (לא פורסם).

<sup>493</sup> ראשה שוחטמן, סדר, הע"ש 257, וכן ערעור תשכ"ה/66 (לא פורסם, מובא אצל שוחטמן, שם, הע"ש 261) וערעור 059019265-21-1 (לא פורסם, מובא אצל שוחטמן, שם, הע"ש 261).

<sup>494</sup> שפירא, חיוב לדון. יצוין כי בית הדין הרבני היה יכול לדחות את התביעה בשל היעדר חתימתו של בעל הדין השני על שטר בירורין, בהתאם להלכה המקובלת מימים ימימה (ראה עזרת ישראל, סימן קט"ו). למרות זאת, בית הדין נמנע מלעשות זאת, בשל חוסר התאמה של אותו מקרה לסוגיות העקרוניות הדנות באי חתימה על שטר בירורין (מדובר היה במציאות שבה אין וודאות שהמשיב לא יציית לבית הדין הרבני אלא ספק בלבד, ועוד סוגיות נוספות). בהמשך פסק הדין, בית הדין עוסק בדין שהדיוטות דנים על אף שהם אינם יכולים לכופף את פסק דינם, וגם בזה הוא איננו מכריע. בית הדין הרבני גם נמנע מלדחות את התביעה בשל העובדה שהעזרה האלוקית מובטחת לדיין רק כאשר מדובר בסוגיה מעשית ולא כאשר מדובר בדיון תיאורטי. לעניין זה, ראה חזון איש, אמונה וביטחון, פ"ג, אות ל': "ואחרי שהתורה פסלתו לדיין זה לדון... הוסר ממנו גם מחסה החכמה – אשר הובטח בה תמיד לבלי להכשל בחטא ובאשמה...".

<sup>495</sup> שפירא, שם, 160. ביה"ד מציין גם עניין נוסף המייחד את הדיירות המוגנת – "שהוא חיי נפש ממש כיום, כידוע, הוא נסיון גדול לפני בע"ד, בפרט לגבי הדייר, לציית דינא כשמפסיד דינו, ויודע שאין כח לכופו לקיים דינו...".

שנקבעה להם במאוחר לפי עומס העבודה על בתי הדין הרבניים האזוריים. אבל כל זה יתכן רק כשעכ"פ ב"ד יודע שפסק הדין שלו יקויים על ידי הצדדים, כמו שמקויים ע"י הזוגות המתדיינים בענייני אישות מכח החוק. אבל כשביה"ד מסופק בדבר... לכן אין רשות לביה"ד לבטל את עבודתו הסדירה בענייני אישות ולדחות בע"ד המצפים לבירור עניינים, כדי להקדיש זמן ממושך לדון בדברים שיתכן שיהיו רק ענין סרק...".

עם זאת, חשוב לציין שהחלטה זו זכתה לביקורת נוקבת של פרופ' פישמן, אשר טען כי מדובר בהחלטה ש"פירושה המעשי יכול להיות רק זה: שבית הדין סומך את ידיו, ואפילו מעודד, פניות מתדיינים לביהמ"ש האזרחיים בניגוד לדין תורה"<sup>496</sup>. שיפמן רומז כי הסיבה לפסק הדין הנ"ל נעוצה בזהותו של התובע באותו הליך – הראשון לציון, הרב יצחק ניסים (בתוקף תפקידו כאפוטרופוס על הקדש). כך או כך, הוא מבהיר שנסיונות אלו רק מחמירות את הבעייתיות בפסק הדין. "כשבין הפונים נמנה גם הרב הראשי לישראל, וזאת עוד באישורו של בית הדין הרבני, ובעידודו המפורש יש בכך, בכל זאת, חידוש רב מאד"<sup>497</sup>.

בדרך דומה דחה בית הדין ערעור<sup>498</sup> שנעשה תיאורטי, בשל העובדה שבינתיים יצאה המערכת מהארץ, על אף שהוצא נגדה צו עיכוב יציאה. באותו מקרה מחק בית הדין הרבני את הערעור מבלי לדון בו לגופו. בית הדין הבהיר כי "בית הדין הגדול אינו עוסק בערעורים 'דה-לוקסי', כאשר הצד המערער כבר עשה דין לעצמו ומבחינתו הערעור שהגיש לא מעלה ולא מוריד. אין מקום לעסוק בנושא מן הצד התיאורטי, בכדי להעשיר את הספרות המשפטית בלבד. על כן אין מקום לדיון בערעור בנסיבות אלו". ובמילים אחרות – בית הדין לא יעסוק בעניין אקדמי-תיאורטי משל היו הדיינים מצויים בבית המדרש, באותה עת בה ניתן לעסוק בסבכי היום-יום. לעניין זה, על הדיינים ללכלך ידיהם בדם, שפיר ושליה בכדי להתיר אישה לבעלה"<sup>499</sup>, ולנצל את כל זמנם למטרה זו<sup>500</sup>. עם זאת, ייתכן בהחלט שבמקרה זה נבע פסק דינו של בית הדין מהתנהלות החמורה "שלא כדין" של המערכת, וייתכן שמחיקת הערעור היתה מעין קנס למערכת. לכך יש גם להוסיף את גישתו הכללית של בית הדין כנגד מוסד הערעור (גישה שאוזכרה לעיל).

#### **4.1 תקנת הליוין**

סוגיה משמעותית אחרת אשר בה ניתן להבחין בהקרבה של מושג 'גילוי האמת' לצורך 'יעילות' ו'ודאות' עוסקת בתקנת הליוין. המשנה קובעת כלל פשוט ולפיו "אחד דיני ממונות ואחד דיני נפשות – בדרישה וחקירה"<sup>501</sup>.

<sup>496</sup> פנחס שיפמן, 'בתי הדין הרבניים – ערכאות חילוניות?', **דעות** ל"ז (התשכ"ט), 118, 120.

<sup>497</sup> שם, 121.

<sup>498</sup> ערעור 2-57827230-64, לא פורסם (כ"ו שבט התש"ס; מובא אצל שוחטמן, סדר, 1422).

<sup>499</sup> ראה ברכות, ד', ע"א, שם מסבירה כך הגמרא את חסידותו המיוחדת של דוד המלך: "שְׁמֵרָה נֶפְשֵׁי כִּי חֲסִיד אֲנִי" (תהילים, פ"ו, ב').

<sup>500</sup> אגב, הרצון להימנע מדיון תיאורטי מקובל גם במשפט הכללי ולא רק בבתי הדין הרבניים. ראה, לדוגמא, בג"צ 73/85, **סיעת כד נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד לט (3), 141; עע"ם 5933/05, **אוליצקי עבודות עפר כבישים ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ**, (פורסם בנבו, 3.8.2006): "כלל נקוט בידינו הוא כי אין להיזקק לבירור סוגיה שהינה בבחינת "תורה לשמה", ומשהופך העניין הקונקרטי נושא ההתדיינות לאקדמי בין בערכאה הדיונית ובין בערכאת הערעור, לא יידרש לו בית המשפט למעט במקרים חריגים שהמקרה שבפנינו אינו נמנה עימם"; עע"ם 4881/08, **אלמוג אילת (מ.ד.ע) 2000 בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה אילת** (פורסם בנבו, 10.2.2010); רע"א 8339/08, **חברת כביש חוצה ישראל בע"מ נ' דוד פורת, רו"ח**, (פורסם בנבו, 3.12.12). עם זאת, לפעמים ייערך דיון תיאורטי על מנת להבהיר נקודות עקרוניות משמעותיות. ראה, לדוגמא, ע"א 506/88, **יעל שפר, קטינה, באמצעות אמה ואפוטרופסית הטבעית, טלילה שפר נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(1), 87, 97 (1993); להלן: "פרשת שפרי"; בג"צ 6055/95, **שגיא צמח נ' שר הבטחון**, פ"ד נג(5), 241 (1999); (1910) 279, 283 (1910) **Southern P.T.O. v. Interstate Com**, 31 S. Ct. 279, 713 (1973) **Roe v. Wade**.

<sup>501</sup> סנהדרין, פ"ד, מ"א.

הנימוק לכלל זה, בייחוד לנוכח דברינו עד כאן, הוא ברור ופשוט. תהליך הדרישה והחקירה יסייע לגילוי האמת, ולהגעת בית הדין לחשיפה מירבית של העובדות. הליך הדרישה והחקירה אינו רק מותר אלא שהוא אף מצווה, המבוססת על "וְדַרְשֵׁת וְחִקְרֵת וְשָׁאַלְתָּ הֵיטֵב"<sup>502</sup>.

אלא שלמרות שזהו "דבר תורה" באים חז"ל ומלמדים אותנו שחכמים תיקנו כי בהלוואות והודאות<sup>503</sup> תיקנו חכמים כי ביה"ד יהיה פטור מחובת הדרישה והחקירה, וזאת על מנת "שלא לנעול דלת בפני לוויין"<sup>504</sup>, שכן אם ידרשו ויחקרו את העדים – ימנעו המלווים מלהלוות, שכן יחששו שמא יכפור הלווה בהלוואה, והעדים יטעו בדרישה והחקירה – וממונם ירד לטמיון<sup>505</sup>. יצוין גם כי מדובר באחת מתוך כמה תקנות אשר תוקנו על מנת שלא לנעול דלת בפני הלוויין, ובהן גם פרוזבול והיכולת לגבות מנכסים משועבדים באמצעות מלווה בשטר<sup>506</sup>.

מדובר, אם כן, במציאות בה חכמים העדיפו 'דיון מהיר', אשר עשוי לפגוע במידת מה בסיכוי להגיע לדין אמת לאמיתו, ובלבד שלא לפגוע במשטר ההלוואות בישראל בפרט, במסחר ובחיי הכלכלה בישראל בכלל<sup>507</sup>. במילים אחרות, על מנת להגן על המעמד החלש, תיקנו חז"ל תקנות אשר פוגעות ברמה כזו או אחרת בערך גילוי האמת. עם זאת, כאן חשוב להדגיש כי חז"ל לא הסכימו בשום פנים ואופן להגיע במובהק לתוצאה שאינה אמת, אלא אך ורק להקלה בתנאי העדות. בכל מקום בו חושש הדיין כי מדובר ב'דין מרומה', עליו לנהל את הליך הדרישה והחקירה בהתאם לדין התורה במטרה להוציא את הדין לאמיתו<sup>508</sup>, וכפי שכתב על כך היד רמ"ה:

"דודאי לא עבדי רבנן תקנתא לאפוקי ממונא שלא כדין"<sup>509</sup>.

כך או כך, כפי שכתב סיני, "התוצאה הסופית שאליה הגיעו רוב הראשונים היא אפוא מרחיקת לכת. לדידם תחומי תחולתה של "תקנת הלוויין" נרחבים ביותר עד כדי כך, שברוב רובם של דיני הממונות ודיני האישות אין חיוב לבצע אותנו הליך מדוקדק של דו"ח"<sup>510</sup>. גישה זו אף הגיעה עד כדי כך שהיה מי שביקש לקבל עדויות בכתב<sup>511</sup> כחלק ממגמה זו<sup>512</sup>, ובהמשך אף כתב המהרש"ל כי "נהגו העם... לשלוח עדות בכתב... משום תיקון העולם ותיקון הסוחרים, שהולכים למרחקים מביתם לשוקם לטרוף לחם חוקם..."<sup>513</sup>.

<sup>502</sup> דברים, י"ג, ט"ו. וראה גם בספר המצוות לרמב"ם, מצוות עשה קע"ט.

<sup>503</sup> הדברים נאמרו לפי שיטת רבא בסנהדרין, ל"ב, ע"א. באותה סוגיה מצויות גם שיטותיהם של ר' חנינא ורב פפא, אך "הני תלת אמוראי – מר אמר חדא ומר אמר חדא ובענין דינא לא פליגי" (ב"י, חו"מ, סימן ל'). לעיון בשלוש השיטות ובתקנה בכללה ראה בפרקים השלושה-עשר, הארבעה-עשר והעשרים אצל סיני, השופט.

<sup>504</sup> סנהדרין, שם.

<sup>505</sup> להרחבה בסוגיה זו ראה אצל הרב ישראל שציפנסקי, **התקנות בישראל**, מוסד הרב קוק, ירושלים התשנ"ג (להלן: "שציפנסקי, התקנות"), ח"ב, שני"ה-שנ"ח.

<sup>506</sup> התייחסות לכלל התקנות ניתן למצוא אצל שציפנסקי, שם, שני"ה-שס"ב.

<sup>507</sup> ראה אצל אלון, המשפט העברי, ח"א, 499, המסביר את הרחבת התקנה מדיני הלוואות אל כל תחומי המסחר וחיי הכלכלה.

<sup>508</sup> חשוב להדגיש כי הדברים נאמרו בחלק משיטתו של רב פפא, אך הפוסקים הבהירו כי, כאמור לעיל, אף רבא אינו חולק על דברים אלו של רב פפא. ראה כסף משנה, הלכות עדות, פ"ג, ה"ב. שו"ע, חו"מ, ל', א'.

<sup>509</sup> יד רמ"ה, סנהדרין, ל"ב, ע"ב.

<sup>510</sup> סיני, שם, 306.

<sup>511</sup> מקור הדברים בדברי רבינו תם בתוספות, יבמות, ל"א, ע"ב, ד"ה "דחזו"; שם, בבא בתרא, מ', ע"א, ד"ה "מחאה". וראה גם המאירי, בית הבחירה, כ', ע"א: "... אבל בדיני ממונות אף מפי כתבם כשר משום נעילת דלת מידי דהוא אדרישה וחקירה".

<sup>512</sup> בעניין זה ראה בהרחבה רבה את הדיון אצל יובל סיני, תוקפה של עדות בשטר במשנתם של הגאונים והרמב"ם, **דיני ישראל כ"ב** (התשס"ג), 111, ובייחוד בעמ' 141-140 וכן אצל סיני, השופט, 349-355.

<sup>513</sup> ים של שלמה, יבמות, פ"ג, י"ג.

מאותו טעם בדיוק, שלא לנעול דלת בפני לוויין, בוטלה, ברגיל, בדיני הממונות, הדרישה הפרוצדוראלית לבי"ד של שלושה מומחים. זאת בשל החשש שאנשים ימנעו מהלוואות, שמא יכפור הלווה בהלוואה ויהיה קושי למצוא שלושה מומחים לדין. [בסוגיה זו קיימת אמנם מחלוקת האם מהתורה היתה דרישה לשלושה מומחים וחכמים תיקנו שדי יהיה בבי"ד של שלושה הדיוטות כדי שלא לנעול דלת (כשיטת רבא) או שמא מהתורה היה די לדון בהודאות והלוואות בדין יחיד וחכמים הצריכו שלושה (כשיטת רב אחא בריה דרב איקא)]<sup>514</sup>. גם כאן חשוב להדגיש כי אין מדובר בתקנה המוותרת על גילוי האמת, אלא רק יוצרת מותב אשר קיים בעניינו יותר חשש שלא יברר את האמת עד תום.

הרא"ש הדגיש בעניין זה, כי הטעם איננו רק על מנת 'שלא לנעול דלת בפני לוויין', אלא גם "כדי שתנעול דלת בפני עושי עוולה שלא יסמוך על זה שכנגדו לא ימצא מומחין או לא יכוונו עדים את עדותן"<sup>515</sup>. דברים אלה של הרא"ש הגיוניים ביותר. שוחטמן הבהיר כי "עמידה קפדנית על תגיה ודקדוקיה של ההלכה, המצריכה דרישה וחקירה, יש בה כדי להכשיל כמעט כל עדות, שהרי אף אי-התאמה קלה, לכאורה, בין גירסאותיהם של שני העדים, די בה כדי לבטל את עדותם. מצב זה עשוי לשמש פיתיון לעושי עוולה למיניהם, שלא יחששו כלל מפני האפשרות שיעידו נגדם, בסברם כי עתידה אותה עדות להתבטל". לפיכך פסק הרא"ש, שאף בענייני ממונות שבהם אין קיים החשש לינעילת דלת, גם אז אין לעמוד על הדרישות המחמירות של דרישה וחקירה"<sup>516</sup>. נימוק זה מבהיר היטב שאין מדובר בפגיעה משמעותית בערך גילוי האמת. אדרבה, מעבר להליכה עם מגמת היעילות, ניתן לראות בתקנה זו דווקא כביטוי לרצון להגיע לבירור משפטי נוקב ואמיתי, אשר לא יוכרע מפגמים פורמאליים.

הנה כי כן, מדובר בדוגמא קלאסית לטיעונו המרכזי. מדין תורה עומד גילוי האמת כערך המרכזי, אך בשל המציאות המשפטית והעסקית שנוצרה "ביטלו חז"ל שתי דרישות פרוצדוראליות מרכזיות, אשר ההקפדה עליהן עשויה להפריע לקיום דיון משפטי מהיר ותכליתי"<sup>517</sup>. עם זאת, הקפידו חז"ל שלא לפגוע בערך גילוי האמת, ובכל מקום בו תקנתם עשויה היתה להביא לתוצאה שאינה אמת הם סייגו את תקנתם. במקביל, חז"ל הרחיבו את התקנה בכל מקום בו הם סברו כי תוכל לעצור עושי עוולה. להלן, נבקש גם אנו להסתמך על תקנה זו.

## 51. חשיבות הפשרה

סוגיה אחרת אשר מציגה הגנה עזה על ערכים בניגוד למגמת גילוי האמת עוסקת ברצון להגיע לפשרה. באותה סוגיה מופיעות דעות (דוגמת שיטתו של רבי אליעזר בנו של רבי יוסי הגלילי) השוללות לחלוטין פשרה מרגע

<sup>514</sup> ראה סנהדרין, ב', ע"ב – ג', ע"א; רמב"ם, הלכות סנהדרין, פ"ב, ה"א. וראה בהרחבה על תקנה זו אצל שצפינסקי, שם, שני"ח-ש"ס.  
<sup>515</sup> פסקי הרא"ש, סנהדרין, א', א'. וראה גם יד רמ"ה, סנהדרין, ג', ע"א, ד"ה "ברם"; המאירי, בית הבחירה, סנהדרין, ג', ע"א העוסק ב- "הרחקת המזיקין"; סמ"ע, חו"מ, ל': "שלא יסמכו עושי עולה לומר נעשה עול ולא יתעבר בנו דינא כי העדים יתכחשו ע"י דו"ח או יאמרו על קצת דרישה שאינן יודעין". וראה בהרחבה אצל סיני, שם, 301-307.  
<sup>516</sup> שוחטמן, סדר הדין, 330.  
<sup>517</sup> סיני, שם, 286.



שנפתח ההליך השיפוטי. ודאי שדעה זו אינה נוגדת את ערך גילוי האמת במאומה<sup>518</sup>. הדעה הידועה ביותר, התומכת בהגעה לפיתרון בדרך של פשרה היא דעתו של רבי יהושע בן קרחה:

”רבי יהושע בן קרחה אומר מצוה לבצוע שנאמר: ”אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם” - והלא במקום שיש משפט אין שלום ובמקום שיש שלום אין משפט, אלא איזהו משפט שיש בו שלום הוי אומר זה ביצוע. וכן בדוד הוא אומר: ”ויהי דוד עושה משפט וצדקה” והלא כל מקום שיש משפט אין צדקה וצדקה אין משפט אלא איזהו משפט שיש בו צדקה הוי אומר זה ביצוע”<sup>519</sup>.

על סוגיה זו נשתברו קולמוסים רבים<sup>520</sup>. עם זאת, גם אם בהתאם לחלק מהפרשנויות של מושג הפשרה, ניתן אולי לטעון כי אין בינה לבין ערך גילוי האמת סתירה<sup>521</sup>, הרי שבדאי שלפי פשוטם של דברים, כמו גם לפי מרבית ההסברים, מדובר בהליך של סטייה מן הדין, אשר בו מגמת ההגעה לפשרה עשויה לעמוד בצורה חזיתית אל מול ערך גילוי האמת ולגבור עליו<sup>522</sup>. לכן, חשוב כבר כעת להבהיר כי גם לפי דעות אלו **סוגית הפשרה אינה מנגיזה את הערכים הדיוניים, דוגמת יציבות ועילות אל מול גילוי האמת**, אלא את ערכי השלום והצדקה אל מול ערך גילוי האמת. בהתנגשות ערכים זו, נדחה ערך גילוי האמת ומאבד את הבכורה פעמים רבות<sup>523</sup>, והזכרנו זאת כבר לעיל.

עם זאת, חשוב להבחין בכך שגם לשיטות לפיהן הערכים עומדים בסתירה, הפשרה אינה יוצאת לחלוטין נגד גילוי האמת. קיימת מחלוקת עד מתי מותר לדיין להציע פשרה<sup>524</sup>. לפי שיטתו של רבי שמעון בן מנסיא ”משתשמע דבריהן ואתה יודע להיכן הדין נוטה – אי אתה רשאי לומר להן צאו ובצעו”<sup>525</sup>. השיטה האחרת (אשר נתקבלה כעיקרון להלכה) סבורה כי רק ”משנגמר הדין אי אתה רשאי לבצוע”<sup>526</sup>. מובן וברור כי לפי שיטת ר’ שמעון בן מנסיא<sup>527</sup> אין במוסד הפשרה כל פגיעה בערך האמת, שכן מוסד זה יכול לעמוד על תילו רק כל עוד הדין כלל איננו יודע להיכן נוטה הדין, וממילא ברור כי מבחינתו לא קיימת עוד אמת ברורה באיזה מן הצדדים. במצב זה, הפשרה אינה יציאה כנגד האמת כלל ועיקר. למעשה, היה מי שקבע שפשרה בנסיבות אלה היא פשרה המושגת עוד קודם לתחילת הדין, וממילא היא כלל אינה עומדת אל מול הדין<sup>528</sup>.

<sup>518</sup> שכן ”משבאו לבית דין, לפני הדיינים, כאן צריכה להתברר האמת. בית דין הוא מקום האמת בלבד, אמת התורה, כל עשית פשרה בבית דין, היא פגיעה בתורה, פגיעה באמת. במקום המשפט אין מקום לעשיית שלום בדרך של פשרה, אלא רק על ידי בירור האמת” (דברים שהובאו בשם הרב שפירא, המופיעים באתר: <http://www.yeshiva.org.il/midrash/13241>).

<sup>519</sup> סנהדרין, ו, ע”ב.

<sup>520</sup> רק לשם הדוגמא נזכיר את ליפשיץ, הפשרה; מיכאל רוטנברג, **היסודות הערכיים של הפשרה**, עבודה לשם קבלת התואר מומחה, ירושלים התשס”א, האוניברסיטה העברית; ליפשיץ, פשרה. לעיון נוסף בסוגיה ראה שו”ע, חו”מ, סימן י”ב.

<sup>521</sup> ראה, לדוגמא, בפרשנותו של ליפשיץ, פשרה ובפרשנות הרב שפירא שאזכרה לעיל.

<sup>522</sup> ראה, לדוגמא, אצל ליפשיץ, הפשרה.

<sup>523</sup> מקור ידוע במיוחד לדברים מצוי ביבמות, ס”ה, ע”ב: ”וא”ר אילעא משום רבי אלעזר בר’ שמעון: מותר לו לאדם לשנות בדבר השלום שנאמר ”אביך צוה וגו’ כה תאמר ליוסף אנא שא נא וגו’”. ר’ נתן אומר: מצוה שנאמר ”ויאמר שמואל איך אלך ושמע שאול והרגני וגו’”. דבי רבי ישמעאל תנא: גדול השלום שאף הקדוש ברוך הוא שינה בו דמעיקרא כתיב ”ואדוני זקן”, ולבסוף כתיב ”ואני זקנת”.

<sup>524</sup> יצוין כי אף בדיעבד, אם נעשתה פשרה לאחר המועד המותר, ואף עשו קניין על אותה הפשרה – הרי שהפשרה בטילה. להרחבה בסוגיה זו, ראה אצל ליפשיץ, שם, 211-212.

<sup>525</sup> סנהדרין, ו, ע”ב.

<sup>526</sup> שם.

<sup>527</sup> לדיון נרחב בהבנת שיטתו של רבי שמעון בן מנסיא, ראה אצל ליפשיץ, שם, 194-202.

<sup>528</sup> ליפשיץ, שם, 201.

לעומת זאת, בהתאם לשיטת הברייתא האוסרת על הפשרה רק לאחר גמר הדין<sup>529</sup>, יש מקום להבין קודם כל מהו 'גמר דין'. לפי שיטת התוספות מדובר בשלב בו הדיינים "דקדקו בדין היטב וכמו גמרו את הדין"<sup>530</sup>. לשיטתם, אם הדין כבר ברור (ולא רק נוטה) - ביה"ד אינו יכול עוד לעשות פשרה, "דאיך יעשו פשרה אחרי שנודע להם ברור כשמש שזה חייב וזה זכאי ואיך יכולין להוציא מזה וליתן לזה?!"<sup>531</sup>. ואולם, שוב מדובר רק במציאות בה האמת אינה ברורה. אך בהתאם לשיטת רוב הראשונים<sup>532</sup>, 'גמר הדין' הוא הוצאת פסק הדין, ויש אף הטוענים שיש צורך גם באמירה ברורה "צא ותן לו"<sup>533</sup>. ברור כי לפי שיטות אלו, האיסור להגיע לפשרה איננו קשור לחשיבות ערך גילוי האמת, והוא נובע מנימוקים הקשורים לזילות הדין, ויתור הצדדים ושאלות של סמכות ביה"ד<sup>534</sup>.

זאת ועוד. מעבר לשאלה הדייונית עד מתי מותר לפשר, במשך השנים הועלו גם דעות כי מבחינה מהותית<sup>535</sup> אסור לדיין לפשר במקום שבו ברור לו כי הדין עם אחד הצדדים. ר' יוסף קארו אף העיר כי פשרה במצב מעין זה היא "גזל גמור"<sup>536</sup>. היו שהבינו שיטות אלו כקובעות שאין לפשר כלל מקום בו הדין ברור<sup>537</sup>. יש, לעומת זאת, שביקשו לאבחן בין מקום בו הפשרה נובעת מנימוק פסול, דוגמת 'יראת הדין', שאז אסור לסטות בעבורה מן האמת, ובין מקום בו היא נובעת מתוך תכלית של שלום וצדקה, שאז תיתכן חריגה מן הדין הברור<sup>538</sup>. לסיכום סוגית הפשרה, ניתן לומר כי היא בהחלט עשויה להביא לחריגה ממסלול גילוי האמת. עם זאת, גם חריגה זו הוגבלה בסייגים כאלה ואחרים, ובעיקר - היא נועדה רק על מנת להבטיח ערכי שלום וצדקה, אשר עשויים לגבור על ערך גילוי האמת - אך לא על מנת להבטיח ערכים דיוניים, דוגמת יעילות ויציבות.

## ח. סיכום

בפרק זה עמדנו בהרחבה על ערך בירור האמת, העומד ביסוד כללי הדין במשפט העברי. הראינו זאת באמצעות כללים דיוניים שונים, כאשר בחלק מהמקרים נתגלעה מחלוקת בין הפוסקים, אך הערך היסודי נותר תמיד מוסכם - הרצון בבירור האמת בהליך השיפוטי.

עד כאן הבאנו מספר לא מבוטל של דוגמאות, ואולם, כפי שהערנו כבר לעיל, הרבה יותר מכפי שכתוב כאן - ישנו, ואלו דוגמאות בלבד. רק בתחום הדיוני, יכולנו להתייחס גם לעובדה שהמשפט העברי לא קיבל את רעיון התקדים

<sup>529</sup> לדיון נרחב בשיטה זו, ראה אצל ליפשיץ, שם, 194-202.

<sup>530</sup> תוספות, סנהדרין, ו', ע"ב, ד"ה "נגמר הדין". וראה גם באור זרוע, ח"ד, פסקי סנהדרין, ו', ע"ב: "דכיון דנתגלה להם לגמרי - איך יגזלו את ממונו?!".

<sup>531</sup> שו"ת תשובה מאהבה, ח"ב, סי' א'.

<sup>532</sup> ראש רש"י, סנהדרין, ו', ע"ב, ד"ה "נגמר הדין"; רי"ף על אתר.

<sup>533</sup> ראה, לדוגמא, סמ"ג, עשין, ק"ו; ש"ד, חו"מ, סימן כ"ב, ס"ק ה' ובסימן י"ב, ס"ק ה'.

<sup>534</sup> ראה בהרחבה אצל ליפשיץ, שם, 202-209.

<sup>535</sup> להבחנה בין השאלה הדיונית לשאלה המהותית, ראה אצל ליפשיץ, שם, 152.

<sup>536</sup> שו"ת אבקת רוכל, סימן י"ט. וראה גם בדבריו בשו"ת המב"ט, ח"ב, סימן קע"ג. לדעות דומות, ראה שו"ת אבני שיש, ח"א, סימן כ"ח: "ומה מקום לפשרה במקום שהדין ברור? אינו אלא גזלנותא... ואין כאן מקום לשום פשרה מאחר שדינו ברור"; שו"ת אגרות משה, חו"מ, ח"א, סימן פ"א: "בדין ברור שאין גם לפשר אף במקצת". להרחבה בסוגיה זו, ראה אצל ליפשיץ, שם, 151-161.

<sup>537</sup> רוטנברג, שם, 131.

<sup>538</sup> וראה בהרחבה אצל ליפשיץ, שם, 202-209.

המשפטי, בשל הרצון בבירור האמת בכל מצב, ובשל חשש הדיין מטעות<sup>539</sup>, ליחסו של המשפט העברי לחזקות ולאומדנות<sup>540</sup>, לאיסור להכריע ללא נימוקים בין שיטות של גדולים<sup>541</sup>, לחובת ההתייעצות של בית הדין<sup>542</sup>, לצורך של בית הדין להימלך בבית דין גדול הימנו במצבים של ספק בדין קודם מתן פסק הדין<sup>543</sup>, לאיסור לדון דין בלילה בשל החשש שהדיינים לא יבחינו היטב בהבעות פניהם ותנועותיהם של בעלי הדין, וממילא תיפגע יכולת גילוי האמת של בית הדין<sup>544</sup>, למצוות החכמים שגם מי שקיבלוהו כדיין יחידי יושיב עימו דיינים נוספים<sup>545</sup>, ליכולת צירוף בעלי דין נוספים<sup>546</sup>, לחשש מהסתלקות במוות בשל טענות הצדדים שתביא לאי גילוי האמת<sup>547</sup> ועוד. מיותר להעיר שרובן ככולן של דוגמאות אלו אינן חלות במשפט הכללי.

דוגמאות נוספות ניתן להביא גם מההשלכות על בית הדין בכללותו. כך, לדוגמא, החובה המוטלת על בית הדין לתור אחר האמת, מחייבת אותם להתעלות מעל דעות קדומות, ולבחון את המציאות בכל מקרה לגופו<sup>548</sup>. וכך גם נמצאת בגמרא עמדה ולפיה הרצון המוחלט במתן עדות אמת (ההכרחית לשם גילוי האמת), מגיע עד כדי מתן עדיפות לנכונות העדות על פני שמירת חייו של העד, ועדות שקר היא בגדר "ייהרג ואל יעבור": "אמר רב חסדא... עדים שאמרו להם חתמו שקר ואל תהרגו - יהרגו ואל יחתמו שקר"<sup>549</sup>.

בנוסף, העמדת האמת ביסודם של ההליכים המשפטיים בכלל, ושל ההליכים הדיוניים בפרט, הביאה במרוצת השנים להצעות שונות ומגוונות בכללים הנורמטיביים במדינת ישראל, וזאת תוך הסתמכות על משמעותו של ערך גילוי האמת במשפט העברי. לשם הדוגמא בלבד נציין את ההצעה לשנות את הוראות חוק הבוררות, כך שטעות ברורה בפסק הבוררות תהווה עילה טובה לביטול הפסק בהתאם להוראות סעי' 24 לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968<sup>550</sup> (הצעה שהתקבלה בצורה חלקית על ידי המחוקק<sup>551</sup>), את ההצעה לפיה שופט שיושב במושב, וסבור

<sup>539</sup> זרח ורהפטיג, התקדים במשפט העברי, שנתון המשפט העברי ו-ז' (התשל"ט-התש"ס), 105; פלק, ערכי משפט, 80-85; שיין, הפילוסופיה של המשפט, 409-411; אלון, המשפט העברי, ח"א, 797-804; שיין, הצדק, 35.

<sup>540</sup> חפץ, גדרי אומדנה.

<sup>541</sup> פסקי הרא"ש, סנהדרין, א', ו', וראה אצל שוחטמן, מדבר שקר בהע"ש 25 ובמקורות המובאים בה.

<sup>542</sup> ראה זלצמן וגורפינקל, שם.

<sup>543</sup> תוספתא, חגיגה, ב', ט'; יבמות, ק"ט, ע"ב; שו"ע, חו"מ, י"ד, א'; ערוך השולחן, חו"מ, י"ג, י"א. וראה שוחטמן, סדר, ח"ג, 1298-1299: "... אם מתעוררים ספקות בליבו של הדיין, עליו לשאול את מי שגדול ממנו בטרם יבוא לפסוק את הדין... תכליתו של הנוהל האמור היא להבטיח, במידת האפשר, מניעתו של פסק דין מוטעה".

<sup>544</sup> ראה סמ"ע, חו"מ, ה', ז'. אמנם, ההנמקה האמורה לדין זה נתונה במחלוקת הפוסקים, וממילא גם הנפקא מינא הנוצרת כתוצאה מכך האם ניתן לקיים דיון של בית הדין בלילה כאשר דואגים לתאורה ראויה והולמת. ראה, לדוגמא, בש"ך, שם, ד'. סיכום קצר לסוגיה זו מצוי אצל שוחטמן, סדר, 103, בהע"ש 419.

<sup>545</sup> רמב"ם, סנהדרין, פ"ב, ה"א; שו"ת מהרש"ל, סימן ל"ה. אך ראה, לעומת זאת, במשנה למלך ובגר"א על סעיף זה ברמב"ם הסבורים שכאשר הצדדים הסכימו אין בכך אפילו מידת חסידות.

<sup>546</sup> ערוך השולחן, חו"מ, קכ"ב, ט"ז, וראה שוחטמן, סדר, ח"א, 154 ו-159.

<sup>547</sup> פסק בית הדין הרבני הגדול בתיק 4033/מ"ד, ל. ש. נ' ל. ר., שורת הדין ט', תנ"ז, (ניתן ביום ט"ו אלול התשמ"ח).

<sup>548</sup> מכילתא דרשב"י, כ"ג, ו': "מה תלמוד לומר 'לא תטה משפט אביונך'! זה אביון במצוות. שלא תאמר רשע הוא, חזקתו שהוא משקר, וחזקת זה שאינו משקר, אעבור עליו את הדין. תלמוד לומר: 'לא תטה משפט אביונך'". וראה גם בפירוש אבן עזרא הארוך, שמות, כ"ג, ז' (ד"ה "ונקי וצדיק"): "ונקי וצדיק אל תהרוג באותו הדבר, אם ידעת שהוא רשע בדבר אחר, שלא תאמר הואיל וככה עשה רשע אחר קשה, אהרגנו ואסיר המכשול מהדרך, כי אני אקח הדין ממנו ולא ימלט מידי"; רבינו יונה, אבות, פ"א, מ"ח: "זו היא מידת החסידות - אחר שאתה יודע שהאחד טען שקר, לא יהיה בעיניך (לעולם) בחזקת שקרן ובעל דין קשה, ואין ראוי לחשדו, שקבל עליו את הדין... ויש לחשב שחזר בתשובה, ואין בדעתו לעשות כן כל ימיו".

<sup>549</sup> כתובות, י"ט, ע"א. דעה זו אמנם לא נפסקה להלכה, אבל, כאמור, היא מצביעה על חשיבות הנאמנות לאמת בהליך השיפוטי, וראה גם אצל שפירא, שקרים "לבנים", 4.

<sup>550</sup> ראה לדוגמא בדבריו של השופט רובינשטיין בפרשת שועלי, 546-549, עליה חזר במספר פסקי דין נוספים.

<sup>551</sup> בשנת התשס"ט תוקן חוק הבוררות, והוסף בו סעיף 21א הקובע, כי אם קבעו צדדים להסכם בוררות שהפסק ניתן לערער לפני בורר, ינמך הבורר את הפסק; וכן הוסף סעיף 29ב ובו נתאפשרה הסכמה לערער בפני בית המשפט על פסק בורר ברשות "אם נפלה בו

שחוות הדעת של חברו להרכב מוטעית, יתחייב להעמיד את חברו על טעותו ולא להמתין, כך סתם, ולכתוב חוות דעת סותרת שתייצג את עמדתו<sup>552</sup>, את ההצעה לקבל ראייה גם אם הושגה תוך פגיעה בפרטיות<sup>553</sup>, את ההצעה להחמיר את כללי פסלות שופטים<sup>554</sup> ואת ההצעה לפיה יחול ההשתק השיפוטי כלפי מי שטען טענות סותרות, גם אם לא זכה בהליך השיפוטי הקודם<sup>555</sup>.

במקביל, בסופו של הפרק הראינו כי המשפט העברי הגן בצורה משמעותית על הערכים הדיוניים גם במחיר פגיעה בערכים נוספים בהם הוא דוגל (אך לא במחיר הימנעות מבירור האמת). הראינו כי ההלכה מגינה על המערכת ומכירה ב"חשיבותה של יעילות משפטית בעבודתה של המערכת המשפטית" כמו גם בקיומם של ערכים נוספים דוגמת וודאות ויציבות. עם זאת, חשוב להבחין לא רק בעצם ההכרה בחשיבות היעילות וערכים נוספים אלא גם במקום ובחשיבות שניתנו להכרה זו. כפי שהראינו מדובר בחשיבות מסדר משני בלבד, דהיינו – הגנה על היעילות ועל ערכים נוספים, ובלבד שהדברים לא יהיו במחיר של בירור האמת.

---

טעות יסודית ביישום הדין אשר יש בה כדי לגרום לעיוות דין". השופט רובינשטיין בירך על התיקון ברע"א 180/07, **אמיר כץ נ' איגוד הכדורסל בישראל** (פורסם בנבו, 4.10.09).

<sup>552</sup> שפירא, שקרים "לבנים", 4.

<sup>553</sup> נחום רקובר, קבילותה של ראייה שהושגה תוך פגיעה בפרטיות, **פרשת השבוע** 255, בלק התשס"ו.

<sup>554</sup> יעקב בזק, **השופט בדין העברי**, ירושלים- התשמ"ה, 33; קירש, למהות הפרוצס, 132; פיסקה 50 לפסה"ד בה"פ (י-ס) 1141/02, **יסוד בהר ששון לוי חברה לבנין בע"מ נ' מוקמל סטיבן** (פורסם בנבו, 5.12.02).

<sup>555</sup> **פרשת בית ששון**, 637-638.

## פרק שביעי: מודל חדש להבטחת בירור האמת והגנה על ערכים נוספים

### א. המודל המוצע - כללי

הצגנו כבר בפרקים הקודמים את הערכים המנחים העומדים ביסוד כללי הדיון. עמדנו על כך שההלכה העמידה בראש מדרג הערכים בצורה מובהקת את בירור האמת, וכל יתר הערכים קיבלו מעמד משני (דהיינו, ההלכה הגנה עליהם כל עוד הם אינם מתנגשים עם יכולת בירור האמת). הצגנו, לעומת זאת, את עמדת המשפט הכללי ולפיה ערך גילוי האמת הוא ערך חשוב ביותר (ואולי החשוב ביותר), אך לעיתים ערך זה יידחה לשם הגנה על שלל ערכים נוספים דוגמת יעילות המערכת ויציבותה, וודאות לבעלי הדין, הגנה על כבודו של בית המשפט ועוד.

בפרק זה ננסה ליצור מודל אחיד, אשר יוכל לשמש הן את בתי הדין הרבניים ואת המשפט העברי והן את בתי המשפט בישראל ואת המשפט הכללי. בכך ננסה להיות מאלו שלא מסתפקים בהצגת הקשיים, אלא מבקשים למצוא פיתרונות לקשיים אלו.<sup>1</sup>

יצוין כי ניתוח מקיף של הדרכים לאימוץ המודל בכל אחת ממערכות המשפט לא ייערך בפרק זה, אלא בפרקים להלן שייועדו לכך. בפרקים אלו גם נדון על החסרונות ובעיקר על היתרונות שבאימוץ המודל ביחס לנהוג היום בכל אחת מהשיטות. בפרק זה נבקש בעיקר להציג את העקרונות הבסיסיים של המודל, ונעמוד רק על עצם החשיבות שבמודל אחיד ומשותף. כן נבקש לעמוד על היתרונות הכלליים שמציע המודל המשותף.

כהקדמה, נבקש מהמעייין בדברינו להעמיד לנגד עיניו את דבריו של שמגר:

"ככל שהדברים נוגעים לסדרי הדין, אך מעטה הברכה בקונפורמיזם מחשבתי המקבל את הקיים כתורה שאין מהרהרים אחריה... יש לשאוף להפרדה בין שיגרת המעשה לבין שיגרת המחשבה, והנהיה אחרי דפוסים מקובלים – חלקם כתובים וחלקם מסורות שבעל פה – מונעת לעיתים את ההבהרה הרצויה, ומכך עלול לצמוח נזק למהלכיו של בית המשפט ולזכויותיהם של המתדיינים"<sup>2</sup>.

ככלל, נבקש לעמוד על דרכים באמצעותן ניתן יהיה להבטיח את הערכים הדיוניים. ההגנה תתבצע באמצעות כלים נוספים, חליפיים, שאמנם לא יפגעו ביכולת לברר את האמת (בעיקר בהתאם לסולם הערכים שהציבה ההלכה), אך יטילו סנקציות משמעותיות על מי שמפר את הכללים הדיוניים או מנצל אותם לרעה (בהתאם לסנקציות המקובלות יותר במשפט האזרחי, כל עוד אין מדובר בדחיית התביעה). בדרך זו, תוכל האמת להיות מבוררת עד תומה, אך מאידך, תיווצר מוטיבציה רבה להקפיד על סדרי הדין, ולהתנהל ביעילות מקסימלית.

<sup>1</sup> בעניין זה נזכיר דרשה של בעל 'חידושי הר"מ' העוסקת בהצעות הייעול של המערכת המשפטית, אותן הציע יתרו למשה רבינו. בעניין של הצעות אלו אומר המדרש כי ליתרו היה שם נוסף – יתר, וזאת "על שם שיתר פרשה אחת בתורה – "ואתה תחזה" (מכילתא יתרו, מסי' דעמלק, א'). אלא שה'חידושי הר"מ' מקשה שהרי פרשת מינוי השופטים ועצת יתרו מתחילה כבר בפסוק "ג לפרק י"ח (י"ויה ממחרת...)", ומדוע המדרש מתאר את הפרשה שהוסיף יתרו כפרשיית "ואתה תחזה" המתחילה רק בפסוק כ"א. אלא, עונה בעל 'חידושי הר"מ', בתחילה רק מתח יתרו ביקורת על משה ("לא טוב... נבל תבל... כי כבד ממך"). זאת יכולים לעשות רבים. רק משעה שהחל יתרו במתן עצה מעשית לניהול וייעול המערכת המשפטית ניתן לייחס לו מעלה מיוחדת של הוספת פרשיה בתורה.

<sup>2</sup> שמגר, מבוא לתקנות. וראה לעניין זה גם אצל ברק, על משפט, 13: "מעל לכל, צריך השופט לשכלל את דרכי הבנתו שלו את האדם... עליו להתרחק מכל דעה קדומה. הדעה הקדומה פוגעת באמת יותר מהשקר".

## ב. הגנה מסדר ראשון – הגנה על ערך בירור האמת

כאמור לעיל, בהתאם לסולם הערכים של המשפט בישראל ההגנה על ערך האמת היא משימה ראשונה במעלה. עם זאת, במקרים מסוימים ידחה ערך זה מפני ערכים אחרים. ערכים אלו, הכלולים תחת מטריית "הצדק הדיוני", מחייבים לתפיסת המשפט הישראלי את האפשרות שיהיו מקרים בהם יוותר בית המשפט בהחלטה מודעת ובריש גלי על אפשרות בירור האמת, ויכריע את הדין ללא בחינה מהותית של הטענות בתיק. במשפט העברי, לעומת זאת, ערך האמת ממוקם כה גבוה במעלה הערכים, עד כי נדמה שכל הערכים האחרים נדחים מפניו.

במודל המוצע נאמץ את הגישה האחרונה. דהיינו, למעט במקרים חריגים ביותר שיוזכרו להלן, תמיד תינתן הבכורה ליכולת לברר את הדין ולהוציא דין אמת לאמיתו, ולא תתקבל הכרעה החורצת את גורל הצדדים בדין מבלי שתיבחן עמדתם לגופה, לרבות הצגת כל העדויות והראיות שביכולתם להציג. כך, כשל דיוני של תובע לא יביא לדחיית תביעתו, ולא ימנע את בירור האמת, ואילו כשל דיוני של נתבע לא יביא לקבלת התביעה כנגדו.

למעשה, 'הסדר הראשון' במודל זה הוא פשוט ביותר - **העדפה מוחלטת של אפשרות המשך בירור ההליך המשפטי והגעה לתוצאה לגוף ההליך על פני סיומו בשל כשל דיוני**. כחלק מכלל זה יש צורך לברר רק חריג אחד ויחיד. יש לבחון האם הכשל הדיוני מצד בעל הדין שכשל איננו מייצג ניסיון שלו לסכל את בירור האמת ולהוות את בית הדין, ולא מחדל דיוני, אפילו אם נבע מתוך זלזול. במקרה כזה, לא יסייע בית הדין ביד מי שניסה לסכל את בירור האמת, ולא ימחל לו על כשלו הדיוניים.

כך, לדוגמה, מי שהשתהה בהגשת תביעתו, מתוך תקווה שעדים משמעותיים שאמורים להעיד כנגדו ילכו לבית עולמם, והגיש תביעה רק כשהתברר לו שאלו אינם יכולים להעיד עוד, ייחשב כמי שפעל למניעת בירור האמת, והערכאה השיפוטית הרלוונטית תוכל לדחות (ולמצער, למחוק) את תביעתו בשל כך בלבד. בדומה לכך, מי שיבקש להציג ראיות באיחור, ומדובר בראיות אשר היו מצויות ברשותו כבר קודם לכן, אך הוטמנו בכוונת מכוון, ייחשב גם הוא כמי שביקש לסכל את בירור האמת, והצגת הראיות באיחור לא תתאפשר. ואולם, פרט לדוגמאות מעין אלו, בהן הניסיון לפגוע בבירור האמת הוא חד וברור, תבכר הערכאה הרלוונטית את בירור ההליך לגופו.

בעניין זה נעיר גם הערה מתחום המוסר. הסוגיות הדיוניות בעיקר במישור הצדק הדיוני נבחנו מכיוונים שונים. בין היתר, מכיוונה של המערכת כולה, מתוך החשש שבזלזול בערכאה השיפוטית וכמובן, מתוך האינטרסים המוגנים של התובע והנתבע. עם זאת, נדמה שיש לתת את הדעת גם על כיוון חשוב נוסף. נאמץ, לצורך העניין את נקודת מבטו של אותו בעל דין, אשר זכה בהליך כתוצאה מכשל דיוני כזה או אחר של יריבו. אדם מעין זה אמור לחוש, בדרך כלל, בנקיפות מצפון משמעותיות כאשר ההליך הסתיים בהכרעה לטובתו, אך לא בהכרעה לגופו של התיק<sup>3</sup>. ננתח את הדברים באמצעות שלוש נקודות מבט, איתן יכול להגיע אל ההליך הדיוני אותו בעל דין:

<sup>3</sup> וראה ת"א (י-ם) 353/79, פנינה ברקי נ' מוחמד עליאן, פ"מ תשמ"ד(2), 505, 521-520: "ניתן לומר, כי רכבת הדיון המשפטי נעה על מסילה שבה שני פסים, הדוקטרינה המשפטית מחד והשכל הישר מאידך. אלה הם יכין ובוועז עליהם יכון היכל המשפט. כאשר שני פסים אלה מקבילים פחות יותר הרי הם מביאים את רכבת הדיון השיפוטי מישרים לאותה תחנה, כלומר לאותה תוצאה שיפוטית. אין זה משנה אם נקודת המוצא של המשפטן - נהג הקטר אם נמשיך באותו דמוי - היא מבחן השכל הישר או תפיסתו המשפטית העיונית - כל עוד הוא בודק את עצמו, את הלך מחשבתו ואת התוצאה אליה הגיע על ידי השוואה לנקודת המוצא השניה. כאשר אין הפסים מקבילים

- אפשרות ראשונה הינה שבעל הדין סבור כי הוא זכאי בוודאי לממון בו זכה בהליך, וכי הדין היה נגמר בצורה זוהי, גם אילולי היה זוכה בו הודות לכשל הדיוני. במקרה מעין זה, לזוכה לא יהיו נקיפות מצפון כלשהן על עצם הזכייה, ואולם גם הרווח שלו מפסק הדין הינו מינימלי (למעט רווח במימד הזמן ובמימד עלויות ניהול ההליך המשפטי). יתר על כן, לעיתים יעדיף בעל דין, המשוכנע כי הוא אמור לזכות בהליך לגופו, שההליך יסתיים בפסק דין מהותי המצדיק את טענותיו לגופן.
  - אפשרות שניה היא שבעל הדין סבור כי לשני הצדדים טענות ראויות (גם אם הן אינן שקולות), וכי מן הראוי לקבל את הכרעת בית הדין. זוהי, לכאורה, העמדה הנפשית הראויה ביותר<sup>4</sup>. במקרה מעין זה, מי שיקבל פסק דין לטובתו בשל כשל דיוני אמור לחוש בוודאי נקיפות מצפון, שכן יתכן שהוא מחזיק בידיו ממון גזול<sup>5</sup>.
  - האפשרות האחרונה הינה כי בעל הדין שזכה בהליך, ידע מלכתחילה כי הצדק עם בעל הדין שכנגדו. במצב מעין זה ברור שאותו אדם אמור לחוש בנקיפות מצפון על זכייתו בהליך. עם זאת, מעצם הבחירה ללכת להליך משפטי במקום לשלם את הכסף אותו הוא חייב (או להימנע מלקבל את הכסף שלא היה מגיע לו) נראה בבירור כי קיים אצל אותו אדם כשל מוסרי, ואין לו בעיה להחזיק בכסף שאיננו שלו. ממילא, נימוקי זכייתו בהליך לא יהיו מענייניו ולא יעיקו על מצפונו. על כל פנים, ברור שעל בעל דין מעין זה אין בכוונתו להגן.
- ברור, אם כן, כי בעל הדין שזוכה בהליך בנסיבות מעין אלו, אמור לחוש בנקיפות מצפון משמעותיות על זכייה שבאה רק בשל כשל דיוני של בעל הדין שכנגד. מיותר לציין כי בעל הדין שהפסיד בהליך בשל כשליו הדיוניים יחוש באי-צדק רב. רק העמדת ערך בירור האמת מעל ליתר הערכים תסייע להגנה על כשל מוסרי זה. הדברים מתחזקים, כמובן, כאשר מקבלים את הגישה, אשר שולטת בוודאי במשפט העברי, ולפיה בסופו של דבר האדם לא יוכל לברוח מאחריות למעשיו. "שָׁמַח בְּחֹר בְּיִלְדוּתָיָהּ וְיִטִּיבָהּ לָבֶדֶד בְּיָמֵי בְּחֹרוּתָהּ וְהִלְךָ בְּדַרְכֵי לָבֶדֶד וּבְמַרְאֵי עֵינָיָהּ וְדָעָה כִּי עַל כָּל אֵלֶּה יִבְיָאֶה הָאֱלֹהִים בְּמִשְׁפָּטֵי"<sup>6</sup>. ברור שבמציאות מעין זו אין כל רווח אמיתי בזכייה בשל כשל דיוני, ובסופו של יום דין אמת יצא אל הפועל, ללא כל קשר מועד הגשת התביעה ולמועד גילוי הראיות<sup>7</sup>.

### ג. הגנה מסדר שני – הגנה על ערכים דיוניים ("הצדק הדיוני")

כאן מגיע החלק השני של המודל. במצב המשפטי הנוכחי, כמעט בכל המקרים בהם בוחר בית המשפט או בית הדין הרבני להמשיך את בירור התביעה על אף הכשל הדיוני, הסנקציה למפר הכללים היא ברורה – סנקציה

- כאשר הדוקטרינה המשפטית המקובלת על המשפטן מביאה לתוצאה המקוממת את שכלו הישר וחוש הצדק שלו או כאשר הפתרון הראוי לפי שכלו הישר וחוש הצדק שלו עומד לכאורה בניגוד לפתרון המשפטי הנכון - עליו לבדוק עצמו שוב ושוב... רק כאשר ברור לחלוטין כי אכן מדובר בבעיה מהותית הנובעת משיטת המשפט ראוי לנסות לחפש פתרון ע"י חדוש פרשני ואף זאת רק כאשר מדובר בחידוש המשתלב באופן אורגני במערכת המשפט הקיימת. בדימוי המסילה אומר כי רק פתרון שהוא יישור אחד הפסים או הסטתו קבילים בעוד שעיקומם או שבירתם פסולים. במקרה שאין אפשרות לפתרון פרשני כזה אין לו למשפטן אלא לצפות להתערבותו הגואלת של המחוקק".

<sup>4</sup> ראה סנהדרין, ז', ע"א.

<sup>5</sup> ראה רש"י, שם, ד"ה "דמבי דינא": "מי שנטלו ב"ד טליתו לפורעה לאחר. ליזמר וליזל, הואיל ודין אמת דנו לא הפסיד כלום אלא גזילה הוציאו מידו".

<sup>6</sup> קהלת, י"א, ט'. וראה גם רמב"ם, הלכות תשובה, פ"ה, ה"ד: "כלומר דע שיש בידך כוח לעשות, ועתיד אתה ליתן את הדין".

<sup>7</sup> וראה הרב אביגדר הלוי נבנצל, שיחות לראש השנה (ספריית בית אל, ירושלים, התשנ"ח), ק"ע.

כספית בדמות פסיקת הוצאות. ואולם, גם אם קבענו קטגורית את העדפתו של ערך גילוי האמת על פני יתר הערכים, אין ערכים אלו אובדים כליל. כחלק ממלאכת האיזון בין הערכים פעמים רבות יקבע כי משקלו של ערך מסוים כבד ממשקלם של ערכים אחרים המתנגשים בו. "עם זאת, הערך שמשקלו קל יותר אינו מסתלק מהשיטה. הוא ממשיך להיות חלק ממנה, תוך שהיקף תחולתו צומצם בסוגיה בה ידו אינה על העליונה. בעניינים אחרים הוא ממשיך להתמודד על הבכורה, תוך שהוא עשוי לקבל בהם משקל שונה"<sup>8</sup>. הוא הדין גם בענייננו. הערכים אשר נדחו בפני גילוי האמת יחזרו להתעורר ברמת ההגנה מסדר שני, ובה יקבלו משקל גבוה יותר מזה הניתן להם היום, במקרים בהם נדחית הטענה כי יש להכריע בדיון כולו לאור הכשל הדיוני וקיימת הסתפקות בתשלום הוצאות לכל היותר.

במודל זה נבקש להעשיר מאד את ארגז הכלים (כפי שיפורט להלן), אשר בסיועו תוכל הערכאה השיפוטית להתמודד עם המחדל הדיוני. יצוין כי עושר זה יפצה גם על הכלי אשר ניטל ממנה בחלק הראשון של המודל. דהיינו, היכולת להשתמש בכלים ובסנקציות דיוניות, אשר אינן אך ורק במישור ההוצאות, והן חודרות גם למישור הדיון המהותי שבין בעלי הדין, מאפשר במידה רבה ונכבדה את היכולת להכריע בדיון המהותי לגופן של הראיות, ולא להכריע בסוגיה השנויה במחלוקת בין הצדדים, וזאת רק בשל הכשלים הדיוניים שאירעו בהליך. היכולת לעשות שימוש בארגז כלים מגוון היא מאבני היסוד ביכולתו של בית המשפט לעשות צדק, ולשקול את נסיבותיו הפרטניות של כל מקרה ומקרה:

"באיזון האינטרסים מסייע הדין, אשר מקנה קשת רחבה של כלים וסעדים משפטיים להפעלה בכל מקום שבו נדרש בית המשפט לשיקול-דעת... הסמכות האמורה טומנת בחובה לא רק את האפשרות לסלול הדרך לסעדים חדשים, אלא גם את שיקול הדעת בנוגע לאופן הפעלתם. פריסה רחבה של שיקול הדעת בהפעלת הסעדים יורדת לשורשה של שיטתנו המשפטית בכך שהיא מקנה לבית המשפט את הסמכות להתאים לכל מקרה שלפניו את הפתרון המשפטי הראוי ביותר בנסיבות העניין"<sup>9</sup>.

אמנם, הפעלת סעיף זה במשפט הישראלי דורשת קיומה של זכות שהופרה, כאשר רק אז קמה סמכותו הרחבה של בית המשפט ליתן סעדים לנפגע<sup>10</sup>. עם זאת, נדמה כי התנהלות דיונית קלוקלת מצד מי מבעלי הדין הינה פגיעה חמורה בזכותו של בעל הדין שכנגד להליך שיפוטי הוגן ובזכות הגישה שלו לערכאות. כך או כך, המודל איננו מבקש להתבסס על סעיף זה בחוק, והוא נועד אך בכדי להוות דוגמא לחשיבותו של ארגז כלים רחב. כאן, במסגרת הצגת המודל, נבהיר זאת בקצרה באמצעות דוגמא אחת ויחידה, כאשר בפרקים הבאים תהיה התייחסות נוספת לסוגיה. כך, לדוגמא, פעמים רבות מנומקת דרישת ההתיישנות בשיקולים מהותיים, ובעיקרון

<sup>8</sup> ברק, פרשנות במשפט, 216.

<sup>9</sup> פרשת רוט, 109-110. הדברים אוזכרו, בין היתר, גם בבר"ע (י-ם) 3248/97, שלום כהן נ מנשה דוד (פורסם בנבו, 10.12.97); בש"א (חי') 6448/01, בנק הפועלים בע"מ, סניף אור עקיבא נ' קבוצת רוזנקרנץ בע"מ (פורסם בנבו, 20.9.01); הי"פ (ת"א) 317/05, י. רוטשטיין מערכות מידע בע"מ נ' רוטשטיין מערכות מידע בע"מ (פורסם בנבו, 14.7.05).

<sup>10</sup> בג"ץ 2759/12, אל"מ ארוז וינר נ' מבקר המדינה (פורסם בנבו, 28.6.12).



הקושי של בעל הדין לשמור על ראיותיו לאורך זמן<sup>11</sup>. לנוכח קושי זה (כמו גם לנוכח שיקולים נוספים, ובהם ויתור מצד התובע, תימרוץ תובעים פוטנציאליים שלא להשתוות ושיקולים מערכתיים<sup>12</sup>) יוצרת דרישת ההתיישנות 'גילויטינה' דיונית (יצוין כי ישנן גם הוראות התיישנות מהותיות<sup>13</sup>, ואלו אינם מענייננו כאן). מי שיגיש את תביעתו לאחר תום תקופת ההתיישנות יזכה לכריתת תביעתו באבחת גרזן. והנה, באמצעות המודל הנ"ל, ניתן ליתן את הדעת לכל אחד מהקשיים הללו, ולטפל בהם באמצעות כלים אשר יתנו מענה לכל קושי בנפרד, מבלי להכרית את גורל התביעה ללא כל דיון לגופה וללא שמיעה<sup>14</sup>. הדברים יהיו נכונים, כמובן, גם בנוגע לכל אחד מהכללים הדיוניים האחרים, כאשר בחירת הסנקציה הרלוונטית תיעשה בהתאם לנסיבות אותו מקרה, ולתכלית הכלל הדיוני שהופר.

נדגיש כי בדברנו במודל זה על בעל הדין 'מפר הכללים' אין הכוונה אך ורק למי שפעל בצורה ברורה בניגוד לתקנות הדיון או בניגוד להוראות הדיוניות של הערכאה השיפוטית הרלוונטית. ראשית, כוונתנו גם למי שלא עמד בהוראות דיוניות כאלו ואחרות המעוגנות בחקיקה ראשית ולא בתקנות (חוק ההתיישנות, חוק בתי המשפט ועוד). אנו נבקש לטעון כי גם במקרה מעין זה יש לעשות שימוש במודל המוצע. שימוש במודל רק במקום בו ההוראה הדיונית איננה מעוגנת בחקיקה ראשית יביא לתוצאה שהינה סירוס הבסיס המוסרי-ערכי שביסוד המודל. שנית, עלינו להגדיר גם את מי שפעל בהתאם לתקנות, אך תוך פגיעה משמעותית בבעל הדין שכנגד ו/או במערכת – כמי שהפר את הכללים. הסיבה לכך פשוטה. הראינו כבר לעיל, כי עמדת ההלכה לגבי סוגיות מסוימות היא ליברלית ומתירה, ופעמים רבות לא קיים בנמצא כלל דיוני המחייב ביצוע פעולה מסוימת. גם במשפט הישראלי יש עניינים המהווים חלק מהתנהלות דיונית ראויה, גם אם אינם מפורשים בתקנות. הימנעות מהגשת תביעה לאחר עשר שנים, לדוגמה, כלל אינה מחויבת בהתאם לכללים הדיוניים של ההלכה (על אף שכפי שהראינו לעיל, עצם השיהוי מעורר חשד לנכונות התביעה), ובוודאי שלא קיימת דרישה להגשת התביעה באופן מיידי. עם זאת, ניתן לומר כי קיימת דרישה טבועה להתנהלות מעין זו. במשפט העברי ניתן לחייב זאת מכח כללים מוסריים, דוגמת 'דעלך סני לחברך לא תעביד'<sup>15</sup>. במשפט הישראלי באו הדברים לידי ביטוי באמצעות שימוש בכלים דוגמת 'שימוש לרעה בהליכים משפטיים' ו'חוסר תום לב בשימוש בזכויות דיוניות'<sup>16</sup>, אשר יצרו נורמות כלליות בסדרי הדין. במילים אחרות, אם בית המשפט היה זקוק מאז ומעולם ל"אותה סמכות מינימאלית בענייני

<sup>11</sup> ראה, לדוגמה, בע"א 1806/05, **הראל חברה לביטוח בע"מ נ' עיזבון המנוח דוד אמיתי ז"ל** (פורסם בנבו, 21.5.08): "**הנימוק הראשון והעיקרי הוא הנימוק הראיתי**, שעניינו הקושי בשמירה, משך תקופת זמן ארוכה, על ראיות ומסמכים. בהיבט זה, מטרתה של תקופת ההתיישנות היא לתחום את פרק הזמן שבמסגרתו נדרש אדם לשמור על ראיותיו".

<sup>12</sup> ראה **פרשת דה בוטון**; **פרשת בוכריס**; **פרשת שחר**; **פרשת יחזקאלי**; פרשת אמיתי; קמיניץ, דיני ההתיישנות, 344-347; ויסמן, ההתיישנות והמדינה; Ochoa & Wistrich, *Puzzling Purposes*.

<sup>13</sup> ראה, לשם הדוגמה, יהודאי, **דיני התיישנות**, 425; ע"א 449/67, **צפריר עירון נ' דוקל, תעשיות מבלטים בע"מ**, פ"ד כב(1), 267 (1968); קמיניץ, שם, 351-353.

<sup>14</sup> ראה, לדוגמה, בעניין הקושי שמעוררת דרישת ההתיישנות והכשל המוסרי שהיא יוצרת בע"א 2808/10, **עזבון חיים שיף נ' החברה לפיתוח חוף אילת בע"מ** (פורסם בנבו, 29.5.12; להלן: "פרשת שיף"), ובהרחבה בשלל המקורות המובאים אצל Ochoa & Wistrich, *Puzzling Purposes*, 500-510.

<sup>15</sup> שבת, ל"א, ע"א.

<sup>16</sup> ראה רבינוביץ' ודורפמן, שימוש לרעה; ע"א 8/74, **לייזרוביץ נ' לייזרוביץ**, פ"ד כח(2), 436, 439 (1974); ע"א 539/78, **אדית לואל נ' הרברט לויס**, פ"ד לד(4), 286 (1980); ע"א 6185/00, **עו"ד מאהר חנא נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(1), 366 (2001); רע"א 1415/04, **סרביאן נ' סרביאן**, פ"ד נט(2), 444, 440 (2004); פרשת ורקר; פרשת שפ.

נוהלי יעילות המשפט וצידקתו, הדרושה לבית המשפט כדי שיוכל למלא את התפקיד שלמענו הוא קיים: עשיית משפט צדק<sup>17</sup>, נבקש להראות כי די באותם כלי הגנה מסדר משני על מנת להבטיח כי בית המשפט יוכל למלא את תפקידו. לנוכח האמור, בפרק זה, אין מנוס מהגדרה רחבה הרבה יותר להפרת הכללים הדיוניים, ולפיה כל מה שעשוי להיחשב כהפרה דיונית במשפט הכללי (ואף חריגה מהתנהלות דיונית ראויה) – ייחשב כ'הפרה דיונית' גם לעניין המשפט העברי, תוך יצירת 'כללים דיוניים רעיוניים', גם אם מלכתחילה לא קיים בנושא כל כלל בהלכה. בחלק זה ננסה להציג כמה סוגים של פיתרונות. חלק מהפיתרונות יהיו ברובד הכלכלי (אם כי לאו דווקא בדרך של הטלת הוצאות כ'עונש' על עצם ההפרה הדיונית) ואילו חלק מהפיתרונות יהיו ברמה המהותית. להלן, נציג את העקרונות היסודיים של המודל. מאליו יובן, כי יש צורך להתאים כל אחד מהפיתרונות (ואף פיתרונות נוספים ככל שיוצעו) לנסיבות אותו מקרה בו תתבקש החלת הפיתרונות מן הסדר המשני לאחר הפרת דיונית.

### **1.1 פיתרונות המתייחסים למהות התיק**

#### **1.1א. שינוי נטלי הראיה**

הכלל היסודי העומד ביסוד דיני הראיות שלנו הוא כי קיים נטל ראיה, אשר מוטל בדרך כלל על התובע, ובהתאם לאותו הנטל - עליו להוכיח את תביעתו<sup>18</sup>. נטל הראיה בהליכים אזרחיים עומד בדרך כלל על 'מאזן ההסתברויות' (Preponderance of evidence or probabilities), דהיינו צורך להוכיח ברמה של מעבר ל- 50 אחוזים את עילות התביעה (ו/או את טענות ההגנה).

האם כללים אלו מחויבים בכל מצב? ודאי שלא! כבר כעת המצב הנורמטיבי בכל אחת ממערכות המשפט יוצר בחלק לא מבוטל מהמקרים היפוך בנטלי הראיה, המעביר את נטל הראיה אל כתפי בעל הדין שכנגד (בדרך כלל הנתבע). יתר על כן, נקודת הציון של 'מאזן ההסתברויות' לחלוטין איננה נקודת הציון היחידה. ידועה מאד גם נקודת הציון של הדין הפלילי היוצרת נטל ראיה כבד בדמות 'מעבר לכל ספק סביר' (Beyond and reaonable doubt)<sup>19</sup>. בנוסף, לנקודה זו קיימות בעולם המשפטי נקודות נוספות המהוות נטלי ראיה משתנים. בין נקודות אלו ניתן לציין את הנקודה המקובלת בארה"ב בעניינים מסוימים ומכונה 'ראיות ברורות וחותרות' (Clear and convincing evidence)<sup>20</sup>. נקודה זו מיוחסת לראיות ברמה של כ- 75 אחוזים, אך נמתחה ביקורת על כך שהיא 'אמורפית'<sup>21</sup>, ויוצרת "הבחנות דקות ודקיקות, שקשה מאוד ליתן להן ביטוי כמותי"<sup>22</sup>. 'רמת הוכחה שלישית' זו

<sup>17</sup> פרשת בן שחר, 96.

<sup>18</sup> ההפניות והאיזכורים למקורות למצב המשפטי המדויק במערכת המשפט הישראלי ובמשפט העברי יובאו בפרקים הרלוונטיים, בהם תנתח היתכנות המודל בכל אחת מהשיטות.

<sup>19</sup> מקובל להתייחס למושג זה כאל דרישה הסתברותית גבוהה מאד. יש הטוענים כי מדובר ב- 90 אחוזים, ויש הטוענים לדרישה גבוהה אף יותר של 97 אחוזים. עם זאת, קיים ספק האם כימות באחוזים של הגדרת הספק הסביר רצויה כלל. לעיון בשאלה זו, ראה: Henry A. Diamond, 'Reasonable Doubt: To Define, or Not to Define', 90 Colum. L. Rev. (1990), 1716, 1717.

<sup>20</sup> הרנון, דיני ראיות, 216. לדיון בנקודה זו ראה: Scott M. Brennan, 'Due Process Comes Due: An Argument for the Clear and Convincing Evidentiary Standard in Sentencing Hearings', 77 Iowa L. Rev. (1992), 1803.

<sup>21</sup> כלשונו של השופט מלצר ברע"א 8000/07, היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני (פורסם בנבו, 2.5.12).

<sup>22</sup> ע"א 475/81, זיקרי יעקב נ' "כלל" חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מ(1), 589 (1986); להלן: "פרשת זיקרי", 606.

לא נתקבלה בישראל<sup>23</sup>, למעט בעניינים חריגים<sup>24</sup>. עם זאת, נקבעו בעניינים מסוימים נקודות ציון מוגדרות פחות, אשר בהן נדרשו ראיות בכמות גבוהה מהכמות הרגילה הנדרשת בהליך האזרחי<sup>25</sup>. לא למותר לציין, כי יש שסברו שההבדלים בין הגדרה זו לרמת הוכחה שלישית אינם אלא הבדלים 'סמאנטיים'<sup>26</sup>.

ומכאן לעיקר ההצעה במודל זה. בהתאם למודל מוצע כי הערכאה השיפוטית הרלוונטית תוכל להתייחס אל הפרה דיונית כלשהי (ודאי אל החמורות שבהן), כאל איתות לקושי ראייתי אצל המפר, ותוכל להכביד את נטל הראיה על הצד המפר בהתאם לשיקול דעתה. כך, לדוגמא, ככל שהתובע ינהג בצורה דיונית בעייתית (לדוגמא, יגיש את התביעה בשיהוי בלתי מוסבר) יוכבד נטל הראיה עליו, הכבדה שתהיה תלויה, כמובן, בחומרה שבהפרה הדיונית, ובקשר בינה לבין סוגית נטל הראיה. כך, לדוגמא, מטבע הדברים הגשת תביעה באיחור רב, כאשר בהחלט ייתכן שהנתבע כבר איננו שומר על ראיותיו, ממש 'מזמינה' שינוי בנטל הראיה. מאידך, אם הנתבע יתנהל בצורה דיונית בעייתית (לדוגמא, ימנע מלהגיש כתב הגנה במועד בנסיבות מחשידות) ניתן יהיה להעביר אליו את נטל הראיה ו/או להקל את הנטל של התובע. ישנם נושאים דיוניים, דוגמת הצגת ראיות באיחור, אשר בהם סנקציה של הכבדת נטל הראיה היא כמעט מתבקשת. כך, אותו צד שמגלה ראיות באיחור, בהנחה שמדובר במי שלא ביקש לפגוע בגילוי האמת והחביא את הראיות, שאז מתקיים בו החריג שהוזכר לעיל, הרי שיותר לו להציג באיחור לאור הכלל הראשוני, ואולם הסנקציה על התנהלות קלוקלת זו תופעל בדמות הכבדת נטל הראיה על מציג הראיה המאחר. ראיה המוצגת באיחור, שתביא רק לשינוי קל במאזן ההסתברויות (גם אם תניע אותו אל מעט מעבר ל-50 האחוזים), וכאשר ראיה מוצגת באיחור יהיה צורך בראיה משמעותית ביותר.

יצוין כי בעבר כבר הוצע לעשות שימוש בכלי של שינוי בנטל הראיה, על מנת לטפל בחלוקה נכונה יותר בין הפרוצדורה הפלילית לפרוצדורה האזרחית, ועל מנת לטפל ביכולות המשפטיות השונות של בעלי הדין<sup>27</sup>. במאמר

<sup>23</sup> קדמי, על הראיות, ח"ד, 1772; פרשת זיקרי; ע"א 7424/96, בנק המזרחי בע"מ נ' חברת אליהו גרציאני (1988) בע"מ, פ"ד נד(2), 145, 157 (2000): "ויש הגורסים כי במקרים מסוג זה נדרשת מידת הוכחה "שלישית", המטילה על הטוען נטל גבוה יותר מהנטל האזרחי הרגיל, מעין דרגת ביניים בין שתי דרגות ההוכחה המקובלות – האזרחית והפלילית. כשלעצמי איני נוטה להסכים לקיומה של מידת הוכחה מיוחדת לסוג מסוים של עניינים אזרחיים בשל אופיים החמור"; ע"א 4126/05, סולימאן דרוש ח'ג'אזי נ' עמותת ועד עדת הספרדים (פורסם בנבו, 20.6.2006).

<sup>24</sup> ראה, לדוגמא, ע"א 5171/97, מוחמד סעיד ריאן נ' איברהים סעיד (פורסם בנבו, 19.1.98); רע"א 3055/05, רון פרומר נ' ג'קי סבג (פורסם בנבו, 21.8.2005).

<sup>25</sup> קדמי, שם. ניתוח מפורט של הדברים יוצג בהמשך במסגרת ניתוח כל אחת משיטות המשפט. עם זאת, על מנת לסבר את האוזן נזכיר פה שתי דוגמאות לדברים. האחת מצויה בתביעה בגין פרסום לשון־הרע, אשר בה יוטל על הטוען אמת בפרסום נטל שכובדו ככובדה של לשון־הרע; וככל שלשון־הרע תכבד ותלך כן יכבד וילך הנטל להוכיח את האמת שבפרסום. ראה ע"פ 232/55, היועץ המשפטי לממשלה נ' מלכיאל גרינוולד, פ"ד יב, 2017, 2064-2065 (1958); ע"א 670/79, הוצאת עתון הארץ בע"מ נ' בצלאל מזרחי, פ"ד מא(2), 169, 186 (1987): "...כשמדובר בטענת אמת הפרסום, עשוי הנתבע להידרש להביא כמות הוכחה, שמידתה תעמוד ביחס מתאים לרצינות תוכן הדיבה"; פרשת קראוס. דוגמא אחרת מצויה בהליך אזרחי בו צריך להוכיח ביצוע עבירה פלילית דוגמת תרמית או מעילה לצורך הוכחת קיומה של עוולה אזרחית. כך לדוגמא בע"א 292/64, כהן נ' אשר, פ"ד יט(1), 414 (1965): "טענת תרמית או מעילה היא טענה רצינית בעלת גוון הפוגעת בשמו הטוב של אדם שנגדו היא מכוונת. לפיכך, טבעי הדבר, שבית-המשפט הנתקל בטענה כזאת ידרוש מידת הוכחה יותר גדולה וודאית מאשר בסוגי משפטים אחרים בעלי אופי פחות חמור"; ע"א 293/70, מורדוך נ' דעבול, פ"ד כד(2), 811 (1970); פרשת אלחנני. וראה גם אצל: Bater v. Bater (1950) 2 All E.R.; Dingwall v. J. Wharton (Shipping) Ltd. (1961), Li L. Rep 2 213; Hornal v. Neuberger Products Ltd. (1956) 3 All E.R. 970; 458 (פורסם בנבו, 21.8.2005).

<sup>26</sup> נט(5), 397, 425 (2005); 1 AC 153, [2003] 1 AC 153, Secretary of State for the Home Department v. Rehman UKHL 47, [2003] 1 AC 153; 598: "נראה לי, כי במידה רבה מדובר כאן בהבדלים סמאנטיים. בין אם נאמר, כי במקרים האמורים דרושה מידת שכנוע של למעלה מ-51%... או שנקבע, כי אין לסטות גם כאן מהכלל הנהוג במשפטים אזרחיים... אלא שנחוץ להגיש ראיות בעלות משקל יתר... התוצאה על-פי שתי הגישות היא אחת, היינו, שהצד, שעליו רובץ הנטל להוכיח... חייב לעשות זאת באמצעות ראיות בעלות משקל רב וכבד יותר ממה שדרוש במשפטים אזרחיים רגילים".  
<sup>27</sup> רוזן צבי ופישר, מעבר לאזרחי.

אחר אף נבחנה הפיכת רמת ההוכחה (בהליכים פליליים) לברירת מחדל הנתונה למשא ומתן<sup>28</sup>, ובהערת שוליים אף נטען כי בהליכים אזרחיים ניתן יהיה לשנות את רמת ההוכחה הנדרשת, ובהתאם ייגזר גם היקף הסעד שיתקבל<sup>29</sup>. במסגרת זו אף הוצעה סטייה מוסכמת מהפיתרון הבינארי של 'הכל או לא כלום'<sup>30</sup>. בדרך זו מציע המודל הנוכחי להשתמש בנטלי הראיה ככלי ליצירת התנהלות דינונית ראויה יותר, אשר מחד, תימנע מדיון לגופן של ההליך בשל הקושי הדינוני, ומאידך תיצור אינטרס אפקטיבי מספיק להימנע מהפרת הכללים הדינוניים.

### 11(ב). מחיקת כתבי בי-דין

לעיתים, תוכל הערכאה הרלוונטית לנקוט בצעד של מחיקת כתבי בי-דין מסוימים, והכל ליצור סנקציה כלפי מפר הכללים. מובן כי בהתאם לכללי המודל, אין מדובר על מחיקת כתבי בי-דין אשר יביאו להכרעה בתיק (דוגמת כתבי הגנה), אלא על מחיקה אשר תאלץ את אותו בעל דין לפעול בהמשך ניהול ההליכים כראוי.

יצוין כי סנקציה מעין זו היא סנקציה המסתמכת כל כולה על הוראות התקנות, ולפיהן "מחיקת תובענה אינה מעשה בית דין ואין בה, כשהיא לעצמה, כדי למנוע את התובע מהגיש תובענה חדשה בשל אותה עילה"<sup>31</sup>. במילים אחרות, מחיקת התובענה לא יוצרת בפני 'התובע הנמחק' מחסום מהגשת תביעתו. היא כן יוצרת בפניו טרחה רבה של הגשה מחדשת של התביעה, ולעיתים הדברים אף יוצרים קשיים דינוניים. כך, לדוגמא, הגשת התביעה מחדש מאפשרת לנתבע להגיש מחדש כתב הגנה, ובדרך זו לשפר את חזית הדיון מבחינתו. מצב דומה יכול להיות עם מחיקת כתבי טענות אחרים.

על כל פנים, מובן וברור שכל מחיקה המכריחה את בעל הדין להגיש את מסמכיו מלכתחילה ולאחר תיקונים, יוצרת עלות כלכלית למגיש, ולעיתים היא אף מביאה לייאוש מההליך, והחלטה לפתור את הסכסוך בדרכים שונות. לעיתים מזומנות יהיה בכך מסר משמעותי מצד הערכאה הרלוונטית למפר הכללים.

### 2. פיתרונות כלכליים הנוגעים להפרה הדינונית

#### 21(א). הטלת עיקול וערובה כנגד הנתבע

דרך נוספת להבטיח את יעילות המערכת הינה באמצעות הטלת עיקולים על בעל דין המפר את הכללים. בדרך זו נעשה שימוש כבר בעבר, אך בהתאם למודל המוצע יש מקום לעשות בה שימוש מוגבר יותר.

בדין הישראלי אין הגדרה מפורשת למונח 'עיקול', אך ניתן להגדירו כפעולה משפטית, המופנית נגד בעליו של נכס או נגד המחזיק בו, אשר מטרתה להגביל את סחירות הנכס ואת יכולת השימוש בו, כדי שהתובע או הזוכה יוכל להיפרע מהחוב המגיע לו<sup>32</sup>. "גם אם אין עיקול מקרקעין מקנה למעקל זכויות בנכס שעוקל ו'העיקול רק מהווה מעין שימת יד של בית-המשפט או משרד הוצאה לפועל על נכס פלוני שבית-המשפט או הוצאה-לפועל יממשוהו,

<sup>28</sup> ראה: טליה פיר, גבולות בשליטה של הצדדים בהליך הפלילי, **עיוני משפט** כ"ט (התשס"ו), 377.

<sup>29</sup> שם, הע"ש 11.

<sup>30</sup> שם. וראה גם: Ariel Porat & Alex Stein, **Tort Liability Under Uncertainty** (New York: Oxford University Press, 2001).

<sup>29</sup> שלמה לבנוני, 'השפיטה: הכרעה דיכוטומית או פסיקה משקללת? האמנם 'הכל או לא כלום'?', **עלי משפט** ג (התשס"ד), 531 (להלן: "לבנוני, השפיטה"); דניאל 4693/05, **בי"ח כרמל חיפה נ' עדן מלול** (פורסם בנבו, 29.8.10; להלן: "פרשת מלול"). וראה גם בהרחבה להלן.

<sup>31</sup> תקנה 527 לתקנות. וראה גם פרשת קרמש, 1341; ע"א 7261/97, **שרבני נ' חברת האחים שבירו בע"מ**, פ"ד נד(4), 464, 478 (2000).

<sup>32</sup> להרחבה בעניין העיקול, ראה גורן, סוגיות, 551.

וממנו יגבו את חובם... אין עוד בידי בעל הנכס המעוקל - על אף זכות הבעלות שיש לו בנכס - לעשות בו עיסה, שאינה מתיישבת עם מהותו של סעד העיקול ושתסכל את מטרתו"<sup>33</sup>. כך, משהוטל עיקול בעל הזכויות המעוקלות והמחזיק אינם חופשיים לעשות בהן שינויים שאינם מתיישבים עם העיקול. העיקול מהווה מחסום משפטי, שמטרתו למנוע מבעל הזכויות ומהמחזיק מלסכל את פירעון החוב לנושה<sup>34</sup>. בנוסף, כשם שהחייב או המחזיק אינם רשאים להבריח את המעוקלים, כך נאסר עליהם לרוקן זכויות בנכס המעוקל, לדוגמה באמצעות הפחתת התמורה המוסכמת המגיעה לחייב מהמחזיק<sup>35</sup>. בדומה לכך, כאשר מוטל עיקול על זכות חוזית, המחזיק אינו חופשי לעשות פעולות שאינן מתיישבות עם מהותו של העיקול, והחייב החוזי "מוקפא" בתקופת העיקול<sup>36</sup>.

עם זאת, מטרתו הבסיסית של העיקול אינה להוות 'ענישה' להתנהלות של בעל דין כלשהו, אלא להנציח את המצב בנכסי הנתבע, על מנת שלא יוצר מצב בו על אף זכייה בתביעה עצמה, לא ניתן יהיה לגבות מהנכסים את פירות התביעה. אלא שגם כאן ניתן לעשות בעיקול שימוש נוסף בכלי העיקול כדי ליצור 'הרתעה דיונית'. כך, מוצע, כי לעיתים התנהלות דיונית קלוקלת מטעם הנתבע, תיצור חזקה כי קיים חשש שהנתבע לא יציית לדין, או שיבריח את נכסיו ולא ניתן יהיה לגבות מהם את פירות התביעה, אם יזכה בה התובע. הדברים נכונים בייחוד במקום בו תחוש הערכאה השיפוטית הרלוונטית כי הנתבע מבקש להישמט מן הדין.

לעני"ד, נראה, כי יש להתייחס אל מי שמזלזל בכללי הדין כאל מי שמחד, ישנן ראיות לכאורה כנגד עמדתו וטענותיו, ומאידך, קיים חשש משמעותי כי התנהלותו הדיונית עשויה לגרום נזקים ליריבו, ולהביא שיקולים אלו בחשבון בעת הטלת עיקולים. הדברים נכונים בוודאי אם הפרת הכללים בוצעה במכוון (או, למצער, מתוך זלזול), ואולם אפילו אם הפרת הכללים הינה חד פעמית ואירעה בשגגה גמורה, יש מקום לשקול האם אין חשש ששגגה נוספת תעלה לבעל הדין שכנגד ביוקר, ובשל כך להבטיח את זכויותיו באמצעות הטלת עיקול. במילים אחרות, גם אם אין מקום לחסום את בעל הדין מפר הכללים על כך, יש מקום למנוע ממנו לאבד את ממונו של יריבו, במזיד או בשוגג. כך, על נתבע המנהל בצורה דיונית לקויה יוטלו עיקולים בקלות יתירה. לעומת זאת, התנהגות לא ראויה של מבקש העיקול (יצירת עיכובים ומניעות בבירור ההליך) צריכה להוות נימוק לאי הטלת העיקול, גם אם המקרה עומד, לכאורה במסגרת הכללים המחייבים הטלת עיקול, ואם אלו כבר הוטלו – הרי שזו כשלעצמה יכולה להיות סיבה לביטולם (שכן ברור שהעיקול גורם לנתבע נזק, והכשל הדיוני מעצים את נזקו לשווא).

## 2)ב. ערובה להבטחת הנזק וההוצאות

דרך אחרת בה ניתן להתייחס למפר הכללים היא באמצעות חיובו מלכתחילה בערובה להבטחת נזקי ההליך והוצאות בעל הדין שכנגד. הנחת היסוד הינה שניהולם של הליכים משפטיים עולה ממון רב<sup>37</sup>. ניתן גם להניח כי

<sup>33</sup> ראה ע"א 533/87, ארגון מושבי הפועל המזרחי בע"מ נ' משה ולך, פ"ד מג(2), 864, 872-873 (1989).

<sup>34</sup> גורן, שם.

<sup>35</sup> ע"א 4360/90, בר חן נ' כוכבי, פ"ד מז(2), 311, 320 (1993).

<sup>36</sup> ע"א 6574/99, מדינת ישראל, משרד השיכון נ' עו"ד קרייטי, מפרק חברת ביתרומעץ, פ"ד נח(3), 313, 319-320 (2004).

<sup>37</sup> ראה לדוגמה בפרשת מחצבות כנרת, 610: "אכן, הליכים משפטיים עולים ממון רב לבעלי הדין, אם בהוצאות ההתדיינות גופה ואם בשכר טרחת עורך הדין שלו התחייבו ושאותו שילמו"; בשג"ץ 3320/11, ד"ר צבי אורי מעוז נ' הנהלת בתי המשפט (פורסם בנבו, 11.5.11; להלן: "פרשת מעוז"); פיסקה 10 לפסק הדין בבש"א (חי) 8072/04, עזבון תוריא (סוריא) עבדאלגני מוסא נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים (פורסם בנבו, 23.1.05).

העלות אף הולכת וגדלה ככל שההתנהלות הדיונית לקויה יותר, ומחייבת את בעל הדין להעלות טענות בעניינים הסוטים מעיקר ההליך.

על כן, בהתאם למודל המוצע ישנו מקום להתייחס למי שכשל מבחינה דיונית כאל מי שצריך לערוב להוצאות בעל הדין שכנגד. ראשית, עצם הכשל הדיוני יוצר פעמים רבות עלויות לא מעטות לבעל הדין שכנגד. אך גם אם מדובר על כשל שאיננו יוצר עלות כלשהי, הרי שיש צורך בהטלת הערובה משתי סיבות שונות. הראשונה היא שמי שכבר כשל עלול ליצור כשלים עתידיים, וממילא הצורך בהטלת ערובה עולה פי כמה. אך הסיבה השניה והמשמעותית יותר היא שהידיעה של בעל הדין שכסף השייך לו 'שוכב' בפועל בבית הדין, אמורה להביא אותו לפעול בצורה ראויה ולשקול את צעדיו היטב<sup>38</sup>.

### ג2(ג). הוצאות

על השימוש בהוצאות משפט כעונש על כשל דיוני מיותר להרחיב את הדיבור. זוהי הדרך המקובלת ביותר היום להעניש את בעל הדין על כשלו הדיוניים. דרך זו היא הדרך המקובלת ביותר במשפט הישראלי, וגם במשפט העברי זוהי הדרך בה קונס בדרך כלל בית הדין את מפר הכללים. בפרקים הבאים נדגים זאת, אך מובן שגם במודל המוצע, ובייחוד לאור ההתנגדות העקרונית להכרעה על הסף בהליך בשל הכשל הדיוני, מכשיר ההוצאות צריך לשמש כלי משמעותי למניעת הפרות דיוניות.

### ג2(ד). שימוש בכלי האגרה

כלי נוסף, אשר ניתן לעשות בו שימוש משמעותי הינו כלי האגרות. כלי זה מחייב, לכאורה, שינוי בתקנות, שכן האגרה אינה יכולה להיקבע, במצב הנורמטיבי הנוכחי, לפי שיקול דעתו של בית המשפט, וודאי שלא ניתן כעת לקבוע אגרה היכן שהחוק לא מאפשר זאת, ואולם נדמה כי כלי זה יכול להוות תשובה לרבים מהקשיים שמעוררים הכשלים הדיוניים<sup>39</sup>.

האגרה הינו כלי אשר בא לשרת שתי מטרות שונות. אגרת בית המשפט משולמת, בראש ובראשונה, בתמורה לשירות שמספקת המדינה לתובע, שעה שהיא פותחת בפניו את שערי בית המשפט<sup>40</sup>. הליכים משפטיים עולים כסף. ניהול ההליך המשפטי מטיל עלויות הן על בעל הדין שפתח את ההליך (בדרך כלל, התובע) והן על מערכת בתי המשפט, קרי, הקופה הציבורית, והן על הצד שכנגד<sup>41</sup>. האגרה מהווה, אם כן, השתתפות של התובע בחלק מן העלות של ההליך המשפטי כנגד השירות המתקבל ממערכת המשפט<sup>42</sup>. במקביל, פועלת האגרה גם במישור היחסים שבין התובע והנתבע למניעת הליכי סרק. מקובל להניח כי בתשלום האגרה יש משום ראייה להיות ההליך

<sup>38</sup> הדברים דומים לתכליתה של האגרה, אשר תוזכר להלן בהרחבה, המונעת תביעות בסכומים מנופחים ומחייבת את התובע לשקול את צעדיו בצורה מושכלת קודם הגשת התביעה.

<sup>39</sup> לעיון בהשפעות האגרה, ראה: Ronald R. Braeutigam, Bruce M. Owen & John C. Panzar, An Economic Analysis of Alternative Fee Shifting Systems, 47 **Law and Contemporary Problems** (1984), 173 (Panzar, An Economic

<sup>40</sup> שלמה לוי, **פרוצדורה אזרחית – סדרי דין מיוחדים בבתי המשפט**, הוצאת חברה ישראלית להכשרה מקצועית בע"מ, ירושלים, התשס"ג-2003, 4; ע"א 155/75, **פקיד השומה נ' להד**, פ"ד כט(2), 505, 506-507 (1975); רע"א 7602/11, **מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' מיפרומאל תעשיות ירושלים בע"מ** (פורסם בנבו, 12.7.12. להלן: "פרשת מגדל"); רע"א 4014/10, **מונדז נ' בירן** (פורסם בנבו, 21.9.2010. להלן: "פרשת מונדז").

<sup>41</sup> פרשת מעוז.

<sup>42</sup> ע"א 8974/04, **פלוגי נ' פלוגית**, פ"ד נט(4), 721, 722 (2005).

בר עילה, שכן מטבע הדברים אין אדם מגיש תביעה חסרת בסיס שעה שהוא נדרש לשאת בתשלום אגרה בגינה. זאת ועוד, כיוון שבתביעות רבות עולה סכום האגרה ביחס ישר לסכום התביעה, יש בשיטה זו גם כדי לתמרץ את התובע להעמיד מלכתחילה את תביעתו על סכום ריאלי. כך נוצר ויסות יעיל של "שוק התביעות". התובע מפנים את עלות ההליך למערכת המשפט, והדברים אמורים להביאו לערכאות רק כשיש סיכוי ריאלי להצלחת תביעתו. זוהי מסגרת הבוררת את התביעות הראויות לדיון מבין כלל התביעות האפשריות. "...השיטה הקיימת עשויה למנוע מניפולציות בהגשת תובענות כספיות מופרזות, כדי להטיל אימה על הצד שכנגד"<sup>43</sup>. לכל אלה תועלת חברתית: ההוצאה הציבורית על ניהול הליכי סרק ותביעות "מנופחות" מצטמצמת, העומס על בתי המשפט יורד, ומשאבי המערכת – המוגבלים ממילא – מופנים לדיון בתביעות הראויות. כל אלה הן התכליות המונחות ביסוד חובת תשלום האגרה<sup>44</sup>. עם זאת, האגרה עשויה להציב בפני התובע מחסום העשוי להגביל את גישתו לערכאות (זכות אודותיה הרחבנו כבר לעיל). לכן, צריכה האגרה לבטא איזון בין שתי מגמות אלו<sup>45</sup>.

משעמדנו על טיבה של האגרה, ניתן להציע את השימוש בה כמרכיב משמעותי במודל. כך, על פי המוצע, תיקבע אגרה נפרדת להליכים דיוניים בעייתיים. בהתאם לגישה זו יוכל אחד הצדדים, לשם הדוגמא, להגיש בקשה אשר תשא את הכותרת 'בקשה להגשת ראיות באיחור'. בשל ההגשה המאוחרת ישא המבקש, ללא כל קשר לשאלה האם תביעתו מוצדקת, באגרה בסכום משמעותי<sup>46</sup>. אגרה זו תכסה (ואולי אף תותיר עודף) את העלות של ההליך המשפטי, ובכך תוביל לדחיקה משמעותית של הטיעון המערכתי בנוגע להפרות הדיוניות. כך, לדוגמא, אם יתברר שמהלכים של הגשת ראיות באיחור גוזלים בממוצע בשנת עבודה את מלוא זמנם של שלושה שופטים מתוך המערכת, אך יתברר כי האגרות מאפשרות את העסקתם של ארבעה שופטים חלופיים<sup>47</sup>, הרי שהמערכת לא תוכל לטעון כי היא יוצאת נפסדת, ואף זמנם של המתדיינים האחרים במערכת לא יתבטל לריק.

<sup>43</sup> רע"א 2623/02, סיס עיצוב ריהוט ציבורי בע"מ נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נו(1), 717, 720 (2002); ע"א 8743/04, בר-נר נ' רוט, פ"ד נט(4), 104, 110 (2004); ת"א (בייש) 45988-02-10, R.A. Trading & Investment Ltd. נ' עכביש זלתות פלדה בע"מ (פורסם בנבו, 16.2.12): "האגרה בהליכים אזרחיים נועדה להביא להפגמת העלות הציבורית של השפיטה על ידי המשתמשים בה. נדיבות במתן פטור מאגרה בהליכים אזרחיים משמעותה סבסוד ציבורי למימוש אינטרסים כלכליים של הפרט. המדיניות בעניין זה תלויה בשאלה כמה כסף מוכן ומעוניין משלם-המסים להקדיש למטרה החברתית של שירותי שפיטה ציבוריים זמינים וזולים, לעומת מטרת חברתיות אחרות המתחרות על ליטרת-התקציב... סבסוד של שירותי השפיטה הציבוריים עלול להביא עמו שימוש בלתי יעיל במשאב הציבורי של השפיטה. הקצאת הכסף למטרה זו צפויה לבוא על חשבון הקצאתו למטרות חברתיות אחרות, כגון סבסוד שירותי רפואה. אין זה מובן מאליו, אפוא, כי ראוי להרבות בסבסוד ציבורי לשירותי שפיטה".

<sup>44</sup> פיסקה 7 לפסה"ד בפרשת מגדל.  
<sup>45</sup> גורן, סוגיות, 869; לוי, שם; לוי, תורת הפרוצדורה, 45-46; פרשת מונדו; בג"ץ 6490/04, צביח נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נט(3), 742, 750 (2005). וראה גם בפסק דינו של בית המשפט האירופאי לזכויות אדם מיום 26.7.05 App. 39199/98 The 'right to a court' is not absolute. It may be subject to limitations " : Podbielski and PPU Polpure v. Poland permitted by implication because the right of access by its very nature calls for regulation by the State... However, such limitations must pursue a legitimate aim and there must be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the legitimate aim sought to be achieved... The requirement to pay fees to civil courts in connection with claims, or appeals, they are asked to determine cannot be regarded as a restriction on the right of access to a court that is incompatible per se with the right of access to a court. However, the amount of the fees assessed in the light of the particular ...circumstances of a given case, including the applicant's ability to pay them, and the phase of the proceedings at which that restriction has been imposed are factors which are material in determining whether or not a person enjoyed his 'right of access and had 'a ... hearing by tribunal'".

<sup>46</sup> במסגרת ההצעה הכללית של המודל איננו נכנסים לשאלה האם עדיף לנקוט במסגרת של אגרה הנגזרת באחוזים מסכום התביעה העומד (כפי שזו קבועה בפריטים 1, 8 ו-22 לתוספת לתקנות בתי המשפט (אגרות), תשס"ז-2007) על הפרק או באגרה הקובעת סכום אחיד לגופה של בקשה (כפי שזו קבועה ביתר הפריטים לתוספת), ויתכן אף לשקול מנגנון משולב. לשאלה זו השלכות רבות, ואכמ"ל.  
<sup>47</sup> יובהר, כי מדובר בחישוב פשטני. במציאות החישובים מורכבים בהרבה, אך הטיעון הבסיסי נותר זהה.

בדרך דומה ניתן, כמובן, להטיל אגרה על כל אחת מההפרות הדיוניות המוקבלות. ניתן יהיה להטיל אגרה מיוחדת על הגשת תביעה לאחר תקופת ההתיישנות, על בקשה לביטול פסק דין שניתן במעמד צד אחד או בהיעדר הגנה, על העלאת טענות בשיהוי ועוד.

יוער, כי הבהרנו שכלי זה מחייב לכאורה שינוי בתקנות. תיאורטית יכול השינוי להיעשות גם דרך שיקול הדעת של בית המשפט, באמצעות הטלת הוצאות משמעותיות לטובת אוצר המדינה, בהתאם להוראות תקנה 514 לתקנות<sup>48</sup>, במקרה בו הופר אחד מן הכללים הדיוניים. עם זאת, נדמה שדרך המלך להחלת מהלך מעין זה הינה באמצעות שינוי בתקנות ולא באמצעות החלטה פרטנית כזו או אחרת, וזאת מבלי להתייחס לקשיים שהטלת הוצאות מעין זו מעוררת<sup>49</sup>.

## 2ג(ה). הענשת מפר הכללים על מחדליו הדיוניים – שימוש בהצמדה, ריבית, ובנוק הישיר מהכשל הדיוני

דרך אחרת אשר יכולה לסייע לפיתרון הבעיה הינה באמצעות הכאת מפר הכללים הדיוניים בכיסו. ואולם, אין הכוונה להטלת הוצאות על המפר, כפי שהוצע לעיל וכפי שמקובל, אלא יש מקום להתייחס להשלכות כלכליות ישירות של הפרת הכללים הדיוניים.

כאמור, המודל המוצע מעדיף לקבל פיתרון אשר בו תתגלה האמת בדין, גם במקרה בו הופרו כללי הדיון, ולעיתים - אפילו אם אלו הופרו במזיד ותוך זלזול מופגן בבית הדין ובצד שכנגד. ואולם, על מנת לחזק את מימד היעילות, ואת ההרתעה מפני זילות הערכאה השיפוטית, נדמה שניתן לעשות שימוש במושגי הריבית וההצמדה כנגד מפר הכללים. כך, תוכל הערכאה הרלוונטית להכריע מהו שיעור הריבית וההצמדה שיתווסף לסכום התביעה, גם במקרה של קבלתה, כאשר האפשרויות ינועו בין הימנעות מוחלטת מהצמדת התביעה ופסיקת הסכום הנומינאלי, ועד קביעת ריבית והצמדה הגבוהים מהשיעור המקובל ומהשיעור הקבוע בחוק פסיקת ריבית והצמדה<sup>50</sup>.

דרך פעולה אחרת שתעמוד בידי הערכאה הרלוונטית הינה באמצעות פיצוי על מניעת הרווח<sup>51</sup> ו/או ההפסד שנגרם למי שממונו עוכב. מובן וברור שכל נתבע המצוי כבר בעיצומו של הליך משפטי (לאחר שהוגשה כנגדו תביעה), אך

<sup>48</sup> וראה גם בסעיף 41(ג) לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000 ובתקנה 6 לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984.

<sup>49</sup> לעניין זה ראה, לדוגמה, אצל זילברטל, הוצאות, הסבור כי תקנה 514 לתקנות המאפשרת הטלת הוצאות לטובת אוצר המדינה הותקנה בחוסר סמכות. אך, מאידך, בית המשפט עושה בתקנה זו שימוש לא פעם. לעניין זה ראה, לדוגמה, ברע"א 1514/06, **תדיראן מוצרי צריכה בע"מ נ' אמיר שהי שאול** (פורסם בנבו, 24.4.06; להלן: "פרשת תדיראן"): "האם קיים בידי בית המשפט כלי או מכשיר שניתן לעשות בו שימוש במקרה מתאים על מנת לפצות על אי ניצול מיטבי של זמן שיפוטי ולהרתיע מפני בזבז משאב זה... התשובה נמצאת בכלי של הוצאות לטובת אוצר המדינה. תקנה 514... מאפשרת לבית המשפט לפסוק הוצאות מקום ש"בעל דין האריך את הדיון בכל הליך שלא לצורך, על ידי טענות סרק או בכל דרך אחרת"... האמצעי האמור נותן בידי בית המשפט כלי ניהולי, שיש לו אף פן שניתן לכנותו משמעותי. הארכת הדיון שלא לצורך מביאה לכך שבית המשפט מקדיש זמן להליך מסוים בלא הצדקה... אובדן זמן שיפוטי בשל הארכת דיון שלא לצורך פוגע בכלל בעלי הדיון ולא דווקא באלה שבתיק המסוים... כלומר, נפגעת היכולת לנצל באופן מיטבי את הזמן השיפוטי... למכשיר של הוצאות לטובת אוצר המדינה יש נגיעה ישירה לניצול מיטבי של הזמן השיפוטי... ייתכן שהסמכות לפסוק הוצאות לטובת אוצר המדינה הייתה אף מוכרת מכוח סמכות טבועה... הרציונל שמאחורי הוצאות לטובת אוצר המדינה אף מוביל למסקנה שהביטוי "הארכת דיון" שבתקנה 514, מחייב פרשנות מרחיבה. תחולתו היא לגבי מקרה בו בעל דין גורם לבזבז זמן שיפוטי בלא הצדקה, אף אם אין מדובר בדיון בעל-פה ואף אם אובדן הזמן הוא בעצם היוזקותו של בית המשפט להליך... בית משפט זה עשה שימוש בכלי של הוצאות לטובת אוצר המדינה בהזדמנויות שונות ולגבי מגוון רחב של עניינים: הגשת ערעור נטול בסיס מעיקרו... הגשת בקשת רשות ערעור בגלגול שלישי שלא היה לה יסוד... ערעור סרק על החלטה בעניין פסלות שופט... חריגה מהיקף סיכומים... ניסוח לקוי של בקשה... התנהגות רשלנית של בעל דין... וניתן היה להוסיף עוד כהנה וכהנה דוגמאות". וראה גם בד"נ 8/86, **המשחטה המאוחדת שוק הכרמל נ' עיריית תל אביב-יפו**, פ"ד מ(2), 157 (1986).

<sup>50</sup> חוק פסיקת ריבית והצמדה, תשכ"א-1961. וראה גם תקנות פסיקת ריבית והצמדה (קביעת שיעור הריבית ודרך חישובה), תשס"ג-2003.

<sup>51</sup> פיצויים על מניעת רווח מכונים גם פיצויי קיום, פיצויי ציפייה או פיצויים חיוביים (Expectation damages), ומטרתם להעמיד את הנפגע במקום בו היה אילו התרחשה הפגיעה, לרבות הרווחים להם היה צפוי. פיצויי קיום רלוונטיים לענפי משפט שונים, ועל השימוש



פועל בניגוד לכללים הדיוניים יוצר בכך נזק לתובע. גם אם אין מקום לפגוע בצורה דרסטית בזכויותיו המהותיות של הנתבע בשל פגמים דיוניים, הרי שלכל הפחות יש להתייחס אליו כאל מי שגרם לתובע נזק בשיעור הרווחים אותם יכול היה להרוויח, ולעיתים בשיעור הריבית אותה משלם התובע על משיכת היתר אליה נכנס. גם לנתבע עשויים להיגרם נזקים משמעותיים מעצם חלוף הזמן, ויתכן בהחלט שהוא מרתק סכום מסוים ונמנע מלהשקיעו, וזאת מחשש לתוצאות התביעה. ממילא, גם את הנתבע יש מקום לשפות על אובדן רווחיו. יובהר, כי אין הכוונה לקיום הליך עצמאי אשר ידון בשאלת גובה הנזק, אלא בהערכה של בית המשפט את גובה הנזק הראוי לפיצוי בדרך של 'אומדנא'<sup>52</sup>.

לכן, נדמה שיש מקום להשתמש בכלי זה, בדרך של חיוב בעל הדין מפר הכללים על התוצאות שנגרמו מהתנהלותו. כך, לדוגמא, מי שמבקש להציג ראיות באיחור, יוזהר ע"י בית הדין (בכפוף לשיקול דעתו) שתנאי להצגת הראיה באיחור הינו, שבין אם יקבע בסופו של יום שהראיה שהוצגה באיחור לא שינתה את הכרעת הערכאה הרלוונטית, ובין אם יסתבר כי הראיה היתה חיונית ומשמעותית ביותר, הוא עשוי להתחייב על מניעת הרווחים שגרם כתוצאה מהתמשכות הדין, וכן על זה הדרך.

נזכיר שוב. הזמן שאורך הליך משפטי גורם נזק שאיננו רק כלכלי (וספק אם נזק זה ניתן לפיצוי) אלא גם במישור עוגמת הנפש<sup>53</sup> ורמת האמון במערכת. כך הם הדברים ב'סחבת' הטבעית של המערכת, אך הנזק אשר נגרם למי שבעל דינו מתעלם מחובותיו הדיוניים ואינו נענש במישורים הללו – חמור שבעתיים. במקרה כזה, נדמה שיש מקום לעשות שימוש בכלים שונים על מנת ליצור את האיזון הראוי.

## 22(ו). כלים נוספים ההולמים את נסיבות המקרה

הכלים שהוצעו עד כאן אינם 'רשימה סגורה' של כלים, ובית המשפט יכול להוסיף להם עוד כהנה וכהנה בהתאם לשיקול דעתו ובהתאם לנסיבות השונות של אותו מקרה. כך, באחד המקרים, קבע בית המשפט שצו מניעה זמני, אשר נועד למנוע ממתחרה שימוש בסימן מסחרי, יכנס לתוקף רק כעבור חצי שנה. זאת, כקנס למבקש הצו על כך שחשף ראיה חדשה בפני ערכאת הערעור בניגוד לכללים הנוגעים לבקשה להוספת ראיות. זהו קנס כלכלי בטבעו, המעניש את מפר הכללים הדיוניים בצורה חמורה בהתייחס לנסיבות המקרה<sup>54</sup>.

---

בהם קים דיון נרחב. ראה דניאל פרידמן, אינטרס הקיום בפיצויים חוזיים, ספר זיכרון לגואלטירו פרוקצ'יה - חיבורי משפט (אהרן ברק, נפתלי לפשיץ, אוריאל פרוקצ'יה ומרדכי א' ראבילו עורכים, 1996), 377; Ole Lando & Hugh Beale, *Principles of European Contract Law – Part 1: Performance, Non-Performance and Remedies* (The Hague, Boston, 2000), 193, ע"א 6370/00, קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה, פ"ד נו(3) 289 (2002); ע"א 700/89, חברת חשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ, פ"ד מז(1) 667 (1993); להלן: "פרשת חברת חשמל"; Kajima/Ray Wilson v. Los Angeles County Metropolitan Transportation, 1 P.3d 63, 2000 Cal. LEXIS 4551; ע"ע"מ 9423/05, רשות השידור נ' קטימורה בע"מ (פורסם בנבו, 13.8.07); להלן: "פרשת קטימורה".

<sup>52</sup> לדיון ביכולתו של בית המשפט בישראל לפסוק בדרך של אומדנא, ראה ע"א 153/04, חיותה רובינוביץ נ' ע"ד יוסף רוזנבוים (פורסם בנבו, 6.2.06); להלן: "פרשת רובינוביץ"; ע"א 2688/95, יצחק פנחס נ' כרם מהנדסים, פ"ד נ(5), 742, 746 (1997); ע"א 294/92, חיה דרוק נ' אהרן אליאסיאן, פ"ד מז(3), 23, 34 (1993); ע"א 355/80, נתן אנסימוב בע"מ נ' מלון טירת בת שבע בע"מ, פ"ד לה(2), 800 (1981). לעיון בגישתו של המשפט העברי לסוגיה, ראו כץ, האומדן; גולאק, יסודי המשפט, ח"ד, 97; אלבק, הראיות, 62; פיסקה 102 לפסה"ד של השופט רובינשטיין בפרשת רובינוביץ.

<sup>53</sup> כהן, המשפט, 380: "אומנם בדיני ממונות בית המשפט רשאי לפסוק ריבית והצמדה על חוב שמאז הגשת התביעה ועד לפירעונו בפועל - אבל, לעולם אין בכך לפצות אדם, לא על נזק ולא על עינוי. לא על ניזקו, משום שהפירות שאדם יכול להניב בכספו עולים בכוח פי כמה על כל ריבית שנית משפט רשאי לפסוק; ולא על עינוי, משום שאי אפשר לפצות על עוגמת נפש והתמרמרות ועל צעקה שאינה נענית".

<sup>54</sup> רע"א 6658/09, מולטילוק בע"מ נ' רב בריח (08) תעשיות בע"מ (פורסם בנבו, 12.1.10).

### ג. שילוב כלים שונים

כפי שהובהר כבר לעיל, חיזוק ארגז הכלים של בית המשפט הכלים שונים, איננו מחייב אותו לבחור כלי אחד מתוך הארגז ולעשות רק בו שימוש. ההיפך הוא הנכון. בעת שבחנו את הערכים העומדים ביסוד סדרי הדין הצבענו על כך שחתימה לגילוי האמת (כפי שמבקש בעל הדין שהפר את הכללים הדיוניים) יוצרת פגיעה הן בכלל והן בבעל הדין שכנגד. נדמה שבהינתן ההצעה שבמודל זה, הקובעת כי החתימה לגילוי האמת תעמוד מעל יתר הערכים כ'סדר ראשוני', הרי שביסוד המשני יש מקום לפתור את כלל הקשיים השונים שיצרה ההפרה. לכן, לשם הדוגמא, ניתן יהיה בהתאם למודל המוצע לאפשר הגשת תביעה גם לאחר תקופת ההתיישנות. עם זאת, יש מקום להתנות הגשת תביעה מעין זו במספר תנאים נוספים, אשר יפתרו את הקשיים שיוצרת עצם הגשת התביעה:

א. על מנת לכסות את הנזק אשר עשוי להיגרם לציבור כתוצאה מעצם הגשת התביעה באיחור, וכתוצאה מהצורך להידרש לתביעות 'מיושנות' ולזמן הכרוך בכך, יש מקום לחייב את מגיש התביעה באגרה גבוהה במיוחד, אשר תגרום לו לשקול היטב את הגשת התביעה<sup>55</sup>.

ב. על מנת לפצות את בעל הדין שכנגד על הנזק הראייתי שגורמת לו הגשת התביעה לאחר תקופת ההתיישנות, יש מקום לשקול כללים של הכבדת נטלי הראיה על מגיש ההליך ואף קביעת חזקות הניתנות לסתירה כנגד טענותיו, והכל בהתאם לשיקול דעתו של בית המשפט.

ג. על מנת לפצות את בעל הדין שכנגד על הנזק הכספי אשר גורם לו עצם קיומו של ההליך, יקבע עוד מלכתחילה כי חיוב ההוצאות בהליך מעין זה לזכותו, אם וככל הוא יזכה בהליך, יהיה גבוה במיוחד, וגם מגיש ההליך יהיה מודע לכך מלכתחילה, ויביא זאת בין יתר שיקוליו.

שילוב מספר כלים, מעין זה, רלוונטי, כמובן, לא רק למקרים בהם מוגשת תביעה לאחר תקופת ההתיישנות, אלא כמעט לכל אחד מהמקרים בהם מופרים הכללים הדיוניים. בכל אחד ממקרים אלו יש לדאוג לכך שבמקביל להעמדת גילוי האמת בראש סדר העדיפויות, לא ישכחו מלב גם בעל הדין שכנגד והציבור, והם יפוצו על הנזק שגורמת להם ההפרה הדיונית.

### ד. הצורך במודל אחיד

בפרקים הבאים ננתח את המודל בהתאם למשפט הישראלי ובהתאם למשפט העברי. במסגרת ניתוח זה נעמוד על היתרונות שהוא יוכל להוסיף לכל אחת מהמערכות. עם זאת, כבר כעת חשוב להבין כי עוד לפני שנאמץ את נקודת

<sup>55</sup> כאן גם המקום להעיר על טענה אותה העולה אצל קמיניץ, דיני ההתיישנות, 366-367, ולפיה: "אין בהודאה בזכות כשלעצמה משום הצדקה מספקת ליצירת עילת השעיה, בוודאי לא כזו שיכולה להחיות תביעה שהתיישנה זה כבר. רק על דרך הדוגמה יצוין כי באיזון טעמי ההתיישנות אין הצדקה לפתיחה מחודשת של סכסוך מלפני שנים רבות רק משום שהנתבע החליט, אפשר שבערוב ימיו, להודות כי הוא חב כלפי חבריו". זאת משום שלהשקפתו של קמיניץ חלק מטעמי ההתיישנות עדין יחולו. כך, לדוגמא, "מי לכפנו יתקע שהנתבע לא יחזור בו מהודאתו ויגרוור את בית המשפט לדיון ראייתי מחודש", וראה את הדברים בהרחבה במקור. לענין ד, נראה שהמודל המוצע מהווה פיתרון גם לבעיה זו, שכן הוא 'מפצה' את המערכת המשפטית על הטיחה שבקיום דיון בסוגיה ישנה (גם במקרה בו יחזור בו הנתבע מהודאתו, והליך הראיות יהיה סבוך). לעומת זאת, במקרה מעין זה לא יהיה מקום לפצות את הנתבע על נזקיו הראייתיים ואו הכספיים, שכן הם נובעים אך ורק מתוך הודאתו וסירובו לשלם (שמבלעדיהם לא היתה באה התביעה לאוויר העולם). מיותר לציין שחיוב המודל בתשלום חובותיו הינו מוסרי לאין ערוך מפטירתו מתשלום זה.

המבט של איזו מהמערכות, יש לעמוד על עצם החשיבות שבקיום מודל מאוחד אשר יחול (גם אם בשינויים כאלו ואחרים) בכל אחת מהמערכות. החשיבות הינה בשני פנים. הפן הראשון, עניינו בניסיון ליצור קשר בין המערכות, והפן השני, עניינו בזהות חלקית של הערכים בין המערכות.

לעניין זה, עצם הזיקה בין המערכות אינה ברורה כלל. כפי שהבהרנו באריכות לעיל, 'דתינות' של המשפט העברי משליכה על רבים מהכללים הדיוניים שלו. אימוץ כללים מהמשפט העברי מעוררת שאלות הן בתחום הדתי ('חילון ההלכה') והן בתחום המשפטי-פרקטי. למרות כל הנ"ל, וכפי שנבהיר להלן, אנו סבורים כי יש מקום רב לכך ששיטות המשפט תפרינה האחת את רעותה.

#### **14. הקשר בין המשפט הישראלי והמשפט העברי**

ראשית, חשוב להדגיש כי לא ניתן לבודד לחלוטין תחומי משפט שונים או נושאים שונים מכלל העולם המשפטי במסגרתו אנו מצויים.

"...שיטת משפט אינה קונפדרציה של תחומי משפט. היא מהווה אחדות של שיטה ומשפט. אכן, עקרונות היסוד הם

עקרונות של השיטה כולה..."<sup>56</sup>.

ובמקום אחר הרחיב על כך בית המשפט העליון, והדגיש את חשיבותה של הרמוניזציה ביסודה של המערכת ושל שילוב הערכים:

"ענפי המשפט השונים אינם חיים, ענף ענף, לעצמו. הם שלובים זה בזה ונטמעים זה בזה למערכת הרמונית אחת. יש קשר גומלין הדוק ביניהם, ובמקרה של התנגשות וסתירה מתחייב איזון כדי להשיג תוצאה מושכלת והוגנת אשר תטמיע אל תוכה, על דרך של הרמוניזציה, עקרונות מתנגשים מהתחומים השונים. התעלמות מהקורלציה הקיימת בין ענפי המשפט השונים בסיטואציה עובדתית מסוימת, עלולה להביא דיסהרמוניה ביישומם של כללי היסוד של השיטה, המחייבים ראייה שיפוטית רחבה, האוצרת בתוכה התייחסות לעקרונות המיוחדים לענף המשפטי הרלבנטי, על דרך התמזגותו עם הענפים האחרים. המשטר החוקתי המסדיר קיומן של זכויות יסוד בתחום זכויות הפרט, יוצר חוליית קישור בין תחומי המשפט השונים, ומחייב, לא אחת, פעולת איזון בין העקרונות הטמונים בענף האחד, לבין כיבוד אינטרסים פרטיים וציבוריים חשובים הטמונים בענף האחר"<sup>57</sup>.

כחלק מגישה זו יש לזכור שמערכת בתי הדין הרבניים **משתייכת בסופו של יום למערכת הציבורית במדינת ישראל**, והיא כפופה בהחלטותיה לבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק (גם אם לא כערכאה ערעורית). לא זו אף זו. בהקשרים מסוימים הקשר בין המערכות אינו רק במסגרת הכפיפות לבית המשפט העליון, אלא גם בעצם היכולת שניתנה בחוק למתדיינים לפנות לבית הדין הרבני או לבית המשפט לענייני משפחה – בהתאם לרצונם.

<sup>56</sup> ע"א 294/91, חברה קדישא גחשא"א "קהילת ירושלים" נ' ליונל אריה קסטננבאום, פ"ד מו(2), 464, 530 (1992).  
<sup>57</sup> בשי"פ 5816/09, מדינת ישראל נ' אברהם זגורי (פורסם בנבו, 9.9.09).

קשה מאד לקבל מציאות בה עשויה הבחירה באחת הערכאות להיגזר מתנאים דינוניים נוחים יותר המצויים באותה ערכאה. זהו מצב לא ראוי בעליל, ובייחוד לאור הבעיה הידועה של 'מירוץ הסמכויות' המתנהל בין הערכאות.<sup>58</sup> כך קבע בית המשפט העליון בהקשר אחר:

"אין שתי מערכות דינים בישראל, האחת המיוחדת לבית הדין לעבודה והאחרת המיוחדת לבית-המשפט הגבוה לצדק. איננו קונפדרציה של מערכות שיפוט ומשפט. המשפט בישראל הוא אחד, והוא חל בכל מערכות השיפוט... אחדות נורמטיבית והרמוניה שיפוטית מאפיינות את מערכות המשפט והשיפוט... שינוי הכלי אינו גורר אחריו שינוי בתוכן"<sup>59</sup>.

אמנם באותו פסק דין הבהיר בית המשפט כי אין כוונתו לסדרי דין ספציפיים, וכי "למותר לציין, כי לכל מערכת שיפוט כללי דיון משלה"<sup>60</sup>. אלא שגם אנו ביצירת המודל איננו מכוונים ליצירת זהות בין כללי הדיון שבשתי המערכות. כוונתנו ליצירת מתאם של ההכרעה בסוגיה הערכית, המעמדת בין בירור האמת והגנה על ערכים דינוניים חשובים דוגמת יעילות ויציבות. בנושא זה אין כל סיבה שלא תהא התקרבות בין המערכות, לכל הפחות ברמה הערכית.

חשוב להבהיר כי הצורך והחשיבות ששתי השיטות תפרינה האחת את רעותה מצויים כבר היום במצב הנורמטיבי הקיים. על הצורך של המשפט הישראלי לעשות שימוש במשפט העברי ובמקורותיו נכתבו קולמוסים רבים<sup>61</sup>, ואף מצויים דברים מפורשים בעניין בחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980 (אם כי נסיבות השימוש בהפניה זו מצויים במחלוקת)<sup>62</sup>. לכיוון האחר, אין מחלוקת על כך שהחקיקה בישראל היא בעלת משמעות רבה ומקיפה על המשפט המהותי בבתי הדין הרבניים, ונורמות רבות מן המשפט הישראלי חדרו והשפיעו על בתי הדין<sup>63</sup>. גם על נקודה זו אין זה המקום להרחיב<sup>64</sup>. כחלק מיסוד מאחד זה הציעה השופטת ברק-ארז הסתכלות מאחדת ומשלימה על המערכות. היא הסתמכה על דברי השופט אלון<sup>65</sup> ולפיהם מבין הגישות המשפטיות הנוהגות במדינות דמוקרטיות ביחס לסוגיה מסוימת, ראוי להעדיף אותו פתרון שמתיישב עם התפיסה היהודית, וקבעה לכיוון ההפוך כי

<sup>58</sup> ראה עוד על מרוץ הסמכויות והשלכותיו השליליות: מנשה שאוה, 'על 'כרוך' ו'כנות' - היפסק מירוץ הסמכויות בענייני מזונות בין בית המשפט המחוזי לבין בית-הדין הרבני?', **עיוני משפט** ב (התשל"ב), 719; אריאל רוזן-צבי, 'הלכת הכריכה' ומרוץ הסמכויות' והשפעתם על המשפחה ודיני המשפחה, **עיוני משפט** יד (התשמ"ט), 67; אשר מעוז, 'כרוך זה הכרוך על עקבוננו' - על הכריכה בתביעת הגירושין, **עיוני משפט** יד (התשמ"ט), 101; הרב שלמה דיכובסקי, 'הלכת השיתוף - האם דינא דמלכותא', **תחומין** יח (התשנ"ח), 27; בג"ץ 1000/92, **חווה בבלי נ' בית-הדין הרבני הגדול**, פ"ד מח(2), 221 (1994); להלן: 'פרשת בבלי', 235; בג"ץ 8497/00, **פלוני נ' פלונית**, פ"ד נז(2), 118, 133; בג"ץ 9611/00, **בדר (מרעי) נבאל נ' מרעי נזיה**, פ"ד נח(4), 256 (2004); בג"ץ 5918/07, **פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול** (פורסם בנבו, 23.6.09); תיק (גדול) 1700-21-1, **פלונית נ' פלוני**, לא פורסם (ניתן ביום 28.11.07).

<sup>59</sup> בג"ץ 3991/92, **המועצה המקומית אבו סנאן נ' שר החינוך והתרבות**, פ"ד מז(3) 234 (1993), 238.

<sup>60</sup> אדרבה, באותו פסק דין הודגש כי "דווקא שוני זה בדיני הדיון הוא המעניק לבית הדין לעבודה כלי דיון שאינם מצויים בידי בית המשפט הגבוה לצדק, והמאפשרים לו לבחון באופן יסודי מחלוקת עובדתית המתגלה בין הצדדים".

<sup>61</sup> לסוגיה זו מקורות רבים מאד. רק לשם הדוגמא, ראה אצל זילברג, באין כאחד, 180: "מלא החיוב וההכרח... לחדש ולצור בכוחות עצמנו שיטת משפט שלמה, מקיפה, מודרנית, תומכת את יתדותיה באותן ההשקפות המוסריות והתרבותיות, המונחות ביסוד המשפט הלאומי העתיק שלנו".

<sup>62</sup> להרחבה ראה מנחם אלון, עוד לעניין חוק יסודות המשפט, **שנתון המשפט העברי** י"ג (התשמ"ז), 227; חנינה בן-מנחם, 'חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980 - חובת ציות או חובת היוועצות?', **שנתון המשפט העברי** י"ג (התשמ"ז), 257; אהרן ברק, חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל, **שנתון המשפט העברי** י"ג (התשמ"ז), 265; אליאב שוחטמן, 'על ההיקש כדרך פסיקה במשפט העברי ובזיקה לחוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, **שנתון המשפט העברי** י"ג (התשמ"ז), 307; שמואל שילה, 'על חוק יסודות המשפט - הערות והארות', **שנתון המשפט העברי** י"ג (התשמ"ז), 351; בן ציון שרשבסקי, 'חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, **שנתון המשפט העברי** י"ג (התשמ"ז), 379; גואלטירו פרוקצ'יה, 'חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, **עיוני משפט** י" (התשמ"ד), 145; אריה אדרעי, מדוע לנו משפט עברי, **עיוני משפט** כ"ה (התשס"א-התשס"ב), 467; ליאון שלף, 'ה"פורמליזם" של המשפט העברי וערכיה של מורשת ישראל, **עיוני משפט** כ"ה (התשס"א-התשס"ב), 489.

<sup>63</sup> ראה שלל דוגמאות בפיסקה נ"ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין בפרשת עזבון המנוח פלוני.

<sup>64</sup> ראה פירוט השיטות בעניין זה אצל הרב ישראל בן שחר והרב יאיר הס, התוקף ההלכתי של חוקי המדינה, **כתר** א' (התשנ"ו), 342.

<sup>65</sup> פרשת שפר.

”באותה רוח, ראוי לתת העדפה לפתרון ההלכתי המתיישב עם תפיסות היסוד של המשפט הישראלי. כל זאת, לאורו של עקרון הפרשנות הכללי התומך בחתירה להרמוניה, השלמה וסינתזה בין הערכים שביסוד השיטה המשפטית”<sup>66</sup>.

יצוין כי עיקרון דומה בהקשר שונה מצוי במאמרו של סיני, העוסק בדוקטרינה של 'הודאה והדחה'<sup>67</sup>. במאמר זה הוא מתקשה בשאלה בדבר ההבדלים הפרטניים האפשריים בין שתי המערכות – זו של המשפט העברי וזו של המשפט הישראלי, אך הוא משיב על קושי זה, כאשר את חלקם של הדברים ניתן להעתיק לנשוא דיונונו כלשונם:

”ואולם, קשיים רבים ניצבים בפני שילובה המלא של שיטת הדיון של המשפט העברי במשפט הישראלי הנוהג. יש לזכור כי המשפט הדיוני העברי שונה מאוד מהמשפט הישראלי...”

אני ער לקשיים האמורים ולהבדלים בין שיטות הדיון, ואף על פי כן, סבורני שהמשפט הישראלי יכול לקלוט באופן סלקטיבי את הרעיון המרכזי העומד מאחורי “המוציא מחברו” והמיגו, גם ללא כל פרטי הדינים הנלווים... לא זו בלבד שהיא צודקת, מוסרית, מעודדת טענות אמת ויוצרת ביטחון וודאות משפטיים, אלא היא אף עולה בקנה אחד עם ההגנה החוקתית על זכות הקניין”<sup>68</sup>.

וכאן הולך ד"ר סיני עוד צעד נוסף, לכיוון הדרך בה נבקש ללכת:

” כדי שהמשפט הישראלי יוכל ליהנות מכל היתרונות הנלווים למודל הדיוני של המשפט העברי... נדרש שינוי רדיקלי באווירה ובסביבה הדיונית הישראלית, שחרף השינויים שנעשו בה עד היום, מכירה עדיין בהכחשות טקטיות שקריות, באי-אמירת אמת בכתבי טענות, ובמשחק ב”קלפים מוסתרים” ככלים דיוניים לגיטימיים. מן הראוי לשאול בגלוי וברור: האם לא הגיעה השעה להתאים את ההליך הדיוני האזרחי הישראלי למטרה של גילוי האמת? האם לא הגיעה העת להפסיק את עונת המשחקים?

צעד חשוב בכיוון זה הוא אימוץ כמה מן הכללים המשפטיים המקובלים במשפט העברי... שמטרתם להביא לכך שטענות בעלי הדין ישקפו את האמת. רק באופן זה יוכל ההליך הדיוני לשרת ערכים דיוניים ראויים...”<sup>69</sup>.

באותו מאמר מציע סיני, כי על אף שהוא סבור שיש לבצע אימוץ מלא של המודל הדיוני של המשפט העברי<sup>70</sup>, יש להסתפק בשלב הראשון ב”מודל חדש-ישן, מעשי וקיצוני פחות, המשלב יסודות מהמשפט העברי במשפט הישראלי הנוהג”<sup>71</sup>. בדרך דומה (אם כי שונה) מבקש גם המודל המוצע בעבודה זו לאמץ את עקרונות היסוד מהמשפט העברי בנושא מסוים אל המשפט הישראלי. הסדר השני של המודל מציע כבר שינוי משמעותי בשתי

<sup>66</sup> פרשת עזובן המנוח פלוני וראה גם בפסקה נ”ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

<sup>67</sup> סיני, הדוקטרינה.

<sup>68</sup> שם, 238-239. לא למותר לציין כי דבריו של ד”ר סיני בעניין רחבים בהרבה, וכאן מצוטטת רק תמצית שבתמצית מתוך דבריו.

<sup>69</sup> שם, 239-240.

<sup>70</sup> שם, 240, הוא עומד על הקושי המעשי באימוץ מלא, בעיקר לנוכח אופיה השמרני של השיטה הדיונית: “סדרי הדין האזרחיים מתאפיינים בשמרנות יתר, וגם אם מתחוללים בהם שינויים, נעשה הדבר בדרך כלל עקב בצד אגודל ולא ברפורמות גורפות. יש להניח כי אף בסוגיה שלפנינו יקשה על המשפט הדיוני הישראלי להסתגל לשינויים רדיקליים ונרחבים כל כך הנדרשים לאימוץ מלא של המודל הדיוני של המשפט העברי, אף שראוי לדעתי שכך ייעשה, שכן מדובר בשינוי השקפת העולם הדיונית – שינוי שקשה לבצע בהינף יד. לפיכך, אם ברצוננו להיות מעשיים, עלינו להציע בשלב הראשון רפורמה חלקית ומצומצמת, מתוך שאיפה להשלימה ולהרחיבה בהמשך הדרך, עד כדי שינוי מהותי של שיטת הדיון הישראלית”.

<sup>71</sup> שם.

שיטות המשפט. בשיטת המשפט העברי השינוי מתבסס על אימוץ נרחב יותר של כלים אשר מקובלים במשפט הישראלי. במשפט הישראלי, לעומת זאת, השינוי מחויב המציאות לאור השינוי המשמעותי בסדר הראשון. מקובלים עלינו דברים שנכתבו זה מכבר בעניין זה:

“...ההלכה” כוללת כמה עקרונות ויסודות משפטיים בשטח הפרוצדורה האזרחית, שהשימוש בהם... עשוי להעלות את

רמת הדיון... עקרונות משפטיים המצויים בחוק הקיים כיום, שיש להם מקבילים בחוק העברי, צריכים לקבל את הלבוש העברי המקורי, מה שישפיע במישרים על צביונו הלאומי של המשפט שייקבע במדינה<sup>72</sup>.

יוער, כי מעבר לכל הנ”ל פעמים רבות קיימת שאיפה עקרונית לאחדות דינים בין מערכות משפטיות שונות. לעיתים אף נקבע כי קיים “אינטרס ברור במערכת דינים עולמית הרמונית”<sup>73</sup> בנושאים שונים, דוגמת ההגנה על זכויות יוצרים, שכן רק מערכת כזו תבטיח כבוד הדדי בין המערכות השונות, ואף תבטיח סיוע מלא והעברת מידע בין המערכות<sup>74</sup>. הדברים נכונים בקל וחומר במקום בו קיימות ערכאות השייכות למערכות משפטיות שונות, אשר נשפכו רבבות מילים על הצורך בכבוד הדדי ביניהן<sup>75</sup>. ודאי שיצירת קירוב בין הדינים השונים, ולפחות הכרה בעצם הלגיטימיות של כל אחת ממערכות הדינים, תסייע ביצירת הכבוד ההדדי בין הערכאות.

כאן עלינו להתייחס לטענה ולפיה הדין המהותי במשפט העברי הינו דין פורמליסטי למדי, ואילו הדין המהותי במשפט הישראלי הינו דין גמיש באופן יחסי<sup>76</sup>. משכך, נטען כי ישנו סוג של איזון פנימי בין הדין המהותי לדין הדיוני, וכי בשיטה בה הדין המהותי הינו פורמליסטי, על הדין הדיוני להיות גמיש, ואילו בשיטה בה הדין המהותי גמיש יותר, על הדין הדיוני להיות דווקני יותר. בהתאם לטענה זו אין מקום לכל ניסיון ליצור אחדות כלשהיא בין הדינים, שכן איחוד המושגים בדין הדיוני יחייב גם את התאמת המושגים בדין המהותי.

אלא שנדמה, לענ”ד, כי טענה זו לוקה בסוגיה מהותית. גם אם נניח כי המצב בשתי השיטות הוא כמתואר, הרי שאין כל בסיס הגיוני ו/או מוסרי ליצירת האיזון הנ”ל בין הדין המהותי לדין הדיוני<sup>77</sup>. כך, לדוגמא, נניח שהמשפט הנוהג במדינת ישראל קובע מנגנון גמיש לקביעת אחריות המזיק, התלוי בשלל נסיבות המקרה, ואילו המשפט העברי קובע לעומתו מנגנון דווקני המטיל אחריות מוחלטת. האם ניתן להצדיק בשל כך כי המשפט העברי יאפשר הגשת תביעה בנושא גם לאחר עשר שנים, ואילו מערכת המשפט בישראל תאפשר את קבלת התביעה רק בתוך תקופת התיישנות מוגדרת?! והרי ההיגיון הינו הפוך, שכן ככל שהדין הינו דווקני יותר<sup>78</sup>, כך עילת התביעה מבוררת יותר, וכך ישנו מקום לחייב את הניזוק להגיש תביעה ללא כל שיהוי. ועוד. האם ניתן

<sup>72</sup> וינר ומאק, קוים לתיקונים, 140.

<sup>73</sup> ע”א 513/89 S/interlego נ’ lines bros. S.a-exin, פ”ד מח(4), 133, 200 (1994).

<sup>74</sup> ראה בהרחבה ב: National Research Council Global Dimensions of Intellectual Property Rights (1993, Washington).

<sup>75</sup> ראה, לדוגמא, בג”ץ 170/56, רחמני נ’ רחמני, פ”ד יא, 247, 250 (1957); בד”מ 1/81, נגר נ’ נגר, פ”ד לח(1), 365, 398 (1984): “כיבוד הדדי זה אינו עניין של נימוסים תקינים והנהגה טובה בלבד, אלא חיוני הוא לקיומה של מערכת שיפוט תקינה...”; בג”ץ 669/82, בן צבי נ’ בית הדין הרבני האזורי חיפה, פ”ד לח(2), 716, 719 (1984); בג”ץ 8497/00, אירה פייג-פלמן נ’ ג’אורג’ פלמו, פ”ד נז(2), 118 (2003); בג”ץ 9734/03, פלונית נ’ ביה”ד הרבני הגדול, פ”ד נט(2), 295, 303 (2004); בג”ץ 2621/11, פלונית נ’ בית הדין השרעי לערעורים בירושלים (פורסם בנבו, 27.12.11).

<sup>76</sup> לצורך דיונו הנוכחי נתייחס אל טענה זו כנכונה, אם כי מובן שגם היא זקוקת הוכחה, ונדמה שהמצב מורכב מעט יותר. להרחבה

בעניין זה ראה אצל זילברג, כך דרכו, 55-58 ולעומתו אצל Ben-Menahem.

<sup>77</sup> יתכן כי יש מקום ליצירת איזון מעין זה בין הדין המהותי לדיני הראיות, אך גם סוגיה זו אינה נקיה מספיקות.

<sup>78</sup> ודאי שאלו הם פני הדברים תחת משטר של אחריות מוחלטת.

להניח שבשיטת משפט דווקנית יותר ניתן יהיה להימנע מהגשת ראיות בשלב הראשוני (בשגגה), ולהיזכר בהם רק בשלבים מאוחרים יותר, בעוד שבשיטה המותרת מקום לגמישות ולתלות בנסיבות בדין המהותי, יפסלו ראיות המוגשות באיחור על אתר! גם כאן, נדמה לעני"ד, כי אם כבר – צריכים הדברים להיות הפוכים.

יתר על כן. בהתאם לתפיסות פילוסופיות הרואות את עולם המשפט כרובד הרמוני הדובר בקול אחד ואחיד<sup>79</sup>, יש מקום לראות את הדין והדין המהותי כחטיבה אחת, וקשה לקבל מציאות בה, מעבר לקושי המוסרי שבדבר אשר אוזכר לעיל, דין אחד יהיה דווקני ואילו דין אחד יהיה גמיש. תפיסה זו "מחייבת כי לא יהא פיצול או חוסר התאמה בין הוראות מהותיות לבין ההוראות הדיוניות אשר נועדו ליישם אותן. הדין ה"שלים" הנו הצירוף הבלתי נמנע של הדין המהותי עם יישומו הדיוני"<sup>80</sup>.

## **2ד. אחדות ערכית – חשיבות האמת וחסימת הפרצות הדיוניות בדין**

נבקש כבר כעת להצביע על כך ששתי המטרות הערכיות העומדות ביסוד המודל המוצע, דהיינו: הגנה מקסימאלית על בירור האמת, ובמקביל ניסיון ליצור הרתעה אפקטיבית שתמנע את זילות ההוראות הדיוניות והערכאה השיפוטית – שתי אלו הן מטרות המשותפות לשתי המערכות, גם אם משקלן בכל אחת מהמערכות איננו בהכרח זהה.

### **2ד(א). חשיבות בירור האמת**

על חשיבות בירור האמת במערכת המשפט העברי אין צורך עוד להרחיב את הדיבור, שכן עבודה זו עוסקת בכך בהרחבה רבה. ואולם, גם המשפט הישראלי רואה בערך של בירור האמת ערך חשוב ומשמעותי במיוחד. גם סוגית גילוי האמת במשפט הישראלי הוזכרה לעיל. כאן נזכיר רק כי קיימת "מגמה הרואה בסדרי הדין מכשיר פרוצדורלי לגילוי האמת ולעשיית הצדק בין הצדדים. זו מחייבת פתיחת ההליך לגמישות רבה בהתאם לרוח התקופה. הרחבת קשת האפשרויות... מתחייבת לאור הגמשת ההליכים ברוח המגמה הרואה בהליכי סדרי הדין מכשיר פרוצדורלי העומד לשרותן של הזכויות המהותיות המתבררות בעת הדיון"<sup>81</sup>.

כחלק מגישה זו, תיאורטיקנים של סדרי הדין קבעו שמטרתם העיקרית היא הגברת הדיוק בפסיקה לצורך בירור האמת<sup>82</sup>, וכי ערך גילוי האמת הינו ערך עליון<sup>83</sup>. בפסיקה נקבע כי "אם תיטול את האמת, או אם ייגרע מכוחו של בית המשפט לבררה, תוצאות פסק הדין לא תהיינה נכונות. במצב זה, מה הטעם בכל ההליך השיפוטית!?"<sup>84</sup>. נזכיר גם את דבריו של בית המשפט העליון בעניין האמת בהליך המשפטי:

<sup>79</sup> ראה: Ronald Dworkin, *Law's Empire* (London, 1986), 76.

<sup>80</sup> הלוי, מגמות התפתחות, 113.

<sup>81</sup> פרשת רוט, 115. וראה גם לנדוי, על השמרנות; Cover, Fiss & Resnik, Procedure, 112. הדברים מאוזכרים גם בבש"א (נצ') 2659/00, **אתי שקד נ' סוניה ציפליק** (פורסם בנבו, 23.10.00); ע"א (ת"א) 1829/02, **ELI-LI LY EXPORTY S.A. נ' חברת לוכסמבורג תרופות בע"מ** (פורסם בנבו, 25.6.02); בר"ע (י-ם) 4225/02, **יוחנן גבאי זאדה נ' וובר דוד** (פורסם בנבו, 21.8.02); ת"א (י-ם) 3256/01, **מיכל דורון נ' המועצה המקומית מבשרת ציון** (פורסם בנבו, 17.2.03); ת"א (חי"י) 787/99, **ארי כץ נ' עיריית הרצליה** (פורסם בנבו, 3.8.03); ת"א (י-ם) 3231/01, **יוסף ברילנט נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ** (פורסם בנבו, 18.8.03); ת"א (י-ם) 5392/03, **PIMCAPCO** **נ' Martin J. Hecke LIMITED** (פורסם בנבו, 1.6.04).

<sup>82</sup> ראה: Galligan, Due Process, 11; Twining, Rethinking Evidence, 71.

<sup>83</sup> ראה אצל: Levine, Discovery, 112-122.

<sup>84</sup> פרשת ביטוח ישיר; פרשת רוזן.

"המשפט עומד על האמת. ביסוד ההליך השיפוטי עומדת חשיפת האמת... מטרת ההליך השיפוטי כולו הינה - כלשונו של הנשיא זמורה - "להוציא כאור משפט"... תפקידו של ההליך השיפוטי - האזרחי, הפלילי והמינהלי - הינו "לחשוף את האמת, וזו מטרתו העיקרית"... תפקידו של השופט, הוא "התפקיד לעשות כדי שהאמת תצא לאור העולם"... "לאמת יוציא משפט" (ישעיהו, מב, ג). "משפט אמת שפטו" (זכריה, ז, ט)<sup>85</sup>.

הנה כי כן, המשפט הישראלי, ואין צריך לומר שהמשפט העברי, מעמידים את ערך גילוי האמת הערך עליון, גם אם כיום המשקל שהם נותנים לערך זה בפועל הינו שונה. מבחינה זו, קבלת המודל המוצע תבהיר את האמירות הערכיות הללו, אשר לעיתים לא מומשו עד תומם.

#### ד2(ב). חסימת הפרצות הדינוניות בדין תוך התחשבות בנוכלים פוטנציאליים

לעניין זה עלינו לתת את הדעת לחיוניות שבחסימת כל פרצה אותה עלול לנצל מאן דהו. התיאוריה של הדין נוטה לחשוב בכיוונים החיוביים של זכויות, חובות והגדרות משפטיות, אבל זה מכבר עמד השופט הולמס על הצורך לבחון את הדברים דווקא בעיניו של הנבל:

"...I do say that that distinction is of the first importance for the object which we are here to consider — a right study and mastery of the law as a business with well understood limits, a body of dogma enclosed within definite lines. I have just shown the practical reason for saying so. If you want to know the law and nothing else, you must look at it as a bad man, who cares only for the material consequences which such knowledge enables him to predict, not as a good one, who finds his reasons for conduct, whether inside the law or outside of it, in the vaguer sanctions of conscience... The law talks about rights, and duties, and malice, and intent, and negligence, and so forth, and nothing is easier, or, I may say, more common in legal reasoning, than to take these words in their moral sense, at some state of the argument, and so to drop into fallacy... But if we take the view of our friend the bad man we shall find that he does not care two straws for the axioms or deductions, but that he does want to know what the Massachusetts or English courts are likely to do in fact. I am much of this mind. The

<sup>85</sup> פרשת הסתדרות מדיציניית הדסה, 522.



prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law"<sup>86</sup>.

מדובר באחד הטקסטים (שבמקור היווה הרצאה) המצוטטים ביותר בספרות המשפטית המודרנית,<sup>87</sup> אשר השפיע (ממש כמו דוברו)<sup>88</sup> רבות על החשיבה המשפטית ובעקבותיו נכתבו מאמרים רבים מאד<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> ראה: Holmes, *The Path*, 459-461. ובהמשך שם מציין השופט הולמס:

"Take again a notion which as popularly understood is the widest conception which the law contains — the notion of legal duty, to which already I have referred. We fill the word with all the content which we draw from morals. But what does it mean to a bad man? Mainly, and in the first place, a prophecy that if he does certain things he will be subjected to disagreeable consequences by way of imprisonment or compulsory payment of money. But from his point of view, what is the difference between being fined and taxed a certain sum for doing a certain thing? That his point of view is the test of legal principles is proven by the many discussions which have arisen in the courts on the very question whether a given statutory liability is a penalty or a tax. On the answer to this question depends the decision whether conduct is legally wrong or right, and also whether a man is under compulsion or free. Leaving the criminal law on one side, what is the difference between the liability under the mill acts or statutes authorizing a taking by eminent domain and the liability for what we call a wrongful conversion of property where restoration is out of the question. In both cases the party taking another man's property has to pay its fair value as assessed by a jury, and no more. What significance is there in calling one taking right and another wrong from the point of view of the law? It does not matter, so far as the given consequence, the compulsory payment, is concerned, whether the act to which it is attached is described in terms of praise or in terms of blame, or whether the law purports to prohibit it or to allow it. If it matters at all, still speaking from the bad man's point of view, it must be because in one case and not in the other some further disadvantages, or at least some further consequences, are attached to the act by law. The only other disadvantages thus attached to it which I ever have been able to think of are to be found in two somewhat insignificant legal doctrines, both of which might be abolished without much disturbance. One is, that a contract to do a prohibited act is unlawful, and the other, that, if one of two or more joint wrongdoers has to pay all the damages, he cannot recover contribution from his fellows. And that I believe is all. You see how the vague circumference of the notion of duty shrinks and at the same time grows more precise when we wash it with cynical acid and expel everything except the object of our study, the operations of the law".

<sup>87</sup> ראה, לדוגמא: David Luban, 'The Bad Man and the Good Lawyer: A Centennial Essay on Holmes's *The Path of the Law*', 72 *N.Y.U. L. Rev.* (1997), 1547, 1548. *Path* has been republished and cited so many times that few of us "remember that it began as a speech, rather than an essay on jurisprudence

<sup>88</sup> ראה, לדוגמא: Benjamin N. Cardozo, Mr. Justice Holmes, 44 *Harv. L. Rev.* (1931), 677, 684. He is today for all students of the law and for all students of human society the philosopher and the seer, the greatest of our age in the Felix Frankfurter, 'The Early Writings of O.W. Holmes', 44 *Harv. L. Rev.* (1931), 717, 723. "domain of jurisprudence, and one of the greatest of the ages [Holmes], above all others, has given the directions of contemporary jurisprudence. He wields such a powerful influence upon today, because his deep knowledge of yesterday enables him to extricate the present from meaningless entanglements with the past and yet to see events in the perspective of history".

<sup>89</sup> על ההרצאה כולה נכתבו ככל הנראה אלפי מאמרים. על ההתייחסות ל"איש הרע" כשלעצמה נכתבו מאמרים רבים. וראה, לדוגמא, ב: Henry M. Hart, 'Holmes' Positivism—An Addendum', 64 *Harv. L. Rev.* (1951), 929, 932. The conclusion . . . is that law is something entirely separate from morals, and that to see law truly we must look at it the way a bad man does. Why Mark DeWolfe Howe, 'that helps, unless to make us more effective counselors of evil, I have never understood Irving R. Kaufman, The Former Government Attorney ; Positivism of Mr. Justice Holmes, 64 *Harv. L. Rev.* (1951), 529 William Twining, The Bad Man Revisited, 58 ; and the Canons of Professional Ethics, 70 *Harv. L. Rev.* (1957), 657 David Simon & Gerald A. Novack, 'Limiting the Buyer's Market Damages to Lost Profits: A Challenge to the Enforceability of Market Contracts', 92 *Harv. L. Rev.* (1979), 1395, 1433 Perhaps the best way to appraise the court's foreseeability theory is to see how it would operate in the hands of Justice Holmes' classic 'bad man' Sanford Levinson, 'Strolling Down the Path of the Law (and Toward Critical Legal Studies?): The Jurisprudence of the single most important essay "man" of Richard Posner', 91 *Colum. L. Rev.* (1991), 1221, 1228 Phillip E. Johnson, 'Reason in the Balance: The Case Against Naturalism in Law', 140 *Law & Edu.* (1995), 140 This lecture has been so influential in shaping the thinking of American lawyers "Science", 18 *Cardozo* ; "that it might be described as almost part of the Constitution Richard A. Posner, Pragmatic Adjudication, 18 *Cardozo* ; "that it might be described as almost part of the Constitution Gordon, The Path of the Lawyer, 110 *Harv. L. Rev.* (1997), 1013, 1014 ; *L. Rev.* (1996), 1 Probably the most common reading of the speech is that it sets forth a purely positivist theory of law—a "Path ("):

הסדר השני במודל המוצע בנוי, למעשה, על גישה זו. הוא מיוסד על הנחה שדווקא לאור הגמישות המרובה בדרך אל בירור האמת, והעמדת ערך זה כערך ראשון במעלה, אשר בפניו נדחים ערכים אחרים, יש מקום לחסום את הפרצות הדייוניות באורח נוקשה יותר, ולהימנע מיצירת עידוד להפרת הכללים הדייוניים, גרימת עינוי דין חמור לבעל הדין שכנגד, ובעקיפין גם לזלזול במערכת המשפטית אותה ניתן לנצל לרעה.

Richard A. Posner, *The Path Away from the Law*, "deflated, de-moralized, 'disenchanted' view . . . of the legal system"; William Twining, 'Other People's Power: The Bad Man and English Positivism, 1897–', 110 *Harv. L. Rev.* (1997), 1039 [*The Path of the Law*] is the classic text of legal positivism which also lives " : 1997", 63 *Brook. L. Rev.* (1997), 189, 192 on as a sitting target for some powerful lines of criticism—it is at once a talisman and a target within the positivist tradition. This is especially true of the 'bad man' as he is sometimes treated as a symbol of a radically impoverished Albert W. Alschuler, 'The Descending Trail: Holmes' Path of the Law One Hundred Years Later', 49 *Fla. L. Rev.* (1997), 353; Thomas C. Grey, *Plotting The Path of the Law*; David J. Seipp, *Holmes's Path*, 77 *B.U. L. Rev.* (1997), 515; Ariel Porat & Alex Stein, 'Liability for Uncertainty: Making Evidential Damage Actionable', 63 *Brook. L. Rev.* (1997), 19, 21; Sanford Levinson & J. M. Balkin, 'The "Bad Man," the Good, and the Self-Reliant', 18 *Cardozo L. Rev.* (1997), 1891, 1947; Jhon C. P. Goldberg & Benjamin C. Zipurski, 'The Moral of Macpherson, the Self-Reliant', 78 *B.U. L. Rev.* (1998), 885; Robert Cooter, 'Models of Morality in Law & Economics - Self-Control', 146 *U. Penn. L. Rev.* (1998), 1733, 1752–1769; S. R. Perry, 'Holmes versus Hart: The Bad Man' of Holmes', 78 *B. U. L. Rev.* (1998), 903; S.J. Burton (ed.) *The Path of the Law and Its Influence: The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.* (Cambridge University Press, 2000), 158, 165-166; Daniel Friedmann, *Rights and Remedies*, in *Comparative Remedies for Breach of Contract* (Nili Cohen & Ewan McKendrick eds., 2005), 3; Jill E. Fisch, 'The "Bad Man" Goes to Washington: The Effect of Political Influence on Corporate Duty', 75 *Fordham L. Rev.* (2006), 1593; Marco Jimenez, *Finding the Good in Law*; Hanoch Dagan, *The Realist Conception of Law*, 57 *U. Toronto L. J.* (2007), 607; Benjamin C. Zipursky, *Legal Obligations and the Internal Aspect of Rules*, 79 *Fordham L. Rev.* (2011), 2069; Liam Murphy, *Better To See the Law This Way*, 83 *N.Y.U. L. Rev.* (2008), 1229; of Rules, 75 *Fordham L. Rev.* (2007), 1229; Luban, *ibid*; 1088; כהן, המשפט, 74: "לא בכדי מדבר הולמס על "ידידנו הרשע". הצדיק אינו ירא את המשפט, משום שהוא ממלא חובותיו על-פי מצפונו ודרישות המוסר הנתועות בלבד. כדי להפריד הפרדה גמורה בין המשפט לבין המוסר, יש להסתכל דווקא בבעל בלי-מוסר, שרק ה"משפט" הוא העוצר בעדו – ובשבילו אין ה"משפט" אלא הסנקציה המשפטית המאיימת עליו"; אהרן ברק, **מבחן כתבים, כרך א'**, 815 ו-838: "...המשפט אינו אלא ניבוי בדבר פסיקת בתי המשפט. על פי גישה זו, הלכה שיפוטית שניתן לנבא במידה רבה של ודאות שילכו בעקבותיה, היא כשלעצמה דין, גם אם אין לה כוח של תקדים מחייב"; מאיה לקשטיין, **סעדים עצמיים חוזיים**, נבו, התשע"א, 83: "על פי תפיסתו של הולמס, המשפט מיועד לאנשים "רעים", שכן אנשים "טובים" ינהגו כלאות גם בלעדי המשפט. האנשים "הרעים" לא יקיימו את החוק ולא יפנימו את הערכים הכלוליים בו ללא החשש מסנקציה. לפיכך, הסנקציה היא המקור לאכיפת החוק ולהגשמת הערכים שהחוק מבקש להגשים. בלא הסנקציה אין לערכים אלה שום חשיבות אמיתית"; אביגדור לבונטין, הזכות הקנויה ויריביה, **משפטים** ל"ג (התשס"ג), 3, 11-12: "...האיש המתעקש לדעת מראש (והייתי מדגיש "מראש", לא "למפרע") עד היכן יניח לו הדין ללכת כחפצו והוא נכון לשלם טבין ותקילין עבור ייעוץ משפטי ברור (אגב: כדאי שיחפש לו יועץ משפטי "חד-צדדי", כזה שלא יאמר "מצג אחד כך, אבל מצד שני וכו'"); חנוך דגן, התפיסה הריאליסטית של המשפט, בתוך: **ספר דליה דורנר** (בעריכת שולמית אלמוג, דורית בייניש ויעד רותם; הוצאת נבו, התשס"ט), 303; ארתור בלאייר, 'כן ירבו פראיירים: משפט, אתיקה ותרבות החיים בישראל', **המשפט** ט"ו(1) (התש"ע), 313, 318-319.

בפסיקה האמריקאית יש מאות התייחסויות לאותו 'Bad Man' החל מבית המשפט העליון של ארה"ב דרך בתי המשפט הפדראליים ועד בתי המשפט במדינות השונות. ראה לדוגמה בפסק דינו של בית המשפט העליון של ארה"ב, בנוגע ליכולת לחייב בפיצויים עונשיים: *Exxon Shipping Co. v. Baker*, 128 S. Ct. 2605, 2627 (2008): "Thus, a penalty should be reasonably predictable in its severity, so that even Justice Holmes's "bad man" can look ahead with some ability to know what the stakes are in choosing one course of action or another... And when the bad man's counterparts turn up from time to time, the penalty scheme they face ought to threaten them with a fair probability of suffering in like degree when they wreak like damage." וכן ב: *Gray-Bey v. United States*, 201 F.3d 1037, 1054 (9th Cir. 2001); *Castro-Cortez v. I.N.S.*, 36 F.3d 154, 160 (1st Cir. 1994); *United States v. Bruchhausen*, 866, 872 (7th Cir. 2000); *United States v. Holmquist*, 36 F.3d 154, 160 (1st Cir. 1994); *Eugene D. ex rel. Olivia D. v. Karman*, 889 F.2d 701, 714 & n.1 (6th Cir. 1989); *Delso v. Trs. for Ret. Plan For Hourly Emps. of Merck & Co.*, 977 F.2d 464, 469 (9th Cir. 1992); *Kurowski v. Krajewski*, 848 F.2d 767, 774 (7th Cir. 1988); *Norcia v. Equitable Life Assurance Soc'y of the U.S.*, 80 F. Supp. 2d 1047; *Inc.*, No. 04-3009 (AET), 2007 WL 766349; *Redgrave v. Fun-Damental Too, Ltd. v. Gemmy Indus. Corp.*, No. 96 Civ. 1103 (MBM), 1996 WL 125641; (2000); *Rochez Bros., Inc. v. Rhoades*, 353 F. Supp. 1189, 1194 (D. Mass. 1985); *Boston Symphony Orchestra, Inc.*, 602 F. Supp. 795, 802 (W.D. Pa. 1973); *Neufeld v. Balboa*, 732 P.2d 557, 569 n.2 (Alaska Ct. App. 1987); *Sorci v. Iowa Dist. Court for Polk Cnty.*, 671 N.W.2d 482, 494; *Ins. Co.*, 101 Cal. Rptr. 2d 151, 155 (Cal. Ct. App. 2000); *Estate of Murrell v. Quin*, 454 So. 2d 437, 440–41; *State v. Paul*, 548 N.W.2d 260, 267–268 (Minn. 1996); (Iowa 2003); *Reardon v. Marlayne, Inc.*, 431 So. 2d 454, 466 & n.4 (Miss. 1983); (Miss. 1984); *Tideway Oil Programs, Inc. v. Serio*, 416 A.2d 852, 857 (N.J. 1980); רביב משה ושות' בע"מ נ' בית יולס בע"מ, פ"ד 416 א.2ד 852, 857 (נ.י. 1980). קי"פ (י-ם) 105/02, אלון ניר נ' מסע אחר בע"מ, פ"ד תשס"ג(3), 433 (2003).

## ה. סיכום

כפי שהובהר כבר בראשית הפרק, דיון מפורט בהצעת המודל ובהתאמתו (העיונית והמעשית) לכל אחת ממערכות המשפט יעשה בפרקים הבאים. בפרק זה רק ביקשנו לעמוד על עיקריו של המודל המוצע. עיקרו של המודל מצוי בהעמדת ערך האמת כערך ראשון במעלה, והימנעות מוחלטת מקביעת גורלו המהותי של הליך משפטי בשל הפרה דיונית וללא בירור מהותי. זאת, למעט במקרים חריגים בהם ההפרה עצמה מבטאת חתירה נגד בירור האמת. במקביל, הצענו כי לרשות בית המשפט יעמדו שלל כלים (החורגים מענישה בדרך של הטלת הוצאות), אשר יוכלו להשפיע על השאלות המהותיות בהליך (אך לא להכריעו) בהתאם לכשל הדיוני, ואף יוכלו להשפיע על הכרעותיו הכלכליות של בעל הדין המפר, וכך ייצרו הרתעה משמעותית שתבטיח התדיינות משפטית יעילה והוגנת.

## **פרק שמיני: בחינת המודל המוצע בהלכה ובפסיקת בתי הדין הרבניים**

"כי אי אפשר לנהוג בכל האנשים במדה אחת. וזכור נא ענין דוד אדונינו מלכינו, אשר נהג להעלים עינו מיואב ושמעי, ואע"פ שהיו בני מות... כי לכל זמן מזומן, והעלמת עין מן העובר, לעתים מצוה, והכל לפי צורך השעה. והחכם מעלים עין לעתים בקלות... זהו עצתי, שתפתה בלשון רכה, פעם ושתים. והרבה רעים על הרעים, שמאל דוחה וימין מקרבת, אולי יזכו, וישבו מדרכם הרעה, ורשעים עוד אינם. ואם לא ישמעו, ויעברו בשלח יעבורו, תלוש ומרוט, טול מקל והך על קדקדם... כי כל שהמעשה גדול, וחזקת היד רצה, צריך יותר השגחה והסרת הכעס. וצריך שיהא הדיין חושש את עצמו, שמא אש קנאתו לשם יתברך תבער בו, ותהיה גורמת להעלם הדרך הטוב והנכון מעליו. על כן, כי תבא הנקימה לפניו, בעודה בכפו לא יבלענה, שמא יאכלנה פגא. אלא יבשלנה, וימתיקנה בסוד הזקנים, וישרים בלבותם"<sup>1</sup>.

לאחר שבפרק הקודם הוצג המודל העקרוני, נבקש לבחון כעת איך ניתן להתייחס למודל המוצע בהתאם לכללי ההלכה. דרך הילוכנו בפרק זה ובפרק הבא תהיה כדלהלן. בתחילה, נבקש לבחון את השאלות הערכיות העומדות ביסוד המודל, ואת התאמתן לשיטת המשפט ולערכיה. בנוסף תיבחן נחיצותם לאור קשיי השיטה והאתגרים העומדים בפניה. בשלב השני יבחנו הכלים אשר הוצעו לשמש כחלק מארגז הכלים של הערכאה השיפוטית הרלוונטית במסגרת המודל. לגבי כל אחד מהכלים תבחן היכולת העקרונית לעשות בו שימוש, וכן תיבחן השאלה האם אכן נעשה בו שימוש לצורך אירועים של הפרות כללי הדיון ו/או אירועים דומים.

### **א. היחס להגנה מסדר ראשון – ערך בירור האמת**

בסוגיה זו לא קיים קושי מיוחד. הדברים שהובאו עד כה במחקר זה מוכיחים מעבר לכל ספק כי העמדת ערך בירור האמת מעל כל יתר הערכים הדיוניים, וקביעה עקרונית (למעט במקרים חריגים) כי אין מקום לסתום את הגולל על טענותיו של מי מבעלי הדין, ולהכריע את גורלו של ההליך השיפוטי ללא דיון ממצה במהותו ותוכנו של ההליך, רק בשל הפרה של הכללים הדיוניים (גם אם זו נובעת מזלזול מופגן בערכאה השיפוטית הרלוונטית). למעשה, כפי שהובהר לעיל, המודל מאמץ בנקודה זו בצורה מוצהרת את עמדתו של המשפט העברי כלפי חלק זה במודל, וממילא אין מקום להרחיב בנקודה זו.

### **ב. היחס להגנה מסדר שני – ההגנה על ערכים דיוניים ("הצדק הדיוני")**

הקושי הגדול ביישום המודל במשפט העברי קיים דווקא עם הפתרונות המוצעים בו כחלק מההגנה על הערכים הדיוניים הניתנת בסדר השני. הגנה זו, כאמור, מציעה שימוש במגוון כלים, על מנת להעניש את בעל הדין הסורר

<sup>1</sup> תשובת הרשב"א (שו"ת הרשב"א, ח"ה, סימן רל"ח) לחכם ר' יעקב בן הכסף. וראה גם שו"ת הרדב"ז, ח"א, סימן קפ"ז; שו"ת מהר"ם מלובלין, סימן קל"ח; חזון איש, הלכות שבת, נ"ו, ד' בעניין שיקולי הענישה האינדיווידואליים של העברייך.

על מחדליו הדיוניים. אלא שלכאורה, חלק מהפתרונות המוצעים אינם פתרונות אשר נתקבלו לאורך הדורות מסורת הפסיקה של ההלכה. יתר על כן, חלקם של הפתרונות המקובלים לא רק שלא שימשו להשגת מטרת דיוניות, אלא שעצם השימוש בהם בהתאם להלכה מוטל בספק גדול (כך, לדוגמא, בסוגית הריבית). הקושי הגדול מתעצם לנוכח התפיסה שהצענו במודל, כי בדברנו על 'מפר הכללים הדיוניים' אין מנוס מהגדרה רחבה, ולפיה כל מה שעשוי להיחשב כהפרה דיונית במשפט הכללי (ואף חריגה מהתנהלות דיונית ראויה) – ייחשב כ'הפרה דיונית' גם לעניין המשפט העברי, תוך יצירת כללים רעיוניים, גם אם מלכתחילה לא קיים בנושא כל כלל בהלכה. לצורך הדיון, ננתח תחילה את עצם הצורך העקרוני של בתי הדין הרבניים באימוץ מודל מחודש, כל עוד הוא איננו עומד בסתירה חזיתית להלכה הנוהגת, תוך יצירת מוטיבציה רבה לבעלי הדין להקפיד על סדרי הדין ולהתנהל ביעילות מקסימלית. בשלב השני, נעבור לניתוח פרטני של הפתרונות המוצעים, תוך בחינת ההיתכנות של כל אחד מהם בהלכה, ותוך בחינת היכולת לעשות בהם שימוש בשל כשל דיוני של מי מבעלי הדין. למעשה, נבחן את היכולת לעשות שימוש בכלים אלו לצורך המטרות שהצגנו – הגברת ערכים דוגמת היעילות והיציבות בבתי הדין הרבניים.

## **1.1. הבעיה המהותית של בתי הדין**

חשוב להבין, בעניין זה, כי ההשלכה של הבעיות בטיפול בהפרות סדרי הדין הן עצומות. על מנת לעמוד על כך בצורה בהירה, נזכיר תחילה את הקשיים שמעוררות בעיות עקרוניות כלליות הנוגעות בכללי הדין בהלכה, וההשלכות שלהן על מעמדם של בתי הדין הרבניים באופן כללי.<sup>2</sup> לאחר מכן, נתייחס בצורה ספציפית לקשיים שנוצרים ע"י הפרה של כללי סדר הדין.

כך, לדוגמא, קיימת התייחסות לסוגיה העקרונית של הצמדת חיובים ו/או הוספת ריבית כמו גם לסוגיה העקרונית של אי-פסיקת הוצאות ע"י בית הדין. בין היתר, הובעה העמדה שאי פסיקת ריבית ובייחוד הצמדה ואי פסיקת הוצאות ע"י בית הדין הרבני הן הרות אסון מבחינת סמכותם ומעמדם של בתי הדין, וממילא מהבחינה ההלכתית. אי הפסיקה הזו מהווה אחד הזרזים הגדולים ביותר להימנעות הציבור (לרבות הציבור הדתי) מפנייה אל בתי הדין הרבניים, בשל החשש מפסיקה לא רלוונטית. עמד על כך הרב דיכובסקי במאמרו:

"...ישנם בתי דין שנמנעים באופן עקרוני מלחייב בדמי הצמדה בתביעות ממוניות המתבררות בפניהם. התוצאה היא

שאנשים – גם שומרי מצוות – נמנעים מלהזדקק לדין תורה כדיני ממונות, כי גם במקרה הטוב כשיזכו בדין, יקבלו את

הסכום הנומינלי בלבד; ובתנאים השוררים כיום זהו הפסד כמעט מוחלט של הקרן"<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> להרחבה כללית על סוגיה זו ראה שוחטמן, מעמדם ההלכתי; שמואל שילה, למעמדו של המשפט העברי במדינה, דיני ישראל ה' (התשל"ד), 257; אשר מעוז, מקומו של המשפט העברי במדינת ישראל, הפרקליט מ' (התשנ"א), 53.

<sup>3</sup> הרב שלמה דיכובסקי, חיובי הצמדה בבתי הדין הרבניים, דיני ישראל י"ב (התשמ"ד-התשמ"ה), ק"ג (להלן: "דיכובסקי, חיובי הצמדה"). וראה גם בהקדמת הרב שפירא לתקנות הדיון משנת התשנ"ג, 2-3: "והנה זה ודאי יש בזה משום צורך הכללי, שמחמת זה הרבה יהודים נמנעים מלבוז לבי"ד והולכים לערכאות, ששם משלמים הוצאות עפ"י חוק, ויש בזה ניסיון גדול של הפסדים"; דבריו של הרב יוסף כרמל במסגרת יום עיון על כך ש"אין שיעור לחשיבות העניין לשם משיכת מתדיינים לבתי הדין", המצוטטים ע"י אדם חפרי-וינוגרדוב, 'התעצמות הפלורליזם המשפטי בישראל: עלייתם של בתי הדין ההלכתיים לדיני ממונות במגזר הציוני-דתי', עיוני משפט ל"ד (התשע"א), 47, הע"ש 103.

הדברים מובאים כבר ע"י שוחטמן, אשר התייחס בהרחבה לפגיעה במעמד בית הדין, בשל עניין זה כמו גם בשל ההימנעות מפסיקת הוצאות:

"מצב זה הוא טרגדיה מבחינת קיומו של דין תורה במדינת ישראל הריבונית. במשך דורות רבים היה זה דבר מובן מאליו, שדין בין אדם לחבירו יש להביא בפני מסגרת שיפוט המקיימת דין תורה... טרגי הוא איפוא המצב השורר כיום, כשדווקא במסגרת של מדינה יהודית עצמאית הולכת ופוחתת ההיזקקות לשיפוט על-פי דין תורה... לעניות דעתי, לבד מן הליקוי החינוכי-הסברתי, פועל כאן גורם נוסף, והוא, שהאיסור שבו מדובר הוא, במציאות ימינו, בבחינת גזירה שאין רוב הציבור יכולים לעמוד בה. וכל כך על שום מה? על שום קיומם של עקרונות מסוימים בדין היהודי, המעמידים מראש את התובע בבית הדין הרבני במצב נחות בהשוואה למצבו אילו תבע בבית המשפט הכללי. בין עקרונות אלה אפשר למנות את השניים הבאים: א. אין הזוכה בדין זכאי, בדרך כלל, להוצאות המשפט, אלא כל צד נושא הוצאותיו. ב. אין תובע הזוכה בפסק-דין לטובתו זכאי לכך שהסכום שנפסק לטובתו ישולם לו בתוספת הפרשי הצמדה. אין ספק בעיני, שהימנעותם של בתי הדין הרבניים מפסיקת הוצאות והפרשי הצמדה, היא הסבר חלקי לפחות להתמעטות ההולכת ונמשכת במספר הבוררויות (בעיני ממונות) בבתי הדין..."<sup>4</sup>

מדובר בטענה כללית העוסקת בקשיים שמעוררות הוצאות מסוימות בהלכה. הדברים נכונים בקל וחומר בן בנו של קל וחומר מקום בו יכול בעל הדין לעשות שימוש פסול בכללים הדיוניים, ולהביא לתוצאה חמורה ולא צודקת. כך, בעל דין המכיר את עמדתו של בית הדין בנוגע לבירור האמת, ואת העלמת העין המכוונת שלו מהפרת הכללים הדיוניים<sup>5</sup>, עשוי לנצל זאת לצרכיו, בין אם מדובר בהארכת ההליך עד אין-קץ (באמצעות אי התייצבות, דחיות וכד'), בין אם מדובר בגילוי ראיותיו לשיעורין (ולמצער<sup>6</sup>, בעשיית מאמצים מועטים לאיתור כלל ראיותיו בשלב הראשון, כאשר לאחר הפסד בהליך יוקדש מאמץ מוגבר לאיתור ראיות נוספות), בין אם מדובר בשינוי חזית הטיעון לאורך ההליך ובין אם מדובר בניסיונות לסתירת הדין לאחר פסק הדין.

הדברים נכונים בייחוד לאור הידיעה שמדובר ב'מחלה' עממית. העיד על כך כבר משה רבינו, אשר הוכיח את ישראל: "אִיכָה אֶשָׂא לְבַדִּי טָרְחָכְם וּמִשְׁאָכְם וְרִיבְכֶם"<sup>7</sup>. וכפי שהסביר רש"י: "מלמד שהיו ישראל טרחנין. היה אחד מהם רואה את בעל דינו נוצח בדין, אומר יש לי עדים להביא יש לי ראיות להביא, מוסיף אני עליכם דיינני"<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> שוחטמן, מעמדם ההלכתי, 364-365. וראה גם בהמשך הדברים: "התובע ה'סביר'... יהסס רבות קודם שגיש את תביעתו לבית הדין הרבני, שכן במציאות ימינו, שבה מקובל להיזקק לשירותיהם של עורכי-דין, ההוצאות הכרוכות בהגשת תביעה הן מרובות; ובהגשת התביעה לבית דין רבני, על התובע לוותר מראש, בדרך כלל, על הוצאות אלה... הזמן לבירור התביעה עלול להיות ממושך למדי, ובתנאי האינפלציה השוררים היום, עלול פסק הדין שיינתן לטובתו בסופו של דבר, להיות מרוקן מתוכן וחסר משמעות... האם אפשר לצפות שהתובע ה'סביר' יעדיף את בית הדין - שם הוא עשוי אולי לזכות בפסק הדין, אבל מעשית להפסיד את כספו - או סביר יותר שיעדיף לתבוע במקום שבו יזכה גם בהשבה מלאה של כל המגיע לו?..." וראה גם אצל הרב אליעזר שנקלובסקי, הוצאות המשפט, תחומין י"ב (התשנ"א), 335 (להלן: "שנקלובסקי, הוצאות המשפט"), שם מובא בהערות מערכת (הערה 32 בעמ' 345) כי: "ייתכן כי הימנעות בתי דין מלפסוק הוצאות היא מן הגורמים המרחיקים את הציבור מלהגיש את תביעותיהם בבתי הדין הרבניים".

<sup>5</sup> ראה בציטוטים שאוזכרו לעיל, ולדוגמא בפרשת בבלי ח... "בתי הדין הרבניים אינם עומדים על "קוצו של יוד" בדקדוקי פרוצדורה, ופעמים רבות מעלימים עין מחריגה קטנה מן הפרוצדורה המשפטית".

<sup>6</sup> בעיקר לאור המשנה בסנהדרין, פ"ג, מ"ו: "אמרו לו: 'הבא עדים', ואמר: 'אין לי עדים'. אמרו: 'הבא ראיה', ואמר: 'אין לי ראיה'. ולאחר זמן הביא ראיה ומצא עדים - הרי זה אינו כלום. אמר רבן שמעון בן גמליאל: מה יעשה זה שלא היה יודע שיש לו עדים ומצא עדים, לא היה יודע שיש לו ראיה ומצא ראיה?! אמרו לו: 'הבא עדים', אמר: 'אין לי עדים'. 'הבא ראיה', ואמר: 'אין לי ראיה'. ראה שמתחייב בדין, ואמר: 'קרבו פלוני ופלוני והעידוני'; או שהוציא ראיה מתוך פונדתו - הרי זה אינו כלום". ניתוח הסוגיה נעשה כבר לעיל.

<sup>7</sup> דברים, א', י"ב.

אם הכללים הדיוניים כשלעצמם יוצרים חשש מפני נטישה של בתי הדין הרבניים, ומעבר לערכאות אחרות, אשר יוכלו לתת למתדיין פיתרון צודק ויעיל יותר, הרי שהחשש מפני העלמת עין מכוונת של בתי הדין ממחדלים דיוניים תגביר נטייה זו פי כמה וכמה. ממילא, ניסיון של בתי הדין הרבניים לתור אחרי פיתרונות להבטחת יעילות ההליך, איננו רק חלק מניסיון להבטיח צדק דיוני בנוסף למגמת בירור האמת, אלא גם ניסיון למנוע את נטישת בתי הדין.

יתר על כן. גם אם נניח לחששו של בית הדין מפני פנייה לערכאות, קיימת בעיה עם עצם ההתבססות על מציאות הלכתית היסטורית, אשר בעיקרה שהה עם ישראל בגלות, והריבונות הדיונית (גם שהיתה קיימת) נבעה מתוך היתרים לקיומה אשר ניתנו ע"י השלטון הזר. במציאות זו, מיעטה ההלכה להתייחס לצורך בהקמת מנגנוני מינהל מסודרים, ומיעטה לספק פיתרונות משמעותיים לצורך ביעילות וביציבות<sup>9</sup>. בנסיבות אלו, נדמה שלא יכולה להיות מחלוקת כי על הנושאים ונותנים להעמיד לנגד עיניהם את הצורך בהעמדתה של מערכת המשמשת בעול ממלכתי, ואשר צריכה להתמודד עם סוגיות ציבוריות-מערכתיות-ניהוליות, ואשר עולו של הציבור כולו מוטל על שכמה, גם אם זהו איננו מצבה של המערכת היום.

## **2.2. חסימת הפרצות בדין והתחשבות בנוכלים פוטנציאליים**

הזכרנו במסגרת המודל את החיוניות שבחסימת הפרצות הדיוניות ואת התפיסה לפיה יש לבחון את השיטה בעיניו של הנבל (bad man). כעת עלינו לבחון האמנם הדברים נכונים גם לבתי הדין הרבניים ולהלכה. מחד, ניתן לטעון כי, לכאורה, בהלכה הדברים אינם הולמים. ניתן להצביע על מספר ביטויים בדברי התלמוד והראשונים, דוגמת "לא שביק איניש היתירא ועביד איסורא"<sup>10</sup>, "אחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן"<sup>11</sup>, "אטו ברשיעי עסקינן"<sup>12</sup> ו- "וכי עבדינן תקנה לרשיעי?!"<sup>13</sup>, מהם עולה כי אין מקום למקד את מחשבותינו ופסיקותינו באותו

<sup>8</sup> שם, ד"ה "טרחכס". וראה גם טנבוים, והדבר אשר, המתייחס לדברי רש"י הללו כמייצגים היטב גם את ההתנהלות היום בבתי המשפט (הידועה לו היטב מתוקף תפקידו כשופט): "למותר לציין שהיה זה תפקיד קשה, מייגע וכפוי טובה, בעיקר בגלל התנהגות בני ישראל, הנראית לבן ימינו כלקוחה מבתי המשפט בישראל".

<sup>9</sup> וראה דברים דומים אצל יצחק אנגלרד, "יחסי דת ומדינה בישראל – הרקע ההיסטורי והרעיוני", בתוך **מדינה יהודית ודמוקרטיה** (בעריכת דפנה ברק-ארז, הוצאת רמות, ת"א, התשנ"ו), 291, 292: "בעיית היחס בין שלטון ריבוני יהודי לבין הדת היהודית נידונה, על ידי הרבנים המעטים יחסית שנגעו בה, בצורה עיונית ומופשטת. במשך דורות רבים הייתה דאגתה העיקרית של ההלכה לשמור על קיום החברה היהודית בסביבה נכרית עוינת. לנוכח המציאות הממושכת של חיים בגולה, אין להתפלא שהסוגיה ההלכתית של מדינה יהודית עצמאית נדחתה לקרן זוית. יתרה מזו, העיון בעקרונות המנחים את כינונה של הריבונות ואת חלוקתה הפנימית לא נגע במציאות היסטורית ממשית: המדינה היהודית של העבר הרחוק נהפכה מזמן לזיכרון בעל תוכן אידיאלי, והמדינה של העתיד - לתקווה משיחית בעלת אופי אידיאלי לא פחות"; ידידיה צ' שטרן, **דת ומדינה – תפקידה של ההלכה** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, נייר עמדה מס' 48, התשס"ד): "הקמת מדינת ישראל הציבה את ההלכה בפני מציאות לא מוכרת זה אלפיים שנה, של שלטון יהודי מדיני. "חור שחור" של תחומים לא-מוסדרים הנוגעים להיבטים רחבים של המשפט הציבורי נפער בקודקס ההלכתי כתולדה של הגלות הנמשכת".

<sup>10</sup> או בביטוי הזהה במהותו "לא שביק היתירא ואכל איסורא". ראה חולין, ד', ע"א; גיטין, ל"ז, ע"ב; שם, תוספות, ד"ה "לא שביק"; שו"ת הרדב"ז, ח"א, סימן קע"ו; שו"ת מהר"ם בן ברוך, סימן תק"ץ; ים של שלמה, גיטין, פ"ד, סימן מ"ו; שו"ת שאגת אריה, אבהע"ז, סימן מ"ב.

<sup>11</sup> ראה רא"ש, בבא מציעא, פ"ה, סימן ט"ז; הגהות מימוניות, הלכות מלוה ולוה, פ"ד, ה"י; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן ש"י: "דבר גלוי וידוע שכל ישראל בחזקת כשרים הם... כמו כן כל בן ישראל עשאו די ישר מתחילת בריאתו ובחזקת כשר עומד, עד שיודע לך בבירור שבקש חשבונות וארחות עקלקלות לצאת מדרך האמת והיושר"; שם, סימן קצ"ו; שם, סימן תנ"ד; שם, יו"ד, סימן קמ"א; שם, אבהע"ז, סימן נ"ט; שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן קל"ז; שדי חמד, פאת השדה, מערכת ה-א, כלל ע"א, ד"ה "גם": "כלל גדול – כל ישראל בחזקת כשרים ואחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן"; מכות, ה', ע"ב. להרחבה רבה בסוגיה זו ראה בית אהרן, ח"ד, בעמ' קפ"ו-רמ"א.

<sup>12</sup> יומא, ו', ע"א; יבמות, ל"ג, ע"ב; כתובות, ק"ה, ע"א; גיטין, ל', ע"ב; קידושין, ל"ג, ע"א. להרחבה בסוגיה זו ראה בית אהרן, ח"ד, בעמ' ת'ת"ו.

<sup>13</sup> תוספות, שבועות, מ"ג, ע"א, ד"ה "ויוציא הלה את הפקדון". וכן גם רשב"א, חולין, צ"ד, ע"א, ד"ה "ווא"ת": "ויש לומר דהא ודאי לאו משום חשש עובר ופושע קאמר, דתקנתא לרשיעי לא עבדינן, ובכמה מקוות בתלמוד אמרו אטו בשופטני עסקינן אטו ברשיעי עסקינן, וה"נ לאו ברשיעי עסקינן".

'אדם רע'. בנוסף, כפי שכבר הראינו לעיל, ההלכה נוטה לבחון הרבה פחות את התוצאות המעשיות של החלטת בית הדין, ומוכנה לקבל גם מקרים בהם הדין יהיה בלתי צודק בעליל, מתוך תפיסה שהרשע יבוא על עונשו בידי שמים<sup>14</sup>, ו"יודע מחשבות" יטול את מושכות הטיפול באותו אירוע חמור ובאותו מעוול לידיו הנאמנות<sup>15</sup>. מאידך, התנא יהודה בן טבאי מדגיש כי הדין מצווה ש"כשיהיו בעלי דינין עומדים לפניך יהיו בעיניך כרשעים..."<sup>16</sup>. זוהי הדרך הנכונה לבחון את טענות הצדדים, ולהביא למטרה העליונה של הדין עליה כבר עמדנו – בירור האמת<sup>17</sup>. הכלל אף נפסק בשו"ע<sup>18</sup>, ונדעו לו משמעויות הלכתיות נוספות<sup>19</sup>. דהיינו, חלק משמעותי מעבודת הדין היא להתייחס בחשדנות אל בעלי הדין, ולהניח כי הם 'רשעים', וזאת על מנת לקדם את בירור האמת. ובכלל, כל מי שמעיין מעט בספרות ההלכה, ובייחוד בספרות השו"ת יבחין בקלות באלפי הלכות ותקנות, אשר הורתן בהתנהלות לא ראויה של בעלי דין, וברצון לחסום את הפרצות<sup>20</sup>. יתר על כן, הרא"ש הדגיש כי תפקידו של בית הדין הוא דווקא לבטל את ניסיונותיהם של הנבלים לנצל את המערכת, גם במקום בו הדין והכללים הדיוניים, לכאורה, תומכים בטענותיהם ומסייעים להם להשיג את מבוקשם:

"תורת אמת וחקים טובים ומשפטים ישרים נתן הקב"ה לעמו ישראל... דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום, צדיקים ילכו בם, ופושעים, המתנכלים לעקש הישרה, להגדיל שקל במאזני מרמה, חייבין חכמי ישראל לסכל עצתם ולבטל מחשבותם. ועל זה נאמר: צדק צדק תרדוף... ואמרו חכמים: דין אמת לאמתו, לאפוקי מרומה... ובאתי לשבור מלתעות עול ולהפר מחשבות ערומים ולא יפיקו זממם... אין זה אלא תחבולה וערמה... ומצינו בדברי חכמים שבטלו עצת המערימים... והדברים ק"ו: התם, דתקנת חכמים בעלמא היא... נתחכמו חכמי הגמרא לבטל ערמתו... על אחת כמה וכמה הבא לגזול חברו ולעבור על דברי תורה, שנבטל ערמתו... כ"ש בנדון זה, שכל אדם יכול לעשות תחבולה וערמה זאת... חזינן, דכל הרוצה להערים... ולעשות לחברו תחבולה, לכדוהו חכמים בערמם ועמדו כנגדו להפר עצתו ולבטל מחשבתו הרעה. ואנו נדון דבר מדבר ונלמוד דבר מדבר, כי חכמי התלמוד לא הספיקו לכתוב כל הנולדות העתידות לבא המתחדשות בכל יום, אלא שהבאים אחריהם יוצאים בעקבותיהם ומדמין מילתא למילתא... כ"ש בנדון זה, דצורך שעה היא, ומיגדר מילתא, ומילתא דשכיחא היא"<sup>21</sup>.

<sup>14</sup> סנהדרין, ל"ז, ע"ב; מכות, י', ע"ב; פסחים, כ"ט, ע"א.

<sup>15</sup> וראה בהרחבה חיים ה' כהן, 'חרון אף א-להי ישראל (Ira Dei Judacorum), עיוני משפט א' (התשל"א), 13, 24; אהרן קירשנבאום, 'מקומה של הענישה במשפט העברי הפלילי – פרק בהשקפה הפינולוגית של חז"ל ושל הראשונים', עיוני משפט י"ב (התשמ"ז), 253, 261-263.

<sup>16</sup> אבות, פ"א, מ"ח.

<sup>17</sup> ראה תוספות יום טוב, שם, ד"ה "יהיו בעיניך כרשעים": "...אבל כששניהם בעיניו כרשעים יחפש בטענותיהם של כל אחד וברמאות של כל אחד ובשביל כך ירד לאמיתת הדין"; תפארת ישראל, שם, יכין, ס"ק ל"ד: "שתחשדם שטוענים שקר, ואולי תתפסם בדבריהם".

<sup>18</sup> שו"ע, חו"מ, י"ז, י"י.

<sup>19</sup> הש"ך, חו"מ, י"ז, ס"ק י"ג, פוסק (בעקבות היספר חסידים!) כי במקום שבו קיימת סתירה עובדתית בין טענותיהם של בעלי הדין, יש איסור להסתכל בפניהם של שני בעלי הדין, עד שיקבלו עליהם את פסק הדין. הלכה זו נגזרת מהאיסור להסתכל בני אדם רשע.

<sup>20</sup> הדברים מצטרפים לכלל בסגנון "הוא עשה שלא כהוגן, לפיכך עשו עמו שלא כהוגן" ו- "דין הוא שלא יהא חוטא נשכר". ראה בבא בתרא, מ"ח, ע"ב; יבמות, ק"י, ע"א; בבא מציעא, ק"א, ע"ב; השגות הראב"ד, הלכות חובל ומזיק, פ"ד, ה"ט"ז.

<sup>21</sup> שו"ת הרא"ש, כלל ע"ח, סימן ג'. באותו מקרה מדובר היה בניסיון לבטל קנוניה מקובלת, בה מועבר הנכס לקרוב משפחה, במטרה להבריחו מהנושים. וראה גם ים של שלמה, פרק השולח, סימן מ"ו; חידושי הריטב"א, כתובות, פ"ו, ע"א, ד"ה "הוא עשה שלא כהוגן": "ושמעין מינה דכל מאן דעביד שום הערמה להבריה נכסים מבעל חובו שיש לבית דין לעשות עמו שום חומר חוץ מן הדין כדי שלא יפסיד בעל חובו, כפי ראות הבית דין".



וכפי שניתח את הדברים ואת חובתם של חכמי הדור הרב עוזיאל<sup>22</sup>:

”דכל מי שבא להפקיע תקנת חכמים בערמה ותחבולה וכל שכן לגזול של חברו חייבים חכמי הדור לבטל כוונתו.”

הדברים מתחברים לעמדה הכללית שהוצגה בעניין 'דין מרומה', ולפיו החיבור של הדין למציאות הריאלית, וידיעתו על היכולת של בעלי הדין לטוות קנוניות ולנסות ולהערים על בית הדין, הן הכרחיות לעבודת הדין ממש כמו בקיאותו בש"ס ובפוסקים<sup>23</sup>.

לכן, נדמה שהסבר אפשרי אחד לסתירה הלכאורית בין המקורות נעוץ בהבדל בין ההתייחסות למעשה 'מלכתחילה', לבין התייחסות למעשה 'בדיעבד', לאחר שאירע<sup>24</sup> (ex-ante ו- ex-post, במונחי המחקר המקובל). כאשר אני בוחן את מעשהו של האדם בדיעבד, לאחר שכבר פעל, אינני יכול להעמידו כנבל, והוא מצוי בחזקת כשרות. לעומת זאת, כאשר בית הדין מבקש לחקור את הנושא מלכתחילה, מבלי שישנו מעשה קונקרטי לפני ביה"ד, אך הוא חושש ממעשים עתידיים, או אפילו כאשר בית הדין מבקש לחקור עניין שכבר אירע, אך תהיה לו השלכה על מקרים עתידיים, וממילא יש לבחון גם במבט צופה פני עתיד – הרי שאז בהחלט יש מקום להתייחס אל בעלי הדין העתידיים כאל נוכלים פוטנציאליים, ועל בית הדין לבחון את הדרכים למנוע תופעות בעייתיות מבחינת הדין. עמד על הדברים בעל ה'תפארת ישראל':

”נ"ל דאפילו בשאר מילי הרי אמרו לעולם יהיה כל אדם בעיניך כלסטין [פ"ה מהלכות דרך ארץ] וכ"כ אמרו כשבעלי דינין עומדין לפניך יהיו בעיניך כרשעים... ואמאי, הרי אחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן? ! אלא על כרחך, **שמא עשה - לא חיישינן, אבל שמא יעשה - חיישינן**, כדאמרינן נמי... שמא מת – לא חיישינן, שמא ימות – חיישינן...”<sup>25</sup>.

ניתן להציע גם הסבר מסוג שונה. לענ"ד, ניתוח של הדברים יראה כי ספק רב האם אותו 'Bad Man' של הולמס, הינו הרשע עליו דיבר התלמוד. במאמרים מאוחרים יותר למאמרו של הולמס הובהר כי אותו 'Bad Man', הינו איש נורמטיבי, שאיננו בוחר ברע כלל ועיקר, אלא שהוא מחשב את צעדיו במינוחים כלכליים, ומתוך שיקולי עלות תועלת<sup>26</sup>. הטענה היא כי המשפט נקבע לא בדיונים אקדמיים ובספרות החקיקה, אלא בבתי המשפט ובמשא ומתן של השוק<sup>27</sup>. לכך בוודאי שלא ניתן למצוא סתירה במקורות שהובאו לעיל העוסקים בהתייחסות לרשעים של ממש, המבקשים ליצור קשיים במזיד.

<sup>22</sup> שו"ת משפטי עוזיאל, כרך ד' - חו"מ, סימן כ"ז, ד"ה 'ורמ"א ז"ל".

<sup>23</sup> ראה, לדוגמה, במקורות שאוזכרו כבר לעיל: אור החיים, דברים, א', ט"ו; אדרת אליהו, דברים, י"ג, ט"ו, ד"ה 'ודרשת וחקרת היטב'; שו"ת עטרת פז, ח"א, ג', ג'; ערוך השולחן, חו"מ, ט"ו, ג'; שו"ת ציץ אליעזר, ח"ה, סימן ס"ג; שו"ת מנחת יצחק, ח"ט, סימן ק"ן.

<sup>24</sup> אם כי ישנם גם מקורות בהם החזקה היא לכאורה גם עתידית, ויש לבחון כל מקרה לגופו. וראה גם בית אהרן, ח"ד, רל"ג-רל"ד.

<sup>25</sup> תפארת ישראל, יבמות, פ"ו, מ"ה, ס"ק כ"ב, אות ה'.

<sup>26</sup> ראה: Gordon, The Path, 1014: "Homo law-and-" is just the rational man. To those who like this view, the 'bad man' is just the rational man—economicus—who treats all legal rules as prices on conduct. The certainty of individualism is perfectly embodied in the calculations of Holmes' 'bad man,' who is concerned with law only as a means or an obstacle to the accomplishment of his antisocial ends. (Kennedy, Form, 89 Harv. L. Rev. (1976), 1685, 1773). Robert Cooter, Prices and Sanctions, 84 Colum. L. Rev. (1984), 1523; "accomplishment of his antisocial ends" (Cooter, Prices and Sanctions').

<sup>27</sup> וראה גם: Wolfgang Friedman, Legal Theory (London, 5th ed., 1967), 292.

ואם בכל אלו אין די, ניתן גם לראות כי הרבנים הרצוג ועוזיאל בהקדמה לתקנות הדיון שפרסמו, הזכירו כי "ובכל דור ודור היו מתקנים תקנות כנגד עושי עולה ולתקון העולם ולהעמיד במשפט ארץ" (וראה גם במקורות רבים מדברי פוסקים ודיינים, אשר יובאו להלן, המתייחסים לגדירת הפרצות). הצגנו גם, אגב הדיון ב'תקנת הלוויין' את התקנות שעשו הראשונים על מנת "לנעול דלת בפני עושי עוולה" ולהרחיק את המזיקין'. בנוסף, כפי שהראינו פרופ' שוחטמן מתייחס רבות אל החשש מאותם אלו שיבואו לנצל את המערכת, והוא מציע פיתרון לבעיה זו. גם קירשנבאום במאמרו<sup>28</sup> דיבר על בחינת הדברים בעיניו של בית הדין הנאבק בהתנהלות השוק, וכך גם סיני במאמרו<sup>29</sup> בחן את ההצעות במשקפיו של אותו Bad Man. הנה כי כן, העובדה שראשי מערכת בתי הדין ראו את הצורך להתקין תקנות בשל אותם אלו שיבקשו במזיד להפר את הכללים כפשוט ומובן מאליו, וחוקרים של המשפט העברי התייחסו לשאלה זו כשאלה מנחה, מעידים כי יש מקום להתייחס לסוגיה בבואנו לבחון את הפתרונות המתאימים לבתי הדין.

### **3.3. ניתוח הפתרונות המוצעים - הדרך בחיפוש הפתרונות ההלכתיים**

כעת נצמד, עקב בצד אגודל, בחיפוש פתרונות למצב זה בבתי הדין הרבניים. הדרך תהיה, באופן עקרוני, אחידה. בתחילה, כשלב ראשוני, נחפש את הדרך הסלולה באמצעות מודלים הלכתיים קיימים ומפותחים, כאשר בחלקם ייעשה שימוש נרחב יותר מזה שנעשה עד כה, ובחלקם נבקש להציע שימת לב לגישות שלא הודגשו עד כה. בשלב השני, נבקש להזכיר את השימוש בקנסות על ידי בתי הדין הרבניים. נראה כי השימוש בקנסות הינו פרקטיקה מקובלת בעניינים שונים, ונבחן את יכולת התאמתו לפיתרון הסוגיה בה אנו עוסקים. בשלב השלישי נגיע לפיתרון שהוא, לכאורה, ה'חלק' ביותר, אך משקף מאידך קושי רב וחדשנות שחלק מהפוסקים מטילים בספק – התקנת תקנות ע"י בתי הדין ו/או הרבנות.

לעניין זה נאמנת עלינו הדרכתו של הרב הראשי לישראל, הרב אברהם שפירא, אשר קבע<sup>30</sup> את סדר העדיפויות בעניין: "נושא התקנות הוא ענין עדין. עקרונית זוהי דרך לגיטימית לענות לצרכי השעה, וידועים הרבה תקנות שנתקנו במשך הדורות עד ימינו. **אולם כל תקנה היא בגדר שינוי וחינוך, לכן עדיף קודם למצות את דרך הפרשנות.** לכל הבעיה המתעוררת במשך הדורות מצאו גדולי הדור פתרונות הנובעים ממקורות התלמוד והפוסקים. עם זאת נראה לי כי יש להבחין: יש בעיות חדשות שצצו בדורנו לרגל הקמת המדינה, ואין לנו נסיון הסטורי ולא ספרות הלכתית ישירה שדנה בכך. כאן יש מקום לתקנות קהל או אף להתקנת תקנות מטעם הרבנות... מאידך כאשר מדובר בשטחים מובהקים של חושן משפט – חיי המסחר, קנינים וחוזים ירושות וצוואות ועוד – שעולם הפוסקים מלא מהם, אין סיבה לתור אחר פתרונות חדשים כתקנות למיניהן".

בנוסף לכך, ישנה בקרב הפוסקים התראה נוספת כנגד איתור ואימוץ פתרונות מסוימים המהווים חיקוי של הדין הכללי. הרב אליהו מקדים למאמרו בעניין התקנות אזהרה ולפיה "**אין לתקן תקנות במגמה להשוות דינינו לדיני**

<sup>28</sup> קירשנבאום, שם, 265-266.

<sup>29</sup> סיני, הדוקטרינה, 193.

<sup>30</sup> שפירא, מבט תורני, 239.

**העכו"ם.** כך אומר הרשב"א כפי שמובא בב"י חו"מ ס"ס כ"ו שני"ל לא תהיה כהנת כפונדקית. הרבנים מעצמם צריכים להחליט מה רצוי ונחוץ לתקן בלא לפזול לכיוונים זרים לנו"<sup>31</sup>.

עם זאת, נדמה שבענייננו לא ניתן כלל לטעון כי באימוץ הפתרונות מדובר בחיקוי של הדין הכללי. אדרבה, ניתוח מדויק יעיד שההיפך הוא הנכון. הארכנו להראות כי עמדת ההלכה בעניין נובעת מתוך עמדה מוסרית עקרונית שונה מזו בה נוקט הדין הכללי. איננו חולקים כלל ועיקר על העמדה המוסרית הנ"ל. אנו אף סבורים שהדין הכללי צריך לאמץ את מדרג הנורמות המוסריות שנתגבש בהלכה בעניין זה, ולהחיל אותו במצבי התנגשות בין הערכים. מובן, אם כן, כי המודל המוצע איננו מיועד לחקות את המצב המשפטי בדין הכללי, והוא אף מקרב את הדין הכללי אל ערכי ההלכה. הפתרונות שמציע המודל (גם אם וככל שהם אינם מקובלים בהלכה לדורות) מיועדים לשפר את המצב אך ורק בנוגע לערכים המצויים במדרג המשני. ממילא, גם הסנקציות על הפרות הכללים אינן סנקציות קיצוניות (דוגמת נעילת דלתות בית הדין בפני המפר, סנקציה שאפשרית ומתרחשת לעיתים מזומנות בדין הכללי), אלא סנקציות ברמה פחותה, שכל מטרתן לנסות ולהבטיח גם ערכים דוגמת יציבות וודאות, בהינתן מציאות בה ערך בירור האמת הוא הערך העליון במערכת. ממילא, אימוץ פתרונות מעין אלו וודאי שאיננו יכול להיחשב ככזה המבקש לחקות את הדין הכללי.

כאן עלינו לפתוח בהערת אזהרה משמעותית. לצורך איתור הפיתרונות ניטה לכיוונים הנוטים ל'קולא'<sup>32</sup>, אם כי נשתדל להזכיר גם את העמדות המחמירות<sup>33</sup>. בכך, יתכן שנחרוג מדרכי הפסיקה המקובלות<sup>34</sup>. איננו רואים בכך קושי משני טעמים. ראשית, עבודה זו אינה מיועדת לפסיקת הלכה. המודל המוצע כאן (בהיבט הנוגע להחלתו בעולם המשפט העברי) מונח כל כולו לפני הפוסקים והדיינים על מנת שידונו בו. שנית, בהתאם לאמור לעיל ולהלן, אנו סבורים כי היכולת להחזיר עקרונות של יעילות ויציבות לתוך המערכת הכרחית לצורך פיתוחה והתמודדותה עם אתגרי היום-יום, ולכן הודגשו הסוגיות המאפשרות זאת. כך גם אנו מבינים את הנחייתו דלעיל של הרב שפירא, ונדמה כי דרך זו רצויה בימינו בעניינים רבים<sup>35</sup>. יתר על כן, בהתאם לדבריו של הרב קוק ההליכה

<sup>31</sup> אליהו, מבט תורני, 244. ובהמשך שם הוא מביא: "כך למשל, בזמנו, כשתוקן שטר חצי זכר (ראה רמ"א חו"מ סי' רפא, ז) שעוסק בירושת הבת, תוקן בכונה 'חצי זכר' ולא 'זכר', שלא להשוות בת לבן בהשפעת חוקי העמים (ראה חקרי לב ח"ב סי' כו וסי' גן), אבל תקנה שהבת תירש אין ואסור לתקן".

וראה בעניין זה דברים המבהירים את הקיצוניות בה רואים את הדברים גורמים במערכת, גם אצל דיכובסקי, סמכות, י: "מדיניות העורכים של 'פסקי דין רבניים' (פד"ר) – עד לתקופה האחרונה – היתה שלא לפרסם פסקי דין שיש בהם איזכור או התייחסות לחוק החילוני. במקרים מסוימים, אף הושמטו קטעים מפסקי דין שנדפסו, כשהיו בהם מובאות מן הפסיקה האזרחית".

<sup>32</sup> הביטוי 'קולא' איננו מדויק, והשימוש בו נעשה על דרך הכלל. הרעיון הוא להציג את העמדות המאפשרות שימוש בכלים, שיבטיחו את ערכי היעילות והיציבות, במקביל להגנה על גילוי האמת בהליך המשפטי. כפי שנראה להלן,

<sup>33</sup> וראה גם בדברי הרב אסף, אשר יובאו להלן במלואם בע"א 207/51, "אגוד" אגודה שיתופית בע"מ נ' ש. ברנדס, פ"ד ו', 1089 (1952). להלן: "פרשת אגדי", 1103: "לא נעלמו אומנם מעיני גם דברי המחמירים, אבל סבורני שבתנאי זמננו כדאים הם בעל 'בית הלל' וישואל ומשיבי לסמוך עליהם".

<sup>34</sup> בהצגה סלקטיבית של העמדות קיים, כמובן, גם קושי מחקרי. עם זאת, אנו סבורים שהערת האזהרה מעמעמת מאד את הקושי, כמו גם ההצהרה הגלויה על מטרתו של פרק זה. לנוכח המטרה המוצהרת הדגשת המקורות המאפשרים את החדרת ערכי היציבות והיעילות אינה אלא מתבקשת. וראה לעניין זה גם אצל סיני, הדוקטרינה, 213, בהע"ש 216: "מטרתנו לעשות שימוש סלקטיבי באוצר מקורות המשפט העברי, ולבור מתוכו עמדות משפטיות העשויות לשמש מקור השראה למודל משפטי חדש-ישן". הדברים מקובלים גם עלינו לחלוטין.

<sup>35</sup> לגישה כללית ולפיה יש לנסות ולחפש את הפוסקים המקלים בתנאי זמננו, ראה אצל הראי"ה קוק, אורח משפט, סימנים ק"ט-ק"א ובעיקר בסימן ק"ב: "שאני יודע ברור תכונת בני דורנו, שדוקא ע"י מה שיראו, שכל מה שיש להתיר ע"פ עומק הדין מתירין אנחנו, ישכילו לדעת, שמה שאין אנו מתירין הוא מפני אמתת דין תורה, וימצאו רבים הדבקים בתורה שישמעו לקול מורים בעז"ה, מה שא"כ כשיתגלה הדבר, שישנם דברים כאלה, שמצד שורת ההלכה ראוים הם להיתר ורבנים לא חשו על טרחם וצערם של ישראל, והניחו את הדברים באיסורם, יוצא מזה ח"ו ח"ה גדול מאד, עד שמתרבים המתפרצים לומר על כמה גופי תורה, שאם הרבנים רוצים היו יכולים להתיר, וע"י זה יוצא משפט מעוקל".

בדרך זו היא מתפקידו של בית הדין הרבני המוקם במדינת ישראל, כחלק משלב בדרך לכינון בית הדין הגדול בירושלים:

"אז יהיו נכונים ומתוקנים כל הדברים הפרטיים והכלליים בדרכי נועם ונתיבות שלום, ע"פ מקור תורת חיים – שמירת התורה והעמקת רגש הדת של הדורות הקודמים לאותו המעמד האיתן הרוחני יהיו סיבות נכונות, שיהיה מהלך המרכז הדתי הנשגב, 'בית דין הגדול שבירושלים', נוטה יותר להקל על הציבור בעניינים שיש בהם דרכים להקל על פי התורה"<sup>36</sup>.

בחינת המודל באמצעות נתיב ה'קולא' אינה הדרך הנבחרת רק בשל הטעמים שאוזכרו לעיל. היא נובעת גם מהגישה הריאליסטית שאזכרה לעיל בנוגע לחשש מנטישת בתי הדין הרבניים. מובן שבבואנו לבחון את עמדתם של בתי הדין הרבניים בנוגע למודל, עלינו לאמץ את נקודת ההסתכלות של בתי הדין. ברור שנטישת מערכת בתי הדין הרבניים ומעבר למערכת המשפט הכללית הינה תופעה שלילית מנקודת ההסתכלות של בתי הדין. חשוב להזכיר כי קיומה של מערכת משפטית במדינת ישראל, שאינה כפופה לכללי ההלכה - אינה בגדר סוד, ורבים מציבור שומרי המצוות בישראל ובחו"ל (וקל וחומר אצל אלו שאינם שומרי מצוות) פונים לברר את סכסוכיהם במערכת המשפט הכללית, ומתעלמים מקיומם של בתי הדין הרבניים.

כאן עלינו להזכיר כלל הלכתי ידוע. חז"ל יצרו חזקה הקובעת כי "אין אדם מעמיד עצמו על ממונו". חזקה זו משמשת כנימוק המאפשר להתיר לאדם לעבור על איסור, בעיקר בשני מובנים<sup>37</sup>. בשל חזקה זו נקבע הדין, שמותר לבעל הבית להרוג גנב הבא במחתרת. זאת מפני שאנו מניחים כי הגנב יודע, ש'אין אדם מעמיד עצמו על ממונו', ומסיק גם כי בעל הבית בוודאי ייאבק עמו אם יבחין בו. מתוך כך, אנו מניחים כי הגנב מתכנן שכשבעל הבית ייאבק כנגדו, יקום הוא עליו ויהרגו. משום כך, רואים את הגנב כאדם הבא להרוג, ומותר לבעל הבית להקדים ולהרוג, בשל הכלל: "הבא להרגך השכם להרוג"<sup>38</sup>. סוגיה זו עמדה במוקד דיון ציבורי בעת שהתחוללה 'פרשת שי דרומי'<sup>39</sup>, אשר הביאה גם לתיקון החוק בעקבותיה (במה שכונה 'חוק דרומי')<sup>40</sup>, ולשורה של מאמרים עיוניים הבוחנים האם מדובר בפטור, בצידוק, בצורך או שמא בעונש מיוחד לגנב<sup>41</sup>.

לביקורת על החמרות על הכלל בייחוד בעת הזו (ובפרט בנושאי אישות) ראה גם במאמריהם של הרב אהרן הלוי פיצניק, 'החמרות והקלות', **ניב המדרשה**, תש"ל, מ"ב, מ"ד-מ"ה; אליאב שוחטמן, "כוחא דהיתרא עדיף", **מחניים** 5, (אייר תשנ"ג), 72, 82-89; אלון, **המשפט העברי**, ח"ג, 1474; וכן יצחק כהן, שיפוט רבני ושיפוט חילוני, **דיני ישראל** ז' (התשל"ז), ר"ה, ר"י.

<sup>36</sup> במאמרו 'אפיקים בנגב', בתוך **אוצרות הראי"ה**, כרך ב', 127-128, בפסקה 33. וראה בהרחבה אצל חגי בן ארצי, **החדש יתקדש – הרב קוק כפוסק מחדש** (הוצאת ידיעות אחרונות – ספרי חמד, תל אביב-2010), 20-18.

<sup>37</sup> להרחבה בנוגע לחזקה זו ראה אנציקלופדיה תלמודית, כרך א', ערך 'אין אדם מעמיד עצמו על ממונו', תקמ"ו.

<sup>38</sup> ראה שמות, כ"א, ל"ז - כ"ב, ג'; סנהדרין, ע"ב, ע"ב; רש"י, שם, ד"ה 'בעל הבית'; יומא, פ"ה, ע"ב; רש"י, שם, ד"ה 'אין אדם מעמיד'. לעיון בפרטי ובנימוקי הדין ראה רמב"ם, הלכות גניבה, פ"ט, הלכות ז'-י"ג; שו"ת שבות יעקב, ח"ב, סימן קפ"ז; שו"ת חוות יאיר, סימן ל"א; אבי עזרי, הלכות גניבה, פ"ט, ה"ז.

<sup>39</sup> תפ"ח (ב"ש) 1010/07, **מדינת ישראל נ' שי דרומי** (פורסם בנבו, 15.7.09).

<sup>40</sup> תיקון 98 לחוק שינה את לשון סעיף 134(א) לחוק העונשין, תשל"ז-1977, לנוסחה זו: "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי כדי להדוף מי שמתפרץ או נכנס לבית המגורים, בית העסק או המשק החקלאי המגודר, שלו או של זולתו, בכוונה לבצע עבירה, או מי שמנסה להתפרץ או להיכנס כאמור".

<sup>41</sup> הרב יהונתן בלס, "אם במחתרת ימצא הגנב והוכה ומת" – בין עונש להצלה, **פרשת השבוע** 276, משפטים התשס"ז; הרב מיכאל אברהם, הריגת גנב לצורך הגנה על רכוש, **תחומין** כ"ח (התשס"ח), 174; שי עקביא וזנר, 'הגנה עצמית, דרישת הנחיצות וחובת הנסיגה': בשולי פרשת שי דרומי, **מחקרי משפט** כ"ז (התשע"א), 315; שו"ת חבל נחלתו, ח"י, סימן ס"א; יעקב שפירא, הגנה מפני פורץ (חוות דעת של המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים, 24.3.08) - [www.justice.gov.il/MOJHeb/Mishpatlvri/HavotDaat](http://www.justice.gov.il/MOJHeb/Mishpatlvri/HavotDaat). אלו מצטרפים למאמרים נוספים בעניין שקדמו לפרשה דוגמת אנקר, עיקרים, 317, 339-340; יואל אליצור, פשט חדש לדין הבא במחתרת, **מגדים** ו' (התשמ"ח), 9; דוד הנשקה, 'הבא במחתרת – ליחסו של המדרש לפשט', **מגדים** ז' (התשמ"ט), 9.

לא למותר להזכיר גם מאמרים בנושא מהמשפט הישראלי ומהמשפט העולמי. ראה בועז סנגיר, 'היהפך הצידוק לפטור של חסד? הגנת בית המגורים ("חוק דרומי" ופסק-הדין בפרשת דרומי) כמקרה מבחן לרציונל המצדיק הגנה עצמית ולהלכה הישראלית', **משפט וממשל**

לכלל משמעות רבה יותר לענייננו בשימוש אחר שלו. הכלל משמש גם כגדר בפני איסור<sup>42</sup>. דהיינו, נימוק להתיר לאדם לעבור על איסור קל ולא על איסור חמור: מי שהולך בדרך בערב שבת ונכנסה השבת, יכול לתת את כיסו (ארנקו) לנכרי על מנת שיוליכו. חז"ל התירו זאת בשל הנחת היסוד הטמונה בכלל, שאם לא יתירו לאותו יהודי את השימוש בנוכרי (איסור דרבנן), הרי שהוא יביא את ארנקו בידו ויטלטל ארבע אמות ברשות הרבים (איסור מהתורה), שכן אין אדם מעמיד עצמו על ממונו<sup>43</sup>. במילים אחרות, חכמים העדיפו להתיר איסור בדרגה פחותה על מנת למנוע מעבר על איסור בדרגה חמורה בהרבה. במקורות מובאת גם עמדתו של רבי יהושע הסובר כי ההיתר היה אמור להיות גורף יותר, בדרך של טלטול הארנק 'פחות פחות בארבע אמות'. הטעם הוא שרבי יהושע חושש כי היהודי לא ייתן אמון מלא בנוכרי, ובמקום לתת לו את ארנקו הוא יטלטל אותו בעצמו ויעבור באיסור תורה<sup>44</sup>. היתר זה הביא לשורה של הקלות והיתרים באיסורים קלים במטרה להימנע ממעבר על איסורי תורה חמורים. כך, לדוגמא, מביא הר"ן<sup>45</sup> את שיטתם של רבינו תם ושל בעל ספר התרומה<sup>46</sup>, "דמהא שמעינן למי שמתירא מפני הלסטים או השלטון, שיהא מותר לטלטל את המעות כדי להחביא, דמשום הפסד ממונו שרו ליה רבנן כי היכי דשרו ליה הכא..."<sup>47</sup>. בעקבות היתר זה גם נקבעו היתרים רבים באחרונים במקרים שונים<sup>48</sup>. דברים דומים כתב הרב וינברג<sup>49</sup> בנוגע לעניין אחר (ההקפדה בהלכות נידה) שהחשש מאיסור חמור מוביל לחיפוש הקלות בעניינים חמורים פחות:

"הדבר ברור שבזמננו ובמקומותינו רוב בני אדם אינם מעמידים את עצמם לענין איסור נידה, ואי לא שרינן להו - ודאי אתי

לעבור על איסור נידה החמור, ולפיכך מצוה לחפש אחרי היתרים וקולות עד כמה שידנו מגעת".

עניין זה רלוונטי עד מאד לפירצה המצויה בנושא הדיוני. גם על עניין זה עמד פרופ' שוחטמן במאמרו, והוא מתריע מהדרך בה עשויים אנשים להגיב למציאות בה מערכת נורמטיבית מביאה אותם לאבד את ממונם, כמעט ללא שיקול דעת. לעניין זה, הוא מזכיר כי הפנייה לערכאות היא איסור חמור<sup>50</sup>, והחשש הוא שבהיעדר אלטרנטיבה ראויה, גם המעדיפים לנהל את הדיון בהתאם לדין תורה יפנו לערכאות בשל החשש לממונם<sup>51</sup>.

<sup>42</sup> י"ג (התשע"א), 93; Joseph H. Beale, Homicide in Self Defense, 3 Colum. L. Rev (1903) 526, 540; ע"פ 89/78, יעקב אפג'ר נ' מדינת ישראל, פ"ד (לג), 141 (1979); ע"פ 6392/07, מדינת ישראל נ' שמואל יחזקאל (פורסם בנבו, 30.4.08).

<sup>43</sup> וראה, מעבר למובא כאן, גם בפסחים, י"א, ע"א-ע"ב: "מתוך שאדם בהול על ממונו... כל שכן דאי לא שרית ליה כלל אתי למיעבד".

<sup>44</sup> ראה שבת קנ"ג, ע"א; רמב"ם, הלכות שבת, פ"ו, הכ"ב; שו"ע, או"ח, ש"א, ל"ג.

<sup>45</sup> שבת, שם, ע"ב; רש"י, שם, ד"ה, "והיא מקיאה".

<sup>46</sup> ר"ן, שבת, ס"ו, ע"א בדפי הרי"ף, ד"ה "וכתבו".

<sup>47</sup> ספר התרומה, סימן רכ"ו.

<sup>48</sup> ואמנם הרמב"ן חולק וסובר שאין בזה היתר כללי, וההיתר הוא רק כאשר הוא כבר אוחז את ממונו בידו, שכן כאשר הממון בידו החשש ממעבר באיסורי תורה גדול יותר. וראה גם בדברי הרשב"א והר"ן על הסוגיה. וראה גם שו"ע, או"ח, של"ד, ב', המביא את שתי הגישות. וראה גם בדברי המ"ב, ס"ק ו' המסכם את השיטות. כך או כך נראה מדבריו שגם האוסרים במקרה זה אוסרים משום שלשיטתם החשש להגעה לאיסורי תורה הוא מנוח. וראה גם בדברי השו"ע, שם, ש"ז, י"ט, וכן במ"ב, שם, ס"ק ע"א.

<sup>49</sup> וראה אצל שוחטמן, שם, בהערת שוליים 125 שורה ארוכה של איזכורים ליישומי כלל זה.

<sup>50</sup> שו"ת שרידי אש, ח"ב, סימן פ"ג.

<sup>51</sup> ראה חזון איש, סנהדרין, ט"ו, ד'; הרב אברהם יצחק הלוי הרצוג, גדרים בדיון המלכות, התורה והמדינה ז' ח"ח' (התשט"ו-התש"ז), י'; שו"ת ציץ אליעזר, ח"ב, סימן פ"ב; שו"ת יחוה דעת, ח"ד, סימן ס"ה; שו"ת משנה הלכות, יד, קע"א; הרב יעקב אריאל, 'המשפט במדינת ישראל ואיסור ערכאות', תחומין א' (התש"ס), 319; הרב יעקב אריאל, תשובה לתגובה, תחומין ב' (התשמ"א), 528. אך ראה תיק 2824/לח, פד"ר י"א, 259; יעקב בזק, 'בתי משפט בישראל - האמנם "ערכאות של גויים"', תחומין ב' (התשמ"א), 523; ברנד, ערכאות; פרשת אסקימו סחר; חיים כהן, על ערכאות של גויים ועל ערכים של יהודים, משפט וממשל ד' (התשנ"ז), 299.

<sup>51</sup> שוחטמן, מעמדם ההלכתי, 366-367: "כלל הוא ש"אין אדם מעמיד עצמו על ממונו... מה שחשוב לעניינו הוא עצם קיומה של החזקה, המבוססת על טבע האדם, אשר לפיה עשוי אדם לעבור על איסורים ובלבד שלא יפסיד את כספו - חזקה שבגללה אפילו התירו לפעמים איסורים... בנסיבות הנדונות על ידינו, אין רבני ישראל נקראים להתיר איסורים כלשהם, אלא להפך: הם נקראים להתקין את

הדברים נכונים בסוגיות עליהן הצביע שוחטמן, והם נכונים בקל וחומר בסוגיות בהן אנו עוסקים, אשר בהן הבעיה היסודית גוברת, ויש צורך להתמודד גם עם 'תקלות מכוונות'. עיקרון נוסף המשמעותי לענייננו, הוא העיקרון של 'לא תנעול דלת בפני לווין'<sup>52</sup>. בהתאם לעיקרון זה הרי שגם במקרים בהם הדין קובע כלל נורמטיבי מסוים, יכולים חכמי הדור לשנות את הכלל, על מנת לסייע לקיומם של חיי כלכלה תקינים ועל מנת שלא לפגוע בשכבות החלשות של האוכלוסייה. כפי שהזכרנו לעיל וכפי שנדגים להלן, כך נעשה פעמים רבות, ובין היתר בהקשרים דיוניים בהם על מנת לסייע לחיי הכלכלה נקבעו כללים דיוניים 'יעילים' יותר למרות ויתורים מסוימים ברכיב 'בירור האמת'. יצוין, כי ניתן לבטל כלל הלכתי על מנת 'שלא לנעול דלת', גם כאשר הכלל פועל מלכתחילה לטובת השכבות החלשות, וכך הם פני הדברים ברוב המקרים. זאת, משום שעמידה על הדין מביאה בסופו של יום את השכבות החזקות להתנהלות מתוכננת, במטרה שלא להיכנס תחת כנפי הכלל, ולפגיעה בשכבות החלשות (ה'לוויים'). אלו הם פני הדברים גם אצלנו. עמידה על בירור האמת מבלי לתת את הדעת על חשיבותם של הערכים הנוספים המקובלים היום במערכת המשפט הכללית (וכפי שהראינו לעיל מקובלים גם בדין העברי) תביא בסופו של יום לפגיעה בשכבות החלשות. זאת משום שבעלי המעמד החזק, ובייחוד 'השחקנים החוזרים' (repeat players) בהליכים המשפטיים<sup>53</sup>, יתנהלו בצורה שתבטיח אותם מפני כשלים דיוניים של 'שחקנים חד פעמיים' (one-shot players), המכונים גם 'שחקנים מזדמנים' במספר מקומות), וייצרו מלכתחילה (בין היתר באמצעים חוזיים) מציאות בה תהיה הגנה מקסימלית על זכויותיהם הם. לעניין זה,

---

התקנות הנחוצות, כדי לנסות ולהביא בדרך זו להימנעותם של הבריות מלעבור על איסור הפנייה לערכאות, ולהפניית תביעותיהם לבתי דין הדנים דין תורה. אם מצאנו שחכמים מצאו לפעמים לנכון להתיר איסורים קלים כדי למנוע את הבריות מלעבור על איסורים חמורים יותר מתוך שהם בהולים על ממונם, קל וחומר שעל חכמי ההלכה של דורנו לעשות שימוש בסמכותם ולהתקין את כל התקנות הנחוצות - דבר שאינו כרוך בהתרתו של איסור כלשהו - כדי להשיג אותה מטרה: מניעת הבריות מאיסורים חמורים יותר. בוודאי שנכון לומר כן ביחס לאיסור הליכה לערכאות - איסור הנוגע לעצם קיומו של דין תורה במדינת ישראל".

<sup>52</sup> ראה לדוגמה בסנהדרין, ג', ע"א.

<sup>53</sup> על המעמד השונה, מערכת השיקולים המיוחדת והכלים העומדים לרשותם של 'משתתפים חוזרים' בהליך המשפטי, ראה: Marc Galanter, 'Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change', 9 *Law & Society Rev.* (1974), 95 (להלן: "Galanter, Why the 'Haves'"); [תרגום עברי של המאמר מצוי במארק גאלאנטר, 'מדוע "אלה שיש להם" נוטים להצליח: הרהורים על גבולות השינוי המשפטי, מעשי משפט ד' (התשע"ב), 15]; Herbert M. Kritzer & Susan S. Silbey (eds.), *In Litigation: Do the 'Haves' Still Come Out Ahead?* (Stanford University Press, 2003) an Explanation for Intervention Behavior in the English Court of Appeal', 35 *American J. of Political Science* (1991), 881; Terence Dunworth & Joël Rogers, 'Corporations in Court: Big Business Litigation in U. S. Federal Courts, 1971-1988', 21 *Law & Soc. Inquiry* (1996), 497; Donald R. Songer, Reginald S. Sheehan & Susan Brodie, 'Case Selection and Resolution', 28 *Rand J. of Econ.* (1997), S92; Haire, 'Do the "Haves" Come out Ahead over Time? Applying Galanter's Framework to Decisions of the U.S. Courts of Richard Lempert, 'A Classic at 25: Reflections on Galanter's 'Appeals, 1925-1988', 33 *Law & Soc. Rev.* (1999), 811; Paul Brace & Melinda G. Hall, "'Haves" versus "Have Nots" in State Supreme Article and Work It Has Inspired', 33 *Law & Soc. Rev.* (1999), 1099; Gillilan K., 'Courts: Allocating Docket Space and Wins in Power Asymmetric Cases', 35 *Law & Soc. Rev.* (2001), 393; Hadfield, 'Exploring Economic and Democratic Theories of Civil Litigation: Differences Between Individual and Organizational Litigants in the Disposition of Federal Civil Cases', 57 *Stan. L. Rev.* (2004), 1275, 1332; Yoav Dotan, 'Do the "Haves" Still Come out Ahead? Resource Inequalities in the Disposition of Federal Civil Cases', 33 *Law & Soc. Rev.* (1999), 1059; Dotan, 'Do the "Haves" Still Come out Ahead? Resource Inequalities in the Disposition of Federal Civil Cases', 33 *Law & Soc. Rev.* (1999), 1059; Parchomovsky & Stein, *The Relational "Haves"* (התשע"ב), 9.

התחשבות בפערים החברתיים ובפערי המעמדות (אשר בסופו של יום הינה חלק ממינון 'משפט צדק'<sup>54</sup>) מחייבת את אימוץ המודל המוצע, ושיקול הדעת הפרטני שהוא טומן בחובו. ושוב, הדברים הינם נכונים באופן עקרוני לפיתרון אותן נקודות, אשר ההסדר הרגיל של המשפט העברי בעניינם איננו מספק תשובה הולמת למציאות הכלכלית הנוכחית. הם נכונים עשרת מונים בכל הנוגע ליכולתם של בעלי דין לנצל את כללי הדין. אין כל ספק, כי למי שיחשוש שבעל הדין שעומו ינצל את הכללים על מנת להימנע מתשלום חיוביו, תהיה מוטיבציה מיוחדת שלא 'להעמיד עצמו על ממונו'. הוא יעדיף לפנות להליכים בהם קיימות סנקציות יעילות כנגד מי שמנסה לנצל את הכללים הדייוניים ולפגוע ביעילות ההליך.

## ג. בחינת הפיתרונות המוצעים במודל

### 1. שינוי נטלי הראיה

עוד קודם שנדון בהצעה המובאת במודל בעניין, עלינו לעמוד על משמעותם של נטלי הראיה<sup>55</sup> בהלכה. נטלי הראיה מחולקים בדרך כלל בצורה ברורה. התובע דבר, שהוא בחזקת הנתבע, צריך להביא הוכחה לדבריו<sup>56</sup>. הגמרא<sup>57</sup> לומדת כלל זה מכוחו של ההיגיון הבריאי (הסברא), והיא אף מרחיבה את הדין עם לימוד מפסוק (ומכנה את הכלל כ"זה כלל גדול בדין"<sup>58</sup>):

"אמר רבי שמואל בר נחמני: מניין להמוציא מחבירו עליו הראיה? שנאמר: 'מִי בָעַל דְּבָרִים יִגֵּשׁ אֶלֶהֶם'<sup>59</sup>, יגיש ראיה אליהם. מתקיף לה רב אשי: הא למה לי קרא? סברא הוא, דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא! אלא, קרא לכדרכי נחמן אמר רבה בר אבוה, דאמר רב נחמן אמר רבה בר אבוה: מניין שאין נזקקין אלא לתובע תחלה? שנאמר: 'מִי בָעַל דְּבָרִים יִגֵּשׁ אֶלֶהֶם', יגיש דבריו אליהם. אמרי נהרדעי: פעמים שנזקקין לנתבע תחלה, והיכי דמי? דקא זילי נכסיה"<sup>60</sup>.

<sup>54</sup> לקישור שבין משפט צדק להגנה על פערי המעמדות, ראה שבת, קל"ט, ע"א: "אמר עולא: אין ירושלים נפדה אלא בצדקה, שנאמר "ציון במשפט תפדה ושביה בצדקה" (ישעיהו, א', כ"ז). המהרש"א (חידושי אגדות, סנהדרין, צ"ח, ע"א) מסביר את הקשר בין מימרת הגמרא לבין הפסוק, ומבהיר כי בזכות מצוות הצדקה ישוּבו לירושלים משפטי אמת ודיני צדק, אשר בטלו ממנה כמבואר בגמרא, ובזכות כך תבוא גאולת ירושלים.

<sup>55</sup> חשוב להדגיש כי אחת ההבחנות המרכזיות הקיימות במשפט הכללי בדיני הראיות (הבחנה שמקורה במשפט האנגלו-אמריקני ואומצה בפסיקה הישראלית) היא ההבחנה בין שני נטלי הוכחה (Burdens of Proof): (א) נטל השכנוע (Burden of persuasion) שהוא הנטל העיקרי, המטיל על בעל דין חובה להוכיח את צדקת טענותיו, ו- (ב) נטל הבאת הראיות (Burden of producing evidence), נטל משני יחסית, שמשמעו חובה (המוטלת בדרך כלל על התובע) להביא ראיות לשם עמידה בנטל השכנוע, ועניינו דיות הראיות – היינו, שמבחינת כמות הראיות ומהימנותן עשוי השופט לקבוע ממצא חיובי. להרחבה בעניין זה ראה הרנון, דיני ראיות, ח"א, 189; Neil Andrews, *Principles of Civil Procedure* (1994), 464; דן בייך, 'נטל השכנוע וחובת הראיה בדיני המסים (הרהורים בעקבות פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין ע"א 1436/90 ארד נ' מנהל מע"מ)', **משפט וממשל** ג' (1995), 277, 285; סיני, הדוקטרינה, 166-167; גיא שני, 'הנוק הראייתי ו"עונשו": בשבחי מעבר מהמודל הקיים של העברת הנטל למודלים של מידתיות ואינדוקטיביות', **משפטים** מ"א (התשע"א), 315 (להלן: "שני, הנוק הראייתי"); ע"פ 28/49, **זרקא נ' היועמ"ש**, פ"ד ד, 504 (1950); להלן: "פרשת זרקא"); פרשת נוימן; ע"א 641/66, **צבי אריה נ' אוה (חיה) קליבנסקי**, פ"ד כ"א(2), 358 (1967). לשאלה האם הבחנה מעין זו מצויה גם בהלכה ראה אצל סיני, שם, בהע"ש 239.

<sup>56</sup> אנציקלופדיה תלמודית, כרך ט', ערך 'המוציא מחבירו עליו הראיה', תנ"א; וראה בהרחבה כללית על הסוגיה גם אצל אלבק, הראיות, 324; סיני, הדוקטרינה; פיסקאות 285-297 לפסה"ד בת"א (י-ם) 2261/00, **איאו יוסף גטהון נ' הדר חברה לביטוח בע"מ** (פורסם בנבו, 23.8.09).

<sup>57</sup> בבא קמא, מ"ו, ע"ב.

<sup>58</sup> שם, ע"א, דברי רב יהודה בשם שמואל.

<sup>59</sup> שמות, כ"ד, י"ד.

<sup>60</sup> חשוב לציין כי הכלל יחול ללא מחלוקת במקום בו הספק בא על פי טענותיהם של בעלי הדין, ומבלי טענותיהם לא היה שום ספק לבית הדין. במציאות בה היה קיים לבית הדין ספק אף ללא טענותיהם של בעלי הדין קיימת מחלוקת בין סומכוס לחכמים. ראה בבא קמא, שם, ובשיטותיהם של שלל הראשונים בסוגיה, דוגמת תוספות, בבא קמא, ל"ה, ע"ב, ד"ה "זאת". מחלוקת נוספת קיימת בשאלה מה

אלון<sup>61</sup> מדגיש את העובדה שדין זה נלמד מכח ההיגיון, ועומד על חשיבותו של כח הסברה, אשר בהתקיימותו אין כלל צורך בפסוקים), שכשם שחולה החש בכאב פונה לביתו של הרופא ומצביע שם על מיחושיו, ואין הרופא רץ לחפש מי ומי הוא החולה, כך גם אדם שיש לו תביעה על חברו, עליו להביא תחילה את ההוכחות לביסוס תביעתו, ולא על הנתבע להוכיח תחילה שאין הוא חייב באותה תביעה. הרא"ש מדגיש בעניין זה, שהדין עצמו הוא פשוט, ובלי ראייה מצד התובע - מן הדין ומן הצדק אין לנו להוציא מזה וליתן לזה<sup>62</sup>. הנימוק לדברים הוא פשוט, שכן בכלל הלכתי אחר במצב של איזון ראייתי (דוגמת כלל של חלוקה), 'לא הנחת חיים לכל בריה', שהרי כל אחד יוכל לתבוע מחבירו אלף זוז, ובדרך זו לכפות עליו תשלום של חמש מאות<sup>63</sup> [וכלשונו של סיני: "אכן, אין לך עיקרון מוצדק והיגיוני מעקרון "המוציא מחברו עליו הראיה"<sup>64</sup>]. הפסוק בא להוסיף לנו לימוד רק בנוגע לסדרי הקדמת הדיונים בבית הדין, ואיננו מלמדנו דבר לגוף ההכרעה במקרה דנן<sup>65</sup>.

יש מהראשונים, דוגמת רבינו יהונתן<sup>66</sup>, שלמדו ממשל הרופא אף עיקרון נוסף, הנוגע לטיב ולאיכות הראיה. לשיטתם, משה רבנו נתן כלל גדול לדיינים שהותיר כשעלה להר, שלא ידונו שום הוצאת ממון בדעה מכרעת וברוב, אלא בראיה. רב אשי, לדעה זו, מבהיר שאף זו סברה הגיונית שלא יגרע הדין ממשפט הרופאים, שאינם דנים את החולה לפי סברתם בלבד, עד שמראה החולה פנים, ואומר מקום החולי. וכך, התובע צריך להראות פנים שתביעתו חזקה וברורה, והיינו בעדים ובראיות.

לימוד אחר מתבסס על הפסוק "וְאֶצְנֶה אֶת שְׁפִטְיָם בְּעֵת הַהוּא לְאֹמֵר שְׁמַע בֵּין אֲחֵיכֶם וּשְׁפִטְתֶּם צְדָק בֵּין אִישׁ וּבֵין אֲחֵיו וּבֵין גְּרוֹ"67, כאשר חז"ל דרשו את המילים "ושפטתם צדק" כמלמדות על נטלי הבאת הראיות:

"וּשְׁפִטְתֶּם צְדָק" - צדיק בצדקו תובע ומביא ראיות. זה עוֹטֵף טליתו, וזה אומר: 'שלי היא'; זה חורש בפרתו, וזה אומר:

'שלי היא'; זה יושב בתוך ביתו, וזה אומר: 'שלי הוא'; זה מחזיק בשדהו, וזה אומר: 'שלי הוא'. לכך נאמר: 'וּשְׁפִטְתֶּם צְדָק'

- צדיק בצדקו תובע ומביא ראיות"<sup>68</sup>.

אלבק מסביר שאם הראיות שיש לבעלי-הדין שוות (וראה שם בדוגמאותיו) - זוכה הנתבע המוחזק ומפסיד התובע הרוצה להוציא מידו<sup>69</sup>, ומתקיים המצב כמו שהוא בעת הגשת התביעה ללא שינוי, משום שהמוציא מחברו עליו

---

יהיה הדין במקרה בו הספק איננו בנוגע לעובדות המעשה אלא בנוגע להכרעת הדין. ראה רב האי גאון, ספר המקח והממכר, שער מ'; תוספות יבמות, ס"ה, ע"ב, ד"ה "כ"י"; שם, גיטין, י"ד, ע"ב, ד"ה "וחכמים"; רשב"ם, בבא בתר, קס"ו, ע"ב, ד"ה "תיקו"; רמ"א, חו"מ, כ"ה, ב'. להרחבה בשאלות אלו ראה אנציקלופדיה תלמודית, שם, תנ"ג-תנ"ח; אלבק, הראיות, שם; סיני, הדוקטרינה, 213-215; פסקאות ח"י-י"ד לפסק הדין בפרשת מלוול. וראה בהרחבה אצל מיכאל בריס, "האדם יראה לעיניו" - ספק וספקנות בתורת המשפט של הרמב"ם, עבודה לשם קבלת התואר דוקטור, התשס"ט, אוניברסיטת בר אילן, רמת גן.

<sup>61</sup> אלון, המשפט העברי, 810-811.

<sup>62</sup> רא"ש, בבא מציעא, פ"ו, סימן ג'.

<sup>63</sup> מרדכי, בבא קמא, מ"ו, ע"א.

<sup>64</sup> סיני, הדוקטרינה, 214.

<sup>65</sup> כפי שהסביר רש"י, שם, בד"ה "שאינו נזקקין אלא לתובע תחילה": "כגון ראובן תובע משמעון מנה שהלוהו (בעדים או בשטר) ושמעון משיבו תפסת משלי החזר לי מה שתפסת או משכון היה בידך ונפחת מדמיו שנשתמשת בו בתחילה נזקקין לטענת ראובן ומוציאים לו המנה משמעון ואחר כך נזקקין לו לטענת שמעון לדון על דבר התפסיה והמשכון". אך ראה בדברי ה'תורת חיים' על הסוגיה, אשר מסביר כי הסברה מתייחסת למקרה בו הספק נוצר רק על ידי בעלי הדין, שאם לא כן 'לא הנחת חיים לכל בריה', והפסוק מוסיף לנו את הדין במקום בו הספק קיים לבית הדין גם ללא טענותיהם.

<sup>66</sup> שיטה מקובצת, ב"ק, שם: "אין הרופא דן את החולה לפי סברתו לבדו, עד שאומר לו החולה 'ראשי כבד עלי במקום פלוני', ולפי שהוא מראה לו פנים - הוא דן אותו, כך התובע צריך להראות לו פנים שתביעתו חזקה". וראה באנציקלופדיה תלמודית, שם, תנ"ב.

<sup>67</sup> דברים, א', ט"ו.

<sup>68</sup> ספרי, דברים, א', ט"ו. בחלק מהגירסאות נוספות בסיפא המילים: "על כולן הוא אומר התובע יביא ראיה".



הראיה'. אלבק תולה זאת, בהתאם למתודה העיקרית של ספרו, בדרך הרוב. לשיטתו, על-פי רוב המצב במציאות כמו שהוא, הוא המצב שצריך להיות על-פי הדין, וכל הטוען נגד המצב במציאות עתה ורוצה לשנותו, על-פי רוב אין טענתו על-פי הדין, ומיעוט של טענות בלבד הן על-פי הדין, וכלשונו<sup>70</sup>: "הטעם שהמוציא מחברו עליו הראיה היא: שאומדים, שרוב המחזיקים הנתבעים בדין מחזיקים, ומיעוט בלבד של התובעים בלא ראייה בדין תובעים"<sup>71</sup>. לכן, הוא מסביר, אם אין לתובע המוציא ראייה שכוחה רב מאומדן הרוב, דינו להפסיד. גולאק מרחיב על היסוד ההגיוני העומד מאחורי נטלי הבאת הראיות. "בעל דין שהוא מוחזק בחפצים שנדונים עליהם, אינו צריך ראייה על טענתו, משום שחזקתו בחפצים הללו משמשת לו ראייה"<sup>72</sup>. גולאק מדגיש כי הכלל, לכאורה, זהה לכלל המקובל במשפט הכללי המחייב את התובע לברר את תביעתו בראיות<sup>73</sup>, ואולם הכללים, למעשה, שונים בתכלית<sup>74</sup>. הכלל שהתובע צריך להביא ראייה נוסד על עיקר סובייקטיבי, הנעוץ בשאלה מיהו טוען הטענה. בעל הדין צריך לברר ולאמת העובדות שעליהן הוא נשען בטענותיו. מכיון שהתובע מתחיל בדין, ובא בטענותיו על הנתבע, אין הנתבע צריך לסתור דבריו בראיה, כל זמן שלא בירר התובע את טענתו בראיות. בית המשפט צריך לחקור בדרך כלל בשאלה אחת ויחידה: מי מבעלי דין, שמטענתו נובעת תביעה מחברו, יבוא ויברר את תביעתו בראיות<sup>75</sup>. לעומת זאת, הכלל התלמודי 'המוציא מחברו עליו הראיה', בנוי על יסוד אובייקטיבי, על חזקתם של החפצים שנדונים עליהם, ושהם בידי אחד מבעלי הדין. חובת הבאת ראייה אינה נקבעת על פי הייחוס כתובע ונתבע, אלא על פי הייחוס אל החפצים ומקום הימצאם<sup>76</sup>. לכן, תובע שתפס את נכסי הנתבע, פעמים רבות נפטר מלהביא ראייה על אף שהוא התובע, מכיוון שנעשה מוחזק בנכסים<sup>77</sup>.

גולאק מדגיש גם שישנם חריגים לכלל:

<sup>69</sup> יצוין כי מושג ה'חזקה' טומן בחובו שתי חזקות שונות: 'חזקת מרא קמא', שהינה חזקה שהיתה קיימת קודם שנולד הספק, וחזקת ממון, שהינה החזקה ממשית בדבר המצוי בליבה של המחלוקת. זהו לא המקום להרחיב בנפקות בין החזקות, ולהרחיב ראה ט"ז, חו"מ, רכ"ג, א'; נתיבות המשפט, משפט האורים, חו"מ, רכ"ג, א'; אנציקלופדיה תלמודית, שם, תנ"ה-תנ"ז.

<sup>70</sup> אלבק, שם, 327.

<sup>71</sup> סיני, הדוקטרינה, בהע"ש 225 תוהה על הנחות היסוד של גישה זו: "ראוי לשאול אם יש בסיס אמפירי להנחתו ההסתברותית של אלבק? ומי אמר שהולכים אחר רוב המצבים? שמא הרוב הקובע הוא רוב התביעות?". נדמה שיש ממש בתהיותיו, אך אכמ"ל.

<sup>72</sup> גולאק, יסודי המשפט, ח"ד, בתי דינים ומהלך הדין בענייני ממונות, אות ס', 111-112. וראה גם אצל ביין, שם, 285, הקובע כי יסוד הכלל ביציבות והביטחון המשפטיים, וכי "שיקול זה מכתוב שמירה על הסטאטוס-קוו. לפיכך, מי שבא לשנות את הסטאטוס קוו, עליו מוטלת החובה לשכנע את בית המשפט כי מן הראוי לעשות כן".

<sup>73</sup> ראה פרשת זרקא: "כלל אוניברסאלי הוא, כי בעל-דין הטוען טענה מסוימת החשובה לעמדתו במשפט – בין טענה חיובית ובין שלילית – עליו הראיה"; פרשת עזיז: "בעל-דין במשפט אזרחי הטוען טענה משפטית התומכת או מבססת עמדתו ישא בנטל להניח את התשתית העובדתית הנחוצה לביסוס טענתו ולשכנע כי זו אכן מתקיימת"; ה"פ (י-ס) 7236-05-11, גולדפון בע"מ נ. ב. יאיר חברה קבלנית לעבודות בניה 1988 בע"מ (פורסם בנבו, 11.8.11).

<sup>74</sup> להרחיב על ההבדלים בין גישת המשפט העברי לגישת המשפט הישראלי בסוגיה, ראה סיני, הדוקטרינה, 215-216. סיני גם עומד על כך שבתי המשפט בישראל מצטטים לא פעם את הכלל של 'המוציא מחברו עליו הראיה', אך למעשה הם פועלים בניגוד לכללים של המשפט העברי בסוגיה. וראה גם שם, בעמ' 173.

<sup>75</sup> ראה הרנון, דיני ראיות, 201: "העקרון הוא, כי כל בעל-דין, הטוען טענה החשובה לעמדתו במשפט, נושא בנטל השכנוע להוכחת אותה טענה"; רע"א 1436/90, גיורא ארד חברה לניהול נ' מנהל מס ערך מוסף, פ"ד מו(5), 101, 105-106 (1992): "ככלל רובץ נטל הבאת הראיות בתחילתו של המשפט על מי שנושא בנטל השכנוע... העקרון הוא, כי כל בעל-דין, הטוען טענה מהותית לגרסתו במשפט, הוא הנושא בנטל השכנוע להוכחת אותה טענה. משמע: דיני הראיות הולכים אחר המשפט המהותי. כך, למשל: תובע המבקש סעד נושא בנטל השכנוע משנתקיימו כל העובדות המהוות את עילת התובענה – היינו אותן עובדות בהן מתנה הדין המהותי את מתן מבוקשו, ככתוב: המוציא מחברו עליו הראיה. נתבע הטוען כי בגלל דין אחר פטור הוא מחבות שנולדה, עליו הראיה כי נתקיימו העובדות המפיקעות, המהוות את עילת ההגנה לפי הדין האמורי".

<sup>76</sup> סוגיית נטל הראיה בסכסוכי קרקעות פועלת אף היא על פי הכלל 'המוציא מחברו עליו הראיה', אך עם יישום מעט שונה בהתאם לנסיבות החזקת קרקע. ראה רמב"ם, הלכות טוען ונטען, פ"א, ה"א; ת"א (י-ס) 5015/03, נאגי מוסא מחמד פראג' נ' מוחמד אחמד חוסיין פראג' (פורסם בנבו, 17.1.07).

<sup>77</sup> גולאק, שם, 111-112.

"פעמים שמצב הדברים מצריך לנטות מן הכלל, שהמוציא מחברו עליו הראיה, ולהטיל חובת הראיה על המוחזק. כגון, במקום שהראיות, שצריכים בכדי לברר את הדין ולסייע לבעל דין המוציא, נמצאות בידי בעל דין המוחזק, ואם נבוא לתפוס כאן בחומר הדין, שהמוחזק פטור מהבאת ראיה, נוציא דין מעוות ונפסיד למוציא. לפיכך, קבעו דינינו, שאם בעל הדין המוציא מברר באמתלאות מתקבלות על הלב, שיש ראיות לזכות לו, ושרק בעל הדין המוחזק יכול להביא אותן, בית דין מחייבים את המוחזק להביא את הראיות האלו. וכן, אם אותו בעל דין שעליו להביא ראיה מבקש מבית דין, והם רואים צורך בכך, הם מטילים חרם סתם על כל מי שיודע עדות או שיש בידו ראיה בעניין הנדון, שיביאם לבית דין"<sup>78</sup>.

גם אלבק מדגיש את החריגים (בהתאם לשיטתו):

"אילו היה מקום או עניין שבו המצב במציאות על-פי רוב היה נגד הדין, לא היה מן הצדק לומר: המוציא מחברו עליו הראיה, ולא היה הדין כן, שהרי רובם של התובעים היו תובעים בדין. במצב זה היו התובעים על-פי רוב תובעים בדין, והנתבעים על-פי רוב היו טוענים נגד הדין, ולפי אומדן זה היה הנתבע מפסיד, והמוחזק עליו הראיה"<sup>79</sup>.

למעשה, קיים כאן כלל ברור. כאשר קיימות נסיבות היוצרות ראיה הסותרת את הכלל, הרי שהכלל ישתנה בהתאם לנסיבות<sup>80</sup>. זאת, בין אם מדובר בנסיבות המראות כי עצם החזקה אינה מסייעת לנו בבירור זהות הצודק, ובין אם מדובר בנסיבות היוצרות חזקה סותרת להחזקה בנכס<sup>81</sup>. כך, לדוגמא, כאשר קיימת מחלוקת בין היורשים למי מיועדת הירושה הרי שאין באחזקתו של מי מהיורשים בנכסים ולא כלום, והדין הוא שאף אחד מהצדדים איננו נחשב למוחזק, וכאשר איש מהצדדים איננו מביא ראיה לדבריו או שראיותיהם שקולות - הדין הוא שיחלוקו<sup>82</sup>. דוגמא נוספת מצויה בנוגע לפועלים. הדין הוא שעל אף שבעל הבית מוחזק בממונו, הרי שהוא צריך לשלם לפועליו בהתאם למנהג, ועליו להוכיח שהתנה עימם שישלם בניגוד למנהג<sup>83</sup>. דוגמא נוספת היא באדם היוצא מבית חברו כאשר חפץ של חברו טמון אצלו, והוא טוען שהוא רכשו מיד חברו, אשר גם עליו מוטל נטל הראיה<sup>84</sup>.

דוגמאות להעברת נטל הראיה מצאנו גם בעניינים נוספים. כך, לדוגמא, נקבעה תקנה אשר העבירה את נטל הראיה בתביעה בין הציבור ליחיד וזאת מכח שיקולי מדיניות משפטית<sup>85</sup>. על אף שמן הדין היה שכאשר הציבור תובעים את היחיד יתקיים הכלל ולפיו 'המוציא מחברו עליו הראיה', בפועל המנהג היה שונה: "...זה נוהג בכל הקהילות שעברתי, כמדומה אני, שכל יחיד המדיין עם קהלו עבור עניני מסים שהקהל גובים המס תחלה, ואחר כך אם הוא חפץ ירדו עמו לדין אם נטלו ממנו שלא כדת יחייבו הדיינים להחזיר. והקהל רוצים להיות מוחזקים

<sup>78</sup> שם, 112.

<sup>79</sup> אלבק, שם, 325.

<sup>80</sup> וכלשונו של סיני, הדוקטרינה, 215: "הכלל, במשמעותו המקובלת במשפט העברי, מטיל את חובת ההוכחה על המבקש להוציא ממון מחברו, אלא אם כן יש חֲזָקָה או השערה משפטית (*praesumptio*) *juris* או שיקולים משפטיים שונים הגורמים להעברת הנטל לבעל הדין שכנגדו".

<sup>81</sup> גם סומכוס, הסבור כי במקום שקיים לבית הדין ספק אף בלא טענותיהם של בעלי הדין הדין הוא שייחלוקו, מודה שבמקום בו למוחזק ישנה חזקה נוספת בנסיבות המקרה - חוזר הדין ולפיו 'המוציא מחברו עליו הראיה'. ראה תוספות, בבא קמא, מ"ו, ע"ב, ד"ה "מידע"; שם, בבא מציעא, ק', ע"א, ד"ה "הא מני".

<sup>82</sup> תוספות, יבמות, ל"ז, ע"ב, ד"ה "וממון".

<sup>83</sup> ירושלמי, בבא קמא, פ"ז, ה"א; רב האי גאון, שם.

<sup>84</sup> רב האי גאון, שם.

<sup>85</sup> ראה סיני, הדוקטרינה, 216-217.

ותפושם, ונתבעים ולא תובעים, ואפילו היכא דלא תפשו עדיין מחזיקים עצמם בחזקת תפוסים לעניין זה, דהמוציא מחברו עליו הראיה"<sup>86</sup>. הסברה לדין זה נעוצה בקושי של הקהל להביא ראיות נגד כל יחיד ויחיד<sup>87</sup>.

לעיתים העברת נטל הראיה נובעת מתוך חזקה נוגדת הנוצרת מטענתו של הנתבע. כך, לדוגמא, בתביעת חוב תעביר טענת הנתבע כי פרע את החוב בתוך תקופת הפירעון את הראיה אל כתפיו. זאת, בשל החזקה כי אין אדם פורע תוך זמנו<sup>88</sup>. גם לשליח בית דין האמינו חז"ל "כבי תרי"<sup>89</sup> (כשני עדים). אמנם, בדרך כלל מדובר על האמנה שלא לצורך הוצאת ממון<sup>90</sup>, ואולם, לעיתים ניתן להסתמך על עדות השליח גם לצורך הוצאת ממון<sup>91</sup>. בעקבות דין זה היו גם שרצו בבתי הדין הרבניים להסתמך על עדותו של מתנדב במשטרה כשליח בית דין, ולהוציא ממון על פיה<sup>92</sup>. בצורה דומה נעשה שימוש ביחזקת הכשרות של שליח בית הדין, אשר "מסתמא עביד כדין"<sup>93</sup>.

כך גם, לדוגמא, מפנה הרב שיינפלד<sup>94</sup> לדברי החזון איש' בנוגע לתביעה כנגד הבעלים על כך שפשעו בשמירתם. החזון איש קובע כי "יש לעיין, בבעלים אומרים ששמרו כראוי, אי על הבעלים לברר עדים, או על הניזוק לברר שפשעו בעלים... ומשמע דעל הבעלים לברר, כיון שההיזק לפנינו, חשוב המזיק כטוען דבר מחודש, ועליו לברר. ולפי זה חייב השומר לשלם עד שיברר ששמרו כראוי"<sup>95</sup>. כלומר החזון איש יצר מעין חזקה כנגד הבעלים (המזיק) ולטובת הניזוק, על אף שהוא המוציא מחברו. הדבר הולם את שיטתו העקרונית של החזון איש, אשר קבע באופן כללי לגבי המוחזק: "דכל הני הבא בטענה שהיא משנה ומחדשת את הענין חשוב כמוציא, והמחזיק את הדבר על עניינו הידוע חשוב כמוחזק"<sup>96</sup>.

בדומה לכך, קיים נטל ראיה מוגבר יותר על שומרים. כך, לדוגמא, הוטל נטל הראיה על שומר חנם להוכיח, שזק שאירע במקום בו שהו אנשים נוספים לא אירע בפשיעתו, ועליו להביא עדים על כך<sup>97</sup>. כהנא מוכיח מהלכה זו כי הנטל מוטל באופן כללי על שומר החנם<sup>98</sup>. ככלל ניתן לומר כי אנו מתייחסים לשומר במובן מסוים כאל המוציא מחברו, שכן הוא מבקש להימנע מהשבת פיקדון אל חברו.

חזקה אחרת קשורה לשליטה של בעלי הדין על הראיות. במקרה בו הראיות שעשויות לסייע לבעל הדין המבקש להוציא מחברו, מצויות בידי בעל הדין המוחזק ורק בעל הדין המוחזק יכול להביאן - מחייב בית הדין את

<sup>86</sup> שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, סימן ק"ו. וראה גם שו"ת הרשב"א, ח"ג, סימן שצ"ח; רמ"א, חו"מ, ד', א'.

<sup>87</sup> בין אם משיקולים ציבוריים והרצון שלא להכריח את הציבור לפעול לגביית חובות רבים ובין אם בשל הקושי של הציבור לנהל את התיק המשפטי כראוי. ראה בדברי המהר"ם, שם ובהרחבה אצל סיני, שם.

<sup>88</sup> בבא בתרא, ח', ע"א-ע"ב.

<sup>89</sup> ראה בבא קמא, קי"ב, ע"ב; שו"ע, חו"מ, י"א, א'.

<sup>90</sup> שו"ע, שם; סמ"ע, חו"מ, ח', ס"ק כ"ג.

<sup>91</sup> נתיבות המשפט, י"א, חידושים, ס"ק ה'.

<sup>92</sup> דעת המיעוט בפסק דינו של בית הדין 'ארץ חמדה-גזית' בתיק 71061, נ. נ' ש. (פורסם באתר 'ארץ חמדה', 9.10.11; להלן: "פרשת נ. נ' ש.").

<sup>93</sup> שער המשפט, ח', ס"ק י"ב.

<sup>94</sup> ראה שיינפלד, נזיקין, 172.

<sup>95</sup> חזון איש, בבא קמא, סימן ז', ז'. וראה גם בפסק דינו של בית הדין לממונת באיתמר בתיק 22/תשס"ט, ד.ה.ע.ה. נ' נ.ג. (פורסם באתר 'דין תורה', י"ט טבת התשס"ט; להלן: "פרשת ד.ה.ע.ה."). אך ראה, לעומת זאת, בשיטת היפני יהושע', בבא קמא, נ"ו, ע"ב, ד"ה "לימא תהוי תיובתא": "דאדרבה ניזק מחוייב להביא ראיה שלא שמרו המזיק כראוי".

<sup>96</sup> חזון איש, אבן העזר, סימן ע"ב, ז'.

<sup>97</sup> שו"ע, חו"מ, רצ"ד, ב'.

<sup>98</sup> ברוך כהנא, שומרים (ספריית המשפט העברי, מורשת המשפט בישראל, ירושלים התשנ"ט; להלן: "כהנא, שומרים"), ח"א, 176-177. הוא גם מזכיר שבכנסת התעוררה מחלוקת לגבי עמדת המשפט העברי בסוגיה זו, ראה שם ובהע"ש 109-114. כן ראה מיכאל קורנילדי, יסודות בדיני פיקדון במשפט העברי, 405 המביע עמדה זהה.

המוחזק להביא את הראיות להליך<sup>99</sup>. לא למותר לציין כי חזקות אלו דומות מאד, לכאורה, לחזקות המצויות בסעי' 41-38 לפק' הנזיקין בנוגע לדברים מסוכנים, אש, חיה ו"הדבר מדבר בעדו"<sup>100</sup>. מקרה ספציפי אשר רלוונטי לחזקה זו הינו המקרה של שותפים. במחלוקת בין שותפים מחייבת ההלכה את השותפים הנתבעים להישבע על תוכן טענותיהם<sup>101</sup>, וזאת בשל החשש כי הם מורים לעצמם היתר לשקר, שכן הם סוברים שהכספים מגיעים להם בלאו הכי<sup>102</sup>, וממילא נעשה מה שביכולתנו כדי לברר את האמת<sup>103</sup>. החיוב בשבועה מתחזק מקום בו הראיות מצויות בידי השותפים הנתבעים ולא בידי התובע, ובמקרה מעין זה החיוב יוטל רק על השותף בעל המידע<sup>104</sup>. יצוין, כי לנוכח העובדה שבישראל בוטל מוסד השבועה, סבר השופט דרורי כי יש 'לתרגם' את חיוב השבועה במקרה דנן להיפוך של נטל הראיה אל כתפי מי שהמידע (או חלקו) בידו, גם כאשר מדובר בנתבעים<sup>105</sup>.

עד כאן עסקנו בשינויים כלליים בנטל הראיה, ואולם ניתן למצוא גם **דוגמאות העוסקות ישירות בשינויי נטל ראיה כתוצאה מעניינים דיוניים**. כך, כאשר בעל הדין המוחזק הינו אדם אלים, הרי שבית הדין יעביר את נטל הראיה אל כתפיו של המוחזק האלים<sup>106</sup>. בית הדין הרבני השתמש בהלכה זו על מנת להטיל את נטל הראיה על אישה, אשר מנעה מהרופאים להעיד על מחלתה, על אף שנטל הראיה היה אמור להיות מוטל על בעלה<sup>107</sup>. בדוגמא זו אנו כבר רואים כיצד נהג בית הדין במי שהקשה על בירור האמת בהליך המשפטי, וכיצד ניתן היה להכביד את נטלי הראיה על מי שהתנהל שלא כשורה. דוגמא מגוון אחר נפסקה בשולחן ערוך<sup>108</sup>. בהתאם להלכה זו כאשר שכן יצר נזק לחברו (לדוגמא, באמצעות פתיחת חלון או העברת מים) וזה לא מחה בזמן אמת, וכעת השכן 'היזיק' טוען כי חברו הסכים לכך בזמן אמת, הרי שבשל השיהוי בהעלאת הטענות, נטל הראיה מועבר אל הניזוק להוכיח כי הוא לא ידע מהנזק בזמן אמת.

דוגמא אחרת מצויה בהלכה ידועה של הרא"ש, בה הוא הביע את עמדתו כלפי הגשת תביעות באיחור:

"מיום באי הנה קראתי תגר על אלו השטרות הישנים שמוציאים בארץ הזאת, כי אני חושש להם לרמאות, דלמה ישהה אדם שטריו ימים רבים כאלה, ואולי פרוע הוא, או שטר אמנה, או הברחה? וכשבאין לפני, אני חוקר ודורש על השהייה: אם יאמר

<sup>99</sup> שו"ע, חו"מ, ט"ז, ג'. וראה סיני, הדוקטרינה, הע"ש 239.

<sup>100</sup> לניתוח נרחב של סעיפים אלו ותכליותיהם ראה גיא שני, **חזקות רשלנות – העברת נטל ההוכחה בדיני נזיקין** (בורסי, התשע"ב). להשוואה בין עמדת המשפט העברי בסוגיה להוראות סעיף 41 לפקודה, ראה ת"א (י-ם) 767/95, **חיה יוספוף (קטינה) נ' הסתדרות מדיצינית הדסה** (פורסם בנבו, 14.2.96); ת"א (רח"ו) 3772/02, **אלי מלכה נ' גוונים יבוא ושיווק צבעים בע"מ** (פורסם בנבו, 11.10.06).

<sup>101</sup> ראה שבועות פ"ז, מ"ח; שם, מ"ה, ע"א; שו"ע, חו"מ, צ"ג, א"ב; גולאק, יסודי המשפט, ח"ד, 144.

<sup>102</sup> רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פ"ט, ה"א: "השותפין כולן, והאריסין והאפוטרופין שמינו אותם בית דין על היתומים, והאשה שהיא נושאת ונותנת בתוך הבית או שהושיבה בעלה חנונית, וכן הבית – כל אחד מאלו נשבע מדבריהם, בטענת ספק, שמא גזל חברו במשא ומתן או שמא לא דקדק בחשבון שביניהם. ולמה תקנו חכמים שבועה זו? מפני שאלו מורין לעצמן, שכל מה שיקחו מנכסי בעל המעות, ראוי הוא להם, מפני שנושאין ונותנין וטורחין. לפיכך, תקנו להם חכמים שחייבין שבועה בטענת ספק, כדי שיעשו כל מעשיהן בצדק ואמונה"; אלבק, הראיות, 203.

<sup>103</sup> ט"ז, חו"מ, רצ"ו, ס"ק א'.

<sup>104</sup> רמב"ם, שם, ה"ו; שו"ע, שם, ס"ק ה'.

<sup>105</sup> ראה פסקאות 277-308 לפסק הדין בת"א (י-ם) 1131/95, **יהודה אליהו נ' עוזי ישראל פור** (פורסם בנבו, 31.12.10).

<sup>106</sup> ראה בבא מציעא, ל"ט, ע"ב; רמב"ם, הלכות עדות, פ"ג, ה"ב; שו"ע, חו"מ, כ"ח, ה"ו. להרחבה בהלכה זו ראה רקובר, שלטון

החוק, Ben-Menahem, Is Talmudic; 115.

<sup>107</sup> פד"ר ז', 224.

<sup>108</sup> חו"מ, סימן קנ"ה, סעיף מ"ג. וראה גם קצות החושן, סימן קנ"ג, ס"ק ד'.

התובע סברא ואמתלא על השהייה, שהיא מקובלת לי, אני משתדל לדונו, ואם לאו, אני אומר: איני פוסל שטרך ואיני משתדל לדונו, כי נראה לי דין מרומה, והדיין מזהר שלא לדון דין מרומה..."<sup>109</sup>.

חשוב להבהיר כי החלטת הרא"ש לחקור ולדרוש במקרה מעין זה עומדת בניגוד גמור לנטלי הראיה מעיקר הדין. בהתאם לדין תורה אמנם יש לדרוש ולחקור<sup>110</sup> את העדים הן בדיני ממונות והן בדיני נפשות<sup>111</sup>, ואולם על מנת שלא לנעול דלת בפני לוויין<sup>112</sup>, תיקנו חכמים שלא תהיינה דרישות וחקירות בהליך של הודאות והלוואות<sup>113</sup>, ואולי אף בחלקים נוספים של דיני ממונות<sup>114</sup>. כלומר, על מנת לעודד את העולם העסקי ליתן הלוואות לנוקקים לכך, הוחלש נטל הראיה בתביעות להשבת הלוואות. למרות זאת, בשל מחדליו הדיוניים של התובע שהתעכב במשך שנים עם הגשת התביעה שלו, קבע הרא"ש כי ניתן להטיל עליו נטל ראיה מוגבר. זאת, מתוך הנחה כי המחדל הדיוני כשלעצמו עשוי לעורר חשד לכשל מהותי בטענותיו ועל דין מרומה.

תשובה זו של הרא"ש נפסקה גם ע"י ר' יוסף קארו בשו"ע, "צריך לעשות הדיין דרישה וחקירה בשטרות ישנים שמוציאים אותם, למה לא תבעו עד עתה, אם יראה לו צד רמאות, כדי להוציא הדין לאמיתו"<sup>115</sup>, והיא מהווה היום חלק מהדין המקובל שאיננו נתון במחלוקת.

ומכאן לעיקר דיוננו. נדמה שבהלכות שהוצגו עד כה, ובייחוד בסוגיה של 'דין מרומה', מצוי כר נרחב לאימוץ הצעות המודל כלפי הפרות הכללים הדיוניים. ממש כפי שנהג הרא"ש, אין כל מניעה שבית הדין הרבני יתייחס אל הפרה דיונית כלשהי, כאל חשש מ'דין מרומה', ויכביד את נטל הראיה על אותו צד. כך, לדוגמה, במודל הצענו כי ניתן יהיה להציג ראיות המתגלות באיחור, ואולם הסנקציה על התנהלות קלוקלת זו (אשר עשויה גם להעיד על ניסיון להסתיר דברים ו'דין מרומה') תופעל בדמות הכבדת נטל הראיה על המגלה הראיה המאחר, ותידרש ראיה ברמה גבוהה ביותר. עם זאת, הדגשנו במודל שחריג לגישה זו יהיה במי שביקש לפגוע בגילוי האמת והחביא את הראיות במכוון, אשר לא יוכל להציג ראיות באיחור. קביעה זו מותאמת בוודאי למשפט העברי, וזאת בהתאם

<sup>109</sup> שו"ת הרא"ש, כלל ע"ז, סימן ד'. בתשובה אחרת בחר הרא"ש בפיתרון שונה של הטלת חרם לצורך השגת עדות נוספת על הסוגיה. עם זאת, גם באותה תשובה מרמז הרא"ש לזכותו וחובתו של הדיין להוציא דין אמת לאמיתו גם במחיר של שינוי נטלי הראיה. ראה שו"ת הרא"ש, כלל פ"ה, סימן י': "אם שטר ישן הוא, כמו שרגילין בארץ הזאת להוציא שטרות ישן נושן, לבי נוקף תמיד עליהם, ואמתלאה גדולה היא, אם לא היה תחבולה, למה שמרו זה ימים רבים, אם לא כדי שתשתקע ותשתכח התחבולה ואז יוציאנו? ומאחר שטוענין יורשי הלוה להטיל חרם, ראוי לשמוע להם בדבר הזה, כי מה הפסד יש לזה; ראוי לדיין בכל דין שיראה לו מרומה, לרדוף צדק ולהוציאו לאמיתו".

<sup>110</sup> ראה בהרחבה אנציקלופדיה תלמודית, כרך ז', ערך דרישה וחקירה, תרל"ח, תרנ"ג; הרב יואב שטרנברג, הגדרת החיוב בדרישה וחקירה, **חמדת הארץ ה'** (התשס"ז), 224.

<sup>111</sup> ראה דברים, י"ג, ט"ו: "וְדַרְשֵׁת וְחַקְרֵת וְשָׁאַלְתָּ הַיֵּטֵב"; דברים, י"ז, ד': "וְשָׁמַעְתָּ וְדַרְשֵׁת הַיֵּטֵב"; דברים, י"ט, י"ח: "דָּרְשׁוּ הַשְּׁפָטִים הַיֵּטֵב"; אבות, פ"א, מ"ט; סנהדרין, ל"ב. ואמנם מדברי המאירי בבית הבחירה, מכות, ד', ע"א משמע כאילו אין חובה מהתורה לדרוש ולחקור בדיני ממונות, ואולם בשו"ת נודע ביהודה, אהע"ז, מהדורה קמא, סימן ע"ב, מסביר כי דבריו מתייחסים לעיקרון שנובע מהצורך שהעדות תהיה בת-הזמנה, אך עצם הצורך בדרישה וחקירה מהתורה איננו מוטל בספק.

<sup>112</sup> סנהדרין, ל"ב, ע"ב.

<sup>113</sup> רמב"ם, הלכות עדות, פ"ג, ה"א.

<sup>114</sup> ישנה מחלוקת ראשונים מה הדין בנוגע לגזילות וחבלות. בתוספות, ג', ע"א, ד"ה "שלא" מופיעות גישות שונות. גישה הגורסת כי ענייני גזילות וחבלות לא נפטרו מהצורך בדרישה וחקירה גישה הסוברת כי הם דומים להודאות והלוואות, וגם בהם ביטלו חכמים את הצורך בדרישה וחקירה, וגישה הסוברת כי קיים הבדל בין גזילות מצויות לגזילות שאינן מצויות. הרא"ש, סנהדרין, פ"א, סימן א', סבור כי בגזילות בוטל לחלוטין הצורך בדרישות וחקירות, ואילו בחבלות הצורך נותר בעינו.

<sup>115</sup> שו"ע, חו"מ, צ"ח, ב'.

לדברי המשנה על כך שמי שראיותיו היו "צרות באפונדתו"<sup>116</sup> ומוכמות בכוונת מכוון לא יכול להוסיף ולהביא את ראיותיו.

## ג. מחיקת כתבי-דין

מושג של 'מחיקת' התביעה איננו קיים בצורתו המופשטת בהלכה. זאת, בעיקר משום שמושגי הדחייה והמחיקה על ההבדלים שביניהם הם מושגים הלקוחים מתקנות סדרי הדין במשפט הכללי. המחיקה קובעת, למעשה, אי-התייחסות לטענות התובע, אך זאת מבלי לדחות את טענות התובע לגופו. עם זאת, ניתן בהחלט למצוא גם בהלכה מקרים בהם קיימת 'מחיקה' הלכה למעשה, תוך הימנעות מהכרעה בטענות התובע.

כך, לדוגמה, נקבע כי במקום בו סבור הדיין שטענותיו של התובע 'מרומות', ואולם הוא איננו יכול להפריכן ולהכריע לטובת הנתבע, עליו להימנע מלדון בהליך, מתוך תקווה שדיין אחר אשר יבוא תחתיו ידע להכריע בו כדן: "אבל אם היה ליבו נוקפו שיש בדין רמיות או שאין דעתו סומכת על דברי העדים אע"פ שאינו יכול לפוסלם או שנוטה דעתו שבעל דין זה רמאי ובעל עורמה והשיא את העדים אף על פי שהם כשרים ולפי תומם הטעם, או שנראה לו מכלל הדברים שיש שם דברים מסותרים ואין רוצים לגלותם – כל אלו הדברים וכיוצא בהם אם באו לדין בדין אסור לו לחתוך אותו הדין אלא יסלק עצמו מדין זה וידוננו מי שליבו שלם בדבר, והרי הדברים מסורים ללב והכתוב אומר "כי המשפט לאלוקים הוא"<sup>117</sup>. כך, הדיין החדש יוכל להימנע מלדון, להכריע לטובת התובע ו/או לדחות את תביעתו לגופה.

חשוב לציין כי 'מחיקת התביעה' חדרה גם לתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים. כך, לדוגמה, ישנה תקנה<sup>118</sup> המאפשרת מחיקה של התביעה במקרה של זניחתה. תקנה אחרת<sup>119</sup> מאפשרת את מחיקת התביעה במקרה בו הצדדים לא התייצבו לדיון שנקבע, ושלישית<sup>120</sup> קובעת כברירת מחדל את מחיקת התביעה במקרה של אי התייצבות מצד התובע בלבד.

בפסיקת בתי הדין ניתן למצוא דוגמאות נוספות לעניין זה. דוגמה למקרה בו נמחקה תביעה בשל התנהלות דיונית של אחד מבעלי הדין מצויה בפסק דין של ביה"ד הרבני בחיפה<sup>121</sup>. באותו מקרה יצאה התובעת מן הארץ למרות צו עיכוב יציאה שהוצא כנגדה. היא לא טרחה להודיע על כך לבית הדין הרבני, על אף שבא כוחה הגיש בקשות רבות במשך התקופה שלאחר יציאתה, ועל אף שבית הדין ביקש לברר את אי הגעתה לדיון אצל יועץ מוסכם. בסופו של יום ביקש ב"כ התובעת כי בית הדין ימשיך את בירור התביעה בתיאום עם ב"ד מוכר בחו"ל (בדומה

<sup>116</sup> ראה שו"ע, חו"מ, כ', א'.

<sup>117</sup> רמב"ם, סנהדרין, פכ"ד, ה"ג. עם זאת, לעיתים בפועל דחה בית הדין את התביעה ולא מחק אותה, ככל הנראה, מתוך שכנוע מוחלט באי נכונות התביעה. הרא"ש אף היה נותן ביד הנתבע במקרה מעין זה המלצה לדיינים אחרים שלא לדון בדין זה; ראה שו"ע, חו"מ, ט"ו, ג'.

<sup>118</sup> תקנה ע"ט לתקנות הדיון.

<sup>119</sup> תקנה ק' לתקנות הדיון.

<sup>120</sup> תקנה ק"ב לתקנות הדיון.

<sup>121</sup> תיק (חי') 841051/1, פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 22.7.12).

להליך אחר בו נעשה הדבר, לטענתו). בית הדין לא התרשם מן הדרישה והורה<sup>122</sup> על מחיקת התביעה (תוך חיוב האשה בהוצאות). בכך, הביע בית הדין מורת רוח ברורה מהתנהגותה, אך הותיר לה פתח לחדש את תביעתה בכל עת, אם וככל שתסכים לדיון ראוי ומתוקן, בהתאם לכללי הדיון המקובלים ותוך ציות להוראות ביה"ד. כך או כך, נדמה שדרך זו איננה דרך המלך בהלכה, אך ניתן בהחלט לעשות בה שימוש במקרים חמורים מספיק, בו קיים קושי בשימוש בכל סנקציה אחרת כלפי מפר הכללים. נציין כבר כעת, שבסעיף להלן אשר ידון בקנסות המוטלים על ידי בית הדין, נראה כי ישנם גם מקרים בהם בית הדין הרבני החליט כקנס, להימנע מלדון בתביעות המוגשות ע"י בעל דין מסוים, סנקציה הדומה במהותה למחיקת התביעה.

### **3.3. הטלת עיקול**

הפיתרון המבקש להבטיח את יעילות המערכת באמצעות הטלת עיקולים בוצע כבר בעבר במסגרת ההלכה. עם זאת, כפי שנראה להלן יש מקום לעשות בו שימוש מוגבר יותר, ויש מקום להתייחס אליו בצורה מרחיבה, על מנת שישמש גם כהרתעה מפני הפרת הכללים הדיוניים.

הכלל בהלכה הוא שהתובע זכאי לדרוש הטלת עיקול<sup>123</sup> על נכסים מסוימים של הנתבע, בין אם הם מצויים בידי הנתבע ובין אם הם מצויים בידי צד ג', במקרים בהם יש חשש שהנתבע לא יציית לדין, או שיברח את נכסיו ולא ניתן יהיה לגבות מהם את פירות התביעה, אם יזכה בה התובע<sup>124</sup>. נבחר כבר כעת כי המשמעות ההלכתית-ממונית של עיקול איננה כתפיסה ממשית של הנכס, אלא כמניעה של הבעלים מלממש את זכויותיהם בנכס, מבלי שהזכות מועברת למעקל<sup>125</sup>. בין היתר, מדובר בחשש מניצול כללי מקום השיפוט, כאשר בזמן בו יפנה התובע לתבוע את הנתבע במקומו, יוברחו הנכסים בינתיים מהמקום בו הם נמצאים. לכן, פסק בעל 'תרומת הדשן'<sup>126</sup>, שאם ישכנע התובע את בית הדין במקום בו מצויים הנכסים, כי הוא זכאי להטלת עיקול על נכסי הנתבע, הרי שבית הדין מחויב לעקל את הנכסים, וככל שהנתבע ירצה להעביר את הנכסים מהמקום, יהיה עליו לעמוד עימו לדין באותו מקום.

הסברה ההלכתית לכך היא פשוטה. מאותה העת שהוטל העיקול הרי שהנתבע הופך להיות למעשה ל'תובע' (של הסרת העיקול), וממילא עליו לבוא ולהתדיין במקום שמבקש הנתבע (הלא הוא התובע בתביעה הראשית)<sup>127</sup>.

<sup>122</sup> ראה בין היתר: "...התנהגות זו חמורה שבעתיים מאחר וגם לא הופיעה לדיון היום, למרות החלטות בית הדין המחייבות אותה להופיע לדיון. עוד הבהיר בית הדין, שהמסמך אינו קביל בעיניו. גם אם היה קביל, לא היה בו משום מתן הצדקה... במצב זה, בו האשה אינה משתפת פעולה עם בית הדין וממרה את הוראותיו, סבור בית הדין כי אל לו לתת לה סעד, וכי יש לסגור את התיק... מהנימוקים הנ"ל דוחה בית הדין את הצעת האשה... הרי דינה של תביעתה להימחק, ויש לסגור את התיק".

<sup>123</sup> להרחבה בעניין זה ראה משפטיך ליעקב, ח"א, סימן כ'; הרב נתן אורטנר, בירור בדיני עיקול, **שערי הוראה ה'** (התשס"ה), קצ"ד; הרב אברהם שרמן, עיקול נכסי החייב, **דברי משפט ז'** (התש"ס), ש"ב; מנחם אלון, **כבוד האדם וחירותו בדרכי הוצאה לפועל: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית**, ירושלים-התש"ס; הרב צבי יהודה בן-יעקב, עיקול נכסים ועיכוב יציאה, **תחומין ט"ו** (התשנ"ה), 195; שוחטמן, סדר, ח"ג, 1239-1255; פד"ר, ח"ב, 77-91. וראה גם בר"ע (י-ם) 3403/01, **זיזה דוד נ' עורך דין אריה יעקב**, פס"מ תשס"א(1), 756, 760 (2002); בר"ע (י-ם) 3284/07, **מירב פלמן נ' ארז פלמן** (פורסם בנבו, 14.3.08). להרחבה בנושא זה באופן כללי, ראה בן ציון רוזנפלד ויוסף מנירב, שימוש בטוחות עסקיות במשפט העברי בתקופת המשנה והתלמוד, **דיני ישראל כ"ח** (התשע"א), 61.

<sup>124</sup> שוחטמן, סדר, ח"א, 307.

<sup>125</sup> ראה שו"ת נודע ביהודה, מהדורה קמא, אבן העזר, סימן ס"ח; שו"ת משנה הלכות, מהדורה תניינא, ח"ד, חו"מ, סימן קע"ח; משפטיך ליעקב, ח"א, סימן כ', אות כ"ב; שוחטמן, סדר, ח"ג, 1242; בן יעקב, שם. נפקא מינא משמעותית מסוגיה זו היא שמי שהטיל עיקול איננו יכול להשתמש בזכות לטעון 'קים לי'. וראה גם ת"א (י-ם) 3386/01, **יוסף פז נ' לילית מפעלי תמרוקים ואירוסלים 1973 בע"מ** (פורסם בנבו, 11.1.06).

<sup>126</sup> תרומת הדשן, שאלות ותשובות, סימן ש"ה.

<sup>127</sup> סמ"ע, חו"מ, י"ד, ט"ו; ברכת שלמה, חו"מ, ד', א'; משפטיך ליעקב, ח"א, סימן כ', אות י"ז-י"ח.

המקור המשמעותי ביותר<sup>128</sup> ליכולתו של בית הדין להטיל עיקול מצוי בחידושי הרא"ש<sup>129</sup>. הרא"ש מתייחס לסוגית הגמרא הדנה במי שמכר שדה לחבירו ויצאו עליה עוררין<sup>130</sup>. הגמרא קובעת כי כל עוד הקונה לא החזיק בשדה - הוא יכול לחזור בו (כאשר קיימת מחלוקת האם דין זה הוא דווקא כאשר מכר לו שלא באחריות או שמא הוא קיים גם כאשר מכר לו באחריות). כאן מבאר את הרא"ש את נסיבות הדין במקרה זה:

"ונראה דמיירי שלא נתברר הערעור עדיין... ומשום דברים בעלמא לא יבטל שמעון כחו של ראובן. אבל אם ראו ב"ד אמתלא בדברי המערער... לא יוציא שמעון המעות מתחת ידו אלא ימתין עד שיעבור זמן שלשים יום, דהפוכי בי מרתא למה לי... כיון שיש אמתלא בערעור אין לו לדיין להוציא המעות משמעון עד שיהא בטוח שלא יפסיד מעותיו אם יוציא המערער הקרקע מתחת ידו. ועל זה וכל כיוצא בזה נאמר אין לדיין אלא מה שעיניו רואות..."

וכן נמי מי שבא לפני ב"ד ואומר יש לי תביעה על פלוני ומצאתי לנכסיו במקום ידוע, ואני ירא שאם יבואו לידו יכריחם ולא אמצא מקום לגבות ממנו חובי, ומבקש שיעכבו ב"ד הנכסים עד שיתברר תביעתו... ואם רואה הדיין אמתלא בדברי התובע או שלא יוכל ראובן לגבות חובו משמעון כשיגיע הזמן מצווה הדיין לעכב ממון התובע עד שיברר התובע תביעתו או עד שיגיע זמן השטר וכן מצאתי בשם הגאון ז"ל כתוב דתקנתא דרבנן הוא באיניש דמפסיד נכסיה משום השבת אבידה. ולי נראה דלא צריכנא לתקנתא דרבנן אלא דין גמור הוא שחייב אדם להציל עשוק מיד עושקו בכל טעדי דמצי למיעבד. וכן נמצא תשובה לרב אלפס ז"ל דלא מצי למימר אחוי טירפך ואשלם לך אלא היכא דאית ליה נכסי דסמיך עלייהו... דמצי א"ל אדהכי והכי אכלת לזוזא וליכא לאישתלומי מינך".

הרא"ש עוסק כאן למעשה בשני סוגים של עיקול. הראשון, אשר בו עוסקת סוגית הגמרא לפי שיטתו איננו עיקול ממש, אלא דווקא סוג של עיכוב<sup>131</sup>. קונה הנכס איננו מתכחש לעיסקה, ואולם הוא רוצה להבטיח כי הממכר יישאר בידו, בשל העוררין שיצאו על הממכר ולפיהם הוא כלל איננו של המוכר, וכל עוד מוטל לגבי כשרות העיסקה הוא איננו מעוניין להעביר את הכסף לידיו של המוכר המפוקפק (כאשר מובן כי אם יימצא שהעוררים צודקים בטענתם הרי שהוא יאלץ להעביר את הממכר לידיהם. המוכר יאלץ, אמנם, להשיב לידו את התשלום ששילם, ואולם מי יתקע לידיו של הקונה שהממון לא ייעלם' עד אז בידי המוכר). במצב כזה, על בית הדין לשקול את מצבו הכלכלי של המוכר, לוודא כי למוכר יהיה מנין להחזיר את הממון לידיו של הקונה ("אית ליה לראובן

<sup>128</sup> למעשה, מקור קדום יותר מצוי בשו"ת הרי"ף, סימן קי"ג: "שאלה: על שמעון, מכר חצר ליהודה, ונטל הממון. ולאחר שהחזיק יהודה באותה חצר, נתברר לו שהחצר אינה לשמעון, ויש בה ערעורין לאחר. וביקש משמעון, שיחזיר לו ממנו. ולא נתרצה שמעון בכך, אלא אמר: 'תישאר החצר בחזקתך, וכשיערער אדם בעולם עליך - יחזור עלי'. ויהודה זה, חושש שמא יאבד הממון מיד שמעון. ואמר לו: 'קנה באותו ממון קרקע, שאם יערער עלי אדם בעולם אטרוף אותו'. אמר לו שמעון: 'איני קונה כלום'. היאך הדין? **תשובה**: זה שאמר יהודה: 'חושש אני שמא תאבד ממנו, ולכשמוציאין חצר זו מידי, לא אמצא לך כלום' - טענה יפה היא. וזה שאמרו רבותינו ז"ל: ראובן שמכר שדה לשמעון, ויצאו עליה עסיקין, עד שלא החזיק בה - יכול לחזור בו; משחזיק בה - אינו יכול לחזור בו, דאמר: 'אחוי טרפך ואשלח לך'. לכשיש לו ממון, שישלם; אבל אם אין לו ממון - שישלם. מצינו רבותינו ז"ל שמקפידים וחסים על בני אדם, שלא יאבדו ממנום אצל אחרים. והוא שאמר: כותבין אדרכתא אנכסיה, והני מיילי אמקרקעי אבל אמטלטלי לא כתבין. מאי טעמא? דילמא שמיט ואכיל להו ומייתי הנד סהדי ומרע ליה לשטרי וליכא לאשתלומי מיניה".

<sup>129</sup> פסקי הרא"ש, בבא קמא, פ"א, סימן ה'. וראה גם שו"ת הרא"ש, צ"ז, ד'.

<sup>130</sup> בבא קמא, ח', ע"ב - ט', ע"א.

<sup>131</sup> להרחבה במושג העיכובן ראה אלקס הרטמן ודורון נוימן, סדר העדיפויות בין זכות המשכון ובין זכות העכובן, **משפטים** י (התש"ס), 535; נינה זלצמן, **עיכובן**, תל-אביב התשנ"ט; ע"א 790/85, **רשות שדות התעופה בישראל ע"א נ' גרוס**, פ"ד מד(3), 185 (1990); רע"א 5095/93, פ.א. **ארבן בע"מ נ' גבי א.ג.ר. שותפות לבנין ופיתוח**, פ"ד מט(1), 730 (1995); ע"א 79/89, **סולל בונה בע"מ נ' אחים גולדשטיין חברה לשיכון ופיתוח בע"מ (בפירוק)**, פ"ד מו(3), 58 (1992); ע"א 1776/97, **אורליה ליבוביץ - בית מלאכה לתפירה נ' גדעון אוברזון - תעשיות אופנה (1976) בע"מ**, פ"ד נד(3), 49 (2000); ע"א 6492/00, **שלדות מפעלי מתכת בע"מ נ' שחיבר**, פ"ד נו(5), 925 (2002); **Tappenden v. Artus**, 2 Q.B. 185 [1964]; להרחבה במושג העיכובן במשפט העברי ראה אליעזר הללה, "ויהי נתן את חן העם בעיני מצרים וישאלום" - על זכות העיכובן, **פרשת השבוע** 387, בא התשע"א.



מקרקעי או אמיד במטלטלי"), ורק אז יתחייב הקונה להעביר את התשלום לידי של המוכר. מדובר, אם כן, למעשה, בהיתר מבית הדין לדחיית התשלום מעבר לזמן אשר סוכם בין הצדדים, עד למועד בירור ערר העוררים. ואולם, מכאן עובר הרא"ש לעיקול דומה מאד לעיקול המוכר לנו היום. כאן עסקינן במי שמבקש להגיש תביעה כנגד רעהו (או שאין ספק לגבי חוב שרעהו חייב לו, אלא שמועד פירעון ההלוואה המוסכם טרם הגיע), ואולם הוא חושש שבינתיים יברח רעהו את נכסיו (באמצעות מכירה לצד שלישי), וכאשר הוא יזכה בתביעתו (או לכשיגיע מועד הפירעון) – יישאר בידיים ריקות וללא יכולת גבייה. במצב זה שיקול הדעת הוא בידי הדיין, ו"הכל לפי הענין". יש לבחון שני פרמטרים<sup>132</sup>: את טענותיו של התובע (סיכויי התביעה<sup>133</sup>) ואת יכולת הגבייה מידי החייב<sup>134</sup>, ולעיתים "**מצווה הדיין** לעכב ממון הנתבע עד שיברר התובע תביעתו או עד שיגיע זמן השטר". דין זה חל גם כאשר אנו עסוקים בדיין יחיד, וגם כאשר מדובר בדיינים לא סמוכים ואף לא מומחים. זאת, משום שהמצווה להציל עשוק מיד עושקו רלוונטית לכל יהודי, והיא לא מצווה רק על ב"ד מומחה<sup>135</sup>. בשל כך, הקלו לעיתים גם בהטלת עיקול באמצעות ערכאות, כאשר הפניה לערכאות נצרכה לשם מניעת הפסד<sup>136</sup>. הצד השני של מקור הדין בחובת הצלת העשוק הוא שאין מקום להטיל עיקול שעלול לפגוע בנתבע יתר על המידה, "להיזהר שעל ידי נקיטת פעולת הצלה נגד העושק למעלה מכוחו לא יהפך העושק לעשוק"<sup>137</sup>.

כך או כך, דין זה של הרא"ש התקבל להלכה ע"י הפוסקים<sup>138</sup>. עם זאת, על רמת הוכחת החוב הנצרכת בעת הגשת בקשת העיקול קיימת מחלוקת. הסמ"ע, לדוגמא, סבור שיש צורך ברמת ראיה גבוהה מאד. "דדוקא כשאדם **ודאי** חייב לחבירו, ויש לחוש שיכלה ממונו קודם שיגיע זמן הפירעון, אמרינן שלוקחין הבי"ד ממונו מידו, ולא בכה"ג דעדיין לא נתברר דחייבין לו"<sup>139</sup>. לעומת זאת, ר' חיים מצאנז קבע נטל ראיה נמוך בהרבה, "שמנהגנו לעקל אפי"

<sup>132</sup> מדברי הרא"ש לא ברור האם מדובר בתנאים מצטברים (דהיינו יש להראות גם כי התביעה בעלת סיכוי וגם כי יהיה קיים קושי בגבייה) או שמא מדובר בתנאים חלופיים. ואולם, מתרומת הדשן, סימן ש"ה, ומתשובות מהר"י בן לב, ח"א, סימן ק"ג עולה כי יש צורך בהתקיימותם של שני התנאים גם יחד. וראה גם משפטיך ליעקב, ח"א, סימן כ', אות ג'.

<sup>133</sup> הדיין הרב בן יעקב מנתח זאת (משפטיך ליעקב, שם, אות ב') כי במצב בו התביעה יכולה להתברר כבר עתה, אין צורך בהצגת ראיות ממש בשלב הבקשה להטלת העיקול, אך יש צורך בהסברת הטענה, על מנת לתת לדיין את הכלים לבחון את הטענה ואת האמתלה. לעומת זאת, במצב בו מועד הפירעון טרם הגיע, והמלווה מבקש עיקול להבטחת חובו, עליו להוכיח את חובו בהוכחה מצוינת. וראה גם בדברי הבי"ח, חו"מ, ע"ג, המדגיש כי לעולם צריך הדיין לראות אמתלה בדברי התובע, אלא שכאשר טרם הגיע מועד הפירעון יש צורך באמתלה טובה יותר. וראה בהרחבה אצל שוחטמן, שם, 1243-1246.

<sup>134</sup> ואמנם ישנן דעות שהעיקול אפשרי רק אם הנתבע מבזבז מנכסיו, ובכך הוא מעיד שלא ייגרם לו נזק משמעותי מהטלת העיקול. לעניין זה ראה אורים, חו"מ, ע"ג, ס"ק ל"ט; ש"ד, חו"מ, ע"ג, ס"ק ל"ד; שער המשפט, חו"מ, ע"ג, ס"ק י"ב; ערוך השולחן, חו"מ, ע"ג, ט"ו; משפטיך ליעקב, שם, אותיות י"א-י"א; פד"ר ב' 75-71; שוחטמן, שם, 1243-1244; תיק תשנ"ד/336, פסקי דין מבית דין ירושלים לדיני ממונות ד' (התשנ"ו), ע"ב.

<sup>135</sup> תשובות המהרש"ך, ח"ג, סימן נ"ח: "דהתם הדיין עושה חוץ מן הדין לפי ראות עיניו, ולזה צריך שיהיה ב"ד של ג' מוחזק בחכמה וכו', אבל בנידון דנן להציל עשוק מיד עושקו, שמעכב הדיין הממון עד שיברר הדין, עלינו לשבחו"; משפטיך ליעקב, שם, אות ה': "כשפעולתו של הדיין אינה נובעת מ"דין" אלא מהחובה והמצווה להציל עשוק מיד עושקו, שהיא חובה ומצווה המוטלת על כל אדם, אלא שבמקרה של עיקול אין ביכולתו של כל אדם לבצע חובה זו אלא"כ הוא דין, בכגון זה גם ב"ד שאינו חשוב מצווה לפעול לפי שיקול דעתו".

<sup>136</sup> שו"ת רמ"ע מפאנו, סימן נ"א: "אף אנו נאמר דבמקום פסידא וחפץ מבורר כה"ג, מציל את שלו בערכאות של נכרים אם הם מזומנים להציל יותר מדייני ישראל... ואחרי שבעוונותינו הרבים אזלת יד מישראל ורבו המבריחים את נכסיהם ונועלים דלת בפני לווים, ראינו לכל גדולי רבותינו נותנים רשות לעכב בדיני האומות ממון הנתבע ביד הנפקד, שמא יעשו קנוניא על נכסיו של זה, ואח"כ יסדרו טענותיהם לפני ברורים בדינינו... וע"ז סמכנו פעמים רבות שבא מעשה לידינו", וראה שם בדבריו בהרחבה, וראה גם שו"ת חוות יאיר, סימן מ"ה.

<sup>137</sup> תיק (ת"א) 103/תשי"ז, פד"ר ב', 65, 95.

<sup>138</sup> ראה שו"ע, חו"מ, ע"ג, י'; תרומת הדשן, סימן ש"ה; שו"ת הרשב"א, ח"א, סימן תקנ"ח; שם, סימן אלף קי"א; שם, ח"ה, סימן קי"ע; ים של שלמה, בבא קמא, פ"א, ס"כ; שו"ת הרדב"ז, ח"א, סימן ס'; שו"ת מהרש"ם, ח"ג, סימן רפ"ב. לפירוט מדויק של הדברים ושל פרטי ההלכה ראה אצל שוחטמן, סדר, ח"ג, 1239-1255.

<sup>139</sup> סמ"ע, חו"מ, כ"ח, ס"ק נ"ב; וראה גם שם, ע"ג, ס"ק ל'.

על טענה כל דהו"140. גם מדברי המב"ט<sup>141</sup> עולה שיש רק לבחון שאין מדובר בתביעת סרק ("תביעה וערעור בעלמא"), וגם המהרי"ק<sup>142</sup> כתב בית דינו נהוג "לעקל אף בלא אמתלא". כך או כך, הש"ך הדגיש כי "דינים אלו תלויים במנהג ולפי ראות עיני הדיינים"<sup>143</sup>. גם בבתי הדין הרבנים היום הדבר נתון במחלוקת בין הרכבים שונים<sup>144</sup>. כחלק מתלות זו במנהג המקום נקבע כי כאשר קיים ספק במציאות, אין להטיל עיקול בשל הספק<sup>145</sup>, ואולם ככל שהספק הינו בדין ניתן בהחלט להטיל עיקול ולהכריע כאחת הגישות המאפשרות עיקול<sup>146</sup>. סוגיה נוספת המוטלת בספק עוסקת בשאלה האם העיקול אפשרי רק במקרה בו קיים שטר חוב או שמא מדובר גם בחוב ע"פ (וודאי חוב מצד תביעה של הכרעה)<sup>147</sup>. עם זאת, לכאורה, ככל שמדובר בנגזרת של מצוות השבת אבידה והצלת עשוק, הרי שאין כל סיבה להגביל זאת רק למקום בו קיים חוב<sup>148</sup>. הגבלה זאת היא הגיונית רק כאשר הטעם נעוץ אך ורק ברצון שלא לנעול דלת בפני לוויין.

מקור נוסף, הנוגע ליכולת בית הדין לעקל, מצוי בשו"ת הריב"ש. באותו מקרה מצביע הריב"ש על תקנת הקהל אשר נהגה במקומו במטרה להבטיח את ביצוע פסק הדין:

"ובאמת כי בעירנו זאת נוהגין הדיינין לתפוש הלוח בגופו כשנתחייב כן (כשהתחייב לשלם בתפיסת הגוף), והוא מצד תקנת הקהל. ועוד תקנו הקהל, שאף בלא חיוב יתפש כל אדם על כל תביעה שיתבעוהו, או יתן ערבים על התביעה הנקרא קיום ב"ד. ואני רציתי למחות בידם על התקנה הזאת, באשר היא שלא כדין תורתנו, ואמרו לי כי זו תקנת השוק מפני הרמאין ושלא לנעול דלת בפני לוויין, והנחתים על מנהגם. ומכל מקום אפשר לומר שאם הלוח מוחזק שיש לו מטלטלין ומבריחן, אפשר לב"ד לכופו ולאוסרו וגם להכותו בגופו"<sup>149</sup>.

מדובר בתקנה כוללת וגורפת ביותר, החלה, לכאורה, על כל נתבע, המאפשרת אף לאסור את הלוח בנסיבות מסוימות, ומחייבת אותו להפקיד ערובה/ערבים על התביעה כנגדו, ולא – ניתן יהיה לעקל לו ממון בשווי התביעה. הריב"ש מדגיש כי דעתו לא היתה נוחה מהתקנה, "באשר היא שלא כדין תורתנו"<sup>150</sup> (אם כי ייתכן בהחלט שהקפדתו של הריב"ש היתה יותר על היכולת לאסור את הלוח מאשר על העיקול<sup>151</sup>), ואולם הוא התיר אותה בשל תקנת השוק, ובשל הרצון לאפשר חיי מסחר תקינים (שלא לנעול דלת בפני לוויין). תקנה דומה נזכרת גם אצל בעל 'תרומת הדשן'<sup>152</sup>, "דאפשר ע"י שהנהיגו ב"ד לעכב ולצוות בכה"ג, נשתרבב המנהג לפעמים ע"י הכרת

<sup>140</sup> שו"ת דברי חיים, ח"ב, חו"מ, סימן ז'.

<sup>141</sup> שו"ת המב"ט, ח"ב, סימן ל"ג: "ובכל יום בבית דינו באים לעכב. ואין אנחנו שומעים לעכב אלא בראיית שטר או פסק דין או עדות או אמתלא שהוא חייב לו, ולא בתביעה וערעור בעלמא"; שם, סימן קל"ג-קל"ד; שם, ח"ג, סימן קי"ד.

<sup>142</sup> מהרי"ק, שורש ק"ט.

<sup>143</sup> ש"ך, חו"מ, ע"ג, ס"ק ל"ג. וראה בדברי הרמ"א, שם, י': "ומזה נשתרבב המנהג לעקל המעות אף על פי שאין בו צורך כולי האי".

<sup>144</sup> שוחטמן, שם, 1246, מפנה, לשלושה פסקי דין לדוגמא: ערעור 104/תשי"ז (לא פורסם); תיק (ת"א) 103/תשי"ז, פד"ר ב', 65, 93 ו-תיק (ת"א) 692/תשי"ח, פד"ר י', 225, 236-237.

<sup>145</sup> אורים, חו"מ, קכ"ח, ס"ק י"א, ואולם ראה ערעור 107/תשט"ז, פד"ר ב', 233, 239.

<sup>146</sup> שו"ת משיב דבר, ח"ב, סימן צ', אות ג'.

<sup>147</sup> לעיון בסוגיה זו ראה במקורות המצוינים אצל שוחטמן, סדר, ח"ג, 1240, הע"ש 4.

<sup>148</sup> ראה אורטנר, שם.

<sup>149</sup> שו"ת הריב"ש, סימן תפ"ד.

<sup>150</sup> לעיון בעמדת הריב"ש ב'פשט' דיני עיקול, ראה שו"ת הריב"ש, סימן קס"ט.

<sup>151</sup> וראה הרב ליפא י' קמינר, עונש המאסר בישראל, תחומין ט' (התשמ"ח), 134, 144-146.

<sup>152</sup> תרומת הדשן, סימן ש"ה.

פנים עד שנתפשט לעכב ולצוות אפי' היכא דליכא אמתלא יפה בדברי המעכב והמעקל" (נזכיר, כי גם הרא"ש דיבר בתשובתו על תקנה, אך הוא טען שתקנה כלל אינה נצרכת).

דברים אלו נפסקו להלכה גם ע"י הרמ"א<sup>153</sup>. הדין דומה גם כאשר במקומו של הנתבע לא מצוי בית דין. במצב דברים זה בית הדין במקומו של התובע יכול וצריך לעקל את ממון הנתבע עד לבירור המשפטי<sup>154</sup>. הדברים נכונים בייחוד במקום בו חש בית הדין כי הנתבע מבקש להישמט מן הדין, "ממילא ימצאו הבית דין מקום לעקל המעות של הנתבע, **דלעקל מותר אפילו כי ליכא טעם ברור**"<sup>155</sup>. ואולם במספר מקומות הודגש כי אין להשתמש בסעד זה כלפי מי שידוע כמציינת לבית הדין<sup>156</sup>. יודגש כי בנוגע לתקנה זו נאמר כי היא נועדה "שלא לנעול דלת בפני לוויין"<sup>157</sup> וכך יש לפרשה. גם הקריטריונים לעיקול מקלים למדי, וההתייחסות היא כאל מציאות בה העיקול רק נועד להבטיח שהתביעה לא תתייתר – "ואף אם הוא ציית דין, מכל מקום כתבו הפוסקים... **שנהגו הדיינים לעכב נכסי הנתבע אף בכל דהו**"<sup>158</sup>.

הדברים נקבעו גם בתקנה ק"ח(1)(א) לתקנות הדין:

"להבטחת זכויות בנכסים שלגביהם הוגשה תביעה בבית-הדין או להבטחת זכויות לפי פסק-דין, רשאי בית-הדין ליתן צו עיקול על נכסים או זכויות שבידי הנתבע וכן על נכסים או זכויות של הנתבע שבידי צד שלישי"<sup>159</sup>.

הלכה זו גם מיושמת בפועל, כאשר בתי הדין מנסים להביא לכך שלא תעשינה פעולות ושינויים בשטח עד לבירור הנושא בבית הדין<sup>160</sup>.

הבאנו עד כאן את תמצית דיני העיקול, אשר מתוכם עולה מטרה ברורה – הגנה על בעל דין כאשר קיימים קשיים בגירסתו של בעל הדין שכנגד. נראה, לענ"ד, כי יש להתייחס אל מי שמזלזל בכללי הדין כאל מי שישנה אמתלה מבוררת כנגדו, ולהביא שיקול זה בחשבון בעת הטלת עיקולים. כאמור לעיל בהצעת המודל הדברים נכונים הן אם הפרת הכללים בוצעה במכוון (או, למצער, מתוך זלזול) והן אם הפרת הכללים הינה חד פעמית ואירעה בשגגה גמורה. אין, אמנם, מקום לחסום בפניו לחלוטין את דלתות בית הדין, אך יש מקום להתייחס אליו, לכאורה, כאל העושק – ולהטיל עליו סנקציות במטרה להציל את העשוק מידי.

<sup>153</sup> רמ"א, חו"מ, ע"ג, י': "והוא הדין בכל מקום שנראה לבית דין לעכב מעות הנתבע... ומזה נשתרבו המנהג לעקל המעות אע"פ שאין בו צורך כולי האי".

<sup>154</sup> שו"ת ויקרא אברהם, חו"מ, סימן ט"ו. וראה בהרחבה אצל שוחטמן, סדר, 309 ובהע"ש 344-348 שם.

<sup>155</sup> שו"ת פרי השדה, ח"ג, סימן קכ"ו. וראה גם שו"ת מהרש"ם, ח"ד, סימן ט"ו: "דאפי' אם יש לו רק נכסים בעיר נשתרבו המנהג לעקל".

<sup>156</sup> שו"ת מבי"ט, ח"ב, סימן ל"ג. וראה תיק תשס"ה/710, פסקי דין מבית דין ירושלים לענייני ממונות י" (התשס"ז), י"ז.

<sup>157</sup> וראה גם ביאור הגר"א, חו"מ, ע"ג, ס"ק ל"ב.

<sup>158</sup> שו"ת דברי מלכיאל, ח"ג, סימן קס"ז.

<sup>159</sup> וראה גם בתקנה י"ז: "הוגשה לבית-דין בקשה לשמירת זכויות המבקש מפני חשש של עיגון או של הברחת נכסים, רשאי בית-הדין, אם ראה נימוק לכך, להזדקק לבקשה ולהוציא צווים זמניים בהתאם לבקשה, אף אם לא נתקיימו כללי הסמכות דלעיל". וראה גם דיכובסקי, סמכות; בג"ץ 127/64, **צפורה רייצ'יק נ' אב בית הדין וחברי בית הדין הרבני האזורי, פתח תקוה**, פ"ד יח(3), 337 (1964); בג"ץ 155/65, **חיים גורוביץ נ' בית הדין הרבני האזורי, תל אביב**, פ"ד יט, 16 (1965); בג"ץ 185/72, **ליסה גור נ' בית הדין הרבני האזורי, ירושלים**, פ"ד כו(2), 765 (1972).

<sup>160</sup> ראה בתיק (נת') תשנ"ז/715, פד"ר י"ט, 344.

נזכיר לעניין זה גם כי בעבר כבר נטען כי התנהגות לא ראויה של מבקש העיקול (יצירת עיכובים ומניעות בבירור ההליך) צריכה להוות נימוק לאי הטלת העיקול, גם אם המקרה עומד, לכאורה במסגרת הכללים המחייבים הטלת עיקול<sup>161</sup>.

#### **ג. ערובה להבטחת הנזק והוצאות**

במסגרת המודל הוצע לחייב את מפר הכללים בערובה להבטחת נזקי ההליך והוצאות בעל הדין שכנגד. עם זאת, השימוש בערובה להבטחת הנזק מקובל בבתי הדין הרבניים הרבה פחות מאשר בבתי המשפט, אם כי בוצע בו שימוש לא פעם גם במסגרת בתי הדין. כך, לדוגמא, נפסק שכאשר מבקש אדם לנצל את אחד הכללים הדיוניים ההלכתיים, בצורה אשר עשויה להטריח את בעל דינו – הוא יחויב בערובה, למרות הלגיטימיות של הכלל עצמו. כך, פסק בית הדין הרבני הגדול שאין לכפות על הנתבע לבוא להתדיין בהליך המתקיים בארץ ישראל, על אף שלכאורה כללי הדיון באותו מקרה חייבו זאת (כללי מקום השיפוט). כל זאת, במקום בו בית הדין נוכח שבתביעה שהוגשה אין ממש, שכן במקרה זה - "הרי אין לגרום למשיב הפסד חינם בביטול זמנו ובהוצאות, אלא אם כן תמצא הדרך שהמערער תבטיח הפסד זה מראש"<sup>162</sup>.

גם במקום בו הוגש ערעור, אשר על פניו נראה כערעור סרק, הטיל בית הדין הרבני<sup>163</sup> חיוב על המערער להפקיד ערובה להבטחת הוצאות המשיב קודם שידון בערעור. יצוין כי במציאות של ערעור פני הדברים שונים מאלו שבהגשת תביעה. כפי שהוזכר כבר, בדין הישראלי קיימת תקנה ולפיה, ברגיל, תוטל על המערער החובה להעמיד ערובה לכיסוי הוצאותיו של המשיב לערעור. הוראה דומה היתה קבועה בתקנות הדיון משנת התש"ג, אך זו שונתה בתקנות שתוקנו בשנת התשנ"ג<sup>164</sup>. למרות זאת, נדמה שבמשפט העברי הדברים נכונים בקל וחומר, לאור העמדה השלילית היסודית אותה מגלה המשפט העברי כלפי עצם זכות הערעור, אשר חדרה למערכת, כפי שהוזכר לעיל, בדיעבד ומתוך כורח. לאור זאת, הטלת הערובה על המערער בבית הדין הרבני היא כמעט מובנת מאליה<sup>165</sup>. לא למותר לציין, כי תקנות המחייבות הטלת ערובה מצינו בכמה מקהילות ישראל, ובהן הקהילה היהודית בקסטיליה<sup>166</sup> ובמורביה<sup>167</sup>.

לנוכח האמור ובהתאם לפסיקה הנ"ל, נדמה שעל בית הדין לשקול בחיוב הטלת ערובה לכיסוי הוצאות בעל הדין אשר נפגע מהכשל הדיוני. זאת, מתוך תקווה שסנקציה מעין זו תפעל הן כפיצוי על העבר והן להבטחת הימנעות כשלים עתידיים.

<sup>161</sup> ראה שוחטמן, שם, 1245-1246 ובמקור המצוטט בהע"ש 47. ובעניין דומה: שו"ת משנה הלכות, ח"ז, סימן רס"א; תיק (ת"א) 12803/תשמ"ה, שורת הדין ב' (התשנ"ד), קצ"א.

<sup>162</sup> פסק דינו של הרב גולדשמיט בערעור תשכ"ז/159, מובא בשו"ת משפטי שאול, סימן מ"ב. וראה גם בבש"א (פ"ת) 3043/08, מרמוריש שרה נ' אביגיל מנדל, עו"ד (פורסם בנבו, 8.6.10), שם אומצה גישה זו של הדין העברי.

<sup>163</sup> ערעור תשנ"ו/904, לא פורסם (ניתן ביום כ' תמוז התשנ"ו). מובא אצל שוחטמן, סדר, ח"ג, 1421-1422.

<sup>164</sup> ראה שוחטמן, סדר הדין, 459 ובהע"ש 76.

<sup>165</sup> וראה גם ברע"א 5208/06, פול ריצ'רד דיוויס נ' מוריס מלכה (פורסם בנבו, 29.6.06).

<sup>166</sup> אסף, בתי הדין, 75.

<sup>167</sup> אסף, שם, 79-80.

סוגית יכולתו של בית הדין לחייב מי מבעלי הדין בהוצאות זכתה לכתיבה רבה<sup>168</sup>. במסגרת זו לא נעסוק בכל הדיונים בנושא ונסתפק בתמציתו. זאת, לנוכח ייחודיות השאלה בעבודתנו, והתמקדותה בחיוב בעל דין המבצע כשל דיוני כלשהו בהוצאות. [יוער כי לסוגיה השלכות גם בענייני 'קנס' ו'גרמי' שיובאו להלן].

בגמרא מבואר כי, לכאורה, אין מקום לחיוב מי מבעלי דין בהוצאות חבירו: "כי אתא רב דימי אמר ר' יוחנן, התוקף את חברו בדין, אחד אומר נדון כאן ואחד אומר נלך למקום הוועד, כופין אותו וילך למקום הוועד. אמר לפניו ר' אלעזר, רבי, מי שנושה בחברו מנה יוציא מנה על מנה?? אלא כופין אותו ודן בעירו"<sup>169</sup>. תמיהתו של ר' אלעזר ניתנת להבנה רק אם נצא מנקודת הנחה, שבעל הדין שיפסיד במשפט לא יחויב בהוצאות יריבו, שאם לא כן אין כל מקום לתמיהתו<sup>170</sup>. הדברים, על כל פנים, נפסקו גם בשו"ע: "המתחייב בדין אינו חייב לשלם לשכנגדו יציאותיו, אע"פ שהזקיקו לדון בעיר אחרת"<sup>171</sup>. "הבסיס המוסרי להלכה זו הוא שידיעת פסק הדין מוטלת ברמה העקרונית על שני הצדדים וזאת משום שכשם שרצון התובע בכספו כך צריך לרצות הנתבע את הדין כדי שלא יניח גזלה בביתו. מחמת האינטרסים המשותפים צריכים שני הצדדים לשאת בהוצאות"<sup>172</sup>.

ואולם, ביחס למקרים מסוימים, דוגמת נתבע המסרב לבוא לדין, פסק השו"ע<sup>173</sup> בהתאם לשיטת הרא"ש<sup>174</sup> (ובניגוד לעמדת הרשב"א<sup>175</sup>) כי בהם יטיל בית הדין את הוצאות התובע על הנתבע. הוא הדין גם בהיעדר התייצבות של מי מבעלי הדין לדיון שנקבע<sup>176</sup>. דין זה נפסק גם ע"י הרמ"א<sup>177</sup>. לשיקולים מאחורי דין זה נתייחס גם להלן בענייני 'קנס' ו'גרמי' שיובאו להלן. יצוין, כי לנוכח העובדה שמדובר בעילה 'עצמאית'<sup>178</sup>, חיוב זה הינו

<sup>168</sup> להרחבה בסוגית ההוצאות, ראה שוחטמן, סדר, ח"ג, 1206; אליאב שוחטמן, החיוב בהוצאות משפט בפסיקת בתי הדין הרבניים, **דיני ישראל** י"א (התשמ"א-התשמ"ג), רס"ג (להלן: "שוחטמן, החיוב בהוצאות"); שנקלובסקי, הוצאות המשפט; הרב שלמה אישון, שו"ת כתר, ח"ו, סימן ל"א, 217; אריאל, דיני בוררות, שצ"א; שו"ת תשובות והנהגות, ח"ד, סימן ש"ג; בש"א (י-ם) 1692/05, **עובד מזרחי נ' אליהו חסיד** (פורסם בנבו, 2.5.06; להלן: "פרשת עובד מזרחי"); הרב ירון אונגר ויובל סיני, חיוב בהוצאות משפט, חוות דעת באתר ישמ"ע: <http://www.netanya.ac.il/ResearchCen/JewishLaw/AcademicPub/Procedure/Pages/Admission.aspx>; הרב דניאל כ"ץ, חיוב בהוצאות משפט, חוות דעת באתר מכון משפטי ארץ: <http://dintora.org/files/%D7%94%D7%95%D7%A6%D7%90%D7%95%D7%AA%20%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%98>.

pdf; מוניסר, המשפט וישראל, 401.

<sup>169</sup> סנהדרין, ל"א, ע"ב.

<sup>170</sup> הדברים מדויקים גם בתוספות, שם, ד"ה "ויוציא מנה על מנה": "מכאן למתחייב בדין דלא משלם לאידך יציאותיו"; רא"ש, שם, פ"ג, סימן מ': "מכאן ראייה מי שנתחייב בדין אינו משלם לכשנגדו יציאותיו"; מרדכי, שם, אות תשי": "מכאן מוכיח ר"י דאם הוציא ראובן יציאותיו כדי לכופ את שמעון לדין, דשמעון לא יפרע הוצאה אע"פ שראובן זכה בתביעתו... ש"מ דאין צריך לפרוע הוצאה".

<sup>171</sup> שו"ע, חו"מ, י"ד, ה'. וראה גם בשו"ת הריב"ש, סימן רכ"ב ובסימן תע"ה הלומד דין זה ממקור נוסף בבבא בתרא, קס"ז, ע"ב - קס"ח, ע"א.

<sup>172</sup> ראה, לדוגמה, בתיק (אש"י) 63609/6, **פלוני נ' פלונית** (פורסם באתר הנהלת בתי הדין, 20.3.13). וראה גם אצל שוחטמן, סדר הדין, 392: "עניינם של שני בעלי הדין הוא להגיע לחקר האמת, כדי שאף אחד מהם לא יהיה גולף".

<sup>173</sup> שו"ע, שם.

<sup>174</sup> רא"ש, שם; שו"ת הרא"ש, כלל ק"ז, ו'. וראה גם שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, ח"ד, סימן תצ"ז; שו"ת הריב"ש, סימן תע"ה.

<sup>175</sup> שו"ת הרשב"א, ח"א, סימן תתק"מ. אך ראה ים של שלמה, בבא קמא, פ"י, סימן י"ד.

<sup>176</sup> מרדכי, שם: "אם יחזור ראובן ויטען על שמעון ויאמר אני פיזרתי מעותי על שהלכתי לבי"ד נגדך ולא באת אני שואל ממך יציאותי, רבינו מאיר מחייב את ראובן לשלם כל יציאותיו אע"פ שלא נדר לו". וראה גם בחידושי אנשי שם על המרדכי.

<sup>177</sup> רמ"א, חו"מ, י"ד, ה'.

<sup>178</sup> אונגר וסיני, שם. הם מראים אמנם כי מדברי שו"ת הריב"ש, סימן תע"ה, עולה כי החיוב תלוי בזכיית התובע בהליך, ואולם הם מציינים כי זוהי שיטה יחידאית, שלא נפסקה להלכה.

גורף ובלתי תלוי בתוצאת המשפט. כלומר, המתחייב לבוא לדון ולא בא צריך לשלם את הוצאות המשפט למרות שלאחר מכן זכה הוא בדין.<sup>179</sup>

מגמה קיצונית יותר ניתן למצוא אצל בעל ה"ישועות יעקב", הסבור כי ניתן לחייב בהוצאות גם בגין תביעות מופרכות: "נראה במלוה שכפה ללווה לילך לפני ב"ד הגדול ונמצא ששיקר בתביעתו, דחייב לשלם לדברי הכל ההוצאות, שהרי זה כפאו וע"פ דיבורו הוצרך לעשות הוצאות... במקום שנתברר שתואנה הוא מבקש ובעלילה בא עליו... ודאי חייב לדברי הכל ההוצאות".<sup>180</sup>

בדברים אלו יש, כמובן, פתח משמעותי ליישום המודל המוצע, שכן במקרה בו אירע כשל דיוני משמעותי, בוודאי שניתן לראות את מפר הכללים כמי שגרם בהתנהלותו להוצאות מיותרות (בדומה לדיון של "לך ואבוא אחריך" שאוזכר לעיל), וממילא לחייבו בהוצאות ללא תלות בפסק הדין הסופי.

יתר על כן. כיום השאלה ההלכתית פשוטה בהרבה מבעבר, שכן פרק י"ב לתקנות הדיון<sup>181</sup> מאפשר היום באופן מפורש הטלת הוצאות על מי מבעלי הדין, בהתאם לשיקול דעת בית הדין<sup>182</sup>. במציאות זו התקנות עצמן מהוות מקור הלכתי לחיוב בהוצאות. חלק מהנימוקים לכך נעוצים בעובדה שהובהרה ע"י שוחטמן, ולפיה ההלכה השוללת מבעל הדין את הוצאות המשפט מבוססת על מצב דברים שאינו קיים עוד. הדיון בבית הדין הרבני בעבר כמעט ולא היה כרוך בהוצאות. בתי הדין היו מצויים בכל מקום, לא היו אגרות ובעלי הדין היו טוענים לטובת עצמם. ואולם היום, הוצאות הדיון, ובעיקר ההוצאות עבור שכר טרחת עורכי הדין הן רבות. מאחר שבתי הדין הרבניים לא אסרו את השימוש בעורכי דין וטוענים רבניים, ואף עגנו בתקנות את פעילותם, לא ניתן עוד להמשיך במדיניות הקיימת, המחזקת את החשש שהתובע "יוציא מנה על מנה" או שיימנע מהגשת התביעה בשל ההפסד הרב הצפוי לו, ונמצאת מידת הדין לוקה<sup>183</sup>. גם בתי הדין הפרטיים של 'ארץ חמדה' מחתימים את המתדיינים בפניהם, במסגרת שטר הבוררות, על הסמכה לפסיקת הוצאות בהתאם לשיקול דעתו של בית הדין, ובכך יוצרים מקור סמכות עצמאי<sup>184</sup>.

<sup>179</sup> שו"ת ישועות מלכו, אבן העזר, סימן מ"ה; ערעור תשל"ה/26, א. נ' ב., פד"ר ו, 115, 144; תיק (חי) תשי"ח/2029, א. נ' ב., פד"ר ו, 181. וראה גם בדוגמאות המובאות אצל שוחטמן, סדר, ח"ג, 1214, הע"ש 89.

<sup>180</sup> חו"מ, סימן י"ד. וראה גם שו"ת תשובות והנהגות, שם: "ונראה עוד דבכל מקום שניכר שהתובע ידע בעצמו שאין ממש בתביעתו, ובמידה רצה לצער ולגרום נזק להנתבע, שיהיו להנתבע הוצאות עורך דין וכדומה, מחייבין אנו אותו בהוצאות... שהתובע ידע מעיקרא שדבריו הם שקר ואין לו סיכוי לזכות בדין, רק רצה לצער ולהזיק את הנתבע, כה"ג מחייבין אותו בשילום ההוצאות מן הדין".

<sup>181</sup> תקנה קי"ט. בתקנות הדיון משנת תשי"ג עסקו בכך תקנות פ"ג-פ"ו (פרק ט') ואילו בתקנות התשי"ד עסקו בכך תקנה ק"ח. יצוין כי ביסודי המשפטים עסקו בכל תקנות קס"ד-קס"ח.

<sup>182</sup> סוגיית שיקול הדעת הינה משמעותית שכן בתקנות התשי"ד 'נעלמה' סמכותו של בית הדין לשקול הטלת הוצאות, אך סמכות זו הוחזרה בתקנות התשי"ג. וראה בהרחבה בעניין זה אצל שוחטמן, החיוב בהוצאות, רפ"ח ובפרשת עובד מזרחי בפיסקאות 30-43.

<sup>183</sup> שוחטמן, החיוב בהוצאות, רע"ח-רע"ט.

<sup>184</sup> חפרי-וינוגרדוב, שם, 83-84. אך ראה על הקשיים בגישה זו בשו"ת אגרות משה, חושן משפט, ח"ב, סימן כ"ו, ב'. סיכום לסוגיה זו מצוי אצל כ"ץ, שם, 25-29.

לנוכח כל האמור כאן, מחייב בית הדין הרבני, כמעשים שביום יום, את בעלי הדין בהוצאות<sup>185</sup>. במיוחד חייב בית הדין הרבני בהוצאות בעל דין אשר התנהל בצורה לא ראויה<sup>186</sup> או שיניצל לרעה את הליכי בית הדין<sup>187</sup>. לעיתים אף חייב בית הדין ב"הוצאות לדוגמה שלא מן הדין"<sup>188</sup>.

## 6. חיוב באגרה

השימוש בכלי האגרה הוא כלי שעל פניו איננו מתאים למשפט העברי. הסיבה לכך פשוטה. במקורות המשפט העברי אין כל דרישה לתשלום אגרה בעת הפניה לבית הדין. אמנם לפי ההלכה ניתן לחייב את התובע ב"שכר הזמנה" של הנתבע, "שהוא מעין אגרה עבור ההוצאות הכרוכות בביצוע ההזמנה"<sup>189</sup>, ואמנם היום בכל בתי הדין משולמת אגרה – פרטים וציבוריים כאחד<sup>190</sup>, ואולם נדמה שכל נושא האגרות איננו מהווה חלק מעולמו של המשפט העברי, וכפי שניסח זאת השופט קיסטר: "אין תקנות הדיון שלנו צריכות לדבר כל כך הרבה על מסים... כאילו הן הנהגה טובה שחידשו בזמננו... תמיד היה נהוג בישראל לאפשר לכל אדם לפנות לבית הדין ולקבל ממנו בירור דינו בלי לשלם..."<sup>191</sup>.

עם זאת, חשוב להדגיש כי לפחות למשמעות המרכזית של אגרת התביעה, דהיינו תשלום למערכת לכיסוי הוצאותיה על ניהול ההליך (להבדיל מתועלתה המשנית בהרתעה מפני ניפוח תביעות לשווא), ישנם מקורות משמעותיים בהלכה. כך, לדוגמא, מציין הריב"ש כי "הוצאות הסופר לכתוב הטענות – על שניהם לפרועם... ובכלל זה, כל הוצאות אשר צריכים הדיינים לעשות בפסק דינם"<sup>192</sup>. דברים אלו התקבלו כפשוטם ע"י בתי הדין<sup>193</sup>. יתר על כן, את מטרותיה של האגרה ניתן להשיג, גם אם רק בדיעבד, גם באמצעות הכלי של תשלום הוצאות לטובת אוצר המדינה. הדיון בלגיטימיות ההלכתית של כלי ההוצאות בבתי הדין נעשה כבר לעיל. כאן נציין רק כי, למעשה, במקרים לא מועטים חייב בית הדין את אחד הצדדים<sup>194</sup>, ולעיתים אף את באי כוחם<sup>195</sup>, בתשלום

---

<sup>185</sup> ראה, לדוגמא בלבד, תיק 10/30/705, אוסף פסקי דין - ורהפטיג, פ"ד; תיק (ח"י) 527051/11, פלוגית נ' פלוני (פורסם באתר הנהלת בתי הדין, 2.9.10) ובעיקר בשלל דוגמאות המובאות אצל שוחטמן, סדר, 1206-1233. ובניגוד לנטען אצל אונגר וסיני, שם, כאילו "נדיר ביותר למצוא בתי דין העושים שימוש בסמכות זו".

<sup>186</sup> תיק (ח"י) 589780/1, פלוגית נ' פלוני (פורסם באתר הנהלת בתי הדין, 17.2.11): "...אף אם נקבל התנצלותו כלפי בית הדין, עדיין אין בכך כדי להצדיק גרימת הפסד ממוני לבעל... ופה מדובר בפגם חמור בהתנהלותו או אף לטענתו רשלנות מצידו להגשת הבקשה מבעוד מועד. אף בהלכה היהודית ישנו סמך לפסיקת הוצאות בכגון זה..."

<sup>187</sup> תיק (אש"י) תשמ"א/6873, המאוזכר אצל שוחטמן, שם, 1215.

<sup>188</sup> ראה, לדוגמא, בתיק (אש"י) 63609/6, פלוני נ' פלוגית (פורסם באתר הנהלת בתי הדין, 20.3.13): "לחומר עניין זה היוצא דופן באימוסריותו, אם כי לא בהכרח בשכחותו".

<sup>189</sup> שוחטמן, סדר, ח"א, 450, הע"ש 137.

<sup>190</sup> ראה תקנות הדיינים (אגרות), תשי"ז-1957; <http://www.erezhemdah.org/content.asp?Pagelid=544&lang=he>; וראה גם בפסקי הדין בעניין זה הנזכרים אצל שוחטמן, שם, בהע"ש 139-143.

<sup>191</sup> במסגרת הצעותיו לוועדה לתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים, תשי"ב. מצוטט אצל שוחטמן, שם, בהע"ש 138.

<sup>192</sup> שו"ת הריב"ש, סימן תע"ה. וראה גם ים של שלמה, בבא קמא, י, י"ד.

<sup>193</sup> ראה, לדוגמא, תיק (ח"י) א. נ' ב., פד"ר ו', 81, 83: "אמנם נראה שבמסי המשפט חייבים שני הצדדים... דהרי נפסק... ששני הצדדים נותנים שכר הסופר עבור כתיבת הטענות. ולפי זה נראה דהוא הדין גם לגבי מסי המשפט בתביעת ממונות, ששניהם חייבים בזה". וראה גם כ"ץ, שם, 6.

<sup>194</sup> ראה, לדוגמא, בתיק (גדול) 812944/7, יעקב אליה נ' פלוגית (פורסם בנבו, 15.11.11); תיק (י-ם) 697906/2, פלוגית נ' פלוני (פורסם בנבו, 5.4.11); תיק (ח"י) 588130/4, פלוגית נ' פלוני (פורסם בנבו, 30.6.11); תיק (רח"י) 30387-21-1, פלוגית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 13.6.07); תיק (ח"י) 55577555-21-1, פלוגית נ' פלוני (פורסם בנבו, 5.12.04); תיק (ח"י) 531026/9, פלוגית נ' פלוני (פורסם בנבו, 19.11.12); תיק (ח"י) 505372/11, פלוגית נ' פלוני (פורסם בנבו, 18.7.12); תיק (ח"י) 841051/1, פלוגית נ' פלוני (פורסם בנבו, 22.7.12); פרשת ש. כהנא; פרשת חמי.

<sup>195</sup> ראה, לדוגמא, בתיק (גדול) 875507/1, טו"ר אלמוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 7.11.12); תיק (ח"י) 6192-21-1, פלוני נ' אלמונית (פורסם בנבו, 29.6.05). וראה גם בהסתמכות הרב דיכובסקי בפרשת פנדרייך על פסיקת בית המשפט העליון בנושא: "נראה, כי קיימת סמכות טבועה לבית המשפט לעשות כן. על בית המשפט מוטלת חובה, כמו על בית הדין, להטיל מרות ומשמעת בהליכים שבפניו. "שופט היושב

הוצאות לטובת המדינה. למשמעות זו של כיסוי הוצאות המערכת על ניהול ההליך, ישנה משמעות גם במודל המוצע. מאחר ואחת המשמעויות של התנהלות דיונית קלוקלת הינה הטלת הוצאות על המערכת, הרי שכפי שנאמר לעיל, גם המשפט העברי יוכל בדרך זו להטיל סנקציה כלכלית על ההפרה הדיונית.

### **7. החיוב בהצמדה ובריבית למפר הכללים**

הפיתרון המתייחס לנושאי הריבית וההצמדה אשר הוצג במסגרת המודל הוא פיתרון פשוט להבנה ברמה התיאורית. עם זאת, מבחינה הלכתית מדובר בפיתרון סבוך ביותר, המעורר קשיים לא מעטים, בעיקר בשל העובדה שמושגי הריבית וההצמדה בהלכה סבוכים ובעייתיים גם כן. ואולם נדמה (כפי שנרחיב להלן) כי בחלק לא מבוטל מהמקרים עשוי פיתרון זה להיות מעשי, בייחוד לנוכח העובדה שברבים מהמקרים, חלק מן הקשיים ההלכתיים רלוונטיים הרבה פחות, אם בכלל, ומצויות תשובות הלכתיות המאפשרות את השימוש בפיתרון.

נקדים כבר כעת. הסוגיה דן רחבה עד מאד, יש לה צדדים שונים, ולא בכולם נוכל לעסוק במסגרת זו. די אם נבהיר כי ישנה שאלה גדולה האם אין זה מן הראוי לפסוק הצמדה וריבית במציאות הכלכלית הנוכחית בכל פסק דין של בית הדין הרבני. הסוגיה בעניין זה סבוכה ביותר. יצוין כי זה לא מכבר הביע בית הדין הרבני את תקוותו להסדיר את הנושא בצורה מפורטת בעתיד הנראה לעין, באומרו: "נושא חיוב הצמדה וריבית, ראוי לדיון ולעיון מעמיקים. יש מקום לבחון את ההבדל בין ריבית ובין הצמדה. יש מקום לבאר את הסייגים לתחולת דיני הריבית במקרים רבים של פסיקת בית הדין, שבהם אין מדובר בהלוואה בין מלוה לבין לווה. ראוי שבית הדין הגדול יישב על המדוכה ויקבע כללים הלכתיים ברורים לכך. אני מקוה שנעשה זאת בעתיד, לעת מצוא, כשיבוא בפנינו תיק מתאים"<sup>196</sup>. גם בית המשפט העליון המליץ/רמז כי הוא מחכה לפיתרון הסוגיה ע"י בית הדין הרבני<sup>197</sup>. מאידך, דווקא ההצעה שבמודל המבקשת לשלול מתובע שזכה בתביעתו לאחר שביצע כשלים דיוניים משמעותיים את ההצמדה והריבית, תחיה בשלווה רבה עם מקורות המשפט העברי, בהם זוהי לכאורה ברירת המחדל.

על כל פנים, הותרת סכום התביעה בערכו הנומינאלי מביאה לניצול לרעה של ההליך, ואף מייצרת מניע מובהק ליצירת עיכובים מכוונים בהליך המשפטי<sup>198</sup>. בהתחשב בחשש הכבד מפני מציאות דיונית קשה ביותר, נדמה שיש מקום כפול ומכופל לנסות ולהשתמש במודל המוצע. הניסיונות לחזק את מימד היעילות בעבודת בית הדין הרבני, ואת ההרתעה מפני זילות בית הדין, מחייבים מציאת פתרונות יצירתיים, בייחוד במציאות בה ערך גילוי האמת משמש ערך-על. נדמה שבדיוק בנקודה זו יכול להתחולל מפנה משמעותי אם יעשה שימוש בכלי של הטלת חיוב בגובה ההצמדה והריבית (ולעיתים אף ריבית גבוהה מהרגיל) על מפר הכללים, במקרה בו הנתבע הפר את

---

על-כס נדמה בעיני לקברניט של אנייה או לקברניט של מטוס, וכמותם של אלה - כל אחד מהם במקומו - כן הוא שופט, שהאחריות לתקינות ההליכים ולהשלטת סדר ומשמעת בבית-המשפט מוטלת על שכמו. האחריות מוטלת על שכמו, והאחריות תלויה בסמכות להשליט מרות ולעשות את הניתן והראוי לתקינות ההליכים... אחד מיובליה של אותה סמכות הוא הכוח לחייב עורך-דין בהוצאותיו של הליך פלוני" (דברי השופט חשין...). יצוין, עם זאת, כי באותו מקרה לא הוטלו בסופו של דבר ההוצאות, בשל סנקציות אחרות שנקטו כנגד עורך הדין.

<sup>196</sup> מצוטט בפיסקה י"ד לפסק הדין בבג"ץ 7078/05, פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים (פורסם בנבו, 3.2.08; להלן: "פרשת חובת השיערוך").

<sup>197</sup> פרשת חובת השיערוך.

<sup>198</sup> ראה שטרית, על מי יוטל, 587: "ירידת ערך הכסף גורמת לכך שנתבעים (בעיקר חברות גדולות וכן בתיקי נזיקין), נוקטים בטקטיקה של סחבת ומשתדלים להאריך ככל האפשר את משר הטיפול בתביעה לפני פתיחת המשפט ולאחר מכן. הסיבה לנוהג זה נעוצה בכך שעד תום המשפט, הנמשך כמה שנים, הם יכולים להשקיע את סכומי התביעה ולהפיק רווחים נאים".



הכללים, והימנעות מפסיקת ריבית והצמדה (ולעיתים אף הפחתת הסכום בגין עלויות מימון, לדוגמה) כאשר התובע הוא זה שהפר את הכללים, אף אם הוא יזכה בתביעתו. הפיתרון ראוי כשלעצמו, וקל וחומר אם יעשה באמצעות תקנות ספציפיות לעניינים אלו.

ועוד נקודה אותה יש להדגיש כבר בפתיחה לנושא זה. סוגיית היכולת להתייחס לשינויים בשער המטבע ולהצמיד את החוב עלתה כבר במספר רב של מקומות<sup>199</sup>. כך הם גם פני הדברים בנוגע ליכולת לחייב את הנתבע בפיצוי על חלוף הזמן, תוך התמודדות עם סוגית הריבית<sup>200</sup>. אנו לא נקיף כאן את כלל הסוגיות, ונבקש לעסוק אך ורק בעקרונות הנוגעים בקשר ישיר לענייננו, דהיינו ליכולת להשתמש בכלים אלו כלפי מי שהפר את כללי הדין.

### 7א. יסודות הלכות ריבית

ההתלבטויות שיצרה סוגית ההצמדה והריבית כולה מקבילות בחלקים נרחבים שלהן להתלבטויות שמעוררת סוגייתנו הדיונית. לכאורה, לא ניתן לגבות יותר מאשר סכומה המדויק של ההלוואה (שיעורה הנומינלי) בשל חומרת איסור ריבית. האיסור נקבע בתורה בהקשר עם מתן הלוואה: "אם כֶּסֶף תַּלְוֶה אֶת עַמִּי אֶת הָעֶנִי עִמָּךְ לֹא תִהְיֶה לוֹ כְּנֶשֶׁה לֹא תִשְׁמֹן עָלָיו נֶשֶׁךְ"<sup>201</sup>. רש"י מבאר את משמעות המושג נשך: "ריבית שהיא כנשיכת נחש, שנחש נושך חבורה קטנה ברגלו ואינו מרגיש, ופתאום הוא מבצבץ ונופח עד קודקודו. כך ריבית, אינו מרגיש ואינו ניכר עד שהריבית עולה ומחסרו ממון הרבה"<sup>202</sup>. הכלל בריבית הוא ש"כל אגר נטר ליה – אסור"<sup>203</sup>.

<sup>199</sup> שילם ורהפטיג, **דיני מטבע במשפט העברי**, אריאל – מפעלי תורה ויהדות וחברה בישראל, (ירושלים, התש"מ; להלן: "ורהפטיג, דיני מטבע"); שילם ורהפטיג, **דין ופשרה בשינוי ערך מטבע**, סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי, חוברת מ"ז, משרד המשפטים (ירושלים, התשל"ז); שילם ורהפטיג, **שינוי בלתי צפוי בערך המטבע**, סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי, חוברת מ"ח, משרד המשפטים (ירושלים, התשל"ז); שילם ורהפטיג, **שינוי ערך מטבע בשליחות יד**, סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי, חוברת מ"ט, משרד המשפטים (ירושלים, התשל"ז); יצחק זאב כהנא, **מחקרים בספרות התשובות**, ירושלים התשל"ג, 330; יעקב שמעון שטרנשוס, **דעת רבית – דיני רבית המצויים בזמננו**, אשדוד התשס"ב, ע"ז-פ"ג וקמ"ג-קנ"ה; הרב משה הרשלה והרב אליהו רפאל היישריק, **תורת רבית – דיני ופסקי רבית והיתר עסקא**, ירושלים, התשמ"ט, שס"א-ש"צ; הרב שלמה דיכובסקי, הצמדת חוב למדד, **תחומין** ו' (התשמ"ה), 208 (להלן: "דיכובסקי, הצמדת חוב"); הרב יעקב אליעזרוב, הצמדת חוב למדד, **תחומין** ו' (התשמ"ה), 219; הרב מסעוד אלחדד, הצמדת חוב למדד, **תחומין** ו' (התשמ"ה), 225; אליאב שוחטמן, תקנת צפת ותשובות חכמי צפת בענין שינוי ערך המטבע, **סיני** פ"ב (התשל"ח), ק"ט; הרב שלמה דיכובסקי, בעיות בהצמדת דמי המזונות במציאות הכלכלית של ימינו, **תורה שבעל פה** כ"ז (התשמ"ו), צ"ג (להלן: "דיכובסקי, בעיות בהצמדת"); דיכובסקי, חיובי הצמדה; הרב אברהם שרמן, 'הצמדה, קנסות פיגורים וריבית ביובי מזונות', **תחומין** י"ב (התשנ"א), 368; שוחטמן, סדר, ח"ג, 1203-1205.

<sup>200</sup> ראה לדוגמה: נחום רקובר, 'פיצויים על עיכוב כספים (ריבית פיגורים)', **שערי צדק** ג' (התשס"ב), 305 (להלן: "רקובר, פיצויים"); נחום רקובר, **פיצויים על עיכוב כספים (ריבית פיגורים)**, סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי, חוברת נ"ב, משרד המשפטים (ירושלים, התשל"ז); להלן: "רקובר, פיצוי-עיכוב כספים"; הרשלה והיישריק, שם, נ"ז-ע'; אברהם וינרוט, **ריבית**, שואב הוצאה לאור, התשנ"ח (להלן: "וינרוט, ריבית"), 219; מוניסר, המשפט וישראל, 406; נתן דרייפוס, דיני ריבית בראי הכלכלה המודרנית, **תחומין** י"ד (התשנ"ד), 207; בן ציון אליאש, 'שורשיה הרעיוניים של ההלכה – פרק בהלכות ריבית במשנה ובתלמוד', **שנתון המשפט העברי** ה' (התשל"ח), 7 (להלן: "אליאש, ריבית"); בן ציון אליאש, 'שיערוך חיובים חוזיים במשפט העברי – ראשי פרקים', **דיני ישראל** י"ב (התשמ"ד-התשמ"ה), ס"ה; איתמר ורהפטיג, קנס פיגורים ללא חשש ריבית, **תחומין** כ"ג (התשס"ג), 382 (להלן: "ורהפטיג, קנס פיגורים"); הרב ישראל הלוי בארי, 'איסור ריבית במלווה ממשלתי', **בצומת התורה והמדינה** ב', 374; הרב ישראל בן שחר והרב יאיר הס, 'ריבית בתאגידים', **כתר** א' (התשנ"ו), 231; דוד בס, חוזים על פי דיני התורה, **כתר** א' (התשנ"ו), 17, 101-84; שרמן, שם; יוסף מאיר מנירב, **פרקמטיא: מערכת השיווק בחברה היהודית בארץ ישראל בתקופת המשנה והתלמוד** (אוניברסיטת בר אילן, רמת גן, התשס"ט), 170; יעקב כ"ץ, איסור ריבית והיתרו בתקופת המשנה והתלמוד, **דברי הקונגרס העולמי השלישי למדעי היהדות** א' (התשכ"ה), 236; אביעד הכהן וזלמן סורוצקין, 'בנקאות ללא ריבית ו"היתר עיסקא" ב"מדינה יהודית ודמוקרטיה" – הלכה ואין מורין כן?'; **שערי משפט** ב'1 (התשנ"ט), 77; הרב יצחק דב פריז, הערות לשיטת "התורה תמימה" באיסור ריבית, **הדף השבועי** 443 (בהוצאת אוניברסיטת בר אילן), בהר בחוקותי התשס"ב; שוחטמן, שם, 1201-1203; שו"ת אגרות משה, יו"ד, ח"ב, סימנים ס"ב-ס"ג; פיסקה 11ה' לפסה"ד בת"א (י-ם) 380/92, **טיפול שורש – ניהול ושרותים למרפאות שיניים (ישראל מס' 1) בע"מ נ' הפועלים ליסינג בע"מ** (פורסם בבנב, 20.1.97; להלן: "פרשת טיפול שורש"); פיסקאות 109-119 לפסה"ד בת"א (י-ם) 3104/01, **אספן בניה ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד השיכון** (פורסם בבנב, 28.7.04; להלן: "פרשת אספן").

<sup>201</sup> שמות, כ"ב, כ"ד. וראה גם ויקרא, כ"ה, ל"ה-ל"ז; דברים, כ"ג, כ"י; תהילים, ט"ו, ה'.

<sup>202</sup> שם, ד"ה "נשך": וראה גם רע"א 1260/94, **תמר בן חיים נ' אבי חן בע"מ**, פ"ד מח(4), 826, 835 (1994).

<sup>203</sup> בבא מציעא, ס"ג, ע"ב.

איסור הריבית עצמו הוא קוגנטי. לשון הרמב"ם בעניין ברורה: "כל אופני הריבית - לא שייך בהו המחילה"<sup>204</sup>; "שכל ריבית שבעולם מחילה היא, אבל התורה לא מחלה, ואסרה מחילה זו"<sup>205</sup>. לדעת הרמב"ם מחילה בדיעבד (כלומר, לאחר שהריבית שולמה) תהיה תקפה, אך ראשונים אחרים חולקים עליו<sup>206</sup>. על איסור זה כתב ר' יוסף קארו כי "צריך להזהר בריבית וכמה לאוין נאמרו בו ואפילו הלוח הנותנו והערב והעדים עוברים ... כל הנותן ריבית נכסיו מתמוטטים וכאילו כפר ביציאת מצרים ובאלקי ישראל"<sup>207</sup>. כאשר הדברים מבוססים על דברי המדרש ולפיהם:

"אני ה'. מכאן אמרו כל המקבל עליו עול ריבית - מקבל עליו עול מלכות שמים, וכל הפורק ממנו עול ריבית - פורק ממנו עול מלכות שמים.

אני ה' אלקיכם אשר הוצאתי אתכם מארץ מצרים. על תנאי כך הוצאתי אתכם מארץ מצרים, על תנאי שתקבלו את מצות ריבית, שכל המודה במצות ריבית מודה ביציאת מצרים וכל הכופר במצות ריבית כאילו כופר ביציאת מצרים"<sup>208</sup>. כחלק מהלכה זאת, הביע היועץ המשפטי לשיפוט הרבני<sup>209</sup> במסגרת תגובה לבית המשפט העליון<sup>210</sup> את העמדה כי שאלת חובתו של בית הדין הרבני לפסוק הפרשי הצמדה וריבית הינה שאלה עקרונית ממדרגה ראשונה, וראוי לנהוג בה בזהירות מרובה. הוא הסביר כי "סוגיה זו שונה מהסוגיה הידועה כ"פרשת בבלי", מאחר ועל פי דין תורה, איסור ריבית איננו בגדר "תנאי שבממון", אלא הוא דין איסורי מוחלט: גם אם בעלי הדין הסכימו כי בית הדין יפסוק ריבית, אסור לבית הדין לעשות כן...". ברוח דברים אלו ניגע גם אנו בסוגיה בזהירות, ואולם ננסה לעמוד על מספר תובנות בעניין.

המציאות הוכיחה כי ההלכה בעניין זה מורכבת ביותר. את ההתלבטות תיאר באופן נרגש השופט זילברג בפסק דין<sup>211</sup> שנתן: "את הנסיון העשיר ביותר בשאלות הנוגעות לענין הרבית מוצאים אנו במקורות המשפט העברי... מצד אחד - איסור חמור וקיצוני על כל מה שיש בו ריח של ריבית, וסלידה נפשית עמוקה, מורשת דורות, מפני הטיפוס והמקצוע של מלווי בריבית... מאידך גיסא - ההכרח להתחשב בדרישות החיים היומיומיים, המחייבים להתיר את הרצועה במקצת, מאין יכולת לוותר כליל ולגמרי על היתרון הכלכלי של האשראי"<sup>212</sup>. ולבסוף, או

<sup>204</sup> תשובות הרמב"ם, סימן קפ"ט.

<sup>205</sup> רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פ"ד, הי"ג. וראה מ"מ, שם, וכן טור ושו"ע, יו"ד, ק"ס, ה'.

<sup>206</sup> שם.

<sup>207</sup> שו"ע, יו"ד, ק"ס, א' ב'. וראה גם בדברי המהר"ל מפראג, נתיבות עולם, נתיב הצדקה, ו', קפ"ד: "ולא מצאנו חטא ועוון שהפליגו בו חכמים כמו שהפליגו בחטא הזה".

<sup>208</sup> ספרא לויקרא, כ"ה, ל"ח. וראה גם גר"א, יו"ד, ק"ס, ס"ק ג'.

<sup>209</sup> עו"ד הרב שמעון יעקובי. זהו, למעשה, היועץ המשפטי של בתי הדין הרבניים, ויש מקום להניח שתגובתו לבית המשפט העליון מוגשת בתאום עם נשיא בית הדין הרבני.

<sup>210</sup> מצוטט בפרשת חובת השיעור, פסקה י'.

<sup>211</sup> ע"א 248/53, **אלזה רוזנבאום נ' אשר וחיה זגר**, פ"ד ט' 533, 548 (1955). גם סיומה של הפסקה של השופט זילברג בעניין זה רלוונטי באופן כללי, ולא דווקא לענייני הריבית: "ואם כי דיני ישראל אינם מחייבים את בית המשפט בשטח משפטי זה, הרי הם סגולה להרחבת האופק, ומועילים לראיית הדברים בפרופורציה הנכונה".

וראה גם בדבריו בע"א 58/68, **בנק הפועל המזרחי נ' זוגר**, פ"ד כב(2), 652, 657 (1968) על כך שההלכה היא "שיטת המשפט המומחית ביותר והמחמירה ביותר בענייני ריבית ונשך".

<sup>212</sup> וראה גם אצל אלון, המשפט העברי, ח"א, מ': "...כשהוא אחוז ושזור בחיי המציאות ובעיותיה, כשהוא מדריך מציאות זו ומודרך על ידה". לעניין זה יש להעיר את האמור אצל אליאש, ריבית, 8: "נכון הוא שהלכות והשקפות הושפעו מכוח המציאות, והלכות בכל התקופות אינן תוצר בלעדי של העיון בספרים. יחד עם זאת טעות היא לחשוב שמניעים חוץ-משפטיים גורמים ליצירת הלכה או לשינויה בלא שחכמים יהיו מודעים לצורך להתאים את ההלכה החדשה למערכת המושגים ההלכתיים הקיימים ולמערכת הנפקויות ההלכתיות

כתוצאה מן השנים הללו, הצורך בקביעת מושגים ודפוסים וצורות משפטיים, כדי לתחום בדיוק את הגבול בין האסור והמותרי<sup>213</sup>.

### 7ג(ב). עיכוב בקבלת הכסף

חיוב פיצוי על העיכוב בקבלת הכספים מתמקד בעיקר<sup>214</sup> בשתי דרכים שונות זו מזו. הדרך האחת היא באמצעות פיצוי על מניעת הרווח<sup>215</sup> ו/או ההפסד שנגרם למי שממונו עוכב, והדרך השניה הינה באמצעות קנס וסנקציה על אי תשלום במועד. בדרך השניה נעסוק בהמשך, אך ראשית נעסוק בנזק הישיר שנגרם כתוצאה מעיכוב הכספים. התעלמות מוחלטת מנזק זה היא בעייתית ויש שאף יכונה - 'עיוות דין'<sup>216</sup>.

נבהיר, כי להלכה אין כלל ספק שהעיכוב בקבלת הכסף יוצר נזק משמעותי<sup>217</sup> (וזאת, מבלי להתייחס כעת להשלכות הנזק). ההלכה כופה, לדוגמה, על עדים זוממים, אשר העידו כי מועד פרעונו של שטר הינו לאחר שלושים ימים ולא לאחר עשר שנים – לשלם את הנזק אותו תכננו לגרום בעדותם, המחיר אותו מוכן אדם לשלם על מנת שיוכל להשהות את הכסף עשר שנים ולא שלושים יום<sup>218</sup>. הדברים נאמרו בצורה מפורשת ע"י בעל 'ערוך השולחן', 'העידו על ראובן, שלוה משמעון מנה, על מנת לשלם לו עד לי יום, וראובן טוען שלוה על חמישה שנים ול' יום, והוזמו. אומדים כמה אדם רוצים ליתן שיהיה בידו מנה חמישה שנים, ומשלמים כן לראובן, **דהא רווח זה היו רוצים להפסידו**'<sup>219</sup>. במילים אחרות, ההלכה מקבלת את הקביעה שחלופי הזמן מהווה נזק כספי. למרות הנזק

---

העתידות להיות מוסקות מהלכה חדשה זו. באחת: אף שחלונות בית המדרש היו פתוחים וקשובים ל"קולה" של המציאות, הרי שההלכה עוצבה על ידי פרשנים ופוסקים בבית המדרש (או ביושבם על מדין)".

<sup>213</sup> דוגמה נוספת להתייחסות לקונפליקט שבין הלכות ריבית להתפתחות מציאות החיים הכלכלית, וליכולת של חכמי התורה לפתור את הסוגיה באמצעים 'פנימיים', דהיינו באמצעות כלים הלכתיים, ניתן למצוא בדבריו של הרב ברוך עפשטיין (אשר ראוי לציין כי היה מנהל בנק), בספרו 'תוספת ברכה', לויקרא, כ"ה, ל"ו. בדבריו אלה הוא מסביר את יסודו של 'היתר העיסקה', ומבהיר כי יסוד ההיתר במציאות הכלכלית החדשה: "כפי שידוע, המציאו חכמי הדור בשנות מאות לפנינו עצת היתר להלוואה ברבית. והוא מה שקורין 'היתר עיסקה', וענינו, שהמלוה והלוה כמו נעשים שותפים בהעסק... ודבר ידוע הוא, כי למסחר וקנין דרוש עזרת כספים... ולכן הוכרחו החכמים הדואגים לקיום חיי העם להמציא היתר לזה, והמציאו זה בשם 'היתר עסקא'... ואם ההיתר חזק או רפה, ה' יודע, והעיקר, כי לבם לשמים, לתכלית חיי ישראל... אבל אני אחזה לי, כי יסוד ההיתר מרבית בזמן הגלות שרשו יותר עמוק בגוף רוח התורה, ואת יסוד השרוש הזה ראו החכמים להכיר לאמת וצדק, ולהחליש את יסוד האיסור בתורה... כי אז בעת שבאו לארץ, היה עם ישראל עם חי על אדמתו, יסוד חיותו היתה האדמה... וזה היה כל קניינם ועניינם, עשרם וטובם, וענין כספים לא היה להם ענין לענות בו... ואם בסבת איזה מקרה בודד היה אחד צריך למעט כסף, לא היה לו חשבון ויכולת לשלם רבית, וגם למלוה לא היה זה נחשב לעיקר בחיים... ולכן באופן כזה אם היה המלוה לוקח רבית היה זה באמת מין נשך ללוה, ולכן אסרתו התורה. אבל בימי הביניים... ותהי חיותו תלויה כולה על המסחר לבד... ולמען תוצאותיו, בהכרח דרוש למוצא עזרת כספים, והוא, הכסף, יסודו היחיד והעיקרי להרחבת משאו, מתנו, מסחרו וקנינו... וכה נעשה דבר הלוואת כספים לאחד מיסודי הפרנסה השווים למלוה וללוה. וחשבו חכמים שבעת ההיא, בשנות הביניים, כי מצב כללי כזה בטח לא אסרה התורה ענין רבית בכלל, ורק למען שלא לעקור דבר מן התורה, אם התירו בסתם היה אפשר לסבב במשך הזמנים שישתקע כולו, המציאו לו דבר 'היתר עיסקה', ודבר זה מזכיר, כי אמנם יש איסור רבית, רק נמצא לו אופן היתר". אך ראה עמדה הפוכה אצל הנצי"ב מוולאז'ין, בעל 'העמק דבר, ויקרא, כ"ה, ל"ח. הדברים גם מעוררים תמיהות רבות, וראה אצל פריז, שם. לעיון נוסף בסוגיה זו, ראה זאב ספראי, לשאלת השתלבותה של האומה היהודית בכלכלה הרומית, בתוך: יוון ורומא בארץ ישראל – קובץ מחקרים (ירושלים, 1989, בעריכת אריה כשר, גדעון פוקס ואוריאל רפפורט), 143, 158; זאב ספראי, שמירת ההלכה במסמכי מדבר יהודה, חידושים בחקר מוד בר כוכבא – דברי הכנס השנתי העשרים ואחד של המחלקה ללימודי ארץ ישראל (אוניברסיטת בר אילן, 2001; בעריכת חנן אשל ובוועד זיסו), 113.

<sup>214</sup> לדרכי התייחסות נוספות לסוגיה ראה רקובר, המסחר במשפט העברי, 139.

<sup>215</sup> למשמעותם של פיצויים על מניעת רווח ראה לעיל במסגרת המודל המוצג. לסיכום סוגית הפיצוי על מניעת רווח במשפט העברי ראה גולאק, יסוד המשפט, ח"ב, פל"ג, 72; י' ש' צורי, תורת המשפט האזרחי העברי – משפט הנזיקין, לונדון התרצ"ז, ח"א, 100; משה חיגר, פיצויים בעד מניעת רווח עקב הפרת חוזה, סיני צ"ט (התשמ"ו), קניג; פתחי חושן, נזיקין, ג', כ"ט; Moshe Chigier, Compensation for Loss of Profit Resulting from Breach of Contract in Jewish Law, Jewish Law Association Studies 6 (1992), 29.

<sup>216</sup> וינרוט, רבית, ח"א, 13: "הצורך לפצות בגין עיוות הדין שנוצר כתוצאה מכך שנכפה על מי שהיה צד להידיעות משפטית, שלא לקבל את כספו עד לתום ההידיעות, בלא שהסכים לכך".

<sup>217</sup> ראה רקובר, שם, 150.

<sup>218</sup> מכות, פ"א, מ"א.

<sup>219</sup> ערוך השולחן, חו"מ, ל"ח, י"ז.

הברור שנגרם לבעל הדין, הרי שלא כל נזק הינו בר פיצוי בדין העברי. לצורך בחינת הסוגיה יש לבחון מעט את היחס הכללי להצמדת המחירים ולריבית בהתאם להלכה.

### 7ג. שינוי ערך המטבע

שאלה שדנו בה רבים מן הפוסקים עסקה במקום בו חל שינוי בערך המטבע, דהיינו: ביום שנקבע לפירעון ההלוואה ערך המטבע היה מסוים, אך עד למועד הפירעון בפועל הוא השתנה<sup>220</sup>. כך, לדוגמא, קבע המהרש"ל כי כאשר האיחור הוא באשמת הלווה – ידו על התחנתונה<sup>221</sup>. ממילא ההפסד הוא "הפסדו של לוה"<sup>222</sup>, אשר גרם להפסד ולעיכוב. הפוסקים, ובהם ר' יהונתן אייבשיץ<sup>223</sup> (להלכה, אך לא למעשה), ר' מרדכי בנעט<sup>224</sup> ור' אהרן וואלקין<sup>225</sup>, מבהירים כי אין לראות במקרה זה את הגדלת התשלום כריבית מאחר ומדובר, למעשה, בנזק ישיר שגרם הלווה כתוצאה מהעיכוב בהחזרת החוב – "הואיל ודחה ב'לך ושוב' אם כן הוה ליה גורם בהפסדו"<sup>226</sup>. הם גם מדגישים את סברת המלווה הטוען כי 'לו היה בידי הממון, הייתי קונה פרקמטיא בעדו', וממילא נמנע מפגיעה כתוצאה מהשינוי בערכו<sup>227</sup>.

למען הסדר הטוב, נציין כי במקום בו אי התשלום במועד היה באחריותו הברורה של המלווה, הרי שהפוסקים מסכימים שבמצב מעין זה ידו של המלווה על התחנתונה<sup>228</sup>. במקומות מסוימים אף נהגו לאפשר ללווה להפקיד את ההלוואה בבית הדין, על מנת שלא יוכל המלווה ל'היטמן', ולמנוע את קבלת התשלום במועד שאיננו נוח לו<sup>229</sup>. המהרש"ד, לעומת זאת, סבר כי בין בהלוואה ובין בחוב אחר, אף במקרה בו האיחור היה באחריותו הישירה של הלווה, התשלום יהיה נומינאלי, וכל שינוי מתשלום זה – "הרי הוא ריבית ואסור"<sup>230</sup>. יודגש, כי דין זה יפעל הן לטובת המלווה והן לרעתו. דין דומה מובא גם ע"י בעל השלטי הגיבורים<sup>231</sup> ועוד<sup>232</sup>. גם הש"ך<sup>233</sup> חולק על

<sup>220</sup> ראה סיכום מקיף של הסוגיה אצל ורהפטיג, דיני מטבע, 157.

<sup>221</sup> ים של שלמה, בבא קמא, פ' הגוזל, סימן י"ג: "נראה לי, היכא שהלווה לו לזמן ידוע, ובאותו הזמן עדיין לא נפסל, ובא זה ותובעו, וזה דוחה ב'לך ושוב' עד שנפסל, דאינו משלם לו אלא מטבע היוצא באותה שעה". המהרש"ל מוכיח זאת בין היתר מדברי המהר"ם המובאים במרדכי, בבא קמא, פרק הגוזל, סימן קי"ג. דין דומה פסק גם בשו"ת מהרש"ד, ח"יב, סימן ק"א, ואף במקרה בו נראה היה שגם למלווה אחריות לאי החזרת החוב בזמן, נקבע כי לא מטילים את האחריות על כתפיו אלא על כתפי הלווה (כל עוד האחריות היא גם עליו). נזכיר גם כי הש"ך (ח"י"מ, ע"ד, ס"ק כ"ז) השיג אמנם על דברי המהרש"ל, אך ב"אבני מילואים" (ק"י"ד, ס"ק א') ובישער המשפט" (ח"י"מ, ע"ד, ס"ק ה') הסכימו לדבריו. וראה גם שו"ת חבצלת השרון, ח"יב, ח"י"מ, סימן ג': "פשיטא דאם עיכב מלשלם לו בזמנו... דבמה שעייכב מלשלם בזמנו דינו כגזלן, דמשלם כשעת הגזילה. אם כן צריך לשלם כפי שהיה שווה בעת שהיה זמנו לשלם דבגרימתו נפסד..."; שם, סימן ו'.

<sup>222</sup> לשון החת"ס בשו"ת, ח"י"מ, סימן ע"ד. וראה גם: "וכל ההפסד שיגיע מדחיית הזמן ואילך הוא הפסדו של המעכב מפני שלא קיים תנאו... אז כל פסידיא דמתילד דהעובר הוא". הדבר מבוסס גם על שיטת המרדכי (שם, סימן קכ"ה) בעניין סוגיית 'מבטל כיסו של חבירו' שתוזכר להלן, ולפיה במקום שהאחד נהנה מחסרונו של השני – חייב 'מבטל הכיס'. אמנם, למעשה, קובע החת"ס סופר כי כאשר מדובר בהלוואה, הלווה לא ישלם תשלום גבוה יותר, שכן אז התשלום נראה כריבית, ואולם במעכב ממונו של חבירו שלא בדרך של הלוואה: "נראה לי אפילו למעשה, שכל ההפסד שיגיע מדחיית הזמן ואילך הוא הפסדו של המעכב, מפני שלא קיים תנאו" (שם, סימן נ"ח).

<sup>223</sup> תומים, ח"י"מ, סימן ע"ד, ס"ק י"ב.

<sup>224</sup> שו"ת חכמת שלמה, סימן ל"ז.

<sup>225</sup> זקן אהרן, ח"א, סימן קי"ב. לגבי העמדה של ר' אהרן וואלקין הלכה למעשה מצויה סתירה בין שתי תשובות שלו. מחד, בשו"ת זקן אהרן, ח"ב, סימן קל"ד הוא הורה כמהרש"ל: "והנה אם המלווה תבעו לאחר שהגיע זמן הפירעון דבר פשוט הוא שההפסד הוא על הלווה וכפסק המהרש"ל, דכל היכי שהלווה גרם להפסד בזה שלא שילם בזמנו - חייב". מאידך, שם, בסימן קל"ו הוא הורה כש"ך: "צדק הש"ך, דסבירא ליה דאפילו בשעבר זמן הפירעון אין הלווה מחויב להשלים, כיון דלא נתכון להזיק רק להנאת עצמו – אין בזה חיוב גרמיי".

<sup>226</sup> תומים, שם.

<sup>227</sup> ראה שו"ת חכמת שלמה, שם; וכן בתומים, שם: "ואילו פרעו בזמנו הוה מוציאו במקום אחר".

<sup>228</sup> ספר התרומות, שער ל', ח"יב, סימן א': "ודאי הדין עם הלווה, כי מאחר שאין עתה הקלקלה נראית לעינים אע"ג שעתידה לבוא מחר... אין לו להשגיח על תקלת חבירו כי פריעה היא"; טור, ח"י"מ, ק"כ, ד'. וראה הסתייגות מסוימת בשו"ת לחם רב, סימן קס"ט.

<sup>229</sup> שו"ת הריב"ש, סימן קצ"ז; שו"ת מהרש"ך, ח"יב, סימן צ"ט.

<sup>230</sup> שו"ת מהרש"ד, יו"ד, סימן רכ"ד.

<sup>231</sup> שלטי הגיבורים, בבא בתרא, פ' גט פשוט.

המהרש"ל, ומחייב בתשלום נומינאלי. ר' מרדכי בנעט מסביר את עמדת הש"ך בכך שאותה המטבע בה ניתן היה להיפטר במועד החיוב - פוטרת גם במועד התשלום, "דלא היה תנאי על זה, רק כשיש פסול קודם הגעת הזמן"<sup>234</sup>. בשל המחלוקת העזה בסוגיה הורה בעל ה'בית דוד' כי דווקא יד הלווה, ה'מוחזק' בממון, תהא על העליונה, כך שאם ערך המעות ירד הוא יטען "קים לי כשלטי הגיבורים ומעשה חייא דבתר זמן השטר אזלינן", ואילו אם ערך המעות עלה הוא יטען "קים לי כהר"מ אלשיך והמהרש"ך דבתר השעה שפורע אזלינן"<sup>235</sup>. רק תביעה מצד המלווה יתעצור את מירוץ הזמן<sup>236</sup>. דא עקא, שבעל ה'בית דוד' חשש מאד מהתוצאה אליה הגיע, הן בשל העוולה המוסרית - "...דמצינו חוטא נשכר, שבשביל שלא עמד באמונתו לפרוע בזמנו יפחות מן השיעור שחייב לו, וגם אין הדעת סובלת שהמלווה סבר וקיבל דבר זה", והן בשל החשש הפרקטי - "כדי שלא יעשה הלווה בערמה להטמין עצמו מן המלווה בזמן השטר כדי שלא יתבענו כדי לפרועו כבזמן העליה". לכן הוא מציע לתקן תקנה, אשר תטיל בכל מקרה את האחריות על כתפי הלווה.

### 71(ד). בין תקנה לפשרה

נקודה זו משמעותית במיוחד להמשך דיוננו. נקבע, למעשה, בצורה ברורה כי ניתן באמצעות תקנות להטיל את האחריות על הנתבע, כך שהתחמקות מקבלת התביעה לא תועיל לו. על כל פנים, במקום בו התנו הצדדים ביניהם על כך שאיחור במועד התשלום יגרור חיוב מוגדל של הלווה בהתאם למועד התשלום (אין מדובר בחיוב הגדל בכל עת כפי שמקובל במנגנון הריבית היום, אלא במדרגות תשלום) הרי שבהתאם לשיטות רבות - התנאי תקף, ואין כאן בעיה מצד דיני אסמכתא או מצד דיני ריבית - "פשיטא דלכולי עלמא חייב ליתן לו המעות שיעברו באותו זמן כיון שהוא תנאי"<sup>237</sup>. כך או כך, מאחר ומדובר בסוגיה סבוכה ובעייתית, ברבות מהקהילות תיקנו תקנות שהתוו כללים ברורים להכרעה בנושא זה. ישנם מקומות<sup>238</sup> בהם, במטרה להגן על הלווים (השייכים), בדרך כלל, מטבע הדברים, לשכבות

<sup>232</sup> שו"ת מהריט"ץ, סימן ל"ג; שו"ת מעשה חייא, סימן י"ז.

<sup>233</sup> שו"ת, חו"מ, סימן ע"ד, ס"ק כ"ז.

<sup>234</sup> שו"ת חכמת שלמה, שם, אות י"ב. עם זאת, הוא מדגיש שבמקום בו ידוע היה שהמטבע הקודמת תיפסל, במקרה של איחור מצד הלווה - ידו של המלווה תהיה על העליונה: "היכא שהיה ידוע שעתידיים המטבעות לפסול, והמלווה ביקש מעותיו בזמן, דבודאי יוכל המלווה לטעון: כיון שידעתי שעתידין המטבעות לפסול בקשתי ממך הפירעון ולקנות סחורה. וזה נראה לי ברור לדינא", ובמצב כזה אפילו הש"ך יודה שהדין הוא עם המלווה כדברי המהרש"ל. ה'צור יעקב' (סימן ס"ז, אות ג') סבור כי הש"ך יודה למהרש"ל, במצב בו הלווה לא נקט בדחיות של ילך ושוב, אלא לא רצה לשלם כלל. במצב זה יש להתייחס אליו כגזלן, אשר יתחייב כשעת הגזילה. וראה גם שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן ע"ט; בית דוד, ח"ב, חו"מ, הלכות טוען ונטען, סימן כ"א.

<sup>235</sup> בית דוד, שם. גם ר' יהונתן אייבשיץ בתומים, שם, קבע שיד המוחזק, דהיינו: הלווה, תהא על העליונה, על אף שעמדתו ההלכתית היא כי יש לחייב את הלווה על הנזק שגרם למלווה.

<sup>236</sup> שם: "יתבעו בזמן השטר ולא פרע וירד אח"כ או עלה, יד בעל השטר על העליונה, שאם ירד משלם כשעה שפורע ואם עלה משלם כזמן השטר". עיקרון דומה (באספקט מסוים) מצוי בפרשת קטימורה שאוזכרה לעיל. שם קבע בית המשפט העליון שכללל, היכולת לקבל פיצויי קיום אצל מי שהיה אמור לזכות במכרז תקום רק אם הנפגע עמד מראש על זכותו לזכות במכרז. לעומת זאת, אם הנפגע שתק ומאוחר יותר הוא דורש פיצויי קיום הרי שאלו ישללו ממנו: "קושי זה בולט במיוחד כאשר מדובר בתובע הטוען כי היה עליו לזכות במכרז, בנסיבות בהן לא ניסה לאכוף את זכייתו, וויתר על עתירתו המינהלית למימוש הזכייה הנטענת. ככלל, נראה שאין לקבל את הדילוג על פני שלב המימוש, היינו, עתירה לאכיפת הזכייה במכרז, לשלב התובענה המינהלית לשם קבלת פיצויי קיום". גם כאן, רק תביעה מצד המלווה להשבת ההלוואה מוכיחה כי הוא איננו שותק, ובמצב מעין זה ידו תהיה על העליונה.

<sup>237</sup> שו"ת מהר"ם לבית הלוי, סימן ל"ג.

<sup>238</sup> ראה כרם חמד, ח"ב, ספר התקנות, תקנה פ"ט; שו"ת ראני"ח, סימן ק"ד.

החלשות יותר של האוכלוסיה, והמצויים במצב כלכלי טוב פחות<sup>239</sup>) נקבע כי הפירעון יהיה לפי מועד ההלוואה ולא לפי מועד הפירעון, תוך התעלמות מהשינוי בערך המטבע (שהיה בדרך כלל כלפי מעלה).

במקומות אחרים הותקנו תקנות אשר ביקשו "לפשר בין המלוה והלה להקל ההפסד מכל אחד ואחד"<sup>240</sup>, ולכן הן ניסו להתוות פיתרון ממוצע על דרך הפשרה: "יש מקומות שנוהגים לפרוע הכתובות והחובות הישנים בדרך ממוצע... וכך נוהגים ובאים בארץ ישראל מזמן הרבנים גדולי הדור שלפנים עד עתה, שזה ודאי תקנה היא שהתקינו ודרך בקשה וריצוי, שחשו להפסד היתומים ולהפסד בעלי בתים שכמה סוחרים ירדו מנכסיהם בסיבת הפסד המטבעות"<sup>241</sup>. גם חשיבות הפשרה הודגשה בעניין זה: "ועל המדודים הכתובים בכתובה, מאחר שמנהג העיר להחזיר מחציתם... מכל מקום נהרא נהרא ופשטיה, כל מקום שיש מנהג הולכים אחריו, כי ידעתי במקומות רבים עושים דרך פשרה וריצוי הכיתות, וכן ראוי לעשות"<sup>242</sup>.

התקנה שיצרה פיתרון של פשרה בעניין זה, היתה גם פיתרון טוב להקלה על מצפונם של דיניי ישראל<sup>243</sup>. במצב בו הדין היה מסופק ובעייתי, סברו הדיינים כי יצירת תקנה אשר תחלק את ההפסד על שני בעלי הדין היא יותר מראויה:

"על כן אמרתי היטיבו אשר עשו גדולי וחשובי עירנו לתת פשר בין אלה העניינים, כי מאחר שהדין הוא מסופק, טוב הדבר

שיפשו ויש על מקומו יבוא בשלום, כי הפשרה היא משפט של שלום"<sup>244</sup>.

גם היום לא פעם נוטה בית הדין הרבני לקבוע תוצאה המהווה, למעשה, פשרה בין הצדדים, כך שהסכום יוצמד באופן חלקי<sup>245</sup>. למרות זאת, לא ברור עד כמה מסכימים בתי הדין היום לקבל את גישת הפשרה<sup>246</sup>.

ראויה לציון גם עמדתו של ר' משה פיינשטיין. בתשובה<sup>247</sup> שפירסם מקבל הרב פיינשטיין לחלוטין את העמדה כי ערכו הריאלי של שטר חוב הוא לאו דווקא ערכו הנומינלי של החוב. הוא גם מתייחס כך לגובה החוב בכל הנוגע לחיוב ההלכתי במעשר כספים. למרות זאת הוא קובע עדיין שתשלום שלא יהיה בצורת 'דולר תמורת דולר' ייחשב כריבית. עם זאת, הרב פיינשטיין מסתמך בכך על קביעה שזהו הדין הנוהג בארה"ב, וממילא ש'דינא דמלכותא

<sup>239</sup> עם זאת, יצוין כי הגנה אגרסיבית על הלווים מגלגלת מדרך הטבע פגיעה ישירה דווקא בלווים, שכן היא "נועלת דלת בפני לוויים". ראה גיטין, מ"ט, ע"ב – ג', ע"א; סנהדרין, ג', ע"א; גיטין, ל"ז, ע"א. לכן תיקנו חז"ל תקנות רבות לטובת המלווים דווקא, על מנת שלמלווים יהיה עניין ורצון להלוות מעבר למצווה שבדבר. גם הגאונים והראשונים התקינו תקנות מעין אלו (ראה, לדוגמה, רמב"ם, הלכות מלוה ולוה, פ"ב, ה"ב). ייתכן, שזו גם הסיבה לשינוי התקנה בקהילת פאס, ראה ביכרם חמד, שם בפער בין תקנות פ"ט לצ"א שתאזכר להלן. גם על הראנ"ח מובא שמאוחר יותר הנהיג לחלק את ההפסד בין הלווה והמלווה, וכדלהלן, ראה שו"ת מהר"י באסן, סימן ס"ג.

<sup>240</sup> שו"ת מהרש"ד, ח"ב נוספות, סימן ז'.

<sup>241</sup> שו"ת מהרי"ט, ח"ב, אבהע"ז, סימן ב'. וראה גם שם, ח"א, סימן ע"ד; כרם חמד, שם, תקנה צ"א.

<sup>242</sup> שם, ח"ב, אבהע"ז, סימן מ"ז. וכן שמש צדקה, יו"ד, סימן י"ב: "סוף כל סוף הואיל ויש להיימין ולהשמאיל בנידון... ואולי מידי מחלוקת לא יצאנו... על כן ודאי משום בקש שלום ורדפהו וכדי לעשות הטוב והישר לפני משורת הדין, לע"ד הגון וניאות לפשר ביניהם בדרך מיצוע נוח לזה ולזה... דגדול השלום".

<sup>243</sup> ורהפטיג, דיני מטבע, 188.

<sup>244</sup> שו"ת לחם רב, סימן י"ג. וראה גם שו"ת מהר"ש לבית הלוי, סימן ג'; שו"ת מהרי"ט, שם, סימן מ': "והיה זה שלום על דיניי ישראל".

<sup>245</sup> ראה לשם הדוגמא בלבד בפרשת ב.א.א.: "אולם באשר לתשלום כתובה זו שנכתבה בלירות והמטבע השתנה, נחלקו הפוסקים, ונאמרו בזה ארבע שיטות מרכזיות האם יש להצמיד, ואם כן למה להצמיד, וכבר ישבו על מדוכה זו רבים מפוסקי זמננו. ביה"ד זה נדרש להכריע בשאלה זו מספר פעמים ובמסקנתו אימץ את גישת הפוסקים הסבורים שיש לפשר בין הצדדים בהתאם לתקנת ראנ"ח". בפסק הדין בתיק (אש"ז) 580/תשמ"ג, ויצנר שמואל נ' וירואני שלמה (1983); להלן: "פרשת ויצנר" סברה דעת הרוב כי יש לפסוק הצמדה בשיעור של חמישים אחוזים מגובה ההצמדה האמיתית, בעוד שדעת המיעוט סברה כי יש לפסוק המצדה בשיעור של שליש. עם זאת, באותו מקרה הסברה היתה כי יש לפסוק הצמדה מלאה, אך החיוב מלכתחילה היה בלתי הוגן כלפי הנתבע, ולכן בוצעה הפרשה (עמדות שלושת חברי המותב פורסמו כמאמרים, ראה דיכובסקי, הצמדת חוב; אליעזרוב, שם; אלחדד, שם).

<sup>246</sup> וראה ורהפטיג, דיני מטבע, שם; שוחטמן, סדר, ח"ג, 1204.

<sup>247</sup> שו"ת אגרות משה, יו"ד, ח"ב, סימן קי"ד.

דינאי. הרב דיכובסקי מסיק מכך שבכל מקום בו החוק מחייב בתשלום הצמדה על כל פיגור בחוב – יש מקום לחייב את הנתבע בתשלום הפרשי ההצמדה.<sup>248</sup>

### 7ג(ה). התייחסות בתי הדין הרבניים בישראל להצמדה

בבתי הדין הרבניים במדינת ישראל התעוררו לא מעט מחלוקות סביב שאלת ההצמדה, ולא פעם התנהלו דיונים בין הדיינים השונים בהרכב על עצם הצורך בהצמדה באותו מקרה<sup>249</sup>, ועל שיעורה הראוי של ההצמדה (במקום בו ניסה בית הדין לפשר ולקבוע הצמדה חלקית). כך, לדוגמא, נדונה בבית הדין הרבני הגדול<sup>250</sup> סוגיית הצורך בהצמדת הסכום שנקבע בכתובה, אשר, מטבע הדברים, הפך עם השנים לבלתי ריאלי בעליל. הרב דיכובסקי (אשר מקובל לראות בו כסמן הליברלי והמחדש של בית הדין הגדול, ובעבר נתן שורה של החלטות בהן הכיר בהצמדה של הסכומים<sup>251</sup>) סבר כי באותו מקרה דווקא אין מקום להצמיד את הסכום:

”כשלעצמי, אינני סבור שיש להצמיד דמי כתובה. הכתובה היא התחייבות כספית, ולא מנגנון מפורש של הצמדה, אין מקום לכך. אילו היה מדובר “בהתחייבות חפצית”, אזי ניתן למדוד את החיוב, בהתאם לערך החפצים. אבל, בהתחייבות של כסף

#### **בלבר - הצמדה מניין לנו?**

אין הדברים מתייחסים לערכים הנקובים במתכת הכסף: זיזים וזקוקים, אלא לסכום הנקוב במטבע מקומי. אינני סבור שמדובר ב”מטבע שנפסל”, למרות שהלירה אינה הילך חוקי. עקב האינפלציה הגבוהה נתעורר צורך לתת משמעות לכסף, ועל כן, נמחקו אפסים מפעם בפעם, וכן נשתנה השם מספר פעמים: לירות, שקל ישן ושקל חדש. עד היום, ניתן להמיר מטבע ישן בבנק ישראל, כך שמטבע זה לא נפסל, אע”פ שאינו יוצא בהוצאה.”

הרב דיכובסקי סבור שסוגיית ההצמדה אינה יכולה להסתייע בדיונים שהובאו לעיל בנוגע ל”מטבע שנפסל”, וממילא הוא מסתפק באמירה פורמליסטית על כך ש”הצמדה – מנין לנו?”. לעומת זאת, הדיין הנוסף בהרכב<sup>252</sup>, הרב עמאר, סבור כי הימנעות מהצמדת הסכום תוביל לתוצאה אבסורדית:

”...לא הבנתי מה ר”ל בזה, שהכתובה היא התחייבות כספית, ולא מנגנון מפורש של הצמדה... והרי מנגנון הצמדה בא להסדיר התחייבות כספית, שלא תהפך למאומה... דמאי חזית, למה התחייבות חפצית, ניתן למדוד את החיוב, ובהתחייבות כספית לא ניתן, והרי גם בזה התחייב סכום מסויים, שניתן לרכוש בו מזון ושאר מצרכים וכו’ ברמה מסויימת ואם לא נצמיד אך ערך הסכום שהתחייב במשך השנים יורד פלאים, עד שלא ניתן לקנות בו אפי’ אחד ממאה ממה שהיה בעת ההתחייבות... ולמה לא ניתן להמדד... נכון שאין אנו מדברים על מתכת הכסף והמטבעות בימינו לא נמדדים לפי ערכם מבחינת המתכת שלהם, אך יש להם “ערך מוסכם”. וקונים בהם לפי “הערך המוסכם” ומשפחת ערכם שוב לא ניתן לקנות אותו ערך שהיה אפשר בתחילה... כבר אין להם ערך וא”א לרכוש בהם דבר, ואם אנו דורשים מכל אדם לעמוד

<sup>248</sup> דיכובסקי, חיובי הצמדה, ק”ו.

<sup>249</sup> ראה בתיק (גדול) 2337-22-2, אלמוני נ’ אלמוני (פורסם בנבו, 27.12.04); תיק (נת’), 8885-21-1, פלוני נ’ פלונית (פורסם בנבו, 26.4.06); תיק (נת’), 3615-24-1, חמי נ’ חמי (פורסם בנבו, 26.4.06); להלן: “פרשת חמי”.

<sup>250</sup> תיק (גדול) 8975-64-1, פלונית נ’ אלמוני (פורסם בנבו, 14.3.02).

<sup>251</sup> ראה דיכובסקי, שם.

<sup>252</sup> בהרכב יושב גם דין שלישי, הרב בקשי דורון, ואולם הוא סבור היה כי אין מקום כלל לחייב את הבעל לשלם את הכתובה באותו מקרה, וממילא הוא נמנע מלדון בשאלת ההצמדה.

בהתחייבותו, הרי צריך לראות על מה התחייב בפועל, לפי ערך הקניה וההשגה שהיה יכול להשיג באותו סכום בזמן ההתחייבות, ולזה באה ההצמדה".

נקל להבחין כי בעוד שהרב דיכובסקי העלה שאלה פורמליסטית על היכולת להצמיד, הרב עמאר מציג אמירות ריאליסטיות, ומעלה תמיהה הפוכה לחלוטין: "ולמה לא ניתן להמדד?". עם זאת, לאחר האמירות המתמייחסות לתכלית ההצמדה ונחיצותה, מדגיש הרב עמאר כי הוא איננו יכול להסתמך רק על סברותיו, הגיוניות ככל שיהיו, והוא מוסיף גם מסד הלכתי לדבריו<sup>253</sup> (המקביל לדברים שהבאנו עד כה).

כך, גם הרב דיכובסקי הביע בפסק דין מאוחר יותר בבית הדין הגדול עמדה שונה, אשר ממנה עולה כי ישנו מקום, לכאורה, לפסוק את תשלומי ההצמדה במקרים שונים, ולעיתים ניתן אף לחייב בריבית ממש:

"באופן כללי נראה היה לנו כי יש בחלוקה שקבענו שערוך הוגן של הזכויות ההדדיות של הצדדים, וכמשקפת חלוקה שוויונית ומאוזנת של כלל נכסי בני הזוג בהתאם לחוק יחסי ממון בין בני זוג. בחיוב מעין פשרה, לא ניתן לדרוש הפרשי הצמדה למפרע, כי הפשרה מביאה בחשבון גם את הדברים הללו. וזאת, בניגוד לחיוב מן הדין, שבו יש מקום לבדיקת האפשרות ההלכתית לתשלום הצמדה..."

נושא חיוב הצמדה וריבית, ראוי לדיון ולעיון מעמיקים. יש מקום לבחון את ההבדל בין ריבית ובין הצמדה. יש מקום לבאר את הסייגים לתחולת דיני הריבית במקרים רבים של פסיקת בית הדין, שבהם אין מדובר בהלוואה בין מלוה לבין לוה. ראוי שבית הדין הגדול יישב על המדוכה ויקבע כללים הלכתיים ברורים לכך. אני מקוה שנעשה זאת בעתיד, לעת מצוא, כשיבוא בפנינו תיק מתאים. בתיק זה לא מצאנו שהנסיבות מצדיקות הידרשות לסוגיה סבוכה זו".

יצוין עוד, כי הרבנים עמאר ובר שלום אשר ישבו במושב בית הדין עם הרב דיכובסקי באותו מקרה חתמו ללא היסוס על חוות דעתו. עמדה זו של הרב דיכובסקי הולמת לחלוטין מספר פסקי דין שנתן שהרכב בראשותו בבית הדין האיזורי באשדוד<sup>254</sup>. הרב עמאר איננו שואל והרב דיכובסקי איננו מיישב מה גרם לו להסכים פעם אחת להצמדה (ואולי אף ריבית) ובפעם אחרת להתנגד לה נחרצות. נראה, לענ"ד, כי הדברים מעידים בעיקר על העובדה שמדובר בנושא מורכב. יתכן שבמקרה בו סירב הרב דיכובסקי לאפשר את תשלומי ההצמדה היתה האינפלציה נמוכה באופן יחסי. יתכן גם שבאותו מקרה סבר הרב דיכובסקי כי התנהלותה הדיונית של האשה אינה מצדיקה לשערך את הסכומים.

כך או כך, בחינה היסטורית של הדברים, דוגמת זו שבוצעה ע"י רקובר<sup>255</sup>, מראה כי עם התקדמות השנים נתגלתה נטיה ברורה לחיפוש "עיקרון ריאלי", אשר יכשיר, למשל, הלוואות צמודות ערך, ואף תשלומים הדומים עוד יותר לריבית. במיוחד נכונים הדברים במקרים בהם אין מדובר בהלוואה ממש<sup>256</sup>.

<sup>253</sup> כ"ל זה כתבתי לעצם ההגיון שבדברים שכתב כ" הרב שליט"א, אך לא מהגיון אנו פוסקים, וכבר אמרו, וכי משום שאנו מדמים נעשה מעשה. לענין הדין יעויין במהרי"ט ז"ל (חאה"ע סי' א') שהאריך הרחיב מאד בפיחות המטבע וכמ"ש שם משם הריב"ש והרשב"ץ ועוד, ומה שכתבו שני גדולי הדור מהר"ם אלשיך ומהר"ש שאג"ש ז"ל יע"ש בדב"ק".

<sup>254</sup> פרשת ויצר; תיק (אש"י) 1109/תשמ"ג, **טסלר מאיר נ' בלק אהרן** (1983); להלן: "פרשת טסלר"; תיק (אש"י) 1301/תשמ"ד, **חדידה מרדכי נ' חדידה ג'ורג'ט** (1984); להלן: "פרשת חדידה". פסקי הדין הללו נידונים אצל דיכובסקי, שם.

<sup>255</sup> ראה רקובר, פיצוי – עיכוב כספים. על דברים אלו התבססה גם הכנסת, וכאשר עבר אחד התיקונים לחוק פסיקת ריבית והצמדה, התשכ"א-1961 (ס"ח 348, התשכ"א, 192), נזכרה בהצעת החוק (ה"ח 1362, התשל"ח, 310) עמדת המשפט העברי בנוגע לפסיקת הצמדה,



גם היום בבתי הדין הרבניים פסיקת סכום מוצמד אינה מחוזה חריג, ופעמים רבות בית הדין הרבני קובע מלכתחילה מנגנון הצמדה של הסכום אותו הוא פוסק, אשר יגן על 'ריאליות' הסכום ו/או הצמדה לחוב העבר<sup>257</sup>. [עם זאת, יש מקום להבחין בין מקרים בהם הסכום המוצמד הוא של 'דמי מזונות', או המלצה מראש לקבוע מנגנון הצמדה בכתובה<sup>258</sup>, אשר בהם ההצמדה מלכתחילה נועדה למנוע בירור חוזר של קביעת שיעור מזונות ריאלי, לבין קביעת הצמדה על תשלומים בגין חיוב העבר ובגין הנזקים שנגרמו כתוצאה מעיכוב הכסף<sup>259</sup>. מחד, חיוב על עיכוב הכסף דומה הרבה יותר לריבית הקלאסית, ואילו שאלת דמי המזונות היא שאלה שלכאורה ניתן היה לדון בה בעיתה<sup>260</sup>. מאידך, דווקא חיוב על העבר המפצה, הלכה למעשה, על עיכוב הכספים הוא מבחינות מסוימות לגיטימי הרבה יותר מקביעת מנגנון הצמדה עתידי המהווה מעין ריבית<sup>261</sup>].

במיוחד נכונים הדברים מקום בו מוצא בית הדין אחריות מסוימת בהתנהגותו של בעל הדין<sup>262</sup>. במקרה כזה ניתן לצרף גם את פסיקתו של המהרש"ל (אשר נדונה בהרחבה לעיל), ולפיה במקרה בו הלווה מעכב את התשלום ב'לך ושוב' האחריות לנזק שנגרם כתוצאה משינוי המטבע מוטלת עליו<sup>263</sup>. עם זאת, ישנם גם מקרים לא מעטים בהם

---

המבוססת על דברים אלו של רקובר. בנוגע לעמדה זו נכתב שם כי: "תמיכה כללית ברעיון של פסיקת הפרשי הצמדה אנו מוצאים במשפט העברי ובגישתם המעניינת והמחכימה של פוסקי ההלכות בו...".

<sup>256</sup> אליאש, ריבית, 69; פרשת טיפול שורש.

<sup>257</sup> ראה לשם הדוגמא בלבד בפרשת גוטהלף; בג"ץ 352/82, יחזקאל בן זאב נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד (לר), 250 (1982); בג"ץ 410/85, אייל חמד, קטין נ' עזרא חמד, פ"ד מ(1), 110, 111 (1986); בג"ץ 4435/94, מיכל טל נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים בירושלים, פ"ד מט(2), 630, 632 (1995); ע"א 3868/95, ונדה ורבר נ' מנחם ורבר, פ"ד נב(5), 817, 824-825 (1998); בג"ץ 2057/98, סמדר טייב נ' בית הדין הרבני האזורי בבאר שבע (פורסם בנבו, 30.6.99); בג"ץ 107/05, פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (פורסם בנבו, 11.10.05); בג"ץ 3108/07, פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול (פורסם בנבו, 22.1.12); תיק (גדול) 41911, פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 24.6.01); תיק (גדול) 30684062-22-1, פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 20.6.06): "...בפסק הדין הסכים בית הדין לחיוב של הצמדה... ולא הסכים לחיוב של ריבית"; תיק (גדול) 3980-64-1, פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 3.6.09); תיק (גדול) 8860-21-1, פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 9.5.10); תיק (גדול) 810948/2, פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 21.7.10); תיק (גדול) 798549/5, פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 4.11.10); להלן: "פרשת הריבית בהוצאה לפועל - גדול"; פרשת ויצנר; פרשת טסלר; פרשת חדידה; תיק (ת"א) תשל"ח/7004, פד"ר י"ב, 249, 251-253; תיק (י-ם) 7400/מ"ו, א.א. נ' ג.א. (פורסם בנבו, כ"ו חשוון תשמ"ט); תיק (ב"ש) 786-29-2, פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 1995); תיק (ת"א) 428-21-1, אלמונית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 20.2.02); תיק (ח"י) 53917464-24-1, פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 30.10.03); פרשת הלשכה לסיוע משפטי; תיק (ת"א) 9322-29-1, פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 19.3.06); תיק (ת"א) 301551/4, פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 28.3.07); תיק (ח"י) 1655-64-1, פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 26.7.09); תיק (נתי) 9090-22-2, פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 6.12.09); תיק (אש"י) 14850/1, פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 19.9.10); תיק (ת"א) 458040/1, פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 11.7.11); פסק דינו של בית הדין 'ארץ חמדה-גזית' בתיק 69018, א. נ' ע. (פורסם באתר 'ארץ חמדה', 10.11.11); להלן: "פרשת א. נ' ע.": "אין בנידון דין חשש ריבית. אם נורה להשיב את הכסף בערכו הנומינאלי, יוצא התובע נפסד בלא הצדקה, בעוד שהכסף בידי התובע יכול היה לשמשו לרווחים. כמו כן השבת הכסף צמוד למדד המחירים לצרכן, מהווה למעשה השבת ערך זהה - שכן מהותו של כסף הוא כח הקניה שבו (ולפי גישה זו אין חשש ריבית בכל הצמדה למדד)". דיונים נוספים מצויים גם בשאלת הצמדת ערך הכתובה כאשר הנושא נדון בביהמ"ש לענייני משפחה. להרחבה בסוגיה זו ראה בב"ע"מ 9606/11, עזבון המנוח פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 20.5.13); עז' (משפחה-ת"א) 12362/01, וקסלר נ' וקסלר (פורסם בנבו, 9.9.04).

<sup>258</sup> הרב שלמה דיכובסקי, הכתובה, תחומין כ"ח (התשס"ח), 28, 35.

<sup>259</sup> ראה דיכובסקי, בעיות בהצמדת; ערעור תשל"ז/199, פד"ר י"א, 235; שרמן, שם.

<sup>260</sup> ראה שרמן, שם, 369: "פסיקת ההצמדה היא רק העמדת הגובה המתאים של דמי המזונות. שני סוגי הצמדות הן: הצמדה לתוספת היוקר... או הצמדה למדד יוקר המחיה... בסוגי הצמדות אלו אין כל שייכות לאיסורי ריבית, שכן ההצמדה אינה נפרדת מעצם חיוב המזונות, אלא היא חלק מעיקר החיוב שקבעה ההלכה. שנויי ערך הכסף ועלית יוקר המחיה הופכים את גובה חיוב המזונות לנויל ומשתנה, וההצמדה שקובע בית הדין היא התאמה לשינויים אלו. על ידי ההצמדה מתקיימת מטרת החיוב שקבעה ההלכה, שהיא מתן צרכי מחיה על חלקיה השונים. סכום המזונות הצמוד ממלא מטרה זו"; תיק (גדול) 30684062-22-1, פלונית נ' פלוני, לא פורסם (ניתן ביום 20.6.06): "בעניין הצמדה - אין לנו בעיה הלכתית סבוכה. מדובר במזונות. החיוב הוא לכמות מזונות מסוימת, ועל כן יש לקבוע את החיוב על פי מחירה של אותה כמות מזונות. הכלי לקבוע זאת הוא ההצמדה. כך שמבחינה הלכתית ניתן לחייב שהצמדה שכן זו אותה כמות של מזונות וצרכים".

<sup>261</sup> ראה שרמן, שם, 381: "אין להבין מדברים אלו שכל שני צדדים שמופיעים בפני בית הדין יכולים על פי הסכמתם לאפשר לבית הדין להצמיד את הריבית לשער הדולר, ובוה להתגבר על איסורי ריבית. רק בתביעה הכספית הנידונית שהיתה בפני בית הדין, כאשר הנתבע הודה שעיכב את הכספים ביזו זמן רב למרות שהתובע תבעו שישלם מיד, ובוה גרם לתובע נזק של שחיקת ערך הכסף באופן משמעותי... מה שאין כן בתביעות להצמדת דמי מזונות שנתחייבו על פי הסכמי גירושין, שמטרתן היא חיזוק כח הקניה של דמי המזונות לעתיד, ולא תביעה לפיצוי על עיכוב שנעשה בעבר - בוה אין היתר לחיוב הצמדה וריבית, והדבר צריך להיבדק בכל מקרה לגופו על ידי בית הדין".

<sup>262</sup> ראה, לדוגמא, בתיק (פ"ת) 205421/1, פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 21.6.11).

<sup>263</sup> ראה פרשת ויצנר; דיכובסקי, חיובי הצמדה, ק"ה.

בית הדין מסרב להצמיד את הסכומים<sup>264</sup>, בעיקר בשל סוגית 'קיס ליי', המאפשרת למי שמתנגד להצמדה לדרוש מבית הדין להשאיר את הממון בחזקתו, בשל הדעות שאוסרות הצמדה<sup>265</sup>. ואולם, גם הדיינים הסבורים כי אין מקום לחייב את בעלי הדין בהפרשי הצמדה, יוצרים פעמים רבות מציאות של הצמדה מעשית באמצעות פסיקת פיצויים<sup>266</sup> (עם זאת, במהלך מעין זה מובן שבית הדין יכול לשקול שיקולים רבים ונוספים בשאלה עד כמה הפיצויים ראויים באותו מקרה, אך במקביל יש לזכור כי בית הדין הרבני יכול להתערב גם בגובה השיערוך של החוב בהתייחס להתנהלות הצדדים), והדברים עולים כמעט כדי פסיקת הצמדה<sup>267</sup>. נזכיר גם את המקרים בהם בית הדין פוסק הצמדה בשיעור חלקי בדרך של פשרה, אשר הוזכרו לעיל.

גם שופטים דתיים בבית המשפט העליון, דוגמת השופט רובינשטיין, סברו כי "בבוא בית המשפט "האזרחי" להידרש לפירות סכומים הנפסקים בבית הדין הרבני, ער הוא מטבע הדברים לכך שריבית כשלעצמה, בטרתה, היא מאיסורי תורה על כל המשתמע בבית הדין הרבני - מה שאין כן לעניין הצמדה"<sup>268</sup>, ואף טענו כי במשפט העברי "פשוט" שיש לחייב את הנתבע בהצמדת התשלום בו התחייב, שכן "אין המדובר בפיצוי בגין אובדן רווח, אלא בתשלום החוב בערכו האמיתי"<sup>269</sup>.

#### ג) הקלות אפשריות ביחס לחיוב הריבית

לעניין הריבית – הסיפור סבוך עוד יותר. עוד קודם שנדון לגוף הדברים, יש צורך לחדד ולהדגיש שככל שקיים במקרה זה איסור ריבית, ריבית זו אסורה רק מדרבנן שהרי היא אינה ריבית קצוצה. ריבית קצוצה היא ריבית הנקבעת (נקצצת) בין הלווה והמלווה כתשלום נוסף על כל איחור בתשלום ההלוואה המקורית<sup>270</sup>. בריבית שאינה קצוצה בדרך כלל האיסור הוא רק מלכתחילה, אך בית הדין לא יתערב לאחר שהיא נגבתה<sup>271</sup>. אלא שבמקרה שריבית מעין זו ('אבק ריבית') נגבית באמצעות ערכאות הרי שבית הדין יוציא זאת מידי המלווה גם בדיעבד<sup>272</sup>, כאשר מקור הדברים הוא בשו"ת הריב"ש<sup>273</sup>. יתר על כן, אפילו אם חיוב נכתב שלא בצורת ריבית, אלא רק בצורת

<sup>264</sup> ראה בהרחבה בתיק (ת"א) תשל"ח/7004, פלוני נ' פלונית, פד"ר י"ב, 249; תיק (גדול) תש"ס/836, ב.פ. נ' ב.ל. (פורסם בנבו, 28.9.00); תיק (ת"א) 1-24-7632, פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 27.5.09); דעת הרוב בפרשת חמי.

<sup>265</sup> ראה בפסק דינו של בית הדין הגדול בתיק בערעור תשמ"ח/103, לא פורסם (ניתן ביום י"ד טבת התשמ"ח. מובא אצל שוחטמן, סדר, 1205), שם נדונה פסיקת הצמדה בפסק דינו של ביה"ד האיזורי: "יש לדון להלכה אם באמת נחשב זה לריבית, אך מאחר ומידי ספק לא יצאנו – יש למחוק את הפסיקה הנ"ל מפסק הדין".

<sup>266</sup> ראה בהרחבה בקונטרס משפט הכתובה, המהווה חלק מפסק דינו של הרב שינדלר בפרשת חמי.

<sup>267</sup> ראה בפסק דינו של הרב זמיר בפרשת חמי: "אלא שהואיל ולפי"ז הסכום שישלם הבעל יהיה אפסי ללא כל ערך בערכים של היום. לכן לדעתו, על הבעל, במקרים מסויימים, אם לא קיבלה חלק מרכוש הבעל, לשלם לאשתו פיצויים בעת הגירושי. כך שלמעשה לדבריו יוצא שבפועל אפשר שהבעל ישלם את אותו סכום אם היינו מצמידים הכתובה, אלא שיהיה זה תחת השם פיצויים ולא תחת השם הצמדה".

<sup>268</sup> פסיקה י"ט לפרשת חובת השיערוך.

<sup>269</sup> ראה ע"א 4030/03, מפעלי גרנות - אגודה שיתופית חקלאית מרכזית בע"מ נ' מס הכנסה - פקיד שומה למפעלים גדולים (פורסם בנבו, 2.7.07).

<sup>270</sup> שו"ע, יו"ד, קע"ז, י"ז: "אם חייב עצמו לתת למלוה כך וכך בכל שבוע בעד שמעכב ממונו הרי זה ריבית גמור".

<sup>271</sup> שו"ע, יו"ד, קס"א, ב'. וראה גם שם, קע"ו, ו', בט"ז, שם ס"ק ח' ובש"ך, שם. וראה בפרשת אספן, פסקה 118: "נקודת המוצא בכל הדיונים הללו היא זכאותו של הנושה לקבל את הכספים המגיעים לו במועד וחובתו של החייב לפצותו בגין האיחור, כאשר העילה לפיצוי היא אובדן הרווח שהיה יכול לקבל הנושה אם המעות היו בידיו במועד שעל פי הדין היה על החייב לשלמן, או שהעילה היא הנזק שנגרם לנושה בשל האיחור בקבלת הכספים המגיעים לו. בכל מקרה, אין זה בגדר ריבית כמשמעותה ההלכתית, שכן לא היה כאן חוזה הלוואה".

<sup>272</sup> שו"ע, יו"ד, קס"א, ג'. וראה גם בגר"א, שם, ס"ק ט'.

<sup>273</sup> סימן ש"ה: "י"כאן אם הוציא המלווה מן הלווה בעל כרחו של לוח בדיני עכו"ם, גזל הוא בידו. ולא אמרו שאין מוציאין אבק ריבית ממלווה ללווה אלא כשאכל המלווה מדעת הלווה, אלא שבא עתה לטעון עליו מחמת איסור הריבית, אבל אם קודם שאכל צעק עליו שלא

קנס על האיחור (קנס אשר נקבע בין הצדדים בהסכמה ולא קנס של ביה"ד), הרי שלמרביית הדעות בפוסקים מדובר בריבית. "אע"ג דכתב לו כך דרך קנסא, אם לא אפרע לך לזמן פלוני אתן לך כל שבוע כך וכך, ואע"ג דאם היה פורע לו בזמנו לא הוי כאן ריבית כלל, מ"מ הואיל וכתב לו קצבה בכל שבוע ושבוע הוי ריבית גמור, וכן עיקר. אע"ג דיש מקילין, והתירו ללוות בריבית בדרך זה"<sup>274</sup>. ובאמת, פוסקים רבים קבעו כי הריבית הנפסקת כיום בבית משפט מהווה גזל גמור<sup>275</sup>, וכי גם אם הפניה לערכאות היתה כדין, הרי שאסור לגבות את הריבית הנפסקת שם לטובת התובע<sup>276</sup>. לעיתים גם תהא פסיקת ריבית ע"י בית הדין עילה לביטול פסק הדין<sup>277</sup>.

למרות זאת, נמצאו דרכים להקל גם בעניין זה, בעיקר בשל המציאות הכלכלית הקיימת היום<sup>278</sup>. כדוגמא לניסיונות להקל בכל הנוגע לאיסור הריבית נציג את שיטתו של הרב אסף. הרב אסף, שהיה שופט בית המשפט העליון, דן באחד מפסקי דינו<sup>279</sup> בחיוב הריבית במציאות ימינו. פסק הדין קצר ביותר, ואיננו מכיל ניתוח ממצה של כל פרטי הדין, ואולם מסקנתו ברורה – אין כל בעיה לחייב את הנתבע בריבית על הזמן שחלף. "הסכום שעל הנתבע לשלם במקרה שלפנינו לא בא לידו בתורת הלוואה אלא זוהי תביעת נזקים. ומאותה שעה שנתחייב בדין בתשלומי הנזק והוא מעכב את התשלום הרי הוא חייב לפצות את הזוכה בדין על הנזק שנגרם לו על ידי עיכוב התשלום. ואף בהלוואה אם המלווה תובע הלוואתו שהגיע זמן פרעונה והלווה מעכב את התשלום, או גורם לעיכוב התשלום, הוא חייב לפצות את המלווה על עיכוב זה". הרב אסף מסתמך בדבריו על עמדתם של שני אחרונים חשובים. הראשון שבהם הוא בעל ה"בית הלל"<sup>280</sup> אשר מעיר הערה חשובה על האיסור לחייב בריבית:

**"עכשיו בדורות הללו המנהג בדיני ארצות (הכוונה, כנראה, לתקנה של "ועד ארבע ארצות" אף כי איננה כתקנות בעל**

**הסמ"ע משנת שס"ז) לפסוק פסידא דשוקא (היינו: לחייב את הלווה בהפסד המגיע למלווה בשוק המשא והמתן) ואין פוצה**

**פה ומצפצף, כדין הפקר בית דין הפקר, וזה פשוט"**<sup>281</sup>.

בנוסף, מביא הרב אסף את דבריו של ר' יוסף שאול נתנזון<sup>282</sup>. זה נשאל בנוגע למי שנאלץ לתבוע בערכאות מי שסירב להתדיין בבית דין, ובערכאות הוא חויב בתוספת ריבית של שישה אחוזים לשנה. על אף השם 'ריבית' הרב נתנזון התיר זאת:

---

יאכל והלה מוציא ממנו על כרחו בדיני האומות נראה שגזל הוא בידו ומוציאין ממנו וכבר דנתי כן בסרקסט"ה הלכה למעשה, וכן נראה דעת הרמב"ן והרשב"א והראב"ד ז"ל ע"כ".

<sup>274</sup> רמ"א, יו"ד, קע"ז, ט"ז. בתור המקלים הוא מאזכר את המרדכי.

<sup>275</sup> פסיקת הרב אלישיב המובאת אצל הרש"ר והיישיריק, שם, 8; שרמן, שם, 373.

<sup>276</sup> ראה מוניסר, המשפט וישראל, ח"א, 406-407.

<sup>277</sup> אריאל, דיני בורות, תס"ג.

<sup>278</sup> בדברינו להלן נעסוק רק בהיתרים לגביית ריבית באמצעות בית המשפט/בית הדין. חשוב לציין כי היו גם הקלות מכיוונים אחרים, ראה וינרוט, ריבית, ח"א, 281-288. כך, לדוגמא, התיר ר' משה פיינשטיין מתן הלוואה בריבית כאשר הלווה היא חברה בע"מ, ועל הבעלים אין שיעבוד לחוב. ראה שו"ת איגרות משה, יו"ד, ב', סימנים ס"ב-ס"ג; שפירא, מבט תורני, 240; ולעומתם בשו"ת מנחת יצחק, ח"ג, סימן א'. הרב צבי פסח פרנק התיר לבנק ממשלתי להלוות בריבית, שכן איש איננו בעלים בכסף. ראה שו"ת הר צבי, יו"ד סימן קכ"ו. וראה ע"א 7948/96, **בנק הפועלים בע"מ נ' מוסכי צומת גהה בע"מ**, פ"ד (נה"ל), 865, 880 (1998).

<sup>279</sup> פרשת אגד, 1103. חשוב להבהיר כי הרב אסף איננו נחשב לאחד מגדולי הפוסקים, והבאת דבריו לא נועדה על מנת לפסוק פסיקה הלכתית כזו או אחרת. יצוין כי עבודה זו אינה מתיימרת לפסוק הלכה ואף כותבה איננו מתיימר לפסוק. הרעיון בציטוט דבריו של הרב אסף הוא בהצגת הזרקור אל עמדות מקלות יותר בסוגיית הריבית, על מנת שאלו יוכלו להיות לפני עיני החוקרים, הדיינים וכל מי שיבקש לעסוק בנושא, ולהביא לשקילת כלל הסוגיות העומדות על הפרק (וראה גם בדברי שוחטמן שאזכרו לעיל על הצורך לשקול את השלכות כל פסיקה).

<sup>280</sup> בביאורו לשו"ע, יו"ד, ק"ע.

<sup>281</sup> התוספות בתוך הסוגריים הן תוספות וביאורים של הרב אסף בתוך דברי בעל ה"בית הלל".

<sup>282</sup> שו"ת שואל ומשיב, מהדורה תניינא, ח"ד, סימן קכ"ג.

"נתתי לבי במעשה שהיה: אחד החליף מטבעות אצל אחד... וכאשר הוכר, לא רצה השני לתת לו המטבעות ותבעו לדין, ולא רצה לעמוד בדין, והלך בערכאות. וסיפר לי האיש שיצא משפטו שחברו צריך לשלם לו ששה פ' כנימוסי הקרי"ה. ואני אמרתי בחופזי שאסור לקחת הריבית... ואח"כ התיישבתי שאין שייך בזה משום ריבית דהרי לא הלואה לו כלל, וזה עיכב מעותיו, ואף דמעכב כיסו של חברו פטור, אבל משעה שתבעו שיחזיר לו - צריך להחזיר לו, ואין בזה משום ריבית דהוה ליה כגולן. וראיתי בסי' רצב בחו"מ שמבואר כן בהדיא דאין בזה משום ריבית כמו שכתב הסמ"ע, וזה ברור ופשוט... וכל שזה עיכב, ואינו רוצה להחזיר לו, אין כאן הלוואה, רק גולן וצריך לתת הריבית"<sup>283</sup>.

לנוכח האמור מגיע הרב אסף למסקנה כי במציאות ימינו אין כל בעיה לחייב את הנתבע בריבית על חלוף התקופה. הוא גם מבהיר כי הוא מודע היטב לדעות המחמירות בעניין זה, ואולם, לטעמו, יש מקום להכריע כדעות המתירות גביית ריבית, בייחוד לנוכח המציאות הכלכלית בימינו:

"תוספת הרווחים בגובה של 9% או בכל שיעור אחר, על הסכום שנתחייב הנתבע לפי פסק הדין בבית המשפט שלמטה אין לראות לא ריבית ואף לא אבק ריבית האסורה כידוע לפי המשפט העברי בתשלום ובלקחה..."

לפי זה יש מקום לחייב את הנתבעת בתשלום הרווחים משעת הגשת התביעה כנגדו לבית המשפט. לא נעלמו אומנם מעיני גם דברי המחמירים, אבל סבורני שבתנאי זמננו כדאים הם בעל 'בית הלל' ו'שואל ומשיב' לסמוך עליהם."

לשיטות אלה, שהביא הרב אסף, יש להוסיף מקור נוסף באחד מן הראשונים – ר' אליעזר מטול, הראב"ה. ה'בית יוסף'<sup>284</sup> מזכיר את שיטתו של הראב"ה מטול (במקרה אשר אירע לראב"ה עצמו והוא תבע אודותיו<sup>285</sup>), אשר נתקבלה ע"י ראשונים אחרים דוגמת המהר"ם ורבינו ירוחם<sup>286</sup>. לפי גישה זו אין כלל איסור ריבית בתשלום **תוספת על שכר עבודה** אשר הולך ולא שולם בזמן, והוא מהווה פיצוי ראוי על ההפסד ומניעת הרווח. הבית יוסף דוחה על הסף עמדה זו ("ודבר תימא הוא ודבר פשוט הוא שאין לסמוך על דברי ה"ר אליעזר") ומאמץ את גישת האור זרוע<sup>287</sup> ובעל ההגהות אשר"י<sup>288</sup>. כך פסק גם הש"ך<sup>289</sup>.

אלא שהב"ח<sup>290</sup> הביא את דברי המהר"ם ורבינו ירוחם שאין בתוספת תשלום על עיכוב שכר העובד משום ריבית, ופסק: "אבל במלמד ובשאר שכיר בלא זקוף עליו במלוה **לית ביה משום ריבית**... ואומר אני דלענין מעשה היכא דקיימו זווי – לוקמי. ואי תפיס שכיר – לא מפקינן מיניה". כלומר, עובד אשר שכרו עוכב ע"י המעביד, המחזיק כבר בתוספת הפיצוי על הנזק שנגרם לו – יכול לעכב את הכסף אצלו ולמעשה לקבוע כי זו אינה ריבית, ולכל הפחות לומר 'קים לי' כשיטות שזו אינה ריבית, והמוציא מחבירו – עליו הראיה. בעקבות דברים אלו פסקו פוסקי

<sup>283</sup> להסתמכות על מקור זה ראה גם אצל שפירא, מבט תורני, 240; ע"א 216/74, ד"ר ה' צ' ויגל נ' אצט מפיצים (1965) בע"מ, פ"ד (ט)1, 141, 149 (1974), ובפרשת הריבית בהוצאה לפועל – גדול, 15, בעניין שיידון להלן.

<sup>284</sup> בית יוסף, יו"ד, סימן ק"ס, ד"ה, "המעכב דמי שכירות".

<sup>285</sup> בהגהות מיימוניות, תשובות השייכות לספר משפטים, סימן ט"ו חציג את השאלה כשאלה עקרונית הנוגעת לאדם אחר, והחולקים בה הינם ר' אליעזר מטולא ואחיו ר' אברהם. אגב, לפי תיאורו של בעל האור זרוע שהמקרה אירע לראב"ה עצמו, ראוי לציון מיוחד העובדה שאחיו של בעל הדין (ר' אברהם) לא הסתיר את עמדתו כנגד קבלת התביעה. גם מכאן ניתן לראות את החשיבות שמייחסת ההלכה לאמת בדין.

<sup>286</sup> נתיב כ"ט, ח"ג.

<sup>287</sup> אור זרוע, ח"ג, פסקי ב"ב מציעא, פרק חמישי, סימן קפ"א.

<sup>288</sup> הגהות אשר"י, ב"ב מציעא, פרק חמישי, סימן כ"א.

<sup>289</sup> ש"ך, יו"ד, קע"ו, ח'.

<sup>290</sup> ב"ח, יו"ד, קס"א, ד"ה "א"ר נחמן".

זמננו להלכה כי תוספת מעות שבאו לאדם על עיכובם, ואשר הגיעו לידי לא בתורת הלוואה או פיקדון אלא בדרך אחרת, הרי שבית הדין לא יוציא אותם מידי כריבית וודאית<sup>291</sup>. מנגנון זה יכול, אם כן, לשמש את בית הדין לכל הפחות במקרים בהם דורש הפיצוי הוא המחזיק במעות (מטעמים כאלה ואחרים). סברה זו גם משמשת בידי בית הדין לכפיית פשרה בנוגע לריבית על המתדיינים<sup>292</sup>.

אלא שלענ"ד ניתן לעשות בכלל זה שימוש רחב אף יותר. החתם הסופר<sup>293</sup> בבואו להסביר את שיטתו של הראב"ה מציע סברה מעניינת.

"... אמנם לפי עניות דעתי סברתו נכונה, דקי"ל נהי דאין דורשין טעמא דקרא מ"מ היכי שהטעם מפורש בקרא אזלא בתריה... וה"נ מפורש בקרא טעמי' 'וחי אחיך עמך' - שהקב"ה הטיל חיותו של הלוה על המלוה, ומחוייב להלות לו הלוואת חן וחסד ולא באגר נטר... אמנם בשוכר ושכיר נהפוך, שהטיל הקב"ה חיותו של מלוה שהוא השכיר על הלוה השוכר, ופקיד עליו "לא תלין שכרו אתך עד בקר", משום כדי חיותו של שכיר... וא"כ אם ירצה השכיר המלוה הזה לוותר על חיותו... מותר ליקח ממנו אגר נטר כדי להחיות נפשו".

והוא חוזר על סברתו במקום נוסף<sup>294</sup>:

"... ואפשר הסברא משום דעיקר ריבית מפורש בקרא, משום 'וחי אחיך עמך', שילוח אדם לחברו בחינם כדי להחיות נפש. משא"כ בשכירות של שכיר, שהיא להחיות נפשו של שכיר, כל מה שמוסיף להשכיר שכר על המתנתו איכא טפי חיות נפש ומותר...".

יובהר, כי עמדתו של הרב אסף, הובעה במסגרת פסק דין של בית המשפט (גם אם מתוך ניתוח הלכתי וחיפוש עמדת ההלכה), ולא במסגרת בית דין רבני. יתר על כן, הדרך של חיפוש ההיתרים במציאות הכלכלית של ימינו, שהראינו כי היא מצויה גם בכמה פסקי דין של בית הדין, עדיין אינה העמדה המקובלת, ובמרבית המקרים מסרב בית הדין לפסוק ריבית, בוודאי בגדרה הרגיל של הריבית<sup>295</sup> (להבדיל מפסיקת ריבית כקנס, שתוזכר להלן), אבל בוודאי שניתן לראות כאן מגמה חלקית, שייתכן וניתן יהיה לעשות בה שימוש לפחות במקרים של התנהלות דיונית חמורה של בעל הדין.

#### 7ג(ז). חיוב סרבן בריבית באמצעות ההוצאה לפועל

כאן המקום לעסוק בנושא מעניין אשר נידון בשנים האחרונות בשתי ערכאות של בית הדין הרבני, וזכה גם להדים של כתיבה רבנית ואקדמית. הסוגיה דנן רלוונטית הן לסעיף בו אנו מצויים כעת העוסק בריבית והצמדה והן

<sup>291</sup> הרש"ר והיישריק, שם, פי"ד, סעי' כ"ז; שרמן, שם, 371-372; ברית יהודה, פ"ב, סעי' י"ז: "מעות שבאו לידו שלא בתורת הלוואה ושלא בתורת פקדון, כגון גזל או חוב שכירות או שכר עבודה וכיוצא בזה, אע"פ שאי אפשר לחייבו מדיני ממונות, **הסכמת רוב הפוסקים שאם רוצה ליתן לו ריוח אין בו משום ריבית**. ויש אוסרים בכל אופן". הדברים נכונים בייחוד בנוגע לשכר עבודה בו החל החידוש. ראה ברית יהודה, שם, הערה מ'; ע"ב (ת"א) 5139/05, **רפאל ברנז נ' המועצה הדתית בת ים** (30.12.07; להלן: "פרשת ברנז").

<sup>292</sup> דיני ממונות, ח"ג, כ"ח-כ"ט.

<sup>293</sup> שו"ת חתם סופר, ח"ו, סימן כ"ו.

<sup>294</sup> שם, ח"ה, חו"מ, סימן קמ"ד.

<sup>295</sup> ראה גם בתיק (גדול) 30684062-22-1, **פלונית נ' פלוני**, לא פורסם (ניתן ביום כ"ד שבט התשס"ו): "...בפסק הדין הסכים בית הדין לחיוב של הצמדה... ולא הסכים לחיוב של ריבית"; תיק (ת"א) 317772234-64-1, **פלונית נ' פלוני**, לא פורסם (ניתן ביום ט"ו סיון התשס"ה).

לסעיף הבא העוסק ביכולתו של בית הדין להטיל קנסות. מאחר ומדובר במקרה אשר זכה לכתיבה רבה נזכיר בקצרה את סיפור המעשה.

ומעשה שהיה כך היה. באותו מקרה חויב הבעל ע"י ביה"ד הרבני בתשלום מזונות עבור בתו הקטינה בסך של 1500 ₪ מידי חודש בחודשו. הבעל התעלם מפסק הדין ונמנע מלשלם. מכיוון שהבעל לא שילם את המזונות, פנתה האשה עם פסק דין של בית הדין אל ההוצאה לפועל כדי שיגבו את התשלום מהבעל.

על פי חוק ההוצאה לפועל<sup>296</sup>, כאשר גובים חוב מהחייב עבור בעל חובו, גובים אף ריבית קבועה על הפיגור בתשלום בהתאם לזמן הפיגור. החיוב מתווסף לתשלום באופן אוטומטי, והוא תוצאה ישירה של אי התשלום ושל הפניה להוצאה לפועל. ואכן, האישה גבתה באמצעות ההוצאה לפועל מהבעל את תשלום חוב מזונותיו, ובנוסף לכך גבתה גם ריבית על התקופה שאיחר בתשלום החוב. הבעל (שכדרכם של בעלי דין שהדבר פועל לטובתם, נזכר פתאום עד כמה חשוב לו להקפיד על ההלכה ועל איסורי ריבית) פנה מיידיית בתביעה לבית הדין, כי בית הדין יוציא הבהרה ולפיה פסק הדין שחייב את הבעל לשלם מזונות לבתו אינו כולל תשלום ריבית עבור האיחור בתשלום החוב, וממילא תצטרך האשה להחזיר לבעל את הריבית שגבתה שלא כהלכה. הבעל טען שדין ריבית זה נכלל באיסור ריבית האמורה בתורה, והלכה היא שריבית מעין זו יוצאת בדיינים, ולכן בית הדין יכול ומחוייב לתקן את העוול ולדאוג שהריבית שנגבתה שלא כדין תושב לבעליה.

בית הדין האיזורי<sup>297</sup> החליט בדעת רוב (הרבנים כהן ורלב"ג) כנגד דעתו החולקת של אחד הדיינים (הרב צדוק), כי לגבי העבר יש לבחון את גובה הסכום שנגבה שלא כדין. ככל שהאישה גבתה פחות מחובו העתידי של הבעל בנוגע למזונות – יוכל הבעל לקזז את הריבית מחובו. לעומת זאת, אם הריבית שנגבתה עולה על חוב המזונות העתידי האישה אינה מחויבת להשיבה לבעל, שכן היא מוחזקת בממון זה, וחובת ההשבה מוטלת בספק. במקביל התרה בית הדין בבעל שאם בעתיד ימנע מלשלם הוא ייקנס על ידי בית הדין. בדעת המיעוט נקבע כי תביעת הבעל צודקת, וכי על בית הדין לחייב את האישה להחזיר את כל תשלומי הריבית שקיבלה. דעת המיעוט קיבלה רק את היכולת להטיל קנס חד פעמי משמעותי על החייב, וזאת לאחר התראה שתינתן לו אם וככל שלא ישלם בעתיד.

הן הבעל והן האישה ערערו על ההחלטה לבית הדין הגדול<sup>298</sup>, אך גם בו נחלקו הדעות. דעת המיעוט (הרב יפרח) סברה כי יש מקום להותיר את פסק דינו של ביה"ד האיזורי על מכונו ולדחות את שני הערעורים. דעת הרוב (הרבנים מצגר ואיזירר), לעומת זאת, סברה כי יש מקום לקבל את ערעורה של האישה, ואין לקזז סכום כלשהו מחוב המזונות העתידי של הבעל<sup>299</sup>. כן הורה בית הדין כי יש להוסיף התראה לפסקי הדין של בתי הדין הרבניים ולפיה "אם הבעל לא יפרע את חיוב המזונות במועדו, ובשל כך יגרום לאשה לפנות להוצאה לפועל לצורך גביית החוב,

<sup>296</sup> ראה, לדוגמא, בסעי' 9(ג), 69א ו- 81א(3) לחוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז-1967.

<sup>297</sup> תיק (אש"י) 1-22-9600, פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 9.7.08; להלן: "פרשת הריבית בהוצאה לפועל – איזורי").

<sup>298</sup> פרשת הריבית בהוצאה לפועל - גדול.

<sup>299</sup> זוהי, למעשה, עמדתו של הרב מצגר, אשר ישב כאב בית הדין. הרב מצגר כתב אמנם כי הוא מקבל את האמור בפסק דינו של הרב איזירר, ורק בא "להעיר מספר הערות ולחדד חלק מהנימוקים" (עמ' 8 לפסק הדין), ואולם עיון מעמיק בעמדתו של הרב איזירר יגלה כי בניגוד לשיטת הרב מצגר, לשיטתו של הרב איזירר "לגבי ריבית שכבר גבתה האשה, לא ניתן לקזז אותה ממזונות ילדים, אלא אם כן יש לאם יכולת לפרוע את חוב הריבית ממקור אחר מלבד המזונות", שכן "אם לאם יש ממה לפרוע את כספי הריבית שלקחה אזי יכול ביה"ד לומר לה שתזון את הילדים בכספי החוב שהיא חייבת" (עמ' 4 לפסק הדין).

לא ידון ביה"ד בתביעות הבעל על ההפסדים שנגרמו לו כתוצאה מהפניה להוצל"פ, והוא לוקח על עצמו ועל אחריותו את התוצאות הנובעות מהתרעה זו<sup>300</sup>. בנוסף לכך נדחה ערעורו של הבעל.

על פסקי הדין הגיבו כותבים שונים<sup>301</sup>, אשר ניתחו את סוגיות הריבית ויכולת בית הדין לקנוס בצורה הדומה לריבית. נעסוק כאן בסוגיית הריבית עצמה, ובהמשך, בפרק בעניין הקנסות, נתייחס לסוגיית הקנסות. להתחלת העיון, נביא את דברי הרמב"ן המנותחים בהרחבה ע"י בית הדין בשתי הערכאות. הרמב"ן עוסק במשמעותה של ריבית המחויבת ע"י המלך, והוא קובע כי זו אינה נחשבת כריבית אלא רק כ'גזל'. ואולם, גם מדין 'גזל' אין כל בעיה, שכן 'דינא דמלכותא דינא':

"ולענין אם גזר המלך שכל מלוה לחבירו שיהא פרעונו מהמטבע השני, יש אומרים דדינא דמלכותא דינא ומותר בלא חשש איסור, ואע"פ שהמלך חידש מחדש גזירה ההיא, הואיל וציוה להתנהג בה בכל אותה העיר דינו דין. ושכן השיב הרמב"ן שנוהגים בענין המטבע על פי גזירת המלך, ואין כאן משום ריבית שהתוספת הזה שלא ברצון הבעלים הוא נפרע ואלמלא דינו של מלכות אינו בכלל ריבית אלא בכלל גזל אלא שדינו של מלכות דין ואין כאן גזל ואין כאן ריבית"<sup>302</sup>.

דין זה נפסק גם ברמ"א<sup>303</sup>, ולכאורה הינו מוסכם. לפי כלל זה מהות איסור ריבית הוא דוקא שמשלם הלווה ריבית בהסכמתו עבור המתנת המלוה לפרעון, וכדברי הגמרא "כלל דריביתא: כל אגר נטר ליה - אסור"<sup>304</sup>, שכר שמירת המעות בידי הלווה. איסור התורה היה שתהיה תמורה מוסכמת עבור איחור בזמן פירעון ההלוואה. ממילא כשכפו על הלווה תשלום עבור איחור זמן פירעון ההלוואה אין זה נחשב כתמורה, ואין זה נחשב לריבית. בית הדין מדמה זאת לעונש שהוטל על הלווה ע"י המלך, כאשר מובן כי במקרה זה לא ייחשב הדבר כריבית<sup>305</sup>. אלא שהקושי בדברים הוא שלכאורה 'דינא דמלכותא' איננו מועיל כאשר הוא מנוגד ישירות לדין תורה<sup>306</sup>. לכן, מובאים דברי ה'חוות דעת' על הרמ"א, המצמצם את הדין:

"ואף דבריבית גמור לא מהני הגזירה, כאן שגזר לשלם ממטבע החדשים, בין שפחות בין שיוסיף הוי כקרב לשכר ולהפסד בשעת הלוואה דאין בו משום ריבית, ועוד דכאן הגזירה היא לטובת המדינה שיהיה מעלה למטבע שלו מש"ה הוי דינו כדין הפקר בית דין, ואין בו משום ריבית"<sup>307</sup>.

מדובר, למעשה, בשני אופני נימוק:

א. מדובר בריבית הקרובה ל'שכר הפסד', דהיינו ריבית דרבנן, ורבנן הקלו בריבית זו במקרים מסוימים,

ולכן מועיל דינא דמלכותא במקרה זה.

<sup>300</sup> הרב מצגר העלה בפסק דינו חשש כי "יש בפתרון זה חשש, ולו למראית עין, של תחושה שאין לביה"ד סמכות לאכוף את פסקיו. הרי כפי שכבר למדנו ממצאות "מרוץ הסמכויות", ערכאה שצריכה לקנות סמכות בכל תביעה ותביעה - הופכת לערכאה חלשה ולא משמעותית" (עמ' 16 לפסק הדין). לכן הוא מציע את "פרסום קביעה זו ברבים כעובדה מוגמרת, בבחינת "למען הסר ספק" (שם).

<sup>301</sup> ראה איתמר ורהפטיג, קנס וריבית בהלנת שכר ומזונות, **תחומין** כ"ט (התשס"ט), 81; הרב מרדכי רלביג, חיוב ריבית על פיגור בתשלום מזונות, **שורת הדין** ט"ו (התשס"ט), קי"ט; הרב מרדכי רלביג, ריבית פיגורים, **תחומין** ל"א (התשע"א), 340.

<sup>302</sup> לשון הבי"י המצטט את הרמב"ן, ביו"ד, סימן קס"ה.

<sup>303</sup> רמ"א, יו"ד, קס"ה, א'.

<sup>304</sup> בבא מציעא, ס"ג, ע"ב.

<sup>305</sup> פרשת הריבית בהוצאה לפועל – איזורי, עמ' 4 לפסק הדין.

<sup>306</sup> ראה רמ"א, חו"מ, שס"ט, י"א; ש"ך, חו"מ, ע"ג, ס"ק ל"ט.

<sup>307</sup> וראה גם, חוות דעת, יו"ד, ק"ס, ס"ק ב'.

ב. כיון שהגזירה לא נועדה להביא לתשלום ריבית, אלא להבטיח את פעילות השוק הכלכלי במדינה, אין זה נחשב לדינא דמלכותא' כנגד דין תורה.

ולכאורה, במציאות בה שני עניינים אלו אינם מתקיימים – לא תחול קביעתו של הרמב"ן, אך במציאות בה הם מתקיימים – גם ה'חוות דעת' מודה כי לא קיים איסור ריבית.

יחד עם כך, הצביע הרמב"ן על החשש מאיסור גזל, שלא התקיים באותו מקרה בשל 'דינא דמלכותא'. לעניין זה, קבע ביה"ד האיזורי בדעת הרוב כי בארץ ישראל לא חל 'דינא דמלכותא' (ולפחות הדבר נתון בספק)<sup>308</sup>, ולכן לא ניתן להחזיק בריבית שנגבתה, והיא מהווה גזל<sup>309</sup>. בדעת המיעוט נקבע כי הכלל בדבר 'דינא דמלכותא' – דינא כלל איננו רלוונטי לגביית הריבית באותו מקרה, בשל ה'דיספוזיטיביות' של החוק, בעוד שלשיטה זו – 'דינא דמלכותא' יחול רק בכללים קוגנטיים<sup>310</sup>. גם לפי גישה זו – החזקת הכסף מהווה עבירה על איסור גזל.

בית הדין הרבני הגדול סבר את ההיפך<sup>311</sup> בסוגיה זו. הרב איזירר הדגיש כי אין כאן גזל, שכן בכך שהבעל לא שילם בזמן הרי הוא "מפקיר מדעת את ממונו לעניין הריבית"<sup>312</sup>. יתר על כן, הרב איזירר מדגיש כי "גם אם אינו בגדר שהפקיר נכסיו לגבי הריבית, מ"מ י"ל שהבעל עשה את החשבון שלו **בידיעה ובמזיד שכדאי לו לשלם ריבית ולמנוע המזונות לתקופה שהוא רוצה למנוע**. יש כאן מצב של ידיעה והסכמה לעסקה של תשלום ריבית תמורת דחית פרעון. אמנם אין זה עסקה מודעת ומוסכמת בין הצדדים שיחול עליה אסור ריבית, אלא **עסקא חד צדדית של הבעל עם עצמו שנוח לו שיכופו אותו לשלם ריבית ובלבד שיוכל לאחר את הפרעון** או להציק לאשה, ולכן אין כאן שאלה של גזל"<sup>313</sup>.

לסיכום האמור עד כה, ניתן לומר כי סוגיית הריבית וההצמדה יכולה להוות מנוף משמעותי ביותר כלפי מפר הכללים גם במישור ההלכתי. ידיעה של הנתבע כי הפרת הכללים הדיוניים מצידו תביא לכך שבית הדין יטיל עליו את תשלום הריבית - תשלום אשר לא היה מתחייב מבלעדי ההפרה הדיונית, תביא להרתעה דיונית משמעותית ולהגנה יעילה על הערכים הדיוניים. בדרך דומה, ידיעה של התובע על כך שהוא עלול לקבל תשלום נומינאלי בלבד עשויה להרתיע אותו מיצירת כשלים דיוניים.

<sup>308</sup> מדובר בנושא עליו נכתב רבות. וראה: רשב"ם, בבא בתרא, נ"ד, ע"א, ד"ה "דינא דמלכותא"; ר"ן, נדרים, כ"ח, ע"א, ד"ה "דינא דמלכותא דינא"; שו"ת הרשב"א, ח"א, סימן תרל"ז; ח"ב, סימן קל"ד; תרומת הדשן, סימן שמ"א.

<sup>309</sup> פרשת הריבית בהוצאה לפועל - איזורי, עמ' 6.

<sup>310</sup> "נראה לומר שחוק הוצל"פ האמור אין לו כלל מעמד של "דינא דמלכותא" מאחר וחוק זה הוא לא קוגנטי ואין הוא מחייב בעל כרחם של הצדדים ויכול הבעל חוב עצמו לומר להוצל"פ שהוא מוותר ומוחל על גביית הריבית. כמו כן בזכות ובכח ביה"ד עצמו או בית המשפט להורות להוצל"פ לא לחייב ריבית לבעלי דינים מסויימים ועל ההוצל"פ להישמע ולפעול כהוראת ומצוות ביה"ד ומכך משמע שעל כל פנים אין לחוק הוצל"פ תוקף של דינא דמלכותא דינא". זו גם היתה עמדת בית הדין הרבני הגדול בערעור, ראה בפסק דינו של הרב איזירר בפרשת הריבית בהוצאה לפועל – גדול, 2: "אין כאן משום דינא דמלכותא... משום שחוק פסיקת ריבית אינו מטיל את חובת הריבית באופן מוחלט על כל מאחר בפרעון אלא נותן כח ביד הערכאות כולל הוצל"פ לפסוק ריבית וחוק גם מאפשר לערכאות שיקול דעת אם לפסוק ריבית או לא".

<sup>311</sup> למעט הרב יפרח בדעת מיעוט (פרשת הריבית בהוצאה לפועל – גדול, 5) אשר סבר כי זהו 'ספק גזל', ולכן יש להותיר את הממון בידי המוחזק בו.

<sup>312</sup> פרשת הריבית בהוצאה לפועל – גדול, 5.

<sup>313</sup> שם.



## 8. מבטל כיסו של חבירו

סוגיה נוספת החשובה לענייננו, היא זו הקרויה "מבטל כיסו של חברו"<sup>314</sup>. פיצויים בגין אובדן רווח עתידי בדרך כלל אינם מקובלים במשפט העברי, שכן מדובר בנזק הנחשב כ"גרמא"<sup>315</sup>. אחת מן הדוגמאות לדוקטרינה זו הוא "מבטל כיסו של חברו", דהיינו: מונע ממנו רווח שהתובע אולי יקבלו בעתיד. מאידך גיסא, כאשר נגרם נזק ישיר וברור לרווחים העתידיים הרי שהנזק מסווג כ"גרמא" והוא בר פיצוי. מקור הדברים לכך מצוי בתלמוד הירושלמי<sup>316</sup>:

"משנה. המקבל שדה מחבירו אם משזכה בה הבירה שמין אותה כמה היא ראויה לעשות ונותנין לו שהוא כותב לו אם אוביר ולא אעביד אישלם במיטבא. גמרא. אמר ר' יצחק: הדא אמר: המבטל כיס חבירו - אין לו עליו אלא תרעומת. המבטל שדה חבירו - חייב לשפות לו. המבטל ספינתו וחנותו מהו".

וכפי שמסביר שם בעל ה"פני משה" את ה"תרעומת" של בעל הכיס שנתבטל<sup>317</sup>: "אתה גרמת למנוע ריווח זה ממני, ומכל מקום אינו חייב לשלם ולפייסו בעד הריווח". לפי הסברו, ההבדל בין הדין במבטל כיסו של חבירו לדין במבטל השדה נובע מן העובדה שההפסד בביטול השדה הינו הפסד ודאי, מה שאין כן ההפסד בביטול כיס, שהוא הפסד אפשרי אך לא ודאי. עיקרון זה מקובל ככל הנראה גם על הריטב"א<sup>318</sup>, והוא מקובל בוודאי גם על בעל החוות יאיר, הרב יאיר בכרך<sup>319</sup>.

קביעה ברורה כי יסוד הפטור במבטל כיסו של חבירו נובע מהכלל העקרוני הפטור נזקי גרמא מצויה בדברי הרא"ש<sup>320</sup>, כמו גם בדברי רבו, המהר"ם מרוטנבורג, אשר כתב: "דין הוא דדיינינן דינא דגרמי, היינו במקום שמפסיד חברו על ידי גרימתו. אבל מקום שהיה יכול להרוויח, וגורם לו בגרימתו שאינו מרוויח - פטור. מובא בירושלמי: 'המבטל כיסו של חברו - אין לו עליו אלא תרעומת'. פירוש: שנתן לו עסקה ולא נשא ונתן בה - פטור, שאין השכר בא מגוף העסקה אלא מעלמא"<sup>321</sup>.

לעומת הסברים אלו, הנימוקי יוסף<sup>322</sup> סבור כי הפטור הוא פטור טבעי ומתבקש (ככל הנראה גם בשל גרמא), וממילא הדבר היחיד הטעון הסבר הוא דווקא החיוב במבטל שדה חבירו. את החיוב באותו מקרה מבאר בעל

<sup>314</sup> להרחבה בסוגיה זו ראה רקובר, המסחר במשפט העברי, 139; רקובר, פיצויים; שו"ת חבל נחלתו, ח"א, סימן צ"ט; שם, ח"ז, סימן מ"ט; מוניסר, המשפט וישראל, 407-409; פסקאות 98-104 לפסק הדין בת"א (י-ם) 2220/00, **מפעלי תאורה א. הכס בע"מ נ' רשות הדואר** (פורסם בנבו, 31.7.03; להלן: "פרשת מפעלי תאורה"); משה דרורי, חיוב על נזק בגרמא ועל מניעת רווח, **תחומין** כ"ו (התשס"ו), 341; משה דרורי, 'סיבתיות בדיני נזיקין (גרמא) ומבטל כיסו של חברו' במשפט העברי: יישום העקרונות והפעלתם במשפט הישראלי הציבורי, בתוך **איגוד: מבחר מאמרים במדעי היהדות - כרך א': המקרא ועולמו, ספרות חז"ל ומשפט עברי ומחשבת ישראל** (פורסם: בי"י שוורץ, א' מלמד וא' שמש), הוצאת האיגוד העולמי למדעי היהדות, ירושלים התשס"ח, 233.

<sup>315</sup> להרחבה בענייני גרמא ו'גרמא' ראה שו"ע, חו"מ, סימן שפ"ו כולו (ובנושאי הכלים בו); אנציקלופדיה תלמודית, כרך ו', תס"א; הרב אהרן ליכטנשטיין, **שיעורי הרב אהרן ליכטנשטיין: דינא דגרמי**, ישיבת הר עציון, אלון שבות, התש"ס; הרב ידידיה כהנא, חיוב נזיקין במעשה ובגרמא, מאמר באתר ארץ חמדה: <http://www.erezhemdah.org/content.asp?lang=he&pageid=169>; שיינפלד, נזיקין, 138-139 ו-298-299; פסקאות 414-519 לפסק הדין בת"א (י-ם) 7393/05, **מיכאל בן שטרית נ' מינהל מקרקעי ישראל** (פורסם בנבו, 15.5.09; להלן: "פרשת בן שטרית") ובמאמריו של השופט דרורי שאוזכרו בהערה הקודמת.

<sup>316</sup> בבא מציעא, פ"ה, ה"ג.

<sup>317</sup> פני משה, שם, ד"ה "אין לו".

<sup>318</sup> בבא מציעא, ע"ג, ע"ב.

<sup>319</sup> שו"ת חוות יאיר, סימן קנ"א.

<sup>320</sup> בבא קמא, פ"ב, סימן ו'.

<sup>321</sup> שו"ת מהר"ם בן ברוך, סימן תתכ"א.

<sup>322</sup> נימוקי יוסף, בבא מציעא, ק"ד, ע"ב.

ה'נימוקי יוסף' בכך שמקובל היה לכתוב כחלק מעיסקת קבלנות על שדה, כי הקבלן מקבל על עצמו ש"אם אוביר ולא אעביד – אשלם במיטב". כלומר, ישנה כאן התחייבות חריגה לשלם גם על אי עשייה, ואולם אילולי אותה התחייבות מפורשת אי העשייה לא היתה יוצרת חיוב כלשהו<sup>323</sup>. כך גם הכריע להלכה המהרש"ל<sup>324</sup>.

הנפקא מינא ההלכתית בין ההסברים ברורה<sup>325</sup>. בהתאם להסברו של בעל ה'נימוקי יוסף' המבטל (כיס או שדה) יתחייב בתשלום רק אם קדמה לכך התחייבות מפורשת לשלם במצב מעין זה, וממילא אין מדובר בחלק מדיני הנזיקין, כי אם בחלק מדיני החוזים. לעומת זאת, לפי ההסבר הראשון לו היה ההפסד ודאי ניתן היה לחייב את המבטל בנזקים שגרם. כך, לדוגמא, מביא החתם סופר את הנפקות הנ"ל, ואף מכריע, לכאורה, כעמדות התולות את אי החיוב באי הוודאות הקיימת סביב הרווח. "נראה דלדינא לא יחלוק אדם אהריטב"א... והיכי שההפסד ברור – לכולי עלמא חייב... והך דירושלמי דמבטל כיסו, היינו טעמיה שפוטר - משום שאין ההפסד ברור"<sup>326</sup>. ואולם, אחרי כל הנ"ל, בשל החשש מהחידוש ההלכתי נרתע מעט החתם סופר, ולהלכה הוא מכריע כי "על כן כשיבוא לידי – אראה לפשר ולבצע".

גם בעל ערוך השולחן<sup>327</sup> הסביר את דברי הירושלמי כך (שלא כינימוקי יוסף), וממילא הסיק חידוש הלכתי בעל השלכות רחבות היקף, המתאים לנפקא מינא זו:

"אמרינן בירושלמי... דהמבטל כיסו של חבריו... פטור מלשלם, ואין זה רק כגרמא, וכ"ש בזה (כאשר הנפקד הרוויח בממון המפקיד) שלא עשה היזק להמפקיד, שהרי לא צוהו לעסוק בהם בעדו. ועוד איתא שם דהמבטל קרקע של חבריו - חייב לשלם. ופירשו הטעם מפני שההפסד ברור והוי כגרמי... אבל אם ההפסד ברור חייב לשלם (ששוב הרי זה קרקע). ולפי זה גם במעות כשההפסד ברור חייב גם כן לשלם דהוי כגרמי".

דבריו של בעל 'ערוך השולחן' מבוססים על פסיקתו של הרמ"א<sup>328</sup>. פסיקת הרמ"א עסקה במי שהפקידו אצלו מעות (נפקד), אשר "אם הרויח במעות, בין היה לו רשות להשתמש בהן או לא, אין צריך לתת מן הרויח לבעל הפקדון. מיהו אם בא בעל הפקדון ואמר 'תן לי פקדוני ואני ארויח בהן בעצמי', והלה מעכב בידו, חייב ליתן הרויח מכאן ולהבא". זאת, על אף שלכאורה מדובר במי שמבטל כיסו של חברו, כך שלא אמורה להיות למפקיד "אלא תרעומת". ובאמת, הש"ך<sup>329</sup> העיר כי המהרש"ל חולק על דברי הרמ"א ו"פסק דאפילו תבעו לדין ואמר לו תן לי פקדוני כי יש לי ריוח ברור ומברר דבריו וזה מעכבו – פטור, דמבטל כיסו לא הוי אלא גרמא". ואולם, בעל 'ערוך השולחן'<sup>330</sup> מגן בנחרצות על דברי הרמ"א, ואף לוקח את פסיקתו שלב אחד קדימה. לשיטתו (בהסבר לגביו

<sup>323</sup> וראה גם בהגהות אשרי, בבא מציעא, פרק תשיעי, סימן ג'.

<sup>324</sup> ים של שלמה, בבא קמא, פ"ט, סימן ל'.

<sup>325</sup> דיכובסקי, שם, ק"ד.

<sup>326</sup> שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קע"ח.

<sup>327</sup> ערוך השולחן, חו"מ, רצ"ב, כ'. ובסיום דבריו הוא מעיר כי "מיהו מנמק"י פ"ט דב"מ מתבאר דחיוב קרקע הוא מפני המנהג ע"ש, אבל מריטב"א משמע כמ"ש".

<sup>328</sup> רמ"א, חו"מ, רצ"ב, ז'.

<sup>329</sup> ש"ך, שם, ט"ו.

<sup>330</sup> שם, כ"א.

הוא כותב שהוא העיקרי) כל הדין במבטל כיסו של חבירו נכון רק לגבי תביעת רווח על העבר, אבל תביעה לגבי העתיד יכולה להיחשב כנזק לכל דבר:

"כתב רבינו הרמ"א מיהו אם בא בעל הפקדון ואמר תן לי פקדוני ואני ארויח בהם לעצמי והלה מעכב בידו חייב ליתן לו הרויח מכאן ולהבא עכ"ל... ולי נראה כדברי רבינו הרמ"א דבירושלמי לא אמרו אלא כשגם הוא לא הרויח, אבל כשהרויח וזה תבעו תן לי ואני ארויח בהם חייב על להבא, דאין זה גרמא אלא כגרמי, כיון שהרויח בהם, ולא גרע משדה שחייב כשבטלה... ועוד: דאפשר דעיקר דין דמבטל כיס אינו אלא על העבר, ולא על להבא כשתבעו, אף אם לא הרויח בהם, ואם זה שנתן לשלוחו לקנות לו חטים ולא לקח ובא אליו וא"ל תן לי מעותי ואקח חטים ולא נתן לו אפשר דחייב כשהיה הרויח ברור, וכן נראה עיקר".

ואכן, באחד מפסקי דינו אימץ בית הדין הגדול את קביעות בעל 'ערוך השולחן'. בית הדין גם קיבל את הנחת היסוד שחל שינוי משמעותי בחיי הכלכלה והמסחר בין תקופת התלמוד הירושלמי לדורנו אנו. בית הדין מבהיר כי התפתחותה של המציאות הכלכלית, מחייבת התנתקות מן הפרשנות הפורמליסטית של מושגי 'הכיס' וה'קרקע', והתייחסות גם אל הכסף כפי שהתייחס הירושלמי לקרקע.

"ונראה כי הנחת היסוד היתה כי ב"מעות" ההפסד אינו "ברור", שכן לא כל אדם היה מסוגל להשתכר בהשקעת מעות, ובפרקמטיא שהיתה נהוגה בימי חז"ל, וגביית ריבית מגויים (שהיתה כרוכה בסכנה והפסדים) לא היתה נחלת הכל. מה שאין כן קרקע, שהיתה נחשבת בימי חז"ל לאפיק השקעה בטוח, שרווחיו ודאיים ומצויים. אך בימינו, כאשר קיימת מערכת בנקאית מסודרת... יכול כל אדם להשקיע את מעותיו בהיתר עם רווח מובטח מראש. אדרבה, דוקא רווחי קרקע הפכו בימינו לנחלת מומחים ועשירים. במציאות זו, כאשר המפקיד דורש את כספו בחזרה, והנפקד מסרב "ומבטל כיסו" מכאן ואילך - הרי שההפסד הוא "ברור", ולדעת ערוך השולחן יש כאן "גרמי" וחייב, דומיא למבטל קרקע של חבירו. מעתה, יש מקום לומר כי כאשר אדם מסרב לקיים פסק דין... הרי שלפי דברי הרמ"א וערוה"ש זכאית... להפסדים. כל זמן ששיעורי הרבית שגובים... מקבילים לשיעורי הרבית שיכול אדם להרוויח באפיקי השקעה מקובלים ומצויים לכל" <sup>331</sup>.

דברים דומים כתב גם הרב דיכובסקי במאמרו <sup>332</sup>:

"ואע"פ שה"חוות יאיר" כתב שמבטל כיסו של חבירו פטור משום שבמעות צריך התחכמות והתעסקות יתירה להרויח, ויכול הלה לטעון מי יימר שהיית מרויח - נראה שבמצב המצוי בארץ כאשר השקל פוחת והולך וניתן להצמיד את הסכום שיש לאדם כיום בקלות יתירה באמצעות חשבון חסכון או מטבע זר, אין צורך בשום התחכמות יתירה, ויש לראות בכך מניעה ודאית של ריוח".

בית הדין הרבני מוסיף גם שכאשר המפקיד תובע את הפסדיו מהנפקד, הרי שבהתאם לדבריו של הסמ"ע, "דכיון דלא בא לידו בתורת הלואה - אין כאן משום רבית" <sup>333</sup>, הרי שאין כאן בעיית ריבית. לעניין זה, הסתמך בית הדין גם על דברי ה"שואל ומשיב" <sup>334</sup> שאזכרו כבר לעיל.

<sup>331</sup> פרשת הריבית בהוצאה לפועל - גדול, 15.

<sup>332</sup> דיכובסקי, שם, ק"ה.

<sup>333</sup> חו"מ, רצ"ב, כ"א.

הרב שפירא<sup>335</sup> מזכיר גם תקנת קהילות אשר חייבה את מי שהרויח בכספי בעל חובו לשלם את הרווחים לבעל חובו<sup>336</sup>. ניתן להזכיר לעניין זה גם את דברי החת"ס<sup>337</sup> על כך שבוודאי מעת שהוגשה התביעה יש לחייב את הנתבע על הזמן בו הרויח בממונו של התובע (אך הרא"ש מדבר על מחצית מהרווחים בלבד): "מ"מ מה שמרויח מכאן ואילך מזמן תביעתו עד זמן שיכפוהו ב"ד להחזיר הפקדון עד אותו הזמן, צריך לשלם לו פלגא, דהוי ליה זה נהנה וזה חסר".

בפרשת ויצנר הוסיף בית הדין הרבני גורם חשוב נוסף. הוא הזכיר כי ישנם מקרים בהם לכל הדעות יש לחייב את מבטל כיסו של חבירו. בית הדין הדגיש כי הסוגיה עוסקת במחלוקת בין שני אנשים אשר אין ביניהם כל קשר מיוחד, אך במציאות בה ישנו קשר חזק יותר – לכל הדעות יש לחייב את מבטל הכיס. לצורך הדוגמא, מובן שאם אדם שכר פועל למלאכה מסוימת (לדוגמא, תיקון צינור שהתפוצץ), וכתוצאה מאי ביצועה אירע נזק חמור המביא למניעת רווח (היעדר יכולת להשכיר נכס) – יתחייב הפועל בתשלום מלוא הרווח שהוחמץ<sup>338</sup>. בדרך דומה קבע בית הדין יש להתייחס לפועל-קבלן, לשומר שכר ולכל מיני קשרים מיוחדים בין בעלי הדין. הדברים מבוססים על דברי 'נתיבות המשפט' שמבהיר כי בשותף ובקבלן קיים מעין תנאי מכללא כדוגמת התנאי המובא ע"י הנימוקי יוסף, הקובע חיוב על הפסד הרווח, "דהא קבלן חייב לשלם אף מה שישבח אח"כ... מטעם דהוי באם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא, וצריך לשלם אף כשלא התנה"<sup>339</sup>. כך מסביר בעל הנתיבות את דינו של הרמ"א, ולפיו שותף, שמכר את נכסי השותפות קודם לזמן המכר, חייב לשלם גם על אובדן הרווח<sup>340</sup>.

כלל הדברים שנזכרו עד כאן, כמובן, רלוונטיים עד מאד לענייננו. יש להתייחס אל נתבע שכשל מן הבחינה הדיונית, כאל מי שביטל את כיסו של חבירו במשך תקופת ההתנהלות הדיונית הפגומה. יש גם לראותו כמי שהזיק לתובע בגרמי, וככל שתביעת התובע תתקבל גרם לו נזק בשיעור הרווחים אותם יכול היה להרוויח, ולעיתים בשיעור הריבית אותה משלם התובע על משיכת היתר אליה נכנס. הדברים נכונים בקל וחומר מקום בו הדיון בתביעה נסב על נכס ממשי ולא על ממון, ואז נדמה שכולי עלמא יודו שהדין בעניין דומה למבטל השדה, וכי יש לפצות על אובדן הרווח שהיה מניב הנכס בתקופת הדין (לדוגמא, דמי השכירות שניתן היה לקבל על דירת המגורים וכד'). מאידך גיסא, ככל שההתנהלות הדיונית הפגומה תבוא מצד התובע, יהיה מקום לבחון האם הוא לא גרם בינתיים לנתבע לאובדן רווחים (לדוגמא, בשל עיקול שהוטל בינתיים על רכשו<sup>341</sup>), ולחייב את התובע לפצות את הנתבע על כך.

<sup>334</sup> מהדורה תניינא, ח"ד, סימן קכ"ג.

<sup>335</sup> שפירא, שם.

<sup>336</sup> דוגמת פנקס הארצות "שנכתב בכ"י הגאון הסמ"ע בשנת שס"ז" המאוזכר בתיק (חי') תשי"ח/2029, א. נ' ב., פד"ר ו, 81, 88-89. וראה גם בשו"ת אבני נזר, יו"ד, סימן קל"ג, אך ראה בשו"ת שבט הלוי, ח"ט, סימן ש"ט, הסבור כי מדובר רק במצב בו מבטל הכיס הרויח בפועל.

<sup>337</sup> שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קע"ח.

<sup>338</sup> דיכובסקי, שם, ק"ד-ק"ה.

<sup>339</sup> נתיבות המשפט, משפט האורים, סימן קע"ו, ס"ק ל"א. וראה גם שם, סימן ש"ו, ס"ק ו'.

<sup>340</sup> רמ"א, חו"מ, קע"ו, י"ד.

<sup>341</sup> ציון כי בדין הכללי פעמים רבות התחייבות לשפות את הנתבע על כל נזק שייגרם לו כתוצאה מהטלת העיקול מהווה תנאי מקדים לעצם הטלת העיקול. ראה בתקנות 362(ב), 364(א) ("בית המשפט לא ייתן סעד זמני אלא בכפוף להמצאת התחייבות עצמית כאמור בתקנה 365(ב), וכן ערבות מספקת, להנחת דעתו, לשם פיצוי בגין כל נזק שייגרם למי שאליו מופנה הצו כתוצאה ממתן הצו, אם תיפסק

## 9. פיצוי על עמלו של בעל הדין ועל הוצאותיו

כעת, ננסה לבחון מהלך נוסף לצורך ההגנה על הכללים הדייוניים. ישנן סוגיות בהן אנו רואים כי גם עצם העמל והמאמץ שהשקיע מאן דהוא בדבר מסוים, יוצרים זכות קניינית באותו הדבר – זכות שפגיעה בה מחייבת פיצוי. מדובר בסוגיה של 'עני המנקף בראש האילן'<sup>342</sup>. הדברים מובאים במקור כחלק מסוגיה של הסגת גבול מסחרית (במקביל לסוגיות נוספות של 'יורד לתוך אומנותו של חבירו'<sup>343</sup>, 'עני המהפך בחררה'<sup>344</sup>, 'מצודות דגים'<sup>345</sup> ו'דין מערופיא'<sup>346</sup>), ואולם בהתייחסות הראשונים והאחרונים לסוגיה ניתן ללמוד גם על היחס הכללי לחובת הפיצוי על עצם גרימת הטיחה לאחר.

מקור הסוגיה הוא במסכת גיטין<sup>347</sup>:

”אלו דברים אמרו מפני דרכי שלום... מצודות חיה ועופות ודגים יש בהן משום גזל מפני דרכי שלום. ר' יוסי אומר גזל גמור [רש"י]: ”בגמרא מפרש גזל גמור מדבריהם. וטעמא דרבי יוסי בכולהו, דקסבר עשו מפני דרכי שלום את שאינו זוכה לקנות קנין גמור כזוכה[“]; מציאת חרש שוטה וקטן יש בהן משום גזל מפני דרכי שלום. ר' יוסי אומר גזל גמור; עני המנקף בראש הזית מה שתחתיו גזל מפני דרכי שלום. ר' יוסי אומר גזל גמור.”

הראש<sup>348</sup> והמרדכי<sup>349</sup> על הסוגיה מסבירים את הסוגיה ש"שאני התם שטרך בהם העני להפילם לארץ וסמכה דעתיה עליהו". מכאן ניתן היה ללמוד לכאורה שבכל מקום שבו מאן דהוא טרח להשגת חפץ, אסור לאחר להשיגו. ואולם הדברים קשים להלימה, בין היתר בהשוואה לסוגיות אחרות, דוגמת 'עני המנקף בחררה', בה הדין איננו זהה (ואין כאן המקום לפרט בדין זה).

---

התובענה או אם יפקע הצו מסיבה אחרת<sup>365</sup> (ב) ("לבקשה תצורף התחייבות של המבקש לפיצוי מי שאליו מופנה הצו, בגין כל נזק שייגרם לו על ידי הצו הזמני, אם תיפסק התובענה או יפקע הצו מסיבה אחרת") ו-371. להרחבה, ראה קשת, הזכויות הדייוניות, ח"ב, 823-830; ע"א 826/75, חל"צ (חברה לשיווק צמיגים בישראל) בע"מ נ' צמג צמיגים ושירותים בע"מ, פ"ד (3), 831, 836 (1976): "חיוב במתן ערובה, כתנאי להוצאת צו-ביניים, הוא מובן מאליו וכמעט דבר שבשגרה. כמו שנאמר בהולסברג, מהדורה 3, כרך 21, ע' 422, סעיף 887: "זהו המחיר שהאיש המבקש צו-ביניים צריך לשלם עבורו, ויש לדרשו לגבי כל צו-ביניים, מלבד אולי במקרה ברור של תרמית"; ע"א 732/80, מיכאל ארנס נ' "בית אל - זכרון יעקב", פ"ד לח(2), 645 (1984): "הסעד הזמני מטפל רק בצדו האחד של המטבע... ערובה מטעם מבקש הסעד הזמני לשיפוי בשל הנזק העלול להיגרם לנתבע כתוצאה ממתן סעד זמני היא, איפוא, המחיר אותו על המבקש לשלם תמורת הסעד הזמני. מטרתה של הערובה להבטיח את זכותו של מי שכפו עליו את הקפאתו של המצב, שהיא תולדה של מתן סעד זמני, כדי שניתן יהיה לפצותו, למעשה, בבוא העת, ואם הנתונים יצדיקו זאת בגין הנזק שבינתיים סבל".

בהלכה, לעומת זאת, לא מצוי כלל מעין זה או דומה לו.  
<sup>342</sup> הרחבה בסוגיה זו מצויה אצל קינן, תחרות מסחרית; רקובר, המסחר במשפט העברי, 132; זאב גולדשטיין ומשה גאלדפיין, משפט צדק – ביאורים ועניינים לאסוקי שמעתתא אליבא דהלכתא בכמה ענייני מסחר, הוצאת פלדהיים, ירושלים התש"ע.

<sup>343</sup> בבא בתרא, כ"א, ע"ב; שו"ע, חו"מ, קנ"ו, ה'. להרחבה ראה רקובר, שם, 107; גולדשטיין וגאלדפיין, שם, כ"א; קינן, שם, 11-78 ו-293-323; שו"ת חבל נחלתו, ח"ב, סימן ע"א; שם, ח"ז, סימן מ"ו.

<sup>344</sup> קידושין נ"ט, ע"א. להרחבה ראה רקובר, שם, 123; גולדשטיין וגאלדפיין, שם, נ"ט; יעקב גבע, עני המהפך בחררה, שעלי דעת ניסן התשל"ב, 51; יעקב ורפהטיג, בענין עני המהפך בחררה, כתלנו ו (התשל"ד), 39; הרב ישראל מאיר לאו, 'איסור הסגת גבול – עני המהפך בחררה', תורה שבעל פה י"ט (התשל"ז), ק"ו; שו"ת חבל נחלתו, ח"ט, סימן נ'; שם, ח"י, סימן נ"ב; הרב יוסף פלישמון, 'עני המהפך בחררה – מתי נאמר ומה עונשו?', עלון המשפט 11 (אייר התשס"ח), א'; קינן, שם, 315; תיק (ת"א) 5596/תשכ"ו, הסתדרות פועלי אגו"י סניף רחובות נ' הסתדרות אגו"י סניף רחובות, פד"ר ו, 202.

<sup>345</sup> בבא בתרא, שם; שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן ע"ט; שו"ת מהרש"ל, סי' ל"ו, ד"ה "השם הרביעי", שו"ת בית אפרים, סימן כ"ז, שו"ת מנחת יצחק, ח"ג, סימן קכ"ז.

<sup>346</sup> ראה רמ"א, חו"מ, קנ"ו, ה'; גולדשטיין וגאלדפיין, שם, ק"א-ק"ד; קינן, תחרות מסחרית, 103-92 ו-318-322.

<sup>347</sup> נ"ט, ע"א - נ"ט, ע"ב.

<sup>348</sup> קידושין, פ"ג, סימן ב'.

<sup>349</sup> שם, סימן תקכ"ד.

לכן כותבים האחרונים ש"צריכין אנו לחלק בין טורח לטורח, דהא מצינו שטירחא אפילו גבי הפקר יש בה איסור משום גזל"<sup>350</sup>. כלומר רק ממדרגת טירחה מסוימת ניתן לראות כאן קניין ממוני, ורק ממנה ניתן יהיה לחייב את בעל הדין שכנגד בפעולות כלשהן. הגדר המדויק של רמת הטירחה נעוץ במחלוקת בין הפוסקים:

א. המהרי"ק עסק במי שהשקיע מאמצים רבים להשתדל עם השר על עסק מסוים. שיטת המהרי"ק<sup>351</sup> היא שהחיוב נוצר במצב של 'טירחא יתירה והשתדלות רב', דוגמת העני אשר טיפס אל ראש העץ ובעמל רב הצליח להפיל את הזיתים לארץ. בייחוד תיחשב הטירחא במצב בו התובע פיזר ממועותיו על מנת לזכות בדבר.

ב. המהרש"ל<sup>352</sup> דוחה את דברי המהרי"ק, הן בשל העובדה שקיים קושי בכימות הטירחה (קשה לחלק בין "מהפך יום אחד או כמה ימים"), והן בשל סוגיות בהן היתה טירחה ופיזור מעות ואע"פ כן לא מצינו חיוב גמור<sup>353</sup>. לכן סבור המהרש"ל שהגדר הוא של טירחה ממשית העונה על אחד משני קריטריונים:

1. טירחה בגופו הכוללת גם סיכון עצמי – "נשא נפשו למות".

2. טירחה הכוללת עשית מלאכות מיוחדות – עשיית כלי לדבר אחר, שהיא טירחה "הניכרת לעיניים ומבוררת יותר" (בדומה לסוגית מצודות דגים).

עם זאת, המהרש"ל מעיר כי יתכן שבפועל אין מחלוקת בינו לבין המהרי"ק, כי המהרי"ק עסק במי שהלך ממקומו להשתדל עם השר, וייתכן כי יש לראות בזה כטירחת הגוף וכהעמדה במקום סכנה.

ג. שיטה נוספת היא שיטת בעל ה'משאת בנימין'<sup>354</sup>. לעמדתו, בעקבות דברי הרא"ש והמרדכי שהובאו לעיל, העיקר הוא בהסתמכותו של העמל, והחיוב יחול רק במקרה של טרחה משמעותית, 'טרחה מעולה'. הוא מגדיר כי טירחה מעולה היא רק כזו בה הזיז התובע את הדבר ממקומו<sup>355</sup> (או עשה בו שינוי), ומדובר בדבר שאין לו בעלים (וממילא אין תלות ב'דעת אחרת'). רק במצב מעין זה "סמכא דעתיה עלייהו מאחר דאין להם בעלים שיעכבו עליו וגם הפילס ממקום הראשון".

ד. המהרי"ט<sup>356</sup> טוען שהחילוק הוא אחר לחלוטין. לשיטתו הטירחה היחידה המקנה את מושאה לטורח היא טירחה המועילה לכך שהחפץ בא לעולם והוא זמין לנטילה. לכן "עני המהפך – אין טירחו מועיל לזה הבא אחריו, אבל עני המנקף בראש הזית – ע"י טרחו נתקבצו, והלה אוכל יגיע כפיו". סברא דומה מביא גם בעל ה'פרשת מרדכי'<sup>357</sup> אשר כותב כי "א"כ חבירו נהנה במה שטרח האי להפילו לארץ ושאין צריך הב' לעלות על ראש הזית, ולא יתכן שחבירו ינהה במה שטרח האי, והוא לא ינהה בטרחתו... ולפי"ז אם חפר העני אחר

<sup>350</sup> שו"ת מהרש"ל, סימן ל"ו, ד"ה "השם השלישי טירחא".

<sup>351</sup> שו"ת מהרי"ק, שורש קל"ב, ד"ה "בר מן דין".

<sup>352</sup> שו"ת מהרש"ל, שם.

<sup>353</sup> ראה בבא בתרא, נ"ד, ע"ב.

<sup>354</sup> שו"ת משאת בנימין, סימן כ"ז, ד"ה "הדין השלישי".

<sup>355</sup> תנאי זה נצרך בכדי ליישב את דין הגמרא בבבא מציעא, י', ע"א: "ראה את המציאה ונפל לו עליה, ובא אחר ונטלה – הרי היא שלו".

<sup>356</sup> חידושי מהרי"ט, קידושין, נ"ט, ע"א, ד"ה "יתו כתבו".

<sup>357</sup> שו"ת פרשת מרדכי, סימן ז'.

המציאה או בהשתדל אותו המקח וממכר, ולולי האי' לא היה השני ממציאו, א"כ נהנה הב' במה דטרר הראשון".

ה. החת"ס<sup>358</sup> מסתפק בין כל החילוקים, ואולם הלכה למעשה הוא קובע כי "...קשה להכריע בזה ולתת שיעור

וגבול, והכל לפי ראות עיני הדיין מפני דרכי שלום, כי קי"ל אין יורדין לנכסין שאיננו גזל גמור".

כעת נציג בשלב הראשוני את הדרך בה ניתחה פסיקת בתי הדין, הלכה למעשה, את החיוב לפצות על הטירחה בנושאים כלליים, ובשלב השני נבקש לבחון האם ניתן לעשות שימוש בכלל זה גם כדרך לפצות על הטירחה שמביא עימו ההליך המשפטי. כך באחד המקרים, קבע בית הדין הרבני<sup>359</sup> בעקבות הפסיקות הנ"ל, כי העמל שהשקיע התובע ראוי לפיצוי ע"י הנתבע. באותו מקרה השקיע התובע עמל ומאמצים ואף חתם על הסכם עם ידיעות אחרונות' על הוצאת ש"ס והפצתו. מאוחר יותר ביטל העיתון את ההסכם וחתם על הסכם עם הוצאה אחרת. התובע תבע מההוצאה האחרת, בין היתר, פיצוי על טרחתו, ובית הדין קבע כי תביעה זו אינה מופרכת:

"...שאינ מן הדין שיבואו הנתבעים ויקטפו פרי עמלו וטרחתו. מבלי להיכנס לעצם השאלה, אם יש מקום לדרוש זכות

המצאה בכגון זה, הרי עצם הטענה לפיצוי עבור עמלו הרב של התובע, שהשקיע בתכנון המפעל ושכנוע הנהלת העיתון

להיכנס להפצה זו, היא אמנם טענה לפי הדין, ראה במהרי"ק שורש קל"ב... א"כ לכאורה יש מקום לתביעתו לפיצוי על

עמלו כנ"ל, דלא גרע מ'מנקף בראש הזית' וכו'".

למען הסדר הטוב יצוין, כי באותו מקרה לא נפסק לתובע פיצוי בסופו של דבר, בשל העובדה שהתובע קיבל כבר כספים מן העיתון, ואולם הקביעה העקרונית, גם אם היא מהווה 'אוביטר' – בעינה עומדת<sup>360</sup>.

גם בעל ה'מנחת יצחק'<sup>361</sup> עסק בענייני טירחת בעל הדין, אגב עיסוק בסוגיה של הגנה על סודות מסחריים. עובד קצביה אשר הוכשר ע"י התובע במשך שנים, ואשר יצר קשרים טובים עם קהל לקוחותיו, אשר פותה באמצעות תשלום גבוה, ע"י מי שפתח קצביה מתחרה באותו מקום, לעבור לעבוד בקצביה החדשה. כעת תבע בעל הקצביה כי העובד לא יוכל להיות מועסק ע"י בעל הקצביה המתחרה. בעל ה'מנחת יצחק' עוסק בחלק מהשיטות שהצגנו עד כה ומדגיש כי לשיטת המהרש"ל במקרה בו טרח התובע טירחה מרובה אסור לפגוע בו, ואילו לשיטת ה'משאת בנימין' יש צורך בטירחה מעולה שתסמוך דעתו על כך. באותו מקרה קובע בעל ה'מנחת יצחק' כי יתכן שאין מדובר ב'סמכה דעתו', מה עוד שהוא כבר נהנה מיגיעו ומטרחתו. עם זאת, להלכה הוא מעיר שבמקרה דנן ישנה גם דעת נוספת שאינה דעתו של הנתבע, המתחרה – הלא היא דעת העובד (אשר היה עשוי לעזוב בכל יום מנימוקים שונים), ובשל כך לא ניתן לדמות זאת לעני המנקף בראש האילן, שם אין כל תלות בדעת אחרת. עם זאת, הדברים בהחלט מותירים פתח משמעותי לקביעת פיצוי בגין הטירחה המרובה מהווה כידוע חלק נכבד

<sup>358</sup> שו"ת חת"ס, סימן ע"ט, ד"ה "טירחא השם השלישי".

<sup>359</sup> תיק 4032/תשי"ז, י.ל. נ' הוצאת ספרים "פרדס ישראל", פד"ר ד, 9. לעיון מקיף בסוגיה זו ראה קינן, תחרות מסחרית, 311-314.

<sup>360</sup> עם זאת, רקובר, שם, 133, מעיר כי ייתכן שיש להבחין בין הוצאת צו מניעה מלכתחילה, המצויה למעשה בסוגיית הגמרא (וראה גם תוספות, בבא בתרא, כ"א, ע"ב, ד"ה "מרחקין"), לבין חיוב בפיצויים בדיעבד, ואולם במקרה בו דן בית הדין החיוב בפיצויים היה בדיעבד, ואף על פי כן קבע בית הדין כי "יש מקום לתביעתו לפיצוי על עמלו".

<sup>361</sup> שו"ת מנחת יצחק, ח"ה, סימן ע"ז.

מכל הליך משפטי (בין אם טירחה ישירה ובין אם באמצעות שליח), כאשר הטירחה רבתה בשל כשלים דייוניים של בעל הדין שכנגד.

כך או כך, בעל המנחת יצחק מסיים את דבריו במשפט נוסף, אשר מותיר בודאי פתח לקביעת קנס על אותו בעל דין (לסוגיה זו נשוב להלן), גם אם לא היה קיים חיוב מעין זה מעיקר הדין:

” אך באשר כי בודאי לפי חוק האנושי, יש בזה עוולה גדולה... על כן יש לברר במנהג בין בעלי העסקים בכה"ג, דקרוי לודאי שהמה מקפידים שלא יעשו עוולות כזה... ודאי אם המנהג פשוט עוקר הלכה, ואם לאו חזר הדין לסיני עיי"ש, ובוזה אם יברר שהמנהג שלא להניח עוולה כזה, ממילא יש גם בכח ב"ד לפסוק כן”.

כעת נלך שלב אחד קדימה, ונבחן כיצד מתייחסים לטירחה הנגרמת כתוצאה ישירה מההליך המשפטי. והנה, בבית הדין של 'ארץ חמדה - גזית'<sup>362</sup> הגיעו הדיינים למסקנה דומה, ולפיה יש להשית על בעל הדין שכנגד את עלויות טירחתו של מי שזכויותיו הופרו. "שיקול נוסף הוא שאין ליצור מצב בו התובע, מי שהפרו את זכויותיו, יוצא נפסד מן ההליך... בנדון דידן, התובע... הגיע לבית הדין פעמיים, והשקיע בעריכת כתבי התביעה ובדיוני בית הדין מספר שעות לא מבוטל...". בדרך זו, הרי שגם אם קיים קושי עם עצם החיוב בהוצאות משפט (נושא בו עסקנו לעיל), הרי שניתן לראות כאן הכרה בהוצאות במשמעותן הרחבה ביותר (לרבות כל הטרחה בעניין) ב'מסלול עוקף הוצאות'.

דיון מקיף בעניין ניתן למצוא במספר פסקי דין של בית הדין הרבני הגדול. הדברים באו לידי ביטוי בעיקר בנוגע לתביעות של נשים כנגד בעליהן. אנו נסתפק כאן בהבאת פסק דין (שאוזכר כבר לעיל) המסכם סוגיות בעניין זה:

”בפסק דין של בית הדין הרבני הגדול (פד"ר ח"ב עמ' 190) כתב הרב א. שפירא (בדעת הרוב), שנראה לומר מסברא, שכל הוצאה הנעשית במטרה לקבל מזונות - נחשבת לחלק ממזונות האשה, וכל הכרוך בהשגת מזונות הוא בכלל המזונות עצמן... מתוך כך כתב... כי אשה אשר היתה זקוקה לתבוע את בעלה לדין עבור מזונות, יש לחייב את הבעל בהוצאות משפט, וגם בשכר טרחת עורך הדין. דברים דומים כתב גם בהקדמתו לתקנות הדיון (שנת תשנ"ג). ועל דרך זו פסקו בפסק דין אחר (ח"ו עמ' 83), בנימוק "שגם דמי השגתם של המזונות - בכלל מזונות הם". וראה עוד בפסקי בתי הדין הרבניים (חט"ו עמ' 124)... ולכן אם נאלצה האשה "לשכור עורך דין להתגונן נגד בעלה הרוצה לנשל אותה מן המדור נחשב כמכשיר למזונות, והוצאות המשפט ועורך הדין - עליו לשלם"<sup>363</sup>.

<sup>362</sup> פרשת הפרת זכויות היוצרים, עמ' 13 לפסק הדין.

<sup>363</sup> פרשת הריבית בהוצאה לפועל - גדול, 16. וראה גם בפסק דינו של הרב איזירר באותה פרשה: "...ולכן יש יסוד לחייב בריבית עבור הטיפול הראשוני והשוטף של האם בהוצל"פ על מנת להשיג את המזונות שפסקו לה... כי מזונות אינם כהלוואה ולכן חל בזה דינו של הטי"ז שמחויב לשלם כל מה שזקוקה האשה בהוצאות שהיו לה כדין ואין בזה אסור ריבית אלא פיצוי נזק. עוד י"ל - והוא העיקר - שגם אם יש הצדקה לחייב את הבעל בתשלום פיצוי מ"מ הוא מוטל עליו שלא בדרך הסכמית אלא בע"כ ולכן אין בזה משום ריבית" (בעמ' 6). אגב, בנוגע למקרה הנקודתי של תביעה בשם הילדים לקבלת דמי מזונותיהם פותר זאת הרב איזירר בדרך נוספת, ולפיה האשה משמשת כאפוטרופוס, ומגיע לה שכר על תפקיד זה.



יצוין כי הרב יפרת, שהיה בדעת מיעוט באותה פרשה, טען כי אמנם האשה יכולה לגבות תשלום בגין הטירחה בהליכי גבית החוב, ואולם עליה לפנות תחילה לבית הדין הרבני על מנת שבית הדין יתרה בסרבן ו/או יקנוס אותו<sup>364</sup>. כך או כך, על עצם היכולת של בית הדין לחייב את הגורם להוצאות על הוצאות אלו - אין מחלוקת. גם כאן, נדמה שיש מקום להשתמש בכלי זה, בדרך של חיוב בעל הדין מפר הכללים על ההוצאות אותן הוא גרם בהתנהלותו. כמובן, שיכולות להיות עלויות שונות בעניין זה, אך גם בכלי זה יש בכדי להרתיע מי שבכוונתו לנצל את סדרי הדין ההלכתיים לטובתו.

#### ד. קנסות

ואולם, גם אם הפתרונות שהועלו עד כה מוקשים מהבחינה ההלכתית, ניתן לבחון דרך אחרת - קנסות, הן מכוחו של בית הדין והן מכוחן של תקנות. לכאורה, לא ניתן להטיל קנסות אלא ע"י דיינים מומחים<sup>365</sup>. למרות זאת, נקבע כי: "...כל זה דוקא בקנסות הכתובים, אבל קנסות שבאים חכמים לקנוס מעצמן על תקנתן - גובין בכל מקום"<sup>366</sup>. בכך פועל, למעשה, בית הדין כ"טובי העיר"<sup>367</sup> ולא במסגרת תפקידו השיפוטי הקלאסי. קנסות מעין אלו ניתן להטיל בשני מצבים שונים המציינים פריצת גדר: הן על מנת לטפל בכשלים חברתיים והן במקרים מיוחדים של עבריינים פרטניים<sup>368</sup>. נביא את הדברים בלשונו של בית הדין של 'ארץ חמדה - גזית' באחד מפסקי דינו<sup>369</sup>:

"יש שני מצבים בהם ניתן לקנוס... ניתן לקנוס את היחיד שידוע שהוא פרוץ בעבירה זו (עברייני מועד), או לחילופין לקנוס עברייני חד פעמי, משום שהתחום פרוץ מן הבחינה החברתית. במקרה השני ההצדקה לקנס היא - כדי לגדור העם"<sup>370</sup>.

יודגש, כי בדברנו על 'קנס' איננו עוסקים דווקא בקנס ממוני, אלא כל ענישה שהינה חיצונית לסכסוך הישיר שבין הצדדים תיחשב לכזו. עיקרון זה יכול לסייע מאד לטיפול במפרי הכללים הדיוניים, שכן ניתן יהיה לקנוס אותם בכלים שונים - הן ממוניים והן עונשיים.

<sup>364</sup> שם, 6: "זה דבר חדש, הרי כשהיא גבתה בהוצל"פ את הרבית לא בקשה שזה עבור שכר טירחא, ולכן היה עליה לפנות תחילה לבית הדין שיתרו בבעל למה לא משלם את המזונות ואזי ביה"ד יזמינו את האב ויתרו בו ויקנוסו אותו כפי שיראה להם".

<sup>365</sup> שו"ע, חו"מ, א', ה'.

<sup>366</sup> רמ"א, חו"מ, א', ה'. וראה גם בבאור הגר"א, שם, ד"ה "וכי דוקא". וראה בהרחבה ברמב"ם, הלכות סנהדרין, פכ"ד, הלכות ד' - ו'.

<sup>367</sup> ראה סמ"ע, חו"מ, א', כ'; באר היטב, שם, כ'; נתיבות המשפט, משפט האורים, א', ו'.

<sup>368</sup> ראה סמ"ע, חו"מ, ב', ס"ק ב': "דאף דאין כל העם פרוצים אלא יחיד מהם, יכולים לענוש אותו היחיד ולקנוסו שלא מן הדין כפי ראות עיניהם, אלא כשהעם פרוצים יכולים לתקן ולגדור כלל העם ולענוש את כל אחד שיעבור על תקנתם, אף שלא ראו אותו האיש שהיה פרוץ במעשיו, אלא כדי לגדור העם"; באר היטב, שם, א'. וראה גם תשובות מהר"ם מלובלין, סימן קל"ח; שו"ת מבית מאיר, ח"ג, סימן י"ז, עמ' קנ"ה-קנ"ו; משפטי אמת, משפט חרוץ, סימן ב', אות א'.

<sup>369</sup> פסק דינו של בית הדין 'ארץ חמדה - גזית' בתיק 71036, פלוני נ' עיתון אלמוני (פורסם באתר 'ארץ חמדה', 27.9.11; להלן: "פרשת הפרת זכויות היוצרים").

<sup>370</sup> וראה גם בדברי ערוך השולחן, חו"מ, ב', א'-ב': "אע"פ שאין דנין בחו"ל ד"ן ומלקות וקנסות, מ"מ אם רואים ב"ד שהשעה צריכה לכך, שהעם פרוצים בעבירות - דנים הכל כפי צורך השעה (ע"פ רשיון המלכות). ואפילו כשרואים ליחיד שהוא פרוץ בעבירות - יכולים לקנוסו כפי ראות עיניהם, ובלבד שתהיה כוונתם לשמים, ואפילו אין בדבר עדות גמורה אלא שיש רגלים לדבר, וקלא דלא פסיק, וליכא אויבים דמפקי לקלא, אם נראה שזהו צורך שעה לדונן בכך וכך צריכים לעשות כן אם יש יכולת בידם. שאם נעמיד הכל על הדין ונצרך עדים והתראה נמצא העולם חרב ולא חרבה ירושלים אלא מפני שהעמידו דבריהם על ד"ת (רשב"א בתשו"ו), ויש להם רשות לייסרו בגופו וממונו כפי שרואים לגדור הפרצה ואם הוא אלם עושים ע"י ערכאות המלוכה. והם יצו עליו עשה מה שדת ישראל אומר לך וכל מי שיש כח בידו לעשות סייג לתורה ואינו עושה אין לו סייג בעוה"ז ובעוה"ב ולא נין ונכד ועצור ועזוב (ב"י בשם מדה"ט)... וכח זה הוא רק לגדול בתורה או לטובי העיר שטובי העיר בעירם כחם כב"ד הגדול, ובזמננו מוטל על הרב וטובי העיר לגדור פרצות בישראל בכל יכולתם וכל אשר יעשו (ברשיון הממשלה) איזה מכס - מוכרחים הציבור לקיים, אף דאיכא רווחא להאי ופסידיא להאי, כיון שדבר זה נוגע לתקוני הציבור או למגדר מילתא. ומי שמעכב בזה או מקלקל הוא חבירו של ירבעם בן נבט, ואל תשיגח אם יש גם מהלומדים שמחזקים המהרסים דמסתמא אין בהם יראת שמים דוק ותשכח".

## 1.1. הטלת קנסות לצורך תיקון חברתי

הכלל הוא שבית הדין יכול להעניש לעיתים 'שלא מן הדין', כאשר הוא רואה צורך לגזור פירצה חברתית בדרך זו. יודגש כבר בפתיחה כי מדובר בדין חשוב ביותר, אשר נשתברו אודותיו קולמוסים רבים<sup>371</sup>, ויש עוד מקום רב להאריך בו, אולם בענייננו נביא רק את עיקריו:

הכלל המופיע בשני התלמודים הוא כי "בית דין מכין ועונשין שלא מן התורה, ולא לעבור על דברי תורה, אלא לעשות סייג לתורה...לא מפני שראוי לכך, אלא שהשעה צריכה לכך"<sup>372</sup>. כלל זה רלוונטי לסוגית הענישה הכללית, והיא רלוונטית גם ליכולת להטיל קנסות. ההלכה בעקבות כלל זה נפסקה בשולחן ערוך:

"כל בית דין, אפילו אינם סמוכים בארץ ישראל, אם רואים שהעם פרוצים בעבירות ושהוא צורך שעה, היו דנין בין מיתה בין ממון, בין כל דיני עונש, ואפילו אין בדבר עדות גמורה. ואם הוא אלם, חובטים אותו על ידי עובדי כוכבים. ויש להם כח להפקיר ממונו ולאבדו כפי מה שרואים לגדור פרצת הדור. וכל מעשיהם יהיו לשם שמים. ודוקא גדול הדור, או טובי העיר שהמחוס בית דין עליהם".

והרמ"א מוסיף על דברי המחבר על אתר:

"הגה: וכן נוהגין בכל מקום שטובי העיר בעירן כבית דין הגדול, מכין ועונשין, והפקרן הפקר כפי המנהג, אף על פי שיש חולקין וס'ל דאין כח ביד טובי העיר באלה, רק להכריח הצבור במה שהיה מנהג מקדם או שקבלו עליהם מדעת כולם, אבל אינן רשאים לשנות דבר במידי דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי, או להפקיע ממון שלא מדעת כולם, מכל מקום הולכין אחר מנהג העיר; וכל שכן אם קבלום עליהם לכל דבר, כן נראה לי"<sup>373</sup>.

הרמ"א בדבריו רומז למחלוקת ראשונים גדולה. המרדכי<sup>374</sup> בשם תשובת רבינו גרשון כתב כי "כל מי שנתמנה על הציבור הוא כאביר האבירים ויפתח בדורו כשמואל בדורו, וכל מה שעשה עשוי". זוהי גם דעת הרשב"א<sup>375</sup> אשר סבר בתשובה "דכל ציבור במקומו כגאונים לכל ישראל שתיקנו כמה תקנות לכל ישראל", וגם הרא"ש התבטא כך בעניינים מסוימים<sup>376</sup>. לעומתם, המהרי"ק<sup>377</sup> כתב שלבני העיר אין סמכות לחדש תקנות חדשות, אלא רק לאכוף על הצבור את מה שהיה נהוג באותו ציבור מקדמא דנא או נושאים שקבלו עליהם הציבור מדעת כולם. עמדת המהרי"ק היתה שבית הדין אינן רשאים לשנות דבר במה שיהיה לאחד רווח ולשני הפסד, או להפקיע ממון שלא מדעת כולם. כלומר, יש כאן, לכאורה, שתי נקודות שונות:

<sup>371</sup> ראה, לדוגמא, שו"ת ציץ אליעזר, חיי"ט, סימן נ"א; הרב רצון ערוסי, דיני קנסות בבתי דין לממונות בזמן הזה, תחומין כ"ה (התשס"ה), 27; 233; Emanuel B. Quint & Neil S. Hecht, 'Exigency Jurisdiction Under Jewish Law', 9 Dine Israel (1980), 27; הרב עידו רכניץ, פיצוי על גרימת נזק, שערי צדק ח' (התשס"ח), 309, 314-315; הרב נתן חי, קנסות ממון בזמן הזה, תחומין ל"ב (התשע"ב), 311; ורהפטיג, קנס פיגורים; ת"פ (י-ם) 3253/01 מדינת ישראל נ' דור מרדכי (פורסם בנבו, 31.10.02; להלן: "פרשת דור"); פרשת הפרת זכויות היוצרים.

<sup>372</sup> תלמוד בבלי, מסכת סנהדרין, מ"ו, ע"א; תלמוד ירושלמי, מסכת חגיגה, פ"ב, ה"ב.

<sup>373</sup> שו"ע, חו"מ, ב', א'.

<sup>374</sup> בבא מציעא, סימן רנ"ז.

<sup>375</sup> שו"ת הרשב"א, ח"א, סימן תשכ"ט. וראה גם רמב"ם הלכות סנהדרין, פכ"ד, ה"ד; שם, הלכות ממרים, פ"ב, ה"ד; שם, הלכות חובל ומזיק, פ"ג, ה"ה: "ויש לבית דין לגזור בדבר בכל מקום ובכל זמן כמו שיראו".

<sup>376</sup> שו"ת הרא"ש, כלל ק"א, סימן ט': "וכך שנו חז"ל: ביישו בדברים, פטור. אמנם נהגו בכל מקומות מושבות ישראל לעשות תקנה וסייג לדבר, להטיל חכה בפי בעלי לשון, ולקנוס המבייש, הכל לפי הענין; וכן יעשו בית דין, בכל ענין לפי הראוי, הכל לפי המבייש והמתבייש".  
<sup>377</sup> שורש א', אות י"ד.

א. האם יש לבני העיר סמכות לתקן תקנות חדשות מבלי שהצבור ימנו אותם במפורש לכך?

ב. אם יש להם סמכות כזו, האם הסמכות היא לתקן תקנות לצרכים ציבוריים בלבד בנושאים בהם הציבור

יפרוץ,<sup>378</sup> או אף לסוגיות המועילות לאנשים פרטיים?<sup>379</sup>

#### 11א. הפקר בית דין הפקר

הקנסות מוטלים מכוח הכלל 'הפקר בית דין הפקר',<sup>380</sup> אשר נעמוד עליו להלן בקצרה. לכאורה, שורש המחלוקת הינה האם יש לטובי העיר ולבית דין רגיל גדר של בית דין הגדול, שעליו נאמר הפקר בית דין הפקר, או שאינם בגדר בית דין לפי שלא אומרים הפקר בית דין הפקר אלא רק בגדול שאין בדור כמוהו, וממילא סמכותם תלויה בקבלת הצבור. למעשה, מצויות שלוש שיטות במחלוקת מיהו בית הדין אשר הפקרו הפקר:

• שיטת הרמב"ם בפשטות הינה שהיכולת להפקיר מצויה **בידיו של כל בית דין**, "וכן יש לדיין תמיד להפקיר ממון"<sup>381</sup>. הכסף משנה<sup>382</sup> מדייק מהמילה 'תמיד' שיכולת זו קיימת גם בזמן הזה. גם מפשטות לשונו של רש"י<sup>383</sup> משמע שהוא סובר שכל ב"ד של שלושה יכולים להפקיר ממון.

• עמדה אחרת היא שהיכולת מצויה רק בידיו של ב"ד חשוב. כך, לדוגמא, הבין בעל ה'נימוקי יוסף'<sup>384</sup> בדברי הרמב"ם, כאשר כתב בשם הרמב"ם "דהוא הדין לכל בית דין חשוב בכל מקום ובכל זמן". בנוסח הרמב"ם לא מצוי הביטוי "בי"ד חשוב", וזוהי ככל הנראה הבנתו הפרשנית של בעל ה'נימוקי יוסף'. גם הרשב"א קובע כי כל ב"ד חשוב יכולים להפקיר ממון בהתאם לכלל זה<sup>385</sup>. גם רבינו תם מגביל את יכולת ההפקעה רק לבי"ד "חשוב שבדור"<sup>386</sup>.

• גישה שלישית קובעת שיכולת ההפקעה מצויה דווקא אצל גדול הדור או אצל טובי העיר. גישה זו היא גישתו של הרא"ש<sup>387</sup>, לדוגמא.

אלא שלמרות המחלוקת, אין לה בענייננו השלכות מעשיות. מחד, אנו איננו מדברים בעבודה זו על דיין סתם, אלא אך ורק על בית דין הממונה על הציבור (שהרי שאלות של יעילות המערכת רלוונטיות דווקא בב"ד ממוסד,

<sup>378</sup> ראה שו"ת שער אפרים, סימן ע"ב; פתחי תשובה, חו"מ, ב', ס"ק א'; "דלא שייך מגדר מילתא אלא היכא דיש לחוש לקלקול הרבים שהדור פרוץ".

<sup>379</sup> ראה סמ"ע, חו"מ, ב', ג'; ש"ך, חו"מ, ב', ב'; נתיבות המשפט, משפט הכהנים, ב', א'; כסף הקדשים, חו"מ, ב', א'; ד"ה "כשהעם פרוצים". עמדת ביניים מביא ר' יהונתן אייבשיץ באורים, חו"מ, ב', ב', ולפיה ניתן לקנוס על מעשה היחיד רק אם ישנו חשש שמעשה היחיד יפרוץ פירצה שתפגע ותסכן בסופו של דבר את כלל הציבור. וראה שו"ת ציץ אליעזר, שם; רכניץ, שם, 314.

<sup>380</sup> להרחבה בדין הפקר בית דין הפקר ראה עמיחי רדזינר, "הפקר ב"ד הפקר" במשפט התלמודי, **סידרא** ט"ז (התש"ס), 111; משפטיך ליעקב, ח"ג, סימן ל"ג; אברהם צבי בלידשטיין, הפקר בית דין הפקר, **עלון שבות** 114 (התשמ"ו), 21; ירון רוזיליו, הפקר בית דין בקנין דרבנן, **אבני משפט** י"ב (התש"ע), 105; נחשון אליעזר שילר, בענין הפקר בית דין הפקר, **בית אהרן וישראל** קכ"ז (התשס"ז), נ"ד.

<sup>381</sup> הלכות סנהדרין, פכ"ד, ה"ו.

<sup>382</sup> כסף משנה, שם, ד"ה "וכן יש לדיין תמיד". הוא גם מביא שם מקורות נוספים.

<sup>383</sup> רש"י, בבא מציעא, ל"ב, ע"א, ד"ה "אס".

<sup>384</sup> נימוקי יוסף, שם.

<sup>385</sup> שו"ת הרשב"א, ח"ג, סימן ס', ואז יכול ביה"ד להטיל קנס. ואמנם במקום אחר בשו"ת (ח"ד, סימן רמ"ז) כתב הרשב"א על ב"ד מסוים שאיננו אלים לאפקועי ממונא, וככל הנראה מדובר בב"ד שאיננו חשוב. בעל משפטיך ליעקב (שם, אות ה') אף מעלה אפשרות שמדובר בסתם שלושה אשר ישבו כבי"ד, "אבל ב"ד קבוע בעירו, אפילו בזה"י אלימי לאפקועי ממונא", והוא מבין שהדבר נכו על כל ב"ד קבוע בימינו, ובודאי שנוגע לבתי דין הממונים מכוח החוק ומשם אף מקור סמכותם.

<sup>386</sup> תוספות, גיטין, ל"ו, ע"ב, ד"ה "דאלימיי". עם זאת, יתכן כי יש לראות גישתו כמתאימה דווקא לגישת הרא"ש המוזכרת להלן.

<sup>387</sup> חידושי הרא"ש, בבא קמא, פ"ט, ה'.

ולא בבעלי דין אשר בחרו ג' רועי בקר לדיינים ביניהם)<sup>388</sup>. לגבי בי"ד מעין זה נדמה שישנה הסכמה של כלל הפוסקים (לרבות הרא"ש) כי ישנה לו סמכות הפקעה, "ומסתברא שכל ג' בקיאים בדין... והמחווה רבים עליהם באותה העיר שהן דרים בה, הרי הן באותה העיר ובאותו הזמן כבי דינא דרב אסי, וראויין להפקיע ממון בני עירם בתקנתם הנראה להם... שכל ג' וגי שנתמנו על ישראל הרי הן כבית דין של משה"<sup>389</sup>, וכן נראה משלל אחרונים וראשונים<sup>390</sup>, ואף מדברי דייני דורנו. "לפי"ז כל בית דין שהם ממונים לדיינים, הן מכח המלכות וקל וחומר כשקיבלו ציבור היראים עליהם את הדיינים לדון להם דין תורה, והם ממונים לדיינים ע"פ רבני העיר וגדולי התורה, יש להם כח להפקיר ממון"<sup>391</sup>.

שאלה אחרת היא מה כוללת היכולת להפקיר ממון של בעל דין. האם היכולת היא אך ורק להפקיר את הממון או שמא כוחו של בית הדין יפה גם להמחות את הממון לטובת בעל הדין האחר. המקור ליכולת בית הדין להפקיר את הממון מצוי בדברי התלמוד:

"דאמר ר' יצחק מניין שהפקר ב"ד היה הפקר? שנאמר: וכל אשר לא יבוא לשלשת הימים כעצת השרים והזקנים יחרם כל רכושו והוא יבדל מקהל הגולה" (עזרא, י', ח'). רבי אליעזר אמר מהכא: "אלה הנחלות אשר נחלו אלעזר הכהן ויהושע בן נון וראשי האבות וגו'" (יהושע, י"ט, נ"א). וכי מה ענין ראשים אצל אבות? לומר לך מה אבות מנחילין את בניהם כל מה שירצו, אף ראשים מנחילין העם כל מה שירצו"<sup>392</sup>.

הרשב"א מסיק מסוגיה זו ומהלימוד בפסוק ביהושע שבדומה לכוחם של האבות להנחיל לבניהם את נחלותיהם<sup>393</sup>, כך יכולתו של בית הדין אינה רק להפקיר את הממון, אלא גם להעביר את הממון מאיש לרעהו. "ומינה שמענין דכח בית דין יפה להפקיר ממון מזה ולזכותו לזה אפילו קודם שבא לידו... אף ראשים מנחילין לכל מי שירצו, ואומרין ממון ראובן יהא לשמעון וזוכה בו שמעון מעתה"<sup>394</sup>. דברים דומים כותב גם המהרש"ל: "דילפינן מינייה שיוכלו להפקיע ממון של אחר ולהחליט לחבירו, ולא תימא דוקא שיכולים להפקיר אותו או להחרימו"<sup>395</sup>. גם הרמב"ם כותב בפשיטות כי כוחו של בית הדין יפה "להפקיר ממון שיש לו בעלים, ומאבד ונותן כפי מה שיראה לגדור פרוצות הדת ולחזק הבדק או לקנוס אלם זה"<sup>396</sup>, וגם הרשב"ם<sup>397</sup> מדגיש שכוחו של בית הדין יפה אף להקנות למי שטרם נולד (וקל וחומר למי שכבר נולד).

<sup>388</sup> להרחבה בסוגית בי"ד חשוב, ראה ישראל תא שמע, 'מה היא חשיבותו של "בית דין חשוב"? - עיון היסטורי במושג משפטי, בתוך עיונים במשפט עברי ובהלכה – דין ודין (עורכים: י' חבה וע' רדזינר), הוצאת אוניברסיטת בר אילן, התשס"ז, 335.

<sup>389</sup> ספר התרומה, שער מ"ה, א', ט"ז.

<sup>390</sup> מרדכי, בבא מציעא, סימן רנ"ז; מהרי"ק, שורש קפ"ח; שו"ת הריב"ש, סימן שצ"ט; חידושי הרא"ש, גיטין, פ"ד, י"ג; שו"ע, חו"מ, ב', א'; סמ"ע, שם, ס"ק ט'.

<sup>391</sup> משפטיך ליעקב, שם, אות ה'.

<sup>392</sup> גיטין, ל"ו, ע"ב.

<sup>393</sup> וראה גם ברש"י לסוגייתנו, ד"ה "כל מה שירצו" – מחלק נכסיו על פיו. דהיינו, גם רש"י מבין לפחות את הלימוד מיהושע כעוסק גם בחלוקה בפועל.

<sup>394</sup> רשב"א, גיטין, ל"ו, ע"ב, ד"ה "ומינה". גם מתשובת הרשב"א (ח"א, סימן תשע"ה) בה הביא רק את הפסוק ביהושע כמקור לדין ונראה כי כך הוא סובר להלכה. ואמנם בתשובה אחרת (ח"א, סימן אלף ר"ו) מצוטט הפסוק בעזרא אך שם מדובר בציטוט הגמרא בה מופיע הפסוק. וראה גם בשו"ת רע"א, סימן רכ"א, ו' ובסימן רכ"ב, כ"א בדברי ר' עקיבא אייגר ובנו.

<sup>395</sup> ים של שלמה, יבמות, פ"י, סימן י"ט.

<sup>396</sup> רמב"ם, הלכות סנהדרין, פכ"ד, ה"ו.

<sup>397</sup> רשב"ם, בבא בתרא, קל"א, ע"א, ד"ה "אלא תנאי בית דין".

אלא שקיימות גם שיטות הסוברות שכוחו של בית הדין טוב רק להפקיר ממון ולהחרימו, אך לא להקנותו לאחר. כך לדוגמא כתב ה'מחנה אפרים'<sup>398</sup> "דהפקר בית דין הפקר לא סגי אלא להפקיע ממונא מרשותא דבעלים, אבל לעשות מי שאינו זוכה כזוכה כאילו הגיע לידו ממש – לא אמרינן". כך כתב גם החתם סופר: "דהפקר בית דין אינו אלא להפקירו מיד המקנה ולא להקנותו לקונה"<sup>399</sup>, וכך גם בעל האבני נזר<sup>400</sup>. מקור לדברים מצוי אצל רבינו יונה<sup>401</sup> אשר הסביר את דברי הגמרא על כך שהרבים קונים את הדרך ע"י הילוכם, כי "כל היכא דאמרינן הפקר ב"ד הפקר בעל הנכסים איבד זכותו ע"י הפקר בית דין, והרי הן כדבר שאינו שלו ויש רשות לחבירו להחזיק בו ברשות בית דין, אבל אינו זוכה בו בדיבור בית דין עד שיחזיק".

לכאורה נראה, שע"פ הגישות הסוברות שבית הדין יכול גם להקנות את הממון, יוכל בית הדין להעביר את הממון ישירות לידי בעל הדין שכנגד. לעומת זאת, לדעות שכח בית הדין יפה רק להפקיע את הממון, הרי שבית הדין יתמקד בהטלת קנסות לטובת קופת בית הדין, אשר ממנה יוכל בעל הדין שכנגד לזכות בממון, בהינתן הוראה של בית הדין שתתיר זאת.

עם זאת, קיימים שני הסברים המיישבים את שתי הגישות. הסבר אחד הוא הסברו של ר' חיים סופר<sup>402</sup>, אשר כתב שישנה מציאות בה יכול אדם לקנות ללא כל פעולת קניין. זאת במקרים בהם אין אדם אחר אשר יכול לזכות בדברים. הוא מחדש שבמצב דברים מעין זה אין כלל צורך בקניין, והוא מתבצע אוטומטית (יורש יחיד ואפילו קטן, מכירי כהונה ועוד. ראה בהרחבה במקור). לפי חידושו זה יהיה גם הדין ב'הפקר בית דין'. לבית הדין אמנם סמכות להפקיר בלבד, אך בעל הדין השני כלל איננו צריך לבצע פעולת קניין, והוא זוכה בנכס מיד עם החלטתו של בית הדין, כאשר אדם שלישי איננו יכול לזכות בנכס.

הסבר אחר מביאים הרב יוסף שאול נתנזון<sup>403</sup> ור' שמעון שקופ<sup>404</sup>. לפי הסבר זה ישנם שני סוגים של הפקר ב"ד. כאשר מטרת בית הדין היא להוציא את הממון ולהעניש את מאן דהוא, הרי שאין בהם כח להקנות את הממון לאיש, אלא רק להפקיעו מיד הנענש. לעומת זאת, ישנם מצבים בהם כל רצונו של בית הדין הוא שבממונו של האחד יזכה האחר, ואז כח ההפקר מאפשר גם להקנות. לעיתים, אף מדובר במקרים בהם אין בכך כל מימד של עונש (לדוגמא, בסוגיה של 'מעמד שלושתן' בה עוסק הרב נתנזון). בעניין זה כלל אין משמעות להפקר בית הדין אם לא יצטרף לו גם הכח להקנות את הממון לרעהו<sup>405</sup>. ר' שמעון שקופ מסביר זאת שהתורה נתנה לחכמים כוח להפקיר ולהקנות, ככל שיצטרכו לתקנתם והנהגתם בכל מקום לפי עניינו.

<sup>398</sup> מחנה אפרים, קנין משיכה, סימן ב'.

<sup>399</sup> שו"ת חתם סופר, או"ח, סימן קי"ז.

<sup>400</sup> שו"ת אבני נזר, יו"ד, סימן ת"ה.

<sup>401</sup> עליות דרבינו יונה, בבא בתרא, ק', ע"א, ד"ה "ורבי אליעזר", וראה גם אצל ר' אלחנן וסרמן, קובץ שיעורים לבבא בתרא, סימן רמ"ג.

<sup>402</sup> מחנה חיים, ח"ב, סימן מ"א.

<sup>403</sup> שו"ת שואל ומשיב, תליתא, ח"ג, סימן קס"ב.

<sup>404</sup> שערי יושר, שער ה', ט'.

<sup>405</sup> ראה בשו"ת שואל ומשיב, שם: "ואף אם נימא דהפקר בית דין אינו עושה קנין, היינו כשהיה מקום לחז"ל להפקיר נכסים של זה, אמרינן דהוה הפקר ולא קנין. אהל כאן, דעל מה היה להם להפקיר נכסים של זה שלא פשע כלום, רק דרצו לעשות תיקון העולם, וכל שלא יהיה נקנה לזה שוב אין מקום להפקר, וא"כ הוצרכו לתקן שיהיה ההפקר מזה לזה... וא"כ ההפקר נצמח ע"י קנינו של זה, ובכהא גוונא ודאי דהפקר בית דין עושה קנין. וזה ברור כשמש". וראה גם שם, חמישאה, סימן ל"א.

הרב קוק<sup>406</sup> מבאר שלמעשה קיימת מחלוקת שורשית ויסודית על מעמדו וסמכויותיו של בית הדין. השיטה האומרת שיש לבית הדין ולטובי העיר כח של בית הדין הגדול סוברת שהם מותרים לתקן מדעת עצמם בכל העניינים, וממילא אפילו בדבר בו ישנו רווח לפלוני והפסד לאלמוני מותרים בית הדין לקנוס ולהעניש בכל מה שיראה להם כחלק מגדירת גדרות ותיקון בני עירם. לעומת זאת, השיטה האומרת שאין להם כח של 'הפקר בית דין הפקר' סוברת שיש להם אך ורק יכולת להעניש מי שעובר על תקנה שנתקבלה כבר על ידי כולם, ואולם בעניינים אחרים אין להם כח לתקן או לקנוס בלא הסכמת כולם, והוא הדין שאינם יכולים לתקן בדבר שיש רווח לזה והפסד לזה<sup>407</sup>.

כך או כך, ואולי בשל מחלוקת זו וטיבה, הגביל המהרש"ל<sup>408</sup> את יכולת בית הדין לקנוס קנס בדין יחידי וספציפי (להבדיל מתקנה כללית) רק ל"מומחה וגדול בהוראה", כאשר בית דין רגיל יכול לקנוס רק בהסכמת טובי העיר, ה"יושבים עימו בדין, ודעתו למיקנס ולמיגזר". לעומת זאת, דעת הפרישה היא שכל דיין הממונה ע"י הציבור יכול להטיל קנסות, וזוהי גם עמדתו של הב"ח<sup>409</sup>. הרחבה מסוימת ניתן למצוא בכלל שכאשר ישנו קנס לצורך תיקון חברתי, הרי שניתן להעניש את העובר גם אם לא ידוע כי אותו אדם פרוץ במעשיו<sup>410</sup>, ולשיטתם של חלק מהפוסקים אפילו אם אותו אדם הוא בוודאי לא בין הפריצים<sup>411</sup>.

יצוין כי בעל ה'נימוקי יוסף'<sup>412</sup> הבחין בין קנס ממוני לבין קנס בדרך של מלקות, מיתה או כל דרך אחרת. בעוד שעונש חמור שאיננו הולם את דין התורה ניתן לתת רק ב'הוראת שעה' על מנת לגדור את פרצות הדור (בדומה לאליהו הנביא בהר הכרמל), הרי שקנס ממוני ניתן להטיל כחלק מגזירה עולמית. "אבל הפקר ממון אפילו לעולם יש יכולת בידם, כדאמרין לעיל דהפקר בית דין היה הפקר". מכאן למדו הפוסקים כי "...בניגוד למלקות ועונש מיתה שיכולים חכמים לענוש רק למיגדר מילתא וכצורך שעה וכהוראת שעה אך לא כהוראה לדורות, הרי שבממון יכולים בית דין לענוש אפילו לא לצורך שעה ומדין הפקר בית דין הפקר"<sup>413</sup>. יתר על כן, לעיתים נקבע גם שיש מקום להשתמש בעונשים חמורים יותר, דוגמת עונש המאסר<sup>414</sup>, כאשר בית הדין נוכח "שהדור פרוץ באי שמיעה לדברי בית הדין". במקרה כזה, "המאסר לא בא כעונש אלא כאמצעי כפיה לשמוע דברי בית הדין..."<sup>415</sup>.

<sup>406</sup> הראי"ה קוק, באר אליהו, סימן ב', ס"ק ט'.

<sup>407</sup> וראה אצל הרב ניר אביב, סמכות מזכירות יישוב להפקיע מחיר בשכר דירה, באתר 'ישיבה': <http://www.yeshiva.org.il/midrash/shiur.asp?id=16046>.

<sup>408</sup> ים של שלמה, בבא קמא, ט', ז'. הדברים הובאו גם ע"י הש"ך, שם, ד'.

<sup>409</sup> וראה הלכה פסוקה, ח"א, 57; ערוך השולחן, חו"מ, ב', ב'.

<sup>410</sup> סמ"ע, חו"מ, ב', ס"ק ב'; באר היטב, שם, א'.

<sup>411</sup> מדברי נתיבות המשפט, משפט הכהנים, ב', א', עולה שגם כאשר ידוע בוודאות שהעובר על דברי בית הדין איננו פרוץ בעבירות, הרי שלצורך תקנת הציבור ניתן לקנוסו. כך גם מביא כסף הקדשים, חו"מ, ב', א', ד"ה "כשהעם פרוצים": "ופשוט שאין זה רק בשחטא היחיד ברבים בין הפריצים, עכ"פ גם כשלא עשה דרך פריצות ואינו פרוץ כמותם". עם זאת, מדגיש בעל כסף הקדשים כי אם מדובר במי שהיה שוגג - שלא ידע שהוא במקום פרוץ בין פריצים, שלא ידע שבזה נגדרה הפריצה ושכלל לא ידע שהדבר אסור - הרי שהשוגג יופטר מהקנס ורק הפריצים ייענשו.

<sup>412</sup> נימוקי יוסף, יבמות, כ"ח, ע"ב.

<sup>413</sup> משפטיך ליעקב, ח"ג, סימן ל"ג.

<sup>414</sup> להרחבה בעניין זה מן הבחינה ההלכתית ולמימושו של עונש המאסר במדינת ישראל ראה סעי' 4 לחוק בתי דין דתיים (הזמנה לבית הדין, תשט"ז-1956; קמינר, שם, 140-143; תשובות הר"י, סימן קמ"ו; בג"ץ 85/54, זאדה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח, 738

חשוב לציין כי למרות שניתנה סמכות רחבת היקף לבית הדין לקנוס קנסות ולקבוע עונשים, נקטו בתי הדין במשנה זהירות על מנת שלא לקפח יותר מן ההכרח את זכויותיהם של בעלי הדין, ועשו בכלי זה שימוש רק במידת הצורך<sup>416</sup>. במיוחד ניתן היה לעשות שימוש בכלי של הטלת קנסות במקרים בהם העמידה לדין היתה מתוך קבלת בית הדין ולא בכפייה. במצב מעין זה, בו אין חובה לדיינים מומחים גם יכולת הטלת הקנסות היא מוגברת<sup>417</sup>. עיקרון זה, הביא הן לידי הגמשה בדיני הראיות והן לידי יצירת עונשים "חדשים" ומגוונים. דוגמאות לכך מצויות לרוב בספרי השאלות והתשובות<sup>418</sup>.

ואכן, הטלת קנסות ע"י בית הדין בעניינים בהם סבור בית הדין כי יש מקום לגדור פרצות חברתיות משמעותיות התקבלה הלכה למעשה ע"י פוסקים רבים, והיא מובאת בהקשרים שונים<sup>419</sup> (כדרכנו, נדגים זאת מתוך ההקשר הכללי של הקנסות, ואחר כך נבחן את הדברים בהקשר הדיוני). כלל חשוב בעניין הוא הכלל בדבר הצורך בסנקציה משמעותית. זה המובא ע"י בית הדין בפרשת הפרת זכויות היוצרים<sup>420</sup> ולפיו: "חייב להיקבע סכום שאינו זניח, משום שפסיקת סכום כזה הופכת את ההפרה לכדאית"<sup>421</sup>. גם אם אין צורך להרתיע את הנתבעת הנוכחית, יש חובה להרתיע את החברה ממעשים שכאלה – שכן העם פרוצים בעבירה זו". כך גם בעניין אחר של שמירת בעלי חיים מלהזיק פסק בית הדין כי בסמכותו ליתן "קנס הרתעתי"<sup>422</sup>.

קנסות 'למיגדר מילתא' שימשו גם ככלי לטיפול בבעל שהתנהל שלא כשורה וגרם לדחיות רבות בדיונים ("...לא היה מופיע לשיבות בית הדין אף שהוזמן כדין, וגרם בכך לסחבת ולדחיות"), ובכך פגע אשתו, שהיתה בעלת דינו,

---

(1954); ע"א 606/61, **היועץ המשפטי לממשלה נ' שלמה פיליבא**, פ"ד טז, 673 (1962); ע"א 164/67, **היועץ המשפטי לממשלה נ' יחיא ואורה אברהם**, פ"ד כב(1), 29 (1968).

ש.ס.<sup>415</sup>

<sup>416</sup> אלון, המשפט העברי, ח"א, 424; פרשת דור.

<sup>417</sup> משפטיך ליעקב, ח"ב, ת"ח; דיני בורות, קפ"ז; פרשת ד.ה.ע.ה..

<sup>418</sup> ראה שו"ת הרשב"א, ח"ד, סימן שי"א; שו"ת הרשב"א - המיוחסות לרמב"ן, סימן רע"ט; שו"ת הריב"ש, סימנים רל"ד; ש.ס, סימן רנ"א; שו"ת זכרון יהודה, סימן נ"ח; ש.ס, סימן ע"ט.

<sup>419</sup> ראה שו"ת הר"י מיגאש, סימן קס"א; שו"ת השיב משה, סימן פ'; שו"ת מנחת יצחק, ח"ג, סימן קי"ב: "ואדרבה בזמן הזה, אשר בעוה"ר בלאו הכי נדלדל חכמת התורה, אם לא יכניסו עצמם הבי"ד לקנוס למבייש ת"ח, יהי ח"ו התורה נבזה למאד, ויקוצו הלומדים להגות בתורה, ח"ו"; דורש טוב לעמו, קכ"ב; הרב יצחק זילברשטיין, מעמדו של הלוקה בנפשו לענין ענישה ומשא ומתן, **עמק הלכה** ח"א (התשמ"ה), 189; צבי ליפשיץ, פיצוי על בושת דברים, **תחומין** ט"ז (התשנ"ו), 381, 387-391; הרב הלל גפן, פיצוי על הצאת דיבה בכלי התקשורת, באתר 'דין תורה': <http://dintora.org/mahamarselected.asp?ChildID=11>; אביב, ש.ס; אנקר, יסודות, 183-184; הרב יוסי שרעבי ויובל סיני, חיוב בנוקי סוס רכוב, חוות דעת באתר ישמע"ע: [http://www.netanya.ac.il/content/\\_Articles/Article.asp?ArticleID=3751&CategoryID=229](http://www.netanya.ac.il/content/_Articles/Article.asp?ArticleID=3751&CategoryID=229); חי, ש.ס; פד"ר ט"ז, 252; יעקב שפירא, החמרה בענישת עבריין החוזר ופושע (חוות דעת של המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים, 15.7.09) - [www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/1C5361EC-2543-451F-BB9D-ECCB6E591C87/16673/64.doc](http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/1C5361EC-2543-451F-BB9D-ECCB6E591C87/16673/64.doc) (להלן: "שפירא, החמרה").

<sup>420</sup> עמ' 13 לפסק הדין.

<sup>421</sup> הרצון של בית הדין להרתיע על מנת למנוע מצבים בהם ההפרה תהיה משתלמת, משתלב בשיח אודות 'ההפרה היעילה' בדיני החוזים. גישת 'ההפרה היעילה' גורסת כי קיימים מצבים שבהם יהיה זה ראוי, מבחינת היעילות הכלכלית, להפר את החוזה, וזאת כאשר ההפרה תגדיל את הרווחה המצרפית. להסברים נרחבים על גישה זו, ראה: Charles J. Goetz & Robert E. Scott, 'Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach', 77 **Colum. L. Rev.** (1977), 554; **Lake River Corp. v. Carborundum Co.**, 769 F.2d 1284 (7th Cir. 1985); בהם ההפרה היא יעילה מבחינה כלכלית, יש להיזקק לפיצויים בלבד, ואין לפסוק סעד של אכיפה, בהיותו בלתי יעיל כלכלית. למרות זאת, בית המשפט בישראל דחה דוקטרינה זו, מתוך גישה מוסרית-ערכית, בעמדו על כך שדיני החוזים מגלמים גם שיקולים שאינם נמדדים כלכלית, וכי לקיום ההבטחה הטמונה בבסיס החוזה ערך מוסרי בפני עצמו, ראה: ד"ר 20/82, **אדרס חומרי בנין בע"מ נ' הרלו את ג'ונס**, פ"ד מב(1), 221, 277-278 (1988); להלן: "פרשת אדרס"; ע"א 3668/98, **בסט בני רשתות שיווק בע"מ נ' פידיאס אחזקות**, פ"ד נג(3), 180 (1999); ע"א 2454/98, **אליהו לינדאור נ' יעקב רינגל**, פ"ד נו(1), 225 (2001); רע"א 2371/01, **אינשטיין שריי נ' אוסי תכנון והקמת מבנים ופיתוח בע"מ**, פ"ד נו(5), 787 (2003); ע"א 11386/05, **שרבט מלכיאל ובניו בנין לעם בע"מ נ' מאיר אלמוג** (פורסם בנבו, 24.7.07); ת"א (ת"א) 1171/97, **JOOP! GmbH נ' כל פרפיוס בע"מ** (פורסם בנבו, 18.6.06). וראה גם: 1, 18 **J. Legal Stud.** (1989), Daniel Friedman, 'The Efficient Breach Fallacy', למותר לציין, שגישה זו הולמת היטב את העמדה המוסרית של ההלכה היהודית על הצורך בעמידה בהתחייבויות, וכדברי המשנה בבבא מציעא, פ"ד, מ"ב: "אבל אמרו, מי שפרע מאנשי דור המבול ומדור הפלגה, הוא עתיד להפרע ממי שאינו עומד בדברו".

<sup>422</sup> פרשת ד.ה.ע.ה., 3-4.

וסבלה במשך שבע שנים<sup>423</sup>. בית הדין הרבני<sup>424</sup> מאס בהתנהגותו של הבעל והתיר לאשתו לתבוע את בעלה בבית המשפט, על אף האיסור הכללי לתבוע בערכאות, ועל אף שהבעל טען שברצונו לדון בבית הדין הרבני ולהימנע מדיון בערכאות. בית הדין קבע שהבעל בעניין זה הינו מעין 'נבל ברשות התורה'<sup>425</sup>, ומאחר ובית הדין סבר כי כוונתו של הבעל הינה אך ורק לסכל את הדיון לגופו ולהימנע מתשלום לאשתו – הרי שיש מקום לשולחה להגיש את תביעתה בערכאות<sup>426</sup>.

בית הדין הסתמך על תקנה של רבינו גרשום<sup>427</sup> שקבע כי מי שמשתמש בדיון תורה במטרה להיפטר מן הדיון – הרי שעל הדיינים להימנע מלסייע לו. דברים דומים מופיעים גם אצל הרמ"א<sup>428</sup>, אשר גם שם סבר הרמ"א כי יש להשתמש בכלי זה על מנת להעניש מי שמנצל את הדיונים על מנת למשוך את הדיון: "אמנם אם ימשיכה עוד בטענות רעועות ובהמשכות, כדי שלא יהיה גמר לדבר ומצדו יבצר... הנני מוכן ומזומן להסכים עם אותן שנתנו... רשות לתבוע אותן בערכאות... גם יתחייב על הוצאות והיזקות שיגיע".

בית הדין הסתמך על יכולתו לקנוס גם כדרך לחייב תובע "בהוצאות משפט על הטרחת הנתבעת ועל הניצול לרעה של ביה"ד והטרחתו לשווא... בוודאי שראוי לקנסו בקנס ראוי על מנת להרתיע עושי עוולה"<sup>429</sup>.

## **2ד. קנס כחלק מדינא דגרמי**

הזכרנו כבר לעיל את הפטור שניתן לנזקים מסוג 'גרמא' לעומת החיוב בנזקים מסוג 'גרמי'. לא נרחיב כאן בסוגיה זו. עם זאת, נזכיר את שיטת הריצב"א (אחד מבעלי התוספות) בהבנת דין 'גרמי'. בניגוד לשיטות אחרות, המוצאות פרטי פרטים של הבדלים בין 'גרמא' ל'גרמי', המתייחסים בעיקר לטיב פעולות ה'מזיק', הרי שהריצב"א סבור שיסוד החילוק בין המושגים נעוץ דווקא בשאלה אחרת לחלוטין – היחס החברתי לפעולה העומדת ביסוד הנזק. ככל שמדובר בנזק אשר החברה מבקשת למנוע, הרי שיש להתייחס אליו כאל 'גרמי' המחייב את מבצעו, ובדרך זו ימנעו הפעולה והנזק.

"ונראה לריצב"א דדינא דגרמי הוי מטעם קנס כדמוכח בירושלמי, ולכך כל היזק המצוי ורגיל לבוא - קנסו חכמים. וטעם דקנסו, שלא יהא כל אחד הולך ומזיק לחבירו בעין, והיינו טעמא דמאן דמחייב בהיזק שאינו ניכר, ואפשר דבשווג נמי קניס רבי מאיר..."<sup>430</sup>.

לגישה זו יתרון כפול. ראשית, אין צורך לייצר מערכת עקרונית נוקשה אשר תבאר את ההבדלים המדויקים (ולעיתים מאד לא בנקל) בין שלל המקרים בהם פוטר הש"ס את המזיק (גרמא) לשלל המקרים בהם הוא מחייב

<sup>423</sup> זאת, בנוסף לעניין נוסף אשר הכעיס את בית הדין הרבני. הבעל טען, מחד, כי גיורה של אשתו לא תפס ע"פ ההלכה בעניין מסוים, תוך הקפדה מעושה על פרטי ההלכה, בעוד שבמקביל הוא פנה לבג"ץ בעניין אחר על מנת שיפסוק בניגוד להלכה.

<sup>424</sup> פסק דינו של בית הדין האיזורי בחיפה בתיק תשמ"ג/958. פסק הדין פורסם במאמרו של הרב חיים שלמה שאנן, הפניית תובע לבית משפט, תחומין י"ב (התשנ"א), 251.

<sup>425</sup> ראה רמב"ן, ויקרא, י"ט, ב', ד"ה "אל כל עדת בני ישראל".

<sup>426</sup> בית הדין אף מוסיף: "במקרה דנן טובת האשה וזכותה לידון בדיני הערכאות ואף בערכאות עצמם, כיון שהאיש מזלזל בבית הדין. ואף שיש לבית הדין כלים לאכיפה, מכל מקום במקרה שלפנינו ידוע לנו שבבית המשפט יקשה עליו יותר לסרב לצייט לפסק הדין". ראה שאנן, שם, 253.

<sup>427</sup> תקנות רגמ"ה, כתב יד פרנקפורט 123.

<sup>428</sup> שו"ת הרמ"א, סימן ק"ח.

<sup>429</sup> ראה, לדוגמא, בתיק (אש') 63609/6, פלוני נ' פלונית (פורסם באתר הנהלת בתי הדין, 20.3.13).

<sup>430</sup> תוספות, בבא בתרא, כ"ב, ע"ב, ד"ה "זאת אומרת גרמא בנזקין אסור".



את המזיק (גרמי). בהתאם לגישה זו לקנס ה'גרמי' קריטריון אחד ויחיד – האם בהתאם למיטב שיפוטם של חכמים מדובר ב'היזק המצוי ורגיל לבוא'. שנית, דינא דגרמי איננו רק חילוק היסטורי, אלא הוא משמש ככלי יעיל בידיו של הדיין המבקש להשיג תוצאות מעשיות רצויות, כאשר החשובות שבהן יהיו, מדרך הטבע, מתן פיצוי הוגן לניזוקים והרתעה יעילה של המזיקים הפוטנציאליים.

המקור לדברים מצוי, לכאורה בצורה מפורשת, בתלמוד הירושלמי, שם נקבע כי "המקרע שטרות חבירו חוץ מדעתו, ר' חנינא ור' אבא – חד אמר חייב וחד אמר פטור. מ"ד חייב משום קנס"<sup>431</sup>. למרות זאת, גישה זו נתונה במחלוקת עזה בין הראשונים. בתוספות מובאת גם גישת ר"י החולקת על דברי הריצב"א. בין הגישות החולקות על העמדה כי דינא דגרמי הינו קנס בולטת עמדתו של הרמב"ן, אשר חיבר קונטרס שלם על 'דינא דגרמי' וגישתו שונה לחלוטין מגישתו של הריצב"א<sup>432</sup>. המחלוקת בעניין ממשיכה גם בין האחרונים. עם זאת, חשוב להדגיש את העובדה שגם אם הדברים אינם נאמרים בצורה מפורשת, רבים מסיקים כי המחבר פסק כשיטתו של הריצב"א<sup>433</sup>. יתר על כן, דברי הריצב"א מובאים ע"י הרמ"א להלכה בצורה מפורשת: "י"א דבכל גרמא בניזקין אם הוא דבר שכיח ורגיל חייב לשלם משום קנס (תוס' פרק לא יחפור בשם ריצב"א). ולכן יש מי שכתב דראובן שמכר מקח לעכו"ם, ובא שמעון וא"ל לעכו"ם שאינו שוה כל כך – חייב לשלם לו (מהר"ם מריזבורק)"<sup>434</sup>.

החשיבות המיוחדת בדברי הריצב"א היא שלכאורה, הרשימה איננה סגורה, כלומר, לא רק מה שחז"ל קבעו ומנו הוא גרמי וחייב, אלא כל דבר השכיח שראוי לקנוס לפי צרכי הדור יחשב כגרמי, והמזיק בדרך זו יתחייב בד"ן<sup>435</sup>. דוגמא בולטת לכך היא היכולת לחייב את בעל הדין שהפסיד בהליך בהוצאות יריבו, למצער, בנסיבות בהן ניתן למצוא אשמה כלשהי בהתנהלותו<sup>436</sup>.

נציין כאן גם את פסיקתו של הש"ך<sup>437</sup> הטוען כי דינא דגרמי מהווה אכן קנס מדרבנן. להכרעה זו נפקא מינא הלכתית, אליבא דהש"ך, שכן הוא סבור שבשל כך יש לפטור מי שהזיק באונס ואף מי שהזיק בשוגג<sup>438</sup>. ראינו כבר לעיל כי בדברי הריצב"א עצמו מובאת עמדה כי גם יהיה מקום לחייב בקנס אף את המזיק בשוגג למרות יסוד הקנס.

ניתן להציע הסבר לפיו החילוק בין עמדות אלו נעוץ בהבנת המרכיב המרכזי בקנס. לפי הריצב"א מטרת הקנס הינה להעניק פיצוי הוגן לניזוקים, וממילא גם בשוגג יש מקום לפיצוי לניזוק. לעומת זאת, לשיטת הש"ך

<sup>431</sup> ירושלמי, שבועות, פ"ו, ה"ו. וראה גם רשב"א, שבועות, מ"ב, ע"ב.

<sup>432</sup> וראה גם רא"ש, בבא קמא, פ"ט, סימן י"ג.

<sup>433</sup> כך נלמדים דברי המחבר בחו"מ, שפ"ו, ג'. ראה ביאור הגר"א, שם, ו'; כהנא, שם.

<sup>434</sup> רמ"א, חו"מ, שפ"ו, ג'. וראה בעניין זה גם בסמ"ע, שם, ח'; ש"ך, שם, כ"ד; באר היטב, שם, י"ז; באר אליהו, חו"מ, י"ד, ל'.

<sup>435</sup> כהנא, שם.

<sup>436</sup> כהנא, שם, הע"ש 10, שם הוא מצטט את הרב אליהו שאמר בכנס 'ארץ חמדה' שבהתאם לדברי הריצב"א יש מקום לחייב היום כל בעל דין שהפסיד בהוצאות משפט. וראה גם אצל אריאל, דיני בוררות, שצ"ד-שצ"ה, המתבסס גם על דברי הרב קוק בבאר אליהו, שם, בנוגע להוצאות שנגרמו לתובע. ואולם יש לבחון זאת ביחס לדברי הש"ך, שם, כ"ד שכתב "דדוקא מילתא דמצינו בש"ס דקנסו אמרי' משום שהיה נראה להם דשכיח קנסו, אבל בהא מאן לימא לן דשכיח הוא, וכיון דדינא דגרמי אינו אלא קנסא דרבנן הבו דלא לוסיף עלה, ואין לך אלא מה שאמרו הם". ואולם, אנו רואים כי שאר הפוסקים (דוגמת הרמ"א והסמ"ע) הוסיפו דברים שכיחים בהתאם לצרכי דורם, ואף הש"ך עצמו בס"ק כ"ה התייחס לחיוב נוסף שהטיל המהר"ם מריזבורק, אשר איננו מוזכר מפורשות בתלמוד, והבהיר "ואפשר דהיה מילתא דשכיחא בימי מהר"ם ולכן פסק כן, ובדעת הריצב"א דכתב בדמקום דשכיח קנסו". לכן, נראה שגם לדברי הש"ך ניתן להשתמש בד"ן זה לצורך טיפול בבעיות שכיחות.

<sup>437</sup> ש"ך, חו"מ, שפ"ו, א'.

<sup>438</sup> שם, ו'.

(המיוסדת, כאמור, על הראשונים) העיקר טמון בהרתעה יעילה של המזיקים הפוטנציאליים, וממילא בשוגג אין כל מקום למתן פיצוי. הסבר חלופי אחר מתמקד בשאלת היכולת לכפות זהירות. הריצב"א מבקש להביא את הציבור כולו לזהירות רבה, ומשום כך הוא מבקש להרחיב את פרשנות המושג 'גרמי', בצורה שתרתיע ותמנע התנהגות לא זהירה. לעומת זאת, עמדות המבקשים להימנע מהרחבת השימוש בדין 'גרמי' הינה שניתן להעניש את המזיק על נזקיו רק באמצעות הדין ולא ניתן לכפות אותו באמצעים כלכליים להיזהר במידה רבה יותר<sup>439</sup>.

הרב ליכטנשטיין<sup>440</sup> מנתח את דבריו של הריצב"א בהרחבה ובעמקות, ורואה בהם קריאת כיוון לימינו. הוא מבהיר שבנוסף לניתוח ההבדלים שבין 'גרמא' ל'גרמי', ניתן להבחין בהבדלים בין עמדות למדניות (דוגמת זו של הרמב"ן) לעמדה המחוברת ישירות לצרכיו של הדיין ביושבו על מדין ויוצאת אל "השווקים והרחובות"<sup>441</sup>. מכאן יורד הרב ליכטנשטיין אל ההתייחסות אליה אנו מחויבים היום, הלכה למעשה:

"אפשר בלב שלם לאמץ, ברמה הדאורייתא העקרונית, כל תג בקונטרס הרמב"ן. ואף על פי כן, ברמת תקנה, שיצאה או שתצא מתחת יד המוסמך לתקן, ניתן להכיר בצורך להתמודד עם מצוקה חברתית מטוימת או לבלום תהליכים שליליים - ומעין, כפי שציין הריצב"א כתקדים, נימוק שהעלה רבי יוחנן ביחס לחיוב היזק שאינו ניכר 'שלא יהא כל אחד הולך ומטמא טהרותיו של חברו' (גיטין, דף נג, עמ' א)..."

וכך, במקביל - כאן באה הפנייה והבקשה לעיני העדה - ניתן להציע ביחס לגרמי וגרמא. בדורותינו, יישום חיוב גרמי - או, יותר נכון, פטורי גרמא - על פי מתכונת הרמב"ן הצרופה, נתקל בקשיים מעשיים ההולכים ומחריפים".

כאן, מבהיר הרב ליכטנשטיין, קיים חשש גדול. במציאות ימינו הפטור למזיק בגרמא, אם נאמץ את הבחנותיו החדות והמדויקות של הרמב"ן (או של מי מהראשונים המציעים הבחנות מדויקות), עשוי להתברר כגורף בצורה קיצונית. הרב ליכטנשטיין מציג נזקים חמורים ביותר שיבוצעו על טהרת ה'גרמא'<sup>442</sup>, ויתירו את בית הדין, לכאורה, ללא עילה ספציפית לחיוב המזיק.

"במציאות הטכנולוגית המתפתחת, גוברת בהתמדה היכולת להסב נזקים, פסיים או אפילו וירטואליים, של ממש בלי להתחייב על פי הקריטריונים של הרמב"ן או של הר"י. הנזקים יכולים להיות יותר מופשטים ותהליך הנזק יותר עקיף מהרף המינימלי הנדרש לחייב מדין גרמי - ואף על פי כן, התוצאה חמורה למדי.

יוכל גנב למדן ומבריק לתכנן ולבצע שוד מושלם, בעזרת מערכת כלי פריצה של גרמא, מבלי להסתבך, לדוגלים בשיטה זו, בנזק ישיר או גרמי. הנתמיד בפטור תרחיש כזה על יסוד גרמא בנזקין? ... וגם אם נדחה דוגמה זו... כלום אין הבעיה קיימת

בשפע מקרים אחרים?

<sup>439</sup> לעיון במשפט הישראלי בנוגע ליכולת של הדין ליצור חובת זהירות מוגברת והתנהגות זהירה יותר ראה ע"פ 196/64, היועץ המשפטי לממשלה נ' מרדכי בש, פ"ד יח(4), 589 (1964); ע"א 1390/91, מוטי פרץ נ' האלוף מתן וילנאי, פ"מ תשנ"ו(1), 9, 34-35.

<sup>440</sup> ליכטנשטיין, שם, 198-200.

<sup>441</sup> וראה בדבריו שם: "הריצב"א מרחיק לכת הרבה יותר. בקביעתו שבעצם אין הבדל עקרוני בין גרמא לגרמי, ואין לנו קטגוריה הנקראת 'גרמי' בעלת אפיונים מוגדרים אלא אוסף של מקרים בודדים שלגבי כל אחד הרגישו חז"ל צורך חברתי נקודתי לתקן חיוב, הוא מפקיע את הדיון ממוקדו הלמדני בבית המדרש ומציבו כלקט תגובות יושבי בית המדרש למתחולל, או לעלול להתחולל, בשווקים וברחובות... אינני יודע עד כמה, ואם בכלל, ישב הריצב"א על מדין יותר מאשר הר"י, אשר את חילוקיו דחה... אך ברור שבמקרה זה הוא מציג פן של עיצוב והשתלשלות ההלכה במפגשה, ובמפגש פוסקיה, עם המציאות החיצונית, ולא רק, כבקונטרס הרמב"ן, במגרשה הביתית".

<sup>442</sup> בעידן בו ידועים לנו מכשירים המאפשרים (בשעת הצורך) ביצוע מלאכות שבת בדרך של 'גרמא', דוגמת חידושי מכוון צומת, הרי שהתיאוריה ההיפותטית של הרב ליכטנשטיין נשמעת ריאלית עד מאד.

הבקשה שטוחה, הסמכות קיימת, והעיניים נשואות. במידה ועלה ביד גדולי הפוסקים לתקן בנידון, הם יצליחו לגרור פירצה חברתית של ממש, ואף ישכילו, בד בבד, להרים קרנה של תורה<sup>443</sup>."

הדברים הולמים עד מאד את דבריו של הרב אברהם שפירא, אשר במאמר שפרסם התייחס לצורך הכללי בהתקנת תקנות (וראה להלן), והתייחס בצורה פרטנית ליכולת לחייב על נזקים המצויים באמצע על התפר שבין 'גרמא' לגרמי':

"ברוח זו יש לבחון גם את דיני הנזיקין. מקובל היום לחייב גם במקרים של גרמא בנזיקין. מבחינת ההלכה יתכן שיש מקום לחייב במקרים האלו בדרך הפרשנות הנ"ל [הכוונה לדרך הפרשנות המרחיבה הבאה להימנע מתקנות שאזכרה לעיל – א.מ.], כפרשנות רחבה למושג 'גרמי' במסגרת הכללית של הפוסקים בנידון זה"<sup>444</sup>.

דברים ברוח זו כתב גם הרב ליאור<sup>445</sup>:

"...גרמא פטור בדיני אדם... אך אם במצב של היום נפטור רשלנות שגרמה לנזק, תהא בכך משום פרצה גדולה. לכן יש משום טובת הציבור לחייב בדיני אדם. הסבר זה אינו רחוק מתפיסת ההלכה, שכן אף בהלכה כאמור חייב בדיני שמים, וי"א שתפישה מועילה... וראה עוד ריצב"א... שאומר כי גרמא מצוי ושכיח הוא בגדר גרמי".

בעקבות עמדה זו, נעשה לא פעם שימוש בכלי של דינא דגרמי כקנס לחיוב על נזקים שלא היה ניתן לחייבם בלעדי הקנס. כך, לדוגמא, חויבה המדינה בפיצויים חיוביים על רווחים שניתן היה להפיק ממכרז<sup>446</sup>. כך, נקבע כי יש לחייב את בעל הדין המפסיד בכיסוי כלל הוצאותיו של הזוכה בתביעה<sup>447</sup>. כך, נקבע כי הצגת דברים מוטעית (מצג שווא רשלני) עשויה להיחשב כפעולה מזיקה המחויבת בדין<sup>448</sup>.

### 3.3. הטלת קנסות על מאן דלא ציית דינא

הכלל היסודי בהלכה הוא כי בית הדין איננו יכול להתחשב ב'צדיקותו' של מי מבעלי הדין, ועליו לדון דין אמת ע"פ מסכת הדברים שהוצגה לפניו, ולא להתחשב בשאלה מיהו ומהו בעל הדין שעומד מולו<sup>449</sup>. הדברים נלמדים

<sup>443</sup> וראה גם בניסיונו של השופט הנדל (בדעת מיעוט) בע"א 9183/09, *The Football Association Premier League Limited נ' פלוני* (פורסם בנבו, 13.5.12), לאפשר, גם בהיעדר הסדר חקיקתי, גילוי פרטי מפעיל אנונימי של אתר אינטרנט, באמצעות פיתוח 'הלכה משפטית': "אף המשפט העברי, שיטת משפט בעלת היסטוריה עמוקת שורשים ומפוארת, הכירה בצרכים המשתנים של הדין הנזיקי... ככלל, כדי להטיל חיוב בנזיקין, המשפט העברי דורש קשר ישיר בין ההתנהגות לתוצאה. המושג "דינא דגרמי" מהווה הגמשה מסוימת של דרישה זו, ומאפשר הטלת אחריות על גורמים מזיקים שהינם עקיפים יותר ביחס לתוצאה".

<sup>444</sup> שפירא, מבט תורני, 239.

<sup>445</sup> ליאור, מבט תורני, 248.

<sup>446</sup> פרשת מפעלי תאורה, פסקאות 98-99: "ראוי לפסוק כי בעל מכרז הסוטה מעקרון השוויון, חייב לפצות את המציע שלא זכה, שלא כדון, אף ביחס לאובדן רווח, גם אם ניתן לסווג סוג פיצוי זה כ"מבטל כיסו של חברו", כי ראש נזק זה הוא בגדר גרמי, המחייב פיצוי... עם זאת, שם עשה השופט דרורי שימוש גם בכלים של חיוב הציבור בדיני "ועשית הישר והטוב", חיוב בדיני שמים ובהתאם לכלל האוסר גם ביצוע של גרמא בנזיקין (ראה פסקאות 100-102 לפסק הדין). וראה גם ע"מ 7357/03, *רשות הנמלים נ' צומת מהנדסים תכנון תיאום וניהול פרויקטים בע"מ*, פ"ד נט(2), 145, 175 (2004).

<sup>447</sup> באר אליהו, חו"מ, י"ד, ל'; כהנא, שם, הע"ש 10 בשם הרב אליהו; פסקה 26 לפסק הדין בפרשת עובד מזרחי; שו"ת תשובות והנהגות, ח"ד, סימן ש"ג.

<sup>448</sup> פרשת בן שטרית; *Dine Israel* 13-14, Aspects of the Jewish Law of Misrepresentation Negligent, David Schonberg, 31, 39 (1988).

<sup>449</sup> הרחבה בעניין זה אצל הרב שלמה בן שמעון, חיוב יותר מן הדין למאן דלא ציית דינא, *שערי צדק ג'* (התשס"ב), 285, המביא דין זה כדוגמא לאחד מ"שני לאוין בתורה הנוגעים במישרים לדיני ישראל הדנים לפי תורתנו הקדושה תורת אמת וצדק", כאשר "מצוות אלו הם נר לכל דיין בישראל שיועד להתעלות על כל רגשות החמלה". וראה גם בפסק דינו של בית הדין הרבני הגדול בתיק 1-24-7964, *פלוני נ' פלונית* (פורסם באתר 'דעות', 23.1.03), אשר נכתב ע"י הרב בן שמעון (בהסכמת הרבנים שרמן ושרים): "כפי הנראה סבור ב"כ האשה כי בית הדין קונס קנסות וקובע לה אמת מידה מי צדיק ומי יותר רשע... הנחה זו אינה נכונה כלל. ביה"ד לא דן לפי מעשיו של אדם אלא במהות התביעה ובעקרונות ההלכה ולא קונס קנסות והדברים הם ברורים בהלכה כי אסור לו לדיין לדון ולבדוק בציניותו של האב או של האם..."

מפסוק מפורש: "לא תטה משפט אביוןך בריבו"<sup>450</sup>, כאשר ההלכה הנלמדת ממנו מופיעה גם ברמב"ם. "באו לפניך שניים לדין - אחד כשר ואחד רשע. אל תאמר הואיל ורשע הוא זה וחזקתו משקר וחזקת זה שאינו משנה בדיבורו, אטה הדין על הרשע על זה נאמר לא תטה משפט אביוןך בריבו, אף על פי שהוא אביון במצות לא תטה דינו"<sup>451</sup>. הסוגיה מתומצתת היטב בספר החינוך<sup>452</sup>:

"שלא להטות הדין על אחד מבעלי הדין בשידע שהוא בעל עבירות שנאמר לא תטה משפט אביוןך בריבו. ופירושו שהוא אביון במצות שאין במשמע שיהא אביון בממון שאין צריך לומר שלא יטו עליו הדין לגזול ממנו בעונו אלא נצטוינו שאף על פי שהוא רשע לא יאמר הדין הואיל ורשע הוא אטה עליו את הדין, כי המשפט ברשעים לאלקים הוא ולא לך וכו' שורש הטיית הדין בכל אדם דבר מושכל".

לכן, לכאורה לא ניתן יהיה להטיל קנסות יעודיים על מי שממרה את פי הדיינים, שכן אף אם יש להתייחס אליו כאל רשע, הרי שזו עדיין איננה סיבה מספקת להטיל עליו קנסות. אדרבה, לעיתים הטלת קנסות במצב מעין זה תיצור דווקא את התוצאה ההפוכה לזו שלה מקווה בית הדין. כך במקום יצירת מציאות בה 'כל ישראל ישמעו וייראו', יוצר בית הדין מצב בו הציבור איננו יודע כי מדובר בדין יחידאי לאותו בעל דין סורר, והוא סבור כי זוהי שורת הדין, וכך ראוי לנהוג בכל מקרה דומה<sup>453</sup>. בשל כך גם קבע המהרש"ל<sup>454</sup> כי כאשר דנים דין חריג כ'קנס' יש צורך "לעשות היכרא דאינה מדין תורה".

ואולם, המשנה במסכת בבא בתרא<sup>455</sup> מתארת מקרה בו הוענשו בעלי דין "אמרו לו מעשה באמן של בני רוכל שהיתה חולה ואמרה תנו כבינתי לבתי והיא כשנים עשר מנה ומתה וקיימו את דבריה. אמר להן בני רוכל תקברם אמנו". באותו מקרה קיימו את דבריה של המנוחה אשר היתה שכיב מרע על אף שהיא לא עשתה קניין בפועל. הנימוקים לכך היו "דרשעים היו, והלואי שתקברם אמם כדמפרש טעמא בגמרא. וקנסא הוא דקנסום רבנן לקיים מתנת אמם לבתה בלא קניין"<sup>456</sup>. כלומר בגלל מעשיהם הפסולים של בעלי הדין, בני רוכל, בענייני כלאיים (כפי שמביאה שם הגמרא), קנסו אותם חכמים ודנו את דינם בשונה מהדין הראוי.

המאירי<sup>457</sup>, ככל הנראה בשל הקושי בהסבר זה העמיד את הסוגיה במציאות בה הבנים כלל לא פנו בתביעה לבית הדין, וחכמים רק לא 'התנדבו' להביע את העמדה ההלכתית שהיתה תומכת בבני רוכל. לעומת זאת, בעל ה'תפארת ישראל' על המשנה<sup>458</sup> הלך בדרך אחרת, המסתדרת עם פירושו של הרשב"ם. לשיטתו, האיסור לתת

<sup>450</sup> שמות, כ"ג, ו'.

<sup>451</sup> הלכות סנהדרין, פ"כ, ה"ה. וראה גם בספר המצוות לרמב"ם, מצווה רע"ח. השו"ע העתיק את דבריו של הרמב"ם, והוסיף עליהם: "אלא לעולם יהיו שני בעלי הדין בעיניו כרשעים, ובחזקה שכל אחד מהם טוען שקר, וידון לפי מה שיראה לו מן הדברים" (ח"מ, י"ז, י').

<sup>452</sup> מצווה פ"א.

<sup>453</sup> שדי חמד, אסיפת דינים, מערכת ה', אות ג', 'הטיית דין'.

<sup>454</sup> מובא בחידושי הפלאה, ח"מ, ב', א'.

<sup>455</sup> קניין, ע"ב.

<sup>456</sup> רשב"ם, שם, ד"ה "אמר להן אין מביאין ראייה מבני רוכל".

<sup>457</sup> בית הבחירה, שם, וראה גם בשדי חמד, שם, המדייק גם מדברי רש"י, גיטין, ט"ו, ע"א, ד"ה "תקברם אימם" שבית הדין חשכו עצמם מעיסוק בדין במסגרת הלימוד בבית המדרש, אבל ודאי שאם היו הבנים באים לתבוע בבית הדין – היה זה דן את הדין כראוי.

<sup>458</sup> תפארת ישראל, יכין, בבא בתרא, פ"ט, מ"ז, אות נ"א: "...ונ"ל, דזהו באינו ראוי ברשעתו לקנסו, רק שיחשוב הדין הואיל ורשע הוא וודאי טוען שקר, וראוי להטות עליו הדין, אבל בני רוכל שהחזיקו ברשעתן שזרעו קוצים בכרם, דהו"ל כלאים אליבא דר"א, להכי הודיעום חכמים שאע"פ שהדין עמם יקנסום, והפקר בית דין הפקר". וראה גם בדברי רבינו עובדיה מברטנורא, ד"ה "תקברם אמם": "כלומר אין מביאים ראייה מהם, שרשעים היו, וקנסא קנסו רבנן לבנים לקיים לבת מתנת אמם, אע"פ שלא היה מן הדין".

יחס שונה לרשע הוא בבחינת טענותיו. כלומר, לא ניתן להניח כי ודאי שקר הוא דובר בהתחשב בידיעותיו המוקדמות של הדיין על רשעתו של זה. התחשבות בידיעה זו תהווה הטיית דין. לעומת זאת, במקום שבו חכמים מבקשים לקנוס בעל עבירות על התנהגותו – הרשות בידם לעשות זאת גם בדרך של הטיית דינו לרעתו. תומך נוסף בגישה זו הוא רבי מאיר הלוי אבולעפיה<sup>459</sup>, אשר הבהיר בסוגיה דבני רוכל: "מיהו שמעינן מדרבי אליעזר דמאן דמקיים קוצים בכרם שרי למלטייה ולמקנסייה אפילו דדינא אחרינא, דהא רבי אליעזר קא לייט להו לבני רוכל וקסבר דקיימו דברי אמן קנסא הוא דקנסינהו והפקר ב"ד הפקר".

יצוין כי סוגיה זו אינה עוסקת בעניינים דיוניים. היא מתייחסת בצורה ישירה לאיסורים ועבירות. אנו נבקש לבחון, כדרכנו, בשלב הראשוני את עצם הפסיקה בסוגיה זו, ורק אחר כך נבקש לגזור את המסקנות הרלוונטיות לענייננו ולהפרת הכללים הדיוניים.

מקורות נוספים<sup>460</sup> מצויים בסוגית הגמרא<sup>461</sup> המספרת על רב הונא ש"קץ ידא" למי שנהג להכות את חבירו, כאשר הדין מוצג כחלק מיצירת סייג וגדר וכקנס<sup>462</sup>. המאירי מציין כי יש שביארו שרב הונא לא קצץ ממש את יד החוזר ומכה אלא ענש אותו בדמי ידו, כלומר - בממון<sup>463</sup>. במילים אחרות, רב הונא החמיר עם מי שהיה רגיל להכות את חבירו – הוא קנס אותו בממון על אף שלא נגרם למוכה נזק בשווי זה. בסוגיה אחרת, רב נחמן, שהיה דיין בבבל, גזר את דינו של מי שגזל צמד בקר, והורה כי עליו לא רק להשיבם, אלא גם לשלם לבעליהם את השבח שהפיק מעבודתם. פסיקה זו איננה תואמת את הוראות הדין, ורב נחמן נשאל כיצד השית על המורשע עונש שלא על פי הדין. תשובתו הייתה שכיוון שהמורשע הוא עבריין חוזר, בידו להחמיר עימו – "האי איניש גזלנא עתיקא הוא ובעינא דאיקנסייה"<sup>464</sup>.

הרב בן שמעון<sup>465</sup> הביא ראיה נוספת לגישה זו מסוגית הגמרא בנוגע לקידוש החודש. הגמרא מספרת שם על ניסיון להטעות את בית הדין. "פעם אחת בקשו בייתוסין להטעות את חכמים. שכרו שני בני אדם בד' מאות זוז, אחד משלנו ואחד משלהם. שלהם העיד עדותו ויצא. שלנו, אמרו לו: אמור כיצד ראית את הלבנה. אמר להם: עולה הייתי במעלה אדומים, וראיתי שהוא רבוץ בין ב' סלעים, ראשו דומה לעגל, אזניו דומין לגדי, קרניו דומות לצבי, וזנבו מונחת לו בין ירכותיו, והצצתי בו ונרתעתי ונפלתי לאחורי. ואם אין אתם מאמינים לי - הרי מאתים זוז צרורין לי בסדיני. אמרו לו: מי הזקיקך לכך? אמר להם: שמעתי שבקשו בייתוסים להטעות את חכמים. אמרתי אלך אני, ואודיע להם, שמא יבואו בני אדם שאינם מהוגנין ויטעו את חכמים. אמרו לו: מאתים זוז נתונין לך במתנה, והשוכרך ימתח על העמוד"<sup>466</sup>. ולכאורה, אותו שליח לא מילא את שליחותו, ומן הדין היה שיהיה עליו להחזיר את השכר שקיבל בעבורה. אלא שרש"י מבהיר כי לא היתה בעיה באי השבת הכספים "...אע"פ שלא

<sup>459</sup> יד רמה, בבא בתרא, שם.

<sup>460</sup> למקורות אלו ונוספים ראה שפירא, החמרה.

<sup>461</sup> סנהדרין, נ"ח, ע"ב.

<sup>462</sup> רש"י, שם, ד"ה "קץ ידא".

<sup>463</sup> מאירי, שם, ד"ה "יוכבר בארנו".

<sup>464</sup> בבא קמא, צ"ו, ע"ב.

<sup>465</sup> בן שמעון, שם, 289.

<sup>466</sup> ראש השנה, כ"ב, ע"ב.

השלמת תנאי שלך לשוכרך. **דיש רשות לב"ד לקנוס ממון ולעשותו הפקר**, כדאמרין ביבמות (דף פ"ט:). מנין שהפקר ב"ד הפקר שנאמר וכל אשר לא יבא לשלשת הימים וגוי יחרם כל רכושו וגוי (עזרא יז)<sup>467</sup>.

כך גם קבע הר"י מיגאש להלכה במקרה בו נשכרו עדי שקר, כי הדין הוא שיש לקנוס את השוכרים אם הם מוחזקים בחטא זה (שלוש פעמים) או אם קיים חשש ציבורי שאי-הטלת קנס תביא להתפשטות הנגע של שכירת עדי שקר<sup>468</sup>. אם וככל שנוכל ליצור זיקה בין מי שפוגע בהליך הדיוני באמצעות הבאת עדי שקר, לפגיעות אחרות בהליך הדיוני, ניתן אולי להסיק כי מי שיפגע שלוש פעמים בסדרי הדין (לא כל שכן מי שימרה את פיו של בית הדין) – ניתן יהיה לקונסו, גם ללא תלות כלשהי בחשש החברתי, רק בשל ראייתו כמי שמוחזק בחטאו<sup>469</sup>.

דין זה הובא גם להלכה גם ע"י ר' יעקב ריישר<sup>470</sup> אשר רצה לקנוס מי ששכר עד שקר, אך העד נמנע מלהעיד, שהעד ייפטר מלהשיב לו את שכרו. להלכה אמנם הוא מעורר ספק האם הדין המופיע במסכת ראש השנה איננו ייחודי לאותו דין בו ניסו הבייתוסים להכשיל את קביעת המועדות של כל עם ישראל, אך, על כל פנים, הוא פוסק "שאף כשהיחיד רגיל בדבר עבירה או שעשה דבר עבירה בפרסום במידי דשכיח גם כן מיקרי מיגדר מילתא ויש רשות לבית דין לקונסו"<sup>471</sup>. הדברים נפסקו גם ב'פתחי תשובה'<sup>472</sup> ואצל בעל 'ערוך השולחן'<sup>473</sup>.

גם בסוגיה נוספת ניתן למצוא קנס משמעותי על בעל דין, כאשר **כאן כבר ניתן לראות את התנהלותו של בעל הדין כפגיעה בכללי הדיון**. הגמרא<sup>474</sup> מספרת שמר עוקבא לא רצה לשבת בדין של קרוביו שנתרחקו, על אף שבהתאם לדין הוא היה כשר לשבת בדינם. טענו בעלי הדין שיש להם הוכחה שההלכה שקרוב שנתרחק כשר לדון, וממילא הם ביקשו שידון את דינם. השיב להם מר עוקבא "דלא קאמינא פסילנא לכו לדינא, אלא משום דלא ציתיתו דינא". דהיינו, מר עוקבא הבהיר כי הוא אינו פסול לדון, אך הוא איננו רוצה ואיננו מחויב לדון אותם משום שהם אינם צייתנים לדין<sup>475</sup>. נזכיר שוב, כי בדברנו על 'קנס' אין מדובר דווקא בקנס ממוני, וכל ענישה שהינה חיצונית לסכסוך הישיר שבין הצדדים תיחשב לכזו.

כחלק מדין זה הביא ה'פתחי תשובה'<sup>476</sup> את תשובת הרדב"ז<sup>477</sup> ולפיה כאשר אחד מבעלי הדין מבקש מבית דין יצירת שטר על חובו, הרי שעל בית הדין לבדוק את השאלה האם מי מבעלי הדין הוא אלם, ויש חשש שלא יציית דינא, ובהתאם לשאלה זו תיבחן הזדקקותם של בית הדין לדרישה.

<sup>467</sup> שם, ד"ה "מאתיים זוז נתונים לך במתנה".

<sup>468</sup> שו"ת הר"י מיגאש, סימן קס"א: "כמו שאמרו 'שמעתי שבית דין מכין ועונשין שלא מן התורה ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה וכו' ובתנאי שתהיה השעה צריכה לכך כגון שזה השוכר קדמה לו עשיית פועל כזה פעמיים או שהיה במדינה שעושין בפעל זה, שיש לחוש שאם יתרשלו מלענשם על זה שירבו לעשות כיוצא בו".

<sup>469</sup> יוער, כי שוחטמן, החיוב בהוצאות, רצ"ג, סבר כי יש לאפשר לבית הדין להטיל את החיוב "גם בלא שהייתה מצד בעל הדין כוונת זדון". לרעיון זה קיימת התנגדות אצל אונגר וסיני, חיוב בהוצאות, הע"ש 27, שם הם טוענים כי "דבריו אינם משכנעים, משום שלא מצאנו בכל הדוגמאות לשימוש בסמכות זו הטלת עונש על אדם תם לב כדי להגשים מטרה חברתית" וכי שוחטמן עצמו לא חזר על כך בספרו. מבלי להיכנס לויכוח זה, ההצעה המובאת לעיל הינה הצעת ביניים, המתייחסת אל מי ששב ומתירשל בתום לב כאל מזיד.

<sup>470</sup> שו"ת שבות יעקב, ח"א, סימן קמ"ה. לעניין זה ראה גם שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן כ"ז; שו"ת בית יצחק, אבן העזר, ח"ב, סימן צ"א; חשוקי חמד, סנהדרין, קני"ח-קני"ט ובדברי הרב קנייבסקי המובאים שם.

<sup>471</sup> והוא מביא שכך פסק גם בספרו 'משפטי יעקב'.

<sup>472</sup> חו"מ, סימן ב', ס"ק א'.

<sup>473</sup> חו"מ, ב', א'.

<sup>474</sup> סנהדרין, כ"ט, ע"א.

<sup>475</sup> וראה גם בהגהות אשר"י, פ"ג, סימן כ'.

<sup>476</sup> חו"מ, נ"ג, א'.

ואכן, כך פסק גם בית הדין הרבני הגדול:

”העולה מזה לדינא, שכאשר הדיין רואה שלפניו אינש דלא ציית דינא אין כלפיו מצות עשה לדון ובוזה אין נפ”מ אם נכנס לדין או לאו. נראה ג”כ שאם נראה לדיין שבנדרון זה יהיה הדין לטובת האיש שאינו מצית לדין (כאשר הדין לחובתו) שגם אז הוא פטור מלדון”<sup>478</sup>.

דרך זו הובאה במספר פסקי דין של בית הדין הרבני, וכך, לדוגמא, העיד הרב בן שמעון על עצמו כי השתמש בדין זה בעת שישב כדיין בין אלמנה שרומתה ע”י סוחר ממולח<sup>479</sup>. עם זאת, הוא מבהיר כי תנאי להטלת קנס מעין זה הוא בהודעה מפורשת לנקנס, על כך שהדין השתנה כקנס<sup>480</sup>.

ואכן, דין זה מיושם בנוגע לקנסות כספיים. לא פעם ולא פעמיים בחר בית הדין הרבני להטיל קנסות, לעיתים קנסות בסכום גבוה מאד, על אחד מבעלי הדין אשר לא ציית להוראותיו<sup>481</sup>. בית הדין הרבני גם בחר להביא את שיקוליו הרציונליים במקום בו אחד מבעלי הדין נהג שלא כשורה, ולהכריע בנושאים שבמחלוקת לרעתו של בעל הדין המפר<sup>482</sup>.

דוגמא בולטת לכך מצויה בענייני הריבית שהוזכרו לעיל. כך, קבע הריב”ש<sup>483</sup> באחת מתשובותיו כי במקרה של קנס בגין איחור בתשלום בעיסקת מכר, אין מדובר ב’אגר נטר’, היינו בשכר המתנת מעות, וגם מלכתחילה רשאים הצדדים להתנות על כך שהמאחר יתחייב בקנס. בעקבות זאת קבעו גם פוסקי זמננו כי ריבית המשתלמת בדרך של קנס במציאות שאינה של הלוואה (כגון בעיסקת מכר) – כלל איננה ריבית ומותרת מלכתחילה<sup>484</sup>.

במילים אחרות, גם אם הפיתרונות שהוצעו לעיל לא יהיו מקובלים, הרי שהיכולת לקנוס את מי שאיננו ציית דינא (ובכלל זאת, מי שאיננו מציינת לדין הפרוצדוראלי) הינה דרך טובה לייצר הרתעה הולמת בנוגע לכללים הדיוניים. ודאי וודאי שניתן כך לפגוע בכיסו של בעל הדין אשר העיכוב בבירור הדין נגרם באשמתו. כך, בפרשה שאוזכרה לעיל, כאשר נגבתה ריבית באמצעות הוצאה לפועל ממי שלא ציית לפסק הדין, חיפש ביה”ד פיתרון בנוגע לבעלי דין אשר מתעלמים מהחלטות של בית הדין, וגורמים לבעל הדין שזכה בדין נזק רב, צער ועוגמת נפש (מתוקף סמכות בתי הדין במדינת ישראל, הרי שבדרך כלל מדובר בבעלים המתנערים מחיובי המזונות שלהם).

<sup>477</sup> שו”ת הרדב”ז, ח”א, סימן קט”ו.

<sup>478</sup> פרשת הריבית בהוצאה לפועל, 4 בפסק דינו של הרב איזירר. וראה גם בפסק דינו של הרב מצגר (שם, 10): ”במציאות זו מוטב היה אילו ביה”ד האזורי כלל לא נזקק לתביעת המשיב בתיק זה, כאשר למעשה היה זה המשיב שהזיק את עצמו בכך שלא ציית לדינא. וכן להבא, אם לא ישלם... במועד בהתאם להוראות ביה”ד האזורי, לא יזדקק ביה”ד לתביעותיו בענין הפסדים שיגרמו לו על ידי הוצל”פ”.

<sup>479</sup> בן שמעון, שם, 290-291.

<sup>480</sup> שם, 292. וראה גם בסמ”ע, חו”מ, א’, כ”א; נתיבות המשפט, משפט הכהנים, א’, ט”ז; שו”ת מהר”ם לובלין, סימן קל”ח.

<sup>481</sup> ראה, לדוגמא, בתיק (ת”א) 301551/4, פלוגית נ’ פלוגי (פורסם בנבו, 28.3.07). וראה בהרחבה אצל חי, שם.

<sup>482</sup> תיק (פ”ת) 205421/1, פלוגית נ’ פלוגי (פורסם בנבו, 21.6.11): ”נוסף לכך אילו היתה נעשית שומה לכל שנה, הואיל והאשה לא פרעה את חובה היה צריך להצמיד כל תשלום למדד עד לפרעונו בפועל. פרט לכך אילו קיבל הבעל את השכ”ד המגיע לו בזמנו היה יכול לעשות בכסף מה שהיה חפץ, ורוכש דברים במחיר נמוך יותר, או משלם חיובים המוטלים עליו בלא שיתווספו לחיובים אלה הצמדה וריבית. הפסדים מעין אלה נגרמו לבעל בגין עיכוב תשלום השכ”ד, שלא שילמה האשה מדי חודש בחודשו במשך חמש וחצי שנים”.

<sup>483</sup> שו”ת הריב”ש, סימן שלי”ה. וראה גם בשו”ת הרשב”א, ח”א, סימן תרנ”א.

<sup>484</sup> ברית יהודה, פ”ד, סעי’ א’-ז’. בין הדוגמאות המובאות שם, נציין את המוכר סחורה לחברו בשישים זהובים, אשר קיבל את הכסף עם העיסקה, והתחייב לספק את הסחורה כעבור חצי שנה. במקביל התנה המוכר כי אם הסחורה לא תימסר בתוך חצי שנה, מתחייב הוא לשלם לקונה מאה זהובים. בענין זה נפסק כי הדבר מותר. כך גם מוכר סחורה לחברו בשוויה, והתנה עמו שאם לא יתן המעות לזמן קצוב יוסיף לו סכום קצוב בתורת קנס - אין בכך איסור.

ביה"ד בחן אפשרות להטיל קנס שיעור של הריבית הקבועה בחוק בישראל<sup>485</sup>. חברי בית הדין ביררו זאת גם עם הרב קנייבסקי, שקבע שהדבר מותר לכאורה, "אלא שאין ראוי לעשות כן מפני שנראה כריבית"<sup>486</sup>. בית הדין הרבני פנה גם לרב גלבר (מי שחיבר את הספר 'נתיבות שלום' על הלכות ריבית), וזה השיב לביה"ד כי אין זה ראוי להטיל קנס הנראה 'מעין ריבית', ואולם בליט ברירה – גם פיתרון זה עדיף על מתן אפשרות להמריית פי הדיינים<sup>487</sup>. דעת המיעוט סברה אף היא כי ניתן להטיל קנס חד פעמי בלבד, אך לא להטיל חיוב כספי ההולך ומתרבה עם הזמן, "ומאחר דהוי בדרך איסור - אין בסמכות ביה"ד להתיר איסור גם אם יקראו לו קנס"<sup>488</sup>. למסקנה, איים ביה"ד האיזורי על הסרבן בהטלת קנס ל"תשלום כספי חד פעמי לפי ראות עיני בית הדין". בית הדין הרבני הגדול העיר כי קנס חד פעמי עשוי להפוך את אי הציות למשתלם, לאחר שפעם אחת יקנוס ביה"ד את הסרבן. לעומת זאת, אם ביה"ד ייאלץ לקנוס את הסרבן מספר פעמים הרי שזה יהווה 'זילותא דבי דינא'. לכן ביה"ד הרבני הציע כי האיום יהיה שככל שפסק הדין לא יקוים, הוא יימנע מלדון בתביעות שיגיש הסרבן אם פסק הדין יבוצע באמצעות ההוצאה לפועל ויגרום לסרבן לנזקים כלשהם<sup>489</sup>. הרב יפרח הציע שבאיום יאמר כי כל מה שיפסק בהוצאה לפועל יחשב כשכר טרחת הפונה להוצאה לפועל, ויראו זאת כמחילה מצד הסרבן על סכום זה<sup>490</sup>. הרב מצגר הוסיף כי על מנת שלא תיווצר תחושה שאין לביה"ד סמכות לאכוף את פסקיו, ועל מנת שבית הדין לא ייחשב לערכאה 'חלשה', יש לפרסם קביעה זו ברבים כעובדה מוגמרת<sup>491</sup>. אלא שהרב מצגר בפסק דינו הלך צעד נוסף קדימה. הרב איזירר העיר כי יתכן לראות בהוצאה לפועל כשליח בית הדין, אך הותיר זאת בצע"ג<sup>492</sup>. הרב מצגר, לעומתו, קיבל זאת, הלכה למעשה, וטען כי מדובר בהלכה ותיקה<sup>493</sup>.

<sup>485</sup> פרשת הריבית בהוצאה לפועל – איזורי, 6-7. וראה שו"ע, יו"ד, קע"ז, ט"ו: "המחייב לפרוע לחתנו לנדוניא לזמן פלוני ואם יעכב מלפרוע יוסיף על סך הנדוניא על כל עשרים דינר מהם, שבעה פשיטים בכל חודש - מותר, שזה דומה לנותן מתנה לחבירו ואומר לו אני נותן לך כך וכך לזמן פלוני ואם לא אתן לך לזמן פלוני, עוד אני מוסיף לך כך וכך שהוא - מותר". אך ראה בט"ז, יו"ד, קע"ו, ס"ק ט': "וניל דמ"ש כאן שצריך שיהיה התנאי קודם הנישואין היינו בפעם הראשון שמתקשר עצמו נגד חתנו ליתן לו נדוניא בשעת כתיבת התנאים לחתן כיוון דעד אותו פעם אין שום חיוב עליו, ואי בעי לא יהיב ליה מידי, הוה גם הריבית בכלל המתנה ההיא...". מעניין כי אפלטון הביע עמדה קיצונית לשלילה לגבי הריבית, עד כי סבר שבמקרה של הלוואה בריבית פטור הלווה מלפרוע אף את הקרן (בדומה לשיטתו של רבי מאיר בבבא מציעא, ע"ב, ע"א). למרות זאת, הצדיק אפלטון גביית ריבית כקנס על עיכוב בפרעון חוב. וראה בהרחבה אצל הרב יצחק דב פריז, האם למדו חכמי יוון מתורת ישראל, **הדף השבועי** 563 (בהוצאת אוניברסיטת בר אילן), כי תצא התשס"ד.

<sup>486</sup> שם, 8.

<sup>487</sup> כפי שמצוטט שם: "אמנם לכתחילה אין מן הראוי שבית הדין יקנוס קנסות אלו המותאמים לגביית ההוצאה לפועל הנושאת שם ריבית (אף שכאמור אין זו ריבית), וגם עצם הקנס שמטילים ביה"ד והוא מתרבה עם הזמן נראה כעין ריבית, לכן מן הראוי היה למצוא נוסח של קנס שאינו נראה כריבית. אך אם לא מוצאים נוסח כזה ראוי לכאורה להעדיף את טובת האשה וילדיה על חשש זה (של כריבית) ואל ישתמשו עושי עוולה בטענות שאין בהן ממש מן הדין".

הדברים הולמים גם את דברי הרב שפירא, מבט תורני, 240: "איחור בתשלום של קונה, ניתן לחייב אותו מדין קנס, שכן ריבית הוא תשלום בעד הרווחת זמן, וקנס אינו בגדר זה ובזמן אינפלציה בעל חוב רוצה את ערכו הריאלי של חובו...".

<sup>488</sup> שם, 11-12: "אין ביה"ד רשאי להטיל קנס של ריבית מתרבה, מתמשכת, בהתאם לזמן הפיגורים, דהוי בדרך ריבית מאחר וקשור וכפוף לזמן האיחור, ואין בכח ביה"ד להכשיר איסור ואין לכך תרופה בזה שיקרא קנס. לביה"ד הכח להפקיע ממון מדין הפקר ביה"ד הפקר ולכן בידם לחייב ממון והוא הקנס ובלבד דלא קשור לזמן... ולכן סבור אני שהאמצעי הכספי היחיד שיש ביד ביה"ד לזרז את הבעל חוב לשלם חובו הוא ע"י הטלת קנס חד פעמי משמעותי על החייב ולאחר התראה".

<sup>489</sup> פרשת הריבית בהוצאה לפועל, 4-5.

<sup>490</sup> שם, 6. זאת, בהתאם לשיטתו בנוגע לסוגיית הריבית שהובאה לעיל.

<sup>491</sup> פרשת הריבית בהוצאה לפועל, 16.

<sup>492</sup> פרשת הריבית בהוצאה לפועל, 3.

<sup>493</sup> מעניין שבתיק (גדול) 30684062-22-1, **פלונית נ' פלוני**, לא פורסם (ניתן ביום כ"ד שבט התשס"ו) ההתייחסות אל הפונה להוצאה לפועל למימוש פסק הדין היתה כאל מי "שעושה בפסק הדין שימוש לא ראוי", אם כי גם שם קבע ביה"ד כי "אין זה באחריותנו". ייתכן שהדרך ליישב בין פסקי הדין תהיה באבחנה בין מקרה בו פסק הדין לא ממומש ע"י החייב במשך תקופה משמעותית, אז תיראה הפניה להוצאה לפועל בענייני חיוביות יותר מאשר במקום בו הזדרזו הזוכה ופנה אל ההוצאה לפועל (ייתכן ואף במטרה להרויח את תשלומי הריבית שיקבעו לזכותו).



זאת, כקנס למי שאיננו מקיים את הוראות בית הדין, ומתוך החשש שאם לא יימצא פיתרון זה של 'שליח בית דין' עלול להיווצר חילול השם חמור, ורבים ידירו את רגליהם מבית הדין הרבני, בעוד שבציבור הדתי תתרופף אכיפת פסקי הדין של בית הדין הרבני<sup>494</sup>. לא למותר לציין כי מדובר בסוג החשש אשר מפניו התרענו בפתיחה לפרק זה.

במקרה אחר, קבע בית הדין הרבני שניתן יהיה לחייב בחיוב גדל מצטבר, אם החיוב הוא במובהק בתורת קנס ולא בתורת ריבית: "ונכון הוא, שאם היו קובעים שמי שלא ישלם בזמן ישלם קנס כך וכך, ולא ריבית כמו שכותבים... אז לא היה איסור בדבר"<sup>495</sup>. עם זאת, חשוב להדגיש כי במקרה זה מדובר בהודעות קנס שנשלחו ע"י העיריה כקנס מינהלי, ולא בקנס שנפסק בבית הדין.

הרב יעקב אריאל בבית דינו מצא פיתרון אחר לסוגיה. הרב דן בשכר עבודה שהולך (נושא אשר הוזכר כבר לעיל), ובפיצוי הגבוה הקבוע בחוק הגנת השכר למי ששכרו הולך. הרב אריאל מבין את הצורך החיוני בחוק זה, ולכן הוא קובע:

"סברתי שיש מקום לחייב את המעביד בקנס, אולם לא כריבית מצטברת... הנחתי היא שעצם החוק של הלנת שכר הוא תקנה חיובית שההלכה מכירה בה... לכן לדעתי בית הדין הרבני רשאי לנהוג בגמישות. מצד אחד, הוא מכיר בעצם החוק כתקנה חברתית רצויה, אך מאידך, אינו חייב להכיר בריבית המצטברת כמחייבת אותו באופן מלא, ועליו לבדוק כל מקרה לגופו... רשאי בית הדין לקבוע על דעת עצמו קנס שיביא בחשבון גם את גובה השכר המולך, גם את משך הזמן של ההלנה (מבלי להצמיד את הקנס אוטומטית לזמן) וגם את אשמתו ומצבו הכלכלי של הנתבע, מכיון שאין המדובר בריבית צמודה אלא בקנס, לפי ראות בית הדין הדבר מותר לענ"ד"<sup>496</sup>.

יצוין, כי בסוגיה זו של קנס המחליף את הריבית במקרה בו הולך השכר קיימות דעות נוספות<sup>497</sup>. כך, לדוגמא, סבורים הרבנים הרשלה והיישיריק כי הריבית המשתלמת בהתאם לחוק הגנת השכר מהווה ריבית לכל דבר ועניין, ואסור לעובד לקבלה ולמעביד לשלמה. כך גם נקבע בפסק דין של בית הדין לענייני ממונות בירושלים<sup>498</sup>. הרב שרמן בפסק דין שנתן בבית הדין הרבני<sup>499</sup> דן גם הוא בשאלה זו. לדעתו של הרב שרמן, כאשר עיכוב הכספים לא

לא למותר להזכיר גם את עמדתו של הרב אליהו שפניה להוצאה לפועל לגביית שטרות מותרת לכתחילה. ראה הרב מרדכי אליהו, יחס ההלכה לחוקי מדינת ישראל, **תחומין ג'** (התשמ"ב), 242: "יש תחומים בהם אפשר ומותר לפנות למערכת השלטונית-משפטית. כך הוא ביחס לגביית שטרות, שאנו בעצם פונים להוצאה לפועל, שהיא הזרוע היחידה המבצעת את הגביה".

<sup>494</sup> שם, 13-14: "מדינת ישראל העמידה לרשותנו מערכת ממלכתית - הוצל"פ. מדי יום ביומו יוצאים תחת ידי ביה"ד הרבני עשרות פסקי דין למוזנות, וללא יראת הזרוע הארוכה של הוצל"פ, היה כל איש עושה דין לעצמו, וכל הישר בעיניו יעשה... הנושא שאנו עוסקים בו, נוגע לעצם מעמדם של בתי הדין הרבניים בישראל. מעמד זה אינו רק שאלה של סמכות ויוקרה, אלא שאלה של כבוד התורה והעמדת הדת על תלה... בזה הוא ייחודו של ביה"ד הרבני בארץ ישראל - שהינו המערכת השיפוטית הרבנית היחידה בעולם שיש לה כח אכיפה ממלכתית ומחייבת... בהעדר זרוע זו של הוצל"פ, למעשה הציבור היה מדייר את רגליו מבית הדין הרבני, ומפנה את כל תביעותיו לערכאות מקבילות, מתוך טענה כי בין כה אין לביה"ד הרבני כח לאכוף את פסקיו. הלא בכך היה שם שמים מתחלל ברבים ר"ל, והיו משפטי התורה ללעג ולקלס חלילה. תפקידו של ביה"ד הרבני הוא לשמור על מעמד זה ולחזקו ללא הרף, שכן בכבוד שמים וכבוד התורה עסקינן... העיר הרב איזירר שליט"א כי יש מקום לדון ולומר כי הוצל"פ היא "שליח בית דין כיון שאין זרוע אחרת לביה"ד". אמנם כפי שהעיר, טעם זה ב"צריך עיון גדול", אך כמדומני שעד היום ביה"ד הרבני פעל על פי הבנה זו. לפי תפיסה זו, הנחת יסוד קבועה היא כי ביה"ד הרבני מבקש לקנוס כל אדם שלא מקיים את פסק דינו, והכל מותרים ועומדים על כך, למעט מקרים שבהם ביה"ד יודיע ויפרש אחרת. ונמצא כי הוצל"פ הינה הזרוע המבצעת של קנסות ביה"ד... לפי תפיסה זו, האשה אינה צריכה להחזיר את דמי הרבית... שכן אין כאן רבית ולא גזל, כי אם קנס של ביה"ד, וצ"ע".

<sup>495</sup> פרשת טסלר.

<sup>496</sup> ההדברים מופיעים בהקדמה לספרו של גרשון גרמן, מלך ישראל, ריבונות לדורות בראי ההלכה ומעמדם של חוקי הכנסת בעולמה של ההלכה (בני ברק התשס"ג), כ"א-כ"ב.

<sup>497</sup> ראה בהרחבה בפרשת ברנז, פסקאות 24-38 לפסק הדין.

<sup>498</sup> פסקי דין ירושלים, א', קכ"א.

<sup>499</sup> בתיק (ת"א) 16710/תשמ"ח, פד"ר ט"ו, 240.

נתהווה דרך הלוואה אלא בדרך של כספי שכר עבודה, אין מדובר בריבית דאורייתא אולם הדבר אסור בהיותו ריבית דרבנן. הרב שרמן מדגיש שגם לדעות המתירות קבלת פיצוי בעבור ההפסד או מניעת הרווח שנגרמו מעיכוב השכר, במקום שלכתחילה הסכימו העובד והמעביד על תנאי שכר הכוללים סעיף פיצוי הלנה, והפיצוי כולל לא רק הפסדים ומניעת רווח אלא סכומים גבוהים שמטרתם קנס ואמצעי כפיה על תשלום השכר במועדו, הרי שיש בקנס משום איסור ריבית דרבנן. הדברים מקבלים משנה תוקף כשמדובר בקנס ההולך וגדל ככל שזמן ההלנה מתמשך. לכן, אוסר הרב שרמן באותו מקרה קבלת פיצויי הלנת שכר בהתאם לקבוע בחוק הגנת השכר.

גרמן, לעומת זאת, חולק על הנחות היסוד של הרב שרמן. הוא סבור כי עילת התביעה בגין הלנת שכר אינה על בסיס הסכמה מוקדמת בין הצדדים. לשיטתו, מדובר בתשלום קנס ומאחר שאין מדובר בהלוואה, הרי שאין בתשלום זה כל איסור. המחבר מפנה לכך, שבהלכה קיימים קנסות בעניינים מסוימים המשולמים לנפגע כמו תשלום כפל במקרה של גניבה. כשם שאם הרשות המוסמכת תחליט להשית קנס גבוה על גניבה, אין הדבר בגדר ריבית, כך גם בענייננו כשהקנס נקבע בחוק. גם הרב שטרנברג במאמרו<sup>500</sup> מגיע לתוצאות דומות. בהסתמך על פסקו של הגרש"ז אויערבאך שהוזכר לעיל, קובע הרב שטרנברג כי במקום שהמלווה מעוניין שהחוב יפרע במועד ואין הוא מוכן לדחות התשלום, אין בכך אפילו הערמת רבית. מוסיף הרב שטרנברג, כי איסור הרבית הוא רק כשתשלום היתר על ההלוואה קשור להלוואה ונובע ממנה, אבל כשבית הדין מטיל קנס על הלווה אין בזה איסור. כשקנס נובע מחוק אין מדובר בריבית, אלא בחיוב הנובע מדינא דמלכותא או חיוב על בסיס תקנת הקהל.

לסיכום נקודה זו נסביר שוב. חלק ניכר מהדוגמאות שעסקנו בהן אינן עוסקות בכשלים דיוניים אלא בסוגיות אחרות לגמרי ובהתנהלויות קשות אחרות של בעלי הדין. עם זאת, את העיקרון הבסיסי ניתן בהחלט ללמוד. גם במקום בו קיים קושי הלכתי עקרוני בנקיטת סנקציה מסוימת, הרי שבדרך של קנס יוכל בית הדין לנקוט בסנקציה זו – בין אם מדובר בסנקציה ממונית (הרווחת יותר) ובין אם מדובר בסנקציה ממין אחר – ולהביא בכך את מי שאיננו מציית להוראות הדיוניות לכדי ציות ולהרתיע את כלל הציבור.

## **ה. תקנות**

חשוב להדגיש. כל הדברים שנאמרו עד כה מעוגנים בהלכה כפי שנפסקה בעבר במקרים שונים. מדובר בניסיון להציג כיצד ניתן להשתמש בכלים המוכרים מהבחינה ההלכתית (הן הכלים לגופם והן שימוש בהם באמצעות קנסות), במטרה לאכוף את המשמעת הדיונית ולהוסיף מימד נוסף של יעילות לבתי הדין. ואולם, ניתן במקרה דנן לעשות שימוש בכלי נוסף. כלי שהינו, למעשה, כלי נשק מסוג אחר. מדובר על יכולתם של חכמים להתקין תקנות<sup>501</sup>. חשוב להדגיש כי השימוש בתקנות היא קומה הנבנית מעל קומת הדין ומעל קומת הקנסות. היא יכולה לבוא גם בהיעדרם וגם ככל שהטענות בנוגע אליהן לא תהיינה מקובלות, אך כאשר קומות אלו קיימות הן מקלות

<sup>500</sup> הרב יואב שטרנברג, ריבית והצמדה בשל עיכוב פיצויי פיטורין, תחומין כ"ו (התשס"ו), 384.  
<sup>501</sup> ראה גם אליאש, החקיקה הרבנית; מירון, תגובה; שו"ת כתר, ח"ו, סימן ל"א, 225.

מאד על יכולתם של חכמים להתקין תקנה קבועה, המקבילה לסברה הקיימת כבר בהלכה גם ללא תקנה (בבחינת 'חזי לאיצטרופי').

נזכיר לעניין זה את האזהרה שהוזכרה לעיל של הרב שפירא בנוגע לעדיפות בשימוש בכלי הפרשנות המרחיבה של פסיקות קיימות על פני השימוש בכלי התקנות. שתי הבעיות בשלהן קיים הקושי היחסי להשתמש בתקנות הן השמרנות היסודית המשפיעה מאד על הפסיקה והקושי בשאלת הסמכות לתקן<sup>502</sup>. בנוסף, אין די בתקנה ויש צורך גם בכך שהיא תיושם בפועל ותיעשה למנהג<sup>503</sup>. ואכן, לפחות לגבי אחת הסוגיות העולות בפרקנו, שאלה ההצמדה והאינפלציה, הבהיר הרב שפירא כי בעיניו די בכלי הפרשנות המרחיבה על מנת לפתור את הסוגיה (באמצעות היתר עיסקה, פטור לגופים משפטיים שונים ולמדינה, קנסות ותקנות קדומות על השבת הרווחים)<sup>504</sup>.

לעניין היכולת להתקין תקנות חשוב להבדיל בין איסורים הלכתיים פשוטים, בהם ההלכה קובעת שעם כל הקושי בקיום האיסור, על האדם ללמוד להתמודד עם קשייו. לא זהו המצב בעניינים ממוניים. שם ניתן למחול על ממון ואף לחייב את האדם למחול על ממונו<sup>505</sup>. שם גם יכולים חכמים בדרך של התקנת תקנות ליצור מסגרת נורמטיבית גמישה, המתייחסת לשינויים שחלו במציאות היומיומית (להבדיל משינויים בתפיסה ההלכתית) ובייחוד במציאות הכלכלית ומתאימה את עצמה אליהם<sup>506</sup>. על התקנות להתחשב בשינויים החברתיים בייחוד כאשר מדובר בשינויים 'לרעה'<sup>507</sup>. במשפט המינהלי קיים כלל ידוע ולפיו הרשות והסמכות לעשות דבר הופכת לא פעם לחובה. זאת, בעיקר במקום בו אי הפעלת הסמכות תיצור תוצאות חמורות ובהתייחס לנסיבות המיוחדות באותו מקרה<sup>508</sup>. נדמה שבהיקש ניתן לטעון כי זהו המצב בענייננו וכי, ככל שלא ניתן לפתור את הסוגיה ללא תקנות, הימנעות מהתקנת תקנות כיום אינה ראויה.

כך, לדוגמא, התייחס הרב שפירא לצורך בפיתרון סוגית ה'גרמא':

<sup>502</sup> ראה בהרחבה אליאש, שם, ר"א-רט"ו. הוא מוכיח זאת בעיקר על דרך השלילה באי אימוץ תקנות וכמעט ללא טקסטים הטוענים זאת. הוא גם מציג עמדה המעלה ספיקות האם תקנות הדיון יכולות להיחשב כתקנות קהל, ראה ערעור תשל"ד/49, א. נ' ב., פד"ר י', 3. לעומת זאת, ראה אצל אליהו, מבט תורני, 244-245.

<sup>503</sup> מירון, תגובה, ר"ז: "גישה זו איננה אופינית למשפט העברי שבו למנהג הרווח מעמד חזק יותר מאשר לתקנה ותמיד קיימת האבחנה בין תקנות שפשטו בישראל לבין אלה שלא פשטו בישראל ולכן אינן מחייבות".  
<sup>504</sup> שפירא, שם.

<sup>505</sup> וראה לעניין זה בתירוץ הגמרא בברכות, י"ט, ע"ב: "איסורא מממונא לא ילפינן"; רש"י, שם, ד"ה "ממונא"; תוספות, בבא מציעא, כ', ע"ב, ד"ה "איסורא"; שם, שבועות, ל', ע"ב, ד"ה "אבל", המדגישים כי בממון ניתן לחייב את האדם למחול על ממונו על מנת להשיג תוצאות רצויות; נימוקי יוסף, מגילה, ג', ע"ב, ד"ה "גדול"; חתם סופר, שבת, פ"א, ע"ב, ד"ה "מהו"; שו"ת חתם סופר, או"ח, סימן פ"ב; שו"ת כתב סופר, או"ח, סימן ל"ז.

<sup>506</sup> ראה שוחטמן, מעמדם ההלכתי, 365.

<sup>507</sup> שפירא, שם, 241: "במידה מסוימת על התקנות להתחשב בשינויים החברתיים, בעיקר כשהם מעידים על שינוי לרעה. כבר על הפרוזבול נאמר שהוא נתקן כי נמנעו העם מלהלוות (גיטין, ל"ו, ע"א). כשיש ירידה מוסרית יש צורך בדיני עונשין שלא מן הדין... התורה דברה על יהודים נורמליים, ואז אם אירעה פעם ניבה די בתשלום כפל. עם ירידת הדורות התרחקו מהנורמה של יהודי לפי התורה וגנב כזה דורש "טיפול" נוסף. כיום איננו יהודים נורמליים...".

<sup>508</sup> ראה אהרן ברק, פרשנות תכליתית במשפט, נבו הוצאה לאור, התשס"ג, 397; זמיר, הסמכות המינהלית, כרך א', 322-323; בג"ץ 150/69, רייד נ' מנהל אגף העתיקות והמוזיאונים, פ"ד כד(1), 204 (1970); בג"ץ 3094/93, התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5), 404, 421 (1993); "סמכות הרשות הופכת לסמכות שבחובה"; בג"ץ 2533/97, התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(3), 46, 54 (1997); פיסקה 25 לפסק הדין של השופט לוי בבג"ץ 1067/08, עמותת 'נוער כהלכה' נ' משרד החינוך (פורסם בנבו, 6.8.09). אך ראה בג"ץ 2757/96, הילה אלראי נ' שר הפנים, פ"ד נ(2), 18, 21-22 (1996).

"מקובל היום לחייב גם במקרים של גרמא בניזקין... אך אולי יש מקום להכיר בחקיקה בנושאים אלו... ואם כן בחברה של היום יש מקום להכיר הסדר של תקנות שמחייב תשלום בגרמא, מכיון שהחוב המוסרי בדיני שמים ברור ואין הכפיה בניגוד לרוח התורה..."<sup>509</sup>.

בדומה לכך המליץ הרב שפירא על התקנת תקנות בעניינים שונים, ובכללם עניינים שבסדרי דין, העומדים לכאורה בניגוד להלכה התלמודית, ואשר נועדו לייעל את ההליך בבית הדין ולסייע לדיינים. כדוגמא לתקנה מעין זו ניתן להזכיר את היכולת למנות עורך דין גם לנתבע.<sup>510</sup>

כך, לדוגמא, הציע הרב דיכובסקי לפתור את בעיית הקושי בחיוב ההצמדה:

"דומני כי הפיתרון המלא לסוגית ההצמדה ימצא רק במסגרת תקנות מיוחדות שמן הראוי שגדולי התורה יתקינו, וכפי שנהגו בדורות הקודמים לתקן תקנות כאשר השתנה ערך המטבע והתעוררו בעיות הלכתיות רבות. בימינו שהשינוי אינו מאורע חד פעמי, אלא אירוע יומי שהפך לשיגרת חיים על אחת כמה וכמה"<sup>511</sup>.

ודברים דומים כתב גם הרב ליאור כאשר הוא נשאל על היכולת לאמץ 'הסדרים שאינם תואמים דין תורה' לתוך דיני הממונות:

"כמו כן אפשר לומר אף על רבית. בתנאי אינפלציה המלווה אינו מקבל את ערכו הריאלי של כספו, והממשלה רשאית לחוקק חוק, כי החובות של אזרחיה יהיו צמודים, ליוקר המחיה למשל. המאירי... מדבר על ייסוף או פחות המטבע עד חומש לא רק במשקל כי אם גם בערך, ואומר שגם אז יתן לפי המחיר העכשווי (אולם לחכמת שלמה חו"מ סי' ע"ד בסופו דעה אחרת, עי"ש)"<sup>512</sup>.

בעניין הצורך לחייב בהוצאות יצאה הקריאה לתיקון התקנות מנשיא בית הדין (הרב אליהו) בפסק דין שנתן<sup>513</sup>. יוער, כי הרב אליהו חזר על עמדתו זו גם בהרצאה שנשא<sup>514</sup>. ואכן, היכולת לחייב בהוצאות, בהתאם לשיקול דעתו של בית הדין, נקבעה בתקנות במסגרת תיקון בשנת התשנ"ג. "בית הדין מוסמך לפסוק הוצאות המשפט. הוצאות המשפט כוללות אגרות, תרגום, שכר טרחתו של המורשה וכל הוצאה אחרת שתיראה לביה"ד"<sup>515</sup>.

<sup>509</sup> שפירא, שם, 239-240. וראה גם בהקדמתו לתקנות הדיון התשנ"ג, 2-3.

<sup>510</sup> שם, 240.

<sup>511</sup> דיכובסקי, שם, קי"ב.

<sup>512</sup> ליאור, מבט תורני, 248. וראה גם בדברים שהובאו לעיל מבית דוד, ח"ב, חו"מ, הלכות טוען ונטען, סימן כ"א, וכן אצל שוחטמן, מעמד ההלכה, 365: "תנאי אינפלציה השוררים כיום אינם מהווים חידוש, ותופעת ירידת ערך המטבע אירעה כבר בעבר. חכמי ההלכה נחלצו להגנת נושים שהיו עלולים לאבד את כל כספם, באמצעות תקנות שפזרו את הנזק בין הצדדים. אין כל מניעה שגם חכמי דורנו יפתרו את הבעיה ע"י תקנה, שתיתן מענה הולם למציאות ימינו". וראה לעניין זה אצל אליהו, מבט תורני, 245, הכותב דברים דומים בעניין ההצמדה, אך מדגיש כי אין מקום לתקן גביית ריבית.

<sup>513</sup> ראה ערעור תשל"ד/49, פד"ר י', 3, 14: "ראוי ורצוי הוא שיתקנו תיקון גדול... ויתאספו אלו שבידם לתקן תקנות הקהל ויאמרו ויקבעו באיזה מקרים ובאיזה אופנים יחייבו הוצאות, כדי לצאת מכל הספקות, ולא יוכל לטעון 'קים לי'".

<sup>514</sup> אליהו, שם, 245: "באחד מפסקי הדין... הצעתי לתקן תקנה לחייב הוצאות משפט. עד כה חיוב כזה מופיע בנסיבות של קנס... והצעתי לתקן שיחשב הדבר כגרמי...". וראה בהרחבה גם אצל שוחטמן, החיוב בהוצאות; שו"ת תשובות והנהגות, ח"ד, סימן ש"ג: "וטעם חשוב בדבר כדי להרבות שלום ומשפט בישראל, שאם יוצרך לשלם הוצאות לא יעזו להערים ולהטריח בי דינא בכלום".

<sup>515</sup> תקנה קי"ט(1) לתקנות הדיון. תקנת משנה (2) אף קובעת כי "כל פסק-דין או החלטה הגומרת את הדיון צריכים להכיל החלטה על מי חלות הוצאות המשפט".

לצורך בהתקנת תקנות קיימים גם מקורות נוספים<sup>516</sup>, והוא הוזכר גם בהקשרים נוספים, דוגמת הצורך לאפשר מסירת הזמנה לדין ע"י דואר רשום, הצורך לאפשר חוות דעת מומחה בכתב<sup>517</sup>. מי שכתב אולי יותר מכולם על הצורך בהתקנת תקנות, ועל יכולת ההתקנה שלהן, הוא הרב הרצוג, ששימש כרב הראשי בעת שהוקמה המדינה: "והיות ויש כח ידוע בידני על פי תורתנו הקדושה עצמה לתקן תקנות לתיקון העולם ולמיגדר מילתא, וכמו שיבואר להלן, אף בקביעות עד שיתוקן עולם במלכות שדי; והיות גם כן, ובקשר עם הרבה ענינים שבחיי המסחר והתעשייה, וגם כן בשטחים אחרים מסויימים, דרושות תקנות משפטיות על פי יסודות משפט תורתנו הקדושה לתקן תקנות בשטחים הללו - לפיכך יוטל על ועדה משפטית מוסמכת מורכבת מגדולי התורה, שתהא עובדת בהתייעצות עם מומחים למשפט בכלל [דתיים ובני תורה], לקבוע התקנות הדרושות... ועל פיהן ידונו בתי הדין הממשלתיים היהודיים הנ"ל"<sup>518</sup>.

כך גם כתבו הרב הרצוג והרב עוזיאל בהקדמה לתקנות הדיון:

"ח"ו שנדמה את עצמנו לרבותינו הגאונים... מתקני התקנות הנ"ל<sup>519</sup>... אבל יפתח בדורו כשמואל בדורו, ובכל דור ודור היו מתקנים תקנות כנגד עושי עולה ולתקן העולם ולהעמיד במשפט ארץ, ולמה נגרע אנחנו כשהשעה צרכה לכך?!"<sup>520</sup>.

דברים ברורים בעניין זה, הביא שוחטמן במאמרו. לאחר שהביא חלק מהדוגמאות שהוזכרו כאן, הוא עמד על כך שיש לעשות שימוש בכלי של התקנת תקנות במטרה לסייע לבית הדין הרבני, ולהגן על מעמדו (דבריו נאמרו בהקשר של הוצאות המשפט והצמדת ערך התביעה).

"...מצאנו שאפשר, בדרך של התקנת תקנות, להביא להשוואת מצבו של התובע בבית דין רבני עם מצבו של אותו תובע בבית המשפט הכללי, הרי שלעניות דעתי חובה על רבני ישראל לעשות שימוש בסמכותם, ולהתקין את התקנות הנוספות הנחוצות בהקשר זה..."

במצב הנוכחי, כל זמן שאין המוסדות המוסמכים של ההלכה נותנים את הפתרונות ההלכתיים המתבקשים מצורכי הזמן... קטן הסיכוי לשרש את התופעה של היזקקות לבתי המשפט ולא לבתי הדין הרבניים. רק כאשר יתוקנו התקנות הנדרשות, כאמור, יש סיכוי טוב להגברת תודעת החובה להתדיין בבתי הדין הרבניים במקום שהדבר אפשרי... כדי שחיוב זה יהיה אפקטיבי ביחס לכלל הציבור שומרי המצוות במדינה, או רובו, מוטל על חכמי ההלכה המוסמכים לכך שבדורנו להתקין את התקנות הנחוצות לשם השוואת סיכויי של תובע לממש את מלוא זכויותיו, אם יפנה לבית דין רבני, עם סיכויי במידה שייפנה באותו עניין לבית משפט אזרחי - כל זאת במקום שמבחינת ההלכה אין כל מניעה מלהתקין תקנות כאלו"<sup>521</sup>.

<sup>516</sup> ראה, לדוגמה, בדבריו של הרב בצרי בספרו דיני ממונות, ח"ג, כ"ח-כ"ט, הע"ש 6: "אמנם בזה מתעוררת בעיני, כי בזמן שהאיסורים היו חמורים בעיני בני אדם, די היה באיסור בל תלין כדי להרתיע ולשלם בזמן, ועתה כשנאמר שזה רבית, א"כ במה נוכל להרתיע בני אדם שלא להלין שכר?! אמנם אילו היו ימים כתקנם, היה ראוי לעשות תקנות בזה, וכמו שעשו רבותינו בכל דור ודור, אלא לצערנו השעה אינה כשהיא".

<sup>517</sup> אליהו, מבט תורני, 245.

<sup>518</sup> תחוקה לישראל ע"פ התורה, ח"א, 26. וראה גם שם, ח"ג, 114-117, 126-129, שם עלתה הבעיה האם ניתן להתקין תקנות יש מאין, והרצון להסמיך תקנה 'חדשה' על תקנה 'ותיקה'. וראה גם משפטיך ליעקב, ח"א, סימן כ', אות כ"ג.

<sup>519</sup> הכוונה למתקני תקנות שוי"מ.

<sup>520</sup> הם אף שטבעו את הביטוי: "מנהגנו עושה תקנת ב"ד", ראה אוסף פסקי דין - ורהפטיג, נ'.

<sup>521</sup> שוחטמן, מעמדם ההלכתי, 365-367. כן, הוא מביא שם גם את הדברים הבאים: "הצורך בהתקנת תקנות כדי לעודד אנשים לרצות להתדיין על פי דין תורה... קיים גם ביחס לעניינים מהותיים, שבהם התפיסה המשפטית השוררת כיום בחברה אינה תואמת את ההלכה היהודית. אבל מאחר שמדובר בענייני ממונות - אין כל מניעה שיבואו חכמי ההלכה ויחוללו את השינויים הנחוצים בדרך של התקנת תקנות. דברים אלה אמורים במיוחד באותם עניינים שבהם תנאי הכלכלה והחברה דהיום מחייבים זאת, כאשר מבחינת ההלכה אין כל מניעה עקרונית לכך".

לנוכח כל מה שנאמר בפרק זה, הרי שגם אם ישנו קושי הלכתי במימוש הפיתרונות שהוצעו עד כה בדרך המלך, הרי שוודאי שניתן יהיה לפתור את הבעיות שהוצגו באמצעות התקנת תקנות ספציפיות ברוח פתרונות אלו. כך ניתן יהיה להבטיח את גילוי האמת כמטרת על, אך במקביל, לנסות ולייצר יעילות מקסימלית במערכת, ובכך לייצר צדק דיוני ואף למנוע חשש של הציבור מפניה למערכת בשל אי הצדק האפשרי.

## **1. סיכום**

לסיכום חלק זה של עבודתנו, ניתן לקבוע כי המודל המוצע איננו נקי מקשיים כאשר באים ליישמו במישור ההלכה. עם זאת, ניתן לזהות כי העיקרון המנחה של המודל המוצע (ההגנה מסדר ראשון) הולם היטב את עמדת ההלכה, וגם העקרונות המשמשים את הסדר המשני של המודל, יכולים בהחלט לדור בכפיפה אחת עם העקרונות ההלכתיים. את הפתרונות הפרקטיים, המשמשים כחלק מההגנה המשנית על הערכים במודל המוצע, יש לבחון כל אחד לגופו. עם זאת, הראינו כי רבים מהפיתרונות, כגון שינוי נטלי הראיה, העיקולים והערובה, יוכלו בהחלט לשמש כבר כעת בהתאם לעקרונות ההלכתיים הקיימים. בחלק אחר של הפתרונות, כגון סוגית הריבית, עלות הטרחה והאגרות, הצגנו את הקושי ההלכתי הקיים כיום, אשר מקשה על מימוש כמות שהם. עם זאת, על קשיים אלו ניסינו להתגבר בשלוש דרכים. ראשית, עמדנו על הצדדים ההלכתיים המאפשרים את מימוש הפתרונות הללו. הראינו כי ישנם פוסקים המאפשרים שימוש בפתרונות מעין אלו, ובייחוד בנסיבות מסוימות, ובהן, בין היתר, בנסיבות בהן הדברים אמורים להגן על בית הדין מזילות. שנית, הראינו את כוחו של בית הדין לבצע חלק ניכר מהפתרונות כחלק מסמכותו ליתן קנסות על בעלי הדין המופיעים בפניו. שלישית, הראינו כי גם אם במצב הנוכחי היתה הדרך ההלכתית ליישום הפתרונות חסומה, הרי שניתן לסלול את הדרך באמצעות התקנת תקנות שיאפשרו בצורה מפורשת את מימוש פתרונות אלו.

## פרק תשיעי: בחינת המודל המוצע במשפט הישראלי

”אמת ויציב - אמת עדיף... דברים אלה יפים הם לכל שופט ושופט, הנאבק עם עצמו, והבודק את פסיקתו שלו. בשעותינו הקשות, כאשר אנו בוחנים את עצמנו, כוכב הצפון אשר צריך להדריך אותנו הינו חשיפת האמת המובילה להגשמת הצדק בגדרי המשפט. אל לנו להתבצר בדעותינו הקודמות. עלינו להיות נכונים להודות בטעותנו. בחינה עצמית זו במקרה שלפנינו אינה קלה. האיזון אינו מעשה מכני”<sup>1</sup>.

בדומה לפרק הקודם, כעת נבקש לבחון את המודל המוצע ביחס למציאות בדין ובפסיקה במשפט הישראלי. גם בפרק זה נבחן תחילה את השאלות הערכיות העומדות ביסוד המודל, כשלאחר מכן יבחנו הכלים שאמורים לשמש את בית המשפט במסגרת המודל.

### א. היחס להגנה מסדר ראשון – ערך בירור האמת

עוד קודם שנתייחס לערכים לגופם נבקש להבהיר כי עצם הרעיון העומד ביסוד המודל, של קביעת מידרג ערכי עקרוני, אשר על פיו יפורשו הנורמות הפרטניות, הינו עיקרון מקובל במשפט הישראלי. הדברים קיימים בנורמות בעלות מעמד זהה. כך נקבע כי חוק יסודות התקציב, תשמ”ה-1985, מהווה נורמה גבוהה מחוקי התקציב הפרטניים<sup>2</sup>, וכך גם החלק הכללי בחוק העונשין, תשל”ז-1977, מהווה חלק עקרוני המשפיע על דיני העונשין. ודאי שהדברים ניתנים לביצוע במסגרת נורמות גבוהות יותר (דוגמת היחס בין חוק לתקנות). בנוסף, כפי שהרחבנו כבר לעיל, מידרג ערכי מקובל ברבות ממדינות העולם. המערכת המשפטית הבולטת שבהן היא המערכת האנגלית אשר כוננה ב-1998 את ה-CPR בעקבות דו”ח וולף, אשר קבע את ערכי הפרוצדורה האזרחית במגמה שיגברו על הכללים הפרטניים של סדר הדין<sup>3</sup>. הראינו גם כי חוקים כלליים הקובעים את הערכים על פיהם יפורשו התקנות קיימים גם בארה”ב, קנדה ועוד.

וכעת למידרג עצמו. כפי שכבר הבהרנו לעיל באריכות, המצב הנורמטיבי השורר היום בישראל קובע עדיפות לגילוי האמת על פני ערכים דוגמת יעילות ויציבות, בעת בה מבקש השופט להפעיל את שיקול דעתו. עם זאת, העדפה זו אינה חד משמעית, ובמקרים לא מועטים נקבע כי יש להקפיד על סדרי הדין גם במחיר פגיעה ביכולת גילוי האמת. הזכרנו כבר לעיל, כי ההחלטה בעניין תלויה בעיקר בנסיבות הפרטניות של המקרה. לעומת זאת,

<sup>1</sup> דני”פ 7048/97, פלונים נ’ שר הבטחון, פ”ד נד(1), 721, 744-745 (2000).

<sup>2</sup> ראה בהרחבה בג”ץ 1438/98, התנועה המסורתית נ’ השר לענייני דתות, פ”ד נג(5), 337, 357 (1999): ”ניתן לטעון כי חוק יסודות התקציב וחוק תקציב שנתי אינם עומדים על אותה מדרגה בפירמידה של הנורמות. אכן, גם זה וגם זה מצויים בפירמידה זאת באותה משבצת... אולם גם נורמות המצויות באותה משבצת אינן עומדות בהכרח על אותה מדרגה. בתוך כל משבצת בפירמידה של הנורמות יש מדרגות. כך, למשל, בחוקי יסוד יש הוראות רגילות ויש הוראות משוריינות, ובמסגרת של תחיקת המשנה יש תקנות... המוצאות מכוח תקנות, ולכן הן כפופות לתקנות”. לביקורת על פסק הדין ראה סוזי נבות, הערות על מעמדם הנורמטיבי של חוקי התקציב, המשפט ו (התשס”א), 123. וראה גם בג”ץ 4124/00, ארנן יקותיאלי ז”ל נ’ המשרד לענייני דתות (פורסם בבנו, 14.6.10).

<sup>3</sup> ראה White Book, par. 1.0.2.

המודל אותו הצענו קובע העדפה ברורה וחד משמעית לערך גילוי האמת. ההעדפה היחסית של גילוי האמת מתבטלת עוד יותר בשורה של עניינים בהם שיקול הדעת של בית המשפט מוגבל ואף איננו קיים (לדוגמא, בסוגית ההתיישנות<sup>4</sup>).

על החשיבות של ערכים דוגמת גילוי האמת עמדנו כבר לעיל. בפרק זה נבקש להראות כי מעבר לחשיבות היסודית של גילוי האמת, הרי שישנן סיבות רבות נוספות, בעטיין אנו סבורים כי יש מקום להחיל את המודל המוצע גם במשפט הישראלי. לעניין הניתוח שלהלן יש לזכור כי "בית המשפט הוא אדון לפרוצדורה ולא עבד לה - אין לראותה בבחינת כבלים משעבדים, אלא כמכשיר, שיש להשתמש בו ביד אמן תוך ניצולו הנכון והצודק"<sup>5</sup>.

לצורך ניתוח התאמת המודל למשפט הישראלי נבחן בתחילה את המגמות במשפט הישראלי המבכרות את המהות על הפרוצדורה, את הקשיים הנלווים למתן הערכה מופרזת לערכים דיוניים של סדר, דוגמת יעילות ויציבות (הן בהסתכלות השופט, הן מן הכיוון המערכתי והן מצד הקשיים החברתיים), את הבעייתיות בקביעת תוצאה בינארית, ואת התועלת המפוקפקת במודל כפי שהוא נוהג כיום. רק בשלב השני נבחן את התאמת עקרונות המודל ואת הכלים המוצעים בו לשיטת המשפט הנוהגת בישראל.

#### **א1. המגמה לכיוון המודל כבר קיימת**

##### **א1א. מעבר מפורמליזם לערכים**

כחלק מהמגמה לכיוון המהותי יש להתייחס גם למעבר מפורמליזם לערכים שהתחולל במשפט הכללי ובמשפט הישראלי בפרט. לא נאריך בעניין זה, שכן על נושא זה כתבו כבר מאוטנר ואחרים<sup>6</sup> (אם כי לאחרונה נשמעים גם קולות אחרים בנושא<sup>7</sup>). עם זאת, נסקור את הדברים בקצרה, לנוכח המשמעות הרבה של נושא זה לניתוח המודל המוצע. נקדים ונבהיר כי לפי תפיסתנו המודל המוצע מחויב המציאות כחלק מהמעבר מפורמליזם לערכים. הפורמליזם המשפטי מדומה במקומות רבים ל'גיאוטרמה משפטית'<sup>8</sup>, בשל יצירת איזונים בין הנורמות, כאשר זיהוי הכלל המשפטי הנכון, תלוי בסיווג המקרה לקטגוריה המתאימה<sup>9</sup>. ההליך השיפוטי הוא קביעת הכלל

<sup>4</sup> פרשת תלמוד תורה, 447: "טענת התיישנות... מקורה בהסדר סטטוטורי קשיח אשר בהתקיים תנאה אין היא מותרת שיקול דעת לבית המשפט אם להיענות לה או לדחותה".

<sup>5</sup> ע"א 413/80, פלוגית נ' פלוגי, פ"ד לה(3), 57, 73 (1981).

<sup>6</sup> מאוטנר, ירידת הפורמליזם. להרחבה ראה גם: Morton Horwitz, *The Rise of Legal Formalism*, 19 *The American J. of Leg.*; Ernest J. Weinrib, 'Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law', 97 *Yale L. J.* (1988), 251; History (1975), 251; Duncan Kennedy, 'Legal Formality', 2 *The Journal of Legal Studies* (1973), 351; Schauer, *Formalism*; 949; Richard H. ; Brian Leiter, 'Positivism, Formalism, Realism', 99 *Colum. L. Rev.* (1999), 1138; ("Kennedy, Legal Formality"; Lynn Sharp-paine, 'Instrumentalism'; Pildes, *Root of Formalism: Forms of Formalism*, 66 *U. Chicago L. Rev.* (1999), 607; Cass R. Sunstein, 'Justice Scalia's Democratic v. Formalism: Dissolving the Dichotomy', *Wisconsin L. Rev.* 4 (1978), 997; Steven M. Quevedo, 'Formalist and Instrumentalist Legal Reasoning and Legal Formalism', 107 *Yale L. J.* (1997), 529; Morton Gabriel White, *Social Thought in America – The Revolt Against Theory*, 73 *Cal. L. Rev.* (1985), 119; *Formalism* (Beacon Press, 1957); מדינה, ירידת הפורמליזם; ליאת פרידגוט נצר, פורמליזם שיפוטי בראי הספרות, *משפט וספר* – קובץ מאמרים ועיונים לרגל פרישתו של סגן הנשיא יהושע גרוס מכס השיפוט, (ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, התשס"ז-2007), 377; בנדור, חיי המשפט.

<sup>7</sup> ראה, לדוגמא, בהרצאתו של השופט נעם סולברג, 'שמרו משפט ועשו צדקה', מתוך כנס באוניברסיטת חיפה 'שנת המשפט תשע"ב – סיכום והערכה' (פורסם באתר 'מחלקה ראשונה'), שם הוא מדבר על "עליית הפורמליזם, מיקוד הערכים והערך המוסף".

<sup>8</sup> מנחם מאוטנר, *משפט ותורות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת* (עם עובד, 2008), 146.

<sup>9</sup> רוזן צבי ופישר, מעבר לאזרחי, 495.



הנורמטיבי הראוי ונכונות דרך הפעלתו לאחר בחינת מיקומו האנכי והאופקי<sup>10</sup>. בגישה זו היו שטענו כי אין בין הדין ובין הצדק ולא כלום<sup>11</sup>. בנוסף, ברגיל, ישנה נורמה אשר אמורה לכסות את הבעיה המשפטית הרלוונטית. אם לאו - תפקידו של השופט הוא לחשוף את הנורמה בדרך של אינדוקציה ודדוקציה<sup>12</sup>. הפיתרון צריך לנבוע מהכללים, כאשר בדרך כלל הוא ינבע מ'נורמות שכנות', הכללים השייכים לאותו תחום וקטגוריה משפטית. מערכת המשפט, אם כן, היא מערכת מכנית-טכנית אשר בה ההכרעה המשפטית היא "מדע מדויק... שיישומו המעשי הוא עניין של מיומנות טכנית גרידא"<sup>13</sup>. השופט אמור להיות מקצוען ב'שיפוט', והכישורים העיקריים הנדרשים מהשופט הם בראש ובראשונה בקיאות בנורמות התקפות, ובנוסף, יכולת ניתוח אנליטית לצורך החלת העובדות על הנורמה הרלוונטית, ולצורך ההסקה האינדוקטיבית והדדוקטיבית. אם נבקש לסכם את הפורמליזם במשפט אחד, הרי שמדובר בהפיכת תהליך ההכרעה המשפטית לטכני מכניסטי, ולמעשה – לפרוצדורה<sup>14</sup>.

הגישה ה'ערכית', לעומת זאת, מכירה במגוון רחב הרבה יותר של כללים, ובייחוד 'עקרונות היסוד של השיטה'<sup>15</sup> אשר חלקם כלל אינם כתובים עלי ספר. לגישה זו, עם השתנות המערכת הערכית, משתנה במקביל גם החוק. דינמיות החוק נעשית דרך עבודתו של השופט<sup>16</sup>. ואכן, בכך נוטל השופט גם מעטרתה של הרשות המחוקקת, שכן איזון הערכים "טומן בחובו יסודות אופייניים של חקיקה בגלל שקילה מוקדמת של אינטרסים והכרעה ערכית על סדר עדיפותם לקראת עיצוב הנורמה המשפטית"<sup>17</sup>. בגישה ה'ערכית' על ביהמ"ש להתייחס ליעדים ולתכליות שעמדו ביסוד הזכויות, ולזהות את ההקצאה הצודקת בהתאם למציאות המשתנה<sup>18</sup>. במצב מעין זה התוצאה אינה אוטומטית וברורה מראש, ולבית המשפט מתחם של אפשרויות הכרעה, אשר כולן כאחת – סבירות<sup>19</sup>.

חשוב להדגיש כי המתח בין גישה פורמליסטית לגישה 'ערכית' איננו ייחודי לתורת המשפט. פרופ' מאוטנר עמד באריכות על המתח הקיים בתחומי דעת אחרים, ובהם תורת ההיגיון, התיאוריה של האמנות הפלסטית, תורת הספרות ותורת המוסר והאתיקה<sup>20</sup>.

<sup>10</sup> Kennedy, Legal Formality, 386.

<sup>11</sup> פרלמן, הלוגיקה המשפטית, 58-59.

<sup>12</sup> Kennedy, ; Grey, Langdell's Orthodoxy, 8 ; Robert S. Summers, **Instrumentalism and American Legal Theory** (1982) Weinrib, ibid, 972-972 ; Legal Formality, 395. מאוטנר, ירידת הפורמליזם, 15, משהו זאת לדברי הגמרא על ריש לקיש ורבי מאיר, שנאמר עליהם "עוקר הרים וטוחן זה בזה" (סנהדרין, כ"ד, ע"א). המשל כשלעצמו נפלא, אך, לענ"ד, ההשוואה אינה מדויקת, שכן הניתוח של "עוקר הרים", איננו דווקא ניתוח פורמליסטי, ופעמים רבות מדובר בניתוח של הערכים העומדים מאחורי השיטה. הביטוי "עוקר הרים" בא בהגדה לביטוי "סיני", ובא להדגיש את ההבדל בין הכישורים האנליטיים ויכולת החקירה וההעמקה לכישורי הזיכרון והבקיאות במכלול הנורמות (ראה לדוג' "פליגי בה רבן שמעון בן גמליאל ורבן. חד אמר: סיני עדיף, וחד אמר: עוקר הרים עדיף" (הוריות, י"ד, ע"א).

<sup>13</sup> עלי זלצברגר ופניה עוז זלצברגר, גרמניותו הנסתרת של בית המשפט העליון בישראל, בתוך: **משפט והיסטוריה** (התשנ"ט), 357, 370.

<sup>14</sup> מנחם מאוטנר, **משפט ותרבות**, הוצאת אוניברסיטת בר אילן, התשס"ח, 48-49.

<sup>15</sup> אהרן ברק, עם סיומה של תחילת הדרך, **עיוני משפט** ט"ז (התשנ"ב), 209, 211: "בכך בא שוב לידי ביטוי השוני בין המשפטן הפורמליסט לבין המשפטן שאינו פורמליסט. הראשון אינו מכיר בעקרונות היסוד או ממעיט בחשיבותם, ואילו האחרון מכיר בתפקידים המרכזי בחיי המשפט". וראה גם ע"א 817/79, **אדוארד קוסוי נ' בנק י. ל. פויכטונגר**, פ"ד לח(3), 253, 280, 285 (1984).

<sup>16</sup> ע"א 2000/97, **ניקול לינדורן נ' קרנית** – **קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים**, פ"ד נה(1), 12, 31-33 (1999).

<sup>17</sup> יצחק אנגלרד, תרומת הפסיקה להתפתחויות בדיני הניקיון, **עיוני משפט** י"א (התשמ"ו), 69, 90. וראה גם אצל מאוטנר, משפט ותרבות בישראל, 162-163.

<sup>18</sup> ראה אצל משה זמורה, 'נאומו של הנשיא ד"ר זמורה, בטקס פתיחת בית המשפט העליון', **הפרקליט** ה' (1948), 187, 188: "מרן ורבותי! עבר הזמן שאפשר היה ללכת לפי המימרא הרומאית המפורסמת: *jura novit curia da mihi factum, dabe tibi jus*. היינו "את החוק יודע השופט", או "יתן לי עובדות, אפסוק את דינך". היום השופטים היו צריכים להיות מלאכים כדי לעשות את כל השליחויות האלה... ושופטים רחוקים מלהיות מלאכים".

<sup>19</sup> בג"צ 547/84, **עוף העמק נ' המועצה המקומית רמת-ישי**, פ"ד מ(1), 113, 141 (1986).

<sup>20</sup> מאוטנר, ירידת הפורמליזם, 20-22.

ההשתלשלות ההיסטורית מתאפיינת במחקר המשפטי בתנועת מטוטלת בין הזרמים. כך באמצע המאה התשע-עשרה<sup>21</sup> שלט בכיפה במשפט האמריקאי 'הסגנון המפואר' (The Grand Style), אשר מגמתו היתה להחדיר שיקולים והיבטים, שנחשבו קודם כילבר משפטיים, אל תוך האכסניה השיפוטית<sup>22</sup>. מאוחר יותר עלה כוחו של הפורמליזם המשפטי, בעיקר משנות השבעים של המאה התשע-עשרה ועד שנות הארבעים של המאה העשרים<sup>23</sup>. מאוחר יותר קמה באירופה האסכולה הדוגלת בפרשנות פונקציונאלית וסוציולוגית<sup>24</sup>. הפרשנות הפונקציונאלית מתחשבת במטרות שראה המחוקק לנגד עיניו<sup>25</sup> (ועל כן היא מכונה גם האסכולה ההיסטורית), אך היא אינה מאפשרת התחשבות בערכים השוררים בחברה. הגישה דגלה בתפיסה של מדע המשפט, והם השקיעו מאמצים אינטלקטואליים רבים בזיקוק המשפט לקטגוריות נפרדות. הפן הפורמליסטי בלט במיוחד אצל אנשי האסכולה הפנדקטיסטית. אסכולה זו הולידה את הקוד האזרחי הגרמני (ה-B.G.B.), הבנוי בסדר מובנה, תוך הקפדה שלא תיווצר סתירה וחפיפה בין הנורמות שבקוד<sup>26</sup>. לגישה זו היתה גם השפעה בפסיקה בישראל<sup>27</sup>. עם זאת, הגישה מעוררת קשיים רבים ופעמים רבות מטרת החוק קשה לאיתור<sup>28</sup>, ופרשנות המסתמכת על כך עשויה לחטוא לכוונת המחוקק, ואף לפגוע ביסוד ההסכמה לה זכה החוק כהסדר של פשרה<sup>29</sup>.

<sup>21</sup> עוד קודם לתקופה זו שלטה בכיפה גישת 'המשפט הטבעי' (אשר יסודה עוד בפילוסופים מוקדמים, ותמציתה מצויה אצל קיקרו), שראתה במשפט הטבעי את היסוד הנורמטיבי הראשון במעלה. במאה הייז' הוסיפו לוק והובס מימדים לתפיסה זו. עם זאת ספגה תיאורית המשפט הטבעי ביקורת נוקבת מהפילוסוף, דיוויד יום. למעשה, עד למהפכה הצרפתית ולעיקרון הפרדת הרשויות של מונטסקייה, היה השופט חופשי להיעזר במקורות נוספים על החוק הברור, ואף לנסח חוקים לצורך הדיון הספציפי (חוקים שכוננו *arrets de reglement*), וממילא לא התקיימו לאקונוט. לא נאריך במקום זה בהצגת עמדה זו. להרחבה, ראה: פרלמן, שם, 27, 42; שייך, הפילוסופיה של המשפט, 188-196; שפירא, תורת המשפט, 176-181.

<sup>22</sup> A. Javier Travino, *The Sociology of Law: Classical and Contemporary Perspectives* (New York, St. Martin Press, 1996), 56; Horwitz, *ibid*; Quevedo, *ibid*, 119.

<sup>23</sup> בין היתר ניתן למנות את פרופ' לנגדל, דיקן הפקולטה למשפטים בהרווארד במאה ה-19 (1870-1895), אשר דגל בפן המדעי של המשפט וייסד, הלכה למעשה, את החינוך המשפטי הפורמליסטי. על ברכי גישה זו גדלו משפטנים רבים, והיא אשר היוותה את המסד לשלטונה של הגישה הפורמליסטית במשפט האמריקאי (5, Grey, Langdell's Orthodoxy, שייך, הפילוסופיה של המשפט, 265). במקביל באירופה, בכירי מלומדי מדע המשפט של גרמניה דגלו בפורמליזם כעיקר משמעותי בתורת 'מדע המשפט', והדברים הביאו, כמובן, להקפדה פורמליסטית על כיבוד לשונו של החוק (Mathias Reimann, *Nineteenth Century German Legal Science*, 31 Bos.).

<sup>24</sup> C. L. Rev. (1990), 837, 862; מאוטנר, ירידת הפורמליזם, 17; מאוטנר, משפט ותרבות בישראל, 145). שני נימוקים נוספים, שהביאו לפורמליזם ששרר באותה העת, היו העובדה שבאותה עת שלטה הפרשנות המילולית בכיפה, ולא פחות מכך, הרוח ששררה באירופה לאחר המהפכה הצרפתית, שייצגה התנערות מרשויות השלטון המתנהלות בנימוק מהעם, הריבון, ומתנערות מרצונותיו. הביטוי הקיצוני ביותר לדברים, מצוי, ככל הנראה, בהוראה שהוציאה האסיפה הלאומית לאחר המהפכה הצרפתית (ביום 19 בנובמבר, 1790), ולפיה: "בית המשפט העליון יהיה חייב לשלוח, מדי שנה בשנה, משלחת בת שמונה מחבריו, כדי שיגישו לפני האסיפה הלאומית דין וחשבון על פסקי הדין שנתן, כשכל פסק דין מלווה בתיאור קצר של העניין שנדון ובנוסח החוק שלאורו הוכרע הערעור". פרופ' פורייה מביין כי המשמעות היא שתפקידו של בית המשפט העליון לערעורים הינו פיקוח על אי חריגה מלשון החוק. "פיקוח על החוק, על תוכנו ועל כיבודו בידי השופט ששמע את המשפט לגופו, במטרה להגן על מפעל החקיקה. תפקיד זה, שזכה מפי רובספייר לתואר 'מגן החוקים, המפקח ומשגיח על השופטים'". בעניין זה מאוזכרים גם דבריהם של ואן דה קארקהוף, פרקליט המדינה של בלגיה, ולפיהם: "תפקידו הוא להגן על מפעלו של המחוקק מפני מריים של השופטים. לקיים את אחידותה של החקיקה, על ידי האחדתה של הפסיקה", ושל קורניל, התובע הכללי של בלגיה, ולפיהם: "בית המשפט העליון הוקם כדי לבקר את פסקי הדין שבהם חרגו השופטים, בצורה זו או אחרת, מסמכותם, ושבהם לא הצטמצמו בפסיקת דין בין הצדדים, בסכסוכים שהובאו לפניו, בהתאם להנחיות הכלליות שהאומה קבעה להם באמצעותה של הזרוע המחוקקת...". הדברים מובאים בהרחבה אצל פרלמן, שם, 37-38.

<sup>25</sup> פרלמן, שם, 26.

<sup>26</sup> ד"ר 13/67, "בחן" חברה לביטוח בע"מ חיפה נ' ברוך רוזנצוויג, פ"ד (כב1), 569, 577 (1968).

<sup>27</sup> מאוטנר, ירידת הפורמליזם, 18.

<sup>28</sup> ראה לדוגמה בע"א 10233/04, עיריית יהוד נ' י.ר.א.ב. שירותי נוי 1985 בע"מ (פורסם בנבו; 1.2.06); ע"פ 112/50, גד יוסיפוף נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ה(1), 481, 488 (1951); ע"א 403/72, המרץ - מרכבי מכונות ועבודות מתכת בע"מ נ' צבי גרייב, פ"ד כז(1), 423, 431 (1973); עת"מ (חי) 678/08, עמותת העדה היהודית הספרדית בחיפה נ' עיריית חיפה (פורסם בנבו; 25.3.09).

<sup>29</sup> וראה ע"א 353/54, פקיד השומה למחוז ירושלים נ' חיים קרונוולד, עו"ד, פ"ד ט, 27 (1955); ד"ר 3/62, שר הפנים נ' ג'מאל נגיב מוסא, פ"ד טז, 2467, 2479 (1962); בג"ץ 131/65, יורם סביצקי נ' שר האוצר, פ"ד יט(2), 369, 378-379 (1965); ע"א 370/77, היועץ המשפטי לממשלה נ' בנימין וינטרוב, פ"ד (לב2), 626, 629-631 (1978).

<sup>30</sup> לסקירה ביקורתית על הסובייקטיביות, העמימות וחוסר האמינות של ההיסטוריה החקיקתית, ראה ברק, פרשנות במשפט ב', 400-406.

בהמשך חלחלה גישה ערכית עוד יותר המתייחסת לתכלית החוק ולערכים העומדים ביסוד השיטה<sup>30</sup>. חלוקה סכמטית מדויקת של הזמן אינה בנמצא, והיא מצויה במחלוקת בין החוקרים. הכל מסכימים, עם זאת, שבארה"ב איבדה הגישה הפורמליסטית מכוחה עוד קודם לאובדן כוחה באירופה (ובישראל)<sup>31</sup>. הדברים הלמו היטב את פריצתה, במקביל, של הגישה הריאליסטית. הריאליזם חלק על תפיסות הפורמליזם הן בתיאור המעשי של ההכרעה השיפוטית, והן בנוגע לדרך בה יש להכריע הכרעות משפטיות<sup>32</sup>. בין היתר, הביאה הגישה להחדרת תחומי מדעי החברה והרוח לבתי הספר למשפטים<sup>33</sup>. גישה זו גם הביאה לכך שבתי המשפט בארה"ב נמנעו מפורמליזם, בתקופה שבה הגישה הפורמליסטית שלטה עדיין באירופה בצורה ברורה<sup>34</sup>. מאוחר יותר גבר שלטונה של גישה זו כפי שהראה מאוטנר, והיום הפורמליזם נתפס בדרך כלל כנוקשה, שרירותי ודוגמטי<sup>35</sup>.

כך או כך, המודל המוצע נוטל את הכללים הפורמליסטיים, המאפשרים את מניעת בירור ההליך לגופו בשל הכשל הדיוני, ויוצר גישה לא פורמליסטית המנתחת את הכשל וקובעת סנקציה ההולמת אותו בצורה המיטבית. מודל זה משקף היטב נטישה של הפורמליזם הדוקטרינרי, ומאידך – הגנה משמעותית על הערכים, הן על הערכים של גילוי האמת והן על הערכים הדיוניים דוגמת יעילות ויציבות באמצעות כלים מתאימים. הדברים הולמים גם את המגמה שהבהירה כי מקומן של טענות פורמליסטיות נפגע מאד, וממילא טענות דיוניות רבות הפכו לבעלות תוקף מופחת. מגמה זו גם העידה על "כיוון דרך ברור של מיתון וריכוך עולם המושגים הדיכוטומי, הבלתי מתפשר"<sup>36</sup>. לעניין זה המודל אשר מעשיר את ארגו הכלים של בית המשפט במקרה של הפרה דיונית, ומותיר את ההכרעה

<sup>30</sup> כך, ע"פ השופט זילברג בע"מ 61/48, "זבולון" אגודת יורדי ים נ' יעקב מלך, פ"ד ב, 464, 472-473 (1949): "מתבלטת והולכת בימינו מגמה חדשה: להשתחרר מכבלי הפורמליסמוס של חובת הפירוש הדוקטרינרי, אפילו לגבי הוראות החוק הפלילי, לנהוג חירות במידות החוק נדרש בהן, ולשקלן (תוך תחומי המטרה החוקית) במאזני ההיגיון בלבד... אף דעתנו היא, כי בפירוש החוקים יש לרחוק מסייגים פורמליים, וכי עיקר העיקרים הוא ללכת בדרך הישר, לרדת לעמקו של הדין, ולמצוא ולהגשים את כוונתו הרצויה של החוק".  
<sup>31</sup> מאוטנר, משפט ותרבות, 50, בהע"ש 20. להבנת התהליכים במאה ה-20 יש להעמיק במחקרים היסטוריים וסוציולוגיים של האנושות. עם זאת, אין ספק שהאירועים המשמעותיים, שהשפיעו בצורה דרמטית ביותר על ההיסטוריה של המשפט, היו מלחמת העולם השנייה ומשפטי נירנברג. הטראומה שהותירו חוקי הרייך השלישי הנוראיים, לעומת משפטי נירנברג, שקבעו מפורשות כי ישנם חוקים אשר דגל שחור מתנוסס מעליהם, והותירו חותם של חירות על העולם. בעקבות אלו נחלשה העמדה הפוזיטיביסטית ששלטה בכיפה, והתגברה מאד תפיסת המשפט הטבעי, המבוססת על אריסטו, ולפיה החוק הכתוב אינו חזות הכל, וכי יש להקפיד על שמירת הערכים העומדים ביסוד השיטה ועל זכויות האדם. הראשון בערכים שהיה על בית המשפט ליטול בצקלונו הוא הצדק; וראה גם אצל כהן, פרשנות נאמנה, 5-6: "דין פשוט וברור הוא שהפרשן חב נאמנות למחוקק – והוא ראש וראשון לדורשי הנאמנות, אבל אין זו חובה יחידה המוטלת על הפרשן... ראש הפרשנים, הוא השופט: חב הוא חובת נאמנות גם לדין הבלתי-חקוק, גם לעקרונות המונחים ביסוד השלטון הדימוקרטי, וגם ליושר ולצדק ולמוסר", וראה באריכות שם, 8-11. וראה גם אצל: Lon L. Fuller, 'Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart, 71 Harv. L. Rev. (1957-8), 630, 648 יער-1992, 36, 113 ו-134.

<sup>32</sup> מאוטנר, משפט ותרבות בישראל, 145.

<sup>33</sup> להרחבה ראה מאוטנר, החינוך המשפטי. מאוטנר מדגיש כי נקודה זו גם העלתה את כניסתם של ידידי בית המשפט (Amicus Curiae) להליכים מסוימים, בשל התמצאותם בסוגיות החברתיות הרלוונטיות. בארה"ב ל-92 אחוזים מהתיקים שנידונו בפני ביהמ"ש העליון צורפו תזכירים מטעם ידידי בית המשפט (ראה אהרוני, הידיד האמריקני, 30) וראה לעניין זה גם בפרשת כוזלי, 553.

<sup>34</sup> P. S. Atiyah & Robert S. Summers, **Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions**, (Oxford, 1991)

<sup>35</sup> בנדור, חיי המשפט, 591.

<sup>36</sup> לבנוני, השפיטה, 554. אם כי, למען הסדר הטוב, נציין כי היו גם עמדות שהתנגדו לגישה זו ככל שהדברים נוגעים למישור הדיוני. ראה, לדוגמה, רע"מ 3783/13, **אי די בי חברה לפתוח בע"מ נ' יעל כבירי שמיע** (פורסם בנבו, 5.6.13; להלן: "פרשת אי די בי"): "סבורני, כי עלינו לעשות כל מאמץ לפרש את כללי הפרוצדורה האזרחית באופן המקדם יציבות, ודאות וביטחון ולהימנע ככל האפשר מליצוק לתוכם כללים עמומים המצריכים התדיינות מקדמית...". (פיסקה 13 לפסה"ד). לא למותר לציין כי גם עמדה זו עוסקת דווקא בסוגיות דיוניות, אשר אינן שוללות לחלוטין את יומו של המתדיין בבית המשפט, שכן באותו מקרה נאמר כי "השאלה אינה נוגעת לעצם האפשרות של ערכאת הערעור לבחון אם נפל בהחלטה הפגם... אלא לעיתוי בו תתברר הטענה" (פיסקה 10 לפסה"ד).

הפרטנית לידי של בית המשפט, מאמץ את 'הדגשת יסוד הבחירה בפעולת השיפוט' עליה עמד מאוטנר<sup>37</sup>, ומאפשר לבית המשפט להכריע בדרג המשני בהתאם לנסיבותיו של המקרה.

#### א1(ב). המודל כבר קיים גם בישראל

קביעת המידרג המחייב בסדר הראשוני תהיה, אמנם, מחודשת ביחס לתקנות סדר הדין, ואולם עיון במערכות דינים מקבילות הקיימות בישראל, יגלה את קיומן של הוראות דומות המתבטאות בצורה ברורה בעד גילוי האמת. כך, לדוגמה, קובעים סדרי הדין בבתי הדין המנהליים כי:

"בית הדין לא יפסול הליך, כולו או מקצתו, בשל פגם בסדרי הדין, לרבות אי קיום תקנות אלה, אם לדעתו הפגם לא יגרום

עיוות דין או אם יש אפשרות סבירה לתקן את הפגם בדרך של דחיית דיון או בדרך אחרת"<sup>38</sup>.

יתר על כן. בחינה מעמיקה של תקנות סדרי הדין תצביע על כך שהקביעה בדבר מעמד גילוי האמת בראש פירמידת הערכים מעוגנת, למעשה, גם בהוראות התקנות:

"בית המשפט רשאי בכל עת לתקן כל פגם או טעות בכל הליך, וליתן הוראות בדבר הוצאות או בענינים אחרים ככל שייראה

לו צורך, וחובה לעשות כל התיקונים הדרושים כדי לברר מה הן באמת השאלות השנויות במחלוקת"<sup>39</sup> בין בעלי הדין...

אי קיום תקנות אלה או כל נוהג הקיים אותה שעה אינו פוסל שום הליך, אלא אם כן הורה כך בית המשפט; אך מותר לבטל

הליך, כולו או מקצתו, כהליך שאינו כראוי, או לתקנו, או לנהוג בו בדרך אחרת, כפי שיראה בית המשפט..."<sup>40</sup>.

גם התקנות בנוגע למינוי מומחים קבעו הוראה דומה<sup>41</sup>:

"רשאי בית המשפט להרשות סטייה מהוראות תקנות... אם הוא סבור שהדבר יועיל לעשיית משפט צדק"<sup>42</sup>.

<sup>37</sup> מאוטנר, ירידת הפורמליזם, 71.

<sup>38</sup> תקנה 27 לתקנות בתי דין מנהליים (סדרי דין), תשנ"ב-1992; תקנה 2 לתקנות הגנת הדייר (סדרי הדין בבית הדין לשכירות), תשי"ד-1954: "לא יפסול בית הדין כל הליך על יסוד פגם בסדרי הדין... אלא אם ראה שעליו לעשות כן כדי למנוע עיוות דין ושאינו סעד לטעון טענת הפגם בדרך של דחיית הדיון, או של חיוב בעל הדין השני בהוצאות, או בשתי הדרכים כאחד"; סעי' 47 לצו בדבר ועדות עררים (יהודה והשומרון) (מס' 172), התשכ"ח-1967, תקנות בדבר ועדות עררים (סדרי דין): "הוועדה לא תפסול הליך, כולו או מקצתו, בשל פגם בסדרי הדין, לרבות אי קיום תקנות אלה, אם לדעתה הפגם לא יגרום עיוות דין או אם יש אפשרות סבירה לתקן את הפגם בדרך של דחיית דיון, לרבות תוך הטלת הוצאות, או בדרך אחרת".

<sup>39</sup> חשוב להבהיר כי תקנה זו אינה מעמידה במפורש את גילוי האמת בראש מעייניה, והיא מייצגת את "מבחן הפלוגתאות שבמחלוקת" (ראה בהרחבה אצל שוורץ, סדר, 73-82). למעשה, יכולות לעלות באמצעותה דוקא טענות כוזבות כל עוד הן רלוונטיות ל"שאלות השנויות במחלוקת". עם זאת, נדמה שלא יכולה להיות מחלוקת על כך שמטרתה העיקרית היא להביא לגילוי האמת גם בעת שהתקיימו כשלים דינוניים (גם אם בסיטואציה חריגה היא עשויה להביא לתוצאה הפוכה). ראשית, לעניין זה, ראה בלשונו של שוורץ, שם, 197-198: "אנו מצויים בעידן של התייחסות להליך הדינוני באופן מהותי. האוירה העיונית האמורה גם תתווה את דרך ההתייחסות לדוקטרינה של שינוי חזית, כלומר, נראה כי הקו שינחה יישום הדוקטרינה עוצב על פי דפוס המבחן של הפלוגתאות שבמחלוקת. על פי מבחן זה, חריגה מכתבי הטענות תוכר כשינוי חזית לגיטימי, רק כאשר יש בה כדי לשרת את הצבת הפלוגתאות שבמחלוקת, בירורן וההכרעה בהן", וראה גם ברע"א 9123/05, אדמוב פרוייקטים (89) בע"מ נ' סיטי סטייט מקבוצת אלפו בע"מ (פורסם בנבו, 25.10.07). הדברים בולטים במקרים בהם ביהמ"ש אף קבע שעליו לשקול את מבחן גילוי האמת, "וככל שבית המשפט ישתכנע בדבר... מידת תרומתן האפשרית לגילוי האמת, כך יהיה סלחן יותר..." (ה"פ (ת"א) 23553-09-11, א.צ. ברנוביץ החזקות והשקעות בע"מ (בפירוק) נ' ברנוביץ זהבה (פורסם בנבו, 6.1.13)); "תקנות 524 ו-526 לתקסד"א נקבעו, כדי שביהמ"ש יוכל לתקן כל פגם... כדי שאי קיום הוראות תקסד"א, לא יביא בהכרח לפסלות של הליך, כשחובת הצדק מתירה זאת. הפרוצדורה הינה אחת מעמודי היסוד של מערכת המשפט ויש מקום לקיימה להקפיד עליה ככתבה וכלשונו, ועל מי שלא עומד בה לשאת בתוצאות הנובעות ממחדלו. מאידך מקום בו ניתן עדיין לתקן את הטעות ולא למונע אי צדק לצד השני, בין היתר על ידי פסיקת הוצאות, יש מקום להעדיף את הצדק ואת אפשרות גילוי האמת, על פני הפרוצדורה" (ת"א (מרכז) 18207-01-10, יעקב גזית נ' פז חברת נפט בע"מ (פורסם בנבו, 30.8.11)). שנית, נדמה שגם אם תועלנה טענות כוזבות, הרי שהן תוכלנה, לכל היותר, להיכנס לגדרי חזית הדיון, אך ביהמ"ש יוכל לדחותן בנקל. שלישית, ביהמ"ש הבין את תקנה 524 כחורגת מגדרי 'הרחבת חזית' קלאסית, וכרלוונטית גם להוספת מסמכים, תצהירים, הזמנת עדים ועניינים פרוצדוראליים אחרים (כאשר כותרת התקנה מדברת על "סמכות כללית לתקן פגם"). ראה לעניין זה ת"א (ת"א) 1029/09, קד-קו בניין פיתוח וכבישים (1990) בע"מ נ' מבני גאיה יזום והשקעות בע"מ (פורסם בנבו, 15.1.13; להלן: "פרשת קד-קו"); ה"פ (מרכז) 40881-05-11, מדלין קצב נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה אור יהודה אזור (פורסם בנבו, 28.9.12); ת"א (מרכז) 8349-11-10, EUROSTAR INC נ' זוד שרעבי (פורסם בנבו, 8.9.11); בר"מ 4303/12, תמר אינסלר נ' המועצה האיזורית עמק חפר (פורסם בנבו, 22.11.12).

<sup>40</sup> תקנה 524 (סמכות כללית לתקן פגם בהליך) ותקנה 526 (אי קיום התקנות) לתקנות, בהתאמה. וראה בעניין זה גם בע"א 734/83, חברת השמל לישראל בע"מ נ' שפיר דוידוביץ (שותפות רשומה), פ"ד (לח) 1, 613 (1984).

<sup>41</sup> תקנה 4 לתקנות סדרי הדין (עדות מומחים), תשט"ו-1954. יצוין כי מרבית תקנות אלו בוטלו בינתיים, ובכללן גם תקנה 4. וראה לעניין זה גם בפרשת סהר.

זאת ועוד. ברק טוען כי גם במקומות בהם קיים כלל הפועל, לכאורה, כנגד גילוי האמת, הרי שגם הוא נובע "מנקודת המבט של האמת"<sup>43</sup>. הוא מדגים זאת באמצעות כלל הפוסל ראייה כלשהיא. לכאורה, מגמת גילוי האמת מחייבת התייחסות גם לראיה זו, ואולם המבקשים לפסול לחלוטין את השימוש באותה ראייה יטענו כי ראייה פסולה מקיימת, בדרך כלל<sup>44</sup>, חזקה שהיא אמינה פחות (בשל נסיבות השגתה, נתינתה וכד'), ולכן אנו מגלים "חוסר אמון בעדות זו לחשיפת האמת". ברור שבהתאם לעמדה זו, יש לאמץ כלל דיוני ראשוני השם את גילוי האמת כקודם ליתר כל הערכים.

עם זאת, חשוב להעיר כי נדמה שהעמדת הדברים בצורה כזו יכולה לעמוד רק בעולמם של דיני הראיות, אך לא בכל הנוגע לסדר הדין. נדמה שאיש לא יוכל לטעון שהתעלמות מכתב הגנה שהוגש באיחור, לאחר שכבר הוגשה בקשה לפסק דין בהיעדר הגנה, משקפת חוסר אמון בטענות המופיעות באותו כתב הגנה<sup>45</sup>. הוא הדין לגבי סוגיות דיוניות רבות נוספות. מדובר באופן מובהק בהגנה על ערכים נוספים (דוגמת יעילות, יציבות, כבוד ביהמ"ש ועוד), אשר כבודם במקומם מונח, אך הם בוודאי לא מציבים את גילוי האמת בראשם<sup>46</sup>. כך או כך, העיקרון המבהיר את חשיבות גילוי האמת עומד נכון ויציב בכל דרך שלא יבחנו הדברים.

כחלק מגישה זו של התקנות נקבע הכלל ולפיו "יעדיף בית המשפט את השגת מטרות העיקרית לעשות משפט וצדק על מגמתו לשמור על כללי הפרוצדורה בקפדנות וללא פשרנות מוגזמת"<sup>47</sup>. הדברים נכונים בייחוד במציאות הנוכחית: "המשפט נועד לבירור ענייני של הנושא שבמחלוקת ומחטפים דיוניים אינם סממן לוואי מקובל של תפיסותינו הדיוניות דהאינדא"<sup>48</sup>. כלל זה יושם בשלל סוגיות דיוניות. הוא יושם בנוגע לבעל דין שלא התייצב

---

<sup>42</sup> דוגמאות נוספת מצויות גם בחוק הנכים (תגמולים ושיקום), תשי"ט-1959, הקובע בסעי' 28 כי: "קציני תגמולים וועדות ערעור לא יהיו קשורים בדקדוקי דיון... אלא יפעלו בדרך שתיראה להם כמועילה ביותר לבירור השאלות העומדות לדין..."; סעי' 6(ב) לחוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), תשי"ט-1950; סעי' 26(ב) לחוק חיילים משוחררים (החזרה לעבודה), תשי"ט-1949: "וועדות... לא יהיו קשורות בדקדוקי דיון ובדיני ראייה אלא יפעלו בדרך שתיראה להם כמועילה ביותר לבירור השאלות השנויות במחלוקת"; תקנה 6(ב) לתקנות התביעות של קרבנות השואה (הסדר הטיפול), תשכ"ה-1965. בבית המשפט לענייני משפחה הדברים אף מקבלים משנה תוקף. ראה סעי' 8(א) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה-1995: "בכל ענין של דיני ראיות וסדרי דין, שאין עליו הוראה אחרת, לפי חוק זה, ינהג בית המשפט בדרך הנראית לו הטובה ביותר לעשיית משפט צדק"; תקנה 258(ג) לתקנות: "בית המשפט רשאי לסטות מהוראות שבפרקים אחרים שבתקנות אלה, ולנהוג בדרך הנראית לו הטובה ביותר לעשיית משפט צדק"; פסקה 8 לפסק הדין בע"מ 7784/12, פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 28.7.13); בר"ע (ת"א) 84/96, פלונים נ' אלמוני (פורסם בנבו, 3.11.96); פרשת סנגבי; תמ"ש (ת"א) 6923/06, פ. נ' ש. א. (פורסם בנבו, 7.7.09).

<sup>43</sup> ברק, על משפט, 12-13.

<sup>44</sup> זאת למעט מקרים חריגים בהם הראיה תיפסל, לא בשל חוסר מהימנותה, אלא בשל הדרך הפסולה מאד בה היא הושגה, כדוגמת בה הושג תיעוד וידאו תוך פגיעה בפרטיות. ראה סעי' 32 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981; בג"ץ 6650/04, פלונית נ' בית הדין הרבני האיזורי בנתניה, פ"ד סא(1), 581 (2006). הוא הדין גם במקרים בהם תיפסל הראיה בשל חיסיון, אשר מיועד להגן על ערך אחר. וראה גם סעי' 13 לחוק האזנות סתר, התשל"ט-1979; בג"ץ 1135/02, אנה וזיאל נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נו(6), 14 (2002). לעמדת המשפט העברי בסוגיה ראה בפסקי הדין עליהם נסוב הדין בבג"צים הנ"ל, ובייחוד אצל איתמר ורהפטיג, צנעת אדם - הזכות לפרטיות לאור ההלכה (הוצאת מכון משפטי ארץ, עפרה, התשס"ט), 170-172. וראה גם בפסק דינו של הרב שרמן בתיק 2408/תש"ן, פד"ר י"ד, 289, 292.

<sup>45</sup> גם אם ניתן היה לטעון כי הגשת כתב ההגנה באיחור יוצרת חוסר אמון בתוכנו של כתב ההגנה, הרי שבהתאם לפסיקה ולפיה כתב הגנה שהוגש באיחור אך קודם לעיונו של השופט בבקשה למתן פסק דין – יתקבל ללא כל הבעת אי אמון בו, והנפקות היא רק להגשת הבקשה לפסק דין (ראה גורן, סוגיות, 343; פרשת נחושתן; פרשת עינצי; רע"א 5967/91, ג'ון מיכאל הופמן, קטין נ' גבריאל הופמן, פ"ד מו(1), 784 (1992); פרשת בן טוב) - לא ניתן עוד לטעון כי עצם האיחור בהגשה יוצר חוסר אמון.

<sup>46</sup> יצוין כי בהמשך דבריו ממיר ברק את המושג כללים דיוניים במושג כללי ראיות, וכדבריו "לשם חשיפת האמת על המשפט לגבש אותם כללי ראיות אשר יגבירו את יכולתו של בית המשפט לחדור לחקר האמת. בגיבוש כללי ראיות - בין חקוקים ובין הלכתיים - יש להעמיד את חשיפת האמת כאמת המידה, על פיה ייבחנו הכללים השונים" (שם, 13).

<sup>47</sup> ע"א 32/83, וולט אפל נ' דוד קפח, פ"ד לו(3), 431 (1983); להלן: "פרשת אפלי".

<sup>48</sup> פרשת סהר.

למועדי הדין שנקבעו לו<sup>49</sup>, בנוגע לעדים אשר לא התייצבו לחקירתם<sup>50</sup>, בנוגע לעטות בזהות הנתבעת<sup>51</sup> ושימש ככלל מנחה לשלל הכרעות דיוניות עקרוניות<sup>52</sup>.

### א1ג). בטלות יחסית

גישה אחרת שהינה משמעותית ביותר לאימוץ המודל המוצע הינה גישת הבטלות היחסית (או 'תוצאה יחסית'). בשנים האחרונות עבר המשקל המשפטי מבטלות מוחלטת ל'בטלות יחסית'. לאחר שנים שבהן נקבע באופן קטגורי שפגמים שונים מביאים לחוסר סמכות ולבטלות מעיקרא, פינתה תורת ה'בטלות מעיקרא' את מקומה ל'בטלות היחסית'. בית המשפט אינו נוקט עוד בגישת 'ייקוב הדין את ההר', אלא מעדיף את שקלול ואיזון מכלול הנסיבות. כך, קיימת הבחנה בין עצם קיומו של הפגם לבין תוצאות הפגם.

תורת הבטלות היחסית שולטת עכשיו על כל ענפי המשפט: על המשפט הפלילי, על המשפט המנהלי, על דיני החוזים, על סוגית פסלות שופט ובורר ועל רשימה ארוכה של נושאים נוספים. למעשה, על הכל חלה היום תורת הבטלות היחסית<sup>53</sup>.

הדברים שנאמרו בנוגע לבטלות היחסית במשפט המנהלי הולמים היטב<sup>54</sup> גם את הרציונאליים העומדים מאחורי המודל המוצע:

<sup>49</sup> פרשת אפל; זוסמן, סדרי הדין, 739-738; ע"א 84/81, **צבי גולדפרב נ' אילן גולדפרב, קטין**, פ"ד לו(3), 253, 263 (1982): "אמנם, שומה על בית המשפט לעמוד על המשמר ולהקפיד על קיום הוראות הפרוצדורה על פרטיהן ודקדוקיהן ולמנוע את הזלזול בהן - אך החובה לעשיית דין לגופם של הסכסוכים הקודמת"; רע"א 5357/99, **אריה נדב נ' סלון מרכזי למכונות כביסה וטלוויזיה בבית אל על בע"מ** (פורסם בבנו; 7.11.99); פרשת נדב.  
<sup>50</sup> ע"א 717/72, **זמיר קבלנות כללית בע"מ נ' וולף פטשק**, פ"ד כז(2), 796 (1973).  
<sup>51</sup> פרשת אליהו.

<sup>52</sup> דוגמאות נוספות מצויות גם בכל הנוגע לסנקציות על הפרת החובה לגלות מסמכים לבעל הדין שכנגד, הרי שלמרות הניסוח הדרקוני של התקנה (שהיתה אז תקנה 136 והיום היא תקנה 122) קבע השופט זוסמן, הנחשב לאחד מהשופטים היותר מקפידים על קיום סדרי הדין ככתבם וכלשונם, כי על בית המשפט לגלות גמישות רבה לפני שימחק או ידחה את התביעה. ראה ע"א 444/73, **המועצה המקומית נשר נ' חברת דנו הישראלית**, פ"ד כח(2), 356, 358 (1974): "זהו ענין מצער של בעל-דין... אשר המרה... את פי בית-המשפט "במתכוון ובזדון"... זהו אולי הענין החמור ביותר של אי-מילוי אחר צו גילוי מסמכים שבא לפנינו. מנדלבלית נהג בזדון ובערמה... אכן לשון התקנה היא מחייבת, אך הלכה פסוקה היא שביט-המשפט אינו משתמש בכוחו למחוק הגנה אלא למען השגת המטרה לכופ על בעל דין ציות...". וראה גם בפרשת גלבר, 205: "מקום שניתן להבטיח מילוי הצו בדרכים אחרות, יימנעו בתי המשפט, כמו בעבר, מנקיטת הסנקציה הקיצונית, ומקום שבעל דין עומד במריו או שהוא מזלזל ברורות וגלויות בחובתו ידחו את תובענתו".  
כך גם, לדוגמא, מטילות תקנה 446 חובה על הצדדים לערער להגיש עיקרי טיעון טרם הדין (על המערער להגיש את עיקרי הטענות שלו עד 14 ימים קודם לדין, ועל המשיב להגיש את שלו עד 7 ימים קודם לדין). תקנה זו מקדמת את מגמת היעילות, שכן היא ממקדת את הדין. עיקרי טיעון בערער נועדו כדי להכין את בעל הדין שכנגד לקו הטענות הצפוי בדין, כמו גם כדי לאפשר למוטב שישב בדין לעמוד על הסוגיות המשפטיות העיקריות שידונו, ולבחון את הטענות והאסמכתאות המועלות עוד קודם לדין (גורן, סוגיות, 659). עם זאת, מובן שאי הגשת עיקרי הטענות לא תביא לפגיעה כלשהי בזכויות מהותיות של מי מהצדדים. ביהמ"ש העליון קבע לפיכך, כי זו לא תביא למחיקת הערער (פרט למקרים קיצוניים), אלא אך להטלת הוצאות על מפר התקנה, ובכך לנסות ולשרש את תופעת ההתעלמות מהוראות התקנות (ר"ע 551/83, **דפנה ברגר נ' חיים ונטורה**, פ"ד לח(1), 266 (1984)).  
במקרים אחרים, בייע המחוקק (או מחוקק המשנה) אי נחת מפסיקה פורמליסטית מסוימת, והביא לתיקון ערכי. כך, לדוגמא, במקרים בהם הגיש אדם רשות ערער, במקום בו היתה קיימת לו זכות ערער, קבע ביהמ"ש העליון במספר מקרים כי בכך אבדה זכות הערער של הטועה. ראה לדוגמא ר"ע 75/83, **שמואל בן-דב נ' שטלגרובר - אוטו גרובר ושות'**, פ"ד לז(1), 587, 589 (1983): "אין קיימת **דרך דיונית** להפוך את בקשת הרשות לערער, שהוגשה שלא כהלכה, לכתב ערער, ולא אוכל להיעתר למבוקשו של המבקש בעניין זה", וכן בר"ע 77/77, **כונס הנכסים של דגמית נ' תעשיות עץ וקשת**, פ"ד לב(1), 444 (1977). זאת לעומת רע"א 540/83, **טפרברג נ' כרמלי**, פ"ד לח(3), 111 (1984), שם נקבע כי "המרובה מכיל את המועט, ובעניין זה אין להפריז בפורמאליות". בסופו של יום, תוקנה תקנה 4410, הקובעת מפורשות כי ניתן לתת את זכות הערער למי שביקש רשות ערער, וראה לדוגמא ברע"א 2863/13, **מרינה פטריות הגליל בע"מ נ' יהודה אלפי** (פורסם בבנו, 16.6.13).

<sup>53</sup> וראה אצל דפנה ברק-ארז, 'הבטלות היחסית במשפט המינהלי: על מחירן של זכויות', **ספר יצחק זמיר על משפט, ממשל וחברה** (בעריכת יואב דותן ואריאל בנדור), 283 (התשס"ה). ריכוז ממצה של הפסיקה בעניין זה מצוי בין השאר בע"מ 2273/03, **אי התכלת שותפות כללית נגד החברה להגנת הטבע** (פורסם בבנו; 7.12.06): "אכן, לא כל הפרה מהותית של הדין גוררת בהכרח בטלות. יש להבדיל בין עצם הפגם לבין תוצאותיו. יש לבחון את מהות הפגם, ולהתאים את הסעד הראוי לכלל נסיבות המקרה. הלכת הבטלות היחסית מצטיינת בגמישותה ויעילותה... הרעיון שמאחורי תורת הבטלות היחסית הוא "...הרצון לעשות צדק יחסי עם כל הגורמים העלולים להיות מושפעים מההכרעה בצד מתן משקל הולם למהות אי-החוקיות או הפגיעה שבמעשה הרשות המינהלית, אשר גרר את בטלות ההחלטה" (בג"צ 2758/01, **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' עיריית ירושלים**, פד"י נח(4), 289, 309). וראה גם בבג"צ 2911/94, **סאמי עבדול באקי נ' עמרים קלעג'י, מנכ"ל משרד הפנים**, פד"י מח(5), 291, 306 (1994); בג"צ 3081/95, **רומיאו נ' המועצה המדעית של ההסתדרות הרפואית בישראל**, פ"ד נ(2), 177, 194-195 (1996); פרשת סוסן; רע"א 5445/01, **זקס נגד אינדיגו טכנולוגיות בע"מ**, פ"ד נו(4), 598 (2002): "על-פי עקרון הבטלות היחסית, המקובל עלינו בתחום המשפט המינהלי, נהוג להבחין בין פגם שנפל בהחלטה המינהלית לבין תוצאותיו של הפגם. הוא הדין בתחום דיני הבוררות"; פרשת חיים נתנאל.

"עקרון הבטלות היחסית הוא, בעיקרו, כלי של מדיניות שיפוטית שבידי בית-המשפט להפעילו, או להימנע מהפעלתו, תוך התחשבות בנסיבותיו של המקרה הנתון ובחינת השלכותיהן האפשריות של ההכרעות החלופיות הבאות בחשבון - הכול במטרה להגיע, במידת האפשר, לתוצאה מעשית העושה צדק יחסי עם כלל הגורמים העלולים להיות מושפעים מן ההכרעה, ובהם המתדיינים והרשות הנוגעת בדבר"<sup>55</sup>.

ובמקום אחר הבהיר בית המשפט מתי יש להפעיל את המבחנים של 'התוצאה היחסית':

"לצד הפגיעה בעקרון שילטון החוק חיים ומתקיימים שיקולים ואינטרסים אחרים בעלי-מישקל... כך, למשל: שיקולים הקשורים להסתמכותם של צדדים תמי-לב על מעשים שנעשו; שיקולים של טובת הציבור; שיקולים של צדק חלוקתי; שיקולי שיוויון ועוד שיקולים כיוצא באלה. שיקולים אלה יתמכו לעיתים בקיום מעשה חרף היעשותו בהיעדר סמכות וחרף הפגיעה בשילטון החוק..."<sup>56</sup>.

ניתוח מפורט של עקרונות הבטלות היחסית נערך בפרשת גיספן. באותו מקרה דן בית המשפט העליון בהשלכות שגיאה של בית הדין הצבאי, אשר הטיל על חייל שהורשע עונש על תנאי הגבוה מעונש המקסימום שניתן היה להטיל על אותה העבירה. השאלה היתה האם יש לראות את העונש על תנאי כבטל או שמא יש לתקנו לתקופה המקסימלית המותרת. בית המשפט (בדעת רוב, שהיום משמשת כהלכה ברורה ופשוטה) עמד, תחילה, על יסודותיה של הבטלות היחסית:

"ברור כי לא כל טעות, ואפילו לא כל הפרה מהותית של הדין, גוררות בטלות. יש להבדיל בין עצם הפגם לבין תוצאות הפגם. שיקולים שונים, ובכלל זה שיקולים של צדק אישי ואינטרס ציבורי, עשויים להשפיע על התוצאה ואף למנוע ביטול החלטה פגומה... אמנם, בשעתה הייתה מקובלת התפיסה המסורתית שנקלטה במשפט הישראלי מן המשפט האנגלי, ולפיה חריגה... גורמת בטלות מוחלטת... אולם, לדעתי, תפיסה זאת מעולם לא הייתה ראויה, וודאי שלא הייתה מדויקת. מכל מקום, כיום תפיסה זאת התערערה במידה רבה... במקום ההבחנה החדה... בא לעולם המבחן של בטלות יחסית. לפי מבחן זה יש להבדיל בין הפגם לבין הנפקות. הכלל הקובע מה מותר ומה אסור נמצא במישור אחד, ואילו הסעד על הפרת הכלל נמצא במישור אחר"<sup>57</sup>.

כאן עובר בית המשפט לדון בגישה הראויה אל פגמים וכשלים. בית המשפט מבהיר כי בכל מקרה יש לבחון את כלל נסיבות המקרה ולהתאים את הסעד לנסיבות. השופט זמיר מדמה זאת לרופא המקבל חולה לטיפול. עליו לאבחן את מהות המחלה, אך לשם הטיפול בה עליו לשקול גם את גיל החולה, צרכיו, מחלות אחרות בהן הוא

<sup>54</sup> לדרך טיעון דומה מאד, ראה לבנוני: השפיטה, 573-575.

<sup>55</sup> בג"ץ 10455/02, **בוני אלכסנדר אמיר נגד לשכת עורכי הדין**, פ"ד נז(2), 729, 738-739 (2003).

<sup>56</sup> ע"א 1761/02, **רשות העתיקות נגד מפעלי תחנות בע"מ**, פ"ד ס(4), 545 (2006). וראה גם בכלל המובא שם: "נזכור ונשמור: השכל הישר ותבונת-האדם הם ידידינו הטובים והנאמנים ביותר; נחזיק אותם תמיד באשפה שעל שיכמנו, ולעת פירוש חוק והכרעת-דין נחזיק אותם בידינו כל העת לבחינה אם מניעים הם את ראשיהם בהסכמה לנו".

<sup>57</sup> שם, 684-685. והוא מקנח במשל: "בכל מישור פועלת מערכת שיקולים מיוחדת התואמת את הצרכים והמטרות באותו מישור. לכן אין לשלול את האפשרות שחוסר סמכות לא יוביל בהכרח לבטלות מוחלטת. חוסר סמכות ובטלות מוחלטת אינם תאומי סיאם. ואם היו כך בעבר, אין הכרח שיהיו כך כיום. כיום ניתן להפריד גם בין תאומי סיאם".

חולה, תרופות אותן הוא צורך וכיו"ב. הוא הדין להכרעה המשפטית. יש "להתאים את הסעד לפגם ולנסיבות נוספות של המקרה"<sup>58</sup>.

"המשמעות העיקרית של תורת הבטלות היחסית היא שבכל מקרה שבו נפל פגם משפטי... יש לבדוק את נסיבות המקרה, בראש ובראשונה את מהות הפגם, ולהתאים את הסעד שניתן על-ידי בית-המשפט לכל הנסיבות... אכן, המציאות מורכבת, והתפיסה המסורתית שלפיה כל חריגה מסמכות מובילה לבטלות מוחלטת אינה הולמת את המציאות; היא מתעלמת מן המיוחדות של כל מקרה... תורת הבטלות היחסית מתייחסת למיוחדות של כל מקרה. לצורך זה היא מפרידה בכל מקרה בין הפגם לבין הסעד, ומתאימה את הסעד לא רק לפגם, אלא גם לנסיבות אחרות של המקרה. תורה זאת עושה אינדיווידואליזציה של הסעד. בכך היא גם משקפת את הדין המצוי וגם מבטאת את הדין הרצוי"<sup>59</sup>.

בית המשפט עומד על כך שהקליטה של תורת הבטלות היחסית בקהילה המשפטית היא איטית וקשה. הוא מבהיר כי הדברים נכונים לגבי כל תורה חדשה בתחום המשפט, "ובמיוחד לגבי תורה שיש בה, לפי מהותה, מידה של גמישות וערפול"<sup>60</sup>. עם זאת, הוא מדגיש כי גישה זו הינה מחויבת בשל כל הנימוקים שהוזכרו לעיל. יוער כי גישת הבטלות היחסית שימשה גם לעקרונות אזרחיים קלאסיים. כך, לדוגמא, נקבע כי לעיתים חוזה בטל לא יביא להשבת מלוא הכספים שהועברו מכוחו בשל דוקטרינת הבטלות היחסית<sup>61</sup>.

ומכאן למודל המוצע. גם המודל המוצע יוצר מציאות בה קיים ניתוק בין הפגם הדיוני והנסיבות הנוספות של המקרה. לאחר קביעת הכלל הראשוני המבכר את גילוי האמת, ואת המשך בירור ההליך לגופו, יקבע ה'קנס' הראוי בגין אותו פגם דיוני, וזאת ביחס לנסיבות המחדל הדיוני, לחומרתו ולזלזול שהפגין בעל הדין בערכאה השיפוטית ובצדדים להליך.

#### א1(ד). האיזון בין הערכים

#### א1(ד)1. חשיבות מלאכת האיזון

מלומדים רבים הביעו את העמדה כי עיקר עבודתו של השופט הינה במצבים בהם ישנה התנגדות בין הנורמה הכללית לבין נסיבות המקרה הספציפי. יש שהביעו את העמדה כי בנסיבות מעין אלו על השופט להעדיף במובהק את הנורמה הכללית<sup>62</sup>. אחרים טענו כי על השופט לבחון היטב האם המקרה הספציפי איננו מצביע דווקא על ההכרח בשינוי של הנורמה הכללית<sup>63</sup>. כך או כך, מוסכם כי דווקא המקרים המורכבים, בהם האיזון הנדרש בין הערכים השונים הוא קשה יותר, הם המקרים להם נועד השופט<sup>64</sup>, ובהם מותר השופט מן המכונה השיפוטית<sup>65</sup>.

<sup>58</sup> שם, 686.

<sup>59</sup> שם, 685-686. ועוד: "מבחינה זאת אפשר לדמות אותה לכלל שיקבע כי כל מי שהורשע בגניבה דינו יהיה מאסר שלוש שנים בלי להתחשב בנסיבות המיוחדות של הנאשם או של המקרה. אמנם כלל כזה יהיה בו מן הוודאות, אך לא יהיה בו מן הצדק, והוא אף לא ישרת את טובת הציבור".

<sup>60</sup> שם, 685.

<sup>61</sup> ע"א 6705/04, **בית הרכב בע"מ נ' עיריית ירושלים** (פורסם בנבו, 22.1.09). וראה אצל ברק-ארז, שם, 312-313 איזכורים נוספים של השפעת הכלל על המשפט האזרחי.

<sup>62</sup> Schauer, Playing

<sup>63</sup> אהרן ברק, **שיקול דעת שיפוטי**, (פפירוס, תל אביב, התשמ"ז), 231.

<sup>64</sup> וראה בג"ץ 1635/90, **יוסף ז'רז'ובסקי נ' ראש הממשלה יצחק שמיר**, פ"ד מה(1), 749, 816 (1991): "אין מוסד השפיטה קיים בעיקרו כדי לספק לאנושות תשובות, שנכונותן ניתנת להוכחה בוודאות מאתימאטית; נהפוך הוא, תפקידה האסנציאלי של השפיטה הוא להפעיל, לגבי בעיות ביחסי אדם שאינן ניתנות לקביעת האמת המוחלטת, שיקול-דעת אנושי, שהוא יותר אובייקטיבי, יותר הגיוני, יותר



את היכולת להכריע בין הערכים המתנגשים פותרים בדרך של איזון (Balancing) בין הערכים המתחרים<sup>66</sup>. גם העיסוק הרב של בית המשפט ב'סבירות' וביאדם הסביר' אינם אלא חלק מאותה מלאכת איזון, שכן "הסבירות אינה אלא תהליך של איזון ראוי בין ערכים מתחרים"<sup>67</sup>.

יצוין כי עצם פעולת האיזון חותרת תחת יסודותיו של הפורמליזם המשפטי. זאת משום ש"הליך האיזון כופר בהנחת-יסוד של הפורמליזם המשפטי. ההנחה שלכל בעיה משפטית קיים פתרון אחד נכון, שאליו יוכל להגיע כל מי שדן בבעיה, אם יפעיל באופן נכון את פרוצדורת ההנמקה המשפטית (Legal Reasoning)"<sup>68</sup>.

#### א1(ד)2. האיזון בין צדק ליעילות

כאשר באים לאזן בין הערכים המנוגדים, עומדים לנגד עינינו דבריו של רולס, ולפיהם :

"יש חסינות המבוססת על צדק, אשר אפילו רווחת החברה כולה אינה רשאית להפר. לכן בחברה צודקת, הזכויות המעוגנות

בצדק אינן נתונות למשא ומתן פוליטי או לתחשיב של אינטרסים חברתיים"<sup>69</sup>.

בין ערכים דוגמת יעילות, אמת וצדק, ישורר כמעט תמיד מתח אינהרנטי, ותיווצר התנגשות, לפחות חלקית<sup>70</sup>.

בעת ביצוע האיזון מעמדו של ערך גילוי האמת הוא הבכיר, וכדברי ברק :

"אמת, אין האמת ערך מוחלט. אך באיזון בינו לבין ערכים אחרים, רב משקלו. הדבר מוצא את ביטויו בראש ובראשונה

בנקודת המוצא. הכלל הוא מציאת האמת. ההימנעות מכך בשל הפגיעה בערכים האחרים, היא חריג. והחריגים הם

מעטים. בית המשפט מתייחס אליהם בחשדנות. הוא ממעט להכיר בהם. שנית, כאשר המניעה לגילוי האמת הוא אינטרס

הציבור, בגון שלום הציבור ובטחונו, אין להרשות פגיעה בהגנתו האפקטיבית של הפרט בשל האינטרס הציבורי. הצורך

בקיום שלום הציבור ובטחונו עשוי למנוע גילוי ראייה הפוגעת בשלום הציבור או בבטחונו. צורך זה אסור לו שיפגע

בהגינות של ההליך השיפוטי... שלישית, כאשר המניעה לגילוי האמת הוא אינטרס הפרט... נדרש אינטרס פרטי חזק

במיוחד כדי להצדיק מניעת חשיפתה של האמת כולה"<sup>71</sup>.

דברים דומים ניתן ללמוד מדבריו של הנשיא זמורה :

"כאחד שיצא מצבור עורכי הדין, ויודע את נפשו, אני מרשה לי ליעץ: את המרץ שנהגו לפעמים להשקיע בחיפוש טענות

מוקדמות ובבירור, נכניס להבא לחיפוש מקורות לעצם הענין. לפי דעתי, הטענות המוקדמות האלה, שבהן רוצים לעכב את

---

מנוסה, יותר מתמצא בכללים המקובלים בחברה, יותר מסוגל לאזן את האינטרסים המנוגדים, משיקול-דעתו של כל מוסד אנושי אחר המוכר לנו".

<sup>65</sup> ראה פרידגוט נצר, שם.

<sup>66</sup> ברק, פרשנות במשפט, ח"ג, 71.

<sup>67</sup> ברק, שם, 73.

<sup>68</sup> מאוטנר, ירידת הפורמליזם, 65-67.

<sup>69</sup> Rawls, A Theory, 3. התרגום של פניה עוז-זלצברגר, ג'ון רולס על צדק ושוויון, משפט וממשל ז' (התשס"ה), 459.

<sup>70</sup> ראה Wallace, Judicial Administration.

<sup>71</sup> ברק, על משפט, 15 וראה בהמשך בהרחבה. וראה גם אהרן ברק, 'שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה', הפרקליט מ' (התשנ"ב), 197, 208: "בית המשפט מבקש להיכנס לטרקלין ולא להישאר בפרוזדור, תוך שאיפת הדיון לגילוי האמת. באותה מידה, פגם בהליך שאין בו כדי לגרום לעיוות דין, אינו עילה לפסילת ההליך".

קריאת עצם המשפט, נמשלות לעיתים קרובות לסיגים ולבדילים בכסף המשפט. נצרוף את הסיגים, ונסיר את כל הבדילים,

אחרי כן יקרא למשפט משפט צדק<sup>72</sup>.

ובאמת, לא פעם נקבע בצורה ברורה שערך השגת הצדק עומד הרבה לפני ערכי היעילות, שכן "עשיית הצדק אל לה להיות קרבן על מזבח היעילות"<sup>73</sup>. ביהמ"ש מזכיר זאת ככלל ידוע וברור, ולפיו: "צדק דחוי עדיף על אי צדק מהיר"<sup>74</sup>, וגם בדברי מלומדים מופיעים הדברים ככלל פשוט וידוע, שכמעט ואיננו זקוק להוכחה<sup>75</sup> (אם כי ישנן גם דעות אחרות בנושא זה<sup>76</sup>). בארה"ב, קבע השופט וויט (White) כי: "The Constitution recognizes higher values than speed and efficiency"<sup>77</sup>. זו הסיבה, לשם הדוגמה, שבקשות לתיקון כתב תביעה מתקבלות בידי נדיבה וביליברליות<sup>78</sup>, על אף הדחייה שהן יוצרות בבירור הדין. וכך, בעניינים שונים הועדף בבירור ערך הצדק על פני ערך היעילות<sup>79</sup>. במקרה אחד, ביהמ"ש העליון המליץ להקים ערכאת ערעור על בתי הדין הצבאיים (מתוך הנחת יסוד שזכות הערעור חיונית לבירור האמת), שכן ערכים מהותיים של צדק חייבים לגבור על יעילות:

"אינני שותף לתפיסה המונחת ביסוד ההשקפה, שלפיה יש להציב את המהירות כפשוטה כחזות הכול... הליכים משפטיים צריכים, בדרך כלל, להתחיל ולהסתיים תוך זמן סביר... אולם יעילותם, כוחם והשפעתם של הליכים משפטיים אינם נמדדים רק על-פי משכם. בכל הליך שיפוטי יש, כמקובל, יסודות מהותיים, אשר עליהם אין לוותר בשום תנאי, אף אם יש בקיומם הלכה למעשה כדי להאריך את משך ההליכים במידת מה... דיון משפטי צריך להתנהל ולהסתיים תוך זמן סביר, אך אין הוא מירוץ כנגד הזמן, והחובה לקיים כללים מקובלים של משפט הוגן גוברת על כך"<sup>80</sup>.

<sup>72</sup> זמורה, שם. ההדגשות במקור.

<sup>73</sup> דויטש, על הרפורמה, 131. וראה גם אצל; שטרית, על מי יוטל, 608-609.

<sup>74</sup> ראה לדוגמה אצל טירקל, לקראת "דהומניזציה", 73; המ' 295/59, זבולון כו'הינוף נ' מרים מירום, פ"ד יג(2), 1438, 1440 (1959); ע"א 400/70, יעקב ירקוני נ' עמנואל פרידמן, פ"ד כה(2), 175, 181 (1971); ע"א 430/74, פרידה בסמן נ' גזית תכנון שירותי אדריכלים והנדסה בע"מ, פ"ד כט(1), 228, 234 (1974); ע"א 9099/96, ידיעות אחרונות בע"מ נ' שמואל פירסטנברג, פ"ד נג(5), 1, 12 (1999): "כאן, כמו בצמתים רבים במשפט, נאבקים שיקולים של יעילות ושל צדק... אכן, במאבק זה בין השיקולים יש להעדיף את שיקולי הצדק. כפי שנאמר לא אחת, "לעולם עדיף צדק דחוי על פני אי צדק מהיר". ובמקום אחר אמרתי כי: "מוסכם על כולנו כי אפילו נראה את המשפט כ"מדע של צדק" ואפילו נראה את הצדק מצרך השווה לכל נפש שצריך לספקו מהר ובכמויות גדולות, הצדק הזה צריך להיעשות - ודוקא כאן חשוב להוסיף, גם להראות - כצדק אנושי"; רע"א 6899/99, איידמה פרידל נ' בנק הפועלים בע"מ (פורסם בנבו, 31.10.99); בג"ץ 4057/00, ישקר בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נה(3), 734, 752 (2001); בש"פ 9691/02, גוני קויט נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 17.11.02); ה"פ (ת"א) 1143/02, אילנה שורצבלט נ' פניאן איריס כהן (פורסם בנבו, 22.3.05); ה"פ (י-ם) 2177/03, הלל שוורץ נ' רמת חביב (פורסם בנבו, 5.12.05); ת"א (י-ם), 17473/01, יצחקוב אלכסי נ' חברת א. ברודי בע"מ (פורסם בנבו, 24.9.07); ת"א (ת"א) 45642/06, פזומט מקבוצת פז בע"מ נ' פנינת טל השקעות ובניה בע"מ (פורסם בנבו, 19.8.07); ת"א (ת"א) 35208/04, עאסי מוחמד נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 1.1.07); ת"א (ת"א) 22443/03, סופר חוט פאר בע"מ נ' זורון כהן (פורסם בנבו, 28.9.05); ת"א (ת"א) 218099/02, רון ערן נ' יהלום אסף (פורסם בנבו, 1.3.04).

<sup>75</sup> מאיר שמגר, הרפורמה במערכת בתי המשפט, משפטים כ"ב (התשנ"ג), 196, 197; עודד רביבו, עיון מחודש בהלכת אי-ההתערבות בטעות של בורר בדיון, עלי משפט ו' (התשס"ז), 211, 250-251; שטרית, בעיות ערכיות, 84; שטרית, קווי יסוד, 62; זמיר, חקיקה מינהלית: "הרשות השופטת... אינה רואה את היעילות כמטרה ראשונה במעלה... בתחרות בין צדק ליעילות, היא נותנת עדיפות לצדק".

<sup>76</sup> ראה זמיר, שיקול הצדק, 634, וזאת, למרות דבריו הסותרים לכאורה, המאוזכרים בהערה דלעיל. דויטש, מתי "אמת", טוען כי בענפים משפטיים בהם "אלמנט התכנון הוא עוצמתי במיוחד" ובהם ישנן השפעות רחב של הנורמות בתחום "על כמות גדולה של צדדים מעורבים", דוגמת דיני המיסים ודיני ניירות ערך, יש מקום להעדיף את הוודאות והיעילות על פני הצדק, בעוד שבענפים אחרים, ובראשם המשפט המינהלי, על הצדק לצעוד בראש.

<sup>77</sup> (1972) 405 U.S. 645, 656; *Stanly v. Illinois*, 79; Shetreet, The Administration, 79.

<sup>78</sup> גורן, סוגיות, 152.

<sup>79</sup> ע"א 2781/93, מיאסה עלי דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4), 526, 579 (1999); להלן: "פרשת דעקה": "עלינו לזכור כי עוסקים אנו בדיון מהותי... עלינו לזכור כי בתי המשפט קיימים כדי לעשות משפט. כפי שצינה השופטת נתניהו... "עקרון סופיות הדיון בין שהוא בא להגן על הצד מפני הטרדה ובין שהוא נוטה להגן על בתי המשפט מפני הצפה בפניות לדיון חוזר, הוא אמנם ענין חשוב אבל הוא איננו צריך לגבור על הענין הראשוני, שהוא עשיית הצדק בין שני הצדדים" (ע"א 283/89, עירית חיפה נ' א' מוסקוביץ, פ"ד מז(2), 718, 727).

<sup>80</sup> פרשת ארגיוב, 379-378. וראה גם אצל עמנואל גרוס, מאבקה של דמוקרטיה בטרור - היבטים משפטיים ומוסריים (נבו, הוצאה לאור, התשס"ד), 420-421, 445-455 ו-471-472, המבקר כל ניסיון ליצור סדרי דין מיוחדים לצורך נאשמים בפגיעה בביטחון המדינה ובמעשי טרור מנימוקים אלו.

ברור שמלאכת האיזון אינה יכולה להסתיים במקום בו ההליך נדחה ללא דיון מהותי לגופו, כאשר כל פיתרון ביניים לא מתקבל, זולת במקרים קיצוניים ביותר.

"...on any scale, the barrier to any hearing at all seems a more drastic imposition on justice than potential harm to the quality of the fact-finding process once in court"<sup>81</sup>.

### א1(ד)3. ביטול סעיפי חוק הודות להעדפת הצדק על היעילות

עליונות הצדק על היעילות הגיעה במדינת ישראל עד כדי ביטול סעיפי חוק משיקולים חוקתיים. הכנסת קבעה כי מפוני תוכנית ההתנתקות יאלצו לבחור בין פיצוי במסלול הנורמטיבי (מסלול אחיד המעניק פיצוי בהתאם לשני קריטריונים – גודל הבית וסוג הבניה) לפיצוי במסלול השומה הפרטנית (המתייחס לכל מרכיבי הבית בצורה מדויקת)<sup>82</sup>, וזאת עוד קודם שתתקבל הכרעה מהו הפיצוי המגיע למפונה לפי כל אחד מן המסלולים. בעקבות זאת, עתרו המפונים לבג"ץ בטענה כי מדובר בסעיף לא חוקתי. המדינה טענה כי החובה לבחור את המסלול המועדף נובעת משיקולי יעילות מערכתית. המפונים מצידם טענו כי העדפת ערך היעילות על פני זכותם לבצע בחירה מושכלת פוגעת בצורה לא מידתית בזכויותיהם החוקתיות.

לאחר דיון ארוך וממצה קבע ביהמ"ש העליון כי העדפה זו אינה חוקתית<sup>83</sup>, וזאת לאחר שסקר פסיקה משווה רבה בתחום<sup>84</sup>. בעקבות זאת נקבע כי הבחירה בין המסלולים תיערך רק לאחר שהגוף המנהלי (ועדת הזכאות) יכריע

<sup>81</sup> Stephen V. O'Neil, 'Accrual of Statutes of Limitations: California's Discovery Exceptions Swallow the Rule', 68 Cal. L. Rev. (1980), 106, 119.

<sup>82</sup> סעי' 37(ה) לחוק יישום תוכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005.

<sup>83</sup> פרשת המועצה האיזורית חוף עזה, 638: "סעיף 37(ה) מצביע תנאי... כי "מי שבחר בפיצוי לפי שומה פרטנית אינו רשאי לחזור בו מבחירתו". תנאי זה מעורר בעינינו קושי חוקתי של ממש... בקובעו את הפיצויים הסטטוטוריים כאמור גילה המחוקק את דעתו כי בעיניו הם "פיצויים הוגנים וראויים, בנסיבותיו המיוחדות של העניין". נוכח הנחת מוצא זו אין מנוס מן המסקנה כי ההוראה שבסעיף 37(ה) עלולה לשלול מזכאי מסלול א' או ב' שבחרו במסלול שומה פרטנית, פיצוי הוגן וראוי על-פי מסלול הזכאות המקורי שעל דרישותיו ענו, אם יתברר כי הפיצוי על-פי מסלול השומה הפרטנית נופל מן הפיצוי הסטטוטורי".

<sup>84</sup> שם, 638-640: "האם נימוקים אלה, שישודם בשיקולי יעילות אדמיניסטרטיבית, יכולים להצדיק הסדר שיש בו כדי לשלול מזכאי... את הפיצויים הסטטוטוריים... המהווים תנאי למידתיות הפגיעה בזכויותיהם הקנייניות? לדעתנו... התשובה לשאלה זו כמו מתבקשת מאלה. עמד על כך א' ברק, בציינו: "...שיטת משפט המגנה על זכויות אדם ונותנת להן מעמד חוקתי, אינה מוכנה לאפשר פגיעה בזכויות אלה מטעמים של נוחות מינהלית או חסכוניות כספיים גרידא... ברוח זו נפסק כי תכלית ראויה אינה יכולה להימצא "בחיסכון הכספי כשלעצמו"... בחינה של משפט השוואתי תלמד כי גישה זו, שלפיה הצורך בהגנת זכויות חוקתיות גובר על שיקולים של יעילות ונוחות מינהלית, אומצה באופן עקבי בשורה ארוכה של מדינות. כך למשל במסגרת פירושו של הסעיף הראשון לצירטר הקנדי, שכותרתו היא Guarantee of Rights and Freedoms, נקבע כי:

"...the guarantees of the Charter would be illusory if they could be ignored because it was administratively convenient to do so. No doubt considerable time and money can be saved by adopting administrative procedures which ignore the principles of fundamental justice but such an argument, in my view, misses the point of the exercise under s. 1... a balance of administrative convenience does not override the need to adhere to these principles" (Singh v. M.E.I. (1985), at pp. 218-219).

ובפרשה קנדית נוספת צוין, כי:

"...administrative convenience... is rarely if ever an objective of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right" (R. v. Schwartz (1988), at p. 472; see also Hogg supra, at pp. 887-889). אותה גישה עצמה אימץ גם בית המשפט החוקתי של דרום אפריקה (ראו Bel Porto School Governing Body v. Premier, Western Cape (2002), para. 170). המשפט האמריקני אימץ אף הוא את הגישה העקרונית שלפיה שיקולי יעילות ונוחות מינהליים אינם משמשים הצדקה לפגיעה בזכויות חוקתיות אשר רמת הבדיקה שלהן דומה לזו החלה בענייננו. עמד על כך בית המשפט העליון של ארצות הברית, בקובעו:

"...our prior decisions make clear that, although efficacious administration of governmental programs is not without some importance, 'the Constitution recognizes higher values than speed and efficiency'... And when we enter the realm of 'strict judicial scrutiny,' there can be no doubt that 'administrative convenience' is not a shibboleth, the mere

מהי השומה הראויה בכל אחד מהמסלולים. לענין, הדברים ראויים ונכונים כאשר בוחנים את התנהלות הגוף המנהלי, והם נכונים על אחת כמה וכמה כאשר מדובר ברשות השופטת עצמה. מציאות בה הרשות השופטת דורשת נורמה מוסרית כלשהי מהרשות המבצעת, אך מסרבת לאמצה בעצמה – היא בלתי מתקבלת על הדעת בעליל. חשוב להדגיש כי מעבר לשורה ארוכה של הכרעות הקובעות, הלכה למעשה, העדפה לערכי היעילות על פני גילוי האמת<sup>85</sup>, הרי שבפסק דין אחד העיד השופט כי הנחיית יועצי הנהלת בתי המשפט הינה להעדיף מתן פסק דין מהיר ביעילות, גם במחיר טעויות מהותיות בפסק הדין<sup>86</sup>.

#### א1(ה). אמון הציבור

בנוסף לכל אלו, הובע החשש ולפיו דווקא עמדה המסתגרת מאחורי הנוקשות של החוק, ומביאה לתוצאות שאינן צודקות בהכרח, תביא להפחתת האמון הציבורי, ולתחושה ציבורית כי הפורמליזם הינו שטיח, אשר תחתיו ניתן להחביא כל אבק מטריד<sup>87</sup>. למעשה, הפסיקה חזרה כמה פעמים על הקביעה, לפיה דווקא הקפדה נוקשה על כללים פרוצדוראליים, מביאה להפחתת את אמון בציבור ביכולתו של בית המשפט להביא צדק<sup>88</sup>.

#### א1(ו). הקשר בין המשפט הדיוני הפלילי והאזרחי

כחלק מהנטיה לכיוון המהותי, יש מקום לציין את התעצמות השיח החוקתי והשפעתו על שדה המשפט הדיוני האזרחי. לעצם השיח החוקתי וזכות הגשה לערכאות התייחסו כבר לעיל, ואולם, כחלק משיח זה קיימת גם קירבה בין ההליך הדיוני הפלילי לזה האזרחי. על ביטוי לזיקה האמיצה הקיימת בין המשפט הדיוני הפלילי והאזרחי מתוך השפעת המשפט החוקתי, הצביע מנשה:

אכן המהלך ההיסטורי שבו נתון המשפט הישראלי בשנים האחרונות נאמן לזיקה האמורה. לצד הקונסטיטיונליזציה של הדין האזרחי מתרחשת אף קונסטיטיונליזציה של הדין הפלילי. אם אכן יקרום המהלך הזה עור וגידים, הרי שבשנים הקרובות אנו צפויים לקרבה נורמטיבית הולכת וגוברת בין ההליכים הפליליים להליכים האזרחיים<sup>89</sup>.

לעניין זה, נזכיר כי במשפט הפלילי כלל גילוי האמת גובר על יתר הערכים המתנגשים בו במהלך בירור המשפט<sup>90</sup>.

---

recitation of which dictates constitutionality" (Frontiero v. Richardson (1973), at p. 690; see also L.W. Abramson "Equal Protection and Administrative Convenience").

המשפט הניר-זילנדי מבחין בהקשר זה בין הכרח מינהלי (administrative necessity), שעשוי לגבור במקרים מסוימים גם על זכויות יסוד, לבין נוחות מינהלית (administrative convenience), שאין בכוחה לגבור על זכויות יסוד...".

<sup>85</sup> מעבר לדוגמאות שכבר הובאו בעבודה, ראה, לדוגמא, גם ברע"א 6115/12, קל-בנין בע"מ נ' אינטל אלקטרוניקה בע"מ (פורסם בנבו, 26.8.12); ע"א 5124/90, ורדה אברהים איוב נ' נסראת אניס ח-טיב, פ"ד מו(5), 834 (1992).

<sup>86</sup> ת"א (ת"א) 44579/08, אברהם כהן נ' איילון בע"מ - חברה לבטוח (פורסם בנבו, 29.12.12): "לפני כמה זמן אימצתי את תובנות

היועצים הארגוניים של הנהלת בתי המשפט הסבורים שעל השופט להיות SATISFICER ולא OPTIMIZER... אין ספק שבחירת הדרך של SATISFICER מביאה לצידה יתרונות רבים הן לצדדים שבתיק במניעת סחבת והן לצדדים בתיקים האחרים הממתינים לתורם וסובלים מעינוי דין. דרך זו גם מאפשרת שמיעת דיונים ברצף ומתן פסקי דין כשנושא המחלוקת טרי בזיכרונו של השופט. אך אליה וקוץ בה. לצד יתרונות אלו, החיסרון הברור והמוחשי הוא בעליה ההסתברותית של פגמים וטעויות בפסקי הדין. סביר להניח שצמצום הזמן שמוקדש לעיון חוזר בכל החומר שבתיק כגון פרוטוקולים ומוצגים, בהתעמקות בטיעוני הצדדים, במחקר המשפטי, בהתייעצויות ובשקלא וטריא עד לכתיבת פסק הדין ובמספר הטיטות לפני הנוסח הסופי, יכולה להביא בהחלט לטעויות".

<sup>87</sup> וראה בג"צ 2148/94, גלברט אמנון נ' כבוד נשיא בית המשפט העליון, פ"ד מח(3), 573, 606 (1994): "אל לנו ליצור רושם כי מטאטאים אנו אי חוקיות מתחת לשטיח הפורמליזם".

<sup>88</sup> וראה, לדוגמא, בפרשת קניר, 516-517.

<sup>89</sup> מנשה, סדר דין, 238.

<sup>90</sup> פרשת מועדי, 261: "ניגוד זה שבין האמת המשפטית לאמת העובדתית צריך שיהא בבחינת יוצא מן הכלל, באותם עניינים שבהם עלה מלפני המחוקק, שהשמירה על ערכים-אינטרסים מסוימים עדיפה וחשובה בעיניו מגילוי האמת העובדתית. אך משלא קיימת הוראה מפורשת בדבר קיומו של יוצא מן הכלל כאמור, הכלל הוא, כי "המערכת המשפטית משתדלת היא להתאים, ככל האפשר, את

בנוסף למגמות אשר הוצגו עד כה, המתייחסות לנעשה בישראל, יש מקום להבהיר כי מגמות אלו עולות בקנה אחד עם המגמות שבאו לידי ביטוי בשיטות משפט אחרות, כמו זו שבארצות הברית.<sup>91</sup> מחקרים אמפיריים שבוצעו שם לימדו כי לבתי המשפט יש נטייה טבעית להתעלם מפגמים שבסדרי דין, כאשר המשמעות המעשית של הפעלת הסנקציה בגין פגמים אלו – הינה ביטול ההליך כולו. בהתאם לאותם מחקרים, דיון לגופו של הסכסוך חרף הפגמים הדיוניים עדיף על קיום הכללים הדיוניים על חשבון הדיון לגופו של הסכסוך.<sup>92</sup> חלק מגישה זו נשענת גם על הרצון שלא לחייב את בעל הדין בתוצאות מחדליו של פרקליטו,<sup>93</sup> ואולי גם על ניסיון של השופטים (שהם בדרך כלל עורכי דין לשעבר) להגן על מחדליהם של עורכי הדין.<sup>94</sup>

גם התפיסה כי על גילוי האמת לשמש כמטרה העיקרית של ההליך השיפוטי עולה משורה ארוכה של מאמרים במחקר העולמי,<sup>95</sup> ודברים דומים נקבעו גם ע"י בית הלורדים באנגליה בנוגע לחשש מפגיעה בגילוי האמת משיקולי יעילות.<sup>96</sup>

השופט Wallace מתייחס לשאלה של יעילות אל מול החובה לנהל משפט הוגן ומסכם, כי גם אם קיימת אי יעילות מסוימת הנובעת מהחובה לנהל הליך הוגן, הליך שהוא בלתי אחיד, משתנה מתיק לתיק, על-פי שיקול דעתו של השופט, אי היעילות הזו לא צריכה להימדד במדדים של חברה עסקית, כיוון שמטרתה היא מתן משפט הוגן ושמירה על זכויות הפרט. כלומר חשוב שהמשפט יהיה הוגן, גם אם כתוצאה מכך, תיפגע במידה מסוימת היעילות.<sup>97</sup>

"When judges, in the name of judicial autonomy, defend these necessary inefficiencies and demonstrate a reluctance to change, the reluctance should not be viewed as mere

עקרונית לאמת שבמציאות, והרשות השיפוטית מיישמת את דרכי בירורה כדי להגיע במידה מרבית לבירורה של האמת העובדתית... אמנם כן... "אין שיטה של עשיית צדק בפלילים, המעריכה את האמת מעל לכל שיקול אחר... אך הייתי מוסיף ואומר, שבדרך כלל עשיית צדק מחייבת הערכת האמת מעל לכל שיקול אחר, ורק במקרים יוצאים מן הכלל ניתן להעדיף שיקולים ערכיים אחרים על פני הערכת האמת וגילוייה. ובדרך כלל צריך שיוצאים מן הכלל אלה יהיו קבועים במפורש בחוק". וראה הלוי, מגמות התפתחות, 142-150. ואולם, במקרים מסוימים נקבע כי זכות הנאשם להליך הוגן וחשיבות הגינות ההליך הפלילי יגברו על ערך גילוי האמת. לעניין זה ראה רע"פ 10141/09, **אברהם בן חיים נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 6.3.12); ע"פ 5121/98, **טור' (מיל') רפאל יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד סא(1), 461 (2006).

<sup>91</sup> קרייני, הגילוי המוקדם, 565-566.

<sup>92</sup> William A. Glaser, **Pretrial Discovery and 'Developments in the Law – Discovery'**, 74 **Harv. L. Rev.** (1961), 940, 991

**the Adversary System** (1968), 155-156

<sup>93</sup> קרייני, שם, 566.

<sup>94</sup> Brazil, **The Adversary**, 1343

<sup>95</sup> ראה לדוגמה: Philip Shuchman, 'The Question of Lawyers' Deceit', 53 ; Frankel, **The Search ; Fiss, Against Settlement** ; Fred C. Zacharias, **Reconciling Professionalism and Client Interests**, 36 **Wm. & Mary L. Rev.** ; **Conn. B.J.** (1979), 101 ; Nancy A. Welsh, 'Making Deals in Court-Connected ; Leubsdorf, **Constitutional Civil Procedure** ; (1995), 1303 ; Nancy A. ; ('Welsh, Making Deals' (להלן: 'Welsh, Making Deals'), 79 **Wash. U. L. Q.** (2001), 787 ; Welsh, 'The Thinning Vision of Self-Determination in Court-Annexed Mediation: The Inevitable Price of Institutionalization?', 6 **Harv. Negot. L. Rev.** (2001), 1

<sup>96</sup> "...it could not be right to allow : **Malik v. Bank of Credit and Commerce International SA** [1997] 3 All E.R. 1

<sup>97</sup> "floodgates" arguments of this nature to stand in the way of claims which, as a matter of ordinary legal principle, are well founded". פרשת מחמד.

obstreperousness. The reluctance is motivated rather by the basic belief, held by most judges, that the system can work effectively to provide justice only so long a judges are free and independent in their ultimate decision making process"<sup>98</sup>.

## 2א. הקושי הנפשי של השופט בהכרעתו

סוגיה משמעותית נוספת הינה ברמת ההשלמה הנפשית של השופט עם ההכרעה השיפוטית שלו. כאן נבקש להקדים את מהות הטענה בקצרה, עוד קודם לפירוט אשר יובא בהמשך. העיקרון שיוצג להלן הוא כי במקום בו הכללים מחייבים את השופט לפסוק בניגוד למגמה הטבעית של בירור האמת, הרי שהדבר יביא פעמים רבות לאחת משתי תוצאות, אשר שתיהן כאחת אינן רצויות. או שהשופט יכריע בהתאם לכלל הדיוני הדווקני, ויותר עם מורת רוח פנימית מהכרעתו, אשר יתלוו לה נקיפות מצפון קשות, או שהוא יחפש דרך 'להימלט' מקשיותו של הכלל, ויצור חריגים דחוקים, אשר יפגמו בערכי הוודאות והיעילות מחד, ויביאו לפסיקה מפלה ושרירותית מאידך. אימוץ המודל המוצע, לעומת זאת, יביא להשלמה נפשית של השופט עם פסק דינו כתוצאה מיכולת בירור האמת, ובמקביל לתוספת בוודאות כתוצאה מהבניית שיקול הדעת של השופט.

לעניין זה, ישנה כתיבה רבה על המועקה הרובצת על השופט בבואו לפסוק פסיקה אשר מנוגדת לתחושת הצדק הטבעי שלו, וזאת כחלק מהצורך של בני האדם ליצור תמונת מצב קוהרנטית של העולם סביבם<sup>99</sup>. כחלק מסוגיה זו קיימת גם תחושת הצדק והיושר (ex aequo et bono) של השופט, אשר מגלה משמעות גם בענפי משפט נוספים<sup>100</sup>, אך ידועה לה משמעות מיוחדת במתח שבין גילוי האמת והיעילות הדיונית, ומשכך היא מהווה חלק בלתי נפרד מהכללים הדיוניים. בהתאם להבנה זו, סוגיות דיוניות מוכרעות פעמים רבות תוך התחשבות גם בתחושת הצדק של השופט היושב בהרכב ובנסיבות המוצגות בפניו<sup>101</sup>.

<sup>98</sup> Wallace, Judicial Administration

<sup>99</sup> להרחבה ראה: Leon Festinger, **A Theory of Cognitive Dissonance** (1957); Elliot Aronson, 'Back to the Future: Retrospective Review of Leon Festinger's A Theory of Cognitive Dissonance', 110 **Am. J. Psy.** 127 (1997), 129 Boaz; Shnoor, 'Loss of Chance: A Behavioral Analysis of the Difference between Medical Negligence and Toxic Torts, 33 **Am. J. Trial Advocacy** (2009), 71, 100-101; בועז שנור, 'הלכה ואין מורין כן: על היחס בין קביעת הלכה משפטית להכרעת הדין במקרה ספציפי, **עלי משפט** י' (התשע"ג), 7, 20-21.

<sup>100</sup> ראה ע"א 827/76, **ישראל נ' בנק הפועלים**, פ"ד לב(1), 153 (1977); פרשת אדרס; ע"א 588/87, **אליעזר כהן נ' צבי שמש**, פ"ד מה(5), 297, 316-317 (1991): "ביסודה מושתתת חובת ההשבה במשפטנו על תפיסתו של הלורד מנספילד... מטרה ההשבה, לפי תפיסה זו, היא למנוע התעשרות בלתי צודקת, על-פי מבחן תחושת הצדק והיושר... באותה מידה עצמה, מונחת תפיסה זו גם ביסוד הסדרי ההשבה הספציפיים שקבע המחוקק בחוקים שונים, בכללם אלה המסדירים את חובת ההשבה בין צדדים לחוזה"; **Moses v. Macferlan**, 676 All E.R. 97 (1760).

<sup>101</sup> ראה, לדוגמא, בפרשת זונטג, 125; רע"א 4038/09, **גיל ברונשטיין נ' ד"ר בלינדר ג'ורג' - מ.א.ר בע"מ** (פורסם בנבו, 19.7.09); רע"א 9075/05, **עזבון המנוחה לילי לוינ ז"ל נ' עירית הרצליה** (פורסם בנבו, 16.2.06; להלן: "פרשת לילי לוינ"); ע"א 1673/93, **לירל (טריידינג) בע"מ נ' המגן, חברה לביטוח בע"מ**, פ"ד מח(2), 697, 703 (1994): "בכך תימנע ההזדמנות לברר את השאלה המהותית העומדת במחלוקת בין הצדדים, דבר המנוגד לתחושת הצדק"; **פרשת טאהא**: "אכן, תחושת צדק אינטואיטיבית אומרת על פניה, כי ראוי לברר הסוגיה לגופה".

נכון, אמנם, שהדברים אינם פוטרים את השופט מלהכריע בהתאם לדין, ולעשות כן גם כאשר הדברים אינם נוחים בעיניו<sup>102</sup>, ואולם נדמה שלא יכולה להיות מחלוקת על כך שאין, ולא יכול להיות, עניין עקרוני בהעמדה מכוונת של השופט בהתנגשות עם מצפונו.

והנה, מציאות בה בהתאם לכללים ניתן לדחות תביעתו של אדם או לקבל תביעה המוגשת כנגדו, אך ורק בשל כשל דיוני המוטל **בצדק** על כתפיו של אותו אדם, הינה מציאות היוצרת קושי רב לשופט. הרצון לספק פיצוי על עוול הינו אינסטינקט רב עוצמה<sup>103</sup>. אותו שופט יודע היטב שבהחלט ייתכן שתוצאת פסק דין אינה מייצגת את המציאות. כך, לדוגמא, ציין השופט רוברטסון את צערם על הצורך לדחות את טענות המדינה בשל שגגה דיונית: "חברי... ציין, כי "לצערנו אינו רואה מנוס מדחיית הערעור". אטעים את "לצערי"; במידה מסוימת זכה המשיב מן ההפך הדיוני, שכן לא היה למדינה יומה המלא הן בבית המשפט המחוזי, בשל שביתת הפרקליטות, הן בבית משפט זה, בשל טעותה הדיונית של המדינה. ואולם, בסופו של יום... אין הנזק... שאולי נגרם למדינה, כזה המצדיק שינוי בהלכות הדיוניות"<sup>104</sup>.

דוגמא נוספת מצויה בפסק דין של השופט מלץ בפרשת אזולאי<sup>105</sup>, שם בשל משגה דיוני הוא נאלץ לדחות את טענות המערער. גם כאן, השופט מלץ מודע היטב לכך שהתוצאה גורמת עוול למערער, והוא מעיר:

"התוצאה המתקבלת איננה מרנינה את לבי. יתכן ובפי המערער היו טענות שבודאי היו ראויות להישמע, ויתכן גם שעשוי היה להיות בהן כדי להשפיע על התוצאה. אלא שבא כוחו בחר להמר הימור דיוני, ועל ידי כך מנע מעצמו הבאת טענותיו בפני בית המשפט. הימר – והפסיד. אין איפוא מנוס מדחיית הערעור".

בתי המשפט גם קבעו שעל אף הקושי הנפשי שלהם עליהם להכריע בהתאם לכללים ולשיקולי המערכת, גם אם הדבר סותר את חוש הצדק הטבעי שלהם. דוגמא לדבר מצויה בקביעת ביהמ"ש העליון, ולפיה "התוצאה אינה צודקת, אך איני רואה אפשרות לפסוק למערערים מבוקשם"<sup>106</sup> (וזאת, תוך חיוב הצד ה'צודק' בהוצאות כבדות). כך, בדוגמא אחרת, לא בוטל פסק דין על אף שהוא הושג במרמה ותוך הצגת מסמכים מזויפים לבית המשפט, בשל השיהוי בהעלאת הטענה.

"לעיתים אין מנוס מליתן לשיקולים המערכתיים ולשיקולי הצדק הדיוני לגבור על שיקולי הצדק המהותי בעניין הפרטני, גם אם הדבר נעשה לא בלב קל ובניגוד לתפיסה הבסיסית שלנו שהצדק והאמת צריכים להיראות ולהיעשות"<sup>107</sup>.

<sup>102</sup> ע"א 150/50, קאופמן נ' מרגינס, פ"ד ו', 1005, 1033 (1952): "קיימים גבולות ותחומים, אשר אסור לו לעבור עליהם, ומן ההכרח הוא שיניח את מלאכת ה'יתיקון' בידי המחוקק", ובפרשת פודמסקי, 348-349. לעיתים הוא אף צריך להעמיד פנים שההכרעה פשוטה לו. ראה בדבריו של השופט ברנדייס המובאים אצל John E. Coons, Compromise as Precise Justice, 68 Cal. L. Rev. (1980), 250, 260: "To be effective in this world you have to decide which side is probably right; and, once you decide, you **must act as if it were one hundred percent right**".

<sup>103</sup> ראה אצל Ochoa & Wistrich, Puzzling Purposes, 505: "The desire to provide redress for a perceived injustice is instinctive and powerful". וביתר המקורות המובאים שם.

<sup>104</sup> ע"א 6345/11, מינהל מקרקעי ישראל נ' ראובן יומטוביאן (פורסם בנבו, 15.5.12).

<sup>105</sup> פרשת אזולאי, 351-352.

<sup>106</sup> ע"א 284/65, אליעזר שן ו-חיה שור לבית שן נ' זליג, שרה (שיינה) ו-יואל גוטמן, פ"ד כ(1), 577, 588 (1966). וראה גם בפסקה 24 לפסק הדין בת"א (ת"א) 1795/08, בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' יצחק דיין (פורסם בנבו, 22.10.13).

<sup>107</sup> פסקה 18 לפסק דינה של השופטת ארבל בע"א 6019/07, משה טורג'מן נ' אחים עופר (ניהול) בע"מ (פורסם בנבו, 25.2.10). וראה גם בפסק דינו של השופט ריבלין הקובע כי: "אין לקבל גישה האומרת כי בעניין זה רחב שיקול דעתו של בית-המשפט וכי תחושת הצדק – כפי שהוא מבין אותה – היא שצריכה להדריכו כשיקול מרכזי בבואו לבטל את שנעשה; תחושת "צדק" סובייקטיבית, שאינה מתוחמת

בתי המשפט חזרו על הכלל גם במקומות בהם לא היה כל ספק כי הכשל הדיוני יביא לתוצאה הפוכה מהאמת והצדק, ובית המשפט היה משוכנע שהאמת מצויה דווקא עם מייצר הכשל הדיוני. כך, לדוגמה, בפרשת וינשטיין<sup>108</sup> שהוזכרה לעיל, כללי מעשה בית דין יצרו מציאות בה מי שהיה אמור לזכות בתיק (ואף ניצח בהליך שהתנהל) לא יכול היה לממש את ניצחונו, על אף שהוכיח את טענותיו לגופן. השופט רובינשטיין מעיר על כך:

“אכן, תחושת צדק אינטואיטיבית אומרת על פניה, כי פסק דין המברר את הסוגיה לגופה עדיף. ומקרה זה קשה במיוחד, כיון שבניגוד לתיקים “רגילים”, בהם התשובה לשאלה ‘מה היה קורה אילו היה התיק מתברר לגופו?’ לוטה בערפל, במקרה שלפנינו - עקב דחיית טענת ההשתק - ניתנה תשובה בפסיקה בהתדיינות השניה... ואף על פי כן, משלקה התיק ב”חטא קדמון”... לא היה מנוס, עם כל הצער שבדבר למערער, מן ההכרעה כנתינתה”<sup>109</sup>.

ואם בכל מה שהוצג עד כה אין די, הרי שמחקרים גם הראו כי פעולת השפיטה מונעת פחות על ידי הרצון לפרש את הוראות החוק לפי הכללים והנורמות, והרבה יותר על ידי כוונה מודעת לחפש פיתרון צודק ההולם את הבעיה<sup>110</sup>. התוצאה היא שבמקרים הפשוטים יותר, יחפש השופט דרך במסגרת הכללים לאפשר בנסיבות המקרה שלפניו את בירור ההליך לגופו, ובכך ‘יחסוך’ מעצמו את התחושות הקשות<sup>111</sup>. במקרים סבוכים יותר, תחושות אלו של השופטים מובילות לא פעם לתוצאות קשות, בהן השופטים, במטרה להגיע לתוצאה צודקת יותר, יוצרים פסיקות דחוקות, ולעיתים אך מגוחכות, והכל מתוך תחושתו והכרעתו הפנימית של השופט, ולפיה יש להגן על הצדק בנסיבות המקרה הפרטני. בית המשפט, במקרים מעין אלו, אינו מבהיר כי לא מקובל עליו הכלל דלעיל ולפיו “אין מנוס מליתן לשיקולים המערכתיים ולשיקולי הצדק הדיוני לגבור על שיקולי הצדק המהותי בעניין הפרטני”, אלא שהוא מוצא כיצד להחריג את המקרה שלפניו. עמד על כך זה מכבר הפילוסוף דיוויד יום:

---

בכללי דיון פתח לאי-ודאות ואף לשרירות-לב – ויש על-כן להישמר ממנה היטב”. וראה גם בע”א 4012/96, **בני שחף הובלות והשקעות (1976) בע”מ נ’ הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע”מ**, פ”ד (נה1), 492, 505-506 (2000): “ניתנת אמת להיאמר: הידרשות זו לדוקטרינה של מעשה-בית-דין... יכולה לעתים שתביאנו לזוע באי-נחת על מושבנו... הראוי כי כך יהא? אכן, חוש הצדק הטמון בנו- בכל איש-זואיש- משמיע קול מחאה, ומתקשים אנו להשתיקו. סקירה חטופה תלמדנו כי בת-דוד לדוקטרינה זו היא דוקטרינת ההתיישנות, ובצדן של השתיים יעמדו דוקטרינות וכללים אחרים במשפט, דוקטרינות וכללים שנועדו, כל אחד מהם בתחומו, לשלול אחריות, לצמצם אחריות או לסכור פיו של מתדיין מטעון כי יריבו-בדין חייב כלפיו, והכול מטעמים שאינם נוגעים לחילוקי-הדעות המהותיים בין בעלי-הדין... והנה מביאים אנו את אלת-הצדק לכוף ראשה לפני אל-היעילות... מקובל עלינו כי בית-משפט אמור להדריך עצמו על-פי הנוסחה של “just and convenient” – גם צדק גם יעילות – אלא שהצדק אמור לבוא תחילה... והיעילות מקומה אחר הצדק. והנה הופכים אנו את היוצרות: עיקר הצדק נדחק מפני הדוקטרינה שיוצרה, בעיקרה, על אובני-היעילות. כיצד כך? התשובה האחת לקושיה היא ש”כל אורגניזם חייב להיות מאורגן בעצמו לפני שיוכל לארגן את סביבתו” (דברי פרופסור אביגדור לבונטין...). התעלמות מן הכלל של מעשה-בית-דין עלולה הייתה להביא לקריסת המערכת כולה, וכך לא היה איש זוכה בצדק. על מערכת מעין זו ניתן היה להפטיר בעצב: ומה הועילו חכמים בתקנתם?”.

<sup>108</sup> פיסקה ח’ לפסק דינו של השופט רובינשטיין בפרשת וינשטיין.  
<sup>109</sup> דוגמה נוספת למקרה בו לא היה ספק כי מדובר בהחלטה דיונית היוצרת תוצאה לא צודקת, ניתן למצוא בפרשת שיף. מקרה נוסף מצוי בהלכה ידועה אחרת, בפרשת שחר, 331-333 (2001).

<sup>110</sup> פרלמן, הלוגיקה המשפטית, 71-72.

<sup>111</sup> ראה ע”א 5251/10, **יעקב כספי בע”מ נ’ Banco Bilbao Vizcaya, Argentaria S.A.** (פורסם בנבו, 6.1.13): “עיקר העיקרים בעיני הוא היושר וההגיונות, ואם נרצה נכנס בשם תום הלב – כדי שלא יהא חוטא נשכר... לא למותר להזכיר כמובן, את סעיפים 39 ו-61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל”ז-1973, ששילובם מחיל את חובת תום הלב על פעולות משפטיות במשפט האזרחי בכללו, כפי שנאמר פעמים רבים. התוצאה שלפיה ינער מזיק – ומקל וחומר מזיק “מסחרר” – את חוצנו מתביעה בשל טענות של המחאת חיובים... אינה יכולה להתקבל על הדעת. הגישה המרחיבה שאלה מכוונים דברי חברתי לעניין סעיף 22 מהוה איפוא פרשנות הדין ולא עקיפתו, ופרשנות זו ישרה היא ואינה מעקמת את הכתובים. **ואטעים: משמעות ההליכה בדרך המערערים היא שהמזיק ימצא כשהוא “צוחק כל הדרך”, ואילו הניזוק ייצא וידיו על ראשו, אם משום שחל להתקיים כתאגיד או מסיבה אחרת של נבצרות. לכך לא ייקרא משפט צדק... עמדתו באה אך ורק כדי שצדק סביר ייעשה, ומכאן הפרשנות התכליתית”**; רע”א 7526/12, **עיריית רמת גן נ’ פנינת העיר** (פורסם בנבו; 13.1.13): “...הועלו ע”י המשיבה שאלות משפטיות הנוגעות ליישום עקרונות שמאיים ומשפטיים, וכמותי כבית המשפט המחוזי התקשיתי להלום שאלה לא תבורנה, כדי שהצדק ייעשה וגם יראה”.



"...yet in our common and negligent way of thinking, we find great difficulty to entertain that opinion, and do even secretly embrace the contrary principle. An object must either be in the possession of one person or another. An action must either be performed or not... Hence it is, that in references, where the consent of the parties leave the referees entire masters of the subject, they commonly discover so much equity and justice on both sides, as induces them to strike a medium, and divide the difference betwixt the parties. **Civil judges, who have not this liberty**, but are obliged to give a decisive sentence on some one side, **are often at a loss how to determine, and are necessitated to proceed on the most frivolous reasons in the world. Half rights and obligations, which seem so natural in common life, are perfect absurdities in their tribunal; for which reason they are often obliged to take half arguments for whole ones, in order to terminate the affair one way or other**"<sup>112</sup>.

לעניין זה נבקש להדגיש כי אינו דומה השופט או הדיין לאיש האקדמיה ואפילו למחוקק וליוצר הנורמות. בעוד שהחוקר עוסק בעניין תיאורטי, והמחוקק יושב אף הוא ועוסק בעניין כללי ולא אישי<sup>113</sup>, הרי שהשופט והדיין מוצאים את עצמם כאשר הכרעתם תחול על המקרה הפרטני ועל אנשים מסוימים. לנוכח האמור, נשמעו לאורך השנים גם דברי הגנה על חריגות של השופט משורת הדין המובהקת בשל שיקולי צדק. "הנטייה של בתי המשפט להתמקד בשיקולי הצדק שבין הצדדים מובנת למדי, ואם יורשה לי לומר, אפילו נסלחת. השופט אינו עוסק בצדדים אלמוניים, כפי שעושה המחוקק או איש האקדמיה, ובוודאי שאין לדרוש ממנו להתעלם מתחושות הצדק המפעמות בליבו"<sup>114</sup>.

על כל פנים, גם אם אנו מקבלים את הקביעות לפיהן יש להעדיף את השיקולים המערכתיים על פני שיקולי הצדק במקרה הפרטני, יש מקום לתהייה האם העמדת השופט במקום בו הוא נאלץ להכריע 'לצערנו', 'לדאבונו' או בניגוד ל'תחושת הצדק' איננה יוצרת קושי מיותר, אשר מעבר להבאתו של השופט למחוזות ה'מגוחכים' עליהם דיבר יום, עשויה בפשטות לפגוע באמון הציבור במערכת ובתחושת השליחות של השופט.

<sup>112</sup> David Hume, *A Treatise of Human Nature* [1739] reprinted by L.A. Selby-Bigge, M.A. (Oxford: Clarendon Press, 1896), 212. וראה גם בלשון קיצונית פחות בפרשת גיספן, 685: "בית-המשפט... במקרים מורכבים... התעלם מתפיסה זאת או עקף אותה בדרכים שונות".

<sup>113</sup> להרחבה ראה חיים גנן, על כלליותן של נורמות משפטיות, **עיוני משפט** ט"ז (התשנ"ב), 579; בג"ץ 971/99, **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פ"ד נו(6), 117, 142 (2002).

<sup>114</sup> אריאל פורת, שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה ושיקולים של הכוונת התנהגויות בדיני החוזים של ישראל, **עיוני משפט** כ"ב (התש"ס), 647, 684.

לעניין זה המודל המוצע מאפשר לאחוז את החבל בשני קצותיו. מחד, ניתן "ליתן לשיקולים המערכתיים ולשיקולי הצדק הדיוני" מקום רב חשיבות, אשר מובא לידי ביטוי באמצעות ארגז הכלים המהווה את ההגנה בדרג המשני. מאידך, "שיקולי הצדק המהותי בעניין הפרטני" יוכלו באמצעות ההגנה בסדר הראשון למנוע מצב בו ימנע בירורה המהותי של התביעה, וממילא למנוע מצב בו יאלץ השופט להתמודד עם קושי נפשי בהחלטתו ו/או לעטות להחלטתו מחלצות שונות ומשונות, במטרה להגיע לתוצאות ראויות.

### **3א. הקשיים במצב הנוכחי**

יש מקום גם להטיל ספק בשאלה עד כמה יש לעודד עיסוק בסוגיות סף, ולאפשר לצדדים התחמקות מדיון אמיתי בסוגיות המהותיות. יש לזכור כי מלומדים עמדו על כך שהבאת ההליך המשפטי לידי סיום בשלביו הראשונים (בין אם בדרך של קבלת התביעה או בדחייתה) מביאה אמנם להרתעה חמורה יותר בדרך להקפדה על כללי הדיון, ואולם יצירת הרתעה זו עדיין אין משמעה ביצור הכללים. אדרבה, הדבר דווקא יוצר מציאות בה המשפט הדיוני כולו מהווה סוג של מחסום בפני בעלי דין מסוימים<sup>115</sup> (להלן נעמוד גם על השלכות חברתיות של כללי הדיון). חשוב גם להבהיר כי ישנם מחקרים המראים כי ניתן לזהות בעשורים האחרונים מעבר מהתדיינות שיפוטית מלאה להתדיינות שיפוטית המסתיימת בהליכים מקדמיים ובטענות סף<sup>116</sup>. זאת, מעבר לעובדה שמרבית הסכסוכים מסתיימים בהסדרים ובפשרות<sup>117</sup>.

הפסיקה היום מכירה כבר בקושי שבטענות הסף ומנסה למונען. זאת, משום שהרצון לפצות על עוול הוא יסודי בתורת המשפט<sup>118</sup>. דוקטרינות אשר קנו להן מקום של כבוד במשפט הישראלי, והן מעוגנות היום בפסיקה רבה של בית המשפט העליון, דוגמת דוקטרינת 'הנזק הראייתי'<sup>119</sup>, החלו כאשר אחת ההצדקות המשמעותיות לקיומן נבעה מתוך הצורך לכבד את רצונו של תובע "לקום אל הצדק", כאשר הוא חש שנעשה לו דבר מה "לא בסדר"<sup>120</sup>. זאת, גם אם ברור שהדברים יביאו להגדלה ניכרת במספר ההתדיינויות המשפטיות (הגדלה שכפי שיוצג להלן מוטלת בספק) ויפגעו ביעילות. במילים אחרות, הרצון להגן על זכות הגישה לערכאות של האזרח הפשוט ועל תחושותיו הקשות הביא לשיטה המעודדת הליכים שפוגעים בנתבע ובמערכת. לא למותר לציין, כי את הכלי של הנזק הראייתי ניתן להשמיש היטב לצורך המודל המוצע. ע"פ המודל, יהיה מקום להותיר על כנם הליכים בהם בוצעו משגים דיוניים חריפים, ואולם באותם מקרים יקבע בית המשפט פעמים רבות (ובעיקר במקרים דוגמת שיהוי משמעותי בהגשת התביעה או בהגשת ראיות מאוחרת) כי המעוול הדיוני גרם נזק ראייתי לחבירו, ונטל הראיה עליו יוכבד משמעותית.

<sup>115</sup> Jolowicz, On civil procedure, 69.

<sup>116</sup> ראה, לדוגמה: Gillilan K. Hadfield, 'Where Have All the Trials Gone? Settlements, Non-Trial Adjudication and Statistical Artifacts in the Changing Disposition of Federal Civil Cases, 1 J. Empirical Legal Stud. (2004), 705.

<sup>117</sup> Marc Galanter & M. Cahill, Most Cases Settle, 46 Stan. L. Rev. (1994), 1339.

<sup>118</sup> Hart, The Concept, 160.

<sup>119</sup> אריאל פורת ואלכס שטיין, 'דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טפסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים', עיוני משפט כ"א (התשנ"ח), 191 (להלן: "פורת ושטיין, דוקטרינת הנזק הראייתי: האם הורם נטל השכנוע? משפטים ל' (התש"ס), 317 (להלן: "גלעד, דוקטרינת הנזק הראייתי ובפסקי הדין המאוזכרים שם; ע"א 9328/02, מאיר נ' לאור, פ"ד נח(5), 54 (2004); להלן: "פרשת מאיר").

<sup>120</sup> אריאל פורת ואלכס שטיין, 'דוקטרינת הנזק הראייתי: תגובה לביקורת', משפטים ל' (התש"ס), 349, 358-359 (להלן: "פורת ושטיין, דוקטרינת: תגובה").

#### א.4. השלכות חברתיות

למודל המוצע עשויות להיות גם השלכות חברתיות משמעותיות. הקפדה מחמירה על הכללים הדיוניים מסייעת עד מאד, בדרך כלל, לשכבות החזקות יותר ולשחקנים החוזרים בבתי המשפט, והיא מביאה במקביל לפגיעה בשכבות החלשות<sup>121</sup>. הזכרנו את הדברים כבר במסגרת ניתוח המודל במשפט העברי. זאת משום שבעלי המעמד החזק, ובייחוד 'השחקנים החוזרים' בהליכים המשפטיים, יתנהלו בצורה שתבטיח אותם מפני שגיאות משפטיות בכלל<sup>122</sup> ומפני כשלים דיוניים של 'שחקנים חד פעמיים' בפרט<sup>123</sup>. כך, הכללים הדיוניים יוצרים מלכתחילה נקודת פתיחה שלילית לאותם שחקנים חד פעמיים, אשר, מטבע הדברים, שייכים בדרך כלל לשכבות החלשות יותר של האוכלוסייה<sup>124</sup>. זאת, כאשר מלכתחילה מספר הבקאים בתקנות הינו מועט ביותר<sup>125</sup>.

יוער, כי מלומדים רבים הצביעו על זכות הגישה לערכאות כזכות חברתית חיונית<sup>126</sup>, זכות בסיסית שהענקתה הינה מוחלטת, ויש שאף טוענים כי אין להעמיס את עלותה הכלכלית על התושבים<sup>127</sup>. עוד נטען כי אין להטיל כל מגבלות על יכולת הגישה לערכאות, ככל שאותן מגבלות תהפוכנה את יכולת הגישה לבלתי שוויונית ותפגענה ב'צדק לכל'<sup>128</sup>. נכון, אמנם, כי מלכתחילה לא סווגו הזכויות הדיוניות כזכויות חברתיות, אלא כזכויות אזרחיות-פוליטיות, ואולם חלק מהזכויות הדיוניות הינן בעלות מימד חברתי מובהק, ובנוסף הן נוגעות במשאב חברתי שעלותו עשויה לפגוע בשכבות מעוטות היכולת<sup>129</sup>.

כל זאת, כאשר יש מקום להיזהר מיצירת מערכת המקפחת את בעלי הממון<sup>130</sup>, וכאשר יש לזכור כי עמדת רוב השופטים והמלומדים היא כי אין מקום להתערבות חלוקתית ישירה, היוצרת הטבה בדין המהותי לטובת השכבות החלשות<sup>131</sup>. זאת, מתוך הנחת המוצא שהקצאת הזכויות היסודית הינה צודקת. הנחה זו הינה

<sup>121</sup> ראה באופן כללי אצל א' סלנט, העני והעשיר בעיני החוק, הפרקליט י"ז (התשכ"א), 313.

<sup>122</sup> להרחבה ראה: Menachem Mautner, 'Contract, Culture, Compulsion or: What is so Problematic in the Application of Objective Standards in Contract Law?', 3 *Theoretical Inquiries in Law* (2002), 545.

<sup>123</sup> לא נשוב כאן על רשימת המקורות הארוכה שמנינו שם. נזכיר רק את Galanter, Why the 'Haves' ; ואת רוזן צבי ופישר, מעבר לאזרחי, המתייחסים לדברים בהרחבה. וראה גם אצל קלמנט ושפירא, יעילות וצדק, 86, 88-89.

<sup>124</sup> האבסורד הוא שהערכים הדיוניים הקלאסיים אמורים לסייע דווקא לשכבות החלשות. לא מעט כותבים עמדו על כך שהביטחון בציפיות היחיד לזכויות משפטיות, המגולם בערך הוודאות והיציבות, והמדגיש את העמידה על "קוצו של יוד" בסדרי הדין ובפרוצדורה, ראוי להגנה ביתר שאת כאשר מדובר באדם דל אמצעים (ראה בן פורת, מבחנים לסיווג, 25). זאת מאחר שבדרך כלל עשיר הנפגע באחד מנכסיו יצטער על כך, אך מצבו הכלכלי יישאר איתן. לעומת זאת, אדם שציפיותיו נוגעות לזכויות היסוד של חייו, צנועות ככל שתהיינה, עלול לגלות כי פגיעה בזכויות אלו הינה הרת אסון עבורו.

<sup>125</sup> שמגר, מבוא לתקנות. יצוין כי גם השיקולים העומדים מאחורי חוק התובענות הייצוגיות עוסקים ביכולתו הדיונית המוגבלת של בעל הדין החלש יותר. לעניין זה ראה קרייני, התביעה הייצוגית, 480-483.

<sup>126</sup> ראה רבין, זכויות חברתיות.

<sup>127</sup> ראה: Lawrence M. Friedman, 'Access to Justice – Social and Historical Context' in *Access to Justice 2* (Mauro; Cappelletti & John Weisner, eds.; 1978), 5.

<sup>128</sup> ראה רבין, זכות הגישה, 52.

<sup>129</sup> רבין, זכויות חברתיות, 768-771, וראה גם במקורות אותם הוא מביא בהע"ש 18.

<sup>130</sup> פרשת זמל, 236: "ורואה אני גם את הסכנה, שמפניה מזהיר הכתוב: "ודל לא תהדר בריבו", שמא נישא פנים לבעל-דין, שאינו מיוצג כראוי".

<sup>131</sup> רע"א 6339/97, *משה רוקר נ' משה סלומון*, פ"ד נה(1), 199 (1999), 258-259: "חלוקת העושר נעשתה זה מכבר, ולא עלינו להחליט אם חלוקה זו הייתה כדן, אם לאו. נהפוך הוא... בית המשפט אינו מעסיק עצמו בצדק מופשט, ואין הוא יושב על כיסאו הרם לחלק רכוש בין תובע לבין נתבע על-פי עיקרון מופשט של "סבירות" ו"צדק".

אקסיומה הנגזרת מהכללים ומהכוחות 'הטבעיים' (כביכול) שלפיהם מוקצות הזכויות בחברה<sup>132</sup>. הדברים גם נובעים מחובת המערכת לפעול בשוויון בין המתדיינים בתיק וביחסה לתיקים שונים<sup>133</sup>.

חלק ניכר מהביקורת הציבורית כלפי המערכת המשפטית עוסק ב'אפליה' המובנית במערכת, ובייחוד בסדרי הדין התמימים, לכאורה. כך, לדוגמא, מתייחסת הספרות<sup>134</sup> למערכת, כמנותקת מהמציאות, וכמי שלא מכירה בקשיים האמיתיים של האדם הפשוט, ובכבלים הסוציו-אקונומיים המונעים את הנגישות לבית המשפט. נטען כי כללי הפרוצדורה האזרחית אינם הולמים את התנהלותו של האדם הפשוט ומתעלמים מהפחד היסודי שלו מבתי המשפט ושפתם. ואולם, הביקורת אינה רק בתחום הספרות אלא מקובלת גם על מלומדים משפטיים.

בין היתר, הוצגה התפיסה שמחסומים של ידע ותודעה מרחיקים מהמערכת המשפטית שכבות אוכלוסיה שידעתם בנוגע לזכויותיהם – מוגבלת<sup>135</sup>. כך, גם היכולת להכביר הליכים דיוניים הכוללים בקשות ביניים שונות (ומשונות) פוגעת בצד החלש ונטול המשאבים (שבדרך כלל גם 'אורך הנשימה הכלכלי' שלו קצר יותר)<sup>136</sup>. בנוסף, הצביעו מלומדים על כך שכללים דיוניים דוגמת ההתיישנות פוגעים פעמים רבות דווקא בשחקנים חד פעמיים, ובייחוד כאלו שחוששים מהגשת תביעות בתקופה מסוימת, דוגמת עובדים כנגד מעסיקם או חולים כנגד רופאם<sup>137</sup>. גם הידיעה הפוטנציאלית (המשליכה על מבחני ההתיישנות) על יכולת הגשת התביעה נמוכה יותר אצל אדם מן היישוב, ונמוכה עוד יותר אצל מי ששיך למעמדים הנמוכים בחברה<sup>138</sup>. זאת בייחוד בהשוואה לחברות גדולות ובעלי הון הנעזרים בליווי משפטי צמוד בכל פעולותיהם וידיעותיהם בדבר יכולת הגשת התביעה (בהנחה שהמידע עצמו מצוי בידם) מרובות יחסית. במקביל, לעיתים יוצרים הכללים הדיוניים כללים המיטיבים ישירות עם שחקנים רב פעמיים, ובראשם עם השחקן מס' 1 – המדינה<sup>139</sup>. גם המועדים הקשיחים הקבועים בתקנות

<sup>132</sup> מדינה, ירידת הפורמליזם, 34. אך ראה קרן-פז, לי זה עולה; מיכאל בירנהק, 'צדק קנייני: על שלושה מושגים של קניין', **מחקרי משפט כ"א** (התשס"ה), 439.

<sup>133</sup> Milton, Procedural Right, 420-421; שילה, צדק דחוי, 327.

<sup>134</sup> ראה, לדוגמא, אצל אריאנה מלמד, **בית ספר לבאלט** (זמורה ביתן 1992), 62-64.

<sup>135</sup> ראה: William L. F. Felstiner, Richard L. Abel & Austin Sarat, 'The Emergence of Dispute: Naming, Blaming, Claiming',

15 **Law and Society Review** (1980), 631. וראה גם אצל יובל אלבשן, נגישות האוכלוסיות המוחלשות בישראל למשפט, **עלי משפט ג' (התשס"ד)**, 497; פיסקה 12 לפסק דינה של השופטת ארבל (בדעת מיעוט) בע"א 2206/08, **יחזקאל סיגמן נ' חב' דובק בע"מ** (פורסם בנבו, 11.7.10): "יש לתת את הדעת על הקושי של אוכלוסיות משמעותיות לבוא בשעריו של בית המשפט... לעשות לעיתים צדק עם אוכלוסיות שאמת המידה של האדם הסביר אינה עושה עימם צדק".

<sup>136</sup> ראה גיא שני, 'רשות לערער על בקשת הרשות לערער (ביגלול שני)': דין מצוי, דין מוצע ודין רצוי בסוגיית הערעור על 'החלטה אחרת', **עיוני משפט ל' (התשס"ו)**, 71, 88; פיסקה 15 לפסה"ד בפרשת אי די בי.

<sup>137</sup> אהוד גוטל, 'הסדר חדש לדין ההתיישנות?', **משפטים ל"ו (התשס"ז)**, 829 (להלן: "גוטל, הסדר חדש"), 838.

<sup>138</sup> אלבשן, שם, 502-508. וראה גם בפסקה 49 לע"א 2008/07, **נירה לוטן נ' דוד ירמייב ז"ל באמצעות עזבונו** (פורסם בנבו, 14.2.11).

<sup>139</sup> ראה גלין, סעיף 5, 400-401; ע"א 144/79, **יוטבין, מהנדסים וקבלנים בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד לד(2), 344, 356 (1980): "הוראה זו יוצרת חוסר שוויון בין האזרח ובין המדינה אשר קשה להצדיקה בימינו"; פרשת שני כהן. יצוין כי בעבר כבלה המדינה את ידיה בהעלאת טענות דיוניות דוגמת ההתיישנות, ראה: ויסמן, ההתיישנות והמדינה. כיום, עמדת המדינה הינה הפוכה. ראה לדוגמא, בג"ץ 2825/04, **אליהו בארד נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 4.12.05): "בעבר... הוציא היועץ הנחיה לפיה לא תועלה טענת ההתיישנות על ידי המדינה בהליך אזרחי, אלא באישורו שלו... לאחרונה שונתה ההנחיה, תוך הפיכתו של הכלל... אין ספק שבמקרים רבים בהם המדינה הינה צד להליך אזרחי קיים אכן פער כוחות משמעותי הפועל לטובתה ביחס לבעל הדין שכנגד. ייתכן שאף קיימת תחושה מסויימת של אי נוחות כאשר המדינה מצליחה בהליך שהוגש נגדה על יסוד טענת ההתיישנות (ראו דעותיהם של השופט א' ויתקון והנשיא י' אולשן בע"א 394/54)... למרות זאת, אישר בית המשפט את החלטת המדינה לטעון להתיישנות ואת הנוהל החדש, בשל 'שינויים שחלו במעמדה המיוחד של המדינה בהליכים אזרחיים', ובעיקר בשל העובדה ש"אין ספק, כי חלוף השנים... יקשה על המדינה להתגונן. הקושי הראייתי, העלול להיגרם עקב חלוף הזמן, הינו אחד מן הטעמים העיקריים לקיומו של מוסד ההתיישנות". לענין זה, נדמה כי דווקא המודל המוצע יוכל לאפשר למדינה (ולכל נתבע) לקבל סעד ראוי לקושי הראייתי שגרם לו מגיש התביעה, מבלי שהתביעה לגופה תידחה על הסף.

עשויים ליצור העדפה למי שהייצוג המשפטי זמין עבורו בקלות רבה יותר<sup>140</sup>. זאת, עוד לפני שמביאים בחשבון עמדות לפיהן יש ליצור מלכתחילה צדק חלוקתי ולהעדיף את השכבות החלשות באמצעות הכללים הדיוניים<sup>141</sup>. כחלק מגישה זו היה מי שהמליץ להימנע מסגירת שערי בתי המשפט כלפי מי שמתקשה בתשלום האגרה<sup>142</sup>. ואכן, גם התקנות במדינת ישראל מאפשרות למתקשים בתשלום האגרה קבלת פטור (לאחר שהוכיח כי הוא ראוי לפטור מעין זה)<sup>143</sup>, ובכל מצב של ספק נקבע כי יש להעדיף את מימוש הזכות<sup>144</sup>. בנוסף, נטען כי יש להימנע מהטלת ערובה על אדם רק בשל עונו<sup>145</sup>, וכי יש להכיר בזכות החברתית של הזכות לייצוג ולסיוע משפטי<sup>146</sup>.

#### **5א. החיסרון במנגנון בינארי**

יש לשים לב שבמציאות הנוכחית, בה לעיתים מזומנות ימנע גילוי האמת בשל כשל דיוני של אחד הצדדים, אין מספיק פיתרונות ביניים ומענה למורכבות הסוגיה של אמצעי ההתמודדות עם מחדלים דיוניים, ולערכים המשמעותיים שבכל אחד מהצדדים לקונפליקט. לעניין זה המציאות הינה מורכבת. "המשפט נועד לשרת את חיי הפרט ואת חיי החברה, וחיים אלו הם חיים מורכבים"<sup>147</sup>. מדברים אלו נובעת התוצאה המתבקשת. "המשפט מתרחק מערכים מוחלטים ומחפש פשרה – המשקפת את מלוא המורכבות של הקיום האנושי – בין ערכים מתנגשים"<sup>148</sup>.

ביסוד מבחן 'המידתיות', אשר כפי שהבהרנו כבר לעיל חל על כל הוראה והחלטה של כל אחת מהרשויות השלטוניות ובכללן הרשות השופטת, עומדת ההנחה כי מנגנון בינארי של "הכל או לא כלום" הינו מנגנון בעייתי, והוא ראוי ליישום אך ורק מן הסיבות הנכונות. בהתאם למבחן המידתיות, הן בדין המהותי והן בדין הדיוני, בכל מקום בו ניתן לקיים פיתרון מורכב, אשר יפגע בזכות המוגנת בצורה חלקית בלבד, יש להעדיף פיתרון מעין זה על פני פיתרון חד מימדי, אשר יכריע בסוגיה בצורה חדה<sup>149</sup>. הדברים נכונים, כמובן, גם בנוגע למחדלים דיוניים<sup>150</sup>. עמד על כך פרופ' דויטש, כאשר קבע כי:

<sup>140</sup> ראה רבין, שם, 793; פרשת אהרון.

<sup>141</sup> קרן-פז, שם ובמקורות הרבים אותם הוא מביא בהע"ש 65. וראה עיקרון דומה אך לא זהה גם בהצעות המופיעות אצל Parchomovsky & Stein, The Relational

Leubsdorf, ibid, 580<sup>142</sup>

<sup>143</sup> ראה תקנה 14 לתקנות בתי המשפט (אגרות), תשס"ז-2007; תקנה 12 לתקנות בית הדין לעבודה (אגרות), תשס"ח-2008; תקנות 14-20 לתקנות הדיוניים (אגרות), תשי"ז-1957.

<sup>144</sup> בש"א 457/01, נחום קרליץ נ' פקיד הבחירות לעיריית באר שבע 1998, פ"ד נה(3), 869 (2001); בה"נ 6857/00, יוליה רוטה נ' מרק נצבטייב, פ"ד נד(4), 707 (2000). וראה בהרחבה אצל רבין, שם, 776-781.

<sup>145</sup> רע"א 544/89, אויקל תעשיות (1985) בע"מ נ' נילי מפעלי מתכת בע"מ, פ"ד מד(1), 647 (1990); להלן: "פרשת אויקל"; רבין, שם, 782-787.

<sup>146</sup> רבין, הזכות לייצוג; רבין, זכויות חברתיות, 393; פרשת Airey; רע"א 6810/97, יהודית בן שושן נ' רוברט בן שושן, פ"ד נא(5), 375 (1997). להשלכות הסוגיה ולמחקר אמפירי במשפט הישראלי, ראה: Dotan, Do the "Haves"

<sup>147</sup> אלכס שטיין, מקריות ותיאוריה בעשיית משפט, משפטים כ"ט (התשנ"ח), 5, 6.

<sup>148</sup> ברק, על משפט, 14.

<sup>149</sup> וראה גם בפסיקה 9 בפרשת אליהו: "גם אם המערערת צריכה לשאת במחיר הטעות, על המחיר להיקבע על-פי אופי הטעות וסוג הנזק שהיא גרמה לצד שכנגד. חסימת האפשרות של המערערת לתבוע את ההסתדרות, היא תוצאה שאינה עומדת ביחס ראוי לטעות שנפלה בכתב התביעה המתוקן".

<sup>150</sup> פסיקה 8 לפרשת שני: "בבואו להכריע בדבר מתן סעד בגין שימוש לרעה בהליך השיפוט, יאזן בית-המשפט בין מכלול הזכויות והאינטרסים האמורים, בשים לב לכלל נסיבות העניין שבפניו ובהן... מידתיות הסעד המבוקש נוכח הפגיעה האפשרית בזכויותיו של בעל-הדין"; ת"צ (מרכז) 11-07-36086, עו"ד אסף חרסט נ' ידיעות אינטרנט (שותפות רשומה) (פורסם בנבו, 19.9.12): "במקרה הרגיל אין מקום לסילוק הליך על הסף מהטעם של שימוש לרעה בהליכי משפט, אלא יש להסתפק בסנקציות פחותות"; ע"א 10687/07, אלמשרק חברה לביטוח בע"מ - רמאללה נ' מוחמד חג'וג' (פורסם בנבו, 5.8.10): "רשאי הוא כמובן לשקול שימוש באמצעים

"נפילת הגיליוטינה" כתוצאה מאי עמידה בנטל, באופן המוביל לאובדן הזכויות בגין אי ההתאמה, מובילה לחוסר צדק במקרים לא מעטים. ... פיתרון של "שחור ולבן" ... אינו ראוי. על מנת למנוע פגיעה בלתי מוצדקת בוודאות המשפטית, ראוי ללוות "דגמי ביניים", כאשר מחליטים לאמץ אותם, בהנחיות חקיקתיות ושיפוטיות קונקרטיות ככל האפשר, ובמנגנונים כגון העברת נטל ההוכחה אל הצד האחראי ליצירת חוסר הוודאות"<sup>151</sup>.

דברים דומים אמר על כך גם בית המשפט העליון, באומרו כי :

"כשלעצמי נראית לי הגישה הפרשנית המבקשת מדרוג והכרה במצבי ביניים, וזאת מן הטעם של מורכבות המציאות העובדתית והמשפטית, מורכבות ההולכת ומתעצמת במקומותינו ובדורותינו. בתחומים רבים אין "שחור ולבן" מביאים לצדק, ומכאן חיפוש אחר "דגמי ביניים", בתחומים שונים של המשפט"<sup>152</sup>.

מרבית הדברים בנושא נאמרו בהקשר של הדין המהותי (או בתחום דיני הראיות<sup>153</sup>), ואולם ההיגיון המוסרי מאחורי הדברים נכון באותה מידה גם לעולם המושגים הדיוני. מנגנון הכופה את המערכת להחלטה בינארית, בו אפשרות אחת הפוסלת לחלוטין את המהלך הדיוני ואפשרות שניה המאשרת את המהלך הדיוני לחלוטין (גם אם תוך חיוב בתשלום הוצאות הצד שכנגד) איננו הולם את הראיה המודרנית בה "Where others see black and White, I often see not just the 'grey' but the purple and red – in short, the complexity of human issues that appear before the law for resolution"<sup>154</sup>. הוא גם איננו הולם את המציאות הפילוסופית המורכבת והמסובכת של דורנו :

"Binary, oppositional presentations of facts in dispute are not the best way for us to learn the truth; polarized debate distorts the truth, leaves out-important information, simplifies complexity, and obfuscates rather than clarifies. More significantly, some matters... are not susceptible to a binary... conclusion or solution. The inability to reach a binary resolution of these disputes may result because in some cases we cannot determine the facts with any degree of accuracy. In other cases the law may bestow conflicting, though legitimate, legal rights giving some entitlements to

---

"מידתיים" שאינם מגיעים כדי מניעת הגשת התצהירים מכל וכל, למשל בדרך של הארכת מועד תוך חיוב המבקש בהוצאות". במקרה האחרון הוזכר רק הפיתרון של השימוש בהוצאות, אך כלל הימידיות נכון, כמובן, גם בעניינים אחרים.

<sup>151</sup> דויטש, מתי "אמת", 70.

<sup>152</sup> רע"א 1777/09, עדין פיורה השקעות (1996) בע"מ נ' עד הואזה בע"מ (פורסם בנבו; 30.3.09). דברי ביהמ"ש העליון מתייחסים לדבריו של השופט עמית (שמונה בינתיים לבית המשפט העליון) בביהמ"ש המחוזי: "לא אחד כי התוצאה הסופית מעוררת תחושה של אי נוחות" ולפיתרון הביניים שהציע בע"א (חי) 155/08, עדין פיורה נ' עד הואזה בע"מ (פורסם בנבו; 21.1.09). וראה גם ת"ק (קר) 2111/05, קיסוס אליהו נ' מורן חברה לבניין בע"מ (פורסם בנבו; 21.7.09).

<sup>153</sup> לא למוטר להזכיר, כי בתחום דיני הראיות קיימת כתיבה עניפה על המשמעות של מדיניות גמישה ומקבלת של דיני ראיות, תוך המעטה במגמת פסלותם. לעניין זה ראה אצל: Nesson, The Evidence ; Sanchirico, A Primary Legal Evidence and Proof; Statistics, Stories, Logic (Hendrik Kaptein, Henry Prakken & Bart Verheij (eds.), Farnham: Ashgate Publishing, Applied Legal Philosophy Series), 2009.

<sup>154</sup> Menkel-Meadow, Whose Dispute

both, or all, parties. And, in yet another category of cases, human or emotional equities cannot be divided sharply"<sup>155</sup>.

רובם המכריע של הכללים הדיוניים הנוכחיים מנוסחים כ'כללים' ולא כ'נורמות', דהיינו ככללים נוקשים יחסית, אשר אינם מותירים רקמה פתוחה ויוצרים הכרעה ברורה. היכולת להגיע לפתרון מידתי במציאות הנשלטת ע"י כללים נמוכה מהיכולת להגיע לפיתרון מעין זה במציאות של נורמות של סטנדרטים (על נקודה זו נעמוד להלן). בנוסף, כללי הדיון האזרחי, רובם ככולם, מהווים חלק ממודל של 'סנקציה', אשר בו ישנה התנהגות מותרת, ואזי היא מותרת לחלוטין, לעומת התנהגות אסורה, אשר שוללת מהנוהג בה את יכולת הפעולה שלו בתחומים רבים, וקובעת לו 'אחריות קפידה' על מעשיו. מודל אפשרי אחר הוא מודל של 'מחיר'. ע"פ מודל זה **כל התנהלות היא אפשרית ומותרת**, ואולם המתנהל יאלץ לשלם מחיר מסוים על התנהלותו<sup>156</sup>. בשנים האחרונות מתפתחת מגמה של מעבר ממודל של 'סנקציות' למודל של 'מחיר', ולכללים גמישים תחת כללים בינאריים, ביחוד דיני הנזיקין<sup>157</sup>. הצעות שונות הועלו על מנת לנסות ולהימנע מהכרעות בינאריות, הן כתחליף לגישה העקרונית של הכרעה לפי מאזן ההסתברויות<sup>158</sup>, הן כתחליף למודל הקיים כיום בתחום דיני ההתיישנות<sup>159</sup>, הן כדרך ליצירת מנגנונים משפטיים שוויוניים יותר<sup>160</sup>, והן כדרך עקרונית לפיתרון בעיות נקודתיות, בעיקר בדין המהותי<sup>161</sup>. "אכן,

<sup>155</sup> Carrie Menkel-Meadow, 'The Trouble with the Adversary System in a Postmodern, Multicultural World', 38 *Wm. & Mary L. Rev.* (1996), 5, 6-7.

<sup>156</sup> Cooter, Prices and Sanctions. וראה אצל קרן-פז, שם, בהע"ש 228 ובטקסט שמעליה, המעיר כי ישנם פסקי דין בהם מודל הסנקציה מטושטש, ובית המשפט מכיר, הלכה למעשה, במודל של 'פגע ושלם'. ראה, לדוגמא, בע"א 862/80, **עיריית חדרה נ' אהרון זוהר**, פ"ד לז(3), 757, 770 (1983).

<sup>157</sup> להרחבה ראה אצל: Guido Calabresi, 'Remarks: The Simple Virtues of The Cathedral', 106 *Yale L. J.* (1997), 2201; In the last thirty years, after much pressure from theoretical scholars and others, our tort system has moved from the dominance of all-or-nothing recovery rules – from situations in which you either won or lost - toward rules that allow Charles O. Gregory, Loss Distribution by Comparative Negligence, 21 *Minn. L. Rev.* (1936), 1; Wex S. Malone, 'Comparative Negligence - Louisiana's Forgotten Heritage', 6 *La. L. Rev.* (1945), 125; Fleming James, Comparative Negligence, 62 *Yale L. J.* (1953), 691; A. Chalmers Mole & Lyman P. Wilson, A Study of Comparative Negligence - Louisiana's Forgotten Heritage', 6 *La. L. Rev.* (1945), 125; William L. Prosser, Comparative Negligence, 51 *Mich. L. Rev.* (1932), 333, 604; Ernest A. Turk, Comparative Negligence on the March, 28 *Chicago-Kent L. Rev.* (1950), 189, 304; *Rev.* (1953), 465.

<sup>158</sup> לבנוני, השפיטה; בועז שנור, הבסיס העיוני לפסיקת פיצויים חלקיים בישראל, **משפטים** ל"ז (התשס"ז), 177; וראה גם בת"א (ת"א) 36100/07, **שאתי שאול נ' שרון שמואל** (פורסם בנבו, 4.2.09); ת"א (ת"א) 18595/05, **שליכטר עופר ייעוד בע"מ נ' תנובה מרכז שיתופי לשיוק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 8.9.08); ת"א (ת"א) 22435/07, **חלפי פתרונות דפוס מתקדמים בע"מ נ' ג'י סי אי אלרון בע"מ** (פורסם בנבו, 27.7.08); פיסקה 25 לפסה"ד בת"א (י-ם) 5499/97, **המוסד לביטוח לאומי נ' כלל חברה לביטוח** (פורסם בנבו, 30.12.04): "...על רקע העובדה שלעיתים רק חוט השערה מפריד בין זכייה להפסד, תוצאה של "הכל או לא כלום" מותרת, לא אחת, תחושה של מועקה... האם תוצאה של "הכל או לא כלום" צודקת?"; ת"א (י-ם) 21614/00, **סאמר חאלד זאקור ז"ל נ' נציבות שירות בתי הסוהר** (פורסם בנבו, 7.12.04); ת"א (ת"א) 88377/00, **עיריית הרצליה נ' בראל ניהול ואחזקת בתים משותפים** (פורסם בנבו, 24.3.04); ת"א (ת"א) 182450/02, **החברה למימון תעשיות בע"מ נ' מדמון גדעון** (פורסם בנבו, 12.1.04): "...גישה שהיא גמישה יותר ובמקרים מסויימים צודקת יותר בהיותה מתחשבת באיזון האינטרסים בין הצדדים... נקבע כי אין פסול בכך כי הכלל של הכל או לא כלום, לא יהיה כלל אקסלוסיבי ויש צורך לסטות במקרים המתאימים ממושגים ישנים כדי לבנות מושגים חדשים לצורך קיום המטרה החברתית שהמשפט נועד להגשים"; ת"א (ת"א) 112932/00, **פלאפון תקשורת בע"מ נ' אשד גומיות אריזה בע"מ** (פורסם בנבו, 18.12.03).

<sup>159</sup> Ehud Guttel & Michael T. Novick, 'A New Approach to Old Cases: Reconsidering Statutes of Limitation', 54 *U. Toronto L. J.* (2004), 129; גוטל, שם. לביקורת על ההסדר המוצע, ראה אצל ישראל גלעד, 'תגובה: הסדר חדש לדין ההתיישנות', **משפטים** ל"ו (התשס"ז), 855, וראה גם באיזכורים להלן.

<sup>160</sup> קרן-פז, שם, 554: "...אין מדובר במצב של "הכול או לא כלום"... ייתכן שישנו רצף של כללים חלופיים השונים זה מזה במידה שבה הם מקדמים שוויון וייתכן שתוצאת האיזון תהיה אימוץ כלל ביניים"; בועז שנור, הקשר הסיבתי העובדתי בתביעות בגין נזקי גוף שנגרמו מזיהומים סביבתיים, מחקרי משפט כ"ג (התשס"ז), 559.

<sup>161</sup> פסק הדין המשמעותי ביותר בישראל בעניין זה ניתן בע"א 7375/02, **בית החולים כרמל - חיפה נ' עדן מלול** (פורסם בנבו, 31.3.05): "בכמה הקשרים שללה הפסיקה בישראל גישה של "הכל או לא כלום"... ראוי עם זאת, לדעתי, לרכך את הכלל הדורש הוכחת קשר סיבתי בין התרשלנות ונזק על פי מאזן ההסתברות רק באותם מקרים בהם גישת "הכל או לא כלום" גורמת לאי צדק" (פיסקאות 22 ו-26 לפסק הדין), וראה גם בשלל הדוגמאות המובאות בפיסקאות 22-24 לפסק הדין. עם זאת, פסק הדין הוקחה במסגרת הדיון הנוסף

לאורך שנות התפתחותו של המשפט המודרני מסתמנת בו מגמה ברורה של מעבר הדרגתי מהכרעה בינארית אל עבר פתרונות ביניים, המעדנים את הכללים המשפטיים הדיכוטומיים ויוצרים איזון רב יותר בין האינטרסים של הצדדים<sup>162</sup>.

נבחר כי ההנחה העומדת ביסוד הדברים היא כי עיקרון המידתיות מחייב את הרשות השופטת, בדיוק כשם שהוא מחייב כל רשות אחרת<sup>163</sup>. למצער, מחויבת הרשות השופטת להביא את קיומם של מבחנים אלו בחשבון בעת שהיא נותנת פרשנות לכללים. ברור, אם כן שמבחן המידתיות איננו יכול לדור בכפיפה אחת עם מנגנון הכרעה בינארי. דווקא פיתרונות של 'מחיר', בהם יוכל בעל הדין לנהג בצורה דיונית כלשהי מבלי שהדבר יכריע את תביעתו על הסף, אך יאלץ לשלם את ה'מחיר' על התנהלותו הדיונית, הינו פיתרון מידתי לעילא. בדומה לכך, הציע השופט ברק כבר לפני שנים רבות כי יש מקום ליצור מחסומים דיוניים גמישים יותר, כך שיווצר צדק עם שני הצדדים, ולא ליצור מחסומים בינאריים, המאפשרים רק תשובה חיובית או שלילית:

"חוק ההתיישנות מבוסס בעיקרו על פילוסופיה של מועדים קבועים ונוקשים. גישה זו אינה מחויבת המציאות. כפי שראינו, ניתן לעדן את תחילת מרוץ ההתיישנות במבחניו של האדם הסביר. באנגליה הוספו גורמים נוספים של גמישות, המעניקים לבית המשפט, בתנאים מסוימים, סמכות להכיר בתביעה שהתיישנה. הוראה זו פועלת יפה, והיא מביאה לתוצאות צודקות כלפי הניזוק בלא לפגוע באינטרסים הלגיטימיים של המזיק..."<sup>164</sup>.

---

בפרשת מלול, וראה בעניין זה גם שם בעיקר בפסק דינה של השופטת נאור. וראו גם בדעת היחיד של השופטת שטרסברג-כהן בע"א 6643/95, כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד נג(2) 680, 704-701 (1999); אריאל פורת, פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי, עיוני משפט כ"ג (התש"ס), 605. וראה גם: ע"פ 4466/98, ראמי דבש נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3), 73 (2002). להרחבה בעניין הכתיבה בעולם על הנושא, ראה: Coons, ibid; John E. Coons, 'Approaches to Court Imposed Compromise – The Uses of'; Doubt and Reason', 58 Nw U. L. Rev. (1964), 750 Steven Shavell, Uncertainty; Apportionment of Tort Damages Based on Probability', 67 N.C.L. Rev. (1988), 1063, 1067-1069 David Rosenberg, over Causation and the Determination of Civil Liability, 28 J. L. & Econ. (1985), 587, 589, 594-596 'The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A 'Public Law' Vision of the Tort System', 97 Harv. L. Rev. (1984), 849, Saul Levmore, ; Jeff L. Lewin, Comparative Nuisance, 50 U. Pitt. L. Rev. (1989), 1009; Nesson, The Evidence; 862-866 Marc Stanch, 'Causation, ; Probabilistic Recoveries, Restitution and Recurring Wrongs', 19 J. Legal Stud. (1990), 691 Ariel Porat & Alex Stein, ; Risk, and Loss of Chance in Medical Negligence', 17 Oxford J. Legal Stud. (1997), 205 'Indeterminate Causation and Apportionment of Damages: An Essay on Holtby, Allen and Fairchild', 23 Oxford J. Legal Andrew F. Daughety and Jennifer F. Reinganum, 'On the Economics of Trials: Adversarial Process, ; Stud. (2003), 667 Shmuel Leshem and Geoffrey P. Miller, All-or-; Evidence, and Equilibrium Bias', J. L., Econ. & Org. 16 (2000), 365 Nothing versus Proportionate Damages, USC Legal Studies Research Paper No. 09-4 (2008). לפסיקה זוהר ראה גם: Gregg; Fatrcfeld v. Gierihaven Funeral Services Ltd., [2002] UKHL 22, [2003] 1 AC; v. Scott, [2005] UKHL 2, [2005] 2 AC 176 Baiter v. COTUS, [2006] UKHL 20; 32

<sup>162</sup> ע"א 8279/02, זאב גולן נ' עיזבון המנוח ד"ר מנחם אלברט ז"ל, פ"ד סב(1), 330 (2006), בפסקה 33 לפסה"ד של השופט גרוניס. עם זאת, יש לשים לב גם לסיפת דבריו: "ברם, לדעתי, אין להרחיק לכת יתר על המידה בהרחבת תחומיה של המגמה האמורה, וזאת במיוחד לאור העדר עיגון חקיקתי מתאים".

<sup>163</sup> פרשת נדב, 47: "בית המשפט, ככל רשות שלטונית אחרת, מחויב לעשות שימוש בסמכויותיו באופן העולה בקנה אחד עם עקרון המידתיות. בהקשר הנדון משמעות הדבר היא שגם אם נתקיימו התנאים הפורמאליים לדחיית התובענה, אין בכך משום סוף פסוק. שומה על בית המשפט להוסיף ולבחון אם קיימים אמצעים חלופיים העשויים אף הם לרפא את הנזק שנגרם על-ידי הפגם הדיוני, אך בכוחם למזער את הפגיעה בזכות היסוד". וראה גם פרשת סלמונוב, 483-482; פרשת שאולי.

<sup>164</sup> פרשת בוכריס. וראה את ההפניות לסוגית החקיקה באנגליה: סעיף 33 ל-1980, Limitation; limitation acts, Stephen Todd, Brooks v. Jp Coattes Ltd 702 All E.R. 3 [1984]; Periods in Personal Injury Claims (1982, Sweet & Maxwell, London), 42 גם בהמשך חזר בית המשפט העליון על המלצה זו. לעניין זה ראה, לדוגמה, בע"א 9413/03, אילן אלנקווה נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה, ירושלים, פ"ד סב(4), 525 (2008): "לא למותר להזכיר, במאמר מוסגר, את הצעתו של השופט ברק... כי המחוקק ישקול עשיית רפורמה בדיני ההתיישנות, אשר תיקח בחשבון אפשרות לעדן את המועדים הנוקשים הקבועים בחוק ההתיישנות, ותגמיש אותם על פי מבחני האדם הסביר... הצעה ברורה זו משקפת את הצורך המתמיד לאזן איזון ראוי בין הצורך בהחלת מחסום דיוני לבידור תביעות, לבין ההכרה בזכות האדם לפנות לערכאות ולהעמיד את זכויותיו המהותיות להכרעה שיפוטית".



בפסיקה מאוחרת יותר אף עלתה הצעה ולפיה במקרה בו הנזק הנתבע הינו חמור, ואילו האיחור הינו קל – תותר הגשת התביעה<sup>165</sup>. כפי שהוזכר לעיל, בספרות המשפטית הישראלית, בין היתר בעקבות הצעת חוק דיני ממונות, הועלתה האפשרות לקבוע בחוק כי זמנה של ההתיישנות לא יהיה קבוע ומוגדר, אלא יהיה גמיש ותלוי בנסיבות<sup>166</sup>.

#### **6א. התועלת האמיתית של הערכים הדייוניים**

כאן עלינו לבחון גם את אחד ממבחיני המשנה שהצגנו במסגרת ה'מבוא לניתוח הערכים' - המבחן הבוחן את אפקטיביות ההגנה על הערכים הקיימת בשיטה. על מנת לבחון את האפקטיביות של ההגנה אין להסתפק בבחינה האם המטרה העקרונית ('הכותרת') מושגת, ויש לבחון גם את השלכות יישום השיטה בפועל. מאחר שככל הנראה יטען כלפי המודל המוצע, כי הוא מפחית את איכות ההגנה על ערכים דוגמת יעילות וודאות, יש מקום לבחון עד כמה המודל הנוכחי מספק באמת הגנה יעילה ואיכותית לערכים אלו<sup>167</sup>.

#### **6א(א). ערך היעילות**

##### **6א(א)1. מהי יעילות ואיך היא נבחנת?**

ראשית, לעניין אפקטיביות ההגנה על ערך היעילות מושמעת ביקורת חמורה בקרב מלומדים<sup>168</sup> על ההתייחסות ליעילות, הנמדדת, רובה ככולה, ex-post. הראינו כבר, כי אחת המטרות העיקריות בהקפדה דווקנית על הכללים הינה להשפיע על התנהגותם של שאר הישחקנים במערכת המשפטית, ולנסות לכוונם להקפדה מעין זו. דא עקא, אין ספק שנקודת ההשפעה צריכה להיבחן דווקא ex-ante, ולא ex-post. מטבע הדברים השפעה זו תפעל את פעולתה, רק לפני שהצדדים בחרו כיצד לנהוג. מרגע שההכרעה נפלה והמעשה אירע – הרצון להשפיע נהפך לחסר משמעות. דווקא למי שמדגיש את חשיבותה של היעילות, נראה כי יהיה קשה מאד להסביר מדוע בדיקת היעילות נעשית דווקא ex-post ולא ex-ante<sup>169</sup>.

##### **6א(א)2. האם הכללים הנוכחיים יעילים?**

לעניות דעתנו, פעמים רבות כללים דייוניים המבקשים לשפר את יעילות ההליכים כלל אינם משיגים את מטרתם, ולעיתים אף מביאים לתוצאה הפוכה. הדברים נובעים בעיקר מהקפדה פורמליסטית על הכללים, שבסופו של יום פוגעת לא רק בגילוי האמת, אלא גם ביעילות המערכת, כפי שנקבע באחד המקרים: "גישה פורמליסטית כזאת

<sup>165</sup> פסק דינו של השופט הנדל בת"א (ב"ש) 63/93, **מגן דוד אדום בישראל נ' ק.ח.** (פורסם בנבו, 13.2.94): "כבי' השופט ברק המליץ לפני כעשר שנים על גישה רחבה יותר שתאפשר לבית המשפט שיקול דעת בהארכת תקופת ההתיישנות וזאת על פי הדוגמא של המשפט האנגלי... ייתכן ומקרה בו הנזק שנפגע ממנו התובע הינו חמור והתקופה בה איחר את המועד איננה קצרה אף גם איננה רחבה, היה מקום לשקול תוצאה שונה על פי הגישה האמורה".

<sup>166</sup> ראה: Guttel & Novick, *ibid*; גוטל, שם; גלעד, שם; שיינפלד, נזיקין, 344.

<sup>167</sup> לצורת טיעון דומה בנוגע לזניחת שיקולי יעילות בדיני הנזיקין בשל חוסר היכולת המהותית של דינים אלו לקדם יעילות, ראה:

Stephen D. Sugarman, *Doing Away with Tort Law*, 73 *Cal. L. Rev.* (1985), 555, 573; קרן-פז, שם, 612-613.

<sup>168</sup> הביקורת מבוססת בעיקר על מאמריהם של Kaplow & Shavell, *Fairness* של Steven Shavell, **Foundations of Economic**

Steven Shavell, *Suit, Settlement and Trial: A Theoretical Analysis*; **Analysis of Law** (Harvard University Press, 2004)

Kaplow; ("Shavell, Suit") under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs, 11 *J. Leg. Stud.* (1982), 55

Hay, *Civil Discovery*; Kaplow & Shavell, *Accuracy - Damages*; & Shavell, *Accuracy - Liability*

<sup>169</sup> ראה בהרחבה אצל קלמנט ושפירא, שם, 133.

תהפוך את הדיון בתביעה לעקר ולחסר תכלית, ואך תרבה התדייניות שלא לצורך. שכן אך סביר הוא שבסיום ההתדיינות תוגש תובענה חדשה כדי להתאים את פסק-הדין שניתן למציאות החדשה"<sup>170</sup>. בין היתר, לעניין התנגדות דיונית לתיקון כתב התביעה נקבע כי "נמצאנו משחיתים זמן על הטפל במקום להקדישו לעיקר"<sup>171</sup>. במקרה אחר, נקבע כי על אף שהתביעה הוגשה כתביעה ייצוגית בעוד שלמעשה העילה המרכזית היתה אמורה להיות מוגשת במסגרת תביעה נגזרת<sup>172</sup>, הרי שבשל קיומן של מספר עילות הראויות להתברר בתביעה ייצוגית ראוי לאחד את הדיון, שכן עמידה על הכלל הדיוני תיצור מציאות בלתי יעילה. לכן "בנסיבות המיוחדות של העניין רצוי לחתור לפיתרון דיוני יצירתי, אשר יאפשר לדון במכלול הטענות והשאלות בהליך אחד בצורה יעילה ותכליתית"<sup>173</sup>.

כך, לדוגמא, נמתחה לאחורנה ביקורת רבה על הצעת החוק שביקשה לחייב להעביר להליכי בוררות תביעות אזרחיות בגובה של עד 2.5 מיליון ₪<sup>174</sup>, על אף שלכאורה מדובר בפיתרון יעיל שיקל את העומס מעל המערכת. להצעה זו התנגד גם נשיא בית המשפט העליון, השופט גרוניס, אשר טען, בין היתר, כי ההליכים החדשים שייווצרו כתוצאה מהצעת החוק - כמו הזכות לערער על ההחלטה להעביר תיק לבוררות חובה, אישור פסק הבורר על ידי בית משפט או ערעור בזכות על פסק הבורר - ימנעו מההצעה להגשים את תכליתה ולא יקלו כלל על העומס בבתי המשפט<sup>175</sup>.

בדוגמא נוספת, קבע בית המשפט העליון כי הדיונים בנושאי הסמכות המקומית יוצרים בפועל חוסר יעילות מובהק, תוך הסתמכות גם על דברי מלומדים:

"נדמה לעיתים כי העלויות המושקעות בהתדיינות בנושאי הסמכות המקומית ובהעברתו של תיק מטיפולו של בית משפט שהחל לדון בו אל משנהו שבמחוז שיפוט אחר, נעדרות הצדקה מהותית. כזו היא דעתו של הד"ר ש' לוי, הרואה בטיעונים בדבר הסמכות המקומית את "אחת הדוגמאות הבולטות למקרים שבהם עשוי להתבזבז לשווא זמן שיפוטי יקר"<sup>176</sup>.

נעמוד כאן על מספר דוגמאות בולטות בנושא זה. חשוב להדגיש כי ככל שיתברר שהליך אשר מטרתו לייעל את המערכת, פועל בצורה שספק אם מסייעת לייעול המערכת, הרי שבאותם מקרים נדמה כי איש לא יכול להתכחש לעובדה שקיימת חובה על המערכת להביא, לפחות, לגילוי האמת.

<sup>170</sup> ע"א 143/85, יצחק לוי נ' רחל לוי, פ"ד לט(3), 831, 836-835 (1985).

<sup>171</sup> רע"א 1927/13, אלקו התקנות ושירותים (1973) בע"מ נ' נוי חשמל ובקרה בע"מ (פורסם בנבו, 12.4.13; להלן: "פרשת אלקו"). באותו מקרה, חויבה המבקשת ב- 5,000 ₪, על אף שלא נתבקשה תגובה, בשל העובדה ש"לא היתה הצדקה לזמן השיפוטי שירד לטמיון".

<sup>172</sup> על החשיבות שבאבחנה בין השתיים, ראה ע"א 2967/95, מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נא(2), 312 (1997); ע"א 3051/98, דרין נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ, פ"ד נט(1), 673, 688-691 (2004).

<sup>173</sup> רע"א 9113/07, אוצר מפעלי ים בע"מ נ' יהונתן כתבן (פורסם בנבו, 27.7.10).

<sup>174</sup> הצעת חוק בתי המשפט (בוררות חובה) (הוראת שעה), התשע"א-2011.

<sup>175</sup> ראה גרוניס: בוררות חובה תפגע בעצמאות ביהמ"ש ובזכות להליך הוגן, גלובס, 3.9.12.

<sup>176</sup> פרשת מפעל הפיס, 478-479. וראה דוגמא נוספת גם ברע"א 1525/13, אברהם פריד נ' תמרה טמיר (פורסם בנבו, 21.4.13): "יש לייחס משמעות משפטית ביותר מהיבט אחד להצטברות של הליכים בתיק ולהתמשכותם של סכסוכים רבי שנים. על בית המשפט לשקלל לתוך הכרעתו, בנוסף לדקדוק הפרטני בהליכים, גם את התמונה הכוללת; זאת - כדי שלא ליתן יד להיגררות סכסוכים עד אין קץ בטענות פורמליות ופורמליסטיות כאלה ואחרות, תוך שבתי המשפט נגררים אף הם שלא בטובתם להתדיינות סדרתית".

ניטול, לשם הדוגמא, את ההליך הדיוני הקרוי 'סדר דין מקוצר'<sup>177</sup>. מדובר בהליך שהינו חריג בולט מהכללים הרגילים בהליכים הדיוניים, ומהחובה הפשוטה לשמוע את שני הצדדים להליך<sup>178</sup>. הליך זה פוגע בצורה קשה בזכותו החוקתית של הנתבע להביע את טענותיו בפני בית המשפט<sup>179</sup>, שכן הוא מבטל את הזכות המוקנית לנתבע להגיש כתב הגנה, ומקים במקומה אפשרות להגיש בקשת רשות להתגונן, ואף מחייב לצרף לבקשה זו תצהיר, כלומר מחייב אותו להוכיח כי הוא ראוי לרשות להגן<sup>180</sup>. זאת, בהתקיימם של תנאים המבטיחים מהימנות רבה מהרגיל של טענות התביעה<sup>181</sup>. "הרעיון העומד בבסיסו של ההסדר... מבוסס על ניסיון החיים, המלמד שברוב המקרים שבהם חל ההסדר האמור, ידו של התובע היא על העליונה, ולפיכך שומה על הנתבע להראות, לכאורה, שעניינו יוצא מן הכלל"<sup>182</sup>. החריג הנ"ל נועד לסיבה אחת ויחידה, "לייעל את ההליכים, לטובת האינטרס הציבורי בהפחתת העומס על בתי המשפט"<sup>183</sup>. מדובר, כמובן, בחריג שאינו פשוט מבחינה חוקתית, ואולם נקבע כי הוא מידתי, וכי הוא משקף "איזון ראוי בין האינטרס הציבורי לבין זכות הגישה של הנתבע לבית המשפט"<sup>184</sup>. עם זאת, על מנת להבטיח את האיזון בין ערכי הצדק<sup>185</sup> והיעילות סייג בית המשפט את יכולת השימוש בהליך, וקבע כי בקשת רשות להתגונן לא תאושר "רק אם ברור ונעלה מספק, שאין לנתבע כל סיכוי להצליח בהגנתו"<sup>186</sup>. לשיא הגיעו הדברים בפסק דין אשר שילב את הזכות החוקתית להתגונן ביחד עם המתח הערכי שבין הצדק והיעילות, וקבע שיש למתוח את החבל עוד מעט. ע"פ פסה"ד "די אם הנתבע הראה, ולו קצה חוט של טענת הגנה, כדי להצדיק, בהתמודדות בין האינטרסים השונים, את ההכרה בזכותו להתגונן. המימד החוקתי הנלווה לזכות להתגונן מוסיף חיזוק-יתר לכלל הנקוט בהלכה הפסוקה מזה שנים רבות לפיו בקשת רשות להגן תידחה רק כאשר אין, ולו בדל סיכוי אפשרי, כי טענה מטענות ההגנה המועלית תתקבל במשפט גופו"<sup>187</sup>. בין השיקולים להלכה החדשה מוזכר גם השיקול "שלא תיפול התביעה על סמך שיקולים פרוצדורליים-טכניים בלבד"<sup>188</sup>. מדובר, הלכה למעשה, בהעדפה מקובלת של זכות הגישה לערכאות של הנתבע גם במחיר פגיעה ביעילות<sup>189</sup>.

<sup>177</sup> בהתאם לפרק ט"ז לתקנות (תקנות 202-214). וראה גם בר-אופיר, סדר דין מקוצר; שוורץ, סדר דין, 293; פנחס גולדשטיין, "זכויות דיוניות" של בעלי הדין ו"ברירת סדר הדין האזרחי", הפרקליט ל"ב (התשל"ט-התש"ס), 189, 193-210.  
<sup>178</sup> גינוסר, מבוא לתורת הדין, 67.  
<sup>179</sup> זכות המוגנת ע"י סעי' 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.  
<sup>180</sup> ראה תקנה 204 לתקנות.  
<sup>181</sup> זוסמן, סדרי הדין, 654; וראה גם שלמה לוי, השגות עקרוניות לריפורמה בתקנות סדר הדין האזרחי, משפטים י"ט (תש"ן), 675.  
<sup>182</sup> לוי, תורת הפרוצדורה, 50.  
<sup>183</sup> פסקה ו' (2) לפסה"ד בפרשת מזדיקוב.  
<sup>184</sup> לוי, שם. פרשת מזדיקוב, שם.  
<sup>185</sup> ובהר כי מושג הצדק משמש לשני הכיוונים. כך, בע"א 10189/07, עזרא ששון נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ (פורסם בנבו, 15.6.09; להלן: "פרשת עזרא ששון") מתייחסת השופטת פרוקצ'יה גם ל"עשיית צדק עם תובע שתביעתו מקיימת את תנאי סדר הדין המקוצר".  
<sup>186</sup> ע"א 9654/02, חב' האחים אלפי בע"מ נ' בנק לאומי לישראל, פ"ד נט(3), 41 (2002); וראה גם בע"א 248/89, החברה הכללית למוסיקה (1973) בע"מ נ' Warner Home Video (Ltd) U.K., פ"ד מו(2), 273, 277 (1992); ע"א 6514/96, חניון המרכבה חולון בע"מ נ' עיריית חולון, פ"ד נב(1), 390, 400 (1999). בעבר, במפתיע, היתה ההלכה מחמירה ונוקשה בהרבה, ראה אצל גולדשטיין, שם, 200-202, וראה בדברי השופט לנדוי בהמ" 609/65, עמוס רוזובסקי נ' ויליאם זבידה, פ"ד כ(1), 236, 243 (1966).  
<sup>187</sup> פסק דינה של השופטת פרוקצ'יה בפרשת עזרא ששון.  
<sup>188</sup> פסקה ד' לפסק דינו של השופט רובינשטיין בפרשת עזרא ששון.  
<sup>189</sup> שוורץ, סדר דין, 308.

ההלכה ונימוקיה ברורים, ואולם ההלכה מחדדת את השאלה האמנם סדר הדין המקוצר מועיל עדיין להגברת מימד היעילות? האם הוא לא מביא דווקא לתוצאה ההפוכה, בה מתקיים בכל הליך דיון עקר בבקשת רשות להתגונן, אשר צריכה להינתן ברוב רובם של המקרים<sup>190</sup>?! במיוחד נכונים הדברים במקום בו ניתנה רשות להתגונן, והתביעה עברה לסדר דין רגיל. התוצאה היא שדווקא תובע שהגיש תביעה רגילה יברר את תביעתו מהר יותר מתובע שהגיש תביעה בסדר דין מקוצר, אך הועלתה כנגדה בקשה דחוקה למתן רשות להתגונן<sup>191</sup>. נדמה, לכאורה, שתועלתו העיקרית של סדר הדין המקוצר מתרחשת במקרים, הרבים כשלעצמם, בהם הנתבע כלל לא מגיש בקשת רשות להתגונן, אך במקרים בהם הוא מגיש את הבקשה, אדרבה, ההליך המיוחד מוביל דווקא לסירבול, אשר מוסיף טירחה מיותרת למערכת.

לא ברור אם לקושי שהצגנו התכוון השופט רובינשטיין, אך הוא הציע פיתרון אפשרי, בדמות הטלת הוצאות כבדות על מי שהגיש בקשת רשות להתגונן, אשר בסופו של הליך התבררה כבקשת סרק<sup>192</sup>. עם זאת, ספק רב האם עמדה זו אכן מקובלת על בתי המשפט. בנוסף, ספק האם לא ניתן למצוא פיתרון אחר, אשר יאמץ את ההיבטים המשמעותיים של סדר הדין המקוצר, ויברור את ההיבטים הבעייתיים יותר. הדברים נכונים גם לגבי שורת פיתרונות שמציע פרופ' שוורץ ל"ליקויים הניהוליים", כלשונו, בהליך. בין הצעותיו<sup>193</sup> הקפדה יתירה על מוצקות התביעה, בירור מיידי של הגנות דחוקות, תור 'מיוחס' לתביעות שנדחו מהמסלול המקוצר, הענקת סמכות לרשם לדון בתביעה בה ניתנה רשות להתגונן והרחבת שיקול הדעת של ביהמ"ש בדבר העברתן של תביעות מסדר דין מקוצר למסלול רגיל. מדובר בהצעות מעניינות, אשר בהחלט עשויות לייעל את ההליך, אך, לענ"ד, הן אינן תופסות את השור בקרניו<sup>194</sup>, ואינן מתייחסות למתח המובנה הגורר בעקביו את הכשלים – הרצון להגן על הזכויות המהותיות גם במחיר פגיעה ביעילות.

#### א6(א)2(ב). סדר דין מהיר

גם בעניין סדר הדין המהיר מטרתן של התקנות היתה לשפר את יעילות ההליכים. התקנות כשלעצמן עוררו שאלות לא מעטות, אשר בחלקן עסקנו בעבודה זו<sup>195</sup>, ואולם לגבי חלקן של התקנות עצם התרומה ליעילות ההליכים מוטלת בספק גדול<sup>196</sup>. כך, הודעת צד שלישי ניתן להגיש בהליך מעין זה רק באישור בית המשפט<sup>197</sup>, על

<sup>190</sup> אם נשתמש במינוחים מתחום המשפט והכלכלה, ניתן להבהיר זאת בכך, שהצורך של בית המשפט ושל הצדדים להקדיש משאבים בשלב המקדמי של הדיון, לשאלה שברוב רובם של המקרים תתברר כמיותרת, יגדיל את העלות הישירה בניהול המשפט (Direct Cost), ויגרום לכך שעלות הכלל הדיוני הנוהג לא תהיה מינימלית, וממילא, שהכלל הדיוני יהיה בלתי יעיל מבחינה כלכלית.

<sup>191</sup> שוורץ, שם, 310. פרופ' שוורץ עומד גם על קשיים מובנים הנגרמים כתוצאה מהוראות שונות בתקנות, ואולם דברים אלו חורגים ממתחם דיוננו.

<sup>192</sup> פיסקה ה' לפסק דינו של השופט רובינשטיין **בפרשת עזרא ששון**: "בכגון דא ככל שמתברר בסופו של דבר כי הרשות שניתנה להתגונן רשות סרק היא, בידי בית המשפט הכלי של הטלת הוצאות, ולדידי במקרה כזה עליהן להיות כבדות".

<sup>193</sup> שוורץ, שם, 311-313.

<sup>194</sup> פיתרון לבעיות שהוצגו כאן חורג מהנושא דנן. נעיר רק כי שינוי אפשרי, גורף הרבה יותר מאלו המותעים ע"י שוורץ, יכול לבטל את כל מוסד הצורך בהגשת בקשה רשות להתגונן, תוך קביעת סדרי דין מהירים וגורפים הרבה יותר במקרים מסוימים, ואכמ"ל.

<sup>195</sup> ראה בהרחבה שילה, צדק דחוי; אגמון-גונן; אי-תלות; פרשת מחמד; פרשת עיריית ירושלים; בש"א (י-ם) 6419/02, **מוריה – חברה לפיתוח ירושלים נ' עו"ד מנשה הס** (פורסם בנבו, 29.9.02).

<sup>196</sup> ראה שילה, שם, 329-330.

<sup>197</sup> תקנה 214(א) לתקנות.

אף שהודעת צד ג' נועדה למנוע כפל התדיינות באותו נושא<sup>198</sup>, כלומר לשפר את יעילות המערכת. התמיהה גוברת לאור העובדה שבקשה לצירוף צד שלישי תוגש בדרך כלל בישיבת קדם המשפט<sup>199</sup>, ובהתחשב בהוראה שאין לקיים יותר מישיבת קדם משפט אחת<sup>200</sup>, הרי שהצד השלישי לא יהיה נוכח בישיבת קדם המשפט. ממילא אם מקבלים את ההנחה שישיבת קדם משפט עשויה להביא לסיום מהיר יותר של הסכסוך (בפשרה, לדוגמא), הרי שהתקנות דווקא מונעות את הפיתרון המהיר והיעיל, ומסרבלות את הדיון [והדברים נכונים גם לגבי העובדה שהצירוף יתבצע, אם יאושר, רק לאחר מתן תצהירי העדות הראשיים<sup>201</sup>].

#### א6(א)2(ג). הנטיה לגישור

בשנים האחרונות הולכת ונפוצה התופעה בה בתי המשפט מעבירים את ההליך למסלול של גישור<sup>202</sup>, או דוחקים בצדדים להגיע לפשרה, לאחר שהם מציגים בפני כל אחד מהצדדים את הבעייתיות שבטיעוניהם<sup>203</sup>. המטרה היא לנסות ולסיים את הסכסוך, כאשר הוא עדיין על 'אש קטנה' בגישור, ולמצער, בפיזור<sup>204</sup>. גורן סבור כי עליית הליכי הגישור והפיזור מסמלים את "האור בקצה המנהרה" בדרך ליעילות במערכת בתי המשפט<sup>205</sup>. הסיבה לתפיסה זו מובנת. לכאורה, כל תיק המסתיים בגישור ובפיזור חוסך מבית המשפט זמן שיפוטי יקר, וממילא מהווה נדבך בהתייעלות המערכת. ואולם, הניתוח שערכנו כעת הינו ניתוח ex post מובהק. לצורך ניתוח נכון של הנושא יש לזכור, ראשית, כי מרביתן של התביעות המוגשות לבית המשפט מסתיימות בפשרות<sup>206</sup>. בשלב השני יש להבין, כי בהסתכלות ex-ante, ידיעת הצדדים כי בית המשפט ינסה לדחוף (לעיתים אף באגרסיביות, הנובע לאו דווקא מסיבות הרלוונטיות לתיק) את הצדדים להגיע לפשרה, משפיעה על תמריציהם של הצדדים בבואם לבצע

<sup>198</sup> זוסמן, סדרי הדין, 635; קשת, הזכויות הדיוניות, ח"ב, 1035-1039; המ' 179/56, **סבירסקי נ' גייקובס**, פ"ד י, 1997, 2001 (1956); ע"א 54/57, **קופלר נ' מרקוב**, פ"ד יא, 1198, 1199 (1957); ר"ע 457/83, **ohio medical products division of air reduction company, inc נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל**, פ"ד לז(4), 309 (1983), 310: "הודעה לצד שלישי... מטרתה העיקרית היא בכל מקרה אחת, והיא, כי התדייניות על כל הסתעפויותיהן בשל אותה עילה או בשל עילות הצומחות ממערכת עובדות אחת, יתקיימו, ככל האפשר, בצוותא חדא. כך ייחסד זמנם של בעלי הדין, של העדים ושל בתי המשפט... לכך חשיבות לא רק מבחינת היעילות אלא גם מבחינת עשיית הצדק... כפועל יוצא מכך גם ימנעו החלטות סותרות של ערכאות שונות"; רע"א 5150/02, **ד"ר משה וינברג, עו"ד נ' קרון ביילס, עו"ד**, פ"ד נח(2), 205, 211 (2003).

<sup>199</sup> תקנה 214ד(ב) לתקנות.

<sup>200</sup> תקנה 214א(א) לתקנות.

<sup>201</sup> בהתחשב בהוראת תקנה 214ט(א) לתקנות.

<sup>202</sup> להרחבה ראה בדו"ח הוועדה לבחינת דרכים להגברת השימוש בגישור בבתי המשפט (יולי 2006); מדינה, ירידת הפורמליזם.

<sup>203</sup> לתופעה זו השלכה בעייתית גם על סוגיות מתחום פסלות שופטים. ראה מרזל, דיני פסלות, 190; ע"א 5131/12, **מרדכי כהן נ' נורית בקשי** (פורסם בנבו, 3.10.12): "אמירה, אף אם לא ראויה, שמטרתה הייתה לחסוך זמן שיפוטי יקר הן לצדדים והן לבית המשפט לא תביא בהכרח לפסילה".

<sup>204</sup> להרחבה ראה: Tom R. Tyler, **Why People Obey the Law** (Princeton University Press, 2006), 115; Tom R. Tyler, 'Citizen Discontent with Legal Procedures: A Social Science Perspective on Civil Procedure Reform', **Am. J. Comp. L.** 871 (1997); Chris Guthrie & James Levin, 'A "Party Satisfaction" Perspective on a Comprehensive Mediation Statute', **Ohio St. J. O Disp. Resol** (1998), 885, 888-898; מרדכי (מוטי) מירוני, על מגבלות הפיזור ועל בשורת הגישור, **דין ודברים** ו' (התשע"ב), 487.

<sup>205</sup> **גורן, הפרוצדורה האזרחית**, 648.

<sup>206</sup> השיעור המדויק של התביעות המסתיימות בפשרה אינו ברור. מחקר שנערך בארה"ב הראה כי כ- 75 אחוזים מתביעות הנוקטות המוגשות שם מסתיימות בפשרה. ראה: Steven K. Smith, Carol J. DeFrances & Patrick A. Langan, **Tort Cases in Large Counties** (Bureau of Justice Statistics, 1995); וראה גם במקור המובא בע"ש 95 אצל קלמנט, התביעה הייצוגית. עם זאת, מדובר במצב בארה"ב שאינו בהכרח דומה למצב בישראל. קלמנט ושפירא, יעילות וצדק, הע"ש 25, מדגישים גם כי הסטטיסטיקה הנ"ל עוסקת בתביעות שהוגשו לבית המשפט והסתיימו בפשרה. סכסוכים נוספים רבים מסתיימים בפשרה עוד לפני שמוגשת כלל תביעה, וממילא הסטטיסטיקה צריכה להיות גבוהה עוד יותר.

את התחייבויותיהם, ופעמים רבות יוצרת תמריץ שלילי לקיום ההתחייבות<sup>207</sup>. הסתכלות 'לכתחילית' (ex-ante) על המגמה מראה גם כי מגמת הפישור עלולה לגרום לנזק חמור ליעילות המערכת המשפטית גם בנדבך נוסף. זאת בשל העובדה, שלצד התמריץ השלילי לקיום ההתחייבות, קם לצד שההתחייבות כלפיו הופרה תמריץ גדול יותר לפנות לבית המשפט, על מנת שזה ייתן לו סעד, וממילא התור בבית המשפט לא רק שלא יתקצר, אלא אף יתארך עשרת מונים<sup>208</sup>.

#### 6א(א)2(ד). התיישנות

סוגיה דיונית מרכזית נוספת, אשר אחת ממטרותיה המרכזיות היא הגנה על היעילות, הינה סוגיית ההתיישנות. כפי שכבר הזכרנו לעיל, בין הגורמים המרכזיים להחלת ההתיישנות בולט הנימוק, המבקש להגן על המערכת מתיקים ישנים. "האינטרס הציבורי הוא, שזמנו המוגבל של בית המשפט יוקדש לטיפול בבעיות ההווה, וכי בתי המשפט לא יעסקו בעניינים שאבד עליהם הכלח"<sup>209</sup>. כך "מיועדת תקופת ההתיישנות לתמרץ תובעים פוטנציאליים לתבוע את זכויותיהם בזריזות ראויה וללא עיכובים בלתי סבירים"<sup>210</sup>. ההנחה המקובלת הינה שהגבלת זמן הגשת התביעות, באמצעות יצירת סד דיוני, תמנע הגשת תביעות מאוחרות, ותביא להפחתה משמעותית במספר התביעות שיוגשו לבית המשפט, ובייחוד למניעת תביעות בלתי מוצדקות<sup>211</sup>.

אלא שספק האם הנחת היסוד הזו נכונה. ההנחה מתעלמת מגורמים שונים, ובין היתר:

א. ראשית, הנחת היסוד הינה כי לאחר שחלפה תקופת ההתיישנות לא תוגשנה תביעות. דא עקא, המציאות מראה כי תביעות רבות מוגשות גם לאחר תקופת ההתיישנות. השינוי היחיד הינו שבתביעות אלו נאלץ בית המשפט לדון בשאלה האם מתקיים איזה מן החריגים המצויים בחוק ההתיישנות, אשר יאפשרו את בירור התביעה, ואשר התובע יטען לקיומם [יצוין כי לעיתים התובע כלל לא יצטרך לטעון זאת. במקרים רבים הנתבע איננו מעלה את טענת ההתיישנות בהזדמנות הראשונה, ואז הוא מנוע מלהעלותה עוד. מובן שגם כלל זה מהווה זרז להגשת תביעה אף לאחר שחלפה תקופת ההתיישנות<sup>212</sup>]. בדרך כלל ידון בכך בית המשפט בערכאה אחת או יותר. לנוכח האמור, חוזרים הדברים אותם הזכרנו לעיל של השופט גרוניס (בנוגע להליך

<sup>207</sup> נניח, לשם הדוגמא, כי חוזה נתון מחייב את ראובן לשלם לשמעון 1000 ₪. ראובן יודע כי יש לו בחוזה טענה לפוטרו מתשלום. עם זאת, הוא גם יודע כי זוהי טענה קלושה, שהסיכויים שביהמ"ש יקבלה הם 10 אחוזים לכל היותר. אם נניח גם שעלויות ההגנה (הוצאות, שכ"ט עו"ד וכו') הן כ- 15 אחוזים מסכום התביעה, הרי שלראובן אין טעם לנהל הליך משפטי, ורבים הסיכויים שהוא יעמוד בתשלום מלכתחילה. לעומת זאת, אם נשקלל לתוך הנוסחה גם את הידיעה על לחץ של ביהמ"ש לסגור את התביעה בפשרה של כ- 75-80 אחוזים (מתוך הנחה, שאינה משוללת יסוד, שביהמ"ש בשלבים הראשוניים של הדיון איננו מדויק מספיק, וממילא יכולת ההערכה שלו פחותה), הרי שהתמריץ לראובן לקיים את התחייבותו נעשה שלילי. תוצאה דומה ניתן להציג לגבי תביעה, שסיכויי הקבלה שלה הינם 60 אחוזים, בעוד שביהמ"ש בשלב הראשוני של התביעה, יעודד פשרה באזור קו האמצע.

נדגיש עוד, כי אפילו אם נדחה את ההנחה המובלעת בדוגמא, לפיה בשלבים הראשוניים של התביעה בית המשפט יהיה מדויק פחות, ולכן ינסה להסיט את נקודת הפשרה לכיוון המרכז, הרי שהטענה תישאר בעינה. זאת לנוכח הידיעה על כך שמקובל שעלויות ההליך מופחתות במקרה של סיום ההליכים בשלבים מוקדמים. כך, הערכת העלויות דלעיל פוחתת, לפחות בנוגע לשלבי הראשוניים, וממילא עשויה ליצור תמריץ שלילי לביצוע התשלום ע"י ראובן מתוך תקווה לפשרה בבית המשפט.

<sup>208</sup> להרחבה נוספת על הכשלים שעשויה לגרום להיטות יתר ליעילות בהליך הגישור, ראה: Welsh, Making Deals; מיכל אלברשטיין, 'על החיפזון והצדק הפרוצדוראלי בבית הדין לעבודה: תצפיות בגישור ובשפיטה', מאזני משפט ז' (התש"ע), 119. פרשת בוכריס, 559.

<sup>210</sup> פרשת יחזקאלי, 301; ע"א 4024/95, פגילזר נ מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.1.98).

<sup>211</sup> וראה: Cj. Chase Sec. Corp. v. Donaldson, 325 U.S., 304, 314 (1945); Ochoa & Wistrich, Puzzling Purposes, 495-500.

<sup>212</sup> ראה סעי' 3 לחוק ההתיישנות; ע"א 9245/99, ארנון ויינברג נ' משה אריאן, פ"ד נח(4), 769, 784-785 (2004); ע"א 5574/09, הזימה סעי' הזימה קזל נ' קרן קיימת לישראל (פורסם בנבו, 16.11.11).

בוררות החובה), על כך שהעומס לא יפחת בשל ההליכים שיביא החוק עצמו בכניו, ומקבלים משנה תוקף בנידון דידן.

הדברים אף מחמירים לאור "מגמת הפסיקה... העדפת בירורה העובדת של התביעה על פני סילוקה על הסף, ומניעת הכרעה עניינית בטענת סף בטרם בירור עובדתי"<sup>213</sup>. הדברים יוצרים מגמה לפיה בתי המשפט ימצו את הדין בתיק, גם אם הוגש לאחר תום תקופת ההתיישנות, כך שהלכה למעשה, בית המשפט נאלץ לדון גם ב'בעיות העבר' ולא רק ב'בעיות ההווה'<sup>214</sup>.

ב. זאת ועוד. שאלה גדולה היא למה גורמים כללי ההתיישנות בהסתכלות ex-ante. ההנחה היא שהגבלת תקופת התביעות תפחית את כמות התביעות, ואולם ניתן גם לטעון כי התוצאה הנגרמת ממשטר ההתיישנות היא עלייה במספר ההליכים דווקא. זאת, לנוכח העובדה שתיקים אשר יכולים היו להסתיים מחוץ לכותלי בית המשפט, מגיעים לבירור משפטי בשל החשש מחלופי תקופת ההתיישנות. מובן שלאחר הגשת התביעה היכולת לסיים את ההליך בפשרה משתנה לחלוטין (בשל העובדה שכבר הושקעו בהליך משאבים ובשל מעורבותם של גורמים נוספים, דוגמת עורכי הדין), אך אפילו אם ההליך יסתיים בפשרה, הרי שבית המשפט כבר השקיע בו את זמנו היקר. הדברים נכונים בקל וחומר בנוגע להליכים אשר לא היו צריכים להתברר בשל חוסר הסיכוי שבהם, אך נאלצו לצאת אל הפועל בשל מגבלות ההתיישנות.

#### א6(א)2(ה). גילוי מסמכים

כאשר מתבקש גילוי מסמכים מעמיד בית המשפט, בדרך כלל, שני ערכים מרכזיים כערכים מתנגשים – גילוי האמת ויעילות ההליך<sup>215</sup>. ואולם יעילות ההליך נמדדת כמעט תמיד<sup>216</sup> תוך בחינת ההליך הנמצא בעיצומו (לרבות

<sup>213</sup> פרשת קד-קו; רע"א 5220/13, בוריס בנאי נ' עו"ד איתן ארז - נאמן לנכסי החייב בפשיטת רגל אלי רייפמן (פורסם בנבו, 30.7.13): "יש לבקר, ככלל, איחוד של טענות הסף והטענות לגופו של עניין במסגרת אחת על פני פיצולן לשני שלבים. ראשית, איחוד כזה עשוי לחסוך זמן שיפוטי ניכר בעוד שפיצול יוביל לסירבול והארכה שלא לצורך של ההליכים. שנית, איחוד הטענות במסגרת אחת יאפשר לבית המשפט לראות את כל גזרת המחלוקת ואף לנסות ולפעול לקידום ההליך, לרבות הצעת הצעות שונות לפשרה ולסיים ההליך ללא פסק דין"; ת"א (ת"א) 1175/06, ניסים יניב נ' בובליל משה (פורסם בנבו, 17.1.10): "מגמת הפסיקה הינה העדפת בירורה הענייני של תביעה תוך התייחסות לטענות הסף בהמשך ההליכים, על פני סילוקה על הסף".

<sup>214</sup> נכון, אמנם, שגם בהתאם למודל המוצע יאלץ בית המשפט להקדיש זמן שיפוטי לסוגיה וזמן זה לא ייחסך כליל. ואולם, אין בכך כל התנגשות עם העיקרון המודגש כאן. ראשית, וזהו הטעם העיקרי, הרעיון המובע כאן הינו שלא תמיד מנגנונים הבאים להבטיח יעילות, אכן עומדים בהבטחה זו, ולעיתים הם אף פוגעים ביעילות. לעניין זה, אין נפקא מינא אם גם מנגנונים אחרים עשויים להיות בלתי יעילים. עצם יצירת השוויון בין יעילות המנגנונים מחייבת אותנו לנטרל את מנגנון היעילות מתוך 'המשוואה', וממילא במצב מעין זה כולי עלמא יודו שאין מקום לקביעת מנגנון הפוגע בערך המוגן של גילוי האמת. שנית, בהתאם למודל המוצע מציאות בה בירור ההליך יעוכב לחלוטין בשל הגשת ערעור תפחת בהרבה, ולא תהיה, למעשה, סיבה לעכב את ההליך. בנוסף לכך, רבות מן ההחלטות שתקבלנה מלכתחילה רק בפסק הדין הסופי בהליך כך שלא יתקיימו הליכי ביניים בנושא ההתיישנות. מעבר לכך, כמדומני שבמצב בו חשיבותה של שאלת ההתיישנות פוחתת, והיא אינה מהווה עוד עילת סף היכולה להביא לפסק דין מוקדם, הרי שגם האנרגיות שישקיעו בה הצדדים יפחתו בהתאמה. ניתן אף לחשוב על מנגנונים אשר יתמרצו את הצדדים לחסוך שאלות מעין אלו. לדוגמה, ניתן לחשוב על מנגנון בו תובע אשר יודה כי תביעתו הוגשה בשיהוי מסוים יתחייב באגרה גבוהה יותר בשיעור מסוים. במקביל, אם יבחר אותו תובע שלא להודות בקיומו של שיהוי זה, יוכל לטעון להתקיימותו של אחד החריגים הקיימים בחוק, אך אם טענותיו בנושא תידחנה – האגרה בה יחויב תהיה גבוהה הרבה יותר. על כל פנים, הדברים רחבים, ואכמ"ל.

<sup>215</sup> להרחבה בעניין ראה רע"א 3638/03, ביטום תעשיות פטרוכימיות בע"מ נ' כמפרן – ישראל בע"מ, פ"ד נח(1), 97 (2003); רע"א 2534/02, יהודה שמשון נ' בנק הפועלים בע"מ, פ"ד נו(5), 193 (2002); ת"א (מרכז) 6901-09-10, ב.ג. נגב טכנולוגיות ויישומים בע"מ נ' Bioness Inc. (פורסם בנבו, 24.12.12); ת"א (מרכז) 24564-06-10, דן חברה לתחבורה ציבורית בע"מ נ' עיריית פתח תקווה (פורסם בנבו, 2.5.12).

<sup>216</sup> פרט למספר חריגים. ראה ברע"א 918/02, ישראל ויטלזון נ' פנטאקום בע"מ, פ"ד נו(4), 865, 870 (2002): "על בית המשפט לעצב את הסדר הגילוי בהתחשב גם בשיקולים נורמטיביים, שבמרכזם ההשפעה האפשרית שתהיה להיקף הגילוי שייקבע על היערכות בעלי-דין מראש, עוד בטרם נתגלע הסכסוך ביניהם, לצבירת ראיות העשויות להקל בדיעבד על בירור הסכסוך. על הכלל המשפטי להיות מעוצב אפוא כך שיגרום לצדדים לפעול מלכתחילה לצמצום הפער הראייתי שעמו נדרש להתמודד בדיעבד בית המשפט לצורך יישוב הסכסוך" ובמקורות שאוזכרו שם; רע"א 4249/98, שמעון סוויסה נ' הכשרת היישוב – חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נ"ה(1), 515, 520 (1999): "משחק 'בקבלים גלויים'... עשוי לשמש לעתים כגורם משמעותי להבאתם של בעלי הדין לכלל פשרה"; ת"א (י-ס) 344/93, אלעבד

השפעתו על צדדים שלישיים), כלומר דרך העלויות שיוטלו על הצד הנדרש לגלות את מסמכיו ועל כלל המערכת, ולא מתוך הסתכלות על יעילות המערכת בהליכים עתידיים.

ההנחה המקובלת היא שהרחבת כלל הגילוי יעילה פחות, והוא מגדיל את עלויות המשפט. ואולם, הנחה 'פשוטה' זו מוטעית בבחינה לכתחילית, וזאת, במספר פרמטרים<sup>217</sup>: ראשית, אימוץ כלל גילוי רחב יעלה את רמת הדיוק של בית המשפט, וכפי שהראינו כבר לעיל, הדברים יובילו להגדלת התמריץ לתבוע בתביעות מוצדקות, ולהקטנת התמריץ להגיש תביעות לא מוצדקות<sup>218</sup>. שנית, אימוץ כלל גילוי רחב יעלה את עלות ההליך, וממילא יפחית את כמות התביעות הטורדניות, [עם זאת, הוא עלול לפגוע בהגשת תביעות ראויות בסכומים נמוכים, ולפיכך כלפי תביעות מעין אלו הוא יהווה תמריץ שלילי לקיום החובות המהותיות]. שלישית, כלל גילוי רחב יעודד הגעה לפשרות קודם שתוצא ההוצאה הנוספת בגין דרישת הגילוי [ובמקביל, יפחית את המוטיבציה לפשרה לאחר הוצאה זו]. לסיכום, אם כן, בחינה לכתחילית של השלכות כללי הגילוי מעלה, שפעמים רבות דווקא כלל גילוי רחב מגביר את יעילות המערכת, בעוד שבמקרים אחרים הוא, אכן, מצמצם אותה. כך או כך, ההגנה המבוצעת היום על ערך היעילות היא הגנה שבדיעבד, והיא מגנה בצורה לקויה ביותר על הערך, ואינה ממלאת את תפקידה.

#### א6(א)2(ו). הרחבת וצמצום השתק העילה

גם סוגיות של השתק עילה מוכרעות בהתאם לאיזון שבין מגמת היעילות' (המבקשת להרחיב את ההשתק ולהקל מעל בתי המשפט) ומגמת היצדקי' (המבקשת לצמצם את ההשתק ולהגן על זכות הגישה לערכאות)<sup>219</sup>. הדברים אמורים הן בשאלה האם יש לפרש את המונח 'עילה' בפרשנות מרחיבה או בפרשנות מצמצמת, והן בשאלה האם יש להרחיב או לצמצם את החריגים לכלל ההדדיות<sup>220</sup>. היעילות לעניין זה תורמת ל"סדר הציבורי", והיא הכרחית "מפאת שיקולים של תיקון המדינה"<sup>221</sup>. בבחינה ex-post, אין ספק שמהלך מעין זה יפחית, אכן, את כמות התביעות עימן ייאלץ בית המשפט להתמודד. הפרשנות המרחיבה למונח עילה והרחבת החריגים לכלל ההדדיות ימנעו ריבוי התדיינויות, יקצרו את אלו הקיימות, ולכאורה יחסכו גם זמן והוצאות.

**סלים נ' קיילין את שניטמן, הנדסת מבנים בע"מ** (פורסם בנבו, 12.2.96): "...בהדגישו את העקרון של 'גילוי הקלפים' בשלב המוקדם של ההליך האזרחי, ובהוסיפו גם, כי קיים אינטרס ציבורי שהליכים בבתי המשפט יסתיימו על דרך הפשרה בשלב מוקדם ככל הניתן. ספק אם שיקול אחרון זה יש גם בארץ (אם כי נראה לי שרצוי לשקול באהדה את אימוצו גם אצלנו, כדי לחסוך התדיינויות ארוכות הגוללות זמן שיפוטי יקר)"; בש"א (ת"א) 10872/08, **ארקיע קווי תעופה ישראליים בע"מ נ' ק. א. ל. קווי אוויר למטען בע"מ** (פורסם בנבו, 22.8.08); בש"א (י-ם) 12770/08, **יהודה משי-זהב נ' עלי שלכת בע"מ** (פורסם בנבו, 7.4.09); בש"א (י-ם) 10936/08, **ג'רוזלם ריפורט פבליקיישנס בע"מ נ' עיתון מעריב בע"מ** (פורסם בנבו, 11.12.08); ת"א (י-ם) 800/95, **גולדשטיין אולג נ' המאגר הישראלי לבטוחי רכב (הפול)** (פורסם בנבו, 9.6.96).

<sup>217</sup> הרחבה אצל: Hay, Civil Discovery, 497-506; קלמנט ושפירא, שם, 98-101.

<sup>218</sup> על בית המשפט להביא בחשבון כי תובע פוטנציאלי, היודע שיעמוד כנגד כלל גילוי רחב, ימנע לא פעם מהגשת תביעה, במקרים בהם הוא מבין שחשיפה מלאה של המסמכים, תהפוך את תביעתו לבעלת סיכויים קלושים. מבחינה זו, כלל גילוי רחב, לא רק שיגביר את היעילות הדיונית, אלא שהוא גם יביא, בדרך אגבית, לאכיפת התנהלות בתום לב על היכולת לתבוע.

<sup>219</sup> ע"א 140/56, **רחל מוגרבי נ' ירוחם ורדימון**, פ"ד יא(2), 1242, 1252 (1957); פרשת מזן, 43.

<sup>220</sup> כלל ההדדיות קובע כי צד יוכל ליהנות מהשתק פלוגתא, רק אם היה מושתק גם אילו היתה מועלית טענת השתק כנגדו, עם זאת, נקבעו מספר חריגים, בהם יוכר ההשתק גם כלפי מי שלא היה צד להליך הקודם, כאשר מדובר בהליך הגנתי. לעניין זה ראה זלצמן, מעשה בית דין, 525; קרייני, התביעה הייצוגית, 489-497; מנשה, הערך שבשימור; קרייני, השימוש ההתקפי; Sinai, Reconsidering; Sinai, The Downside, ע"א 718/75, **שרה עמרם נ' גד סקורניק**, פ"ד לא(1), 29 (1976); ע"א 450/82, **מדינת ישראל נ' חירם לנדאו עבודות עפר, כבישים ופיתוח בע"מ**, פ"ד מ(1), 658, 671 (1986); ע"א 258/88, **פיכטנבאום נ' רשם המקרקעין**, פ"ד מד(2), 576, 579-580 (1990); פרשת סררו; רע"א 10288/02, **הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' אוארד סמיר פרחאת**, פ"ד נו(3), 678 (2003).

<sup>221</sup> לשונו של השופט קיסטר בפרשת מזן.



בחינה 'לכתחילית' של הדברים עשויה להביא לתוצאות שונות לחלוטין. כך, לדוגמה, מובן שהרחבת המושג 'עילה' עלולה לפגוע בעקרונות הצדק ובזכות הגישה לערכאות, ואולם היא עשויה גם לגרום נזק ליעילות המערכת. השתק עילה רחב עלול להניא תובעים מלתבוע תביעה פרטנית, שכן הוא מכריח אותם לרכז בתביעותיהם עילות וסעדים רבים, ובית המשפט יוצף ממילא בשלל עילות שספק רב אם היו בפניו ללא הכלל הרחב. כתוצאת לוואי גם מוגדלות בכך עלויות הליך שאכן יוגש וההשקעה בו, וגם בכך יש בכדי לפגוע ביעילות ההליך.<sup>222</sup>

הרחבת החריגים לכלל ההדדיות תעודד 'טפילות', כאשר כל תובע פוטנציאלי יעדיף להמתין לתביעה אחרת כנגד אותו נתבע, שתסתיים בניצחונו של התובע האמיתי, מבלי להסב עלויות לתובע הפוטנציאלי, ואז תהיה דרכו שלו סלולה לניצחון בתביעה. התנהלות זו תקטין את מספר התביעות בשלב הראשוני, ואולם ספק האם היא תורמת לשיקולי היעילות ו'תיקון המדינה'. טפילות זו גם תביא לכך שבמצב בו הנתבע ינצח בהליך הראשון לא יחול, כמובן, השתק כנגד התובע הטפיל, וכך ינוהלו עוד הליכים שייתכן והיו מתייתרים במציאות בה לא היינו מקפידים על כלל ההדדיות (שכן ניתן להניח שתובעים רבים באותו עניין היו מתאחדים לתביעה אחת ומפחיתים כך את עלויותיהם). היא גם תביא לבירור בלתי יעיל של התביעה, שכן בבוא בית המשפט לדון בה לא יהיו בפניו כלל הטענות האפשריות בנדון, ולעיתים אף לא יוברר לו היקף והשלכות הכרעתו.<sup>223</sup> ההרחבה ל'השתק התקפי' בפרט, גם תגדיל את תמריצי ההשקעה של המושקע הפוטנציאלי, תקטין את תמריצי ההשקעה של הצד שכנגדו, וממילא תקטין את מספר התביעות שתוגשנה כנגדו ואת סיכויי ההצלחה שלהן.<sup>224</sup>

#### א6(א)3. איום בהצפת המערכת

ועוד. פעמים רבות נטען שמהלך מסוים ננקט בשמה של היעילות, אך המבחן המעשי הוכיח כי הוא איננו מגן על היעילות. כך אירע לא פעם, כאשר נקבעו כללים בהם נתאפשרו תביעות שטרם נתאפשרו עד אז. ביהמ"ש נמנע מלהתרגש מה'איום' בהצפת בית המשפט בתביעות, וקבע כי זהו איום סרק וכי בפועל היא אינה מתרחשת.<sup>225</sup> כך גם לגבי הטענה כי שלילת זכות הערעור על הכרעות משפטיות נעשית מטעמי יעילות, קבע ביהמ"ש כי הדבר מעולם לא הוכח כיעיל יותר, והמליץ להקים ערכאת ערעור מעין זו.<sup>226</sup> בפועל, לא רק שיישום ההוראה לא פגע

<sup>222</sup> להרחבה ראה אצל קלמנט ושפירא, שם, 103-102. הם גם עומדים על כך שהרחבת מושג ה'עילה' עלולה להביא לסגירת דלתותיו של בית המשפט בפני תובעים מסוימים, אשר העלויות הכבדות יותר של ההליך ירתיעו אותם [אם כי, ספק בעיני אם כך יהיו פני הדברים, שכן סביר שמי שלא יוכל להגיש תביעה רחבת היקף בשל עלותה, יגיש את התביעה המצומצמת גם אם הדבר יביא לטענה עתידית על השתק עילה, שכן אין השתק נגדו יותר מאי הגשת התביעה]. וראה גם בהע"ש 88 תוצאות נוספות של השלכות הפרשנות על המוטיבציה להגיע לפשרות.

<sup>223</sup> ראה בהרחבה בפרשת אספן ובדיון שנערך באותו פסק דין אצל קרייני, השימוש ההתקפי.

<sup>224</sup> קלמנט ושפירא, שם, 105-104, וראה גם בהע"ש 95 שלהם ואצל מנשה, שם.

<sup>225</sup> פורת ושטיין, דוקטרינת: תגובה, 366: "טיעון זה הועלה בעבר, בכמה הקשרים, נגד הטלת אחריות בניזקין, ולאחר שנדחה הטיעון והוטלה האחריות, לא פקדה אותנו הצפת תביעות שעניינן האחריות החדשה"; לבנוני, השפיטה, 598. וראה גם בע"א 429/82, **מדינת ישראל נ' תמר סוהן**, פ"ד מב(3), 733, 741 (1988): "כמו בערעורים אחרים, מעלה המדינה את הטיעון בדבר "הצפה". כל שנותר לי הוא להשיב לטענה זו, כפי שהדבר נעשה בערעורים אחרים, כי טענה זו לא הוכחה, וניסיון החיים אינו תומך בה... אכן, טענה זו מועלית לעתים קרובות בלא שהיא נתמכת בעובדות, וכשלעצמי אני מייחס לה משקל קטן"; פרשת דעקה, 584: "טענת ההצפה עלתה לא אחת גם בעבר, במיוחד כאשר עלתה על שולחן הדיונים שאלת קיומה של חובת זהירות של רשויות שלטוניות שונות... בדרך כלל, לא ייחס בית המשפט משקל משמעותי לטענה זו. אני סבור, כי גישה זו היא ראויה. הניסיון מלמד, כי בכל אותם מקרים בהם הועלתה הטענה - לרבות בסוגיה של פיצוי בגין הנזק הלא רכוש גרידא - לא התרחשה ההצפה אשר מפניה התריעו"; פרשת המועצה האיזורית חוף עזה, 621.

<sup>226</sup> **פרשת ארגוב**, 378: "אין כל ניגוד בין היעילות לבין קביעת מבנה שיפוטי, המאפשר שקילתם של ענייני חוק ומשפט על-ידי ערכאת ערעור צבאית... אין ניגוד בין פעולה החלטית ויעילה לבין הצעידה בדרך המשפטית, אלא היפוכו של דבר". יש לזכור כי הדברים נאמרו עוד לפני שזכות הערעור הוכרה כזכות חוקתית, ועל כן נאמרו כהמלצה בלבד. ספק רב אם היום לא היו נקבעים הדברים בצורה מחייבת.

ביעילות המערכת, אלא אף שיפר אותה. בנוסף, פרופ' זמיר הראה<sup>227</sup> כי קיימת נטיה להגזים בתיאור התוצאות הבלתי יעילות לכאורה, שייגרמו באם תאומצנה הוראות שונות למען הצדק.

א6(ב). ודאות - האם הוודאות היא ודאית?

א6(ב)1. מהי ודאות ואיך היא נבחנת?

ראשית, ההתייחסות המקובלת לוודאות המשפטית מתייחסת ליכולת הצדדים במקרה פרטני לחזות את תוצאות ההליך, ואולם, ספק האם זוהי ההגדרה המדויקת של הודאות. הרי גם במושגים של ודאות, ניתן לבחון את הדברים, לא רק במשקפי המקרה הפרטני – אשר לו חשיבות רבה בעת בחינת כללי הדין<sup>228</sup> - ויכולתם של הצדדים לחזות את תוצאות פסק הדין, אלא גם כשאיפה לקדם את הוודאות המשפטית בהשגת התכלית הערכית-מהותית של המערכת<sup>229</sup>. בדרך דומה נקבע בפסיקת בית המשפט העליון כי יש לבחון את הוודאות והביטחון בערכים הכלליים שיטמיע פסק הדין עוד קודם שנבחן את הביטחון הוודאות במקרה פרטני<sup>230</sup>. הדברים נכונים בייחוד לנוכח המודלים החדשים, אותם הזכרנו לעיל, אשר מעמידים במרכז הדין את החברה בכללותה (ובכללה את התובע ואת הנתבע). לפי מודלים אלו על בית המשפט להשפיע על נורמות ההתנהגות של יחיד החברה. בית המשפט מתמקד בחברה בכללותה. הוא איננו רואה לנגד עיניו רק את הצדדים לסכסוך הנידון לפניו, אלא מתייחס גם להשפעת פסיקתו על שלל הסכסוכים שטרם הגיעו לבירור בערכאות משפטיות, ולמעשה, טרם נפתחו<sup>231</sup>. לכיוון ההפוך, גם גישה אשר תותיר שיקול דעת נרחב לבית המשפט, בדומה למודל המוצע, לא פוגעת בהכרח בוודאות הצדדים. זאת, בייחוד כאשר המודל ידוע מראש לכל, וניתן לצפות את ההעדפה הברורה שיגלה בית המשפט לגילוי האמת ואת שיקול הדעת של בית המשפט לגבי הכלי להבטחת הערכים בסדר המשני<sup>232</sup>.

יתר על כן. הן במודל הנוכחי בנוגע להפרות הכללים והן במודל המוצע נדמה שישנו קושי משמעותי לדבר על וודאות גמורה. יצוין כי חוסר הוודאות הינו, למעשה, חלק בלתי נפרד מהמודל הנסיבתי. נזכיר כי בהתאם למודל יכול בית המשפט לשלוט בהליך, וליצור סנקציות בהתאם לנסיבות הפרטניות, דוגמת התקדמות ההליך, התנהלות הצדדים וחומרת ההפרה הדיונית. במצב דברים זה, ישנה הרבה פחות ודאות לגבי יחסו של בית המשפט למקרה פרטני כלשהו. זוהי גם הגישה העולמית. בהתאם לגישה זו דברים שהיו זרים לשיטה הדיונית הבריטית

<sup>227</sup> זמיר, חקיקה מינהלית, 67-68.

<sup>228</sup> ראה, לדוגמא: Stephen C. Yeazell, *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action* (Yale University Press, 1987).

<sup>229</sup> מדינה, שם, 32-33.

<sup>230</sup> ע"א 579/83, הרי זונשטיין נ' אחים גבסו בע"מ, פ"ד מב(2), 278, 290-291 (1988): "אמת הדבר, הכרה בתחולת עקרון תום הלב גם לענין דרישת הכתב, עשויה להביא לחוסר בטחון מסויים, בעיקר בראשית צעדיה של גישה זו. עם זאת סבור אני כי בטווח הארוך, כאשר ההלכה תכה שורש, וכאשר יובהר לכל אדם כי 'אדם לאדם – אדם', וכאשר יתברר כי השמוש בדוקטרינה זו של תום הלב נעשה על ידי בית המשפט בזהירות ובנסיבות מיוחדות, יגבר הבטחון המשפטי. עמד על כך השופט אלון, באומרו: "כך היא דרכה של מערכת משפט שבה המשפט והיושר, הדין והצדק, נשקו אהדדי, ובסופו של חשבון ובעיקרו של דבר מרובה מידת היציבות הכללית, שבאה למערכת המשפט מכוח העיקרון הערכי של תום-לב, מאשר מידת אפשרות הפגיעה ביציבות המשפטית - במקרה מסויים זה או אחר - בגלל הפעלת עקרון תום הלב" (ע"א 391/80 הנ"ל, בע' 264)."

<sup>231</sup> ראה, לדוגמא, Chayes, *The Supreme*; Chayes, *The Role*; Scott, *Two Models*.

<sup>232</sup> ראו, קרן-פז, שם, 588-589; 591-596.

נעשו מקובלים בה<sup>233</sup>, ואילו בצרפת מרבית הכללים הדיוניים כלל אינם משתמשים בביטוי 'doit' (צריך), אלא דווקא בביטוי 'peut' (ייתכן), המותיר את כוח ההכרעה לשיקול דעתו של בית המשפט<sup>234</sup>.

#### א6(ב)2. האם הכללים הנוכחיים יוצרים ודאות?

גם הטענה כי דווקא הקפדה נוקשה על הכללים מגבירה את הוודאות אינה נקייה מספיקות. כך, לדוגמה, ניתן לבחון את הסוגיה הדיונית של ההתיישנות תביעות. נטען כי הסדר חדש וגמיש בדיני ההתיישנות ייצור חוסר ודאות חמור<sup>235</sup>, ואולם, ד"ר גוטל, מציע ההסדר, הראה כי גם אם נתבעים פוטנציאליים לא יוכלו ליהנות עוד מהוודאות שעם תום תקופת ההתיישנות לא ניתן יהיה לתבוע אותם, הרי שוודאות מעין זו אינה מובטחת גם בהסדר הנוכחי, שכן התובע עלול להראות כי התביעה נמנעה ממנו עקב ידיעתו המוגבלת (כלל הגילוי המאוחר)<sup>236</sup>, ובשל חריגים נוספים דוגמת תביעת נזיקין בין בני זוג, וממילא וודאות אינה קיימת גם היום<sup>237</sup>. אנו נבקש להעיר כי גם הוראות נוספות בחוק ההתיישנות פוגעות בצורה מובהקת בוודאות אותה מבקש הנתבע הפוטנציאלי. כאלו הן ההוראות בעניין אי ביטול הזכות, חובת הטענה בהזדמנות הראשונה, היכולת לטעון טענת קיזוז או לתבוע תביעה שכנגד, הגבלת ההתיישנות במקרה של תרמית או אונאה והרחבה הפוטנציאלית של ההתיישנות במקרה של ירושה<sup>238</sup>. יצוין כי ההתייחסות לערך הוודאות כאן, זהה להתייחסות לטענה כי תורת הבטלות היחסית (שהוזכרה לעיל) תיצור אי ודאות. טענה זו נדחתה ע"י ביהמ"ש בכפל, בדומה לדרך בה הלכנו:

"...התשובה לטענה זאת כפולה: ראשית, מידת הוודאות תגדל עם הזמן ככל שההלכה תיעשה מוכרת יותר ומפותחת יותר, כפי שקורה בהלכות חדשות, ומכל מקום, אין בטענה זאת כדי למנוע קליטה של הלכות חדשות, ככל שהן ראויות. שנית, התפיסה המסורתית... אף שלכאורה היו בה ודאות ופשטות, בפועל הייתה מורכבת מאוד ואף רחוקה מוודאות משפטית. בית-המשפט פעל על סמך תפיסה זאת רק במקרים מעטים, קיצוניים ופשוטים, ואילו במקרים מורכבים הוא התעלם מתפיסה זאת או עקף אותה בדרכים שונות"<sup>239</sup>.

במילים אחרות, ניתן בהחלט לטעון כי המצב הנוכחי איננו יוצר ודאות רבה יותר מאשר זו שתשרור תחת משטר של גמישות דיונית, כפי שמציע המודל. ההבדל המהותי יהיה בכך שבהתאם למודל המוצע, המשטר הגמיש יהיה קוהרנטי וודאי, ואילו במציאות הנוכחית הגמישות תלויה בנסיבות ובשיקול דעתו של השופט, כך שהוודאות ממנו והלאה. ואולם, גם אם עמדה זו תידחה, ויטען הטוען כי המציאות הנוכחית יוצרת ודאות רבה מזו שתשרור תחת

<sup>233</sup> Jolowicz, On civil procedure, 68.

<sup>234</sup> כפי שיראה עיון קל ב- Nouveau Code de Procédure Civile (NCPC). וראה גם: Jolowicz, ibid, 69.

<sup>235</sup> גלעד, שם.

<sup>236</sup> בהתאם לסעי' 8 לחוק ההתיישנות, תשי"ח-1958.

<sup>237</sup> גוטל, הסדר חדש, 839-840.

<sup>238</sup> בהתאם להוראות סעי' 2, 3, 4, 7 ו-18 (בהתאמה) לחוק ההתיישנות. גלעד, שם, 860-861, מגיב לטענותיו של גוטל, וטוען, בתמצית, כי אי הוודאות הקיימת מוגבלת ביותר, בשל הסייגים המגבילים את תחולתו של כלל הגילוי. לעני"ד תשובתו חלקית ביותר, והיא מוקשה יותר לאור הטענות הנוספות שהבאנו, ובפרט לאור בשי"א (ת"א) 21094/06, צבי סבו נ' עו"ד יניב אינסל (פורסם בנבו, 6.5.09), אשר הרחיב את תחולת סעי' 7 גם לגבי צדדים שלישיים תמי לב, וממילא "ציבור הנתבעים בכוח – כלומר: הציבור בכללותו – נחשף ללא כל הגנה, מחסום וסייג לסיכון של התדיינות משפטית על אירועים שהתרחשו במשך 25 השנים שחלפו" (כלשונו של גלעד, שם, 861).

<sup>239</sup> פרשת גיספן, 685.

המודל המוצע, הרי שדי בספיקות בדבר אפקטיביות ההגנה הנוכחית על הערכים, בכדי להביא להעדפת המודל המוצע, אשר לו יתרון מוסרי ברור.

### **ב. היחס להגנה מסדר שני – ההגנה על ערכים דיוניים ("הצדק הדיוני")**

לאור כל שנאמר עד כה, מובן כי עצם ההגנה על הערכים הדיוניים חשובה ביותר במשפט הישראלי. אם כיום הדין מאפשר הכרעה לגופה של התביעה בשל כשלים דיוניים, קל וחומר שניתן יהיה לנקוט בסנקציות קלות יותר, דוגמת אלו המוצעות במודל. אין מדובר רק בקל וחומר. זהו גם כלל המקובל בחקיקה ובפסיקה. כך, "בגדרי המשפט המינהלי מקובל כי הסמכה ליתן פטור, הקלה, הנחה וכיוצא באלה, משמעותה אף ליתן אותם גם במקצת או בתנאים"<sup>240</sup>. זה מכבר נקבע כי כלל זה תקף גם בכל הנוגע לתקנות הדיוניות<sup>241</sup>. ממילא, מובן כי לבית המשפט, אשר קיימת לו הסמכות להורות על המשך הדיון לגופו לאחר המחדל, קיימת גם הסמכות להתנות זאת בתנאים, ובהם הכלים המוצעים במודל.

כך או כך, בהמשך נבחן בקצרה את ההצעות לגופן, ואולם ניתן כבר כעת לומר כי המשפט הישראלי תומך באופן מובהק בהגנה קפדנית על הערכים הדיוניים.

עם זאת, כפי שהזכרנו לעיל בקצרה, יש להבחין כי בעניין זה מייצר, למעשה, המודל החדש נורמה מסוג של 'סטנדרט' תחת נורמה מסוג של 'כללי' הנהוגה בתקנות. נורמה מסוג 'סטנדרט' הינה נורמה פתוחה, אשר תוכנה נמסר מראש באורח כללי, ואשר על מנת ליישמה על בית המשפט להשתמש בשיקול דעתו תוך שהוא יוצק בה תוכן ותוחם את גבולותיה. נורמה מסוג זה מתנה תוצאה משפטית מסוימת בהפעלתו של קריטריון. לעומת זאת, נורמה מסוג 'כללי' הינה נורמה 'סגורה', אשר תוכנה מפורט מראש ברמה גבוהה, והפעלתה הינה טכנית ואינה מצריכה הפעלת שיקול דעת. בנורמה מסוג 'כללי' התוצאה המשפטית מותנית בהתקיימות תנאי עובדתי מוקדם (אחד או יותר)<sup>242</sup>.

יתרון מובהק בנורמה מסוג 'סטנדרט' מצוי בעובדה שתוכן הנורמה מסור לבית המשפט, וממילא בית המשפט יוכל להכריע בהתאם לתכליתה של הנורמה, למנוע עיוות של הנורמה, וכך תימנע תוצאה שלפיה ההכרעה

<sup>240</sup> ע"א 8958/07 פקיד שומה תל אביב יפו 5 נ' שרל שבטון (פורסם בנבו, 18.8.11); סעי' 12 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981; בג"ץ 1953/09 חליל אלואלידי נ' שר החקלאות ופיתוח הכפר (פורסם בנבו, 8.7.09); בג"ץ 6432/02 איגוד קופות הגמל הענפיות נ' שר האוצר, פ"ד נו(3), 918, 942 (2003); בג"ץ 2933/94 רשות שדות התעופה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נ(3), 837, 849 (1996).

<sup>241</sup> ראה, לדוגמא, רע"א 4688/08 רחל נמני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 11.6.08).

<sup>242</sup> להרחבה בנושאים אלו, ראה: (1992) 42 *Duke L. J.* 557 'Rules Versus Standards: An Economic Analysis'; Louis Kaplow, 22 *Harv. L. Rev.* (1992), 106; Kathleen M. Sullivan, 'The Justices of Rules and Standards', 83 *Cal. L. Rev.* (1995), 953; Isaac Ehrlich & Richard A. Kennedy, 'Form; Kennedy, Legal Formality, 355-356; with Rules, 3 *J. Leg. Stud.* (1974), 257; Anthony D'Amato, 'Legal Uncertainty', 3 *J. Leg. Stud.* (1974), 257; John E. Calfee & Joseph Raz, 'Legal Principles and the Limits of Law', 81 *Yale L. J.* (1972), 823; 71 *Cal. L. Rev.* (1983), 1; P. Richard Craswell, 'Some Effects of Uncertainty on Compliance With Legal Standards', 70 *Va. L. Rev.* (1984), 965; Atiyah, 'From Principles to Pragmatism – Changes in the Function of the Judicial Process and the Law', 65 *La. L. Rev.* (1980), 1249; פרלמן, הלוגיקה המשפטית, 35; מנחם מאוטנר, 'כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה', *משפטים* י"ז (התשמ"ח), 321; טאוסיג, הפירוט העובדתי, 118.

הקונקרטי לא תגשים את מטרת הנורמה<sup>243</sup>. חסרונות אשר מקובל להתייחס אליהם בהקשר של נורמה מסוג זה הינם בהקשר של יכולת הצפיות הנמוכה יותר של החלטות בית המשפט וממילא בחשש מפני עליה במספר ההתדיינות המשפטיות<sup>244</sup>. לחסרונות אלו התייחסנו כבר לעיל. לעומת זאת, היתרון אשר יביא להבטחת מימוש מטרות הנורמה (בשני הסדרים) הינו משמעותי. כך או כך, בחקיקה בישראל מרובה מאד השימוש בסטנדרטים<sup>245</sup>. בהתאם, מסיק מאוטר שנוכל לצפות שבתחום המשפט האזרחי שלנו יתקיימו המאפיינים של משטר משפטי של סטנדרטים<sup>246</sup>. ממילא, נדמה שהנורמה של 'סטנדרט' הקיימת במודל המוצע הולמת היטב את המשפט הישראלי, ותוכל להביא למימוש מטרות המודל – חתירה לגילוי האמת במקביל לניסיון להבטיח את ההגנה על הכללים הדיוניים<sup>247</sup>.

## ג. בחינת הפיתרונות המוצעים במודל

כעת יש מקום לבחינה של יישום הפיתרונות במשפט הישראלי. יצוין כי בניגוד למשפט העברי, בו לחלק מהפיתרונות המוצעים במודל קיימת, לכאורה, התנגדות יסודית (בה עסקנו לעיל), במשפט הישראלי הפתרונות כולם לגיטימיים, גם אם לא כולם נוהגים בפועל. ממילא, ננסה להביא רק דוגמאות בודדות לכל אחד מהפיתרונות. יצוין כי אין בכוונתנו להביא פסקי דין המאמצים את המודל לחלוטין. המודל הינו חידוש. עם זאת, נבקש להראות כי השימוש בכלים המוצעים במודל כפיתרונות לעניינים מסוימים, גם אם בצורה חלקית, נעשה מעת לעת, והוא מציג את הלך המחשבה של בתי המשפט בעניין.

### 1. שינוי נטלי הראיה

הדרך של שינוי נטלי הראיה אינה דרך מקובלת היום במשפט הישראלי, ככל שהדברים נוגעים להפרות כללי הדיון<sup>248</sup>, ולטענה כי אלו יוצרות חזקה של קשיים בטענות בעל הדין מבצע המחדל<sup>249</sup>. עם זאת, ניתן למצוא לה רמזים בכמה הליכים.

כך, לדוגמה, במצב בו בשל מחדל דיוני מצד אחד מבעלי הדין, אשר גרם למתן פסק דין (בהיעדר הגנה או בשל היעדר התייצבות), הרי שעל מבצע המחדל להגיש בקשה לביטול פסק הדין. את הבקשה לביטול פסק הדין עליו

<sup>243</sup> Calfee & Craswell, ibid, 999; Kennedy, Form, 1737-1742; מאוטר, שם, 327; טאוסיג, שם.

<sup>244</sup> מאוטר, שם, 328-329, ובשלה המקורות המובאים בהערות שוליים 35-38.

<sup>245</sup> מאוטר, שם, 331.

<sup>246</sup> שם, 333.

<sup>247</sup> למען הסדר הטוב יצוין כי היו מי שהביעו עמדה, שההוראות הדיוניות צריכות להיות ללא צורך בהפעלת שיקול דעת ערכי מטעמו של בית המשפט, וכי "אם כל שופט יפעיל את כללי הפרוצדורה כפי הבנתו, פעולתה של המערכת עלולה להשתבש" (טאוסיג, שם); שוורץ סדר דין, 59.

<sup>248</sup> איננו מתייחסים כאן לכלל הידוע של נזק ראייתי. זהו כלל המתייחס לגרימת נזק ליכולת ההוכחה של אחד הצדדים, וממילא הוא נע בין דיני הראיות לדין המהותי (שכן קיימת עמדה לפיה הנזק הראייתי יוצר עילת תביעה עצמאית בנויין). להרחבה בעניין זה, ראה פורת ושטיין, דוקטרינת; גלעד, דוקטרינת; פורת ושטיין, דוקטרינת: תגובה; שני, הנזק הראייתי, פרשת מאיר; ע"א 6696/00, בית החולים המרכזי עפולה נ' פינטו (פורסם בנבו, 2.9.02); ע"א 8842/08, עיזבון המנוח גדעון לב ארי נ' אריה (פורסם בנבו, 20.1.11).

<sup>249</sup> דוגמא למקום בו קיימים אותות מירמה המשנים את נטל הראיה, ניתן למצוא בפרשת סנדובסקי, 781: "בהקשר זה יש לציין את כללי Badges of Fraud ("אותות המירמה") שפותחו במשפט האנגלו-אמריקני. כללים אלה מכילים חזקות שבעובדה, ואם חזקות אלה נותרות ללא מענה הן מצביעות על קיומה של מירמה. ככל שמצטברים יותר "אותות מירמה" כך עובר הנטל אל הנתבע להפריכן.... ככל שהמידע מצוי בידי הנתבע, וככל שהתובע יראה יותר אותות מירמה ונסיבות עובדתיות המצביעות על מירמה מצד הנתבע, יהיה ניתן להפחית את נטל הראיות המוטל על הנתבע". וראה גם ה"פ (ת"א) 1823/92, בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' אלברט סבג, פ"מ תשנ"ו(3), 421 (1996).

לתמוך בתצהיר התומך בטענותיו, לא רק בנוגע למחדלו הדיוני, אלא גם תוך פירוט טענותיו לגופו של ההליך<sup>250</sup>, שכן "אין בית המשפט רוצה לעשות מלאכת סרק"<sup>251</sup>. מדובר במציאות בה נטל הראיה על מבקש הביטול מוכבד בצורה משמעותית, שכן הצורך להגיש תצהיר, עליו הוא יכול להיחקר – צורך שבדרך כלל מגיע רק בשלב מאוחר יחסית, מציב את מבקש הביטול במקום קשה יותר מן הפן הראייתי ומציב עליו נטל ראיה קשה יותר (גם אם לא גבוה יותר)<sup>252</sup>. לעיתים, הימנעות מהגשת תצהיר אף מציבה את המבקש כמי שמזלזל בהליך השיפוטי, וזלזול זה כשלעצמו מביא לקבלת פסק דין כנגדו<sup>253</sup> (עיקרון לו אנו מתנגדים במודל המוצע).

דוגמא נוספת מצויה בכללים הנוגעים להגשת ראיות באיחור. בהתאם לפסיקה, אשר הוזכרה כבר לעיל, הגשת ראיות באיחור תותר אך ורק כאשר המידע על הראיה, שצירופה נתבקש, לא היה ידוע ולא היה יכול להיות ידוע, או, מה שחשוב יותר לענייננו - במקרה בו החשיבות של הראיה גדולה מהרגיל. "כן יתחשב בית המשפט, בין היתר, באופיין של הראיות – האם מדובר בראיות מהותיות ביותר לענין, והאם הן "פשוטות" ו"חותכות"<sup>254</sup>.

## 2.2. מחיקת כתבי בי-דין

גם דרך זו, של מחיקת כתבי בי-דין בשל מחדלים דיוניים, תוך שהגשתם מחדש בהמשך מתאפשרת מלכתחילה, משמשת מפעם לפעם את בתי המשפט. כך מחק בית המשפט הליכים<sup>255</sup> בשל מחדלים דיוניים של מגישיהם. בית המשפט מדגיש, בהקשר זה, את המידתיות שיוצרת החלטה על מחיקת ההליך:

"התנהלות המבקשים בהליך, כמכלול, אינה מתקבלת על הדעת. זכותו של בעל דין ליומו בבית המשפט אינה אומרת כי הינו זכאי לעשות בזמן השיפוטי כמויות נפשו... הטעון החלקי והכללי שהובא בבקשה אינו יכול להסיג מפניו את מכלול האינטרסים של הצד שכנגד ושל הציבור הרחב... זאת בפרט, כאשר דרכם של המבקשים לא נחסמה, לפי שההליך נמחק בלבד. הטענה היחידה הינה כי יהא על המבקשים להמתין פרק זמן מסוים "בתור". טענה זו קשה לשמוע מפי בעל דין אשר עיכב ומעכב את שמיעת התיק, ושמיעת תיקים אחרים, מזה חודשים ושנים. "איבוד" התור בלוח המשפטים (כלשון התצהיר), אינו אלא תוצאה מידתית המתבקשת ונובעת מהתנהלות המבקשים"<sup>256</sup>.

<sup>250</sup> זוסמן, סדרי הדין, 742.

<sup>251</sup> זוסמן, שם, 738; פסקה ו' לפסק הדין בפרשת חממי.

<sup>252</sup> וראה גם בפרשת פבר: "שומה על מבקש הביטול, במקרה כזה, לתמוך את הבקשה בתצהיר המאמת לפחות את עיקרי הגנתו... לא זו בלבד שלא פורט בתצהיר מה מקור ידיעתו של עו"ד אנזל, שהוא אך פרקליטה של המשיבה, לגבי הדברים שכתב, אלא שגם לגופו של ענין סעיף 6 לתצהיר הוא סתמי לחלוטין ולא ניתן להעלות ממנו מהי טענתה של המשיבה".

<sup>253</sup> פרשת משרד הבינוי והשיכון.

<sup>254</sup> ע"א 1773/06, שמואל אלף נ' קיבוץ איילת השחר (פורסם בנבו, 19.12.10); פרשת קסון: "באותם מקרים בהם ניכר כי לראיות שהגשתן מתבקשת תהא חשיבות ניכרת לענין ההכרעה בפסק הדין"; פרשת מיכאלוביץ': "עיקרון זה מפנה את מקומו כאשר בית המשפט רואה כי הגשתה של ראיה נוספת דרושה לשם ברור האמת, וכי יש בה כדי לסייע לו לעמוד באופן מלא ושלם על זכויותיהם המהותיות של בעלי הדין. אכן, בית המשפט עשוי להיעתר לבקשה להגשת ראיה נוספת אף כאשר אי הגשתה במועד נובעת ממחדלו של בעל דין, ובנסיבות מסוימות, אף כאשר הגשתה מתבקשת בשלב הערעור"; ע"א 371/65, בנק אגוד לישראל בע"מ נ' בנק "אגודת ישראל" בע"מ, פ"ד יט(2), 585 (1965): "יש צורך לברר כי הראיות הנוספות שנתקבלו אחרי מתן פסק הדין יש בכוחן להכריע"; עת"מ (מרכז) 20029-06-10, הואן קלאודיו אלי נ' רשות הרישוי, ועדה מקומית לתכנון ובנייה רחובות (פורסם בנבו, 17.2.11): "הלכה פסוקה אשר קבעה כי גם כאשר מחדל בעל דין מביא להגשת ראיות באיחור, תהא נטייה לקבלן, אם בית המשפט ימצא שקיימת אפשרות ממשית שיהא בהן כדי לשנות את תוצאות ההליך".

<sup>255</sup> ראה בע"מ 8331/08, פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 18.5.09); פש"ר (חי) 4447-08-09, באסם מסאלחה נ' יוסף אנבאריה (פורסם בנבו, 8.5.12); ת"א (י-ם) 3039/09, יורי נובש נ' הראל חב' לביטוח (פורסם בנבו, 31.1.11); ת"א (חי) 8714/05, חיפה תיירות נופש ופרסום בע"מ נ' ברק אי.טי.סי. (1995) החב' לשירותי בזק בינ"ל בע"מ (פורסם בנבו, 7.6.07).

<sup>256</sup> ת"א (ת"א) 25816/06, תקוה ברמן נ' יהונתן בנימין (פורסם בנבו, 1.12.09).

בדרך של מחיקה גם מוטלת, לעיתים, עלות כלכלית נוספת, אך אף היא מידתית ביותר<sup>257</sup>.

### ג3. הטלת עיקול וערובה כנגד הנתבע

גם דרך של הטלת עיקול משמעותי ביותר (דוגמת עיקול על הנכס נשוא התביעה או קביעת ערובה בגובה מלוא סכום התביעה) הינה דרך בה יכול בית המשפט להתייחס בדרך הולמת ומידתית להפרות דיוניות מצד הנתבע. דרך זו מאפשרת לנתבע להמשיך ולפרוט את הגנתו גם לאחר כשלים דיוניים שביצע, אך במקביל היא יוצרת סנקציה משמעותית כנגדו, אשר תסייע גם לתובע בידיעה הוודאית ולפיה הוא יוכל ליהנות מפירות תביעתו אם יזכה בה<sup>258</sup>, מה שאיש כלל לא מבטיח לו אפילו בפסק דין שניתן לרצונו בהיעדר הגנה<sup>259</sup>.

כך, לדוגמא, בפרשת גולדסיל נדונה החלטתה של הערכאה הדיונית להטיל ערובה בגובה מלוא סכום התביעה כתנאי לביטול פסק דין שניתן ללא הגנה<sup>260</sup>.

"ביטול פסק דין בהעדר הגנה, גם אם ניתן אותו פסק דין כדין, על פניו מותר טעם שלא מוצה, מה שאולי ראוי היה שיתמצה בגלל טעם פרוצדורלי. בתי משפט מעדיפים לעסוק במהות, ככל הניתן, ולפצות בהוצאות ובערובה על אי נוחות שנגרמה... השאיפה הבסיסית היא, כי "ישמע הצד האחר"... ומשניתן איפוא לכפר בהוצאות על הטרחה, מנסים לעשות כן... משבאה לכלל מסקנה כי ראוי לבטל את פסק הדין שניתן במעמד צד אחד, ביקשה השופטת להבטיח כי הצד שכנגד לא ייצא ניווק, מכאן החלטתה באשר להפקדת מלוא סכום התביעה... עדיין לא היה למבקשת יומה בתביעה גופה. בדין נהג איפוא בית משפט השלום כשהשית על המבקשת ערובה רצינית"<sup>261</sup>.

במקרים אחרים הטיל בית המשפט ערובה משמעותית על הנתבע. כך, לדוגמא, באחד המקרים הטיל בית המשפט על שלושה נתבעים שנמנעו מלהגיש את כתב הגנתם בזמן 5,000,000 ₪ ערובה (לבד מ-300,000 ₪ הוצאות על עצם האיחור)<sup>262</sup>. בפעם אחרת נתן בית המשפט העליון רשות להתגונן תוך עיקול נכס של הנתבעים בשווי של כ-<sup>263</sup>\$1,000,000.

<sup>257</sup> ראה, לדוגמא, ע"א (ב"ש) 6641-02-12, עיזבון המנוח אבו לקימה דיאב ז"ל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.6.12): "חסד נעשה עם המערערים בכך שלא חויבו בהוצאות נכבדות לתשלום מידי, באשר מחדליהם הדיוניים... גרמו טרחה והוצאות לצד השני... נוהל הליך סרק ששיחת זמן ומשאבים גם מהמשיבה וגם מביהמ"ש. בימ"ש קמא... ראה לנכון להתנות הגשה מחודשת של ההליך בתשלום הוצאות שיהיה בהם גם משום מרכיב של "דמי רצינות", להרתיע המערערים מניסיון נוסף להתנהל בצורה דיונית כושלת ומכבידה על כל הנוגעים בדבר. אינני מוצא כל טעות בשיקול דעת זה"; ת"א (ת"א) 1052/09, מורביקו אוברסיס בע"מ נ' ז. גולדמן אינטרנשיונל טרייד בע"מ (פורסם בנבו, 19.11.12): "אע"פ, כי על פניו מחיקת ההליך לא תגרום לתובעת כל נזק, זולת הצורך לשלם את האגרה בשנית"; ת"א (ב"ש) 7087/06, שכן טוב אסתר נ' כלל חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 1.7.12).

<sup>258</sup> ראה זוסמן, סדרי הדין, 578: "מטרתו היא להבטיח את מימוש זכותו של התובע למקרה הצלחתו במשפט"; ע"א (י-ם) 1191/00, דן משה רייך נ' Bank Leumi U.S.A. (לשעבר בנק לאומי טרסט קומפני אופ ניו יורק, פס"מ תש"ס(2), 408, 413 (2001).

<sup>259</sup> ראה, לדוגמא, רע"א 3151/96, גדליה אברט נ' יוסף רבינוביץ (פורסם בנבו, 17.12.97; להלן: "פרשת אברטי").  
<sup>260</sup> יצוין כי לאחר שניתן פסק דין בהיעדר הגנה וביטול מתבקש, הרי שנוסחה של תקנה 201 לתקנות, "בתנאים שייראו לו בדבר הוצאות או בעניינים אחרים", יוצר לבית המשפט סמכות "רחבה ביותר" (גורן, סוגיות, 344; ע"א 436/83, יפת לוי נ' אברהם דקו, פ"ד (4), 589 (1986); להלן: "פרשת דקו"); פרשת גולדסיל, וממילא ניתן לבחור בכל כלי שתוקפו נמוך ממתן פסק דין (דהיינו כל אחד מהכלים המוצעים במודל).

<sup>261</sup> וראה גם בהחלטת בית המשפט המחוזי הראשונה [ההחלטה הוחרפה מאוחר יותר לאור הפרתה] המאוזכרת בפרשת דקו; רע"א 8149/12, משרד עו"ד משה וינברג ושות' נ' שמחה הולצברג (פורסם בנבו, 20.12.12); רע"א 4123/10, אשר אפרתי נ' יעקב מורשת (פורסם בנבו, 13.12.10); פרשת אברט; בש"א (י-ם) 6746/04, שארחה אחמד נ' אליהו חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 11.11.04); בש"א (ב"ש) 1266/01, עקריש יוסף נ' בוזגלו מישל (פורסם בנבו, 3.10.01).

<sup>262</sup> רע"א 7173/11, קווי אשראי לישראל שירותים פיננסיים משלימים בע"מ (בפירוק) נ' UNITED KINGSWAY LTD. (פורסם בנבו, 31.1.12; להלן: "פרשת קווי אשראי"). וראה גם רע"א 4638/11, זכרי דוד נ' הפניקס הישראלי חברה לבטוח בע"מ (פורסם בנבו, 9.8.11); רע"א 433/88, התאגדות לתרבות גופנית הפועל ראש"צ נ' זפרני יורם (פורסם בנבו, 22.8.88); רע"א (מרכז) 49958-02-12, עמית ה.ד. יזמות ופרוייקטים בע"מ נ' אהרן גיאת (פורסם בנבו, 28.2.12); ת"א (ת"א) 2284/08, מיכאל יוסף נ' גונן ערן, (פורסם

לא למותר לציין, כי לעיתים גם התובע יברך על החלטה המאפשרת לנתבע להתגונן תוך העמדת ערובה בגובה תביעה או פיתרון דומה. זאת, לנוכח העובדה שידועים לא מעט מקרים בהם לאחר 'קרב' מתיש, בו זכה התובע בסופו של יום, התברר לתובע כי אין לו כל דרך לגבות את כספו מהנתבע, אשר הבריא את כספו או שאיבד אותו בתום לב, כך שפיתרון זה יהיה לתובע בבחינת 'דרך ארוכה וקצרה'<sup>264</sup>.

#### **4. ערובה להבטחת הנזק והוצאות**

גם הכלי של ערובה הינו כלי שבית המשפט עושה בו שימוש. כלי זה נועד באופן כללי על מנת להפעיל מעט לחץ על התובע, והוא אפקטיבי בקל וחומר במקרה בו התובע ביצע הפרות דיוניות.

התקנות קובעות, כי "בית המשפט או הרשם רשאי, אם נראה לו הדבר, לצוות על תובע ליתן ערובה לתשלום כל הוצאותיו של נתבע"<sup>265</sup>. בערעור אף קיימת קביעה עקרונית כי "המערער חייב לערוב את הוצאות המשיב"<sup>266</sup>. גם חוק החברות קובע מעין חזקה כי חברה בע"מ תחויב בערובה למעט במקרים מסוימים<sup>267</sup>. עיקר תכלית תקנות אלו הוא מניעת תביעות וערעורי סרק והבטחת תשלום הוצאותיו של הנתבע/המשיב, במיוחד כאשר בית המשפט סבור כי סיכויי ההליך קלושים. מצד שני, בית המשפט מביא בחשבון את זכות הגישה לערכאות, העשויה להיפגע מחד, ואת זכותו של הנתבע כי לא ייצא בהפסד אם תידחה התביעה נגדו<sup>268</sup>.

הדין היום גם קובע כי כאשר מופרת חובת הפקדת הערובה שקבע בית המשפט, הרי שדין התובענה להידחות<sup>269</sup>. בית המשפט גם נהג כך לא פעם, ובייחוד במקרים בהם "הכלי של פסיקת הוצאות מוצה במלואו... והמערער לא השכילו לציית להחלטות שניתנו, לא שולמו ההוצאות..."<sup>270</sup> וכד'. בדרך זו, הכלי של הפקדת הערובה מקבל שיניים נוספות, כך שכאשר ברור שיש להפקיד ערובה והתובע מתעלם מהוראה זו – תביעתו לא תבורר, ובכך תהא הגנה על הנתבע. [ואולם, לנוכח העקרונות המוצעים במודל, נדמה כי ישנו מקום להמיר את דחיית התובענה במקרה מעין זה במחיקתה, כאשר ככל שבעתיד תוגש התביעה בשנית].

---

בנבו, 18.2.10; בר"ע (י-ם) 413/08, SIKS-SERVICES INTERNATIONAL KOSHER SUPERVISION LTD. נ' פאזי סמסום ובניו בע"מ (פורסם בנבו, 22.4.08); בר"ע (חי) 3133/08, רחל אסדו נ' חברת ארבל גליל שיווק וסחר בע"מ (פורסם בנבו, 25.3.08).

<sup>263</sup> ע"א 9654/02, חב' האחים אלפי בע"מ נ' בנק לאומי לישראל, פ"ד נט(3), 41 (2004).

<sup>264</sup> ראה עירובין, ני"ג, ע"ב. וראה גם רע"א 368/13, הרשות הפלסטינית נ' אירנה ליטבק נורזיק (פורסם בנבו, 23.4.13): "עולה השאלה, האם החלטת בית משפט קמא... אינה בבחינת 'דרך קצרה שהיא ארוכה' – קיצור דרך שבסופו של יום יביא להארכתה, לבזבוז זמן של משאבי הזמן של בית המשפט ומשאביהם של הצדדים".

<sup>265</sup> תקנה 519(א) לתקנות. תקנת משנה (ב) קובעת כי "לא ניתנה ערובה תוך המועד שנקבע, תידחה התובענה, אלא אם כן הורשה התובע להפסיקה...".

<sup>266</sup> תקנה 427 לתקנות. תקנה 431 אף קובעת כי "לא קיים המערער הוראה בדבר הערובין או הערובה, יירשם הערעור לדחיה לפני בית המשפט או הרשם ותומצא על כך הודעה לכל בעלי הדין". וראה גם זוסמן, סדרי הדין, 828; בש"א 2005/97, יהושע נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 16.4.97); בש"א 5822/05, לה נסיינול חברה ישראלית לביטוח בע"מ נ' ירון אלמלם (פורסם בנבו, 28.6.06); רע"א 9422/10, עו"ד אשרף חטיב נ' עלי אזברגה (פורסם בנבו, 14.3.12).

<sup>267</sup> סעי' 353 לחוק החברות, התשנ"ט-1999.

<sup>268</sup> וראה בהרחבה בסוגיית העירובין להבטחת ההוצאות והשיקולים לקביעתו אצל: גורן, סוגיות, 750-751; לוי, תורת הפרוצדורה, 27; White Book, 625-632; פרשת אוויקל; ע"א 2877/92, אל לטיף נ' מורשת בנימין למסחר ולבניה (קרני שומרון) בע"מ, פ"ד מז(3), 846 (1993); רע"א 2808/00, שופר סל בע"מ נ' אורי ניב, פ"ד נד(2), 845 (2000); פרשת איברהים; פרשת לילי לוי; רע"א 3601/04, וינצ'ון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 18.10.07); רע"א 10376/07, ל. נ. הנדסה ממוחשבת בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ (פורסם בנבו, 11.2.09); רע"א 6344/10, הועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת השרון נ' בלורי בע"מ (פורסם בנבו, 14.12.11); רע"א 19/10, מורביקו אוברסיס בע"מ נ' ז. גולדמן אינטרנשיונל טרייד בע"מ (פורסם בנבו, 16.4.12); [1995] Keary Developments Ltd. V. Tamarc Construction (CA) 3 All E.R. 534.

<sup>269</sup> תקנה 519(ב) לתקנות. למצער, ימחק ההליך – ראה, לדוגמא, פש"ר (ת"א) 1743/00, סלומון יעקב רון נ' עו"ד גד ויספלד (פורסם בנבו, 25.12.07).

<sup>270</sup> ע"ר (חי) 21028-03-10, עבד רבה יוסף שאקר דחלאן נ' חב' תרבות ר"ן (1998) בע"מ (פורסם בנבו, 8.7.10).



כך או כך, אין ספק שלאחר שהתובע ביצע מחדלים דייוניים, הרי שיש מקום כפול ומכופל לחייב את התובע בערובה להבטחת הוצאות הנתבע.<sup>271</sup>

## **5.1. אגרות**

דרך השימוש באגרות הינה דרך לגיטימית עד מאד במסגרת המשפט הישראלי. יודגש, כפי שהובהר לעיל במסגרת תיאור המודל, כי הכוונה היא הן להטלת אגרות על מבצע הכשל הדייוני והן להטלת הוצאות לטובת אוצר המדינה על אותו בעל דין. הנימוקים לכך ברורים.

הגדלת עלויות המשפט של התובע [הדברים נכונים גם בנוגע לעלות ההתדיינות מבחינת הנתבע, אשר גם לו עצם ההתדיינות המשפטית וההתגוננות עשויות להפוך לבלתי כדאית<sup>272</sup>] הינה דרך משמעותית להשפיע על פעילויותיו. עוצמת הדברים מתגברת כאשר העלות מוטלת בשלבים הראשוניים של ההליך (ניטול, לדוגמא, הטלת אגרה גבוהה במיוחד על תובע אשר יבחר להגיש את תביעתו לאחר תקופה ארוכה במיוחד, בדומה לתקופת ההתיישנות). הסיבה לכך פשוטה. המחקר הראה כי גם תובע אשר, לכאורה, לא היה אמור להגיש את תביעתו (שכן עלויות התביעה מבחינתו גבוהות מתוחלתה), עשוי להגיש את תביעתו בשל חלוקת העלויות הנפרסת על פני התביעה<sup>273</sup>. במקרה בו העלות מוטלת כבר בתחילת התביעה חשש זה נמוך בהרבה<sup>274</sup>, והעלות משיגה יותר את מטרותיה. גם במאמרים נוספים הועלתה ההערכה שככל שבתי המשפט ינקטו במדיניות קפדנית של הטלת הוצאות גבוהות, ולו לאוצר המדינה, בגין טיעוני סרק – בין של התובע ובין של הנתבע – ניתן יהיה להתגבר על החשש מקיומם של הליכי סרק והצפת המערכת<sup>275</sup>.

ממילא, הטלת אגרות, ולפחות, חיוב בהוצאות לטובת אוצר המדינה<sup>276</sup>, על בעל דין אשר ביצע כשל דייוני משמעותי תחת התעלמות מטענותיו, תאפשר, מחד, את בירורן של הטענות לגופן, ומאידך, תביא לכך שהמדינה תזכה לפיצוי הולם על המחדל הדייוני, ובעל הדין יצטרך לשלם על מחדלו.

מעניין גם לציין שבעבר איפשרו התקנות לבית המשפט הדין בהליך מסוים להטיל אגרה כפולה על בעל הדין הרלוונטי בשל הליכי סרק והארכת הדיון שלא לצורך. מובן, כי כמעט לכל הפרה דייונית זוהי תוצאה נלווית מיידית. למרות זאת, התקנה הנ"ל בוטלה, ככל הנראה, מבלי שנעשה בה שימוש<sup>277</sup>. לכן, נראה כי במסגרת המודל יש, למצער, להשיב את התקנה הנ"ל על כנה, ולעודד בכך את בתי המשפט לעשות בה שימוש מושכל<sup>278</sup>.

<sup>271</sup> ראה, לדוגמא, ת"א (י-ם) 2491/00, פאתו פארג' מוחמד חסו זאיד נ' מאהר עומר סהלב (פורסם בנבו, 11.9.02); ה"פ (ת"א) 616/08, שמואל ליסטר נ' אשר ליסטר (פורסם בנבו, 14.5.09); ה"פ (ת"א) 2026/12, corporate funding partners' llc נ' א.פ.צ השקעות בע"מ (פורסם בנבו, 9.1.13).

<sup>272</sup> ראה: George L. Priest & Benjamin Klein, The Selection of Disputes for Litigation, 13 J. Legal Stud., (1984), 1.

<sup>273</sup> ראה: David Rosenberg & Steven Shavell, A Model in Which Suits are Brought for Their Nuisance Value, 5 Int'l Rev. L. & Econ. (1985), 3.

<sup>274</sup> Klement, Threats: A New Theory; Bechuk, A New Theory; אף ראה גם: Klement, Threats: A New Theory.

<sup>275</sup> למקרים חריגים נוספים בהם איום תביעה מעין זה עשוי להיות אמיתי גם בערך התדיינות שלילי ראה במקורות המובאים אצל קלמנט ושפירא, יעילות וצדק, בהע"ש 37.

<sup>276</sup> לבנוני, השפיטה, 599.

<sup>277</sup> להרחבה בנושא פסיקת הוצאות לטובת אוצר המדינה, ראה תקנה 514 לתקנות, תקנה 6 לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984, במקורות אשר הוזכרו במסגרת המודל המוצע, וכן בפרשת חברת חשמל, 692-694.

<sup>278</sup> ראה פרשת תדיראן, פיסקה 4 לפסק הדין: "בהקשר זה ראוי כמו כן להזכיר את תקנה 11 לתקנות בית משפט (אגרות), התשמ"ח-1987. על פי תקנה זו, רשאי בית המשפט לחייב בעל דין באגרה נוספת אם זה נקט "הליך סרק, או המשיך או האריך את הדיון בכל הליך

בנוגע להוצאות מיותר להרחיב על התאמת העיקרון למשפט הישראלי. הן הפסיקה והן המלומדים<sup>279</sup> ציינו פעם אחר פעם כי סנקציה משמעתית פשוטה למחדל הדיוני תסופק "על נקלה באמצעות פסיקת הוצאות"<sup>280</sup>, שכן "כבר אמרנו הרבה פעמים שכמעט ואין לך דבר שבסדר דין שאינו ניתן לתיקון על-ידי האמצעי של פסיקת הוצאות"<sup>281</sup>. פסיקת הוצאות על מחדלים דיוניים נעשתה באלפי ועשרות אלפי מקרים, ועל ההיגיון מאחוריה עמד בית המשפט העליון:

"אף בהתאם לגישה... המתירה תיקון כשלים פרוצדורליים באופן ליברלי יחסית, הרי שלתיקון כשלים אלה יש להצמיד "תג מחיר"... ככל... שיש מקום להתיר (בדיעבד) את התיקון, חרף התנהלותם הפסולה של המשיבים, הרי שראוי היה למיצער לפצות את המבקשות על השחתת זמןן, מרצן וכספן. התמודדות המבקשות עם המהלך של המשיבים... כרוכות בהוצאות כבדות, שעל המשיבים לשאת בהן..."<sup>282</sup>.

דרך זו של מתן פיתרון כלכלי, והימנעות מהכרעה סופית בתביעה היא הדרך הפשוטה והראויה. "בכל תחום מתחומי החיים יש עדיפות לשלמות על פני הצורך בתיקון... לתיקונים יש מחיר. בית המשפט צריך לקבוע על מי לשאת במחיר. אך מכאן ועד למניעת תיקונים, הדרך ארוכה היא ורבה"<sup>283</sup>.

עם זאת, נבקש להעיר כי יש לשים לב שלעיתים יש מקום להטיל "הוצאות לדוגמא"<sup>284</sup>, ואין די בהוצאות רגילות. מציאות בה מוטלות אך ורק הוצאות רגילות עשויה להיות למי מהצדדים מניע שלילי ליצירת עיכובים גם במחיר של פסיקת הוצאות כנגדם. בנוסף יש לשים לב כי הכלל הינו ש"בגין המחדל יסתפק בית המשפט, בדרך כלל, בהטלת הוצאות על המבקש... בדונו בשאלה זו ייטה בית המשפט להיעתר לה **אלא אם כן שוכנע כי אין בתשלום ההוצאות משום פיצוי הולם לנוק אשר נגרם ליריבו**"<sup>285</sup>. והנה, נדמה כי מציאות בה אין בתשלום ההוצאות משום פיצוי הולם הינה מציאות די נפוצה. כאמור, אין בכוונתי כי יש להכריע בתביעה ללא דיון לגופה בשל המחדל, ואולם נדמה כי בדיוק בשל כך יש לעשות שימוש גם בכלים הנוספים המוצעים במודל.

על ידי טענות סרק או בכל דרך אחרת...". האגרה הנוספת לא תעלה על כפל האגרה הרגילה. עד כמה שידוע לי, בפועל לא נעשה שימוש באמצעי זה".

<sup>278</sup> וראה בהקשר שונה מעט את הצעותיהם של: Parchomovsky & Stein, The Relational.

<sup>279</sup> ראה, לדוגמא, אצל זוסמן, סדרי הדין, 350; קשת, הזכויות הדיוניות, ח"א, 514.

<sup>280</sup> ע"א 410/88, "רותם" **חברה לביטוח בע"מ נ' כוכב בע"מ**, פ"ד מג(4), 761 (1989).

<sup>281</sup> פרשת ששון, 479.

<sup>282</sup> רע"א 2444/08, **שופרסל בע"מ נ' אהרון כהן** (פורסם בנבו, 21.12.08). וראה גם את התוספת בסיפא: "אם לא יחויבו המשיבים בהוצאות, הרי שלמעשה לא תהא כל נפקות לאמירתו של בית המשפט המחוזי הנכבד כי אין להבין מהחלטתו "כאילו מותר לתובעים מייצגים בכלל ולמשיבים בפרט לעשות בדיון ככל העולה על רוחם...".

<sup>283</sup> פרשת אלקו.

<sup>284</sup> ע"א 2722/06, **גינות לאה בע"מ נ' בנק המזרחי בע"מ** (פורסם בנבו, 29.5.06); וראה גם בפרשת קווי אשראי, שם הוטלו הוצאות בסך 300,000 ₪ על שלושה נתבעים שנמנעו מלהגיש כתב הגנה בזמן.

<sup>285</sup> גורן, סוגיות, 373; וראה גם בר"ע 330/85, **מנחם אלבו נ' רבינטקס תעשיות**, פ"ד לט (2), 556 (1985), שם נקבע שיש לבדוק האם קיים עוול "שפיצוי כספי לא יוכל לתקן"; פרשת רוזין, 743: "יש להקל איפוא עם בעל דין, שפגם בסדרי דין, אך זאת נזכור, שכנגד 'הצהרת זכויות המתדיין' – כאמור בראש דבריו של השופט ברנזון – עומדות זכויות המתדיין-שכנגד, שכן 'אין מתקנים עוול בעוול'". ובפרשת ששון המפורסמת שאוזכרה כבר מספר פעמים בעבודה זו, נקבע בעניין ההוצאות כי "זו הדרך המתאימה שעל בית-המשפט לנקוט בה ובלבד, כאמור, שלא יהא בכך משום עשיית עוול לצד השני, כי אין מתקנים עוול בעוול".

יצוין, כי סוגיית ההוצאות רחבה מאד, ומשליכה על סוגיות שונות<sup>286</sup>, ובדברינו כאן רק התייחסנו להתאמת פיתרון ההוצאות הנזכר במודל למשפט הישראלי.

### **7.7. החיוב בהצמדה ובריבית למפר הכללים**

בעניין זה, בניגוד מובהק לכללים הקיימים במשפט העברי, הכלל במשפט הישראלי קובע כי תשלום ריבית והצמדה הינו מקובל וראוי ברגיל. ריבית אינה תשלום עבור נזק. הריבית מוענקת על מנת לפצות את הזכאי לתשלום על תקופת הזמן שבה לא היה מונח התשלום שהוא זכאי לו בידו<sup>287</sup>. משכך, נקודת המוצא של כל פסק דין הינה שככל שהתובע הוכיח את תביעתו (כולה או חלקה) הוא יהיה זכאי להפרשי ריבית והצמדה. עם זאת, קביעה זו מותנית בהתנהלותו של התובע, המבקש לזכות בריבית והצמדה<sup>288</sup>.

ההלכה שנקבעה זה מכבר הינה כי במקרים של "רשלנות ואיחור יתר בהגשת התביעה"<sup>289</sup> יש מקום להפחית את גובה הריבית, גם אם הדבר פוגע בעיקרון השמירה על ערך הכסף. לעיתים, הביא הדבר להימנעות מהצמדת התשלום<sup>290</sup> או להצמדה חלקית<sup>291</sup>, לעיתים - להימנעות מוחלטת מפסיקת ריבית<sup>292</sup>, למצער עד למועד הגשת התביעה<sup>293</sup>, ולעיתים - להפחתתה בלבד<sup>294</sup>. במקומות אחרים הפחית בית המשפט את הריבית מריבית הסכמית גבוהה לריבית רגילה, בשל העובדה שהתביעה הוגשה בשיהוי<sup>295</sup>. מובן כי הלכות אלו הולמות היטב את המודל המוצע.

במקביל, איננו רואים טעם מדוע שהכלל לא יפעל גם לכיוון השני. מדוע שנתבע אשר משך את בירור התביעה, לא יסתכן בהגדלת סכום התשלום בו הוא יתחייב, כאשר אין ספק שהעיכוב בבירור היה באשמתו?! תהיה זו מתגברת משני טעמים. ראשית, קשה להעלות על הדעת נימוק ראוי מדוע דינו של נתבע, אשר ניהל את הגנתו כראוי והפסיד

<sup>286</sup> יצוין כי סוגיית ההוצאות עשויה להיות פיתרון לעניין נוסף. קלמנט ושפירא, שם, 91 עומדים בגוף המאמר ובהע"ש 47 על החשש שתמריצו של מאן דהו לקיים הסכם עליו הוא חתום יהיו נמוכים מתוחלת הסנקציה לה הוא יהיה צפוי במקרה בו יפר את ההסכם (בהינתן הסיכוי שבית משפט יקבע קביעות בלתי מדויקות). נדמה שסוגיית ההוצאות יכולה לצמצם את החשש הנ"ל, ככל שיעשה בה שימוש מושכל ומשמעותי. על כל פנים, ברור שהטלת הוצאות משמעותיות על מי שמזלזל בהליך ובבעל הדין היריב תסייע לביטול התמריץ לנהוג כך. ראה גם Lucian A. Bebchuk & Howard F. Chang, 'An Analysis of Fee Shifting Based on the Margin of Victory: On Frivolous Suits, Meritorious Suits, and the Role of Rule 11', 25 J. Leg. Stud. (1996), 371 ; Shavell, Suit ; Braeutigam, Owen & Panzar, An Economic

<sup>287</sup> דוד קציר, פסיקת ריבית הצמדה ושיערוך (בורסי, התשנ"ו), 3; ע"א 587/73, שאולי נ' מזרחי, פ"ד (1), 533, 540 (1975); ע"א 172/86, יעקב בוחבוט נ' מרטינ וינינגר, פ"ד מב(2), 173 (1988); ע"א 741/79, כלנית השרון השקעות ובנין נ' רבקה הורביץ, פ"ד לה(3), 533 (1981): "את כספי ההשבה יש להצמיד למדד, השומר על ערכו הריאלי מיום קבלת הכסף על ידי ראובן ועד ליום התשלום בפועל... "השבה ריאלית" בתנאי אינפלציה שומרת על ערכו של מה ששולם. אך האם אין לצרף לכך גם ריבית ראויה? ... כספי המחיר עמדו לרשות המוכר, וחזקה עליו, שעשה בכספו שימוש כרצונו... יש צידוק, מהטעמים שראינו, כי המוכר ישלם לקונה גם דמי שימוש עבור הכסף, דהיינו ריבית. אשר להיקף ההצמדה ושיעור הריבית, נוכל להיזקק למבחן הקבוע בחוק פסיקת ריבית והצמדה".

<sup>288</sup> קציר, שם, 297-295; ע"א 685/79, נאדרה חסן אטרש נ' עבלה מעלוף, פ"ד לו(1), 626 (1982); 391/88, מנהל עיזבון המנוח פיקטנבוים נ' חיה זלישק, פ"ד מו(4), 311 (1992); ע"א 1665/05, מנוס גולוב נ' א.ר.י. מזרחי ובניו בניה והשקעות בע"מ (פורסם בנבו, 13.6.10).

<sup>289</sup> ע"א 398/79, צבי מנגל נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1), 432, 437 (1982).

<sup>290</sup> קציר, שם, 430-434; ע"א 419/80, הולנדר ושות' בע"מ נ' הוד אווז בע"מ, פ"ד לו(4), 433 (1982).

<sup>291</sup> ע"א 479/89, בזיליאוס נ' חלמיש, פ"ד מו(3), 837, 853 (1992).

<sup>292</sup> ת"א (י-ם) 3412/01, עיריית ירושלים נ' בית הרכב בע"מ (פורסם בנבו, 30.5.04). יצוין כי פסק הדין שונה בבית המשפט העליון בסוגיה הנוגעת לעצם החיוב.

<sup>293</sup> ע"א 9298/07, רבקה דיל נ' אברהם נביאי (פורסם בנבו, 28.8.12).

<sup>294</sup> ראה ע"א 623/83, אשר לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(1), 477, 481-480 (1986); ת"א (ת"א) 890/97, עובד זכאי נ' דולה שאול (פורסם בנבו, 13.7.99).

<sup>295</sup> ע"א 7420/11, גרומן שירותי דלק בע"מ נ' סונול ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 29.1.13): "התביעה הוגשה... כמעט ארבע שנים לאחר הפסקת היחסים בין הצדדים, וככל שנברתי בתצהירים... לא מצאתי מענה לטרוניית המערערים כי לא אצה הדרך... להגיש התביעה, שמה בידועם כי הריבית ההסכמית הולכת ונצברת".

במשפט, יהיה זהה לדינו של נתבע, אשר יצר מחדלים דיוניים, והביא לעיכוב של ממש בבירור האמת ובזכותו של התובע לקבלת כספו. שנית, מציאות בה לא קיימת בסופו של יום סנקציה כספית משמעותית על נתבע אשר גרם למחדלים דיוניים משמעותיים, מהווה זרז ומניע לנתבעים להביא לדחיות בבירור התביעות<sup>296</sup>, תוך שבינתיים מושא התביעה מצוי בידיהם.

מסיבות אלו אנו סבורים כי ראוי שהמודל יהיה סימטרי, והוא יאפשר את העלאת גובה הריבית<sup>297</sup> המוטלת על הנתבע, במקום בו יקבע בית המשפט כי התנהלותו ומחדליו הדיוניים הם שהביאו לעיכוב משמעותי בבירור התביעה.

#### **ד. סיכום**

בפרק זה בחנו את התאמתו של המודל המוצע למשפט הישראלי. הראינו כי גם אם היום פסק דין הניתן בשל מחדל דיוני הינו מחזה שכיח (גם אם ינתן רק במיעוט המקרים), הרי הגישה הקובעת את ההעדפה הברורה והחד משמעית לגילוי האמת על פני ערכים דיוניים דוגמת יעילות ויציבות היא גישה ההולמת מגמות עומק במשפט הישראלי. בין מגמות העומק הזכרנו את המעבר מפורמליזם לערכים, עיקרון הבטלות היחסית ואת השיח המבקר את הצורך בפיתרונות בינאריים. הראינו גם כי הדברים כבר מצויים היום במודלים חקיקתיים רבים (במסגרת סוגיות פרטניות) בישראל ובמסגרת קביעות שיפוטיות עקרוניות בנוגע לנקודת האיזון בין צדק ליעילות, אשר הגיעו עד כדי ביטול סעיפי חוק שפגעו ביכולת להגיע לפיתרון אמיתי מטעמי יעילות. ניתוח מגמות העומק מעיד כי מעבר למודל המוצע הינו מחויב המציאות, שכן המודל מאפשר לבית המשפט לעמוד בחובת המידתיות של הסנקציה שתיבחר בשל המחדל הדיוני, כאשר במקביל התביעה לא תוכרע בשל אותו מחדל. העדפת גילוי האמת תסייע גם לשופט לחיות בהשלמה נפשית עם הכרעתו ותסייע רבות להפחתת חוסר האיזון הדיוני שנוצר בין שחקנים שונים במגרש המשפטי, כך שמעמדם המשפטי של אוכלוסיות חלשות - ישופר.

בנוסף, הראינו כי העדפת ערך גילוי האמת מתבקשת גם מטעם עקרוני נוסף – הספק המשמעותי בשאלה האמנם הפיתרונות מונחי היעילות והיציבות מקדמים, אכן, יעילות כפי שהם מבקשים לקדם. בדקנו סוגיות דיוניות משמעותיות דוגמת סדר הדין המקוצר, סדר הדין המהיר, ההפניה לגישור, ההתיישנות והשתק העילה והראינו כי כולן אינן מובילות בהכרח לתוצאה היעילה אותה ביקשו לקדם.

בסיומו של הפרק הראינו כי הפתרונות המוצעים במודל עומדים היטב במגמות אלו של המשפט הישראלי (אם כי לצורך אימוץ של חלקם יש לתקן את החוק ו/או את התקנות, אך גם אותם ניתן להשיג בדרכים נוספות). את הפיתרונות יש להותיר לשיקול דעתו של בית המשפט כארגז כלים, כאשר בית המשפט - 'ברצותו מאריך וברצותו מקצר', בהתאם לנסיבות המחדל ולהשלכותיו על הצדדים.

<sup>296</sup> וראה גם צוקרמן, צדק שווה זמן.

<sup>297</sup> סוגיה אחרת היא האם בנוסחו הנוכחי של חוק פסיקת ריבית והצמדה ניתן כלל לקבוע ריבית גבוהה יותר.

## אחרית דבר

בעבודה זו עמדנו על המתח בין הניסיון להגן על זכויותיהם המהותיות של הצדדים לדיון, לניסיון ליצור מסגרת ברורה, אשר במסגרתה ייאלצו הצדדים לפעול. זהו המתח בין המהות והפרוצדורה. מצד אחד של המיתרס עומדים ערכים יסודיים דוגמת חיפוש האמת, וכיבוד הזכות לצדק של הפרט, ואילו מהעבר השני עומדים ערכים מנוגדים ובהם עקרונות 'הצדק הפרוצדוראלי', הניסיון לשמור על יציבות מערך הנורמות וליצור וודאות וביטחון לציבור הרחב, והניסיון להגיע ליעילות מקסימלית במערכת המשפט. ביסוד הדברים מונח גם ערך השוויון, קרי: רתיעה ממתן שיקול דעת רחב מדי לידי של שופט, דבר העלול לפתוח פתח להחלטות מפלוגות בין בעלי דין זהים, כתוצאה ממחלוקת ערכית בין שופטים שונים. המתח בין ערכים אלו שימש מאז ומעולם במה לעימות, בין גישה אשר קראה להקפיד על "קוצו של יוד" בכללים, וכך להביא להקפדה עתידית של בעלי הדין על הכללים, לבין גישה אשר קראה להגן על זכויותיו המהותיות של מפר הכללים, ולא לחסום את דרכו של המפר אל הצדק מסיבות טכניות.

הגישה האחרונה היא זו שנותנת את הטון במערכת המשפט הכללי, לפחות בעת האחרונה. למרות זאת, המערכת נוטה, לעיתים – גם אם לא מזומנות - לבכר, הלכה למעשה, את הכללים הפורמליים על פני זכויותיהם המהותיות של בעלי הדין, והיא עומדת על זכותם וחובתם של בעלי הדין לפעול בהתאם לכללים. בייחוד נכונים הדברים בסוגיות דיוניות בהן שיקול הדעת של בית המשפט מלכתחילה הינו מצומצם ביותר והמחוקק יצר מחסום דיוני קשיח. תפיסה זו מעמידה גם את יעילות המערכת במקום גבוה בסולם הערכים הדיוני (מסיבות שונות). הערכים הללו מכונסים פעמים רבות תחת הגדרה כוללת של 'הצדק הדיוני', ומייצרים עמידה פורמליסטית על הכללים. כך נוצרים מקרים לא מעטים (אך בוודאי שמיעוט המקרים) בהם בשל תקלות דיוניות כאלו ואחרות - הנובעות מחוסר יכולת, עצלות, רשלנות ואפילו זלזול – בית המשפט נמנע מלברר את ההליך לגופו, לא מבוצע כל ניסיון לבירור האמת וספק האם התוצאה המשפטית משקפת את המצב העובדתי והצדק שבין בעלי הדין.

גישה זו עומדת באופן מובהק אל מול עמדתו של המשפט העברי. המשפט העברי בחר להגן, כמעט בכל מחיר, על גילוי האמת, ולא תמצא כמעט סוגיות בהן תקלות דיוניות ידחו את ההליך כבר ב'פרוזדור', וימנעו ממנו את הכניסה ל'טרקלין' המשפטי<sup>1</sup>. הרחבנו על כך בעבודתנו, וכאן רק נזכיר כי הוכחנו שהדברים נכונים הן בפן החקיקה (דהיינו, הימנעות כמעט מוחלטת מחקיקת כללים דיוניים שיסכלו בירור ענייני של התביעה) והן בפן הביצועי (דהיינו, העלמת עין יחסית ממחדלים דיוניים). לנוכח כל האמור בעבודתנו, אנו סבורים כי דרך הפעולה הראויה בכל הנוגע לתקלות הדיוניות הינה קבלת המודל, אשר מאמץ את העקרונות העל המנחים את המשפט העברי בסוגיה, תוך התאמתו לכללי הדיון המודרניים באמצעות שימוש בכללים דיוניים נקודתיים, אשר יבטיחו את עקרונות הצדק הדיוני. כך, בהתאם לעקרונות העל יועדף ערך בירור האמת על פני יתר הערכים הדיוניים, כך שגם

<sup>1</sup> ראה פסקה 13 לפסה"ד ברע"א 1383/07, חברת שמעון צרפתי בע"מ נ' שתולים מושב עובדים להתיישבות שיתופית בע"מ (פורסם בנבו, 14.4.10).

מחדל דיוני משמעותי לא ימנע כניסה אל טרקלין המשפט. במקביל מעניק המודל ארגז כלים לשיקול דעתו של בית המשפט, ועל בית המשפט לעשות בו שימוש בהתאם לנסיבות המחדל ולהשלכותיו על הצדדים. כדוגמאות לכלים שנועדו להבטחת היציבות הזכרנו את הכבדת נטלי הראיה והיפוכם, הטלת אגרות ספציפיות, שימוש בהוצאות המשפט, ערובה ועירבון, שינוי במתווה תשלום ההצמדה והריבית ועוד.

בכך, חורג המודל המוצע ממסגרת החשיבה המקובלת בסוגיות דיוניות. המודל מאמץ למעשה נקודת מבט חדשה על סוגיות דיוניות אותן התרגלנו לראות במבט מסוים. הוא בוחן את השיקולים והנימוקים העומדים ביסודו של כל כלל דיוני, ומייצר את הפיתרונות הישירים לאותם שיקולים ונימוקים. כך, ניתן לנקוט בסנקציות משמעותיות למבצעי ההפרות הדיוניות בדרך שלא תפגע בבירור האמת.

במסגרת דברי סיום אלו נבקש להוסיף גם כמה מילים לגבי יכולת הלימוד של כל אחת מהשיטות מניסיונה של רעותה. לגבי מערכת המשפט הישראלי, נדמה שהרצון לעצב מחדש את סולם הערכים, ולא לאמץ את הסולם שמנחה את המשפט העברי בסוגיה, נובע גם מתוך ניסיון להתנער מהעבר ולגבש מערכת עצמאית וחדשה במדינת ישראל. בשם מארק טוויין נוהגים לצטט את המימרה: "כשהייתי בן ארבע עשרה אבי היה בור וטיפש כל כך שלא יכולתי להימצא בקרבתו. אבל בהיותי בן עשרים ואחת נדהמתי לגלות כמה למד הזקן בשבע השנים הללו!". נראה, לענ"ד, שהדברים נכונים גם לענייננו. במבט מפוכח היום, לאחר שמערכת המשפט העצמאית במדינת ישראל עומדת איתן על רגליה, ניתן להכריז כי העמדת ערך גילוי האמת בראש סולם הערכים הינה עמדה ערכית ומוסרית יותר, ויש לאמצה. זאת, בייחוד לנוכח הכלים הנוספים אשר הוצעו במודל, ואשר אמורים להפיק את אותו אפקט מניעתי (אם לא אפקט משמעותי יותר) לגבי תקלות דיוניות.

לעניין יכולתו של המשפט העברי לאמץ מהכללים הנוהגים במשפט העברי יש גם לזכור שבמשך אלפיים השנים האחרונות, לא שימשה שיטת המשפט העברי כשיטה בלעדית המנהיגה את המערכת המשפטית. להנהגה מעין זו ישנן השלכות רבות, ואחריות מעין זו מטילה חובות רבות על הנושא בה. כל עוד מבקשת מערכת המשפט העברי למשוך אליה כמה שיותר מתדיינים, וודאי שכל עוד היא מכוונת לשמש כמי שיכולה להיות המערכת המשפטית הראשית של מדינת ישראל, עליה להכיר בצרכים המערכתיים ובמגבלות הניהוליות, ולאמץ שלל פיתרונות שיסייעו להגן על ערכים דיוניים דוגמת יעילות ויציבות.

לא נותר אלא לקוות כי באמצעות אימוץ המודל יעשו עוד כמה צעדים לקראת "וְאֶשְׁיבָה יְדֵי עֲלִיף וְאֶצְרֹף כְּבַר סִיגִיף וְאֶסִירָה כָּל-בְּדִילִיף: וְאֶשְׁיבָה שֹׁפְטִיף כְּבָרְאשְׁנָה וְיִעְצִיף כְּבִתְחִלָּה אַחֲרֵי-כֵן יִקְרָא לָךְ עִיר הַצֶּדֶק קְרִיָה נְאֻמָּנָה: צִיּוֹן בְּמִשְׁפָּט תִּפְדָּה וְשָׁבִיהָ בְּצֶדֶק" (ישעיהו, א', כ"ה-כ"ז).

## רשימת מקורות ביבליוגרפית

### ביבליוגרפיה למקורות ראשוניים

- כאשר נזכרות כמה מהדורות לצד החיבור, נעשה השימוש, בדרך כלל, בזו הנזכרת ראשונה.
- לא נזכרים כאן פרשנים וחיבורים הנדפסים בדפוסים העיקריים של התנ"ך, המשנה, התלמודים והשולחן ערוך, אלא אם כן המקור הוא ממהדורה נפרדת.
- ההדגשות בציטוטי המקורות אינן במקור, אלא אם כן נאמר אחרת.

### ספרות חז"ל

משנה (ומפרשיה על אתר)	מה' ח' אלבק, התשי"ז.
מכילתא דרשב"י	מה' י' נ' אפשטיין וע' צ' מלמד, ירושלים התשט"ו.
ספרי דברים	מה' רלב"ג, מכון סופרים, לייקווד התשס"ט.
אבות דר' נתן	מה' שי' ז' שכטר, ירושלים התשנ"ז.
תלמוד ירושלמי	דפוס ונציה, הרפ"ג.
תלמוד בבלי (ומפרשיו על אתר)	דפוס וילנה, התר"מ-התרמ"ו.
בראשית רבה	מה' י' תיאודור וחי' אלבק, ירושלים התשנ"ו.

### ספרות גאונים

ספר המקח והממכר	לרב האי גאון, ירושלים התש"ט.
תשובות הגאונים (גאונים קדמונים)	הוצאת ח.ש.ג., תל אביב התשכ"ג.
תשובות הגאונים, הרכבי	מה' א' א' הרכבי, ברלין התרמ"ז.

### ספרות ראשוניים

אברהם בן דוד (הראב"ד)	תמים דעים (לגאונים קדמאי ולראב"ד), ירושלים התשל"ד.
אברהם ב"ר יצחק	שו"ת רבנו אברהם ב"ר יצחק אב בית דין, מהדורת הרב קאפח, ירושלים התשס"ה.
אהרן הלוי (הרא"ה)	ספר החינוך (מיוחס לו), מה' מכון ירושלים, התשנ"א.
אשר בן יחיאל (הרא"ש)	שו"ת הרא"ש, מה' מכון ירושלים, התשנ"ד.
בחיי בן אשר אבן חלאוה	כד הקמח, הוצאת כלילת יופי, ניו יורק התש"כ.
ברוך בן יצחק מגרמיזה	פירוש רבינו בחיי על התורה, ירושלים התשי"ח.
גרשום מאור הגולה (רגמ"ה)	ספר התרומה, וורשה התרנ"ז.
חיים ב"ר יצחק אור זרוע	תקנות רגמ"ה, כתב יד פרנקפורט 123.
	פסקי אור זרוע על הלכות עבודה זרה, מה' מ' י' הכהן בלוי, ניו יורק התשנ"ו.

שאלות ותשובות מהר"ח אור זרוע, ירושלים התש"ך.	חסדאי ב"ר אברהם קרשקש
אור ה', מהדורת גארבער, וילנא התרס"ה.	יהודה ב"ר אשר (בן הרא"ש)
שו"ת זכרון יהודה, ירושלים התשכ"ח.	יהודה ב"ר שמואל החסיד
ספר חסידים, וורשה התרכ"ו.	יום טוב בן אברהם אלשבילי (הריטב"א)
חידושי הריטב"א על הש"ס, מה' מוסד הרב קוק, ירושלים התשנ"ג.	יונה ב"ר אברהם החסיד מגירונדי (רבינו יונה)
עליות דרבינו יונה השלם, הוצאת מכון התלמוד הישראלי השלם, ירושלים התש"ן.	יוסף ב"ר מאיר הלוי אבן מיגאש
פירושי רבינו יונה על מסכת אבות (נכתב ע"י תלמידיו), מה' מכון תורה שלמה, ירושלים התשכ"ט.	יוסף לב (מהר"י בן לב)
שו"ת הר"י מיגאש, ורשה התר"ל.	יעקב בן אשר (הטור)
שאלות ותשובות מהר"י בן לב, הוצאת ס.ל.א, בני ברק התשמ"ח.	יצחק אלפסי (הרי"ף)
ארבעה טורים השלם (ונושאי כליו), מה' שירת דבורה – מכון ירושלים, ירושלים התשנ"ג.	יצחק בר ששת (הריב"ש)
שו"ת הרי"ף, ירושלים התרצ"ה.	יצחק בן אבא מארי
שו"ת הריב"ש, מה' מכון ירושלים, התשנ"ג.	ישעיה דטראני (הרי"ד)
ספר העיטור, וורשה התרל"ד.	ישראל איסרליין
פסקי הרי"ד, מה' מכון התלמוד הישראלי השלם, ירושלים התשנ"ד.	מאיר ב"ר ברוך (מהר"ם מרוטנבורג)
ספר תרומת הדשן השלם, מה' אביטן, ירושלים התשנ"א.	מאיר ב"ר טודרוס הלוי אבולעפיה
שו"ת מהר"ם בן ברוך, ירושלים התשמ"ו.	מנחם ב"ר שלמה המאירי
יד רמ"ה, ווארשה התרמ"ז.	משה ב"ר מימון (הרמב"ם)
בית הבחירה על הש"ס, מהדורות שונות, ובהן מה' מוסד הרב קוק, ירושלים התש"י.	
משנה עם פירוש הרמב"ם, מהדורת ר"י קאפח, ירושלים התשכ"ז.	
פירוש הרמב"ם למס' אבות, מהדורת ר"י שילת, מעלה אדומים התשנ"ח.	
משנה תורה (ונושאי כליו), מה' פרנקל, בני ברק התשס"א.	
תשובות הרמב"ם, בהוצאת חברת מקיצי נרדמים (מהדורת בלאו), ירושלים התש"ח.	
חידושי הרמב"ן על הש"ס, מה' מכון התלמוד הישראלי השלם ומכון הרב הרשלר, ירושלים התשס"ב.	משה ב"ר נחמן (הרמב"ן)
פירוש הרמב"ן על התורה, מה' שעוואל, ירושלים התשי"ט.	
שו"ת מהר"ם מינץ, מה' מכון ירושלים, התשנ"א.	משה מינץ (מהר"ם מינץ)
ספר מצוות גדול השלם (סמ"ג), מה' מכון ירושלים, התשנ"ג.	משה מקוצי
חידושי הר"ן על הש"ס, מה' מוסד הרב קוק, ירושלים התשנ"ז.	ניסים ב"ר ראובן גירונדי (הר"ן)
שו"ת הרשב"א, מה' מכון ירושלים, ירושלים התשנ"ז.	שלמה ב"ר אברהם בן אדרת (הרשב"א)
תשובות הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, ירושלים התש"ל.	



שׁוֹרֵי הַרְשָׁבִי"שׁ, מֵה' מִכּוֹן יְרוּשָׁלַיִם, יְרוּשָׁלַיִם הַתְּשַׁנִּי"ח.	שְׁלֵמָה בֶן שְׁמַעוֹן בֶּר צַמַּח דוֹרָאן (הַרְשָׁבִי"שׁ)
סֵפֶר הַתְּרוֹמוֹת, פְּרָאג הַשְּׁס"ה.	שְׁמוּאֵל הַסְּרֵדִי
שׁוֹרֵי הַתְּשַׁבִּיץ, מֵה' מִכּוֹן יְרוּשָׁלַיִם, יְרוּשָׁלַיִם הַתְּשַׁנִּי"ח.	שְׁמַעוֹן בֶּן צַמַּח דוֹרָאן

## ספרות אחרונים

שׁוֹרֵי שְׁבוֹת יַעֲקֹב, יְרוּשָׁלַיִם הַתְּשַׁנִּי"ג	אֲבוּלְעַפְיָה, חַיִּים בֶּן יַעֲקֹב
שׁוֹרֵי אֲבֵנֵי שֵׁשׁ, הוֹצֵאת צוֹקְרֵמוֹן, יְרוּשָׁלַיִם הַתְּרִי"ץ.	אֲבִיטְבוֹל, שְׂאוּל יִשׁוּעָה בֶן יִצְחָק
שׁוֹרֵי הַרְאֲנִי"ח, יְרוּשָׁלַיִם הַתְּשַׁי"ד.	אֲבָן חַיִּים, אֱלִיהוּ
פִּירוּשׁ אֹרֵחַ הַחַיִּים עַל הַתּוֹרָה, בְּנֵי בְרַק הַתְּשַׁס"ט.	אֲבָן עֵטֶר, חַיִּים בֶּן מֹשֶׁה (אֹרֵחַ הַחַיִּים)
שׁוֹרֵי וִיקְרָא אֲבֵרָהִם, לִיּוֹרְנוֹ הַתְּרַכ"ה.	אֲדַאדִי, אֲבֵרָהִם חַיִּים
אֲמֵרֵי בֵינָה, יְרוּשָׁלַיִם, הַתְּרַל"א.	אֲוִיעֵרְבַאדְךָ, מֵאִיר בֶּן יִצְחָק אִיִּצִיק
יִשׁוּעוֹת יַעֲקֹב, פִּיעֵטְרִקוֹב הַתְּרַס"ז.	אֲוֹרְנִשְׁטֵיין, יַעֲקֹב מִשׁוּלַם
שׁוֹרֵי בְרַכִּי יוֹסֵף, מֵה' אֲבִיטָן, יְרוּשָׁלַיִם הַתְּשַׁס"א.	אֲזוּלָאֵי חַיִּים יוֹסֵף (חִיד"א)
אֹרִים וְתוֹמִים, וְרִשָׁה הַתְּרַמ"ב.	אִיִּבְשִׁץ, יְהוֹנָתָן
תְּשׁוּבוֹת רַבִּי עֲקִיבָא אֵיגֵר, בְּנֵי בְרַק הַתְּשַׁמ"ז.	אֵיגֵר, עֲקִיבָא
שׁוֹרֵי הַרְמִי"א, מֵה' אִי זִיו, יְרוּשָׁלַיִם הַתְּשַׁל"א.	אִיסְרָלִישׁ, מֹשֶׁה
אֲדַרְתֵּי אֱלִיהוּ, מִכּוֹן תְּפֹאֶרֶת אֲבֵרָהִם, יְרוּשָׁלַיִם הַתְּשַׁס"ג.	אֱלִיהוּ בֶן שְׁלֵמָה זְלַמָּן (הַגְּר"א)
חִידוּשֵׁי וּבִיאוּרֵי הַגְּר"א עַל הַש"ס, בְּנֵי בְרַק הַתְּשַׁי"ל.	
קוֹל אֱלִיהוּ, יְרוּשָׁלַיִם הַתְּשַׁס"ט.	
מְנוֹרַת הַמְּאוֹר, נִיּוֹ יוֹרֵק הַתְּרַפ"ט.	אֲלַנְקוּהַ, יִשְׂרָאֵל
שׁוֹרֵי מֵהַר"ם אֲלֶשֶׁךְ, מֵה' פּוֹרְגַס, יְרוּשָׁלַיִם הַתְּשַׁל"ה.	אֲלֶשֶׁךְ, מֹשֶׁה
שְׁפַת אֲמֵת, חִידוּשֵׁי מַסְכַּתוֹת מִסְדֵּר קִדְשִׁים, הוֹצֵאת לּוֹבֶאֱרֵט וְאִיגֵר, נִיּוֹ יֶאֱרֵק הַתְּשַׁט"ו.	אֲלֶתֶר, יְהוּדָה אֲרִיָּה לֵיִב מִגּוֹר
שְׁפַת אֲמֵת עַל הַתּוֹרָה, מֵה' אֹרֵחַ עֲצִיּוֹן, מִרְכֹּז שְׁפִירָא הַתְּשַׁי"ס.	
כְּרַם חֲמַד, לִיּוֹרְנוֹ הַתְּרַכ"ט.	אֲנַקְאוּוֹא, אֲבֵרָהִם
שׁוֹרֵי יְהוּדָה יַעֲלָה, חַיִּים וּבְרַכָּה, נִיּוֹ יוֹרֵק הַתְּשַׁכ"ה.	אֲסוּד, יְהוּדָה
שׁוֹרֵי שַׁעַר אֲפֵרַיִם, יְרוּשָׁלַיִם הַתְּשַׁל"ג.	אֲפֵרַיִם בֶּן יַעֲקֹב הַכְּהֵן
חֶבֶל נַחֲלָתוֹ – מֵאֲמֵרִים וְתְּשׁוּבוֹת בְּדִינֵי תּוֹרָה.	אֲפִשְׁטֵיין, יַעֲקֹב
יּוֹשֵׁב אֱהָלִים – שִׁיעוּרִים (כְּתוּבוֹת וְקִידוּשִׁין), הוֹצֵאת יִשִׁיבַת רֵמַת גָּן, הַתְּשַׁע"א.	אֲרִיאֵל, יַעֲקֹב
מֵאֱהָלֵי תּוֹרָה – לַתּוֹרָה וְלַמּוֹעֵדִים, כֶּפֶר דְּרוֹם הַתְּשַׁנִּי"ח.	
מַעֲשֵׂי ה', וְרִשָׁה הַתְּרַצ"ג.	אֲשַׁכְּנֹזִי, אֱלִיעֶזֶר בִּי"ר אֱלִיהוּ
שִׁיטָּה מִקּוֹבְצַת, יְרוּשָׁלַיִם הַתְּשַׁי"ב.	אֲשַׁכְּנֹזִי, בְּצַלָּאֵל בֶּן אֲבֵרָהִם
שׁוֹרֵי חֲכָם צְבִי, יְרוּשָׁלַיִם הַתְּשַׁנִּי"ה.	אֲשַׁכְּנֹזִי, צְבִי בֶן יַעֲקֹב
יִלְקוּט שְׁמַעוֹנִי, יְרוּשָׁלַיִם הַתְּשַׁל"ה.	אֲשַׁכְּנֹזִי, שְׁמַעוֹן מִפְּרַנְקֶפּוֹרְט
שׁוֹרֵי חֲבַצְלַת הַשְּׁרוֹן, בִּילְגוּרֵי הַתְּרַצ"א.	בַּאבִּיד, דּוֹד מִנְחָם מִנִּישׁ

מנחת חינוך, מה' מכון ירושלים, התשמ"ח.	באב"ד, יוסף
שו"ת מהר"י באסן, קושטא התצ"ז.	באסן, יחיאל בן חיים
שו"ת אבני נזר, פיעטריקוב התרע"ג.	בורנשטיין, אברהם
שו"ת חוות יאיר, ירושלים התשל"ג.	בכרך, יאיר חיים
ברית יהודה – הלכות ריבית ועיסקא, ירושלים התשל"ט.	בלויא, יעקב ישעיהו
שו"ת בנימין זאב, ירושלים התשי"ט.	בנימין בן מתתיה
משפטיד ליעקב,	בן יעקב, צבי יהודה
שו"ת נר מערב, ירושלים התרצ"ה.	בן מלכא, יעקב
שו"ת בעי חיי, מכון הכתב, ירושלים התשמ"ד.	בנבנישתי, חיים
שו"ת פרשת מרדכי, התש"ל.	בנט, מרדכי
דיני ממונות, ירושלים התש"ס.	בצרי, עזרא
שו"ת משפטים ישרים, קרעקא התרנ"א.	ברדוגו, רפאל בן מרדכי
פירוש העמק דבר על התורה, ירושלים התשס"ה.	ברלין, נפתלי צבי (הנצי"ב)
שו"ת משיב דבר, ירושלים התשכ"ח.	גולדשמידט, אליעזר
עזר משפט, ירושלים תשס"ד.	גינצברג, אריה לייב בן אשר ממץ
שאגת אריה, ווילנא התרל"ד.	דוד בן זמרא (הרדב"ז)
שו"ת הרדב"ז, ירושלים התשל"ב.	די בוטון, אברהם
שו"ת לחם רב, קראקוב התרמ"ה.	די ווידאש, אליהו
ראשית חכמה, מונקאטש התש"ב.	די מדינה, שמואל בן משה (מהרשד"ם)
שו"ת מהרשד"ם, לבוב התרכ"ב.	די מולינה, יצחק
שו"ת בשמים ראש, ברלין התקנ"ג.	דייטש, אליעזר חיים
שו"ת פרי השדה, פאקש התרע"ה.	דסלר, אליהו אליעזר
מכתב מאליהו (מהדורה שניה, תשכ"ה).	הדאיה, עובדיה בן שלום
שו"ת ישכיל עבדי, מדרש עבדיה, ירושלים התשנ"ד.	הופמן, דוד צבי בן משה יהודה
שו"ת מלמד להועיל, ניו יורק התשי"ד.	הופשטטר, דוד
דרש דוד – שופרא דשבתא, פשט ועיון בפרשיות התורה, ירושלים התשע"א.	הורביץ, פנחס
חידושי הפלאה, ירושלים התש"ך.	הכהן, אפרים בן יעקב
שו"ת שער אפרים, ירושלים התשל"ג.	הכהן, ישראל מאיר
משנה ברורה, הוצאת אשכול, בני ברק התשס"ז.	הכהן, משה כלפון
שו"ת שואל ונשאל.	הכהן, רא"ם
<b>העלם וגילוי</b> , הוצאת גילוי-ישיבת עתניאל.	הכהן, שלמה בן אליהו
שו"ת מהרש"ך, ירושלים התשכ"א.	הלברשטאם, חיים
שו"ת דברי חיים, הוצאת מוסדות באבוב, ניו יורק התשס"ב.	הלוי, חיים דוד
דבר המשפט – בירורים וחקרי הלכות על סדר הלכות סנהדרין להרמב"ם, הועדה להוצאת כתבי הגר"ח"ד הלוי, מהדורה שניה, (תל אביב, התשמ"ב).	
שו"ת עשה לך רב, הועדה להוצאת כתבי הגר"ח"ד הלוי, תל אביב התשל"ו.	

הלוי, מרדכי	שו"ת דרכי נעם, ירושלים התש"ל.
הלוי, שלמה בן יצחק	לב אבות – פירוש על מסכת אבות, הוצאת האחים גאלדענבערג, ברוקלין התשנ"ד.
הלר, אריה לייב בן יוסף הכהן	שו"ת מהר"ש לבית הלוי, שלוניקי התי"ב. אבני מילואים, ירושלים התשס"ח. קצות החושן, ירושלים התש"ל. קונטרס הספיקות, מונקאטש התר"נ.
הרצוג, יצחק אייזיק הלוי	שו"ת היכל יצחק, אגודה להוצאת כתבי הגרי"ה הרצוג, ירושלים תשל"ב.
וואלקין, אהרן וולף, ישראל איסר וזנר, שמואל ויטאל, חיים ויזר, מאיר לייבוש בן יחיאל מיכל (מלבי"ם)	תחוקה לישראל על פי התורה, מוסד הרב קוק, ירושלים-התשמ"ט. שו"ת זקן אהרן, ניו יורק התשי"א. שער משפט, ירושלים התשל"ח. שו"ת שבט הלוי, בני ברק התשס"ב. עץ חיים, ירושלים התשמ"ח. מקראי קודש (פירוש על ה"ד), וורשא התרכ"ז.
וייס, בנימין אריה וייס, יצחק יעקב וינברג, יחיאל יעקב ולדינברג, אליעזר יהודה וסרמן, אלחנן זביחי, פנחס זילברשטיין, יצחק זסלנסקי, אהרן יצחק חזן, יוסף בן חיים חיים בן יצחק מוולז'ין	שו"ת אבן יקרה, לבוב התרנ"ד. ליקוטי תשובות מנחת יצחק, ירושלים התשנ"ו. שו"ת שרידי אש, הוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים התשכ"ז. שו"ת ציץ אליעזר, ירושלים התשמ"ד. קובץ שיעורים שו"ת עטרת פז, ירושלים התש"ן. משנת יעבץ, ירושלים התשכ"ג. חשוקי חמד, הוצאת יפה נוף, התשע"ג. ונצדק קדש, מוסד הרב קוק, ירושלים-התש"ה, שו"ת חקרי לב, ירושלים התשנ"ח. נפש החיים, בני ברק התשמ"ט. שו"ת חוט המשולש, הוצאת חיים וברכה, ניו יורק התשכ"ה. מי מרום, הוצאת ישיבת בית זבול, ירושלים התשמ"ב. ערך ש"י, סיגט התרנ"ב. שו"ת השיב משה, לבוב התרכ"ו. ברכת שלמה, בני ברק התשמ"ו. שו"ת דברי מלכיאל, ירושלים התשס"א. חידושי מהרי"ט, לבוב התרכ"א. שו"ת מהרי"ט, לבוב התרכ"א. שו"ת ישועות מלכו, פיעטריקוב התרפ"ז.
חרל"פ, יעקב משה טאבאק, שלמה יהודה טיטלבוים, משה טנא, שלמה טננבוים, מלכיאל צבי טראני, יוסף טרונק, ישראל אליהו יהושע מקוטנא	בן יהודע, ירושלים התשס"ב. שו"ת תורה לשמה, המהדיר, ירושלים התשל"ו. שו"ת יביע אומר, ירושלים, התשי"ד - התשס"ט. פירוש היעב"ץ על מסכת אבות, בני ברק התשנ"ח.
יוסף חיים בן אליהו מבגדד (ה'בן איש חי') יוסף, עובדיה יעב"ץ, יוסף	

שׁוׁיׁת בׁית יעקב, פרנקפורט התנׁיׁו.	יעקב בן שמואל מצויזמיר
שׁוׁיׁת משפטי שאול, מכון משפט והלכה בישראל, ירושלים התשנׁיׁז.	ישראלי, שאול
עמוד הימיני, ארץ חמדה, ירושלים התשנׁיׁב.	כהן, חיים
טללי חיים, הוצאת ישיבת רמת השרון, התשעׁיׁג.	כהן, מאיר שמחה מדווינסק
משך חכמה, הוצאת יהודה קופרמן, ירושלים התשסׁיׁב.	כהן, שבת
תקפו כהן, ווארשה התרמׁיׁד.	כשר, מנחם מנדל
תורה שלמה, ירושלים התשנׁיׁב.	לוצאטו, משה חיים
מסילת ישרים, בני ברק התשׁיׁס.	לורברבוים, יעקב מליסא
חוות דעת, מכון באר התורה, לייקווד התשסׁיׁז.	לוריא, שלמה בן יחיאל
ים של שלמה, הוצאת הספר, בני ברק התשׁיׁל.	ליכטנשטיין, אהרן
שאלות ותשובות הרב שלמה לוריא – מהרשׁיׁל, לעמבערג התריׁיט.	ליפשיץ, ישראל
שיעורי הרב אהרן ליכטנשטיין: דינא דגרמי, ישיבת הר עציון, אלון שבות, התשׁיׁס	לנדא, יחזקאל
תפארת ישראל על המשנה, וורשה התרכׁיׁג.	לנדסופר, יונה בן אליהו
שׁוׁיׁת נודע ביהודה, הוצאת הלכה ברורה, ניו יורק התשׁיׁד.	מאירבׁיׁר גדליה (מהרׁיׁם מלובלין)
שׁוׁיׁת מעיל צדקה, בני ברק התשמׁיׁה.	מאלין, אריה לייב
שׁוׁיׁת מהרׁיׁם מלובלין, ירושלים התשלׁיׁח.	מגיד, אהרן
חידושי רבי אריה לייב (מאלין), בני ברק התשמׁיׁג.	מדיני, חיים חזקיהו
בית אהרן, הוצאת דויטש, ניו יורק התשכׁיׁז.	מורפורגו, שמשון
שדי חמד, ניו יורק התשכׁיׁב.	מיטראני, משה בן יוסף (מביׁיׁט)
שׁוׁיׁת שמש צדקה, ונציה התקׁיׁג.	מלמד, אליעזר
שׁוׁיׁת המביׁיׁט, לבוב התרכׁיׁא, הוצאת גראסמאן.	מנחם עזריה, מפאנו
פניני הלכה, מכון הר ברכה התשנׁיׁו.	מרגליות, אפרים זלמן בן מנחם מניש
שׁוׁיׁת מנחם עזריה מפאנו, ירושלים התשכׁיׁג.	נבון, אפרים
שׁוׁיׁת בית אפרים, הוצאת פאר הספר, תל אביב התשכׁיׁח.	נבצל, אביגדר הלוי
מחנה אפרים, וורשה התרלׁיׁח.	נחמן בן שמחה, מברסלב
שיחות לספר בראשית (ירושלים, התשסׁיׁה).	נתנזון, יוסף שאול
שיחות לראש השנה (ירושלים, התשנׁיׁח).	סולניק, בנימין אהרן
לקוטי הלכות, מכון תפארת הנחל, התשסׁיׁח.	סופר, אברהם שמואל בנימין
לקוטי מוהרׁיׁן, מכון תפארת הנחל, התשסׁיׁח	סופר, חיים
שׁוׁיׁת שואל ומשיב, ברוקלין התשׁיׁד.	סופר, משה (חתם סופר)
שׁוׁיׁת משאת בנימין, ירושלים התשׁיׁס.	סטאלעוויץ, מאיר
שׁוׁיׁת כתב סופר, פרעסבורג התרלׁיׁג.	
מחנה חיים, ירושלים התשכׁיׁז.	
תשובות חתם סופר, ירושלים התשׁיׁל.	
שׁוׁיׁת מבית מאיר, ווארשא התרסׁיׁט.	

שׁוׁיִת ב״ח (הישׁנות), פרנקפורט התנ״ז.	סירקיס, יואל
ביאור הספורנו על התורה, מה׳ קופרמן, ירושלים התשנ״ב.	ספורנו, עובדיה
שׁוׁיִת משפטי עזיאל, הועד להוצאת כתבי מרן, ירושלים התשנ״ה.	עזיאל, בנציון מאיר חי
ערוך לנר, ירושלים התרצ״א.	עטלינגר, יעקב
מגן אבות – פירוש למסכת אבות, וינה התרכ״ג.	עמדון, יעקב בן צבי
שׁוׁיִת שאלת יעב״ץ, ירושלים התשס״ד.	עפשטיין, ברוך
תוספת ברכה, קראקוב התר״צ.	עפשטיין, יחיאל מיכל בן
ערוך השלחן, ירושלים התשנ״ב.	אהרן
ערוך השלחן העתיד, מוסד הרב קוק, ירושלים התשל״א.	עראמה, יצחק
עקידת יצחק על התורה.	פינשטיין, משה
שׁוׁיִת אגרות משה, ניו יורק, התשי״ט-התשנ״ו.	פיפנו, דוד בן אברהם
שׁוׁיִת חושן האפוד, ברוקלין התשנ״ג.	פלג׳י, חיים בן יעקב
שׁוׁיִת חיים ביד, ברוקלין התשנ״ג.	פראנק, צבי פסח
שׁוׁיִת הר צבי, מכון הרב פראנק, ירושלים התשס״ט.	צהלון, יום טוב
שׁוׁיִת מהריט״ץ, וונציה התנ״ד.	צונץ, אריה לייב
מקצוע בתורה, פיעטריקוב, התרל״ח.	צור, יעקב בן ראובן
שׁוׁיִת משפט וצדקה ביעקב, המכון למורשת יהדות מרוקו, ירושלים התשמ״א.	קארו, יוסף בן אפרים (בית יוסף)
שולחן ערוך (ונושאי כליו), וילנה התרע״ג.	קוועאש, שלמה
שׁוׁיִת אבקת רוכל, לייפציג התרי״ט.	קולון, יוסף (מהרי״ק)
שׁוׁיִת חכמת שלמה [מובא בתוך ספר הר המור, לר׳ מרדכי בנעט, וינה התרכ״ב].	קוק, אברהם יצחק הכהן (הראי״ה)
שׁוׁיִת מהרי״ק החדשים, מה׳ מכון ירושלים, ירושלים התשמ״ד.	
אוצרות הראי״ה (מהדורה חדשה ומורחבת), הוצאה לאור ישיבת ההסדר ראשון לציון, התשס״ב.	
אורח משפט, הוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים תשמ״ה.	
באר אליהו, הוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים תשמ״ה.	
מדבר שור, הוצאת מכון הרצי״ה קוק, ירושלים התשנ״ז.	
עולת ראי״ה, הוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים, התרצ״ט.	
שמונה קבצים מכתב יד קדשו, ירושלים, התשס״ד.	
שמועות ראי״ה, הוצאת הרשות המשותפת לחינוך יהודי ציוני, ירושלים, התשנ״ג.	
שׁוׁיִת משנה הלכות, ניו יורק התש״ס.	קליין, מנשה
טעמא דקרא, בני ברק התשס״ח.	קניבסקי, שמריהו יוסף חיים
אמונה וביטחון, הוצאת הרב ש. גריינימן, ירושלים התשי״ד.	קרליץ, אברהם ישעיהו (חזון אי״ש)
מעשה חייא, ניו יורק התשנ״א.	רופא, חייא
קול התור, הוצאת מכון תורה שלמה, ירושלים התשס״א.	ריבלין, הלל
עיון יעקב, וילהרמשדורף התפ״ט.	רישר, יעקב
ברכת אליהו, הוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים התשל״ח.	רקובר, ברוך

שבדרון, שלום מרדכי הכהן (מהרש"ם)	שו"ת מהרש"ם, מכון חתם סופר, ירושלים התשל"ד.
שווארץ, מרדכי צבי	דורש טוב לעמו, לונדון התרע"ז.
שטרנבוך, משה	שו"ת תשובות והנהגות, ירושלים, התשס"ב.
שי"ק, משה (מהר"ם שי"ק)	חידושי אגדות מהר"ם שיק על מסכת אבות, מה' מכון ירושלים, ירושלים התשמ"ה.
שך, אלעזר מנחם מן	אבי עזרי, בני ברק התשנ"ב.
שמלקיש, יצחק יהודה	שו"ת בית יצחק, פרעמישלא התרל"ה.
שניאור זלמן מלאדי (אדמו"ר הזקן)	שולחן ערוך הרב, כפר חב"ד התשס"ד.
שפירא, רפאל ישראל איסר	עזרת ישראל, וורשה התרנ"א.
שקאפ, שמעון יהודה הכהן	שערי ישר, הועד להוצאת ספרי הגאון רבי שמעון, ניו יורק התשי"ט.
שרעבי, זכריה יחי'	משפטי אמת על חושן המשפט, ישראל התשכ"ו.

## ספרות בעברית

- דפנה אבניאלי, **גבולות החסינות השיפוטית**, עבודה לשם קבלת התואר 'דוקטור לפילוסופיה', אוניברסיטת בר אילן, רמת גן-1999.
- סמדר אוטולנגי, **בוררות - דין נוהל**, מהדורה רביעית, תל אביב- התשס"ה.
- יצחק אולשן, **דין ודברים**, ירושלים התשל"ח.
- **אוסף פסקי-דין של הרבנות הראשית לארץ ישראל, בית-הדין הגדול לערעורין**, עובדו ונערכו ע"י זרח ורחהפטיג, בהוצאת משרד המשפטים ומשרד הדתות, ירושלים התשי"י.
- שמשון אטינגר, **פרקי שליחות במשפט העברי (בהשוואה לחוק השליחות, תשכ"ה-1965)**, ירושלים- התשנ"ט.
- שמשון אטינגר, **ראיות במשפט העברי** (מכון סאקר, המכון לחקר המשפט העברי והוצאת נבו), ירושלים, התשע"א.
- שלום אלבק, **בתי הדין בימי התלמוד**, אוניברסיטת בר אילן, רמת גן-התשמ"א.
- שלום אלבק, **דיני הממונות בתלמוד**, הוצאת דביר (תל אביב, התשל"ו).
- שלום אלבק, **הראיות בדיני התלמוד**, רמת גן-התשמ"ז.
- גדליהו אלון, **תולדות היהודים בארץ שראל בתקופת המשנה והתלמוד**, הקיבוץ המאוחד, התשי"ג.
- מנחם אלון, **המשפט העברי - תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו**, (מהדורה שלישית) מאגנס, ירושלים- התשמ"ח.
- מנחם אלון, **חירות הפרט בדרכי גביית חוב במשפט העברי** (התשכ"ד).
- מנחם אלון, **כבוד האדם וחירותו בדרכי ההוצאה לפועל: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית**, ירושלים- התשי"ס.
- **אנציקלופדיה תלמודית**, יד הרב הרצוג, ירושלים.
- אהרן אנקר, **עיקרים במשפט הפלילי העברי**, התשס"ז.
- הרב שמחה אסף, **בתי הדין וסדריהם לאחר חתימת התלמוד**, ירושלים-התרפ"ד.
- הרב יעזר אריאל, **דיני בורות, הדין הפשרה ושטר הבורות**, מכון שער המשפט והנהלת בתי הדין הרבניים, ירושלים-התשס"ה.

- יעקב בזק, **השופט בדין העברי**, ירושלים- התשמ"ה.
- חגי בן ארצי, **החדש יתקדש – הרב קוק כפוסק מחדש**, הוצאת ידיעות אחרונות – ספרי חמד, תל אביב-2010.
- חמי בן נון, **הערעור האזרחי**, ע.ד. ספרות משפטית בע"מ, התשס"ד.
- חמי בן נון, **מרי אזרחי**, הוצאת יער-1992.
- מיכאל בריס, **"האדם יראה לעיניים"** – ספק וספקנות בתורת המשפט של הרמב"ם, עבודה לשם קבלת התואר דוקטור, התשס"ט, אוניברסיטת בר אילן, רמת גן.
- יצחק ברנד, **ערכאות של גויים במדינת היהודים**, הוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה (מחקר מדיניות 83), התש"ע.
- אהרן ברק, **מבחר כתבים**, נבו הוצאה לאור, התש"ס.
- אהרן ברק, **פרשנות במשפט**, נבו הוצאה לאור.
- אהרן ברק, **פרשנות תכליתית במשפט**, נבו הוצאה לאור, התשס"ג.
- אהרן ברק, **שופט בחברה דמוקרטית**, כתר 2004.
- אהרן ברק, **שיקול דעת שיפוטי**, הוצאת פפירוס, תל אביב התשמ"ז.
- **בשערי בית הדין – אוסף פסקי דין בנושאי הקדשות ומוסדות ציבור** (בעריכת הרב ירוחם פישל אדלר), אוצר הפוסקים, ירושלים.
- אשר גולאק, **יסודי המשפט העברי**, הוצאת דביר, נדפס: תל אביב-התשכ"ז (נדפס במקור: ברלין-התרפ"ב).
- זאב גולדשטיין ומשה גאלדפיין, **משפט צדק – ביאורים ועניינים לאסוקי שמעתתא אליבא דהלכתא בכמה ענייני מסחר**, הוצאת פלדהיים, ירושלים התש"ע.
- אורי גורן, **סוגיות בסדר הדין האזרחי** (מהדורה עשירית), סיגא הוצאה לאור, תל אביב – התשס"ט.
- שלו גינוסר, **דיון אזרחי**, (עורך: י' בן-דוד) אקדמון, ירושלים, התשל"א.
- שלו גינוסר, **מבוא לתורת הדיון**, (עורך: צ' לייסטנר) אקדמון, ירושלים, התשל"א.
- עמנואל גרוס, **מאבקה של דמוקרטיה בטרור – היבטים משפטיים ומוסריים** (נבו, הוצאה לאור, התשס"ד).
- גרשון גרמן, **מלך ישראל, ריבונות לדורות בראי ההלכה ומעמדם של חוקי הכנסת בעולמה של ההלכה**, בני ברק התשס"ג.
- ידידיה אלטר דינרי, **חכמי אשכנז בשלהי ימי הביניים**, ירושלים התשמ"ד.
- **הלכה פסוקה**, מכון הרי פישל לדרישת התלמוד ומשפט התורה, ירושלים התשכ"ב.
- אליהו הרנון, **דיני ראיות**, הדפוס האקדמי, ירושלים-התש"ל.
- הרב משה הרשער והרב אליהו רפאל היישריק, **תורת רבית – דיני ופסקי רבית והיתר עסקא**, ירושלים, התשמ"ט.
- א' וייס, **סדר הדיון – מחקרים במשפט התלמוד**, חורב, ניו יורק, התשי"ח.
- אלפרד ויתקון, **משפט וחברה**, הוצאת דביר, תל אביב התשט"ז.
- אליהו וינוגרד, **תקנות סדרי הדין** (מהדורה רביעית, עדכון שלישי), הוצאת הלכות, רמת השרון, 2008.
- אברהם וינרוט, **ריבית**, שואב הוצאה לאור, התשנ"ח.
- **ועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל – דין וחשבון** (תשנ"ז).
- רונלד ורבורג, **דיני סופיות הדין במשפט העברי (במקרה שנתגלית בו טעות בדבר)**, עבודה לשם קבלת התואר 'דוקטור', האוניברסיטה העברית, ירושלים-התשמ"ד.

- איתמר ורהפטיג, **צנעת אדם - הזכות לפרטיות לאור ההלכה** (הוצאת מכון משפטי ארץ, עפרה, התשס"ט).
- זרח ורהפטיג, **החזקה במשפט העברי**, ירושלים, התשכ"ד.
- זרח ורהפטיג, **מחקרים במשפט העברי**, הוצאת אוניברסיטת בר-אילן, רמת גן, התשמ"ה.
- שילם ורהפטיג, **דין ופשרה בשינוי ערך מטבע**, סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי, חוברת מ"ז, משרד המשפטים (ירושלים, התשל"ז).
- שילם ורהפטיג, **דיני מטבע במשפט העברי**, אריאל – מפעלי תורה יהדות וחברה בישראל, (ירושלים, התשמ"מ).
- שילם ורהפטיג, **שינוי בלתי צפוי בערך המטבע**, סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי, חוברת מ"ח, משרד המשפטים (ירושלים, התשל"ז).
- שילם ורהפטיג, **שינוי ערך מטבע בשליחות יד**, סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי, חוברת מ"ט, משרד המשפטים (ירושלים, התשל"ז).
- יואל זוסמן, **סדרי הדין האזרחי**, (מהדורה שביעית, בעריכת שלמה לוי), הוצאת אמינון, ירושלים-1995.
- משה זילברג, **באין כאחד – אסופת דברים בהגות ובהלכה**, ירושלים התשמ"ב.
- משה זילברג, **כך דרכו של תלמוד**, ירושלים התשכ"ב.
- נינה זלצמן, **מעשה בית דין בהליך האזרחי**, הוצאת רמות, תל אביב התשנ"א.
- נינה זלצמן, **עיכבון**, תל-אביב התשנ"ט.
- יצחק זמיר, **הסמכות המינהלית** (מהדורה שניה), נבו הוצאה לאור, התש"ע.
- זלמן יהודאי, **דיני התיישנות בישראל, תוך זיקה למשפט האנגלי והאמריקני**, הוצאת תמר, חיפה-1991.
- ראובן ירון, **המשפט של מסמכי יב**, אקדמון, ירושלים-התשכ"ח.
- חיים כהן, **המשפט**, הוצאת מוסד ביאליק התשנ"א.
- רחמים כהן ומנחם קליין, **סדר דין מהיר בבית משפט השלום**, נבו הוצאה לאור בע"מ, תשס"ה-2005.
- ברוך כהנא, **שומרים** (ספריית המשפט העברי, מורשת המשפט בישראל, ירושלים התשנ"ט).
- יצחק זאב כהנא, **מחקרים בספרות התשובות**, ירושלים התשל"ג.
- אמנון כרמי, **בריאות ומשפט**, הוצאת נבו, התשס"ג.
- שלמה לוי, **מהותו של ערעור**, עבודה לשם קבלת התואר דוקטור, התשכ"ז, האוניברסיטה העברית, ירושלים.
- שלמה לוי, **פרוצדורה אזרחית – סדרי דין מיוחדים בבתי המשפט**, הוצאת חברה ישראלית להכשרה מקצועית בע"מ, ירושלים, התשס"ג-2003.
- שלמה לוי, **תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד**, מהדורה שניה, הוצאת פרלשטיין-גינסור, ירושלים, התשס"ט.
- איתי ליפשיץ, **הפשרה במשפט העברי**, עבודה לשם קבלת התואר דוקטור, התשס"ד, אוניברסיטת בר אילן, רמת גן.
- מאיה לקשטיין, **סעדים עצמיים חוזיים**, נבו, התשע"א.
- מנחם מאוטנר, **ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי**, (הוצאת במעגלי דעת, תל אביב, תשנ"ג).
- מנחם מאוטנר, **משפט ותרבות**, הוצאת אוניברסיטת בר אילן, התשס"ח.
- מנחם מאוטנר, **משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת** (עם עובד, 2008).
- מנחם מאוטנר, **על החינוך המשפטי**, (הוצאת רמות, אוניברסיטת תל אביב, התשס"ב).



- יגאל מוניסר, **המשפט וישראל – דיני ממונות עפ"י משפט התורה**, מכון שתילי זיתים, פ"ת-התשס"ח.
- אריה מורגנשטרן, **הרבנות הראשית לארץ ישראל – ייסודה וארגונה**, שרשים, ירושלים-התשל"ג.
- יוסף מאיר מנירב, **פרקמטיא: מערכת השיווק בחברה היהודית בארץ ישראל בתקופת המשנה והתלמוד** (אוניברסיטת בר אילן, רמת גן, התשס"ט).
- יגאל מרזל, **דיני פסלות שופט**, (ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, התשס"ו-2006).
- יסדרי המשפטים בבתי הדין בארץ ישראל, **המשפט ב' (התרפ"ז-התרפ"ח)**, 241-250 ; 298-290.
- רענן סוליציאנו-קינן, אמנון רייכמן וערן ויגודה-גדות, **העומס על מערכות משפט: ניתוח השוואתי של 17 מדינות**, דו"ח מסכם של המרכז לניהול ומדיניות ציבורית באוניברסיטת חיפה (2007).
- הרב יצחק א' סילבר, **שערי משפט**, ירושלים – התשס"ו.
- יובל סיני, **השופט וההליך השיפוטי במשפט העברי**, הוצאת נבו, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי והמכון לחקר המשפט העברי, ירושלים – התש"ע.
- יובל סיני, **מעורבות בית הדין בהליך הדינוני במשפט העברי**, עבודה לשם קבלת התואר דוקטור, 2003, אוניברסיטת בר אילן, רמת גן.
- הרב רצון ערוסי, **שיחות בנושא "צדק צדק תרדף"**, מכון משנת הרמב"ם (קרית אונו, התשנ"ד).
- הרב שמעון פדרבוש, **המוסר והמשפט בישראל**, מוסד הרב קוק, ירושלים-התשל"ט.
- יוסף אלכסיביץ פוקרובסקי, **תולדות המשפט הרומאי**, ירושלים התרפ"ה.
- זאב פלק, **מבוא לדיני ישראל בימי הבית השני**, אוניברסיטת תל אביב - התשכ"ט.
- זאב פלק, **ערכי משפט ויהדות**, הוצאת מאגנס, ירושלים, התש"ם.
- **פסקי דין מבית הדין לדיני ממונות ולבירור יהדות**, בעריכת הרב א"ד לוי.
- **פסקי דין – בית הדין האיזורי לדיני ממונות, קרית ארבע – הר חברון** (עורך: הרב י' אריאל), התשנ"ה.
- דניאל פרידמן ונילי כהן, **חוזים**, אבירם הוצאה לאור.
- חיים פרלמן, **הלוגיקה המשפטית**, (תרגום: אורה גרינגרד), הוצאת מאגנס, האוניברסיטה העברית, ירושלים, התשמ"ב.
- חיים פרלמן, **על הצדק: מסות על המוסר ועל המשפט** (תרגום: י' אור), הוצאת מאגנס, ירושלים, התשמ"א.
- משה פרנק, **קהלות אשכנז ובתי דיניהן: מהמאה הי"ב עד סוף המאה הט"ו**, הוצאת דביר, תל אביב התרצ"ח.
- שלמה פרקש, **ייעוץ משפטי במשפט העברי**, עבודה לשם קבלת התואר 'מוסמך', אוניברסיטת בר-אילן, רמת גן-התשנ"ט.
- י' ש' צורי, **תורת המשפט האזרחי העברי – משפט הנזיקין**, לונדון התרצ"ז.
- מיכאל קורינלדי, **יסודות בדיני פיקדון במשפט העברי**, ירושלים התשל"ב.
- יעקב קדמי, **על הראיות**, מהדורה משולבת ומעודכנת, דיונון, התש"ע-2009.
- יעקב קדמי, **על סדר הדין בפלילים**, (מהדורה מעודכנת, התשס"ג-2003).
- מיכאל קורינלדי, **יסודות בדיני פיקדון במשפט העברי**.
- דניאל קינן, **תחרות מסחרית במשפט העברי**, עבודה לשם קבלת התואר דוקטור, התשס"ו, אוניברסיטת בר אילן, רמת גן.
- גבריאל קלינג, **אתיקה בעריכת דין** (ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, התשס"א).
- נתן קנת וחיים קנת, **נטל ההוכחה וחזקות במשפט האזרחי ובמשפט הפלילי** (בורסי, התשס"ב).

- דוד קציר, פסיקת ריבית הצמדה ושיערוך (בורסי, התשנ"ו).
- בן ציון קריגר, יונה, ישראל ואומות העולם, ספרית אלינר, ירושלים, התשנ"ז
- משה קשת, הזכויות הדיוניות וסדר הדין במשפט האזרחי – הלכה ומעשה, מהדורה חמש עשרה (ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין) – התשס"ז.
- יורם רבין, זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית (1998).
- עמיחי רדזינר, יסודות דיני קנסות, עבודה לשם קבלת התואר דוקטור, אוניברסיטת בר אילן, רמת גן, התשס"א.
- הרב אברהם רוזין, אלה המשפטים – הלכות והליכות בית הדין, זכרון אהרן, ירושלים התשס"ט.
- מיכאל רוטנברג, היסודות הערכיים של הפרשה, עבודה לשם קבלת התואר מומחה, ירושלים התשס"א, האוניברסיטה העברית.
- נחום רקובר, המסחר במשפט העברי – פרקים בהגנת הצרכן, הסוחר והנושה, ספרית המשפט העברי, ירושלים-התשמ"ח.
- נחום רקובר, המשפט העברי בחקיקת הכנסת: המקורות היהודיים בשילובם בדינוני הכנסת ובחוקי מדינת ישראל, ירושלים, התשמ"ט.
- נחום רקובר, השליחות וההרשאה במשפט העברי, ירושלים-התשל"ב.
- נחום רקובר, מטרה המקדשת את האמצעים, ספרית המשפט העברי, ירושלים-התש"ס.
- נחום רקובר, פיצויים על עיכוב כספים (ריבית פיגורים), סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי, חוברת נ"ב, משרד המשפטים (ירושלים, התשל"ז).
- נחום רקובר, שלטון החוק בישראל, ספרית המשפט העברי, ירושלים-התשמ"ט.
- תום שגב, 1949 – הישראלים הראשונים, (דומינו, ירושלים, התשמ"ד).
- דוד שוורץ, סדר דין אזרחי – חידושים, תהליכים ומגמות, הוצאת הקריה האקדמית אונו, התשס"ז.
- אליאב שוחטמן, מעשה הבא בעבירה (ירושלים, התשמ"א).
- אליאב שוחטמן, סדר הדין לאור מקורות המשפט העברי, תקנות הדיון ופסיקת בתי הדין הרבניים בישראל' (מורשת המשפט בישראל), ירושלים, התשמ"ח.
- אליאב שוחטמן, סדר הדין בבית הדין הרבני (א. ש. סדרי משפט בע"מ), ירושלים, התשע"א.
- צבי אריה שטיינפלד, מודה במקצת – מחקר בסוגיות המשפט התלמודי (הוצאת אוניברסיטת בר אילן, רמת גן, התשל"ט).
- ידידיה צ' שטרן, דת ומדינה – תפקידה של ההלכה (המכון הישראלי לדמוקרטיה, נייר עמדה מס' 48, התשס"ד).
- הרב רפאל שטרן, הגישו עצמותיכם – מהלכות טוען ונטען, גבעת שמואל בית ועד לתורה, התשע"א.
- יעקב שמעון שטרנשוס, דעת רבית – דיני רבית המצויים בזמננו, אשדוד התשס"ב.
- חיים שיין, הפילוסופיה של המשפט – עיון ישראלי, שערי משפט, תל אביב, התשס"ח.
- חיים שיין, הצדק במשפט העברי, הוצאת אביבים, התשנ"ד.
- אברהם שיינפלד, נזיקין, ספרית המשפט העברי, ירושלים, התשנ"ב.
- שמואל שילה, דינא דמלכותא דינא, ירושלים התשל"ה.
- אורי שנהר, דיני לשון הרע, נבו התשנ"ז.
- גיא שני, חזקות רשלנות – העברת נטל ההוכחה בדיני נזיקין, בורסי התשע"ב.
- עומר שפירא, תורת המשפט – פרקי מבוא, הוצאת הקריה האקדמית אונו והוצאת בורסי, התשס"ז.

- אהוד שפרינצק, **איש הישר בעיניו יעשה: אי-לגליזם בחברה הישראלית**, תל אביב-1986.
- הרב ישראל שציפנסקי, **התקנות בישראל**, מוסד הרב קוק, ירושלים התשנ"ג.

## ספרים באנגלית

- Michal Alberstein, **Pragmatism and law : from philosophy to dispute resolution**, Aldershot 2002.
- Neil H. Andrews, **American Law Institute/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure** (Cambridge University Press, 2006).
- Neil Andrews, **English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System** (2003), 236.
- Neil Andrews, **Principles of Civil Procedure** (1994).
- P. S. Atiyah & Robert S. Summers, **Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions**, (Oxford, 1991).
- Hanina Ben-Menahem, '**Judicial Deviation in Talmudic Law: Governed by Men, Not by Rules**', Chur, Switzerland: Harwood Academic Publishers, 1991.
- Jeremy Bentham, **Principles of Judicial Procedure** (The Works of Jeremy Bentham, 1843, Vol. 2).
- Oscar G. Chase Et Al., **Civil Litigation in Comparative Context** (2007).
- **Civil Procedure - The White Book Service** (Edited by Lord Justice Waller & I. R. Scott, Sweet & Maxwell, 2008).
- Robert M. Cover, Owen M. Fiss & Judith Resnik, **Procedure** (Foundation Press, 1988).
- Robert M. Cover & Owen M. Fiss, **The Structure of Procedure** (1979).
- Mirjan R. Damaska, **The Faces of Justice and State Authority, A Comparative Approach to the Legal Process** (Yale University, 1986).
- Ronald Dworkin, **Law's Empire** (London, 1986).
- Leon Festinger, **A Theory of Cognitive Dissonance** (Stanford University Press, 1957).
- Owen M. Fiss & Judith Resnik, **Adjudication and Its Alternatives: An Introduction to Procedure** (Foundation Press, 2003).
- Francesco Francioni, **Access to Justice as a Human Right**, Oxford University Press, 2007.
- Wolfgang Friedman, **Legal Theory** (London, 5th ed., 1967).
- Denis. J. Galligan, **Due Process and Fair Procedure: a Study of Administrative Procedures** (Clarendon Press, Oxford, 1997).
- Richard Garnett, **Substance and Procedure in Private International Law** (Oxford Private International Law Series, 2012).
- Hazel Genn, **Judging Civil Justice - The Hamlyn Lectures 2008** (Cambridge University Press, 2009).

- William A. Glaser, **Pretrial Discovery and the Adversary System** (New York, Russell Sage Foundation, 1968).
- Stephen Goldstein, **The Woolf Report and its Critics in a Comparative Perspective**, The Institute of Comparative and European Law, Oxford, 1999.
- Ian Grainger & Michael Fealy, **The Civil Procedure – Rules in Action** (Cavendish, London, 2000).
- David Greene, **The New Civil Procedure Rules** (Butterworths, 1999).
- R. Harper, A. Wiens & J. Matarazzo, **Nonverbal Communication: The State of the Art**, Wiley Series on Personality Processes (1978). New York.
- H. L. A. Hart, **The Concept of Law** (Oxford, 1961).
- Giles F. Harwood, **Odgers on Pleading and Practice** (20th ed., 1971), 144.
- Charles M. Hepburn, **The Historical Development of Code Pleading in America and England** (The Lawbook Exchange, New Jersey, 2002).
- David Hume, **A Treatise of Human Nature** [1739] reprinted by L.A. Selby-Bigge, M.A. (Oxford: Clarendon Press, 1896).
- Jack H. Jacob, **Precedents of Pleadings** (12th ed., 1975).
- Jack I. H. Jacob, **The Fabric of English Civil Justice** (Stevens & Sons Ltd., 1987).
- Fleming James, Geoffrey C. Hazard & John Leubsdorf, **Civil Procedure**, (5<sup>th</sup> ed., Foundation Press, New York, 2001).
- John Anthony Jolowicz, **On civil procedure** (Cambridge University Press, 2000).
- Louis Kaplow & Steven Shavell, **Fairness versus Welfare**, (Harvard University Press, 2002).
- Herbert M. Kritzer & Susan S. Silbey (eds.), **In Litigation: Do the 'Haves' Still Come Out Ahead?** (Stanford University Press, 2003).
- **Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic**, (Hendrik Kaptein, Henry Prakken & Bart Verheij (eds.), Farnham: Ashgate Publishing, Applied Legal Philosophy Series), 2009.
- Michael M. Karayanni, **Forum Non Conveniens in the Modern Age, A Comparative and Methodological Analysis of Anglo-American Law**, Ardsley N.Y. (2004).
- Ole Lando & Hugh Beale, **Principles of European Contract Law – Part 1: Performance, Non-Performance and Remedies** (The Hague, Boston, 2000).
- Stephan Landsman, **Readings on Adversarial Justice: The American Approach to Adjudication** (St. Paul Minn., 1988).
- **Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic** (Hendrik Kaptein, Henry Prakken & Bart Verheij (eds.), Farnham: Ashgate Publishing, Applied Legal Philosophy Series), 2009.
- Julius Byron Levine, **Discovery, A Comparison Between English and American Discovery Law with Reform Proposals** (Oxford University Press, 1982).
- E. Allen Lind & Tom R. Tyler, **The Social Psychology of Procedural Justice** (1988).
- Henry Summer Maine, **Early Law and Custom** (John Murray, London, New Edition 1891).
- Richard Marcus, Martin H. Redish, Edward F. Sherman & James Pfander, **Civil Procedure: A Modern Approach** (Thomson/West 5th ed. 2009).

- Jerry Mashaw, **Bureaucratic Justice: Managing Social Security Disability Claims** (1983).
- Jerry Mashaw, **Due Process and the Administrative State** (1985).
- Charles T. McCormick, **McCormick on Evidence** (2006).
- National Research Council Global Dimensions of Intellectual Property Rights (1993, Washington).
- John O'hare & Kevin Browne, **Civil Litigation** (11<sup>th</sup> ed., Sweet & Maxwell, 2003).
- Frederick Pollock, **Essays in the law** (Macmillan, London, 1922).
- Ariel Porat & Alex Stein, **Tort Liability Under Uncertainty** (New York: Oxford University Press, 2001).
- John Rawls, **A Theory of Justice** (Oxford University Press, 1973).
- Joseph Raz, **The Authority of Law** (Oxford University Press, 1979).
- Joseph Raz, **The Concept of Legal System**, (Oxford University Press, 1970).
- Gustav Radbruch, **Vorsule der Rechtsphilosophie** 3<sup>rd</sup> ed..
- Deborah L. Rhode, **Access to Justice**, Oxford University Press, (2004).
- Robert Rosenthal, Judith A. Hall, M. Robin Dimatteo, Peter L. Rogers & Dane Archer, **Sensitivity to Nonverbal Communication: The PONS Test**, (1979).
- Frederick Schauer, **Playing by the Rules**, (Oxford, 1991).
- Steven Shavell, **Foundations of Economic Analysis of Law** (Harvard University Press, 2004).
- Stuart Sime, **A Practical Approach to Civil Procedure** (11<sup>th</sup> ed., Oxford University Press, 2008).
- Steven K. Smith, Carol J. DeFrances & Patrick A. Langan, **Tort Cases in Large Counties** (Bureau of Justice Statistics, 1995).
- Robert S. Summers, **Instrumentalism and American Legal Theory** (1982).
- Larry L. Teply & Ralph V. Whitten, **Civil Procedure** (New York, 1994).
- Stephen Todd, **Limitation Periods in Personal Injury Claims** (1982, Sweet & Maxwell, London).
- A. Javier Travino, **The Sociology of Law: Classical and Contemporary Perspectives** (New York, St. Martin Press, 1996).
- William Twining, **Rethinking Evidence: Exploratory Essays** (Cambridge University Press, 2006).
- Tom R. Tyler, **Why People Obey the Law** (Princeton University Press, 2006).
- Morton Gabriel White, **Social Thought in America – The Revolt Against Formalism** (Beacon Press, 1957).
- Morton Gabriel White, **Social Thought in America – The Revolt Against Formalism** (Beacon Press, 1957).
- Harry Woolf, **Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice in England and Wales** (1996).
- Harry Woolf, **Access to Justice: Interim Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice in England and Wales** (1995).

- Stephen C. Yeazell, **From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action** (Yale University Press, 1987).
- Adrian A. S. Zuckerman, **Civil Procedure**, (LexisNexis Butterworths (UK), 2003).

## מאמרים בעברית

- הרב ניר אביב, סמכות מזכירות יישוב להפקיע מחיר בשכר דירה, באתר 'ישיבה': <http://www.yeshiva.org.il/midrash/shiur.asp?id=16046>
- הרב יוסף אביטן, שמיעת טענות ופסק דין שלא בפני בעל דין, **אבני משפט** ב' (התשס"ג), 104.
- חנה אבנור, 'סדרי הדין: הצדק והמדיניות', **הפרקליט** ל"ב (התשל"ט-התש"ס), 478.
- דפנה אבניאלי, מי יבקר את השופטים וכיצד?, **משפט וממשל** ט' (התשס"ו), 387.
- דפנה אבניאלי, מי ישפוט את השופטים וכיצד?, **הפרקליט** מ"ז (התשס"ג), 77.
- הרב מיכאל אברהם, הריגת גנב לצורך הגנה על רכוש, **תחומין** כ"ח (התשס"ח), 174.
- מיכל אגמון-גונן, 'אי-תלות שיפוטית: האיום מבפנים', **המשפט** 18 (התשס"ד), 2.
- אריה אדרעי, מדוע לנו משפט עברי, **עיוני משפט** כ"ה (התשס"א-התשס"ב), 467.
- מיכל אהרוני, 'הידיד האמריקני – קווים לדמותו של ה-Amicus Curiae (ידיד בית המשפט)', **המשפט** 18 (2004), 30.
- הרב יהושע מנחם אהרנברג, 'פסול נשים לעדות – צדק או אפליה?', **פעמי יעקב** מ"ה (התש"ס), ט'.
- הרב ירון אונגר, זכות השתיקה, **תחומין** כ"ד (התשס"ד), 22.
- הרב ירון אונגר ויובל סיני, חיוב בהוצאות משפט, חוות דעת באתר ישמ"ע: <http://www.netanya.ac.il/ResearchCen/JewishLaw/AcademicPub/Procedure/Pages/Admission.aspx>
- אפרים אלימלך אורבך, 'תשובת אנשי נינוה והויכוח היהודי-נוצרי', בתוך, **ספר היובל לכבוד אפשטיין** (ירושלים, התש"י).
- הרב נתן אורטנר, בירור בדיני עיקול, **שערי הוראה** ה' (התשס"ה), קצ"ה.
- שמשון אטינגר, אשה כעד בדיני ממונות במשפט העברי, **דיני ישראל** כ"ב-כ"א (התש"ס-התשס"א), 241.
- שמשון אטינגר, חריגת שליח מן ההרשאה במשפט העברי, **שנתון המשפט העברי** ט"ז-י" (התשמ"ב-התשמ"ג), 29.
- שמשון אטינגר, 'מחלוקת ואמת – לשאלת משמעות האמת בהלכה', **שנתון המשפט העברי** כ"א (התשנ"ח-התש"ס), 37.
- הרב חגי איזירר, סמכות דיון מקומית, **שערי צדק** ד' (התשס"ג), 363.
- הרב חגי נפתלי איזירר, 'פסול "רשע" לעדות – "חשש משקר" או גזה"כ', **אבני משפט** ב' (התשס"ג), 16.
- ציון אילוז, 'דין מרומה, התיישנות ושיהוי', **פרשת השבוע** 163, אחרי מות-קדושים התשס"ד.
- שלום אלבק, משפט והיסטוריה במחקר ההלכה, **עיוני משפט** ג' (התשל"ד), 710.
- מיכל אלברשטיין, 'על החיפזון והצדק הפרוצדוראלי בבית הדין לעבודה: תצפיות בגישור ובשפיטה', **מאזני משפט** ז' (התש"ע), 119.
- מיכל אלברשטיין, 'צדק מהיר מול צדק נשגב: אנטומיה של יחסי פרקטיקה ותיאוריה ביישוב סכסוכים', **עלי משפט** ט' (התשע"א), 85.

- יובל אלבשן, 'מבית-משפט לבית שופטים: ההאנשה השיפוטית כחלק מהפרטת השפיטה בישראל', **עלי משפט** ז' (התשס"ט), 147.
- יובל אלבשן, נגישות האוכלוסיות המוחלשות בישראל למשפט, **עלי משפט** ג' (התשס"ד), 497.
- מנחם אלון, 'הדין, האמת, השלום והפשרה'; על שלושה וארבעה עמודי המשפט והחברה', **מחקרי משפט** י"ד (התשנ"ח), 269.
- מנחם אלון, לזכרו של אשר גולאק, **שנתון המשפט העברי** ט"י-י" (התשמ"ב-התשמ"ג), ג'.
- מנחם אלון, עוד לעניין חוק יסודות המשפט, **שנתון המשפט העברי** י"ג (התשמ"ז), 227.
- מנחם אלון, עוד לעניין מחקרו של המשפט העברי, **משפטים** ח' (התשל"ז), 99.
- מנחם אלון, 'על ההתיישנות במשפט העברי (לבעיית קליטת הדין העברי לאור הצעת חוק ההתיישנות, תשי"ז-1957)', **הפרקליט** י"ד (התשי"ח), 179; 243.
- מנחם אלון, לזכרו של אשר גולאק, **שנתון המשפט העברי** ט"י-י" (התשמ"ב-התשמ"ג), ג'.
- מנחם אלון, עוד לעניין חוק יסודות המשפט, **שנתון המשפט העברי** י"ג (התשמ"ז), 227.
- מנחם אלון, עוד לעניין מחקרו של המשפט העברי, **משפטים** ח' (התשל"ז), 99.
- מנחם אלון, 'על ההתיישנות במשפט העברי (לבעיית קליטת הדין העברי לאור הצעת חוק ההתיישנות, תשי"ז-1957)', **הפרקליט** י"ד (התשי"ח), 179; 243.
- הרב מסעוד אלחדד, הצמדת חוב למדד, **תחומין** ו' (התשמ"ה), 225.
- בן ציון אליאש, 'החקיקה הרבנית בפסיקה הרבנית – התעלמות ושברה', **דיני ישראל** י"א-י"א (התשמ"א-התשמ"ג), קע"ז.
- בן ציון אליאש, 'שורשיה הרעיוניים של ההלכה – פרק בהלכות ריבית במשנה ובתלמוד', **שנתון המשפט העברי** ה' (התשל"ח), 7.
- בן ציון אליאש, 'שיערוך חיובים חוזיים במשפט העברי – ראשי פרקים', **דיני ישראל** י"ב (התשמ"ד-התשמ"ה), ס"ה.
- הרב מרדכי אליהו, יחס ההלכה לחוקי מדינת ישראל, **תחומין** ג' (התשמ"ב), 242.
- הרב יעקב אליעזרוב, הצמדת חוב למדד, **תחומין** ו' (התשמ"ה), 219.
- יואל אליצור, פשט חדש לדין הבא במחתרת, **מגדים** ו' (התשמ"ח), 9.
- הרב יצחק אלמליח, אל תעש עצמך כעורכי הדין, **שורת הדין** י"א (התשס"ז), שכ"ב.
- יצחק אנגלרד, 'יחסי דת ומדינה בישראל – הרקע ההיסטורי והרעיוני', בתוך **מדינה יהודית ודמוקרטיה** (בעריכת דפנה ברק-ארז, הוצאת רמות, ת"א, התשנ"ו), 291.
- יצחק אנגלרד, 'מחקר המשפט העברי – מהותו ומטרותיו', **משפטים** ז' (התשל"ו), 34.
- יצחק אנגלרד, על מעמדה של מועצת הרבנות הראשית וסמכות הפיקוח של בית המשפט הגבוה לצדק, **הפרקליט** כ"ב (התשכ"ו), 68.
- יצחק אנגלרד, 'תנורו של עכנאי – פירושה של אגדה', **שנתון המשפט העברי** א' (התשל"ד), 45.
- יצחק אנגלרד, תרומת הפסיקה להתפתחויות בדיני הנזיקין, **עיוני משפט** י"א (התשמ"ו), 69.
- אבישי אנטונובסקי, 'הפסיכולוגיה ומערכת המשפט – התילכנה השתיים יחדיו? על תרומת הידע על הטבע האנושי (המצול) לתהליך עשיית הצדק (הרצוי)', **שערי משפט** ה' (התשי"ע), 11.
- הרן אנקר, יסודות במשפט הפלילי העברי, **משפטים** כ"ד (התשנ"ד), 177.
- הרב יעקב אפשטיין, הצהרה כוזבת לצורך קבלת פיצוי, **תחומין** כ"ו (התשס"ו), 51.
- הרב יועזר אריאל, תובע העושה דין לעצמו, **תחומין** כ"ח (התשס"ח), 193.

- הרב יעקב אריאל, 'המשפט במדינת ישראל ואיסור ערכאות', **תחומין** א' (התש"ס), 319.
- הרב יעקב אריאל, תשובה לתגובה, **תחומין** ב' (התשמ"א), 528.
- הרב משה ארנרייך, פסול רשע ורשע דחמס, **חמדת הארץ** ה' (התשס"ז), 187.
- הרב ישראל הלוי בארי, איסור ריבית במלווה ממשלתי, **בצומת התורה והמדינה** ב', 374.
- הרב משה בארי ויובל סיני, מחילת חוב, חוו"ד מיום 24.2.06, באתר : [http://www.netanya.ac.il/content/law/opinion\\_24022006.pdf](http://www.netanya.ac.il/content/law/opinion_24022006.pdf)
- הרב משה בוצ'קו, 'האם אשה פסולה להעיד ולדון?', **קול מהיכל** ט' (התשנ"ט), 125.
- יעקב בזק, 'בתי משפט בישראל - האמנם "ערכאות של גויים"', **תחומין** ב' (התשמ"א), 523.
- יעקב בזק, 'מערכת המשפט – בין צדק ליעילות', **פרשת השבוע** 14, יתרו התשס"א.
- יעקב בזק, סמכות הבורר לפרש ולתקן את פסק-דינו במשפט העברי ובמשפט מדינת ישראל, **הפרקליט** ל"ט(ג) (התש"ן), 461.
- דן ביין, 'נטל השכנוע וחובת הראיה בדיני המסים (הרהורים בעקבות פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין ע"א 1436/90 ארד נ' מנהל מע"מ)', **משפט וממשל** ג' (1995), 277.
- מיכאל בירנהק, 'צדק קנייני: על שלושה מושגים של קניין', **מחקרי משפט** כ"א (התשס"ה), 439.
- ארתור בלאייר, 'כן ירבו פראיירים: משפט, אתיקה ותרבות החיים בישראל', **המשפט** ט"ו(1) (התש"ע), 313.
- הרב אריה יהודה בלוי, "אחרי רבים להטות", **תורה שבעל פה** י' (התשכ"ח), קכ"ח.
- הרב חיים יואל בלוך, 'כאשר זמם – ולא כאשר עשה', **מעט מן האור** 615, שופטים התשע"א.
- אברהם צבי בלידשטיין, הפקר בית דין הפקר, **עלון שבות** 114 (התשמ"ו), 21.
- יעקב בלידשטיין, 'ה'אמת' של הדיין ככלי פסיקה במשנת הרמב"ם, **דיני ישראל** כ"ד (התשס"ז), 137.
- הרב חיים יואל בלוך, 'כאשר זמם – ולא כאשר עשה', **מעט מן האור** 615, שופטים התשע"א.
- הרב חיים יואל בלוך, 'מקורות והארות בהלכות דיינים – חושן משפט, סימנים א - ו', בתוך **משפטי ארץ – דין, דין ודין** (עורך: הרב י' אונגר), מכון משפטי ארץ-התשס"ב, 241.
- הרב יהונתן בלס, "'אם במחותרת ימצא הגנב והוכה ומת" – בין עונש להצלה, **פרשת השבוע** 276, משפטים התשס"ז.
- הילה בן אליהו, "'דן גור אריה, יזנק מן הבשן" – הדן והדין, הדיון והדיין', **פרשת השבוע** 227, וזאת הברכה התשס"ו.
- הרב צבי יהודה בן-יעקב, בצדק תשפוט עמיתך, **סיני** קט"ז (התשנ"ה), מ"ב.
- הרב צבי יהודה בן-יעקב, מורשה והרשאה, **תחומין** ט"ז (התשנ"ו), 349.
- הרב צבי יהודה בן-יעקב, עיקול נכסים ועיכוב יציאה, **תחומין** ט"ו (התשנ"ה), 195.
- אלישי בן יצחק, בידוי ראיות וראיות המושגות באמצעים פסולים, **פרשת השבוע** 149, מקץ התשס"ד.
- חנינה בן-מנחם, 'חוק יסודות המשפט, תש"ס-1980 - חובת ציות או חובת היוועצות?', **שנתון המשפט העברי** י"ג (התשמ"ז), 257.
- חנינה בן-מנחם, 'טענת קים לי – לקראת ניתוח יוריספרודנטי', **שנתון המשפט העברי** ו'-ז' (התשל"ט-התש"ס), 45.
- חנינה בן מנחם, יחס התלמוד הירושלמי והתלמוד הבבלי לסטיית שופט מן הדין, **שנתון המשפט העברי** ח' (התשמ"א), 113.
- חנינה בן-מנחם, 'ספק, בחירה ושכנוע (השוואה בין דוקטרינת "קים ליי" שבמשפט העברי והפרובביליזם שבתיאולוגיה הקתולית)', **דיני ישראל** כ'-כ"א (התש"ס-שתשס"א), 13.



- חמי בן נון, 'הטיות קוגניטיביות והחלטות שיפוטיות – אינטואיציה וחשיבה סדורה במלאכתו של השופט', **שערי משפט** ה' (התש"ע), 177.
- מרים בן פורת, מבחנים לסיווג הוראה בדין כמהותית או כדיונית, **ספר אורי ידן – מאמרים לזכרו**, (הוצאת בורסי, ירושלים-תש"ף), 11.
- הרב ישראל בן שחר והרב יאיר הס, התוקף ההלכתי של חוקי המדינה, **כתר** א' (התשנ"ו), 342.
- הרב ישראל בן שחר והרב יאיר הס, ריבית בתאגידים, **כתר** א' (התשנ"ו), 231.
- הרב שלמה בן שמעון, חיוב יותר מן הדין למאן דלא ציית דינא, **שערי צדק** ג' (התשס"ב), 285.
- אריאל בנדור, חופש לשון הרע, **משפטים** כ' (התשנ"א), 561.
- אריאל בנדור, 'חיי המשפט הם היגיון, ולכן הכל שפיט – על פורמליזם משפטי ראוי', **משפט וממשל** ו (תשס"ג), 591.
- דוד בס, חוזים על פי דיני התורה, **כתר** א' (התשנ"ו), 17.
- מ' ד' בקשט, 'אם סומכין על נביא או בת קול בהלכה, רוב חכמה נגד רוב מנין אחרי מי הולכין', **מוריה** י"ב, ה-ו (התשמ"ו), מ"ו.
- הרב אליהו בקשי-דורון, הקדמת תלמיד חכם בדיוני בית הדין, **מוריה** י"ט(ה-ו) (התשנ"ד), ס"ג.
- בנימין בראון, 'פורמליזם וערכים: שלושה דגמים', בתוך **עיונים חדשים בפילוסופיה של ההלכה** (עורכים: אביעזר רביצקי ואבינועם רוזנק), הוצאת מאגנס, ירושלים התשס"ח, 233.
- הרב אריאל בראלי, טוענים ליורש וללוקח, **אבני משפט** ג' (התשס"ד), 89.
- הרב אריאל בראלי, מידת המעורבות של השופט במשפט, **אבני משפט** א' (התשס"ב), 7.
- הרב אריאל בראלי, מצוות הפשרה, **אבני משפט** ד' (התשס"ה), 134.7.
- הרב מיכאל בריס, 'הגמשת סדרי הדין ההלכתיים: האם 'אופקית' או 'אנכית'? – עיון בשיטות התוספות והרמב"ם בסוגיות יחיד מומחה, פשרה וקבלת פסולים', בתוך **משפטי ארץ – דין, דיין ודיין** (עורך: הרב י" אונגר), מכון משפטי ארץ-התשס"ב, 179.
- הרב מיכאל בריס, 'סתימת טענות וסתירת הדין: סופיות הדיון בשיטת הרמב"ם', בתוך **משפטי ארץ – דין, דיין ודיין** (עורך: הרב י" אונגר), מכון משפטי ארץ-התשס"ב, 221.
- הרב מיכאל בריס, 'פתיחת שערים: בקשת האמת, אפשרות השקר', בתוך **משפטי ארץ** ב' (טענות וראיות), התשס"ה, 15.
- מיכאל בריס, "'שמע בין אחיכם", בית הדין לממונות – בין סמכות לבוררות', **פרשת השבוע** 173, דברים התשס"ד.
- הרב יצחק ברנד, 'פילוסופיה בשירות ההלכה – עיון בבעיית האישיות המשפטית', בתוך **הלכה, מטה-הלכה ופילוסופיה** (בעריכת אבינועם רוזנק, התשע"א), 187.
- צבי ברנזון, דברים שאמר השופט ברנזון ביום שנפרד מכהונת שופט, **משפטים** ח' (התשל"ח), 3.
- אבינועם ברנס, היחס למוכסים ולגבאים, **המאיר לארץ** 31 (התש"ס), 54.
- אהרן ברק, דברים שנשא הנשיא אהרן ברק בטקס הפרידה מהשופט שלמה לוי בבית המשפט העליון, בתוך **ספר שלמה לוי** (עורכים: אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני), 3.
- אהרן ברק, זכות הגישה למערכת השיפוטית, בתוך **ספר שלמה לוי** (עורכים: אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני), 31.
- אהרן ברק, חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל, **שנתון המשפט העברי** י"ג (התשמ"ז), 265.
- אהרן ברק, 'על משפט, שיפוט ואמת', **משפטים** כ"ז (התשנ"ו), 11.
- אהרן ברק, עם סיומה של תחילת הדרך, **עיוני משפט** ט"ז (התשנ"ב), 209.
- אהרן ברק, 'שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה', **הפרקליט** מ' (התשנ"ב), 197.

- דפנה ברק-ארז, 'הבטלות היחסית במשפט המינהלי: על מחירן של זכויות', **ספר יצחק זמיר על משפט, ממשל וחברה** (בעריכת יואב דותן ואריאל בנדור), 283 (התשס"ה).
- מארק גאלאנטר, 'מדוע "אלה שיש להם" נוטים להצליח: הרהורים על גבולות השינוי המשפטי', **מעשי משפט ד'** (התשע"ב), 15.
- הרב יוחנן גבאי, לדון יחידי, **אבני משפט ב'** (התשס"ג), 48.
- יעקב גבע, עני המהפך בחררה, **שעלי דעת** ניסן התשל"ב, 51.
- אהוד גוטל, 'הסדר חדש לדין ההתיישנות?', **משפטים** ל"ו (התשס"ז), 829.
- הרב זלמן נחמיה גולדברג, שבחי הפשרה, בתוך **משפטי ארץ – דין, דיין ודיין** (עורך: הרב י' אונגר), מכון משפטי ארץ-התשס"ב, 73.
- סטיבן גולדשטיין, ארבעים שנה לסדר-הדין האזרחי, **משפטים** י"ט (התש"ן), 663.
- סטיבן גולדשטיין, 'צדק מהיר: מבט השוואתי, **עלי משפט ט'** (התשע"א), 19 - "גולדשטיין, צדק מהיר".
- סטיבן גולדשטיין וערן טאוס, הפחתה במעמד שאלת הסמכות בבתי המשפט הכלליים, **עלי משפט ג'** (התשס"ג), 279.
- פנחס גולדשטיין, 'הסמכות הטבועה' של בית המשפט, **עיוני משפט י'** (התשמ"ד), 37.
- פנחס גולדשטיין, "זכויות דיוניות" של בעלי הדין ו"ברירת סדר הדין האזרחי", **הפרקליט** ל"ב (התשל"ט-התש"ס), 189.
- בנימין גור, נגד הפורמליזם, **הפרקליט**, ספר היובל (התשנ"ד), 173.
- עמית גורביץ', אורי גורן של בתי הדין הרבניים, **הפרקליטים** 37, 40 (2011).
- אורי גורן, 'הפרוצדורה האזרחית בראי פסיקתו של הנשיא שמגר', **ספר שמגר** (כרך ג', התשס"ג), 631.
- אורי גורן, שיפוט מהיר, **עורך הדין** 4 (יולי 2009), 72.
- אורי גורן ועופר דרורי, 'עדויות מומחים לאחר תקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 3), התשס"ה-2005: היבטים דיוניים ומהותיים', **ספר עדי אזור** (בעריכת נילי קרקו אייל; התשס"ז), 167.
- ישראל צבי גילת, "שמע בין אחיכם ושפטתם צדק" – משפט בינלאומי פרטי – פרק בעקרונות בררת הדין, **פרשת השבוע** 292, דברים התשס"ז.
- הרב עמיעד גלזר, חזרה מטענה לטענה ובפרט מטענה לטעות, **אבני משפט א'** (התשס"ב), 46.
- י' גלין, 'סעיף 5 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח-1958 ושלטון החוק', **הפרקליט** ל"ב (התשל"ט-התש"ס), 399.
- ישראל גלעד, אוי לדור ששופטיו צריכים להישפט, **עלי משפט ב'** (התשס"ב), 255.
- ישראל גלעד, 'דוקטרינת הנזק הראייתית: האם הורם נטל השכנוע?', **משפטים** ל' (התש"ס), 317.
- ישראל גלעד, 'תגובה: הסדר חדש לדין ההתיישנות', **משפטים** ל"ו (התשס"ז), 855.
- חיים גנז, על כלליותן של נורמות משפטיות, **עיוני משפט ט"ז** (התשנ"ב), 579.
- הרב הלל גפן, עורכי דין במערכת המשפט העברי, באתר 'דין תורה': <http://www.dintora.org/files/lawyer.doc>
- הרב הלל גפן, פיצוי על הצאת דיבה בכלי התקשורת, באתר 'דין תורה': <http://dintora.org/mahamarselected.asp?ChildID=11>
- אשר גרוניס וטל סלע, בתי המשפט והסדרים דיוניים, בתוך **ספר שלמה לוי** (עורכים: אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני), 59.
- עמנואל גרוס, 'חקר האמת והביקורת השיפוטית: התערבות של ערכאת ערעור בממצאי עובדה', **עיוני משפט** כ (התשנ"ז), 551.

- עמנואל גרוס, 'שיטת הדיון האדוורסרית בהליך הפלילי - האם היא מאפשרת אקטיביזם שיפוטי', **עיוני משפט** י"ז (התשנ"ג), 867.
- אברהם גרוסמן, עבריינים ואלמים באשכנז הקדומה והשפעתם על סדרי הדין, **שנתון המשפט העברי ח'** (התשמ"א), 135.
- חנוך דגן, התפיסה הריאליסטית של המשפט, בתוך: **ספר דליה דורנר** (בעריכת שולמית אלמוג, דורית בייניש ויעד רותם; הוצאת נבו, התשס"ט), 303.
- מיגל דויטש, 'דיני חוזים: סקירה והתפתחות', **ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו** (בעריכת אריאל רוזן-צבי, התשנ"ז), 167.
- מיגל דויטש, מתי "אמת" ומתי "יציב", **עורך הדין 4** (יולי 2009), 68.
- סיני דויטש, אקטיביזם שיפוטי בדיני חוזים, **מאזני משפט ו** (התשס"ז), 21.
- סיני דויטש, על הרפורמה הדרושה במערכת בתי המשפט, **מחקרי משפט ח'** (התש"ן), 129.
- ישראל (איסי) דורון, מנאל תותרי-ג'ובראן, גיא אנוש וטל רגב, 'עשור ליידיד בית-המשפט': ניתוח אמפירי של החלטות בתי-המשפט, **עיוני משפט** ל"ד (התשע"א-2011), 667.
- הרב שלמה דיכובסקי, בית דין הוא אביהם של ישראל, **תחומין כ"ה** (התשס"ה), 247.
- הרב שלמה דיכובסקי, בעיות בהצמדת דמי המזונות במציאות הכלכלית של ימינו, **תורה שבעל פה כ"ז** (התשמ"ו), צ"ג.
- הרב שלמה דיכובסקי, 'בתי דין רבניים-ממלכתיים: בעיותיהם והישגיהם', **דיני ישראל י"ג-י"ד** (התשמ"ח), ז'.
- הרב שלמה דיכובסקי, הכתובה, **תחומין כ"ח** (התשס"ח), 28.
- הרב שלמה דיכובסקי, 'הלכת השיתוף - האם דינא דמלכותא', **תחומין יח** (התשנ"ח), 27.
- הרב שלמה דיכובסקי, הצמדת חוב למדד, **תחומין ו'** (התשמ"ה), 208.
- הרב שלמה דיכובסקי, חיובי הצמדה בבתי הדין הרבניים, **דיני ישראל י"ב** (התשמ"ד-התשמ"ה), ק"ג.
- הרב שלמה דיכובסקי, סמכות בתי הדין הרבניים בראי פסיקת בתי הדין, **דיני ישראל י"א-י"ב** (התשמ"א-התשמ"ג), ט'.
- ידידיה דינרי, עביד איניש דינא לנפשיה, **דיני ישראל ד'** (התשל"ג), 91.
- הרב שניאור זלמן דישון, בענין שעבודא דרבי נתן, **בית אהרן וישראל נ"ו** (התשנ"ה), ל"ט.
- הרב זלמן דרוק, פסיקה ברוב דעות, **תחומין י"ח** (התשנ"ח), 71.
- משה דרורי, חיוב על נזק בגרמא ועל מניעת רווח, **תחומין כ"ו** (התשס"ו), 341.
- משה דרורי, סדרי דין חדשים בתביעות למזונות, **הפרקליט ל"א** (התשל"ז), 317.
- משה דרורי, 'סיבתיות בדיני נזיקין (גרמא) ומבטל כיסו של חבריו' במשפט העברי: יישום העקרונות והפעלתם במשפט הישראלי הציבורי, בתוך **איגוד: מבחר מאמרים במדעי היהדות - כרך א': המקרא ועולמו, ספרות חז"ל ומשפט עברי ומחשבת ישראל** (עורכים: ב' י' שוורץ, א' מלמד וא' שמש), הוצאת האיגוד העולמי למדעי היהדות, ירושלים התשס"ח, 233.
- נתן דרייפוס, דיני ריבית בראי הכלכלה המודרנית, **תחומין י"ד** (התשנ"ד), 207.
- שלומית דרנס, חוסר פורמליזם בסדרי הדין בבתי-הדין הרבניים בישראל, **דיני ישראל י"א-י"ב** (התשמ"א-התשמ"ג), כ"ז.
- אביעד הכהן וזלמן סורוצקין, 'בנקאות ללא ריבית ו"היתר עיסקא" ב"מדינה יהודית ודמוקרטית" - הלכה ואין מורין כן?', **שערי משפט ב'1** (התשנ"ט), 77.
- אביעד הכהן, "אם לא יגיד ונשא עונונו!!" - על זכות השתיקה ותוצאותיה, **פרשת השבוע 315**, ויקרא התשס"ה.

- אביעד הכהן, 'עו"ד יישמע?' - על פרקליטים ועורכי דין, **משפטים** כ"ה (התשנ"ה), 459.
- אביעד הכהן, 'עו"ד יישמע?' - על פרקליטים ועורכי דין, **פרשת השבוע** 91, האזינו התשס"ג.
- גבריאאל הלוי, מגמות התפתחות במשפט הפלילי הדיוני ובדיני הראיות בישראל, **קרית המשפט** ד' (התשס"ד-התשס"ה), 109.
- הרב חיים דוד הלוי, בית דין לערעורים, **תחומין** ט"ו (התשנ"ה), 187.
- הרב חיים דוד הלוי, דין או בוררות, **תחומין** י"ד (התשנ"ד), 141.
- הרב חיים דוד הלוי, חתימת פסק דין שהוכרע ברוב, **תחומין** י"ח (התשנ"ח), 11.
- הרב חיים דוד הלוי, כתבי תביעה והגנה, **תורה שבעל פה** כ"ב (התשמ"א), ל"ה.
- אליעזר הללה, "וה' נתן את חן העם בעיני מצרים ושאלום" - על זכות העיכבון, **פרשת השבוע** 387, בא התשע"א.
- דוד הנשקה, 'הבא במחותרת - ליחסו של המדרש לפשט', **מגדים** ז' (התשמ"ט), 9.
- אלקס הרטמן ודורון נוימן, סדר העדיפויות בין זכות המשכון ובין זכות העכבון, **משפטים** י (התש"ס), 535.
- הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג, בתי הדין בישראל, **תחומין** ז' (התשמ"ו), 277.
- הרב אברהם יצחק הלוי הרצוג, גדרים בדין המלכות, **התורה והמדינה** ז' ח' (התשט"ו-התשי"ז), י'.
- שי עקביא ווזנר, 'הגנה עצמית, דרישת הנחיצות וחובת הנסיגה: בשולי פרשת שי דרומי', **מחקרי משפט** כ"ז (התשע"א), 315.
- שי עקביא ווזנר, מחלוקת לשם שמים, **פרשת השבוע** 127, קרח התשס"ג.
- מיכאל ויגודה, "אחרי רבים להטות" - הרשעה ברוב דעות או פה אחד, **פרשת השבוע** 312, משפטים התשס"ח.
- הרשעה פה אחד וזכות הערעור של התביעה הכללית (חוות דעת של ד"ר מיכאל ויגודה, ראש תחום משפט עברי במשרד המשפטים, 21.12.2007): <http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/71CB9F4F-7967-44A5-A101-0BB204B541F3/9578/50harshaapeiehad.doc>
- מיכאל ויגודה, עשיית דין עצמית, בתוך **משפטי ארץ - דין, דיין ודיון** (עורך: הרב י' אונגר), מכון משפטי ארץ-התשס"ב, 164.
- א' וינר ועמנואל מאק, קוים לתיקונים בפרוצדורה האזרחית, **יבנה** ג' (התש"ט), 137.
- אברהם וינרוט, דעת המיעוט בהכרעה שיפוטית במשפט העברי, **סיני** ק"י (התשנ"ב), רט"ז.
- יהושע ויסמן, ההתיישנות והמדינה, **משפטים** י"ד (התשמ"ד), 3.
- יהושע ויסמן, כבוד השופט, **משפטים** י"א (התשמ"א), 7.
- יפתיאל ויסקוט, 'האיסור לשקר - מקורו ומחלטותיו', **מאבני המקום** י"א (התש"ס), 210.
- הרב מאיר יוסף ויצמן, שורשי דין פשרה ואופן עשייתה, **דברי משפט** ג' (התשנ"ח), קמ"ד.
- אלפרד ויתקון, המשפט בארץ מתפתחת, **ספר היובל לפנחס רוזן** (התשכ"ב), 66.
- אלפרד ויתקון, 'עבודתו של בית המשפט העליון - הלכה למעשה', **משפט ושיפוט** (התשמ"ח), 108.
- הרב אב"י ונגרובר והרב יהודה יפרח, "עביד איניש דינא לנפשיה" - על העושה דין לעצמו, בתוך **משפטי ארץ - דין, דיין ודיון** (עורך: הרב י' אונגר), מכון משפטי ארץ-התשס"ב, 357.
- אלימלך וסטרייך, עשיית משפט בידי הרבנים הראשיים בתקופת המנדט, בתוך **מאה שנות ציונות דתית - היבטים היסטוריים** (עורכים: אבי שגיא ודב שוורץ), התשס"ג, 121.
- שולמית וסרקרוג, סמכותם העניינית של בתי-המשפט לדון בעניינים מינהליים לפי חוק בתי המשפט לעניינים מינהליים, **משפט וממשל** ז' (התשס"ד), 381.

- איתמר ורהפטיג, סירוב בעל דין לברר דבריו, **תחומין** ז' (התשמ"ז), 394.
- איתמר ורהפטיג, קנס פיגורים ללא חשש ריבית, **תחומין** כ"ג (התשס"ג), 382.
- איתמר ורהפטיג, קנס וריבית בהלנת שכר ומזונות, **תחומין** כ"ט (התשס"ט), 81.
- איתמר ורהפטיג, "רובו מתוך כולו" לדעת מהרי"ו והרמ"א, **המעין** כ' (התש"ס), 26.
- זרח ורהפטיג, איכות וכמות בבתי הדין, **המעין** ל"ז (התשנ"ז), 17.
- זרח ורהפטיג, התקדים במשפט העברי, **שנתון המשפט העברי** ו-ז' (התשל"ט-התש"ס), 105.
- זרח ורהפטיג, 'רוב ומיעוט בבית הדין', **מנחה לא"ש** (עורך: א' ורהפטיג), ירושלים, התשנ"א, 89.
- זרח ורהפטיג, תקנות הרבנות הראשית [בית דין לערעורים], **תחומין** ט"ו (התשנ"ה), 83.
- יעקב ורהפטיג, בענין עני המהפך בחררה, **כתלנו** ו (התשל"ד), 39.
- צבי זוהר. 'אחריות הכנסת לעיצוב ההלכה (עיון במאמרו של הרב עוזיאל "בהגדרת פסולי עדות")', בתוך: **רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית - ספר זכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל**, (עורכים: מנחם מאוטנר ואח', תל אביב התשנ"ח), 301.
- צבי זילברטל, הוצאות לטובת המדינה, **משפטים** ט"ו (התשמ"ז), 389.
- הרב יצחק זילברשטיין, מעמדו של הלוקה בנפשו לעניין ענישה ומשא ומתן, **עמק הלכה** ח"א (התשמ"ה), 189.
- עלי זלצברגר ופניה עוז זלצברגר, גרמניותו הנסתרת של בית המשפט העליון בישראל, בתוך: **משפט והיסטוריה** (התשנ"ט), 357..
- הרב בנימין זלצמן והרב אליהו גורפינקל, חובת ההתייעצות לפני מתן פסק הדין, בתוך **משפטי ארץ - דין, דיין ודיון** (עורך: הרב י' אונגר), מכון משפטי ארץ-התשס"ב, 387.
- נינה זלצמן, "אמת עובדתית" ו"אמת משפטית" – מניעת מידע מבית המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים, **עיוני משפט** כ"ד (התש"ס-התשס"א), 263.
- משה זמורה, 'נאומו של הנשיא ד"ר זמורה, בטקס פתיחת בית המשפט העליון', **הפרקליט** ה' (1948), 187.
- איל זמיר, 'אפרופים עדיין כאן', **עורך הדין** 11 (התשע"א), 98.
- יצחק זמיר, המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה, **משפט וממשל** ב' (התשנ"ד), 109.
- יצחק זמיר, 'חקיקה מינהלית: מחיר היעילות', **משפטים** ד' (תשל"ב-תשל"ג), 63.
- יצחק זמיר, שיקול הצדק בהחלטות מנהליות, **משפט וממשל** ז' (2) (התשס"ה), 623.
- יעקב חבה, אתיקה של ניהול התדיינות במשפט העברי, **משפטים** כ"ה (התשנ"ה), 333.
- הרב נתן חי, קנסות ממון בזמן הזה, **תחומין** ל"ב (התשע"ב), 311.
- הרב נתן חי והרב צבי פרג', 'גישור ופישור בבית הדין: פסק דין בעניין הפסקת בנייה עקב עיכוב בתשלומים', **משפטי ארץ - דין, דיין ודיון** (עורך: הרב י' אונגר), מכון משפטי ארץ-התשס"ב, 525.
- משה חיגר, פיצויים בעד מניעת רווח עקב הפרת חוזה, **סיני** צ"ט (התשמ"ו), קני"ג.
- צבי פרץ חיות, הדיינים היהודים בא"י משנת 70 עד 500 (מתורגם ע"י מ' גוטל), **שנתון המשפט העברי** כ' (התשנ"ה-התשנ"ז), 429.
- אסף חמדני ואלון קלמנט, הגנה ייצוגית וגבייה לא חוקית, **משפטים** ל"ח(3) (התשס"ט), 445.
- חיים שלמה חפץ, גדרי אומדנה וחזקה בדיני נפשות במשפט העברי, **דיני ישראל** ח' (התשל"ז), מ"א.
- אדם חפרי-וינוגרדוב, 'התעצמות הפלורליזם המשפטי בישראל: עלייתם של בתי הדין ההלכתיים לדיני ממונות במגזר הציוני-דתי', **עיוני משפט** ל"ד (התשע"א), 47.
- רון חריס, מדוע וכיצד ללמד משפט השוואתי בישראל?, **עיוני משפט** כ"ה (התשס"א-התשס"ב), 443.

- הרב מנחם חשאי, רוב ומיעוט בבית דין, **שורת הדין** ו' (התש"ס), ל"ה.
- ערן טאוסקיג, הפירוט העובדתי הנדרש בכתבי טענות והסטנדרט הראוי לסילוק תביעה על הסף בהיעדר עילה, **עלי משפט** ט' (התשע"א), 111.
- יעקב א' ב' טירקל, לקראת "דהומניזציה" של המשפט?, **הפרקליט** ל"ו (התשמ"ד), 71
- צבי א' טל, הכשרת פסולי עדות ודינות לשיטת הרב י"א הלוי הרצוג, בתוך: **משואה ליצחק** ח"ב (בעריכת הרב אורי דסברג, התשס"ט), 141.
- משה טלגם, "מורה נבוכים" בסוגיית הרפורמה במבנה בתי-המשפט, **מחקרי משפט** ח' (התש"ן), 9.
- אברהם טננבוים, "והדבר אשר יקשה מכם תקרבון אלי ושמעתיו" – לשאלת הצדקתה של ערכאת ערעור, **פרשת השבוע** 132, דברים התשס"ג.
- אברהם טננבוים, "כי המליץ בינתם" – על תרגום ומתורגמנים בבית המשפט, **פרשת השבוע** 103, ויגש התשס"ג.
- רפאל יעקובי, "אחרי רבים להטות" – על הרכבים שיפוטיים ותחבולות שופטים, **פרשת השבוע** 157, משפטים התשס"ד.
- רפאל יעקובי, "ארדה נא ואראה" – החתירה לאמת וערעורים בבתי הדין הרבניים, **פרשת השבוע** 398, וירא התשע"ב.
- רפאל יעקובי, "וירד ה' לראות את העיר אות המגדל" – התרשמות ישירה של שופט, עדויות ותחליפים, **פרשת השבוע** 182, נח התשס"ה.
- רפאל יעקובי, עשיית דין עצמית, **פרשת השבוע** 130, פינחס התשס"ג.
- בנימין כהן, בשבח הפורמליזם, **הפרקליט**, ספר היובל (תשנ"ד), 169.
- חיים ה' כהן, דאגה ליום מחר, **הפרקליט** ג' (התש"ו-התש"ז), 38. נדפס בשנית בתוך **חיים כהן – מבחר כתבים**, (בורסי, ירושלים-התשנ"ב), 15.
- חיים ה' כהן, דין אמת לאמיתו, בתוך **גבורות לשמעון אגרנט** (התשמ"ז), 35.
- חיים כהן, הרהורי כפירה באמון הציבור, **ספר שמגר** (כרך ב', התשס"ג), 365.
- חיים ה' כהן, 'חרון אף א-להי ישראל (Ira Dei Judacorum), **עינוי משפט** א' (התשל"א), 13.
- חיים כהן, על עינויי סדרי הדין, בתוך **ספר היובל לפנחס רוזן**, ירושלים, התשכ"ב, 267.
- חיים כהן, על ערכאות של גויים ועל ערכים של יהודים, **משפט וממשל** ד' (התשנ"ז), 299.
- חיים כהן, 'פרשנות נאמנה – תלתא משמע', **משפטים** ז' (1) (התשל"ו), 5.
- הרב יעקב כהן, דיין אומר "איני יודע", **הכי אתמר** ד' (התשס"ט) 100.
- יצחק כהן, 'מעמדו העצמאי של הקטין בדיני משפחה – תהליכים, מגמות ודרכים לאיזון מחודש', **משפטים** מא (התשע"א), 255.
- יצחק כהן, שיפוט רבני ושיפוט חילוני, **דיני ישראל** ז' (התשל"ו), ר"ה.
- נילי כהן, 'הניסוח בעייתי, התכלית ברורה', **עורך הדין** 11 (התשע"א), 102.
- הרב שאר-ישוב כהן, מעמד עורכי הדין בהלכה, **תורה שבעל פה** כ"ב (התשמ"א), ס"ד.
- הרב ידידיה כהנא, חיוב נזיקין במעשה ובגרמא, מאמר באתר ארץ חמדה: <http://www.erezhemdah.org/content.asp?lang=he&pageid=169>
- הרב אברהם דוד כץ, האומדן בדיני הראיות, בתוך **משפטי ארץ** ב' (טענות וראיות), התשס"ה, 107.
- הרב אליהו כץ, עורכי הדיינים, **דברי משפט** ו' (התש"ס), של"ז.

- הרב דניאל כ"ץ, חיוב בהוצאות משפט, חוות דעת באתר מכון משפטי ארץ : <http://dintora.org/files/%D7%94%D7%95%D7%A6%D7%90%D7%95%D7%AA%20%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%98.pdf>
- יעקב כ"ץ, איסור ריבית והיתרו בתקופת המשנה והתלמוד, **דברי הקונגרס העולמי השלישי למדעי היהדות** א' (התשכ"ה), 236.
- הרב מנחם מ' כשר, רוב מנין או רוב חכמה, **נועם** ז' (התשכ"ד), שי"ח.
- הרב ישראל מאיר לאו, 'איסור הסגת גבול – עני המהפך בחררה', **תורה שבעל פה** י"ט (התשל"ז), ק"ו.
- הרב ישראל מאיר לאו, ייצוג בעלי דין בפני בית דין, **תחומין** כ' (התש"ס), 21.
- זאב לב, דיני ממונות במעמד צד אחד, **תחומין** י' (התשמ"ט), 151.
- זאב לב, זכות בעל דין להתנגד לסדרי הדין (תגובה), **תחומין** י' (התשמ"ט), 177.
- אביגדור לבונטין, הזכות הקנויה ויריביה, **משפטים** ל"ג (התשס"ג), 3.
- אביגדור לבונטין, 'הצעת חוק ברירת הדין: סוגיות פרוצדוראליות', **ספר אורי ידן ב' - מאמרים לזכרו** (עורכים: א' ברק וט' שפניץ), הוצאת בורסי (ירושלים תש"ן), 99.
- שלמה לבנוני, 'השפיטה: הכרעה דיכוטומית או פסיקה משקללת? האמנם הכל או לא כלום?', **עלי משפט** ג (התשס"ד), 531.
- פנינה להב, 'ביד הרוקם: יריעת חירויות הפרט על פי שמעון אגרנט', **עיוני משפט** ט"ו (תשנ"ב), 475.
- פנינה להב, 'העוזה והמשרה: בית המשפט העליון בעשור הראשון לקיומו', **עיוני משפט** י"ד (התשמ"ט), 479.
- הרב אברהם דב לוי, קביעת מקום הדיון, **דיני ממונות ובירורי יהדות** ט', קמ"א.
- שלמה לוי, השגות עקרוניות לריפורמה בתקנות סדר הדין האזרחי, **משפטים** י"ט (תש"ן), 675.
- שלמה לוי, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים, **הפרקליט** מ"ב (התשנ"ה-התשנ"ו), 451.
- שלמה לוי, 'מינהל שיפוטי ויעדיו: הווה ועתיד, בתוך **ספר זוסמן** (ירושלים, התשד"ס. עורכים א' ברק, י' זמיר, ח' כהן, נ' ליפשיץ וג' שלו), 279.
- הרב אברהם דב לוי, קביעת מקום הדיון, **דיני ממונות ובירורי יהדות** ט', קמ"א.
- הרב דב ליאור, מבט תורני על חוקי המדינה והתקנת תקנות בימינו, **תחומין** ג' (התשמ"ב), 247.
- הרב בנימין ליפקין, עריכת דין במשפט התורה, **תורה שבעל פה** כ"ב (התשמ"א), ק"ז.
- ברכיהו ליפשיץ, הרשאה ושליחות, **תרביץ** נ"ח (התשמ"ט), 1.
- ברכיהו ליפשיץ, פשרה, בתוך **משפטי ארץ – דין, דיין ודיון** (עורך: הרב י' אונגר), מכון משפטי ארץ-התשס"ב, 137.
- צבי ליפשיץ, פיצוי על בושות דברים, **תחומין** ט"ז (התשנ"ו), 381.
- משה לנדוי, 'על השמרנות בסדרי הדין האזרחי', **ספר זוסמן** (ירושלים התשמ"ד), 285.
- מנחם מאוטנר, התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל, **עיוני משפט** כט (התשס"ג), 17.
- מנחם מאוטנר, 'כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה', **משפטים** י"ז (התשמ"ח), 321.
- ברק מדינה, 'ירידת הפורמליזם ועליית הגישור: יישוב סכסוכים בהסכמה כפתרון "משפטי" של מחלוקות', **נקודת מפגש** א', אביב תשס"ג, 31.
- ד' מור, סדר דין אזרחי, **ספר השנה של המשפט בישראל** (בעריכת אריאל רוזן צבי, תשנ"ב-תשנ"ג), 351.
- י' ק' מיקלישנסקי, 'עונש מוות – עיונים וסיכומים', בתוך **ערכים והערכות** ח"א (התשל"ו), 40.

- שמחה מירון, תגובה למאמרו של ד"ר אליאש, **דיני ישראל** י-י"א (התשמ"א-התשמ"ג), רט"ז.
- מרדכי (מוטי) מירוני, על מגבלות הפישור ועל בשורת הגישור, **דין ודברים** ו' (התשע"ב), 487.
- א' מכלוביץ, סופיות הדין במשפט העברי, **דיני ישראל** א' (התש"ל), 7.
- דורון מנשה, הערך שבשימור תנאי ההדדיות בדוקטרינת השתק פלוגתא, **עיוני משפט** כ"ג (התש"ס), 343.
- דורון מנשה, 'סדר-דין אזרחי: מגמות מרכזיות לקראת כינונה של פרספקטיבה חוקתית', **עיוני משפט** כב (התשנ"ט), 205.
- אשר מעוז, "כרוך זה הכרוך על עקבונו" – על הכריכה בתביעת הגירושין, **עיוני משפט** יד (התשמ"ט), 101.
- אשר מעוז, מקומו של המשפט העברי במדינת ישראל, **הפרקליט** מ' (התשנ"א), 53.
- יגאל מרזל, 'זכות הערעור או ערעור בזכות? סעיף 17 לחוק יסוד: השפיטה ומהותו של ערעור', בתוך **ספר שלמה לוי** (עורכים): אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קריינר, 141.
- אילה משאלי, 'שמע בין אחיכם ושפטתם צדק', **הדף השבועי** 196 (בהוצאת אוניברסיטת בר אילן), דברים התשנ"ז.
- סוזי נבות, הערות על מעמדם הנורמטיבי של חוקי התקציב, **המשפט** ו (התשס"א), 123.
- דוד ניסני, התניה על דיני הראיות, **פרשת השבוע** 354, ראה התשס"ט.
- דוד ניסני, "זאת חקת התורה" – סדר הדין והאמת המשפטית, **פרשת השבוע** 289, חקת התשס"ז.
- דוד ניסני, 'על ההשתק השיפוטי – חזרת בעל דין מטענות עובדתיות שהעלה בהליך אחר', **פרשת השבוע** 362, וישלח התש"ע.
- הרב משה צבי נריה, יחיד ורבים, **אור המזרח** ח' (ג) (התשכ"א), 9.
- הרב נחום נריה, עדות של מי שאינו שומר תורה ומצוות, **תחומין** י"ג (התשנ"ב-התשנ"ג), 417.
- נעם סולברג, 'שמרו משפט ועשו צדקה', מתוך כנס באוניברסיטת חיפה 'שנת המשפט תשע"ב – סיכום והערכה' (פורסם באתר 'מחלקה ראשונה').
- אלעד סטופל, "ושפטתם צדק" – אי ידיעת הדין לעומת החובה לפסוק דין אמת, **פרשת השבוע** 353, דברים התשס"ט.
- עופר סיטבון, מבוא, **מעשי משפט** ד' (התשע"ב), 9.
- יובל סיני, "אל תעש עצמך כעורכי הדיינים" – למקומו של כלל בהליך הדיוני, בתוך עיונים **במשפט עברי ובהלכה** – **דיין ודיין** (עורכים: י' חבה וע' רדזינר), הוצאת אוניברסיטת בר אילן, התשס"ז, 93.
- יובל סיני, ביאור שיטת הרמב"ם בענין כשרותם של רשעים לעדות, **מג"ל** י"ב (התשנ"ח), 289.
- יובל סיני, 'הדוקטרינה של הודאה והדחה וכללי נטל השכנוע במשפט האזרחי – ניתוח ביקורתי והצעת מודל חדש-ישן', **מחקרי משפט** כ"ד 1 (התשס"ח), 165.
- יובל סיני, כוחו של דיין בדין מרומה וביקים לי בגווה' במשנת הגאונים והרמב"ם, **מעליות** כ"ה (התשס"ה), 269.
- יובל סיני, תוקפה של עדות בשטר במשנתם של הגאונים והרמב"ם, **דיני ישראל** כ"ב (התשס"ג), 111.
- א' סלנט, העני והעשיר בעיני החוק, **הפרקליט** י"ז (התשכ"א), 313.
- בועז סג"ר, 'הייהפך הצידוק לפטור של חסד? הגנת בית המגורים ("חוק דרומי" ופסק-הדין בפרשת דרומי) כמקרה מבחן לרציונל המצדיק הגנה עצמית ולהלכה הישראלית', **משפט וממשל** י"ג (התשע"א), 93.
- אבינועם ספיר, מבחן האמת במקורות הקלאסיים של היהדות, **דיני ישראל** ח' (התשל"ז), ז'.
- גדעון ספיר, 'שני תלמידי חכמים שהיו בעירנו', **עיוני משפט** י"ט (התשס"א), 189.
- זאב ספראי, לשאלת השתלבותה של האומה היהודית בכלכלה הרומית, **יוון ורומא בארץ ישראל** – **קובץ מחקרים** (ירושלים, 1989, בעריכת אריה כשר, גדעון פוקס ואוריאל רפפורט), 143.



- זאב ספראי, שמירת ההלכה במסמכי מדבר יהודה, **חידושים בחקר מרד בר כוכבא – דברי הכנס השנתי העשרים ואחד של המחלקה ללימודי ארץ ישראל** (אוניברסיטת בר אילן, 2001; בעריכת חנן אשל ובוועד זיסו), 113.
- שמואל ספראי, 'לפירושה של המימרה: "סנהדרין שראו כולן לחובה פוטרין אותו"', **תרביץ** ל"ד (התשכ"ה), 40.
- פניה עוז-זלצברגר, ג'ון רולס על צדק ושוויון, **משפט וממשל** ז' (התשס"ה), 459.
- פניה עוז-זלצברגר, 'על משפט ועל משפח: קווים לדמותו של האי-צדק', בתוך: **צדק שלי, צדק שלך: צדק בין תרבויות** (בעריכת ידידיה צ' שטרן, מרכז זלמן שזר, התש"ע), 243.
- הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל, 'אומדנת הדיינים', **תלפיות** ב', 319.
- הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל, בהגדרת פסולי עדות, **המאור** (התשי"ג-התשי"ד).
- יצחק עמית, 'קבילות, סודיות, חיסיון ואינטרסים מוגנים בהליכי גילוי במשפט האזרחי – ניסיון להשלטת סדר', **ספר אורי קיטאי** (עורך: בועז סנג'ור), תשס"ח, הוצאת נבו.
- הרב רצון ערוסי, דיני קנסות בבתי דין לממונות בזמן הזה, **תחומין** כ"ה (התשס"ה), 233.
- הרב רצון ערוסי, התיישנות בחוק ובהלכה, **תחומין** כ"א (התשס"א), 422.
- הרב דב ישראל פוגל, 'על הגישור, השלום ובית הדין', **תחומין** כ"ג (התשס"ג), 456.
- א' פולונסקי, 'הפרקליט, שולחו ובית המשפט', **הפרקליט** ל"ג (התשי"מ-התשמ"א), 151.
- אריאל פורת ואלכס שטיין, 'דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים', **עיוני משפט** כ"א (התשנ"ח), 191.
- אריאל פורת ואלכס שטיין, 'דוקטרינת הנזק הראייתי: תגובה לביקורת', **משפטים** ל' (התש"ס), 349.
- אריאל פורת, פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי, **עיוני משפט** כ"ג (התש"ס), 605.
- אריאל פורת, שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה ושיקולים של הכוונת התנהגויות בדיני החוזים של ישראל, **עיוני משפט** כ"ב (התש"ס), 647.
- בנימין פורת, 'החוזה הכפוי ועקרון הצדק החוזי: דיון משפטי-פילוסופי בסוגיית 'תליוהו וזבין'', **דיני ישראל** כ"ב (התשס"ג), 49.
- הרב אהרן הלוי פיצ'ניק, 'החמרות והקלות', **ניב המדרשה**, תש"ל, מ"ב.
- טליה פישר, גבולות בשליטה של הצדדים בהליך הפלילי, **עיוני משפט** כ"ט (התשס"ו), 377.
- הרב יוסף פליישמן, 'עני המהפך בחררה – מתי נאמר ומה עונשו?', **עלון המשפט** 11 (אייר התשס"ח), א'.
- שניאור זלמן פלר, 'הרהבליטציה: מוסד משפטי מחוייב המציאות', **משפטים** א' (תשכ"ח-תשכ"ט), 497.
- שניאור זלמן פלר, על רטרואקטיביות דיני ההסגרה ועל השפעת החנינה עליה, **משפטים** ד' (התשל"ג), 403.
- הרב משה מרדכי פרבשטיין, מעמדתם של מנהלי מוסדות הנתבעים לדין, **שורת הדין** ד' (התשנ"ח), רפ"א.
- גואלטירו פרוקצ'יה, 'חוק יסודות המשפט, התש"ס-1980', **עיוני משפט** י' (התשמ"ד), 145.
- אלדד פרי, 'הנסתרות והנגלות – בין אמת עובדתית לאמת משפטית', **פרשת השבוע** 138, נצבים-וילך התשס"ג.
- ליאת פרידגוט נצר, פורמליזם שיפוטי בראי הספרות, **משפט וספר – קובץ מאמרים ועיונים לרגל פרישתו של סגן הנשיא יהושע גרוס מכס השיפוט**, (ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, התשס"ז-2007), 377.
- דניאל פרידמן, אינטרס הקיום בפיצויים חוזיים, **ספר זיכרון לגואלטירו פרוקצ'יה - חיבורי משפט** (אהרן ברק, נפתלי ליפשיץ, אוריאל פרוקצ'יה ומרדכי א' ראבילו עורכים, 1996), 377.
- דניאל פרידמן, 'לפרשנות המונח 'פרשנות' והערות לפסק דין אפרופים' **המשפט** ח (התשס"ג), 483.
- דניאל פרידמן, 'פורמליזם וערכים – ביטחון משפטי ואקטיביזם שיפוטי', **המשפט** 21 (2006), 2.

- הרב יצחק דב פריז, האם למדו חכמי יוון מתורת ישראל, **הדף השבועי** 563 (בהוצאת אוניברסיטת בר אילן), כי תצא התשס"ד.
- הרב יצחק דב פריז, הערות לשיטת "התורה תמימה" באיסור ריבית, **הדף השבועי** 443 (בהוצאת אוניברסיטת בר אילן), בהר בחוקותי התשס"ב.
- יחיאל חיים פריימן, 'שיטת הרמב"ם וב"בית יוסף" בגדרי הרשאה', **חמדת הארץ** ו' (התשס"ח), 157.
- הרב יאיר פרנק, כי המשפט לא-להים הוא, בתוך **משפטי ארץ – דין, דיין ודיין** (עורך: הרב י' אונגר), מכון משפטי ארץ-התשס"ב, 317.
- ע' צוקרמן, צדק שווה זמן (וכסף), **עורך הדין** 12 (2000), 50.
- יחיאל צור, זכות הערעור על פסק בית דין במשפט העברי, **ממעין מחולה** 2 (התשנ"ו), 130.
- אמיתי נתן צוריאלי, מדבר שקר תרחק, **חידושי תורה @ NDS** 10 (התש"ע), 44.
- ישראל צינגלאוב, 'פרשנות לגיטימית או התערבות הפוגעת ביציבות המשפטית? גישת הפרשנות התכליתית על פרשת דרכים', **הפרקליט** נ (התשס"ח), 261.
- אדמיאל קוסמן, עיון מחודש בסיפור האגדה על מסעו של אלכסנדרוס מקדון לקציא, **סידרא** י"ח (התשס"ג), 73.
- הרב אברהם יצחק הכהן קוק, 'הועידה לסדור הרבנות הראשית לארץ ישראל: דין וחשבון', **התור** כ"א-כ"ב (התרפ"א).
- הרב אברהם יצחק הכהן קוק, פתיחות למסכתות בבא קמא וסנהדרין, **תחומין** ז' (התשמ"ו), 273.
- ניר קידר, 'על הפורמליזם המחנך של בית המשפט העליון המוקדם – עיון מחודש בפסקי הדין בפרשות בז'רנו ושייב', **מחקרי משפט** כ"ב (התשס"ו), 385.
- נפתלי קירש, למהות הפרוצס העברי, **יבנה** ג' (התש"ט), 128.
- אהרן קירשנבאום, 'מקומה של הענישה במשפט העברי הפלילי – פרק בהשקפה הפינולוגית של חז"ל ושל הראשונים', **עיוני משפט** י"ב (התשמ"ז), 253.
- מנחם (מריו) קליין, 'מתי מותר על-פי המשפט העברי לשקר בהליך משפטי? עקרונות המשפט העברי וספרות השו"תים בעניין שקר ואמת בטיעונים ובעדויות', **עלון השופטים ע"ש השופט ברוך ז"ל** 22 (2012), 1.
- אלון קלמנט, גבולות התביעה הייצוגית בעוולות המוניות, **משפטים** ל"ד (התשס"ד), 301.
- אלון קלמנט, 'התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד על פני תובעים רבים: בעקבות פסק הדין ברע"א 3126/00 מ"י נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ', **מחקרי משפט** כ"א (התשס"ד), 387.
- אלון קלמנט ורועי שפירא, 'יעילות וצדק בסדר הדין האזרחי – גישה פרשנית חדשה', **משפט ועסקים** ז' (התשס"ז), 75.
- ארז קמיניץ, 'דיני ההתיישנות בקודקס האזרחי – שיקולים בקביעת ההסדרים החדשים ובפרשנותם', **משפט ועסקים** ד' (התשס"ו), 339.
- הרב ליפא י' קמינר, עונש המאסר בישראל, **תחומין** ט' (התשמ"ח), 134.
- נפתלי קראוס, עונש מוות במקורות היהדות, **האומה** י"ב (התשל"ד), 437.
- מיכאל קרייני, 'הגילוי המוקדם בהליך האזרחי בישראל: מגמות', **משפטים** ל"ח(3) (התשס"ט), 559.
- מיכאל קרייני, 'השימוש ההתקפי בהשתק פלוגתא – כורח שיש לו תקנה', בתוך **ספר שלמה לוי** (עורכים: אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני), 85.
- מיכאל קרייני, 'התביעה הייצוגית בישראל – על פרשת דרכים: בעקבות פסק דין מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ', **דין ודברים** א' (התשס"ה), 449.
- מיכאל קרייני, 'שיקולי הפורום הנאות: מסעם אל תום האלף השני ומעבר לו', **מחקרי משפט** יט (התשס"ב), 67.

- מרדכי קרמניצר, 'התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת, או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת המשחקים', **משפטים** י"ז (התשמ"ז), 475.
- מרדכי קרמניצר, קריטריונים לקביעת ממצאים עובדתיים והתערבות ערכאת ערעור בממצאים המתייחסים למהימנות של עדים, **הפרקליט** לה (תשמ"ג - תשמ"ד), 407.
- צחי קרן-פז, "לי זה עולה יותר": דחיית הטענות בדבר חוסר לגיטימיות ועלות מוגזמת הנטענת כלפי קידום השוויון במשפט הפרטי, **משפט וממשל** ז' (2) (התשס"ה), 541.
- משה קשת, 'חובת הגילוי וסייגיה: ההיבטים הדיוניים בפרשת "הגביר"', **עיוני משפט** ט"ז (התשנ"א), 181.
- עודד רביבו, עיון מחודש בהלכת אי-ההתערבות בטעותו של בורר בדין, **עלי משפט** ו' (התשס"ז), 211.
- יורם רבין, הזכות לייצוג ולסיוע משפטי בהליך אזרחי, **המשפט** ו (התשס"ב), 225.
- יורם רבין, 'זכות הגישה לערכאות - מזכות רגילה לזכות חוקתית', **המשפט** ה (התשס"א), 217.
- יורם רבין, זכויות חברתיות מהספרה הדיונית, בתוך **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות במשפט הישראלי** (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004), 765.
- ארנה רבינוביץ-עיני ודורון דורפמן, 'שימוש לרעה וחוסר תום לב בהליך האזרחי: הפער שבין מודל דיוני פוסט-אדברסרי למודל יצוג מסורתי', בתוך **ספר שלמה לוי** (עורכים: אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאיל קרייני), 255.
- עמיחי רדזינר, "הפקר בי"ד הפקר' במשפט התלמודי", **סידרא** ט"ז (התש"ס), 111.
- עמיחי רדזינר, 'הרב עוזיאל, רבנות תל אביב יפו ובית הדין הגדול לערעורים', **מחקרי משפט** כ"א (התשס"ד), 129.
- עמיחי רדזינר, 'על ראשיתן של תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים: "סדרי המשפטים", תרפ"א', **מחקרי משפט** כ"ה (התשס"ט), 37.
- עמיחי רדזינר, "צדק צדק תרדוף": תפיסות שונות של צדק שיפוטי במשנת התנאים', בתוך: **צדק שלי, צדק שלך: צדק בין תרבויות** (בעריכת ידידיה צ' שטרן, מרכז זלמן שזר, התש"ע), 59.
- עמיחי רדזינר, 'ראשיתן של תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים: תקנות תש"ג', **דיני ישראל** כ"ה (התשס"ח), 189.
- אליקים רובינשטיין, 'על דין אמת וסדר דין אמת, דברים לכבוד המשנה לנשיא בבית המשפט העליון, השופט ד"ר שלמה לוי עם פרישתו', בתוך **ספר שלמה לוי** (עורכים: אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאיל קרייני), 7 [פורסם במקור ב**המשפט** ט' (התשס"ד), 501].
- בלהה רובינשטיין, 'הפואמות של יהודה לייב גורדון (יל"ג): שירה סיפורית לוחמת', בתוך ספרה **שירים ומה שביניהם: על משוררים ושירים בתכנית הלימודים החדשה לבית הספר העל-יסודי** (עם עובד, תל אביב-התשס"ב).
- גבריאל יצחק רוונה, 'בית דין לערעורים – לכתחילה ולא בדיעבד', **תחומין** כ"ט (התשס"ט), 105.
- ירון רוזיליו, הפקר בית דין בקנין דרבנן, **אבני משפט** י"ב (התש"ע), 105.
- איסי רוזן-צבי, 'הודאה והדחה: כיצד ניתן להציל את הדוקטרינה?', בתוך **ספר שלמה לוי** (עורכים: אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאיל קרייני), 227.
- אריאל רוזן-צבי, 'הלכת 'הכריכה' ומרוץ הסמכויות והשפעתם על המשפחה ודיני המשפחה', **עיוני משפט** יד (התשמ"ט), 67.
- יששכר רוזן צבי, 'האם שופטים הם כבני אדם? כינון דמות השופט בראי כללי הפסלות', **משפט וממשל** ח' (התשס"ה), 49.
- יששכר רוזן צבי וטליה פישר, 'מעבר לאזרחי ולפלילי: סדר חדש לסדרי הדין', **משפטים** ל"ח (התשס"ח-התשס"ט), 489.
- הרב חיים שלמה רוזנטל, מעמדם ההלכתי של מנהלי מוסדות, **שורת הדין** ד' (התשנ"ח), רע"ד.

- בן ציון רוזנפלד ויוסף מנירב, שימוש בבטוחות עסקיות במשפט העברי בתקופת המשנה והתלמוד, **דיני ישראל כ"ח** (התשע"א), 61.
- שלמה רוזנפלד, "סנהדרין ההורגת אחת בשבוע נקראת חובלנית" והפעלת דין מיתה, **ממעין מחולה 5** (התשנ"ז), 31
- הרב אברהם יהודה רוס, עדות של יהודי שאינו שומר מצוות, **תחומין כ"ח** (התשס"ח), 211.
- הרב אברהם יהודה רוס, 'עדות של כופר - האם תיתכן יציאה מכלל ישראל?', **תחומין ל'י** (התש"ע), 321.
- יוסף רז, עקרונות משפטיים ושיקול דעת שיפוטי, **משפטים ב'** (התש"ל), 317.
- יוסף ריבלין, שיקול דעת ומשקל דעה, בתוך עיונים **במשפט עברי ובהלכה - דיין ודיין** (עורכים: י' חבה וע' רדזינר), הוצאת אוניברסיטת בר אילן, התשס"ז, 249.
- הרב עידו רכניץ, מתורגמן בבית הדין, **תלמוד דרך ארץ - בית מאיר** (התשס"ח), 129.
- הרב עידו רכניץ, פיצוי על גרימת נזק, **שערי צדק ח'** (התשס"ח), 309.
- הרב מרדכי רלב"ג, חיוב ריבית על פיגור בתשלום מזונות, **שורת הדין ט"ו** (התשס"ט), קי"ט.
- הרב מרדכי רלב"ג, ריבית פיגורים, **תחומין ל"א** (התשע"א), 340.
- נחום רקובר, 'פיצויים על עיכוב כספים (ריבית פיגורים)', **שערי צדק ג'** (התשס"ב), 305.
- נחום רקובר, קבילותה של ראייה שהושגה תוך פגיעה בפרטיות, **פרשת השבוע 255**, בלק התשס"ו.
- מנשה שאוה, 'על כרוך ו'כנות' - היפסק מירוץ הסמכויות בענייני מזונות בין בית המשפט המחוזי לבין בית-הדין הרבני?', **עיוני משפט ב** (התשל"ב), 719.
- הרב חיים שלמה שאנון, הפניית תובע לבית משפט, **תחומין י"ב** (התשנ"א), 251.
- הרב חיים שלמה שאנון, רוב ומיעוט בבית דין, **שורת הדין ח'** (התשס"ג), ל"ט.
- אבנר חי שאקי, 'קוי-יחוד בסדרי הדין הרבניים ובגישת הדיינים לטיעון פורמליסטי - לאור פסיקת בתי הדין הרבניים בישראל', **ספר סנהדראי** (תל אביב-התשל"ב), 275.
- אבי שגיא, 'בעיית ההכרעה ההלכתית והאמת ההלכתית - לקראת פילוסופיה של ההלכה', **דיני ישראל ט"ו** (התשמ"ט-התש"ן), ט"ו.
- אבי שגיא, 'הרב חיים דוד הלוי: מבוא לפילוסופיה של ההלכה', בתוך **יהדות של חיים - עיונים** ביצירתו ההגותית-הלכתית של הרב חיים דוד הלוי (עורכים: צ' זוהר וא' שגיא), הוצאת מכון הרטמן ואוניברסיטת בר אילן, התשס"ז, 311.
- הרב ברוך שובקס, תנאי בחוזה השולל זכות התדיינות בבית דין, **עלון המשפט 11** (התשס"ח), ג'
- דוד שוורץ, 'מגמות התפתחות בסדר הדין האזרחי', **ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו** (עורך: א' רוזן צבי, 1997), 417.
- דוד שוורץ, 'סעדים זמניים - קווים מנחים בהפעלת שיקול הדעת השיפוטי', **מחקרי משפט י"ג** (התשנ"ז), 441.
- דודי שוורץ, תחולתו של עיקרון תום הלב בסדר הדין האזרחי, **עיוני משפט כ"א** (1997-1998), 295.
- אליאב שוחטמן, 'בית הדין הרבני הגדול לערעורים - מעמדו וסמכויותיו', **קובץ הציונות הדתית ד'** (התשס"ב), 534.
- אליאב שוחטמן, 'דיון בהרכב חסר ופסיקה לקויה בשאלת טובת הילד בבית הדין הרבני - עילה להתערבות בגי'צ', **משפטים ט"ו** (התשמ"ו), 287.
- אליאב שוחטמן, החיוב בהוצאות משפט בפסיקת בתי הדין הרבניים, **דיני ישראל י"א** (התשמ"א-התשמ"ג), רס"ג.
- אליאב שוחטמן, חובת ההנמקה במשפט העברי, **שנתון המשפט העברי ו-ז'** (התש"ס), 319.
- אליאב שוחטמן, "כוחא דהיתרא עדיף", **מחניים 5**, (אייר תשנ"ג), 72.

- אליאב שוחטמן, "מדבר שקר תרחק" – השלכות דיוניות, בתוך **עיונים במשפט עברי ובהלכה – דיין ודיין** (עורכים: י' חבה וע' רדזינר), הוצאת אוניברסיטת בר אילן, התשס"ז, 273.
- אליאב שוחטמן, מעמדו של עורך הדין במשנת הרמב"ם, **תחומין** כ' (התש"ס), 38.
- אליאב שוחטמן, מעמדם ההלכתי של בתי המשפט במדינת ישראל, **תחומין** י"ג (התשנ"ג), 337.
- אליאב שוחטמן, 'על ההיקש כדרך פסיקה במשפט העברי ובזיקה לחוק יסודות המשפט, תש"ס-1980', **שנתון המשפט העברי** י"ג (התשמ"ז).
- אליאב שוחטמן, על צו עיכוב יציאה מהארץ נגד החייב בדין ועל סמכות הביקורת של בג"ץ כלפי בית הדין הרבני בענייני סדר דין, **משפטים** י"ד (התשמ"ד), 83.
- אליאב שוחטמן, צדק צדק תרדוף, **שבתון** 483, שופטים התש"ע, 1.
- אליאב שוחטמן, "רובו מתוך כולו" – תוקפם של חוקים המתקבלים במליאת כנסת שאינה מלאה, **תחומין** ט' (התשמ"ח), 82.
- אליאב שוחטמן, "שמע בין אחיכם" – כללי הצדק הטבעי ועקרון השוויון בשמיעת טענות בעלי הדין, **פרשת השבוע** 36 (דברים התשס"א).
- אליאב שוחטמן, תקנת צפת ותשובות חכמי צפת בענין שינוי ערך המטבע, **סיני** פ"ב (התשל"ח), ק"ט.
- רועי אביחי שויקה, "ארדה נא ואראה" – על חובת ההנמקה, **פרשת השבוע** 334, וירא התשס"ט.
- הרב משה שלום שור, בענין תובע שתבע פחות מהמגיע לו באמת, **בית אהרן וישראל** 90 (התש"ס), ע"ב.
- הרב יהודה שחור, בחירת מקום הדיון על ידי התובע או הנתבע, **כתלנו** ט"ו (התשנ"ד), 383.
- הרב יהודה שחור, מצוות כבוד אב כגורם בקביעת מקום הדיון, **אבני משפט** ב' (התשס"ג), 39.
- הרב יהודה שחור, סמכות ביה"ד לחידוש דיון מחשש טעות, **שורת הדין** י"ד (התשס"ח), ת"ז.
- אלכס שטיין, מקריות ותיאוריה בעשיית משפט, **משפטים** כ"ט (התשנ"ח), 5.
- שמעון שטרית, בעיות ערכיות ומעשיות במינהל המערכת השיפוטית, **קובץ הרצאות בימי עיון לשופטים** (תשל"ז), 80.
- שמעון שטרית, היחס בין כללי הצדק הטבעי והוראות דיוניות מן החקיקה, **הפרקליט** ל"א (התשל"ז-התשל"ח), 42.
- שמעון שטרית, על מי יוטל מחיר העיכובים והתקלות בהליך השיפוטי, **משפטים** ו' (התשל"ה-התשל"ו), 584.
- שמעון שטרית, 'קווי יסוד לרפורמה – מחשבות על דמות מערכת השפיטה בעתיד מתוך עיון בבעיות ההווה', **מחקרי משפט** ח' (התש"ן), 59.
- הרב יואב שטרנברג, בית דין לערעורים על בתי הדין לממונות, נייר עמדה באתר 'דין תורה' (התשס"ו): <http://dintora.org/files/lrurim.pdf>
- הרב יואב שטרנברג, הגדרת החיוב בדרישה וחקירה, **חמדת הארץ** ה' (התשס"ז), 224.
- הרב יואב שטרנברג, ריבית והצמדה בשל עיכוב פיצויי פיטורין, **תחומין** כ"ו (התשס"ו), 384.
- הרב יואב שטרנברג, שימוש בפרקליטים בבתי הדין לממונות, **תחומין** כ"ח (התשס"ח), 200.
- טובה שטרסברג כהן, עקרונות כלליים במשפט הפרטי, **המשפט** 12 (התשס"א), 4.
- יאיר שיבר, ביטול קידושין שעדיהם קרובים, **תחומין** ל' (התש"ע), 333.
- יאיר שיבר, קבלת עדים פסולים, **תחומין** כ"ה (התשס"ה), 254.
- חיים שיין, עוד על האמת המשפטית, **פרשת השבוע** 319, נשא התשס"ח.
- חיים שיין ויהודית שיין, גישור ישראלי ופשרה יהודית, **שערי משפט** ג' (התשס"ב), 111.
- יאיר שילה, "צדק דחוי עדיף על אי צדק מהיר", **עלי משפט** ג' (התשס"ג), 314.

- ערן שילה, "ושפטו את העם משפט צדק" – על זיכוי בטעות ועל עשיית "צדק", **פרשת השבוע** 327, שופטים התשס"ח.
- ערן שילה, "כי יהיה להם דבר ובא אלי" – פסיקת סעד שלא נתבקש, **פרשת השבוע** 339, יתרו התשס"ט.
- שמואל שילה, למעמדו של המשפט העברי במדינה, **דיני ישראל** ה' (התשל"ד), 257.
- שמואל שילה, 'על חוק יסודות המשפט – הערות והארות', **שנתון המשפט העברי** י"ג (התשמ"ז), 351.
- שמואל שילה, 'תרומתו של מנחם אלון לחקר המשפט העברי', **משפטים** כ"ה (התשנ"ה), 13.
- נחשון אליעזר שילר, בענין הפקר בית דין הפקר, **בית אהרן וישראל** קכ"ז (התשס"ז), נ"ד.
- פנחס שיפמן, 'בתי הדין הרבניים – ערכאות חילוניות?', **דעות** ל"ז (התשכ"ט), 118.
- משה שלגי, תגובה למאמר 'התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת, או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת המשחקים', **משפטים** י"ז (התשמ"ז), 503.
- גבריאלה שלו, 'פרשנות החוזה – תורת ברק', **המשפט** ח (התשס"ג), 675.
- ליאון שלף, 'ה"פורמליזם" של המשפט העברי וערכיה של מורשת ישראל', **עיוני משפט** כ"ה (התשס"א-התשס"ב), 489.
- מאיר שמגר, הרפורמה במערכת בתי המשפט, **משפטים** כ"ב (התשנ"ג), 196.
- רעות שמר בגס, 'צדק פרוצדוראלי וכבוד העובד – עיונים בהלכת השימוע', **עבודה, חברה ומשפט** יג (התשע"ג), 175.
- בועז שנוור, הבסיס העיוני לפסיקת פיצויים חלקיים בישראל, **משפטים** ל"ז (התשס"ז), 177.
- בועז שנוור, 'הלכה ואין מורין כן: על היחס בין קביעת הלכה משפטית להכרעת הדין במקרה ספציפי', **עלי משפט** י" (התשע"ג), 7.
- בועז שנוור, הקשר הסיבתי העובדתי בתביעות בגין נזקי גוף שנגרמו מזיהומים סביבתיים, מחקרי משפט כ"ג (התשס"ז), 559.
- גיא שני, 'הנזק הראייתי ו"עונשו": בשבחי מעבר מהמודל הקיים של העברת הנטל למודלים של מידתיות ואינדוקטיביות', **משפטים** מ"א (התשע"א), 315.
- גיא שני, 'רשות לערער על בקשת הרשות לערער (ב'גלגול שני'): דין מצוי, דין מוצע ודין רצוי בסוגיית הערעור על 'החלטה אחרת', **עיוני משפט** ל" (התשס"ז), 71.
- הרב אליעזר שנקלובסקי, הוצאות המשפט, **תחומין** י"ב (התשנ"א), 335.
- הרב אליעזר שנקלובסקי, תקלות שנמצאו ברכב שנקנה, **משפט והלכה בישראל** 28 (התשס"ז), 5.
- הרב אברהם אלקנה כהנא-שפירא, האם הודאת עו"ד מחייבת את שולחו?, **תחומין** כ"א (התשס"א), 413.
- הרב אברהם אלקנה כהנא-שפירא, חיוב לדון בדבר שאינו ניתן לכפייה, **תחומין** כ"ח (התשס"ח), 157.
- הרב אברהם אלקנה שפירא, מבט תורני על חוקי המדינה והתקנת תקנות בימינו, **תחומין** ג' (התשמ"ב), 238.
- הרב אברהם א' כהנא שפירא, מקום הדיון, **תחומין** כ' (התש"ס), 11.
- חיים שפירא, 'בית הדין ביבנה – מעמד, סמכויות ותפקידים', בתוך עיונים **במשפט עברי ובהלכה – דיין ודיין** (עורכים: י' חבה וע' רדזינר), הוצאת אוניברסיטת בר אילן, התשס"ז, 305.
- חיים שפירא, "כי המשפט לאלהים הוא" – על הזיקה בין האל להליך השיפוטי במקרא ובמסורת ההלכתית, **מחקרי משפט** כ"ו (התש"ע).
- יעקב שפירא, הגנה מפני פורץ (חוות דעת של המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים, 24.3.08) - [www.justice.gov.il/MOJHeb/Mishpatlvri/HavotDaat](http://www.justice.gov.il/MOJHeb/Mishpatlvri/HavotDaat)

- יעקב שפירא, החמרה בענישת עבריין החוזר ופושע (חוות דעת של המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים, 15.7.09): [www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/1C5361EC-2543-451F-BB9D-ECCB6E591C87/16673/64.doc](http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/1C5361EC-2543-451F-BB9D-ECCB6E591C87/16673/64.doc)
- יעקב שפירא, "ויקרב משה את משפטן לפני ה'" – לשאלת סמכות ההכרעה ההלכתית, **פרשת השבוע** 81, פנחס התשס"ב.
- יעקב שפירא, שקרים "לבנים" ושקרים אחרים, **פרשת השבוע** 3, תולדות התשס"א.
- רון שפירא, 'אחרי רבים להטות – סעיף 80 לחוק בתי המשפט', **עיוני משפט** י"ז (התשנ"ב), 393.
- הרב שלמה שפירא, 'הבאת ראיות לאחר פס"ד, וסתירת הדין', **שורת הדין** י"ב (התשס"ז), שצ"ד.
- הרב שלמה שפירא, 'השוואת בעלי הדין – ייצוג משפטי', **שורת הדין** י"ג (התשס"ח), שמ"ג.
- הרב יובל שרלו, 'מדבר שקר תרחק – קיצור הלכות שקר', **צהר** א' (התש"ס), 13.
- הרב אברהם ח' שרמן, בדיקה חוזרת של גיור בבית דין אחר, **תחומין** ל"א (התשע"א), 230.
- הרב אברהם שרמן, דיני ממונות במעמד צד אחד (תגובה), **תחומין** י" (התשמ"ט), 168.
- הרב אברהם שרמן, 'הצמדה, קנסות פיגורים וריבית ביובי מזונות', **תחומין** י"ב (התשנ"א), 368.
- הרב אברהם שרמן, מקור הסמכות של בית הדין הגדול ומסגרת סמכותו, **שורת הדין** ג' (התשנ"ה), רי"ט.
- הרב אברהם שרמן, 'משפט אמת – משפט שלום', **שורת הדין** ד' (התשנ"ח), רס"ה.
- הרב אברהם ח' שרמן, נאמנותו של מי שאינו שומר תורה ומצוות, **תחומין** י"ז (התשנ"ז), 243.
- הרב אברהם שרמן, סמכותו של בית דין לדון בעניינים ציבוריים, **תחומין** כ"ה (התשס"ה), 243.
- הרב אברהם שרמן, עיקול נכסי החייב, **דברי משפט** ז' (התש"ס), ש"ב.
- הרב יוסף שרעבי ויובל סיני, אחריות שופט בנזיקין בעוולה שבוצעה תוך כדי מילוי תפקידו השיפוטי, חוות דעת מיום 9.5.05 באתר ישמ"ע: [http://www.netanya.ac.il/content/law/opinion\\_09052005.pdf](http://www.netanya.ac.il/content/law/opinion_09052005.pdf)
- הרב יוסי שרעבי ויובל סיני, חיוב בנזקי סוס רכוב, חוות דעת באתר ישמ"ע: [http://www.netanya.ac.il/content/\\_Articles/Article.asp?ArticleID=3751&CategoryID=22](http://www.netanya.ac.il/content/_Articles/Article.asp?ArticleID=3751&CategoryID=22)
- בן ציון שרשבסקי, 'חוק יסודות המשפט, התש"ס-1980', **שנתון המשפט העברי** י"ג (התשמ"ז), 379.
- ישראל תא שמע, 'מה היא חשיבותו של "בית דין חשוב"? – עיון היסטורי במושג משפטי, בתוך עיונים במשפט עברי ובהלכה – דיין ודיון (עורכים: י" חבה וע' רדזינר), הוצאת אוניברסיטת בר אילן, התשס"ז, 335.
- הרב אלכסנדר זיסל תנסקי, שעבודא דרבי נתן, **מוריה** ט'(ג-ד') (התש"ס), נ"ג.

## מאמרים באנגלית

- Edgar H. Ailes, Substance and Procedure in the Conflict of Laws, 39 **Mich. L. Rev.** (1941), 392.
- Albert W. Alschuler, 'The Descending Trail: Holmes' Path of the Law One Hundred Years Later', 49 **Fla. L. Rev.** (1997), 353.
- Neil H. Andrews, 'The Modern Procedural Synthesis: the American Law Institute and UNIDROIT's - "Principles and Rules of Transnational Civil Procedure"', 164 **Revista de Processo** (2008), 109.
- Elliot Aronson, 'Back to the Future: Retrospective Review of Leon Festinger's A Theory of Cognitive Dissonance', 110 **Am. J. Psy.** 127 (1997), 129.

- P. Atiyah, 'From Principles to Pragmatism – Changes in the Function of the Judicial Process and the Law', 65 **La. L. Rev.** (1980), 1249.
- Burton M. Atkins, 'Party Capability Theory as an Explanation for Intervention Behavior in the English Court of Appeal', 35 **American J. of Political Science** (1991), 881.
- Carlton Bailey, 'Ake v. Oklahoma and an Indigent Defendant's 'Right' to an Expert Witness: A Promise Denied or Imagined?', 10 **Wm. & Mary Bill of Rts. J.** (2002), 401.
- Aharon Barak, 'A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy', 116 **Harv. L. Rev.** (2002), 16. Michael Bayles, 'Principles for Legal Procedure', 5 **L. & Phil.** (1986), 33.
- David L. Bazelon, 'New Gods for Old `Efficient` Courts in a Democratic Society', 46 **N.Y.U. L. Rev.** (1971), 653.
- Joseph H. Beale, 'Homicide in Self Defense', 3 **Colum. L. Rev.** (1903) 526.
- Lucian A. Bebchuk, 'A New Theory Concerning the Credibility and Success of Threats to Sue', 25 **The Journal of Legal Studies** (1996), 1.
- Lucian A. Bebchuk & Howard F. Chang, 'An Analysis of Fee Shifting Based on the Margin of Victory: On Frivolous Suits, Meritorious Suits, and the Role of Rule 11', 25 **J. Leg. Stud.** (1996), 371
- Lucian A. Bebchuk, 'Suing Solely to Extract a Settlement Offer', 17 **The Journal of Legal Studies** (1988), 437.
- Hanina Ben-Menahem, 'Is Talmudic Law a Religious Legal System? A Provisional Analysis', 24 **Journal of Law & Religion** (2008-2009), 379.
- Robert G. Bone, 'Agreeing to Fair Process: The Problem with Contractarian Theories of Procedural Fairness', 83 **Boston U. L. Rev.** (2003), 485.
- Robert G. Bone, 'Rethinking the "Day in Court" Ideal and Nonparty Preclusion', 67 **N. Y. U. L. Rev.** (1992), 193.
- Robert G. Bone, 'The Process of Making Process: Court Rulemaking, Democratic Legitimacy, and Procedural Efficacy', 87 **Geo. L. J.** (1999), 887.
- Bernard Botwin, 'The Case Against Instant Justice', 52 **American Bar Association J.** (1966), 713.
- Paul Brace & Melinda G. Hall, '"Haves" versus "Have Nots" in State Supreme Courts: Allocating Docket Space and Wins in Power Asymmetric Cases', 35 **Law & Soc. Rev.** (2001), 393.
- Ronald R. Braeutigam, Bruce M. Owen & John C. Panzar, 'An Economic Analysis of Alternative Fee Shifting Systems', 47 **Law and Contemporary Problems** (1984), 173.
- Wayne D. Brazil, 'The Adversary Character of Civil Discovery: A Critique and Proposal for Change', 31 **Vand. L. Rev.** (1978), 1295.
- Scott M. Brennan, 'Due Process Comes Due: An Argument for the Clear and Convincing Evidentiary Standard in Sentencing Hearings', 77 **Iowa L. Rev.** (1992), 1803.
- William J. Brennan, 'A Tribute to Justice Thurgood Marshall', 105 **Harv. L. Rev.** (1991), 23.
- Donald B. Brenner, 'The Right of Access to Civil Courts under State Constitutional Law: An Impediment to Modern Reforms, or a Receptacle of Important Substantive and Procedural Rights', 13 **Rutgers L.J.** (1981-1982), 399.



- John E. Calfee & Richard Craswell, Some Effects of Uncertainty on Compliance With Legal Standards, 70 **Va. L. Rev.** (1984), 965.
- Bernard C. Cairns, 'Lord Woolf's Report on 'Access to Justice': An Australian Perspective', 16 **Civil Justice Q.** (1997) 98.
- Bernard C. Cairns, Management of Litigation and the Adversary System, 12 **The Queensland Lawyer** (1992), 143.
- Guido Calabresi, 'Remarks: The Simple Virtues of The Cathedral', 106 **Yale L. J.** (1997), 2201.
- Benjamin N. Cardozo, Mr. Justice Holmes, 44 **Harv. L. Rev.** (1931), 677.
- Paul D. Carrington, "'Substance" and "Procedure" in the Rules Anabling Act' 28 **Duke L. J.** (1989), 281.
- Janeen M. Carruthers, 'Substance and Procedure in the Conflict of Laws: A Continuing Debate in Relation to Damages', 53 **Int. & Co. L. Q.** (2004), 691.
- Abram Chayes, The Role of the Judge in Public Law Litigation, 89 **Harv. L. Rev.** (1976), 1281.
- Abram Chayes, 'The Supreme Court, 1981 Term – Forward: Public Law Litigation and the Burger Court' , 96 **Harv. L. Rev.** (1982), 4.
- Moshe Chigier, Compensation for Loss of Profit Resulting from Breach of Contract in Jewish Law, **Jewish Law Association Studies** 6 (1992), 29.
- John M. Conley & William M. O'Barr, Hearing the Hidden Agenda: The Ethnographic Investigation of Procedure, 51 **LAW & CONTEMP. PROBS** (1998), 181.
- Walter W. Cook, "'Substance" and "Procedure" in the Conflict of Laws', 42 **Yale L. J.** (1933), 333.
- John E. Coons, 'Approaches to Court Imposed Compromise – The Uses of Doubt and Reason', 58 **Nw U. L. Rev.** (1964), 750.
- John E. Coons, Compromise as Precise Justice, 68 **Cal. L. Rev.** (1980), 250.
- Robert Cooter, 'Models of Morality in Law & Economics - Self-Control and Self-Improvement for the 'Bad Man' of Holmes' ,78 **B. U. L. Rev.** (1998), 903.
- Robert Cooter, Prices and Sanctions, 84 **Colum. L. Rev.** (1984), 1523.
- Noel James Coulson, Conflicts and Tension in: **Islamic Jurisprudence**, Chicago 1969
- Eduardo J. Couture, 'The nature of the judicial process', **Tulane L. Rev.**, 25 (1950), 1.
- Hanoch Dagan, The Realist Conception of Law, 57 **U. Toronto L. J.** (2007), 607.
- Anthony D'Amato, Legal Uncertainty, 71 **Cal L. Rev** (1983), 1.
- Meir Dan-Cohen, 'Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law, 97 **Harv. L. Rev.** (1984), 625.
- Andrew F. Daughety and Jennifer F. Reinganum, 'On the Economics of Trials: Adversarial Process, Evidence, and Equilibrium Bias', **J. L., Econ. & Org.** 16 (2000), 365.
- David De Cremer & Tom Tyler, 'Managing Group Behavior: The Interplay Between Procedural Justice, Sense of Self, and Cooperation', 37 **Advances in Experimental Social Psychology** (2001), 151.

- 'Developments in the Law – Discovery', 74 **Harv. L. Rev.** (1961), 940.
- Mark DeWolfe Howe, The Positivism of Mr. Justice Holmes, 64 **Harv. L. Rev.** (1951), 529.
- Henry A. Diamond, 'Reasonable Doubt: To Define, or Not to Define', 90 **Colum. L. Rev.** (1990), 1716, 1717.
- Yoav Dotan, 'Do the "Haves" Still Come out Ahead? Resource Inequalities in Ideological Courts: The Case of the Israeli High Court of Justice', 33 **Law & Soc. Rev.** (1999), 10b59.
- Nicole Dulude, 'Unlocking America's Courthouse Doors: Restoring a Presumption of First Amendment Access as a Means of Reviving Public Faith in the Judiciary', 11 **Roger Williams U. L. Rev.** (2005-2006), 193.
- Terence Dunworth & Joël Rogers, 'Corporations in Court: Big Business Litigation in U. S. Federal Courts, 1971-1991', 21 **Law & Soc. Inquiry** (1996), 497.
- Isaac Ehrlich & Richard A. Posner, 'An Economic Analysis of Legal rulemaking', 3 **J. Leg. Stud.** (1974), 257.
- Theodore Eisenberg & Henry S. Farber, 'The Litigious Plaintiff Hypothesis: Case Selection and Resolution', 28 **Rand J. of Econ.** (1997), S92.
- Menachem Elon, Limitation of Actions , in: **The Principles of Jewish Law** (Menachem Elon (Editor)), Jerusalem, 1975, 596.
- Zeev W. Falk, 'Book Rev.', 11 **J. of L. & Rel.** 835 (1994-1995), 837.
- William L. F. Felstiner, Richard L. Abel & Austin Sarat, 'The Emergence of Dispute: Naming, Blaming, Claiming', 15 **Law and Society Review** (1980), 631.
- Glenn W. Ferguson, 'To Robe or Not to Robe?-A Judicial Dilemma', 39 **J. Am. Judicature Soc'y** 166 (1955-1956).
- Jill E. Fisch, 'The "Bad Man" Goes to Washington: The Effect of Political Influence on Corporate Duty', 75 **Fordham L. Rev.** (2006), 1593.
- Owen M. Fiss, Against Settlement, 93 **Yale L. J.** (1984), 1073
- Owen M. Fiss, 'The Supreme Court 1978 – Forward: The Forms of Justice', 93 **Harv. L. Rev.** (1979), 1.
- Steven Flanders, 'Blind Umpires – A Response to Professor Resnik', 35 **Hastings L. Rev.** (1983-1984), 505.
- W. Glenn Forrester, "Substance and Procedure: The Scope of Judicial Rule Making Authority in Ohio" 37 **OHIO St. L. J.** (1976), 364.
- Francesco Francioni, 'Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law', 20 **The European Journal of International Law** (2009), 729.
- Marvin E. Frankel, 'The Search for Truth: An Umpireal View', 123 **U. Pa. L. Rev.** (1975), 1031.
- Felix Frankfurter, 'The Early Writings of O.W. Holmes, Jr.', 44 **Harv. L. Rev.** (1931), 717.
- James O. Freedman, The Law as Educator, 70 **Iowa L. Rev.** (1985), 487.
- Monroe H. Freedman, Judge Frankel's Search For Truth, 123 **U. Pa. L. Rev.** (1975), 1060.
- Martin L. Friedland, Legal Rights Under the Charter, 24 **Criminal L. Q.** (1992), 39.

- Daniel Friedmann, Rights and Remedies, in **Comparative Remedies for Breach of Contract** (Nili Cohen & Ewan McKendrick eds., 2005), 3.
- Daniel Friedman, 'The Efficient Breach Fallacy', 18 **J. Legal Stud.** (1989), 1.
- Lawrence M. Friedman, 'Access to Justice – Social and Historical Context' in **Access to Justice 2** (Mauro Cappelletti & John Weisner, eds.; 1978), 5.
- Lon L. Fuller, The Forms and Limits of Adjudication, 92 **Harv. L. Rev.** (1978), 353.
- Lon L. Fuller, 'Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart', 71 **Harv. L. Rev.** (1957-8), 630.
- David A. Funk, Major Functions of Law in Modern Society, 23 **Case W. Res. L. Rev.** (1972), 257.
- Marc Galanter, 'Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering and Indigenous Law', **Journal of Legal Pluralism** 19 (1981), 47.
- Marc Galanter, 'The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts', 1 **J. Empirical Legal Stud.** (2004), 459.
- Marc Galanter, 'Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change', 9 **Law & Society Rev.** (1974), 95.
- Marc Galanter & M. Cahill, Most Cases Settle, 46 **Stan. L. Rev.** (1994), 1339.
- Bryant Garth, 'Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective', 27 **Buffalo L. Rev.** (1978), 181.
- Jhon C. P. Goldberg & Benjamin C. Zipurski, The Moral of Macpherson, 146 **U. Penn. L. Rev.** (1998), 1733.
- Stephen Goldstein, Administration of Justice and Financial Means, in **Law in Motion** (R., Blainpain ed., Brussels 1997).
- Stephen Goldstein, On Unifying the Israeli Trial Court Structure, 18 **Israel L. Rev.** (1983), 76.
- Stephen Goldstein, The Influences of Constitutional Principles on Civil Procedure in Israel, 17 **Isr. L. Rev.** (1982), 467.
- Robert W. Gordon, The Path of the Lawyer, 110 **Harv. L. Rev.** (1997), 1013.
- Charles J. Goetz & Robert E. Scott, 'Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach', 77 **Colum. L. Rev.** (1977), 554.
- John P. Gould, The Economics of Legal Conflicts, 2 **The Journal of Legal Studies** (1973), 279.
- Charles O. Gregory, Loss Distribution by Comparative Negligence, 21 **Minn. L. Rev.** (1936), 1.
- Thomas C. Grey, Langdell's Orthodoxy, 45 **U. Pitt. L. Rev.** (1983), 1.
- Thomas C. Grey, Plotting The Path of the Law, 63 **Brook. L. Rev.** (1997), 19.
- Chris Guthrie & James Levin, 'A "Party Satisfaction" Perspective on a Comprehensive Mediation Statute', 13 **Ohio St. J. O Disp. Resol** (1998), 885.
- Ehud Guttel & Michael T. Novick, 'A New Approach to Old Cases: Reconsidering Statutes of Limitation', 54 **U. Toronto L. J.** (2004), 129.

- Gillilan K. Hadfield, 'Exploring Economic and Democratic Theories of Civil Litigation: Differences Between Individual and Organizational Litigants in the Disposition of Federal Civil Cases', 57 **Stan. L. Rev.** (2004), 1275.
- Gillilan K. Hadfield, 'Where Have All the Trials Gone? Settlements, Non-Trial Adjudication and Statistical Artifacts in the Changing Disposition of Federal Civil Cases, 1 **J. Empirical Legal Stud.** (2004), 705.
- Assaf Hamdani & Alon Klement, The Class Defense, 93 **Cal. L. Rev.** (2005), 685.
- Henry M. Hart, 'Holmes' Positivism—An Addendum', 64 **Harv. L. Rev.** (1951), 929.
- Bruce L. Hay, 'Civil Discovery: Its Effects and Optimal Scope', 23 **J. Leg. Stud.** (1994), 481.
- Geoffrey C. Hazard, Discovery and the Role of the Judge in Civil Law Jurisdictions, 73 **Notre Dame L. Rev.** (1998), 1017.
- Geoffrey C. Hazard Jr., Michele Taruffo, Rolf Stürner & Antonio Gidi, Introduction to the Principles and Rules of Transnational Civil Procedure, 33 **N. Y. U. J. Int'l L. & Pol.** (2000-2001), 769.
- Jennifer S. Hendricks, In Defense of the Substance-Procedure Dichotomy, 89 **Wash. U. L. Rev.** (2011), 103.
- Heribert A. Hirte, 'Access to the Courts for Indigent Persons: A Comparative Analysis of the Legal Framework in the United Kingdom, United States and Germany', 40 **Inter. And Comp. L. Q.** (1991), 91.
- Oliver Wendell Holmes, The Path of the Law, 10 **Harv. L. Rev.** (1897), 457.
- Morton Horwitz, The Rise of Legal Formalism, 19 **The American. J. of Leg. History** (1975), 251.
- Wesley N. Houfeld, Fundamental Legal Conception as Applied in Judicial Reasoning, 23 **Yale L. J.** (1913-1914), 16.
- Fleming James, Comparative Negligence, 62 **Yale L. J.** (1953), 691.
- Marco Jimenez, Finding the Good in Holmes's Bad Man, 79 **Fordham L. Rev.** (2011), 2069.
- Phillip E. Johnson, 'Reason in the Balance: The Case Against Naturalism in Science', **Law & Edu.** (1995), 140.
- Harry W. Jones, An Invitation to Jurisprudence, 74 **Colum. L. Rev.** (1974), 1023.
- Louis Kaplow & Steven Shavell, Accuracy in the Assessment of Liability, 37 **J. L. & Econ.** (1994), 1.
- Louis Kaplow & Steven Shavell, Accuracy in the Assessment of Damages, 39 **J. L. & Econ.** (1996), 191.
- Louis Kaplow, 'Rules Versus Standards: An Economic Analysis', 42 **Duke L. J.** 557 (1992).
- Irving R. Kaufman, The Former Government Attorney and the Canons of Professional Ethics, 70 **Harv. L. Rev.** (1957), 657.
- Duncan Kennedy, Form and Substance in Private Law Adjudication, 89 **Harv. L. Rev.** (1976), 1685.
- Duncan Kennedy, Legal Formality, 2 **The Journal of Legal Studies** (1973), 351.

- Sundeep Kothari, 'And Justice for All: The Role Equal Protection and Due Process Principles Have Played in Providing Indigents with Meaningful Access to the Courts', 72 **Tul. L. Rev.** (1998), 2159.
- Alon Klement, Threats to Sue and Cost Divisibility under Asymmetric Information, 23 **Int'l Rev. L. & Econ.** (2003), 261.
- Albert Kocourek, Substance and Procedure, 10 **Fordham L. Rev.** (1941), 157.
- Arthur B. LaFrance, 'Constitutional Law Reform for the Poor: Boddie v. Connecticut', 1971 **Duke L. Jour.**, 487.
- Brian Leiter, 'Positivism, Formalism, Realism', 99 **Colum. L. Rev.** (1999), 1138.
- Richard Lempert, 'A Classic at 25: Reflections on Galanter's "Haves" Article and Work It Has Inspired', 33 **Law & Soc. Rev.** (1999), 1099.
- Shmuel Leshem and Geoffrey P. Miller, All-or-Nothing versus Proportionate Damages, **USC Legal Studies Research Paper No. 09-4** (2008).
- John Leubsdorf, Constitutional Civil Procedure, 63 **Texas L. Rev.** (1984), 579.
- Jeremy Lever, Why is Procedure more Important than Substantive Law, 48 **Int'l & Comp. L. Q.** (1999), 285.
- Sanford Levinson, 'Strolling Down the Path of the Law (and Toward Critical Legal Studies?): The Jurisprudence of Richard Posner', 91 **Colum. L. Rev.** (1991), 1221.
- Sanford Levinson & J. M. Balkin, 'The "Bad Man," the Good, and the Self-Reliant', 78 **B.U. L. REV.** (1998), 885.
- Saul Levmore & Ariel Porat, Bargaining with Double Jeopardy, 40 **The Journal of Legal Studies** (2011), 273.
- Saul Levmore, 'Probabilistic Recoveries, Restitution and Recurring Wrongs', 19 **J. Legal Stud.** (1990), 691.
- Jeff L. Lewin, Comparative Nuisance, 50 **U. Pitt. L. Rev.** (1989), 1009.
- David Luban, 'The Bad Man and the Good Lawyer: A Centennial Essay on Holmes's The Path of the Law', 72 **N.Y.U. L. Rev.** (1997), 1547.
- John Makdisi, 'Proportional Liability: A Comprehensive Rule to Apportion Tort Damages Based on Probability', 67 **N.C.L. Rev.** (1988), 1063.
- Wex S. Malone, 'Comparative Negligence - Louisiana's Forgotten Heritage', 6 **La. L. Rev.** (1945), 125.
- Margaret Martin Barry, 'Access to Justice: On Dialogues with the Judiciary', 29 **Fordham Urb. L.J.** (2001-2002), 1089.
- Jerry Mashaw, Administrative Due Process: The Quest for a Dignitary Theory, 61 **B. U. L. Rev.** (1981), 885.
- Jerry Mashaw, The Supreme Court Due Process Calculus for Administrative Adjudication in *Mathews v. Eldridge*: Three Factors in Search of a Theory of Value, 44 **U. Chi. L. Rev.** (1976), 28.

- Menachem Mautner, 'Contract, Culture, Compulsion or: What is so Problematic in the Application of Objective Standards in Contract Law?', 3 **Theoretical Inquiries in Law** (2002), 545.
- Amber J. McGraw, 'Life But Not Liberty? An Assessment of Noncapital Indigent Defendant's Rights to Expert Assistance Under the Ake v. Oklahoma Doctrine', 79 **Wash. U. L. Q.** (2001), 951.
- Carrie Menkel-Meadow, 'The Trouble with the Adversary System in a Postmodern, Multicultural World', 38 **Wm. & Mary L. Rev.** (1996), 5.
- Carrie Menkel-Meadow, 'Whose Dispute Is It Anyway? A Philosophical and Democratic Defense of Settlement (in Some Cases)', 83 **Geo. L. J.** (1995), 2663
- Frank I. Michelman, 'A Brief Anatomy of Adjudicative Rule Formalism', 66 **U. Chicago L. Rev.** 934 (1999).
- Frank I. Michelman, 'The Supreme Court and Litigation Access Fees: The Right to Protect One's Right – Part I', 1973(6) **Duke L. J.**, 1153.
- Frank I. Michelman, 'The Supreme Court and Litigation Access Fees: The Right to Protect One's Right – Part II', 1974(3) **Duke L. J.**, 527.
- John Milton et al. 'Procedural Right' in **Rights and Constitutionalism: the New South African Legal Order** (David van-Wyk, John Dugard, Bertus de-Villiers & Dennis Davis, ed., Oxford University Press, 1994).
- A. Chalmers Mole & Lyman P. Wilson, A Study of Comparative Negligence, 17 **Cornell L. Q.** (1932), 333.
- Linda S. Mullenix, The Counter-Reformation in Procedural Justice, 77 **Minn. L. Rev.** (1992), 375.
- Linda S. Mullenix, 'Adversarial Justice, Professional Responsibility, and the New Federal Discovery Rules', 14 **Review of Litigation** (1994), 13.
- Liam Murphy, Better To See the Law This Way, 83 **N.Y.U. L. Rev.** (2008), 1088.
- Richard A. Nagareda, 'Autonomy, Peace and Put Options in the Mass Tort Class Action', 115 **Harv. L. Rev.** (2002), 747.
- Charles Nesson, 'The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts', 98 **Harv. L. Rev.** (1985), 1357.
- Shmuel Nitzan & Jacob Paroush, Optimal Decision Rules in Uncertain Dichotomous Situations, 23 **Int'l Economic Rev.** (1982), 289.
- Tyler T. Ochoa & Andrew Wistrich, Puzzling Purposes of Statutes of Limitation, 28 **Pac. L. J.** (1997), 453.
- Stephen V. O'Neil, 'Accrual of Statutes of Limitations: California's Discovery Exceptions Swallow the Rule', 68 **Cal. L. Rev.** (1980), 106.
- Gideon Parchomovsky & Alex Stein, The Relational Contingency of Rights 98 **Virg. L. Rev.** (2012), 1313.
- S. R. Perry, 'Holmes versus Hart: The Bad Man in Legal Theory' in S.J. Burton (ed.) **The Path of the Law and Its Influence: The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.** (Cambridge University Press, 2000), 158.

- Richard H. Pildes, Root of Formalism: Forms of Formalism, 66 **U. Chicago L. Rev.** (1999), 607.
- Guido Pincione, 'Market Rights and the Rule of Law: A Case for Procedural Constitutionalism', 26 **Harv. J. L. & Pub. Pol'y** (2003), 397.
- Ariel Porat & Alex Stein, 'Indeterminate Causation and Apportionment of Damages: An Essay on Holtby, Allen and Fairchild', 23 **Oxford J. Legal Stud.** (2003), 667.
- Ariel Porat & Alex Stein, 'Liability for Uncertainty: Making Evidential Damage Actionable', 18 **Cardozo L. Rev.** (1997), 1891.
- Richard A. Posner, An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration, 2 **J. Leg. Stud.** (1973), 399.
- Richard A. Posner, Pragmatic Adjudication, 18 **Cardozo L. Rev.** (1996), 1.
- Richard A. Posner, The Path Away from the Law, 110 **Harv. L. Rev.** (1997), 1039.
- Roscoe Pound, Fifty Years of Jurisprudence, 50 **Harv. L. Rev.** (1937), 573.
- George L. Priest & Benjamin Klein, The Selection of Disputes for Litigation, 13 **J. Legal Stud.** (1984), 1.
- William L. Prosser, Comparative Negligence, 51 **Mich. L. Rev.** (1953), 465.
- Steven M. Quevedo, 'Formalist and Instrumentalist Legal Reasoning and Legal Theory', 73 **Cal. L. Rev.** (1985), 119.
- Emanuel B. Quint & Neil S. Hecht, 'Exigency Jurisdiction Under Jewish Law', 9 **Dine Israel** (1980), 27.
- Joseph Raz, Legal Principles and the Limits of Law, 81 **Yale L. J.** (1972), 823.
- Martin H. Redish & Lawrence C. Marshall, Adjudicatory Independence and the Values of Procedural Due Process, 95 **Yale L. J.** (1986), 455.
- Mathias Reimann, Nineteenth Century German Legal Science, 31 **Bos. C. L. Rev.** (1990), 837.
- Christoph Rennig, Subjective Procedural Justice and Civil Procedure, in **Procedural Justice** (Klaus F. Roehl & Stephan Machura, eds., 1997), 10.
- Judith Resnik, Managerial Judges, 96 **Harv. L. Rev.** 394 (1982)
- Judith Resnik, Tiers, 57 **S. Cal. L. Rev.** (1984), 837.
- Deborah L. Rhode, Access to Justice, 69 **Fordham L. Rev.** (2000-2001), 1785.
- David Rosenberg & Steven Shavell, A Model in Which Suits are Brought for Their Nuisance Value, 5 **Int'l Rev. L. Econ.** (1985), 3.
- David Rosenberg, 'Mandatory-Litigation Class Action: The Only Option for Mass Torts', 115 **Harv. L. Rev.** (2002), 831.
- David Rosenberg, 'The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A 'Public Law' Vision of the Tort System', 97 **Harv. L. Rev.** (1984), 849.
- George Rutherglen, 'Future Claims in Mass Tort Cases: Deterrence, Compensation and Necessity', 88 **Va. L. Rev.** (2002), 1989.
- Chris William Sanchirico, A Primary Activity Approach to Proof Burdens, 37 **J. Legal Stud.** (2008), 273.

- Frederick Schauer, Formalism, 97 **Yale L. J.** (1988), 509.
- David Schonberg, Aspects of the Jewish Law of Misrepresentation Negligent, **Dine Israel** 13-14 (1988), 31
- M. Schwartz, Appeals in the Jewish Courts of Palestine in the Third Century C.E., 49 **HUCA** (1978), 202.
- Kenneth E. Scott, Two Models of the Civil Process, 27 **Stan. L. Rev.** (1975), 937.
- David J. Seipp, Holmes's Path, 77 **B.U. L. Rev.** (1997), 515 ;Thomas C. Grey, Plotting The Path of the Law, 63 **Brook. L. Rev.** (1997), 19.
- Lynn Sharp-paine, 'Instrumentalism v. Formalism: Dissolving the Dichotomy', **Wisconsin L. Rev.** 4 (1978), 997.
- Steven Shavell, 'Suit, Settlement and Trial: A Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs', 11 **J. Leg. Stud.** (1982), 55.
- Steven Shavell, Uncertainty over Causation and the Determination of Civil Liability, 28 **J. L. & Econ.** (1985), 587.
- Shimon Shetreet, Judicial Responsibility, in **Israeli Reports to the XI Int'l Congress of Comparative Law** (S. Goldstein, eds., 1982-Jerusalem), 88.
- Shimon Shetreet, 'The Administration of Justice: Practical Problems, Value Conflicts and Changing Concepts', 13 **U.B.C. L. Rev.** (1979), 52.
- Shimon Shetreet, The Limits of Expeditious Justice, **Expeditious Justice – Papers of the Canadian Institute for the Administration of Justice** (Toronto, 1979), 1.
- Boaz Shnoor, 'Loss of Chance: A Behavioral Analysis of the Difference between Medical Negligence and Toxic Torts, 33 **Am. J. Trial Advocacy** (2009), 71.
- Philip Shuchman, 'The Question of Lawyers' Deceit', 53 **Conn. B.J.** (1979), 101.
- David Simon & Gerald A. Novack, 'Limiting the Buyer's Market Damages to Lost Profits: A Challenge to the Enforceability of Market Contracts', 92 **Harv. L. Rev.** (1979), 1395.
- Yuval Sinai, Arbitration As an Ideal Judicial Procedure, 18 **Jewish Law Association Studies** (2006), 279.
- Yuval Sinai, 'Judicial Authority in Fraudulent-Claim Cases (din merume)', 17 **Jewish Law Annual** (2007), 209.
- Yuval Sinai, 'Maimonides on the "Two Witnesses" Requirement', 19 **J. L. A.** (2011), 207.
- Yuval Sinai, 'Reconsidering Res Judicata – A Comparative Perspective', 21 **Duke J. Comp. & Int. L.** (2011), 353.
- Yuval Sinai, 'The Downside of Preclusion: Some Behavioral and Economic Effects of Cause of Action Estoppel in Civil Actions', 56 **McGill L. J.** (2011), 673.
- Yuval Sinai, The Religious Perspective of the Judge's Role in Talmudic Law, 25 **Journal of Law & Religion** (2009-2010), 357.
- Steven D. Smith, Reductionism in Legal Thought, 91 **Colum. L. Rev.** (1991), 68.
- Lawrence Solum, Procedural Justice, 78 **Southern California Law Review** (2004), 181.



- Donald R. Songer, Reginald S. Sheehan & Susan Brodie Haire, 'Do the "Haves" Come out Ahead over Time? Applying Galanter's Framework to Decisions of the U.S. Courts of Appeals, 1925-1988', 33 **Law & Soc. Rev.** (1999), 811.
- Marc Stanch, 'Causation, Risk, and Loss of Chance in Medical Negligence', 17 **Oxford J. Legal Stud.** (1997), 205.
- Alex Stein, 'Allocating the Burden of Proof in Sales Litigation: The Law, its Rationale, a New Theory, and its Failure', 50 **Univ. MIAMI L.R.** (1996), 337.
- Stephen D. Sugarman, 'Doing Away with Tort Law', 73 **Cal. L. Rev.** (1985), 555.
- Kathleen M. Sullivan, 'The Justices of Rules and Standards', 106 **Harv. L. Rev.** (1992), 22.
- Robert S. Summers, 'The Evaluating and Improving Legal Processes – A Plea for "Process Values"', 60 **Cornell L. Rev.** (1974), 1.
- Cass R. Sunstein, 'Justice Scalia's Democratic Formalism', 107 **Yale L. J.** (1997), 529.
- Cass R. Sunstein, 'Problems with Rules', 83 **Cal. L. Rev.** (1995), 953.
- Jhon Thibaut & Laurens Walker, 'A Theory of Procedure', 66 **Cal. L. Rev.** (1978), 541.
- Laurence H. Tribe, 'Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process', 84 **Harv. L. Rev.** (1971), 1329.
- Axel Tschentscher, 'The Function of Procedural Justice in Theories of Justice', in **Procedural Justice** (Edited by Klaus F. Röhl and Stefan Machura, 1997), 105.
- Ernest A. Turk, 'Comparative Negligence on the March', 28 **Chicago-Kent L. Rev.** (1950), 189.
- William Twining, 'Other People's Power: The Bad Man and English Positivism, 1897–1997', 63 **Brook. L. Rev.** (1997), 189.
- William Twining, 'The Bad Man Revisited', 58 **Cornell L. Rev.** (1973), 275.
- Tom R. Tyler, 'Citizen Discontent with Legal Procedures: A Social Science Perspective on Civil Procedure Reform', **Am. J. Comp. L.** (1997), 871.
- Tom R. Tyler, Kenneth A. Rasinski & Nancy Spodick, 'The Influence of Voice upon Satisfaction with Leaders. Exploring the Meaning of Process Control', 48(1) **J. Personality & Social Pshichology** (1985), 72.
- J. Clifford Wallace, 'Judicial Administration in a System of Independents: A Tribe With Only Chiefs', **B. Y. U. L. Rev.** (1978), 39.
- Ernest J. Weinrib, 'Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law', 97 **Yale L. J.** (1988), 949.
- Nancy A. Welsh, 'Making Deals in Court-Connected Mediation: What's Justice Got To Do With It?', 79 **Wash. U. L. Q.** (2001), 787.
- Nancy A. Welsh, 'The Thinning Vision of Self-Determination in Court-Annexed Mediation: The Inevitable Price of Institutionalization?', 6 **Harv. Negot. L. Rev.** (2001), 1.
- John M. West, 'Expert Services and the Indigent Criminal Defendant: The Constitutional Mandate of Ake v. Oklahoma', 84 **Mich. L. Rev.** (1986), 1326.
- Fred C. Zacharias, 'Reconciling Professionalism and Client Interests', 36 **Wm. & Mary L. Rev.** (1995), 1303.

- Michael Zander, 'Why Lord Woolf's Proposed Reforms of Civil Litigation Should Be Rejected', in **Reform of Civil Procedure: Essays on "Access to Justice"** (A.A.S. Zuckerman & R. Cranston eds., Clarendon Press; 1995), 79.
- Benjamin C. Zipursky, Legal Obligations and the Internal Aspect of Rules, 75 **Fordham L. Rev.** (2007), 1229.
- Adrian A. S. Zuckerman, 'Reform in the Shadow of Lawyers' Interests', in **Reform of Civil Procedure - Essays on Access to Justice** (Adrian A. S. Zuckerman and Ross Cranston, Oxford University Press, 1995), 61

### רשימת פסקי דין של בתי המשפט בישראל המופיעים בעבודה

- ע"א 376/46, אהרן רוזנבאום נ' שיינה מרים רוזנבאום, פ"ד ב (1), 235 (1949)..
- ע"פ 1/48, פרדריק ויליאם סילוסטר נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד א(1), 5 (1949).
- ע"פ 3/48, כ"ץ-כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ב(1), 681 (1949).
- בג"ץ 7/48, אל-כרבוטלי נ' שר הביטחון, פ"ד ב', 5 (1949).
- ע"א 61/48, "זבולון" אגודת יורדי ים נ' יעקב מלך, פ"ד ב, 464 (1949).
- בג"ץ 1/49, בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב, 80 (1949) - "פרשת בז'רנו".
- ע"פ 20-21/49, עלי מוחמד חוסין עבדול האדי נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ג(1), 13 (1950).
- ע"פ 28/49, זרקא נ' היועמ"ש, פ"ד ד, 504 (1950) - "פרשת זרקא".
- ע"פ 112/50, גד יוסיפוף נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ה(1), 481 (1951).
- ע"א 150/50, קאופמן נ' מרגינס, פ"ד ו', 1005 (1952).
- בג"ץ 144/50, ד"ר ישראל שייב נ' שר הביטחון, פ"ד ה(1), 399 (1951) - "פרשת שייב".
- ע"א 3/51, "דן" בע"מ נ' מנדלבוים, פ"ד ו(2), 817 (1952).
- ע"א 26/51, שמעון קוטיק נ' צילה (ציפה) וולפסון, פ"ד ה(2), 1341 (1951).
- ע"א 91/51, "מזור" חברה לבניין ולפיננסים בע"מ נ' ביק, פ"ד ה, 792 (1951).
- ע"פ 95/51, ש. פודמסקי נ' היועץ המשפטי, פ"ד ו', 341 (1952) - "פרשת פודמסקי".
- ע"א 207/51, "אגד" אגודה שיתופית בע"מ נ' ש. ברנדס, פ"ד ו', 1089 (1952) - "פרשת אגד".
- ע"א 208/51, ארוין הקר נ' שינה ברש, פ"ד ח, 566 (1954).
- בג"ץ 287/51, ד"ר אמיל ראם נ' שר האוצר והמפקח על המטבע הזר, פ"ד ח(1), 494 (1954).
- ע"א 248/53, אלזה רוזנבאום נ' אשר וחיה זגר, פ"ד ט', 533, 548 (1955).
- בג"ץ 85/54, זאדה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח, 738 (1954).
- בג"ץ 136/54, הרב משה יהודה פולאק נ' הרב יצחק א. הרצוג, פ"ד ט(1), 155 (1955).
- ע"א 158/54, יצחק דה בוטון נ' בנק המזרחי בע"מ, פ"ד י(1), 687 (1956) - "פרשת דה בוטון".
- בג"ץ 187/54, חלימה סלימאן ברייה נ' קאדי בית-הדין השרעי המושלמי, עכו, פ"ד ט (2), 1193 (1955).
- ע"א 350/54, צבי אילני נ' הסוכנות היהודית לא"י, פ"ד י', 1693, 1697 (1956).
- ע"א 353/54, פקיד השומה למחוז ירושלים נ' חיים קרונוגולד, עו"ד, פ"ד ט, 27 (1955).
- עמ"מ 9/55, עו"ד פלוני נ' יו"ר וחברי המועצה המשפטית, פ"ד י, 1720 (1956).

- ע"א 50/55, הרשקוביץ נ' גרינברגר, פ"ד ט, 791 (1955).
- ע"א 176/55, נתן איזנברג נ' יעקב וילצ'יק, פ"ד י, 1391 (1956).
- ע"פ 232/55, היועץ המשפטי לממשלה נ' מלכיאל גרינוולד, פ"ד יב, 2017 (1958).
- ע"א 22/56, יצחק כהן נ' קצין התגמולים – משרד הביטחון, פ"ד י, 1375 (1956).
- ע"א 140/56, רחל מוגרבי נ' ירוחם ורדימון, פ"ד יא(2), 1242 (1957).
- בג"ץ 170/56, רחמני נ' רחמני, פ"ד יא, 247 (1957).
- המ" 179/56, סבירסקי נ' ג'ייקובס, פ"ד י, 1997 (1956).
- ע"א 316/56, חיים קרמש ו"אגד" (אש"ד) בע"מ נ' סול ו-מזל דבי, פ"ד יא, 1336 (1957) – "פרשת קרמש".
- ע"א 54/57, קופלר נ' מרקוב, פ"ד יא, 1198 (1957).
- ע"א 256/57, ש' אפלבוים נ' עמוס בן גוריון, פ"ד יד(2) 1205 (1960).
- ע"א 303/57, מיכאל רייך נ' משה המר, פ"ד יא, 1362 (1957).
- בג"ץ 3/58, יונה ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב(2), 1493 (1958) – "פרשת ברמן".
- ד"נ 13/58, עיריית תל-אביב-יפו נ' יוסף לובין, פ"ד יג, 118 (1959).
- ע"א 254/58, ישראל אינגסטר נ' איזאק (יצחק) לנגפוס, פ"ד יג(1), 449 (1959); להלן: "פרשת אינגסטר".
- בג"ץ 150/59, ועד עדת הספרדים בירושלים נ' ביה"ד הרבני האזורי בירושלים, פ"ד טו, 106 (1961) – "פרשת ועד עדת הספרדים".
- המ" 295/59, זבולון כוז'הינוף נ' מרים מירום, פ"ד יג(2), 1438 (1959).
- ע"א 459/59, מלכה ואלימלך פינקלשטיין נ' ברוך (ברונק) פרושטייר, פ"ד יד, 2327, 2333 (1960).
- ע"פ 72/60, היועץ המשפטי לממשלה נ' האיל סלמאן ג'ועיה, פ"ד יד(2), 1093 (1960).
- ע"א 165/60, אוניון, חברה לביטוח בע"מ נ' עזרא יצחק משה, פ"ד יז, 646 (1963).
- ע"פ 20/61, יחזקאל סהר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טו, 561 (1961).
- המ" 28/61, יהודה לוי נ' גלה פנר, פ"ד טו(1), 533 (1961).
- ע"פ 377/61, לוי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז(2), 1065 (1963).
- ע"א 606/61, היועץ המשפטי לממשלה נ' שלמה פיליבא, פ"ד טז, 673 (1962).
- ד"נ 3/62, שר הפנים נ' ג'מאל נגיב מוסא, פ"ד טז, 2467 (1962).
- בג"ץ 99/62, יעקב סולטאן נ' בית הדין הרבני, טבריה, פ"ד טז, 1763 (1962).
- ע"א 135/63, וידאד ו-רחל סעיד ג'ריס כורי נ' מנצור ג'ריס כורי, פ"ד יז, 1855 (1963).
- ע"א 200/63, משה צוף נ' דוד אושפיז, פ"ד יז, 2400 (1963).
- ע"פ 290/63, עאצם נאשף נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(2), 570 (1964).
- בג"ץ 19/64, התאחדות סוכני ביטוח בישראל נ' המפקח על הביטוח, משרד האוצר, פ"ד יח(3), 506 (1964).
- בג"ץ 127/64, צפורה רייצ'יק נ' אב בית הדין וחברי בית הדין הרבני האזורי, פתח תקוה, פ"ד יח(3), 337 (1964).
- ע"פ 196/64, היועץ המשפטי לממשלה נ' מרדכי בש, פ"ד יח(4), 589 (1964).
- ע"א 236/64, חברת "ארדה" בע"מ נ' משה ואלעזר כץ, פ"ד יח(3), 518 (1964).
- ע"א 292/64, כהן נ' אשר, פ"ד יט(1), 414 (1965).

- ע"פ 427/64, משה יאיר נ' מדינת ישראל, פ"ד יט(3), 402 (1965).
- המ" 434/64, אריק תיאודור גלבר נ' רוגוזין אינדסטריס לימיטד, פ"ד יט(2), 200 (1965) - "פרשת גלבר".
- ע"א 507/64, ג'ני בטאן נ' יעקב זאבי, פ"ד יט(4), 337 (1965).
- בג"ץ 131/65, יורם סביצקי נ' שר האוצר, פ"ד יט(2), 369 (1965).
- בג"ץ 155/65, חיים גורוביץ נ' בית הדין הרבני האזורי, תל אביב, פ"ד יט, 16 (1965).
- ע"א 211/65, היועמ"ש נ' שלמה מזן, פ"ד י"ט(3), 33 (1965) - "פרשת מזן".
- ע"א 263/65, שרייטר נ' חלף, פ"ד כ(1), 178 (1966).
- ע"א 284/65, אליעזר שן ו-חיה שור לבית שן נ' זליג, שרה (שיינה) ו-יואל גוטמן, פ"ד כ(1), 577 (1966).
- ע"א 371/65, בנק אגוד לישראל בע"מ נ' בנק "אגודת ישראל" בע"מ, פ"ד יט(2), 585 (1965).
- המ" 609/65, עמוס רוזובסקי נ' ויליאם זבידה, פ"ד כ(1), 236 (1966).
- ע"א 4/66, מרים פרץ נ' יעקב הלמוט, פ"ד כ(4), 337 (1966).
- ע"א 116/66, חלקה 62 גוש 6946 בב"מ נ' מוניק זמל, פ"ד כ(4), 226 (1966) - "פרשת זמל".
- בג"ץ 130/66, חיים שגב נ' בית הדין הרבני האזורי, צפת, פ"ד כא(2), 505 (1967).
- ע"א 189/66, עזיז ששון נ' "קדמה" בע"מ, בית חרושת למכונות וציוד, פ"ד כ(3), 477 (1966) - "פרשת ששון".
- ע"א 641/66, צבי אריה נ' אוה (חיה) קליבנסקי, פ"ד כ"א(2), 358 (1967).
- ד"נ 13/67, "בחן" חברה לביטוח בע"מ חיפה נ' ברוך רוזנצוויג, פ"ד כב(1), 569 (1968).
- ע"א 164/67, היועץ המשפטי לממשלה נ' יחיא ואורה אברהם, פ"ד כב(1), 29 (1968).
- ע"א 449/67, צפרייר עירון נ' דוקל, תעשיות מבלטים בע"מ, פ"ד כב(1), 267 (1968).
- עלייע 1/68, פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כב(1), 673 (1968).
- ע"א 37/68, תנה גינז נ' יוסף (גינז) מאירי, פ"ד כב(1), 525 (1968).
- ע"א 58/68, בנק הפועל המזרחי נ' זורגר, פ"ד כב(2), 652 (1968).
- ע"א 194/68, פיירמנס פנד חברה לביטוח בע"מ נ' האניה "אנוטריה", פ"ד כב(2), 411 (1968).
- ע"א 625/68, מפעל הבניה של הקבוץ המאוחד ושות' נ' החברה הדרומית בע"מ, פ"ד כג(2), 721 (1969).
- ד"נ 4/69, יצחק נוימן נ' פולה פסיה כהן, פ"ד כד(2), 229 (1970) - "פרשת נוימן".
- ע"א 39/69, מכמורת, חברת פיתוח בתי-מלון בע"מ נ' יהודה שפיגל, פ"ד כג(1), 757 (1969).
- בג"ץ 150/69, רייך נ' מנהל אגף העתיקות והמוזיאונים, פ"ד כד(1), 204 (1970).
- ע"א 294/69, החברה הכלכלית של מרכז הקבלנים והבונים בישראל בע"מ נ' נחום הרשנזון, פ"ד כד(1), 505 (1970).
- ע"א 142/70, אליהו שמואלי נ' המפרקים של חברת ברזל בע"מ, פ"ד כד(2), 446 (1970).
- ע"א 293/70, מורדוך נ' דעבול, פ"ד כד(2), 811 (1970).
- ע"א 400/70, יעקב ירקוני נ' עמנואל פרידמן, פ"ד כה(2), 175 (1971).
- ע"א 404/70, עברון נ' עברון, פ"ד כה(1), 373 (1971).
- ע"א 103/71, יום טוב נורדיה נ' ברוך בכר, פ"ד כו(1), 320 (1972).
- ע"א 522/71, מוריס בנין נ' אלברט בנין, פ"ד כח(2), 309 (1974).

- בג"ץ 35/72, אלחנן קליר נ' בית הדין הרבני האזורי, ירושלים, פ"ד כו(1), 757 (1972).
- בג"ץ 185/72, ליסה גור נ' בית הדין הרבני האזורי, ירושלים, פ"ד כו(2), 765 (1972).
- בג"ץ 295/72, יהודית בכר נ' בית הדין הרבני האיזורי ברחובות, פ"ד כז(1), 568 (1973).
- ע"א 357/72, שנסי עזיז נ' סוראיה בצלציוני, פ"ד כז(1), 741 (1973) – "פרשת עזיז".
- ע"א 403/72, המרץ- מרכבי מכוניות ועבודות מתכת בע"מ נ' צבי גרייב, פ"ד כז(1), 423 (1973).
- ע"א 717/72, זמיר קבלנות כללית בע"מ נ' וולף פטשק, פ"ד כז(2), 796 (1973).
- ד"נ 22/73, יגאל בן שחר נ' יוסף מחלב, פ"ד כח(2), 89 (1974) - "פרשת בן שחר".
- ע"פ 244/73, רבר נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1), 798 (1974).
- ע"א 444/73, המועצה המקומית נשר נ' חברת דנו הישראלית, פ"ד כח(2), 356 (1974).
- ע"א 587/73, שאולי נ' מזרחי, פ"ד ל(1), 533 (1975).
- ע"א 8/74, לייזרוביץ נ' לייזרוביץ, פ"ד כח(2), 436 (1974).
- בג"ץ 74/74, שלום עזרא נ' שר התחבורה, פ"ד כח(2), 729 (1974).
- ע"א 216/74, ד"ר ה' צ' ויגל נ' אצט מפיצים (1965) בע"מ, פ"ד כט(1), 141 (1974).
- ע"א 350/74, חברת מ.ל.ט. בע"מ נ' מסעוד ו-יחיאל ממן, פ"ד כט(1), 208 (1974).
- ע"א 430/74, פרידה בסמן נ' גזית תכנון שירותי אדריכלים והנדסה בע"מ, פ"ד כט(1), 228 (1974).
- ע"א 572/74, מרדכי רויטמן נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, פ"ד כט(2), 57 (1975).
- ד"נ 39/75, רשות הנמלים בישראל נ' אררט, פ"ד לא(1), 533 (1976).
- ע"א 155/75, פקיד השומה נ' להד, פ"ד כט(2), 505 (1975).
- ע"א 718/75, שרה עמרם נ' גד סקורניק, פ"ד לא(1), 29 (1976).
- ע"א 775/75, נתן צרקלביץ נ' נזאם עבד אלרחים אלנבולסי, פ"ד ל(3), 102 (1976).
- ע"א 811/75, The Russian Ecclesiastical Mission נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לא(3), 317 (1977).
- ע"א 826/75, חל"צ (חברה לשיווק צמיגים בישראל) בע"מ נ' צמג צמיגים ושירותים בע"מ, פ"ד ל(3), 831 (1976).
- ע"א 165/76, רשות הפיתוח נ' עלי חליל עזאם, פ"ד לא(1), 253 (1976).
- ע"א 743/76, אולמי נפטון בע"מ נ' מגדל נחום בע"מ בכינוס נכסים, פ"ד לב(1), 136, 139 (1977).
- ע"א 759/76, צביה פז נ' יצחק נוימן, פ"ד לא(2), 169 (1977).
- ע"א 827/76, ישראל נ' בנק הפועלים, פ"ד לב(1), 153 (1977).
- בר"ע 77/77, כונס הנכסים של דגמית נ' תעשיות עץ וקשת, פ"ד לב(1), 444 (1977).
- ע"א 148/77, שאול רוט נ' ישופה (בניה) בע"מ, פ"ד לג(1), 617 (1979).
- בג"ץ 252/77, שלמה בבאג'ני נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד לב(1), 404 (1977).
- ע"א 370/77, היועץ המשפטי לממשלה נ' בנימין וינטרוב, פ"ד לב(2), 626 (1978).
- ע"א 561/77, חברת רם עבודות עפר בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד לב(2), 639 (1978) – "פרשת חברת רם".
- ע"פ 89/78, יעקב אפנג'ר נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3), 141 (1979).
- בג"ץ 172/78, משה בקר נ' השופט חיים אילת, פ"ד לב(3), 370 (1978).

- המ' 427/78, יצחק סובול נ' יצחק זאב גולדמן, פ"ד לג(1), 789 (1979).
- ע"א 529/78, איליט בע"מ נ' אלקו חרושת אלקטרו מיכנית ישראלית בע"מ, פ"ד לד(2), 13 (1979).
- ע"א 539/78, אדית לואל נ' הרברט לויס, פ"ד לד(4), 286 (1980).
- ע"א 646/78, חברת מ. בורוכוביץ בע"מ נ' עיריית רמת גן, פ"ד לג(3), 690 (1979) – "פרשת בורוכוביץ".
- בג"ץ 654/78, ריבה גינגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה(2), 649 (1979).
- ע"א 9/79, קרפול נ' הורוביץ, פ"ד לד(1), 260 (1979).
- ע"א 144/79, יוטבין, מהנדסים וקבלנים בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2), 344 (1980).
- ע"א 207/79, רביב משה ושות' בע"מ נ' בית יולס בע"מ, פ"ד לז(1), 533 (1982).
- ת"א (י-ם) 353/79, פנינה ברקי נ' מוחמד עליאן, פ"מ תשמ"ד(2), 505.
- ע"א 359/79, אלחנני נ' רפאל, פ"ד לה(1), 701, 715 (1980) – "פרשת אלחנני".
- ע"א 398/79, צבי מנגל נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1), 432 (1982).
- ע"א 499/79, אברהם בן דיינ נ' אי.די.אס. אינטרנשיונל בע"מ, פ"ד לח(2), 99 (1984).
- ע"א 670/79, הוצאת עתון הארץ בע"מ נ' בצלאל מזרחי, פ"ד מא(2), 169 (1987).
- ע"א 685/79, נאדרה חסן אטרש נ' עבלה מעלוף, פ"ד לו(1), 626 (1982).
- ע"א 741/79, כלנית השרון השקעות ובנין נ' רבקה הורביץ, פ"ד לה(3), 533 (1981).
- ע"א 750/79, יונתן קלאוזנר נ' אפרים ברקוביץ', פ"ד לז(4), 449 (1983).
- ע"א 817/79, אדוארד קוסוי נ' בנק י. ל. פויכטונגר, פ"ד לח(3), 253 (1984).
- ד"נ 21/80, לבניאה ורטהיימר נ' אילנה הררי, פ"ד לה(3), 253 (1981).
- ד"נ 25/80, פנחס קאטשווילי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(2), 457 (1981).
- בג"צ 162/80, פלוני נ' בית הדין הצבאי המיוחד, פ"ד לה(1), 292 (1980) – "פרשת בית הדין הצבאי המיוחד".
- ע"א 355/80, נתן אנסימוב בע"מ נ' מלון טירת בת שבע בע"מ, פ"ד לה(2), 800 (1981).
- ע"א 391/80, לסרסון נ' שיכון עובדים בע"מ, פ"ד לח(2), 237 (1984).
- ע"א 413/80, פלונית נ' פלוני, פ"ד לה(3), 57 (1981).
- ע"א 419/80, הולנדר ושות' בע"מ נ' הוד אווז בע"מ, פ"ד לו(4), 433 (1982).
- ע"א 653/80, יצירות ברנע בע"מ נ' דנית חברה לפיתוח בע"מ, פ"ד לז(1), 802 (1983).
- ע"א 732/80, מיכאל ארנס נ' "בית אל - זכרון יעקב", פ"ד לח(2), 645 (1984).
- ע"א 777/80, קלרה שרייבר נ' מרגוט שטרן, פ"ד לח(2), 143 (1984).
- בג"ץ 816/80, דבורה גוטהלף נ' בית הדין הרבני בתל-אביב-יפו, פ"ד ל"ה(3), 561 (1981) – "פרשת גוטהלף".
- ע"א 862/80, עיריית חדרה נ' אהרון זוהר, פ"ד לז(3), 757 (1983).
- ע"פ 951/80, קניר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3), 505 (1981).
- בד"מ 1/81, נגר נ' נגר, פ"ד לח(1), 365 (1984).
- ע"א 84/81, צבי גולדפרב נ' אילן גולדפרב, קטין, פ"ד לו(3), 253 (1982).

- בג"צ 245/81, אברהם שדה נ' הוועדה להענקת זכויות לפי חוק המשטרה (נכים ונספים), פ"ד לו(1), 193 (1982).
- בג"ץ 323/81, יוסף וילוז'ני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד לו(2), 733 (1982) – "פרשת וילוז'ני.
- בג"ץ 337/81, שלמה מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לו(3), 337 (1983).
- בג"צ 376/81, משה לוגסי נ' שר התקשורת, פ"ד לו(2), 449 (1982).
- ע"א 475/81, זיקרי יעקב נ' "כלל" חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מ(1), 589 (1986) – "פרשת זיקרי".
- ע"א 682/81, יונית רבקה פריד נ' יוסף פריד, פ"ד לו(2), 695 (1982).
- בג"צ 702/81, אוריאל מינצר נ' הוועד המרכזי של לשכת עורכי הדין בישראל, פ"ד לו(2), 1, (1982).
- ע"א 765/81, משה עומיסי נ' יעקב חסן, פ"ד לט(1), 556 (1985).
- ד"נ 20/82, אדרס חומרי בנין בע"מ נ' הרלו את ג'ונס, פ"ד מב(1), 221 (1988) – "פרשת אדרס".
- רע"א 103/82, חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו(3), 123 (1982) – "הלכת חניון חיפה".
- ע"פ 115/82, האיל מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1), 197 (1984) – "פרשת מועדי".
- בג"ץ 152/82, דניאל אלון נ' ממשלת ישראל, פ"ד לא(4), 449 (1982) – "פרשת דניאל אלון".
- ע"א 199/82, יעקב סניטובסקי נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד לט(1), 225 (1985).
- בג"ץ 352/82, יחזקאל בן זאב נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד לו(3), 250 (1982).
- ע"א 393/82, חיים חיים נ' גדי אביוב, פ"ד מא(1), 716 (1987).
- ע"א 429/82, מדינת ישראל נ' תמר סוהן, פ"ד מב(3), 733 (1988).
- ע"א 450/82, מדינת ישראל נ' חירם לנדאו עבודות עפר, כבישים ופיתוח בע"מ, פ"ד מ(1), 658 (1986).
- בג"ץ 490/82, בנק לאומי לישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לו(4), 578 (1983).
- ע"א 506/82, זונטג שמעון נ' עזבון המנוח מנדלסון דוד ז"ל, פ"ד מ(3), 113 (1986) – "פרשת זונטג".
- ע"א 510/82, רינה חסן נ' יפה פלדמן, פ"ד לו(3), 1 (1983).
- ע"א 519/82, פקיד השומה ת"א 4 נ' ישראל נחשתן, פ"ד לט(3), 240 (1985) – "פרשת נחשתן".
- ע"א 538/82, רבקה נצרנאל נ' שמחה רג'ואן, פ"ד לו(2), 722 (1983).
- ע"א 544/82, חממי נ' חממי, פ"ד ל"ח(3), 605 (1984).
- בג"ץ 669/82, בן צבי נ' בית הדין הרבני האזורי חיפה, פ"ד לח(2), 716 (1984).
- המ" 3547/82, איב קנטור נ' אופנת להב בע"מ, פס"מ תשמ"ג (3), 309.
- בג"ץ 7/83, מסודי ביארס (לשעבר לוי) נ' בית הדין הרבני האזורי חיפה, פ"ד ל"ח(1), 673 (1984).
- ע"א 32/83, ויולט אפל נ' דוד קפח, פ"ד לו(3), 431 (1983) – "פרשת אפלי".
- ר"ע 75/83, שמואל בן-דב נ' שטלגרובר - אוטו גרובר ושות', פ"ד לו(1), 587 (1983).
- ע"א 165/83, יתרו בוכריס נ' דיור לעולה בע"מ, פ"ד לח(4), 554 (1984) – "פרשת בוכריס".
- ר"ע 166/83, אביבה בן הלל נ' קצין התגמולים, פ"ד לח(3), 13 (1984).
- ע"א 311/83, אריה פינקלשטיין נ' ברנרד פלבסקי, פ"ד לט(1), 496 (1985).
- ע"א 436/83, יפת לוי נ' אברהם דקן, פ"ד מ(4), 589 (1986) – "פרשת דקן".

- רי"ע 457/83, ohio medical products division of air reduction company, inc נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל, פ"ד לז(4), 309 (1983).
- רע"א 540/83, טפרברג נ' כרמלי, פ"ד לח(3), 111 (1984).
- רי"ע 551/83, דפנה ברגר נ' חיים ונטורה, פ"ד לח(1), 266 (1984).
- ע"א 579/83, הרי זונשטיין נ' אחים גבסו בע"מ, פ"ד מב(2), 278 (1988).
- ע"א 607/83, חיים אהרן נ' יובל קרסנטי, פ"ד מב(1), 397 (1988).
- ע"א 623/83, אשר לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(1), 477 (1986).
- ע"א 654/83, זאב מוסקוביץ נ' משה אברבנאל, פ"ד לייח(4), 131 (1984).
- ע"א 734/83, חברת השמל לישראל בע"מ נ' שפיר דוידוביץ (שותפות רשומה), פ"ד לח(1), 613 (1984)..
- ע"א 752/83, יצחק פולק נ' אילנה פרנס, פ"ד מא(1) 274 (1987).
- ד"נ 36/84, רג"ן טייכנר נ' איר-פראנס נתיבי אויר צרפתיים, פ"ד מא(1), 589 (1987).
- ע"א 61/84, יוסף ביאזי נ' אברהם לוי, פ"ד מב(1), 446 (1988) - "פרשת ביאזי".
- ע"א 197/84, מחמוד חסן יגורי נ' רשות הפיתוח באמצעות מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד לט(2), 85 (1985).
- ע"א 253/84, ספיר נ' ספיר, פ"ד מב(3), 14 (1988) - "פרשת ספיר".
- בר"ע 501/84, "הסנה" חברה ישראלית לביטוח נ' משה רוטבן, פ"ד לט(1), 26 (1985).
- בג"צ 547/84, עוף העמק נ' המועצה המקומית רמת-ישי, פ"ד מ(1), 113 (1986).
- ע"א 556/84, קומפני פריזיין נ' שמואל פלאטו שרון, פ"ד לט(2), 529 (1985).
- ע"א 596/84, קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל נ' מרים גל, פ"ד לט(3), 477 (1985).
- ע"א 615/84, אברהם מרקוביץ נ' חייא סתם, פ"ד מב(1), 541 (1988) - "פרשת מרקוביץ".
- בג"ץ 732/84, ח"כ יאיר צבן נ' השר לענייני דתות, פ"ד מ(4), 141 (1986).
- ע"א 37/85, הנס ברבלק נ' אברהם שביט, פ"ד מא(1) (1987).
- בג"ץ 73/85, סיעת "כך" נ' שלמה הלל - יושב ראש הכנסת, פ"ד לט(3), 141 (1985).
- בג"ץ 87/85, ג'מאל אחמד ג'בר ארג'וב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מב(1) 353 (1988) - "פרשת ארג'וב".
- ע"א 143/85, יצחק לוי נ' רחל לוי, פ"ד לט(3), 831 (1985).
- רי"ע 201/85, ניצני עוז נ' אנדרי בלחסן, פ"ד לט(3), 136 (1985).
- ע"א 245/85, יהודית אנגלמן נ' מרטה קליין, פ"ד מג(1), 772 (1989) - "פרשת אנגלמן".
- רי"ע 330/85, מנחם אלבו נ' רבינטקס תעשיות, פ"ד לט(2), 556 (1985).
- בג"ץ 410/85, אייל חמד, קטין נ' עזרא חמד, פ"ד מ(1), 110 (1986).
- ע"א 413/85, רוט נ' רוט, פ"ד מ(1), 835 (1986).
- ע"א 489/85, מאהר פרחאן סאלחאת, קטין נ' עיריית שכם, פ"ד מב(1), 497 (1988).
- ע"א 490/85, מלחי יריחו בע"מ נ' מפעלי ים המלח, פ"ד מא(4), 401 (1987).
- רי"ע 711/85, בנק לאומי לישראל בע"מ נ' אברהם אלגזיר, פ"ד לט(4), 682 (1986).
- ע"א 790/85, רשות שדות התעופה בישראל ע"א נ' גרוס, פ"ד מד(3), 185 (1990).



- ד"ר 8/86, המשחטה המאוחדת שוק הכרמל נ' עיריית תל אביב-יפו, פ"ד מ(2), 157 (1986).
- בג"ץ 144/86, סא"ל זיו הלוי נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד מ(2), 309, 314 (1986).
- ע"א 172/86, יעקב בוחבוט נ' מרטין ווינגר, פ"ד מב(2), 173 (1988).
- ב"ש 230/86, עוזי עצמון נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(2), 353 (1986).
- ב"ש 298/86, בן ציון ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב, פ"ד מא(2), 337 (1987).
- בג"ץ 428/86, ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3), 505 (להלן: "פרשת ברזילי"), 621 (1986).
- ע"א 543/86, כלל חברה לביטוח נ' כלפון, פ"ד מב(3), 339 (1988).
- ב"ש 899/86, מקס גרינהוט גמבה נ' אלבני ישראל פרייט בע"מ, פ"ד מ(4), 365 (1986).
- ע"פ (ת"א) 1419/86, יהושע טסה נ' מדינת ישראל, פ"מ תשמ"ח (1), 309 - "פרשת טסה".
- ע"א 230/87, יצחק שקולניק נ' יגאל זכאי, פ"ד מו(3), 279 (1992).
- ב"ש 261/87, דניאל ש' הופר נ' החברה הישראלית לביטוח אשראי (כ.א. בע"מ), פ"ד מא(2), 692 (1987).
- ע"א 352/87, גרייפין קורפוריישן נ' כור סחר בע"מ, פ"ד מד(3), 45 (1990).
- ע"פ 417/87, מדינת ישראל נ' אברהם אלבו, פ"ד מב(4), 385 (1988).
- ע"א 533/87, ארגון מושבי הפועל המזרחי בע"מ נ' משה ולך, פ"ד מג(2), 864 (1989).
- ע"א 588/87, אליעזר כהן נ' צבי שמש, פ"ד מה(5), 297 (1991).
- ע"א 65/88, אדרת שומרון בע"מ נ' הולינגסוורת ג.מ.ב.ה., פ"ד מד(3), 600 (1990).
- ע"א 82/88, שמחה שמואלי נ' שושנה קצב, פ"ד מו(4), 129 (1992).
- רע"א 102/88, מעדני אווז הכסף בע"מ נ' Cent or S.A.R.L., פ"ד מב(3), 201 (1988).
- רע"א 196/88, טומשבסקי נ' אופנהיימר, פ"ד מב(4), 365, 372 (1988).
- ע"א 258/88, פיכטנבאויס נ' רשם המקרקעין, פ"ד מד(2), 576 (1990).
- ע"פ 353/88, גניה וילנר נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(2), 444 (1991).
- ע"א 391/88, מנהל עיזבון המנוח פיכטנבוים נ' חיה זלישק, פ"ד מו(4), 311 (1992).
- ע"א 410/88, "רותם" חברה לביטוח בע"מ נ' כוכב בע"מ, פ"ד מג(4), 761 (1989).
- רע"א 433/88, התאגדות לתרבות גופנית הפועל ראשל"צ נ' זפרני יורם (פורסם בנבו, 22.8.88).
- ע"א 506/88, יעל שפר, קטינה, באמצעות אמה ואפוטרופסיתה הטבעית, טלילה שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1), 87 (1993) - "פרשת שפר".
- בש"פ 658/88, מחמוד סארי חסן נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(1), 670 (1991).
- ע"א 32/89, חיים גולן נ' אורי עלוני, פ"ד מו(3), 665 (1992).
- ע"א 79/89, סולל בונה בע"מ נ' אחים גולדשטיין חברה לשיכון ופיתוח בע"מ (בפירוק), פ"ד מו(3), 58 (1992).
- בש"א 93/89, ליאוניד מנדליכט נ' מעבדות טרבינוול (ישראל) בע"מ, פ"ד מג(1), 524 (1989).
- ע"א 197/89, הסתדרות אגודת ישראל בארץ ישראל נ' שלום משה שוורץ, פ"ד מה(3), 320 (1991).
- ע"א 214/89, אריה אבנרי נ' אברהם שפירא, פ"ד מג(3), 840 (1989).
- ע"א 248/89, החברה הכללית למוסיקה (1973) בע"מ נ' Warner Home Video (Ltd) U.K., פ"ד מו(2), 273 (1992).

- בר"ע 288/89, אושיות חברה לביטוח בע"מ נ' כהן אורית, פ"ד מג(4), 427 (1989).
- בג"ץ 294/89, המוסד לביטוח לאומי נ' כאמל עבד אל רחמן עוואד אלפטפטה, פ"ד מה(5), 445 (1991).
- בש"א 356/89, שמעונה בריק נ' בנק אוצר החייל, פ"ד מג(4), 22 (1989).
- ע"א 392/89, אברהם עינצי נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל, פ"ד מד(4), 4 (1990) – "פרשת עינצי".
- רע"א 442/89, איאד עלאלדין נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(3), 824 (1989).
- ע"א 479/89, בזיליאוס נ' חלמיש, פ"ד מו(3), 837 (1992).
- ע"א 513/89, S/interlego נ' lines bros. S.a-exin, פ"ד מח(4), 133, 200 (1994).
- ע"א 526/89, סאלח עבד אל קאדר עומר עוואדה נ' עיזבון המנוח עומר עלי עוואדה, פ"ד מה(5), 749 (1991).
- ע"א 530/89, דיסקונט נ' נופי, פ"ד מז(4), 116 (1993).
- ע"א 536/89, פז חברת נפט בע"מ נ' גד לויטין, פ"ד מו(3), 617 (1992).
- רע"א 544/89, אוויקל תעשיות (1985) בע"מ נ' נילי מפעלי מתכת בע"מ, פ"ד מד(1), 647 (1990) – "פרשת אוויקל".
- ע"א 700/89, חברת חשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ, פ"ד מז(1) 667 (1993) – "פרשת חברת חשמל".
- ע"א 166/90, אזולאי נ' א"ב מפעלי תיירות, פ"ד מו(5), 344 (1992).
- ע"א 579/90, מרדכי וגילה רוזין נ' צפורה בן נון, פ"ד מו(3), 738 (1992) – "פרשת רוזין".
- ע"א 1130/90, חברת מצות ישראל בע"מ נ' עיריית פתח-תקווה, פ"ד מו(4), 778 (1992).
- רע"א 1436/90, גיורא ארד חברה לניהול נ' מנהל מס ערך מוסף, פ"ד מו(5), 101 (1992).
- בג"ץ 1635/90, יוסף ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה יצחק שמיר, פ"ד מה(1), 749 (1991).
- ע"א 1894/90, שמואל פלאטו-שרון נ' ז'ק אסולין, פ"ד מו(4), 822 (1992).
- ע"פ 3971/90, אילנה אסיס נ' השופטת ויקטוריה אוסטרובסקי, פ"ד מה(1), 661 (1990).
- בג"ץ 4112/90, האגודה לזכויות האזרח נ' אלוף פיקוד הדרום, פ"ד מד(4), 626 (1990).
- ע"א 4360/90, בר חן נ' כוכבי, פ"ד מז(2), 311 (1993).
- ע"א 5124/90, ורדה אבראהים איוב נ' נסראת אניס ח-טיב, פ"ד מו(5), 834 (1992).
- ע"א 294/91, חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' ליונל אריה קסטנבאום, פ"ד מו(2), 464 (1992).
- ת"א (ב"ש) 537/91, מרכז תריסי דרום נ' קורם קונסטרוקציות ומבנים בע"מ, פס"מ תשנ"ג(2), 205 (1993).
- רע"א 1008/91, קצין התגמולים נ' עזבון המנוח זמיר בן ציון, פ"ד מה(3), 431 (1991).
- ע"א 1390/91, מוטי פרץ נ' האלוף מתן וילנאי, פ"מ תשנ"ו(1), 9.
- ע"א 1613/91, אורית ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2), 765 (1992).
- רע"א 1794/91, סהר חברה לביטוח בע"מ נ' עבדאל כרים עומרי (פורסם בנבו, 25.9.91) – "פרשת סהר".
- רע"א 2598/91, דיאנה וולפסון נ' עופר וולפסון, פ"ד מה(5), 816 (1991).
- רע"א 5967/91, ג'ון מיכאל הופמן, קטין נ' גבריאל הופמן, פ"ד מו(1), 784 (1992).
- ע"א 294/92, חיה דרוק נ' אהרן אליאסיאן, פ"ד מז(3), 23 (1993).
- ת"א (י-ם) 380/92, טיפול שורש – ניהול ושרותים למרפאות שיניים (ישראל מס' 1) בע"מ נ' הפועלים ליסינג בע"מ (פורסם בנבו, 20.1.97) – "פרשת טיפול שורש".

- ע"א 447/92, הנרי רוט נ' אינטרקונטיננטל קרדיט קורפריישן, פ"ד מט(2), 102 (1995) – "פרשת רוט".
- בג"ץ 1000/92, חוה בבלי נ' בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2), 221 (1994) – "פרשת בבלי".
- ע"א 1354/92, היועץ המשפטי נ' פלונית, פ"ד מח(1), 711 (1994).
- ה"פ (ת"א) 1823/92, בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' אלברט סבג, פ"מ תשנ"ו(3), 421 (1996)..
- רע"א 1917/92, יעקב סקולר נ' ניצה ג'רבי, פ"ד מז(5), 764 (1993).
- רע"א 2694/92, אינג' אליהו פבר חברה לבנין והנדסה אזרחית בע"מ נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל (פורסם בנבו, 5.8.92) - "פרשת פבר".
- ע"א 2698/92, יהודית יונה נ' רחל אדלמן, פ"ד מח(3), 275 (1994) - "פרשת יונה".
- ע"א 2877/92, אל לטיף נ' מורשת בנימין למסחר ולבניה (קרני שומרון) בע"מ, פ"ד מז(3), 846 (1993).
- בג"ץ 3914/92, לאה לב נ' ביה"ד הרבני האזורי תל אביב יפו, פ"ד מח(2), 491 (1994) – "פרשת לב".
- בג"צ 3991/92, המועצה המקומית אבו סנאן נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מז(3) 234 (1993).
- ע"א 4682/92, עיזבון המנוח סלים עזרא שעיה נ' בית טלטש בע"מ, פ"ד נז(3), 366 (2003).
- בג"ץ 4974/92, יעקב רובין, עו"ד נ' כב' השופט סגלסון, פ"ד מו(5), 772 (1992).
- רע"א 5568/92, שיכון עובדים נ' ערים חברה לפיתוח עירוני בע"מ (פורסם בנבו, 28.12.92).
- ת"א (ב"ש) 63/93, מגן דוד אדום בישראל נ' ק.ח. (פורסם בנבו, 13.2.94).
- ע"א 68/93, בועז אשכנזי נ' ישראל יעקב אשכנזי, קטין (פורסם בנבו, 9.6.94).
- רע"א 292/93, אריה סרבוז נ' ע. אופק בע"מ, פ"ד מח(3), 177 (1994).
- ת"א (י-ם) 344/93, אלעביד סלים נ' קיילין את שניטמן, הנדסת מבנים בע"מ (פורסם בנבו, 12.2.96).
- ע"א 1673/93, לירל (טריידינג) בע"מ נ' המגן, חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מח(2), 697 (1994).
- בג"ץ 2481/93, יוסף דיין נ' ניצב יהודה וילק, מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2), 456 (1994).
- ע"א 2781/93, מיאסה עלי דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4), 526 (1999) – "פרשת דעקה".
- בג"ץ 3094/93, התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5), 404 (1993).
- ע"א 3115/93, ראובן יעקב נ' מנהל מס שבח מקרקעין חיפה, פ"ד נ(4), 549 (1997) - "פרשת יעקב".
- ע"א 3199/93, יוסף קראוס נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פ"ד מט(2), 843 (1995).
- ע"א 3833/93, לוינ' לוינ' פ"ד מח(2), 862 (1994) - "פרשת לוינ'".
- בג"ץ 4044/93, גרשון סלומון נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מט(5), 617, 621 (1996).
- רע"א 4196/93, שפע בר ניהול ושירותים (1991) בע"מ נ' שפע מסעדות ייצור ושיווק ארוחות מוכנות 1984 בע"מ, פ"ד מז(5), 165 (1993).
- ע"א 4628/93, מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום בע"מ, פ"ד מט(2), 265 (1995).
- רע"א 5095/93, פ.א. ארבן בע"מ נ' גבי א.ג.ר. שותפות לבנין ופיתוח, פ"ד מט(1), 730 (1995).
- בג"ץ 5182/93, יהודית לוי נ' בית הדין הרבני האזורי, רחובות, פ"ד מ"ח(3), 1 (1993).
- ע"א 5610/93, יוסף זלסקי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ראשון לציון, פ"ד נא(1), 68 (1997) – "פרשת זלסקי".
- ת"פ (ת"א) 6650/93, מדינת ישראל נ' יגאל תומרקין, פ"מ תשנ"ה(4), 415 (1996).
- ע"פ 1179/94, נסים אשכנזי נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(5), 320 (1994).

- רע"א 1260/94, תמר בן חיים נ' אבי חן בע"מ, פ"ד מח(4), 826 (1994).
- רע"א 1412/94, הסתדרות מדיציניית הדסה עין-כרם נ' עפרה גלעד, פ"ד מט(2), 516 (1995) - "פרשת הסתדרות מדיציניית הדסה".
- בג"צ 2148/94, גלברט אמנון נ' כבוד נשיא בית המשפט העליון, פ"ד מח(3), 573 (1994).
- בג"ץ 2786/94, משה מנא נ' רשם האגודות השיתופיות, אורי זליגמן (פורסם בנבו, 11.9.94).
- ע"פ 2910/94, ארנסט יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2), 221 (1996).
- בג"צ 2911/94, סאמי עבדול באקי נ' עמרם קלעג'י, מנכ"ל משרד הפנים, פד"י מח(5), 291 (1994).
- בג"ץ 2933/94, רשות שדות התעופה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נ(3), 837 (1996)..
- בג"צ 3486/94, סלימאן ג'בר מסאלחה נ' ועדת התכנון והבניה נחל עירון, פ"ד מח(5), 291 (1994).
- בג"ץ 4435/94, מיכל טל נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים בירושלים, פ"ד מט(2), 630 (1995).
- בש"א 4459/94, עמנואל סלמונוב, עו"ד נ' משה שרבני, פ"ד מט(3), 479 (1994) - "פרשת סלמונוב".
- רע"א 4556/94, רמי טצת נ' אברהם זילברשץ, פ"ד מט(5) 774 (1996).
- רע"א 5768/94, א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4), 289 (1998).
- רע"א 6546/94, בנק איגוד לישראל בע"מ נ' הנרי אזולאי, פ"ד מט(4), 54 (1995) - "פרשת בנק איגוד".
- רע"א 6920/94, יאיר לוי נ' צבי פולג, פ"ד מט(2), 731 (1995).
- ע"א 733/95, ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3), 577 (1997) - "פרשת ארפל".
- ת"א (י-ם) 767/95, חיה יוספוף (קטינה) נ' הסתדרות מדיציניית הדסה (פורסם בנבו, 14.2.96).
- ת"א (י-ם) 800/95, גולדשטיין אולג נ' המאגר הישראלי לבטוחי רכב (הפול) (פורסם בנבו, 9.6.96).
- ע"פ 866/95, אהרון סוסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1), 793, 817 (1996).
- ת"א (י-ם) 1131/95, יהודה אליהו נ' עוזי ישראל פור (פורסם בנבו, 31.12.10).
- ע"פ 1632/95, עוזי אזולאי משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 534 (1996).
- ע"א 1751/95, יצחק סנגבי נ' תמר סנגבי, פ"מ תשנ"ו(2), 517 - "פרשת סנגבי".
- דנ"א 2401/95, רותי נחמני נ' דניאל נחמני, פ"ד נ(4), 661 (1996) - "פרשת נחמני".
- דנ"א 2485/95, אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.7.95).
- ע"א 2688/95, יצחק פנחס נ' כרם מהנדסים, פ"ד נ(5), 742 (1997).
- ע"א 2967/95, מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נא(2), 312 (1997).
- בג"צ 3081/95, רומיאו נ' המועצה המדעית של ההסתדרות הרפואית בישראל, פ"ד נ(2), 177 (1996).
- בג"צ 3269/95, יוסף כץ נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים, פ"ד נ(4), 590 (1996).
- בג"ץ 3477/95, ישראל בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5), 1 (1996).
- ע"א 3868/95, ונדה ורבר נ' מנחם ורבר, פ"ד נב(5), 817 (1998).
- ע"א 4024/95, פגילזר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.1.98).
- עש"מ 4123/95, יוסף אור נ' מדינת ישראל - נציב שירות המדינה, פ"ד מט(5), 184 (1996).
- רע"א 4999/95, alberici international שותפות רשומה זרה הרשומה בישראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1), 39 (1996).
- בג"צ 6055/95, שגיא צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג(5), 241 (1999).

- ע"א 6643/95, כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד נג(2) 680 (1999).
- דנ"א 7325/95, ידיעות אחרונות בע"מ נ' יוסף קראוס, פ"ד נב(3), 1 (1998).
- ת"א (ת"א) 51917/95, כהן יחזקאל נ' עיריית תל אביב (פורסם בנבו, 21.3.07).
- דב"ע נו/3-153, אילנה בן עזרא נ' מדינת ישראל, פד"ע לא, 501 (1996).
- בר"ע (ת"א) 84/96, פלוניס נ' אלמוני (פורסם בנבו, 3.11.96).
- בג"ץ 198/96, גד צירינסקי נ' סגן נשיא בית-משפט השלום בחדה, השופט עמירם שרון, פ"ד נב(3), 721 (1998).
- בש"א 1481/96, נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(5), 598 (1996).
- ת"א (י-ם) 1504/96, שאול כהן נ' אפוטרופוס על נכסי נפקדים (פורסם בנבו, 11.1.99).
- בג"ץ 2757/96, הילה אלראי נ' שר הפנים, פ"ד נ(2), 18 (1996).
- רע"א 2906/96, סולי ש. ואנו, עו"ד, מנהל מיוחד מ.ב. תשלובת הבניה של הקיבוץ הארצי בע"מ נ' מכון התקנים הישראלי, פ"ד נ(1), 298 (1996).
- רע"א 3151/96, גדליה אברט נ' יוסף רבינוביץ (פורסם בנבו, 17.12.97) - "פרשת אברט".
- ע"א 3857/96, יוסף שגיא נ' תעשיות רוגוזין בע"מ, פ"ד נב(2), 706, 711 (1998) - "פרשת שגיא".
- ע"א 4012/96, בני שחף הובלות והשקעות (1976) בע"מ נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ, פ"ד נה(1), 492 (2000).
- ע"א 6514/96, חניון המרכבה חולון בע"מ נ' עיריית חולון, פ"ד נב(1), 390 (1999).
- ע"א 7424/96, בנק המזרחי בע"מ נ' חברת אליהו גרציאני (1988) בע"מ, פ"ד נד(2), 145 (2000).
- מ"ח 7929/96, אחמד כוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1), 529 (1999).
- ע"א 7948/96, בנק הפועלים בע"מ נ' מוסכי צומת גהה בע"מ, פ"ד נה(1), 865 (1998).
- ע"א 8265/96, רמט בע"מ נ' בריברום, פ"ד נז(1), 486 (2002).
- רע"א 8420/96, דן מרגליות נ' משכן – בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ, פ"ד נא(3), 789 (1997).
- ע"א 9099/96, ידיעות אחרונות בע"מ נ' שמואל פירסטנברג, פ"ד נג(5), 1 (1999).
- בש"א 723/97, עוזי בנזימן נ' שר הביטחון, פ"ד נא(1), 364 (1997).
- ת"א (ת"א) 890/97, עובד זכאי נ' דולה שאול (פורסם בנבו, 13.7.99).
- ע"א 1041/97, אבי סררו נ' נעלי תומרס בע"מ, פ"ד נד(1), 642 (2000) – "פרשת סררו".
- ת"א (ת"א) JOOP! GmbH, 1171/97, כל פרפיוס בע"מ (פורסם בנבו, 18.6.06).
- ע"א (בי"ש) 1226/97, אבו ג'עפר חברה לבנין נ' החברה הכלכלית לפיתוח ב"ש (פורסם בנבו, 18.3.99).
- ע"א 1540/97, הועדה המקומית לתכנון ולבניה חולון נ' אברהם רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ, פ"ד נז(3), 374 (2003).
- בג"ץ 1618/97, יצחק סצ'י נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נב(2), 542 (1998).
- ע"א 1776/97, אאורליה ליבוביץ - בית מלאכה לתפירה נ' גדעון אוברזון - תעשיות אופנה (1976) בע"מ, פ"ד נד(3), 49 (2000).
- בג"ץ 1912/97, צבי ריש, עו"ד נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, פ"ד נב(5), 650 (1998).
- ע"א 2000/97, ניקול לינדורן נ' קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, פ"ד נה(1), 12 (1999).
- בש"א 2005/97, יהושע נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 16.4.97).

- בג"ץ 2533/97, התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(3), 46 (1997).
- בר"ע (י-ם) 3248/97, שלום כהן נ מנשה דוד (פורסם בנבו, 10.12.97).
- ע"א 3602/97, נציבות מס הכנסה ומס רכוש נ' דניאל שחר, פ"ד נו(2), 297 (2001).
- ע"א 5171/97, מוחמד סעיד ריאן נ' איברהים סעיד (פורסם בנבו, 19.1.98).
- ת"א (י-ם) 5499/97, המוסד לביטוח לאומי נ' כלל חברה לביטוח (פורסם בנבו, 30.12.04).
- ע"א 6095/97, ישראל איטר בע"מ נ' בנק דיסקונט, פ"ד נו(4), 721 (2002).
- ע"א 6283/97, יאניקה אלכסנדרוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3), 254 (1998).
- רע"א 6339/97, משה רוקר נ' משה סלומון, פ"ד נה(1), 199 (1999).
- ע"פ 6752/97, רפי פרידן נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5), 329 (1997).
- רע"א 6810/97, יהודית בן שושן נ' רוברט בן שושן, פ"ד נא(5), 375 (1997)..
- דנ"פ 7048/97, פלונים נ' שר הבטחון, פ"ד נד(1), 721 (2000).
- ע"א 7261/97, שרבני נ' חברת האחים שבירו בע"מ, פ"ד נד(4), 464, 478 (2000)..
- ע"א 69/98, מחאג'נה נ' מחאג'נה (פורסם בנבו, 8.6.05).
- בג"ץ 816/98, אליהו אמינוב נ' שמואל אלטלף, פ"ד נב(2), 769 (1998).
- ת"א (חי"י) 936/98, א.ר.צ.ג. פנתיאון נ' יו.אס.אר. מערכות אלקטרוניקה (פורסם בנבו, 26.9.04).
- בג"ץ 1438/98, התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5), 337 (1999).
- ת"א (י-ם) 1517/98, אריק ששפורטיש נ' ישראל אדלר ובנו חברה להשקעות בע"מ (פורסם בנבו, 2.3.09) – "פרשת ששפורטיש".
- בג"ץ 2057/98, סמדר טייב נ' בית הדין הרבני האזורי בבאר שבע (פורסם בנבו, 30.6.99).
- ת"א (ת"א) 2103/98, מינהל מקרקעי ישראל – תל אביב נ' כהן דוד (פורסם בנבו, 9.2.06).
- רע"א 2345/98, סלים דנגור נ' חנוך ליבנה, פ"ד נב(3), 421 (1998).
- ע"א 2454/98, אליהו לינדאור נ' יעקב רינגל, פ"ד נו(1), 225 (2001).
- ע"א 2629/98, השר לביטחון פנים נ' הרב שלום דב וולפא, פ"ד נו(1), 786 (2001) - "פרשת וולפא".
- ע"א 3051/98, דרין נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ, פ"ד נט(1), 673 (2004).
- ע"א 3369/98, מינהל מקרקעי ישראל נ' רוזנטל, פ"ד נה(4), 52 (2001).
- רע"א 3646/98, כ.ו.ע. לבנין בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף, פ"ד נז(4), 891 (2003)
- בג"ץ 3650/98, אברהם פרידמן נ' בית הדין הרבני האיזורי בירושלים (פורסם ב'דינים ועוד', 14.3.99).
- ע"א 3668/98, בסט ביי רשתות שיווק בע"מ נ' פידיאס אחזקות, פ"ד נג(3), 180 (1999).
- בש"א 3780/98, גיא רוזן נ' כפר הרי"ף כפר שיתופי להתישבות חקלאית, פ"ד נב(3), 625 (1998).
- ע"פ 4466/98, ראמי דבש נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3), 73 (2002).
- רע"א 4249/98, שמעון סוויסה נ' הכשרת היישוב – חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נ"ה(1), 515 (1999).
- ע"פ 5121/98, טור' (מיל') רפאל יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1), 461 (2006).
- רע"א 6130/98, חברה קבלנית לבנין ירושלים תשד"מ בע"מ נ' ר.א.מ. מהנדסים קבלנים בע"מ, (פורסם בנבו, 5.1.99).
- ע"א 6912/98, חאלד ראבח ואח' נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פ"ד נח(2), 870 (2004).

- רע"א 259/99, חברת פליצה' ראובן בע"מ נ' ציפורה סופיוב, פ"ד נה(3), 385 (2001).
- בע"ע 266/99, מועצה מקומית ירכא נ' זיאד תקתוק, פד"ע ל"ז, 105, 133 (2001).
- ת"א (חי) 787/99, ארי כץ נ' עיריית הרצליה (פורסם בנבו, 3.8.03).
- בג"ץ 971/99, התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד נו(6), 117 (2002).
- ע"א 1254/99, אביגדור המאירי נ' הכשרת הישוב – חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נד(2), 535 (2000).
- ע"פ 1903/99, אהרון חסין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 7.4.08) – "פרשת חסיין".
- בג"ץ 2222/99, אנז'ל (אורה) גבאי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נד(5), 401 (2000) – "פרשת גבאיי".
- רע"פ 2413/99, טוראי רחמים גיספן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נה(4), 673 (2001) – "פרשת גיספן".
- רע"א 5357/99, אריה נדב נ' סלון מרכזי למכונות כביסה וטלוויזיה בבית אל על בע"מ (פורסם בנבו; 7.11.99).
- בג"ץ 5743/99, יוסי דואק נ' ראש עיריית קרית ביאליק, מר דני זק, פ"ד נד(3), 410 (2000).
- ע"א 6574/99, מדינת ישראל, משרד השיכון נ' עו"ד קרייתי, מפרק חברת ביתרומעץ, פ"ד נח(3), 313 (2004).
- ע"א 6805/99, תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים, פ"ד נו(5), 433 (2003) – "פרשת תלמוד תורה".
- רע"א 6899/99, אייזמה פרידל נ' בנק הפועלים בע"מ (פורסם בנבו, 31.10.99).
- רע"א 7608/99, לוקי ביצוע פרויקטים (בניה) 1989 בע"מ נ' מצפה כנרת 1995 בע"מ, פ"ד נו(5), 156 (2002) – "פרשת לוקיי".
- רע"א 7831/99, צוריאנו נ' צוריאנו, פ"ד נו(1), 673 (2002).
- ע"א 9245/99, ארנון ויינברג נ' משה אריאן, פ"ד נח(4), 769 (2004).
- ע"א (י-ם) 1191/00, דן משה רייך נ' Bank Leumi U.S.A. (לשעבר בנק לאומי טרסט קומפני אופ ניו יורק, פס"מ תשי"ס(2), 408 (2001).
- בש"א 1307/00, "אריה" חברה ישראלית לביטוח בע"מ נ' שריקי מיכאל (פורסם בנבו, 28.3.00).
- ע"פ 1619/00, ראמז אלרוזי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.11.00).
- פש"ר (ת"א) 1743/00, סלומון יעקב רון נ' עו"ד גד ויספלד (פורסם בנבו, 25.12.07).
- רע"א 1958/00, אריה נדב נ' סלון מרכזי למכונות כביסה וטלוויזיה בבית אל על, פ"ד נח(5), 43 (2001) – "פרשת נדב".
- רע"א 2159/00, עוזי פנחסי נ' שמעון סוויסה (פורסם בנבו, 19.6.00).
- בר"ע (י-ם) 2315/00, מדינת ישראל נ' אבי פרידמן (פורסם בנבו, 12.3.01).
- ת"א (י-ם) 2220/00, מפעלי תאורה א. הכט בע"מ נ' רשות הדואר (פורסם בנבו, 31.7.03) – "פרשת מפעלי תאורה".
- ת"א (י-ם) 2261/00, איאו יוסף גטהון נ' הדר חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 23.8.09).
- ת"א (י-ם) 2491/00, פאתו פארג' מוחמד חסו זאיד נ' מאהר עומר סהלב (פורסם בנבו, 11.9.02).
- ע"א 2617/00, מחצבות כנרת (שותפות מוגבלת) נ' הועדה המקומית לתכנון ובנייה, נצרת עלית, פ"ד ס(1), 600 (2005) – "פרשת מחצבות כנרת".
- בש"א (נצ') 2659/00, איתי שקד נ' סוניה ציפליק (פורסם בנבו, 23.10.00).
- רע"א 2808/00, שופר סל בע"מ נ' אורי ניב, פ"ד נד(2), 845 (2000).

- רע"א 3126/00, מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נז(3), 220 (2003).
- רע"א 3136/00, סלימאן סלמאן נ' ג'ורג' שוקייר - רו"ח, פ"ד נה(2), 97 (2000).
- בג"ץ 4057/00, ישקר בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נה(3), 734 (2001).
- בג"ץ 4124/00, ארנן יקותיאל ז"ל נ' המשרד לענייני דתות (פורסם בנבו, 14.6.10).
- ע"א 6185/00, עו"ד מאהר חנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1), 366 (2001).
- ע"א 6234/00, ש.א.פ. בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד נז(6), 769 (2003).
- ע"א 6370/00, קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה, פ"ד נו(3), 289 (2002).
- ע"א 6492/00, שלדות מפעלי מתכת בע"מ נ' שחיבר, פ"ד נו(5), 925 (2002).
- ע"א 6696/00, בית החולים המרכזי עפולה נ' פינטו (פורסם בנבו, 2.9.02).
- בש"א 6708/00, יוסף אהרון נ' אמנון אהרון, פ"ד נד(4), 702 (2000) – "פרשת אהרון".
- רע"א 6830/00, ברנוביץ נ' תאומים, פ"ד נז(5), 691 (2003).
- בה"נ 6857/00, יוליה רוטה נ' מרק נצבטייב, פ"ד נד(4), 707 (2000).
- ע"א 7401/00, יעקב יחזקאלי נ' מרדכי גלוסקה, עו"ד, פ"ד נז(1), 289 (2002) – "פרשת יחזקאלי".
- ע"פ 7832/00, בוריס יעקובוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2), 534, 541 (2002).
- רע"א 8292/00, גבריאל יוספי נ' שמואל לוינסון (פורסם בנבו; 27.2.01) – "פרשת יוספי".
- בג"ץ 8497/00, פלוני נ' פלונית, פ"ד נז(2), 118 (2003).
- בג"ץ 8754/00, רון נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נו(2), 625 (2002).
- ע"א 9396/00, קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים נ' אלי זנגי, פ"ד נה(3), 537 (2001).
- בג"ץ 9474/00, אליעזר גל נ' ראש עיריית חיפה, מר מצנע, פ"ד נט(3), 714 (2004).
- בג"ץ 9611/00, בדר (מרעי) נבאל נ' מרעי נזיה, פ"ד נח(4), 256 (2004).
- ת"א (י-ם) 21614/00, סאמר חאלד זאקור ז"ל נ' נציבות שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 7.12.04).
- ת"א (ת"א) 88377/00, עיריית הרצליה נ' בראל ניהול ואחזקת בתים משותפים (פורסם בנבו, 24.3.04).
- ת"א (ת"א) 112932/00, פלאפון תקשורת בע"מ נ' אשד גומיות אריזה בע"מ (פורסם בנבו, 18.12.03).
- דנ"א 79/01, עין-גב - קבוצת פועלים להתיישבות שיתופית בע"מ נ' מקורות חברת מים בע"מ (פורסם בנבו, 29.11.01).
- רע"א 83/01, וייס נ' מרדכי, פ"ד נה(3), 730 (2001).
- בש"א 457/01, נחום קרליץ נ' פקיד הבחירות לעירית באר שבע 1998, פ"ד נה(3), 869 (2001).
- ע"א 694/01, מדינת ישראל נ' לאה ויסמן (פורסם בנבו, 30.7.01).
- בש"א (ב"ש) 1266/01, עקריש יוסף נ' בוזגלו מישל (פורסם בנבו, 3.10.01).
- רע"א 1297/01, גיל מיכאלוביץ' נ' כלל חברה לביטוח, פ"ד נה(4), 577 (2001) – "פרשת מיכאלוביץ'".
- רע"א 2301/01, פז חברת נפט בע"מ נ' משה רשקס, פ"ד נה(4), 245 (2001).
- רע"א 2371/01, אינשטיין שריר נ' אוסי תכנון והקמת מבנים ופיתוח בע"מ, פ"ד נז(5), 787 (2003).
- רע"א 2821/01, אבי פרידמן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.4.02).
- ת"א (י-ם) 3231/01, יוסף ברילנט נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ (פורסם בנבו, 18.8.03).



- ת"פ (י-ם) 3253/01 מדינת ישראל נ' דור מרדכי (פורסם בנבו, 31.10.02) - "פרשת דור".
- ת"א (י-ם) 3256/01, מיכל דורון נ' המועצה המקומית מבשרת ציון (פורסם בנבו, 17.2.03).
- ת"א (י-ם) 3386/01, יוסף פז נ' לילית מפעלי תמרוקים ואירוסלים 1973 בע"מ (פורסם בנבו, 11.1.06).
- ת"א (י-ם) 3104/01, אספן בניה ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד השיכון (פורסם בנבו, 28.7.04) - "פרשת אספן".
- בר"ע (י-ם) 3403/01, זיזה דוד נ' עורך דין אריה יעקב, פס"מ תשס"א(1), 756, 760 (2002).
- ת"א (י-ם) 3412/01, עיריית ירושלים נ' בית הרכב בע"מ (פורסם בנבו, 30.5.04).
- ע"א 3441/01, פלוני נ' פלונית, פ"ד נח(3), 1 (2004).
- ע"א 3911/01, כספי נ' נס, פ"ד נו(6) 752 (2002).
- ת"א (י-ם) 4050/01, עיריית ירושלים נ' האשם מחמד (פורסם בנבו, 16.7.02) - "פרשת מחמד".
- ע"א 4351/01, עו"ד איתן ארז, מפרקן של חברות ח.א. מזון בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל, אגף המכס והמע"מ, פ"ד ס(1), 467 (2005).
- בר"ע 4974/01, אליעזר קפלנסקי נ' גולדסיל בע"מ, פד"י נו(3), 859, 863 (2002).
- ע"א 4980/01, עו"ד כהן, כונס נכסים נ' גלאם, פ"ד נח(5), 625 (2004).
- רע"א 5445/01, זקס נגד אינדיגו טכנולוגיות בע"מ, פ"ד נו(4), 598 (2002).
- דנ"א 5712/01, יוסף ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נו(6), 385 (2003).
- בש"א (חיי) 6448/01, בנק הפועלים בע"מ, סניף אור עקיבא נ' קבוצת רוזנקרנץ בע"מ (פורסם בנבו, 20.9.01).
- רע"א 6450/01, שמחה אוריאל ובניו, חברה להנדסה וקבלנות בע"מ נ' מכון טיפול בשפכי אשקלון, פ"ד נו(5), 769 (2001).
- ע"א 8482/01, בנק איגוד לישראל נ' סנדובסקי, פ"ד נו(5), 776 (2003) – "פרשת סנדובסקי".
- רע"א 8743/01, אריעד מבנים בע"מ נ' אבי את אריק הנדסת חשמל בע"מ, פ"ד נו(4), 61 (2002).
- בש"א 9052/01, אליהו רווח נ' הום סנטר סניף ערד (פורסם בנבו, 3.1.02).
- בג"ץ 9170/01, יהודה וייס נ' בית הדין הרבני האיזורי בירושלים (פורסם בנבו, 18.12.01).
- ע"פ 9302/01, יאיר כרמל נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה "לודים" (פורסם בנבו, 20.12.01).
- עז' (משפחה-ת"א) 12362/01, וקסלר נ' וקסלר (פורסם בנבו, 9.9.04).
- ת"א (י-ם) 16682/01, צדוק נריה-השכרת רכב בע"מ נ' יהוד דנה (פורסם בנבו, 31.1.02).
- ת"א (י-ם), 17473/01, יצחקוב אלכסי נ' חברת א. ברודי בע"מ (פורסם בנבו, 24.9.07).
- ק"פ (י-ם) 105/02, אלון ניר נ' מסע אחר בע"מ, פ"ד תשס"ג(3), 433 (2003).
- רע"א 188/02, מפעל הפיס נ' אלי כהן, פ"ד נו(4), 473, 477 (2003) - "פרשת מפעל הפיס".
- ת"א (חיי) 595/02, כהן דבי נ' כהן יוסף (פורסם בנבו, 11.2.08).
- רע"א 918/02, ישראל ויטלזון נ' פנטאקום בע"מ, פ"ד נו(4), 865 (2002).
- בג"ץ 1135/02, אנה וזגאל נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נו(6), 14 (2002).
- ה"פ (י-ם) 1141/02, יסוד בהר ששון לוי חברה לבנין בע"מ נ' מוקמל סטיבן (פורסם בנבו, 5.12.02).
- ה"פ (ת"א) 1143/02, אילנה שוורצבלט נ' פביאן איריס כהן (פורסם בנבו, 22.3.05).
- ב"ש (י-ם) 1153/02, מדינת ישראל נ' אברג'יל, פ"מ תשס"א(2) 728 (2002).

- ע"א 1270/02, עיריית רמת גן נ' מנחמי בוני מגדלי דוד רמת-גן בע"מ, פ"ד נח(2), 7 (2003).
- עבי (בי"ש) 1314/02, קנט בוזו נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.3.02).
- רע"א 1441/02, משה פרץ נ' שרה שטרן (פורסם בנבו, 15.4.2002).
- ע"א 1761/02, רשות העתיקות נגד מפעלי תחנות בע"מ, פ"ד ס(4), 545 (2006).
- ע"א (ת"א) 1829/02, ELI-LI LY EXPORY S.A. נ' חברת לוכסמבורג תרופות בע"מ (פורסם בנבו, 25.6.02).
- בש"א 2289/02 (י-ם) מייקלסון נ' די סי אלון בע"מ (פורסם בנבו, 16.7.02).
- רע"א 2534/02, יהודה שמשון נ' בנק הפועלים בע"מ, פ"ד נו(5), 193 (2002).
- רע"א 2623/02, סיס עיצוב ריהוט ציבורי בע"מ נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נז(1), 717 (2002).
- ע"א (י-ם) 3350/02, היועץ המשפטי לממשלה נ' עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 14.7.03) – "פרשת עיריית ירושלים".
- ת"א (רח"י) 3654/02, MARKO BAIO נ' אובגייט גיאומטריות בע"מ (פורסם בנבו, 19.10.07) - "פרשת MARKO BAIO".
- ת"א (רח"י) 3772/02, אלי מלכה נ' גוונים יבוא ושיווק צבעים בע"מ (פורסם בנבו, 11.10.06).
- בר"ע (י-ם) 4110/02, סהר חברה ישראלית לביטוח בע"מ נ' יהודה אמיתי – שלהבת סוכנות לביטוח (1991) בע"מ (פורסם בנבו, 4.8.02).
- בר"ע (י-ם) 4225/02, יוחנן גבאי זאדה נ' וובר דוד (פורסם בנבו, 21.8.02).
- רע"א 5150/02, ד"ר משה וינברג, עו"ד נ' קרון ביילס, עו"ד, פ"ד נח(2), 205, 211 (2003).
- בש"א (י-ם) 6419/02, מוריה – חברה לפיתוח ירושלים נ' עו"ד מנשה הס (פורסם בנבו, 29.9.02).
- בג"ץ 6432/02, איגוד קופות הגמל הענפיות נ' שר האוצר, פ"ד נז(3), 918 (2003).
- ע"א 6799/02, משולם יולזרי נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, פ"ד נח(2), 145 (2003).
- ע"א 7217/02, רחל רבי נ' מאירה הלוי, פ"ד נח(5), 529 (2004).
- ע"א 7375/02, בית החולים כרמל - חיפה נ' עדן מלול (פורסם בנבו; 31.3.05).
- ע"פ 7724/02, יוסף צבי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.10.02).
- ת"א (י-ם) 8256/02, ב. יאיר חברה קבלנית לעבודות בנייה בע"מ נ' חיים שיינס (פורסם בנבו, 18.1.04).
- ע"א 8279/02, זאב גולן נ' עיזבון המנוח ד"ר מנחם אלברט ז"ל, פ"ד סב(1), 330 (2006).
- בג"צ 8850/02, עו"ד יראון פסטינגר נ' שר המשפטים, פ"ד נח(2), 696 (2004).
- בג"ץ 9198/02, ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 2.10.08) - "פרשת ההסתדרות הרפואית".
- ע"א 9328/02, מאיר נ' לאור, פ"ד נח(5), 54 (2004) - "פרשת מאיר".
- ע"א 9555/02, זידאן זידאן נ' ברית פיקוח לקואופרציה החקלאית העובדת בע"מ, פ"ד נט(1), 538 (2004).
- ע"א 9654/02, חב' האחים אלפי בע"מ נ' בנק לאומי לישראל, פ"ד נט(3), 41 (2002).
- בש"פ 9691/02, גוני קויט נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 17.11.02).
- בש"א 10073/02, יהושע שביט נ' בנק הפועלים (פורסם בנבו, 17.2.03).
- רע"א 10288/02, הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' אוארד סמיר פרחאת, פ"ד נז(3), 678 (2003).
- בג"ץ 10455/02, בועז אלכסנדר אמיר נגד לשכת עורכי הדין, פ"ד נז(2), 729 (2003).

- ת"א (חי') 12567/02, Vitti Marmi & C.SNC נ' סמניה גזה (פורסם בנבו, 7.11.10).
- בש"א (ת"א) 117674/02, מרים רוזנטל נ' צבי שיאוביץ, פ"מ תשס"ב(3), 316, 325 (2002).
- ת"א (ת"א) 182450/02, החברה למימון תעשיות בע"מ נ' מדמון גדעון (פורסם בנבו, 12.1.04).
- ת"א (ת"א) 187180/02, מרדכי מרדכי תשתיות בע"מ נ' עיריית קרית ים (פורסם בנבו; 15.11.06).
- ת"א (ת"א) 200067/02, עמירון סי.טי.אל. מימון והשקעות בע"מ נ' וולך יצחק (פורסם בנבו, 1.3.04).
- ת"א (ת"א) 218099/02, רון ערן נ' יהלום אסף (פורסם בנבו, 1.3.04).
- רע"א 418/03, אוסם תעשיות מזון בע"מ נ' סמג'ה יעקב, פ"ד נט(3), 541, 570 (2004).
- בר"ע (י-ם) 775/03, אבישג אוהנה נ' אליהו חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 16.6.04).
- פרי"ק 839/03, כונס הנכסים הרשמי בתפקידו כמפרק עמותת ביקור חולים הוספיטל נ' עיזבון המנוח יוסף כהן ז"ל (פורסם בנבו, 20.12.11).
- ע"א 989/03, א' חטר ישי, משרד עורכי דין נ' יעקב חיננזון, פ"ד נט(4), 796 (2005).
- ע"א 1205/03, א.ש. בוני הכפר בניה ופיתוח בע"מ נ' חיים קמיל רו"ח (פורסם בנבו, 13.1.05).
- דנ"פ 1397/03, מדינת ישראל נ' שמעון שבס, פ"ד נט(4), 385 (2005).
- בג"ץ 1447/03, תובל ש"י נ' פנים - להתחדשות יהודית בישראל (פורסם באתר הנהלת בתי המשפט, 1.11.04).
- רע"ב 1559/03, מדינת ישראל נ' דני סוויסה, פ"ד נח(1), 880, 895-896 (2003).
- בש"א (י-ם) 1628/03, Philip Morris USA Inc. נ' שירותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 16.2.04).
- ע"א 2035/03, לב יסמין בע"מ נ' ת.ג.י. בע"מ, פ"ד נח(6), 447 (2004).
- ה"פ (י-ם) 2177/03, הלל שוורץ נ' רמת חביב (פורסם בנבו, 5.12.05).
- רע"א 2237/03, אפרים שועלי בנין והשקעות נ' המועצה המקומית תל מונד, פ"ד נט(4), 529 (2005) –  
"פרשת שועלי".
- בש"א (י-ם) 2246/03, מדינת ישראל – מינהל מקרקעי ישראל נ' קיבוץ שריד, אגודה שיתופית חקלאית  
(פורסם בנבו, 21.9.03).
- עע"מ 2273/03, אי התכלת שותפות כללית נגד החברה להגנת הטבע (פורסם בנבו; 7.12.06).
- בג"ץ 2578/03, פחמאוי פרחאת נ' פחמאוי חסדיה (פורסם בנבו, 8.5.06).
- בג"ץ 2829/03, פלונית נ' בית הדין הדרוזי לערעורים בעכו, פ"ד ס(4), 159 (2006).
- בג"ץ 2898/03, פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נח(2), 550 (2004).
- בג"ץ 3379/03, אביבה מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3), 865 (2004).
- רע"א 3638/03, ביטום תעשיות פטרוכימיות בע"מ נ' כמיפרן – ישראל בע"מ, פ"ד נח(1), 97 (2003).
- דנ"א 3730/03, אברהם רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה חולון  
(פורסם בתקדין, 29.5.03).
- ע"א 4030/03, מפעלי גרנות - אגודה שיתופית חקלאית מרכזית בע"מ נ' מס הכנסה - פקיד שומה  
למפעלים גדולים (פורסם בנבו, 2.7.07).
- בג"ץ 4238/03, בלה לוי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נח(1), 481 (2003).
- ת"א (י-ם) 4582/03, ידיעות תקשורת בע"מ נ' פרופ' משה צימרמן (פורסם בנבו, 24.2.04).
- רע"א 4708/03, לילי חן נ' מדינת ישראל, משרד הבריאות, פ"ד ס(3), 274 (2005).

- ת"א (י-ם) 5015/03, נאג"י מוסא מחמד פראג' נ' מוחמד אחמד חוסין פראג' (פורסם בנבו, 17.1.07).
- רע"א 5285/03, פנחס כהן נ' חנו בונה, פ"ד נט(1), 39 (2004).
- ת"א (י-ם) 5392/03, PIMCAPCO LIMITED נ' Martin J. Hecke (פורסם בנבו, 1.6.04)..
- ת"א (י-ם) 6992/03, הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 22.2.04).
- עע"מ 7357/03, רשות הנמלים נ' צומת מהנדסים תכנון תיאום וניהול פרויקטים בע"מ, פ"ד נט(2), 145 (2004).
- בע"מ 7916/03, פלונית נ' פלוני, פ"ד נט(5), 183 (2005).
- ע"א 8021/03, משה אלישע נ' יוסף אלישע, פ"ד נט(3), 337 (2004)..
- ע"א 9413/03, אילן אלנקווה נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה, ירושלים, פ"ד סב(4), 525 (2008).
- ע"א 9654/02, חב' האחים אלפי בע"מ נ' בנק לאומי לישראל, פ"ד נט(3), 41 (2004).
- בג"ץ 9734/03, פלונית נ' ביה"ד הרבני הגדול, פ"ד נט(2), 295 (2004).
- ע"א 9796/03, חביב שם טוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5), 397, 425 (2005).
- ת"א (ת"א) 22443/03, סופר חוט פאר בע"מ נ' דורון כהן (פורסם בנבו, 28.9.05).
- ת"א (ת"א) 54839/03, אופוסדנט בע"מ נ' אור.ק.ה. ניהול ושירותים רפואים בע"מ (פורסם בנבו; 21.2.06).
- ע"א 153/04, חיותה רובינוביץ נ' עו"ד יוסף רוזנבוים (פורסם בנבו, 6.2.06) - "פרשת רובינוביץ".
- ה"פ 277/04 (ח"י) אסדי נ' עזבון המנוחה בכרי ז"ל (פורסם בנבו, 31.7.07)..
- בר"ע (י-ם) 305/04, אמג"ד עיסא סברי נ' עומר עבד אלרחמאן ענאני (פורסם בנבו, 21.12.04) - "פרשת סברי".
- ע"א 1249/04, רבאח אדהם נ' רבאח רביע (פורסם בנבו, 8.11.06) - "פרשת רבאח".
- רע"א 1415/04, סרביאן נ' סרביאן, פ"ד נט(2) 440 (2004).
- ע"א 1480/04, מליבו ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל-משרד הבינוי והשיכון, פ"ד סא(2), 855 (2006) - "פרשת מליבו".
- ע"פ 1640/04, יעקב קקון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.3.04).
- בג"ץ 2056/04, מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5), 807 (2004).
- רע"א 2146/04, מדינת ישראל נ' עיזבון המנוח באסל נעים איברהים, פ"ד נח(5), 865 (2004) - "פרשת איברהים".
- ת"פ (ראשלי"צ) 2372/04, מדינת ישראל נ' עופר ישראלי (פורסם בנבו, 9.11.08).
- בג"ץ 2825/04, אליהו בארד נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 4.12.05).
- ה"פ (ים) 3363/04, "המגן" חברה לביטוח בע"מ נ' אליהו שמעון (פורסם בנבו, 28.12.04) - "פרשת המגן".
- רע"א 3454/04, יעקב ורקר נ' עמי הראל (פורסם בנבו, 5.6.05) - "פרשת ורקר".
- רע"א 3601/04, וינצ'ון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 18.10.07).
- ע"א 3725/04, מערוף דיבה נ' יוסף עדווין (פורסם בנבו, 31.8.06).
- רע"א 4044/04, יצחק ועמוס בוקרה קבלנים בע"מ נ' אסתר סגל, פ"ד נח(6), 894 (2004).
- ע"א 4087/04, מוטי גורה נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 8.9.05) - "פרשת גורה".
- רע"א 4224/04, בית ששון בע"מ נ' שיכון עובדים והשקעות בע"מ, פ"ד נט(6), 625 - "פרשת בית ששון".

- בש"א (י-ם) 4262/04 Nations Truce Supervision Organization United נ' ראובן פאול סיראגניאן, פס"מ תשסג(1), 817 (2004) - "פרשת סיראגניאן".
- ע"א 4358/04-ב', פרופ' ג'ורג' קנאזע נ' ווירינה קנאזע (פורסם בנבו, 24.10.04).
- בע"מ 4808/04, פלונית נ' פלוני, פ"ד נט(3), 132 (2004).
- רע"א 6265/04, מאיר כסיף, עו"ד נ' דורון רובין, פ"ד נט(3), 913 (2004).
- בג"ץ 6490/04, צביח נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נט(3), 742 (2005).
- בג"ץ 6650/04, פלונית נ' בית הדין הרבני האיזורי בנתניה, פ"ד סא(1), 581 (2006).
- ע"א 6705/04, בית הרכב בע"מ נ' עירית ירושלים (פורסם בנבו, 22.1.09).
- בש"א (י-ם) 6746/04, שארחה אחמד נ' אליהו חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 11.11.04).
- ע"א 7687/04, מרדכי ששון נ' זוהר ששון, פ"ד נט(5), 596 (2005).
- בש"א (חיי) 8072/04, עזבון תוריא (סוריא) עבדאלגני מוסא נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים (פורסם בנבו, 23.1.05).
- בע"מ 8098/04, פלונית נ' פלוניס, פ"ד נט(3), 111 (2004).
- רע"א 8144/04, מיכאל בודקר נ' ברטה בשקירוב (פורסם בנבו, 20.3.05).
- רע"א 8712/04, דן בן טוב נ' אורות הגליל אחזקות בע"מ, פ"ד נט(5), 693 (2005).
- ע"א 8743/04, בר-נר נ' רוט, פ"ד נט(4), 104 (2004).
- בש"א 8942/04, עז' המונח גוואד בזלמיט נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.10.04).
- ע"א 8974/04, פלוני נ' פלונית, פ"ד נט(4), 721 (2005).
- רע"א 8996/04, שכטר נ' נציגת בית המשותף, פ"ד נט(5), 17 (2005).
- ע"א 9535/04, סיעת "ביאליק 10" נ' סיעת "יש עתיד לביאליק", פ"ד ס(1), 398 (2005).
- ע"א 9551/04, אספן בניה ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.10.09) - "פרשת אספן".
- ע"א 10233/04, עיריית יהוד נ' י.ר.א.ב שירותי נוי 1985 בע"מ (פורסם בנבו; 1.2.06).
- ת"א (ת"א) 19254/04, משרד המשפטים נ' חברת בעלי מקצוע (נכסים) בע"מ (פורסם בנבו, 5.12.04).
- ת"א (ת"א) 35208/04, עאסי מוחמד נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 1.1.07).
- ע"א 105/05, שמעון דהאן נ' מישל קסון (פורסם בנבו, 10.11.05) - "פרשת קסון".
- בג"ץ 107/05, פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (פורסם בנבו, 11.10.05).
- ה"פ (ת"א) 317/05, י. רוטשטיין מערכות מידע בע"מ נ' רוטשטיין מערכות מידע בע"מ (פורסם בנבו, 14.7.05).
- בר"ע (י-ם) 756/05, בנק סטנדרט צ'רטר בע"מ נ' ויסאם מוסא מוחמד אבו אלהווא (פורסם בנבו, 12.6.06).
- בר"ע (י-ם) 787/05, רביב חוה נ' פזגז בע"מ (פורסם בנבו, 13.11.05).
- רע"א 1119/05, גולדסיל בע"מ נ' ביליה רוברט - נכסים ובניין בע"מ (פורסם בנבו, 27.2.05) - "פרשת גולדסיל".
- ע"א 1152/05, חברת בעלי מקצוע (נכסים) בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד המשפטים (פורסם בנבו, 11.9.07).
- בג"ץ 1555/05, יחזקאל לוי נ' בית הדין הרבני האזורי מחוז תל אביב (פורסם בנבו, 16.7.09).

- בג"צ 1661/05, המועצה האיזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2), 481 (2005) – "פרשת המועצה האיזורית חוף עזה".
- ע"א 1665/05, מנוס גולוב נ' א.ר.י. מזרחי ובניו בניה והשקעות בע"מ (פורסם בנבו, 13.6.10).
- בש"א (י-ם) 1692/05, עובד מזרחי נ' אליהו חסיד (פורסם בנבו, 2.5.06) - "פרשת עובד מזרחי".
- ע"א 1806/05, הראל חברה לביטוח בע"מ נ' עיזבון המנוח דוד אמיתי ז"ל (פורסם בנבו, 21.5.08).
- בג"ץ 1983/05, פינק נ' בית הדין הרבני האזורי-בתל אביב (פורסם בנבו, 28.6.05).
- דנ"א 2045/05, מגדלי הירקות – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(2), 1 (2006).
- ת"ק (קר') 2111/05, קיסוס אליהו נ' מורן חברה לבניין בע"מ (פורסם בנבו; 21.7.09).
- ע"א 2622/05, עו"ד בלפור קויטי (הנאמן) נ' אזולאי עמרם חברה לפיתוח בע"מ (פורסם בנבו, 15.6.06).
- רע"א 3055/05, רון פרומר נ' ג'קי סבג (פורסם בנבו, 21.8.2005) ..
- בג"ץ 3349/05, אנדריי מזדיקוב נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 19.5.05) - "פרשת מזדיקוב".
- עע"מ 4011/05, דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים (חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ) (פורסם בנבו, 11.2.08).
- ע"א 4126/05, סולימאן דרויש חג'אזי נ' עמותת ועד עדת הספרדים (פורסם בנבו, 20.6.2006) ..
- בג"צ 4260/05, פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול (פורסם בנבו, 14.6.05).
- ת"א (י-ם) 4652/05, יערה קלמנוביץ נ' עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 22.10.09).
- דנ"א 4693/05, בי"ח כרמל חיפה נ' עדן מלול (פורסם בנבו, 29.8.10) - "פרשת מלול".
- ע"ב (ת"א) 5139/05, רפאל ברנז נ' המועצה הדתית בת ים (30.12.07) - "פרשת ברנז".
- ע"א 5634/05, צוקית הכרמל פרוייקטים בע"מ נ' מיכה צח חברה לקבלנות כללית בע"מ (פורסם בנבו, 4.6.07).
- בש"א 5822/05, לה נסיונל חברה ישראלית לביטוח בע"מ נ' ירון אלמלם (פורסם בנבו, 28.6.06).
- עע"מ 5933/05, אוליצקי עבודות עפר כבישים ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, (פורסם בנבו, 3.8.2006).
- בג"ץ 7078/05, פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים (פורסם בנבו, 3.2.08); להלן: "פרשת חובת השיערוך".
- ת"א (י-ם) 7393/05, מיכאל בן שטרית נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 15.5.09); להלן: "פרשת בן שטרית".
- ע"פ 7637/05, שלמה יוסף נ' מדינת ישראל (פרסם בנבו, 5.7.07).
- ע"פ 7853/05, רחמיאן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 27.11.06).
- בג"צ 8276/05, עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 12.12.06).
- רע"א 8327/05, דוד צדק נ' ציון פנימי (פורסם בנבו, 14.9.05).
- ת"א (חי') 8714/05, חיפה תיירות נופש ופרסום בע"מ נ' ברק אי.טי.סי. (1995) החב' לשירותי בזק בינ"ל בע"מ (פורסם בנבו, 7.6.07).
- רע"א 8940/05, יוסף חממי נ' נדרה חדאד (פורסם בנבו, 13.12.05) - "פרשת חממי".
- רע"א 9075/05, עזבון המנוחה לילי לוי ז"ל נ' עיריית הרצליה (פורסם בנבו, 16.2.06) – "פרשת לילי לוי".
- רע"א 9123/05, אדמוב פרוייקטים (89) בע"מ נ' סיטי סטייט מקבוצת אלפו בע"מ (פורסם בנבו, 25.10.07).

- רע"א 9333/05, הליוט-פקרד (ישראל) בע"מ נ' מפעל הפיס (פורסם בנבו, 30.10.05).
- עע"ם 9423/05, רשות השידור נ' קטימורה בע"מ (פורסם בנבו, 13.8.07) - "פרשת קטימורה".
- בש"א 9576/05, הדר הדמיה ואבחון רפואי בע"מ נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 13.11.05) - "פרשת הדר הדמיה".
- רע"א 9615/05, אירית שמש נ' פוקצ'טה בע"מ (פורסם בנבו, 20.3.05).
- ע"א 9647/05, פוליבה בע"מ נ' מדינת ישראל אגף המכס ומע"מ ומשרד המסחר (פורסם בנבו, 22.7.07).
- בש"א 10674/05, עכסה כהן נ' דולב חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 14.12.05).
- רע"א 10721/05, "אליהו" חברה לביטוח בע"מ נ' אברהם יונאן (פורסם בנבו, 9.11.06).
- ע"א 11386/05, שרבט מלכיאל ובניו בנין לעם בע"מ נ' מאיר אלמוג (פורסם בנבו, 24.7.07).
- רע"א 11556/05, קמור רכב בע"מ נ' חיים חימו (פורסם בנבו, 27.2.06).
- ת"א (ת"א) 18595/05, שליכטר עופר ייעוד בע"מ נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 8.9.08).
- בג"ץ 844/06, אוניברסיטת חיפה נ' פרופ' אברהם עוז, פ"ד סב(4), 167 (2008) - "פרשת אוניברסיטת חיפה".
- רע"א 993/06, מדינת ישראל נ' מוסטפה דיב מרעי דיראני (פורסם בנבו, 18.7.11) - "פרשת דיראני".
- ת"א (ת"א) 1175/06, ניסים יניב נ' בובליל משה (פורסם בנבו, 17.1.10).
- ע"פ 1442/06, מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 1.9.08).
- רע"א 1514/06, תדיראן מוצרי צריכה בע"מ נ' אמיר שהי שאול (פורסם בנבו, 24.4.06) - "פרשת תדיראן".
- בש"א 1528/06, ורנר נ' כונס הנכסים הרשמי (פורסם בנבו, 17.10.07).
- ע"א 1773/06, שמואל אלף נ' קיבוץ איילת השחר (פורסם בנבו, 19.12.10).
- ע"א 1782/06, משרד הבינוי והשיכון נ' סולל בונה בע"מ (פורסם בנבו, 6.4.08) - "פרשת משרד הבינוי והשיכון".
- ת"א (ת"א) 1974/06, סופר טק אלקטרוניקה בע"מ נ' FUJITSU MICROELECTRONICS EUROPE GMBH (פורסם בנבו, 2.7.09).
- בג"ץ 1986/06, פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול (פורסם בנבו, 27.5.08).
- בג"ץ 2171/06, שני כהן נ' יו"ר הכנסת (פורסם בנבו, 29.8.11) - "פרשת שני כהן".
- רע"א 2237/06, בנק הפועלים בע"מ נ' רלה וינשטיין (פורסם בנבו, 8.3.09) - "פרשת וינשטיין".
- ע"א 2722/06, גינות לאה בע"מ נ' בנק המזרחי בע"מ (פורסם בנבו, 29.5.06).
- רע"א 5127/06, נעאגה עמרן נ' האפוטרופוס הכללי כמנהל נכסי ההקדש גליציה (פורסם בנבו, 30.8.06).
- ה"פ (י-ם) 5145/06, ויקטור יונה נ' ס.א.ד.ר חברה לעבודות בנין בע"מ (פורסם בנבו, 9.7.07).
- רע"א 5208/06, פול ריצ'רד דיוויס נ' מוריס מלכה (פורסם בנבו, 29.6.06).
- רע"א 5806/06, עיזבון המנוח נמירובסקי מיכאל ז"ל נ' אורי שימקו (פורסם בנבו, 13.6.07).
- בג"צ 5912/06, פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (פורסם בנבו, 17.9.06).
- בג"ץ 6250/06, פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א (פורסם בנבו, 28.6.07).
- בש"א 6479/06, בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' משה שנפ (פורסם בנבו, 15.1.07) - "פרשת שנפ".
- תמ"ש (ת"א) 6923/06, א. פ. נ' ש. א. (פורסם בנבו, 7.7.09).

- ת"א (ב"ש) 7087/06, שכן טוב אסתר נ' כלל חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 1.7.12).
- בע"מ 7593/06, פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 22.10.06).
- רע"א 7709/06, עיריית הרצליה נ' ב.ר. מסעדות (הרצליה פיתוח) בע"מ (פורסם בנבו, 29.10.06).
- רע"א 7711/06, המכללה המשותפת בע"מ נ' שרית מנדל (פורסם בנבו, 18.1.07).
- ע"א 8128/06, יצחק לוינזון נ' נתנאל ארנון (פורסם בנבו, 3.2.09).
- ע"א 8493/06, עיזבון המנוח ציון כהן נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 17.10.10).
- ע"א 8517/06, מדינת ישראל נ' שכטמן ושות' חברה לבנין בע"מ (פורסם בנבו, 1.6.11).
- ע"א 9876/06, צ'רלס ניבורג נ' ישראל ניבורג (פורסם בנבו, 17.8.09).
- רע"א 10732/06, ארגון הנהגים ברעננה בע"מ נ' רעננית הסעות וטיולים בע"מ (פורסם בנבו, 1.1.07).
- בש"א (ת"א) 21094/06, צבי סבו נ' עו"ד יניב אינסל (פורסם בנבו, 6.5.09).
- ת"א (ת"א) 25816/06, תקוה ברמן נ' יהונתן בנימין (פורסם בנבו, 1.12.09).
- בש"א (ת"א) 32654/06, שמואל אחימן נ' רשות המיסים (פורסם בנבו, 26.3.09).
- ת"א (ת"א) 45642/06, פזומט מקבוצת פז בע"מ נ' פנינת טל השקעות ובניה בע"מ (פורסם בנבו, 19.8.07).
- ת"א (ת"א) 62868/06, ליליה בוגדנוב נ' איליה וייסברג - עו"ד (פורסם בנבו, 7.9.08).
- רע"א 180/07, אמיר כץ נ' איגוד הכדורסל בישראל (פורסם בנבו, 4.10.09).
- רע"א 194/07, בני פור נ' המועצה המקומית פרדס חנה כרכור (פורסם בנבו, 6.3.07).
- ה"פ (ת"א) 285/07, מרדכי אטיאס נ' אגודת בית יעקב (פורסם בנבו, 16.10.07).
- רע"א 779/07, יוסף בועז נ' שושנה בועז (פורסם בנבו, 30.1.07).
- תפ"ח (ב"ש) 1010/07, מדינת ישראל נ' שי דרומי (פורסם בנבו, 15.7.09).
- רע"א 1383/07, חברת שמעון צרפתי בע"מ נ' שתולים מושב עובדים להתיישבות שיתופית בע"מ (פורסם בנבו, 14.4.10).
- בר"ע (חי') 1775/07, חיים ענבל נ' דאנס בר / צוות בראבו (פורסם בנבו, 6.6.07).
- ע"א 2008/07, נירה לוטן נ' דוד ירמייב ז"ל באמצעות עזבונו (פורסם בנבו, 14.2.11).
- ע"א 2286/07, ג.מ.ח.ל. חברה לבניה 1992 בע"מ נ' רפאלי (פורסם בנבו, 28.3.11).
- ע"א 2328/07, יורם גיל נ' עו"ד אביחי דרזנר (פורסם בנבו, 3.5.09).
- בג"ץ 3108/07, פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול (פורסם בנבו, 26.7.07).
- בר"ע (י-ם) 3284/07, מירב פלמן נ' ארז פלמן (פורסם בנבו, 14.3.08).
- בש"א 3612/07, השטיח המעופף בע"מ נ' שלמה מוסרי (פורסם בנבו, 30.8.07).
- בג"ץ 3844/07, מיכל אסתר צבי נ' כבוד השופטת מוסיה ארז – נשיאת בית המשפט המחוזי בירושלים (פורסם בנבו, 22.5.07).
- רע"א 4543/07, ירון אביסדריס נ' קצין התגמולים (פורסם בנבו, 6.12.07).
- ע"פ 5345/07, יואל שפירא נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.3.05).
- ת"א (מרכז) 5542-08-07, אמנונים חברה לעבודות עפר בע"מ נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 19.4.12).
- בג"ץ 5918/07, פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול (פורסם בנבו, 23.6.09).



- ע"א 6019/07, משה טורג'מן נ' אחים עופר (ניהול) בע"מ (פורסם בנבו, 25.2.10).
- ע"פ 6392/07, מדינת ישראל נ' שמואל יחזקאל (פורסם בנבו, 30.4.08).
- בג"ץ 6824/07, ד"ר עאדל מנעא נ' רשות המיסים (פורסם בנבו, 21.12.10).
- בג"ץ 7067/07, חיים נתנאל בע"מ נ' שר המשפטים (פורסם בנבו, 30.8.07) – "פרשת חיים נתנאל".
- רע"א 8000/07, היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני (פורסם בנבו, 2.5.12).
- בש"א (ת"א) 8203/07, עיריית רמת השרון נ' טו-מז חברה קבלנית בע"מ (פורסם בנבו, 12.7.07).
- ע"א 8958/07, פקיד שומה תל אביב יפו 5 נ' שרל שבטון (פורסם בנבו, 18.8.11).
- ע"פ 8974/07, הונצ'יאן לין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.11.10).
- רע"א 9113/07, אוצר מפעלי ים בע"מ נ' יהונתן כתבן (פורסם בנבו, 27.7.10).
- ע"א 9298/07, רבקה דיל נ' אברהם נביאי (פורסם בנבו, 28.8.12).
- ע"א 9598/07, ניקול עמר-פלצר נ' SAMUEL-ROZENBAUM DIAMONDS 1992 CO LTD (פורסם בנבו, 4.2.10).
- ע"א 10189/07, עזרא ששון נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ (פורסם בנבו, 15.6.09) – "פרשת עזרא ששון".
- רע"א 10200/07, עו"ד מזל מנצורי-טחורש נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.4.08).
- רע"א 10376/07, ל. נ. הנדסה ממוחשבת בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ (פורסם בנבו, 11.2.09).
- ע"א 10687/07, אלמשרק חברה לביטוח בע"מ - רמאללה נ' מוחמד חג'וג' (פורסם בנבו, 5.8.10).
- בר"מ 10823/07, נור סטאר בע"מ נ' עמותת "פעולה ירוקה" (פורסם בנבו, 30.12.07).
- ע"א (י-ם) 11053/07, סלון ירושלים מוצרי חשמל בע"מ נ' כלליר תפעול ואחזקה בע"מ (פורסם בנבו, 30.7.09).
- ת"א 16016/07, אסקימו סחר בע"מ נ' משה וידיסלבסקי (פורסם בנבו, 5.5.08) – "פרשת אסקימו סחר".
- ת"א (ת"א) 22435/07, חלפי פתרונות דפוס מתקדמים בע"מ נ' ג'י סי אי אלרון בע"מ (פורסם בנבו, 27.7.08).
- בש"א (ת"א), 31160/07, ירון אלון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.5.09).
- ת"א (ת"א) 36100/07, שאתי שאול נ' שרון שמואל (פורסם בנבו, 4.2.09).
- ת"א (ת"א) 62355/07, מיו יצחק נ' עו"ד ארצי בן יעקב (פורסם בנבו, 21.4.09).
- בש"א (ת"א) 164183/07, מדינת ישראל – הנהלת בתי המשפט נ' שאולי שמעון (פורסם בנבו, 24.7.07) – "פרשת שאולי".
- ע"א (חי) 155/08, עדין פיורה נ' עד הואזה בע"מ (פורסם בנבו; 21.1.09).
- בר"ע (י-ם) 413/08, SIKS-SERVICES INTERNATIONAL KOSHER SUPERVISION LTD. נ' פאוזי סמסום ובניו בע"מ (פורסם בנבו, 22.4.08).
- רע"א 519/08, עו"ד מועין דאוד ח'ורי נ' סמיר עוואד (פורסם בנבו, 19.8.10).
- ה"פ (ת"א) 616/08, שמואל ליסטר נ' אשר ליסטר (פורסם בנבו, 14.5.09).
- עת"מ (חי) 678/08, עמותת העדה היהודית הספרדית בחיפה נ' עיריית חיפה (פורסם בנבו; 25.3.09).
- רע"א 1011/08, אסמעיל עבדלארחים נ' כלל חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 25.6.08).
- בג"ץ 1067/08, עמותת 'נוער כהלכה' נ' משרד החינוך (פורסם בנבו, 6.8.09).
- ע"א 1651/08 – א', עו"ד שי עינת (רו"ח) נ' צביון בע"מ (פורסם בנבו, 27.7.08).

- ת"א (ת"א) 1795/08, בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' יצחק דיין (פורסם בנבו, 22.10.13).
- ע"א 2206/08, יחזקאל סיגמן נ' חב' דובק בע"מ (פורסם בנבו, 11.7.10).
- ת"א (ת"א) 2284/08, מיכאל יוסף נ' גונן ערן, (פורסם בנבו, 18.2.10).
- בש"א (י-ם) 2358/08, מטב – עמותה לשירותי טיפול ורווחה נ' מרינה צוראל (פורסם בנבו, 17.4.09).
- רע"א 2444/08, שופרסל בע"מ נ' אהרון כהן (פורסם בנבו, 21.12.08).
- בש"א (פ"ת) 3043/08, מרמוריש שרה נ' אביגיל מנדל, עו"ד (פורסם בנבו, 8.6.10).
- בר"ע (חי') 3133/08, רחל אסדו נ' חברת ארבל גליל שיווק וסחר בע"מ (פורסם בנבו, 25.3.08).
- רע"א 3385/08, מרקט-פלייס מערכות בע"מ נ' טלטל ערוצי תקשוב בע"מ (פורסם בנבו, 25.9.08) - "פרשת מרקט-פלייס".
- בע"מ 3828/08, פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 18.9.08).
- ע"א 4525/08, בתי זיקוק לנפט בע"מ נ' New Hampshire Insurance Co. (פורסם בנבו, 15.12.10).
- רע"א 4688/08, רחל נמני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 11.6.08).
- עע"ם 4881/08, אלמוג אילת (מ.ד.ע) 2000 בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה אילת (פורסם בנבו, 10.2.2010).
- בג"ץ 5079/08, פלונית נ' הדיין הרב אברהם שרמן (פורסם בנבו, 25.4.12).
- רע"א 5711/08, רשל פרטוק נ' סול טורגמן בע"מ (פורסם בנבו, 17.3.09).
- רע"א 6241/08, ד"ר חדד זילבר נ' חן אהרוני (פורסם בנבו, 16.11.08).
- בש"א (ת"א) 6269/08, מדינת ישראל – משטרת ישראל והנהלת בתי הדין הרבניים נ' אנה וזגאל (פורסם בנבו, 20.8.08).
- רע"א 6556/08, אחמד נעימה נ' יהודית מנליס (פורסם בנבו, 18.8.08).
- בע"מ 8331/08, פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 18.5.09).
- רע"א 8339/08, חברת כביש חוצה ישראל בע"מ נ' דוד פורת, רו"ח, (פורסם בנבו, 3.12.12).
- רע"א 8629/08, דני עטר נ' יעל אשל (פורסם בנבו, 5.10.11).
- ע"א 8842/08, עיזבון המנוח גדעון לב ארי נ' אריה (פורסם בנבו, 20.1.11).
- בג"ץ 9060/08, יאסין נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 7.5.12).
- ע"א 10010/08, הרב אליעזר כהנמן נ' הרב שמואל מרקוביץ (פורסם בנבו, 2.12.09).
- רע"א 10250/08, יוסף קציב נ' ZAO RAIFFEISENBANK (תאגיד זר) (פורסם בנבו, 18.3.10).
- בש"ם 10486/08, המועצה המקומית קריית טבעון נ' תשתיות נפט ואנרגיה בע"מ (פורסם בנבו, 2.3.09).
- בש"א (ת"א) 10872/08, ארקיע קווי תעופה ישראליים בע"מ נ' ק. א. ל. קווי אוויר למטען בע"מ (פורסם בנבו, 22.8.08).
- בש"א (י-ם) 10936/08, ג'רוזלם ריפורט פבליקיישנס בע"מ נ' עיתון מעריב בע"מ (פורסם בנבו, 11.12.08).
- רע"א 11180/08, עיריית מודיעין – מכבים – רעות נ' ארז ד. הנדסה בע"מ (פורסם בנבו, 6.5.09).
- בש"א (י-ם) 12770/08, יהודה משי-זהב נ' עלי שלכת בע"מ (פורסם בנבו, 7.4.09).
- ת"א (ת"א) 26232/08, איזי ריידר הסעות נ' הדקה התשעים בע"מ (פורסם בנבו, 3.12.09).
- ת"א (ת"א) 44579/08, אברהם כהן נ' איילון בע"מ - חברה לבטוח (פורסם בנבו, 29.12.12).

- ת"א (ת"א) 1029/09, קד-קו בניין פיתוח וכבישים (1990) בע"מ נ' מבני גאיה יזום והשקעות בע"מ (פורסם בנבו, 22.2.10) – "פרשת קד-קו".
- ת"א (ת"א) 1052/09, מורביקו אוברסיס בע"מ נ' ז. גולדמן אינטרנשיונל טרייד בע"מ (פורסם בנבו, 19.11.12).
- רע"א 1263/09, עמותת תומכי תלמוד תורה מכמש נ' עמותה לקידום החינוך התורני עפ"י שיטת ברקאי במכמש (פורסם בנבו, 15.9.09).
- רע"א 1407/09, MICHRAZ REAKTY LTD. נ' משה שרם (פורסם בנבו, 22.6.09).
- רע"א 1777/09, עדין פיורה השקעות (1996) בע"מ נ' עד הואזה בע"מ (פורסם בנבו; 30.3.09).
- בג"ץ 1953/09, חליל אלואלידי נ' שר החקלאות ופיתוח הכפר (פורסם בנבו, 8.7.09).
- בג"צ 2651/09, האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 15.6.11).
- דנ"א 2699/09, רלה וינשטיין נ' בנק הפועלים בע"מ (פורסם בנבו, 30.8.09).
- ת"א (י-ם) 3039/09, יורי נובש נ' הראל חב' לביטוח (פורסם בנבו, 31.1.11).
- ע"א (י-ם) 3085/09, יצחק רוזובסקי נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 3.8.10).
- רע"א 4038/09, גיל ברונשטיין נ' ד"ר בלינדר ג'ורג' - מ.א.ר בע"מ (פורסם בנבו, 19.7.09).
- רע"א 4328/09, גרינברג נ' מפעל הפיס (פורסם בנבו, 25.6.09).
- פש"ר (חי') 4447-08-09, באסם מסאלחה נ' יוסף אגבאריה (פורסם בנבו, 8.5.12).
- ע"פ 4865/09, עו"ד אביגדור פלדמן נ' בית המשפט המחוזי ת"א (פורסם בנבו, 9.7.09) - "פרשת פלדמן".
- ע"א 5574/09, הזימה סעידי הזימה קזל נ' קרן קיימת לישראל (פורסם בנבו, 16.11.11).
- בש"פ 5816/09, מדינת ישראל נ' אברהם זגורי (פורסם בנבו, 9.9.09).
- ע"א 5955/09, כונס הנכסים עוה"ד יעקב אמסטר נ' מרשה טאובר טוב (פורסם בנבו, 19.7.11).
- רע"א 6658/09, מולטילוק בע"מ נ' רב בריח (08) תעשיות בע"מ (פורסם בנבו, 12.1.10).
- רע"א 6678/09, רחל נחום ספדיה נ' עודד גלעד (פורסם בנבו, 25.8.11).
- רע"א 7284/09, זאב רוזנשטיין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 24.11.09) – "פרשת רוזנשטיין".
- בש"א (י-ם) 7577/09, עזבון המנוח פלוני ז"ל נ' ביטוח ישיר – חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 12.5.09) - "פרשת ביטוח ישיר".
- בש"א (י-ם) 7616/09, חברת "לוי רמות עבודות עפר כבישים ופיתוח" בע"מ נ' עמותת ז.פ. (פורסם בנבו, 20.5.09).
- בש"א (י-ם) 7984/09, רוזן שרה נ' חברת ארזי הבירה בע"מ (פורסם בנבו, 9.7.09) – "פרשת רוזן".
- ע"א 9183/09, The Football Association Premier League Limited נ' פלוני (פורסם בנבו, 13.5.12).
- תע"א (ת"א) 10105/09, סיגל יעל נ' חברת דלק מערכות אנרגיה בע"מ (פורסם בנבו, 23.7.12).
- רע"פ 10141/09, אברהם בן חיים נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.3.12).
- רע"א 19/10, מורביקו אוברסיס בע"מ נ' ז. גולדמן אינטרנשיונל טרייד בע"מ (פורסם בנבו, 16.4.12).
- ע"א 2808/10, עזבון חיים שיף נ' החברה לפיתוח חוף אילת בע"מ (פורסם בנבו, 29.5.12) - "פרשת שיף".
- רע"א 3522/10, גני עינב (בניה מעולה) בע"מ נ' יאיר בן דוד (פורסם בנבו, 6.3.12).
- רע"א 3961/10, המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ מגדל חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 26.2.12).

- רע"א 4123/10, אשר אפרתי נ' יעקב מורשת (פורסם בנבו, 13.12.10).
- רע"א 4014/10, מונדז נ' בירן (פורסם בנבו, 21.9.2010) - "פרשת מונדז".
- ע"א 5251/10, יעקב כספי בע"מ נ' Banco Bilbao Vizcaya, Argentaria S.A. (פורסם בנבו, 6.1.13).
- בש"א 5692/10, פלונית נ פלוני (פורסם בנבו; 9.11.10).
- בר"ש 6442/10, מדינת ישראל נ' יצחק אביזמיל (פורסם בנבו, 21.11.10).
- רע"א 6344/10, הועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת השרון נ' בלורי בע"מ (פורסם בנבו, 14.12.11).
- ת"א (מרכז) 6901-09-10, ב.ג. נגב טכנולוגיות ויישומים בע"מ נ' Bioness Inc. (פורסם בנבו, 24.12.12).
- רע"א 6934/10, כספי תעופה בע"מ נ' JSC AEROAVIT AIRLINES (פורסם בנבו, 28.10.10).
- רע"פ 7525/10, יונס אלקרעאן נ' הועדה המחוזית לתכנון ובניה - מחוז דרום (פורסם בנבו, 17.10.10).
- ת"א (מרכז) 8349-11-10, EUROSTAR INC נ' דוד שרעבי (פורסם בנבו, 8.9.11).
- ת"א (ת"א) 8431-01-10, מדינת ישראל נ' יעקב לבייב (פורסם בנבו, 23.3.11).
- רע"א 8973/10, בנק אוצר החייל בע"מ נ' גולייט בן ברוך (פורסם בנבו, 23.7.12).
- רע"א 9422/10, עו"ד אשרף חטיב נ' עלי אזברגה (פורסם בנבו, 14.3.12).
- ת"א (מרכז) 18207-01-10, יעקב גזית נ' פז חברת נפט בע"מ (פורסם בנבו, 30.8.11).
- עת"מ (מרכז) 20029-06-10, חואן קלאודיו אלי נ' רשות הרישוי, ועדה מקומית לתכנון ובנייה רחובות (פורסם בנבו, 17.2.11).
- ע"ר (חי"י) 21028-03-10, עבד רבה יוסף שאקר דחלאן נ' חב' תרבות רה"ן (1998) בע"מ (פורסם בנבו, 8.7.10).
- ת"א (מרכז) 24564-06-10, דן חברה לתחבורה ציבורית בע"מ נ' עיריית פתח תקווה (פורסם בנבו, 2.5.12).
- ת"א (ב"ש) 45988-02-10, R.A. Trading & Investment Ltd. נ' עכביש דלתות פלדה בע"מ (פורסם בנבו, 16.2.12).
- ע"א 1546/11, בן גור נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 8.9.11).
- ע"א 2228/11, שלומי גבעתי נ' אברהם דואק (פורסם בנבו, 5.5.13).
- רע"א 2327/11, פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 28.4.11).
- בש"א 2611/11, אריה ביטון נ' מוטי איצקוביץ (פורסם בנבו, 7.4.11).
- בג"ץ 2621/11, פלונית נ' בית הדין השרעי לערעורים בירושלים (פורסם בנבו, 27.12.11).
- בשג"ץ 3320/11, ד"ר צבי אורי מעוז נ' הנהלת בתי המשפט (פורסם בנבו, 11.5.11) - "פרשת מעוז".
- עע"ם 3813/11, טלדור מערכות מחשבים (1986) בע"מ נ' מלם מערכות בע"מ (פורסם בנבו, 5.1.12).
- ע"א 4607/11, אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' הסתדרות העובדים הכללית החדשה (פורסם בנבו, 4.6.13) - "פרשת אליהו".
- רע"א 4638/11, זכרי דוד נ' הפניקס הישראלי חברה לבטוח בע"מ (פורסם בנבו, 9.8.11).
- ע"א 6345/11, מינהל מקרקעי ישראל נ' ראובן יומטוביאן (פורסם בנבו, 15.5.12).
- בג"ץ 6641/11, פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (פורסם בנבו, 22.1.12).
- רע"א 6812/11, ווטאירפול הנדסה בע"מ נ' L-3 Communications Security and Detection System, Inc. (פורסם בנבו, 21.12.11).
- רע"א 7116/11, חנה בורשטיין נ' איתן שריקי (פורסם בנבו, 24.6.12) - "פרשת בורשטיין".

- רע"א 7173/11, קווי אשראי לישראל שירותים פיננסיים משלימים בע"מ (בפירוק) נ' UNITED KINGSWAY LTD. (פורסם בנבו, 31.1.12) - "פרשת קווי אשראי".
- ה"פ (י-ם) 7236-05-11, גולדפון בע"מ נ. ב. יאיר חברה קבלנית לעבודות בניה 1988 בע"מ (פורסם בנבו, 11.8.11).
- ע"א 7420/11, גרומן שירותי דלק בע"מ נ' סונול ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 29.1.13).
- רע"א 7602/11, מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' מיפרומאל תעשיות ירושלים בע"מ (פורסם בנבו, 12.7.12) - "פרשת מגדל".
- ע"א 7919/11, חברת מעדני הצפון בע"מ נ' יהודה גואטה (פורסם בנבו, 16.6.13).
- עע"ם 8884/11, אייץ אנד או אופנה בע"מ נ' ועדת המשנה לעררים המועצה הארצית לתכנון ובניה (פורסם בנבו, 29.3.12).
- עע"ם 9272/11, הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה מחוז חיפה נ' יעקב ורצהייזר (פורסם בנבו, 20.6.13).
- בע"מ 9606/11, עזבון המנוח פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 20.5.13).
- ה"פ (ת"א) 23553-09-11, א.צ. ברנוביץ החזקות והשקעות בע"מ (בפירוק) נ' ברנוביץ זהבה (פורסם בנבו, 6.1.13).
- ת"צ (מרכז) 36086-07-11, עו"ד אסף חרסט נ' ידיעות אינטרנט (שותפות רשומה) (פורסם בנבו, 19.9.12).
- ה"פ (מרכז) 40881-05-11, מדלין קצב נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה אור יהודה אזור (פורסם בנבו, 28.9.12).
- עת"מ (י-ם) 51671-02-11, מ.א.ה מנרב - אלקטרה - הדרכה בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד האוצר - אגף החשב הכללי (פורסם בנבו, 5.1.12).
- בש"א 445/12, עיזבון המנוח יוסף עאסלה ז"ל נ' עאסלה ופיקה (פורסם בנבו, 26.1.12).
- בג"ץ 681/12, שחר מרים גרינשפן נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 19.9.12) - "פרשת גרינשפן".
- בש"א 1461/12, אלי בן דוד נ' משה נחמיאס (פורסם בנבו, 20.2.12).
- ה"פ (ת"א) 2026/12, corporate funding partners' llc נ' א.פ.צ השקעות בע"מ (פורסם בנבו, 9.1.13).
- בג"ץ 2759/12, אל"מ ארז וינר נ' מבקר המדינה (פורסם בנבו, 28.6.12).
- בג"ץ 4407/12, פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים (פורסם בנבו, 7.2.13).
- רע"א 4539/12, מלכה כהן נ' נח טויטו (פורסם בנבו, 11.1.13) - "פרשת טויטו".
- רע"א 4827/12, גילה חיות נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ (פורסם בנבו, 30.8.12)..
- ע"א 5131/12, מרדכי כהן נ' נורית בקשי (פורסם בנבו, 3.10.12).
- רע"א 6115/12, קל-בנין בע"מ נ' אינטל אלקטרוניקה בע"מ (פורסם בנבו, 26.8.12).
- ע"פ 6179/12, דוד טובול נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 27.9.12).
- ע"א (בי"ש) 6641-02-12, עיזבון המנוח אבו לקימה דיאב ז"ל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.6.12).
- רע"א 7526/12, עיריית רמת גן נ' פנינת העיר (פורסם בנבו; 13.1.13).
- בע"מ 7784/12, פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 28.7.13).
- רע"א 8149/12, משרד עו"ד משה וינברג ושות' נ' שמחה הולצברג (פורסם בנבו, 20.12.12).
- ע"א (נצ'י) 13245-03-12, המוסד לביטוח לאומי נ' מוחמד טאהא (פורסם בנבו, 25.6.12) - "פרשת טאהא".
- ה"פ (ת"א) 25089-01-12, עמותת גג לנזקק ולחוסה נ' מ.ג. (פורסם בנבו, 22.1.12).
- רע"א (מרכז) 49958-02-12, עמית ח.ד יזמות ופרוייקטים בע"מ נ' אהרן גיאת (פורסם בנבו, 28.2.12).

- רע"א 368/13, הרשות הפלסטינית נ' אירנה ליטבק נורז'יק (פורסם בנבו, 23.4.13).
- רע"א 910/13, סלמאן חיר נ' ישקול סחר בע"מ (פורסם בנבו, 18.2.13).
- בש"ם 1070/13, עיריית גבעתיים נ' התחדשות אורבנית יזום נדל"ן (פורסם בנבו, 17.3.13) - "פרשת עיריית גבעתיים".
- רע"א 1345/13, סאמי סעאידה נ' אסיל חברה להובלות סחר ועצים בע"מ (פורסם בנבו, 5.3.13) - "פרשת סעאידה".
- רע"א 1525/13, אברהם פריד נ' תמרה טמיר (פורסם בנבו, 21.4.13).
- רע"א 1927/13, אלקו התקנות ושירותים (1973) בע"מ נ' נוי חשמל ובקרה בע"מ (פורסם בנבו, 12.4.13) - "פרשת אלקו".
- רע"א 2863/13, מרינה פטריות הגליל בע"מ נ' יהודה אלפי (פורסם בנבו, 16.6.13).
- רע"א 3783/13, אי די בי חברה לפתוח בע"מ נ' יעל כבירי שמיע (פורסם בנבו, 5.6.13) - "פרשת אי די בי".
- רע"א 4984/13, איתן כוכבי נ' שרון כוכבי (פורסם בנבו, 23.7.13).
- רע"א 5220/13, בוריס בנאי נ' עו"ד איתן ארז - נאמן לנכסי החייב בפשיטת רגל אלי רייפמן (פורסם בנבו, 30.7.13).
- רע"א 5988/13, מנאל חמאיסי נ' מנאר ייעוץ כלכלי והשקעות בע"מ (פורסם בנבו, 9.10.13).

#### רשימת פסקי דין של בתי משפט ממדינות נוספות המופיעים בעבודה

- **Moses v. Macferlan**, 676 All E.R. 97 (1760).
- **Fray v. Blackburn**, (1863) 122 Eng. Rep. 217 (Q.B.).
- **Poyser v. Minors** (1881) L.R. 7 Q.B.D. 329.
- **Hurtado v. California**, 110 U.S. 516, 535 (1884).
- **Northern Securities Co. v. United States** 193 US (1904), 197.
- **Southern P.T.O. v. Interstate Com**, 31 S. Ct. 279, 283 (1910).
- **People ex. rel. Langdon v. Waldo**, 158 App.Div. 936, 143 N.Y.S. 818 (1913).
- **Grannis v. Oredean**, 234 U.S. 385 (1914).
- **Czarnikow v. Roth, Schmidt & Co.**, 2 K.B. 478 (1922).
- **Rex v. Robert Hughes** (1927-1928), 20 Cr. App. R. 4.
- **People v. Garcia**, 1 Cal.App. 2d 761, 32 P. 2d 445 (1934).
- C.A. 163/33, **Dienfeld v. Dienfeld** (1935) 5 C.O.J. 1614.
- H.C. 34/35, **Levitov v. CEO Haifa and Another** (1935) 2 P.L.R. 345.
- H.C. 27/36, **Hari v. CEO Haifa and Another** (1936) 4 P.L.R. 9.
- **Palko v. Connecticut**, 302 U.S. 319 (1937).
- **New Brunswick Rail Co. v. British and French Trust Corporation** [1938] 4 All E.R., 747.
- C. A. 158/38, **Municipal Corporation of Jerusalem v. Nakhleh Cotton** (1938), P.L.R. Vol . 5. 48S.
- H.C. 11/39, **Hazan v. CEO Tel-Aviv and Another** (1939) 6 P.L.R. 243.

- C . A . 236/42, **Yehoshua Hankm v. Zaki Rashtd Shanti** (1943), P.L.R. Vol. 10, 383.
- **Cj. Chase Sec. Corp. v. Donaldson**, 325 U.S., 304 (1945).
- H.C. 110/46, **Dajani v. The Supreme Moslem Council**, (1947) A.L.R. 28.
- **Bater v. Bater** (1950) 2 All E.R. 458.
- **Joint Anti-Fascist Refugee Comm. v. McGrath**, 341 U.S, (1951) 123.
- **Brown v. Allen**, 344 U. S. 443 (1953).
- **Hornal v. Neuberger Products Ltd.** (1956) 3 All E.R. 970.
- **Jones v. National Coal Board** [1957] 2 Q.B. 55.
- **Dingwall v. J. Wharton (Shipping) Ltd.** (1961), Li L. Rep 2 213.
- **Tappenden v. Artus**, 2 Q.B. 185 [1964].
- **Armstrong v. Manzo**, 380 U.S. 545, 552 (1965).
- **Goldberg v. Kelly**, 397 U.S. 254, 267 (1970).
- **Chandler v. Judicial Council of the Tenth Circuit**, 398 U.S. 74 (1970).
- **Boddie v. Connecticut** 401 U.S. 371 (1971).
- **Meltzer v. LeCraw**, 402 U.S. 954 (1971).
- **Isaac v. Isaac** [1972] 1 WLR 921 (C.A.).
- **Stanly v. Illinois**, 405 U.S. 645, 656 (1972).
- **Roe v. Wade**, 93 S.Ct. 705, 713 (1973).
- **Rochez Bros., Inc. v. Rhoades**, 353 F. Supp. 795 (W.D. Pa. 1973).
- **Faretta v. California**, 422 U.S. 806 (1975).
- **Golder v. U.K.**, 15 E.C.H.R. Series A (1975).
- **Gilmore v. Utah**, 429 U.S. 1012, 1013 (1976).
- **Airey v. Ireland**, 2 E.H.R.R. 305 (1979) - פרשת
- **Richmond Newspaper, Inc. v. Virginia**, 448 U.S. 555 (1980).
- **Reardon v. Marlayne, Inc.**, 416 A.2d 852, 857 (N.J. 1980).
- **Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v. South India Shipping Corporation** [1981] 1 AC 909
- **Little v. Streater**, 452 U.S. 1 (1981).
- **Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v South India Shipping Corp.** [1981] AC 909, HL, 976.
- **Yew Bon Tew v. Kenderean Bas**, 3 All E. R., 833 (1982).
- **Logan v. Zimmerman Brush Co.**, 455 U.S. 422 (1982)- "Logan פרשת".
- **Michigan v. Long**, 103 S. Ct. 3469 (1983).
- **INS V. Chadha**, 462 U.S. 919 (1983).

- **Tideway Oil Programs, Inc. v. Serio**, 431 So. 2d 454 (Miss. 1983).
- **Air Canada v. Secretary of State for Trade** (1983) 2 A.C. 394.
- **Estate of Murrell v. Quin**, 454 So. 2d 437 (Miss. 1984).
- **Brooks v. Jp Coattes Ltd** 702 All E.R. 3 [1984].
- **Press-Enterprise Co. v. Superior Court**, 104 S. Ct. 819 (1984) – "Press-Enterpris פרשת".
- **McKaskle v. Wiggins**, 104 S. Ct. 944 (1984).
- **Redgrave v. Boston Symphony Orchestra, Inc.**, 602 F. Supp. 1189 (D. Mass. 1985).
- **Ake v. Oklahoma**, 470 U.S. 68, 80 (1985).
- **Lake River Corp. v. Carborundum Co.**, 769 F.2d 1284 (7th Cir. 1985).
- **State v. Creekpaum**, 732 P.2d 557 (Alaska Ct. App. 1987).
- **Davies v. Eli Lilly & Co** (1987) 1 W.L.R., 428.
- **Kurowski v. Krajewski**, 848 F.2d 767 (7th Cir. 1988).
- **Comfort Hotels v. Wembley Stadium** [1988] 1 W.L.R. 872.
- **Torrs v. Oakland Scavenger Co.** 487 U.S. 312 (1988).
- **United States v. 6109 Grubb Rd.**, 886 F.2d 618 (3rd Cir. 1989).
- **Eugene D. ex rel. Olivia D. v. Karman**, 889 F.2d 701 (6th Cir. 1989).
- **Piglowska v. Piglowski** [1991] 1 W.L.R. 1360, HI .
- **United States v. Bruchhausen**, 977 F.2d 464 (9th Cir. 1992).
- **United States v. Holmquist**, 36 F.3d 154 (1st Cir. 1994).
- **Keary Developments Ltd. V. Tamarc Construction** [1995] 3 All E.R 534 (CA).
- **Fun-Damental Too, Ltd. v. Gemmy Indus. Corp.**, No. 96 Civ. 1103 (MBM), 1996 WL 125641.
- **State v. Paul**, 548 N.W.2d 260 (Minn. 1996).
- **Malik v. Bank of Credit and Commerce International SA** [1997] 3 All E.R. 1.
- **Maltez v. Lewis**, [1999] All ER (D) 425.
- **McPhilemy v. Times Newspapers**, [1999] 3 All ER 775.
- **Chilton v. Surrey County Council** (1999) LTL 24/6/99.
- **Adoko v. Jemal** (1999), The Times, 8 July 1999.
- **Mars (U.K.) Ltd. v. Teknowledge Ltd.**, The Times, July 8, 1999.
- **Stephenson (SBJ) Ltd v. Mandy** (1999), The Times, 21 July 1999.
- **Purdy v. Cambran** (1999), unreported, 17 December, CA.
- **Flynn v Robin Thompson & Partners and Wallen**, The Times, 14 March 2000.
- **Neufeld v. Balboa Ins. Co.**, 101 Cal. Rptr. 2d 151 (Cal. Ct. App. 2000).
- **Gray-Bey v. United States**, 201 F.3d 866 (7th Cir. 2000).



- **Kajima/Ray Wilson v. Los Angeles County Metropolitan Transportation**, 1 P.3d 63, 2000 Cal. LEXIS 4551.
- **Norcia v. Equitable Life Assurance Soc’y of the U.S.**, 80 F. Supp. 2d 1047 (2000).
- **Castro-Cortez v. I.N.S.**, 239 F.3d 1037 (9th Cir. 2001).
- **Vinos v. Marks & Spencer plc.** [2001] 3 ALL ER 784.
- **Fatrcfehd v. Gierihaven Funeral Services Ltd.**, {2002} UKHL 22, [2003] 1 AC 32.
- **Totty v. Snowden** [2002] 1 WLR 1384.
- **Godwin v. Swindon Borough Councill** [2002] 1 WLR 997.
- **Sorci v. Iowa Dist. Court for Polk Cnty.**, 671 N.W.2d 482 (Iowa 2003).
- **Secretary of State for the Home Department v. Rehman** UKHL 47, [2003] 1 AC 153.
- **Gregg v. Scott**, UKHL 2, [2905] 2 AC 176.
- **Adan v. Securicor Custodial Services Ltd.** (2005) PIQR P79.
- App. 39199/98 **Podbielski and PPU Polpure v. Poland** (26/7/05).
- **Baiter v. COTUS**, [2006] UKHL 20.
- **Lambeth LBC v. Onayomake** (2007), The Times, 2 November 2007.
- **Albon v. Naza Motor Trading Sdn Bhd** (2007) LTL 19/11/07.
- **Delso v. Trs. for Ret. Plan For Hourly Emps. of Merck & Co., Inc.**, No. 04-3009 (AET), 2007 WL 766349.
- **Exxon Shipping Co. v. Baker**, 128 S. Ct. 2605 (2008).

### רשימת פסקי דין של בתי הדין הרבניים המופיעים בעבודה

- תיק 1/36/703, א. נ' ב., אוסף פסקי דין - ורהפטיג, כ'.
- תיק 1/48/703, א. נ' ב., אוסף פסקי דין - ורהפטיג, כ"ו.
- תיק 1/9/704, הנהלת הישיבה ב' נ' אפוטרופסי הקדש, אוסף פסקי דין - ורהפטיג, ל"ד - "פרשת הנהלת הישיבה ב"ו".
- תיק 1/12/704, א. נ' ב., אוסף פסקי דין - ורהפטיג, ל"ח.
- תיק 10/30/705, אוסף פסקי דין - ורהפטיג, פ"ד .
- תיק 1/39/705, א. נ' ב., אוסף פסקי דין - ורהפטיג, ק'.
- תיק 1/48/705, ב. נ' א., אוסף פסקי דין - ורהפטיג, ק"ה.
- ערעור 1/4/710 (לא פורסם, גנוז המדינה, מיכל 4799, מובא אצל שוחטמן, סדר, 297).
- תיק 1/105/712 (לא פורסם, גנוז המדינה, מיכל 4798, מובא אצל שוחטמן, סדר, 297).
- ערעור 059019265-21-1 (לא פורסם, מובא אצל שוחטמן, סדר, הע"ש 261).
- ערעור תש"ט/154, א. נ' ב., פד"ר ג', 225.
- ערעור תש"י/56, אוסף פסקי דין - ורהפטיג, ח"ב, 60.
- תיק תשי"ד/252, א. נ' ב., פד"ר א', 65.

- תיק (פי"ת) תשי"ד/716 (לא פורסם).
- ער/21/תשט"ז, מועצת עזבון בליליוס נ' הרב צ. פ. פרנק, פד"ר ב, 18 - "פרשת מועצת עזבון בליליוס".
- ערעור 107/תשט"ז, פד"ר ב', 233.
- ערעור תשט"ז/140, א. נ' ב., פד"ר ב', 162.
- ער' תשי"ז/18, א. נ' ב., פד"ר ב', 262.
- ערעור תשי"ז/58 (לא פורסם).
- תיק (ת"א) 103/תשי"ז, פד"ר ב', 65.
- ערעור תשי"ז/157, א. נ' ב., פד"ר ד', קע"ה.
- תיק 4032/תשי"ז, י.ל. נ' הוצאת ספרים "פרדס ישראל", פד"ר ד, 9.
- תיק (ת"א) 692/תשי"ח, פד"ר י', 225.
- תיק (חי') תשי"ח/2029, א. נ' ב., פד"ר ו, 181.
- תיק 3898/תשכ"א, פד"ר ו', 265.
- ערעור תשכ"ה/23, א. נ' ב., פד"ר ה', 298.
- תיק 717/3301/תשכ"ה, א. נ' שיכון ופיתוח, חברה למימון והשקעות של הסתדרות אגודת ישראל, פד"ר ו', 315.
- ערעור תשכ"ה/66 (לא פורסם, מובא אצל שוחטמן, סדר, הע"ש 261).
- ערעור 520/תשכ"ו, לא פורסם (ציטוט מפסה"ד מובא אצל אלון, המשפט העברי, ח"ג, 1522-1524)
- תיק (חי') תשכ"ו/3898, פד"ר ו', 265.
- תיק (ת"א) 5596/תשכ"ו, הסתדרות פועלי אגו"י סניף רחובות נ' הסתדרות אגו"י סניף רחובות, פד"ר ו, 202.
- ערעור תשכ"ז/159 (מובא בשו"ת משפטי שאול, סימן מ"ב).
- ערעור תשכ"ח/42, פד"ר ז', 175.
- תיק (י-ם) תשכ"ט/176.
- תיק 7586/כ"ט, א. נ' ב. ו-ג., פד"ר ט', 115.
- ערעור תשל"ב/9 (ט"ו טבת התשל"ב).
- ערעור תשל"ד/49, א. נ' ב., פד"ר י', 3.
- ערעור תשל"ד/67, פד"ר י', 168.
- ערעור תשל"ה/26, א. נ' ב., פד"ר ו, 115.
- תיק מסי' 10662/תשל"ו, פד"ר י', 363.
- ערעור תשל"ז/199, פד"ר י"א, 235.
- ערעור מ"א/תשל"ח, א. נ' ב., פד"ר י"א, 131.
- תיק 2824/לח, פד"ר י"א, 259.
- תיק (ת"א) תשל"ח/7004, פד"ר י"ב, 249.
- ערעור תשמ"א/18, פד"ר י"ב, 129.
- ערעור תשמ"א/102, פד"ר י"ב, 33.

- ערעור תשמ"א/291 (כ"ב תמוז התשמ"ב).
- תיק (אש"י) תשמ"א/6873 (לא פורסם).
- תיק (אש"י) 580/תשמ"ג, **ויצנר שמואל נ' וירואני שלמה** (1983) - "פרשת ויצנר".
- תיק (אש"י) 1109/תשמ"ג, **טסלר מאיר נ' בלק אהרן** (1983) - "פרשת טסלר".
- תיק (אש"י) 1301/תשמ"ד, **חדידה מרדכי נ' חדידה ג'ורג'ט** (1984) - "פרשת חדידה".
- תיק 4033/מ"ד, **ל. ש. נ' ל. ר.**, שורת הדין ט', תנ"ז (ניתן ביום ט"ו אלול התשמ"ה).
- תיק (ת"א) 12803/תשמ"ה, **שורת הדין ב' (התשנ"ד)**, קצ"א.
- ערעור תשמ"ו/57. פורסם בתוך **משפטי ארץ – דין, דיין ודיון** (עורך: הרב י' אונגר), מכון משפטי ארץ-התשס"ב, 74.
- תיק (י-ם) 7400/מ"ו, **א.א. נ' ג.א.** (פורסם בנבו, כ"ו חשון תשמ"ט).
- ערעור תשמ"ז/159, **קרית שומרי אמונים נ' הרב מ.**, שורת הדין ז', תס"א (ניתן ביום ז' אדר התשמ"ח).
- ערעור תשמ"ח/103, לא פורסם (ניתן ביום י"ד טבת התשמ"ח).
- ערעור תשמ"ח/384, **מ. ס. נ' א. ג.**, שורת הדין ז', תס"ג (ניתן ביום י"ט טבת התש"ן).
- תיק (ת"א) 16710/תשמ"ח, פד"ר ט"ו, 240.
- ערעור תשמ"ט/82 (לא פורסם, מובא אצל שוחטמן, סדר, 292).
- ערעור תשמ"ט/131 (לא פורסם, מובא אצל שוחטמן, סדר, 295).
- תיק 2408/תש"ן, פד"ר י"ד, 289.
- ערעור תשנ"א/162, **י. ש. נ' י. א.**, שורת הדין ז', תס"ז (ניתן ביום ה' טבת התשנ"ב).
- ערעור תשנ"ד/000 (לא פורסם, מובא אצל שוחטמן, סדר, 295).
- תיק (בי"ש) 2-29-786, **פלוני נ' פלונית** (פורסם בנבו, 1995).
- תיק תשנ"ד/336, פסקי דין מבית דין ירושלים לדיני ממונות ד' (התשנ"ו), ע"ב.
- תיק 2372 – נ"ו בבית הדין לבירור יהדות על-יד הרבנות הראשית בירושלים, **פסקי דין מבית הדין לדיני ממונות ולבירור יהדות ה'**, קצ"ט.
- ערעור תשנ"ו/820 (א' באב התשנ"ו).
- ערעור תשנ"ו/904 (ניתן ביום כ' תמוז התשנ"ו).
- ערעור תשנ"ו/916 (ט' בשבט התשנ"ו).
- ערעור תשנ"ו/954 (כ"ז תמוז התשנ"ו).
- תיק (נת'י) תשנ"ז/715, פד"ר י"ט, 344.
- תיק (גדול) נ"ח/1-64-1832, **מנצר פנינה נ' קלך אסתר** (פורסם באתר 'דינים ועוד', 3.1.99).
- תיק (גדול) נט/1-35-2734, **פלוני נ' אלמוני** (פורסם בנבו, 25.3.99).
- ערעור תש"ס/65 (י"ז טבת התש"ס).
- ערעור 2-64-57827230, לא פורסם (ניתן ביום כ"ו שבט התש"ס).
- ערעור תש"ס/168, **בבלי ח. נ' בבלי ש.**, שורת הדין ח', תק"ס (י"א אדר א' התש"ס) - "פרשת בבלי ח".
- ערעור תש"ס/247, **ש. י. נ' א. א.**, שורת הדין ז', תע"ג (ניתן ביום ל' שבט התש"ס).
- תיק (גדול) תש"ס/836, **ב.פ. נ' ב.ל.** (פורסם בנבו, 28.9.00).

- תיק 041989237-13-1 (פורסם ב'הדין והדיין' 3, 8, 17.5.00).
- תיק (י-ם) 2008-61-1 (פורסם בתוך בשערי בית הדין, ח"ג, 313, י"ט טבת תשס"א).
- תיק (גדול) 41911, **פלונית נ' פלוני** (פורסם בנבו, 24.6.01).
- ערעור תשס"ב/5515, **שורת הדין ט' (התשס"ה)**, תס"ד.
- תיק (ת"א) 428-21-1, **אלמונית נ' אלמוני** (פורסם בנבו, 20.2.02).
- תיק (גדול) 8975-64-1, **פלונית נ' אלמוני** (פורסם בנבו, 14.3.02).
- תיק 012213252-21-1, **פלונית נ' פלוני** (פורסם ב'הדין והדיין', 3, 10, 14.7.02)..
- ערעור 113/ס"ג, **א. מ. נ' א. י.**, שורת הדין ט', תל"ז (ניתן ביום כ"ה אדר א' התשס"ג).
- תיק (גדול) 7964-24-1, **פלוני נ' פלונית** (פורסם באתר 'דעת', 23.1.03).
- תיק 3935/ס"ג, **א. נ' ב.** (פורסם בנבו, 11.3.03).
- ערעור 4485/ס"ג, **כ. צ. נ' כ. ח.**, שורת הדין ט', תנ"ח (ניתן ביום כ"ח אדר א' התשס"ג).
- תיק (גדול) 008630931-21-1, **פלונית נ' פלוני** (פורסם ב'הדין והדיין', 3, 6, 4.6.03).
- תיק (גדול) 1-64-900030836, **מכללת חושן – מרכז להלכה ולמשפט עברי** (פורסם בנבו, 5.8.03).
- תיק (חי') 53917464-24-1, **פלוני נ' פלונית** (פורסם בנבו, 30.10.03).
- ערעור 059019265-21-1 (לא פורסם).
- תיק (נת') 4252, **אברהם נ' אברהם**, לא פורסם (ניתן ביום 14.1.04).
- תיק (רח') 1-22-4930, **מ.א. נ' י.י.** (פורסם בנבו, 26.1.04).
- ערעור 057988396-21-2, לא פורסם, (חי' ניסן התשס"ד).
- תיק 1-22-2960, **י.מ. נ' י.ד.** (פורסם בנבו, 5.5.04).
- תיק 1-64-9638, **ש.מ. נ' ש.י.** (פורסם בנבו, 8.6.04) - "**פרשת ש.מ.**".
- ערעור 1043/ס"ד, **מ. י. נ' י. א.**, שורת הדין י', תס"ו (ניתן ביום 30.6.04).
- תיק (גדול) 3460-22-2, **פלוני נ' פלונית** (פורסם בנבו, 21.10.04).
- תיק (חי') 55577555-21-1, **פלונית נ' פלוני** (פורסם בנבו, 5.12.04).
- תיק (גדול) 2337-22-2, **אלמוני נ' אלמוני** (פורסם בנבו, 27.12.04).
- ערעור 2971/ס"ד, **א. ע. נ' א. ש.**, שורת הדין י', תס"ה (ניתן ביום כ"ה חשוון התשס"ה).
- ערעור 2408/ס"ד, **א.ע. נ' א.כ.**, שורת הדין י"ג, ש"נ (ניתן ביום 30.1.05).
- תיק 1-13-002793529, **פלוני נ' פלונית** (פורסם בנבו, 4.4.05).
- תיק (חי') 6192-21-1, **פלוני נ' אלמונית** (פורסם בנבו, 29.6.05).
- תיק (ת"א) 317772234-64-1, **פלונית נ' פלוני**, לא פורסם (ניתן ביום ט"ו סיון התשס"ה)..
- תיק (נת') 4652, **פלוני נ' פלונית** (פורסם ב'הדין והדיין', 11, 6, 20.7.05).
- תיק תשס"ה/710, פסקי דין מבית דין ירושלים לענייני ממונות י' (התשס"ז), י"ז.
- תיק (נת') 1673-53-1, **פלוני נ' אלמוני** (פורסם בנבו, 2.2.06) - "**פרשת הלשכה לסיוע משפטי**".
- תיק (גדול) 30684062-22-1, **פלונית נ' פלוני**, לא פורסם (ניתן ביום כ"ד שבט התשס"ו).
- תיק (ת"א) 9322-29-1, **פלוני נ' פלונית** (פורסם בנבו, 19.3.06).

- תיק (נת'י) 8885-21-1, פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 26.4.06).
- תיק (נת'י) 3615-24-1, חמי נ' חמי (פורסם בנבו, 26.4.06) - "פרשת חמיי".
- תיק (גדול) 30684062-22-1, פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 20.6.06).
- תיק (גדול) 6396-21-1, פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 9.1.07).
- תיק (גדול) 6745-12-2, פלוני ט' (פורסם בנבו, 27.2.07).
- תיק (ת"א) 301551/4, פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 28.3.07).
- תיק (גדול) 4280-21-1, פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 30.4.07).
- תיק (פ"ת) 5815-24-1, פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 4.6.07).
- תיק (רח"י) 30387-21-1, פלונית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 13.6.07).
- תיק 1350-21-1, פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 17.6.07).
- תיק 9613-64-2, פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 4.7.07).
- תיק 1-35-8935, מוסדות פלוני נ' יואל ובילה ק' (פורסם בנבו, 5.7.07) - "פרשת מוסדות פלוני".
- תיק 2235-24-2, פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 9.10.07).
- תיק (גדול) 1700-21-1, פלונית נ' פלוני, לא פורסם (ניתן ביום 28.11.07).
- תיק (חי'י) 9630-24-1, ב. א. א. נ' ב. א. ד. (פורסם בנבו, 24.12.07) - "פרשת ב.א.א.א."
- תיק (גדול) 5489-64-1, פלוני, פלונית ופלוני (פורסם בנבו, 10.2.08).
- תיק (גדול) 064229255-22-1, פלונית נ' פלוני (פורסם ב'הדין והדיין', 22, 6, 26.2.08).
- ערעור 5923-21-2, פלונית נ' פלוני (פורסם באתר הנהלת בתי הדין, 2.4.08).
- תיק 9846-21-1, פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 8.4.08).
- תיק (אש"י) 9600-22-1, פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 9.7.08) - "פרשת הריבית בהוצאה לפועל – איזורי".
- תיק 3437-21-1, פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 26.10.08).
- תיק 5184-23-1 (פורסם בנבו, 5.5.09).
- תיק (גדול) 6122-21-1, פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 10.5.09).
- תיק (ת"א) 7632-24-1, פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 27.5.09).
- תיק (גדול) 3980-64-1, פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 3.6.09).
- תיק (חי'י) 1655-64-1, פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 26.7.09).
- פסק דינו של בית הדין לממונות באיתמר בתיק 22/תשס"ט, ד.ה.ע.ה. נ' נ.י. (פורסם באתר 'דין תורה', י"ט טבת התשס"ט) - "פרשת ד.ה.ע.ה.א."
- תיק (נת'י) 9090-22-2, פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 6.12.09).
- תיק (גדול) 8860-21-1, פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 9.5.10).
- תיק (גדול) 810948/2, פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 21.7.10).
- תיק (חי'י) 527051/11, פלונית נ' פלוני (פורסם באתר הנהלת בתי הדין, 2.9.10).
- תיק (אש"י) 14850/1, פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 19.9.10).
- תיק (נת'י) 288169/3, פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 20.10.10).

- תיק (גדול) 798549/5, פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 4.11.10).
- תיק (חי') 589780/1, פלונית נ' פלוני (פורסם באתר הנהלת בתי הדין, 17.2.11).
- תיק 303895/9, פלוני נ' פלונית, לא פורסם, (ניתן ביום 20.2.11).
- תיק (י-ם) 697906/2, פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 5.4.11).
- תיק 517131/10, פלונית נ' פלוני (פורסם באתר 'דעת', 23.5.11).
- תיק 815380/1, פלונית נ' יורשי המנוח פלוני (פורסם באתר 'דעת', 1.6.11).
- תיק (פ"ת) 205421/1, פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 21.6.11).
- תיק (חי') 588130/4, פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 30.6.11).
- תיק (ת"א) 458040/1, פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 11.7.11).
- פסק דינו של בית הדין 'ארץ חמדה – גזית' בתיק 71036, פלוני נ' עיתון אלמוני (פורסם באתר 'ארץ חמדה', 27.9.11) - "פרשת הפרת זכויות היוצרים".
- פסק דינו של בית הדין 'ארץ חמדה-גזית' בתיק 71061, נ. נ' ש. (פורסם באתר 'ארץ חמדה', 9.10.11) - "פרשת נ. נ' ש."
- פסק דינו של בית הדין 'ארץ חמדה-גזית' בתיק 69018, א. נ' ע. (פורסם באתר 'ארץ חמדה', 10.11.11) - "פרשת א. נ' ע."
- תיק (גדול) 812944/7, יעקב אליה נ' פלונית (פורסם בנבו, 15.11.11).
- תיק בירור יוחסין (חי') 867607/1, ש. כהנא (פורסם בנבו, 27.12.11) - "פרשת ש. כהנא".
- תיק (אשקלון) 62662/4, פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 24.6.12).
- תיק (נת') 269668/7, פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 5.7.12).
- תיק (חי') 505372/11, פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 18.7.12).
- תיק (חי') 841051/1, פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 22.7.12).
- תיק (גדול) 875507/1, טו"ר אלמוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 7.11.12).
- תיק (חי') 531026/9, פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 19.11.12).
- תיק (גדול) 872361/3, פלונית נ' פלוני, (פורסם ע"י הנהלת בתי הדין הרבניים; 5.12.12).
- תיק (נת') 765289/2, פלונית נ' פלוני (פורסם באתר 'דעת', 30.12.12).
- תיק (חי') 921689/1, פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 28.1.13).
- תיק (חי') 563566/1, פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 18.2.13).
- תיק (אש"י) 63609/6, פלוני נ' פלונית (פורסם באתר הנהלת בתי הדין, 20.3.13).