חוק לישראל: אפוטרופסות

בסדרה "חוק לישראל" נתפרסמו עד כה הספרים

שומרים (2 כר')
שכירות ושאילה
ערבות
נזיקין
עשיית עושר ולא במשפט
השבת אבדה
שיתוף נכסים
נאמנות בנכסים
פגמים בחוזה
שליחות
משכון ומשכנתא
אפוטרופסות

בהכנה

מתנה
תרופות בשל הפרת חוזה
האחריות הפלילית
סייגים לאחריות הפלילית
מחילה
בוררות
מיטלטלין
מכר

חוק לישראל

עריכה שיטתית ועדכנית של המשפט העברי
כיסוד לחקיקה ולפסיקה
על פי סדר חוקי מדינת ישראל

בעריכת נחום רקובר

על יסוד עבודתו של

ירון אונגר

אפוטרופסות

מהדורת פריעדמאן

ספרית המשפט העברי

ספרית המשפט העברי

משרד המשפטים
מורשת המשפט בישראל

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאכסן במאגר מידע
לסדר או לקלוט בכל דרך ובכל אמצעי אלקטרוני אופטי או מכני או אחר
כל חלק שהוא מהחומר שבספר זה

©
כל הזכויות שמורות

מורשת המשפט בישראל
הקרן הקיימת לישראל 8, ירושלים 9242813
jlhs81@gmail.com
www.mishpativri.org.il
תשפ״ג — 2023

מוקדש על ידי
ר׳ חיים הערש פריעדמאן
לעילוי נשמת

עטרת משפחת פרידמאן הלוגולה
אביו ר׳ **יצחק לוב** בן ר׳ פנחס ליפעזר ע״ה
מוגוטריסוב

נלב״ע ר״ח שבט תשל״ס

אמו מרת **אסתר** בת ר׳ יהודה אריה ע״ה
נלב״ע כ״ו בתמוז תשס״ל

חמיו ר׳ **לוב נבי** בן ר׳ פנחס ע״ה שטוהל
מבוקלין
נלב״ע ג׳ באדר תשס״ל

חמותו מרת **חיה מלכה** בת ר׳ מנחם מנדל ע״ה
נלב״ע כ״ו באדר תשס״ל

תנצב״ה

ספר זה
ייקרא לדורות עולם

אפוטרופסות

מהדורת פריעדמאן

על שמו ולכבודו של איש המעלה
העושה גדולות להאדרת התורה
שנשאו לבו
לביסוס ערכיה של החברה בישראל
על יסוד ערכיה הנצחיים

רבי **חיים הערש פריעדמאן** הי״ו
ורעייתו נדיבת הלב
מרת **רייזל** תחי׳

ממונטריאל – קנדה

זכות הרבים תעמוד לו ולזרעו אחריו
להתברך בכל מילי דמיטב מתוך בריות גופא ונהורא מעליא
״רודף צדקה וחסד ימצא חיים צדקה וכבוד״

הקדמה

על שני צירים עיקריים סובבים דיני האפוטרופסות: הציר האחד הוא החסוי, והציר השני הוא האפוטרופוס האמור למלא צרכיו של החסוי. אדם זה אמור להיות לא רק בעל כישורים מתאימים בעולם המעשה, אלא גם בעל תכונות אישיות שיסייעו לו לנהוג ביושר, אדם המחוסן מפני פיתויים הניצבים בפני מי שעוסק בכספו של הזולת. לשם הבטחת הציפיות מאותו אדם, יש לקבוע גדרים לסמכויותיו ומנגנוני פיקוח על מעשיו.

הספרות המשפטית בעניין אפוטרופסות עשירה ביותר, בספרות התנאים, בתלמודים, בספרי הפוסקים ובספרות השו״ת. בשולחן ערוך הוקדשו סימנים אחדים לנושא זה. ממקורות אלה אנו למדים כיצד התמודדו חכמינו עם האתגרים שעמדו בפניהם, תוך איזון ראוי בין קביעת דרכים לאימות ניקיון כפיו של האפוטרופוס, לבין הימנעות מהכבדת יתר בדרישות אלה, העלולה למנוע ממנו מלקבל על עצמו את המינוי ולפגוע בחופש פעולתו. חכמינו היו ערים לתמורות העיתים והתאימו הלכות להלך רוחם ולנאמנותם של בני אדם באותה תקופה, ולדירוג חשיבותם של נכסים מסוגים שונים. למנהג השורר באותו מקום נודעת משמעות, בין מנהג בין חברי הקהילה היהודית, ובין מנהג האפוטרופסים המתמנים על ידי ערכאות הגויים. גם תקנות ניתקנו בזה, החל מן הראשונים ועד לתקנות הדיון של בתי הדין הרבניים בישראל; תקנות שהשעה חייבה אותן לשם יעילות עשייתו של האפוטרופוס, להגדרת סמכויותיו ובמיוחד בהחמרת הפיקוח על מעשיו.

כשהתחלתי לעבוד במשרד המשפטים, בשנת 1958, עסקתי בהכנת סקירה על דעת המשפט העברי בנושאים העומדים על הפרק בתכנון החקיקה, והנושא הראשון שעסקתי בו היה הצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, המתבססת על עקרונות המשפט העברי, בזיקה להצעת חוק שהכין משרד המשפטים[1].

העבודה שלפנינו אינה מתבלטת אפוא בהסתייגויות מן המצב המשפטי בארץ, שהתבסס הרבה על המשפט העברי, אלא יותר בהרחבת האופק באמצעות התקדימים הרבים והעושר העצום שבספרות המשפט העברי בנושאים הנידונים בסעיפי החוק אך אינם מפורטים בהם.

הבדל חשוב בין גישת החוק לגישת המשפט העברי, הוא בדבר מעמדו של אפוטרופוס שנתמנה על ידי האב, המוריש, שהמשפט העברי, בהיותו מכבד את זכות הקניין של האדם ברכושו, הרשה לו לעשות בו ככל העולה על רוחו, והקנה לו מעמד נכבד יותר מן המעמד שהעניק לו החוק. ואף בעניינים שאינם רכושיים, הרי האב קרוב יותר להבנת צרכי בנו משל אדם אחר. בגישה זו דוגלים כמה מן החוקים הזרים. בעוד המשפט העברי מקנה לאפוטרופוס שמינה האב מעמד חוקי יותר איתן משל אפוטרופוס שמינה בית המשפט, אין החוק מסמיך את האב למנות אפוטרופוס לילדיו, וקובע שבית המשפט רק יתחשב בדעתו. מטעם זה, אף שלא ייחדנו דברים בדבר מעמדו, הערנו בסעיפים שונים על ההבדלים בינו לבין אפוטרופוס שנתמנה על ידי בית המשפט.

[1] הצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, הצעות חוק תשכ״א, עמ׳ 170.

במבוא לחיבור הצעתי דעתי בשאלה המטרידה הרבה את כל העוסקים בנושא האפוטרופסות, והיא מהו מעמדו המשפטי של האפוטרופוס, ומניין שואב את כוחו? בספרות ההלכה אומרים חכמים שהאפוטרופוס הוא כשליח או כבעלים, אבל לאמיתו של דבר, אינו לא שליח ולא בעלים. הצעתי, כי מוסד האפוטרופסות הוא יצור חדש שיצרו חכמים, שנתנו לו חכמים גם סמכויות אחדות של שליח וגם סמכויות אחדות של בעלות, עם המגבלות הנדרשות לתפקיד מורכב זה. דומה יצירה זו למוסד ההרשאה, ה״אורכתא״ התלמודית, שאף היא מורכבת מהיותו של המורשה גם שליח וגם בעל זכות קניין עצמאית, אף שלא נתפרש בתלמוד כי היא יצור מחודש מבית מדרשם של האמוראים.

סדרת המחקרים ״חוק לישראל״ עניינה עריכה שיטתית ועדכנית של המשפט העברי כיסוד לחקיקה ולפסיקה על פי סדר חוקי מדינת ישראל, משימה שהגאון רי״ש אלישיב זצ״ל גמר עליה את ההלל. בסדרה זו כתב עו״ד הרב ד״ר ירון אונגר לפני שנים אחדות את חיבורו על ״נאמנות בנכסים״, נושא שהרבה מהלכותיו נלמדות מהלכות אפוטרופוס. הצעתי לו לבחון את נושא האפוטרופסות, ולשמחתי הוא נענה לאתגר. על סעיפים אחדים של החוק כתב עו״ד הרב דוד ניסני, שחיבורו על ״משכון ומשכנתא״ בסדרה ״חוק לישראל״ התפרסם לאחרונה. הרב חיים צפרי כתב את הנספח השני בדבר סוגיית גר קטן כמקור לסמכותו של האפוטרופוס. בשלב מאוחר יותר היה החיבור לעיניהם הטובות של הרב אבישי קולין והרב עו״ד עמנואל נהון, שהעירו הערות ושכללו אותו. הערות חשובות העיר הרב חיים וינקלר מן האנציקלופדיה התלמודית, וכן העיר הערות אחדות הדיין הרב שלמה שטסמן, אב בית הדין הרבני בתל אביב. ולאחרונה, אגב התקנתו לדפוס של החיבור, שיכלל והעשיר ד״ר ברוך כהנא את החיבור. אריאל ורדי תרם לעיצוב הספר והרב משה קפלן הכין את הספר לדפוס.

הנגיד ר׳ הרשי פריעדמן, העושה רבות להאדרת תורת ישראל, הואיל לפרוס חסותו למפעל. נדיבי־עם, ר׳ זאב ובנו ר׳ יעקב הלוי שטרן, מעודדים אותנו במפעלנו.

השר בצלאל סמוטריץ וניר אורבך עשו רבות לקידום החזון – שילובו של המשפט העברי בשיטת המשפט במדינת ישראל. המחלקה למשפט עברי שבמשרד המשפטים בניצוחו של ד״ר מיכאל ויגודה הינה שותפה לכל עשייתנו.

לכולם נתונה הברכה ממקור הברכות.

ביום ל׳ מנחם־אב תש״פ נתבקש לישיבה של מעלה הגאון ר׳ זלמן נחמיה גולדברג, הגרז״ן, זכר צדיק לברכה, ולנו ולכל עם ישראל אבדה מרגלית יקרה, חכם שכל רז לא אניס ליה, שהעשיר אותנו באלפי הערותיו המחכימות בהיותו על האבניים בהליכי כתיבתם של המחקרים שבסדרה ׳חוק לישראל׳. אף תרם מידיעותיו בסמינרים למשפט העברי שקיימנו. אישיותו וענוותנותו האירו את סביבתו. ומי ייתן שנלמד מתורתו ומארחותיו.

עתה מוגש בזה החיבור לתלמידי חכמים, לדיינים ולשופטים, לעוסקים באפוטרופסות, ולכל מי שמבקש להכיר את דרכו של המשפט העברי ואת עושר פתרונותיו לבעיות השעה.

עיר הקודש ירושלים ת״ו
כ״ז באייר תשפ״ג, יום השנה החמישים לפטירתו של אבי־מורי הרב ר׳ חיים רקובר ז״ל

נחום רקובר

תוכן העניינים

הקדמה ז
התוכן לפרטיו ט

מבוא כללי: על מוסד האפוטרופסות 1
סעיף 33: אימתי ימונה אפוטרופוס 15
סעיף 34: מי יכול להתמנות כאפוטרופוס 37
סעיף 35: עדיפות בבחירת האפוטרופוס 57
סעיף 36: שמיעת האדם על ידי בית המשפט 61
סעיף 37: הסכמת האפוטרופוס 63
סעיף 38: תפקידי האפוטרופוס לקטין ולפסול דין 71
סעיף 44: הוראות בית המשפט 93
סעיף 46: דין אפוטרופסים משותפים 101
סעיף 47: סמכויות האפוטרופוס ואישור בית המשפט 131
סעיף 48: פעולות שיש בהן ניגוד אינטרסים 167
סעיף 49: הגנת צד שלישי 187
סעיף 50: השקעות 197
סעיף 51: פרטה 209
סעיף 52: הוראות בנוגע לשומה 221
סעיף 53: חשבונות דו"ח ומתן ידיעות 223
סעיף 55: הוצאות האפוטרופוס 245
סעיף 56: שכר האפוטרופוס 263
סעיף 57: אחריות האפוטרופוס 271
סעיף 58: ערובה 291
סעיף 60: התפטרות 297
סעיף 61: פיטורי האפוטרופוס 311
סעיף 62: פקיעת האפוטרופסות 329
סעיף 64: צוואה או מסמך הבעת רצון של הורהו או אפוטרופסו שהוא קרוב של קטין 341
סעיף 67: אפוטרופוס למעשה 359
סעיף 68: סמכות כללית לאמצעי שמירה 377
סעיף 72: מעמדם של קרובים 379
נספח ראשון: יפוי כוח מתמשך 381
נספח שני: המקור לסמכות אפוטרופוס ולהיקף סמכותו לאור סוגיית "גר קטן" 383

חוקים

חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב־1962, פרק שלישי 393
הצעת נוסח לפי המשפט העברי – חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, פרק שלישי 399

מפתחות

מפתח העניינים 407
מפתח המקורות 425
רשימה ביבליוגרפית 451

התוכן לפרטיו

מבוא כללי: **על מוסד האפוטרופסות**

פרק ראשון: הבסיס המשפטי של האפוטרופסות 2

פרק שני: מקורה ותכליתה של האפוטרופסות 9

פרק שלישי: המקור הנורמטיבי של האפוטרופסות 12

סעיף 33: **אימתי ימונה אפוטרופוס**

פרק ראשון: המינוי: רשות או חובה? – "רשאי למנות" 17

פרק שני: מי רשאי למנות אפוטרופוס? – "בית המשפט רשאי למנות" 19

פרק שלישי: מינוי אפוטרופוס לקטין בחיי הוריו – ס"ק (1) 19

פרק רביעי: מינוי אפוטרופוס ל"פסולי דין" – ס"ק (3) 22

פרק חמישי: מינוי אפוטרופוס "לאדם אחר שאינו יכול... לדאוג לענייניו" – ס"ק (4) 24

א. מבוא 24

ב. מינוי אפוטרופוס לבוגר 25

1. מינוי על ידי בית הדין 25
2. מינוי על ידי האב 27

ג. מי שאינו מסוגל לנהל את ענייניו כיאות 31

ד. נעדר 32

פרק שישי: אפוטרופוס לעובר – ס"ק (6) 32

פרק שביעי: סיכום 34

פרק שמיני: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 35

סעיף 34: **מי יכול להתמנות כאפוטרופוס**

פרק ראשון: מבוא 39

פרק שני: יחיד – ס"ק (1) 39

א. אפוטרופוס הממונה על ידי בית הדין 39

1. דרישות הנוגעות לאופיו של מועמד 39
2. צעיר 40
3. אישה 41
4. "עם הארץ" 46
5. קרוב של אחד מן הדיינים בהרכב הממנה 47

ב. אפוטרופוס הממונה על ידי אביו של החסוי 48

ג. אפוטרופוס למעשה 50

פרק שלישי: תאגיד – ס"ק (2) 51

פרק רביעי: האפוטרופוס הכללי 52

פרק חמישי: בית הדין 54

פרק שישי: סיכום 56
פרק שביעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 56

סעיף 35: עדיפות בבחירת האפוטרופוס 57

סעיף 36: שמיעת האדם על ידי בית המשפט 61

סעיף 37: הסכמת האפוטרופוס
פרק ראשון: מבוא 65
פרק שני: דרישת ההסכמה – "לא יתמנה אפוטרופוס אלא מי שהביע... את הסכמתו לכך" 65
פרק שלישי: הסכמה מכללא ובפני מי? – "שהביע לבית המשפט את הסכמתו" 68
א. מבוא 68
ב. הסכמה מכללא והסכמה שבשתיקה 69
ג. הסכמה "לבית המשפט" 69
פרק רביעי: חזרה מן ההסכמה 69
פרק חמישי: סיכום 70
פרק שישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 70

סעיף 38: תפקידי האפוטרופוס לקטין ולפסול דין
פרק ראשון: מבוא 73
פרק שני: החובה "לדאוג לצרכי הקטין" 74
א. מבוא 74
ב. האם תפקידי אפוטרופוס הם רק בענייני רכושו, או הם כתפקידי ההורה? 74
ג. "צרכי הקטין" 75
1. צרכים פיזיים 76
2. צרכים רגשיים ונפשיים 77
3. צרכים רוחניים 77
4. צרכים חברתיים 79
ד. חובות 79
ה. להשיאו 80
פרק שלישי: החובה לדאוג לחינוכו של הקטין 81
א. מבוא 81
ב. חינוך הקטן לתורה ולמצוות 81
ג. השכלה כללית 81
ד. הכשרה מקצועית 82
פרק רביעי: שמירת נכסים – "חייב הוא בשמירת נכסי הקטין" 82
א. מבוא 82

ב. היקף החובה 83
ג. רמת השמירה 83
ד. פיקוח על נכסי הקטין לטובת צד שלישי 84

פרק חמישי: ניהול ופיתוח – "ניהולם ופיתוחם" 85
א. מבוא 85
ב. ניהול 85
ג. פיתוח 85

פרק שישי: החזקה בקטין – "להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו" 86

פרק שביעי: ייצוג הקטין – "הוא מוסמך לייצגו" 87
א. ייצוג הקטין כנתבע 87
ב. ייצוג הקטין כתובע 90

פרק שמיני: אפוטרופוס לפסול דין 90

פרק תשיעי: סיכום 91

פרק עשירי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 92

סעיף 44: הוראות בית המשפט
פרק ראשון: מבוא 95

פרק שני: סמכות בית המשפט – "בית המשפט רשאי" 95
א. מבוא 95
ב. סמכות בית הדין להורות לאפוטרופוס כיצד לפעול 96
ג. הערכאה המוסמכת 97
ד. האם בית המשפט חייב לתת לאפוטרופוס הוראות? 98

פרק שלישי: מעמדן של הוראות בית המשפט – "לתת לאפוטרופוס הוראות" 99

פרק רביעי: אישור למפרע – "לאשר פעולה שעשה" 99

פרק חמישי: סיכום 100

פרק שישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 100

סעיף 46: דין אפוטרופסים משותפים
פרק ראשון: מבוא 103

פרק שני: הצורך בהסכמה בין האפוטרופסים – "לפעול תוך הסכמה" – ס"ק (1) 104

פרק שלישי: הכרעה במחלוקת – "יפעלו כפי שיחליט בית המשפט" – ס"ק (1) 107
א. מבוא 107
ב. הכרעה על פי רוב דעות 107
ג. הכרעה על פי החלטת בית המשפט 108

פרק רביעי: הסכמה ל"פעולה של אחד או של אחדים מן האפוטרופסים" –
ס"ק (2) 109
א. מבוא 109
ב. הסכמה כללית 110
ג. הסכמה למפרע 111
ד. הסכמה משתמעת 111
ה. חזקת הסכמה 112

פרק חמישי: "פעולה... טעונה... אישור בית המשפט" – ס"ק (2) 113
א. מבוא 113
ב. אישור לכתחילה ואישור למפרע 113
ג. אישור ספציפי ואישור כללי 114

פרק שישי: פעולת אפוטרופוס יחיד "בענין שאינו סובל דיחוי" –
ס"ק (3) 114

פרק שביעי: אחריות האפוטרופסים – "יחד ולחוד" – ס"ק (4) 115
א. מבוא 115
ב. פעולה שנעשתה בהסכמת כל האפוטרופסים 116
ג. אחד מן האפוטרופסים שהזיק 117
ד. פעולה שנעשתה חרף התנגדות של חלק מן האפוטרופסים 119
ה. האם האפוטרופסים עֵרבים זה בעד חובותיו של זה? 119

פרק שמיני: "התפנה מקומו של אחד מן האפוטרופסים או שחדל לפעול" –
ס"ק (5) 121
א. מבוא 121
ב. היעדרות קבועה 121
ג. היעדרות זמנית 124
ד. החובה להודיע לבית המשפט 125
ה. החובה להמשיך בתפקיד 125

פרק תשיעי: סמכות בית המשפט להתיר סטייה מהוראות החוק – "זולת אם הורה בית המשפט אחרת" 126

פרק עשירי: סיכום 126

פרק אחד עשר: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 127

סעיף 47: **סמכויות האפוטרופוס ואישור בית המשפט**

פרק ראשון: מבוא 133
א. הכלל והסייגים 133
ב. הנימוק להגבלות 133
ג. הפעולות הדורשות את אישור בית המשפט 134

פרק שני: התבחין להגבלת הסמכויות 135

פרק שלישי: מכירת נכסי החסוי ושעבודם – ס"ק (א)(3–1) 138
א. מבוא 138
ב. "להאכיל" ולא "להניח" 138
ג. מכירת מקרקעין 140
ד. מכירת "יחידה משקית" ו"חזקות" 144
ה. חיסול יחידה משקית 145
ו. שיעבוד מקרקעין של החסוי 147
פרק רביעי: השכרת מקרקעין – ס"ק (א)(2) 147
פרק חמישי: "המחאה... של זכות לקבלת זכות במקרקעין" – ס"ק (א)(3) 148
פרק שישי: הסתלקות ומחילה – ס"ק (א)(5) 149
א. מבוא 149
ב. הסתלקות מחלק בעזבון 150
ג. מחילה על זכות של החסוי 150
ד. מחילה במסגרת הסכם פשרה 151
פרק שביעי: "מתן תרומה" – ס"ק (א)(5א) 153
א. מבוא 153
ב. צדקה לפי אומדן דעתו של החסוי 153
ג. תרומות ומעשרות 153
פרק שמיני: "מתן מתנה" – ס"ק (א)(5ב) 156
א. מבוא 156
ב. הכלל – "אין אדם נותן דבר שאינו שלו" 156
ג. מתנה בהתאם לאומד דעתו של החסוי 157
ד. מתנה שהיא טובה לחסוי 157
ה. אישור מתנת החסוי 158
פרק תשיעי: "מתן הלוואה" – ס"ק (א)(5ה) 158
א. מבוא 158
ב. הלוואת חסד 158
ג. הלוואה מסחרית 159
פרק עשירי: פעולה אחרת הכרוכה בסיכון 159
א. הובלת נכס למכירה 159
1. אם יש סיכון בהובלה 159
2. סיכון "משני צדדים" 162
ב. הוצאת כסף מתוך תקווה לרווח 163
פרק אחד עשר: אישור בדיעבד אם הייתה דחיפות – "לבקש מבית המשפט אישור בדיעבד" – ס"ק (ב) 163
פרק שנים עשר: סיכום 165
פרק שלושה עשר: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 166

סעיף 48: **פעולות שיש בהן ניגוד אינטרסים**
פרק ראשון: מבוא 169
פרק שני: "פעולה משפטית בין האדם לבין האפוטרופוס שמונה לו" 170
א. מבוא 170
ב. רכישת נכס 171
1. הכלל – "מוכרן לאחרים ואינו מוכרן לעצמו" 171
2. סייג: מחיר הקנייה 173
ג. נטילת הלוואה 174
ד. פעולה משפטית בין אפוטרופסים של החסוי 175
פרק שלישי: "פעולה משפטית בין האדם לבין... קרוביו של האפוטרופוס" 176
א. האיסור על פעולה זו 176
ב. מיהו "קרוב"? 177
1. קרבת משפחה 177
2. קרבת ידידות 177
3. קרבה עסקית 178
פרק רביעי: "פעולה משפטית בין שניים שמונה להם אותו אפוטרופוס" 178
א. מבוא 178
ב. חשש להטייה בשיקול הדעת 179
ג. בהקנאה מחסוי לחסוי 181
פרק חמישי: אישור בית המשפט לבצע פעולה במצב של ניגוד עניינים 182
פרק שישי: אישור לפעול על ידי "אפוטרופוס אחר שנתמנה למטרה זו" 183
פרק שביעי: סיכום 184
פרק שמיני: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 185

סעיף 49: **הגנת צד שלישי**
פרק ראשון: מבוא 189
פרק שני: תוקפה של "פעולה של אפוטרופוס הטעונה אישור... באין... אישור" 189
א. עמדת החוק 189
ב. עמדת המשפט העברי 190
פרק שלישי: פעולה שלא בתמורה 193
פרק רביעי: פעולות שיש בהן תרמית או מעילה בכספי החסוי 193
פרק חמישי: סיכום 194
פרק שישי: הצעת נוסח על פי המשפט העברי 195

סעיף 50: **השקעות**
פרק ראשון: מבוא 199
פרק שני: כספים הדרושים לאפוטרופוס לצרכיו השוטפים 199

פרק שלישי: "להחזיקם או להשקיעם"? 201
פרק רביעי: החזקת הכספים – "להחזיקם" 202
פרק חמישי: השקעת הכספים – "להשקיעם" 203
א. מבוא 203
ב. החובה להשקיע 203
ג. דרכי ההשקעה 204
ד. ערובות וביטחונות 206
פרק שישי: סיכום 207
פרק שביעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 207

סעיף 51: פרטה
פרק ראשון: מבוא 211
פרק שני: החובה להגיש פרטה 211
א. מבוא 211
ב. חובת ההגשה 212
ג. תכליתה של הפרטה 213
פרק שלישי: עריכת הפרטה – "האפוטרופוס חייב להגיש" 215
פרק רביעי: למי תוגש הפרטה? 216
פרק חמישי: מועד הגשת הפרטה – "תוך שלושים ימים מיום מינויו" 217
פרק שישי: פרטים שיש לכלול בפרטה – "פרטה של נכסי האדם... כולל חובותיו" 218
פרק שביעי: סיכום 219
פרק שמיני: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 219

סעיף 52: הוראות בנוגע לשומה 221

סעיף 53: חשבונות דו"ח ומתן ידיעות
פרק ראשון: מבוא 225
פרק שני: "לנהל חשבונות" 225
א. מבוא 225
ב. החובה לנהל חשבונות במשפט העברי 226
ג. איזה אפוטרופוס חייב לנהל חשבונות? 226
פרק שלישי: "להגיש... דין וחשבון" 227
א. מחלוקת התנאים ופסיקת ההלכה 227
ב. איזה אפוטרופוס חייב בהגשת דוח? 229
ג. נסיבות המחייבות הגשת דוח 232

פרק רביעי: למי יוגש הדוח? – "להגיש לאפוטרופוס הכללי" 233
א. מבוא 233
ב. הגשת דוח לבית הדין 234
ג. הגשת דוח למפקח על אפוטרופסים 234
ד. הגשת דוח לקרובי היתומים 235
פרק חמישי: המועד להגשת הדין וחשבון 235
א. מבוא 235
ב. הגשת דוח "בגמר תפקידו או בפקיעת האפוטרופסות" 236
ג. הגשת דין וחשבון לפי דרישה – "...כפי שיורה" 236
ד. הגשת דין וחשבון "אחת לשנה" 237
פרק שישי: ידיעות נוספות – "להמציא... ידיעות מלאות לפי דרישתו" 237
פרק שביעי: סיכום 238
פרק שמיני: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 238
נספח: שבועת אפוטרופוס 238
א. מחלוקת התנאים והכרעת ההלכה 239
ב. אפוטרופוס שפוטר 241
ג. אפוטרופוס הנוטל שכר 242
ד. שינוי נסיבות 242
ה. טענה ודאית 243

סעיף 55: הוצאות האפוטרופוס
פרק ראשון: מבוא 247
פרק שני: זכות האפוטרופוס לשיפוי על הוצאותיו 247
א. מבוא 247
ב. הוצאות לשם סיפוק צרכיו של החסוי 247
ג. הוצאות לשם שמירה או השבחת נכסי החסוי 249
ד. אפוטרופוס בשכר 250
פרק שלישי: הוצאות האפוטרופוס – "ההוצאות... שהאפוטרופוס הוציא" 251
א. מבוא 251
ב. אובדן הכנסה 251
ג. נזקים והפסדים 252
ד. הפסדי האפוטרופוס בשל אחריותו לנזקי צד שלישי 256
פרק רביעי: סבירותן של ההוצאות – "ההוצאות הסבירות" 257
פרק חמישי: גביית החזר ההוצאות – "רשאי האפוטרופוס להחזירן לעצמו מנכסי אותו אדם" 259
פרק שישי: סיכום 260
פרק שביעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 261

סעיף 56: שכר האפוטרופוס
פרק ראשון: מבוא 265
פרק שני: זכות האפוטרופוס לשכר – "לקבוע לאפוטרופוס שכר" 265
פרק שלישי: קביעת השכר – "בית המשפט רשאי לקבוע לאפוטרופוס שכר" 268
פרק רביעי: גביית השכר מנכסי החסוי – "רשאי האפוטרופוס לקבלו מנכסי אותו אדם" 269
פרק חמישי: סיכום 269
פרק שישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 269

סעיף 57: אחריות האפוטרופוס
פרק ראשון: מבוא 273
פרק שני: אחריות האפוטרופוס "לנזק שגרם לאדם שהוא אפוטרופסו או לרכושו" 274
א. מבוא 274
ב. אפוטרופוס מתנדב 274
ג. אפוטרופוס המקבל שכר 278
פרק שלישי: סוג הנזק שהאפוטרופוס חייב עליו – "לנזק שגרם" 278
א. מבוא 278
ב. מחדל – אפוטרופוס שלא מכר מה שהיה עליו למכור 279
ג. אפוטרופוס שטען טענה לא נכונה בבית דין 280
ד. מניעת רווח 282
ה. הלוואה על ידי אפוטרופוס 283
פרק רביעי: פטור מאחריות "אם פעל בתום לב ונתכוון לטובת אותו אדם" 284
פרק חמישי: פטור מאחריות "אם פעל בתום לב לפי הוראות בית המשפט" 284
א. מבוא 284
ב. פעולה בהתאם להוראות בית הדין 285
ג. אישור למפרע 286
פרק שישי: אחריות האפוטרופוס לנזקי צד ג' 286
פרק שביעי: סיכום 288
פרק שמיני: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 289

סעיף 58: ערובה
פרק ראשון: מבוא 293
פרק שני: שיעבוד נכסים – "בית המשפט רשאי... לדרוש שהאפוטרופוס ישעבד נכסים" 293

פרק שלישי: המצאת ערבות – "בית המשפט רשאי... לדרוש שהאפוטרופוס... ימציא ערבות" 294
פרק רביעי: סיכום 294
פרק חמישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 295

סעיף 60: התפטרות
פרק ראשון: מבוא 299
פרק שני: הכלל: האפוטרופוס אינו רשאי להתפטר 299
פרק שלישי: הבסיס המשפטי לחובת האפוטרופוס להמשיך בתפקידו 302
א. אפוטרופוס כשומר 302
ב. "המתחיל במצווה אומרים לו גמור" 303
ג. אפוטרופסות היא מצווה, ולכן אינו כפועל הרשאי לחזור בו 304
ד. אפוטרופוס אינו פועל אלא קבלן 305
ה. נדר מחייב 305
ו. קבלת אחריות 306
פרק רביעי: חריגים: אימתי יכול האפוטרופוס להתפטר 306
א. אפוטרופוס המבקש לעזוב את מקומו 306
ב. אם הממנה התיר לאפוטרופוס להתפטר 307
ג. תנאי בשעת המינוי 307
פרק חמישי: דרך ההתפטרות 308
פרק שישי: סיכום 309
פרק שביעי: הצעת נוסח על פי המשפט העברי 309

סעיף 61: פיטורי האפוטרופוס
פרק ראשון: מבוא 313
פרק שני: פיטורין על ידי בית המשפט – "בית המשפט רשאי לפטר" 313
א. מבוא 313
ב. פיטורין של אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים 314
ג. פיטורין של "אפוטרופוס למעשה" 316
ד. פיטורין של אפוטרופוס שנתמנה בערכאות הנכרים 316
ה. שיקול הדעת המסור בידי בית הדין 316
ו. פיטורין בלי התראה 316
ז. נסיבות שבהן פוקע המינוי מאליו 317
פרק שלישי: פיטורין "אם לא מילא תפקידיו כראוי" 317
א. מבוא 317
ב. גרימת הפסד 317
ג. חשד לגרימת הפסד 318
ד. מניעת רווח 320
ה. אי ציות לדין או להוראות בית הדין 321

פרק רביעי: פיטורין מ"סיבה אחרת" 322
א. מבוא 322
ב. אישיותו של האפוטרופוס 322
ג. אפוטרופסים משותפים שנעדר אחד מהם 324
ד. אפוטרופוסית שנישאה 324
ה. התרחקות היתום מהאפוטרופוס 325
ו. טובת היתומים 325
פרק חמישי: סיכום 325
פרק שישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 327

סעיף 62: פקיעת האפוטרופסות
פרק ראשון: מבוא 331
פרק שני: "אפוטרופסות על קטין פוקעת בהגיעו לבגרות" 331
א. מבוא 331
ב. אפוטרופוס שהתמנה על ידי בית הדין 332
ג. אפוטרופוס שהתמנה על ידי אבי החסוי 334
ד. אפוטרופוס למעשה 335
פרק שלישי: פסול דין "על פסול דין – עם ביטול פסלותו על ידי בית המשפט" 335
פרק רביעי: מותו של החסוי 336
א. מבוא 336
ב. אם יורשו של החסוי גם הוא קטין 336
ג. אפוטרופוס לחסויים אחדים 337
פרק חמישי: סיכום 338
פרק שישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 339

סעיף 64: צוואה או מסמך הבעת רצון של הורהו או אפוטרופסו שהוא קרוב של קטין
פרק ראשון: מבוא 343
פרק שני: תפקיד ההורה במינוי אפוטרופוס 343
א. מבוא 343
ב. מינוי על ידי האב 344
ג. אפוטרופוס לבוגר 345
ד. מינוי על ידי בית הדין בהתאם לרצון האב 345
ה. מינוי על ידי מוריש שאינו האב 347
ו. מינוי על פי צוואת האפוטרופוס 347
ז. אופן הבעת הרצון – "בצוואתו" 348
ח. מינוי אפוטרופוס לזמן שההורה "יחדל להיות מסוגל לדאוג לילדו" 349

פרק שלישי: הנחיות "בעניין מהעניינים הנתונים לפי חוק זה" 349
א. מבוא 349
ב. הנחיות הנוגעות לניהול הנכסים "לאחר מותו" 349
ג. הנחיות הנוגעות לניהול הנכסים "אם יחדל להיות מסוגל לדאוג" וכו' 350
ד. הנחיות אחרות – "בעניין מהעניינים הנתונים לפי חוק זה" 351
פרק רביעי: שיקול דעת בית המשפט – "ייתן בית המשפט עדיפות" 351
א. מבוא 351
ב. שיקול דעת של בית המשפט במינוי האדם שציין האב 352
ג. שיקול דעת של בית המשפט לעניין יישומן של ההנחיות 352
פרק חמישי: סיכום 353
פרק שישי: הצעת נוסח על פי המשפט העברי 354
נספח א: מקור סמכותו של אפוטרופוס שמינה האב 354
נספח ב: עוד על מינוי על ידי בית הדין בהתאם לרצון האב 356
א. הנמקת ההלכה 356
ב. אם השתנו הנסיבות 357
ג. מקרים שההלכה יושמה בפועל 357
ד. הרחבת ההלכה 358
ה. דעת התוספות 358

סעיף 67: **אפוטרופוס למעשה**
פרק ראשון: מבוא 361
פרק שני: אפוטרופוס למעשה – "מי שפועל כאפוטרופוס" 363
א. מבוא 363
ב. הבסיס המשפטי של האפוטרופסות למעשה 363
ג. התנאים לקיומה של אפוטרופסות למעשה 365
ד. סמכויותיו של אפוטרופוס למעשה 368
פרק שלישי: חובותיו של אפוטרופוס למעשה – "חובותיו... יהיו לפי הוראות פרק זה" 371
א. מבוא 371
ב. הגשת דוחות 371
ג. שבועת האפוטרופוס 372
פרק רביעי: אחריותו של אפוטרופוס למעשה – "אחריותו... יהיו לפי הוראות פרק זה" 373
פרק חמישי: סיכום 374
פרק שישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 375

סעיף 68: סמכות כללית לאמצעי שמירה 377

סעיף 72: מעמדם של קרובים 379

נספח ראשון: יפוי כוח מתמשך 381

נספח שני: המקור לסמכות אפוטרופוס ולהיקף סמכותו לאור סוגיית "גר קטן" 383

חוקים

חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב־1962, פרק שלישי 393
הצעת נוסח לפי המשפט העברי – חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, פרק שלישי 399

מפתחות

מפתח העניינים 407
מפתח המקורות 425
רשימה ביבליוגרפית 451

מבוא כללי

על מוסד האפוטרופסות

התוכן

פרק ראשון: הבסיס המשפטי של האפוטרופסות 2

פרק שני: מקורה ותכליתה של האפוטרופסות 9

פרק שלישי: המקור הנורמטיבי של האפוטרופסות 12

הפרק השלישי של חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות עוסק באפוטרופסים על פי מינוי. הדיון בפרטי ההסדרים העוסקים באפוטרופסות על פי מינוי מחייב הקדמה קצרה בדבר תכליתה של אפוטרופסות זו, משמעותה המשפטית והבסיס הנורמטיבי שלה.

לפני שניכנס לבירור המהותי, עלינו להקדים הבהרה לשונית: מקורות המשפט העברי העוסקים באפוטרופוס עוסקים בדרך כלל באפוטרופוס ל"יתומים"[1], ומכאן שגורה הלשון "אפוטרופוס ליתומים" בדברי הפוסקים[2]. בדרך כלל, מדובר ביתומים קטנים שאינם יכולים או אינם מוסמכים לדאוג לצרכיהם בעצמם. כך הוא, לדוגמה, בסוגיית התלמוד[3] הקובעת שיתומים אינם בני חיוב במצוות, ובהמשך דן התלמוד בהעמדת אפוטרופוס עליהם. כמו כן, במקומות אחרים דן התלמוד במעמד המשפטי של פעולות האפוטרופוס לאחר שגדלו היתומים. כך מפרש רש"י באופן עקבי[4] את המונח "יתומים" – שמדובר ביתומים קטנים. וכך מתבאר הדבר הלכה למעשה בדברי הפוסקים[5]. אופיינית לעניין זה לשון השולחן ערוך[6]: "כשמעמידין בית דין אפוטרופוס ליתומים, מוסרין לו כל נכסי הקטן". כמו כן, לדעת ר' עובדיה מברטנורא[7], פירוש הביטוי "אפוטרופוס" במקורו, בלשון רומא, הוא: "אבי הקטנים".

במקומות יוצאי דופן[8] המונח "יתומים" מוסב גם על גדולים, והתלמוד טורח להדגיש זאת שם.

[1] גיטין נב ע"א; קדושין מב ע"א.

[2] כגון: שולחן ערוך, חו"מ, סימן לד, סעיף יב, וסימן רצ, סעיף ז; ועוד רבים.

[3] ערכין כב ע"א.

[4] רש"י, יבמות סז ע"ב, ד"ה יתומים, כתובות ק ע"א, ד"ה בית דין, גיטין לד ע"א, ד"ה יתומין, וקידושין מב ע"א, ד"ה אלא.

[5] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ד; שולחן ערוך, חו"מ, סימן קפט, סעיף א, וסימן רצ (כולו).

[6] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף ז

[7] ר' עובדיה מברטנורא, ביכורים, פרק א, משנה ה, ד"ה האפוטרופוס. ראה על כך בהרחבה להלן, עמ' 9.

[8] כתובות צד ע"א; גיטין נ ע"א.

פרק ראשון

הבסיס המשפטי של האפוטרופסות

מהו הבסיס המשפטי שמכוחו יכול אפוטרופוס לפעול בנכסים שהופקדו בידיו? מניין שואב האפוטרופוס את כוחו[9]?

מקור חשוב להבנת הדברים הוא דברי הרמב״ן, שנחזור אליהם בהמשך דברינו[10]:

> הא דתנן, יתומים שסמכו אצל בעל הבית, או שמינה להן אביהן אפטרופוס, חייב לעשר פירותיהן, ואוקימנא להאכיל[11], יש לומר, דתקנת חכמים היא, שהעמידו הפירות ברשות האפטרופוס, כדי שיוכל לעשר ויאכילם, והפקר בית דין הפקר, דאי לא, כיון דרחמנא מיעט כל תורם שאינו שלו, היאך אוכלים יתומים טבל? ! וכן ממכרן להאכיל ממכר, מתקנה זו. לפיכך, מוכרין עבדים לאחרים ושחרורן שחרור.
>
> ולי נראה, שכל מה שעושה האפטרופוס לטובת יתומים, מה שעשה עשוי מן התורה, ד״זכין לאדם שלא בפניו״ הוא, כדאמרינן בפרק האיש מקדש[12]... הלכך, כל מה שצוו חכמים לאפטרופסין לעשות, זכות הוא, ומעשיהם קיימים מדין תורה, וכל שאין להם לעשות, אין מעשיהם בו כלום.

שתי הדרכים לביסוס סמכותו של האפוטרופוס הן, איפוא, תקנה וזכייה.

יש שראו את סמכות האפוטרופוס כנובעת מהיותו כבעלים של נכסי החסוי[13]. הגדרה זו מתאימה יותר לדרך הראשונה שהציע הרמב״ן, שכוחו נובע מתקנת חכמים ׳שהעמידו הפירות

[9] יש להעיר, שבלא תלות בשאלה מהו מקור סמכותו של האפוטרופוס, כלל הוא שאפוטרופוס מוסמך לפעול לטובת החסוי, ואין לו סמכות לפעול לרעתו, כפי שנראה בדיוננו בסעיף 47. כך כותב חידושי הריטב״א, גיטין נב ע״א: ״זה הכלל: אפוטרופסין אינן רשאין לעשות שום דבר אלא לתועלת היתומים, אבל דבר אחר לא״. [חיבור זה נדפס בשנת תקי״ח בשם חידושי הריטב״א, ובשנת תש״מ בשם חידושי רבנו קרשקש, בהוצאת מוסד הרב קוק, ולכן להלן נביא אותו בשני שמותיו].
לעניין הבסיס המשפטי לסמכותו של אפוטרופוס שמינהו אבי היתומים, ראה בדיוננו בסעיף 64, עמ׳ 345–355; ולעניין הבסיס המשפטי לסמכותו של אפוטרופוס למעשה (״יתומים שסמכו אצל בעל הבית״), ראה בדיוננו בסעיף 67.

[10] חידושי הרמב״ן, גיטין נב ע״א, ד״ה הא דתנן (הובא בדרכי הוראה, כרך ה (ניסן תשס״ו), עמ׳ קנ). ראה גם: חידושי הריטב״א (רבנו קרשקש), גיטין שם, ד״ה יתומים שסמכו (בשם הרא״ה); חידושי הר״ן, גיטין שם, ד״ה ומוכרין; פד״ר, כרך ב, עמ׳ 178–187. על דברי הרמב״ן ראה: חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ׳ 11 ועמ׳ 19; בירור הלכה, גיטין נב ע״א, ציון א.

[11] ראה להלן, סעיף 47.

[12] קידושין מב ע״א.

[13] ר׳ שמואל (רשב״ם), בתוספות, גיטין מ ע״ב (ד״ה וכתב), כותב שהפקירו בית דין את התבואה של היתומים בהפקר בית דין, ונתנוה לאפוטרופוס, כדי שיוכל להפריש ממנה תרומות ומעשרות.
חידושי הרשב״א, בבא קמא דף קיב ע״א (ד״ה וי״ל דשור), ודף קיב ע״ב (ד״ה א״ל רב ששת), כותב שאפוטרופוס נחשב כבעלים של נכסי היתומים, בכל הנוגע לתחומי אחריותו.
שו״ת הרי״ם, חו״מ, סימן ה (ד״ה ונראה), מסביר שחכמים הקנו לאפוטרופוס את ממון היתומים, כדי שיוכל לפעול בהם לטובתם, והקנאה זו חלה מכוח הפקר בית דין.
חידושי ר׳ שמעון יהודה הכהן (שקאפ), בבא מציעא, סימן טו (במהד׳ תש״ז, סימן יז במהד׳ תשע״א), כותב שאפוטרופוס הוא בעלים להקנות אף שאינו מקנה משלו כלום.
מעדני ארץ, תרומות, פרק ד, הלכה י, ד״ה ברם, כותב בתחילת דבריו שאפוטרופוס הוא בעלים גמור מן התורה בנכסי היתומים לעשות את כל צרכיהם, אבל אחר כך הוא מעלה אפשרות שאינו בעלים.

ברשות האפטרופוס', מכוח "הפקר בית דין הפקר"[14]. אבל אין משמעות הדבר שהאפוטרופוס הריהו בעלים[15], אלא שבאותם עניינים שבהם הוא מוסמך לפעול, הוא פועל כבעלים.

כך יש להבין גם את דברי הרשב"א[16], המעלה אפשרות שסמכותו של אפוטרופוס היא כ"יד

בית יחזקאל (סרנא), גיטין, סימן י, עמ' עו, כותב שהאב שממנה אפוטרופוס נותן לו זכות בעלות, יותר משליח, והוא כמו בעלים לקנות ולמכור מה שדרוש לטובת היתומים, ולכן כוחו נשאר גם אחרי מות הממנה, שלא כמו שליח, כי קיבל ממנו זכות בעלות; ומה שאינו יכול לשחרר עבד של היתומים (ראה דיוננו בסעיף 47) הוא כי זכות בעלות שייכת רק בממון ולא בקנין איסור, כמו שאדם אינו יכול למנות אפוטרופוס לגרש את אשתו, ואילו אפוטרופוס היה בגדר שליח היה יכול לשחרר עבד של היתומים.

שו"ת משפטי עוזיאל, חלק ד, עניינים כלליים, סימן יג, ד"ה הראיה השניה, כותב ש"כאילו" הממון שייך לאפוטרופוס.

פד"ר, כרך ה, עמ' 91, כותב שיש לאפוטרופוס כוח כ"יד בעלים", יותר משליח.

רז"נ גולדברג, "בדין זכיה ואפוטרופוס", בית התלמוד, כרך ה (תשכ"ח), עמ' מג, מסביר שנכסי היתומים בבעלות האפוטרופוס רק לעניין שיוכל למכור אותם לאחר, כמו שמצאנו בנדרים מח ע"ב ובשולחן ערוך, חו"מ, סימן קצה, סעיף ה, אפשרות שראובן מקנה חפץ לשמעון על מנת שיַקנה אותו ללוי, כלומר שיש לשמעון בעלות בחפץ רק לעניין היכולת להקנותו ללוי, ושם אחרי ששמעון הקנה אותו ללוי, לוי קנה לגמרי; ואף שבעלות האפוטרופוס היא על ידי הפקר בית דין, אי אפשר להפקיר נכס על מנת שיהיה של הזוכה רק שיוכל להקנות, כמו שלא מועיל הפקר גוף מהיום ופירות אחרי שלושים יום, כי אינו דומה לשמיטה (למקורות לכך ראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך הפקר, ליד ציוני הערות 214–217), אבל הפקר בית דין אינו צריך להיות דומה לשמיטה, ולכן אפשר שיופקר רק לעניין זה שהאפוטרופוס יוכל להקנות.

ראה סעיף 64, עמ' 355, שרא"ש יהב הסביר בדומה את כוחו של אפוטרופוס שמינה אבי היתומים.

בשו"ת עין יצחק, חלק א, אהע"ז, סימן עט, אות ב, מובא שחכם אחד העלה את הרעיון לראות באפוטרופוס בעלים של נכסי היתומים, כדי להסביר את ההלכה שאף על פי שאין מעידים על שור תם אלא בפני הבעלים, אפשר להעיד על שור של חרש, שוטה או קטן בפני אפוטרופוס שבית הדין מעמיד להם (רמב"ם, הלכות נזקי ממון, פרק ו, הלכה ג; ראה סעיף 38, עמ' 84). אלא שר' צבי הירש ספקטור (בנו של מחבר השו"ת), דחה רעיון זה על יסוד דברי בית הבחירה, בבא קמא קיב ע"ב (ד"ה כל שאין), בשם יש מפרשים, שדין שליח כדין אפוטרופוס לעניין שמקבלים עדות על המשלח בפניו, הרי שהבינו שאפוטרופוס הוא למעשה שליח. וראה להלן, הערה 41, להמשך דברי רצ"ה ספקטור שם.

גם ברשימות שיעורים שנאמרו על ידי הרי"ד סולובייציק, בבא קמא, חלק א, עמ' רעח–רפ, מעלה אפשרות שיש לאפוטרופוס כוח בעלות, כדי להסביר את ההלכות שבהן כוחו עדיף על כוחו של שליח.

[14] גם חידושי הריטב"א (רבנו קרשקש), גיטין נב ע"א, ד"ה אפוטרופוס, וחידושי הר"ן, גיטין שם, ד"ה לא קשיא, התבססו על הפקר בית דין. מקורות נוספים צוינו בבירור הלכה, גיטין שם, ציון א, פסקה א.

[15] דברים אלה אינם תואמים להתבטאותו של שערי עוזיאל, מבוא, פרק ב, עמ' 13 במהד' תש"ד, עמ' 25 במהד' תשנ"א, שהאפוטרופוס "הרי הוא כבעלים גמורים של רכוש היתומים" (ראה ראיותיו, שם; ועל ראיותיו ראה חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 20).

ר"א ולדינברג, הלכות מדינה, חלק ג, שער ד, פרק ה, אות ד, עמ' קכח (לאחר שהוא מוכיח שאפוטרופוס אינו שליח, מההלכה שאבי היתומים רשאי למנות קטן כאפוטרופוס ליתומים, והרי אין שליחות לקטן), מתבטא בצורה פחות גורפת. לדבריו, אפוטרופוס "הוא יותר גדר של מסירת כח הבעלות לתקופת המינוי". הוא מביא ראיה גם מעצם זה שהיתומים הם קטנים, והרי אין תוקף לשליחות של משלח קטן. עוד הביא ראיה מהדין שמקבלים עדות בפני אפוטרופוס (שולחן ערוך, חו"מ, סימן קי, סעיף ט), ומשולחן ערוך, חו"מ, סימן קמט, סעיף כד, האומר שמועילה חזקה בפני אפוטרופוס (ראה עמ' 7–8). הוא כותב שאף הרמ"א שם, הסובר שאין מועילה חזקה בפני אפוטרופוס, והסבורים שאין מקבלים עדים בפני אפוטרופוס, טעמם הוא שאין כוח בעלותו מקיף כל כך, אבל הם מסכימים שבדברים שיש לו כוח, הוא נחשב בעלים. ראה עוד: יעקב קופל ריינין, האפוטרופוס ליתומים במשפט העברי, אחריותו, דרכי הפיקוח והביקורת עליו, חיבור לשם קבלת תואר ד"ר למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, ירושלים תשד"ם (להלן: ריינין), עמ' 5, סוף הערה 17, עמ' 16, הערה 39, ועמ' 23, סוף הערה 51.

[16] חידושי הרשב"א, גיטין נב ע"א, ד"ה מתני'.

היתומים". הוא מסביר, שמצד הדין, מוסמך האפוטרופוס להפריש תרומות ומעשרות בין להאכיל ובין להניח, אלא שאסרו חכמים להפריש כדי להניח, כדי שלא ייראה כמזלזל בנכסי היתומים. ואלה דבריו: "מדינא תורמין [האפוטרופסים] בין להאכיל בין להניח, דיד אפוטרופוס כיד היתומים, אלא כדי שלא יראה כמזלזל בנכסי היתומים, שמא לא ידקדקו יפה בדבר, אסרו להן לתרום כדי להניח, כיון שאין צורך להן בדבר זה. אבל להאכיל, העמידוה אדיניה"[17].

אחרים ראו את סמכויותיו של אפוטרופוס כסמכויות של שליח, היינו כשלוחו של החסוי[18].

[17] אף את מעמדו של האפוטרופוס כ"יד" היתומים, אפשר שיסביר הרשב"א כנובעת מתקנת חכמים, כפי שהתבטא בחידושיו לבבא קמא מ ע"ב (ד"ה משום דאמר ליה), לעניין עדות על נגיחת השור: "אפוטרופס עדיף ליה משומר דעלמא, וכבעלים ממש עשאוהו".

ריינין, במבוא, עמ' XI, הערה 38, לומד מלשון הרשב"א שם, ששיטתו שונה משל הרמב"ן בהבנת מקור סמכותו של האפוטרופוס: "סמכותו טבועה במהותה של האפוטרופסות". וראה גם דבריו בעמ' 2, הערה 7. ברם, לא ברור מניין לו ששיטת הרשב"א נבדלת מזו של הרמב"ן בהבהרת מקור סמכותו של האפוטרופוס. משמעותן הפשוטה של המילים היא שמעשיו של האפוטרופוס נחשבים כמעשים שנעשו על ידי היתומים, ואפשר שהסיבה לכך היא משום ש"זכין לאדם שלא בפניו", כשיטת הרמב"ן.

נקודות הכסף שה, י, מבין שהרשב"א מסתמך על דין "זכין", ומוכיח מכאן שהמעשה נחשב זכות אף שהיא מונעת מהיתום לקיים את המצווה בעצמו. אבל בשיעורי רבי שמואל (רוזובסקי), בבא בתרא קלא ע"ב, אות קיז, דוחה הסבר זה, לאור שיטת חידושי הרשב"א, נדרים לו ע"א, שבהפרשת תרומות ומעשרות צריך בשליחות מפורשת ואין די בדין "זכין"; והוא מסביר שלפי הרשב"א "דין אפוטרופוס הוי דין חדש דידו כיד היתומים... ויתכן דילפינן לה מהא דקידושין מ"ב ע"א, מקרא דנשיא אחד".

[18] שו"ת מהריט"ץ, סימן לח, ד"ה ועוד יש לומר, נוקט שאפוטרופוס הוא שלוחם של היתומים, ושלכן סמכותו פחותה משל שליש, שאבי היתומים השליש בידו את ממונו והורה לו מה לעשות בו.

אמירה נעימה תניינא, חלק א, מאמר נג, ענף א, כותב שאפוטרופוס הוא שליח של בית הדין.

ר' אברהם מיכאל יניון, "שליחות ואפוטרופוסות בכספי ציבור", שערי צדק יא (תש"ע), עמ' 137, מביא ראיות שאפוטרופוס נחשב שליח "במובן מסוים", משולחן ערוך, חו"מ, סימן רכז, סעיף ל, הפוסק שאפוטרופוס שטעה במכר אפילו פחות משתות, המקח בטל כמו בשליח מטעם "לתקוני שדרתיך ולא לעוותי", ומשולחן ערוך, חו"מ, סימן לז, סעיף ח, הפוסק שאפוטרופוס נאמן להעיד ואינו נחשב נוגע בדבר, ונימק ביאור הגר"א, ס"ק י, כי שליח נעשה עד אם אינו נוגע בדבר.

להשוואת השליח לאפוטרופוס במשפט הישראלי, ראה: ג' טדסקי, "אפיטרופוס ושלוח", בתוך: מסות במשפט (ירושלים תשל"ח), עמ' 334; ברק, חוק השליחות, 1996, סעיף 240.

מדין "זכין לאדם שלא בפניו": הסבר אחר לסמכותו של אפוטרופוס, הדומה להסבר שזו שליחות, הוא שמעשיו תקפים מפני שהם לטובת היתומים, ו"זכין לאדם שלא בפניו" (לדעה ש"זכין" לקטן מהתורה – ראה עמ' 384). הסבר זה נזכר בתחילת דברי הרמב"ן, ליד ציון הערה 12, וראה בהרחבה ליד ציון הערה 41. אבל מהמשך דבריו עולה שהוא מסתמך על הסוגיה בקידושין מב ע"א, הלומדת מפסוקים שיש כוח לאפוטרופוס לעשות בנכסי היתומים. הסתמכות זו יכול לענות על השאלה: אם אפוטרופוס יכול לעשר מטעם "זכין לאדם שלא בפניו", מדוע לא יוכל כל אדם לעשר מפירותיהם מאותו טעם? התשובה היא שכוחו של אפוטרופוס נלמד מהפסוקים. תשובה אחרת היא שהדבר אמור באפוטרופוס דווקא, מפני שנתמנה לכך על ידי בית דין או על ידי אבי היתומים, ומינוי זה מצטרף לעובדה שזכות היא ליתומים שיעשר.

נקודות הכסף, יו"ד, סימן שה, הסביר בדעת הרמב"ם, הלכות תרומות, פרק ד, הלכה י, טור, יו"ד, סימן שלא, ושולחן ערוך, יו"ד, סימן שלא, סעיף לח, שמן התורה יש לאפוטרופוס סמכות להפריש תרומות ומעשרות מנכסי היתומים (ראה סעיף 47), מכוח "זכין לאדם שלא בפניו", שכן זו זכות עבורם, אף שייתכן שיעדיפו לעשות את המצווה בעצמם. וראה בנספח השני לספר על שיטת הש"ך.

מעדני ארץ, תרומות, פרק ד, הלכה י, ד"ה ובעיקר, מעלה אפשרות שאפוטרופוס אינו בעלים, אלא הוא פועל רק מדין "זכין לאדם שלא בפניו".

רז"נ גולדברג, "בדין זכיה ואפוטרופוס", בית התלמוד, כרך ה (תשכ"ח), עמ' מד, כותב בדעת רש"י, גיטין לד ע"א (ד"ה התם), שיש לאפוטרופוס שתי סמכויות: (א) מהתורה הוא יכול לפעול מדין "זכין לאדם שלא

הגדרה זו מתאימה יותר לדרך השנייה שהציע הרמב"ן (שאותה העדיף), שכוחו מדין 'זכין לאדם שלא בפניו'. ברם, גם כאן, אין לומר שהוא שלוחו ממש של החסוי, שהרי אין שליחות לקטן, אלא הכוונה היא שבכל הדברים שהסמיכו חכמים את האפוטרופוס לעשות, הסמיכוהו כשליח הפועל בשמו של החסוי, ושוב, רק בגבולות שהוצבו לשליחותו.

שתי הגישות מתיישבות עם הלכות אחדות שבתלמוד, שאמנם מדמות את סמכויותיו של האפוטרופוס לפעולותיו של בעלים, אבל מאחר שאין לאפוטרופוס בעלות גמורה אלא בעלות מוגבלת, אין הוא מוסמך לפעול בנכסי החסוי כבעלים עצמם. דוגמה לכך היא ההלכה[19], ש"האפוטרופוס והשליח והעבד מביאין [ביכורים], ולא קורין". הסיבה לכך היא, שעל מביא הביכורים לומר "ועתה, הנה הבאתי את ראשית פרי האדמה אשר נתת לי, ה'" (דברים כו, י), וכיצד יאמר כן האפוטרופוס, שאינו בעל השדה? הגישה הראשונה תסביר שחכמים עשו אותו כבעלים לעניין היכולת להביא הביכורים אבל לא לעניין היכולת לקרוא את "מקרא הביכורים". הגישה השנייה תסביר שהוא יכול להביא את הביכורים כשלוחם של היתומים, אבל כמו כל שליח, אינו יכול לקרוא מקרא ביכורים.

דוגמה נוספת לבעלות מוגבלת של אפוטרופוס, אפשר לראות בסמכותו של אפוטרופוס להפריש תרומות ומעשרות מפירותיו של החסוי. מצד אחד נקבע במשנה[20], שאין אדם רשאי להפריש תרומה מפירות שאינם שלו, והתלמוד מביא ברייתא[21], שדורשת הלכה זו מן הפסוק (במדבר יח, כח) "כן תרימו גם אתם": "'אתם' – ולא שותפין, 'אתם' – ולא אריסין, 'אתם' – ולא אפוטרופין, ולא התורם את שאינו שלו". מצד שני, משנה אחרת[22] קובעת, שאפוטרופוס של יתומים חייב לעשר את פירותיהם.

ליישוב סתירה זו, רב חסדא[23] עושה הבחנה: אפוטרופוס רשאי להפריש תרומה מפירות היתומים כדי לאפשר להם לאכול אותם ("להאכיל"), אבל אינו רשאי להפריש תרומה מפירות היתומים כדי להשאיר באוצרותיהם של היתומים פירות מעושרים, לשעת הצורך ("להניח")[24].

רב חסדא אינו מבהיר מהו היסוד המאפשר לאפוטרופוס להפריש ליתומים כדי לפרנסם. הרמב"ן מציע הסבר לכך[25]: "הא דתנן 'יתומים שסמכו אצל בעל הבית או שמנה להן אביהן אפטרופוס, חייב לעשר פירותיהן', ואוקימנא להאכיל, יש לומר, דתקנת חכמים[26]

בפניו", וזה נלמד מהדרשה בקידושין מב ע"א לעניין חלוקת העיזבון, (ב) גם בדברים שאינם זכות ליתומים, יש לו כח מדרבנן מטעם הפקר בית דין, ולכן, לדוגמה, אם היתומים הביעו התנגדות למעשהו כשגדלו, כך שמתברר שאינו זכות להם, מעשהו תקף מטעם הפקר בית דין. עיין שם (עמ' מו), שהסביר לפי השיטות השונות ביסוד סמכותו של אפוטרופוס, את ההלכה ששליח של נושה אינו יכול לתפוס עבורו מהחייב על חשבון נושים אחרים, ואילו אפוטרופוס יכול (שולחן ערוך, חו"מ, סימן קה, סעיף א). וראה בשמו בסעיף 38, עמ' 77, בטעם לכך שאפוטרופוס יכול לקנות לולב בשביל היתומים.

ר' יצחק בוקובסקי, "אשה שמינוה ערכאות לאפוטרופוס", דרכי הוראה, כרך ה (ניסן תשס"ו), עמ' קנא, כותב שמעשי אפוטרופוס תקפים מדין "זכין".

[19] משנה ביכורים, פרק א, משנה ב.

[20] משנה תרומות, פרק א, משנה א.

[21] גיטין נב ע"א.

[22] משנה, גיטין, פרק ה, משנה ד.

[23] גיטין נב ע"א.

[24] על משמעותה המדויקת של הבחנה זו, ראה סעיף 47, עמ' 138.

[25] חידושי הרמב"ן, גיטין נב ע"א, ד"ה הא דתנן (דבריו הובאו לעיל, ליד ציון הערה 10), בהסברו הראשון.

[26] כך הסבירו גם: ר' שמואל (רשב"ם), בתוספות, גיטין מ ע"ב, ד"ה וכתב; חידושי הריטב"א (רבנו קרשקש),

היא[27], שהעמידו הפירות ברשות האפטרופוס, כדי שיוכל לעשר ויאכילם, והפקר בית הפקר". כלומר, כדי לאפשר לאפוטרופוס למלא את תפקידו, הפקיעו חכמים את הבעלות בנכסי היתומים והעבירוה לידיו של האפוטרופוס[28]. ואולם, בעלות זו מוגבלת, והיא מאפשרת לאפוטרופוס לפעול למען היתומים רק בהפרשת תרומות ומעשרות מפירותיהם כדי להאכילם מפירות אלו, ולא כדי "להניח"[29].

הגישה שסמכות אפוטרופוס היא כשל שליח, תוכל להסביר שחכמים העניקו לאפוטרופוס סמכות של שליח להפריש תרומות ומעשרות כשיש בכך צורך דחוף ("להאכיל"), מטעם "זכין לאדם שלא בפניו", כהסברו השני של הרמב"ן, שהובא לעיל.

יש להדגיש את שאמרנו, שהגישה הרואה את סמכויותיו של האפוטרופוס כשליח, אין כוונתה שמעמדו זהה לשליח, אלא כוונתה היא שכשם שהשליח מוסמך לפעול בשמו של הבעלים, אף שהבעלים לא עשה את הפעולה המשפטית בעצמו, כך גם האפוטרופוס מוסמך לפעול בלא שהבעלים עשה את הפעולה.

דוגמה לסמכותו של האפוטרופוס כשליח, אפשר לראות במחלוקת התנאים בשאלה, האם בעל יכול להפר את נדרי אשתו באמצעות אפוטרופוס. וזה לשון הספרי[30]: "אמר לאפוטרופוס: 'כל נדרים שתהא אשתי נודרת מיכן עד שאבוא ממקום פלוני פָּפר לה', והֵפר לה', שומע אני יהיה מופר? תלמוד לומר: 'אישהּ הֲפֵרם' – אם הֵפר הבעל, מופר, ואם לאו, אינו מופר – דברי רבי יאשיה. רבי יונתן אומר: מצינו בכל מקום ששלוחו של אדם כמותו". רבי יונתן מסמיך אפוא את האפוטרופוס להפר את נדרי האישה, על יסוד העיקרון "שלוחו של אדם כמותו".

האם אפשר להסיק מכך שסמכותו של האפוטרופוס מיוסדת על היותו שליח? ודאי שלא. אי אפשר לומר שאפוטרופוס על קטן פועל כשלוחו, שהרי קטן אינו יכול למנות שליח! רבי יונתן אינו אומר שהאפוטרופוס פועל כשליח של החסוי (כאן: האישה), אלא שהוא פועל כשליח של הבעל, שמינהו בפירוש לעשות את שליחותו להפר את נדרי אשתו, ושלוחו של

גיטין נב ע"א, ד"ה אפוטרופוס; חידושי הר"ן, גיטין נב ע"א, ד"ה לא קשיא; חידושי הרשב"א, גיטין נב ע"א, ד"ה יתומין שסמכו, בפירושו הראשון; תוספות הרא"ש, גיטין נב ע"א, ד"ה כאן להאכיל; מרדכי, קידושין, סימן תקח.

[27] אבל בהמשך הדברים הוא מסתייג מהסבר זה, ומאמץ, כפי שראינו ליד ציון הערה 12, את ההסבר שכוחו של האפוטרופוס הוא מדין תורה.

[28] הסבר זה מתיישב רק לפי הגישה שמכוח העיקרון "הפקר בית דין", יש בכוחם של חכמים לא רק להפקיע בעלות בממון, אלא גם להעביר את הבעלות מאדם לאדם. אבל יש גם גישה, שלפיה אין בכוחם של חכמים להעביר בעלות. כך כתב, לדוגמה, שו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורא קמא, סימן רכא: "כיון דהפקר בית דין למדנו בגיטין (דף ל"ו) מקרא ד'כל אשר לא יבא יחרם רכושו', אם כן, לא מצינו, רק דיש כח לחז"ל לסלק רשות בעלים ממנו, כמו שם דעשאוהו חרם, אבל שיהיה כח בידם לומר שיהא קנוי לאחר, לא מצינו". על הגישות השונות ראה באנציקלופדיה תלמודית, ערך הפקר בית דין, כרך י, עמ' צט, סעיף ב. בשיעורי הגר"צ דרבקין, קידושין, מהד' תשס"ח, שיעור נ (עמ' קיב), מסביר שבית הדין מוסמך לפעול כמו האדם עצמו, ובית דין מעביר סמכות זו לאפוטרופוס; ולדבריו זו כוונת הרשב"א (לעיל, עמ' 4) האומר: "יד האפוטרופוס כיד היתומים".

[29] יש מקורות נוספים לכך שהאפוטרופוס עדיף משליח: יכולת האפוטרופוס לנהל הליך משפטי בשם היתומים (שולחן ערוך, חו"מ, סימן קי, סעיף ט); יכולת האפוטרופוס לתפוס נכס עבור היתומים במקום שהוא חב לאחרים (שולחן ערוך, חו"מ, סימן קה, סעיף א; לעיל הערה 18).

[30] ספרי במדבר, פסקה קנד. ולעניין הפרת נדרי הבת, שם, פסקה קנג. וראה גם: בבא מציעא צו ע"א; נזיר יב ע"ב.

אדם כמותו. על כן אין להסיק מדבריו, שסמכותו של האפוטרופוס בנכסי חסוי מיוסדת על היותו שליח של החסוי[31].

אולם גם כאשר חכמים, ראשונים ואחרונים, קובעים הלכות הנוגעות לאפוטרופוס, שיהיו כהלכות שליח[32], אין כוונתם ששליחות היא היסוד לסמכותו של אפוטרופוס, אלא כוונתם היא שאותן מגבלות החלות על שליח, חלות גם על אפוטרופוס, מכיוון שאפוטרופוס אינו בעלים ממש של הנכסים, וההגבלות שחלות על שליח ראוי שתחולנה גם על אפוטרופוס.

דוגמה אחת לכך היא ההלכה שמעשי אפוטרופוס בנכסי היתומים ניתנים לביטול, כשם שמעשי שליח ניתנים לביטול, אם נתאנה אחד מהם במקח בכל שהוא[33] (ולא רק אם נתאנה בשישית ("שתות") משווי המקח, כדינו של מי שמוכר נכס שלו עצמו[34]).

דוגמה נוספת לכך שדיני שליחות מגבילים את סמכותו של האפוטרופוס, אנו מוצאים אצל רבי יהודה ברצלוני[35]. הוא דן במי שמבקש לזכות בבעלות בקרקע שהיתה של יתומים, משום שהחזיק בקרקע שלוש שנים בפני אפוטרופוס, בלא שמחה בו האפוטרופוס. בתחילת דבריו הציג דעה ש"כיון דאפוטרופא כמו אביהם [של היתומים], ויכול למכור קרקע של יתומים להאכילן, דינו כדין אביהם", ומשום כך, "אם טוען שמעון שקנה השדה מהאפוטרופא, ויש לו עדים שירד באותה שדה בשעה שהיה לוי אפוטרופא, והחזיק בה ג' שנים ולא מיחה

[31] וראה בית הבחירה, בבא קמא קיב ע"ב, ד"ה כל, שלומד משם לכיוון ההפוך, שדין שליח כדין אפוטרופוס, לעניין שאפשר לקבל עדים בנוכחות שלוחו של בעל דין, שלא בנוכחות בעל הדין: "יש מפרשים בזו שהשליח כאפוטרופוס, ממה שאמרו בנדרים פרק נערה, האומר לאפוטרופוס כל נדרים שתדור אשתי וכו', אמר לו רבי יונתן, מצינו בכל התורה שלוחו של אדם כמותו וכו'". אולם אף הוא לא כתב ששליח כאפוטרופוס לכל דבר; מה שמעורר את השאלה, מה המיוחד בהלכה זו, של קבלת עדים שלא בפני בעל דין, שדווקא לגביה דין שליח כדין אפוטרופוס? עוד יש להעיר, שבעניין נדרים לא מדובר באפוטרופוס על יתומים, אלא במי שאדם ממנה לטפל בנכסיו בחייו, ולכן קשה ללמוד משם לענייננו.
לכאורה, יש מקור לביסוס סמכות אפוטרופוס על שליחות בספר העיטור, הרשאה (עד ע"ד במהד' רמ"י): "שמע מינה, בשליח שעשאו בעדים ליכא חששא, וב'התקבלתי' לחודיה סגי. וליכא למימר, אדאתי שם שכיב, דאטו משום דזכו בהו יורשין מבטלי אוריכתא דאבוהון, מי גרע אוריכת' דאבוהון מאפיטרופוס שמינהו אבי יתומין". כלומר, שליח שמינה האב לעשות פעולה מסוימת, יכול לפעול גם אחרי מותו, כמו שאפוטרופוס מוסמך לפעול בנכסים אחרי מותו. אבל ייתכן שכוונתו היא לומר שרואים את השליח כאפוטרופוס שמינהו האב לעשות פעולה זו אחרי מותו, ומאז הוא נחשב כבעלים, כאפוטרופוס רגיל. וראה נ' רקובר, השליחות וההרשאה במשפט העברי, ירושלים תשל"ב, עמ' 82, ושם הערה 12, בשאלה, אם ניתן ללמוד מדבריו, לעניין ביטול האפוטרופסוות עם מותו של המשלח. וראה חוק לישראל, שליחות, עמ' 645–650, בשאלה אם שליחות מסתיימת עם מות המשלח, והסברת דברי העיטור לאור זה.
אגב, נראה, שדעת בעל העיטור היא, שדין אפוטרופוס הוא מדין תורה, ולא מכוח תקנה; שכן אם סמכותו מכוח תקנה, אי אפשר להסיק את דינו של שליח מדינו של אפוטרופוס.

[32] על אפוטרופוס כמוסד משפטי הדומה לשליחות, ראה חוק לישראל, שליחות, עמ' 44–49.

[33] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רכז, סעיף ל; לעיל, הערה 18.

[34] שולחן ערוך, שם, סעיף ד.

[35] ר' יהודה ברצלוני, מובא בטור, חו"מ, סימן קמט, סעיף כח (ומשם בשו"ת מהר"י בן לב, חלק א, סימן עט (עז) וסימן פ (עח)). אמנם הרב עוזיאל, שערי עוזיאל, מבוא, פרק ב, עמ' 12–13 במהד' תש"ד, עמ' 24–25 במהד' תשנ"א, טוען שדברי ר"י אלברצלוני עוסקים באפוטרופוס שכבר סולק מתפקידו משום שגרם הפסד, "ואחרי סילוקו הרי הוא כשליח", אך פירושו דחוק.
רמ"א, חו"מ, סימן קמט, סעיף כד, פוסק כר"י ברצלוני, שהחזקה אינה מועילה, אבל השולחן ערוך שם פוסק שהיא מועילה. ראה על כך עוד לעיל, הערה 15.

[האפוטרופוס], דהוי חזקה". אבל בהמשך דבריו הוא דוחה שיטה זו ופוסק שמי שמחזיק בנכסי יתומים שלוש שנים בפני האפוטרופוס, לא קנה חזקה בקרקע, "שאין דין האפוטרופא כדין אבי היתומים לעניין מחאה, כי אפוטרופוס שהפסיד מסלקין אותו, וכיון שלא מיחה הרי הפסיד, והאפוטרופא שליח הוא, ובכל השלוחין יכול שולחן לומר: 'לתקוני שדרתיך ולא לעוותי' [=לתקן שלחתיך ולא לקלקל][36]".

מוסד האפוטרופסות הוא אפוא מוסד משפטי ייחודי, שיש בו גם יסודות של בעלות וגם יסודות של שליחות, אבל האפוטרופוס אינו בעלים על הנכס במובן הרגיל של המושג, ואינו שליח רגיל. במובן זה, מוסד האפוטרופוס מקביל למורשה לדון, המצוייד בכתב הרשאה, "אורכתא", שעניינה, גם היא, צירוף של אלמנט בעלות עם אלמנט שליחות[37].

בהמשך להסבר שהצענו בדבר מעמדו של האפוטרופוס, שיש בו מקצת מן המאפיינים של בעלות ומקצת מן המאפיינים של שליחות, נעיין שוב בדברי הרמב"ן שהבאנו למעלה, בהסבר סמכותו המוגבלת של האפוטרופוס בהפרשת תרומות ומעשרות של החסוי, שכפי שראינו, רשאי האפוטרופוס להפריש כדי "להאכיל", אבל אינו רשאי להפריש כדי "להניח".

הרמב"ן[38] הציע שתי דרכים להסברת הדבר. הדרך האחת היא, שכוחו של האפוטרופוס נובע מתקנת חכמים, והדרך האחרת, והיא הנראית לו, שכוחו הוא מן התורה, מדין "זכין שלא בפניו":

> הא דתנן, יתומים שסמכו אצל בעל הבית, או שמנה להן אביהן אפטרופוס, חייב לעשר פירותיהן, ואוקימנא להאכיל, יש לומר, דתקנת חכמים היא, שהעמידו הפירות ברשות האפטרופוס, כדי שיוכל לעשר ויאכילם, והפקר בית דין הפקר, דאי לא, כיון דרחמנא מיעט כל תורם שאינו שלו, היאך אוכלים יתומים טבל?! וכן ממכרן להאכיל ממכר, מתקנה זו. לפיכך, מוכרין עבדים לאחרים ושחרורן שחרור.
>
> ולי נראה, שכל מה שעושה האפטרופוס לטובת יתומים, מה שעשה עשוי מן התורה, ד"זכין לאדם שלא בפניו" הוא[39], כדאמרינן בפרק האיש מקדש[40]... הלכך, כל מה שצוו חכמים לאפטרופסין לעשות, זכות הוא, ומעשיהם קיימים מדין תורה, וכל שאין להם לעשות, אין מעשיהם בו כלום.

ראוי לתת את הדעת לכך, שבהצעה השניה, שהיא הנראית לו, אין הרמב"ן מסתפק באמירה

[36] על כלל זה ראה בהרחבה חוק לישראל, שליחות, עמ' 325–339.
מקום נוסף שאפוטרופוס דינו כשליח לגביו, הוא בדין מעמד שלושתם. חכמים תיקנו תקנה מיוחדת, שראובן יכול להקנות לשמעון חוב שלוי חב כלפיו, אם שלושתן נוכחים באותו מעמד, בלי מעשה קנין נוסף. שלוחו של המקנה אינו יכול למלא את תפקידו במקומו (שולחן ערוך, חו"מ, סימן קכו, סעיף כ). בנוגע לאפוטרופוס כותב הרמ"א, חו"מ, סימן קכו, סעיף כ, בשם תרומת הדשן, שו"ת, סימן שמז: "וכן אפוטרופוס של יתומים הוי כשליח של יתומים, ולא יוכל להקנות מעות יתומים במעמד שלשתן". עם זאת, הרמ"א, חו"מ, סימן רצ, סעיף יא, כותב שאם אחר מקנה ליתומים במעמד האפוטרופוס, ההקנאה תקפה. זאת אף ששולחן ערוך, סימן קכו, שם, מביא דעה ששלוחו של המקבל אינו יכול לייצג אותו במעמד שלשתן. הש"ך, סימן קכו, ס"ק פא, מנמק זאת בכך ש"דלזכות ליתומים, יד אפטרופס עדיף משליח".

[37] ראה נ' רקובר, לעיל הערה 31, עמ' 123–134.

[38] חידושי הרמב"ן, גיטין נב ע"א, ד"ה הא דתנן.

[39] דעתו של הרמב"ן היא אפוא שדין אפוטרופוס הוא מדין תורה. אבל יש הסבורים שדין "זכין" הוא מדרבנן. ראה: אנציקלופדיה תלמודית, ערך זכין לאדם שלא בפניו, כרך יב, עמ' קלה, הע' 12; מ' ויגודה, חוק לישראל, שליחות, עמ' 774.

[40] קידושין מב ע"א.

שכוחו של האפוטרופוס מבוסס על "זכין לאדם שלא בפניו", שהוא מדין תורה, אלא הוא מוסיף ואומר: "כל מה שצוו חכמים לאפטרופסין לעשות, זכות הוא, ומעשיהם קיימים מדין תורה, וכל שאין להם לעשות, אין מעשיהם בו כלום". כלומר, מאחר שמינויו של אפוטרופוס כשלעצמו הוא זכות, הרי כל מה שקבעו חכמים בגדרי סמכויותיו של האפוטרופוס, הוא "זכות"[41]! צריך להדגיש, שלא כל מה שעושה האפוטרופוס הוא אכן זכות לחסוי, אלא כל מה שעושה האפוטרופוס בגדרי הסמכויות שקבעו חכמים, הוא זכות. ויש לומר, שקביעת גדרי סמכויותיו של האפוטרופוס, באופן שיהיו מעשיו קיימים בלא שתהיה זכות ליתומים לבטל את מעשיו אף לכשיגדלו, אף זאת בגדר 'זכות' ליתומים[42].

פרק שני

מקורה ותכליתה של האפוטרופסות

הביטוי 'אפוטרופוס' מקורו ביוונית (επιτροπος)[43], ומשמעותו היא – ממונה, משגיח, אמרכל ומנהל[44]. במוסד האפוטרופסות נעשה שימוש לשם ניהול עניינם של אחרים, קטינים כבוגרים,

[41] כלומר, הם העניקו לו סמכות רק בדברים שלהערכתם הם זכות ליתומים. וראה שו"ת עין יצחק, חלק א, אבן העזר, סימן עט, שהבאנו חלק מדבריו בהערה 13 בשאלה מדוע מוסמך אפוטרופוס לקבל עדות על נגיחת שורו של קטן, ועל סמך עדות זו יהיה השור מועד, והרי מעשה זו הוא לחובתו של הקטן. לדעת רצ"ה ספקטור, שם, עיקר סמכותו של אפוטרופוס הוא מדין 'זכין לאדם שלא בפניו', ולכן "בדבר אשר עיקרו הוא זכות, אף אם יסתעף ממילא איזה חובה, מכל מקום מקרי זכות לעניין זכין לאדם שלא בפניו... ועיקר העמדת האפוטרופוס לטובת היתומים לפקח על נכסיהם, והוי זה זכות, ולא אכפת לן אם יסתעף מזה איזה חובה להם". וראה השליחות וההרשאה, ירושלים תשל"ב, עמ' 278, הערה 171. אבל יש אחרונים הסבורים, שבקטן לא חל דין 'זכין', אם הפעולה שנעשית בשמו עלולה להיות לחובתו, גם אם החובה פחותה מן הרווח הצפוי מביצוע הפעולה. ראה אור דוד (יונגרייז), עמ' קעט, ובנספח שני, עמ' 387–384. על דין 'זכין', ראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך זכין לאדם שלא בפניו, כרך יב, עמ' קלה–קצח; חוק לישראל, שליחות, עמ' 767–819.

[42] וראה שו"ת עין יצחק, שם.
בשאלה אם אפוטרופוס הוא שליח או בעלים, ראה עוד: ר' עידו רכניץ, "ארבעת אבני החושן", אסיף ג (תשע"ו), עמ' 394–397.

[43] ראה למשל, הערוך, ערך אפוטרופוס ("אבי ילדים בלשון יוון, פטירא פידיאה"); מגן אבות (לרשב"ץ), פרק א, משנה יא; ר' עובדיה מברטנורא, ביכורים, פרק א, משנה ה ("אפטרופוס – אבי הקטנים, בלשון רומי קורין לאב פאטי"ר ולקטנים פוס"), וגיטין, פרק ה, משנה ד. לא למותר לציין, שהן רבי נתן בעל הערוך, והן ר' עובדיה מברטנורא, היו חכמים איטלקיים, שמן הסתם הכירו את הפירוש הלטיני של המילה.

[44] ראה ריינין, מבוא, עמ' I. וראה גם: ג' שפיגל וד' גילולה, מילון לטיני־עברי, ירושלים (תשל"ה), ערך epi-scopus. וראה גם שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן רצט, שנשאל על "ראובן שהפקיד אצל שמעון ומת ראובן, ובא יהודה שהיה שותפו של ראובן ותבע את הפקדון, חלקו וחלק יתומי ראובן, וחייבו בית דין את שמעון לתת הכל ליד יהודה, ועתה גדלו יתומי ראובן ואמרו [לשמעון]: תן לנו חלק אבינו, ואם נתת ליהודה דבר, תקח ממנו, שלא היה אפטרופוס עלינו. והוציא שמעון מעשה בית דין איך פסקו עליו שיתן הפקדון ליהודה שהוא ממונה על היתומים. ויש מן החכמים שרצה לומר שלשון 'ממונה' לא משמע אפוטרופוס. ורצית לדעת דעתי". והוא עונה: "והלא לשון 'ממונה' הוא יותר ברור שהוא ממונה עליהם

בעלי כשרות משפטית וחסרי כשרות משפטית. מוסד האפוטרופסות נוצר בשל הצורך לדאוג לעניינם של קטינים[45]. לאחר מכן, נעשה שימוש במוסד האפוטרופסות לא רק כדי להגן על

לפקח על עסקיהם, והכי אמרי בכל דוכתא: אפטרופוס שמנהו אבי יתומים או שמינהו בית דין, ועיקר הלשון הוא מינוי".

מן השימוש ביוונית הסיק אשר גולאק, יסודי המשפט העברי, ברלין תרפ"ב, חלק ג, עמ' 146, ש"מוסד האפוטרופסות התפתח בקרב עמנו בתקופת בית שני, תחת השפעת חוקי יוון ורומי". ריינין, שם, דוחה השערה זו, תוך שהוא מעיר ש"קליטת השם מלשון יון אין בה עדיין עדות לאימוץ חוקי האפוטרופסות של יוון ורומי", והוא אף מוכיח שקיים הבדל ניכר בין האפוטרופסות היוונית והרומית לאפוטרופסות העברית. טיעון דומה, אך מעודן יותר, הציע זאב פלק, מבוא לדיני ישראל בימי הבית השני, ת"א תשל"א, עמ' 303: "בימי הבית השני לא היה עוד גואל קרוב מגן ושומר על זכויותיהם של יתום מאב, אלא נתבקשה מסגרת חדשה לתפקיד זה. הצורך הורגש כנראה בכרכים הגדולים, מקום שיחסי השכנות החליפו את יחסי המשפחה. לכן ניתן לאיש הדואג ליתום שם יווני, Epitropos, כי דוגמא לקחו ממנהג הכרכים היוניים" (ההדגשה אינה במקור). וראה ביקורת על השערה זו אצל ריינין, שם, עמ' IX, הערה 32.

[45] על הערך של ההגנה על עניינם של קטינים ניתן ללמוד מכך שבמקרא מתואר הקב"ה כ"אבי יתומים" (ראה למשל: שמות כב, כא; דברים י, יח; דברים כז, יט; ישעיהו א, יז; תהלים סח, ו; שם פב, ג), וכך הוא מתואר גם במדרשים (ראה למשל שמות רבה, פרשה ל, אות ח). מאלף במיוחד מדרש תהלים, מזמור י, אות ו, בו מכונה הקב"ה "אבי יתומים" על כך שזימן למייסדי העיר רומא, התאומים רומלוס ורמוס, זאבה שתניק אותם (כמתואר במיתולוגיה הרומית). ייתכן שמדרש זה מבקש להדגיש, שהקב"ה דואג גם ליתומים כאלו שעתידים להקים את האימפריה שפגעה קשות בעם היהודי. ראה גם סיפור המעשה על רבי אלעזר איש ברתותא, בתענית כד ע"א, וראה רמב"ם, הלכות מגילה וחנוכה, פרק ב, הלכה יז.

ספר החינוך, מצוה סה, כותב שבגלל מצוות "כל אלמנה ויתום לא תענון", שכוללת את החובה לרחם על יתום ואלמנה, ממנים מישהו לפקח על נכסי יתומים.

ערך זה מקובל ומוסכם על שיטות משפט רבות, מקדמת דנא. כך למשל, במשפט הרומי כונה מוסד האפוטרופסות בשם Tutela, שהיא "זכות ושלטון על אדם בן חורין, שניתנו ושנתאשרו על ידי המשפט האזרחי, כדי להגן על אותו אדם שמחמת קטנותו איננו יודע להגן על עצמו. האפוטרופוסים (Tutores) הם אלו שניתן להם כוח ושלטון זה, והם קיבלו את שמם על שם עצם פעולתם" (שמואל איזנשטט, ספרי החוקים של יוסטיניאנוס קיסר (Corpus Juris Civilis), כרך א: האינסטיטוציות (Institutiones), ירושלים תרפ"ט, פרק יג, עמ' 2–3). הביטוי הרומי השתמר במשפט הצרפתי, המכנה את האפוטרופוס Tutelle, בסעיפים 373–375, ו־390 של הקוד האזרחי הצרפתי. במשפט האנגלי מכונה האפוטרופוס לקטין Guardian Vormund (Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) ובמשפט הגרמני הוא מכונה (Guardianship Act, 1973 (§§1773-1921).

עדויות ראשונות לשימוש במוסד המשפטי של האפוטרופסות כדי להגן על עניינם של קטינים בקרב יהודים, ניתן למצוא כבר בסוף ימי הבית השני. המקור הקדום ביותר לשימוש במוסד משפטי זה נמצא בארכיון של בבתא בת שמעון, מתוקפת מרד בר כוכבא, שבו נמצאו תעודות המתארות התדיינות בין אלמנה לבין אחד מן האפוטרופסים שמינתה מועצת העיר פטרא על בנה היתום (ראה יגאל ידין, ידיעות החברה לחקירת א"י ועתיקותיה, כו (תשכ"ב), עמ' 204–236; י' פולוצקי, "התעודות היווניות ממערת האיגרות", שם, עמ' 237–243; הנ"ל, "שלוש תעודות מארכיונה של בבתא בת שמעון", ארץ ישראל ח (תשכ"ז), ספר סוקניק, עמ' 46–51). מאוחר יותר, אנו למדים במשנה ביכורים, פרק א, משנה ה, מפי רבי אליעזר בן יעקב, תנא בן הדור השני לתנאי ארץ ישראל, שחי סמוך אחרי חורבן בית שני: "האפוטרופוס והשליח והעבד והאישה וטומטום ואנדרוגינוס מביאין [ביכורים] ולא קורין [מקרא ביכורים]".

לדעת פלק (לעיל, הערה 44), השימוש במוסד זה דווקא בתקופה זו נובע מהתפרקות המבנה השבטי של החברה היהודית: כל עוד השתמר המבנה החברתי השבטי, והמשפחה הגרעינית התגוררה בסמוך למשפחה המורחבת, משעה שהוריו של קטין לא היו מסוגלים לטפל בענייניו בעצמם, הוטל תפקיד זה על מישהו מן המשפחה המורחבת. כך הובטח, שהטיפול בקטין יתקיים בסביבתו הקרובה והמוכרת, בידי אלו הקרובים אליו ביותר, המכירים את צרכיו יותר מכל אדם אחר, ושאינם חשודים לנצל את מצבו לרעתו (להעדפת

עניינם של קטינים, אלא גם כדי להגן על עניינם של בוגרים שאין בכוחם לנהל בעצמם את עניניהם[46]. ההיגיון העומד ביסוד הרחבה זו הוסבר היטב על ידי הריטב״א[47]: ״כשם שבית דין חייבין ליטפל בנכסי יתומים, כך חייבין ליטפל בנכסי כל אדם שאין לו מי שיטפל בהם ואפילו הוא גדול... וכן בדין, דמאי שנא?... וכשם שבית דין אביהם של יתומים, כך הם אביהם של אלו, ולא דברו ביתומים אלא בהווה״.

יש לציין, שהכינוי ׳אפוטרופוס׳ הושאל גם למי שממונה על ניהול ענייניו של בוגר בן־חורין, המסוגל לנהל את ענייניו בעצמו[48], אף שבמצב זה לא מדובר במוסד האפוטרופסות.

ההגנה על עניינו של הקטין באמצעות אפוטרופוס באה לידי ביטוי בשלושה היבטים[49]: בהיבט האישי[50], האפוטרופוס מוסמך לדאוג לצרכי היתומים. בהיבט הממוני־משפטי, האפוטרופוס מוסמך לשמור על נכסי היתומים, להשקיעם, לפתחם, ולשמור עליהם לבל יגרמו נזק לאחרים, ובכלל זה לייצג את היתומים בהליכים משפטיים שהתנהלו נגדם. בהיבט החינוכי־דתי, האפוטרופוס מוסמך לחנך את היתומים ולאפשר להם לקיים את מצוות הדת.

הטיפול בידי בני המשפחה, ראה גם שו״ת מהרשד״ם, חו״מ, סימן שיב, הקושר בין אפוטרופסות לבין מצוות גאולת אדם שנמכר לעבדות, שהיא מוטלת על קרובי משפחתו: ״הדעת נותן כי תכף ומיד בנפול הנכסים, הן קרקעות הן מטלטלים, נופלים להטפל בהם הקרוב קרוב יותר. כי מי יחוש עליהם יותר ממנו? כמו שאמר ׳[או דודו] או בן דודו [יגאלנו]׳ [ויקרא כה, מט]״). משעה שהתפזרה המשפחה המורחבת, לא היה אפשר עוד לסמוך על כך שקרובו של הקטין יפרוס חסותו עליו, והיה צורך במינוי אדם זר לשם כך.

[46] ראה על כך בהרחבה להלן, בדיון על סעיף 33.

[47] שו״ת הריטב״א, סימן קסב.

[48] ראה למשל במדרש שכל טוב, בראשית כד, י, שם מתואר עבדו של אברהם כ״אפוטרופוס של אברהם״, ואף יוסף מתואר שם כמי שהיה אפוטרופוס של פוטיפר, וכן בתרגום יונתן בן עוזיאל, בראשית מא, מ, על המלים ״ואתה תהיה על ביתי״ – ״אנת תהא אפוטרופוס״. וראה צדקה חיים, דרוש י, דף לג ע״ג ואילך, שמפרש את הפסוקים בעניין יוסף על פי דיני אפוטרופוס, לאור דברי יונתן בן עוזיאל.

בתוספתא בבא מציעא פרק ה, הלכה ח (הלכה כ במהד׳ ליברמן), נאמר: ״ישראל שנעשה לו גוי אפוטרופוס או סנטר – מותר ללוות הימנו בריבית, וגוי שנעשה לו ישראל אפוטרופוס או סנטר אסור ללוות הימנו בריבית״ (בחלק מכתבי היד הנוסח הוא: ״ישראל שנעשה לו לגוי אפוטרופוס או סנטר מותר ללוות הימנו בריבית, וגוי שנעשה לו לישראל אפוטרופוס או סנטר אסור ללוות הימנו בריבית״; על נוסח זה ועל משמעותו ההלכתית ראה: תוספתא כפשוטה, בבא מציעא, עמ׳ 225–226). גם כאן ברור שה׳אפוטרופוס׳ הוא אפוטרופוס לבוגר.

בברייתא המובאת בתלמוד (כתובות כח ע״א; גיטין מ ע״א) נדונה השאלה, האם עבד ש״עשאו רבו אפוטרופוס״ יצא בכך לחירות. גם כאן, ברור שהכוונה למינויו של העבד כנאמן המנהל את עסקיו של האדון, ואין כאן עניין להגנה על עניינם של קטינים או פסולי דין. לדוגמה נוספת, ראה בספרי שצוין בהערה 30.

וראה גם אנציקלופדיה תלמודית ערך אפוטרופוס, כרך ב, עמ׳ קכא: ״אפוטרופוס היא מלה יונית, והוראתה: אביהם של הקטנים, ונתקבל שם זה על כל מי שממונה לטפל בענייני אחרים״.

עוד ראה לעניין זה: ריינץ, שם, עמ׳ I–III.

[49] להרחבה בעניינים אלו ראה להלן, בדיון על סעיף 38.

[50] סעיף 32א לחוק מגדיר עניינים אישיים כך: ״לרבות עניינים הנוגעים לרווחתו האישית של אדם, לצרכיו היום־יומיים, למקום מגוריו, לבריאותו, או לענייניו הגופניים, הנפשיים או החברתיים, ולמעט עניין הנוגע לרכושו״.

פרק שלישי

המקור הנורמטיבי של האפוטרופסות

מהו המקור הנורמטיבי של מוסד האפוטרופסות? האם מקורו בדין התורה או שמא בתקנת חכמים[51]?

[51] עסקנו בשאלה זו בדרך אגב גם בפרק ראשון, ליד ציוני הערות 26, 27, 38.
הנפקות העיקרית של שאלה זו היא באשר לגמישותו של מוסד משפטי זה ולכוחם של חכמים לבטלו או לשנותו. אם יסודה של האפוטרופסות בדין התורה, הדעת נותנת שיהיה קשה יותר לחכמים לבטלה או לשנות את אופייה. לעומת זאת, אם יסודה בתקנת חכמים, יהיה קל יותר לחכמים לשנות את התקנה או אפילו לבטלה.
לדעת קהילת יעקב, תוספות דרבנן, אות א, אפוטרופוס, אות נט (הדברים שם הם מעטו של ר׳ יו״ט אלגזי, בנו של מחבר הספר), לשאלת המקור הנורמטיבי של האפוטרופסות יש נפקות נוספת, לאור עמדת רבים מן הפוסקים, שקניין דרבנן אינו מועיל לדאורייתא. משמעותו של כלל זה היא, שבעלות שיסודה בתקנת חכמים, אינה מועילה בפעולה בנכס שהתורה מתנה את כוחו של אדם לבצע אותה, בכך שהוא הבעלים של הנכס (למקורות העוסקים בהרחבה בעיקרון זה, ראה: נחום רקובר, אוצר המשפט, קניין דרבנן – אם מועיל לדאורייתא, חלק א, עמ׳ 409, וחלק ב, עמ׳ 415; רון ש׳ קליינמן, ״דרכי קניין ומנהגי מסחר במשפט העברי״, ירושלים תשע״ג, עמ׳ 137, הערה 130). לדברי מהרי״ט אלגאזי, פוסקים הסבורים שקניין דרבנן אינו מועיל לדאורייתא, וסבורים שתוקפה של אפוטרופסות היא מדרבנן, ישללו מן האפוטרופוס סמכויות שלפי דין תורה דורשות בעלות גמורה בנכס. לדוגמה, אם קנה האפוטרופוס עבדים ליתומים שהם כהנים, אין העבדים אוכלים תרומה, משום שלשם אכילת תרומה נדרש העבד להיות קניינו הגמור של הכהן. מכוחה של טענה זו מוכיח מהרי״ט אלגאזי שהרמב״ם, הסבור שקניין דרבנן אינו מועיל לדאורייתא, ובכל זאת פוסק בהלכות תרומות, פרק ז, הלכה טו, שעבדים שרכש האפוטרופוס עבור היתומים אוכלים תרומה, בהכרח יסבור שהאפוטרופסות היא מדאורייתא. וראה שם, שדן גם בסמכות האפוטרופוס לשחרר את עבדי היתומים, פעולה שיש לה השלכות רבות לדיני תורה רבים, וראה מה שהשיב על דבריו ר׳ יוסף חיים מבגדד, בספר רב ברכות, מערכת א, כלל א, עמ׳ כד–כח בהוצאת מכון ניר דוד, תשנ״ז.
ואולם, הקישור שבין מחלוקת הפוסקים בשאלה האם קניין דרבנן מועיל לדאורייתא לבין המקור הנורמטיבי של האפוטרופסות איננו הכרחי, מכמה סיבות:
ראשית, לדעת פוסקים רבים, ״הפקר בית דין״, שהוא הבסיס המשפטי לתקנת החכמים המסמיכה אפוטרופוס לפעול בנכסי היתומים, איננו קניין דרבנן, אלא קניין דאורייתא לכל דבר ועניין. ראה למשל: שו״ת הרשב״א, חלק א, סימן תשעה; שו״ת הרשב״א המיוחסות לרמב״ן, סימן רנו; שו״ת חתם סופר, אורח חיים, סימן קיז, בסופו. מנגד, ראה שו״ת אבני נזר, אורח חיים, סימן תצד, אות ג: ״משמע דסבירא ליה למחבר עיקר להלכה... דקנין דרבנן אינו מועיל לדאורייתא... דהפקר בי״ד הפקר – היינו שמותר ליקח אותו ברשות בית דין [הם החכמים במידי דרבנן], ועל כרחין דלא יצא מרשות בעלים בהפקר בי״ד, דאם כן רשות בי״ד בשעת לקיחה למה? אלא ודאי שלא יצא מרשות בעלים, וחכמים התירו לקחתו...״.
שנית, לדעת רבים, אף הסוברים שקניין דרבנן אינו מועיל לדאורייתא מודים שבמקום שחכמים יצרו את הקניין כדי להעניק לאדם סמכויות שלפי דין התורה דורשות בעלות גמורה, קניין זה מועיל לדאורייתא (ראה רב ברכות, שם, עמ׳ כה, כז, המציין שמצא כדברים אלה גם בספר קרבן אליצור, דף קלו ע״א, ד״ה איברא).
שלישית, אף בין הסוברים שקניין דרבנן אינו מועיל לדאורייתא, יש הסוברים שכלל זה תקף רק כאשר אפשר להקנות נכס בקניין דאורייתא ובקניין דרבנן, ובכל זאת בחר אדם לקנות את הנכס בקניין דרבנן. כאן, אין היתומים יכולים להקנות את נכסיהם לאחרים מן התורה, והדרך היחידה להקנות את נכסיהם היא על ידי אפוטרופוס. לפיכך, אף הסבורים שקניין דרבנן אינו מועיל לדאורייתא, יודו שמעשה האפוטרופוס מועיל לדאורייתא (פתח הדביר, חלק ג, סימן רסו, דף עו ע״ב, ד״ה הנה).
נוסף על אלה, הראינו בפרק ראשון, שהבעלות, לכל הדעות, אינה בעלות מוחלטת.

המקור היחיד בתלמוד העוסק במקור הנורמטיבי לאפוטרופסות על פי מינוי, הוא בדברים המובאים בשמו של האמורא רב, שלמד מפרשת חלוקתה של ארץ ישראל בין השבטים, שאפוטרופוס מוסמך לייצג את היתומים בחלוקת נכסי עיזבון אביהם, כפי שהנשיאים היו מוסמכים לייצג קטינים מבני שבטם בחלוקת הארץ[52]: "מנין ליתומים שבאו לחלוק בנכסי אביהן, שבית דין מעמידין להם אפוטרופוס לחוב ולזכות?... תלמוד לומר 'ונשיא אחד נשיא אחד ממטה תקחו' (במדבר לד, יח)".

יש הלומדים מדברים אלו שלמוסד האפוטרופסות יש יסוד בתורה[53]. אך אחרים סבורים שמוסד האפוטרופסות מקורו בתקנת חכמים, והפסוק אינו אלא אסמכתא (מעין רמז) לכוחו של אפוטרופוס לפעול בשמם של היתומים, ואין לראות בו מקור נורמטיבי למוסד האפוטרופסות[54].

[52] קידושין מב ע"א. על סוגיה זו, ראה בנספח שני לספר, עמ' 384.
בקידושין שם נחלקו רב נחמן ושמואל בשאלה האם כשיגדלו הקטנים, יוכלו להתנגד לחלוקה שעשה האפוטרופוס. רז"נ גולדברג, "בדין זכיה ואפוטרופוס", בית התלמוד, כרך ה (תשכ"ח), עמ' מה, תולה שאלה זו בהסברים השונים לסמכות אפוטרופוס: אם כוח אפוטרופוס הוא משום "זכין", כשהגדילו יכולים למחות, כי מתברר למפרע שהחלוקה לא היתה זכות בעיניהם; ואילו אם הוא דין חדש שנלמד מהפסוק "נשיא אחד", גם כשהגדיל אינו יכול למחות, שהרי הדבר כבר חל.

[53] קהילת יעקב (לעיל, הערה 51); קרית ספר, הלכות נחלות, פרק י; תורה תמימה, במדבר יח, הערה קח. תורה תמימה הביא ראיות נוספות לכך.
שאילתות דרב אחאי גאון, פרשת מסעי, שאילתא קלט, מביא את דברי רב כך: "מנין לבית דין שמעמידין אפוטרופוס ליתומים לחובה ולזכות? שנאמר 'ונשיא אחד נשיא אחד ממטה תקחו". מנוסח זה של הדרשה עולה, שמוסד האפוטרופסות נלמד מן הפסוק באופן ישיר, ולא רק כהרחבה פרשנית של העיקרון שבו עסק הפסוק – ייצוג קטינים בעת חלוקת העיזבון. וראה מה שמעיר הנצי"ב על נוסח זה בהעמק שאלה, שם, אות ב.
ראה הערה 18, שנקודות הכסף כותב שמן התורה יש לאפוטרופוס סמכות להפריש תרומות ומעשרות מנכסי היתומים.

[54] שו"ת פרח מטה אהרן, חלק א, סימן כט, ד"ה והנלע"ד; שו"ת ברית יעקב, אורח חיים, סימן נא, ד"ה ועוד, דף קכג ע"א.
קהילת יעקב, שם, מפנה לתוספתא, תרומות, פרק א, הלכה יד (הלכה יב במהד' ליברמן), שבה מובאים דברי רבי שמעון בן מנסיא: "יתומין שסמכו אצל בעל הבית, או שסמכן אביהם, או שסמכן בית דין, מעשר ומאכילן מפני תיקון העולם". הוא לומד מדברים אלו שהפרשת התרומות על ידי האפוטרופוס נעשית מכוח תקנת חכמים (אלא שהוא סבור, מכוח ראיות אחרות, שסמכות האפוטרופוס להפריש תרומות מפירות היתומים מבוססת על דין התורה). אולם לדעת מעדני ארץ, הלכות תרומות, פרק ד, הלכה י, ד"ה והנה, הביטוי "מפני תיקון העולם", מוסב רק על "יתומין שסמכו אצל בעל הבית".
שערי עוזיאל, מבוא, פרק ב, עמ' 12 במהד' תש"ד, עמ' 24 במהד' תשנ"א, מוכיח בדרך אחרת שהאפוטרופסות מבוססת על תקנת חכמים, מכך שההלכה העוסקת בהפרשת התרומה על ידי האפוטרופוס מובאת בפרק החמישי של מסכת גיטין, העוסק בתקנות חכמים שנקבעו "מפני תיקון העולם". וראה להלן, בדיון על סעיף 38.
רב ברכות, מערכת א, כלל א, עמ' טו ואילך במהד' כצורי, עמ' כב ואילך במהד' מכון ניר דוד, מביא פרשנים הסבורים שיסוד המוסד הוא מהתורה, ואחרים הסבורים שהוא מדרבנן.
רב ברכות שם מעיר שלסוברים שאין לאפוטרופסות יסוד בדין התורה, גם הדרשה "אתם ולא אפוטרופוסים" (לעיל, ליד ציון הערה 21), השוללת את כוחו של האפוטרופוס להפריש תרומה מפירות היתומים, חייבת להיות בגדר אסמכתא, שהרי דין התורה לא הכיר במשפט האפוטרופסות.
רב ברכות שם מסיק שהדרשה היא אסמכתא בלבד, מדברי מרדכי, קידושין, סימן תקח, שכתב: "דווקא

ביתומים קטנים עשו תקנה זו (של אפוטרופסות), אבל לא בשותף הבא לחלוק שלא לדעת חבירו״. על כך יש להעיר, שדברים אלו מופיעים גם בחידושי הרשב״א, גיטין לג ע״ב, והוא בוודאי סבור שהאפוטרופסות היא מתקנת חכמים, כמבואר לעיל, ליד ציון הערה 17.

וראה גם: ריינין, מבוא, עמ׳ XII, הערה 40; אנציקלופדיה תלמודית, ערך אפוטרופוס.

כאן המקום להדגיש את שאיננו תמיד מובן מאליו. הקביעה שהמקור הנורמטיבי של מוסד משפטי הוא בדין התורה היא קביעה נורמטיבית, שמשמעה היא שמקור סמכות האפוטרופוס הוא בדין התורה, ואין הדבר אומר שמוסד האפוטרופסות התקיים בתקופת המקרא.

עוד יש להעיר, שאף פוסקים שסברו שסמכויות האפוטרופוס מבוססות על בעלות שקיבל בנכסי היתומים מכוח ״הפקר בית דין״, כמבואר לעיל, ליד ציון הערה 28, יכולים להסכים שהעיקרון המאפשר לחכמים להפקיר את נכסי היתומים כדי שהאפוטרופוס יוכל לנהלם, הוא עיקרון שיסודו בדין התורה, ולא בתקנת חכמים.

מקור אחר למוסד האפוטרופסות מצוי במדרש איוב (מהד׳ ורטהיימר), סימן מא, דף קעט (מופיע גם במשנת רבי אליעזר, פרשה טז): ״ומנין שמעמידים אפוטרופוס ליתומים? תלמוד לומר (איוב כט, טז): ׳אב אנוכי לאביונים׳״. מקור זה מלמד, שאיוב נהג לשמש כאב מיוזמתו כדי לסייע לכל מי שאין מי שיגן עליו. מכאן נלמד ש״יש חיוב על בית הדין להעמיד אפוטרופוס ליתומים״, כלומר לדאוג לכל ענייניהם של היתומים, ולא רק לסייע להם בחלוקת נכס ירושה, כפי שעולה מהמקור בתורה (דברי המהדיר, הרב שלמה אהרן ורטהיימר, שם, אות קכא). וראה בספר שם בצלאל, סימן כד, עמ׳ קסב–קסג, שמעיר בהקשר זה: ״ידוע שכל הדינים שבדברי קבלה [היינו מדברי נביאים] הם מהדברים שבתורה שבעל פה, שנמסרו לישראל איש מפי איש עד הלכה למשה מסיני״.

המהדיר שם מצביע על הבדל משמעותי בין המקורות: המקור התלמודי עוסק בייצוגם של קטינים, וממנו אפשר להסיק שהאפוטרופסות נועדה לאפשר ייצוג לקטינים במקום שמן ההכרח לייצגם. ממקור זה עדיין קשה להסיק על קיומו של ערך עצמאי של הגנה על עניינם של קטינים, פסולי דין ודומיהם. לעומת זאת, המקור המדרשי עוסק בערך של ההגנה על עניינם של אלו שאינם מסוגלים להגן על עניינם בעצמם. מוסד האפוטרופסות, בהתאם למקור זה, לא נוצר מכוחו של ההכרח, אלא מכוחו של הערך העליון של ההגנה על עניינם של קטינים, אביונים, פסולי דין וכל מי שאינו מסוגל להגן על עניניו בעצמו.

ראה סעיף 38, הערה 8, ששו״ת מנחת אשר, חלק ג, סימן קכד, עמ׳ תיט, סבור שמקור סמכות אפוטרופוס היא מסברה, לעניין מה שנצרך לקיום החסוי ולבריאותו, והלימוד מהפסוקים או התקנה הוצרכו רק להטיל זאת כחובה על בית דין, ולהרחיב זאת לצרכים ממוניים של החסוי.

סעיף 33

אימתי ימונה אפוטרופוס

אימתי ימונה אפוטרופוס

33. (א) בית המשפט רשאי למנות אפוטרופוס –

(1) לקטין ששני הוריו מתו או שהוכרזו פסולי־דין או שהאפוטרופסות לקטין נשללה מהם לפי סעיף 27, או הוגבלה לפי סעיף 29 או שהם אינם מסוגלים למלא כלפי הקטין את חובותיהם לפי הפרק השני או שהם נמנעים, ללא סיבה סבירה, מלמלא את חובותיהם האמורות, כולן או מקצתן;

(2) לקטין – בנסיבות האמורות בסעיף 28 או בסעיף 29;

(3) לפסולי־דין;

(4) לאדם אחר שאינו יכול, דרך קבע או דרך ארעי, לדאוג לענייניו, כולם או מקצתם, ואין מי שמוסמך ומוכן לדאוג להם במקומו;

(5) לאדם שאין עדיין אפשרות לזהותו;

(6) לעובר.

(ב) בקשה למינוי אפוטרופוס לאדם יכול שתוגש בידי בן זוגו או קרובו או בידי היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו.

התוכן

פרק ראשון: המינוי: רשות או חובה? – "רשאי למנות" 17

פרק שני: מי רשאי למנות אפוטרופוס? – "בית המשפט רשאי למנות" 19

פרק שלישי: מינוי אפוטרופוס לקטין בחיי הוריו – ס"ק (1) 19

פרק רביעי: מינוי אפוטרופוס ל"פסולי דין" – ס"ק (3) 22

פרק חמישי: מינוי אפוטרופוס "לאדם אחר שאינו יכול... לדאוג לענייניו" – ס"ק (4) 24

א. מבוא 24

ב. מינוי אפוטרופוס לבוגר 25

1. מינוי על ידי בית הדין 25

2. מינוי על ידי האב 27

ג. מי שאינו מסוגל לנהל את ענייניו כיאות 31

ד. נעדר 32
פרק שישי: אפוטרופוס לעובר – ס"ק (6) 32
פרק שביעי: סיכום 34
פרק שמיני: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 35

המינוי: רשות או חובה? — "רשאי למנות"

סעיף 33 קובע שבית המשפט רשאי למנות אפוטרופוס לאחד מאלו המנויים בסעיפים קטנים (1)–(6) של סעיף קטן (א). מן השימוש במילה "רשאי" משתמע לכאורה שבית המשפט אינו חייב למנות אפוטרופוס. אולם נראה שחובה זו אכן קיימת אם הוגשה לבית המשפט בקשה מתאימה והתברר שהתנאים המצדיקים היענות לבקשה מתקיימים[1].

לשונו של השולחן ערוך בעניין זה ברורה[2]: "מי שמת והניח יורשים קטנים... צריך מורישם למנות להם אפוטרופוס[3]... ואם לא מינהו, בית דין חייבים להעמיד להם אפוטרופוס עד שיגדילו, שבית דין הוא אביהם של יתומים".

[1] ראה י' זמיר, הסמכות המנהלית, עמ' 320, שהמחוקק נוקט לשון שבחובה לעיתים רחוקות בלבד. וראה גם בג"ץ 2757/96 הילה אלראי נ' שר הפנים, פ"ד נ(2) 18, 21–22: "יש נסיבות שבהן שיקול דעת המוקנה לרשות מינהלית הופך חובה". וראה גם, זמיר, שם, עמ' 322–323.

[2] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף א. מקורו ברמב"ם, הלכות נחלות, פרק י', הלכה ה. גם שו"ת הריב"ש, סימן כ, כותב שבי"ד חייב למנות אפוטרופוס לקטן.

[3] בעניין אופן המינוי לא נקבעה הגבלה. שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן קכז (הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, סימן רמו, הגהות הטור, אות כה), כותב: "לענין מנויין האפוטרופסות, אין צריך לא קנין ולא שטר, ואפי' בבריא".

בית יחזקאל (סרנא), גיטין, סימן י', עמ' עו, כותב כאילו מינוי אפוטרופוס צריך קנין, ומסביר זאת בכך שהקנין נחוץ כדי להקנות לו זכות בעלות. הוא מציין רמ"א, חו"מ, סימן רמו, סעיף נ, וט"ז, אבל הם אינם מזכירים הלכה כזאת.

אולם שו"ת אגרות משה, אבן העזר, חלק א, סימן קי, ענף א (ד"ה הנכון לע"ד), עושה הבחנה בעניין זה: אם המינוי הוא לטובת האפוטרופוס, כדי שהיתומים יכבדוהו וישמעו לקולו, או כדי שיוכל לקבל מזונות מנכסי הירושה, זהו זכות ממון שניתנת לאפוטרופוס, והמינוי צריך מעשה קניין, כיוון שהממנה מקנה לאפוטרופוס זכות ממונית בנכסיו, כלשון רשב"ם, בבא בתרא קל ע"א (ד"ה הלכה), על הכותב כל נכסיו לבנו במתנה, שמפרשים שהתכוון רק למנותו אפוטרופוס: "איכא למימר דהקנה לו הני נכסים להיותן בחזקתו כדין אפוטרופא... שיש שנותן מתנת אפוטרופוס". על מינוי כזה ראה בשמו בהערה 61. הוא מצביע (בד"ה וזהו טעם) על נפקות מכך לעניין שכיב מרע שמינה אפוטרופוס בשטר, שאם המינוי הוא לטובת האפוטרופוס, המינוי לא חל, מחשש שהתכוון לעשותו אפוטרופוס רק בשטר ואין שטר לאחר מיתה, כמו שכתב ר' יונה המובא בטור, חו"מ, סימן רמו, סעיף ז, כי מינוי זה צריך קניין או שטר, ואילו במינוי רגיל שהוא לטובת היתומים, המינוי חל, כמו שכתב ב"י, חו"מ, סימן רנ, מחודש ח, בשם שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן קכז, וכן פסק רמ"א, חו"מ, סימן רנ, סעיף יז, מפני שמינוי זה תקף גם בלי שטר ובלי קניין, והשטר הוא רק לראיה (נתיבות המשפט, רמו, ס"ק ב, מיישב את הסתירה בין ר' יונה לריב"ש, שר' יונה מדבר במי שכתב את האפוטרופסות בלשון מתנה, והראה בכך שרצה שהאפוטרופסות תיקנה לו באופן שהמתנה נקנית; אבל אגרות משה כותב שזה דחוק).

מינוי למפרע: שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן קכו, כותב שאין בית דין יכול למנות אפוטרופוס למפרע, כלומר לתת תוקף למעשה שעשה האדם בעבר, כאילו היה אפוטרופוס בשעה שעשה אותו.

קטן שאין לו יורשים ידועים: שו"ת הרשב"ש, סימן תצז, כותב שאם אין לקטן קרובים ידועים מן האב, אין ממנים לו אפוטרופוס, שמא ימות היתום, שאז הדין יהיה שמי מחזיק בנכסיו זוכה בהם, אלא שאין

חובה זו נובעת מן המצווה לדאוג לשלומם, לכבודם, לחינוכם ולרווחתם של יתומים, מצווה העולה מן המקרא, מדבריהם של התנאים, האמוראים ופוסקי ההלכה[4]. חובה זו הוטלה על בתי הדין, מפני שבית הדין הוא "אביהם של יתומים"[5].

עם זאת, ראוי להדגיש שהלכה זו אינה שוללת את זכות בית הדין להחליט שבנסיבות העניין עדיף שבית הדין עצמו ייטול על עצמו את האחריות למילוי תפקידיו של האפוטרופוס[6], או שבני המשפחה הגדולים יטפלו באחיהם הקטנים[7].

רוח חכמים נוחה הימנו, כאמור בירושלמי שביעית, פרק י, הלכה ד, שרוח חכמים נוחה הימנו רק אם יעביר את הנכסים לקרובים מן האם, ואין זה ראוי שבית הדין יהיה הגורם להפקיע את הנכסים מן האם, אלא משאירים את הנכסים אצל אימו. ריינין, שם, עמ' 189, הערה 110, סבור שאין זו אפוטרופסות, אלא מפקידים את הנכסים בידה עד שיגדל הבן.

4 למקורות לכך ראה במבוא לספר, הערה 45.

5 "רבן גמליאל ובית דינו אביהן של יתומים" (גיטין לז ע"א; בבא קמא לז ע"א). וראה בהרחבה: א' אדרעי, "בית הדין כאביהם של יתומים", דיני ישראל יט (ירושלים תשנ"ז), עמ' ה–מא.
יש לציין הערה לשונית מפירושו של ר' עובדיה מברטנורא על המשנה, אבות, פרק א, משנה י, המוסר פירוש מפי השמועה, ששמו של התנא אבטליון, שהיה אב בית הדין בתקופתו, מורכב משתי מילים: "אב", ו"טליון"; "טליון" היא מילה ארמית שפירושה הוא "קטן".
צדקה חיים, דרוש י, דף לג ע"ג, כותב שגם בבני נח יש חיוב על דיינים למנות אפוטרופוס, כי הם נצטוו על הדינים, ומצד איסור גזל צריך למנות אפוטרופוס כדי שלא יגזלו את ממון היתומים. יש להעיר שמצוות הדינים והגזל יכולות לשמש בסיס גם לחובה בישראל להעמיד אפוטרופוס, אלא שבישראל, המצווים גם החסד, יש לחובה זו משקל נוסף.

6 רמ"א, חו"מ, סימן רצ, סעיף א.
על האפשרות שבית הדין ישמש כאפוטרופוס בעצמו, ראה עוד בדיוננו בסעיף 34, פרק רביעי.

7 כתב הרמב"ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ה: "מי שמת והניח יורשין גדולים וקטנים... אם לא מינה [אפוטרופוס], חייבין בית דין להעמיד להן אפוטרופוס עד שיגדילו". ועל דברים אלה כותב הראב"ד, שחובה זו קיימת רק אם העיזבון חולק בין היתומים, אבל אם העיזבון עדיין לא חולק, "יניח הכל ביד הגדולים והם ישביחו לאמצע, וטוב להם".
לדעת מגיד משנה, על הרמב"ם, שם (הובא בשו"ת חכם צבי (הנוספות), סימן ג), הרמב"ם מסכים עם הראב"ד. אולם לדעת מרכבת המשנה (חעלמא), על הרמב"ם, שם, ואבן האזל, על הרמב"ם, שם, אין הרמב"ם מקבל את ההנחה של הראב"ד, שיש לסמוך על האחים הגדולים שיפעלו בהתאם לאינטרס של האחים הקטנים. לדבריהם, גם אם העיזבון לא חולק, הרמב"ם סבור שיש למנות לאחים הקטנים אפוטרופוס שידאג לאינטרסים שלהם בעיזבון ויפקח על מעשיהם של האחים הגדולים.
ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף ג, סבור בניגוד להבנת רוב המפרשים, שאף לדעת הראב"ד, לכתחילה ראוי למנות אפוטרופוס, ולא לסמוך על כך שהאח הגדול ידאג לשמירת עניינם של אחיו הקטנים. לדעתו, דברי הראב"ד אמורים רק במצב שאי אפשר לחלק את הנכסים ולמנות לקטינים אפוטרופוס, אבל בדרך כלל עדיף מינוי אפוטרופוס, "אם לא שהאב בטוח בצדקתם של הגדולים, שלא יעשו עָוֶל להקטנים, וזהו דבר רחוק שיִמָּצֵא בכאלה אם לא במיעוטא דמיעוטא".

פרק שני

מי רשאי למנות אפוטרופוס? – "בית המשפט רשאי למנות"

לפי החוק, הגורם היחיד שיש בידו למנות אפוטרופוס הוא בית המשפט[8]. לעומת זאת, חלק ממדינות המשפט המקובל מכירות בסמכותם של ההורים למנות אפוטרופוס לילדיהם[9].

לפי המשפט העברי, האב חייב למנות אפוטרופוס, ומינוי על ידי האב עדיף על מינוי על ידי בית הדין. רק אם לא מינה האב, על בית הדין למנות אפוטרופוס[10]. זאת ועוד, במינוי של בית דין יש הגבלות הנוגעות לזהותו של הממונה, שאינן קיימות במינוי על ידי האב[11].

הרא"ש[12] קובע, שרק "דיינין שממונין בכל עיר ועיר או גדולי הדור" נחשבים בית דין שמוסמך למנות אפוטרופוס, אבל לבית דין של שלושה אנשים איזה שהם אין סמכות למנות אפוטרופוס.

פרק שלישי

מינוי אפוטרופוס לקטין בחיי הוריו – ס"ק (1)

הוריו של קטין[13] מופקדים על חינוכו, על לימודו, על הכשרתו לעבודה ולמשלח יד, וכן על

[8] על עמדת החוק בדבר מינוי על ידי האב, ראה בדיוננו בסעיף 64.
הסמכות נתונה לבית המשפט לענייני משפחה. ראה סעיף 1(6)(ג) לחוק בית המשפט לעניני משפחה, התשנ"ה-1995.

[9] למקורות לכך, ראה בדיוננו בסעיף 64.

[10] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק י', הלכה ה.
על מינוי אפוטרופוס על ידי מוריש שאינו האב או על ידי אפוטרופוס, ראה בדיוננו בסעיף 64.

[11] ראה על כך בדיוננו בסעיף 34.

[12] שו"ת הרא"ש, כלל פה, סימן ה (הובא בשו"ת שרידי אש, מהד' תשנ"ט, חלק א, סימן קלה, מכתב חמישי).
וכך פסק רמ"א, חו"מ, סימן רצ, סעיף א. ראה סעיף 44, הערה 17, על הגדרת "גדולי הדור".
תשב"ץ, חלק ב, סימן קצא, וחקרי לב, חו"מ, חלק א, סימן טו (כמובא בצדקה חיים, דרוש י, דף לב ע"א), כותבים שאם קיבלו בני העיר עליהם דיין קבוע יחיד, הוא יכול למנות אפוטרופוס.
כנסת הגדולה, חו"מ, רצ, הגהות הטור, אות י', ובספרו שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן ריב (ד"ה ומעתה יבא), כותב שדיינים של עיר אחת אינם יכולים למנות אפוטרופוס על יתומים בני עיר אחרת.
שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס קרימונה, סימן שח (הובא בשו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן ריג, בתחילתו), כותב ש"גדולי העיר" ממנים את האפוטרופוס.
צדקה חיים, דרוש י, דף לב ע"ב ודף לג ע"ג, כותב שגם גדול העיר, המושל או המלך יכולים למנות אפוטרופוס.
לגבי תוקף של מינוי של ערכאות הנָכרים, ראה סעיף 34, בעניין אישה שהערכאות מינו כאפוטרופוס.

[13] קטין, בהתאם להגדרה שבסעיף 3 לחוק, הוא "אדם שלא מלאו לו 18 שנה". הגדרה זו שונה מהגדרת הקטין במשפט העברי, הקובע שגיל הבגרות לגברים הוא שלוש עשרה שנים ויום אחד, וגיל הבגרות לנשים הוא שתים עשרה שנים ויום אחד (אבל גיל הבגרות לעניין תוקפה של פעולת מכר שונה: קטין שגילו עולה על תשע שנים יכול למכור מיטלטלין, אם הוא "יודע בטיב משא ומתן"; אם הגיע לגיל שלוש עשרה [או שתים עשרה לבת], ואינו "יודע בטיב משא ומתן", הוא יכול למכור מיטלטלין, אבל לא מקרקעין, ובכל

שמירת נכסיו, על ניהולם ועל פיתוחם[14]. אולם הסמכות של ההורים בגידול ילדיהם מוגבלת וכפופה לצורכי הילד, לטובתו ולזכויותיו. אם ההורה אינו מקיים כראוי את חובותיו, או שהוא משתמש לרעה בסמכויותיו ההוריות באופן המסכן את הילד או פוגע בו, תתערב המדינה ותגן על הילד[15]. בהתאם לכך קובע המחוקק, שבית המשפט יכול למנות אפוטרופוס לקטין שהוריו אינם מסוגלים למלא את חובותיהם כלפיו או שהם נמנעים מכך.

בית המשפט מוסמך למנות אפוטרופוס לקטין אם שני הוריו אינם מסוגלים או שאינם מקיימים את חובותיהם כלפיו[16], או שרק אחד מהוריו אינו מסוגל למלא את חובותיו כלפיו[17].

כפי שראינו[18], לפי המשפט העברי, בית הדין ימנה אפוטרופוס אם אבי הקטינים נפטר ולא מינה בחייו אפוטרופוס לילדיו. האם בית הדין ימנה אפוטרופוס לקטינים אף כשאביהם חי?

הרא"ש[19] כתב: "אין בית דין נזקקין לקטן שיש לו אב, אלא כל מה שיעשה האב בנכסי בניו הוא עשוי, ואין בית דין מדקדקין אחריו". ברם, מדברי ראשונים אחרים עולה, שאם אין האב נוהג כראוי לטובת ילדיו, יש לבית הדין למנות להם אפוטרופוס, ואף את דברי הרא"ש פרשו באופן זה.

הריטב"א כותב[20] שיש למנות אפוטרופוס לקטין שאביו מזניח את הטיפול בענייניו, ומנמק: "כשם שבית הדין חייבין ליטפל בנכסי יתומים, כך חייבין ליטפל בנכסי כל אדם שאין לו מי שיטפל בהם... הא לקטנים מוקמינן, ואף על פי שאינם יתומין... הכל מדין שמירה וכעין השבת אבדה, שהיא מוטלת על בית הדין. וכשם שבית הדין אביהם של יתומים כך הם אביהם של

מקרה אינו יכול למכור מקרקעין שירש עד שיהיה בן עשרים – ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלה, סעיפים ח–ט).

אולם בכל הנוגע למינויו של אפוטרופוס עבורו, השאלה המרכזית שצריכה להיבחן היא, האם החסוי מסוגל לנהל את ענייניו בעצמו, ולפיכך אפשר שהגדרת 'קטין' לעניין זה תהיה שונה מן ההגדרה המקובלת של קטין במשפט העברי. ואכן, שערי עוזיאל, חלק א, שער יג, פרק ה, אות ב (עמ' קנו במהד' תש"ד), כותב: "נקראים גדולים לענין אפוטרופסות, משיגדלו ויגיעו לכלל בינה שלא יהיו צריכים לאדם גדול להיסמך עליו ולאמנן ולהטפל בהם, אלא יעשו כל צרכי עצמם לעצמם כשאר כל הגדולים". הוא מפנה לרב האי גאון, ספר המקח והממכר, שער ג, אות יב (הובא בשו"ת המבי"ט, חלק א, סימן שלה), הכותב: "בן שלוש עשרה ויום אחד עד כ' שנה למכור בקרקע צריך שיהא בן דעת ושיביא שתי שערות. ולפי דעתנו אנו רואים שצריך בית דין למנות עליו אפוטרופוס עד כ', או שראו בו שהוא בן סמכא". כן הוא מפנה לשו"ת תרומת הדשן, סימן ש, העוסק בהיתר להלוות את כספם של יתומים בריבית, וכותב: "דיתום אף על פי שהגדיל, אם לא הגיע עדיין לכלל דעת שיוכל להתעסק בשלו כשאר אנשים, מיקרי עדיין יתום". וראה בפד"ר, כרך ג, עמ' 159, שחלקו על הרב עוזיאל, וכתבו שבכל מקרה אם הבן גדול אין למנות לו אפוטרופוס.

[14] ראה סעיף 15 לחוק.

[15] ראה דנ"א 6041/02 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(6) 246. וראה גם רע"א 5587/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' בן אכר, פ"ד נא(4) 830.

[16] בהתאם לסעיף 33(א)(1) לחוק.

[17] בהתאם לסעיף 28 לחוק.

[18] לעיל, ליד ציון הערה 10.

[19] שו"ת הרא"ש, כלל פז, סימן א.

אף שו"ת תרומת הדשן, סימן ש, פסק: "כיון דאביו קיים עדיין, אין בית דין מצווין לפקח על נכסיו". וראה עמ' 293, שהרא"ש מדבר על אב שנעשה אפוטרופוס על בתו אחרי מות אמה.

[20] שו"ת הריטב"א, סימן קסב (הובא בבית יוסף, חו"מ, סימן רצ, סעיף ב, ובחקרי לב, מהדורא בתרא, חו"מ, סימן יב, דף קצה ע"ג).

על דברי הריטב"א עיין שו"ת משפטי שמואל, סימן צ, וחקרי לב, מהדורא בתרא, חו"מ, סימן כג.

אלו, ולא דברו ביתומים אלא בהווה״. ואף רבי יהודה בן הרא״ש[21] פסק: ״אם האב אינו הולך בדרך ישר, שחייבין בית דין להשתדל לתועלת הקטן״[22].

ר׳ אברהם הלוי[23] סבור שזו גם כוונת הרא״ש: ככלל, אין בית הדין נדרש לפקח על הדרך בה מטפל האב בענייני ילדיו; אולם אם ברור לבית הדין שהאב פועל בניגוד לאינטרסים של בנו, בית הדין יוציא את הקטין מחזקתו וימסור אותו לאפוטרופוס.

מקרה מיוחד שבו בית הדין ממנה אפוטרופוס לקטן כשאביו בחיים הוא אם האב הקנה נכס שלו לבנו כדי להתחמק מחובה מסוימת שהוטלה עליו. דוגמה אחת לכך היא מי שחוייב לשחרר עבד שלו, וכדי להתחמק מהחובה, הקנה אותו לבנו הקטן. בית הדין ממנה אפוטרופוס לקטן לעניין זה, שמפתה את הקטן שיסכים לשחרר את העבד, והאפוטרופוס משחרר את העבד[24]. דוגמה שנייה היא שותף בבית שחויב להשתתף בשיפוצו, והקנה את חלקו לבנו הקטן כדי להתחמק מהחובה. בית הדין ממנה אפוטרופוס לקטן לעניין זה, שיקח מרכושו של הקטן

[21] שו״ת זכרון יהודה, סימן לה. שם הוא נשאל על תשובה של אביו, הרא״ש, שמשמע ממנה שבית הדין אינו ממנה אפוטרופוס לקטין שאביו קיים. פד״ר, כרך ב, עמ׳ 162, כותב שרבי יהודה מתכוון להסביר את דברי אביו הרא״ש. וראה דברי גינת ורדים להלן, הערה 23.

[22] כך עולה גם ממה שכתב ר״י מיגאש, שבועות מב ע״א, ד״ה מתני׳ אין נשבעין, בעניין תביעה של קטין כנגד שומר שהופקד בידיו נכס השייך לקטין: ״בי דינא גופיהו מיחייבי לאוקמי אפוטרופוס עליה, למיתבעי להוא גברא בשבועה, דהא מכלל זכותיה דקטן היא. ורבן גמליאל ובית דינו אביהן של יתומים, והוא הדין של קטנים״. מן התוספת ״והוא הדין של קטנים״ משמע שיש למנות אפוטרופוס גם לקטין שאינו יתום. ראה גם ר׳ רפאל יעקב בן סמחון, בת רבים, דף ה ע״א, אות כח (בשם ספר התקנות לרבותינו המגורשים [=כרם חמר], חלק ב, ספר התקנות, תקנה סא, דף י ע״ב, ותקנות השייכים לחו״מ, תקנה ז, דף לו ע״ג): ״מנהגנו, שאם מתה האם והניחה זרע והם קטנים, שאביהם הוא קודם לכל אדם להיות אפוטרופוס על בניו על נכסים שירשו מאמם, זולת אם יהיה האב זולל וסובא, או מאבד ממון וכל סיבה שיראה לבית דין שמחמתה אין ראוי למנותו אפוטרופוס עליהם״.

נראה שלכך התכוונו גם ר׳ יעקב בן צור ור׳ שמואל ן׳ אלבז, בשו״ת דברי מרדכי (בירדוגו), סימן יא (יג ע״ג), המביאים תקנה במרוקו משנת שס״ג, שבה נאמר שאם האב בחיים, אין למנות אפוטרופוס, אלא אם כן האב זולל וסובא. הם כותבים שאם מינו אפוטרופוס בחיי האב, והאב שותק, מעשי האפוטרופוס תקפים, אבל אם לא שתק, הוא יכול לבטל את מעשי האפוטרופוס; וגם אם האב מינה אותו לפעול בחייו, הרי אם עשה מעשה שנוגד למעשה של האפוטרופוס, ביטל בכך את המינוי.

[23] שו״ת גינת ורדים, חו״מ, כלל ה, סימן יב, ד״ה כללא דמלתא.

גם פד״ר, כרך ב, עמ׳ 171, הסביר את דברי הרא״ש בצמצום: ״נראה כי אין כוונתו לומר שאין בידי בית הדין למנות אפוטרופוס במקום שיש אב, אלא כוונתו היא שאין בית הדין מחויב לטפל בנכסי הילד במקום שיש אב, כיון שהאב הוא שמחויב לפקח על נכסי בנו. אבל אם אי אפשר לכפות את האב לטפל בענייני בנו, הזכות בידי בית הדין למנות אפוטרופוס על הילד שלו״. כלומר, גם אם האב בחיים, בית הדין יכול למנות אפוטרופוס, אלא שאינו חייב לעשות כן.

שו״ת מהרשד״ם, חו״מ, סימן שח, כותב שבית הדין אינו ממנה אפוטרופוס לקטין שאביו חי אף אם קיים חשש שהאב לא ימלא את חובותיו כלפי ילדיו כראוי; ואף שמשו״ת הרא״ש, כלל פב, סימן ב, אפשר להגיע למסקנה הפוכה, סבור מהרשד״ם שהתשובה שבכלל פב אינה משל הרא״ש. לחילופין, הוא טוען שהתשובה האמורה עוסקת בקטין שסבו כבר משמש עבורו כאפוטרופוס למעשה, ובכגון זה, כאשר קיים חשש שהפקדת נכסי הקטין בידי אביו תגרום לו הפסד, אין להוציא את הנכסים מידי הסב ולהעבירם לאב.

שאלה אחרת היא האם האב עצמו יכול למנות מי שישמש אפוטרופוס לילדיו בחייו כאשר לא יהיה מסוגל לטפל בהם. ראה על כך בסעיף 64, עמ׳ 349.

[24] שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רסז, סעיף סג. ראה על מקרה זה בהרחבה בסעיף 47, עמ׳ 145.

כדי להשתתף בהוצאות השיפוץ[25]. התלמוד[26] מנמק חריגה זו מהכללים הרגילים: "כאשר עשה כן יעשה לו גמולו ישיב לו בראשו", כלומר, היות שנהג האב שלא כהוגן, נוהגים עמו שלא כהוגן.

פרק רביעי

מינוי אפוטרופוס ל"פסולי דין" – ס"ק (3)

פסול דין, כקטין, אינו מסוגל לדאוג לצרכיו, ואף הוא אינו כשיר לעשות פעולות משפטיות או למנות שליח שיעשה אותן עבורו. על כן, סעיף קטן (3) קובע שבית המשפט יכול למנות אפוטרופוס גם לפסול דין.

החוק בעניין זה מאמץ את עמדת המשפט העברי. סמכותו של בית הדין למנות אפוטרופוס לקטין, המבוססת על היותו "אבי יתומים"[27], קיבלה פרשנות רחבה, לפיה בית הדין מוסמך למנות אפוטרופוס לכל מי שאינו מסוגל לנהל את ענייניו בעצמו[28].

וכך פסק הרמב"ם[29]: "השוטה[30] והחרש[31] הרי הן כקטנים, ומעמידין להן אפוטרופוס"[32]. כך כתבו גם רבים מן הפוסקים[33], וכך פסקו השולחן ערוך[34] והרמ"א[35].

[25] שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק ב, סימן מב (מג ע"א–ע"ב).

[26] גיטין מ ע"א.

[27] ראה לעיל, ליד ציון הערה 5.

[28] תמיכה בפרשנות זו אפשר למצוא בפסוקים בתנ"ך העוסקים בהגנה על היתום (ראה במבוא לספר, עמ' 10, הערה 45), שברבים מהם, בצד ההגנה על היתום, מוזכר גם הצורך להגן על אלמנה וגר, שאף הם, על פי רוב, אינם מסוגלים לדאוג לענייניהם ולעמוד על זכויותיהם.

[29] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ח. כן ראה: רמב"ם, הלכות תרומות, פרק ז, הלכה טו.

[30] לפי מגיד משנה, על הלכות נחלות, שם, מקור הדין לכך שבית דין ממנה אפוטרופוס לשוטה, הם דברי התלמוד, כתובות מח ע"א: "אמר רב חסדא אמר מר עוקבא: מי שנשתטה, בית דין יורדין לנכסיו וזנין ומפרנסין את אשתו ובניו ובנותיו". ומסביר המגיד משנה: "והוא הדין ודאי אם רצו להעמיד אפטרופוס". הרמב"ם, הלכות מכירה, פרק כט, הלכה ד, כותב: "השוטה, אין מקחו מקח ואין ממכרו ממכר ואין מתנותיו קיימות, ובית דין מעמידים אפוטרופוס לשוטים כדרך שמעמידין לקטנים". גם על הלכה זו מפנה מגיד משנה לדברי התלמוד במסכת כתובות כמקור ההלכה. אולם יד איתן, על הרמב"ם שם, השיג עליו: "אפשר דהא דיורדין לנכסיו וזנין ומפרנסין את אשתו ובניו, הוא דסתמא ניחא ליה בכך שלא ימותו ברעב [אבל בשאר עסקיו, לא ברור שנוח לו שבית הדין יתעסק במקומו]". לדעתו, המקור לדברי הרמב"ם הוא תוספתא יבמות, פרק ט, הלכה ד: "חרש שוטה וקטן [שהם כהנים] שקנו עבדים, אין [העבדים] אוכלין בתרומה. אבל, אם קנו להן בית דין, או שמנו בית דין להן אפטרופין... הרי אלו אוכלין בתרומה". מן התוספתא עולה שבית דין יכול למנות אפוטרופוס לשוטה לניהול נכסיו גם שלא לצורך מזונות אשתו ובניו.
ר"א מילר סבור, שהמקורות המוצעים להלכת הרמב"ם על ידי המגיד משנה ויד איתן משקפים עמדות מנוגדות של חכמים אלה בדבר סמכות בית הדין בכלל. המגיד משנה גורס, שסמכות בית הדין כאן מבוססת על סמכותו לכפות על כל אדם מישראל לקיים מצוות המוטלות עליו (ליתר דיוק: על סמכותו להעניק מנכסי חייב לנושיו; שהרי שוטה פטור ממצוות, ויש עליו לכל היותר חיוב ממוני לזון את אשתו ואת ילדיו). לכן הירידה לנכסיו של השוטה יכולה להיות מוסברת רק על רקע החיוב לפרנס את אשתו וילדיו של השוטה. במלים אחרות, אכן אין לאפוטרופוס זה סמכות לטפל בנכסי השוטה מעבר למה שדרוש לצורך סיפוק מזונות אשתו וילדיו. מנגד, יד איתן גורס שסמכות בית הדין רחבה יותר, ובכללה, הסמכות לדאוג לניהול נכסיו של כל אדם מישראל שאינו מסוגל לעשות זאת בעצמו, וזאת מכוח הכלל "הפקר בית דין – הפקר".

קיומה של סמכות זו מוזכרת רק במקור שהציע יד איתן, ואילו המקור שהציע המגיד משנה אינו מספק לדעת יד איתן.
הסבר אפשרי אחר הוא, שמגיד משנה מסכים שיש לבית דין סמכות כללית לנהל נכסים של כל אדם, והוא סבור שזהו הבסיס לסמכותו למנות אפוטרופוס לזון את אשתו של השוטה ואת ילדיו, ולכן אפשר להסיק מכך מינוי אפוטרופוס לשוטה בהיקף סמכות מלא.
ראה בדיוננו בסעיף 62, שאפשר למנות אפוטרופוס על מי שסובל משטיון זמני, וראה שם בשאלה האם האפוטרופסות נשארת בתוקפה גם בשעה שהוא שפוי.
ר' מנחם מנדל שפרן, הישר והטוב, גל' יג, עמ' מא, כותב שזקן שאינו מסוגל להחליט לעצמו בענייני ממון נחשב שוטה שממנים עבורו אפוטרופוס.

[31] הכוונה היא לתקופה או למקום שלא היה אפשר לתקשר עם חרשים.
לפי מגיד משנה, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ח (הובא בבית יוסף, חו"מ, סימן רצ, סעיף לד), האפשרות למנות אפוטרופוס לחרש, נלמדת מהסוגיה ביבמות קיג ע"א. וראה כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רצ, הגהות בית יוסף, אות ק, המסביר איך הוכיח מגיד משנה דין זה מהסוגיה ביבמות, שאינה מזכירה דין אפוטרופוס. יש להוסיף, שאין לומר שמקורו של הרמב"ם הוא בתוספתא שצוינה בהערה 30, שהזכירה אפוטרופוס לחרש, שהרי דברי התוספתא הם רק לדעת ר' אלעזר.
קרית מלך, על הרמב"ם שם, מציין כמקור לדברי הרמב"ם את בבא קמא לט ע"א ואת תוספתא, יבמות, שם, שמזכירים אפוטרופוס לחרש. אבל ר"מ מסרקסטה, המובא בשיטה מקובצת, בבא קמא לט ע"א, מסביר ששם מעמידים אפוטרופוס רק כדי לגבות מהם תשלום אם שורם יזיק, מפני שהשור צריך שמירה.
דין אפוטרופוס לחרש ולשוטה נזכר גם בנתיבות המשפט, רלה, ס"ק כ.
לפי רוב הפוסקים, החרש הנידון במשנה בכמה מקומות הוא אדם לוקה בשכלו מחמת חוסר יכולתו לתקשר, (מגיד משנה, הלכות טוען ונטען, פרק יג, הלכה ב; בית יוסף, חו"מ, סימן רמג, סעיף כב; סמ"ע, סימן רמג, ס"ק לא; שדי חמד, כללים, מערכת ח, כלל קטו, ד"ה ואי; אנציקלופדיה הלכתית רפואית (ירושלים תשס"ו), כרך ג, ערך חרש, עמ' 575; אנציקלופדיה תלמודית, ערך חרש, כרך יז, עמ' תצח), ואילו חרש היודע לתקשר עם אחרים, הוא כבן דעת לכל דבריו. וכך כתב שו"ת דברי מלכיאל, חלק א, סימן פב: "אבל אצלנו, שידוע דרך החרשים שמתפרנסים ועוסקים בצרכיהם בעצמם ככל אדם, והרבה מהם הם בעלי מלאכות וכדומה, ואין השגחת בית דין עליהם כלל ולא שום אפוטרופוס". וראה גם בית הדין הגדול, 1122894/1 פלונית נ' פלוני (נבו 21.03.2018), שאם המדינה אינה רואה צורך למנות לחרשים־אילמים אפוטרופוס, זו ראיה שאינם זקוקים לכך, והתחייבויותיהם הממוניות תקפות, ובכלל זה התחייבות של חרש־אילם בכתובה.

[32] וראה פד"ר, כרך ב, עמ' 364, שבית דין ממנה אפוטרופוס לאישה שאיבדה את שפיות דעתה, כדי לייצגה בהליך שבמסגרתו מבקש בעלה לשאת אישה שניה.

[33] ספר מצוות גדול, עשין, עשה צו; שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן סו; טור, חו"מ, סימן רצ, סעיף לד; שו"ת הרשב"ש, סימן שכח (שוטה – מי שדעתו מטורפת ומבולבלת ואין לו אף דעת קלושה).
כמו כן, תוספות, יבמות קיג ע"א, ד"ה מאן, מסביר את דברי הגמרא שם שרב מלכיו השיא אישה לחרש והטיל עליו חיוב כתובה, בכך שהוא היה אפוטרופוס שלו.
אבל חידושי הריטב"א, יבמות שם, ונימוקי יוסף, יבמות מא ע"ב (בדפי הרי"ף), אינם כותבים שהיה אפוטרופוס, אלא כותבים שזאת סמכות של בית הדין, מפני ש"בית דין אביהן של חרשין". גם בית הבחירה, יבמות קיג ע"א, מבין שרב מלכיו פעל כבית דין ולא כאפוטרופוס. ישרש יעקב, יבמות שם, תמה מדוע תוספות פירשו שהיה אפוטרופוס ולא פירשו שפעל בתור בית דין.
שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן קלב, מעיר שלגבי קטנים, רמב"ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ה, כותב שבית הדין חייבים להעמיד להם אפוטרופוס עד שיגדילו, ואילו לגבי שוטים, הרמב"ם כותב (שם, הלכה ח): "והשוטה והחרש הרי הן כקטנים, ומעמידין להן אפוטרופוס". מהבדלי הניסוח הוא מסיק שמינוי אפוטרופוס לקטינים הוא חובה על בית הדין, בעוד שמינוי אפוטרופוס לשוטים אינו חובה, אלא רשות.
שו"ת הגם שאול (אבן דנאן), חלק ב, סימן כ, מביא את דברי מהר"ם אלשיך, ומוסיף שכך אפשר לדייק גם מדברי מגיד משנה שם, הלכה ח, הכותב: "והוא הדין ודאי אם רצו להעמיד אפטרופוס" [שבית הדין יכולים לעשות כן].
אולם כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רצ, הגהות הטור, אות קסח, דוחה את דברי מהר"ם אלשיך, תוך הסתמכות

האחריות מוטלת על בית דין למנות להם אפוטרופוס. לכן אם האב מינה אפוטרופוס על בנו, והתברר שהוא שוטה, האפוטרופוס שמינה האב מסיים את תפקידו בהגיע הבן לגיל בגרות[36], ובית הדין ממנה לו אפוטרופוס חדש כדין אפוטרופוס על שוטה[37].

פרק חמישי

מינוי אפוטרופוס "לאדם אחר שאינו יכול... לדאוג לענייניו" – ס"ק (4)

א. מבוא

לצורך מינוי אפוטרופוס על פי סעיף קטן (4), אין צורך להוכיח פסלות משפטית מבחינה נפשית או שכלית, ודי להוכיח שהאדם אינו יכול לדאוג לענייניו מכל סיבה שהיא[38]. אבל אם יש מי שמוסמך לדאוג לנכסיו ואף מוכן לדאוג להם, לא ימונה לו אפוטרופוס[39].

יש להדגיש, שמי שלא הוגדר כפסול דין, אף שהוא הוגדר כחסוי, "מינוי האפוטרופוס אינו שולל או גורע מכושרו המשפטי של החסוי לבצע פעולות משפטיות בנכסים"[40].

בשל הפגיעה באוטונומיה של האדם, נקבע בפסיקה, ששימוש בסעיף קטן (4) ייעשה במשורה, ורק במקרים בהם מינוי האפוטרופוס הוא הדרך היחידה להגן על אדם מפני מחדליו הנובעים משיפוט לקוי ומפני הזולת, העשוי לנצל לרעה את רפיסות דעתו[41].

על לשון הרמב"ם "השוטה והחרש הרי הן כקטנים", ומכאן שדין השוטה כדין הקטן לעניין מינוי אפוטרופוס לכל דבר ועניין, גם לעניין החובה למנותו (ולכן את הסיפא של דברי הרמב"ם "ומעמידין להן אפוטרופוס" יש להבין כציווי המטיל על בית הדין לעשות כן), ו"כן הדעת נוטה". כדבריו הכריע גם הרב עוזיאל, שערי עוזיאל, חלק א, שער ג, פרק ב, אות ד, עמ' לה במהד' תש"ד, עמ' מא במהד' תשנ"א. שו"ת מהר"י בן לב, חלק ב, סימן עו, דן במקרה דומה למקרה בו דן מהר"ם אלשיך (שהיה מי שטיפל בפסול הדין בלי שהתמנה כאפוטרופוס), והוא כותב שיש למנות אפוטרופוס לפסול הדין, ולא להניח את מצב הדברים כפי שהוא.

[34] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלה, סעיף כ (על שוטה), סימן רפה, סעיף ב, וסימן רצ, סעיף כז.

[35] רמ"א, חו"מ, סימן רפה, סעיף ב.

[36] מקורות לכך נביא בדיוננו בסעיף 62.

[37] שו"ת מהר"י בן לב, חלק ב, סימן עו.

[38] גם אדם נעדר אינו יכול לדאוג לענייניו ולטפל בצרכיו והוא זקוק למי שידאג לענייניו. אולם הטיפול בנכסי נעדרים הוסדר בחוק האפוטרופוס הכללי, התשל"ח-1978, ולכן לא נעסוק בעניין זה במסגרת זו.

[39] ע"א 445/81 אליזבט (מלין) סיברוק נ' סלציה צוקר, פ"ד לז (3) 440.

[40] ת"ע (משפחה חיפה) 3990/02 עיזבון המנוחה ס. ש. ז"ל נ' מ. פ. ואח' (02.08.2007). וראה גם: ע"א 4377/04 גל גורן-הולצברג נ' אביבה מירז, פ"ד סב(2) 661 (22.07.07), פיסקה 16; א"פ 10-07-1696 (נצרת) פלונית נ' משרד העבודה והרווחה ואח' (01.11.82).

[41] ע"א 1212/91 קרן לב"י נ' בינשטוק, פ"ד מח (3) 705, 716 (28.8.94). ואכן, בתיקון 18 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשע"ו-2016, נוסף לחוק סעיף 33א, המצמצם מאוד את האפשרות למנות אפוטרופוס לבגיר, שאין למנותו אם יש דרך אחרת לסייע לבגיר; וגם אם מונה, בית המשפט ימסור לסמכותו רק עניינים שאין דרך אחרת לסייע לו בהם. בדברי ההסבר להצעת החוק, הצ"ח 890, נאמר שצמצום זה בא במסגרת מגמה משפטית עולמית להגביר את האוטונומיה של הפרט. נוסף גם סעיף 67ה, על דרכי פעולתו של אפוטרופוס לבגיר, ועיקרן החובה להתחשב ברצונותיו. מצד שני, נוסף שם סעיף 35א, המאפשר לבגיר שחושש שיהפוך לבלתי כשיר, לתת הנחיות מקדימות למינוי אפוטרופוס על עצמו אם זה יקרה.

ב. מינוי אפוטרופוס לבוגר

1. מינוי על ידי בית הדין

התלמוד קובע[42]: "אפוטרופוס לדיקנני לא מוקמינן [=אין מעמידים אפוטרופוס לגדולים]"[43]. הראשונים נחלקו בשאלה, האם משמעותה של קביעה זו היא, שאין למנות אפוטרופוס לגדולים, גם אם קיימת סיבה טובה המצדיקה את הדבר, או שלא נהוג למנות להם אפוטרופוס.

לפי אחדים מן הראשונים[44], משמעות הקביעה היא, שבית הדין אינו חייב לטרוח ולחפש אפוטרופוס לגדולים, משום שקשה למצוא אנשים שיסכימו למלא תפקיד זה, שאינו נחשב על פי רוב כמצווה גדולה. לפי פירוש זה, אף שאין בית הדין חייב לחפש אחר אפוטרופוס לגדול, הרי אם יש צורך בכך, ונמצא אדם שמסכים לשמש כאפוטרופוס, יש למנותו.

וכך כתב הריטב"א[45]: "כשם שבית דין חייבין ליטפל בנכסי יתומים, כך חייבין ליטפל בנכסי כל אדם שאין לו מי שיטפל בהם ואפילו הוא גדול... וכן בדין! דמאי שנא?...

---

[42] בבא מציעא לט ע"א.

[43] צדקה חיים, דרוש י, דף לב ע"ד, כותב שאין ממנים אפוטרופוס על גדולים, שהרי "אפוטרופוס" פירושו אבי ילדים ביוונית ובלטינית, כמו שראינו בעמ' 9.

[44] רש"י, בבא מציעא, לט ע"א, ד"ה אפוטרופא לדיקנני; חידושי הרשב"א, בבא מציעא לח ע"ב, ד"ה מסתברא וד"ה ומיהו; אור זרוע, בבא קמא, סימן שנב. ראה גם: ספר העיטור, אפיטרופוס (עט ע"א במהד' רמ"י); טור, חו"מ, סימן רפה, סעיפים א–ב; מרדכי, בבא מציעא, סימן רעה. כך משמע גם מדברי הרמב"ם, הלכות נחלות, פרק ז, הלכה ה (הובא בשו"ת אשר לשלמה (אבן דנאן), סימן טו, ד"ה וצריכין אנו): "שאין בית דין חייבין להעמיד אפוטרופוס לגדולים שהן בני דעת". כלשון הרמב"ם כתב גם שולחן ערוך, חו"מ, סימן רפה, סעיף ב.

נתן פריו, בבא מציעא לט ע"ב (עמ' רכח), כותב שלדעת הרמב"ם, גם אם ימצאו מי שיסכים להיות אפוטרופוס לגדול, אין חובה להעמיד אותו, כי הגדול יכול לדאוג לעצמו, שלא כרש"י, הסובר שבכגון זה מעמידים אפוטרופוס.

שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן קעג (הובא בשו"ת משפטים ישרים, בירדוגו, חלק א, סימן לא, בפתחי תשובה, חו"מ, סימן רלה, ס"ק ו, ובשו"ת אשר לשלמה, סימן טו ד"ה אלא דעדיין), כותב שלדעת הרשב"א, אם העמידו בית דין אפוטרופוס לגדול ונתרצה, מה שעשה עשוי. והוא כותב שרש"י ורמב"ם סוברים כדעת הרשב"א. שו"ת אשר לשלמה, סימן טו, כותב בדעת הרמב"ם שאפשר שתהיה אפוטרופסות לבגיר. אפשר שכך סבור גם ר' יצחק אדרבי, שו"ת דברי ריבות, סימן תיא – ראה בשמו בסעיף 62, עמ' 333.

כמו כן, לדעת רב האי גאון, ספר המקח והממכר, שער ג, אות יב, "צריך בית דין למנות עליו אפוטרופוס", לבוגר שלא הגיע לגיל עשרים שנה, כדי שיוכל למכור מקרקעין שירש (שהרי חכמים תיקנו שאינו יכול למכרם בעצמו – רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כט, הלכה יג). מים שאל, חו"מ, סימן רצ, דף נד ע"ג, מוכיח שרב האי מתכוון שיעמידו אפוטרופוס שיטפל בכל צרכיו, ולא רק במכירת קרקע. מצד שני, הוא לומד מדבריו שאם הגיע לגיל עשרים, אין להעמיד לו אפוטרופוס. אבל ייתכן שרב האי לא התכוון להגביל את הגיל, אלא נקט גיל עשרים מפני שמעל גיל זה הוא יכול למכור קרקע בעצמו ואינו זקוק לאפוטרופוס לשם כך, אבל ייתכן שהוא זקוק לאפוטרופוס לצרכים אחרים. וראה הערה 55, שיש שקבעו הגבלת גיל זו לעניין מינוי האב.

כמו כן, בשו"ת משנה הלכות, חלק יז, סימן קמה, פוסק שאם היה לו אפוטרופוס מקטנותו, ואחרי שבגר, לפני שהגיע לגיל עשרים, מכר קרקע שירש, בהסכמת האפוטרופוס, שראה שהמכירה היא לטובת הבוגר, המכר תקף.

וראה עוד: שו"ת אבקת רוכל, סימן מט וסימן קמג; שו"ת מהרש"ם, חלק ב, סימן קמח; שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן רו; ויאמר יצחק, ליקוטים, מערכת א.

[45] שו"ת הריטב"א, סימן קסב.

וכשם שבית דין אביהם של יתומים, כך הם אביהם של אלו, ולא דברו ביתומים אלא בהווה״.

עוד מסייג ר׳ מנחם ריקאנטי[46] את הכלל שאין ממנים אפוטרופוס לגדול, בכך שהוא נוגע רק למינוי הדורש מן האפוטרופוס ״לחרוש ולזרוע, דאיכא טירחא יתירא״.

אבל לדעת הרא״ה[47], אין בית הדין מוסמך למנות אפוטרופוס לגדולים, אף אם אין יורש שמתנגד לכך, מחשש שמא מי שמוכן לקבל על עצמו לשמש כאפוטרופוס, אף שהוא יודע שאין בכך מצווה, עושה זאת ממניעים לא כשרים[48].

לדעת הרא״ש[49], ״אפילו אם יתרצה אחד להיות אפוטרופוס, כיוון שאינו מצוי ואין לבית דין לבקש עליו, אפילו כשיִמָּצֵא, יכול היורש למחות שלא למנותו״. נראה שהוא סובר שבית הדין מוסמך אמנם למנות אפוטרופוס לגדולים, אך היורשים זכאים להתנגד למינוי[50].

[46] פסקי ריקאנטי, סימן תז.

[47] רא״ה, מובא בנימוקי יוסף, בבא מציעא כב ע״א (בדפי הרי״ף), ד״ה לא מוקמינן (שהובא בבית יוסף, חו״מ, סימן רפה, סעיף ב). שו״ת הרדב״ז, חלק א, סימן קעג (הובא בשו״ת אשר לשלמה, סימן טו ד״ה אלא דעדיין), כותב שלדעת הרא״ה, גם אם בית הדין העמידו אפוטרופוס לגדול, אין לכך תוקף.
פד״ר, כרך ה, עמ׳ 90, כותב שגם לדעת הרא״ה, גדול שעומד בפנינו יכול למנות אפוטרופוס שינהל את נכסיו, כיוון שאין כאן יורשים המתנגדים, וגם אין לחשוש להפסד בעוד שבעל הנכסים עצמו אינו חושש לכך.

[48] לדעת ר״א מילר, לא יעלה על הדעת שהרא״ה שלל את מינויו של אפוטרופוס לגדולים מחשש שיזיק בזדון לנכסים שיופקדו בידיו, שהרי אין לחשוד בכשרים. לפיכך, הוא סבור שמשמעות לשון הרא״ה ״שמא להפסיד הנכסים הוא רוצה״ היא: שמא הוא מתכוון למלא את התפקיד בצורה רשלנית, ובכך לגרום הפסד לנכסים.
הרמב״ן, המובא בחידושי הריטב״א החדשים, בבא מציעא לט ע״א, נוקט עמדת ביניים: אין חושדים באפוטרופוס שהסכמתו למינוי נובעת ממניעים פסולים, אך ״ירדו חכמים לסוף דעתן שלא יטרחו בנכסים כראוי כיון שאינם של יתומים״, ומשום כך, לא אישרו מינויו של אפוטרופוס, אלא מעמידים אריס. נראה שהיתרון באריס הוא שהוא מרוויח במילוי תפקידו, והדבר ימריץ אותו לטרוח כראוי בטיפול בנכסים.
ראה גם דרישה, חו״מ, סימן רפה, סעיף א; שו״ת חיים ביד, סימן סט, ד״ה אמנם מצינו.

[49] הרא״ש, כמובא בטור, חו״מ, סימן רפה, סעיף ב. אבל בשו״ת הרא״ש, כלל לב, סימן ד, כתב רק ״שלא יוכלו בית דין למצוא לו אפוטרופוס״, כלומר, קשה למצוא מי שיסכים להיות אפוטרופוס לבוגר, אבל אם יימצא אדם כזה, בית הדין מוסמך למנותו, ואינו כותב שהיורש יכול להתנגד למינוי.

[50] דרישה, חו״מ, סימן רפה, סעיף א, ד״ה לפיכך. אבל בפד״ר, כרך ה, עמ׳ 89, נכתב בדעת הרא״ש: ״דאפילו נמצא מי שהסכים לקבל עליו להיות אפוטרופוס לגדולים, אין למנותו לתפקיד זה״. משמע, שהבין שדעת הרא״ש כדעת הרא״ה. אבל בפד״ר שם (עמ׳ 90) מצוטט הבית יוסף (לעיל, הערה 47) באופן שדעת הרא״ה מיוחסת לרא״ש (עיין בהגהות והערות לטור השלם, חו״מ, סימן רפה, אות ה), וייתכן שזו הסיבה לזיהוי הפרשני שבין דעת הרא״ש לדברי הרא״ה.
רמ״א, חו״מ, סימן רפה, סעיף ב, מביא את דעת הרא״ש ולאחריה הוא מביא ש״יש אומרים״ שאין היורש זכאי להתנגד למינוי. בשו״ת אשר לשלמה, סימן טו, ד״ה אלא דאינו, כותב שהרמ״א מתכוון לפסוק כרא״ש, שהרי הביא את דעתו בסתם, ומכאן שהרמ״א הבין שגם השולחן ערוך סובר כרא״ש.
אשר לשלמה שם (ד״ה והגם שהבת) כותב שגם אם בת גדולה תרצה במינוי האפוטרופוס, הרי אם היא נשואה, בעלה יכול למנוע זאת, בטענה שאינו רוצה לשלם שכר לאפוטרופוס על חשבון נכסי היתומה.
שו״ת המבי״ט, חלק א, סימן קכב, מביא את הדין שאין מעמידים אפוטרופוס לגדול.
צדקה חיים, דרוש י, דף לג ע״א, כותב שבגלל המחלוקת בין הרשב״א לרא״ה, ״שב ואל תעשה״ עדיף, ובית דין לא ימנה אפוטרופוס על גדול.
על מינוי אפוטרופוס לגדול, עיין שו״ת שער אשר, חו״מ, סימן כג.

נחלקו הפוסקים בשאלה, האם בית הדין רשאי להעמיד אפוטרופוס לנכסיו של בוגר, אם הוא עצמו מבקש זאת. לדעת ר' אברהם צבי הירש אייזנשטט[51], אפילו הרא"ה סובר שיכול אדם בוגר לבקש מבית הדין למנות אפוטרופוס לנכסיו, ולאפוטרופוס זה יהיו כל הסמכויות, הזכויות והחובות שיש לאפוטרופוס על יתומים. אולם, נתיבות המשפט[52] חולק על כך, ולדעתו, בית דין אינו רשאי למנות אפוטרופוס לאדם בוגר, אף אם הוא מבקש זאת. לדעתו, כוחו המיוחד של אפוטרופוס מבוסס על תקנת חכמים, וחכמים תיקנו זאת רק לצורך מי שאינו יכול לנהל את נכסיו בעצמו, ולא לבוגר שיכול לנהל את נכסיו בעצמו, שלגביו אין צורך בתקנה. כמובן, הוא יוכל למנות מישהו לטפל בנכסיו, אבל תהיינה לו רק סמכויות של שליח ולא של אפוטרופוס[53].

2. מינוי על ידי האב

בהלכות נחלות, כותב הרמב"ם[54]:

> קטן שהגדיל, אפילו היה אוכל ושותה יותר מדאי ומפסיד והולך בדרך רעה, אין בית דין מונעין ממנו ממונו, ואין מעמידין לו אפוטרופוס, אלא אם כן צוה אביו או מוריש שלא יתנו לו אלא אם כן יהיה כשר ומצליח, או שלא יתנו לו עד זמן מרובה.

משתמע מדברי הרמב"ם שהאב יכול לעכב את שליטתו של הבן הגדול בנכסים שהוריש לו, אף לאחר שגדל הבן, עד לשעה שיהיה מוכשר לעסוק בנכסים.

ואכן כתבו אחדים מן הפוסקים[55], שאב רשאי למנות אפוטרופוס לבניו הבגירים על נכסים שהוא מוריש להם. וכך הסיק המבי"ט[56] אף מדברי הרמב"ם.

[51] פתחי תשובה, חו"מ, סימן רלה, ס"ק ו (שם נדפס בטעות "רא"ש" במקום "רא"ה").

[52] נתיבות המשפט, סימן רלה, ס"ק יד. הוא כותב כך על בוגר שלא הגיע לגיל עשרים ורוצה שימנו אפוטרופוס כדי שיוכל למכור קרקע שירש. ראה גם תשב"ץ, חלק ב, סימן עה; שו"ת קול מבשר, חלק ב, סימן א, אות טו.

[53] כך הסביר בית הדין, בתיק 2011/כ"א בבית הדין הרבני האזורי ת"א-יפו (פד"ר, כרך ה, עמ' 91–92), את דעת נתיבות המשפט. הוא תולה מחלוקת זו בשני הסברים שמציע הרשב"א, בחידושיו לגיטין נב ע"א, לדין אפוטרופוס. לפי הסבר אחד, הסיבה לכך שיד אפוטרופוס כיד הבעלים היא, שחכמים הקנו לאפוטרופוס זכויות קנייניות בנכסי היתומים, בהתבססם על כוחו של בית דין להפקיר ממונו של אדם ("הפקר בית דין הפקר"), אם הדבר דרוש למילוי תפקידיו. נתיבות המשפט נוקט הסבר זה, ולכן הוא סבור (לפי פרשנות בית הדין), ש"רבנן לא תקנו דין אפוטרופוס שידו יהיה כיד בעלים אלא במקום שבעל הנכסים בעצמו אינו כשיר לנהל נכסיו (כגון בקטין, בשוטה, או בשבוי וכדומה), אבל בגדול העומד לפנינו שהוא כשיר ומסוגל בעצמו לנהל את נכסיו, לא תקנו דין אפוטרופוס, ורק בכוחו למנות שליח בעלמא". הסבר אחר שמציע הרשב"א הוא, שזכויותיו הקנייניות של אפוטרופוס בנכסי היתומים קיימות לו מכוח דין התורה (על שני ההסברים, ראה בשמו במבוא לספר). לפי הסבר זה, אין סיבה לומר שרק לאפוטרופוס על יתומים קטנים יש זכויות קנייניות בנכסים שהופקדו בידיו. פד"ר, שם, מדייק מן הירושלמי, גיטין, פרק ה, הלכה ד, שאפוטרופוס לגדולים הוא רק שליח, כדעת נתיבות המשפט.

[54] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ח.

[55] ר"ן על הרי"ף, כתובות לא ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה מדקתני; צרור הכסף, דרך ה, שער ה, אות ו (עמ' קנז ועמ' שעז); שו"ת הריב"ש, סימן תסח; שו"ת הרשב"ש, סימן שמד; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף כו; שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן רטז (ד"ה תשובה); ר' מיכאל עמוס, בית הדין הרבני האזורי בנתניה, תיק 8896/ פלוני נ' פלוני (30.03.2008), בסעיף ב לפסק דינו.

בלי קציבת זמן: הרשב"ש כותב (והובא בשו"ת אשר לשלמה (אבן דנאן), סימן טו, ד"ה זאת, ובשו"ת תבואות שמש, חו"מ, סימן יט, עמ' נד), שאם האב מינה את האפוטרופוס על בנו הגדול בלי לקצוב לו זמן, היתום זכאי לקבל את נכסיו כשירצה, ולסיים בכך את האפוטרופסות, מפני שאי אפשר לומר שהאב

הלכה זו אינה קלה להבנה, שהרי כיוון שמת המוריש, עברו הנכסים לידי הבן, וכיצד האב, שכבר אינו בחיים, ימנע מן הבן את זכותו? אפשר להסביר, שכשם שיכול האב לתת את כל נכסיו במתנה לאחר, ולשלול בכך את הירושה מבניו הגדולים, כך הוא יכול לצמצם את שליטת

התכוון שיהיה אפוטרופוס לעולם, שהרי אז היתום לעולם לא יוכל לשלוט בנכסיו, ולכן מפרשים את דברי האב כך שגם זמן קצר נחשב קיום דבריו, ולכן היתום זכאי לקבל את נכסיו כשירצה. צדקה חיים, דרוש י, דף לג ע"ב, מנמק שאם אין קצבה למשך המינוי, נמצא שהוא אפוטרופוס לעולם, ונעקר דין ירושה דאורייתא, שהרי מונעים מהיורש את השליטה בממונו, ולכן אין למינויו תוקף אף לזמן קצר.

אם יש לו גם בן קטן: עוד מצמצם הרשב"ש את פרשנות דברי האב (והובא בשו"ת אשר לשלמה שם, ד"ה קדמה אל), שאם יש לו בן קטן ובן גדול, ואמר שהוא ממנה אדם זה כאפוטרופוס "לִבְנַי" (בלשון רבים), אפשר לפרש שהתכוון שיהיה אפוטרופוס רק לבנו הקטן, מפני ש"בָּנַי" לשון רבים יכול להתפרש על בן אחד, ובן גדול אינו ראוי לאפוטרופוס.

הגיל: לא מצאנו הגבלת גיל לעניין זה. אמנם ר"ן על הרי"ף, כתובות לא ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה מדקתני, נוקט "כגון שמינהו אביו עד שיהא בן עשרים", אבל ייתכן שנקט כך מפני שבדרך כלל האב לא יראה צורך באפוטרופוס מעבר לגיל הזה. כך משתמע מלשונו של הריב"ש, המובאת בשיטה מקובצת, כתובות ע ע"א: "גדול שיש לו אפטרופוס, כמו שרגילים לפעמים שממנה אב היתומים אפטרופוס עד שיהיו בן עשרים". שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן קיח (והובא בשו"ת המבי"ט, חלק א, סימן שלה), כותב שאם האב ציווה שהממון יהיה ביד אפוטרופוס עד שיגיע בנו לגיל עשרים וחמש, הבן אינו יכול לעשות בנכסים עד אז בלי רשות האפוטרופוס. וראה הערה 44, שמים שאל מטיל הגבלה זו לעניין מינוי בית דין.

בדרך מתנה: שו"ת אשר לשלמה (אבן דנאן), סימן טו (ד"ה וכשאני לעצמי), כותב שיכול האב למנות אפוטרופוס על בניו הגדולים, בלשון מתנה, שאומר שכל נכסיו יהיו לבנו פלוני, שמפרשים שהתכוון רק למנותו אפוטרופוס (שולחן ערוך, חו"מ, סימן רמו, סעיף ד), אבל במינוי בלשון אפוטרופוס, אין כוח ביד האב למנות על הגדולים. הוא מביא ראיה לכך מב"י, חו"מ, סימן רמו, סעיף ד – עיין שם לראייתו. נראה שטעמו הוא, שחכמים תיקנו את המעמד של אפוטרופוס רק לקטנים, שזקוקים לכך, ולכן אי אפשר למנות אדם כאפוטרופוס על גדולים; אלא שמי שנותן את כל נכסיו במתנה לאחד מבניו, יש להניח שלא התכוון לשלול משאר בניו את חלקם, אלא התכוון שאותו בן ינהל את הנכסים של כל בניו כמו אפוטרופוס.

לפני שחילקו את העיזבון: חלקת מחוקק, סימן קז, ס"ק ב (הובא בשו"ת אשר לשלמה שם, ד"ה והרב חלקת מחוקק), מעלה אפשרות שכל זמן שלא חלקו את העיזבון, אם האב מינה את אשתו כאפוטרופוס על בניו הגדולים, הם צריכים לקבל אותה לאפוטרופוס. בית יחזקאל (סרנא), גיטין, סימן י, עמ' עו, מנמק את דבריו, שלפני החלוקה, רגילים למנות אפוטרופוס לדאוג לחלוקה הוגנת (קידושין מב ע"א). בדומה לזה כתב שו"ת משפטי עוזיאל, כרך ד, חו"מ, סימן לז, אות ט (בלי להביא את חלקת מחוקק), שהיתומים הגדולים אינם יכולים לסלק אפוטרופוס שהאב מינה כדי לחלק את הנכסים לפי הוראותיו. שו"ת אגרות משה, אבן העזר, חלק א, סימן קי, ענף ג (ד"ה והנה מסתבר), מבאר את דברי חלקת מחוקק באופן שאינו מדבר על כל אפוטרופוס אלא רק על מקרה מיוחד: שהכותב לאשתו את כל נכסיו במתנה, תיקנו חכמים לדון שהתכוון רק למנותה אפוטרופוס עליהם (שולחן ערוך, אהע"ז, סימן קז, סעיף א), וחלקת מחוקק מסתפק בגדר התקנה: האם התקנה היתה שמפרשים את לשון השטר שעשה אותה אפוטרופוס, וקנתה להיות אפוטרופוס לטובתה, ולכן אף כשהם גדולים אינם יכולים להתנגד לה (ראה בשמו להלן, הערה 61), או שהתקנה היתה להפקיע לגמרי את השטר, ולכן היא רק אפוטרופוס לטובת היתומים, והגדולים יכולים להתנגד לה; וכל זמן שלא חלקו, שאינם מוחזקים בנכסים, אלא היא מוחזקת בזכותה בנכסים, מספק אינם יכולים להוציא ממנה; ורק אחרי שחלקו, שהוא כאילו תפס כל אחד את חלקו, מספק היא אינה יכולה להוציא מידם, ולכן הגדולים יכולים להתנגד; וגם לפני החלוקה, הם יכולים לומר שאינם זקוקים לאפוטרופוס אלא יסתדרו כרצונם בלא חלוקה.

[56] שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן שלה.

בניו בנכסיו, בכך שיעמיד אפוטרופוס לטפל בהם[57]. הר"ן[58] מנמק, שמכוח הכלל "מצווה לקיים דברי המת", הבן אינו יכול לטפל בנכסיו בעצמו, והאפוטרופוס צריך לטפל בו.

לדעת רבנו ירוחם[59], שהרמ"א[60] הביא את דבריו להלכה, אב שמינה אפוטרופוס לבניו הבגירים אינו יכול לחייב אותם להיות בחסות אפוטרופוס, והם רשאים לבטל את האפוטרופסות שיצר אביהם ולנהל את ענייניהם בעצמם[61].

[57] מים שאל, חו"מ, סימן רצ, דף נד ע"ד, מסביר, שמתוך שהיה יכול לתת את כל הנכסים במתנה לאדם זה, ולא היה נשאר כלום לבנו, הוא יכול למנות אדם זה כאפוטרופוס, ורק השליטה בנכסים תהיה בידו, ולא הבעלות.
וראה בנספח לסעיף 64, על מקור סמכותו של אפוטרופוס שמינה אב לבניו הקטנים.
שאלה מיוחדת מתעוררת במי שנתן נכסים במתנה לבניו בחייו, ואחר כך מינה אפוטרופוס על נכסים אלו – יש מקום לומר שאין תוקף למינוי כיוון שבשעת המינוי הנכסים כבר לא היו שלו (ולכך לא יועיל ההסבר שבטקסט). בשאלה זו דן שו"ת תבואות שמש, חו"מ, סימן יט, עמ' נה ואילך.
צדקה חיים, דרוש י, דף לג ע"ב, כותב שאם האב נתן בחייו במתנת בריא פירות של קרקע, והתנה שהקרקע לא תימכר לעולם, ומינה אפוטרופוס לגבות את הפירות כל שנה ולחלק אותם, אין היתומים יכולים לסלקו.

[58] ר"ן על הרי"ף, כתובות לא ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה מדקתני. כך נימק שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן שלה, על פי הר"ן, שם. גם משו"ת הרשב"ש, סימן שמד, משמע שהטעם לתוקף האפוטרופסות הוא "מצווה לקיים דברי המת", שכן נימק את דבריו בכך ש"מצוה לקיים דבריו".
המבי"ט כותב שמשום כך בית הדין מונע מהחסוי מלהחזיק בממונו במשך האפוטרופסות; הרי שלדעתו בית הדין אוכף מצווה זו.
וראה להלן, ליד ציון הערה 68, ש"מצווה לקיים דברי המת" חלה רק במצבים מסוימים.

[59] רבינו ירוחם, מישרים, נתיב כו, חלק א (דף עב ע"ב).

[60] רמ"א, חו"מ, סימן רצ, סעיף כו.
כך כתב גם ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף א, בתוספת נימוק וסייג: "שימנה אותו שינהיג גם חלק הגדולים אינו יכול אם אין מתרצים בכך, דמיד שמת נפלו נכסיו להיורשים, ואין לו דעה מה שיעשו בניו הגדולים בהם, אלא אם כן מוסרן בחייו את הנכסים במתנה לאחרים".

[61] שו"ת אגרות משה, אבן העזר, חלק א, סימן קי, ענף ג (ד"ה והנה מסתבר), ופד"ר, כרך ג, עמ' 156, מדגישים שהמינוי תקף כל זמן שלא התנגדו.
שו"ת תבואות שמש, חו"מ, סימן יט, עמ' נה, מציין ששו"ת אשר לשלמה, סימן טו, עוסק בבית דין של שלושה שקיימו אפוטרופסות שמינה האב, ובכל זאת פסק שאם היתום הגדול דרש לקבל את הנכסים, היא בטלה מכאן ולהבא. הוא מדייק משו"ת אשר לשלמה שם, שגם אם האפוטרופוס התחיל לנהוג אפוטרופסות, היתום יכול להוציא מידו את נכסיו.
יתום גדול שעשה פעולה בנכסים כשהיה לו אפוטרופוס: שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן קיח (הובא בסמ"ע, רצ, ס"ק נח, ובערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף מה) כותב שאב שמינה אפוטרופוס לזמן, ובתוך הזמן שיעבד היתום את נכסיו, אין לכך תוקף אף לאחר הזמן. הקשה נתיבות המשפט, רצ, ס"ק יג, הרי כמו שהאב אינו יכול לומר "אל תתנו לו ירושה כלל" כי הוא מתנה על מה שכתוב בתורה, כך אינו יכול להפקיע את ירושת בנו באמירה "אל תתנו לו את נכסיו עד גיל כך וכך", כי הוא מתנה על מה שכתוב בתורה, שהרי התורה אמרה שהבן יורש מיד כשימות האב; ואין לומר שזה מועיל מטעם "מצווה לקיים דברי המת", כי זה אמור רק אם הושלש מתחילה לכך כמבואר בשולחן ערוך, חו"מ, סימן רנב, סעיף ב, ואפילו הושלש מתחילה לכך, אם מכר היורש, מכירתו תקפה, כמבואר ברמ"א שם, והרי שעבוד אף עדיף ממכר; ועוד, היות שלאחר הזמן הנכסים יהיו שלו, מדוע לא יגבה מהם המלווה את מה שהיורש לווה ממנו? עוד הקשה (ברמז) מרמ"א, חו"מ, סימן רלה, סעיף ב, שכותב (ומקורו בר"ן, לעיל, הערה 58) שגדול שמינה לו אביו אפוטרופוס, ומכר, המכר תקף, אף שעל האפוטרופוס יש מצווה לקיים דברי המת ואסור לו לתת את הנכסים ליתום לפני הזמן, והסביר סמ"ע, רלה, ס"ק כ, שהמכר חל לעניין זה שאחרי זמן מינוי האפוטרופוס, הבן צריך למסור לקונה את מה שמכר לו, ואם תפס הקונה תוך הזמן, קנה. בית

המבי״ט[62] סבור שדברי רבנו ירוחם עומדים בסתירה לדברי הרמב״ם[63], שלא הזכיר את זכות הבנים לפטר את האפוטרופוס, ולכן הוא דוחה את דברי רבנו ירוחם. אולם הבית יוסף[64] מביא הן את דברי הרמב״ם והן את דברי רבנו ירוחם ואינו מציין שהדעות חולקות, ומשמע שסבר שאין סתירה ביניהם. הפרשנים העלו הצעות אחדות כדי ליישב בין דברי הרמב״ם לבין דברי רבנו ירוחם: (א) דברי הרמב״ם אמורים באפוטרופוס שהחל בעבודתו כשהחסוי היה עדיין קטין, כך שהאפוטרופסות חלה, ואילו דברי רבנו ירוחם אמורים כשהאפוטרופוס מונה על ידי האב לאחר שבנו כבר היה בגיר[65]. (ב) דברי רבנו ירוחם אמורים במקום בו האפוטרופוס

יחזקאל (סרנא), גיטין, סימן י, עמ׳ עו, מיישב, שלאפוטרופוס יש זכות בעלות (ראה על כך במבוא לספר, עמ׳ 2), יותר משליח, וכוחו כבעלים לקנות ולמכור מה שנדרש לטובת היתומים, ולכן אינו בגדר מתנה על מה שכתוב בתורה, כי האב יכול להקנות לאפוטרופוס זכות בעלות כמו שהוא יכול למכור את נכסיו לפני מותו, ולכן היתום אינו יכול לפעול בנכסים, ובסימן רלה מדובר ביתום שהולך כשורה ואינו צריך אפוטרופוס, ולכן אין לאפוטרופוס זכות בעלות, ויש בזה רק משום מצווה מחמת מיתה, ולכן מכירת הבן תקפה.

בספק: שו״ת תורת חיים (מהרח״ש), חלק א, סימן עד (ד״ה ויראה לי), כותב שאם יש ספק במינוי אפוטרופוס לגדולים, מניחים את הנכסים בחזקת היורשים, כיוון שאינם זקוקים לאפוטרופוס.

יתום שהסכים למינוי ואחר כך התנגד: שו״ת תבואות שמש, חו״מ, סימן יט, עמ׳ נד, כותב שאם היתום היה גדול בשעת המינוי, והסכים למינוי או שתק שתיקה שהיא כהסכמה, ואחר כך הביע התנגדות ודרש לקבל את נכסיו, הוא אמנם זכאי לבטל את האפוטרופסות מכאן ולהבא, אבל האפוטרופסות תקפה עד אז, וכל הפעולות שעשה בנכסי היתומים עד אז תקפות. הוא מציין שכך פסקו שו״ת בני בנימין, חו״מ, סימן י, שו״ת אשר לשלמה, סימן ה, ושו״ת שער אשר, חו״מ, סימן כג. הוא מסביר שהסכמת היתום או שתיקתו נחשבות כאילו הפקיד את נכסיו אצל האפוטרופוס, והוא זכאי לקבל את פקדונו חזרה כשירצה. יש להעיר, שלפי הסברו, סמכות האפוטרופוס אינה מכוח האב אלא מכוח היתום.

מינוי לטובת האפוטרופוס: שו״ת אגרות משה, אבן העזר, חלק א, סימן קי, ענף א (ד״ה הנכון לע״ד), כותב שיתום גדול יכול להתנגד לאפוטרופוס רק אם הוא התמנה לטובת היתום, כי הוא יכול לומר שאינו זקוק לטובה זו, אבל אם המינוי הוא לטובת האפוטרופוס, כדי שהיתומים יכבדוהו וישמעו לקולו, או כדי שיוכל לקבל מזונות מנכסי הירושה (על מינוי כזה ראה בשמו לעיל, הערה 3), זהו זכות ממון שניתנת לאפוטרופוס, והיתום הגדול אינו יכול להתנגד לאפוטרופוס כיוון שאין המינוי לטובתו אלא לטובת האפוטרופוס, והאפוטרופוס רוצה בזה. הוא כותב (בענף ב, ד״ה וא״כ נמצא) שלעניין זה, הכותב כל נכסיו לאשתו במתנה, שמפרשים שהתכוון רק לעשותה אפוטרופוס (שולחן ערוך, אהע״ז, סימן קז, סעיף א), נחשב מינוי לטובת היתומים, כיוון שאין ודאות שלא התכוון למתנה גמורה, אלא שחכמים תיקנו שתיחשב אפוטרופוס, ואין בדבריו אמירה למנותה אפוטרופוס, ולכן אין הקנאה של זכות בנכסים; והיות שהמינוי הוא לטובת היתומים, הגדולים יכולים להתנגד, כמו שכתב חלקת מחוקק, קז, ס״ק ב. לעומת זאת, הוא כותב שהכותב כל נכסיו לבנו במתנה, שגם בו מפרשים שהתכוון רק לעשותו אפוטרופוס (שולחן ערוך, חו״מ, סימן רמו, סעיף ד), יש אומדנא ברורה שהתכוון לכך ולא למתנה, כי רוב בני אדם אוהבים בשווה את כל בניהם, ולכן המינוי הוא לטובת האפוטרופוס, ובניו הגדולים האחרים אינם יכולים להתנגד; אלא שאם האב כתב זאת כשהיה שכיב מרע, שאז אין תוקף למינויו כאפוטרופוס בעל זכויות (ראה בשמו בהערה 3), הוא נחשב כאפוטרופוס לטובת היתומים, ואז היתומים הגדולים האחרים יכולים להתנגד. אבל הוא מעלה אפשרות (בענף ג, ד״ה והנה הא) שהשולחן ערוך סובר שגם בכותב לאשתו נחשבת אפוטרופוס מהסוג של מינוי לטובתה, והיתומים הגדולים אינם יכולים להתנגד. הוא מוסיף (בענף ג, ד״ה וא״כ לדינא) שאם כתב בפירוש שהוא נותן לאשתו מתנה בקנין לזכות אפוטרופסות לטובתה, לא יוכלו בניו הגדולים לומר שאין רוצים לקבלה לאפוטרופוס, וכך גם אם נתן לה רשות לקחת מעזבונו יותר מהמגיע לה מדין אלמנתו, כגון להוציא בהרווחה יתירה מהרגלה או לתת לצדקה וכדומה.

[62] שו״ת המבי״ט, חלק א, סימן שלה.

[63] לעיל, הערה 54.

[64] בית יוסף, חו״מ, סימן רצ, סעיף כו (דברי רבנו ירוחם) וסעיף לג (דברי הרמב״ם).

[65] שו״ת תורת חיים (מהרח״ש), חלק א, סימן עד (ד״ה ואפשר); כנסת הגדולה, חו״מ, סימן רצ, הגהות בית

מיותר משום שהבנים מתפקדים היטב בכוחות עצמם ואינם זקוקים לו, ואילו הרמב"ם מדבר באופן שהבנים עדיין זקוקים לאפוטרופוס[66]. (ג) דעת הרמב"ם אמורים באב שהפקיד את כספי הירושה בידי אדם שלישי המחויב לפעול על פי דבריו משום "מצווה לקיים דברי המת"[67]. ואכן רבנו ירוחם כתב, שבכגון זה, הבנים אינם יכולים לבטל את דברי אביהם[68].

ג. מי שאינו מסוגל לנהל את ענייניו כיאות

כפי שראינו, פסק הרמב"ם[69]: "קטן שהגדיל, אפילו היה אוכל ושותה יותר מדאי ומפסיד והולך בדרך רעה, אין בית דין מונעין ממנו ממונו, ואין מעמידין לו אפוטרופוס". מדברים אלו עולה,

יוסף, אות קסז, ובספרו שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן רטז (ד"ה ולכאורה נראה), בהצעתו הראשונה; שו"ת אשר לשלמה (אבן דנאן), סימן טו (ד"ה וע"כ צריכין); ליצחק ריח (אבן דנאן), סימן לד, ד"ה מ"מ ואילך.

גם מים שאל, חו"מ, סימן רצ, דף נד ע"ד, עושה הבחנה זו, אבל לא כדי ליישב את דברי רבינו ירוחם עם הרמב"ם, אלא הוא עושה הבחנה זו מעצמו בדעת שו"ת הריב"ש, סימן תסח.

אבל המבי"ט שם (הובא בצדקה חיים, דרוש י, דף לג ע"ג), כותב שגם אם המינוי היה כשהיה קטן, הוא יכול להתנגד כשיגדל.

[66] כנסת הגדולה ובעי חיי (ד"ה ונראה לי שהפריז), שם; צדקה חיים, דרוש י, דף לג ע"ג; ליצחק ריח, שם; אשר לשלמה, שם.

כהבחנה זו נקט שו"ת תועפות ראם (אנקאווא), סימן לג, ד"ה ואין להתעקש (בלי להזכיר את סתירת רבינו ירוחם והרמב"ם). לדעתו, הבחנה זו עולה מלשון הפוסקים. רמ"א, חו"מ, סימן רצ, סעיף כו, כותב: "יכולין לומר אין אנו צריכין אפטרופוס", ותועפות ראם לומד מכך: "לשון זה מורה דדוקא ביכולים לומר אין אנו צריכים אפוטרופוס, אבל במקום שאינם יכולים למיקם בנפשיהו, אינם יכולים לומר אינם חפצים באפוטרופוס". והשולחן ערוך שם כותב: "ואין מעמידים לו אפוטרופוס, אלא אם כן צוה אביו או מוריש שלא יתנו אלא אם כן יהיה כשר ומצליח". מלשון הסיפא מסיק תועפות ראם שהאב יכול למנות לבנו אפוטרופוס רק אם אינו מסוגל לנהל את ענייניו בעצמו.

כך עולה גם מערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף מה, שכותב מצד אחד: "מי שמינה אפוטרופוס לבניו הגדולים, יכולים לומר 'אין אנו צריכין לאפוטרופוס', דכשמת נופלים הנכסים לפניהם, ואין לו דעה בהן". ומצד שני הוא כותב: "דכיון שהיה לו כח למנות אפוטרופוס בקטנותם, יש לו גם כח זה לעכב הנכסים, ולא למסור להם אף כשיגדילו עד שיהיו אנשים מוכשרים לעסק".

[67] כנסת הגדולה ובעי חיי (ד"ה ונראה לי שהפריז), שם; ליצחק ריח, שם; אשר לשלמה, שם; צדקה חיים, שם.

גם מים שאל, חו"מ, סימן רצ, דף נד ע"ד, עושה הבחנה זו, אבל לא כדי ליישב את סתירת הרמב"ם ורבינו ירוחם.

שלושת התירוצים הללו הובאו בשו"ת דברי שלום (משאש), חו"מ, סימן לח, ובשו"ת תבואות שמש, חו"מ, סימן יט, עמ' נד. על פי זה פסק תבואות שמש, שאם היתומה הגדולה יודעת חשבון, ולא השליש האב כסף, היא יכולה להתנגד לאפוטרופסות. דברי שלום פסק על פי זה שבקרקע, כיוון שלא שייכת השלשה, המינוי אינו חל.

עיין על כך: שו"ת הלכה למשה (אלבז), חו"מ, סימן צג; שו"ת נופת צופים, סימן קיח; שו"ת אשר לשלמה, סימן ה.

[68] כך כתבו גם שו"ת אבקת רוכל, סימן צב, בסופו, הרמ"א, שם (הובא בשו"ת אגרות משה, אבן העזר, חלק א, סימן קי, ענף א, ד"ה הנכון לע"ד), וערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף מה.

[69] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק י', הלכה ח. כלשונו כתב בשולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף כו.

שאין בית הדין מוסמך למנות אפוטרופוס לבוגר, אף אם הוא מבזבז את ממונו "והולך בדרך רעה". אך לכאורה, אפשר שיודה הרמב"ם שאפשר למנות אפוטרופוס לבוגר בעל כושר שיפוט לקוי, שעלול לנהל את עסקיו באופן שיגרום לו הפסד רב.

אבל הריב"ש[70] שולל הבנה זו: "אין בית דין ממנין אפטרופוס לטפשים, כי אם לשוטים". מדבריו למדנו, שחוסר כישרון או מיומנות בניהול עסקים אינו עילה למינוי אפוטרופוס על ידי בית הדין.

ד. נעדר

אם הבוגר איננו בפנינו ואינו יכול לחזור, ויש מי שמבקש להתמנות כאפוטרופוס לנכסיו – ימנהו בית הדין, מטעם "זכין לאדם שלא בפניו". כך כותב הרמ"א[71]: "מיהו אם היה כאן מי שרוצה להיות אפוטרופוס לתקנת השבוי, מעמידין אותו, ואין תקנה גדולה מזו".

נחלקו הפוסקים בשאלה אם מי שעתיד לרשת את הנעדר יכול למחות שלא למנות אפוטרופוס[72].

אם הבוגר נעדר מרצונו, אין בית הדין חייב למנות אפוטרופוס על הנכסים כיוון שהוא היה מוכן לאבד את נכסיו. כך כותב השולחן ערוך[73]:

> מי שיצא לדעת והניח נכסיו, ואין ידוע להיכן הלך, ולא מה אירע לו, אין מורידין קרוב לנכסיו, ואם ירד מסלקין אותו. ואין בית דין צריכים להטפל בו ולהעמיד לו אפוטרופוס, לא לקרקע ולא למיטלטלין, שהרי לדעתו יצא והניח נכסיו.

פרק שישי

אפוטרופוס לעובר – ס"ק (6)

סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות קובע שאין אדם נושא לזכויות אלא מגמר לידתו. מהוראה זו עולה שלעובר אין 'זכויות' שיש להגן עליהן[74]. אם כן, מה פשר ההוראה שבסעיף קטן (6), המעניקה סמכות לבית המשפט למנות אפוטרופוס לעובר? מה תפקידו של אפוטרופוס זה, בהנחה שאין לעובר כל 'זכות' שצריך להגן עליה?

התשובה שניתנה לשאלה זו בפסיקה היא, שהאפוטרופוס ימונה ככל שקיים צורך להגן על

[70] שו"ת הריב"ש, סימן כ וסימן תסח, ד"ה דבר ברור. לעיל, עמ' 20, הערה 13, הבאנו את דברי הרב עוזיאל, שנקרא גדול רק אם "הגיעו לכלל בינה, שלא יהיו צריכים לאדם גדול להסמך עליו ולאמנן ולהטפל בהם", ואת בית הדין הרבני שחלק עליו וכתב שהאפוטרופסות פוקעת מגיל גדלות.

[71] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רפה, סעיף ב.

[72] רמ"א, שם. שולחן ערוך שם, סעיף ג, כותב שאם הנעדר הניח נכסים הדורשים טיפול, מעמידים אפוטרופוס לטיפול זה. חזון איש, חו"מ, סימן ג, אות ה, לומד מדבריו למצב שנושה נעדר, והחייב מבקש לנסוע, וניכר שבכוונתו להבריח את נכסיו, ומנמק שאף שייתכן שהנושה יפסיד מכך, זה נחשב זכות לו כיון שאינו יכול להגן על עצמו.

[73] שולחן ערוך, חו"מ, שם, סעיף ד.

[74] אבל יש שהסיקו מן ההוראה שבס"ק (6) ש"לעובר יש זכויות גם ברחם אמו, אם כי לא זכויות מלאות" (ח' שיין, הפילוסופיה של המשפט: עיון ישראלי, תל־אביב תשס"ח, עמ' 26, והמקורות שבהערה 41, שם.

זכות עתידית של העובר[75]. לכן, לא ימונה אפוטרופוס לעובר לשם ייצוגו בהליך להפסקת הריון[76], אך אפשר למנות אפוטרופוס כדי להגן על זכותו העתידית של העובר לרשת אדם שהעניק לו חלק בעיזבונו, לכשייוולד[77], או כדי להגן על זכותו העתידית לתבוע פיצוי[78], או כדי לייצגו בדיון העוסק במתן סעד זמני שנועד להבטיח את זכותו העתידית למזונות[79].

תפקידיו של אפוטרופוס לעובר מצומצמים אפוא לעומת אלה של אפוטרופוס לקטין או לפסול דין. הוא נדרש לדאוג אך ורק "לעניינים שנמסרו לו על ידי בית המשפט"[80].

עמדתו של המשפט העברי, בכל הנוגע למינוי אפוטרופוס לעובר, דומה למה שקבע החוק הישראלי[81]. לפי המשפט העברי, ככלל, אין ממנים אפוטרופוס לעובר, אך אפשר למנות לו אפוטרופוס לשם ייצוגו בהליכים הנוגעים לזכויותיו העתידיות. בתלמוד[82] נקבע שאם יש צורך לחלק את עיזבון האב לפני שייוולד העובר, אפשר למנות לו אפוטרופוס כדי שייצג אותו בהליכי חלוקת העיזבון[83].

הרשב"א נשאל על ייצוגו של עובר בהליכי חלוקת העיזבון[84]: "מי שמת, ויש לו בנים גדולים, והניח אשתו מעוברת, ובאו גדולים לחלוק ביניהם כל הנכסים, והאלמנה מעכבת על ידם, שמא זכר הוא, ונוטל חלק בנכסים, או שמא תאומים במעיה". הרשב"א פסק ש"הדין עם האלמנה", כי אם "יטלו האחים את הנכסים כולם... לקתה[85] מדת הדין בכך, שאם תלד זכר, נמצא מפסיד כל חלקו, דלמא שמטי האחים ואכלי כל חלקו של זה... ולענין ירושה, ודאי לא אמרי רבנן הכי, שיוכלו האחים או בני משפחה ליטול הנכסים, ולומר 'עכשיו אין זכיה לעובר, ונטול את הנכסים אנו, עד שיצא הוולד לאויר העולם'. אלא שאם באו האחים

[75] תמ"ש (ת"א) 4570/98 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-מש 98(1) 101, 102: "תכליתו של מנוי אפוטרופוס לעובר אינה יכולה להיות שמירת זכויות שיש לו בשלב זה של התפתחות, כי עובר אינו יכול להיות בעלים של זכויות... מטרת מנוי האפוטרופוס לעובר – לדאוג לשמירת זכויותיו שתהיינה לו אם וכאשר יוולד".

[76] ע"א 413/80 פלונית נ' פלוני, פ"ד לה(3) 57 (25.03.81).

[77] ראה ת"פ (מחוזי ב"ש) 8001/99 מדינת ישראל נ' מוסא (פורסם ב'נבו'), עמ' 6: "מקום שהמחוקק סבר שקיימת זכות של העובר – הוא קבע זאת במפורש בחוק... למשל, בחוק הירושה, סעיפים 42(ג), הדן ביורש אחר יורש ו־57(3), הדן במזונות מן העיזבון, ובסעיף 78 לפקודת הנזיקין, הדן בזכותם של תלויים לפיצויים עקב מות מפרנס".

[78] ראה שם.

[79] ט' שטרסברג־כהן, "מעמד העובר במשפט הישראלי", רפואה ומשפט 28(2003), 8, 10. וראה גם: א' בן דרור, אימוץ ופונדקאות, תל אביב תשנ"ד, עמ' 333–342.

[80] סעיף 39 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. וראה ע"א 413/80 (לעיל, הערה 76), פסקה 7: "בקשר לתפקידו של האפוטרופוס שנתמנה על עובר, ניתן ללמוד מן האמור בסעיף 39 לחוק הכשרות, כי עליו לדאוג לאותם עניינים שנמסרו לו על ידי בית המשפט; הא ותו לא. הווה אומר, אין לו תפקידים בסיסיים וכלליים, הקיימים בכל עת, גם ללא הוראה מפורשת ומפורטת של בית המשפט, כפי שנקבע למשל בסעיף 38 לגבי תפקידי האפוטרופוס לקטין או לפסול־דין".

[81] על מעמדו של העובר במשפט העברי, ראה נ' רקובר, אוצר המשפט, חלק א, עמ' 305, וחלק ב, עמ' 305.

[82] יבמות סז ע"ב; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף א.

[83] וראה שו"ת שאילת דוד, אבן העזר, סימן ל, ד"ה עתה שנתבאר, לעניין פיצוי העובר על שימוש שנעשה בנכסי העיזבון.

[84] שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שעא (הובא בבית יוסף, חו"מ, סימן רפט, סעיף א).

[85] על "לקתה מדת הדין", ראה נ' רקובר, סודו של המשפט העברי, ירושלים תשע"ט, עמ' 579–580.

הילודים ליטול חלקם... מעמידין אפטרופוס לעובר, ליטול את חלקו, עד שנדע אם זכר אם נקבה"[86].

תקדימים למינוי אפוטרופוס לעובר לשם הגנה על זכויותיו העתידיות למזונות, מצויים בספרות השו"ת ובפסיקת בתי הדין הרבניים בישראל[87].

פרק שביעי

סיכום

סעיף 33 מסמיך את בית המשפט למנות אפוטרופוס. כפי שראינו, זו עמדת המשפט העברי. ברם, בעוד שלפי החוק רק בית המשפט הוא המוסמך למנות אפוטרופוס, במשפט העברי גם המוריש יכול למנות אפוטרופוס ליורש.

לפי החוק, בית המשפט מוסמך למנות אפוטרופוס גם למי שהוריו חיים, אם אינם מסוגלים לטפל בו. ראינו שכך הוא הדין במשפט העברי.

סעיף קטן (3) קובע שבית המשפט יכול למנות אפוטרופוס גם לפסול דין. ראינו שהוא הדין לפי המשפט העברי.

סעיף קטן (4) קובע שאפשר למנות אפוטרופוס למי שאינו מסוגל לדאוג לענייניו, אף על פי שהוא אינו פסול דין. בעניין זה נקבע בפסיקה שלאור הפגיעה שיש בסעיף זה באוטונומיה של האדם, יש צורך בזהירות רבה בטרם יעשה בו שימוש. במשפט העברי, ראינו שהתלמוד אומר שאין בית הדין מעמיד אפוטרופוס לגדולים, ונחלקו הראשונים, האם משמעות הדבר היא שבית הדין מנוע מלהעמיד אפוטרופוס, או שאין בית הדין מחוייב בכך, אבל אם ראה צורך בכך, בית הדין מוסמך למנות אפוטרופוס. ויש דעה שלישית, לפיה בית הדין מומסך למנות אפוטרופוס, אבל היורש יכול להתנגד למינוי. בשולחן ערוך לא נפסקה הלכה בזה.

סעיף קטן (6) קובע שאפשר למנות אפוטרופוס לעובר. קביעה זו פורשה בפסיקה כמינוי להגנת הזכויות העתידיות של העובר, כגון זכויותיו בירושה. ראינו שפרשנות זו תואמת את עמדת המשפט העברי, לפיה אין למנות אפוטרופוס לעובר, אלא רק לדאגה לזכויותיו העתידיות.

[86] אשר לטענת האֵם שמא תאומים בבטנה, כותב הרשב"א שאין להפקיד בידי האפוטרופוס חלק גדול מזה של כל אחד מן האחים בעיזבון שמא תלד תאומים, כי "לתאומים לא חיישינן, מיעוטא דמיעוטא הוא, ולא חיישינן להו כלל".

[87] ראה למשל: תשב"ץ, חלק ב, סימן יט, ד"ה ואל תתמה; בית הדין הרבני האזורי בנתניה, תיק 8341-21-1. אבל אמירה נעימה תנינא, חלק א, מאמר צג, כותב שאין ממנים אפוטרופוס על עובר. הוא מביא ראיה משו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן קכט, המובא בבית יוסף, חו"מ, סימן רנ, סעיף יז, האומר ששכיב מרע שמינה אפוטרופוס על בנו העובר, יש לו דין אפוטרופוס כי דעתו של אדם קרובה אצל בנו, משמע שללא נימוק זה, אין ממנים אפוטרופוס על עובר.

פרק שמיני

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

אימתי ימונה אפוטרופוס

33. (א) בית המשפט או מוריש רשאי למנות אפוטרופוס –

(1) לקטין ששני הוריו מתו או שהוכרזו פסולי־דין או שהאפוטרופסות לקטין נשללה מהם לפי סעיף 27, או הוגבלה לפי סעיף 29 או שהם אינם מסוגלים למלא כלפי הקטין את חובותיהם לפי הפרק השני או שהם נמנעים, ללא סיבה סבירה, מלמלא את חובותיהם האמורות, כולן או מקצתן;

(2) לקטין – בנסיבות האמורות בסעיף 28 או בסעיף 29;

(3) לפסולי־דין;

(4) לאדם אחר שאינו יכול, דרך קבע או דרך ארעי, לדאוג לענייניו, כולם או מקצתם, ואין מי שמוסמך ומוכן לדאוג להם במקומו;

(5) לאדם שאין עדיין אפשרות לזהותו;

(6) לעובר.

(ב) בקשה למינוי אפוטרופוס לאדם יכול שתוגש בידי בן זוגו או קרובו או בידי היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו.

סעיף 34

מי יכול להתמנות כאפוטרופוס

מי יכול להתמנות כאפוטרופוס

34. יכול להתמנות אפוטרופוס אחד מאלה:

(1) יחיד;

(2) תאגיד;

(3) האפוטרופוס הכללי;

(4) ועדת אפוטרופסות לנפגעי השואה לגבי נפגעי השואה שהרכבה:

(1) נציג משרד הבריאות;

(2) נציג גוף המטפל בעניני נפגעי השואה.

מינה בית המשפט תאגיד להיות אפוטרופוס, רשאי הוא לקבוע יחיד שיבצע את תפקידי האפוטרופוס מטעם התאגיד.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 39

פרק שני: יחיד – ס"ק (1) 39

א. אפוטרופוס הממונה על ידי בית הדין 39

1. דרישות הנוגעות לאופיו של מועמד 39
2. צעיר 40
3. אישה 41
4. "עם הארץ" 46
5. קרוב של אחד מן הדיינים בהרכב הממנה 47

ב. אפוטרופוס הממונה על ידי אביו של החסוי 48

ג. אפוטרופוס למעשה 50

פרק שלישי: תאגיד – ס"ק (2) 51

פרק רביעי: האפוטרופוס הכללי 52

פרק חמישי: בית הדין 54

פרק שישי: סיכום 56

פרק שביעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 56

פרק ראשון

מבוא

סעיף 34 מונה את הגופים הכשרים להתמנות לאפוטרופוס, והם: יחיד; תאגיד; האפוטרופוס הכללי; ולגבי נפגעי שואה גם ועדת האפוטרופסות לנפגעי שואה. אדם יחיד הוא האפוטרופוס הקלאסי, הן בימים עברו והן בימינו אנו. סעיף זה מוסיף שגם תאגיד וגם האפוטרופוס הכללי יכולים לשמש כאפוטרופסים.

לגבי יחיד, אין הסעיף קובע תנאי סף לכשירות להתמנות, אלא כל יחיד שבית המשפט מוצא אותו ראוי לכך יכול שיהיה אפוטרופוס. להלן נבחן האם הוראה זו תואמת את עמדת המשפט העברי[1].

בתאגיד ובאפוטרופוס הכללי נדון להלן, בפרקים שלישי ורביעי.

פרק שני

יחיד – ס"ק (1)

א. אפוטרופוס הממונה על ידי בית הדין

1. דרישות הנוגעות לאופיו של מועמד

לפי השולחן ערוך[2], בית הדין ממנה כאפוטרופוס רק "אדם נאמן, ואיש חיל, ויודע להפך

[1] בדברי ההסבר לסעיף 141 להצעת חוק היחיד והמשפחה (המקביל לסעיף שבפנינו), שנתפרסמה על ידי משרד המשפטים בשנת 1955, נאמר שגישת המחוקק אינה מתאימה לגישה העולה מחוקים זרים, הפוסלים מראש סוגים שונים של בני אדם מהיות אפוטרופסים, אלא היא מתאימה לגישת המשפט העברי שאין בה הגבלות על הכשירים להתמנות אפוטרופסים. ברם, כפי שיבואר להלן, לכתחילה יש תנאי כשירות אחדים למינוי, גם במשפט העברי.

[2] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף ב. מקורו ברמב"ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ו. ראה גם: בשערי בית הדין, חלק ב, עמ' 38.

בעלי מקצוע בזוי: במסכת דרך ארץ זוטא, פרק י, אומר ר' יוסי: "הגרע [=מקיז דם] והבורסקי [=מעבד עורות] והבנאי – אין מעמידין מהם פרנס על הצבור ואין מעמידין מהם אפוטרופוס". שם לא מובהר הטעם לכך שר' יוסי פסל את בעלי המקצועות הללו מלשמש כאפוטרופסים. אולם אפשר לשער את הסיבה לכך, על פי ברייתא בקידושין פב ע"א, האומרת: "והגרע והבלן והבורסקי – אין מעמידים מהם לא מלך ולא כהן גדול. מאי טעמא [=מהו הטעם]? לא משום דפסילי [=שהם פסולים], אלא משום דזיל אומנותיהו [=שאומנותם בזויה]". עוד נאמר בברייתא המובאת שם: "עשרה דברים נאמרו בגרע: מהלך על צידו, ורוחו גסה, ונתלה ויושב, ועינו צרה, ועינו רעה, אוכל הרבה, ומוציא קמעא, וחשוד על העריות ועל הגזל ועל שפיכות דמים". אם כן, מסתבר שבעלי אומנויות אלו נחשבו בעבר כאנשים בעלי אופי רע ובעלי אומנות בזויה. אך מובן שביזוי מלאכה מסויימת הוא תלוי זמן ומקום (לדעת תשב"ץ, חלק א, סימן טז, ושו"ת חיים שאל, חלק א, סימן פז, אות ה, תחילת הברייתא שם "כל שעסקיו עם הנשים סורו רע" מתייחסת גם

בזכות היתומים, וטוען טענתם, ויש לו כח בעסקי העולם כדי לשמור הנכסים ולהרויח בהם״. כלומר, על הנאמן להיות אדם אמין [=נאמן], היודע לעמוד בפני לחצים [=איש חיל], המסוגל להגן היטב על זכויות הנהנים [=יודע להפך בזכות היתומים], והמוכר כאדם מנוסה ובקי בעסקים [=שיש לו כוח בעסקי העולם].

2. צעיר

אין ממנים קטין כאפוטרופוס[3]. הסיבה לכך היא, שקיים חשש שחסר לו שיקול הדעת הנצרך לשם ניהול נכסי היתומים כראוי[4].

אדם נחשב כבוגר לפי ההלכה כבר בהגיעו לגיל שלוש עשרה שנים ויום אחד. אולם הריב״ש[5] דן במינויו של בן שמונה עשרה שנים לאפוטרופוס, ולאחר סקירת המקורות שמהם עולה שבחור בגיל כזה אינו בקי במשא ומתן בדרך כלל, הוא מסיים: ״נראה לי, שהיה עולבנא דדייני למנות רך בשנים כזה, שלא הורגל לפקח ולהתעסק ולישא וליתן. שהרי אין בו התנאים שראויים להיות במי שבית דין ממנין אותו אפטרופוס על היתומים... איש חיל, ויודע להפך

לגרע, בלן ובורסקי, ואם כן יש סיבה נוספת לפסלם; אבל יד רמה, קידושין שם, וכסף משנה, הלכות מלכים, פרק א, הלכה ו, כתבו שהללו אין עסקיהם עם נשים). על כל פנים, מדברי הברייתא שבבבלי עולה, בניגוד לדברי ר׳ יוסי שבמסכת דרך ארץ, שאנשים אלו לא נפסלו מלשמש כאפוטרופסים, אלא נפסלו רק מלשמש בכהונת מלך או כהן גדול.

מספר לשון הרע: בספר דרש אברהם, חלק ב, פרשת מסעי, דף קא ע״ד (הובא בספר החפץ חיים (פלאג׳י), סימן נח, אות פו, ובתנופה חיים, פרשת וישב, אות יג, דף מד ע״ג), פסל גם את המספר לשון הרע מלשמש כאפוטרופוס, וכן פסל לתפקיד זה את מי שהוא מ״קטני אמנה״, עצבני, רגזן וממהר לדבר קשות. ואף שספר זה אינו ספר הלכה, נראה שראוי שיתן בית המשפט את דעתו לתכונות אלה בעת מינוי האפוטרופוס.

זקן: בשו״ת מהר״ם פדואה, סימן מד, שאלה יא, מצדד בפיטוריו של אפוטרופוס ״זקן, ורואים שיצא מדעתו״. מדבריו משמע, שזקן שאין רואים בו כך, אין לפטרו. על כל פנים, נראה שבהתקיים התנאים המצדיקים את פיטוריו של הזקן מתפקידו כאפוטרופוס, וודאי שאין למנותו לתפקיד זה לכתחילה.

אסיר ורועה: צדקה חיים, דרוש י, דף לד ע״א, כותב שדבר מגונה הוא למנות כאפוטרופוס מי שחבוש בבית האסורים או רועה.

[3] גיטין נב ע״א. כך פסקו: רמב״ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ו; שולחן ערוך, חו״מ, סימן רצ, סעיף א; בשערי בית הדין, חלק א, עמ׳ 19.

בתוספתא, תרומות, פרק א, הלכה יג (הלכה יא במהד׳ ליברמן), ובבא בתרא, פרק ח, הלכה ד (הלכה יז במהד׳ ליברמן), נאמר רק שאין בית דין ממנים נשים ועבדים כאפוטרופסים, אך לא נאמר שאין ממנים קטנים כאפוטרופסים. ראה בעניין זה גם: הגהות הב״ח, על הרי״ף, גיטין כו ע״א (בדפי הרי״ף), אות ח; חזון יחזקאל, על התוספתא, בבא בתרא, פרק ח, הלכה ד.

שו״ת הריב״ש, סימן כ, כותב שמי שלא הביא שתי שערות, גם אם הוא גדול בשנים, אין בית דין ממנה אותו אפוטרופוס, אף אם הוא חריף ביותר.

שו״ת מהרשד״ם, חו״מ, סימן מו, מדגיש שאפשר להעמיד גדול ובר דעת כאפוטרופוס גם אם יש מועמד אחר שגדול ממנו בשנים, כפי שכתב שו״ת הריב״ש, סימן שכד: ״הכל תלוי באמונת האיש וביושר מדותיו״.

צדקה חיים, דרוש י, דף לב ע״א, מציין שכך כתב גם שו״ת משפט צדק, חלק ב, סימן סט. אבל צדקה חיים, דף לה ע״א, כותב שזה רק אם כבר מינו אותו, אבל קודם המינוי, משתדלים למנות את הגדול ביותר.

חרש ושוטה: צדקה חיים, דרוש י, דף לא ע״ד, כותב שאין למנות שוטה (ראה גם הערה 2, על זקן שהשתטה). נראה שכך הדין גם בחרש (שאינו שומע ואינו מדבר), שנחשב במשפט העברי כחסר דעת.

[4] שו״ת מהרשד״ם, חו״מ, סימן מו, מנמק שאין לקטן דעת לשאת ולתת.

[5] שו״ת הריב״ש, סימן כ.

אבל צדקה חיים, דרוש י, דף לה ע״ב, כותב שאם הוא חכם, אפשר למנותו גם אם הוא רך בשנים.

בזכות היתומים, וטוען טענתם, ויש לו כוח בעסקי העולם כדי לשמור נכסיהם ולהרוויח בהן... ואין ספק שאין בזה הבחור כל המידות האלו".

בעקבות דבריו, קובע הרב עוזיאל[6] שממנים רק מי שהגיע לגיל עשרים.

3. אישה

בתוספתא נקבע: "אין בית דין עושין אפיטרופין נשים ועבדים"[7], וכך גם נפסק להלכה[8].

לדעת רש"י[9], הסיבה לכך שבית דין אינו ממנה נשים כאפוטרופוסיות היא ש"אין דרכן לצאת ולבא ולטרוח"[10]. מהסבר זה למד הב"ח[11] שאישה כשרה לשמש כאפוטרופוס אם היא "נותנת ונושאת בטוב... כמו שנמצא לפעמים, אף יותר מאיש"[12].

[6] שו"ת פסקי עוזיאל בשאלות הזמן, סימן מב, ד"ה ג' בגרות.

[7] תוספתא (לעיל, הערה 3). לשון דומה נמצאת בברייתא בגיטין נב ע"א.

[8] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ו; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף ב.

[9] רש"י, גיטין נב ע"א, ד"ה נשים.

[10] זה הטעם גם לפי הרמב"ם שם (לפי הבנת ב"ח, חו"מ, סימן רצ, סעיף ג); חידושי הרשב"א, גיטין נב ע"א: אינה זריזה להשתדל בתקנתן של נכסים; שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רפה: סתם אישה אינה יודעת לפקח בנכסים כראוי; שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן קצז: אישה אינה בקיאה לפקח על עסקי היתומים; תשב"ץ, חלק ב, סימן קפח: חזקה שאין מעשיה מתוקנים; ר' צמח בן שלמה, בשו"ת יכין ובועז, חלק א, סימן קלו: מפני שמעשיה אינם מתוקנים ואין בה המידות שמונה הרמב"ם שאפוטרופוס צריך.

שו"ת מהר"ם מינץ, סימן מא (עמ' קסט), מסביר את דברי רש"י, שאין דרכן של נשים לצאת ולבוא מפני שהן עצלניות. גם שו"ת כתב סופר, חו"מ, סימן כב, צירף את העצלנות לישיבה בבית.

עקרון זה אומר רש"י, בבא מציעא קח ע"ב (ד"ה לאשה), בעניין אחר: מה שאישה קונה, אינה בדין מצרנות, מפני שאין "אורח ארעא" שתלך לחפש קרקע לקנות, ולכן מה שבא לידה ראשון, אין לסלקה ממנו.

ר' יצחק בוקובסקי, "אשה שמינוה ערכאות לאפוטרופוס", דרכי הוראה, כרך ה (ניסן תשס"ו), עמ' קנב, מעלה שתי אפשרויות להבין את איסור מינוי אישה מצד חוסר מקצועיותה, שעלול לגרום הפסד לנכסי היתומים: (א) עצם הרצון למנוע הפסד מהיתומים, (ב) הרצון למנוע מצב שבית הדין יגרום להפסד ליתומים, ואנשים יוציא לעז על בית הדין (סברה דומה נראה בסעיף 61, כנימוק לסילוק אפוטרופוס שמינה בית דין ויש לגביו חשדות). הוא נוטה לאפשרות השנייה, מפני שלא מצאנו שבית דין יכול לאשר מינוי אישה באופן חריג, והרי לפי האפשרות הראשונה, בית דין יכול לאשר באופן חריג מינוי שבדרך כלל יש בו חשש הפסד אם נראה לבית דין שיש בכך רווח ליתומים, מה שאינו כן לאפשרות השנייה. הוא מוסיף (בעמ' קנג) שבכך מובן מדוע אבי היתומים יכול למנות אישה (כאמור להלן, ליד ציון הערה 34) – מפני שהאיסור הוא רק משום הרצון לשמור על שמו הטוב של בית הדין.

[11] ב"ח, שם.

[12] כמו כן, ר' יצחק בוקובסקי, שם, עמ' קנד, כותב שלפי הרשב"א (ליד ציון הערה 15), שמתיר למנות אישה שאבי היתומים הראה שהוא סומך עליה, מותר למנות כל אישה שידוע לנו שהיא בקיאה במשא ומתן. אבל הוא כותב שלא די שתדע משא ומתן כאדם רגיל, אלא ממנים רק מומחית, שהרי בכל ענייני משא ומתן יש חשש הפסד, וביתומים מקפידים שיהיה קרוב לשכר ורחוק להפסד, ובסתם אשה יש חשש הפסד, וכדי להפקיע הנחה זו צריכה להיות בקיאה באופן שהיא קרובה לשכר באופן ניכר. הוא מוסיף לנמק (בעמ' קנו) שאפשר למנות אשה מומחית, לפי ההסבר (ראה בשמו בהערה 10) שהטעם שאין למנות אישה הוא מחשש שתגרום הפסד, ונמצא שיצאה תקלה מידי בית הדין, והרי במומחית, גם אם תגרום הפסד, זה לא ייחשב מכשול של בית דין (נראה שכוונתו היא, שבית הדין נחשב אנוס, כי לא היה צריך לצפות שמומחית תגרום הפסד, מעין ההלכה בבבא קמא צט ע"ב, שמומחה שטעה נחשב אנוס). וזו מסקנתו להלכה.

אבל שו"ת הסבא קדישא, חלק א, חו"מ, סימן לב (ד"ה ועמו הסליחה), חולק על פרשנות הב"ח לדברי רש"י, משום שלדעתו, מה ש"אין דרכן לצאת ולבוא", אינו משום שזהו רצונן של הנשים, אלא "משום דמן הדין אינן יכולות לצאת ולבוא ולטרוח, ולכן אין דרכן כן". וראה עוד בדבריו שם, שמאריך בחובתה של

אבל מדברי הטור למד הב״ח שלדעתו, הסיבה לפסול אישה מלשמש כאפוטרופוס היא שהיא מוחזקת כחשודה על העבירות[13], ולכן היא פסולה גם אם היא בקיאה במשא ובמתן[14].

אישה להישאר בביתה, כדי למנעה מפריצות ומהכשלת גברים בהרהורי עברה. לפי הסברו, מאחר שזהו הדין, והדין לא השתנה, אין סיבה לקבוע, גם לשיטתו של רש״י, שכיום נשים תהיינה כשרות לשמש כאפוטרופוסיות. אבל נראה שזו פרשנות דחוקה בדבריו של רש״י, משום שלפי דבריו, היה על רש״י לכתוב ״שאין רשאיות לצאת ולבוא״, או לפחות ״שאין יכולות״, ולא ״שאין דרכן״.

הסבא קדישא כותב שגם תשב״ץ, חלק ב, סימן קפח (שהבאנו לעיל, הערה 10), שנימק מפני שחזקתן שאין מעשיהן מתוקנים, מתכוון לומר, שהיות שאינן יכולות לצאת ולבוא וצריכות להישאר בבית, מעשיהן אינם מתוקנים (מבחינה מסחרית) ויש הפסד לנכסים. הוא מקשר זאת לדברי הרמב״ם, הלכות מלכים, פרק א, הלכה ה, שאין ממנים אישה לשום מינוי על הציבור, ומסיק מכך שאסור לבחור נשים ל״וועד הלאומי״ – שעל כך נשאל. את הקושי מהדין (להלן, ליד ציון הערה 33) שאם מינה אותה האב היא יכולה לשמש כאפוטרופוס, הוא מיישב בכך שאז היא צריכה לנהל את העניינים מירכתי ביתה; כנראה, דעתו היא שאסור לבית דין למנות אישה כאפוטרופוס גם על תנאי שתתפקד מתוך ביתה, מפני שבדרך כלל אישה אינה מתמצאת בענייני משא ומתן, כיוון שלשם כך צריך לצאת מהבית, ורק אם האב בחר בה בכל זאת, מתוך נכונות להסתכן, הוא יכול.

יש להדגיש, שאף לדברי הב״ח, אישה כשרה לשמש כאפוטרופוס רק אם היא עומדת בתנאי הכשרות האחרים לכך. אבל אישה שאינה יודעת את כל ההלכות הנוגעות לחובותיו של האפוטרופוס ולסמכויותיו פסולה מלשמש כאפוטרופוס, כפי שגבר שאינו יודע הלכות אלו פסול מלשמש בתפקיד זה; ראה להלן, אחרי ציון הערה 23.

[13] ב״ח, לעיל הערה 10 (על סמך טור, חו״מ, סימן רצ, סעיף ג). כמו כן, תשב״ץ, חלק ב, סימן קפט, ושו״ת יכין ובועז, חלק ב, סימן מז, נימקו שאישה אינה נאמנת.

אבל שו״ת צרור הכסף, חו״מ, סימן כז (פט ע״ב), מקשה על הב״ח, אם אישה חשודה, מדוע מכריזים על אבידתה, הרי על אבידת עם הארץ אין מכריזים מפני שהוא חשוד (פסחים מט ע״ב), ועוד, שצריכים לנהוג באישה הדברים שנוהגים בעם הארץ, שנזכרו בפסחים מט ע״ב, כיוון ששניהם חשודים. והוא מקשה עוד על הב״ח, שהבנתו בדעת הטור אינה מתיישבת עם לשון הטור, שהרי בקטן שנזכר יחד עם אישה אין לומר טעם זה. שו״ת הסבא קדישא, חלק א, חו״מ, סימן לב (עמ׳ קנב), מקשה על הב״ח, שמבואר בתלמוד בכמה מקומות שאינן חשודות. לגבי התשב״ץ יש להעיר שהוא עצמו נקט בסימן קפח כטעם הראשון.

גם את הטיעון שנשים חשודות לעשות עברות, אפשר לתלות בשינויי העיתים. בתקופת קדומות, הייתה השכלתן התורנית של נשים דלה, ומשום כך הן היו חשודות על עברות, מאחר שלא ידעו מה מותר ומה אסור. במצב זה, עלולה אישה אפוטרופסית להתיר לעצמה ליהנות מנכסי היתומים בשכר עמלה, ולא תדע שאין היא רשאית לעשות כן. נימוק זה אינו קיים בזמן שנשים יודעות הלכות.

פוסקים אחרים ניסו לתלות פגמים אחרים באישה, המצדיקים את פסילתה מלשמש כאפוטרופוס. בספר שם בצלאל, סימן כה (ד״ה ואם היתה, ובד״ה והיינו), מסיק ממקורות שונים שיש פגם במהימנותן של נשים, ולכן נפסלו מלשמש כאפוטרופוסיות. ר׳ חיים פלאג׳י, בספרו החפץ חיים, סימן נח, אות ו, ובספרו צדקה חיים, דרוש י, דף לא ע״ד, סבור שהיות שנשים דעתן קלה (שבת לג ע״ב), פסלו אותן חכמים מלשמש כאפוטרופוס.

נימוק אפשרי נוסף הוא שאישה נשואה נתונה להשפעת בעלה, והוא עלול להשפיע עליה למעול בנכסי היתומים, ולפחות לצמצם את הזמן שהיא מקדישה ליתומים. רמז לטעם זה יש בדברי התשב״ץ, שנביא בסעיף 61, עמ׳ 324, שגם אם אבי היתומים מינה את אשתו להיות אפוטרופוס אחרי מותו, מסלקים אותה אם היא נישאת לאדם אחר; אלא ששם יש רגישות מיוחדת, שהיא כאילו בוגדת בו כשהיא נישאת לאחר, ויש להניח שלא מינה אותה על דעת כן. דבר דומה אומר שו״ת הסבא קדישא, חלק א, חו״מ, סימן לב: הטעם הוא שאישה אינה יכולה להתעסק בשום עסק, מפני שהיא משועבדת לבעלה וצריכה להתעסק רק בעסקיו, ומטעם זה אישה פטורה ממצוות עשה שהזמן גרמא, וגם בפנויה הדין כך משום ״לא פלוג רבנן״. גם שו״ת הרדב״ז, חלק ג, סימן תתצא (תנ), כותב שבהיות אישה משועבדת לבעלה, אינה יכולה להשתדל בנכסי היתומים. השופט ח׳ כהן, ע״א 897/75 וסטצ׳סטר בע״מ נ׳ קורן, פ״ד לא(1) עמ׳ 660, מציין שגם

הפוסקים סייגו הלכה זו בדרכים שונות. לדעת הרשב״א, אם אישה ניהלה את נכסיו של האב בחייו, בית הדין רשאי למנות אותה כאפוטרופוס אחרי מותו, מפני שהאב הראה שהוא סומך עליה[15]. ר׳ שמעון בן צמח נתן תוקף למינוי אישה כאפוטרופוס אם ערכאות הנכרים מינו אותה לתפקידה[16]. ר׳ משה מינץ קבע שאם חלק מן הנכסים שעומדים לניהול שייך לאישה, אפשר למנות אותה לאפוטרופוס[17].

בימינו, שהחוק מכיר בשוויון המינים, טבע האדם אינו משתנה, ונשים מושפעות על ידי בעליהן, במידה רבה או מעטה. נימוק זה טוב גם לרווקה, שכן ייתכן שתינשא תוך משך מינוֶיהָ. אגב, ייתכן שזה הטעם לפסול אישה לעדות: חשש שבעלה (או בעלה לעתיד) ילחץ עליה להעיד שקר.

[14] וכך פסק ב״ח, חו״מ, סימן רצ, סעיף ג, במסקנתו (אפילו אֵם היתומים). כך פסקו גם: שו״ת כתב סופר, חו״מ, סימן כב; שו״ת הסבא קדישא, חלק א, חו״מ, סימן לב (עמ׳ קנג). כך עולה גם משו״ת הריב״ש, סימן תצה, העוסק באלמנה שידעה בטיב משא ומתן בנכסי הבית, ובכל זאת פסל אותה מלהיות אפוטרופוס, על אף שהיו עוד נימוקים לטובתה: הקרובים מצד האב ביקשו להעמיד אותה; בנה היה חביב עליה מכל אדם; וגם נשבעה שלא תינשא לאחר. אך הרב עוזיאל חולק; ראה ליד ציון הערה 18.

יש להעיר, שההוכחות של הב״ח והכתב סופר אינן מובנות: הב״ח הוכיח מן הסוגיה בכתובות פח ע״ב שבשום מקרה אין בית דין מעמידים אישה, וזאת אף שמדובר באישה שהיתה אפוטרופוס בחיי הבעל ובכך הוכיחה בקיאות במשא ומתן (כך הסביר י״ק ריינין, ״מינוי אישה לאפוטרופא״, מחקרי משפט ד (תשמ״ו), עמ׳ 192, את הראיה). אך האמת היא שלא נאמר בסוגיה שם שאין בית דין מעמידים אותה, ועוד, שהעובדה ששימשה כאפוטרופוס אינה מוכיחה שמילאה את תפקידה כראוי. עוד הוכיח מתוספות, כתובות פח ע״ב (ד״ה קמיפלגי), שכתבו ש״מן הדין״ אין מעמידין אישה כאפוטרופוס; אבל הם לא דיברו בפירוש על אישה שיודעת לשאת ולתת (מה עוד, שבלשון התוספות, במקום ״וכאן אנו רואין דמן הדין אין מעמידין״, הגיהו בנין יחזקאל, כתובות שם, וריינין, שם, עמ׳ 177, הערה 59, שצריך לומר ״וכך אנו רוצין״, ולפי זה, לא התכוונו תוספות להדגיש את חומרת הדין, אלא להסביר מדוע לא איכפת לנו שתימנע מלמנות את עצמה; ולפי אמרי בינה, כתובות שם, כוונת תוספות היא שבכלל לא מועיל שאישה תמנה את עצמה לאפוטרופוס, ולא התכוונו להדגיש את חומרת הדין, שאין בית דין מעמיד אישה). הוכחת כתב סופר היא שאין לומר שהברייתא הפוסלת אישה לאפוטרופוס מדברת רק באישה שאינה יודעת במשא ומתן, שהרי הדין כך גם באיש, ומכאן שהברייתא באה לפסול גם אישה היודעת במשא ומתן; אבל יש דחייה פשוטה לראיה זו: שהברייתא מתכוונת לומר שסתם אישה אינה יודעת במשא ומתן, לעומת סתם איש, ולכן בית דין לא ישקול מינוי אישה בסתם, אבל אין ללמוד מכאן לפסול כל אישה. אפשר שהוכחתו היא מכוח דברי הרמב״ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ו, שגם באיש, צריך בית הדין לבדוק האם ״יש לו כח בעסקי העולם כדי לשמור נכסים ולהרויח בהם״, כך שאין לומר שהברייתא באה ללמד מה דין סתם איש וסתם אישה, כיוון שאין מסתמכים על מצבו הסתמי של האיש אלא בודקים את ידיעתו.

כתב סופר שם נימק, שהיות שרוב נשים אינן בקיאות במשא ומתן, יש לחשוש שגם אישה זו לא תמלא את תפקידה כנדרש מאפוטרופוס, ואולי אף תחזור למצבן של רוב הנשים. שו״ת הסבא קדישא שם מנמק, שטעמו הנ״ל (לעיל, הערה 12), שאין לאישה לצאת מביתה, שייך גם באישה הבקיאה במשא ומתן.

ריינין, שם, עמ׳ 195–197, סבור שדברי מהר״ם מינץ (להלן, ליד ציון הערה 17), שממנים אישה שיש לה חלק בנכסים, נוגדים לגישת הב״ח וכתב סופר, שאין ממנים אותה גם במקום שהטעם אינו קיים. אפשר להשיב על דבריו, שרק כאן האישה פסולה משום ״לא פלוג רבנן״, כיוון שהדיון הוא באישיותה הסובייקטיבית של אישה מסויימת, ואילו אישה שיש לה חלק בנכסים היא קטיגוריה נפרדת באופן אובייקטיבי.

[15] חידושי הרשב״א, גיטין נב ע״א. נרחיב בהלכה זו בדיוננו בסעיף 64, עמ׳ 345.

[16] תשב״ץ, חלק ב, סימן קפח וסימן קצא, כותב שאם הערכאות מינו אישה כאפוטרופסית, דינה כאפוטרופוס שמינוהו בית דין, מטעם ״דינא דמלכותא דינא״. הוא נוקט שבנידונו אף לכתחילה היו רשאים לפנות לערכאות הגוים כדי שיעמידו אותה אפוטרופוס, אף שבדרך כלל אסור לדון לפניהם, מפני שהיו בנכסים חובות על ישמעאלים ולא היה אפשר לגבותם אלא באפוטרופוס שממונה בערכאותיהם, ולכן מותר ללכת בפניהם כדי להציל מידם (אבל נראה שתוקף המינוי אינו מותנה בכך שהיה מותר לפנות אליהם). הוא כותב

שאם ראה בית דין שהאישה מקלקלת את הנכסים ומבזבזת אותם, אפשר לסלקה כדין אפוטרופוס שמקלקל (ראה עמ׳ 317). שו״ת צוף דבש (מועטי), חו״מ, סימן פ, פוסק על פי התשב״ץ, שבנידונו, שטריבונאל נכרי מינה את אשת המת אפוטרופוס על בנה היתום, המינוי תקף, מפני שבזמנו צרפת שלטה בארצו וגזרה שדיני ממונות נידונים בערכאותיהם; והוסיף נימוק מעניין, שהעובדה שהטריבונאל מינה אותה מוכיחה שהם ראו שבזמנים אלו גם אישה יכולה לטפל בנכסים כמו האיש (ראה לעיל, ליד ציון הערה 12, על אישה שיודעת לעסוק בנכסים), ועוד, שאינה עושה כלום אלא בעצת ה״קונסיל די פאמיל״ שמינה הטריבונל.

ר׳ ידידיה גלנטי, בשו״ת מהר״ם גלנטי, סימן קכה, ד״ה בהיות כי (עמ׳ קעח), מקיים אפוטרופסות אישה שנתמנתה על ידי ערכאות הנכרים, מטעם דינא דמלכותא דינא, אך הוא מוסיף לנמק, שמנהג המדינה היה שמי שמתמנה בערכאות הנכרים הוא אפוטרופוס לכל דבר.

השואל בשו״ת הריב״ש, סימן תצה, הציע לומר שגם אם לא מינו אותה הערכאות, הרי אם חוק המדינה קובע שאימם של היתומים היא אפוטרופסית עליהם, יכול בית דין למנות אותה כאפוטרופסית מטעם ״דינא דמלכותא דינא״. הריב״ש דחה את הצעת השואל לומר כך, רק משום שהשואל הסתמך על חוקי השופטים, והריב״ש סבר שאין דינא דמלכותא דינא במשפט המוסלמי שלא נקבע על ידי המלך, אלא שופט אחד אומר כך ושופט אחר אומר ההיפך (יש ארבע אסכולות במשפט המוסלמי, וכל שופט יכול לבחור באחת מהאסכולות ולהכריע על פיה).

כנסת הגדולה, חו״מ, סימן רצ, הגהות הטור, אות טו (הובא בשערי עוזיאל, שער ח, פרק ב, הערה ד), כותב כאילו הריב״ש סותר את דברי ר״מ גלנטי. אבל ר׳ יצחק בוקובסקי, ״אשה שמינוה ערכאות לאפוטרופוס״, דרכי הוראה, כרך ה (ניסן תשס״ו), עמ׳ קנח, מעיר שהריב״ש דיבר רק על המשפט המוסלמי. כנסת הגדולה כותב שגם לפי הריב״ש, אמנם לכתחילה אין ממנים אישה על סמך דינא דמלכותא, אבל אם הערכאות כבר מינו אותה, המינוי תקף. וכך פסק פסקי דין ירושלים, חלק ז, עמ׳ קסח. ר״י בוקובסקי שם (עמ׳ קסא) כותב במסקנתו שהמינוי תקף, על פי מה שהסביר (לעיל, הערה 10) שהטעם שאין למנות אישה הוא מחשש שתגרום הפסד, ונמצא שיצאה תקלה מידי בית הדין, וכאן שהערכאות מינו אותה אין מקום לנימוק הזה, וגם אם בית דין מאשר את מינוייה, אין בזה גנאי לבית הדין, כי לא בית דין הוא זה שמסר לה את נכסי היתומים.

[17] שו״ת מהר״ם מינץ, סימן מא. הוא מנמק, שהטעם שאין למנות אישה הוא החשש שלא תטפל בנכסים כראוי, אבל כאן, היות שיש לה אינטרס ממוני בניהול, בוודאי תטפל בנכסים כראוי. דוגמה אחת לכך היא באישה שטרם גבתה את כתובתה מנכסי בעלה. דוגמה שנייה היא במי שנעדר זמן ניכר, וצריך למנות אפוטרופוס על נכסיו – אם אישה אמורה לרשת אותו, אפשר למנות אותה אפוטרופסית, כיוון שיש לה אינטרס עתידי בנכסים. סמ״ע, סימן רפה, ס״ק לה, כותב כך לעניין הדוגמה השנייה. ריינין, שם, עמ׳ 197, הערה 146, מעיר שלפי סברה זו, אפשר להעמיד אישה כאפוטרופוס ולהתנות שתקבל חלק ברווחים שהיא תפיק מנכסי היתומים, שהרי אז יש לה עניין אישי בניהול טוב של הנכסים (ולמעשה זו קושיה על מהר״ם מינץ: מדוע התלבטו הפוסקים בבעיה שאין מעמידים אישה, והיו מקרים שזה היה רצוי להעמידה, לטובת היתומים, ולא הציעו פתרון זה?). אך ט״ז, חו״מ, סימן רפה, סעיף ט, כותב שאין לסמוך על דברי הסמ״ע למעשה. שערי עוזיאל, חלק א, שער ח, פרק ב, אות ג, כותב שגם במקרה זה טוב יותר לצרף אליה איש כאפוטרופוס.

מהר״ם מינץ נוקט את הנימוק (לעיל, הערה 10) שאין מעמידים אישה כאפוטרופוס מפני שהיא עצלנית, ולפי נימוק זה צודקת מסקנתו שאם יש לה חלק בנכסים, לא תתעצל. אבל לפי הנימוק שאינה יודעת בטיב משא ומתן, לכאורה גם אם יש לה חלק בנכסים, עדיין אין לה כישרון למשא ומתן. גם הטעם שאינה נאמנת קיים גם אם יש לה חלק בנכסים, וביתר שאת.

דעה חולקת: ר׳ צמח בן שלמה, בשו״ת יכין ובועז, חלק א, סימן קלו, סבור שאם זו אישה שטרם גבתה את כתובתה, אין למנותה אפוטרופסית, מחשש שתנהל את הנכסים באופן שיפגע ביתומים, כדי להיטיב את סיכוייה בגביית הכתובה מהנכסים (ואין נימוקו מובן). דבריו הובאו (תוך הסכמה) בבית יוסף, חו״מ, סימן רצ, סעיף ג, בשו״ת מהרשד״ם, חו״מ, סימן שלט, בשו״ת מהרש״ך, חלק ב, סימן עז (מח ע״א), בשו״ת מהר״ם גאויזון, סימן טז (עמ׳ סז), ובשו״ת קרני ראם (אנקאווא), אהע״ז, סימן קצב. ריינין, שם, עמ׳ 196, הערה 142, סבור שיש הבדל בין שני המקרים: באלמנה שטרם גבתה את הכתובה יש ניגוד אינטרסים, מה שאין כן במקרה של מהר״ם מינץ (ואין זה מובן, שהרי יש לכולם אינטרס משותף שהנכסים ישביחו, ואם

הרב עוזיאל פסק שמותר למנות אישה כאפוטרופוס ליתומים, אם ידוע שהאישה מסוגלת לנהל היטב את נכסי היתומים[18].

חושדים שהיא תגנוב מהנכסים לטובת כתובתה, הרי בכל אפוטרופוס אפשר לחשוד). שו״ת הריב״ש, סימן תצה, כותב שבהעמדת האֵם כאפוטרופוס יש בעיה שאין מורידים קרוב לנכסי קטן (בבא מציעא לט ע״ב), שמא כעבור זמן ישתכח שהורידו את הקרוב לנכסים ויטען שהוא ירש את הנכסים מחמת קורבה, וגם אמו של הקטן עלולה לטעון שהנכסים היו נכסי מלוג שלה, וכולם יאמינו לה, והקטן לא יתעורר מעצמו לטעון דבר שלא ידע; אבל הוא כותב שחשש זה אינו שייך במיטלטלין, ולא במצב שכולם סמוכים על שולחן אחד.

יש להעיר, שמלבד חישובים אלו, יש שיקולים אחדים להעדיף מינוי אֵם היתומים על פני נשים אחרות: היתומים כמעט תמיד אצלה, ולכן היא תיחשב אפוטרופוס למעשה בתנאים מסוימים (וראה להלן, הערה 43, בעניין אפוטרופוס למעשה, שיש הקלות לגבי האֵם לעומת אדם אחר); היא אוהבת את הבן; בזמננו אישה נחשבת נושאת ונותנת בחיי הבעל, ויש לצרף לכך את סברת חידושי הרשב״א, גיטין נב ע״א, שאם האב נתן אימון באשה בחייו, בית דין יכול למנותה (לעיל, הערה 15), כמו שאומר שו״ת דבר אליהו (לרמן), סימן פב. וראה ריינין, שם, עמ׳ 188, הערה 109, שמצביע על מגמה של פוסקים אחדים להעדיף אלמנה, ומציע הסברים לכך; אך הוא מצביע גם על יכין ובועז, בעל מגמה הפוכה.

יש חריגים נוספים לכלל שאין למנות אישה כאפוטרופוס:

מינוי מוגבל: שו״ת לחם רב, סימן רט, כותב שהיות שהחיסרון באישה הוא שאינה יודעת לנהל נכסים, הרי אפשר לתת לה מינוי מוגבל, כגון למכור חלק מן העיזבון, משום שהדבר אינו דורש ידע כלכלי. אך שו״ת מהרש״ך, חלק ב, סימן עז (מח ע״א), כותב שבית דין אינו יכול לתת לאלמנה רשות למכור כל קרקע של הנפטר שתרצה.

מינוי זמני: פסקי דין ירושלים, חלק ז, עמ׳ קסח–קסט, מדייק מערוך השולחן, חו״מ, סימן רצ, סעיף ז, שמותר למנות אישה כאפוטרופוס במינוי זמני. בנידונו מטרת המינוי היתה שהאישה תסדר פרוזבול על חובות שהיו שייכים ליתומים.

תוקף המינוי בדיעבד: לדעת תשב״ץ, חלק ב, סימן קפח, ושו״ת הסבא קדישא, חלק א, חו״מ, סימן לב, אם בית דין מינה אישה בטעות, והתברר שהיא מנהלת את הנכסים כראוי, משאירים אותה במינוייה, שהרי מתברר שהחשש שלא תנהל את הנכסים כראוי אינה חל עליה. הסבא קדישא מצריך כתנאי, שהיא תישאר בביתה, כשיטתו (לעיל, הערה 12) שזו נקודת המוצא בסוגיה. יצויין שהוא אומר שמינוי אישה כמנהיגה (ראה לעיל, הערה 12) אינו תקף אף בדיעבד, מגזירת הכתוב.

אבל יש אומרים שהמינוי בטל אף בדיעבד: שו״ת מהר״י בן לב, חלק ד, סימן לא (אפילו באלמנה); שו״ת לחם רב, סימן קעו (אפילו באֵם היתום). כמו כן, שו״ת מהרש״ך, חלק ב, סימן עז (מח ע״א), כותב שאם נתן בית דין לאלמנה רשות למכור קרקע של הנפטר, נחשב כאילו מינו אותה אפוטרופוס, והמכר בטל. אבל הם לא נקטו שהדין כך גם אם ראינו שהיא נוהגת בנכסים כשורה.

חריג נוסף הוא האב מינה אותה בעצמו; ראה להלן, ליד ציון הערה 33.

[18] שערי עוזיאל, חלק א, שער ח, פרק ב, אות א (אבל ראה לעיל, הערה 14, שרוב הפוסקים פסלו גם בזה). הוא מוכיח זאת, בהערה א, מתוך שרש״י נימק שאין דרכן לצאת ולטרוח (לעיל, ליד ציון הערה 10), משמע שאם בית דין יודע שאישה זו יודעת להרוויח ולהשביח בנכסים, ממנים אותה (וכבר הב״ח דייק כך, כפי שהבאנו לעיל, עמ׳ 41, אך דחה מסקנה זו מכוח התוספות). עוד הוכיח מדברי הרשב״א (לעיל, ליד ציון הערה 15) שבית דין רשאי למנות אישה לאפוטרופוס אם האב מינה אותה בחייו, מכאן שאינה פסולה מן הדין (אך ראיה זו אינה מובנת, שהרי שם תוקף המינוי הוא משום שרואים כאילו האב מינה אותה להיות אפוטרופוס לאחר מותו, ואין צורך בבית דין כלל, ואין ללמוד מזה למקום שהאב לא מינה אותה). והוסיף שאף לפי תוספות, כתובות פח ע״ב (ד״ה קמיפלגי), שכתבו שאישה פסולה מן הדין (ובגלל דבריהם פסל הב״ח אף אישה היוצאת למשא ומתן), הרי אם בית דין רואה צורך בכך, רשאי בית דין למנות אישה, מפני שכל עניין אפוטרופסות בית דין הוא לתועלת היתומים. דברים אלו קשים, כהערת ריינין, שם, עמ׳ 202, שהרי אם כן, אין משמעות לדברי הגמרא שאין מעמידים אישה.

אף שערי עוזיאל כותב שיש למנות גבר בצד האישה, אלא אם טובת היתומים דורשת שהאישה תהיה

4. "עם הארץ"

במסכת פסחים[19], נאמר על "עם הארץ": "ואין ממנין אותן אפוטרופוס על היתומים".

לדעת הרי"ף[20], הכוונה היא למי "שאינו בדרך ארץ"[21], כלומר, שרמתו המוסרית ירודה, ועל כן הוא חשוד לעבור עבירות, ואין כאן פסילה של מי שמכונה "עם הארץ" מפני מי שאינו לומד תורה.

אבל מדברי רש"י[22] למד המגיד משנה[23] שאין למנות כאפוטרופוס אפילו "עם הארץ" שרמתו המוסרית גבוהה, אלא שאין הוא יודע את ההלכות. מי שאינו יודע את החוק כראוי עלול למעול בנכסי הזולת, מתוך הנחה מוטעית שהוא רשאי על פי דין ליטול מן הנכסים עליהם הופקד, כשכר עבור טרחתו הרבה[24].

אפוטרופסית לבדה. ייתכן שטעמו הוא הרצון שלא לחדש יותר מדי; או בגלל החשש שהזכרנו לעיל, הערה 13, שמא תושפע על ידי בעלה, חשש שקיים גם בימינו.

שערי עוזיאל שם אות ב, כותב שבימינו השתנה המצב, וההנחה היא שאישה בקיאה במשא ומתן כמו גבר. הוא ביסס את דבריו (בהערה א) על דברי הראב"ן, המובא במרדכי, בבא קמא, סימן פז, שבזמן הזה, שנשים עוסקות בענייני ממון, יש להשביע אותן על משאן ומתנן (אף שמעיקר הדין אין להשביען מפני שהכסף שהן עוסקות בו הוא של בעליהן), שאם לא כן "לא שבקת חיי לכל בריה", ומאותה סיבה ראוי למנותן כאפוטרופוס. ריינין, שם, עמ' 202–203, הסביר שהוא מתבסס על האמור לעיל שאפשר למנות אישה היודעת במשא ומתן, והרי היום כל אישה יודעת במשא ומתן, לפי הראב"ן. גם ר"ש אסף, "מנוי נשים לאפיטרופסות", המשפט העברי ב (תרפ"ז), עמ' 79, כותב על סמך הראב"ן, שבזמננו יכול בית דין למנות אישה לאפוטרופוס אם יש לה הבנה במשא ומתן (אך ריינין, עמ' 201, הבין שר"ש אסף מתכוון רק לאמם של היתומים). שו"ת דבר אליהו (לרמן), סימן פב, לומד מדברי הראב"ן שכל אם יכולה להיות אפוטרופוס, אבל לא הרחיק לכת כמו שערי עוזיאל ור"ש אסף, להכשיר כל אישה. שערי עוזיאל, ציון י שם, ציין לרמ"א, סימן רסב (וצריך לומר סב), ששם פסק הרמ"א כראב"ן (והציון מטעה, מפני שהוא ציין זאת כמקור לחידושו לעניין אפוטרופוס, ובאמת הרמ"א לא דיבר על אפוטרופוס). נראה שלמעשה אין משמעות לנקודה השנייה, שיש חזקה, כיוון שגם באיש אומר הרמב"ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ו, שבית דין צריך לבדוק האם "יש לו כח בעסקי העולם כדי לשמור נכסים ולהרויח בהם", ואין סומכים על חזקה שהאיש מצוי במשא ומתן, ויש לזה משמעות הצהרתית בלבד. ר' יצחק בוקובסקי, "אשה שמינוה ערכאות לאפוטרופוס", דרכי הוראה, כרך ה (ניסן תשס"ו), עמ' קנה, הערה א, דוחה את הראיה מהראב"ן, כי נימוקו הוא מצד שהיא שליחה של בעלה, ונפקא מינה לעניין שבועה, אבל ביתומים צריך להקפיד יותר משאדם מקפיד על נכסי עצמו, ולכן אף שמצאנו שאדם מוכן שאשתו תהיה שליחתו בעסקיו, אין זה מתיר לבית דין למנותה על יתומים; ועוד, שהראב"ן מדבר רק באישה שעוסקת במסחר.

על מינוי אישה כאפוטרופסית, ראה גם: שו"ת הריב"ש, סימן כ, בסופו; בני יהודה (עייאש), סימן נ, דף קל ע"ג (על יתום שסמך אצל אמו); ר' חיים פיזם, "האשה כאפוטרופסית על ילדיה במשפט העברי", דברי הגות והלכה, ישיבה תיכונית יבנה, חיפה תשמ"ח, עמ' 34–44; ר"י ברמן, "שיטת האפוטרופסות בישראל", בתוך ספר היובל לרי"ל פישמן, ירושלים תרפ"ו, עמ' מא; פרי עץ חיים (אמשטרדם), חלק ג, עמ' 325; שו"ת נהרות דמשק, חו"מ, סימן יט (לד ע"ב); שו"ת השמים החדשים, חו"מ, סימן רכא; שו"ת גבעות עולם (קובו), סימן טו; שו"ת דבר שמואל (עמאר), חו"מ, סימן ו; כרם חמר, חלק א, חו"מ, סימן ה.

[19] פסחים מט ע"ב.

מרפא לנפש, חלק א, סימן ע, אות ב, מסביר שאין חוששים שהגבלה זו תגרום להפרדה בתוך העם, מפני שהגבלה זו אינה ניכרת, שהרי רק מעטים מתמנים כאפוטרופוס.

[20] רי"ף, פסחים טז ע"א (בדפי הרי"ף).

[21] ע"פ קידושין מ ע"ב.

[22] רש"י, חגיגה כב ע"א, ד"ה כר' יוסי.

[23] מגיד משנה, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ו.

[24] ע"פ מגיד משנה, שם. אמנם, לכאורה די היה בכך שבית הדין יזהירו את "עם הארץ", בבואם למנותו

הרמב״ם[25] פוסק: ״אין בית דין ממנים... ולא עם הארץ שהוא בחזקת חשוד על העברות״. את דברי הרמב״ם ניתן לפרש בשתי דרכים: (א) ״ולא עם הארץ, שהוא בחזקת...״ – כלומר, אין למנות כל מי שמוגדר כ״עם הארץ״, מפני שחזקתו של עם הארץ שהוא חשוד על העברות. כך פירש הב״ח[26] את דברי הרמב״ם; (ב) ״ולא עם הארץ שהוא...״ – כלומר, לא כל עם הארץ נפסל מלשמש כאפוטרופוס, אלא רק כזה שהוא ״חשוד על העברות״. כך פירשו את דברי הרמב״ם מגיד משנה[27] והסמ״ע[28].

השולחן ערוך[29] העתיק את לשון הרמב״ם, ונמצא שגם דעתו נתונה לפרשנויות שונות. לכן נראה שלכתחילה אין למנות ״עם הארץ״ כאפוטרופוס, אבל בדיעבד אין לפסול את המינוי, אלא אם יתברר שהוא חשוד על העבירות.

נראה שיישומם של עקרונות אלו לימינו יוביל למסקנה שאין למנות אדם שיש לו כתם מוסרי בעברו, ואינו מכיר את הוראות החוק הנוגעות לחובותיו של אפוטרופוס[30].

5. קרוב של אחד מן הדיינים בהרכב הממנה

לשאלה, אם רשאי דיין למנות את קרובו כאפוטרופוס, נדרש הרשב״א, והשיב[31]: ״נראה לי שהבית דין יכולין למנות אפטרופין קרובים להם... שהרי אין האפטרופים מתחייבים ולא זכין

כאפוטרופוס, שאין הוא רשאי ליטול מנכסי היתומים כשכר טרחה. נראה שהסיבה שהפוסקים לא המליצו על כך היא שהניחו שאזהרה זו לא תועיל, משום ש״עם הארץ״ אינו מודע דיו לכך שלא מגיע לו שכר טרחה על פעולותיו (ראה בעניין זה בסעיף 56). לכן, יש לחשוש שלמרות אזהרות בית הדין, הוא יתיר לעצמו לעיתים ליהנות במקצת מנכסי היתומים, משום שיחשוב שאף בית הדין היה מתיר לו לעשות כן.

[25] רמב״ם, הלכות נחלות, פרק י׳, הלכה ו.

[26] ב״ח, חו״מ, סימן רצ, סעיף ג. מדבריו משמע שהסיבה לכך שעם הארץ הוא בחזקת חשוד אינה משום שהוא אינו יודע את החוק, אלא משום שהוא חשוד לעבור עבירות, אף אם יֵדע את החוק. הסבר זה מסתבר לאור ההבחנה שעושה הרמב״ם בין ״עם הארץ״ לאישה. בניגוד לטור, חו״מ, סימן רצ, סעיף ג (שהבאנו לעיל, ליד ציון הערה 12), אין הרמב״ם קובע שגם אישה וגם ״עם הארץ״ חשודים על העבירות, אלא קובע שרק ״עם הארץ״ חשוד. עובדה זו מלמדת על הבדל מהותי בין ״עם הארץ״ לאישה. אישה אינה חשודה לעבור עבירות, אבל קיים חשש שתעבור עבירות מחמת אי־ידיעת ההלכה. בעיני הרמב״ם, לא ראוי להגדיר את מי שאינו יודע את החוק כ״חשוד על העבירות״, שכן אם יודיעוהו את החוק, חזקה שלא יעבור עליו. לכן אישה אינה חשודה על העבירות. אולם ״עם הארץ״ חשוד על העבירות, משום שחזקתו שאינו אדם כשר.

מדברי הרמב״ם, הלכות עדות, פרק יא, הלכה ג, משמע שסתם עם הארץ חזקתו שהוא עובר עבירות, כהבנת הב״ח. ראה גם: אור שמח, הלכות נחלות, פרק י׳, הלכה ז.

[27] מגיד משנה, הלכות נחלות, פרק י׳, הלכה ו.

[28] סמ״ע, סימן רצ, ס״ק ו.

[29] שולחן ערוך, חו״מ, סימן רצ, סעיף ב.

[30] שערי עוזיאל, שער ח, פרק ד, אות ג (עמ׳ קכז במהד׳ תשנ״א), נוקט: ״אין בית דין ממנים... אדם שהוא בער בידיעת התורה וגם מחוסר כל תרבות מוסרית, ומושחת המדות״. הוא מסביר, שהסיבה לפסול אינה נובעת מן החשש שמא אדם כזה יזיק במזיד לנכסי היתומים, אלא מכך שבית הדין נדרש למנות כאפוטרופוס אדם שיהיה מכובד על הבריות, כדי שיהיו דבריו נשמעים, ומינוי של עם הארץ יוביל לירידת קרנו של בית הדין (׳עולבנא דדייני׳), ולהפסד נכסי היתומים מחמת שמו הרע של האפוטרופוס.

[31] שו״ת הרשב״א, חלק ב, סימן קמו (הובא בדרכי משה, חו״מ, סימן רצ, ס״ק ב, וברמ״א, חו״מ, סימן רצ, סעיף ב).

בשום דבר באפטרופסות זו ע״י בית דין... ולא נפסל קרוב אלא לדין קרובו, לזכותו או לחייבו. אבל במה שאין בו לא זכות ולא חובה לאפטרופא, למה יפסל בית דין קרוב?״.

מדבריו הסיק הט״ז[32] שאם יש זכות לאפוטרופוס מעצם מינויו, אין דיין שהוא קרובו רשאי למנותו. לכן בית הדין יימנע מלמנות אחד מקרובי הדיינים לתפקיד אפוטרופוס, אם האפוטרופוס מקבל שכר על מילוי תפקידיו.

ב. אפוטרופוס הממונה על ידי אביו של החסוי

הממנה אפוטרופוס לבניו לאחר מותו אינו מוגבל בבחירת האפוטרופוס, והוא יכול למנות כל אדם, ואפילו קטין. כך נאמר בברייתא[33] שהבאנו את חלקו לעיל[34], שאמנם בית הדין ״אין עושין אפוטרופין נשים ועבדים וקטנים״, אבל אם ״מינן אבי יתומין, הרשות בידו״. הרשב״א[35] מנמק: ״כשמינה אותו אבי היתומים בעצמו, הרי העיד עליהם שהן זריזות ויודעות לפקח בנכסים כראוי, ונאמן הוא על נכסיו״. הסמ״ע[36] מנמק: ״יכול אדם לעשות בשלו מה שירצה״.

מלשון התלמוד עולה שהאב יכול למנות אפילו קטין כאפוטרופוס[37]. כך עולה גם מלשונם

[32] ט״ז, חו״מ, סימן רצ, סעיף ב.
בשאלה אם אפשר למנות קרוב של החסוי כאפוטרופוס, נעסוק בדיוננו בסעיף 35.

[33] גיטין נב ע״א. כך פסקו: רמב״ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ו; שולחן ערוך, חו״מ, סימן רצ, סעיף א; שו״ת צדקה ומשפט (חוצין), חו״מ, סימן טו; בשערי בית הדין, חלק א, עמ׳ 19.
דעה חריגה מובאת בספר שיעורי בקיאות, גיטין נב ע״א, הכותב שחידושי הריטב״א (רבנו קרשקש), גיטין נ ע״א, האומר שאב אינו יכול להתחייב שיוכל נושהו לגבות עידית מנכסיו אחרי מותו, מפני שאינו יכול למחול על נכסי בניו – יסבור שאב אינו יכול למנות אישה לאפוטרופוס, מפני שאינו יכול למחול על נזק שהאישה עלולה לעשות לנכסים כשיהיו של בניו, והוא יצטרך לפרש את הברייתא כרשב״א (לעיל, ליד ציון הערה 15) – שבית דין יכול למנות אישה אם האב האמין לה. נראה שכוונתו היא שבמינוי בית דין אין זו מחילה, שהרי אם תגרום האישה נזק, בית דין יסלקוה (כפי שהוא כותב שם), מה שאין כן במינוי האב, שבית דין אינו יכול לסלק את מי שממנה האב.

[34] לעיל, ליד ציון הערה 7.

[35] שו״ת הרשב״א, חלק ב, סימן רפה.

[36] סמ״ע, סימן רצ, ס״ק ב. והשווה לדברי מגיד משנה, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ז.
שו״ת הסבא קדישא, חלק א, חו״מ, סימן לב, עמ׳ קנג, כותב שהוא יכול לעשות בשלו מה שירצה, ואפילו ״ליזוק בנכסיו״. הוא נאלץ לנמק כך, מפני שהוא הסביר (ראה לעיל, הערה 17) שגם אם אבי היתומים מינה אישה, היא צריכה להישאר בביתה מטעמי צניעות, ואם כן, למעשה היא לא תוכל לנהל את נכסיו כראוי, כך שנימוקו של הרשב״א בתשובתו אינו קביל, לדעתו.
אבל יש לציין שאם ברור שהאפוטרופוס מפסיד את הנכסים, בית הדין מסלקין אותו גם אם מונה על ידי האב, כי מן הסתם לא התכוון לכך שיפסיד את הנכסים, כפי שנראה בדיוננו בסעיף 61.
לבוש, חו״מ, סימן רצ, סעיף א, נימק משום ״מצווה לקיים דברי המת״. אבל ריינץ, שם, עמ׳ 168, הערה 5, הקשה עליו מהדעה (שולחן ערוך, חו״מ, סימן רנב, סעיף ב), שרק אם השליש המת את הנכסים אומרים ״מצווה לקיים דברי המת״.

[37] בבבא בתרא קלא ע״ב נאמר: ״הכותב כל נכסיו לאשתו, לא עשאה אלא אפוטרופא... בנו הגדול לא עשאו אלא אפוטרופוס... אמר שמואל: אפילו בנו קטן המוטל בעריסה״. מכאן עולה לכאורה שאפשר למנות כאפוטרופוס אפילו את ״בנו קטן המוטל בעריסה״. אבל שם אין הכוונה שינהל את נכסי הבנים, אלא שיהיה ראש לאחיו ויכבדוהו. ראה: רשב״ם, שם, ד״ה אפילו קטן המוטל בעריסה; רמב״ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק ו, הלכה ב; נימוקי יוסף, בבא בתרא נט ע״א (בדפי הרי״ף), ד״ה אפילו.

של פוסקים רבים שהביאו את התלמוד כלשונו[38], וכך פסק השולחן ערוך[39]: ״אם מינה המוריש אפוטרופוס על הקטנים, קטן או אשה או עבד, הרשות בידו״.

אבל לדעת ר׳ שלמה שטסמן, גם אפוטרופוס קטן צריך על כל פנים שתהא בו דעת מסוימת לשם מילוי תפקידו, ואם מינה אבי היתומים קטן המוטל בעריסה, אומדים את דעתו שכוונתו היתה שימלא את תפקידו לכשיגדל ולכשתהיה בו דעת (אף שקטן הוא על פי דין), ועד שיגדל ותהיה בו דעת, ימנה בית דין אפוטרופוס מטעמו[40].

[38] רי״ף, גיטין כו ע״א (בדפי הרי״ף); רמב״ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ו; חידושי הרשב״א, גיטין נב ע״א, ד״ה מתני׳ יתומין; פסקי הרי״ד, גיטין נב ע״א, ד״ה מתני׳ יתומים; ספר העיטור, אפיטרופוס (עח ע״ג במהד׳ רמ״י), ד״ה אפיטרופוס הוא; סמ״ג, עשין, עשה צו, ד״ה בית דין; בשערי בית הדין, חלק א, עמ׳ 19; ראי״ ולדינברג, הלכות מדינה, חלק ג, שער ד, פרק ה, אות ד, עמ׳ קכח.

אבל רבי שמואל בן חפני גאון, בתשובה המובאת בספר העיטור, הרשאה (עה ע״א במהד׳ רמ״י), אינו מונה את הקטין בין אלו שהאב יכול למנותם: ״אין עושין אפיטרופס נשים ועבדים. ואם מינהו אב יתומים, הרשות בידו״. העיר על כך ר״ש ליברמן, תוספתא כפשוטה, תרומות, פרק א, עמ׳ 303. ובבית הבחירה, גיטין נב ע״א, ד״ה ואין עושין, אחרי שהביא את הכלל ש״אין עושין אפוטרופין נשים ועבדים וקטנים״, כתב: ״אבל מינהו אבי יתומים, באשה ועבד מיהא הרי הוא אפטרופוס גמור״, והשמיט קטן. ר׳ אבינועם שמואל יהב, ״גדרי מינוי אפוטרופוס, כוחו וסמכותו״, מקבציאל כה (תשנ״ף), עמ׳ רכג, ד״ה ומדברי הרא״ש (=נעם שיח על חושן משפט, קונטרס אמרי נעם, סימן יא, עמ׳ קלט), מדייק מדבריו שלדעתו אף האב אינו יכול למנות קטן כאפוטרופוס.

שיטה זו מתאימה לגירסה בתוספתא, תרומות, פרק א, הלכה יג (הלכה יא במהד׳ ליברמן), ובבא בתרא, פרק ח, הלכה ד (הלכה יז במהד׳ ליברמן), שלפיה נאמר רק שאין בית דין ממנים נשים ועבדים, אך לא נאמר שאין ממנים קטנים, ומכאן שהסיפא, ״אם מינן אבי יתומים הרשות בידו״, אינה אמורה במינוי קטינים. לעניין שינויי הגירסאות, ראה גם הגהות הב״ח, על הרי״ף, גיטין כו ע״א (בדפי הרי״ף), אות ח, וחזון יחזקאל על התוספתא, בבא בתרא, פרק ח, הלכה ד.

אבל בכתבי היד של התלמוד (כת״י ותיקן 130 וכת״י ותיקן 140) מצויה המילה ״קטנים״, ור״ש ליברמן, תוספתא כפשוטה, תרומות, עמ׳ 303–304, מציין שבכל דפוסי התלמוד מובאת הברייתא בלשון זו, דבר המעיד שהגרסה שבדפוסים מהימנה.

[39] שולחן ערוך, חו״מ, סימן רצ, סעיף א.

הרמ״א, שם, מוסיף, שהעובדה שאדם הפסול לשמש כאפוטרופוס מחזיק בנכסי הקטינים, אין בה כשלעצמה כדי להוכיח שהאב מינה אותו כאפוטרופוס, ובית הדין יאשר את מינויו רק אם יש הוכחה ברורה שמונה על ידי האב.

אף שהאב יכול למנות אישה, הרי אם מתעורר ספק באשר להיקף המינוי, משכו או תנאיו, מפרשים אותו בצמצום, כיוון שהכלל הוא שאין ממנים אישה. כך כתבו: שו״ת מהר״י בן לב, חלק ב, סימן עו; שו״ת מהרשד״ם, חו״מ, סימן שלט; שו״ת לחם רב, סימן ריב. אך שו״ת אבקת רוכל, סימן קנח (קלז ע״ד), עוסק במקרה שיש ספק בהיקף המינוי, וכותב חכם אחד בתשובתו שם, שמספק אין להוציא את האפוטרופסית מחזקתה; ור״י קארו בתשובתו שם אמנם פוסק לסלק אותה מהאפוטרופסות, אבל רק משום שהיה אומדן דעת לפרש כך את כוונת הבעל. ומהר״י בן לב עצמו, בחלק ב, סימן מח, אומר שאף שיש ספק בכוונת באב, לא די בזה להוציא את האפוטרופסית מחזקתה; אולי כוונתו היא שבנידונו לא היה ספק ממשי.

לרקע ההיסטורי למינויין של נשים כאפוטרופסות בידי בעליהן, ראה א׳ בשן, ״התמורות במעמדה החברתי וההשכלתי של האשה היהודיה במזרח התיכון״, משפחות בית ישראל, ספר הכינוס למחשבת היהדות, שנה יח, עמ׳ 185.

[40] כך כתב בהערותיו לחיבור זה. הוא מביא ראיה מערוך השולחן, חו״מ, סימן רמו, סעיף ז, הכותב על ההלכה שהזכרנו בהערה 37, שהכותב כל נכסיו במתנה לאחד מבניו, התכוון רק לעשותו אפוטרופוס: ״עוד אומדנא אמרו רז״ל, דמי שהיו לו בנים הרבה, וכתב כל נכסיו לאחד מבניו, לא עשאו אלא אפוטרופס... מכל מקום אומדן דעת היא שלא נתכוין אלא שאחיו יהיו נשמעים לו... ואפילו אותו הבן שכתב לו כל

ג. אפוטרופוס למעשה

בדיוננו על סעיף 67 נעסוק באפוטרופוס למעשה, שהוא אדם שפועל כאפוטרופוס, בלי שהתמנה לכך על ידי בית הדין, והדין מכיר בו בדיעבד כאפוטרופוס. אחד המקורות המרכזיים בסוגייה זו הוא המעשה המובא בתלמוד ביתומים שהיו סמוכים על אישה זקנה[41]. ממעשה זה עולה שאף שמעיקר הדין אין למנות נשים לאפוטרופוס[42], אין מניעה שאישה תשמש אפוטרופוס למעשה. כך כתבו פוסקים רבים[43], וכך פסק השולחן ערוך[44]: "יתומים קטנים שסמכו אצל בעל הבית הם מעצמם ונשתדל בשלהם, יש לו דין אפוטרופוס לכל דבר. ואפילו סמכו אצל אשה"[45].

מדוע שונה דינו של אפוטרופוס למעשה מדינו של אפוטרופוס הממונה על ידי בית הדין?

נכסיו הוא קטן ומוטל בעריסה, מכל מקום אמרינן דמפני שאהב אותו מכל בניו רצה שיכבדוהו אחרי שהוא יהיה האפוטרופס כשיגדיל".

41 גיטין נב ע"א.

42 כאמור לעיל, ליד ציון הערה 7.

43 שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן מט; פסקי הריא"ז, גיטין, פרק ה, הלכה ב, אות ז; בית הבחירה, גיטין נב ע"ב, ד"ה כבר ביארנו; מהר"ם בן ברוך מרוטנבורג, תשובות מיימוניות, ספר קנין, סימן לב, ד"ה היום רפה, ושערי תשובות, חלק א (כ"י פרמא), סימן שיח (עמ' 50), וחלק ב, סימן כא (עמ' 151); טור, חו"מ, סימן רצ, סעיף לא; שו"ת הריב"ש, סימן קמא, סימן תסח, וסימן תצה; שו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן תתצ (תמט); שו"ת מהר"ם גלנטי, סימן צז; שו"ת דברי ריבות, סימן שטו; שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן קמח; שו"ת לחם רב, סימן קעו; ט"ז, חו"מ, סימן רפה, סעיף ט; שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן רז, בתחילתו; חידושי ר' עזריאל, גיטין נב ע"א; אמרי בינה, גיטין נב ע"א; שו"ת באר המים, סימן קכג, ד"ה תשובה, דף קכח ע"ג.

שו"ת הריב"ש, סימן תצה (הובא בשו"ת בני אהרן (לפפא), סימן צד), כותב שבית דין יכול למנות אותה כאפוטרופסית רשמית, כיוון שהיא כבר פועלת כך למעשה, אם בלי מינוי זה אנשים שאינם יודעים את ההלכה לא יכירו בכך שהיא אפוטרופסית, וכן כדי שתוכל לשאת ולתת עם הנכרים, שלא יקבלו אותה כאפוטרופסית בלי מינוי של בית הדין. כמו כן, שו"ת מהר"ם גאויזון, חלק א, סימן טז, עמ' סה, מספר על אישה שהיתומים סמכו אצלה, ובית דין "מסרו וקיימו בידה" אפוטרופסות זו.

יש שנקטו זאת לגבי אימם של היתומים – שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן מט; מהר"ם, במרדכי, גיטין, סימן שצב (הובא בשו"ת מהרי"ל החדשות, סימן קעב) (בבן); שו"ת מהר"ם בן ברוך מרוטנבורג, דפוס לבוב, סימן תפ (באלמנה); תשובות בעלי התוספות, סימן קח; תשב"ץ, חלק ב, סימנים קצ–קצא (באלמנה); שו"ת הרשב"ש, סימן רפט (בבת), סימן שיד (באלמנה), וסימן תצז; שו"ת הריב"ש, סימן קמא (בבן), וסימן תצה (בבן); שו"ת אבקת רוכל, סימן קנח, דף קלח ע"א (בבת); שו"ת מהר"י בן לב, חלק ד, סימן לא (באלמנה); שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן קל; שו"ת דברי ריבות, סימן קסו (כתוב בטעות קפו) (באלמנה ובבתה); שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן קכב (באלמנה); שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן נא (באלמנה), וסימן עז (מז ע"ד); שו"ת לחם רב, סימן רט (באלמנה); שו"ת מהר"ם די בוטון, סימן כד (בבת); שו"ת מהר"ם גאויזון, סימן טז; שו"ת בני אהרן (לפפא), סימן צד (בבת); שו"ת משפט כתוב, חו"מ, סימן נד. ויש שנקטו כך לגבי אישה שאינה אימם: שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן מט; שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן קל (הובא על ידי ר' ידידיה גלנטי, בשו"ת מהר"ם גלנטי, סימן קכה, ד"ה בהיות כי, עמ' קעח).

להגבלות שונות על כוחו של אפוטרופוס למעשה, ראה בדיוננו בסעיף 67; הן יחולו גם כאן, כמובן.

44 שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף כד.

45 האם כל אדם יכול לשמש כאפוטרופוס למעשה? השולחן ערוך כותב רק "ואפילו סמכו אצל אשה", ואפשר להבין מכך שרק אישה יכולה לשמש כאפוטרופוס למעשה, ולא פסול אחר. אבל לדעת נעם שיח (יהב), גיטין נב ע"א, אות טו, השולחן ערוך נקט אישה כדוגמה בלבד, משום שהתלמוד דיבר על אישה, ואין להוכיח מלשונו שנוכרי אינו יכול להיות אפוטרופוס למעשה.

הריב״ש[46] מדמה אפוטרופוס למעשה לאפוטרופוס שמונה על ידי האב, שרשאי למנות כאפוטרופוס לבניו כל אדם. נראה שכוונת הריב״ש היא שבית הדין אמנם מנוע מלמנות אפוטרופוס אישה, אולם בית הדין אינו נזקק למנות אפוטרופוס אם כבר יש מי שיטפל בענייניו של החסוי, וגם אם אישה היא זו שמטפלת בענייניו, בית הדין מאפשר לה להמשיך בעבודתה.

לדעת הכתב סופר[47], ההבחנה בין אפוטרופוס רגיל לאפוטרופוס למעשה נובעת מכך שההכרה באדם כאפוטרופוס למעשה נעשית לאחר שתיפקד זמן רב כאפוטרופוס ולאחר שכבר הוכיח את יכולתו. בנסיבות אלו בטל החשש שהאישה לא תצליח לטפל בענייני החסוי משום ש״אין דרכה לצאת ולבוא״[48], ואין עוד מניעה שתוכר כאפוטרופוס למעשה. אולם ריינין[49] הסתייג מהסבר זה, מפני שלפיו נמצא ״שמעמדן של נשים מכוח הסמיכה הוא רק בדיעבד, ולא משמע כן בדברי הפוסקים״.

אבל פני יהושע[50] תמה: כיצד ייתכן שאדם שאינו כשר להתמנות אפוטרופוס יוכר כאפוטרופוס למעשה[51]? על כן הוא מעלה אפשרות שהאשה הזקנה שהוכרה בתלמוד כאפוטרופוס למעשה, הייתה אפוטרופוס על נכסיו של האב לפני מותו, ובזה הוכח שהיא נאמנת בעיניו, וכדעת הרשב״א[52] הסבור שבכגון זה גם בית הדין יכול למנות אישה כאפוטרופוס.

פרק שלישי

תאגיד – ס״ק (2)

סעיף 34 מרחיב את רשימת אלה שיכולים להתמנות אפוטרופוס, וקובע שלא רק יחיד יכול להתמנות אפוטרופוס, אלא גם תאגיד וגם האפוטרופוס הכללי יכולים להתמנות כאפוטרופסים.

בדרך כלל יתמנה תאגיד כאפוטרופוס כשהתאגיד הוא מוסד המטפל בכל צרכיו של החסוי השוהה בו. כיום קיימים תאגידים המטפלים בקשישים, בלקויים בשכלם וביתומים, ופעמים רבות בית המשפט ממנה אותם כאפוטרופסים על החוסים אצלם. קיימים גם תאגידים

[46] שו״ת הריב״ש, סימן תצה.
ר׳ שמואל הכהן, בשו״ת מהר״ם גאויזון, חלק א, סימן טז, עמ׳ עב, מסביר שהיתומים יכולים לבחור מי שיטפל בנכסיהם, ואינו בגדר אפוטרופוס אלא שיש לו סמכויות כאפוטרופוס בגלל בחירת היתומים (ראה בשמו בסעיף 67), ולכן הם יכולים לבחור אישה.

[47] שו״ת כתב סופר, חו״מ, סימן כב, ד״ה ויש לדחות; חידושי כתב סופר, גיטין נב ע״א, ד״ה הנהו.

[48] נימוקו של רש״י, שהובא לעיל, עמ׳ 41, ליד ציון הערה 9, לכך שבית הדין אינו ממנה אישה כאפוטרופוס.

[49] י״ק ריינין, ״האפוטרופסות מכוח ׳יתומים שסמכו אצל בעל הבית׳״, מחקרי משפט א (תש״ם), עמ׳ 224.

[50] פני יהושע, גיטין נב ע״א, ד״ה רש״י בד״ה יתומים. ועיין מה שכתב על דבריו עושה שלום (מרגונטו), אות מ, דף סז ע״ג.

[51] אבל בהגהות ברוך טעם (תאומים) על פני יהושע, דוחה את קושייתו: ״אי כדברי המחבר, גם בסמכו אצל איש לא יהיה דינו כאפטרופוס, אלא אם כן ראוי והגון שיתמנה להיות אפטרופוס על פי בית דין. אלא ודאי דכל תנאים הנאמרים במינוי האפטרופסים אינו אלא כשהבית דין ממנין״.

[52] הרשב״א, שהובא לעיל, עמ׳ 43, ליד ציון הערה 15.

המספקים שירותי אפוטרופסות עבור חסויים שלא נמצא מי (בן משפחה או קרוב אחר) שיסכים להתמנות להם כאפוטרופוס[53].

במהלך הדורות היו בתי יתומים ובתי מחסה רבים שפעלו כאפוטרופסים של החוסים בהם, ודאגו לצרכיהם ולחינוכם[54].

על אף שלא נמצא דיון הלכתי במעמדם של מוסדות אלו, לדעת הרב עוזיאל יש להם מעמד של אפוטרופוס, כאפוטרופוס למעשה[55]: "מנהלי בתי יתומים או כל בית ספר פנימי שיורשים קטנים אלו מתחנכים ומתגדלים ונזונים בו חשובים כבעל הבית שסמכו יתומים אצלו, ודינם כאפוטרופוס שמנהו בית דין לכל דבריהם, לטעון לזכותם בפני בית דין, ולחנכם בתלמוד תורה ובמעשה מצותיה, וללמדם אומנות מכובדת שיתפרנסו ממנה לכשיגדלו"[56].

פרק רביעי

האפוטרופוס הכללי

החוק מסמיך גם את האפוטרופוס הכללי לשמש אפוטרופוס (ככל הנראה – לטובת חסויים שלא נמצא מי שיסכים להתמנות אפוטרופוס עליהם)[57].

הוראה זו מתאימה למשפט העברי מן הטעמים הבאים:

(א) בית הדין דומה לאפוטרופוס הכללי, בכך שהוא המפקח על התנהלותם של

[53] כמו כן, משרד המשפטים הקים בשנת 1977 את 'הקרן לטיפול בחסויים', כדי שתשמש אפוטרופוס לחסויים שאין אפשרות למנות להם אפוטרופוס ושהאפוטרופוס הכללי אינו יכול לשמש להם אפוטרופוס. וראה ע"א 8888/00 אורי וירצבורגר, נאמן הקרן לטיפול בחסויים ואח' נגד היועץ המשפטי לממשלה, ואח' (15.11.2007), שקבע שקרן זו אינה גוף ממשלתי שפועל כזרוע של האפוטרופוס הכללי, אלא היא תאגיד בלתי תלוי.

[54] ראה למשל: אוצר ישראל (בעריכת י"ד אייזנשטיין), ערך באלטיק, כרך ב, עמ' 278, ערך בוסטון, כרך ג, עמ' 8, ערך בופלא, עמ' 12, ערך ירושלם, כרך ה, עמ' 221, וערך שיקאגא, כרך י, עמ' 100 ועמ' 102; ד' תדהר, אנציקלופדיה לחלוצי הישוב ובוניו, כרך ב, עמ' 728, וכרך יח, עמ' 5369.
נראה שמוסדות אלו פעלו כאפוטרופסים גם כשהיה צורך בייצוגם של החסויים, או בעשיית פעולות משפטיות בשמם (כגון כשיתום ירש רכוש והיה צורך להשתמש בו).

[55] שערי עוזיאל, שער ט, פרק א, אות ג, עמ' קטז במהד' תש"ד.

[56] בהערה לדבריו הוא כותב: "דין זה לא מצאתי מפורש בספרי הפוסקים שנמצאים ברשותי, אבל נראה לי פשוט וברור שגבאי ומוסדות חסד אלה עדיפי מבעל הבית שסמכו יתומים אצלו, שכיון שהם מטפלים בגידול היורשים וחנוכם, הם נעשים על ידי כך אפוטרופוסיהם לשמור את כל זכויותיהם". הרב עוזיאל מדבר אמנם על מנהלי בתי יתומים, אבל נראה ברור שכוונתו שהמנהל משמש כאפוטרופוס בתורת אורגן של בית היתומים, ולא מטעם עצמו.
על מוסדות צדקה כאישיות משפטית נפרדת, ראה: מ' ויגודה, הקדש דתי כאישיות משפטית נפרדת, אתר משרד המשפטים, חוות דעת; בית הדין הגדול, תיק 1-44-900031565/הקדש מוסאיוף שלמה (ישיבת שם) נ' הקדשות הבוכארים (פורסם בנבו, 21.01.2009); חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 467 ואילך. וראה עוד המקורות שצוינו שם, עמ' 472, הערה 307. וראה גם פד"ר, כרך א, עמ' 39, אות ח.

[57] יש להעיר שבפועל, כיוון שחלק מתפקידו של האפוטרופוס הכללי הוא לפקח על התנהלותם של האפוטרופסים (כמפורט בסעיפים 51–54 לחוק), אין ממנים את האפוטרופוס הכללי כאפוטרופוס.

האפוטרופסים[58], כתפקידו של האפוטרופוס הכללי לפי החוק[59]. והרי בית הדין יכול לשמש כאפוטרופוס בעצמו לחסוי הזקוק לכך, לדעת חלק מן הפוסקים, במקום שימנה לו אפוטרופוס, כפי שנראה בפרק החמישי. אפשר להסיק מכך, שהאפוטרופוס הכללי יכול לשמש כאפוטרופוס בעצמו.

(ב) בקהילות היהודיות, היו מקומות בהם מונו אנשים שתפקידם היה לפקח על האפוטרופסים הממונים מטעם בית הדין. אנשים אלו יכלו לשמש בעצמם כאפוטרופסים אם ראו צורך בכך[60]. לדעת ר׳ אברהם די בוטון[61], אין כוחו של אפוטרופוס זה ככוחו של בית הדין, אלא ככוחו של כל אפוטרופוס אחר הזקוק לאישור בית הדין לפעולות מסוימות.

אשר למעמדו החוקי של האפוטרופוס הכללי בארץ, מאלפים דבריו של בית הדין הגדול, בפסק דין שניתן לאחרונה, שהם בעלי משמעות רחבה, מעבר לדיני האפוטרופסות[62]:

> זאת ועוד, כידוע מדינת ישראל היא מדינה מתוקנת, וכאשר יש צורך במינוי אפוטרופוס המדינה מעמידה אפוטרופוס, ועוד יותר מכך: אם יש צורך באפוטרופוס ויתברר שה׳חסוי׳ עשה דבר ללא אפוטרופוס, הרי שהמדינה תבטל את המעשה. ולכאורה יש לשאול כיצד יראים ושלמים, צדיקים וגדולי הדור, פונים לבית משפט ומבקשים מינוי אפוטרופוס לחולה שאינו מסוגל לנהל את ענייניו, ׳חרש, שוטה וקטן׳ וכדומה, הן לצורך גופו והן לצורך ממונו, והרי לכאורה צריך מינוי של בית דין הלכתי לאפוטרופוס, ולא ראינו ולא שמענו שאנשים פונים לבית הדין למינוי אפוטרופוס. ועל כן יש לומר שכיוון שהמדינה, על ידי חוקי הכנסת, מיסדה את ענייני האפוטרופסות בחוק האפוטרופסות, והקימה משרד של האפוטרופוס הכללי העוסק בענייני האפוטרופסות, יש לזה תוקף, או מדינא דמלכותא או מכוח קבלת הציבור שהפכה את החוק למנהג המדינה שכולם נוהגים לפיו. חלק מן החוק של האפוטרופסות כולל בתוכו גם שמינוי האפוטרופוס נעשה על ידי שופט, על פי כללים מסוימים. השופטים פועלים כאנשים בעלי יושרה, הממנים את האפוטרופוס לאחר בדיקת טובת העניין, ותפקוד האפוטרופוס נתון לפיקוח מסודר של משרד האפוטרופוס הכללי.

[58] שולחן ערוך, חו״מ, סימן רצ, סעיף ג וסעיף ה.

[59] ראה סעיפים 51–54 לחוק.

[60] ראה ט״ז, יורה דעה, סימן רנח, ס״ק ה; שו״ת מהרשד״ם, חו״מ, סימן שיב; שו״ת לחם רב, סימן קנה, ד״ה אבל מ״מ. וראה גם מ׳ עמאר וא׳ עצור, התקנות – המשפט העברי בקהילות מרוקו (1986, תשמ״ה), עמ׳ 38, תקנות נז–נח (משנת שנ״ג (1595)). תקנה נז ממנה שני חכמים לפקח על אפוטרופוסי העיר פאס, ותקנה נח קובעת: ״אם יראה לחכמים הנזכרים להיות הם בעצמם אפוטרופוסים, הרשות בידם גם כן״.

[61] שו״ת לחם רב, שם. עם זאת, הוא מפנה לשו״ת מהר״י בן לב, חלק א, סימן פ (עח), שעולה מדבריו, שלאפוטרופוס כזה יש כוח של בית דין, ואינו זקוק לאישור בית הדין לפעולותיו.

[62] בית הדין הגדול, תיק 1122894/1 פלונית נ׳ פלוני (נבו 21.03.2018), בהרכב הדיינים הרב אליעזר איגרא, הרב א׳ אהרן כץ והרב שלמה שפירא.

פרק חמישי

בית הדין

בית הדין יכול לשמש כאפוטרופוס בעצמו לחסוי הזקוק לכך, לדעת חלק מן הפוסקים, במקום שימנה לו אפוטרופוס.

כך כותב הרשב"א[63]: "כשאמרו 'מעמידין אפטרופוס', לא אמרו אלא להקל על הבית דין, כדי שלא יצטרכו לטרוח ולחפש אחר זכותם. הא אם ראו בית דין שלא למנות אפטרופוס ויחפשו הם אחר זכותם, אין לך אפטרופוס טוב מהם"[64]. והרא"ש כותב בדומה[65]: "דייניין שממונין בכל עיר ועיר, או גדולי הדור, שהן אביהם של יתומים, יש להם למנות אפטרופוס ליתום, ואם יראה שהם טובים ליתומים, יכולין למנות את עצמן".

הר"ן[66] מסייג קביעה גורפת זו, וקובע שלא ראוי שבית הדין ישמש כאפוטרופוס בעצמו,

[63] שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תתקעד. בדומה כתב בחלק ה, סימן צב, ובשו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן ה.

[64] הרשב"א מתייחס לדברי התלמוד במסכת ערכין כב ע"ב ("כשאמרו מעמידין אפטרופוס"), שיש למנות אפוטרופוס לדין, לקטין הנדרש להליכים משפטיים (כגון שנושה של אביו בא לגבות את חובו מנכסי העיזבון). הרשב"א מביא ראיה לדינו, מהליכים משפטיים שבהם מעורבים יתומים, שבית הדין טוען עבורם טענות שאביהם היה יכול לטעון (למקורות לכך, ראה: אנציקלופדיה תלמודית, ערך טוענים ליורש וללוקח, כרך יט, עמ' שעא–שצג), ומכאן הוא מוכיח שבית הדין יכול לשמש כאפוטרופוס שלהם. אבל יש להעיר שאפשר להוכיח משם רק שבית הדין יכול לשמש כאפוטרופוס בהליכים משפטיים שאינם דורשים פעולות מעשיות, אבל אין הוכחה לכך שהוא יכול לעשות פעולות מעשיות שעושה אפוטרופוס.
שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רכז, כותב על סמך סוגיית ערכין שם, שאם יש ראיה שנכס מסוים שנמצא בעיזבון לא היה שייך לנפטר, משיבים אותו לבעליו בלי להעמיד אפוטרופוס ליתומים, אלא בית הדין עצמו טוען לטובת היתומים טענות שיכולות להועיל להם.
לדעת הרמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה א, לטיפול בכספיהם של יתומים אין צורך באפוטרופוס, אלא בית הדין עצמו מוסר את הכסף למי שישקיע אותו. ראה על כך בדיוננו בסעיף 50, עמ' 204. ר' יצחק בוקובסקי, "אשה שמינוה ערכאות לאפוטרופוס", דרכי הוראה, כרך ה (ניסן תשס"ו), עמ' קנ, כותב שאפוטרופוס נדרש רק לקרקע של יתומים, ואילו את מיטלטליהם בית דין יכול למסור לניהול ביד אדם נאמן. נראה שהוא מסתמך על הרמב"ם שם, ומרחיב זאת למיטלטלין, כיוון שהרמב"ם שם, הלכה ב, כותב שמוכרים את המיטלטלין שלהם, ואת הכסף שמתקבל מצרפים לכספי היתומים.

[65] שו"ת הרא"ש, כלל פה, סימן ה. ראה גם תרומת הדשן, שו"ת, סימן ש, הדן באפשרות למנות אפוטרופוס שישקיע את כספי החסוי בידי יזם ("מקבל") שיתחייב לתשלום ריבית, והוא כותב: "בית הדין גופייהו [=עצמם] הוו מצי למסור המעות ליד המקבל להתנות עמו". וראה עוד תשב"ץ, חלק ב, סימן יט, ד"ה ואל תתמה, שבית הדין ישמש כאפוטרופוס לעובר, וידאג להשיג עדים לצורך תביעת מזונות שלו נגד אביו.
שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן תכד (הובא בפד"ר, כרך ב, עמ' 173), כותב לעניין גדול העיר שהוא גם סבם של היתומים, שכמו שלעניינים אחדים בני בנים הריהם כבנים (יבמות סב ע"ב), הוא רשאי למנות את עצמו כאפוטרופוס לנכדיו.

[66] ר"ן על הרי"ף, קידושין יז ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה יתומים.
לפי האמור בהערה 64, הרשב"א מאפשר לבית הדין לייצג את היתומים בדין בתור אפוטרופוס, ולפי הר"ן עליו להימנע מכך. אבל ייתכן שהרמ"א סבור שאין ביניהם מחלוקת – ראה ליד ציון הערה 70.
שו"ת הרשב"א החדשות (מכתב יד), סימן קצה, והובא בכפתור ופרח, פרק יב, ד"ה עוד בעניין טעה בדבר משנה (התשובה הובאה כלשונה גם בשו"ת יכין ובועז, חלק ב, סימן נו, בשם ר' צמח בן רבי שמעון דוראן), דן בבית דין שקבע שאלמנה זכאית לגבות את כתובתה מנכסי עזבונו של בעלה שמת, בלי שהעמיד אפוטרופוס שיטען לטובת יורשי המת הקטינים. הרשב"א קובע שבית הדין אינו חייב להעמיד אפוטרופוס,

בכל הנוגע לדאגה לטובת היתומים הקטנים בחלוקת עיזבון אביהם בין האחים, אבל לא מטעם דיני אפוטרופסות, אלא מן הטעם "שלא יהו נראין כעורכי הדיינין": "שאף על פי שבית דין אביהן של יתומים, אפילו הכי מוקמינן אפוטרופוס כי היכי דנהפך בזכותייהו בכל מה שאפשר, מה שאין ראוי לבית דין לעשות כן, שלא יהו נראין כעורכי הדיינין [על פי מסכת אבות, פרק א, משנה ח: "אל תעש עצמך כעורכי הדיינין]". רוצה לומר, בית הדין צריך להתנהל באובייקטיביות, ואם בית הדין ישמש כאפוטרופוס, הוא בהכרח ייטה לטובת היתומים. מדברי הר"ן עולה שגם לדעתו בית הדין רשאי לשמש כאפוטרופוס בעניינים שאינם כרוכים בעימות בין היתומים לבין אחרים.

לעומת פוסקים אלו, הטור[67] סבור שעל בית הדין למנות אפוטרופוס שינהל את נכסי החסוי ולא לעסוק בעניין בעצמו, מטעמי יעילות, שכן יש להניח שהאפוטרופוס ישתדל לטפל בנכסים יותר מבית הדין.

הרמ"א[68] מביא להלכה הן את דברי הרשב"א והן את דברי הר"ן: "אם הבית דין בעצמן רוצים להתעסק בצרכי היתומים, הרשות בידו. מיהו אם צריכים לחלוק או לטעון עם אחרים מחמת היתומים, יש אומרים דצריכין להעמיד אפוטרופוס, שלא יהיו נראין כעורכי הדיינים"[69]. אפשר להבין זאת בשני אופנים: (א) הרמ"א מציג כאן שתי דעות חולקות, דעת הרשב"א שבית הדין רשאי לשמש כאפוטרופוס לכל דבר, ודעת הר"ן שאינו רשאי לטעון טענות בדין לטובת היתומים בתור אפוטרופוס; (ב) הרמ"א סבור שאין מחלוקת בין הר"ן והרשב"א, והרשב"א מתיר לבית הדין לשמש כאפוטרופוס רק בתנאי שלא ייראה "כעורכי הדיינים"[70].

אלא הוא עצמו יכול לשמש כאפוטרופוס, וישקול בין שאר שיקוליו את כל הטענות האפשריות שאפוטרופוס של הקטינים יכול היה להעלות לטובתם. גם מתשובה זו נראה שהרשב"א חולק על הר"ן, הסבור שאין הדבר ראוי שבית הדין ייצג את היתומים כאפוטרופוס בהליכים משפטיים הנדונים לפניו.

[67] טור, חו"מ, סימן רצ, סעיף יג. דרכי משה, שם, ס"ק א, ציין שהטור חולק על הרשב"א.

[68] רמ"א, חו"מ, סימן רצ, סעיף א. שולחן ערוך, חו"מ, סימן קי, סעיף יא, מביא את דברי הרשב"א לעניין תפקיד אפוטרופוס בפרעון חוב שהיתומים חייבים.
ראה גם: לבוש, חו"מ, סימן רצ, סעיף א; ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף ה.

[69] הלכה היא, שכאשר בית הדין מוכר נכסים של יתומים כדי לפרוע לנושה של אביהם, הוא צריך לנקוט פרוצדורה של שומא והכרזה (שולחן ערוך, חו"מ, סימן קט, סעיף א). פד"ר, כרך ב, עמ' 185, מעלה שאלה, במקום שבית הדין רוצה למכור נכס של קטין לטובתו (ולא לשם פרעון חוב), שבכך הוא פועל כאפוטרופוס, על פי דברי הרשב"א והרא"ש שהובאו לעיל: האם הוא יכול למכור בלי שומא והכרזה, כמו שאפוטרופוס מוכר, או שמא הוא שונה מאפוטרופוס, מפני "שכל מעשיו [של בית דין] צריכים להיות מתוקנים בתכלית ובדקדוק רב"? שאלה זו נשארה ללא הכרעה.

[70] דרכי משה, חו"מ, סימן רצ, אות א, מעלה את שתי האפשרויות.

פרק שישי

סיכום

החוק אינו מציב הגבלות על זהותו של האפוטרופוס. לפי המשפט העברי, בית הדין ממנה כאפוטרופוס רק אדם נאמן, שיודע לדאוג לטובת החסוי, מתוך הבנה בעסקי העולם, ואין ממנים קטין כאפוטרופוס. כמו כן אין ממנים מי שמידותיו מושחתות ואינו יודע הלכות. עם זאת, אם הם מונו על ידי האב המוריש, או שהם משמשים כ"אפוטרופוס למעשה", הם יכולים לשמש כאפוטרופוס.

תאגיד יכול לשמש כאפוטרופוס.

בית הדין יכול לפעול בעצמו כאפוטרופוס לחסוי, אולם לא ישמש בית הדין כאפוטרופוס לחסוי בהליכים המתנהלים בפניו בין החסוי לאדם אחר. יש בסיס במשפט העברי להכרה במוסד של האפוטרופוס הכללי, שישמש אפוטרופוס לחסויים שלא נמצא מי שיהיה מוכן להתמנות אפוטרופוס עליהם.

פרק שביעי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

מי יכול להתמנות כאפוטרופוס

34. יכול להתמנות אפוטרופוס אחד מאלה:

(1) יחיד בוגר, שהוא בעל מידות טובות ומתמצא בעניינים כספיים;

(2) תאגיד;

(3) בית הדין;

(4) האפוטרופוס הכללי;

(5) ועדת אפוטרופסות לנפגעי השואה לגבי נפגעי השואה שהרכבה:

(1) נציג משרד הבריאות;

(2) נציג גוף המטפל בעניני נפגעי השואה.

מינה בית המשפט תאגיד להיות אפוטרופוס, רשאי הוא לקבוע יחיד שיבצע את תפקידי האפוטרופוס מטעם התאגיד.

סעיף 35

עדיפות בבחירת האפוטרופוס

עדיפות בבחירת האפוטרופוס

35. (א) בית המשפט ימנה לאפוטרופוס מי שנראה לו בנסיבות הענין מתאים ביותר לטובת האדם, תוך התחשבות ברצונו.

(ב) במינוי אפוטרופוס לקטין לפי סעיף 33(א)(1) ייתן בית המשפט עדיפות לאדם מתאים שהוא בן משפחתו של הקטין, אלא אם כן מצא כי בנסיבות הענין יהיה זה לטובת הקטין למנות לו אפוטרופוס שאינו בן משפחתו; בסעיף קטן זה, "בן משפחה" – אח, אחות, הורה של הורה, אח או אחות של הורה, בן זוג או בת זוג של הורה.

לפי החוק, יש עדיפות למנות כאפוטרופוס בן משפחתו של הקטין.

עמדת המשפט העברי שונה, לכאורה. בסוגייה העוסקת בטיפול בנכסיו של מי שנלקח בשבי, קובע התלמוד[1]: "אין מורידין קרוב לנכסי קטן", כלומר, אין להטיל על קרובו של קטן שנשבה לנהל את נכסיו ולפתחם, שמא יחזיק בנכסים ויטען לאחר מכן שהוא קיבל אותם בירושה מאביהם של היתומים, שהוא קרובו, והקטן יאמין לו[2].

לכאורה, מאותה סיבה אין למנות קרוב של חסוי כאפוטרופוס, שמא יחזיק בנכסי החסוי, ויטען שירש את הנכסים מאביו של החסוי מכוח קירבתו. אולם בעל העיטור[3] סבור שהיות שאפוטרופוס על נכסי יתומים אינו זכאי ליהנות מפירות נכסי היתומים, ובלי אכילת פירות אי אפשר ליצור חזקה, קרוב יכול לשמש כאפוטרופוס[4]. אם כן, נראה שקרובו של החסוי כשר לשמש כאפוטרופוס, ובלבד שהוא לא יהיה זכאי ליהנות מפירות הנכסים[5].

[1] בבא מציעא לט ע"א. וכך פסק שולחן ערוך, חו"מ, סימן רפה, סעיפים ו–ח.

[2] ע"פ רש"י, בבא מציעא שם, ד"ה ולא קרוב.

[3] העיטור, אפיטרופוס, דף עח ע"ד (במהד' רמ"י).
כך גם דעת תוספות שאנץ, המובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא לט ע"א.

[4] כך משמע גם מלשון רש"י, שם.
משו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן קמו, נראה שהוא מסכים לדברי בעל העיטור (וכך אמנם הבין מדבריו בית יוסף, חו"מ, סימן רפה, מחודש יג, ד"ה כתב הרשב"א). אולם מדבריו בשו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף צד, וחלק ג, סימן קצז, עולה שאין הוא מקבל את דברי בעל העיטור (וכך הבין מדברים אלו בית יוסף, חו"מ, סימן רצ, מחודש ג, ד"ה כתב הרשב"א בתשובה). על הסתירה שבפסיקות הרשב"א עמדו כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רפה, הגהות בית יוסף, אות ט, שו"ת משפט צדק, חלק ב, סימן נז (קכב ע"ג–ע"ד), וב"ח, חו"מ, סימן רפה, סעיף יג.

[5] אמנם, יש שאפוטרופוס זכאי לשכר על מילוי תפקידו, בהתאם להוראת סעיף 56, אבל אינו זכאי ליהנות מנכסי החסוי עצמם. אין בכוח השכר שהוא מקבל כדי ליצור חזקה בנכסים, ולכן אין מקום לחשש העומד בבסיס ההלכה ש"אין מורידין קרוב לנכסי קטן". לאור זאת, צריך עיון במה שמשתמע משו"ת שואל ונשאל, חלק ב, חו"מ, סימן ד (ד"ה איברא), שדי בקבלת שכר כדי לפסול את קרובו של האב מלשמש כאפוטרופוס.

אולם הריב״ן[6] חולק על בעל העיטור, ולדעתו אין למנות קרוב של אבי היתומים כאפוטרופוס.

השולחן ערוך לא קבע עמדה ברורה בעניין זה[7], אך הרמ״א[8] הביא את דברי בעל העיטור, ומכאן שקרובו של החסוי כשר לשמש כאפוטרופוס[9].

יתר על כן, הרב עוזיאל[10] קובע שבימינו, היות שאי אפשר להעביר בעלות במקרקעין בלי לשנות את הרישום בלשכת רישום המקרקעין (טאבו), אין יסוד לחשש שהקרוב יחזיק בנכסי החסוי, ומשום כך אפשר למנות קרוב של היתומים כאפוטרופוס.

נימוק נוסף לכך שבימינו אין חשש שהקרוב יחזיק בנכסי החסוי הוא, שבימינו נקבעה חובה להגיש פרטה שבה מפורטים הנכסים שנמסרים לפיקוחו של האפוטרופוס, כפי שנראה בדיוננו בסעיף 51. בזמן התלמוד לא נהגה חובה זו, כפי שנראה שם, ולכן היה חשש שהקרוב יחזיק בנכסי החסוי, מה שאינו כן בימינו.

יש שאף תהיה עדיפות למינוי קרוב: ההלכה ש״אין מורידין קרוב לנכסי קטן״ אמורה רק בקרקעות, אבל לא במיטלטלין[11]. הטעם לכך הוא, שבנוגע למיטלטלין אין חשש מיוחד בקרוב,

[6] הריב״ן, המובא בהגהות מיימוניות, הלכות נחלות, פרק ח, אות ג. כך סבורים גם רמב״ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ו, רא״ש, בבא מציעא, פרק ג, סימן יד, ומישרים, נתיב כו, חלק א (עא ע״ד).
על מחלוקת הראשונים ראה בירור הלכה, בבא מציעא לט ע״א, ציון ח.
שו״ת משפט צדק, חלק ב, סימן נז (קכג ע״א), כותב על פי דברי הריב״ן, שגם בדיעבד, אם בית דין העמיד קרוב כאפוטרופוס, אפשר לבטל את המינוי כי זה טעות בדבר משנה.
לדעת Z.W. Falk, Introduction to Jewish Law of the Second Commonwealth, vol. 2, Leiden 1978, עמ׳ 329, משמעותו המקורית של הביטוי ״אין אפוטרופוס לעריות״ היתה שאין למנות כאפוטרופוס לאישה מי שהיא קרובת משפחתו בדרגת ערווה.

[7] לכאורה, יש בדבריו נטייה לפסוק כריב״ן. בבית יוסף, חו״מ, סימן רפה, שם, הביא את דברי הרשב״א, המסכים עם בעל העיטור, אך סיים: ״ועיין במה שאכתוב בסימן רצ״, ושם הביא את תשובת הרשב״א, החולקת על בעל העיטור. בשולחן ערוך, חו״מ, סימן רצ, סעיף ב, קבע שמותר למנות קרוב כאפוטרופוס, ובלבד ש״לא יֵרד לקרקעות, כמו שנתבאר בסימן רפה״. הגבלה זו אינה נדרשת לפי בעל העיטור, שכן אף אם יֵרד האפוטרופוס לקרקעות, אין חשש שיחזיק בהם, כיוון שאינו זכאי ליטול פירות מהן. אולם למרות כל האמור, כותב ר׳ משה כלפון הכהן, בשו״ת שואל ונשאל (לעיל, הערה 5), שמדברי השולחן ערוך אין להוכיח שהוא פוסק כמו הרא״ש, ואפשר שהוא מסכים לרמ״א. בהתאם לדבריו, כתבנו שהשולחן ערוך לא הביע עמדה ברורה.
אבל בספר החפץ חיים (פלאג׳י), סימן נח, אות עד, מביא את בית יוסף כאילו פסק כבעל העיטור.

[8] רמ״א, חו״מ, סימן רפה, סעיף ז.

[9] לדעת הראב״ד, האיסור להוריד קרוב לנכסי קטן חל רק לאחר שהחלו בחלוקת נכסי האב ליתומיו. בזמן זה קיים חשש שהיתומים יחשבו בטעות שקיבלו כבר את כל המגיע להם, בשעה שחלק מן המגיע להם נשאר בידי האפוטרופוס. לעומת זאת, לפני חלוקת הנכסים אפשר להוריד קרוב לנכסי הקטנים. דבריו הובאו בשו״ת הרשב״א, חלק א, סימן אלף צד, וחלק ג, סימן קצז; בשו״ת הריב״ש, סימן תצה; ובנימוקי יוסף, בבא מציעא כב ע״א, בדפי הרי״ף, ד״ה אמר. וכך פסק רמ״א, חו״מ, סימן רפה, סעיף ז. על הלכה זו ראה: סמ״ע, רפה, ס״ק כט; נתיבות המשפט, רפה, ס״ק ד.
רבנו ירוחם, מישרים, נתיב כו, חלק ב, דף עג ע״ב (הובא בבית יוסף, חו״מ, סימן רפה, סעיף יג, ד״ה כתב רבינו, וברמ״א, שם; וראה גם שו״ת הרשב״א, חלק ב, סימן קמו), קובע שאם הנכסים שבהם מטפל היורד לנכסי הקטן השבוי אינם מן הנכסים המגיעים לו בירושה, רשאי אף קרובו של האב לרדת לנכסי השבוי. בהתאם לכך, הקרוב רשאי לשמש כאפוטרופוס אם יטפל רק בנכסים שאינו זכאי לרשת אותם.

[10] שערי עוזיאל, שער ח, פרק א, אות ד (עמ׳ קכג במהד׳ תשנ״א).

[11] רמב״ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ו; שו״ת הרשב״א, חלק א, סימן אלף צד, וחלק ג, סימן קצז; שו״ת

שכן כל מי שמחזיק במיטלטלין עלול להבריח אותם ולהכחיש שנמסרו לו, וכדי למנוע זאת יצטרכו להחתים אותו בבית דין על מה שנמסר בידו, ופתרון זה טוב הן לקרוב והן לרחוק[12], והיות שאין עדיפות לרחוק, אין מניעה למנות קרוב. במצב דברים זה, יש דווקא עדיפות למנות קרוב. כך כותב הרמ"א[13]: "ועדיף טפי בקרוב מברחוק, ולכן אם יש בהן קרוב ורחוק ושניהם נאמנים בשוה, הקרוב קודם ומעמידין אותו. אבל אם הקרוב אינו נאמן, מעמידין רחוק הנאמן".

כך כתב גם מהרשד"ם לעניין אפוטרופוס[14]: "ואף על פי שלא ראיתי הכרח למנות לקרוב יותר מלרחוק במיטלטלין, כפי שהשיגה יד בדיקתי בספרי הפוסקים ז"ל, מכל מקום הדעת נותן כי תכף ומיד בנפול הנכסים, הן קרקעות הן מטלטלים, נופלים להטפל בהם הקרוב קרוב יותר, כי מי יחוש עליהם יותר ממנו, כמו שאמר (ויקרא כה, מט) "או בן דודו" וגו'"[15].

בעקבותיהם פסק הרב עוזיאל[16]:

> קרובי היתומים, שהם ידועים ומוחזקים לנאמנים ומוכשרים לטעון לזכות היתומים, לשמור נכסיהם מהפסד, להרויחם ולהשביחם, קודמים להתמנות אפוטרופסים על היתומים לכל אדם אחר, ובית הדין בוחרים מביניהם המוכשרים ביותר וממנים אותם אפוטרופסים על היתומים.

לאור זה, נראה שהסעיף תואם את עמדת המשפט העברי.

עדיפות בבחירת האפוטרופוס

35. (א) בית המשפט ימנה לאפוטרופוס מי שנראה לו בנסיבות הענין מתאים ביותר לטובת האדם, תוך התחשבות ברצונו.

(ב) במינוי אפוטרופוס לקטין לפי סעיף 33(א)(1) ייתן בית המשפט עדיפות לאדם מתאים שהוא בן משפחתו של הקטין, אלא אם כן מצא כי בנסיבות הענין יהיה זה לטובת הקטין למנות לו אפוטרופוס שאינו בן משפחתו; בסעיף קטן זה, "בן משפחה" – אח, אחות, הורה של הורה, אח או אחות של הורה, בן זוג או בת זוג של הורה.

הריב"ש, סימן תצה; שו"ת מהר"י בירב, סימן יט; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רפה, סעיף ח; שו"ת יכין ובועז, חלק א, סימן קלו (ד"ה ולענין הבן).

[12] סמ"ע, רפה, ס"ק לב.

[13] רמ"א, חו"מ, סימן רפה, סעיף ח.

[14] שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שיב.
גם שו"ת הריב"ש, סימן כ, ושו"ת מהר"ם פדואה, סימן נז, כתבו שקרוב עדיף.

[15] אבל יש שכתבו שאין עדיפות לקרוב על פני רחוק. ראה: שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן קמו; שו"ת הריב"ש, סימן שכד; שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן רטו; כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רצ, הגהות בית יוסף, אות כה; שו"ת חיים שאל (חיד"א), חלק א, סימן ה.
אולם בפד"ר, כרך ב, עמ' 368, פירשו את דברי הריב"ש באופן שהוא מסכים שעדיף למנות קרוב (כדי ליישב את דבריו עם מה שכתב להיפך בסימן כ): "היינו, שהקרוב הוא לא בעל דבר לדרוש שימנו אותו לאפטרופוס, כמו בעובדא שדן שם הריב"ש, כיון שאין זה מצד זכותו של הקרוב להתמנות לאפטרופוס על נכסי קרובו, לכן אין טענת הקורבה טענה כשאינו נאמן כמו הרחוק, אבל כאשר בי"ד באים למנות אפטרופוס, ושניהם נאמנין בשוה, עליהם למנות את הקרוב לפני הרחוק משום שקרוב עדיף, כמו שכתב המהרשד"ם, 'כי מי יחוש עליהם יותר ממנו'".

[16] שערי עוזיאל, שער ח, פרק א, אות א (עמ' קכב במהד' תשנ"א).

סעיף 36

שמיעת האדם על ידי בית המשפט

שמיעת האדם על ידי בית המשפט

36. לפני מינוי האפוטרופוס ישמע בית המשפט את דעת האדם אם הוא מסוגל להבין בדבר וניתן לברר דעתו.

הסעיף קובע שיש לברר את דעתו של החסוי במידת האפשר.

בשנת 1961 הגיע לבית המשפט העליון[1] עניינה של ילדה שהיתה בחזקת אביה במשך כארבע שנים, כאשר אמה התגוררה באוסטרליה. האם הגיעה לארץ, נפגשה עם הבת, ובקשה לחזור לאוסטרליה ולקחת עמה את בתה (שהיתה אז כבת 11), שהעידה בפני בית המשפט על רצונה להצטרף לאם. לאחר הליך משפטי, פסק בית המשפט המחוזי שרק כל עוד האם מתגוררת בארץ, היא זכאית במשמורת הבת. האם ערערה, ובבית המשפט העליון נחלקו הדעות: השופט חיים כהן (בדעת הרוב) סבר שטובת הבת להגר עם אמה לאוסטרליה, משום שרצונה בכך, ואילו דעת השופט זילברג היתה שאין זו טובת הבת: "העצה היעוצה 'נקרא לנערה ונשאלה את פיה' אינה יעילה להתרת הספק ההוא, כי בכגון זה השאלה היא תמיד מי מדובב את הפה, ולכן אין לסמוך בבטחה על מה שאמרה בבית המשפט".

במשפט העברי מצאנו דעות שונות בשאלה האם יש להתחשב בדעתו של קטין או חסוי. דעת מהר"ם אלשיך היא[2]:

> שאם הקטן אחר היותו בן שש ומעלה אומר דניחא ליה בצוותא דאימיה, לאו כל כמיניה דאפטרופוס לעכב בידו, דאע"ג דמאי דאמרו דפעוטות משש ומעלה, דמקחן מקח וממכרן ממכר במיטלטלין, היינו היכא דלית להו אפטרופוס [כתובות ע ע"א], לא אמרו אלא בנכסים, משום דילמא יבזבז בנכסי, אבל בגופו, לא שליט אפטרופא לכופו דלא יהא אצל אמו, אי בעי למהוי אצלה, דבממונא שליט אפטרופא ולא בגופיה.

כך עולה גם מדברי החלקת מחוקק[3]. לעומת זאת, מדברי ערוך השולחן[4] נראה אחרת:

> כמו שאין כח ביד הקטנים למחות בבית דין שלא יעשו אפוטרופוס כלל, כמו כן אין ביכלתם למנוע במה שהבית דין רואים טובתם בזה, דהא אין להם דעת, והבית דין מבינים יותר טובתם.

[1] ע"א 503/60 יולן וולף נ' אנדור וולף, פ"ד טו 760 (1961).

[2] שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן לח, בסופו. דבריו יובאו גם בסעיף 38, פרק שישי.

[3] חלקת מחוקק, סימן פב, ס"ק ט.

[4] ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף ח. ראה עמ' 368, מחלוקת במצב שיש אפוטרופוס והיתומים הלכו לאדם אחר, האם דינו כאוטרופוס למעשה.

אבל ייתכן שאין כאן מחלוקת, אלא הדבר תלוי בגילו של הקטין ובמכלול הנסיבות. למעשה נקבע בתקנות הדיון של בתי הדין הרבניים בישראל שיש לשמוע את דעת הקטין[5]:

בית הדין ישאל גם את פי הקטן, אם יראה שלפי גילו והבנתו יש מקום לכך.

לאור האמור, נראה שהסעיף תואם את עמדת המשפט העברי.

שמיעת האדם על ידי בית המשפט

36. לפני מינוי האפוטרופוס ישמע בית המשפט את דעת האדם אם הוא מסוגל להבין בדבר וניתן לברר דעתו.

[5] תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בישראל, התשנ"ג-1993, תקנה קפג (4).
יצויין שסעיף 167 לחוק דורש להתחשב ברצונו של החסוי גם בקבלת החלטות בענייננו.

סעיף 37

הסכמת האפוטרופוס

הסכמת האפוטרופוס

37. לא יתמנה אפוטרופוס אלא מי שהביע לבית המשפט את הסכמתו לכך.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 65

פרק שני: דרישת ההסכמה – "לא יתמנה אפוטרופוס אלא מי שהביע... את הסכמתו לכך" 65

פרק שלישי: הסכמה מכללא ובפני מי? – "שהביע לבית המשפט את הסכמתו" 68

א. מבוא 68

ב. הסכמה מכללא והסכמה שבשתיקה 69

ג. הסכמה "לבית המשפט" 69

פרק רביעי: חזרה מן ההסכמה 69

פרק חמישי: סיכום 70

פרק שישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 70

פרק ראשון

מבוא

סעיף 37 קובע שמינויו של האפוטרופוס מותנה בכך שהממונה יסכים לקבל על עצמו את התפקיד. במלים אחרות, אי אפשר לחייב אדם לשמש כאפוטרופוס.

להלן נבקש לברר האם לפי המשפט העברי אפשר למנות אפוטרופוס בעל כרחו? ואם דרושה הסכמתו של האפוטרופוס, האם ייתכנו חריגות לכלל זה? לדוגמה, אם רכושו של אדם שאינו מסוגל לנהל את ענייניו בעצמו מצוי בידיו של אחר, והזנחת הטיפול ברכוש עלולה לגרום לבעליו הפסדים רבים, האם אפשר להטיל על המחזיק בנכסים אחריות למניעת ההפסדים, אף שאי אפשר למנותו כאפוטרופוס לכל דבר ועניין?

החוק אינו מבהיר מה טיבה של ההסכמה הנדרשת: האם הסכמה זו חייבת להיות מפורשת, או שמא די גם בהסכמה מכללא? על שאלות אלו נבקש להשיב לאור מקורות המשפט העברי.

עניין נוסף שנבקש לדון בו הוא הפורום שבפניו צריך האדם להביע את הסכמתו לשמש כאפוטרופוס. בעניין זה קבע החוק כלל נוקשה, שלפיו ההסכמה צריכה להינתן "לבית המשפט". האם דרישה כזאת קיימת גם במשפט העברי?

לבסוף נבקש לדון בתוצאותיה של הבעת ההסכמה לשמש כאפוטרופוס. האם רשאי אדם לחזור בו מהסכמתו, כל עוד לא מונה בפועל? או שמא תֵּחשב הבעת הסכמתו כקבלת האפוטרופסות, ואי אפשר יהיה לבטל הסכמה זו?

פרק שני

דרישת ההסכמה – "לא יתמנה אפוטרופוס אלא מי שהביע... את הסכמתו לכך"

הכלל שנקבע בחוק הוא שלא ימונה אדם לתפקיד האפוטרופוס אלא אם הודיע לבית המשפט שהוא מסכים למינוי[1]. כלל דומה קיים בדברי חקיקה נוספים שעניינם אדם שמנהל את נכסי הזולת[2].

[1] אבל בת"א (מחוזי ת"א) 08-2150 בנק מזרחי-טפחות בע"מ נ' אורלי הרן (פורסם בנבו, 08.07.2013), נקבע שלעתים בנק נושא באחריות להתנהלות כלכלית חריגה בחשבונותיו, אף בלא שהביע הסכמתו לכך, וזאת כחלק מחובת הנאמנות שלו כלפי לקוחותיו, ואז מוטל עליו מעמד ייחודי של "מעין אפוטרופוסות". לדיון במשמעותו של פסק דין זה, ראה מ' סגל-רייך, "על 'אפוטרופסות' הבנק ל'מתאבד הכלכלי': דיון נורמטיבי והשלכות", עת סיוע (מקוון), גיליון מס' 3, חורף תשע"ד. סגל-רייך מעירה שפסיקה זו "איננה מובנת מאליה כלל וכלל" בהתחשב בהוראה שבסעיף 37 הקובעת שאין למנות אדם לתפקיד האפוטרופוס אלא בהסכמתו. מאידך גיסא, הסיקה סגל-רייך מפסק דין זה, ש"כל אימת שישנה על בעל מקצוע כלשהו חובת נאמנות ללקוח, ניתן לקרוא מחובתו תפקיד של 'אפוטרופוס' מכללא, בעטיו אינו יכול לעמוד מנגד נוכח 'התאבדותו הכלכלית' של לקוחו", אף אם בעל המקצוע אינו בנקאי.

[2] למשל: סעיף 80 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965; סעיף 21 לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979.

במשפט העברי, הדעות חלוקות בשאלה האם אפשר למנות אדם כאפוטרופוס בלי הסכמתו. רוב הפוסקים סבורים שנדרשת הסכמה[3]. מגיד משנה[4] מביא ראיה לכך מן ההלכה שאפוטרופוס פטור מלהישבע בסיום כהונתו שלא מעל בנכסי היתומים[5]. מטרת הפטור משבועה, נאמר בתלמוד[6], היא כדי שלא יימנעו אנשים מלהתמנות כאפוטרופוס. מכאן עולה שאין לכוף את המינוי, אלא יש צורך בהסכמה[7]. יש להוסיף, שקשה לצפות ממי שכפו עליו לשמש כאפוטרופוס, שיתמסר לתפקידו כפי שנדרש ממנו.

לעומת זאת, לדעת ספר החינוך[8] אפשר לכפות על אדם לכהן כאפוטרופוס[9], וכך כתב: "אם יש להם [=ליתומים] מעות [בעיזבון], שמכריחין בית דין כל מי שימצאו שהוא עשיר, בעל נכסים שיש להם אחריות, ויהיה איש נאמן ואוהב שלום וכשר, ומפקידין לו מעות היתומים להתעסק בהן... ומכריחים גם כן כל אדם שהוא טוב להם, שיפקח עינו על נכסיהם, אם לא הניח להם אביהם שום אפטרופא". אפשר ללמוד מדברי פוסקים נוספים שגם לדעתם אפשר לכפות על אדם לכהן כאפוטרופוס[10].

[3] מגיד משנה, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ה (הובא בבית יוסף, חו"מ, סימן רצ, סעיף כג, בים של שלמה, גיטין, פרק ה, סימן י, ובקצות החושן, רצ, ס"ק ה); בית הבחירה, בבא קמא לט ע"ב; שו"ת הריב"ש, סימן תפט; שו"ת מהר"ם חלאווה, סימן צה; ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף מא.
יש מפוסקי דורנו שהביאו את דברי המגיד משנה להלכה: ר' יעקב אריאל, הלכה בימינו, עמ' 211; ר' נפתלי בר אילן, משטר ומדינה בישראל על פי התורה, פרק כ, סעיף קז, אות ח, כרך ב, עמ' 533.
גם מדברי הרדב"ז, שנביא בהערה 20, מוכח שהוא סובר שדרושה הסכמה, שהרי הוא דן במי שטען שלא הסכים להיות אפוטרופוס, ועולה מדבריו שאם לא הסכים, אין לו דין אפוטרופוס.

[4] מגיד משנה, שם. גם הריב"ש שם מביא ראיה זו.

[5] על הלכה זו ראה להלן בהרחבה, בדיון על סעיף 53.

[6] גיטין נב ע"ב.

[7] יש ראיה נוספת לדעה זו מהתוספתא שנביא ליד ציון הערה 21: "אפטרופסין עד שלא החזיקו בנכסי יתומין יכולין לחזור בהן"; אם הוא יכול לחזור בו גם אחרי שהסכים, קל וחומר שהוא יכול לסרב לכתחילה להתמנות, ואין כופים אותו.

[8] ספר החינוך, מצווה סה.

[9] אבל ר' דוד פיפאנו, מעיל האפוד על ספר החינוך, שם, אות ה, מעלה אפשרות שנפלה טעות סופר בדברי החינוך, ובמקום "מכריחין" צריך להיות "מוכרחין", היינו ש"על הבית דין מוטל ומחוייבין למצוא איש כשר וכו'". אבל הסבר זה דחוק, הן משום שבית הדין אינו צריך תזכורת לחובותיו, והן משום שבהמשך הדברים כותב החינוך: "מכריחים גם כן כל אדם שהוא טוב להם שיפקח עינו על נכסיהם". ר' דוד פיפאנו הרגיש ככל הנראה בקשיים אלו, ובשל כך הוא הציע הסבר נוסף, ולפיו "כוונת רבינו שמכריחין בלשון רכה ובנועם שיח, לא על ידי חיוב".

[10] מנחת חינוך, על ספר החינוך, שם, אות ד, ד"ה ואם, כותב, שכדעת ספר החינוך סובר גם נימוקי יוסף, בבא מציעא מא ע"ב (בדפי הרי"ף). בבבא מציעא ע ע"א נאמר, שיש למסור את כספי היתומים להשקעה בידי אדם נאמן בפני בית דין, וכותב על כך הנימוקי יוסף, בדעת הרשב"א, שבית דין חשוב מוסמך לכפות על אותו נאמן לשאת באחריות מלאה אם יהיו הפסדים, בעוד שאם יהיו רווחים, הוא לא יזכה בכולם אלא יצטרך להתחלק ברווחים עם היתומים. ומכאן מסיק מנחת חינוך שלדעתו, "בית דין חשוב יכולים לכוף האדם שלא מדעתו, להתעסק ולטרוח עבור אחרים".
הרב עוזיאל, שערי עוזיאל, חלק ב, משפטי יתום ואלמנה, מכתב לר' ישראל פורת, עמ' שח במהד' תש"ו, עמ' רצה במהד' תשנ"א, טוען: "כן [כדברי ספר החינוך] מצאנו בדברי הפוסקים, הרמב"ם והטור והשולחן ערוך, דין זה מכללא, במה שכתבו: 'חייבים בית דין להעמיד להם אפוטרופוס, שבית דין אביהם של יתומים' (חו"מ, סימן רצ, סעיף א). מזה יוצא שכל אדם חייב להישמע לפקודת בית דין (שם, סעיף ז)". אך מסתבר יותר לפרש את דברי הפוסקים, שבית הדין חייבים לחפש ולמצוא מי שיסכים למלא את התפקיד, ולא שבסמכותם לחייב אדם לקבל על עצמו את תפקיד האפוטרופוס בעל כרחו.

על דברים אלו תמה במנחת חינוך[11]: "אין הסברא נותנת כלל, שבית דין יכולים לכוף איש שיטריח עצמו בגופו ולהתעסק במעותיהם וההפסד יהיה שלו"[12].

על תמיהה זו השיבו הפרשנים באופנים שונים:

ר' יוסף דוד אפשטיין[13] מעגן את דעת ה'חינוך' בסמכות בית הדין להפקיע ממון מבעליו מכוח "הפקר בית דין הפקר", סמכות שלדעתו כוללת אף את הסמכות לכפות על אדם לעבוד[14]. עמדה זו מבוססת על התפיסה, שכל אדם משועבד לפעול בגופו לשם תועלת חברתית־צבורית בהתאם להחלטותיהם של נציגי הציבור. לפיכך, בית הדין, כנציג הציבור, מוסמך לכפות על אדם להתעסק ולטרוח לטובת היתומים.

ר' יעקב טבשונסקי[15] הסביר, שלדעת ה'חינוך', סמכות זו של בית הדין לכפות, יסודה בסמכות הכללית של בית הדין לכפות על קיום המצוות, ומאחר שכל ישראל מצווים להציל את נכסי הזולת מנזק או הפסד מכוח מצוות "השבת אבידה"[16], ובכלל זה לדאוג לשמירת

יש לציין, שהיו קהילות שבהן התקבלו תקנות המקנות לבית הדין את הסמכות לחייב אדם לשמש כאפוטרופוס. ראה לדוגמה: ר' מלאכי הכהן (בעל יד מלאכי, שהיה אב בית הדין בקהילת ליוורנו), ספר הזכרונות – פסקים הסכמות ומנהגים דק"ק ליוורנו, מקבציאל לד (תשס"ח), יז, בעמ' כג.

[11] מנחת חינוך, שם.

[12] אבל ראה בדברי הנימוקי יוסף, שהובאו בהערה 10, שהאפוטרופוס יזכה לקבל חלק מהרווחים, אם יהיו.

[13] מצוות המוסר, חלק ב, עמ' 94.

[14] ברם, עמדה זו שנויה במחלוקת: בעוד שלדעת פני יהושע, כתובות כט ע"א, בתוד"ה אלו נערות, הכלל "הפקר בית דין הפקר" מעניק סמכות לבית הדין הן בממון והן בגוף (ולכן כאשר בית דינו של דוד גזר על הנתינים שיהיו עבדים, הייחוס שלהם הוא כשל עבדים, מן התורה), הרי שלדעת מנחת חינוך, שם, ובמצווה מב, אות ז, ד"ה וחרש, ולדעת דבר אברהם, חלק א, סימן יא, אות ז, הסמכות היא רק בממון ולא בגוף. על מחלוקת זו ראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך הפקר בית דין, ליד ציוני הערות 165–168.
לכאורה, יש מקור לסמכות זו בתוספתא, בבא מציעא, פרק יא, הלכה יג (הלכה כז במהד' ליברמן): "מי שהיה בלן לרבים, ספר לרבים, נחתום לרבים, שולחן לרבים, ואין שם אחר אלא הוא, והגיע שעת הרגל ומבקש לילך לתוך ביתו, יכולין לעכב על ידיו עד שיעמיד אחר תחתיו". אולם בחזון יחזקאל שם סייג זאת, שמאחר שדין זה הוא מתקנת בני העיר, אפשר שאם האומן אינו מבני העיר, אינם יכולים לכופו להמשיך.

[15] בית יעקב (טבשונסקי), חו"מ, סימן רצ, סעיף ח. לעומת זאת, שו"ת הריב"ש, סימן תפט, וקצות החושן, סימן רצ, ס"ק ה, כותבים שאף שאפוטרופסות היא מצווה, אין כופים לקיים אותה.
על אף השוני שבין מינוי אפוטרופוס בעל כורחו ובין פועל, יש לציין לשו"ת שבט הלוי, חלק ד, סימן רכא, שדן בכפיית אדם לעשות עבודה כדי למנוע הפסד מאדם אחר, וכותב במסקנתו: "כיון דקיימא לן דכופין עד שתצא נפשו על קיום מצוות עשה... ולהציל חפץ וסחורתו של חברו שלא תאבד לגמרי, מצות עשה דאורייתא מהשבת אבדה... אם כן, נהי דמדין פועל חוזר יכול לחזור אימתי שירצה... מכל מקום, במקום שרק הוא בקי במלאכה זו, וגורם ודאי הפסד ממון, נראה דיכולים לכוף מדין השבת אבידה". אבל הוא מסייג את דבריו בכך, שכופים רק אם ההפסד הוא ודאי ואין אדם אחר שמסוגל למונעו. הוא אף מדגיש שדבריו נאמרו רק על דרך "האפשר". הוא מציין לדברי ש"ך, חו"מ, סימן שלג, ס"ק טו, הפוסק שאי אפשר לחייב פועל להמשיך לעבוד בניגוד לרצונו גם אם יגרמו נזקים לבעל הבית בעקבות הפרת החוזה, על אף שהפועל נושא בַּנזקים, וגם אם אין בידי הפועל כדי לשלם על אותם נזקים, "אין יכול לכופו להשתעבד בו [=לעבוד] בשביל כך", ומדבריו משמע שגם מצוות השבת אבידה אינה מאפשרת כפיית אדם לעבוד. מנגד הוא מציין למחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ב, שאינו מכריע בשאלה אם אפשר לכפות על הפועל להמשיך לעבוד בנסיבות אלו.

[16] חובת השבת האבדה היא רחבה וכוללת גם חובה למנוע הפסד שעלול להיגרם לנכסי הזולת. ראה: בבא מציעא לא ע"א; רשב"ם, בבא בתרא נג ע"א, ד"ה האי; חידושי ר' עקיבא איגר על שו"ע, חו"מ, סימן רנט, סעיף א; מ' ויגודה, חוק לישראל, השבת אבידה, עמ' 14. מכוחה של חובה זו מוטל על כל מי שיש בידו למנוע הפסד צפוי לנכסי החסוי לנקוט באמצעים הדרושים לשם מניעת הפסד זה. כך כותב נתיבות

עניינם של יתומים ושל אלו שאינם יכולים לדאוג לענייניהם בעצמם, מוסמך בית הדין לכוף על אדם לשמש כאפוטרופוס. אולם יש להעיר שמכוח מצוות "השבת אבדה" אפשר לבסס סמכות למינוי אפוטרופוס רק למניעת הפסדים ולא להפקת רווחים[17].

מכל מקום, דעתו של החינוך אינה מוסכמת על רוב הפוסקים, כאמור.

פרק שלישי

הסכמה מכללא ובפני מי? – "שהביע לבית המשפט את הסכמתו"

א. מבוא

כאמור, הסכמתו של אדם לשמש כאפוטרופוס היא תנאי למינויו כאפוטרופוס. להלן נבקש לברר מה טיבה של הסכמה זו? האם היא צריכה להיות מפורשת, או שמא די בהסכמה מכללא? האם שתיקתו של אדם להצעה למנותו כאפוטרופוס עשויה אף היא להתפרש כהסכמה לשמש כאפוטרופוס?

עניין נוסף שנעסוק בו נוגע לפורום שבפניו יש להביע את ההסכמה. החוק קובע שההסכמה צריכה להימסר לבית המשפט דווקא. האם כך הדין אף לפי המשפט העברי?

המשפט, סימן עב, ס"ק יט: "דביתומים שאין יכולים לפקח בעסקיהם, ונכסיהם יורדין לטמיון כשלא ימצא מי שיפקח, כל אדם מחוייב להציל נכסיהם מהיזק משום השבת אבידה".
אמנם, הפרת החובה לפעול להצלת נכסי הזולת מהפסד אינה מטילה אחריות להפסד שנגרם לנכסיו של הזולת. אולם אם מי שיש בכוחו לפעול להצלת נכסי הזולת מהפסד מחזיק בנכסים אלו ברשות, ייתכן שהוא נושא באחריות מדין שומר. בשאלה אם שומר שנמנע מעשיית פעולה להצלת הפיקדון מהפסד, נושא באחריות להפסד, ראה בדיוננו בסעיף 57, עמ' 279; חוק לישראל, שומרים, עמ' 345–349.

[17] הסברים נוספים לשיטת ספר החינוך: ר' אורי יונגרייז, "גדרי 'חייך קודמים לחיי חברך'", עטרת שלמה, תשסב, עמ' ריז, מבאר שהחינוך סובר שאדם מצווה להקריב משלו ואף להפסיד מעט לצורך יתומים.
ר' יצחק הכהן אראנווסקי, מנחת יצחק, על ספר החינוך, שם, אות ד, מציע, שסברתו של החינוך מבוססת על ההלכה שבית דין כופה לתת צדקה (כתובות מט ע"ב), "דמה לי אם כופין אותו בממונו שיתן לצדקה מה שאמדוהו שראוי ליתן, ומה לי שכופין אותו יטריח וישתדל לטובת היתומים בגופו וכיוצא בזה, דהלא אם ירצה מי שנטלו מממונו לצדקה למלאות את החסרון שחסרו מממונו, עליו לטרוח בגופו למלאותו, ועל כן, אחת היא אם כופין אותו בממונו או בגופו".
גם הרב עוזיאל, שערי עוזיאל, חלק ב, עמ' שח במהד' תש"ו, עמ' רצה במהד' תשנ"א, כותב שהחיוב לשמש כאפוטרופוס מבוסס על כוחו של בית הדין לכפות על קיומה של מצוות צדקה. כך כתב גם ר' אברהם יעקב זילברשטיין, אבני חן, על מנחת חינוך שם, עמ' רפד.
הרב עוזיאל (שם, עמ' רצד–רצו במהד' תשנ"א) אף ביקש לבסס את חובות האפוטרופוס לדאוג לשמירת עניינם של היתומים ולחינוכם על המצווה הכללית של "כל אלמנה ויתום לא תענון" (שמות כב, כא). כמו כן, מנחת אלימלך, כרך ב, סימן לב, עמ' שס, מסביר את דעת החינוך על פי שערי תשובה, מאמר ג, אות כד, האומר שמצוות "כל אלמנה ויתום לא תענון" כוללת חובה על בית דין להגן על היתומים מעינוי, ועינוי יתומים כולל גרימת הפסד לממונם, כדברי הרמב"ם, הלכות דעות, פרק ו, הלכה י, ולכן מי שיכול לעסוק בממון היתומים ולהצילם מהפסד, ואינו עושה זאת, עובר ב"לא תענון", ולכן בית דין מוסמך להכריח אותו לעסוק באפוטרופסות, כדי להפריש אותו מאיסור זה. כעין דבריו כתב גם שו"ת שבט הלוי, חלק ה, קונטרס המצות, מצוה סה, אות א. אלא שלפי הסבר זה, נראה שאי אפשר לאלץ אדם לשמש כאפוטרופוס לפסול דין שאינו יתום.

ב. הסכמה מכללא והסכמה שבשתיקה

בדיון על סעיף 67 יובהר, שדינו של מי שממלא בפועל את תפקידי האפוטרופוס כדין אפוטרופוס, לעניין חובותיו וזכויותיו, אף אם לא מונה לתפקיד זה, ואף אם לא הביע באופן מפורש את הסכמתו לשמש כאפוטרופוס. הסיבה לכך היא, שמעשיו מוכיחים שקיבל על עצמו למלא את תפקיד האפוטרופוס. מכאן שהסכמה מכללא לשמש כאפוטרופוס דינה כהסכמה מפורשת.

אולם נראה ששתיקה בלבד לבקשה לשמש כאפוטרופוס לא תיחשב כהסכמה. זאת על פי העיקרון ששתיקה מתפרשת כהסכמה רק במקום שיש לשותק תועלת מהסכמתו, או בשתיקה בבית דין למול תביעה. מכוח עיקרון זה, פסק נתיבות המשפט[18] שאין לומר "שתיקה כהודאה" במי שהתבקש לשמור על נכס מסוים ושתק. ואכן, אם ההצעה כוללת מתן שכר על האפוטרופסות, נראה ששתיקתו למשמע ההצעה תתפרש כהסכמה.

ג. הסכמה "לבית המשפט"

לא מצאנו בפוסקים דרישה שהסכמת האפוטרופוס תינתן בפורום מסוים בדווקא[19].

אולם, אף אם נאמר שאפשר שההסכמה תינתן שלא בפני בית הדין, מכל מקום עדיף שתינתן ההסכמה בבית הדין, כדי שלא יוכל האפוטרופוס להתכחש להסכמתו. כך פסק הרדב"ז[20] לגבי מי שטען שלא הסכים להתמנות כאפוטרופוס, שאינו נאמן בטענתו כיוון ששטר מינויו כאפוטרופוס נמצא בבית הדין: "שאין שמעון נאמן לומר 'לא קבלתי עלי האפוטרופסות', כיון שנמצא כתוב וחתום מהדיינים. דאם איתא דלא קבל, לא הוו חתמי דייני או מקרע הוו קרעי ליה [=שאם נכון הדבר שלא קיבל עליו להתמנות, לא היו חותמים הדיינים או שהיו קורעים את השטר]".

פרק רביעי

חזרה מן ההסכמה

האם רשאי האפוטרופוס לחזור בו מהסכמתו כל עוד לא החל בתפקידו? או שמא משעה שהסכים לקבל על עצמו את התפקיד ייחשב אפוטרופוס, ואינו רשאי לחזור בו?

בתוספתא נקבע[21]: "אפטרופסין, עד שלא החזיקו בנכסי יתומין, יכולין לחזור בהן", וכך

[18] נתיבות המשפט, סימן רצא, ס"ק ה. למקורות נוספים הפוסקים כך בשומר, ראה ב' כהנא, חוק לישראל, שומרים, עמ' 17. בשאלה האם שתיקה כהסכמה באפוטרופסים משותפים, ראה סעיף 46, עמ' 112.

[19] ר' חיים וינקלר סבור שאין טעם לדרוש הסכמה בפני בית הדין דווקא, שהרי האפוטרופוס יכול לחזור בו כל זמן שלא החזיק בנכסים, כפי שנראה בסעיף 60, ונמצא שההסכמה אינה יוצרת את חיובו באופן מוחלט.

[20] שו"ת הרדב"ז, חלק ד, סימן אלף רסט (קצח).

[21] תוספתא, בבא בתרא, פרק ח, הלכה ג (הלכה יב במהד' ליברמן).

נפסק להלכה[22]. מכאן עולה, שהסכמת האפוטרופוס גרידא אין בכוחה למנוע ממנו לחזור בו, כל עוד לא החזיק בנכסים.

פרטי דין חזרתו של אפוטרופוס יפורטו להלן, בסעיף 60.

פרק חמישי

סיכום

לדעת רוב החכמים, מינויו של אדם לתפקיד אפוטרופוס מותנה בהסכמתו לקבל על עצמו את התפקיד.

ההסכמה לשמש כאפוטרופוס יכולה להיות מובעת במפורש או מכללא, אבל לא בשתיקה. ייתכן שהסכמה שניתנה מחוץ לבית המשפט תקפה, אבל ראוי שתינתן בבית המשפט, כדי שלא יוכל האפוטרופוס להתכחש לה.

כל עוד לא נמסרו נכסי החסוי לחזקתו של האפוטרופוס, הוא רשאי לחזור בו מהסכמתו לשמש כאפוטרופוס. פרטי דין חזרתו של אפוטרופוס יפורטו להלן, בסעיף 60.

פרק שישי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

לאור האמור, נוסח הסעיף תואם את עמדת המשפט העברי.

הסכמת האפוטרופוס

37. לא יתמנה אפוטרופוס אלא מי שהביע לבית המשפט את הסכמתו לכך.

[22] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף כג.

סעיף 38

תפקידי האפוטרופוס לקטין ולפסול דין

תפקידי האפוטרופוס לקטין ולפסול דין

38. אפוטרופוס של קטין חייב לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח־יד ועבודתו, וכן חייב הוא בשמירת נכסי הקטין, ניהולם ופיתוחם; הוא רשאי להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו והוא מוסמך לייצגו; והכל אם לא הגביל בית המשפט את תפקידי האפוטרופוס. והוא הדין בשינויים המחויבים, באפוטרופוס של פסול־דין.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 73

פרק שני: החובה "לדאוג לצרכי הקטין" 74

א. מבוא 74

ב. האם תפקידי אפוטרופוס הם רק בענייני רכושו, או הם כתפקידי ההורה? 74

ג. "צרכי הקטין" 75

1. צרכים פיזיים 76
2. צרכים רגשיים ונפשיים 77
3. צרכים רוחניים 77
4. צרכים חברתיים 79

ד. חובות 79

ה. להשיאו 80

פרק שלישי: החובה לדאוג לחינוכו של הקטין 81

א. מבוא 81

ב. חינוך הקטן לתורה ולמצוות 81

ג. השכלה כללית 81

ד. הכשרה מקצועית 82

פרק רביעי: שמירת נכסים – "חייב הוא בשמירת נכסי הקטין" 82

א. מבוא 82

ב. היקף החובה 83

ג. רמת השמירה 83

ד. פיקוח על נכסי הקטין לטובת צד שלישי 84

פרק חמישי: ניהול ופיתוח – "ניהולם ופיתוחם" 85
א. מבוא 85
ב. ניהול 85
ג. פיתוח 85
פרק שישי: החזקה בקטין – "להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו" 86
פרק שביעי: ייצוג הקטין – "הוא מוסמך לייצגו" 87
א. ייצוג הקטין כנתבע 87
ב. ייצוג הקטין כתובע 90
פרק שמיני: אפוטרופוס לפסול דין 90
פרק תשיעי: סיכום 91
פרק עשירי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 92

פרק ראשון

מבוא

סעיף 38 עוסק בשלושה נושאים: בחובת האפוטרופוס "לדאוג לצרכי הקטין" או פסול הדין, לשמור על נכסיו, לנהלם ולפתחם; בזכותו להחזיק בו; ובסמכותו לייצגו.

החובה לדאוג לצרכי הקטין מעוררת שאלה עקרונית: האם האפוטרופוס אמור למלא את מקומם של ההורים לכל דבר ועניין[1] כאשר אין בכוחם למלא את חובותיהם כלפי הקטין; או שמא האפוטרופוס אינו עומד במקומם של ההורים, וחובותיו כלפי הקטין מצומצמות בהיקפן, לעומת חובותיהם של ההורים? ואם כך הוא, יש לברר מה טיבם והיקפם של הצרכים שעל האפוטרופוס לדאוג למילויים?

הדוגמאות שמונה החוק לצרכי הקטין הן לצרכיו האישיים. השאלה המתעוררת בהקשר זה היא, האם מוטל על האפוטרופוס גם לפעול למילוי חובותיו של הקטין כלפי החברה?

החוק קובע שצרכי הקטין המוטלים על האפוטרופוס כוללים גם את חינוכו והכשרתו המקצועית. בהקשר זה נשאל, האם גם לפי המשפט העברי האפוטרופוס נדרש לחנך את הקטין? ואם כן, מה כוללת חובה זו: האם די בכך שיעשה שימוש בנכסי הקטין כדי לרכוש עבורו השכלה, חינוך או הכשרה מקצועית; או שמא מוטלת עליו גם חובה אישית לחנך את הקטין? ואם כך הוא, מהי משמעותה המעשית של חובה זו?

לפי החוק, החובה לדאוג לצרכי הקטין כוללת גם את השמירה על נכסיו. חובה זו מעוררת שאלות רבות: מהו היקפה של חובה זו? האם האפוטרופוס נדרש רק לשמור על גוף הנכסים הממשי, או גם להבטיח שערכם הממוני לא יפחת? האם עליו לבטח את הנכסים? האם הוא אחראי להשבת נכסים שאבדו או נגנבו? מהי רמת השמירה? האם חובת השמירה נועדה רק להגן על נכסיו של הקטין, או שמא זוהי חובת פיקוח כללית, שתכליתה אף להגן על הזולת שעלול להינזק בשל אי שמירה נאותה של הנכסים? קשה למצוא בחוק עצמו תשובה ברורה לשאלות אלו. להלן ננסה להשיב על שאלות אלו על פי מקורות המשפט העברי.

החוק קובע שחובתו של האפוטרופוס היא לא רק לשמור על נכסי הקטין, אלא אף לנהלם ולפתחם. נבקש לברר מה משמעותה של חובה זו? האם האפוטרופוס רשאי או נדרש ליטול סיכונים לשם מילויה של חובה זו? ואם כן, באיזו מידה?

מעבר לחובות האפוטרופוס, החוק קובע שהאפוטרופוס רשאי "להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו", אך אין הוא חייב לעשות כן. להלן נבחן האם זכות זו נתונה לאפוטרופוס גם לפי המשפט העברי.

החוק אף מסמיך את האפוטרופוס לייצג את הקטין. החוק אינו מבחין בין ייצוגו כנתבע

[1] במאמרים תלמודיים מתחום האגדה, יש רמזים לכך שהביטוי "אב" ו"אם" בלשון העברית, ואף במקרא עצמו, אינו מתאר יחוס ביולוגי בלבד, אלא כל קשר מעשי של גידול בפועל: "כל המגדל יתום ויתומה בתוך ביתו, מעלה עליו הכתוב כאילו ילדו" (מגילה יג ע"א; סנהדרין יט ע"ב); "המגדל נקרא אב, ולא המוליד" (שמות רבה, פרשה מו, פסקה ה).

לבין ייצוגו כתובע, ולהלן נבחן מהי עמדת המשפט העברי בעניין זה. כמו כן, נבקש לברר האם האפוטרופוס מוסמך לייצג את הקטין אף בהליכי פשרה.

את הסעיף חותמת הקביעה שהוראותיו של הסעיף לגבי אפוטרופוס לקטין יחולו גם לגבי אפוטרופוס לפסול דין "בשינויים המחויבים". נבקש לברר, האם הוראה זו נכונה גם ביחס להיקף החובות והסמכויות של אפוטרופוס לקטין לפי המשפט העברי.

פרק שני

החובה "לדאוג לצרכי הקטין"

א. מבוא

סעיף 38 קובע את חובותיו של אפוטרופוס. רשימת החובות לפי סעיף זה זהה לרשימת החובות של האפוטרופוס הטבעי לפי סעיף 15 לחוק, העוסק בחובות המוטלים על ההורים כלפי ילדיהם[2]. מכאן עולה שבעיני המחוקק האפוטרופוס אמור למלא את מקומם של ההורים כאשר אין בכוחם למלא את חובותיהם כלפי הקטין. להלן נבחן האם כך הוא אף לפי המשפט העברי, או שמא תפקידו של האפוטרופוס מצטמצם לדאגה לנכסי הקטין ולצרכיו תוך ניהול ושימוש ראוי בנכסים.

אגב כך נבקש לבחון מה הם הצרכים שאמור האפוטרופוס לספק לקטין. עוד נברר האם האפוטרופוס נדרש לפעול למילוי חובות המוטלות על הקטין ועל נכסיו, כגון תשלומי מסים, ארנונה וכדומה.

ב. האם תפקידי אפוטרופוס הם רק בענייני רכושו, או הם כתפקידי ההורה?

סוגיות התלמוד העוסקות בחובות המוטלות על האפוטרופוס[3] עוסקות בהרחבה בדרך שבה נדרש האפוטרופוס לטפל ולהשתמש בנכסי היתומים, ואין בהן דיון דומה לזה שנמצא בתלמוד בנוגע לחובות האישיות של האב כלפי ילדיו, כגון: ללמדם תורה ואומנות ולהשיאם[4]. מכאן אפשר להסיק שהאפוטרופוס נדרש לנהל את נכסי היתומים, אך אין הוא נדרש לשמש עבורם כהורה חלופי.

אף הרמב"ם, כשהוא מסכם את החובות המוטלות על האפוטרופוס, קובע[5]: "כשמעמידין בית דין להן אפוטרופוס, מוסרין לו כל נכסי הקטן, הקרקע והמיטלטלין שלא נמכרו, והוא מוציא ומכניס, ובונה וסותר, ושובר, ונוטע וזורע, ועושה כפי מה שיראה שזה טוב ליתומים, ומאכילן ומשקן, ונותן להן כל ההוצאה כפי הממון וכפי הראוי להן". הרי שהרמב"ם מדבר רק על חובות האפוטרופוס הנוגעות לשמירת נכסי הקטין ולניהולם.

---

[2] סעיף 15 לחוק מונה את תפקידי ההורים: "אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח־יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו".

[3] בעיקר סוגיית גיטין נב ע"א.

[4] כמפורט בקידושין כט ע"א.

[5] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ד.

ואכן, לדעת גולאק[6], לפי המשפט העברי, האפוטרופסות היא אחריות ממונית על הנכסים בלבד, ועל כן לא מוטלות על האפוטרופוס חובות אישיות שאינן קשורות לניהול נכסי הקטין[7].

אבל אפשר שאין להסיק משתיקתו של הרמב"ם בזה, משום שהרמב"ם מדבר על היבטים משפטיים של מעשי האפוטרופוס, שהוא מוסמך בעשייתם.

ואכן, ממקורות אחדים עולה שהאפוטרופוס אחראי גם לצרכים אחרים של הקטין[8].

ערוך השולחן[9] כתב, שלעניין חינוכו של הקטין למצוות, האפוטרופוס "עומד במקום האב, [כי] מי יחנכם, אם לא האפוטרופוס?".

וכך, מדברי הרמב"ם[10] שטעמה של חובת האפוטרופוס לדאוג לקיום מצוות של היתומים, הוא "כדי לחנכן", הסיק בית הדין הרבני[11]: "כשם שחובת האפוטרופוס לדאוג לכל צרכי הקטינים בתחום הפיזי והחומרי, כמו כן חובת האפוטרופסות לדאוג לצרכיהם בתחום הרוחני".

אבל אין להסיק מכך שהאפוטרופוס נושא בכל החובות המוטלות על הורים כלפי ילדיהם. כמובן, אם הטיל עליו בית הדין משימות נוספות, עליו לקיימן.

ג. "צרכי הקטין"

לקטין ישנם צרכים רבים ומגוונים, וניתן לסווג אותם לארבע קטגוריות: צרכים פיזיים (בריאות, מזון, קורת גג וכדומה); צרכים רגשיים ונפשיים (אהבה, תמיכה רגשית ותחושת ביטחון); צרכים חברתיים (השתייכות לחברה ולקהילה, נטילת חלק פעיל בה וכדומה)[12] וצרכים

[6] א' גולאק, יסודי המשפט העברי, חלק ג, עמ' 146.

[7] ראה גם מ' הלפרין, "התנגדות הורים לניתוח התינוק המסוכן – הערות לפסק דין אזרחי", אסיא מט–נ (יג, א–ב), תמוז תש"ן, עמ' 90: "הן המקור לסמכויותיו של האפוטרופוס והן הדוגמאות המובאות בתלמוד, ברמב"ם ובשולחן ערוך, מעידים שסמכויות אפוטרופוס מוגבלות לנכסים ממוניים".
ראה עוד ע"א 201/57 איזידור (יחזקאל) נ' פרקליט מחוז חיפה, פ"ד יג 492 (1959), בפסקאות 9–11 לפסק דינו של השופט חשין, שחולק על דעתו של ד"ר ב"צ שרשבסקי, בספרו דיני משפחה, עמ' 380, הע' 2, שכתב שלפי ההלכה אפשר למנות אפוטרופוס גם לגופו של הקטין.

[8] ר' אשר וייס, שו"ת מנחת אשר, חלק ג, סימן קכד, עמ' תיט, ביקש לתלות שאלה זו בשאלת סמכות האפוטרופוס, אם היא מדין תורה, או מתקנת חכמים (ראה על שאלה זו במבוא לספר, פרק שלישי): לדעת הסוברים שסמכותו היא תקנת חכמים, "לכאורה לא מהני אלא בענייני ממון... וביותר נראה כן, אם נניח ששורש הלכה זו הוא משום הפקר בית דין הפקר"; ואילו לדעת הסוברים שסמכותו היא מדין תורה (כפי שעולה מקידושין מב ע"א), "מסתבר דמהני בכל ענין שיש בו טובה ליתומים בכל צרכיהם". עם זאת, הוא העיר שייתכן שאף לדעת הסבורים שסמכותו היא מן התורה, היא חלה רק בענייני ממון, משום שהפסוק שממנו נלמד דין האפוטרופסות במסכת קידושין (שם), "נשיא אחד נשיא אחד למטה" (במדבר לד, יח), עוסק בענייני ממון. אולם מסקנתו היא שסמכות האפוטרופוס היא מסברה, מפני שטבע העולם הוא שמי שאינו מסוגל לטפל בעצמו, יכול זולתו לטפל בו, כדי למנוע ממנו סבל, ומה שתיקנו או שלמדו מהפסוקים (בקידושין שם) הוא שחובה זו מוטלת על בית דין, ושהדין כך גם בצרכי ממונו של החסוי. יש להעיר שעיקר דיונו הוא בשאלה האם אפוטרופוס מוסמך לקחת מגופו (להבדיל מממונו) של החסוי לצורך (בנידונו – לקחת ממנו אבר להשתלה), אבל לפי מסקנתו זו גם חובה; אבל זאת רק בצרכי קיומו ובריאותו.

[9] ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף ל. דבריו באים לנמק מדוע האפוטרופוס חייב להוציא ממון הקטין לשם חינוכו, כפי שנראה להלן, ליד ציון הערה 23.

[10] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה י. נביא את דבריו להלן, ליד ציון הערה 26.

[11] פסקי דין רבניים, תיק 1-23-8603, מתוך המאגר המקוון (פרויקט השו"ת), פס"ד קמח.

[12] ראה לעניין זה גם בתמ"ש (משפחה נצרת) 09-05-9328 י.ב. נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם), שם נפסק שאפוטרופוס מוסמך לפעול לגיורו של קטין כדי להקל עליו להשתלב בחברה שהוא חי בה.

רוחניים[13]. להלן נבקש לבחון מה הם הצרכים שהאפוטרופוס נדרש לדאוג להם לפי המשפט העברי.

1. צרכים פיזיים

האפוטרופוס נדרש להשתמש בנכסיהם של היתומים כדי לרכוש עבורם מזון[14], ובכלל זה גם "כל צרכי הקטינים בתחום הפיזי והחומרי"[15]. לחובה זו אין שיעור, ומילויה יהיה בהתאם לחיוניותו של הצורך ולהיקף הנכסים המצויים בידיו של האפוטרופוס. וזו לשון הרמב"ם[16]: "ונותן להן כל ההוצאה כפי הממון, וכפי הראוי להן, ולא ירויחו להן יותר מדאי, ולא יצמצם עליהם יתר מדאי".

יחד עם זאת יש להדגיש שעל האפוטרופוס לא מוטלת חובה אישית לדאוג לפרנסתם של היתומים[17], והוא אינו נדרש לעבוד לפרנסתם או לפרנסם מנכסיו[18]. חובתו היא רק להשתמש בנכסי היתומים לשם כך.

[13] בב"ש (י־ם) 861/78 הרב יהודה מייזלס נ' האפוטרופוס הכללי, פ"מ תשל"ח 2 219, 220 (09.11.78), נדונה השאלה, האם האפוטרופוס רשאי להשתמש בכספי החסויים לשם עריכת "סידורים בקשר לשמירת כבודם ועריכת כל הטכסים והתפילות הדתיים לעילוי נשמתם לאחר מותם". השופט דחה בקשה זו, תוך שהוא לומד "מפירוט הנושאים אשר להם חייב לדאוג האפוטרופוס" שבסעיף 38, ש"המחוקק התכוון לדאוג לצרכיו הגשמיים של החסוי, ולאו דווקא למה שעתיד לקרות לאחר אריכות ימיו". באמרת אגב הוסיף השופט ש"אפשר לטעון" כי "צרכי קטין (או פסול דין) יכולים לכלול גם צרכים רוחניים", ו"יתכן שאפשר היה לדאוג לשמירת כבודו של החסוי לאחר אריכות ימיו, אילו הוכח שבנושא זה החסוי מסוגל לחשוב ולהביע את רצונו... כי מה שייעשה בכיוון זה עולה בקנה אחד עם צרכיו (הנפשיים) של החסוי". בשולי פסק הדין נאמר: "יתכן שרצוי היה שהמחוקק ישקול מתן אפשרות לאפוטרופוס על חסוי ליזום מתן תרומות או צדקה או הקדשת חלק מהרכוש למטרה מסוימת... אולם אם ייראה הדבר בעיני המחוקק לאפשר זאת, ברור שהדרך היא על ידי תיקון החוק ברוח זו". המחוקק לא תיקן את החוק ברוח זו. לא זו בלבד, אלא שבמסגרת תיקון מס' 18 לחוק, נקבע בסעיף 32ו(ג)(1), שמיופה כוח לא יהיה רשאי לתת תרומות מנכסי החסוי, "אלא למי שצוין במפורש בייפויי הכוח ובסכום שצוין בו, ובלבד שהסכום לא יעלה במצטבר על 100,000 שקלים חדשים".

[14] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ד: "והוא מוציא ומכניס ובונה וסותר ושובר ונוטע וזורע ועושה כפי מה שיראה שזה טוב ליתומים ומאכילן ומשקן"; שם, הלכה ו: "יש לאפוטרופוס למכור בהמה ועבדים שפחות שדות וכרמים להאכיל ליתומים".

[15] פסקי דין רבניים, שצוין לעיל, הערה 11. כמו כן, שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קכז, מתיר לתת צדקה מנכסי יתום שחלה, כדי שיתרפא בזכות הצדקה. צדקה זו אינה לשם קיום מצווה אלא כסגולה לשם ריפוי, ולכן היא בכלל צרכים פיזיים. ראה על דבריו בדיוננו בסעיף 47.

[16] רמב"ם, שם, הלכה ד.

[17] אמנם הוא מצווה לדאוג לביטחונם האישי, לשלומם ולבריאותם של הקטינים, הן על פי מצוות השבת אבדה, שפירשוה חכמים כמחייבת גם לדאוג להשבת גופו של אדם, כלומר למניעת נזק או פגיעה בגוף, הן על פי מצוות "לא תעמוד על דם רעך" (ויקרא יט, טז), המחייבת גם הוצאת ממון למטרה זו (סנהדרין עג ע"א). אבל הוא חייב בכך ככל אדם אחר, ואין עליו חיוב מיוחד מכוח היותו אפוטרופוס.

[18] ראה להלן, בדיון על סעיף 40.

הפוסקים דנו בשאלה האם אפוטרופוס מוסמך להורות על תרומת איברים מגוף החסוי לקרוב משפחה או אחר[19], על סמך אומדן דעת שהחסוי היה מתרצה בכך, או רק על סמך הנחה שיש בכך תועלת לחסוי עצמו. במסגרת דיון זה, עסקו גם בשאלה כיצד להעריך את אומדן דעת החסוי, ומהו המשקל של גורמים שונים המשפיעים עליו[20].

2. צרכים רגשיים ונפשיים

הדרישה להשתמש בנכסי היתומים "כפי מה שיראה שזה טוב ליתומים", כלשון הרמב"ם[21], כוללת גם צרכים נפשיים, שאף הם נדרשים לקיום תקין של חיי האדם, לא פחות מצרכים פיזיים. זאת במיוחד ביתומים, שלגביהם כותב הרמב"ם[22] שכל אדם חייב "להיזהר ביתומים... מפני שנפשן שפלה למאד ורוחם נמוכה... שנאמר: 'כל אלמנה ויתום לא תענון'... לא ידבר אליהם אלא רכות, ולא ינהוג בהן אלא מנהג כבוד". לכן הדעת נותנת שהאפוטרופוס חייב להשתמש בנכסים לשם מימון הוצאות הדרושות לשמירה על בריאותם הנפשית והרגשית של היתומים.

3. צרכים רוחניים

בסוגיית התלמוד[23] העוסקת בחובות המוטלות על האפוטרופוס, נאמר שעל האפוטרופסים

[19] לעיל, הערה 8, הבאנו ברמז את דברי ר' אשר וייס על כך.

[20] בעניין זה ראה: ר' משה הרשלר, "תרומת כליה ממשותק מוחין ומחוסר דעת", הלכה ורפואה, כרך ב (ירושלים תשמ"א), עמ' קכב; ר' משה מייזלמן, "בעיות הלכתיות בעניין השתלת כליות", שם, עמ' קיד; ר' יצחק זילברשטיין, שם, כרך ד, עמ' קנו–קנז; בר"ע 698/86 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פ"ד מב(2) 661, 681, 683 (03/07/88).

[21] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ד. הוראה זו נאמרה ביחס לאופן הטיפול בנכסים.

[22] רמב"ם, הלכות דעות, פרק ו, הלכה י.

[23] גיטין נב ע"א. חובה זו אמורה גם לגבי מצוות מדרבנן, לדעת הרמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה י, וחוק יעקב, תלד, ס"ק טו (הובא בשו"ת אמרי יושר, חלק א, סימן ג).
חובה נוספת של אפוטרופוס שקשורה לקיום מצוות על ידי היתומים, הוא הפרשת תרומות ומעשרות מפירותיהם. בדיוננו בסעיף 47 נראה שהוא מוסמך (וגם חייב) להפריש תרומות ומעשרות מפירותיהם בכמות שנחוצה למאכלם (ולא יותר). בעצם, המטרה היא למנוע מהם לעבור באיסור אכילת פירות שלא הופרשו מהם תרומות ומעשרות. אולם הפרשנים מדגישים שאין זה כדי שיקיימו את מצוות ההפרשה, משום שאינם מחוייבים במצוות בעודם קטנים – ראה בהערה שם.
חוק יעקב שם כותב שהאפוטרופוס חייב לבדוק, לבער ולבטל חמץ של היתומים לפני פסח, ובמקום שנהוג לשלם למישהו לבדוק, עליו לשלם על כך. מפרי מגדים, סימן תלד, אשל אברהם, ס"ק ט, עולה שהוא חייב למכור את החמץ שלהם.
לגבי לולב, ההלכה היא שהנוטל לולב שאינו שלו ביום טוב ראשון של סוכות לא יצא ידי חובה (סוכה כט ע"ב). רז"נ גולדברג, "בדין זכיה ואפוטרופוס", בית התלמוד, כרך ה (תשכ"ח), עמ' מז–מח, דן איך נכנס הלולב לבעלותו של היתום כדי שיוכל לקיים בו את המצווה. הוא מסביר שלפי נקודות הכסף, יו"ד, סימן שה, שהבאנו בעמ' 4, שאפוטרופוס יכול להפריש תרומות ומעשרות מפירות היתומים מטעם "זכין לאדם שלא בפניו", גם כאן, היתום קונה את הלולב מכוח "זכין", ואילו קצות החושן, סימן רמג, ס"ק ז, בסופו, כתב שזה מדרבנן, וכוונתו היא שזו תקנת חכמים כדי שהיתומים יוכלו לקיים מצוות, אבל מדאורייתא לא קנה, כי לדעתו לא מועיל "זכין" להוציא מרשותו של בעל הלולב המקורי, ואמנם אפשר לזַכות מתנה לקטן אם "דעת אחרת מקנה", אבל במכר, כתב רא"ש, כתובות, פרק ב, סימן יד, שאי אפשר להקנות לקטן, מפני שצריך את דעת הקונה להתחייב לשלם, וכאן זה מכר, ולכן צריך תקנת חכמים. הוא כותב שלפי דבריו צריך לומר שקניית הלולב אינה מדין חינוך, שהרי לפי דעה אחת במשנה ברורה, תרנח, ס"ק כח, אין

לעשות שימוש בנכסי הקטינים כדי לאפשר ליתומים לקיים מצוות: "עושין להן [=ליתומים] לולב וערבה וסוכה וציצית, וכל דבר שיש לו קצבה, לאיתויי [=לרבות] שופר, ולוקחין להם ספר תורה תפילין ומזוזות". בברייתא[24] סויגה חובה זו, ונקבע: "אין פוסקין עליהם צדקה ואין פודין עליהן את השבויין ולא כל דבר שאין לו קצבה"[25].

הרמב"ם מנמק[26] חובה זו לדאוג לקיום מצוות של היתומים, שהיא "כדי לחנכן"[27]. מהלכה זו הסיק בית הדין הרבני: "כשם שחובת האפוטרופוס לדאוג לכל צרכי הקטינים בתחום הפיזי והחומרי, כמו כן חובת האפוטרופסות לדאוג לצרכיהם בתחום הרוחני"[28].

ר' מאיר אריק[29] קבע: "אפוטרופוס דינו כאב, ומחייב בחינוך". וכך כתב האדמו"ר מליובאוויץ[30]: "מינוי האפוטרופוס אינו רק מינוי בנוגע לנכסי היתומים, שעליו להשתדל לטובתם בכל הקשור לממונם, אלא שהוא חייב לטפל בכל הקשור להם עד כדי לחנכם במצות, כי הוא עומד במקום האב".

מתקיימת מצוות חינוך בלולב שאינו של הקטן כיוון שמדאורייתא אינו יוצא בו ידי חובה, ועוד, שמצות חינוך מוטלת על האב ולא על אפוטרופוס, אלא קונים לו לולב כדי להרגילו במצוות.

[24] גיטין שם.

[25] הטעם לכך מבואר בדברי רש"י, גיטין שם, ד"ה צדקה: "משום ש"בכל שעתא קיימי [=ישנם] עניים, ו]נמצאו נכסיהם [של היתומים] כלים".

[26] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה י. כדבריו כתב שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף טו.

[27] כך אפשר להסיק גם מדברי התוספות, פסחים פח ע"א, ד"ה שה, שקבעו שאף שאין קרבן פסח נאכל אלא למנוייו, האפוטרופוס רשאי לתת לקטן שתחת חסותו לאכול מקרבן פסח ששחט, אף אם ייתכן שהקטן לא היה בין המנויים על קרבן זה, משום שיש בכך חינוך למצווה.
ר' יוסף זונדל מבירז', זיר יצחק, אות יח, ס"ק ט, דף כח ע"ג, ד"ה ומה, מסביר חובה זו של אפוטרופוס על פי התפיסה שמצוות חינוך עניינה חובה מדרבנן של הקטן עצמו לקיים מצוות משעה שהגיע לגיל חינוך (לפרשנים הסוברים כך, ראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך חינוך, הערה 25), "וכיון שחל חיובו עליו, לכן אז רשות לאפוטרופוס למכור בנכסיו ולקנות לו כל הנך [=אלו]". זאת לעומת התפיסה שלפיה מצוות חינוך עניינה חובה על האב לחנך את בניו הקטנים למצוות, אבל לא מוטלת על הקטן חובה עצמית לקיים את המצוות, אף לא מדרבנן (לפרשנים הסוברים כך, ראה אנציקלופדיה תלמודית, שם, הערה 20). איך יסבירו בעלי התפיסה השנייה את חובת האפוטרופוס לדאוג לקיום מצוות על ידי היתומים? הם יוכלו להסביר שאכן רק אם היתומים גדולים, האפוטרופוס חייב לדאוג לקיום מצוות שלהם. עוד יוכלו להסביר, שחובת האב לחנך את בניו הקטנים למצוות עוברת לאפוטרופוס כיוון שנכסי האב השתעבדו לחובה זו (שני ההסברים הללו מצויים זיר יצחק שם, אלא שהוא לא חיבר אותם לתפיסה שמצוות חינוך מוטלת על האב ולא על הבן).

[28] פסקי דין רבניים, שצוין לעיל, הערה 11. כעין זה כתב גם השופט מנחם אלון, בבר"ע 698/86 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני ואח', פ"ד מב(2) 661, 680 (03.07.88): "סמכותו של האפוטרופוס מוגבלת היא, אפוא, לניהול רכושו ועסקיו של הקטין... האפוטרופוס רשאי גם להשתמש ברכושו של פסול הדין לשם מילוי צרכיו הרוחניים".
יש להעיר שהשופט אלון נוקט שהוא "רשאי", וכך גם לשון זיר יצחק שם, שלא כפד"ר שם שנקט שזו חובה. גם הרמב"ם והשולחן ערוך לא נקטו לשון חובה.

[29] שו"ת אמרי יושר, חלק א, סימן ג. וראה גם: ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף ל, שהובא לעיל, ליד ציון הערה 9: "[האפוטרופוס] עומד במקום האב, [כי] מי יחנכם, אם לא האפוטרופוס?". כמו כן ר' רפאל פנחס די שיגורה, אות היא לעולם, חלק א, מערכת ח, אות צט, ד"ה ועוד, דף קכט ע"ב, כותב: "דאפוטרופוס במקום אב קאי, דעליו מוטל החיוב לחנך את היתום בכל מידי דמצוה". כמו כן, שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן רסג, כותב שבית הדין חייב לדאוג לצרכיו הרוחניים של היתום, קל וחומר מחובתו לדאוג לצרכיו הגשמיים. אבל הוא לא עסק באפוטרופוס.

[30] ליקוטי שיחות, כרך לח, פינחס, שיחה ב, עמ' 115–116.

4. צרכים חברתיים

אף שאין פוסקים צדקה מנכסי יתומים[31], מסופר בתלמוד[32] על רבא, שהטיל חובת צדקה על יתומים "לאחשובינהו", כלומר כדי שייצא להם שם טוב, כנדיבים[33].

ממעשה זה הסיק הרמב"ם[34]: "אין פוסקין צדקה על היתומים... ואם פסק הדיין עליהם כדי לשום להם שם – מותר". מדברי הרמב"ם עולה שהוצאת כספים מן היתומים כדי לקדם את מעמדם החברתי, על ידי פרסום נדיבותם, אינה מסמכותו של האפוטרופוס אלא של בית הדין בלבד.

רבי מאיר הלוי אבולעפיה, הרמ"ה[35], הסביר שהטעם לכך שאין לאפוטרופוס סמכות זו הוא משום שבניגוד לבית הדין, אין האפוטרופוס רשאי לעשות עבור היתום "מידי דלא בריר צרכיה וזכותיה [=דבר שלא ברור צרכו וזכותו]". לשיטה זו, "צרכי הקטין" שעליהם מופקד האפוטרופוס הם רק צרכים חיוניים וברורים, שהתועלת הצפויה מהם היא ממשית וודאית.

לעומת שיטה זו, פוסקים אחרים לא הבחינו בין בית הדין לבין אפוטרופוס, וקבעו שהאפוטרופוס מוסמך להוציא כספים מן היתומים כדי לעשות להם שם טוב[36].

הרב עוזיאל אף כתב[37] שהאפוטרופוס מוסמך להשתמש בכספי היתומים להביא לכך שיהיו "מכובדים בחברתם", לקדם את מעמדם החברתי, אף שלא בקיום מצווה[38].

ד. חובות

מבחינה עקרונית, אין גובים מיתומים קטנים חוב שאביהם היה חייב, מחשש שמא החוב כבר

[31] כאמור לעיל, ליד ציון הערה 24.

[32] בבא בתרא ח ע"א.

[33] יד רמה, בבא בתרא, פרק א, אות פח, קבע שני סייגים לסמכות האפוטרופוס להוציא מכספי היתומים כדי לעשות להם שם טוב: (א) שהיתומים יהיו אמידים, כלומר שיוכלו לתת צדקה בלי שהדבר יפגע ביכולתם להתפרנס ברווחה (וכן פסק שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף טו); (ב) שהיתומים יתנו את הסכמתם לכך.

[34] רמב"ם, הלכות מתנות עניים, פרק ז, הלכה יב. כך פסקו גם: סמ"ג, עשין קסב ("אם כוונת הדיין כדי להחשיבם – מותר לפסוק עליהם"); שולחן ערוך, יו"ד, סימן רמח, סעיף ג, וחו"מ, סימן רצ, סעיף טו (הובא בשו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קיב); חידושי הריטב"א (רבנו קרשקש), גיטין נב ע"א, ד"ה ואם מינן; שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קכז; יד שאול (נתנזון), יו"ד, סימן רמח, אות ג.

[35] חידושי הרמ"ה ושיטות קדמונים, גיטין נב ע"א, ד"ה כתב רמ"ה [חיבור זה נדפס בשנת תש"מ בשם חידושים מכתב יד המיוחסים לריטב"א, בשנת תשמ"ה בשם חידושי הרמ"ה ושיטות הקדמונים (ובשנת תשמ"ט "קדמונים"), ובשנת תשנ"ז בשם יד רמה ושיטות קדמונים].

[36] טור, חו"מ, סימן רצ, סעיף כא; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף טו; ט"ז, חו"מ שם; שו"ת מהר"י מינץ, סימן א.
ש"ך, יו"ד, סימן רמח, ס"ק ה, כותב שאם בית הדין סבור שראוי לפסוק צדקה על היתומים כדי לעשות להם שם טוב, אך האפוטרופוס טוען שהוא איננו מעוניין לעשות להם שם, אין פוסקים עליהם.

[37] שערי עוזיאל, שער טו, פרק א, אות ג (עמ' ר במהד' תשנ"א).

[38] יש להעיר, שמתוך דברי התלמוד, הטור והשולחן ערוך, שם, משתמע שהמטרה של עשיית שם טוב נאמרה כנגד החיסרון במצות הצדקה שאין לה קצבה. כלומר, היתר האפוטרופוס לפסוק צדקה מנכסי היתומים לשם עשיית שם טוב מבוסס על כך שמדובר במצווה, ולא די בקידום מעמד חברתי בלבד.
ר' חיים וינקלר הסביר שבפסיקת צדקה, התועלת החברתית ליתומים היא קטנה, כפי שעולה מהראשונים הדנים בהלכה זו, וזה הטעם שלדעת הרמ"ה לא התירו לאפוטרופוס לעשות כן אלא רק לבית דין, ומה שפוסקים עליהם צדקה הוא בצירוף מצוות צדקה, אבל בדבר שברור שיש ליתומים צורך חברתי בו, לכל הדעות רשאי האפוטרופוס להוציא לצרכם, גם בלי הנימוק של מצווה.

נפרע ואין ליתומים דרך להוכיח זאת, ורק אם יש הוכחה שהחוב טרם נפרע, גובים אותו מהיתומים[39]. חריגים נוספים הם חוב הנושא ריבית, שטובת היתומים היא להקדים לפרוע אותו, כדי שלא תצטבר ריבית, וחוב של כתובת אשה, שניתנת לגבייה כדי לשמור על מעמד האישה[40]. באלו, תפקיד האפוטרופוס הוא לפרוע את החוב, ואם יש צורך בכך, למכור קרקע של היתומים כדי להשיג כסף לפרוע את החוב[41].

כמו כן, אם מורישם ציווה לתת מנכסיו לאחר, מעמידים אפוטרופוס שיהפך בזכותם של היתומים, ויקיים את הצוואה אם יתברר שהיא תקפה[42].

יתומים שיש כלפיהם תביעות נזיקין, מעמידים אפוטרופוס שיטען עבורם[43], וגם אם אין לו טענות הגנה משפטיות, ייתכן שיצליח לעשות פשרה לטובת היתומים[44].

מתפקידו של אפוטרופוס לגבות חוב ממי שחייב ליתומים[45].

אפוטרופוס יכול ללוות כסף לצורך היתומים[46].

ה. להשיאו

חייב האפוטרופוס אף להשיא אישה לחסוי כשם שאב חייב להשיא את בנו[47]. הוא רשאי לשם כך להטיל על החסוי חיוב כתובה עם תוספת כתובה[48].

[39] שולחן ערוך, חו״מ, סימן קח, סעיף ג.

[40] שולחן ערוך, חו״מ, סימן קי, סעיף א.

[41] שו״ת הרשב״א, חלק א, סימן אלף טו (על ריבית וכתובה).
מעשה אליהו (מני), סימן קפה, מוסר שהיתה תקנה בשאלוניקי שאפוטרופוס פורע חוב של יתומים, אם נראה בעיניו שהחוב אמיתי, גם אם אינו כתוב בשטר אלא בפנקס, וזאת מפני תקנת השוק.
ראה סעיף 47, עמ׳ 142, על מכירת קרקע של היתומים כדי לנצל מחילה חלקית של חוב.

[42] שולחן ערוך, חו״מ, סימן קי, סעיף ד.

[43] שולחן ערוך, חו״מ, סימן קי, סעיף ה, בשם הרמב״ם.

[44] רמ״א, חו״מ, סימן קי, סעיף ה.

[45] שולחן ערוך, חו״מ, סימן קח, סעיף ו, עוסק בחיובו להישבע לפני שיוכל לגבות את החוב.

[46] שולחן ערוך, חו״מ, סימן קט, סעיף ד, וסימן קי, סעיף ח, עוסק באפוטרופוס שלווה לצורך היתומים. סמ״ע, קי, ס״ק כא, כותב שבכגון זה לא חלות ההקלות שיש בפרעון חוב שירשו היתומים. הכוונה להלוואה בלי ריבית. אהבת חסד, חלק א, פרק ג, סעיף א, כותב שמצווה להלוות גם לקטן בלי ריבית אם הוא זקוק לכך, ואת ההלוואה יש לקיים באמצעות האפוטרופוס, כדי למנוע הפסד. אבל מנחת חינוך, מצווה סו, כותב שמי שנמנע מלהלוות לקטן אינו עובר על מצווה זו, גם אם הגיע לגיל ״הפעוטות״, שבו הוא חייב לפרוע את חובו, מפני שהוא יכול לטעון שחשש שלא יוכל לפרוע. ולא הזכיר אפוטרופוס.
Amihai Radzyner, “Guardianship for Orphans in Talmudic Law,” in: Ancient Guardianship: Legal Incapacities in the Ancient World, Jerusalem 2013, עמ׳ 260, מוכיח ממשנה שביעית, פרק י, משנה ו, שאפוטרופוס יכול ללוות לצרכם.
אשר לסמכותו של אפוטרופוס להלוות מכספי היתומים לאחרים, ראה סעיף 47, עמ׳ 158.

[47] יפה ללב, חלק ד, קונטרס אחרון לאהע״ז, סימן א, אות א (דף מב ע״ג). הוא מביא ראיה מדברי הימים ב׳ כד, ג. תשובות רבנו גרשום מאור הגולה, סימן סב = תשובות חכמי צרפת ולותיר, סימן פט, עוסק בממנה שהטיל על האפוטרופוס גם את החובה להשיא את הקטינים. וראה עמ׳ 283, על אפוטרופוס ששידך יתומה.

[48] תוספות, יבמות קיג ע״א, ד״ה מאן, מסביר את דברי הגמרא שם, שרב מלכיו השיא אשה לחרש והטיל עליו כתובה, בכך שהוא היה אפוטרופוס שלו. וכן פסקי תוספות, יבמות, סימן רכד, כותב: ״אפוטרופוס משעבד קרקע יתום לאשתו״. אבל בסעיף 33, עמ׳ 23, ראינו דעה שהוא לא היה אפוטרופוס, אלא פעל כבית דין.

פרק שלישי

החובה לדאוג לחינוכו של הקטין

א. מבוא

סעיף 38 מטיל על האפוטרופוס את החובה לדאוג לחינוכו של הקטין. חובה זו התפרשה כסמכות אף להוציא הוצאות לשם מימון פעילות חינוכית שעתידה לעצב את אישיותו[49].

האם לפי המשפט העברי חייב האפוטרופוס לדאוג לחינוכו של הקטין, ואם כן, מה טיבה של חובה זו?

לאחר שנשיב על שאלה זו, נבקש לברר האם לפי המשפט העברי נדרש האפוטרופוס לדאוג אף להכשרתו המקצועית של הקטין.

ב. חינוך הקטן לתורה ולמצוות

כפי שראינו לעיל[50], על האפוטרופוס לדאוג לכך שהיתומים יקיימו מצוות. בין היתר, נאמר[51] שהאפוטרופסים "ולוקחין להם ספר תורה תפילין ומזוזות". בזמננו, עליו לקנות עבורם גם ספרי לימוד נוספים, ולממן להם את שכר לימוד התורה[52].

לפי הרמב"ם[53] תכליתה של חובה זו היא "כדי לחנכן".

הרב עוזיאל[54] מסכם את ההלכה בעניין זה: "אפוטרופסי היתומים... מצווים בלימוד היתומים הקטנים תורה בבתי ספר הצבוריים, לשכור להם מורים מיוחדים לכך מעיזבון אביהם או סביהם... ומחייבים את האפוטרופוס להוציא מנכסי המוריש כל הדרוש לכך לפי יכלתו".

ג. השכלה כללית

לעיל ראינו שמוטלת על האפוטרופוס חובה לחנך את הקטן לקיום מצוות וללימוד תורה. אף שאין מדבריהם ראיה לחובת חינוך במובן הרחב, של הקניית השכלה כללית, מסתבר שעל האפוטרופוס מוטל לחנך את החסוי גם באלו, כדי להכשיר אותו להרגלים נאותים בחיים ובחברה, כפי שמוטל עליו לדאוג לצרכיו הנפשיים של החסוי[55]. השכלה כללית במקצועות

[49] ראה למשל תמ"ש 1260/02 פלוני נ' האפוטרופוס הכללי – תל אביב (02.01.03), פסקה 11ב: "הלכה פסוקה ומקדמת דנא היא, כי דין הוצאות בעבור מימון חגיגת בר המצווה כדין חובת המזונות, וכי המדובר ב'הוצאות חינוכיות'". וראה האסמכתאות שם.

[50] לעיל, ליד ציון הערה 23.

[51] גיטין נב ע"א.

[52] ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף ל.

[53] שהובא לעיל, ליד ציון הערה 26.

[54] שערי עוזיאל, שער טו, פרק א, אות א (עמ' קצח במהד' תשנ"א).
אבל ר' יחזקאל אברמסקי, חזון יחזקאל, על תוספתא, בבא בתרא, פרק ח, הלכה ד (מט ע"ב), בביאורים, ד"ה להכניס ולהוציא ליתומים, כותב שאין כוחו של האפוטרופוס אלא בנכסים, אבל בקביעת מוסד בית ספר ("מלמד"), עליו ליטול רשות מבית הדין.

[55] ראה לעיל, ליד ציון הערה 22.

החול נדרשת אף מטעם נוסף, שכן היא עשויה להועיל לקיום מצוות וללימוד תורה באופן שלם[56].

הרב עוזיאל[57] קובע חובה זו, ומציין שהיא חלה גם כלפי בנות: "אפוטרופסים של יתומים חייבים לדאוג שהיתומים שתחת אפוטרופסותם ילמדו גם דרך ארץ במדעים אלמנטריים בהויות העולם ובמעשה החשבון, כדי שיהיו לכשיגדלו מכובדים בחברתם וידועים לנהל משאם ומתנם בחשבון ובדעה והשכל... אפוטרופוס המוריש מוציא מנכסיהן של הבנות היורשות ללמדן תורה ומדע כדי להכשירן לחיי כבוד בחברה והצבור ולחיי משפחה מכובדים".

ד. הכשרה מקצועית

הרב עוזיאל[58] סבור שהאפוטרופוס נדרש לדאוג להכשרה מקצועית לחסוי: "אפוטרופוסיהם של יתומים חייבים לשכור מנכסי מוריש מורה שילמדם אומנות הולמת לפי כחם והכשרתם ולפי כבוד משפחתם, כדי שיתפרנסו ממנה בכבוד לכשיגדלו ולא יהיו מוטלים על אחרים בפרנסתם. וכן מוטל עליהם ללמד את הבנות... מלאכת יד הדרושה להנהלת משק הבית, כראוי לבנות ישראל שהיא 'צופיה הליכות ביתה ולחם עצלות לא תאכל'".

מדבריו עולה שחובת האפוטרופוס לדאוג לצרכיהם של יתומים אינה מוגבלת לצרכים מידיים, אלא זו חובה שאמורה לצפות פני עתיד, לדאוג לעתידם, לכשיגדלו[59].

פרק רביעי

שמירת נכסים – "חייב הוא בשמירת נכסי הקטין"

א. מבוא

החוק מטיל על האפוטרופוס חובה לשמור על נכסי הקטין[60]. הוראה זו מעוררת שאלות אחדות. שאלה אחת היא, מה היקפה של חובה זו: האם האפוטרופוס נדרש רק לשמור על גוף הנכסים

[56] רמב"ם, הלכות יסודי התורה, פרק ב, הלכה ב, ומורה נבוכים, חלק א, פרק לד, וחלק ג, פרק כה; כוזרי, מאמר ב, אות סד, ומאמר ד, אותיות כט–לא; מהר"ל, נתיבות עולם, נתיב התורה, פרק יד; יערות דבש, חלק ב, דרוש ז; הגר"א מוילנא, המובא בהקדמה לפאת השולחן; אנציקלופדיה תלמודית, ערך חכמות חיצוניות, ליד ציוני הערות 15–26.

[57] שערי עוזיאל, שער טו, פרק ב, אותיות ג, ה (עמ' ר במהד' תשנ"א).
בהערה ג, הוא מנמק: "השכלתם של היתומים מקטנותם היא חשיבותם ותועלתם היותר הכרחית, שנותנת להם כבוד בחברה ובציבור ומבטיחה להם פרנסה מכובדת והנהלת נכסיהם בדעה ובהשכל". הוראה זו מבוססת על ההלכה שהאפוטרופוס מוסמך לתת צדקה מנכסי היתומים כדי לעשות להם שם טוב, כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 37.

[58] שערי עוזיאל, שם, אותיות ו–ז (עמ' רא במהד' תשנ"א).

[59] הרב עוזיאל קושר חובה זו לחובת האב ללמד את בנו אומנות, כדברי התלמוד, קידושין ל ע"ב, וברש"י שם, ד"ה ראה חיים, ורמב"ם, הלכות רוצח, פרק ה, הלכה ה.

[60] לפי ג' טדסקי, "סודות עסקיים", הפרקליט לה (תשמ"ג), עמ' 16, אף סודותיו של הקטין הם בכלל "נכסי הקטין".

או גם להבטיח שערכם לא יפחת? האם עליו לבטח את הנכסים? האם הוא אחראי להשבת נכסים שאבדו או נגנבו?

שאלה נוספת היא, מהי רמת השמירה הנדרשת מן האפוטרופוס? האם נדרשת ממנו שמירה מעולה, כשומר שכר, או שמא הוא יוצא ידי חובתו בשמירה פחותה, כשומר חינם?

כן נבקש לברר האם חובת השמירה נועדה רק כדי להגן על עניינו של החסוי, שלא יינזק, או שמא זו חובת פיקוח כללית, שתכליתה להגן אף על צד שלישי שעלול להינזק בשל אי שמירה נאותה של נכסי החסוי?

ב. היקף החובה

לפי המשפט העברי, האפוטרופוס הריהו כשומר של נכסי היתומים[61], וככל שומר מוטלת עליו חובה[62] לשמור על גוף הנכסים שהופקדו בידיו, ואף לשמור על ערכם. לכן, אם ראה האפוטרופוס שערך הנכס יורד או שהוא עלול להתכלות, עליו למכור את הנכס[63]. מכירה זו תיעשה בפיקוחו של בית הדין[64], שיוודא שיתקבל מחיר ראוי עבור הנכס[65].

מכוחה של חובה זו נדרש האפוטרופוס גם לבטח נכס של החסוי[66], ואף לתבוע בדין אדם שגנב נכס השייך לחסוי או שגרם נזק לנכס[67].

ג. רמת השמירה

רמת השמירה הנדרשת ממי שאינו מקבל שכר עבור השמירה ("שומר חינם") פחותה כידוע מרמת השמירה הנדרשת ממי שמקבל שכר עבור השמירה[68] ("שומר שכר"). שומר חינם נדרש

[61] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף כ. ראה בהרחבה: חוק לישראל, שומרים, עמ' 121–122. לפי שו"ת פני יצחק (אבולעפיא), חלק א, חו"מ, סימן כד, דף קצט ע"ג, ד"ה ועוד, אפוטרופוס הוא שומר, ואינו כשליח שלא קיבל עליו לשמור נכס. בהמשך דבריו הוא דן בתשובת ר"י אדרבי, שו"ת דברי ריבות, סימן קכג, שקבע שאפוטרופוס שנדרש למכור נכס של היתומים ולא עשה כן, ונשרף הנכס – פטור מן האחריות. לדבריו, תשובה זו מלמדת שלדעת ר"י אדרבי אפוטרופוס "לא דומה לשומר ממש". אולם יש הסברים אחרים לפסיקתו של ר"י אדרבי, שמהם עולה שהאפוטרופוס הוא שומר לכל דבר ועניין (ראה חוק לישראל, שם, עמ' 1101).

[62] לדיון בשאלה, האם מוטלת על השומר חובת שמירה בפועל, או שמא אחריות שמירה בלבד, ראה חוק לישראל, שם, עמ' 4, ועמ' 591–592.

[63] חוק לישראל, שם, עמ' 338–339 (אם הנכס עתיד להתקלקל); שם, עמ' 351–353 (אם ערך הנכס ייפגע); שם, עמ' 384, 389, 1142 (אם מחיר הנכס יורד, או שהנכס עומד להיות מוחרם או להישדד).

[64] לשאלה, האם צריך בית דין של מומחים (הראויים לדון דיני ממונות) או שמא די בבית דין של הדיוטות (ג' אנשים נאמנים בעלמא), ראה שם, עמ' 363.

[65] שם, עמ' 362.

[66] חוק לישראל, שם, עמ' 354, ליד ציון הערה 98, ובמילואים להערה זו, בעמ' 1107–1108. החובה לבטח נכס מוטלת על השומר רק אם בעל הנכס אינו יכול לבטח אותו בעצמו (חוק לישראל, שם).

[67] חוק לישראל, שם, עמ' 326, 327, 346, 347, 525–527, 954, 955, 1213, 1315 (תביעת גנב); שם, עמ' 1095, אות ט (תביעת חברת רכבת, אם היא אחראית לאבדן הנכס לפי דיני הנכרים); שם, עמ' 1097, להערה 57, אות א (תביעת מי שהזיק לנכס).

[68] ראה חוק לישראל, שם, סעיף 2(א) (שומר חינם) וסעיף 2(ב) (שומר שכר).

לשמור בהתאם לנוהג המקובל במקומו[69], בעוד ששומר שכר נדרש לשמור ברמה גבוהה יותר, המבטיחה שלנכס שהופקד בידיו לא ייגרם נזק או הפסד שניתן לצפותם מראש[70].

השאלה, האם האפוטרופוס הוא שומר שכר או שומר חינם, נוגעת בעיקר להיקף האחריות שתוטל על האפוטרופוס אם נכסי היתומים יינזקו, ולכן נרחיב בה בדיון על סעיף 57, העוסק באחריותו של האפוטרופוס.

ד. פיקוח על נכסי הקטין לטובת צד שלישי

שומר חייב לפקח על הנכס שהופקד בידיו לבל יגרום נזק לאחרים[71]. מאחר שגם האפוטרופוס הוא שומר, חובה זו מוטלת אף עליו. אחריות זו יש בה משום זכות לצד שלישי לבל יינזק, אולם יש בה גם זכות ליתומים, שלא יידרשו לפצות על הנזק.

אולם במסגרת חיובו בשמירה מפני נזק לצד שלישי, לעתים האפוטרופוס משמש בתפקיד שכל תכליתו לחובת היתומים. כך מצאנו במשנה[72]: "שור של חרש שוטה וקטן שנגח, בין דין מעמידין להן אפוטרופוס ומעידין להן בפני אפוטרופוס".

משנה זו מבוססת על ההלכה ששור תם, שלא הועד עליו שנגח שלוש פעמים, משלם מחצית מערך הנזק שנגרם בשל נגיחתו, בעוד ששור מועד, שהועד עליו שנגח שלוש פעמים, משלם את מלוא ערכו של הנזק שנגרם בשל נגיחתו.

המשנה מורה, שעל אף שלפי דין התורה, העדות על הנגיחות צריכה להינתן בפני בעליו של השור, אפשר להעיד על שור של יתומים גם בפני האפוטרופוס שלהם. במקרה זה, האפוטרופוס משמש בתפקידו לחובת היתומים, שכן על סמך העדות המתקבלת בפניו, היתומים ייאלצו לשלם באופן מלא על הנזק שייגרם בשל נגיחת השור, ולא רק מחציתו.

הלכה חריגה זו, שבה האפוטרופוס חב ליתומים, מעוררת את השאלה מהי סמכותו לפעול עבורם. ונאמרו בזה הסברים שונים[73].

---

[69] ראה שם, עמ' 160–161.

[70] ראה שם, עמ' 223.

[71] רמב"ם, הלכות נזקי ממון, פרק ד, הלכה ד.

[72] בבא קמא לט ע"א. וראה גם תוספתא, בבא קמא פרק ד, הלכה ד.

[73] לדעת ר' צבי הירש ספקטור, בתשובתו בשו"ת עין יצחק, חלק א, אבן העזר, סימן עט, אות ב, עיקר סמכותו של האפוטרופוס הוא מדין 'זכין לאדם שלא בפניו' (ראה על כך את דעתו של הרמב"ן, המובאת במבוא לספר, עמ' 2), וכך גם בעניינו: "בדבר אשר עיקרו הוא זכות, אף אם יסתעף ממילא איזה חובה, מכל מקום מקרי זכות לענין זכין לאדם שלא בפניו... ועיקר העמדת האפוטרופוס לטובת היתומים לפקח על נכסיהם, והוי זה זכות, ולא אכפת לן אם יסתעף מזה איזה חובה להם". וראה נ' רקובר, השליחות וההרשאה במשפט העברי, ירושלים תשל"ב, עמ' 278, הערה 171.
מחברים אחרים טענו, שסמכות האפוטרופוס בקבלת עדות לחובת היתומים מבוססת על בעלות פונקציונאלית שלו בשור (ראה במבוא לספר, עמ' 2). ראה למשל, דעת השואל בשו"ת עין יצחק, שם, ורשימות שיעורים שנאמרו על ידי הרב יוסף דוב הלוי סולובייצ'יק, ניו־יורק תש"ס, בבא קמא, חלק א, עמ' רעח–רפ. וראה גם: ריינין, עמ' 5, סוף הערה 17, עמ' 16, הערה 39, ועמ' 23, סוף הערה 51.
ואפשר שזו תקנה מיוחדת, שתכליתה להגן על שלום הציבור, אף שלא מצאנו מקור לכך.

פרק חמישי

ניהול ופיתוח – "ניהולם ופיתוחם"

א. מבוא

האפוטרופוס נדרש לנהל את נכסי הקטין ולפתחם. משמעותה של חובת הניהול היא, שעל האפוטרופוס לפעול בדרך שתפיק את מירב התועלת מן הנכסים[74] ותקטין את הסיכונים הכרוכים בהחזקתם[75].

חובת הפיתוח דורשת מן האפוטרופוס לעשות כל אשר לאל ידו כדי שנכסי הקטין ישאו פירות. בכלל חובה זו, החובה להשקיע כספים, להשביח קרקעות וכדומה[76].

להלן נבקש לדייק מה נדרש האפוטרופוס לעשות לשם ניהול נכסי הקטין ופיתוחם, לפי המשפט העברי, ואלו סיכונים מותר לו לקחת במילוי חובה זו?

ב. ניהול

הרמב"ם[77] קבע שבניהול נכסי היתומים על האפוטרופוס לעשות "כל מה שיראה שזה טוב ליתומים". מכוחה של חובה זו נדרש האפוטרופוס לפעול באופן החורג מן התפקיד הצר של שמירת נכסי היתומים כפי שהם, כגון למכור נכסים כדי לפרנס את היתומים בכספים שיתקבלו בתמורה[78], או כדי להשקיע את כספי התמורה למטרות רווח[79].

ג. פיתוח

מדברי הרמב"ם[80] עולה שמוטלת חובה על האפוטרופוס גם לדאוג לפיתוח נכסי היתומים: "נוטע וזורע".

יש מהאחרונים שהסיק חובה זו מדברי רש"י בפירושו לקביעה התלמודית[81]: "אפוטרופוס דמפסיד מסלקינן ליה [=מסלקים אותו]". לפי רש"י[82], "אפוטרופוס דמפסיד", הוא אפוטרופוס

[74] כרם, חוק הנאמנות (מהדורה 4, 2004), סעיף 206, עמ' 442.

[75] כרם, שם, עמ' 444. בהקשר זה מציין כרם את חובת הנאמן לבטח את נכסי הנאמנות כנגזרת מחובת הניהול. כאמור לעיל, ליד ציון הערה 66, לפי המשפט העברי חובה זו נגזרת גם מחובתו של אפוטרופוס לשמור על נכסי החסוי.

[76] כרם, סעיף 207, עמ' 445–446.

[77] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ד. כך כתב גם שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף ז. רמ"א, חו"מ, סימן רצ, סעיף ט, כותב: "כל מה שנראה בעיניו טובת היתומים".

[78] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ו; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף יא.

[79] סמ"ע, סימן רצ, ס"ק טו וס"ק כה. כך מסביר הסמ"ע את ההלכה הנזכרת בכתובות ק ע"ב, וברמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ב. אבל ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף כ, מוכיח שהלכה זו עוסקת במכירת נכסי היתומים על ידי בית הדין כשאין להם אפוטרופוס.

[80] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ד. וכך כתב בעקבותיו שולחן ערוך, חו"מ, רצ, ז.

[81] גיטין נב ע"ב.

[82] רש"י, גיטין שם, ד"ה והא קמפסיד.

ש"אינו מפרנס הקרקעות כראוי להם וקוצץ אילנות". מן הביטוי "אינו מפרנס הקרקעות כראוי", הסיק ר' שמואל קלעי[83] שהאפוטרופוס נחשב "מפסיד" גם אם הוא אינו משתדל להפיק פירות מנכסיהם של היתומים[84]: "והוא הדין למי שאינו משתדל עליהם שלא יכלו ממעט למעט, ולא ישתדל להרוויח בהם".

משום כך, כאשר ממנים אפוטרופוס, יש לדאוג לכך שיהיה יודע "לשמור הנכסים ולהרוויח בהם"[85].

אשר לכספי יתומים, לדעת הרמ"א, יש למנות אפוטרופוס מיוחד שתפקידו יהיה להשגיח על השקעת הכספים[86], ואילו לדעת השולחן ערוך, אין צורך בכך, אלא די שבית הדין ימסור את הכספים בידיו של משקיע שיתחייב לשאת בהפסדים בעצמו ולחלוק עם היתומים ברווחים[87]. בין כך ובין כך, ברור שיש להשקיע את הכספים[88].

פרק שישי

החזקה בקטין – "להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו"

החוק קובע שהאפוטרופוס "רשאי להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו". זכות זו נתונה לביקורת שיפוטית, כמובן. ביקורת כזאת קבעה למשל שאין לאפשר לאפוטרופוס להרחיק את הקטין מהוריו, אלא אם יש לו סיבה טובה במיוחד לעשות כן[89].

נראה שפסיקה זו קרובה לעמדת המשפט העברי, שלפיה אין לאפוטרופוס סמכות לקבוע את מקום מגוריו של החסוי, כפי שעולה ממקורות אחדים.

מהר"ם אלשיך[90] נשאל על יתום שאמו ביקשה להעלותו עמה לארץ ישראל, אך האפוטרופוס התנגד לכך[91]. הוא פסק שאין האפוטרופוס רשאי לנתק את היתום הקטין מאמו,

[83] שו"ת משפטי שמואל, סימן צ (צב ע"ג).

[84] יש להעיר שזו אינה הפרשנות היחידה האפשרית לדברי רש"י. אפשר שרש"י התכוון לומר שמאחר שהאפוטרופוס אינו מזבל כראוי את השדות הוא גורם להכחשת כוחן, וזהו הפסד של נכס קיים, ולא רק מניעת רווח. על כל פנים, דבריו של ר"ש קלעי מסתברים אף בלא ראיה.

[85] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ו; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף ב. בעניין דרכי ההשקעה, ראה בדיון על סעיף 50.

[86] רמ"א, חו"מ, סימן רצ, סעיף ח.

[87] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף ח.

[88] על חובת השקעת הכספים, ראה בדיון על סעיף 50.

[89] ראה ע"א 783/81 פלונים נ' פלמוני, פ"ד לט(2) 1 (08.05.83).

[90] שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן לח.

[91] הוא כותב כך על יתום שגילו "בן שש ומעלה". לגבי יתום שגילו נמוך יותר, הוא כותב שאין האפוטרופוס יכול להוציא אותו מחזקת אמו (גם בלי השיקול שהבן הביע את רצונו להיות עם אמו), משום שדינו להיות עם אמו (שולחן ערוך, אהע"ז, סימן פב, סעיף ז).
יש להעיר שבנידונו, הסיבה שהאפוטרופוס לא רצה שאמו תקח אותו לארץ ישראל היא שרצה שנכסי העיזבון של האב, שהיה ביד האם, יישארו במקומו, מכיוון שלא היה ידוע בוודאות אם האב מת. הוא רצה שהורי האב יטפלו בנכדם.

אם הקטין "אומר דניחא ליה בצוותא דאימיה [=שנוח לו להיות עם אמו]", משום ש"בגופו [של היתום] לא שליט אפטרופא לכופו דלא יהא אצל אמו, אי בעי למהוי [=אם רוצה להיות] אצלה, דבממונא שליט אפטרופא ולא בגופיה [=שבממון שולט האפוטרופוס, לא בגוף]". מדברי מהר"ם אלשיך עולה שהמשפט העברי אינו מעניק לאפוטרופוס את הזכות להחליט היכן יתגורר החסוי.

גם ר' יחזקאל אברמסקי[92] כותב שאין כוחו של האפוטרופוס אלא בנכסים, אבל בקביעת מקום המגורים, עליו ליטול רשות מבית הדין.

לכאורה, מדברי מהרשד"ם[93] עולה דעה הפוכה. הוא דן ביתומה קטנה, שלאחר מות אביה ביקשה אמה לקחתה עמה לבית אביה (סבה של היתומה), בניגוד לעמדת האפוטרופוס, אחיו של הנפטר. הוא פסק, שעל אף שמעיקר הדין, דינה של הבת לשהות עם אמה[94], במקרה זה יש לקבל את עמדת האפוטרופוס, מחמת הסכנה הצפויה ליתומה בשל העברתה ממקום למקום.

אולם ר' אשר וייס[95] כתב שמהרשד"ם מסכים שבעיקרון אין לאפוטרופוס סמכות לקבוע את מקום מגוריו של החסוי, מפני שסמכותו מוגבלת לדיני ממונות, ורק בנידונו פסק שיש לקבל את עמדת האפוטרופוס, בגלל סכנת הדרכים.

פרק שביעי

ייצוג הקטין – "הוא מוסמך לייצגו"

מלשון החוק עולה שאפוטרופוס אינו חייב לייצג את הקטין במסגרת תביעה משפטית, אך הוא מוסמך לייצגו. בעניין זה, המשפט העברי מבחין בין שני סוגים של ייצוג: ייצוג הקטין כנתבע וייצוגו כתובע.

א. ייצוג הקטין כנתבע

התלמוד[96] מביא ברייתא, האומרת: "ואין אפוטרופין רשאין לדון לחוב ולזכות בנכסי יתומים".

[92] חזון יחזקאל, על תוספתא, בבא בתרא, פרק ח, ד (דף מט ע"ב), בביאורים, ד"ה להכניס ולהוציא ליתומים.

[93] שו"ת מהרשד"ם, אבן העזר, סימן קכג.

[94] שולחן ערוך, אהע"ז, סימן פב, סעיף ז.

[95] שו"ת מנחת אשר, חלק ג, סימן קכד, עמ' תכ, ד"ה ויש.
מהר"ם אלשיך שם מדגיש שבנידונו לא היתה סכנה בדרכים בין תורכיה לארץ ישראל.
לעומת זאת, ר' חיים וינקלר סבור להיפך, שמהר"ם אלשיך מסכים למהרשד"ם שהאפוטרופוס קובע את מקום המגורים, אלא שאם הבן רוצה להישאר אצל אמו, אי אפשר לכופו לעזוב אותה כרצון האפוטרופוס, וכן שלאמו יש זכות שהבן יהיה אצלה, אפילו מעל גיל שש, אבל לולא זה, האפוטרופוס קובע את מקום המגורים. הוא מסתמך גם על מהרלב"ח, המובא במהרשד"ם שם (התשובה אינה מודפסת בשו"ת מהרלב"ח), העוסק ביתום שגר עם סבתו, ונכסיו היו בפיקוח של אפוטרופוס, ופסק שהסבתא אינה רשאית לעלות לארץ ישראל עם היתום בלי הסכמת האפוטרופוס, והאפוטרופוס אינו רשאי לעלות לארץ ישראל עם הנכסים בלי הסכמת הסבתא, מפני שטובת היתום היא שהנכסים יהיו לידו; הרי שגם לדעתו האפוטרופוס קובע את מקום המגורים. הוא מעלה ספק, האם האפוטרופוס רשאי לשקול את נוחיותו האישית בקביעת מקום מגורי היתום, או שמא הוא רשאי לשקול רק את טובת היתום.

[96] גיטין נב ע"א.

התלמוד מסביר את כוונת הברייתא, שאפוטרופוס אינו רשאי "לחוב על מנת לזכות, בנכסי יתומים". לפי רוב המפרשים, משמעותה של הלכה זו היא, שהאפוטרופוס אינו מוסמך להתגונן בשם היתומים בתביעה נגדם, משום שתוצאות ההליך עלולות להיות לרעת היתומים, ואין האפוטרופוס רשאי לפעול לרעתם ("לחוב"), אף שדעתו להגן עליהם ("על מנת לזכות")[97].

אם חרג האפוטרופוס מסמכותו וייצג את היתומים וזכה בדין, פסק הדין תקף, כיוון שהאפוטרופוס פעל לטובת היתומים[98], אך אם יצאו חייבים בדין, פסק הדין אינו תקף[99].

[97] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ז (כמוסבר במגיד משנה); תוספות רי"ד, גיטין נב ע"א; חידושי הריטב"א (רבנו קרשקש), גיטין שם, בדעת רש"י ("שלא היו רשאין"); שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף יב (הובא בתשובת ר' ידידיה גלנטי, בשו"ת מהר"ם גלנטי, סימן קכה, ד"ה ומה שכתב הרמב"ם).
לכאורה הלכה זו עומדת בסתירה להלכה המובאת בתלמוד, קידושין מב ע"א, בשם רב: "[בית דין] מעמידין להם [=ליתומים] אפוטרופוס לחוב על מנת לזכות". הר"ן על הרי"ף, קידושין יז ע"א (בדפי הרי"ף), מיישב את הסתירה על ידי הבחנה בכוונת האפוטרופוס: אם האפוטרופוס ביקש לייצג את היתומים לחובתם, הרי שאין לו רשות לפעול לרעת היתומים, ולכן "אע"פ שזכו לבסוף, לא עשו כלום, דכל מידי דלית ליה לאפוטרופוס למעבד, אי עביד לא מהני" (דבריו אלו הובאו בשו"ת מהרלב"ח, סימן צה). לעומת זאת, אם האפוטרופוס ביקש לייצג את היתומים לטובתם, להגן עליהם מפני תביעה, הוא רשאי, ולכן אף אם בסופו של דבר הפסידו היתומים בדין, "אם חבו חבו, שהרי יש להם רשות בדבר".
תוספות רי"ד, קידושין, שם, מיישב את הסתירה על ידי הבחנה בתוכן הייצוג: אפוטרופוס אינו רשאי לייצג את הקטנים במסגרת תביעה משפטית, אף אם כוונתו להגן עליהם מפני תביעה. אולם הוא רשאי לייצג את היתום בעת חלוקת עיזבון אביו בין היורשים, מפני שזהו הליך הכרחי שאי אפשר לדחותו, ולכן אם כתוצאה ממעשיו, התחייב היתום וקיבל חלק שאינו רוצה בו, "מה שעשה עשוי". כך סובר כנראה גם תוספות ר"י הזקן (המחבר הוא ר' אברהם מן ההר), קידושין שם. כך כתב גם שיטה לא נודע למי, קידושין שם (בהסברו השני), בנימוק שהאפוטרופוס רשאי לייצגם בחלוקת נכסים מפני שלא תצא ממנה חובה ממשית, אלא לכל היותר היתום יקבל חלק שאינו רוצה בו. ברכת אברהם, גיטין, עמ' רפד (כמובא באוצרות יהושע, סימן כ, עמ' קפז), כותב שזו דעת רש"י, ולכן כתב בגיטין נב ע"א (ד"ה אלא) שאם חבו האפוטרופסים, אין היתומים מפסידים, והינו בשאר תביעות חוב, שאין חבין לאדם שלא בפניו, וקטן נחשב כשלא בפניו, ולכן אין לאפוטרופוס כוח לחוב להם, ואילו בקידושין מב ע"א (ד"ה אלא) כתב שמה שעשה עשוי, והיינו בחלוקת ירושה שהיא צורך היתומים, וזה נלמד מהפסוקים, ולכן יש לאפוטרופוס כוח לחוב. ראה גם במקורות המצוינים באוצר מפרשי התלמוד, גיטין נב ע"א, הערה 97.
הרא"ש, המובא בחידושי הריטב"א, קידושין שם (מהדיר, במהד' מוסד הרב קוק, הערה 115, מעלה אפשרות שכוונתו לר' אשר מלוניל), יישב את הסתירה שבין הסוגיות, בהבחנה בין אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין, שבידיו נמסרת גם הסמכות "לחוב על מנת לזכות", לבין אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים, שאינו מוסמך לעשות כן. ראה גם במקורות המצוינים באוצר מפרשי התלמוד, שם, הערה 98.
אבל הריטב"א עצמו דוחה הבחנה זו בטענה שאדרבה, לאפוטרופוס שמינהו אבי היתומים יש סמכות רחבה יותר, שהרי האב סמך עליו שיעשה בנכסים כרצונו. אוצרות יהושע, סימן כ, עמ' קפז, מביא ראיה לריטב"א, מהדין שקשה יותר לפטר אפוטרופוס שמינהו אבי היתומים מזה שמינהו בית דין, כפי שנראה בסעיף 61. ליישוב נוסף לסתירה, ראה הערה 100 בשם הר"ן.
הראב"ד, בהשגתו על הרמב"ם, שם, חולק על הדעה שבטקסט, ולדעתו יכול אפוטרופוס לייצג יתומים נתבעים.

[98] רש"י, גיטין שם, ד"ה אלא; חידושי הריטב"א (רבנו קרשקש) שם, בדעת רש"י; השגות הראב"ד, על הרמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ז; מגיד משנה שם, בדעת הרמב"ם; ר"ן על הרי"ף, גיטין כה ע"ב (בדפי הרי"ף); שיטה לא נודע למי, קידושין מב ע"א; פסקי רי"ד (נדפס בשם "תוספות רי"ד"), גיטין נב ע"א; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף יב; סמ"ע, סימן רצ, ס"ק לג. ראה גם: בית הבחירה, גיטין שם, ד"ה האפוטרופוס; פרישה, חו"מ, סימן רצ, סעיף יח.
אבל הריטב"א שם כותב בשם רבו, שגם אם האפוטרופוס זכה, אין תוקף לפסק הדין, מפני שהייצוג נעשה ללא סמכות.

[99] כך משמע מדברי הראשונים שצוינו בהערה 98. לפי תוספות רי"ד, קידושין מב ע"א, הטעם לכך הוא שאין

הפוסקים הצביעו על חריגים אחדים לכלל שאפוטרופוס אינו מוסמך לייצג קטין כנתבע:

(א) אפוטרופוס רשאי לייצג את הקטין בתביעה נגדו אם קיבל רשות מבית הדין לייצגו[100].

(ב) לאפוטרופוס נתונה סמכות לייצג את הקטין להגנתו אם התביעה נגדו קשורה במישרין לפעולות שעשה האפוטרופוס במסגרת מילוי תפקידו[101].

(ג) סמכות הייצוג נשללת מן האפוטרופוס רק בתביעה מחמת חוב של האב המוריש. אך בתביעה מחמת חוב הקטין עצמו, רשאי האפוטרופוס לייצגו להגנתו[102].

(ד) אם התובע הודיע שאם יעמוד האפוטרופוס עמו לדין עכשיו, ימחל על חלק גדול מהחוב גם אם יצאו היתומים חייבים בדינם, ואילו אם ימתינו עד שיגדלו, לא ימחל, האפוטרופוס מוסמך לייצג את היתומים בדין, בגלל התועלת שתצמח ליתומים מכך; וזאת בתנאי שהאפוטרופוס בקי בענייניו הכספיים של האב, ובטוח שלא תתגלה בעתיד איזו עובדה שתפעל לטובת היתומים, כגון הוכחה שהאב כבר פרע את חובו[103].

גובים חוב מנכסי יתומים קטנים (בבא קמא לט ע"א; אך יש לכלל זה חריגים אחדים).
לאור שיטה זו, היו שכתבו שאין להתיר לאפוטרופוס לייצג את היתומים על דעת שיזכה בדין, ואם יתחייב בלאו הכי לא יהיה תוקף לפסק הדין, כי אין זה הוגן לקיים הליך שבו לתובע יש סיכוי להפסיד אך אין לו סיכוי לזכות (מגיד משנה, הלכות נחלות, שם; סמ"ע, שם). אולם לדעת שערי עוזיאל, חלק א, שער טז, פרק ב, הגהה ב, אין בכך אי־צדק כלפי בעל הדין, מפני שהיה צריך לדעת שהוא מסתכן.
דעות חולקות: בדעת הרמב"ם בעניין זה, סובר השיירי קרבן, ירושלמי, גיטין, פרק ה, הלכה ד (דף כט ע"א), שגם אם יצאו היתומים חייבים בדין, פסק הדין קיים.
ר"ן על הרי"ף, קידושין יז ע"א (בדפי הרי"ף), סבור שדין זה תלוי בכוונת האפוטרופוס: אם נכנס לעניין כדי לזכות, פסק הדין תקף גם אם בסופו של דבר הפסיד; ואם נכנס לעניין כדי לחוב, פסק הדין בטל גם אם זכה.

100 חידושי הריטב"א, קידושין שם. לדבריו, הברייתא שבמסכת גיטין שאסרה על האפוטרופוס לייצג את היתומים מפני שהם עלולים להפסיד בהליך, עוסקת בייצוג בלי קבלת רשות בית הדין מראש. יש סמך לפרשנות זו (כפי שרומז חידושי הרשב"א, גיטין שם) בלשון התוספתא, בבא בתרא, פרק ח, הלכה ד (הלכה טו במהד' ליברמן): "אין דנין לחוב ולזכות ולהוציא ליתומים אלא אם כן נטלו רשות מבית דין". בדומה לכך, שו"ת הר"ן, סימן ח, מיישב את הסתירה שנזכרה בהערה 97, בכך שמה שנאמר שאפוטרופוס יכול לייצג את היתום בחלוקה של העיזבון בין היורשים הוא משום שבית הדין הוא שמחלק את העיזבון, ותפקיד האפוטרופוס הוא רק להפך בזכותו של היתום. גם מדבריו ניתן להסיק, שאם בית דין נתן לאפוטרופוס רשות לייצג את היתומים, הוא רשאי לעשות כן. ראה גם: העמק שאלה, שאילתא קלט, אות א; גידולי תרומה, שער יד, חלק א, אות ו; שו"ת ר' אשטרוק אבן שאנג'י, סימן לט; המקורות המצוינים באוצר מפרשי התלמוד, קידושין מב ע"א, הערה 99; בירור הלכה, גיטין נב ע"א, ציון ט.
אבל הריטב"א שם כותב בשם "מורי נר"ו": "בתביעה שתובעין אחרים מהם, חשיב חובה, ואין מעשיהם בו כלום אפילו ברשות בית דין".

101 ים של שלמה, גיטין, פרק ה, סימן ו; בית יעקב (טאושונסקי), חו"מ, סימן רצ, סעיף יב.

102 חידושי הריטב"א, קידושין מב ע"א. הוא כותב כך לגבי מצב שיש חשד שהיתום גזל מאחרים, שאז מעמידים אפוטרופוס לייצגו להשיב על תביעת הגזל. והוא כותב כך בשם "מורי נר"ו", שאף שבדרך כלל הוא סבור שאין מועילה רשות בית דין (כפי שהבאנו בשמו בהערה 100), כאן בית דין מעמיד אפוטרופוס. אבל ייתכן שאין להסיק מזה שאפוטרופוס רגיל מוסמך לייצגו בתביעה כזאת, בלי רשות מפורשת מבית דין.

103 שו"ת מהרלב"ח, סימן צה (הובא בשו"ת חכם צבי (הנוספות), סימן ג, ובשו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קיב, ד"ה שוב מצאתי). הוא מסתמך על הרשב"א, שנביא בדיוננו בסעיף 47, עמ' 142, המתיר לאפוטרופוס למכור קרקע של היתומים כדי לפרוע חוב לנושה שמוכן לנכות חלק מהחוב אם ישלמו מייד. הוא כותב שלדעת הרשב"א, בית הדין יכול לחייב את האפוטרופוס לעמוד בדין, בגלל התועלת ליתומים, אבל הוא

ב. ייצוג הקטין כתובע

לדעת חלק מן המפרשים, אף שאין האפוטרופוס רשאי לייצג את היתומים בתביעה נגדם, הוא רשאי לתבוע בשמם[104]. טעם ההבדל בין ייצוג כתובע לבין ייצוג כנתבע הוא, שאם הקטין נתבע, הרי יש סכנה שיפסיד ויצטרך לשלם, וגם אם יזכה בדין, לא יתווסף להם דבר, אלא הם נשארים במעמד הקודם; ואילו אם הקטין תובע, הרי יש סיכוי שיזכה בדין, ואז ירוויחו ממון, וגם אם לא יזכה, לא יאבד כלום ממה שהיה בידו מקודם[105].

אפשר שזו אף דעת השולחן ערוך[106], שפסק שאם "היה לאדם תביעה אצל היתומים, אין לאפוטרופוס לטעון בשבילם לדון עמו, שמא יתחייב בדין". משמע, שאם היתומים תובעים, רשאי האפוטרופוס לייצגם[107].

פרק שמיני

אפוטרופוס לפסול דין

סעיף 38 חותם בקביעה, שהוראותיו של הסעיף יחולו "בשינויים המחויבים, באפוטרופוס של פסול־דין" (היינו "אדם שמחמת מחלת נפש או ליקוי בשכלו אינו מסוגל לדאוג לענינים" ובית המשפט הכריז עליו כפסול דין[108]).

את עמדת המשפט העברי בעניין זה אפשר ללמוד ממה שכתב הרמב"ם, שממנים אפוטרופוס לשוטה לצורך מקח וממכר שלו[109], וכדי שלא יבזבז נכסים שקיבל בירושה[110]. מדבריו עולה, שתפקידיו של האפוטרופוס לפסול דין כוללים גם את ניהול נכסיו ודאגה לצרכיו האישיים, ואינם מוגבלים רק למילוי חובותיו האישיות או לטיפול בנכסיו.

לא פסק כך למעשה כיוון שיש שחלקו על הרשב"א, ופסק רק שאם ירצה האפוטרופוס לעמוד בדין, הוא רשאי. וראה דיוננו בסעיף 47, עמ' 151, על מחילת אפוטרופוס על זכות של יתומים במסגרת פשרה.

[104] תוספות, קידושין שם, ד"ה אלא; חידושי הריטב"א (רבנו קרשקש), גיטין שם (בשם רבו, הוא הרא"ה, והסכים עמו) (הובא בשו"ת דבר אליהו, סימן פב); מגיד משנה, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ז (הובא בתשובת ר' ידידיה גלנטי, בשו"ת מהר"ם גלנטי, סימן קכה, ד"ה ומה שכתב הרמב"ם). הריטב"א שם כותב שאם האפוטרופוס תבע בשם היתומים והפסיד בדין, יש תוקף לפסק הדין, מפני שהתכוון לטובת היתומים ופעל ברשות. וכן כתב חידושי הריטב"א, קידושין, שם, בשם רבו (הרא"ה).
שו"ת הרא"ש, כלל פו, סימן א (הובא בתשובת ר' ידידיה גלנטי, שם, ד"ה כללא דמלתא), מדגיש שאסור לאפוטרופוס לטעון עבורם טענת שקר, מפני שבכך הוא מכשיל אותם באיסור גזל, אבל מותר לו לטעון עבורם טענה שאינה שכיחה, שלא ניכר שיש בה שקר.

[105] מגיד משנה, שם.

[106] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף יב, שצוין בהערה 97.

[107] להשלמת התמונה יצוין שגם כאשר אין לקטין אפוטרופוס, מוסמך בית הדין, כ"אביהם של יתומים", למנות לו אפוטרופוס לטובת ייצוגו בהליך המשפטי. לעניין זה, ראה א' שוחטמן, סדר הדין בבית הדין הרבני, ירושלים תשע"א, עמ' 140–141.

[108] סעיף 8 לחוק.

[109] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כט, הלכה ד.

[110] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ח. למקורות נוספים על העמדת אפוטרופוס לפסולי דין, ראה בדיוננו על סעיף 33, עמ' 22–24.

פרק תשיעי

סיכום

סעיף זה מטיל על אפוטרופוס שלוש חובות: החובה לדאוג לכל צרכי הקטין, החובה לשמור על נכסיו והחובה לנהל ולפתח נכסים אלו.

מנוסח סעיף זה, המרחיב את אחריות האפוטרופוס, עולה שהמחוקק רואה באפוטרופוס מעין תחליף להורה שאיננו מסוגל למלא את חובותיו כלפי ילדו. במשפט העברי, מצאנו מקורות סותרים בשאלה אם אפוטרופוס נושא בכל החובות שמוטלות על ההורים כלפי ילדיהם. אולם לכל הדעות, יש חפיפה רחבה בין החוק למשפט העברי, בחובותיו של האפוטרופוס, כדלהלן.

אשר לחובה לדאוג לצרכי הקטין, המשפט העברי מחייב את האפוטרופוס להשתמש בנכסי הקטין ככל הנדרש לטובת הקטין, ובכלל זה לספק את צרכיו החומריים, הנפשיים ואף החברתיים; לדאוג לחינוכו של הקטין, הן לתורה ומצוות, הן במובן הרחב, בחינוך לדרך ארץ, השכלה כללית, והכשרה מקצועית, ואף להשיאו.

כמו כן, האפוטרופוס נדרש, בחלק מן המקרים, לשלם מכספו של החסוי חובות המוטלים עליו על פי דין.

בנוגע לחובה לשמור על נכסי החסוי, המשפט העברי מטיל על האפוטרופוס חיובי שמירה לכל דבר ועניין, כך שהנכסים לא יינזקו ולא יגרמו נזק לאחרים.

אף בנוגע לחובה לנהל ולפתח את הנכסים, המשפט העברי מטיל על האפוטרופוס חובה זו, ועליו לשוות לנגד עיניו אך ורק את טובת היתומים.

מעבר לחובות אלו, החוק מעניק סמכויות שונות לאפוטרופוס: החוק קובע שהאפוטרופוס רשאי "להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו". אולם לפי המשפט העברי, אין לאפוטרופוס סמכות לקבוע את מקום מגוריו של החסוי.

החוק אף מסמיך את האפוטרופוס לייצג את הקטין בהליך תביעה משפטית. בעניין זה ראינו שהמשפט העברי מבחין בין ייצוג הקטין כנתבע לבין ייצוגו כתובע: האפוטרופוס אינו מוסמך להתגונן בשם היתומים בתביעה נגדם, משום שתוצאות ההליך עלולות להיות לרעת היתומים, ואין האפוטרופוס רשאי לפעול לרעתם ("לחוב"), אף שדעתו להגן עליהם ("על מנת לזכות").

יחד עם זאת, אם התביעה נגד הקטין קשורה במישרין לפעולות האפוטרופוס במסגרת מילוי תפקידו, האפוטרופוס רשאי לייצגו. בנוסף לכך, אם התביעה נגד הקטין נובעת מחוב הקטין עצמו ולא מחוב של אביו, האפוטרופוס רשאי לייצגו.

אשר לייצוגו כנתבע, לדעת חלק מן הראשונים, האפוטרופוס רשאי לתבוע בשם היתומים.

הסעיף חותם בקביעה, שהוראותיו של הסעיף יחולו "בשינויים המחויבים באפוטרופוס של פסול־דין". גם לפי המשפט העברי, תפקידיו של האפוטרופוס לפסול דין כוללים גם את ניהול נכסיו ודאגה לצרכיו האישיים.

פרק עשירי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

תפקידי האפוטרופוס לקטין ולפסול דין

38. אפוטרופוס של קטין חייב לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח־יד ועבודתו, וכן חייב הוא בשמירת נכסי הקטין, ניהולם ופיתוחם; הוא מוסמך לתבוע בשמו, ולהתגונן בשמו ככל שהתביעה נוגעת לחוב שנוצר אגב מילוי תפקידו, או לחובות הקטין עצמו. והכל אם לא הגביל בית המשפט את תפקידי האפוטרופוס. והוא הדין בשינויים המחויבים, באפוטרופוס של פסול־דין.

סעיף 44

הוראות בית המשפט

הוראות בית המשפט

44. בית המשפט רשאי, בכל עת, לבקשתו של האדם שמונה לו אפוטרופוס, האפוטרופוס או של היועץ המשפטי לממשלה או בא־כוחו או של צד מעונין ואף מיזמתו הוא, לתת לאפוטרופוס הוראות בכל ענין הנוגע למילוי תפקידו; וכן רשאי בית המשפט, לבקשת האפוטרופוס, לאשר פעולה שעשה.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 95

פרק שני: סמכות בית המשפט – "בית המשפט רשאי" 95

א. מבוא 95

ב. סמכות בית הדין להורות לאפוטרופוס כיצד לפעול 96

ג. הערכאה המוסמכת 97

ד. האם בית המשפט חייב לתת לאפוטרופוס הוראות? 98

פרק שלישי: מעמדן של הוראות בית המשפט – "לתת לאפוטרופוס הוראות" 99

פרק רביעי: אישור למפרע – "לאשר פעולה שעשה" 99

פרק חמישי: סיכום 100

פרק שישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 100

פרק ראשון

מבוא

סעיף זה קובע, ש"בית המשפט רשאי לתת לאפוטרופוס הוראות בכל עניין הנוגע למילוי תפקידו".

הוראה זו מעוררת שאלות רבות: מהי ההצדקה לסמכותו של בית המשפט לתת לאפוטרופוס הוראות? בהקשר זה נשאל גם איזו ערכאה מוסמכת לתת לאפוטרופוס הוראות?

מן הביטוי "רשאי", אפשר להבין שהחוק אינו מחייב את בית המשפט לתת לאפוטרופוס הוראות, אף אם התבקש לעשות כן. האם לפי המשפט העברי חייב בית הדין לתת לאפוטרופוס הוראות אם יתבקש לעשות כן?

שאלה נוספת היא, האם חובה על האפוטרופוס לבקש הוראות מבית המשפט? נבקש למצוא תשובה בעיקר מתוך נקודת מבטו של המשפט העברי.

בהקשר זה נבקש לברר גם האם לפי המשפט העברי יש נסיבות שבהתקיימן חייב האפוטרופוס לבקש הוראות מבית המשפט?

סמכות נוספת שהסעיף מעניק לבית המשפט היא הסמכות לאשר את פעולות האפוטרופוס בדיעבד. להלן נבקש לברר, האם סמכות זו נמסרת בידי בית הדין גם לפי המשפט העברי.

פרק שני

סמכות בית המשפט – "בית המשפט רשאי"

א. מבוא

החוק מסמיך את בית המשפט לתת לאפוטרופוס הוראות. להלן נבקש תחילה לברר, האם על פי המשפט העברי בית הדין מוסמך להורות לאפוטרופוס כיצד לפעול, ואם כן, מהו הבסיס המשפטי לסמכות זו, ואיזו ערכאה מוסמכת לכך.

מנוסח החוק ("בית המשפט רשאי") ניתן להבין, לכאורה, שבית המשפט אינו חייב להורות לאפוטרופוס כיצד לפעול, אף אם התבקש לעשות כן. אבל כבר קבע בית המשפט העליון, שלעתים יש לפרש את המונח "רשאי", לגבי רשות מנהלית, במובן של "חייב"[1].

[1] בג"ץ 2757/96 הילה אלראי נ' שר הפנים, פ"ד נ(2) 18, 21–22: "יש נסיבות שבהן שיקול־דעת המוקנה לרשות מנהלית הופך חובה. בנסיבות כאלה אומר בית המשפט לעתים, כי 'רשאי' משמעו 'חייב'". לגבי מתן הוראות לנאמן, ראה: כרם, נאמנות, סעיף 248 (עמ' 525–526).

להלן נברר, האם המשפט העברי מחייב את בית הדין להורות לאפוטרופוס כיצד לפעול, כאשר הוא מתבקש לעשות כן או כאשר הוא סבור שמן הראוי להורות לו כיצד לפעול.

ב. סמכות בית הדין להורות לאפוטרופוס כיצד לפעול

במשפט העברי יש מקורות אחדים לסמכותו של בית הדין לתת הוראות לאפוטרופוס:

(א) בתלמוד[2] מסופר שבידי רבינא הופקדו חביות יין של יתומים, והוא ביקש לצאת למדינה רחוקה דרך הים. הוא פנה לרב אשי כדי שיורה לו אם יקח עמו את החביות, ורב אשי הורה לו לקחת אותם עמו.

(ב) הרשב"א[3] כותב, שאף שהכלל הוא שאפוטרופוס אינו רשאי למכור קרקע של היתומים כדי לקנות קרקע אחרת, הוא רשאי לעשות כן אם קיבל רשות מבית הדין.

(ג) הריטב"א[4] כותב, שאף שהכלל הוא שאפוטרופוס אינו רשאי לייצג את הקטין בתביעה נגדו, כפי שראינו בדיוננו בסעיף 38, הרי הוא רשאי לייצגו אם קיבל רשות מבית הדין לכך.

(ד) מהרשד"ם[5] כותב שאם בית הדין רואה שהאפוטרופוס מוביל את נכסי היתומים בדרך שיש בה סכנה לנכסים, או שהוא מוכר את נכסי היתומים שלא באופן המותר, על בית הדין למנוע זאת.

(ה) ר' יחזקאל אברמסקי[6] כותב, שאף שאין בכוחו של האפוטרופוס לקבוע את מקום המגורים של החסוי, הוא יכול לעשות כן אם נטל רשות מבית הדין.

את סמכות בית הדין להורות לאפוטרופוס כיצד לפעול ניתן לבסס על סמכותו הטבעית של בית הדין.

דרישת טובתם של היתומים היא מתפקידיו הטבעיים של בית הדין[7]. תפיסה זו מבוססת

[2] כתובות ק ע"ב. ראה על מעשה זה בהרחבה בסעיף 47, עמ' 159.

ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף כא, כותב שבית הדין יכול להתיר לשלוח את נכסי היתומים לשוק, כדי להשיג מחיר גבוה, גם אם יש אפשרות למוכרם במקומם ברווח מועט.

[3] חידושי הרשב"א, גיטין נב ע"א. ראה על כך בעמ' 136 ובעמ' 138.

[4] חידושי הריטב"א, קידושין מב ע"א. ראה מקורות נוספים לכך בסעיף 38, עמ' 89. אבל כפי שהבאנו שם, הריטב"א שם כותב בשם "מורי נר"ו": "בתביעה שתובעין אחרים מהם, חשיב חובה, ואין מעשיהם בו כלום אפילו ברשות בית דין".

[5] שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שג (נדפס גם בסימן תלד). הוא כותב כך גם על אפוטרופוס שמינהו אבי היתומים. ראה בדיוננו בסעיף 46, עמ' 108, שהוא מסמיך את בית הדין להכריע במחלוקת בין אפוטרופסים כמיעוט נגד הרוב, מפני שבית הדין הוא "אביהם של יתומים", כאמור להלן, ליד ציון הערה 9.

[6] חזון יחזקאל, על תוספתא, בבא בתרא, פרק ח, ד (דף מט ע"ב), בביאורים, ד"ה להכניס ולהוציא ליתומים. ראה על כך בסעיף 38, עמ' 87.

בסעיף 46, פרק תשיעי, ובסעיף 47, עמ' 136, נביא מקורות המאפשרים באופן כללי לבית דין לחרוג מהכללים הקבועים המכתיבים את סמכויות האפוטרופוס. ראה על כך גם בנספח שני לספר, עמ' 387.

[7] להרחבה בעניין זה ראה: אנציקלופדיה תלמודית, ערך אפוטרופוס, עמ' קכד, ליד ציוני הערות 106–109; א' שוחטמן, סדר הדין (ירושלים תשמ"ח), עמ' 52–53; א' אדרעי, "בית הדין כאביהם של יתומים", דיני ישראל יט (ירושלים תשנ"ז), עמ' ה–מא; בד"מ 1/60 וינטר נ' בארי, פ"ד טו 1457, 1485; בד"מ 1/81 יחיאל נגר נ' אורה נגר, פ"ד לח(1) 365, 396. על עיקרון זה בפסיקה הישראלית, ראה למשל: בג"ץ 5785/03 גיהאד גדבאן נ' מדינת ישראל, משרד הבריאות, תק-על 2003(3) 2453, 2459: "כשם שבית דין

על הנאמר בתלמוד[8]: "רבן גמליאל ובית דינו אביהן של יתומים היו". בהתאם לתפיסה זו, בית הדין מוסמך להורות לאפוטרופוס כיצד לפעול, מתוקף תפקידו כ"אביהם של יתומים"[9]. על האפוטרופוס לציית להוראות בית הדין, שהרי הוא פועל כזרוע של בית הדין.

סייג חשוב לסמכות בית הדין קבע הריטב"א[10]: סמכות בית הדין לאשר פעולה שהאפוטרופוס מבקש לעשותה, מותנית בכך שהאישור יינתן "בכל שעה" הצריכה לכך, "כדי שיראו בית דין באותה שעה שיש תועלת בדבר, ואם יש תועלת – יעשו, ואם לאו, לא יעשו. אבל ליתן רשות בתחילתן, שיעשו מה שירצו, בזה אין רשות לבית דין לעשות, ואם נתנו להם רשות [כוללת], לא עשו ולא כלום".

ג. הערכאה המוסמכת

היות שסמכות בית הדין לתת הוראות לאפוטרופוס יונקת מתפקידו כ"אביהן של יתומים", נמצא שהשאלה איזו ערכאה מוסמכת לתת את ההוראות, תלויה בשאלה על איזו ערכאה נאמר שהיא "אביהן של יתומים"? בעניין זה אנו פוגשים גישות אחדות:

לפי רש"י[11], "להכי נקט רבן גמליאל, דנשיא הוה, ובית דינו בית דין חשוב". משמעות דבריו היא, שכיוון שהיה נשיא, בית דינו הוא בית דין חשוב, ולכן כל בית דין חשוב הוא "אביהן של יתומים"[12].

הרחבה לכך יש בדברי ר' מנחם המאירי[13], האומר: "כל דיין קבוע וחשוב – אביהן של עניים הוא ואפוטרופוס שלהם"[14]. מדברים אלו עולה, שהתפקיד של "אביהן של יתומים" אינו מוטל על בית דין בהכרח, אלא גם על "כל דיין קבוע וחשוב".

לדעת הר"מ מסרקסטה[15], "רבן גמליאל ובית דינו אביהן של יתומים הן, וכן כל בית דין קבוע שבכל עיר. והיכא דהוו בעיר שאין בה בית דין קבוע או בכפר קטן, נראה לומר שבית

אביהם של יתומים הוא, כן אפוטרופוס הוא לאנשים שאינם יודעים, ואפשר אין הם יכולים, להגן על עצמם מפני עצמם ומפני זולתם".

ראה גם סעיף 34, פרק חמישי, שבית הדין יכול לשמש בעצמו כאפוטרופוס.

[8] בבא קמא לז ע"א; גיטין לז ע"א.

[9] אפשר היה לכאורה לומר שאפוטרופוס הוא שליח של בית הדין שמינה אותו, ובתור שליח, עליו לציית להוראות בית הדין, כמו שכל שליח חייב לציית להוראות השולח גם אחרי מינויו (חוק לישראל, שליחות, עמ' 455). אבל לפי הסבר זה, רק בית הדין שמינה אותו היה מוסמך לתת לו הוראות ולא שום בית אחר. במבוא לספר, עמ' 4, הערה 18 בדיון במקור סמכויותיו של אפוטרופוס, נזכרה דעת יחיד שהוא נחשב כשליח של בית הדין.

[10] חידושי הריטב"א (רבנו קרשקש), גיטין נב ע"א, עמ' נב במהד' מוסד הרב קוק (הובא בשו"ת בני אהרן (לפפא), סימן צד). כך כתבו גם: חידושי הר"ן, גיטין שם, בשם הרא"ה; חידושי הריטב"א, קידושין מב ע"א, סד"ה והנכון.

[11] רש"י, בבא קמא שם, ד"ה אין צריכין פרוזבול.

[12] אבל יש להעיר שרש"י, גיטין לז ע"א, ד"ה ר"ג, פירש: "כלומר, נשיאי ישראל שבכל דור ודור". משמע, שרק הנשיא מוסמך לכך.

[13] בית הבחירה, בבא קמא לו ע"ב.

[14] וכעין זה שם, דף לז ע"א: "דיינין הקבועים והחשובין שבכל דור ודור הם הם אביהם של יתומים".

[15] ר"מ מסרקסטה, המובא בשיטה מקובצת, בבא קמא לו ע"ב. יש להעיר, שמדברי הר"מ מסרקסטה עולה שבית דין של עיר אחת אינו מוסמך לתת הוראות לעיר אחרת, אלא אם כן אין באותה עיר בית דין קבוע. על בית דין של עיר אחת הממנה אפוטרופוס בעיר אחרת, ראה סעיף 33, עמ' 19.

דין הקבועים בכל מקום שהן – הן אביהן". הרי שנופל בהגדרתו גם בית דין שאינו חשוב, ובלבד שיהיה "קבוע".

גישה נוספת היא גישתו של הרא"ש[16], שקבע באחת מתשובותיו: "דוקא דיינין שממונין בכל עיר ועיר או גדולי הדור, שהן אביהם של יתומים, יש להם למנות אפוטרופוס ליתום". מדברים אלו עולה שלדעת הרא"ש, בכלל "אביהן של יתומים" הוא גם "גדולי הדור"[17].

ד. האם בית המשפט חייב לתת לאפוטרופוס הוראות?

כאמור, הדאגה לשמירת עניינם של היתומים היא מתפקידי בית הדין. מכאן, שבית הדין אינו יכול להימנע ממתן הוראות לאפוטרופוס כאשר יש צורך בכך. כך כותב מהרשד"ם[18], שאם בית הדין רואה שאפוטרופוס מבקש לנהוג בנכסי היתומים בדרך אסורה, עליו למנוע זאת, בין אם זה אפוטרופוס שמינהו בית הדין, ובין אם מינהו אבי היתומים. וזו לשונו: "שעל בית דין, שהם אביהם של יתומים, מוטל להשגיח הדרך היותר טוב וישר ליתומים, ולא שיאמר 'הקולר תלוי על האפטרופוס או על הנפטר שמנהו לאפטרופוס'".

[16] שו"ת הרא"ש, כלל פה, סימנים ה–ו. דבריו הובאו ברמ"א, חו"מ, סימן רצ, סעיף א.

[17] דברי הרא"ש מעוררים את השאלה, מה הן אמות המידה להגדרתו של אדם כ"גדול הדור"? יש הסבורים שמשמעות הביטוי "גדול הדור" היא – תלמיד חכם המוכר כבקיא בדין התורה יותר מכל חכמי דורו. ראה בהרחבה אצל ר"א שרמן, "על סמכות גדול הדור לתת הוראות לנאמני הקדש ועל סדרי דין מיוחדים בהקדשות", משפטי ארץ – דין, דיין ודיון, עפרה תשס"ב (בעריכת י' אונגר), עמ' 124. אולם, במקורות שונים מצאנו שהביטוי לא נועד לתאר גדלות בתורה, אלא לתאר מעמד ציבורי של מנהיג. רש"י, פסחים מט ע"ב, ד"ה גדולי הדור, מפרש "אנשי מעשה וצדיקים". בקידושין עא ע"א, נזכרו גדולי הדור במשמעות של אנשים תקיפים. בבבא מציעא פז ע"א נאמר "גדולי הדור" על נכרים.

שאלה נוספת היא, האם סמכותו של "גדול הדור" כ"אביהן של יתומים" עדיפה על סמכותם של "דיינין שממונין בכל עיר ועיר"? ואם לאו, כיצד על האפוטרופוס לפעול כאשר הוא מקבל הוראות סותרות, מדייני העיר ומ"גדול הדור"? ר' אברהם שרמן, שם, הכריע שסמכותו של "גדול הדור" עדיפה על סמכות בית הדין כ"אביהן של יתומים", בניגוד לעמדת בית הדין האזורי בירושלים, ואף בניגוד לעמדת הרב עוזיאל, שערי עוזיאל, חלק א, שער א, פרק א, עמ' א (במהד' תשנ"א), הערה א, שכתב: "אפוטרופסות בית דין על נכסי יתומים קטנים מסורה לבית דין גדול וממונה, דומה לר"ג ובית דינו, ולא גדולי הדור שאינם ממונים, או ממונים שאינם גדולי הדור". על הקשיים העיוניים שמעוררת גישתו של הרב שרמן, ראה בהרחבה בחוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 522–524.

[18] שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שג (נדפס גם בסימן תלד). הוא מסתמך על המעשה בגיטין נב ע"א, שר' מאיר מנע מאפוטרופוס למכור קרקע של היתומים באופן האסור.

בדומה כתב בית הדין הרבני, פד"ר, כרך ב, עמ' 34–35, על אחריות בית הדין כלפי כספי צדקה, שבית הדין צריך להידרש לעניין גם בלי שמישהו מבחוץ יגיש תביעה בעניין, כי "מכח תפקידם כבית דין, עליהם לשמור שכספי עניים יגיעו למטרתם הנכונה, באמצעות השלוחים המתאימים".

ראה גם א' שוחטמן, סדר הדין, עמ' 52–53.

פרק שלישי

חובת האפוטרופוס לפנות לבית המשפט – "לתת לאפוטרופוס הוראות"

החוק אינו מטיל על האפוטרופוס חובה לבקש הוראות מבית המשפט. האם זו גם עמדת המשפט העברי?

הרא"ש[19] קבע לעניין אפוטרופוס המתכנן לעשות פעולה העולה לסכן את נכסי היתומים: "כן ראוי לעשות לכל מי שיש בידו ממון יתומים, שיעשה במאמר בית דין ולא שיאמר מדעת עצמו 'אעשה כמו בשלי'". מדבריו הסיק מהרשד"ם[20], שאם האפוטרופוס מתלבט בין שתי דרכי פעולה, שכל אחת מהן עלולה לסכן את נכסי היתומים, "אין... לסמוך על דעתו בזה עד שיטול רשות מבית דין... שלא יעשה דבר בלי רשות בית דין". מדברים אלו עולה, שבכל מצב שיש מקום להתלבטות באשר לדרך הפעולה הנכונה, על האפוטרופוס לבקש הוראות מבית המשפט[21].

פרק רביעי

אישור למפרע – "לאשר פעולה שעשה"

בסיפא של הסעיף, מסמיך המחוקק את בית המשפט, לא רק להורות לאפוטרופוס כיצד לפעול, אלא גם לאשר פעולה שהאפוטרופוס עשה, לבקשת האפוטרופוס[22]. יש להניח שכוונת המחוקק היתה לפעולה שעשה אפוטרופוס בחריגה מסמכות, ובלי אישור בית המשפט פעולתו חסרת תוקף או עלולה להטיל עליו חובת פיצוי, ובית המשפט מעניק תוקף בדיעבד לאותה פעולה.

במקורות המשפט העברי, לא מצאנו מקבילה לסמכות זו[23]. אבל הדעת נותנת שהדבר כלול בסמכות הכללית של "הפקר בית דין הפקר"[24].

---

[19] רא"ש, כתובות, פרק יא, סימן כא. נעסוק בדבריו בהרחבה בסעיף 47, עמ' 160, בדיון על הובלת נכסי היתומים.

[20] שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן מו.

[21] אולם ר' עובדיה יוסף, בשו"ת יביע אומר, חלק ח, חו"מ, סימן ז, אות ה, סייג זאת, שבקשת ההוראות נועדה כדי "להימלך בבית הדין, ותשועה ברוב יועץ", אבל אם הפר האפוטרופוס את ההוראה, אין זו עילה לפטר אותו. ראה על כך: להלן, עמ' 321; חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 518.

[22] בע"א 349/64 נעמי אילון ואח' נ' שרה עמיר ואח', פ"ד יח(4) 754, 756, נקבע: "אין בית המשפט רשאי לתת אישור כאמור לבקשת כל אדם אחר".

[23] וראה גם להלן, בדיון על סעיף 47, עמ' 164, על הסמכות שמעניק החוק לבית המשפט לאשר בדיעבד פעולה שעשה אפוטרופוס בגלל צורך דחוף, שלפי המשפט העברי אין צורך באישור כזה.

[24] לפי המשפט העברי אין סמכות לשולח לאשר בדיעבד פעולה שהשליח עשה תוך חריגה מסמכות, אף שחוק הכנסת מכיר בסמכות זו – ראה חוק לישראל, שליחות, עמ' 347–348.
אמנם אי אפשר למנות אפוטרופוס למפרע (שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן קכו, הובא לעיל, עמ' 17), משום שאי אפשר לתת תוקף למפרע למעשה של מי שבשעת מעשה היה חסר סמכות לגמרי, אבל כאן מדובר באפוטרופוס שכבר נתמנה, שהיתה לו סמכות כללית, ואפשר לתת תוקף למפרע למעשה מסוים שלא היה מוסמך לעשות משום שלא היה מוגדר "זכות" ליתומים, בקביעה שעתה בית הדין רואה אותו כ"זכות".

פרק חמישי

סיכום

בית הדין מוסמך להורות לאפוטרופוס כיצד לפעול, מכוח סמכותו הטבעית של בית הדין, כ"אביהם של יתומים", לנקוט כל פעולה הנדרשת לשם הגנה על עניינם.

לפי המאירי, סמכות זו מסורה לכל דיין שהוא "קבוע וחשוב". לדעת רש"י, הסמכות להורות לאפוטרופוס כיצד לפעול מסורה בידי "בית דין חשוב" בלבד, ואילו לדעת הר"מ מסרקסטה, סמכות זו מסורה לבית דין "קבוע שבכל מקום".

לפי הרא"ש, הסמכות האמורה מסורה לא רק בידי "דיינין שממונין בכל עיר ועיר", אלא גם בידי "גדולי הדור".

כשנוצר הצורך במתן ההוראות, בית הדין חייב להורות לאפוטרופוס כיצד לפעול, שהרי אם לא יורה לאפוטרופוס כיצד לפעול, לא ימלא את תפקידו כ"אביהם של יתומים".

בכל מצב שיש מקום להתלבטות באשר לדרך הפעולה הנכונה, על האפוטרופוס לבקש הוראות מבית המשפט.

בית הדין מוסמך לאשר בדיעבד פעולות שעשה האפוטרופוס בחריגה מסמכות.

פרק שישי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

הוראות בית המשפט

44. בית המשפט רשאי, בכל עת, לתת לאפוטרופוס הוראות בכל ענין הנוגע למילוי תפקידו.

סעיף 46

דין אפוטרופסים משותפים

דין אפוטרופסים משותפים

46. הטיל בית המשפט תפקידי אפוטרופסות על שני אפוטרופסים או יותר במשותף, יחולו ההוראות הבאות זולת אם הורה בית המשפט אחרת:

(1) האפוטרופסים חייבים לפעול תוך הסכמה; בעניין שדעותיהם חלוקות, יפעלו כפי שיחליט בית המשפט;

(2) פעולה של אחד או של אחדים מן האפוטרופסים טעונה הסכמת האחרים או אישור בית המשפט, מראש או למפרע;

(3) בעניין שאינו סובל דיחוי רשאי כל אחד מהאפוטרופסים לפעול על דעת עצמו;

(4) האפוטרופסים אחראים לאדם יחד ולחוד;

(5) התפנה מקומו של אחד מן האפוטרופסים או שחדל לפעול, זמנית או לצמיתות, חייבים האחרים להודיע על כך מיד לבית המשפט, והם חייבים ומוסמכים להמשיך בתפקידיהם כל עוד לא קבע בית המשפט אחרת.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 103

פרק שני: הצורך בהסכמה בין האפוטרופסים – "לפעול תוך הסכמה" – ס"ק (1) 104

פרק שלישי: הכרעה במחלוקת – "יפעלו כפי שיחליט בית המשפט" – ס"ק (1) 107
א. מבוא 107
ב. הכרעה על פי רוב דעות 107
ג. הכרעה על פי החלטת בית המשפט 108

פרק רביעי: הסכמה ל"פעולה של אחד או של אחדים מן האפוטרופסים" – ס"ק (2) 109
א. מבוא 109
ב. הסכמה כללית 110
ג. הסכמה למפרע 111
ד. הסכמה משתמעת 111
ה. חזקת הסכמה 112

פרק חמישי: "פעולה... טעונה... אישור בית המשפט" – ס"ק (2) 113
א. מבוא 113
ב. אישור לכתחילה ואישור למפרע 113
ג. אישור ספציפי ואישור כללי 114
פרק שישי: פעולת אפוטרופוס יחיד "בענין שאינו סובל דיחוי" – ס"ק (3) 114
פרק שביעי: אחריות האפוטרופסים – "יחד ולחוד" – ס"ק (4) 115
א. מבוא 115
ב. פעולה שנעשתה בהסכמת כל האפוטרופסים 116
ג. אחד מן האפוטרופסים שהזיק 117
ד. פעולה שנעשתה חרף התנגדות של חלק מן האפוטרופסים 119
ה. האם האפוטרופסים עֵרבים זה בעד חובותיו של זה? 119
פרק שמיני: "התפנה מקומו של אחד מן האפוטרופסים או שחדל לפעול" – ס"ק (5) 121
א. מבוא 121
ב. היעדרות קבועה 121
ג. היעדרות זמנית 124
ד. החובה להודיע לבית המשפט 125
ה. החובה להמשיך בתפקיד 125
פרק תשיעי: סמכות בית המשפט להתיר סטייה מהוראות החוק – "זולת אם הורה בית המשפט אחרת" 126
פרק עשירי: סיכום 126
פרק אחד עשר: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 127

פרק ראשון

מבוא

סעיף 46 עניינו דינם של אפוטרופסים משותפים: הדרישה לפעול בהסכמה וסייגיה (להלן: דרישת ההסכמה), הדרכים לפתרון מחלוקות בין האפוטרופסים, אחריות האפוטרופסים, וחובתם לפעול למינוי מחליף לאפוטרופוס שהתפנה מקומו או שחדל לפעול.

בפרק השני נדון בדרישת הסכמה בין האפוטרופסים, וננסה לבחון האם דרישה זו קיימת אף במשפט העברי, ואם כן, מה הן תכליותיה?

בפרק השלישי נעסוק בדרכים שונות ליישוב מחלוקת בין האפוטרופסים, ונבחן מהי דרך ההכרעה הנכונה לפי המשפט העברי.

הפרק הרביעי יעסוק בחובה המוטלת על כל אחד מן האפוטרופסים לקבל אישור לפעולה, מחבריו או מבית המשפט, "מראש או למפרע". נבקש לברר האם לפי המשפט העברי ההסכמה צריכה להיות מפורשת, או די בהסכמה משתמעת או בהסכמה מכללא? והאם ההסכמה חייבת להינתן מלכתחילה, לפני עשייתה של פעולה, או די בהסכמת האפוטרופסים גם למפרע?

בפרק החמישי נעסוק בסמכותו של בית המשפט לאשר "פעולה של אחד או של אחדים מן האפוטרופסים" אם אין הסכמה ביניהם. נבחן האם גם לפי המשפט העברי עשוי "אישור בית המשפט" להחליף את הסכמת האפוטרופסים? האם אישור בית המשפט יכול להתיר לאחד האפוטרופסים לפעול בניגוד לעמדת חבריו? האם בית המשפט רשאי לאשר פעולה למפרע? והאם בית המשפט רשאי לתת היתר כללי לסוג מסוים של פעולות, או שמא הוא נדרש לבחון כל מקרה לגופו, ולהחליט אם להתיר את ביצוע הפעולה בהתאם לנסיבות הייחודיות לפעולה שאישורה נדרש?

הפרק השישי יתמקד בפעולה "בעניין שאינו סובל דיחוי". נבחן האם גם לפי המשפט העברי רשאי אפוטרופוס לפעול על דעת עצמו בעניין שאינו סובל דיחוי; ואם כן, באלו נסיבות?

בפרק השביעי נעסוק באחריותם של האפוטרופסים המשותפים על נזק לנכסי החסוי. לפי הוראת החוק, על האפוטרופסים מוטלת אחריות "ביחד ולחוד", שמשמעותה היא, שאפשר לתבוע את מלוא הנזק מכל האפוטרופסים יחד, או לתבוע את הנזק בשלמותו מכל אחד מהם, לפי בחירת החסוי או נציגיו. תחילה נברר האם גם לפי המשפט העברי אחראי האפוטרופוס לפעולת חברו, והאם תוטל על אפוטרופסים משותפים אחריות "יחד ולחוד". כן נבחן האם לעניין זה יש להבחין בין אפוטרופוס שהסכים לפעולה, לבין אפוטרופוס שלא ידע על הכוונה לבצעה או שהתנגד לה, או שעשה כל אשר לאל ידו כדי לסכלה? כן נדון בשאלה, האם ערֵבים האפוטרופסים לחובותיו של אחד מהם כלפי החסוי.

הפרק השמיני יעסוק בהוראת ס"ק (5), שעניינו מילוי מקומו של אפוטרופוס ש"התפנה מקומו... או שחדל לפעול, זמנית או לצמיתות". בהקשר זה נדון תחילה בשאלה העקרונית, האם יש למלא את מקומו של אפוטרופוס כאמור, או שמא האפוטרופסים רשאים לפעול בהרכב החסר.

אם יש צורך למלא את מקומו של אפוטרופוס ש"התפנה מקומו... או שחדל לפעול", האם על האפוטרופסים מוטלת חובה לפעול למינויו של מחליף?

הפרק התשיעי יוקדש לדיון בהוראת הסיפא של ס"ק (5), שבהיעדרו של אחד מן האפוטרופסים חבריו "חייבים ומוסמכים להמשיך בתפקידיהם כל עוד לא קבע בית המשפט אחרת". נברר האם לפי המשפט העברי יש להבחין בין היעדרות קבועה לזמנית? והאם קיימות נסיבות חריגות שבהן ייקבע שהאפוטרופסים האחרים אינם רשאים להמשיך ולמלא את תפקידיהם, עד שימונה מחליף לאפוטרופוס הנעדר?

את הדיון נחתום בפרק העשירי, בבירורה של ההוראה הכללית שבפתח הסעיף, הקובעת שבית המשפט מוסמך להורות לאפוטרופסים לנטות מהוראות הסעיף. נבקש לבחון האם אף המשפט העברי מעניק סמכות דומה לבית הדין, ואם כך הוא, מה הן גבולותיה של סמכות זו?

פרק שני

הצורך בהסכמה בין האפוטרופסים – "לפעול תוך הסכמה" – ס"ק (1)

לפי החוק, אם קבע בית המשפט שהאפוטרופסים יפעלו במשותף, עליהם "לפעול תוך הסכמה"[1].

דרישה זו קיימת גם במשפט העברי, כפי שעולה מדברי רב נחשון גאון[2]: "מי שמינה שני אפוטרופסים, אין אחד מהם יכול לחדש דבר[3] בממונו של אותו האיש בלא חברו... לא ליקח

[1] הוראה זהה מצויה גם בסעיף 18(א) לחוק, המחייב את הוריו של הקטין "לפעול תוך הסכמה", ובסעיף 93 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965. סעיף 9(א)(1) לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979, מחייב את הנאמנים המשותפים לפעול "יחד". וראה ש' שילה, פירוש לחוק הירושה, תשכ"ה-1965 (1992), כרך ג, עמ' 190.

[2] תשובות הגאונים חמדה גנוזה, סימן מב. דבריו מובאים בשו"ת המבי"ט, חלק א, סימן שלה, ומשם בשו"ת מהרש"ם, חלק ד, סימן מב.
יש לציין שרב נחשון עוסק באפוטרופסים שמינה אותם מישהו על ממונו, ואפשר להקיש מדבריו לאפוטרופסים שמינה בית דין.
גם בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שמט, כותב שאפוטרופוס אחד חייב לתת חשבון לאפוטרופוס האחר, ואינו רשאי למנוע מן האחר לעסוק בנכסים, מפני שהממנה השליט את שניהם על נכסיו. אבל הוא לא כתב שהם חייבים לעשות כל פעולה יחד.
שו"ת לחם רב, סימן קצה, עוסק באפוטרופסים שמינה בית דין, וכותב: "וכל מה שיעשה האחד בלי רשות חבירו אינו כלום". מטעם זה הוא פוסק שאם אחד מהם מכר מנכסי היתומים לאפוטרופוס האחר, אין תוקף למכר, כיוון שהפעולה נעשתה רק על ידי אחד מהם – זה שמכר, שאילו זה שקנה משמש כצד שלישי. ראה בדיוננו בסעיף 48, עמ' 175, נימוקים נוספים לפסיקתו זו.
שו"ת שמן המור, חו"מ, סימן יא (פט ע"ב), מוסר שהמנהג של בירושלים בזמנו היה שאם יש שני אפוטרופסים, אחד מתעסק ברכוש והשני "עומד עמו לחשבון".
שו"ת מהרלב"ח, סימן צה, עוסק באב שמינה אפוטרופסים, והורה "שלא יעשו האפטרופוסים שום דבר שיהיה בו צורך אם לא בהסכמת השלשה מהם, או לא יעשו הארבעה אפטרופוסים שום דבר שיהיה בו צורך אם לא בהסכמת רובם", והוא פוסק (בסוף תשובתו) שהם כבולים בהוראה זו.

[3] אפשר ללמוד מהדגשת רב נחשון "לחדש דבר", שטיפול שוטף בנכסי היתומים שאין בו "חידוש דבר", יכול כל אפוטרופוס לעשות בעצמו, מפני שאין בכך עניין של אמון. גם נימוקו של מהר"י בן לב, ליד

ולא למכור, לא לחוב ולא לזכות", משום שהממנה "לא האמין לאחד מהם אלא לשניהם בבת אחת". נימוקו לדרישה זו, שיש להניח שמי שמינה את האפוטרופסים רצה שיפעלו יחד בדווקא, טעון הסבר: איזה יתרון יש בפעולה יחד, שמחמתו יש להניח שהממנה רצה בכך?

על יתרון אחד בפעולה יחד מצביע מהרי"ט, והוא מניעת טעויות: "סברא הוא, דבכל דבר שבממון ומשא מתן, כל כמה דנפישי [=שהם מרובים] – דייקי טפי [=מדייקים יותר]"[4]. כלומר, כשאפוטרופוס אחד עושה פעולה, הוא עלול שלא לדייק כראוי לטובת היתומים, ואילו כשאפוטרופסים אחדים פועלים במשותף, יש סיכוי שאחד מהם ישים לב וישפר את הפעולה.

יתרון נוסף בפעולה יחד עולה מדברי מהר"י בן לב[5], והוא הצורך בתיאום בין פעולות של האפוטרופסים השונים: "אין דרך למנות אפוטרופסים בכי האי גונא [=בכגון זה], שיהיה רשות

ציון הערה 5, שאם פעם זה יתעסק ופעם זה יתעסק "לא סלקא כהוגן" – אינו שייך בטיפול שוטף, בדברים שפעם אחד יעשה ופעם אחד יעשה. שיתוף הפעולה דרוש רק בקבלת החלטות, שכן ברור שאם כל אחד יחליט בנפרד, עלול להיגרם נזק ליתומים.

[4] שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קכז, ד"ה אלא שיש (הובא בשו"ת שמן המור, חו"מ, סימן יא, דף פט ע"ג). נראה ששיקול זה, שריבוי דעות מאפשר דיוק מרבי, עולה גם מן ההשוואה שעשו אחדים מן הפוסקים בין מנהיגי הציבור לאפוטרופסים (ראה י"ש קפלן, "סמכות ומעמד מנהיגי ציבור בקהילה היהודית בימי הביניים", דיני ישראל יח (תשנ"ה–תשנ"ו), עמ' רצח, ובמקורות שהביא בהערה 186). מנהיגי הציבור אינם רשאים לדון בהרכב חסר, כמו שנפסק בפד"ר, כרך ז, עמ' 252: "כאשר לגוף בעל תפקיד נקבע ונבחר מניין מסוים של חברים, אין הם יכולים לפעול אלא בהרכב המלא של כל החברים [ב]זה המניין, כפי שנבחר, ואם מת או הסתלק אחד מהם... אין לנשארים כוח לעשות, ואין הגוף הזה יכול לפעול כל עוד לא שמו הקהל אחר במקומו". וראה גם: שו"ת הרמב"ן, סימן עז (=שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קכט); שו"ת דברי ריבות, סימן נא. וכן עולה משבועות מב ע"א: "אזלינן בתר רוב דעות לענין אומדנא, דכמה דנפישי בקיאי טפי".

מט"ז, יורה דעה, סימן רנח, ס"ק ה, עולה שהיתרון בריבוי אפוטרופסים הוא שהם מפקחים זה על זה, כפי שכתב: "דכיון דהמצֻוֶה מינה שנַיִם, אפשר שלא האמין לאחד מהם אם לא בצירוף חבירו", וכן במינוי אפוטרופסים על ידי הקהל, כתב "שאין להאמין לאחד מהם". לאור זה אפשר להסביר שנדרשת הסכמת כל האפוטרופסים לפעולה, מפני שרק כך הם יכולים לפקח זה על זה.

[5] שו"ת מהר"י בן לב, חלק ג, סימן יז. הוא עוסק באפוטרופסים על הקדש־צדקה. דבריו הובאו בשו"ת פרי הארץ (מזרחי), חלק א, חו"מ, סימן יב (עב ע"ד).

נחלקו רבי יונתן ורבי יאשיה (בבא מציעא צד ע"ב, ועוד) בשאלה, איך יש לפרש פסוק בתורה המונה שני פריטים וביניהם ו' החיבור: האם המשמעות היא ששניהם יהיו יחד, או אפשר שכל אחד יהיה בפני עצמו? והלכה נפסקה כרבי יונתן, שאפשר שכל אחד יהיה בפני עצמו (רא"ש, חולין, פרק ה, סימן ב, ועוד). אבל לפי רבים מן הפוסקים, פרשנות לשון בני אדם אינה תלויה במחלוקת זו, מפני ש"לשון תורה לחוד ולשון בני אדם לחוד", ולכן, לדוגמה, אם שני אפוטרופסים נתמנו בלשון "ראובן ושמעון", ייתכן שהם חייבים לפעול יחד גם לדעת רבי יונתן. ראה על כך בהרחבה, חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 203–205.

מהר"י בן לב, שם, כותב, שגם אם הלכה כר' יונתן, ש־ו' החיבור יכול להתפרש כ"או", גם לעניין לשון בני אדם, זה אומר רק שהממנה התכוון שאם רק אחד מהם יסכים להיות אפוטרופוס, הוא יהיה אפוטרופוס לבדו; וכן שאם נפטר אחד משני האפוטרופסים, לא יצטרכו למנות אפוטרופוס חלופי; אבל כל זמן שיש שני אפוטרופסים, הם צריכים לפעול בשיתוף פעולה.

שו"ת אשר לשלמה (אבן דנאן), סימן ה, מביא את דעת ר' יונתן לעניין מצב שאחד האפוטרופסים התפטר, ולא לשאלה האם הם יכולים לפעול בנפרד.

דעה חולקת: שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן כז, כותב שמאחר שהלכה כר' יונתן, אין אומרים שהממנה התכוון ששני האפוטרופוס יטפלו יחד דווקא. כמו כן, שו"ת משאת משה, חו"מ, סימן כד, דן בשאלה האם כשיש אפוטרופסים משותפים, יש תוקף למעשה שאחד מהם עושה לבדו, והוא תולה זאת במחלוקת ר' יונתן ור' יאשיה.

לכל אחד מהם לבדו להיות אפטרופוס, ופעם יתעסק בנכסי המת האחד, ופעם יתעסק האחר, והויא מילתא דלא סלקא כהוגן [=והוא דבר שלא עולה יפה]". כלומר, אם כל אפוטרופוס יוכל לפעול על דעת עצמו, יש חשש שפעם אפוטרופוס אחד ינהג בנכסים בדרך מסוימת, ובפעם אחרת אפוטרופוס אחר ינהג בדרך סותרת, והדבר יגרום נזק לחסוי. על כן כל אפוטרופוס אינו מוסמך לפעול על דעת עצמו.

מדברי רב נחשון הסיק מהרש"ם[6], שאם מינה אדם שני אפוטרופסים, ואחד מהם פעל שלא על דעת חברו, אין לפעולתו תוקף אף בדיעבד[7].

מאותה סיבה, אין אחד האפוטרופסים רשאי להתפטר מתפקידו ולהשאיר את התפקיד לאחרים, שהרי הממנה רצה שכולם יפעלו יחד[8].

עם זאת, בנסיבות מסוימות של המינוי עשוי לעלות, שכוונת הממנה שיוכל כל אפוטרופוס לפעול לבדו. לדוגמה, הריחוק בין האפוטרופסים יכול ללמד שהממנה התכוון לתת סמכות לאחד מהם לפעול על דעת עצמו. כך פסק מהרי"ט[9], שאם מונו שני אפוטרופסים, ואחד מהם מתגורר במרחק רב מנכסי היתומים, יניח בית הדין שהאפוטרופוס שמקום מגוריו מרוחק מזנה רק כדי שיבקר את פעולותיו של האפוטרופוס הגר בסמיכות מקום לנכסי היתומים על ידי מתן חשבון תקופתי (והסיבה שלא אמר זאת בפירוש היא כדי שיתקבלו דבריו של המבקר, בהיותו אפוטרופוס בעצמו), ולפיכך, האפוטרופוס המתגורר בסמוך לנכסי היתומים רשאי לפעול על דעת עצמו, ואין אומרים שמחצית מהנכסים יועברו למקומו של האפוטרופוס המרוחק, לטיפולו.

שו"ת דברי ריבות, סימן קסא, כותב שהממנה שני אפוטרופסים, התכוון שיוכלו לפעול שניהם יחד או כל אחד ואחד בפני עצמו, ולכן כל אחד רשאי לפעול בלי להיוועץ עם חברו.

[6] שו"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן קיז.

[7] כך פסקו גם בשו"ת נאמן שמואל, סימן קיד, ובשו"ת משאת משה, חו"מ, סימן כד, באופן סתמי, שאין מועילה פעולה של אפוטרופוס אחד לבדו.

בשו"ת דברי חיים, חלק א, חו"מ, סימן יב, עוסק במקום שבית הדין שמינה את האפוטרופסים הורה בפירוש שלא יוכלו לעשות שום דבר אלא כשכולם יחד; והוא לא דן בפעולה של אחד מהם, אלא בשאלה של ספק לגבי מה שאירע.

[8] שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שנא; שו"ת פרי הארץ (מזרחי), חלק א, חו"מ, סימן יב (עב ע"ד).

ייתכן שיוכל להתפטר אם התנהגות האפוטרופסים האחרים פוגעת בשמו הטוב, כמו שקובע חכמת אדם, כלל קמז, סעיף יט, שגבאי צדקה יכול להתפטר כדי להגן על שמו הטוב, "אם שאר הגבאים חביריו אינם נוהגים כשורה, וירננו גם עליו".

[9] שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן כז.

בשו"ת שער אפרים, סימן קלג (פו ע"א), כותב על מי שמינה שלושה אפוטרופסים, שלא ייתכן לומר ששום עסק לא יועיל בלי הסכמת שלשתם. לגבי נידונו, הוא מחזק את דבריו על ידי הוכחת כוונתו של הממנה: הוא מינה את אשתו יחד עם עוד שניים כאפוטרופסים על ילדיו לאחר מותו, אך קבע שמינויה של אשתו יתבטל ביום שבו תינשא בשנית – מתוך שלא קבע שמינוי האפוטרופסים כולם בטל ביום שבו תינשא אשתו בשנית, מוכח שלא הקפיד על כך שכל האפוטרופסים יפעלו יחד, שכן אילו היה מקפיד על כך, היה לו להבהיר מה ייעשה לאחר נישואי אשתו. כמו כן, בדף פז ע"א כתב שאם אחד משלושת האפוטרופסים נוגע בדבר, מינוי של האחרים תקף.

פרק שלישי

הכרעה במחלוקת – "יפעלו כפי שיחליט בית המשפט" – ס"ק (1)

א. מבוא

אם האפוטרופסים חלוקים בדעותיהם, ניתן ליישב את המחלוקת באחת משלוש דרכים:

(א) הכרעה על פי רוב דעות. יתרונה של דרך זו הוא שהיא מותירה את ההכרעה בידי האפוטרופסים האמונים על שמירת עניינו של החסוי ומכירים טוב יותר מכל אדם אחר את צרכיו. חסרונה העיקרי הוא שהיא מבטלת למעשה את עמדת חלק מן האפוטרופסים ויוצרת חריג לעיקרון המחייב שפעולות האפוטרופסים ייעשו "תוך הסכמה".

(ב) המתנה עד שתתקבל החלטה 'פה אחד', בהסכמת כל האפוטרופסים. יתרונה של דרך זו שהיא אינה מבטלת את דעותיהם של חלק מן האפוטרופסים, והיא מבטיחה הכרעה שתועיל לעניינו של החסוי לדעת כל האפוטרופסים. חסרונה העיקרי שהיא עלולה לסרבל את הליך ההכרעה ולעכב את קבלתן של החלטות[10].

(ג) מסירת ההכרעה לגורם חיצוני. זו הדרך שבחר המחוקק בסעיף קטן (א): שההכרעה במחלוקת תימסר לבית המשפט[11]. יתרונה של דרך זו ביעילותה ובמניעת מתחים מיותרים בין האפוטרופסים. חסרונה המרכזי הוא שהיא נוטלת את ההכרעה מידיהם של אלו שאמונים על שמירת עניינו של החסוי ומכירים טוב מכל אדם אחר את צרכיו, ומעבירה אותה לידי גורם שהעיסוק בענייניו של החסוי איננו עיסוקו העיקרי.

להלן נבחן מהי הדרך המועדפת על המשפט העברי.

ב. הכרעה על פי רוב דעות

בפני מהרש"ם[12] באה שאלה במי שמינה ארבעה אפוטרופסים לבנו לאחר מותו, ושניים מן האפוטרופסים התגוררו בעיר פיררה שבאיטליה, בעוד שני אפוטרופסים אחרים התגוררו בסלוניקי שביוון, שהייתה אז תחת שלטון תורכי. גם נכסי העיזבון היו בחלקם בפיררה ובחלקם בסלוניקי. כדי להבטיח ניהול יעיל של הנכסים, ביקשו שלושה מן האפוטרופסים להעביר את הנכסים שבסלוניקי לפיררה. אולם אפוטרופוס אחד התנגד לכך מחשש שמא ההעברה תסכן את הנכסים, ופנה למהרש"ם בבקשה שיורה לחבריו לקבל את עמדתו.

---

[10] ראה דברי חתם סופר, להלן, עמ' 108.

[11] לדרך זו, בהיעדר הכרעה של בית המשפט, אין לאפוטרופסים אפשרות לפעול עד שיסכימו כולם. לפי שילה (לעיל, עמ' 104, הערה 1), עמ' 191, כך הדין גם במנהלי עיזבון.
עמדה דומה הביע א' ברק, חוק השליחות, תשנ"ו-1996, סעיף 1046, לעניין ההכרעה במחלוקת שבין שלוחים אחדים. מ' ויגודה, חוק לישראל, שליחות, עמ' 755, כותב שכך הדין גם במשפט העברי, בהסתמך על שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קכו, שפסק שאם מינה הציבור אנשים אחדים כ"טובי העיר", הם חייבים לפעול בהסכמת כולם (ראה על כך בהערה 18). ברם, מסקנתו זו קשה, לאור דעת מהרש"ם המובאת ליד ציון הערה 12, לפיה אפוטרופסים רשאים להכריע על פי הרוב, הרי שלדעתו אין להקיש מטובי העיר לשלוחים או לאפוטרופסים.
שילה, שם, מפנה להוראת California Probate Code, סעיף 9630(a)(1)(2), הקובע שאם יש שני מנהלי עיזבון, הם צריכים לפעול בהסכמה, אך אם יש יותר משני מנהלים, דעת הרוב קובעת.

[12] שו"ת מהרש"ם, חו"מ, סימן שג = סימן תלד.

מהרשד״ם קובע, שבכל מחלוקת שבין האפוטרופסים ״יש לנו לילך אחר הרוב... ככל שאר דיני תורה, דהיכא דאיכא חילוק דיעות, אזלינן בתר רובא [=הולכים אחר הרוב]״[13].

עם זאת, אפוטרופוס שבמיעוט רשאי לבקש מבית הדין שיורה לחבריו לקבל את עמדתו. ואכן, במקרה האמור נעתר מהרשד״ם לבקשת האפוטרופוס שנותר בעמדת מיעוט.

את סמכותו להורות בניגוד לעמדת רוב האפוטרופסים, מבסס מהרשד״ם על תפקיד בית הדין כ״אביהם של יתומים״[14]. לדעתו, תפקיד זה מעניק לבית הדין סמכויות נרחבות, ובהן אף הסמכות לאמץ את עמדת המיעוט אם השתכנע שאימוץ עמדת המיעוט תועיל לשמירת עניינם של היתומים[15].

ג. הכרעה על פי החלטת בית המשפט

כאמור, בית הדין מוסמך להכריע במחלוקת שבין האפוטרופסים אף בניגוד לעמדת הרוב, מכוח היותו ״אביהן של יתומים״.

אפשרות נוספת להכרעת בית המשפט במחלוקת שבין האפוטרופסים, היא כאשר אי אפשר להכריע במחלוקת על פי רוב דעות, כגון אם יש שני אפוטרופסים. כך הציע ר׳ אברהם דוד מבוטשאטש[16] לפתור מחלוקת שבין שני אפוטרופסים על ידי מינויו של ״מכריע״[17].

[13] בפסק הדין של בית הדין הרבני האזורי בירושלים (תיק 615-44-1, בשערי בית הדין, חלק ב, עמ׳ 138, בעמ׳ 139), נאמר, שהיו שלמדו מפסיקתו של מהרשד״ם, שבמחלוקת בין אפוטרופסים שמינה אבי היתומים, יש להכריע ע״פ רוב דעות, ואילו במחלוקת בין אפוטרופסים שמינו הציבור או בית הדין, תוכרע המחלוקת בהסכמת כל הנאמנים, ומשום כך נהוג להוסיף תנאי בשטר ההקדש, שהחלטות הנאמנים יתקבלו ברוב דעות. וראה בפסיקת בית הדין הרבני הגדול (תיק 539/נח; מובא שם, עמ׳ 149, בעמ׳ 159), ובשו״ת חתם סופר, חו״מ, סימן קטז, שבכמה קהילות תיקנו שהחלטות נאמני הקהל תתקבלנה ברוב דעות, מפני ש״אם נמתין עד שיסכימו כלם, לא יגמר שום ענין ויהיה השחתת הכלל״. מדברי חתם סופר עולה שלולי התקנה לא היו הולכים אחר הרוב. אבל ר׳ שלמה שטסמן סבור שאין מחלוקת בין החתם סופר למהרשד״ם, אלא מהרשד״ם עסק באפוטרופסים לטובת אדם פרטי ואילו החתם סופר עוסק באפוטרופסים או נאמנים לטובת ציבור, שמעיקר הדין צריך את הסכמת כולם. וראה שו״ת הרא״ש, כלל ו, סימן ה: ״ועל כל ענין שהקהל מסכימים הולכים אחר הרוב, והיחידים צריכים לקיים כל מה שיסכימו עליהם הרבים, דאם לא כן, לעולם לא יסכימו הקהל על שום דבר, אם יהיה כח ביחידים לבטל הסכמתם״.

שו״ת מהרי״ט, חלק א, סימן קכז, בסופו, מעלה אפשרות שצריך את הסכמת כל האפוטרופסים. כנסת הגדולה, חו״מ, סימן יח, הגהות הטור, אות ו, מבין שמהרי״ט חולק על מהרשד״ם, שמסתפק ברוב.

[14] למקורות לכך, ראה בדיוננו על סעיף 44, עמ׳ 96–97.

[15] בפסק הדין של בית הדין הרבני (תיק 152/771; בשערי בית הדין, חלק א, עמ׳ 97), נקבע שההכרעה בחילוקי דעות שבין נאמני הקדש תהיה על פי רוב דעות הנאמנים, אך ״הזכות למיעוט שנתבטלה דעתו, להגיש עצומותיו לפני בית הדין ירושלים, נגד החלטת הרוב״. קביעה זו אינה מנומקת אך תשובת מהרשד״ם עשויה לשמש לה יסוד.

California Probate Code, סעיף 9630(d)(2), קובע שמנהל עיזבון שנמצא במיעוט רשאי לבקש מבית המשפט לתת למנהלים הוראה כדעתו.

[16] כסף הקדשים, סימן רצ, סעיף א.

[17] כסף הקדשים העדיף פסיקה על ידי ״מכריע״ ולא על ידי בית הדין עצמו, משום שאיש מקצוע, המתמצא בניהול נכסים, מסוגל להבין טוב יותר את העמדות השונות ולקבל הכרעה שקולה ומוצדקת יותר.

ר׳ מנחם מנדל שפרן, הישר והטוב, גל׳ יג, עמ׳ מב, כותב שיש להכריע על פי רוב; אם אין רוב, מכריעים על פי חוות דעת מקצועית; אם זה לא מועיל, בוחרים גוף שיחליט; ואם זה לא אפשרי, מטילים גורל.

לדבריו, מן הראוי שימנו האפוטרופסים את המכריע, ואם אינם מסוגלים להגיע להסכמה על כך, ימנה אותו בית הדין[18].

פרק רביעי

הסכמה ל"פעולה של אחד או של אחדים מן האפוטרופסים" – ס"ק (2)

א. מבוא

ס"ק (2) קובע ש"פעולה של אחד או של אחדים מן האפוטרופסים טעונה הסכמת האחרים או אישור בית המשפט", אך אינו מבהיר מה טיבה של ההסכמה הנדרשת[19].

נבקש לדון בארבעה סוגים של הסכמה: הסכמה כללית, היינו, הסכמה מפורשת, הניתנת באופן כללי, לביצוע סוג מסוים של פעולות[20]; הסכמה למפרע, שאף היא הסכמה מפורשת, הניתנת לאחר הפעולה[21]; הסכמה משתמעת, שקיומה נלמד מתוך התנהגותם של האפוטרופסים, במעשה או במחדל; חזקת הסכמה, המבוססת על הכרת טבע בני האדם, בדבר קיומה של הסכמה בין אפוטרופסים בכלל[22].

[18] אולם במחלוקת בין נבחרי ציבור (בשונה מאפוטרופסים של יתומים), פסק שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן רפט (הובא ברמ"א, חו"מ, סימן יח, סעיף א, ובשו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סימן ג), שאין הולכים אחר הרוב, ואף אין למנות אדם אחר שיכריע בחילוקי הדעות שביניהם, מפני שבני הקהילה קיבלו עליהם את דעת ה"ברורים" ולא את דעתו של אחר, אלא שהם רשאים להתייעץ עם גורמים חיצוניים, כדי שיסייעו להם לגבש החלטה מוסכמת. וראה פסק דינו של ר"א בקשי־דורון, המובאת בספר בשערי בית הדין, חלק א, עמ' 99–100, המסתמך גם על דברי הרשב"א. בטעם ההבדל בין נבחרי ציבור לבין אפוטרופסים, ראה חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 211–213. וראה לעיל, הערה 11, מה למד מ' ויגודה מדברי הרשב"א.

[19] אשר להסכמה מפורשת, שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קכז, כותב: "אפילו שנאמר בממנה שלשה או ארבעה אפטרופין – בעינן דעת כולם ואין יכולים לעשות זה בלא זה... מכל מקום זהו לענין הסכמתן בדבר, שצריך שיסכימו כולם. אבל בדבר שהסכימו כבר, אחד מזכה מדעת כולם או רובם, שלא עלתה על דעת שתהא ידי ארבעתן זוכה כאחת". כלומר, די שיסכימו מראש לפעולה מסוימת, ואז יכול אחד מהם לעשות את הפעולה לבדו.

שו"ת תורת משה (שבתי), חו"מ, סימן ו (ד"ה איני רואה), כותב שאם אחד האפוטרופסים עשה דבר בדעת חבירו וברשותו, מה שעשה עשוי, כמו שמה שעשה שותף אחד לתועלת השותפות ברשות חבירו ומדעתו, מה שעשה עשוי, כמבואר בטור, חו"מ, סימן קעו, סעיף טז.

[20] בסעיף 18(א) לחוק, שעניינו אפוטרופסים טבעיים, יש הוראה מקבילה, והובהר בה שהסכמת הורה "לפעולתו של רעהו יכולה להינתן... בפירוש או מכללא, לעניין מסוים או באופן כללי". היעדרה של הוראה דומה בסעיף שבפנינו עשוי ללמד שדרישת ההסכמה כאן חמורה מדרישת ההסכמה שבסעיף 18, ונדרשת הסכמה מפורשת וספציפית.

על ההבחנה שבין הסכמה מסוימת לבין הסכמה כללית, ראה ע' פונדיק, "בין מרמה לכפיה: על עברת האונס במרמה לגבי מיהות העושה", עיוני משפט לו (2013) 215, 221.

[21] בעניין זה אפשר להבחין בין הסכמה למפרע בשל שינוי דעה או חרטה, לבין הסכמה בשל גיבוש עמדה מאוחר. ראה פונדיק, שם, עמ' 226.

[22] דוגמה להסכמה מסוג זה אפשר למצוא בסעיף 18(א) לחוק, שבו נקבע שחזקה על הורה "שהסכים לפעולת רעהו כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר".

בהסכמה למפרע, יש לדון בשאלה, האם הסכמה למפרע זהה להסכמה מראש, או שמא רק אם הדבר אינו אפשרי, יש להסתפק בהסכמה למפרע?

כאן המקום להבהיר, שאם לא הסכימו שאר האפוטרופסים לפעולה שעשה אחד מהם, אין לה תוקף אפילו כלפי צד שלישי[23]. כמובן, אם הפעולה שעשה אינה הדירה, כגון שהצד השלישי אינו מוכן להחזיר את הגלגל לאחור, האפוטרופוס שפעל בחריגה מסמכות יצטרך לפצות את החסוי אם נגרם לו נזק מפעולתו.

עוד יש להעיר, שנראה שאם פעולת האפוטרופוס היתה לטובת החסוי, יש לה תוקף אף בלי הסכמת האפוטרופסים האחרים, מטעם "זכין לאדם שלא בפניו". וכך כתב מהרשד"ם[24] באופן כללי, שאם אפוטרופוס עשה פעולה בחריגה מסמכות, נכסי החסוי "הם לאחריותו להפסד ולא לשכר", כלומר, שאם נוצר רווח, החסוי ייהנה מהרווח. אלא שייתכנו מצבים אפורים, שמתעוררים בהם חילוקי דעות בשאלה האם אמנם הפעולה היתה לטובת החסוי, ובהם יהיה צורך בהסכמת האפוטרופסים האחרים.

ב. הסכמה כללית

הרשאה כללית לפעולות שונות ומגוונות אינה עולה בקנה אחד עם חלק מתכליותיה של דרישת ההסכמה, שעליהן עמדנו בהרחבה לעיל, בפרק שני. היא אינה מאפשרת פיקוח הדדי, היא פוגעת בתיאום שבין האפוטרופסים, ואינה מאפשרת קיום של שיקול דעת רחב לפני ביצוע הפעולה.

להלן[25] נראה שאף בית הדין אינו מוסמך להעניק לאפוטרופוס הרשאה כללית לביצוע פעולה, ומה שאין בכוחו של בית הדין לעשות, ודאי שאין בכוח אפוטרופסים לעשות.

על כן נראה שהרשאה כללית אינה יכולה להעניק תוקף לפעולותיו של אפוטרופוס, אלא נדרשת הסכמה ספציפית לפעולה, או לסוג של פעולות, הסכמה המתחשבת בנסיבות המיוחדות הנוגעות לפעולה המסויימת, למידת הצורך בה, לסיכונים הכרוכים בה, וכדומה[26].

[23] אמנם ש"ך, חו"מ, סימן עז, ס"ק יט, כותב שכל פעולותיו של שותף תקפות כלפי הצד השלישי שעמו עשה את הפעולה, גם בלי הסכמה מפורשת, משום ש"הווה כאילו התנו כך, שכל אחד יכול לעשות מה שירצה... דאם לא כן, אין מי שיהיה לו עסק עם שותף עד שיתרצה השותף השני", אלא שאם הפעולה גרמה נזק לשותפות, על השותף לפצות את השותפים האחרים על הנזק, מפני שההסכמה מכללא ניתנת על דעת ש"ואם יעוות ישלם לחבירו חלקו". אבל רבים חלקו על הש"ך (ראה חוק לישראל, שליחות, עמ' 54 ועמ' 283, הערה 173). גם לפי הש"ך, ספק אם אפשר ללמוד מדין שותף לדין אפוטרופוס. נימוקו הוא בעצם כעין תקנת השוק (כפי שנאמר בחוק לישראל שם), ותקנת השוק נתקנה רק במצב שכיח (שולחן ערוך, חו"מ, סימן ס, סעיף א), וריבוי אפוטרופסים פחות שכיח מריבוי שותפים. על תקנת השוק בפעולות של אפוטרופוס, ראה דיוננו בסעיף 49.

[24] שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שמט.

[25] להלן, ליד ציון הערה 42.

[26] אם אחד האפוטרופסים אצל את סמכותו לאפוטרופוס אחר מהם: שו"ת שער אפרים, סימן קלג, דן באלמנה ששימשה כאפוטרופסית על בניה היתומים יחד עם חמיה ואדם שלישי, ואצלה לו את סמכותה למנות אנשים שיעשו פשרה בין נושי היתומים ליתומים. לאחר שהתקבלה הפשרה, ביקשה האישה לבטלה בטענה שהיא לא הייתה יכולה לאצול את סמכותה למנות מפשרים. המשיב (דף פה ע"ג, ד"ה ואין לערער, ואילך) פוסק שאף שאפוטרופוס אינו יכול למנות אפוטרופוס אחר (ראה סעיף 64, עמ' 347), הרי כאן היות שיש שלושה אפוטרופסים, שאחד מהם מומחה יותר בניהול נכסים, יש להניח שהאב לא התכוון למנות את אלמנתו כאפוטרופוס במינוי אישי, שלא ניתן יהיה לאצול אותו לאחרים. הוא מוסיף, שאף שבשטר המינוי

ג. הסכמה למפרע

לפי החוק, די באישור למפרע של שאר האפוטרופסים לפעולת האפוטרופוס[27].

לפי המשפט העברי, מעשה של שליח שנעשה תוך חריגה מן ההרשאה חסר תוקף, אף אם המעשה אושר למפרע על ידי השולח[28]. אם כן, אם נראה כל אפוטרופוס כשלוחם של האפוטרופסים האחרים, בכל פעולה שהוא עושה, אישורם למפרע אינו יכול להכשיר פעולה שעשה שלא על דעת כל האפוטרופסים. אבל נראה שאין יחסי שולח־שליח בין האפוטרופסים, אלא דרישת ההסכמה נובעת מרצון הממנה שהחלטת האפוטרופסים תהיה משותפת, כפי שראינו לעיל[29], ולשם כך די בהסכמה למפרע. זאת באשר תוקפה של הפעולה כלפי צד שלישי.

גם לעניין היחסים בין האפוטרופסים לבין עצמם, אם הפעולה גרמה נזק לחסוי, והאפוטרופסים חויבו לפצות את החסוי, נראה שיש תוקף להסכמה למפרע לעניין זה שהאחריות לנזק תחולק בין האפוטרופסים בשווה כמו אילו הסכימו מראש. כך יש ללמוד מן ההלכה[30] ששותף ש"עבר ועשה שלא מדעת חברו, ואחר כך הודיעו ואמר לו: 'עשיתי כך וכך' והסכים למעשיו – הרי זה פטור" מאחריות לתוצאותיה של הפעולה, כלומר הפעולה נחשבת כאילו נעשתה בהסכמת השותפים, אף שהסכמתם ניתנה למפרע. הסמ"ע[31] נימק, שהסכמת השותפים מתפרשת כמחילה על כל תביעה עתידית בשל נזק או הפסד שייגרמו מפעולת שותפם. גם כאן, הסכמה למפרע של שאר האפוטרופסים משמעותה מחילה על נזק שגרם להם אפוטרופוס זה בפעולה זו. אלא שהאפוטרופסים יהיו חייבים לפצות את החסוי אם הפעולה גרמה לו נזק, כמובן, מפני שהאפוטרופסים אינם יכולים למחול על נזק לנכסיו של החסוי.

ד. הסכמה משתמעת

בתחומים רבים במשפט העברי, הבעת רצון משתמעת, היינו הבעת רצון שנלמדת מהתנהגותו של אדם תוך התחשבות במכלול נסיבותיה, דינה כהבעת רצון מפורשת[32]. אפשר להסיק מכך שאם התנהגות האפוטרופסים האחרים מלמדת על הסכמתם לפעולה שעשה אחד מהם, דינה כאילו הסכימו במפורש.

של האפוטרופסים כתב הבעל שיד האישה תהיה על העליונה, הוא התכוון רק לכבודה, שיצטרכו להתייעץ איתה, אבל החלטות מעשיות בוודאי יהיו על פי החלטת רוב, במיוחד שהאישה לא הבינה בענייני משא ומתן. ושם (דף פה ע"א, ד"ה אמנם לפי מ"ש) הסביר שיש תוקף למה שהקנתה לו את הסמכות לבחור פשרנים בקניין סודר, ואין אומרים שזה דבר שאין בו ממש, שאי אפשר להקנותו.

[27] שהרי המלים "מראש או למפרע" מוסבות גם על "הסכמת האחרים".
לדברי שילה (לעיל, עמ' 104, הערה 1), עמ' 192, "עדיף שהאישור יינתן מראש, אולם קורה לעתים שפעולה נעשית ללא אישור מראש". העדפה זו הגיונית, אולם אין לה בסיס בלשון הסעיף.

[28] ראה מ' ויגודה, חוק לישראל, שליחות, עמ' 347–349.

[29] לעיל, ליד ציון הערה 2.

[30] רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ה, הלכה א.

[31] סמ"ע, סימן קעו, ס"ק לה.

[32] שולחן ערוך, אבן העזר, סימן לה, סעיף ד (לעניין מינוי שליח לקדש אישה); שו"ע, חו"מ, קעה, ל (לעניין מחילת זכות מצרנות); רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק ו, הלכה טו (לעניין נתינת מתנה); רמב"ם, הלכות מכירה, פרק טו, הלכה ג (לעניין מחילת מום במקח); חוק לישראל, שליחות, עמ' 145–148, 150–151 (לעניין מינוי שליח).

במצבים מסוימים, אף שתיקת אדם למול פעולה של אדם אחר מתפרשת כהסכמה לאותה פעולה[33]. אולם רק שתיקה שמעידה באופן ברור על הסכמתו של השותק, תחשב להסכמה. לדוגמה, לעניין שותף ששמע ששותפו ביצע עסקה בשם השותפות, ולא מחה, קבע הסמ"ע שאין לפרש את שתיקתו כהסכמה, משום שייתכן ש"שתק מאחר שכבר עשהו, ולא היה בידו לשנות"[34]. מכאן אפשר ללמוד שאם שתקו האפוטרופסים האחרים כששמעו על רצונו של אחד מהם לעשות פעולה מסוימת, דינה כאילו הסכימו במפורש, אלא אם כן הנסיבות מעלות אפשרות להסביר את שתיקתם בדרך אחרת[35].

ה. חזקת הסכמה

הסעיף אינו קובע חזקת הסכמה בעניין זה, ומכאן שלפי החוק, לכל סוג של פעולה שעושה אפוטרופוס אחד (או אחדים), נדרשת הסכמה של שאר האפוטרופסים.

[33] רא"ש, בבא מציעא, פרק ה, סימן לב (הובא בחוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 164 – לעניין מחילה); שו"ת זרע אברהם (יצחקי), חו"מ, סימן יח (דעת המחבר ר' אברהם יצחקי, דף קלו ע"ג, ד"ה הא ליתא, ודעת ר' יוסף קונקי, בסוף התשובה, דף קלז ע"א – לעניין מחילה); חוק לישראל, שליחות, עמ' 148–149 (לעניין מינוי שליח).
על היקפו של העיקרון של "שתיקה כהודאה" (הודאה שמה שאמר אדם אחר הוא אמת) או "כהסכמה" (הסכמה לפעולה שעשה אדם אחר), ראה: כנסת הגדולה, חו"מ, מהדורא בתרא, סימן קלח, הגהות הטור, אותיות ב–ו; שערי תורה (לעוו), חלק א, כלל ג; שו"ת דגל מחנה אפרים (לניאדו), חו"מ, סימן ו, עמ' קצד–קצח (במהד' מכון הכתב, ירושלים תשמ"ד); שדי חמד, כללים, מערכת ש, כלל לו וכלל מ (כרך ה, עמ' 312–314). וראה לעיל, סעיף 37, עמ' 69, על שתיקה כהסכמה לעניין הסכמה לשמש כאפוטרופוס.

[34] סמ"ע, סימן קעו, ס"ק לד (הובא בשו"ת פרח מטה אהרן, חלק א, סימן פה, בתחילתו). דוגמאות נוספות לשתיקה שאינה מתפרשת כהסכמה: רמ"א, אהע"ז, סימן צ, סעיף י (לעניין נתינת מתנה); שולחן ערוך, חו"מ, סימן תיח, סעיף יח (לעיין חיוב נזק); חוק לישראל, שומרים, עמ' 17 (לעניין הסכמת נפקד לשמור); חוק לישראל, שליחות, עמ' 149 (לעניין מינוי שליח).

[35] שו"ת שער אפרים, סימן קלג (פה ע"ג–ע"ד במהד' למברג), ד"ה ונלע"ד עוד וד"ה והנה בנ"ד, כותב שאם אפוטרופוס אחד ידע על הפעולה שאפוטרופוס אחר עושה, ושתק, יש להסיק מכך שהוא מסכים לפעולה. הוא מסתמך על ההלכה (שולחן ערוך, חו"מ, סימן עז, סעיף ט, סימן קכב, סעיף ט, וסימן קעו, סעיף כה; ובהרחבה, חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 209–210), ששותף שייצג ביוזמתו את השותפות בתביעה נגדה, והשותפים האחרים היו מודעים לקיומו של הדיון, והיה בכוחם להשתתף בו ובחרו שלא להגיע אליו, יש להניח שהסכימו לכך ששותפם ייצג אותם. אבל אחר כך (בד"ה ואף אם נאמר) הוא מעלה אפשרות שדין אפוטרופסים שונה מדין שותפים (ואינו מנמק את ההבחנה), וכן שהדברים אמורים רק בהתדיינות בבית דין, ולא בפשרה שעושה אחד מהם עם צד שלישי.
הוא מעיר, שלפי סמ"ג, עשין, עשה פב, בסופו, בדין השותפים, פסק הדין תקף רק אם השותף שלא התייצב לדיון לא היה מסוגל להגיע, אולם אם היה בכוחו להגיע לדיון, אין אנו אומרים שהשותף שהתייצב לדיון פעל בשם שותפו; ולפי זה, בכל מצב שיש בכוחם של האפוטרופסים לעשות את הפעולה ביחד ממש, לא תועיל פעולה של אחד מהם, ורק אם אחד מהם (או יותר) אינו יכול להיות שותף לפעולה מסיבה כלשהי, פעולה של האחר (או האחרים) תיחשב כאילו נעשתה בשליחותו. אלא שהשולחן ערוך, שם, לא פסק כסמ"ג. עוד יש להעיר, שלפי נימוקו של הב"ח, חו"מ, סימן קכב, סעיף יז, לשיטת הסמ"ג, דבריו מוגבלים לשותפים התובעים מישהו לדין, ואין ללמוד מכך לפעולה אחרת ששותף עושה.
עוד הוא מעיר, שאם אחד האפוטרופסים אישה והיא לא השתתפה בפעולה הנידונה, שתיקתה אינה יכולה להעיד על הסכמה כיוון שאין אישה בקיאה במשא ומתן, וזאת על פי חידושי הריטב"א, כתובות צד ע"א, ד"ה אמר רב הונא, האומר לעניין אישה שותפה, שאי־הגעתה לבית הדין אינה מעידה על הסכמתה למעשה השותף.

נראה שלפי המשפט העברי, פעולה שגרתית, שמקובל שאפוטרופסים עושים אותה, אינה דורשת הסכמה מפורשת או משתמעת של שאר האפוטרופסים, משום שחזקה שהם מסכימים. כך אפשר ללמוד בדרך ההיקש מן ההלכה המתירה לשותף לעשות פעולות שגרתיות שמקובל לעשות עבור השותפות[36].

כך אפשר ללמוד גם מדברי רב נחשון גאון שהובאו לעיל[37]: "מי שמינה שני אפוטרופסים, אין אחד מהם יכול לחדש דבר בממונו של אותו האיש בלא חברו", מכאן שטיפול שוטף בנכסים, שאין בו "חידוש דבר", יכול שייעשה על ידי אפוטרופוס יחיד בלי הסכמת חבריו.

פרק חמישי

"פעולה... טעונה... אישור בית המשפט" – ס"ק (2)

א. מבוא

הסעיף קובע, שאף בהיעדר הסכמת כל האפוטרופסים, כל אחד מהם רשאי לפעול על דעת עצמו, אם יקבל על כך את "אישור בית המשפט, מראש או למפרע". נבקש לבחון האם גם לפי המשפט העברי מוסמך בית הדין לאשר פעולה בלא הסכמת שאר האפוטרופסים או בלא התייעצות עמהם, מראש ואף למפרע.

כמו כן, נבקש לברר האם בית הדין רשאי לתת לאפוטרופוס היתר כללי לסוג מסוים של פעולות, או שמא הוא נדרש לבחון כל מקרה לגופו.

ב. אישור לכתחילה ואישור למפרע

כאמור לעיל[38], לפי המשפט העברי, בית הדין מוסמך להורות לאפוטרופסים כיצד לפעול, אף אם הוראה זו מנוגדת לעמדת האפוטרופסים, וזאת מכוח תפקידו כ"אביהם של יתומים". מסמכותו של בית הדין לאשר פעולה בניגוד לעמדת רוב האפוטרופסים, ניתן ללמוד בקל וחומר שבית הדין מוסמך לאשר לאפוטרופוס לפעול על דעת עצמו, לפני שחבריו הביעו עמדה בעניין.

אבל לעניין אישור למפרע, כבר הערנו בדיוננו על סעיף 44[39] שלא מצאנו במקורות המשפט העברי שבית הדין מוסמך לאשר למפרע פעולה שעשה אפוטרופוס תוך חריגה מסמכותו[40].

[36] רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ה, הלכה א, מתיר לשותף למכור בהקפה דבר שדרכו תמיד להימכר בהקפה.
לדעת פוסקים אחדים, חזקת הסכמה של שותפים לביצוע פעולות שגרתיות קיימת רק בשותפות שנוצרה מרצון (שותפות עסקית רגילה), ולא בשותפות שנוצרה מכוחו של הדין (למשל, שותפות מכוח ירושה). למקורות לכך, ראה חוק לישראל, שליחות, עמ' 52, הערה 229. נראה שאפוטרופוס משותפת דינה כשותפות שנוצרה מרצון, כיוון שהאפוטרופסים מתמנים מרצונם.

[37] שהובא לעיל, עמ' 104, ליד ציון הערה 2.

[38] לעיל, ליד ציון הערה 15.

[39] עמ' 99.

[40] ואכן, בתקנה קצד לתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בישראל, התשנ"ג-1993, העוסקת באישור של בית

ג. אישור ספציפי ואישור כללי

אשר לאישור כללי, כבר הבאנו, בדיוננו בסעיף 44[41] את דברי הריטב"א[42] שבית הדין אינו מוסמך לתת אישור כללי, שהאפוטרופוס יעשה מה שירצה, אלא עליו לתת אישור "בכל שעה" הצריכה לכך. אפשר ללמוד מכך בקל וחומר, שאינו יכול לתת אישור כללי לכל הפעולות של אפוטרופוס אחד במקום שיש אפוטרופסים נוספים.

פרק שישי

פעולת אפוטרופוס יחיד "בענין שאינו סובל דיחוי" – ס"ק (3)

סעיף קטן (3) קובע, שאם נדרשת עשיית פעולה "בעניין שאינו סובל דיחוי, רשאי כל אחד מהאפוטרופסים לפעול על דעת עצמו".

לדעת ש' שילה[43], יש לפרש את המילה "רשאי" כך שלא רק "שיש... רשות לעשות כך, אלא אף חובה עליו לפעול כך", משום שמי שיימנע מביצוע פעולה שאיננה סובלת דיחוי, "יש לראותו כמועל בתפקידו, והוא יהיה אחראי לנזקים שייגרמו... פירוש דווקני למונח 'רשאי'... איננו מתקבל על הדעת".

לא מצאנו במקורות המשפט העברי הוראה כזאת לעניין אפוטרופוס, אבל מצאנו ששותף רשאי לפעול על דעת עצמו בדבר שאינו סובל דיחוי. וכך כותב ערוך השולחן[44]: "אף על פי שנתבאר דאין שותף יכול לעשות דבר בלתי ידיעת חבירו, כגון לקבל עוד שותף להעסק, מכל מקום, אם הם במקומות נפרדים, והשותף שבמקום אחד רואה לפי מצב העסק שהוא מוכרח לקבל עוד שותף להעסק, יכול לעשות כפי הנראה לו לטובת העסק... וכן בכל מה שרואה שהוא לטובת העסק, יכול לעשות, אף אם אינו לפי הפרטים שהתנו ביניהם. ואומדנא גדולה היא, שאלמלי היה שותפו בכאן היה מסכים לזה, אם לפי ראות עיני הבקיאים הוה טובת העסק".

היינו, אם אין העניין סובל דיחוי, ולפי הערכה אובייקטיבית ("עיני הבקיאים") הפעולה היא לטובת השותפות, מותר לכל שותף לפעול על דעת עצמו, וזאת משום שיש הסכמה מכללא של השותפים האחרים לביצוע הפעולה.

אפשר להקיש מדיני שותפות לדיני אפוטרופסות, ולקבוע שבעניין שאינו סובל דיחוי, אם אי אפשר לקבל את הסכמת האחרים לפעולה בגלל הדחיפות שבעניין, רשאי כל אפוטרופוס לפעול על דעת עצמו, שכן יש להניח שעל דעת כן מינה אותם בית הדין.

הדין למעשה של אפוטרופוס, לא נקבע הליך לבקשת אישור לפעולה למפרע: "אפוטרופוס שברצונו לעשות מעשה אשר לפי הדין עליו לקבל רשות מבית־הדין לעשותו, יגיש לבית הדין בקשה בכתב לכך ויציין בה את פרטי המעשה והנימוקים המחייבים את עשייתו".

[41] עמ' 97.

[42] חידושי הריטב"א (רבנו קרשקש), גיטין נב ע"א (עמ' נב במהד' מוסד הרב קוק).

[43] שילה (לעיל, עמ' 104, הערה 1), עמ' 193.

[44] ערוך השולחן, חו"מ, סימן קעו, סעיף עד. על פי עיקרון זה, מסביר ערוך השולחן את הלכת השולחן ערוך, חו"מ, סימן קעו, סעיף ל, שעולה ממנה שיש תוקף לצירופו של שותף חדש, אף שצורף על ידי אחד השותפים שלא על דעת חבריו.

פרק שביעי

אחריות האפוטרופסים – "יחד ולחוד" – ס"ק (4)

א. מבוא

ס"ק (4) עניינו אחריות המוטלת על אפוטרופסים משותפים בגין פעולה שעשו שגרמה נזק לחסוי, והוא קובע שאחריות זו מוטלת עליהם "יחד ולחוד". משמעותה של אחריות זו היא שאפשר לתבוע את מלוא הנזק מכל האפוטרופסים במשותף, או לתבוע את מלוא הנזק מכל אחד מהם בנפרד[45]. חלוקת האחריות בין המזיקים היא חלוקה פנימית ביניהם, שאין לה נפקות כלפי הניזוק, והיא משפיעה רק על חלוקת הפיצויים בינם לבין עצמם[46].

אחריות "יחד ולחוד" אינה ייחודית לאפוטרופסים משותפים. היא מוטלת גם על שותפים[47], על נאמנים משותפים[48], על ערֵבים משותפים[49], ובהוראה הרחבה שבסעיף 54 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973, הקובעת ש"שנים שחייבים חיוב אחד, חזקה שהם חייבים יחד ולחוד"[50].

כאן המקום להדגיש שהחוק אינו קושר בין אחריות האפוטרופוס לבין הסכמתו לביצוע הפעולה שגרמה נזק או הפסד, ומכך אפשר להסיק שהאחריות מוטלת על האפוטרופסים גם אם הפעולה נעשתה שלא בידיעתם ואף חרף התנגדותם[51]. זאת, בניגוד להוראות דומות המצויות בחוקים אחרים, הקושרות את האחריות המוטלת על מי שמנהל את נכסיו של אחר בצוותא עם אחרים, להסכמתו לביצוע הפעולה[52].

ייתכן שהשמטת הסייג האמור מלמדת על כוונת המחוקק להחמיר באחריות המוטלת על אפוטרופסים, יותר מן האחריות המוטלת על נאמנים או מנהלי עיזבון, ולדרוש מהם לפקח על חבריהם[53]. אבל זאת רק לעניין האחריות כלפי החסוי, אבל ביחסים בין האפוטרופסים לבין

[45] ראה: י' אנגלרד, א' ברק, מ' חשין, דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית (ג' טדסקי – עורך), תשל"ז, 486–487.

[46] ראה למשל: ד"נ 21/61 קמר נ' שריקי, פ"ד טז 2604 (10.12.62); ע"א 345/03 רייכרט נ' יורשי המנוח משה שמש ז"ל, פ"ד סב(2) 437 (07.06.07).

[47] סעיף 20 לפקודת השותפויות [נוסח חדש], התשל"ה־1975.

[48] סעיף 9(א)(3) לחוק הנאמנות, התשל"ט־1979.

[49] סעיף 13 לחוק הערבות, התשכ"ז־1967.

[50] ובהתאם להוראת סעיף 61(ב) לחוק החוזים, הוראה זו תחול "ככל שהדבר מתאים לעניין בשינויים המחויבים, גם על... חיובים שאינם נובעים מחוזה".

[51] אבל נראה שבית המשפט יהיה רשאי לפטור אפוטרופוס מן האחריות לתוצאותיה של פעולה שלא ידע עליה או שהתנגד לה, בדומה להוראה שבסעיף 57 להלן, המסמיכה אותו לפטור אפוטרופוס מאחריות לנזק "שגרם לאדם שהוא אפוטרופסו או לרכושו... אם פעל בתום לב ונתכוון לטובת אותו אדם".

[52] כגון: סעיף 9(3) לחוק הנאמנות, התשל"ט־1979; סעיף 93(4) לחוק הירושה, התשכ"ה־1965 (על מנהלי עיזבון).

[53] לא מצאנו בפסיקה דיון בשאלה זו. בנוגע להוראה שבסעיף 93(4) לחוק הירושה, העיר פרופ' שילה (לעיל עמ' 104, הערה 1), עמ' 195, שבהצעות חוק הירושה מן השנים תשי"ב ותשי"ח, הופטר מנהל עיזבון מאחריות לפעולות שהוא "לא ידע ולא יכול היה לדעת עליהן", אך בנוסח הסופי של החוק הושמטו המילים "ולא יכול היה לדעת עליהן". לדבריו, המחוקק סבר ככל הנראה "לאחר התלבטויות, שאין לחייב מנהל לשאת בתוצאות מעשה שעשה אחר, אלא אם... היה ער למה שעומד להתרחש, ושתק", וזאת בניגוד לפסיקה המקובלת בארצות הברית, שלפיה "עצימת עיניים של מנהל אחד כלפי מעשיו של האחר, דינה

עצמם, נראה שאם אפוטרופוס אחד פעל בלי הסכמת חבריו, והחסוי גבה מן האחרים, הוא יצטרך לשפות אותם על כך.

להלן נבקש לברר האם מטיל המשפט העברי אחריות מלאה ("יחד ולחוד") על אפוטרופסים משותפים, באלו נסיבות ובאלו תנאים. אין במקורות המשפט העברי דיון ישיר בשאלה זו, ועל כן ננסה לבחון אחריות זו על דרך ההיקש מן האחריות המוטלת במשפט העברי על חייבים משותפים אחרים.

בהקשר זה נבחן שלושה מצבים, שכאמור אין המחוקק מבחין ביניהם: אחריות לפעולה שנעשתה בהסכמת כל האפוטרופסים; אחריות לפעולה שעשה אחד מן האפוטרופסים שלא על דעת חבריו, אך חבריו ידעו עליה או שהיה עליהם לדעת עליה; אחריות לפעולה שעשה אחד מן האפוטרופסים, שחבריו לא ידעו עליה ולא היה עליהם לדעת עליה, או שהיא נעשתה חרף התנגדותם.

כמו כן, נבקש לברר האם האפוטרופסים ערֵבים זה בעד חובותיו של זה; כלומר, אם נגיע למסקנה שחובת פיצוי מוטלת רק על אחד האפוטרופסים, אבל אין באפשרותו לשלם, האם ניתן לגבות את התשלום משאר האפוטרופסים.

ב. פעולה שנעשתה בהסכמת כל האפוטרופסים

כאמור לעיל, ננסה לברר את גדרי אחריותם של אפוטרופסים משותפים על דרך ההיקש מן האחריות המוטלת על חייבים משותפים אחרים.

לדעת רוב הפוסקים, יש הבדל בין חבותם של ערבים משותפים, שהיא מלאה ("יחד ולחוד")[54], ומאפשרת לנושה לגבות את כל החוב מאחד מהם (ואחר כך יחזור הערב שפרע ויגבה מהערב האחר את חלקו), לבין חבותם של לווים משותפים, שהיא חלקית ("יחד"), ואינה מאפשרת לנושה לגבות את כל החוב מאחד מהם, אלא בתורת ערבות, אם אחד מן הלווים אינו מסוגל לפרוע את חלקו בחוב (וכשיהיה לו במה לפרוע, הלווה שפרע יוכל לגבות ממנו את חלקו)[55].

מהרי"ק[56] הסביר את ההבחנה בדרך זו: בערבים משותפים, החבות העיקרית אינה של הערֵבים, אלא של החייב העיקרי. משום כך, הנושה פונה אל הערֵבים רק לאחר שהתברר לו

כידיעה" על אף שהוא עצמו לא היה מודע לנעשה. ייתכן אפוא שבחוק הכשרות ביקש המחוקק להחמיר עם האפוטרופוס (בדומה למקובל בארצות הברית), ולקבוע ככלל שעליו לדעת על כל פעולה המתבצעת בשם האפוטרופסות, ואם הוא מתנגד לביצוע הפעולה, עליו לפעול באופן אקטיבי לסיכולה. בשל כך נקבע, שהאפוטרופוס יישא באחריות לתוצאותיה של פעולה, אף אם לא ידע על הכוונה לבצעה, או אפילו אם התנגד לביצוע הפעולה אך לא נקט באמצעים הדרושים כדי לסכלה.

[54] רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק כה, הלכה י; חידושי הרשב"א, בבא מציעא לד ע"ב. על שיטה זו, ראה ב' כהנא, חוק לישראל, ערבות, עמ' 345–350.
אבל יש הסבורים שגם על ערֵבים מוטלת אחריות חלקית בלבד: השגות הראב"ד, על הרמב"ם שם; חידושי הרמב"ן, בבא מציעא לד ע"ב. שולחן ערוך, חו"מ, סימן קלב, סעיף ג, מביא את שתי הדעות בלי להכריע. על שיטה זו, ראה חוק לישראל, שם, עמ' 350–351.

[55] חידושי הרשב"א, שם; שולחן ערוך, חו"מ, סימן עז, סעיף א. ואולם, יש הסבורים שגם בלווים משותפים, כל אחד מן החייבים נושא באחריות מלאה לפירעון כל החוב. על שיטה זו, ראה חוק לישראל, ערבות, עמ' 347–348.

[56] שו"ת מהרי"ק, שורש קפב בדפוס למברג (שורש קעט בדפוס ורשה תרמ"ד). וראה דיון בדבריו: נ' רקובר, המסחר במשפט העברי, עמ' 49; חוק לישראל, ערבות, עמ' 347.

שהחייב אינו יכול לפרוע. בנסיבות אלה, שני הערבים חבים בדרגה אחת על החיוב כולו, שהרי שניהם עֵרבים בעד החוב כולו. לעומת זאת, בשני לווים, כל אחד מן החייבים הוא חייב עיקרי בעד חלקו ביצירת החוב, וערב בעד חברו על חלק חברו בחוב. משום כך, אין זה מן הראוי שיגבה הנושה את הכל מאחד מהם, כיוון שעדיף לגבות חוב מן החייב עצמו, ולא מן ה"ערב" בעדו[57].

לפי הסבר זה, נראה שעל אפוטרופסים משותפים אמורה לחול אחריות חלקית ("יחד") בלבד, משום שכל אחד מהם הוא חייב עיקרי, בצד היותו ערב בעד חובו של חברו. כך עולה גם מפסיקת הרמ"א, שתובא להלן[58]. נדגיש שאחריות חלקית זו אמורה רק אם לאפוטרופוס האחר יש במה לפרוע, אבל אם אין לו במה לפרוע, האפוטרופוס הראשון חייב בכל.

ג. אחד מן האפוטרופסים שהזיק

כעת נדון באחריותם של האפוטרופסים לנזק או הפסד שנגרם כתוצאה מפעולה שעשה אחד מהם, בידיעת חבריו, או שלא בידיעתם. נראה שיש ללמוד מן הסוגיה התלמודית העוסקת באחריות על נזק שנגרם למחרישה במהלך עבודת חרישה שעסקו בה שני פועלים, כאשר אחד מהם מנהיג את הבהמה שאליה מחוברת המחרישה וחברו מחזיק ביתד המחרשה ומעמיק את אחיזתה בקרקע[59]. בתלמוד נקבע, שהאחריות על שבירת יתד המחרישה מוטלת על שני הפועלים יחד, ונחלקו הדעות בטעמה של פסיקה זו.

[57] חידושי הרשב"א, בבא מציעא לד ע"ב, ד"ה ובתוספתא, מציע הסבר נוסף להבחנה בין עֵרבים משותפים ללווים משותפים. לדבריו, ההבחנה נובעת מעילת החבות. בלווים משותפים, עילת החבות היא קבלת הנאה מנכסי הנושה, ומאחר שכל החייבים השתמשו בנכסים אלו, מן הדין שהחבות תתחלק ביניהם. לעומת זאת, בעֵרבים משותפים, החבות של כל אחד מן העֵרבים אינה נובעת מכך שהם קיבלו דבר מה לידם, לשימושם האישי, אלא משעבוד לשם הבטחת זכויותיו של הנושה. לכן ראוי שהחבות המוטלת על כל אחד מהם תהיה מלאה. בעקבות הסבר זה, הוא מציע שתי אפשרויות בדין של שני שומרים: אפשרות אחת היא, "שאף על פי שאין משתמשין בה, כיון שהפקיד לשנים, הרי זה כמפקיד לזה מחצה ולזה מחצה", ולכן החבות תתחלק בין שניהם, כל אחד לחוד; ואפשרות שנייה היא, "דילמא במפקיד אצל שנים נמי, כיון דאין משתמשין בה כלל לעצמן, כל אחד מהם חייב בכל", כלומר, אחריותו של כל אחד היא מלאה.
לכאורה דינם של אפוטרופסים משותפים תלוי בשאלה זו, שכן אפוטרופסים דומים לשומרים בכך שאין להם הנאה מן הנכס שהם מופקדים עליו, אבל מראש הוא הפקיד להם כשניים, ולכן אינם דומים לערבים, שכל אחד ערב על הכל. לפי האפשרות הראשונה, שכל אחד מן השומרים מתחייב רק במחצית, הוא הדין באפוטרופוס, ולפי האפשרות השנייה, שכל אחד מן השומרים חייב בכל, הוא הדין בכל אחד מן האפוטרופסים משותפים, שיש להטיל אחריות מלאה על כל אחד מהם, משום שהם לא קיבלו את נכסי החסוי לשימושם האישי. ואולם נראה שהלכה כרשב"א שם, בד"ה שותפין, שם לא התלבט אלא כתב באופן פשוט שכל אחד חייב במחצית, וזו גם דעת נימוקי יוסף, בבא מציעא יט ע"א (בדפי הרי"ף, בתחילת העמוד). כמו כן, בחוק לישראל, שומרים, עמ' 323 ועמ' 1070–1071, מבואר שלרוב הפוסקים, כל שומר חייב רק במחצית, ויש אומרים שגם אם אחד מהם אינו יכול לשלם, אי אפשר לגבות מהשומר האחר במקומו. ולכן על אפוטרופסים משותפים תחול אחריות חלקית ("יחד") בלבד, משום שכל אחד מהם הוא חייב עיקרי, בצד היותו ערב בעד חובו של חברו. כך גם דעת ר' חיים וינקלר, שלפי הרשב"א, כל אחד חייב רק בחלקו, כדעתו לגבי שומרים.

[58] להלן, ליד ציון הערה 72.

[59] בבא מציעא פ ע"א. על סוגיה זו, ראה א' שינפלד, חוק לישראל, נזיקין, עמ' 57; חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 221–222.

לדעת רש"י[60], האחריות לנזק מוטלת על שני הפועלים כיוון ש"היה להם להיזהר מאד, ובדבר מועט שעיוות אף המנהיג הוא נשבר, והוי [=והוא] דבר המוטל בספק". מהסבר זה עולה, שהאחריות המוטלת על כל אחד מן הפועלים לנזק אינה בגלל אחריותו לפעולותיו של האחר, אף אם היה שותף לו בביצוע תפקיד מסוים, אלא משום שלא ברור מי מהם גרם לנזק[61]. נראה שלפי פירוש רש"י, אי אפשר ללמוד מכאן לשאלתנו, שהרי כאן ברור איזה אפוטרופוס גרם לנזק.

לעומת זאת, בעלי התוספות[62] סבורים שאחריותם של שני הפועלים לנזק שנגרם למחרישה היא משום ש"היה לכל אחד ליתן לב על חברו כמו על עצמו, ולהזהירו, ואחרי [=ומאחר] שלא הזהירו – גם הוא פשע". לאמור, כאשר שני פועלים עושים פעולה אחת ביחד, הם נדרשים לפקח זה על זה. חובה זו מטילה עליהם אחריות הדדית לכל נזק שנגרם בשל פעולה שביצע אחד מהם[63].

כפי שהוזכר לעיל[64], מינוי של אפוטרופסים משותפים נועד בין השאר לאפשר פיקוח הדדי יעיל של האפוטרופסים. אם כן, לפי פירושם של בעלי התוספות, אפשר ללמוד מדין הפועלים, שכל אפוטרופוס נדרש לפקח על פעולות חבריו, ולכן ראוי להטיל עליו אחריות גם לפעולות שעשה אפוטרופוס אחר גם אם לא נעשו על דעתו, ובלבד שידע עליהן ויכול היה להתריע מפני תוצאותיהן הצפויות.

צריך להדגיש שאחריות זו היא רק אחריות "לחוד", היינו שאם האפוטרופוס שגרם את הנזק אינו יכול לשלם, הניזוק יכול לגבות מן האחרים. אבל אין עליהם אחריות "יחד", שהרי גם אם פעלו יחד אין עליהם אחריות כזאת, כאמור לעיל.

אשר לפעולות שלא ידע עליהן, אך היה עליו לדעת עליהן, אין הדין מפורש גם לגבי פועלים. הדעת נותנת שהדבר תלוי בנסיבות: אם הנוהג הוא למסור את כל הטיפול בנושא מסוים בידי אפוטרופוס אחד, אין אחריות על האחרים. אך בדבר שמוטל על כל האפוטרופסים להמשיך להשגיח עליו, יש עליהם אחריות אם לא עשו כן[65]. כלומר, על כל אפוטרופוס מוטלת אחריות ככל שהיה צריך לשער על פי המידע שבידו, שאפוטרופוס אחר יעשה דבר שיגרום נזק. אך אם לא היה בסיס לחשש, אף שאם היה מעורב יותר בנעשה יכול היה לדעת על כך,

[60] רש"י, בבא מציעא שם, ד"ה תרוויהו משלמים. כך פירש גם נימוקי יוסף, בבא מציעא מט ע"ב (בדפי הרי"ף). בבית יוסף, חו"מ, סימן שט, סעיף ד, הובא פירוש רש"י, ולא פירוש התוספות שבסמוך.

[61] לפי הסבר זה, הלכה זו היא חריג לכלל הידוע: "המוציא מחברו עליו הראיה". וראה לעניין זה: תוספות, בבא מציעא פ ע"א, ד"ה ואי דוכתא; הגהות הרש"ש, בבא מציעא, שם; קצות החושן, סימן שפג, ס"ק א; חוק לישראל, נזיקין, עמ' 57–58, הערה 71, ובדברי רז"נ גולדברג, בנספח שם, עמ' 353.

[62] תוספות, בבא מציעא שם, ד"ה ואי דוכתא. וראה גם: רא"ש, בבא מציעא, פרק ו, סוף סימן יג; חוק לישראל, נזיקין, עמ' 52.

[63] ויש שסברו שאחריות זו אינה מבוססת על דיני הנזיקין אלא על דיני השומרים. ראה: שו"ת מהרש"ם, חלק א, סימן עז; חוק לישראל, שומרים, עמ' 323, ועמ' 1092.
ר' יצחק אלמליח, "פשיעת אפוטרופוס בנכסי יתומים", שורת הדין, כרך יא, עמ' קיב–קיג, כותב שאם היו שני אפוטרופסים ובפועל רק אחד מהם התעסק בנכסים, והוא זה שפשע בהם, כל אחד חייב בחצי. הוא מסתמך על מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן כז, שכתב על מי שהפקיד אצל שנים ופשע אחד מהם ואבד הפיקדון, כל אחד מהם חייב בחצי.

[64] לעיל, ליד ציון הערה 4.

[65] דברי ר' חיים וינקלר.

לא מוטלת עליו אחריות. זאת בדומה לפועלים שחורשים במקום סלעים, שחלה עליהם אחריות הדדית, כיוון שהם מודעים לאפשרות של נזק אם לא ייזהרו כראוי.

ד. פעולה שנעשתה חרף התנגדות של חלק מן האפוטרופסים

מדבריהם של בעלי התוספות הנזכרים לעיל[66], הסיק הב"ח[67] שאם אחד מן הפועלים הזהיר את חברו לבל יעשה את העבודה בדרך שתגרום נזק למחרישה, אך חברו לא שעה לאזהרותיו וכתוצאה מכך נשברה המחרישה, המזהיר פטור מאחריות, משום שהוא לא הפר את חובת הפיקוח המוטלת עליו.

אולם הטור[68] לא הבחין בין פועל שהזהיר את חברו לבין פועל שלא עשה כן, ומכך הסיק הב"ח שלדעת הטור "בכל ענין שניהם משלמים"[69].

ייתכן שטעמו של הטור הוא שאין הפועל יכול לצאת ידי חובת הפיקוח באזהרה בלבד, אלא עליו לעשות כל שביכולתו כדי למנוע מחברו לנהוג בדרך הגורמת נזק, למשל, באמצעות השבתת העבודה, פנייה למעסיק, וכדומה[70].

מן הדברים אפשר להסיק, שלפי בעלי התוספות, אפוטרופוס שהזהיר את חברו שלא לעשות פעולה מסוימת, לא ישא באחריות לפעולה זו; ואילו לפי הטור, לא די באזהרה, והוא יהיה פטור מאחריות לתוצאותיה של הפעולה רק אם עשה כל אשר לאל ידו כדי לסכלה.

ה. האם האפוטרופסים ערבים זה בעד חובותיו של זה?

כאמור לעיל[71], אף שלווים משותפים נושאים באחריות כלפי הנושה "ביחד" ולא "לחוד", הרי אם בפועל אי אפשר להיפרע מאחד מהם, הנושה זכאי להיפרע מחברו את הכל, מפני שכל אחד מהם ערב בעד חלקו של חברו. האם ערבות דומה חלה אף על האפוטרופסים, כאשר האחריות מוטלת רק על אחד מהם?

בשאלה זו דן הרמ"א בתשובה[72] שעניינה שלושה אפוטרופסים שמינה האב סמוך למותו לשם ניהול עזבונו, וזמן מה לאחר המינוי נפטר אחד מן האפוטרופסים ונותרו הנכסים ביד אחד מהשניים הנותרים. לאחר זמן, הוא מסר לחברו מחצית מן הנכסים, וכל אחד מהם ניהל את הנכסים שתחת ידיו באופן עצמאי. אחד מהם "ירד מנכסיו ולא נשארו לו רק [=אלא] קרקעותיו", ואגב כך נגרמו הפסדים רבים לעיזבון. על כן דרשו קרובי היתומים מחברו "שישלם להם כל נכסי עזבונו של מת, באומרם דמאחר שקבל האפוטרופסות עם חברו, כל אחד ערב בעד הכל".

---

[66] לעיל, ליד ציון הערה 62.

[67] ב"ח, חו"מ, סימן שט, סעיף ד.

[68] טור, חו"מ, סימן שט, סעיף ד.

[69] גם רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ד, הלכה ב, ושולחן ערוך, חו"מ, סימן שט, סעיף ד, לא הבחינו בין פועל שהזהיר את חברו לבין פועל שלא הזהיר את חברו, ולכן מה שנאמר בדעת הטור, ייאמר גם בדעתם.

[70] אמנם אפשר שהוא סבר כרש"י (לעיל, ליד ציון הערה 60), שחיובם של הפועלים הוא מספק, ולפי פירוש זה, אחריות הפועלים "ביחד" אינה קשורה להפרתה של חובת הפיקוח. אבל הב"ח נוקט שהטור סבר שגם לפי תוספות, הפועל חייב גם אם הזהיר.

[71] לעיל, ליד ציון הערה 55.

[72] שו"ת הרמ"א, סימן כז (הובא בנחלת שבעה, שטרות, סימן לט).

בתשובתו, הרמ״א בוחן האם ניתן להקיש מן הערבות המוטלת על ״שנים שלוו מאחד״ על אפוטרופסים משותפים, ומסקנתו היא ש״אפוטרופסים אין להם דין שני לווים שלוו מאחד״. הסיבה לכך היא, שבשנים שלוו מאחד, ניתן להניח קיומה של ערבות הדדית, משום שהלווים הפיקו טובת הנאה משיתוף הפעולה ביניהם, שהרי בזכות שיתוף פעולה זו, ניאות המלווה להלוות להם, ובתמורה לטובת הנאה זו, ניאותו לקבל על עצמם להיות עֲרֵבים זה לזה. לעומת זאת, האפוטרופסים לא הפיקו טובת הנאה מן השיתוף ביניהם, ועל כן אין סיבה להניח שהם מקבלים על עצמם ערבות הדדית, ״דמה לו לצרה?״[73].

לכאורה, לפי תשובה זו, לא זו בלבד שאין מוטלת על האפוטרופסים אחריות מלאה (״לחוד״), אלא שהם אף אינם עֲרֵבים זה לחובו של זה. וכך הבין הש״ך[74] את דעת הרמ״א.

אולם למעשה הכריע הש״ך בניגוד לדעת הרמ״א, והוא בדעה שמוטלת על האפוטרופסים ערבות הדדית, אם אי אפשר לגבות את החוב מאחד מהם, וכן פסקו כמה אחרונים[75]. זאת ועוד, נתיבות המשפט[76] ביאר אף את תשובת הרמ״א באופן אחר, ולדעתו אין חולק בדבר, שמוטלת על האפוטרופסים ערבות הדדית אם אחד מהם אינו יכול לשלם.

[73] לפי נימוק זה, אפשר לכאורה לטעון שאם האפוטרופסים מקבלים שכר עבור מילוי תפקידם, דינם יהיה כדין שניים שלוו, משום שיש להניח שלא היו זוכים בשכר אלמלא ניאותו למלא את תפקידי האפוטרופסות במשותף, ומכוח טובת הנאה זו הם נעשים עֲרֵבים זה בעד זה.
נימוק חשוב נוסף שמעלה הרמ״א להבחנה בין שני לווים לבין שני אפוטרופסים, הוא שיש לעודד אנשים לשמש כאפוטרופסים, שמטעם זה פטור אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים מן החובה להישבע כנגד טענות של קרובי היתומים (גיטין נב ע״ב; ראה סעיף 53, עמ׳ 240). לדברי הרמ״א, אם האפוטרופוס מוּנה על ידי אבי היתומים, יש להקל באחריות המוטלת עליו ולא להטיל עליו אחריות למעשי חבריו, שמא יימנעו אנשים מלשמש כאפוטרופסים. כאמור, שיקול זה נוגע רק לאפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים, והסעיף שבפנינו, ככל הפרק השלישי של חוק הכשרות, עוסק באפוטרופוס שנתמנה על ידי בית המשפט.

[74] ש״ך, חו״מ, סימן עז, ס״ק א.

[75] שו״ת אורח לצדיק, חו״מ, סימן י, חולק על הרמ״א, בנימוק שרק חיוב שבועה עלול להרתיע אנשים מלשמש כאפוטרופוס, וחיוב תשלומין לא ירתיע, כמו שחיובו בפשיעה אינו מרתיע (ראה סעיף 57, עמ׳ 274—277). אולם ערך שי, חו״מ, רצ, כ, דוחה את דברי אורח לצדיק, שאדרבה, שבועה קלה יותר מממון בעיני בני אדם, שהרי אין אומרים מיגו לפטור משבועה ואומרים מיגו לפטור מממון, ועוד, שאם ירצה לשלם מה שחושדים בו שהוא חייב, לא יצטרך לישבע; אלא הסיבה שחיוב שבועה מרתיע הוא משום שזו שבועה מיותרת, כי הוא יודע שהוא אומר אמת, ואילו חיוב פשיעה לא ירתיע, כי הוא יכול להיזהר שלא יפשע, אבל חיוב ערבות בעד חברו מרתיע, כי אין לו שליטה על חברו. עוד נימק אורח לצדיק, שבשני אפוטרופסים אין פשיעה מצויה, ולכן חיוב הערבות לא ירתיע אותו. ערך שי דוחה נימוק זה, שהרי קדירה דבי שותפי לא קרירה ולא חמימה (בבא בתרא כד ע״ב), וכל אפוטרופוס יחשוש שחבירו ימעל בנכסים מחמת קשיי פרנסה, שהם דבר מצוי, והוא יצטרך לשלם בעדו.
לדעות השונות בעניין זה ראה: פתחי חושן, פקדון ושאלה, פרק א, סעיף טז, והערה לג; חוק לישראל, שומרים, עמ׳ 323 ועמ׳ 1074—1075; ר׳ יצחק אלמליח, ״פשיעת אפוטרופוס בנכסי יתומים״, שורת הדין, כרך יא, עמ׳ קטו.

[76] נתיבות המשפט, סימן עז, ס״ק א. ר׳ חיים וינקלר העיר שעל פי דברי נתיבות המשפט, אפשר לומר שגם הנימוק הנוסף של הרמ״א (שהובא בהערה 73), שהטלת אחריות תרתיע אנשים מלשמש כאפוטרופוס, בא לומר רק שלכן אין להטיל עליו ערבות כערב קבלן, אבל הטלת ערבות רגילה, לשלם אם חברו אינו יכול לשלם, לא תרתיע אנשים.
וראה שו״ת שמן המור, חו״מ, סימן יא, שם נידונה שאלה זו באריכות בתשובתו של ר׳ רפאל בנימין חיים, ובתשובת המחבר, ר׳ מרדכי רובייו, שם, סימן יב.
לשון הרמ״א בסיום תשובתו היא: ״לכן נראה, דמאחר שאין מחלוקתן תלויה אלא אם לגבות מאחד מהן

כמו כן, הרמ"א עצמו השווה בתשובתו שומרים ואפוטרופסים, ולגבי שומרים הוא פסק בהגהותיו על השולחן ערוך[77], שיש ערבות הדדית.

לאור זאת יש להסיק, שכל אפוטרופוס ערב על חלקו של האחר, אלא שדינו כערב רגיל, שחייב לשלם עבור האחר רק אם אי אפשר לגבות ממנו את החוב, ולא כערב קבלן שחייב לשלם עבור האחר בכל מקרה.

פרק שמיני

"התפנה מקומו של אחד מן האפוטרופסים או שחדל לפעול" – ס"ק (5)

א. מבוא

ס"ק (5) עוסק במצב שבו "התפנה מקומו[78] של אחד מן האפוטרופסים או שחדל לפעול, זמנית או לצמיתות". המחוקק קובע שתי הוראות לגבי מצב זה: ראשית, חבריו נדרשים "להודיע על כך מיד לבית המשפט", כדי שבית המשפט יבחן האם יש צורך במילוי מקומו של האפוטרופוס שהתפנה מקומו או שחדל לפעול. שנית, חבריו "חייבים ומוסמכים להמשיך בתפקידיהם כל עוד לא קבע בית המשפט אחרת". הוראה זו נועדה למנוע הקפאה של הטיפול בעניינו של החסוי בשל היעדרות אחד מן האפוטרופסים.

למעשה, ההוראה השנייה היא ההוראה העיקרית, הקובעת שהיעדרו של אפוטרופוס אינו מונע מן האחרים לפעול, וההוראה הראשונה היא הוראה משלימה, המלמדת שעל אף שהם יכולים לפעול, עליהם להודיע על כך לבית המשפט, מפני שייתכן שבית המשפט יגיע למסקנה שיש בכל זאת צורך במינוי אפוטרופוס מחליף.

אין המחוקק מבחין בין היעדרות קבועה לבין היעדרות זמנית. משמע, אף אם אחד מן האפוטרופסים נעדר לתקופה קצרה ביותר, רשאים חבריו להמשיך במילוי תפקידיהם, והם אינם רשאים לעכב את הטיפול בעניינו של החסוי.

להלן נברר האם לפי המשפט העברי היעדרות זמנית או קבועה של אחד האפוטרופסים מונעת מן האחרים לטפל בעניינו של החסוי, ויש צורך במילוי מקומו כן נברר האם לפי המשפט העברי חובה להודיע לבית הדין על היעדרו של אחד האפוטרופסים.

ב. היעדרות קבועה

עניינם של אפוטרופסים משותפים שאחד מהם נעדר באופן קבוע, נידון בתשובה של הרשב"א

או לגבות מכל אחד חלקו, שנוכל לסמוך אדברי הפוסקים שפסקו שצריכין לגבות מכל אחד חלקו". מדבריו משמע שאינו פוסק מה הדין כשאי אפשר לגבות כלל מהשני.

[77] רמ"א, חו"מ, סימן עז, סעיף א, וסימן רצט, סעיף א.

לאור הדברים שהובאו בשמו ליד ציון הערה 73, שערבות הדדית נוצרת רק בין חייבים שנהנו מן העניין, נראה שדבריו כאן אמורים בשומרי שכר, בשואלים או בשוכרים, שיש בכך הנאה, ולא בשומרי חינם, שלגביהם אין סיבה שייעשו ערֵבים זה בעד זה.

[78] לא ברור איך מתפנה המקום, ומדוע לא היה די בנוסח "חדל לפעול".

למנהיגי קהילת ולנסיה שבספרד[79]. מן השאלה עולה, שאחד מבני הקהילה מינה שני אפוטרופסים על נכסיו לפני מותו, ולאחר זמן נפטר אחד מהם, ומנהיגי הקהילה ביקשו למנות מחליף לאפוטרופוס שנפטר, אבל האפוטרופוס שנותר התנגד לכך.

הרשב״א דן תחילה בשאלה, האם מנהיגי הקהילה מוסמכים למנות אפוטרופוס מחליף לזה שנפטר, ומסקנתו היא שאין בידם סמכות זו, משום שהמינוי לא היה מינוי ציבורי, ומנהיגי הציבור אינם מוסמכים להתערב במינויים של אפוטרופסים חלופיים אם לא הם אלו שמינו את האפוטרופסים המקוריים.

בהמשך תשובתו דן הרשב״א בשאלה העקרונית, האם יש צורך במינויו של מחליף, ומאחר שמנהיגי הציבור אינם מוסמכים למנות מחליף, אין תוקף לפעולתו של האפוטרופוס הנוכחי; או שמא משנפטר אחד מהאפוטרופסים, רשאי חברו להמשיך בתפקידו גם בלי שימונה מחליף?

הרשב״א קובע ששאלה זו תוכרע על פי אומד דעתו של מי שמינה את האפוטרופסים[80], ואם אי אפשר לאמוד את דעתו, תיעשה ההכרעה על פי הנוהג המקובל במקומו של הממנה.

[79] שו״ת הרשב״א, חלק ג, סימן רצז (הובא בבית יוסף, יו״ד, סימן רנט, וברמ״א, יו״ד, סימן רנח, סעיף ה). יש להעיר שהרשב״א והמקורות שיובאו בהמשך (ט״ז, רדב״ז ור״ע דאיינה) עוסקים באפוטרופוס שמינה בעל הנכסים לפני מותו, ואילו החוק עוסק באפוטרופוס שמינה בית המשפט. אולם אין נראה שיש סיבה להבדיל ביניהם.

הרשב״א עוסק בהוראות הנפטר לאפוטרופסים לחלק מנכסיו להקדש־צדקה.

[80] יד אברהם, על ט״ז, יו״ד, סימן רנח ס״ק ה, וערוך השולחן, יורה דעה, סימן רנח, סעיף יז, מסבירים שהרשב״א סובר שאין צריך למנות אפוטרופוס מחליף, מפני שלדעתו, בשו״ת הרשב״א, חלק ה, סימן רס, הביטוי ״פלוני ופלוני״ מתפרש ככולל אחד מהם לבדו (כסברת מהר״י בן לב, לעיל, עמ׳ 105, הערה 5). אבל הסבר זה קשה, שהרי אם כן, כל אחד יכול לפעול לבדו גם אם האחר לא נעדר, והרשב״א דיבר רק במצב שאחד נעדר.

אולם קצות החושן, סימן רצ, ס״ק א, כותב שדברי הרשב״א מבוססים על המנהג, שהרי אינו דן במחלוקת ר׳ יונתן ור׳ יאשיה (לעיל, עמ׳ 105, הערה 5) בפרשנות ו׳ החיבור. כנראה, קצות החושן מבין שגם לשיטת ר׳ יאשיה, שהממנה אפוטרופסים אחדים מתכוון שיפעלו יחד, הרי הנוהג מלמד שאין כוונתו שאם ימות אחד, לא יוכלו חבריו להמשיך בתפקידיהם. לפי פירוש זה, אין ללמוד מהרשב״א דין כללי, שהרי הוא דיבר רק במקום שיש מנהג. אבל הרמ״א, יו״ד, שם, מביא את דברי הרשב״א בלי לתלותם במנהג.

ראה עוד: שו״ת משפט צדק, חלק א, סימן מב; פתחי חושן, ירושה ואישות, פרק ה, הערה ט, ד״ה וביד. שו״ת משאת משה, חו״מ, סימן כד (סו ע״ג), מסביר, שהרשב״א לא תלה דין זה במחלוקת ר׳ יונתן ור׳ יאשיה, משום שתשובתו עוסקת במי שציווה שהאפוטרופסים יכהנו ״כל ימי חייהם, ואחריהם: בָּנַי, פלוני ופלוני״, ומנוסח זה משמע (גם לדעת ר׳ יאשיה) שהוא ביקש להתיר לכל אחד מהם לפעול באופן עצמאי לאחר מות אחד מהם, שהרי לא סביר להניח ששניהם ימותו ביום אחד, ובכל זאת לא דאג למינויו של מחליף לתקופה שלאחר מותו של הראשון. לפי הסבר זה, פסיקת הרשב״א מבוססת על הלשון ולא על המנהג, והוא מסביר שהרשב״א הסתמך על מנהג המקום רק כדי לשלול טענה אפשרית שהממנה התכוון שאחרי מות אחד מן האפוטרופסים, יכהנו בניו. גם לפי דבריו, אין ללמוד הלכה כללית מדברי הרשב״א, שהרי לפי דבריו, פסיקת הרשב״א מבוססת על לשון מיוחדת שנקט הממנה.

בשו״ת שער אפרים, סימן קלג (פו ע״א), הסביר שהרשב״א היה יכול לנמק מצד שהלכה כר׳ יונתן, אבל העדיף להסתמך על המנהג כדי לשלול טענה אפשרית שהלכה כר׳ יאשיה. גם לפי הסברו, אין ללמוד הלכה כללית מהרשב״א, מפני שפסיקת הרשב״א תקפה רק במקום שיש מנהג כזה או שנקט לשון שמשמעותה שדי באחד.

ראה לעיל, עמ׳ 105, הערה 5, שמהר״י בן לב כתב שאם מינה שני אפוטרופסים, ״ראובן ושמעון״, ו׳ החיבור מתפרש כ״או״ לעניין זה שאם נפטר אחד מהם, לא יצטרכו למנות אפוטרופוס חלופי. דבריו הובאו בשו״ת פרי הארץ (מזרחי), חלק א, חו״מ, סימן יב (עב ע״ד).

אשר לנוהג המקובל בזמנו, כותב הרשב"א, שהמנהג הוא "שכל שהיחיד ממנה אפטרופוסין, או אפילו הקהל ממנין גזברים או נאמנים, אפילו ימות אחד מהם או ילך למדינת הים, אין המנוי והאפטרופוסות בטלין, אלא הנשארים מהם נוהגין מנויין ואפטרופוסות"[81].

הט"ז[82] מקשה על דברי הרשב"א, מדוע יוכל האפוטרופוס לשמש בתפקידו, "דכיון דהמצַוֶה מינה שנַיִם, אפשר שלא האמין לאחד מהם אם לא בצירוף חבירו, ולמה יהיה נאמן עכשיו לבדו? הרי בטל המינוי". לכן לדבריו יש לפרש את דברי הרשב"א רק לעניין זה, שעד שימנו אחר, רשאי האפוטרופוס היחיד להמשיך בתפקידו, אבל מי שמינה אותם (בהתאם לסמכות שבידו) חייב למנות אחר במקומו של האפוטרופוס שנפטר. הוא מסיק, שיהיה איך שיהיה, "נראה שאין להעמיד הממון תחת יד אחד מהם אם מת חבירו".

ר' עזריאל דאיינה[83] פסק במעשה שנשאל עליו, שאם אחד מן האפוטרופסים נעדר היעדרות קבועה, האחר אינו מוסמך לפעול לבדו, וזאת אף שבמקרה שהוא נשאל עליו, מי שמינה את האפוטרופסים הורה בפירוש שאם אחד מהם יצא מחוץ לעיר, יוכל חברו למלא את תפקידי

[81] יש להעיר שנוהג זה שונה מהנוהג בעניין מינוי לכהונה בגוף ציבורי, שבהיעדר אחד מן הממונים, פוקעת סמכותם של חבריו להמשיך בתפקידיהם. ראה: שו"ת הרא"ש, כלל ו, סימן יא; שו"ת דברי ריבות, סימן נא; שו"ת הרמב"ן, סימן עז (=שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קכט). וזו לשון פד"ר, כרך ז, עמ' 252: "כאשר לגוף בעל תפקיד נקבע ונבחר מניין מסוים של חברים, אין הם יכולים לפעול אלא בהרכב המלא של כל החברים [ב]זה המניין, כפי שנבחר, ואם מת או הסתלק אחד מהם... אין לנשארים כוח לעשות, ואין הגוף הזה יכול לפעול כל עוד לא שמו הקהל אחר במקומו".

[82] ט"ז, יורה דעה, סימן רנח, ס"ק ה.
בית הבחירה, כתובות פח ע"ב (ד"ה בנימוקי), כותב שאם מינה האב שני אפוטרופסים, ומת אחד מהם, היורשים או באי כוחם יכולים לטעון שהאב האמין רק לשניים. משמע מדבריו שאף באופן זמני, אין אחד יכול לפעול לבדו, שלא כט"ז. ר' חיים וינקלר מעלה אפשרות לומר שהוא דיבר במצב שיש הוכחה שהאב לא האמין לאחד בלבד; או שהוא מתכוון רק שלא האמין לשבועה של אחד מהם לבדו, אבל יש תוקף לפעולה של האחד שנשאר.
ערוך השולחן, יורה דעה, סימן רנח, סעיף יז, כותב שהדבר תלוי "לפי עניין הצוואה: אם היתה כוונתו דווקא לשנים, ממנין אחר תחתיו, ואם לאו, ישאר האחד".
שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן שלה, כותב שאם אחד מהם פוטר משום שפשע, התבטל גם מינויו של האחר, משום שהממנה סמך רק על שניהם יחד.
שערי עוזיאל, שער ח, פרק ה, אות ב (עמ' קיג במהד' תש"ד, עמ' קכז במהד' תשנ"א), כותב שאם אחד האפוטרופסים מת או נעדר, האחרים אינם יכולים לפעול. ובאות ה (עמ' קיד במהד' תש"ד, עמ' קכח במהד' תשנ"א), כתב שאם אחד האפוטרופסים חלה או נעדר זמן ארוך, בית הדין רשאי "לבטל כל האפוטרופסות ולמנות אחרים במקומם". ראה על כך בדיוננו בסעיף 61, עמ' 324.
ר' יצחק אלמליח, "פשיעת אפוטרופוס בנכסי יתומים", שורת הדין, כרך יא, עמ' קיב, כותב שגם לדעת הט"ז, אם שניהם נשארו אפוטרופסים אבל רק אחד מתעסק בעניני היתומים, לא בטל מינויים.

[83] שו"ת רבי עזריאל דאיינה, חלק ב, סימן רנד. יש להעיר שהוא עוסק באפוטרופסים על נכסי הנפטר, ואינו מזכיר יתומים.
למעשה, בנידונו הממנה מינה שלושה אפוטרופסים, והורה ש"השנים יהיו עיקריים, והשלישי יהיה סניף להם, וידע את אשר נעשה". אבל לא הזכרנו את השלישי בתיאור המעשה, כיוון שר"ע דאיינה מתעלם בתשובתו מן השלישי, אף שהיה יכול לחזק את דבריו בכך שמינויו של אפוטרופוס שלישי כמפקח על חבריו מלמד שהמצַווה לא סמך על שני האפוטרופסים העיקריים, וחשש שינצלו את תפקידם לרעה.
תשובה זו נזכרת בפחד יצחק, ערך אפוטרופוס (חלק א, דף צב ע"ד, במהד' תק"י; חלק ב, עמ' תעב–תעג, במהד' מוסד הרב קוק), בתוך תשובה של נכדו, ר' דוד דאינה. ר' דוד פוסק שם שאחד מאפוטרופסים משותפים שהסתלק, בטלה כל האפוטרופסות, בין מינה אותם בית דין בין אבי יתומים, כי האמינו להם רק כשיהיו במספר הזה, ואין לעבור על דברי המת ולא על דברי בית דין.

האפוטרופסים לבדו. הוא מפרש הוראה זו בצמצום, שהאפוטרופוס הנותר רשאי לפעול לבדו רק אם האפוטרופוס האחר נעדר באופן זמני, אבל לא אם הוא נעדר באופן קבוע. את הבחנתו הוא מנמק בכך, שברור שהממנה רצה ששני האפוטרופסים יפעלו יחד, כדי שיפקחו זה על זה, כפי שמוכח מהעובדה שמינה את שניהם. אמנם היה מוכן שאם אפוטרופוס אחד נעדר באופן זמני, יפעל האחר לבדו, אבל זאת משום שאז "האפוטרופוס האחר מרתת [=חושש] לעשות מעשה בנכסי היתומים, שלא יהיה כהוגן וכשורה, פן יאשם", ביודעו שהאחר יבדוק את מעשיו כשיחזור. לעומת זאת, אם אפוטרופוס אחד נעדר באופן קבוע, ואינו עתיד לחזור, אין לאפוטרופוס האחר ממה לחשוש, והוא עלול לפעול בדרך לא ראויה, שהרי "אין אחר אתו לברר את מומיו", ו"לא יירא ולא ייחת, והעולה על רוחו הָיָה יהיה".

כך עולה גם מתשובת הרדב"ז[84], שנשאל על מי שמינה את בתו ואת בעלה כאפוטרופסים על נכסיו. לימים מתה הבת וביקש בעלה להמשיך בתפקידו כבעבר. הרדב"ז פסק שאינו יכול לפעול לבדו, מפני שהממנה גילה את דעתו שהוא סומך רק על שני אפוטרופסים שיפעלו יחד: "דאפילו שלא היתה בתו, הוא לא רצה להאמין על בניו אחד אלא שנים. לפיכך צריך למנות אחר עמו". אבל הוא מסיים שיש לבית הדין שיקול דעת בעניין זה: "והכל לפי ראות בית דין שהוא תועלת היתומים, דבית דין אביהן של יתומים... כללא דמלתא: הכל תלוי בדעת בית דין וכפי מה שיראה להם". מדבריו עולה שכלל, אם נעדר אחד מן האפוטרופסים היעדרות קבועה, האחרים אינם יכולים לפעול לבדם, אלא אם כן ראה בית דין לנכון לאפשר להם לפעול.

יש להניח שהרדב"ז ור"ע דאיינה יסכימו עם הט"ז, שהאפוטרופסים הנותרים רשאים לפעול לבדם עד מינוי מחליף לאפוטרופוס שנעדר, אם יש צרכים דחופים של החסוי שאינם ניתנים לדיחוי. הרי ראינו לעיל[85], שכל אחד מן האפוטרופסים רשאי לעשות פעולה דחופה לבדו, גם כשהאחרים מתפקדים, וקל וחומר אם הם נעדרים היעדרות קבועה.

נראה אפוא שככלל, יש לפעול למינוי של מחליף לאפוטרופוס שחדל מלמלא את תפקידיו, אולם שאר האפוטרופסים רשאים להמשיך בתפקידם בינתיים.

ג. היעדרות זמנית

בתשובתו, הטעים הרשב"א[86] שאין להעלות על הדעת שפטירת האפוטרופוס תבטל את מינויָם של חבריו, משום שאם נאמר כן, "אם ילך לדרכו האחד קצת ימים לעסקיו, ולא היה כאן לזמן חנוכה [=המועד בו נדרשו האפוטרופסים לחלק מכספי העיזבון לעניים], המנוי בטל, וכן הגבאי או הנאמן אינו נוהג עד שוב חברו, ואין זה דעת הצבור ולא דעת היחיד המצֻוֶה!". כלומר, אין להעלות על הדעת שבשל היעדרות זמנית של אחד מן האפוטרופסים, יבוטל המינוי של חבריו, או אפילו שסמכויותיהם יושעו.

אולם אפשר ללמוד מדברי ר"ע דאיינה שהזכרנו לעיל[87], שהסמכות של אפוטרופוס יחיד לפעול לבדו אם האחר נעדר באופן זמני, מצומצמת למצב שהאחר נעדר לזמן שאינו קצוב.

[84] שו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן תתצא (תנ). בנידונו הוא פסק שיש לסלק את החתן, אבל זאת רק בגלל נסיבות המיוחדות של אותו מקרה, שהחתן לא ידע "להשתדל" כראוי בנכסים.

[85] לעיל, ליד ציון הערה 44.

[86] לעיל, ליד ציון הערה 79.

[87] לעיל, ליד ציון הערה 83.

זאת גם אם הורה הממנה במפורש, שיוכל לפעול לבדו אם האחר נעדר באופן זמני, כפי שהיה בנידונו. טעם הדבר הוא, שאם האחר נעדר לזמן שאינו קצוב, האפוטרופוס הנותר חושש מלפעול שלא כדין, שמא חברו יגיע בהפתעה ויגלה את קלונו. לעומת זאת, אם האחר נעדר לזמן קצוב, אין האפוטרופוס שנותר רשאי להמשיך במילוי תפקידיו, משום שאין מה שירתיע אותו מפעולה אסורה במשך הזמן שהוא יודע שהאחר לא יבוא בו לבדוק את מעשיו[88].

כמובן, בינתיים, עד שיחזור האפוטרופוס האחר, הוא יוכל לעשות פעולות דחופות לצורך החסוי, כפי שאמרנו לעניין היעדרות קבועה.

ד. החובה להודיע לבית המשפט

במקורות המשפט העברי לא מצאנו חובה של אפוטרופסים להודיע לבית הדין ש"התפנה מקומו של אחד מן האפוטרופסים או שחדל לפעול". אולם הדבר מובן מאליו, כיוון שכפי שראינו, חובה למנות מחליף לאפוטרופוס שנעדר, והאפוטרופסים הנותרים רשאים לפעול רק לצרכים דחופים, ולכן בהכרח הם יודיעו לבית הדין שאחד מהם נעדר, כדי שימנה מחליף.

נראה שאפשר להסיק את קיומה של חובה זו גם מכוח חובתם הכללית של האפוטרופסים כלפי החסוי. כפי שכבר הוסבר לעיל[89], מינוי של אפוטרופסים אחדים מבטיח יעילות, ניהול מושכל ושקול של נכסי החסוי, ופיקוח הדדי יעיל של האפוטרופסים. היעדרו של אחד מן האפוטרופסים פוגע בהגשמתן של תכליות אלה, וחושף את נכסי החסוי לסיכון. לכן, הדעת נותנת שמתוקף חובתם של האפוטרופסים להגן על עניינו של החסוי, הם נדרשים להודיע לבית הדין אם אחד מהם אינו ממלא עוד את תפקידיו, כדי שבית הדין יבחן האם יש צורך למנות לו מחליף.

ה. החובה להמשיך בתפקיד

החוק קובע שהאפוטרופסים הנותרים "חייבים... להמשיך בתפקידיהם", והם לא רק "מוסמכים" לעשות כן.

בכך מאמץ החוק את עמדת המשפט העברי. ר' תם בן יחייא[90] נשאל על מי שמינה שלושה אפוטרופסים לנהל את נכסיו אחרי מותו (לא היו לו ילדים). אחד מהם נפטר, והקהל לא הצליח למצוא מי שימלא את מקומו. הוא פוסק ששני האפוטרופסים האחרים חייבים להמשיך למלא את התפקיד שהטיל עליהם בעל הנכסים לפני מותו.

---

[88] כך עולה מהראיה שהוא מביא מן הסוגיה התלמודית, עבודה זרה סא ע"ב, בעניין יין הנעשה בידי יהודי מענביו של גוי בחצרו של הגוי, באופן שיש מי שממונה לוודא שהגוי לא יגע ביין, כדי שלא ייאסר כיין נסך. למסקנת הסוגיה, היין כשר רק אם הממונה "אינו בא לקיצין", כלומר שהוא מגיע בזמנים שאינם ידועים וקצובים, שאז אפשר להניח שהגוי יחשוש מלנגוע ביין, שמא ייתפס במעשה.

[89] לעיל, ליד ציון הערה 4.

[90] שו"ת אהלי תם (נדפס תחילה בתוך ספר תומת ישרים), סימן טו.

פרק תשיעי

סמכות בית המשפט להתיר סטייה מהוראות החוק – "זולת אם הורה בית המשפט אחרת"

כל ההוראות שבסעיף זה כפופות לסייג האמור בתחילתו: "זולת אם הורה בית המשפט אחרת".

המשפט העברי מעניק סמכות דומה לבית הדין בתחומים אחרים של פעולות האפוטרופוס. מקור הדברים הוא בתוספתא[91] הדנה בהיקף הסמכות של האפוטרופוס בטיפול בנכסים, והקובעת שעל אף ש"אין מוכרין [האפוטרופסים] ברחוק, ליקח בקרוב, ברע, ליקח ביפה. אין דנין לחוב ולזכות, להכניס להוציא ליתומין"[92], הם רשאים לעשות כן אם "נטלו רשות מבית דין".

הרמ"א[93] מביא את הדברים בנוסח כוללני: "אם נטלו רשות מבית דין, מותר לעשות כל מה שירצה". מכאן שבית הדין מוסמך לחרוג מהכללים הקבועים המכתיבים את סמכויותיהם של אפוטרופסים משותפים.

פרק עשירי

סיכום

אם בית המשפט ממנה אפוטרופסים אחדים, עליהם לפעול בהסכמה, ואין אחד מהם רשאי לפעול בלי לקבל את אישור חבריו.

אם נחלקו האפוטרופסים בדעתם, תוכרע המחלוקת על פי רוב דעות. אולם בית הדין מוסמך להכריע כדעת המיעוט, אם כך נראה לו נכון. אפשרות נוספת היא שהאפוטרופסים או בית הדין ימנו "מכריע" שיכריע. זאת בניגוד לחוק, לפיו אין לסמוך על הכרעת הרוב, אלא בכל מקרה יכריע בית המשפט במחלוקת.

אם עשה אחד מן האפוטרופסים או חלקם פעולה, בלי הסכמת האחרים, אין לה תוקף אף כלפי צד שלישי, אלא אם כן היתה לטובת החסוי, שאז יש לה תוקף מטעם "זכין לאדם שלא בפניו". אם האפוטרופסים האחרים הסכימו לפעולה במפורש, יש לה תוקף. הסכמה זו צריכה להינתן כלפי פעולה ספציפית; אין האפוטרופסים רשאים להעניק לאחד מהם הרשאה כללית לעשות פעולות בהתאם לשיקול דעתו הבלעדית. מועילה גם הסכמה למפרע.

די אף בהסכמה משתמעת: אם התנהגות האפוטרופסים האחרים מלמדת על הסכמתם לפעולה שעשה אחד מהם, דינה כאילו הסכימו במפורש.

אם שתקו האפוטרופסים האחרים כששמעו על רצונו של אחד מהם לעשות פעולה מסוימת, דינה כאילו הסכימו במפורש, אלא אם כן הנסיבות מעלות אפשרות להסביר את שתיקתם בדרך אחרת.

[91] תוספתא, תרומות, פרק א, הלכה יג (הלכה יא במהד' ליברמן).

[92] למשמעותן של הגבלות אלו על סמכותם של האפוטרופסים, ראה בדיון על סעיף 47.

[93] רמ"א, חו"מ, סימן רצ, סעיף יג. למקורות נוספים לכך, ראה סעיף 47, עמ' 136.

פעולה שגרתית, שמקובל שאפוטרופסים עושים אותה, אינה דורשת הסכמה מפורשת או משתמעת של שאר האפוטרופסים, משום שחזקה שהם מסכימים.

בית הדין מוסמך לאשר לאפוטרופוס לפעול על דעת עצמו, לפני שחבריו הביעו עמדה בעניין. אבל האישור צריך להיות לפעולה ספציפית; בית הדין אינו יכול לתת אישור כללי לכל הפעולות של אפוטרופוס אחד במקום שיש אפוטרופסים נוספים. נראה שאין הוא מוסמך לאשר שום פעולה של האפוטרופוס למפרע.

אם מדובר בעניין שאינו סובל דיחוי, והדחייה עלולה לגרום נזק או הפסד, ואי אפשר לקבל את הסכמת האפוטרופסים האחרים לפעולה, רשאי ואף נדרש אפוטרופוס יחיד לפעול על דעת עצמו.

לפי החוק מוטלת אחריות על האפוטרופסים "יחד" "ולחוד". לפי המשפט העברי, אם פעולה שעשו בהסכמת כולם גרמה נזק, לא מוטלת עליהם אחריות "לחוד", ורק אם אין בידי אפוטרופוס אחד כדי לשלם את חלקו, אפשר להיפרע מן האפוטרופסים האחרים.

גם אם רק אחד מהם עשה את הפעולה שגרמה נזק, האחרים נושאים באחריות כאמור, אם ידעו על מעשיו, כיוון שהיו צריכים לפקח עליו. אם לא ידעו על מעשיו, האחרים פטורים מאחריות, אם הנוהג הוא למסור את כל הטיפול בנושא מסוים בידי אפוטרופוס אחד; ואם אין נוהג כזה, הם נושאים באחריות כאמור אם היו צריכים לשער על פי המידע שבידם, שאותו אפוטרופוס יעשה דבר שיגרום נזק. אפוטרופוס שעשה כל שהיה לאל ידו כדי למנוע את הפעולה אינו נושא באחריות לפעולה.

אם "התפנה מקומו של אחד מן האפוטרופסים או שחדל לפעול", זמנית או לצמיתות, יש לפעול להחלפתו, ושאר האפוטרופסים רשאים וחייבים להמשיך בתפקידם בינתיים. עליהם להודיע לבית הדין על היעדרו של אחד מהם, כדי שבית הדין ימנה מחליף.

בית הדין רשאי להורות על חריגה מכל ההוראות האמורות, ככל שזה נדרש לטובת החסוי.

פרק אחד עשר

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

דין אפוטרופסים משותפים

46. הטיל בית המשפט תפקידי אפוטרופסות על שני אפוטרופסים או יותר במשותף, יחולו ההוראות הבאות, זולת אם הורה בית המשפט אחרת:

(1) האפוטרופסים חייבים לפעול תוך הסכמה; בענין שדעותיהם חלוקות, יפעלו לפי הכרעת הרוב או לפי הכרעתו של צד שלישי שימונה לשם כך;

(2) פעולה של אחד או של אחדים מן האפוטרופסים, שאינה פעולה שגרתית, טעונה הסכמת האחרים, בפירוש או במשתמע, מראש או למפרע, לאותה פעולה בייחוד, או אישור מראש של בית המשפט לאותה פעולה בייחוד;

(3) בעניין שאינו סובל דיחוי, רשאי ומחויב כל אחד מהאפוטרופסים לפעול על דעת עצמו;
(4) האפוטרופסים אחראים לחסוי יחד, והם ערבים זה לזה; ואינם ערבים לאחד מהם שעשה פעולה בלי ידיעתם ובלי שהיו צריכים לדעת על כך, או תוך התנגדותם המלאה;
(5) חדל אחד מן האפוטרופסים לפעול, זמנית או לצמיתות, חייבים האחרים להודיע על כך מיד לבית המשפט, והם חייבים ומוסמכים להמשיך בתפקידיהם כל עוד לא קבע בית המשפט אחרת.

סעיף 47

סמכויות האפוטרופוס ואישור בית המשפט

סמכויות האפוטרופוס ואישור בית המשפט

47. (א) האפוטרופוס מוסמך לעשות כל הדרוש למילוי תפקידיו; בפעולות המנויות להלן אין הוא מוסמך לייצג את האדם שהוא אפוטרופסו מבלי שבית המשפט אישרן מראש:

(1) העברה, שעבוד, חלוקה או חיסול של יחידה משקית בחקלאות, בתעשייה, במלאכה או במסחר, או של דירה;

(2) עסקה במקרקעין, למעט השכרה של נכס לתקופה שאינה עולה על חמש שנים שהוראות חוק הגנת הדייר [נוסח משולב], התשל"ב־1972, לא חלות עליה;

(3) המחאה או שעבוד של זכות לקבלת זכות במקרקעין;

(4) השכרה שהוראות חוק הגנת הדייר [נוסח משולב], התשל"ב־1972, חלות עליה;

(5) הסתלקות מחלק או ממנה בעיזבון, או העברה או שעבוד של חלק או מנה בעיזבון;

(5א) מתן תרומה בסכום העולה על הסכום שנקבע בהנחיות המקדימות לפי סעיף 35א (בסעיף זה – הנחיות מקדימות) או בסכום העולה במצטבר על 100,000 שקלים חדשים, לפי הנמוך, והכול ובלבד שניתנה הסמכה מפורשת בהנחיות המקדימות;

(5ב) מתן מתנה שאינה נהוגה בנסיבות העניין, ואם ניתנה הסמכה מפורשת בהנחיות מקדימות – בסכום העולה על הסכום שנקבע בהנחיות המקדימות או בסכום העולה במצטבר על 100,000 שקלים חדשים, לפי הנמוך;

(5ג) פעולה משפטית אחרת, ובכלל זה כמה פעולות הקשורות בעסקה אחת, ששווין עולה על 100,000 שקלים חדשים, אלא אם כן ניתנה הסמכה מפורשת בהנחיות מקדימות; ניתנה הסמכה מפורשת כאמור, תובא לאישור בית המשפט פעולה משפטית כאמור ששווייה עולה על 500,000 שקלים חדשים;

(5ד) משיכת כספים מקופת גמל בניגוד להוראות לפי סעיף 23 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), התשס"ה־2005, כמשמעותם בסעיף 87(א)(2) לפקודת מס הכנסה, העברתם לאחר, שעבודם או עיקולם לפי סעיף 25 לחוק האמור;

(5ה) מתן ערבות או מתן הלוואה; ואם ניתנה הסמכה מפורשת למתן הלוואה – בסכום העולה על הסכום שנקבע בהנחיות המקדימות או בסכום העולה על 100,000 שקלים חדשים, לפי הנמוך;

(ו5) התחייבות לביצוע פעולה מהפעולות המנויות בפסקאות (1) עד (5ה);

(6) פעולה אחרת שבית המשפט קבע, בצו המינוי או לאחר מכן, כטעונה אישור כאמור.

(ב) הייתה דחיפות בביצוע פעולה לשם שמירת ענייניו של אדם, רשאי האפוטרופוס, במקרים מיוחדים, לבקש מבית המשפט אישור בדיעבד.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 133
א. הכלל והסייגים 133
ב. הנימוק להגבלות 133
ג. הפעולות הדורשות את אישור בית המשפט 134

פרק שני: התבחין להגבלת הסמכויות 135

פרק שלישי: מכירת נכסי החסוי ושעבודם – ס"ק (א)(1–3) 138
א. מבוא 138
ב. "להאכיל" ולא "להניח" 138
ג. מכירת מקרקעין 140
ד. מכירת "יחידה משקית" ו"חזקות" 144
ה. חיסול יחידה משקית 145
ו. שיעבוד מקרקעין של החסוי 147

פרק רביעי: השכרת מקרקעין – ס"ק (א)(2) 147

פרק חמישי: "המחאה... של זכות לקבלת זכות במקרקעין" – ס"ק (א)(3) 148

פרק שישי: הסתלקות ומחילה – ס"ק (א)(5) 149
א. מבוא 149
ב. הסתלקות מחלק בעזבון 150
ג. מחילה על זכות של החסוי 150
ד. מחילה במסגרת הסכם פשרה 151

פרק שביעי: "מתן תרומה" – ס"ק (א)(5א) 153
א. מבוא 153
ב. צדקה לפי אומדן דעתו של החסוי 153
ג. תרומות ומעשרות 153

פרק שמיני: "מתן מתנה" – ס"ק (א)(5ב) 156
א. מבוא 156
ב. הכלל – "אין אדם נותן דבר שאינו שלו" 156
ג. מתנה בהתאם לאומד דעתו של החסוי 157
ד. מתנה שהיא טובה לחסוי 157
ה. אישור מתנת החסוי 158
פרק תשיעי: "מתן הלוואה" – ס"ק (א)(5ה) 158
א. מבוא 158
ב. הלוואת חסד 158
ג. הלוואה מסחרית 159
פרק עשירי: פעולה אחרת הכרוכה בסיכון 159
א. הובלת נכס למכירה 159
1. אם יש סיכון בהובלה 159
2. סיכון "משני צדדים" 162
ב. הוצאת כסף מתוך תקווה לרווח 163
פרק אחד עשר: אישור בדיעבד אם הייתה דחיפות – "לבקש מבית המשפט אישור בדיעבד" – ס"ק (ב) 163
פרק שנים עשר: סיכום 165
פרק שלושה עשר: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 166

פרק ראשון

מבוא

א. הכלל והסייגים

סעיף זה פותח בקביעה עקרונית ש"האפוטרופוס מוסמך לעשות כל הדרוש למילוי תפקידיו". כסייגים לכך, הסעיף מונה פעולות שאין האפוטרופוס מוסמך לעשות אותן "מבלי שבית המשפט אישרן מראש"[1]. תיקון מס' 18, משנת התשע"ו־2016, הרחיב במידה ניכרת את רשימת הפעולות הללו.

פרידמן וכהן[2] מסווגים פעולות שנדרש להן אישור בית המשפט, בשלוש קטגוריות: עסקאות בעלות חשיבות רבה (כגון העברה של יחידה משקית או עסקה במקרקעין); עסקאות שהן, לכאורה, פוגעות בעניינו של החסוי (כגון עסקת מתנה או ערבות); עסקאות שעלולות להיות כרוכות בניגוד עניינים, בין עניינו של החסוי לעניינו של האפוטרופוס. סעיף זה מתמקד בשתי הקטגוריות הראשונות, וסעיף 48 מתמקד בקטגוריה השלישית.

ב. הנימוק להגבלות

השופטת ארבל, בפרשת הולצברג[3], הסבירה שייחודן של פעולות אלה הוא, "שתוצאותיהן ארוכות טווח, ומשמעותן הכלכלית והשלכותיהן על מצבו הכלכלי של החסוי ועל רווחתו נכבדות", ובית המשפט נדרש לפקח עליהן, משום ש"אין מדובר בפעולות הנעשות כעניין שבשגרה".

מדוע ביקש המחוקק להגביל את כוחו של האפוטרופוס בפעולות מסוג זה? השופטת ארבל

[1] מלשון זו עולה שאין תוקף לאישור למפרע. יש לציין, שבסעיף 24(א) להצעת חוק דיני ממונות (הקודקס האזרחי), התשע"א־2011, הוצע לקבוע שבפעולות הטעונות אישור של בית המשפט, למעט פעולות שבין האפוטרופוס לחסוי, יינתן האישור "מראש או בדיעבד". בדברי ההסבר לסעיף זה נאמר: "הדרישה לאישור בית המשפט אך 'מראש', הקיימת בסעיפים 20 ו־47 לחוק הכשרות, הושמטה בנוסח המוצע, מאחר שאין סיבה שלא להכיר בתוקפן של פעולות משפטיות לגיטימיות, אשר בית המשפט אישרן (או יכול לאשרן) בדיעבד". הצעת חוק זו לא התקבלה עדיין, ולא זו בלבד, אלא שבתיקון מס' 18 לחוק הכשרות, משנת תשע"ו, הוסף ס"ק (ב) לסעיף 47, והוא קובע שרק אם "הייתה דחיפות בביצוע פעולה לשם שמירת ענייניו של אדם", האפוטרופוס רשאי לבקש מבית המשפט אישור בדיעבד, ואף זאת, "במקרים מיוחדים" בלבד. מסעיף זה עולה, שהמחוקק אינו רואה את האישור בדיעבד כשווה ערך לאישור מראש. לעמדת המשפט העברי בעניין זה, ראה דיוננו בסעיף 44, עמ' 99, שיש תוקף לאישור בדיעבד. לעניין אישור בדיעבד לפעולה דחופה, ראה להלן, ליד ציון הערה 136.

עוד יש להעיר שדברי ההסבר שם מתייחסים לנוסח הסעיף שלפני תיקון מס' 18, שהרי דברי ההסבר הם משנת תשע"א והתיקון הוא משנת תשע"ו.

[2] ד' פרידמן ונ' כהן, חוזים, כרך א, הוצאת אבירם, 1991, עמ' 1043 (להלן: פרידמן וכהן).

[3] ע"א 4377/04 גל גורן־הולצברג נ' אביבה מירז, פ"ד סב(2) 661 (22.07.07), פסקה 18 לפסק דינה של השופטת ארבל.

מצביעה על שני חששות: "האחד, כי יבקש להפיק טובה לו או לאחר מהכוח שניתן בידו, ולא יביא לנגד עיניו אך את טובת החסוי. השני, כי יפעיל שיקול דעת מוטעה בניהול ענייניו של החסוי, באופן שיגרום לו נזק כבד ויפגע ברווחתו".

למעשה, די באחד מטעמים אלו כדי לחייב את הדרישה לאישור בית המשפט. לפיכך, מאחר שיש חשש שהאפוטרופוס "לא יביא לנגד עיניו אך את טובת החסוי", הפעולות המשפטיות המנויות בסעיף שבפנינו דורשות את אישור בית המשפט תחילה גם אם שהצורך בהן ברור, ולא קיים לגביהן חשש שמא יופעל שיקול דעת מוטעה.

להלן נראה מהו הנימוק להגבלת הסמכויות, לפי המשפט העברי.

מלשון החוק "בפעולות המנויות להלן אין הוא מוסמך", עולה שגם בדיעבד, אם עשה את הפעולות הללו, אין להן תוקף. להלן נראה מה עמדת המשפט העברי בנקודה זו.

ג. הפעולות הדורשות את אישור בית המשפט

סעיפים קטנים (1) עד (4) עניינן עסקאות שונות במקרקעין. להלן נדון במכירת נכסי החסוי בכלל, ובמיוחד במכירת מקרקעין, במכירת יחידה משקית או חיסולה, ובעסקה שסיכויי הצלחתה גדולים מן הסיכונים הכרוכים בה. נדון גם בשאלה, האם האפוטרופוס מוסמך לשעבד את נכסי החסוי כדי לקבל הלוואות לסיפוק צרכיו.

החובה לקבל את אישור בית המשפט היא קטגורית, ואינה מתחשבת בתכליתה של העסקה, בסיכויי הצלחתה או בטיב התמורה שתתקבל. דבר זה מתיישב היטב עם תפיסת השופטת ארבל, לפיה חובה זו נובעת מן החשש מפני שיקול דעת מוטעה ומפני ניצול התפקיד לרעה. בדיון על עמדת המשפט העברי בעניינים אלו, נבקש לבחון, האם גורמים אלו, שאינם באים לידי ביטוי בחוק, משפיעים על היקף חובתו של האפוטרופוס לקבל את אישור בית הדין.

לעניין השכרת מקרקעין, מבחין החוק בין השכרה לתקופה קצרה לבין השכרה לתקופה ארוכה. כאן נבקש לבחון, האם ככלל, המשפט העברי דורש מן האפוטרופוס לקבל את אישור בית הדין להשכרת מקרקעין של היתומים, ואם כן, האם יש מקום להבחין לעניין זה בין השכרה לתקופה קצרה לבין השכרה לתקופה ארוכה.

לפי ההוראות שנוספו בתיקון מס׳ 18 לחוק, האפוטרופוס אף אינו רשאי להמחות או לשעבד זכות לקבל זכות במקרקעין, בלי לקבל את אישור בית המשפט לכך תחילה. נבקש לברר, האם הגבלה דומה קיימת גם במשפט העברי?

הוראה חדשה נוספת שוללת את כוחו של האפוטרופוס להסתלק מחלק בעיזבון בלי שקיבל את אישור בית המשפט (אף שיסודותיה של ההוראה מצויים כבר בסעיף 6(א) לחוק הירושה, התשכ"ה־1965). אף כאן נבקש לברר מה טעמה של ההוראה, והאם הגבלה דומה קיימת גם במשפט העברי.

ס"ק (5א) ו־(5ב) עוסקים במתן תרומה או מתנה מנכסי החסוי. לעניין מתנה, מבחין המחוקק בין מתנה הנהוגה בנסיבות העניין לבין מתנה שאינה נהוגה בנסיבות העניין, בין אפוטרופוס שהוסמך לתת מתנות בהנחיות מקדימות לבין אפוטרופוס שלא הוסמך לכך, ובין מתנות ששווין הכולל עולה 100,000 שקלים חדשים לבין מתנות ששוויין נמוך מכך.

לעומת זאת, לעניין תרומה, אין המחוקק מבחין בין תרומה הנהוגה בנסיבות העניין לבין תרומה שאינה נהוגה בנסיבות העניין.

נבקש לבחון תחילה, האם לפי המשפט העברי האפוטרופוס מוסמך לתת תרומות או מתנות

מנכסי החסוי? עוד נבחן באלו נסיבות יידרש האפוטרופוס לקבל תחילה את אישור בית הדין לפעולות אלו? עוד נבקש לדון בשאלה, שבה לא עסק המחוקק, האם האפוטרופוס מוסמך לאשר מתנה שהחסוי מבקש לתת, ואם כן, באלו נסיבות?

הוראה נוספת שבתיקון מס׳ 18 קובעת שהאפוטרופוס אינו רשאי לתת הלוואה מנכסי החסוי, אלא אם קיבל את אישור בית המשפט לעשות כן. החוק אף קובע, שגם אם האפוטרופוס הוסמך במפורש לתת את ההלוואה בהנחיות מקדימות שקיבל בעת שמונה לתפקיד, הוא לא יהיה רשאי לתת הלוואה ״בסכום העולה על הסכום שנקבע בהנחיות המקדימות, או בסכום העולה על 100,000 שקלים חדשים, לפי הנמוך״. כאן נבחן האם המשפט העברי מבחין בין הלוואת חסד לבין הלוואה מסחרית, הבחנה שאין החוק מכיר בה.

כאמור, תיקון מס׳ 18 הרחיב במידה ניכרת את רשימת הפעולות שאין האפוטרופוס רשאי לעשותן בלי שיקבל את אישור בית המשפט (תוך שהוא מאמץ שיטת חקיקה קזואיסטית, האופיינית דווקא למשפט העברי).

בהקשר זה נשאל, האם הגבלות דומות קיימות גם במשפט העברי? וחשוב מכך, האם נוכל לדלות מן המשפט העברי כלל עקרוני, שמכוחו נוכל להסיק באלו נסיבות נדרש האפוטרופוס לקבל את אישור בית הדין לפני שיפעל?

את דיוננו בסעיף זה נחתום בדיון בהוראה שבס״ק (ב), שאף היא הוראה שהוספה בתיקון מס׳ 18, שקובעת, שאם ״הייתה דחיפות בביצוע פעולה לשם שמירת ענייניו של אדם, רשאי האפוטרופוס, במקרים מיוחדים, לבקש מבית המשפט אישור בדיעבד״. נבקש לברר, האם לפי המשפט העברי, הצורך הדחוף בביצוע הפעולה מצדיק בקשת אישור בדיעבד, או שמא הוא עשוי להצדיק אף את ביטולה של דרישה זו מכל וכל?

פרק שני

התבחין להגבלת הסמכויות

כמו החוק, גם המשפט העברי מגביל את סמכויותיו של האפוטרופוס במגוון תחומים, כפי שנראה.

כפי שראינו, הנימוק להגבלת הסמכויות, בעיני החוק, הוא חשש שהאפוטרופוס יבקש להפיק טובה מהכוח שניתן בידו, או שיפעיל שיקול דעת מוטעה בניהול ענייניו של החסוי.

אבל לפי בית הדין הרבני, הטעם שונה: העדר תועלת לחסוי מהפעולה. וזו לשונו[4]:

[4] פד״ר, כרך ב, עמ׳ 181.
אבל שו״ת באר שבע, סימן לט, שאלה שביעית, נוקט שהטעם להגבלות על אפוטרופוס הוא חשש מלזות שפתיים, שיחשדו בו שהוא מועל בכספי היתומים, ואם הוא מקבל אישור מבית הדין, החשש אינו קיים. לדעת י׳ אונגר, ״חובות האמון במשפט העברי ובדין הישראלי״, חיבור לשם קבלת התואר ״דוקטור לפילוסופיה״, אוניברסיטת בר־אילן, רמת גן, תשע״ו, עמ׳ 298–299, המשפט העברי אינו מקבל את הנימוק של השופטת ארבל (לעיל, ליד ציון הערה 3), מפני שהמשפט העברי אינו חושד באפוטרופוס, שינצל את מעמדו על חשבון מי שנתן בו את אמונו. הוא מסתמך, בין היתר, על הסיפור בגיטין נב ע״ב, שאפוטרופוס

״המעשים שחז״ל אמרו שאין לאפוטרופוס לעשותן, פירוש הדברים הוא, מפני שמן הסתם כרגיל אינם לטובת היתומים״.

בהתאם לכך, התבחין שעל פיו קובע אלו פעולות יכול אפוטרופוס לעשות ואלו פעולות אינו יכול לעשות הוא השאלה: האם צומחת לחסוי תועלת מהפעולה? זאת בניגוד לחוק, שלפיו התבחין הוא האם יש לפעולה השלכה כבדת משקל, כפי שראינו בפרק ראשון.

עם זאת, האפוטרופוס יכול לעשות פעולה כזאת אם בית הדין נתן לכך רשות[5], כפי שהסביר בית הדין שם: ״ויתכן שבנסיבות מיוחדות מעשים אלו הן כן לטובתם של היתומים, ואז על האפוטרופסים לעשותם לזכותם. אולם... אין האפוטרופוס רשאי לסמוך על עצמו ולהוציא את המעשה מכלל הסתמא, ועליו לבקש מבית הדין שהם יחליטו על כך ויקבעו שלפי הנסיבות המקרה הוא יוצא מכלל הסתמא, והמעשה הוא לטובת היתומים, וירשו לו לעשותו״[6].

מסוים התחיל לקנות בגדים ומאכלים יקרים לעצמו, מה שעורר חשד שהוא נוטל ממון היתומים לעצמו, ורב נחמן לא התחשב בחשד הזה.

[5] תוספתא, תרומות פרק א, הלכה יג, ותוספתא, בבא בתרא פרק ח, הלכה ד, העוסקות בפעולות שאסור לאפוטרופוס לעשות, מסיימת: ״אלא אם כן נטלו רשות מבית דין״. חידושי הרשב״א, גיטין נב ע״א, ד״ה יתומים, לומד מהתוספתא, שההגבלות על סמכויות האפוטרופוס אינן חלות אם קיבל את רשות בית הדין לעשות את הפעולה, וכך פסק גם בשו״ת הרשב״א, חלק ו, סימן רמט; ובחידושיו לבבא מציעא ע ע״א, למד מכאן לסמכות בית הדין להתיר פעולה אחרת.

כך פסקו גם: ר״ן על הרי״ף, מגילה ח ע״א (בדפי הרי״ף), ד״ה לא, וגיטין כו ע״א (בדפי הרי״ף); חידושי הרמב״ן, גיטין נב ע״א, סוף ד״ה הא דתנן; מגיד משנה, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה י; חידושי הרמ״ה ושיטות קדמונים, גיטין שם, ד״ה וכתב רמ״ה (הובא בטור, חו״מ, סימן רצ, סעיף יט); חידושי הריטב״א, קידושין מב ע״א, ד״ה וקשיא; בית הבחירה, קידושין מב ע״א, עמ׳ 211; רבנו ירוחם, מישרים, נתיב כו, חלק א; ספר העיטור, אפיטרופוס, ליד אות כה, דף עח ע״ב במהד׳ רמ״י; שו״ת מהר״י בירב, סימן ח; שו״ת מהר״י בן לב, חלק א, סימן עט (עז) וסימן פ (עח) (על מכירת קרקע); רמ״א, חו״מ, סימן רצ, סעיף יג (הובא בנתיבות המשפט, רפט, ס״ק א); שו״ת המבי״ט, חלק א, סימן קכב; שו״ת מהרי״ט, חלק א, סימן קכז (ד״ה ועוד יש); שו״ת לחם רב, סימן רט (על מכירת קרקע); שו״ת הראנ״ח, חלק א, סימן קיט (על מכירת קרקע); שו״ת מהרלב״ח, סימן צה; שו״ת באר שבע, סימן לט, שאלה שביעית; שו״ת בעי חיי, חו״מ, חלק א, סימן קנה, ד״ה ומ״מ כתב (על מכירת קרקע).

מהר״י אבוהב, בתשובה שנדפסה בספר שבע עינים (ליוורנו תק״ה), דף נח ע״א, כותב שלעניין זה לא צריך בית דין של שלושה, אלא גם אחד או שניים, אם הקהל קיבל אותם עליהם כבית דין, יכולים לתת רשות, גם אם הם הדיוטות. אבל שו״ת מהר״י בן לב, חלק א, סימן פ (עח), כותב שאדם שהיה ראש וממונה מהקהל אינו כמו בית דין לעניין זה, מפני שתפקיד הממונים באותה עיר היתה לטפל בענייני המסים ולא לפקח על עסקי יתומים.

עוד כתב מהר״י אבוהב שם, דף נה ע״א–ע״ב, שגם אם לא קיבל רשות לפעולה מבית דין אלא מתלמיד חכם, הוא רשאי לעשות את הפעולה, מפני שהחכמים שבכל דור הם ״אביהן של יתומים״. והסכים עמו ר׳ דון נסים בן באן בנשת, בתשובתו שם, דף נו ע״ב.

ראה סעיף 64, עמ׳ 350, שבכלל זה, אם האב מינה שלושה אפוטרופסים, יש להם סמכות של בית דין, להתיר לעצמם פעולה שנראה להם שהיא נחוצה לטובת היתומים. וראה עוד שם, שהאב עצמו מוסמך להתיר לאפוטרופוס שהוא ממנה לעשות פעולות האסורות בדרך כלל.

דעה חולקת: ר׳ דניאל ג׳יראשי, בשו״ת בעי חיי, חו״מ, חלק א, סימן קנד (ד״ה ואפילו שיהיה), כותב שגם אם נתנו בית דין רשות למכור, אם המכירה לא היתה לתועלת ברורה, היא בטלה. ר׳ חיים בנבנשתי, שם סימן קנה (ד״ה מיהו הדברים), כותב שאמנם אם בוודאי טעה בית הדין, המכירה בטלה, אבל אם בית הדין טען שלא טעה, המכירה תקפה.

[6] נחלקו הפוסקים בשאלה, האם האישור חייב להיות לפעולה מסויימת, או שמא יכול בית הדין להעניק לאפוטרופוס אישור כללי לביצוע סוג מסוים של פעולות. לפי חידושי הר״ן, גיטין נב ע״ב (הובא בשו״ת

כמו לפי החוק, כך גם לפי המשפט העברי, אם פעל האפוטרופוס מחוץ לגדר סמכויותיו אין במעשיו כלום[7]. טעם הדבר הוא, שפעולת אפוטרופוס בנכסי היתומים תקפים מכוח "זכין לאדם שלא בפניו"[8], והפעולות שאסרו חכמים אינן לטובת היתומים, ולכן אין לומר בהם "זכין לאדם שלא בפניו"[9].

מהר"י בן לב, חלק א, סימן פ (עח)), האישור חייב להיות לפעולה מסויימת: "ומיהו משמע, דוקא כשנטלו רשות כל שעה ושעה, כפי מה שיראה בית דין. אבל אין כח בידן ליתן להם רשות לעולם; ואם נתנו, לא עשו ולא כלום". כיוצא בזה כתב חידושי הריטב"א (רבנו קרשקש), גיטין נב ע"א: "ודוקא בכל שעה, כדי שיראה בית דין באותה שעה שיש תועלת בדבר יעשו, ואם לאו, לא יעשו, אבל ליתן רשות בתחלתן שיעשו מה שירצו, בזה אין רשות לבית דין לעשות". גם ר' דון נסים בן באן בנשת, בתשובה שנדפסה בספר שבע עינים, דף נו ע"ב, כותב שגם אם נתנו לו רשות כללית למכור קרקע כשמינוהו, אין זה מועיל, כי "אין אדם דן יחידי", ורק אם בשעת המכר פנה לבית דין, ופירט את התועלת במכירה, ודנו בתועלת בזה, והתירו, מועיל. וכך כתבו בפד"ר, כרך ב, עמ' 182–183: "רשות בית דין כאמור אינו ניתן באופן כללי, אלא במיוחד למעשה המסוים... כי הואיל ומטרת מתן הרשות הוא כדי שבית הדין יראה ויקבע את התועלת שבמכר לפי הנסיבות, עליו לדון ולברר את הדבר בשעת המכר, אבל מתן רשות כללית מראש, אין לה כל ערך לצורך המטרה האמורה, ואם נתנו לא עשו ולא כלום".

לעומתם, אחרים סוברים שמספיקה רשות כללית. מהר"י אבוהב, בתשובה שנדפסה בספר שבע עינים, דף נח ע"א, כותב בתגובה לדברי ר' דון נסים בן באן בנשת: "ומה שכתבת בטענה הב', שצריך שידעו בית דין בפרט הדברים, הנה אם היה כך, בית הדין היו המוכרים ולא האפוטרופוס, שהרי אם בית דין צריכים לידע הקרקע הנמכר, ולשאת ולתת בו אם ימכר או לא, ונראה להם אחר כל זה שראוי לימכר ושלחו לאפוטרופוס למוכרו, הלוא זה פועל בית דין לא של האפוטרופוס...", ומטעם זה פסק שדי ברשות כללית של בית דין לאפוטרופוס למכור קרקעות, ואין צורך ברשות מיוחדת לכל פעולה.

כמו כן, שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן קמז, כותב נוסח למינוי אפוטרופוס, שמאפשר לו למכור קרקעות: "ועוד נתננו רשות לאפוטרופין הנזכר למכור הקרקעות הנזכרים. ואף על פי שלא יצטרכו להאכיל ליתומים אלא להניח, אם יראה בעיניהם שיש תקון ותועלת בכך ליתומים, ואף על פי שאמרו ז"ל שאין אפוטרופין רשאין למכור ברחוק ולגאול בקרוב ולמכור ברעה ולגאול ביפה, הרי אמרו שאם נטלו רשות מבית דין רשאין. ולפיכך אנו נותנין רשות מעכשו לאפטרופין הנזכרים בכח מעשה בית דין זה למכור ולהחליף ולעשות מכל הקרקעות הנזכרים של היתומים הנזכרים כל מה שיראה בעיניהם שיהא בו תקון ותועלת ליתומים... בלא רשות בית דין ואדם אחר בעולם". הרי שדי לדעתו ברשות כללית מראש. כך למד מדבריו ר' יוסף אלפנדרי, שו"ת פורת יוסף, ליקוטים, אות א, סימן ב (דף קמה ע"א).

בנידונו של מהר"י אבוהב, שם, בית הדין כתב בכתב המינוי שהוא יכול לעשות בכל הדברים כמו שירצה, ועשו על כך מעשה קניין; והוא כותב שמאחר שאלו דברים מיותרים, וגם מעשה הקניין מיותר (שהרי מינוי אפוטרופוס תקף גם בלי מעשה קניין, כפי שראינו בעמ' 17), יש לפרש שהתכוונו לתת לו רשות למכור קרקע גם באופנים שאפוטרופוס רגיל אינו מוסמך למכור.

[7] חידושי הרמב"ן, גיטין נב ע"א (הובא בשו"ת מהר"י בן לב, חלק ד, סימן כח [שהובא בשו"ת בני אהרן, סימן צד]); חידושי הר"ן, גיטין נב ע"א (הובא בשו"ת מהר"י בן לב, חלק א, סימן פ (עח), ובשו"ת לחם רב, סימן רט); חידושי הריטב"א, קידושין מב ע"א. פתחי חושן, ירושה ואישות, פרק ה, הערה נ, מדייק משו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף טו, שאפוטרופוס שמכר באופן שאסור לו למכור, מכירתו בטלה. הוא מציין שמהר"י בן לב (שם) כתב שבדיעבד המכר תקף, אבל האמת היא שמהריב"ל כתב כך רק על מכירה בזמן הזה, בעקבות מהר"י אבוהב שם, שהעלה סברה שבזמן הזה המצב שונה מבזמן התלמוד, כפי שנראה בעמ' 143.

אמירה נעימה תניינא, חלק א, מאמר נג, ענף א, כותב (בלי לציין את המקורות הנ"ל) שאפוטרופוס שעשה פעולה שאסור לו לעשות, פעולתו בטלה, מפני שהוא שליח של בית הדין, ושליח שעשה מעשה בניגוד לרצון השולח, מעשהו בטל.

[8] ראה במבוא לספר, שכך כתבו פרשנים רבים.

[9] רמב"ן ור"ן, שם.

פרק שלישי

מכירת נכסי החסוי ושעבודם – ס"ק (א)(1–3)

א. מבוא

בין הפעולות שהאפוטרופוס אינו מוסמך לעשותן בלי שיקבל תחילה את אישור בית המשפט, נמנות בס"ק (א)(1)–(4) פעולות שהמכנה המשותף להן הוא עסקה במקרקעין או בזכויות במקרקעין השייכות לחסוי.

המשפט העברי אינו אוסר לגמרי על אפוטרופוס למכור מקרקעין של החסוי, אבל הוא מגביל זאת. מצד שני, המשפט העברי מטיל הגבלות גם על סמכותו של אפוטרופוס למכור מיטלטלין של החסוי, כפי שנפרט להלן.

ב. "להאכיל" ולא "להניח"

ברייתא המובאת בתלמוד[10] עושה הבחנה לעניין מכירת נכסי היתומים: "האפוטרופין... מוכרין להן [=עבור היתומים] בהמה, עבדים ושפחות, בתים, שדות וכרמים, להאכיל אבל לא להניח. ומוכרין להן פירות, יינות, שמנים וסלתות, להאכיל אבל לא להניח". כלומר, האפוטרופוס רשאי למכור נכסים של היתומים אם יש צורך בכך לשם סיפוק צרכיהם ("להאכיל")[11], אך אין הוא רשאי למכור כדי שיהיה בידיו כסף מזומן שאין ליתומים צורך מיידי בו ("להניח"). אולם הוא רשאי לעשות כן, אם קיבל את רשות בית הדין לכך[12].

לאיסור על האפוטרופוס למכור נכסים כדי "להניח", רש"י מציע שני טעמים[13]. הטעם הראשון הוא, שיש לחשוש שמא התמורה שתתקבל מן הקונה תיגנב. נראה, שלפי טעם זה, מותר לו למכור כדי "להניח" במצב שאין לחשוש לגניבה, כגון אם התמורה המתקבלת בעד הנכס מועברת באופן מיידי לקרן חיסכון או לחשבון בבנק[14], או ממומשת בעסקת חליפין[15].

---

[10] גיטין נב ע"א.

[11] מרדכי, גיטין, סימן שצב, כותב שאלמנה שהיא אפוטרופוס על בנה, ונישאה מחדש, והכניסה ספרים מן העיזבון כנדוניה לבעלה, ובעלה התחייב לפרנס אותם, דינה כאילו מכרה אותם כדי להאכיל ולצורך פרנסת הבן, אם הכניסה לו ספרים בשווי הוצאות פרנסת הבן.

שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן רלט (הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, סימן רצ, הגהות הטור, אות סא), כותב שאף מכירת נכסי היתומים לשם סיפוק מזונות לאלמנה או לאחיותיו של היתום, היא בגדר "להאכיל".

שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שמא (הובא בפתחי חושן, ירושה ואישות, פרק ה, הערה מח), כותב שמותר לאפוטרופוס "למכור קרקע של יתומים... לצורך גדול כמו לאכול".

יש להניח, שכל צורך חיוני הוא בכלל "להאכיל", ולאו דווקא מזונות. וראה גם להלן, ליד ציון הערה 30, על מכירה לצורך חשוב.

[12] שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן קמח; פד"ר, כרך ב, עמ' 180. לעניין סמכות כללית של בית הדין לחרוג מן הכללים המובאים בברייתא, ראה במקורות שהובאו לעיל, הערה 5.

[13] רש"י, גיטין שם, ד"ה אבל לא להניח.

[14] אמנם סמ"ע, סימן רצ, ס"ק כט, סובר שהאפוטרופוס אינו רשאי למכור את המקרקעין כדי להפקיד את הכסף בידיו של נאמן שישקיעם לשם הפקת רווחים, מחשש שמא ייגנבו הכספים לפני שיגיעו לידיו של הנאמן. אולם נראה שדברי הסמ"ע נוגעים למכירה שתמורתה מתקבלת אצל האפוטרופוס וממנו מועברת לידיו של המשקיע, ולא למכירה שתמורתה מועברת באופן ישיר לקרן חיסכון או לקרן נאמנות.

[15] גרש ירחים (צונץ), גיטין נב ע"א, אות קט,

הטעם השני של רש״י הוא, שהבעלות בקרקע מקנה ליתומים מעמד חברתי גבוה (״שבח בית אביהן״)[16], כי ״נוי וכבוד הוא להם״ שהם מחזיקים במקרקעין, ומשום כך, אין האפוטרופוס רשאי לפגוע במעמדם של היתומים במכירת הקרקע, אלא אם יש להם צורך מיידי בכך[17].

לפי טעם זה, אפשר שהאפוטרופוס רשאי למכור מיטלטלין של היתומים גם כדי ״להניח״[18], שהרי אין בבעלות בנכסים אלו משום ״שבח בית אביהן״[19]. מצד שני, לפי טעם זה, אסור לו למכור קרקע של יתומים גם אם התמורה המתקבלת מועברת באופן מיידי לקרן חיסכון או לחשבון אחר בבנק.

גם כשהאפוטרופוס מוכר נכסים כדי ״להאכיל״, עליו למכור את הנכסים הפחות חשובים: ״בהמה קודם לעבדים, ועבדים קודם לבתים״[20]. אם הוא יכול להשיג את הכסף הדרוש ״להאכיל״ על ידי מכירת מיטלטלין, אסור לו למכור קרקע[21].

[16] רש״י שם, בהסבר השני.

[17] גרש ירחים (צונץ), גיטין נב ע״א, אות קט, מקשה על ההסבר הראשון של רש״י, הרי החשש מפני גניבה קיים לגבי יינות וסלתות כפי שהוא קיים לגבי כסף מזומן המוחזק בבית, ומדוע אומרת הסיפא של הברייתא, שגם יינות וסלתות אין למכור כדי ״להניח״? והוא מקשה על ההסבר השני של רש״י, הרי ״שבח בית אביהם״ שייך במכירת קרקע או כלים, אך לא במכירת פירות, ואם כן, אין בטעם זה כדי להסביר מדוע אסרו מכירה של פירות ״כדי להניח״. על כן, הוא מסיים שאילולי דברי רש״י, היה מסביר שהטעם שהאפוטרופוס אינו רשאי למכור נכס של היתומים ״כדי להניח״ הוא משום שסמכות האפוטרופוס מוגבלת לפעולות שיש ליתומים צורך מיידי בהן, ולא מעבר לכך.

[18] רמב״ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ד (ובעקבותיו שולחן ערוך, חו״מ, סימן רצ, סעיף ז), פוסק: ״כשמעמידין בית דין להן אפוטרופוס, מוסרין לו כל נכסי הקטן, הקרקע והמיטלטלין שלא נמכרו, והוא מוציא ומכניס ובונה וסותר ושובר ונוטע וזורע, ועושה כפי מה שיראה שזה טוב ליתומים״. מן הביטוי ״מיטלטלין שלא נמכרו״ משתמע שאסור לאפוטרופוס למכור מיטלטלין. מצד שני, שם בהלכה ב כתב הרמב״ם (ובעקבותיו שולחן ערוך, חו״מ, סימן רצ, סעיף ט): ״כל המיטלטלין של יתומים שמין אותן ומוכרין אותן בבית דין״. סמ״ע, סימן רצ, ס״ק טו, מסביר שלדעת הרמב״ם, אפוטרופוס רשאי למכור מיטלטלין כדי להרוויח בהם למחצית שכר, חוץ ממיטלטלין שיש בהם משום שבח בית אביהם. אבל דברים אלו אינם מתיישבים עם דברי הברייתא, שהובאה בטקסט, שבה נאמר, שגם ״פירות, יינות, שמנים וסלתות״ רשאי האפוטרופוס למכור רק כדי ״להאכיל אבל לא להניח״. אולם, הרמב״ם והשולחן ערוך לא הביאו דברים אלו מהברייתא. פרי חיים, על הרמב״ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ד, הסביר שהרמב״ם לא גרס בתלמוד את דברי הברייתא בנוגע לשמנים וסלתות, דברים שאינם מצויים גם בנוסח התוספתא תרומות, פרק א, הלכה יב, ובבא בתרא, פרק ח, הלכה ד.
שו״ת דברי ריבות, סימן קכג, כותב שעליו למכור מיטלטלין שעלולים להירקב, ולא מיטלטלין שיכולים להתקיים זמן רב.

[19] מן הביטוי ״שבח בית אביהן״, אפשר להסיק שההגבלה חלה רק על מקרקעין שירשו היתומים מאביהם. וכך פסק שו״ת מהרש״ך, חלק א, סימן קמח (הובא בכנסת הגדולה, חו״מ, סימן רצ, הגהות הטור, אות סו). שהאפוטרופוס רשאי למכור מקרקעין של היתומים שרכש לאחר מות אביהם, אף כדי ״להניח״ (והוא לא הביא את הראיה מלשון ״בית אביהן״). אבל פוסקים אחרים לא עשו הבחנה זו, וכנראה, הם סבורים שאין לדקדק בביטוי ״שבח בית אביהן״, שהרי רש״י הסביר שהבעלות במקרקעין ״נוי וכבוד הוא״ ליתומים, ונוי וכבוד קיימים גם מקרקעין שנרכשו אחרי מות אביהם.

[20] טור, חו״מ, סימן רצ, סעיף יז (הובא בשו״ת מהרש״ך, חלק ב, סימן עז). כך פסק גם רמ״א, חו״מ, סימן רצ, סעיף יא. אבל הטור והרמ״א כתבו שהכל תלוי במה שנראה לאפוטרופוס שהוא תועלת היתומים, כלומר שאם נראה לו שעדיף להם שימכור את הבתים קודם, לדוגמה, הוא רשאי. שו״ת צדקה ומשפט (חוצין), חו״מ, סימן טו, לומד מכאן באופן כללי שיש לאפוטרופוס שיקול דעת לעשות מה שנראה לו טובת היתומים, גם בניגוד לכללים שבדברי הפוסקים.

נראה שבימינו אין מקום להבחנה בין קרקע למיטלטלין, כיוון שהמעמד החברתי הנובע מרכוש ונכסים מרובים אינו תלוי דווקא בבעלות על קרקעות.

ג. מכירת מקרקעין

בהמשך הברייתא שהובאה לעיל, מוטלות הגבלות על סמכות האפוטרופוס למכור מקרקעין של היתומים, כאשר מטרתו היא לקנות בתמורה נכסים אחרים.

בברייתא נקבע[22]: "אין אפוטרופין רשאין למכור שדות וליקח עבדים". מהרש"א[23] נימק, שהמקרקעין קיימים לעולם, בעוד שעבד עלול לחלות ולמות.

[21] תשובת חכם אנונימי בשו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן עז. הוא כותב שאם בית דין אמר לו למכור קרקע אף שהיו דברים אחרים שהיה יכול למכור, הוא "בית דין טועין" והמכר בטל.
אפשר לפרש על פי זה את הברייתא המובאת בתלמוד הירושלמי, תרומות, פרק א, הלכה א, האומרת שהאפוטרופוס "מוכר מיטלטלין וזנן, אבל לא קרקעות", בניגוד לברייתא שמובאת בטקסט, שלפיה האפוטרופוס רשאי למכור מקרקעין כדי להאכיל את היתומים. אפשר לפרש שכוונת הירושלמי היא, שאם יש ליתומים מיטלטלין ומקרקעין, על האפוטרופוס להעדיף מכירה של המיטלטלין. וראה מנחת יהודה (ליפקוביץ'), תרומות, עמ' רלו, שמתרץ את הסתירה בין הברייתות בדרך אחרת.

[22] גיטין נב ע"א. וכך פסקו רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ו; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף יא. אף שבימינו אין לדבר על רכישת עבדים, דין זה עשוי ללמד על שיקול עקרוני במכירת נכסי החסוי.
בגיטין שם מסופר שר' מאיר ראה שאפוטרופוס רצה למכור שדה ולקנות עבדים, ומנע זאת ממנו. שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שג (נדפס גם בסימן תלד), מוכיח משם שמחובת בית הדין למנוע מהאפוטרופוס לנהוג כך. ראה בשמו בסעיף 44.

[23] מהרש"א, גיטין שם.
כך נימק גם שו"ת דבר אליהו (לרמן), סימן פב. הרמב"ם והשולחן ערוך שם נימקו. "שמא לא יצליח". ייתכן שהתכוונו לנימוק של מהרש"א, וייתכן שהתכוונו לחשש שהעבד לא יצליח במלאכתו, משום שאינו מוכשר ומקצועי דיו, או שמא יתרשל בעבודתו, כיוון שלעבד יש בחירה חופשית וקשה לצפות מראש את יעילות עבודתו, לעומת קרקע, שהיא יציבה ונטולת בחירה.
דבר אליהו נוטה לומר, שהאיסור למכור קרקע כדי לרכוש עבדים הוא בקרקע העומדת לזריעה, שיש בה תועלת, שכן אפשר להפיק ממנה פירות, אבל בקרקע שעומדת למדרס הרבים, שלא תוציא פירות, מותר למוכרה כדי לקנות בית שיעשה פירות על ידי השכרתו. אבל אחר כך הוא מעלה אפשרות ש"עדיף לן להשגיח על הקרן, מלהשגיח על הפירות" ולסכן את הקרן, ואם יקנו בית, אמנם יש פירות, אבל ייתכן שהבית יתקלקל, והקרן תאבד. עם זאת, מאחר שבנידונו היה מדובר על מכירת מקרקעין לשם השלמת בנייה של בית, ויש להניח שעיכוב הבנייה יגרום נזק לבית, הוא פסק שהאפוטרופוס רשאי למכור את הקרקע כדי למנוע את ההפסד.
מכירת עבדים כדי לקנות קרקע: לדעת חכמים, בברייתא, גיטין נב ע"א, האפוטרופוס רשאי למכור עבדים של היתומים כדי לרכוש בתמורתם מקרקעין, משום הסיכון במיתת העבדים, לעומת המקרקעין שקיימים לעולם. חסדי דוד (פארדו), תרומות, א, יג, מנמק את שיטת חכמים, שבעבדים יש סיכון כפול: "שמא יגנבו או שמא יברחו", ולכן הם מתירים לאפוטרופוס למכור עבדים כדי לרכוש קרקעות. אך רבן שמעון בן גמליאל, בברייתא שם, חולק על כך, משום שברכישת מקרקעין קיים חשש שיתברר שהמקרקעין אינם בבעלות המוכר, או שהם משועבדים לנושה של המוכר. לכאורה, לפי העקרון שנראה ליד ציון הערה 128, שמותר לאפוטרופוס לסכן נכס למטרת רווח אם בלאו הכי הנכס עלול לאבד מערכו, צודקים חכמים, שהרי העבד עתיד למות. כדי ליישב את דעת רשב"ג, צריך לומר שלדעתו מותר לאפוטרופוס רק ליטול סיכון בגוף הנכס אם הוא עלול להפסד בלאו הכי, אבל גם אז, אסור לו ליטול סיכון בהמרתו בנכס אחר.
נעיר, שהחשש שהקרקע אינה של המוכר או שהיא משועבדת לצד ג', אינו קיים בימינו, כאשר יש רישום מוסדר של מעמד המקרקעין במרשם המקרקעין ובכונס נכסים וכדומה. נראה שחכמים סבורים שהסיכון במכירת עבדים קטן מכדי לאסור אותה בגללו, כיוון שמולו עומדת סכנה חמורה יותר, שהעבדים ימותו או

כן נקבע באותה ברייתא[24]: ״ואין אפוטרופין רשאין למכור ברחוק ולגאול בקרוב ברעה ולגאול ביפה״. כלומר, אין לאפוטרופוס למכור מקרקעין של היתומים כדי לרכוש מקרקעין אחרים, בלי לקבל את אישור בית הדין[25], גם אם המקרקעין שמבקש האפוטרופוס לרכוש בתמורה קרובים יותר ליתומים, או שאיכותם גבוהה יותר. זאת, בשל החשש שמא הקרקע שירכוש האפוטרופוס תלקה בשידפון, ותאבד את ערכה[26], ונמצא שהמרת הקרקע גרמה הפסד ליתומים.

עם זאת, התלמוד[27] מתיר לאפוטרופוס למכור מקרקעין של היתומים כדי לרכוש תמורתם שוורים, משום ש״השוורים הם עיקר כל נכסי שדות״[28], ובלעדיהם אי אפשר לעבד את המקרקעין. אפשר ללמוד מהלכה זו, שאפוטרופוס רשאי למכור מקרקעין כדי לרכוש בתמורה כלים הדרושים לו כדי לעבד ולפתח את המקרקעין.

יחלו. ואילו רבן שמעון בן גמליאל סבור שאף שמכירת העבדים כרוכה בסכנה קטנה יותר מזו הכרוכה בהחזקתם, אסור לאפוטרופוס למכרם, מפני שייתכן שבכל זאת המכירה תגרום הפסד, ו״שב ואל תעשה״ עדיף.

רמב״ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ו, ושולחן ערוך, חו״מ, סימן רצ, סעיף יא, פסקו כדעת רבן שמעון בו גמליאל. אך רמ״א, חו״מ, סימן רצ, סעיף יא, פסק כחכמים. ראה: ביאור הגר״א, חו״מ, סימן רצ, ס״ק כג; בירור הלכה, גיטין נב ע״א, ציון כ. חכם אנונימי, בשו״ת מהרש״ך, חלק ב, סימן עז, כותב שגם לרשב״ג, מותר לו למכור עבד אם יש בכך תועלת ברורה ליתומים. אף שכיום הלכה זו אינה בת יישום, ניתן להסיק ממנה עקרון כללי שכוחו יפה לכל עת: לדעת הרמ״א, האפוטרופוס רשאי להמיר נכס של היתומים שהסיכון בו גדול, בנכס אחר שהסיכון בו קטן, אף שקיים חשש קטן שההמרה תסב נזק ליתומים. לעומתו, לדעת הרמב״ם והשולחן ערוך, יש לאסור כל המרה של נכס בנכס אחר כאשר קיים חשש, ולו הקל ביותר, שההמרה תגרום הפסד ליתומים.

מכירת בהמות כדי לקנות עבדים: כרם הצבי, פרשת וישלח, עמ׳ מו (הובא בספר מדרש ומעשה, פרשת וישלח, עמ׳ עט), כותב (בשם ר״י אלגזי) כאילו נאמר בגיטין שם שאין האפוטרופוס רשאי למכור בהמות כדי לרכוש עבדים, והוא מנמק, שההפסד שייגרם בשל מיתת הבהמה, קטן מההפסד שייגרם בשל מיתת העבד, כי אפשר להשתמש בעורה של הבהמה. אבל הדברים אינם מופיעים בתלמוד, ואדרבה: טור, חו״מ, סימן רצ, סעיף יז (הובא ברמ״א, שם), כותב שעדיף למכור בהמה מלמכור עבד, ונימק סמ״ע, רצ, ס״ק כז, שיותר מצוי לקנות בהמה מלקנות עבד.

[24] גיטין נב ע״א. ההלכה מופיעה גם בתוספתא, תרומות פרק א, הלכה יג, ובתוספתא, בבא בתרא פרק ח, הלכה ד. וכך פסקו: רמב״ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ז; שולחן ערוך, חו״מ, סימן רצ, סעיף יא.

[25] אבל אם בית הדין אישר, הדבר מותר – כך פסק שו״ת המבי״ט, חלק א, סימן קכב (הובא בפתחי תשובה, חו״מ, סימן רלה, ס״ק ו, ובשו״ת משנה הלכות, חלק יז, סימן קמה).

[26] גיטין נב ע״א.

הרמב״ם שם מנמק: ״שמא לא יצליח זה שקנו״.

יש לציין, שנוסח ההלכה, כפי שהיא מופיעה בתלמוד, שונה במעט מן הנוסח של ההלכה בתוספתא. בעוד שבתוספתא נעשה שימוש בפועל ״ליקח״, בתלמוד נעשה שימוש בפועל ״לגאול״. חידושי מהר״ם שיף, גיטין שם, מבאר שלשון ״גאולה״ משמעה קניית קרקע שהייתה של המוכר בעבר; ויש באיסור זה חידוש, שאף שקרקע זו הייתה של יתומים (או של אביהם) בעבר, כך שאין חשש שיתברר שאינה של המוכר, אסור לקנותה, מחשש לשידפון.

[27] גיטין נב ע״א.

[28] רמב״ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ו; שולחן ערוך, חו״מ, סימן רצ, סעיף יא.

ר׳ דון נסים בן באן בנשת, בתשובה שנדפסה בספר שבע עינים, דף נה ע״ד, נימק שאף שאין רווח ידוע וניכר עכשיו מקניית השוורים, הדבר מותר, כי אם לא יקנה אותם, הקרקע תתקלקל; ועוד שגם קניית שוורים היא בגדר ״להאכיל״, כי הם ייצרו אוכל.

הלכה זו הובאה בשו״ת מהרי״ט, חלק ב, חו״מ, סימן א.

כמו כן, הרשב"א[29] התיר מכירה של קרקעות יתומים כדי לפרוע את חובם לאלתר, אם הנושה מוכן לוותר על חלק מן החוב תמורת תשלום מיידי, בגלל התועלת ליתומים מכך.

עיקרון זה הורחב על ידי ר' יעקב בירב[30], שקבע ככלל, שאם המכירה נועדה למנוע

[29] שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף טו, וחלק ג, סימן רא (הובא בבית יוסף, חו"מ, סימן רצ, מחודש טז, בשו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן עז, בשו"ת חכם צבי (הנוספות), סימן ג, בשו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קיב, ד"ה ואף על גב, ובשו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק ב, סימן מב, דף מג ע"א). הוא מביא ראיה מההלכה שמותר לגבות מקרקע של יתומים קטנים כדי לפרוע חוב שצובר ריבית (שולחן ערוך, חו"מ, סימן קי, סעיף א; לעיל, עמ' 80).

על חובת אפוטרופוס לפרוע חוב של היתומים, ראה סעיף 38, עמ' 80.

מהר"י אבוהב, בתשובה שנדפסה בספר שבע עינים (ליוורנו תק"ה), דף נז ע"ג, כותב שגם אם אחרי המכר ימצאו היתומים שובר שמוכיח שאביהם כבר פרע את החוב, ונמצא שמכירת הקרקע היתה לשווא, אין אומרים שהמכר בטל למפרע.

שו"ת מהרלב"ח, סימן צה, כותב שלדעת הרשב"א, היות שיכולים האפטרופוסים לעשות כן לכתחלה, אם לא ירצו, ראוי לבית דין להכריחם על כך מפני תועלת היתומים. אבל הוא מציין שהר"ן כתב בתשובה שלא רצה לעשות מעשה כדעת הרשב"א, כיוון שאין תועלת מיידית ליתומים. ראה סעיף 38, עמ' 89, מה שלמד מהרלב"ח מכאן לעניין עמידת אפוטרופוס בדין בשם היתומים.

חתם סופר שם כותב שבמכירה לצורך פשרה, מותר למכור בלי ההכרזה הנדרשת בדרך כלל במכירת נכסי יתומים, כפי שנראה בהערה 32.

שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שמא, עוסק באפוטרופוס שמכר בתים של היתום כדי לפרוע חוב של דודו של היתום למושל הנכרי, וטען שזה היה לטובת היתום, שיישאר בידו כסף מזומן להרוויח בו. הוא פוסק שזו "טעות גמורה", והמכר בטל, מפני שהיה זה חוב "שאביו גם [לא] היה חייב אלא היה חוב אחרים" (במקור חסרה המלה "לא", בטעות), וגם השיקול שיסחרו בכסף של היתום הוא טעות, שהרי נזהרים מאוד בסחורה בכסף של יתום, כפי שנראה בסעיף 50.

[30] שו"ת מהר"י בירב, סימן ח (הובא בהגהות רבי עקיבא איגר, חו"מ, סימן רצ, סעיף יא).

כמו כן, חכם אנונימי בשו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן עז, כותב שמותר לאפוטרופוס למכור קרקע של היתומים לשם תועלת ברורה, מפני שאז אין פגיעה ב"שבח בית אביהן", כיוון שאדרבה, הוא מוכר כדי להרבות את ממונם ולהשביחו; וגם אין להתחשב בחשש גניבה, מפני שהסיכון הוא בספק, לעומת התועלת ליתומים שהיא ודאית.

כמו כן, שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רסג, כותב שיכולים האפטרופוסים למכור אם הם רואים שיש רווח ליתומים במה שמוכרים ושאם לא ימכרו היו מפסידים.

אבל שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שמא, כותב שאסור לו למכור "כדי להרויח", וזאת על סמך תשובה של הרשב"א, האומר שאם הוא מוכר כדי לתת רווח ליתומים, ראוי לו להימלך בבית דין ולהראות להם איזה רווח יגיע ליתומים במכירת הקרקע.

מהר"י אבוהב, בתשובה שנדפסה בספר שבע עינים, דף נה ע"א, כותב שמותר למכור קרקע לעשות בכסף עיסקא אם זה לתועלת היתומים. הוא מסביר (בדף נז ע"ב) שאין חשש שייפסד הכסף, שהרי נותנים אותו לאדם שיש לו דהבא פריכא (בבא מציעא ע ע"א; להלן, עמ' 206). אבל ר' דון נסים בן באן בנשת, בתשובתו שם, דף נה ע"ד, כותב שגם אם זו קרקע גרועה, אסור למכור אותה כדי לקבל כסף לעיסקא, כי אולי יפסיד בעיסקא, וגם אם זה "קרוב לשכר", זה לא רווח ודאי.

שו"ת הראנ"ח, חלק א, סימן קיט, כותב שמותר לאפוטרופוס למכור קרקע לצרכי היתומים, ובמיוחד כדי להשיא את אחותם ("פרנסה"), שדינה לגבות מן הקרקעות (כתובות סט ע"ב).

שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן קנה (ד"ה ומ"מ כתב), כותב שמותר למכור מקרקעין אם יש רווח ליתומים במכירתם, או להשיא את אחותם.

כמו כן, שו"ת דבר אליהו, סימן פב, כותב שמותר לאפוטרופוס למכור גם דבר שיש בו "שבח בית אביהן" אם ירוויחו היתומים על ידי כך.

הפסדים, או ש"יש רווח ודאי" במכירה[31], רשאי האפוטרופוס למכור גם בלי רשות בית דין, אך עדיף שיתייעץ תחילה עם בית הדין[32].

נבהיר, שההלכות שראינו משמשות רק כדוגמאות לעיקרון שיש להבטיח שהשקעת הנכסים כדאית, ואינה עלולה להפסד. אולם פרטי ההלכות עשויות להשתנות ואף להתהפך לאור המציאות המשתנה.

אבל ר' דון נסים בן באן בנשת, בתשובתו שנדפסה בספר שבע עינים, דף נה ע"ג, כותב שמותר למכור קרקע רק כדי למנוע הפסד ודאי וידוע וניכר וקצוב, או אם התמורה תניב רווח ודאי וקצוב. אבל מהר"י אבוהב, שם, דף נו ע"ד–נז ע"א, דחה את דבריו, שהרי במקרה של הרשב"א, ליד ציון הערה 29, אין רווח ניכר עכשיו, שהרי הנושה אינו יכול לגבות מהם כשהם קטנים, ואף יש חשש הפסד, שמא בעתיד ימצאו שובר שמוכיח שאביהם כבר פרע.

[31] המבחן, האם יש בעסקה "רווח ברור" או לא, הוא אובייקטיבי. אבל אם לא ברור שיש תועלת, אינו יכול למכור, כמו שכתב שו"ת מהרש"ך, שם.

ר' חיים וינקלר סבור שאין צריך אישור של בית הדין שיקבע האם יש במעשה מסוים תועלת ברורה ליתומים, כיוון שבוחרים לאפוטרופוס אדם בר דעת שיכול לשקול את צרכי היתומים בצורה נכונה, ומוחזק לישר, ואין צורך לבחון אם שיקול דעתו נכון בכל פעולה שלו, ואם ברור לו שהוא נוהג כהוגן, אינו צריך להתייעץ עם בית דין, וראיה משו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שג (=סימן תלד), שכתב שאפוטרופוס צריך רשות בית דין "בכל דבר שיש בו נטיה לכאן או לכאן", כלומר רק אם יש ספק האם הדבר כדאי.

[32] כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רצ, הגהות בית יוסף, אות פ, מביא שמהר"ש יפה מדגיש ש"דווקא באפוטרופוס אמרינן, כל שיש רווח ליתומים במכירת קרקעות מוכרן, אבל אדם שאינו אפוטרופוס, אין ממכרו כלום בשל יתומים, אפילו יש רווח ליתומים בממכרו". כלומר, שלא אומרים לעניין זה "זכין לאדם שלא בפניו", כיוון שהמוכר מפקיע רכוש מבעלותם של היתומים. וראה במבוא לספר, שיש אומרים שסמכותו של אפוטרופוס מבוססת על דין "זכין", ושם הוסבר מדוע אין סתם אדם מוסמך לעשות אותן פעולות בנכסי היתומים מדין "זכין".

להשלמת התמונה יש לציין, שכאשר בית הדין עצמו מוכר מקרקעין השייכים ליתומים, עליו ליזום שומה של ערך המקרקעין, ולאחר מכן לקיים הליך של מכרז, שבסופו יימכרו המקרקעין למרבה במחיר. על הליך זה, ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן קט, סעיף א, וסימן רצ, סעיף ט; א' כהנא, "מתקנת ההכרזה לדיני המכרזים", פרשת השבוע, משרד המשפטים, גיליון 245. אולם במכירת אפוטרופוס, השומה אינה נדרשת, כפי שכותב הרמ"א, חו"מ, סימן רצ, סעיף ט, לעניין הצורך בשומה: "אפוטרופוס עושה בלא בית דין כל מה שנראה בעיניו טובת היתומים". בפד"ר, כרך ב, עמ' 183, נימקו הלכה זו: "הואיל ונתמנה לנאמן לניהול נכסי היתומים, הרי האימון שניתן לו מייפה את כחו למכור נכסי יתומים לפי ראות עיניו, בלי שומא".

גם לעניין הליך המכרז, כתבו בפד"ר שם, עמ' 184, שלדעת רוב הראשונים, הליך זה דרוש רק אם "המכר הוא לצורך גביה מהיתומים", כלומר במסגרת הליכי הוצאה לפועל בבית הדין, "אבל אם המכר הוא לצורכי היתומים עצמם, אין צורך בהכרזה", כגון במכירת אפוטרופוס לטובת היתומים. להסבר טעם הדבר, הביאו בפד"ר שם את דברי הר"ן על הרי"ף, מגילה ח ע"א (בדפי הרי"ף): "שלא מצינו הכרזה אלא בדבר שמוטל על בית דין לעשותו, כגון שמוכרין להגבות לאחרים... אבל בדבר שאנו עושין בדעתנו ואין אנו צריכין בו לבית דין, לא הוזכרה בו הכרזה". אם כן, במכירת אפוטרופוס לסיפוק צרכי היתומים, לא נדרשים שומא ולא מכרז.

מהר"י אבוהב, בתשובה שנדפסה בספר שבע עינים, דף נה ע"ב (הובא בשו"ת מהר"י בן לב, חלק א, סימן פ (עח)), מעלה אפשרות שבזמננו מותר לאפוטרופוס למכור מקרקעין של היתומים: "ועוד בעינא דאימא מילתא, אלא דמסתפינא מחברי, דמה שאמרו בגמרא שאין האפוטרופסים מוכרים קרקעות, זה היה בזמנם, שהקרקע היה עיקר מחייתם וכל אחריות שלהם היה על הקרקעות, אבל האידנא, שעיקר מחיתנו היא במטלטלים, וטובים מהם בכל עניין, וידוע הוא בזמנינו דאין אומנות פחותה מקרקע, יש לנו לשנות זה הדין כפי המקום וכפי הזמן... אבל איני סומך על דעתי בזה, מאחר שלא מצאתי בשום פוסק", אבל הוא סמך על סברה זו בהצטרף טעמים אחרים.

ד. מכירת "יחידה משקית" ו"חזקות"

בס"ק (א)(1) קבע המחוקק שהאפוטרופוס אינו רשאי להעביר[33], לשעבד, לחלק או לחסל "יחידה משקית", בלי לקבל את אישור בית המשפט לכך תחילה. מדברי ההסבר להצעת החוק[34], הנותנים כדוגמאות בית חרושת, בית מלאכה או בית מסחר, עולה שכוונת המחוקק ל"יחידה משקית" מוחשית[35], שהיא "עסק שמהווה מקור פרנסה לקטין"[36]. הסיבה לכך שהמחוקק מגביל את כוחו של האפוטרופוס בזה היא, שעסקאות אלו הינן "בעלות חשיבות כלכלית עצומה, שעלולות לגרור פגיעה במקור הפרנסה... של הקטין"[37].

אפשר לברר את המשפט העברי בשאלה זו, על ידי היקש לדברי הפוסקים בעניין מכירת "חזקה". הכוונה לסוג מיוחד של זכות במקרקעין שהונהגה באימפריה העותומנית מכוח תקנות הקהילות[38]. הפוסקים נחלקו בשאלה האם לחזקה זו יש דין של מקרקעין בתחומים שונים, כגון בדרכי הקניין[39], וכן נחלקו בשאלה האם ההגבלות על מכירת מקרקעי היתומים על ידי אפוטרופוס חלות גם על מכירת חזקה כזאת.

לדעת ר' יששכר בער איילנבורג[40], איסור מכירת הקרקע בלי אישור מבית הדין חל גם על מכירה של "חזקת חנות", אותה זכות להשתמש במקרקעין לפעילות עסקית, משום שלדעתו,

[33] לדעת פרידמן וכהן (לעיל, עמ' 133, הערה 2), עמ' 1045, "את הביטוי 'העברה', המצוי גם בסעיף 20(1) וגם בסעיף 47(א)(1) לחוק, יש לפרש בצורה רחבה, הכוללת כל העברת זכויות ביחידה משקית, לרבות זכויות פחותות מן הבעלות, כגון השכרה ואפילו הענקת זיקת הנאה". אולם, מאחר שבסעיף 47(א)(4) לחוק יש התייחסות מפורשת ל"השכרה שהוראות חוק הגנת הדייר [נוסח משולב], התשל"ב-1972, חלות עליה", נראה שלפחות כאן יש לתת פרשנות מצמצמת, לפיה העברה היא העברת בעלות, ולא העברה של כל זכות אחרת במקרקעין. על השכרה, ראה עמ' 147.

[34] דברי ההסבר לסעיף 122 להצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשי"ב-1952.

[35] י' אנגלרד, חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 (מהדורה שנייה, תשנ"ה), עמ' 54, תמה, מדוע הגביל המחוקק את הדרישה לאישורו של בית המשפט לעסק מוחשי, ותוהה מה יהיה הדין אם האפוטרופוס מעוניין לבצע עסקה במניות של קטין בחברה. פרידמן וכהן, שם, עמ' 1044, מעירים על כך: "ניתן לטעון, אמנם, כי מכירת מניות טעונה אישורו של בית משפט על פי סעיפים 20(2) ו-47(3) לחוק הכשרות, בהיותה פעולה שתוקפה תלוי ברישום בפנקס המתנהל על פי חוק". אולם סעיף 47(3) שאליו מפנים כהן ופרידמן שונה במסגרת תיקון מס' 18 לחוק, וכיום אין החוק מגביל את כוחו של אפוטרופוס לערוך עסקה שתוקפה תלוי ברישום בפנקס המתנהל על פי חוק.

[36] פרידמן וכהן, שם, עמ' 1044.

[37] פרידמן וכהן, שם.

[38] ראה: שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ו, סימן א; ר' מיכאל מולכו, "תקנת חזקת בתים, חצרות וחנויות בשאלוניקי", סיני כח (תשי"א), עמ' רצו–שיד; ר' ישראל שציפנסקי, התקנות בישראל, כרך ד, עמ' תקפא.

[39] ראה לדוגמה: שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן שכג: "ו[מכירה של] חזקת החנות, היינו מכירות קרקע, דלא גרע משכירות"; שו"ת מהר"ם פדואה, סימן לט; שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן ל; שו"ת לחם רב, סימן קל; שו"ת תורת אמת, סימן קטו; שו"ת הראנ"ח, חלק א, סימן קכ; שו"ת משפט צדק, חלק א, סימן יא (דף נד ע"ב ואילך); שב שמעתתא, שמעתא ד, פרק ז, ד"ה והמעיין: "חזקת חנות, דהוא ספק אם הוא קרקע או מיטלטלין".

רשיון עסק: שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן קנה (ד"ה פתח דבריך), כותב שגם לדעה שחזקות אלה דינן כקרקע, הרי "חזקת הלוואה", דהיינו רשות שהשלטון נותן לעסוק במתן הלוואות בריבית לגוים, רשות שאינה קשורה לקרקע מסוימת, ואינה עוברת בירושה, היא בגדר מיטלטלין, באופן כללי.

[40] שו"ת באר שבע, סימן לט, שאלה רביעית. כך פסק גם ר' דניאל ג'יראשי, בשו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן קנד (ד"ה וראיתי כתוב וד"ה לזה אני).

כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רצ, הגהות הטור, אות סד, כותב שזו גם דעת שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן

חזקה זו נחשבה בימיו ״כמו שדות וכרמים בזמן חכמי הגמרא״, כיוון שבימיו לא עסקו היהודים בחקלאות אלא בהלוואה בריבית באותן חנויות. לעומתו, ר׳ יוסף בן לב[41] פסק שהאיסור על אפוטרופוס למכור קרקע אינו חל על חזקה מסוג זה.

ה. חיסול יחידה משקית

בתוספתא[42], שהובאה בתלמוד[43], מובאת מחלוקת בין חכמים לרבי (רבי יהודה הנשיא), בדבר סמכותו של אפוטרופוס להוציא עבדים של היתומים לחירות. לדעת חכמים, ״אין רשאין [האפוטרופסים] להוציא עבדים בני חורין, אבל מוכרין אותם לאחרים, ואחרים מוציאין אותם בני חורין״. לעומתם, רבי סבור ״שנותן דמיו ופודה את עצמו״. הלכה כדעת חכמים[44].

רסג, שהרי הוא עוסק ביתומים שהיתה להם ״חזקה״ בחצר שהיתה בבעלות של שר גדול, והוא דן במכירתה כבדין מכירת קרקע של יתומים, ומתיר למכור רק מפני שמותר למכור קרקע של היתומים לתועלתם.
שו״ת מהרש״ך, חלק א, סימן קמח, בסופו, כותב שהדין תלוי במחלוקת הכללית אם חזקות אלה דינן כקרקע, ולא הכריע בה. כמו כן, שו״ת הראנ״ח, חלק א, סימן קיט, כותב שבמקום שפוסקים שחזקות אלה אין דינן כקרקע, מותר לאפוטרופוס למכור אותן.

[41] שו״ת מהר״י בן לב, חלק א, סימן עט (עז) וסימן פ (עח) (שמותר לו למכור אפילו ״להניח״), וחלק ב, סימן ע.
שו״ת הרמ״ע מפאנו, סימן סז, מבחין בין סוגי החזקות: אם המצב הוא שיש כוח למשכיר לסלק את השוכר, זכות השוכר בחזקה זו היא רק בגדר מיטלטלין, ומותר לאפוטרופוס למכור אותה בלי רשות מבית דין; אלא שהוא כותב שמנהג העולם להחשיב חזקה זו כקרקע, ולכן יש להחמיר על האפוטרופוס, שלא ימכור בלי רשות בית דין; ואם המצב הוא שאין כוח למשכיר לסלק את השוכר, ולא להוסיף על דמי השכירות, החזקה נחשבת כקרקע לכל דבר.

[42] תוספתא תרומות, פרק א, הלכה יב (הלכה י במהד׳ ליברמן).

[43] גיטין נב ע״א.

[44] רמב״ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ח; שולחן ערוך, חו״מ, סימן רצ, סעיף יג.
מקרה מיוחד, שבו אפוטרופוס יכול לשחרר עבד של החסוי, מתואר בשולחן ערוך, יורה דעה, סימן רסז, סעיף סג: ״עבד של שני שותפין, ששחרר אחד מהם חלקו, כופין את השני שישחרר גם הוא חלקו. ואם ידע מחבירו שרצה לשחרר חלקו והקנה חלקו לבנו קטן [כדי להתחמק מכפייה לשחרר את חלקו] ואחר כך שחרר חבירו, אין בית דין יכולין לכוף לקטן לשחרר, אבל מעמידים לו אפוטרופוס, ושם את העבד בדמים ונותן קצת מהדמים לקטן, כדי שיתרצה בשחרורו, וישחררנו האפוטרופוס בדמים שקבל הקטן, ויכתוב לו האפוטרופוס שטר שחרור על שמו״. מקורו בגיטין מ ע״א–ע״ב, ושם מפורש הנימוק: ״כאשר עשה כן יעשה לו גמולו ישיב לו בראשו״, כלומר, כיוון שנהג האב שלא כהוגן, נוהגים עמו שלא כהוגן. הזכרנו הלכה זו בדיוננו בסעיף 33, עמ׳ 21.
רז״נ גולדברג, ״בדין זכיה ואפוטרופוס״, בית התלמוד, כרך ה (תשכ״ח), מבאר הלכה זו לפי השיטות השונות ביסוד סמכותו של אפוטרופוס. לפי רשב״ם, בתוספות, גיטין מ ע״ב, ד״ה וכתב, סמכות האפוטרופוס היתה מדין הפקר בית דין; רז״נ מקשה עליו (בעמ׳ מ–מא), איך שיחרר אותו, הרי עבד שהופקר צריך שטר שחרור (שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רסז, סעיף סד)? הוא מסביר, שהמפקיר עבד קטן שאין לו יד לזכות בעצמו, ובא אחר וזכה בו, הזוכה יכול לשחררו, כי הזכיה מההפקר גוררת את קנין האיסור, וכך כאן, על ידי הפקר בית דין העבד נקנה לאפוטרופוס, וקונה גם את קנין האיסור ולכן הוא יכול לשחרר. על השיטה שסמכות אפוטרופוס היא מדין ״זכין״, הוא מקשה (בעמ׳ מג–מד) איזה זכות יש לקטן כאן, שכל המינוי נועד לשחרר את העבד? הוא מיישב שהיות שכשיגדל הקטן נכוף אותו לשחרר, זכות היא לו להקדים את השחרור. הוא מקשה על הסברו של חזון איש (בלי לציין מקור), שזה זכות לקטן שעל ידו העבד יוכל לשאת אשה, אם כן מדוע לא כפו את הקטן לשחרר בלי אפוטרופוס? אשר לשיטת קצות החושן, סימן רמג, ס״ק ז, שאין לומר ״זכין״ להוציא מבעלותו של אדם, הוא מסביר שמהפסוק ״נשיא

רש״י[45] מדגיש, שלדעת חכמים, האפוטרופוס אינו רשאי לשחרר את עבדי היתומים, אף אם העבד נותן את דמי פדיונו: ״אפילו אין היתומין נפסדין, שהעבדים באין לפדות עצמן בכסף שנותנין להם אחרים על מנת שאין ליתומין רשות בו, אפילו הכי אין רשאין, שהרי אין גופן [של העבדים] קנוי להן לשחררן״. ניתן להסביר זאת על פי התפיסה[46] שסמכותו של האפוטרופוס לקיים עסקאות בנכסי היתומים מבוססת על הבעלות שהוקנתה לו בנכסיהם, כדי לאפשר לו לספק את צרכיהם של היתומים. מאחר ששחרור העבדים אינו משרת את עניינם של היתומים, אין האפוטרופוס נחשב לבעלים על העבדים לעניין שחרורם.

פירוש זה עולה בקנה אחד עם הקביעה העקרונית[47], שאין אפוטרופוס מוסמך להוציא ממון מרשות היתומים, אלא כשיש בכך תועלת ליתומים[48].

הרשב״א[49] נימק את ההלכה בדרך שונה. לדבריו, אין האפוטרופוס רשאי לשחרר את עבדי היתומים, אפילו יקבל תמורה מלאה בעדם, ״כדי שלא יאמרו שהאפטרופין מוציאין עבדי היתומים בלא כלום, ואתו לזלזולי בנכסיהם, ופעמים לא ישומו אותם בשויין״. כלומר, אם ישחרר האפוטרופוס בעצמו את העבדים, יתעורר חשד שהוא משחרר אותם בחינם ומקל ראש בנכסי היתומים, ומתוך כך גם אחרים יזלזלו בנכסי יתומים.

אחד״ (שנדרש בקידושין מב ע״א לעניין אפוטרופוס) לומדים שבכל דבר שמוטל על בית דין לעשות, בית דין יכול להעמיד אפוטרופוס, והוא יהיה במקום היתום, ולכן הוא יכול לשחרר את העבד.
רמב״ם, הלכות עבדים, פרק ז, הלכה ח, כותב שבאותו מקרה, האפוטרופוס שיחרר את העבד בשטר שחרור, ואילו הראב״ד, בהשגות שם, ורבנו תם, בתוספות שם, פירשו ששיחרר על ידי כסף. רז״נ גולדברג, שם, עמ׳ מו, מסביר שלרמב״ם סמכות האפוטרופוס היא מכוח הפקר בית דין, ולכן הוא יכול לשחרר בשטר שחרור, ואילו האחרים סוברים שכוחו הוא מהפסוק ״נשיא אחד״ ולא מדין זכין, והתורה נתנה לו רק זכות למכור; או שהוא נחשב שליח, ושליח אינו יכול לשחרר בשטר על שמו.

[45] רש״י, גיטין נב ע״א, ד״ה להוציאן לחירות. כך פירש גם בית הבחירה, גיטין לח ע״ב, לעניין האיסור על גזבר של הקדש לשחרר עבד של הקדש: ״אין הגזברים רשאים לשחררו, שאין שחרור אלא למי שהדבר שלו, אבל גזבר, אין העבד לו, אלא שהוא עליו כאפטרופוס, והרי אמרו: אין האפטרופסין רשאין להוציא עבדים לחירות״.

[46] שראינו במבוא לספר, פרק ראשון.

[47] ראה על כך בהרחבה בסעיף 38, פרק חמישי.

[48] כך כתב תפארת יעקב, גיטין נב ע״א, שלפי רש״י, ״אי היה טובה ליתומים בשחרור, היה יכול להוציא לחירות״.
רז״נ גולדברג (לעיל, הערה 44), עמ׳ מג, מקשה, אם אינו יכול לשחרר את העבד כי אין גופו קנוי לו, איך הוא יכול למכור אותו? הוא מיישב, שיש לו בעלות רק לעניין היכולת להקנות לאחר (ראה בשמו במבוא לספר, עמ׳ 3), ולכן אינו יכול לשחרר בעצמו, אבל הוא יכול להקנות לאחר, והאחר יוכל לשחרר.

[49] חידושי הרשב״א, גיטין לח ע״ב.
בתוספות הרא״ש, גיטין נב ע״א, פירש, שהוא ״משום חשד, שלא יאמרו שמזלזלין בהם״. נראה שגם הוא מתכוון לומר, כמו הרשב״א, שהחשש הוא שאלו שחושבים שהוא מזלזל, יבואו לזלזל כך בעצמם. ראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך חשד, פרק א. וראה חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ׳ 328, שחובה על האדם לשמור על שמו הטוב.
תפארת יעקב, גיטין נב ע״א, נימק, שאין זה בסמכותו של אפוטרופוס להפקיע את הצד האיסורי שיש בעבד (לדוגמה, שהוא מותר לשאת שפחה, והוא פטור מחלק מהמצוות), ויש לו רק סמכות ממונית.

ו. שיעבוד מקרקעין של החסוי

הלכה היא, שאין מוכרים נכסי יתומים קטנים לשם פירעון חוב של אביהם, מחשש שמא פרע האב את החוב, והיתומים אינם מודעים לכך[50]. אף על פי כן, קבע הרמב"ן[51] שמוכרים נכסי יתומים כדי לפרוע הלוואה שנטל האפוטרופוס עבורם, משני טעמים: הטעם האחד הוא, שפריעת החוב מוטלת על האפוטרופוס, "ולא מצרכי רבנן, דלהוי מי שמפקח על עסקי יתומים משוי נפשיה 'לוה רשע ולא ישלם' [=ולא דרשו חכמים, שמי שמפקח על עסקי היתומים יעשה שם רע לעצמו, כמי שלווה ואינו משלם]". והטעם השני הוא, ש"זהו תקנתן [של היתומים], כי היכי דליעבדו להו מילי [=כדי שיעשו עמם דברים, היינו, שינהלו עמם עסקים]".

על פי דברי הרמב"ן הללו, פסק השולחן ערוך[52]: "אפוטרופוס או בית דין שלוו לצורך היתומים, מוכרים [נכסיהם] שלא בהכרזה, ופורעים".

עולה מכאן שהאפוטרופוס מוסמך ליטול הלוואות ולשעבד את נכסי החסוי לצורך החסוי.

פרק רביעי

השכרת מקרקעין – ס"ק (א)(2)

סעיף קטן (א)(2) קובע שהאפוטרופוס נדרש לקבל את אישור בית המשפט לפני ביצוע "עסקה במקרקעין, למעט השכרה של נכס לתקופה שאינה עולה על חמש שנים שהוראות חוק הגנת הדייר [נוסח משולב], התשל"ב-1972, לא חלות עליה", ובסעיף קטן (א)(4) נקבע שהאפוטרופוס נדרש לקבל את אישור בית המשפט לפני "השכרה שהוראות חוק הגנת הדייר [נוסח משולב], התשל"ב-1972, חלות עליה". משני הסעיפים הקטנים האמורים עולה, שהאפוטרופוס נדרש לקבל את אישור בית המשפט לפני שישכיר מקרקעין של היתומים, בהתמלא אחד משני התנאים הבאים: (א) ההשכרה היא לתקופה העולה על חמש שנים[53]; (ב) על ההשכרה חלות הוראות חוק הגנת הדייר[54].

עמדת המשפט העברי בעניין השכרת מקרקעין של החסוי שנויה במחלוקת.

ר' יוסף בן לב[55] מעלה ספק בשאלה, "אם האפוטרופוס יכול להשכיר הבית לזמן ארוך"

[50] שולחן ערוך, חו"מ, סימן קי, סעיף א.

[51] חידושי הרמב"ן, כתובות ק ע"ב.
הרא"ש, כתובות, פרק יא, סימן כד, מביא שהר"י חולק על הרמב"ן, בנימוק שאי אפשר לתבוע קטן בדין, מפני שקבלת עדות נגדו נחשבת קבלת עדות שלא בפניו. אבל הר"י מסכים שאם היתומים גדולים, אפשר לגבות את החוב מנכסיהם.

[52] שולחן ערוך, חו"מ, סימן קט, סעיף ד. הדין נזכר גם שם, סימן קי, סעיף ח.

[53] הגבלה זו לא הייתה קיימת בחוק עד לאחרונה, והיא נוספה בעקבות תיקון מס' 18 לחוק.

[54] בסעיף המקביל, סעיף 20, המטיל הגבלות על סמכותם של הורים לפעול בנכסי ילדיהם, אין הגבלה על השכרת נכס, אף שיש הגבלה על עבוד "יחידה משקית". ברע"א 436/88 רון נ' טל, תקדין עליון 88(3) 989, נפסק שהשכרת נכס לדייר מוגן אינה בבחינת "שיעבוד" לעניינו של סעיף 20(1) לחוק, ולכן השכרה כאמור לא תהיה טעונה אישור בית המשפט אם היא נעשית על ידי ההורים, אך היא תהיה טעונה אישור בית המשפט אם תיעשה על ידי אפוטרופוס ממונה.

[55] שו"ת מהר"י בן לב, חלק ד, סימן כח. ולא דק כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רצ, הגהות הטור, אות סה, הכותב כאילו מהר"י בן לב העלה אפשרות שאפוטרופוס אינו יכול להשכיר בכלל.

כך שהשכירות תימשך גם לאחר שיגדלו היתומים, מכאן שפשוט לו שהוא יכול להשכיר את הבית למשך הזמן שהיתומים עדיין קטנים.

לעומתו, ר׳ חיים בנבנישתי[56] כותב כדבר פשוט שאפוטרופוס אינו רשאי להשכיר קרקע של יתומים, ורק אם דמי השכירות נחוצים לצרכי היתומים, כגון לשפץ בית שלהם העומד ליפול, מותר לו להשכיר את הקרקע, כשם שמותר לו למכור קרקע שלהם לתועלת ברורה[57].

כמו כן, אם אביהם של היתומים השכיר את הקרקע בחייו, ואחרי מותו היו ״דברי ריבות בין השוכר והאפוטרופסים״, והאפוטרופסים המשיכו את השכירות כדי ״להשקיט המריבות״, ״מה שעשה עשוי״[58].

פרק חמישי

״המחאה... של זכות לקבלת זכות במקרקעין״ – ס״ק (א)(3)

ההוראה שבס״ק (3) השוללת מן האפוטרופוס את הכוח להמחות או לשעבד זכות לקבל זכות במקרקעין, בלי לקבל את אישור בית המשפט תחילה, היא הוראה חדשה, שהוספה לחוק במסגרת תיקון מס׳ 18.

לפי המשפט העברי, אפוטרופוס אינו מוסמך להמחות שום זכות של היתומים, ולא רק זכות לקבל זכות בקרקע[59].

טעם הדבר הוא ש״האפשרות המשפטית להמחאת זכות, נחשבת לחידוש במשפט העברי, שכן זכות התביעה אינה נכס מוחשי, ובעיקרון לא היתה דרך לעשות בה עסקה, אבל כדי להקל על חיי המסחר, תיקנו חכמים דרך מיוחדת להמחאת זכות. על פי תקנתם, ההמחאה חייבת להיעשות בנוכחותם של שלושת הגורמים המעורבים בה: הנושה (המעביר את זכות התביעה שלו), הנמחה (המקבל את זכות התביעה), והחייב (שמעתה אינו חייב עוד כלפי הנושה המקורי אלא כלפי הנמחה). לפרוצדורה מיוחדת זו קוראים ׳מעמד שלושתם׳... ומאחר

[56] שו״ת בעי חיי, חו״מ, חלק ב, סימן מב (מג ע״א–ע״ב).

[57] כאמור לעיל, ליד ציון הערה 29.
הוא מביא לכך ראיה מתשובה בכתב יד של מהר״ש יפה, שבה פסק שאם היתה קרקע של היתומים חרבה, האפוטרופוס יכול להרשות למישהו לבנותו ולדור בו כמה שנים.
הוא מוצא היתר גם במקרה החריג של אפוטרופוס שנתמנה לקטין שאביו בחיים, מפני שהאב הקנה לו נכס כדי להתחמק מחובה שהוטלה עליו (על מינוי כזה ראה סעיף 33, עמ׳ 21). כך היה במקרה שהוא נשאל עליו: שותף בבית חוייב להשתתף בהוצאות לשיפוץ הבית, והוא הקנה את חלקו בבית לבנו הקטן כדי להתחמק מחובה זו. ר״ח בנבנישתי פסק שאם אין לקטן כסף מזומן, משכירים קרקע שלו כדי שדמי השכירות ישמשו לשיפוץ הבית, וזאת כאמצעי ענישה: ״כאשר עשה כן יעשה לו, גמולו ישיב לו בראשו״, כלומר, כיוון שנהג האב שלא כהוגן, נוהגים עמו שלא כהוגן.

[58] כנסת הגדולה, חו״מ, סימן רצ, הגהות הטור, אות סה, בשם תשובת ר״ח (נראה שצ״ל: ר״א) גאליקו מכתב יד.

[59] תרומת הדשן, שו״ת, סימן שמז; רמ״א, חו״מ, סימן קכו, סעיף כ, וסימן רצ, סעיף יא.
לדעת ר׳ שלמה שטסמן, אף בית הדין אינו יכול לאשר לאפוטרופוס להמחות זכות של היתומים, לאור נימוקו של תרומת הדשן, שמעמד שלושתן הוא ״הלכתא בלא טעמא״, והבו דלא נוסיף עלה, שיועיל בממון שאינו שלו.

שמדובר בפעולה משפטית חריגה, סברו חכמים שאין להוסיף חידוש על חידוש, ואין לאפשר ׳מעמד שלושתם׳ על ידי שליח״[60].

מאותה סיבה, אין לאפשר ׳מעמד שלושתם׳ על ידי אפוטרופוס, גם אם ההמחאה היא לטובת היתומים. ואף על פי שבתחומים מסוימים יש לאפוטרופוס כוח גדול יותר מכוחו של שליח, הדברים אמורים רק בפעולה שהיא זכות ישירה ליתומים, ולא בהפקעת ממון מהיתומים, כמו זאת שמתקיימת בהמחאת זכות שלהם[61]. גם אם המחאה זו פועלת לטובת היתומים, לא חילקו חכמים בדבר, כיוון שבדרך כלל הפקעת ממון מהם היא לרעתם[62].

פרק שישי

הסתלקות ומחילה – ס״ק (א)(5)

א. מבוא

הוראת ס״ק (א)(5) השוללת את כוחו של האפוטרופוס להסתלק מחלק או ממָנָה בעיזבון בלי שקיבל את אישור בית המשפט לעשות כן, נוספה לסעיף בתיקון מס׳ 18. אך יסודותיה נמצאים כבר בחוק הירושה, התשכ״ה־1965, סעיף 6(ג), הקובע שהסתלקותו של קטין או של פסול דין מחלקו בעיזבון טעונה אישור בית המשפט. ברור שאין הכוונה שם להסתלקות שנעשית על ידי הקטין או על ידי פסול הדין עצמם, אלא להסתלקות האפוטרופוס שלהם בשמם, ולגביה החוק קובע שהיא טעונה אישור של בית המשפט[63]. טעם ההגבלה הוא ש״דומה פעולת ההסתלקות לפעולה של הענקת מתנה, המצריכה אישור של בית המשפט״[64].

ההוראה האמורה מבטאת, לדברי שילה[65], את ״דאגת היתר של המחוקק... לאפשרות שאולי אפוטרופוס יוותר על זכות של חסוי, שלא לטובת החסוי״.

להלן נברר את עמדת המשפט העברי בדבר כוחו של אפוטרופוס להסתלק מחלקו של החסוי בעיזבון ולמחול על זכות אחרת של החסוי[66].

[60] חוק לישראל, שליחות, עמ׳ 23.

[61] תרומת הדשן שם.

[62] סמ״ע, רצ, ס״ק לב.

[63] ש׳ שילה, פירוש לחוק הירושה, תשכ״ה־1965, כרך א, עמ׳ 87–88. לפי דבריו, ההוראה שבסעיפנו מיותרת, שכן היא חוזרת על מה שכבר נאמר בחוק הירושה. ייתכן שהחוק חזר על הוראה זו אגב מה שנתחדש בס״ק (5), לעניין ״העברה או שעבוד של חלק או מנה בעיזבון״.
בעמ׳ 88, שם, העיר שייתכן שגם ההוראה האמורה בחוק הירושה היא ״מיותרת, לאור האמור בסעיף 47 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, הדורש אישור של בית המשפט לנתינת מתנות על ידי החסוי״. עוד העיר שההיתר לתת מתנה שהיא ״נהוגה בנסיבות העניין״, שבס״ק (5ב), ״איננו תופס במקרה של הסתלקות מירושה״.

[64] דברי ההסבר להצעת חוק דיני ממונות, התשע״א־2011, סעיף 24(ב)(4).

[65] שילה, שם.

[66] לפי החוק, אפוטרופוס אינו מוסמך למחול על זכות של החסוי אלא אם כן זו מחילה שנהוגה בנסיבות העניין. כך עולה מס״ק (5ב), קובע שאפוטרופוס אינו מוסמך לתת מתנה שאינה נהוגה בנסיבות העניין, שהרי ויתור על זכות או מחילה על חיוב, ללא תמורה, דינן כמתנה, לפי סעיף 1(ג) לחוק המתנה, התשכ״ח־1968.

ב. הסתלקות מחלק בעיזבון

לפי המשפט העברי, אפוטרופוס אינו יכול להסתלק מחלקו של החסוי בירושה.

בתלמוד[67] מובאים דברי האמורא שמואל: "יתומים שבאו לחלוק בנכסי אביהם, בית דין מעמידים להם אפוטרופוס ובוררים להם חלק יפה".

הר"ן[68] כותב על כך, שכאשר האפוטרופוס מחלק את העיזבון בין היורשים, "ברשות בית דין ובהסכמתן הוא בורר, ואף הן בוררים עמו[69]... שיהו נזהרין שלא יגרע חלקם [של היתומים], דלאו בני מחילה נינהו". כלומר, הוא צריך להקפיד שהיתום יקבל את מלוא חלקו בעיזבון, ואינו יכול למחול אף על חלק ממנו. זאת, אף שהוא מחלק את העיזבון בשיתוף עם בית הדין; הרי שאף בית הדין אינו יכול להסמיך אותו להסתלק מחלקו של החסוי בעיזבון.

ג. מחילה על זכות של החסוי

הרשב"ש[70] פסק שאפוטרופוס אינו יכול להתפשר בשם היתומים ולוותר על זכויותיהם, שהרי "המחילה דינה כמתנה, אם כן, כשם שאפטרופוס אינו יכול ליתן, כך אין יכול למחול".

הוא מסיק הלכה זו גם בהיקש מן ההלכה ששליח אינו יכול למחול על זכות של המשלח[71], מפני שהמשלח יכול לטעון: "שלחתי אותך לתקן, ולא לעוות"[72].

[67] יבמות סז ע"ב; כתובות ק ע"א; גיטין לד ע"א; קידושין מב ע"א. כך פסקו רמב"ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ד; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רפט, סעיף א. וראה בסעיף 48, עמ' 179, דיון בדברי שמואל, מן ההיבט של הצורך במינוי אפוטרופוס נפרד לכל יתום. על דברי שמואל ראה בהרחבה: בירור הלכה, קידושין מב ע"א, ציון ד.

[68] ר"ן על הרי"ף, קידושין יז ע"א (בדפי הרי"ף).

[69] פרשנים נוספים הסבירו ש'בוררין' מוסב על בית הדין: תוספות הרא"ש, גיטין שם; עצמות יוסף, קידושין שם ("מלשון 'בוררים', משמע שהבית דין הם הבוררים עם האפוטרופוס"). כמו כן, מגיד משנה, הלכות נחלות, שם, מדייק מלשון הרמב"ם, שם, המובאת גם בשולחן ערוך, שם: "שהוא ז"ל סבור כדברי רבינו יעקב ז"ל [=רבנו תם, בתוספות, קידושין מב ע"א, ד"ה ובוררין, ובבא"ש, כתובות, פרק יא, סימן יח] שאמר שאין לאפוטרופוסין לחלוק אלא בשומת בית דין". שו"ת באר שבע, סימן לט, שאלה רביעית, כותב שלפי התוספות והרא"ש, האפוטרופוס בורר יחד עם בית הדין.

חלוקת העיזבון: שו"ת הר"ן, סימן ח (הובא ברמ"א, חו"מ, סימן רפט, סעיף א), כותב שאפוטרופוס אינו יכול לחלק את העיזבון בין היתומים, אלא אם כן קיבל רשות מבית דין לעשות כן. שו"ת אשר לשלמה (אבן דנאן), סימן לט (ד"ה אלא דכל זה), מדייק מדבריו שהדין כך בין מינהו בית דין בין מינהו אבי היתומים בין אפוטרופוס למעשה. הוא מוסיף (בד"ה וא"כ בנ"ד) שגם במיטלטלין אין אפוטרופוס יכול לחלוק בלי בית דין.

[70] שו"ת הרשב"ש, סימן תקה. את הקביעה שדין המחילה כדין מתנה, הוא מצטט מרמב"ם, הלכות מכירה, פרק י, הלכה ג, שכתב כך לעניין מודעא על כפייה. הוא חוזר על דבריו שם, סימן תקז וסימן תקח.
גם שו"ת דברי מרדכי (בירדוגו), סימן יא (יג ע"ד), כותב שאפוטרופוס אינו יכול למחול זכות של היתומים (בנידונו היתה זו זכות משכנתא בנכס של מי שהיה חייב ליתומים), כי מחילה כמתנה. כך פסקו גם שו"ת מהרש"ך, חלק ב, נוספות, סימן יב (הובא בחקרי לב, יו"ד, חלק ב, סימן נז, קלז ע"ב, עמ' תלו במהד' המאור); שו"ת לחם רב, סימן קעו (כמו שאינו יכול לתת מתנה); שו"ת זרע יעקב (נאים), סימן כג; ר"ש ישראלי, משפטי שאול, סימן כה, עמ' קעה = עדות ביהוסף (קאפח), סימן כה, עמ' 132.
שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן רכ, כותב שאם היו שני ערבים על חוב ליתומים, האפוטרופוס יכול למחול לאחד מהם, אם נראה לו שיוכל לגבות את כל החוב מן הערב האחר.

[71] חוק לישראל, שליחות, עמ' 54.

[72] אמנם בעניין דומה נחלקו השולחן ערוך והרמ"א, חו"מ, סימן קמט, סעיף כד, לגבי מי שהחזיק בקרקע של

כמו כן, מי שחויב להישבע ליתומים, בגלל חשש שנטל מנכסי היתומים, והאפוטרופוס מחל לו על חיובו להישבע, אין למחילתו תוקף, כי אין אפוטרופוס רשאי לחוב ליתומים[73]. גם אם הנמחל שילם לאפוטרופוס תמורת המחילה, יוכלו היתומים לומר לנמחל ״נחזיר לך מה שנתת לאפוטרופוס תמורת המחילה, והישבע״; אבל אם לא היה עליו חיוב שבועה, אלא ״חרם סתם״, והאפוטרופוס סבור שתהיה תועלת ליתומים אם יפטרנו מן החרם תמורת תשלום, הוא יכול[74].

כמו כן, משודך שנשבע להכניס את משודכתו היתומה לחופה בזמן קצוב, אין האפוטרופוס שלה יכול למחול לו על השבועה; אבל בית דין יכול למחול לו על השבועה באמירה ״הרינו כאילו קיבלנו״, כמו שבתחומים אחרים יש לבית דין כוח לעשות מה שאפוטרופוס אינו יכול לעשות[75].

ד. מחילה במסגרת הסכם פשרה

בתלמוד[76] מסופר על מי שבנה בית על מקרקעי יתומים, שהיו מיועדים לסילוק אשפה. לאחר שהתברר שהיתומים לא הפקירו את המקום לכול, ואף נהגו לגבות תשלום עבור השימוש במקום זה, הורה רב נחמן לאדם זה, ״זיל פייסינהו ליתמי״. כלומר, לך ופייס את היתומים בתשלום נמוך.

לדעת מפרשים רבים, הבונה היה מחויב על פי דין לשלם ליתומים את כל דמי השכירות שיכלו לגבות ממנו, ובכל זאת רב נחמן הקל מעליו את גובה התשלום על חשבון היתומים[77].

היתומים במשך שלוש שנים, והאפוטרופוס לא מיחה בו, האם הוא זכה בקרקע מכח העדר מחאה של האפוטרופוס. אבל אין זה נוגע לענייננו, כיוון שהדין שמועילה חזקת שלוש שנים בלי מחאת בעל הקרקע המקורי אינו משום שבעל הקרקע מחל לו, אלא משום שהדבר מוכיח שהמחזיק קנה את הקרקע כדין. מחלוקת השולחן ערוך והרמ״א היא בדיני הראיות, האם המחזיק נאמן לטעון שקנה כדין מן האפוטרופוס אלא שאיבד את השטר ולא נזהר בו כי האפוטרופוס לא מחה במשך שלוש שנים, או, כפי שנימק ר׳ יהודה ברצלוני, המובא בטור, חו״מ, סימן קמט, סעיף כח, שהיה עליו לשמור את השטר עדיין כיוון שידע שהוא קונה מאפוטרופוס, וגם אילו אמר האפוטרופוס בפירוש שמכר את הקרקע, לא היה נאמן (אחרי סיום האפוטרופסות), ועוד, שהאפוטרופוס הוא שליח של היתומים, והתרשל בכך שלא מחה, והיתומים יכולים לטעון ״לתקוני שדרתיך ולא לעוותי״.

[73] תשב״ץ, חלק ג, סימן רכ; שו״ת שער אשר, חו״מ, סימן כג, דף לו ע״א, עמ׳ צד במהד׳ מכון הכתב (הובא בשו״ת אשר לשלמה (אבן דנאן), סימן לט, ד״ה שוב ראיתי).

[74] תשב״ץ שם. לא מובן מה ההבדל בין שבועה לחרם: הרי גם בשבועה היה אפשר לומר, שאם האפוטרופוס רואה תועלת ליתומים אם ישלם הנתבע קצת וייפטר מהשבועה – יוכל לעשות כן!?

[75] שו״ת מהר״י בן לב, חלק ג, סימן עח.

[76] בבא קמא כא ע״א.

[77] כך דעת התוספות, בבא קמא כא ע״א, ד״ה ויהבי; חידושי הרשב״א, בבא קמא כ ע״ב, ד״ה שאני; רא״ש, בבא קמא, פרק ב, סימן ו; תוספות רבנו פרץ, בבא קמא כא ע״א, ד״ה ויהבן; הריטב״א, המובא בנימוקי יוסף, בבא קמא ט ע״א (בדפי הרי״ף).
לעומתם, דעת הרמ״ה, המובא בנימוקי יוסף, שם, היא שמן הדין היה פטור מלשלם ליתומים את כל דמי השכירות שיכלו לגבות ממנו בגלל הבית שבנה, והיה חייב רק בתשלום מועט שהיו גובים מאלו שהשתמשו בקרקע לפני כן, כששימשה כאשפה: ״אף על פי שהנאת האפדנא מרובה, יתמי דלא בנו לה ולא פרעי ההוצאה, מאי איכפת להו בהנאתו של זה, כיון דלא מפסדי מידי ממאי דיהבי להו קדמונאי, ׳זה נהנה וזה אינו חסר׳ הוא״. יסוד מחלוקתם הוא בשאלה, האם מי שנהנה מרכוש חבירו הנאה ששווה ממון רב, וגם גרם לו חיסרון ממון מעט, צריך לפצותו רק בשיעור החיסרון, או בכל שיעור ההנאה. שולחן ערוך, חו״מ,

מדבריהם הסיק ר׳ ישראל איסרליין[78], שבית דין רשאי לעשות פשרה בנכסי היתומים ולמחול על חלק מזכויותיהם ״כדי להשקיטם ממריבות״. וכך פסקו השולחן ערוך[79] והרמ״א[80].

מדבריו למד החתם סופר[81], שאם יש סכסוך שבמסגרתו יש טענות נגד היתומים, האפוטרופוס רשאי להתפשר, ואגב כך למחול על חלק מזכויותיהם של היתומים, ״כדי להשקיט הנכסים מקטטות ומריבות״.

גם החכם צבי[82] כותב לעניין תביעת חוב שאחרים חייבים ליתומים, שאם המצב הוא ש״אם לא יתפשרו קרוב לבוא לידי הפסד כל החוב״, מותר לאפוטרופוס להתפשר. אבל הוא כותב שראוי ״להושיב בית דין יפה מומחה ובקי בדינים, ולהודיעם כל תוכן הדברים, ולהראותם עד

סימן שסג, סעיף ז, פסק כדעת המחייבים. וראה חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, עמ׳ 68; בירור הלכה, בבא קמא כ ע״ב, ציון ה, פרק ו.

בסופו של דבר, סירב הבונה לפשרה שהציע רב נחמן, ולכן רב נחמן עיקל את ביתו כתשלום ליתומים. לפי השיטה הראשונה, גבה מביתו את כל דמי השכירות המקובלים על בית, שמן הדין היה חייב לשלם. לפי שיטת הרמ״ה, גבה מביתו רק את הסכום המועט שהיו גובים מאלו שהשתמשו בקרקע לפני כן – כך הסביר חידושי אנשי שם, על נימוקי יוסף שם.

[78] תרומת הדשן, פסקים, סימן קסב (הובא בשו״ת מהר״י בן לב, חלק א, סימן קכא, וחלק ב, סימן כז, בשו״ת מהרשד״ם, חו״מ, סימן שכא וסימן שעח, בשו״ת נאמן שמואל, סימן קב, דף קלז ע״ג, ובשו״ת מהרי״ט, חלק א, סימן עג, בסופו).

[79] שולחן ערוך, חו״מ, סימן יב, סעיף ג.

[80] רמ״א, חו״מ, סימן קי, סעיף יא.

[81] שו״ת חתם סופר, חו״מ, סימן קיב, ד״ה ואע״ג (הובא בפתחי תשובה, חו״מ, יב, ס״ק ז).

גם שו״ת מהר״י בן לב, חלק א, סימן קכא, לומד מדברי תרומת הדשן לעניין אפוטרופוס. שו״ת פני משה, חלק א, סימן סט, פוסק כמהר״י בן לב, אבל הוא מעיר על דבריו, שלכאורה אפשר להבחין בין בית דין לאפוטרופוס. כמו כן, בני חיי, חו״מ, יב, הגהב״י, אות א הראשון, מצטט את תרומת הדשן כאילו הוא אומר שאפוטרופוס יכול למחול על ממון היתומים. כמו כן, שו״ת לחם רב, סימן קעו, כותב שאפוטרופוס יכול לעשות פשרה עבור היתום.

ערך לחם, חו״מ, רצ, יג (הובא בשו״ת אשר לשלמה (אבן דנאן), סימן לט, ד״ה אלא דגם), כותב בשם הרשב״א, שאפוטרופוס יכול להתפשר עם נושי היתומים כפי מה שיראה בעיניו, בלי לפנות לבית דין.

שו״ת מהרש״ך, חלק א, סימן סה, כותב שאפוטרופוס רשאי לעשות פשרה כדי למנוע סכנה שהערכאות של הנכרים יגבו מהיתום סכום גדול, ו״תבוא עליו ברכה״.

כמו כן, ר״ש דיכובסקי, ״תשלום מזונות מראש כשאינם מדביקים את יוקר המחיה, ודין הסכם שיפוי בין ההורים״, אוריתא יז (אדר תשנ״ג), עמ׳ רז–רח, מתיר לאם להסכים לקבל את דמי מזונות הילדים מראש, אף שייתכן שבכך היא פוגעת בזכות הילדים לתבוע הגדלה של סכום המזונות המגיע להם בעתיד, עקב שינויי נסיבות המצדיקים את הדבר, משום ״שבדרך כלל עדיף לקבל תשלום מראש, ולא להיות תלויים בקצבה חודשית שתשולם על ידי האב, העלול להיעלם או לפשוט רגל״.

חתם סופר מציין שכך כתב שו״ת מהרלב״ח, סימן צה. אבל בדיוננו בסעיף 38, עמ׳ 89, הבאנו שמהרלב״ח מדבר על מצב שברור שהיתומים חייבים, והאפוטרופוס פורע חוב שלהם מוקדם כדי שהנושה ימחל להם חלק מהחוב, כלומר שהיתומים לא מחלו כלום מזכותם (חוץ מן העובדה שפרעו מוקדם משהיו חייבים).

חתם סופר מביא ראיה גם מהרשב״א שהובא לעיל, עמ׳ 142, ליד ציון הערה 29, שמתיר למכור קרקע של יתומים כדי לפרוע חוב אם הנושה מוכן למחול על חלק מהחוב אם יפרעו עכשיו. גם על כך יש להעיר ששם היתומים לא מחלו כלום מזכותם (חוץ מן העובדה שפרעו מוקדם משהיו חייבים).

אבל שו״ת הרשב״ש, סימן תקה, שהובא לעיל, הערה 70, עוסק בפשרה, ובכל זאת כתב שאפוטרופוס אינו יכול למחול עבור היתום. ייתכן שבנידונו הפשרה לא היתה לתועלת היתום, כלומר, שלא היה אילוץ שמנע ממנו לתבוע את כל זכותו, כמו האילוצים שהיו במקרים של הפוסקים שמנינו.

[82] שו״ת חכם צבי (הנוספות), סימן ג.

היכן הדברים מגיעין, וכמה ממון צריכין לוותר, ועל פי בית דין יעשו האפוטרופסין מה שיעשו בענין הפשרה. ודוקא בית דין יפה ומפורסם בדורו לבקי ומומחה".

פרק שביעי

"מתן תרומה" – ס"ק (א)(5א)

א. מבוא

ס"ק (א)(5א) קובע שאפוטרופוס מוסמך לתת תרומה רק אם הוסמך לכך ב"הנחיות המקדימות" שניתנו במסגרת מינויו, וגם אז מוגבלת סמכותו לסכום שנקבע באותן הנחיות או ל־100,000 ש"ח, הנמוך מביניהם.

המשפט העברי מסמיך אפוטרופוס לתת תרומה לפי אומדן דעתו של החסוי, ולתת תרומות ומעשרות שהופרשו מפירותיו לצורך אכילתו. בכך נדון בפרק זה.

ב. צדקה לפי אומדן דעתו של החסוי

בשולחן ערוך נפסק[83], שאין האפוטרופוס מוסמך לתת צדקה מנכסי החסוי.

מהרי"ט[84] נשאל על מי שמינה אפוטרופסים לבנו, ולאחר פטירתו, נפל הבן למשכב, והאפוטרופסים, לאור מצבו של הבן וייסוריו, "רחמו על הנער הרך וטוב, והקדישו לגבוה סך מה לצדקות ולארץ ישראל וירושלים תוב"ב, ואולי בזכות זה ירפאהו ה' מחלייו". לימים נפטר הבן, ויורשיו ערערו על הקדשת הנכסים בידי האפוטרופסים וביקשו להשיב לעיזבון את כל הכספים שהוקדשו.

מהרי"ט דחה את התביעה, בטענה שהאפוטרופסים עומדים במקום אבי היתומים, ועל כן רשאים האפוטרופסים "לדון בדעתו [=לאמוד דעתו של האב], שאילו אביהן היה קיים בשעה זו, היה פוסק עליהם צדקה כזו לפדיון נפשם, או אם היה היתום גדול, היה פוסק על ידי עצמו, וכל כיוצא בזה יכול בית דין לעשות, לפי מקומו ושעתו, ואף אפטרופסין אלו כן".

הרי שאפוטרופוס מוסמך לתת צדקה מנכסי החסוי, אם יש להניח שהחסוי היה נותן צדקה באותו מצב אילו היה גדול.

ג. תרומות ומעשרות

התלמוד[85] מביא ברייתא, האומרת שאפוטרופוס של יתומים יכול להפריש תרומות ומעשרות

[83] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף טו. ראה על כך בדיוננו בסעיף 38, עמ' 79.

[84] שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קכז.

כמו כן, שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קיב (ד"ה והנה זה שבועים), כותב שאם זו משפחה עשירה, מותר לאפוטרופוס להפריש מממון היתומים להקים קרן לפרנסת בני המשפחה העניים.

אבל מהרי"ט כותב (בד"ה ומיהו) שאם רק הקדיש את הכסף ולא מסר אותו לגבאי צדקה, ומת היתום, אל יתנו, מפני שהעניים לא זכו בכסף בהקדשה בלבד.

[85] גיטין נב ע"א. וכך פסקו רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ט; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף יא.

מפירותיהם של יתומים, כדי לספק את צרכיהם המיידיים של היתומים ("להאכיל")[86], אבל אינו יכול להפריש אותם כדי להכשיר לאכילה פירות שאין ליתומים צורך מיידי בהם ("להניח")[87].

לשון הברייתא היא "תורמין ומעשרין", אבל במשנה שם הלשון היא "חייב לעשר".

[86] ראה במבוא לספר, פרק ראשון, שיש שפירשו שסמכות האפוטרופוס להפריש תרומות ומעשרות היא מעיקר הדין, ויש שפירשו שהיא מכוח "הפקר בית דין – הפקר" (וכך פירש שערי חיים, שנביא בהערה 87), ויש שפירשו שהיא מדין "זכין לאדם שלא בפניו". שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קכז (ד"ה ועוד מטעמא), נימק, "דאנן סהדי דניחא להו בכך, והוי ליה שלוחייהו בכך". וראה על כך באוצר מפרשי התלמוד, גיטין נב ע"א, ליד ציוני הערות 27–37.

קצות החושן, סימן רמג, ס"ק ז, דוחה את הפירוש שסמכותו היא מכוח "זכין", בכך שאי אפשר להוציא דבר מבעלותו של אדם מכוח "זכין", ואם כן, אי אפשר להוציא את הפירות מבעלות היתומים. הוא הסביר שהפרשת תרומה היא חלוקה בין חלקו של הכהן בפירות לבין חלקו של הישראל, וסמכותו של אפוטרופוס לעשות חלוקה כלולה במה שנלמד בקידושין מב ע"א שהוא יכול לחלק עיזבון בין היתומים. אמרי בינה, הלכות תרומות ומעשרות, סימן ו, בסופו, מקשה עליו, הרי הלכה היא ש"מתנות שלא הורמו אינם כמי שהורמו", כלומר כל זמן שלא הופרשו תרומות ומעשרות, אין אומרים שחלק מהפירות שייך לכהן כאילו הופרשו. אבל רמב"ם, הלכות אישות, פרק ה, הלכה ו, פוסק שהם "כמי שהורמו". מעדני ארץ, הלכות תרומות, פרק ד, הלכה י (קלב ע"א במהד' תשי"ב, עמ' שנג במהד' תשע"ד), כותב שגם לדעה שאינם כאילו הורמו, יש לכהן כעין שותפות בטבל.

רז"נ גולדברג, "בדין זכיה ואפוטרופוס", בית התלמוד, כרך ה (תשכ"ח), עמ' מב, מקשה על ההסבר שהוא מכוח הפקר בית דין, הרי אם הופקר הוא פטור ממעשר, וגם אם הפקירו אחרי מירוח, הרי ר"ש, פאה, פרק א, משנה ו, אומר שגם הפקרה אחרי גמר מלאכה לפני ראיית פני הבית – פוטרת ממעשר. הוא מיישב שהפקר בית דין הוא רק לאדם אחד (האפוטרופוס) והפקר לאדם אחד אינו פוטר ממעשר, ועוד, שלשיטה שהפקר בית דין יכול ליצור הקנאה, הפירות נקנים לאפוטרופוס ואין זה הפקר שפוטר ממעשר.

[87] חידושי הרשב"א, גיטין נב ע"א, מציע שני הסברים להבחנה זו: (א) סמכות האפוטרופוס להפריש היא משום הפקר בית דין, שהפקירו את הפירות לגבי האפוטרופוס לצרכי מאכל היתומים, אבל להניח אין בו צורך ליתומים, ולכן לא הפקירום לכך; (ב) סמכות האפוטרופוס להפריש היא משום שידו כיד היתומים, ומן הדין יכול הוא להפריש גם להניח, אלא שאסור מדרבנן כדי שלא יראה כמזלזל בנכסי היתומים, שמא לא ידקדקו יפה בדבר, כיוון שאין בכך צורך ליתומים. מעדני ארץ, הלכות תרומות, פרק ד, הלכה י (קלב ע"ב במהד' תשי"ב, עמ' שנד במהד' תשע"ד), כותב שהרמב"ם סובר כהסבר השני, ולכן כתב את האיסור להפריש להניח בהלכות נחלות ולא בהלכות תרומות.

פני יהושע, גיטין נב ע"א, מסביר שסמכותו להפריש היא מהתורה, מכוח הדרשה בקידושין מב ע"א על סמכות אפוטרופוס בחלוקת נחלה, אלא שהוא מוסמך רק לעשות מה שהכרחי, ובצרכי האכילה של היתומים מוכרחים להפריש, כדי שלא יאכלו איסור, ואמנם מהתורה די בחיטה אחת מכרי שלם, אבל כיוון שיש לאפוטרופוס רשות להפריש, יפריש כדינו, אחד מחמישים; אבל אינו יכול להפריש "להניח" מפני שייתכן שלא יצטרכו להפריש מהם, אלא ימכרו אותם בעודם טבל.

באפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים: בחידושי הריטב"א, קידושין מא ע"ב, ד"ה אתם ולא אפוטרופוס, כתב שרק אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין אינו רשאי לעשר פירות כדי "להניח", אך אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים רשאי לעשות כן.

לעומת זאת, בחידושי הרשב"א, גיטין נב ע"א, דייק מן הברייתא האוסרת על האפוטרופוס להפריש תרומה מנכסי היתומים, שהיא עוסקת גם באפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים. לדבריו, נכון הוא שסמכויות אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין רחבות מאלו של אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים, ובכל זאת חידשה הברייתא, שגם אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין אינו רשאי להפריש תרומה כדי "להניח".

על הבחנתו של הריטב"א הקשה בספר משמרות כהונה, גיטין נב ע"א, מדוע הסוגיה שם, המוצאת סתירה בין משנה לברייתא בעניין סמכות אפוטרופוס להפריש תרומות ומעשרות, לא יישבה בכך ששני המקורות עוסקים בעישור פירות כדי "להניח", אלא שהמשנה עוסקת באפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים, בעוד

שהברייתא עוסקת באפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין? על קושייה זו הוא משיב, שהמשנה עוסקת ביתומים שסמכו אצל בעל הבית (ראה בדיון על סעיף 67), וסמכויותיו של אותו בעל הבית אינן רחבות מאלו של אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין.

במעשר בהמה: במסכת שבת נד ע"ב, מסופר שרבי אלעזר בן עזריה היה עשיר עד כדי כך, שכל שנה היה מפריש מעדריו שנים עשר אלף עגלים למעשר בהמה. בתוספות שם, ד"ה הוה מעשר, נאמר, שבקטנותו, היה האפוטרופוס שלו מעשר עבורו את העדרים. על כך הקשה בשו"ת חכם צבי, סימן לג, כיצד יכול היה האפוטרופוס לעשר מספר רב כל כך של בהמות, והרי ברור שלא היה לרבי אלעזר בן עזריה צורך בכל הבהמות לפרנסתו ("להאכיל"). והוא תירץ, שיש הבדל בין מעשר בהמה, שהקונה בהמות פטור ממעשר בהמה, לבין מעשר דגן, שהקונה חייב בו. לא היה אפשר לקיים את כל הבהמות עד שיגדל רבי אלעזר בן עזריה, משום שרבות מהן ימותו, ולכן האפוטרופוס יהיה חייב למכור את חלקן, ובכך יפקיע את מצוות המעשר, שכן הקונה פטור ממנה, ולכן התירו לאפוטרופוס לעשר את הבהמות, אף שזהו מעשר "להניח". לעומת זאת, במעשר דגן, גם אם ימכרו לאחרים, הקונה יקיים את מצות המעשר, ולכן אסור לאפוטרופוס לעשר "להניח".

תירוץ אחר ניתן בקרבן נתנאל על הרא"ש, גיטין, פרק ה, סימן ה, אות י: מעשר בהמה נועד להקרבה כקרבן בבית המקדש, ומאחר שרבי אלעזר בן עזריה חי בסמוך לחורבן, היה חשש שבית המקדש יחרב, ואם יעשר את הבהמות לכשיגדל, לא יספיק להקריב אותם. משום כך התירו לאפוטרופוס לעשר את הבהמות ולזכות את ר"א בן עזריה במצווה, אף שזה היה מעשר כדי "להניח".

שערי חיים, קידושין, סימן מב, אות ד, מתרץ בדרך אחרת: מהפסוק שנאמר בתרומה "כן תרימו גם אתם" (במדבר יח, כח), למדו חכמים (גיטין שם) שאף שיש לאפוטרופוס "כוח עשייה" כמו של בעל הפירות, אין בכך כדי להתיר לו להפריש את התרומה. לכן היה צורך בהפקר בית דין כדי לאפשר לו להפריש את התרומה, וחכמים הפקירו את ממונם של היתומים רק לשם הפרשת תרומה כדי "להאכיל". לעומת זאת, במעשר בהמה לא נאמר "אתם", ומאחר שיש לאפוטרופוס "כוח עשייה" כמו של בעל הבהמות, הוא יכול להפריש מהן מעשר בהמה בלי הגבלה.

משמרות כהונה מיישב את הקושייה האמורה על פי שיטת הריטב"א, לעיל בהערה זו, שאפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים רשאי להפריש תרומות ומעשרות גם כדי "להניח", והוא מסביר שהאפוטרופוס של רבי אלעזר בן עזריה מונה על ידי אביו. אשר לשיטת הרשב"א, החולק על הריטב"א, הוא מתרץ, שהאפוטרופוס של ר"א בן עזריה הפריש מעשר בהמה על פי אישור של בית הדין. וראה גם להלן, ליד ציון הערה 21.

לתירוצים נוספים, עיין מעדני ארץ, תרומות, פרק ד, הלכה י, ד"ה אולם וד"ה ועיין, ובמקורות שצוינו באוצר מפרשי התלמוד, גיטין נב ע"א, הערה 54.

רז"נ גולדברג, "בדין זכיה ואפוטרופוס", בית התלמוד, כרך ה (תשכ"ח), עמ' מג, מקשה, לפי השיטה שאפוטרופוס יכול להפריש כי הוא קונה את הפירות מכוח הפקר בית דין, מדוע הפריש האפוטרופוס מעשר בהמה, הרי הקונה בהמה פטור ממעשר בהמה (בכורות נה ע"ב)? הוא מתרץ על פי הסברו (ראה בשמו במבוא לספר, עמ' 3) שנכסי יתומים נקנים לאפוטרופוס רק על מנת להקנותם לאחרים – אפשר לומר שהקונה רק ע"מ שיוכל לעשר לא נחשב קנוי, כי לא כל הגוף שלו.

ביעור מעשרות: מעדני ארץ, תרומות, פרק ד, הלכה י, ד"ה ובעיקר (השני), נוקט שגם כשמגיע זמן ביעור מעשרות (פסח בשנה הרביעית ובשנה השביעית של מחזור השנים), שאז חובה להפריש תרומות ומעשרות ולתתם למי שזכאי לקבלם, האפוטרופוס אינו יכול להפריש תרומות ומעשרות, כיוון שהיתומים קטנים ואינם חייבים במצווה זו. לעומתו, דרך אמונה, תרומות, פרק ד, הלכה י, ציון ההלכה אות רעא, כותב שמותר לאפוטרופוס לעשר את פירות היתומים בהגיע מועד ביעור המעשרות, כמו שיכולים לעשות את כל המצוות בשביל הקטן.

ביכורים: מנחת חינוך, מצווה צא, בסופה, הקשה מן המשנה, ביכורים, פרק א, משנה ה, הקובעת שהאפוטרופוס מביא ביכורים בשם החסוי, אף שהבאת הביכורים אינה נחוצה כדי להתיר לחסוי לאכול את פירותיו, ואם כן, זוהי הבאה כדי "להניח". הוא מעלה אפשרות שהדבר נעשה על פי אישור של בית הדין.

שיטת הירושלמי: הסתירה בין המשנה לברייתא בעניין סמכותו של האפוטרופוס לעשר את פירותיהם של היתומים, שהבבלי מיישב בהבחנה בין "להאכיל" לבין "להניח", מועלית גם בתלמוד הירושלמי, גיטין,

הרי שאפוטרופוס מוסמך לתת תרומות ומעשרות מפירותיו של החסוי לכהן, ללוי ולעני, כל אחד כמגיע לו[88].

פרק שמיני

"מתן מתנה" – ס"ק (א)(5)(ב)

א. מבוא

נתינת מתנה[89] מנכסי החסוי היא פעולה שעל פניה נראית כפוגעת בעניינו של החסוי, ועל כן קבע המחוקק שאין האפוטרופוס מוסמך לתת מתנות מנכסי החסוי אלא באישור של בית המשפט[90]. אולם ס"ק (5ב) מסייג הוראה זו בכך שהוא רשאי לתת מתנה אם היא נהוגה בנסיבות העניין. סייג זה נועד לאפשר לאפוטרופוס לתת מתנות שיש להניח שהחסוי בעצמו היה נותן, אילו היה כשיר לכך.

עוד קובע ס"ק (5ב), שאם ניתנה הנחיה מוקדמת המסמיכה את האפוטרופוס לתת מתנות מנכסי החסוי, יידרש האפוטרופוס לקבל את אישור בית המשפט למתנה, רק אם המתנה היא "בסכום העולה על הסכום שנקבע בהנחיות המקדימות או בסכום העולה במצטבר על מאה אלף 100,000 שקלים חדשים, לפי הנמוך".

ב. הכלל – "אין אדם נותן דבר שאינו שלו"

הכלל בעניין כוחו של האפוטרופוס לתת מתנות מנכסי החסוי הוא, כדברי הרמב"ם[91]: "האפוטרופוסין, בין שמינו אותם בית דין בין שמינה אותן אבי יתומים... מתנתם אינה כלום, שאין אדם נותן דבר שאינו שלו".

פרק ה, הלכה ד, ותרומות, פרק א, הלכה א. אולם הירושלמי מתרץ את הסתירה בדרך שונה: אפוטרופוס לגדול אינו רשאי להפריש (ונימק פני משה בשני המקומות, שיש לו דעת ולכן צריך לקבל את רשותו), ואילו אפוטרופוס לקטן רשאי להפריש. מהסבר זה, הסיק ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף כט, שלירושלמי, אפוטרופוס לקטן רשאי לעשר את פירותיו של הקטן "כרצונו", כלומר, אף כדי "להניח". מראה הפנים לירושלמי, גיטין, שם, הסיק מן הבבלי ש"[כדי] להאכיל, מעשר [האפוטרופוס], בין לגדולים בין לקטנים", ולדעתו, כך פסק הרמב"ם, ש"כן סתם הרמב"ם ז"ל דבריו, בסוף פרק יא מהלכות נחלות".

88 אמנם בברייתא נזכר רק שהאפוטרופוס מפריש מעשר מפירותיו של החסוי, ורק ההפרשה נחוצה כדי להתיר לחסוי לאכול מהפירות, אבל מובן מאליו שגם נותנים את התרומות ואת המעשרות לכהן, ללוי ולעני, כי הם כבר אינם בבעלותו של החסוי.

89 לפי ס"ק (א)(15), בכלל זה גם התחייבות לתת מתנה בשמו של החסוי. את השאלה, האם המונח 'מתנה' כולל גם "הקניית זכויות פחותות מהבעלות, למשל, השאלת מכונית", מותירים פרידמן וכהן, עמ' 1049, סעיף 18.44, ב"צריך עיון".

בר"ע 698/86 היועץ המשפטי נ' פלוני, פ"ד מב(2) 661, 676 (03.07.88) נקבע, שתרומת איברים אינה כלולה במסגרת המונח "נתינת מתנות", ושהמסגרת המשפטית המתאימה לכך מצויה בסעיף 68(ב) לחוק.

90 ראה פרידמן וכהן, שם.

91 רמב"ם, הלכות מכירה, פרק ל, הלכה ו (הובא בשו"ת הרשב"ש, סימן תקה, ובשו"ת אשר לשלמה (אבן דנאן), סימן לט, ד"ה שוב ראיתי). כך פסקו גם שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלה, סעיף כו, ושו"ת דברי מרדכי (בירדוגו), סימן יא (יג ע"ד).

ר' משה גלאנטי[92] מוסיף שאפוטרופוס שנתן מתנות מנכסי החסוי נקרא "פושע" וחייב להשיב את המתנות לחסוי, ואין לפטור אותו מחשש שמא יימנעו אנשים מלכהן כאפוטרופסים[93], משום שפטור כאמור ניתן רק למי ש"לא נתכוון אלא למעלתן של יתומים, ואם אתה אומר לו שיפרע, אתי לאמנועי. אבל בנדון דידן, שכיוונה ליתן ולבזבז ביידיים, מחייבא בהיזק". לדבריו, אף מסלקים אותו בגלל חריגתו מסמכותו.

ג. מתנה בהתאם לאומד דעתו של החסוי

לעיל[94] הבאנו את פסיקתו של מהרי"ט, שאפוטרופוס מוסמך לתת צדקה מנכסי החסוי, אם יש להניח שאילו היה גדול, היה נותן צדקה מצב כזה.

מדברי מהרי"ט אפשר ללמוד שמתנה שיש להניח שאילו היה החסוי גדול ובר דעת היה נותן בעצמו, רשאי האפוטרופוס לתת אותה, אף בלי לקבל את אישור בית הדין לכך.

אבל יש להדגיש, שבניגוד למבחן האובייקטיבי שבחוק, שבודק אם המתנה "נהוגה לתת בנסיבות העניין", המבחן שמציע מהרי"ט הוא מבחן סובייקטיבי, הבודק את אומד דעתו של החסוי עצמו, או של מי שמינה את האפוטרופוס[95].

ד. מתנה שהיא טובה לחסוי

ר' שמואל גארמיזאן[96] כתב שלדעת הרמב"ם, אפוטרופוס מוסמך לתת מתנה מנכסי החסוי, אם יש בכך תועלת לחסוי.

כך אפשר ללמוד גם בדברי ר' יעקב גזונדהייט בעניין שחרור עבד על ידי אפוטרופוס. לעיל[97] ראינו שהאפוטרופוס אינו מוסמך לשחרר עבד של החסוי. וכתב על כך ר' יעקב גזונדהייט[98]: "אי היה טובה ליתומים בשחרור, היה יכול להוציא לחירות".

אמנם במתנה קיים גם הפסד ליתומים, בשונה משחרור עבדים, אך הדעת נותנת שאם יש במעשה זה תועלת עבור היתומים, אין להבחין בין המקרים. כך מוכח מסמכות האפוטרופוס להוציא ממון מנכסי היתומים לצרכיהם השונים[99].

[92] שו"ת מהר"ם גלנטי, סימן צז.

[93] על שיקול זה ראה בדיוננו בסעיף 53.

[94] לעיל, עמ' 153, ליד ציון הערה 84.

[95] גם החוק מתחשב בנקודת המבט הסובייקטיבית: סעיף 167ו(ב)(2) קובע: "בקבלת החלטות בעניינים שבסמכותו יפעל אפוטרופוס" בהתאם להנחיות מקדימות שקיבל, ובהיעדרן של הנחיות, "לפי רצונו של האדם אם הוא מסוגל להבין בדבר ואת משמעות ההחלטה, ואם לא ניתן לעמוד על רצונו של האדם – בהתאם לרצונו כפי שהובע בעת שהיה מסוגל להבין בדבר או כפי שניתן ללמוד מהתנהגותו בעבר או מהשקפת עולמו ואורח חייו כפי שהיו בעבר".

אומד דעת החסוי משמש גם בשאלה, האם מוסמך האפוטרופוס לתרום איברים מגוף החסוי לקרוב משפחה או לאחר, על סמך אומדן דעת שהחסוי היה מתרצה בכך. ראה על כך בדיוננו בסעיף 38, עמ' 77.

[96] אמרי בינה (גארמיזן), כתובות ע"א, עמ' קצד. אבל הוא כותב שרבינו חננאל (בתוספות, כתובות ע"א, ד"ה אבל), ורא"ש, כתובות פרק ו, סימן כג, חלוקים על הרמב"ם בזה – עיין שם בהוכחתו לכך.

[97] לעיל, ליד ציון הערה 42.

[98] תפארת יעקב, גיטין נב ע"א.

[99] עניין זה מפורט בהרחבה בדיוננו על סעיף 38, פרקים ב–ג.

ה. אישור מתנת החסוי

הרמב"ם[100] פסק: "קטן עד שש שנים, אין הקנייתו לאחרים כלום. ומשש שנים עד שיגדיל – אם יודע בטיב משא ומתן, מקחו מקח וממכרו ממכר ומתנתו קיימת, בין בדבר מרובה בין בדבר מועט, בין במתנת בריא בין במתנת שכיב מרע".

אולם הרמב"ם[101] מדגיש שדין זה אמור דווקא "בקטן שאין לו אפוטרופוס. אבל אם היה לו אפוטרופוס, אין מעשיו כלום, אפילו במיטלטלין, אלא מדעת האפוטרופוס, שאם רצה לקיים מקחו וממכרו ומתנתו במיטלטלין – קיים".

מן הדברים עולה שאפוטרופוס מוסמך לאשר מתנה של החסוי הקטן אם המתנה היא במיטלטלין, ובלבד שהקטן "יודע בטיב משא ומתן", כלומר שהוא מבין את משמעות נתינתה של המתנה.

פרק תשיעי

"מתן הלוואה" – ס"ק (א)(5ה)

א. מבוא

בעקבות תיקון מס' 18, נוסף לחוק ס"ק (5ה), הקובע שאין האפוטרופוס רשאי לתת הלוואה מנכסי החסוי אלא אם קיבל את אישור בית המשפט לעשות כן.

יתר על כן: אף אם האפוטרופוס הוסמך במפורש לתת הלוואות בהנחיות מקדימות שקיבל בעת שמונה לתפקיד, הוא לא יהיה רשאי לתת הלוואה "בסכום העולה על הסכום שנקבע בהנחיות המקדימות או בסכום העולה על 100,000 שקלים חדשים, לפי הנמוך".

הוראה זו מבוססת על ההנחה שמתן הלוואה מסכן את עניינו של החסוי, ובשל כך יש לערב את בית המשפט בהחלטה לתת את ההלוואה.

בבירור עמדת המשפט העברי בעניין זה, נבחין בין מתן הלוואת חסד שתכליתה לסייע לאדם אחר, לבין הלוואה מסחרית, אף שהחוק אינו מבחין בין השתיים.

ב. הלוואת חסד

ההלוואה לאדם חסר אמצעים הזקוק להלוואה למחייתו, או כדי לשקם את עסקיו, נחשבת כמצווה של גמילות חסדים[102], אך מצווה זו אינה מוטלת על קטינים ופסולי דין[103].

[100] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כט, הלכה ו. כך פסק גם שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלה, סעיף א.

[101] רמב"ם שם, הלכה ז. כך פסק גם שולחן ערוך, שם, סעיף ב. מקור הדין בכתובות ע ע"א. אבל יש שסוברים שקטין שיודע בטיב משא ומתן יכול לתת מתנות במיטלטלין אף אם יש לו אפוטרופוס, ורק לעניין מכר נאמר שאין ממכרו ממכר אם יש לו אפוטרופוס. ראה על כך: הלכה פסוקה, חו"מ, סימן רלה, סעיף ב, הערה 6; בירור הלכה, כתובות ע ע"א.
בשאלה אם קטין שיש לו אפוטרופוס יכול לתת מתנת שכיב מרע, עיין משנה למלך, הלכות מכירה, פרק כט, הלכה ז; מעשה רוקח על הרמב"ם, שם; פתחי תשובה, חו"מ, סימן רלה, ס"ק ב.

[102] שולחן ערוך, חו"מ, סימן צז, סעיף א.

[103] מנחת חינוך, מצווה סו; פתחי חושן, הלוואה, פרק א, הערה א. הכוונה לקטן לפני גיל "חינוך".

אמנם בדיון על סעיף 38[104] עמדנו על כך שהאפוטרופוס מוסמך לעשות שימוש בכספם של יתומים כדי לחנכם בקיום המצוות, אך יחד עם זאת, הובהר שם, שאין הוא מוסמך להוציא מכספם עבור קיום מצוות שאין להן קצבה. אם כן, אין האפוטרופוס מוסמך להלוות מכספם של היתומים לאחרים, אם לא צומחת ליתומים כל תועלת מכך.

אבל כפי שראינו לעיל[105], האפוטרופוס מוסמך לתת צדקה בשם היתומים, אם יש להניח שהם מעוניינים בכך. נראה שקל וחומר שהוא מוסמך להלוות מכספם של היתומים בהלוואת חסד, אם יש להניח שהם מעוניינים בכך, ובלבד שידאג לקיומן של ערובות מתאימות, המבטיחות שלא ייגרם ליתומים הפסד[106].

ג. הלוואה מסחרית

בתלמוד נאמר[107]: "מעות של יתומים – מותר להלוותן קרוב לשכר ורחוק להפסד". כלומר, האפוטרופוס מוסר את הכספים למשקיע שיוסכם עמו שהוא ישתף את היתומים ברווחיו אך לא בהפסדיו. עסקה כזאת דומה להלוואה בריבית, שהרי המשקיע מקבל כספים בהלוואה, ומחזיר למלווה לכל הפחות את הקרן (אם הפסיד בעסקיו), ולכל היותר קרן ורווחים (אם הרוויח בעסקיו). על כן אסרו חכמים להלוות כספים בדרך זו, אך התירו את הדבר ליתומים כדי להבטיח שהונם לא יכלה בשל הצורך לפרנסם מן העיזבון.

אם כן, אנו למדים מכאן שאפוטרופוס רשאי להלוות את כספי החסוי רק בתנאים שיגדילו את הונו של החסוי, בלי לסכן אותו, וגם זאת רק באישור של בית דין.

פרק עשירי

פעולה אחרת הכרוכה בסיכון

ראינו בפרקים הקודמים מגוון של פעולות שהמשפט העברי אוסר על אפוטרופוס לעשות בנכסי היתומים, במקביל להגבלות שהחוק מטיל, מחשש שייגרם מכך הפסד לחסוי, אף אם התכוון לטובת החסוי. להלן נעסוק בפעולות נוספות שהמשפט העברי אוסר מטעם זה, פעולות שהחוק אינו עוסק בהן.

א. הובלת נכס למכירה

1. אם יש סיכון בהובלה

בתלמוד[108] מסופר שבידי רבינא הופקדו חביות יין של יתומים, והוא ביקש לצאת למדינה רחוקה דרך הים. הוא התלבט האם לקחת עמו את החביות, כדי שיוכל לשמור עליהן היטב, או שמא להותירן במקומן, ולא לסכנן במסע הארוך. אי לכך, פנה רבינא לרב אשי כדי שיורה

[104] פרק שני, עמ' 78.
[105] ראה לעיל, ליד ציון הערה 84.
[106] לעניין זה, ראה להלן, בדיון על סעיף 58.
[107] בבא מציעא ע ע"א. נרחיב בעניין זה בדיוננו בסעיף 50.
[108] כתובות ק ע"ב.

לו כיצד לנהוג, ורב אשי הורה לו: "זיל, לא עדיף מדידך [=לך, אינו עדיף משלך]". כלומר, כשם שהוא לוקח עמו למסעו את נכסיו, ואינו חושש לסכנות שבדרך, כך ינהג גם בנכסי היתומים שהופקדו בידו[109].

הראשונים נחלקו בשאלה האם אפשר להסיק ממעשה זה שמוטל על המחזיק בנכסי יתומים ליטול רשות מבית הדין להוביל את נכסי היתומים אתו. הרמב"ם[110] למד מתשובתו של רב אשי: "מי שהיה בידו שֵכר של יתומים, אם יניחו כאן עד שיימכר שמא יחמיץ ואם יוליכנו לשוק שמא יארענו אונס, הרי זה עושה בו כדרך שהוא עושה בשלו, וכן כל כיוצא בזה". טעמו הוא, שאין צורך לקבל רשות מבית דין, אחרי שרב אשי כבר נתן רשות לכל מחזיק בנכסי יתומים לנהוג כך[111]. וכן פסק אף השולחן ערוך[112].

מנגד, הרא"ש[113] הסיק משאלתו של רבינא: "כן ראוי לעשות לכל מי שיש בידו ממון יתומים, שיעשה במאמר בית דין, ולא שיאמר מדעת עצמו 'אעשה כמו בשלי'". מן המילה "ראוי" שבדברי הרא"ש ניתן להסיק, שאם האפוטרופוס מתלבט כיצד לפעול, ראוי לו שיבקש הוראות, אך אין הוא חייב לעשות כן. אולם, בנו, ר' יעקב בעל הטורים[114], הביא את דברי הרא"ש בשינוי לשון משמעותי: "מי שיש בידו מנכסי יתומים סחורה, שיש לחוש שאם ישהה אותה עד שתתייקר שמא תפסד, או אם יוליכנה לשוק שמא תאנס בדרך, לא יאמר 'אעשה בהן כמו שהייתי עושה בשלי', אלא לא יעשה בהן דבר כי אם על פי בית דין". מדברי הטור משמע, שאם המחזיק מתלבט כיצד לפעול, וככל שיבחר עלול הוא לסכן את נכסי היתומים, הוא חייב לבקש הוראות מבית הדין[115]. טעמם הוא, שייתכן שרב אשי התיר לרבינא להוביל את נכסי היתומים מפני שידע שרמת הסיכון באותו זמן הייתה נמוכה, ואם נתיר היתר גורף לכל אדם לנהוג בנכסי יתומים כבשלו, יש מי שעלול לסמוך על כך ולהוביל אותם במצב שיש סיכון גבוה[116]. לדעתם, גם אם יש סיכוי לרווח גבוה אם יוביל את הנכסים למכירה במקום אחר, אסור לעשות כן בלי רשות של בית דין[117].

לשיטת הרא"ש והטור, אם למחזיק בנכסים יש צורך לעזוב את המקום, הוא רשאי להשאיר את הנכסים בבית הדין באותו מקום, שימסור אותם לאדם נאמן למשמרת[118]. אם יש סיכון

[109] ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 867, שיש שהוכיחו מכאן ששומר רשאי לנהוג בפיקדון כמו שהוא נוהג בנכסים שלו, גם אם זו רמת שמירה שנמוכה מהמקובל, וזאת בניגוד לדעת רוב הפוסקים, שהובאה שם, עמ' 163.

[110] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ג.

[111] שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן מו.

[112] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיפים ט–י.

[113] רא"ש, כתובות, פרק יא, סימן כא (הובא בשו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן קח).

[114] טור, חו"מ, סימן רצ, סעיף טז.

[115] כך משמע גם משו"ת מהרשד"ם, שם, שהסיק מדברי הרא"ש: "אין לאדם לסמוך על דעתו בזה עד שיטול רשות מבית דין... שכל מי שיש בידו נכסי יתומים... שלא יעשה דבר בלי רשות בית דין". וראה גם: פרישה, חו"מ, סימן רצ, סעיף טז ("אסור כי אם על פי בית דין").
אבל ייתכן שהטור מסכים שפעולת האפוטרופוס תישאר בתוקפה אף בלא שקיבל רשות מבית הדין, וכוונת הטור היא רק שהיעדר בקשת רשות יכולה לשמש עילה לפיטורי האפוטרופוס, כמבואר בסעיף 44, עמ' 99. לפי פירוש זה, ברור שדברי הטור הם פירוש לדעת הרא"ש, ואינו חולק עליו.

[116] שו"ת מהרשד"ם, שם.

[117] ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף כא.

[118] שו"ת מהרשד"ם, שם. הוא מסתמך על רמב"ם, הלכות שאלה ופקדון, פרק ז, הלכה יב, האומר כך לגבי שומר.

בהשארת הנכסים באותו מקום, יוכל להוביל את הנכסים עמו בתנאי שיבטח את הנכסים ברמת הביטוח הטובה ביותר, שמקובלת בהובלת נכסים, ואת מחיר הביטוח יגבה מתוך נכסי היתומים[119].

אולם הטור מוסיף[120]: "ונראה דזה לא איירי אלא במי שהן בידו ולא נתמנה אפוטרופא, אבל האפוטרופא אין צריך עוד בית דין, אלא יעשה כפי הנראה לו". כלומר, המינוי כאפוטרופוס מעניק לו את הסמכות לפעול כפי שנראה לו נכון, ואינו צריך לפנות לבית הדין.

הרמ"א[121] פוסק כדברי הטור: "אפוטרופוס עושה בלא בית דין כל מה שנראה בעיניו טובת היתומים". זו גם דעת הסמ"ע[122].

ר' מרדכי הלוי[123], בהסתמך על דברי הטור, מסביר שאין מחלוקת בין הרמב"ם לרא"ש: הרא"ש עסק במי שמחזיק בנכסי יתומים שלא מכוח מינוי כאפוטרופוס, שהוא נדרש לקבל הוראות מבית הדין לפני שיוביל את נכסי היתומים באופן שיש בה כדי לסכן אותם, בעוד שהרמב"ם עסק באפוטרופוס, שאינו נדרש לכך.

נוכל אפוא לסכם, שלדעת רוב הפוסקים, אפוטרופוס רשאי להוביל את נכסי החסוי, אם

[119] שו"ת מהרשד"ם, שם.

[120] טור, חו"מ, סימן רצ, סעיף טז.

[121] רמ"א, חו"מ, סימן רצ, סעיף ט (הובא בשו"ת משנה הלכות, חלק יז, סימן קמה).

[122] סמ"ע, סימן רצ, ס"ק כו, בסופו.

גם שו"ת דברי ריבות, סימן קכג, כותב על פי הטור: "שמה שצריך ראות עיני הבית דין הוא במי שיש בידו סחורה של יתומים ולא נתמנה אפוטרופוס, אבל למי שהוא אפוטרופוס, יעשה כפי הנראה לו". שו"ת שער אפרים, סימן קמט, מביא את דברי הטור להלכה. ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף כ, כותב שהרמב"ם סובר כטור – עיין שם להוכחתו.

ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף יט, כותב שגם לפי הטור, מי שיתומים סמכו אצלו, אף שדינו כאפוטרופוס (ראה סעיף 67), אינו יכול לפעול בלי הוראות בית דין, מפני שייתכן שאינו בקי במשא ומתן.

דעה חולקת: בית יוסף, על הטור שם, דוחה את הבחנת הטור, בכך שמי שמחזיק בנכסי היתומים דינו כבעל הבית שיתומים סמכו אצלו מעצמם, שדינו כאפוטרופוס, ואם כן, מה שנאמר על המחזיק בנכסי יתומים נכון גם באפוטרופוס. פרישה, חו"מ, סימן רצ, סעיף טז, מביא את דבריו, אף שהוא עצמו, בסמ"ע, הלך בעקבות הטור. אבל הב"ח, חו"מ, סימן רצ, סעיף טז, וערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף יט, משיבים על טענת בית יוסף, שכאן רק הנכסים הופקדו בידו, אבל היתומים לא סמכו אצלו. על כל פנים, אין נפקות בדברי הבית יוסף, שהרי הוא פוסק (בשולחן ערוך שם) כרמב"ם, שהמחזיק בנכסי יתומים אינו צריך לפנות לבית הדין.

שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שג (נדפס גם בסימן תלד), תמה על הטור, מנין לו הבחנה זו, והוא מדייק מהרא"ש שם וממגיד משנה, על הרמב"ם שם, שלדעתם גם אפוטרופוס צריך רשות מבית הדין.

שו"ת מהר"י בן לב, חלק ב, סימן כז, מביא את דברי הטור, אבל אחר כך כותב שגם לאפוטרופוס אסור לגרום הפסד ודאי בנכסי היתומים כדי למנוע ספק הפסד, אלא אם כן אותו ספק הפסד הוא קרוב לוודאי, לפי הבנת האפוטרופוס.

שו"ת באר שבע, סימן לט, שאלה שביעית, מוכיח שלא כטור, מספר מישרים, נתיב כו, חלק א, שהביא את דברי הרא"ש גם על אפוטרופוס.

[123] שו"ת דרכי נועם, אהע"ז, סימן יח.

אבל ש"ך, חו"מ, סימן רצ, ס"ק י, סבור שהרא"ש והרמב"ם אכן חלוקים בשאלה, האם המחזיק בנכסי יתומים נדרש לבקש מבית הדין הוראות כאשר הוא מתלבט כיצד לפעול, וכל דרך שיבחר בה עלולה לסכן את נכסי היתומים. לא ברור אם הוא מסכים להבחנה שעשה הטור בין אפוטרופוס לבין המחזיק בנכסי יתומים שלא בתור אפוטרופוס.

לדעתו הסכנה נמוכה, ואינו צריך לפנות לבית הדין. עם זאת ראוי לו שיבקש מבית הדין הוראות לפני שיפעל בדרך זו, מכיוון שיש פוסקים[124] שעליו לעשות כן[125].

2. סיכון "משני צדדים"

לפי הגירסה לפנינו בתלמוד בסיפור המעשה ברבינא ובין, שאלת רבינא היתה "מהו לאמטויי בהדן", ואפשר להבין מכך שהסיכון ליין היה רק אם יוביל את היין עמו, אבל אם היה משאיר את היין במקומו לא היה סיכון. אבל ראשונים רבים[126] גורסים ששאלתו של רבינא הייתה: "נשקליה – דלמא מיתניס; נישבקיה – דלמא מיתקיף [=ניקח אותו (את היין) – שמא ייאנס (יטבע); נשאיר אותו – שמא יחמיץ]". לפי גרסה זו, כל דרך שיבחר היתה מעמידה את נכסי היתומים בסכנת אבדן. וכך היא לשון הרמב"ם[127]: "מי שהיה בידו שכר של יתומים, אם יניחו כאן עד שימכר שמא יחמיץ, ואם יוליכו לשוק שמא יארעו אונס בדרך...". ספק מסוג זה הוא "ספק משני צדדים", כיוון שכל דרך פעולה שיבחר בה המחזיק עלולה לסכן את הנכסים.

לדעת פוסקים רבים[128], יש הבדל להלכה בין "ספק משני צדדים", לבין מצב שהסיכון קיים רק אם יוביל את הנכסים ("ספק מצד אחד"): ב"ספק מצד אחד" אסור למחזיק להוביל את הנכסים, אבל ב"ספק משני צדדים", הוא רשאי להוביל אותם, שהרי ההימנעות מפעולה אינה עדיפה על הפעולה. אולם לדעת הש"ך[129] גם בספק משני צדדים סבורים הרא"ש והטור שאסור לו להוביל בלי אישור מבית הדין.

[124] החולקים על הטור, שהובאו בהערה 122.

[125] ראה סעיף 44, עמ' 99, בשאלה האם יש לפטר אפוטרופוס שפעל בלי לבקש הוראות.

[126] כך גרסו: רי"ף, כתובות נח ע"א (בדפי הרי"ף); העיטור, אפיטרופוס, דף עח ע"א במהד' רמ"י; רא"ש, כתובות, פרק יא, סימן כא. בית יוסף, חו"מ, סימן רצ, סעיף טז, מעיר על שינויי הגירסה.

[127] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ג.

[128] סמ"ע, סימן רצ, ס"ק כו, בדעת הטור והשולחן ערוך; ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף כא, בדעת הטור והרמב"ם; מגיד משנה, על הרמב"ם, שם, בדעת הרמב"ם; ש"ך, חו"מ שם, ס"ק יא, בדעת השולחן ערוך; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שג (נדפס גם בסימן תלד) בדעת הטור.
הסמ"ע שם כתב כך כדי ליישב בין הטור לבין השולחן ערוך. אולם היות שדברי הטור מבוססים על דברי הרא"ש, ודברי השולחן ערוך מבוססים על שיטת הרמב"ם, הרי שלמעשה דבריו מיישבים בין פסיקת הרמב"ם לפסיקת השולחן ערוך. וכן כנראה הבין הש"ך, חו"מ, סימן רצ, ס"ק י, את דברי הסמ"ע.
אולם דברי הסמ"ע קשים, שהרי הרא"ש התייחס למעשה ברבינא, שבו היה סיכון בשני אופני הפעולה, ובכל זאת דרש מן המחזיק לקבל הוראות מבית הדין בטרם יפעל.
שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן סה, מתיר להכניס את הנכס אפילו בסיכון שיאבד לגמרי, אם יש חשש שאם לא יפעל, יארע הפסד, וכל שכן שמותר לסכן אותו בהפסד מועט כדי למנוע חשש הפסד מרובה.
משום כך, כתב מגיד משנה, הלכות נחלות, יא, ג, שאין לשלוח נכסי יתומים דרך הים, בגלל הסכנה. וכן פסק שולחן ערוך, חו"מ, רצ, י. משו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שג, נראה שהוא מתיר לשלוח דרך הים אם יש מי שיבטח את הנכסים כנהוג בין הסוחרים.
שו"ת דברי ריבות, סימן קכג, כותב שמותר לשלוח את נכסי היתומים בים רק אם יש סכנה שיינזקו אם יישארו במקומם.
ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף כב, כותב שגם אם בית דין אישר, אסור לשלוח מיטלטלין של יתומים דרך הים או בכל דרך שיש בה ספק אונס, אם אין חשש קלקול אם יישאר במקומו (ספק מצד אחד), ורק במקום שאין סכנה קרובה, מועיל אישור בית הדין.

[129] ש"ך, שם, ס"ק י.

אולם לדעת הסמ״ע[130], גם ב״ספק מצד אחד״, האפוטרופוס רשאי להוביל את נכסי היתומים עם שלו, גם בלי רשות בית דין, בהתאם להבחנה של הטור, שהובאה לעיל[131], בין אפוטרופוס לבין המחזיק בנכסי יתומים שאינו אפוטרופוס.

ב. הוצאת כסף מתוך תקווה לרווח

בתוספתא[132] נקבע, שאפוטרופוס אינו רשאי ״לחוב ולזכות בנכסי יתומים״. בתלמוד[133] הובהר שכוונת התוספתא היא, שהאפוטרופוס אינו רשאי ״לחוב על מנת לזכות, בנכסי יתומים״.

לפי הרמב״ם[134], משמעותה של הוראה זו היא ״שלא יוציא האפטרופוס ממון יתומים שתחת ידו ויפסיד ממנו אפילו מעט כדי לזכות ליתומים רב וגדול יתר ממה שהפסיד, שמא לא יזכה, ונמצא עתה הקדים וחב ליתומים״.

הרמ״ה[135] מפרש את ההוראה באופן יותר ספציפי: שאין האפוטרופוס רשאי לשחד את השלטונות (״לחוב״), כדי שייטיבו עם נכסי היתומים, בכך שיקלו מעליהם את המס וכדומה (״לזכות״), משום שקיים חשש שמא השוחד לא יועיל.

גם מדברי הרמ״ה אפשר להסיק עיקרון כללי, שאסור לאפוטרופוס להוציא הוצאה לטובת הקטין אם קיים סיכון שההוצאה לא תגשים את מטרתה.

פרק אחד עשר

אישור בדיעבד אם הייתה דחיפות – ״לבקש מבית המשפט אישור בדיעבד״ – ס״ק (ב)

להוראה הדורשת מן האפוטרופוס לבקש את אישור בית המשפט לפני עשיית אחת מן הפעולות המנויות בס״ק (א), נקבע בס״ק (ב), והוא, שאם ״הייתה דחיפות בביצוע פעולה לשם שמירת ענייניו של אדם, רשאי האפוטרופוס במקרים מיוחדים לבקש מבית המשפט אישור בדיעבד״.

האפשרות לבקש את אישורו של בית המשפט בדיעבד נוספה בעקבות תיקון מס׳ 18.

[130] סמ״ע, שם. אבל מהרשד״ם שם ומגיד משנה כותבים שגם לאפוטרופוס אסור להוביל בכגון זה, כפי שראינו בהערה 122.

[131] לעיל, ליד ציון הערה 120.

[132] תוספתא תרומות, פרק א, הלכה יג (הלכה יא במהד׳ ליברמן); תוספתא בבא בתרא, פרק ח, הלכה ד (הלכה טו במהד׳ ליברמן).

[133] גיטין נב ע״א.

[134] תשובות הרמב״ם (מהד׳ בלאו), סימן תכ, עמ׳ 696.
בדומה לכך, מפרש ״תוספות ר״י הזקן״ (המחבר הוא ר׳ אברהם מן ההר), קידושין מב ע״א, שאסור לאפוטרופוס לעשות ״הוצאה״ לטובת היתומים, שמא לא יזכו.
פירוש אחר בדברי התלמוד הוא שמדובר בייצוג היתומים בדין. ראה על כך סעיף 38, עמ׳ 87–88.

[135] חידושי הרמ״ה ושיטות קדמונים, גיטין נב ע״א, ד״ה ואין אפוטרופין רשאין לדון.

בהוספה זו יש טעם רב, כי כאשר קיים צורך דחוף לעשות פעולה, קיים חשש שהדרישה לפנות לבית המשפט לקבלת אישור תסכל את עשיית הפעולה, ותפגע בכך בעקיפין בעניינו של החסוי.

במשפט העברי לא מצאנו התייחסות ישירה לשאלה זו, ולא בכדי. נראה שאם קיים צורך דחוף בביצוע פעולה לשם שמירת עניניו של אדם, אין המשפט העברי דורש מן האפוטרופוס לקבל את אישור בית הדין כלל, וזאת משום שפעולה כזאת היא לטובת היתומים. סמכותו זו של האפוטרופוס נובעת מאומדן דעת החסוי, שהיה מסכים לכך בנסיבות אלו. וכך אישר מהרי"ט[136] בדיעבד צדקה שנתנו אפוטרופסים מכספי היתומים כדי שיזכו לרפואה, על פי ההנחה, ש"אילו אביהן היה קיים בשעה זו, היה פוסק עליהם צדקה כזו לפדיון נפשם, או אם היה היתום גדול, היה פוסק על ידי עצמו". ייתכן שאם החסוי (או בא כוחו) יטען, לאחר מעשה, שהפעולה לא היתה נחוצה בדחיפות, בית הדין יבחן האם היה אמנם צורך דחוף בעשיית הפעולה, ואם ימצא שלא היה צורך, הפעולה מתבטלת. אבל בהיעדר תביעה כזאת, הפעולה תקפה גם בלי אישור דיעבד של בית הדין.

למסקנה זו נוכל להגיע גם מדברי ערוך השולחן[137], שפסק לעניין שותפים, שאם "הם [=השותפים] במקומות נפרדים, והשותף שבמקום אחד רואה לפי מצב העסק, שהוא מוכרח לקבל עוד שותף להעסק... וכן בכל מה שרואה שהוא לטובת העסק", הוא רשאי לעשות את מה שנדרש, על יסוד ההנחה ש"אלמלי היה שותפו בכאן, היה מסכים לזה, אם לפי ראות עיני הבקיאים הווה טובת העסק". מדבריו יש ללמוד, שאם אין העניין סובל דיחוי, ולפי הערכה אובייקטיבית ("עיני הבקיאים") הפעולה היא לטובת החסוי, מותר לאפוטרופוס לפעול על דעת עצמו, וזאת משום שישנה הסכמה מכללא של החסוי לביצוע הפעולה.

נימוק נוסף לאפשרות פעולה של אפוטרופוס בלי אישור מבית הדין, הוא שהאפוטרופוס חייב כשומר על נכסי החסוי[138], ושומר מוסמך לעשות כל פעולה שנחוצה בדחיפות להצלת הפיקדון, משום שהוא שלוחו של בעל הנכס לשם כך, או משום "זכין לאדם שלא בפניו"[139].

בסיכום, לפי המשפט העברי, אם יש צורך דחוף בביצוע פעולה לשם שמירת עניניו של החסוי, האפוטרופוס רשאי לעשות את הפעולה בלא לבקש את אישור בית הדין, לא מראש ולא בדיעבד. זאת בניגוד לעמדת החוק, הדורשת מן האפוטרופוס לפנות בנסיבות אלו לבית המשפט, כדי לקבל בדיעבד את אישורו לביצוע הפעולה[140].

[136] מהרי"ט, לעיל, עמ' 153, ליד ציון הערה 84.

[137] שהובאו בדיוננו על סעיף 46, עמ' 114.

[138] כאמור בדיוננו על סעיף 38, פרק רביעי.

[139] חוק לישראל, שומרים, סעיף 6, עמ' 341–342.

[140] ע"א 112/79 ישראלה שרף נ' מנחם ומרסל אבער, פ"ד לד(3) 178 (1980), קובע שבלי אישור בית המשפט, הפעולה אינה תקפה. חריג לכך קבוע בסעיף 49 לחוק, במקרה שנפגע צד ג' תם לב, אך הוא חל רק על סעיף קטן (2) ו־(6) של סעיף 47. השווה גם: סעיפים 21, 20, 7 לחוק האפוטרופסות, וסעיף 5(ב) לחוק השליחות, התשכ"ה־1965.

פרק שנים עשר

סיכום

החוק דורש מאפוטרופוס לקבל אישור מבית המשפט לנקיטת פעולות מסוימות בנכסי החסוי, אף כשהן נעשות לשם סיפוק צרכים מיידיים של החסוי. דרישה זו נובעת משני חששות בנוגע לאפוטרופוס: האחד, שיקדם את ענייניו על חשבון החסוי, והשני – שיפעיל שיקול דעת מוטעה ויגרום נזק לנכסי החסוי.

גם לפי המשפט העברי יש פעולות שהאפוטרופוס נדרש לקבלת אישור מבית הדין לעשותן עקב החשש ללהפסד ליתומים עקב הפעולה.

האפוטרופוס רשאי למכור נכסים של היתומים אם יש צורך בכך לשם סיפוק צרכיהם ("להאכיל"), אך אין הוא רשאי למכור כדי שיהיה בידיו כסף מזומן שאין ליתומים צורך מיידי בו ("להניח").

האפוטרופוס אינו רשאי למכור מקרקעין של היתומים כדי לרכוש מקרקעין אחרים, מחשש לגרימת הפסד ליתומים, אלא באישור בית הדין תחילה.

הוא רשאי למכור מקרקעין כדי לרכוש בתמורה כלים הדרושים לו כדי לעבד ולפתח את המקרקעין. כן הוא רשאי למכור מקרקעין כאשר יש רווח ברור בעסקה, גם ללא אישור של בית הדין.

נחלקו האחרונים בשאלה, האם האפוטרופוס מוסמך למכור זכות שימוש בקרקע שאינה בגדר בעלות.

האפוטרופוס מוסמך ליטול הלוואות לצורך החסוי ולשעבד את נכסי החסוי לשם כך.

הפוסקים נחלקו בשאלה האם האפוטרופוס רשאי להשכיר קרקע של היתומים. אם דמי השכירות נחוצים לצרכי היתומים, כגון לשפץ בית שלהם העומד ליפול, מותר לו להשכיר את הקרקע.

האפוטרופוס אינו מוסמך להמחות זכויות של החסוי לאחרים.

האפוטרופוס אינו יכול להסתלק מחלקו של החסוי בירושה, ובאופן כללי, אינו יכול להתפשר בשם היתומים ולוותר על זכויותיהם. אולם אם הדבר נחוץ "כדי להשקיט הנכסים מקטטות ומריבות", הוא רשאי להתפשר, תוך מחילה על חלק מזכויותיהם של היתומים.

המשפט העברי מאפשר לאפוטרופוס לתת מתנות או תרומות מנכסי החסוי, אם הדבר נעשה בהתאם לאומד דעתו של החסוי, או כאשר הדבר צפוי לקדם את ענייניו של החסוי. זאת, לעומת החוק, המגביל את סמכות האפוטרופוס רק למתנה ולתרומה הנהוגות בנסיבות העניין.

אם החסוי מבין את משמעות נתינתה של המתנה, והוא מבקש לתיתה בעצמו, האפוטרופוס רשאי לאשר את נתינת המתנה אם היא במיטלטלין, ובזה תהיה תקפה.

הוא מוסמך להלוות מכספם של היתומים בהלוואת חסד, אם יש להניח שהם מעוניינים בכך, ובלבד שידאג לקיומן של ערובות מתאימות, המבטיחות שלא ייגרם ליתומים הפסד. הוא רשאי להלוות מכספם הלוואה מסחרית רק למשקיע שיסכים לשתף את היתומים ברווחיו אך לא בהפסדיו, וגם אז יש לתת למשקיע את הכסף בפני בית דין.

אפוטרופוס רשאי להוביל את נכסי החסוי למקום אחר, אם לדעתו הסכנה בכך נמוכה, ואינו צריך לפנות לבית הדין. עם זאת, ראוי לו שיבקש מבית הדין הוראות לפני שיפעל בדרך זו.

אסור לאפוטרופוס להוציא הוצאה כספית לטובת הקטין אם קיים סיכון שההוצאה לא תגשים את מטרתה.

לפי המשפט העברי, אם יש צורך דחוף בפעולה מסוימת, אין האפוטרופוס נדרש לבקש אישור לביצוע הפעולה, אף לא לאחר מעשה, בניגוד להוראת החוק.

פרק שלושה עשר

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

סמכויות האפוטרופוס ואישור בית המשפט

47. (א) האפוטרופוס מוסמך לעשות כל הדרוש למילוי תפקידיו; בפעולות המנויות להלן אין הוא מוסמך לייצג את האדם שהוא אפוטרופסו מבלי שבית המשפט אישרן מראש:

(1) מכירת נכס; למעט מכירה המביאה תועלת ברורה לחסוי;

(2) הסתלקות מחלק או ממנה בעיזבון, למעט פעולה שמביאה תועלת ברורה לחסוי, או שאפשר להעריך שהחסוי היה מסכים לה;

(3) ויתור על זכות של החסוי, למעט פשרה הנחוצה להשקיט מריבות;

(4) מתן תרומה או מתנה, למעט תרומה או מתנה בהתאם לאומד דעתו של החסוי, או כאשר הדבר צפוי לקדם את עניינם של היתומים;

(5) הוצאה כספית למטרת רווח שאינו בטוח;

(6) מתן הלוואה, למעט הלוואת חסד שאפשר להעריך שהחסוי היה מסכים לה, או הלוואה מסחרית שהחסוי שותף ברווחיו ולא בהפסדיו;

(7) המחאת זכות;

(8) התחייבות לביצוע פעולה מהפעולות המנויות בפסקאות (1) עד (7);

(9) פעולה אחרת שבית המשפט קבע, בצו המינוי או לאחר מכן, כטעונה אישור כאמור.

(ב) הייתה דחיפות בביצוע פעולה לשם שמירת עניניו של אדם, רשאי האפוטרופוס, במקרים מיוחדים, לבצע את הפעולה מבלי לקבל את אישור בית המשפט.

סעיף 48

פעולות שיש בהן ניגוד אינטרסים

פעולות שיש בהן ניגוד אינטרסים

48. בפעולה משפטית בין האדם לבין האפוטרופוס שמונה לו או קרוביו של האפוטרופוס, זולת מתנות הניתנות לאותו אדם, ובפעולה משפטית בין שניים שמונה להם אותו אפוטרופוס, אין האפוטרופוס מוסמך לייצג אדם שהוא מונה כאפוטרופסו מבלי שבית המשפט או אפוטרופוס אחר שנתמנה למטרה זו אישרן מראש.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 169

פרק שני: "פעולה משפטית בין האדם לבין האפוטרופוס שמונה לו" 170

א. מבוא 170

ב. רכישת נכס 171

1. הכלל – "מוכרן לאחרים ואינו מוכרן לעצמו" 171
2. סייג: מחיר הקנייה 173

ג. נטילת הלוואה 174

ד. פעולה משפטית בין אפוטרופסים של החסוי 175

פרק שלישי: "פעולה משפטית בין האדם לבין... קרוביו של האפוטרופוס" 176

א. האיסור על פעולה זו 176

ב. מיהו "קרוב"? 177

1. קרבת משפחה 177
2. קרבת ידידות 177
3. קרבה עסקית 178

פרק רביעי: "פעולה משפטית בין שניים שמונה להם אותו אפוטרופוס" 178

א. מבוא 178

ב. חשש להטייה בשיקול הדעת 179

ג. בהקנאה מחסוי לחסוי 181

פרק חמישי: אישור בית המשפט לבצע פעולה במצב של ניגוד עניינים 182

פרק שישי: אישור לפעול על ידי "אפוטרופוס אחר שנתמנה למטרה זו" 183

פרק שביעי: סיכום 184

פרק שמיני: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 185

פרק ראשון

מבוא

סעיף זה שולל את סמכות האפוטרופוס לייצג את החסוי בפעולה משפטית "שבין האדם לבין האפוטרופוס שמונה לו או קרוביו של האפוטרופוס", או בפעולה משפטית "בין שניים שמונה להם אותו אפוטרופוס", מחשש שמא בגלל ניגוד עניינים הוא יפגע בעניינו של החסוי או של אחד מהחסויים[1]. משמעות הדבר היא שפעולה משפטית בין האפוטרופוס (או קרוביו או חסוי שלו) לבין החסוי חסרת תוקף, ככל שמדובר בפעולה משפטית שהחסוי אינו כשיר לעשות בעצמו, והוא זקוק לאפוטרופוס לייצגו[2].

האם המשפט העברי חושש להטיית דעתו של האפוטרופוס בשל ניגוד העניינים שהוא מצוי בו? האם המשפט העברי מתיר לאפוטרופוס לעשות עסקאות עם החסוי? ומה הדין בעסקאות עם החסוי כאשר הוא אינו מייצגו?

הסעיף שולל את הייצוג של האפוטרופוס גם לפעולה משפטית שבין האדם לקרוביו של האפוטרופוס. האם כך הדין גם לפי המשפט העברי?

הסעיף שולל את סמכות האפוטרופוס לייצוג גם "בפעולה משפטית בין שניים שמונה להם אותו אפוטרופוס". ניגוד עניינים זה מכונה "ניגוד עניינים מוסדי" משום שהניגוד אינו בין עניינו האישי של האפוטרופוס לעניינו של החסוי אלא בין שני עניינים שהאפוטרופוס מופקד על קידומם. האם המשפט העברי חושש להטיית דעתו של האפוטרופוס גם בזה?

הסיפא של הסעיף[3] מסמיך את בית המשפט לאשר לאפוטרופוס מראש פעולות במצב של ניגוד עניינים, אישי או מוסדי, וסמכות זו נתונה אף ל"אפוטרופוס אחר שנתמנה למטרה זו". האם גם לפי המשפט העברי, רשאי בית הדין או אפוטרופוס אחר לאשר לאפוטרופוס לפעול בהיותו במצב של ניגוד עניינים?

בכל אלה נדון בפרקים הבאים.

[1] דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים, כרך ב (תשנ"ג) (להלן: פרידמן וכהן), עמ' 1051. הוראות דומות מצויות גם בסעיף 20(5) לחוק, על פעולה משפטית שמעורב בה הורה של קטין, ובסעיף 132(ז) לחוק, על פעולה משפטית שמעורב בה מיופה כוח.

[2] אבל אם זו פעולה שהחסוי מוסמך לבצע בעצמו, היא תקפה. לעומת זאת, הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א־2011, סעיף 24(ב), שבא להחליף את הסעיף שבפנינו, דורש אישור מראש של בית המשפט גם לפעולה כזאת: "פעולה משפטית של קטין שהיא פעולה מהפעולות המנויות להלן טעונה אישור מראש של בית משפט בין שהפעולה מבוצעת בידי הקטין ובין בידי אפוטרופסו של הקטין, בשמו: (1) פעולה משפטית בין הקטין לבין אפוטרופסו או קרוב אפוטרופסו".

[3] בנוסחו המקורי כלל הסעיף את הסיפא: "מבלי שבית המשפט או אפוטרופוס אחר שנתמנה למטרה זו אישרן מראש". בתיקון מס' 18, התשע"ו־2016 (ס"ח 2550), סעיף 15, משתמע כאילו הסיפא נמחקת, וכך פורסם החוק במאגר נבו בשלב מסוים, ושם נרשמה הערת שוליים לסעיף זה: "יש לשים לב כי לפי הוראת התיקון כפי שנוסחה בס"ח 2550 הוחלף כל נוסח סעיף 48, אך ניתן לטעון שהכוונה הייתה להותיר את הסיפה החל מהמילים 'מבלי שבית המשפט'". אבל כיום (תשפ"ג) הנוסח במאגר נבו כולל את הסיפא.

פרק שני

"פעולה משפטית בין האדם לבין האפוטרופוס שמונה לו"

א. מבוא

לפי החוק, אין האפוטרופוס מוסמך לייצג את החסוי בפעולה משפטית ביניהם. הוראה זו נובעת כאמור מן החשש שמא ניגוד העניינים שהאפוטרופוס מצוי בו יגרום להטיית דעתו ולפגיעה בעניינו של החסוי.

לדברי פרידמן וכהן[4], המונח "פעולה משפטית" כולל אך ורק "עסקה משפטית במובן הצר", כגון מכירה, השכרה[5], שיעבוד וכדומה, ואין המונח כולל ייצוג בהליך משפטי שאיננו "עסקה משפטית". עם זאת, הם מסייגים: "העובדה שפעולה מסוימת אינה נופלת בגדר הסעיף אינה סוף פסוק. הסעיף מבטא עקרון כללי, שאינו מתמצה בגדר המקרה שנדון בו"[6].

בתי המשפט הרחיבו את פרשנות המונח "פעולה משפטית". כך, למשל, קבע בית המשפט לענייני משפחה בנצרת[7]: "תביעה נזיקית של החסוי כנגד אביו, הגרוש של האפוטרופסית, הינה 'פעולה משפטית' שבה אין האפוטרופוסית מוסמכת לייצג את החסוי מבלי שקיבלה אישור מכוח סעיף 48 לחוק".

באופן דומה, קבע בית המשפט לענייני משפחה בתל אביב[8], שגם "דרישה לתשלום שכר טרחה של אפוטרופוס מחסוי, היא פעולה משפטית קלאסית שיש בה ניגוד אינטרסים בין האפוטרופוס לחסוי, וממילא יש צורך באישור בית משפט לכך".

---

[4] פרידמן וכהן, עמ' 1051. וראה גם באזכורי הפסיקה המובאים שם בהערה 173.

[5] כך פסק, למשל, תמ"ש (ת"א) 09-12-327 ז.ר.ד נ' ד.ר (15.03.12), עמ' 9: "נראה כי קיים חשש כי חתימתה של האם... על הסכם השכירות הן כאפוטרופא של הסבתא החסויה והן כשוכרת נגועה בניגוד עניינים ממשי, ומשכך הצריכה פעולה משפטית זו את אישורו של בית המשפט".
לפי ע"מ (מחוזי-ת"א) 1062/01 פלוני נ' אלמוני, תק-מח 2001(4), 1229 (2001), בקשה לביטול הסכם מכר היא פעולה משפטית לעניין סעיף זה.

[6] פרידמן וכהן, שם. וכך פסק ב"ש (י-ם) 540/86 פלוני נ' אלמוני, חסוי, פ"ד תשמ"ח(1) 177, 186 (01.07.86), לעניין תרומת אברים מן החסוי לאביו, שאף היא בדומה לייצוג איננה "פעולה משפטית" מובהקת: "אמנם שוב מדובר [=בנוסח החוק] בפעולה משפטית, אבל אינני רואה שום סיבה שלא לכלול תרומת איברים בגדר תחום זה, ואין להעלות על הדעת שבית המשפט יקיים פיקוח על האפוטרופוס בפעולות משפטיות של רכוש וזכויות קנין, ולא יקיים פיקוח דומה בפעולה כה גורלית של תרומת איברים".

[7] תמ"ש (נצ') 14-07-15284 א.ב.ס (חסוי) נ' א.ב.ס (11.01.16), עמ' 6.
כך פסק תמ"ש (טב') 11-06-44431 י.א. ז"ל נ' ג.ד.א (24.07.13), עמ' 15, סעיף 46, גם לעניין תביעת גירושין: "ספק בעיני באם תביעת הגירושין שהגיש האפוטרופוס של המנוח הוגשה על פי דין, הואיל ומדובר בתביעה שהגיש האפוטרופוס בניגוד להוראת סעיף 48 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962".

[8] ת"א (ת"א) 76954/04 נה"ב בע"מ נ' היכל גדעון (28.08.05), עמ' 6.

ב. רכישת נכס

1. הכלל – "מוכרן לאחרים ואינו מוכרן לעצמו"

לפי המשפט העברי, אפוטרופוס אינו יכול לקנות לעצמו נכסים של החסוי[9], מטעמים אחדים.

(א) בתלמוד[10] נאמר, שמי שהופקד בידיו נכס, אינו רשאי לרכוש אותו לעצמו, אף במצב שהדין מתיר לו למכור אותו לאחרים. כך למשל, שומר פירות, שמוכרם אם הם מתחילים להרקיב, "מוכרן לאחרים ואינו מוכרן לעצמו". רש"י[11] נימק, שאסור כדי "שלא יחשדוהו שמא לקחן בזול".

לפי רב יוסף[12], זו גם הסיבה להלכה ששומר שהופקד בידיו חמץ, ובהגיע חג הפסח יאבד את ערכו, מוכר את החמץ לאחרים אבל אינו רשאי לרכוש את החמץ לעצמו.

גם בעניינם של גבאי תמחוי שגבו מזון עבור עניים ואין להם למי לחלקו, נאמר[13]: "מוכרין לאחרים ואין מוכרין לעצמן, משום שנאמר: 'והייתם נקיים מה' ומישראל' (במדבר לב, כב)", ורש"י[14] הסביר שיש חשש "שמא יחשדום שלקחום בזול".

הטעם החוזר במקורות הנזכרים לאיסור על אדם לרכוש לעצמו מן הנכסים שהופקדו בידיו, הוא שהדבר עלול לגרום שילעיזו עליו[15]. לאור זאת, אף אפוטרופוס אינו רשאי לקנות לעצמו נכסים של החסוי, מחשש ללעז[16].

---

[9] טור, חו"מ, סימן קעה, סעיף ל (הובא בסמ"ע, סימן קעה, ס"ק כו, במחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן כ, בסופו, בדרישה, חו"מ, סימן קפה, סעיף ג, ובחשוקי חמד, כתובות צח ע"א); שו"ת יכין ובועז, חלק א, סימן קכז; שו"ת לחם רב, סימן קצה; שו"ת מנחת יצחק, חלק י, סימן קא.
יש להעיר שמותר לאפוטרופוס להשתמש בנכסי יתומים בעצמו, אם יש בכך תועלת ליתומים. כך אומר התלמוד, בגיטין נב ע"ב, שמותר לו לקנות בגדים יפים לעצמו מכספי היתומים, אם זה נחוץ כדי שאנשים יכבדו אותו ויצייתו למה שהוא אומר לצורך היתומים. וכך פסק שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף ד, והובא בשו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קיב (ד"ה והנה זה שבועים), בחידושי ר' אריה לייב מאלין, חלק א, סימן סא, ובבגדי שש (גבאי), דף נג ע"א.

[10] בבא מציעא לח ע"א.

[11] רש"י, בבא מציעא לח ע"א, ד"ה ואין מוכרן לעצמו. כך נימק גם שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצב, סעיף יט: "מפני החשד". ראה על כך חוק לישראל, שומרים, עמ' 363–364.

[12] פסחים יג ע"א.

[13] פסחים שם. ההלכה מופיעה גם בבבא מציעא לח ע"א ובבבא בתרא ח ע"ב, בלי המקור מהפסוק.
טור, חו"מ, סימן עב, סעיף א, למד מהלכה זו, שמי שהֻלווה לעני, ולקח ממנו משכון, על אף שהוא רשאי להשכירו ולנכות מן החוב את דמי השכירות שיקבל, אין הוא רשאי להשתמש במשכון בעצמו, תמורת ניכוי דמי השימוש מהחוב, שמא יאמרו שהוא משתמש בו בלי ניכוי. זו למעשה דעת רש"י, בבא מציעא פ ע"ב (ד"ה מותר), כפי שהעיר תוספות יום טוב, בבא מציעא, פרק ו, משנה ז (ד"ה מותר).

[14] רש"י, פסחים שם, ד"ה ואין.

[15] על האיסור על נאמן לקנות מנכסי הנאמנות לעצמו, ראה חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 326–330.
אבל בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תקמז (הובא במרדכי, בבא מציעא, סימן שנט, ובשו"ת מהרי"ק, שורש קנה), בעניינו של סוכן שהתבקש למכור טבעת, כתב: "אם ירגיש שיש רווח בדבר, יקחנו לעצמו". מדוע לא חשש מהר"ם שרכישת הטבעת על ידי הסוכן תעורר לזות שפתיים, כמו בשומר ובגבאי צדקה? תשובה אפשרית אחת היא שבעל הטבעת הרשה לו לרכוש אותה לעצמו.
מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן כ, השיב, שמהר"ם עסק בסוכן שהתבקש למכור טבעת במחיר מסוים, ועל כן אין לחשוש ללזות שפתיים (כמבואר להלן, הערה 23). אבל ר' מרדכי בירדוגו (מרבי"ן), "הגהות על שו"ת מהרי"ק", מקבציאל לה (תשס"ט), עמ' טו, מעיר ששולחן ערוך, חו"מ, סימן קפה, סעיף ב, פוסק (שלא כדעת מחנה אפרים) ששליח אינו יכול למכור לעצמו גם אם השולח קבע את המחיר, אף

(ב) טעם נוסף לאסור על אפוטרופוס לקנות לעצמו נכסים של החסוי עולה מסוגיה אחרת בתלמוד[17], העוסקת בזכותה של אלמנה למכור מעיזבון בעלה לשם פירעון כתובתה. בתלמוד נאמר שהאלמנה אינה רשאית לקנות את הנכסים לעצמה, כי אנו אומרים לה: "מאן שם ליך?"

לדעת רש"י[18], פירושה של טענה זו הוא, שמכירה תלויה בהוצאת נכס מרשות אדם אחד לרשות אדם אחר, ולכן לא ייתכן שהאלמנה תהיה גם המוכרת וגם הקונה.

גם מטעם זה, אין לאפוטרופוס יכול למכור לעצמו את נכסי החסוי[19]. אף בדיעבד, אין תוקף למכירה, מטעם זה[20].

(ג) הגאונים[21] פירשו את הטענה "מאן שם ליך", באופן שיש חשש מפנייה אישית, שמא

שאין חשש ללזות שפתיים, מטעם אחר שיבואר להלן, הערה 24. בתשובה על כך, הוא מעלה אפשרות שהסוכן יכול לקנות אותה על ידי אחר שיזכה לו בה. הסבר אפשרי אחר לכך שלא חשש מהר"ם ללזות שפתיים הוא, שחשש ללזות שפתיים קיים רק אם הרוכש הוא "הצד החזק" ומי שהפקיד בידיו את הנכס הוא "הצד החלש". כך הוא ביחסי הכוחות שבין היתומים לאפוטרופוס, שהאפוטרופוס הוא הצד החזק, זה שבידיו הכוח, הידע והמיומנות, והיתומים הם הצד החלש, שאין בידיו כוח, ידע ומיומנות. גם ביחסי הכוחות שבין גבאי צדקה לעניים, הגבאי הוא 'הצד החזק' והעניים הם 'הצד החלש'. לעומת זאת, הסוכן אינו חזק יותר מבעל הטבעת, ולכן אין חשש שילעיזו עליו אם יקנה אותה לעצמו.

[16] בית יוסף, חו"מ, סימן קעה, סעיף ל; סמ"ע, סימן קעה, ס"ק כו; שו"ת לחם רב, סימן קצה. כמו כן, רמ"א, חו"מ, סימן רצ, סעיף ח, פסק שמותר לאפוטרופוס ללוות מכספי היתומים באותם תנאים שמותר להלוותם לאחרים, אבל עליו לעשות זאת בבית דין, כדי למנוע לזות שפתיים.
אבל לחם רב שם מעלה אפשרות שלפי הטעם של לזות שפתיים, המכירה תקפה בדיעבד, ואילו לפי הטעם השני (ליד ציון הערה 19), שבמכירה צריך שהנכס יצא מרשות לרשות, אף בדיעבד המכר בטל.
ר' יונה ן' ריי, בתשובתו בשו"ת דבר משה (אמריליו), חלק ב, סימן קא (קח ע"א), ר' אברהם גטיניו, בתשובתו שם, סימן קב (קח ע"ד), ור' משה אמריליו, בתשובתו שם, סימן קג (קיא ע"ג), כותבים (לא על אפוטרופוס) שלפי התירוץ הראשון בתוספות, פסחים יג ע"א (ד"ה מאי), במקום שיש רק חשש ללזות שפתיים, המכירה תקפה בדיעבד, ואילו לפי תירוצם השני, היא בטלה אף בדיעבד. ר' משה אמריליו מוכיח (בדף קיב ע"א) מדברי אחרונים שבדיעבד המכר קיים.
כמו כן, חוק לישראל, שליחות, עמ' 451–452, מביא מקורות לעניין שליח הקונה לעצמו, שלפי הטעם של חשד, המכר תקף בדיעבד.

[17] כתובות צח ע"א.

[18] רש"י, כתובות שם, ד"ה מאן שם ליך, כמוסבר בחידושי הריטב"א, כתובות שם. פוסקים רבים סבורים שלא ייתכן שאדם אחד יהיה גם המוכר וגם הקונה. ראה על עניין זה, חוק לישראל, שליחות, עמ' 464–474; חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 329.
וראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 1116–1117, בשאלה, מדוע לא נימקו התלמוד והראשונים את הדין המובא לעיל, ששומר אינו יכול למכור לעצמו, בכך שצריך שהנכס יעבור מרשות לרשות, כפי שנימקו באלמנה. שו"ת לחם רב, סימן קצה, הסביר לעניין גבאי צדקה, שהתלמוד והפוסקים לא נימקו בכך שצריך שהנכס יעבור מרשות לרשות, מפני שהיו יכולים לעקוף נימוק זה בכך שימכרו לאחר והאחר יחזור ויזכה להם, ובגלל הנימוק של חשד, גם זה אסור.
ויש החולקים על עיקרון זה, וסבורים שאין פגם בדרכי הקניין בשליח המוכר נכס של המשלח לעצמו. ראה חוק לישראל, שליחות, עמ' 465.

[19] שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שכה; שו"ת לחם רב, סימן קצה.

[20] לחם רב שם.

[21] חידושי הריטב"א, כתובות שם, בשם הגאונים. וכך הסביר רש"י במהדורא קמא, שהובא בשיטה מקובצת, כתובות שם; אבל י"נ אפשטיין, "פירושי הריב"ן ופירושי וורמייזא", תרביץ ד (תרצ"ג), עמ' 11, בעמ' 16, סבור שפירוש זה אינו מרש"י אלא מריב"ן. מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן כ, מפרש כך גם בדעת הרמב"ם, הלכות אישות פרק יז, הלכה יד. ראה על כך: חוק לישראל, שליחות, עמ' 465, הערה 152.

כשהאלמנה מוכרת לעצמה, היא בוחרת לקבוע מחיר נמוך לטובתה: "'שמא לא דקדקת יפה בשומא'. אף שבבית דין הדיוטות לקחה, חיישינן כיון דלעצמה הוא, לא דקדקו יפה בשומא". כלומר, לדעת הגאונים, קיים חשש שניגוד העניינים יגרום שבעל תפקיד ינצל את מעמדו לרעה להערכה שאינה נכונה של הנכס[22].

אם כן, יש טעם נוסף לאיסור על אפוטרופוס למכור לעצמו את נכסי החסוי.

2. סייג: מחיר הקנייה

לדעת רבי אריה ליב צינץ[23], שומר רשאי לרכוש לעצמו את הפיקדון במחיר הגבוה מהמחיר שבו העריך בית דין את הנכס, ואם אי אפשר למצוא מי שיסכים לשלם מחיר זה, רשאי השומר

לעומת זאת, חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 328, יוצא מתוך הנחה שהמשפט העברי אינו חושד בבעל תפקיד שיפגע במי שהוא ממונה עליו, והנימוק של "חשד" מתחשב רק בלזות שפתיים, היינו שאנשים עלולים לומר שהוא פוגע – עיין שם בהסברו לכך. גם ר' חיים וינקלר סבור שמי שמוחזק לכשר אינו חשוד לשקר כדי להרוויח, כמו ששוחט נאמן על כשרות השחיטה והבדיקה, לדוגמה, ומה ש"נוגע" פסול להיות דיין ועד, לסוברים שהוא משום חשש משקר, הוא דין מיוחד בדיני עדות ודיינים, אבל אין זה חשש אמיתי; אלא שאסור לעשות מעשה שנראה בעיני הבריות כחשודים, מפני שעל האדם לנהוג באופן שלא יוציא על עצמו לעז.

לכאורה, אפשר לפרש את הלשון "שמא לא דקדקת יפה", שחוששים שטעתה, ולא שחוששים שהוזילה בכוונה. אבל פירוש זה לא ייתכן, שהרי גם אם מכרה לאחרים יש מקום לחשוש שטעתה. לכן ברור שכוונת הגאונים היא שחוששים שהוזילה בכוונה, ואם מכרה לאחרים אין לה סיבה להוזיל.

[22] כמו כן, ר' אברהם שרמן, "אחריות נבחרי הציבור על ענייני הציבור", שערי צדק ד (תשס"ג), עמ' 341–342, מפרש את הנימוק של חשד לעניין גבאי צדקה (לעיל, ליד ציון הערה 14), שהוא חשש שיקנה לעצמו בזול, ולא רק חשש ללזות שפתיים.

מחנה אפרים, שם, מדייק מספר המקח והממכר, שער ו, ששליח למכור קרקע אינו יכול לקנות את הקרקע לעצמו, אבל שליח למכור מיטלטלין יכול לקנותם לעצמו. עיין שם בהסברו להבחנה זו. ר' מיכל יהודה לפקוביץ', עמק השער, על ספר המקח והממכר, שער ו, עמ' סח במהד' ירושלים תש"ט (=עמ' צ במהד' תשנ"ד) מפרש את ההבחנה בדרך אחרת: "מטלטלים, כיון שאינן טעונים כל כך שומא... אין שייך חשדא, ויכול ליקח גם לעצמו. אבל קרקע ששומתן אין ידוע, אין לו ליקח לעצמו". אבל כפי שהוא מעיר, חלקת מחוקק, סימן צג, ס"ק מז, פסק שאלמנה אינה יכול לקנות לעצמה אף מיטלטלין של העיזבון, ושכך מוכח מכתובות צח ע"א, ששם מובאת הוראה של רבי אמי בעניינו של אדם שהפקידו אצלו 'כיסתא דיתמי', שאינו רשאי לרכוש לעצמו את ה'כיסתא', מחמת הטענה "מאן שם לך", אף שמדובר במיטלטלין. אבל רש"י, כתובות צח ע"א, ד"ה כיסתא, מפרש 'כיסתא': "מספוא. לשון אחר: 'כסיתא' גרס, עצי אלמוגים שקורין קורא"ל". עצי האלמוגים, או 'האלגומים', כעולה ממקורות רבים (ראה מלכים א' י', יא–יב; דברי הימים ב', ט, י–יא, ובהרחבה אצל נ' הראובני, שיח ועץ במורשת ישראל, נאות קדומים 1984 (הדפסה שניה 1989), עמ' 104, ואצל י' פליקס, עצי בשמים יער ונוי, הוצאת ראובן מס, ירושלים תשנ"ז, עמ' 131–133), הם אלמוגים מיוחדים שנמשו מן הים ונחשבו כאבנים יקרות שערכן רב ביותר. יש להניח שרב האי גאון גרס 'כסיתא', ואפשר שפירש שהוראתו של רבי אמי עסקה אמנם במיטלטלין, אך במיטלטלין הדומים למקרקעין, בשל ערכם הרב וייחודיותם, ובירור ערכם דורש קיומו של הליך שומה מורכב. לכן, הוראתו של רבי אמי אינה מוכיחה שדין מיטלטלין כדין מקרקעין.

[23] מעיני החכמה, מהדורא בתרא, בבא מציעא לב ע"א, אות קלח (אות רכד במהד' תשס"ח). אבל בית יעקב (טאוושונסקי), חו"מ, סימן רצב, סעיף יט, מפקפק בחידוש זה, משום שלא משמע כך מסתימת הפוסקים. שתי הדעות הובאו בחוק לישראל, שומרים, עמ' 364.

כמו כן, סמ"ע, סימן קעה, ס"ק כו (וכן בדרישה, חו"מ, סימן קפה, סעיף ג), כותב ששליח למכור נכס רשאי לקנותו לעצמו במחיר שקבע השולח, מפני שאז אין לחשוש ללזות שפתיים. על דבריו ראה חוק לישראל, שליחות, עמ' 450–451. אלא שבאפוטרופוס אין "שולח" שיכול לקבוע מחיר.

בדומה, רמ"א, חו"מ, סימן עב, סעיף א, מתיר לנושה להשתמש במשכון שבידו, אם החייב אישר לו מראש

לקנות לעצמו את הפיקדון במחיר זה. נימוקו הוא שהחשש ללזות שפתיים אינו מצדיק גרימת הפסד לבעל הנכס[24].

אפשר ללמוד מדבריו שאפוטרופוס רשאי לקנות לעצמו את הנכס במחיר הגבוה מהמחיר שבו מעריך בית דין את הנכס, ואם אי אפשר למצוא מי שיסכים לשלם מחיר זה, הוא רשאי לקנותו לעצמו במחיר זה.

ג. נטילת הלוואה

לפי החוק, אפוטרופוס אינו רשאי ללוות מן החסוי, כיוון שזו פעולה משפטית[25].

לדעת הראב"ד[26], כמו שהאפוטרופוס יכול לתת את כספי היתומים לאדם נאמן שיתעסק בהם ויקבל חלק מהרווחים, כך הוא רשאי יכול לקחת אותם לעצמו בתורת עסק באותם תנאים, ובלבד שיודיע על כך לבית דין[27]. הסמ"ע[28] מסביר, שהיות שבית דין הוא "אביהם של יתומים",

לעשות כן, משום שהאישור מסלק את החשש מפני לזות שפתיים. אך ש"ך, עב, ס"ק ד, מפקפק בהיתר זה, משום שייתכן שלא הכל יידעו על האישור.

וראה ההוראה שבסעיף 132(ז) לחוק, המאפשרת למיופה כוח לפעול אף בהיותו מצוי במצב של ניגוד עניינים, אם מייפה הכוח אישר לו מראש לפעול בנסיבות אלה.

[24] יש להעיר שלשיטה שהובאה ליד ציון הערה 18, שאי אפשר לקנות אם אין הנכס יוצא מרשות מוכר לרשות קונה, אף בנסיבות אלו לא יוכל השומר לרכוש את הנכס לעצמו. כמו כן, הסמ"ע שם מעיר שלשיטה זו, שליח אינו יכול לקנות לעצמו אף במחיר שקבע השולח, כפי שאכן פסק שולחן ערוך, חו"מ, סימן קפה, סעיף ב. לעומתו, מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן כ, כותב שאף לשיטה זו יוכל השליח לרכוש את הנכס, משום שבכך שהשולח קבע את המחיר, השולח הוא המקנה "לכל מי שיתן כך וכך", אף שהשולח עצמו אינו נוכח בעת הרכישה, ונמצא שאכן יצא הנכס מרשות מוכר (השולח) לרשות קונה (השליח). אבל נראה שהוא מסכים ששומר או אפוטרופוס אינם יכולים לקנות על סמך שומת בית הדין, לשיטה זו, שהרי בית הדין אינו המוכר.

[25] לפי החוק, נטילת ההלוואה אסורה גם מכוחה של ההוראה שבסעיף 13(א) לחוק הנאמנות, האוסרת על נאמן להפיק לעצמו או לקרובו טובת הנאה מנכסי הנאמנות.

[26] ראב"ד, המובא בטור, חו"מ, סימן רצ, סעיף טו, ובנימוקי יוסף, בבא בתרא סז ע"א (בדפי הרי"ף). הסכים עמו חידושי הריטב"א, בבא בתרא קמד ע"א.

[27] מב"ח, חו"מ, סימן רצב, סעיף יח, משמע שהבין שהראב"ד אינו דורש מן האפוטרופוס ליטול רשות לפני שהוא מתחיל להתעסק בכספי היתומים, אלא די שיודיע בדיעבד לבית הדין, ואילו אישור של בית דין מתיר לאפוטרופוס אפילו לקנות לעצמו מנכסי היתומים, כפי שנראה להלן, ליד ציון הערה 79. וכך משמע גם מלשון הראב"ד, כפי שהובא בטור ובנימוקי יוסף שם: "יודיע לבית הדין". אבל מהריטב"א ומנימוקי יוסף שם אפשר להבין שהראב"ד מצריך קבלת רשות מבית דין, שהרי הם הסיקו את דעתו של הראב"ד מתוך מה שהסביר שרב ספרא, בבא בתרא קמד ע"א, קיבל רשות מבית הדין למעשה שעשה.

ר"א מילר העלה אפשרות שרק לעניין קבלת נכסים לשם הפקת רווחים מהם, די בהודעה לבית דין, בעוד שלשם רכישת נכס על ידי האפוטרופוס, יש צורך גם שהרכישה תיעשה בפני בית דין.

נראה שהראב"ד דיבר על אישור על ידי בית דין של מומחים, כלומר, בית דין שבו מכהנים דיינים הבקיאים בדין התורה, ולא על אישור על ידי שלושה שמאים, שאין בכוחם לסלק את החשש מפני לזות שפתיים, כיוון שהציבור אינו נותן אימון מיוחד באנשים שאינם בית דין.

[28] סמ"ע, רצ, ס"ק כ, ופרישה, חו"מ, רצ, סעיף טו.

ההודעה לבית הדין נחשבת כאילו היתומים עצמם מסרו את הכסף לאפוטרופוס בתורת עיסקא[29].

אולם הטור[30] סבור שהדבר "גנאי" משום לזות שפתיים. הרמ"א פוסק כראב"ד, וכולל בדבריו תשובה לטענת הטור: "יכול לקבל המעות לעצמו, ובלבד שיעשה בבית דין, משום לזות שפתים"[31].

החשש ללזות שפתיים נובע מכך שהמשקיע מקבל חלק מרווחי ההשקעה, בתמורה לטרחתו בהשקעת הכספים, והאפוטרופוס עלול להיחשד שניצל את מעמדו כדי להפיק מן הכספים רווחים מעבר למותר.

בדורות מאוחרים נקבעה בקהילות ליטא תקנה האוסרת על האפוטרופוס ליטול הלוואה מכספו של החסוי. התקנה[32] דורשת מראשי הקהילה להשגיח "על כל אפוטרופסים, שלא ילוו ממון יתומים שבידיהם לצורך עצמם בשום פנים, ואיזה אפוטרופסים שיעבור ללוות לעצמו בערמה על ידי אחד מבניו או על ידי אחד מקרוביו, ענש ייענש חמשים זהובים אדומים". אם נלך בעקבותיהם, יש לאסור על אפוטרופוס ללוות מכספיו של החסוי.

ד. פעולה משפטית בין אפוטרופסים של החסוי

ר' אברהם די בוטון[33] פסק, שאם בית הדין מינה אפוטרופסים אחדים על החסוי, אסור שאחד מהם ימכור נכס של החסוי לאפוטרופוס אחר, משני הטעמים שראינו לגבי איסור המכירה לעצמו: (א) לזות שפתיים, (ב) העיקרון שמכר מתקיים רק ביציאת הממכר מרשות של אדם אחד לרשותו של אדם אחר, ואף שכאן האחד מכר לחבירו, הרי הוא היה ברשות שניהם, כיוון ששניהם היו אמורים למכור אותו, ונשאר ברשות אחד מהם.

לעומתו, מהרי"ט[34] כותב על מי שמינה שניים כמורשים למכור נכס שלו, שאם מכר זה לזה, המכר תקף, משום שיש בו הוצאה מרשות לרשות, וגם אין לחשוד בקונה שינצל את מעמדו על חשבון החסוי, ואף "לא חיישינן שגם הוא (חברו) יחפה עליו... דלא נחשד האחד לעשות קנוניא ולהיות חוטא ולא לו". אבל הוא מסייג את דבריו: "ומיהו לכתחילה איפשר דלא שפיר דמי... אמרו חכמים [חולין מד ע"ב]: התרחק מן הכיעור ומן הדומה לו".

[29] גם כשמוסרים את הכסף לאדם אחר להתעסק בו, מוסרים לו בבית דין, כפי שנראה בסעיף 50, פרק שלישי. מדברי הראב"ד שם משמע שבא לומר שאפילו כשהוא מתעסק בכסף לעצמו, צריך להודיע לבית דין.

[30] טור, חו"מ, סימן רצ, סעיף טו (הובא בשו"ת דבר משה (אמריליו), חלק ב, סימן קג, דף קיב ע"א). בית יוסף משיב על נימוקו: "אין בו בית מיחוש, כיון שהודיע הדבר לבית דין". שתי הדעות הובאו בשו"ת לחם רב, סימן קצה. ב"ח, חו"מ, סימן רצב, סעיף יח, כותב שאף הטור מסכים שאם מראש מסר את הכסף לבית דין ובית הדין מסר אותו לאפוטרופוס להתעסק בו תמורת חלק ברווחים, מותר, והוא חלק רק על מה שהראב"ד מתיר לאפוטרופוס לקחת את הכסף לעצמו ולהודיע אחר כך לבית דין.

[31] רמ"א, חו"מ, סימן רצ, סעיף ח.

[32] ש' דובנוב, פנקס המדינה, ליטא, ברלין תרפ"ה, עמ' 28, תקנה קיח, משנת שפ"ז.

[33] שו"ת לחם רב, סימן קצה. שו"ת קול אליהו, חלק א, חו"מ, סימן יט (ד"ה ואולם עם), כותב שדבריו מסתברים, מפני שאין בכך יציאה מרשות לרשות.
בדיוננו בסעיף 46, עמ' 104, הבאנו נימוק נוסף שלו להלכה זו: כשיש אפוטרופסים אחדים, צריך שכולם ישתתפו בפעולה, וכאן רק המוכר הוא שעושה את הפעולה.

[34] שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן צג.
בחוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 331, מובאים דבריו כאילו כתב כך על נאמנים.
על מחלוקת זו, ראה חוק לישראל, שליחות, עמ' 470–471.

בתשובה אחרת[35], העוסקת באפוטרופסים, הוא חזר על שיטתו, שכל אחד מהם נחשב רשות נפרדת. שם פסק, שאם זיכה אפוטרופוס אחד ממון לצד שלישי באמצעות האפוטרופוס האחר, הצד השלישי קנה, אף שכדי לזַכות ממון לצד שלישי צריך איש ביניים לזכות בשבילו, משום שהאפוטרופסים אינם נחשבים רשות אחת אלא רשויות נפרדות.

פרק שלישי

"פעולה משפטית בין האדם לבין... קרוביו של האפוטרופוס"

א. האיסור על פעולה זו

הסעיף קובע שהאיסור על פעולה משפטית במצב של ניגוד עניינים חל גם על פעולה שאינה בין האפוטרופוס לבין החסוי, אלא בין קרובי האפוטרופוס לבין החסוי.

את עמדת המשפט העברי בעניין זה אפשר ללמוד בדרך ההיקש ממה שקבע מהרי"ט[36], שנאמן בהקדש אינו רשאי להשכיר את דירות ההקדש לקרוביו. מהרי"ט נימק את האיסור באותו נימוק שמחמתו שומר אינו רשאי לרכוש נכס שהופקד בידיו לעצמו, דהיינו, חשש ללזות שפתיים[37]: "כיון דטעמא, משום 'והייתם נקיים', הוא הדין שאינו רשאי למכור לקרוביו"[38].

בנידונו, הנאמן השכיר את הדירות לקרוביו "כל זמן שירצו", ומהרי"ט פסק שהשכירות בטלה, כלומר, שאין לקרובים זכות להישאר בדירות כל זמן שירצו, אלא על הנאמן להשכיר אותן לאחרים מכאן ואילך.

מכאן יש להסיק שאסור לאפוטרופוס לעשות פעולה משפטית בין קרוביו לבין החסוי, מחשש לזות שפתיים[39]. אבל נראה שבדיעבד, אם זו פעולה חד פעמית כגון מכירה (להבדיל

[35] שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קכז (ד"ה אלא שיש).
בגלל המחלוקת, שו"ת דבר משה (אמריליו), חלק ב, סימן קג (קיב ע"ב), כותב שהמוחזק יכול לטעון "קים לי" כמהרי"ט.

[36] שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן א. ראה על דבריו בחוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 332.

[37] כאמור לעיל, ליד ציון הערה 11. יש להעיר, שהנימוק השני שהובא שם, שמכירה דורשת יציאת הנכס מרשות לרשות, אינו קיים כאן, שהרי אם האפוטרופוס מוכר לקרובו, הנכס יוצא מרשות לרשות.

[38] מהרי"ט מוסיף לנמק, שהשכרת נכס של הקדש לקרובים עלולה לפגוע בהקדש משתי סיבות: (א) לפני השכרת נכסי ההקדש יש לקיים מכרז כדי להשיג את דמי השכירות הגבוהים ביותר, ואם נתיר לנאמן להשכיר את הדירות לקרוביו, קיים חשש שלא תתקבלנה ההצעות הטובות ביותר, משום שהציבור עלול לחשוד שהמכרז "תפור" עבור קרוביו של הנאמן, ולכן כלל לא ינסה להתמודד בו. (ב) מאחר שלעיתים צריך משכיר נכס להתעמת עם השוכר, קיים חשש שאם השוכר הוא קרובו של המשכיר, המשכיר ייטה לדון אותו לכף זכות ויימנע מלהתעמת עמו אף כאשר מן הראוי לעשות כן. אבל ספק אם נימוקים אלו קיימים בפעולות משפטיות אחרות, כגון מכר, וספק אם הם קיימים גם באפוטרופוס.
הוא מנמק עוד לגבי נידונו, שהשוכרים היו קרובים של המקדיש, שיש לחשוש שאם יגורו בדירות בשכירות, יטענו במשך הזמן שהדירות הם שלהם מכוח ירושה מהמקדיש.

[39] אבל לעיל, ליד ציון הערה 32, ראינו שבקהילות ליטא הענישו אפוטרופוס שנטל הלוואה לעצמו בערמה, על ידי הלוואת כספי יתומים לקרוביו. מתקנה זו עולה, שהלוואת הכספים לקרובים כשלעצמה מותרת.

משכירות, שאפשר להפסיק באמצע), הפעולה תקפה, כיוון שאין בה פגם מהותי, אלא רק חשש לזות שפתיים[40].

ב. מיהו "קרוב"?

1. קרבת משפחה

לאור הגדרת הביטוי "קרוב" בסעיף 80, האיסור שהחוק מטיל על פעולה משפטית בין החסוי לבין קרוב של האפוטרופוס חל על: "בן זוג, אב, אם, בן, בת, אח, אחות, סב, סבה, נכד, נכדה"[41].

אשר לעמדת המשפט העברי, יש להקיש מדברי מהרי"ט שהובאו לעיל[42], לעניין פעולה משפטית עם קרובי נאמן של הקדש. הוא קובע כלל, שנאמן של הקדש אינו רשאי להשכיר את נכסי ההקדש לכל "קרוביו שפסולין לדון ולהעיד עליהם". הקרובים הפסולים להעיד על אדם, הם: (א) הוריו, בניו, בנותיו, אחיו, אחיותיו[43]. (ב) בני הזוג של המנויים בסעיף א[44]. (ג) בני דודיו הראשונים, נכדיו, הורי הוריו[45]. (ד) בנים ובנות של בן הזוג, אב או אם של בן הזוג[46]. (ה) בני הזוג של המנויים בסעיף ד[47].

אם כן, כל אלו כלולים באיסור לעשות פעולה משפטית עם החסוי[48].

2. קרבת ידידות

כאמור, מהרי"ט קבע שהגדרת "קרוב" לעניין האיסור על נאמן לרכוש נכס מנכסי הנאמנות היא כהגדרתו לעניין פסול לדון. הואיל ודיין פסול לדון את "מי שהוא אוהבו"[49], אפשר להסיק שהאפוטרופוס אינו רשאי לעשות פעולה משפטית בנכסי החסוי עם ידידיו מחשש שיחשדו בו שהעניק לידידיו תנאים משופרים בשל הקרבה ביניהם[50].

---

[40] ראה לעיל, עמ' 172, הערה 16, שלחם רב כותב שלפי הטעם של לזות שפתיים, הפעולה תקפה בדיעבד. ואמנם פעולה בין האפוטרופוס עצמו לבין החסוי בטלה אף בדיעבד, בגלל הטעם של פגם בדרך הקניין, כאמור ליד ציון הערה 20, אבל כאן הפגם אינו קיים, כאמור לעיל, הערה 37.

[41] י' אנגלרד, חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, עמ' 125. והשוה להגדרת "קרוב" שבסעיף 13 לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979.

[42] לעיל, ליד ציון הערה 36.

[43] שולחן ערוך, חו"מ, סימן לג, סעיף ב.

[44] שולחן ערוך, שם, סעיף ג.

[45] שולחן ערוך שם, סעיף ב.

[46] שם, סעיף ח.

[47] שם.

[48] ראה עוד לעניין זה בחוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 332–333.

[49] שולחן ערוך, חו"מ, סימן ז, סעיף ז.

[50] אבל אם נפרש את לשונו "לקרוביו שפסולין לדון ולהעיד עליהם" כמוגבל לקרובים שהוא פסול גם להעיד וגם לדון עליהם, "אוהב" אינו בכלל, שהרי אדם כשר להעיד על אוהבו, כפי שפסק שולחן ערוך, חו"מ, סימן לג, סעיף א.
וראה עוד לעניין זה, חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 333.

3. קרבה עסקית

ר׳ יונה אבן ריי[51] קבע, שסוכן שהתבקש למכור סחורה, אינו רשאי למכור את הסחורה לשותפו מחשש שמא יעורר הדבר לזות שפתיים. מדבריו נוכל ללמוד, על דרך ההיקש, שאפוטרופוס אינו רשאי לקיים פעולה משפטית בין החסוי לבין שותפו.

אפשר להגיע לאותה מסקנה בדרך נוספת, על פי דברי מהרי״ט[52] האוסר פעולה משפטית בין החסוי לבין מי שפסול להעיד לאפוטרופוס או לדון אותו. מי שיש לו עניין עסקי עם האפוטרופוס פסול להעיד בענייננו, כפי שקבע הרמב״ם[53]: ״ודברים אלו אינן תלויין אלא בדעת הדיין ועוצם בינתו, שיבין עיקר המשפטים וידע דבר הגורם לדבר אחר, ויעמיק לראות אם ימצא לזה העד צד הנאה בעדות זו, אפילו בדרך רחוקה ונפלאה, הרי זה לא יעיד בה לו״. אם כן, אפוטרופוס אינו רשאי לקיים בפעולה משפטית בין החסוי לבין מי שיש לאפוטרופוס עניין עסקי עמו.

פרק רביעי

״פעולה משפטית בין שניים שמונה להם אותו אפוטרופוס״

א. מבוא

החוק שולל את סמכות האפוטרופוס לפעול, גם כאשר ניגוד העניינים שהוא מצוי בו אינו ניגוד עניינים אישי אלא ״מוסדי״, כלומר ניגוד בין שני אינטרסים ציבוריים שעליהם הוא מופקד[54].

בעיני רבים, ניגוד עניינים מוסדי פחות חמור מניגוד עניינים אישי, הנושא עמו זיקה טבעית לשחיתות[55].

[51] ר׳ יונה ן׳ ריי, בתשובתו בשו״ת דבר משה (אמריליו), חלק ב, סימן קא (קז ע״ד). הסכימו עמו ר׳ אברהם גטיניו, בתשובתו שם, סימן קב (קח ע״ד), ור׳ משה אמריליו, בתשובתו שם, סימן קג (קיא ע״ד).
הם כותבים (בדפים קח ע״א וע״ד, קיב ע״ב) שאם השליח מכר, בהתאם לבקשת השולח, תחת פיקוחו של אדם מסוים, הדבר מותר, מפני שאין חשש ללזות שפתיים.
הם דנים גם בשאלה האם מכירה זו פסולה בנימוק שאין הוצאה מרשות המוכר לרשות הקונה, או שמא רשותו של השותף נחשבת לרשות נפרדת.

[52] לעיל, ליד ציון הערה 36.

[53] רמב״ם, הלכות עדות, פרק טז, הלכה ד. כך כתב גם שולחן ערוך, חו״מ, סימן לז, סעיף כא.

[54] הוראה דומה קיימת בסעיף 10(ג) לחוק הנאמנות: ״נאמן של כמה נאמנויות לא יפעל בפעולה שביניהן״. אך היקף ההוראה שבחוק הנאמנות רחב מזה שבפנינו, בכך שהיא אינה מוגבלת ל״פעולה משפטית״.
השאלה עד כמה יש לחשוש לניגוד עניינים נדונה רבות בבתי המשפט בישראל. ראה על כך: י׳ זמיר, ״ניגוד עניינים בשירות הציבורי״, בתוך: ניגוד עניינים במרחב הציבורי הציבורי – משפט, תרבות, אתיקה, פוליטיקה (בעריכת דפנה ברק־ארז, דורון נבות ומרדכי קרמניצר), 2009 (להלן ״זמיר״), 226, עמ׳ 257–258, ובאסמכתאות שבהערה 110, שם.

[55] אבל זמיר, עמ׳ 226, טוען שקיים קושי להבחין בין ׳אישי׳ ל׳מוסדי׳, ושייחוסה של השחיתות דווקא לניגוד העניינים האישי אינו חד כלל ועיקר.

ב. חשש להטייה בשיקול הדעת

האמורא שמואל[56] אומר: "יתומים שבאו לחלוק בנכסי אביהם, בית דין מעמידים להם אפוטרופוס ובוררים להם חלק יפה". משמעות דבריו, לפי פרשנים רבים, היא שבעת חלוקת העיזבון, יש למנות אפוטרופוס לכל אחד מן היתומים כדי שיהפך בזכותו[57]. מכאן ניתן להסיק, שלכתחילה, אין להציב אדם במצב של ניגוד עניינים מוסדי, המחייבו לייצג שני חסויים בפעולה משפטית אחת.

אולם דומה שמסקנה זו אינה הכרחית, משתי סיבות: (א) לדעת פרשנים אחרים, שמואל עוסק בחלוקת עיזבון בין יתומים שחלקם גדולים וחלקם קטנים, ובזה בית דין מעמידים אפוטרופוס אחד לכל היתומים הקטנים, והוא בורר להם (=לקבוצת היתומים הקטנים) חלק יפה, אבל אין צורך במינוי אפוטרופוס נפרד לכל יתום קטן[58]. ולפי הסבר זה מינויו של האפוטרופוס נועד להבטיח ייצוג הולם ליתומים הקטנים בעת חלוקת העיזבון, אבל אותו אפוטרופוס מייצג את כל היתומים הקטנים, ואין מתחשבים בניגוד עניינים מוסדי.

(ב) אף לפי הפרשנות הראשונה, יתכן שאמנם המשפט העברי אוסר על מינוי אפוטרופוס לתפקיד שכרוך בו בהכרח ניגוד עניינים מוסדי, כמו חלוקת עיזבון בין החסויים, אבל ייתכן שאם התמנה אפוטרופוס על חסויים שאין קשר הכרחי ביניהם, הוא רשאי לפעול גם בפעולה שביניהם.

---

[56] יבמות סז ע"ב; כתובות ק ע"א; גיטין לד ע"א; קידושין מב ע"א. כך פסקו רמב"ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ד, ושולחן ערוך, חו"מ, סימן רפט, סעיף א. וראה בסעיף 47, עמ' 150, דיון בדברי שמואל, מן ההיבט של חובת האפוטרופוס להקפיד שלא יקופח חלקו של היתום.

[57] רש"י, יבמות סז ע"ב, ד"ה יתומים ("ובורר כל אפוטרופוס חלק אחד יפה לחלקו"), כתובות ק ע"א, ד"ה ובוררין, וגיטין לד ע"א, ד"ה ובוררין; תוספות, כתובות שם, ד"ה ובוררין, וקידושין שם, ד"ה ובוררין (בדעת ר"י); חידושי הרשב"א, גיטין לג ע"ב, ד"ה ומלשון בוררין; פירוש ר"י מלוניל, קידושין שם (שיטת הקדמונים עמ' סד–סה).
חידושי חתם סופר, גיטין לד ע"א, כותב שלשיטה זו, הגירסה הנכונה היא "בית דין מעמידים להם אפוטרופסים", ולא "אפוטרופוס". וכך אמנם הנוסח בכ"י ותיקן 130, כתובות ק ע"א, וכ"י אוקספורד 367, קידושין מב ע"א. ראה תלמוד בבלי עם שינויי נוסחאות, הוצאת מכון התלמוד הישראלי, יבמות שם.
העמק שאלה, על שאילתות לרב אחאי גאון, שאילתא קלט, אות א, כותב, שמן המילה 'ובוררין' משמע אמנם שיש כמה אפוטרופסים (בניגוד לנוסח 'ובורר', שמופיע בתלמוד דפוס וילנא, יבמות סז ע"ב, בכ"י מינכן 95 ו־141, יבמות שם, בכ"י ותיקן 130, כתובות ק ע"א, בכ"י אראס 889, גיטין לד ע"א, בכ"י פירקוביץ 187, גיטין שם, ובכ"י וטיקן 140, גיטין שם, וכך גורסים השאילתות שם ורמב"ם שם). אבל הוא מעיר שר"ן על הרי"ף, קידושין יז ע"א (בדפי הרי"ף), כותב שאפשר לפרש שהמילה 'בוררין' מכוונת לבית הדין ולאפוטרופוס, שהם הבוררים לכל אחד מן היתומים את חלקו, ולפי זה המילה 'בוררין' אינה מלמדת שיש כמה אפוטרופסים. ואכן, חידושי חתם סופר, גיטין שם, כותב בדעת רבנו חננאל שיש רק אפוטרופוס אחד לכל היתומים, ודייני בית הדין הם הבוררים ומחלקים, והאפוטרופוס רק שומר על החלקים שנבררו עבור כל אחד מן היתומים.

[58] שאילתות דרב אחאי גאון, שם (ע"פ העמק שאלה, שם); רמב"ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ד; ר"ן על הרי"ף, קידושין יז ע"א (בדפי הרי"ף); ראי"ש, כתובות, פרק יא, סימן יח; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רפט, סעיף א;.
חידושי הריטב"א, קידושין מב ע"א, עושה הבחנה: אם היתומים כולם קטנים, די באפוטרופוס אחד שיטפל בנכסים עד שיגדלו ויחלקו את הנכסים; וכן אם יש גדולים וקטנים, ממנים אפוטרופוס אחד על חלקם של כל הקטנים יחד עד שיגדילו; אבל אילו היו מחלקים הקטנים ביניהם את הנכסים, היה צריך אפוטרופוס נפרד לכל אחד להפך בזכותו.

ברם, אפשר ללמוד את דינו של אפוטרופוס בהיקש מהלכות אחרות האוסרות על נציגי ציבור לפעול בהיותם מצויים במצב של ניגוד עניינים מוסדי.

(א) התוספתא[59] אומרת שמלך אינו רשאי להשתתף בהרכב הדן בעיבור השנה. התלמוד[60] מסביר את פסלותו של המלך: "משום אפסניא". רש"י[61] מסביר שהמלך "מחלק ממון לחיילותיו כך וכך לשנה, ונוח לו שיהיו כל השנים מעוברות". "האינטרסנטיות של המלך אינה אישית אלא מוסדית"[62]: העניין הציבורי בסידור לוח השנה והעניין הציבורי באוצר המדינה, וחז"ל מונעים את ההימצאות במצב של התנגשות אפשרית בין האינטרסים. ואולם יש להעיר, שבמשטר המלוכני הקדום לא הייתה הבחנה של ממש בין אוצר הממלכה לאוצר המלך, ואם כן יש למלך ניגוד עניינים אישי[63].

(ב) הלכה היא ש"אין עד נעשה דיין"[64]. ויש מי שביקש ללמוד מכאן ש"כהונה כפולה... [נתפסת] כדבר שלילי... בשל ניגוד העניינים (המוסדי) הטמון בתפקיד הכפול"[65].

עוד אפשר להקיש מדברי הפוסקים שאסרו במקרים דומים מטעמים שתקפים גם בענייננו:

(א) אסור לקבל שוחד אף אם הוא ניתן משני בעלי הדין, כפי שנימק המאירי[66]: "ואף כשמקבלו משני צדדין, מכל מקום לבו נוטה לזה ולזה, עד שנוטה להכריע ביניהם, ושלא לדונם בדין גמור". גם האפוטרופוס עלול לפשר בין שני הצדדים שהוא מייצגם בעיסקה, בלא להשיג את המיטב בעבור כל אחד מהם.

(ב) מהר"י ברונא[67] נשאל בעניין "טוען" של הנתבע, שלאחר זמן הפך לטוען עבור התובע,

[59] תוספתא סנהדרין, פרק ב, הלכה ח (הלכה יד במהד' צוקרמנדל), הובא בסנהדרין יח ע"ב. וכך פסק רמב"ם, הלכות קידוש החודש, פרק ד, הלכה יא.

[60] סנהדרין, שם.

[61] רש"י, סנהדרין שם, ד"ה משום אפסניא.
מהרמב"ם שם עולה, שייתכן שהמלך יהיה מעוניין דווקא שהשנה לא תתעבר, ולא הסביר מה האינטרס שלו בכך. האדר"ת, בחידושי בני בנימין, על הרמב"ם שם (נדפס גם בספר הליקוטים, במהדורת פרנקל), הסביר שאם השנה לא תתעבר, יתקצר משך הפטור משירות צבאי של הנישאים החדשים באותה שנה, בהתאם לציווי "לא יצא בצבא... נקי יהיה לביתו שנה אחת" (דברים כד, ה). מרגליות הים, סנהדרין שם, אות טז, הסביר שאם השנה לא תתעבר, יתגייסו בני השנתון החדש לשירות צבאי חודש אחד מוקדם יותר.

[62] י' שפירא, "מרמה והפרת אמונים של עובדי ציבור", חוות דעת באתר המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים, מיום ג' בטבת תשס"ט (20 בדצמבר 2009), עמ' 12, ובקיצור, הנ"ל, "על מרמה והפרת אמונים", פרשת השבוע, משרד המשפטים, גיליון מס' 320 (קורח תשס"ח), באתר המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים.

[63] לדוגמה, ספר הערוך, ערך אפסניא, פירש: "אם יוסיפו חודש צריך ליתן משלו".

[64] ראש השנה כה ע"ב; גיטין ה ע"ב; בבא קמא צ ע"ב; בבא בתרא קיד ע"א; סנהדרין לד ע"ב.

[65] א' הכהן, "האיסור על ניגוד עניינים במשפט העברי", בתוך: ניגוד עניינים במרחב הציבורי (לעיל הערה 54), עמ' 165.
בדומה, נאמר בעת"מ (ת"א) 44865-07-13 רון אליעזר מלכה נ' סיעת תנועת התושבים בקריית אונו, על הלכת "אין עד נעשה דיין": "אין זו מגבלה טכנית בלבד. החיוב מדאורייתא שעד יתייצב פנים אל פנים לפני הדיין נובע מן הצורך שדיין בלתי משוחד ובלתי מוטה ישמע את דברי העד, ויבחן את אמינותם ומשמעותם". ראה גם: ת"א (רח') 3058/97 מילוא רפי נ' סיני צבי (24.09.02) עמ' 6, פסקה 13; ע"מ (איו"ש) 2369/11 התביעה הצבאית נ' פארס פארוק פארס (31.10.11), עמ' 6.
אבל הראשונים נימקו הלכה זו בדרכים אחרות. ראה על כך: אנציקלופדיה תלמודית, ערך אין עד נעשה דיין, פרק א, כרך א, עמ' תרפה.

[66] מאירי, כתובות קה ע"א, ד"ה כל.

[67] שו"ת מהר"י ברונא, סימן קלב. כעין זה פסק גם ביה"ד הגדול, בראשות נשיא ביה"ד הגדול, ר' מרדכי

האם הוא כשר לטעון עבורו? והשיב שאף שמעיקר הדין אין טעם לאסור, יש למנוע זאת משום הוצאת לעז ולזות שפתיים, ובפרט אם הנכרים מקפידים לא לעשות כן. גם כשאפוטרופוס מייצג שני צדדים כאחד, יש לזות שפתיים.

בסיכום, נראה, שאף שאין בידינו מקור מובהק השולל את כוחו של אפוטרופוס לייצג כמה חסויים בפעולה משפטית שביניהם, אפשר ללמוד בדרך ההיקש שעליו להימנע מכך, משני טעמים: (א) יש צד נגיעה בדבר, כיוון שלא יוכל למלא את תפקידו כראוי לטובת שני הצדדים. (ב) חשש ללזות שפתיים[68].

ג. בהקנאה מחסוי לחסוי

סוג אחד של "פעולה משפטית בין שניים שמונה להם אותו אפוטרופוס", הוא הקנאת נכס מזה לזה. כאן ייתכן שבלי קשר לחשש להטייה בשיקול הדעת, בגלל ניגוד העניינים המוסדי, יש פגם בתוקף ההקנאה.

מהרי"ט[69] סבור, ששליח אינו יכול "לזכות לאחרים על יד עצמו", כלומר, להיות שליח של המוכר ושליח של הקונה בעת ובעונה אחת להעביר בעלות בנכס, משום שכדי שהבעלות תעבור, הנכס צריך לצאת מרשות המוכר לרשות הקונה. לעומתו, הש"ך[70] סבור שאף שהשליח מייצג את הקונה והמוכר כאחת, הנכס יוצא מרשות המוכר לרשות הקונה, והמכר חל.

אליהו, ערעור נז/936 דניאלי אסתר נ' דניאלי מיכאל (נדפס בשורת הדין ח, עמ' תקא), שיש למנוע מבעל דין מלהיות מיוצג על ידי מי שייצג בתחילה את הצד שכנגד, ובעל הדין חייב למנות לעצמו מייצג אחר. וראה גם א' שוחטמן, סדר הדין בבית הדין הרבני, עמ' 202–203.

[68] לגבי שליח, מסיק מ' ויגודה, חוק לישראל, שליחות, עמ' 448, שיש לו כוח לפעול גם בהיותו במצב של ניגוד עניינים מוסדי, מהלכת התוספתא, בבא מציעא, פרק ד, הלכה יא (הלכה כא במהד' ליברמן): "הנותן מעות לחברו ליקח בהן פירות למחצית שכר, רשיי הלוקח ליקח לו [=מכספו שלו] מאותו המין". מהלכה זו עולה, שאין חוששים שהשליח יקנה לעצמו סחורה משובחת מזו שיקנה עבור שולחו. לדעת ויגודה, יש להסיק מהלכה זו בקל וחומר: "אם אין ההלכה חוששת שאדם יעדיף את עצמו על פני שולחו, ודאי שאין מקום לחשוש שיעדיף שולח אחד על פני משנהו".

אבל בהערה 70, הוא מסייג את ההוכחה: "יש אולי מקום לפקפק בראיה זו, שכן בעסקה יש לשליח אינטרס לקנות סחורה טובה, שהרי גם הוא עתיד להשתתף ברווח, מה שאין כן כשאין לשליח כל נגיעה ואינטרס בשליחות".

אפשר לפקפק בראיה זו מטעם נוסף: הלכת התוספתא עוסקת בניגוד עניינים פוטנציאלי: ייתכן שתהיה בשוק סחורה משובחת בכמות מוגבלת, והשליח ייאלץ להכריע בין עניינו האישי לעניינה של השותפות, אך ייתכן גם שהכמות תספיק לשניהם. לעומת זאת, ייצוג שני שולחים בעסקה אחת כרוך בניגוד עניינים ודאי. ייתכן אפוא שחכמים לא חששו לניגוד עניינים מוסדי פוטנציאלי, אך חששו לניגוד עניינים מוסדי ודאי.

לדעת ר' חיים וינקלר, אין פסול בניגוד עניינים מוסדי, כיוון שאין בכך לזות שפתיים; וגם בהחלטה מהותית, שבה פועל האפוטרופוס כדיין, ולכן אינו יכול להחליט בדבר שהוא נוגע בו, מחשש שישקר כדי להרוויח, הרי תפקידו כאפוטרופוס אינו יוצר נגיעה, כפי שמוכח מההלכה שהוא כשר להעיד בדין שבין היתומים לאחרים (רמ"א, חו"מ, סימן רצ, סעיף יב); אלא שלדעת שו"ת מהר"ם חלאווה, סימן ו, בימינו אינו נאמן להעיד על כך שאבי היתומים מינה אותו לאפוטרופוס, כיוון שבימינו אנשים רצים אחר התפקיד הזה, מה שמראה שיש בו הנאה, ועוד, שאם לא יוכר כאפוטרופוס, השלטון הנכרי יעניש אותו על התעסקות בממון היתומים בלי רשות.

[69] שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קכז.

[70] ש"ך, חו"מ, סימן קפה, ס"ק א. על המחלוקת ראה חוק לישראל, שליחות, עמ' 474–481.

אפשר שאותה מחלוקת תהיה קיימת בעיסקת מכר בין שני חסויים של אותו אפוטרופוס, לפי הגישה[71] שהאפוטרופוס הוא כשליח של החסוי. אולם לפי הגישה[72] שהאפוטרופוס הוא כבעלים בנכסים כדי לפעול בהם עבור החסוי, נראה שגם הש"ך יסכים שלא יוכל לקיים עיסקת מכר בין שני חסויים, כיוון שלפי גישה זו, הנכס אינו יוצא מרשות לרשות.

פרק חמישי

אישור בית המשפט לבצע פעולה במצב של ניגוד עניינים

הסעיף שבפנינו קובע שבית המשפט מוסמך לאשר לאפוטרופוס לפעול, אף כשהוא פועל בניגוד עניינים[73]. אישורו של בית המשפט משמש כאמצעי פיקוח לבל ינצל האפוטרופוס את מעמדו כדי לקדם את ענייניו על חשבון עניינו של החסוי.

האם, לפי המשפט העברי, יש בכוחו של בית הדין לאשר לאפוטרופוס פעולה שיש בה ניגוד עניינים, כגון רכישת נכס לעצמו מנכסי החסוי?

זוהי שאלה כללית, לגבי כל מי שמצוי בניגוד עניינים. בעניין זה מציגים בעלי התוספות[74] שני מקורות הנראים כסותרים זה את זה. האחד, שהובא לעיל[75], עניינו כוחה של אלמנה למכור לעצמה את נכסי היתומים כדי להיפרע מהם את המגיע לה בכתובתה. על כך נאמר בתלמוד שאינה רשאית לעשות כן משום שאומרים לה: "מאן שם ליך?", כלומר, מי העביר לך את החזקה בנכסים? מכאן מסיקים התוספות "דאם החזיקוה בית דין הייתה יכולה לעכב הקרקע לעצמה", כיוון שאינה מוכרת על דעת עצמה אלא באישור בית הדין. מכאן ניתן להסיק שאישור של בית הדין מתיר פעולה שבלעדיו היתה אסורה משום ניגוד עניינים. לעומת זאת, בעניינו של שומר הנדרש למכור יין שהופקד בידיו משום שעומד להחמיץ, שגם הוא הובא לעיל[76], נאמר: "עושה להם תקנה ומוכרן בבית דין, וכשהוא מוכרן, מוכרן לאחרים ואינו מוכרן לעצמו". מכאן, שאף כאשר המכירה נעשית בפני בית הדין, אין בזה כדי להתיר את מה שנאסר משום ניגוד עניינים[77].

כדי ליישב בין המקורות, מציעים התוספות שני הסברים. ההסבר הראשון הוא, שבשומר אין די בהסכמת בית הדין, כיוון שבדרך כלל אין בית הדין מעורב במכירת נכסים על ידי

[71] ראה על כך במבוא לספר, עמ' 4.

[72] במבוא, שם, עמ' 2.

[73] הוראה דומה נקבעה גם בסעיפים 20(5) ו־132(ז) לחוק; וראה לעיל, הערה 3.

[74] תוספות, כתובות צח ע"א, ד"ה דאמרי.

[75] לעיל, עמ' 172, ליד ציון הערה 17.

[76] לעיל, עמ' 171, ליד ציון הערה 10.

[77] התוספות, שם, מעלים אפשרות ליישב בין המקורות, בכך שבאלמנה ששמה לעצמה, בית הדין מעריך את שווי הנכס הנמכר ועל כן אין לחשוש ללזות שפתיים, ואילו בשומר, בית הדין רק נותן אישור למכירה בלבד, בלי להעריך את שווי הנכס, ועל כן יש לחשוש ללזות שפתיים. אולם הם דוחים אפשרות זו, מכוחה של סוגיית הירושלמי, פסחים, פרק א, הלכה ד, שעולה ממנה שאף שהשומר קיבל אישור מרבי יהודה הנשיא, שהיה אב בית דין, למכור את הנכס, עליו למכור בפני בית הדין כדי שיעריכו אותו (זאת כוונת התוספות, כמתבאר במקבילה בתוספות, פסחים יג ע"א, ד"ה מאי). ומכאן, שאף אם בית הדין מעריך את הנכס, אין השומר רשאי למכור לעצמו.

השומר, ולכן קיים חשש שאנשים לא יֵדעו שהעסקה אושרה על ידי בית הדין, ויחשדו בשומר שרכש את הפיקדון במחיר נמוך מערכו. לעומת זאת, במכירת אלמנה, הכול יודעים שהיא גובה מנכסי יתומים על פי בית הדין[78], ולכן לא יחשדו באלמנה שניצלה את מעמדה על חשבון היתומים.

ההסבר השני הוא, שבמכירת אלמנה, בית הדין נחשב כמי שהפקיד את נכסים ביד האלמנה[79], ולכן אישור בית הדין משמש מעין הסכמה של בעלי הנכס שהאלמנה תרכוש את הנכס לעצמה. לעומת זאת, בשומר לא מועילה הסכמת בית הדין, משום שהוא לא זה שהפקיד את הנכס.

משני ההסברים עולה, שאפוטרופוס רשאי לפעול אף בהיותו במצב של ניגוד עניינים, אם קיבל את אישור בית הדין. בדומה לאלמנה, ידוע לכל שהאפוטרופוס נתון לפיקוח של בית הדין, ויש לשער שהציבור יניח שהפעולה נעשתה באישורו של בית הדין (ההסבר הראשון של התוספות), ובדומה לאלמנה, בית הדין נחשב כמי שהפקיד את הנכסים אצל האפוטרופוס, כיוון שמינויו נעשה על ידי בית הדין, ולכן הסכמת בית הדין יכולה להתיר לו לקנות לעצמו (ההסבר השני)[80].

אפשר לומר ששתי הנקודות הללו משמשות משקל נגד לנימוקים שראינו לעיל[81] לאיסור פעולה שיש בה ניגוד עניינים. הנימוק של לזות שפתיים אינו קיים כאן כיוון שהכול יודעים שבית הדין אישר את הפעולה, ואנשים אינם חושדים ביושרו של בית הדין. הנימוק של הפגם הקנייני ברכישת נכס בלי שיצא מרשות לרשות, בא על פתרונו כאן כיוון שבית הדין הוא המפקיד והוא מוכר לאפוטרופוס.

פרק שישי

אישור לפעול על ידי "אפוטרופוס אחר שנתמנה למטרה זו"

כשם שבית המשפט רשאי לאשר לאפוטרופוס לפעול בהיותו מצוי במצב של ניגוד עניינים אישי או מוסדי, כך גם אפוטרופוס אחר רשאי לאשר את הפעולה, ובלבד שאפוטרופוס זה "נתמנה למטרה זו". מכאן, שאפוטרופוס המנהל את העיזבון יחד עם אפוטרופוס אחר, אינו יכול לאשר לחברו פעולה משפטית הכרוכה בניגוד עניינים, כיוון שלא נתמנה למטרה של מתן אישור כזה.

נראה שזו גם עמדת המשפט העברי. כפי שראינו לעיל[82], ר' אברהם די בוטון פסק שאפוטרופוס אחד אינו רשאי למכור נכס של החסוי לאפוטרופוס אחר, שמנהל יחד עמו את

[78] נקודה זו מבוארת יותר בתוספות הרא"ש, כתובות שם.

[79] נראה שכוונת התוספות היא, שבית הדין הוא "אביהם של יתומים", ומופקד על עניינם, ולכן הוא עומד במקומם, והוא נחשב זה שהפקיד את נכסיהם אצלם האלמנה.

[80] ראה עוד לעיל, עמ' 174, ליד ציון הערה 26, מחלוקת בין הראב"ד לבין הטור בשאלה האם מועילה הודעה לבית הדין כדי להתיר לאפוטרופוס ללוות מכספי היתומים.

[81] לעיל, עמ' 171, ליד ציון הערה 11 ואילך.

[82] לעיל, עמ' 175, ליד ציון הערה 33.

העיזבון, מפני לזות שפתיים[83]. קל וחומר שאפוטרופוס אחד אינו יכול לאשר לאפוטרופוס אחר, שמנהל יחד עמו את העיזבון, פעולה הכרוכה בניגוד עניינים, מפני לזות שפתיים.

לעומת זאת, אם בית הדין מינה אפוטרופוס מיוחד[84] שתפקידו לאשר לאפוטרופסים פעולות כאלה, אישורו מועיל. גם לגביו תקפים הנימוקים שניתנו לעיל[85] לכך שמועיל אישור של בית הדין לכך: אין חשש ללזות שפתיים, כיוון שהכל יודעים שמי שהוסמך על ידי בית דין למטרה זו במיוחד אישר את הפעולה; והפגם הקנייני ברכישת נכס בלי שיצא מרשות לרשות, בא על פתרונו כאן כיוון שהאפוטרופוס המיוחד הוא שמוכר לאפוטרופוס של היתומים[86].

פרק שביעי

סיכום

החוק אוסר על האפוטרופוס לקיים פעולה משפטית בינו לבין החסוי, אם לא קיבל תחילה את אישור בית המשפט או את אישורו של אפוטרופוס אחר שמונה במיוחד למטרה זו, בשל החשש שמא בשל ניגוד העניינים ייפגע עניינו של החסוי.

אף לפי המשפט העברי, אפוטרופוס אינו רשאי לרכוש נכסים מן החסוי.

נימוקים אחדים נאמרו לדין זה: (א) אדם מצווֶה שמעשיו יהיו נקיים מכל חשד, ובנסיבות אלו עשויים מעשים אלו לעורר חשד. (ב) כאשר לנכס שנרכש אין שווי שוק ברור ומוחלט, יש לחשוש שניגוד העניינים יגרום להטיית דעתו של האפוטרופוס, ולפגיעה בעניינו של החסוי. (ג) רכישת נכס מחייבת העברת הנכס מרשות המוכר לרשות הקונה, ואין העברה כזאת אם האפוטרופוס הוא גם הקונה וגם המוכר.

אפוטרופוס רשאי לקנות נכס מן החסוי במחיר הגבוה מהמחיר שבו מעריך בית דין את הנכס, ואם אי אפשר למצוא מי שיסכים לשלם מחיר זה, הוא רשאי לקנותו לעצמו במחיר זה.

לפי החוק, אין אפוטרופוס רשאי לקחת הלוואה מן החסוי. אבל לפי המשפט העברי, לדעת

[83] גם מהרי"ט, שהובא לעיל, עמ' 175, ליד ציון הערה 34, הכותב שמעיקר הדין אין בזה חשש לזות שפתיים, כותב במסקנתו שהדבר "מכוער".

[84] בסעיף 53, עמ' 234, נביא את דברי ט"ז, יו"ד, סימן רנח, ס"ק ה, שנהגו למנות "אבי יתומים" שתפקידו לפקח באופן כללי על אפוטרופסים.

[85] לעיל, ליד ציון הערה 80.

[86] אמנם מצאנו לגבי אלמנה, שאישור שאינו מבית דין של מומחין אינו מתיר לה לקנות לעצמה. כך כתבו הגאונים (חלק מדבריהם הובא לעיל, עמ' 172, ליד ציון הערה 21), שאסור לה לקנות לעצמה אפילו באישור של בית דין של הדיוטות (דהיינו יושבי קרנות שרק בקיאים בשומה, כהגדרת תוספות, כתובות צח ע"א, ד"ה דאמרי), מפני שאומרים לה: "שמא לא דקדקת יפה בשומא, ו[ו]אף על פי שבבית דין הדיוטות לקחה, חיישינן שמא כיון דלעצמה הוא, לא דקדקו יפה בשומתם". כלומר, בגלל ניגוד העניינים שהאלמנה מצויה בו, יש לחשוש שתקנה במחיר שנמוך משווי הנכס, וגם בית דין של הדיוטות לא ידקדקו בשומה (אולי מתוך רשלנות, או מתוך רחמים עליה). אבל נראה שאם בית הדין (של מומחים) מינה אדם שתפקידו לפקח על מצבים כאלו, אין חשש כזה. יש להעיר ששולחן ערוך, אהע"ז, סימן צג, סעיף כז, וסימן קג, סעיף ה, מביא מחלוקת האם אישור של בית דין של הדיוטות די בו כדי להתיר לאלמנה לקנות לעצמה.

רוב הפוסקים, הוא רשאי לקחת מממון החסוי לעצמו בתורת עסק, ובלבד שיודיע על כך לבית דין.

האיסור על פעולה משפטית בהיות האפוטרופוס במצב של ניגוד עניינים חל לפי החוק גם אם הפעולה המשפטית אינה בין האפוטרופוס לחסוי, אלא בין קרובי האפוטרופוס לחסוי, ובכלל זה: בן זוג, אב, אם, בן, בת, אח, אחות, סב, סבה, נכד, נכדה.

לפי המשפט העברי, אסור לאפוטרופוס לייצג אדם בפעולה משפטית שבה מעורבים קרוביו, מחשש לזות שפתיים. אבל בדיעבד, אם זו פעולה חד פעמית כגון מכירה (להבדיל משכירות, שאפשר להפסיק באמצע), הפעולה תקפה, כיוון שאין בה פגם מהותי, אלא רק חשש לזות שפתיים. בכלל האיסור כל "קרוביו שפסולין לדון ולהעיד עליהם": בני הזוג של המשפחה הגרעינית שלו, בני דודיו הראשונים ובני זוגם, צאצאי בן הזוג ובני זוגם, הורי בן הזוג ובני זוגם.

כמו כן, אין האפוטרופוס רשאי לפעול פעולה משפטית גם עם ידידיו, עם שותפיו, או עם מי שיש לו עניין עסקי עמו.

החוק שולל את סמכות האפוטרופוס לעשות פעולה בין שניים שהם חסויים שלו בגלל ניגוד עניינים "מוסדי", כלומר, ניגוד בין שני עניינים שעליהם הוא מופקד.

נראה, שאף המשפט העברי אוסר על אפוטרופוס לפעול בניגוד עניינים מוסדי.

הן לפי החוק הן לפי המשפט העברי, בית דין מוסמך לאשר לאפוטרופוס לפעול בהיותו מצוי במצב של ניגוד עניינים. סמכות זו נתונה גם בידי אפוטרופוס אחר שבית הדין מינה לתפקיד של פיקוח על פעולות כאלה ואישורן.

פרק שמיני

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

פעולות שיש בהן ניגוד אינטרסים

48. בפעולה משפטית בין האדם לבין האפוטרופוס שמונה לו, או לבין קרובו או ידידו של האפוטרופוס, או לבין בעל קשר עסקי עם האפוטרופוס, זולת מתנות הניתנות לאותו אדם, ובפעולה משפטית בין שניים שמונה להם אותו אפוטרופוס, אין האפוטרופוס מוסמך לייצג אדם שהוא מונה כאפוטרופסו, מבלי שבית המשפט או אפוטרופוס אחר שנתמנה למטרה זו אישרן מראש.

סעיף 49

הגנת צד שלישי

הגנת צד שלישי

49. פעולה של אפוטרופוס הטעונה אישור לפי סעיף 46(2) וסעיף 47(6) תהא בת־תוקף אף באין הסכמה או אישור כזה אם נעשתה כלפי אדם שלא ידע ולא היה עליו לדעת שהיא טעונה הסכמה או אישור.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 189

פרק שני: תוקפה של "פעולה של אפוטרופוס הטעונה אישור... באין אישור" 189

א. עמדת החוק 189

ב. עמדת המשפט העברי 190

פרק שלישי: פעולה שלא בתמורה 193

פרק רביעי: פעולות שיש בהן תרמית או מעילה בכספי החסוי 193

פרק חמישי: סיכום 194

פרק שישי: הצעת נוסח על פי המשפט העברי 195

פרק ראשון

מבוא

סעיף זה עוסק בהגנה על צד שלישי לפעולה של אפוטרופוס, שנדרשת לה הסכמה של אפוטרופסים נוספים, לפי סעיף 46(2), או שנדרש לה אישור של בית המשפט לפי סעיף 47(א)(6). הסעיף קובע שפעולה כאמור "תהא בת־תוקף אף באין הסכמה או אישור... אם נעשתה כלפי אדם שלא ידע ולא היה עליו לדעת שהיא טעונה הסכמה או אישור". דוגמה לכך היא צד שלישי שקנה נכס מן האפוטרופוס ללא הסכמה או אישור. לולא הוראת הסעיף, המכר היה בטל, כיוון שפעולת האפוטרופוס נעשתה בלי ההסכמה או האישור הנדרשים. אותו צד שלישי היה עלול להיפגע מהתבטלות המכר, בכך שהיה צריך להחזיר את הנכס שקנה, ולהשתדל לקבל חזרה את התמורה ששילם. כדי למנוע פגיעה מסוג זה, קובע הסעיף שהפעולה תקפה. אלא שהגנה זו על צד שלישי מוענקת רק אם "לא ידע ולא היה עליו לדעת" שהפעולה טעונה הסכמה או אישור. לעומת זאת, אם ידע או היה עליו לדעת שהיא טעונה הסכמה או אישור, אין הצדקה להגנה עליו, כיוון שהוא לקח את הסיכון במודע.

ההגנה על צד שלישי, שמעניק הסעיף, בהכרה בתוקפה של הפעולה, היא אחת משתי דרכים שהיה אפשר ללכת בהן להגן על צד שלישי. דרך אחרת היא להעניק לצד השלישי זכות לתבוע שיפוי על הוצאות שהוציא, בלי להכיר בתוקפה של הפעולה. להלן נבקש לברר תחילה באיזו דרך בוחר המשפט העברי להגן על צד שלישי.

עוד נבקש לברר באלו עסקאות תינתן ההגנה לצד שלישי; האם רק בעסקה שנעשתה בתמורה, או גם בעסקה שנעשתה ללא תמורה? האם ההגנה תינתן אף בפעולה שהיתה כרוכה במעילה בכספי החסוי, או רק בפעולה שנועדה לקדם את ענייניו של החסוי?

לבסוף נבקש לברר באלו נסיבות ייחשב צד שלישי כמי שלא ידע ואף לא היה עליו לדעת שפעולת האפוטרופוס טעונה הסכמה או אישור.

פרק שני

תוקפה של "פעולה של אפוטרופוס הטעונה אישור... באין... אישור"

א. עמדת החוק

כאמור, סעיף זה מעניק בהגנה לצד שלישי, על ידי הכרה בתוקפה של פעולת האפוטרופוס, אף אם היא "טעונה אישור לפי סעיף 46(2) וסעיף 47(6)", ונעשתה בלא אישור, "אם נעשתה כלפי אדם שלא ידע ולא היה עליו לדעת שהיא טעונה הסכמה או אישור".

מנוסח הסעיף עולה, שפעולה של אפוטרופוס הדורשת אישור בית המשפט, אך לא מכוחם של סעיפים 46(2) או 47(6) לחוק, אינה בת־תוקף אף אם היא נעשתה כלפי צד שלישי

תם־לב[1]. המיוחד בסעיפים אלו הוא שיכולה להיות הצדקה לאי־ידיעתו של הצד השלישי: ייתכן שלא ידע שיש אפוטרופוס נוסף שהסכמתו דרושה (סעיף 46(2)), וייתכן שלא ידע שבית המשפט קבע שהפעולה הנדונה טעונה אישור בית המשפט (סעיף 47(6)). לעומת זאת, בפעולה הדורשת אישור לפי סעיף 47(א) ס"ק (1) עד (15), היה לצד השלישי לדעת שהיא טעונה אישור בית המשפט, כיוון שהחוק מפרט את סוגי הפעולות הטעונות אישור.

בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א־2011, סעיף 27, מוצע נוסח המרחיב את היקף ההגנה הניתנת לצד שלישי תם־לב: "פעולה משפטית הטעונה אישור בית המשפט לפי פרק זה תהיה תקפה אף באין אישור כאמור, אם נעשתה בתמורה כלפי אדם שפעל בתום לב". נוסח זה מחיל את ההגנה גם על פעולות הנגועות בניגוד עניינים (עניינו של סעיף 48 הקיים ושל סעיף 24(ב) להצעת החוק).

מצד שני, ההצעה מצמצמת את ההגנה לצד שלישי "שפעל בתום לב ובתמורה, היינו שלא יהא די בידיעה אובייקטיבית כדי למנוע את בטלות הפעולה, ויידרש תום לב במובנו הסובייקטיבי"[2]. בכך משתווה ההגנה לזו שבחוק הנאמנות, שמותנית גם היא בתמורה[3].

ב. עמדת המשפט העברי

חוק המכר, התשכ"ח־1968, סעיף 34, אימץ את המונח "תקנת השוק" של משפט העברי, המגינה על הקונה נכס בתום לב מאדם שאינו בעליו. אבל יש הבדל ביניהם: לפי המשפט העברי, על הקונה להשיב את הנכס לבעליו, והוא זכאי לקבל מבעל הנכס את הכסף שהשקיע ברכישה. לעומת זאת, לפי חוק המכר ההגנה היא בהכרה בתוקפה של העסקה[4].

אולם גם במשפט העברי מצאנו מעין תקנת השוק המכירה בתוקפה של העִסקה כדי להגן על הצד השלישי. כך פסק ר' אליעזר בן נתן, הראב"ן[5], בעניין אישה שעשתה עסקה בשם

[1] א' בן דרור, החסויים במשפט, עמ' 99; ת"א (חי') 1116/99 אבו סאלח מוחמד נ' שקור פואד, עמ' 26: "אין מדובר בלאקונה, אלא בהסדר שלילי בכוונת מכוון".

[2] לשון דברי ההסבר לסעיף 27, שם.

[3] ראה סעיפים 9(ב) ו־13(ה) לחוק הנאמנות, התשל"ט־1979. יצוין שסעיף 66 לחוק הכשרות קובע תקנת השוק לגבי פעולת אפוטרופוס שהיה פגם במינויו.

[4] להרחבה בעניינה של תקנת השוק במשפט העברי, ראה: ז' ורהפטיג, החזקה במשפט העברי (תשכ"ד), עמ' 135–163; אורי שטרוזמן, "תקנת השוק במשפט העברי: משמעותה, התפתחותה וחיוניותה", דיני ישראל ט (תשל"ח–תש"ם), עמ' ז; נ' רקובר, המסחר במשפט העברי, ירושלים תשמ"ח, שער שני: "תקנת השוק", עמ' 55–67 ובייחוד בעמ' 63. ראה גם חוק לישראל, משכון, עמ' 127–152, בעניין תקנת השוק במישכון שלא כדין; וחוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 48–50, בעניין תקנת השוק בחוזה למראית עין.

[5] ספר ראב"ן, בבא קמא, לדף פז ע"א (דף קצא ע"ב במהד' עהרנרייך). פסקו כמותו: מרדכי, בבא קמא, סימן פז; אור זרוע, בבא קמא, סימן שנא ("ובטלת חיותא אם לא יעמדו למשפט כאנשים"); ים של שלמה, בבא קמא, פרק ח, סימן כט; ש"ך, חו"מ, סימן צו, ס"ק ט; שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן יט; אורים ותומים, סימן צו, אורים, ס"ק יז.

שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תיב, ושו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן רנד, מביאים את פסיקתו של ראב"ן (לא בשמו) אבל אינם מביאים את הנימוק של תקנת השוק.

שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן יט, מביא את דברי הראב"ן גם על בן הנושא ונותן בנכסי אביו, ומכאן שאפשר להרחיב את דברי הראב"ן למקרים דומים.

הראב"ן פסק פסיקה דומה בתשובותיו, סימן קטו. שם הוא דן על "ראובן שתבע אשת שמעון לדין על פיקדון שהפקיד בידה, ונתחייבה גם פרעון וגם שבועה", ושמעון טען, בין היתר, שאשתו פטורה בגלל הכלל (כתובות עד ע"ב) "אין אדם רוצה שתתבזה אשתו בבית דין". הראב"ן פוסק שהאשה חייבת להישבע,

בעלה, ואחר כך הכחישה אותה: "בזמן הזה, שכל הנשים אפיטרופס של בעליהן לשאת ולתת עמהן עם בני אדם, אם כופרת במשאן ובמתנן ויש עדים בדבר, חייבין לשלם משום תקנת השוק, שישאו ויתנו עם הנשים, שאם לא כן לא ישאו ויתנו עמהן". הרי שאין מבטלים את מעשיה אף שלא הייתה מוסמכת לעשותם, מפני תקנת השוק. "תקנת השוק" של הראב"ן שונה מ"תקנת השוק" התלמודית[6], ובכל זאת הוא משתמש באותו ביטוי, כיוון ששתי התקנות נועדו להבטיח את הקונים, שלא יחששו לשאת ולתת בשוק מחשש שמא המוכר אינו הבעלים החוקי של הנכס.

מדוע לא הסתפק הראב"ן בתקנת השוק התלמודית, לעניין אישה? כנראה, הוא סבר שאם אנשים יֵדעו שכשיעשו עסקה עם אישה היא עלולה להתבטל, ויהיו זכאים להחזר כספי בלבד, כדין תקנת השוק התלמודית, יימנעו מעשיית עסקות עם נשים, שהרי דבר מצוי הוא שאישה עושה עסקה ברכוש בעלה בלי רשותו. כדי להסיר את הרתיעה הזאת, הוא נאלץ לקבוע שעסקה עם אישה תקפה לגמרי, גם אם יתברר שעשתה את העסקה ברכוש בעלה בלי רשותו. שונה הדבר בתקנת השוק התלמודית, שאין זה מצוי כל כך שאדם ימכור חפץ גנוב, ולכן די בקביעת פיצוי כספי כדי להסיר את הרתיעה מקנייה בשוק.

בית הדין בירושלים[7] הרחיב את תחולת דברי הראב"ן לכל מי שמנהל את עסקי הזולת

והוא מחזק את פסיקתו בנימוק של תקנת השוק: "וכל שכן בזמן הזה, שהנשים אפיטרופסות וחנוניות ונושאות ונותנות, ולוות ומלוות, ופורעו ונפרעות ונפקדות ומפקידות. ואי אמרינן אין נשבעין על משאן ומתנן, לא שבקת חיי לכל ברייה, ואתי לאימנועי מלישא וליתן עמהן, ויש משום תקנת השוק לעשות תקנה שלא ימנעו, כדאשכחן בכמה דוכתי דחשו חכמים לתקנת השוק. הלכך, אפילו היה בדין שלא להשביעה, משום תקנת השוק היה להשביעה".

לדעת שו"ת מהרי"ק, שורש קצב, ובקצרה, בפסקי מהרי"ק, סימן ק (והסכים עמו ים של שלמה, בבא קמא, פרק ח, סימן כט), הראב"ן דיבר רק על עסקאות בסכומים קטנים, "כדרך שהאישה רגילה לישא וליתן בזמן הזה להוציא הוצאות לאכילת ביתה", ולא בעסקאות בסכומים גדולים, שאין דרכן של נשים לעשותן. נראה שנימוקו הוא, שמי שעושה עסקה גדולה עם אישה, עושה זאת ביודעו שאינה מוסמכת לעשות עסקה זו בשם בעלה.

אולם שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן יט, סבור שאין להגביל כך את תקנת השוק באישה (וכך משמע מלשונו הרחבה של ראב"ן המובאת להלן בטקסט: "בזמן הזה, שכל הנשים אפיטרופס של בעליהן לשאת ולתת עמהן עם בני אדם"), והוא מסביר שמהרי"ק לא התכוון לבטל כל עסקה ב"סך גדול" שעשתה אישה בנכסי בעלה, ודבריו נאמרו רק "בנשים שאין רגילות לשאת ולתת אלא בדבר מועט, לצורך אכילת ביתם. אבל אם היו רגילות בסך גדול, גם במרובה יהיו מעשיהן קיימים". נקודה זו הובאה בשמו בשו"ת באר משה (ירושלימסקי), קונטרס השיב משה, שער י, אות ד, דף לז ע"ב. וראה על כך בחוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 62.

דעה חולקת: שו"ת הרא"ש, כלל יג, סימן יא, וכלל לט, סימן ח, ושו"ת מהרי"ק, סימן קצב (הובא בדרכי משה, חו"מ, סימן צו, ס"ק ד), כותבים שמהר"ם מרוטנבורג חולק על הראב"ן. רמ"א, חו"מ, סימן צו, סעיף ו, פוסק כמהר"ם. שו"ת ארחותיך למדני, חלק ב, אהע"ז, סימן קטו, אות ז, סבור שיש לפסוק שלא כראב"ן, בגלל דברי מהרי"ק. אבל ים של שלמה וש"ך שם כותבים שמהר"ם אינו חולק על הראב"ן.

לסקירה רחבה של עמדת חכמי ישראל בעניין זה בדורות הראשונים והאחרונים, ראה: א' ורהפטיג, "אחריות בעל לחובות אשתו", שנתון המשפט העברי ב (תשל"ה), עמ' 266; י"ק ריניץ, "מינוי אישה לאפוטרופא", מחקרי משפט ד (תשמ"ו), עמ' 200; פסקי דין – ירושלים, דיני ממונות ובירורי יהדות, חלק ג, עמ' פו–פח; חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 62–63; חוק לישראל, שליחות, עמ' 378–379, 384–385, 698.

[6] נ' רקובר, לעיל הערה 4, עמ' 55, העיר על השוני ביניהם.

[7] פסקי דין – ירושלים, דיני ממונות ובירורי יהדות, כרך ג, עמ' 88, פסק דינו של ר' חיים הרצברג. דבריו הובאו בחוק לישראל, שליחות, עמ' 385.

בכללם, ולדעתו: "בנושא ונותן, כולי עלמא מודים שאף אם הוא שינה מדעת משלחו, אבל הלוקח לא ידע מכך, אמרינן דהמקח קיים משום תקנת השוק". אבל בית הדין צימצם את דבריו: "מה שאין כן שליח לפעולה מסוימת, שאין כאן משום תקנת השוק... שאם הוא עבר על דעת משלחו, הרי כל מעשיו בטלים, אף שהלקוח לא ידע על כך".

הנימוק להבחנה בין מי שנושא ונותן בעניינו של הזולת בהיקף רחב, כמנהל עסקים שלו, לבין שליח המתמנה לשליחות מוגדרת ומסויימת הוא, שכאשר אדם פועל בשמו של אחר בעסקאות רבות, לפי שיקול דעתו הבלעדי, קשה לצד שלישי לדעת על הפרת החובה, והוא רשאי להניח שהעסקה כלולה בתחום שיקול דעתו. לפיכך, אם תבוטל פעולתו, עלול הדבר להרתיע אנשים מלקיים עסקאות עמו. לעומת זאת, כאשר אדם עושה עסקה עם שליח לפעולה מסויימת, יש לצפות ממנו שיברר האם השליח מוסמך לעשות את העסקה, ואם לא עשה כן, אין לו להלין אלא על עצמו. לפיכך, ביטול פעולת השליח, כמתחייב מעיקר הדין, לא יפגע באמינות המסחרית של שלוחים, ואין צורך בתקנת השוק.

לפי גישתו של בית הדין, נראה שתקנת השוק תחול גם על פעולה של אפוטרופוס, שהרי הוא פועל בשם החסוי במכלול פעולות, ובכך הוא דומה בהיקף פעולתו לאישה שעושה עיסקאות בנכסי בעלה. על כן, פעולה שעשה האפוטרופוס תקפה, אף אם לא קיבל אישור או הסכמה שהיה עליו לקבלם, אם לא ידע הצד השלישי ולא היה עליו לדעת שהאפוטרופוס פעל בלי אישור או הסכמה נדרשים[8].

אבל נראה שיש לסייג את הדברים, בכך שהפעולה תקפה רק אם הצד השלישי ידע שמשאו ומתנו הוא עם אפוטרופוס, כשם שמי שעושה עסקה עם אישה יודע שהיא פועלת בשם בעלה. הרי נימוקה של תקנת השוק כאן היא שאם אנשים ידעו שעסקה עם אפוטרופוס עלולה להתבטל בגלל העדר אישור או הסכמה, לא יעשו עסקאות עם אפוטרופסים; וחשש זה קיים רק אם הצד השלישי יודע שהוא עושה עסקה עם אפוטרופוס, כמובן[9]. עם זאת, אם הצד השלישי לא ידע שהאדם שמולו הוא אפוטרופוס, תחול עליו תקנת השוק הכללית, שבה העסקה בטלה אלא שהצד השלישי זכאי לשיפוי מהבעלים, שכאן הם היתומים.

[8] ראה הערה 15, ששו"ת מהר"ם כותב שתקנת השוק הכללית אינה נוהגת בנכסי יתומים קטנים, ובכל זאת יש מקום לתקנה מיוחדת לגבי אפוטרופוס.

[9] ר' חיים וינקלר העיר שבמקרים מסויימים היתומים יכולים לטעון שהיה לצד השלישי לבדוק אם היתה לאפוטרופוס סמכות לעשות את הפעולה, שהרי ידוע שיש דברים שאין לאפוטרופוס סמכות בהם; ותקנת השוק חלה רק אם פעל בתום לב גמור, כמו בקונה מאישה, שהיה בטוח שיש לה זכות פעולה בנכסי בעלה. הוא מסביר בכך מדוע שו"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן קיז, פוסק בנידונו שמי שקנה בית מאפוטרופוס המכר בטל – מפני שהקונה ידע שהיו שני אפוטרופסים, וידוע שכשיש שני אפוטרופסים, אין אחד מהם יכול לפעול לבדו (ראה סעיף 46). הוא העלה אפשרות שגם אם הקונה לא ידע ולא היה צריך לדעת שהיו שני אפוטרופסים, המכר בטל, כמו שייתכן שאם אדם סילק את אשתו מלהיות נושאת ונותנת בביתו, לא חלה תקנת השוק של הראב"ן גם אם הדבר לא נודע לקונה, מפני שלדעתו עיקר סברת הראב"ן היא שהאשה היא מעין שליח של הבעל, וסברת "תקנת השוק" באה רק למנוע מהבעל לטעון טענת "לתיקוני שדרתיך וכו'", ואין דבריו אמורים אם האישה כבר אינה שליח של הבעל.

פרק שלישי

פעולה שלא בתמורה

לדעת רוב הפוסקים, אין תקנת השוק בעסקאות שנעשו ללא תמורה, כגון מתנה[10]. יש שהסבירו שהסיבה לכך היא שהתקנה נועדה להגן על אינטרס ההסתמכות של הצד השלישי, ומשקלו של אינטרס זה נמוך בעסקאות שנעשו ללא תמורה[11]. הרדב"ז[12] הסביר, שתקנת השוק נועדה למנוע פגיעה במסחר, וביטולן של עסקאות שבוצעו ללא תמורה, כגון עסקת מתנה, לא יפגע במסחר, וגם לא יפגע בנתינת מתנות, כי "מעולם לא יבא לימנע מלקבל המתנה אפילו על ספק שמא יטרפוה ממנו, ואין כאן סבה לבטל הדין בשבילה".

אם כן, אפוטרופוס שעשה פעולה ללא תמורה בלי אישור או הסכמה נחוצים, הפעולה בטלה גם אם הצד השלישי פעל בתום לב.

פרק רביעי

פעולות שיש בהן תרמית או מעילה בכספי החסוי

בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג[13] מובאת תשובה של ר' חיים ברבי יחיאל[14] בעניינו של אפוטרופוס שמכר ספר של היתומים כדי לפרוע חוב מס שהיה מוטל עליו. משנודע ליתומים על כך, הם בקשו לבטל את המכירה, וטענו שעל הקונה לתבוע מן האפוטרופוס את מה ששילם לו, ואילו הקונה ביקש לקבל את כספו חזרה מן היתומים מכוח תקנת השוק.

ר' חיים פוסק שאין טעם לקבוע תקנה מיוחדת כדי להגן על צד שלישי תם לב בעסקה שבה ניצל האפוטרופוס את מעמדו לרעה, כדי להגן על אמינותו המסחרית של האפוטרופוס, משום שבית הדין ממנה "אנשים כשרים ויראי חטא, ואחד מני אלף לא יעשה רמיה", ואין חכמים מתקנים תקנה כדי להתמודד עם מצב דברים לא שכיח[15].

[10] חידושי הרשב"א, בבא קמא קטו ע"א, ד"ה והלכתא; רש"י, שם, ד"ה ורבי יוחנן (כך משמע מדבריו); ש"ך, חו"מ, סימן רנב, ס"ק ו, וסימן שנו, ס"ק ד; שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן יז; ערוך השולחן, חו"מ, סימן שנו, סעיף ה.

יש פוסקים הסבורים שתקנת השוק חלה אף על עסקאות ללא תמורה, אבל הם במיעוט. ראה על כך חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 360.

[11] ש"ך, חו"מ, סימן שנו, שם; שו"ת הרדב"ז, חלק ב, סימן תרעז; שטרוזמן, לעיל הערה 4, עמ' טו.

[12] שו"ת הרדב"ז, שם. טעם נוסף שנותנים הרדב"ז, שם, ושו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן עא, הוא, בהתאם לעיקרון שאין חכמים מתקנים תקנות הנוגעות למצבים לא שכיחים (גיטין ה ע"א, ועוד; להלן, הערה 51), והרי לא שכיח שאדם ייתן מתנה מנכסיו, ולכן לא ראו חכמים צורך להחיל את תקנת השוק על עסקה כזאת. ראה על כך חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 360.

[13] שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תסא.

[14] ש' עמנואל, "תשובות מהר"ם מרוטנבורג דפוס פראג", תרביץ נז (תשמ"ח), עמ' 573, כותב שמחבר התשובה הוא ר' חיים בן יחיאל חפץ זהב. ובמאמרו "תשובות מהר"ם מרוטנבורג שאינן של מהר"ם", שנתון המשפט העברי כא (תשנ"ח–תש"ס), עמ' 188, הערה 169, כתב בשגגה שהמחבר הוא רבינו יחיאל חפץ זהב.

[15] בתחילה הוא מנמק שאין תקנת השוק בנכסי יתומים קטנים, מפני שחכמים אינם יכולים לתקן תקנה שהיא

מתשובה זו נוכל להסיק, שבעסקאות שבהן ביקש האפוטרופוס לנצל את מעמדו לרעה, לא תיקנו חכמים הגנה על צד שלישי תם לב, והפעולה בטלה, ועל הצד השלישי לתבוע השבה מן האפוטרופוס.

פרק חמישי

סיכום

לפי החוק, אפוטרופוס שעשה פעולה "הטעונה אישור לפי סעיף 46(2) וסעיף 47(6)" עם צד שלישי, בלי לקבל אישור, והצד השלישי לא ידע ולא היה עליו לדעת שהפעולה טעונה אישור, הפעולה תקפה. זאת כדי להגן על אותו צד שלישי שפעל בתום לב.

זו גם עמדת המשפט העברי, כפי שעולה מהיקש מדברי ראב"ן בעניינה של אישה שעשתה עסקאות בנכסי בעלה בלי רשותו.

אולם, לא תינתן הגנה לצד שלישי, לפי המשפט העברי, אם הפעולה נעשתה ללא תמורה, או אם הפעולה נגועה במעילה או בניצול תפקיד האפוטרופוס לרעה.

לרעת קטנים, כיוון שקטנים אינם יכולים למחול. ז' ורהפטיג (לעיל, הערה 4), עמ' 150, הערה 376, הסביר שלדעת שו"ת מהר"ם, כל תקנת חכמים מבוססת על כך שכל פרט מוחל לכלל על זכותו שהתקנה שוללת, כיוון שזו טובת הכלל, ולכן התקנה אינה חלה על מי שאינו יכול למחול. שו"ת מהר"ם מביא ראיה מרש"י, נדה מו ע"ב (ד"ה איסורא), הכותב שקטן פטור מאיסור דרבנן. אבל אחר כך הוא מעלה טענה שבכל זאת ראוי לתקן תקנה כאן, כי אם לא כן, אף אחד לא ירצה לקנות נכס מאפוטרופוס, שמא הוא מוכר לטובת עצמו, ותתבטל המכירה; ועל כך הוא משיב את מה שהובא בטקסט, שדבר זה אינו שכיח. נראה שמהלך דבריו הוא זה: תקנת השוק עיקרה לטובת הקונים, אף שהיא פוגעת בבעל הנכס, ולכן בנכס של יתומים קטנים אין התקנה חלה, כי אין לפגוע בהם; אבל בכל זאת היה מקום לתקנה גם ביתומים קטנים, כיוון שיש בה תועלת גם עבורם, כדי שאנשים לא יימנעו מקנייה מהאפוטרופוס כאשר יש בכך צורך ליתומים; ועל כך השיב שאין מתקנים תקנה כזאת כי הוא דבר שאינו שכיח. וראה ניתוח מהלך התשובה אצל רקובר (לעיל, הערה 4), עמ' 67.

על כל פנים, לא מצאנו בפוסקים מי שיאמר כמו שו"ת מהר"ם, שאין תקנת השוק במי שקונה חפץ של יתומים שנגנב מהם, ובאופן כללי, לא מצאנו מי שאומר שתקנת חכמים בממון אינה חלה במצב שיתומים קטנים מפסידים ממנה. אשר לראיית מהר"ם מרש"י הכותב שקטן פטור מאיסור דרבנן, יש להעיר שמגן אברהם, סימן שמג, ס"ק ב, פוסק שאב חייב לחנך את בנו הקטן גם להימנע מאיסור דרבנן.

כאמור, עיקר נימוקו של ר' חיים הוא שאין זה שכיח שאפוטרופוס ימכור לטובת עצמו, שהרי בית הדין ממנה רק אנשים כשרים כאפוטרופוס, ולכן אין בזה תקנת השוק. אפשר ללמוד מדבריו שיש תקנת השוק באפוטרופוס שמכר לטובת היתומים אבל לא קיבל אישור בית המשפט כנדרש (הנידון לעיל, ליד ציון הערה 8), מפני שדבר זה הוא שכיח.

שו"ת מהר"ם נותן נימוק נוסף לשלול את תחולתה של תקנת השוק בנסיבות שבהן דנה התשובה: תקנת השוק נועדה להגן על לוקח מגנב, ולא על לוקח מגזלן, מכיוון שאין זה שכיח שאדם יקנה דבר גזול שלא ביודעין, כיוון שגזל הוא דבר שמתפרסם, וחכמים לא תיקנו תקנות למצבים לא שכיחים; והקונה מאפוטרופוס שמכר לטובת עצמו, דומה לקונה מגזלן ולא לקונה מגנב.

פרק שישי

הצעת נוסח על פי המשפט העברי

הגנת צד שלישי

49. פעולה בתמורה של אפוטרופוס שנעשתה תוך חריגה מסמכות, תהא בת תוקף אם נעשתה לשמירת עניינו של החסוי, כלפי אדם שלא ידע ולא היה עליו לדעת על החריגה.

סעיף 50

השקעות

השקעות

50. כספי האדם שמונה לו אפוטרופוס, במידה שאינם דרושים לצרכיו השוטפים, חייב האפוטרופוס להחזיקם או להשקיעם כדרוש לשם שמירת הקרן והבטחת פירות באחד הדרכים שקבע לכך שר המשפטים בתקנות או בדרך שהורה בית המשפט.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 199

פרק שני: כספים הדרושים לאפוטרופוס לצרכיו השוטפים 199

פרק שלישי: "להחזיקם או להשקיעם"? 201

פרק רביעי: החזקת הכספים – "להחזיקם" 202

פרק חמישי: השקעת הכספים – "להשקיעם" 203

א. מבוא 203

ב. החובה להשקיע 203

ג. דרכי ההשקעה 204

ד. ערובות וביטחונות 206

פרק שישי: סיכום 207

פרק שביעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 207

פרק ראשון

מבוא

סעיף זה קובע שהאפוטרופוס חייב להחזיק או להשקיע את כספי החסוי באופן שישמור על הקרן ויבטיח פירות.

הסעיף עוסק בכספים שאינם דרושים לצרכיו השוטפים של החסוי. אשר לכספים הדרושים לצרכיו השוטפים של החסוי, אין הסעיף קובע אם רשאי הוא להשקיעם. בהיעדר תשובה ברורה לשאלות אלו בחוק, נבקש למצוא לה מענה במקורות המשפט העברי.

בנוגע לכספים שאינם דרושים לחסוי לצרכיו השוטפים, נקבע שעל האפוטרופוס "להחזיקם או להשקיעם". ואולם, החוק אינו קובע מה הם השיקולים שמכוחם יחליט האפוטרופוס אם להחזיק את הכספים או להשקיעם. נבקש להתוות עקרונות מנחים לעניין זה.

בעניין דרך החזקתם של הכספים לא נקבע בחוק דבר. האם על האפוטרופוס להחזיק את הכספים בביתו? על גופו? בבנק? בכספת? שאלות אלו, מטבען, הן מתחום דיני השומרים. אי לכך, יוצגו להלן עקרונות השמירה הראויה.

את דרכי ההשקעה קובעים שר המשפטים בתקנות[1] או בית המשפט. אין האפוטרופוס רשאי להשקיע כספים על דעת עצמו. להלן נבקש לבחון, האם לפי המשפט העברי האפוטרופוס נדרש להשקיע את כספי החסוי? ואם כן, האם עליו לבקש הוראות מבית הדין, או שמא הוא רשאי להשקיע את הכספים על פי שיקול דעתו?

לבסוף נבקש להתוות עקרונות להשקעת כספי החסוי, על פי המשפט העברי.

פרק שני

כספים הדרושים לאפוטרופוס לצרכיו השוטפים

סעיף זה עוסק בכספי חסוי שאינם דרושים למימון צרכיו השוטפים. ומה בנוגע לכספים הדרושים לצרכיו השוטפים? האם רשאי האפוטרופוס להשקיעם? ברור שאינו רשאי להשקיע כסף שיידרש בוודאות לצרכי החסוי בזמן הקרוב, שהרי האפוטרופוס אחראי לספק את צרכי החסוי. אבל השאלה מתעוררת לגבי כספים שאין ודאות שיהיה צורך בהם בזמן הקרוב, אבל ייתכן שיידרשו. נבקש למצוא מענה לשאלה זו במקורות המשפט העברי.

לכאורה, ברור הדבר שאם טובת החסוי היא להשקיע כספים אלו, על האפוטרופוס לעשות זאת. אלא שהספק מתעורר לאור דברי משנה השוללת השקעת כספים המיועדים לעניים, והסברו של התלמוד הבבלי לכך. במשנה[2], נחלקו ר' עקיבא ור' ישמעאל בשאלה, מה יש

[1] ראה תקנות הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (דרכים להשקעת כספי חסוי), התש"ס-2000.

[2] משנה, שקלים, פרק ד, משנה ג.

לעשות בכספים שנותרו בקופת בית המקדש, לאחר שנעשה בכספים שימוש ייעודי ברכישת קרבנות ציבור וטיפול בצרכים ציבוריים? ר׳ ישמעאל אומר, שבכספים אלו יקנו ״יינות, שמנים וסלתות, והשכר להקדש״, היינו, גזברי ההקדש יקנו מצרכים אלו ולאחר מכן ימכרו אותם לבאי המקדש שצריכים אותם להקרבת קרבנותיהם, והרווח מן המכירה יהיה להקדש. אולם ר׳ עקיבא חולק עליו, בטענה: ״אין משתכרין [=משקיעים] משל הקדש, ולא משל עניים״[3]. וכן פסקו הרמב״ם ועוד[4].

התלמוד[5] מנמק את האיסור להשקיע את כספי העניים, בכך שהשקעת הכספים עלולה לגרום לכך שהם לא יהיו זמינים כדי להעבירם לנזקקים, שעה שיידרש הדבר.

אף על פי כן, מסופר בתלמוד[6], שר׳ ינאי נהג להשקיע כספי צדקה שהופקדו בידיו כדי להפיק מהם רווחים לטובת העניים. הט״ז[7] הסביר, שר׳ ינאי היה רשאי לנהוג כך מפני שהיה ברור לו בלי ספק, שמיד כשיבואו עניים, יוכל להוציא כספים נוספים מן הקהל.

באופן דומה התיר ר׳ שמואל הסרדי[8] לנאמן הידוע כאדם עשיר להשקיע כספי צדקה, מפני שהוא יוכל להלוות מכיסו לקופת הצדקה אם יידרשו כספי הצדקה באופן מיידי.

אפשר אפוא ללמוד מכאן, שהאפוטרופוס רשאי להשקיע כספים של החסוי שייתכן שידרשו לצרכיו השוטפים, בפיקוח בית הדין, בהשקעה נזילה, המאפשרת לעשות בהם שימוש בשעה שיהיה בכך צורך[9]. זאת בניגוד לכספים שברור שלא יידרשו לצרכיו השוטפים של החסוי, שהאפוטרופוס רשאי להשקיע אותם גם בהשקעה שאינה נזילה.

[3] מדברי ראב״ה, חלק ב, סימן תקצב, ד״ה והואיל ואתי, משמע, שנחלקו התנאים רק לגבי השקעת כספי הקדש, ור׳ ישמעאל מסכים שאסור להשתכר בכספי עניים. אבל שו״ת ציץ אליעזר, חלק יד, סימן עו, אות ג, כותב כדבר פשוט שנחלקו גם בכספי עניים.

[4] פירוש המשניות לרמב״ם, שקלים, שם, וערכין, פרק ו, משנה ה. בעקבותיו הלך ר׳ עובדיה מברטנורא, בפירושו למשנה בשני המקומות. כך פסקו גם רב האי גאון, בספר המקח, שער ס; הרמ״ך, המובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא ע ע״א; רמ״א, יורה דעה, סימן רנט, סעיף א.
אבל ציץ אליעזר, שם, מסיק ממה שהרמב״ם לא כתב בהלכותיו שאין משתכרים בכספי צדקה, שהוא פוסק כר׳ ישמעאל, המתיר את הדבר. אבל יש להעיר על כך, שבפירושו למשנה פסק הרמב״ם כר׳ עקיבא.

[5] כתובות קו ע״ב. נימוק זה הובא בספר המקח, שם, ובשו״ת בית דינו של שלמה, יו״ד, סימן א, הלכתא פסיקתא, אות כג (על מעשר כספים).
התלמוד הירושלמי מנמק בדרך אחרת. ראה להלן, הערה 31.

[6] ערכין ו ע״ב. שם נאמר שהותר לו לעשות כן, אף שאסור לשנות יעוד של כספי צדקה, מפני שעל ידי כך שלא היה כסף זמין בקופה, היה יכול לדרוש מן הציבור לתרום עוד צדקה. רדב״ז, על הרמב״ם, הלכות מתנות עניים, פרק ח, הלכה ה, מוסיף להסביר, שאילו נשאר כסף בקופה, לא היו נענים לתרום, ולא היה רוצה לשקר ולומר שלא נשאר כסף בקופה, מפני חומרת איסור שקר.

[7] ט״ז, יו״ד, סימן רנו, ס״ק ד, וסימן רנט, ס״ק ב.

[8] ספר התרומות, שער מו, חלק ד, אות ח (עמ׳ תתקכח במהד׳ מכון ירושלים, תשמ״ח). כך פסקו גם שו״ת הרדב״ז, חלק ג, סימן תיד, ושל״ה, מסכת מגילה, נר מצוה, אות כד (הובא בשו״ת ציץ אליעזר, שם, אות א, ובשו״ת בית דינו של שלמה, שם, דף נא ע״ג). בעניין זה ראה בהרחבה חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ׳ 108 ואילך, והערה 26.

[9] היתר אחר עולה משו״ת חכמי פרובינציה, חלק ב, סימן מג, בסופו, הכותב שאם התנה התורם שישקיעו הגבאים את כספי הצדקה, מותר להשקיעם. אפשר ללמוד מדבריו שאם בית הדין (או אבי היתומים, אם הוא זה שמינה את האפוטרופוס) התיר לאפוטרופוס מראש להשקיע את הכסף, הוא רשאי.

פרק שלישי

"להחזיקם או להשקיעם"?

החוק קובע לגבי כספים שאינם דרושים לצרכיו השוטפים של החסוי, שעל האפוטרופוס "להחזיקם או להשקיעם". ואולם החוק אינו מספק לאפוטרופוס כלים ברורים שמכוחם יוכל להחליט אם להחזיק את הכספים או להשקיעם[10]. להלן נבקש להתוות עקרונות מנחים לעניין זה, לאור מקורות המשפט העברי.

עיקרון אחד הוא שבית הדין הוא זה שמכריע האם להשקיע את הכספים או להחזיק בהם. בתלמוד[11] נקבע שהעברת כספי היתומים לידי המשקיע תיעשה בבית הדין דווקא. הרשב"א[12] מנמק, שמסירת הכספים בבית הדין נחוצה מפני שאסור לאפוטרופוס להוציא כסף מרשות היתומים בלי רשות בית הדין, ורק לאחר שיתקבל אישור בית הדין להשקעה, יימסרו הכספים למשקיע[13]. יש להניח שבית הדין יבדוק אם ההשקעה כדאית ואינה מסוכנת, לפני שיתן לה

[10] אפשר שהמילים "כדרוש לשם שמירת הקרן והבטחת פירות" נועדו להבהיר, שההכרעה בשאלה אם להחזיק את הכספים או להשקיעם, צריכה להתחשב הן בצורך לשמור על הקרן והן בצורך להפיק רווחים.

[11] בבא מציעא ע ע"א: "יהבינן להו ניהליה בבי דינא".

[12] חידושי הרשב"א, בבא מציעא ע ע"א, ד"ה יהבינן (הובא בנימוקי יוסף, בבא מציעא מא ע"ב, בדפי הרי"ף). בית יוסף, יו"ד, סימן קס, מביא נימוק זה בשם תלמידי הרשב"א. כך נימק גם צרור הכסף הקצר, דרך ה, שער ה.

[13] הרב עוזיאל, שערי עוזיאל, שער טז, פרק א, הערה ג (עמ' רה במהד' תשנ"א), כותב שאין צורך במסירה פיזית של הכספים בפני בית הדין, אלא די שיתנו הרשאה לאפוטרופוס להשקיע את הכספים. הוא מביא שנימוקי יוסף ובית יוסף כתבו שלדעת הרשב"א גם בית דין של הדיוטות מוסמך לתת רשות זו. אבל הוא עצמו סבור שצריך שיהיה בית דין מומחה ונבחר.

יש נימוקים נוספים למסירה בבית דין: רש"י, בבא מציעא ע ע"א, ד"ה בבי דינא (כמוסבר במרדכי, בבא מציעא, סימן שלב), סבור שמסירת המעות בבית דין נועדה להתיר למשקיע להתחייב לשתף את היתומים ברווחים בלבד, אך לא בהפסדים, אף שבדרך כלל יש בכך משום איסור ריבית דרבנן (ראה רש"י שם ד"ה קרוב, ובהרחבה במשנה למלך, הלכות מלווה ולווה, פרק ד, הלכה יד). הוא מסביר שבית הדין מפקיע את נכסיו של המשקיע, מכוח "הפקר בית דין הפקר", ובכך מתיר ליתומים לקחת ממנו את הרווחים בלי שייחשבו ריבית (בית יוסף, יו"ד, סימן קס, מביא את הדברים בשם המרדכי שם, תוך השמטת ייחוס ההסבר לרש"י). הרשב"א העיר שלפי טעם זה, צריך בית דין חשוב שמוסמך להפקיר ממון. אבל הרשב"א כותב שרבית דרבנן מותרת ביתומים, ואין צורך בהיתר של בית הדין. טור, חו"מ, סימן רצ, סעיף יד, מביא רק את הנימוק של רש"י. וראה שו"ת מהר"י בן לב, חלק א, סימן נד (נא), בשאלה האם מותר ליתומים לקבל את הרווחים, אם המשקיע קיבל את הכסף שלא בבית דין.

ר' חיים וינקלר סבור שלדעת רש"י, יש צורך בהעברת כספים ממשית בפני בית הדין, כיוון שחז"ל קבעו דרך זו בדווקא, אף ש"הפקר בית דין" אינו תלוי בנוכחות בית הדין (ראה למשל: יבמות פט ע"ב; רש"י, פסחים ז ע"א, ד"ה אפילו). אבל הוא העיר שהלכה היא שריבית דרבנן מותרת במעות של יתומים, אף בלי סברת "הפקר בית דין". נראה שבימינו, שמקובל לערוך היתר עיסקא, אין חשש לריבית, וממילא לדעת רש"י, אין להצריך מסירה בבית הדין.

רא"ש, בבא מציעא, פרק ה, סימן נא (מובא בבית יוסף, שם), מנמק שמסירת הכספים צריכה להיות בבית דין כדי להטיל על המשקיע את "אימת בית הדין", ובכך יימנע מהשקעות פזיזות ומסוכנות. ר' חיים וינקלר סבור שלפי הנימוק של הרא"ש ולפי הנימוק של הרשב"א, אין צורך בהבאת עצם המטבעות לבית דין.

שו"ת באר שבע, סימן לט, שאלה שביעית, מביא את שלושת הפירושים.

על הנימוקים השונים לצורך בבית דין, ראה גם בירור הלכה, בבא מציעא ע ע"א, ציון ג, פרק ד.

אישור. מן הדברים עולה, שבית הדין הוא זה שמכריע האם להשקיע את הכספים או להחזיק בהם.

עיקרון נוסף הוא שצריך שההשקעה תהיה בלי סיכונים. מי שמקבל את הכסף צריך לקבל על עצמו את כל הסיכון, כלומר, שאם יהיה הפסד, הוא ישא בהפסד, ואם יהיה רווח יתחלק ברווח עם היתומים[14]. אם האפוטרופוס אינו מוצא מי שמוכן להשקיע את הכסף בתנאים אלו, עליו להחזיק את הכסף ברשותו[15]. זאת אף שבהחזקת הכסף ברשותו מפסיד החסוי רווח אפשרי, ואף עלול להסתכן בירידת ערך הכסף בגלל אינפלציה. שיקולים אלו נדחים מפני הסכנה להפסד בהשקעה.

פרק רביעי

החזקת הכספים – "להחזיקם"

בניגוד להשקעת הכספים, שהחוק דורש שתיעשה ב"דרכים שקבע לכך שר המשפטים בתקנות או בדרך שהורה בית המשפט", הרי שבעניין דרך החזקתם של הכספים לא נקבע בחוק דבר. האם על האפוטרופוס להחזיק את הכספים בביתו, על גופו, בבנק, או בכספת?

התשובה לשאלות אלו תלויה בדיני השומרים, שהרי אפוטרופוס נחשב שומר על נכסי היתומים, כפי שראינו בדיוננו בסעיף 38. נציג את העקרונות הכלליים העולים מדיני השומרים של המשפט העברי.

לפי דין התלמוד[16], "כספים אין להם שמירה אלא בקרקע", שכן בתקופת התלמוד דרך זו הייתה הדרך הנאותה ביותר להחזקת כספים. כיום, קבעו פוסקי זמננו ששמירתם המעולה של כספים היא בהפקדה בבנק[17].

כספים שאי אפשר להפקיד בבנק, בשל הצורך להשתמש בהם, יש להחזיקם במקום שבו אין חשש שיאבדו[18].

ככלל, שומר חינם חייב לשמור כ"דרך השומרים", היינו כפי הדרך הנהוגה והמקובלת אצל השומרים[19]. לעומת זאת, משומר שכר נדרשת רמת שמירה גבוהה יותר, שנחלקו הפוסקים בהגדרתה המדוייקת[20].

אופן החזקת הכספים ביד האפוטרופוס תלוי אפוא בשאלה שנרחיב בה בדיוננו בסעיף 57,

[14] ראה על כך להלן, ליד ציון הערה 35.

[15] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף ח.

[16] בבא מציעא מב ע"א, ועוד. ראה בהרחבה בחוק לישראל, שומרים, עמ' 179–184, ועמ' 886–896.

[17] שו"ת אגרות משה, חו"מ, חלק ב, סימן נג. יש להעיר שהוא אינו עוסק בשאלה איך ראוי לשמור, אלא בשאלה האם יש להניח שהמפקיד מוכן שישתמש בכסף, והוא משתמש באפשרות ההפקדה בבנק כשיקול בהערכת כוונת המפקיד. גם שערי עוזיאל, שער טז, פרק א, אות יד, כותב שיש להפקיד את הכסף בבנק. ראה על כך חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 106, הערה 7.

[18] שומר כספים שנדרש מעת לעת להשתמש בהם (וכך הוא באפוטרופוס), אינו נדרש להחזיקם בקרקע דווקא, אלא די שיחזיקם בכספת (ארגז) – ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 181–182, והערה 150, ועמ' 890–891.

[19] חוק לישראל, שומרים, עמ' 160–162. ראה גם חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 106–107.

[20] חוק לישראל, שומרים, עמ' 225–227, ועמ' 961–970.

האם הוא נחשב שומר חינם או שומר שכר. אבל הפקדה בבנק נחשבת לשמירה מעולה גם בשומר שכר[21].

פרק חמישי

השקעת הכספים – "להשקיעם"

א. מבוא

החוק מטיל על האפוטרופוס חובה להשקיע את כספי החסוי. את דרכי ההשקעה יקבע שר המשפטים בתקנות או בית המשפט, ובכל מקרה, אין האפוטרופוס רשאי להשקיע כספים על דעת עצמו.

להלן נבקש לבחון האם לפי המשפט העברי, האפוטרופוס נדרש להשקיע את כספי החסוי? וכן האם בהשקעת הכספים נדרש המשקיע לנהוג בהתאם להוראות שיקבל מבית המשפט, או שמא הוא רשאי להשקיע על פי שיקול דעת עצמאי?

לבסוף נבקש להתוות עקרונות להשקעת הכספים לאור המשפט העברי.

ב. החובה להשקיע

השולחן ערוך[22] כותב שיש למנות כאפוטרופוס את מי שיודע "לשמור הנכסים [של היתומים] ולהרוויח בהם". מכאן ניתן להסיק שהפקת רווחים מנכסי היתומים היא מתפקידיו של האפוטרופוס. הסיבה להטלת תפקיד זה על אפוטרופוס היא, שאם לא יופקו רווחים מן הנכסים, עלול להיווצר מצב שתכלה הקרן, או ייפחת ערך הכסף, ולא יהיה אפשר לפרנס את היתומים כראוי[23].

לדעת הרמב"ם[24], "מעות של יתומים שהניח להן אביהן אינן צריכין אפוטרופוס", אלא בית הדין עצמו מוסר את הכסף לאדם אמין שישקיע אותו. טעמו הוא, שאין בכך טירדה רבה[25]. כך פסק גם השולחן ערוך[26].

[21] כך משמע מאגרות משה שם, שנקט "שלהניח בבאנק היא השמירה היותר מעולה בעולם מכל עניני שמירות".

[22] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף ב.

[23] כך נימק רש"י, בבא מציעא ע ע"א, ד"ה קרוב לשכר: "שלא יכלו מעותיהם, להאכילם פרוטה אחר פרוטה". וכך נימק בית הבחירה, בבא מציעא ע ע"א, ד"ה נכסי: "שאם כן, הקרן כלה, ואוי לו לנאמנות המפסיד". בשאלה האם האפוטרופוס רשאי ללוות את הכסף לעצמו, ראה סעיף 48, עמ' 174.

[24] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה א.

[25] ערוך השלחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף יד.

[26] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף ח.

אולם הטור[27] חלק עליו, וקבע שיש למנות אפוטרופוס גם לטיפול בכסף, מפני "שיותר ישתדל הוא בהן מבית דין". וכן פסק הרמ"א[28].

גם לדעת הרמב"ם, אם חלק מהעיזבון הוא כסף וחלקו דברים אחרים, ממנים אפוטרופוס על הכל[29].

ג. דרכי ההשקעה

אפשר למצוא במקורות המשפט העברי הדרכות עקרוניות, שנועדו להנחות את האפוטרופוס בעניין השקעת כספי היתומים. בתלמוד[30] נאמר, שמותר למסור כספי יתומים להשקעה רק "קרוב לשכר ורחוק מהפסד", כלומר, שאם יהיה רווח, היתומים יתחלקו ברווח עם העוסק, ואם יהיה הפסד, העוסק ישא בכל ההפסד[31]. היום יש אפיקי השקעה רבים שבהם בעל הכסף יכול רק להרוויח, והם מתאימים לכספי יתומים.

---

[27] טור, חו"מ, סימן רצ, סעיף יג.
גם חידושי הרשב"א, בבא מציעא שם, ד"ה מעות, וצרור הכסף הקצר, דרך ה, שער ה, נוקטים שהאפוטרופוס הוא זה שמלווה את כספי היתומים.
ר' שמואל גאון, "בענין מינוי אפוטרופוס למעות יתומים", בית אהרן וישראל, כרך לט (תשנ"ב), עמ' ז, כותב שזו גם דעת הראב"ד, שהרי הוא כותב שהאפוטרופוס יכול לקחת את הכסף לסחור בו בעצמו, כפי שראינו בסעיף 48, עמ' 174.
ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף יד, מעלה אפשרות שגם לרמב"ם בית דין יכול למנות אפוטרופוס לשם כך.
המחלוקת מובאת באהל יצחק על הרמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק ד, הלכה יג.

[28] רמ"א, חו"מ, סימן רצ, סעיף ח. שו"ת משפט צדק, חלק ב, סימן נז (קכג ע"א), כותב שהמנהג כדעת הטור.

[29] משפט צדק שם.

[30] בבא מציעא ע ע"א. כך פסקו גם: רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה א; רא"ש, בבא מציעא, פרק ה, סימן נ; שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן סג; שולחן ערוך, יו"ד, סימן קס, סעיף יח, וחו"מ, סימן רצ, סעיף ח. ראה בדיוננו בסעיף 61, עמ' 321, שאפוטרופוס שמסר כסף להשקעה בלי להקפיד על תנאי זה – יש לפטרו.

[31] רש"י, בבא מציעא ע ע"א, ד"ה קרוב; חידושי הרמב"ן, בבא מציעא שם, ד"ה הא דאמרינן מעות; חידושי הרשב"א, בבא מציעא שם; חידושי הר"ן, בבא מציעא שם, ד"ה מעות; נימוקי יוסף, בבא מציעא מא ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה קרוב; ר' אשר מלוניל, בבא מציעא שם; ר' ברוך הספרדי, בבא מציעא שם; רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק ד, הלכה יד; בית הבחירה, בבא מציעא שם, ד"ה מעות; תלמיד הרשב"א, בבא מציעא שם; כל בו, סימן קכו; סמ"ע, סימן רצ, ס"ק יז (הובא בשורת הדין, כרך יא, עמ' קב).
הרב עוזיאל, שערי עוזיאל, שער טז, פרק א, אות יג, כותב באופן כללי, שאין להשקיע כספי יתומים באופן היוצר אפילו חשש קל שההשקעה תגרום להם הפסד.
אבל חידושי הריטב"א (החדשים), בבא מציעא ע ע"א, חולק על פירוש זה, בטענה שאם הנהנה יקבל חלק מן הרווחים ולא יהיה צפוי להפסדים, העסקה תהיה אסורה משום ריבית דאורייתא (ואילו הפרשנים האחרים סבורים שזו ריבית דרבנן, שהותרה ליתומים; עיין לדוגמה חידושי הרמב"ן, בבא מציעא שם, וחידושי הרשב"א שם, שהסבירו מדוע זו רק ריבית דרבנן). על כן הריטב"א מפרש ש"קרוב לשכר ורחוק להפסד" משמעותו, שחלקו של האפוטרופוס ברווחים יהיה גדול מחלקו בהפסדים (כגון שיטול שני שלישים מן הרווחים ורק חצי מן ההפסדים, או חצי מן הרווחים ושליש מן ההפסדים). בדרך זו אין איסור ריבית, אפילו ריבית דרבנן, אלא שאדם רגיל שעושה כך נקרא "רשע" (בבא מציעא ע ע"א), וליתומים התירו. בעניין זה ראה גם תמים דעים, סימן נא; שיטה מקובצת, בבא מציעא שם, בשם רבנו יהונתן; חידושי חתם סופר, בבא מציעא שם; בירור הלכה, בבא מציעא ע ע"א, ציון ג, פרק ג.
הלכה דומה נאמרה בהשקעת כספי צדקה והקדש. לעיל, עמ' 199, ליד ציון הערה 3, ראינו שרבי עקיבא אומר שאסור להשתכר בנכסי הקדש או בנכסי עניים. על דברי רבי עקיבא אומר התלמוד הירושלמי, שקלים,

גם אם האפוטרופוס אינו מוצא מי שמוכן להתעסק בכספי היתומים בתנאים אלו, אסור לו למסור אותם לעוסק בתנאים גרועים יותר ליתומים[32].

כפי שראינו לעיל[33], את הכספים יש לתת למשקיע בפני בית דין, מפני שנחוץ אישור בית הדין כדי להרשות לאפוטרופוס להוציא ממון של היתומים מרשותם. בית הדין קובע גם איזה אחוז מהרווח ילך ליתומים[34].

מדברי התלמוד על השקעת כספי יתומים, הסיק הרשב"א[35] עיקרון כללי, שהשקעה של כספי יתומים חייבת להיות בלי סיכונים, ובלשונו הציורית: "לא בסחורה בים, שהים נוטל בשפע ונותן בשפע"[36]. כלומר, אף אם השקעה בדרך מסוימת עשויה להניב רווחים גבוהים ("נותן בשפע"), אין להשקיע את הכספים בדרך זו, אם השקעה בדרך זו כרוכה בסיכון להפסד משמעותי ("נוטל בשפע").

על הזהירות שיש לנקוט בהשקעת כספי היתומים, ניתן ללמוד גם מדברי השולחן ערוך[37]: "אין מוכרים שדות ליקח עבדים, ולא עבדים ליקח שדות, שמא לא יצליח... ואינו רשאי למכור אפילו שדה רעה והרחוקה כדי לקנות בדמיה שדה טובה וקרובה, שמא לא יצליח זה שקנה". הלכה זו מלמדת, שהאפוטרופוס נדרש להימנע מהשקעות שיש בהן סיכון.

למעשה, הוסיף הרשב"א שם: "מנהג המקומות להתעסק בממון היתומים כדרך שמתעסקים האנשים האמודים ובקיאין בשומא". לאמור, ההשקעה צריכה להיעשות כמקובל בקרב אנשי מקצוע ("בקיאין בשומא") עשירים ("אמודים"), שעושרם עשוי להעיד על הצלחותיהם העסקיות.

קביעת קריטריון כללי כזה, כפי שקובע המשפט העברי, עדיפה על גישת החוק, של ניסוח

פרק ד, הלכה ב: "אלא אם רצה, יהיה ההפסד שלו, והשכר להקדש". כלומר, טעמו של רבי עקיבא הוא מחשש שההתעסקות בנכסי ההקדש תביא להפסד, ולכן ר' עקיבא מסכים שהגבאי רשאי להשקיע את הכספים אם המשקיע מקבל על עצמו לשאת בהפסדים. אף שהבבלי נימק את דברי ר' עקיבא בדרך שונה, כאמור ליד ציון הערה 5, הבבלי מסכים לירושלמי שצריך שהמשקיע יקבל על עצמו את ההפסדים. כך כתבו: שער המלך, הלכות מלווה ולווה, פרק ה, הלכה יד; שו"ת ציץ אליעזר, חלק יד, סימן עו, אות ד. וראה על כך חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 110, ובהערה 28.

מכאן למד שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קמד, שאם יש בידי גבאי צדקה ערבונות המבטיחים שלא ייגרמו הפסדים לקופת הצדקה, הוא רשאי להשקיע את כספי הצדקה. ראה על כך חוק לישראל, נאמנות בנכסים, שם, הערה 29.

ערוך השולחן, יו"ד, סימן רנט, סעיף ד כותב שמותר להשקיע כספי צדקה רק "רחוק מהפסד", כלומר שאם יהיה הפסד, העוסק ישא בכולו. שו"ת שבט הלוי, חלק ח, סימן ריג, מסביר שערוך השולחן למד זאת מדין כספי יתומים.

למסקנת הסוגיה, מותר להלוות כספי יתומים בריבית האסורה מדברי חכמים בלבד. וכן פסק שולחן ערוך, יו"ד, סימן קס, סעיף יח: "כל ריבית דרבנן מותר במעות של יתומים". על הדרך שהובילה למסקנה זו, ראה חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 117–118. וראה גם במקורות שצוינו בחוק לישראל, שם, עמ' 118, הערה 63.

[32] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה א; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף ח.

[33] לעיל, ליד ציון הערה 11.

[34] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף ח.

[35] שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף צד.

[36] מקור ביטוי זה בספרי, פרשת וזאת הברכה, פסקא יג.

[37] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף יא. עסקנו בהלכה זו בדיוננו בסעיף 47, עמ' 141–143, ושם ראינו שהמכירה מותרת אם יש בכך תועלת ודאית.

תקנות ספציפיות, שבהכרח צריך לשנותן כל כמה שנים בהתאם לשינוי הכלים הפיננסיים שבשוק.

אם האפוטרופוס הילווה מכספי היתומים למי שלא היה רשאי להלוות, בית הדין מוציא את הכסף מהלווה ומחזיר אותו ליתומים[38].

הנודע ביהודה[39] מסייג את הדברים, בכך שאם בית הדין אישר לאפוטרופוס להשקיע את הכספים כטוב בעיניו, הוא רשאי להשקיע גם בהשקעה עם סיכון.

ד. ערובות וביטחונות

התלמוד[40] קובע, שאת כספי היתומים יש להפקיד בידיו של משקיע שיש בידיו ערובות (=מקרקעין שאין ערעור על בעלותו בהם, או זהב), לכיסוי הפסדים שעלולים להיגרם בשל השקעותיו.

וזו לשון הרמב"ם[41]: "מעות של יתומים שהניח להן אביהן... בודקין על מי שיש לו נכסים שיש להם אחריות ויהיו עדית. ויהיה איש נאמן ושומע דיני תורה ומעולם לא קבל עליו נדוי, ונותנין לו המעות בבית דין קרוב לשכר ורחוק להפסד... וכן אם אין לו קרקע[42], יינתן להן משכון זהב שבור שאין בו סימן, ונוטלין בית דין המשכון ונותנין לו המעות...".

[38] רמ"א, חו"מ, סימן רצ, סעיף ה. ראה סעיף 57, עמ' 283, בשאלה אם האפוטרופוס חייב לשלם במצב שאי אפשר להוציא מהלווה.

[39] שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תנייאנא, חו"מ, סימן לד. הוא מסביר את שיקוליו של בית הדין לתת אישור כזה, שבזמננו יש חשש שאם נחמיר בדרישות בהשקעת כספי היתומים, לא יימצא מי שיסכים לעסוק בהם, ויכלו הכספים בסיפוק הצרכים השוטפים.

שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן קמז, מנסח שטר מינוי אפוטרופוס, שבו בית הדין מתיר לו להתעסק בממון היתומים לטובת היתומים לפי מראית עיניו.

בסעיף 47, עמ' 162, הבאנו את דברי ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף כב, שאסור לשלוח מיטלטלין של יתומים דרך הים או בכל דרך שיש בה ספק אונס גם אם בית דין אישר זאת. אין זה סותר בהכרח את דברי נודע ביהודה, משום שיש הבדל בין אישור השקעה מסוכנת (שאינו בסמכותו של בית הדין) לאישור כללי להשקיע "כטוב בעיניו" (שהוא בסמכות בית הדין).

[40] בבא מציעא ע ע"א.

[41] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה א. כך פסק גם שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף ח.

בדומה, פסק שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קמד: "אין מוסרין נכסי עניים לשום אדם שיהא צריך לגבות הימנו, אם לא שיהיו בטוחים במשכון".

אבל שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שעז, כותב "שבזמן הזה אין אנו מקפידים כל כך" על הדרישה של משכון ושיהיה קרוב לשכר ורחוק מהפסד. כמו כן, ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף טז, כותב שבימינו קשה למצוא מי שיש לו זהב או קרקע, להלוות לו.

[42] ממהלך סוגיית התלמוד שם עולה, שעדיף למנות מי שיש לו "דהבא פריכא", ולא מי שיש לו קרקעות, ולא כפי שעולה מדברי הרמב"ם, שעדיף למנות מי שיש לו קרקעות. וראה דרישה, חו"מ, סימן רצ, סעיף יג.

פרק שישי

סיכום

החוק מטיל על אפוטרופוס להחזיק או להשקיע כספים "שאינם דרושים לצרכיו השוטפים" של החסוי.

החוק אינו קובע מה יעשה האפוטרופוס בכספים הדרושים לצרכיו השוטפים של החסוי. ברור שאינו רשאי להשקיע כסף שיידרש בוודאות לצרכי החסוי בזמן הקרוב, שהרי האפוטרופוס אחראי לספק את צרכי החסוי. אשר לכספים שאין ודאות שיהיה צורך בהם בזמן הקרוב, אבל ייתכן שיידרשו, לפי המשפט העברי האפוטרופוס רשאי להשקיע אותם בפיקוח בית הדין, בהשקעה נזילה, המאפשרת לעשות בהם שימוש בשעה שיהיה בכך צורך.

כאמור, לגבי כספים שאינם דרושים לצרכיו השוטפים של החסוי, החוק מטיל על אפוטרופוס "להחזיקם או להשקיעם". אולם החוק אינו מספק לאפוטרופוס כלים ברורים שמכוחם יוכל להחליט אם להחזיק את הכספים או להשקיעם. לפי המשפט העברי, בית הדין הוא זה שמכריע האם להשקיע את הכספים או להחזיק בהם. עיקרון נוסף הוא שצריך שמי שמקבל את הכסף צריך לקבל על עצמו את כל הסיכון, כלומר, שאם יהיה הפסד, הוא ישא בהפסד, ואם יהיה רווח יתחלק ברווח עם היתומים; ואם האפוטרופוס אינו מוצא מי שמוכן להשקיע את הכסף בתנאים אלו, עליו להחזיק את הכסף ברשותו.

אם האפוטרופוס מחזיק את הכסף ואינו משקיע אותו, עליו לשמור אותו באופן שמקובל לשמור כסף. בימינו הדרך הטובה ביותר לשמור כסף היא להפקיד אותו בבנק.

המשפט העברי, כמו החוק, מטיל חובה על אפוטרופוס להשקיע את כספי היתומים כדי להפיק רווחים.

לפי החוק, האפוטרופוס רשאי להשקיע רק בהתאם לתקנות או להנחיות של בית המשפט. לפי המשפט העברי, מותר למסור כספי יתומים להשקעה רק בתנאי שהמשקיע יוכיח לבית הדין קיום ערובות לכיסוי הפסדים אפשריים.

אם בית הדין אישר לאפוטרופוס להשקיע את הכספים כטוב בעיניו, הוא רשאי להשקיעם גם בהשקעה עם סיכון.

פרק שביעי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

השקעות

50. כספי האדם שמונה לו אפוטרופוס, במידה שאינם דרושים לצרכיו השוטפים, חייב האפוטרופוס להחזיקם כדרך השומרים, או להשקיעם אצל מי שמקבל על עצמו את כל הסיכון להפסדים ומעמיד לכך ערובות; כספים שייתכן שיידרשו לצרכים השוטפים, רשאי האפוטרופוס להשקיע בהשקעה נזילה.

סעיף 51

פרטה

פרטה

51. האפוטרופוס חייב להגיש לאפוטרופוס הכללי, תוך שלושים ימים מיום מינויו, פרטה של נכסי האדם שהוא אפוטרופסו, כולל חובותיו, זולת אם פטר אותו האפוטרופוס הכללי בהתאם לנהלים שקבע מחובה זו או קבע מועד אחר להגשת הפרטה.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 211

פרק שני: החובה להגיש פרטה 211

א. מבוא 211

ב. חובת ההגשה 212

ג. תכליתה של הפרטה 213

פרק שלישי: עריכת הפרטה – "האפוטרופוס חייב להגיש" 215

פרק רביעי: למי תוגש הפרטה? 216

פרק חמישי: מועד הגשת הפרטה – "תוך שלושים ימים מיום מינויו" 217

פרק שישי: פרטים שיש לכלול בפרטה – "פרטה של נכסי האדם... כולל חובותיו" 218

פרק שביעי: סיכום 219

פרק שמיני: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 219

פרק ראשון

מבוא

סעיף זה מטיל על האפוטרופוס להגיש לאפוטרופוס הכללי "פרטה של נכסי האדם שהוא אפוטרופסו, כולל חובותיו" סמוך למינויו. נפתח אפוא בשאלה, האם אף לפי המשפט העברי על האפוטרופוס לפרט את נכסי החסוי סמוך למינויו? ואם אמנם קיימת חובה כזו, מה תכליתה?

מנוסח החוק עולה שהגשת הפרטה היא חובתו של האפוטרופוס. בהקשר זה נשאל, האם גם לפי המשפט העברי תוטל חובה זו על האפוטרופוס, או שמא זו חובתו של בית הדין (שימנה אדם לשם כך)?

לפי החוק, הפרטה תוגש לאפוטרופוס הכללי. כאן נשאל האם יש מקום להגשת הפרטה גם לגורמים נוספים, כגון קרובי החסוי?

מועד הגשתה של הפרטה הוא "תוך שלושים ימים מיום מינויו" של האפוטרופוס. נבקש לברר האם אף לפי המשפט העברי תוגש הפרטה לאחר מינויו של האפוטרופוס, או שמא היא תוגש במועד מוקדם יותר, בשעת המינוי או אפילו לפני המינוי?

מן החוק עולה שהפרטה אמורה לכלול פירוט של נכסי החסוי, "כולל חובותיו". אלו נכסים יש לכלול בפרטה לפי המשפט העברי?

לבסוף נברר האם גם לפי המשפט העברי אפשר לפטור את האפוטרופוס מן החובה להגיש פרטה או לדחות את הגשתה, כמו שהסעיף מאפשר?

פרק שני

החובה להגיש פרטה

א. מבוא

סעיף זה דורש מן האפוטרופוס להגיש פרטה לאפוטרופוס הכללי, בסמוך למינויו[1]. הגשת הפרטה "נועדה בעיקר למנוע הברחת נכסים מהעיזבון, ולתת תמונה מהימנה של מצב העיזבון בכל הנוגע לחובותיו"[2]. להלן נבקש לבחון האם חובה דומה קיימת גם במשפט העברי, ואם כן – מה תכליתה?

מן הלשון חייב "להגיש" את הפרטה אפשר להבין שהפרטה חייבת להיערך במסמך כתוב, ואין די בהצהרה של האפוטרופוס בעל פה על היקף הנכסים והחובות של האדם. כך אמנם

[1] הוראה דומה קיימת בסעיף 84 לחוק הירושה, התשכ"ה־1965.

[2] שמואל שילה, פירוש לחוק הירושה, התשכ"ה־1965, כרך שלישי (נבו 2002), עמ' 155.

נקבע במפורש בסעיף 10 לתקנות הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (סדרי הדין וביצוע), התש"ל-1970. האם לפי המשפט העברי יש לערוך את הפרטה בכתב דווקא?

ב. חובת ההגשה

בתלמוד[3] מובאים דברי רבי אלעזר: "אף על פי שיש לו לאדם גזבר נאמן בתוך ביתו, יצור וימנה, שנאמר (מלכים ב', יב, יא–יב): 'ויצורו וימנו'". רש"י[4] מסביר שמי שמוסר את כספו לגזבר שלו, יספור תחילה את "הכסף שהוא מוסר בידו".

מדברי רבי אלעזר מסיק ר' מאיר הלוי אבולעפיה, הרמ"ה[5]: "הא דתני [=זה ששנינו] אין מחשבין בצדקה עם גבאי צדקה, ולא בהקדש עם הגזברים[6], חשובי הוא דלא מחשבינן כמה שקלי מהאי וכמה שקלי מהאי, וכמה יהבי להאי וכמה יהבי להאי, הא מימנא – מנינן, למחזי מאי דאיכא בידיהו [=לחשב אין אנו מחשבים, כמה נטלו מזה וכמה נטלו מזה, כמה נתנו לזה וכמה נתנו לזה, אבל למנות – מונים אנו, לראות מה יש בידיהם]". כלומר, אין צורך לבדוק את החשבונות השוטפים של ההוצאות וההכנסות של גבאי הצדקה, אבל יש למנות כמה יש בידו.

מדבריו ניתן ללמוד על דרך ההיקש, שעם מסירת כספו של אדם לאפוטרופוס, יש לברר כמה כסף נמסר לו. אולם לא ברור מתוך דברי רבי אלעזר האם חובה זו מוטלת על הגבאי עצמו או על מי שמוסר לידיו את הכסף. כמו כן, יש לציין שדברי רבי אלעזר לא הובאו להלכה על ידי הרמב"ם והשולחן ערוך, ומכאן שלדעתם אין זו חובה אלא הנהגה ראויה.

אולם בעל העיטור קובע[7] שאכן מוטלת חובה משפטית להגיש פרטה בעת מינויו של

[3] בבא בתרא ט ע"א.

[4] רש"י, בבא בתרא שם, ד"ה יצור וימנה.

[5] יד רמה, בבא בתרא, פרק א, אות קה. כך כתב גם בית הבחירה, בבא בתרא, שם, עמ' 62.

[6] בבא בתרא שם.

[7] העיטור, אפיטרופוס, ליד אות ל, דף עח ע"ג במהד' רמ"י (הובא בחידושי הרשב"א, גיטין נב ע"א, בר"ן על הרי"ף, גיטין כו ע"א, בדפי הרי"ף, בשו"ת הריב"ש, סימן שכד וסימן תצה, ובשולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף ג).
חובת עשיית החשבון נזכרה עוד לפני בעל העיטור, על ידי ר"י ברצלוני, ספר השטרות, שטר מג ושטר נח; ובשטר ג, שהוא שטר מינוי אפוטרופוס, יש גם פירוט של נכסי היתומים.
רייניץ, עמ' 236, כותב: "ההוראה כדבר שבחובה, לערוך 'החשבון בראשונה', יצאה מבית מדרשם של חכמי פרובנס", שהרי רבנו ירוחם, מישרים, נתיב כו, חלק א, מביא הלכה זו בשם "גאון", והוא ככל הנראה בעל העיטור, שהרי לשונם דומה.
בעל העיטור מעמיד חובה זו מול מחלוקת התנאים בגיטין נב ע"א, בשאלה האם אפוטרופוס נדרש להגיש דוח עם סיום כהונתו (עניין שנעסוק בו בדיוננו בסעיף 53) – גם לדעה שאינו חייב בכך, מחשבים את הנכסים בתחילתו כהונתו. שו"ת הרשב"א החדשות (מכתב יד), מכון ירושלים, ירושלים תשס"ה, סימן שעו, כותב שמדברי אותם תנאים יש "קצת ראיה" שעושים חשבון בתחילה, שהרי אם לא ידוע כמה נכסים היו בתחילה, אין תועלת בהגשת חשבון בסוף.
שו"ת דברי ריבות, סימן קכ, כותב שחובה זו קיימת גם אם כתב הנפטר בשטר מינוי אפוטרופסית "ולית מי שימחה בידה וגם לא יוכל שום יורש לתבוע ממנה כל ימי חייה שום דבר", מפני שיש להניח שכתב כך רק לכבודה, ולהורות שתישאר אפוטרופוס גם אחרי שיגדלו היתומים, ולא התכוון שהיא תוכל להסתיר ולהפריד מהנכסים.

אפוטרופוס[8], ואם "בית דין שמינו אפוטרופוס ולא חשבו [=לא ערכו חשבון של נכסי היתומים], צריך להוציא הכל מידם בשבועה כתחילה, ולכתוב הכל". כלומר, אם לא עשו פירוט של נכסי היתומים בעת העברת השליטה בהם לאפוטרופוס, יש להוציא מידיו את הנכסים, תוך הצהרה בשבועה מצדו שלא הותיר מהם בידיו, לאחר מכן לערוך פירוט בכתב של נכסי היתומים, ושוב להעביר את השליטה בהם לאפוטרופוס.

מהר"ם פדואה[9] מסביר שאין חשש שהצורך בחשבון ירתיע אנשים מלשמש כאפוטרופסים, שהרי כל אדם כשר מעוניין מן הסתם להראות חשבון צודק, להיות נקי מה' ומישראל.

לדעת גולאק[10], בתקופת התלמוד לא היתה חובה למסור פרטה בתחילת כהונתו של האפוטרופוס, משום שאז "האפוטרופסות הייתה מיוסדת בימים ההם על האמון ועל הביטחון", והצורך בעריכת פרטה עלה רק בדורות שלאחר התלמוד, משעה שהתערער האמון באפוטרופסים.

השולחן ערוך[11] פוסק שיש לערוך פרטה בשעת מסירת הנכסים בידיו של האפוטרופוס, כהוראת בעל העיטור.

ג. תכליתה של הפרטה

בעל העיטור[12] מנמק את חובת כתיבת פרטה, בכך שהיתומים צריכים לדעת כמה נכסים נמסרו

דעה חולקת: שו"ת הרשב"א החדשות (מכתב יד), שם, כותב על דברי העיטור: "לא ראינו מעולם מי שנהג כן במקומנו, אלא בודקין אחר אדם נאמן ומוסרין לו". אבל הרשב"א עצמו מביא בחידושיו, גיטין נב ע"א, את הלכת העיטור בלא השגה, כפי שמעיר המהדיר שם, הערה 16.

[8] שו"ת תורת חסד (פרחיא), סימן רלט (ד"ה על כן נלע"ד), כותב שהחובה לערוך פירוט זה חלה בין באפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים ובין באפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין. כך כתבו גם שו"ת מהר"ם פדואה, סימן לח, ושו"ת מהר"י בן לב, חלק ב, סימן כח. בשאלה זו עיין שו"ת אבקת רוכל, סימן קנט; ריינין, עמ' 239–240. שו"ת דברי ריבות, סימן קכ, מזכיר את חובת החשבון בתחילה באפוטרופוס שמינהו אבי היתומים. שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימנים ריב–ריג, כותב בשם שו"ת מהר"י בן לב, חלק ב, סימן כח, ושו"ת דברי ריבות, סימן כח, שגם אפוטרופוס שמינהו בית דין צריך לעשות שטר כזה. זאת אף שלגבי חיוב השבועה יש הבדל בין שני סוגי האפוטרופוס (ראה על כך בהרחבה בסעיף 53, בנספח). שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן קפז, מדייק מהטור ומהר"ן שלדעתם במינהו בית דין אינו צריך לחשב מראש, כיוון שהוא חייב להישבע גם על טענת ספק, וממגיד משנה הוא מדייק שגם הוא צריך לחשב מראש; והוא כותב במסקנתו שמספק יעשו "שטר שימוש". ראה להלן, ליד ציון הערה 32, על מונח זה. וראה: כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רצ, הגהות הטור, אות כה; פעמוני זהב, סימן רצ, סעיף ג; כרם חמר, חלק ב, דף נח ע"א, ד"ה אפוטרופא.

רבי שמואל טאייטאצאק השני, בפסקי הגאון מהרי"ט (טאייטאצאק), ירושלים תשל"ב, פסקי מר שמואל, סימן כב, עמ' שלב, נוטה לומר שבמינהו אבי היתומים, הוא כאילו מסר את נכסיו לאפוטרופוס בחייו, ולא הצריך חשבון; אבל הוא כותב שאינו "תוקע עצמו" לזה, כיוון שמהר"י בן לב כתב להיפך.

[9] שו"ת מהר"ם פדואה, סימן לח. גם שו"ת אבקת רוכל, סימן קנט, מסביר שדרישה זו לא תרתיע מי שכוונתו לטובה.

[10] א' גולאק, יסודי המשפט העברי, חלק ג, עמ' 150.

בדומה כתב שו"ת הרשב"א החדשות (מכתב יד), סימן שלב, שמדין התלמוד אין חובת חשבון בתחילה, וזו רק תקנת ה"אחרונים". אבל הוא עצמו, בסימן שעו, הביא "קצת ראיה" מהתלמוד לחובת החשבון, כפי שראינו בהערה 7.

[11] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף ג.

[12] העיטור, שצוין לעיל, הערה 7.

לאפוטרופוס בתחילת כהונתו, כדי שיוכלו להשוות זאת למה שהוא מחזיר להם בסיום כהונתו, ולתבוע אותו אם נמצא הפרש גדול ביניהם[13].

הריב"ש מנסח כך את מטרת כתיבת השטר[14]: "אף אם באחרונה אין מחשבין עמהם, הרי יראו הבית דין לפי השטר ההוא אם מחזיר להם את שלהם. ואם בית דין ימצאו ברשותו בעין מאותן מטלטלים, הרי הן בחזקת היתומים. וכן אם יחסר מן הנכסים כל כך, שאי אפשר שהוציא אותן בצרכי היתומים, ויראה לבית דין בברור שהוא גזלם, אין ספק שהבית דין מונעין אותו ומוציאין ממנו"[15].

ר' יהודה ברצלוני[16] נימק, שכותבים את הפרטה כדי למנוע מהאפוטרופוס מלהחזיק בנכסים בטענה שהם שייכים לו.

לפי הנימוקים הללו, תכלית הפרטה היא לטובת היתומים.

הפרטה יכולה לשמש את בית הדין עצמו, בפעילותו למען היתומים. כך הורה הריב"ש, בדבריו שצוטטו לעיל[17], בדונו בבית דין שקבע שיש לסלק אפוטרופוס מתפקידו, ועל כן בדק האם יש בידו מנכסי היתומים, ולצורך כך השתמש בפרטה לברר "אם [האפוטרופוס] מחזיר להם [ליתומים] את שלהם".

[13] הוא נוקט שהם צריכים לדעת את החשבון כדי שיוכלו להשביע אותו בטענת בריא. כוונתו להלכה (שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף טז), שאם הם טוענים טענת ודאי שהוא מעל בנכסים, הוא חייב להישבע שלא מעל, אבל אם הם טוענים רק טענת שמא, אינו חייב להישבע, אם מינהו אבי היתומים.
נימוק העיטור מובא בקיצור בשולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף ג.
דברים אלו של העיטור יכולים לשמש תשובה לטענת שו"ת הרשב"א החדשות (מכתב יד), סימן שלב, שהיות שהלכה היא שאין חובת דיווח בסוף, אין טעם לעשות חשבון בתחילה. התשובה היא, שאף שהאפוטרופוס אינו חייב לדווח בסוף, היתומים יכולים לעשות חשבון מעצמם, ואם יראו שיש הפרש גדול בין המצאי בתחילה למצאי בסוף, יוכלו לתבוע את האפוטרופוס בטענת ודאי.

[14] שו"ת הריב"ש, סימן שכד.
משו"ת אבקת רוכל, סימן קנט, משמע שיש תלות בין חובת האפוטרופוס לערוך דין וחשבון בסיום כהונתו לבין החובה לערוך פירוט הנכסים. לדבריו, אם אין משביעים את האפוטרופוס אלא מחייבים אותו להגיש דין וחשבון בסיום כהונתו, יש לערוך פירוט, כדי שיהיה אפשר לערוך השוואת חשבונות (על השבעת האפוטרופוס ועל חיובו בהגשת דין וחשבון, ראה בדיוננו בסעיף 53). אולם מדברי הריב"ש שם נראה שאין תלות כזאת.

[15] ראה סמ"ע, סימן רצ, ס"ק ט, ונתיבות המשפט, סימן רצ, ס"ק א, על מצבים שונים שבהם האפוטרופוס חייב להישבע, ומחמתם חשוב שיהיה שטר עם פירוט הנכסים.

[16] ר"י ברצלוני, ספר השטרות, שטר מג.
אבקת רוכל, שם, מסביר שבמינהו אבי היתומים, שצריך להגיש דוח בסיום כהונתו (כפי שנראה בסעיף 53), צריך לעשות חשבון בתחילה כדי לאמת על פיו את הדוח הסופי, להשוות את סך ההוצאות שהוציא על היתומים והממון שנשאר, עם מה שקיבל בתחילה. לגבי אפוטרופוס שמינהו בית דין, שאינו צריך להגיש דוח בסיום כהונתו (כפי שנראה בסעיף 53), מטרת החשבון בתחילה היא אחרת: מקובל שכשבית דין מוסר ממון למישהו, מחשבים כמה נותנים לו, כי רק טיפש מוסר ממון בלי חשבון.

[17] לעיל, ליד ציון הערה 14.

פרק שלישי

עריכת הפרטה – "האפוטרופוס חייב להגיש"

לפי החוק, האפוטרופוס נדרש להגיש את הפרטה, כלומר עליו לערוך אותה בעצמו. נראה שמטרת הוראה זו להבטיח שלא יוכל האפוטרופוס לטעון בעתיד שהפרטה אינה משקפת את ההיקף האמתי של הנכסים שהופקדו בידיו. לפי תקנות הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, האפוטרופוס הכללי בודק את הפרטה, מבקר את הפרטים שבה ומאמת אותה, ולאחר מכן רושם את ממצאיו "בחותם שיטביע על גבי הפרטה... או בגיליון נפרד לרישום הערות"[18]. בדרך זו נמנעת האפשרות מן האפוטרופוס להבריח נכסים על ידי עריכת פרטה שקרית.

לעומת זאת, לפי המשפט העברי, בית הדין הוא זה שצריך לערוך את הפרטה[19]. נראה שהדבר נובע מתפיסה שבית הדין כ"אביהם של יתומים" הוא זה שמפקיד בידי האפוטרופוס את נכסי היתומים, ועליו מוטלת החובה לוודא שלא תצא תקלה מתחת ידו. ייתכן שכרוך בכך גם חשש שהאפוטרופוס לא ידייק בעריכת נכסי היתומים, ויציין סכום נמוך מהסכום האמיתי, כדי שיוכל למעול מהנכסים בלי שהדבר יורגש. חשש זה נפתר לפי החוק בכך שהאפוטרופוס הכללי בודק את הפרטה שמגיש לו האפוטרופוס, אבל פתרון זה לוקה בחסר, שכן נמצא שנעשית עבודה כפולה: האפוטרופוס עושה את החשבון, ואחר כך האפוטרופוס הכללי עושה את החשבון. לכן עדיפה דרכו של המשפט העברי, שבית הדין עושה את החשבון, כך שהחשבון נעשה רק פעם אחת.

גם בתקנות מדינת ליטא, משנת שפ"ג (1622), נקבע שעל בית הדין מוטל לפרט את מה שכלול בעיזבון[20]:

> מי שמת ולא העמיד אפוטרופוס בחייו, הרי על בית הדין לסגור כל חדריו וגנזיו תכף אחר מיתתו ולהעלות כל העיזבון בכתב אמת ולמנות עליו אפוטרופוס אנשים אמודים ובטוחים.

בתקנות הדיון של הרבנות הראשית לישראל[21] נקבע: "במינוי או באישור מינויו של אפוטרופוס... ידרוש בית הדין פירוט הרכוש הנמסר לאפוטרופוס". ויחד עם זאת נקבע[22]: "אחר אימות הפירוט, יוציא בית הדין שטר פירוט הרכוש".

לאור האמור לעיל, אין הכוונה שבית הדין ידרוש מן האפוטרופוס את פירוט הרכוש, שהרי המשפט העברי אינו מטיל חובה זו על אפוטרופוס, אלא בית הדין ידרוש זאת מאדם מיוחד שיופקד על כך.

למעשה, הסדר זה אינו שונה מאוד מן ההסדר שבחוק, המטיל פיקוח של האפוטרופוס הכללי על האפוטרופוס המגיש את הפרטה.

---

[18] תקנות הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (סדרי הדין וביצוע), התש"ל-1970, סעיף 15ד(ג).

[19] העיטור (לעיל, הערה 7); ר"י ברצלוני (לעיל, הערה 16); שולחן ערוך (לעיל, הערה 11). כמו כן, שו"ת הר"ן, סימן ט, ושו"ת באר שבע, סימן לט, שאלה חמישית, כותבים שראוי שבית דין יעשו חשבון זה, ואין זה מוטל על האפוטרופוס עצמו. אבל באר שבע כותב שלפנים משורת הדין כדאי לאפוטרופוס לעשות שטר כזה.

[20] פנקס המדינה, ליטא, בעריכת שמעון דובנוב, שנת שפ"ג, תקנה לז.

[21] תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בישראל, התשנ"ג-1993, תקנה קצב, ס"ק (1).

[22] שם, ס"ק (2).

פרק רביעי

למי תוגש הפרטה?

החוק קובע שהפרטה תוגש לאפוטרופוס הכללי. אין בחוק דרישה להגיש את הפרטה לגורמים נוספים, כגון קרובי החסוי, אף שעשוי להיות להם עניין רב בכך. אולם, בסעיף 10(א) לתקנות הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (סדרי הדין וביצוע), התש"ל-1970, נקבע: "האפוטרופוס הכללי רשאי להורות על המצאת עותקים נוספים לנוגעים בדבר".

לפי המשפט העברי, האחריות לכתיבת הפרטה מוטלת על בית הדין, כאמור לעיל[23]. בשאלה למי בית הדין יגיש את הפרטה, הראב"ד[24] כותב: "כותבין שני שטרות, אחד לאפוטרופוס ואחד לקרובים[25] של יתומים אות באות, והוא הנקרא 'שטר שמוש[26] בית דין'". השולחן ערוך[27] פוסק שעותק אחד ניתן לאפוטרופוס ואחד לבית הדין בשביל היתומים.

[23] לעיל, ליד ציון הערה 19.

[24] ראב"ד, המובא בר"ן על הרי"ף, גיטין כו ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה גמ', ובשו"ת הריב"ש, סימן שכד וסימן תצה. לא ברור אם בעל הדברים הוא הראב"ד, בעל ההשגות על הרמב"ם, או הרב אב"ד; ראה בעיטור שם, ובשער החדש שם, אות לא. גם דין זה הובא בשולחן ערוך, שם. ראה גם: חידושי הרשב"א, גיטין נב ע"א, ד"ה ר' אומר.
את הדין הביאו גם: ר"י ברצלוני, ספר השטרות, שטר נח; חידושי הרמ"ה ושיטות קדמונים, גיטין נב ע"א (ד"ה וצריך); שו"ת הריב"ש, סימן שכד וסימן תצה; תשב"ץ, חלק ג, סימן רכ וסימן רלז; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף ג, ושו"ת אבקת רוכל, סימן קנב; ים של שלמה, גיטין, פרק ה, סימן ו; שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן ריד; שו"ת תוקפו של יוסף, חלק ב, סימן קכד.
שו"ת אבקת רוכל, סימן קנט, כותב שהדין כך גם במינהו בית דין, משום שהקרובים ישמרו על השטר יותר טוב מבית דין. פעמוני זהב, רצ, ג, כותב שהדין כך גם במינהו בית דין וגם במינהו אבי היתומים.
ר"י ברצלוני, ספר השטרות, שטר ג, כותב לגבי שטר מינוי האפוטרופוס, שכולל גם פרטה של הנכסים, שמוסרים אותו ביד בית דין או ביד נאמן. בשטר נח, כתב שמניחים את שטר ה"שימוש", שהוא פרטה, ביד נאמן. בשני המקומות הוא אינו מזכיר שעושים שני עותקים.
ספר העיטור, שימוש, דף מט ע"ב, כותב שמוסרים את השטר ביד נאמן.

[25] אלו כתבו שעושים שני העתקים, אחד לאפוטרופוס ואחד לקרובים: מישרים, נתיב כו, חלק א; ר"ן על הרי"ף שם, ושו"ת הר"ן, סימן ט; טור, חו"מ, סימן רצ, סעיף ה; מגיד משנה, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ה.

[26] הביטוי "שטר שימוש" מופיע לעיתים בכתבי הראשונים גם ככינוי לפרוטוקול בית הדין, והוא נקרא כך משום שהוא משמש את הדיינים כדי להיזכר בטענות הצדדים. ראה: רי"ף, בבא מציעא יא ע"ב (בדפי הרי"ף); חידושי הרשב"א, כתובות כ ע"א. ולפי ספר העיטור, שימוש, דף מט ע"ב, ושער החדש שם, אות ב, לעיתים כותב בית דין שטר שימוש גם על דבר שכבר הגיע לדיון. על לשון זו ראה בהרחבה: רש"ח קוק, "חומר להוראת שימוש", סיני כרך כו (תשרי–אדר תש"י), עמ' שפב–שפד.
אצל חלק מן הראשונים מכונה שטר זה "שטר משמוש", שהוא כינוי הרומז יותר לתכלית השטר – בדיקה (ראה למשל עירובין יג ע"ב: "ימשמש במעשיו", כפי שפירש רש"י שם, ד"ה ימשמש). לשון זו כתבו: שו"ת הר"ן, סימן ט (הובא בשו"ת באר שבע, סימן לט, השאלה החמישית); שו"ת הראנ"ח, חלק א, סימן ק; שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימנים ריב–ריג; שו"ת שאלת יעבץ, חלק ב, סימן ב; ארשת, כרך ד (תשכ"ו), עמ' 269; שו"ת זקני יהודה, סימן קל (א). מצאנו לשון זו גם לגבי שטר שאינו חתום בעדים אלא נעשה רק כדי למנוע שדברים יישכחו – עיין חידושי הרמב"ן, כתובות כ ע"א, ובבא בתרא קסח ע"א.
אצל חלק מן הפוסקים מכונה שטר זה בשם "אוונטירייא", השאוב ככל הנראה מן הכינוי שניתן לשטר זה בשיטות משפט נכריות. ראה: שו"ת הר"ן, שם; שו"ת מהר"ם פדואה, סימן לח.

[27] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף ג. ולא ברור מדוע שינה מדברי הראב"ד, מה גם שהוא עצמו, בשו"ת אבקת רוכל, סימן קנט, הצדיק את המסירה לקרובים, בכך שהם שומרים על השטר היטב.

תקנות הדיון של הרבנות הראשית לישראל[28] הולכות בעקבות השולחן ערוך בעניין זה: "אחר אימות הפירוט, יוציא בית הדין שטר פירוט הרכוש, שהעתק אחד ממנו יישמר בתיק בית הדין והעתק יימסר לכל אחד מהאפוטרופסים".

פרק חמישי

מועד הגשת הפרטה – "תוך שלושים ימים מיום מינויו"

לפי החוק, מועד הגשת הפרטה הוא "תוך שלושים ימים מיום מינויו" של האפוטרופוס, אלא אם כן קבע האפוטרופוס הכללי "מועד אחר להגשת הפרטה".

לפי המשפט העברי, הפרטה תוגש בעת מינויו של האפוטרופוס, ולא לאחר מכן. כך עולה ממה שכותב בעל העיטור[29], שאם מינה בית הדין אפוטרופוס ובעת המינוי לא נערך שטר פרטה, "צריך להוציא הכל מידם בשבועה כתחילה, ולכתוב הכל". ומכאן, שיש לערוך את הפרטה לפני שהועברו הנכסים לידי האפוטרופוס, ואם לא עשו כן, יש להשהות את המינוי עד לכתיבת הפרטה[30].

ואכן, בשטרות שבספרי הראשונים[31], הפרטה נמצאת בתוך שטר המינוי של האפוטרופוס, כך שהפרטה נערכת עוד לפני המינוי.

לא מצאנו במקורות המשפט העברי קביעה לגבי מועד מסירת עותקי הפרטה לבית הדין, לקרובים או לאפוטרופוס.

שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן קפז, כותב על נידונו שאין לתת העתק לאותו הקרוב שרוצה לדעת את חשבון הנכסים, כי בודאי כוונתו בלתי רצויה, אלא יתנו העתק לבית דין של קהילתו של היתום. ייתכן שמסיבה דומה פסק השולחן ערוך לתת העתק לבית דין ולא לקרובים.

[28] תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בישראל, התשנ"ג-1993, תקנה קצב, ס"ק (2). השווה לנוסח תקנה קעו של תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים, תש"ך.

[29] העיטור, אפיטרופוס, דף עח ע"ג.

[30] לעומתו, שו"ת מהר"ם פדואה, סימן לח, בסופו, כותב שאם לא ערכו פרטה בשעת מינוי האפוטרופוס, רצוי לעורכו באמצע שירותו, כדי שיהיה ידוע כמה נכסים יש ליתומים, כדי שאם ימות, לא יקחו יורשיו מנכסי היתומים. והוא אינו אומר שמוציאים את הנכסים מיד האפוטרופוס.
דעה שלישית היא של רבי שמואל טאייטאצאק השני, בפסקי הגאון מהרי"ט (טאייטאצאק), ירושלים תשל"ב, פסקי מר שמואל, סימן כב, עמ' שלב, שאם כבר הגיעו הנכסים לאפוטרופוס, אין צורך בהגשת פרטה. אבל ייתכן שכוונתו רק לאפוטרופוס שמינהו אבי היתומים, שלגביו כתב שיש מקום לומר שאין צורך בפרטה כלל – ראה בשמו בהערה 8.

[31] ר"י ברצלוני, ספר השטרות, שטר ג; ספר העיטור, אפיטרופוס, דף עט ע"א.
אבל יש להעיר שמצאנו בספרי הראשונים גם פרטה בשטר בפני עצמו, שנקרא "שטר שימוש": ר"י ברצלוני, ספר השטרות, שטר מג ושטר נח; העיטור, שימוש, דף מט ע"ב במהד' רמ"י.

פרק שישי

פרטים שיש לכלול בפרטה – "פרטה של נכסי האדם... כולל חובותיו"

הסעיף קובע שיש לציין בפרטה את כל נכסי האדם, לרבות חובותיו. בתוספת לתקנות הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (סדרי דין וביצוע), תש"ל-1970, יש טופס שבו מפורטים הנכסים שיש לכלול בפרטה, ובכללם: רהיטי הבית וחפציו, תכשיטים ודברי ערך אחרים, מקרקעין וזכויות במקרקעין, כספים וחובות המגיעים לחסוי, וחובות של החסוי לאחרים. להלן ננסה לברר, מה מכל אלה נדרש לפרט במסמך הפרטה לפי המשפט העברי.

לפי בעל העיטור[32] נוסח "שטר השימוש" הוא:

במותב תלתא הוינא, לאוקמי אפטרופא להלין יתמי דפלוני בן פלוני, דחיי לרבנן ולכל ישראל שבק. ואשכחנא ליה מקרקעי כך וכך, ומטלטלי ומאני כך וכך, וחובות כך וכך. ובדקינן איניש מהימנא ואשכחנא הדין פלוני, דגברא זריזא ומהימנא הוא וידע לאפוכי בזכותא דיתמי, ומנינן ליה אפטרופוס. ומנינן ליה כל הלין נכסי למעבד בהון כאפטרופוס בקי ומהימן, ויהא ליה רשותא למיעבד ולמיזבן כל מידי דמצטריך ליתמי מיומא דנן עד דגדלי יתמי. ומאי דאיתגלי לנא מנכסי דיתמי יהבינן לדידיה כאפטרופוס[33].

תרגום:

במושב שלושה היינו, להעמיד אפוטרופוס ליתומים אלו של פלוני שנפטר. ומצאנו לו מקרקעין כך וכך, ומיטלטלין וכלים כך וכך, וחובות כך וכך. וחיפשנו אדם מהימן, ומצאנו פלוני זה, שאדם זריז ומהימן הוא, ויודע להפך בזכות היתומים, ומינינו אותו אפוטרופוס. ומסרנו בידיו את כל הנכסים האלו, לעשות בהם כאפוטרופוס מומחה ומהימן. ותהיה לו רשות לעשות ולקנות כל דבר שיידרש ליתומים מיום זה עד שיגדלו היתומים. ומה שנודע לנו מנכסי היתומים, אנו נותנים לו כאפוטרופוס.

מנוסח זה אנו למדים שבשטר יש לפרט את כל המקרקעין של היתומים, את כל הנכסים המיטלטלים שלהם[34], ואף את כל חובותיהם[35]. לא ברור אם הכוונה לחובות שאחרים חייבים ליתומים או לחובות שהיתומים חייבים[36], אך נראה שיש לפרט את שני הסוגים, כדי שתהיה תמונה ברורה של הנכסים העומדים לרשות היתומים.

---

[32] ספר העיטור, אפיטרופוס, דף עח ע"ד.

[33] בשער החדש, על העיטור, שם, אות ג, הציע שהגרסה צריכה להיות: "יהבינן לדידיה באפוטרופסות", או: "יהבינן ליה לדידיה לאפוטרופוס".

[34] גולאק (לעיל, עמ' 213, הערה 10), עמ' 149, משער: "מתחילה הנהיגו לכתוב שטר שימוש בית דין על המיטלטלין שמסרו לאפוטרופוס, ואחר כך התחילו כותבים גם על הקרקעות". אולם ריינין, עמ' 237, הערה 315, דוחה השערה זו.

[35] פוסקים נוספים מזכירים את פירוט החובות: חידושי הרשב"א, גיטין נב ע"א; שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן קמז; מגיד משנה, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ה; שו"ת הר"ן, סימן ט (הובא בשו"ת באר שבע, סימן לט, השאלה החמישית), ור"ן על הרי"ף, גיטין כה ע"ב (בדפי הרי"ף); טור, חו"מ, סימן רצ, סעיף ה.

[36] אין נראה שהכוונה לחובות שהיתומים חייבים, שהרי בשו"ת הרשב"א שם מזכיר "חובות ופקדונות", ולגבי פקדונות ברור שהכוונה לחפצים של העיזבון המופקדים בידי אחרים, שאילו פקדונות של אחרים המופקדים אצל היתומים (או שהופקדו אצל אביהם המנוח), אין לרשום, אלא יש להשיבם מיד לבעליהם.

פרק שביעי

סיכום

החוק מטיל על אפוטרופוס להגיש לאפוטרופוס הכללי פרטה של נכסי החסוי. במשפט העברי, החובה לערוך פרטה בתחילת כהונתו של האפוטרופוס, ׳שטר שימוש׳ בלשונם של הראשונים, נזכרת לראשונה בבית מדרשם של חכמי פרובנס, קרוב לתחילת תקופת הראשונים.

אבל יש הבדל מהותי ביניהם: לפי החוק, האחריות לכתיבת הפרטה מוטלת על האפוטרופוס, והאפוטרופוס הכללי בודק אותה ומאמת אותה. זאת, בניגוד לשטר השימוש של המשפט העברי, שנכתב על ידי בית הדין. לפי תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים, בית הדין ימנה מי שיכין את הפרטה. לאחר מכן יאמת בית הדין את הפרטים שמסר האפוטרופוס, ויוציא שטר עם פירוט הרכוש, וימסור העתק לאפוטרופוס.

לפי החוק אפשר להגיש את הפרטה בתוך שלושים ימים מיום מינויו של האפוטרופוס. לעומת זאת, לפי המשפט העברי הפרטה תוגש לבית הדין בשעת המינוי של האפוטרופוס, או בעת אישורו של המינוי, ולא יאוחר מכך.

הן לפי החוק הן לפי המשפט העברי, הפרטה כוללת את כל נכסי היתומים וחובותיהם כלפי אחרים, וכן זכויות של היתומים בנכסים שביד אחרים.

פרק שמיני

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

פרטה

51. לפני מינוי האפוטרופוס, פקיד בית המשפט יכין פרטה של נכסי האדם שהוא אפוטרופסו, כולל חובותיו, ויגיש אותו לבית המשפט, עם העתק לאפוטרופוס.

סעיף 52

הוראות בנוגע לשומה

הוראות בנוגע לשומה

52. בית המשפט רשאי להורות –

(1) שהאפוטרופוס יגיש לאפוטרופוס הכללי, במועד שקבע, שומת שוויים של נכסי האדם שהוא אפוטרופסו, ערוכה לתאריך שקבע בית המשפט;

(2) שהשומה האמורה תיערך על־ידי שמאי או על־ידי אדם אחר כפי שקבע בית המשפט.

אחרי שקבע סעיף 51 שעל האפוטרופוס להגיש פירוט של נכסי החסוי לאפוטרופוס הכללי, מוסיף סעיף 52 שעליו להגיש גם שומה של שווי הנכסים, אם בית המשפט דרש זאת. כלומר, יש צורך ששמאי ישום את כל הנכסים, מיטלטלין ומקרקעין.

הוראה דומה אנו מוצאים במשפט העברי בתקנות שהותקנו בקהילות בגולה.

בתקנות מדינת ליטא, משנת שפ״ג (1622), נקבע[1]:

> מי שמת ולא העמיד אפוטרופוס בחייו, הרי על בית הדין לסגור כל חדריו וגנזיו תכף אחר מיתתו ולהעלות כל העיזבון בכתב אמת ולמנות עליו אפוטרופוס אנשים אמודים ובטוחים... ולמנות על זה רואה חשבונות שיקבלו חשבון מהאפוטרופוס.

התקנה דורשת שני דברים נפרדים: (א) ״להעלות כל העיזבון״ – שהוא פירוט הנכסים; (ב) ״שיקבלו חשבון״ – שהוא שומה של שווי הנכסים.

בספר ״ברית כהונה״, לרבי כלפון הכהן מג׳רבא, שבצפון אפריקה, נכתב שמפרטים את נכסי העיזבון, וגם מציינים את שוויים[2]:

> ושולחים שני סופרי מתא [=סופרי העיר] עם האפוטרופא ורושמים כל הנכסים אחת לאחת על ידי שומא בדבר הצריך שומא.

״דבר הצריך שומא״ משמעותו נכסי מקרקעין ומיטלטלין, ומוציא מהכלל כסף מזומן, שאינו צריך שומא, כמובן.

לאור האמור, הסעיף מתאים לעמדת המשפט העברי.

הוראות בנוגע לשומה

52. בית המשפט רשאי להורות –

(1) שהאפוטרופוס יגיש לאפוטרופוס הכללי, במועד שקבע, שומת שוויים של נכסי האדם שהוא אפוטרופסו, ערוכה לתאריך שקבע בית המשפט;

[1] פנקס המדינה, ליטא, בעריכת שמעון דובנוב, שנת שפ״ג, תקנה לז.

[2] ברית כהונה, חו״מ, חלק א, מערכת א, אות ה.

(2) שהשומה האמורה תיערך על־ידי שמאי או על־ידי אדם אחר כפי שקבע בית המשפט.

סעיף 53

חשבונות דו"ח ומתן ידיעות

חשבונות דו"ח ומתן ידיעות

53. האפוטרופוס חייב, בכל עניני האפוטרופסות, לנהל חשבונות, להגיש לאפוטרופוס הכללי דין וחשבון כפי שיורה, אך לפחות אחת לשנה ובגמר תפקידו או בפקיעת האפוטרופסות, ולהמציא לאפוטרופוס הכללי ידיעות מלאות לפי דרישתו, זולת אם פטר אותו האפוטרופוס הכללי, בהתאם לנהלים שקבע, מחובת הגשת דין וחשבון או קבע מועד אחר להגשתו. שר המשפטים רשאי להתקין תקנות בדבר החשבונות שעל האפוטרופוס לנהל.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 225

פרק שני: "לנהל חשבונות" 225

א. מבוא 225

ב. החובה לנהל חשבונות במשפט העברי 226

ג. איזה אפוטרופוס חייב לנהל חשבונות? 226

פרק שלישי: "להגיש... דין וחשבון" 227

א. מחלוקת התנאים ופסיקת ההלכה 227

ב. איזה אפוטרופוס חייב בהגשת דוח? 229

ג. נסיבות המחייבות הגשת דוח 232

פרק רביעי: למי יוגש הדוח? – "להגיש לאפוטרופוס הכללי" 233

א. מבוא 233

ב. הגשת דוח לבית הדין 234

ג. הגשת דוח למפקח על אפוטרופסים 234

ד. הגשת דוח לקרובי היתומים 235

פרק חמישי: המועד להגשת הדין וחשבון 235

א. מבוא 235

ב. הגשת דוח "בגמר תפקידו או בפקיעת האפוטרופסות" 236

ג. הגשת דין וחשבון לפי דרישה – "...כפי שיורה" 236

ד. הגשת דין וחשבון "אחת לשנה" 237

פרק שישי: ידיעות נוספות – "להמציא... ידיעות מלאות לפי דרישתו" 237

פרק שביעי: סיכום 238

פרק שמיני: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 238

נספח: שבועת אפוטרופוס 238

א. מחלוקת התנאים והכרעת ההלכה 239

ב. אפוטרופוס שפוטר 241

ג. אפוטרופוס הנוטל שכר 242

ד. שינוי נסיבות 242

ה. טענה ודאית 243

פרק ראשון

מבוא

סעיף זה מטיל על אפוטרופוס שמונה על ידי בית המשפט שלוש חובות: לנהל חשבונות, להגיש דוחות ולמסור לאפוטרופוס הכללי ידיעות מלאות, על פי דרישתו.

מאחר שהמשפט העברי מאפשר גם להורים למנות אפוטרופוס לילדיהם, נשאל האם החובה לנהל חשבונות ולהגיש דוחות מוטלת אף על אפוטרופוס שמונה על ידי ההורים.

בדבר החובה לנהל חשבונות, נבקש לברר האם הדרישה היא גם לעריכת פנקסים וכדומה.

אשר לחובה להגיש דין וחשבון, נברר מה הם הפרטים שיש לכלול בדין וחשבון, ובאיזו דרך יאומת הדוח?

החוק קובע שאת הדוח יש להגיש לאפוטרופוס הכללי. האם לפי המשפט העברי די להגיש את הדוח לקרובי החסוי, או שמא יש להגישו לגורם ציבורי האמון על הפיקוח על נכסי החסוי, בדומה לאפוטרופוס הכללי? ואם אמנם יש להגיש את הדוח לגורם ציבורי כאמור, האם זכאים קרובי החסוי לעיין בדוח?

לאחר מכן נבקש לברר מהו המועד הראוי להגשת דוח לפי המשפט העברי. האם יוגש הדוח אחת לשנה, או בסיום כהונתו של האפוטרופוס בלבד? כמו כן, האם רשאי גם בית הדין לדרוש מן האפוטרופוס להגיש דוחות ולהמציא "ידיעות מלאות", בכל עת שיראה לנכון?

לבסוף נברר האם גם לפי המשפט העברי אפשר לפטור את האפוטרופוס מהגשת דוח או לדחות את מועד הגשתו?

פרק שני

"לנהל חשבונות"

א. מבוא

החובה החוקית לנהל חשבונות נועדה לסייע לאפוטרופוס במילוי חובתו להגיש דוח, וגם לסייע לו לבדוק את יעילותן של פעולותיו ולבחון את התנהלותו מעת לעת[1].

סעיף 14(א) לתקנות הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (סדרי הדין וביצוע), תש"ל-1970[2] (להלן: תקנות האפוטרופסות), קובע שעל האפוטרופוס לנהל פנקסים "לפי הכללים המקובלים, באופן שיאפשרו עריכת דין וחשבון כספי ופירוט הנכסים והחובות"[3].

[1] כרם, חוק הנאמנות, עמ' 344.

[2] קובץ תקנות תש"ל, 2080.

[3] פנקסים אלו יכללו, לפי סעיף 14(ב) לתקנות האמורות, "רישום שוטף של ההכנסות וההוצאות, ויפורטו לגבי כל הכנסה – מקורה, ולגבי כל הוצאה – יעודה". ולא זו בלבד, אלא שסעיף 14(ג) לתקנות קובע

ייחודה של החובה לנהל חשבונות, בהשוואה לכל חובה משפטית אחרת היא, שזו חובה שנדרש האפוטרופוס למלא בינו לבין עצמו.

ב. החובה לנהל חשבונות במשפט העברי

בתלמוד לא נקבעה הלכה המחייבת אפוטרופוס לנהל חשבונות. אך הרמב״ם[4] פסק שאפוטרופוס של יתומים ״צריך לחשב בינו לבין עצמו, ולדקדק ולהיזהר הרבה מאביהן של אלו היתומים, שהוא ׳רוכב ערבות׳, שנאמר: ׳סלו לרוכב בערבות וגו׳ אבי יתומים׳ וגו׳ [תהלים סח, ה—ו]״.

דברי הרמב״ם אינם בגדר הלכה מחייבת, אלא המלצה לדרך התנהלות ראויה[5]. ר׳ יום טוב צהלון[6] מוסיף שגם אם האפוטרופוס ערך חשבון בינו לבין עצמו, אין הוא חייב להציג אותו בפני מאן דהו.

אולם בדורות מאוחרים התגבשה דרישה מן האפוטרופוס לנהל את חשבונותיו בכתב. כך למשל ערוך השולחן[7] קובע שאפוטרופוס של יתומים ״יעשה פנקס ויכתוב ההוצאה וההכנסה״, ור׳ משה כלפון הכהן[8] העיד: ״המנהג פשוט דהאפוטרופוס עושה לו פנקס, ובו כתוב כל הנכנס לידו מצד אחד וכל היוצא מידו מצד שני״.

ג. איזה אפוטרופוס חייב לנהל חשבונות?

סעיף זה, ככל הסעיפים בפרק השלישי בחוק הכשרות, עוסק באפוטרופוס שמונה על ידי בית המשפט, ומכאן שהחובה לנהל חשבונות ולהגיש דוח מוטלת כאן רק על אפוטרופוס שמונה על ידי בית המשפט. אולם המשפט העברי מכיר גם בסמכותו של הורה למנות אפוטרופוס לילדיו שידאג לעתיד ילדיו לאחר מותו, כפי שניווכח להלן, בדיון על סעיף 64. על רקע זה נשאל האם יש מקום להבחין בין אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין לאפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים לעניין החובה לנהל חשבונות ולהגיש דוח?

כדי להשיב על השאלה על איזה אפוטרופוס מוטלת החובה לנהל חשבונות, עלינו להכיר תחילה את תכליתה של החובה לנהל חשבונות.

אפשר לראות בניהול החשבונות מעין אמצעי להגשת דין וחשבון, שהרי אם לא ינהל

שהאפוטרופוס ״יקפיד על קיום אסמכתה לכל הוצאה והכנסה, חוץ מסכומים קטנים שלפי הנוהג אין להם קבלות״.

[4] רמב״ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה יב. כך כתבו גם טור, חו״מ, סימן רצ, סעיף לב, ושולחן ערוך, חו״מ, סימן רצ, סעיף יז. אין להלכה זו מקור בתלמוד. המגיד משנה, על דברי הרמב״ם שם, כתב: ״אלו דברי רבינו, ראויין אליו״.

[5] מגדל עוז, על הרמב״ם, שם, כותב על דברי הרמב״ם: ״והצורך הזה עצה טובה קמ״ל להיות נקי מה׳ ומישראל״. ר״י טברסקי, מבוא למשנה תורה לרמב״ם, ירושלים תשנ״א, עמ׳ 106, מביא דברים אלה כדוגמה למקומות שבהם הרמב״ם ״מטיף״ להתנהגות מוסרית שאינה חובה מן הדין.

[6] שו״ת מהריט״ץ החדשות, סימן קלא (כרך ב, עמ׳ נט).

[7] ערוך השולחן, חו״מ, סימן רצ, סעיף ט.

[8] ברית כהונה, חו״מ, חלק א, מערכת א, אות ד. ספר זה מתעד את תקנות קהילת ג׳רבה ואת מנהגיה.

האפוטרופוס חשבונות לא יוכל להגיש דוח בבוא העת[9]. לפי גישה זו, רק אפוטרופוס שחייב בהגשת דוח, בהתאם למבואר להלן[10], חייב בניהול חשבונות.

אולם אפשר לומר[11] שניהול חשבונות נועד להציל את האפוטרופוס מאיסור גזל, בגרימת נזק או הפסד ליתומים, שהרי אף אם יעשה זאת בתום לב, וימחלו לו, מחילתם אינה מחילה, מאחר שהם קטנים. כלומר, ניהול החשבונות עשוי לסייע לאפוטרופוס במילוי תפקידו, כי "אף שאין אנחנו דורשים חשבון ממנו, אבל הוא בעצמו, בודאי שהוא צריך לדקדק בזה"[12]. לפי גישה זו, חובת ניהול החשבונות חלה גם במי שאינו חייב בהגשת דוח.

פרק שלישי

"להגיש... דין וחשבון"

א. מחלוקת התנאים ופסיקת ההלכה

נחלקו התנאים האם חייב אפוטרופוס להגיש דין וחשבון בסיום כהונתו[13]: "רבי אומר... צריך לחשב עימהן באחרונה[14]; רבן שמעון בן גמליאל אומר: אינו צריך". רש"י[15] הסביר את דעתו של רבי: "כשיגדלו [היתומים], יחשב עימהן וישבע שלא נשאר בידו כלום". מדבריו משמע, שהגשת הדוח נועדה לסייע לאפוטרופוס לעמוד בחובה להישבע בסיום כהונתו "שלא נשאר בידו כלום"[16].

[9] כך אפשר ללמוד מדברי ר' משה כלפון הכהן, בהמשך לדבריו שהובאו ליד ציון הערה 8: "המנהג פשוט דהאפוטרופוס עושה לו פנקס, ובו כתוב כל הנכנס לידו מצד אחד, וכל היוצא מידו מצד שני. ובעת שהדיינים או היתומים כשהגדילו תובעים החשבון, מראה להם".

[10] להלן, ליד ציון הערה 30 ואילך.

[11] כך אפשר ללמוד מביאור הגר"א, חו"מ, סימן רצ, ס"ק לח, שכתב שראוי שהאפוטרופוס יחשב בינו לבין עצמו וידקדק, מפני שיתומים אינם בני מחילה. אבל הוא לא דיבר על ניהול פנקסים.

[12] רי"ל גינזבורג, מוסר הנביאים, מלכים ב, פרק יב, ביאור, אות ה. הדברים נכתבו בעניין חובתו של גזבר של הקדש לנהל חשבונות.

[13] ברייתא, בגיטין נב ע"א. מקורה בתוספתא תרומות, פרק א, הלכה יג, ותוספתא בבא בתרא, פרק ח, הלכה ד, בשינויים קלים.

[14] בנוסח התלמוד שלפנינו, מובאת תחילה הלכה בשם רבי, שרשאי האפוטרופוס לקבל מידי עבד היתומים "דמי עצמו", ולשחררו, ורק לאחר מכן נאמר: "וצריך לחשב עמהן...". לפי נוסח זה, אפשר ש"צריך לחשב עמהן באחרונה" אינם מדברי רבי. אולם גירסתם של רבים מכתבי היד של התלמוד היא שדברים אלו הם מדברי רבי, וכן היא גרסתם של רבים מן הראשונים. ראה: דקדוקי סופרים, גיטין נב ע"א; רי"ף, גיטין כה ע"ב (בדפי הרי"ף); ראש, גיטין, פרק ג, סימן ה; פסקי הרי"ד, גיטין נב ע"א; חידושי הרמ"ה ושיטות קדמונים, גיטין שם; חידושי הרשב"א, גיטין שם; חידושי הריטב"א (רבנו קרשקש), גיטין שם; ובית הבחירה, גיטין שם. לפי זה, המחלוקת היא בין רבי לאביו, רשב"ג, והכרעת ההלכה כרשב"ג (להלן, ליד ציון הערה 22) נובעת מכך שרשב"ג הוא אביו של רבי (רי"ף שם, כו ע"א, בשם גאון), או משום שהוא רבו של רבי (רמ"ה שם).

[15] רש"י, גיטין נב ע"א, ד"ה באחרונה. כך פירש גם פסקי הרי"ד, גיטין נב ע"א.

[16] הפירוש הפשוט בדבריו הוא, שהאפוטרופוס צריך גם לתת דוח וגם להישבע. שו"ת מהר"ם פדואה, סימן

טעמים אחדים ניתנו לדעת רשב״ג. מדברי הריב״ש[17] עולה, שטעם הפטור הוא החשש שדרישה כזאת תרתיע אנשים מלשמש כאפוטרופוס. לדעת ערוך השולחן פטור זה נסמך על הנחה שהאפוטרופוס הוא אדם מהימן[18]: ״דאם מינוהו בית דין, מסתמא בחרו באיש נאמן וישר, ואם מינהו אבי היתומים, הלא האמין לו״[19].

ר׳ ישועה שמעון חיים עובדיה[20] נימק, שיש להניח שהוא מדקדק בענייניו גם בלי מסירת דוח, מתוך הכרה שהקב״ה הוא ״אבי יתומים״. עוד נימק[21], שיש חשש שמא האפוטרופוס יתקשה לערוך חשבון מדויק, וחובה זו תסייע ליתומים להוציא מן האפוטרופוס כספים שלא כדין.

לח, כותב שכך הבין רא״ש, גיטין, פרק ה, סימן ה, את דעת רש״י (והרא״ש עצמו סובר שרבי ורשב״ג נחלקו רק בחשבון). אבל הוא כותב שרבינו ירוחם, מישרים, נתיב כו, חלק א (עא ע״ד), פירש שרש״י סובר שלדעת רבי, האפוטרופוס נדרש רק להישבע שלא השאיר בידיו מאומה מנכסי היתומים, כדעת אבא שאול (להלן, ליד ציון הערה 28), אבל אינו צריך להגיש דין וחשבון ליתומים, ו״לחשב״ שבדברי רבי פירושו להישבע, ואלו לדעת רשב״ג, אינו צריך להישבע, כדעת חכמים (להלן, ליד ציון הערה 28). בית אהרן, גיטין נב ע״א (ד״ה בגמ׳ וצריך לחשב עמו), מבאר שלפי הבנה זו, ״לחשב״ אין פירושו להציג ליתומים את החשבון, אלא לברר לעצמו את החשבון, כדי שעל סמך זה יוכל להישבע שלא נטל כלום משלהם; ולשון רבי ״לחשב עמהן״ פירושה שהיתומים יסמכו על שבועתו שמסתמכת על החשבון. אבל הוא מעיר שזה פירוש דחוק.

ר״א מילר העיר שמדברי מהר״ם פדואה שם עולה שפירושו של רבנו ירוחם מבוסס על המילה ״עמהן״ – כלומר, על האפוטרופוס לשכנע את היתומים שלא הותיר בידיו מנכסיהם, ומכאן קצרה הדרך לשבועה. אולם גם אחרי הסבר זה, הדוחק הלשוני קיים. ראי״צ שיינפלד מציע שהחישוב, אליבא דרבנו ירוחם, אינו אלא פירוט הנכסים המצויים ביד האפוטרופוס, שמטרתו לבחון אם יש מקום להטיל עליו שבועה או לאו. הסבר נוסף לדברי רש״י ניתן בשו״ת עדות ביהוסף (אלמושנינו), חלק ב, סימן ב (ו ע״ב): ״כוונת רש״י... צריך לחשב, שמתוך כך מדקדק בעניינים היטב... באופן שיישבע הוא מעצמו [אף שאינו חייב בכך] שדובר אמת״. וראה גם תמיהתו של בית הבחירה, גיטין נב ע״א, על הסברו של רש״י, וניסיון ליישב את דברי רש״י בשו״ת מעיל שמואל (פלורנטין), סימן מה, ד״ה ומה שנראה.

פסקי הרי״ד, גיטין נב ע״א, כותב כמו רש״י, שיחשב ויישבע, והוא מוכיח מהמשך הברייתא שמחלוקת רבי ורשב״ג היא באפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין, וכותב על פי זה שרבי כאבא שאול, שהלכה כמותו. מישרים שם מביא מי שפירש ש״לחשב״ פירושו לעשות חשבון ״כמה הוציא או מה עשה או כך וכך יש בהן״.

[17] שו״ת הריב״ש, סימן תצה. ראה על דבריו להלן, ליד ציון הערה 38.

חשש דומה נזכר כבר בסוגיית התלמוד, בעניין הפטור מן השבועה, כפי שנראה להלן, ליד ציון הערה 26. לכאורה קשה, הרי שם נפסק שאפוטרופוס שמינהו בית דין חייב להישבע, מפני שמניחים שהשבועה לא תרתיע אותו כיוון שהוא נהנה מן הכבוד שבמינוי בית דין, ואילו כאן פוטרים ממתן דוח באופן סתמי, משמע שגם אפוטרופוס שמינהו בית דין עלול להרתע? ואפשר שדרישה להגיש דוח מרתיעה יותר משבועה.

[18] ערוך השולחן, חו״מ, סימן רצ, סעיף לד.

כך נימק גם שו״ת ישמח לבב, חו״מ, סימן ח (קיח ע״א במהד׳ תשי״ב, עמ׳ שנג במהד׳ תשנ״ד).

כעין זה כותב גם א׳ גולאק, יסודי המשפט העברי, חלק ג, עמ׳ 152: ״בשעת הפקעת משמרתו... לפי דיני התלמוד אינו צריך ליתן חשבון על מה שקיבל ועל מה שהוא מחזיר, משום שיש לו נאמנות בכל מעשיו״.

[19] בדומה נימק ר״י ברמן, ״שיטת האפוטרופסות בישראל״, בתוך ספר היובל לרי״ל פישמן, ירושלים תרפ״ו, עמ׳ מ: ״האפוטרופוס עוסק במצווה... ובית דין מדקדקין מאוד במידותיו ומעלותיו וכו׳. לאיש כזה, לעלבון ייחשב אם לא נאמינהו... ומכיוון שהנהלת נכסי זר הוא ברובו דבר שבלב, מוטב שנעמיד הכל על האימון ולא על החשבון, שאין לנו תמיד מסמכים ויסודות לבחון אותו״.

[20] שו״ת ישמח לבב, שם (קיח ע״א במהד׳ תשי״ב, עמ׳ שנד במהד׳ תשנ״ד).

[21] שו״ת ישמח לבב, שם, בסופו.

הלכה נפסקה כדעת רשב"ג. וזו לשונו של הרמב"ם[22]: "כשיגדילו היתומים, נותן להם ממון מורישן, ואינו צריך לעשות להן חשבונות מה שהכניס והוציא, אלא אומר להן: זה הנשאר". כך פסק גם השולחן ערוך[23].

ב. איזה אפוטרופוס חייב בהגשת דוח?

כדי לברר איזה סוג אפוטרופוס חייב בהגשת דוח, גם לדעת רשב"ג, ואיזה סוג אינו חייב, עלינו להכיר תחילה את הדיון בשאלה האם אפוטרופוס חייב להישבע, בסיום תפקידו, שאין לו בידו כלום מנכסי החסוי[24].

בשאלה זו נחלקו התנאים[25], תוך שהם מבחינים בין אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין לבין אפוטרופוס שמונה בידי אבי היתומים, זה לכאן וזה לכאן. לדעת חכמים, אפוטרופוס שמונה בידי אבי היתומים צריך להישבע, בעוד שאפוטרופוס שמונה בידי בית הדין אינו צריך להישבע, מפני שיש לחשוש שאנשים לא יסכימו להתמנות כאפוטרופוס אם ידעו שיצטרכו להישבע בסיום תפקידם, חשש שאינו קיים במינוי על ידי האב, כיוון שיש להניח

[22] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ה.
גם רי"ף, גיטין כו ע"א (בדפי הרי"ף); ראי"ש, גיטין, פרק ה, סימן ה; שו"ת הריב"ש, סימן שכד, פסקו כרשב"ג. ראה ליד ציון הערה 30, שהדין כך בין באפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין, בין באפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים.
הריב"ש, שם, כותב שבכל זאת, מאחר שבתחילת מינויו כתבו בית דין "שטר שימוש" המפרט את נכסי היתומים (כפי שראינו בדיוננו בסעיף 51), הרי בסיום תפקידו יערוך בית הדין השוואה בין הנכסים שנשארו ליתומים לבין הפירוט בשטר השימוש, ואם יתברר שחסרו מן הנכסים כמות גדולה כל כך שלא ייתכן שהוציא אותה לצרכי היתומים, ויראה לבית דין בברור שהוא גזלם, בית הדין יחייב אותו לשלם, "ואין לדיין אלא מה שעיניו רואות". שו"ת משפט צדק, חלק ב, סימן נז (קכג ע"ב), כותב על פי הריב"ש, שאם נראה ברור שהאפוטרופוס מרמה, הוא צריך לתת חשבון.
משפט צדק, שם (הובא בשו"ת ברך משה (גלנטי), סימן כז, דף קז ע"ג), כותב שמי שלא מינוהו בית דין ולא אבי היתומים, וגם היתומים לא סמכו אצלו, אלא ירד לנכסי היתומים בלי רשות, צריך לתת חשבון. משמע שאם לא נתמנה אלא היתומים סמכו אצלו (אפוטרופוס למעשה, שנדון בו בסעיף 67), אינו צריך לתת חשבון.
אך רא"ש, מועד קטן, פרק ג, סימן לב, ומרדכי, כתובות, סימן רפז, כתבו באופן כללי, שבמחלוקת רבי ואביו רשב"ג, הלכה כרבי. והעיר על כך בקרבן נתנאל על הרא"ש, מועד קטן שם, אות ק, שהוא סותר לפסיקתו כאן.
ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף לו, כותב כאילו רשב"ם, בבא בתרא קע ע"ב (ד"ה א"ל), פוסק כאן שאפוטרופוס צריך לתת חשבון מפני שלדעתו הכלל הוא שהלכה כרבי נגד רשב"ג.
לעניין הכרעת ההלכה במחלוקת זו, ראה בהרחבה, שו"ת עדות ביהוסף (אלמושנינו), חלק ב, סימן ב, ד"ה ואומר עד ד"ה איברא (ה ע"א–ע"ד). בשאלה הכללית כמי הלכה במחלוקת בין רבי לרשב"ג, ראה: שדי חמד, כללים, מערכת ה, אות קא; אנציקלופדיה תלמודית, ערך הלכה, כרך ט, עמ' רפט, ליד ציוני הערות 672–675.

[23] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף טז. וראה גם: בירור הלכה, גיטין נב ע"א, ציון נ.
שו"ת ישמח לבב, חו"מ, סימן ח (קיז ע"ד), כותב שגם אם האפוטרופוס מקבל שכר, אינו צריך לחשב, שהרי גם בו שייך הטעם של האימון שניתן בו והטעם שיש להניח שידקדק גם בלי חשבון.
צריך עיון מה שכותב שו"ת הרדב"ז, חלק ב, סימן תרנד, שאם מינהו בית דין, האפוטרופוס חייב בהגשת דוח, מה שאין כן אם מינהו אבי היתומים.

[24] כך פירש רש"י, גיטין נב ע"א (ד"ה ישבע), את תוכן השבועה.

[25] גיטין נב ע"א.

שהאפוטרופוס מסכים למינוי בגלל הנאה שנהנה מהאב[26]. ואילו דעתו של אבא שאול הפוכה: אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין צריך להישבע, ואילו אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים אינו צריך להישבע, מפני שלדעתו החשש האמור, שאנשים לא יסכימו להתמנות כאפוטרופוס אם ידעו שיצטרכו להישבע, קיים רק במינוי האב ולא במינוי בית דין, שכן מינוי בית דין מפרסם את האפוטרופוס כאדם מהימן, והשבועה היא מחיר שהוא מוכן לשלם עבור הנאה זו, מן הסתם[27]. הלכה נפסקה כדעת אבא שאול[28].

אבל צריך לסייג את הדברים: גם אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים צריך להישבע אם היתומים טוענים בוודאות שהוא גנב מנכסיהם, כמו שכל נתבע צריך להישבע מול טענת ״ברי״. הוא פטור רק אם אין ליתומים טענה ודאית נגדו, אלא רק טענת ״שמא״ – הם חוששים שהאפוטרופוס נטל מנכסיהם; וגם בכגון זה, אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין צריך להישבע[29].

לדעת הרמב״ם והשולחן ערוך, אין תלות בין החובה להישבע בטענת ״שמא״ לבין החובה להגיש דוחות, כפי שעולה מן העובדה שהם פסקו שגם אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין וגם אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים אינם נדרשים להגיש דוח[30], אף על פי שהם הבדילו ביניהם לעניין החיוב להישבע[31].

לעומת זאת, בעל העיטור[32] סבור שהדוח הוא אמצעי ביקורת חלופי לשבועה, ויש תלות הפכית בין החובה להישבע לבין החובה להגיש דוח: רבי, המחייב את האפוטרופוס להגיש

[26] גיטין נב ע״ב.

[27] גיטין שם.

[28] גיטין שם; רמב״ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ה; שולחן ערוך, חו״מ, סימן רצ, סעיף טז. להרחבה במחלוקת זו, ראה בנספח לסעיף זה.

[29] שולחן ערוך, שם. כך פסק גם בתשובותיו, שו״ת אבקת רוכל, סימן קנג. ראה מקורות נוספים על כך בנספח, ליד ציון הערה 92.

[30] כך כתב שו״ת אבקת רוכל, סימן קנט, בדעת רמב״ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ה. ראיה לדבר, שבסוף ההלכה מבחין הרמב״ם לעניין שבועה בין אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין לבין אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים, ואילו בתחילת ההלכה, לעניין הגשת דוח, אינו מבחין בין האפוטרופסים.
כך משמע גם מסתימת לשונו של שולחן ערוך, שם. כך כתב גם שו״ת הריב״ש, סימן שכד.

[31] רמב״ם, שם; שולחן ערוך, שם.

[32] ספר העיטור, אפיטרופוס, ליד אות כח, דף עח ע״ג במהד׳ רמ״י (הובא בשו״ת מהר״ם בן ברוך מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תקצב, בהגהות מיימוניות, הלכות נחלות, פרק י, אות ז, בחידושי הרמ״ה ושיטות קדמונים, גיטין נב ע״ב, עמ׳ מב, במרדכי, גיטין, סימן שצ, בשו״ת מהרי״ק, שורש כג [שהובא בשו״ת מהרשד״ם, חו״מ, סימן שב], ובשו״ת מהר״ם פדואה, סימן לח).
שו״ת אבקת רוכל, סימן קנג, כותב על פי מרדכי, שם, שאפוטרופוס שמינוהו בית דין אינו צריך לחשב, אבל אפוטרופוס שמינהו אבי היתומים צריך לחשב (ברור שזאת כוונתו, אף שלשונו משובשת, שהרי בנידונו, היה זה אפוטרופוס שמינהו אבי היתומים, כמבואר בסימן קנב שם, והוא פטר אותו מלחשב). אבל הוא כותב שבדיעבד, אם לא חישב, אינו חייב ממון או שבועה.
שו״ת מהרש״ך, חלק א, סימן קפז, סבור שגם לדעת הרמב״ם, יש תלות הפכית בין החובה להישבע לבין החובה להגיש דוח, ולכן פסק שאם מינהו בית דין צריך להישבע, ואינו צריך לתת דוח.
על דברי העיטור, ראה: שו״ת תוקפו של יוסף, חלק ב, סימן קכד; שו״ת ר׳ יוסף טאיטאצאק, סימן כב; שו״ת לב שמח, סימן כט.
שיטה שלישית: רב האי גאון, המובא בטור, חו״מ, סימן צה, סעיף יד, מסיק מן הפְּטור של גזברי הקדש וגבאי צדקה מהגשת דין וחשבון (בבא בתרא ט ע״א), שהם גם פטורים מלהישבע. מדבריו משמע,

דין וחשבון, פוטר אותו מלהישבע, בעוד שרשב"ג שפוטר את האפוטרופוס מלהגיש דין וחשבון, מחייב אותו להישבע[33]. ר' יוסף קארו[34] הסביר את התלות בין הדברים: אם הוא פטור מלהישבע, עליו להגיש דין וחשבון, כדי שיהיו ליתומים נתונים שיוכלו לבסס עליהם תביעה ודאית, שעליה גם הוא יצטרך להישבע[35], ואולי השבועה תביא אותו להודות. לעומת זאת, אם הוא חייב להישבע גם על טענת "שמא", אין טעם שיגיש דין וחשבון למטרה האמורה, כי בלאו הכי הוא חייב להישבע.

לפי בעל העיטור, מאחר שלעניין שבועה נפסקה הלכה כאבא שאול, אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין פטור מהגשת דוח מפני שהוא חייב להישבע, בעוד שאפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים חייב להגיש דוח מפני שהוא פטור מן השבועה.

הרמ"א[36] פסק כשיטת בעל העיטור, ובהתאם לכך קבע שיש חובה על אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים להגיש דוח, "הואיל ואינו נשבע"[37].

שהחיובים להישבע ולהגיש דוח תלויים זה בזה תלות ישירה: או ששניהם קיימים או שאף אחד מהם אינו קיים. וראה הערה 16, שכך הבין הרא"ש את דעת רש"י.

33 בהתאם לכך אפשר לפרש בדרכים אחדות את מחלוקת רבי ורשב"ג לגבי חובת האפוטרופוס להגיש דוח: (א) המחלוקת היא באפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין, ורבי סבר כחכמים הפוטרים אותו מן השבועה, ולכן עליו להגיש דוח, בעוד שרשב"ג סבר כאבא שאול המחייב אותו בשבועה, ולכן הוא פטור מהגשת דוח. (ב) המחלוקת היא באפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים, ורבי סבר כאבא שאול הפוטר אותו מן השבועה, ולכן עליו להגיש דוח, ורשב"ג סבר כחכמים המחייבים אותו בשבועה, ולכן הוא פטור מהגשת דוח. (ג) המחלוקת היא בשני סוגי האפוטרופוס, ורבי סובר ששניהם אינם צריכים להישבע ולכן על שניהם להגיש דוח, ורשב"ג סובר ששניהם צריכים להישבע, ולכן שניהם פטורים מהגשת דוח. מלשון העיטור, "באפיטרופוס שמינהו אבי יתומין צריך לחשוב, כרבי, ומינהו בית דין אין צריך לחשוב, כרשב"ג", משמע כדרך השלישית, שהמחלוקת היא בשני האפוטרופסים. וכך פירש שו"ת אבקת רוכל, סימן קנט, בדעת העיטור.

ר"א מילר העיר, שגישה זו של העיטור אינה עולה בקנה אחד עם דברי הריב"ש (לעיל, ליד ציון הערה 17), שהטעם שאפוטרופוס פטור מלהגיש דין וחשבון הוא החשש שמא הדבר ירתיע אדם מלשמש כאפוטרופוס; שהרי אם אפוטרופוס שמינהו בית דין חייב להישבע מפני שאין חוששים שהדבר ירתיע אותו, מדוע נפטור אותו מהגשת דוח? ואם אפוטרופוס שמינהו אבי היתומים פטור מלהישבע מחשש שמא הדבר ירתיע אותו, מדוע הוא חייב להגיש דוח, הרי הדבר ירתיע אותו? דברי העיטור מתיישבים דווקא עם הנימוק של ערוך השולחן (לעיל, הערה 18), שטעם הפטור מהגשת דוח הוא שאנחנו מאמינים לאפוטרופוס, והעיטור סבור שמאמינים לו רק אם הוא נשבע, אבל אפוטרופוס שאינו נשבע (מחשש ההרתעה) חייב להגיש דוח, והוא סובר שחובת הגשת דוח מרתיעה פחות משבועה. לעומת זאת, הריב"ש סבור שחובת הגשת דוח מרתיעה יותר משבועה, כפי שראינו בהערה 17.

34 שו"ת אבקת רוכל, סימן קנט. כך הסביר גם בית אהרן, גיטין נב ע"א, ד"ה בגמ' וצריך לחשב עמו. ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף לו, מסביר באותה דרך, אבל בצורה יותר פשוטה: "דבמינהו אבי היתומים, הואיל שאינו נשבע בטענת ספק, צריך ליתן חשבון, דמתוך כך ידקדק יותר כשידע שצריך ליתן חשבון, דדבר אחד בהכרח לנו לראות שידקדק הרבה: או מפני השבועה, או מפני החשבון".

35 כאמור לעיל, ליד ציון הערה 29, שכל אפוטרופוס חייב להישבע על תביעה ודאית.

36 רמ"א, חו"מ, סימן רצ, סעיף טז (הובא בחסדי דוד, על תוספתא בבא בתרא, פרק ח, הלכה ג). גם שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שב, ושו"ת בקש שלמה, סימן מב, פוסקים כעיטור.

שו"ת מהר"ם פדואה, סימן לח, כותב שכך יש לנהוג. וראה גם בית אהרן, שם.

37 כיום, שאין בתי הדין נוהגים לחייב בעלי דין להישבע (למקורות לכך ראה חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 132, הערה 43), אפשר שאף לשיטת הרמ"א יש לחייב גם אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין להגיש דין וחשבון.

ג. נסיבות המחייבות הגשת דוח

על אף הגישה העקרונית של רשב"ג, שהלכה נפסק כמותו, שאין להטיל על אפוטרופוס להגיש דוחות בכל עת, יש נסיבות המצדיקות את הדבר.

(א) הריב"ש[38] איפשר לבית הדין להטיל חובת הגשת דוחות על אישה שביקשה לשמש כאפוטרופוסית לילדיה לאחר פטירת אביהם: "אם ראו בית דין להחמיר עוד עליה, שתתחייב לתת חשבון בפרט תמיד ביד הקרובים, אותם שיראה בעיניהם שיהיו לתועלת הקטן, וכן להשביעה עתה, אף על פי שאין מן הדין להשביעה עד החשבון, או בשאר חזוקין וקיומין שיראה בעיני הבית דין שיהיו לתועלת הקטן – הנה מה טוב. דבהא ליכא למיחש דילמא מימנע ולא עביד [=שבזה אין לחשוש שמא יימנע ולא יעשה], כיוון שהיא אמו ודעתה קרובה אצל בנה, וגם שהייתה חפצה בדבר". כפי שציינו לעיל[39], מדברי הריב"ש עולה שהסיבה שחכמים פטרו את האפוטרופוס מהגשת דין וחשבון הוא מחשש שמא חובה זו תרתיע אנשים מלשמש כאפוטרופסים של יתומים. לפיכך, במקום שחשש זה אינו קיים, כגון במי שיש לו עניין אישי לשמש אפוטרופוס של היתומים, אפשר לחייב אותו בהגשת דוחות.

(ב) כתב ר' ישועה שמעון חיים עובדיה[40], שאם אין האפוטרופוס אדם כשר ובקי בניהול עסקים, הוא יחויב בהגשת דוחות.

(ג) לדעת ערוך השולחן, אפוטרופוס המקבל שכר צריך לתת דוח[41]. נראה שטעמו הוא בדומה לדברי הריב"ש, שאין חשש שמא חובה זו תרתיע אנשים מלשמש כאפוטרופסים, כיוון שאנשים מוכנים, מן הסתם, לשאת בחובה זו כדי לקבל את השכר[42]. אולם ר' ישועה שמעון חיים עובדיה[43] סבור שגם אם הוא מקבל שכר, הוא פטור מלתת דוח, מפני ששני הנימוקים לפטור מדוח, שראינו לעיל[44], קיימים גם לגביו: ראשית, העובדה שבית הדין או אבי היתומים מינו אותו מראה שהם מאמינים לו, ודוח נדרש רק למי שאין מאמינים לו בלי שיבסס את דבריו. שנית, יש להניח שהוא מדקדק בענייניו גם בלי מסירת דוח, מתוך הכרה שהקב"ה הוא "אבי יתומים". מלבד זה, הוא שומר שכר בגלל השכר שהוא מקבל, ושומר שכר שומר טוב יותר בגלל שכרו.

(ד) מהרשד"ם[45] כותב שאם האפוטרופוס נתן חשבון, חשבון זה מחייב אותו, והוא חייב להחזיר ליתומים את כל סכום הנכסים שמחושב בדוח שלו, ואינו יכול לטעון שטעה בדוח, ושהוציא יותר מנכסי היתומים לצרכם מסכום ההוצאות שרשם בדוח.

[38] שו"ת הריב"ש, סימן תצה.

[39] לעיל, ליד ציון הערה 17.

[40] שו"ת ישמח לבב (עובדיה), חו"מ, סימן ח, בסופו. ראה לעיל, ליד ציון הערה 18.

[41] ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף לו.

[42] בהתאם לעיקרון זה כתב בשולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף טז, לעניין הדין שאפוטרופוס שמינהו אבי יתומים אינו חייב להישבע, שמא יסרב להיות אפוטרופוס (לעיל, ליד ציון הערה 27), "ואם יש לאפוטרופוס חלק בריוח, אפילו מינהו אבי היתומים, נשבע אפילו על טענת ספק". ביאור הגר"א, שם, ס"ק לז, מביא ראיה לכך ממה שנאמר בגיטין נב ע"ב (הובא לעיל, ליד ציון הערה 27), שבין לאבא שאול ובין לחכמים, אפוטרופוס שיש לו הנאה חייב להישבע.

[43] שו"ת ישמח לבב, חו"מ, סימן ח (קיז ע"ד במהד' תשי"ב, עמ' שנג במהד' תשנ"ד).

[44] לעיל, ליד ציון הערה 20 ואילך.

[45] שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שב (נדפס במהד' שנ"ד גם בסימן תנג). זאת גם כוונת שו"ת מהר"ש צרור (תשב"ץ, חלק ד [חוט המשולש], טור ב), סימן לג, בתחילתו, שכתב בשם מהרשד"ם שם, שבית הדין צריך לדקדק עמו בחשבון שמסר.

(ה) הריב"ש[46] כתב על אפוטרופוס שמונה "בערכאות של גוים", שעל אף "שבדין תורתנו אין האפוטרופוס חייב ליתן חשבון", אפוטרופוס שמונה על ידי ערכאות חייב להגיש דוח, כיוון שבערכאות מקובל כך. בהתאם לכך מורה הריב"ש לבחון את כתב המינוי, ולבדוק האם האפוטרופוס קיבל על עצמו התחייבות דומה, "וכפי השעבוד [=ההתחייבות] ההוא תדינו לו, אם לחייבו חשבון, אם לפטרו ממנו בהשבת הנכסים ובשבועה חמורה".

הריב"ש כתב: "כי כן דרכם מחקיהם ומנימוסיהם, שהאפטרופא מתחייב לשופט הממנה אותו, לתת חשבון שלם מכל הנכסים. לזה ראו שטר האפוטרופסות, ואיך נשתעבד לשופט הממנה אותו, וכפי השעבוד ההוא תדינו לו". מלשונו משמע שרק אם האפוטרופוס התחייב במפורש בכתב המינוי להגיש דוח הוא חייב בכך. אולם כשהרמ"א הביא את דברי הריב"ש להלכה, קבע באופן כללי[47]: "אפוטרופוס שנתמנה על פי ערכאות של גוים צריך ליתן חשבון, כי הכי [=כך] הוא בדיניהם". משמע, שגם ללא התחייבות מפורשת, האפוטרופוס חייב בהגשת דוח, משום שכך מקובל בדיניהם. כמו כן, יש שנקטו שטעם הריב"ש הוא ש"דינא דמלכותא דינא"[48], וגם לפי טעם זה, אפוטרופוס שהתמנה בערכאות חייב להגיש דוח גם בלי התחייבות מפורשת.

פרק רביעי

למי יוגש הדוח? – "להגיש לאפוטרופוס הכללי"

א. מבוא

לפי הנוסח המקורי של החוק, היה על האפוטרופוס להגיש את הדוח לבית המשפט. ואולם, בשנת 1985 תוקן החוק, ונקבע שיגיש את הדוח לאפוטרופוס הכללי.

התיקון מבוסס על התפיסה שהאפוטרופוס הכללי, "בתוקף תפקידו כמפקח על פעולותיהם של האפוטרופסים, אחראי לבדוק את תקינות הדו"חות ופעולות האפוטרופוס לשמור על ענייניו הרכושים והכספיים של החסוי"[49].

גם לקרובי החסוי יש זכות לפנות בבקשה לעיון בדו"חות הכספיים[50]. טעם הדבר הוא ש"קרובי החסוי... מעצם היותם מעוניינים בשמירת ענייניו הכספים של החסוי... יהוו גוף מבקר

[46] שו"ת הריב"ש, סימן שכד.

[47] רמ"א, חו"מ, סימן רצ, סעיף יז.

[48] החפץ חיים (פלאג'י), סימן נח, אות י (הובא בשו"ת מנחת יצחק, חלק ט, סוף סימן קיב). כך משמע גם משו"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן שעד.

[49] תמ"ש (ת"א) 4940/00 א.י. נ' האפוטרופוס הכללי (18.04.02).
עוד נאמר שם: "הפיקוח של האפוטרופוס הכללי על אפוטרופסים בהתאם לחוק הכשרות, מוגבל לתחום הרכושי והכספי בלבד". לכאורה, קביעה זו אינה מתיישבת עם תקנה 15ב: "אפוטרופוס יפרט בדין וחשבון שיגיש לאפוטרופוס הכללי... פרטים והסברים על הפעולות שביצע, כולל ביקוריו אצל החסוי וקיום קשר עם קרוביו".

[50] תמ"ש (ת"א) 4940/00, לעיל הערה 49. אולם נאמר שם: "זכות זו אינה זכות עצמאית של קרובי החסוי, אלא מדובר בזכות הנובעת מזכותו של החסוי, כי האפוטרופוס הממונה יעשה כל הדרוש לטובתו".

ומפקח נוסף, ויכולתם לפקח ולבקר את האפוטרופוס תהיה רבה יותר"[51] מזו של האפוטרופוס הכללי.

ב. הגשת דוח לבית הדין

ממקורות המשפט העברי בעניין חובת האפוטרופוס להגיש דוחות מכוח תקנות הקהילות, או מכוח התחייבות על פי כתב המינוי, עולה שאת הדוח יש להגיש לבית הדין.

כך, למשל, בספרי השטרות אנו מוצאים שטר מינוי אפוטרופוס ליתומים, המכיל תנאי[52]: "כל זמן שיתבעו בית דין ומנהיגי קהילת קודש הנזכרת חשבון מפלוני האפוטרופוס מכל הנכסים המגיעים לידו מהיתומים וכו', יחוייב ליתן חשבון ישר מהכל". משמעות הדברים היא שעליו להגיש את החשבון לבית הדין שתבע ממנו את החשבון.

בדומה, מגורשי קסטיליה בפאס, מרוקו, תיקנו בשנת שס"ג (1603)[53]: "הרבה יתומים אין להם אפוטרופוס כלל, ומי שיש לו אפוטרופוס, אין דורש ואין מבקש על האפוטרופוס, לדעת אם יתן חשבון מדויק, או לא, ולזה ממון היתומים עשה יעשה לו כנפים, כנשר יעוף השמים, ומן הדין בית דין הם אביהם של יתומים, לכן הסכמנו... כל אחד מן האפוטרופסים שבעיר הזאת, הן מינהו אבי היתומים הן מינהו בית דין, יתן דין וחשבון מדויק לחכמים הנזכרים. ואם יראה להם שהחשבון אינו מדויק, או שהאפוטרופוס אינו נוהג כשורה, יכולים החכמים הנזכרים להעבירו ולמנות אחר במקומו, שיראה להם".

ג. הגשת דוח למפקח על אפוטרופסים

בתלמוד ובראשונים לא מצאנו מוסד המקביל לזה של האפוטרופוס הכללי, שבין תפקידיו הוא פיקוח על אפוטרופסים.

אולם הט"ז[54] מציין את מנהג הקהילות בתקופתו למנות מפקח על אפוטרופסים: "וכבר נהגו בקהילות קדושות למנות אבי יתומים ולפקח בעסקי אפוטרופסים". הוא הסביר את הצורך בכך, "במה שאנו רואין שברבות השנים הנאמנים מעוטים, וכמה יתומים שנתמוטטו נכסים שלהן על ידי האפוטרופין, אף על פי שהיו בחזקת כשרות"[55].

[51] תמ"ש 26850/97 פלוני נ' פלונית, דינים משפחה, א', 307 (23.08.99).

[52] תיקון סופרים (יפה), שטר לו (=א' גולאק, אוצר השטרות, עמ' 144).

[53] ש' בר־אשר, יהודי ספרד ופורטוגל במרוקו (1492–1754), ספר התקנות, ירושלים תשנ"א, עמ' 120. תמצית התקנה נדפסה בכרם חמר, חלק ב, תקנות השייכות לחושן משפט, סימן ח, דף לו ע"ג (הובא בפעמוני זהב, סימן רצ, סעיף ג).

[54] ט"ז, יו"ד, סימן רנח, ס"ק ה.
שערי עוזיאל, שער טז, פרק א, אות ב, מוסר שבשאלוניקי היה "בית דין של יתומים ואלמנות" שתפקידו היה לשמור ברשותו על ממון של יתומים ואלמנות.

[55] בדיוננו בסעיף 51, עמ' 213, הבאנו את דבריו של גולאק, שבתקופת התלמוד האפוטרופסות היתה בנויה על יסוד האמון והביטחון, והוא רומז לכך שאחרי תקופת התלמוד פחת האימון באפוטרופסים.
כמו כן, י' פרי (פרידמן), תולדות היהודים בטראנסילבניה בימי הביניים המאוחרים, ת"א תשנ"ד, עמ' 313, כותב: "חלק מן האפוטרופסים באותם הימים העלימו מרכוש היתומים או מכספיהם לשימושם האישי... בשל תופעות כאלה, אנוס היה בית הדין להפעיל לחצים על האפוטרופסים".

בתקנות מדינת ליטא, בשנת שפ״ג (1622), נקבע[56]: ״וכל קהילה מג׳ קהילות מחויבים להעמיד בשעת בוררים ג׳ אבי יתומים שיקבלו חשבון מהאפוטרופוס מידי שנה בשנה, ולכתוב בפנקס שלהם המיותר סך כל יתום ויתום, מידי שנה בשנה״.

כיום, פיקוח זה נעשה על ידי האפוטרופוס הכללי. מובן מאליו שכדי שיוכל לפקח על פעולות האפוטרופסים, על האפוטרופוס הכללי לקבל לידיו דוחות ומידע הנוגע לניהולו של הרכוש שהופקד בידיו של האפוטרופוס. אפשר אפוא לומר, שהאפוטרופוס הכללי הוא מעין ׳שליח בית דין׳, שתפקידו למלא עבור בית הדין את תפקידי הפיקוח, שבעבר היו מוטלים על בית הדין. לכן ראוי שמשעה שתפקידים אלו נמסרו בידיו של האפוטרופוס הכללי, הוא יהיה גם זה שאליו יוגשו הדוחות.

ד. הגשת דוח לקרובי היתומים

הריב״ש[57] כתב שבית הדין רשאי להטיל על אם שביקשה לשמש כאפוטרופוסית לילדיה, להגיש דוחות ״ביד הקרובים, אותם שיראה בעיניהם שיהיו לתועלת הקטן״. נראה שחיובה של האם להגיש דו״ח לקרובים מבוסס על ההנחה, שהקרובים יפקחו כראוי על האם ועל טיפולה בנכסי היתומים.

מצד שני, מהרשד״ם[58] כותב שבית הדין או אבי היתומים, שממנים אפוטרופוס, יכולים לקבוע שהאפוטרופוס לא יצטרך להגיש דוח לשום אדם, אפילו לקרובי החסוי, אף שיש להם אינטרס בדבר, בכך שהם יירשו את הנכסים אם ימות החסוי.

כמו כן, הרדב״ז[59] כתב שמשודך של יתומה אינו זכאי לקבל דין וחשבון מן האפוטרופוס שלה.

פרק חמישי

המועד להגשת הדין וחשבון

א. מבוא

שלושה מועדים נקבעו בחוק להגשת הדוח, שנים מהם קבועים – ״אחת לשנה... ובגמר תפקידו

[56] פנקס המדינה, ליטא, בעריכת שמעון דובנוב, שנת שפ״ג, תקנה לז. ובאותה תקנה נאמר שמוטל על בית דין ״ולמנות על זה רואה חשבונות שיקבלו חשבון מהאפוטרופוס״.

[57] שו״ת הריב״ש, סימן תצה. אבל ראה ליד ציון הערה 42, שעולה מדבריו שבאפוטרופוס רגיל לא רצוי שבית דין ידרוש זאת, שמא אנשים יסרבו לשמש כאפוטרופוס, ורק מהאם אפשר לבקש זאת, כי אין לחשוש שתסרב לשמש כאפוטרופוס, כיוון שדעתה קרובה אצל בנה.

[58] שו״ת מהרשד״ם, חו״מ, סימן תמה.
כמו כן, שו״ת הרדב״ז, חלק ב, סימן תרנד, כותב שאין אחותו של היתום זכאית לקבל חשבון מן האפוטרופוס, בטענה שהיא תירש אותו אם ימות. אבל הוא כותב שאם מת היתום, שאז היא יורשת את נכסיו, היא זכאית לקבל חשבון, ״כיון שלא מינה אותם אבי היתום״; משמע שאם אבי היתום מינה את האפוטרופוס, אינה זכאית לקבל חשבון גם אחרי מותו.

[59] שו״ת הרדב״ז, חלק ו, סימן ב אלפים שלח.

או בפקיעת האפוטרופסות", ומועד שלישי שאינו קבוע ונתון להחלטתו של האפוטרופוס הכללי, "כפי שיורה".

נבקש לבחון, האם המשפט העברי מחייב את האפוטרופוס בסיום כהונתו במועדים הללו. נפתח בהגשה בגמר תפקידו, שהוא הנידון בתלמוד.

ב. הגשת דוח "בגמר תפקידו או בפקיעת האפוטרופסות"

כפי שראינו לעיל[60], נחלקו תנאים בדבר החובה להגיש דוחות בסיום כהונתו של האפוטרופוס[61]: "רבי אומר... צריך לחשב עימהן באחרונה[62]; רבן שמעון בן גמליאל אומר: אינו צריך". כפי שהבאנו לעיל[63], ההלכה נפסקה כדעת רבן שמעון בן גמליאל. אלא שעוד ראינו לעיל[64], שבמצבים מסוימים האפוטרופוס חייב בדוח, והכוונה לפחות לדוח בסיום כהונתו; וכן ראינו[65] שלפי חלק מהפוסקים, אפוטרופוס שמינהו אבי היתומים חייב בדוח בסיום כהונתו..

ג. הגשת דין וחשבון לפי דרישה – "...כפי שיורה"

בתלמוד לא נקבע חיוב האפוטרופוס להגיש דוח באופן תקופתי, כאמור. אולם בתקופה מאוחרת יותר, נקבעה חובה בקהילות אחדות להגיש דוח לפי דרישת המנהיגים.

כך, למשל, בשטר מינוי אפוטרופוס ליתומים שצוטט לעיל[66], נקבע מועד הגשת הדוח: "כל זמן שיתבעו בית דין ומנהיגי קהילת קודש הנזכרת חשבון מפלוני האפוטרופוס, מכל הנכסים המגיעים לידו מהיתומים וכו', יחוייב ליתן חשבון ישר מהכל".

כמו כן, תקנת רבני מרוקו שנזכרה לעיל[67], "שכל אפוטרופוס, הן מינהו בית דין הן מינהו אבי יתומים, יתן חשבון מדויק לבית דין", נתפרשה כחובה להגיש דין וחשבון במהלך כהונת האפוטרופוס, "למי שרוצה להיות נמשך במינויו", כדי שבית הדין יבחנו "אם הוא [=הדוח] מדויק, יישאר במינויו, ואם אינו מדויק, יסלקוהו"[68].

בתקנות הדיון של בתי הדין הרבניים[69], נקבע: "אפוטרופוס... חייב למסור דין וחשבון לבית הדין בהתאם לנקבע בצו המינוי או בשטר ההקדש, ובכל עת שיידרש לכך על ידי בית הדין".

[60] לעיל, ליד ציון הערה 13.

[61] גיטין נב ע"א. המקור הוא תוספתא תרומות, פרק א, הלכה יג, ותוספתא בבא בתרא, פרק ח, הלכה ד, בשינויים קלים.

[62] על ייחוס עמדה הלכתית זו לרבי, ראה לעיל, הערה 14.

[63] לעיל, ליד ציון הערה 22.

[64] לעיל, ליד ציון הערה 40 ואילך.

[65] לעיל, ליד ציון הערה 36.

[66] לעיל, ליד ציון הערה 52.

[67] לעיל, ליד ציון הערה 53.

[68] פעמוני זהב, סימן רצ, סעיף ג; שו"ת ישמח לבב, חו"מ, סימן ח (דף קיז ע"ב). יש להדגיש שהתקנה אינה מחייבת להגיש דוח מסכם נוסף בתום כהונת האפוטרופוס, שהוא דבר השנוי במחלוקת, כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 62.

[69] תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בישראל, התשנ"ג-1993, תקנה קצג.
בתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בישראל, התש"ך (מהד' תשל"ח), עמ' 39, מציינים כמקור לתקנה זו,

ד. הגשת דין וחשבון "אחת לשנה"

כאמור לעיל, בתלמוד לא נקבעה חובה להגיש דין וחשבון אחת לשנה. אבל חלק מקהילות ישראל הנהיגו לחייב אפוטרופסים להגיש דוח אחת לשנה. למשל, ר' משה גלאנטי כותב[70]: "יראה לי, כי מוטל על האפוטרופוס ליטול חשבונו... ולכן בכל שנה ושנה ייתן החשבון מדמי העסק, כי כן דרך כל העולם למסור חשבון בכל שנה".

בתקנות מדינת ליטא, בשנת שפ"ג (1622), נקבע[71]:

> וכל קהילה מג' קהילות מחויבים להעמיד בשעת בוררים ג' אבי יתומים שיקבלו חשבון מהאפוטרופוס מידי שנה בשנה, ולכתוב בפנקס שלהם המיותר סך כל יתום ויתום, מידי שנה בשנה.

ובקהילת ונציה התקינו[72]:

> וכן קבל עליו איש פלוני בחרם ושבועה דאורייתא להתנהג באמונה בלי ערמה, ולתת דין וחשבון לפנינו בכל עת שנדרשנו... לכל חפץ – והוא תיקון שטרות הנהוגים בבני ישראל כדת משה וכהלכה.

בתקנות הדיון של בתי הדין הרבניים, משנת תש"ג, נתקן: "כל אפוטרופוס חייב למסור לבית הדין דין וחשבון על פעולותיו בכל עת שיידרש לכך; דרישה כזו צריכה לבוא לא פחות מפעם אחת לשנה; לפני גמר תפקידו צריך האפוטרופוס למסור לבית הדין דו"ח סופי לאישור". אולם פרט זה אינו נמצא בנוסח משנת תשנ"ג.

פרק שישי

ידיעות נוספות – "להמציא... ידיעות מלאות לפי דרישתו"

בנוסף לחובה להגיש דוחות לאפוטרופוס הכללי, האפוטרופוס נדרש גם להמציא לו "ידיעות מלאות לפי דרישתו"[73].

הוראה דומה אנו מוצאים בתשובה של גאון[74], שקבע שגם אפוטרופוס שמינה אבי היתומים "אין לו להימנע מלהודיעם [=לבית הדין] כל מה שהוא עושה... ואם נמנע מזו – זה הוא דרך ההפסד, ואם עומד על מדתו – מסלקין אותו".

מדברים אלו עולה שבית הדין, המופקד על הפיקוח על האפוטרופסים, רשאי לדרוש מן האפוטרופוס ידיעות הנוגעות לפעולות שביצע במסגרת מילוי תפקידיו.

את דברי הריב"ש והרמ"א (לעיל, עמ' 233, ליד ציון הערה 46), בעניין חובתו של אפוטרופוס שמינו ערכאות של גויים להגיש דין וחשבון.

[70] שו"ת מהר"ם גלנטי, סימן ג.

[71] פנקס המדינה, ליטא, בעריכת שמעון דובנוב, שנת שפ"ג, תקנה לז.

[72] תקנות ונציה (שי"ב), סימן לח.

[73] הוראה דומה קיימת בסעיף 86 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, ובסעיף 7(ב) לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979 (אלא ששם, הדין וחשבון והידיעות הנוספות יימסרו לנהנים).

[74] תשובות הגאונים (הרכבי), סימן קעח.

פרק שביעי

סיכום

החוק מטיל על אפוטרופוס לנהל חשבונות, ואילו לפי המשפט העברי זו המלצה בלבד. בחלק מקהילות ישראל תיקנו לחייב אפוטרופוס לנהל חשבונות.

החוק מטיל על אפוטרופוס להגיש דוח על פעולותיו. לעומת זאת, לפי המשפט העברי, אפוטרופוס שמינהו בית דין אינו חייב להגיש דוח. לפי חלק מהפוסקים, אפוטרופוס שמינהו אבי היתומים חייב להגיש דוח.

גם לפי המשפט העברי, בית הדין רשאי להטיל על אפוטרופוס להגיש דוח אם יש לו עניין אישי לשמש אפוטרופוס של היתומים, כך שאין חשש שמא חובה זו תרתיע אותו מלשמש כאפוטרופוס.

בחלק מקהילות ישראל תיקנו חובה על אפוטרופוס להגיש דוח כל אימת שיורה לו בית הדין לעשות כן, או אחת לשנה, ויש שנהגו לכלול זאת בהתחייבות במסגרת כתב המינוי.

אם אפוטרופוס הגיש דוח מיוזמתו, יבדוק בית הדין את מהימנותו.

החוק קובע שהדוח יימסר לאפוטרופוס הכללי. במשפט העברי, כאשר מחייבים את האפוטרופוס להגיש דוח, יוגש הדוח לבית הדין או ל"אבי יתומים", המפקח על האפוטרופסים. בית הדין רשאי להורות על המצאת עותקים מן הדוח לקרובי החסוי.

בית הדין או נציגו מוסמך לחייב את האפוטרופוס להגיש לו ידיעות נוספות אם הדבר נראה בעיניו נחוץ לשם הפיקוח על ניהול נכסי היתומים.

פרק שמיני

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

חשבונות דו"ח ומתן ידיעות

53. בית המשפט רשאי להטיל על האפוטרופוס, בכל עניני האפוטרופסות, לנהל חשבונות, להגיש לבית המשפט או לאפוטרופוס הכללי דין וחשבון כפי שיורה, או אחת לשנה ובגמר תפקידו או בפקיעת האפוטרופסות, ולהמציא לאפוטרופוס הכללי ידיעות מלאות לפי דרישתו. שר המשפטים רשאי להתקין תקנות בדבר החשבונות שעל האפוטרופוס לנהל.

נספח

שבועת אפוטרופוס

לעיל[75] הזכרנו את מחלוקת התנאים בשאלה האם אפוטרופוס חייב להישבע, בסיום שירותו, שלא נטל דבר משל היתומים. בנספח זה נרחיב בסוגיה זו.

[75] לעיל, ליד ציון הערה 24 ואילך.

א. מחלוקת התנאים והכרעת ההלכה

במשנה נאמר[76]: "אפוטרופוס שמינהו אבי יתומים – ישבע, מינוהו בית דין – לא ישבע; אבא שאול אומר: חילוף הדברים". רש"י[77] כותב שמשנה זו עוסקת בחובתו של האפוטרופוס להישבע בתום כהונתו, "כשיגדלו היתומים", שהוא לא מעל בנכסי היתומים.

הסוגיה התלמודית[78] מנמקת את שתי הדעות בחשש שמא הטלת השבועה תָּנִיא את האפוטרופוס מלקבל על עצמו את התפקיד[79]. לפי תפיסתו של התנא קמא, אפוטרופוס שמינה

[76] גיטין נב ע"א.

[77] רש"י, גיטין נב ע"א, ד"ה ישבע. נראה שהוא נקט "כשיגדלו היתומים" משום שזה המצב הרגיל, אבל גם באמצע כהונתו, הוא חייב להישבע על טענת שמא, כמו שפסק רא"ש, כתובות, פרק יא, סימן ג (הובא ברמ"א, חו"מ, סימן צג, סעיף א); ואילו אפוטרופוס שמינהו אבי היתומים, שפטור מלהישבע שמא הדבר ירתיע אותו מהסכמה לשמש כאפוטרופוס, פטור משבועה גם באמצע כהונתו, שהרי גם אז שייך החשש הזה.

[78] גיטין נב ע"ב.

[79] אבל ריינין, עמ' 201, מציע לפרש את המחלוקת שלא כפירוש התלמודי, אלא על בסיס מידת האמון שיש לתת בנאמן. לפי תנא קמא, אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים יישבע משום שלא נבדקה אמינותו, בניגוד לאפוטרופוס שמונה על ידי בית דין, שאמינותו נבדקה על ידי בית הדין. לעומתו, אבא שאול סבור שאם האמין האב לאפוטרופוס, אין סיבה שבית הדין יתערב וידרוש מן האפוטרופוס שבועה; ורק במקום שבית הדין היה הממנה, יש להטיל שבועה על האפוטרופוס כדי שלא יצא דבר שאינו מתוקן מתחת ידי

אבי היתומים, ״אי לאו דאית ליה הנאה מיניה, לא הוה ליה אפוטרופוס [=אם לא שיש לו הנאה ממנו, לא היה אפוטרופוס], ומשום שבועה לא אתי לאמנועי״. כלומר, נכונותו של אדם להיענות לבקשת אבי היתומים לשמש כאפוטרופוס ליתומים נובעת בדרך כלל מהרגשה של חוב אישי כלפי האב, ובקבלת התפקיד פורע האפוטרופוס חוב זה לאב. על רקע זה, סבור תנא קמא שאם האפוטרופוס מונה בידי אבי היתומים, אין מקום לחשש שהטלת השבועה תניא אותו מלקבל על עצמו את התפקיד. לעומת זאת, אפוטרופוס שמינה בית דין, נכונותו אינה נובעת מהרגשה של מחויבות אישית אלא מנכונות לעשות ״טובה״ לבית הדין: ״מילתא בעלמא הוא דעביד לבי דינא, ואי רמית עליה שבועה אתי לאמנועי״. במצב זה, יש יסוד לחשש שמא הטלת השבועה תניא אותו מלקבל על עצמו את תפקיד האפוטרופוס, ומשום כך אין לחייבו שבועה.

תפיסתו של אבא שאול הפוכה. לטעמו, אם בית הדין הוא זה שממנה אדם כאפוטרופוס, יש לו עניין רב לקבל על עצמו את התפקיד, שהרי ״נפיק עליה קלא דאיניש מהימנא הוא, דהא סמיך עליה בי דינא [=יוצא עליו קול שאיש מהימן הוא, שהרי סמך עליו בית הדין], משום שבועה לא אתי לאמנועי״. לפי תפיסה זו, נכונות אדם להיענות לבקשת בית הדין לשמש כאפוטרופוס אינה נובעת מחשבונות עבר, אלא דווקא מתוך חישוב של התועלת הצפויה לו מן המינוי בעתיד[80]. לפיכך, חיוב השבועה לא יניא אותו מלקבל על עצמו את התפקיד[81]. לעומת זאת, אם האב הוא זה שממנה את האפוטרופוס, אין לאפוטרופוס תועלת מן המינוי, אלא הוא מוכן לעשות ״טובה״ לאב, ולכן יש חשש שמא חיוב השבועה יניא אותו מלקבל על עצמו את תפקיד: ״מילתא בעלמא הוא דעבדי להדדי, ואי רמית עליה שבועה אתי לאמנועי״.

הלכה נפסקה כדעת אבא שאול, שרק אפוטרופוס שמינה בית דין חייב להישבע[82].

הדיינים. ר׳ אליעזר בן יעקב (שהובא בהערה 76), הסבור שכל אפוטרופוס חייב להישבע, מאמץ את דעת תנא קמא באפוטרופוס שמינה אבי היתומים ואת דעת אבא שאול באפוטרופוס שמינה בית דין.

80 פוסקים נחלקו בשאלה האם הנאה זו קיימת גם באפוטרופוס הממונה בידי ערכאה אזרחית. ערוך השולחן, חו״מ, סימן רצ, סעיף לו, סבור שדינו כדין אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים, שהוא פטור משבועה בטענת ספק. אבל שערי עוזיאל, חלק א, שער יז, פרק א, אות ח, סבור שדין אפוטרופוס זה כדין אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין, מפני ״שכבוד והנאה לאפוטרופוס להיותו מוחזק לנאמן על פי הערכאות״.

81 לדעת ר׳ ריבלין, הירושה והצוואה במשפט העברי, רמת גן תשנ״ט, עמ׳ 232, הערה 213, הנחה זו לא עמדה במבחן המציאות, ובפועל נרתעו אנשים מלשמש כאפוטרופסים אף כאשר בית דין ביקש למנותם לתפקיד, ועל כן גברה הנטייה לפטור משבועה גם אפוטרופוס שמונה על ידי בית דין.

82 רמב״ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ה; מרדכי, גיטין, סימן שפט (בשם ר״ח); שולחן ערוך, חו״מ, סימן רצ, סעיף טז; שו״ת מהרשד״ם, חו״מ, סימן שנא; בית ישראל (בנבנשתי), חלק א, דרוש ח (עמ׳ 128 במהד׳ אדרת). ראה גם בירור הלכה, גיטין נב ע״ב, ציון ו.
הראשונים נחלקו בשאלה, האם ״אפוטרופוס למעשה״, שנדון בו בסעיף 67, חייב להישבע. ראה על כך בסעיף 67, עמ׳ 372.
שו״ת הרשב״א, חלק ג, סימן קצא (הובא בפסקי הגאון מהרי״ט (טאייטאצאק), פסקי מר שמואל, לר׳ שמואל טאייטאצאק השני, סימן כב, עמ׳ של), כותב שגם לפי אבא שאול, אפשר להטיל ״חרם סתם״ על אפוטרופוס שמינהו אבי היתומים. וכך פסק רמ״א, חו״מ, סימן רצ, סעיף טז. כמו כן, שו״ת מהרשד״ם, חו״מ, סימן שכה, כותב ש״צריך לקבל עליו חומרא״ שאין בידו שום דבר מנכסי היתומים.
הראב״ד, המובא בטור, חו״מ, סימן רצ, סעיף כג, כותב שאסור לבית הדין למחול לאפוטרופוס על השבועה. אבל הרא״ש, המובא בטור, שם, כותב שאם בית הדין אינו מוצא מי שמוכן להיות אפוטרופוס אם יצטרך

הלכה זו, שאפוטרופוס שמינהו אבי היתומים פטור משבועה, סויגה בסייגים אחדים, הנובעים מן ההנמקה התלמודית לדעתו של אבא שאול, כפי שנראה להלן[83].

ב. אפוטרופוס שפוטר

הגאונים פסקו[84] שאפוטרופוס שמינה אבי היתומים, שכהונתו הופסקה על ידי בית דין בגלל התנהגותו השלילית, חייב להישבע[85].

להישבע, בית הדין רשאי לפטור אותו משבועה, אם נראה לו שזה לתועלת יתומים. וכן פסק שולחן ערוך, חו״מ, סימן רצ, סעיף יח. דבריהן הובאו בשו״ת מהר״ם פדואה, סימן לח.
ב״ח, חו״מ, סימן צג, סעיף ב, מעלה ספק בדעת רש״י, שבועות מח ע״ב (ד״ה והאפוטרופין), האם אפוטרופוס שמינהו בית דין חייב שבועה רק במודה במקצת, או גם בכופר בכול.
פד״ר, כרך ה, עמ׳ 89, מעלה אפשרות שאפוטרופוס על יתומים גדולים חייב להישבע גם אם מינהו אבי היתומים, ורק ביתומים קטנים פטרו משום תקנה לטובת היתומים, שאם נטיל על אפוטרופוס שבועה לא יימצא מי שיאות לקבל על עצמו אפוטרופסות כדי לפקח על נכסיהם, וביתומים גדולים החשש אינו קיים, שהרי הם יכולים לנהל את נכסיהם בעצמם.
ר׳ אבידן משה שפניר, ״פיטורי אפוטרופוס של הקדש ויתומים״, תחומין, כרך כד (תשס״ד), עמ׳ 92, סבור שאפוטרופוס שמינה בית דין לפי בקשת האב דינו כמינהו האב לעניין זה שאין משביעים אותו, אף שלפי החוק אין תוקף למינוי האב. הוא מעיר (בעמ׳ 93) שיש לשבועה נפקות ממונית, כי בתי הדין נוהגים שמי שחייב שבועה מתחייב ממון בחלק מהתביעה כדי שייפטר משבועה.

[83] המשנה בשבועות מה ע״א אומרת שאפוטרופוס חייב להישבע אף ״שלא בטענה״ – כלומר גם אם התובע אינו טוען טענה ודאית. לפי רש״י, שבועות מח ע״ב, ד״ה והאפוטרופין (הובא בטור, חו״מ, סימן צג, סעיף א), לא מדובר שם באפוטרופוס של יתומים, אלא נאמנים המנהלים נכסי זולתם, שכן לגבי אפוטרופוס על יתומים יש הבחנה בין מי שנתמנה על ידי אבי היתומים למי שנתמנה על ידי בית הדין, ולהבחנה זו אין זכר במשנה ולא בדברי התלמוד המוסבים עליה. פרישה, חו״מ, סימן צג, סעיף א, מסביר את כוונת רש״י, שמהמשנה משתמע שהחידוש הוא רק שחייב להישבע בטענת שמא, אבל עצם חיוב השבועה הוא פשוט, והרי באפוטרופוס של יתומים אין החיוב פשוט.
אבל ב״ח, חו״מ, סימן צג, סעיף ב, כותב שבית יוסף שם הבין שרש״י מתכוון לומר שאכן מדובר באפוטרופוס של יתומים, אבל רק מהסוג שמינהו בית דין.
רב האי גאון, משפטי שבועות, חלק א, שער ה, כותב שמדובר באפוטרופוס על נכסי אדם בחייו, ואילו באפוטרופוס על יתומים חיובו להישבע תלוי אם מינהו אבי יתומים או בית דין.
הרמ״ה, המובא בטור, שם, פירש, שהמשנה עוסקת הן באפוטרופוס של יתומים, והן באפוטרופוס שמונה כדי לנהל נכסי זולתו. את הקושי שעורר רש״י הוא מיישב בכך שגם אפוטרופוס שמינהו אבי היתומים, שלגביו נפסק שאינו נשבע, הרי אם הוא מודה במקצת הוא חייב שבועה, ועל כך אומרת המשנה שהוא חייב גם בטענת שמא. פרישה שם מבאר שהרמ״ה לשיטתו, שסובר, כמובא בטור, חו״מ, סימן צד, סעיף ד, שהחיוב בטענת שמא הוא רק במודה במקצת. כנגד זה, הב״ח, שם, כותב שרש״י לא רצה לפרש כך, מפני שלדעתו במינהו אבי יתומים אינו נשבע אף אם הוא מודה במקצת.
רמב״ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ט, הלכה א, פירש, שהאפוטרופוס המוזכר במשנה הוא אפוטרופוס של יתומים שמינהו בית דין, שדינו הוא שהוא חייב להישבע. אבל נראה שלמעשה, אין נפקות גדולה להלכה בין פירושו לפירוש רש״י, וזאת משום שבניגוד לרש״י, פירש הרמב״ם, שם, הלכה ד, ש״בן הבית״, שאף הוא נזכר במשנה שם, הוא אדם זר העוסק בנכסי בעל הבית, ומשום כך, לא יכול היה לפרש ש״אפוטרופוס״ הוא אדם זר, שנתמנה לשאת ולתת בנכסי בעל הבית, משום שזהו ״בן הבית״ לשיטתו.

[84] תשובות הגאונים (הרכבי), סימן קעח, בסופו, וסימן קפח (אבל בסימן קפח לא כתב שהדין כך גם אם מינהו אבי היתומים); משפטי שבועות, חלק א, שער ה, ד״ה והפיטרופין (אם סילקוהו בגלל עדות שהוא גורם הפסד ליתומים); רי״ף, גיטין כו ע״ב, בדפי הרי״ף (אם סילקוהו מפני שהיה מפסיד בנכסי היתומים); ספר העיטור, אפיטרופוס, ליד אות מ, דף עח ע״ג (כמו הרי״ף); מרדכי, גיטין, סימן שפט, בשם אביאסף;

שני טעמים לדבר: (א) היות שהתנהגותו הייתה חמורה עד כדי כך שהצדיקה את פיטוריו, הרי היא מערערת גם את נאמנותו, ולכן יש לחייבו שבועה[86]. (ב) בנסיבות אלו אין לחשוש שמא הטלת השבועה תניא אדם מלכהן כאפוטרופוס, משום שהוא יודע שאם ייזהר וינהג כראוי, לא יסלקו אותו ולא יצטרך להישבע; ואם בדעתו לנהוג שלא כראוי, אכן עדיף שיימנע ולא יהיה אפוטרופוס[87], שכן ״כל כי האי, לא אכפת לן במה שלא ירצה להיות עוד אפוטרופוס״[88].

ג. אפוטרופוס הנוטל שכר

מאחר שהפטור משבועה לאפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים נובע מן החשש שמא חיוב השבועה יניא אותו מלקבל על עצמו את התפקיד, פסקו רבים[89] שאם האפוטרופוס מקבל שכר או טובת הנאה אחרת בגין מילוי התפקיד, או שיש לו עניין אישי למלא את התפקיד, הוא חייב להישבע שלא מעל בנכסי היתומים, שהרי התועלת הצפויה לו מן המינוי תביא אותו להסכים לקבלו, למרות ידיעתו שהוא יצטרך להישבע[90].

ד. שינוי נסיבות

הפטור משבועה לאפוטרופוס שמינהו אבי היתומים נובע כאמור מן החשש שמא הטלת השבועה תניא אותו מלקבל על עצמו את התפקיד. אך הרדב״ז סבור (כנראה) שהפטור מבוסס גם על האמון שנתן אבי היתומים באפוטרופוס מלכתחילה, ולכן, אם השתנו הנסיבות, באופן שיש להניח שבנסיבות הקיימות אין בסיס לאמון שניתן מלכתחילה באפוטרופוס, הוא חייב להישבע.

על כן פסק הרדב״ז[91], שאם אבי היתומים מינה שני אפוטרופסים יחד, ולימים נפטר אחד

רמב״ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ז (אם סילקוהו מפני שהיו עדים שהוא מפסיד בנכסי היתומים, או מפני שהתחיל לנהוג בדרכים לא מוסריות); רא״ש, גיטין, פרק ה, סימן ז (כמו הרי״ף); שולחן ערוך, חו״מ, סימן רצ, סעיפים ה–ו (כמו הרמב״ם).

[85] טור, חו״מ, סימן רצ, סעיף ט, כותב שמשביעים אפוטרופוס כזה ״שלא הפסיד יותר״.

[86] כך משמע ממקצת מהמקורות הנ״ל, שנקטו שהיות שמסלקים אותו, גם מחייבים אותו להישבע.

[87] חידושי הרמ״ה ושיטות קדמונים, גיטין נב ע״ב, עמ׳ מד.

[88] פרישה, חו״מ, סימן רצ, סעיף ט.

[89] ספר העיטור, אפיטרופוס, ליד אות סד, דף עט ע״א; חידושי הרמ״ה ושיטות קדמונים, שם; טור, חו״מ, סימן רצ, סעיף כה; שולחן ערוך, חו״מ, סימן רצ, סעיף טז; ערוך השולחן, חו״מ, סימן רצ, סעיפים לה–לו; שערי עוזיאל, חלק א, שער יז, פרק א, אות ג. וראה עוד לעיל, ליד ציון הערה 41, על חיוב הגשת דוח באפוטרופוס המקבל שכר.

[90] רייניץ, עמ׳ 222, העיר שרבנו תם, המובא בתוספות, שבועות מח ע״ב, ד״ה דמורו, במרדכי, שבועות, סימן תשפ (דף ז ע״ד), ובהגהות מיימוניות, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ט, אות א, בוודאי חולק על פוסקים אלו, שהרי הוא סובר שמי שמקבל שכר על מילוי תפקידו פטור משבועה על טענת שמא, מפני שאין חשש שהוא יורה היתר לעצמו למעול בנכסים שהוא מטפל בהם (על דעתו ראה חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ׳ 151–152); ואם כן, אף שההשבעה לא תניא את האפוטרופוס מלקבל על עצמו את התפקיד, אין צידוק להשביעו. לאור זאת, תמה רייניץ מדוע הרמ״א, חו״מ, סימן צג, סעיף ד, שהביא גם את שיטת רבנו תם, לא העיר דבר על פסק השולחן ערוך הנ״ל, שכאן האפוטרופוס חייב שבועה.

[91] שו״ת הרדב״ז, חלק ג, סימן תתצא (תנ).

מהם, האחר חייב להישבע על כל מה שעשה אחרי מות שותפו, "שהרי לא האמין אלא לשניהם".

ה. טענה ודאית

אם היתומים טוענים שהם יודעים בוודאות שהאפוטרופוס נטל מרכושם, הוא חייב להישבע, גם אם מינהו אבי היתומים, ולא פטר אותו אבא שאול אלא מן השבועה המיוחדת המוטלת על נאמן כשהתובע בא בטענת שמא[92].

טעם הדבר הוא, שאין חשש שחיוב מצומצם זה ירתיע אדם מלהסכים לשמש כאפוטרופוס[93], שהרי הוא אינו שונה מכל אדם שחייב להישבע על טענת ברי; רק החומרה המיוחדת של החיוב להישבע על טענת שמא עלולה להרתיע אותו.

[92] תשובות הגאונים (הרכבי), סימן קעח; ריי"ף, גיטין כו ע"ב (בדפי הריי"ף); ספר העיטור, אפיטרופוס, ליד אות מא, דף עח ע"ג; ראי"ש, גיטין, פרק ה, סימן ז; בית הבחירה, כתובות פח ע"ב, ד"ה אפוטרופוס; טור, חו"מ, סימן רצ, סעיף כו; הגהות מיימוניות, הלכות נחלות, פרק יא, אות ו; פסקי ריא"ז, גיטין, פרק ה, הלכה ב, אות ח; חידושי הריטב"א (רבנו קרשקש), גיטין נב ע"ב (ד"ה ומיהו); חידושי הרמ"ה ושיטות קדמונים, גיטין נב ע"ב (=חידושים מכתב יד המיוחסים לריטב"א, שם, עמ' מד–מה); שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף טז.
רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ט, הלכה ד, והלכות נחלות, פרק יא, הלכה ה, נוקט שאפוטרופוס שמינהו אבי יתומים אינו נשבע בטענת ספק; מכאן שהוא נשבע בטענת ודאי. וראה על הלכה זו לעיל, ליד ציון הערה 29.
דעה חולקת: בדק הבית, חו"מ, סימן רצ, סעיף כה, מעלה אפשרות שהראב"ד פוטר משבועה גם בטענת ודאי. חשק שלמה, גיטין נב ע"א, כותב כך בדעת רש"י, גיטין נב ע"א, ד"ה לא ישבע.

[93] חידושי הריטב"א (רבנו קרשקש), שם.

סעיף 55

הוצאות האפוטרופוס

הוצאות האפוטרופוס

55. ההוצאות הסבירות שהאפוטרופוס הוציא במילוי תפקידו חלות על האדם שהוא אפוטרופסו, ורשאי האפוטרופוס להחזירן לעצמו מנכסי אותו אדם.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 247

פרק שני: זכות האפוטרופוס לשיפוי על הוצאותיו 247
א. מבוא 247
ב. הוצאות לשם סיפוק צרכיו של החסוי 247
ג. הוצאות לשם שמירה או השבחת נכסי החסוי 249
ד. אפוטרופוס בשכר 250

פרק שלישי: הוצאות האפוטרופוס – "ההוצאות... שהאפוטרופוס הוציא" 251
א. מבוא 251
ב. אובדן הכנסה 251
ג. נזקים והפסדים 252
ד. הפסדי האפוטרופוס בשל אחריותו לנזקי צד שלישי 256

פרק רביעי: סבירותן של ההוצאות – "ההוצאות הסבירות" 257

פרק חמישי: גביית החזר ההוצאות – "רשאי האפוטרופוס להחזירן לעצמו מנכסי אותו אדם" 259

פרק שישי: סיכום 260

פרק שביעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 261

פרק ראשון

מבוא

סעיף 55 עוסק בזכותו של האפוטרופוס להחזר על הוצאות שהוציא לשם מילוי תפקידו. את הדיון בסעיף זה נפתח בשאלה העקרונית, האם המשפט העברי מכיר בזכות זו? ואם כן, האם יש נסיבות שבהן לא יהיה האפוטרופוס זכאי להחזר הוצאות?

החוק אינו מבהיר מה נכלל בגדר "הוצאות", ונבקש לברר, האם האפוטרופוס זכאי לשיפוי גם בשל אבדן הכנסה צפויה, נזק או כל הפסד אחר?

לפי החוק, האפוטרופוס זכאי רק להחזר הוצאות סבירות. ואולם, החוק אינו מציע מבחן עקרוני לסבירות. להלן נבקש להציע מבחנים אחדים לכך.

לעניין הדרך להחזרת ההוצאות, מאפשר החוק לאפוטרופוס להחזיר לעצמו מנכסי החסוי. האם כך הוא הדין אף לפי המשפט העברי? האם רשאי האפוטרופוס למכור מנכסי החסוי, כדי שיוכל להחזיר לעצמו את הוצאותיו? האם הוא נדרש להמתין עם המכירה עד שיימצאו כספים לחסוי, שיהיה אפשר לגבות מהם את החוב בלי למכור נכסים?

פרק שני

זכות האפוטרופוס לשיפוי על הוצאותיו

א. מבוא

כאמור, סעיף זה עוסק בזכות האפוטרופוס לשיפוי על הוצאות שהוציא מכיסו לשם מילוי תפקידיו. לפני שנדון בפרטי הסעיף, מן הראוי לשאול, האם אף לפי המשפט העברי זכאי האפוטרופוס לשיפוי על הוצאותיו? ואם כן, האם יש נסיבות בהן לא תוכר זכות זו?

ב. הוצאות לשם סיפוק צרכיו של החסוי

אפוטרופוס שמינהו בית דין או אביו של היתום, ופירנס את היתום, זכאי להחזר ממנו כשיגדל[1],

[1] שו"ת בית יוסף, דיני כתובות, סימן טז (ד"ה ואפילו), על פי שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תרמד; שער המים (מיוחס), שו"ת, סימן כב (מז ע"א וע"ד); פד"ר, כרך ב, עמ' 175.
בית יוסף לומד מזה שמי שאסף אשה שוטה לביתו ופירנס אותה, זכאי להחזר מבעלה, כי הוא נחשב אפוטרופוס, כמו שבעל בית שסמכו יתומים אצלו נחשב אפוטרופוס, והרי מעמידים אפוטרופוס גם לשוטה. שער המים כותב על פי זה שמי שהיה בדעתו להיות אפוטרופוס של היתום, זו הוכחה שכשהתחיל להוציא עליו הוצאות, התכוון להלוואה, והיתום חייב לשלם.
דעה חולקת: שו"ת שרידי אש (מהד' תשנ"ט), חלק א, סימן קלה, אות יא, מציין ששו"ת נודע ביהודה, מהדורא תנינא, חו"מ, סימן לד, עוסק במי שבית דין מינוהו לאפוטרופוס, ובכל זאת כותב שהוא זכאי

כיוון שמן הסתם אינו נותן לו בתורת חסד אלא בדרך הלוואה[2], כי זה חלק מתפקידו, ועל דעת כן מינו אותו[3]. כך גם באפוטרופוס למעשה, דהיינו מי שהיתום סומך עליו שיטפל בו[4], כיוון שהוא מקבל מעמד של אפוטרופוס גם בלי מינוי רשמי, כפי שנראה בדיוננו בסעיף 67. בכלל זה מי שמטפל בכל ענייני היתום[5]. העובדה שלא התנה מראש שהיתום ישלם אינה

להחזר הוצאותיו רק אם נשבע שהוא פירנס על דעת לקבל החזר. שו״ת מנחת יצחק, חלק ד, סימן יד, אות ב, מציין שגידולי תרומה (להלן, הערה 9) ושו״ת מהרשד״ם, חו״מ, סימן שמה, ושו״ת מהר״ם אלשיך, סימן ע, לא הבחינו בין אפוטרופוס לאיש אחר, ומשמע מדבריהם שגם אפוטרופוס אינו זכאי להחזר. מהדברים עולה כדבר פשוט שאפוטרופוס אינו חייב לתת מזונות לחסוי, דבר המפורש בחוק, סעיף 40. בשאלה האם האפוטרופוס נאמן לגבי סכום ההוצאות שהוציא, או שהוא צריך להביא ראיות לכך, ראה חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ׳ 192–198, על שאלה זו באופן כללי.

[2] נתיבות משפט (אלגזי), נתיב כג, חלק ה (קמז ע״ג).

[3] שו״ת פתוחי משפט, סימן ו, עמ׳ ע ועמ׳ עח.

[4] שו״ת הרשב״א, חלק ד, סימן סח (הובא במגיד משנה, הלכות אישות, יב, יט); שו״ת הרא״ש, כלל פז, סימן ד; תרומת הדשן, שו״ת, סימן שמח, בסופו; שולחן ערוך, חו״מ, סימן רצ, סעיף כה; נתיבות משפט, שם.

[5] שו״ת רבי עקיבא איגר, מהדורא קמא, סימן קמז (ובקיצור בחידושי ר״ע איגר, חו״מ, רצ, כה, והובא בפתחי תשובה, חו״מ, רמו, ס״ק ג, בשו״ת וישב משה, זורגר, חלק ב, סימן יט, אות ב, בשו״ת שרידי אש (מהד׳ תשנ״ט), חלק א, סימן קלה, אות כ, במעייני התורה, חלק ג, חו״מ, סימן ה, בשו״ת דברי שלום (מזרחי), יו״ד, סימן צח, אותיות ב–ג, ועמ׳ רעב, בשו״ת פתוחי משפט, סימן ו, עמ׳ עח, ובנועם ד, עמ׳ סב); חנוך לנער (בלויא), פרק מה אות ג (אם זן בסתם דרך אפוטרופסות); שו״ת שרידי אש (מהד׳ תשנ״ט), חלק א, סימן קלה, אות ט ואות כג; ר״א פלאצינסקי, שרידי אש שם, עמ׳ תלג. ר״ע איגר כותב ששולחן ערוך, חו״מ, סימן רצ, סעיף כה, המחייב את היתום, מדבר בכגון זה.
בארות שלמה (צדוק), חו״מ, עמ׳ נח, הבין שלדעת ר״ע איגר, אם פירנס אותו רק לפעמים, היתום פטור. כמו כן, נתיבות משפט, שם (קמז ע״ד), כותב שהרי״ף (להלן, הערה 7) פטר רק אם הכניס יתום לתוך ביתו לזון אותו, ואינו משתדל בשאר עסקיו, ולכן אין לו דין ״יתומים שסמכו אצל בעל הבית״.
בדומה, שו״ת המבי״ט, חלק ב, סימן ל, כותב, שיתומים שסמכו אצל בעל הבית מעצמם, שנתחברו אליו, וזן אותם, הוא כאפוטרופוס וזכאי להחזר כי היה מוטל עליו לפרנסם, אבל מי שזן ופרנס את היתומים בסתם, אינו יכול לגבות מהם, כיוון שפרנסם על הסתם, ולכן לא היה אפוטרופוס שלהם.
בדומה, בית אברהם (ישראל), חו״מ, קכח (רעז ע״א–ע״ב), כותב שהרי״ף (להלן, הערה 7) פוטר רק אם היתום לא נסמך אצל המפרנס שישתדל בכל ענייניו כדין יתומים שסמכו אצל בעל הבית, אלא הוא הכניסו אליו, או שהיתום בא אליו, והוא לא נסמך אליו לכל ענייניו, והמפרנס הכניס אליו את היתום על דעת שיאכל מנכסי עצמו, כמו במקרה של הרי״ף, שהיה לוקח עשרה זהובים מפירות נכסי היתום כתמורה, וכשראה שזה לא מספיק לו, הוסיף משלו ופירנס אותו, וזה מראה שהתכוון לחסד, שאם לא כן, כשהתחיל המפרנס לתת לו משלו, היה צריך להתנות עמו ״אני מוציא עליך משלי בתורת הלוואה״, ומשלא פירש, ודאי עשה בתור חסד; אבל אם היתום סמך אצלו שישתדל בכל ענייניו, דינו כאפוטרופוס, והיתום חייב לשלם לו, כדברי תרומת הדשן, שם, כי אז המפרנס מתכוון להלוואה. הוא דוחה את ההבנה שהרי״ף פוטר כל יתום, שהרי תרומת הדשן, שם, שו״ת מהר״י בן לב, חלק א, סימן עז (עה), ושו״ת מהרשד״ם, חו״מ, סימן שיב, עוסקים במי שזנו יתומים, ומחייבים אותם, ועוד, שהרי״ף הוצרך לנמק מצד שהמפרנס לא אמר במפורש ״אני נותן בתורת הלוואה״, ולא אמר שיש דין מיוחד ביתום (אך אפשר לדחות, ששני הטעמים נחוצים יחד). והוא כותב (בדף רעח ע״ג), שגם מה שכתב תולדות אדם וחוה, נתיב יט, חלק א (קסו ע״ג) בשם רשב״ץ שהזן יתום פטור, הוא רק במקרה שבתחילה זן אותו משל היתום ואחר כך זה לא הספיק וזן משלו, אבל חייב במקרה אחר. והוא כותב (בדף רעח ע״ד) שגם לפי המבי״ט שם ופני משה (להלן, הערה 9) שפוטרים את היתום, הרי אם נתמנה אפוטרופוס מדעת, היתום חייב.
קדושת יום טוב (הילפרין), שו״ת, סימן ח (יג ע״ד), כותב בדומה, שאם היתום בא אליו מעצמו, והוא נעשה לו כמו אפוטרופוס, ויש בידו נכסים של היתום, ומפרנס אותו גם מממונו (של המפרנס), היתום חייב, מפני שאין להניח שהתכוון למתנה, גם לדעת הרי״ף, ורק בזה הרשב״א (להלן, הערה 8) מחייב.

מוכיחה שהתכוון למתנה, כיוון שהוא עצמו האחראי על נכסי היתום, והוא יודע שהוא נותן על דעת שישלם[6].

על פי עיקרון זה אפשר ליישב סתירה לכאורה בין ראשונים: הרי"ף פסק[7] שמי שמפרנס יתום אינו זכאי לשיפוי על הוצאותיו, משום שאנו מניחים שהתכוון לגמול חסד עם היתום, שלא על דעת לקבל שיפוי. מנגד, פסק הרשב"א[8], שמי שפרנס יתום, "לא הניח מעותיו על קרן הצבי", והוא זכאי לשיפוי על הוצאותיו.

לכאורה, יש מחלוקת בין הרשב"א לבין הרי"ף, וכך אמנם הבינו רבים מן הפוסקים[9]. אולם, ר' עקיבא איגר[10] מיישב בין הפסיקות תוך הבחנה בין מי שרק מספק מזונות ליתום, שאינו זכאי לשיפוי, מתוך הנחה שהתכוין לקיום מצוה, ובזה דיבר הרי"ף[11], לבין אפוטרופוס או מי שדואג לכל צרכי היתום, והלה סומך עליו לכל דבר ועניין, שדינו כאפוטרופוס, שלגביהם אין הנחה שעושה כן לשם מצוה, ולכן הוא זכאי לשיפוי על הוצאותיו, ובזה דיבר הרשב"א.

ג. הוצאות לשם שמירה או השבחת נכסי החסוי

לפי המשפט העברי, מי שמשביח את נכסי הזולת ברשות, זכאי להחזר הוצאות או לשכר ראוי,

הבחנה: שו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סימן מ, כותב שהרשב"א מחייב רק ביתומים שבאו מעצמם, ולכן מניחים שלא התכוון למתנה, אבל מי שהביא יתום לביתו מדעתו, היתום פטור. שו"ת מלאכת שלמה (קמחי), חו"מ, סימן ו (כט ע"ג), כותב בדומה, שאם היתום בא לבעל הבית מעצמו ובעל הבית לא התכוון למצווה אלא להלוואה, היתום חייב. בדומה כתב שער המים (מיוחס), שו"ת, סימן כב (מו ע"ב), שאם היתום בא מעצמו להתפרנס, בכך קיבל על עצמו שהמפרנס יהיה אפוטרופוס שלו, וישלם לו, ובזה עוסק הרשב"א, ומה שהרי"ף פטר הוא אם המפרנס לקח את היתום לפרנסו בביתו, מה שמוכיח שהתכוון למתנה. בדומה כתב כתונת יוסף (בירדוגו), חלק ג, מע' מ, שורש יב, מזונות, ענף ט (כה ע"ג), שאם היתום בא מעצמו, חייב, כי המפרנס יכול לומר שהתכוון להלוואה, ואילו אם המפרנס הביא את היתום לביתו, פטור, כי זה מראה שהתכוון למתנה. כמו כן, דבר המשפט, קכח, אות כא, כותב שבית יוסף סובר שמה שכתב הרשב"א שהיתום חייב הוא אם היתום סמך בעצמו, ואילו הרי"ף פוטר כי עוסק במי שפירנס יתום מעצמו, שזה מראה שהתכוון למצווה.

דעה חולקת: רי"י ויינברג, שרידי אש שם, עמ' תלד, כותב שהבית יוסף סובר שאין לחייב מטעם זה, מפני שלא כל אחד יכול לעשות את עצמו אפוטרופוס.

[6] ר"א פלאצינסקי, שרידי אש שם, עמ' תלג.

[7] שו"ת הרי"ף, סימן קטז (הובא בספר התרומות, שער סה, חלק ב, אות ב). ראה גם: חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 174–176; חוק לישראל, מתנה, סעיף 2.

[8] שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן סח.

[9] גידולי תרומה, על ספר התרומות, שם; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שמה; שו"ת מהר"ש צרור, סימן כז; שו"ת פני משה, חלק א, סימן צג (רלה ע"א-ע"ב).

[10] שו"ת ר' עקיבא איגר (לעיל, הערה 5). לפרשנים נוספים שפירשו כך, ראה הערה 5.

[11] אפשר שזו גם כוונת השולחן ערוך, שמחד גיסא פסק כרשב"א, ש"יתומים שסמכו אצל בעל הבית וזן אותם משלו, לא הניח מעותיו על קרן הצבי" (שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף כה), ומאידך גיסא, פסק כרי"ף, ש"מי שפרנס יתום והיה מכוין למצווה וכשהגדיל תבע ממנו מה שפרנסו, פטור" (שולחן ערוך, יו"ד, סימן רנג, סעיף ה). ההדגשה שזכות המפרנס לשיפוי נשללת רק אם "היה מכוון למצווה", מלמדת שמדובר ככל הנראה בהוצאה של מי שאינו משמש כאפוטרופוס, שלגביה ניתן להניח שהיא נעשתה לשם שמים וללא ציפייה להחזר. כנסת הגדולה, חו"מ, סימן קכח, הגהות בית יוסף, אות כא, מציע כאינדיקציה להנחה אם התכוון למצווה, או שהתכוון לפרנס על מנת להשיב לעצמו את הוצאותיו, את ההבחנה בין מי שנכסי היתום אינם מצויים בשליטתו, לבין מי שנכסי היתום היו בשליטתו.

לפי הערך הגבוה מביניהם[12]. אם כן, אפוטרופוס שמשביח את נכסי היתומים זכאי להחזר הוצאות, כיוון שהוא עושה כן ברשות, כחלק מתפקידו.

כמו כן, אפוטרופוס שהוציא הוצאות לשם שמירת נכסי היתומים זכאי להחזיר הוצאותיו, כיוון שאפוטרופוס אחראי על נכסי היתומים כשומר, כפי שנראה בדיוננו בסעיף 57, וכל שומר זכאי לקבל החזר על הוצאות שהוציא לשם שמירת הנכס שהופקד בידיו[13].

ד. אפוטרופוס בשכר

שאלה מעניינת היא, האם גם אפוטרופוס המקבל שכר על מילוי תפקידו זכאי להחזר הוצאות, או שמא נאמר שהשכר מגלם בתוכו גם את החזר ההוצאות?

תשובה לשאלה זו נלמד על דרך ההיקש מדיני השומרים ומדיני השליחות. הכלל בעניין זכות השומר לשיפוי על הוצאותיו הוא, ששומר חינם זכאי לשיפוי על כל הוצאותיו, בעוד ששומר שכר זכאי לשיפוי רק על הוצאות שלא היו צפויות מראש[14]. קביעה זו מבוססת על ההנחה ששכרו של השומר מגלם בתוכו גם שיפוי על הוצאות צפויות, אך אין הוא מגלם בתוכו שיפוי על הוצאות לא צפויות, שהרי את ערכן לא ניתן היה לאמוד מראש. הנחה דומה קיימת אף בדיני השליחות[15].

בהתאם לעיקרון זה, אפוטרופוס המקבל שכר יהיה זכאי לשיפוי רק על הוצאות לא צפויות. אולם בעניין זה יש להתחשב גם בנוהג המקובל, ולכן אם נהוג לשפות גם מי שמקבל בשכר, המנהג מחייב. אבל גם אם יש מנהג כזה, הרי שאם השכר שהוסכם עליו גבוה מהשכר הראוי, ההנחה היא שמגולם בו החזר ההוצאות הצפויות[16].

[12] תוספתא, כתובות, פרק ח, הלכה ח (הלכה י במהד׳ ליברמן), ובבא קמא, פרק י, הלכה ג (הלכה ז במהד׳ ליברמן); בבא קמא קא ע״א; רמב״ם, הלכות גזלה ואבדה, פרק י, הלכה ז; שולחן ערוך, חו״מ, סימן שעה, סעיף ד. למקורות נוספים ראה: חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ׳ 171, הערה 48; חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, עמ׳ 174; אנציקלופדיה תלמודית, ערך יורד לנכסי חברו, פרק ט, כרך כג, עמ׳ תפז–תצג.

[13] למקורות לכך ראה חוק לישראל, שומרים, עמ׳ 482–490.
שו״ת מהר״י בן לב, חלק ב, סימן כז, כותב שאם הוציא הוצאות כדי למנוע נזק ודאי, הוא זכאי להחזר, כמו שכל אדם היה זכאי להחזר. בנידונו, אדם אלם ניסה להוציא את נכסי היתומים מידי האפוטרופוס באמצעות ערכאות הנכרים, והיה חשש קרוב לוודאי שאם יצליח בכך, הנכסים ילכו לטמיון. מסוף תשובתו משתמע שהאפוטרופוס לא היה זכאי להחזר ההוצאות כי לא היתה ודאות מלאה שיצליח במשפט בערכאות, ולא היתה ודאות מלאה שאם יזכה במשפט, הנכסים ירדו לטמיון, והוא כותב רק שאם השתמש בנכסי היתומים כדי להגן עליהם מפני האלם, אינו חייב לשלם על כך.
בשאלה האם האפוטרופוס זכאי להחזר הוצאות אם פעל תוך חריגה מסמכות, ראה חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ׳ 176–177.

[14] למקורות בעניין זה ראה חוק לישראל, שומרים, עמ׳ 478–482.

[15] ראה: חוק לישראל, שליחות, סעיף 11; חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ׳ 172, הערה 54.

[16] תרומת הדשן, שו״ת, סימן שכג, אומר כך לגבי שיפוי שליח על הוצאותיו.

פרק שלישי

הוצאות האפוטרופוס – "ההוצאות... שהאפוטרופוס הוציא"

א. מבוא

מה נכלל בגדר "הוצאות... שהאפוטרופוס הוציא במילוי תפקידו"? האם רק כספים שהוצאו לטובתו של החסוי הם בגדר "הוצאות", או שמא בכלל זה גם אובדן הכנסה או הפסד שנגרם לאפוטרופוס בשל מילוי תפקידו[17]?

ב. אובדן הכנסה

הכלל במשפט העברי הוא שהמציל את נכסי הזולת מנזק אינו זכאי לפיצוי על אבדן השתכרות, אלא רק לשכר ההולם את המעשה שעשה[18], ואין מתחשבים בעובדה שבמקצועו היה יכול להשתכר יותר.

כך עולה מחילוקי הדעות בין הפוסקים בעניין מי שהתבטל ממלאכתו כדי להציל את נכסי הזולת מנזק או מאבדן. לדעת השולחן ערוך[19], זכאי המציל לשכר בטלה בלבד, דהיינו הסכום שעל פי האומדן היה מוכן אדם במקצועו לקבל על מנת לשבת בטל, במקום להתאמץ לקבל את מלוא השכר שהוא רגיל לקבל. לעומתו, הרמ"א[20] פוסק שהמציל זכאי לשכר שמקבל פועל העושה פעולה כמו זו שעשה המציל, או לסכום ההכנסה שהפסיד, לפי הנמוך שביניהם. אבל גם במקרה זה, אם הפסד ההכנסה של המציל גבוה מהנזק שנמנע, זכאי המציל רק לשיפוי בגובה הנזק שנמנע[21].

בהתאם לכך, אם האפוטרופוס פעל למניעת נזק מנכסי היתומים, בזמן שבו הוא נוהג לעבוד לפרנסתו, לדעת השולחן ערוך הוא זכאי לשכר בטלה, ואילו לדעת הרמ"א הוא זכאי להשבת ערך ההכנסה שהפסיד באותו הזמן, או השכר המקובל לסוג הפעולה שעסק בה, או ערך הנזק שמנע מנכסי היתומים, לפי הנמוך מביניהם. על כל פנים, לפי כל הפוסקים אינו זכאי לפיצוי על כך שהיה יכול להשתכר במקצועו, ששכרו גבוה יותר.

עניין אחר הוא זכות האפוטרופוס לפיצוי על הכנסה שנמנעה ממנו מפני שהוציא הוצאות למען נכסי היתומים, ובכך הפסיד אפשרות לעשות רווחים בכסף, לדוגמה. לגבי מי שהשביח את נכסי הזולת ובשל כך הפסיד הכנסה צפויה, נקבע שהמזכה זכאי להשבת ערך ההכנסה

[17] לעניין הוצאות של נאמן, ראה: כרם, נאמנות, עמ' 373–374 ועמ' 388. לעניין הוצאות של שליח, ראה: א' ברק, חוק השליחות (ירושלים תשנ"ו), כרך ב, עמ' 1148.

[18] ראה בדיוננו בסעיף 56, בעניין זכות האפוטרופוס לקבל שכר על עבודתו.

[19] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רסה, סעיף א.

[20] רמ"א, שם. על המחלוקת ראה בהרחבה: חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, עמ' 131; בירור הלכה, בבא מציעא ל ע"ב, ציון י. וראה בירור הלכה שם, שהדין שונה אם היה יכול להגיע להסכמה מראש עם האחר, ולא עשה כן. ראה שם עוד, שהמחלוקת נובעת מן האיסור לקבל שכר על קיום מצווה, שהרי מצווה היא להציל אדם אחר מנזק; וזאת הסיבה שאין מחילים כאן בפשטות את הכלל שהעושה פעולה עבור חברו זכאי לשכר שמקובל לשלם על אותו סוג פעולה.

[21] ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלו, סעיף ח (שם מדובר באופן כללי על המוציא הוצאות להציל אחר מנזק, ואין מדובר על אבדן הכנסה); חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, עמ' 130, ליד ציון הערה 97.

שהפסיד. אולם אם ערך השבח לנכסים נמוך מערך ההכנסה, זכאי המזכה לשיפוי בגובה ערך השבח בלבד[22].

ג. נזקים והפסדים

הרשב"א נשאל[23] אודות "מי שהגיע לו היזק בממון שלו מחמת שליחות שולחו, או שהעלילו עליו מחמת השליחות והפסידוהו ממון, אם על המשלח לשלם לו נזקו אם לאו". מסקנת הרשב"א היא שהשולח אינו אחראי לנזקים שאירעו לשליח, משום שהנזק הוא בגדר גרמא, שאין חיוב לשלם עליו: "לא מצינו תשלומי נזק אלא בנזקי עצמו או בנזקי ממונו, ונזקי ממונו כעין נזקי עצמו הן, כלומר, לפי שפשע בנזקים בשמירת ממונו. אבל בנזק שהגיע לשליח, מה הזיק המשלח ומה הגיע לו מחמת פשיעתו? ואפילו תאמר שבגרם שליחות הגיעו נזק, גרמא בנזק הוא ופטור".

הרשב"א מוסיף, שגם אם המשלח והשליח היו שותפים, אין המשלח חייב לשפות את השליח על נזקיו. ואלו דבריו: "ואם מפני שנשתתפו, לא נשתתפו בנזקי גופא ונזקי ממונא... שלא קבל עליו נזקי גופו של שותפו, אלא אם כן מנהג בכך". כלומר, ההנחה המקובלת היא שהסכם השותפות אינו כולל הסכמה לשיפוי הדדי על נזקים שייגרמו מחמת השותפות; ורק אם נהוג ששותף נושא באחריות לנזקי שותפו, הוא חייב בכך.

ר' משה מטראני, המבי"ט[24], מסייג את פסיקתו של הרשב"א בכך שאם הנזק נגרם מחמת המשלח, כגון (א) שנושים של המשלח תבעו מן השליח את חובו של המשלח, או (ב) שנכרים העלילו עלילה על המשלח, ומחמת כך תפסו כסף מן השליח[25], או (ג) שאויביו של המשלח תפסו את השליח בשבי בגלל שנאתם למשלח, או (ד) שהשליח עשה עיסקה בשם המשלח עם צד שלישי, והמשלח התחרט, ובגלל זה תבע הצד השלישי את השליח בערכאות, או (ה) שהמשלח מסר לו סחורה למכור, והייתה מזויפת, ונכרים העלילו עליו מחמת הזיוף[26], או

[22] חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, עמ' 61. הדוגמה הניתנת שם היא הדר בחצר חברו בלי רשותו, שאם החצר עומדת להשכרה, זכאי בעל החצר לשיפוי בגין מניעת רווחיו מן ההשכרה. זכות זו מבוססת על דיני עשיית עושר ולא במשפט, ונובעת מן ההנאה שנהנה הדייר.
בנוסף, יש מקום לזכות את האפוטרופוס עבור רווח שנמנע ממנו עקב פעולתו לטובת היתומים, מטעם אחר: "דין ערב", שלפיו הנמנע מרווח מתוך הסתמכות על הבטחתו של אחר, זכאי לשיפוי ממנו על כך. ראה חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 178–179, בהסבר הדבר לעניין נאמן. אלא שבאפוטרופוס קשה להתחשב בהסתמכות על הבטחת היתומים, שהרי הם קטנים.

[23] שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן כ. דברי הרשב"א הובאו ללא סייג בשו"ת מהרי"ק, שורש קלא ושורש קנה (ד"ה ואשר), ובשו"ת נבחר מכסף, סימן עט, וכדבריו פסק שולחן ערוך, חו"מ, סימן קפח, סעיף ו. ראה על דבריו ועל כל האמור בפרק זה בהרחבה: חוק לישראל, שליחות, סעיף 11, פרק שלישי; מ' ויגודה, "אחריות השולח לנזקי שלוחו", פרשת השבוע, בהוצאת משרד המשפטים, המחלקה למשפט עברי, גיליון 272, מקץ תשס"ז.

[24] שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן קכג וסימן קכד, וחלק ג, סימן קנו (הובא בשו"ת מהר"ש צרור, סימן יז) וסימן קפח. הוא מסתמך (בכל ארבע התשובות) על שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תצה, שעסק בערב שנכרים העלילו עליו עלילה בגלל ערבותו, ופסק שהלווה חייב לשפות את הערב על כך. ראה חוק לישראל, ערבות, עמ' 273–276, לנימוקים השונים לחיוב זה. המבי"ט נוקט שבנידונו השליח הוא כמו ערב, שהרי המשלח אמר לו לעשות פעולה במקומו, כמו שלווה מבקש מן הערב לפרוע את החוב במקומו.

[25] דוגמאות אלה הן משו"ת המבי"ט, חלק א, סימן קכג.

[26] שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן קנו.

(ו) שהסחורה נמצאה גנובה והשליח הואשם בגניבה[27], וכדומה – זכאי השליח לשיפוי על הנזק שנגרם לו. לדבריו, הרשב"א פטר רק בנזק שנגרם מחמת השליחות עצמה, כגון שבדרך קרה לשליח נזק שהיה קורה גם אילו הלך שם לצורך עצמו[28], אבל אם הנזק קרה מחמת המשלח, הוא חייב בשיפוי השליח גם אם הייתה זו שליחות בשכר, ואין אומרים שהשכר ניתן גם על קבלת הסיכון שיינזק[29].

אולם סייג זה אמור רק אם השליח לא היה מודע לקיומו של הסיכון שגרם לנזק. אבל אם השליח היה מודע לקיומו של הסיכון, אינו זכאי לשיפוי על נזקיו מן השולח, משום שבנסיבות אלו הסכמתו לשליחות משמשת כוויתור על הזכות לשיפוי, שהרי הוא סיכן את עצמו[30].

לאור זה, אפוטרופוס זכאי לשיפוי על נזק שנגרם לו מחמת היתומים, וזאת בתנאי שלא היה מודע מראש לסיכון הספציפי; אך הוא אינו זכאי לשיפוי על נזק שנגרם לו תוך כדי מילוי תפקידו, אם הנזק היה קורה גם לולא תפקידו כאפוטרופוס.

דעה מקורית, המטילה על משלח אחריות לנזקים שאירעו לשלוחו מכוח דיני השומרים, היא של ר' שמואל שלטשטט, הכותב[31]: "נראה לי, שאם ראובן הלך בשליחות שמעון בשכר,

[27] שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן קפח.

[28] שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן קנו. זו הדוגמה היחידה שבה פוטר המבי"ט; ואכן הכינוי שהוא נותן לה, "מחמת השליחות", אינו מדויק כדי הצורך. ואולי צ"ל: "מחמת השליח".

[29] שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן קנו.

[30] שו"ת מהר"ש צרור (תשב"ץ, חלק ד, חוט המשולש, טור ב), סימן יז; שו"ת שרידי אש (מהד' תשנ"ט), חלק א, סימן קסז (=חלק ג, סימן סח במהד' תשכ"א), ד"ה ובנידון דידן. כך עולה גם משו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן קנו, הנוקט: "אם עשאו שליח למכור לו איזו סחורה, ונמצא זיוף באותה הסחורה שלא יָדְעָה השליח, ומחמת כן העלילו עליו שזייף באותה סחורה, והפסיד והוזק בזה... יתחייב המשלח בהפסד שלו כי בסְבתו הוזק והפסיד", ומכאן שאם ידע השליח, אין השולח נושא בהפסד.
מדברי מהר"ש צרור שם עולה שאם השליח לא ידע, הוא זכאי לשיפוי בין אם המשלח ידע על הסיכון ובין אם לא ידע.

[31] הגהות מרדכי, בבא מציעא, סימן שנט וסימן תסא. רמ"א, חו"מ, סימן קעו, סעיף מח, מביא את המחלוקת בין הגהות מרדכי לרשב"א.
סברה זו, שהמשלח שואל את גוף השליח, נזכרה כבר בתשובת מהר"ם, המובאת במרדכי, בבא מציעא, סימן שסז. הוא מחייב מחמת כך את המשלח לפדות את השליח אם נשבה. אלא שהוא מעלה ספק האם חייב המשלח לפדותו במצב שיש לשליח כסף לפדות את עצמו. הספק הובא בשו"ת מהרי"ק, שורש קנה. שו"ת הרא"ש, כלל פט, סימן ד, חולק על מהר"ם בנימוק ש"כל אחד שמירת גופו עליו הוא", ולכן הוא פוטר את המשלח משמירת גופו של השליח.
על שיטת הגהות מרדכי, ראה בהרחבה בחוק לישראל, שליחות, סעיף 11, פרק שלישי, ובחוק לישראל, שומרים, עמ' 47–48, ובמילואים שם, עמ' 695–696; שם נידונה במיוחד השאלה האם ייתכן חיוב שמירה על גוף אדם.
על דברי הגהות מרדכי קשה, הרי שואל פטור ב"מתה מחמת מלאכה", היינו נזק שאירע לנכס עקב השימוש בו, ואם כן, גם אם המשלח נחשב ששאל את גופו של השליח, הרי כשהשליח ניזק תוך כדי ביצוע שליחותו, המשלח פטור מטעם "מתה מחמת מלאכה"? שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן נב, כותב שאכן זה טעמו של הרשב"א (לעיל, הערה 23), שפטר את המשלח מנזק שקרה לשליח; ואילו הגהות מרדכי מדבר במצב שקרה לו אונס שלא מחמת השליחות (כגון שתקפוהו שודדים בדרך שהיה הולך בה גם לולא השליחות), ולכן אין לפטור את המשלח מטעם "מתה מחמת מלאכה", ובזה אף הרשב"א מחייב. החתם סופר מקשר זאת למחלוקת בין הפוסקים אודות היקפו של הפטור מאחריות בשל "מתה מחמת מלאכה". יש הסבורים שרק

ונתפס בדרך ולא בסַבת שמעון, שאין חייב לפדותו. אבל אם בחנם הלך בשליחותו, חייב לפדותו, דשאלה שייכא בגוף הבעלים...". כלומר, המשלח נחשב שעושה שימוש בגופו של השליח, ולכן דינו כדין מי ששאל את גוף השליח. משום כך, כשם שהשואל חפץ נושא באחריות לנזקי החפץ המושאל בתקופת השאילה (לרבות נזקים שבאו מחמת כוח עליון – "אונס"), כך גם השואל אדם לעשות את שליחותו נושא באחריות לנזקים שנגרמו לו במהלך ביצוע התפקיד שהטיל עליו.

אם כן, לדעה זו חלה על היתומים אחריות לנזקיו של האפוטרופוס מכוח חיוב שואל. אבל אחריות זו מוגבלת על ידי הגבלות החלות על אחריות שואל:

ראשית, כפי שאמר ר' שמואל שלטשטט עצמו, אחריות מסוג זה לא תחול כלפי אפוטרופוס המקבל שכר על מילוי תפקידו, שכן במקרה זה מוגדרים היתומים כ"שוכר"[32] את גופו של הנאמן ולא כשואל, ושוכר אינו אחראי לנזקים שלא אירעו באשמתו[33].

שנית, האחריות חלה רק על נזקי גוף של האפוטרופוס (שהוא "הנכס" המושאל), ולא על נזקי רכושו, משום שרכוש האפוטרופוס לא הושאל ליתומים מעולם[34].

אם עשיית המלאכה היא שגרמה לנזק, באופן שייתכן שהנכס לא היה ראוי למלאכה ולכן ניזק מחמתה, השואל פטור מן האחריות. אבל יש המרחיבים את גדרו של הפטור וקובעים שגם נזק שלא אירע בגלל עשיית המלאכה, אך קיים קשר סיבתי ישיר בין המלאכה להתרחשות הנזק, כגון אם שאל בהמה כדי לשאת משא למקום מסוים, וטרפוה חיות בדרך – השואל פטור מאחריות, משום שלולא המלאכה לא היה הולך בדרך, ולא היה הנזק קורה. על מחלוקת זו ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן שמ, סעיף ג, ובהרחבה בחוק לישראל, שומרים, עמ' 272–276. חתם סופר אומר, שהרשב"א סובר כדעה המרחיבה (ועולה מדבריו שזו גם דעת הגהות מרדכי, שלדבריו מסכים לרשב"א). נראה שהסיבה שהוא נאלץ לומר כך היא, שאילו לדעה המצמצמת, אין מקום לפטור של "מתה מחמת מלאכה" כאן, שהרי אמנם הנזק לא היה קורה לולא השליחות, אבל הוא לא קרה מחמת עצם השליחות, באופן שאפשר לתלות את הנזק בכך שהשליח לא היה ראוי לה (חוץ מבמקרים נדירים, כגון שמת מחמת חולשתו בהליכה בדרך, מפני שלא היה מסוגל מבחינה פיזית ללכת את הדרך הזאת). התוצאה מדברי חתם סופר היא שהמשלח חייב רק בנזק שהיה קורה גם לולא השליחות, וזו שיטה הפוכה משיטת מהרי"ק והמבי"ט (להלן, ליד ציון הערה 35), שהמשלח חייב רק בנזק שלא היה קורה גם לולא השליחות. מהרי"ק והמבי"ט יוכלו ליישב את הקושי מדין "מתה מחמת מלאכה" בדרך אחרת: שהגהות מרדכי (והרשב"א, הסובר כמותו, לדבריהם) סובר כדעה המצמצמת בעניין "מתה מחמת מלאכה", ולכן אין מקום לפטור את המשלח מטעם זה (חוץ מבמקרים נדירים), כאמור.

עוד קשה על שיטת הגהות מרדכי, הרי שואל אינו אחראי לנזקים שאירעו לנכס המושאל אם היו "בעליו [של הנכס] עמו" בשעת ההשאלה (עיין שולחן ערוך, חו"מ, סימן שמו), והרי בשולח ששואל את גופו של השליח, בעליו של ה"נכס" (השליח) מצוי תמיד עם ה"נכס". על כך השיב חתם סופר, שם, שהפטור מדין "בעליו עמו" חל רק במצב שיש ניתוק פיזי בין הנכס המושאל לבעליו של הנכס, ולא כאן, שהנכס המושאל ובעליו של הנכס חד הם; ואף שאין סיבה הגיונית להבחנה זו, הרי פטור "בעליו עמו" הוא גזירת הכתוב בלי טעם, ולכן יש לצמצמו רק למצב שנאמר בו הפטור בפירוש. על קושי זה ראה גם שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן תלה; שו"ת חכם צבי, ליקוטי תשובות, סימן קכט; שו"ת שתי הלחם, סימן ו.

[32] ראה שו"ת שתי הלחם, סימן ו.

[33] ראה בהרחבה: חוק לישראל, שומרים, עמ' 221–239.

[34] שו"ת מהרי"ק, שורש קלא; סמ"ע, סימן קפח, ס"ק יא; שו"ת שתי הלחם, שם. הם עסקו בשליח. ט"ז, חו"מ, סימן קעו, סעיף מח, כותב על דברי הרמ"א, סימן קעו שם, המביא את שתי הדעות: "ובסוף סימן קפח כתב המחבר כדעת החולקים [=הרשב"א], והכי קיימא לן". אולם השולחן ערוך, חו"מ, סימן קפח, סעיף ו, אינו דן בנזקים שאירעו לגופו של השליח אלא לממונו (כפי שהעיר הסמ"ע הנ"ל). מן ההשוואה שעושה הט"ז בין שתי ההלכות אפשר ללמוד לכאורה שלדידו, אם מקבלים את העיקרון ששולח אחראי לנזקי השליח מכוח היותו שואל את גוף השליח, הרי שאחריות זו צריכה לחול לא רק על נזקי גופו

שלישית, האחריות לא תחול על נזק שהיה קורה לולא הפעולות לצורך היתומים, כגון אם האפוטרופוס עושה את המעשה – שבגללו נגרם לו הנזק – גם לטובתו האישית, או שהיה הולך למקום שבו נגרם הנזק גם לולא האפוטרופסות, והנזק היה קורה לו גם אז[35].

כל האמור נוגע לאחריותם המשפטית של היתומים לנזקים שאירעו לאפוטרופוס. מלבד זאת, יש עליהם אחריות המוסרית לכך, כפי שאפשר ללמוד מהאגדה התלמודית העוסקת במעשה בדואג האדומי שהלשין על כוהני נוב שסייעו לדוד בבורחו מפני שאול, ובעקבות כך הרג שאול את כוהני נוב[36], ובשל חטא זה נהרגו שאול ובניו בקרב עם הפלשתים[37]. וכך אומר התלמוד[38]: "אמר ליה [=לו] הקדוש ברוך הוא לדוד: עד מתי יהיה עוון זה טמון בידך? על ידך נהרגה נוב עיר הכהנים, ועל ידך נטרד דואג האדומי, ועל ידך נהרגו שאול ושלשת בניו. רצונך – יכלו זרעך או תמסר ביד אויב? אמר לפניו: ריבונו של עולם! מוטב אמסר ביד אויב ולא יכלה זרעי". ברור שאחריותו של דוד להשתלשלות האירועים היתה עקיפה ביותר, ובכל זאת ראה אותו הקב"ה כבעל עוון האחראי כלפי שאול, בניו, דואג וכוהני נוב, ובגלל אחריות זו אף ביקש להטיל עליו עונש חמור.

מאגדה זו למדו פוסקים רבים ששולח אחראי אחריות מוסרית לנזקים שסבל שליחו עקב השליחות, וחייב לכפר על עצמו באמצעות תעניות, צדקה, סיגופים וכדומה[39]. אך הם לא נתנו משמעות משפטית לאחריות מוסרית זו[40].

אולם ר' יחיאל יעקב ויינברג[41] נתן משמעות משפטית, אם כי מוגבלת, לאחריותו המוסרית של המשלח. הרב ויינברג נשאל על "אחד שהשכיר את עצמו לסוחר להעביר סחורות אסורות על הגבול, ובדרכו נתפס ונשבה והושב בבית האסורים, אם מחויב המשלח לפדות את

של השליח, אלא גם על נזקי ממונו. אבל לא ברור מה הבסיס להטלת אחריות על המשלח לממון שמעולם לא שאל. ראה גם: אורים גדולים (זאבי), סימן מ, לימוד ריד; שו"ת יורו משפטיך ליעקב, סימן צו.

35 שו"ת מהרי"ק, שורש קנה, בסופו (על שליח). גם שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן קנה, כותב שהגהות מרדכי פוטר בנזק שהיה קורה גם לולא השליחות, והגהות מרדכי אינו חולק על הרשב"א, שגם הוא פטר רק בנזק כזה, כפי שראינו לעיל (ליד ציון הערה 24 ואילך) שהמבי"ט כותב כך בדעת הרשב"א. ראה גם אורים גדולים (זאבי), סימן מ, לימוד ריד, ד"ה עוד חלק.

36 שמואל א' כב, ט–יט.

37 שמואל א' לא, ב–ו.

38 סנהדרין צה ע"א.

39 ראה: שו"ת מהר"י וייל, סימן קכה; שו"ת מהרש"ל, סימן צו; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן תלה; באר שבע, סנהדרין צה ע"א; שו"ת מהר"ם לובלין, סימן מד; שו"ת מהר"י ברונא, סימן רסה; שו"ת חוות יאיר, סימן קסו; באר היטב, או"ח, סימן תרג, ס"ק א; שו"ת הרמ"ץ, או"ח, סימן מו; נפש חיה, בבא מציעא פ ע"ב.

שו"ת צמח צדק (קרוכמל), סימן ו, נוטה לדחות את דברי מהר"י וייל, אך למעשה הוא נרתע מלחלוק על דבריו, ובסימן צג אף פסק למעשה כדעת מהר"י וייל. גם שו"ת חתם סופר, קובץ תשובות, סימן יח, מסתייג מדברי מהר"י וייל, אך למעשה קיבל את עמדתו. וראה ש' ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי, ת"א תשכ"ט, עמ' 945–950.

40 יש לציין, שבמצב שמטיל המשפט העברי חיוב מוסרי שהוא בגדר חיוב בדיני שמיים, ולפי חוק המדינה חל על כך חיוב ממשי בדיני אדם, מכירה ההלכה בתוקפו המשפטי של חוק זה מצד "דינא דמלכותא דינא". ראה: נ' רקובר, שלטון החוק בישראל, ירושלים תשמ"ט, עמ' 28; הערת ר' זלמן נחמיה גולדברג, בנספח לחוק לישראל, נזיקין, עמ' 378.

41 שו"ת שרידי אש (מהד' תשנ"ט), חלק א, סימן קסז (=חלק ג, סימן סח במהד' תשכ"א). בנידונו השליח ידע על הסכנה, ולכן השולח היה פטור מן הדין, כפי שציינו בשמו לעיל, הערה 30.

השליח", והשיב על סמך האמור בעניין דוד המלך: "על פי מידת היושר מחויב המשלח להשתתף בהוצאת פדיונו". לכן, למעשה, "יושיבו בית דין של ג' והם ישומו בכמה חייב הבעל הבית [=המשלח] להשתתף, והכל לפי ראות הדיינים".

למעשה, תרגם הרב ויינברג את האחריות המוסרית לחיוב משפטי, אולם קבע שהשיפוי יהיה חלקי וגובהו ייקבע "לפי ראות הדיינים". לעניין זה, יש להניח שיביאו הדיינים בחשבון את אופיו של הקשר הסיבתי בין התנהגות המשלח או היתומים לבין התרחשות הנזק, את שאלת קיומו של אשם תורם מצדו של הנפגע[42] ואת השאלה מי יזם את האפוטרופסות ולמי היה עניין אישי בקיומה[43].

מכל מקום, האפוטרופוס אינו זכאי לקבל התחייבות מראש מן היתומים או מן הקהל, שיפצו אותו אם יינזק בגלל תפקידו[44]. כמובן, אם הם מבקשים ממנו להיות אפוטרופוס, הוא יכול להתנות את הסכמתו בכך שיתחייבו לפצותו על נזק כזה.

ד. הפסדי האפוטרופוס בשל אחריותו לנזקי צד שלישי

אם האפוטרופוס גרם נזק לאדם אחר במסגרת מילוי תפקידיו, וחויב לפצותו על נזק זה, האם הוא זכאי לקבל שיפוי מן היתומים על הכסף ששילם[45]? שאלה זו יש לבחון על רקע חובת השיפוי על נזקים שנגרמו לאפוטרופוס, שבה עסקנו בפרק הקודם.

כפי שראינו לעיל, לפי הרשב"א[46] אין לאפוטרופוס זכות לשיפוי על שום נזק. אף שראינו לעיל[47] שלפי המבי"ט, הרשב"א מסכים שהאפוטרופוס זכאי לשיפוי על נזקים שנגרמו בגלל עיסוקו באפוטרופסות, הרי הדעת נותנת שבנידוננו, שהפסדי האפוטרופוס נגרמו באשמתו, וליתומים לא היה בהם כל חלק, האפוטרופוס אינו זכאי לשיפוי מהיתומים או מכל גורם אחר על הפסדיו.

עוד ראינו שלפי ר' שמואל שלטשטט[48], אפוטרופוס זכאי לשיפוי על נזקיו משום שגופו

[42] על משקלו של גורם זה לעניין חיוב המשלח בכפרה בגין אחריותו המוסרית, ראה: שו"ת מהרש"ל, שו"ת מהרשד"ם ושו"ת חתם סופר, הנזכרים לעיל, הערה 39.

[43] שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, או"ח, סימן לד, מייחס משקל רב לגורם זה לעניין חיוב הכפרה. מדבריו אפשר להסיק שאם האפוטרופוס הוא שהציע עצמו לשמש כאפוטרופוס, או שיש לו עניין אישי בהגשמת מטרות האפוטרופסות, לא יקבל שיפוי על נזקיו.

[44] שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שנא (הובא בצדקה חיים, דרוש י', דף לב ע"ב).

[45] ברור שהיתומים אינם חייבים לשלם לניזק. כך עולה ממה שנפסק בעניין אחריותו של מעביד לנזקים שגרם עובדו לזולת במהלך העבודה. לדיון בשאלה זו, ראה: ש' ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי, ת"א תשכ"ט, עמ' 933–938; ח"ש חפץ, "אחריות הרב במשפט העברי", דיני ישראל ו (תשל"ה) 49, 86–91; חוק לישראל, נזיקין, עמ' 69–76; משפטי התורה (שפירא), חלק א, עמ' סה–סח; רח"ש שאנן, "אחריות בעל הבית לנזקי פועל", שורת הדין ג (תשנ"ה), עמ' רסט. המסקנה העולה ממקורות אלה היא שאין מטילים על אדם אחריות לנזקים שגרם פועל שלו, אלא אם הנזק התרחש בשעה שהפועל היה נתון לפיקוחו. מאחר שהאפוטרופוס אינו נתון לפיקוחם של היתומים, אי אפשר להטיל עליהם אחריות לנזקים שהוא אשם בהתרחשותם. לפיכך, נדון כאן רק בחובתם של היתומים לשפות את האפוטרופוס על הפסדיו בגין אחריותו לנזקים שגרם לצד ג' במסגרת מילוי תפקידיו.

[46] לעיל, ליד ציון הערה 23.

[47] לעיל, ליד ציון הערה 24.

[48] לעיל, ליד ציון הערה 31.

נחשב כשאול ליתומים. אבל הוא מתייחס רק לשיפוי על נזקי גוף[49], ואילו כאן השאלה היא על נזק ממוני שנגרם לאפוטרופוס.

אשר לאחריותם המוסרית של היתומים, אפשר ללמוד שקיימת כאן אחריות כזאת מדברי התלמוד שהבאנו לעיל[50], המטיל על דוד המלך אחריות מוסרית למותו של שאול, אף על פי ששאול נענש על חטאו של עצמו, וזאת משום שלולא מעשהו של דוד, לא היה שאול חוטא. מכאן שאף שהאפוטרופוס נהג שלא כדין, בכל זאת מוטלת אחריות מוסרית על היתומים, כיוון שבלעדיהם לא היה האפוטרופוס עושה את מה שעשה[51]. אולם נראה שאף ר' יחיאל יעקב ויינברג[52] שהפך אחריות מוסרית זו לאחריות משפטית, יסכים שבנידוננו, שהאחריות המוסרית מצומצמת מאוד, אין להטיל אחריות משפטית בגינה.

כל זה אמור לגבי נזק שהזיק האפוטרופוס בלי הצדקה. אבל אם האפוטרופוס גרם נזק לצד ג' במסגרת מילוי תפקידו, באופן שהדבר היה הכרחי כדי שיוכל למלא את תפקידו, וחויב לשלם עליו פיצויים, נראה שיש לראות פיצויים אלו כהוצאות של האפוטרופוס שהוציא לשם מילוי תפקידו, והיתומים חייבים לשפות אותו עליהם.

פרק רביעי

סבירותן של ההוצאות – "ההוצאות הסבירות"

לפי החוק, האפוטרופוס זכאי להחזר רק על "ההוצאות הסבירות" שהוציא. בעוד החוק אינו מציע מבחנים לסבירות, ניתן להסתייע במשפט העברי, שהציע מבחנים אחדים לכך בתחומים שונים, שאפשר ללמוד מהם לעניין אפוטרופוס:

(א) מבחן הנוהג המקובל בוחן את גובה ההוצאה בהתאם לגובה התשלום שמקובל לשלם עבור נכס או שירות. מבחן זה מוזכר בדברי הרמ"א[53]: "מי שציוה לאחד שיתעסק לו באיזה דבר, והוא הוציא עליו הוצאות, אם הוציא עליו יותר מן הרגילות להוציא על עסק כזה – אין צריך להחזיר, דלא אסיק אדעתיה [= שלא העלה על דעתו] שיוציא כל כך. אבל אם לא הוציא יותר מן הרגילות, חייב לשלם לו". הרמ"א דן במי שהתבקש לעסוק בדבר כלשהו עבור זולתו, והוא מבחין בין הוצאות מקובלות לבין הוצאות מעבר למקובל. על הוצאות מעבר למקובל קובע הרמ"א שהעוסק אינו זכאי לשיפוי, משום ש"לא אסיק אדעתיה שיוציא כל כך". הסבר זה מבוסס על ההנחה שקיים מעין הסכם בין המבקש לעוסק, לפיו ישא המבקש

[49] כאמור לעיל, ליד ציון הערה 34.

[50] לעיל, ליד ציון הערה 38.

[51] ראה: שו"ת חתם סופר שצוין לעיל, הערה 39, ד"ה ובעובדא דמהר"ם; שו"ת שואל ומשיב, מהדורא קמא, חלק א, סימן קעב, בשאלת חיוב כפרה במי שגרם למותו של אחר, במצב שגם ההרוג היה שותף לגרימת המוות.

[52] לעיל, ליד ציון הערה 41.

[53] רמ"א, חו"מ, סימן קפב, סעיף ג. מקורו בשו"ת מהרי"ק, שורש י, ענף יב.
שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן ס (ד"ה והנה מפני), דן בראש הקהל שהוציא הוצאות לצורך הקהל, וכותב שגם אם תפס ראש הקהל מנכסי הקהל לשם שיפוי על הוצאותיו סך שהוא גדול מן הסך שמקובל להוציא עבור הפעולות שעשה, מוציאים ממנו מה שתפס.

בכל הוצאה שיוציא העוסק במסגרת מילוי תפקידיו, אולם הסכם זה מוגבל רק לסכום ההוצאות שמקובל להוציא לשם מילוי תפקיד זה[54].

(ב) מבחן חיוניות ההוצאה מתמקד בשאלה, האם היה צורך חיוני בהוצאה. בהתאם למבחן זה, גם אם המחיר ששולם עבור הנכס או השירות הוא בהתאם למקובל, ההוצאה לא תחשב סבירה אם לא היה בה צורך חיוני.

מבחן זה משמש בדיני השומרים. השומר זכאי לשיפוי על הוצאות הכרוכות במילוי תפקידיו, אך אין הוא זכאי לשיפוי על הוצאות שמהן יכול היה להימנע[55].

כך, למשל, שומר שעושה חלק מחובות השמירה על ידי פועלים שהוא שוכר, זכאי לשיפוי רק על ההוצאות שנדרשו לו לשם שכירת הפועלים שביצעו עבודות שאין דרכו של השומר עצמו לבצען מחמת גילו, מעמדו, כישוריו וכדומה. בנסיבות אלה, יש להניח שבעל הנכס היה מודע לכך שהשומר יבצע את חובתו באמצעות פועלים, והסכים לשפות את השומר על ההוצאות שיידרשו לו לשם שכירתם. אולם אם שכר השומר פועלים לשם ביצוע מלאכה שמקובל שהשומר מבצע אותה בעצמו והיא מתאימה למעמדו ולכישוריו, יש להניח שבעל הנכס מעולם לא הסכים לשאת בהוצאות הדרושות לשם שכירת פועלים לביצוע מלאכה זו, ולכן אין השומר זכאי לשיפוי[56].

כמו כן, גם אם ההוצאה עצמה היתה הכרחית, הרי אם הייתה מופרזת וניתן היה להשיג אותן תוצאות בהוצאות נמוכות מאלו שהוציא השומר, הוא זכאי לשיפוי רק לפי הערך הנמוך של ההוצאות[57].

אפשר ללמוד מדיני שומר, שאפוטרופוס אינו זכאי לשיפוי על הוצאותיו אם היה יכול להשיג את המטרה בלי הוצאות או בהוצאות בסכום נמוך יותר.

(ג) מבחן כדאיות ההוצאה מתמקד בסבירותה של ההוצאה לפי מבחני עלות ותועלת. בהתאם למבחן זה, ההוצאה תחשב סבירה רק אם התועלת שביקש האפוטרופוס להשיג ולשמה הוציא את הוצאותיו, עולה בערכה על ערך ההוצאה.

מבחן זה משמש בדיני השומרים. השומר נדרש לעיתים לשלם מכיסו עבור הוצאות שונות לשם שמירת הנכס שהופקד בידיו, ועל הוצאות אלה זכאי השומר לשיפוי. אולם אין השומר זכאי לשיפוי על הוצאות העולות על ערך הנכס שהופקד בידיו[58].

קביעה זו מבוססת על ההנחה שבעל הנכס הסכים לשפות את השומר על כל הוצאה הנדרשת לשם שמירת הנכס, ובלבד שערכה אינו עולה על ערך הנכס. לכן, אין יסוד לחייב את בעליו של הנכס לשפות את השומר על הוצאה הגבוהה מערכו של הנכס[59].

---

[54] דוגמה נוספת למבחן זה נמצא בתקנות הקהל. בקהילות מסוימות היה מקובל למנות ועדת ביקורת ("בעלי סכומות") לנאמני הקהל, ובתקנות הקהל נקבע שעד סך מסוים רשאים הנאמנים להוציא בלי ליידע תחילה את הוועדה, אך אם הם נדרשים להוציא הוצאות מעבר לסך זה, עליהם ליידע תחילה את ועדת הביקורת. ראה שו"ת צמח צדק (קרוכמל), סימן לז; שו"ת חתם סופר, שם.

[55] רמ"ך, בשיטה מקובצת, בבא מציעא צג ע"ב; שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן שיג. ראה על כך בהרחבה בחוק לישראל, שומרים, עמ' 486–487.

[56] שו"ת הרדב"ז, שם.

[57] רמ"ך, שם; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שפח.

[58] בבא מציעא צג ע"ב. כך פסקו: שו"ת הרא"ש, כלל צה, סימן ב; שולחן ערוך, חו"מ, סימן שג, סעיף ח; שו"ת בני יעקב, סימן ה (קצד ע"ב). ראה על כך בהרחבה בחוק לישראל, שומרים, עמ' 485–486.

[59] לטעם הדבר, ראה חוק לישראל, שם, הערה 37.

אבל ייתכנו נסיבות שבהן אפשר לשער שהמפקיד מוכן לשפות את השומר על כל הוצאה נדרשת, אף שהיא גבוהה מערכו האובייקטיבי של הנכס, מחמת ערכו (הסובייקטיבי) של הנכס לבעליו. בנסיבות אלו, זכות השומר לשיפוי לא תוגבל לערכו האובייקטיבי של הנכס[60].

בהתאם לכך, אפוטרופוס אינו זכאי לשיפוי על הוצאות לשם השבחת נכס, אם ההוצאות עולות על ערך הנכס המושבח.

אולם אם מראש היה סיכוי סביר שההוצאות יניבו שבח הגדול מהן, ובפועל השביחו הנכסים פחות מסכום ההוצאות, הוא זכאי לשיפוי על כל הוצאותיו, מפני שלא היה יכול לדעת שהשבח יהיה קטן מן ההוצאות[61].

פרק חמישי

גביית החזר ההוצאות – "רשאי האפוטרופוס להחזירן לעצמו מנכסי אותו אדם"

לפי החוק, האפוטרופוס רשאי להחזיר לעצמו את הוצאותיו מנכסי החסוי, כלומר, הוא רשאי למכור מנכסי החסוי וליטול מן התמורה סכום שווה ערך להוצאותיו. זאת אף שמכירת הנכסים בנסיבות אלה עלולה להיעשות בחופזה, כדי שהאפוטרופוס יוכל להחזיר לעצמו את המגיע לו במהירות, והדבר עלול להביא לכך שהתמורה שתתקבל תהיה נמוכה מזו שהייתה מתקבלת אילו נמכרו הנכסים בנסיבות אחרות.

הוראה זו מעוררת את השאלה, האם גם לפי המשפט העברי רשאי האפוטרופוס לעשות כן?

הרמב"ן[62] כותב שאפוטרופוס שלווה לצורך יתומים רשאי למכור מנכסי היתומים כדי לפרוע את החוב, וזאת אף שבדרך כלל אין מוכרים נכסי יתומים כדי לפרוע חוב המוטל עליהם.

[60] ראה על כך חוק לישראל שם, עמ' 485–486.

[61] כך עולה מהשוואה לדין יורד ברשות: פתחי חושן, פקדון ושאלה, פרק ג, הערה טו, הקשה על הדין ששומר אינו מקבל שיפוי על הוצאות העולות על ערך הנכס, הרי כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 12, היורד לשדה חברו ברשות זכאי לשיפוי על הוצאותיו אף אם הן עולות על ערך השבח שהשיג? הוא מעלה אפשרות ליישב שאינו נחשב כיורד ברשות לגבי כל הוצאה שהיא מעבר לשווי הנכס; אבל תירוץ זה קשה, שהרי באותה מידה אפשר לומר שכל יורד ברשות לא ייחשב יורד ברשות לגבי ההוצאה העולה על השבח, ובכל זאת הוא מקבל את כל הוצאותיו! ונראה לתרץ, שההלכה שיורד ברשות מקבל הוצאה מעבר לשבח, אמורה במי שלא ידע מראש שהוצאותיו יהיו גבוהות מערך השבח שישיג מכוחן, אלא רק בדיעבד התברר שזה המצב. אבל אם המשביח יכול היה לדעת מראש שהשבח יהיה נמוך מן ההוצאות, יש להניח שבעל הנכס לא היה מוכן שישביח את נכסיו במחיר זה, ולפיכך דינו כיורד שלא ברשות לשדה שאינה עשויה ליטע, שידו על התחתונה (שולחן ערוך, חו"מ, שעה, א), דהיינו שהוא זכאי לקבל את הערך הנמוך שבין הוצאותיו והשבח שנגרם בזכותן. ובמקביל לזה, שומר שהוציא מעבר לערך הנכס אינו זכאי להשבת הוצאותיו המיותרות, מפני שכבר כשהוציא אותן ידע שהן עולות על ערך הנכס; ואכן, אם לא ידע זאת, הוא זכאי להשבה. וכך פוסק שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן פג, ששומר שהוציא פעמים אחדות הוצאות שונות לשם שמירת הנכס, ולבסוף התברר שערך כלל ההוצאות עולה על ערך הנכס, זכאי להשבת כל הוצאותיו. בדומה לזה, כתב חזון איש, חו"מ, סימן א, ס"ק כד, שמורשה שהוציא כמה פעמים הוצאות קטנות לצורך התביעה, ולבסוף התברר שצירופן עולה על ערך התביעה, זכאי להשבת כל הוצאותיו.

[62] חידושי הרמב"ן, כתובות ק ע"ב (הובא ברא"ש, כתובות, פרק יא, סימן כד). כך פסק גם שולחן ערוך, חו"מ, סימן קט, סעיף ד, וסימן קי, סעיף ח.

נימוקו הוא, שהדבר פועל לטובת היתומים, מפני שבגלל הלכה זו, האפוטרופוס יטפל בצרכי היתומים גם על ידי נטילת הלוואות, ולא יחשוש שיצטרך להחזיר את ההלוואה מממונו. אפשר ללמוד מדבריו, שאפוטרופוס שהוציא הוצאות יכול לגבותן ממכירת נכסי היתומים[63].

כך עולה גם מן ההלכה שאפוטרופוס רשאי ליטול מנכסי העיזבון כדי לקנות ביגוד הדרוש לו לצורך קידום ענייני היתומים[64]. יש לדון בדרך קל וחומר, שאם האפוטרופוס רשאי ליטול מנכסי היתומים לצורך מילוי תפקידו, ודאי שאם כבר הוציא מכספו לצורך זה, הוא זכאי ליטול מנכסיהם החזר להוצאותיו[65].

מסתימת דברי הפוסקים נראה שהאפוטרופוס רשאי למכור מנכסי היתומים כדי לגבות את החזר הוצאותיו, גם אם אפשר להניח שבעתיד יהיו להם כספים שיוכל להיפרע מהם.

פרק שישי

סיכום

הן לפי החוק הן לפי המשפט העברי, אפוטרופוס זכאי לקבל החזר על הוצאות שהוציא לשם מילוי תפקידיו.

לפי המשפט העברי, ההוצאות שבגינן זכאי האפוטרופוס לשיפוי הן הוצאות ממשיות בלבד, ובכלל זה הוצאות לסיפוק צרכי היתומים, להשבחת נכסי היתומים ולשמירתם. אבל אין האפוטרופוס זכאי להחזר על כך שאילולא טיפל ביתומים היה יכול להשתכר שכר גבוה במקצועו.

אפוטרופוס זכאי לשיפוי על נזק שנגרם לו מחמת היתומים, וזאת בתנאי שלא היה מודע מראש לסיכון הספציפי; אך הוא אינו זכאי לשיפוי על נזק שנגרם לו תוך כדי מילוי תפקידו, אם הנזק היה קורה גם לולא תפקידו כאפוטרופוס. אם האפוטרופוס גרם נזק לאדם אחר במסגרת מילוי תפקידיו, באופן שהדבר היה הכרחי כדי שיוכל למלא את תפקידו, וחויב לפצותו על נזק זה, הוא זכאי לקבל שיפוי מן היתומים על הכסף ששילם

אפוטרופוס המקבל שכר זכאי לשיפוי רק על הוצאות לא צפויות.

האפוטרופוס זכאי לקבל החזר רק על הוצאות סבירות. הוא אינו זכאי להחזר אם שילם עבור נכס או שירות תשלום גבוה מהמקובל, או אם היה יכול להשיג את המטרה בלי הוצאות.

הרא"ש שם מביא שהר"י חולק על הרמב"ן, בנימוק שאי אפשר לתבוע קטן בדין, מפני שאי אפשר להביא עדים להעיד נגדו. הר"י מסכים, שאם היתומים גדולים, אפשר לגבות את החוב מנכסיהם.

[63] כך הבין שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן א, שלומד מדברי הרמב"ן שאפוטרופוס של הקדש שהוציא הוצאות משלו למען ההקדש, יכול למכור מנכסי ההקדש כדי להשיב לעצמו את הוצאותיו. ראה גם שו"ת מהריט"ץ החדשות, סימן צו.

גם אם נאמר שאין לאפוטרופוס זכות עצמית לגבות מנכסי היתומים, הרי אם יתפוס מהם, תועיל תפיסתו, ככל אדם התופס נכסים (מיטלטלין) ממי שחייב לו; אלא שנחלקו הפוסקים האם הדבר מותר לכתחילה – עיין רמ"א, חו"מ, סימן ד, סעיף א.

[64] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ה; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף ד. אבל סמ"ע, רצ, ס"ק י, כותב שאם היתומים מתנגדים לכך, אסור לו לעשות כן.

[65] וראה בחוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 189–190, שכך הדין גם לגבי גבאי צדקה.

הוא אינו זכאי לשיפוי על הוצאות לשם השבחת נכס, אם ההוצאות עולות על ערך הנכס המושבח, אלא אם כן מראש היה סיכוי סביר שההוצאות יניבו שבח הגדול מהן.

הן לפי החוק הן לפי המשפט העברי, האפוטרופוס רשאי לגבות את הוצאותיו מנכסי החסוי, ובכוחו אף למכור מנכסי החסוי כדי להיפרע מהם לאלתר.

פרק שביעי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

הוצאות האפוטרופוס

55. ההוצאות שהאפוטרופוס הוציא במילוי תפקידו חלות על האדם שהוא אפוטרופסו, אם לא היה יכול לקיים את תפקידו בלי ההוצאות או בהוצאות קטנות יותר, ורשאי האפוטרופוס להחזירן לעצמו מנכסי אותו אדם.

סעיף 56

שכר האפוטרופוס

שכר האפוטרופוס

56. (א) בית המשפט רשאי לקבוע לאפוטרופוס שכר אם ראה טעם לכך בנסיבות העניין; שכר האפוטרופוס שנקבע על ידי בית המשפט חל על האדם שמונה לו אפוטרופוס ורשאי האפוטרופוס לקבלו מנכסי אותו אדם.

(ב) שר המשפטים רשאי לקבוע כללים בדבר השכר שבית המשפט רשאי לקבוע לאפוטרופסים.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 265

פרק שני: זכות האפוטרופוס לשכר – "לקבוע לאפוטרופוס שכר" 265

פרק שלישי: קביעת השכר – "בית המשפט רשאי לקבוע לאפוטרופוס שכר" 268

פרק רביעי: גביית השכר מנכסי החסוי – "רשאי האפוטרופוס לקבלו מנכסי אותו אדם" 269

פרק חמישי: סיכום 269

פרק שישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 269

פרק ראשון

מבוא

סעיף זה קובע שבית המשפט רשאי לקבוע לאפוטרופוס שכר. מכאן, שכל עוד לא קבע בית המשפט שהאפוטרופוס זכאי לשכר, הוא אינו זכאי לכך. את הדיון בסעיף זה נפתח אפוא בשאלה העקרונית, האם גם לפי המשפט העברי אין האפוטרופוס זכאי לשכר כל עוד לא קבע בית הדין שהוא זכאי לכך, או שמא הנחת המוצא של המשפט העברי הפוכה, ולפיה, האפוטרופוס זכאי לשכר, אלא אם נקבע שהוא אינו זכאי לכך?

החוק קובע שבית המשפט רשאי לקבוע לאפוטרופוס שכר, אך אין הוא מבהיר מה הם השיקולים שעשויים להצדיק קביעה כזאת. אי לכך, נבקש להבהיר מה הם השיקולים שעל בית הדין לשקול בבואו להחליט אם לקבוע לאפוטרופוס שכר, לפי המשפט העברי.

עוד קובע הסעיף שהאפוטרופוס זכאי לקבל את השכר "מנכסי אותו אדם". בעניין זה נבקש לברר, האם גם לפי המשפט העברי רשאי האפוטרופוס לגבות את השכר המגיע לו מנכסי החסוי, והאם לשם כך הוא רשאי אף למכור נכסים של החסוי לשם גביית שכרו, או שמא עליו להמתין ולקבל את המגיע לו כתשלום מפירות נכסיו של החסוי.

פרק שני

זכות האפוטרופוס לשכר – "לקבוע לאפוטרופוס שכר"

כאמור, מסעיף זה עולה שאם לא קבע בית המשפט שהאפוטרופוס זכאי לשכר, הוא אינו זכאי לכך. האם כך היא גם עמדת המשפט העברי, או שמא הנחת המוצא של המשפט העברי הפוכה, ולפיה, האפוטרופוס זכאי לשכר, אלא אם קבע בית הדין שהוא אינו זכאי לכך? השאלה מתעוררת במצב שלא קבעו מראש אם ימלא את התפקיד בשכר או בחינם, ובסיום האפוטרופסות דורש האפוטרופוס שכר, בטענה שלא התכוון לעבוד בחינם, ואילו הצד השני טוען שהעובדה שלא דרש שכר מראש מעידה שהתכוון לעבוד בחינם.

בעניין זכותו של אדם לקבל שכר על עמלו לטובת קידום עניינו של הזולת, בלי שדרש שכר מראש, קבע הרמ"א עיקרון כללי: "כל אדם שעושה עם חברו פעולה או טובה, לא יוכל לומר: 'בחנם עשית עמדי הואיל ולא ציוויתיך', אלא צריך ליתן לו שכרו"[1].

הלכה זו מבוססת על ההנחה, שמי שמיטיב עם הזולת מצפה לקבל שכר עבור טרחתו, ושנכונותו של המוטב לקבל את השירות מלמדת על הסכמה מכללא לשלם את השכר המקובל עבור השירות. מהלכה זו ניתן היה להסיק, שהנחת המוצא של המשפט העברי היא,

[1] רמ"א, חו"מ, סימן רסד, סעיף ד. ראה על עניין זה בהרחבה: פתחי חושן, שכירות, פרק ח, סעיף לא, והערות סג–סז; חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 162–163.

שהאפוטרופוס זכאי לשכר על טרחתו בניהול נכסי היתומים, שמירתם ופיתוחם, והשימוש בהם לשם סיפוק צרכיהם של היתומים.

אולם ר׳ יחזקאל לנדא[2] קבע שאפוטרופוס של יתומים שלא התנה מראש שיהיה זכאי לשכר, אינו זכאי לשכר[3]. הוא נותן שני נימוקים: (א) יש להניח שהאפוטרופוס טורח כדי לקיים את המצווה של הדאגה ליתומים, ולא כדי לקבל שכר. (ב) יש להניח שהוא הסכים לקבל את התפקיד בגלל האמון שבית הדין נותן בו, דבר שמוסיף לו מוניטין, ולא כדי לקבל שכר[4].

בית הדין הרבני האזורי ת״א־יפו[5] פסק על פי דברי ר׳ יחזקאל לנדא, שאין מגיע שכר לאפוטרופוס על יתומים, בין אם מינהו אבי היתומים ובין אם מינהו בית דין[6].

אבל יש חולקים[7] על ר׳ יחזקאל לנדא, וסוברים שהאפוטרופוס זכאי לשכר, אף אם לא התנה על כך מראש.

גם לדעת ר׳ יחזקאל לנדא, באפוטרופוס ליתומים גדולים, שאינו מקיים מצווה בכך שהוא

[2] שו״ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, חו״מ, סימן לד.
ר׳ אבידן משה שפניר, ״פיטורי אפוטרופוס של הקדש ויתומים״, תחומין, כרך כד (תשס״ד), עמ׳ 95, פוסק בעקבות דברי נודע ביהודה, שאם האפוטרופוס נטל שכר לעצמו בלי לקבל רשות מבית דין, מסלקים אותו.

[3] יש מקום לומר שאף אסור לאפוטרופוס לקבל שכר טרחה (כלומר, אסור לו להתנות את הסכמתו לשמש כאפוטרופוס בכך שישולם לו שכר), וזאת לאור האיסור ליטול שכר עבור קיום מצווה. על האיסור ראה בהרחבה בחוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ׳ 164–166. אבל בהערה 7 נראה שקרני ראם התעלם מאיסור זה.

[4] מלשון הנודע ביהודה משמע, לכאורה, שגם ללא הנימוקים הללו, אפוטרופוס אינו מקבל שכר, ואלו דבריו: ״ומה שתובע האפוטרופוס שכר טרחה, נראה פשוט כיון שלא התנה מתחלה אין לו שכר, ובפרט שהוא לו לחשיבות, שמינוהו בי דינא, וגם מצווה קעביד, מסתמא נתרצה בלי שכר״. מן המילה ״ובפרט״ משמע שאף ללא הנימוקים הללו, האפוטרופוס אינו זכאי לשכר אם לא הוסכם על כך מראש. אבל אי אפשר לפרש כך את כוונתו, שהרי זה נוגד את דברי הרמ״א (לעיל, הערה 1), שהעושה שירות למען זולתו זכאי לשכר גם אם לא התנה. על כרחנו נאמר ששני הנימוקים הם הבסיס לפסיקתו.

[5] פד״ר, כרך ה, עמ׳ 88.

[6] הנימוק השני של הנודע ביהודה תקף רק באפוטרופוס שמינהו בית דין ולא באפוטרופוס שמינהו אבי היתומים. על כן, בפד״ר, שם, עמ׳ 86, צד אחד טען שאפוטרופוס שמינהו אבי היתומים זכאי לשכר אף אם לא התנה מראש שיקבל שכר. אבל בית הדין פסק (בעמ׳ 88) שגם הוא אינו זכא לשכר, על סמך בית הבחירה, גיטין נב ע״א, שעולה מדבריו שגם אפוטרופוס שמינהו אבי יתומים אינו זכאי לשכר אם לא התנה מראש שיקבל שכר. אותו צד טען עוד שאם יש יותר מאפוטרופוס אחד, הנימוק השני של הנודע ביהודה אינו תקף (גם במינוי של בית דין), מפני שאין חשיבות לאחד מתוך אפוטרופסים אחדים. אבל בית הדין אינו מתייחס לטענה זו.
יש לציין את מה שכתב שו״ת הרי״ף, סימן קסא, שאם האפוטרופוס השכיר חצר של היתומים, אין לו חלק בשכר.

[7] שו״ת טוב טעם ודעת, מהדורא קמא, סימן רז; שו״ת קרני ראם (אנקאווא), אהע״ז, סימן קצג, ובספרו פעמוני זהב, סימן רצ, סעיף א.
קרני ראם מוכיח שגם העושה מצווה בסתם, מגיע לו שכר על כך, משו״ת בית דוד (פילוסוף), חו״מ, סימן לג, הכותב שמי שטיפל בחולה זכאי ליטול שכר בגלל ההנחה של הרמ״א (לעיל, הערה 1), שאין אדם עושה עבור חברו בחינם, וזאת אף שמדובר שם במצווה. הוא מוכיח זאת גם משו״ת חתם סופר, חו״מ, סימן ס, העוסק בפרנסי קהילה שטרחו בסידור הלוואות מקופת גמ״ח, ונטלו לעצמם שכר מן הקופה, ופוסק שמגיע להם שכר, על פי הרמ״א שם. הוא מוסיף שהמנהג הוא שאפוטרופוס מקבל שכר טרחה, בין מינהו בית דין ובין מינהו אבי היתומים.
שו״ת מהרש״ם, חלק ד, סימן מב, כותב בתחילה שמהרמ״א משמע שלא כנודע ביהודה, אבל אחר כך הוא כותב שבנידונו אין מקום לנימוקים של נודע ביהודה, הרי שהוא מתחשב בדעתו.

דואג לעניינם (שהרי הם מסוגלים לדאוג לעצמם), וגם אין חשיבות במינוי בית דין, אין להניח שהוא מוכן לעבוד בחינם, אלא הוא זכאי לשכר[8].

פתחי חושן, שכירות, פרק ח, הערה סו, מעלה אפשרות שאין מחלוקת בין נודע ביהודה לבין טוב טעם ודעת, וטוב טעם ודעת מדבר באפוטרופוס שטרח יותר מהמוטל עליו.

פד"ר, שם, עמ' 87, מעיר שגם אם נניח שמגיע לאפוטרופוס שכר, הרי אם הוא אח של החסוי, לא מגיע לו שכר, וזאת על פי שולחן ערוך, חו"מ, סימן רפז, סעיף א, הקובע: "השביחו ה[אחים ה]גדולים את הנכסים, כל השבח לאמצע ואפילו שכר עמלם לא יטלו" (ע"פ בבא בתרא קמג ע"ב). אמנם השולחן ערוך מדבר על אח שאינו אפוטרופוס, אבל פד"ר לומד מדבריו גם לאח שהוא אפוטרופוס. סמ"ע, סימן רפז, ס"ק ב, מנמק (על פי רא"ש, בבא בתרא, פרק ט, סימן ט) שיש להניח שהאחים הגדולים מוחלים לאחיהם הקטנים על שכר טרחתם. אבל פד"ר העיר שבמצבים מסויימים האחים יקבלו שכר, כמפורש בשולחן ערוך שם, כגון אם השביחו על ידי שהוציאו הוצאות משלהם או שטרחו בגופם לחפור ולבנות, או שהוא תלמיד חכם (שולחן ערוך שם, סעיף ב).

[8] פד"ר, שם, עמ' 88.

לגבי נידונו, מצא פד"ר שם סיבה נוספת לשלול ממנו את הזכות לשכר – מפני שלא דרש זאת מראש, ובכך הראה שהוא מוחל על השכר. לכאורה מהרמ"א (שהובא בהערה 1) האומר שהעושה פעולה בת חברו זכאי לשכר אף שלא דרש זאת מראש, מוכח שאין מתחשבים בשיקול זה. מהמשך הדברים בפד"ר נראה שהוא מסתמך על כך שכבר מתחילה היה דין ודברים ממוני בין האפוטרופוס לבין היתומים, ולכן העובדה שאז לא דרש שכר מוכיחה שמחל על זכות זו.

גם אם נניח שאפוטרופוס אינו זכאי לשכר על עבודתו, לעיתים הוא יוכל לזכות לפחות לשכר חלקי מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. לעניין זה ראה: חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, סעיפים 4, 5(א), 5(ב); חוק לישראל, שליחות, סעיף 11. עם זאת, נראה שאין לכנות זכות הנובעת מדיני "עשיית עושר" כזכות ל"שכר". הרי קיומה של זכות מכוח דיני עשיית עושר מותנה בכך שפעולותיו של האפוטרופוס נאמן אכן העשירו את היתומים, ומכל מקום השכר לא יעלה על הרווח שהניבו פעולותיו. מאפיינים אלו מעידים על כך שה"שכר" אינו "שכר בעד מילוי תפקידיו", אלא גמול על התוצאות שהניבו אותן פעולות.

בהקשר זה עולה השאלה, אם פעולת האפוטרופוס לא העשירה את היתומים באופן חיובי אלא רק מנעה מהם הפסד, האם עומדת לו זכות מכוח "נהנה". דוגמה לכך היא העלמת מכס מן השלטון הנכרי. ר' שלמה בן אברהם הכהן, בשו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן צא, עוסק בטענה זו (לא באפוטרופוס). הוא דן תחילה בשאלה, האם לחובה שמטיל השלטון הנכרי לשלם את המכס יש תוקף על פי ההלכה? אם יש לה תוקף, החיסכון הוא בגדר רווח שהופק שלא כדין, שעליו אין זכאות לשכר. מנגד, אם אין לחיוב המכס תוקף על פי ההלכה, הרי שיש ללמוד את זכות העוסק לשכר מדיני "המבריח ארי מנכסי חברו" (בבא קמא נח ע"א; וראה בהרחבה בחוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, עמ' 101–106), לפיהם אם היה צפוי שייגרם לנכס הפסד לולא התערבותו של אדם מסוים, אבל ההפסד לא היה ודאי, אותו אדם אינו זכאי לשכר על טרחתו; ואילו אם ההפסד היה צפוי באופן ודאי, המציל את נכסי הזולת ממנו זכאי לשכר. שו"ת דברי ריבות, סימן קיא, מכריע כמהרש"ך בעניין זה.

מנגד, שו"ת נבחר מכסף, סימן צה, פוסק על פי עקרונות דיני השליחות (ראה בהרחבה בחוק לישראל, שליחות, סעיף 10, פרק שלישי), שיש לחלק את ערך החיסכון בין העוסק לבעל הסחורה. ראה גם שו"ת תורת אמת, סימן רא.

יש שהאפוטרופוס זכאי לשיפוי גם עבור השימוש בנכסיו, מכוח דיני "נהנה". זכות זו תלויה בשאלה, האם עשוי אדם להניח לזולת לעשות שימוש בנכסיו בחינם, או לאו. בעניין זה ראה: ירושלמי, בבא מציעא, פרק ה, הלכה א (יט ע"א); רמ"א, חו"מ, סימן שסג, סעיף י (ע"פ תשב"ץ, חלק א, סימן קעד); חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, עמ' 61. וראה שם בהערה 56, שיש לבחון את תקפותה של הנחת הרמ"א בימינו. קבלת שכר מצד ג': סעיף 67ד לחוק, שנוסף בתיקון מס' 18, אוסר על אפוטרופוס לקבל שכר מצד ג'. לא מצאנו איסור כזה במשפט העברי.

פרק שלישי

קביעת השכר – "בית המשפט רשאי לקבוע לאפוטרופוס שכר"

כאמור, החוק מתיר לבית המשפט לקבוע לאפוטרופוס שכר. אולם, החוק אינו מבהיר מה הם השיקולים המצדיקים קביעה כזאת

גם לפי המשפט העברי רשאי בית הדין לקבוע שכר לאפוטרופוס של יתומים, אם אין מוצאים מי שמוכן לשמש בכך בחינם. ר' רפאל אנקאווה[9] מציין שהמנהג הוא, שאפוטרופסים נוטלים שכר על טרחתם אף אם לא הוסכם עמם מראש שהם יהיו זכאים לשכר, ולפיכך בית הדין רשאי לקצוב לאפוטרופוס שכר על עמלו גם אם אבי היתומים לא קצב לו שכר.

כך קבע אף הרב עוזיאל[10]: "רשאים בית דין להקציב פרס [=שכר] בצורת אחוזים למאה מהרכוש או פרס חדשי קבוע לאפוטרופוס".

אם האפוטרופוס נדרש להשקיע את נכסי היתומים לשם הפקת רווחים, אפשר גם לתת לו שכר בצורה של חלק מסוים מרווחי השקעותיו[11].

אשר לשיקולים לקביעת שכר לאפוטרופוס, ממקורות המשפט העברי עולה שהשיקול העיקרי הוא האם הענקת השכר תקדם את עניינם של היתומים.

כך כתב הרב עוזיאל[12], בהמשך לדברים שהבאנו בשמו: "רשאים בית דין להקציב פרס [=שכר]... לאפוטרופוס... אם יראה שיש בזה תועלת ליתומים".

דוגמה לכך היא הרצון להמריץ אדם לשמש כאפוטרופוס. כך כותב ערוך השולחן[13]: "יש רשות לבית דין לשלם לאפוטרופוס מנכסי היתומים בעד טרחתו, כשרואין שזה ראוי למנותו לאפוטרופוס ורק לפי מצבו אין ביכולתו לעזוב עסקיו ולעסוק בנכסי היתומים, ולהשיג איש כזה בחנם אין להשיג, או שרואים שאם יטילו על אחד לעשות בחנם ייפסדו נכסי היתומים – יש רשות בידם לשלם לאפוטרופוס בעד טרחתו כפי ראות עיניהם".

[9] פעמוני זהב, חו"מ, סימן רצ, סעיף א, ושו"ת קרני ראם, אהע"ז, סימן קצג.
בפעמוני זהב, בתחילת דבריו, הוא מביא ראיה שבית הדין אינו יכול להעניק שכר לאפוטרופוס מנכסי היתומים, מן ההלכה שבית הדין אינו יכול להשביע אפוטרופוס שמינהו אבי היתומים, מחשש שמא החובה להישבע תרתיע אנשים מלקבל על עצמם תפקיד זה (גיטין נב ע"ב). חשש זה לא היה קיים, לדעתו, אילו בית הדין היה יכול לעודד אנשים לשמש כאפוטרופסים על ידי מתן שכר. הוא אינו משיב על ראיה זו, ובכל זאת הוא פוסק שמותר לתת לאפוטרופוס שכר; וצריך לומר שהדחייה לראיה היא, שאנשים לא היו מוכנים לשמש כאפוטרופוס אילו ידעו שיצטרכו להישבע, גם אילו קיבלו שכר על כך.
הוא מביא ראיה גם מלשון הרמ"א, חו"מ, סימן רפה, סעיף ז, שסתם אפוטרופוס "אין לו הנאה". אפשר להשיב על כך, שהרמ"א כתב כך מפני שכך היה המנהג בזמנו, שלא קיבלו שכר.
במסקנתו הוא מסתמך על המקורות שעולה מהם שגם בסתם מגיע לאפוטרופוס שכר, והבאנו אותם בהערה 7. אבל כפי שראינו שם, דבר זה שנוי במחלוקת.
עוד הוא מביא ראיה מעט סופר (נדפס בתוך כרם חמר, חלק ב), דף מח ע"ב, הכותב שבית דין רשאי לקבוע שכר לאפוטרופוס, גם לאפוטרופוס שמינהו אבי היתומים.
עוד הוא מביא ראיה מטור, חו"מ, סימן רצ, סעיף כה, המדבר על אפוטרופוס שיש לו חלק ברווח. אבל יש להעיר שאפשר שיש הבדל בין שכר טרחה לבין רווח הצומח מן הנכסים עצמם.

[10] שערי עוזיאל, שער ח, פרק ו, אות א (עמ' קכט במהד' תשנ"א).

[11] על פי שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף ח, ורמ"א, שם.

[12] שערי עוזיאל, שם.

[13] ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף ח.

דומה שמדבריהם אפשר להסיק עוד, שאף אם מלכתחילה לא הותנה עם האפוטרופוס שיקבל שכר, אך במהלך כהונתו בית הדין רואה שאם יוענק לאפוטרופוס שכר טרחה יהיה בכך כדי להמריצו לטפל בעניינו של החסוי בצורה טובה ויעילה יותר מכפי שנהג בעבר, בית הדין רשאי לקבוע שישולם לאפוטרופוס שכר טרחה.

פרק רביעי

גביית השכר מנכסי החסוי – "רשאי האפוטרופוס לקבלו מנכסי אותו אדם"

לפי החוק, את השכר המגיע לו, רשאי האפוטרופוס לגבות מנכסי החסוי. משמעותה של הוראה זו היא, שבהיעדר כסף נזיל שממנו ניתן לשלם את השכר, האפוטרופוס רשאי למכור נכסים של החסוי לצורך גביית שכר הטרחה.

בדיון על סעיף 55, פרק חמישי, למדנו מדברי הרמב"ן, שהאפוטרופוס רשאי למכור נכסים של יתומים כדי להחזיר לעצמו הוצאות שהוציא לטובתם, והוא אינו נדרש להמתין ולקבל את המגיע לו כתשלום מפירותיהם של נכסי היתומים.

נראה שיש להחיל עיקרון זה גם על חובת היתומים לשלם שכר טרחה לאפוטרופוס.

פרק חמישי

סיכום

הן לפי החוק, הן לפי המשפט העברי, האפוטרופוס אינו זכאי לשכר, אם לא הוסכם מראש שיקבל שכר.

אפוטרופוס ליתומים גדולים זכאי לשכר.

בית הדין יכול לקבוע שכר לאפוטרופוס, אם הדבר יקדם את עניינם של היתומים.

אם נקבע לו שכר, זכאי האפוטרופוס למכור את נכסי החסוי כדי לגבות את השכר המגיע לו.

פרק שישי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

לפי האמור, נוסח הסעיף תואם את עמדת המשפט העברי.

שכר האפוטרופוס

56. (א) בית המשפט רשאי לקבוע לאפוטרופוס שכר אם ראה טעם לכך בנסיבות העניין; שכר האפוטרופוס שנקבע על ידי בית המשפט חל על האדם שמונה לו אפוטרופוס ורשאי האפוטרופוס לקבלו מנכסי אותו אדם.

(ב) שר המשפטים רשאי לקבוע כללים בדבר השכר שבית המשפט רשאי לקבוע לאפוטרופסים.

סעיף 57

אחריות האפוטרופוס

אחריות האפוטרופוס

57. האפוטרופוס אחראי לנזק שגרם לאדם שהוא אפוטרופסו או לרכושו. בית המשפט רשאי לפטרו מאחריותו, כולה או מקצתה, אם פעל בתום לב ונתכוון לטובת אותו אדם. האפוטרופוס אינו נושא באחריות אם פעל בתום לב לפי הוראות בית המשפט או קיבל אישורו, אם מראש ואם למפרע.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 273

פרק שני: אחריות האפוטרופוס "לנזק שגרם לאדם שהוא אפוטרופסו או לרכושו" 274

א. מבוא 274

ב. אפוטרופוס מתנדב 274

ג. אפוטרופוס המקבל שכר 278

פרק שלישי: סוג הנזק שהאפוטרופוס חייב עליו – "לנזק שגרם" 278

א. מבוא 278

ב. מחדל – אפוטרופוס שלא מכר מה שהיה עליו למכור 279

ג. אפוטרופוס שטען טענה לא נכונה בבית דין 280

ד. מניעת רווח 282

ה. הלוואה על ידי אפוטרופוס 283

פרק רביעי: פטור מאחריות "אם פעל בתום לב ונתכוון לטובת אותו אדם" 284

פרק חמישי: פטור מאחריות "אם פעל בתום לב לפי הוראות בית המשפט" 284

א. מבוא 284

ב. פעולה בהתאם להוראות בית הדין 285

ג. אישור למפרע 286

פרק שישי: אחריות האפוטרופוס לנזקי צד ג' 286

פרק שביעי: סיכום 288

פרק שמיני: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 289

פרק ראשון

מבוא

לפי סעיף זה, "האפוטרופוס אחראי לנזק שגרם לאדם שהוא אפוטרופסו או לרכושו". הטלת אחריות על אפוטרופוס לנזקים שגרם לחסוי או לרכושו עלולה להרתיע רבים מלקבל על עצמם את תפקיד האפוטרופוס. האם לפי המשפט העברי, בשל חשש זה, לא תוטל על האפוטרופוס אחריות לנזקים שגרם? ואם תוטל על האפוטרופוס אחריות, מה היקפה? האם היקף האחריות שתוטל על אפוטרופוס המקבל שכר זהה להיקף האחריות שתוטל על אפוטרופוס מתנדב?

מן הקביעה ש"האפוטרופוס אחראי לנזק שגרם לאדם שהוא אפוטרופסו או לרכושו", אנו למדים שכדי שתוטל על האפוטרופוס אחריות, חייב להתקיים קשר סיבתי בין מעשיו או מחדליו לבין התרחשות הנזק. האם גם לפי המשפט העברי יש צורך להוכיח קיומו של קשר כזה, ואם כן, כיצד יוכח קיום הקשר?

את האחריות המוטלת על האפוטרופוס מסייג החוק בקביעה שבית המשפט רשאי לפטור את האפוטרופוס "מאחריותו, כולה או מקצתה, אם פעל בתום לב ונתכוון לטובת אותו אדם". האם גם לפי המשפט העברי פטור אפוטרופוס מאחריותו בנסיבות אלו? האם בית הדין יפטור אותו על פי שיקול דעתו?

בסיפא של הסעיף נקבע שהאפוטרופוס פטור מאחריות "אם פעל בתום לב לפי הוראות בית המשפט או קיבל אישורו, אם מראש ואם למפרע". האם פעולה בהתאם להוראות בית הדין מחסנת את האפוטרופוס מפני אחריות לנזקים שנגרמו לחסוי או לרכושו, לפי המשפט העברי, או שמא האפוטרופוס נדרש להפעיל שיקול דעת עצמאי, ואם לפי דעתו הציות להוראות בית הדין יזיק ליתומים ובכל זאת פעל בהתאם להוראות בית הדין, הוא יישא באחריות?

אם הציות להוראות בית הדין מעניק לאפוטרופוס חסינות בנזיקין, האם חסינות זו קיימת אף אם פעולתו אושרה רק בדיעבד?

לבסוף נעסוק גם באחריותו של האפוטרופוס לנזקי צד שלישי. מתוך שהסעיף אינו עוסק בעניין זה כלל, אפשר להסיק שהמחוקק סבר שהאפוטרופוס נושא באחריות מלאה לנזקי צד ג', בהתאם לעקרונות דיני הנזיקין. האם זו גם עמדת המשפט העברי, או שמא, עקב הצורך לעודד אנשים לקבל על עצמם את תפקיד האפוטרופוס, יש לפטור את האפוטרופוס מן האחריות לנזקים מסוג זה ולהטילה על החסוי?

פרק שני

אחריות האפוטרופוס "לנזק שגרם לאדם שהוא אפוטרופסו או לרכושו"

א. מבוא

החוק קובע שהאפוטרופוס נושא באחריות לנזק שגרם לרכושו של החסוי. יש הסבורים שיש להבחין בעניין זה בין אפוטרופוס מתנדב לבין אפוטרופוס הנוטל שכר על טרחתו. הבחנה זו מבוססת על החשש שמא הטלת אחריות על אפוטרופוס מתנדב עלולה להניא אנשים מלקבל על עצמם את תפקיד האפוטרופוס[1]. האם לשיקול זה יש יסוד במשפט העברי? האם יש מקום להבחין בין אחריות לנזקי גוף לאחריות לנזקי רכוש?

שאלה נוספת היא: אם תוטל אחריות אף על אפוטרופוס מתנדב, מה יהא היקפה? האם תהיה זו אחריות כשומר חינם, או שמא תהא זו אחריות ברמה גבוהה יותר, כשומר שכר?

ב. אפוטרופוס מתנדב

השאלה האם יש להטיל על אפוטרופוס מתנדב אחריות לנזקים, שנויה במחלוקת. לדעת רבנו חיים כהן[2], אין להטיל אחריות על אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין אפילו לנזק שגרם בפשיעתו[3], מחשש שמא הטלת האחריות תניא אנשים מלקבל על עצמם את תפקיד האפוטרופוס[4]. אבל פרשנים רבים סבורים שרבנו חיים פטר אפוטרופוס רק בנזק שנגרם באופן פסיבי בשל רשלנותו, והוא מסכים שהוא נושא באחריות לנזק שגרם על ידי מעשה שלא היה עליו לעשותו[5].

אולם ר' חיים כהן נותר בדעת מיעוט. לדעת רוב הפוסקים, אפוטרופוס שמונה על ידי בית

[1] ראה: משה בן דוד, אפוטרופסות הלכה למעשה, נבו 2015, עמ' 123.

[2] רבנו חיים כהן, בתוספות, גיטין נב ע"ב, ד"ה הלכה, ובבא קמא לט ע"א, ד"ה דאי. על שיטתו ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 122, ועמ' 799, במילואים להערה 381.
על הגדרת אפוטרופוס כשומר, ראה סעיף 38, עמ' 82–84.

[3] הגדרת 'פשיעה' לעניין שומר, היא שמירה שאינה כפי המקובל (חוק לישראל, שומרים, עמ' 160–162). כמו כן, מי שהבטיח לעשות פעולה מסוימת ולא עשה אותה, מוגדר כפושע (חידושי הר"י מיגאש, שבועות מב ע"ב; רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ב, הלכה ג, בסופו). נראה שגם הפרת הוראות חוק המורות לאפוטרופוס בצורה מפורשת כיצד לפעול, היא בגדר פשיעה (ע"פ מהר"ם בתשובות מיימוניות, ספר משפטים, סימן מ = שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס קרימונה, סימן ריא, ודפוס לבוב, סימן רכ, שכתב שזו עילה לפיטוריו – ראה בשמו בסעיף 61, עמ' 321).

[4] במצבים מסויימים כתבו הפוסקים שנראה מנסיבות העניין שהטלת האחריות לא תניא אדם מלשמש כאפוטרופוס, ולכן אף ר' חיים כהן יודה שיש להטיל על האפוטרופוס אחריות לנזקים. ראה: חוק לישראל, שומרים, עמ' 118, ליד ציון הערה 356 (לעניין גבאי צדקה שנתמנה על ידי תככים); שם, עמ' 799, מילואים להערה 381, אות ג (על אפוטרופוס לגדול).

[5] שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן סד (הובא בשו"ת פני משה, חלק א, סימן נב), כותב: "דאיכא למימר, דעד כאן לא פטרי ה"ר חיים... אלא היכא שפשע, דהיינו שמחמת התרשלות וחסרון השתדלנות נמשך נזק והפסד ליתומים, אבל היכא שעשה מעשה בידים שלא התירו חכמים לעשותו... יראה דכל אפין שוין, דכהאי גוונא מקרי מזיק בידים, ומזיק לחוד ופושע לחוד". כך כתב גם בחלק ב, סימן קח (על אפוטרופוס שמחמת סירובו לא נפרעה כתובת אלמנה, ומשום כך הוצרך להוציא הוצאות לפרנסתה ולמזונותיה). כך כתבו גם: שו"ת מהרשד"ם, יו"ד, סימן קלז, וחו"מ, סימן שב וסימן שכא; שו"ת מהרש"ל, סימן טו; שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תנינא, חו"מ, סימן לד; בני חיי, חו"מ, סימן רצ, סעיפים יד–טו. שו"ת משפט צדק, חלק

הדין נושא באחריות לנזקים אם פשע. אבל נחלקו הראשונים בהיקף האחריות שתוטל עליו, האם היא כשומר חינם, או כשומר שכר

לדעת רב האי גאון[6] ואחדים מבעלי התוספות[7], אפוטרופוס מתנדב נושא באחריות פחותה כשל שומר חינם, שחייב רק על נזק שנגרם בפשיעתו, בין אם מינהו בית דין ובין אם מינהו אבי היתומים. הוא פטור מגניבה ואבדה, ששומר שכר חייב בהן, מחשש שמא הטלת אחריות כזאת תרתיע אנשים מלקבל על עצמם את תפקיד האפוטרופוס[8].

מנגד, לדעת רבנו תם[9] האפוטרופוס נושא באחריות כשומר שכר[10], בגלל טובת ההנאה שיש לו, שבעת שהוא ממלא את תפקידיו הוא פטור מלתת צדקה לעני המתדפק על דלתו, על פי

ב, סימן ז (יז ע"ב), מקשה על הבחנה זו (עיין שם לקושיותיו), אבל הוא מבטל את דעתו לדעת מהרשד"ם בגלל גדלותו. בנידונו, אפוטרופוס נתן לבת הגדולה הרבה נדוניה וכמעט לא נשאר כלום לבת הקטנה, והוא כותב שזה בגדר פשיעה בידיים.

6 ספר המקח, שער נב, בתחילתו. שיטתו הובאה אצל רבים מן הראשונים בצד דעות אחרות. ראה: חידושי הרמב"ן, גיטין נב ע"ב; חידושי הרשב"א, שם; בית הבחירה, גיטין, שם (ד"ה אפוטרופוס שיצא), בשם "ראשונן של גאונים"; טור, חו"מ, סימן רצ, סעיף כז; מגיד משנה, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ה.

7 הר"י ור' שמואל בחור מוורדון, המובאים בתוספות, גיטין, שם, בבא קמא, שם, ובבא מציעא מב ע"ב, ד"ה נימא. כך סבורים גם שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס קרימונה, סימן קנז, רא"ש, גיטין, פרק ה, סימן ז, ובבא קמא, פרק ד, סימן ה, ובית הבחירה, גיטין נב ע"ב, ד"ה ומ"מ.
תוספות, גיטין, שם, בבא קמא שם, ובבא מציעא, שם, מסבירים על פי ירושלמי, גיטין, פרק ה, הלכה ד, שאף לדעה שאפוטרופוס פטור משבועה מחשש שחיוב השבועה ירתיע אנשים מלשמש כאפוטרופוס, כאן אין חשש כזה, מפני שמן הסתם אדם מוכן לשלם אם פשע, ורק להישבע בלי סיבה אינו מוכן.

8 כך נימק יד המלך (פלומבו), על הרמב"ם, הלכות נחלות, יא, ה. למקורות נוספים על כך, ראה חוק לישראל, שומרים עמ' 122, הערה 383, ובמילואים שם, עמ' 799–800.

9 רבנו תם, המובא בר"ן על הרי"ף, גיטין כו ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה הלכה כאבא שאול. אבל בשו"ת רבנו תם, סימן עד, כתב שאינו חייב בגניבה ואבידה.
מחידושי הרשב"א, גיטין נב ע"ב, ד"ה אבא שאול, משמע שהוא חייב בגניבה ואבידה. ש"ך, חו"מ, סימן עב, ס"ק לב, מסיק שזו דעתו גם על יסוד תשובתו המובאת בבית יוסף, חו"מ, סימן עב, מחודש י. וראה דיון בדברי הרשב"א בש"ך, חו"מ שם, ס"ק לד. בשו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן ק, הוא מציע את שיטת רבנו חיים כהן והרמב"ן בצד שיטת רבנו תם, ואינו מכריע ביניהן. בשו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן תב, הוא כותב: "ואם היו צריכין לישבע על כל פרוטה ופרוטה שיוציאו, ממנעו ולא עבדי. ואפשר, דאפטרופוסין של יתומים פטורים אפילו מפשיעה מחמת טענה זו", כשיטת רבנו חיים כהן. בשו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רצט, הוא מכריע: "ואנו, אין לנו אלא כדברי האחרונים ז"ל, שפטרוהו אפילו מן הפשיעה". כך הוא מכריע גם בשו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תתקצז, ובחלק ד, סימן רמב.
לעומת זאת, מתשובות אחרות משמע, שלדעתו אפוטרופוס חייב בפשיעה. ראה: שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף קו, חלק ד, סימן קמו, חלק ו, סימן רנ, והמיוחסות לרמב"ן, סימן קיח.
על שיטת הרשב"א, ראה שו"ת משפט צדק, חלק ב, סימן ז (יז ע"א); ריניץ, עמ' 37–40.
שו"ת משפטים ישרים (בירדוגו), חלק א, סימן רעח, לומד מדברי הרשב"א שהאפוטרופוס חייב כשומר שכר גם על משכון של יתומים אחרים שמונח אצלו.

10 אבל ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 239, שיש אומרים שאחריותו של שומר שכר שאינו מקבל שכר ישיר בעבור השמירה, נמוכה משל שומר שכר רגיל.
ריניץ, עמ' 33, הערה 81, מציע: "ואולי ניתן להתייחס לקביעת שכרו של האפוטרופוס כתנאי מכללא שמקבל עליו אחריות של שומר שכר, ולא יימנע, ואינו דומה לפרוטה דרב יוסף".

הכלל "העוסק במצווה פטור מן המצווה" ("פרוטה דרב יוסף")[11], וככל שומר שכר, הוא חייב אף בגניבה ואבדה[12].

שיטת ביניים היא של הרמב"ן[13], המבחין בין אפוטרופוס שמינהו בית הדין לבין אפוטרופוס

[11] בעניין "פרוטה דרב יוסף" באפוטרופוס, נתיבות המשפט, עב, ס"ק יט (הובא בשורת הדין, כרך יא, עמ' קא), עושה הבחנה: ביתומים שאינם יכולים לפקח על עסקיהם, ונכסיהם יורדין לטמיון, ולא נמצא מי שיפקח על נכסיהם, כל אדם מחוייב להציל נכסיהם מהיזק משום השבת אבידה, ולכן האפוטרופוס מקיים מצוות השבת אבידה, ועל כן דינו כשומר שכר, משום פרוטה דרב יוסף; אבל אפוטרופוס על נכסי יתומים שיש מי שיפקח עליהם, אינו מקיים מצוות השבת אבדה, ואם כן אינו משתכר בזה פרוטה דרב יוסף, ואין דינו כשומר שכר.
מדוע, לפי רב האי גאון וסיעתו, אפוטרופוס חייב רק בפשיעה, ואינו חייב כשומר שכר מכוח פרוטה דרב יוסף? אפשר שטעמם הוא, שמאחר שהאפוטרופוס אינו חייב למלא את תפקידו, אין הוא פטור ממתן צדקה לעני, כסברת נתיבות המשפט, סימן עב, ס"ק ז וס"ק יט, ולכן אינו נהנה מפרוטה דרב יוסף. וראה גם חוק לישראל, שומרים, עמ' 117, ובמקורות המצוינים שם, עמ' 116, הערה 347.
אולם בסעיף 37, עמ' 66, ראינו שיש הסוברים שאפשר לכפות על אדם לשמש כאפוטרופוס ליתומים. ואכן, בית יעקב (טאוושונסקי), חו"מ, סימן רצ, סעיף כג, מציע להסביר את השיטה שאפוטרופוס הוא שומר שכר, על פי השיטה שאפשר לכפות על אדם לשמש כאפוטרופוס, ולכן הוא נהנה פרוטה דרב יוסף.
אפשרות אחרת היא, שרב האי גאון וסיעתו סבורים שמעיקר הדין ראוי היה להטיל על האפוטרופוס אחריות כשומר שכר, בגלל פרוטה דרב יוסף. אולם למעשה, לא הוטלה על האפוטרופוס אחריות חמורה זו, מחשש שמא הטלת האחריות תניא אנשים מלקבל על עצמם את תפקיד האפוטרופוס. ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 122.

[12] לכאורה, קיימת סיבה נוספת לראות באפוטרופוס שומר שכר, והיא, שאפוטרופוס רשאי לרכוש לעצמו בגדים מנכסי היתומים, כדי שיוכל לייצג אותם בצורה מכובדת (שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף ד; לעיל, עמ' 260). לכאורה, זכות זו היא בגדר טובת הנאה ההופכת אותו לשומר שכר. אולם בחידושי חתם סופר, גיטין נב ע"ב (ד"ה קא לביש), דוחה סברה זו: "אי מחמרינן [=אם נחמיר] עליהם, מימנעו ולא ילבש ולא יתכסי, ויהיה הפסד ליתומים אי לא משתמעין מיליה [=אם לא יישמעו דבריו]". כלומר, טובת היתומים מחייבת שהאפוטרופוס לא יוגדר כשומר שכר בגלל רכישת בגדים מנכסי היתומים, משום שאם יוגדר כשומר שכר, עלול האפוטרופוס להימנע מלרכוש בגדים כדי שלא תוחמר אחריותו, והדבר יגרום הפסד ליתומים, שכן לא יוכל לייצגם בצורה מכובדת.
הסברו קשה, משום שדין "פרוטה דרב יוסף" מלמד, שגם אם השומר לא ייהנה בפועל משמירתו, די בכך שקיימת אפשרות פוטנציאלית שהשמירה תביא לו הנאה (אם יזדמן לו עני המבקש צדקה בעת שהוא עסוק בשמירה) כדי להגדירו כשומר שכר. לכן, עצם העובדה שהאפוטרופוס זכאי לרכוש ביגוד מנכסי היתומים עושה אותו לשומר שכר, והחלטתו האישית להימנע מלרכוש את הבגדים אינה יכולה להעלות או להוריד מרמת אחריותו; ייתכן שהחתם סופר מתכוון שהאפוטרופוס יקבל עליו שלא לקנות, ואז אינו בגדר מי שעשוי ליהנות מן האפוטרופסות. מכל מקום, סיים החתם סופר את דבריו שם ב"צריך עיון".
ר"י ברמן, "שיטת האפוטרופסות בישראל", ספר היובל לרבי י"ל הכהן פישמן (ירושלים תרפ"ו), עמ' לט, הערה 28, אכן כותב שאפוטרופוס שלובש בגדים מנכסי היתומים, הוא שומר שכר.

[13] חידושי הרמב"ן, גיטין נב ע"ב. לדיון רחב בשיטתו, ראה: חוק לישראל, שומרים, עמ' 122, ובמילואים, עמ' 797–798; ריניץ, עמ' 27–37. כך פסק גם חידושי הריטב"א החדשים, בבא מציעא מב ע"ב, ד"ה ההוא.
בסוף דבריו, נוקט הרמב"ן שאפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין נחשב שומר שכר משום שעצם המינוי על ידי בית הדין גורם לו טובת הנאה בשל הכבוד שהמינוי מסב לו והשם הטוב הכרוך במינוי, וטובת הנאה זו עושה אותו לשומר שכר; ולא ברור מדוע נקט בתחילת דבריו שהוא שומר שכר בגלל פרוטה דרב יוסף. כך כותב גם בית הבחירה, גיטין נב ע"ב, עמ' 228. ראה גם: שיטה מקובצת, בבא מציעא מב ע"א, ד"ה נימא, בשם הראב"ד; חידושי הריטב"א החדשים, בבא מציעא שם, ד"ה ההוא; שיטה מקובצת, בבא קמא לט ע"א (ד"ה והשתא), בשם הרא"ה.

שמינהו אבי היתומים. לדבריו, אין להטיל אחריות על אפוטרופוס שמינהו אבי היתומים, אפילו בפשיעה, מחשש שמא הטלת האחריות תרתיע אנשים מלקבל על עצמם את תפקיד האפוטרופוס (כדעת רבנו חיים כהן). לעומת זאת, אפוטרופוס שמינהו בית דין נחשב שומר שכר בגלל הנאתו מהפטור מצדקה וחייב אפילו בגניבה ואבידה (כדעת רבנו תם), ואין לחשוש שמא האחריות תרתיע אנשים מלקבל על עצמם את תפקיד האפוטרופוס, משום שהנאתו מכך שהוא מתפרסם כאדם מהימן בעיני בית דין, תביא אותו להסכים למינוי[14].

השולחן ערוך הכריע כדעת רב האי גאון[15]: "אפוטרופוס, בין מינוהו בית דין בין מינהו אבי יתומים, פטור מגניבה ואבידה, וחייב בפשיעה".

שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תנינא, חו"מ, סימן לד, מביא מי שטען שאפוטרופוס שהוא מפורסם כאדם נאמן, כך שלא נהנה ממינויו, פטור מאחריות גם אם מינהו בית דין. אבל המשיב עצמו דוחה הבחנה זו, מפני שחז"ל לא הבחינו בין סוגי האנשים שממנה בית דין, והרי כל מי שבית הדין ממנה הוא בחזקת נאמן. אפוטרופוס למעשה: לפי הרמב"ן, מתעוררת השאלה מה רמת אחריותו של מי שנעשה אפוטרופוס על ידי כך שהיתומים סמכו אצלו? ראה על כך בסעיף 67, עמ' 373.

[14] הבחנה זו מקורה בהלכה, שראינו בסעיף 53, בנספח, שהטלת שבועה על אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים עלולה להניא אנשים מלקבל על עצמם את תפקיד האפוטרופוס, מה שאינו כן באפוטרופוס שמינהו בית דין.

דעה אחרת יש לרבינו ירוחם, מישרים, נתיב כו, חלק א (דף עב ע"א): שבמינהו אבי יתומים פטור מפשיעה, ובמינהו בית דין חייב בפשיעה ולא בגניבה ואבידה.

על השיטות בעניין אחריות אפוטרופוס, ראה: אנציקלופדיה תלמודית, ערך אפוטרופוס, כרך ב, עמ' קכו; חוק לישראל, שומרים, עמ' 121–122, ובמילואים, עמ' 797–800.

[15] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף כ. וכך פסקו: שו"ת דברי ריבות, סימן קכג וסימן קסא; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שמט; מהר"א גאליקו, המובא בשו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן רטז (ד"ה ולענין פסק); ר' יעקב ברמן, "שיטת האפוטרופסות בישראל", ספר היובל לרבי י"ל הכהן פישמן (ירושלים תרפ"ו), עמ' לט.

שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שיד, שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן סד, ושו"ת נודע ביהודה, מהדורא תנינא, חו"מ, סימן לד, כותבים שהאפוטרופוס יכול לטעון "קים לי" כדעה שהוא פטור מפשיעה. שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן רטז (ד"ה ולענין פסק), מציין שגם שו"ת לחם רב, סימן קפא, שו"ת משפט צדק, חלק ב, סימן ו, ושו"ת תורת אמת, סימן נב, כותבים שהאפוטרופוס יכול לטעון "קים לי" כדעה שהוא פטור מפשיעה. אבל שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן פא, מחייב אפוטרופוס שפשע; אלא שבנידונו פשע במעשה, ששלח את הנכסים לסחורה בים.

שו"ת מהריט"ץ הישנות, סימן לח, והחדשות, סימן צו, כותב שמספק חייב בפשיעה, כי יש להעמיד את הממון בחזקת בעליו, שהם היתומים.

שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן רא, מחייב בפשיעה אפוטרופוס שמינהו בית דין.

מנגד, שו"ת מהר"י בן לב, חלק ד, סימן יא, מכריע: "לא מצי המוחזק לומר קים לי כהרמב"ן והר' חיים, ואף על גב דאינהו תרי אריותא [=אריות] וגאוני עולם, ובפרט הארי הגדול הרמב"ן, רבו עליו חבריו, גדולי עולם וגדולי האחרונים, שכתבו שהאפטרופוס שפשע שחייב לשלם".

מהרש"ך שם מעלה אפשרות שהשולחן ערוך סובר שאי אפשר לטעון "קים לי" כדעת הפוטרים, מפני שאי אפשר לטעון "קים לי" נגד יתומים קטנים.

שו"ת משפט צדק, חלק ב, סימן ז (יז ע"ב), כותב שאפוטרופוס שמינהו אבי היתומים יכול לומר "קים לי" שפטור, מפני שזו דעת ר' חיים והרמב"ן, אבל באפוטרופוס שמינהו בית דין רק ר' חיים פוטר, ואי אפשר לומר "קים לי" כפוסק יחיד. גם שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן רטז (ד"ה ולא ידעתי), כותב (גם בשם שו"ת לחם רב, סימן קצו) שמטעם זה אפוטרופוס שמינהו בית דין אינו יכול להיפטר בטענת "קים לי".

מצד שני, ש"ך, חו"מ, סימן רצ, ס"ק כד, כותב שיש לפסוק שאפוטרופוס (משני הסוגים) הוא שומר שכר

ג. אפוטרופוס המקבל שכר

לפי הדעה שאפוטרופוס הוא רק שומר חינם, או אפילו פטור לגמרי, מתעוררת שאלה האם אפוטרופוס שמקבל שכר נחשב שומר שכר? מצד אחד, הכלל הוא שכל מי שמחזיק בנכס ומקבל שכר תמורת טיפולו בנכס, נחשב שומר שכר, גם אם השכר אינו תמורה ישירה עבור השמירה[16]. מצד שני, יש חשש שהטלת אחריות כשל שומר שכר תניא אנשים מלקבל על עצמם את תפקיד האפוטרופוס, כפי שראינו לעיל[17], שמשום כך "פרוטה דרב יוסף" אין בה כדי שכל אפוטרופוס ייחשב שומר שכר.

לדעת ר' מנחם המאירי[18], אפוטרופוס המקבל שכר נושא באחריות כשל שומר שכר, אף לדעת הסבורים שאין להטיל אחריות שמירה על אפוטרופוס מתנדב. כך כותב גם ערוך השולחן[19]: "ובנוטל שכר פשיטא דדינו כשומר שכר בכל ענין".

אם נצרף לדבריהם את הפוסקים המטילים אחריות של שומר שכר גם על אפוטרופוס שאינו נוטל שכר, מכוח "פרוטה דרב יוסף", נוכל להגיע למסקנה שאפוטרופוס המקבל שכר אחראי כשומר שכר.

פרק שלישי

סוג הנזק שהאפוטרופוס חייב עליו – "לנזק שגרם"

א. מבוא

מנוסח החוק עולה שהאפוטרופוס נושא באחריות לנזק שהוא "גרם". מכאן, שתוטל על האפוטרופוס אחריות רק אם התקיים קשר סיבתי בין התרחשות הנזק לבין מעשה של

בגלל פרוטה דרב יוסף, אבל היות שהשולחן ערוך אינו פוסק כך, הוא כותב שהדין בספק, ואם קרתה גניבה ואבידה ותפסו היתומים, אין מוציאים מידם.

[16] ראה על כך חוק לישראל, שומרים, עמ' 74–79.

[17] לעיל, ליד ציון הערה 8.

[18] בית הבחירה, גיטין נב ע"ב, ד"ה ומ"מ.
שו"ת הריטב"א, סימן עב, כותב שאם הוא מקבל שכר, ופשע, הוא חייב.

[19] ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף לט. כך כתבו גם: שערי עוזיאל, חלק א, שער ח, פרק ו, אות ד (עמ' קכט במהד' תשנ"א); ר' יעקב ברמן, "שיטת האפוטרופסות בישראל", ספר היובל לרבי י"ל הכהן פישמן (ירושלים תרפ"ו), עמ' לט; ר' יצחק אלמליח, "פשיעת אפוטרופוס בנכסי יתומים", שורת הדין, כרך יא, עמ' קא. למקורות נוספים, ולדעה חולקת, ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 122, הערה 386, ובמילואים שם עמ' 800.
מסתימת דבריהם עולה שגם אפוטרופוס שמינהו אבי היתומים שמקבל שכר הוא שומר שכר. זאת, אף שלדעת הרמב"ן (לעיל, ליד ציון הערה 13), פרוטה דרב יוסף אינה עושה אותו לשומר שכר (אם אינו מקבל שכר), מחשש שהטלת אחריות עליו תניא אותו מלשמש כאפוטרופוס.
כמו כן, בסעיף 53, עמ' 242, ראינו שאפוטרופוס שמינהו אבי יתומים שמקבל שכר חייב להישבע, אף שאם אינו מקבל שכר הוא פטור מלהישבע מחשש שמא חיוב השבועה תרתיע אותו מלשמש כאפוטרופוס.
שו"ת משפטים ישרים (בירדוגו), חלק א, סימן רעח, כותב שאפוטרופוס שמקבל חלק ברווח בנכסי יתומים ונוטל דבר מסוים "למשקל בשכר השטר", הוא שומר שכר.

האפוטרופוס או לבין מחדלו. להלן נבחן על אילו נזקים נושא אפוטרופוס באחריות, לפי המשפט העברי[20].

ב. מחדל – אפוטרופוס שלא מכר מה שהיה עליו למכור

בפני ר' יצחק אדרבי[21] הובאה השאלה הבאה: אפוטרופוס נדרש למכור נכס של היתומים ונמנע מכך, וזמן מה לאחר המועד שבו היה אמור למכור את הנכס, נשרף הבית שבו היה הנכס. האם האפוטרופוס נושא באחריות לנזק שנגרם בשל השריפה, או שמא נאמר שמאחר שלא קיים קשר סיבתי בין מחדלו של האפוטרופוס לבין הנזק שנגרם, אין הוא נושא באחריות?

ר"י אדרבי פוסק שגם אם אמנם היה חייב למכור את הנכס, הוא פטור מן הטעם שלא הזיק בידיו לנכסים אלא רק נמנע מעשיית מעשה, ועוד, שהשריפה שקרתה לא הייתה צפויה, ולכן הנזק שגרם הוא בגדר נזק עקיף ("גרמא"), שאין מזיק נושא באחריות עליו[22].

ר' עוזר הכהן[23] למד מדבריו שאפוטרופוס או שומר שלא מכרו את הנכס שהיה עליהם למכור, פטורים מנזק שנגרם בשל כך לנכס, מפני שמחדל הוא בגדר גרמא.

לעומת זאת, ר' חיים אוירבך[24] הבין שהסיבה העיקרית שר"י אדרבי פטר את האפוטרופוס היא שהשריפה לא היתה צפויה, אבל אם מחדל של אפוטרופוס גרם נזק שהיה אפשר לצפות, האפוטרופוס נושא באחריות לנזק אף שהוא נגרם רק על ידי מחדל שלו. ר' שניאור זלמן מלאדי[25] הבין אמנם (כמו ר' עוזר הכהן) שר"י אדרבי סבור שהאפוטרופוס פטור מפני שהמחדל הוא גרמא, אבל הוא חולק עליו בנקודה זו, בטענה שאפוטרופוס חייב כשומר, ושומר חייב גם על נזק שנגרם ממחדל שלו, כגון אם לא הניח את הנכס במקום שמור, מפני שהוא התחייב להשיב את הנכס בבוא הזמן בשלמותו, ובכך הוא שונה מאדם זר שהזיק לנכס בגרמא, שהוא פטור.

---

[20] ר' יצחק אלמליח, "פשיעת אפוטרופוס בנכסי יתומים", שורת הדין, כרך יא, עמ' קב, קובע ככלל, שאם עשה פעולה שיש חשש סביר שיגרום להפסד, זו פשיעה וחייב, אבל אם יש בפעולה רק חשש רחוק להפסד, ספק אם הוא חייב.

[21] שו"ת דברי ריבות, סימן קכג (הובא בשו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן רטז, ד"ה אבל אעיקרא). הוא כותב שבנידונו כלל לא היה חייב למכור, מפני שחובת אפוטרופוס למכור מיטלטלין של יתומים אמורה רק בדברים שיש חשש שייגרקבו אם לא יימכרו, ובמקרה הנידון, לא היה חשש שהנכסים יירקבו. הבאנו הבחנה זו בשמו בדיוננו בסעיף 47, עמ' 139.

[22] להגדרת 'גרמא' שהמזיק פטור עליו, ראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך גרמא בנזקין; גרמי, כרך ו, עמ' תסא ואילך. וראה חוק לישראל, נזיקין, עמ' 293, ליד ציון הערה 26, שמי שגרם נזק בידיים, ולא במחדל, נושא באחריות לכך, אף אם לא היה יכול לצפות את התרחשות הנזק.
דברי ריבות מחייב את האפוטרופוס בנידונו בנזק שקרה עקב פעולה אחרת שעשה: שלח את נכסי היתומים בים, באופן שהיה אסור לו, לפי מה שראינו בסעיף 47, עמ' 159. זאת פעולה אקטיבית, שאינה בגדר גרמא.

[23] אבן העוזר, או"ח, סימן תמג.

[24] דברי חיים (אוירבך), דיני חמץ, סימן י, ד"ה ומה.

[25] שולחן ערוך הרב, או"ח, סימן תמג, קונטרס אחרון, ס"ק ב.
גם שו"ת מקור ישראל, חו"מ, סימן מ, דף סו ע"ג, דוחה את מה שכתב דברי ריבות שאין חיוב על מחדל, והוא מסכים רק לנימוק הנוסף, שהנזק לא היה צפוי.
בשאלה האם שומר חייב על אי־מכירת הנכס במקום הצורך, ראה בדיוננו בסעיף 37, עמ' 68; חוק לישראל, שומרים, עמ' 350–354. על פסיקת דברי ריבות, ראה שם, עמ' 1101–1102.

ג. אפוטרופוס שטען טענה לא נכונה בבית דין

מהר״ם מרוטנבורג[26] עסק בעניינו של אפוטרופוס שגרם נזק ליתומים עקב ייצוג רשלני. התשובה עסקה בראובן שתבע אפוטרופוס שפשע בכך ״שטען בבית דין מה שלא ציוהו לטעון, ובזה נתחייב. ואם היה טוען כאשר אמרו לו, היה יוצא בבית דין זכאי״.

מהר״ם מתרעם על כך שהשואל לא פירט את נסיבות המקרה, כיוון שדינו של האפוטרופוס תלוי במידת המרחק בין תוצאות הטענה שטען לבין תוצאות הטענה שהיה צריך לטעון. וזו לשונו: ״אמת, שאפטרופא חייב בפשיעה... מיהו, מה אתם קורים ׳פשיעה׳? אם טוען ראובן ׳אם היית טוען בדבר הזה משתבענא ושקילנא [=הייתי נשבע ונוטל] או משתבענא ולא משלמנא׳ [=הייתי נשבע ולא משלם], והשתא לפי דבריך, משתבע שכנגדו או שקיל בלא שבועה, כל כי האי גוונא לאו פשיעה היא, ואפילו דינא דגרמי לא הוי אלא גורם לממון, כדאיתא בשבועות[27], מי יימר דמשתבעת או מי יימר דמשתבע ההוא. ולא קיימא לן כר׳ שמעון, דאמר[28] דבר הגורם לממון כממון דמי. ולא מקרי פשיעה, אלא אם כן שבדברי ראובן היה פטור בלא שבועה, ובדברי האפטרופא שקיל היאך בלא שבועה״.

ר׳ ישראל איסר איסרלן[29] קובע את דינו של האפוטרופוס תוך הבחנה בין ארבע אפשרויות, שבחלקן הוא חולק על מהר״ם:

(א) אילו טען את הטענה הנכונה, היה החסוי פטור בלא שבועה, והיות שטען טענה לא נכונה, התובע נשבע ונטל מהחסוי. מקרה זה אינו מפורש בדברי מהר״ם, אבל משתמע מדבריו שהאפוטרופוס פטור מלשלם לחסוי על הנזק שגרם לו, כיוון שהייתה אפשרות שהתובע לא היה נשבע, ואז החסוי לא היה ניזוק.

ר׳ ישראל איסר מסביר שמהר״ם פטר את האפוטרופוס משום ש״לחייב אדם מתורת פשיעה או מזיק, לא מחייב אלא היכא [=במקום] שעל ידו נפסד ממון בודאי״, ואז הוא בגדר ״גרמי״, שחייבים עליו, ואילו במצב שאין וודאות שיתרחש הנזק עקב מעשהו, והתרחשותו מותנית בקיומם של תנאים נוספים, ניתק הקשר הסיבתי שבין המחדל של האפוטרופוס לנזק, והוא בגדר ״גרמא״, שאין חייבים עליו, ועל כן אין האפוטרופוס נושא באחריות להתרחשות הנזק.

אולם הוא מקשה על השימוש שעשה מהר״ם בעקרונות דיני הנזיקין כדי לפטור אפוטרופוס מאחריות: ״הא דמחייבנן לאפוטרופוס שלא טען לטובת היתומים, לא מטעם דינא דגרמי מחייבינן ליה, אלא מדין שומרים הוא, דחייב בפשיעה... ואם כן, הכא נמי גבי אפוטרופוס, כיון שעל ידי טענתו נשבע אחר כך התובע ונוטל, וההיזק לפנינו, אין לך פשיעה גדולה מזו, וחייב מדין השומרים, כיון שבא על ידו היזק גמור וכו׳, דמה לי שלא שמרו כראוי ובא אחר וגנבו, ומה לי שלא שמרו כראוי ובא אחר ונטלו בבית דין?!״. במלים אחרות, אף שמזיק

[26] שו״ת מהר״ם מרוטנבורג, דפוס קרימונה, סימן קנז = שו״ת הרשב״א, חלק א, סימן אלף קו (הובא במרדכי, בבא מציעא, סימן רצ, בפסקי ריקאנטי, סימן תו, בבית יוסף, חו״מ, סוף סימן קפג, בשו״ת דברי ריבות, סימן קכג, ובשו״ת בעי חיי, חו״מ, חלק א, סימן רטז, ד״ה אבל אעיקרא). וכך פסק רמ״א, חו״מ, סימן רצ, סעיף כ.

נתיבות המשפט, סימן רצ, ס״ק יא, מסביר מדוע האפוטרופוס פטור במקרה הראשון: המזיק בדינא דגרמי חייב רק אם ברור שמעשהו יגרום נזק, ולכן כאן, שגם בעקבות טענת האפוטרופוס, הנתבע יזכה רק אם יישבע, וייתכן שלא יישבע, האפוטרופוס פטור.

[27] שבועות לב ע״ב.

[28] בבא קמא עא ע״ב, ועוד.

[29] שער משפט, סימן רצ, ס״ק ב (דף קסב ע״ג).

פטור בגרמא, הרי שאפוטרופוס הוא בגדר שומר, ושומר נושא באחריות גם לנזק שהוא בגדר גרמא, היינו גם נזק שלא נעשה בידיים וספק אם היה מתרחש לולא המחדל[30].

(ב) אילו טען את הטענה הנכונה, החסוי היה נשבע ונפטר, והיות שטען טענה לא נכונה, התובע גבה מהחסוי בלי להישבע. בזה מהר"ם פוסק שהאפוטרופוס פטור, כיוון שהנזק מסופק, שהרי ייתכן שגם אילו טען את הטענה הנכונה, החסוי לא היה נשבע, אלא היה משלם. כאן פשיעת האפוטרופוס קלה יותר מבמקרה הקודם, ששם בפועל נשבע התובע (על אף שהיתה אפשרות שלא יישבע), ואילו כאן אי אפשר לדעת אם החסוי היה נשבע אילו טען האפוטרופוס את הטענה הנכונה. עם זאת, גם כאן ר' ישראל איסר סבור שהוא חייב[31], מכיוון שבגלל טענת האפוטרופוס, נתחייב החסוי חיוב ממוני, ואילו טען את הטענה הנכונה, היה החסוי חייב רק שבועה, שהיתה מאפשרת לו להיפטר מתשלום, וזה נזק בגדר "גרמי".

(ג) אילו טען את הטענה הנכונה, החסוי היה נשבע ונוטל, והיות שטען טענה לא נכונה, נפטר הנתבע בלי שבועה. בזה מהר"ם פוסק שהאפוטרופוס פטור, כי ייתכן שגם אילו טען את הטענה הנכונה, החסוי לא היה נשבע. לכאורה, כאן אין לחייב את האפוטרופוס מדין שומר, שהרי כאן הממון שהחסוי הפסיד לא היה ברשותו (בניגוד למקרים הקודמים, שהחסוי היה הנתבע וחוייב לשלם ממון שהיה ברשותו, שהאפוטרופוס היה אחראי עליו כשומר). בכל זאת, ר' ישראל איסר[32] כותב שגם על ממון זה הוא חייב מדין שומר, כיוון שהממון היה שייך לחסוי אף שלא היה ברשותו, ולכן הוא חייב גם בגרמא. הוא מוסיף לנמק[33] שהנזק הוא בגדר גרמי (ולכן הוא חייב גם אם אינו בגדר שומר), שהרי בסופו של דבר, כשהחסוי תובע את האפוטרופוס, הוא נשבע שהאמת כדבריו, ואמנם בשעה שהאפוטרופוס טען טענה לא נכונה, היה ספק אם ירצה החסוי להישבע, אבל כשבסופו של דבר הוא נשבע, נעשה הנזק דבר ברור, וחייב האפוטרופוס מדין גרמי.

(ד) אילו טען את הטענה הנכונה, החסוי היה נשבע ונוטל, והיות שטען טענה לא נכונה, נשבע הנתבע ומיפטר. גם בזה מהר"ם פוסק שהאפוטרופוס פטור. ר' ישראל איסר סבור שהדין תלוי במחלוקת ראשונים[34] בדין "גורם דגורם", היינו הגורם בעקיפין לנזק שגם אילו נעשה במישרין היה בגדר גרמא. גם כאן, האפוטרופוס הוא בגדר "גורם דגורם", שהרי

[30] שער משפט שם, ד"ה אמנם אכתי. על העקרון ששומר חייב בגרמא, ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 597. גם שו"ת הרדב"ז, חלק ב, סימן תשנט, כותב בעניין זה שאין לפטור את האפוטרופוס מטעם גרמא, כיוון שהוא "כעין נפקד", כיוון שנכסי החסוי מורים בידו. אבל הרדב"ז אומר כך על מקרה שעקב טענת האפוטרופוס, הנתבע נפטר בלי שבועה, ולכן הוא מחייב את האפוטרופוס אף שהחסוי לא חויב לשלם אלא הפסיד בתביעתו מאדם אחר; והוא מסכים למהר"ם שאם עקב טענת האפוטרופוס, הנתבע נפטר רק אחרי שבועה, האפוטרופוס פטור. והוא כותב באופן כללי שכל ההלכות האלה אמורות הן אם היתומים היו תובעים, הן אם היו נתבעים.

[31] שער משפט שם, ד"ה ועתה בוא, ד"ה ויש להביא, וד"ה וליכא. הוא מוסיף (בד"ה ועוד נראה), שהאפוטרופוס חייב מדין שומר, כי שומר צריך להישבע בוודאות שלא פשע, ואם אינו יכול להישבע בוודאות, הוא חייב לשלם, לפי הכלל "מחויב שבועה ואינו יכול להישבע – משלם", ולכן הוא חייב אם לא פעל כדין, אף במצב שייתכן שאף אילו פעל כדין הנזק היה קורה, כיוון שייתכן שהנזק לא היה קורה; ולכן אפוטרופוס חייב כאן, אף שייתכן שגם אילו היה טוען כדין, החסוי לא היה נשבע.

[32] שער משפט שם, ד"ה ועתה נבוא.

[33] שער משפט שם, ד"ה ועוד נראה.

[34] ספר התרומות, שער נא, חלק ו, אות ח, פוטר, והרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי מחייב. מחלוקתם מובאת בש"ך, חו"מ, סימן שפו, ס"ק ג. הש"ך פוסק שפטור.

גם אילו טען את הטענה הנכונה, אולי החסוי לא היה נשבע, וגם כשטען את הטענה שאינה נכונה, היתה אפשרות שהנתבע ישלם ולא יישבע[35].

בסיום דבריו, אומר ר׳ ישראל איסר[36], ״אין אני כדאי להרהר אחר רבינו מאיר ז״ל שהוא גדול שבראשונים״, אבל עם זאת הוא עומד על דעתו, שבשתי האפשרויות הראשונות, האפוטרופוס חייב.

להשלמת התמונה, עלינו להוסיף אפשרות חמישית, שבה אף מהר״ם מחייב, כפי שהוא אומר בסוף דבריו: שאילו טען את הטענה הטובה, היה החסוי פטור בלי שבועה, והיות שטען טענה לא טובה, גבה התבוע מהחסוי בלי להישבע.

הרדב״ז[37] מסייג חיוב זה, שמדובר שאמרו לאפוטרופוס מה לטעון, וטען טענה אחרת, כלשון השאלה שהובאה בפני מהר״ם: ״שטען בבית דין מה שלא צוהו לטעון״[38]. לעומת זאת, אם לא אמרו לו מה לטעון, הוא פטור, מפני שהוא יכול לומר ״לא ידעתי טענה טובה מזו שטענתי״. נראה שכוונתו היא שזה בגדר אונס, כיוון שלא היה יכול לדעת שטענה תגרום נזק לחסוי. כמובן, אם היה יכול לברר איזו טענה תועיל לחסוי ולא עשה כן, זו פשיעה.

ר׳ משה בנבנשתי[39] כותב שאם האפוטרופוס היה יכול לזכות בדין על ידי כך שיישבע, ולא נשבע כי לא היה רגיל להישבע, וגם על ממון עצמו לא היה נשבע אפילו שבועת אמת, ועל כן הפסיד בדין – הוא פטור מלשלם ליתומים על ההפסד.

ד. מניעת רווח

אפוטרופוס שפשע חייב לשלם רק על נזק ממשי שעשה, היינו שגרם לרכושם של היתומים לרדת בערכו. אבל אין לחייבו על מניעת רווח, היינו מה שהיו היתומים יכולים להרוויח אילו השקיע את נכסיהם כראוי[40].

[35] שער משפט שם (ד״ה ועוד נראה) כותב שאם אילו טען את הטענה הנכונה, היה החסוי נשבע ונפטר, ובגלל טענת האפוטרופוס, גבה התובע בשבועה, חייב האפוטרופוס, כי הוא שומר, ושומר חייב בפשיעה בכל עניין שעל ידי פשיעתו נגרם נזק למפקיד. אבל הוא כתב כך לפני שכתב שזה בגדר גורם דגורם.

[36] שער משפט שם, ד״ה סוף דבר.

[37] שו״ת הרדב״ז, חלק ב, סימן תשנט.
ריינין, עמ׳ 135, סבור (כנראה) שטעם הרדב״ז לפטור את האפוטרופוס הוא שהתכוון לטובת היתומים. אבל כפי שנראה ליד ציון הערה 46, לא די בכוונה סובייקטיבית לטובה, ורק אם באופן אובייקטיבי הפעולה היתה אמורה להועיל, האפוטרופוס פטור. מה עוד, שגם אם נאמר לו מה לטעון והוא טען טענה אחרת, ייתכן שעשה זאת לטובת החסוי, מפני שהיה נראה בעיניו שטענה זו עדיפה בעבורו. ההבחנה בין אם נאמר לו מה לטעון או לא נאמר לו אינה תואמת בהכרח את ההבחנה בין כוונה לטובה לבין כוונה אחרת.

[38] אמנם הרמ״א, חו״מ, סימן רצ, סעיף כ, מביא הלכה זו בשינוי לשון: ״אפוטרופוס שטען בבית דין מה שלא היה לו לטעון״. אבל גם את לשונו אפשר לפרש באותו אופן: שלא טען מה שנאמר לו לטעון (והיה לו לטעון כך) אלא טען טענה אחרת.

[39] שו״ת פני משה, חלק א, סימן נב. בנידונו, האפוטרופוס הילווה כסף של היתומים ותבע מהלווה סכום מסוים, והלווה טען שההלוואה היתה בסכום נמוך יותר, ואילו האפוטרופוס היה נשבע כתביעתו, היה נאמן כי היה בידו משכון. הוא מוסיף, שאם הפך את השבועה על שכנגדו, יש סיבה נוספת לפטור אותו, כי לא פשע פשיעה ודאית, שהרי היתה אפשרות שהלה לא יישבע.

[40] שו״ת בעי חיי, חו״מ, חלק א, סימן רטז (ד״ה אבל אעיקרא); שו״ת נודע ביהודה, מהדורא תנינא, חו״מ, סימן לד (הובא בפתחי תשובה, חו״מ, רצ, ס״ק א).
ר׳ יצחק אלמליח, ״פשיעת אפוטרופוס בנכסי יתומים״, שורת הדין, כרך יא, עמ׳ קה, מדייק מדבריו שאם היתה לאפוטרופוס דרך להשקיע את הכסף כך שהיה מרוויח רווח ודאי, עליו לשלם ליתומים רווח זה. הוא

קל וחומר שאם לא פשע, אלא רק נמנע מלהשקיע את ממונם, מתוך חשש שההשקעה לא תצליח, שאינו חייב לשלם על הרווח שנמנע, גם אם בכתב המינוי נאמר שעליו להתעסק בממונם[41].

ה. הלוואה על ידי אפוטרופוס

כפי שראינו בסעיף 47, פרק חמישי, לא בכל מצב מותר לאפוטרופוס להלוות את כספי היתומים לאחרים. אם הילווה למי שלא היה רשאי להלוות, ואי אפשר להוציא את הכסף מהלווה[42], האפוטרופוס חייב לשלם, מפני שזו פשיעה, גם אם הלווה איש נכבד והגון[43]. אבל לדעת נתיבות המשפט, זו נחשבת פשיעה רק אם היה ידוע שהלווה חייב כסף לאחרים יותר משיש לו[44].

אם האפוטרופוס קיבל רשות מבית דין להלוות, אין עליו שום אחריות[45].

מסביר שנודע ביהודה סובר כראבי"ה, סימן תתקנז, המחייב מי שמנע מחברו להרוויח רווח שהיה ודאי, וסובר שאין זה "מבטל כיסו של חברו" שפטור. על דברי הראבי"ה ראה נ' רקובר, המסחר במשפט העברי, עמ' 145–146.

אבל ר"י אלמליח שם, עמ' קי, כותב שלפי נתיבות המשפט, קפג, ס"ק א, הסובר ששליח בשכר חייב גם על מניעת רווח, אפוטרופוס שקיבל שכר חייב גם במניעת הרווח, שהרי שו"ת דברי ריבות, סימן קכו, כותב שאפוטרופוס שמינוהו בית דין דינו כשליח.

[41] שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן ג.

[42] אם אפשר להוציא את הכסף מהלווה, מוציאים ממנו – כך פסק רמ"א, חו"מ, סימן רצ, סעיף ה.

[43] שו"ת מהרי"ק, שורש כג (הובא בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן כג וסימן שב, בשו"ת דברי ריבות, סימן קכג, בסמ"ע, סימן רצ, ס"ק יג, ובשו"ת נודע ביהודה, מהדורא תנינא, חו"מ, סימן לד). בנידונו האפוטרופוס הילווה לאדם שהיה חייב ממון רב לאחרים.

שו"ת פני משה, חלק א, סימן נב, כותב שאפוטרופוס שהילווה כסף בלי משכון – זו פשיעה, אלא אם כן קיבל מבית דין רשות להלוות בלי משכון לכל מי שנראה לו שהוא בטוח.

ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף טז, כותב: "אי אפשר לברר בכתב מה נקרא פושע בהלואה, ותלוי בראיית עיני בית דין, דלפעמים יש אדם שאינו עשיר הרבה, ומסחרו הולך מישרים, והוא יותר בטוח מעשיר גדול שמסחרו הולך עקלקלות".

ר' יצחק אלמליח, "פשיעת אפוטרופוס בנכסי יתומים", שורת הדין, כרך יא, עמ' קב, כותב שאפוטרופוס שהשקיע את כספי היתומים בקרנות נאמנות שלמעלה משליש השקעותיהם הן במניות, והפסיד, חייב לשלם את ההפסדים, כיוון שהיה בכך חשש רציני להפסד.

[44] נתיבות המשפט, רצ, ס"ק ב.

[45] ערוך השולחן, שם.

סוגי פשיעה נוספים: שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן רטז (ד"ה אבל אעיקרא), כותב שאפוטרופוס ששידך יתומה, ונתן למשודך את הנדוניה מיד, אין זו פשיעה, כיוון שיש שנותנים מיד, וגם אם מנהג העיר לתת רק אחרי הנישואין, מה שעשה אינה פשיעה.

שו"ת מהריט"ץ החדשות, סימן קלא, עוסק במי שמינה אפוטרופוס על יורשיו, ואחד מהם מת, ולפי חוקי הנכרים, אחיו של האב היה אמור לרשת, ואילו לפי דין תורה בני אחותו של היתום היו אמורים לרשת, ובני הקהילה אמרו לאפוטרופוס לתת חמש מאות לאותו אח מן העיזבון כדי לרצות אותו, ולא עשה כן, ובסופו של דבר נאלץ לתת לו הרבה יותר. הוא פוסק שאין זה בגדר פשיעה, כי לא היתה ודאות שהעיכוב בתשלום יגרור הפסד גדול יותר.

שו"ת מהר"י בן לב, חלק ב, סימן כז, נשאל על אדם אלם שניסה להוציא את נכסי היתומים מידי האפוטרופוס באמצעות ערכאות הנכרים, והיה חשש קרוב לוודאי שאם יצליח בכך, הנכסים ילכו לטמיון, והאפוטרופוס השתמש בנכסי היתומים כדי להגן עליהם מפני האלם, והוא פוסק שאינו חייב לשלם על כך

פרק רביעי

פטור מאחריות "אם פעל בתום לב ונתכוון לטובת אותו אדם"

החוק קובע שבית המשפט רשאי לפטור את האפוטרופוס מן האחריות אם פעל בתום לב לטובת החסוי.

את עמדת המשפט העברי בשאלה זו ניתן ללמוד מגישתה לעניין שומר שעשה מעשה שחשב שיועיל לשמירת הפיקדון, אבל בסופו של דבר מעשהו גרם נזק לפיקדון. הכלל העיקרי בעניין זה הוא, שאם הפעולה שנקט השומר הייתה נחוצה להצלת הנכס, באופן סביר, הוא פטור גם אם פעולתו גרמה נזק לנכס; ואם הפעולה לא הייתה נחוצה, גם אם היא נועדה להצלת הנכס, מתוך מחשבה מוטעית מצד השומר, השומר חייב בנזק שהפעולה גרמה לנכס[46]. מכאן שלא די בתום לב ובכוונה טובה מצד האפוטרופוס, והוא פטור רק אם אמנם באופן אובייקטיבי התנהגותו היתה אמורה להועיל לחסוי, ואז הוא פטור גם אם בסופו של שדבר נגרם נזק לחסוי[47].

פרק חמישי

פטור מאחריות "אם פעל בתום לב לפי הוראות בית המשפט"

א. מבוא

החוק קובע שהאפוטרופוס פטור מאחריות "אם פעל בתום לב לפי הוראות בית המשפט, או קיבל אישורו, אם מראש ואם למפרע". להלן נבקש לבחון האם גם לפי המשפט העברי פעולה בהתאם להוראות בית הדין מעניקה לאפוטרופוס חסינות מפני אחריות?

כמו כן נבקש לברר האם הוראות בית המשפט משחררות את האפוטרופוס מן האחריות גם אם הוא סבור שפעולה בהתאם להוראות אלו תזיק לחסוי? האם קבלת ההוראות משחררת את האפוטרופוס מן הצורך לשקול בעצמו את טובת החסוי? ייתכן שבנסיבות כאמור, לא ייחשב האפוטרופוס כמי ש"פעל בתום לב לפי הוראות בית המשפט", ובשל כך יישא באחריות.

מספק, אף שלא היתה ודאות מלאה שהאלם יצליח במשפט בערכאות, ולא היתה ודאות מלאה שאם יזכה במשפט, הנכסים ירדו לטמיון.

שו"ת דברי ריבות, סימן קסא (הובא בשו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן רטז, ד"ה אבל אעיקרא), כותב שאפוטרופוס שהיה לו משכון מהלווה והחליף אותו ולקח משכון אחר, שגם הוא שווה לסכום החוב, אין כאן פשיעה, גם אם הראשון היה נמכר יותר מהר מהשני.

שו"ת צדקה ומשפט (חוצין), חו"מ, סימן טו, עוסק ביתום שהיה חייב חוב, והאפוטרופוסית הסכימה שישראל יגבה את החוב ממנו, מפני שפחדה שאם השר יגבה ממנו הוא יקח סכום גדול, ועם הישראל היתה יכולה לעמוד בדין, אבל עם השר לא יכלה לעמוד בדין, והוא פוסק שזאת לא פשיעה.

[46] חוק לישראל, שומרים, עמ' 392.

[47] ר' יצחק אלמליח, "פשיעת אפוטרופוס בנכסי יתומים", שורת הדין, כרך יא, עמ' קיז, כותב שאפוטרופוס חייב גם אם גרם נזק ליתום בתום לב.

שאלה נוספת שנבקש לענות עליה היא, האם גם לפי המשפט העברי, אישור של בית הדין "למפרע" מעניק לאפוטרופוס חסינות מפני אחריות בנזיקין.

ב. פעולה בהתאם להוראות בית הדין

בתלמוד[48] מסופר על רבינא ששמר על חביות יין שהיו שייכות לבן אחותו היתום. כשהוא ביקש לצאת ממקומו בספינה, ולקחת עמו חביות יין שלו, הוא תהה האם מותר לו לקחת עמו גם את חביות היין של היתום, או שמא אינו רשאי לסכנן במסע. רבינא שאל את רב אשי על כך, והשיב לו רב אשי: "זיל [=לך], לא עדיף מדידך [=משלך]". מתשובה זו למד הרא"ש[49]: "כן ראוי לעשות, לכל מי שיש בידו ממון של יתומים: שיעשה במאמר בית דין, ולא שיאמר מדעת עצמו 'אעשה כמו בשלי', כי לא יצא בזה ידי חובתו להפטר מן האונס"[50]. מדברים אלו ניתן להבין, שפעולה על פי "מאמר בית דין" פוטרת את האפוטרופוס מאחריות.

כך כותב גם הנודע ביהודה[51], שאם בית הדין אמר לאפוטרופוס, כשמינה אותו, שיעשה בנכסי היתומים "כטוב בעיניו", הוא פטור גם אם השקיע את כספי היתומים שלא בהתאם לכללים הרגילים.

אולם הוראת נציגי הציבור לאפוטרופוס, בשונה מהוראת בית דין, אינה פוטרת אותו מאחריות לנזק שגרם עקב ציות להוראתם. כך עולה מתשובת ר' יצחק אור זרוע[52], בעניינו של שומר כספים, שנדרש על ידי נציגי הציבור להעביר לקופת הקהל חלק מכספי הפיקדון שבידיו, כדי לשלם מהם מס לשלטונות, בטענה שהמפקיד היה חייב במס זה. הוא פוסק שאם המפקיד לא היה חייב במס, כך שנציגי הציבור דינם כגזלנים, השומר חייב על מסירת הכספים, כשם שהיה חייב אילו מסר את הכסף לגזלנים שהכריחו אותו לתת להם.

גם בהוראת בית דין, קבע ר' אהרן ששון[53], שאם השומר יודע בוודאות שהוראת בית הדין מוטעית, אסור לו לנהוג על פיה, ואם בכל זאת פעל בהתאם להוראת בית הדין, הוא נושא באחריות לתוצאותיה. ואפשר ללמוד מדבריו לעניין אפוטרופוס.

---

[48] כתובות ק ע"ב.

[49] רא"ש, כתובות, פרק יא, סימן כא. ראה על דבריו לעיל, עמ' 160.

[50] בשאלה האם האפוטרופוס נדרש להיוועץ בבית הדין, ראה בדיוננו בסעיף 44, עמ' 99, שם עסקנו בדברי הרא"ש.

[51] שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תנינא, חו"מ, סימן לד. הבאנו את דבריו לעיל, עמ' 206.

[52] תשובת ר' יצחק אור זרוע, המובאת בשו"ת הרא"ש, כלל ט, סימן ב. על תשובה זו ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 904, אות כח.
שו"ת תורת אמת, סימן קיב (ד"ה ואם כוונתו), עושה את ההבחנה בין בית דין לבין נציגי הציבור.
ר' יצחק אלמליח, "פשיעת אפוטרופוס בנכסי יתומים", שורת הדין, כרך יא, עמ' קג, כותב שאם היתום גדל והיה מודע למה שעושה האפוטרופוס, האפוטרופוס פטור על ההפסדים שגרם.

[53] שו"ת תורת אמת, סימן קיב.
חוק לישראל, נזיקין, עמ' 126–127, כותב שהפועל לפי הוראת בית דין, וגורם נזק תוך שידע בית הדין טועה, חייב לשלם על הנזק.
אמנם תורת אמת עוסק בטעות עובדתית, למי שייך הנכס, ולא בטעות של שיקול דעת, כגון שבית הדין חשב שאין סיכון בפעולה מסוימת שיעשה האפוטרופוס, אך מכל מקום יש ללמוד מכאן את העיקרון של אחריות האפוטרופוס בהיעדר תום לב.

ג. אישור למפרע

כפי שאמרנו בדיון על סעיף 44, פרק רביעי, המשפט העברי מסמיך את בית הדין לאשר למפרע פעולות שביצע האפוטרופוס בחריגה מסמכותו, מכוח הכלל "הפקר בין הפקר". מאותה סיבה, נראה שאישור למפרע יעניק לאפוטרופוס חסינות בנזיקין[54].

פרק שישי

אחריות האפוטרופוס לנזקי צד ג'

החוק אינו עוסק כלל באחריותו של האפוטרופוס לנזקים שגרם לצד שלישי במסגרת אפוטרופסותו, והדעת נותנת שבעניין זה יחולו הוראות פקודת הנזיקין.

בבירור עמדת המשפט העברי בשאלה זו, יש לדון בשאלה עקרונית: כפי שראינו לעיל[55], מקילים באחריות האפוטרופוס לנזקי החסוי מחשש שמא הטלת אחריות נזיקית על האפוטרופוס תרתיע אנשים מלהתמנות לאפוטרופוס. האם יש בחשש זה כדי להקל גם באחריותו לנזקי צד שלישי, ולהטיל את האחריות לנזקים אלו על החסוי?

המשנה[56] קובעת שאם יש לחרש, שוטה וקטן שור, והשור הזיק בכוונה[57], "מעמידין להן אפוטרופוס ומעידין להן בפני אפוטרופוס". כלומר, בית הדין ממנה אפוטרופוס שתפקידו הוא לשמור על השור[58]; וכן אם צריך לקבל עדות על נגיחת השור כדי להפוך אותו ל'שור מועד' שבעליו משלם את מלוא הנזק שגרם, עדות זו תתקבל בפני האפוטרופוס[59].

נחלקו אמוראים[60] בשאלת אחריותו של האפוטרופוס לנזקים שגרם השור. לדעת ר' יוחנן, הניזוק יקבל את הפיצוי המגיע לו "מעליית [=מנכסים מעולים של] יתומים; דאי אמרת מעליית אפוטרופוס, ממנעי ולא עבדי [=יימנעו ולא יעשו]". לעומתו, לדעת ר' יוסי בר חנינא, יפוצה הניזוק "מעליית אפוטרופוס, וחוזרין ונפרעין מן היתומים לכי גדלי". מסוגיה זו עולה, שלכל

[54] לכאורה אפשר ללמוד להיפך מדברי הרא"ש, ליד ציון הערה 49, שהדרך להיפטר מאחריות היא "שיעשה במאמר בית הדין", משמע שכבר בשעת העשייה יקבל רשות. אולם אפשר שגם אישור למפרע מועיל, ודברי הרא"ש שיבקש אישור מראש אינם אלא עצה טובה, שכן אם יסתמך האפוטרופוס על כך שיקבל אישור לאחר מעשה, הוא מסתכן בכך שבסופו של דבר האישור לא יינתן.

[55] לעיל, ליד ציוני הערות 4, 8, ו־13.

[56] בבא קמא לט ע"א. עסקנו בהלכה זו לעיל, עמ' 84.

[57] במשנה מדובר ש"נגח", ואין זה בדווקא, אלא בכלל זה כל אופן שהזיק בנזקי "קרן", שהגדרתו הוא שכוונתו להזיק (בבא קמא ב ע"ב).

[58] ראה בירור הלכה, בבא קמא לט ע"ב, ציון ב, שנחלקו הפוסקים, האם האפוטרופוס חייב לשלם על מה שהשור הזיק כשהוא עדיין תם, לפני שנעשה מועד.

[59] מדוע יש צורך למנות אפוטרופוס מיוחד לשמור שהשור לא יזיק, ואין להסתפק באפוטרופוס שמונה לשם ניהול נכסיהם? הסביר ים של שלמה, בבא קמא, פרק ד, סימן יג, שכאשר בית הדין ממנה אפוטרופוס, הוא עושה זאת אך ורק לטובת היתומים, והפיכת השור לשור מועד אינה לטובתם, כמובן. נמצא, שהאפוטרופוס שמונה לשם ניהול נכסי היתומים אינו מוסמך לקבל עדות על נגיחות השור. ואכן, מוסיף מהרש"ל, אם אבי היתומים מינה אפוטרופוס, הוא מוסמך גם לקבל עדות על השור, מפני שאבי היתומים ממנה אפוטרופוס גם לחובת היתומים.

[60] בבא קמא לט ע"א–ע"ב.

הדעות אין האפוטרופוס נושא באחריות לנזקי צד ג׳, אלא שלדעת ר׳ יוסי בר חנינא, הוא משלם מכיסו באופן זמני, עד שיגדלו היתומים[61]. הסיבה לפטור של האפוטרופוס מן האחריות לנזקי צד ג׳, לפי שתי הדעות, היא שאם יחויב, קיים חשש שאנשים לא יסכימו לקבל על עצמם את תפקיד האפוטרופוס.

מצד שני, אנו מוצאים מקור המטיל על האפוטרופוס אחריות לנזקי צד ג׳. התלמוד[62] מביא מעשה באפוטרופוס של יתומים, שקנה שור עבור היתומים באמצעות מתווך, ומסרו לרועה. לאחר זמן מת השור במפתיע, וכשנחקרה סיבת המוות התברר שהשור מת מרעב משום שהיה חסר שיניים, ולא היה מסוגל לאכול את האוכל שהוגש ליתר השוורים. הסוגיה קובעת, שהמתווך חייב להחזיר ליתומים את הכסף ששולם לו עבור השור, משום מקח טעות, אולם לאחר מכן, המתווך רשאי לתבוע את הרועה בטענה שלא דיווח לו על המום, שכן אילו היה מדווח, היה נוטלו ונהנה ממנו קודם שמת; ואילו האפוטרופוס פטור, ולא היה צריך לבדוק את השור כיוון שזה היה תפקידו של הרועה[63]. מן הסוגיה עולה, שלולא טענה זו, האפוטרופוס היה חייב לפצות את המתווך על נזקיו. מכאן עולה שבאופן עקרוני האפוטרופוס חייב לשלם מכיסו על נזקי צד ג׳.

הראשונים[64] מיישבים בין הסוגיות בהבחנה בין אפוטרופוס רגיל לבין אפוטרופוס שתפקידו הוא רק לשמור על נכסי היתומים לבל יזיקו לאחרים. לדבריהם, אפוטרופוס רגיל שממונה על ידי בית הדין[65], נהנה מן השם הטוב הכרוך במינוי כזה, ועל כן אין לחשוש שהאחריות לנזקי

[61] בתלמוד הירושלמי, גיטין, פרק ה, הלכה ד, ובבא קמא, פרק ד, הלכה ד, מובא בשם ר׳ יוסי בר חנינא, שהנזק ישולם ״משל אפוטרופין״, בהשמטת הסייג ״וחוזרין ונפרעין מן היתומים לכי גדלי״. מכאן הסיקו מהר״ם מלובלין, בבא מציעא מב ע״ב, ד״ה נימא, יפה עיניים, בבא קמא לט ע״א, ד״ה מעליית מאן, וחידושי רבנו מאיר שמחה, בבא קמא נו ע״ב, שלפי התלמוד הירושלמי, ר׳ יוסי בר חנינא מטיל את האחריות לנזקי צד ג׳ על האפוטרופוס, ואינו חושש שמא הטלת האחריות תרתיע אנשים מלשמש כאפוטרופסים. אבל חידושי הרשב״א, בבא קמא לט ע״ב, ד״ה ור״י; חידושי הר״ן, גיטין נב ע״ב, ד״ה וכיון דקי״ל; וזרע יצחק (לומברוזו), בבא מציעא מב ע״ב, מפרשים את דברי ר׳ יוסי בר חנינא שבירושלמי כמובנם בבבלי. לדיון רחב בהבדל שבין סוגיות הירושלמי, ראה: ריינין, עמ׳ 12–14.

[62] בבא מציעא מב ע״ב. על מעשה זה, ראה חוק לישראל, שומרים, עמ׳ 293–294.

[63] כך הסביר חידושי הרשב״א, בבא מציעא שם, ד״ה ותו איכא, את טענת האפוטרופוס.
חידושי הרמב״ן, בבא מציעא שם, ד״ה ותימה הוא, סבור שאף אם לא היה האפוטרופוס מוסר את השור לרועה, הוא לא היה נושא באחריות לרכישת שור בעל מום, ״משום דלא מינכר ביה [=לא ניכר בו], ויש שאוכלים בהנהו ככי דהוו ליה [=באותן שיניים שהיו לו], וזה שלא אכל ומת, איגלאי מילתא [=התגלה הדבר] דמשום ככי דלא הוו ליה [=שיניים שלא היו לו] מת. או שהדבר צריך לבקיאים ורוב אינם בקיאים ואין כאן פשיעה״. לפי הסבר זה, האפוטרופוס אינו נושא באחריות לנזק שאירע מחמת חוסר מומחיותו, אם פעל באופן סביר. אולם, לא ברור מדוע, לשיטתו של הרמב״ן, לא יידרש אפוטרופוס שאינו בקי במומי שוורים, לבדוק את השור על ידי מומחה.
לפי הסבר אחר, האפוטרופוס אינו נושא באחריות בנסיבות אלו משום ש״תורא דלית ליה ככי [=שור שאין לו שיניים], מילתא דלא שכיח היא [=דבר שלא שכיח הוא], ולא הוה ליה לעיוני [=ולא היה לו (לאפוטרופוס) לעיין]״ (חידושי הרמב״ן, שם; שיטה מקובצת, שם; חידושי הריטב״א החדשים, שם).
יודגש, שגם לפי הסברים אלו, אם האפוטרופוס היה יכול לברר את קיומו של המום לפני הרכישה, ובכל זאת הוא רכש את השור, ובעקבות זאת נגרם נזק לצד ג׳, נושא האפוטרופוס באחריות לנזק זה.

[64] תוספות, גיטין נב ע״ב, ד״ה הלכה, בבא קמא לט ע״א, ד״ה דאי, ובבא מציעא מב ע״ב, ד״ה נימא; חידושי הרשב״א, בבא קמא לט ע״ב; חידושי הריטב״א החדשים, בבא מציעא מב ע״ב, ד״ה ההוא. פרשנים נוספים שתירצו כך צוינו על ידי המהדיר לחידושי הריטב״א, שם, מהד׳ מוסד הרב קוק, הערה 622.

[65] אשר לאפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים, ייתכן שהוא פטור מנזקי צד ג׳, ואף שהלכה היא שהוא

צד ג׳ תניא אותו מלקבל על עצמו את התפקיד. לעומת זאת, אפוטרופוס שנתמנה כדי לשמור על שור של היתומים, שלא יזיק לאחרים, אינו זוכה לשם טוב עקב המינוי, שכן הציבור אינו מייחס חשיבות למינוי שאינו לטובת היתומים, אלא להגן על אחרים. על כן, קיים חשש שאם תוטל על אפוטרופוס כזה אחריות לנזקי צד ג׳, לא יהיו אנשים מוכנים לקבל על עצמם תפקיד זה, והציבור ייפגע מכך. לכן פטרו חכמים אפוטרופוס זה מן האחריות לנזקי צד ג׳.

מכאן נוכל להסיק ככלל, שאפוטרופוס רגיל נושא באחריות לנזקי צד ג׳ שגרם בהתרשלותו, ואין חוששים שמא הטלת האחריות תרתיע אנשים מלקבל על עצמם את תפקיד האפוטרופוס.

פרק שביעי

סיכום

החוק מטיל על האפוטרופוס אחריות לנזקים שגרם לחסוי או לרכושו. לפי המשפט העברי, אפוטרופוס מתנדב נושא באחריות כשומר חינם, ואילו אפוטרופוס בשכר נושא באחריות של שומר שכר, ואין חוששים שהטלת האחריות תרתיע אנשים מלהתמנות לאפוטרופוס.

הפוסקים נחלקו בשאלה האם אפוטרופוס שלא מכר את הנכס שהיה עליו למכור, חייב בנזק שנגרם לנכס עקב כך.

אפוטרופוס שייצג את החסוי בדין, וקיבל הוראה לטעון טענה מסוימת, ובמקום זאת טען טענה אחרת, וכתוצאה מכך החסוי חויב לשלם או הפסיד את התביעה, ואילו טען כפי שנתבקש היה זוכה בדין, הוא חייב לשלם על הנזק לחסוי. נחלקו הפוסקים בשאלת חיוב האפוטרופוס אם בטענה שנתבקש לטעון היה החסוי זוכה רק אחרי שיישבע כדבריו, או אם בטענה שטען בפועל זכה הצד שכנגד רק אחרי שנשבע. בכל מקרה, אם לא קיבל האפוטרופוס הוראה לטעון טענה מסוימת, אין לחייבו על כך שלא טען את הטענה המיטבית.

אפוטרופוס שפשע חייב לשלם רק על נזק ממשי שעשה, היינו שגרם לרכושם של היתומים לרדת בערכו, ואינו חייב על מניעת רווח, היינו מה שהיו היתומים יכולים להרוויח אילו הושקעו נכסיהם כראוי. קל וחומר שאם לא פשע, אלא רק נמנע מלהשקיע את ממונם, מתוך חשש שההשקעה לא תצליח, שאינו חייב לשלם על הרווח שנמנע, גם אם בכתב המינוי נאמר שעליו להתעסק בממונם.

אם האפוטרופוס הִלווה את ממון החסוי למי שלא היה רשאי להלוות, ואי אפשר להוציא ממנו את הכסף, האפוטרופוס חייב לשלם.

החוק סייג את אחריות האפוטרופוס בקביעה שבית המשפט רשאי לפטור את האפוטרופוס מן האחריות לנזק שנגרם בשל פעולה שעשה האפוטרופוס בתום לב לטובת היתומים. לפי המשפט העברי, אם הפעולה שנקט האפוטרופוס הייתה נחוצה להצלת הנכס, באופן סביר,

חייב אם גרם נזק ליתומים בפשיעה (כאמור לעיל, ליד ציון הערה 7), מפני שאין חשש שחיוב זה יניא אנשים מלשמש כאפוטרופוס (כאמור לעיל, הערה 7), כי מן הסתם אדם מוכן לשלם אם פשע – ייתכן שאנשים יקבלו בהבנה חיוב זה כלפי יתומים, ולא כלפי צד׳ ג׳.

הוא פטור גם אם פעולתו גרמה נזק לנכס; ואם הפעולה לא הייתה נחוצה, גם אם היא נועדה להצלת הנכס, מתוך מחשבה מוטעית מצד האפוטרופוס, הוא חייב בנזק שהפעולה גרמה לנכס.

סייג נוסף שקבע החוק לאחריות האפוטרופוס הוא, שאם פעל האפוטרופוס בתום לב לפי הוראות בית המשפט או שקיבל את אישורו, "אם מראש ואם למפרע", הוא אינו נושא באחריות לתוצאותיה של הפעולה. אף לפי המשפט העברי, אפוטרופוס שפעל בתום לב לפי הוראות בית הדין, אינו נושא באחריות. אולם סייג זה אינו קיים אם האפוטרופוס ידע שפעולה בהתאם להוראות בית הדין עלולה להזיק ליתומים או לרכושם.

המשפט העברי מטיל על האפוטרופוס גם אחריות לנזקים שגרם לצד שלישי במסגרת אפוטרופסותו.

פרק שמיני

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

אחריות האפוטרופוס

57. האפוטרופוס אחראי לנזק שגרם לאדם שהוא אפוטרופסו או לרכושו, או לצד שלישי, כשומר חינם, ואם הוא מקבל שכר – כשומר שכר; אלא אם הפעולה שגרמה לנזק היתה דרושה באופן סביר לטובת אדם זה, או שפעל בתום לב לפי הוראות בית המשפט.

סעיף 58

ערובה

ערובה

58. בית המשפט רשאי, לפני מינויו של אפוטרופוס או אחרי כן, לדרוש שהאפוטרופוס ישעבד נכסים או ימציא ערבות להבטחת מילוי תפקידו וחובותיו, ורשאי בית המשפט, בכל עת, לדרוש ערובה נוספת או לשחרר ערובה שניתנה, כולה או מקצתה.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 293

פרק שני: שיעבוד נכסים – "בית המשפט רשאי... לדרוש שהאפוטרופוס ישעבד נכסים" 293

פרק שלישי: המצאת ערבות – "בית המשפט רשאי... לדרוש שהאפוטרופוס... ימציא ערבות" 294

פרק רביעי: סיכום 294

פרק חמישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 295

פרק ראשון

מבוא

הסעיף שבפנינו קובע שבית המשפט רשאי, לפני מינויו של אפוטרופוס או אחרי כן, לדרוש שהאפוטרופוס ישעבד נכסים או ימציא ערבות להבטחת מילוי תפקידו וחובותיו, והוא אף רשאי, בכל עת, לדרוש ערובה נוספת או לשחרר ערובה שניתנה, כולה או מקצתה.

להלן נברר האם לפי המשפט העברי, בית הדין רשאי לדרוש מן האפוטרופוס לשעבד נכסיו או להמציא ערבות להבטחת מילוי תפקידו ולהבטחת חובותיו של האפוטרופוס? ואם כן, באלו נסיבות הוא רשאי לדרוש זאת?

פרק שני

שיעבוד נכסים – "בית המשפט רשאי... לדרוש שהאפוטרופוס ישעבד נכסים"

הסעיף קובע: "בית המשפט רשאי... לדרוש שהאפוטרופוס ישעבד נכסים... להבטחת מילוי תפקידו וחובותיו". גם לפי המשפט העברי, כאשר בית הדין ממנה אפוטרופוס, רשאי בית הדין להתנות את הסכמתו למינוי, בכך שהאפוטרופוס ישעבד נכסים שלו כבטוחה למילוי תפקידו וחובותיו. כך מצאנו שהרא"ש[1] פסק שאפשר למנות אב כאפוטרופוס על בתו, והתנה זאת בכך שימשכן קרקעות שלו בשווי הרכוש של הבת: "ואם האב בעל אחריות שיוכל למשכן קרקעות כדי ממון הבת, טוב הוא שינתן הכל לידו ויפרנסנה וישיאנה באותו ממון".

כמו כן, הריב"ש[2] פסק שאפשר למנות אֵם כאפוטרופוס על בנה אחרי מות אביו, והוסיף: "אם ראו בית דין להחמיר עוד עליה, שתתחייב לתת חשבון... או בשאר חזוקין וקיומין שיראה בעיני הבית דין שיהיו לתועלת הקטן, הנה מה טוב". שעבוד נכסים הוא אחד מה"חיזוקין וקיומין" שיכולים להיות לתועלת היתום.

הריב"ש מנמק את דבריו, שאין לחשוש שמא דרישה כזאת תרתיע אותה מלהסכים לשמש כאפוטרופוס, "כיון שהיא אמו ודעתה קרובה אצל בנה, וגם שהיתה חפצה בדבר". אפשר

[1] שו"ת הרא"ש, כלל פב, סימן ב (הובא בדרכי משה, חו"מ, סימן רצ, ס"ק ה, בשו"ת מהר"י לבית לוי, סימן עד, בשו"ת דרכי נועם, אבן העזר, סימן לח וסימן מ, בשו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ה, סימן יב, ובשו"ת משפטי שמואל, סימן צ). התשובה קצרה מאוד, ואינה מפרטת את הנסיבות, ואף הפוסקים שהביאו אותה לא הסבירו אותה. בתשובה נאמר שאבי אמה היה אפוטרופוס, וכנראה מדובר שהאם מתה, ולפני מותה היא מינתה את אביה להיות אפוטרופוס על הבת, ובכל זאת הרא"ש פסק שטובת הבת להיות עם אביה, בעוד שאבי אמה יהיה אפוטרופוס על רכושה, אלא שאם האב יכול למשכן קרקעות בשווי הממון שקיבלה מאמה, הוא יהיה אפוטרופוס על רכושה.

[2] שו"ת הריב"ש, סימן תצה. הבאנו את דבריו בסעיף 53, עמ' 232, לעניין סמכותו של בית דין לדרוש מהאפוטרופוס למסור דוחות.

ללמוד מדבריו שלא ראוי שבית הדין ידרוש דרישה כזאת אם, לפי ראות עיניו, היא עלולה להרתיע אנשים מלהסכים לשמש כאפוטרופוס.

מקור נוסף בעניין זה הוא מה שראינו בסעיף 50, בסוף פרק חמישי, שאם רוצים למסור כספים של היתומים למי שיסחור בהם, עליו להמציא נכסים שישמשו כערובה שתבטיח את יכולתו לפצות את היתומים אם השקעותיו יירדו לטמיון, ודרישה זו אינה תלויה בשיקול דעתם של הדיינים. אבל הדרישה אינה קיימת באפוטרופוס שאינו עומד להשקיע את הכספים.

פרק שלישי

המצאת ערבות – "בית המשפט רשאי... לדרוש שהאפוטרופוס... ימציא ערבות"

את הדרישה השנייה שבסעיף, שהאפוטרופוס יעמיד ערבות, היינו אדם שישמש ערב על חובות עתידיים שיכול שייווצרו – לא מצאנו במשפט העברי[3]. ונראה שטעם הדבר הוא שבערבות שניתנה לפני יצירת החיוב, יכול הערב לחזור בו עד יצירת החיוב[4], ואם כן אין תועלת מרובה בהעמדת ערב על חיובים עתידיים של האפוטרופוס, כיוון שהוא יוכל לחזור בו. זאת בניגוד למשכון או לשעבוד נכסים על חיוב עתידי, שאין הממשכן יכול לחזור בו אף לפני יצירת החיוב[5]. אמנם גם לפי חוק הערבות[6], בערבות שניתנה לפני יצירת החיוב, יכול הערב לחזור בו עד יצירת החיוב, אבל המחוקק לא חשש לאפשרות זו כאן, כנראה. מכל מקום, נראה שיכול בית הדין לדרוש מן האפוטרופוס שימציא ערבות, למרות הסיכון שהערב יחזור בו, כמו שהוא יכול לדרוש שעבוד נכסים.

פרק רביעי

סיכום

לפי החוק, בית המשפט רשאי לדרוש שהאפוטרופוס ישעבד נכסים או ימציא ערבות להבטחת מילוי תפקידו וחובותיו.

גם לפי המשפט העברי, בית הדין רשאי להתנות את מינויו של אדם לתפקיד האפוטרופוס בכך שהאפוטרופוס ישעבד את נכסיו. אולם לא מצאנו שבית הדין ידרוש מהאפוטרופוס להעמיד ערב על כך.

[3] אמנם שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שעז, כותב על נידונו, שמסרו כספי יתומים לידי מי שיסחור בהם במטרה שהרווח ישמש להשיא את היתומות, שהוא צריך להעמיד ערב "בטוח מאוד". אבל הוא לא היה אפוטרופוס.

[4] למקורות לכך, ראה חוק לישראל, ערבות, עמ' 394–396.

[5] כך עולה מן המקורות שהובאו בחוק לישראל, משכון, עמ' 46. אולם ראה שם, עמ' 47, שקצות החושן חולק על כך.

[6] חוק הערבות, התשכ"ז-1967, סעיף 15.

פרק חמישי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

ערובה

58. בית המשפט רשאי, לפני מינויו של אפוטרופוס או אחרי כן, לדרוש שהאפוטרופוס ישעבד נכסים להבטחת מילוי תפקידו וחובותיו, ורשאי בית המשפט, בכל עת, לדרוש ערובה נוספת או לשחרר ערובה שניתנה, כולה או מקצתה.

סעיף 60

התפטרות

התפטרות

60. האפוטרופוס רשאי, על ידי הודעה בכתב לבית המשפט, להתפטר מתפקידו; ההתפטרות אינה תופסת אלא אם בא עליה אישור בית המשפט ומן היום שנקבע לכך באישור.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 299

פרק שני: הכלל: האפוטרופוס אינו רשאי להתפטר 299

פרק שלישי: הבסיס המשפטי לחובת האפוטרופוס להמשיך בתפקידו 302
א. אפוטרופוס כשומר 302
ב. "המתחיל במצווה אומרים לו גמור" 303
ג. אפוטרופסות היא מצווה, ולכן אינו כפועל הרשאי לחזור בו 304
ד. אפוטרופוס אינו פועל אלא קבלן 305
ה. נדר מחייב 305
ו. קבלת אחריות 306

פרק רביעי: חריגים: אימתי יכול האפוטרופוס להתפטר 306
א. אפוטרופוס המבקש לעזוב את מקומו 306
ב. אם הממנה התיר לאפוטרופוס להתפטר 307
ג. תנאי בשעת המינוי 307

פרק חמישי: דרך ההתפטרות 308

פרק שישי: סיכום 309

פרק שביעי: הצעת נוסח על פי המשפט העברי 309

פרק ראשון

מבוא

סעיף 37 קובע שאין ממנים אפוטרופוס אלא את מי שהביע את הסכמתו לכך. סעיף 60 ממשיך עיקרון זה וקובע, שאף לאחר המינוי, האפוטרופוס רשאי להתפטר אם אינו חפץ להמשיך בתפקידו. הסיפא של סעיף 60 מסייגת זאת בכך שההתפטרות אינה תופסת אלא אם בא עליה אישור בית המשפט, והיא תופסת רק מן היום שנקבע לכך באישור. הסיבה לסייג היא שלא ייתכן להותיר את החסוי ללא מי שידאג לצרכיו, ויש צורך בפיקוח של בית המשפט שיבחן את צרכי החסוי וידאג למינוי אפוטרופוס מחליף.

להלן נברר האם המשפט העברי מאפשר לאפוטרופוס להתפטר מתפקידו. נראה מהו הכלל, ומהם החריגים לכלל. בסיום דברינו נבחן את דרך ההתפטרות במצבים שהאפוטרופוס יכול להתפטר.

פרק שני

הכלל: האפוטרופוס אינו רשאי להתפטר

לפי המשפט העברי, אין האפוטרופוס רשאי להתפטר מתפקידו משעה שהחזיק בנכסי החסוי. כלל זה מקורו בדברי התוספתא[1]: "אפטרופסין, עד שלא החזיקו בנכסי יתומין, יכולין לחזור בהן; משהחזיקו בנכסי יתומין – אין יכול לחזור בהן". פוסקים רבים[2] הביאו את דברי

[1] תוספתא, בבא בתרא, פרק ח, הלכה ג (הלכה יב במהד' ליברמן).
ז' פלק, מבוא לדיני ישראל בימי הבית השני, ת"א תשל"א, עמ' 306, וריינץ, עמ' 151–152, הסבירו שזכות האפוטרופוס לחזור בו מהסכמתו לשמש כאפוטרופוס כל עוד לא החזיק בנכסים, נובעת מן המגמה לעודד אנשים לקבל על עצמם את התפקיד. אם אדם יֵדע שמהרגע שקיבל על עצמו את תפקיד האפוטרופוס לא יוכל עוד לחזור בו מהסכמתו, הוא עלול להירתע מלקבל על עצמו את התפקיד, מחשש שמא בעתיד יתברר לו שאין בכוחו למלא את התפקיד והוא לא יוכל לסגת ממנו. לכן, כל עוד לא החזיק האפוטרופוס בנכסי היתומים, יש לאפשר לו לחזור בו מהסכמתו לשמש כאפוטרופוס. אולם "בהחזיקו בנכסי היתומים, או בבצעו פעולות בענייני היתומים, בודאי החלטתו נחושה ולבו שלם עם מינויו. כמו כן, לטובת היתומים היא, שלא ינטוש אותם בשלב זה" (ריינץ, שם). ריינץ סבור שלכך התכוון שערי עוזיאל, שער יב, פרק א, אות כ, בהערה (עמ' קלה במהד' תש"ד), אך לא ברור שזאת כוונתו. יש קושי בהסבר זה, שהרי אם האפוטרופוס חושש מכבילה לתפקיד, יוכל להתנות שיוכל להתפטר בכל עת, ותנאי זה תקף, כפי שנראה ליד ציון הערה 44.

[2] חידושי הרמב"ן, גיטין נב ע"ב, ד"ה משום; ספר העיטור, אפיטרופוס (עח ע"ב במהד' רמ"י); חידושי הרשב"א, גיטין נב ע"ב, ד"ה אי רמית; בית הבחירה, גיטין נב ע"ב, ד"ה אמר המאירי אפטרופוס; חידושי הריטב"א (רבנו קרשקש), גיטין נב ע"ב, ד"ה והא דאמרינן; מגיד משנה, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ה; טור, חו"מ, סימן רצ, סעיף כג; תשב"ץ, חלק ב, סימן קפח (הובא בפני חיים, פרשת וישב, עמ' עד במהד'

התוספתא להלכה. וכך פסק השולחן ערוך[3]: "אפוטרופוס, בין מינוהו אבי היתומים בין מינוהו בית דין[4], עד שלא החזיק בנכסי היתומים יכול לחזור בו, משהחזיק בנכסי היתומים אינו יכול לחזור בו"[5].

נשאלת השאלה, מדוע שונה דינו של האפוטרופוס מדינם של עובד[6] ושליח[7], הרשאים להתפטר מתפקידם? בפרק הבא נבחן את הבסיס המשפטי לחובת האפוטרופוס להמשיך בתפקידו, ולאור זאת נראה גם מדוע יכול האפוטרופוס להתפטר כל עוד לא החזיק בנכסי החסוי.

כאמור, התוספתא קובעת שהשלב שאחריו האפוטרופוס אינו יכול להתפטר הוא משהחזיק בנכסי החסוי. אולם לדעת הריב"ש[8], דברי התוספתא אינם בדווקא, אלא כל שהוא התחיל לפעול כאפוטרופוס, אינו יכול לחזור בו, כמו שפועל אינו יכול לחזור בו אחרי שהתחיל במלאכה[9]. הוא נותן דוגמאות אחדות לכך: אם טען בפני בית דין לטובת היתומים[10]; אם מכר מנכסי היתומים והקונה החזיק בהם; אם אישר לאלמנה לגבות את כתובתה מנכסי היתומים. הרמ"א[11] פוסק בעקבות הריב"ש, שאם התחיל להתעסק בצרכי היתומים, אינו יכול לחזור בו.

תשס"ג, דף כא ע"א במהד' תרמ"ח); שו"ת המבי"ט, חלק ב, סימן קיב; שו"ת הרדב"ז, חלק ד, סימן אלף רסט (קצח); שו"ת מהריט"ץ החדשות, סימן קלא; שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן קפז; שו"ת פרי הארץ (מזרחי), חלק א, חו"מ, סימן יב (עא ע"ד). וראה גם הפוסקים המובאים בהמשך דברינו.

הרמב"ם אינו מביא את דברי התוספתא, וייתכן שאינו מקבל אותם להלכה.

הערות הגרי"ש אלישיב, גיטין נב ע"ב, כותב: "לאחר שקיבל עליו אינו יכול להסתלק". ולא הזכיר את התוספתא.

[3] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף כג.

[4] גם הפוסקים הנזכרים לעיל, הערה 2, כתבו כמו השולחן ערוך, שהן אפוטרופוס שמינהו אבי היתומים הן אפוטרופוס שמינהו בית דין אינם יכולים להתפטר. דין זה נלמד מן התוספתא שאינה מבחינה בין סוגי האפוטרופסים, בעוד שלגבי עניינים אחרים היא מבחינה ביניהם.

[5] ר' שלמה שטסמן הסביר שהכוונה היא שכופים אותו שלא להתפטר, ולא רק שהוא נושא באחריות כספית לנזק שייגרם בעקבות התפטרותו. הוא הביא ראיה לכך מהנימוק שליד ציון הערה 28, שהוא עושה מצווה, ובכך הוא שונה מפועל.

יש מקום לחשש שהוראה המחייבת את האפוטרופוס להמשיך בתפקידו אינה ניתנת ליישום באופן מעשי, שכן קשה להכריח אדם למלא תפקיד בעל כורחו. בכל זאת מצאנו בספרי התשובות מקרים רבים של פוסקים שסרבו לאשר בקשה של אפוטרופוס להתפטר ואילצו אותו להמשיך בתפקידו. לדוגמה, שו"ת המבי"ט, חלק ב, סימן קיב, דן באפוטרופוס שדרש שישותף עמו אדם אחר, ושולל את בקשתו וכותב: "והוא לבדו ילכד בשעבוד האפטרופוס, כיון שהחזיק בנכסים". לדוגמאות נוספות, ראה בפוסקים המצוינים בהמשך דברינו. ייתכן שלאחר מתן פסקי הדין, קיבל האפוטרופוס עליו את הדין והמשיך בתפקידו בלב שלם, וייתכן שעשה כן מתוך אילוץ לאחר שבית הדין איים עליו בסנקציות.

[6] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שלג, סעיף ג. ראה גם ש' ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי, תל אביב (תשכ"ט), כרך ב, עמ' 654.

[7] ראה חוק לישראל, שליחות, מעמ' 633.

[8] שו"ת הריב"ש, סימן תפט.

[9] לעומתו, מחנה אפרים, הלכות שכירות פועלים, סימן ד, כותב שרק החזקה בנכסי החסוי מונעת מאפוטרופוס מלחזור בו, והוא דוחה את ההשוואה לפועל משתי סיבות: (א) התחלת מלאכה היא קנין מחייב רק בפועל שהוא שכיר לזמן קצוב, ולא בקבלן שהתחייבותו היא לעשות עבודה מסוימת בלי תלות בזמן, ואפוטרופוס הוא קבלן. (ב) התחלת מלאכה היא קנין רק במי שמקבל שכר תמורת המלאכה, מפני שאז נתחייב המעביד בתשלום השכר, וחיוב זה יוצר את הקניין, ואילו אפוטרופוס אינו מקבל שכר על מילוי תפקידו.

[10] אבל בהמשך תשובתו מעלה הריב"ש אפשרות שטענה בפני בית דין בלבד אינה מונעת את זכות החזרה.

[11] רמ"א, חו"מ, סימן רצ, סעיף כג.

הפוסקים הרחיבו את הכלל השולל את יכולת האפוטרופוס להתפטר, למקרים גבוליים אחדים:

אחד הגאונים[12] פסק שגם אם האפוטרופוס מציע אדם אחר שישמש במקומו, אינו רשאי להתפטר, מפני שייתכן שמי שמינה אותו סמך דווקא עליו ואינו מוכן לסמוך על אדם אחר. כך פסק גם הרשב"א[13], בנימוק שאפוטרופוס הוא שומר[14], ושומר אינו רשאי למסור את הפיקדון לשומר אחר[15].

הריב"ש[16] פוסק, שגם "אפוטרופוס למעשה", היינו מי שמתפקד כאפוטרופוס מבלי שהתמנה לכך, שנעסוק בו בהרחבה בדיוננו בסעיף 67, אינו יכול להתפטר אחרי שהחזיק בנכסי החסוי.

טור, חו"מ, סימן רצ, סעיף ל, כותב: "לאחר שנמסרו נכסי היתומים ליד האפוטרופא אינו יכול לחזור בו", ופרישה שם כותב: "והתחיל להתעסק בצרכיהן". מדבריו עולה שיש צורך בשני התנאים כדי למנוע מן האפוטרופוס להתפטר: גם קבלת הנכסים וגם התחלת העבודה. ריינין, עמ' 150, הערה 38, מציע שהפרישה למד כך משו"ת הריב"ש, סימן תסח, שכתב: "כיון שהוא כאפטרופא, מכיון שהתחיל להתעסק בנכסים והחזיק בהם – אין לו להסתלק". אבל הריב"ש מסיים שם: "כמו שכתבו הרמב"ן והרשב"א ז"ל, והביאו ראיה מן התוספתא דבין מינוהו בית דין, בין מינהו אבי היתומים, משהחזיקו בנכסים, אין יכולין לחזור בהם". כוונתו לחידושי הרמב"ן והרשב"א, גיטין נב ע"ב, ושם אין זכר לדרישה שיתקיימו שני תנאים (החזקה ותחילת התעסקות) כדי לשלול מן האפוטרופוס את הזכות להתפטר. כפי הנראה, דברי הריב"ש שם נועדו כתשובה לסוברים שאפוטרופוס רשאי לחזור בו אף לאחר תחילת התעסקותו בנכסים, ולכן הדגיש הריב"ש שבמקרה שהוא דן בו התקיימו שני התנאים. אך אין הוא סובר שדרושים שניהם.

ייתכן שיש לגרוס בדברי פרישה 'או התחיל' במקום 'והתחיל'.

[12] תשובת גאון, שנדפסה בגאוניקה, עמ' 101 [=אוצר הגאונים, גיטין, חלק התשובות, אות רעו].

[13] שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שנא.

גם כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רצ, הגהות הטור, אות קלט, ושערי עוזיאל, שער יב, פרק א, אות טו, כותבים שאינו רשאי למנות אחר במקומו.

אבל יש להעיר, שלפי הנימוק (ליד ציון הערה 24) שהמתחיל במצווה צריך לגמור, מותר להעביר לאדם אחר את המשך האפוטרופסות, כפי שכתב אהלי יעקב (פרבשטיין), שמות, עמ' קסט, שמי שהתחיל במצווה והפסיק באמצע ודאג שאחר ישלים אותה, אינו נענש, ובעמ' קעב כתב שאם מתוך חביבות המצווה רוצים לחלקה בין כמה אנשים, ולכל חלק יש תכלית (תועלת), מותר. וכן ר' משה ברזם, אמרות משה (סוף ס' אגרות ורשימות קהלות יעקב), סימן ב, עמ' רכא, כתב שמותר לתת לאחר לגמור את המצווה אם האחר מחבב את המצווה.

[14] ראה בשמו להלן, ליד ציון הערה 21.

[15] מקורות לכך ראה בחוק לישראל, שומרים, עמ' 260–262.

[16] שו"ת הריב"ש, סימן תסח, בסופו. כך משמע קצת גם משו"ת אהלי תם, סימן טו.

הדברים מובנים לפי שיטת הרשב"א, להלן ליד ציון הערה 21, שהסיבה שאין אפוטרופוס יכול להתפטר היא משום שהוא כשומר, שכן גם אפוטרופוס למעשה המחזיק בנכסי החסוי הוא שומר. כך גם לפי שיטת הריב"ש, להלן, ליד ציון הערה 24, שהסיבה היא שהמתחיל במצווה חייב לגמור אותה, והרי גם אפוטרופוס למעשה החל בקיום מצווה. לעומת זאת, נימוקו של קצות החושן, להלן, ליד ציון הערה 28, שחובתו של האפוטרופוס נובעת מהתחלת עבודה כפועל, אינו תקף, לכאורה, באפוטרופוס למעשה, כיוון שמעולם לא התחייב לשמש בתפקידו. אולם אפשר לטעון, שעצם העובדה ששימש כאפוטרופוס למעשה, כמוה כהתחייבות מכללא להמשיך בתפקידו. נימוקו של מהריא"ז ענזיל, להלן, ליד ציון הערה 34, "כל מי שמקבל עליו בפני בית דין להיות אפטרופוס, הוי ליה נדר, ואין יכול לחזור", אינו תקף באפוטרופוס למעשה, שאינו מקבל עליו את התפקיד בפני בית דין.

ערוך השולחן[17] מדגיש שגם אפוטרופוס המקבל שכר אינו יכול לחזור בו אחרי שהחזיק בנכסים.

ר׳ ברוך אברהם טולידאנו[18] כותב שגם אפוטרופוס לבגיר אינו יכול להתפטר מתפקידו, אם מינה אותו אביו לפני מותו, מפני ש״מצווה לקיים דברי המת״.

כפי שראינו בדיוננו בסעיף 46[19], אם היו אפוטרופסים משותפים, אין אחד מהם יכול להתפטר בטענה שהאחרים ימשיכו לטפל בחסוי, מפני שיש להניח שהממנה רצה שיהיו אפוטרופסים כמספר שהוא מינה, ולא סמך על פחות מכך.

פרק שלישי

הבסיס המשפטי לחובת האפוטרופוס להמשיך בתפקידו

א. אפוטרופוס כשומר

לדעת הרשב״א, הסיבה שאין אפוטרופוס יכול להתפטר היא משום שחלק מתפקידו הוא לשמור על נכסי החסוי, ושומר אינו יכול לחזור בו לפני המועד שנקבע לסיום השמירה[20]. וזה

[17] ערוך השולחן, חו״מ, סימן רצ, סעיף מא. החידוש שבדבר הוא שהיה מקום לומר שכוונתו לשכר ולא לעשות מצווה, ולכן אין מקום לנימוק (להלן, ליד ציון הערה 31), שבגלל המצווה אינו יכול לחזור בו. בכל זאת סבור ערוך השולחן שעיקר התפקיד הוא המצווה, ולכן הנימוק תקף גם כאן.

[18] שו״ת שאלו לברוך, חו״מ, חלק ב, סימן קג, אות ב. הוא מדגיש זאת מפני שאפוטרופסות לבגיר אינה נחשבת למצווה, כפי שראינו בדיוננו בסעיף 33, עמ׳ 26-25, ולפי הריב״ש (ליד ציון הערה 24) הטעם שאפוטרופוס אינו יכול להתפטר הוא שהוא מקיים מצווה. וראה שם, הערה ז, שר׳ פנחס טולידאנו, בן המחבר, מצא מקור לכך ש״מצווה לקיים דברי המת״ נאמר גם בעשיית פעולה. וראה: בן ציון גרינברגר, ״מצווה לקיים דברי המת במשפט העברי״, פרק שני, שזו דעת שו״ת נודע ביהודה, מהדורא תנינא, אבן העזר, סימן מה, לעומת שו״ת הריטב״א, סימן מג, תשב״ץ, חלק ב, סימן נג, ושו״ת שבות יעקב, חלק א, סימן קסח, הסבורים ש״מצווה לקיים דברי המת״ נאמר רק בהוראה ממונית.

[19] סעיף 46, עמ׳ 106.

[20] כך פוסק שולחן ערוך, חו״מ, סימן רצג, סעיף א: ״ואם הפקידו אצלו לזמן ידוע, אינו יכול להכריחו לקבלו ממנו תוך הזמן״. וראה חוק לישראל, שומרים, עמ׳ 494–501. חידושי הרשב״א, קידושין יג ע״א, ד״ה סברה, מתקשה מדוע אין השומר יכול לחזור בו מהתחייבותו לשמור לפני הזמן שנקבע לסיום השמירה, בשונה מפועל. קצות החושן, סימן עד, ס״ק א, מסביר ששומר שונה מפועל, כיוון ששמירה היא חיוב ושעבוד של השומר לשלם במקרה שייגנב או יאבד, ולכן אינו נפטר בהחזרת הנכס לבעלים בתוך הזמן (בלי הסכמתו).

יש להוסיף, שבאפוטרופוס יש סיבה נוספת מדוע לא יוכל לחזור בו לפני סיום הזמן, כיוון שאין לו למי להחזיר את הנכסים. ואף שלפי הרמב״ם והרשב״ץ שלהלן, ליד ציון הערה 39, והערה 39, הן שומר רגיל והן אפוטרופוס יכולים להעביר לבית הדין את הנכסים שהופקדו בידיהם, נראה שאפשרות זו עומדת להם רק אם הם צריכים לצאת מהעיר מחמת אונס.

לשונו של הרשב״א[21]: ״לפי שמשעה שהחזיק [האפוטרופוס] בנכסים, נעשה שומר של יתומים, ואינו רשאי, לאחר שנעשה שומר שלהם, להסתלק משמירתו״[22].

אבל ר׳ יוסף חזן[23] מעיר, שלפי טעם זה, הדין שאין האפוטרופוס יכול לחזור בו אמור רק ביחס לתפקידו בשמירת נכסי היתומים, ״אבל לטרוח בשבילם ולגבות חובותם, ולתת הנכסים קרוב לשכר ורחוק להפסד, איך יתחייב?״, שהלא אין אלו תפקידים של שומר, אלא של פועל.

ב. ״המתחיל במצווה אומרים לו גמור״

הריב״ש[24] נוקט שעל אף שאין כופים אדם להיות אפוטרופוס, ״אמנם אחרי שהתחיל במצוה, וטען בעדם, אומרים לו מרוק [=גמור]״, ואינו יכול להתפטר. מדבריו עולה שהנימוק לכך שאינו יכול להתפטר הוא הכלל[25]: ״כיון שהתחיל במצוה, אומרים לו: מרוק״[26].

[21] שו״ת הרשב״א, חלק ב, סימן שנא. בדומה כתב שם, חלק ד, סימן קמו. וראה ריינין, עמ׳ 144–145. נראה שהרשב״א הולך בכך לשיטתו, כמובא במגיד משנה, הלכות שכירות, ב, ח, ששומר חייב רק אם עשה מעשה קניין; ולכן רק כשהאפוטרופוס החזיק בנכסים, שהוא מעשה קניין, חל עליו חיוב שמירה, ולכן אינו יכול לחזור בו. בשאלה האם שומר חייב בלי עשיית מעשה קניין, ראה חוק לישראל, שומרים, עמ׳ 21–24.

[22] כפי שראינו לעיל, הערה 20, השולחן ערוך פוסק שבשמירה המוגבלת בזמן, אין השומר יכול לחזור בו מהתחייבותו לשמור בתוך הזמן. לעומת זאת, אם השמירה אינה מוגבלת בזמן, יכול השומר לחזור בו בכל עת; למקורות לכך ראה חוק לישראל, שומרים, עמ׳ 501. חקרי לב, יורה דעה, חלק ג, סימן קי, כותב שאפוטרופסות לקטינים נחשבת לשמירה מוגבלת בזמן, כיוון שהאפוטרופוס אמור לשמש עד שהקטינים יבגרו, ולכן אינו יכול לחזור בו מחיובו בשמירה עד זמן זה. נראה לפי זה, שאפוטרופוס לשוטה, שתפקידו אינו מוגבל בזמן, יוכל להתפטר. אולם ייתכן שגם אפוטרופסות זו נחשבת למוגבלת בזמן, דהיינו כל ימי חיי השוטה.

[23] חקרי לב, שם. בגלל קושיה זו הוא כותב: ״ויותר נכון בעיני הוא טעם הריב״ש״, שנביא להלן, ליד ציון הערה 24.

[24] שו״ת הריב״ש, סימן תפט (הובא בבית יוסף, חו״מ, סימן רצ, סעיף ל, וברמ״א, חו״מ, סימן רצ, סעיף כג). הסכים עמו חקרי לב שם.

[25] ירושלמי, פסחים פרק י, הלכה ה, ביצה, פרק א, הלכה ג, מגילה, פרק ב, הלכה ז, וראש השנה, פרק א, הלכה ח. הרעיון נזכר בנוסח שונה במדרש תנחומא, פרשת עקב, סימן ו, ובבמדבר רבה, פרשה כב. הנוסח הנפוץ בראשונים ובאחרונים (לדוגמה, עקידת יצחק, שער יז) הוא: ״המתחיל במצוה אומרין לו גמור״. דברי הריב״ש הובאו באהלי יעקב (פרבשטיין), שמות, עמ׳ קעט. וראה שם, עמ׳ קסג–קפא, דיון רחב בכלל ״המתחיל במצווה אומרים לו גמור״. עוד דנו בזה בהרחבה: ר׳ יהושע פולק, חשבי מחשבות, עמ׳ לג–לח; ר׳ אליקים דבורקס, בשבילי ההלכה, עמ׳ קכא–קלח; ר׳ אליעזר נוסבכר, דרך מצוותיך, סימן לב, עמ׳ קו–קח; ר׳ צבי הירש שפירא, שו״ת צבי תפארת, סימן עד, עמ׳ קכ–קכג.

[26] נימוק זה עולה גם מתשב״ץ, חלק ג, סימן רכ, הכותב: ״וגם הוא [=האפוטרופוס] אינו רשאי להסתלק, שהרי מצוה קא עביד״. כך נימק גם חכמת אדם, כלל קמז, סעיף יט.
אבל שערי עוזיאל, שער יב, פרק א, הערה ד (עמ׳ קנג במהד׳ תשנ״א), מבין שלדעת הריב״ש יש שני נימוקים להלכה זו: (א) המתחיל במצווה צריך לגמור אותה; (ב) מתוך השוואה לפועל, שאינו יכול לחזור בו אחרי שהתחיל במלאכה, שהרי מתוך השוואה זו כותב הריב״ש שאם התחיל האפוטרופוס בעבודתו אינו יכול לחזור בו, כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 9, והוא מסביר שאחרי שהחזיק בנכסים אינו יכול לחזור בו מפני ״דקבלת הנכסים הוי התחלה״. וייתכן שההשוואה לפועל היא עיקר טעמו, ומה שהזכיר את המתחיל במצווה הוא בדרך מליצה בלבד. שערי עוזיאל דוחה את ההשוואה לפועל, שהרי פועל יכול לחזור בו אלא שהוא מפסיד את משכורתו, ולפי זה אפוטרופוס, שאינו מקבל שכר, יוכל לחזור בו, אלא אם כן מדובר בדבר האבד, שאז אינו רשאי לחזור בו, ודינו מפורט בשולחן ערוך, חו״מ, סימן שלג, סעיפים ה–ו.
לדעת ריינין, עמ׳ 149, השוואת הריב״ש לפועל היא ״בדרך האנלוגיה״ בלבד, כפי שכתב שזה ״דומיא דפועלין״, ועיקר טעמו הוא עיקרון ״המתחיל במצווה״.

אולם הרב עוזיאל[27] תמה על נימוק זה משתי סיבות: (א) קשה לראות באפוטרופסות הנמשכת על פני שנים רבות ודורשת פעולות רבות, מצווה אחת שהאפוטרופוס צריך להמשיך ולקיימה עד סופה. (ב) בהקשר הדברים שבו מוזכר הכלל "המתחיל במצוה" וכו', עולה שכלל זה מבטא הדרכה מוסרית ולא קביעה משפטית.

ג. אפוטרופסות היא מצווה, ולכן אינו כפועל הרשאי לחזור בו

גם קצות החושן[28] קושר בין הקביעה שהאפוטרופוס אינו יכול להתפטר לבין היות האפוטרופסות מצווה. לדבריו, יש להבחין בין פועל, שיכול להתפטר בכל זמן[29], לבין אפוטרופוס, שהתחייב לפעול לצורך מצווה, שאינו יכול להתפטר מתפקידו. פועל יכול להתפטר מתפקידו על יסוד הכתוב "כי לי בני ישראל עבדים" (ויקרא כה, נה), שעל כך אומר התלמוד[30]: "עבדי הם, ולא עבדים לעבדים", ולומד מכך "פועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום", מפני שכפייתו לעבוד יהפוך אותו למעין עבד לאדם אחר. לעומתו, האפוטרופוס, שיש מצווה במילוי תפקידו, נחשב כמי שפועל כעבד של ה', ואין מניעה לכפות עליו לעבוד ולא לאפשר לו להפסיק את עבודתו[31].

נראה שגם לפי הריב"ש, מי שעזר ליתום באופן חד־פעמי אינו חייב להמשיך לעזור לו תמיד, מפני שהמצווה מוגדרת כמצוות הסיוע החד־פעמי. אין זה דומה למי שהתחיל לשמש כאפוטרופוס, שהמצווה שלו מוגדרת כדאגה לצרכי היתום עד הגיעו לבגרות, ולכן אם החל בכך, אינו רשאי לפרוש. לדעת הריב"ש, גם אין לומר שהאפוטרופוס מקיים מצווה נפרדת בכל פעם שהוא דואג ליתומים, ושלכן יוכל לפרוש אחרי כל מעשה שהוא גומר לטובתם, מפני שהדאגה לצרכי היתומים עד הגיעם לבגרות היא מצווה כללית אחת, ולא רצף של מצוות.

[27] שערי עוזיאל, שער יב, פרק א, הערה ד (עמ' קנג במהד' תשנ"א).
כמו כן, שו"ת עמק הלכה (בוימל), חלק ב, סימן מב, ד"ה אולם לדעתי, כותב שהעיקרון "המתחיל המצווה אומרים לו גמור", "אין זה ענין חיוב" אלא "ענין זכות, שאין אחר רשאי לקפח זכותו זה, אף שהאחר עדיף ממנו. אבל אם הוא אינו מקפיד על זכותו, בודאי דליכא קפידא כלל".
בגלל קושי זה, מסביר ר"ח מילר, המובא בחוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 607, הערה 116, שכוונת הריב"ש היא שמאחר שמן הראוי שהאפוטרופוס יסיים את המצווה שהחל בה, יש להניח שהתחייב לקבל על עצמו את התפקיד עד לסיומו.
מצד שני, בחוק לישראל שם מובאים מקורות שעולה מהם שהעיקרון "המתחיל המצווה אומרים לו גמור" הוא דבר מחייב.

[28] קצות החושן, סימן רצ, ס"ק ה. הסכימו עמו ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף מא, ושו"ת באר יצחק, אבן העזר, סימן א ענף ה.

[29] ראה על כך בהרחבה: ש' ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי (תל אביב תשכ"ט), כרך ב, עמ' 654 ואילך.

[30] בבא קמא קטז ע"ב; בבא מציעא י ע"א.

[31] דברי קצות החושן קשים לכאורה מכמה פנים:
(א) דרכי חושן (סילמן), חו"מ, סימן רצ, סעיף כג, מקשה, שדברי קצות החושן מוליכים לכאורה לכך שכל מי שעבודתו נחשבת למצווה, אינו יכול להתפטר מתפקידו; אולם מדברי קצות החושן עצמו, בסימן שלג, ס"ק ז, עולה שעל אף שעבודתם של חזן ומלמד נחשבת למצווה, הם יכולים להתפטר מעבודתם ככל פועל אחר, מפני שעצם ההתחייבות לעבוד עבור אחרים נחשבת לעבדות, גם אם העבודה עצמה היא מצווה. ר' יהושע וייס, בפסק דינו בפסקי דין ירושלים (דיני ממונות ובירורי יוחסין), חלק ח, עמ' שנד–שנה, הבחין בין אפוטרופוס לבין גבאי וחזן (בלי קשר לסתירה בקצות החושן): "ודאי אין לומר דכל העוסקין בצרכי צבור, כגון גבאי בית הכנסת ובעל קורא ובעל תפלה וכיוצא באלו, אינם רשאים לחזור בהם ולהסתלק מתפקידם, אף על פי שעבודתם היא לה', ולא עבדים לעבדים, משום דבצבור יש עוד הרבה אנשים גדולים שיוכלו להתעסק במקום אלה שמסתלקים, על כן אותם העוסקים בצרכי צבור רשאים לחזור בהם, אבל

מדברי קצות החושן אפשר ללמוד, שלדעתו, היסוד המשפטי המחייב את האפוטרופוס להמשיך בתפקידו דומה לזה שמחייב פועל – התחלת המלאכה.

קצות החושן לא הסביר מדוע אפוטרופוס יכול לחזור בו כל זמן שלא החזיק בנכסים. אפשר להסביר, שהחזקה בנכסי החסוי היא המקנה תוקף מחייב להסכמת האפוטרופוס לטפל בחסוי, כשם שהתחלת העבודה היא המקנה תוקף להסכם העבודה[32]. לעומת זאת, לפני שהחזיק האפוטרופוס בנכסים, לא התחילה האפוטרופסות, ולכן יוכל האפוטרופוס לחזור בו מהסכמתו.

ד. אפוטרופוס אינו פועל אלא קבלן

ר׳ יהודה סילמן[33] הסביר, שהכלל שפועל זכאי לחזור בו נאמר בפועל שנשכר לזמן קצוב, ולא בקבלן, שקיבל על עצמו לבצע עבודה מסוימת בלי להיות כפוף לשעות עבודה מסוימות; ואפוטרופוס מוגדר קבלן לעניין זה, ולכן אינו יכול להתפטר. צריך להוסיף, שכל זמן שלא החזיק בנכסים הוא יכול לחזור בו, מפני שרק התחלת המלאכה היא קניין המחייב אותו לעבוד. מבחינה זו, שיטתו דומה לשיטת קצות החושן.

אבל ר״י סילמן עצמו מעיר שהשאלה האם קבלן יכול להתפטר כל אימת שירצה שנויה במחלוקת הפוסקים.

ה. נדר מחייב

ר׳ יקותיאל אשר זלמן ענזיל[34] מסביר שהיות והאפוטרופסות היא מצווה, הרי שהתחייבות האפוטרופוס לקבל עליו את התפקיד נחשבת לנדר, ואסור לאפוטרופוס להפר את נדרו. ובלשונו: ״שכל מי שמקבל עליו בפני בית דין להיות אפטרופוס, הוי ליה נדר, ואין יכול לחזור, כמו האומר ׳אשנה פרק זה׳, דאמרינן נדר גדול נדר לאלוקי ישראל[35], וכן המקבל עליו

אפוטרופוס לקטנים, שהם עצמם אינם יכולים לדאוג לעצמם ולסדר ענייניהם לבדם, אין האפוטרופוס רשאי להסתלק מכיון שהוא עבד לה״. כוונתו היא כפי שכתב ר׳ אברהם דב לוין, שם: ״דשאני גבאי, שכל אחד יכול להיות גבאי צדקה, ועל כן אינה מצווה מיוחדת דוקא עליו, מה שאין כן אפוטרופוס ליתומים קטנים, לא כל אחד ראוי לזה, ועל כן חשיב מצוה מיוחדת על מי שראוי לכך״. בשו״ת מהריא״ז ענזיל, סימן טו, ד״ה אמנם מ״ש, עושה אותה הבחנה, מטעם אחר: האפוטרופוס אינו מקבל שכר על עבודתו, כך שהמטרה הראשונה של מעשיו היא המצווה, בניגוד לשוחט, חזן או רב, שהמטרה הראשונה של עבודתם היא השכר שהם מקבלים, ולכן עבודתם נחשבת כמו עבדות ולכן הם יכולים להתפטר ממנה. יש להעיר על הבחנה זו, שגם אפוטרופוס שמקבל שכר אינו יכול להתפטר, כפי שראינו ליד ציון הערה 17.

(ב) סתם אפוטרופוס אינו מקבל שכר, וקשה להבין מדוע אדם אינו יכול לחזור בו מהתחייבות לעבוד בחינם. הרי רמ״א, חו״מ, סימן שלג, סעיף ה, פוסק על פי שו״ת מהרי״ק, שורש קלג: ״פועל שעשה בחנם עם בעל הבית יכול לחזור אפילו בדבר האבד״ (היינו, כשההתפטרות גורמת הפסדים ממשיים למעסיק). אמנם ש״ך, חו״מ, סימן שלג, ס״ק לא, כותב שגם פועל בחינם צריך להמשיך ולעבוד אם בעל הבית מציע לו שכר (וראה על דבריו נתיבות המשפט, שלג, ס״ק יב), אבל לאפוטרופוס לא מציעים שכר, ואף על פי כן אינו יכול להתפטר מתפקידו. צריך לומר שחובתו של פועל לדבר מצווה חמורה יותר משל פועל בחינם.

[32] שולחן ערוך, חו״מ, סימן שלג, סעיף ג.

[33] דרכי חושן (סילמן), חו״מ, סימן רצ, סעיף כג. על המחלוקת בעניין קבלן ראה: ש׳ ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי (תל אביב תשכ״ט), כרך ב, עמ׳ 663); חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ׳ 591, הערה 25.

[34] שו״ת מהריא״ז ענזיל, סימן טו, ד״ה ובעיקר.

[35] נדרים ח ע״א.

לעשות שום מצוה הוי נדר". ואמנם כל זמן שהאפוטרופוס לא החל בפועל בתפקידו, יכול בית הדין להתיר לו את הנדר, "אבל אחר שהחזיק או התחיל להתעסק, דהוי קנין על ידי מעשה, תו לא מהני ביה חרטה והתרה". לפי גישה זו, התפטרות אפוטרופוס לפני שהחזיק בנכסים תלויה בכך שבית הדין יסכים להתיר לו את נדרו. אך אין הדבר מתיישב יפה עם לשון התוספתא "יכולין לחזור בהן".

לעומתו, נתיבות המשפט[36] סבור שאי אפשר לחייב אפוטרופוס מטעם נדר, מפני שנדר לעשות דבר בגופו חל רק באמירה מפורשת, ולא די בהסכמה לשמש כאפוטרופוס כדי הדבר ייחשב לנדר: "ומטעם נדר לא מיחייב, דבטרחא בגופו לא שייך נדר [שאינו נאמר במפורש]".

ו. קבלת אחריות

הרב עוזיאל[37] הסביר שאפוטרופוס אינו יכול לחזור בו מפני שהוא קיבל על עצמו אחריות כלפי בית הדין, שהוא "אביהם של יתומים", וכלפי בית דין של מעלה, שהוא "אבי יתומים", לטפל ביתומים, בחינוכם ובשמירת נכסיהם, ואם יתפטר, יגרום נזק בלתי הפיך; והשלב הקובע לזכות החזרה הוא משהחזיק בנכסי היתומים או התחיל להתעסק בהם, מפני שבכך הראה שהוא מקבל על עצמו את האפוטרופסות בכל אחריותה.

פרק רביעי

חריגים: אימתי יכול האפוטרופוס להתפטר

א. אפוטרופוס המבקש לעזוב את מקומו

לדעת הרשב"ץ[38], כשם ששומר המבקש לעזוב את מקומו יכול להפסיק את שמירתו ולהפקיד את הנכסים בידי בית הדין[39], כך אפוטרופוס המבקש לעזוב את מקומו יכול להתפטר: "אם

[36] נתיבות המשפט, סימן רצ, ס"ק יב. הוא לא בא לדחות את הסבר מהריא"ז ענזיל, אלא להסביר מדוע לפני שהאפוטרופוס החזיק בנכסים, הוא יכול לחזור בו – מדוע אין אומרים שהסכמתו בדיבור תחייב אותו מטעם נדר.

שו"ת צמח צדק (ליובאוויטש), יורה דעה, סימן שמה, אות ז, מסביר מה מיוחד בטרחה שבגופו: "והיינו על כרחך, משום שיש לומר שבטרחא דגופא, אין זה ענין כל כך ל'בפיך – זו צדקה' [ראש השנה ו ע"א]. אף שאדרבה גמילות חסדים בגופו גדול מבממונו, מכל מקום זהו ענין גמילות חסדים ולא צדקה".

[37] שערי עוזיאל, שער יב, פרק א, הערה ד (עמ' קנד במהד' תשנ"א).

Amihai Radzyner, "Guardianship for Orphans in Talmudic Law," in: Ancient Guardianship: Legal Incapacities in the Ancient World, Jerusalem 2013, עמ' 266, נימק בדומה, שקשה למצוא אפוטרופוס מתאים, ועוד, שהעברת הטיפול מאפוטרופוס אחד לאחר תזיק ליתומים.

[38] תשב"ץ, חלק ג, סימן רנא (הובא בשו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן קפז).

[39] רמב"ם, הלכות שאלה ופקדון, פרק ז, הלכה יב. וזו לשונו: "המפקיד אצל חבירו, והלך בעל הפקדון למדינת הים, והרי השומר רצה לפרש מיבשה לים או לצאת בשיירא, יש מי שהורה שאם בא השומר והביא הפקדון לבית דין, נפטר מאחריות שמירתו, ודברים של טעם הם, שאין אוסרין זה במדינה זו מפני פקדון של זה שהלך, ואי אפשר לו להוליכו עמו, שמא יארע לו אונס ויהיה חייב באחריותו, ובית דין מפקידין אותו ביד נאמן אצלם משום השב אבידה לבעלים". תשב"ץ, חלק ג, סימן רכט, מוסיף שהוא יכול להפקיד את הנכסים בידי אדם נאמן: "ולא הצריך הרב ז"ל [=הרמב"ם] בית דין, אלא כדי שהבית דין ישכרו אדם נאמן,

דעתו [של האפוטרופוס] ללכת ולחזור, יפקיד הנכסים ביד איש נאמן עד שובו, ואם דעתו להשתקע במקום אחר, ימסור הנכסים לבית דין והם ימנו אפטרופוס״[40]. כך פסק הרמ״א[41]: ״ודווקא אם נשאר בעיר [אינו יכול להתפטר], אבל אם הולך מן העיר, מביא הנכסים לבית דין והם ממנין אחר״[42].

ב. אם הממנה התיר לאפוטרופוס להתפטר

אם מי שמינה את האפוטרופוס קבע מראש שהאפוטרופוס יוכל להתפטר מתפקידו כשירצה, הוא יכול להתפטר כשירצה[43].

ג. תנאי בשעת המינוי

כפי שראינו בדיוננו על סעיף 37, אין ממנים לאפוטרופוס אלא את מי שהביע את הסכמתו. לאור זה, יש מקום לומר שאם, בשעת המינוי, התנה האפוטרופוס את הסכמתו להתמנות בכך שיוכל להתפטר מתפקידו כל אימת שיחפוץ, התנאי יחול. עוד אפשר לראות זאת כאילו הממנה התיר לו מראש להתפטר כשירצה, שהרי הממנה ידע על התנאי, ועל דעת כן מינה אותו.

ואם בנדון הזה, האיש אשר הפקיד בידו חלק חבירו שמת הוא נאמן, כבר יצא ידי חובת השבת הפקדון״. ראה על כך חוק לישראל, שומרים, עמ׳ 528–531.

[40] כך פסק גם בנו, בשו״ת הרשב״ש, סימן שסד. הוא נשאל על ״מי שמינהו אביהם של יתומים אפטרופוס, והחזיק בנכסים זמן מרובה ועתה רוצה לעלות לארץ ישראל, איך יתנהג בנכסים?״. והוא משיב בדומה לאביו הרשב״ץ: ״יביא הנכסים לבית דין, שהם אביהם של יתומים, והם ימנו אפטרופוס עליהם, ויפטר זה מאחריות הנכסים״.
העיקרון מצוי כבר תשובת גאון, שנדפסה בגאוניקה, עמ׳ 101 [=אוצר הגאונים, גיטין, חלק התשובות, אות רעו]: ״ודשאיל: אפטורפא דנזדמנה לו דרך אחרת, יכול למינויי הוא אפטורפא אחרינא, או לא?... לא יכיל. אלא מה תקנתו? ליתי לבי דינא, ולימא קמי בית דינא, דאנא נזדמנה לי דרך, ואיני יכול לעמוד, וניסתלק בבי דינא״.
יש להעיר, שהרשב״ץ מבסס את דינו על השוואה לדיני השומרים, כלשונו: ״הדין נותן שיש בידו רשות ללכת לרצונו, ככל נפקד שאין מעכבין אותו ללכת לעסקיו מפני הפקדון אשר הפקד אתו״, וההשוואה מתאימה לשיטת הרשב״א, לעיל, ליד ציון הערה 21, שהטעם שאפוטרופוס אינו יכול לחזור בו הוא שהוא כשומר. זאת על אף שדעת התשב״ץ כדעת הריב״ש, שטעם הדבר הוא משום ״המתחיל במצווה״ (ראה לעיל, הערה 26).

[41] רמ״א, חו״מ, סימן רצ, סעיף כג.

[42] בחוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ׳ 593, לומד מלשון התשב״ץ (שם), שכתב: ״אם אומר שרוצה ללכת לעסקיו... שאין מעכבין אותו ללכת לעסקיו...״, שהאפוטרופוס יוכל להתפטר מתפקידו בכל מקרה שהתפקיד מונע ממנו לנהל את עסקיו כראוי. עוד למד מדבריו שזכות זו אינה מותנית בכך שבית הדין ימצא מי שיחליף אותו בתפקידו. עוד הביא ראיה מלשון ערוך השולחן, חו״מ, סימן רצ, סעיף מא, הקובע באופן כללי יותר: ״אין סברא שנקלקל מצבו בשביל עסק האפוטרופסות״. ראה גם ריינץ, עמ׳ 154, הערה 50, ועמ׳ 155, הערה 52. וכך מוסר ר׳ שלמה שטסמן: ״וכך נוהגים בתי הדין, שמשחררים אפוטרופוס מתפקידו לבקשתו ככל שכהונתו מזיקה לו, וזאת מלבד החשש שבנסיבות אלו ייפגע עניינם של היתומים״.
אבל ייתכן שהיתר זה נאמר רק במי שרוצה לעזוב את המקום, משום טעמו של הרמב״ם (בהערה 39) ״שאין אוסרין זה במדינה זו מפני פקדון של זה שהלך״, ולא במי שרק רוצה לפתח את עסקיו באופן מוצלח יותר.

[43] ערך השולחן (טייב), חו״מ, סימן רצ, ס״ק ח. אבל הוא מסייג זאת, שאמירת הממנה ״אם יסתלק״ וכו׳ אין משמעותה מתן רשות להסתלק, וזאת ע״פ שו״ת הרשב״א, חלק ב, סימן שנא.

נגיע למסקנה זו אם נבחן שאלה זו לאור הנימוקים השונים, שהובאו לעיל, לכך שאפוטרופוס אינו יכול להתפטר אחרי שהחזיק בנכסי החסוי.

לפי הרשב״א[44], המנמק על פי דיני השומרים, נראה שכמו ששומר רשאי להתנות בתחילת השמירה שיוכל להפסיק כשירצה[45], כך יוכל אפוטרופוס להתנות.

לפי הריב״ש[46], המנמק על פי הכלל ״המתחיל במצווה אומרים לו גמור״, נראה שהתנאי יועיל, שהרי כלל זה לא נאמר במי שהתחיל במצווה על דעת שלא יהיה חייב לסיימה[47].

לפי קצות החושן[48], המנמק על פי חיוב פועל, נראה שתנאי שיוכל להתפטר מתפקידו תקף, כמו שפועל יכול להתנות מראש שיוכל להתפטר כשירצה.

פרק חמישי

דרך ההתפטרות

לפי החוק, האפוטרופוס רשאי להתפטר על ידי הודעה לבית המשפט, והתפטרות האפוטרופוס אינה תופסת אלא אם בא עליה אישור בית המשפט, והיא תופסת מן היום שנקבע לכך באישור. מלשון הסעיף עולה שבית המשפט אינו יכול שלא לאשר כלל את ההתפטרות, אלא שהוא יכול לדחותה בזמן סביר, עד שיימצא לחסוי פיתרון חלופי, והוא יכול גם להורות לאפוטרופוס לסיים פעולות הדרושות לטובת החסוי[49].

אולם מדברי הרמ״א[50] בשם הרשב״ץ עולה שבאותם מצבים שרשאי האפוטרופוס להתפטר, הוא אינו זקוק לאישור בית הדין, שהרי הוא כותב שדי שימסור את הנכסים לבית הדין. עם זאת, הדעת נותנת שעליו להודיע לבית הדין על התפטרותו, שהרי על בית הדין לדעת שיש למנות אפוטרופוס אחר), ואם החזיק בנכסי החסוי, עליו להביא את נכסי החסוי לבית הדין[51], או לדאוג לכך שבית הדין יקבל תחתיו את הנכסים.

[44] לעיל, ליד ציון הערה 21.

[45] חוק לישראל, שומרים, חוק לישראל, עמ׳ 578.

[46] לעיל, ליד ציון הערה 24.

[47] ר׳ משה ברזם, אמרות משה (סוף ס׳ אגרות ורשימות קהלות יעקב), סימן ב, עמ׳ רכ.
אבל אהלי יעקב (פרבשטיין), שמות, עמ׳ קסו, כותב בשם כללי המצוות (ג״יקטיליא), ערך גמר, שמי שיודע שלא יוכל לגמור את המצווה, יעשה מה שהוא יכול. משמע שרק אז הוא רשאי להפסיק באמצע.

[48] לעיל, ליד ציון הערה 28.

[49] ראה סעיף 63 לחוק, על פעולות שאפוטרופוס יכול לעשות בעבור היתומים גם אחרי תום כהונתו.

[50] רמ״א, חו״מ, סימן רצ, סעיף כג. מדובר באפוטרופוס שצריך לצאת לדרך – המקרה שנידון לעיל, ליד ציון הערה 38.

[51] כאמור ברמ״א, שם.

פרק שישי

סיכום

לפי החוק, אפוטרופוס רשאי להתפטר מתפקידו. לפי המשפט העברי, לעומת זאת, אין הוא רשאי להתפטר לאחר שהחל בתפקידו, משעה שהוחזקו בידיו נכסי החסוי, או שהחל להתעסק בהם, או שהתחיל לפעול כאפוטרופוס בכל דרך אחרת.

הוא אינו רשאי להתפטר גם אם הוא מציע אדם אחר שישמש במקומו, וגם אם הוא מקבל שכר. דין זה אמור גם ב"אפוטרופוס למעשה" ובאפוטרופוס לבגיר.

מכל מקום, אפוטרופוס שמעוניין לעזוב את מקומו, רשאי להתפטר, וימסור את הנכסים לבית הדין. כמו כן, הוא יכול להתפטר אם מי שמינה אותו קבע מראש שיוכל להתפטר מתפקידו כשירצה, או אם התנה את הסכמתו למינוי בכך שיוכל להתפטר כשירצה.

לפי החוק, התפטרות האפוטרופוס תקפה רק אם הודיע לבית המשפט, ובית המשפט אישר אותה. לפי המשפט העברי, לעומת זאת, באותם מצבים שרשאי האפוטרופוס להתפטר, הוא אינו זקוק לאישור בית הדין. עם זאת, עליו להודיע על כך לבית הדין ולהעביר את נכסי החסוי לבית הדין.

פרק שביעי

הצעת נוסח על פי המשפט העברי

התפטרות

60. אפוטרופוס רשאי, על ידי הודעה בכתב לבית המשפט, להתפטר מתפקידו, כל זמן שלא התחיל לפעול כאפוטרופוס; משעה שהתחיל לפעול כאפוטרופוס, הוא רשאי להתפטר רק בהתקיים אחד מאלה:

(1) האפוטרופוס עובר לגור בעיר אחרת.

(2) האפוטרופוס התנה מראש בשעת מינויו שיוכל להתפטר.

סעיף 61

פיטורי האפוטרופוס

פיטורי האפוטרופוס

61. בית המשפט רשאי לפטר אפוטרופוס אם לא מילא תפקידיו כראוי או אם ראה בית המשפט סיבה אחרת לפיטוריו.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 313

פרק שני: פיטורין על ידי בית המשפט – "בית המשפט רשאי לפטר" 313
א. מבוא 313
ב. פיטורין של אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים 314
ג. פיטורין של "אפוטרופוס למעשה" 316
ד. פיטורין של אפוטרופוס שנתמנה בערכאות הנכרים 316
ה. שיקול הדעת המסור בידי בית הדין 316
ו. פיטורין בלי התראה 316
ז. נסיבות שבהן פוקע המינוי מאליו 317

פרק שלישי: פיטורין "אם לא מילא תפקידיו כראוי" 317
א. מבוא 317
ב. גרימת הפסד 317
ג. חשד לגרימת הפסד 318
ד. מניעת רווח 320
ה. אי ציות לדין או להוראות בית הדין 321

פרק רביעי: פיטורין מ"סיבה אחרת" 322
א. מבוא 322
ב. אישיותו של האפוטרופוס 322
ג. אפוטרופסים משותפים שנעדר אחד מהם 324
ד. אפוטרופוסית שנישאה 324
ה. התרחקות היתום מהאפוטרופוס 325
ו. טובת היתומים 325

פרק חמישי: סיכום 325

פרק שישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 327

פרק ראשון

מבוא

עניינו של סעיף זה הוא סילוקו של אפוטרופוס מתפקידו. החוק קובע שבית המשפט רשאי לפטר את האפוטרופוס "אם לא מילא תפקידיו כראוי או אם ראה בית המשפט סיבה אחרת לפיטוריו".

להלן נבקש לבחון האם גם לפי המשפט העברי בית הדין מוסמך לפטר את האפוטרופוס, ואם הוא מוסמך לעשות כן, האם סמכות זו קיימת גם באפוטרופוס שלא מונה על ידי בית הדין אלא על ידי גורם אחר?

מן החוק עולה שכדי לסיים את תפקידו של אפוטרופוס, על בית המשפט לפטרו, ואין האפוטרופסות פוקעת למפרע, גם אם האפוטרופוס לא מילא את תפקידו כראוי. בהקשר זה נבקש לברר האם לפי המשפט העברי קיימות נסיבות שבהתקיימן יפקע מינויו של האפוטרופוס למפרע.

עוד עולה מנוסח החוק שאף אם התקיימו העילות המצדיקות את פיטוריו של האפוטרופוס, מסור לבית המשפט שיקול הדעת אם לפטר את האפוטרופוס או להותירו בתפקידו. נבקש לבחון האם לפי המשפט העברי בהתקיים נסיבות המצדיקות את הפיטורין, בית הדין רשאי להותיר את האפוטרופוס בתפקידו?

מן החוק עולה שבית המשפט רשאי לפטר את האפוטרופוס אם הוא "לא מילא תפקידיו כראוי", או מכל סיבה אחרת, אף אם הוא מילא את תפקידיו כראוי. נבקש לברר מה הן העילות המצדיקות את סילוקו של האפוטרופוס מתפקידו, לפי המשפט העברי. אגב כך נשאל האם סילוקו מוצדק רק אם פגע בעניינם של היתומים, או שמא די בכך שלא מילא את תפקידיו כראוי, גם אם לא נפגע עניינם של היתומים כתוצאה מכך? ועוד: האם אפשר לפטרו גם על יסוד חשד בלבד שלא מילא את תפקידיו כראוי? וכן, האם אפשר לפטר אפוטרופוס כדי להחליפו באפוטרופוס יותר מוכשר או יותר מנוסה ממנו?

פרק שני

פיטורין על ידי בית המשפט – "בית המשפט רשאי לפטר"

א. מבוא

סעיף זה, הקובע ש"בית המשפט רשאי לפטר אפוטרופוס", עוסק, כמו כל הפרק השלישי של החוק, באפוטרופוס שמונה על ידי בית המשפט. היות שבית המשפט הוא שמינה את האפוטרופוס, מובן שהוא גם יכול לפטרו. אולם, מן הפסיקה עולה שסמכות בית המשפט לפטר אפוטרופוס אינה מוגבלת לאפוטרופוס שמונה על ידי בית המשפט. כך עולה למשל,

מפרשת ליזרוביץ[1], שבה נדונה תביעתו של אדם שהתיימר להיות אפוטרופוס של קטינים מכוח היותו "ידיד קרוב" שלהם, בהתאם להוראה שבסעיף 67 לחוק, המכירה באדם כזה כ"אפוטרופוס למעשה". שם נקבע: "מאחר ולא היה מינוי פורמלי אין צורך גם בפיטורין פורמליים. ודי בהעברת הידיד הקרוב מידידותו ומקרבתו על ידי מחיקת תובענתו". מן הדברים עולה שאילו היה מינוי פורמלי, בית המשפט היה מוסמך לפטרו, אף על פי שלא היה זה אפוטרופוס שמונה על ידי בית המשפט. הרי שהקביעה "בית המשפט רשאי לפטר אפוטרופוס" אינה מוגבלת לאפוטרופוס שמונה על ידי בית המשפט, אלא היא חלה על כל אפוטרופוס. ומכאן עולה שבית המשפט מוסמך לפטר גם אפוטרופוס שהאב מינה. אין לומר שסמכותו של אפוטרופוס שהאב מינה גדולה מסמכותו של אפוטרופוס אחר, בעיני החוק, שהרי החוק כלל אינו מכיר באפוטרופסותו של מי שמינה האב, כפי שנראה בדיוננו בסעיף 64.

עוד עולה מן החוק שאף אם האפוטרופוס לא מילא תפקידו כראוי, הוא ממשיך בתפקידו כל עוד לא פוטר על ידי בית המשפט.

כמו כן, מנוסח החוק עולה שאף אם התקיימו העילות המצדיקות את פיטוריו של האפוטרופוס, מסור בידי בית המשפט שיקול הדעת אם לפטר את האפוטרופוס או להותירו בתפקידו.

להלן נבקש לברר האם לפי המשפט העברי בית הדין מוסמך לפטר אפוטרופוס? האם הוא מוסמך לפטר "אפוטרופוס למעשה" או אפוטרופוס שמונה לתפקידו על ידי "אבי היתומים"? האם יש נסיבות שבהתקיימן יפקע מינויו של האפוטרופוס מאליו? והאם בהתקיימן של נסיבות המצדיקות את הפיטורין, בית הדין רשאי להותיר את האפוטרופוס בתפקידו?

ב. פיטורין של אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים

במסכת גיטין[2] מובאת מחלוקת אמוראים בדינו של אפוטרופוס שגרם הפסד לנכסי היתומים. לדעת רב, בית דין מפטרים את האפוטרופוס, ואילו לדעת תלמידי רבי שילא, אין מפטרים אותו. דעת תלמידי רבי שילא טעונה הסבר. ואכן, הראשונים צמצמו אותה במובנים אחדים.

לדעת הרמב"ם[3], כפי שהוסברה במגיד משנה[4], מחלוקת האמוראים היא באפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים, שלדעת תלמידי רבי שילא, מאחר שהמינוי נעשה על ידי אבי היתומים, אין בכוחו של בית הדין לפטר את האפוטרופוס, גם אם ידוע שהוא גורם נזק ליתומים. אבל

[1] ע"א 8/74 שי ו־אורלי לייזרוביץ נ' גבריאל לייזרוביץ, פ"ד כח(2) 436 (11.06.74).

[2] גיטין נב ע"ב.

[3] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק י', הלכה ז.

[4] מגיד משנה, הלכות נחלות, שם.

כפי שנראה להלן, ליד ציון הערה 27, הרמב"ם מבחין בין האפוטרופסים: אם מינהו בית דין, די בשמועות המבססות חשד שהוא גורם נזק ליתומים, כדי לסלקו, ואילו אם מינהו אבי היתומים, מסלקים אותו רק אם יש הוכחות שהוא גורם נזק. מדברי מגיד משנה עולה שהרמב"ם הבין שהבחנה זו קיימת גם לדעת רב, שהלכה נפסקה כמותו.

שו"ת פרי הארץ (מזרחי), חלק א, חו"מ, סימן יב (עא ע"ג), מסביר שלדעת תלמידי רבי שילא, גובים מהאפוטרופוס כל מה שהפסיד ליתומים, ומתרים בו שלא ימשיך כך, ואם יפסיד עוד, יגבו ממנו; ואילו רב הונא סובר שגם אם גובים ממנו, אינו נאמן, כי הורעה חזקתו.

אוצרות יהושע, סימן כ, עמ' קפז, מסביר שלתלמידי רבי שילא אין מסלקים אפוטרופוס שמינהו האב גם אם הוא מפסיד, כי האב מכיר אותו ויודע שהוא נוח לבניו.

גם הם מסכימים שבית הדין מוסמך לפטר אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין, כפי שהוא מנמק: "והלא אין לבית דין לברור אלא אדם נאמן ויודע לשמור הנכסים... ואם טעו בזה ומנוהו, למה לא יסלקוהו, ונמצאת תקלה באה ליתומים על ידי בית דין?".

לעומתו, הרשב"א[5] סבור שאין הבדל בין סוגי האפוטרופוס, ומחלוקת האמוראים היא גם באפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין.

אחד הראשונים[6] הסביר שלכל הדעות בית הדין מוסמך לפטר את האפוטרופוס אם גרם הפסד בפשיעה, ומחלוקת האמוראים היא באפוטרופוס שגרם הפסד בלי פשיעה, אבל גם לא היה אנוס. תלמידי ר' שילא סברו שההפסד אינו מצדיק פיטורין, בעוד שרב סבר שהנזק מצדיק פיטורין, כדי שלא יגרום נזק נוסף.

לדעת ר' יוסף שלום אלישיב[7], הכל מסכימים שאם האפוטרופוס גרם הפסד, יש לפטרו. אלא שנחלקו האמוראים בשאלה האם אפשר לפטר את האפוטרופוס בלי להתרות בו תחילה: רב סבר שהדבר אפשרי, בעוד שתלמידי רב שילא סברו שאין לפטר אפוטרופוס ללא התראה, ומסלקים אותו רק אם התרו בו והמשיך בהתנהגותו.

התלמוד[8] פוסק כדעת רב, ומכאן שבית הדין מוסמך לפטר כל אפוטרופוס, בין אם מונה על ידי בית הדין ובין אם לאו. ואכן מצאנו בדברי הפוסקים שאפשר לפטר אפוטרופוס שמינהו אבי היתומים[9]. אבל, כפי שניווכח להלן[10], יש משקל לזהותו של מי שמינה את האפוטרופוס לעניין העילה המצדיקה את הפיטורין.

[5] חידושי הרשב"א, גיטין שם. אמנם הוא כותב את דבריו לגבי הדין שאם אין הוכחה שהוא מפסיד, אין מסלקים אותו, ולא התייחס למחלוקת האמוראים, אבל הוכחתו (ששני הסוגים שווים) היא מסתימת לשון הגמרא, ומכאן שגם מה שאמרו תלמידי רב שילא בסתם שאין מסלקים, הוא בשני סוגי האפוטרופוס. אבל הוא לא הסביר מדוע לפי תלמידי רב שילא אין מסלקים אפוטרופוס שמינהו בית דין גם אם ידוע שהוא מזיק.

[6] חידושי הרמ"ה ושיטות קדמונים, גיטין שם, ד"ה דאיתמר. הוא לא כתב באיזה סוג אפוטרופוס מדובר. ראה על דבריו להלן, ליד ציון הערה 22.

[7] הערות רבנו הגרי"ש אלישיב, גיטין נב ע"ב, עמ' רמז. ראה להלן, ליד ציון הערה 15, שמהר"ם פוסק שאין צורך בהתראה לפני הפיטורין.

[8] גיטין, שם.

[9] שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רפה (שאם הוא מפסיד, מסלקים אותו, כי בית הדין הוא "אביהם של יתומים" וחייב להציל את ממונם כאילו הוא אביהם), וסימן שנד (באישה), וחלק ז, סימן תקיב (אם האב מינה את אשתו להיות אפוטרופוס, והיא בזבזה את הממון), ושו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן קיח; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן רמג [=דפוס קרימונה, סימן ל = שערי תשובות, חלק ב, סימן יח (עמ' 144)] (אם הוא פושע בנכסים, ושאין הבדל בינו לבין אפוטרופוס שמינהו בית דין), וסימן תתקנח (אם הוא מפסיד את הנכסים או נותן מהממון לאדם אחר שלא לצורך רווח הנכסים), ודפוס קרימונה, סימן ריא [=תשובות מיימוניות, ספר משפטים, סימן מ]; תשב"ץ, חלק ב, סימן רפז; שו"ת אבקת רוכל, סימן צב (אם גנב מהנכסים); שו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן תתצא (תנ); שו"ת מהריט"ץ החדשות, סימן סט (עקב שימוש בכספי הירושה לנדוניה לחלק מהבנות); שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן קפז; שו"ת ר' יצחק מפוזנא, סימן קמו (עמ' שמ); שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן שלה (אם פשע).
שו"ת פרי הארץ (מזרחי), חלק א, חו"מ, סימן יב (עא ע"ד), כותב שאם יש עדים שהאפוטרופוס פושע, מסלקים אותו גם אם האב מינה אותו בחרם (כלומר, שאמר בחרם שלא יהיו אחרים אפוטרופסים), כי ברור שאילו ידע שיפסיד, לא היה ממנה אותו בכלל, והוא הטיל את החרם לטובת היתום ולא לרעתו.

[10] להלן, ליד ציון הערה 27.

ג. פיטורין של "אפוטרופוס למעשה"

מי שהיתומים סמכו אצלו, שנחשב "אפוטרופוס למעשה", שנדון בו בדיוננו בסעיף 67, וגרם הפסד לנכסיהם, בית הדין מפטר אותו כמו אפוטרופוס שנתמנה[11].

ד. פיטורין של אפוטרופוס שנתמנה בערכאות הנכרים

מי שנתמנה כאפוטרופוס בערכאות של הנכרים, על פי החוק הנכרי השולט במדינה, יש לו תוקף כאפוטרופוס גם בעיני ההלכה, מכוח הכלל "דינא דמלכותא דינא"[12].

גם אפוטרופוס כזה, אם הוא גורם נזק ליתומים, בית הדין מסלק אותו[13].

ה. שיקול הדעת המסור בידי בית הדין

מלשונו של רב, שהלכה כמותו, שאפוטרופוס הגורם הפסד לנכסי היתומים, "מסלקינן ליה", משמע שמשעה שנוכח בית הדין שהתקיימו הנסיבות המצדיקות את פיטוריו של האפוטרופוס, אין הוא רשאי להותירו בתפקידו, ואין הדבר תלוי בשיקול דעתו[14].

ו. פיטורין בלי התראה

מהר"ם מרוטנבורג[15] קובע שאם האפוטרופוס לא מילא את תפקידו כראוי, אפשר לפטר אותו בלי לתת לו התראה מראש.

בית הדין הרבני[16] הציע שני נימוקים לדבר: "(א) ענין התראה הוא להעיר ולהסב תשומת לב על מעשים שאין העבירה שבהם גלויה וידועה לכל, אבל בעֻוָּל מפורש וברור, והנעשה בהתמדה שנים על שנים, התראה למה? (ב)... ענין התראה הוא רק בנוגע למתן עונש על עבירה, 'אין עונשין אלא אם כן מזהירין', אבל אפוטרופוס שסרח, סלוקו אינו בתורת עונש על מעשיו, אלא שאנו אומרים כי אדם זה אינו ראוי להיות אפוטרופוס, הואיל ונאמנותו התערערה, והתערערות אמון היא גם בלי התראה".

[11] שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס קרימונה, סימן ריא; רמ"ה, בחידושי הרמ"ה ושיטות קדמונים, גיטין נב ע"ב; שו"ת הרשב"ש, סימן תצז; שו"ת צדקה ומשפט (חוצין), חו"מ, סימן טו, עמ' קפד (העוסק במי שיתומים סמכו אצלו, וכותב שאם הוא גורם נזק, מסלקים אותו).
ראה להלן, ליד ציון הערה 35, בשאלה אם אפשר לפטר אותו על סמך חשד בלבד.
חידושי הריטב"א (רבנו קרשקש), גיטין נב ע"ב, ד"ה ומיהו, כותב בשם "רבינו נר"ו" (הרא"ה) שבית דין יכול לסלקו כשירצו, כלומר גם אם לא פשע כלל.

[12] תשב"ץ, חלק ב, סימן קפח. אף על פי שככלל אסור להתדיין בערכאות הנכרים, הוא כותב שאם יש ליתומים נכסים שאפשר לממש רק אם האפוטרופוס יקבל מינוי בערכאות, כגון חובות שנכרים חייבים להם, מותר לפנות לערכאות כדי שימנו אפוטרופוס.

[13] תשב"ץ, שם.

[14] אבל ייתכן שבית הדין רשאי לעכב את הפיטורין עד שימונה אפוטרופוס אחר. על שיקול דעתו של בית דין, ראה גם בדברי הרמב"ם להלן, ליד ציון הערה 63.

[15] שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס קרימונה, סימן ריא = תשובות מיימוניות, ספר משפטים, סימן מ (הובא בשו"ת יביע אומר, חלק ח, חו"מ, סימן ז, אות ה). כך כתב גם מרדכי, בבא מציעא, סימן שלא, בשם מהר"ם. וראה לעיל, ליד ציון הערה 7, שלדעת רי"ש אלישיב, שאלה זו שנויה במחלוקת אמוראים.

[16] פד"ר, כרך ב, עמ' 34. את הנימוק השני נתן גם בית הדין הרבני האזורי בירושלים, תיק 2410, שנדפס בספר בשערי בית הדין, חלק א, עמ' 45–49.

ז. נסיבות שבהן פוקע המינוי מאליו

בית הדין הרבני האזורי בירושלים[17] פסק שאם מינה בית הדין אפוטרופוס, ולאחר זמן גילה שמעולם לא מילא את תפקידו, המינוי בטל מאליו, משום ש"הבחירה הייתה בטעות ובטלה למפרע", ואין צורך בפיטורין[18].

פרק שלישי

פיטורין "אם לא מילא תפקידיו כראוי"

א. מבוא

החוק קובע שבית המשפט רשאי לפטר את האפוטרופוס אם הוא "לא מילא תפקידיו כראוי".

נבקש לברר, האם, לפי המשפט העברי, כדי לסלק אפוטרופוס מתפקידו יש להוכיח שהאפוטרופוס פגע בעניינם של היתומים, או שמא די בכך שיוכח שלא מילא את תפקידיו כראוי? והאם אפשר לפטרו גם על יסוד חשד שלא מילא תפקידיו כראוי?

ב. גרימת הפסד

מדברי הראשונים עולה שאין לפטר את האפוטרופוס אלא אם הוכח שגרם הפסד באשמתו. כך למשל כתב רש"י[19], שרב נחמן סילק אפוטרופוס מפני "שאינו מפרנס הקרקעות כראוי להם, וקוצץ אילנות". מדבריו למד רבי יוסף קארו[20], שאף אם ההפסד לא נגרם בפשיעה, אלא כתוצאה משמירה פחותה, יש לפטר את האפוטרופוס[21].

אחד הראשונים[22] עושה הבחנה בין שלוש רמות של אשמה: (א) "אי אפסיד [=אם גרם הפסד] בפשיעה, לדברי הכל מסלקינן ליה". היינו, אם ההפסד נגרם בשל פשיעה, כגון שלא עשה פעולה שהיה עליו לעשות, בין לדעת רב ובין לדעת רבי שילא, יש לפטר את

[17] בשערי בית הדין, חלק א, עמ' 48.

[18] בית הדין מוכיח מביאור הגר"א, חו"מ, סימן רצ, ס"ק יד, שגם אם האפוטרופוס היה ראוי כשנתמנה, ושינה את טעמו רק לאחר המינוי, מינויו בטל מאליו. אך בעניין זה נוטה בית הדין לומר שהמינוי אינו בטל מעצמו, משום שבכל זאת האפוטרופוס "קיבל את המינוי מבית דין, ופעל זמן מסוים בתפקיד אפוטרופוס... ורק אחר כך הועלו חשדות". וראה ברכת אליהו, על ביאור הגר"א שם, עמ' רמ–רמא, בהערה, שהגר"א עצמו רומז שיש ראיה שהמינוי אינו בטל למפרע – עיין שם לראייתו.

[19] רש"י, גיטין נב ע"ב, ד"ה והא קמפסיד (הובא בשו"ת משפטי שמואל, סימן צ, ד"ה ואם כן). שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן קיח, כותב שבכלל זה "מי שקבל ממון בחשבון ואומר שלא נשאר לו כלום". שו"ת לחם רב, סימן קצה, כותב שבכלל זה אפוטרופסים שמכר אחד מהם לחבירו בגדים של היתומים. שו"ת מהריט"ץ החדשות, סימן צו, כותב שבכלל זה מי שמשכיר נכס ואינו מתנה שאם תתייקר השכירות בעיר, יוסיף השוכר דמי שכירות.

[20] בית יוסף, חו"מ, סימן רצ, סעיף ט. הוא מביא את רש"י כמקור למה שכתב הטור שם (הובא בים של שלמה, גיטין, פרק ה, סימן ט), שאם שמר שמירה פחותה, מסלקים אותו.

[21] לעניין זה אין הבדל בין פיטורי אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין, לפיטורי אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים (ראה להלן, בדיון על סעיף 64). למקורות לכך, ראה הערה 9.

[22] חידושי הרמ"ה ושיטות קדמונים, גיטין נב ע"ב, ד"ה דאיתמר.

האפוטרופוס. (ב) "אי אפסיד באונס, לדברי הכל לא מסלקינן ליה", היינו שאם ההפסד נגרם שלא באשמת האפוטרופוס, לדברי הכל אין לפטרו[23]; (ג) מחלוקת האמוראים היא בהפסד שנגרם "שלא בפשיעה ושלא באונס, כגון דעבד [=שעשה] שמירה פחותה". אם ההפסד נגרם מהתנהגות שאינה עולה כדי פשיעה וגם אינה בגדר אונס, תלמידי רבי שילא סברו שאין לפטר את האפוטרופוס, בעוד שרב סבר שאף בנסיבות אלו יש לפטרו, וכן הלכה.

ג. חשד לגרימת הפסד

בתלמוד[24] מסופר על עמרם צבעא [=הצַבָּע], שהיה אפוטרופוס על נכסי יתומים, וביקשו קרובי היתומים מרב נחמן שיסלק אותו מתפקידו משום שראו שהוא רוכש לעצמו מזון ברמה גבוהה מרמת החיים המתאימה לו, ולכן חשדו שהוא מועל ברכוש היתומים. רב נחמן דחה את הבקשה משום שייתכן שהאפוטרופוס מצא מציאה יקרה, ומן הכספים שקיבל במכירתה הוא רוכש את המזון, ואין בסיס לחשד שהוא מועל.

בהמשך טענו הקרובים שהאפוטרופוס רכש בגדים לעצמו מכספי היתומים. אך גם טענה זו דחה רב נחמן ואמר שייתכן שהאפוטרופוס רכש את הבגדים כדי שיישמעו דבריו בזכות לבושו המכובד.

לבסוף, טענו הקרובים שהאפוטרופוס גורם הפסד ליתומים. על טענה זו השיב רב נחמן שאם יביאו הקרובים עדים על כך, הוא יפטר אותו.

מדברי רב נחמן עולה שאין לפטר אפוטרופוס בגלל חשד שגרם הפסד ליתומים. אלא שהראשונים נחלקו בשאלה באיזה אפוטרופוס הדברים אמורים. חלק מהראשונים פסקו שבין מינהו בית דין, ובין מינהו אבי היתומים, אין מפטרים אותו בשל חשד בלבד[25], מפני שאין מחזיקים אנשים כגנבים[26].

אולם הרמב"ם סבור שעמרם צבעא היה אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים, ורק באפוטרופוס כזה נאמר שאין לסלקו אם אין ראיה שגרם הפסד, ואילו בעניינו של אפוטרופוס שנתמנה על ידי בית הדין הוא כותב[27]: "ושמעו עליו שהוא אוכל ושותה ומוציא הוצאות יתר מדבר שהיה אמוד בו, יש להן לחוש לו שמא מנכסי יתומים הוא אוכל, ומסלקין אותו, ומעמידין אחר"[28]. מדבריו עולה שבית הדין רשאי לפטר אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין גם אם יש חשד בלבד, עקב התנהגות בזבזנית.

להבחנה שעשה הרמב"ם בין אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים לבין אפוטרופוס

[23] כמו כן, שו"ת צדקה ומשפט (חוצין), חו"מ, סימן טו (עמ' קפד), פוסק שאין לפטר אפוטרופוס בשל טעות עסקית שלו שגרמה הפסד, אם הוא עשה זאת בתום לב לשם קידום עניינם של היתומים.

[24] גיטין נב ע"ב.

[25] חידושי הרשב"א, גיטין שם, ד"ה קא אכיל ושתי; טור, חו"מ, סימן רצ, סעיף י, בשם הרא"ש.

[26] רשב"א שם.

[27] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ז (הובא בשו"ת מהר"ם גלנטי, סימן כה, בשו"ת דברי ריבות, סימן קכ וסימן תיא, בשו"ת יכין ובועז, חלק א, סימן קכז, בפד"ר, כרך א, עמ' 359, ובאוצרות יהושע, סימן כ, עמ' קפז).

[28] ראשונים אחרים הסכימו להבחנה שעשה הרמב"ם: הרמ"ה, בחידושי הרמ"ה ושיטות קדמונים, גיטין שם; חידושי הר"ן, גיטין שם; חידושי הרמב"ן, גיטין שם; חידושי הריטב"א (רבנו קרשקש), גיטין שם; שו"ת הריטב"א, סימן רו, בסופו, בשם הרא"ה; שו"ת הריב"ש, סימן שכד.

שמינהו בית דין, הוצעו הסברים שונים. יש שהסבירו[29] שאם האב עצמו מינה אפוטרופוס, הראה שהוא נותן בו אימון, ושהוא מעוניין שהוא ישמש בתפקיד זה, ולכן כל עוד לא הוכח שהאפוטרופוס גרם הפסד, אין בית הדין רשאי לפטרו. וכפי שביאר בית הדין הרבני[30] את ההסבר הזה: "הואיל ויש כוח ביד אב למנות אפוטרופוס לניהול נכסיו, שהוא מורישם לבניו, לאחר מיתתו, לטובתם, הרי הוא הקובע מי הוא האדם שיש לתת בו את האמון לכך; ואם נתן אמון באדם ומינהו, אין לנו להרהר ולחשוש אחריו, אלא אם כן התברר בוודאות שהממונה מועל בתפקידו; אז מסלקים אותו, ואמון האב אינו עוזר לו, משני טעמים: (א) אנו מניחים שלוּ ידע האב מכך, לא היה נותן בו אמון; (ב) גם לוּ היה האב נותן בו אמון בכל אופן, אין האב בעלים על הנכסים לאחר מותו, שהם שייכים כבר ליורשים אז, להפסידן להם". לעומת זאת, אם בית הדין מינה את האפוטרופוס, בכוחו לפטר את האפוטרופוס אפילו בשל חשד קל, כיוון שעל בית הדין למנות רק אדם שהוא בקי ונאמן ללא רבב.

אחרים הסבירו[31], שההבחנה נובעת מהצורך להבטיח שלא תצא תקלה מתחת יד הדיינים: אפשר לפטר אפוטרופוס שמינהו בית דין על יסוד חשד בלבד, כי "אין לצאת מתחת יד בית דין או שלוחם, דבר שאינו מתוקן"[32]. וכפי שביאר בית הדין הרבני[33] את ההסבר הזה: "כל דבר הנעשה על ידי בית דין, צריך להיות מתוקן בתכלית, בלי כל חשש וספק; ואם בית הדין מינה אדם לתפקיד מסוים, הרי הוא שלוחו של בית הדין לפעול בשמם ומכוחם, וצריך שיהא ודאי ללא כל ספק, שאדם זה הוא האדם המתאים והראוי לתפקידו, וצריך שיהא תמיד בטוח, שהוא ממלא תמיד את שליחותו בשלמות כפי שהוטל עליו; על דעת כך נתמנה, ובזה כוחו של המנוי; וברגע שמתעורר חשד וספק, שהממונה אינו ממלא את תפקידו באמונה, והאמון בו מתערער, כך שבאופן כזה לא היו ממנים אותו מתחילה, הרי מאותו הרגע פקע תוקף המנוי, שניתן אך ורק על יסוד אמון מלא, והרי זה, מאותה השעה שהספיקות התעוררו, מינוי טעות; ואין ביה"ד רשאי לאפשר לו להמשיך בפעולותיו, וחובה על ביה"ד לסלקו מיד". לעומת זאת, אם אבי היתומים הוא שמינה את האפוטרופוס, הרי גם אם המינוי יגרום לתקלה, בית הדין אינו אחראי לכך, ועל כן אין לפטר את האפוטרופוס אם לא הוכח שגרם הפסד.

לשני ההסברים האמורים עשויה להיות משמעות רבה לעניין השאלה מה דין פיטוריו של אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין על פי הנחיית אבי היתומים? האם דינו כדין אפוטרופוס

[29] רמב"ן, שם; ר"ן, שם; ריטב"א, שם.

[30] תיק ע"ר תשט"ז/21, מועצת עיזבון בליליוס נ' הרב צבי פסח פרנק, פד"ר, כרך ב, עמ' 26 (נדפס גם בעזר משפט, סימן ל(א), עמ' שנד–שנה).

[31] שו"ת הריטב"א, סימן רו, בסופו, בשם הרא"ה; מגיד משנה, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ז, ד"ה בית דין שהעמידו אפוטרופוס ("כשמינוהו בית דין... אין לבי"ד לברור אלא אדם נאמן ויודע לשמור הנכסים וכמו שנתבאר, ואם טעו בזה ומינוהו, למה לא יסלקוהו, ונמצאת תקלה באה ליתומים על ידי בית הדין"); סמ"ע, סימן רצ, ס"ק יא.

מגיד משנה מוסיף להסביר שבאפוטרופוס שמינהו בית דין, אם התחיל לנהוג ברמת חיים גבוהה, יש לחשוד שהוא גונב מנכסי היתומים, גם אם אין עדים על כך, מפני שסביר יותר להניח כך מלומר שהוא מצא מציאה, שהרי מציאה "אינה מצויה".

הסבר נוסף הציע ר' אורי דסברג, ב"הערת עורך", תחומין, כרך כד (תשס"ד), עמ' 92, על פי דעת הרמב"ן, שראינו בסעיף 57, עמ' 276, שמי שמינהו בית דין הוא שומר שכר ומי שמינהו האב הוא שומר חינם, והיות שאחריותו של מי שמינהו בית דין גדולה יותר, די בחשד כדי לפטרו.

[32] שו"ת הריטב"א שם.

[33] פד"ר, שם, עמ' 26–27.

שמונה על ידי אבי היתומים, או שמא דינו כדין אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין? בפסק הדין הרבני בפרשת ביליוס[34] נאמר, על פי ההסבר השני, שבכגון זה, היות שבסופו של דבר בית הדין הוא שמינה את האפוטרופוס, והוא כשליח של בית הדין, אפשר לפטרו בשל חשד בלבד, כדי שלא ייצא מתחת ידיו דבר שאינו מתוקן. לעומת זאת, ייתכן שלפי ההסבר הראשון, היות שלאב יש כוח למנות אפוטרופוס לטובת יורשיו, והוא נתן אמון באדם זה, אין לסלקו עקב חשד בלבד.

השלכה נוספת לשני ההסברים האמורים עשויה להיות לעניין פיטוריו של "אפוטרופוס למעשה"[35], שלא מונה באופן רשמי לתפקיד זה על ידי בית הדין, שבעניינו נדון בדיוננו על סעיף 67. לפי ההסבר הראשון, אפשר לסלקו מתפקידו על יסוד חשד שגרם הפסד, כיוון שהאב לא גילה בו אמון. ואכן, הרמ"ה[36] כותב שאפשר לפטר אותו על סמך חשד בלבד, כמו אפוטרופוס שמינהו בית דין. לעומת זאת, לפי ההסבר השני, אין לסלקו על יסוד חשד שגרם הפסד, משום שגם אם תהיה תקלה, היא לא נגרמה על ידי בית הדין[37].

השולחן ערוך[38] פוסק כהבחנת הרמב"ם בין אפוטרופוס שמינהו בית דין לבין אפוטרופוס שמינהו אבי היתומים, אך הרמ"א מוסיף: "ויש חולקין, דאף כשמינוהו בית דין אין מסלקין אותו אלא אם כן באו עדים שהוא מפסיד"[39].

ד. מניעת רווח

על אף שבתלמוד נאמר שבית הדין מוסמך לפטר אפוטרופוס רק אם הוא גורם הפסד ליתומים,

[34] פד"ר, שם, עמ' 26.
ר' יצחק בוקובסקי, "אשה שמינוה ערכאות לאפוטרופוס", דרכי הוראה, כרך ה (ניסן תשס"ו), עמ' קנג, כותב שאם בית הדין מינה אישה או עבד כאפוטרופוס, מפני שאבי היתומים גילה בהם אימון, כדברי הרשב"א שנביא בסעיף 64, עמ' 345, דינם כאפוטרופוס שמינהו בית דין, לעניין פיטורין, כיוון שלמעשה המינוי נעשה על ידי בית דין.
אשר לאפוטרופוס שנתמנה על פי חוק הכנסת, ר' אבידן משה שפניר, "פיטורי אפוטרופוס של הקדש ויתומים", תחומין, כרך כד (תשס"ד), עמ' 92, כותב שדינו כמינהו בית דין שמסלקים אותו בחשד בעלמא, שהרי לפי החוק אי אפשר למנות אפוטרופוס בלי בית דין, אף שהאב היה רוצה למנותו בעצמו. אבל ר' אורי דסברג, ב"הערת עורך", שם, העלה אפשרות שכאן לא שייך הנימוק שאיננו רוצים שתצא תקלה מידי בית דין, שהרי הכול יודעים שבית דין אינו מעורב במינוי וחתם עליו רק כי החוק מחייב זאת, ואם כן אין לסלקו בגלל חשד בעלמא.

[35] ראה לעיל, ליד ציון הערה 11, על עצם האפשרות לפטר אפוטרופוס מסוג זה.

[36] רמ"ה, בחידושי הרמ"ה ושיטות קדמונים, גיטין נב ע"ב.

[37] כך פסק שו"ת מהר"ם גאויזון, חלק א, סימן טז, עמ' סו, שדינו כאפוטרופוס שמינה אבי היתומים לעניין זה שאפשר לסלקו רק על פי ראיות.
כך משמע גם משו"ת הרשב"ש, סימן תצז, שנוקט שאין לסלקו אלא אם כן הוא מפסיד.

[38] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף ה. כך פסקו גם: ים של שלמה, גיטין, פרק ה, סימן ט; ר' שמואל הכהן, בשו"ת מהר"ם גאויזון, חלק א, סימן טז, עמ' סט; שו"ת פרי הארץ (מזרחי), חלק א, חו"מ, סימן יב (עא ע"ג); ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף י.

[39] רמ"א, חו"מ, סימן רצ, סעיף ה. אך בדרכי משה, חו"מ, שם, ס"ק ו, הביא את דברי ר"ן על הרי"ף, גיטין כו ע"א (בדפי הרי"ף), שהביא את שתי השיטות ולא הכריע ביניהן.
ר' בצלאל זולטי, בפסק בית הדין הרבני הגדול, בתיק ער תשיז/154, בשערי בית הדין, חלק א, עמ' 18, מביא את מחלוקת השולחן ערוך והרמ"א.

ר' שמואל קלעי סבור[40] שגם אם לא גרם הפסד של ממש, אבל לא השתדל שנכסי היתומים יישאו רווחים, הוא בגדר "אפוטרופא דמפסיד", שיש לסלקו מתפקידו.

ר' משה גלאנטי[41] כתב שגם אם האפוטרופוס ישר וכשר, אבל מחמת חוסר בקיאותו במסחר או מחמת רוע מזלו הוא אינו מרוויח בנכסי היתומים והקרן הולך וכלה, בית דין מסלק אותו, מפני שאילו ידע על כך מי שמינה אותו, לא היה ממנה אותו.

ה. אי ציות לדין או להוראות בית הדין

לדעת מהר"ם מרוטנבורג[42], אפוטרופוס ש"משנה ממה שאמרו חכמים, 'אפוטרופוס שמפסיד' קרינן ליה, ומסלקינן ליה", אף אם התכוון שבכך ירוויחו היתומים יותר. הדוגמה שנותן מהר"ם מרוטנבורג היא במי שמלווה את כספי היתומים "למחצית שכר" ובלי משכון, במקום להשקיע אותם עם משכון "קרוב לשכר ורחוק להפסד"[43]. נראה שטעמו הוא, שגם אם לא גרם הפסד ליתומים, הרי סיכן את רכושם בכך שלא קיים את הוראות הדין בדבר דרכי ההשקעה של ממון היתומים, ולכן יש לפטרו[44].

האם פעולה בלי אישור בית הדין, במקום שהוא נדרש, מהווה עילת פיטורין? בשאלה זו נחלקו הדעות[45]: יש הסוברים שהדבר מהווה עילה לפיטורי האפוטרופוס, ויש מי שכתב שזהו עניין לכתחילה, אבל בדיעבד אין לפטר את האפוטרופוס אם נהג כך בשוגג.

---

[40] שו"ת משפטי שמואל (קלעי), סימן צ, דף צב ע"ב, ד"ה ואם כן אחרי (הובא בפד"ר, כרך ב, עמ' 30). ר' אברהם אלקנה כהנא־שפירא, בשערי בית הדין, חלק ב, עמ' 60–63, עוסק בנאמנים על הקדש של צדקה, שהשאירו את הכסף בבנק במקום לסחור בו באופן שיניב רווחים, והוא כותב שזו פשיעה, ולא חידש את המינוי שלהם.

[41] שו"ת מהר"ם גלנטי, סימן כה (הובא בפני חיים, פלאג'י, פרשת וישב, עמ' עד במהד' תשס"ח, דף כא ע"א במהד' תרמ"ח). הוא עוסק אמנם במי שנתמנה כנאמן על קרן צדקה, אבל הוא לומד את ההלכות מדברי רש"י שהובאו לעיל, עמ' 317, בעניין אפוטרופוס על יתומים.

[42] שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס קרימונה, סימן ריא = תשובות מיימוניות, ספר משפטים, סימן מ (הובא בשו"ת מהר"ם מינץ, סימן כד, בשו"ת אבקת רוכל, סימן צב, בשו"ת משפט צדק, חלק ב, סימן ז, דף יז ע"א, ובשו"ת יביע אומר, חלק ח, חו"מ, סימן ז, אות ה).
גם מרדכי, בבא מציעא, סימן שלא, כותב שאפוטרופוס שמשנה ממה שאמרו חכמים, מסלקים אותו. כמו כן, שו"ת דברי ריבות, סימן קסא, כותב שאפוטרופוס ששהה זמן רב במסירת חשבון, ולא ציית להוראת מנהיגי הקהל לברר את חשבונו, על דייני וחכמי העיר לחקור מדוע נהג כך, ואם יתברר שכוונתו אינה רצויה, הם יכולים להעבירו, גם אם מינהו אבי היתומים.

[43] ראה בדיוננו בסעיף 50, עמ' 204, על אופן ההשקעה שאפוטרופוס חייב להקפיד עליו.

[44] בשאלה האם האפוטרופוס יכול לטעון להגנתו שלא ידע את הוראות ההלכה, ולכן הפר אותן, ראה חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 602, העוסק בשאלה זו לעניין נאמן של הקדש.

[45] בית הדין הרבני (תיק 1176/תשט"ו, פד"ר, כרך א, עמ' 360) פיטר את נאמניו של 'הקדש בליליוס', שישעבדו את נכסי ההקדש לטובת מטרה שאינה ממטרות ההקדש, ובלי לקבל את אישור בית הדין כמתחייב במקום שיש סיכון בהשקעה (ראה לעיל, סעיף 47, עמ' 160). מפסק הדין עולה, שהפיטורין מבוססים גם על הפרת החובה לקבל את אישור בית הדין, שנחשבת למעילה בתפקיד. על פסיקה זו חלק ר' עובדיה יוסף, שו"ת יביע אומר, חלק ח, חו"מ, סימן ז, אות ה, ונימק: "זהו רק לעניין לכתחילה, שצריך להימלך בבית הדין, ותשועה ברוב יועץ, אבל בדיעבד, אין לפטר ולהדיח אפוטרופוס ששגג ולא התייעץ עם בית הדין".

פרק רביעי

פיטורין מ"סיבה אחרת"

א. מבוא

ככלל, אין לפטר אפוטרופוס אלא בגלל חשש לפגיעה בעניינם של היתומים, כפי שכתב ר' שמעון בן צמח דוראן[46]: "כשם שאין [האפוטרופסים] יכולין לחזור בהן [לאחר שהחלו בתפקידם], גם בית דין אין יכולין לסלקם אלא מטעם אפטרופא דמפסיד".

אם בית דין סילק אפוטרופוס בלי שהיתה עילה לכך, הוא נחשב בית דין שטעה, והאפוטרופוס נשאר בתפקידו[47].

הריטב"א[48] קובע שאין לפטר אפוטרופוס משום שהוא נוהג בצורה בזבזנית בניהול הנכסים שלו עצמו, משום ש"הרבה בני אדם מבזבזין בשלהם, ולא יפסידו באפוטרופסות או בנכסי אחרים... דבעי איניש מיתן כמה, ומתקרי מהימן [=רוצה אדם לתת הרבה כסף, ובלבד שייקרא 'נאמן']".

אבל בטרם החל האפוטרופוס במילוי תפקידיו, רשאי בית הדין לפטרו מכל סיבה שיראה לנכון, מפני שאז אין חשש שהבריות יתרגנו ויאמרו שהוא פוטר בגלל תפקוד לקוי[49].

להלן נמנה עילות אחדות לפיטורי אפוטרופוס, מעבר לעילה של אי־מילוי תפקידו כראוי.

ב. אישיותו של האפוטרופוס

לדעת הרדב"ז[50], אם יצא לאפוטרופוס שם של "רועה זונות", יש לפטרו, "משום דסופו לאבד הממון של היתומים, דכתיב 'ורועה זונות יאבד הון' (משלי כט, ג), [ו]כשיכלה ממונו מבקש למודו [=הרגלו], ומאבד ממון היתומים, כיון שאינו יכול לעמוד כנגד יצרו". אפשר ללמוד מדבריו, שאם נוכח בית הדין שהאפוטרופוס סובל מהתמכרות שעלולה לגרום לו לשלוח יד בממונם של היתומים, עליו לפטרו.

---

[46] תשב"ץ, חלק ב, סימן קפח.

[47] שו"ת יכין ובועז, חלק א, סימן קכז. הוא כותב שאין להניח שבית הדין הוא "ירא שמים" במיוחד ולכן הוא מקפיד במיוחד על אפוטרופוס, אלא אם כן נימק את פסיקתו.

[48] שו"ת הריטב"א, סימן רו (הובא בשו"ת מהר"ם גאויזון, חלק א, סימן טז, עמ' סז), על פי ירושלמי, גיטין, פרק ה, הלכה ד, בסופה. הדברים הובאו בש"ך, חו"מ, סימן רצ, ס"ק יב, בשם הרשב"א, אך נראה שצריך להיות: הריטב"א.

לעניין בית דין שמינה אישה כאפוטרופוס, בניגוד לכלל שראינו בסעיף 34, עמ' 41, נחלקו הפוסקים בשאלה האם המינוי תקף בדיעבד. הבאנו את דבריהם בסעיף 34, עמ' 45.

[49] רייניץ, עמ' 142, הערה 6. הוא מוכיח זאת מלשון תשב"ץ, חלק ב, סימן קפח: "כשם שאין [האפוטרופסים] יכולין לחזור בהן [לאחר שהחלו בתפקידם, כדברי התוספתא שהבאנו בסעיף 60, עמ' 299], גם בית דין אין יכולין לסלקם אלא מטעם אפטרופא דמפסיד". משמע, שכל זמן שלא החל בתפקידו, יכול בית הדין לפטרו בלי עילה.

[50] שו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן תתצא (תנ), ד"ה שוב היה (הובא בתנופה חיים, פרשת וישב, אות יג, דף מד ע"ג).

הרמב״ם קבע[51]: ״אפוטרופוס שמנהו אבי יתומים[52], והייתה שמועתו טובה והיה ישר ורודף מצות, וחזר להיות זולל וסובא והולך בדרכי החשד[53], או שפרץ בנדרים ובאבק גזל, בית דין חייבים לסלק אותו״[54].

מדבריו עולה ששינוי לרעה בהתנהלותו הכלכלית והמוסרית של האפוטרופוס מצדיק את הפיטורין. מגיד משנה[55] מנמק, שיש להניח שאילו היה האב צופה את השינוי, לא היה ממנה את האפוטרופוס הזה. ולכן הוא מוסיף, שאם כבר בחיי האב התנהל אדם זה בצורה כזאת, ואבי היתומים היה מודע לאופיו הגרוע, ובכל זאת מינה אותו, לא יפטר בית הדין את האפוטרופוס בגלל התנהגותו, ״שהרי רצה [האב] בכך״.

דומה, שמדברי הרמב״ם ניתן ללמוד עיקרון כללי, ששינויי אופיו של האפוטרופוס מצדיק את פיטוריו, גם אם הוא מונה על ידי אבי היתומים, אם יש להניח שאילו היה האב צופה את שינוי אופיו, לא היה ממנה אותו כאפוטרופוס.

[51] רמב״ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ז (הובא בשו״ת הרשב״א המיוחסות לרמב״ן, סימן קיח, במישרים, נתיב כו, חלק א, דף עא ע״ד, בשו״ת דברי ריבות, סימן קסא, בשו״ת מהרשד״ם, חו״מ, סימן שג = סימן תלד, ובפני חיים (פלאג׳י), פרשת וישב, עמ׳ עד במהד׳ תשס״ג, כא ע״א במהד׳ תרמ״ח). כך פסק גם שולחן ערוך, חו״מ, סימן רצ, סעיף ו.

[52] כוונתו היא שאפילו אפוטרופוס שמינהו אבי יתומים, שאין מסלקים אותו עקב שמועות שהוא נוהג בבזבזנות, היוצרות חשד שהוא מועל ברכוש היתומים (כאמור לעיל, ליד ציון הערה 27), מסלקים אותו אם בתחילה היה ידוע כאדם כשר, והשתנה. קל וחומר שבמצב כזה, מסלקים אפוטרופוס שמינהו בית דין.

[53] סמ״ע, סימן רצ, ס״ק יד, מעיר שבחלק מן הספרים הנוסח הוא: ״בדרכי חשך״, ויש הגורסים ״בדרכי חשק״ (ומכאן אולי מקור לדברי הרדב״ז, שליד ציון הערה 50). צדקה חיים, דרוש י, דף לב ע״ג, כותב שאין הבדל בין הגירסאות, כי מה שמביא לחשוד במישהו שעובר עבירות, הוא שהוא עושה את מעשיו במחשך.

[54] אור שמח, הלכות נחלות, שם, מסביר שמקור הרשימה שבדברי הרמב״ם הוא בהגדרת ׳חבר׳ לענייני טהרות, לשיטת ר׳ יהודה במסכת דמאי, פרק ב, משנה ג: ״לא יגדל בהמה דקה (אבק גזל), ולא יהא פרוץ בנדרים ובשחוק (זולל וסובא והולך בדרכי החשד)״. היפוכו של ״חבר״ הוא ״עם הארץ״, והיות שעם הארץ אינו יכול לשמש כאפוטרופוס, כפי שכתב הרמב״ם, שם, הלכה ו, יש לסלק אפוטרופוס שיש בו אחת מהתכונות הללו. ואמנם, חכמים במשנה שם חלקו על ר׳ יהודה בהגדרת ׳חבר׳ לעניין טהרות, אבל הם מסכימים אתו שלעניין מינוי כאפוטרופוס, מי שחשוד באלה נחשב עם הארץ.

יש לשים לב שהרמב״ם כותב כאן ״חייבים לסלק אותו״, בעוד שלגבי אפוטרופוס שמפסיד, כתב רק ״מסלקין אותו״. אבל קשה לומר שהרמב״ם התכוון להבחין ביניהם, שהרי הוא מחבר בין שני המקרים במלות הקישור ״והוא הדין״.

יש לציין תקנה של קהילות במרוקו, משנת שס״ג, המובאת בשו״ת דברי מרדכי (בירדוגו), סימן יא (יג ע״ג), והובאה לעיל, עמ׳ 21, שאם האב בחיים, הוא האפוטרופוס הטוב ביותר, ומשאירים בידו את הטיפול בנכסיו, אבל אם הוא זולל וסובא, מוציאים ממנו ונותנים לנאמן.

[55] מגיד משנה, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ז (הובא בשער יהושע, חלק א, סימן ס, עמ׳ רכח = שו״ת בעי חיי, חו״מ, חלק א, סימן ריג). שו״ת מהרשד״ם, חו״מ, סימן שעז, כותב שמגיד משנה בא ללמד שלאו דווקא ״שנשתנה להיות זולל וסובא, אלא כל שנשתנה לגריעותא יכולין בית דין לסלקו״.

ר׳ אבינועם שמואל יהב, ״גדרי מינוי אפוטרופוס, כוחו וסמכותו״, מקבציאל, כרך כה (תשנ״ז), עמ׳ רכב, מסביר שאף על פי שמינוי האב תקף כדין מתנת שכיב מרע (ראה בשמו בסעיף 64, עמ׳ 355), יכול בית דין לסלקו, מפני שבית דין הוא אביהם של יתומים ועומד במקום האב, ויש אומדנא שהאב לא היה ממנה אותו אילו ידע שהמצב ישתנה.

אם השתטה: שו״ת מהר״ם פדואה, סימן מד, שאלה יא (הובא בצדקה חיים, דרוש י, דף לא ע״ד), כותב שאפוטרופוס זקן שיצא מדעתו, ונשתטה, מונעים ממנו לעסוק בנכסים.

ג. אפוטרופסים משותפים שנעדר אחד מהם

הרב עוזיאל[56] פסק, שאם אפוטרופוס אחד מתוך צוות של אפוטרופסים, שמינה אבי היתומים, אינו מסוגל עוד למלא את תפקידו, בית הדין רשאי "לבטל כל האפוטרופסות ולמנות אחרים במקומם". נראה שפסיקה זו מבוססת על ההנחה שאבי היתומים מינה במכוון צוות של אפוטרופסים, כדי שיעבדו בשיתוף פעולה מלא ובאמון הדדי, ומשעה שהתפרדה החבילה, בית הדין רשאי לפטר את כל האפוטרופסים ולמנות אחרים תחתם, משום שיש להניח שזה מה שהיה אבי היתומים עושה באותו מצב.

ד. אפוטרופוסית שנישאה

פוסקים אחדים סבורים שאם האב מינה את אשתו כאפוטרופוסית לילדיו לאחר מותו, ונישאה לאחר, יש לפטר אותה[57], אם בשל החשש שבעלה החדש ינצל את מעמדו כדי למעול בכספי העיזבון[58], ואם בשל ההנחה שמשעה שנישאה האישה לאחר, וכאילו בגדה בו, כבר אינה רצויה כאפוטרופוסית בעיני בעלה המת[59].

אולם פוסקים אחרים סבורים ששינוי נסיבות זה, כשלעצמו, לא די בו כדי להצדיק את פיטורי האישה מתפקידה כאפוטרופוסית[60].

[56] שערי עוזיאל, שער ח, פרק ה, אות ה (עמ' קיד במהד' תש"ד, עמ' קכח במהד' תשנ"א). הוא מציין כמקור את ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף ו, אבל ערוך השולחן כותב רק את האפשרות האחרת שכותב שערי עוזיאל, שבית הדין ימנה אחר במקומו. ראה בדיוננו בסעיף 46, עמ' 123, שפוסקים קודמים כבר כתבו שבהעדר אחד האפוטרופסים, האחרים אינם יכולים לפעול.

[57] תשב"ץ, חלק ב, סימן רפז, על פי תשובת הרא"ש, המובאת בטור, אהע"ז, סוף סימן קז [=שנתון המשפט העברי, כרך ב, עמ' 105] (אך אין זה מפורש בדברי הרא"ש); שו"ת הרשב"ש, סימן שמז, סימן שסד וסימן תצז, בדעת הרא"ש והתשב"ץ; בית יוסף, חו"מ, סימן רצ, סעיף ג, ושו"ת אבקת רוכל, סימן צב (פח ע"ד), בדעת הרא"ש שם.
שו"ת הרשב"ש, סימן תצז, כותב שאם היתום מסכים להישאר אצל בעל אמו, אפשר להשאיר את המצב כך, מפני שהוא כיתום שסומך אצל בעל הבית, שהוא אפוטרופוס למעשה, כפי שנראה בסעיף 67.
שו"ת שער אפרים, סימן קלג (ד"ה איברא זולת), עוסק במי שכתב בצוואתו בפירוש שהוא ממנה את אשתו רק כל זמן שתשב לכבודו ולא תינשא לאחר, ואם תינשא לאחר, האפוטרופסות שלה תתבטל.

[58] שו"ת הרשב"ש, סימן שמז וסימן שסד; שו"ת אבקת רוכל, שם. ר' שמואל הכהן, בתשובתו שבשו"ת מהר"ם גאויזון, סימן טז (עמ' סט–ע), נימק (בתחילת דבריו), שזה שינוי לגרייעותא, מפני שהיא ברשות בעלה, והדבר יגרום הפסד לנכסים; יתר על כן: היות שנישאת לאחר, היא הפכה להיות שנואה בעיני בעלה הראשון, ובוודאי הוא מבקש את רעתה במקום שהוא (בגן עדן!), וגם אם היא מביאה תועלת ליתומים, אין לו חפץ בה, מפני שכל טובתה היא רעה אצלו, ולכן מסלקים אותה.
רשב"ש, סימן שמז, הוסיף שיקול מדיני שומרים: אין רצונו שיהיה פקדונו ביד אחר (ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 260).

[59] תשובת הראנ"ח, שבשו"ת מהר"ם גאויזון, סימן טז (עמ' סח); תשובת ר' שמואל הכהן, שם (עמ' סט–ע). אבל אחר כך כותב הראנ"ח שם, שמסלקים אותה רק אם רואה בית דין שיש לחשוש שהבעל החדש יאכל את נכסי היתומים; ובכלל, יש לפרש את דברי הרא"ש באופן שלא התכוון לומר שמסלקים אותה אם נישאה (עיין שם לפירושו).

[60] תשב"ץ, שם, כותב בשם הרשב"א, שגם אחרי שנישאה מחדש, האישה תישאר בתפקידה, אלא אם הבעל החדש אינו מוחזק כנאמן, לא למוריש ולא לבית דין; והוא כותב שגם לרא"ש, מסלקים אותה רק אם הבעל החדש אינו מוחזק כנאמן לא למוריש ולא לבית דין. ר' שמואל הכהן בתשובתו שבשו"ת מהר"ם גאויזון, סימן טז (עמ' עג), לומד משו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רפה, שהאישה תישאר בתפקידה.

ה. התרחקות היתום מהאפוטרופוס

ר׳ שלמה כהן כתב[61], שאם אמו של היתום מבקשת לעבור דירה לעיר אחרת ביחד עם בנה הקטן, והאפוטרופוס אינו רוצה לעבור לשם, יש לפטר אותו, ולמנות אפוטרופוס אחר במקום שבו הם יגורו, משום שהשארת נכסי היתום במקום הנוכחי יגרום להם נזק, והטיפול מרחוק ביתום יהיה כרוך בעלויות מיותרות.

עוד כותב ר׳ שלמה כהן[62], שאם האפוטרופוס רוצה לעבור למקום אחר, בית הדין ״יכולים לסלקו״, מאותן סיבות.

ו. טובת היתומים

בסיום הלכת פיטורי האפוטרופוס, הוסיף הרמב״ם הבהרה חשובה[63]: ״כל הדברים האלו, כפי מה שיראה לדיין, שכל בית דין ובית דין הוא אביהן של יתומים״. הבהרה זו יוצרת מעין ״עילת סל״, המאפשרת לבית הדין מרחב של שיקול דעת, בבואו לבחון את שאלת פיטוריו של אפוטרופוס, מכוח תפקידו לשמש ״אביהן של יתומים״, ולפיכך, בנסיבות מסויימות יהא רשאי בית הדין להחליף את האפוטרופוס, לא בשל התנהגותו, אלא מפני שמצא אדם יותר מוכשר ויותר מנוסה ממנו; ובית הדין יעשה זאת בתבונה וברגישות, בהתחשב בפגיעה האפשרית באפוטרופוס[64].

יש לשים לב שעילה זו אינה מחייבת את בית הדין לפטר את האפוטרופוס, שלא כמו העילות שלעיל, שמחייבות את בית הדין לפטר אותו.

פרק חמישי

סיכום

לפי החוק, בית המשפט רשאי לפטר אפוטרופוס אם לא מילא את תפקידיו כראוי. מן הפסיקה עולה שבית המשפט מוסמך לפטר גם ״אפוטרופוס למעשה״.

לפי המשפט העברי, חובה על בית הדין לפטר אפוטרופוס שגרם הפסד ליתומים, בין אם מונה האפוטרופוס על ידו, בין אם מונה על ידי אבי היתומים, בין אם הוכר כ״אפוטרופוס

מהר״ם גאויזון, בתשובתו שם (עמ׳ סח), כותב, שלדעת הרא״ש יש לפטר את האישה רק אם היא מפסידה את הנכסים. ר׳ שמואל הכהן בתשובתו, שם, כותב שגם לדעת הרא״ש, לא תפוטר האישה משנישאה לאחר, אלא אם בשעת הצוואה גילה הבעל את דעתו, שהוא ממנה אותה רק מפני שהוא מעריך שלא תינשא לאחר. רייניץ, עמ׳ 191, הערה 122, מעיר שמרדכי, גיטין, סימן שצב, עוסק באלמנה שנישאת ובכל זאת הוא אומר שהיא אפוטרופוס למעשה מדין ״יתומים שסמכו״.

[61] שו״ת מהרש״ך, חלק א, סימן קפז.

[62] מהרש״ך, שם.

[63] רמב״ם, הלכות נחלות, פרק י׳, הלכה ז.
צדקה חיים, דרוש י׳, דף לה ע״א, לומד משו״ת בשמים ראש, סימן קסה, שאם האפוטרופוס מרעיב את היתומים עד שהם צריכים לחזר על הפתחים לאכול, מסלקים אותו.

[64] דברי ר׳ שלמה שטסמן.

למעשה", ובין אם נתמנה כאפוטרופוס בערכאות של הנכרים. אפשר לפטר אותו בלי לתת לו התראה מראש.

אם מינה בית הדין אפוטרופוס, ולאחר זמן גילה שמעולם לא מילא את תפקידו, המינוי בטל מאליו.

העילה לפיטוריו של אפוטרופוס היא גרימת הפסד. רק אם ההפסד נגרם בפשיעת האפוטרופוס או כתוצאה משמירה פחותה – ולא באונס – יש בכך כדי להצדיק את פיטוריו.

לפי השולחן ערוך, אם האפוטרופוס מונה על ידי בית הדין, בית הדין יסלק אותו גם אם יש רק חשד שגרם הפסד, כגון אם הוא נוהג בצורה בזבזנית. לעומת זאת, אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים, אין בית הדין רשאי לפטרו אלא אם הוכח שנגרם הפסד ליתומים באשמתו. אולם לדעת הרמ"א, אף אפוטרופוס שמינהו בית דין אין מסלקין אותו אלא אם כן יש ראיות שהוא מפסיד.

יש מי שכתב, שגם אפוטרופוס שהתרשל בהפקת רווחים הוא "אפוטרופא דמפסיד", שיש לפטרו.

גם אפוטרופוס המפר את הוראות הדין (כגון שאינו משקיע את הכספים באופן המיטבי), או שאינו מציית להוראות בית הדין, הוא בגדר אפוטרופוס שמפסיד, שיש לפטרו, אף אם לא נגרם נזק בפועל.

מלבד סמכות בית המשפט לפטר אפוטרופוס משום שלא מילא את תפקידיו כראוי, החוק מסמיך את בית המשפט לפטר אפוטרופוס גם "מסיבה אחרת".

במשפט העברי יש עילות אחדות לפיטורי אפוטרופוס, גם אם לא גרם הפסד.

כל עוד לא החל האפוטרופוס במילוי תפקידיו, רשאי בית הדין לפטרו מכל סיבה שיראה לנכון, מן הטעם שכל עוד לא החל האפוטרופוס למלא את תפקידיו ולא קיבל לידיו את האחריות על נכסי היתומים, אין חשש שהבריות ירננו אחריו ויאמרו שהוא פוטר בשל תפקוד לקוי.

בית הדין רשאי לפטר אפוטרופוס הסובל מהתמכרות שעלולה לגרום לו לשלוח יד בממונם של היתומים. אבל התנהגות בזבזנית כשהיא לעצמה אינה עילה לפיטורין.

בית הדין רשאי לפטר אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים בשל אופיו והתנהלותו הכלכלית והמוסרית, אם אופי זה או התנהלות כלכלית ומוסרית זו לא היו ידועים לאבי היתומים בעת שמינה את האפוטרופוס.

בית הדין רשאי לפטר אפוטרופסים משותפים לאחר שאחד מהם נפטר או חדל מלמלא את תפקידיו.

אם אמו של היתום מבקשת לעבור דירה לעיר אחרת ביחד עם בנה הקטן, והאפוטרופוס אינו רוצה לעבור לשם, יש לפטר אותו, ולמנות אפוטרופוס אחר במקום שבו הם יגורו.

באופן כללי, בית הדין רשאי לפטר אפוטרופוס אם לפי ראות עיניו הדבר יועיל ליתומים.

פרק שישי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

פיטורי האפוטרופוס

61. בית המשפט חייב לפטר אפוטרופוס אם גרם נזק לחסוי, או שלא פעל לפי הוראות הדין או לפי הוראות בית המשפט, או שהשתנה אופיו לרעה לאחר מינויו; ובית המשפט רשאי לפטרו אם ראה סיבה אחרת לפיטוריו.

סעיף 62

פקיעת האפוטרופסות

פקיעת האפוטרופסות

62. אפוטרופסות על קטין פוקעת בהגיעו לבגרות; על פסול דין – עם ביטול פסלותו על ידי בית המשפט; על מי שאינו קטין או פסול דין – אם קבע בית המשפט שחדלו סיבות האפוטרופסות או שהושגה מטרתה; פקיעת אפוטרופסות כזאת היא מן היום שנקבע לכך על־ידי בית המשפט; אפוטרופסות על כל אדם פוקעת במות החסוי.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 331

פרק שני: "אפוטרופסות על קטין פוקעת בהגיעו לבגרות" 331
א. מבוא 331
ב. אפוטרופוס שהתמנה על ידי בית הדין 332
ג. אפוטרופוס שהתמנה על ידי אבי החסוי 334
ד. אפוטרופוס למעשה 335

פרק שלישי: פסול דין "על פסול דין – עם ביטול פסלותו על ידי בית המשפט" 335

פרק רביעי: מותו של החסוי 336
א. מבוא 336
ב. אם יורשו של החסוי גם הוא קטין 336
ג. אפוטרופוס לחסויים אחדים 337

פרק חמישי: סיכום 338

פרק שישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 339

פרק ראשון

מבוא

מעמדו המשפטי של החסוי ויכולת התפקוד שלו עשויים להשתנות באופן שלא יהיה עוד צורך באפוטרופוס. סעיף זה מסדיר את המצבים בהם יכולה האפוטרופסות לפקוע, ואת הדרכים לפקיעתה.

לפי סעיף 33, האנשים שאפשר למנות להם אפוטרופוס הם: קטין; פסול דין; אדם שאינו יכול לדאוג לענייניו; אדם שאין אפשרות לזהותו; ועובר. קטין, פסול דין ועובר זקוקים לאפוטרופוס משום שהם פסולי דין. לאור זאת, קובע החוק שהאפוטרופסות עליהם מתבטלת מאליה כאשר מצבם משתנה ואינם עוד פסולי דין. אדם שאינו יכול לדאוג לענייניו ואדם שאין אפשרות לזהותו הם בעלי כשרות משפטית, ובית המשפט יכול למנות להם אפוטרופוס לאחר שבחן את מצבם. לאור זאת, כדי להביא לביטולה של אפוטרופסות לאלו, יש לפנות אל בית המשפט שיבחן את מצבם ויחליט האם יש עדיין צורך באפוטרופוס.

בדיוננו בגישת המשפט העברי בעניין זה, נבקש לברר האם אפוטרופסות על קטין אכן פוקעת מאליה בהגיעו לבגרות, או שהיא נמשכת עד לבקשת האפוטרופוס או החסוי להפסיקה. עוד נברר האם יש הבדל לעניין זה בין אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין לבין אפוטרופוס שמונה על ידי אבי החסוי.

לגבי אפוטרופסות לפסול דין, הוראת החוק היא שאינה בטלה אף לאחר שהשתנה מצבו של החסוי, אלא לאחר ביטול פסלותו על ידי בית המשפט. נבקש לברר האם אף לפי המשפט העברי יש צורך באישור רשמי על ביטול הפסלות, או שדי בשינוי העובדתי לבדו.

הסיפא של סעיף 62 מוסיפה את המובן מאליו, והוא שעם מותו של החסוי מתבטלת האפוטרופסות. בעניין זה נבקש לברר מה תוקפה של אפוטרופסות לחסויים אחדים, כשאחד מהם מת. בחוק אין התייחסות למצב זה, ונבחן את עמדת המשפט העברי בשאלה זו.

פרק שני

"אפוטרופסות על קטין פוקעת בהגיעו לבגרות"

א. מבוא

בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, נקבע שקטין הוא אדם שלא מלאו לו שמונה עשרה שנים[1]. המחוקק סבור שאדם שהגיע לגיל שמונה עשרה שנים מסוגל לדאוג לענייניו בעצמו ואינו זקוק לאפוטרופוס, ולכן האפוטרופסות עליו פוקעת מאליה. אם האדם שהפך זה עתה

[1] סעיף 3 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

לבגיר עדיין אינו מספיק בוגר מבחינה נפשית, אפשר לפנות לבית המשפט ולבקש למנות לו אפוטרופוס.

ב. אפוטרופוס שהתמנה על ידי בית הדין

המשפט העברי תוחם את גיל הכשרות המשפטית לשלב מוקדם יותר מחוק הכנסת, והוא שלוש עשרה שנים לבנים ושתים עשרה שנים לבנות. מעל גילאים אלו, האדם נחשב לבגיר לכל דבר והוא כשר לכל פעולה משפטית, כמעט[2]. אולם לא כל אדם בגילאים אלו מסוגל לדאוג לענייניו בעצמו. עולה אפוא השאלה, האם גם במשפט העברי האפוטרופסות פוקעת מאליה עם הגיע הקטין לבגרות, או שמא היא נמשכת עד למועד מאוחר יותר.

בדיוננו בסעיף 33, פרק חמישי, ראינו שנחלקו הפוסקים בשאלה האם תיתכן אפוטרופסות לבגיר. הרמב"ם[3] והריב"ש[4] סבורים שאפוטרופסות למי שאינו פסול דין אינה אפשרית[5]. על כן, לדעתם אפוטרופסות על קטין פוקעת בהגיעו לבגרות[6], כלשון הרמב"ם: "מי שמת והניח יורשין גדולים וקטנים, צריך למנות אפוטרופוס שיהיה מתעסק בחלק הקטן עד שיגדיל"[7]. לעומתם, הטור[8] ופוסקים נוספים סבורים שאפוטרופסות לבגיר אפשרית אם בית הדין מוצא

[2] חריג לכך היא מכירת מקרקעין, שאינו יכול למכור "עד שיהיה יודע בטיב משא ומתן", ואם קיבל את הקרקע בירושה אינו יכול למוכרה עד שיהיה בן עשרים. ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלה, סעיפים ח–ט. וראה חוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 421–424, מה שר' יצחק זילברשטיין ור' אשר וייס למדו מכאן לעניין תרומת איבר בגיל זה.

[3] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק י', הלכה ח.

[4] שו"ת הריב"ש, סימן תסח, ד"ה דבר ברור.

[5] אבל בסעיף 33, עמ' 25, ראינו שיש מפרשים שהרמב"ם מסכים שאפשר שתהיה אפוטרופסות לבגיר. כמו כן, שו"ת באר שבע, סימן לט, השאלה השישית, נוקט כשיטת הריב"ש, ובכל זאת הוא כותב: "דבגדול, אפילו יש לו אפוטרופוס, כגון שמינה אותו אביהם או הבית דין לזמן ידוע". ומשמע שיכול בית הדין למנות אפוטרופוס לקטן שימשיך בתפקידו לאחר שיגדל הקטן.

[6] שו"ת הריב"ש, סימן תסח; שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן רטז, ד"ה תשובה וד"ה ואיך שיהיה (גם אם אינו בקי במשא ומתן).
הריב"ש מוסיף, שהאפוטרופסות בטלה גם לגבי נכסי המקרקעין שירש הקטין שהפך לבגיר, אף שעדיין אינו יכול למכור אותם עד שיהיה בן עשרים (ראה לעיל, הערה 2), "שהרי אף על פי שאין רשות בידו למכור הקרקעות, מכל מקום יכול הוא לפקח בהם להוריד אריסים ולסלקם, ולשכור פועלים, ולבנות ולסתור, ולזרוע וליטע, ולהכניס ולהוציא, ולעשות בתקון נכסיו כאשר יראה בעיניו".
כדברי הרמב"ם והריב"ש פסקו: שו"ת שער יהושע, חלק א, סימן סא, ד"ה תשובה; ר' יצחק אלמליח, בשו"ת אמרי משפט, חלק א, סימן לה, אות ה, ובמאמרו "פשיעת אפוטרופוס בנכסי יתומים", שורת הדין, כרך יא, עמ' קג.
אבל שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן רטז (ד"ה ואפילו תימא), כותב שבנידונו היתומה לא היתה זכאית להוציא את נכסיה מידי האפוטרופסים, אף שגדלה, כיוון שהאפוטרופסים שידכו את היתומה ונשבעו למשודך להכניס לו סכום מסויים מעיזבון אביה, בהסכמתה.
כמו כן, שיירי קרבן, גיטין, פרק ה, הלכה ד, כותב שאין מעמידים אפוטרופוס לגדול לכתחילה, אבל מי שהיה אפוטרופוס לקטן, משאירים אותו גם אחרי שעבר את גיל שלוש עשרה, עד שתהיה בו דעת לפקח בעצמו על נכסיו.

[7] כך עולה גם מלשון הרמב"ם, הלכות נזקי ממון, פרק ו, הלכה ו, הכותב לעניין שורו של חסוי, המועד לנגוח: "שור שהועד בפני אפטרופין, ונתפקח החרש ונשתפה השוטה והגדיל הקטן, אף על פי שבטל האפטרופוס, הרי הן מועדין בחזקתן, שהרי ברשות בעליהן הן".

[8] טור, חו"מ, סימן רפה, סעיפים א–ב. וראה סעיף 33, עמ' 25, לפוסקים נוספים הסבורים כך.

מי שמוכן לשמש אפוטרופוס. לדעה זו, אין הכרח שהאפוטרופסות תפקע כאשר קטין הופך לבגיר, שהרי ייתכן שהאפוטרופוס יסכים להמשיך בתפקידו, ובית הדין יכול לקבוע מראש שהאפוטרופסות תימשך מעבר לגיל הקטנות[9].

עולה השאלה, אם בית הדין לא קבע במפורש שהאפוטרופסות תימשך גם לאחר שהקטינים יהפכו לבגירים, האם האפוטרופסות נמשכת מאליה כל זמן שהחסוי או האפוטרופוס לא ביקשו לבטלה? או שמא האפוטרופסות פוקעת לאלתר בהגיע הקטין לבגרות, אלא שהאפוטרופוס והחסוי יכולים לפנות לבית הדין ולבקש להמשיכה?

ר' יצחק אדרבי[10] פסק שבהגיע החסוי לבגרות, הוא זכאי לקבל את נכסיו מן האפוטרופוס. עולה מדבריו, שאפוטרופסות על קטין אינה פוקעת מאליה עם הגיעו לבגרות, אלא היא עומדת בתוקפה עד שהחסוי ידרוש לבטל אותה[11]. גם ר' חיים בנבנשתי[12] כותב שהאפוטרופסות עומדת בתוקפה עד שהחסוי ידרוש לבטל אותה או עד שהאפוטרופוס ירצה להפסיק אותה.

ערוך השולחן[13] מחדש "דגם בית דין, כשמינו לקטן אפוטרופוס, כשרואים שגם בגדלותו אינו מוכשר לעסק, יש להם לעכב ביד האפוטרופוס עד שיהיה מוכשר לעסק".

[9] כך כתב שו"ת באר שבע, שהובא בהערה 5.

[10] שו"ת דברי ריבות, סימן תיא. הוא מדגיש שהחסוי יכול לדרוש לבטל אותה רק משהגיע לגיל שלוש עשרה וגם הביא שתי שערות, שהן סימני גדלות. מצד שני, הוא מדגיש שהחסוי זכאי לקבל את נכסיו גם אם אינו יודע בטיב משא ומתן.
הוא עוסק באפוטרופוס שמינה הקהל, והוא רואה זאת כמינוי של בית דין.

[11] הוא מביא כראיה את דברי שו"ת הריב"ש, סימן תסח וסימן תסט, שעם הגעת החסוי לגדלות, מוציאים את הנכסים מן האפוטרופוס. מכאן שלדעתו גם לפי הריב"ש, כל זמן שאינו מבקש את נכסיו, האפוטרופסות נמשכת. הרי שהוא סבור שגם דעת הריב"ש היא שתיתכן אפוטרופסות לגדול.
דברי ריבות כותב שאם החסוי אינו מבקש את הנכסים לעצמו אלא מבקש להחליף אפוטרופוס, ולהעביר את הנכסים לאדם אחר, אין שומעים לו, כיוון שאין ראוי להעביר מי שנתמנה אפוטרופוס על ידי הקהל בלי טעם מספיק. שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן רטז (ד"ה ואיך שיהיה), מנמק את דבריו, שבכך גילה החסוי את דעתו שהוא מעוניין באפוטרופוס אלא שהוא רוצה להחליף אותו, וצריך לחשוש לכבודו של הראשון (יש להעיר שנימוק זה טוב גם לאפוטרופוס שמינה אבי היתומים); והוא מוסיף, שמאותו טעם אינו יכול לדרוש לשתף אחר עם האפוטרופוס הקיים, מפני שאנשים יאמרו ששיתף אחר משום שמצא שהאפוטרופוס הקיים מעל. אבל הוא עצמו, בספרו כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רצ, הגהות הטור, אות צו, תמה על דברי ריבות, הרי החסוי יכול לקבל את הנכסים לעצמו, כיוון שהאפוטרופסות פקעה, ואי אפשר למנוע ממנו למסור אותם לאדם אחר. כמו כן, שו"ת הלכה למשה (אלבז), חו"מ, סימן צג, כותב שכשגדל החסוי, הוא רשאי לקחת את נכסיו לעצמו או לתת אותם למי שירצה. אגב, גם מדבריו עולה שכל זמן שלא ביקש זאת, האפוטרופסות בתוקפה.
גם משו"ת משנה הלכות (קליין), חלק יז, סימן קמה, עולה שהאפוטרופסות עומדת בתוקפה גם אחרי שהחסוי גדל.
אולם שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סימן ד, עוסק ביתומה גדולה ששידכה את עצמה בלי לשאול את האפוטרופוס, והוא פוסק שהשידוך תקף (אלא שהוא דן במצב שהיתה בת שתים עשרה וספק אם היו לה סימני גדלות באותו זמן), וזאת אף שלא דרשה תחילה לבטל את האפוטרופסות. לא ברור אם אותו אפוטרופוס נתמנה על ידי בית דין או על ידי אביה.

[12] כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רצ, הגהות הטור, אות צה.

[13] ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף מה.

ג. אפוטרופוס שהתמנה על ידי אבי החסוי

אב יכול למנות מי שישמש כאפוטרופוס לבניו הבגירים לאחר מותו[14]. בהתאם לכך, האב יכול גם למנות אפוטרופוס לבניו הקטינים, ולקבוע שמינויו יעמוד בתוקף אף לאחר שיבגרו[15].

אם האב מינה אפוטרופוס לבנו הקטין ולא פירש שמינויו יימשך גם לאחר שבנו יגיע לבגרות, יש להניח שהתכוון שהאפוטרופסות תפקע בגיל הבגרות[16]. גם אם הבן שהגיע לגיל בגרות אינו יודע בטיב משא ומתן, מוציאים את נכסיו משליטת האפוטרופוס ומוסרים אותם לבן[17].

עם זאת, כשנדרש בית הדין הרבני בחיפה[18] לשאלת תוקף אפוטרופסותן של שתי אחיות על אחיהן הקטנים גם לאחר שהללו בגרו, העלה את האפשרות שבימינו יש להבין את כוונת האב כמי שהתכוון למנות אפוטרופוס לבנו עד גיל שמונה עשרה, מפני שגיל זה נחשב לגיל הבגרות לפי החוק: "מאחר שלפי החוק האזרחי, שבתי המשפט האזרחיים דנים לפיו, נקרא האדם קטין לענין האפוטרופסות אף אחרי גיל שלוש עשרה, ואם כן יתכן שכוונת המצווה היתה שיהיו אפוטרופסות גם אחרי גיל י"ג".

[14] למקורות לכך, ראה סעיף 33, עמ' 27. כאן יובאו רק מקורות בשאלת פקיעת האפוטרופסות בהגיע קטן לגדלות.

[15] שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן קיח (עד גיל 25); שו"ת מהר"י בן לב, חלק ב, סימן עו (אם אמר שיהיה אפוטרופוס עד שתינשא הבת); שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן שלה; שו"ת דברי ריבות, סימן קכ; שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן רטז (ד"ה וכבר אתה); שו"ת מהריט"ץ, סימן לח (עד שיינשא בנו). כך עולה גם מר"ן על הרי"ף, כתובות לא ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה מדקתני, ומשו"ת הריב"ש, סימן תסח (כך למד מדבריו שו"ת מים שאל, חו"מ, סימן רצ, דף נד ע"ד), בשם הרא"ה.
שו"ת הרשב"א שם כותב שאם האב ציווה שהממון יהיה ביד אפוטרופוס עד שיהא היורש בן עשרים וחמש שנה, ועד אז לא יוכל היורש לעשות דבר – היורש אינו יכול לשעבד את הנכסים תוך הזמן הזה בלי רשות אפוטרופוס.
דברי ריבות שם כותב שאם מינה את אשתו אפוטרופוס, וכתב "ולית מי שימחה בידה וגם לא יוכל שום יורש לתבוע ממנה כל ימי חייה שום דבר", יש לפרש שאין לה כוח אחר חוץ מלחלק את הנכסים בשעת פטירתה בין היורשים כראות עיניה, להרבות לאחד ולגרוע לאחר, אבל אין לה כוח להסתיר ולהפריד מהנכסים. נראה שלדעתו היא אפוטרופוס לכל דבר, שהרי כתב שהיא יכולה להכריע לגבי גורל הנכסים.

[16] שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, שם; שו"ת הריב"ש, סימן תסח (הובא בשו"ת מהר"י בן לב, חלק ב, סימן עו, בשו"ת המבי"ט, חלק א, סימן שלה, ובשו"ת מים שאל, חו"מ, סימן רצ, דף נד ע"ד); שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן תלב (גם אם אמר "ואמו תהיה אפוטרופוס כל ימי חייה", כוונתו עד שיגדל היתום) (הובא בשו"ת אשר לשלמה (אבן דנאן), סימן טו, ד"ה גם מהרשד"ם); שו"ת דברי ריבות, סימן קכ; שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן רטז (ד"ה תשובה, וד"ה ואיך שיהיה).
הרשב"א שם כותב שגם אם יש אישה ובנים שנזונים בתנאי כתובה או שאביהם היה חייב כסף, האפוטרופוס חייב למסור את הנכסים ליתומים כשיגיעו לגדלות, והם יפרעו את חובות אביהם.
שו"ת מהר"י בן לב, חלק ב, סימן עו, עוסק במי שמינה את אשתו אפוטרופוס על נכסיו "כל ימי חייה", ובכל זאת הוא מפרש שהתכוון שתהיה אפוטרופוס רק עד שהבת תגדל, ובמה שאמר "כל ימי חייה" התכוון לומר שאם תמות האשה קודם שתגדל הבת, ייכנס אחיו במקומה. הוא מסביר שאף שיש ספק למה התכוון, יש לפרש בצמצום את מינוייה, כי אין ממנים אשה כאפוטרופוס (כפי שראינו בדיוננו בסעיף 34, עמ' 41); והעלה אפשרות שגם באיש שהוא אפוטרופוס, מספק מסלקים אותו. כתונת יוסף (בירדוגו), חלק א, ערך אפוטרופוס, ענף יז, דף טז ע"ג (הובא בשו"ת תבואות שמש, חו"מ, סימן יט, עמ' נד), מנמק את דבריו, שמספק יש להשאיר את הנכסים בחזקת בעליהם, שהם היתומים.

[17] שו"ת הריב"ש, שם (הובא בשו"ת מהר"י בן לב, שם).

[18] פד"ר, כרך ג, עמ' 159.

ד. אפוטרופוס למעשה

המבי"ט[19] עוסק באפוטרופוס למעשה, שהחל לשמש כשהיתומים היו קטנים, ואחרי שגדלו, הם מכרו קרקע באישור האפוטרופוס, והוא פוסק שהמכר תקף בזכות האישור שלו. הרי שלדעתו אפוטרופסות למעשה אינה פוקעת כשהקטין מגיע לבגרות, אלא היא נמשכת כל עוד יש בה צורך.

לעומת זאת, הריב"ש[20] עוסק באפוטרופוס למעשה, וכותב שכשהיתום נעשה גדול, מוציאים את נכסיו מידי האפוטרופוס.

פרק שלישי

פסול דין – "על פסול דין – עם ביטול פסלותו על ידי בית המשפט"

כפי שקבע סעיף 33, בית המשפט מוסמך למנות אפוטרופוס לפסול דין בשל מעמדו המשפטי המיוחד. בהתאם לכך קובע הסעיף שבפנינו שאפוטרופסות על פסול דין פוקעת מאליה כאשר בית המשפט מבטל את פסלותו. עם זאת, נראה שאם פסול הדין שהפך לבעל כשרות משפטית מלאה עדיין אינו יכול לדאוג לענייניו, אפשר לפנות לבית המשפט ולבקש למנות לו אפוטרופוס מחדש כיוון שאינו מסוגל לתפקד בכוחות עצמו, על פי הוראת סעיף 33(א)(4).

לפי המשפט העברי, פסלותו או כשרותו של אדם אינן תלויות בקביעה של בית המשפט אלא במציאות העובדתית. אם כן, אפוטרופסות על פסול דין פוקעת מאליה כאשר המאפיינים הפוסלים חדלים, כגון אם הוא שוטה שמתפקח. כמובן, אם השאלה מגיעה לבית הדין, הוא זה שיכריע אם אכן פסלותו פקעה.

יש בעלי לקויות שלוקים בשכלם או בנפשם רק לפרקים, וביתר הזמן הם מתפקדים כרגיל. מלשון סעיף 8 לחוק עולה שבית המשפט יכול להכריז גם על אנשים אלו כפסולי דין, אם הוא משתכנע שאינם מסוגלים לדאוג לענייניהם. אם בית המשפט מכריז על אדם כזה כפסול דין, אין לו כשרות משפטית גם בזמן שהוא מתפקד כרגיל. בהתאם לכך, אם בית המשפט מחליט למנות אפוטרופוס לפסול דין כזה, המינוי תקף גם לגבי זמנים שבהם החסוי מתפקד כרגיל, אלא אם בית המשפט קבע אחרת בתנאי המינוי.

לפי המשפט העברי, כשרותו המשפטית של אדם הלוקה בנפשו לפרקים משתנה עם כל שינוי במצבו הנפשי. כך נאמר בתלמוד[21]: "עתים חלים [=צלול בדעתו] עתים שוטה, כשהוא חלים – הרי הוא כפקח לכל דבריו, כשהוא שוטה – הרי הוא כשוטה לכל דבריו". וכך פסק הרמב"ם[22]: "מי שהוא עת שוטה ועת שפוי, כשהוא שפוי כל מעשיו קיימין, וזוכה לעצמו ולאחרים ככל בן דעת". הרב עוזיאל[23] כותב שיש למנות אפוטרופוס לשוטה כזה, אם "עתים שהוא שוטה הם מרובים ותכופים".

[19] שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן קכב.

[20] שו"ת הריב"ש, סימן תסח (הובא בשו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן רטז, ד"ה תשובה).

[21] ראש השנה כח ע"א.

[22] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כט, הלכה ה. כך פסק גם שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלה, סעיף כא.

[23] שערי עוזיאל, שער ג, פרק א, אות ה (עמ' מ במהד' תשנ"א).

אבל לדעת רבי דוד פארדו[24], אם ממנים אפוטרופוס לשוטה כזה, האפוטרופסות בתוקף רק כאשר החסוי שוטה ולא כשהוא שפוי[25]. עם זאת, גם לדעתו, אם הגבלת האפוטרופסות לזמנים בהם החסוי שוטה תמנע את השגת מטרות האפוטרופסות, האפוטרופוס יכול לפעול עבור החסוי גם כשהוא שפוי מכוח תקנת חכמים מיוחדת[26].

פרק רביעי

מותו של החסוי

א. מבוא

הסיפא של סעיף 62 קובעת את המובן מאליו, והוא שעם מות החסוי בטלה האפוטרופסות. כך הוא הדין גם במשפט העברי[27], ובלשון מהרי"ט[28]: "משמת הבן, פסק כח אפטרופין".

הפוסקים דנו בשאלת המשכת האפוטרופסות אם יש צורך בה לחסויים אחרים, כפי שנפרט להלן.

ב. אם יורשו של החסוי גם הוא קטין

מהריט"ץ[29] נדרש למקרה מיוחד, בו חסוי קטין מת ואת נכסיו ירש קטין אחר. האם האפוטרופסות בטלה, או שמא האפוטרופוס ממשיך בתפקידו והופך להיות אפוטרופוס של היורש? מהריט"ץ תולה שאלה זו בלשון המינוי: אם האב מינה אותו לאפוטרופוס "על בני",

אפשר להביא ראיה שממנים אפוטרופוס לשוטה כזה: בתוספתא, תרומות, פרק א, הלכה א, אומר רבי יצחק משום רבי אלעזר, שתרומה שהפריש חרש מפירותיו נחשבת לספק תרומה. התלמוד, יבמות קיג ע"א, מסביר את דבריו בשני אופנים, ולפי אחד מהם, מדובר שהחרש "עתים חלים ועתים שוטה". בהמשך התוספתא (שאינו מובא בתלמוד) נאמר: "כיזה צד [=כיצד] עושין לו בית דין? ממנין לו אפיטרופין, הוא תורם והן מקיימין אותו על ידיו [מקנים תוקף לתרומה שהחסוי הפריש]". מתוספת זו עולה שאפשר למנות אפוטרופוס למי שהוא "עיתים חלים ועיתים שוטה". אולם ייתכן שכוונת התוספתא שממנים לו אפוטרופוס לצורך הפרשת תרומה בלבד, ולא לכל תפקידי אפוטרופוס.

[24] חסדי דוד, תוספתא, תרומות, פרק א, הלכה א.

[25] כך עולה ממה שהוא מקשה, מה הועילו חכמים בתקנתן, שנזכרה בהערה 23, למנות לחסוי אפוטרופוס שיקיים את התרומה, הרי יש לחשוש שמא החסוי הפריש את התרומה בשעה שהיה שוטה והאפוטרופוס קיים את מעשיו כשכבר היה שפוי, שעה שאינו מוסמך לפעול בעבורו. מקושיה זו עולה שלדעת חסדי דוד, האפוטרופסות אינה בתוקף כאשר החסוי שפוי.

[26] כך עולה ממה שהוא משיב על קושייתו לעיל, הערה 25, שחכמים אפשרו לאפוטרופוס לתת תוקף לתרומה שהחסוי הפריש כשהיה שוטה גם בשעת הקיום החסוי שפוי, "משום כדי חייו, דאם לא כן, לא ימצא מה לאכול כל ימיו. ואף על גב דאפשר דבההיא שעתא חלים הוא, יכולים בית דין להפקיר נכסיו לגבי האפוטרופוס לתקנתו". אולם אפשר שחסדי דוד אומר כך רק לגבי הפרשת תרומה.

[27] שו"ת הריב"ש, סימן שכד ("שלא נתמנה כי אם על הבת האחת, וכבר מתה ונסתלק מאותו המנוי"); בית יוסף, חו"מ, סימן רצ, סעיף י ("אחר שמת הבן קודם הזמן, נסתלק האפוטרופוס").

[28] שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קכז (ד"ה ואם אחר). משום כך הוא פוסק שאם אחרי מיתת היתום נתן האפטרופוס מנכסי היתום צדקה לעניים, שנדר לתת כשהיתום היה חולה, הוא חייב לשלם.

[29] שו"ת מהריט"ץ החדשות, סימן קלא (ד"ה ועתה).

האפוטרופסות בטלה עם מות הקטין, שכן יורשי הקטין אינם בניו של הממנה. לעומת זאת, אם הממנה אמר שהוא ממנה אותו לאפוטרופוס "על יורשיי", הוא ממשיך להיות אפוטרופוס על יורשו של הקטין, כיוון שיורש זה הוא גם יורשו של הממנה, בדרגה שנייה.

ג. אפוטרופוס לחסויים אחדים

לעיתים אפוטרופוס אחד מתמנה על חסויים אחדים, כגון אם הנפטר הניח יתומים קטינים אחדים, או בן שהוא אפוטרופוס לזוג הוריו הקשישים. לכאורה, כאשר האפוטרופסות פוקעת לגבי אחד החסויים, אין מניעה שהאפוטרופסות תימשך לגבי שאר החסויים. וכך עולה מדברי הרשב"א[30], שנשאל "על שכיב מרע שאמר 'אני ממנה את פלוני אפוטרופוס על בני', ולא היה לו אלא בן אחד ילוד, והניח אשתו מעוברת וילדה בן אחר מיתתו, והבן הראשון נפטר והנער הנולד לאחר מיתת האב הוא שהאפוטרופוס משתדל בנכסיו, אם יש לו דין אפוטרופא? והשיב, שנראה לו שהאפוטרופסות קיים על הילוד, לפי שדעת האב קרובה אצל בנו, ואף על פי שלא נולד עדיין, דעתו למנות עליו אפוטרופוס, שהרי הוא ידע שאשתו מעוברת, וכשצוה ומינה אפוטרופוס, על הכל צוה". מתשובה זו נראה בדרך קל וחומר שהדברים אמורים באפוטרופוס שמונה מראש עבור כמה חסויים, ואחד מהם נפטר.

אלא שבתשובה אחרת, הרשב"א[31] משווה בין חסויים אחדים לבין שותפים, והוא קובע שכשם ששותפות ניתנת לביטול עם מותו של אחד השותפים, כך אפשר לבטל את האפוטרופסות עם מותו של אחד החסויים.

הפוסקים הציעו הסברים אחדים ליישוב הסתירה שבין שתי תשובותיו של הרשב"א. פוסקים אחדים[32] מסבירים שבדרך כלל האפוטרופסות כולה פוקעת עם מותו של אחד החסויים, לאור ההשוואה בין שותפות לאפוטרופסות, אלא שאם בשעת המינוי, האפוטרופסות לא חלה על כל החסויים, כגון שהבן השני נולד לאחר תחילת האפוטרופסות, כבנידונו של הרשב"א בתשובתו הראשונה, החסויים אינם נחשבים לשותפים, ומותו של אחד מהם אינו מבטל את האפוטרופסות[33].

[30] שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן קכו וסימן קכט. הציטוט הוא מלשונו של בית יוסף, חו"מ, סימן רנ, סעיף יז, המסכם את העולה מתשובות אלה.

[31] שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן קיח.

[32] שו"ת תורת חיים (מהרח"ש), חלק א, סימן עד (ד"ה ולי הדיוט), בתירוצו הראשון; שו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סימן יא, בתירוצו השני; כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רנ, הגהות בית יוסף, אות פו (הובא בשו"ת אשר לשלמה, סימן ה, ד"ה וה' משפט צדק).
תורת חיים שם ומהר"ש הלוי שם מוסיפים, שבמקרה שהאפוטרופסות נמשכת, היא נמשכת על כל העיזבון, כיוון שכולו שייך עכשיו לבן שנולד.

[33] מהר"ש הלוי, שם, בתירוצו הראשון, כותב שככלל, האפוטרופסות מתבטלת עם מותו של אחד החסויים, והרשב"א, בתשובתו הראשונה, לא התכוון לקבוע הלכה למעשה שהאפוטרופסות אינה בטלה, אלא לומר שתיתכן עקרונית אפוטרופסות לקטין שנולד לאחר מינוי האפוטרופוס, וכך היה הדין אילו היה האח הגדול נותר בחיים, אבל למעשה האפוטרופסות בטלה בגלל מותו של האח הגדול, כפי שכתב הרשב"א בתשובתו האחרת. אולם הדברים דחוקים, כפי שהעיר מהר"ש הלוי עצמו.
תורת חיים, שם, בתירוצו השלישי (ד"ה עוד נראה), עושה הבחנה על פי נימוקו של הרמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ה, הלכה יא, לכך ששותפות בטלה אם מת אחד השותפים: מפני שחלקו בממון עבר ליורשיו. לפי נימוק זה, אם השותפים היו אחים בלי בנים, כך שעם מות אחד מהם השותפים האחרים ירשו אותו, השותפות ממשיכה. אם כן, גם אפוטרופסות ממשיכה אם החסויים האחרים יורשים את החסוי שמת.

פוסקים אחרים סבורים שבדרך כלל מותו של אחד החסויים אינו מביא לביטול האפוטרופסות, והם מציעים הסברים שונים לתשובה השנייה של הרשב״א. רבי אברהם די בוטון[34] מסביר שהרשב״א מנמק שם את ביטול האפוטרופסות בנידונו בדרכים אחדות, והוסיף את הנימוק שמותו של החסוי מביא לבטלות האפוטרופסות רק כחיזוק, אף שאין כך הלכה[35]. רבי מאיר מלמד[36] סבור שתשובה זו עוסקת באפוטרופוס לבגירים, שלדעת הרשב״א אמנם אינם יכולים לפטר אותו במקרה רגיל[37], אבל אם אחד החסויים מת, יכולים האחרים לפטרו[38].

מכל מקום, בית יוסף[39] ודרכי משה[40] דוחים את ההיקש של הרשב״א מביטול שותפות לביטול האפוטרופסות, בלי להזכיר את תשובתו האחרת[41].

פרק חמישי

סיכום

לפי החוק, אפוטרופסות על קטין פוקעת בהגיעו לגיל שמונה עשרה. המשפט העברי מבחין לעניין זה בין אפוטרופוס שמינה בית הדין לבין אפוטרופוס שמינה האב: לגבי אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין, נחלקו הפוסקים האם תיתכן אפוטרופסות לבגיר. לפי הגישה המאפשרת זאת, אפוטרופוס שמונה עבור קטין ימשיך בתפקידו גם לאחר הגיעו לבגרות,

כבתשובתו השנייה של הרשב״א, ותשובתו הראשונה עוסקת במצב שיורשי החסוי שמת אינם חסויים של האפוטרופוס.

[34] שו״ת לחם רב, סימן ריב.

[35] אולם הדברים דחוקים, כפי שהעירו כנסת הגדולה ואשר לשלמה (ד״ה עין רואה).

[36] שו״ת משפט צדק, חלק א, סימן מב.

[37] ראה בסעיף 33, עמ׳ 29, על זכותו של חסוי בגיר לפטר אפוטרופוס שמינה לו אביו.

[38] בדרך דומה נוקט תורת חיים בתירוצו השני (בד״ה עוד יראה). הוא אמנם אינו מציין שהחסויים שנותרו הם בגירים, אך נראה שזאת כוונתו, שכן קשה להניח שקטינים מוסמכים לפטר את האפוטרופוס.
שו״ת מים שאל, חו״מ, סימן רצ, דף נד ע״ד, עושה הבחנה אחרת בדעת הרשב״א: אם מינה אותו סתם ״על יורשיו״, ומת אחד מהם, האפוטרופסות בטלה, אבל אם הזכיר בן פלוני ובת פלונית, שלא היה צריך לפרט, האפוטרופסות ממשיכה גם אם מת אחד מהם, מפני ש״לישנא יתירא״ באה להוסיף.

[39] בית יוסף, חו״מ, סימן רצ, סעיף ד.

[40] דרכי משה, חו״מ, סימן רצ, ס״ק ז.
כתונת יוסף (בירדוגו), חלק א, ערך אפוטרופוס, ענף לח (יז ע״ד), מבאר שלדעת בית יוסף ודרכי משה, יש הבדל בין שותפות לבין אפוטרופסות, ששותפים משתתפים על דעת שיהיו רבים, מפני שמזלם משתפר בכך, ואילו כאן אין לומר שיתום זה הסכים לאפוטרופסות רק על דעת שכל היתומים יהיו בחיים, שהרי המינוי אינו תלוי בו אלא באביו. הוא מסתפק כמי לפסוק, כיוון שר׳ דוד דיאינה, בפחד יצחק, ערך אפוטרופוס (חלק א, דף צב ע״ד, במהד׳ תק״י; חלק ב, עמ׳ תעב, במהד׳ מוסד הרב קוק), פסק כרשב״א, וייתכן שבית יוסף דחה את דבריו להלכה ולא למעשה. שו״ת תבואות שמש, חו״מ, סימן יט, עמ׳ נד, כותב שמספק האפוטרופסות בטלה, מפני שיש להעמיד את הממון בחזקת בעליו.

[41] שו״ת לחם רב, סימן ריב, דוחה את ההשוואה בין אפוטרופסים לשותפים: ״שאין הנדון דומה לזה, דהתם ראוי הוא שתתבטל השותפות, שיאמר השותף ׳עמו הייתי משתתף אבל לא עם יורשיו׳. אבל לעניין האפטרופסה, אפילו שמת האחד, אין טעם בדבר לומר שתתבטל האפטרופסה״. אשר לשלמה (ד״ה וכן מצאתי), נסמך על טיעונו של רבי דוד דיאינה, ונוקט שהאפוטרופסות בטלה עם מותו של אחד החסויים.

עד לבקשת החסוי לסיים את תפקידו. אולם לפי הגישה השוללת אפוטרופוס לבגיר, האפוטרופסות פוקעת לאלתר עם הגיעו לבגרות, אלא אם כן בית הדין רואה שהחסוי אינו מסוגל לטפל בנכסים בכוחות עצמו גם בגיל זה.

לעומת זאת, אבי החסוי יכול למנות האפוטרופוס גם עבור בגיר, לכל הדעות. אולם אם האב מינה אפוטרופוס לקטין בלא שפירש שימשיך בתפקידו גם לאחר בגרותו, האפוטרופסות פוקעת מאליה עם הגיעו לבגרות, מפני שיש לאמוד את דעת האב שלא התכוון שתימשך לעד. עם זאת, בית הדין הרבני הורה למעשה שבימינו, האפוטרופסות נמשכת מאליה עד גיל 18, משום שגיל זה מקובל כיום כגיל הבגרות, וכך יש לאמוד את דעת האב.

אשר לפסול דין, מורה החוק שהאפוטרופוס עליו פוקעת כאשר בית המשפט קובע שהחסוי פסק מלהיות פסול דין. הוראה זו נובעת מגישת החוק שפסלותו או כשרותו של אדם תלויות בקביעה של בית המשפט. לעומת זאת, לפי המשפט העברי פסלותו או כשרותו של אדם אינן תלויות בקביעה של בית המשפט אלא במציאות העובדתית. אם כן, אפוטרופסות על פסול דין פוקעת מאליה כאשר המאפיינים הפוסלים חדלים, כגון אם הוא שוטה שמתפקח. כמובן, אם הדבר אינו ברור, בית הדין הוא זה שיכריע אם אכן פסלותו פקעה.

אשר למי שלוקה בשכלו או בנפשו רק לפרקים, וביתר הזמן הוא מתפקד כרגיל, ובית המשפט מינה לו אפוטרופוס, המינוי תקף גם לגבי זמנים שבהם הוא מתפקד כרגיל. לפי המשפט העברי, יש למנות אפוטרופוס לאדם כזה, אם העתים שהוא שוטה הם מרובים ותכופים, והאפוטרופסות בתוקף רק כאשר החסוי שוטה ולא כשהוא שפוי, אלא שאם הגבלת האפוטרופסות לזמנים בהם החסוי שוטה תמנע את השגת מטרות האפוטרופסות, האפוטרופוס יכול לפעול עבור החסוי גם כשהוא שפוי.

כאשר החסוי מת, האפוטרופסות בטלה, הן לפי החוק, הן לפי המשפט העברי.

לפי המשפט העברי, אם יורשו של החסוי הוא קטין, האפוטרופסות ממשיכה לגביו, אם אביו של החסוי מינה את האפוטרופוס "על יורשיי".

אם אפוטרופוס אחד ממונה על חסויים אחדים, ומת אחד מהם, האפוטרופסות ממשיכה לגבי החסויים האחרים[42].

פרק שישי

הצעת נוסח על פי המשפט העברי

פקיעת האפוטרופסות

62. אפוטרופסות על קטין פוקעת בהגיעו לבגרות; על פסול דין – עם הפסקת מאפייני פסלותו; ואם פסלותו נקבעה על ידי בית משפט – תפקע פסלותו על ידי בית משפט; על מי שאינו קטין או פסול דין – אם קבע בית המשפט שחדלו סיבות האפוטרופסות או שהושגה מטרתה; פקיעת אפוטרופסות כזאת היא מן היום שנקבע לכך על־ידי בית המשפט; אפוטרופסות על כל אדם פוקעת במות החסוי.

[42] סעיף 63 אומר את מה שאין צריך לומר, שעם פקיעת האפוטרופסות עליו להחזיר את הנכסים לחסוי. כמובן, זו גם עמדת המשפט העברי, כפי שכתבו רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ה; הרשב"א שהובא בהערה 16; והריב"ש שהובא בהערה 20.

סעיף 64

צוואה או מסמך הבעת רצון של הורהו או אפוטרופסו שהוא קרוב של קטין

צוואה או מסמך הבעת רצון של הורהו או אפוטרופסו שהוא קרוב של קטין

64. (א) הורהו של קטין או אפוטרופסו שהוא קרובו, לרבות אפוטרופוס למעשה כמשמעותו בסעיף 67, רשאי לציין בצוואתו את שמו של יחיד שהוא מבקש כי ימונה לילדו או לקרובו כאפוטרופוס לאחר מותו.

(ב) אדם כאמור בסעיף קטן (א) רשאי לציין במסמך שייערך לפי הוראות סעיף זה (בפרק זה – מסמך הבעת רצון) את שמו של מי שהוא מבקש כי ימונה לילדו או לקרובו כאפוטרופוס, אם בשל מוגבלות הוא יחדל להיות מסוגל לדאוג לילדו או לקרובו ולקבל החלטות לגביו.

(ג) אדם כאמור בסעיף קטן (א) או (ב) רשאי לתת הנחיות בעניין מהעניינים הנתונים לפי חוק זה לשיקול דעת בית המשפט או האפוטרופוס, כדי שיקוימו על ידם לאחר מותו או אם יחדל להיות מסוגל לדאוג ולקבל החלטות לגבי ילדו או קרובו, לפי העניין.

(ד) מסמך הבעת רצון ייערך בכתב וייחתם בפני עורך דין, ויחולו לגביו הוראות סעיפים 32יג, 32יד, 32יח, 32יט(א), 32כב(1) ו־32כג, בשינויים המחויבים.

(ה) ערך אדם צוואה או מסמך הבעת רצון לפי סעיפים קטנים (א) או (ב), ייתן בית המשפט עדיפות למינוי מי ששמו צוין בצוואה או במסמך הבעת הרצון, לפי העניין, כאפוטרופוס לקטין ויורה לאפוטרופוס לפעול בהתאם להנחיות שבצוואה או במסמך הבעת הרצון, והכול זולת אם ראה שטובת הקטין לסטות מהם ובכפוף לאמור בסעיף 28 בנוגע לאפוטרופסותו של ההורה האחר.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 343

פרק שני: תפקיד ההורה במינוי אפוטרופוס 343

א. מבוא 343

ב. מינוי על ידי האב 344

ג. אפוטרופוס לבוגר 345

ד. מינוי על ידי בית הדין בהתאם לרצון האב 345

ה. מינוי על ידי מוריש שאינו האב 347

ו. מינוי על פי צוואת האפוטרופוס 347
ז. אופן הבעת הרצון – "בצוואתו" 348
ח. מינוי אפוטרופוס לזמן שההורה "יחדל להיות מסוגל לדאוג לילדו" 349
פרק שלישי: הנחיות "בעניין מהעניינים הנתונים לפי חוק זה" 349
א. מבוא 349
ב. הנחיות הנוגעות לניהול הנכסים "לאחר מותו" 349
ג. הנחיות הנוגעות לניהול הנכסים "אם יחדל להיות מסוגל לדאוג" וכו' 350
ד. הנחיות אחרות – "בעניין מהעניינים הנתונים לפי חוק זה" 351
פרק רביעי: שיקול דעת בית המשפט – "ייתן בית המשפט עדיפות" 351
א. מבוא 351
ב. שיקול דעת של בית המשפט במינוי האדם שציין האב 352
ג. שיקול דעת של בית המשפט לעניין יישומן של ההנחיות 352
פרק חמישי: סיכום 353
פרק שישי: הצעת נוסח על פי המשפט העברי 354
נספח א: מקור סמכותו של אפוטרופוס שמינה האב 354
נספח ב: עוד על מינוי על ידי בית הדין בהתאם לרצון האב 356
א. הנמקת ההלכה 356
ב. אם השתנו הנסיבות 357
ג. מקרים שההלכה יושמה בפועל 357
ד. הרחבת ההלכה 358
ה. דעת התוספות 358

פרק ראשון

מבוא

ס״ק (א) קובע שהורהו של קטין או אפוטרופוס שהוא קרובו, ״רשאי לציין בצוואתו את שמו של יחיד שהוא מבקש כי ימונה לילדו או לקרובו כאפוטרופוס לאחר מותו״. ס״ק (ב) מרחיב זאת למינוי אפוטרופוס שישמש בחייו, כשלא יהיה כשיר לדאוג לילדו.

יש להדגיש שהחוק אינו מסמיך את ההורה או את האפוטרופוס למנות אפוטרופוס. סמכות זו מסורה בידי בית המשפט בלבד, וההורה או האפוטרופוס רשאים רק להביע את עמדתם בנוגע לזהותו של מי שהם מבקשים שימונה כאפוטרופוס. להלן נבקש לברר האם, לפי המשפט העברי, ההורה או האפוטרופוס רשאים אף למנות אפוטרופוס בעצמם.

ס״ק (א) מזכיר ״קטין״, ומכאן שהוראות הסעיף אמורות רק בקטין ולא בבוגר. נבקש לברר האם כך הוא גם לפי המשפט העברי.

כמו כן נבקש לברר האם אף המשפט העברי דורש שהבעת רצון זו תיעשה בכתב דווקא, או שמא אפשר להביע עמדה זו גם בעל פה.

ס״ק (ג) מתיר להורה לתת הנחיות לאפוטרופוס שימונה על ידי בית המשפט בכל הנוגע לטיפול בענייניו של הקטין הנתונים לשיקול דעתם של בית המשפט או של האפוטרופוס. מלשון החוק עולה שהדברים אמורים בין אם בית המשפט מינה אפוטרופוס על פי בקשת ההורה, ובין אם מינה אפוטרופוס שלא על פי בקשת ההורה. בהקשר זה עולה השאלה האם המשפט העברי מכיר ברשות זו של ההורה לתת הנחיות, ואם כן, האם רשות זו מוגבלת לעניינם של קטינים בלבד, ומהו היקפה של הרשות. כמו כן יש לברר, האם לפי המשפט העברי רשות דומה קיימת גם לאפוטרופוס שהוא קרובו של קטין.

ס״ק (ה) קובע שבית המשפט ייתן עדיפות למשאלתם של ההורה או האפוטרופוס, ״זולת אם ראה שטובת הקטין לסטות מהם ובכפוף לאמור בסעיף 28 בנוגע לאפוטרופסותו של ההורה האחר״. הוראה זו מעוררת את השאלה אימתי בית הדין רשאי לנטות מצוואת ההורים.

פרק שני

תפקיד ההורה במינוי אפוטרופוס

א. מבוא

בקביעה ש״הורהו של קטין... רשאי לציין בצוואתו את שמו של יחיד שהוא מבקש כי ימונה לילדו... כאפוטרופוס לאחר מותו״, הכיר המחוקק במעמדו המיוחד של ההורה בקביעת זהותו של האפוטרופוס שיטפל בילדו הקטין לאחר מותו. ההורה אינו מוסמך למנות אפוטרופוס, אלא רק להביע את עמדתו בדבר. זאת, בניגוד להסדרים בחלק ממדינות המשפט המקובל

המעניקים להורים סמכות למנות אפוטרופוס לילדיהם[1]. להלן נבקש לברר, האם לפי המשפט העברי ההורים מוסמכים למנות אפוטרופוס לילדיהם, או שמא סמכות זו מסורה בידי בית הדין בלבד.

עניין נוסף שיש לדון בו הוא מעמדם של ההורים בכל הנוגע למינויו של אפוטרופוס לילדיהם הבוגרים שאינם מסוגלים לטפל בענייניהם בעצמם, או אפילו לילדיהם הבוגרים המסוגלים לטפל בענייניהם בעצמם. הסעיף שבפנינו עוסק ב"הורה של קטין", ומכאן שבכל הנוגע למינוי אפוטרופוס לילד בוגר, אין להורה כל מעמד[2]. להלן נבקש לברר, האם לפי המשפט העברי הורה לילד בוגר רשאי למנות אפוטרופוס לילדו, והאם יש להבחין לעניין זה בין בוגר המסוגל לנהל את ענייניו בעצמו לבוגר שאינו מסוגל לכך.

את רצונו בנוגע לזהותו של האפוטרופוס יביע ההורה בצוואתו, שבה יציין את שמו של מי שהוא מבקש שימונה לילדו או לקרובו כאפוטרופוס לאחר מותו. אם הוא רוצה שאדם מסוים ישמש כאפוטרופוס לילדו או לקרובו עוד בחייו, אם בשל מוגבלות הוא יחדל להיות מסוגל לדאוג לו ולקבל החלטות לגביו, הוא רשאי לציין את שמו במסמך מיוחד – "מסמך הבעת רצון" (בעוד שצוואה יכולה לכלול רק הוראות שיקוימו לאחר מותו). להלן נבקש לברר האם גם לפי המשפט העברי, על ההורה להביע את רצונו בצוואתו או במסמך מיוחד, כדי שבית הדין יידרש להתחשב ברצון ההורה, או שמא די בכך שיביע את רצונו בכל דרך שהיא, בכתב או בעל פה, במפורש או במשתמע.

ב. מינוי על ידי האב

על סמכותו של האב למנות אפוטרופוס לילדיו אנו למדים מן המשנה[3] העוסקת ב"יתומין... שמינה להן אביהן אפוטרופוס", ומפרטת חלק מחובותיו.

מינוי כזה אף עדיף על מינוי על ידי בית הדין, כפי שעולה מלשון השולחן ערוך[4]: "מי שמת והניח יורשים קטנים, או שאשתו מעוברת, או שהניח קטנים וגדולים, צריך מורישם

[1] כך הוא הדין באנגליה: Guardianship of Minors Ordinance, 1977, sec. 6(1): "A parent of a minor may appoint any person to be a guardian of the minor after that parent dies". וכן הדין גם בחלק ניכר מן המדינות והמחוזות באוסטרליה: Guardianship of Infants Act 1916 (NSW) sect. 14; Guardianship of Infants Act 1940 (SA) sect. 13; באירלנד: Guardianship of Infants Act, 1964 sect. 7, ובניו זילנד: Guardianship of Infants Act, 1926 sect. 5.

[2] סעיף 64א, שנוסף בתיקון מס' 18, מרחיב את הוראות סעיף 64 (בשינויים מסוימים) למינוי אפוטרופוס לבגיר, אבל מוציא מהכלל את הורהו של הבגיר, ומאפשר רק לאפוטרופוסו להמליץ על אדם מסוים שיהיה אפוטרופוס לאותו בגיר אחרי מותו. נראה שטעם הדבר הוא שרק הורה של קטין נחשב אפוטרופוס טבעי לגביו, לפי חוק הכשרות, סעיף 14, ולא הורה של בגיר.

[3] גיטין נב ע"א.

לשון המינוי: כתב שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רפה (הובא בשו"ת מהר"ם גאויזון, חלק א, סימן טז, עמ' עג) שאם שאלו אותו לפני מותו "ביד מי תרצה להניח את נכסיך" ואמר "ביד אשתי", נחשב שמינה אותה לאפוטרופוס. שו"ת הריב"ש, סימן ע, כותב שגם אם לא נקט בלשון "אפוטרופוס", המינוי תקף אם כך משתמע מדבריו, כגון אם אמר "פלוני יהיה שליט על נכסי". שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן פג, לומד מדבריו שדי לומר "יישאר הכל ביד פלוני".

על מקור סמכותו של אפוטרופוס שמינה האב, ראה בנספח א לסעיף זה.

[4] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף א. מקורו ברמב"ם, הלכות נחלות, פרק י', הלכה ה.

למנות להם אפוטרופוס שיתעסק בשביל הקטנים עד שיגדילו. ואם לא מינהו, בית דין חייבים להעמיד להם אפוטרופוס עד שיגדילו, שבית דין הוא אביהם של יתומים".

לא זו בלבד שמינוי זה נתון בסמכותו של האב, אלא שמינוי זה אינו כפוף לכללים בעניין הכשירות לכהן כאפוטרופוס המתמנה על ידי בית הדין. לדוגמה, האב רשאי למנות אפילו קטן, אשה או עבד כאפוטרופוס, אף שבית הדין אינו יכול למנותם כאפוטרופוס[5].

יתרון נוסף לאפוטרופוס שמינהו האב הוא שהקריטריונים לפיטוריו חמורים יותר מן הקריטריונים לפיטוריו של אפוטרופוס שמינהו בית הדין, כפי שראינו בסעיף 61, פרק שלישי.

ג. אפוטרופוס לבוגר

כאשר הבן הוא בוגר ויש בכוחו לטפל בענייניו בעצמו, אין בית הדין ממנה לו אפוטרופוס, אבל האב רשאי למנות לו אפוטרופוס בתנאי שהשליש בידי האפוטרופוס את הנכסים, ואילו אם האב לא השליש בידו את הנכסים, יכול הבן לומר: "אין אני צריך לאפוטרופוס"[6].

ד. מינוי על ידי בית הדין בהתאם לרצון האב

ההלכה שהזכרנו לעיל[7], שהאב רשאי למנות אפילו קטן, אשה או עבד כאפוטרופוס, אף שבית הדין אינו יכול למנותם, נסמכת על לשון הברייתא[8], לפי הגירסה שבפנינו: "אין עושין אפוטרופין נשים ועבדים וקטנים, ואם מינן אבי יתומין, הרשות בידו". אולם הרשב"א[9] גרס בברייתא: "אם מינן אבי יתומים, הרשות בידן", והוא לומד מגירסה זו: "אם מינן [=את שאינו כשר] אבי יתומין על נכסיו בחייו לשאת ולתת בהן[10], לומר שהיו מוחזקין אצלו

אבל ר' יצחק בוקובסקי, "אשה שמינוה ערכאות לאפוטרופוס", דרכי הוראה, כרך ה (ניסן תשס"ו), עמ' קמט, העיר שלגבי מינוי האב נקטו הרמב"ם והשולחן ערוך "צריך", ובמינוי בית דין נקטו "חייבין".

[5] גיטין נב ע"א. עסקנו בהלכה זו בהרחבה בסעיף 34, עמ' 48–49.

[6] למקורות לכך, ראה בדיוננו בסעיף 33, עמ' 27–31.

[7] לעיל, ליד ציון הערה 5.

[8] גיטין נב ע"א.

[9] חידושי הרשב"א, גיטין נב ע"א, ד"ה הא דתניא (הובא בחידושי הריטב"א (רבנו קרשקש) שם, בחידושי הרמ"ה ושיטות קדמונים שם, בחידושי הר"ן שם, בר"ן על הרי"ף, גיטין כו ע"א, בדפי הרי"ף, בנימוקי יוסף שם, בפני יהושע שם, ובשו"ת יכין ובועז, חלק ב, סימן מז). שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן מו, מביא דברים אלו בשם הר"ן.

כמו כן, צרור הכסף הקצר, דרך ה, שער ה, אות ו (עמ' קנו), והארוך, דרך ה, שער ה, אות ד (עמ' שעה–שעו), מביא את דברי התוספתא (להלן, הערה 11), ואחר כך מביא כדין נפרד בשם הרמב"ם, שמועיל מינוי אישה במפורש על ידי האב, כאילו שזה מקרה אחר – ומכאן שהבין כרשב"א שהתוספתא מדברת על מינוי בית דין מכח אמון שהאב גילה באישה בחייו. צרור הכסף היה תלמיד של הרשב"א.

כמו כן, רשב"ם, בבא בתרא נב ע"ב, ד"ה דשביחא (הובא בשו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן פו), כותב שבית דין ממנה אישה לאפוטרופוס, והסביר נוה צדק, על הרמב"ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ו, שהוא מתכוון לדינו של הרשב"א.

שערי עוזיאל, שער ח, פרק ב, אות ו, נוקט שמדובר שהאב לא מינה אפוטרופוס אחר, אבל אם מינה אפוטרופוס אחר, אין בית הדין יכול למנות אישה על סמך האמון שנתן בה האב בחייו.

בשאלה האם בית הדין חייב למנות אדם זה, ראה להלן, ליד ציון הערה 44.

[10] מדברים אלו משמע, שלא די שיפקיד אצלם נכסים, אלא יש צורך שימנהו לתפקיד הדומה במהותו לתפקידו של אפוטרופוס. אבל הר"ן על הרי"ף שם נוקט שהפקיד אצלה. ריינין, עמ' 182, הערה 82, כותב שלפי

בנאמנין וזריזין, הרשות ביד בית דין לעשותן אפטרופין מדעתן על נכסיו לאחר מותו"[11]. מדבריו עולה שבית הדין יכול למנות את מי שאינו כשיר לשמש כאפוטרופוס על פי הדין, אם האב גילה דעתו שאותו אדם נאמן אצלו[12].

לעומתו, הרא"ש[13] כתב שמי שמינה אדם מסוים לטפל בנכסיו בחייו, ומת, אין להסיק מכך שהוא רוצה שאותו אדם ישמש כאפוטרופוס לבניו אחרי מותו, "כי דבר ידוע הוא ומצוי הוא דאדם מאמין נכסיו לאחד, ואינו ירא שיעשה לו עָוֶל לפי שהוא ירא ממנו, וגם אדם בקי ומכיר בנכסיו וירגיש אם יעשה לו עָוֶל, אבל אינו נאמן בעיניו להשליטו על ממון יורשיו", אלא בית דין ימנו אדם הראוי לכך[14]. מהר"ם לובלין הסיק מכך שהרא"ש חולק על קביעתו של הרשב"א, שיש למנות כאפוטרופוס מי שהאב גילה בו אמון בחייו[15]. אבל ר' חיים בנבנשתי[16] סבור שאין

כסף משנה, הלכות שכירות, פרק א, הלכה ד, ששומר המוסר למי שבעל הנכס היה רגיל להפקיד אצלו, פטור רק עד כדי השיעור שבעל הנכס היה רגיל להפקיד אצלו, אף כאן אפשר לעשותה אפוטרופוס רק בשיעור הנכסים שהנפטר היה רגיל למנותה עליו, שהרי הרשב"א הִשווה את עניינו למסירה לאדם כזה; וראה חוק לישראל, שומרים, סעיף 7, פרק ב, 6, שיש חולקים על הכסף משנה. עוד העיר, שאם רק הפקיד אצלה נכסים, ולא מינה אותה על ניהולם, הדבר מוכיח שנתן בה אמון ואינו מוכיח שסמך על כושר הניהול שלה, ולכן לפי הטעם שהחסרון באישה כאפוטרופוס הוא חוסר נאמנות (סעיף 34, עמ' 42), אפשר למנותה, ולפי הטעם שהחסרון הוא אי־יכולת ניהול (שם, עמ' 41), אי אפשר למנותה.

[11] הרשב"א מביא ראיה לדבריו מן המסופר בתלמוד (בבא מציעא לו ע"א), על "ההיא סבתא", שהיו גננים רגילים להפקיד את כליהם אצלה. באחד הימים ביקשו הגננים מאחד מביניהם שישמור להם על כליהם, ואותו גנן הפקיד אותם אצל אותה סבתא, והכלים נגנבו ממנה. רב פטר את הגנן מתשלום, משום שאין הגננים יכולים לטעון שאינם מסכימים שכליהם יופקדו ביד אותה סבתא, שהרי הם עצמם נהגו להפקיד כליהם אצלה. מכאן למד הרשב"א, שאם אבי היתומים נהג לתת אמון באדם מסוים, בית הדין רשאי למנותו כאפוטרופוס על נכסיו.

סיוע נוסף לדבריו מוצא הרשב"א בלשון התוספתא, תרומות, פרק א, הלכה יג (הלכה יא במהד' ליברמן), ובבא בתרא, פרק ח, הלכה ד (הלכה יז במהד' ליברמן), שקבעה שעל אף ש"אין בית דין עושין אפיטרופין נשים ועבדים [ל]כתחילה", הרי "אם מינה אותן אביהם בחייו, עושין אותן אפיטרופין".

[12] ים של שלמה, גיטין, פרק ה, סימן ו, פוסק כדברי הרשב"א, הן מפני שהם מסתברים, והן בגלל הסיוע לדבריו מן התוספתא. בית יוסף, חו"מ, סימן רצ, סעיף ג, כותב שאף שהרי"ף, הרמב"ם והרא"ש גורסים "בידו", שלא כרשב"א, ייתכן שדינו של הרשב"א נכון מכוח ראיותיו.

בדומה לזה, שו"ת חכם צבי (הנוספות), סימן ג, עוסק בשני אחים שהיו שותפים, ומת אחד, והאח החי המשיך לטפל בנכסים, והוא כותב שיש להשאיר את הנכסים בידיו כיוון שהמת היה מרוצה בשותפות עמו בחייו. זה כמו מינוי מתוך אומד דעתו של האב.

נראה שאם הסיבות לפסול אדם מלשמש כאפוטרופוס נולדו רק לאחר מותו של האב, או שהאב לא ידע עליהן, אין למנותו גם אם שימש כאפוטרופוס עוד בחיי האב. כך ראינו בסעיף 61, עמ' 323, שיש לפטר אפוטרופוס שמינה האב אם אחרי מות האב התחיל לנהוג בדרכים מקולקלות.

[13] שו"ת הרא"ש, כלל סב, סימן א (הובא בבית יוסף, חו"מ, סימן רצ, מחודש ג, בב"ח, שם, סעיף ג, ד"ה כתב הרא"ש, וברמ"א, שם, סעיף א).

כמו כן, תשובות הגאונים, הרכבי, סימן קיז, כותב ששאשה בעלה אפוטרופוס בחייו ומת, אינה ממשיכה להיות אפוטרופוס.

[14] נימוק דומה נותן סמ"ע, סימן רצ, ס"ק ג, שייתכן "דאינו נאמן כל כך, אלא דידע ביה אביהן שבחייו לא היה יכול להעז נגדו לעשות לו עיוות".

[15] שו"ת מהר"ם לובלין, סימן יב, ד"ה ויש לי.

[16] כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רצ, הגהות בית יוסף, אות כג. אבל ראה להלן, ליד ציון הערה 44, שיש חולקים וסבורים שלדעת הרשב"א, חובה למנות אדם זה כאפוטרופוס.

ר"א מילר הציע דרך ליישב את דברי הרא"ש עם דברי הרשב"א, תוך שהוא מבחין בין מניעים שונים

כאן מחלוקת: העובדה כשלעצמה, שהאב מינה אותו לטפל בנכסיו בחייו, אינה סיבה שיישאר בתפקיד זה אחרי מותו, כאפוטרופוס, כדברי הרא״ש, אבל עובדה זו יכולה לשמש שיקול לכך שבית הדין ימנה אותו כאפוטרופוס, אם נראה לו שהוא ראוי לכך, גם אם מדובר בקטין, אישה או עבד, כדברי הרשב״א[17].

ה. מינוי על ידי מוריש שאינו האב

את סמכות האב למנות אפוטרופוס מבסס הסמ״ע על כך ש״יכול אדם לעשות בשלו מה שירצה״[18], ומכאן שכל מוריש רשאי למנות אפוטרופוס ליורשים בנוגע לנכסים שהוא מוריש, אף אם הוא אינו אביהם[19].

ו. מינוי על פי צוואת האפוטרופוס

לדעת הרא״ש[20], אין האפוטרופוס יכול למנות אפוטרופוס אחר שישמש בתפקיד אחרי מותו. כמו כן, אין אפוטרופוס יכול למנות אפוטרופוס אחר שישמש בתפקיד בחייו במקומו, והוא

למינויו של אפוטרופוס. לדבריו, מלשון הרשב״א ״לומר שהיו מוחזקין אצלו בנאמנין וזריזין״ יש ללמוד שהרשב״א עסק במינוי של אפוטרופוס שידוע היה שהממנה נותן בו אמון. בית הדין רשאי למנותו כאפוטרופוס על יתומיו, בהסתמכו על האמון שזכה לו מהאב. אולם יש שהמינוי אינו מתבסס על האמון שרוחש הממנה לממונה, אלא על ההנחה שהממונה לא יהין ״להעז נגדו״, כלשון הסמ״ע, לעיל, הערה 14. לכן, אם סיבת המינוי אינה ידועה, פסק הרא״ש שאין להסיק מן המינוי שעשה האב בחייו על כוונתו להמשיך את כהונת הנאמן אף אחר מותו, משום שייתכן שלאחר מות הממנה יעז הממונה לפעול נגדו.
באופן דומה אפשר להסביר שלדעת הרשב״א, המינוי עצמו מעיד על היות הממונה נאמן בעיני הממנה. הנחה זו מקובלת אמנם על הרא״ש, ואף הוא מסכים שבאופן עקרוני, אם מינה האב אפוטרופוס בחייו, רשאי בית הדין להמשיך את כהונתו לאחר מות האב. אולם הרא״ש מכיר גם בקיומם של מקרים חריגים, בהם אין המינוי מעיד על האמון שרוחש הממנה לממונה. לכן פסק הרא״ש שאין להמשיך באופן אוטומטי את כהונתו של אפוטרופוס שמונה כמנהל נכסיו של אדם לאחר מותו. על בית הדין לבחון אם יש נסיבות מיוחדות המטילות ספק במהימנותו של מי שהאב האמין בו, ולאפשר לכל מי שמעוניין בכך להציג את התנגדותו למינוי. כך יהיה אפשר להבטיח שלא ימונה כאפוטרופוס מי שמונה כמנהל נכסים בחיי האב, אך לא מחמת מהימנותו. אם לא ימצא בית הדין סיבה מיוחדת לפסול אותו מלשמש כאפוטרופוס, יאשרר את מינויו של האב.
כל זה באדם שאינו קטן, עבד או אישה. אבל בקטן, בעבד או באישה, ייתכן שהרא״ש סבור (שלא כרשב״א) שהעובדה שהאב מינה אותם על ניהול נכסיו בחייו אינה מכשירה אותם לשמש כאפוטרופוס לאחר מותו, גם אם ידוע שהאב נתן בהם אמון.
על סתירת הרשב״א והרא״ש, ראה עוד בנספח ב לסעיף זה, עמ׳ 358, בשם ריינין.

[17] ראה עוד בדיוננו בסעיף 72, שנהגו בג׳רבה שבית הדין בוחר אפוטרופוס בהתייעצות עם קרובי היתומים.

[18] סמ״ע, סימן רצ, ס״ק ב.

[19] שו״ת מהריט״ץ החדשות, סימן קלא, ד״ה ועתה צריך לחקור. כך משתמע גם משערי עוזיאל, מבוא, פרק ד, עמ׳ 22 במהד׳ תש״ד, עמ׳ 34 במהד׳ תשנ״א, הכותב: ״מתברר הדבר מאליו, שלא נאמר דין זה [אחריותו של מי שמחזיק בנכסי יתומים] אלא במקום שלא נתמנה אפוטרופוס, מצד המוריש או הנותן לו מתנה, או מצד בית דין״.

[20] שו״ת הרא״ש, כלל פז, סימן ו (הובא בשו״ת דברי ריבות, סימן קכג). הדין נאמר בטענות השואל, והרא״ש אינו דוחה אותו בתשובתו. ראה גם דברי משפט, חלק ה, עמ׳ קצ; ריינין, עמ׳ 157 ואילך.
בעקבות דבריו פסק בית הדין הרבני האזורי בירושלים (תיק 6.2.712, בשערי בית הדין, חלק א, עמ׳ 69), שנאמן של הקדש אינו רשאי למנות נאמן אחר תחתיו.

יסתלק מהתפקיד[21]. אף אינו יכול למנות אדם אחר שיפקח עליו[22], מפני שבכך הוא מעביר לאדם אחר חלק מהסמכות שנמסרה לו למלא באופן אישי. יסודה של עמדה זו בתפיסה העקרונית שהאפוטרופוס מתמנה על יסוד אמון אישי, ולכן אינו רשאי למנות אחר במקומו, אף באופן חלקי.

ר' חיים אברהם בכ"ר שבתי[23] מסייג זאת, שאמנם אין האפוטרופוס יכול למנות מישהו אחר שימלא את מקומו לגמרי והוא יסתלק מן האפוטרופסות, אבל יוכל למנות אחר לעשות לו פעולה מסוימת מתפקידי האפוטרופוס.

חריג נוסף הוא, שהוא רשאי למנות אפוטרופוס אחר תחתיו בהסכמת בית הדין[24], ובית הדין אף רשאי לאשר בדיעבד מינוי שלא נעשה בעצתו[25]. כמו כן, אם השני טיפל ביתומים זמן ניכר, חל עליו דין אפוטרופוס מכוח "יתומים שסמכו אצל בעל הבית"[26].

ז. אופן הבעת הרצון – "בצוואתו"

כפי שראינו, החוק קובע דרישות נוקשות בכל הנוגע להבעת רצון ההורים בעניין זהותו של האפוטרופוס: היא אפשרית רק בצוואה או ב"מסמך הבעת רצון" שייחתם בפני עורך דין. לעומת זאת, לפי המשפט העברי, גם אם לא אמר ההורה דבר מפורש, יכול בית הדין למנות אפוטרופוס על יסוד אומד דעתו, כפי שראינו לעיל[27].

[21] כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רצ, הגהות הטור, אות קלט; שו"ת תורת משה (שבתי), חו"מ, סימן ו (ד"ה אלא דעם); שו"ת פרי הארץ (מזרחי), חלק א, חו"מ, סימן יב (עב ע"ד).
שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שנא, כותב שאינו רשאי למסור את הנכסים ביד אדם אחר, כמו שאסור לשומר למסור את הפיקדון ביד אחר, שמא אינו מהימן בעיני המפקיד. הרשב"א מסתמך בעיקר על האיסור לאפוטרופוס להתפטר, כפי שראינו בדיוננו בסעיף 60. אבל היה מקום לומר שהאיסור קיים רק אם הוא משאיר חלל, ולא אם הוא מעמיד אחר במקומו; ועל כך הוא מוסיף שהדבר אסור מפני שהממנה האמין רק לו.
גם שו"ת פני משה, חלק א, סימן נב, כותב שאסור לאפוטרופוס למסור את הכסף לאדם אחר, והוא מוסיף שאסור גם אם שלחה לו אם היתום כתב עם הוראה כזאת, כי אין סומכים על כתב כזה.
דעה חולקת: כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רצ, הגהות הטור, אות י ואות קלט, מדייק משו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שלט, שאפוטרופוס מוסמך למנות אפוטרופוס אחר תחתיו. אבל שו"ת תורת משה שם, ד"ה באופן שדבר (הדברים אינם משל מחבר הספר אלא משל "המגיה", שהוא ר' חיים אברהם בכ"ר שבתי, כמפורש בהקדמתו לספר), מעלה אפשרות שמהרשד"ם מסכים שאינו יכול למנות אחר, ורק לרווחא דמילתא נקט "כיון דלא זכתה באפטרופוסות איך תוכל למנות" וכו'.

[22] שו"ת לחם רב, סימן קצה (הובא בצדקה חיים, דרוש י, דף לב ע"ב ודף לה ע"ג). המפקח מכונה "נאזיר". הוא מוסיף שגם אם מינה אדם כזה, הוא יכול לחזור בו, ואין אומרים שכיוון ששימש בפועל כמפקח, נשאיר אותו במעמד זה.

[23] שו"ת תורת משה (שבתי), חו"מ, סימן ו (ד"ה אלא דעם).

[24] שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שלט. וזו לשונו: "יש לה כח לעשות זה בעצת בית דין, שאם יראה להם שהאפטרופוס שהיא מנחת במקומה הוא הנאה ותועלת ליתומים, תעשה".

[25] שו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן תתצא (תנ).

[26] שו"ת הרא"ש, שם (הובא בשו"ת הרדב"ז שם, בשו"ת דברי ריבות, סימן קכג, בשו"ת שער אפרים, סימן קמט, ובשו"ת פרי הארץ (מזרחי), חלק א, חו"מ, סימן יב, דף עב ע"ד). על "יתומים שסמכו", ראה סעיף 67.

[27] לעיל, ליד ציון הערה 12.

ח. מינוי אפוטרופוס לזמן שההורה "יחדל להיות מסוגל לדאוג לילדו"

אב יכול למנות מי שישמש אפוטרופוס לילדיו בחייו, אם יגיע למצב שלא יהיה מסוגל לדאוג להם בעצמו. אפוטרופוס זה פועל כשלוחו של האב[28], בניגוד לאפוטרופוס שפועל לאחר מות האב, שאי אפשר לומר שהוא פועל כשלוחו.

פרק שלישי

הנחיות "בעניין מהעניינים הנתונים לפי חוק זה"

א. מבוא

ס"ק (ג) קובע שהורה של קטין או אפוטרופוס שלו שהוא קרובו רשאי לתת הנחיות בכל הנוגע לטיפול בענייניו של הקטין, על ידי אפוטרופוס שמינה בית הדין על פי רצונו של אותו הורה או אפוטרופוס. ס"ק (ה) קובע שבית המשפט יאמץ את הנחיותיהם, אלא אם ראה שטובת הקטין לסטות מהן.

להלן נבקש לברר תחילה האם המשפט העברי מכיר בסמכות ההורים לתת הנחיות בכל הנוגע לטיפול בענייני ילדיהם, ואם כן, האם היא מוגבלת לטיפול בעניינים ממוניים בלבד. אין מקום לדון בעמדת המשפט העברי לגבי הנחיות שנותן אפוטרופוס, שהרי ראינו[29] שלפי המשפט העברי, אין אפוטרופוס יכול למנות אפוטרופוס.

ב. הנחיות הנוגעות לניהול הנכסים "לאחר מותו"

אדם מוסמך למסור הנחיות בדבר הדרך בה ינוהל רכושו לאחר מותו. סמכות זו מבוססת על הכלל[30] "מצווה לקיים דברי המת". לעניין זה, אין זה משנה אם המצַווה הורה בעל פה, במסמך הבעת רצון או בצוואה[31].

אמנם המצווה לקיים את דברי המת קיימת רק אם העביר הנפטר את השליטה בנכסיו בעודו

[28] הדברים אמורים בפעולת האפוטרופוס בזמן שההורה אינו מסוגל לדאוג לילדו, אבל הוא עדיין בעל כשרות משפטית. אשר לזמן שבו האב חסר כשרות משפטית לגמרי, כגון אם יגיע לדרגה של שוטה, סמכות האפוטרופוס תלויה בשאלה האם שליחות תקפה גם אם השתטה השולח – ראה חוק לישראל, שליחות, עמ' 650–662.

[29] לעיל, ליד ציון הערה 20.
אמנם ראינו שם, ליד ציון הערה 24, שבית הדין יכול להסמיך אותו למנות אפוטרופוס אחר, אבל אז בית הדין יצטרך להסמיך אותו במיוחד אם ירצה לתת הנחיות.

[30] כתובות ע ע"א; גיטין יד ע"ב, טו ע"א; רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק ד, הלכה ה; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רנב, סעיף ב. על עיקרון זה ראה בהרחבה: שדי חמד, כללים, מערכת מ, כלל ריט (כרך ה, עמ' 125–130); בירור הלכה, גיטין טו ע"א, ציון א; חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 29–33; בן ציון גרינברגר, "מצווה לקיים דברי המת במשפט העברי, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור, האוניברסיטה העברית בירושלים, נובמבר 2019; הנ"ל, "מצווה לקיים דברי המת – הכלל והשלכותיו", פרשת השבוע (בהוצאת משרד המשפטים), גיליון 151, פרשת ויחי, תשס"ד.

[31] ר"י, המובא בתוספות, בבא בתרא קמט ע"א, ד"ה דקא. אבל ראה חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 30, הערה 110, שיש אומרים שהמצווה אינה קיימת אם יש צוואה כתובה.

בחיים למי שהוא רוצה שימלא את משאלתו[32]. אולם, פוסקים רבים קבעו שאם לצוואת המת יש תוקף על פי חוקי המדינה, חלה עליה המצווה לקיים את דברי המת אף אם המְצַוֶּה לא העביר בפועל את השליטה בנכסים למנהל העיזבון[33]. עם זאת, חשוב להדגיש שמאחר שהבסיס לחובה זו הוא המצווה לקיים את דברי המת, חובה זו אינה מוגבלת להנחיות הנוגעות לטיפול בקטינים דווקא.

לפי הגישה, שראינו במבוא לספר, שסמכותו של אפוטרופוס היא כזכות בעלות בנכסים, אפשר לפרש את תוקפן של ההנחיות בכך שהאב מקנה לאפוטרופוס כעין זכות בעלות בנכסים בכפוף לתנאי שינהג בהם בהתאם להנחיות[34]. הסבר זה ניתן להיאמר רק באפוטרופוס שמינהו האב עצמו, כמובן.

זאת באשר להנחיות המחייבות את האפוטרופוס לפעול בדרך מסוימת. שאלה אחרת היא האם האב מוסמך לפטור את האפוטרופוס מהלכות המגבילות את כוחו, כפי שבית הדין מוסמך להתיר לאפוטרופוס לעשות פעולות שבדרך כלל אסורות עליו[35]. מצאנו שאף שאפוטרופוס אינו מוסמך לחלק את העיזבון בין היורשים, הרי אם מינהו האב בפירוש לכך, הוא יכול[36]. אפשר ללמוד מכך שהאב יכול להעניק לאפוטרופוס כוח לעשות פעולות שבסתם לא היה מוסמך לעשות[37].

ג. הנחיות הנוגעות לניהול הנכסים "אם יחדל להיות מסוגל לדאוג" וכו'

לא מצאנו במקורות המשפט העברי שהאב מוסמך לתת הנחיות לניהול הנכסים בחיי האב, למשך הזמן שכבר לא יוכל לטפל בנכסים בעצמו. אולם ייתכן שיש לו סמכות זו אם ימנה אפוטרופוס ויַקנה לו את הזכות בעלות בנכסים, והוא מתנה את ההקנאה בקיומן של ההנחיות. אפשר לבסס את תוקף ההנחיות גם על דיני שליחות, כיוון שמדובר בזמן שבעל הנכסים

[32] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רנ, סעיף כג, וסימן רנב, סעיף ב. למקורות לכך בהרחבה, ראה: חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 31, הערה 114; גרינברגר, שם.

[33] שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן סז; שו"ת חשב האפוד, חלק ב, סימן קו; שו"ת אחיעזר, חלק ג, סימן לד, וחלק ד, סימן סו; שו"ת אגרות משה, אהע"ז, חלק א, סימן קד; שו"ת מנחת שי (שור), חלק א, סימן עט. אבל יש חולקים על כך: שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קמב; שו"ת מהרי"א הלוי (איטינגא), חלק ב, סימן פו; ר"ש זעפראני, שו"ת משפט שלמה, חלק ג, סימן כד (עמ' קלו), וחלק ד, סימנים לט–מ, ובמאמרו "צוואות הנעשות בערכאות של גוים", מוריה, שנה כ (טבת תשנ"ו), גליון י–יב, עמ' קיד–קכב; רי"ש אלישיב, מוריה שם, עמ' קכב.

[34] אף על פי שבדרך כלל, כשפעולה משפטית מותנית בתנאי, מי שרוצה בקיום הפעולה יקיים את התנאי, אבל אין חובה לקיים את התנאי, הרי קצות החושן, רמא, ס"ק ט, כותב שאם התנאי נעשה שלא לפי כללי "משפטי התנאים", כך שהפעולה תקפה גם אם התנאי לא יתקיים, חובה על הצד השני לקיים את התנאי, בתור "תשלום". וראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 4, שאפשר להסיק מכך לעניין מתנה, שאם הנותן אמר בפירוש שהוא מטיל חיוב על המקבל, באופן שאינו תנאי (כלומר, שהמתנה קיימת גם אם לא יתבצע החיוב), יש תוקף לחיוב שעל המקבל, אם המקבל הסכים להתחייב, משום שדבר המתנה מהווה שכר פעולה שנותן תוקף להתחייבותו.

[35] ראה על כך בסעיף 47, עמ' 136.

[36] שו"ת הר"ן, סימן ח; רמ"א, חו"מ, סימן רפט, סעיף א.

[37] הלכה מעניינת בהקשר זה מחדש שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קכז (ד"ה ועוד יש לקיים): אב שמינה שלושה אפוטרופוס או יותר בנוכחותם, הם נחשבים בית דין, וכמו שבית דין יכול להתיר לאפוטרופוס כל פעולה, כאמור, הם יכולים להתיר זאת לעצמם לפי שיקול דעתם. והוא מעלה אפשרות (בד"ה ואני מסתפק) שהדין כך גם אם מינה אותם שלא בפניו.

– שהוא השולח – עדיין בחיים, אלא שנבצר ממנו לטפל בנכסים בעצמו[38]. יש חובה מוסרית על השליח לקיים את הוראות השולח[39]. זאת בניגוד להנחיות לאפוטרופוס שיטפל בנכסים אחרי מותו, שאי אפשר להסביר בדרך זו, שכן שליחות בטלה עם מות השולח.

ד. הנחיות אחרות – "בעניין מהעניינים הנתונים לפי חוק זה"

גם את הסמכות לתת הנחיות שאינן נוגעות לשימוש בנכסים, לא מצאנו במקורות המשפט העברי. אולם אפשר לבסס סמכות זו על הקנאת בעלות על תנאי, או על שליחות, כפי שהסברנו לעניין הנחיות הנוגעות לניהול הנכסים.

אולם קשה לבסס סמכות זו על המצווה לקיים את דברי המת, כיוון שלדעת פוסקים אחדים, מצווה זו מוגבלת אך ורק להנחיות הנפטר הנוגעות לשימוש בנכסיו[40]. עם זאת, גם לדעתם, לפנים משורת הדין ראוי לקיים הנחיות כאלה[41].

פרק רביעי

שיקול דעת בית המשפט – "ייתן בית המשפט עדיפות"

א. מבוא

הכלל שנקבע בס"ק (ה) הוא, שבית המשפט ייתן עדיפות למשאלתם של ההורה או האפוטרופוס, "זולת אם ראה שטובת הקטין לסטות מהם ובכפוף לאמור בסעיף 28 בנוגע לאפוטרופסותו של ההורה האחר". הגשמת משאלתו של ההורה תיעשה אפוא בכפוף לשני תנאים: שהגשמת המשאלה אינה שלא לטובת הקטין, ושהיא תיעשה בכפוף לאפוטרופסותו של ההורה האחר.

לעניין הכפיפות לאפוטרופסותו של ההורה האחר, יש להעיר, שסעיף 28 לחוק קובע שאם מת אחד ההורים או שאין בכוחו לדאוג עוד לילדיו, "תהא האפוטרופסות על הקטין להורה השני", אך בית המשפט רשאי למנות לקטין אפוטרופוס "בנוסף על אותו הורה... באופן כללי או לעניינים שיקבע בית המשפט".

ואולם סעיף 30 לחוק מסייג זאת: "לא ימנה בית המשפט אפוטרופוס בנוסף על הורה, אלא אם ראה סיבה מיוחדת לכך לטובת הקטין ולאחר שניתנה הזדמנות להורה להשמיע

[38] אשר למצב שהאב איבד את כשרותו המשפטית לגמרי, כגון שהגיע לדרגה של שוטה, הדבר תלוי במחלוקת בשאלה האם שליחות תקפה גם אם השתטה השולח – ראה חוק לישראל, שליחות, עמ' 650–662.

[39] חוק לישראל, שליחות, עמ' 435–438.

[40] תשב"ץ, חלק ב, סימן נג, ד"ה לענין (הובא בשו"ת מהרש"ם, חלק ב, סימן רכד, אות ח); שו"ת שבות יעקב, חלק א, סימן קסח (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, סימן רנב, ס"ק א, וביד מלאכי, כללי הדינים, כלל תכב).
לעומתם, שדי חמד, כללים, מערכת מ, כלל ריט (ד"ה ומדברי), לומד משו"ת נודע ביהודה, מהדורא תנייא, אהע"ז, סימן מה, שלדעתו חלה מצווה לקיים דברי המת גם בעניינים שאינם ממוניים.
וראה בע"א 1482/92 הגר נ' הגר, פ"ד מז(2) 793, בעמ' 802–803, שם הסתמך השופט אלון על המצווה לקיים את דברי המת, לעניין כיבוד רצון המת בדבר הכיתוב על מצבתו.

[41] שבות יעקב שם.

טענותיו". אם בכל זאת החליט בית המשפט למנות אפוטרופוס, "יחולו הוראות הסעיפים 45 ו־46" לעניין דרכי ההתנהלות של אפוטרופסים משותפים, "בשינויים המחוייבים".

להלן נבקש להבהיר האם, לפי המשפט העברי, בית המשפט מחויב בכל מקרה לציוויו של האב, או שעליו לנטות ממנו בהתאם לנסיבות.

ב. שיקול דעת של בית המשפט במינוי האדם שציין האב

כפי שראינו, לפי המשפט עברי, אם האב מינה אפוטרופוס, מינויו תקף אף בלי אישור של בית הדין, ואם כן, אין מקום לשיקול דעת של בית הדין. אולם ייתכן שיהיה משקל לשיקול דעת של בית הדין במינוי אדם שגילה האב את דעתו שהוא מעוניין שיתמנה כאפוטרופוס.

כפי שראינו לעיל[42], הרשב"א כותב שבית הדין יכול למנות מי שאינו כשיר לשמש כאפוטרופוס על פי הדין, אם האב גילה דעתו שאותו אדם נאמן בעיניו. עוד ראינו[43], שר' חיים בנבנשתי כתב שגם לדעת הרשב"א, עצם העובדה שהאב מינה אותו לטפל בנכסיו בחייו אינה סיבה שיישאר בתפקיד זה אחרי מותו, כאפוטרופוס, אלא יש לבית הדין שיקול דעת בעניין זה.

אולם הרשב"ץ[44] סבור, על פי דברי הרשב"א, שאין לבית הדין שיקול דעת בעניין זה, אלא הוא חייב למנות את מי שהאב מינה בחייו לטפל בנכסיו. הוא נשאל על אדם שביקש למנות את אשתו כאפוטרופוסית לילדיו, והוא מצדד במינויה של האישה, ואגב כך כותב: "הגע עצמך, במי שמנה מורשה לאחר בעדו בעודו חי לפקח בעסקיו, ואחר כך נפטר, אין בית דין יכולין למנות אפוטרופוס זולתו, שהרי הנפטר בחייו היה אצלו בחזקת נאמן, לפיכך אין ממנין אפוטרופוס אלא הוא, אפילו הוא מאותן שאין ממנין אותם אפוטרופין, נשים ועבדים וקטנים". הרי שלדעתו, אם הנפטר מינה בחייו אפוטרופוס על עסקיו, אין לבית הדין שיקול דעת, אלא עליו למנות כאפוטרופוס אדם זה דווקא[45].

ג. שיקול דעת של בית המשפט לעניין יישומן של ההנחיות

התוספתא[46] קובעת: "האומר 'תנו שקל מנכסי לבני בשבת [=בשבוע]', והן ראויין ליטול סלע, נותנין להם סלע. ואם אמר 'אל תתנו להם אלא שקל', אין נותנין להם אלא שקל". היינו, התוספתא עוסקת במי שנתן הנחיה למי שיטפל בילדיו לאחר מותו, לתת להם סכום מסוים

[42] לעיל, עמ' 345, ליד ציון הערה 9.

[43] לעיל, עמ' 346, ליד ציון הערה 16.
י"ק ריניץ, "מינוי אישה לאפוטרופא", מחקרי משפט ד (תשמ"ו), עמ' 176, מסביר, לעניין אישה שניהלה את נכסי האב, שהיות שהמוריש גילה את דעתו שאין במינוֶיהָ נזק ליתומים, רשאי בית דין למנותה, לפי שיקול דעתו, ודינה כדין אפוטרופוס שמינהו בית דין (וחזר על כך בעמ' 183, הערה 85). אך בעמ' 182 למד מהתשב"ץ, שיובא בסמוך, שדינה כאפוטרופוס שמינהו אבי היתומים.

[44] תשב"ץ, חלק ב, סימן קפט.
ר' שמחה אסף, "מנוי נשים לאפיטרופסות", המשפט העברי ב (תרפ"ז), עמ' 80, עמד על הבדל זה בין הרשב"א לבין התשב"ץ.

[45] כך סבור גם בנו, הרשב"ש, בשו"ת יכין ובועז, חלק ב, סימן מז. גם שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן פג, כתב "ואינם יכולים למנות אחר".

[46] תוספתא כתובות, פרק ו, הלכה יא (הלכה י במהד' ליברמן); הובאה בתענית כא ע"א, בכתובות סט ע"ב, ובבבא בתרא קכט ע"א.

למחייתם בכל שבוע, והתברר שסכום זה אינו מספיק למחייתם; והתוספתא מבחינה בין אם אמר 'תנו שקל' לבין אם אמר שלא יינתן להם 'אלא שקל'. באופן הראשון אנו מניחים שהתכוון האב לחנך את ילדיו לפרנס את עצמם, אבל לא התכוון להניח להם לגווע ברעב, ולכן אם יש צורך בכך, תינתן להם קצבה גבוהה מזו שקבע האב בצוואתו, ואילו באופן השני, "אין נותנין להם אלא שקל", בגלל לשונו המפורשת של האב[47].

אולם בתלמוד[48] נפסקה הלכה שלא כסיפא של התוספתא, מתוך הנחה שגם אם האב הורה שלא יינתן לילדיו "אלא שקל" לשבוע, כוונתו הייתה לזרז את בניו, אבל נוח לו שיקבלו קצבה לפי צרכם. לפיכך גם אם די לבנים בשקל בדוחק, נותנים להם פי שניים.

מכאן עולה שעל בית הדין לפעול בהתאם להנחיות, ואם אינן לטובת היתומים, אף יסטה מן ההנחיות אם אפשר יהיה לפרש את דברי האב באופן שלא ינגדו את טובת היתומים.

פרק חמישי

סיכום

לפי החוק, אין לאב סמכות למנות אפוטרופוס לילדיו, אבל הוא יכול לבקש מבית המשפט למנות אדם מסוים, ובית המשפט יעדיף למנות אדם זה.

לעומת זאת, המשפט העברי מכיר בסמכותו של האב למנות אפוטרופוס לילדיו. האב רשאי למנות אפוטרופוס אף לבנו הבוגר.

לפי החוק, בקשת ההורה מבית המשפט תיעשה בכתב. אולם לפי המשפט העברי, אב יכול למנות אפוטרופוס בעל פה.

לפי המשפט העברי, אם יש לשער שהאב מעוניין שאדם מסוים ישמש כאפוטרופוס, בית הדין רשאי למנותו גם אם אינו עומד במבחנים הרגילים של הכשירות לשמש כאפוטרופוס. לפי חלק מהפוסקים, אף חובה על בית הדין למנות אדם זה.

לפי החוק, אפוטרופוס רשאי לבקש מבית המשפט למנות אדם מסוים, ובית המשפט יעדיף למנות אדם זה. לפי המשפט העברי, אפוטרופוס אינו רשאי למנות אפוטרופוס אחר תחתיו, אבל הוא יכול לעשות כן אם קיבל אישור של בית הדין.

לפי החוק, הורה יכול לבקש מבית המשפט למנות אדם מסוים שישמש אפוטרופוס לילדיו בחייו, אם יגיע למצב שלא יהיה מסוגל לדאוג להם בעצמו, ובית המשפט יעדיף למנות אדם זה. לפי המשפט העברי, אב יכול למנות בעצמו מי שישמש אפוטרופוס לילדיו בחייו, אם יגיע למצב כזה.

[47] הרמ"ה, המובא בשיטה מקובצת, כתובות סט ע"ב, ד"ה האומר, פירש את הסיפא של התוספתא בצמצום. לדבריו, הסיפא עוסקת במצב שלפרנסת הבנים מספיקה אמנם קצבה שבועית של שקל, אך בדוחק רב. במצב זה נקבע שיש לכבד את הוראות האב שלא יתנו לבניו יותר משקל לשבוע. אבל אם קצבה זו אינה מספיקה לפרנסתם אף בצמצום, אין לכבד את רצונו, מפני שרצון כזה אינו מוסרי ("מידת סדום"), "ובכהאי גוונא לא אמרינן [=ובאופן זה אין אנו אומרים] דמצוה לקיים דברי המת במדת סדום... דסתמא דמילתא לא נתכוון אדם זה להמית את בניו ולא להפילם על הציבור". כך כתב גם שו"ת בשמים ראש, סימן קסה (הובא בצדקה חיים, דרוש י, דף לב ע"ג).

[48] כתובות ע ע"א. כך פסקו: רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק יא, הלכה כג; שולחן ערוך, חו"מ, רנג, יז.

הן לפי החוק הן לפי המשפט העברי, הורה מוסמך לתת לאפוטרופוס הנחיות בכל הנוגע לטיפול בענייניו של הקטין.

הן לפי החוק הן לפי המשפט העברי, בית המשפט יתן עדיפות למשאלתו של ההורה, אלא אם הדבר נוגד את טובת הקטין.

פרק שישי

הצעת נוסח על פי המשפט העברי

צוואה או מסמך הבעת רצון של הורהו או אפוטרופסו שהוא קרוב של קטין

64. (א) אב רשאי למנות אדם שישמש כאפוטרופוס לילדו לאחר מותו או לאחר שהוא יחדל להיות מסוגל לדאוג לילדו.

(ב) הורה רשאי לתת הנחיות בעניין מהעניינים הנתונים לפי חוק זה לשיקול דעת האפוטרופוס, כדי שיקוימו לאחר מותו או אם יחדל להיות מסוגל לדאוג ולקבל החלטות לגבי ילדו.

(ג) לא קבע ההורה מי שישמש כאפוטרופוס לילדו, ייתן בית המשפט עדיפות למינוי מי שיש להניח שהנפטר היה חפץ במינויו.

(ד) הֻנחה אדם כאמור בסעיף קטן (ב), יורה בית המשפט לאפוטרופוס לפעול בהתאם להנחיות, זולת אם ראה שטובת הקטין לסטות מהם.

נספח א

מקור סמכותו של אפוטרופוס שמינה האב

יש לברר, מדוע יכול אב, להבדיל מבית דין שממנה אפוטרופוס, למנות אפוטרופוס שינהל את רכושו אחרי מותו?[49]

הריטב"א[50] כותב שכוחו של אפוטרופוס שמינהו אבי יתומים גדול משל אפוטרופוס שמינהו בית דין, מפני שהאב נתן את נכסיו ברשותו וסמך עליו לעשות בהם כנכון בעיניו. ר' אבינועם שמואל יהב[51] מציע שתי דרכים להסביר את דבריו: (א) הריטב"א לשיטתו[52] שאפוטרופוס שמינהו בית דין כוחו משום "הפקר בית דין הפקר". (ב) כוחו של אפוטרופוס שמינהו בית

[49] שיעורי ר' שמואל, בבא בתרא, חלק ב, אות קיז, עמ' רנו, מעורר שאלה זו, ונשאר ב"צריך עיון". על סמכותו של אפוטרופוס שמינה האב לבניו הגדולים, ראה סעיף 33, עמ' 28–29.

[50] חידושי הריטב"א, קידושין מב ע"א.

[51] ר' אבינועם שמואל יהב, "גדרי מינוי אפוטרופוס, כוחו וסמכותו", מקבציאל, כרך כה (תשנ"ז), עמ' רכב. הוא כותב שגם הרשב"א סובר שאפוטרופוס שמינהו אבי יתומים כוחו עדיף ממי שמינהו בית דין, מפני שאבי היתומים השליטו על נכסיו, שהרי חידושי הרשב"א, גיטין נב ע"א, נימק את ההלכה (לעיל, ליד ציון הערה 5) שהאב יכול למנות אישה או עבד, שלא כבית דין, בכך שהוא ידע וקיבל על עצמו את הסיכון שהם יגרמו הפסד לנכסים.

[52] חידושי הריטב"א, קידושין שם וגיטין נב ע"א.

דין הוא מדאורייתא, אבל כוחו חלש משל אפוטרופוס שמינהו אבי יתומים, מפני שבית דין יכול לשלוט רק על מעשי אפוטרופוס שהוא מינה, ולא על מעשי אפוטרופוס שמינהו אבי יתומים, כיוון שהאב השליט אותו בכל נכסיו.

מן הסמ"ע[53] עולה, שהאב מוסמך למנות אפוטרופוס מפני שאדם יכול לעשות בשלו כל מה שירצה.

ר' יהושע שאול[54] מסביר שכמו שיש לאב כוח לקבוע מיהו בנו הבכור, מדין "יכיר", שיטול פי שניים אחרי מותו[55], כך יש לו כוח למנות אפוטרופוס שינהל את רכושו אחרי מותו.

ר' זלמן נחמיה גולדברג[56] כותב שאפוטרופוס שמינהו האב מוסמך מדאורייתא להפריש תרומות ומעשרות מפירות היתומים[57], והוא מנמק, שכיוון שהנכסים של האב, הוא יכול למנות אפוטרופוס שיהיה מוסמך לפעול בנכסיו[58].

ר' אבינועם שמואל יהב[59] מעלה אפשרות להסביר שהמינוי תקף בתור מתנת שכיב מרע, אם אכן היה שכיב מרע כשמינה את האפוטרופוס. אבל הוא מסייג זאת, שלפי טעם זה, לא יוכל האפוטרופוס לעשות מעשה דאורייתא כגון הפרשת תרומות ומעשרות, לפי הדעה שקניין דרבנן לא מועיל לדאורייתא, וצריך לומר שמטעם הפקר בית דין הפקר, יוכל להפריש תרומות ומעשרות. הוא מסביר[60], שזאת לא מתנת שכיב מרע מוחלטת, אלא הוא נותן לאפוטרופוס את כל נכסיו לעשות בהם כחפצו לטובת היתומים עד שיגדילו, ומתנה זו תקפה, כמו שראובן יכול לתת מתנה לשמעון על מנת שיתן אותה ללוי, וכמו שהנותן מתנה לחבירו על מנת שיעשה בה רק דבר פלוני, המתנה חלה לעניין אותו דבר[61], וכמו שאפשר להקנות דבר "על מנת שתתן מקח זה או תמכרנו", וההקנאה תקפה אם קיים את התנאי[62]; הרי שהקנין חל אף על פי שאין לקונה הנאת שימוש בנכס, וגם לאפוטרופוס יש בעלות, אלא שאינו יכול לעשות בנכסים

[53] סמ"ע, רצ, ס"ק ב. כך דייקו מדבריו שו"ת מהריט"ץ החדשות, סימן קלא, ד"ה ועתה צריך לחקור (כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 19), ור' אבינועם שמואל יהב, שם, עמ' רכא.

[54] אוצרות יהושע, סימן כ, עמ' קפז.

[55] יבמות מז ע"א.

[56] ר' זלמן נחמיה גולדברג, "בדין זכיה ואפוטרופוס", בית התלמוד, כרך ה (תשכ"ח), עמ' מד.

[57] הוא מוכיח זאת מחידושי הרשב"א, גיטין נב ע"א. ראה על כך בדיוננו בסעיף 47, עמ' 154–155.

[58] אבל הוא כותב שהאפוטרופוס מוסמך רק לעשות פעולות שהן רק חלוקה, כהסבר קצות החושן, רמג, ס"ק ז, שהבאנו בסעיף 47, עמ' 154, הערה 86, שהפרשת תרומות ומעשרות היא חלוקה. לא ברור מדוע סמכות האפוטרופוס מוגבלת לפעולות כאלה, אם סמכותו נובעת מבעלות האב בנכסיו, שהיא רחבה יותר.

[59] ר' אבינועם שמואל יהב, שם.

[60] שם, עמ' רכב.

נחלקו ראשונים במרדכי, בבא בתרא, סימן תר (והמחלוקת הובאה ברמ"א, חו"מ, סימן רנ, סעיף א), בשכיב מרע שמינה אפוטרופוס ונתן לו רשות לחלק את נכסיו כראות עיניו, ושעשייתו תחול כאילו עשה בעצמו, האם יש לכך תוקף של מתנת שכיב מרע, או שאין בכך מתנת שכיב מרע, כי לא נתן לו דבר. מעדני ארץ, הלכות תרומות, פרק ד, הלכה י (קלב ע"ד במהד' תשי"ב, עמ' שנה במהד' תשע"ד), מעלה אפשרות שהמחלוקת תלויה בשאלה (ראה במבוא לספר) האם אפוטרופוס נחשב בעלים, שאם הוא נחשב בעלים, מינויו הוא נתינה ונחשב מתנת שכיב מרע. ראי"ש יהב, שם עמ' רכא, מקשה על כך, שהרשב"ם המובא במרדכי שם כותב שחלה מתנת שכיב מרע, אף שהוא סובר, כמובא בתוספות, גיטין מ ע"ב (ד"ה וכתב), שכוחו של אפוטרופוס הוא מטעם הפקר בית דין, ולא שהוא בעלים.

[61] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רמא, סעיף ה.

[62] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רז, סעיף ה.

כחפצו לעצמו, והוא נחשב בעלים לעניין זה שהוא יכול לקנות ולמכור בנכסים לטובת היתומים[63].

נספח ב

עוד על מינוי על ידי בית הדין בהתאם לרצון האב

א. הנמקת ההלכה

ר' יצחק בוקובסקי[64] מסביר את דברי הרשב"א, שהבאנו בפרק שני, ד, שבית הדין יכול למנות את מי שאינו כשיר לשמש כאפוטרופוס על פי הדין, אם האב גילה דעתו שאותו אדם נאמן אצלו, על פי מה שראינו לעיל[65], שעיקר מינוי אפוטרופוס מוטל על האב, ורק אם לא מינה האב, הרשות ביד בית הדין למנות, אבל גם אז מתחשבים באב, למנות מי שהאב גילה דעתו שהוא נאמן בעיניו.

לכאורה, לפי הדעה[66] שבית דין יכול למנות אישה שידוע שהיא יודעת במשא ומתן, אפשר לומר שכאן בית דין ממנה אותה על סמך גילוי דעתו של האב שהיא יודעת במשא ומתן. אבל קשה לומר כך, שהרי צריך שיהיה ידוע לבית דין שהיא יודעת במשא ומתן, וכאן אפילו האב לא אמר זאת בפירוש, אלא אנחנו מסיקים זאת מהתנהגותו.

אפשר לומר, שתוקף המינוי הוא כמו באפוטרופוס שמינהו האב בפירוש, אלא שכאן זהו מינוי מכללא. ואמנם אין הכרח לראות זאת כמינוי מכללא של האב, שהרי ייתכן שהוא סמך עליה רק בחייו כשהיה יכול לפקח עליה, כסברת הרא"ש[67], אבל מצרפים גם את המינוי של בית דין, שהוא "רשות" כלשון הרשב"א, למקרה שנראה לבית דין שהיא ראויה[68]; ולא די בזה שנראה לבית דין שהיא ראויה, משום "לא פלוג רבנן", כפי שראינו בסעיף 34, פרק שני, וכאן שיש טעם נוסף, אמון האב, לא אמרו "לא פלוג רבנן".

אם נאמר שהרשב"א חולק על סברת הרא"ש[69], נמצא שהמינוי הוא מכוח אבי היתומים בלבד, ומכל מקום נקט הרשב"א "רשות" מפני שמותר לבית דין למנות אפוטרופוס אחר, שגם הוא מן הסתם נאמן בעיני האב, ורק אם מינה אישה בפירוש אין בית דין יכול למנות אפוטרופוס אחר.

[63] ראה במבוא לספר, עמ' 3, שרז"נ גולדברג הסביר כך את סמכותו של כל אפוטרופוס, ולא רק אפוטרופוס שמינהו האב. להסבר נוסף למקור סמכותו של אפוטרופוס שמינהו אבי היתומים, ראה בנספח שני לספר, עמ' 390, בשם חבצלת השרון.

[64] ר' יצחק בוקובסקי, "אשה שמינוה ערכאות לאפוטרופוס", דרכי הוראה, כרך ה (ניסן תשס"ו), עמ' קנד.

[65] לעיל, ליד ציון הערה 4.

[66] שהבאנו בסעיף 34, עמ' 41.

[67] שו"ת הרא"ש, כלל סב, סימן א.

[68] כפי שיישבו כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רצ, הגהות בית יוסף, אות כג, ושו"ת כתב סופר, חו"מ, סימן כב, את סתירת הרשב"א והרא"ש. על הסתירה ראה לעיל, ליד ציון הערה 15.

[69] או ניישב ביניהם כשו"ת צרור הכסף, חו"מ, סימן כז, דף פט ע"ב, שבאישה אין לומר שהוא האמין לה רק בחייו מפני שידע שהיא מפחדת ממנו, שהרי אישה בסתם מפסידה את ממונו מתוך אי־יכולת, ואם בכל זאת מינה אותה אף שמפסידה את ממונו, זה בוודאי מפני שהוא רוצה אותה, לכן משאירים אותה אפוטרופוס גם אחרי מותו.

ב. אם השתנו הנסיבות

ר׳ שמעון בן צמח[70] כותב שגם אם גדל העיזבון מאז שהאב מינה את האישה (או את העבד או את הקטן), משאירים אותה בתפקידה, מפני שהקובע כאן הוא האמון שנתן בה האב.

יכין ובועז[71] אומר יותר מזה: גם אם האב מינה אותה רק כמורשה לפקח בעסקיו באחד מענייניו, ממנה אותה בית דין כאפוטרופוס, כיוון שאנו רואים שהאמין לה.

ג. מקרים שההלכה יושמה בפועל

ר׳ שמעון בן צמח[72] יישם את הלכת הרשב״א באלמנה שכתב לה בעלה שטר הרשאה כשהלך למיורקה, מה שמוכיח שבחייו היתה נאמנת בעיניו וזריזה בפיקוח על הנכסים, ולא היה שום אדם בחזקת נאמנות בעיניו כמו אשתו.

הכתב סופר[73] יישם את הלכת הרשב״א באלמנה שהיתה עוסקת במסחר של בעלה ובהלוואות, ובעלה בטח בה, והיתה עושה באמונה כל חייו ולא בדק אחריה כלל.

ר׳ אברהם שאג[74] יישם את הלכת הרשב״א באלמנה שבחיי בעלה היתה נושאת ונותנת בתוך הבית, ״ביגיע כפה הביאה טרף לביתה״, יודעת לטרוח, להוציא ולהכניס.

אלא שכתב סופר ור׳ אברהם שאג צירפו נימוקים נוספים, מתוך חשש לאפשרות שהשולחן ערוך והרמ״א חולקים על הרשב״א, כיוון שלא הביאו את דבריו: כתב סופר צירף את העובדה שקודם מיתתו ביקשה ממנו האישה לעשותה ״גברת הבית״, והשיב שהוא רוצה לדבר תחילה עם בנו, ועד שבא בנו, כבר לא היה יכול לדבר, ובנו אומר שהיה ממליץ עליה, ונראה שהיה עושה אותה אפוטרופוס כעצת בנו מפני שהיה רגיל לסמוך על בנו[75]; וגם היתה בזה טובת היתומים במידה רבה, מפני שאהבה מאוד את בניה, ויש אומדנא שתעשה ותעסוק בטובתם וגם תגדל אותם לתורה; וגם היה ידוע שהיא עסקה בנכסיו בזריזות כל חייו. ר׳ אברהם שאג צירף את העובדה שהיא תוכל להחזיק את בניה לתלמוד תורה, כפי שהחזיקה אותם במאמץ רב, ואילו אם ימסרו ביד אפוטרופוס אחר, אין די כסף לכך (אלא אם מישהו מתאמץ במיוחד, כמו אישה זו); ועוד, שבזמנו כמעט לא נמצא אפוטרופוס בטוח אם לא באמצעות ערכאות הגוים, ו״אויבינו פלילים״; ועוד, שהאישה היתה מוחזקת בכל הנכסים, והם מיטלטלין, והרי אילו תפסה אותם למזונות לא היינו מוציאים מידה, כל שכן שיש להניחם בידה בתורת אפוטרופסות; וליתר ביטחון הוא חִייב את האישה לעשות חשבון כל שנה בפני בית דין או בפני שני אנשים חשובים שיבחר בית דין, כדי לדעת אם לא יכלה קרן היתומים; ולכן אף שהוא ״מיראי הוראה״, הוא ראה לנכון ״לאכול בשר תמותות״ כזה ולסמוך על הרשב״א, לטובת היתומים.

יש פוסק נוסף שהסתמך על הרשב״א, אבל לא באותו מקרה: המבי״ט[76] אומר ששכיב מרע

[70] תשב״ץ, חלק ב, סימן קפט.

[71] שו״ת יכין ובועז, חלק ב, סימן מז.

[72] תשב״ץ, שם. בסימן קצא, שם, נקט שזה נחשב מינוי של האב.

[73] שו״ת כתב סופר, חו״מ, סימן כב.

[74] שו״ת אהל אברהם (שאג), סימן עה.

[75] י״ק ריניץ, ״מינוי אישה לאפוטרופא״, מחקרי משפט ד (תשמ״ו), עמ׳ 190, סבור שנימוק זה לבדו מספיק לעשותה אפוטרופוס.

[76] שו״ת המבי״ט, חלק ג, סימן פג (הובא אצל ריניץ, שם, עמ׳ 183).

שמינה אישה להיות אפוטרופוס אחר מותו, ועמד מחוליו, ואחר כך מת, המינוי נשאר בתוקפו, גם בלי שבית דין ימנה אותה (שלא כבמקרה של הרשב"א, שהאב מינה אותה רק בחייו, שאז צריך מינוי של בית דין), ואין בית דין יכול למנות אחר. בנידונו לא הייתה זו אפוטרופסות על יתומים, שכן הוא מת בלי בנים.

ד. הרחבת ההלכה

ר' אליהו לרמן[77] מרחיב מאוד את הלכת הרשב"א, וזאת על סמך דברי ראב"ן[78], שאישה הנושאת ונותנת בתוך הבית יש לה סמכות לפעול בנכסי בעלה, משום שמניחים שבימינו בעל סומך על מעשי אשתו; לאור זה, בית דין יכול למנות כל אישה כאפוטרופוס על נכסי בעלה המנוח, כיוון שהוא סמך עליה. אך ריינין[79] דוחה מסקנה זו, בכך שאמנם סתם אישה נאמנת לבעל בטיפול בענייני הבית, אבל לא הסמיך אותה לשמש כאפוטרופוס על ילדיו בחייו, שרק אז אומר הרשב"א שאפשר למנותה אפוטרופוס לאחר מותו.

ה. דעת התוספות

ריינין[80] מוכיח שתוספות[81] חולקים על הרשב"א, מתוך שדנו באישה שבעלה מינה אותה אחראית על נכסיו בחייו, ובכל זאת כתבו שאין בית דין ממנים אותה אפוטרופוס אחרי מותו.

אך אפשר לדחות את הוכחתו לפי מה שראינו לעיל[82], שלדעת הרשב"א אישה זו נחשבת אפוטרופוס שמינהו אבי היתומים (או צירוף מינוי האב עם מינוי בית דין), וזאת כוונת התוספות: גם אם בית דין ימנה אותה מצד סברת הרשב"א, היא תיחשב אפוטרופוס שמינהו אבי יתומים, לעניין הנפקות הנידונה בסוגיה שם, האם משביעים אותה (וגם אם היא נחשבת אפוטרופוס שמינהו בית דין, אין מקום לסברת אבא שאול, שראינו בסעיף 53, בנספח, שמשביעים אפוטרופוס כזה מפני שלא יימנע בשל כך מלהסכים שהרי הוא נהנה מאמון בית דין, שהרי כאן לא נתמנתה מפני אמון בית דין אלא מפני אמון האב, אם לא נתחשב בכתב סופר[83], שהצריך גם את אמון בית דין, ולכן הסוגיה לא היתה יכולה להעמיד בכך). ובלאו הכי ברור שהסוגיה לא היתה יכולה להעמיד במינוי בית דין מכוח סברת הרשב"א, שהרי אז בין לאבא שאול ובין לחכמים משביעים אותה, ואין לחשוש שבגלל זה תימנע מלהסכים לשמש כאפוטרופוס, שהרי במקרה כזה קיימות שתי הסיבות שאין לחשוש שתימנע – אמון בית דין (לפי כתב סופר שהצריך גם אמון בית דין) והנחה שהיא נהנתה ממנו (ראה סעיף 53, שם). ולפי זה אין צורך להידחק במה שנדחק ריינין[84] ליישב לדעת הרשב"א מדוע לא פירשה הסוגיה שהיא נחשבת אפוטרופוס שמינהו בית דין.

[77] שו"ת דבר אליהו (לרמן), סימן פב.
ריינין, שם, עמ' 201, הבין שגם ר"ש אסף, המשפט העברי ב (תרפ"ז), עמ' 79, מתכוון לומר כמו דבר אליהו.

[78] ראב"ן, בבא קמא, לדף פז ע"א (דף קצא ע"ב במהד' עהרנרייך). הבאנו את דבריו בסעיף 49, עמ' 190.

[79] ריינין, שם, עמ' 201, הערה 158.

[80] ריינין, שם, עמ' 177.

[81] תוספות, כתובות פח ע"ב, ד"ה קמיפלגי. כדבריהם כתבו תוספות שאנץ שם ותוספות הרא"ש שם.

[82] לעיל, ליד ציון הערה 67.

[83] לעיל, ליד ציון הערה 75.

[84] ריינין, שם, הערה 60.

סעיף 67

אפוטרופוס למעשה

אפוטרופוס למעשה

67. מי שפועל כאפוטרופוס, חובותיו ואחריותו כלפי אדם שמונה לו אפוטרופוס או שבית המשפט היה רשאי למנות לו אפוטרופוס יהיו לפי הוראות פרק זה, אף אם לא נתמנה כלל או שהיה פגם במינויו או שהתפטר או פוטר או שפקעה אפוטרופסותו.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 361

פרק שני: אפוטרופוס למעשה – "מי שפועל כאפוטרופוס" 363

א. מבוא 363

ב. הבסיס המשפטי של האפוטרופסות למעשה 363

ג. התנאים לקיומה של אפוטרופסות למעשה 365

ד. סמכויותיו של אפוטרופוס למעשה 368

פרק שלישי: חובותיו של אפוטרופוס למעשה – "חובותיו... יהיו לפי הוראות פרק זה" 371

א. מבוא 371

ב. הגשת דוחות 371

ג. שבועת האפוטרופוס 372

פרק רביעי: אחריותו של אפוטרופוס למעשה – "אחריותו... יהיו לפי הוראות פרק זה" 373

פרק חמישי: סיכום 374

פרק שישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 375

פרק ראשון

מבוא

סעיף זה הוא חריג בפרק שלישי של החוק, העוסק ב"אפוטרופוס על פי מינוי", בכך שהוא עוסק במי שלא מונה לאפוטרופוס, או שהיה פגם במינויו, אלא שהוא "פועל כאפוטרופוס".

בחינת ההיסטוריה החקיקתית של ההוראה שבסעיף זה מראה שהבסיס המשפטי של סעיף זה הוא במשפט העברי. דבר זה הודגש בדברי ההסבר להצעת חוק היחיד והמשפחה, שהפיץ בזמנו משרד המשפטים[1]: "בספרי החוקים של 'ארצות המשפט האזרחי' לא מצאנו הוראות דומות להוראה זו. אך מצאנו דוגמתה בחו"מ, סימן רצ, סעיף כד: 'יתומים שסמכו אצל בעל הבית הם מעצמם, ונשתדל בשלהם, יש לו דין אפוטרופוס לכל דבר, ואפילו סמכו אצל אשה...'"[2].

מוסד דומה קיים במשפט האנגלי: ה־Executor de son tort. דוקטרינה זו קובעת, שאם

[1] הצעת חוק היחיד והמשפחה, התשט"ז־1955, משרד המשפטים, סעיף 162, עמ' 188.
נראה שמקור זה נתעלם לשעה מן השופט חיים כהן, שכתב בע"א 682/74 אברהם יקותיאל נ' בינה ו־אסתר ברגמן, פ"מ כט(2) 757, 766 (12.08.75), שחובותיו של אפוטרופוס למעשה מבוססות על המשפט האנגלי.

[2] אשר להתפתחות ההיסטורית של מוסד האפוטרופסות למעשה במשפט העברי, ראה: י"ק ריינין, "האפוטרופסות מכוח 'יתומים שסמכו אצל בעל הבית'", מחקרי משפט א (תש"ם), עמ' 222.
ראוי לציין שדין זה, שמקורו בתלמוד, גיטין נב ע"א, אינו מובא במשנה תורה לרמב"ם. מגיד משנה, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה י, עמד על כך. ר' שמואל הכהן, בשו"ת מהר"ם גאויזון, חלק א, סימן טז, עמ' עב, מסביר שלדעת הרמב"ם, הדין נוהג רק ביתומים מעל גיל תשע (ראה בשמו בהערה 26), וכמו שתיקנו חכמים שבגיל זה מקחם מקח ומתנתם מתנה, כך בסמכותם לבחור מי שיטפל בנכסיהם, והוא אינו נקרא אפוטרופוס אלא בשם "אדם", ודינו אינו שייך לדיני אפוטרופוס אלא להלכות מקח וממכר, וכבר הביא הרמב"ם את תקנת הפעוטות בהלכות מכירה, פרק כט. המהדיר, הערה 71, מציין שגם ר"ש אסף, "מנוי נשים לאפיטרופסות", המשפט העברי, כרך ב (תרפ"ז), עמ' 76, הסביר כך את השמטת הרמב"ם.
ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף מב, מסביר שלדעת הרמב"ם, אם מישהו נוהג כאפוטרופוס למעשה, "מחוייבים בית דין תיכף להשגיח מי זה האיש, ואולי הוא אינו הגון", וכשרואים שהוא הגון, ממילא הריהו כאפוטרופוס שנתמנה על ידם, ולכן לא הוצרך הרמב"ם להזכירו. נביא את דבריו להלן, ליד ציון הערה 10.
שערי עוזיאל, מבוא, פרק ג, עמ' 17–18 במהד' תש"ד, עמ' 30 במהד' תשנ"א, מסביר שלדעת הרמב"ם, אפוטרופוס למעשה מוסמך לטפל רק בנכסים של היתומים שבידו, ואינו יכול להוציא מידי אחרים (כדעת חידושי הריטב"א (רבנו קרשקש), גיטין נב ע"א, בשם רבו, שנביא ליד ציון הערה 28), ואם כן דינו כלול בדינו של מי שמחזיק בנכסי יתומים, שהובא ברמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכות א–ג.
מסוגיית גיטין שם עולה שגם מי שאינו כשיר להיות אפוטרופוס במינוי בית דין, כגון אישה, נחשב אפוטרופוס למעשה אם יתומים סמכו אצלו. הרחבנו את הדיבור בהלכה זו בסעיף 34, עמ' 50–51.
משו"ת בית ידידיה, סימן א (ד ע"ג), עולה שמי שהסכים להיות אפוטרופוס, אבל עוד לא הושג לכך רשיון ממשלתי מהשלטון הנכרי, נחשב אפוטרופוס כמו מי שיתומים סמכו אצלו; אבל אם הוא נבחר להיות אפוטרופוס, אלא שהתנה את הסכמתו בכך שאנשי הקהל יחתמו שהם מסכימים למינוי, אינו בגדר "יתומים שסמכו".

אדם נותן אמון בחברו עקב מצג שיצר חברו כלפיו, נוצרים ביניהם יחסי אמון, המצדיקים את הטלתן של חובות אמון על האדם שניתן בו אמון.

להלן נבקש לבחון מהו הבסיס המשפטי לפעולתו של אפוטרופוס זה בשמם של היתומים.

לשון הסעיף "פועל כאפוטרופוס" מותירה כר נרחב לפרשנות בשאלה, אילו פעולות מעידות על כך שאדם "פועל כאפוטרופוס", ולא כאדם מן השורה המבקש את טובתם של היתומים. דומה שעיון במקורות המשפט העברי, ששימש מקור לסעיף זה, עשוי לפזר את הערפל סביב שאלה זו.

סעיף זה דן רק בחובותיו של אפוטרופוס למעשה, ואינו דן בסמכויותיו. לפי הפסיקה, "סמכויותיו, תפקידיו ואופן מילוי תפקידו של אפוטרופוס [למעשה] אינם מוגדרים בחוק הכשרות, וככל הנראה מוטת השליטה שלו היא 'כאורך ידו'; דהיינו, הוא משמש אפוטרופוס לגבי אותם עניינים שהוא מבקש לפעול בהם, ואינו משמש אפוטרופוס לגבי עניינים שהוא מושך את ידו מהם"[3], דהיינו שלאותם עניינים שהוא מבקש לפעול בהם מוענקות לו הסמכויות של אפוטרופוס. להלן נבקש לברר מהו היקף סמכויותיו של אפוטרופוס למעשה לפי המשפט העברי: האם העובדה שהוא מעולם לא מונה כאפוטרופוס גורעת מסמכויותיו לעומת אלה של אפוטרופוס ממונה, או שסמכויותיו זהות לשל אפוטרופוס ממונה? היות שלא נקבע הדבר בחוק, נראה שיש לפרש אותו בהתאם למשפט העברי[4].

החוק קובע שהחובות המוטלות על אפוטרופוס למעשה זהות לאלה המוטלות על אפוטרופוס שמינה בית המשפט. בדיון בסעיף 53, בעניין חובת אפוטרופוס להישבע שלא מעל ושלא גרם הפסד ליתומים, וחובתו להגיש דוחות, ובדיון בסעיף 57, בעניין האחריות המוטלת על אפוטרופוס, ראינו שהמשפט העברי מבחין בין אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים לבין זה שמונה על ידי בית הדין. יש לברר אפוא, האם לעניינים אלו דינו של אפוטרופוס למעשה כדין אפוטרופוס שמינה בית הדין, או כדין אפוטרופוס שמינה אבי היתומים[5]?

[3] ע"א 7805/02 הלפרט נ' אסותא מרכזים רפואיים בע"מ, פ"ד נח(6) 847 (02.08.04), פסקה 13 לפסק דינו של השופט טירקל (להלן: פרשת הלפרט). ראה גם: ע"א 8/74 לייזרוביץ נ' לייזרוביץ, פ"ד כח(2) 436 (11.06.74), 441 (להלן: פרשת לייזרוביץ) ("משלקח לעצמו שררה של ייצוג קטין בבית־משפט, שוב אין נפקא מינה לענין חובותיו ואחריותו כלפי הקטין שהוא לא נתמנה אפוטרופוס על־פי החוק"); ע"א 690/79 ד"ר אברהם ניסנקורן נ' קרין ניסנקורן, פ"ד לד(2) 357 (08.01.80); א"פ (נצרת) 13־05־21702 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (13.05.13); תמ"ש 7861/06 ז' מ' ואח' נגד היועץ המשפטי לממשלה ואח' (12.05.08); ת"א (חיפה) 05־659 עלי אחמד עלי מוחמד נבולסי ואח' נ' עיזבון נג'לא חאיק ואח' (23.07.09); בע"מ 4513/12 פלונית נ' פלונית (02.12.2012).

[4] כמו כן, ב"צ שרשבסקי, דיני משפחה, עמ' 412, סבור שסעיף זה אינו נותן מענה לשאלה האם אפוטרופוס למעשה דינו כאפוטרופוס רגיל, ובהתחשב בכך שנושא האפוטרופסות היה חלק מענייני המעמד האישי בהתאם לסעיף 51 לדבר המלך במועצתו, ועניינים אלו נדונו בהתאם לדין הדתי, יש ללמוד על מעמדו של אפוטרופוס זה מן ההוראות העוסקות בעניינו במקורות המשפט העברי.

[5] על כשירות להיות אפוטרופוס למעשה, ראה דיוננו בסעיף 34, עמ' 50–51.

פרק שני

אפוטרופוס למעשה – "מי שפועל כאפוטרופוס"

א. מבוא

סעיף זה קובע שהחובות והאחריות המוטלות על אפוטרופוס מוטלות גם על "מי שפועל כאפוטרופוס". להלן נבקש לברר, מהו הבסיס המשפטי של האפוטרופסות למעשה לפי המשפט העברי: האם חובותיו וסמכויותיו מבוססות על הסכם, על התחייבות חד צדדית, או שמא על תקנה מיוחדת?

לאחר מכן נבקש לבחון כיצד רוכש אדם מעמד של אפוטרופוס למעשה. בעניין זה קובע החוק שהתנאי לכך הוא שהוא "פועל כאפוטרופוס". אולם קביעה זו אינה מבהירה די הצורך מה הן הפעולות שמכוחן נעשה אדם אפוטרופוס למעשה?

לפי הפסיקה האנגלית, פעולות שלפי אופיין הן בגדר סיוע הומניטארי בלבד ואין בהן סממנים של ייצוג, אין בהן כדי להקנות לאדם מעמד של Executor de son tort, משום שפעולות מסוג זה אינן יוצרות הסתמכות המצדיקה הטלת חובות מיוחדות על עושה הפעולות. לעומת זאת, פעולות המבטאות נטילת אחריות לייצוגו של אדם, כגון כינוס נכסיו, תשלום חובותיו, רכישת נכסים וכדומה, מעידות שמי שביצע את הפעולה נטל על עצמו את תפקיד הייצוג של האדם שבשמו הוא פועל, ועל כן הוא יוכר כ־Executor de son tort[6]. להלן נברר האם בעניין זה זהה עמדת המשפט העברי לזו של המשפט האנגלי.

במדינות שאימצו את דוקטרינת ה־Executor de son tort, התפיסה המקובלת היא שאדם הפועל כנציגו של הזולת אינו נחשב כנציגו לכל דבר ועניין. הוא אינו מוסמך לפעול בעניין הדורש מינוי, אלא רק נושא באחריות וחובות שהיו מוטלות עליו אילו היה ממונה כדין[7].

להלן נבחן האם לפי המשפט העברי יש לאפוטרופוס למעשה סמכויות, ומה היקפן.

ב. הבסיס המשפטי של האפוטרופסות למעשה

בדברי הפוסקים אפשר למצוא גישות אחדות להבנת הבסיס המשפטי של האפוטרופסות למעשה.

הדעה הרווחת היא שזו תקנת חכמים, היינו חריגה מן הדין הקבוע. וכך כותב הרמב"ן[8]:

[6] ראה: Miriam Spero & Caroline Sawyer, Succession, Wills and Probate, 3rd Ed. (2015) p. 233.
בבע"מ 4513/12 פלונית נ' פלונית (02.12.12), העיר השופט הנדל שבמשפט הישראלי "טרם ניתנה תשובה גורפת לשאלה: היכן עובר הגבול בין גמילות חסדים נטולת מעמד משפטי מחייב, לבין הקטגוריה הפורמאלית של אפוטרופסות למעשה", והציע מבחני עזר אחדים: "הראשון – מצבו של החסוי, השני – כוונת המיטיב, השלישי – מעשי המיטיב, הרביעי – הרקע לקשר בין המיטיב לחסוי. ככל שמבחנים אלו מתקיימים בעוצמה רבה יותר... כך גוברת הנטייה להכיר כאפוטרופוס למעשה... מדובר... במבחני עזר בלבד, ולא ברשימה סגורה ומחייבת. המבחנים אינם מנותקים זה מזה, ומתקיימים ביניהם על פי רוב יחסי גומלין. מבחנים אלו הם אף מצטברים...".

[7] Gordon W. Brown, Administration of Wills, Trusts, and Estates, 3rd Ed. (2002) p. 292.

[8] חידושי הרמב"ן, גיטין נב ע"א, ד"ה הא דתנן.
כמו כן, שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן לז, נימק: "חכמים נתנו להם כח יפה לתועלת היתומים דלא מצו יתמי למעבד". שערי עוזיאל, מבוא, פרק ג, עמ' 18 במהד' תש"ד, עמ' 30 במהד' תשנ"א, מסכים

"יתומים שסמכו אצל בעל הבית... תקנת חכמים היא, שהעמידו הפירות ברשות האפטרופוס, כדי שיוכל לעשר ויאכילם, והפקר בית דין הפקר... וכן ממכרן להאכיל ממכר מתקנה זו, לפיכך מוכרין עבדים לאחרים ושחרורן שחרור".

אמנם אין דבריו מוסבים בעיקרם רק על אפוטרופוס למעשה, אלא על אפוטרופסים בכלל, שלדעתו סמכותם מקורה בתקנת חכמים, ולעניין זה הבאנו את דבריו במבוא לספר, אבל הוא כולל בלשונו גם את האפוטרופוס למעשה, כך שלדעתו אותה תקנה שמסמיכה אפוטרופוס רגיל מסמיכה גם אפוטרופוס למעשה.

לפי הסבר זה, סמיכת היתומים אצל האפוטרופוס אינה אלא תנאי להחלתה של התקנה הכללית בדבר מעמד האפוטרופוס, ולא הבסיס המשפטי שלה[9].

בדברי האחרונים מצאנו הסברים נוספים לבסיס המשפטי של אפוטרופסות חריגה זו. ערוך

עמו במסקנתו שזו תקנת חכמים. ובשער ט, פרק א, הערה ג (עמ' קיח במהד' תש"ד, עמ' קלג–קלד במהד' תשנ"א), הוא חוזר וכותב שזו תקנת חכמים.

גם שו"ת דבר אליהו (לרמן), סימן פב, כתב שזה תקנת בית דין, שבעל הבית יכול לעשות בנכסי היתומים כאילו מינהו בית דין.

נהרות דמשק, חו"מ, סימן יט, נימק: "דכשסמך הקטן אצלו, הוי כאילו מנהו אבי יתומים או מינוהו משמים, כדי שימצאו קטנים מי שירחם עליהם".

ר' אבינועם שמואל יהב, "גדרי מינוי אפוטרופוס, כוחו וסמכותו", מקבציאל כרך כה (תשנ"ז), עמ' רכב, ממנק שרואים שאדם זה חביב בעיני היתומים, ולכן חכמים תיקנו שיהיו לו סמכויות של אפוטרופוס, ולא רצו להעמיד אפוטרופוס אחר, שמא היתומים יבעטו בו. הוא מביא ראיה שזו תקנת חכמים, ממה שאומרת תוספתא תרומות, פרק א, הלכה יד (הלכה יב במהד' ליברמן), שאפוטרופוס למעשה יכול להפריש תרומות ומעשרות מפירות היתומים "מפני תיקון העולם", והוא מסביר שהתקנה חלה מכוח הפקר בית דין.

[9] אמנם יש מי שהיה אפשר להבין מדבריו שסמיכת היתומים היא אכן הבסיס המשפטי לסמכותו. כך כתב שו"ת הריב"ש, סימן תסח, בדעת ר' מאיר הלוי אבולעפיה, הרמ"ה, כדי להסביר מדוע הוא מגביל את סמכותו של האפוטרופוס למעשה למיטלטלין ולא לקרקעות, כפי שנביא להלן, עמ' 369, ליד ציון הערה 26. הריב"ש מסביר שלדעת הרמ"ה, "אין לו כח אלא מחמת ברירתם [של היתומים]", וכשם שהיתומים יכולים למכור מיטלטלים בלבד, כך גם האפוטרופוס למעשה. יש להעיר שהריב"ש כתב "ברירתם" ולא "סמיכתם", כלשון התלמוד, וייתכן שכוונתו היא שכוחו נובע מכך שהיתומים בחרו בו לפעול עבורם. גם שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן לז, מסביר שטעם הרמ"ה הוא שהוא יכול למכור מיטלטלין שלהם, כיוון שהם יכולים למכור בעצמם, ולכן "סמיכתן סמיכה ליפות כחו", אבל בקרקעות, "שהקטן אינו יכול למכור, לא מהני סמיכתו, דליכא מידי דאיהו לא מצי עביד ושליח עביד [=שאין דבר שהוא אינו יכול לעשות, ושליח יכול לעשות]". מדבריהם של ריב"ש ומהרי"ט עשוי להשתמע שהרמ"ה סבור שאפוטרופסות למעשה מבוססת על כך שהאפוטרופוס נחשב לשליח של היתומים, ולכן מהרי"ט הסתמך על עיקרון מדיני שליחות, ששליח אינו יכול לעשות דבר שהשולח אינו יכול לעשות. וכך גם עשוי להישמע מדברי הרמ"ה עצמו, בחידושי הרמ"ה ושיטות קדמונים, גיטין נב ע"ב (=חידושים מכתב יד המיוחסים לריטב"א, עמ' לז במהד' מוסד הרב קוק): "[קרקעות] דאינהו לא מצו לזבוני, אפוטרופא דאתי מחמתיהו נמי לא מצי מזבין [=קרקעות שהקטינים אינם יכולים למכור, האפוטרופוס שבא מחמתם גם אינו יכול למכור]". כך משתמע גם מנהרות דמשק, שנביא בעמ' 368, הערה 25.

אבל במבוא לספר הבהרנו שבכל אפוטרופסות יש גם יסודות של שליחות, כשאין הכוונה בזה שהאפוטרופוס הוא שליח, שהרי אין שליחות לקטן (שולחן ערוך, חו"מ, סימן קפח, סעיף ב). בגלל קושי זה, הסבירו שו"ת הרי"ם, חו"מ, סימן ה, ד"ה ונראה, כסף הקדשים, סימן רצ, סעיף כד, שערי עוזיאל, מבוא, פרק ג, עמ' 29 במהד' תשנ"א ("שלוחם של היתומים מתקנת חכמים"), ריינין, לעיל הערה 2, עמ' 229–230, ור' אבינועם שמואל יהב, "גדרי מינוי אפוטרופוס, כוחו וסמכותו", מקבציאל, כרך כה (תשנ"ז), עמ' רכב, שאף לשיטת הרמ"ה אין כאן שליחות גמורה, אלא תקנת חכמים שנועדה להגן על היתומים ("תיקון העולם"), אך תקנה זו עוצבה באופן דומה לשליחות כדי להעניק משמעות לרצונו של הקטין, שרצה שיהיה שלוחו.

השולחן[10] נדחק לומר שאפוטרופסות זו היא מינוי מכללא על ידי בית הדין: "כשסמכו מעצמן, מחוייבין בית דין תיכף להשגיח מי זה האיש... וכשבית דין רואין שהגון הוא לכך, ממילא דינו כמינוהו [בית דין], והוי ממש כאפוטרופוס".

הרב עוזיאל[11] מבסס אפוטרופסות זו על דין השבת אבידה, שבמובנה הרחב כוללת חובה על אדם להציל את חברו מהפסד: "מדין נפקד שאין בעליו בעיר, שיתומים קטנים, הואיל ואינם יכולים להיטפל ולהתעסק בנכסיהם, הריהם כאילו אינם בעיר. וכל נפקד חייב לשמור הפיקדון שבידו מהפסד וכליון, ורשאי במכירתו של החפץ המופקד לידו... מדין השבת אבידה לבעלים. והוא הדין והוא הטעם ליתומים שסמכו אצל בעל הבית, שהוא חשוב נפקד על ממונם שבידו".

ג. התנאים לקיומה של אפוטרופסות למעשה

השולחן ערוך קובע[12]: "יתומים קטנים שסמכו אצל בעל הבית הם מעצמם, ונשתדל בשלהם, יש לו דין אפוטרופוס לכל דבר". מדבריו עולים שלושה תנאים לקיומה של האפוטרופסות למעשה: (א) האפוטרופסות היא כלפי קטין יתום[13] ("יתומים קטנים"); (ב) סמיכת היתומים

ראה עוד להלן, עמ' 369, הערה 26, שלדעת ר' שמואל הכהן, בחירת היתומים באדם זה אכן נותנת תוקף למעשיו, בכלל מה שתיקנו חכמים שפעוטות יכולים למכור.

[10] ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף מב. הוא כותב כך בדעת הרמב"ם, כדי להסביר מדוע הרמב"ם לא כתב את דין אפוטרופוס למעשה, כפי שראינו לעיל, הערה 2.

[11] שערי עוזיאל, מבוא, פרק ג, עמ' 18 במהד' תש"ד, עמ' 30 במהד' תשנ"א. הוא כותב כך בדעת חידושי הריטב"א (רבנו קרשקש), גיטין נב ע"א, שנביא ליד ציון הערה 28, הכותב בשם רבו שאפוטרופוס למעשה מוסמך לטפל רק בנכסים של היתומים שבידו, ואינו יכול להוציא מידי אחרים. אבל הוא עצמו סבור שהבסיס הוא תקנת חכמים, כפי שהבאנו בשמו בהערה 8.

כמו כן, שו"ת דבר אליהו (לרמן), סימן פב, ד"ה וגם, הסביר שכמו שהמוצא בהמה שאוכלת ואינה עושה, חייב למכור אותה, כך באבידת גופו, להאכיל יתומים, כל אדם חייב למכור את קרקעם כדי להאכילם. הוא מסביר שהרמ"ה סובר שאפוטרופוס למעשה אינו יכול למכור קרקע, כפי שנראה בעמ' 369, ליד ציון הערה 26, מפני שגם מוצא אבידה צריך למכור אותה בבית דין, ולכן אפוטרופוס למעשה אינו יכול למכור, ורק אפוטרופוס שמינהו בית דין יכול למכור. לעומת זאת, הוא מבאר שהדעה האחרת סוברת שמוצא אבידה רשאי למכור בלי בית דין, כדעת הרמ"א, חו"מ, סימן רסז, סעיף כד, ונימק סמ"ע, סימן רסז, ס"ק לז, שלמוצא יש חזקת כשרות כיוון שהוא מטפל באבידה, ולפי זה גם אפוטרופוס למעשה יכול למכור בלי בית דין כי יש לו חזקת כשרות כיוון שהוא מטפל ביתומים.

יש להעיר, שבפשטות, אפוטרופוס למעשה נושא בחובות של אפוטרופוס רק אם הסכים לכך, כשם שכל אפוטרופוס מתחייב רק אם הסכים, כפי שראינו בסעיף 37. אולם לאור דברי הרב עוזיאל, יש מקום לומר שמוטלת עליו חובה לטפל, ואינו יכול לסרב, מכוח מצוות השבת אבידה. הוא שונה מאפוטרופוס רגיל שיכול לסרב, מפני שלא מוטלת עליו במיוחד מצוות השבת אבידה, ורק כאן שהיתומים בחרו בו, מוטלת המצווה עליו. הרי זה כמו שמצוות השבת אבידה מוטלת על מי שראה אותה, ולא על אנשים אחרים. בחירת היתומים בו מראה שהם ירגישו טוב אצלו יותר מאצל אדם אחר, ולכן המצווה מוטלת עליו בדווקא.

[12] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף כד.

[13] גם שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן קנה (ד"ה ואף גם זאת), ור' שמואל הכהן, בשו"ת מהר"ם גאויזון, חלק א, סימן טז, עמ' עב, כותבים שדין יתומים שסמכו הוא רק ביתומים קטנים פחות מגיל 13.

שו"ת לחם רב, סימן ריח, ד"ה ומ"מ (הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, סימן רצ, הגהות הטור, אות קסד), לומד מכאן בקל חומר שאב יכול לטעון בבית דין עבור בנו הקטין לעניין מתנה שקיבל בנו. הוא מעלה אפשרות שאפילו הרמ"ה, הסבור שאין דין אפוטרופוס למעשה ביתומים שקטנים פחות מגיל תשע (להלן, עמ' 369, הערה 26), יסכים שאביהם יכול לתבוע בעבורם.

על האפוטרופוס נעשתה ביוזמתם של היתומים ("הם מעצמם"[14]); (ג) בעל הבית "נשתדל בשלהם".

אשר לדרישה הראשונה, שהחסוי יהיה יתום קטן, יש פוסקים[15] שכתבו שגם מי שטיפל בענייניו של בוגר שאינו מסוגל לטפל בענייניו בעצמו, יוכר כאפוטרופוס למעשה. בית הדין הרבני[16] פסק שגם מי שטיפל בענייניו של קטין שאינו יתום אך הוריו הזניחוהו, הוא אפוטרופוס למעשה.

אשר לדרישה השנייה, שמדובר שסמכו מעצמם, נראה שאין צורך שיאמרו היתומים בפירוש, שהם רוצים שהאפוטרופוס יטפל בהם, ודי בסמיכת היתומים באופן מעשי[17]. כך עולה ממה שכתבו פוסקים רבים[18] שאם אמם של היתומים מטפלת בהם, היא נחשבת אפוטרופוס למעשה.

[14] תנאי זה מקורו בלשון הטור, חו"מ, סימן רצ, סעיף לא, ואילו בלשון המשנה והתלמוד לא נאמר "מעצמם". תנאי נוסף קיים לפי פני יהושע, גיטין נב ע"א: הוא מעלה אפשרות שמי שסמכו אצלו יתומים נחשב אפוטרופוס רק אם אביהם היה רגיל לסמוך עליו בחייו, ואז יש להניח שהאב היה רוצה למנותו כאפוטרופוס, כדעת הרשב"א, שהבאנו בסעיף 64, עמ' 345, שמי שהאב היה רגיל לסמוך עליו, נחשב כאילו מינהו האב. אבל ר' אבינועם שמואל יהב, "גדרי מינוי אפוטרופוס, כוחו וסמכותו", מקבציאל כרך כה (תשנ"ז), עמ' רכג, כותב שמהפוסקים משמע שאין הגבלה כזאת.

בקטן: אם היתומים סמכו אצל קטן, אין לו דין של אפוטרופוס למעשה, לפי המאירי שהבאנו בסעיף 34, עמ' 49, שמשתמע מדבריו שאב אינו יכול למנות קטן כאפוטרופוס – כך כתב רא"ש יהב שם. הוא מדייק שכך גם דעת השולחן ערוך, שכתב רק שאפילו סמכו אצל אישה, היא נחשבת אפוטרופוס, ולא הזכיר קטן.

[15] שו"ת בית יוסף, דיני כתובות, סימן טז, ד"ה ואפילו (על שוטה); שו"ת שרידי אש (מהד' תשנ"ט), חלק א, סימן קלה (=חלק ג, סימן סד במהד' תשכ"א), במכתב רביעי מר"א פלאצינסקי, ובמכתב חמישי לר"א פלאצינסקי (על שוטה); שו"ת מנחת יצחק, חלק ד, סימן יד, אות ב (בשוטה).

כמו כן, שו"ת דעת כהן, סימן קמז, מבאר את דברי בית יוסף, יו"ד, סימן רסח, שאדון של עבד קטן או שוטה יכול לגיירו, משום שהוא נחשב כאביו, שכוונת הדברים היא שהאדון נחשב אפוטרופוס למעשה לעבד, כיוון שהוא נגרר אחריו, שאם לא כן, אי אפשר לומר שאדון נחשב כאב. מכאן שאף הוא מסכים שתיתכן אפוטרופסות למעשה לשוטה.

[16] פד"ר, כרך ב, עמ' 170–171. הוא מסתמך על שו"ת הרא"ש, כלל פז, סימן א, וכלל צו, סימן ב.

[17] שו"ת בית יוסף, דיני כתובות, סימן טז, ד"ה ואפילו, כותב שאשה שנשתטתה, והביאוה אחיה למקומם ופירנסו אותה, בלי שהיא פנתה אליהם, דינם כאפוטרופוס למעשה.

אבל שו"ת המבי"ט, חלק ב, סימן קיב, כותב על מי שסגר וחתם שק עם נכסים של קרובתו הגוססת: "לא בשביל שסגר השק נעשה אפוטרופוס, כי מפני שהיה קרובה טרח בעסקיה". הכרעה זו מבהירה שהמעשים חייבים להעיד באופן ברור וחד משמעי על הסכמה לקבל את תפקיד האפוטרופוס.

[18] שו"ת הרא"ש, כלל פז, סימן ד (הובא בטור, אהע"ז, סימן קיח, בשו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן לז, בסופו, בשו"ת דבר אליהו (לרמן), סימן פב, ובפד"ר, כרך ב, עמ' 169); מהר"ם, המובא במרדכי, גיטין, סימן שצב (הובא בשו"ת בני אהרן (לפפא), סימן צד); שו"ת הריב"ש, סימן קמא (הובא בשו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן עז) וסימן תצה (הובא בשו"ת פני משה (בנבנישתי), חלק א, סימן סט, ד"ה ול"מ, ובשו"ת בית יהודה (עייאש, בתוך ספר בני יהודה), סימן נ, דף קל ע"ג, ד"ה יש לומר [שהובא בשו"ת צוף דבש (מועטי), חו"מ, סימן עז, ד"ה עוד ראיתי, ובפד"ר, כרך ב, עמ' 172]); שו"ת הרשב"ש, סימן תצז; שו"ת מהר"י בן לב, חלק ד, סימן לא; שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן קכב, וחלק ב, סימן קצג; כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רצ, הגהות הטור, אות קנה, בשם שו"ת מהרשד"ם, אהע"ז, סימן קפו, שו"ת דברי ריבות, סימן קסו וסימן שטו, ושו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן מט; שו"ת אשר לשלמה, סימן לט (ד"ה הלא מראש) בשם שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן קל; שו"ת ויאסוף שלמה (בתוך ספר ויחל שלמה), חו"מ, סימן כה, ד"ה ולפי פירוש; שו"ת צדקה ומשפט (חוצין), חו"מ, סימן טו (אם נסמך על אמו החורגת); שו"ת שואל ונשאל, חלק א, אהע"ז, סימן כג.

אשר לתנאי השלישי, ש"נשתדל בשלהם", משתמע מלשון זו שאין די בהאכלת היתומים, אלא צריך שיטפל בנכסיהם לכל צרכיהם ועסקיהם[19].

מי שהיתומים סמכו אצלו מוסמך לפעול כאפוטרופוס גם אם כבר יש ליתומים אפוטרופוס ממונה[20]. נראה שטעם הדבר הוא שניכר שהיתומים אינם מרוצים מהטיפול של האפוטרופוס

דעות חולקות: שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן לז (הובא בשו"ת אשר לשלמה (אבן דנאן), סימן לט, ד"ה וראה זאת), כותב שלפי הרמ"ה, "אם מעצמם נשארו בבית אביהם, אין לאלמנה דין יתומים שסמכו אצל בעל הבית, שהרי לא עשו שום מעשה מוכיח, דמה שהיו ניזונין והולכין בבית אביהם, מה זו 'סמיכה'?!" (על פי הביטוי "מה זו סמיכה", בביצה כ ע"א, בעניין אחר). הוא מסתמך על הרמ"ה הכותב שרק אם היתומים בני תשע ומעלה יש דין אפוטרופוס למעשה (ראה הערה 26), משום שיש להם דעת לבחור בו לאפוטרופוס, ומכאן שלדעתו צריך בחירה פעילה מצדם. אולם אין הלכה כרמ"ה בעניין הגיל. שו"ת בני אהרן (לפפא), סימן צד, מדייק משו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן מב, שאם יתום סמוך על שולחן אמו האלמנה, אין לה דין אפוטרופוס למעשה.

[19] כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רצ, הגהות הטור, אות קנא (הובא בשערי עוזיאל, שער ט, פרק א, אות י, עמ' קיח במהד' תש"ד, עמ' קלב במהד' תשנ"א), כותב בשם מהר"ש יפה בתשובה בכתב יד: "דווקא שסמכו עליו לכל עסקיהם וצרכיהם, אבל אם בדבר אחד סמכו אצלו לא הוי כיתומים שסמכו אצל בעל הבית".
שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן מו (הובא בשו"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן קיז), כותב שרק מי שמשתדל בנכסיהם נחשב אפוטרופוס למעשה. אבל כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רצ, הגהות הטור, אות קנג, ובספרו שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן רז, כותב שגם לדעת מהרשד"ם, בת שסמוכה על שולחן אמה, שהדין הוא שהבת אצל האם, נחשבת אפוטרופוס למעשה גם אם לא השתדלה בנכסי הבת. שו"ת פני משה, חלק א, סימן סט, בסופו, כותב שגם לדעת מהרשד"ם, אם בן סמוך אצל אמו האלמנה, היא נחשבת אפוטרופוס למעשה, כי מן הסתם הוא נסמך לעשות כל מה שאמו רוצה, ומן הסתם כל נכסיו נמצאים בבית אמו. כמו כן, שו"ת באר המים, סימן קכג (כמובא בפד"ר, כרך ב, עמ' 173), הוכיח משו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן מט, ומשו"ת הרא"ש, כלל פז, סימן ד, שאצל האם, די בסמיכה בלבד, ואין צורך שתשתדל בנכסיהם, מפני שהאם מרחמת וטורחת על בניה ועיניה תלויות על בניה תמיד לפעול לטובתם. שו"ת מהר"ם גאויזון, סימן טז (עמ' סז), כותב שהיא נעשית אפוטרופוס אם היא משתדלת בטוב טעמה וסחרה, גם אם אינה יוצאת מביתה לצורך כך. אבל שו"ת אשר לשלמה, סימן לט (ד"ה והנה להכנה"ג), העיר ששו"ת הריב"ש, סימן קמא, כתב שבן קטן שסמוך על אמו ברצונו, היא אפוטרופוס מדין יתומים שסמכו אם היא מפקחת בנכסיו, הרי שגם בבן אצל אמו הצריך שתהא מפקחת בנכסיו, שלא כמו פני משה. אבל הוא מוסיף שלגבי הבת לא מצאנו מי שחולק על בעי חיי. פד"ר, כרך ב, עמ' 172, מדייק משו"ת הרא"ש, כלל פז, סימן א, וכלל צו, סימן ב, שאין צורך שיהיו נסמכים בנכסיהם ושישתדל עבורם, אבל הוא מעלה אפשרות שהרא"ש פסק כך מפני שבנידונו היה זה אבי הקטין עצמו.
כסף הקדשים, רצ, כד, כותב שרק מי שעושה את כל ההשתדלויות ההכרחיות של היתומים נחשב אפוטרופוס למעשה, למעט אם אדם אחר משתדל בחלק מצרכיהם; ומי שעושה רק דבר שאינו הכרחי בשבילם, אינו נחשב אפוטרופוס למעשה.
ראה גם בע"מ 4513/12 פלונית נ' פלונית (02.12.12), סעיף 6 לפסק הדין.

[20] שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן קכב; שו"ת מהרש"ם, חלק ב, סימן רלו; פד"ר, כרך ב, עמ' 173. הם מוכיחים זאת משו"ת הרא"ש, כלל פז, סימן ד.
דעות חולקות: שו"ת פני משה, חלק א, סימן סט, כותב (לעניין יתומים שסמכו אצל אמם) שאין לו דין אפוטרופוס אם כבר יש אפוטרופוס ממונה. פד"ר שם כותב שגם לדעתו, אם האפוטרופוס הממונה אינו מסוגל לפעול, מי שהיתומים סמכו אצלו יש לו דין אפוטרופוס.
שו"ת הר"י מיגאש, סימן קל, כתב שאם יש אפוטרופוס מלבד האפוטרופוס למעשה, או שיש בית דין בעיר, אין תוקף לפעולותיו של האפוטרופוס למעשה. נוה צדק (מירקאדו), הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ה, מעיר שדבריו נוגדים את דעת כל פוסקים. השווה המחלוקת שהבאנו בסעיף 36, בשאלת ההתחשבות ברצון היתומים בבחירת אפוטרופוס.
יש להעיר, שלפי כסף הקדשים שהובא בהערה 19, אם האפוטרופוס הממונה משתדל בחלק מצרכי היתומים,

הממונה, והם מעדיפים שאדם זה יטפל בהם, ובכלל מצוות "כל אלמנה ויתום לא תענון" (שמות כב, כא) כלולה המצווה לתת ליתום תחושה שמתחשבים ברצונותיו.

ד. סמכויותיו של אפוטרופוס למעשה

המשנה[21] קובעת: "יתומין שסמכו אצל בעל הבית... חייב לעשר פירותיהן", הרא"ש[22] הסיק מכך: "יתומים שסמכו אצל בעל הבית, יש לאותו בעל הבית כל דין אפוטרופוס שמינוהו בית דין או אבי יתומים"; וכדבריו פסק השולחן ערוך[23].

לדוגמה, ההלכה שאפוטרופוס זכאי להחזר מנכסי היתומים על הוצאותיו, נוהגת גם באפוטרופוס למעשה[24], בניגוד לאדם אחר שזן יתום, שנחלקו הפוסקים לגביו אם הוא זכאי להחזר או שמפרשים שהתכוון לתת להם מתנה.

ואולם יש פוסקים הסבורים שסמכויותיו של אפוטרופוס למעשה מצומצמות משל אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין. הרמ"ה[25] סבור שהוא מוסמך לפעול רק במיטלטלין של

מי שהיתומים סמכו אצלו אינו נחשב אפוטרופוס למעשה, ואם כן, האמור בטקסט נכון רק אם האפוטרופוס הממונה אינו עושה כלום בשביל היתומים.

[21] גיטין נב ע"א.

[22] שו"ת הרא"ש, כלל פז, סימן א. כמו כן, שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן קכז, כתב שהוא כאפוטרופוס גמור.

[23] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף כד.

שו"ת הריב"ש, סימן תסח (הובא בשו"ת שרידי אש (מהד' תשנ"ט), חלק א, סימן קלה, אות ז), כותב שאין היתומים יכולים למחות ביד מי שסמכו אצלו או לחזור מהסכמתם שיהיה אפוטרופוס שלהם, וזאת לתקנת היתומים, שלא ילכו מדחי אל דחי.

[24] ראה על כך בדיוננו בסעיף 55, עמ' 248.

[25] יד רמה, בבא בתרא, פרק ח, אות צז (על דף קכו ע"א); הרמ"ה, המובא בחידושי הרמ"ה ושיטות קדמונים, גיטין נב ע"ב (=חידושים מכתב יד המיוחסים לריטב"א, עמ' לז), בראש, גיטין, פרק ה, סימן ו, ובטור, חו"מ, סימן רצ, סעיף לא. ראה על נימוקו לעיל, הערה 9.

כך עולה גם משו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן קכט, בסופו.

שו"ת נהרות דמשק, חו"מ, סימן יט (כמובא בפד"ר, כרך ב, עמ' 169), מסביר שהרמ"ה סובר שרואים כאילו היתומים עצמם מינוהו, ולכן אינו יכול למכור קרקע, כמו שהיתומים עצמם אינם יכולים למכור קרקע, ולא יהא כח האפוטרופוס שבא מכח מינוי הקטן גדול מכח הקטן, ולכן לדעתו צריך שיהיה היתום בן תשע (ראה בהמשך הערה זו); ואילו הרא"ש סובר שכשסמך הקטן אצלו הוא כאילו מינהו אבי יתומים או מינהו מהשמים כדי שימצאו הקטנים מי שירחם עליהם, ולכן יפה כח האפוטרופוס מכח הקטן, בכך שיש לו כח למכור קרקע מה שאינו יכול הקטן בעצמו למכור, ולכן דין זה נוהג אפילו בקטן המוטל בעריסה, כיוון שהבא אינו מכוחו.

שו"ת דבר אליהו (לרמן), סימן פב, משיב על נימוקו של הרמ"ה, שמעשה של קטן תקף אם מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו (חולין יג ע"א), וכאן העובדה שנסמך לאדם זה מראה שהוא רוצה שאדם זה יוכל לפעול בנכסיו, גם בקרקע, ולכן אדם זה נעשה אפוטרופוס, בגלל רצונו של הקטן, ולכן הוא יכול למכור גם קרקע, כמו שאפוטרופוס שמינהו בית דין יכול למכור קרקע, אף שהקטן עצמו אינו יכול.

שו"ת מהר"י בן לב, חלק ד, סימן לא, כותב שלדעת הרמ"ה, אפוטרופוס למעשה אינו יכול אף להשכיר קרקע של היתומים.

שאלה מתעוררת לגבי סמכותו של אפוטרופוס למעשה למכור "חזקות", לדעת הרמ"ה. הכוונה לזכויות במקרקעין שנהגו באימפריה העותומנית על פי תקנות הקהילות. הפוסקים נחלקו בשאלה הכללית, האם חזקות אלה נחשבות כקרקע או כמיטלטלין, כפי שראינו לעיל, עמ' 144. שו"ת לחם רב, סימן רט, כותב שנהוג לפסוק שהחזקות הן כקרקע, ולכן אפוטרופוס למעשה אינו יכול למכור אותן, לדעת הרמ"ה.

שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן קמח, כותב שגם לדעת הרמ"ה, ההגבלה היא על מכירת קרקעות שירש היתום

היתומים, ולא במקרקעין שלהם, כשם שהיתומים הקטנים עצמם יכולים למכור רק מיטלטלין ולא מקרקעין. עוד מצמצם הרמ"ה[26] את סמכותו של אפוטרופוס לעניין גיל היתומים שסמכו

מאביו, אבל הוא יכול למכור קרקע שקנה לו האפוטרופוס; וגם אם נניח שאינו יכול למכור קרקע שקנה לתועלת היתומים, כיוון שכבר זכו בה, הרי אם היו קרקעות ממושכנות ליתומים, וברח הלווה והוכרח האפוטרופוס להחזיק בהם, הוא יכול למוכרם ולסחור בתמורה.

שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן מו, כותב שאפילו לדעת הרמ"ה, הוא יכול לתבוע קרקעות של יתומים ולהוציאם מיד מי שהם בידו.

שו"ת מהר"ם די בוטון, סימן מד, דף פ ע"א (הובא בשו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן קנה (ד"ה ואף גם זאת), ובשו"ת צוף דבש (מועטי), חו"מ, סימן עז), קובע שהיות שמותר לאפוטרופוס למעשה ללוות כספים לצורך פרנסת החסוי, הוא רשאי גם לשעבד מקרקעין שלהם לשם קבלת ההלוואה, גם לדעת הרמ"ה. משנה למלך, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ו, מקשה על דבריו, שהלא אין סמכות לאפוטרופוס למעשה למכור מקרקעין של היתומים כדי לאפשר להם להתפרנס, לשיטת הרמ"ה, ואם כן, גם לא יוכל לשעבד מקרקעין לשם כך. שו"ת דבר אליהו (לרמן), סימן פב, משיב על כך, שאינו יכול למכור להאכיל מפני שייתכן שימצא מי שיאכילו את היתומים מתוך רחמים, אבל אם לווה לצורכם, הם חייבים להחזיר את ההלוואה מטעם שעבודא דרבי נתן, ולכן הוא יכול למכור את קרקעותיהם כדי לשלם, מה שאין כן במכירה כדי להאכיל, שעוד לא באו היתומים לכלל חיוב.

שו"ת הריב"ש, סימן קמא, סימן תסח וסימן תצה, ושו"ת מהר"י בן לב, חלק ד, סימן לא, פסקו כמו הרמ"ה. דעות חולקות: תשב"ץ, חלק ב, סימן קצ, שו"ת הרשב"ש, סימן רפט (ד"ה ומיהו), שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רסג, ושו"ת המבי"ט, חלק א, סימן קכב, פסקו כרא"ש, שהוא יכול למכור קרקע. כסף הקדשים, רצ, כד, כותב שהשולחן ערוך סובר כרא"ש. שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן קנה (ד"ה איברא דאיכא), מציין ששו"ת לחם רב, סימן קעו וסימן קצו, שו"ת מהר"ם די בוטון, סימן מד, ושו"ת מקור ברוך (קלעי), סימן ס (פג ע"ג), כתבו שיכול המוחזק לומר "קים לי" כרא"ש. בעי חיי שם (ד"ה וכתבתי בספר כנה"ג) ובספרו כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רצ, הגהות הטור, אות קסב, כותב שאם היתום מוחזק, הוא יכול לומר קים לי כרמ"ה שהמכר אינו תקף.

שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן קמח, וחלק ב, סימן עז, כותב שבגלל המחלוקת, אם מכר קרקע, המכירה בטלה. שו"ת הרי"מ, חו"מ, סימן ה (כמובא בשו"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן קיז), כותב שהדין בספק. שו"ת פני משה, חלק ב, סימן צז, דף קפד ע"ב (הובא בשו"ת רוב דגן, חלק א, הלכות דיינים, סימן א), כותב שבגלל המחלוקת, אין תוקף למעשי האפוטרופוס בקרקע, כי מספק יש להשאיר את הנכסים בידי היתומים.

[26] הרמ"ה שם (הובא במישרים, נתיב כו, חלק א, דף עא ע"ד).

שו"ת הריב"ש, סימן קמא וסימן תצה, פסק כמותו בעניין הגיל. שו"ת הרשב"ש, סימן תצז, פוסק כרמ"ה, וכותב שהרא"ש מסכים אתו. אבל בסימן שעג (ד"ה ומעתה) כתב שהרא"ש חולק על הרמ"ה, ופסק כרא"ש. שו"ת מהר"ם גאויזון, חלק א, סימן טז, עמ' סו, כותב כדעת הרמ"ה, אבל הוא כותב שאם חלק מהיתומים מעל גיל תשע, מועילה סמיכתם גם ליתומים שפחותים מגיל תשע. לעומתו, שו"ת בית ידידיה, סימן א (ד ע"ג), מבין בפשטות שלפי הרמ"ה, בכגון זה הוא נחשב אפוטרופוס רק לאלו שהם מעל גיל תשע. אגב, בית ידידיה כותב שהב"ח סובר כרמ"ה, אבל אין הדברים מפורשים בב"ח.

ר' שמואל הכהן, בתשובתו בשו"ת מהר"ם גאויזון שם, עמ' עא, כותב שאם הם מתחת לגיל תשע, בית הדין יכול לסלקו בלי שום הנמקה, שהרי ייתכן שהוא גנב שפיתה את היתומים בדברים, וימנו אחר במקומו; אבל אם הם מעל גיל תשע, יש תוקף למה שבחרו בו, בכלל התקנה שחכמים תיקנו שמועילה מכירתם משום כדי חייו (גיטין נט ע"א), ולא פלוג רבנן בין מה שכדי חייו למכירה אחרת, ולכן יכולים למנות מי שיטפל בנכסיהם, ואין לבית דין להתערב במינויו, אלא אם כן רואים בבירור שהוא אוכל את נכסיהם; וכוחו חזק אף מאפוטרופוס שמינהו אבי היתומים, כיוון שהיתומים רוצים אותו.

שו"ת חכם צבי (הנוספות), סימן ג, כותב שרמ"ה דיבר רק ביתומים שסמכו אצל מי שאינו ראוי למנותו אפטרופוס, כגון אשה או קרוב, אבל אם סמכו אצל מי שראוי למנות אפוטרופוס, יש לו דין אפוטרופוס גם לדעת הרמ"ה. אבל המהדיר לשו"ת מהר"ם גאויזון שם, הערה 16, מוכיח שמהר"ם גאויזון סובר שהדברים אמורים גם במי שראוי למנות אפוטרופוס.

אצלו: "יתומין שסמכו אצל בעל הבית, מיירי [=מדובר] כשהן בן ט', אבל פחות מבן ט' לא מהני סמיכתן". הרא"ה[27] סבור שאפוטרופוס למעשה מוסמך לטפל רק בנכסים של היתומים שבידו, ואינו יכול להוציא מידי אחרים נכסים של היתומים שבידם.

ערוך השולחן[28] מרחיק לכת יותר. הוא מצמצם את משמעות דברי הפוסקים, ולדבריו אף שכתבו בסתם שדינו כאפוטרופוס, "מכל מקום, לישא וליתן בנכסיהם, למכור ולקנות, אינו רשאי בלא רשות בית דין, אף בדברים שהאפוטרופוס רשאי לעשותן, דמי יימר [=שמי יאמר] שיודע איך להתנהג, ואף שאדם כשר הוא, אולי בעסק אינו יודע... אבל קטנים שסמכו מעצמם, מי יודע אותו? ולכן לא יעשה בלא רשות בית דין".

הרב עוזיאל[29] אינו מקבל את דברי ערוך השולחן, בטענה שהוא מרוקן מתוכן את תקנת חכמים שנתנו דין אפוטרופוס למי שהיתומים סמכו אצלו, ולכן הוא כותב כפשטות דברי הרא"ש: "בעל הבית שסמכו יתומים אצלו, הואיל והוא כאפוטרופוס שמינוהו בית דין, רשאי

שו"ת דבר אליהו (לרמן), סימן פב, כותב שגם לדעת הרמ"ה, אם סמכו אצל אמם, היא נחשבת אפוטרופוס למעשה גם אם הם פחות מבני תשע.

דעות חולקות: טור, חו"מ, סימן רצ, סעיף לא, כותב שלדעת הרא"ש חל דין יתומים שסמכו גם בקטן ממש שסמך. כמו כן, שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן קכט, מזכיר דין יתומים שסמכו גם על קטן שזה עתה נולד. משנה למלך, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ו, מוכיח משו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן פז, ומשו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן מט, שהוא סובר כרא"ש. שו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן תתצ (תמט), פוסק כרא"ש. פד"ר, כרך ב, עמ' 168, מדייק מסתימת לשון השולחן ערוך, שהוא סובר כרא"ש, וכך הוא מדייק (בעמ' 170) מסתימת לשון שו"ת הרי"ף, סימן קס, ושו"ת הר"י מיגאש, סימן קעח.

שו"ת מהר"י בן לב, חלק א, סימן צו (צד), כותב שהמוחזק יכול לטעון "קים לי" כרא"ש, שיש דין אפוטרופוס למעשה גם בקטנים מתחת לגיל תשע.

שו"ת פני משה, חלק ב, סימן צז, דף קפד ע"ב (הובא בשו"ת רוב דגן, חלק א, הלכות דיינים, סימן א), כותב שבגלל המחלוקת, אין תוקף למעשי האפוטרופוס למעשה בכגון זה, מפני שמספק יש להשאיר את הנכסים בידי היתומים.

מהר"ם מרוטנבורג, שערי תשובות, חלק א (כ"י פרמא), סימן שיח (עמ' 50), נוקט כתנאי, שיהיו היתומים בני שש או שבע. ים של שלמה, גיטין, פרק ה, סימן ז, כותב שגם לדעת הרא"ש, אם הם פחות מגיל חמש, אין להם דעת להתחבר לבעל הבית, ואי אפשר לומר שהם "סמכו" אצלו. אבל פד"ר, כרך ב, עמ' 170, כותב ששאר הפוסקים שלא חילקו בזה, סוברים שאין שום מגבלת גיל.

שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן נא, ושו"ת שרידי אש (מהד' תשנ"ט), חלק א, סימן קלה, אות ו, מזכירים את המחלוקת.

[27] רא"ה, המובא בחידושי הר"ן, גיטין נב ע"א. כך כותב גם חידושי הריטב"א (רבנו קרשקש), גיטין נב ע"א, בשם רבו (הובא בשו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן לז) – הרא"ה. ראה על דבריו בהערה 2 ובהערה 11.
דעות חולקות: משנה למלך, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ו, כותב ששו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן מט, ושו"ת פני משה, חלק א, סימן סט, חולקים על הגבלה זו. כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רצ, הגהות הטור, אות קנד, כותב שהטור ושו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן מו, חולקים על הגבלה זו. שו"ת אשר לשלמה (אבן דנאן), סימן לט (ד"ה אלא דאכתי), כותב שהשולחן ערוך חולק על הגבלה זו. שערי עוזיאל, מבוא, פרק ג, עמ' 18 במהד' תש"ד, עמ' 30 במהד' תשנ"א, כותב שזו דעת יחיד, ושמהשולחן ערוך משמע שסמכותו של אפוטרופוס אינה מוגבלת לנכסי היתומים שבידו, שלא כריטב"א. שו"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן קיז, כותב שבגלל המחלוקת, יש ספק בדין.
על סייג זה ראה גם ערך השולחן (טייב), חו"מ, סימן רצ, ס"ק י.

[28] ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף מב. תימוכין לדבריו יש בשו"ת כתב סופר, חו"מ, סימן כב, הכותב שהכרה באדם כאפוטרופוס למעשה נעשית לאחר שתיפקד זמן רב כאפוטרופוס ולאחר שכבר הוכיח את יכולתו. לדעת הדיין ר' מנחם מנדל שפרן ור' בונים שרייבר, יש לפסוק כדעת ערוך השולחן.

[29] שערי עוזיאל, שער ט, פרק א, אות יג (עמ' קיח במהד' תש"ד, עמ' קלג במהד' תשנ"א).

להתעסק בנכסי היורשים ולמכור נכסיהם או להחליפם באחרים שלא ברשות בית דין". ובתשובה לטענת ערוך השולחן שייתכן שאין זה אדם כשר או שאינו יודע לנהל עסק, כותב הרב עוזיאל: "ואם ראו בית דין שלא עשה כדין ולטובת היתומים, מבטלין מעשיו".

נמצאנו למדים, שעל אף קביעתו העקרונית של הרא"ש, שיש לו "כל דין אפוטרופוס שמינוהו בית דין או אבי יתומים", פוסקים אחדים סבורים שמעמדו וסמכויותיו של אפוטרופוס זה מצומצמות ביחס למעמדו של אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין או על ידי אבי היתומים.

פרק שלישי

חובותיו של אפוטרופוס למעשה – "חובותיו... יהיו לפי הוראות פרק זה"

א. מבוא

החוק קובע שהחובות המוטלות על אפוטרופוס למעשה זהות לאלו המוטלות על אפוטרופוס שמונה על ידי בית המשפט.

בדיון בסעיף 64 לחוק ראינו שלפי המשפט העברי גם אביהם של היתומים מוסמך למנות אפוטרופוס, ובסעיף 53 עמדנו על הבדלים בין אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים לבין מי שמונה על ידי בית הדין לעניין החובה למסור דוח ולעניין החובה להישבע. על רקע זה, ננסה לברר אם אפוטרופוס למעשה דומה לאפוטרופוס שמינה בית הדין או לאפוטרופוס שמינה אבי היתומים לעניין חובות אלה.

ב. הגשת דוחות

כפי שראינו בדיוננו בסעיף 53, השולחן ערוך[30] פוסק שאין על אפוטרופוס חובה להגיש דין וחשבון בסיום כהונתו, בין אם מונה על ידי בית הדין ובין אם מונה על ידי אבי היתומים. לאור זה יש להניח שלפי השולחן ערוך, גם אפוטרופוס למעשה אינו חייב להגיש ליתומים דין וחשבון בסיום כהונתו[31].

לעומת זאת, ראינו שם שהרמ"א[32] פוסק שאפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים חייב להגיש דוח מפני שהוא פטור מלהישבע על טענת "שמא" של היתומים, והדוח יאפשר להם לברר את מצב נכסיהם, ויוכלו לטעון כלפיו טענת ודאי שתחייב אותו להישבע; ואילו אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין פטור מהגשת דוח מפני שאין צורך בכך, כיוון שבלאו הכי הוא חייב להישבע על טענת "שמא" של היתומים. לאור זה, יש להניח שלדעת הרמ"א, השאלה אם אפוטרופוס למעשה חייב בהגשת דוח תלויה תלות הפכית במחלוקת שנביא להלן, בשאלה האם הוא חייב להישבע על טענת "שמא" של היתומים: אם הוא פטור משבועה, הוא חייב בהגשת דוח, ואם הוא חייב שבועה, הוא פטור מהגשת דוח.

[30] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף טז.

[31] כך עולה גם משו"ת משפט צדק (מלמד), חלק ב, סימן נז (קכג ע"ב), הכותב שמי שלא מינוהו בית דין ולא אבי היתומים, וגם היתומים לא סמכו אצלו, אלא ירד לנכסי היתומים בלי רשות, צריך לתת חשבון. משמע שאם לא נתמנה אלא היתומים סמכו אצלו, אינו צריך לתת חשבון.

[32] רמ"א, חו"מ, סימן רצ, סעיף טז.

ר׳ אברהם די בוטון[33] פוסק שאפוטרופוס למעשה אינו חייב למסור חשבון.

הרמ״א[34] כותב שאם אמו של היתום משמשת לו אפוטרופוס למעשה, בית הדין רשאי להטיל עליה לתת חשבון, אם ראו צורך בכך, מפני שאין חשש שהדבר ירתיע אותה מלשמש כאפוטרופוס, שכן אהבתה לבנה מן הסתם תגבור על חשש כזה.

ג. שבועת האפוטרופוס

כפי שראינו בדיוננו בסעיף 53, אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין צריך להישבע כלפי היתומים, גם אם הם טוענים כלפיו רק טענת ״שמא״, ואילו אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים אינו צריך להישבע, מחשש שאנשים לא יסכימו להתמנות כאפוטרופוס אם ידעו שיצטרכו להישבע. חשש זה אינו קיים באפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין, שכן מינוי בית דין מפרסם את האפוטרופוס כאדם מהימן, והשבועה היא מחיר שהוא מוכן לשלם עבור הנאה זו, מן הסתם.

הפוסקים נחלקו בשאלה האם אפוטרופוס למעשה דומה לעניין זה לאפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין או אפוטרופוס שמונה על ידי האב.

יש הסבורים[35] שאין לחייבו להישבע, מחשש שחיוב זה ירתיע אנשים מלשמש כאפוטרופוס למעשה. וקל וחומר הדברים: אם חששו חכמים שאפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים יירתע מלקבל עליו את התפקיד אם יידרש להישבע, אף שיש להניח שקיבל טובת הנאה מאבי היתומים, קל וחומר שיש לחשוש שהשבועה תרתיע אנשים מלשמש כאפוטרופוס למעשה, שהרי לא קיבלו דבר מאבי היתומים.

מנגד סבורים אחרים[36] שאם חייבו חכמים אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין להישבע,

---

[33] שו״ת לחם רב, סימן קצו.

[34] רמ״א, חו״מ, סימן רצ, סעיף כד. מקורו בשו״ת הריב״ש, סימן תצה, בסופו. וראה הערה 35, ששושנת יעקב סבור שלפי התוספות, הדין כך בכל אישה.

[35] השגות הראב״ד על הרי״ף, גיטין כו ע״ב, בדפי הרי״ף (הובא בשו״ת דברי ריבות, סימן קכג); חידושי הרמב״ן, גיטין נב ע״א; חידושי הרשב״א, גיטין שם, ד״ה הנהו; שו״ת הרשב״א, חלק ב, סימן מט; חידושי הריטב״א (רבנו קרשקש), גיטין שם, ד״ה הנהו; חידושי הרמ״ה ושיטות קדמונים, גיטין נב ע״א, עמ׳ לה (=חידושים מכתב יד המיוחסים לריטב״א, עמ׳ לז), בשם הראב״ד; תלמיד הרשב״א, מובא בשיטה מקובצת, כתובות פח ע״ב; חידושי הר״ן, גיטין שם, ד״ה יתומים; מגיד משנה, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה י; מהר״ם שיף, גיטין שם, בדעת תוספות, כתובות פח ע״ב, ד״ה וקמיפלגי; תפארת שמואל, על הרא״ש, גיטין, פרק ה, סימן ו.
הנימוק שבטקסט מקורו ברמב״ן. הראב״ד מנמק שאין לשלם רעה תחת טובה, שאחרי שאדם זה גמל חסד עם היתומים, יצטרך להישבע.
תוספות, כתובות שם, כותבים שאם זו אישה, משביעים אותה, מפני שלא איכפת לנו אם תימנע מלשמש כאפוטרופוס, שהרי באופן כללי אין ממנים נשים כאפוטרופוס, כפי שראינו בסעיף 34, עמ׳ 41 (כך הסביר מהרש״א שם את דבריהם). שושנת יעקב (הורוויץ), חו״מ, סימן רצ, סעיף כד, העיר ששיטה זו אינה עולה בקנה אחד עם פסיקת הרמ״א (לעיל, ליד ציון הערה 34), שלגבי אמו של היתום אין חשש שתימנע בשל כך ליטול עליה את התפקיד, ומשמע שבאישה אחרת מתחשבים בחשש זה.

[36] תשובות הגאונים (הרכבי), סימן קיז; שו״ת הרי״ף, סימן קסא; הרמ״ה, המובא בחידושי הרמ״ה ושיטות קדמונים, גיטין נב ע״א, עמ׳ מ (=חידושים מכתב יד המיוחסים לריטב״א, עמ׳ מד); רא״ש, גיטין, פרק ה, סימן ו; מישרים, נתיב כו, חלק א (דף עא ע״ד).
ראה על כך בהרחבה: נוה צדק (מירקאדו), הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ה; ריינין (לעיל, עמ׳ 361, הערה 2), עמ׳ 234; אוצר מפרשי התלמוד, גיטין נב ע״א, עמ׳ רנה, אחרי ציון הערה 22.

קל וחומר שיחייבו אפוטרופוס למעשה, שמעולם לא זכה לאמון בית הדין או לאמון אבי היתומים, ויש לחשוש שהוא אדם שאינו הגון שפיתה את היתומים לסמוך עליו ולראות בו כאפוטרופוס שלהם, כדי שיוכל לנצל את מעמדו להפקת רווחים וטובות הנאה על חשבונם של היתומים. אשר לחשש שהשבועה תרתיע אנשים מלשמש כאפוטרופוס, ממה נפשך: אם הוא אדם לא הגון, אדרבה, טוב שיירתע; ואם הוא אדם הגון, ועושה לשלם שמים, לעזור ליתומים שאין מי שעוזר להם, השבועה לא תרתיע אותו[37]. זאת ועוד: לגבי אפוטרופוס שמינהו אבי היתומים, רואים כאילו מחל לו האב על חיוב השבועה, מחשש שאם יצטרך להישבע, יסרב לשמש אפוטרופוס; אבל באפוטרופוס למעשה אין מי שיכול למחול לו, שהרי יתומים אינם בני מחילה[38].

השולחן ערוך[39] מביא את שתי הדעות ואינו מכריע ביניהן.

פרק רביעי

אחריותו של אפוטרופוס למעשה – "אחריותו... יהיו לפי הוראות פרק זה"

הסעיף קובע שהאחריות המוטלת על אפוטרופוס למעשה זהה בהיקפה לזו המוטלת על אפוטרופוס שמונה על ידי בית המשפט.

בדיוננו בסעיף 57, פרק שני, ראינו שהרמב"ן מבחין בין אפוטרופוס שמינה בית הדין, הנושא באחריות לכל נזק או הפסד שנגרם לנכסי היתומים, לבין אפוטרופוס שמינה אבי היתומים, שאינו נושא באחריות גם אם הנזק נגרם בשל פשיעתו, מחשש שמא הטלת האחריות תרתיע אנשים מלהיעתר לבקשת האב שישמשו כאפוטרופסים.

על רקע זה מתעוררת השאלה האם האחריות המוטלת על אפוטרופוס למעשה זהה בהיקפה לאחריות המוטלת על אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים, או לאחריות המוטלת על אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין?

לדעת הריב"ש[40], אפוטרופוס למעשה פטור מאחריות, משום שבאפוטרופוס כזה אין מינוי

[37] ראו"ש שם.

[38] ראו"ש שם.

[39] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף כד. גם טור, חו"מ, סימן רצ, סעיף לא, תשב"ץ, חלק ב, סימן קצ, ושו"ת משפט צדק, חלק ב, סימן נז, דף קכג ע"ב, מביאים את שתי הדעות. העיטור, אפיטרופוס, דף עח ע"א (במהד' רמ"י), ליד אות ה, כותב שהוא פטור משבועה, ושם דף עח ע"ד, ליד אות מב, כותב שהוא חייב להישבע.
שו"ת לחם רב, סימן קצו, כותב שהוא יכול לטעון "קים לי" כדעה שהוא פטור משבועה.
לעיין הלכות אחרות: אפוטרופוס למעשה אינו יכול להתפטר אחרי שהחזיק בנכסים, ככל אפוטרופוס – ראה על כך בסעיף 60, עמ' 301.
אפוטרופוס למעשה שגרם הפסד ליתומים, מסלקים אותו ככל אפוטרופוס – ראה על כך בסעיף 61, עמ' 316; וראה שם, עמ' 120, אשר לתנאים לסילוקו.

[40] שו"ת הריב"ש, סימן תסח.
גם שו"ת לחם רב, סימן קצו, כותב שלדעת הרמב"ן, כמו שאפוטרופוס שמינהו אבי יתומים פטור מפשיעה, כך גם אפוטרופוס למעשה, כיוון שהוא עצמו אומר לעניין חיוב שבועה (לעיל, הערה 35), שבאפוטרופוס למעשה יש יותר חשש שיימנע בגלל חיוב. אבל הוא כותב שלפי הרא"ש, האומר לעניין שבועה (לעיל,

המפרסם את שמו כאדם מהימן ועל כן יש לחשוש שהטלת אחריות תרתיע אותו מלקבל על עצמו את התפקיד.

מכל מקום, אין לדברים אלו נפקות למעשה, כיוון שהשולחן ערוך[41] הכריע שאפוטרופוס משני הסוגים חייב בפשיעה, ואם כן, כך יהיה דינו של אפוטרופוס למעשה[42].

פרק חמישי

סיכום

לפי החוק, החובות והאחריות המוטלות על אפוטרופוס מוטלות גם על "מי שפועל כאפוטרופוס", ולפי הפסיקה, יש לו גם סמכויות כשל אפוטרופוס לגבי התחומים שהוא רוצה לפעול בהם. מקורו של החידוש בדבר מי שפועל למעשה כאפוטרופוס בלא שנתמנה לכך הוא בהלכת המשפט העברי בדבר יתומים שסמכו אצל בעל הבית.

לפי הדעה הרווחת, האפוטרופסות למעשה מבוססת על תקנת חכמים, שנועדה להבטיח את סיפוק צרכיהם של היתומים, ונראה שכך יש לפרש את סמכויותיו.

התנאים להכרה במעמדו של אדם כאפוטרופוס למעשה הם: (א) שהאפוטרופסות היא כלפי קטין יתום, לרבות קטין שהוריו הזניחוהו, או בוגר שאינו מסוגל לנהל את ענייניו בעצמו; (ב) שסמיכת היתומים על האפוטרופוס נעשתה ביוזמתם של היתומים ("הם מעצמם"), אבל די בכך שיביעו רצון שבפלוני יטפל בהם, ובכלל זה הבעה מכללא; (ג) ושאדם זה "נשתדל בשלהם", כלומר, שאין די בהאכלת היתומים אלא בטיפול מלא בצרכיהם.

מי שהיתומים סמכו אצלו מוסמך לפעול כאפוטרופוס גם אם כבר יש ליתומים אפוטרופוס ממונה.

לפי רוב הפוסקים, היקף סמכויותיו של אפוטרופוס למעשה זהה להיקף סמכויותיו של אפוטרופוס ממונה. אבל אחרון הפוסקים, בעל ערוך השולחן, מצמצם את סמכויותיו, והוא סבור שאינו מוסמך לשאת ולתת בנכסיו.

החוק קובע שהחובות המוטלות על אפוטרופוס למעשה זהות לאלו המוטלות על אפוטרופוס שמונה על ידי בית המשפט. במשפט העברי חלוקות הדעות בשאלה האם

הערה 36) שבאפוטרופוס למעשה יש להתחשב פחות בחשש שיימנע, הוא חייב בפשיעה. הוא פוסק שהאפוטרופוס למעשה יכול לטעון "קים לי" כפוטרים בפשיעה.

לעומת זאת, שו"ת דברי ריבות, סימן קכג, בסופו, כותב שלפי הרמב"ן הוא חייב בפשיעה, כיוון שלגביו אין חשש שיימנעו אנשים, שהרי "אם אינו הגון, ימנע וימנע, ואם אדם הגון הוא, ועושה לשם שמים בשביל שרואה שאין להם עוזר וסומך, לא ימנע בשביל השבועה", כפי שכתב רא"ש, גיטין, פרק ה, סימן ו, שמטעם זה הוא חייב להישבע. בכך הוא חוזר בו ממה שכתב לפני כן (ד"ה ובר), שאפוטרופוס מסוג זה פטור לפי הרמב"ן, כיוון שהראב"ד, המובא ברא"ש שם, כותב שגם לעניין מי שיתומים סמכו אצלו, יש חשש שיימנע, לעניין שבועה. גם לדעת ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף מב, "בסמכו מעצמם מחוייבין בית דין תיכף להשגיח מי זה האיש וכו', וממילא דינו כמינוהו".

ראה גם ריינין, עמ' 96–99.

[41] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף כ.

[42] גם שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן רא, פוסק שהוא חייב בפשיעה.

אפוטרופוס למעשה חייב בהגשת דין וחשבון בסיום כהונתו, או בשבועה שלא מעל בכספי היתומים או שלא גרם להם הפסד.

לפי החוק, האחריות המוטלת על אפוטרופוס למעשה זהה בהיקפה לזו המוטלת על אפוטרופוס שמונה על ידי בית המשפט. גם לפי המשפט העברי, הוא נושא באחריות לנזק שנגרם בשל פשיעתו כמו אפוטרופוס אחר.

פרק שישי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

אפוטרופוס למעשה

67. מי שפועל כאפוטרופוס, אחריותו כלפי אדם שמונה לו אפוטרופוס או שבית המשפט היה רשאי למנות לו אפוטרופוס, יהיו לפי הוראות פרק זה, אף אם לא נתמנה כלל או שהיה פגם במינויו או שהתפטר או פוטר או שפקעה אפוטרופסותו, ובלבד שאדם זה הביע הסכמתו לכך, במפורש או מכללא, וסמכויותיו של מי שפועל כאפוטרופוס כאמור, יהיו כאפוטרופוס שנתמנה, ככל שפעולותיו הן הכרחיות למי שהוא פועל למענו.

סעיף 68

סמכות כללית לאמצעי שמירה

סמכות כללית לאמצעי שמירה

68. (א) בית המשפט רשאי, בכל עת, לבקשת היועץ המשפטי לממשלה או בא־כוחו או לבקשת צד מעוניין ואף מיזמתו הוא, לנקוט אמצעים זמניים או קבועים הנראים לו לשמירת עניניו של קטין, ושל אדם שמונה לו אפוטרופוס, אם על־ידי מינוי אפוטרופוס זמני או אפוטרופוס־לדין, ואם בדרך אחרת; וכן רשאי בית המשפט לעשות, אם הקטין או האדם שמונה לו אפוטרופוס פנה אליו בעצמו.

(ב) היתה הבקשה להורות על ביצוע ניתוח או על נקיטת אמצעים רפואיים אחרים, לא יורה על כך בית המשפט אלא אם שוכנע, על פי חוות דעת רפואית, כי האמצעים האמורים דרושים לשמירת שלומו הגופני או הנפשי של הקטין או האדם שמונה לו אפוטרופוס, לאחר ששקל את רצונו של האדם, חשיבות הטיפול, נחיצותו, דחיפותו, הפגיעה האפשרית באורח חייו ואת סיכויי השיפור באיכות חייו של האדם.

(ג) בפרק זה, למעט בסעיף 80, "אדם שמונה לו אפוטרופוס" – לרבות אדם שבית המשפט רשאי למנות לו אפוטרופוס, והוא אף אם עדיין לא הוברר אם התקיימו התנאים למינוי.

ס"ק (א) מעניק לבית המשפט סמכות רחבה לשם שמירת עניניו של קטין.

וכך היא עמדת המשפט העברי: האחריות על היתומים רובצת על כתפי בית הדין, ועליו לנקוט אמצעים לשמירת נכסיו של הקטין או למנות מיוזמתו אפוטרופוס. וכך כותב השולחן ערוך[1]: "ואם לא מינהו [האב], בית דין חייבים להעמיד להם אפוטרופוס עד שיגדילו, שבית דין הוא אביהם של יתומים. הגה: ואם הבית דין בעצמו רוצים להתעסק בצרכי היתומים, הרשות בידן".

ובמקום אחר כותב השולחן ערוך[2]: "כשאמרו 'מעמידים אפוטרופוס'[3], לא אמרו אלא להקל על הבית דין, הא אם ראו בית דין דלא [=שלא] למנות אפוטרופוס ויחפשו הם אחר זכות היתומים, אין לך אפוטרופוס טוב מהם".

לבית הדין יש סמכות גם להעמיד אפוטרופוס זמני[4]. בית הדין יכול גם למנות אפוטרופוס

[1] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף א.

[2] שולחן ערוך, חו"מ, סימן קי, סעיף יא.

[3] הכוונה למצב שגובים מהיתומים חוב שאביהם היה חייב, ומעמידים אפוטרופוס שידאג לזכויות היתומים הקטנים, כאמור ליד ציון הערה 7.

[4] המושג "אפוטרופוס לשעה" נזכר בתלמוד הירושלמי תרומות, פרק א, הלכה א: "כאן באפוטרופוס לעולם, כאן באפוטרופוס לשעה". וראה מ' זילברג, המעמד האישי בישראל, עמ' 53, הערה 46.

לייצג קטין בדין[5], או לדאוג לזכויותיו בחלוקת עיזבון[6] או בתשלום חוב שירש מאביו[7]. בתקנות בתי הדין הרבניים[8] נקבע לעניין מינוי אפוטרופוס להליך משפטי: "בכל עניין הנדון בפני בית הדין שקטן צד בו, רשאי בית הדין למנות אפוטרופוס אשר יגן על זכויותיו".

הסעיף קובע שבית המשפט יכול לפעול "בדרך אחרת", היינו לטפל בקטין שלא במינוי אפוטרופוס. דוגמה לכך מצאנו במשפט העברי, שלפי השולחן ערוך[9], בית הדין עצמו מוסר את כספי היתומים לאדם נאמן שיסחור בהם, בלי למנות אפוטרופוס.

מס"ק (ב) עולה שבית המשפט מוסמך גם להורות על נקיטת אמצעים רפואיים לטובת הקטין, והוא נותן הנחיות איך על בית המשפט להפעיל סמכות זו.

גם בעניין זה, המשפט העברי רואה את הדברים עין בעין עם החוק. בית הדין הרבני האזורי ירושלים[10] הסתמך על פסיקת בית המשפט לענייני משפחה בחיפה[11], שקבע, גם לעניין חיסון נגד קורונה, תוך איזכור הוראות ס"ק (ב): "בביצוע חיסונים שגרתיים אין צורך בקבלת חוות דעת רפואית ובירירת המחדל היא שיש לפעול על פי הנחיית הרשויות ולערוך את החיסונים... למעט מקרים בהם יש טעם בגינו יומלץ שלא לבצע חיסון כלשהו". יצויין שבמקרה הנידון לא היה אפוטרופוס, אלא היה ויכוח בין ההורים אם לחסן את הילד.

לאור האמור, נראה שהסעיף מתאים למשפט העברי.

סמכות כללית לאמצעי שמירה

68. (א) בית המשפט רשאי, בכל עת, לבקשת היועץ המשפטי לממשלה או בא־כוחו או לבקשת צד מעוניין ואף מיזמתו הוא, לנקוט אמצעים זמניים או קבועים הנראים לו לשמירת עניניו של קטין, ושל אדם שמונה לו אפוטרופוס, אם על־ידי מינוי אפוטרופוס זמני או אפוטרופוס־לדין, ואם בדרך אחרת; וכן רשאי בית המשפט לעשות, אם הקטין או האדם שמונה לו אפוטרופוס פנה אליו בעצמו.

(ב) היתה הבקשה להורות על ביצוע ניתוח או על נקיטת אמצעים רפואיים אחרים, לא יורה על כך בית המשפט אלא אם שוכנע, על פי חוות דעת רפואית, כי האמצעים האמורים דרושים לשמירת שלומו הגופני או הנפשי של הקטין או האדם שמונה לו אפוטרופוס, לאחר ששקל את רצונו של האדם, חשיבות הטיפול, נחיצותו, דחיפותו, הפגיעה האפשרית באורח חייו ואת סיכויי השיפור באיכות חייו של האדם.

(ג) בפרק זה, למעט בסעיף 80, "אדם שמונה לו אפוטרופוס" – לרבות אדם שבית המשפט רשאי למנות לו אפוטרופוס, והוא אף אם עדיין לא הוברר אם התקיימו התנאים למינוי.

[5] רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק יב, הלכות ה–ו; שולחן ערוך, חו"מ, סימן קי, סעיפים ד–ה. וראה גם שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן תלד.

[6] קידושין מב ע"א; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רפט, סעיף א.

[7] שולחן ערוך, חו"מ, סימן קי, סעיפים א, ד, ו, ט.

[8] תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בישראל, התשנ"ג־1993, תקנה קפד.

[9] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף ח. אבל הרמ"א שם כותב שיש להעמיד אפוטרופוס שיטפל בכספי היתומים. על המחלוקת ראה לעיל, עמ' 203–204.

[10] תיק 943493/13 (נדפס גם באסיא, קכא–קכב, מרחשוון תשפ"ב, עמ' 140–149).

[11] תלה"מ 03־20־8386 ל' נ' ל' פ'.

סעיף 72

מעמדם של קרובים

מעמדם של קרובים

72. בכל ענין לפי חוק זה רשאי בית המשפט, גם מיזמתו הוא, לשמוע דעתם של קרובי הקטין, פסול־הדין או האדם שמונה לו אפוטרופוס, ככל שבית המשפט ימצא לרצוי לשמעם.

הסעיף שבפנינו מעניק מעמד מיוחד לקרובי הקטין, ומתיר לבית המשפט לשמוע את דעתם בכל הקשור למינוי אפוטרופוס עליו או לטיפול בו על פי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

המשפט העברי הכיר בכך שעל בית הדין לשמוע את קרובי החסוי, כדי לדאוג בצורה מיטבית לצרכיו. הריב״ש[1] כותב שגם מי שאינו אפוטרופוס לפי דין, ״מכל מקום, במה שטוען לתועלת היתומים, שומעין לו, כי קרוב הוא״. בנידונו, האלמנה באה לגבות את כתובתה מנכסי היתומים, וקרוב של היתומים דרש להטיל ״חרם סתם״ על מי שיודע על נכסים שהיו של הבעל ומסתיר זאת.

כמו כן, נהגו בג׳רבא להתחשב בדעת הקרובים בשאלה את מי ראוי למנות כאפוטרופוס ליתומים. כך מעיד ר׳ כלפון משה הכהן[2]:

> בזמננו זה, מינוי האפוטרופא ליתומים קטנים הוא באופן זה, ששלשה מקרובי הבעל ושלשה מקרובי האלמנה נועדים לפני הדיינים פה, ונושאים ונותנים בדבר, למי ראוי למנות... לכן ראוי להזמין הקרובים מצד האב ומצד האם, אם לבחור מהם או לעשות על כל פנים בהסכמתם.

כמו כן, על מה שכתב הט״ז[3], שאם היו שני אפוטרופסים ומת אחד מהם, יש למנות מי שימלא את מקומו, כתב ר׳ יצחק פלאג׳י[4]: ״והכל כפי מהות האדם, ולפי ראות הדיין ובעלי משפחתם״.

עם זאת, אין לקרובים זכות ווטו על מינוי אפוטרופוס שבית הדין רוצה למנות. גם הקרובים מצד האב, שלכאורה יש להם עניין בזהות האפוטרופוס כיוון שאם ימות היתום, הם יירשו את הנכסים, אינם זכאים לעכב את מינוי האפוטרופוס, מכיוון שבמצב הנוכחי הנכסים אינם שלהם[5].

לאור האמור, נראה שהסעיף מתאים למשפט העברי.

[1] שו״ת הריב״ש, סימן שכה.
[2] ברית כהונה, חו״מ, חלק א, מערכת א, אות ב.
[3] ט״ז, יו״ד, רנח, ס״ק ה. ראה על דבריו בדיוננו בסעיף 53, עמ׳ 234.
[4] יפה ללב, חלק ד, חו״מ, סימן רצ, סעיף א.
[5] שו״ת הרשב״א, חלק ב, סימן קמו (הובא בב״י, חו״מ, סימן רצ, סעיף ג, ובשו״ת דברי ריבות, סימן תיא).

מעמדם של קרובים

72. בכל ענין לפי חוק זה רשאי בית המשפט, גם מיזמתו הוא, לשמוע דעתם של קרובי הקטין, פסול־הדין או האדם שמונה לו אפוטרופוס, ככל שבית המשפט ימצא לרצוי לשמעם.

נספח ראשון

ייפוי כוח מתמשך

תיקון מס׳ 18 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות משנת תשע״ו (2016) הוסיף לחוק, בין היתר, את זכותו של אדם לערוך ״ייפוי כוח מתמשך״, שעל פיו יוכל מיופה הכוח לפעול כאשר אותו אדם כבר לא יהיה מסוגל לפעול בעצמו עקב זקנה או מחלה, ואף פעולות הנוגעות לגופו. סעיפים 32א עד 32לה, שנוספו לחוק בפרק מיוחד, מפרטים באריכות את דרכי מינוי מיופה הכוח ואת היקף סמכויותיו.

כפי שנאמר בדברי ההסבר להצעת החוק[1], התיקון לחוק נועד לאפשר לאדם לממש את האוטונומיה שלו, דבר שאינו מתקיים במוסד האפוטרופסות באופן מלא. זאת מפני שמיופה הכוח מתמנה על ידי האדם עצמו ופועל בהתאם לרצונו המוצהר של הממנה, על פי הוראותיו המפורטות במסמך ייפוי הכוח, ואילו אפוטרופוס מתמנה על ידי בית המשפט ופועל לפי מה שנראה בעיניו (ובעיני בית המשפט) הדרך הסבירה לנהוג בה. אמת, בענייני אפוטרופסות החוק מכיר באוטונומיה של רצונו של אדם בהיקף מצומצם יותר מן המשפט העברי, שהרי לפי החוק אין אדם זכאי למנות אפוטרופוס, ובית המשפט בלבד הוא הממנה את האפוטרופוס, אמנם תוך כיבוד רצונו של האדם[2]. המשפט העברי לעומתו, הנותן משמעות רבה יותר לאוטונומיה של האדם, מאפשר לאביו של החסוי למנות אפוטרופוס בלא הסכמת בית המשפט, ואין בית המשפט ממנה אפוטרופוס אלא אם לא נתמנה על ידי האדם עצמו.

עולה אפוא, שמבחינת המשפט העברי, אין צורך במוסד ייפוי הכוח המתמשך[3], וכשם

[1] הצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון מס׳ 19), התשע״ה־2014, הצ״ח 890.

[2] ראה סעיף 64 לחוק.

[3] מבחינה מושגית, ייפוי כוח מתמשך אינו סוג של אפוטרופסות, אלא סוג של שליחות, והוא מהווה תחליף לאפוטרופסות, ועל כן לא עסקנו בו בגוף הספר.
הבעיה העיקרית שמעוררת ייפוי הכוח המתמשך מבחינת דיני השליחות במשפט העברי, היא תוקפה של השליחות כאשר המשלח מאבד את כשירותו המשפטית. לפי חלק מן הפוסקים ובראשם הטור, גם אם המשלח היה כשיר כשמינה את השליח, הרי אם המשלח מאבד את כשירותו, אין השליח יכול לפעול בשמו כל זמן שהמשלח חסר כשירות (מקורות לכך הובאו בחוק לישראל, שליחות, עמ׳ 656). לעומת זאת, דעת הרמב״ם היא שהשליחות תקפה גם במצב זה. כך עולה מדברי רמב״ם, הלכות גירושין, פרק ב, הלכה טו (להוכחה שזו דעת הרמב״ם, ראה שם, עמ׳ 657; להנמקת דעתו, ראה שם, עמ 659–660; אבל ראה שם, הערה 271, שיש אומרים שגם לדעת הרמב״ם, השליחות אינה תקפה, חוץ מבגירושין, מן התורה). אם כן, השימוש בייפוי כוח מתמשך כדי לאפשר פעולות של אדם שהפך לחסר כשירות, שנוי במחלוקת במשפט העברי. אם כי, לדעת חלק מן האחרונים כך נוקט גם הטור, ולא נחלקו הוא והרמב״ם אלא ביחס למינוי שליח לגירושין בלבד (מקורות לכך הובאו שם, עמ׳ 661).
בעיה נוספת נוגעת לסוגים מסוימים של פעולות משפטיות, שלגביהם נחלקו הדעות בשאלה האם אפשר לעשותן על ידי שליח: הפקרת נכס, התחייבות, הודאה ומחילה (מקורות לכך הובאו שם, עמ׳ 14–15). לפי הדעות שאי אפשר לעשותן על ידי שליח, לא יועיל לגביהן ייפוי כוח מתמשך. אולם יש לציין שגם סעיף 32ו לחוק שולל את סמכותו של מיופה הכוח לעשות פעולות מסוימות.

שיכול אדם למנות אפוטרופוס על ילדיו, כך יוכל למנות אפוטרופוס על עצמו, שיפעל בשעה שלא יוכל הוא עצמו להביע את רצונו. וכך היא דעתם של דיינים בכירים[4]. אבל מינוי אפוטרופוס של אדם על עצמו לא היה נהוג בעבר, ואין בספרות המשפט העברי הוראות מסוימות בקשר לכך. אי לזאת, מן הראוי שהוראות המשפט העברי האמורות באפוטרופוס המתמנה על ידי האדם, להבדיל מאפוטרופוס המתמנה על ידי בית דין, יחולו בשינויים המחויבים, גם באפוטרופוס המתמנה על ידי האדם על עצמו.

בעיה חריפה יותר היא עשיית פעולות במושאים שעדיין אינם קיימים בשעת מינוי מיופה הכוח, או שהם קיימים אלא שיש בינתיים מניעה משפטית לעשות בהם את הפעולה המשפטית המבוקשת. לפי חלק מהפוסקים, אי אפשר למנות שליח לבצע פעולה בדבר שלא בא לעולם (מקורות לכך הובאו שם, עמ׳ 215). מצב שכיח הוא שעובר זמן רב בין מתן ייפוי הכוח המתמשך לבין הצורך בביצוע פעולה על ידי מיופה הכוח, ולכן הצורך בביצוע פעולות במושאים שלא היו קיימים בעת מתן ייפוי הכוח יהיה שכיח גם הוא. לפי הדעה הנזכרת, לא יוכל מיופה הכוח לבצע פעולות אלה. אמנם בשליחות רגילה בעיה זו עשויה לבוא על פתרונה, לפי חלק מן הפוסקים, במינוי מוקדם (ראה שם, עמ׳ 153–159), אולם פתרון זה אינו הולם את ייפוי הכוח המתמשך, שתנאי לתוקפו על פי המשפט העברי הוא כניסתו לתוקף בשעה שהממנה עדיין בעל כשרות.

עניין אחר הוא סמכותו של מיופה הכוח לתת את הסכמתו לביצוע פעולות רפואיות מסוימות בגופו של הממנה, פעולות הדורשות בדרך כלל את הסכמתו של המטופל עצמו. סמכותו זו אינה בגדר שליחות, שהרי אין מדובר בביצוע פעולה משפטית בשמו של אחר. על כן נראה שסמכות זו קיימת גם לפי המשפט העברי (באנציקלופדיה הלכתית רפואית, ערך נוטה למות, כרך ה, עמ׳ 363–370, נאמר שאדם יכול למנות מיופה כוח שיחליט עבורו איזה טיפול רפואי יינתן לו אם יגיע למצב שלא יהיה מסוגל להחליט בעצמו; הרי שלדעת המחבר, דבר זה קביל במשפט העברי). אם נראה את הממנה כאומר: ״אני מסכים מעכשיו לפעולה רפואית זו, בתנאי שמיופה הכוח ייתן את הסכמתו בשעת מעשה״, ההסכמה היא של המטופל עצמו, והיא ניתנת מעכשיו, אלא שהיא מותנית בכך שמיופה הכוח, שיוכל לבחון את הנסיבות בשעת מעשה, יהיה סבור שזו פעולה ראויה (קונסטרוקציה זו אינה אפשרית בפעולה משפטית הדורשת ביצוע מעשה קניין, ולשם כך דרושה שליחות).

[4] הגאונים ר׳ הרשל שכטר, ר׳ מנחם מנדל שפרן ור׳ בונים שרייבר.

נספח שני

המקור לסמכות אפוטרופוס ולהיקף סמכותו לאור סוגיית "גר קטן" (למבוא)

א. מבוא

התלמוד במסכת כתובות[1] קובע שבית דין מוסמך לגייר קטן בלי הוריו. לדעת הש"ך[2], גיור זה תקף מהתורה, מכוח סמכות כללית של בית הדין לעשות פעולות לטובת קטנים גם אם בפעולות אלה עלול להיות צד שהוא לרעת הקטנים, כפי שבסמכותו למנות אפוטרופסים גם "לחוב על מנת לזכות"[3]. גישה דומה לכאורה נוקט פני יהושע[4], ואפשר למצוא מקור לעמדה זו כבר בדברי רש"י[5]. לדעתם, יש לבית הדין ולמי שפועל מטעמו סמכות מן התורה לשנות את מעמדו האישי של הקטן (ולא רק לטפל בענייניו הממוניים) כל אימת שנראה לבית הדין ששינוי זה ייטיב עימו. דבריהם של הש"ך ופני יהושע באו כמענה לקושיית התוספות[6], שנציג להלן, ומכאן עולה לכאורה שלדעת התוספות אין לבית הדין סמכות לאפשר את הגיור מהתורה, ותוקף גיור הקטן הוא מדרבנן בלבד.

בנספח זה נעמוד על דברי הש"ך ופני יהושע ועל הבדלי הגישות ביניהם בהבנת סוגיית קידושין, שם מובא המקור לכאורה לדין האפוטרופס הממונה על ידי בית הדין, ונראה כיצד הם מביאים לידי ביטוי את התפיסות השונות בדבר הבסיס המשפטי של האפוטרופסות, ובדבר המקור עליו נשען מוסד זה. להבנת דבריהם, נפתח בהצגת סוגיית כתובות, ובקושי שהעלו התוספות לגביה.

ב. סוגיית "גר קטן" בתלמוד וקושיית התוספות

התלמוד במסכת כתובות מביא את דברי רב הונא: "גר קטן מטבילין אותו על דעת בית דין". התלמוד מבאר שחידושו הוא שאף שהקטן נחשב לחסר דעת, הגיור תקף מפני שכניסתו

[1] כתובות יא ע"א.

[2] נקודות הכסף, סימן שה, סעיף י.

[3] עיקר דברי הש"ך באו להצדיק את פסיקת צידה לדרך (איילנבורג), שמות, יג, יג, בענין פדיון הבן, מפני השגותיו של הט"ז, יו"ד, סימן שה, ס"ק יא. צידה לדרך דן באפשרות של פדיון הבן על ידי אחרים, כשהפדוי הוא יתום מאב, מכוח דין "זכין" (שלא כפסק הרמ"א, יו"ד, סימן שה, סעיף י). עיקר הדיון בשאלה זו אינו מתחום עניינו, ועניינו בשאלה האם יש בכך זכות גמורה לקטן שהוא פדוי, או שמא יש בכך צד חובה בכך שימנע ממנו לקיים בעתיד את המצווה בעצמו. צידה לדרך מוסיף, שגם אם נניח שיש צד חובה כל שהוא, הרי שאם הפדיון ייעשה על ידי בית הדין, יש תוקף למעשיהם, מכוח סמכותם הייחודית, כפי שניתן ללמוד מסוגיית קידושין (שנביא בהמשך) בעניין חלוקת הארץ, שחלה גם על קטנים.

[4] פני יהושע, קידושין מב ע"א, ד"ה אמר רב נחמן.

[5] רש"י, כתובות יא ע"א, ד"ה על דעת. הוא כותב שהקטן נעשה גר מפני שבית הדין "נעשין לו אב", ואינו מסייג זאת בכך שהגיור תקף רק מדרבנן, ומכאן אפשר להסיק שהגיור תקף מדאורייתא, לדעתו.

[6] תוספות, כתובות יא ע"א, ד"ה מטבילין.

ליהדות בהיותו קטן נחשבת לזכות[7], ו"זכין לאדם שלא בפניו"[8]. מהמשך הסוגיה עולה, שעיקר חידושו של רב הונא הוא בקטן שהתגייר בלי הוריו; אם התגייר עם הוריו, פשוט שהגיור הוא זכות, משום ד"ניחא להו במאי דעביד אבוהון"[9].

על קביעה זו, שאפשר לגייר קטן מכוח דין "זכין לאדם שלא בפניו", הקשו התוספות: הרי דין "זכין" הוא מתורת שליחות[10], מפני ש"אנן סהדי" שמקבל הזכות מינה את איש הביניים כשליח, כיצד גרות זו יכולה לחול מן התורה, והלא קטן אינו יכול למנות שליח[11]?

בגלל קושי זה, העלו התוספות, בתירוצם הראשון, שתוקף הגיור אינו אלא מדרבנן[12]. בתירוצם השני, קובעים התוספות שבזכות גמורה יש זכיה לקטן[13], וגרות של הקטן היא פעולת זכות מובהקת שאין לה צד חובה.

ג. הסברו של הש"ך

הש"ך משיג על התוספות, הן על הנחת היסוד שלהם שזכיה פועלת מדין שליחות (וכאמור, לדעתם כשם שאין שליחות לקטן כך אין זכיה לקטן), והן על קביעתם שגיור הקטן על ידי בית הדין אפשרי רק בהנחה שהוא זכות גמורה עבורו. את שתי השגותיו הוא מוכיח מסוגיית התלמוד במסכת קידושין, העוסקת בהנחלת הארץ וחלוקתה, גם לקטנים, על ידי הנשיאים[14]. בסוגיה זו מעלה התלמוד הצעות אחרות לפשר סמכותם של הנשיאים לחלק את הארץ: תחילה מעלה התלמוד את ההצעה שהם פועלים כשלוחים של מקבלי הנחלות; אך התלמוד דוחה זאת, שכן אין בכך להסביר כיצד פעלו הנשיאים עבור קטנים יתומים, שאינם יכולים למנות שלוחים. לאחר מכן התלמוד מעלה את האפשרות שכוחם הוא מדין "זכין" (ומכאן עולה

[7] התלמוד מוסיף שאין לטעון שהגיור הוא לרעתו משום ש"בהפקירא ניחא ליה", כפי שנקבע לעניין עבד, משום שבשונה מעבד, הקטן עדיין לא טעם טעמה של הפקרות.

[8] לדעת התוספות שם, קבלת גרות דומה לזכייה ממונית, היינו שהמתגייר "זוכה" בדת יהודית ובקדושת ישראל כמו מי שזוכה בממון, והיות שאין לו דעת לעשות מעשה קנין בעצמו, צריך שאחרים יזכו לו. לעומתם, תוספות, סנהדרין סח ע"ב, ד"ה קטן, נוקטים שאין בית הדין זוכה עבורו את היהדות "אלא הוא זוכה בעצמו ובגופו, שנעשה גר ונכנס תחת כנפי השכינה". לביאור יסוד המחלוקת בין התוספות בכתובות לבין תוספות בסנהדרין, ראה בנין נחום (פרצוביץ), שיעור ז.

[9] הרי שהורים (גוים!) יכולים לגייר את בנם הקטן בלי "דעת בית דין", אם גם הם מתגיירים. בשאלה האם יש הבדל לעניין זה בין האב לבין האם, ראה בירור הלכה, כתובות יא ע"א, ציון ב, פרק ג.

[10] בשאלה האם 'זכין' היא מטעם שליחות, ראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך זכין לאדם שלא בפניו, ליד ציוני הערות 26–13 (ושם, הערה 625, על דברי התוספות כאן); חוק לישראל, שליחות, עמ' 780–777.

[11] על הדין שקטן אינו יכול למנות שליח, ראה במבוא, פרק ראשון, ליד ציון הערה 18; חוק לישראל, שליחות, עמ' 200–198.

[12] על פי הגירסא בבבא מציעא עא ע"א–ע"ב שקטן "אית ליה זכיה מדרבנן".
אולם חידושי הרמב"ן, קידושין כג ע"א, וחידושי הרשב"א, קידושין מב ע"א, חולקים על התוספות, וכותבים שמן התורה "זכין" לקטן, כפי שמוכח מחלוקת הארץ (שהיא המקור לדין "זכין"), שהיתה אף לקטנים, ומסבירים שזכייה אינה מדין שליחות, ולדעתם יש לגרוס בבבא מציעא שם "זכיה מדאורייתא אית ליה". אבל יש מהראשונים הנוקטים שאף אם זכייה אינה מטעם שליחות, אין זכייה לקטן, ואין ללמוד מחלוקת הארץ, מפני שאין הנדון בה אלא גילוי מילתא. בשאלה האם יש זכייה לקטן, ראה אנציקלופדיה תלמודית, שם, ליד ציוני הערות 631–625.

[13] בטעם הדבר ראה: חידושי ר' עקיבא איגר, כתובות יא ע"א; ברכת שמואל, כתובות, סימן כג; קהילות יעקב, כתובות, סימן י.

[14] קידושין מב ע"א. על סוגיה זו, ראה במבוא, פרק שלישי, ליד ציון הערה 52.

לכאורה, שדין ״זכין״ חל גם על קטנים). אלא שעל כך מקשה התלמוד, שחלוקת הארץ אינה זכות מוחלטת, שכן יש שרוצים הר ומקבלים בקעה, ולהיפך. בגלל קושי זה, מגיע התלמוד למסקנה, שהנחלת הארץ גם לקטנים התאפשרה בשל הכוח המיוחד שיש לבית דין למנות אפוטרופוס ליתומים לחלוקת ירושתם, מפני שבעיקרה היא זכות עבורם, אף שמתלווה לזכות צד חובה: ״מנין ליתומין שבאו לחלוק בנכסי אביהן, שבית דין מעמידין להם אפוטרופסין לחוב... על מנת לזכות? תלמוד לומר ׳ונשיא אחד וגו׳ ממטה תקחו׳״.

לכאורה, מסקנת התלמוד עומדת בפני עצמה ואינה קשורה לדין ״זכין״[15]. אבל אחדים מהאחרונים מדייקים מדברי רש״י[16] שיכולתו של בית הדין לפעול לטובת היתומים (ואף למנות לשם כך אפוטרופוס) היא הרחבה של דין ״זכין״[17]. הסבר אחד הוא שלבית הדין (ולאפוטרופוס הפועל מטעמו) חל דין ״זכין״ גם במצב של ״לחוב על מנת לזכות״, בגלל יכולתו המיוחדת

[15] ראה להלן, שכך הוא להבנת פני יהושע ואחרים.

[16] רש״י, קידושין מב ע״א, ד״ה אלא כדרבא: ״לא זכות שלא בפניו גרידתא איכא למשמע מינה לגדולים, אלא לאורויי נמי דלקטנים אפילו חובה הבאה מחמת זכות רשאין בית דין לעשות להן״. וכך נראה שהבין את רש״י חידושי הרמב״ן, בבא מציעא עא ע״ב: ״אבל רש״י ז״ל פירש שם דאמסקנה נמי תפשוט שזכין לקטן ואפילו בחוב על מנת לזכות״.

גם חידושי הריטב״א, קידושין מב ע״א, ד״ה אלא כדרב גידל, הסביר שלמסקנה הנחלת הארץ פעלה כהרחבה של דין ״זכין״, ובלשונו: ״אלא שהרויח הכתוב בזכייה זו יותר מזכייה דעלמא, דבעלמא אין זכייה אלא בזכות גמור שאין בו חובה כלל, לא בתחלתו ולא בסופו, אבל הכא מהני לחוב על מנת לזכות כיון שאינה חובה ממש... שהכתוב הרויח בזכוי זה משום הפסד הגדולים, שיעמידו אפוטרופוס לחלק הקטנים ולזכות בהם בחלקם כל זמן שלפי אומדן הדעת יהא זכות, ואף על פי שאפשר שהוא להם חובה לפי דעתם, דניחא להו בהר טפי מבקעה וכיוצא בזה״. על הדמיון שבין דברי הש״ך לדברי הריטב״א, עמד פסקי הלכות – יד דוד (קרלין), חלק א, דף נג ע״ג, הגהה א. אלא שהש״ך נימק את ההרחבה בכך שיש לבית דין סמכות מיוחדת, ואילו הריטב״א נימק את ההרחבה בהכרח חיצוני, שאם לא תתקיים חלוקה עכשיו, יהיה בזה הפסד גדול לגדולים (ראה על כך איים בים, קידושין, מהד׳ תשע״א, פרק ב, סימן יא).

אבל ר׳ יצחק טחן, עיון הסוגיא, קידושין מב ע״א (עמ׳ נ), כותב בדעת הריטב״א שמעמידים אפוטרופוס אף שיש בכך צד חובה, מפני שעצם העמדת האפוטרופוס היא זכות גמורה, ולא משנה שמעשי האפוטרופוס יכולים להוביל לצד חובה. לפי דבריו, אין הרחבה כללית של ״זכין״ לבית דין לפעול גם אם יש צד חובה, כפי שעולה מדברי הש״ך. הסבר דומה כותב ר׳ אלחנן מילר, שיעורי גיטין, סימן צג, עמ׳ תצג, על פי חזון איש, חו״מ, סימן ג, אות ה, הכותב שכל שקצרה ידו להגן על עצמו, מינוי אפוטרופוס לזכות שיש בצדה חובה היא זכות לו (ובדומה כתב שו״ת אגרות משה, חו״מ, חלק ב, סימן מא, אות א, בדעת רש״י – מפני שהזכות מצויה יותר); אלא שהש״ך סובר שהדבר אמור רק בפעולה של בית דין, מפני שזכות היא לקטן שבית הדין מטפל בענייניו.

ברכת אברהם (ארלנגר), קידושין מב ע״א, אות טו, מבאר בדעת הריטב״א, שאפוטרופוס נתמנה להיות במקום בעלים, ויש לו כוח לפעול בנכסי היתומים כאילו היה בעלים, והיות שהוא מתמנה לטובת היתומים, הוא מוסמך לעשות גם פעולה שיש בה צד חובה.

יש להעיר, שהריטב״א עצמו, בחידושיו, גיטין נב ע״א, ד״ה מתניתין (שצוין במבוא, עמ׳ 2), מנמק את יכולת האפוטרופוס להפריש תרומות ומעשרות מכוח דין ״הפקר בית דין״ ולא מכוח דין ״זכין״ (כפי שהיה מצופה לאור דבריו כאן, וכפי שאכן נוקט הרמב״ן שם, המובא להלן, הערה 29). ובלשונו: ״והא לאו מדינא, דהא גבי תרומה שליח ממש בעינן, ויתומים לאו בני שליחות נינהו, אלא שחכמים הפקירו הפירות לענין זה ושמו אותן [ברשות] האפוטרופוס לעשר כאילו הן שלו״. נראה שהסיבה לכך היא שלדעתו הפרשת תרומות ומעשרות על ידי אחרים מצריכה שליחות ממש, ואין די בדין ״זכין״, וכלשונו בחידושיו, קידושין מא ע״ב, ד״ה אתם: ״וטעמא דאין תורמין [אפוטרופסים], משום דלתרומה בעינן שליחות פרטית לתרום״.

[17] מלבד אלו שיובאו בהמשך, כך כתבו: מחנה יוסף (אייזנבך), חלק ב, סימן לג, אות ה; מעשי חייא (טורצין), קידושין, סימן כג, עמ׳ קנז; חזון קדומים, עמ׳ 322; דביר הקדש, קידושין, סימן יט, אות ח.

לבחון בשיקול דעת מעמיק האם הפעולה היא זכות עבור הקטן על אף צדדי החובה האפשריים[18]. הסבר אחר הוא, שיש להעריך שהיתומים סומכים על שיקול הדעת של בית דין, כשם שבן סומך על אביו ("בית דין אביהם של יתומים"[19]), שבית הדין ידאג לטובתם[20].

נראה שגם הש"ך הבין את רש"י בדרך זו[21], והוא מסיק מכך שתי מסקנות, בניגוד לדעת

[18] איים בים (רוזן), קידושין, מהד' תשע"א, פרק ב, סימן יא. בלשונו: "ומכל מקום, הדבר פשוט להש"ך, דכיון דבית דין התערבו נקבע הדבר לזכות על ידי הבנתם שהוא טוב".

[19] גיטין לז ע"א; בבא קמא לז ע"א.

[20] מנחת אברהם (שפירא), חלק ב, סימן כא, ד"ה ויתכן. בלשונו: "ויתכן שרש"י מפרש מ"ש במתגייר עם אביו דניחא ליה במאי דעביד אבוה, שאין זה מצד שעדיף לו להיות בצוותא עם אביו, אלא שאמדינן רצון הבן שטובתו וזכותו היא להיות מה שנראה לאביו כטוב בשבילו. ובהוה אמינא בגמרא, רק במתגייר עם אביו יש אומדנא כזו ולא בגיירוהו בי"ד, ולכן בלא דברי רב הונא היה אפשר לומר שאין לדון בגיירוהו בי"ד מצד זכיה, כי אולי לא ניחא ליה כלל בגיור. וקמשמע לן רב הונא שגם על ידי הסכמת ורצון בי"ד יש אומדנא זו. והביאור הוא עפי"ד הש"ך ביור"ד סי' ש"ה בנקודות הכסף, שגם במקום שלא מהני זכיה יכולים הבי"ד לזכות. והוכיח כן מרש"י בקדושין מ"ב ע"א ד"ה אלא כדרבא... והש"ך תירץ בזה קושיית התוס' כאן איך מהני זכיה, הרי זכיה מטעם שליחות ואין שליחות לקטן? ותירץ הש"ך דע"י בי"ד אפשר לזכות גם לקטן. ועיין בריטב"א קדושין שם ד"ה והנכון. ונראה שטעם הדבר שכח בי"ד עדיף בזה הוא משום שאמדינן דעת הקטנים החולקים נכסי אביהן, שסומכין על דעת בי"ד שימנו עבורם אפוטרופוס שיחלק הנכסים כראוי להם, והם כעין אב, שהבנים ניחא להו במאי דעביד. ומצינו כיו"ב בסוטה כ"ה ע"א: 'ואלו שבי"ד מקנין להן וכו', ואי אמרת בעל שמחל על קינויו קינויו מחול עבדינן מידי דאתי בעל מחיל ליה? סתמא דמילתא אדם מסכים על דעת בי"ד'. וגם הכא, בגר קטן שבא בלא אביו ומתגייר על דעת בי"ד, סובר רב הונא שיש לבי"ד המגייר כח כלפי הקטן להחשיב הגיור כזכות לקטן, כשם שיש לאב, שהקטן ניחא ליה במה דעביד אביו, וכשאין לו אב ניחא ליה במה שעושים וקובעים בי"ד עבורו, וכמו שבי"ד מעמידים ליתומים אפוטרופוסים. וזוהי כוונת רש"י שהבי"ד נעשים לו אב". יש להוסיף, שגם אם הוא תינוק, יש להעריך שכך היה רוצה אילו היתה לו דעת.

[21] להבנת דברי הש"ך בדרך זו ראה: איים בים (רוזן), קידושין, מהד' תשע"א, פרק ב, סימן יא; אמרות אברהם (זיסקינד), האיש מקדש, סימן כד, עמ' 224, כתובות, פרק קמא, סימן נז, עמ' 295, ותרומות, סימן י, פרק ב, עמ' 401; זרע יצחק (לינטופ), קידושין, סימן סה, אות ג (ש"זכין" חל בקטן גם אם יש צד חובה, מפני שאינו יכול להחליט לבד); הערות וציונים (אוסטרן), כתובות ק ע"א (עמ' צד במהד' תשנ"ו, עמ' קסב במהד' תשס"ט), ד"ה בי"ד מעמידים.

שו"ת חמדת שלמה (ליפשיץ), יו"ד, סימן לא, אות יג, מקשה על הוכחת הש"ך מסוגיית קידושין: "אך בעיקר דברי הש"ך צריך לי עיון, היכי קפשיט מר איסורא ומידי דמצוה מממון, דיש לומר משום הפקר בי"ד נגעו בה. גם לפי מה שכתבו התוספות שם (ד"ה יתומים) דוקא בבאו לחלוק, וכתבו דמחלוקת ארץ אין ראיה, דהיה על פי הדיבור ואורים ותומים, נראה דלא הוי ילפותא גמורה, ועיקרה משום הפקר בית דין נגעו בה, או כמו שכתב הר"ן שם (טז ע"ב מדפי הרי"ף) דחלוקה גילוי מילתא בעלמא הוא". כך הקשה גם יד דוד (זינצהיים), כתובות יא ע"א.

גינת אגוז (שכטר), סימן מו, אות ה, משיב על קושיה זו, שהנחלת הארץ היתה עניין של איסור והיתר, לאור דבריו שם, אותיות א–ג, שהנחלת הארץ היתה גמר הכיבוש שהחיל את הקדושה על הארץ, הרי שבפנינו מקור ישיר המעיד על כוחו של האפוטרוסים לפעול גם בענייני איסור היתר (כולל גיור הקטן). ובלשונו: "ועפ"י הדברים האלה, היה נראה לומר דהכי נמי לא קשה מידי מה שנתקשו אחרים בדברי הש"ך הנ"ל, דהיכן מצינו שיהי' חל דין אפוטרופוס בקשר לעניני אסור והיתר, דאדרבא, הלא לפי מסקנת הגמ' רפ"ב דקדושין, כל כח הנשיאים לייצג את כל בני שבטם מדין אפוטרופוס היה, וכל ענין הך פרשתא דחלוקת הארץ מדיני אסור והיתר הוא וכאמור, וממילא מפורש יוצא מהך פרשתא גופא דשפיר נוהג דין אפוטרופוס אפילו בעניני אסור והיתר".

התוספות: (א) דין "זכין" חל גם על קטנים, בזכות גמורה. (ב) בית הדין[22] יכול לפעול מדין "זכין" לזכות הקטנים גם אם יש בפעולת הזכות צדדי חובה[23].

מדברי הש"ך עולה שאף האפוטרופוס שבית דין ממנה כדי לחלק את ירושת היתומים, יכול לפעול מדין "זכין" לזכות הקטנים בחלוקה זו גם אם יש בחלוקה צדדי חובה, שהרי בזה עוסקת הסוגיה, וסמכות זו נדרשת מהכתובים. כמו כן, אפוטרופוס רשאי לעשות כל פעולה אם הוא מקבל רשות ספציפית מבית דין לכך[24], ואפשר לבסס רשות זו על סמכות בית הדין לפעול בזכות שיש בה חובה, בדומה לחלוקת ירושה, שבה נותן בית דין לאפוטרופוס רשות ספציפית. אבל נראה שגם לדעתו, אין סמכות כללית לאפוטרופוס לעשות על דעת עצמו כל פעולת זכות שיש בה חובה[25], שכן הדרשה מהכתובים עוסקת רק בפעולה שקיבלה רשות ספציפית מבית דין.

ד. דעה חולקת של קצות החושן

על מסקנה זו של הש"ך, שבית דין (או אפוטרופוס שהוא ממנה) מוסמך לעשות למען קטנים

על התפיסה הרואה בכלל "הפקר בית דין הפקר" את הבסיס המשפטי של אפוטרופסות, ראה במבוא, פרק ראשון, ליד ציון הערה 11.

[22] יד דוד (זינצהיים), כתובות יא ע"א, כותב שדברי הש"ך אמורים רק ב"בית דין ממש", "היינו אותו שהציבור המחום עליהם לבית דין". כמו כן, שו"ת תשובות והנהגות (שטרנבוך), חלק ה, סימן רצט, אות ד, כותב שהש"ך מתכוון לבית דין הקבוע בעיר, שמוסמך להזמין ולכוף בדיני ממונות. אבל יד דוד מדייק רש"י, כתובות שם, שכל שלושה נחשבים בית דין לעניין גיור קטן.

[23] גינת אגוז (שכטר), סימן מו, אות ה, מבין שלפי הש"ך, בית הדין נחשב כאן אפוטרופוס: "שכל שנעשה הזכיה תחת חסות הבית דין – דין אפוטרופוס יש לו, והכא נמי הכא, מאחר שמטבילים אותו על דעת בית דין, מדין אפוטרופוס הוא, שפירוש המלות אפוטרופוס היינו 'שהם נעשים לו אב', לפיכך חלה גרותו מן התורה". גינת אגוז כתב כך מפני שהוא מבין את הש"ך כמו פני יהושע, שנביא להלן (ומייחס לו שהוא מביא את רש"י בכתובות המובא להלן, בעוד שבפועל הש"ך מביא את רש"י בקידושין).

[24] ראה למשל עמ' 96, 126, 135, 136, 141, 350.

[25] כך עולה לדוגמה מהדין שראינו בעמ' 88, שאפוטרופוס אינו רשאי לייצג את היתומים בדין אם תוצאת ההליך עלולה להיות לרעת היתומים. כך עולה גם מההלכות שראינו בעמ' 141–138, המגבילות את סמכות האפוטרופוס למכור נכסים של היתומים. וכך כתב חידושי הריטב"א, קידושין מב ע"א: "דסתם אפוטרופוס אין לו רשות לדון לחוב על מנת לזכות כיון דאיכא צד חובה, עד שיטול רשות מבית דין, והכא אמרינן שיש רשות לבית דין להעמיד אפוטרופוס על היתומים לחוב על מנת לזכות בין לחלוקה בין לתביעה, ולא דרך כלל, אלא כשבא ענין פרטי שרואין שצריך לעשות כן עושין".

אמנם אפשר להסביר שמעיקר הדין אפוטרופוס מוסמך לעשות כל פעולת זכות שיש בה חובה, אלא שחכמים תיקנו שלא יעשה כן, כדי שלא ייראה כמזלזל בנכסי יתומים (כפי שהסביר חידושי הרשב"א, גיטין נב ע"א, שלכן אינו יכול להפריש תרומות ומעשרות מפירות היתומים "להניח"), אבל זה דחוק.

מלבד זה, סמכותו של אפוטרופוס שמינהו אבי היתומים אינה יכולה לבוא מכוח סוגיה זו, שהרי הכוח המיוחד הנתון לבית דין אינו נתון לאבי היתומים. על מקור סמכותו ראה עמ' 356–354 ועמ' 390. אבל לדעת הש"ך, שמועיל "זכין" לקטן, גם אפוטרופוס שמינהו אבי היתומים יכול לעשות פעולת זכות גמורה לטובת היתומים. כך עולה מדברי הש"ך, שהבאנו בעמ' 4, הערה 18, שאומר שלדעת הרמב"ם, הטור והשולחן ערוך, אפוטרופוס מוסמך מהתורה להפריש תרומות ומעשרות מפירות היתומים מדין "זכין", ולא הבחין בין אפוטרופוס שמינוהו בית לדין לבין אפוטרופוס שמינהו אבי היתומים. וראה עמ' 88, שהריטב"א מביא את הרא"ש האומר שאפוטרופוס הממונה על ידי בית דין יכול לחוב על מנת לזכות, ואילו אפוטרופוס שמינהו אבי היתומים אינו יכול; אבל הריטב"א דוחה את דעתו.

גם פעולה שיש בה צד חובה, חולק קצות החושן[26], מתוך הסתמכות על הבנת הר"ן[27] את מסקנת הסוגייה בקידושין, ולפיה הנחלת הארץ על ידי הנשיאים אינה יכולה להיות מדין "זכין", שהרי אין בהנחלה זו זכות גמורה, כאמור[28]; ולא עשו הנשיאים פעולה משפטית של הקנאה, שלכך לא היתה להם סמכות, אבל לא היה צורך בהקנאה, שכן חלקו של כל אחד כבר היה שייך לו, ומה שהם עשו היה רק "גילוי מילתא" – בירור איזה חלק שייך למי, ומכאן מקור לאפוטרופסות שהינו מוסד עצמאי, והוא מוגבל לטיפול ולפיקוח בנכסי הקטן[29].

ה. דברי פני יהושע

בדרך דומה לכאורה לדברי הש"ך, ליישוב הקושי שהעלו התוספות, נוקט פני יהושע[30]. גם הוא מסתמך על מסקנת הסוגיה בקידושין בעניין הנחלת הארץ לקטנים על ידי הנשיאים, לומר שיש לבית דין סמכות לפעול למען קטן גם אם ייתכן שיש בפעולתו גם צד חובה, ומכאן מקור סמכותו לגייר קטן. ברם, שלא כש"ך, פני יהושע אינו נוקט שיכולת בית הדין לפעול לטובת הקטנים היא הרחבה של דין "זכין", אלא לדעתו היא מבוססת על סמכותו הציבורית[31],

[26] קצות החושן, סימן רמג, ס"ק ז. עיקר דבריו באים להצדיק את עמדת הט"ז בעניין פדיון הבן, המובאת לעיל, הערה 3, ובתוך דבריו הוא משיג על הש"ך בנקודה זו.
שו"ת אגרות משה, אהע"ז, חלק ד, סימן ו, מביא את מחלוקת הש"ך וקצות החושן ואינו מכריע.

[27] ר"ן על הרי"ף, קידושין טז ע"ב (בדפי הרי"ף). הש"ך מזכיר את דברי הר"ן, אבל הוא כותב שהם דחוקים.

[28] ובלשון הר"ן: "דהכא לא מדין זכייה הוא, דהא הכא לאו זכייה גמורה הוא, דאיכא דניחא ליה בהר ולא ניחא ליה בבקעה ואיכא דניחא ליה בבקעה ולא ניחא ליה בהר".

[29] וכלשון הר"ן: "אלא מדין אפטרופסות הוא שיש לב"ד לפקח על נכסי יתומים קטנים, וחלוקתן גלוי מילתא בעלמא".
שו"ת באר יצחק, או"ח, סימן א, ענף ג, ד"ה אך צריך, מעיר שהר"ן סותר את עצמו לכאורה, שכן בחידושיו לגיטין נב ע"א, ד"ה ומוכרים בהמה (הובא במבוא, פרק ראשון, הערה 10), הוא מסיק מסוגיית קידושין שדין האפוטרופסות הנלמד מהנחלת הארץ יסודו בדין "זכין" (כהבנת רש"י והריטב"א, שראינו לעיל).
גם בדברי הרמב"ן מצאנו סתירה דומה לכאורה בהבנת המסקנה העולה מסוגיית קידושין. מחד גיסא, בחידושיו בבבא מציעא עא ע"ב, ד"ה הא דאמרינן, הוא נוקט שאין דין "זכין" חל על קטן, ודין האפוטרופסות הנלמד מחלוקת הנשיאים (בסוגיית קידושין) אינו מדין "זכין", אלא היא מוסד עצמאי שכוחו יפה לשמירה על נכסי הקטן בלבד, כדברי הר"ן על הרי"ף בקידושין (ולפי דרך זו, הרמב"ן מוסיף שם שלעניין היכולת לגייר קטן, "הא דאמרינן בכתובות גר קטן מטבילין אותו על דעת ב"ד, שזכין לאדם שלא בפניו, ומשמע דמדאוריתא זכין לו וגר גמור הוא, איכא למימר שמא שאני זכות גירות, אבל בעסקי ממון אין זוכין לו אלא מדרבנן"). מאידך גיסא, בחידושיו לגיטין נב ע"א, ד"ה הא דתנן, בהסברו השני ("ולי נראה", הובא במבוא, פרק ראשון, ליד ציון הערה 10), הוא מאמץ את גישת רש"י בהבנת סוגיית קידושין, ולפיה דין האפוטרופסות הנלמד מחלוקת הנשיאים יסודו בדין "זכין". וצריך עיון.

[30] פני יהושע, קידושין מב ע"א, ד"ה אמר רב נחמן. בלשונו: "שמעינן מיהא מהכא דהב"ד יכולין לחוב על מנת לזכות בעניני קטנים מדאורייתא אפילו לענין איסורא, כמ"ש התוס' כאן לענין תרומה... ובזה נתיישב לי הא דאמר רב הונא בכתובות: גר קטן מטבילין על דעת ב"ד... דכיון דאין לך לחוב על מנת לזכות יותר מזה, להכניסן תחת כנפי השכינה, רשאין הב"ד לעשות כן מדאורייתא, כן נראה לי נכון".

[31] על הבדל זה בניתוח הסוגיה בין הש"ך לבין פני יהושע עמד מעיני יעקב (גולדשטיין), קידושין מב, ד"ה וכן משמע.

וכלשונו[32]: "שלוחי דרחמנא נינהו, דבית דין אבוהון דיתמי קטנים נינהו". מן הסוגיה עולה, שבית הדין יכול להאציל כוח זה לאפוטרופוס הפועל מטעמם[33].

הבנה זו של הסמכות שיש לבית הדין על הקטן, יש בה כדי לבאר את היכולת של בית הדין לשמש בתפקיד נוסף (מעבר לצורך לזכות עבורו ביהדות) שנדרש כתנאי לכל גיור: גילוי רצון אקטיבי של המתגייר לקבל על עצמו את הגיור[34]. אם אכן יש דרישה כזאת, קשה להבין כיצד היא באה על פתרונה מכוח דין "זכין". אבל אפשר שדרישה זו באה על פתרונה לאור הגישה שבית הדין מקבל סמכות מיוחדת מכוח תפקידו כאביהם של יתומים וקטנים[35].

על דברי פני יהושע יש להעיר, שקשה להחיל הסבר זה על סמכות בית הדין בגיור קטנים: מקור סמכותו הוא מעמדו הציבורי באומה הישראלית, ואין לסמכות זו תוקף על מי שאינו בן ברית, לכאורה. תמיהה זו מעלה חתם סופר[36], ולדעתו, זו הסיבה שהתוספות מיאנו לעשות שימוש בהסבר זה בעניין גיור קטנים.

[32] פני יהושע, קונטרס אחרון, שם.

[33] כך כתב גינת אגוז, סימן מו, אות ח, באשר לאפשרות של מחאת הקטנים לכשיגדילו: "ובטעם הדבר שיש לחלק בין דין זכין לבין דין אפוטרופוס לענין הגדילו אם יכולים למחות, שבזכין פשיטא לן שיכולים למחות ובאפוטרופוס נחלקו בו האמוראים, רגילים לומר שבאפוטרופוס אינו נחשב כאילו עשה מישהו אחר מעשה קנין עבור הקטן, אלא שמעשה האפוטרופוס נחשב כמעשה הבעלים, בניגוד לזכין שאין לזה הזוכה דין בעלים".

[34] בענין דרישה זו, ראה ברכת שמואל, קידושין, סימן טו.

[35] בדומה כתב ר' אברהם מנחם הוכמן, "גר קטן מטבילין אותו על דעת בית דין", אהלה של תורה (כולל אברכים – ישיבת מיר), כרך טז–ב (תשע"ב), ספר זיכרון לרב נתן צבי פינקל, עמ' א'קסו, אות טו: "ומהשתא י"ל דזהו עיקר כח האב להיות מועיל דעת דיליה בעבור הקטן, והיינו דאמרי' דהבית דין נעשין לו אב, היינו דמדין אפוטרופוס קאתינן שיהא דעתם חשובה כדעת הקטן... ובזה אתי שפיר דבעינן דעת ב"ד ולא סגי בזה דהוי זכות, דא"כ כל אדם יכול להטבילו לגירות מדין זכין לאדם שלא בפניו, עי' בדברי הרמב"ם פ"ח מעבדים, דאכתי בעי' שיחשב דעתם להיות מועיל לקטן ודווקא מדין אפוטרופוס". והשווה: חידושי ר' שמעון יהודה הכהן (שקאפ), כתובות, סימן כ; אהל אברהם (מן), כתובות, עמ' תעו, מדברי ר' אברהם יצחק בלוך.

[36] חידושי חתם סופר, כתובות יא ע"א, ד"ה ע"ד ב"ד ("ואני תמה על תמיהתם [של נקודות הכסף], התם [בסוגיית קידושין] בית דין של ישראל על קטני ישראל, כי הם אביהם דיתמי דידהו; ואפשר שכן נוהג מן התורה בכל האומות, שהרי בני נח נצטוו על הדינים; ואולי בי דינא וערכא נכרים הוה אבוהון דקטני אומותם, אבל ב"ד של ישראל מי שם לשר ושופט על קטני אומות העולם בני נכרים?!"); שם, מהדורא תליתאה, ד"ה דניחא להו ("מי שם בית דין של ישראל לאפוטרופוס לבני נכר? ואפילו נחשון בן עמינדב נשיא יהודה לא הי' יכול להיות אפוטרופוס על בני שמעון, ד'נשיא אחד למטה' כתיב, והכי נמי אפילו נימא דערכאות של גוים היו אפיטרופסים על יתומים של בני אומותם מן התורה, מ"מ ב"ד של ישראל מי שם אותם על בני נכר?!"); שו"ת חתם סופר, יורה דעה, סימן רצה ("דאפי' אי נימא דנשיאי העם המה כשלוחים לקטניהם וכאפטרופסים עליהם, ורחמנא הוריק להם כוחם של קטנים ואבוהון דיתמי נינהו, מ"מ היינו כל נשיא לשבטו וב"ד הגדול בעבור כל ישראל, אבל מי שם אותם אפטרופסים על קטני אומות העולם לגיירם?"). יש להעיר שחתם סופר מכוון את קושייתו כלפי נקודות הכסף והוא מייחס לו את הדברים שכתבנו בדעת פני יהושע. אבל זרע יצחק (לינטופ), קידושין, סימן סה (בענין זכיה), אות ג, הערה פ, הסביר שנקודות הכסף מבסס את כוחו של בית הדין לגייר קטן על דין "זכין", ובזה אין מניעה שיחול גם על שאינם בני ברית בבואם להתגייר. וראה שו"ת מהרי"ץ (דושינסקי), חלק א, סימן קט [דבריו הובאו בליקוטי הערות על ספרי תשובות חתם סופר, יו"ד, חלק ד, סימן רצה, אות ז], שהביא דוגמאות נוספות לכוח העודף שיש לבית דין בתחומים אחרים.

ו. דברי רש״י בסוגיית גר קטן

רש״י מנמק את סמכות בית הדין לגייר קטן, בכך שהדיינים ״נעשין לו אב״[37]. בשיטה מקובצת[38] ביאר שבכך התכוון רש״י לשלול את ההבנה שבית הדין פועל מכוח דין ״זכין״ שהוא מטעם שליחות, ובלשונו: ״משמע דבעי לפרושי דעדיפא הך זכיה, דנעשין לו כאב, דלא הויא מטעם שליחות״. יש שפירשו את דברי רש״י כתואמים לדברי פני יהושע, שסמכות בית הדין היא מכוח היותו אביהם של יתומים[39]. אבל ר׳ מרדכי קרליבך[40] פירש את דברי רש״י, שסמכות בית הדין לגייר קטנים אינה נובעת ממעמדו הציבורי, אלא מהיותו ממלא מקומו של האב, והכוח שהיה בידי האב, ובכלל זה היכולת לגייר את בנו, נתון לסמכות בית דין; ולדעתו, אם בית הדין יכול למנות אפוטרופוס, קל וחומר שהאב יכול לעשות כן.

[37] רש״י, כתובות יא ע״א, ד״ה על דעת. על השוואת אפוטרופוס לאב, ראה במבוא, פרק שלישי, הערה 54, ומה שהובא שם בשם מדרש איוב, סימן מא.

[38] שיטה מקובצת, כתובות יא ע״א, ד״ה וא״ת קשה.

[39] כך כתב גינת אגוז, סימן מו, אות ה: ״ועי׳ ש״ך בנקודות הכסף ליו״ד סי׳ ש״ה, ובחידושי פני יהושע לכתובות, שהסבירו בכוונת רש״י ד״ה ע״ד ב״ד ׳והם נעשים לו אב׳, שרש״י בא ליישב קושי׳ זו, דאפילו נימא שדין זכיי׳ לקטן הוא אך מדרבנן, מכ״מ דין אפוטרופוס לקטן מן התורה הוא. וגדר החילוק שבין זכיי׳ לבין אפוטרופוס היינו שכל שנעשה הזכיי׳ תחת חסות הב״ד, דין אפוטרופוס יש לו, והכי נמי הכא, מאחר שמטבילים אותו ע״ד ב״ד, מדין אפוטרופוס הוא, שפירוש המלות של אפוטרופוס היינו שהם נעשים לו אב ולפיכך חלה גירותו מן התורה״. אבל יש לציין שלא הש״ך ולא פני יהושע הסתמכו על דברי רש״י בכתובות. ועוד יש לציין שניכר מדברי גינת אגוז שהוא מבאר את הש״ך כדרכו של פני יהושע.
כעין זה מביא שירת יהודה (מאיר), עמ׳ שלה, בשם ר׳ ישראל זאב גוסטמאן: ״שמעתי מהגאון האדיר רבי ישראל זאב גוסטמאן זצ״ל, מחבר ספרי קונטרסי השיעורים, שיש לראות דברים אלו ברש״י כתובות יא א... ודקדק הגאון הנ״ל, מה רצה רש״י באומרו ׳והן נעשין לו אב׳? אלא דכאן רמז בלשונו הזהב את יסוד הפנ״י הנ״ל, דבי״ד הן אביהן של יתומים קטנים כמש״כ הפנ״י הנ״ל, וכיון שכן, זהו חידוש התורה, דבי״ד יש להן הכח לחוב ע״מ לזכות לקטנים בין בעניני ממון ובין בעניני איסור, ומפרשת חלוקת הארץ ילפינן לה כנ״ל. וזהו מש״כ רש״י דכיון דהן נעשין לו לאב הריהו גר על ידן, היינו גירות גמורה מדאוריתא. ולא תיקשי קושית תוס׳ בסוגיא איך מהני גירות זו מה״ת״.

[40] חבצלת השרון, פרשת מטות. וכך כתב (אחרי שהביא את דברי הש״ך ואת דברי פני יהושע): ״והנראה בזה, דחלות דין אפוטרופוס אינו מינוי מסוים לשמירת הממון, אלא דין בפני עצמו שהוא נעשה אביהם של יתומים, ומכח זה חשיב גם כיד היתומים לענין דיני הממון, ולכן יש לו כח עשייה בממון היתומים שהם כבניו. ויסוד הדין בזה נראה, שכל אב הוא אביהם של בניו הקטנים אף לענין משפטי הממון, וכל מי שהאב ממנה הרי הוא עומד במקום אביהם של יתומים. וזהו כוחו של האפוטרופוס שמינה האב... והנראה בזה למה שנתבאר שכל עיקר כוח בי״ד הוא בהיות הבי״ד אביהם של יתומים, וא״כ אדרבה, האב בעצמו ודאי יכול להעמיד להם אפוטרופוס. וביותר מזה נראה, דמאחר שכל עיקר העמדת האפוטרופוס חלה רק מכח מה דהוא כאביהן של יתומים או ע״י האב או ע״י בי״ד, א״כ האב עצמו בודאי שיש לו דין אפוטרופוס על בניו הקטנים, כמבואר בנקודות הכסף שיש לבי״ד דין אפוטרופוס להקטנים. ואמנם כי לדעת הרמב״ן אין אפוטרופוס יכול אלא רק לחלוק להם הנכסים, דס״ל דאין זכיה לקטן רק דין חלוקה כמו שנתבאר, אך לדעת רש״י שאפוטרופוס הוא דין בפנ״ע של יד יתומים א״כ יש לאפוטרופוס כח אף לקנות להם... נראה בזה כעין דברי הנקודות הכסף, ולאידך גיסא. והוא, דהלא נתבאר שמעלת האפוטרופוס אינה משום כח בי״ד, שהרי אף במינהו האב יש לו תוקף של אפוטרופוס, ונתבאר לעיל דכח האפוטרופוס הוא כח של אב, ואדרבה, כל מה שהבי״ד יכולים להעמיד אפוטרופוס הוא לפי שבי״ד אביהן של יתומין... ומאחר שהאב יכול להעמיד לבניו אפוטרופוס אף בי״ד יכולים לעשות כן... הנקודות הכסף והפ״י תירצו דכח בי״ד מהני אף בלא דין זכיה ושליחות, כמו דמהני אפוטרופוס, וברש״י כתב דהבי״ד נעשין לו אב, הרי למה שנתבאר שניהם לדבר אחד נתכוונו, דכיון דנתבאר דהכא האפוטרופוס הוא מדין אב, הרי דאף כח בי״ד הוא מדין אב... דהמה אביהן של יתומים ועומדים במקומם״.

פרק שלישי: האפוטרופסים על פי מינוי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

סעיף 29 או שהם אינם מסוגלים למלא כלפי הקטין את חובות
לפי הפרק השני או שהם נמנעים, ללא סיבה סבירה, מלמלא
חובותיהם האמורות, כולן או מקצתן;

(2) לקטין – בנסיבות האמורות בסעיף 28 או בסעיף 29;

(3) לפסולי־דין;

(4) לאדם אחר שאינו יכול, דרך קבע או דרך ארעי, לד
לענייניו, כולם או מקצתם, ואין מי שמוסמך ומוכן לדאוג ל
במקומו;

(5) לאדם שאין עדיין אפשרות לזהותו;

(6) לעובר.

(ב) בקשה למינוי אפוטרופוס לאדם יכול שתוגש בידי בן זוגו או ק
או בידי היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו.

ול להתמנות טרופוס

34. יכול להתמנות אפוטרופוס אחד מאלה:

(1) יחיד;

(2) תאגיד;

(3) האפוטרופוס הכללי;

(4) ועדת אפוטרופסות לנפגעי השואה לגבי נפגעי הש
שהרכבה:

(1) נציג משרד הבריאות;

(2) נציג גוף המטפל בעניני נפגעי השואה.

מינה בית המשפט תאגיד להיות אפוטרופוס, רשאי הוא לקבוע ל
שיבצע את תפקידי האפוטרופוס מטעם התאגיד.

ת בבחירת טרופוס

35. (א) בית המשפט ימנה לאפוטרופוס מי שנראה לו בנסיבות הענין מת
ביותר לטובת האדם, תוך התחשבות ברצונו.

(ב) במינוי אפוטרופוס לקטין לפי סעיף 33(א)(1) ייתן בית המש
עדיפות לאדם מתאים שהוא בן משפחתו של הקטין, אלא אם כן מצא
בנסיבות הענין יהיה זה לטובת הקטין למנות לו אפוטרופוס שאינו בן משפח
בסעיף קטן זה, "בן משפחה" – אח, אחות, הורה של הורה, אח או אחות
הורה, בן זוג או בת זוג של הורה.

ת האדם על ית המשפט

36. לפני מינוי האפוטרופוס ישמע בית המשפט את דעת האדם אם
מסוגל להבין בדבר וניתן לברר דעתו.

ת טרופוס

37. לא יתמנה אפוטרופוס אלא מי שהביע לבית המשפט את הסכמתו ל

ואף מיזמתו הוא, לתת לאפוטרופוס הוראות בכל ענין הנוגע למילוי תפק
וכן רשאי בית המשפט, לבקשת האפוטרופוס, לאשר פעולה שעשה.

46. הטיל בית המשפט תפקידי אפוטרופסות על שני אפוטרופסים או י
במשותף, יחולו ההוראות הבאות זולת אם הורה בית המשפט אחרת:

(1) האפוטרופסים חייבים לפעול תוך הסכמה; בעניין שדעות
חלוקות, יפעלו כפי שיחליט בית המשפט;

(2) פעולה של אחד או של אחדים מן האפוטרופסים טע
הסכמת האחרים או אישור בית המשפט, מראש או למפרע;

(3) בעניין שאינו סובל דיחוי רשאי כל אחד מהאפוטרופ
לפעול על דעת עצמו;

(4) האפוטרופסים אחראים לאדם יחד ולחוד;

(5) התפנה מקומו של אחד מן האפוטרופסים או שחדל לפ
זמנית או לצמיתות, חייבים האחרים להודיע על כך מיד ל
המשפט, והם חייבים ומוסמכים להמשיך בתפקידיהם כל עוד
קבע בית המשפט אחרת.

47. (א) האפוטרופוס מוסמך לעשות כל הדרוש למילוי תפקידיו; בפער
המנויות להלן אין הוא מוסמך לייצג את האדם שהוא אפוטרופסו מבלי ש
המשפט אישרן מראש:

(1) העברה, שעבוד, חלוקה או חיסול של יחידה מש
בחקלאות, בתעשייה, במלאכה או במסחר, או של דירה;

(2) עסקה במקרקעין, למעט השכרה של נכס לתקופה שאינה ע
על חמש שנים שהוראות חוק הגנת הדייר [נוסח משול
התשל"ב-1972, לא חלות עליה;

(3) המחאה או שעבוד של זכות לקבלת זכות במקרקעין;

(4) השכרה שהוראות חוק הגנת הדייר [נוסח משולב], התשל
1972, חלות עליה;

(5) הסתלקות מחלק או ממנה בעיזבון, או העברה או שעבוד
חלק או מנה בעיזבון;

(5א) מתן תרומה בסכום העולה על הסכום שנקבע בהנח
המקדימות לפי סעיף 35א (בסעיף זה – הנחיות מקדימות)
בסכום העולה במצטבר על 100,000 שקלים חדשים, לפי הנמ
והכול ובלבד שניתנה הסמכה מפורשת בהנחיות המקדימות;

מפורשת כאמור, תובא לאישור בית המשפט פעולה משפ
כאמור ששווייה עולה על 500,000 שקלים חדשים;
(ד5) משיכת כספים מקופת גמל בניגוד להוראות לפי סעיף
לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), התשס"ה-05
כמשמעותם בסעיף 87(א)(2) לפקודת מס הכנסה, העברתם לא
שעבודם או עיקולם לפי סעיף 25 לחוק האמור;
(ה5) מתן ערבות או מתן הלוואה; ואם ניתנה הסמכה מפור
למתן הלוואה – בסכום העולה על הסכום שנקבע בהנה
המקדימות או בסכום העולה על 100,000 שקלים חדשים,
הנמוך;
(ו5) התחייבות לביצוע פעולה מהפעולות המנויות בפסקאות
עד (ה5);
(6) פעולה אחרת שבית המשפט קבע, בצו המינוי או לאחר מ
כטעונה אישור כאמור.

(ב) הייתה דחיפות בביצוע פעולה לשם שמירת ענייניו של אדם, ר
האפוטרופוס, במקרים מיוחדים, לבקש מבית המשפט אישור בדיעבד.

48. בפעולה משפטית בין האדם לבין האפוטרופוס שמונה לו או קרוביו — ת שיש בהן אינטרסים
האפוטרופוס, זולת מתנות הניתנות לאותו אדם, ובפעולה משפטית בין ש
שמונה להם אותו אפוטרופוס, אין האפוטרופוס מוסמך לייצג אדם שהוא מ
כאפוטרופסו מבלי שבית המשפט או אפוטרופוס אחר שנתמנה למטרה
אישרן מראש.

49. פעולה של אפוטרופוס הטעונה אישור לפי סעיף 46(2) וסעיף 47(6) ו — צד שלישי
בת-תוקף אף באין הסכמה או אישור כזה אם נעשתה כלפי אדם שלא ידע
היה עליו לדעת שהיא טעונה הסכמה או אישור.

50. כספי האדם שמונה לו אפוטרופוס, במידה שאינם דרושים לצו — נות
השוטפים, חייב האפוטרופוס להחזיקם או להשקיעם כדרוש לשם שמירת ה
והבטחת פירות באחד הדרכים שקבע לכך שר המשפטים בתקנות או ב
שהורה בית המשפט.

51. האפוטרופוס חייב להגיש לאפוטרופוס הכללי, תוך שלושים ימים מ
מינויו, פרטה של נכסי האדם שהוא אפוטרופסו, כולל חובותיו, זולת אם פ
אותו האפוטרופוס הכללי בהתאם לנהלים שקבע מחובה זו או קבע מועד א
להגשת הפרטה.

לאפוטרופוס הכללי דין וחשבון כפי שיורה, אך לפחות אחת לשנה וב
תפקידו או בפקיעת האפוטרופסות, ולהמציא לאפוטרופוס הכללי ידיעות מל
לפי דרישתו, זולת אם פטר אותו האפוטרופוס הכללי, בהתאם לנהלים שק
מחובת הגשת דין וחשבון או קבע מועד אחר להגשתו. שר המשפטים ר
להתקין תקנות בדבר החשבונות שעל האפוטרופוס לנהל.

55. ההוצאות הסבירות שהאפוטרופוס הוציא במילוי תפקידו חלות על ה
שהוא אפוטרופסו, ורשאי האפוטרופוס להחזירן לעצמו מנכסי אותו אדם.

56. (א) בית המשפט רשאי לקבוע לאפוטרופוס שכר אם ראה טעם
בנסיבות העניין; שכר האפוטרופוס שנקבע על ידי בית המשפט חל על ה
שמונה לו אפוטרופוס ורשאי האפוטרופוס לקבלו מנכסי אותו אדם.

(ב) שר המשפטים רשאי לקבוע כללים בדבר השכר שבית המשפט ר
לקבוע לאפוטרופסים.

57. האפוטרופוס אחראי לנזק שגרם לאדם שהוא אפוטרופסו או לרכושו.
המשפט רשאי לפטרו מאחריותו, כולה או מקצתה, אם פעל בתום לב ונת
לטובת אותו אדם. האפוטרופוס אינו נושא באחריות אם פעל בתום לב
הוראות בית המשפט או קיבל אישורו, אם מראש ואם למפרע.

58. בית המשפט רשאי, לפני מינויו של אפוטרופוס או אחרי כן, לד
שהאפוטרופוס ישעבד נכסים או ימציא ערבות להבטחת מילוי תפקידו וחובו
ורשאי בית המשפט, בכל עת, לדרוש ערובה נוספת או לשחרר ערובה שניי
כולה או מקצתה.

60. האפוטרופוס רשאי, על ידי הודעה בכתב לבית המשפט, להתפ
מתפקידו; ההתפטרות אינה תופסת אלא אם בא עליה אישור בית המשפט
היום שנקבע לכך באישור.

61. בית המשפט רשאי לפטר אפוטרופוס אם לא מילא תפקידיו כראוי
אם ראה בית המשפט סיבה אחרת לפיטוריו.

62. אפוטרופסות על קטין פוקעת בהגיעו לבגרות; על פסול דין – עם בי
פסלותו על ידי בית המשפט; על מי שאינו קטין או פסול דין – אם קבע
המשפט שחדלו סיבות האפוטרופסות או שהושגה מטרתה; פקיעת אפוטרופ
כזאת היא מן היום שנקבע לכך על־ידי בית המשפט; אפוטרופסות על כל א
פוקעת במות החסוי.

(ג) אדם כאמור בסעיף קטן (א) או (ב) רשאי לתת הנחיות בע
מהעניינים הנתונים לפי חוק זה לשיקול דעת בית המשפט או האפוטרופוס,
שיקוימו על ידם לאחר מותו או אם יחדל להיות מסוגל לדאוג ולקבל החל
לגבי ילדו או קרובו, לפי העניין.

(ד) מסמך הבעת רצון ייערך בכתב וייחתם בפני עורך דין, ויחולו ל
הוראות סעיפים 32יג, 32יד, 32יח, 32יט(א), 32כב(1) ו־32כג, בשינ
המחויבים.

(ה) ערך אדם צוואה או מסמך הבעת רצון לפי סעיפים קטנים (א)
(ב), ייתן בית המשפט עדיפות למינוי מי ששמו צוין בצוואה או במסמך הב
הרצון, לפי העניין, כאפוטרופוס לקטין ויורה לאפוטרופוס לפעול בהת
להנחיות שבצוואה או במסמך הבעת הרצון, והכול זולת אם ראה שטובת הק
לסטות מהם ובכפוף לאמור בסעיף 28 בנוגע לאפוטרופסותו של ההורה הא

67. מי שפועל כאפוטרופוס, חובותיו ואחריותו כלפי אדם שמונה
אפוטרופוס או שבית המשפט היה רשאי למנות לו אפוטרופוס יהיו לפי הור
פרק זה, אף אם לא נתמנה כלל או שהיה פגם במינויו או שהתפטר או פ
או שפקעה אפוטרופסותו.

68. (א) בית המשפט רשאי, בכל עת, לבקשת היועץ המשפטי לממשלה
בא־כוחו או לבקשת צד מעוניין ואף מיזמתו הוא, לנקוט אמצעים זמניים
קבועים הנראים לו לשמירת ענייניו של קטין, ושל אדם שמונה לו אפוטרו
אם על־ידי מינוי אפוטרופוס זמני או אפוטרופוס־לדין, ואם בדרך אחרת;
רשאי בית המשפט לעשות, אם הקטין או האדם שמונה לו אפוטרופוס
אליו בעצמו.

(ב) היתה הבקשה להורות על ביצוע ניתוח או על נקיטת אמצ
רפואיים אחרים, לא יורה על כך בית המשפט אלא אם שוכנע, על פי ד
דעת רפואית, כי האמצעים האמורים דרושים לשמירת שלומו הגופני או הנ
של הקטין או האדם שמונה לו אפוטרופוס, לאחר ששקל את רצונו של הא
חשיבות הטיפול, נחיצותו, דחיפותו, הפגיעה האפשרית באורח חייו ואת סי
השיפור באיכות חייו של האדם.

(ג) בפרק זה, למעט בסעיף 80, "אדם שמונה לו אפוטרופוס" – לר
אדם שבית המשפט רשאי למנות לו אפוטרופוס, והוא אף אם עדיין לא הו
אם התקיימו התנאים למינוי.

72. בכל ענין לפי חוק זה רשאי בית המשפט, גם מיזמתו הוא, לשמוע ד

שהאפוטרופוסות לקטין נשללה מהם לפי סעיף 27, או הוגבלה
סעיף 29 או שהם אינם מסוגלים למלא כלפי הקטין את חובות
לפי הפרק השני או שהם נמנעים, ללא סיבה סבירה, מלמלא
חובותיהם האמורות, כולן או מקצתן;
(2) לקטין – בנסיבות האמורות בסעיף 28 או בסעיף 29;
(3) לפסולי־דין;
(4) לאדם אחר שאינו יכול, דרך קבע או דרך ארעי, לד
לענייניו, כולם או מקצתם, ואין מי שמוסמך ומוכן לדאוג ל
במקומו;
(5) לאדם שאין עדיין אפשרות לזהותו;
(6) לעובר.

(ב) בקשה למינוי אפוטרופוס לאדם יכול שתוגש בידי בן זוגו או ק
או בידי היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו.

ול להתמנות טרופוס

34. יכול להתמנות אפוטרופוס אחד מאלה:
(1) יחיד בוגר, שהוא בעל מידות טובות ומתמצא בעניינים כספ
(2) תאגיד;
(3) בית הדין;
(4) האפוטרופוס הכללי;
(5) ועדת אפוטרופסות לנפגעי השואה לגבי נפגעי הש
שהרכבה:
(1) נציג משרד הבריאות;
(2) נציג גוף המטפל בעניני נפגעי השואה.

מינה בית המשפט תאגיד להיות אפוטרופוס, רשאי הוא לקבוע י
שיבצע את תפקידי האפוטרופוס מטעם התאגיד.

ת בבחירת טרופוס

35. (א) בית המשפט ימנה לאפוטרופוס מי שנראה לו בנסיבות הענין מת
ביותר לטובת האדם, תוך התחשבות ברצונו.

(ב) במינוי אפוטרופוס לקטין לפי סעיף 33(א)(1) ייתן בית המש
עדיפות לאדם מתאים שהוא בן משפחתו של הקטין, אלא אם כן מצא
בנסיבות הענין יהיה זה לטובת הקטין למנות לו אפוטרופוס שאינו בן משפח
בסעיף קטן זה, "בן משפחה" – אח, אחות, הורה של הורה, אח או אחות
הורה, בן זוג או בת זוג של הורה.

ת האדם על ית המשפט

36. לפני מינוי האפוטרופוס ישמע בית המשפט את דעת האדם אם
מסוגל להבין בדבר וניתן לברר דעתו.

באפוטרופוס של קטין או פסול דין.

44. בית המשפט רשאי, בכל עת, לתת לאפוטרופוס הוראות בכל ענין הנ
למילוי תפקידו.

46. הטיל בית המשפט תפקידי אפוטרופסות על שני אפוטרופסים או י
במשותף, יחולו ההוראות הבאות, זולת אם הורה בית המשפט אחרת:

(1) האפוטרופסים חייבים לפעול תוך הסכמה; בענין שדעות
חלוקות, יפעלו לפי הכרעת הרוב או לפי הכרעתו של צד של
שימונה לשם כך;

(2) פעולה של אחד או של אחדים מן האפוטרופסים, שא
פעולה שגרתית, טעונה הסכמת האחרים, בפירוש או במשת
מראש או למפרע, לאותה פעולה בייחוד, או אישור מראש
בית המשפט לאותה פעולה בייחוד;

(3) בעניין שאינו סובל דיחוי, רשאי ומחויב כל א
מהאפוטרופסים לפעול על דעת עצמו;

(4) האפוטרופסים אחראים לחסוי יחד, והם ערבים זה לזה; וא
ערבים לאחד מהם שעשה פעולה בלי ידיעתם ובלי שהיו צרי
לדעת על כך, או תוך התנגדותם המלאה;

(5) חדל אחד מן האפוטרופסים לפעול, זמנית או לצמית
חייבים האחרים להודיע על כך מיד לבית המשפט, והם חיי
ומוסמכים להמשיך בתפקידיהם כל עוד לא קבע בית המש
אחרת.

47. (א) האפוטרופוס מוסמך לעשות כל הדרוש למילוי תפקידיו; בפער
המנויות להלן אין הוא מוסמך לייצג את האדם שהוא אפוטרופסו מבלי ש
המשפט אישרן מראש:

(1) מכירת נכס; למעט מכירה המביאה תועלת ברורה לחסוי;

(2) הסתלקות מחלק או ממנה בעיזבון, למעט פעולה שמב
תועלת ברורה לחסוי, או שאפשר להעריך שהחסוי היה מס
לה;

(3) ויתור על זכות של החסוי, למעט פשרה הנחוצה להש
מריבות;

(4) מתן תרומה או מתנה, למעט תרומה או מתנה בהתאם לא
דעתו של החסוי, או כאשר הדבר צפוי לקדם את עניינם
היתומים;

(5) הוצאה כספית למטרת רווח שאינו בטוח;

כטעונה אישור כאמור.

(ב) הייתה דחיפות בביצוע פעולה לשם שמירת ענייניו של אדם, ר
האפוטרופוס, במקרים מיוחדים, לבצע את הפעולה מבלי לקבל את אישור
המשפט.

48. בפעולה משפטית בין האדם לבין האפוטרופוס שמונה לו, או לבין קו
או ידידו של האפוטרופוס, או לבין בעל קשר עסקי עם האפוטרופוס, ז
מתנות הניתנות לאותו אדם, ובפעולה משפטית בין שניים שמונה להם א
אפוטרופוס, אין האפוטרופוס מוסמך לייצג אדם שהוא מונה כאפוטרופסנו, מ
שבית המשפט או אפוטרופוס אחר שנתמנה למטרה זו אישרן מראש.

49. פעולה בתמורה של אפוטרופוס שנעשתה תוך חריגה מסמכות, תהא
תוקף אם נעשתה לשמירת עניינו של החסוי, כלפי אדם שלא ידע ולא היה
לדעת על החריגה.

50. כספי האדם שמונה לו אפוטרופוס, במידה שאינם דרושים לצו
השוטפים, חייב האפוטרופוס להחזיקם כדרך השומרים, או להשקיעם אצל
שמקבל על עצמו את כל הסיכון להפסדים ומעמיד לכך ערובות; כספים שי
שיידרשו לצרכים השוטפים, רשאי האפוטרופוס להשקיע בהשקעה נזילה.

51. לפני מינוי האפוטרופוס, פקיד בית המשפט יכין פרטה של נכסי הא
שהוא אפוטרופסנו, כולל חובותיו, ויגיש אותו לבית המשפט, עם הל
לאפוטרופוס.

52. בית המשפט רשאי להורות —

(1) שהאפוטרופוס יגיש לאפוטרופוס הכללי, במועד שקבע, ש
שוויים של נכסי האדם שהוא אפוטרופסנו, ערוכה לתאריך שי
בית המשפט;

(2) שהשומה האמורה תיערך על־ידי שמאי או על־ידי אדם א
כפי שקבע בית המשפט.

53. בית המשפט רשאי להטיל על האפוטרופוס, בכל עניני האפוטרופ
לנהל חשבונות, להגיש לבית המשפט או לאפוטרופוס הכללי דין וחשבון
שיורה, או אחת לשנה ובגמר תפקידו או בפקיעת האפוטרופסות, ולהמ
לאפוטרופוס הכללי ידיעות מלאות לפי דרישתו. שר המשפטים רשאי להת
תקנות בדבר החשבונות שעל האפוטרופוס לנהל.

55. ההוצאות שהאפוטרופוס הוציא במילוי תפקידו חלות על האדם ש

57. האפוטרופוס אחראי לנזק שגרם לאדם שהוא אפוטרופסו או לרכושו,
לצד שלישי, כשומר חינם, ואם הוא מקבל שכר – כשומר שכר; אלא
הפעולה שגרמה לנזק היתה דרושה באופן סביר לטובת אדם זה, או ש
בתום לב לפי הוראות בית המשפט.

58. בית המשפט רשאי, לפני מינויו של אפוטרופוס או אחרי כן, לד
שהאפוטרופוס ישעבד נכסים להבטחת מילוי תפקידו וחובותיו, ורשאי
המשפט, בכל עת, לדרוש ערובה נוספת או לשחרר ערובה שניתנה, כולה
מקצתה.

60. אפוטרופוס רשאי, על ידי הודעה בכתב לבית המשפט, להתפ
מתפקידו, כל זמן שלא התחיל לפעול כאפוטרופוס; משעה שהתחיל לפ
כאפוטרופוס, הוא רשאי להתפטר רק בהתקיים אחד מאלה:

(1) האפוטרופוס עובר לגור בעיר אחרת.

(2) האפוטרופוס התנה מראש בשעת מינויו שיוכל להתפטר.

61. בית המשפט חייב לפטר אפוטרופוס אם גרם נזק לחסוי, או שלא פ
לפי הוראות הדין או לפי הוראות בית המשפט, או שהשתנה אופיו לרעה לא
מינויו; ובית המשפט רשאי לפטרו אם ראה סיבה אחרת לפיטוריו.

62. אפוטרופסות על קטין פוקעת בהגיעו לבגרות; על פסול דין – עם הפס
מאפייני פסלותו; ואם פסלותו נקבעה על ידי בית משפט – תפקע פסלותו
ידי בית משפט; על מי שאינו קטין או פסול דין – אם קבע בית המש
שחדלו סיבות האפוטרופסות או שהושגה מטרתה; פקיעת אפוטרופסות כ
היא מן היום שנקבע לכך על־ידי בית המשפט; אפוטרופסות על כל אדם פו
במות החסוי.

64. (א) אב רשאי למנות אדם שישמש כאפוטרופוס לילדו לאחר מותו
לאחר שהוא יחדל להיות מסוגל לדאוג לילדו.

(ב) הורה רשאי לתת הנחיות בעניין מהעניינים הנתונים לפי חוק
לשיקול דעת האפוטרופוס, כדי שיקוימו לאחר מותו או אם יחדל להיות מ
לדאוג ולקבל החלטות לגבי ילדו.

(ג) לא קבע ההורה מי שישמש כאפוטרופוס לילדו, ייתן בית המש
עדיפות למינוי מי שיש להניח שהנפטר היה חפץ במינויו.

(ד) הִנחה אדם כאמור בסעיף קטן (ב), יורה בית המשפט לאפוטר
לפעול בהתאם להנחיות, זולת אם ראה שטובת הקטין לסטות מהם.

67. מי שפועל כאפוטרופוס, אחריותו כלפי אדם שמונה לו אפוטרופס

קבועים הנראים לו לשמירת עניניו של קטין, ושל אדם שמונה לו אפוטרופוס
אם על־ידי מינוי אפוטרופוס זמני או אפוטרופוס־לדין, ואם בדרך אחרת;
רשאי בית המשפט לעשות, אם הקטין או האדם שמונה לו אפוטרופוס פנה א
בעצמו.

(ב) היתה הבקשה להורות על ביצוע ניתוח או על נקיטת אמצעים רפוא
אחרים, לא יורה על כך בית המשפט אלא אם שוכנע, על פי חוות דעת רפוא
כי האמצעים האמורים דרושים לשמירת שלומו הגופני או הנפשי של הקטין
האדם שמונה לו אפוטרופוס, לאחר ששקל את רצונו של האדם, חשי
הטיפול, נחיצותו, דחיפותו, הפגיעה האפשרית באורח חייו ואת סיכויי הש
באיכות חייו של האדם.

(ג) בפרק זה, למעט בסעיף 80, "אדם שמונה לו אפוטרופוס" – לר
אדם שבית המשפט רשאי למנות לו אפוטרופוס, והוא אף אם עדיין לא הו
אם התקיימו התנאים למינוי.

72. בכל ענין לפי חוק זה רשאי בית המשפט, גם מיזמתו הוא, לשמוע ד
של קרובי הקטין, פסול־הדין או האדם שמונה לו אפוטרופוס, ככל ש
המשפט ימצא לרצוי לשמעם.

מפתחות

מפתח העניינים

מפתח המקורות

רשימה ביבליוגרפית

מפתח העניינים

אב
ב״ד ממנה אפוטרופוס תוך התחשבות ברצון האב
אדם שאינו ראוי לכך 351 352
אישה שניהלה את נכסיו בחייו (ראה: אישה)
אם גילה דעתו שפלוני נאמן בעיניו 346 347 352
לעניין דרכי פעולת האפוטרופוס 343
לעניין זהות האפוטרופוס 343
המגדל ילד נחשב כאביו 73
חובתו בחינוך בנו למצוות 78
ייצוגו את בנו הקטן בדין בעניין מתנה שקיבל 365
כאפוטרופוס לבניו 390
שמינה אפוטרופוס לבניו (ראה: אפוטרופוס שמינה אבי היתומים)
תפקידי הורים 74
אבטליון
משמעות שמו 18
׳אבי יתומים׳ (ראה גם: יתומים)
מפקח על אפוטרופסים 234 235 237
׳אוונטריא׳
פרטה של נכסי החסוי 216
אומדנא
אומדן כוונת הממנה אפוטרופוס 123 124
אונאה
פחות משתות, באפוטרופוס שמכר מנכסי היתומים 4 7
איבר (ראה: תרומת איברים)
איוב
דאג לעניים 14
אישה; נשים (ראה גם: בעל ואשתו)
דעתן קלה 42
חשודה על עבירות 42
כאפוטרופוס למעשה 50 51
מהימנותה 42 44
מינוֶיהָ כאפוטרופוס 41–45 47
אם היא בקיאה במשא ובמתן 41–46 356
אֵם היתומים 45
אם יש לה חלק בנכסים 43
אם ניהלה את נכסי האב בחייו 43 45 48 51 320 345–347 352 356–358
אם ערכאות הנכרים מינו אותה 43 44
האלמנה, אם עוד לא גבתה את כתובתה 44
לנכסי נעדר גדול שהיא עומדת לרשת 44
מינוי זמני 45
מינוי לפעולה אחת בלבד 45
ע״י אבי היתומים (ראה: אפוטרופוס שמינה אבי היתומים)
תוקף המינוי בדיעבד 45
מינוֶיהָ לתפקיד ציבורי 42 45
פטורה ממצוות עשה שהזמן גרמא 42
צריכה להישאר בביתה 42 43 45 48
׳אישה הנושאת ונותנת בבית׳ 191 358
אלמנה
הצורך להגן עליה 22
שרוצה לקנות מנכסי בעלה לגביית כתובתה 172 173
באישור ב״ד הדיוטות 173 184
בפני ב״ד 182 183
נאמנותה במכירה לעצמה 173
קרקע או מיטלטלין 173
אֵם (ראה גם: אישה; אפוטרופוס למעשה)
בן עד גיל שש אצל אמו 86
בת אצל אמה 87
שימושה כאפוטרופוס לבניה היתומים 18 45
אם אין להם יורשים ידועים 18
דרישה ממנה לתת ״חיזוקים״ 293
אנגליה
אפוטרופסות במשפט האנגלי 10
אפוטרופוס למעשה 361
אפוטרופוס שמינה האב 344
חובת אמון כלפי הנותן אמון על סמך מצג 361–363
אפוטרופוס
אחריותו על נכסי היתומים (ראה: שומר)
אפוטרופוס זמני 377
במשמעות של המנהל עסקיו של אדם רגיל בחייו 7 11 241
התפטרותו (ראה: התפטרות אפוטרופוס)
התפתחות מוסד האפוטרופסות 10 11
זכותו להחזר הוצאות (ראה: הוצאות אפוטרופוס)
ייצוגו את היתומים בדין (ראה: בית דין)
כשירות לשמש כאפוטרופוס 39–56
לבישתו בגדים משל היתומים לצורכם 171 260 276 318
אם הם מתנגדים 260
לגוף היתומים 75
לנעדר (ראה: נעדר)
לעובר (ראה: עובר)
מוריש (שאינו האב) שמינה אפוטרופוס על יורשו 347

מינוי אפוטרופוס לתפקיד מצומצם בלבד 378
מינויו (ראה: מינוי אפוטרופוס)
מינויו על עצמו (ראה: שוטה)
מקור המלה ביוונית 9 25
נידון במדינת ישראל ע"פ הדין הדתי 362
סיום תפקידו (ראה: פקיעת אפוטרופסות)
סילוקו (ראה: פיטורי אפוטרופוס)
סמכותו (ראה: סמכויות אפוטרופוס)
פיטוריו (ראה: פיטורי אפוטרופוס)
פעולה משפטית בינו לחסוי (ראה: ניגוד עניינים)
פקיעת אפוטרופסות (ראה: פקיעת אפוטרופסות)
שממנה מי שיפקח עליו 348
שני אפוטרופסים או יותר (ראה: אפוטרופסים משותפים)
תכונות אופי הנדרשות בו 39 40
תפקידיו (ראה: תפקידי אפוטרופוס)
תשלום שכר לאפוטרופוס (ראה: שכר לאפוטרופוס)
האפוטרופוס הכללי
הגשת פרטה אליו 211 216
מינויו כאפוטרופוס 52 53
מפקח על האפוטרופוסים 52
תפקידו לפקח על אפוטרופסים 233
מוסד מקביל בקהילות ישראל 234
'אפוטרופוס לדיקנני' וכו' (ראה: גדול)
אפוטרופוס למעשה ('יתומים שסמכו')
אחריותו על נכסי היתומים 373 374
אישה 50 51
אֵם היתומים 50
מינוֶיה אח"כ ע"י ב"ד 50
אם אדם אחר מטפל בחלק מצרכי היתומים 367
אם האב לא היה רגיל לסמוך עליו בחייו 366
אֵם היתומים 366 367
שאינה מטפלת בנכסיהם 367
אם היתומים חזרו בהם מבחירתם בו 368
אם יש כבר אפוטרופוס ממונה 367 368
ואינו מסוגל לפעול 367
אם לא אמרו שהם רוצים בו 366
אם לווה לצורך היתומים 369
ב"ד מברר אם הוא ראוי 361 365
ביתומים גדולים 365 366
ביתומים מתחת לגיל תשע 361 367–370
אם חלקם מעל גיל תשע 369
אם הם אצל אמם 370
גוי 50
הבסיס לסמכותו 363–365
השבת אבידה, במובנה הרחב 365
מינוי מכללא של ב"ד 365
תקנת חכמים 363 364 370
הסכים מכללא לשמש אפוטרופוס 69
אם לא הסכים 365
התפטרותו 301
זכותו להחזר הוצאותיו 248 368
חובתו בהגשת דוח 229 371 372
באם היתומים 372
חובתו להישבע מול תביעת יתומים 372–374
באישה 373
לקטן בחיי אביו 366
לשוטה 366
מבחנים להגדרתו 363
מי שהסכים להיות אפוטרופוס
וחסר אישור מהשלטון הנכרי 361
וחסרה הסכמת אנשי הקהל 361
מי שפעל פעולה מוגבלת בנכסים 366 367
מי שרק האכיל את היתומים 367
מנהל בית יתומים 52
סמכויותיו – היקפן 362 368–371
סמכותו בנכסי יתומים שאינם בידו 361 365 370
סמכותו בקרקעות של היתומים 364 365 368 369
ב'חזקות' 368
קרקעות שהאפוטרופוס קנה להם 369
שעבודם כדי לקבל הלוואה 369
סמכותו להפריש תרומות ומעשרות מפירות היתומים 155 364
פיטוריו 314 316
אם יש חשד שהוא גורם הפסד ליתומים 320
אם לא התרשל 316
שהוא גוי 50
שהוא קטן 366
אפוטרופוס שמינה אבי היתומים
אם מינה אישה 42 48 49 51 345 354
יכולת ב"ד למנות אפוטרופוס אחר 356
כשהיה שכיב מרע, והתרפא 357 358
פרשנות של היקף המינוי 49
אם מינה את אשתו, ונישאת לאחר 42
אם מינה כמה אפוטרופסים 120
אם מינה קטן 3 48 49 345 366
כוחו גדול משל אפוטרופוס שמינה ב"ד 354 355
לבן שנולד אחרי מותו 337
לבניו הגדולים 27–31 345
אחרי שנתן להם את נכסיו בחייו 29
אם הבן הסכים ואח"כ התנגד 30
אם הבן מתנגד 29–31 338
אם הבן עשה פעולה בנכסים 29 30
אם הם זקוקים לאפוטרופוס 31
אם הפקיד את כספי הירושה ביד צד ג' 31
אם התחיל כשהיו קטנים 30
אם יש לו גם בן קטן 28
אם יש ספק במינוי 30
אם לא קצב לו זמן 27 28
אם מטרת המינוי היא לטובת האפוטרופוס 30
בלשון מתנה 28
לבניו שמעל גיל עשרים 28
עד חלוקת העיזבון 28
לפי החוק 343
לפעול בחייו, כשלא יוכל לטפל בבניו בעצמו 349
סמכותו כשליח 349
לשון המינוי 344
מינויו עדיף על מינוי ב"ד 19 344 356
מסירת דוח 229–231 236
מקור סמכות האב למנותו 354 355 387 390
מתכוון שישמש גם לחובת היתום 286
סמכותו להפריש תרומות ומעשרות מפירות היתום 154 355
סמכותו לייצגם בדין 88

פיטוריו (ראה: פיטורי אפוטרופוס)
אפוטרופסים משותפים (ראה גם: מנהיג)
אופן ההכרעה במחלוקת ביניהם 107
על פי ב״ד 107 108 113
על פי 'מכריע' 108 109
על פי רוב דעות 107 108
אחריותם לנזק שעשה אחד מהם לחסוי 115–121
אחריות יחד ולחוד 115
אם אין לאחד מהם במה לפרוע 116 119–121
אם האחרים יכלו למחות בו ולא מחו 118
אם האחרים מחו בו 119
אם הם מקבלים שכר 120
אם הסכימו למפרע למה שעשה 111
אם התנגדו למה שעשה 115 116
באפוטרופוס שמינה אבי היתומים 120
לעניין היחסים ביניהם לבין עצמם 115
אחריותם לנזק שעשו לחסוי 115–117
אחריות יחד ולחוד 115
אם אחד מהם אצל סמכותו לאחד האחרים 110 111
אם אחד מהם זיכה ממון לצד ג' באמצעות האחר 176
אם אחד מהם חדל לפעול
אם ב״ד הסמיך את האחרים לפעול 124
אם נפטר אחד מהם 105 122 123
היעדרות זמנית 124
היעדרות לזמן קצוב או אינו קצוב 125
היעדרות קבועה 121–124
חובתם של האחרים לפעול 125
מינוי מחליף, אם האב מינה אותם 122
סמכות ב״ד לפטר את האחרים 324
סמכותם של האחרים לעשות פעולה דחופה 124 125
סמכותם של האחרים לפעול 122–124
קביעה ע״פ אומדן כוונת הממנה 123 124
קביעה ע״פ המנהג 122 123
קביעה ע״פ לשון המינוי 122
אם אחד מהם מכר מנכסי היתומים לחברו 104 175
עילה לסילוקו 317
אם אחד מהם עשה פעולה שנדרשה בדחיפות 114 124
אם אחד מהם פעל באישור ב״ד 113
אישור כללי לכל מה שיעשה 114
אישור למפרע 113 114
אם אחד מהם רוצה להתפטר 106 302
אם הם שלושה – סמכותם כב״ד 350
אם רק אחד מהם הסכים להיות אפוטרופוס 105
הסכמת האחרים למה שעשה אחד מהם 109
אם עשה פעולה שגרתית 113
אם שתקו כששמעו על המעשה 112
הסכמה כללית לכל מעשיו 110
הסכמה למפרע 109 111
הסכמה שמשתמעת מתוך התנהגותם 111
הצורך בהסכמתם על דרך הפעולה 104–106
אם אחד מהם גר רחוק מהיתומים 106
אם אחד מהם פעל בעצמו 106 110
אם ניכר שהממנה התכוון שיוכל כל אחד לפעול לבדו 106
די שאחד מהם יפעל, אם הסכימו 109
לעניין טיפול שוטף בנכסי היתומים 104 105 113
פעולה שעשה אחד מהם לטובת החסוי 110
תוקפה כלפי צד ג' של פעולה של אחד מהם 110 111 189 190 192
ארבעת המינים
לקטן מדין חינוך, אם אינם שלו 78
קנייתם ע״י אפוטרופוס עבור היתומים 77 78
איך היתומים זוכים בהם 77
אריס
העמדתו לטפל בנכסים של אחר 26
ארץ ישראל
חלוקתה ע״י הנשיאים 384 385
מכוח הפקר בית דין 386
מכוח 'זכין' 384 385 388
נחשבת עניין של איסור והיתר 386
רק 'גילוי מילתא' 388
יתום שאמו רוצה לקחתו לא״י והאפוטרופוס מתנגד 86

בגד
קנייתו לאפוטרופוס מכספי היתומים 276 314
בגיר (ראה: גדול)
בורסקאי (**מעבד עורות**)
מינויו כאפוטרופוס 39 40
מינויו כמלך או ככהן גדול 39 40
בטחונות (ראה: משכון; ערבות; שעבוד נכסים)
ביטוח
חובת אפוטרופוס לבטח נכסי יתומים שהוא מעביר למקום אחר 161 162
חובת שומר לבטח את הפיקדון 83 85
ביכורים
הבאתם ע״י אפוטרופוס 5 155
הבאתם ע״י שליח 5
בית דין
'אביהם של יתומים' 18 22 26 96 97 124 174 183 215 306 307 315 323 325 386 389 390
אחריותו כלפי כספי צדקה 98
אחריותו לדאוג ליתומים 96 377
לצרכיו הרוחניים של יתום 78
איזה בית דין יכול למנות אפוטרופוס 19
אישור למפרע של ב״ד לפעולת אפוטרופוס 99 113 114 163 164 286
אל יסייע לצד אחד כ'עורכי הדיינים' 55
אפוטרופוס שגרם נזק לחסוי בכך שטען טענה שגויה בב״ד 280–282
אם לא ידע מה היה נכון לטעון 282
אפוטרופוס שהפר הוראה של ב״ד 99
בעל כוח מיוחד בדין 'זכין' 386
גם אם יש צד חובה 387 390
דואג להשיא חרש 23
זכות אפוטרופוס למסור את הנכסים לב״ד 302 306
זכות שומר למסור את הפיקדון לב״ד 302 306
זכותו לדרוש מאפוטרופוס מידע על פעולותיו 237
חובה עליו למנות אפוטרופוס 17 18 377
חובת אפוטרופוס לפנות לב״ד במצבי ספק 99 143
חובתו למנוע מאפוטרופוס לפעול באופן שמסכן את הנכסים 96 98 140

טוען טענות בעבור יתומים 54
מעשה של אפוטרופוס באישור ב״ד, שהזיק ליתומים 284–286
אם ידע שהוראת ב״ד מוטעית 285
באישור למפרע 286
סמכותו לשמש כאפוטרופוס בעצמו 18 53–55 377
במה שכרוך בעימות בין היתומים לאחרים 55
סמכותו לתת הוראות לאפוטרופוס 96 97
אחד או שניים שנתקבלו כב״ד 136
בכלל זה – שלושה אפוטרופסים 136
היתר כללי שיעשה כרצונו 97 114 136 137
הערכאה המוסמכת לכך 97 98
חובה על ב״ד או רשות 95 96 98
להתיר לו פעולות שאסורות בדרך כלל 96 126 135 136 350 387
למכור קרקע של היתומים כדי לקנות אחרת 141
רצון למנוע לעז על ב״ד 41 44 55
שומר שפעל ע״פ הוראה מוטעית של ב״ד, והפיקדון ניזוק 285
שטעה
ב׳דבר משנה׳ 58
בהוראה לאפוטרופוס למכור קרקע אף שיכל למכור מיטלטלין 140
בית דין - הדיונים בו
׳טוען׳ עבור נתבע שהפך ל׳טוען׳ עבור התובע 180 181
מינוי אפוטרופוס לייצג יתומים בב״ד 54 378
סמכות אפוטרופוס לייצג את היתומים בדין 87–90
אם היתומים נתבעים 88–90
אם התובע מוכן למחול חלק מהחוב 89
אפוטרופוס שמינה אבי היתומים 88
בטענה שאינה שכיחה 90
במה שנוגע לפעולות האפוטרופוס 89
ברשות ב״ד 89
לתבוע בשמם 90
מינוי אפוטרופוס במיוחד לשם כך 90
תוקף פסק הדין 88 89
בית יתומים
מעמד המנהל כאפוטרופוס 52
בית משפט
אישורו להתפטרות אפוטרופוס 299
דרישתו בטחונות מהאפוטרופוס 293
הודעה לו על הסתלקות אחד מאפוטרופסים משותפים 121 125
מתן הוראות בנוגע לשומה 221
סמכותו להתיר לאפוטרופוס לנטות מהוראות החוק 126
סמכותו להתיר פעולה בניגוד עניינים 169 182
סמכותו לפטור אפוטרופוס מאחריות 115 273 284
סמכותו לפטר אפוטרופוס 313–317
פעולות של אפוטרופוס הטעונות אישור בית המשפט 133–165
אישור בדיעבד 133 163
קובע את דרכי ההשקעה של כספי החסוי 199 203
קובע שכר לאפוטרופוס 265 268
בכור
סמכות אב לקבוע מי הבכור 355
בלן
מינויו כמלך או ככהן גדול 39
בן נוח
מצווה על ב״ד שלהם למנות אפוטרופוס 18
בנאי
מינויו כאפוטרופוס 39
בנק
אחריותו להתנהלות כלכלית חריגה של לקוח 65
מעין אפוטרופוס 65
בעל בית שיתומים סמכו אצלו (ראה: אפוטרופוס למעשה)
בעל ואשתו (ראה גם: אישה)
אפוטרופסית שנישאה, ונתנה נדוניה מנכסי יתומים 138
הקונה נכס מאישה שפעלה בשם בעלה (ראה: תקנת השוק)
השפעת הבעל על אשתו 42 43 46
טיפולה בנכסיו כשלוחה שלו 46
בעלות
אפוטרופוס כבעלים על נכסי החסוי 2–5 8 146 182 350 355 356
באפוטרופוס שמינה אבי היתומים 2
מוגבלת בנכס, רק לעניין היכולת להקנותו לאחר 3 355
בר מצווה
טיפול אפוטרופוס בהוצאות בר מצווה של יתום 81
גבאי צדקה
אין חובה עליו למסור דוח 212 230
איסור עליו לקנות את המזון שאסף 171–173
זכותו להפסיק לשמש 305
יש למנות את הסכום שבידו 212
פטור מלהישבע שלא מעל 230
גביית חוב
אב שהתחייב שנושהו יוכל לגבות מבניו עידית 48
הכרזה במכירת נכסי יתומים לפרעון חובם (ראה: הכרזה)
מיתומים (ראה: יתומים)
גדול (ראה גם: קטן)
אפוטרופוס לקטן, והגיע לגיל גדלות (ראה: פקיעת אפוטרופסות)
מבן י״ג עד בן עשרים
לעניין מכירת קרקע שירש 20 25 27 332
לעניין תרומת איבר 332
מינוי אפוטרופוס בשבילו 20 25
מינויו כאפוטרופוס 40 41
מינוי אפוטרופוס עליו 11 25 26 332 333
אין בכך מצווה לאפוטרופוס 25 26 266 267 302
אם אין לו כשרון ניהול עסקים 32
אם הוא מבזבז את נכסיו 32
אם הוא מבקש זאת 27
אם הוא מתנגד 26
אפוטרופוס למעשה 365 366
ביתומה גדולה שנישאה 26
זכותו לשכר 266
על ידי אביו (ראה: אפוטרופוס שמינה אבי היתומים)

על נכסיו, אם הוא נעדר (ראה: נעדר)
שכוחו יהיה רק כשליח 27
תוקף המינוי בדיעבד 26
גדול הדור
הגדרתו 98
סמכותו למנות אפוטרופוס 98
שהוראתו סותרת הוראת ב״ד 98
גוי, גוים (ראה גם: בן נוח; ערכאות)
כאפוטרופוס למעשה 50
יין בחצר של גוי, ויהודי משגיח שלא יגע 125
סמכות ב״ד לגביו 389
סמכות ערכאותיהם לגבי יתומיהם 389
ריבית בגוי המלווה כסף של יהודי או להיפך 11
גזבר (ראה: הקדש)
גזל
גזלן שאילץ שומר למסור לו את הפיקדון 285
קונה חפץ גנוב (ראה: תקנת השוק)
גיור; גר
הצורך להגן על גר 22
הצורך ברצון המתגייר 389
סמכות אפוטרופוס לפעול לגיור החסוי 75
של קטן בלי הוריו, ע״י ב״ד 383–390
איזה ב״ד מוסמך לכך? 387
ב״ד פועל כאביו 390
ב״ד פועל כאפוטרופוס 387 390
הקטן סומך על ב״ד 386
יכולתו למחות כשיגדל 389
מדרבנן או מהתורה? 383 384 388
של קטן עם הוריו 384 386
גניבה (ראה: תקנת השוק)
ג׳רבה
תקנותיה ומנהגיה 226
׳גרמא׳; ׳גרמי׳ (נזק עקיף)
אם אין ודאות שהמעשה יגרום נזק 280
במחדל 279
׳גורם דגורם׳ 281
׳דבר הגורם לממון׳ 280
הגדרת ׳גרמי׳ לעומת ׳גרמא׳ 280 281
חיוב אפוטרופוס בגרמא 279
חיוב שומר בגרמא 279–281
גרמניה
אפוטרופסות במשפט הגרמני 10
גרע (ראה: מקיז דם)

דברי קבלה (דברי נביאים)
מהתורה שבעל פה, מסיני 14
דוד המלך
אחריותו המוסרית למות שאול ובניו, שאול ודואג 255 257
דוח - מסירתו ע״י אפוטרופוס
אם התחייב בכך בעת מינויו 234
אם מסר דוח וטען שטעה בו 232
אם נראה בברור שהוא מרמֶה 229
באֵם היתומים המשמשת כאפוטרופוס 232
באפוטרופוס למעשה (ראה: אפוטרופוס למעשה)
באפוטרופוס שאינו בקי בניהול עסקים 232
באפוטרופוס שמינה אבי היתומים 229–231 236 371
באפוטרופוס שמינה ב״ד 229–231 371
באפוטרופוס שמינו ערכאות הנכרים 233 237
באפוטרופוס שמקבל שכר 229 232
בזמן שב״ד דורש זאת 236
בתום כהונתו 212 214 227 228 229 236
הגשתו לאפוטרופוס הכללי 233 235
הגשתו לב״ד 234
זכות קרובי החסוי לעיין בו 233–235
חובה מכוח דינא דמלכותא 233
חובה מכוח תקנת הקהל 234–237
מטרתו 227
פעם בשנה 237
׳דינא דמלכותא דינא׳
אישה שהערכאות מינו כאפוטרופוס 43 44
בצירוף חיוב בדיני שמים 255
חוק הקובע שאֵם היתומים היא אפוטרופוס 44
חוק של השופטים שאינו חוק של המלך 44
לעניין אפוטרופוס שמינה בית משפט של מדינת ישראל 53
לעניין חובת אפוטרופוס למסור דוח 233
לעניין תוקפה של צוואה 350
דיני שמים
חיוב בדיני שמים, כשגם חוק המדינה מחייב 255
דרבנן (ראה: תקנות חכמים)

ה׳ הידיעה (ראה בלי ה)
הגבה על צד ג׳ (ראה: תקנת השוק)
הובלת נכסי יתומים
אם יש סיכון בהשארת הנכסים במקומם 160 162
אם יש סכנה בדרך 160–162
דרך הים 162 206 285
יחד עם נכסי המוביל 160 163
כדי למוכרם ברווח גבוה 160
ע״י אפוטרופוס או ע״י אדם זר 160 161 163
צריך רשות ב״ד? 160–163 321
הוצאות אפוטרופוס - זכותו להחזר
אבדן הכנסה מעבודה 251
אבדן יכולתו להרוויח בכסף שהוציא 251
אם היה יכול להשיג את התוצאה בפחות כסף 258
באפוטרופוס המקבל שכר 250
הוצאות להשבחת נכסי היתומים 249 250
הוצאות למניעת נזק ודאי לנכסי היתומים 250
הוצאות לפרנסת היתומים 247–249
באפוטרופוס למעשה 248 368
הוצאות לשמירת נכסי היתומים 250
הוצאות מעבר לסכום המקובל 257 258
הוצאות מעבר לערך התועלת שהושגה 258 259
אם מראש היה סיכוי להשגת תועלת גבוהה 259
הוצאות שלא היה צורך בהן 258
מכירת נכסי היתומים לגביית ההוצאות 259 260
הורה (ראה: אב; אם)
׳הכרזה׳
כשאפוטרופוס מוכר נכסי יתומים לצרכם 143
נדרשת במכירת נכסי יתומים לפרעון חובם 142 143
אם הנושה מוכן למחול חלק מהחוב 142

מפתח העניינים

הלוואה
אפוטרופוס שֶהָלווה כספי יתומים (ראה גם: השקעות) 158
אם הָלווה באופן האסור 206 283
אם יש להניח שהם רוצים בכך 159
בריבית (ראה: ריבית)
הלוואה מסחרית 159
הלוואת חסד 158 159
והחליף משכון שקיבל מִלווֶה במשכון אחר 284
לקרובו 176
אפוטרופוס שֶהָלווה כספי יתומים באופן אסור, ואי אפשר לגבותם 283
בלי ליטול משכון 283
למי שהיה חייב הרבה לאחרים 283
אפוטרופוס שלווה מכספי היתומים 172 174 175 204
צריך להודיע לב״ד 174
צריך אישור מב״ד? 174
המצווה להלוות 158
בהלוואה לקטן 80
קטן פטור מהמצווה 158
סמכות אפוטרופוס ללוות לצורך היתומים 147
מכירת נכסיהם כדי לפרוע 259 260
המחאת זכות (ראה: ׳מעמד שלושתם׳)
הנאה (ראה גם: עשיית עושר ולא במשפט)
מנכס של אחר, שגרמה לו נזק מועט 151 152
משימוש בנכס של אחר – חיוב לשלם עבורה 267
הסכמה
הסכמה למפרע
של משלח למעשה של שלוחו 99 111
של שותף למעשה של שותפו 111
של אפוטרופוס (ראה: מינוי)
של אפוטרופסים משותפים (ראה: אפוטרופסים משותפים)
שתיקה שמתפרשת כהסכמה (ראה: שתיקה)
הערמה
אב שהקנה נכס לבנו הקטן כדי לחמוק מחובה 21 145 148
הפקר
המפקיר גוף מהיום ופירות לאחר ל׳ יום 3
הפקרת עבד (ראה: עבד כנעני)
׳**הפקר בית דין הפקר**׳
אין בו הגבלות שיש בהפקר 3
אינו פוטר מתרומות ומעשרות כהפקר רגיל 154
יסוד סמכות ב״ד
לאשר בדיעבד פעולה של אפוטרופוס 99 286
לטפל בנכסי חרש ושוטה 22
יסוד סמכות הנשיאים בחלוקת ארץ ישראל 386
יסוד סמכותו של אפוטרופוס 354
באפוטרופוס שמינה אבי היתומים 387
להפריש תרו״מ מפירות היתומים 154 385
ע״י הקנאת ממון החסוי לאפוטרופוס 2 3 5 14 27
של קטן שאביו הקנה לו עבד כהערמה 145 146
לעניין העברת בעלות מאדם לאדם 6 154
לעניין כפיית אדם לעשות מעשה 67
לעניין כפיית אדם לשמש כאפוטרופוס 67
מתיר הלוואת כספי יתומים ברבית 201
נחשב קניין דאורייתא? 12
הקדש (של בית המקדש)
גזבר פטור מהגשת חשבון 230
גזבר פטור מלהישבע שלא מעל 230
השקעת הכסף הפנוי 200
אם המשקיע מקבל על עצמו לשאת בהפסד 205
ניהול חשבונות ע״י גזבר 227
סמכות גזבר לשחרר עבד של הקדש 146
הקדש (של צדקה) (ראה גם: צדקה)
אפוטרופסים משותפים על הקדש 105
השכרת דירות של הקדש
איסור על הנאמן להשכירן לקרובו 176
חובת מכרז, כדי להשיג שכירות גבוהה 176
נאמן של הקדש צדקה הממנה נאמן אחר 347
הריגה
מי שגרם למוות, וההרוג תרם לכך 257
השבת אבידה
אפוטרופוס המטפל ביתומים מקיים מצווה זו 68 276
אם יש מי שיטפל בלעדיו 276
באפוטרופוס למעשה 365
המצווה כוללת חובת הצלת נכסי הזולת מנזק 67 68 76 365
בלי חובת תשלום על הימנעות מכך 68
המצווה כוללת מניעת פגיעה בגוף הזולת 76
חובת המוצא למוכרה לטובת בעליה 365
בב״ד או בלי ב״ד 365
שכרו של המציל נכס של זולתו מנזק 251
של עם הארץ 42
השקעות של כספי יתומים (ראה גם: הלוואה)
אפוטרופוס הגורם הפסד מועט לשם רווח עתידי 163
אפוטרופוס שהשקיע את כספם במניות 283
ב״ד מחליט אם להשקיע אותם 202
בדרך המקובלת אצל עשירים 205
דרישת ערובה ומשכון מהמשקיע 206 294
המשקיע נושא בכל ההפסד ומתחלק ברווח 66 67 201 202 204
אם אין מוצאים מי שמוכן לכך 202 205
בעיית הריבית (ראה: ריבית)
השקעה מסוכנת
באישור ב״ד 206 285
שרווח גדול בצדה 205
זכות אפוטרופוס לחלק ברווח מההשקעה 268
חובה על אפוטרופוס 86 203
כסף שייתכן שהיתומים יזדקקו לו 199
בהשקעה נזילה 200
ע״י אפוטרופוס, באישור ב״ד 201 205
ע״י ב״ד, בלי אפוטרופוס 54 86 203 204 378
התפטרות אפוטרופוס
אחרי שהחזיק בנכסים 299–301
אחריותו לנזק שנגרם מהתפטרותו 300
אם הוא מציע מי שיחליף אותו 301
אם הוא מקבל שכר 302 305
אם הוא רוצה לעזוב את מקומו 306 307
אם הממנה התיר לו זאת מראש 307
אם התחיל לפעול כאפוטרופוס 300 301
אם התנה מראש שיוכל להתפטר 307 308

אם תפקידו מונע ממנו לנהל את עסקיו 307
באפוטרופוס לגדול 302
באפוטרופוס לשוטה 303
באפוטרופסים משותפים 106 302
בטענה שהוא רוצה אפוטרופוס נוסף 300
במי שסמכו יתומים אצלו 301
הצורך באישור ב"ד 308
כפייתו להמשיך בתפקידו 300
לפני שהחזיק בנכסים 299 300 303 305 306
התראה
לאפוטרופוס לפני סילוקו 316

ו' החיבור
האפשרות שיהיה במובן 'או' 105 122
'והייתם נקיים מה' ומישראל' (ראה: חשד)

'זכין לאדם שלא בפניו'
אם אדם זר מוכר קרקע של יתומים לטובתם 143
בזכות שמסתעפת ממנה חובה 9 84 385
להוציא דבר מבעלותו של אדם 145 154
לעניין גיור קטן בלי הוריו 384
לעניין חלוקת ארץ ישראל 384 385 388
לעניין פדיון בן יתום ע"י אחר 383
לקטן 9 384 385
אם יש צד חובה 386
בזכות גמורה 384 387
מדין שליחות? 384
מהתורה או מדרבנן 8
מקור סמכותו של אפוטרופוס 2 4 6 8 9 13 137 145
אם היתומים הביעו התנגדות למעשהו כשגדלו 5 13
אף שיש בכך צד חובה 385
מדין שליחות (ראה: שליח)
להפריש תרומות ומעשרות מפירות היתומים (ראה: תרומות ומעשרות)
לכן פעולה שאינה לטובת היתומים בטלה 137
זקן
מינויו כאפוטרופוס 40

'חבר'
מי שנאמן לעניין טהרות 323
התכונות הדרושות 323
חוב (ראה גם: גביית חוב; הלוואה)
מינוי אפוטרופוס לפרעון חוב של יתום 378
חוק המדינה (ראה: דינא דמלכותא)
'חזקות' (זכויות במקרקעין ע"פ תקנות הקהילות)
נחשבות כקרקע? 144 145 368
אם בעל הקרקע יכול לסלק את בעל החזקה 145
לעניין מכירתן ע"י אפוטרופוס 144 145
לעניין סמכות 'אפוטרופוס למעשה' בהם 368
חזקת שלוש שנים
בפני אפוטרופוס 3 7 8 151
חינוך
חיוב אפוטרופוס לחנך את היתומים (ראה: תפקידי האפוטרופוס)
חינוך למצוות (ראה גם: לימוד תורה)
חיוב אפוטרופוס בכך כלפי היתומים (ראה: תפקידי האפוטרופוס)
חיוב על הבן או על האב 78
חמץ
אחריות אפוטרופוס לביעור חמץ של היתומים 77
חסוי (ראה: יתומים)
חרם
הממנה אפוטרופוס על בניו עם תוקף של חרם 315
חרם סתם
הטלתו על אפוטרופוס, עקב תביעת היתומים 240
הטלתו על המסתיר נכסים של חייב 379
מחילה למי שחייב חרם סתם 151
חרש
גדרו 23
דאגת ב"ד להשיאו 23
מינוי אפוטרופוס עליו 22 23
אם הוא 'עתים חלים ועתים שוטה' 336
הסכמת האפוטרופוס למינוי 68
חובה או רשות 23 24
מינויו כאפוטרופוס 40
שהפריש תרומות ומעשרות (ראה: תרומות ומעשרות)
שיודע לתקשר עם אחרים 23
התחייבות ממונית שלו 23
חשבון (ראה גם: דוח)
ניהול חשבונות ע"י גזבר של הקדש 227
ניהול חשבונות ע"י אפוטרופוס 225 226
מטרתו 226 227
חשד (האיסור לפעול באופן המעורר חשד) (ראה גם: ניגוד עניינים)
באלמנה המוכרת נכסים לגביית כתובתה 172 173
בגבאי צדקה שקונה לעצמו את המזון שאסף 171–173
בהשכרת דירה של הקדש לקרוב של הנאמן 176
ב'טוען' עבור נתבע שהפך ל'טוען' עבור התובע 181
בפעולה משפטית בין שני חסויים של אותו אפוטרופוס 181
בשומר שקונה לעצמו את הפיקדון 171 181
בשליח למכור נכס שמוכר לשותפו 178
חשש למעילה או ללזות שפתיים 173
על אדם להיות 'נקי מה' ומישראל' 226
פעולות אפוטרופוס שמעוררות לזות שפתיים 135 136
אפוטרופוס שלווה מכספי היתומים 175
פעולה משפטית בין אפוטרופוס לחסוי 183 184

טובת הנאה (ראה: שכר)
טעות (ראה גם: מקח טעות)
של בית דין (ראה: בית דין)

יוון
אפוטרופסות במשפט היווני 10
יוסף
נקרא ה'אפוטרופוס' של פוטיפר 11
יורד לנכסי חברו
המשביח נכסי חברו – זכותו להחזר 249
אם השבח קטן מההוצאות 259

אם השביח ברשות 259
בגין אבדן הכנסה צפויה 251 252
יחידה משקית
של יתומים – מכירתה ע"י אפוטרופוס 144 145
יין נסך
יין בחצר של גוי, ויהודי משגיח שלא יגע 125
ייפוי כוח מתמשך 381 382
הוראות הממנה 381
לעניין ביצוע פעולות רפואיות עבור הממנה 382
סמכות מיופה הכוח כשהממנה אינו יכול לפעול 381
'יכיר'
סמכות אב לקבוע מי הבכור 355
ירושה (ראה גם: עיזבון)
המחזיק בנכסיו של מת שאין לו יורשים ידועים 17 18
מוריש (שאינו האב) שממנה אפוטרופוס על יורשיו 347
יתומים (ראה גם: קטן)
'אבי יתומים' שתפקידו לפקח על אפוטרופסים 234 235 237
ב"ד הוא 'אביהם של יתומים' 18 22 26 96 97 124 174 183 215 306 307 315 323 325 386 389 390
בסתם – מדובר בקטנים 1
גביית חוב מהם 79 80
חוב הנושא ריבית 80
חובת אפוטרופוס לפרוע את החוב 80
כתובת אישה 80
ה' הוא 'אביהם של יתומים' 10 226 228 232 306
המפרנס יתום – זכותו להחזר 247–249
אם אינו מטפל בנכסי היתום 248
אם הוא אפוטרופוס שלו 247–249
המצווה האוסרת עינוי יתומים 10 68
כיסוד לחובת מינוי אפוטרופוס ולתיפקודו 10 68
המצווה לרחם עליהם 10
כולל התחשבות ברצונם 368
התחשבות בדעתם על מינוי האפוטרופוס 61
חובה להיזהר ברגשותיהם 77
חובת שומא והכרזה במכירת נכסיהם בב"ד 55
לצורך פרנסת היתומים 55
לצורך פרעון חוב אביהם 55
חשיבות ההגנה עליהם 10 18
טיפול בהם ע"י אחיהם הגדולים 18
מינוי אפוטרופוס לקטן שאין לו יורשים ידועים 17 18
מכירת נכסיהם
לפרעון חוב אביהם 147
לפרעון חוב שלווה אפוטרופוס או ב"ד בעבורם 147
שנתנו מתנה – אישור האפוטרופוס 158
'יתומים שסמכו אצל בעל הבית' (ראה: אפוטרופוס למעשה)

כללי פסיקה
במחלוקת בין ר' שמעון בן גמליאל ורבי 227 229
כפייה
כפיית אדם לעשות מעשה 67
כפיית אדם לשמש כאפוטרופוס 67
כפיית אפוטרופוס להמשיך בתפקידו 300
כפיית משמשי ציבור להישאר בתפקידם 67
כפיית פועל לעבוד כדי למנוע נזק 67
לקיים מצוות (ראה: מצווה)
לתת צדקה 68
כשירות לשמש כאפוטרופוס 65–93
כתובה (ראה גם: אלמנה)
אפוטרופוס המטיל חיוב כתובה על יתום שהוא משיא 80
גבייתה מיתומים 80

'לא פלוג רבנן'
לעניין מינוי אישה כאפוטרופוס 43 356
לעניין פטור אישה במצוות שהזמן גרמן 42
לעניין פעולה של 'פעוטות' 369
לזות שפתיים (ראה: חשד)
לימוד תורה (ראה גם: חינוך)
אחריות אפוטרופוס שהיתום ילמד תורה 81
סמכות לבחור לו בית ספר 81
לימודי חול (ראה גם: חינוך)
חובת אפוטרופוס להעניקם ליתום 81 82
חשיבותם 82
לשון הרע
מינוי מספר לה"ר כאפוטרופוס 40

'מבטל כיסו של חברו'
אם הרווח שנמנע היה ודאי 283
ע"י שליח בשכר 283
'מבריח ארי'
המונע נזק מזולתו – זכותו לתשלום 267
מוסר
אחריות מוסרית על נזק 255–257
חובה מוסרית של שליח לקיים את שליחותו 351
מזונות ילדים
הסכמת האם לקבלם מראש 152
מחילה
מחילה מכללא על חיוב להישבע 373
נחשבת כמתנה 149 150
על זכות של אחר
אב שהתחייב שנושהו יוכל לגבות מבניו עידית 48
מחילת שליח על זכות של השולח 150
על חובת אפוטרופוס להישבע 240 241
קטן אינו יכול למחול 194 227 373
של אפוטרופוס על זכות של היתומים 149–152
במסגרת הסכם פשרה 151–153
לאחד משני ערבים 150
למי שחויב ב'חרם סתם' ליתומים 151
למי שחויב להישבע ליתומים 151
תמורת תשלום 151
של בית דין על זכות של יתומים 151
במסגרת הסכם פשרה 152
מיטלטלין (ראה גם: קרקע)
טיפול במיטלטלין של יתומים 54
סמכות אפוטרופוס למכור מיטלטלין של יתומים (ראה גם: מכירה)

כדי להרוויח בכסף בסחורה 139
מיטלטלין העלולים להירקב 139
שלא לצרכיהם (׳להניח׳) 139
מינוי אפוטרופוס
בלי קניין 17 137
במינוי שלטובת האפוטרופוס 17
הסכמתו למינוי 65–70 276
אם טען שלא הסכים 69
באפוטרופוס לפסול דין שאינו יתום 68
הסכמה מכללא 69
חזרה מן ההסכמה (ראה גם: התפטרות) 69 70
מקום הבעת ההסכמה 69
שתיקה כהסכמה? 69
למפרע 17 99
לפעולה מסוימת 45 183 184 287 288 350
ע״י אבי היתומים (ראה: אפוטרופוס שמינה אבי היתומים)
ע״י אפוטרופוס אחר 347
בהסכמת בית דין 348
לעשות פעולה מסוימת מתפקידיו 348
לשמש במקומו אחרי מותו 347 348
לשמש במקומו בחייו 347 348
ע״י מוריש שאינו אבי היתומים 347
על עצמו 382
מכירה (ראה גם: חשד; מיטלטלין; קרקע)
אדם אינו יכול למכור נכס לעצמו 172 175 176 178 183 184
אפוטרופוס המוכר נכס של החסוי
לאפוטרופוס אחר שלו 104 175 183
לחסוי אחר שלו 181 182
לקרובו 176
אפוטרופוס הקונה נכס מהחסוי 171
אם רק הוא מסכים למחיר שקבע ב״ד 174
במחיר גבוה מזה שקבע ב״ד 174
מכירת אבידה ע״י המוצא 365
סמכות אפוטרופוס למכור נכסים של יתומים
׳חזקות׳ 144 145
׳יחידה משקית׳ 144 145
יקרים מכירת בהמה למכירת עבד 141
יקרים מכירת מיטלטלין למכירת קרקע 139 140
יקרים מכירת נכסים פחות חשובים 139
כדי לקנות נכס שהסיכון בו קטן יותר 141
מניות 144
שליח למכור נכס – מכירתו לשותפו 178
שליח למכור נכס הרוצה לקנותו לעצמו 171 172
אם הבעלים קבע מחיר 171–174
קרקע או מיטלטלין 173
שליחת נכסי יתומים למכור בשוק שבו המחיר גבוה 96
שני שליחים למכור נכס – מכירתו מזה לזה 175
מכס (ראה גם: מסים)
לשלטון נכרי – תוקף החיוב 267
מלך
שיתופו בהרכב שדן בעיבור שנה 180
מנהג
באפוטרופוס שמינו ערכאות הנכרים 44
באפוטרופסים משותפים שמת אחד מהם 122 123
לחייב ממון במקום שבועה 241
לתת שכר לאפוטרופוס 266 268
מנהיג (ראה גם: אפוטרופסים משותפים)
גוף שנבחר עם כמה חברים
אם מת או הסתלק אחד מהם 123
הכרעה ברוב דעות 108
הצורך שיסכימו פה אחד 109
הצורך שיפעל בהרכב מלא 105
הצורך שיפעלו בהסכמה 107
השוואתו לאפוטרופוס 105
מניות
אפוטרופוס שהשקיע את ממון החסוי במניות 283
מסים (ראה גם: מכס)
שומר שאולץ למסור את הפיקדון עקב טענה שהמפקיד חייב במס 285
׳**מעמד שלושתן**׳
אם אפוטרופוס של היתום המקנה נוכח במקומו 8 148 149
באישור ב״ד 148
המחאה שהיא לטובת היתומים 149
אם אפוטרופוס של היתומים הקונים נוכח במקומם 8
אם שליח של המקנה נוכח במקומו 8 149
אם שליח של הקונה נוכח במקומו 8
מעשר (ראה: תרומות ומעשרות)
מעשר בהמה
הפרשתו ע״י אפוטרופוס 155
מעבר לכמות שנחוצה לאכילת היתומים 155
הקונה בהמות פטור ממנו 155
אם אינן קנויות לו לגמרי 155
מפקח (ראה גם: האפוטרופוס הכללי)
סמכות של המפקח על אפוטרופוס 53
מצווה (ראה גם: צדקה)
אחריות אפוטרופוס שהיתומים יקיימו מצוות 77 78
ביעור חמץ, ביטולו ומכירתו 77
הפרשת תרומות ומעשרות (ראה: תרומות ומעשרות)
מצווה שאין לה קצבה 78 159
מצוות דרבנן 77
מצוות צדקה 79
קרבן פסח 78
אסור לקבל שכר על עשיית מצווה 251 266
כגון הצלת נכס של זולתו מנזק 251
על שימוש כאפוטרופוס 266
הזכות לקבל שכר על עשיית מצווה 266
המקבל עליו לעשות מצווה (ראה: נדר)
׳המתחיל במצווה׳ – יגמור אותה 301–304 307
אם התחיל בידיעה שלא יוכל לגמור 308
אם התחיל על דעת שלא יצטרך לגמור 308
אם מצא אחר שיגמור במקומו 301
בגדר זכות, שיוכל לגמור אם ירצה 304
כנימוק למניעת התפטרות של אפוטרופוס 301–304
מצווה לשמש כאפוטרופוס 67 68 266 303–306
ליתומים גדולים – אין מצווה 25 26 266 267 302
סמכות ב״ד לכפות לקיים מצוות 22 67
לעניין מילוי תפקיד אפוטרופוס 67
מצוות הצלת נכסי הזולת מנזק 67

עבודה שהיא מצווה – זכות העובד לחזור בו 304 305
'העוסק במצווה פטור מן המצווה' 276
'מצווה לקיים דברי המת'
אם היורש מכר בניגוד לדבריו 29
אם לא השליש נכסים לשם כך 29 48 349
והצוואה תקפה לפי חוקי המדינה 350
באב שמינה אישה כאפוטרופוס על בניו 48
באב שמינה אפוטרופוס לבנו הגדול 29 31 302
בציווי בכתב 349
הוראה שאינה קשורה לניהול נכסיו 302 351
לעניין הנחיות האב לאופן פעולת אפוטרופוס 349 350
נטייה מהוראתו, אם היא לרעת היתומים 352 353
מקח טעות
אפוטרופוס שקנה ליתומים שור חסר שיניים 287
אם היה יכול לבדוק זאת מראש 287
מקיז דם
מינויו כאפוטרופוס 39 40
מינויו כמלך או ככהן גדול 39 40
תכונותיו הרעות 39
משכון
איסור למלווה להשתמש בו 171
אם הלווה התיר לו 173 174
אפוטרופוס שהחליף משכון שקיבל מִלְוֶוה במשכון אחר 284
אפוטרופוס שהלווה כספי יתומים בלי ליטול משכון 283
משקיע כספי יתומים צריך לתת משכון 206 294
משפט השוואתי (ראה לפי שם המדינה)
מתנה
אפוטרופוס הנותן מתנה מנכסי היתומים 156 157
אם יש בכך תועלת ליתומים 157
מתנה שהיתום היה נותן אילו היה גדול 157
מתנה שנהוג לתת 156
הנותן כל נכסיו לאשתו – מניחים שהתכוון שתהיה אפוטרופוס 28 30
זו תקנת חכמים 30
הנותן כל נכסיו לבנו – מניחים שהתכוון שיהיה אפוטרופוס 17 28 30 49
בשכיב מרע 30
לבנו הקטן 48 50
סמכות אפוטרופוס לאשר מתנה שנתן היתום 158
תוקף מתנה שנתן קטן בגיל ה'פעוטות' 158
אם יש לו אפוטרופוס 158
מתנת שכיב מרע 158
מתנֶה על מה שכתוב בתורה
בממנה אפוטרופוס לבנו הגדול 29 30
האומר שבנו לא יירש 29

'נגיעה' (ראה: ניגוד עניינים)
נדוניה
אפוטרופוס שנתן נדוניה בעד יתומה ששידך 332
ונפסדה 283
נדר
המקבל עליו לעשות מצווה – זו נדר 305 306
בדבר שהוא טירחה בגופו 306
בכלל זה הסכמה לשמש כאפוטרופוס? 305 306
הפרת נדרי אישה ע"י בעלה, באמצעות שליח 6
נהנה (ראה: הנאה)
נזק (ראה גם: 'גרמא', 'גרמי'; 'מבריח ארי')
אחריות אפוטרופוס לנזק שגרם לחסוי (ראה גם: שומר) 273–286
אם החסוי גדול וידע על מעשי האפוטרופוס 285
אפוטרופוס ליתומים גדולים 274
בהפרת הלכה שמורה לו איך לפעול 274
בכך שהחליף משכון שקיבל מִלְוֶוה במשכון אחר 284
בכך שהִלְוה באופן אסור 283
בכך שטען טענה שגויה בב"ד 280–282
בכך שלא מכר מה שהיה עליו למכור 279
בכך שנמנע מלהישבע בב"ד 282
במעשה שעשה באישור ב"ד 284–286
במעשה שעשה בהוראת נציגי הציבור 285
במעשה שעשה בתום לב לטובת החסוי 284
במתן נדוניה למשודך של היתומה 283
בפרעון חובו כדי למנוע הפסד 284
בשימוש בממונו להגן עליו מאדם אלם 283 284
מניעת רווח 282 283
נזק במעשה 274 275 277
נזק בפשיעה 274 277
אחריות אפוטרופוס לנזק שגרם לצד ג' 286–288
אחריות היתומים כלפי צד ג' 256 257
אם נתמנה רק לשמור מנזק לצד ג' 287 288
אם שילם על כך – זכותו לשיפוי 256 257
באפוטרופוס שמינה אבי היתומים 287 288
אפוטרופוס שקנה ליתומים שור בלי שיניים, ומת כי לא אכל 287
העמדת אפוטרופוס על שור תם של חרש, שוטה וקטן 23 84 286
אחריותו אם הזיק השור 286 287
העדאה עליו בפני האפוטרופוס 3 9 84 286
הפועל ע"פ הוראה מוטעית של ב"ד, ונגרם נזק 285
זכות אפוטרופוס לשיפוי על נזק שנגרם לו עקב תפקידו 253–256
אחריות מוסרית של החסוי 255 257
באפוטרופוס המקבל שכר 254
זכותו להתחייבות מראש לשיפוי על נזק שיארע 256
על נזק לרכושו 254
שכרו של המציל נכס של זולתו מנזק 251
שנגרם ע"י שניים שפעלו יחד 117 118
אחריותו של מי שלא הזהיר את מי שהזיק בפועל 118
ניגוד עניינים (ראה גם: חשד)
אפוטרופוס המוכר נכס של החסוי לאפוטרופוס אחר שלו 175
פעולה בניגוד עניינים באישור בית דין 182 183
פעולה משפטית בין אפוטרופוס לחסוי 169 170
אפוטרופוס הקונה נכס מהחסוי 171 172
באישור בית המשפט 182 183
באישור של אפוטרופוס אחר 183 184
באישור של אפוטרופוס שנתמנה לשם כך 183 184

ייצוג החסוי ע״י האפוטרופוס 169 170
פעולה שהחסוי יכול לעשות בעצמו 169
פעולה משפטית בין קרוב של אפוטרופוס לחסוי 169
ייצוג החסוי ע״י האפוטרופוס 169 170 176–178
קירבה משפחתית 177
קירבה עסקית 178
קירבת ידידות 177
תביעה נזיקית של החסוי מהקרוב 170
ניגוד עניינים מוסדי
אפוטרופוס המייצג שני חסויים בחלוקת עיזבון 179
היקף החשש לשחיתות בגללו 178
׳טוען׳ עבור נתבע שהפך ל׳טוען׳ עבור התובע 180 181
עד שמשמש גם כדיין 180
פעולה משפטית בין שני חסויים של אותו אפוטרופוס 169 178–182
ייצוגם ע״י האפוטרופוס 169 179–182
שיתוף מלך בהרכב שדן בעיבור שנה 180
שליח של שני שולחים, לקנות אותה סחורה 181
נישואין
ב״ד דואג להשיא חרש 23
חובת אפוטרופוס להשיא אישה ליתום 80
פטור מגיוס בשנה הראשונה לנישואין 180
נעדר
העמדת אפוטרופוס לנכסי נעדר גדול 32
אם הוא נעדר מרצונו 32
אם יורשו לעתיד מתנגד 32
העמדת אישה העומדת לרשת אותו 44

סבא
מינויו כאפוטרופוס לנכדיו 54
סוד
אחריות אפוטרופוס על סודות החסוי 82
סיכון נכסים (ראה גם: השקעות)
חובת ב״ד למנוע מאפוטרוסוס לפעול באופן שמסכן את הנכסים 96 98 140
סמכויות אפוטרופוס
אינו מוסמך לפעול לרעת החסוי 2
פעולה שיש בה צד חובה 387
לבצע פעולה שנחוצה בדחיפות 164
לחלק עיזבון 387
למכור נכסי יתומים (ראה: מכירה)
לעשות מה שנראה לו טוב ליתומים 139
לשנות את מעמדו האישי של החסוי 383
מן התורה או מדרבנן 12–14 27 75
תקנת חכמים 2 4
מעשהו נחשב כמעשה הבעלים 389
מקור סמכותו 2 385
בענייני איסור והיתר 386
הפקר ב״ד (ראה: הפקר בית דין)
זכין לאדם שלא בפניו (ראה: זכין)
כבעלים (ראה: בעלות)
כשליח (ראה: שליח)
נטילת איבר מן היתום כתרומה לחולה 75 77
קביעת מקום מגורי היתומים 86 87
שימוש בכספי יתומים שמתו לשם עילוי נשמתם 76

ספק
חובת אפוטרופוס לפנות לב״ד במצבי ספק 99 143
עבד כנעני
מכירת עבד של יתומים ע״י אפוטרופוס 145
כדי לקנות קרקע 140 141
כדי שהקונה ישחרר אותו 145 146
מכירת קרקע של יתומים ע״י אפוטרופוס כדי לקנות עבד 140
סמכות אפוטרופוס לשחרר עבד של קטן
אם יש בכך תועלת ליתום 157
אפוטרופוס של יתום 2 12 145 146
אפוטרופוס של קטן שאביו הקנהו לו כהערמה 21 145 146
קטן או שוטה – גיורו ע״י האדון 366
שאדונו הפקיר אותו 145
עבד קטן, ומישהו זכה בו 145
של הקדש – סמכות הגזבר לשחררו 146
שקנה אפוטרופוס עבור יתומים כהנים – אוכל תרומה? 12
עדות
אוהב שפסול לעדות 177
׳אין עד נעשה דיין׳ 180
מי שמעיד שאבי היתומים מינה אותו כאפוטרופוס 181
׳נוגע׳ שפסול לעדות (ראה גם: ניגוד עניינים) 178
קבלת עדות על קטן 147
בפני האפוטרופוס שלו 3
קרובים הפסולים לעדות 177
של אפוטרופוס בענייני היתומים 4 181
עובר
העמדת אפוטרופוס עבורו 32–34
אגב העמדתו עבור אחיו הנולדים 34
להגנת זכויותיו העתידיות 33 34
לייצגו בחלוקת ירושה 33 34
ע״י אביו, כשהיה שכיב מרע 34
יכולתו לשאת זכויות 32
עורך דין
אסור לב״ד להיות ׳כעורכי הדיינין׳ 55
עיזבון (ראה גם: ירושה)
אחריות מנהלי עיזבון משותפים לנזק שגרם אחד מהם 115
אם האחים הגדולים השביחו אותו 267
אפוטרופוס המייצג קטן בחלוקת עזבון אביו 13 14 88 89 150 154
אם מחה כשגדל 13
צריך אפוטרופוס נפרד לכל קטן? 179
אפוטרופוס המייצג שני חסויים בחלוקת עיזבון 179
הסתלקות אפוטרופוס מזכות יתום בעיזבון 149 150
באישור ב״ד 150
חלוקתו ע״י אפוטרופוס 150
שהאב מינה לשם כך 350
חלוקתו כשאחד האחים הוא עובר 33 34
עם הארץ
השבת אבידתו 42
חשוד לעבור עבירות 47
לעניין טהרות 323

מפתח העניינים

מינויו כאפוטרופוס 46 47 323
אם אינו יודע הלכות אבל הוא מוסרי 46 47
תכונותיו לעניין זה 323
'עִסקא'
מכירת קרקע של יתומים ע"י אפוטרופוס כדי לעשות עסקא 142
ערב; ערבות
אחריותם של ערבים משותפים 116 117
'דין ערב' – חיוב בגין הסתמכות אחר על הבטחתו 252
דרישה מאדם להעמיד ערב
מאפוטרופוס, לקראת מילוי לתפקידו 294
ממי שסוחר בכספי יתומים 294
מחילה לאחד משני ערבים 150
נכרים שהעלילו על הערב – אחריות הלווה 252
ערב שחזר בו לפני יצירת החיוב 294
ערובה
המשקיע נכסי יתומים צריך לתת ערובה 206 294
ערכאות הנכרים
אפוטרופוס שהם מינו
חובתו להישבע מול תביעת יתומים 240
חובתו למסור דוח 233 237
מנהג להכיר בו 44
סילוקו ע"י ב"ד אם הוא מזיק 316
פנייה אליהם
כדי להציל ממון 43
למנות אפוטרופוס אם הדבר נחוץ 316
שמינו אישה כאפוטרופוס 43 44
עשיית עושר ולא במשפט (ראה גם: הנאה)
הגורם רווח לזולתו – זכותו לתשלום 267
אם רק מנע ממנו נזק 267

פדיון הבן
ליתום 383
פועל
זכותו לחזור בו 300 302 304
אחרי שהתחיל במלאכה 300 305
אם התנה מראש שיוכל להתפטר כשירצה 308
בדבר האבד 303
בעבודה בחינם 305
בעבודה שהיא מצווה 304 305
בקבלן 300 305
מפסיד את משכורתו 303
כפייתו לעבוד כדי למנוע נזק 67
מי שעבד בלי לדרוש שכר מראש 265 266
אם דנו בכך בתחילה ולא דרש שכר 267
פועלי חרישה שהזיקו למחרישה 117 118
אם אחד מהם הזהיר את חברו 119
אם ידוע מי מהם הזיק 118
שהזיק – אחריות המעביד 256
פיטורי אפוטרופוס
אם ב"ד פיטר אפוטרופוס בלי הצדקה 322
ב'אפוטרופוס למעשה' 314 316
אם לא התרשל 316
באפוטרופוס שמינה אבי היתומים 314 315 319
אם אופיו המוסרי היה גרוע בעת המינוי 323
אם מינה אותו עם חרם 315
אם מינה את אשתו, ונישאה לאחר 324 325
באפוטרופסים משותפים (ראה: אפוטרופסים משותפים)
בלי התראה מראש 315 316
הפסקת כהונתו בלי פיטורין (ראה: פקיעת אפוטרופסות)
לפני שהתחיל במילוי תפקידו 322
מפני שאֵם היתום רוצה לעבור עמו למקום אחר 325
מפני שגרם הפסד ליתומים 314 316–318
אם שילם על ההפסד 314
בפשיעה 317
עקב טעות עסקית 318
עקב שמירה פחותה 317 318
שלא בפשיעתו 315 318
מפני שהוא מרעיב את היתומים 325
מפני שהוא רוצה לעבור למקום אחר 325
מפני שהשתטה 323
מפני שהתנהלותו הכלכלית והמוסרית השתנתה לרעה 323 346
מפני שיצא לו שם של 'רועה זונות' 322
מפני שיש אחר יותר מוכשר ומנוסה 325
מפני שיש חשד שהוא גורם הפסד ליתומים 314 318–320
ב'אפוטרופוס למעשה' 320
באפוטרופוס שמינה אבי היתומים 318 319 323
באפוטרופוס שמינה ב"ד 318 319
באפוטרופוס שמינה ב"ד ע"פ הנחיית האב 319 320
באפוטרופוס שנתמנה ע"פ חוק הכנסת 320
מפני שיש לו הרגל שעלול להביאו למעול בכספי היתומים 322
מפני שמנע רווח מהיתומים 320 321
מפני שניהל את נכסיו שלו בבזבזנות 322
מפני שפעל בלי אישור ב"ד שנדרש 99 321
מפני שפעל בניגוד להלכות אפוטרופוס 321
ע"י ב"ד 313 314 316
אם ב"ד אינו רוצה לפטרו 316
עיכוב הפיטורין עד מציאת מחליף 316
שמינוהו ערכאות הנכרים 316
פסול דין (ראה: חרש; שוטה)
פעוטות (ראה: קטן)
פקיעת אפוטרופסות
אם היה ראוי כשנתמנה ואח"כ נעשה לא ראוי 317
באפוטרופוס לשוטה, והתפקח 335
בהגעת החסוי לגיל גדלות 331–333
אם אינו יודע בטיב משא ומתן 333 334
אם החסוי מבקש להחליף אפוטרופוס 333
אם החסוי מבקש להפסיק אותה 333
אם הממנה קבע שימשיך גם כשיגדל החסוי 332 334
באפוטרופוס למעשה 335
באפוטרופוס שמינה אבי היתומים 334
באפוטרופוס שמינה ב"ד 332 333
בספק אם יש עילה לפקיעה 334 338
חובת מסירת הנכסים לחסוי עם הפקיעה 339
מפני שאינו ממלא את תפקידו כראוי 314

מפני שהתברר שמעולם לא מילא את תפקידו 317
מפני שמת החסוי 336–338
וגם יורשו הוא קטין 336 337
ונשארו חסויים אחרים 337 338
פעולה של אפוטרופוס בנכסי החסוי אחרי
הפקיעה 336
'פרוטה דרב יוסף' (ראה: שומר)
פרטה - פירוט נכסי החסוי
אם לא נערכה בשעת המינוי 217
באפוטרופוס שמינה אבי היתומים 213 216 217
באפוטרופוס שמינה ב"ד 213 216
בדיקתה ע"י האפוטרופוס הכללי 215
בכתב 211
הנכסים שיש לכלול בה 218
חובות שהיתומים חייבים 218
חובות שחייבים ליתומים 218
חובת אפוטרופוס להגיש 58
מטרתה 213 214
מי ערך אותה
ב"ד 215 216
האפוטרופוס 215
נוסח הפרטה 218
עריכתה כשממנים אפוטרופוס 211–219
בתחילת כהונתו 212 213 217
בתקופת התלמוד 213
הגשתה לאפוטרופוס הכללי 211 216
הפקדתה בב"ד 216 217
מסירתה לנאמן 216
מסירתה לנוגעים בדבר 216
מסירתה לקרובי החסוי 216 217
פשרה (ראה: מחילה)

צבא
אחריות המלך לשלם לחיילים 180
פטור מגיוס בשנה הראשונה לנישואין 180
צדקה (ראה גם: גבאי צדקה; הקדש; מצווה)
העוסק במצווה פטור מנתינת צדקה 276
באפוטרופוס 276
השקעת הכסף הפנוי 200
אם המשקיע מקבל על עצמו לשאת בהפסד 205
סילוק נאמן על צדקה על שלא השקיע אותה 321
כפייה לתת צדקה 68
נתינתה ע"י אפוטרופוס מנכסי היתומים 78
בהנחה שהיו נותנים אילו גדלו 153 157 164
לעשות להם שם טוב 79 82
לשם רפואת היתומים 153
נתינתה ע"י ב"ד מנכסי יתומים לעשות להם שם
טוב 79
ציבור (ראה גם: מנהיג; תקנות קהל)
אפוטרופוס שפעל בהוראת נציגי ציבור וגרם
נזק 285
כפייה על משמשי ציבור להישאר בתפקידם 67
צרפת
אפוטרופסות במשפט הצרפתי 10

קטן (ראה גם: גדול; יתומים)
אינו יכול למחול 194 227 373
הנותן את כל נכסיו לבנו הקטן 48 50
הקנאת מתנה לקטן 77
חיובו בדינים דרבנן 194
ייצוגו בחלוקת עיזבון (ראה: עיזבון)
כאפוטרופוס למעשה 366
לעניין 'זכין' (ראה: זכין)
מינוי אפוטרופוס לקטן בחיי אביו 19
אם האב אינו נוהג בבנו כראוי 20 21 323
אם האב הקנה לו נכס כדי לחמוק מחובה 21 145
148
אם האב נתן לו הנחיות מראש 350 351
זכות ב"ד ולא חובתו 21
כדי לתבוע מי שהופקד בידו נכס של קטן 21
מינויו כאפוטרופוס 40
ע"י אבי היתומים (ראה: אפוטרופוס שמינה אבי
היתומים)
מכירה לקטן 77
מעל גיל תשע ('פעוטות') – כוחו למכור
מיטלטלין 364 369
סתם 'יתומים' – קטנים 1
עבד כנעני קטן
גיורו ע"י האדון 366
שאדונו הפקיר 145
קבלת עדות נגדו 147
בפני האפוטרופוס שלו 3
שמחשבתו ניכרת מתוך מעשיו 368
שמינה שליח 3 384
שנתן מתנה (ראה: מתנה)
שנשבה – מינוי קרובו לטפל בנכסיו (ראה: קרוב)
'קים לי'
במחלוקת פוסקים 277
כדעת פוסק יחיד 277
נגד יתומים קטנים 277
קניין
במינוי אפוטרופוס 17 137
במינוי שלטובת האפוטרופוס 17
קרבן פסח
אכילת יתומים מקרבן פסח של האפוטרופוס 78
קרוב
השכרת דירה של הקדש לקרוב של הנאמן 176
פעולה משפטית בין קרוב של אפוטרופוס לחסוי
(ראה: ניגוד עניינים)
קרובים הפסולים לעדות 177
של דיין – מינויו כאפוטרופוס 47 48
באפוטרופוס שמקבל שכר 48
של יתומים
התחשבות בדעתם כגון לעניין מינוי
אפוטרופוס 379
זכותם לעיין בדוח של האפוטרופוס 233 234
מסירת פרטה להם 216 217
פרעון חוב שלהם 142
של יתומים – מינויו כאפוטרופוס 57–59
אם הוא מקבל מפירות הנכסים 57
אם הוא מקבל שכר על תפקידו 57 58
אם לא יטפל בקרקעותיהם 58
בנכסים שאינו יכול לרשת 58
הסבא 54
זכותו לשכר 57 58 267
עדיפותו על אחר 59

של קטן שנשבה – מינויו לטפל בנכסיו 57–59
במיטלטלין שלו 58
בנכסים שאינו יכול לרשת 58
לפני חלוקת הנכסים 58
עדיפותו על אחר 59
'קרוב לשכר ורחוק מהפסד' (ראה: ריבית)
הקרן לטיפול בחסויים
תפקידה ומעמדה 52
קרקע (ראה גם: מיטלטלין)
'חזקות' דינן כקרקע? (ראה: חזקות)
מכירתה ע"י יורש פחות מבן עשרים (ראה: גדול)
סמכות אפוטרופוס למכור קרקע של היתומים (ראה גם: מכירה)
אם אין חשש שהתמורה תיגנב 138 139
אם התמורה תועבר למי שישקיע אותה 138
בזמננו, שעיקר מחייתנו ממיטלטלין 137 143
ברשות ב"ד 136
כדי להשיא את אחותם 142
כדי להשלים בניית בית 140
כדי לעשות בכסף 'עסקא' 142
כדי לפרוע חוב של קרוב שלהם 142
כדי לפרוע לנושה שמוכן למחול על חלק מהחוב 89 142 152
כדי לקנות בית 140
כדי לקנות כלים לעיבוד קרקע 141
כדי לקנות עבדים 140
כדי לקנות קרקע אחרת 141 205
כדי לקנות שוורים 141
לצרכי היתומים ('להאכיל') 138
לשם רווח ודאי 142 143
קרקע שרכשו אחרי מות האב 139
שלא לצרכי יתומים ('להניח') 138

רוב
הכרעה כדעת הרוב
במחלוקת בין אפוטרופסים משותפים 107 108
במחלוקת בין נאמני הקהל 108
רומא
אפוטרופסות במשפט הרומי 10
האגדה על ייסוד העיר 10
ריבוי חייבים
אחריותם של אפוטרופסים משותפים 115–121
אחריותם של לווים משותפים 116 117
אם אין לאחד מהם במה לשלם 120
אחריותם של ערבים משותפים 116 117
אחריותם של שומרים משותפים 117 118 121
ריבית
בגוי המלווה כסף של יהודי או להיפך 11
הלוואת כספי יתומים בריבית 20
יתומים שגדלו 20
הלוואת כספי יתומים קרוב לשכר ורחוק מהפסד 159 201
ההיתר ע"י אישור ב"ד 201
ריבית דרבנן או דאורייתא 204 205
רפואה (ראה גם: תרומת אברים)
סמכות ב"ד בענייני רפואה לקטן 378

שבוי (ראה: נעדר)
שבועה
אפוטרופוס על נכסי אדם כשיר – חובתו להישבע 241
בזמננו ב"ד אינו מחייב לישבע 231
המנהג לחייב מקצת הממון במקום השבועה 241
הימנעות אפוטרופוס מלהישבע בב"ד שגרמה נזק ליתומים 282
אם הפך את השבועה על שכנגדו 282
חובת אפוטרופוס להישבע מול תביעת יתומים 66 227 228 239–243
אם אבי היתומים מינה שניים ומת אחד 242 243
אם הוא כופר בכול 241
אם הוא מודה במקצת 241
אם פוטר בגלל התנהגות שלילית 241 242
באישה שמינה ב"ד על סמך גילוי דעת האב 358
באמצע כהונתו 239
באפוטרופוס למעשה (ראה: אפוטרופוס למעשה)
באפוטרופוס שמינה אבי היתומים 120 229–231
239–241 268 277 372 373
באפוטרופוס שמינה ב"ד 229–231 239–241 277 372
באפוטרופוס שמינה ב"ד לבקשת האב 241
באפוטרופוס שמינו הערכאות 240
באפוטרופוס שמקבל שכר 232 242 278
בטענת ודאי 214 230 243
בטענת שמא 214 230 241
ביתומים גדולים 241
בתום כהונתו 239
חשש שבגללה יסרבו אנשים לשמש כאפוטרופוס 120 229 230 239 240 268 277 372
מחילה על חובה זו 240 241
'מתוך שאינו יכול להישבע – משלם' 281
של שומר 281
'שבח בית אביהם'
טעם לאסור מכירת נכסי יתומים 138 139 142
שבי (ראה: קרוב)
שואל
חיובו באונס 254
פטור אם 'בעליו עמו' 254
פטור ב'מתה מחמת מלאכה' 253
אם ניזק עקב השאילה, שלא מחמת השימוש 254
שולח נחשב כשואל את גוף השליח 254
שוחד
אפוטרופוס המשחד פקיד בעבור היתומים 163
דיין המקבל שוחד משני הצדדים 180
שוטה
ב"ד זן את משפחתו מנכסיו 22
הממנה אפוטרופוס על עצמו לכשיאבד את כשירותו 381 382
מינוי אפוטרופוס עליו 22 23
אם האב מינה אפוטרופוס עליו כשהיה קטן, וגדל 24
אם הוא 'עתים חלים ועתים שוטה' 335 336
חובה או רשות 23 24

מי שאסף אשה שוטָה לביתו 247
תפקידי האפוטרופוס 90
מינויו כאפוטרופוס 40
שומה
עריכת שומה לנכסי היתומים
בעת מינוי אפוטרופוס 221
כשאפוטרופוס מוכר אותם לצרכם 143
כשמוכרים אותם לפרעון חובם 143
שומר
אחריות אפוטרופוס כשומר על נכסי
היתומים 82–84 164 202 250 274–277 281
301 302 303
איסורו למסור את הנכסים לאחר 348
אם הוא לובש בגדים מנכסי היתומים 276
אם הוא מפורסם כאדם נאמן 277
אם הוא מקבל שכר 232 278
אם יש מישהו אחר שיטפל בהם 276
אפוטרופוס למעשה 373 374
אפוטרופוס שמינה אבי יתומים 277 278
אפוטרופוס שמינה ב״ד 274 277
ביטוח נכסיהם 83 85
חשש שבגלל החיוב יסרבו אנשים לשמש
כאפוטרופוס 120
מכירת נכס העומד להתקלקל 83
על ממון שאחר חייב ליתומים 281
שומר חינם או שומר שכר 203 275–278 319
שלא יזיקו הנכסים לצד ג׳ 84
תביעת גנב או מזיק 83
אחריות של שומרים משותפים 117
אם אחד מהם פשע 118
אם לאחד מהם אין במה לשלם 121
אינו רשאי לקנות לעצמו את הפיקדון 171–174
176
אם רק הוא מסכים למחיר שקבע ב״ד 173 174
באישור ב״ד 182 183
במחיר גבוה מזה שקבע ב״ד 173 174
איסור למסור לשומר אחר 301 348
בשומרת שנישאה 324
למי שהמפקיד היה רגיל להפקיד אצלו 346
הדרך לשמור כספים 202
בשומר שכר 203
זכותו לשיפוי על הוצאותיו 250
אם היה יכול להשיג את התוצאה בפחות
כסף 258
בשומר שכר 250
הוצאה שלא היתה הכרחית 258
הוצאות שמעל שווי הפיקדון 258 259
חובתו להישבע 281
חיובו לשלם בספק, שאינו יכול להישבע 281
חובתו למכור פיקדון העומד להתקלקל 365
חייב ב׳גרמא׳ – נזק עקב מחדל 279–281
סמכותו לעשות פעולה שנחוצה בדחיפות להצלת
הפיקדון 164
שגזלן אילץ אותו למסור לו את הפיקדון 285
שומר שכר
אם השכר אינו ניתן בעד השמירה 278
׳פרוטה דרב יוסף׳ כשכר לעניין זה 275 276 278
רמת אחריותו 275
שלא עשה מעשה קניין בפיקדון 303
שעשה מעשה בכוונה להצלת הפיקדון, ונגרם נזק
לפיקדון 284
אם המעשה היה נחוץ להצלת הפיקדון 284
שפעל ע״פ הוראה מוטעית של ב״ד, והפיקדון
ניזוק 285
שרוצה להפסיק לשמור 302 303
אם התנה מראש שיוכל להפסיק כשירצה 308
בשומר לזמן קצוב 303
שרוצה לעזוב את מקומו
זכותו למסור את הפיקדון לאדם נאמן 306 307
זכותו למסור את הפיקדון לב״ד 160 302 306
ששמר ברמת שמירה שהוא שומר על נכסיו 160
שור תם (ראה: נזק)
שותף; שותפות
אם מת אחד השותפים 337 338
השותף האחר יטפל בנכסיו 346
ושותפיו הם יורשיו 337
הסכמה למפרע של שותף למעשה של שותפו 111
צירוף שותף חדש ע״י אחד מהם 114 164
רשאי לעשות לבדו פעולה שגרתית 113
בשותפות מכוח הדין, כגון ירושה 113
רשאי לעשות לבדו פעולה שנדרשת בדחיפות 114
164
שייצג בדין את השותפות כנתבע, ושותפיו ידעו
ושתקו 112
באישה שותפה 112
שניזק עקב מעשה עבור השותפות – אחריות
שותפו 252
שתיקה של שותף כששמע על מעשה של
שותפו 112
שטר
פרטה (פירוט נכסי היתומים) (ראה: פרטה)
שטר מינוי אפוטרופוס 206 212 216 217 234
במינוי ע״י שכיב מרע 17
׳שטר משמוש׳ 216
פירוט נכסי היתומים 216
שטר בלי עדים לתזכורת 216
׳שטר שימוש׳
פירוט נכסי היתומים 216–218
פרוטוקול של ב״ד 216
שכיב מרע
שמינה אפוטרופוס על בניו 355
בשטר 17
והתרפא ואח״כ מת 357 358
סמכותו להפריש תרומות ומעשרות 355
על בנו העובר 34
שכירות
הבונה בית על קרקע של אחר – חיובו בדמי
שכירות 151 152
המקנה נכס לבנו הקטן כדי לחמוק מחובה –
השכרתו ע״י אפוטרופוס 148
השכרת דירות של הקדש (ראה: הקדש)
השכרת נכסי יתומים ע״י אפוטרופוס 144 147 148
אם דמי השכירות נחוצים ליתומים 148
נכס שאביהם השכיר בחייו 148

מפתח העניינים

שכר בטלה
בעד הצלת נכס של זולתו מנזק 251
שכר לאפוטרופוס
איסור לקבלו 266
אם הוא קרוב של היתומים 57
אם לא קבעו מראש שיקבל שכר 265 266
אם דנו בכך בתחילה ולא דרש שכר 267
אם הוא אח של החסוי 267
אם טרח יותר מהמוטל עליו 267
אם פעולותיו הניבו רווח ליתומים 267
באפוטרופוס ליתומים גדולים 266
באפוטרופוס שמינה אבי היתומים 266
באפוטרופוס שמינה ב״ד 266
אם נטל שכר בלי רשות ב״ד 266
גבייתו מנכסי היתומים 269
המקבל שכר – זכותו להחזר הוצאות 250
לעניין השותק להצעה להתמנות כאפוטרופוס 69
מנהג שהוא מקבל 266 268
סמכות ב״ד לקבוע לו שכר 265 268
במהלך כהונתו 269
השיקולים לכך 268
שליח, שליחות
אישור המשלח בדיעבד לפעולה בחוסר סמכות 99 111
אם השתטה השולח 349 351
ב׳מעמד שלושתן׳ (ראה: מעמד שלושתן)
הכרעה במחלוקת בין שלוחים 107
השולח נחשב כשואל את גוף השליח 254
׳זכין׳ מדין שליחות? (ראה: זכין)
חובה מוסרית לקיים את שליחותו 351
להפרת נדר (ראה: נדר)
למכור נכס (ראה: מכירה)
לפעול בדבר שלא בא לעולם 382
לקנות סחורה, וקונה גם לעצמו מהסחורה 181
מחילתו על זכות של המשלח 150
סמכות אפוטרופוס כשליח 2–8 364
באפוטרופוס למעשה 364
שליח של ב״ד 4 97 137
שליח של היתומים 4 5 154 182
סמכותו כשהמשלח מאבד את כשירותו 381
שולח שהוא קטן 3 384
של שני שולחים, לקנות אותה סחורה 181
שליח בשכר חייב על מניעת רווח 283
שמייצג קונה ומוכר באותה עיסקה 181
שנתאנה במקח 4 7
שניזוק עקב השליחות – זכותו לשיפוי 252–256
אחריות מוסרית של השולח 255 256 257
אם הנזק נגרם בגלל השולח 252 253
אם ידע על הסכנה 253
אם ניזק רכושו 254 255
בשליחות בשכר 253 254
תפיסה ע״י שליח של נושה 5
שליח ציבור
זכותו להפסיק לשמש 304 305
שעבוד נכסים
דרישה מאפוטרופוס לשעבד נכסיו כבטוחה למילוי לתפקידו 293
לפני יצירת החיוב – חזרה ממנו 294
סמכות אפוטרופוס לשעבד את נכסי היתומים 147
שתיקה
מתי היא מתפרשת כהודאה 69 112
מתי היא מתפרשת כהסכמה 69 112
באפוטרופסים משותפים (ראה: אפוטרופסים משותפים)
בשותף ששמע על פעולה של שותפו 112

תאגיד
מינויו כאפוטרופוס 51 52
תלמיד חכם (ראה גם: גדול הדור)
הוא ׳אביהן של יתומים׳ 136
שהתיר לאפוטרופוס לעשות פעולה שאסורה בדרך כלל 136
תנאי
שלא לפי ׳משפטי התנאים׳ – חובה לקיימו 350
תפיסה
אפוטרופוס התופס מנכסי היתומים 260
ע״י אפוטרופוס של יתומים נושים 5 6
ע״י שליח של נושה 5
תפקידי אפוטרופוס
גביית חוב מהחייבים ליתומים 80
דאגה למזונות היתומים 76
לא מרכושו הפרטי 76
דבר שצורך היתומים בו אינו ודאי 79
השקעת כספי היתומים (ראה: השקעות)
חינוך היתומים 81
בהשכלה כללית 81 82
בלימוד תורה 81
יתומות 82
למצוות (ראה גם: מצווה) 75 77 78 81
טיפול בנכסי היתומים 74
מכירתם לצורך היתומים 85
נטיעה וזריעה בקרקעותיהם 85 86
ניהול הנכסים 85
פיתוח הנכסים 85
ייצוג היתומים בדין (ראה גם: בית דין) 80
להשיא אישה ליתום 80
ללוות כסף עבור היתומים 80
לפעול לגיור החסוי 75
מילוי צרכים חברתיים של היתומים 79
להביא לכך שיהיו מכובדים בחברה 79
מילוי צרכים רגשיים של היתומים 77
מילוי צרכים רוחניים של היתומים 75 76 78
פרעון חוב של היתומים 80
תקנות חכמים (ראה גם: דברי קבלה; לא פלוג)
אחריות אפוטרופוס שיתומים יקיימו מצוות דרבנן 77
׳זכין לאדם שלא בפניו׳ – מדרבנן? 8
חיוב קטן בדינים דרבנן 194
חכמים לא תיקנו למצבים שאינם שכיחים 193 194
מקור סמכותו של אפוטרופוס (ראה גם: סמכויות אפוטרופוס) 2 4
להפריש תרומות ומעשרות מפירות יתומים 5 6 13 77 154

מפתח העניינים

קניין דרבנן – האם מועיל לדאורייתא 12 355
במצב שאי אפשר היה להקנות בקניין
דאורייתא 12
בקניין שחכמים תיקנו כדי שיחול בדאורייתא 12
לעניין תוקף של פעולות אפוטרופוס 12 355
ריבית דרבנן בהלוואת כספי יתומים 204 205
שהכותב נכסיו לאשתו רק עשאה אפוטרופוס 30
תקנה הפוגעת בקטנים 193 194
תקנות קהל
איסור על אפוטרופוס ללוות מהיתומים 175
בג'רבה 226
בעניין מינוי אפוטרופוס לקטן בחיי אביו 21 323
גובה ההוצאות שהותרו לנאמני הקהל 258
חובת אפוטרופוס למסור דוח 234–237
'חזקות' (ראה: חזקות)
סמכות ב"ד לחייב אדם לשמש כאפוטרופוס 67
עריכת פרטה לנכסי היתומים 215
עריכת שומה לנכסי היתומים 221
שאפוטרופוס פורע חוב של יתומים 80
שהחלטת נאמני הקהל תתקבל ברוב דעות 108
'תקנת השוק'
במצב שאינו שכיח 194
הגנה על הקונה חפץ גנוב 190
הקונה מגזלן 194
זכות לפיצוי מבעל הנכס 190
מתן תוקף לעסקה 190
פעולה בלי תמורה 193
הגנה על הקונה מאישה שפעלה בשם
בעלה 190–192 358
אם בעלה ביטל את רשותה לפעול בשמו 192
מתן תוקף לעסקה 191
עסקה בסכום גדול 191
הגנה על הקונה ממי שמנהל את עסקי הזולת וחרג
מסמכותו 191 192
כשליח לדבר מסוים 192
הגנה על צד ג' שאפוטרופוס עשה עמו פעולה בלי
סמכות 189–195
אחד מכמה אפוטרופסים שפעל לבדו 110 111
189 190 192
אם לא ידע שהוא אפוטרופוס 192
בלי אישור ב"ד שהיה דרוש 189 190 194
מתן תוקף לעסקה 189 190
פעולה שיש בה מעילה בכספי היתומים 193 194
שלא בתום לב 189 190 192
שלא בתמורה 189 190 193
תרומה (נדבה) (ראה: צדקה)
תרומות ומעשרות
הפקר פטור מהם 154
הפקר ב"ד אינו פוטר 154
הפרשתם מפירות יתומים ע"י אפוטרופוס 77
153–156
באפוטרופוס למעשה 155 364
באפוטרופוס שמינה אבי היתומים 154 155
ביתומים גדולים 156
חלק מסמכותו לחלק עיזבון 154
כשליח של היתומים 154
כשמגיע זמן ביעור מעשרות 155
'להאכיל' 4–6 154 155
'להניח' 4–6 154–156 387
מכוח 'הפקר בית דין' 154 155 385
מכוח 'זכין לאדם שלא בפניו' 77 154
מכוח תקנת חכמים 77
מקור סמכותו 2–6 8
נתינתם לכהן, ללוי ולעני 156
תקפה מדאורייתא או מדרבנן 13 154
זכות הכהן בהם עוד לפני שהופרשו 154
חרש שהפריש
אם אפוטרופוס שלו אישר 336
אם הוא 'עתים חלים ועתים שוטה' 336
תרומת איברים
אפוטרופוס התורם איבר של היתום 75 77 156 170
ע"י צעיר מבן י"ג עד בן עשרים 332

מפתח המקורות

מקרא

שמות כב, כא 10 68 368
ויקרא, יט, טז 76
כה, מט 11 59
כה, נה 304
במדבר
יח, כח 5 155
לב, כב 171
לד, יח 13 75
דברים
י, יח 10
כד, ה 180
כו, י 5
כז, יט 10
שמואל א׳
כב, ט–יט 255
לא, ב–ו 255
מלכים א׳ י, יא–יב 173
מלכים ב׳ יב, יא–יב 212
ישעיהו א, יז 10
תהלים
סח, ה 226
סח, ו 10 226
פב, ג 10
משלי כט, ג 322
איוב כט, טז 14
דברי הימים ב׳
כד, ג 80
ט, י–יא 173

משנה

דמאי, פרק ב, משנה ג 323
שביעית, פרק י, משנה ו 80
תרומות, פרק א, משנה א 5
ביכורים
פרק א, משנה ב 5
פרק א, משנה ה 10 155
שקלים, פרק ד, משנה ג 199 200 204
אבות, פרק א, משנה ח 55

תוספתא

תרומות
פרק א, הלכה א 336
פרק א, הלכה יב 139 145
פרק א, הלכה יג 40 41 49 126 136 141 163 227 236 345 346
פרק א, הלכה יד 13 364
יבמות, פרק ט, הלכה ד 22 23
בבא קמא
פרק ד, הלכה ד 84
פרק י, הלכה ג 250
בבא מציעא
פרק ד, הלכה יא 181
פרק ה, הלכה ח 11
פרק יא, הלכה יג 67
בבא בתרא
פרק ח, הלכה ג 66 69 239 299 300 322
פרק ח, הלכה ד 40 41 49 89 136 139 141 163 227 236 345 346
כתובות
פרק ו, הלכה יא 352 353
פרק ח, הלכה ח 250
סנהדרין
פרק ב, הלכה ח 180

מסכתות קטנות

דרך ארץ זוטא
פרק י 39 40

מדרשים ותרגומים

ספרי
במדבר
פסקה קנג 6
פסקה קנד 6 11
וזאת הברכה, פסקא יג 205
שמות רבה
פרשה ל, אות ח 10
פרשה מו, פסקה ה 73
במדבר רבה, פרשה כב 303
מדרש תנחומא, פרשת עקב, סימן ו 303
מדרש תהלים, מזמור י, אות ו 10
מדרש איוב (מהד׳ ורטהיימר), סימן מא, והערת המהדיר, אות קכא 14 390
מדרש שכל טוב, בראשית כד, י 11
משנת רבי אליעזר
פרשה טז 14
תרגום יונתן בן עוזיאל
בראשית מא, מ 11

תלמוד ירושלמי

שביעית, פרק י, הלכה ד 18
תרומות, פרק א, הלכה א 140 156 377
פסחים, פרק א, הלכה ד 182
פרק י, הלכה ה 303
שקלים, פרק ד, הלכה ב 204 205
ראש השנה, פרק א, הלכה ח 303
ביצה, פרק א, הלכה ג 303
מגילה, פרק ב, הלכה ז 303
גיטין, פרק ה, הלכה ד 27 155 156 275 287 322
בבא קמא, פרק ד, הלכה ד 287
בבא מציעא, פרק ה, הלכה א 267

תלמוד בבלי

שבת לג ע״ב 42
נד ע״ב 155
עירובין יג ע״ב 216
פסחים יג ע״א 171
ראש השנה ו ע״א 306
כה ע״ב 180
כח ע״א 335
סוכה כט ע״ב 77
תענית כא ע״א 352
כד ע״א 10
מגילה יג ע״א 73
יבמות מז ע״א 355
סב ע״ב 54
סז ע״ב 33 150 179
פט ע״ב 201
קיג ע״א 23 80 336
כתובות
יא ע״א 383 384 388
כח ע״א 11
מח ע״א 22
מט ע״ב 68
סט ע״ב 142 352
ע ע״א 158 349 353
עד ע״ב 190
פח ע״ב 43
צד ע״א 1
צח ע״א 172 173 182
ק ע״א 150 179
ק ע״ב 85 96 159 160 162 285
קו ע״ב 200 205
נדרים
ח ע״א 305
מח ע״ב 3
נזיר יב ע״ב 6
סוטה כה ע״א 386
גיטין ה ע״א 193
ה ע״ב 180
יד ע״ב 349
טו ע״א 349
לד ע״א 150 179
לו ע״ב 6
לז ע״א 18 97 386
מ ע״א 11 22 145
מ ע״ב 145
נ ע״א 1
נב ע״א 1 5 40 41 48 50 74 77 78 81 87–89 98
138 140 141 145 153–155 163 212 227 229
231 236 239 344 345 361 368
נב ע״ב 66 85 120 135 136 171 230 232 239
240 268 314–316 318
נט ע״א 369
קידושין
כט ע״א 74
ל ע״ב 82
מ ע״ב 46
מב ע״א 1 2 4 5 8 13 28 75 88 146 150 154
179 378 384–389
עא ע״א 98
פב ע״א 39 40
ביצה כ ע״א 367
בבא קמא ב ע״ב 286
כא ע״א 151 152
לז ע״א 18 97 386
לט ע״א 23 84 89 286
לט ע״ב 286
נח ע״א 267
עא ע״ב 280
צ ע״ב 180
צט ע״ב 41
קא ע״א 250
קטז ע״ב 304
בבא מציעא י ע״א 304
לא ע״א 67
לו ע״א 346
לח ע״א 171 182
לט ע״א 25 57
לט ע״ב 45
מב ע״א 202
מב ע״ב 287
ע ע״א 66 142 159 201 204 206
עא ע״א–ע״ב 384
פ ע״א 117
פז ע״א 98
צג ע״ב 258
צד ע״ב 105
צו ע״א 6
בבא בתרא ח ע״א 79
ח ע״ב 171
ט ע״א 212 230
כד ע״ב 120
קיד ע״א 180
קכט ע״א 352
קלא ע״ב 48
קמג ע״ב 267
קמד ע״א 174
סנהדרין
יח ע״ב 180
יט ע״ב 73
לד ע״ב 180
עג ע״א 76

מפתח המקורות

צה ע״א 255 257
שבועות לב ע״ב 280
מב ע״א 105
מה ע״א 241
עבודה זרה סא ע״ב 125
חולין יג ע״א 368
בכורות נה ע״ב 155
ערכין ו ע״ב 200
כב ע״א 1
כב ע״ב 54
מט ע״ב 42 46

גאונים

אוצר הגאונים, גיטין, חלק התשובות, אות רעו 301 307
גאון, במישרים, נתיב כו, חלק א 212
ברי״ף, גיטין כו ע״א (בדפי הרי״ף) 227
גאונים, בחידושי הריטב״א, כתובות צח ע״א 172 173 184
גאוניקה, עמ׳ 101 301 307
רב האי גאון, בטור, חו״מ, סימן צה, סעיף יד 230 231
ספר המקח והממכר
שער ג, אות יב 20 25
שער ו 173
שער נב 275–277
שער ס 200
משפטי שבועות, חלק א, שער ה 241
רב נחשון גאון, בשו״ת הגאונים חמדה גנוזה, סימן מב 104 106 113
שאילתות דרב אחאי גאון, שאילתא קלט 13 179
רבי שמואל בן חפני גאון, בספר העיטור, אות ה, הרשאה 49
תשובות הגאונים (הרכבי)
סימן קיז 346 372
סימן קעח 237 241 243
סימן קפח 241
תשובות הגאונים חמדה גנוזה, סימן מב 104

ראשונים

אביאסף, במרדכי, גיטין, סימן שפט 241
ר׳ אברהם מן ההר (ראה: ר׳ יצחק)
אור זרוע, ר׳ חיים (ראה: מהר״ח)
אור זרוע, בבא קמא, סימן שנא 190
סימן שנב 25
אור זרוע, ר׳ יצחק, בשו״ת הרא״ש, כלל ט, סימן ב 285
ר׳ אשר מלוניל, בבא מציעא ע ע״א 204
בית הבחירה
יבמות קיג ע״א 23
כתובות פח ע״ב 123 243
קה ע״א 180
גיטין לח ע״ב 146
נב ע״א 49 88 227 228 266 366
נב ע״ב 50 275 276 278 299
קידושין מב ע״א, עמ׳ 211 136
בבא קמא לו ע״ב 97
לז ע״א 97
לט ע״ב 66
קיב ע״ב 3 7
בבא מציעא ע ע״א 203 204
בבא בתרא ט ע״א 212
ר׳ ברוך הספרדי, בבא מציעא ע ע״א 204
רבנו גרשום מאור הגולה, תשובות, סימן סב 80
הגהות מיימוניות
הלכות שלוחין ושותפין, פרק ט, אות א 242
הלכות נחלות, פרק ח, אות ג 58
פרק י, אות ז 230
פרק יא, אות ו 243
הגהות מרדכי, בבא מציעא, סימן שנט 253–255
סימן תסא 253
זכרון יהודה, שו״ת, סימן לה 21
ר׳ חיים בן יחיאל חפץ זהב, בשו״ת מהר״ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תסא 193 194
רבנו חיים כהן, בתוספות, גיטין נב ע״ב, ד״ה הלכה 274 275 277
ספר החינוך, מצווה סה 10 66–68
רבנו חננאל, גיטין לד ע״א 179
רבנו חננאל במרדכי, גיטין, סימן שפט 240
בתוספות, כתובות ע ע״א, ד״ה אבל 157
טור
יו״ד, סימן שלא 4
אהע״ז, סימן קז 324
סימן קיח 366
חו״מ, סימן עב, סעיף א 171
סימן צג, סעיף א 241
סימן צד, סעיף ד 241
סימן צה, סעיף יד 230
סימן קמט, סעיף כח 7 8 151
סימן קעה, סעיף ל 171
סימן קעו, סעיף טז 109
סימן רמו, סעיף ז 17
סימן רפה, סעיף א 25 332
סימן רפה, סעיף ב 25 26 332
סימן רצ, סעיף ג 42 47
סימן רצ, סעיף ה 216 218
סימן רצ, סעיף ט 242 317
סימן רצ, סעיף י 318
סימן רצ, סעיף יג 55 204
סימן רצ, סעיף יד 201
סימן רצ, סעיף טו 174 175 183
סימן רצ, סעיף טז 160–163
סימן רצ, סעיף יז 139 141
סימן רצ, סעיף יט 136
סימן רצ, סעיף כא 79
סימן רצ, סעיף כג 240 299
סימן רצ, סעיף כה 242 268
סימן רצ, סעיף כו 243
סימן רצ, סעיף כז 275
סימן רצ, סעיף ל 301
סימן רצ, סעיף לא 50 366 368 370 373
סימן רצ, סעיף לב 226
סימן רצ, סעיף לד 23
סימן שט, סעיף ד 119

מפתח המקורות

יד רמה
קידושין פב ע״א 40
בבא בתרא, פרק א, אות פח 79
פרק א, אות קה 212
פרק ח, אות צז 364 365 367–370
יד רמה ושיטות קדמונים (ראה: רמ״ה)
ר׳ יהודה ברצלוני, ספר השטרות
שטר ג 212 216 217
שטר מג 212 214 215 217
שטר נח 212 216 217
ר׳ יהודה ברצלוני, בטור, חו״מ, סימן קמט, סעיף כח 7 8 151
רבנו יהונתן, בשיטה מקובצת, בבא מציעא ע ע״א 204
רבנו יונה, בטור, חו״מ, סימן רמו, סעיף ז 17
רבנו יונתן מלוניל, קידושין מב ע״א 179
ר׳ יוסף הלוי אבן מיגאש, חידושים, שבועות מב ע״ב 21 274
ר׳ יוסף הלוי אבן מיגאש, שו״ת
סימן קעח 370
סימן קל 367
ר׳ יצחק (הזקן)
תוספות ר״י הזקן (המחבר הוא ר׳ אברהם מן ההר), קידושין מב ע״א 88 163
ר׳ יצחק (הזקן), ברא״ש, כתובות, פרק יא, סימן כד 147 260
בתוספות, גיטין נב ע״ב, ד״ה הלכה 275
בתוספות, בבא בתרא קמט ע״א, ד״ה דקא 349
ספר הכוזרי
מאמר ב, אות סד 82
מאמר ד, אותיות כט–לא 82
כל בו, סימן קכו 204
כפתור ופרח, פרק יב 54
ר׳ מאיר מסרקסטה (ראה: ר״מ מסרקסטה)
מאירי (ראה: בית הבחירה)
מגיד משנה
הלכות אישות, פרק יב, הלכה יט 248
הלכות מכירה, פרק כט, הלכה ד 22 23
הלכות שכירות, פרק ב, הלכה ח 303
הלכות טוען ונטען, פרק יג, הלכה ב 23
הלכות נחלות, פרק י, הלכה ד 150
פרק י, הלכה ה 18
פרק י, הלכה ו 46 47
פרק י, הלכה ז 48 314 319 323
פרק י, הלכה ח 22 23
פרק יא, הלכה ג 161–163
פרק יא, הלכה ה 66 216 218 275 299
פרק יא, הלכה ז 88–90
פרק יא, הלכה י 136 361 372
פרק יא, הלכה יב 226
מגן אבות (רשב״ץ), פרק א, משנה יא 9
מהר״ח אור זרוע, שו״ת
סימן פו 345
סימן רנד 190
מהר״י ברונא, שו״ת, סימן קלב 180 181
סימן רסה 255
מהר״י וייל, שו״ת, סימן קכה 255
מהרי״ל, שו״ת החדשות, סימן קעב 50
מהרי״ק, פסקים, סימן ק 191
מהרי״ק, שו״ת
שורש י, ענף יב 257
שורש כג 230 283
שורש קלא 252 254
שורש קלג 305
שורש קנה 171 252 253–255
שורש קפב (בדפוס למברג = קעט בדפוס ורשה) 116
שורש קצב 191
מהר״ם בר׳ ברוך מרוטנבורג, שו״ת
דפוס לבוב, סימן רכ 274
סימן תפ 50
דפוס פראג, סימן רמג 315
סימן תיב 190
סימן תסא 192–194
סימן תצה 252
סימן תקמז 171 172
סימן תקצב 230
סימן תתקנח 315
דפוס קרימונה, סימן ל 315
סימן קנז 275 280–282
סימן ריא 274 315 316 321
סימן שח 19
שערי תשובות
חלק א, סימן שיח 50 370
חלק ב, סימן יח 315
חלק ב, סימן כא 50
מהר״ם בר׳ ברוך מרוטנבורג
במרדכי, גיטין, סימן שצב 50 366
במרדכי, בבא מציעא, סימן שלא 316
במרדכי, בבא מציעא, סימן שסז 253
מהר״ם חלאווה, שו״ת
סימן ו 181
סימן צה 66
מהר״ם מינץ, שו״ת
סימן כד 321
סימן מא 41 43 44
מורה נבוכים (ראה: רמב״ם)
מישרים, נתיב כו
חלק א 29 30 31 58 136 161 212 216 228 277 323 369 372
חלק ב 58
מרדכי
כתובות, סימן רפז 229
גיטין, סימן שפט 240 241
סימן שצ 230
סימן שצב 50 138 325 366
קידושין, סימן תקח 6 13
בבא קמא, סימן פז 46 190
בבא מציעא, סימן רעה 25
סימן רצ 280
סימן שלא 316 321
סימן שלב 201
סימן שנט 171
סימן שסז 253

מפתח המקורות

בבא בתרא, סימן תר 355
שבועות, סימן תשפ 242
נימוקי יוסף
יבמות מא ע"ב (בדפי הרי"ף) 23
גיטין נב ע"א 345
בבא קמא ט ע"א (בדפי הרי"ף) 151
בבא מציעא (בדפי הרי"ף)
יט ע"א 117
כב ע"א 26 58
מא ע"א 204
מא ע"ב 66 67 201
מט ע"ב 118
בבא בתרא (בדפי הרי"ף)
נט ע"א 48
סז ע"א 174
סמ"ג, עשין
עשה פב 112
עשה צו 23 49
עשה קסב 79
ספר העיטור (במהד' רמ"י)
שימוש, דף מט ע"ב 216 217
אפיטרופוס, דף עח ע"א 162
דף עח ע"א, לידּ אות ה 373
דף עח ע"ב 299
דף עח ע"ג 217
דף עח ע"ג, לידּ אות ל 212–216
דף עח ע"ד 57 58
דף עח ע"ד, לידּ אות מב 373
דף עח ע"ב, לידּ אות כה 136
דף עח ע"ג 49
דף עח ע"ג, לידּ אות כח 230 231
דף עח ע"ג, לידּ אות מ 241
דף עח ע"ג, לידּ אות מא 243
דף עח ע"ד 218
דף עט ע"א 25 217
דף עט ע"א, לידּ אות סד 242
הרשאה, דף עד ע"ד 7
דף עה ע"א 49
ספר הערוך, ערך אפוטרופוס 9
ערך אפסניא 180
עקידת יצחק, שער יז 303
פסקי תוספות, יבמות, סימן רכד 80
רבנו פרץ, תוספות
בבא קמא כא ע"א 151
צרור הכסף הארוך
דרך ה, שער ה, אות ד 345
דרך ה, שער ה, אות ו 27
צרור הכסף הקצר
דרך ה, שער ה 201 204
דרך ה, שער ה, אות ו 27 345
ראב"ד, השגות על הרי"ף, גיטין כו ע"ב, בדפי הרי"ף 372
ראב"ד, השגות על הרמב"ם
הלכות עבדים, פרק ז, הלכה ח 146
הלכות מלווה ולווה, פרק כה, הלכה י 116
הלכות נחלות, פרק י, הלכה ה 18
פרק יא, הלכה ז 88
ראב"ד, בבדק הבית, חו"מ, סימן רצ, סעיף כה 243
בחידושי הרמ"ה ושיטות קדמונים, גיטין נב ע"א 372
בטור, חו"מ, סימן רצ, סעיף טו 174 175 183 204
בטור, חו"מ, סימן רצ, סעיף כג 240
בר"ן על הרי"ף, גיטין כו ע"א (בדפי הרי"ף) 216
בראּ"ש, גיטין, פרק ה, סימן ו 374
בשו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף צד 58
בשיטה מקובצת, בבא מציעא מב ע"א 276
ראבי"ה, סימן תקצב 200
סימן תתקנז 283
ראב"ן, בבא קמא, לדף פז ע"א 190–192 358
ראב"ן, תשובות, סימן קטו 190 191
ראב"ן, במרדכי, בבא קמא, סימן פז 46
רא"ה, בחידושי הר"ן, גיטין נב ע"א 97 370
בחידושי הריטב"א (רבנו קרשקש), גיטין נב ע"א 90 316
בחידושי הריטב"א, קידושין מב ע"א 90
בנימוקי יוסף, בבא מציעא כב ע"א (בדפי הרי"ף) 26 27
בשו"ת הריב"ש, סימן תסח 334
בשו"ת הריטב"א, סימן רו 318 319
בשיטה מקובצת, בבא קמא לט ע"א 276
רא"ש, פסקים
מועד קטן, פרק ג, סימן לב 229
כתובות, פרק ב, סימן יד 77
פרק ו, סימן כג 157
פרק יא, סימן ג 239
פרק יא, סימן יח 150 179
פרק יא, סימן כא 99 160–162 285 286
פרק יא, סימן כד 147 259 260
גיטין, פרק ג, סימן ה 227
פרק ה, סימן ה 228 229 231
פרק ה, סימן ו 368 372–374
פרק ה, סימן ז 242 243 275
בבא קמא, פרק ב, סימן ו 151
פרק ד, סימן ה 275
בבא מציעא, פרק ג, סימן יד 58
פרק ה, סימן לב 112
פרק ה, סימן נ 204
פרק ה, סימן נא 201
פרק ו, סימן יג 118
בבא בתרא, פרק ט, סימן ט 267
חולין, פרק ה, סימן ב 105
רא"ש, שו"ת
כלל ו, סימן ה 108
סימן יא 123
כלל ט, סימן ב 285
כלל יג, סימן יא 191
כלל לב, סימן ד 26
כלל לט, סימן ח 191
כלל סב, סימן א 346 347 356
כלל פב, סימן ב 21 293
כלל פה, סימן ה 19 54 55 98
כלל פה, סימן ו 98
כלל פו, סימן א 90
כלל פז, סימן א 20 21 366–371
כלל פז, סימן ד 248 366 367

מפתח המקורות

כלל פז, סימן ו 347
כלל פט, סימן ד 253
כלל צה, סימן ב 258
כלל צו, סימן ב 366 367
רא״ש, תוספות על התלמוד
כתובות פח ע״ב 358
כתובות צח ע״א 183
גיטין לד ע״א 150
גיטין נב ע״א 6 146
רא״ש, בטור, אהע״ז, סימן קז 324 325
בטור, חו״מ, סימן רפה, סעיף ב 26
בטור, חו״מ, סימן רצ, סעיף י 318
בטור, חו״מ, סימן רצ, סעיף כג 240
בשנתון המשפט העברי, כרך ב, עמ׳ 105 324
רא״ש (ר׳ אשר מלוניל?), בחידושי הריטב״א, קידושין
מב ע״א 88
ר״י הזקן (ראה: ר׳ יצחק)
ריא״ז, פסקים, גיטין
פרק ה, הלכה ב, אות ז 50
פרק ה, הלכה ב, אות ח 243
ריב״ן, בהגהות מיימוניות, הלכות נחלות, פרק ח, אות
ג 58
ריב״ש, שו״ת
סימן כ 17 32 40 41 46 59
סימן ע 344
סימן קמא 50 366 367 369
סימן שכד 40 59 212 214 216 229 230 233 237
318 336
סימן שכה 379
סימן תסח 27 31 32 50 301 332–335 338 364
368 369 373
סימן תסט 333
סימן תפט 66 67 300–304 307 308
סימן תצה 43–45 50 51 58 59 212 216 228 231
232 235 293 366 369 372
ריב״ש, בשיטה מקובצת, כתובות ע ע״א 28
רי״ד, פסקים (נדפס בשם תוספות רי״ד), גיטין נב
ע״א 49 88 227 228
רי״ד, תוספות, קידושין מב ע״א 88
ריטב״א, חידושים
יבמות קיג ע״א 23
כתובות צד ע״א 112
צח ע״א 172 173
גיטין (נדפסו גם בשם רבנו קרשקש)
נ ע״א 48
נב ע״א 2 3 5 6 79 88 90 97 114 137 227 345
354 361 365 370 372 385
נב ע״ב 243 299 316 318 319
גיטין, חידושים מכתב יד (ראה: רמ״ה)
קידושין מא ע״ב 154 155 385
מב ע״א 88–90 96 97 136 137 179 354
385–388
מב ע״א, הערה 115 במהד׳ מוסד הרב קוק 88
בבא מציעא (החדשים)
ע ע״א 204
לט ע״א 26
מב ע״ב 276 287
מב ע״ב, הערה 622 במהד׳ מוסד הרב קוק 287
בבא בתרא קמד ע״א 174
ריטב״א, שו״ת
סימן מג 302
סימן עב 278
סימן קסב 11 20 25 26
סימן רו 318 319 322
ריטב״א, בנימוקי יוסף, בבא קמא ט ע״א (בדפי
הרי״ף 151
ריטב״א, חידושים מכתב יד המיוחסים לריטב״א – ראה
חידושי הרמ״ה ושיטות קדמונים
רי״ף, הלכות (בדפי הרי״ף)
פסחים טז ע״א 46
כתובות נח ע״א 162
גיטין כה ע״ב 227
כו ע״א 49 227 229
כו ע״ב 241 243
בבא מציעא יא ע״ב 216
רי״ף, שו״ת
סימן קטז 248 249
סימן קס 370
סימן קסא 266 372
ריקאנטי, ר׳ מנחם, פסקים
סימן תו 280
סימן תז 26
ר״מ מסרקסטה, בשיטה מקובצת, בבא קמא לו
ע״ב 97 98
בבא קמא לט ע״א 23
רמב״ם, מורה נבוכים
חלק א, פרק לד 82
חלק ג, פרק כה 82
רמב״ם, משנה תורה
הלכות יסודי התורה, פרק ב, הלכה ב 82
הלכות דעות, פרק ו, הלכה י 68 77
הלכות קידוש החודש, פרק ד, הלכה יא 180
הלכות מגילה וחנוכה, פרק ב, הלכה יז 10
הלכות אישות, פרק ה, הלכה ו 154
פרק יז, הלכה יד 172
הלכות גירושין, פרק ב, הלכה טו 382
הלכות מתנות עניים, פרק ז, הלכה יב 79
הלכות תרומות, פרק ד, הלכה י 4
פרק ז, הלכה טו 12 22
הלכות נזקי ממון, פרק ד, הלכה ד 84
פרק ו, הלכה ג 3
פרק ו, הלכה ו 332
הלכות גזלה ואבדה, פרק י, הלכה ז 250
הלכות רוצח, פרק ה, הלכה ה 82
הלכות מכירה, פרק י, הלכה ג 150
פרק טו, הלכה ג 111
פרק כט, הלכה ד 22 90
פרק כט, הלכה ה 335
פרק כט, הלכה ו 158 361
פרק כט, הלכה ז 158
פרק כט, הלכה יג 25
פרק ל, הלכה ו 156
הלכות זכייה ומתנה, פרק ד, הלכה ה 349
פרק ו, הלכה ב 48

מפתח המקורות

פרק ו, הלכה טו 111
פרק יא, הלכה כג 353
הלכות שלוחין ושותפין
פרק ה, הלכה א 111 113
פרק ה, הלכה יא 337
פרק ט, הלכה א 241
פרק ט, הלכה ד 241 243
הלכות עבדים, פרק ז, הלכה ח 146
הלכות שכירות, פרק ב, הלכה ג 274
פרק ד, הלכה ב 119
הלכות שאלה ופקדון, פרק ז, הלכה יב 160 302 306 307
הלכות מלווה ולווה, פרק ד, הלכה יד 204
פרק יב, הלכות ה–ו 378
פרק כה, הלכה י 116
הלכות נחלות, פרק ז, הלכה ה 25
פרק י, הלכה ד 150 179
פרק י, הלכה ה 17–19 23 344 345
פרק י, הלכה ו 39–41 43 46–49 58 86 323
פרק י, הלכה ז 242 314 316 318 320 323 325
פרק י, הלכה ח 22 24 27 30–32 90 332
פרק יא, הלכה א 54 203–206 361
פרק יא, הלכה ב 54 85 139 361
פרק יא, הלכה ג 160–162 361
פרק יא, הלכה ד 1 74 76 77 85 139
פרק יא, הלכה ה 229 230 240 243 260 338
פרק יא, הלכה ו 76 85 140 141
פרק יא, הלכה ז 88 89 141
פרק יא, הלכה ח 145
פרק יא, הלכה ט 153 154 156
פרק יא, הלכה י 75 77 78 81
פרק יא, הלכה יב 226
הלכות עדות, פרק יא, הלכה ג 47
פרק טו, הלכה ד 178
הלכות מלכים, פרק א, הלכה ה 42
רמב״ם, פירוש המשניות
שקלים, פרק ד, משנה ג 200
ערכין, פרק ו, משנה ה 200
רמב״ם, תשובות (מהד׳ בלאו), סימן תכ 163
רמב״ן, חידושים
כתובות כ ע״א 216
ק ע״ב 147 259 260 269
גיטין נב ע״א 2 4–6 8 84 136 137 363 364 372 388
נב ע״ב 275–278 299 301 318 319 373 374
בבא מציעא לד ע״ב 116
מב ע״ב 287
ע ע״א 204
עא ע״ב 385 388
בבא בתרא קסח ע״א 216
רמב״ן, קונטרס דינא דגרמי 281
רמב״ן, שו״ת, סימן עז 105 123
רמב״ן, בחידושי הריטב״א החדשים, בבא מציעא לט ע״א 26
רמ״ה, חידושי הרמ״ה ושיטות קדמונים, גיטין
נב ע״א 79 136 163 216 227 345 372
נב ע״ב 230 242 243 315–318 320 364 368
רמ״ה (ראה גם: יד רמה)
בטור, חו״מ, סימן צג, סעיף א 241
בטור, חו״מ, סימן צד, סעיף ד 241
בנימוקי יוסף, בבא קמא ט ע״א (בדפי הרי״ף) 151 152
בשיטה מקובצת, כתובות סט ע״ב 353
רמ״ך, בשיטה מקובצת, בבא מציעא ע ע״א 200
בשיטה מקובצת, בבא מציעא צג ע״ב 258
ר״ן על הרי״ף (בדפי הרי״ף)
מגילה ח ע״א 136 143
כתובות לא ע״א 27–29 334
גיטין כה ע״ב 88 218
כו ע״א 136 212 216 320 345
כו ע״ב 275
קידושין טז ע״ב 386 388
יז ע״א 54 55 88 89 150 179
ר״ן, חידושים
גיטין נב ע״א 2 3 6 97 137 345 370 372 388
גיטין נב ע״ב 136 287 318 319
בבא מציעא ע ע״א 204
ר״ן, שו״ת
סימן ח 88 89 150 350
סימן ט 215 216 218
ר״ן, בשו״ת מהרלב״ח, סימן צה 142
רקנטי (ראה: ריקאנטי)
רשב״א, חידושים לתלמוד
כתובות כ ע״א 216
נדרים לו ע״א 4
גיטין לג ע״ב 14 179
לח ע״ב 146
נב ע״א 3 4 6 27 41 43 45 48 49 51 89 96 136 154 155 212 213 216 218 227 320 345–347 352–354 358 366 372 387
נב ע״ב 275 299 301 315 318
קידושין יג ע״א 302
כג ע״א 384
מב ע״א 384
בבא קמא כ ע״ב 151
לט ע״ב 287
מ ע״ב 4
קיב ע״א 2
קיב ע״ב 2
קטו ע״א 193
בבא מציעא לד ע״ב 116 117
לח ע״ב 25
מב ע״ב 287
ע ע״א 136 201 204
רשב״א, שו״ת
חלק א, סימן תרמד 247
סימן תשעה 12
סימן תתקעד 54 55
סימן תתקצו 275
סימן אלף טו 80 89 90 137 142 143 152
סימן אלף צד 57 58 205
סימן אלף קו 275 280
חלק ב, סימן מט 50 366 367 370 372
סימן קכו 17 99 337
סימן קכז 17 368

מפתח המקורות

סימן קכט 34 337 368 370
סימן קמו 47 48 57–59 379
סימן קמז 137 206 218
סימן רכז 54
סימן רפה 41 48 315 324 344
סימן רצט 275
סימן שנא 106 301–303 307 308 348
סימן שנד 315
סימן שעא 33 34
חלק ג, סימן קצא 240
סימן קצז 41 57 58
סימן רא 142 143
סימן רצז 122–124
סימן תב 275
חלק ד, סימן סג 204
סימן סח 248 249
סימן קמו 275 303
סימן רמב 275
חלק ה, סימן צב 54
סימן ק 275
סימן קכו 107
סימן קכט 105 123
סימן רס 122
סימן רפט 109
חלק ו, סימן רמט 136
סימן רנ 275
חלק ז, סימן תקיב 315
המיוחסות לרמב"ן, סימן ג 283
סימן ה 54
סימן כ 252–256
סימן סו 23
סימן פז 370
סימן קיח 28 29 275 315 317 323 334 337 338
סימן רנו 12
החדשות (מכתב יד), מכון ירושלים, ירושלים תשס"ה
סימן קצה 54 55
סימן שלב 213 214
סימן שעו 212 213
רשב"א, בבית יוסף, חו"מ, סימן עב, מחודש י 275
במגיד משנה, הלכות שכירות, פרק ב, הלכה ח 303
בנימוקי יוסף, בבא מציעא מא ע"ב (בדפי הרי"ף) 66
בתשב"ץ, חלק ב, סימן רפז 324
רשב"ם, על בבא בתרא
נב ע"ב, ד"ה דשביחא 345
נג ע"א, ד"ה האי 67
קל ע"א ד"ה הלכה 17
קלא ע"ב, ד"ה אפילו קטן 48
קע ע"ב ד"ה א"ל 229
רשב"ם, במרדכי, בבא בתרא, סימן תר 355
בתוספות, גיטין מ ע"ב (ד"ה וכתב 2 5 145 355
רשב"ץ, בתולדות אדם וחוה, נתיב יט, חלק א 248
רשב"ש, שו"ת
סימן רפט 50 369
סימן שיד 50
סימן שכח 23
סימן שמד 27–29
סימן שמז 324
סימן שסד 307 324
סימן שעג 369
סימן תצז 17 50 316 320 324 366 369
סימן תקה 150 152 156
סימן תקז 150
סימן תקח 150
רשב"ש, בשו"ת יכין ובועז, חלק ב, סימן מז 352
רש"י
עירובין יג ע"ב, ד"ה ימשמש 216
פסחים ז ע"א, ד"ה אפילו 201
יג ע"א, ד"ה ואין 171
מט ע"ב, ד"ה גדולי הדור 98
חגיגה כב ע"א, ד"ה כר' יוסי 46
יבמות סז ע"ב, ד"ה יתומים 1 179
כתובות יא ע"א, ד"ה על דעת 383 386 387 390
צח ע"א, ד"ה כיסתא 173
צח ע"א, ד"ה מאן שם ליך 172
ק ע"א, ד"ה בית דין 1
ק ע"א, ד"ה ובוררין 179
גיטין לד ע"א, ד"ה התם 4
לד ע"א, ד"ה ובוררין 179
לד ע"א, ד"ה יתומין 1
לז ע"א, ד"ה ר"ג 97
נב ע"א, ד"ה אבל לא להניח 138 139
נב ע"א, ד"ה אלא 88
נב ע"א, ד"ה באחרונה 227 228
נב ע"א, ד"ה ישבע 229 239
נב ע"א, ד"ה לא ישבע 243
נב ע"א, ד"ה להוציאן לחירות 146
נב ע"א, ד"ה נשים 41 42 45 51
נב ע"א, ד"ה צדקה 78
נב ע"ב, ד"ה והא קמפסיד 85 86 317 321
קידושין ל ע"ב, ד"ה ראה חיים 82
מב ע"א, ד"ה אלא 1 88 385–388
בבא קמא לז ע"א, ד"ה אין צריכין פרוזבול 97
קטו ע"א, ד"ה ורבי יוחנן 193
בבא מציעא לח ע"א, ד"ה ואין מוכרן לעצמו 171
לט ע"א, ד"ה אפוטרופא לדיקנני 25
לט ע"א, ד"ה ולא קרוב 57
ע ע"א, ד"ה בבי דינא 201
ע ע"א, ד"ה קרוב 201 203 204
פ ע"א, ד"ה תרוויהו משלמים 118 119
פ ע"ב, ד"ה מותר 171
קח ע"ב, ד"ה לאשה 41
בבא בתרא ט ע"א, ד"ה יצור וימנה 212
סנהדרין יח ע"ב, ד"ה משום אפסניא 180
שבועות מח ע"ב, ד"ה והאפוטרופין 241
נדה מו ע"ב, ד"ה איסורא 194
רש"י, מהדורא קמא (ריב"ן), בשיטה מקובצת, כתובות צח ע"א 172
שיטה לא נודע למי, קידושין מב ע"א 88
שיטה מקובצת
כתובות יא ע"א 390
סט ע"ב 353
ע ע"א 28

מפתח המקורות

פח ע״ב 372
בבא קמא לו ע״ב 97
לט ע״א 23 276
בבא מציעא לט ע״א 57
מב ע״א 276
מב ע״ב 287
ע ע״א 200 204
צג ע״ב 258
ר׳ שמואל בחור מוורדון, בתוספות, גיטין נב ע״ב, ד״ה הלכה 275
ר׳ שמואל שלטשטט, בהגהות מרדכי, בבא מציעא, סימן שנט 253–256
ר׳ שמשון בן אברהם משאנץ, פירוש למשנה פאה, פרק א, משנה ו 154
ר׳ שמשון בן אברהם משאנץ, תוספות לתלמוד כתובות פח ע״ב 358
בשיטה מקובצת, בבא מציעא לט ע״א 57
שערי תשובה, מאמר ג, אות כד 68
תולדות אדם וחוה, נתיב יט, חלק א 248
תוספות לתלמוד
שבת נד ע״ב, ד״ה הוה מעשר 155
פסחים
יג ע״א, ד״ה מאי 172 182
פח ע״א, ד״ה שה 78
יבמות קיג ע״א, ד״ה מאן 23 80
כתובות יא ע״א, ד״ה מטבילין 383 384
פח ע״ב, ד״ה קמיפלגי 43 45 358 372
צח ע״א, ד״ה דאמרי 182–184
ק ע״א, ד״ה ובוררין 179
גיטין מ ע״ב, ד״ה וכתב 2 5 145 146 355
נב ע״ב, ד״ה הלכה 274 275 287
קידושין מב ע״א, ד״ה אלא 90
מב ע״א, ד״ה ובוררין 150 179
מב ע״א, ד״ה יתומים 386
בבא קמא כא ע״א, ד״ה ויהבי 151
לט ע״א, ד״ה דאי 274 275 287
בבא מציעא מב ע״ב, ד״ה נימא 275 287
פ ע״א, ד״ה ואי דוכתא 118 119
בבא בתרא קמט ע״א, ד״ה דקא 349
סנהדרין סח ע״ב, ד״ה קטן 384
שבועות מח ע״ב, ד״ה דמורו 242
תוספות שאנץ (ראה: ר׳ שמשון)
תלמיד הרשב״א
בבא מציעא ע ע״א 204
בשיטה מקובצת, כתובות פח ע״ב 372
תלמידי הרשב״א, בבית יוסף, יו״ד, סימן קס 201
רבנו תם, שו״ת, סימן עד 275
רבנו תם, בר״ן על הרי״ף, גיטין כו ע״ב (בדפי הרי״ף) 275 277
בתוספות, גיטין מ ע״ב, ד״ה וכתב 146
בתוספות, קידושין מב ע״א, ד״ה ובוררין 150
בתוספות, שבועות מח ע״ב, ד״ה דמורו 242
תמים דעים, סימן נא 204
ספר התרומות
שער מו, חלק ד, אות ח 200
שער נא, חלק ו, אות ח 281
שער סה, חלק ב, אות ב 249
תרומת הדשן
שו״ת, סימן ש 20 54
סימן שכג 250
סימן שמז 8 148 149
סימן שמח 248
פסקים, סימן קסב 152
תשב״ץ, שו״ת
חלק א, סימן טז 39
סימן קעד 267
חלק ב, סימן יט 34 54
סימן נג 302 351
סימן עה 27
סימן קפח 41–45 299 316 322
סימן קפט 42 352 357
סימן קצ 50 369 373
סימן קצא 19 43 44 50 357
סימן רפז 42 315 324
חלק ג, סימן רכ 151 216 303 307
סימן רכט 306 307
סימן רלז 216
סימן רנא 302 306 307
חלק ד (ראה: מהר״ש צרור, באחרונים)
תשובות בעלי התוספות, סימן קח 50
תשובות חכמי פרובינציה, חלק ב, סימן מג 200
תשובות חכמי צרפת ולותיר, סימן פט 80
תשובות מיימוניות
ספר קנין, סימן לב 50
ספר משפטים, סימן מ 274 315 316 321

אחרונים

אבוהב, מהר״י, בספר שבע עינים, דפים נה–נח 136 137 142 143
אבן האזל, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ה 18
אבן העוזר, או״ח, סימן תמג 279
אבני חן, על מנחת חינוך, מצווה סה, עמ׳ רפד 68
אבני נזר, שו״ת, אורח חיים, סימן תצד, אות ג 12
אבקת רוכל, שו״ת
סימן מט 25
סימן צב 31 315 321 324
סימן קמג 25
סימן קנב 216 230
סימן קנג 230
סימן קנח 49 50
סימן קנט 213 214 216 230 231
אגרות משה, שו״ת
אבן העזר, חלק א
סימן קד 350
סימן קי, ענף א 17 31
סימן קי, ענפים א–ג 30
סימן קי, ענף ג 28 29
אהע״ז, חלק ד, סימן ו 388
או״מ, חלק ב, סימן מא, אות א 385
סימן נג 202 203
אהבת חסד, חלק א, פרק ג, סעיף א 80
אהל אברהם (שאגא), שו״ת, סימן עה 357
אהל יצחק, על הרמב״ם, הלכות מלווה ולווה, פרק ד, הלכה יג 204

מפתח המקורות

אהלי יעקב (פרבשטיין), שמות
עמ׳ קסג–קפא 303
עמ׳ קסו 308
עמ׳ קסט 301
עמ׳ קעב 301
אהלי תם, שו״ת, סימן טו 125 301
אוצר מפרשי התלמוד
גיטין נב ע״א, אחרי ציון הערה 22 372
ליד ציוני הערות 27–37 154
הערה 54 155
הערה 97–98 88
קידושין מב ע״א, הערה 99 89
אוצרות יהושע, סימן כ, עמ׳ קפז 88 314 318 355
אור דוד (יונגרייז), עמ׳ קעט 9
אור שמח, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ז 47 323
אורח לצדיק, שו״ת, חו״מ, סימן י 120
אורים גדולים (זאבי), סימן מ, לימוד ריד 255
אורים ותומים, סימן צו, אורים, ס״ק יז 190
אות היא לעולם, חלק א, מערכת ח, אות צט 78
אחיעזר, חלק ג, סימן לד 350
סימן סו 350
איגר, ר׳ עקיבא, חידושים על התלמוד
כתובות יא ע״א 384
איגר, ר׳ עקיבא, חידושים על שו״ע
חו״מ, רנט, א 67
חו״מ, רצ, יא 142
חו״מ, רצ, כה 248
איגר, רבי עקיבא, שו״ת, מהדורא קמא
סימן קמז 248 249
סימן רכא 6
איים בים (רוזן), מהד׳ תשע״א
קידושין, פרק ב, סימן יא 385 386
אלגזי, ר׳ יו״ט, בקהילת יעקב, תוספות דרבנן, אות א,
אפוטרופוס, אות נט 12
אליהו, ר׳ מרדכי, ביה״ד הגדול, ערעור נז/936 דניאלי
אסתר נ׳ דניאלי מיכאל (נדפס בשורת הדין ח, עמ׳
תקא) 180 181
אלישיב, ר׳ יוסף שלום, הערות
גיטין נב ע״ב 300
גיטין נב ע״ב, עמ׳ רמז 315 316
אמירה נעימה תניינא, חלק א, מאמר נג, ענף א 4 137
אמרות אברהם (זיסקינד)
האיש מקדש, סימן כד, עמ׳ 224 386
כתובות, פרק קמא, סימן נז, עמ׳ 295 386
תרומות, סימן י, פרק ב, עמ׳ 401 386
אמרות משה (סוף ס׳ אגרות ורשימות קהלות יעקב),
סימן ב
עמ׳ רכ 308
עמ׳ רכא 301
אמרי בינה (אוירבך)
הלכות תרומות ומעשרות, סימן ו 154
אמרי בינה (גארמיזן)
כתובות ע ע״א 157
כתובות פח ע״ב 43
גיטין נב ע״א 50
אמרי יושר, שו״ת, חלק א, סימן ג 77 78
אמרי משפט, שו״ת, חלק א, סימן לה, אות ה 332
אנציקלופדיה תלמודית
ערך אין עד נעשה דיין, פרק א, כרך א, עמ׳
תרפה 180
ערך אפוטרופוס 14
כרך ב, עמ׳ קכא 11
כרך ב, עמ׳ קכד, ליד ציוני הערות 106–109 96
כרך ב, עמ׳ קכו 277
ערך גרמא בנזקין; גרמי, כרך ו, עמ׳ תסא
ואילך 279
ערך הלכה, כרך ט, עמ׳ רפט, ליד ציוני הערות
672–675 229
ערך הפקר, ליד ציוני הערות 214–217 3
ערך הפקר בית דין, כרך י, עמ׳ צט, סעיף ב 6
ליד ציוני הערות 165–168 67
ערך זכין לאדם שלא בפניו, כרך יב, עמ׳
קלה–קצח 9
עמ׳ קלה, הע׳ 12 8
ליד ציוני הערות 13–26 384
ליד ציוני הערות 625–631 4
ערך חינוך, הערה 25, והערה 20 78
ערך חכמות חיצוניות, ליד ציוני הערות 15–26 82
ערך חרש, כרך יז, עמ׳ תצח 23
ערך חשד, פרק א 146
ערך טוענים ליורש וללוקח, כרך יט, עמ׳
שעא–שצג 54
ערך יורד לנכסי חברו, פרק ט, כרך כג, עמ׳
תפז–תצג 250
ארחותיך למדני, שו״ת
חלק ב, אהע״ז, סימן קטו, אות ז 191
ר׳ אשטרוק אבן שאנג׳י, שו״ת, סימן לט 89
אשר לשלמה (אבן דנאן), שו״ת
סימן ה 30 31 105 337 338
סימן טו 25–29 31 334
סימן לט 150–152 156 366 367 370
באר היטב, או״ח, סימן תרג, ס״ק א 255
באר המים, שו״ת, סימן קכג 50 367
באר יצחק, שו״ת
או״ח, סימן א, ענף ג 388
אהע״ז, סימן א ענף ה 304
באר משה (ירושלימסקי), קונטרס השיב משה
שער י, אות ד, דף לז ע״ב 191
באר שבע
סנהדרין צה ע״א 255
שו״ת, סימן לט, שאלה רביעית 144 145 150
שאלה חמישית 215 216 218
שאלה שישית 332 333
שאלה שביעית 135 136 161 201
בארות שלמה (צדוק), חו״מ, עמ׳ נח 248
בגדי שש (גבאי)
דף נג ע״א 171
בדק הבית, חו״מ, סימן רצ, סעיף כה 243
ב״ח, הגהות על הרי״ף
גיטין כו ע״א (בדפי הרי״ף), אות ח 40 49
ב״ח, על הטור, חו״מ
סימן צג, סעיף ב 241
סימן קכב, סעיף יז 112
סימן רפה, סעיף יג 57

מפתח המקורות

סימן רצ, סעיף ג 41–43 45 47 346
סימן רצ, סעיף טז 161
סימן רצב, סעיף יח 174 175
סימן שט, סעיף ד 119
בירדוגו, ר׳ מרדכי (מרבי״ץ), ״הגהות על שו״ת
מהרי״ק״, מקבציאל לה (תשס״ט), עמ׳ טו 171
172
בירור הלכה
כתובות יא ע״א, ציון ב, פרק ג 384
ע ע״א 158
גיטין טו ע״א, ציון א 349
נב ע״א, ציון א 2
נב ע״א, ציון א, פסקה א 3
נב ע״א, ציון ט 89
נב ע״א, ציון כ 141
נב ע״א, ציון נ 229
נב ע״ב, ציון ו 240
קידושין מב ע״א, ציון ד 150
בבא קמא כ ע״ב, ציון ה, פרק ו 152
לט ע״ב, ציון ב 286
בבא מציעא ל ע״ב, ציון י 251
לט ע״א, ציון ח 58
ע ע״א, ציון ג, פרק ג 204
ע ע״א, ציון ג, פרק ד 201
בית אברהם (ישראל), חו״מ, סימן קכח 248
בית אהרן, גיטין נב ע״א 228 231
בית דוד (פילוסוף), שו״ת, חו״מ, סימן לג 266
בית דינו של שלמה, שו״ת, יו״ד, סימן א, הלכתא
פסיקתא, אות כג, ודף נא ע״ג 200
בית ידידיה, שו״ת, סימן א 361 369
בית יהודה (עייאש, בתוך ספר בני יהודה), שו״ת
סימן נ 366
בית יוסף, על הטור
יו״ד, סימן קס 201
סימן רנט 122
סימן רסח 366
חו״מ, סימן עב, מחודש י 275
סימן צג, סעיף ב 241
סימן קעה, סעיף ל 172
סימן קפג 280
סימן רמג, סעיף כב 23
סימן רמו, סעיף ד 28
סימן רנ, סעיף יז 34 337
סימן רנ, מחודש ח 17
סימן רפה, סעיף ב 26
סימן רפה, סעיף יג 58
סימן רפה, מחודש יג 57 58
סימן רפט, סעיף א 33
סימן רצ, מחודש טז 142
סימן רצ, סעיף ב 20
סימן רצ, סעיף ג 44 324 346 379
סימן רצ, סעיף ד 338
סימן רצ, סעיף ט 317
סימן רצ, סעיף י 336
סימן רצ, סעיף טו 175
סימן רצ, סעיף טז 161 162
סימן רצ, סעיף כג 66
סימן רצ, סעיף כו 30
סימן רצ, סעיף ל 303
סימן רצ, סעיף לג 30
סימן רצ, סעיף לד 23
סימן רצ, מחודש ג 57 58 346
סימן שט, סעיף ד 118
בית יוסף, שו״ת, דיני כתובות, סימן טז 247 249 366
בית יחזקאל (סרנא)
גיטין, סימן י, עמ׳ עו 3 17 28–30
בית יעקב (טאוושונסקי), חו״מ
סימן רצ, סעיף ח 67
סימן רצ, סעיף יב 89
סימן רצ, סעיף כג 276
סימן רצב, סעיף יט 173
בית ישראל (בנבנשתי), חלק א, דרוש ח 240
בלוך, ר׳ אברהם יצחק, באהל אברהם (מן), כתובות,
עמ׳ תעו 389
בני אהרן (לפפא), שו״ת
סימן צד 50 97 137 366 367
בני בנימין (אדר״ת), הלכות קידוש החודש, פרק ד,
הלכה יא 180
בני בנימין (נבון), שו״ת, חו״מ, סימן י 30
בני חיי, חו״מ
סימן יב, הגהב״י, אות א הראשון 152
סימן רצ, סעיפים יד–טו 274
בני יהודה (עייאש), שו״ת, סימן נ 46
בני יעקב, שו״ת, סימן ה 258
בנין יחזקאל, כתובות פח ע״ב 43
בנין נחום (פרצוביץ)
שיעור ז 384
בעי חיי, שו״ת, חו״מ
חלק א, סימן קנד 136 144
סימן קנה 136 142 144 365 369
סימן רו 25
סימן רז 50 367
סימן ריב 19 213 216
סימן ריג 19 213 216 323
סימן ריד 216
סימן רטו 59
סימן רטז 27 31 277 279 280 282–284
335–332
חלק ב, סימן מב 22 142 148
בקש שלמה, שו״ת, סימן מב 231
בקשי־דורון, ר׳ אליהו, בשערי בית הדין, חלק א, עמ׳
109 100–99
ברוך טעם (תאומים)
הגהות על פני יהושע, גיטין נב ע״א 51
ברית יעקב, אורח חיים, סימן נא 13
ברית כהונה (ר׳ כלפון הכהן), חו״מ, חלק א
מערכת א, אות ב 379
מערכת א, אות ד 226 227
מערכת א, אות ה 221
ברך משה (גלנטי), שו״ת
סימן כז 229
ברכת אברהם (ארלנגר)
גיטין, עמ׳ רפד 88
קידושין מב ע״א, אות טו 385

מפתח המקורות

ברכת אליהו, על ביאור הגר״א, חו״מ, סימן רצ, ס״ק יד 317
ברכת שמואל
כתובות, סימן כג 384
קידושין, סימן טו 389
בשבילי ההלכה, ר׳ אליקים דבורקס, עמ׳ קכא–קלח 303
בשמים ראש, שו״ת, סימן קסה 325 353
בת רבים (בן סמחון), דף ה ע״א, אות כח 21
גאון, ר׳ שמואל, ״בענין מינוי אפוטרופוס למעות יתומים״, בית אהרן וישראל, כרך לט (תשנ״ב), עמ׳ ז 204
גאליקו, ר׳ אלישע, בכנסת הגדולה, חו״מ, סימן רצ, הגהות הטור, אות סה 148
בשו״ת בעי חיי, חו״מ, חלק א, סימן רטז 277
גבעות עולם (קובו), שו״ת, סימן טו 46
גולדברג, ר׳ זלמן נחמיה, בחוק לישראל, נזיקין, עמ׳ 378 255
גטניו, ר׳ אברהם, בשו״ת דבר משה (אמריליו), חלק ב, סימן קב 172 178
גידולי תרומה, על ספר התרומות
שער יד, חלק א, אות ו 89
שער סה, חלק ב, אות ב 248 249
גינת אגוז (שכטר), סימן מו
אותיות א–ג 386
אות ה 386 387 390
אות ח 389
גוסטמאן, ר׳ ישראל זאב, בשירת יהודה (מאיר), עמ׳ שלה 390
גינת ורדים, שו״ת, חו״מ
כלל ה, סימן יב 12 293
כלל ו, סימן א 144
ג׳יראשי, ר׳ דניאל, בשו״ת בעי חיי, חו״מ, חלק א, סימן קנד 136 144
גלנטי, ר׳ ידידיה, בשו״ת מהר״ם גלנטי, סימן קכה 44 50 88 90
הגם שאול (אבן דנאן), שו״ת, חלק ב, סימן כ 23
גר״א, ביאור לשו״ע, חו״מ
סימן לז, ס״ק י 4
סימן רצ, ס״ק יד 317
סימן רצ, ס״ק כג 141
סימן רצ, ס״ק לז 232
סימן רצ, ס״ק לח 227
גר״א, בהקדמה לפאת השולחן 82
גרש ירחים (צונץ), גיטין נב ע״א, אות קט 138 139
דאיינה, רבי עזריאל, שו״ת
חלק ב, סימן רנד 123 124
דביר הקדש
קידושין, סימן יט, אות ח 385
דבר אברהם, חלק א, סימן יא, אות ז 67
דבר אליהו (לרמן), שו״ת
סימן פב 45 46 90 140 142 358 364–366 368–370
דבר המשפט, קכח, אות כא 249
דבר משה (אמריליו), שו״ת, חלק ב
סימן קא 172 178
סימן קב 172 178
סימן קג 172 175 176 178
דבר שמואל (עמאר), שו״ת, חו״מ, סימן ו 46
דברי חיים (אוירבך), דיני חמץ, סימן י 279
דברי חיים (הלברשטם), שו״ת
חלק א, חו״מ, סימן יב 106
דברי מלכיאל, שו״ת, חלק א, סימן פב 23
דברי מרדכי (בירדוגו), שו״ת
סימן יא 21 150 156 323
דברי משפט, חלק ה, עמ׳ קצ 347
דברי ריבות, שו״ת
סימן כח 213
סימן נא 105 123
סימן קיא 267
סימן קכ 212 213 318 334
סימן קכג 83 139 161 162 277 279 280 283 347 348 372 374
סימן קכו 283
סימן קסא 106 277 284 321 323
סימן קסו 50 366
סימן שטו 50 366
סימן תיא 25 318 333 379
דברי שלום (מזרחי), שו״ת
יו״ד, סימן צח, אותיות ב–ג 248
דברי שלום (משאש), שו״ת, חו״מ, סימן לח 31
דגל מחנה אפרים (לניאדו), שו״ת, חו״מ, סימן ו 112
ר׳ דון נסים בן באן בנשת, בספר שבע עינים (ליוורנו תק״ח), דפים נה–נו 136 137 141–143
דוראן, ר׳ צמח בן רבי שמעון, בשו״ת יכין ובועז
חלק א, סימן קלו 41 44
חלק ב, סימן נו 54
דושינסקי, מהרי״ץ, שו״ת
חלק א, סימן קט 389
דיאינה, ר׳ דוד, בפחד יצחק, ערך אפוטרופוס 123 338
דעת כהן, שו״ת, סימן קמז 366
דקדוקי סופרים, גיטין נב ע״א 227
דרישה, על הטור, חו״מ
סימן קפה, סעיף ג 171 173
סימן רפה, ס״ק א 26
סימן רצ, סעיף יג 206
דרך אמונה, תרומות
פרק ד, הלכה י, ציון ההלכה אות רעא 155
דרך מצוותיך (נוסבכר), סימן לב, עמ׳ קו–קח 303
דרכי חושן (סילמן), חו״מ
סימן רצ, סעיף כג 304 305
דרכי משה, חו״מ
סימן צו, ס״ק ד 191
סימן רצ, ס״ק א 55
סימן רצ, ס״ק ב 47
סימן רצ, ס״ק ה 293
סימן רצ, ס״ק ו 320
סימן רצ, ס״ק ז 338
דרכי נועם, שו״ת, אבן העזר
סימן יח 161
סימן לח 293
סימן מ 293
דרש אברהם, חלק ב, פרשת מסעי 40

מפתח המקורות

הגהות והערות לטור השלם
חו״מ, סימן רפה, אות ה 26
הילדסהיימר, ר׳ עזריאל, חידושים, גיטין נב ע״א 50
הלכה בימינו (אריאל), עמ׳ 211 66
הלכה למשה (אלבז), שו״ת, חו״מ, סימן צג 31 333
הלכה פסוקה, חו״מ, סימן רלה, סעיף ב, הערה 6 158
הלכות מדינה (ולדינברג)
חלק ג, שער ד, פרק ה, אות ד, עמ׳ קכח 3 49
העמק שאלה, שאילתא קלט, אות א 13 89 179
הערות וציונים (אוסטרן)
כתובות ק ע״א 386
הרצברג, ר׳ חיים, בפסקי דין – ירושלים, דיני ממונות
וביירורי יהדות, חלק ג, עמ׳ פו–פח 191
ויאמר יצחק, ליקוטים, מערכת א 25
ויאסוף שלמה (בתוך ספר ויחל שלמה), שו״ת
חו״מ, סימן כה 366
וייס, ר׳ אשר (ראה גם: מנחת אשר), בחוק לישראל,
פגמים בחוזה, עמ׳ 421–424 332
וייס, ר׳ יהושע, בפסקי דין ירושלים (דיני ממונות
וביירורי יוחסין), כרך ח, עמ׳ שנד–שנה 304
וישב משה (זורגר), שו״ת
חלק ב, סימן יט, אות ב 248
ז׳ולטי, ר׳ בצלאל, בפסק בית הדין הרבני הגדול, בתיק
ער תשיז/154 320
זילברשטיין, ר׳ יצחק, בחוק לישראל, פגמים בחוזה,
עמ׳ 421–424 332
זיר יצחק, אות יח, ס״ק ט 78
זקני יהודה, שו״ת, סימן קל (א) 216
זרע אברהם (יצחקי), שו״ת, חו״מ, סימן יח 112
זרע יעקב (נאים), שו״ת, סימן כג 150
זרע יצחק (לומברוזו), בבא מציעא מב ע״ב 287
זרע יצחק (לינטופ)
קידושין, סימן סה, אות ג 386 389
חבצלת השרון (קרליבך)
פרשת מטות 390
חוות יאיר, שו״ת, סימן קסו 255
חוט המשולש (ראה: מהר״ש צרור)
חוק יעקב, תלד, ס״ק טו 77
חזון איש, חו״מ
סימן א, ס״ק כד 259
סימן ג, ס״ק ה 32 385
חזון איש, בבית התלמוד, כרך ה (תשכ״ח), עמ׳
מג–מד 145
חזון יחזקאל, על התוספתא
בבא מציעא, פרק יא, הלכה יג 67
בבא בתרא, פרק ח, הלכה ד 40 49
פרק ח, הלכה ד, ביאורים 81 87 96
חזון קדומים
עמ׳ 322 385
חידושי אנשי שם, על נימוקי יוסף, בבא קמא ט ע״א
(בדפי הרי״ף) 152
ר׳ חיים אברהם בכ״ר שבתי, בשו״ת תורת משה
(שבתי), חו״מ, סימן ו 348
חיים ביד, שו״ת, סימן סט 26
חיים שאל (חיד״א), שו״ת
חלק א, סימן ה 59
חלק א, סימן פז, אות ה 39
חכם צבי, שו״ת
סימן לג 155
הנוספות, סימן ג 18 89 142 152 346 369
ליקוטי תשובות, סימן קכט 254
חכמת אדם, כלל קמז, סעיף יט 106 303
חלקת מחוקק, סימן פב, ס״ק ט 61
סימן צג, ס״ק מז 173
סימן קז, ס״ק ב 28 30
חמדת שלמה (ליפשיץ), שו״ת
יו״ד, סימן לא, אות יג 386
חנוך לנער (בלויא), פרק מה אות ג 248
חסדי דוד, על התוספתא
תרומות, פרק א, הלכה א 336
פרק א, הלכה יג 140
בבא בתרא, פרק ח, הלכה ג 231 239
החפץ חיים (פלאגי׳)
סימן נח, אות ו 42
סימן נח, אות י 233
סימן נח, אות עד 58
סימן נח, אות פו 40
חקרי לב
יו״ד, חלק ב, סימן נז 150
חלק ג, סימן קי 303
חו״מ, חלק א, סימן טו 19
מהדורא בתרא, חו״מ, סימן יב 20
סימן כג 20
חשב האפוד, שו״ת, חלק ב, סימן קו 350
חשבי מחשבות (פולק), עמ׳ לג–לח 303
חשוקי חמד, כתובות צח ע״א 171
חשק שלמה, גיטין נב ע״א 243
חתם סופר, חידושים לתלמוד
כתובות יא ע״א 389
גיטין לד ע״א 179
נב ע״ב 276
בבא מציעא ע ע״א 204
חתם סופר, שו״ת
או״ח, סימן קיז 12
יו״ד, סימן רצה 389
חו״מ, סימן נב 253 254
סימן ס 257 258 266
סימן קיב 79 89 142 152 153 171
סימן קטז 107 108
סימן קמב 350
קובץ תשובות, סימן יח 255–257
טאיטאצאק, ר׳ יוסף, שו״ת, סימן כב 230
טוב טעם ודעת, שו״ת
מהדורא קמא, סימן רז 266 267
טולידאנו, ר׳ פנחס, בשו״ת שאלו לברוך, חו״מ, חלק
ב, סימן קג, אות ב 302
ט״ז
יו״ד, סימן רנו, ס״ק ד 200
סימן רנח, ס״ק ה 53 105 123 124 184 234 379
סימן רנט, ס״ק ב 200
סימן שה, ס״ק יא 383 388
חו״מ, סימן קעו, סעיף מח 254
סימן רפה, סעיף ט 44 50
סימן רצ, סעיף ב 48

מפתח המקורות

סימן רצ, סעיף טו 79
יביע אומר, שו״ת
חלק ח, חו״מ, סימן ז, אות ה 99 316 321
יד אברהם, על ט״ז, יו״ד, סימן רנח, ס״ק ה 122
יד איתן, הלכות מכירה, פרק כט, הלכה ד 22 23
יד דוד (זינצהיים)
כתובות יא ע״א 386 387
יד המלך (פלומבו)
הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ה 275
יד מלאכי, כללי הדינים, כלל תכב 351
יד שאול (נתנזון), יו״ד, סימן רמח, אות ג 79
ר׳ יונה ן׳ ריי, בשו״ת דבר משה (אמריליו), חלק ב,
סימן קא 172 178
יורו משפטיך ליעקב, שו״ת, סימן צו 255
יכין ובועז, שו״ת
חלק א, סימן קכז 171 318 322
סימן קלו 41 44 45 59
חלק ב, סימן מז 42 345 352 357
סימן נו 54
ים של שלמה
גיטין, פרק ה, סימן ו 89 216 346
סימן ז 370
סימן ט 317 320
סימן י 66
בבא קמא, פרק ד, סימן יג 286
פרק ח, סימן כט 190 191
יערות דבש, חלק ב, דרוש ז 82
יפה ללב, חלק ד
חו״מ, סימן רצ, סעיף א 379
קונטרס אחרון לאהע״ז, סימן א, אות א 80
יפה עיניים, בבא קמא לט ע״א 287
יפה, מהר״ש
בכנסת הגדולה, חו״מ, סימן רצ, הגהות הטור, אות
קנא 367
בכנסת הגדולה, חו״מ, סימן רצ, הגהות בית יוסף,
אות פ 143
בשו״ת בעי חיי, חו״מ, חלק ב, סימן מב 148
ר׳ יצחק מפוזנא, שו״ת, סימן קמו (עמ׳ שמ 315
ישמח לבב (עובדיה), שו״ת
חו״מ, סימן ח 228 229 232 236
ישרש יעקב, יבמות קיג ע״א 23
כהנא־שפירא, ר׳ אברהם אלקנה, בשערי בית הדין, חלק
ב, עמ׳ 60–63 321
כללי המצוות (ג׳יקטיליא), ערך גמר 308
כנסת הגדולה, חו״מ
סימן יח, הגהות הטור, אות ו 108
סימן קכח, הגהות בית יוסף, אות כא 249
סימן רמו, הגהות טור, אות כה 17
סימן רנ, הגהות בית יוסף, אות פו 337 338
סימן רפה, הגהות בית יוסף, אות ט 57
סימן רצ, הגהות הטור, אות י 19 348
סימן רצ, הגהות הטור, אות טו 44
סימן רצ, הגהות הטור, אות כה 213
סימן רצ, הגהות הטור, אות סא 138
סימן רצ, הגהות הטור, אות סד 144
סימן רצ, הגהות הטור, אות סה 147 148
סימן רצ, הגהות הטור, אות סו 139
סימן רצ, הגהות הטור, אות צה 333
סימן רצ, הגהות הטור, אות צו 333
סימן רצ, הגהות הטור, אות קלט 301 348
סימן רצ, הגהות הטור, אות קנא 367
סימן רצ, הגהות הטור, אות קנג 367
סימן רצ, הגהות הטור, אות קנד 370
סימן רצ, הגהות הטור, אות קנה 366
סימן רצ, הגהות הטור, אות קסב 369
סימן רצ, הגהות הטור, אות קסד 365
סימן רצ, הגהות הטור, אות קסח 23 24
סימן רצ, הגהות בית יוסף, אות כג 346 347 352
356
סימן רצ, הגהות בית יוסף, אות כה 59
סימן רצ, הגהות בית יוסף, אות פ 143
סימן רצ, הגהות בית יוסף, אות ק 23
סימן רצ, הגהות בית יוסף, אות קסז 30 31
מהדורא בתרא, סימן קלח, הגהות הטור, אותיות
ב–ו 112
כסף הקדשים, על שו״ע חו״מ
סימן רצ, סעיף א 108
סימן רצ, סעיף כד 364 367 369
כסף משנה
הלכות שכירות, פרק א, הלכה ד 346
הלכות מלכים, פרק א, הלכה ו 40
כרם הצבי, פרשת וישלח, עמ׳ מו 141
כרם חמר
חלק א, חו״מ, סימן ה 46
חלק ב, ספר התקנות, תקנה סא, דף י ע״ב 21
תקנות השייכות לחושן משפט, סימן ח, דף לו
ע״ג 21 234
עט סופר, דף מח ע״ב 268
דף נח ע״א, 213
כתב סופר, חידושים, גיטין נב ע״א 51
כתב סופר, שו״ת
חו״מ, סימן כב 41 43 51 356–358 370
כתונת יוסף (בירדוגו)
חלק א, ערך אפוטרופוס, ענף יז 334
ענף לח 338
חלק ג, ערך מזונות, ענף ט 249
לב שמח, שו״ת, סימן כט 230
לבוש, חו״מ, סימן רצ, סעיף א 48 55
לוין, ר׳ אברהם דב, בפסקי דין ירושלים (דיני ממונות
ובירורי יוחסין), כרך ח, עמ׳ שנד–שנה 305
לחם רב, שו״ת
סימן קל 144
סימן קנה 53
סימן קעו 45 50 150 152 369
סימן קפא 277
סימן קצה 104 171 172 175 177 183 317 348
סימן קצו 277 369 372 373
סימן רט 45 50 136 137 368
סימן ריב 49 338
סימן ריח 365
ליצחק ריח (אבן דנאן), סימן לד 31
ליקוטי שיחות, כרך לח, פינחס, שיחה ב, עמ׳
115–116 78
רבנו מאיר שמחה, חידושים, בבא קמא נו ע״ב 287

מפתח המקורות

מאלין, ר׳ אריה לייב, חידושים
חלק א, סימן סא 171
מבי״ט, שו״ת
חלק א, סימן קכב 26 50 136 141 335 366 367 369
סימן קכג 252
סימן קכד 252
סימן רא 277 374
סימן רכ 150
סימן רלט 138
סימן שלה 20 28–31 104 123 315 334
חלק ב, סימן ל 248
סימן קיב 300 366
סימן קצג 366
חלק ג, סימן פג 344 352 357 358
סימן קנה 254 255
סימן קנו 252 253 256
סימן קפח 252 253
מגדל עוז, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה יב 226
מגן אברהם, סימן שמג, ס״ק ב 194
מדרש ומעשה, פרשת וישלח, עמ׳ עט 141
מהר״י בירב, שו״ת
סימן ח 136 142
סימן יט 59
מהר״י בן לב, שו״ת
חלק א, סימן נד (נא) 201
סימן עז (עה) 248
סימן עט (עז) 7 136 145
סימן פ (עח) 7 53 136 137 143 145
סימן צו (צד) 370
סימן קכא 152
חלק ב, סימן כז 152 161 250 283
סימן כח 213
סימן מח 49
סימן ע 145
סימן עו 24 49 334
חלק ג, סימן יז 104–106 122
סימן עח 151
חלק ד, סימן יא 277
סימן כח 137 147
סימן לא 45 50 366 368 369
מהר״י לבית לוי, שו״ת, סימן עד 293
מהר״י מינץ, שו״ת, סימן א 79
מהריא״ז הלוי (איטינגא), שו״ת, חלק ב, סימן פו 350
מהריא״ז ענזיל, שו״ת, סימן טו 301 305 306
מהרי״ט, שו״ת
חלק א, סימן כז 105 106
סימן עג 152
סימן צג 175 184
סימן קכז 76 79 105 108 109 136 153 154 157 164 176 181 336 350
סימן קמד 205 206
חלק ב, חו״מ
סימן א 141 176–178 260
סימן ל 144
סימן לז 363 364 366 367 370
סימן פג 259
מהריט״ץ, שו״ת (הישנות), סימן לח 4 277 334
מהריט״ץ, שו״ת החדשות
סימן סט 315
סימן צו 260 277 317
סימן קלא 226 283 300 336 347 355
מהרלב״ח, שו״ת, סימן צה 88–90 104 136 142 152
מהרלב״ח, בשו״ת מהרשד״ם, אבן העזר, סימן קכג 87
מהר״ם אלשיך, שו״ת
סימן יז 193
סימן יט 190 191
סימן לח 61 86 87
סימן ע 248
סימן קל 50 366
סימן קלב 23 24
מהר״ם גאויזון, שו״ת, סימן טז 44 50 51 320 322 324 325 344 361 365 367 369
מהר״ם גלנטי, שו״ת
סימן ג 237
סימן כה 318 321
סימן צז 50 157
סימן קכה 44 50 88 90
מהר״ם די בוטון, שו״ת
סימן כד 50
סימן מד 369
מהר״ם לובלין, שו״ת, סימן יב 346
סימן מד 255
מהר״ם מלובלין, חידושים
בבא מציעא מב ע״ב 287
מהר״ם פדואה, שו״ת
סימן לח 213 216 217 227 228 230 231 241
סימן לט 144
סימן מד, שאלה יא 40 323
סימן נז 59
מהר״ם שיף, חידושים, גיטין נב ע״א 141 372
מהר״ש הלוי, שו״ת, חו״מ
סימן יא 337
סימן מ 249
מהר״ש צרור, שו״ת (תשב״ץ, חלק ד, חוט המשולש, טור ב)
סימן יז 252 253
סימן כז 249
סימן לג 232
מהרש״א, חידושים לתלמוד
כתובות פח ע״ב 372
גיטין נב ע״א 140
מהרשד״ם, שו״ת
יו״ד, סימן קלז 274 275
אהע״ז, סימן קכג 87
סימן קפו 366
חו״מ, סימן כג 283
סימן מו 40 99 160 161 345 367 369 370
סימן עא 193
סימן פא 277
סימן רסג 142 144 145 369
סימן שב 230–232 274 283
סימן שג 96 98 107 108 140 143 161–163 323

מפתח המקורות

סימן שח 21
סימן שיב 11 53 59 248
סימן שיד 277
סימן שכא 152 274
סימן שכה 172 240
סימן שלט 44 49 348
סימן שמא 138 142
סימן שמה 248 249
סימן שמט 104 110 277
סימן שנא 240 256
סימן שעז 206 294 323
סימן שעח 152
סימן שפח 258
סימן תכד 54
סימן תלב 334
סימן תלד 96 98 107 108 140 143 161–163 323 378
סימן תלה 254–256
סימן תמה 235
סימן תנג 232
מהרש"ך, שו"ת
חלק א, סימן סד 274 277
סימן סה 152 162
סימן קמח 50 138 139 145 368 369
סימן קפז 213 217 230 300 306 315 325
חלק ב, סימן מב 367
סימן נא 50 370
סימן עז 44 45 50 139–143 366 369
סימן צא 267
סימן קח 160 274
חלק ב, הנוספות, סימן יב 150
מהרש"ל, שו"ת
סימן טו 274
סימן צו 255 256
מהרש"ם, שו"ת
חלק א, סימן עז 118
חלק ב, סימן קמח 25
סימן רכד, אות ח 351
סימן רלו 367
חלק ג, סימן קיז 106 192 367 369 370
סימן שעד 233
חלק ד, סימן מב 104 266
מוסר הנביאים (גינזבורג)
מלכים ב, פרק יב, ביאור, אות ה 227
מחנה אפרים
הלכות שלוחין ושותפין, סימן כ 171–174
הלכות שכירות, סימן ב 67
הלכות שכירות פועלים, סימן ד 300
מחנה יוסף (אייזנבך)
חלק ב, סימן לג, אות ה 385
מילר, ר' חיים, בחוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 607, הערה 116 304
מים שאל, חו"מ, סימן רצ 25 28 29 31 334 338
ר' מלאכי הכהן, ספר הזכרונות – פסקים הסכמות ומנהגים דק"ק ליוורנו, מקבציאל לד (תשס"ח), עמ' כג 67
מלאכת שלמה (קמחי), שו"ת, חו"מ, סימן ו 249
מנחת אברהם (שפירא)
חלק ב, סימן כא 386
מנחת אלימלך, כרך ב, סימן לב 68
מנחת אשר, שו"ת, חלק ג, סימן קכד 14 75 77 87
מנחת חינוך
מצווה מב, אות ז 67
מצווה סה, אות ד 66 67
מצווה סו 80 158
מצווה צא 155
מנחת יהודה (ליפקוביץ'), תרומות, עמ' רלו 140
מנחת יצחק (ארונווסקי), על ספר החינוך
מצוה סה, אות ד 68
מנחת יצחק (וייס), שו"ת
חלק ד, סימן יד, אות ב 248 366
חלק ט, סימן קיב 233
חלק י, סימן קא 171
מנחת שי (שור), שו"ת, חלק א, סימן עט 350
מעדני ארץ, הלכות תרומות
פרק ד, הלכה י 2 4 13 154 155 355
מעיני התורה, חלק ג, חו"מ, סימן ה 248
מעיל האפוד, על ספר החינוך, מצווה סה, אות ה 66
מעיל שמואל (פלורנטין), שו"ת, סימן מה 228
מעיני החכמה, מהדורא בתרא, בבא מציעא
לב ע"א, אות קלח 173 174
מעיני יעקב (גולדשטיין)
קידושין מב 388
מעשה אליהו (מני), סימן קפה 80
מעשה רוקח, הלכות מכירה, פרק כט, הלכה ז 158
מעשי חייא (טורצין)
קידושין, סימן כג, עמ' קנז 385
מצוות המוסר, חלק ב, עמ' 94 67
מקור ברוך (קלעי), שו"ת, סימן ס 369
מקור ישראל, שו"ת, חו"מ, סימן מ 279
מראה הפנים, גיטין, פרק ה, הלכה ד 156
מרגליות הים, סנהדרין יח ע"ב, אות טז 180
מרכבת המשנה (חעלמא)
הלכות נחלות, פרק י, הלכה ה 18
מרפא לנפש, חלק א, סימן ע, אות ב 46
משאת משה, שו"ת, חו"מ, סימן כד 105 106 122
משמרות כהונה, גיטין נב ע"א 154 155
משנה ברורה, תרנח, ס"ק כח 77
משנה הלכות (קליין), שו"ת
חלק יז, סימן קמה 25 141 161 333
משנה למלך, על הרמב"ם
הלכות מכירה, פרק כט, הלכה ז 158
הלכות מלווה ולווה, פרק ד, הלכה יד 201
הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ו 369 370
משפט כתוב, שו"ת, חו"מ, סימן נד 50
משפט צדק (מלמד), שו"ת
חלק א, סימן יא 144
סימן מב 122 338
חלק ב, סימן ו 277
סימן ז 274 275 277 321
סימן נז 57 58 204 229 371 373
סימן סט 40
משפט שלמה, שו"ת
חלק ג, סימן כד 350

מפתח המקורות

חלק ד, סימנים לט–מ 350
משפטי התורה (שפיץ), חלק א, עמ׳ סה–סח 256
משפטי עוזיאל, שו״ת
חלק ד, חו״מ, סימן לז, אות ט 28
חלק ד, עניינים כלליים, סימן יג 3
משפטי שאול, סימן כה 150
משפטי שמואל (קלעי), שו״ת
סימן צ 20 86 293 317 321
משפטים ישרים (בירדוגו), שו״ת, חלק א
סימן לא 25
סימן רעח 275 278
נאמן שמואל, שו״ת
סימן קב 152
סימן קיד 106
נבחר מכסף, שו״ת
סימן עט 252
סימן צה 267
נהרות דמשק, שו״ת, חו״מ, סימן יט 46 364 368
נודע ביהודה, שו״ת
מהדורא קמא, או״ח, סימן לד 256
חו״מ, סימן ג 109
חו״מ, סימן ד 333
מהדורא תניינא, אהע״ז, סימן מה 302 351
חו״מ, סימן לד 206 247 266 267 274 277 282 283 285
נוה צדק, על הרמב״ם
הלכות נחלות, פרק י, הלכה ו 345
הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ה 367 372
נופת צופים, שו״ת, סימן קיח 31
נחלת שבעה, שטרות, סימן לט 119
נעם שיח (יהב), גיטין נב ע״א, אות טו 50
נעם שיח (יהב), על חו״מ
קונטרס אמרי נעם, סימן יא, עמ׳ קלט 49
נפש חיה, בבא מציעא פ ע״ב 255
נקודות הכסף, יו״ד, סימן שה 4 13 77 383–390
נתיבות המשפט, על חו״מ
סימן עב, ס״ק ז 276
סימן עב, ס״ק יט 67 68 276
סימן עז, ס״ק א 120
סימן קפג, ס״ק א 283
סימן רלה, ס״ק יד 27
סימן רלה, ס״ק כ 23
סימן רמו, ס״ק ב 17
סימן רפה, ס״ק ד 58
סימן רפט, ס״ק א 136
סימן רצ, ס״ק א 214
סימן רצ, ס״ק ב 283
סימן רצ, ס״ק יא 280
סימן רצ, ס״ק יב 306
סימן רצ, ס״ק יג 29
סימן רצא, ס״ק ה 69
סימן שלג, ס״ק יב 305
נתיבות משפט (אלגזי), נתיב כג, חלק ה 248
נתיבות עולם, נתיב התורה, פרק יד 82
נתן פריו, בבא מציעא לט ע״ב 25
סמ״ע, על חו״מ
סימן קי, ס״ק כא 80
סימן קעה, ס״ק כו 171–174
סימן קעו, ס״ק לד 112
סימן קעו, ס״ק לה 111
סימן קפח, ס״ק יא 254
סימן רלה, ס״ק כ 29
סימן רמג, ס״ק לא 23
סימן רסז, ס״ק לז 365
סימן רפה, ס״ק כט 58
סימן רפה, ס״ק לב 59
סימן רפה, ס״ק לה 44
סימן רפז, ס״ק ב 267
סימן רצ, ס״ק ב 48 347 355
סימן רצ, ס״ק ג 346 347
סימן רצ, ס״ק ו 47
סימן רצ, ס״ק ט 214
סימן רצ, ס״ק י 260
סימן רצ, ס״ק יא 319
סימן רצ, ס״ק יג 283
סימן רצ, ס״ק יד 323
סימן רצ, ס״ק טו 85 139
סימן רצ, ס״ק יז 204
סימן רצ, ס״ק כ 174
סימן רצ, ס״ק כה 85
סימן רצ, ס״ק כו 161–163
סימן רצ, ס״ק כז 141
סימן רצ, ס״ק כט 138
סימן רצ, ס״ק לב 149
סימן רצ, ס״ק לג 88–89
סימן רצ, ס״ק נח 29
ספקטור, ר׳ צבי הירש, בשו״ת עין יצחק, חלק א,
אהע״ז, סימן עט 3 9
סימן עט, אות ב 84
עדות ביהוסף (אלמושנינו), שו״ת
חלק ב, סימן ב 228 229
עדות ביהוסף (קאפח), סימן כה, עמ׳ 132 150
ר׳ עובדיה מברטנורא
ביכורים, פרק א, משנה ה 1 9
שקלים, פרק ד, משנה ג 200
גיטין, פרק ה, משנה ד 9
אבות, פרק א, משנה י 18
ערכין, פרק ו, משנה ה 200
עושה שלום (מרגונטו), אות מ, דף סז ע״ג 51
עזר משפט, סימן ל(א), עמ׳ שנד–שנה 319
עיון הסוגיא (טחן)
קידושין מב ע״א (עמ׳ נ) 385
עין יצחק, שו״ת, חלק א, אבן העזר
סימן עט 9
סימן עט, אות ב 3 84
עמוס, ר׳ מיכאל, בית הדין הרבני האזורי בנתניה, תיק
8896/ פלוני נ׳ פלוני (30.03.2008) 27
עמק הלכה (בוימל)
שו״ת, חלק ב, סימן מב 304
עמק השער, על ספר המקח והממכר, שער ו 173
עצמות יוסף, קידושין מב ע״א 150
ערוך השולחן
יו״ד, סימן רנח, סעיף יז 122 123
סימן רנט, סעיף ד 205

מפתח המקורות

חו״מ, סימן קעו, סעיף עד 114 164
סימן רמו, סעיף ז 49
סימן רצ, סעיף א 29
סימן רצ, סעיף ג 18
סימן רצ, סעיף ה 55
סימן רצ, סעיף ו 324
סימן רצ, סעיף ז 45
סימן רצ, סעיף ח 61 268
סימן רצ, סעיף ט 226
סימן רצ, סעיף י 320
סימן רצ, סעיף יד 203 204
סימן רצ, סעיף טז 206 283
סימן רצ, סעיף יט 161
סימן רצ, סעיף כ 85 161
סימן רצ, סעיף כא 96 160 162
סימן רצ, סעיף כב 162 206
סימן רצ, סעיף כט 156
סימן רצ, סעיף ל 75 78 81
סימן רצ, סעיף לד 228 231
סימן רצ, סעיף לה 242
סימן רצ, סעיף לו 229 231 232 240 242
סימן רצ, סעיף לט 278
סימן רצ, סעיף מא 66 302 304 307
סימן רצ, סעיף מב 361 365 370 371 374
סימן רצ, סעיף מה 29 31 333
סימן שנו, סעיף ה 193
ערך השולחן (טייב), חו״מ
סימן רצ, ס״ק ח 307
סימן רצ, ס״ק י 370
ערך לחם, חו״מ, רצ, יג 152
ערך שי, חו״מ, רצ, כ 120
פאת השולחן, הקדמה 82
פורת יוסף, שו״ת, ליקוטים, אות א, סימן ב 137
פחד יצחק, ערך אפוטרופוס 123
פלאצינסקי, ר׳ אליעזר, בשו״ת שרידי אש (מהד׳ תשנ״ט), חלק א, סימן קלה (=חלק ג, סימן סד במהד׳ תשכ״א) 248 249 366
פני חיים (פלאג׳י), פרשת וישב 299 300 321 323
פני יהושע, כתובות כט ע״א 67
גיטין נב ע״א 51 154 345 366
קידושין מב ע״א 383 387–390
פני יצחק (אבולעפיא), שו״ת
חלק א, חו״מ, סימן כד 83
פני משה (בנבנישתי), שו״ת
חלק א, סימן נב 274 282 283 348
סימן סט 152 366 367 370
סימן צג 248 249
חלק ב, סימן צז 369 370
פני משה, על הירושלמי
תרומות, פרק א, הלכה א 156
גיטין, פרק ה, הלכה ד 156
פסקי הגאון מהרי״ט (טאייטאצאק), ירושלים תשל״ב, פסקי מר שמואל, סימן כב, עמ׳ שלב 213 217 240
פסקי הלכות – יד דוד (קרלין)
חלק א, דף נג ע״ג, הגהה א 385
פסקי עוזיאל בשאלות הזמן, שו״ת, סימן מב 41
פעמוני זהב, על חו״מ
סימן רצ, סעיף א 266 268
סימן רצ, סעיף ג 213 216 234 236
פרח מטה אהרן, שו״ת, חלק א
סימן כט 13
סימן פה 112
פרי הארץ (מזרחי), שו״ת, חלק א, חו״מ, סימן יב 105 106 122 300 314 315 320 348
פרי חיים, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ד 139
פרי מגדים, או״ח
סימן תלד, אשל אברהם, ס״ק ט 77
פרי עץ חיים (אמשטרדם), חלק ג, עמ׳ 325 46
פרישה, חו״מ
סימן צג, סעיף א 241
סימן רצ, סעיף ט 242
סימן רצ, סעיף טו 174
סימן רצ, סעיף טז 160 161
סימן רצ, סעיף יח 88
סימן רצ, סעיף ל 301
פתוחי משפט, סימן ו 248
פתח הדביר, חלק ג, סימן רסו 12
פתחי חושן
הלוואה, פרק א, הערה א 158
פקדון ושאלה, פרק א, סעיף טז, והערה לג 120
פרק ג, הערה טו 259
שכירות, פרק ח, הערה סו 267
פרק ח, סעיף לא, והערות סג–סז 265
ירושה ואישות, פרק ה, הערה ט 122
פרק ה, הערה מח 138
פרק ה, הערה נ 137
פתחי תשובה, חו״מ
סימן יב, ס״ק ז 152
סימן רלה, ס״ק ב 158
סימן רלה, ס״ק ו 25 27 141
סימן רמו, ס״ק ג 248
סימן רנב, ס״ק א 351
סימן רצ, ס״ק א 282
צבי תפארת (שפירא), שו״ת, סימן עד 303
צדקה ומשפט (חוצין), שו״ת
חו״מ, סימן טו 48 139 284 316 318 366
צדקה חיים, דרוש י 11 18 19 25 26 28 29 31 40 42 55 256 323 325 348 353
צוף דבש (מועטי), שו״ת, חו״מ
סימן עז 366 369
סימן פ 44
צידה לדרך (איילנבורג)
שמות, יג, יג 383
ציץ אליעזר, שו״ת, חלק יד
סימן עו 200
סימן עו, אות ד 205
צמח צדק (ליובאוויטש), שו״ת
יורה דעה, סימן שמה, אות ז 306
צמח צדק (קרוכמל), שו״ת
סימן ו 255
סימן לז 258
סימן צג 255
צרור הכסף, שו״ת, חו״מ, סימן כז 42 356

מפתח המקורות

קדושת יום טוב (הילפרין), שו״ת, סימן ח 248
קהילות יעקב, כתובות, סימן י 384
קהילת יעקב, תוספות דרבנן, אות א, אפוטרופוס, אות נט 12 13
קול אליהו, שו״ת, חלק א, חו״מ, סימן יט 175
קול מבשר, שו״ת, חלק ב, סימן א, אות טו 27
קונקי, ר׳ יוסף, בשו״ת זרע אברהם (יצחקי), חו״מ, סימן יח 112
קצות החושן, על חו״מ
סימן יב, ס״ק ב 294
סימן עד, ס״ק א 302
סימן רמא, ס״ק ט 350
סימן רמג, ס״ק ז 77 145 154 355 388
סימן רצ, ס״ק א 122
סימן רצ, ס״ק ה 66 67 301 304 305 308
סימן שלג, ס״ק ז 304
סימן שפג, ס״ק א 118
קרבן אליצור, דף קלו ע״א 12
קרבן נתנאל, על הרא״ש
מועד קטן, פרק ג, אות ק 229
גיטין, פרק ה, סימן ה, אות י 155
קרית מלך, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ח 23
קרית ספר, הלכות נחלות, פרק י 13
קרני ראם (אנקאווא), שו״ת, אהע״ז
סימן קצב 44
סימן קצג 266 268
ראנ״ח, שו״ת, חלק א
סימן ק 216
סימן קיט 136 142 145
סימן קכ 144
ראנ״ח, בשו״ת מהר״ם גאויזון, סימן טז 324
רב ברכות, מערכת א, כלל א 12 13
רדב״ז, על הרמב״ם, הלכות מתנות עניים, פרק ח, הלכה ה 200
רדב״ז, שו״ת
חלק א, סימן סז 350
סימן קעג 25 26
סימן רסג 78
סימן רצט 9 10
סימן שיג 258
סימן שכג 144
חלק ב, סימן תרנד 229 235
סימן תרעז 193
סימן תשנט 281 282
חלק ג, סימן תיד 200
סימן תתצ (תמט) 50 370
סימן תתצא (תנ) 42 124 242 243 315 322 323 348
חלק ד, סימן אלף רסט (קצח) 66 69 300
חלק ו, סימן ב אלפים שלח 235
רוב דגן, שו״ת, חלק א, הלכות דיינים, סימן א 369 370
רוח חיים (פלאג׳י), חו״מ, סימן רצ, אות א 55
הרי״ם, שו״ת, חו״מ, סימן ה 2 364 369
רמ״א
יו״ד, סימן רנח, סעיף ה 122
סימן רנט, סעיף א 200
סימן שה, סעיף י 383
אהע״ז, סימן צ, סעיף י 112
חו״מ, סימן ד, סעיף א 260
סימן יח, סעיף א 109
סימן סב, סעיף א 46
סימן עב, סעיף א 173
סימן עז, סעיף א 121
סימן צג, סעיף א 239
סימן צג, סעיף ד 242
סימן צו, סעיף ו 191
סימן קי, סעיף ה 80
סימן קי, סעיף יא 152
סימן קכו, סעיף כ 8 148
סימן קמט, סעיף כד 3 7 150 151
סימן קעו, סעיף מח 253 254
סימן קפב, סעיף ג 257
סימן רלה, סעיף ב 29 30
סימן רמו, סעיף נ 17
סימן רנ, סעיף א 355
סימן רנ, סעיף יז 17
סימן רנב, סעיף ב 29
סימן רסד, סעיף ד 265–267
סימן רסה, סעיף א 251
סימן רסז, סעיף כד 365
סימן רפה, סעיף ב 24 26 32
סימן רפה, סעיף ז 58 268
סימן רפה, סעיף ח 59
סימן רפט, סעיף א 150 350
סימן רצ, סעיף א 18 19 49 54 55 98 346
סימן רצ, סעיף ב 47
סימן רצ, סעיף ה 206 283 320
סימן רצ, סעיף ח 86 172 175 204 268 378
סימן רצ, סעיף ט 85 143 161
סימן רצ, סעיף יא 8 139 141 148
סימן רצ, סעיף יב 181
סימן רצ, סעיף יג 126 136
סימן רצ, סעיף טז 231 240 371
סימן רצ, סעיף יז 233 237
סימן רצ, סעיף כ 280 282
סימן רצ, סעיף כג 300 303 307 308
סימן רצ, סעיף כד 372
סימן רצ, סעיף כו 29 31
סימן רצט, סעיף א 121
סימן שלג, סעיף ה 305
סימן שסג, סעיף י 267
רמ״א, שו״ת
סימן כז 117 119–121
רמ״ע מפאנו, שו״ת, סימן סז 145
רמ״ץ, שו״ת, או״ח, סימן מו 255
ר׳ רפאל בנימין חיים, בשמן המור, חו״מ, סימן יא 120
רש״ש, חידושים, בבא מציעא פ ע״א 118
רשימות שיעורים שנאמרו על ידי הרב יוסף דוב הלוי סולובייצ׳יק, ניו־יורק תש״ס, בבא קמא, חלק א, עמ׳ רעח–רפ 3 84
ש״ך
יו״ד, סימן רמח, ס״ק ה 79

חו״מ, סימן עב, ס״ק ד 174
סימן עב, ס״ק לב 275
סימן עב, ס״ק לד 275
סימן עז, ס״ק א 120
סימן עז, ס״ק יט 110
סימן צו, ס״ק ט 190 191
סימן קכו, ס״ק פא 8
סימן קפה, ס״ק א 181 182
סימן רנב, ס״ק ו 193
סימן רצ, ס״ק י 161 162
סימן רצ, ס״ק יא 162
סימן רצ, ס״ק יב 322
סימן רצ, ס״ק כד 277
סימן שלג, ס״ק טו 67
סימן שלג, ס״ק לא 305
סימן שנו, ס״ק ד 193
סימן שפו, ס״ק ג 281
שאילת דוד, שו״ת, אבן העזר, סימן ל 33
שאלו לברוך, שו״ת
חו״מ, חלק ב, סימן קג, אות ב 302
שאלת יעבץ, שו״ת, חלק ב, סימן ב 216
שב שמעתתא, שמעתא ד, פרק ז 144
שבות יעקב, שו״ת, חלק א, סימן קסח 302 351
שבט הלוי, שו״ת
חלק ד, סימן רכא 67
חלק ה, קונטרס המצות, מצוה סה, אות א 68
חלק ח, סימן ריג 205
שדי חמד, כללים
מערכת ה, אות קא 229
מערכת ח, כלל קטו 23
מערכת מ, כלל ריט 349 351
מערכת ש, כלל לו וכלל מ 112
שואל ומשיב, שו״ת
מהדורא קמא, חלק א, סימן קעב 257
שואל ונשאל, שו״ת
חלק א, אהע״ז, סימן כג 366
חלק ב, חו״מ, סימן ד 57 58
שולחן ערוך
יו״ד, סימן קס, סעיף יח 204 205
סימן רמח, סעיף ג 79
סימן רנג, סעיף ה 249
סימן רסז, סעיף סג 21 145
סימן רסז, סעיף סד 145
סימן שלא, סעיף לח 4
אהע״ז, סימן לה, סעיף ד 111
סימן פב, סעיף ז 86 87
סימן צג, סעיף כז 184
סימן קג, סעיף ה 184
סימן קז, סעיף א 28 30
חו״מ, סימן ז, סעיף ז 177
סימן יב, סעיף ג 152
סימן לג, סעיף א 177
סימן לג, סעיף ב 177
סימן לג, סעיף ג 177
סימן לג, סעיף ח 177
סימן לד, סעיף יב 1
סימן לז, סעיף ח 4
סימן לז, סעיף כא 178
סימן ס, סעיף א 110
סימן עז, סעיף א 116
סימן עז, סעיף ט 112
סימן צז, סעיף א 158
סימן קה, סעיף א 5 6
סימן קח, סעיף ג 80
סימן קח, סעיף ו 80
סימן קט, סעיף א 55 143
סימן קט, סעיף ד 80 147 259
סימן קי, סעיף א 80 142 147 378
סימן קי, סעיף ד 80 378
סימן קי, סעיף ה 80 378
סימן קי, סעיף ו 378
סימן קי, סעיף ח 80 147 259
סימן קי, סעיף ט 3 6 378
סימן קי, סעיף יא 55 377
סימן קכב, סעיף ט 112
סימן קכו, סעיף כ 8
סימן קלב, סעיף ג 116
סימן קמט, סעיף כד 3 7 150 151
סימן קעה, סעיף ל 111
סימן קעו, סעיף כה 112
סימן קעו, סעיף ל 114
סימן קפה, סעיף ב 171 174 364
סימן קפח, סעיף ו 252 254
סימן קפט, סעיף א 1
סימן קצה, סעיף ה 3
סימן רז, סעיף ה 355
סימן רכז, סעיף ד 7
סימן רכז, סעיף ל 4 7
סימן רלה, סעיף א 158
סימן רלה, סעיף ב 158
סימן רלה, סעיף ח 20 332
סימן רלה, סעיף ט 20 332
סימן רלה, סעיף כ 24
סימן רלה, סעיף כא 335
סימן רלה, סעיף כו 156
סימן רלו, סעיף ח 251
סימן רמא, סעיף ה 355
סימן רמו, סעיף ד 28 30
סימן רנ, סעיף כג 350
סימן רנב, סעיף ב 29 48 349 350
סימן רנג, סעיף יז 353
סימן רסה, סעיף א 251
סימן רפה, סעיף ב 24 25 32
סימן רפה, סעיף ג 32
סימן רפה, סעיף ד 32
סימן רפה, סעיף ו 57
סימן רפה, סעיף ז 57
סימן רפה, סעיף ח 57 59
סימן רפז, סעיף א 267
סימן רפז, סעיף ב 267
סימן רפט, סעיף א 150 179 378
סימן רצ 1
סימן רצ, סעיף א 17 33 40 48 49 66 344 345
377

מפתח המקורות

סימן רצ, סעיף ב 39 40 41 47 58 86 203
סימן רצ, סעיף ג 53 212–217
סימן רצ, סעיף ד 171 260 276
סימן רצ, סעיף ה 53 242 320
סימן רצ, סעיף ו 242 323
סימן רצ, סעיף ז 1 66 85 139
סימן רצ, סעיף ח 86 202–206 268 378
סימן רצ, סעיף ט 139 143 160–162
סימן רצ, סעיף י 160–162
סימן רצ, סעיף יא 85 140 141 153 205
סימן רצ, סעיף יב 88 90
סימן רצ, סעיף יג 145
סימן רצ, סעיף טו 78 79 153
סימן רצ, סעיף טז 214 229 230 232 240 242 243 371
סימן רצ, סעיף יז 226
סימן רצ, סעיף יח 241
סימן רצ, סעיף כ 83 277 278 374
סימן רצ, סעיף כג 70 300
סימן רצ, סעיף כד 50 361 365 366 368–370 373
סימן רצ, סעיף כה 248 249
סימן רצ, סעיף כו 27 31
סימן רצ, סעיף כז 24
סימן רצב, סעיף יט 171
סימן רצג, סעיף א 302 303
סימן שג, סעיף ח 258
סימן שט, סעיף ד 119
סימן שלג, סעיף ג 300 305
סימן שלג, סעיפים ה–ו 303
סימן שמ, סעיף ג 254
סימן שמו 254
סימן שסג, סעיף ז 151 152
סימן שעה, סעיף א 259
סימן שעה, סעיף ד 250
סימן תיח, סעיף יח 112
שולחן ערוך הרב, או״ח
סימן תמג, קונטרס אחרון, ס״ק ב 279
שושנת יעקב (הורוויץ)
חו״מ, סימן רצ, סעיף כד 372
שו״ת הסבא קדישא
חלק א, חו״מ, סימן לב 41–43 45 48
שיירי קרבן, גיטין, פרק ה, הלכה ד 89 332
שיעורי בקיאות, גיטין נב ע״א 48
שיעורי גיטין (מילר)
סימן צג, עמ׳ תצג 385
שיעורי הגר״צ דרבקין
קידושין, מהדו׳ תשס״ח, שיעור נ (עמ׳ קיב) 6
שיעורי רבי שמואל (רוזובסקי)
בבא בתרא קלא ע״ב, אות קיז 4
בבא בתרא, חלק ב, אות קיז 354
שירת יהודה (מאיר), עמ׳ שלה 390
של״ה, מסכת מגילה, נר מצוה, אות כד 200
שם בצלאל, סימן כד 14
סימן כה 42
ר׳ שמואל הכהן, בשו״ת מהר״ם גאויזון, חלק א, סימן טז 51 320 324 325 361 365 369
השמים החדשים, שו״ת, חו״מ, סימן רכא 46
שמן המור, שו״ת, חו״מ
סימן יא 104 105 120
סימן יב 120
שער אפרים, שו״ת
סימן קלג 106–110 112 122 161 324 348
שער אשר, שו״ת, חו״מ, סימן כג 26 30 151
שער החדש, על העיטור
אפיטרופוס, אות ג 218
אפיטרופוס, אות לא 216
שימוש, אות ב 216
שער המים (מיוחס), שו״ת, סימן כב 247 249
שער המלך
הלכות מלווה ולווה, פרק ה, הלכה יד 205
שער יהושע, שו״ת, חלק א
סימן ס 323
סימן סא 332
שער משפט, סימן רצ, ס״ק ב 280–282
שערי חיים, קידושין, סימן מב, אות ד 154 155
שערי עוזיאל
חלק א, הלכות אפוטרופסות
מבוא, פרק ב 3 7 13
מבוא, פרק ג 361 363–365 370
מבוא, פרק ד 347
שער א, פרק א, הערה א 98
שער ג, פרק א, אות ה 335
שער ג, פרק ב, אות ד 24
שער ח, פרק א, אות א 59
שער ח, פרק א, אות ד 58
שער ח, פרק ב, אות א 43 45 46
שער ח, פרק ב, אות ב 46
שער ח, פרק ב, אות ג 44
שער ח, פרק ב, אות ו 345
שער ח, פרק ב, הערה ד 44
שער ח, פרק ד, אות ג 47
שער ח, פרק ה, אות ב 123
שער ח, פרק ה, אות ה 123 324
שער ח, פרק ו, אות א 268
שער ח, פרק ו, אות ד 278
שער ט, פרק א, אות ג 52
שער ט, פרק א, אות י 367
שער ט, פרק א, אות יג 370 371
שער ט, פרק א, הערה ג 364
שער יב, פרק א, אות טו 301
שער יב, פרק א, אות כ, בהערה 299
שער יב, פרק א, הערה ד 303 304 306
שער יג, פרק ה, אות ב 20 32
שער טו, פרק א, אות א 81
שער טו, פרק א, אות ג 79 82
שער טו, פרק ב, אותיות ה–ז 82
שער טז, פרק א, אות ב 234
שער טז, פרק א, אות יג 204
שער טז, פרק א, אות יד 202
שער טז, פרק א, הערה ג 201
שער טז, פרק ב, הגהה ב 89
שער יז, פרק א, אות ג 242
שער יז, פרק א, אות ח 240

חלק ב, משפטי יתום ואלמנה, מכתב לר׳ ישראל פורת, עמ׳ שח במהד׳ תש״ו, עמ׳ רצד–רצו במהד׳ תשנ״א 66 68
שערי תורה (לעוו), חלק א, כלל ג 112
שקאפ, ר׳ שמעון יהודה הכהן, חידושים כתובות, סימן כ 389
בבא מציעא, סימן טו במהד׳ תש״ז, סימן יז במהד׳ תשע״א 2
שרידי אש, שו״ת
חלק א, סימן קלה במהד׳ תשנ״ט (=חלק ג, סימן סד במהד׳ תשכ״א) 248 249 366
סימן קלה, אות ו 370
סימן קלה, אות ז 368
סימן קלה, אות ט 248
סימן קלה, אות יא 247
סימן קלה, אות כ ואות כג 248
סימן קלה, מכתב חמישי 19
סימן קסז במהד׳ תשנ״ט (=חלק ג, סימן סח במהד׳ תשכ״א) 253 255–257
שתי הלחם, שו״ת, סימן ו 254
תבואות שמש, שו״ת, חו״מ, סימן יט 27 29–31 334 338
תוספות יום טוב, בבא מציעא, פרק ו, משנה ז 171
תוספתא כפשוטה
תרומות, פרק א, עמ׳ 303–304 49
בבא מציעא, עמ׳ 225–226 11
בבא בתרא, עמ׳ 430 239
תועפות ראם (אנקאווא), שו״ת, סימן לג 31
תוקפו של יוסף, שו״ת, חלק ב, סימן קכד 216 230
תורה תמימה, במדבר יח, הערה קח 13
תורת אמת, שו״ת, סימן נב 277
סימן קיב 285
סימן קטו 144
סימן רא 267
תורת חיים (מהרח״ש), שו״ת, חלק א, סימן עד 30 337 338
תורת חסד (פרחיא), שו״ת, סימן רלט 213
תורת משה (שבתי), שו״ת, חו״מ, סימן ו 109 348
תיקון סופרים (יפה), שטר לו 236
תלמוד בבלי עם שינויי נוסחאות, הוצאת מכון התלמוד הישראלי, יבמות סז ע״ב 179
תנופה חיים, פרשת וישב, אות יג 40 322
תפארת יעקב, גיטין נב ע״א 146 157
תפארת שמואל, על הרא״ש, גיטין, פרק ה, סימן ו 372
תשובות והנהגות (שטרנבוך)
שו״ת, חלק ה, סימן רצט, אות ד 387

פסיקה רבנית

בית הדין הגדול, ערעור נז/936 דניאלי אסתר נ׳ דניאלי מיכאל (שורת הדין ח, עמ׳ תקא 181
בית הדין הגדול, תיק 1122894/1 פלונית נ׳ פלוני (נבו 21.03.2018) 23 53
בית הדין הגדול, תיק 539/נח 108
בית הדין הגדול, תיק 1-44-900031565/הקדש מוסאיוף שלמה (ישיבת שם) נ׳ הקדשות הבוכארים (נבו, 21.01.2009) 52
בית הדין הגדול, תיק ער תשיז/154 320
בית הדין הרבני האזורי בירושלים, תיק 1-44-615 108
בית הדין הרבני האזורי בירושלים, תיק 2410 316
בית הדין הרבני האזורי בירושלים, תיק 6.2.712 347
בית הדין הרבני האזורי בירושלים, תיק 943493/13 (אסיא, קכא–קכב, מרחשוון תשפ״ב, עמ׳ 140–149) 378
בית הדין הרבני, תיק 1176/תשט״ו 321
בית הדין הרבני, תיק 152/771 108
בית הדין הרבני האזורי בנתניה, תיק 1-21-8341 34
בית הדין הרבני האזורי בנתניה, תיק 8896/ פלוני נ׳ פלוני (30.03.2008) 27
בשערי בית הדין
חלק א, עמ׳ 18 320
עמ׳ 19 40 48 49
עמ׳ 45–49 316
עמ׳ 48 317
עמ׳ 69 347
עמ׳ 97 108
עמ׳ 99–100 109
חלק ב, עמ׳ 38 39
עמ׳ 60–63 321
עמ׳ 139 108
עמ׳ 159 108
פסקי דין – ירושלים, דיני ממונות ובירורי יהדות
חלק ג, עמ׳ פו–פח 191 192
חלק ז, עמ׳ קסח 44 45
עמ׳ קסט 45
חלק ח, עמ׳ שנד–שנה 304 305
פסקי דין רבניים
כרך א, עמ׳ 39, אות ח 52
עמ׳ 359 318
עמ׳ 360 321
כרך ב, עמ׳ 26 319 320
עמ׳ 27 319
עמ׳ 30 321
עמ׳ 34 98 316
עמ׳ 35 98
עמ׳ 162 21
עמ׳ 168 370
עמ׳ 169 366 368
עמ׳ 170 366 370
עמ׳ 171 21 366
עמ׳ 172 366 367
עמ׳ 173 54 367
עמ׳ 175 247
עמ׳ 178–187 2
עמ׳ 180 138
עמ׳ 181 135 136
עמ׳ 182–183 137
עמ׳ 183–184 143
עמ׳ 185 55
עמ׳ 364 23
עמ׳ 368 59
כרך ג, עמ׳ 156 29
עמ׳ 159 20 32 334

כרך ה, עמ׳ 86 266
עמ׳ 87 267
עמ׳ 88 266 267
עמ׳ 89 26 241
עמ׳ 90 26
עמ׳ 91 3 27
עמ׳ 92 27
כרך ז, עמ׳ 252 105 123
פסקי דין רבניים, תיק 1־23־8603, מתוך המאגר
המקוון (פרויקט השו״ת), פס״ד קמח 75 76 78

חקיקה

דבר המלך במועצתו, סעיף 51 362
הצעת חוק דיני ממונות, התשע״א־2011
סעיף 24(א), ודברי ההסבר 133
סעיף 24(ב) 169 190
סעיף 24(ב)(4), דברי ההסבר 149
סעיף 27, ודברי ההסבר 190
הצעת חוק היחיד והמשפחה, התשט״ו־1955
סעיף 162, עמ׳ 188 361
דברי ההסבר לסעיף 141 39
הצעת חוק הירושה, התשי״ב 115
הצעת חוק הירושה, התשי״ח 115
הצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות,
התשי״ב־1952, דברי ההסבר לסעיף 122 144
הצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון
מס׳ 19), התשע״ה־2014, הצ״ח 890 381
דברי ההסבר 24
חוק בית המשפט לעניני משפחה, התשנ״ה־1995
סעיף 1(6)(ג) 19
חוק האפוטרופוס הכללי, התשל״ח־1978 24
חוק הגנת הדייר [נוסח משולב], התשל״ב־1972 144
147
חוק החוזים (חלק כללי), התשל״ג־1973
סעיף 54 115
סעיף 61(ב) 115
חוק הירושה, התשכ״ה־1965
סעיף 6(א) 134
סעיף 6(ג) 149
סעיף 42(ג) 33
סעיף 57(3) 33
סעיף 80 65
סעיף 84 211
סעיף 86 237
סעיף 93 104
סעיף 93(4) 115
חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות [סעיפים שלא
נדונו בספר]
סעיף 1 32
סעיף 3 331
סעיף 7 164
סעיף 8 90 335
סעיף 14 344
סעיף 15 20 74
סעיף 18(א) 104 109
סעיף 20 133 144 147 164
סעיף 20(5) 169 182
סעיף 21 164
סעיף 28 20 343 351
סעיף 30 351
סעיף 32א 11
סעיפים 32א–32לה 381
סעיף 132ו(ג)(1 76
סעיף 132ו(ז) 169 174 182
סעיף 33א 24
סעיף 35א 24
סעיף 40 248
סעיף 63 308 338
סעיף 64א 344
סעיף 66 190
סעיף 67ד 267
סעיף 67ה 24
סעיף 67ו 61
סעיף 67ו(ב)(2) 157
סעיף 80 177
חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תיקון מס׳ 18,
התשע״ו־2016 (ס״ח 2550) 24 133–135 144
147–149 158 163 267 344 381
סעיף 15 169
חוק המכר, התשכ״ח־1968, סעיף 34 190
חוק המתנה, התשכ״ח־1968, סעיף 1(ג) 149
חוק הנאמנות, התשל״ט־1979
סעיף 7(ב) 237
סעיף 9(א)(3) 115
סעיף 9(א)(1) 104
סעיף 9(ב) 190
סעיף 10(ג) 178
סעיף 13 177
סעיף 13(א) 174
סעיף 13(ה) 190
סעיף 21 65
חוק הערבות, התשכ״ז־1967
סעיף 13 115
סעיף 15 294
חוק השליחות, התשכ״ה־1965
סעיף 5(ב) 164
סעיף 14 381
פקודת הנזיקין, סעיף 78 33
פקודת השותפויות [נוסח חדש], התשל״ה־1975
סעיף 20 115
תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בישראל, התש״ך
עמ׳ 39 (במהד׳ תשל״ח) 236
תקנה קעו 217
תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בישראל, התשנ״ג־
1993
תקנה קפג (4) 61
תקנה קפד 378
תקנה קצב, ס״ק (1) 215
תקנה קצב, ס״ק (2 215 217
תקנה קצג 236
תקנה קצד 113 114
תקנות הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (דרכים
להשקעת כספי חסוי), התש״ס־2000 199

תקנות הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (סדרי הדין וביצוע), התש"ל-1970
סעיף 10(א) 216
סעיף 10 212
סעיף 14 225 226
סעיף 15ב 233
סעיף 15ד(ג) 215
טופס 218

פסיקה

תמ"ש (נצ') 15284-07-14 א.ב.ס (חסוי) נ' א.ב.ס (11.01.16), עמ' 6 170
תמ"ש (ת"א) 4940/00 א.י. נ' האפוטרופוס הכללי (18.04.02) 233
ע"א 201/57 איזידור (יחזקאל) נ' פרקליט מחוז חיפה, פ"ד יג 492 (1959), פסקאות 9–11 לפסק דינו של השופט חשין 75
ע"א 349/64 אילון ואח' נ' עמיר ואח', פ"ד יח(4) 754, 756 99
בג"ץ 2757/96 אלראי נ' שר הפנים, פ"ד נ(2) 18, 21–22 17 95
ת"א (מחוזי ת"א) 2150-08 בנק מזרחי-טפחות בע"מ נ' הרן (נבו, 08.07.2013) 65
בג"ץ 5785/03 גדבאן נ' מדינת ישראל, משרד הבריאות, תק-על 2003(3) 2453, 2459 96 97
ע"א 4377/04 גורן-הולצברג נ' מירז, פ"ד סב(2) 661 (22.07.07), פסקה 16 24
פסקה 18 לפסק דינה של השופטת ארבל 133 135
ע"א 1482/92 הגר נ' הגר, פ"ד מז(2) 793, בעמ' 802–803 351
רע"א 5587/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' בן אכר, פ"ד נא(4) 830 20
בר"ע 698/86 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני ואח', פ"ד מב(2) 661, 680 (03.07.88) 78
ר"ע 698/86 היועץ המשפטי נ' פלוני, פ"ד מב(2) 661, 676 (03.07.88) 156
ע"א 7805/02 הלפרט נ' אסותא מרכזים רפואיים בע"מ, פ"ד נח(6) 847 (02.08.04), פסקה 13 לפסק דינו של השופט טירקל 362
ע"מ (איו"ש) 2369/11 התביעה הצבאית נ' פארס פארוק פארס (31.10.11), עמ' 6 180
ע"א 503/60 וולף נ' וולף, פ"ד טו 760 (1961) 61
בד"מ 1/60 וינטר נ' בארי, פ"ד טו 1457, 1485 96
ע"א 8888/00 וירצבורגר נגד היועץ המשפטי לממשלה (15.11.2007) 52
ע"א 897/75 וסטצ'סטר בע"מ נ' קורן, פ"ד לא(1) עמ' 660 42
תמ"ש 7861/06 ז' מ' נגד היועץ המשפטי לממשלה (12.05.08) 362
תמ"ש (ת"א) 327-12-09 ז.ר.ד נ' ד.ר (15.03.12) עמ' 170 9
תמ"ש (טב') 44431-06-11 י.א. ז"ל נ' ג.ד.א (24.07.13), עמ' 15, סעיף 46 170
תמ"ש (משפחה נצרת) 9328-05-09 י.ב. נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם) 75
ע"א 682/74 יקותיאל נ' ברגמן, פ"מ כט(2) 757, 766 (12.08.75) 361
תלה"מ 8386-20-03 ל' נ' ל' פ' 378
ע"א 8/74 לייזרוביץ נ' לייזרוביץ, פ"ד כח(2) 436 (11.06.74) 314
עמ' 441 362
ת"פ (מחוזי ב"ש) 8001/99 מדינת ישראל נ' מוסא, עמ' 6 33
ת"א (חי') 1116/99 מוחמד נ' פואד, עמ' 26 190
ב"ש (י-ם) 861/78 מייזלס נ' האפוטרופוס הכללי, פ"מ תשל"ח 2 219, 220 (09.11.78) 76
ת"א (רח') 3058/97 מילוא רפי נ' סיני צבי (24.09.02) עמ' 6, פסקה 13 180
עת"מ (ת"א) 44865-07-13 מלכה נ' סיעת תנועת התושבים בקריית אונו 180
ת"א (חיפה) 659-05 נבולסי ואח' נ' עיזבון נג'לא חאיק ואח' (23.07.09) 362
בד"מ 1/81 נגר נ' נגר, פ"ד לח(1) 365, 396 96
ת"א (ת"א) 76954/04 נה"ב בע"מ נ' היכל גדעון (28.08.05), עמ' 6 170
ע"א 690/79 ניסנקורן נ' ניסנקורן, פ"ד לד(2) 357 (08.01.80) 362
ע"א 445/81 סיברוך נ' צוקר, פ"ד לז (3) 440 24
ת"ע (משפחה חיפה) 3990/02 עיזבון המנוחה ס. ש. ז"ל נ' מ. פ. ואח' (02.08.2007) 24
ב"ש (י-ם) 540/86 פלוני נ' אלמוני, חסוי, פ"ד תשמ"ח(1) 177, 186 (01.07.86) 170
ע"מ (מחוזי-ת"א) 1062/01 פלוני נ' אלמוני, תק-מח 2001(4), 1229 (2001) 170
תמ"ש 1260/02 פלוני נ' האפוטרופוס הכללי – תל אביב (02.01.03), פסקה 11ב 81
תמ"ש 26850/97 פלוני נ' פלונית, דינים משפחה, א', 307 (23.08.99) 234
ע"א 783/81 פלונים נ' פלמוני, פ"ד לט(2) 1 (08.05.83) 86
א"פ (נצרת) 21702-05-13 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (13.05.13) 362
תמ"ש (ת"א) 4570/98 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-מש 98(1) 101, 102 33
א"פ 1696-07-10 (נצרת) פלונית נ' משרד העבודה והרווחה ואח' (01.11.82) 24
ע"א 413/80 פלונית נ' פלוני, פ"ד לה(3) 57 (25.03.81) 33
דנ"א 6041/02 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(6) 246 20
בע"מ 4513/12 פלונית נ' פלונית (02.12.2012) 362 363
סעיף 6 לפסק הדין 367
ד"נ 21.61 קמר נ' שריקי, פ"ד טז 2604 (10.12.62) 115
ע"א 1212/91 קרן לב"י נ' בינשטוק, פ"ד מח (3) 705, 716 (28.08.94) 24
רע"א 436/88 רון נ' טל, תקדין עליון 88(3) 989 147
ע"א 345/03 רייכרט נ' יורשי המנוח משה שמש ז"ל, פ"ד סב(2) 437 (07.06.07) 115
ע"א 112/79 שרף נ' מנחם ומרסל אבער, פ"ד לד(3) 178 (1980) 164

חקיקה זרה
הקוד האזרחי הצרפתי, סעיפים 373–375 ו־390 10
Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) §§1921-1773 10
California Probate Code, sect. 9630(a)(1)(2) 107
California Probate Code, sect. 9630(d)(2) 108
Guardianship Act ((England)), 1973 10
Guardianship and Custody of Infants Act 1934 (TA) sect. 4 344
Guardianship of Infants Act (Ireland), 1964 sect. 7 344
Guardianship of Infants Act (New Zealand), 1926 sect. 5 344
Guardianship of Infants Act 1916 (NSW) sect. 14 344
Guardianship of Infants Act 1940 (SA) sect. 13 344
Guardianship of Minors Ordinance (England), 1977, sec. 6(1) 344

רשימה ביבליוגרפית

אדרעי, א׳, ״בית הדין כאביהם של יתומים״, דיני ישראל יט (תשנ״ז), עמ׳ ה–מא
אונגר, י׳, ״חובות האמון במשפט העברי ובדין הישראלי״, חיבור לשם קבלת התואר ״דוקטור לפילוסופיה״, אוניברסיטת בר־אילן, רמת גן, תשע״ו, עמ׳ 298–299
אונגר, י׳, חוק לישראל, נאמנות בנכסים (נ׳ רקובר – עורך), ירושלים תש״ע
איזנשטט, ש׳, ספרי החוקים של יוסטיניאנוס קיסר (Corpus Juris Civilis), כרך א: האינסטיטוציות (Institutiones), ירושלים תרפ״ט, פרק יג, עמ׳ 2–3
אייזנשטיין, י״ד, עורך, אוצר ישראל, ניו יורק תרס״ו
אלבק, ח׳, מחקרים בברייתא ותוספתא ויחסן לתלמוד, ירושלים תש״ל, עמ׳ 82
אלבק, ח׳, פירוש המשנה, גיטין, השלמות והוספות, עמ׳ 402
אלוני, נ׳, וקופפר, א׳, ״כתבי יד עבריים נוספים ב׳אמברוזיאנה״׳, ארשת ד (תשכ״ו), עמ׳ 269
אלישיב, י״ש, מוריה, שנה כ, גליון י–יב, עמ׳ קכב
אלמליח, י׳, ״פשיעת אפוטרופוס בנכסי יתומים״, שורת הדין יא, עמ׳ קא–קיז
אנגלרד, י׳, ברק, א׳, וחשין, מ׳, דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית (ג׳ טדסקי – עורך), תשל״ז, 486–487
אנגלרד, י׳, חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ״ב־1962 (מהדורה שנייה, תשנ״ה)
אסף, ש׳, ״מנוי נשים לאפיטרופסות״, המשפט העברי ב (תרפ״ז), עמ׳ 76–80
אפשטיין, י״נ, ״פירושי הריב״ן ופירושי וורמייזא״, תרביץ ד (תרצ״ג), עמ׳ 16
אפשטיין, י״נ, מבוא לנוסח המשנה, ירושלים תשכ״ד, עמ׳ 1019
אפשטיין, י״נ, מבואות לספרות התנאים, מאגנס תשי״ז, עמ׳ 167
בוקובסקי, י׳, ״אשה שמינוה ערכאות לאפוטרופוס״, דרכי הוראה ה (ניסן תשס״ו), עמ׳ קמט–קסא
בלס, י׳, חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט (נ׳ רקובר – עורך), ירושלים תשנ״ב
בן דוד, מ׳, אפוטרופסות הלכה למעשה, 2015, עמ׳ 123
בן דרור, א׳, אימרץ ופונדקאות, תל אביב תשנ״ד, עמ׳ 333–342
בן דרור, א׳, החסויים במשפט, תל אביב תשנ״ח, עמ׳ 99
בר אילן, נ׳, משטר ומדינה בישראל על פי התורה, פרק כ, סעיף קז, אות ח, כרך ב, עמ׳ 533
בר אשר, ש׳, יהודי ספרד ופורטוגל במרוקו (1492–1754), ספר התקנות, ירושלים תשנ״א, עמ׳ 120
ברמן, י׳, ״שיטת האפוטרופסות בישראל״, ספר היובל לרי״ל פישמן, ירושלים תרפ״ו, עמ׳ לט–מא
ברק, א׳, חוק השליחות, תשכ״ה־1965, פירוש לחוקי החוזים, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע״ש הרי סאקר, בעריכת ג׳ טדסקי, ירושלים תשנ״ו
בשן, א׳, ״התמורות במעמדה החברתי וההשכלתי של האשה היהודיה במזרח התיכון״, משפחות בית ישראל, ספר הכינוס למחשבת היהדות, שנה יח, עמ׳ 185
גולאק, א׳, אוצר השטרות הנהוגים בישראל, ירושלים תרפ״ו, עמ׳ 144
גולאק, א׳, יסודי המשפט העברי, ברלין תרפ״ב, ספר שלישי, עמ׳ 146–152
גולדברג, ז״נ, ״בדין זכיה ואפוטרופוס״, בית התלמוד ה (תשכ״ח), עמ׳ מ–מח
גרינברגר, ב״צ, ״מצווה לקיים דברי המת׳ – הכלל והשלכותיו״, פרשת השבוע, בהוצאת משרד המשפטים, גיליון 151, ויחי תשס״ד
גרינברגר, ב״צ, ״מצווה לקיים דברי המת במשפט העברי״, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור, האוניברסיטה העברית בירושלים, נובמבר 2019
דובנוב, ש׳, עורך, פנקס המדינה, פנקס ועד הקהילות הראשיות במדינת ליטא, ברלין תרפ״ה
דיכובסקי, ש׳, ״תשלום מזונות מראש כשאינם מדביקים את יוקר המחיה, ודין הסכם שיפוי בין ההורים״, אוריתא יז (אדר תשנ״ג), עמ׳ רז–רח
דסברג, א׳, תחומין, כרך כד (תשס״ד), עמ׳ 92, ״הערת עורך״
הוכמן, א״מ, ״גר קטן מטבילין אותו על דעת בית דין״, אהלה של תורה (כולל אברכים – ישיבת מיר), כרך טז–ב (תשע״ב), ספר זיכרון לרב נתן צבי פינקל, עמ׳ א׳קסו, אות טו

רשימה ביבליוגרפית

הכהן, א׳, ״האיסור על ניגוד עניינים במשפט העברי״, בתוך: ניגוד עניינים במרחב הציבורי – משפט, תרבות, אתיקה, פוליטיקה (בעריכת דפנה ברק־ארז, דורון נבות ומרדכי קרמניצר), 2009, עמ׳ 165
הלבני, ד׳, מקורות ומסורות, סדר נשים, טורונטו תשנ״ד, עמ׳ תקסט, הערה 4
הלפרין, מ׳, ״התנגדות הורים לניתוח התינוק המסוכן – הערות לפסק דין אזרחי״, אסיא מט–נ (יג, א–ב), תמוז תש״ן, עמ׳ 90
הראובני, נ׳, שיח ועץ במורשת ישראל, נאות קדומים 1984 (הדפסה שניה 1989), עמ׳ 104
הרשלר, מ׳, ״תרומת כליה ממשותק מוחין ומחוסר דעת״, הלכה ורפואה ב (ירושלים תשמ״א), עמ׳ קכב
ויגודה, מ׳, ״אחריות השולח לנזקי שלוחו״, פרשת השבוע, בהוצאת משרד המשפטים, גיליון 272, מקץ תשס״ז
ויגודה, מ׳, ״הקדש דתי כאישיות משפטית נפרדת״, חוות דעת במשפט עברי, באתר האינטרנט של המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים
ויגודה, מ׳, חוק לישראל, השבת אבידה (נ׳ רקובר – עורך), ירושלים תשנ״ב, עמ׳ 14
ויגודה, מ׳, חוק לישראל, שליחות (נ׳ רקובר – עורך), ירושלים תשע״ד
ורהפטיג, א׳, ״אחריות בעל לחובות אשתו״, שנתון המשפט העברי ב (תשל״ה), עמ׳ 266
ורהפטיג, ז׳, החזקה במשפט העברי, ירושלים תשכ״ד, עמ׳ 135–163
ורהפטיג, ש׳, דיני עבודה במשפט העברי, תל אביב תשכ״ט
זילברג, מ׳, המעמד האישי בישראל, עמ׳ 53, הערה 46
זילברשטיין, י׳, הלכה ורפואה ד, עמ׳ קנו–קנז
זמיר, י׳, ״ניגוד עניינים בשירות הציבורי״, בתוך: ניגוד עניינים במרחב הציבורי הציבורי – משפט, תרבות, אתיקה, פוליטיקה (בעריכת דפנה ברק־ארז, דורון נבות ומרדכי קרמניצר), 2009, עמ׳ 226, עמ׳ 257–258
זמיר, י׳, הסמכות המנהלית, ירושלים תשנ״ו, עמ׳ 320, עמ׳ 322–323
זעפראני, ש׳, ״צוואות הנעשות בערכאות של גוים״, מוריה, שנה כ (טבת תשנ״ו), גליון י״–יב, עמ׳ קיד–קכב
חוק לישראל, פגמים בחוזה (נ׳ רקובר – עורך), ירושלים תשע״ב
חפץ, ח״ש, ״אחריות הרב במשפט העברי״, דיני ישראל ו (תשל״ה) 49, 86–91
טברסקי, י׳, מבוא למשנה תורה לרמב״ם, ירושלים תשנ״א, עמ׳ 106
טדסקי, ג׳, ״אפיטרופוס ושלוח״, בתוך: מסות במשפט, ירושלים תשל״ח, עמ׳ 334
טדסקי, ג׳, ״סודות עסקיים״, הפרקליט לה (תשמ״ג), עמ׳ 16
ידין, י׳, ידיעות החברה לחקירת א״י ועתיקותיה, כו (תשכ״ב), עמ׳ 204–236
יהב, א״ש, ״גדרי מינוי אפוטרופוס, כוחו וסמכותו״, מקבציאל כה (תשנ״ז), עמ׳ רכא–רכג
יונגרייז, א׳, ״גדרי ׳חייך קודמים לחיי חברך׳״, עטרת שלמה, תשסב, עמ׳ ריז
יונין, א״מ, ״שליחות ואפוטרופוסות בכספי ציבור״, שערי צדק יא (תש״ע), עמ׳ 137
כהנא, א׳, ״מתקנת ההכרזה לדיני המכרזים״, פרשת השבוע, בהוצאת משרד המשפטים, גיליון 245, ויקהל־פקודי תשס״ו
כהנא, ב׳, חוק לישראל, מתנה (נ׳ רקובר – עורך) (בהכנה)
כהנא, ב׳, חוק לישראל, ערבות (נ׳ רקובר – עורך), ירושלים תשנ״ב
כהנא, ב׳, חוק לישראל, שומרים (נ׳ רקובר – עורך), ירושלים תשנ״ט
כרם, ש׳, חוק הנאמנות, תשל״ט־1979 (מהדורה 4, 2004)
מולכו, מ׳, ״תקנת חזקת בתים, חצרות וחנויות בשאלוניקי״, סיני כח (תשי״א), עמ׳ רצו–שיד
מייזלמן, מ׳, ״בעיות הלכתיות בעניין השתלת כליות״, הלכה ורפואה ב (ירושלים תשמ״א), עמ׳ קיד
ניסני, ד׳, חוק לישראל, משכון ומשכנתא (נ׳ רקובר – עורך), ירושלים תשפ״ב
סגל־דייך, מ׳, ״על ׳אפוטרופסות׳ הבנק ל׳מתאבד הכלכלי׳: דיון נורמטיבי והשלכות״, עת סיוע (מקוון), גיליון מס׳ 3, חורף תשע״ד
עמאר, מ׳, ועצור, א׳, התקנות – המשפט העברי בקהילות מרוקו (1986, תשמ״ה), עמ׳ 38, תקנות נז–נח
עמנואל, ש׳, ״תשובות מהר״ם מרוטנבורג דפוס פראג״, תרביץ נז (תשמ״ח), עמ׳ 573
עמנואל, ש׳, ״תשובות מהר״ם מרוטנבורג שאינן של מהר״ם״, שנתון המשפט העברי כא (תשנ״ח–תש״ס), עמ׳ 188, הערה 169
פולוצקי, י׳, ״התעודות היווניות ממערת האיגרות״, ידיעות החברה לחקירת א״י ועתיקותיה כו (תשכ״ב), עמ׳ 237–243
פולוצקי, י׳, ״שלוש תעודות מארכיונה של בבתא בת שמעון״, ארץ ישראל ח (תשכ״ז), ספר סוקניק, עמ׳ 46–51
פונדיק, ע׳, ״בין מרמה לכפיה: על עברת האונס במרמה לגבי מיהות העושה״, עיוני משפט לו (2013) 215, 221, 226
פיזם, ח׳, ״האשה כאפוטרופסית על ילדיה במשפט העברי״, דברי הגות והלכה, ישיבה תיכונית יבנה, חיפה תשמ״ח, עמ׳ 34–44
פליקס, י׳, עצי בשמים יער ונוי, הוצאת ראובן מס, ירושלים תשנ״ז, עמ׳ 131–133
פלק, ז׳, מבוא לדיני ישראל בימי הבית השני, ת״א תשל״א
פרי (פרידמן), י׳, תולדות היהודים בטראנסילבניה בימי הביניים המאוחרים, ת״א תשנ״ד, עמ׳ 313
פרידמן, ד׳, וכהן, נ׳, חוזים, כרך א, הוצאת אבירם, 1991, כרך ב (תשנ״ג)

קוק, ש״ח, ״חומר להוראת שימוש״, סיני כו (תשרי–אדר תש״י), עמ׳ שפב–שפד
קליינמן, ר״ש, ״דרכי קניין ומנהגי מסחר במשפט העברי״, ירושלים תשע״ג, עמ׳ 137, הערה 130
קפלן, י״ש, ״סמכות ומעמד מנהיגי ציבור בקהילה היהודית בימי הביניים״, דיני ישראל יח (תשנ״ה–תשנ״ו), עמ׳ רצח, והערה 186
רודנר, א״ע, ״אימון ילד ומתחייב לזון חברו״, נועם ד (תשכ״א), עמ׳ סב
ריבלין, י׳, הירושה והצוואה במשפט העברי, רמת גן תשנ״ט, עמ׳ 232, הערה 213
ריינין, י״ק, האפוטרופוס ליתומים במשפט העברי, אחריותו, דרכי הפיקוח והביקורת עליו, חיבור לשם קבלת תואר ד״ר למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, ירושלים תשד״מ
ריינין, י״ק, ״האפוטרופסות מכוח ״יתומים שסמכו אצל בעל הבית״״, מחקרי משפט א (תש״ם), עמ׳ 219–234
ריינין, י״ק, ״מינוי אישה לאפוטרופא״, מחקרי משפט ד (תשמ״ו), עמ׳ 168–203
רכניץ, ע׳, ״ארבעת אבני החושן״, אסיף ג (תשע״ו), עמ׳ 394–397
רקובר, נ׳, אוצר המשפט, חלק א, ירושלים תשל״ה; חלק ב, ירושלים תשנ״א
רקובר, נ׳, המסחר במשפט העברי, ירושלים תשמ״ח
רקובר, נ׳, השליחות וההרשאה במשפט העברי, ירושלים תשל״ב
רקובר, נ׳, סודו של המשפט העברי, ירושלים תשע״ט, עמ׳ 579–580
רקובר, נ׳, שלטון החוק בישראל, ירושלים תשמ״ט, עמ׳ 28
שאנן, ח״ש, ״אחריות בעל הבית לנזקי פועל״, שורת הדין ג (תשנ״ה), עמ׳ רסט
שוחטמן, א׳, סדר הדין, ירושלים תשמ״ח, עמ׳ 52–53
שוחטמן, א׳, סדר הדין בבית הדין הרבני, ירושלים תשע״א
שטיינברג, א׳, אנציקלופדיה הלכתית רפואית, ירושלים תשס״ו
שטרוזמן, א׳, ״תקנת השוק במשפט העברי: משמעותה, התפתחותה וחיוניותה״, דיני ישראל ט (תשל״ח–תש״ם), עמ׳ ז–טו
שטרסברג־כהן, ט׳, ״מעמד העובר במשפט הישראלי״, רפואה ומשפט 28 (2003), 8, 10
שיין, ח׳, הפילוסופיה של המשפט: עיון ישראלי, תל־אביב תשס״ח, עמ׳ 26, והערה 41
שילה, ש׳, פירוש לחוק הירושה, תשכ״ה־1965, ירושלים תשנ״ה
שינפלד, א׳, חוק לישראל, נזיקין (נ׳ רקובר – עורך), ירושלים תשנ״ב
שפיגל, ג׳, וגילולה, ד׳, מילון לטיני־עברי, ירושלים (תשל״ה), ערך epi-scopus
שפירא, י׳, ״מרמה והפרת אמונים של עובדי ציבור״, חוות דעת באתר האינטרנט של המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים, מיום ג׳ בטבת תשס״ט (20 בדצמבר 2009), עמ׳ 12
שפירא, י׳, ״על מרמה והפרת אמונים״, פרשת השבוע, משרד המשפטים, גיליון 320, קורח תשס״ח
שפניר, א״ב, ״פיטורי אפוטרופוס של הקדש ויתומים״, תחומין כד (תשס״ד), עמ׳ 92–95
שפרן, מ״מ, הישר והטוב, גל׳ יג, עמ׳ מא–מב
שציפנסקי, י׳, התקנות בישראל, ירושלים תשנ״ג, כרך ד, עמ׳ תקפא
שרמן, א׳, ״אחריות נבחרי הציבור על ענייני הציבור״, שערי צדק ד (תשס״ג), עמ׳ 341–342
שרמן, א׳, ״על סמכות גדול הדור לתת הוראות לנאמני הקדש ועל סדרי דין מיוחדים בהקדשות״, משפטי ארץ – דין, דיין ודיון, עפרה תשס״ב, עמ׳ 124
שרשבסקי, ב״צ, דיני משפחה, ירושלים תשמ״ד
תדהר, ד׳, אנציקלופדיה לחלוצי הישוב ובוניו, תל אביב תשי״ח
תקנות ונציה (שי״ב), סימן לח

Brown, G.W., Administration of Wills, Trusts, and Estates 3rd Ed. (2002), p. 292
Falk, Z.W., Introduction to Jewish Law of the Second Commonwealth, vol. 2, Leiden 1978, p. 329
Radzyner, A., "Guardianship for Orphans in Talmudic Law," in: Ancient Guardianship: Legal Incapacities in the Ancient World, Jerusalem 2013, p. 260-266
Spero, M., & Sawyer, C., Succession, Wills and Probate, 3rd Ed. (2015), p. 233

Suggested Version According to Jewish Law: Guardianship Law 399

Indices

Subject Index 407
Source Index 425
Bibliography 451

TABLE OF CONTENTS

Preface ז
Contents in Detail ט
Introduction 1
Section 33 When Guardian may be Appointed 15
Section 34 Who can be Guardian 37
Section 35 Priority in Choice of Guardian 57
Section 36 Hearing of Ward by Court 61
Section 37 Consent of Guardian 63
Section 38 Functions of Guardian of Minor or Legally Incompetent Person 71
Section 44 Directions of Court 93
Section 46 Provisions as to Joint Guardians 101
Section 47 Powers of Guardian and Approval of Court 131
Section 48 Acts Involving Conflict of Interests 167
Section 49 Protection of Third Party 187
Section 50 Investments 197
Section 51 Inventory 209
Section 52 Provisions as to Valuation 221
Section 53 Accounts, Report and Supply of Information 223
Section 55 Expenses of Guardian 245
Section 56 Remuneration of Guardian 263
Section 57 Liability of Guardian 271
Section 58 Security 291
Section 60 Resignation of Guardian 297
Section 61 Dismissal of Guardian 311
Section 62 Expiration of Guardianship 329
Section 64 Testamentary Direction by Parent or Spouse of Ward 341
Section 67 Guardian *de facto* 359
Section 68 General Power to take Protective Measures 377
Section 72 Status of Relatives 379
Appendix 1: Continual Power of Attorney 381
Appendix 2: The Guardian's Authority in Light of the Sugya of Converting a Minor 383
Laws
Guardianship Law, 5722-1962 393

Dedicated in loving memory
by R. Chaim Hersh Friedman

To the merit of his father
R. ***Yisrael David*** *ben Pinhas Eliezer o.b.m. of Montreal*
patriarch, leader, and inspiration of the extended Friedman family
taken from his family Rosh Chodesh Shevat, 5744

To the merit of his loving mother
Mrs. ***Esther*** *bat R. Yehuda Aryeh o.b.m.*
taken from her family 26 Tamuz 5764

To the merit of his father-in-law
R. ***Dov Zvi*** *ben R. Pinhas Shtol o.b.m. of Brooklyn, New York*
taken from his family 3 Adar 5764

To the merit of his mother-in-law
Mrs. ***Chaya Malka*** *bat R. Menachem Mendel o.b.m.*
taken from her family 26 Adar 5764

This work will forever be known as

The Friedman Edition

of

Guardianship

In honor of

R. **Chaim Hersh Friedman** הי״ו and his beloved wife **Raizel** תחי׳

of Montreal, Canada

The Friedmans are true Torah pioneers

Dedicated to spreading and inculcating the Torah's eternal values

In all segments and communities of the Jewish people

May the merit of the entire Jewish people

redound to them and all their descendants

May they and their family know all manner of blessing and good health

May the divine light continue to be their guide

רודף צדקה וחסד ימצא חיים צדקה וכבוד

Those who pursue righteousness and mercy will find life, prosperity, and honor

Proverbs 21:21

The Library of Jewish Law

Ministry of Justice

The Jewish Legal Heritage Society

No part of this book may be reproduced or utilized in any form or by any means, electronic or mechanical, or by any information storage or retrieval system, without permission in writing from the publisher.

©

The Jewish Legal Heritage Society

8 Keren Kayemet, Jerusalem 9242813

jlhs81@gmail.com

www.mishpativri.org.il

Printed in Israel 2023

JEWISH LAW FOR ISRAEL

A Systematic and Up to Date Presentation of Jewish Law
As a Basis for Legislation and Judicial Decision
Arranged According to the Law of the State of Israel

Edited by
Nahum Rakover

Based on the work of
Yaron Unger

GUARDIANSHIP

Friedman Edition
THE LIBRARY OF JEWISH LAW

In the "Jewish Law for Israel" series the following books have been published:

Guarantee
Torts
Unjust Enrichment
Restoration of Lost Property
Bailment (2 volumes)
Hire and Loan
Joint Ownership
Trust
Defective Contracts
Agency
Pledge
Guardianship

In preparation:

Gift
Remedies for Breach of Contract
Criminal Liability
Exemptions from Criminal Liability
Arbitration
Recission
Sale

JEWISH LAW FOR ISRAEL: Guardianship