

דיון במעמד צד אחד ותפקיד בית הדין בנימין אלי דוד

en mémoire de Armand Cazenelle z.l
et Maurice Mager z.l

ראשי פרקים

- הקדמה
- א. מקור בש"ס
- ב. מקורות בשו"ע
- ג. מחלוקת האחרונים בהסבר השו"ע
1. חילוק בין לכתחילה ובדיעבד
2. חילוק בין לפני שמיעת הטענות לבין אחר שמיעתן
- ד. הסבר מחלוקת האחרונים עפ"י חקירה בתפקיד ביה"ד
- ה. הלכה למעשה

הקדמה

דבר נפוץ הוא שכאשר אדם תובע את חברו בבית דין שאחד מבעלי הדין אינו מתייצב לפני בית הדין. יש שיטות משפט שאינן מחייבות נוכחות בעלי הדין, ובית המשפט מוסמך לשמוע צד אחד ולפסוק את הדין. מה הוא הדין לפי ההלכה? האם במקרה זה אפשר לדון ולהכריע את הדין בהעדרות אחד הצדדים?¹

א. מקור בש"ס

- בגמרא בשתי מקומות משמע שיש איסור לדון שלא בפני אחד מבעלי הדין.
1. בגמרא מסכת שבועות (דף לא עמוד א) :
- "מנין לדיין שלא ישמע דברי בעל דין (חבירו) קודם שיבא בעל דין חבירו? ת"ל: מדבר שקר תרחק. מנין לבעל דין שלא יטעים דבריו לדיין קודם שיבא בעל דין חבירו? ת"ל: מדבר שקר תרחק. רב כהנא מתני: מלא תשא - לא תשיא (שמות כ"ג)".

1. עיין דיון בנושא זה בדברי פרופ' שוחטמן, סדר הדין, עמ' 185-192. ירושלים, תשמ"ח.

2. במסכת סנהדרין (דף ז עמוד ב) :

"שמע בין אחיכם ושפטתם" - אמר רבי חנינא אזהרה לבית דין שלא ישמע דברי בעל דין קודם שיבא בעל דין חבירו. ואזהרה לבעל דין שלא יטעים דבריו לדיין קודם שיבא בעל דין חבירו, קרי ביה נמי שמע בין אחיכם. רב כהנא אמר מהכא: מלא תשא - לא תשיא (שמות כ"ג).

שתי הגמרות אינן לומדות את הדין מאותו פסוק, ואפשר היה לומר שיש נפקא מינא בין המימרות. לפי המקור במסכת שבועות הלומד את הדין מהפסוק "מדבר שקר תרחק", מסביר רש"י את טעם הדין שאין לשמוע טענות צד אחד בהעדר הצד השני משום "שהמטעים דבריו שלא בפני בעל דינו אינו בוש מדברי שקר"², "שמסדר דברי שקר כדברי אמת, לפי שאין מכחישן, ומכיון שלב הדיין נוטה לו לזכות, שוב אין לבו מהפך בזכות השני כל כך"³. מכאן שאם יש לבעל הדין ראיות שאין עליהם עוררין שהן אמת אז אולי אפשר לדון בהעדר הצד השני כיון שאין אנו חוששים לשקר. אבל לפי דברי רבי חנינא בסנהדרין, האיסור שלא לשמוע טענות צד אחד בלי הצד השני הוא גזרת הכתוב משום "שמע בין אחיכם" ואפילו שלא חוששין לדבר שקר אין אפשרות לדון.

אמנם רש"י לא פירש כך, אלא משמע שהגמרא בסנהדרין למדה בעיקר מהמשך הפסוק "ושפטתם צדק" דהיינו בדומה לגמרא בשבועות שיש חשש שקר. אם כן אסור לדיין לשמוע צד אחד בהעדר הצד השני שכנגדו אפילו אם אח"כ ישמע את הצד השני, מכאן נלמד בקל וחומר שאסור לשמוע רק צד אחד בלבד.

ב. מקורות בשו"ע

מכמה מקומות בשו"ע משמע שאין דנים במעמד צד אחד :

1. במקרה שאחד מבעלי הדין אינו מתייצב בפני בית הדין פוסק השו"ע (חושן משפט סימן יא סעיף א) :

"כיצד מזמינים בעל דין לדין? שולחים לו בית דין שלוחם שיבוא ליום המזומן לדין. לא בא, מזמינים אותו פעם שנית. לא בא, מזמינים אותו פעם שלישית. לא בא, ממתינים לו כל היום. לא בא, מנדין אותו למחרתו. במה דברים אמורים במי שהיה בכפרים

2. רש"י שבועות לא, א. ד"ה שמע שווא.

3. רש"י, סנהדרין ז'. ב', ד"ה שמע בין אחיכם.

ויוצא ונכנס, אבל מי שהוא מצוי בעיר אין קובעים לו זמן אלא פעם אחת, ואם לא בא כל אותו יום מנדין אותו למחרתו." המחבר אינו מזכיר שאם בסופו של דבר, למרות הנידוי, בעל הדין לא יגיע לבית הדין שישנה אפשרות לדון ולפסוק בעדרותו. מכאן נראה כי קיימת בהלכה רק אפשרות של כפייה להתייצבות לדין אבל אין אפשרות הכרעה במעמד צד אחד⁴. 2. השולחן ערוך (חושן משפט, סימן יד סעיף ה) פוסק שמי שמתחייב בדין אינו חייב לשלם את הוצאות בית המשפט ועורכי הדין של הצד השני אולם, "אם היה מסרב לבוא לבית דין והוצרך התובע להוציא הוצאות לכופו לירד לדין (כלומר להתייצב לפני בית הדין) חייב לפרוע לו כל הוצאותיו".

גם כאן השו"ע אינו מזכיר את האפשרות לדון בהעדר נוכחות הנתבע, אלא מחייב את הסרבן בהוצאות הנצרכות להבאתו לבית דין. משתי מקורות אלו משמע שאין דנים במעמד צד אחד. 3. וכן לכאורה מפורש בשו"ע (חושן משפט סימן יז סעיף ה):

"אסור לדיין לשמוע דברי בעל דין האחד שלא בפני בעל דין חבירו." ומסביר הרמ"א: "ודוקא שיודע הדיין שיהיה דיין בדבר, אבל אם שמע טענת האחד ואחר כך נתרצה השני לדון לפניו, מותר להיות דיין בדבר (תשובת מהרי"ל קצ"ה⁵)... וכן הבעל דין מוזהר על כך". השו"ע פוסק שאסור לדיין לשמוע צד אחד בהעדר הצד שכנגדו אפילו אם אח"כ ישמע את הצד השני, ומכאן נלמד בקל וחומר שאסור לשמוע רק צד אחד בלבד. 4. ובצורה מפורשת יותר בסימן יג' סעיף ו':

"אם הוצרכו הדיינים לשאול דבר מבית דין הגדול כותבים לשולחים ובית דין הגדול מודיעים להם דעתם, והם (הדיינים של ביה"ד הקטן) **זנים אותם. דליכא למימר שיפסקו בית דין הגדול עליהם את הדין דהא בעינן שיהו בעלי הדין עומדים לפני הדיינים**".

4. עיין במהר"ם שיק (שו"ת חו"מ סימן ב) בתחילת תשובתו: "אבל בדיני ישראל אנו מוצאים שכופין אותו או בנידוי או בחרם ובשוטים... אבל לדון שלא בפניו לא שמענו".

5. ע"ש שכתב: "ומה שנוהגין לשמוע דברי בעל דין שלא בפני חבירו, לא ראיתי נוהגין".

אולם בסתירה לכאורה לכל המקורות שראינו עד כה השולחן ערוך (חושן משפט סימן יח סעיף ו) פוסק :

"בית דין פוסקים בדיני ממונות שלא בפני בעל דין".

ג. מחלוקת האחרונים בהסבר השו"ע

בישוב הסתירה לכאורה בדברי השו"ע הועלו באחרונים שתי גישות עיקריות :

1. האיסור הוא רק לכתחילה אבל במקרים מיוחדים מותר.
2. חילוק בין שלב שמיעת הטענות שבו אסור לבית הדין לדון במעמד צד אחד, לבין השלב שלאחר שמיעת הטענות שבו מותר.

המפתח להבנת השו"ע בסימן יח נעוץ בהבנת דברי הרשב"א שהם המקור לדינו. וכך הם דברי הרשב"א (שו"ת חלק א סימן אלף קיח) :

"בית דין פוסקין ואפילו שלא בפני בעל דין. ואף על פי שנחלקו בשלהי שור שנגח ארבעה וחמשה⁶ שאין גומרין דין השור אלא בפניו. הני מילי בדינו של שור משום דכתיב⁷ "השור יסקל וגם בעליו יומת" - "כמיתת בעלים כך מיתת השור מה בעלים בפניו אף השור בפניו". אבל בממונא בעלמא מה איכפת לן, הא כל זמן שמביא ראיה סותר את הדין. הילכך חותכין דינו היום ושומעין דבריו למחר אם מביא ראיות לסתור את הדין".

הרשב"א אומר שרק בדין שור מועד חייבים להכריע את דינו בפני בעלי הדין מגזרת הכתוב: "השור יסקל וגם בעליו יומת" - כמיתת בעלים כך מיתת השור מה בעלים בפניו אף השור בפניו". אבל בדיני ממונות אחרים, מותר לפסוק את דינו אפי' שלא בפניו, כי אפי' אם הדיינים יטעו בדין או שבעל הדין לא הביא את כל ראיותיו לבית הדין, הוא תמיד יוכל לבקש דיון חוזר, כדברי המשנה בסנהדרין⁸ : "דיני ממונות מחזירין בין לזכות בין לחובה". ומסביר רש"י⁹ "סותרין את הדין לאחר שגמרוהו וידעו שטעו מחזירין את הדבר בין לזכות בין לחובה".

הרשב"א חוזר על אותם דברים בתשובה אחרת (חלק ב' סימן קצב) :

6. בבא קמא דף מ"ה עמוד א.

7. שמות כ"א.

8. דף לב עמוד א.

9. שם, ד"ה מחזירין.

שם שאלו: "ראובן תבע משמעון שיחלוק עמו קרקע שהיה לאביהם... וטענו בפני ב"ד, טען ראובן שנתן זכותו ללוי ואין להם לפסוק את הדין שלא בפניו שאין חבין לאדם שלא בפניו ושמעון טוען דיש להם לפסוק על פי הטענות הראשונות דלא עדיף לוי מגברא דאתי מחמתיה". וענה הרשב"א: "ולפסוק את הדין על פי הטענות הראשונות שלא בפני לוי, מסתברא: שכל זמן שלוי בעיר או במקום קרוב, שולחין לו. אם בא וטען והביא ראיה מיד שומעין לו. ואם לא בא, או שבא ואמר: תנו לי זמן שאביא ראיה, אין שומעין לו. דלא עדיף מגברא דאתי מחמתיה. אלא פוסקין את הדין, ואפילו שלא בפניו. אבל במתנה דעלמא, מה איכפת לך. הא כל זמן שמביא ראיה, סותר את הדין. הילכך: חותכין דינו היום. ושומעין דבריו למחר, אם הביא ראיות לסתור את הדין. וכן דעת הרב בעל העיטור (אות ק)".

1. חילוק בין לכתחילה ובדיעבד

הב"ח¹⁰ הצביע על סתירה בין המקורות בשו"ע בסימן יג סעיף ו לבין סימן יח סעיף ו. ומתוך את הסתירה בשו"ע בכך שהוא מחלק בין מצב של לכתחילה לבין מצב של בדיעבד. סימן יח המתיר לפסוק שלא בפניו מדבר במצב של בדיעבד, כאשר אין אפשרות אחרת, כגון שברח למדינת הים. אבל אם ישנה אפשרות ששני בעלי הדין יהיו נוכחים בעת הדיון, בוודאי שאסור לכתחילה לפסוק שלא בפניהם כמו שמובא בסימן יג.

הב"ח מוכיח את דבריו מדברי הרשב"א הלומד מגזרת הכתוב שדוקא בדיני נפשות ובשור המועד הקפידה התורה שיהיו בעלי הדין עומדים לפני בית הדין, אבל בדיני ממונות לא הקפידה על זה התורה, לכן בדיעבד בוודאי שמותר לדון שלא בפניו.

נראה לפרש שהב"ח למד מדברי הרשב"א כי רק בדיני נפשות ובשור המועד נוכחות בעלי הדין הוא דאורייתא, אבל בדיני ממונות צורך הנוכחות הוא דרבנן, ובמקרה שאי אפשר לא גזרו רבנן¹¹. הרשב"א אומר דבר כעין זה לגבי קבלת עדים שלא בפניו בחידושו

10. חו"מ סימן יג, אות ח'.

11. עיין בדברי הרב יעזר אריאל, בחוברת הסכם בוררות כהלכתו, עמוד 22.

"טעמא דאין מקבלין עדים שלא בפני בעל דין משום דאמר קרא והועד בבעליו, וא"כ כי הוי הוא חולה או עדיו או שמבקשים ללכת למדינת הים היאך מקבלין, והתורה אמרה והועד בבעליו? וי"ל דעיקר קרא לגבי שור דהוא כדיני נפשות כתיב, ובדיני ממונות אסמכתא בעלמא ומדרבנן"¹²

ונראה כי הב"ח למד שהוא הדין גם כן לשמיעת הטענות כיון שלומדים שני הדינים מאותה דרשה.

אולם נראה כי שמיעת הטענות אינה דומה לקבלת העדות: לפי הרשב"א¹³ הסיבה שלא מקבלין עדים שלא בפני בעל דין, אין לדבר טעם: "גזרת הכתוב היא"..." "דכתיב והועד בבעליו" ואפי' היו נאמנים כמשה ואהרן, שאין חוששים שישקרו, אין מקבלין עדותם שלא בפני בע"ד. לכן כאשר הדין הופך להיות דרבנן, בדיני ממונות, בדיעבד אפשר לקבל עדים שלא בפניו. אבל הסיבה שלא שומעים דברי בעל דין שלא לפני בעל דין חברו הוא משום שחוששים לדבר שקר לכן אפי' אם נאמר שזהו דין דאורייתא רק בדיני נפשות, גם בדיני ממונות שהם מדרבנן יש לנו לחשוש לדבר שקר.

הסמ"ע והש"ך מקשים על ראיית הב"ח מהרשב"א שקשה להגיד שהרשב"א דיבר במקרה של בדיעבד וסתם את דבריו. ועוד נלע"ד שאפשר להקשות שלא משמע ברשב"א שדיבר במצב שאי אפשר כלל לדון שלא בפניו שהרי הוא כותב (ח"ב סימן קצב) "ואם לא בא, או שבא ואמר: תנו לי זמן שאביא ראיה, אין שומעין לו". בעל הדין, לוי, נמצא בקרבת מקום ואפי' הגיע לבית הדין לבקש עוד זמן עד מתן פסק הדין. לכאורה אין זה מצב שאין אפשרות להביאו לבית הדין.

הקצות (סי' יג סק"א) פוסק כב"ח. הוא מוכיח את דבריו שני מקורות :

12. חידושי הרשב"א, ב"ק קיב ע"ב, ד"ה הא דאמר ליה, מהדורת מוסד הרב קוק עמ' תקסו. אמנם ע"ש בהערה 111 שמביא תשובת רעק"א (ח"א סי' צט) המצביע על סתירה לדברי הרשב"א שם מדברי הרשב"א המובא בב"י (ח"מ סי' שפח מחודשות ח) שכותב שגם בקבלת עדים בדיני נפשות למרות שהיא מדאורייתא מקבלין שלא בפניו כשיש צורך לכך שהרי יכול לפסול את עדיו, ורק בביצוע פסק הדין חייב להיות בפניו בכל מקרה.

13. שו"ת הרשב"א ח"ב, סימן שעו.

א. בסימן ק"י פוסק השו"ע (סעיף א') שאין גובין מיורשים קטנים שלא הגיעו ל"ג שנה. מקור הדין הזה מהגמרא בערכין (כ"ב ע"א). ונחלקו האמוראים בטעם הדין: חד אמר משום צררי וחד אמר משום שובר.

מהאמוראים שלא נמקו האיסור לגבות מקטנים בכך שלא דנים שלא בפניו (שהרי קטן כלא בפניו דמי), משמע שמותר לדון ולפסוק שלא בפניו, אלא שכאן אסור לגבות בגלל סיבה אחרת.

ב. בסימן ק"ו (סעיף א') פוסק השו"ע:

"מלוה שבא ליפרע בשטר מקויים שבידו, שלא בפני לווה, אם יכולים בית דין לשלוח לו ולהודיעו עד שיעמוד עמו בדין, שולחים ומודיעין לו, אם הוא בכדי שילך השליח ויחזור תוך ל' יום, והמלוה יתן שכר השליחות, ויגבנו נוסף על חובו. ואם הוא במקום שאין השליח יכול לילך ולחזור תוך שלשים יום, מגבין לו חובו מיד, אחר שישבע המלוה, ויטול בין מהמקרקעי בין מהמטלטלים".

מכאן שמותר לבית דין לפסוק לפרוע מבעל הדין שלא בפניו דכיון דאי אפשר "כדיעבד דמי".

אולם לענ"ד נראה כי דברי הקצות תמוהים.

מקור השו"ע בסימן ק"ו הם מדברי הגמרא בכתובות (פז עמוד א):

במשנה: "הפוגמת כתובתה... שלא בפניו לא תפרע אלא בשבוע...
ושלא בפניו כיצד? הלך לו למדינת הים והיא נפרעת שלא בפניו אינה נפרעת אלא בשבועה". ומפרשת הגמרא (דף פח עמוד א):
"ונפרעת שלא בפניו - לא תפרע אלא בשבועה. אמר רב אחא שר הבירה: מעשה בא לפני רבי יצחק באנטוכיא, ואמר: לא שנו [רש"י ד"ה לא שנו - שירדין בית דין לנכסי אדם שלא בפניו] אלא לכתובת אשה, משום חינא, אבל בעל חוב לא; ורבא אמר רב נחמן: אפי' בעל חוב, **שלא יהא כל אחד ואחד נוטל מעותיו של חברו והולך ויושב במדינת הים, ואתה נועל דלת בפני לווין.**"

ופסקו הרי"ף הרא"ש והרמב"ם כדעת רב נחמן ובעקבותם השו"ע. לכן אין מכאן ראיה לכל דיני ממונות שזהו דין מיוחד לכתובה ולהלוואה. אמנם השו"ע לא מזכיר בפירוש טעם להלכה זאת, אולם ערוך השולחן (חו"מ, ק"ו, א') כותב: "ולמה אמרו חכמים שירדין לנכסי הלווה שלא בפניו כדי שלא יטול כל אחד מעותיו

של חבירו וילך לו למרחקים ואין לך נעילת דלת גדול מזה אם לא נגביהו לפיכך **דווקא בהלוואה או פקדון** אמרו כן אבל בסיבה שאירע אין גובין שלא בפניו". לפי דברינו נדחית גם הראיה הראשונה של הקצות, ומסבירה למה האמוראים בסוגיה בערכין (שם) לא הזכירו שאין גובים מנכסי היתומים הקטנים, מפני שלא דנים שלא בפניו, כי שם מדובר על חוב, ובחוב גובים שלא בפניו.

האורים ותומים (סימן יג) סובר גם כדעת הב"ח. באורים (אות טז) כתוב :
 "אם אי אפשר, פוסקים שלא בפניו, הן בתחילת דין והן בגמר דין.
 ולכתחילה אפי' בגמר דין יש לפסוק דווקא בפני בעל דין".
 התומים (אות ד) מוכיח את דבריו ממה שפסק המחבר בסימן קכד סעיף א :
 "הנתבע אינו יכול למנות מורשה שיבא לב"ד וישיב בעדו לתבוע
 והוא יושב בביתו. ונשים יקרות שאין כבודן לבוא לב"ד, משגרין
 להן סופרי הדיינים ויטענו בפניהם. וכיוצא בזה עושים לתלמיד
 חכם שתורתו אומנותו וזילא ביה מילתא למיזל לב"ד ולערער בהדי
 עם הארץ".

מכאן למדנו כי ישנה אפשרות שביה"ד, למרות שלא שמע את דברי בעל הדין, יפסוק על פי טענותיו שמסרם לשלוחי הדיינים. וקל וחומר שגם דייני ביה"ד הגדול יוכלו לדון על פי הטענות שהעבירו להם דייני ביה"ד הקטן. אם כן יש להוכיח כי השו"ע (סימן יג) שפסק שביה"ד הגדול אינו יכול לפסוק זהו לכתחילה אבל בדיעבד בוודאי שמוותר להם לדון ולפסוק.

אולם נראה כי אין זו ראייה שהרי הסמ"ע בסימן קכד (ס"ק ג) מסביר למה במקרה זה לא חוששים "שמסדר דברי שקר כדברי אמת, לפי שאין מכחישין"¹⁴ כי יש לדייק מדברי המחבר שלאישה יקרה ולתלמיד חכם שולחים להם שליחי ביה"ד ולא הם שולחים מורשה; ועוד ששליחי ביה"ד באים מיד לביה"ד למסור את טענות הנתבע וביה"ד מאמת את דבריה עם התובע הנמצא בפני ביה"ד; ועוד שאם התובע רוצה ללוות את שליחי ביה"ד ולשמוע את דברי האישה יקרה הרשות בידו. לכן לא חוששים לשקר במקרה זה ויש אפשרות לדון שלא בפני בעל הדין, אבל במקרה שבעל הדין אינו מתיצב בפני ביה"ד בוודאי שיש לחשוש לשקר.

14. רש"י סנהדרין ז' ע"ב ד"ה שמוע בין אחיכם.

2. חילוק בין לפני שמיעת הטענות לבין אחר שמיעתן

הסמ"ע¹⁵ **והש"ך**¹⁶ **והנתיבות**¹⁷ יישבו את הסתירה בשו"ע בכך שמותר לבית הדין להכריע את הדין "דווקא כאשר שמעו דברי בעלי הדין", אבל אם בשלב שמיעת הטענות נעדר אחד מהצדדים אסור לבית הדין לדון ולפסוק. הבי"ח (שם) הביא ראיה שאין לתרץ כך, מכיון שהרשב"א דיבר בפירוש במקרה שלא טען כלל לוי לפני ביה"ד, ובכל זאת נתן הרשב"א לביה"ד סמכות לפסוק שלא בפניו.

הש"ך דחה ראיה זאת שהרי מדובר שם ברשב"א שראובן שמכוחו בא לוי, טען בפני ביה"ד.

אמנם מודה הש"ך שאם גם ראובן וגם לוי לא היו טוענים כלל בוודאי שאסור היה לפסוק עפ"י הטענות רק של צד אחד. לכן אין אפשרות לפי הש"ך לדון ולפסוק את הדין על פי מעמד צד אחד.

המהר"ם שיק (שו"ת חו"מ סימן ב) מסביר את החילוק שבין שלב שמיעת הטענות שצריכים להיות בפני בית דין לבין שלב גמר הדין שאינו מחייב נוכחות שני הצדדים. שלב שמיעת הטענות שנלמד מהדרשה על הפסוק "**ועמדו שני האנשים** אשר להם ריב לפני ה'", "שני אנשים - אלו העדים, אשר להם ריב - אלו בעלי דינים, לפני ה' - אלו הדיינים". לכן בתחילת דין גם בדיני ממונות וגם בדיני נפשות חובת נוכחות בעלי הדין הוא דאורייתא. בשלב גמר הדין שנלמד משור מועד, יש להבחין בין דיני נפשות שנוכחות בעלי הדין דאורייתא לבין דיני ממונות שזה דרבנן. יוצא מכאן שבשמיעת הטענות אין להבחין בין מצב של לכתחילה לבין מצב של בדיעבד לעומת השלב של גמר הדין שבדיעבד בדיני ממונות אפשר לפסוק שלא בפניו¹⁸.

15. חו"מ, סימן יח, ס"ק יג.

16. חו"מ, סימן יג, ס"ק ח.

17. חו"מ סימן יג, חידושים אות ח

18. ע"ש שהביא זאת כקושיא על הקצות, אולם קושיתו אינה קושיא לשיטתם של הבי"ח הקצות והתומים, כיון שהם למדו מהרשב"א, שלמד מהדרשה של "והועד בבעליו" לא רק לעניין גמר דין אלא גם לעניין קבלת עדים וגם לעניין שמיעת הטענות, וכפי שנפסק באורים(סימן יג אות טז) "אם אי אפשר פוסקים שלא בפניו **הן בתחילת דין והן גמר דין** ולכתחילה אפי' גמר דין יש לפסוק דווקא בפני בעל דין". והלימוד שהביא המהר"ם שיק מקורו מהריטב"א ע"ש.

ד. הסבר מחלוקת האחרונים עפ"י חקירה בתפקיד ביה"ד

לפי מחלוקת האחרונים, יוצא שלשיטה הראשונה בדיעבד, במקרה הצורך, יש לדון אפילו בהעדר בעל הדין¹⁹.

ואילו לשיטה השנייה אין אפשרות לבית הדין לדון בהעדר אחד מבעלי הדין. לפי שיטה זאת אם יקרה שאחד מבעלי הדין יסרב או יעדר מבית הדין - יוציאו הדיינים חרם או כתב סירוב נגד בעל הדין²⁰ דבר המאפשר לבעל דין השני לפנות לערכאות של גוים או של בית המשפט האזרחי²¹, או שבית הדין ידונו אותו בעצמם מכוח הפקר בית דין הפקר²² כהוראת שעה²³ "לגדור פרצות הדת ולחזק הבדק או לקנוס אלם"²⁴.

19. היה אפשר לטעון כי כיון שבעל הדין אינו מתייצב לפני ביה"ד, שהוא מוחל על זכויותיו ומקבל על עצמו כל פסק דין, כאשר הוא יודע מראש שיש חשש שלא יצא הדין לאמתו. במקרה זה הדין אינו מכפייה אלא מרצון וזה דומה לקבלת בית הדין "בין לדין בין לטעות". סברא זאת מעוגנת במשפט האזרחי כיון שבעלי הדין מוסרים לבית המשפט כתב הגנה, וכל טענה שבכתב התביעה שלא הוכחה במפורש בכתב הגנה, נחשב כאילו הודה בה הנתבע. אולם דין זו אינו קיים בהלכה, מכיון שאין קבלה בלי קניין, ועוד שאולי יש כאן קניין דברים. (עיין דברי פרופ' שוחטמן סדר הדין, עמ' 189, הערה 14).

20. שו"ע חו"מ, ס' יא, סעיף א.

21. שו"ע, חו"מ, סימן כו, סעיף ב.

22. שו"ת מהר"ם שיק, חו"מ, סימן ב'.

23. יש מקום לברר מה עדיף עפ"י ההלכה, להוציא כתב סירוב המאפשר לבעל דין לפנות לערכאות או שבית הדין ידון מכוח הפקר בית דין הפקר. נראה לפי המהר"ם שיק (שם) כי עדיף שימוש בכפייה ע"י גוים מאשר שימוש בהפקר בית דין הפקר. וכן הביא פרופ' שוחטמן (שם עמ' 191) שנראה כי יש סוברים כי הליכה לערכאות עדיף על שימוש בכוח הפקר בית דין הפקר: "דעת רבים מן הפוסקים היא, שאין סמכות זו (הפקר בית דין הפקר) מצויה אלא בידי בית דין גדול מיוחד, ואין כל בית דין רשאי לעשות שימוש בסמכות זאת. לפי דעה זו, מוטב להוציא כתב סירוב שיאפשר לתובע להתדיין עם הנתבע בפני משפט המדינה, מלדון את הנתבע שלא בפניו תוך שימוש בסמכות שספק אם מצויה בידי בית הדין". אולם מדברי הרב משה פיינשטיין (שו"ת אגרות משה, חו"מ, ח"ב, סימן י) "שאינו דבר נאות ליהודים נאמנים לילך לערכאות גם כשמותר... לפיכך אני מבקש שתחכי לזמן קצר ותנהגי כיהודי נאמן לפני משורת הדין" נראה כי הליכה לערכאות הינו המוצא האחרון שיש להשתמש בו רק במקרים נדירים.

24. רמב"ם, הלי סנהדרין, פרק כ"ד, הלכה ו.

אפשר לומר שמחלוקת זאת תלויה בהבנת תפקיד ביה"ד. לפי הגישה הראשונה מערכת המשפט נתפסת כמערכת המארגנת את סדרי החיים שבין אזרחי המדינה או הקהילה. אם אפשר לעשות זאת בצורה אידאלית בוודאי שעדיף, אולם אם המציאות מונעת זאת, יש בכל זאת מחויבות להלכה לקבוע את סידרי החיים.

לפי הגישה השנייה תפקיד בתי הדין הוא להוציא את האמת לאור, וכשאין אפשרות כזאת (כגון במקרה דנן שיש חשש שהדין לא יצא על פי "האמת" כיון שנמצא רק בעל דין אחד ויש חשש שמא לא בוש והוא ישקר לבית הדין ועוד שביטוי הדין אינם יכולים לשמוע טענות הצד השני ואולי יש לו פרשנות אחרת לדברי התובע), מעדיפה התורה שיפנו למערכות חיצוניות למערכת ההלכה, וזאת כדי להגן על סדרי החיים התקינים של האזרחים.

נראה כי באותה מחלוקת נחלקו הר"ן ואברבנאל. הר"ן²⁵ מבחין בין סמכות בתי הדין, שתפקידם "שישפטו העם במשפטים צודקים אמתיים" לבין סמכות משפטי המלך שלצורך "ישובו של עולם", יכול לדון המלך "כפי מה שיראה שהוא צריך לקבוע המדיני": "אין ספק כי... אחד יחייב להעניש איזה איש כפי משפט אמיתי, והשני שאין ראוי להענישו כפי משפט צודק אמיתי, אבל יחוייב להענישו כפי תקון סדר מדיני וכפי צורך השעה. וה' ית' ייחד כל אחד מהענינים האלו לכת מיוחדת, וצוה שיתמנו השופטים לשפוט המשפט הצודק האמיתי, והוא אמרו ושפטו את העם משפט צדק... ומפני שסידור המדיני לא ישלם בזה לבדו, השלים האל תיקונו, במצות המלך". אברבנאל²⁶ אינו סובר כי האחריות לסדרי החיים התקינים, "ישובו של עולם", אינם בסמכות בתי הדין. במקרים מיוחדים מותר לבית הדין לדון "להכות ולהעניש אשר לא כדת". "לא חרבה ירושלים אלא מפני שדנו בה דין תורה, רוצה לומר כפי האמת הכולל ולא היו מישרים אותו כפי השעה... ויצטרך מפני זה פעמים לדון הדבר כנגד המשפט הכולל הצודק כפי הזמן והמקום... הש"י נתן בידם (הדיינים) רשות ויכולת לישר את הנמוס התוריי ולתקנו כפי מה שיראה בעיניהם. ועל זה הענין הזהיר שלא יסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל".

25. דרשות הר"ן, הדרוש האחד עשר.

26. דברים יז, עמ' קנט-קסא.

ה. הלכה למעשה²⁷

בתקנות סידרי הדין²⁸ כתוב ש "רשאי בית הדין ליתן צו מעצר לשם כפיית התייצבות של המוזמן ורשאי הוא... לחייבו בתשלום ההוצאות שנגרמו מחמת אי התייצבות ולקנסו...". לא מוזכרת כלל האפשרות לבית הדין להוציא כתב סירוב המאפשר לפנות לערכאות של המדינה. אולם למעשה נוהגים בתי הדין להוציא כתב סירוב נגד נתבע המסרב לבוא בפני ביה"ד.

בעניינים שבסמכותם הבלעדית של בתי הדין הרבניים כגון נישואין וגירושין, ישנה סמכות לבתי הדין לדון במעמד צד אחד וזאת עפ"י תקנות הדיון (תקנה קא) הקובעת כי "רשאי בית הדין להחליט על בירור התביעה שלא בפני הנתבע ולהוציא פסק דין". אותה תקנה תחול גם בדיני ממונות במקרה שכבר חתמו הצדדים על שטר הבוררים. במקרה ולא חתמו, אף אם נאמר שיש סמכות מהותית לבית הדין מצד ההלכה לדון שלא בפניו שהרי אינו מציע בי"ד אחר אלא מסרב לבוא לדין, מ"מ, אין טעם לדון שלא בפניו כיון שא"א לכפות את פסק הדין עפ"י החוק. למעשה²⁹ בענייני מזונות, שהם עניין דחוף וצורך יום יומי, נוהגים לדון ולפסוק שלא בפניו על תנאי שאם יבוא הבעל אח"כ ויערער על פסק הדין ידונו שוב בנוכחותו.

27. עיין דברי פרופ' שוחטמן, סדר הדין, שם. וכן עיין הלכה פסוקה הל' עדות סימן כח, טז-יז, אות יב, עמ' רצב-רצג.

28. תקנות הדיון בבית הדין הרבניים בישראל תשנ"ג. הרבנות הראשית. תקנה קד.

29. עיין הלכה פסוקה, בירור הלכה, שם, עמ' רצג.