**מחברת הפשרה במשפט העברי –ד"ר איתי ליפשיץ:**

- מיטיב על נוכחות והשתתפות

- המבחן בחומר סגור ועם שאלות פתוחות – 100%.

**שיעור 1 – 21.03.17**

שאלה מקדימה לשאלה האם אנו בעד/נגד פשרה היא: מהי הפשרה? למה אנו מתכוונים כשאנו אומרים "פשרה"?

פרופ' ברכיהו ליפשיץ אמר בהקשר אחר שאם רצוננו לעמוד על טיבו של מוסד משפטי, כדאי, ולעיתים הכרחי, ללכת ולהתחקות אחר לידתו של שמו של המוסד.

בשיעור הזה נעשה מסע בעקבות המונח שנקרא "פשרה".

לפני שאנחנו שואלים על בעד או נגד פשרה, נשאל קודם מהי פשרה.

**מקור 1** - כשמתחילים אחורה בזמן של המשפט העברי, מחפשים את השורש של זה. המונח פשרה לא נמצא במקורות המשפט העברי. השורש פ.ש.ר נמצא בספר קהלת *"מי כהחכם ומי יודע פשר דבר"* (**קהלת** ח,א) – הפשר נראה כמונח שמתאר את המהות של הדבר.

**מקור 2** - **רש"י** מסביר את הפסוק *"מי כהחכם ומי יודע פשר דבר"*: פשרון של דבר. החושים הלשוניים של רש"י מאוד חדים, והוא אומר לנו לא לחפש את מקורות הפ.ש.ר בעברית, אלא בארמית – (ספר דניאל) – *"מתוך חכמתו.. נתגלו לו רזי פשרים"* – מרוב חכמתו נתגלה לו פשר הדבר. מקור נוסף בדניאל *"מי כמשה עושה פשרה"* – רש"י אומר לנו שמשה היה עושה פשרה בין ישראל לבין אביהם שבשמים. הפשרה הזו נתפסת כדבר שתורם למונח *"ומי יודע פשר דבר"*.

ייתכן שרש"י ראה קשר בין "פשר הדבר" לבין "עשיית פשרה". איזה קשר ניתן לראות שיוצר היגיון בין לעשות פשרה בין ישראל לבין אביהם שבשמים, לבין "מי יודע פשר דבר"? יש כאן הבנה שלעשות פשרה בין שניים זה בעצם לרדת לעומק של ההבנה של הדברים, מעבר להבנה של המצב המשפטי למשל. לא מספיק רק לדעת זכויות וחובות עפ"י החוק והדין, הרבה פעמים אנו נזקקים להבנה הרבה יותר עמוקה של אינטרסים של הצדדים, מניעים סמויים של הצדדים, וכל זה יכול לבוא לידי ביטוי בפשרה. חלק מהפשרה יכולה גם לחשוף את פשרו של הסכסוך – כדי להגיע לפשרה צריך לחקור את הסכסוך עצמו ולתת פתרון בהתאם להבנה של פשר הדבר.

החיבור שרש"י עושה לנו במאה ה-11 בין "פשר הדבר" לבין "פשרה" יכול להיות חלק מהבנה עמוקה מהסוג שהצגנו לעיל.

החל ממקור 3 אנו נתחקה אחר משמעות אחרת לגמרי לשורש פ.ש.ר. שהוא במבט ראשון לא קשור ל"פשר הדבר" ולא ל"פשרה" במובן שאנו מכירים.

**מקור 3:**

**תוספתא** (מקור שמשקף את תקופת התנאים – תקופה שמקבילה לחיבור המשנה – זהו מקור משני למשנה, אוגד בתוכו דעות שהן בגדר תוספת למה שנכנס לחיבור המשנה) – *'נתלו בה קוצין ודופקנין מפשר בידו בצנעה'*: הקטע הזה עוסק בהלכות שקשורות לשבת – מסכת עירובין – המשפט הקצר בו נתבונן עוסק בהלכה מהלכות שבת. יש כאן תיאור פיזי: "ניתלו בה קוצין ודופקנין מפשר בידו בצנעה" – "בה" – מדובר בבגד, אריג, טלית – בגד עשוי בד. התוספתא מתארת מצב בו יוצאים מהשדה כשהקוצים יבשים, ואנו עמוסים בקוצים ודוקרנים שנתפסים בבגד. הביאור של התוספתא לגבי איך מנקים את הבגד הזה משתמש בשורש פ.ש.ר.: "מפשר בידו בצנעה". יש כאן תיאור של פעולה פיזית של הפרדה, ניתוק הקוצים באמצעות פעולת פישור. כלומר בתקופת התנאים, השפה העברית משתמשת בשורש לפשר במובן של הפרדה.

**ירושלמי** (החיבור המקביל לתלמוד הבבלי) - "נסתבכו בגדיו בקוצים הרי זה מפשרן".

**בראשית רבה** (ספרות האגדה במשפט העברי על ספר בראשית) – *"לשני אתליטין שהיו עומדין ומתגששין לפני המלך אילו רצה המלך פישרן לא רצה לפשרן חזק אחד על חבירו והרגו"* – הקטע עוסק בסיטואציה בה מתרחש הרצח הראשון של האנושות שבו קיין הרג את הבל. בסיטואציה זו בה עומד להתרחש הרצח הראשון בעולם, ככל הנראה ההורים לא היו בסביבה, אך אלוקים נצמא שם, הוא עד ולא נוקט אצבע. מדרש האגדה "לא מוותר" לאלוקים. אומר המדרש: שאי אפשר לפרש את זה בפה, ולכן הוא עובר למשל: "לשני אתליטין שהיו עומדין ומתגששין לפני המלך" – ספורטאים שהיו מתגוששים לפני המלך, זה היה ספורט. זהו משל שר' שמעון בר יוחאי נותן. אילו המלך רק רצה, יכול הוא היה להפריד ביניהם – לפשר ביניהם. (יש מי שפירש: אילו רצה המלך פשרן – לעשות ביניהם פשרה. אך זו שטות בעיני המרצה, כי הם לא רצו שמישהו יפשר ביניהם, זה לא קרב שזקוק לפשרה, לא צריך שם פשרה אלא הפרדה). המלך לא רצה לפשרן, ולכן נשאר פאסיבי, נתן להם להלחם, עד שחזק אחד על חברו והרגו.

יש לנו 3 מקורות, בהם השורש פ.ש.ר מדבר על הפרדה בין הצדדים (בין קוצים לבגד, בין שני אנשים שמתגוששים ורבים אחד עם השני). זהו צעד ראשון שאינו טריוויאלי כי לא הכרנו שפה זו של פ.ש.ר כהפרדה.

במקורות הבאים נראה שימוש קצת שונה, אך בוודאי קשור לאותו עניין.

**מקור 4:** **פסיקתא רבתי** – *"מה עשה גירה בו הכלב שהיה עומד שם, עמד ופשרו הימנו... זכור אתה היאך פישרתי הימך את הכלב"* – מדרש אגדה שמדבר על כלב שתוקף אדם. אדם נכנס בלילה, הולך לגנוב ענבים מהכרם, והיה השומר אוהבו. יש פה בעיה כי מצד אחד לשומר יש תפקיד לשמור על הכרם, מצד שני הגנב הוא חבר שלו. מה עושים? השומר מעלים עין - מועל בתפקידו? מסגיר את חברו? אנו נכנסים לעיני השומר: הוא אומר לעצמו: הפולש הזה הוא חבר שלי, אוהב שלי. מה עשה? מדובר בשומר רציני עם כלב והוא משגר את הכלב שלו אל אותו חבר שלו והכלב כמובן תוקף. נוצר מצב חדש בו מה היה הפטנט של השומר? הוא היה מתוחכם. עכשיו הוא שומע נביחות, צעקות, והוא בא כמושיע למקום הפשע והוא בא רק כדי להציל את חברו. ברור שהוא תפס אותו בקלקלתו, אך לא עשה לו אמבוש אלא בא להצילו, יש פה תחכום. "עמד ופשרו הימנו כשהיה השומר מבקש להזכיר לאותו אוהבו שבא לגנוב ענבים" – מידי פעם השומר היה מנצל את האירוע כדי להזכיר לחבר שלו: אתה זוכר שפעם הצלתי אותך מהכלב? זו דרך שלו לומר לו: אתה זוכר שהפסקת לגנוב?! המדרש הזה מובא רק כדי להראות עוד שימוש. מצד אחד ניתן לומר שהוא לא קידם אותנו, כי זה שוב במובן של הפרדה. אך ניתן לראות פה משהו פחות פיזי, אלא ביטוי של הצלה. נכון שהוא הפריד ממנו את הכלב, אך הביטוי שהוא משתמש פה זה: הצלתי אותך. כלומר, זה לא חייב להיות דגש על הפרדה פיזית, זה יכול להיות הרחבה למושג, להפרדה במובן של הצלה, תשועה, הימלטות. (במאמר מוסגר, כל המשל המתוחכם הזה הוא בעצם נמצא במדרש כדרך להזכיר לנו את הסיפור שעמ"י חווה לפני שמקבל את התורה כשעמלק תוקף אותו – עמ"י, לפני שאתם מקבלים את התורה, יש אירוע שאני מזכיר לכם שהצלתי אתכם מעמלק, במקום להגיד לכם שאתם לא בסדר אני פשוט אגיד לכם שהצלתי אתכם).

החלק השני במקור 4 יראה לנו באופן מובהק בהרבה, שהשורש של פ.ש.ר שהתחיל במובן פיזי מתרחב להיבטים פחות פיזיים.

**בראשית רבה** – *"ויצא קין וגו' מאיכן יצא... ר' חננא בר יצחק אמר יצא שמח כמה דתימר יוצא לקראתך וראך ושמח בלבו (שמות ד' יד) פגע בו אדם אמר לו מה נעשה בדינך, אמר לו עשיתי תשובה ופישרתי, התחיל אדם מטפיח על פניו כך היא כח התשובה ולא הייתי יודע מיד עמד ואמר מזמור שיר ליום השבת טוב"* – כאשר קיין רצח את הבל הוא נידון כרוצח ראשון ע"י אלוקים ובסופו של דבר הוא קיבל את "אות קיין" וקיבל עונש, שהוא מנסח אותו "גדול עווני מנשוא" – הוא מרגיש שזה עונש שכבד מאוד לשאת אותו. מצד שני הוא הצליח לשאת את הדבר הזה, ולא נעשה בו עונש מוות שמוכר לרוצחים. הפרשיה של קיין מול אלוקים מסתיימת בפסוק: "ויצא קיין מלפני האלוקים" – המדרש ממוקד במילה "ויצא". מה באים להגיד לנו כשמספרים שקיין "יצא" מלפני ה'. זו בוודאי לא יציאה רגילה כמו יציאה מבית של מישהו. אומר המדרש: "מאיכן יצא" - מהיכן יצא? ר' חננא מכניס פרשנות: כאשר מדביקים לקיין את הביטוי: יציאה, זה ביטוי של שמחה – הוא יצא שמח. מנין אנו לוקחים את הרעיון הזה שיש קשר בין יציאה לבין שמחה? ממקור אחר שלא קשור, בספר שמות בו אלוקים אומר למשה כאשר יוצא לשליחות שלו לגאול את ישראל ממצרים, הוא אומר לו: אהרון אחיך יצא לקראתך ו"ראך ושמח בליבו" – לוקחים את הרעיון של יציאה שמחה ומדביקים אותו לכאן. נניח אנו מקבלים את הרעיון הפרשני הזה שיש כאן יציאה שמחה של קיין, נשאל: למה הוא שמח? למה לחשוב שיש לקיין סיבה לצאת שמח אחרי הדין שעמד בו ונענש? את זה המדרש בא להסביר: מספר המדרש על המפגש שבין אבא של קיין – אדם, עם קיין. "פגע בו" – פגש בו אדם. אולי אדם הראשון היה מופתע לגלות שקיין עומד על הרגליים כאילו כלום לא קרה; הוא הרג את אחיו, היה בדין מול אלוקים והוא עומד על הרגליים. הוא ביקש מקיין שיסביר לו איך התגלגל הסיפור. ענה קיין: עשיתי תשובה ופישרתי. מאחורי המהלך שקיין עובר מרגע שרוצח את אחיו עד שהוא יוצא להמשך חייו הוא עובר תהליך של תשובה במובן של חרטה, במובן של רצון לתקן, במובן של צער וכו'. הביטוי שמעניין אותנו: "ופישרתי". אנשים שבאים עם העברית שלנו היום ולא מכירים את המקורות שראינו, אומרים: פישרתי, זה במובן שהייתי איתו במו"מ, הוא אמר שצריך להרגני, אני אמרתי שלו, בסוף עשינו עסקת טיעון. אך לאחר שאנו יודעים שלמונח "לפשר" יש משמעות חוזרת על עצמה בהרבה מקורות, אז המושג "פישרתי" לא בהכרח מדבר על פשרה, אלא על יכולת קיין לומר שבאמצעות החרטה והתשובה הוא הצליח להימלט ולצאת ממה שהיה אמור להיות הדין שלו. עיקר המדרש הוא הכח של התשובה. אדם הראשון הוא לא הרוצח הראשון אמנם, אך הוא החוטא הראשון – בגן עדן. אדם הראשון לומד מקיין דבר עצום: "...התחיל אדם מטפיח על פניו" – תנועה של צער. והוא אומר: למדתי כאן שהיכולת של אדם להתחרט ולשנות דרכו כה משמעותית שאלוקים מתחשב בה, ואני לא ידעתי. אילו ידעתי שניתן לשוב בתשובה בצורה כזו, אז אולי הייתי היום במקום אחר. על לימוד זה המדרש מסיים ואומר שהוא מייד עמד ואמר את המזמור בספר תהילים שעוסק בתכנים של חטא, תיקון, שכר ועונש – "מזמור שיר ליום השבת".

בסופו של דבר, כל הסיפור שכעת למדנו, המדרש תופס מילה בתורה ומפתח אותה. המדרש לקח את המילה "ויצא" שהיא מתלבשת על המילה "פישרתי". קיין אומר: פישרתי. פישור זה היכולת לצאת לדרך חדשה, שמחה, כל זה מקופל ב"ויצא". ניתן ללמוד מכאן שהמקורות הללו תחת ס' 4 הם מקורות שמראים שהשימוש בפישור זו לא הפרדה פיזית, אלא גם במובן הרחב יותר של הימלטות, הצלה וכו'.

אם נחזור לפסוק בקהלת "פשר הדבר", אחד החוקרים מציע שאולי "פשר הדבר" כ"פתרון של הדבר" אולי קשור למשמעות של מה שראינו כעת; יכול להיות שכשאנו אומרים: "פשר החלומות", "פתרון החלומות" – כשיש לי חלום שאני רוצה לפתור אותו אני בעצם רוצה לחלץ מתוך החלום הלא מובן הזה איזושהי משמעות. החילוץ זה הפשר, ההתרה, של הרזים המצויים בחלום, או של הפתרון מתוך החידה. הוא רואה אפשרות לקשר בין "פשר הדבר", שקראנו לו: מהות הדבר, הרעיון של הדבר. כשאני מוצא פשר דבר אני בעצם עסוק בפעולה של הפרדה, הוצאה, חילוץ.

המקורות הבאים מראים לנו עוד משמעות של השורש פ.ש.ר שאותה אנו דווקא מכירים בשפה שלנו.

**מקור 5:** **מכילתא דרבי ישמעאל** (מדרש הלכה על ספר שמות) – "*כיון שחמה זורחת עליו היה פושר והולך ונחלים היו מושכין ממנו והולכין"* – המכילתא מתארת בצבעים עזים את האירוע של ירידת המן: "כיוון שחמה זורחת עליו" – ברגע שהשמש מחממת את המן, היא "פושר והולך ונחלים היו.." – אותו מן היה משנה את מצב הצבירה שלו ממוצק לנוזל – הוא היה מפשיר. (ביטוי בו אנו משתמשים גם היום), נחלים היו מושכים ממנו.

**מקור 6:** **משנה שבת** – *"המיחם שפינהו לא יתן לתוכו צונן בשביל שיחמו אבל נותן הוא לתוכו או לתוך הכוס כדי להפשירן"* – המשנה מתארת מיחם שעמד על האש, יש בו מים רותחים. אנו עוסקים במסכת שבת, ובשבת אחד הדברים האסורים זה בישול – להביא משהו לידי בישול במים שעמדו על האש. המשנה מתארת מיחם שפינו אותו מעל האש והמים עדיין רותחים – לא ייתן לתוכו צונן כדי שהדבר יתחמם. יש דרך להביא לידי חימום קל של המים באמצעות כוס כדי להפשירם.

אנו רואים ב-2 מקורות אלו משמעות נוספת לשורש פ.ש.ר: 1. הפשרת מוצק לנוזל ו2. לקחת דבר חם ולהפוך אותו לפחות חם, להביא אותו לידי שינוי בטמפרטורה.

לפחות במה שקשור לשינוי מצב צבירה, אם אנו מתארים דבר שהיה מחובר לעצמו כמוצק, ועכשיו הוא נוזל, זה קרוב לשימושים האחרים – הוא נפרד ממצב הצבירה המקורי ומצטרף לאותה משפחת שימושים של פ.ש.ר כהפרדה.

הרמב"ם [מאה ה-12] כאשר הוא מפרש את המונח המשפטי "פשרה", הוא משתמש בשימוש בו אנו מכירים של לקחת מים ולהפוך אותם לפושרים. פשרה – זה לקחת סכסוך משפטי בין קצוות ולהגיע לעמק כלשהו שהוא לא כאן ולא שם, לא בחמים ולא בקרים. הוא מבין שהמונח פשרה דבוק לרעיון של מים פושרים; לא חמים ולא קרים.

לעומת הרמב"ם, אם היינו צריכים לקחת את כל המשמעויות שלמדנו עד כה במהלך השיעור והיינו רוצים לחבר אותם להבנה של מה עושה המוסד המשפטי שנקרא פשרה, היינו אומרים שהוא עושה הפרדה – יש כאן אנשים סבוכים זה בזה בסכסוך. הביטוי סכסוך זה מצב פיזי של 2 דברים מסוכסכים זה בזה (לא חייב להיות אנשים, אלא 2 דברים שתפוסים אחד בשני). הפשרה באה להפריד בין הצדדים.

במאמר שיש לקרוא לשיעור הבא, ברכיהו ליפשיץ חושב על הרעיון הזה שפשרה יכולה לנבוע מהפרדה, אך הוא אומר שהוא לא יכול לקבל את המשמעות הזו של פשרה כהפרדה. הוא אומר: אין ספק שכך עושה הפשרה, אין ספק שבסופו של דבר הפשרה מפרידה בין המסוכסכים, ובכל אופן – זה לא מספיק, אין בכך די. למה? מדוע ברכיהו ליפשיץ לא מוכן לקבל שהעיקר שבפשרה זה ההפרדה?! ליפשיץ אומר שהרי הפשרה נמצאת אצלנו בתודעה מול המוסד האחר והוא: הדין. יש אפשרות ליישב סכסוך בפס"ד, ויש אפשרות לפנות לפשרה. ליפשיץ: השם "פשרה" אמור לספר לי מה מביאה איתה הפשרה לעולם, מה החידוש שהיא מביאה. ואז אתה אומר שהפשרה היא הפרדה. אבל גם בפס"ד מביא לאותה תוצאה – ברגע שמסיימים סכסוך בפס"ד התוצאה היא שיש הפרדה, פס"ד סיים את הסכסוך. טענת ליפשיץ היא שהמשמעות של פשרה כהפרדה, קשה לקבל שמוסד משפטי שבא לצעוק בשורה, וכל הבשורה שלו היא משהו שקורה בעצם במוסד המתחרה. לכן הוא חושב שהפשרה צועקת משהו אחר, הילד שנקרא: פשרה, כשישאל מי הוא, הוא יגיד משהו אחר. תיארנו את הביקורת שלו על ההצעה שפשרה היא הפרדה. הוא אומר שהשם של הפשרה צריך לספר מה מיוחד בה. (זה אולי מתאים לשם משפחה, אך לא לשם פרטי שצריך ממש לייחד אותה).

המרצה לא מוותר בקלות על הגדרה של פשרה כהפרדה.

כעת נתווכח עם ברכיהו ליפשיץ; 2 טיעונים חשובים מול הטענה של ברכיהו ליפשיץ:

1. המרצה טוען שכאשר נסתכל על מקורות המשפט העברי שמתייחסים אל הפשרה, נראה שהפשרה היא לא רק כמו שברכיהו ליפשיץ מציג אותה – כחלופה לדין (הוא אומר שיש 2 מוסדות מתחרים: דין ופשרה ששניהם עושים הפרדה ולכן לא ניתן לומר שפשרה היא הפרדה). המרצה טוען שהמקורות של המ"ע מדברים על פשרה לא רק כמוסד מתחרה לדין, כחלופה שלו, אלא גם כפשרה שבה נוקט הדיין במסגרת פסה"ד. הפשרה מובאת גם כנקיטת הליך, או סיום הסכסוך במסגרת של הדין ולא כחלופה לדין. יש מצבים בהם במסגרת פסה"ד, השופט, הדיין, יגיע לתוצאה שהיא לא מה שהתובע רצה ולא מה שהנתבע רצה, נקרא לזה פשרה, וזה לא במסגרת חלופה לדין. הוא לא יגיד לצדדים: אולי נעשה פשרה, זה במסגרת פסה"ד. נניח בנזיקין , הוא יגיע למצב שיש אשם תורם ויגיע לתוצאה באמצע, אף אחד לא יקבל כל מה שרצה. התוצאה באמצע היא במסגרת הדין, ואיך פשרה כי היא עושה משהו באמצע. המ"ע נותן פתרון עפ"י הדין גם באמצעות פשרה. המרצה אומר: אל תחשוב על פשרה רק במסגרת מוסד שהוא חלופה לדין. אם במסגרת דין הרבה פעמים חותכים בצורה חדה, הפשרה תהיה מצב בו לא אתה תקבל הכל ולא אתה, ולכן ההפרדה היא הפרדה שיש לה אופי מסוים. המרצה אומר שיש לפשרה בשורה בסיפור ההפרדה. נכון שגם הדין עושה הפרדה, אך פשרה עושה הפרדה שונה מהדין וזו הבשורה שלה – זו טענת המרצה (נגיע למקורות אלה בהמשך).
2. גם באותם מקרים בהם הדין מספק הכרעה חדה ופתרון לעומת הפשרה שהיא משמשת פתרון חלופי – אלו המקרים עליהם חשב ברכיהו ליפשיץ – או שאני כותב פס"ד, מה שאכתוב יחייב אתכם, או שתסכימו להגיע לאיזושהי הסכמה – גם במשמעות זו של פשרה כחלופה לדין, המרצה טוען שניתן להבחין בין אופני הפעולה של הדין ושל הפשרה. הדין פועל את פעולתו עפ"י כללים משפטיים, גם אם הם לא תמיד חדים (גם בדין יש תוצאות שהן לא בינאריות), הוא באופן כללי מכריע בין בעלי הדין. מטרתו היא לא בסופו של דבר לראות איך מצליחים להפריד בין הצדדים ולראות איך מגיעים להבנה טובה ולהסכמה, זה לא מעניין את הדין. הדין פועל עפ"י הכללים כאשר התוצאה תהיה הפרדה. הפשרה פועלת באופן מכוון (בזה היא מתמקדת) בניסיון להפריד בין בעלי הדין – לא רק לחתוך ולהגיע לתוצאה מה לי ומה לך, אלא בניסיון לנתק ולהפריד בין הצדדים. לא מתעניינים בפשרה רק בזכויות ובחובות בעלי הדין, אלא כשעושים פשרה מנסים לעשות עבודה עם הצדדים שמתעניינים באופן בו אפריד ואנתק את הסכסוך ביניהם. לכן הפשרה מאפשרת לדיין שק"ד גמיש יותר, הוא ירצה להפעיל שק"ד גמיש יותר מזה המופעל באמצעות הדין. המרצה טוען שכוחה של הפשרה בניתוק, התרה והפרדת הסכסוך, גדול יותר מכוחו של הדין – בו הצדדים בסופו של דבר אכן הולכים הביתה, אך לא בהכרח נפרדו מהסכסוך. הרבה פעמים הם נשארים אחד עם השני במצב בו הטענות נשארות באותו מקום של האחד כלפי השני, ופס"ד חתך את הסכסוך רק בצורה פורמאלית.

א"כ, למרות טענתו של ברכיהו ליפשיץ, ניתן לראות בפשרה משהו ייחודי על פני הדין בכוח שלה להביא להתרה מלאה של המחלוקת.

בניגוד לטענת ברכיהו ליפשיץ המרצה אומר שזה לא כזה גרוע להגדיר פשרה כהפרדה אם מבינים שהפשרה מספקת איכויות של הפרדה שהדין לא מספק אותן. (בוודאי שברכיהו ליפשיץ צודק בזה שיש מקום של כבוד לפשרה כחלופה לדין, אך כשאנו מנתחים את השם "פשרה" אנו צריכים להתייחס אליה במובן השלם שלה – גם במובן אליו ברכיהו ליפשיץ מתייחס – פשרה כחלופה לדין, אך יש להתייחס גם למקורות בהם הפשרה היא חלק מהדין – שאז היא בוודאי מבטאת הפרדה שונה מהדין).

עד כה במקורות הסתכלנו על משמעויות שעוסקות בשורש פ.ש.ר, ועשינו כעת דיון על ברכיהו ליפשיץ. כעת נפנה למקורות בהם נראה את הפשרה.

**מקור 7:** **ספר בן סירא** – *"אשר יצלח (ימנה) לו פשרה ורפאות למען יחיה"* – המקור המוקדם ביותר בו מצאנו את המונח "פשרה" כפי שהוא, אחד המקורות העתיקים אחרי התנ"ך. ספר זה מזכיר את ספרי החכמה, כמשלי, קהלת. ספר בן סירא: אשר יצלח לו פשרה ורפאות למען יחיה" – אין הרבה פרשנות על ספר זה, אך איך שלא נהפוך את זה, נבין שהרפואה עליה מדובר – מדובר באדם חולה במחלה קשה שהפתרון שלו הוא חיים, האפשרות שלא יחלים הייתה קשה, ההצלחה מתוארת כ"יצלח לו פשרה" – פעולת ההתרפאות מתוארת כפשרה. זה בסך הכל מחזק את הטענה של המרצה שפשרה קשורה להפרדה, כי כאן פשרה יכולה להתפרש רק כהצלה, הימלטות. לא ניתן לראות שהפשרה משמשת פה לדבר אחר.

כעת נגיע למקורות משפטיים שמשתמשים במונח פשרה.

**מקור 8:** **מכילתא דרבי ישמעאל** (תורה שבע"פ שאוגדת בתוכה מקורות תנאיים, ובניגוד למשנה ולתוספתא שמסודרות לפי הסדרים, המסכתות,המכילתא מסודרת לפי התורה שבכתב) – *"בין איש, זה הדיו שאין בו פשרה. בין רעהו, זה הדין שיש בו פשרה ששניהם נפטרין זה מזה כרעים"* – יש כאן התעסקות במוסד המשפטי של פשרה. בפרשת יתרו מתואר מתן תורה, עשרת הדברות. יתרו מגיע אחרי היציאה ממצרים למפגש משפחתי עם משה – מפגש ראשוני. מיד לאחר מכן יש פרשה משפטית בעקבות הצעה שיתרו מציע למשה – לייסד מערכת מסודרת משפטית, מבחינה פרוצדוראלית באופן בו יש היררכיה בין שופטים זוטרים לבכירים יותר. הפסוק מדבר על זה שכשיתרו שואל את משה: מה אתה עושה? אתה שופט את העם לבדך ודן את העם?! בעקבות התמיהה הגדולה הוא אומר שזה לא יעבוד כך והוא חייב למנות שופטים ולייסד מערכת משפט. בפסוק המובא, השופט אומר ליתרו: "ושפטתי בין איש ובין רעהו" – הפסוק כשלעצמו מתאר מצב שלכאורה לא צריך לפרשו – אני שופט בין איש ובין רעהו. המדרש לפנינו בא להגיד שאותה פעולה של שפיטה יכולה להיות בין אנשים ויכולה להיות בין רעים. כמובן מה שמעניין אותנו זה לא מקרה בו זרים באו למשפט, או חברים באו למשפט. השאלה היא איך האנשים יצאו מהמשפט – כאנשים שלא מדברים אחד עם השני, או כרעים. על שני מודלים אלה של יישוב סכסוך אומר המכילתא דרבי ישמעאל: בין איש – זה הדין שאין בו פשרה, בין רעהו – זה הדין שיש בו פשרה, ששניהם נפטרין זה מזה כרעים. הוא מספר לנו שיש אפשרות לסיים את הדין בלי פשרה ואז יש לנו "איש" – צורה מנוכרת של אנשים שאין להם אחד עם השני שום דבר, ואולי אף לא רוצים שיהיה משהו ביניהם, לבין דין בו יש פשרה והם נפרדים זה מזה כרעים – הוצאנו אותם כרעים. כשקוראים את המקור הזה אנו מבינים שאמרו: יש דין עם פשרה, ויש דין בלי פשרה. המילה פשרה אומרת לנו מה האופן בו אנשים האלה יוצאים – איך טיפלנו בהם ובסכסוך שלהם; מה האיכויות של יישוב הסכסוך שסיפקנו לאנשים הללו.

**מקור 9:** **ספרי** (מדרש הלכה בספר במדבר) – *"אמר לו אם לאו מה אתה אומר אמר לו הריני הולך ומפייסם אמר לו עד שאתה כאן אני אומר לך שאין שומעים לך כיוון שהלך משה אצלם אמר להם היד ה' תקצר הן הכה צור ויזובו מים ונחלים ישטופו הגם לחם יוכל תת אם יכין שאר לעמו (תהילים עח כ) אמרו פשרה היא זו אין בו כח לתת אלינו שאלתינו"* – נקודת מבט נוספת על המונח פשרה: התייחסות לפרשייה הכאובה בה העם רוצה לקבל בשר ומשה, אותו מנהיג שכל הזמן מוכן לשאת אותם ולהיות מוכן סבלני כלפיהם, והם רק רוצים חומר – בשר, הוא לא מסוגל יותר, והמדרש מנסה להיכנס לרבדים הסמויים של הפרשייה. אומר המדרש: אלוקים אומר למשה: מה אתה מציע? אמר משה: אני אפייס אותם. אמר לו: עד שאתה כאן אני אומר לך שהם לא שומעים לך, למה תלך? כיוון שהלך משה אצלם - הוא מנסה להרגיע את העם ואומר להם: אתם לא מאמינים שאלוקים יכול לתת לכם מה שאתם צריכים? המדרש מצטט פסוק מתהילים. והעם שומע שמשה מנסה להרגיעם, והם אומרים: זו פשרה, אין בה כח לתת לנו את שאלתנו. העם עושה בדיוק מה שאלוקים אמר שיקרה – זורק את משה ואומר שאין לו כח לתת מה שהם רוצים. איך נכנסת כאן הפשרה? הם אומרים: אנו רצינו רק דבר אחד ואותו הוא לא נותן לנו. משה מנסה לעשות כאן איזושהי פשרה – הוא מנסה בעצם לייצר איזושהי הימלטות מהמצב, ניסיון לטפל לא במה שאנו רוצים, אלא לטפל בנו, ואנו לא רוצים שתטפל בנו, אנו רוצים את הבשר! הוא מנסה לטפל בבעיה, בסכסוך, לרדת לעומק העניין ומשם להוציא את הפתרון.

בשיעור הבא נתחיל לעסוק במקור 10 שהוא פתיחת הסדר הרגיל של השיעורים – הבנה משפטית של הפשרה. הוא פותח מחלוקת קיצונית בין 2 גישות של חכמי המשפט העברי ביחס לפשרה. דעה אחת דוחפת את הפשרה ומעודדת אותה, ודעה שמתנגדת מאוד לפשרה.

**לקרוא מאמר של ברכיהו ליפשיץ.**

**שיעור 2 – 28.03.17**

נפתח את השיעור במבט על מה שברכיהו ליפשיץ מציע במאמרו. נתייחס לזה מהתפיסה הלשונית – ברכיהו ליפשיץ הוא פרופ' למשפטים שהנושא הלשוני מאוד מאוד מעסיק אותו והוא מציע במאמרו שהדיבור המרכזי, התוכן המרכזי התמציתי של המונח פשרה בא לדבר איתנו על **הסכמה**; העובדה שבמרכזה של הפשרה עומדת ההסכמה. אילו היינו אומרים משפט כזה לפני שסטודנטים למשפטים, הם היו אומרים: ברור, מובן מאליו – כאשר הליך, סכסוך בין צדדים מנותב אל פשרה, מכל סוג שהוא; גישור, פשרה ודומיהם, אנו פונים להסכמת הצדדים – כך זה היום במשפט האזרחי, כאשר מערכת המשפט בישראל מחפשת את הדרכים לייעל את הדיון, לחסוך בזמן שיפוטי. אם אנו עושים מיפוי של טיפול בהליכים אזרחיים, תביעות עד 75,000 ₪, מנותבות לסדר דין מהיר. תיקים של מעל 75,000 ₪ שהם לא הולכים לסדר דין מהיר, מתקן התקנות יצר פרוצדורה לגביהם שאומרת שלפני שהם זכאים ללכת לביהמ"ש הם צריכים לבדוק אפשרות שהסכסוך מתאים לפתרון באמצעות גישור. בפעול זה לא מתממש, אבל על הנייר לפחות, כל תיק של מעל 75,000 ₪, הצדדים אמורים להיפגש לפני מגשר, "פגישת מהו"ת", במטרה שהמגשר יסביר לצדדים מה ניתן לעשות איתם באמצעות הגישור ואולי הסכסוך לא יצטרך להעמיס עצמו על ביהמ"ש. החובה בסיפור הזה היא רק עצם הפגישה עם המגשר; אף אחד לא מעלה על דעתו שניתן להכריח את הצדדים לסיים את הסכסוך באמצעות גישור. זה מחזק את האינטואיציה שלנו שהסכמה זה בייסיק בעניין הגישור; אם אין הסכמה כל אחד עומד על זכויותיו שעל פי הדין ורוצה לקבל את כל מה שמגיע לו, או פסק דין, ובלי הסכמה לא יהיה שום דבר. הרעיון של הסכמה סביב הגישור, הפשרה, הוא נראה לנו לגמרי אינטואיטיבי ומובן מאליו. במהלך הקורס נראה שהוא לא לגמרי כזה.

ברכיהו ליפשיץ, אחרי שאומר לנו שמדובר בהסכמה, צריך לפנות למקורות המשפט העברי ולראות שאכן המונח "פשרה" קשור בטבורו להסכמה. בגישה הלשונית, לא ניתן סתם לומר "כיוון שברור שפשרה טעונה הסכמה, זה המובן של פשרה". ברכיהו ליפשיץ עושה כמה ניסיונות (שבעיני המרצה לא משכנעים עד הסוף), להראות שהמקורות שלנו תפסו את הפשרה כ"הסכמה" – זה טורף העניין. כרגע לא נתייחס לחלק הזה במאמר.

מה תוכן ההסכמה? אתה אומר "הפשרה היא הסכמה", ואז עולה השאלה: הסכמה למה? מה בעצם הדבר שהצדדים מסכימים אליו?

ההסכמה היא הסכמה למסלול; יש מסלול שנקרא דין, בו ביהמ"ש פוסק עפ"י הדין, וההסכמה בסיפור של פשרה היא הסכמה למסלול אחר. ברכיהו ליפשיץ אומר תפיסה שהיא מפתיעה בעיני המרצה: לבוא ולומר, שכשאנו באים ואומרים שאנו מסכימים לפשרה, התוכן של ההסכמה היא שאנו אומרים: אנו לא באים אליך כי יש לך סמכות עלינו, כי אתה דיין במשפט העברי; כי אז לא צריך הסכמה, וניתן לכפות מכח הסמכות, אלא אנחנו בוחרים בך כדי שאתה תדון אותנו. ברגע שאמרנו את זה, שעיקר ההסכמה היא זה שאנו בוחרים בך שתדון בנו, אז המושג הכי קרוב למה שדיברנו עליו זה **בוררות** – הצדדים אומרים: אנחנו רוצים לבחור את האישיות שתדון אותנו – אנחנו בוחרים לא להיות כפופים לשופט שכופה עצמו עלינו, אלא אנו בוחרים את האישיות שתדון אותנו. ליפשיץ לא מסתפק בזה, כי בוררות יש גם במשפט העברי, והסוגיה לא מדברת על בוררות אלא על פשרה, ולכן אומר ליפשיץ שכאשר אנו בוחרים במסלול לבוא ולהתדיין בפני הדיין, זה יכול להיות אותו דיין שידון בעוד רגע עפ"י הדין, הדין הוא דין אלוקי שמקורו, בתפיסה דתית שאומרת: אלוקים הוא זה שמנביע את הדין; הפשרה היא בדיוק ההיפך – המקום בו הצדדים אומרים לדיין: אנחנו הולכים לדין אנושי – אתה תדון אותנו מתוך הדין שאתה תאמר, לא מתוך הדין האלוקי, אלא האנושי. אך נשאל את ליפשיץ בסיום קריאת המאמר: אנחנו הולכים לבי"ד; פעם אחת לדין, ופעם אחרת לפשרה, פעם אחת לדין האלוקי, ופעם אחת לדיין שידון עפ"י תפיסתו, הרי מה ההבדל בתוצאה? התוצאה תהיה אותה תוצאה. זה עולה בצורה ברורה במאמר, הוא מבין שאין הכרח שהתוצאה תהיה שונה בדין ובפשרה. אז נגיד: זה לא הסיפור שאנחנו מכירים בו התוצאות שונות לחלוטין בדין ובפשרה. ברגע שברכיהו ליפשיץ אומר שהדין והפשרה במ"ע יכולים להיות בדיוק אותו דבר אלא שההבדל הוא מקור הדין והסמכות, אנו מבינים שיש פה דבר חדש.

למה להמציא דבר כזה? קשה לנו לחשוב שהיום אנשים ישקיעו מאמץ רב מאוד כדי ליצור מסלול מקביל כאשר אין הבדל בתוצאה. מה הצורך לעשות דבר כזה בעיניים של ליפשיץ? מה הדבר שאנו מקדמים כשאנו מייצרים מסלול נפרד לגמרי שהתוצאה בו זהה לגמרי? למה לעשות את זה? הרי מדובר באנשים שבחרו לפנות לדיין הזה – התורה בוודאי רוצה דיין זה, ואם הנתבע לא ירצה פשרה, הוא יצטרך לדון עפ"י הדין – רק אם הצדדים יסכימו לעבור מכסא של דין לפשרה, תהיה פשרה. מי ירוויח מזה? בתפיסה של ברכיהו ליפשיץ, איך הם יצאו יותר זה מזה כרעים אם התוצאה היא אותה תוצאה? בכל התיאור של ליפשיץ לדיין אין שום מקום בו הם מחפשים להוציא את האנשים "איש אל רעהו". התוצאה אותה תוצאה, ההליך אותו הליך, אפילו קיצור ההליך לא קורה שם. [נקיים את הדיון סביב זה בהמשך].

בשטר בוררות ניתן לקבוע עפ"י איזה דין יפסוק השופט. השאלה "על פי מה הבורר ידון", במוסד הבוררות היא פתוחה להסכמת הצדדים. ליפשיץ מבין שדווקא על הנושא של איך ההליך יתרחש, זה לא אישיו, כי תוצאתו תהיה זהה לתוצאה שתתקבל על פי הדין.

יש אצל ליפשיץ מוטיב – הוא שם ערך על השולחן ואומר: זה הערך המרכזי שכדי להבין את הפשרה צריך להבין את הערך הזה. [נחזור לזה בהמשך].

**המקור המכונן של הפשרה במשפט העברי:**

**מקור 10: תוספתא סנהדרין [כ"י וינה] פרק א** - *ר' אליעזר בנו של ר' יוסי הגלילי או' כל המבצע הרי זה חוטא המברך את המבצע הרי זה מנאץ לפני המקום, שנ' ובוצע ברך נאץ י"י, אלא יקוב הדין את ההר, שכן משה אמ' יקוב הדין את ההר. אבל אהרן הוא עושה שלום בין אדם לחבירו שנ' בשלום ובמישור הלך אתי וגו'*

הפשרה במשפט העברי לא נמצאת במשנה. בתקופת התנאים ה-מקור החשוב ביותר הוא המשנה, ואנו מגלים שהפשרה לא נמצאת בחיבור ה"משנה", היא לא מוצגת שם, הדיון לגביה לא מתרחש. יש פעם אחת בכל המשנה שמופיע המונח "פשרה", וגם שם הוא מופיע בהקשר. זו שאלה שאולי נציע לגבי הבנה – למה המושג מופיע רק בתוספתא ולא במשנה. א"כ, המושג פשרה מוצג תחילה ע"י ר' אליעזר בנו של ר' יוסי הגלילי.

נתחיל מהחלק האחרון של הדברים – ר' אליעזר אומר *" ייקוב הדין את ההר"* – הביטוי הזה מוכר לנו גם מהשפה העברית, בלא מעט פס"ד, ור' אליעזר אומר שזה מה שהדיין צריך לעשות – ללכת בדרך של ייקוב הדין את ההר. למה? מה מחייב אותנו לדרך הזו? משה, שאמר כך. אין לנו עוד מקורות שמספרים על מסורת שמשה אמר "ייקוב הדין את ההר" – הוא מביא לנו מסורת עתיקת יומין- משה שהתחיל את כל ההליך בפני ביה"ד הוא אמר: ייקוב הדין את ההר, ואנו הולכים בדרכו. זו משנתו של ר' אליעזר שדיין צריך לפסוק עפ"י דין.

מה משמעות הדימוי: "**ייקוב הדין את ההר**"?

* נניח יש פה מחלוקת בין הצדדים שהיא הדימוי של ההר, ניתן לטפלה בדרכים שונות, והוא אומר: ייקוב הדין את ההר. מה הכוונה? אנשים שפוגשים בהר, מנסים למצוא קיצור, למצוא מעקפים. הוא אומר: כשאני נפגש בהר אני הולך בדרך שלי בלי וויתורים – כל השימוש בביטוי הזה, כפי שהמרצה מבין אותו, זה דרך לומר שכל דבר שאתה עושה בביה"ד אם אתה לא פוסק עפ"י הדין, זה בעצם לעשות מעקפים של הדבר הנכון. הוא מודע לזה שזה לא תמיד קל, לפעמים לעשות את הדין זה הרבה יותר קשה, לברר את העובדות וסוגיה משפטית במקרים קשים – זו הסיבה שהשופט אומר: אם אפשר להביא לפשרה, למה לעשות את כל הדרך הארוכה הזו? והוא אומר: לא, כך אתה צריך לפעול, כל דרך אחרת שתבחר בה תהיה עקומה. זו פעולה מאוד קשה, אך אף על פי כן, תעשה את זה.
* פרוש קדום ל- *"ייקוב הדין את ההר"* – הפירוש של "ייקוב" זה לא במובן של נקב, לחורר, אלא מלשון "ערך נקוב", או "לנקוב בשם" – לציין בצורה מפורשת, לפרש. ר' אליעזר אומר כאן משהו על טיבו של הדין ביכולת לברר, לפרש – ייקוב הדין את ההר זו יכולת מיוחדת של הדין ליקוב, לפרש, לברר את הדברים; ייתכן שבמטפורה הזו ההר הוא בכלל לא הר פיזי, אלא הר כמטה-פיזי, (הר סיני) שצריך לטפל בו בצורה בה הדברים יתבררו. אם נעשה את הדין, אנחנו בעצם מבררים, מפרשים, מגיעים את חקר האמת – ועל זה אסור לנו לוותר. האידיאולוגיה הזו אומרת שלדין יש תפקיד מאוד מאוד חשוב בחברה שלנו; אנו מדברים על עם שקיבל תורה וצריך ללמוד אותה וליישמה – פסקי הדין מאפשרים לנו לפרש וליישם את התורה- פסקי הדין הם חלק מהבנת ויישום המשפט. ר' אליעזר אומר: ככל שאנו הולכים יותר לכיוון של פשרה, טיפול באמצעות פיצוח האינטרסים של הצדדים, לקרב ביניהם, פתרונות עוקפים – אנו לא מבררים את הדין והנורמה שצריכה לחול במקרה זה, אלא אנו פותרים את הסכסוך ומקרבים בין אנשים, אך לא מבררים את הדין. אנו מתחילים לראות את האידיאולוגיה של ר' אליעזר.

בפתיח של דברי ר' אליעזר, הוא אומר: *כל המבצע הרי זה חוטא* – כינוי נוסף לפשרה במ"ע – לבצע – הפועל הזה, התנאים השתמשו בו בשימוש נלווה, או אפילו אולי יחידני ל"פשרה". אומר ר' אליעזר: כל המבצע הרי זה חוטא. הוא לא מסתפק באמירה שמבצע הוא חוטא, אלא חשוב לו לומר שגם מי שמברך, מעודד את המבצע, הרי הוא מנעץ לפני המקום – נעץ ה'. הפסוק הזה בפשט לא עוסק במי שמבצע במובן זה של עשיית פשרה, אלא עוסק במילת גנאי של "בצע", "גזלה", והפסוק הזה גויס כאן כדי לחזק את הטענה כנגד הפשרה במ"ע. זה נראה שלר' אליעזר הייתה אג'נדה, מאבק אימתני מול גישה שבצבצה לנגד עינו. נראה שהוא ידע מה הולך לקרות, כי הגישה החולקת על ר' אליעזר, היא זו שקנתה את ההצלחה ונפסקה להלכה במשפט העברי – כנראה הייתה כאן תהפוכה; זה נראה שיש כאן חילול הקודש – לקחת את המקום המקודש, בית הדין, המקום בו פוסקים עפ"י הדין [כשיתרו שואל את משה ושואלו מה עושה, הוא עונה שיושב מול העם שבא לשאול אותו "דבר אלוהים"] – הרעיון להכניס למקום סטרילי זה את הפשרה, זה מרגיש כמו חילול הקודש. יש לזה התנגדות מאוד קשה שר' אליעזר יוצא נגדה. מאוד יכול להיות שר' יהודה הנשיא, מחבר המשנה, נמצא במחנה של ר' אליעזר ולכן הוא לא נותן מקום בכלל במשנה לגישה הזו של לעשות פשרות בביה"ד – זו ספקולציה שאין לה הוכחה ממשית. יש כאן לא סתם דיבור על מותר-אסור, אלא איזשהו מאבק על תפקידו של ביה"ד, מעמדו – זה מה שבוער ומבעבע מתוך הטקסט הזה שמצמיח את המחלוקת הקוטבית הזאת ביחס לפשרה במשפט העברי.

בעולם האמיתי, רוב הסכסוכים לא נפתרים בפס"ד. השאלה היא: למה בעצם ר' אליעזר מתנגד? יבואו אליו 2 אנשים/חברים שיש ביניהם מחלוקת נוקבת על 100,000 ₪, כל אחד אומר: אם זה מה שהדין אומר: אין לי שום וויכוח איתך. באים שניהם לר' אליעזר ואומרים לו: חשבנו שאולי במקום להתחיל לברר את זה בדין תורה, כי ברור שבסוף תהיה תשובה, אם שנינו מסכימים שנחתוך את הסכום בינינו, נעשה פשרה כלשהי ונסכים עליה, ר' אליעזר אומר: לא! אתם לא תתפשרו, זה מנוגד לאידיאל. האם עד שם הולך ר' אליעזר? התשובה היא מתוך הטקסט: אותו ר' אליעזר שהולך לאידיאולוגיה מאוד מאוד חזקה גם באמירה "ייקוב הדין את ההר", גם בהתנגדות הנוקבת שלו נגד הדעה שבעד פשרה, הוא עצמו אומר: משה, יש לו מסורת שהיה אומר "ייקוב הדין את ההר", ומסורת נוספת – אהרון אחיו היה עושה שלום בין אדם לחברו – ז"א, אותו ר' אליעזר אומר לנו שאין לו שום בעיה עם הרעיון של לעשות שלום בין אנשים מסוככים אחד עם השני; לא רק לפייס אלא גם לפתור סכסוכים כולל כאלה שצריך להגיע בהם להסכמות לגבי ממון. ע"י השלום אנו מייצרים מישור. לר' אליעזר אין בעיה עם הדבר הזה. כעת נחה דעתנו שר' אליעזר לא כזה קיצוני; אין לו התנגדות קיצונית ליישוב סכסוכים בדרך של פשרה. הוא מציין 2 מסורות, של משה ושל אהרון.

איפה עובר הגבול? מה התיחום בין עולם הדין ועולם הפשרה במושגים של ר' אליעזר?

יש 2 פרשנויות לגבולות של האיסור לבצוע מצד אחד, ומן הצד השני מה שאהרון עשה מצד שני:

דף מקורות 2:

א**. רש"י מסכת סנהדרין דף ו עמוד ב** - *אסור לבצוע - משבאו לדין אסור לדיינים לבצוע* – האיסור החמור עליו ר' אליעזר מקפיד, הוא רק "משבאו לדין" – אם הם באו לדין, זה כדי לברר את הסכסוך שלהם בדיו, מאותו רגע הדיינים חייבים לנהל את הדיון עד פסה"ד. כלומר השופט אמור לפסוק עפ"י הדין ולא לנסות ליישב סכסוכים בדרך אחרת. *אבל אהרן אוהב שלום ורודף שלום - וכיון שהיה שומע מחלוקת ביניהם, קודם שיבואו לפניו לדין היה רודף אחריהן, ומטיל שלום ביניהן* – יש כאן אווירה של כפר, עיירה; אהרון שומע שיש מחלוקת, מריבה, ולכן קודם שיבואו אליו אל הדין הוא היה רודף אחרי האנשים. אהרון הוא גם בסנהדרין, ויש לו מוטיבציה לא לשבת על כס השיפוט ולחכות שיבואו לדין שאז מחויב לפסוק על פי הדין, אלא הוא רודף אחרי המסוכסכים ופותר את הסכסוך עוד לפני שיגיעו לביה"ד - זו הפרשנות של רש"י לתיחום אצל ר' אליעזר בין הדיין היושב בדין, לבין אותו דיין עצמו שרץ אצל המסוכסכים להשכין ביניהם שלום – שאז אין שום בעיה עם זה (מחוץ לביה"ד, ולפני שבאו לפניך לדין). עולה מתוך דברי רש"י 2 הדגשים: 1. המקום – זה שאנו נמצאים בהיכל המשפט, הדין – זה אומר שיש כאן מקום רק לדין ולא למשהו אחר שמחלל את קדושת הדין, 2. אין לו בעיה עם זה שאותו אדם שמייצר את הדין, הדיין, יישב את הסכסוך בדרך אחרת בתנאי שיפגוש אותם מחוץ ל"היכל" לפני שבאו לפניו.

ב. **תוספות סנהדרין דף ו עמוד ב** -  *אבל אהרן - פי' (פירוש) כיון שלא היה דיין ולא היה הדין בא לפניו אלא לפני משה ודאי לדידיה* (בשבילו) *שרי* (מותר) – לפי תוספות, אהרון יכול לעשות יישוב סכסוכים שלא עפ"י הדין כי הוא לא דיין. משה מייצג את הדין, הוא הדיין. אהרון הוא לא דיין ולכן יכול לעסוק ביישוב סכסוכים – יש לו היתר לעסוק ביישוב סכסוכים שלא עפ"י הדין, אולם משה, וכל מי שדומה לו – כל הדיינים, לא יכולים לעסוק ביישוב סכסוכים שלא עפ"י הדין.

הדרך היחידה בה אם צדדים רוצים במהלך דיון להגיע לפשרה, היא שהם יצאו משם ויפנו למישהו אחר – זה לא יקרה בתוך כתלי ביהמ"ש כי לפי ר' אליעזר זה דבר אסור.

עד כה ליבנו את דברי ר' אליעזר, כעת נפנה להמשך מקור 10, לגברי ר' יהושע:

**מק' 10: תוספתא סנהדרין [כ"י וינה] פרק א -**  *… רבי יהושע בן קרחה או' מצוה לבצוע, שנ' (זכריה ח') אמת ומשפט ושלום שפטו בשעריכם. והלא כל מקום שיש משפט אמת - אין שלום, וכל מקום שיש שלום - אין משפט אמת. אלא אי זהו משפט שיש בו שלום - הוי או' זה ביצוע. וכן הוא אומ' (שמואל ב' ח') ויהי דוד עושה משפט וצדקה לכל עמו, והלא כל מקום שיש משפט - אין צדקה, וכל מקום שיש צדקה - אין משפט, אלא אי זהו משפט שיש בו צדקה - הוי או': זה ביצוע.* – ר' יהושע בן קרחה הוא זה שתפס את הדעה שנקבעה להלכה במשפט העברי. הוא אומר: מצווה לבצוע, לא רק שזה לא חטא, זה מצווה. הוא מבסס את דבריו על מה שנאמר בתנ"ך בזכריה: *"אמת ומשפט ושלום שפטו בשעריכם"* – יש כאן פנייה אל השופטים בה מגדירים את תפקיד השופטים. הוא מציע הצעה פרשנית לפסוק הזה; הוא לוקח את המושגים: אמת, משפט, שלום ושואל: והלא כל מקום שיש משפט אמת, אין שלום - בכל מקום בו עסוקים בדבקות קנאית למשפט ובבירור האמת – במקום כזה אין שלום, וגם ההיפך נכון: כל מקום שיש בו שלום, אין בו אמת. או שאתה מעוניין באמת מוחלטת ובמשפט שלם, או בשלום – אלו 2 דברים. אחרי שהוא שואל את השאלה הזו הוא מציע הצעה: כאשר באים ואומרים: אנו רוצים גם וגם; גם לעשות משפט אמת וגם לא לזנוח את האפשרות להביא לשלום בין הצדדים, הדבר הזה נקרא "ביצוע" – הגם וגם, לא לוותר לגמרי על שאלות משפטיות ובירור האמת, אך גם לא לוותר לגמרי על ניסיון לעשות שלום בין הצדדים. וזה מה שהנביא זכריה אומר לצדדים לעשות, ואם כך, אז מצווה לבצוע. מה שר' אליעזר אמר שאסור לעשות וזה מהווה חטא, ר' יהושע רואה בזה כמצווה. ר' יהושע בן קרחה מכניס להיכל המשפט, למקום המקודש הזה - מצווה לדיין לנסות לעשות שלום בין הצדדים. השאלה איך עושים את זה, מה ר' יהושע מתכוון כשהוא אומר לחבר בין הדברים שלא הולכים יחד – נשאיר אותה כרגע פתוחה. לפחות, ברמה המושגית, הוא אומר שהוא רואה בפשרה שילוב של עשייה שלא מתעלמת מהמשפט, מבררת את האמת אך גם לוקחת בחשבון את הרצון להביא את הצדדים לידי שלום. ר' יהושע הולך לפסוק נוסף – מספר שמואל ב', פסוק שמתאר את התקופה הכי אידילית שהייתה בתקופת דוד המלך; התנ"ך מתאר את דוד: "*ויהי דוד עושה משפט וצדקה לכל עמו"* – ר' יהושע נתפס למושגים של "משפט" ו"צדקה" – ואומר: איך ניתן לומר שדוד עושה גם משפט – נותן לכל אחד מה שמגיע לו, ומצד שני לומר שהוא עושה צדקה. אם היינו צריכים להיות פרשנים של הפסוק הזה, היינו יכולים לומר שייתכן ומדובר בפעולות שונות. ר' יהושע מחפש פרשנות שתחבר את המושגים החדשים שלו – יש אפשרות לביה"ד לעשות גם משפט וגם צדקה, לא או זה או זה. המונח "ביצוע" (שנכנה אותו פשרה), בשתי הדרשות האלה הוא רוצה לעשות "משפט ו": "משפט ושלום", "משפט וצדקה" – 2 המשמעויות הולכות לכיוונים לכאורה שונים; אם חושבים על שלום בין אנשים, זה דבר מאוד סובייקטיבי והיכולת לפייס או להביא אנשים למקום בו המרחק ביניהם יהיה פחות גדול על רקע הסכסוך שביניהם – זה משהו סובייקטיבי מאוד – עוזבים מונחים של משפט, חובות, דין וחושבים איך ניתן לעשות שלום ביניהם; מצד שני, ה"צדקה" – זו לא צדקה לעני, אלא זו נגזרת של המונח צדק – יש את הצדק המחייב על פיו פועל הדין, והצדקה זה משהו מעבר – מושגים שיכולים להתלכד עם "צדקה" במובנה כאן: "לפנים משורת הדין" – במסגרת פשרה השופט לא נעצר בדיוק על הנק' של המשפט – יש כאן מקום ללכת מעבר לזה ביחסים בין האנשים האלה, ובזה הוא עושה גם צדקה. מצד אחד הוא רוצה שיהיה מקום למשפט, לבירור העבודות – הוא רוצה את המשפט, אך שגם יהיה חופש לשופט להביא לידי ביטוי את השלום.

הפשרה שנחשפנו אליה היום במ"ע היא פשרה ערכית, במובן זה שהיא מאוד שונה מפשרה שאנו רואים בבימ"ש בישראל בה הערך העליון שמככב הוא יעילות, חסכון בזמן וכדו'.

**שיעור 3 – 4.4.17:**

**מומלץ ללמוד מסיכום נוסף:**

אנחנו נמשיך משתי הנק' משיעור שעבר:

* עצם ההיכרות, החשיפה לעובדה שבמשפט העברי העניין של הפשרה או בשמו המקורי הביצוע נתון למחלוקת אידיאולוגית, ויותר מזה ראינו שהסגנון מלמד על כך שהנושא הוא מאוד עקרוני ומרים את הטונים לטונים שאנו לא מכירים.
* אומנם הדעה של ר' אליעזר בנו של ר' יוסי הגלילי שאומר שאסור לעשות פשרה ואפילו קורא למי שעושה פשרה חוטא, אבל מצד שני הוא אומר אין שום דבר נגד יישוב סכסוכים בדרכי שלום, כלומר האידיאולוגיה שלי מוסדית, כלומר מה שחשוב לו זה העיצוב מבחינה מוסדית. ר' אליעזר אומר שאין מצב שבתוך ביה"ד יעשה דבר אחר מאשר הליך שיפוטי מלא שבסופו פס"ד, והראיה לכך ששר' אליעזר בעצמו אומר שאהרון מהווה מודל של יישוב סכסוכים בדרכי שלום.

היום נלך לאורך המקורות שיעזרו לנו לחשוף מה בעצם עומד ביסוד האידיאולוגיה הזו של ר' אליעזר, כאמור הדעה שמתנגדת לביה"ד.

**דף מקורות 2:**

*ג.*

*ת אלא יקוב הדין את ההר שכן משה היה אומ' יקוב הדין את ההר*

***ב אלא: יקוב הדין את ההר, שנאמר כי המשפט לאלהים הוא, וכן משה היה אומר יקוב הדין***

***את ההר***

*י אלא יקוב הדין את ההר כשעשה משה*

התוספתא שהיא מקור תנאי היא הבסיס למ"ע. כאשר אנחנו מוצאים את התלמוד הבבלי והירושלמי, הסוגיות בהן מבוססות על התוספתא דברי התנאים. אם אנחנו משווים אנחנו רואים שבתוספתא בקטע המצוטט של ר' אליעזר שאסור לבצוע דנו בשיעור שעבר וכך גם ביקוב הדין את ההר.

בחלק של הירושלמי הטקסט מאוד דומה, לירושלמי יש גישה מעט שונה, הוא מתכוון כפי שעשה משה. אבל התלמוד הבבלי מוסיף לנו משפט נוסף ואומר שנאמר כי המשפט לאלוהים הוא. התוספת הזו של הבבלי נותנת לו בעיניים של התלמוד הבבלי שהאידיאולוגיה של ר' אליעזר שהוא אומר שהדיין חייב ללכת בדרך של ויקוב הדין את ההר, זה הבסיס למשפט "כי המשפט לאלוהים הוא". זו תוספת שאומרת שהטיעון הזה שאומר "יקוב הדין את ההר" מבוסס על פסוק שמצוטט ואומר כי המשפט לאלוהים הוא, ואנחנו צריכים להבין מה התלמוד הבבלי מספר לנו כאן. ברור שיש פה הפניה לכך שהמשפט לאלוהים ולא משהו אחר, כיוון שהמשפט לאלוהים, הדיין חייב ללכת בדרך של "יקוב הדין את ההר".

אנחנו ננסה להבין מה הטיעון שעומד בבסיס הדיבור של התלמוד הבבלי באמצעות המקור הבא:

*ד. תוספתא, סנהדרין א, ט.*

*יהו הדיינין יודעין את מי הם דנין ולפני מי הן דנין ומי הוא דן עמהם ויהיו העדים יודעים את מי הם מעידין ולפני מי הן מעידין ועם מי הם מעידין ומי הוא עד עמהם שנ' (דברים יט יז) ועמדו שני האנשים אשר להם הריב לפני י"י ואומ' (תהלים פב א') אלהים נצב בעדת אל בקרב אלהים ישפוט וכן הוא אומ' ביהושפט (דבה"י ב' יט) ויאמר אל השפטים ראו מה אתם עושים כי לא לאדם תשפוטו[[1]](#footnote-2) ושמא יאמר הדיין מה לי בצער הזה והלא כבר נאמר (שם) ועמכם בדבר המשפט אין לך אלא מה שעיניך רואות*

התוספתא לא מגלה לנו את התוספת של ההסבר, אבל הקטע סמוך למחלוקת של ר' אליעזר ור' יהושע בן קרחא הוא בעל הדעה שלא רק שאין איסור לעשות פשרה, אלא מצווה לבצוע. זו הדעה שתעסיק אותנו יותר במהלך הקורס, וזו הדעה שהמ"ע אימץ להלכה. מקור זה מעניין מכיוון שהתוספתא מביאה בעצמה בסמוך למחלוקת של התנאים סביב הפשרה, אנחנו למדים מהקטע הזה על מעמדו של הדין.

התוספתא אומרת *יהו הדיינין יודעין את מי הם דנין ולפני מי הן דנין ומי הוא דן עמהם* יש כאן שורה של אזהרות, המרצה מדמיין את הטקסט כמעמד של השבעה של שופטים חדשים לכס השיפוט, אומרים להם שהתפקיד שלהם זה לדעת את מי הם דנים, לפני מי הם דנים ומי דן עימהם. בהמשך הוא עובר לדבר על שחקנים אחרים בעולם המשפט וזה עדים, היכולים להכריע בעדותם את המשפט. כאשר יש שני עדים שעדותם כשרה הדיין חייב לפסוק לפי עדותם. יש שרשרת שאלות כלפיי הדיינים וכלפי העדים. למה הכוונה "הוא דן עימהם"? – אנחנו רגילים במשפט המודרני שברוב הערכאות יש שופט אחד שעושה משפט, כשיש ערעור אז בהרבה ערעורים זה שלושה שופטים, בביהמ"ש העליון זה גם במרבית הפעמים שלושה, המשפט העברי לא מכיר את זה, במשפט העברי המושג של בית דין זה הרכב של מינימום 3 שופטים בדיני ממונות ו-23 בדיני נפשות. כששואלים אותם מי דן עימהם, למה הכוונה בכך? – התשובה ממהרת לבוא, התורה מתארת בדברים את ההליך השיפוטי שבעיני בשר ודם זה נראה בדיוק כמו הליך שיפוטי מודרני בו יש בעלי דין שעומדים לפני השופט, אבל זה כל מה שיש שם, אלא הם עומדים מול ה'. התפיסה במקרא שהדיון מתבצע לפני האלוקים. הפסוק הנוסף הוא מתהילים: יש כאן כפל של המילה אלוהים, לפיו אלוהים ניצב יחד עם עדת האל ובקרב אלוהים ישפוט- שזה מתייחס לדיינים, לשופטים. המוזר הוא שלוקחים את שם האלוהים גם לשופטים. לקחת את השם של אלוהים ולשים אותו עם השופטים, כך שפעם אחת הכוונה לה' ופעם שנייה לשופטים, ומה שכתוב כאן הוא שאלוהים שופט בקרב השופטים – יחד עם השופטים הוא שופט. אם זה לא מספיק, הוא מביא פסוק מדברי הימים – *" ויאמר אל השפטים ראו מה אתם עושים..."* – הסיומת של הפסוק לא מופיעה בתוספתא. הפסוק מסתיים "כי לא לאדם תשפוטו... אלא", הוא אומר לשופטים שאתם לא שופטים את האנשים שלפניכם, אלא אתם שופטים את אלוקים. עד עכשיו ראינו שאתם עומדים לפני אלוקים כשאתם שופטים, וגם אלוהים שופט איתכם- "בקרב אלוהים ישפוט". הפס' הזה אומר שהשופטים כאשר הם שופטים הם שופטים לפני ה'. כל הפס' הללו באים להטיל אחריות מוגבלת על השופט. כל הקטע בא להראות שזה לא משהו חברתי, זה לא משחק, אלא תדעו לכם שבעלי הדין שבאים לעבוד הם עובדים לפני ה', אלוהים שופט איתכם, ולא רק זה שאלוהים שופט איתכם, אלא כי לא לאדם תשפוטו כי לה', כלומר הכוונה היא לא לאדם תשפוטו, אתם לא שופטים בשביל האנשים לפניכם, אלא אתם שופטים בשביל ה'. התבנית הזו "כי לא משהו.." התבנית הזו מאוד שכיחה במקרא, ויש לה בד"כ משמעות מאוד ברורה במובן הזה שהחלק הראשון של הפס' כי לא א' לגמרי, אלא לא רק א'. זאת המשמעות של המשפט הזה. ברור שאתם גם שופטים ששופטים את בעלי הדין שלפניכם, זה לא רק הסיפור, אלא ברור שהשופטים שופטים את האדם ובשבילו, אבל הפס' בא להגיד שזה לא רק זה, אלא יש משהו סמוי מן העין והוא שאלוהים נמצא שם, הדבר הזה כ"כ חשוב שאנחנו חייבים להודיע אותו לש' שידעו את המשמעות של הדבר, זה לא רק עניין חברתי. זאת הטענה שעולה מתוך הפס'.

המהלך שאנו עוסקים בו מנסה להסביר את השיטה שמתנגדת לפשרה. במידה ונבין את ההליך השיפוטי של הפשרה בדין אז נבין את הדעה שאוסרת על הפשרה.

*ה. רש"י דברי הימים ב פרק יט פסוק ו:*

*כי לא לאדם תשפטו - פתרון אל תחשבו בלבבכם לומר מה לנו אם אנו מטים את הדין לזכות את אוהבינו להטות דין דלים ולישא פני עשירים הלא אין המשפט לה' לכך נאמר לה' שלו הוא אם חייבת את הזכאי כאלו נטלת ולקחת משל בוראך ודין שמים עקלת לתת משפט מעוקל לפיכך תראו מה שתעשו והיה לבבכם בכל דין ודין כאלו הקב"ה עומד לפניכם בדין.*

רש"י מציע פתרון לפיו *"אל תחשבו בלבבכם לומר מה לנו אם אנו מטים את הדין לזכות את אוהבינו להטות דין דלים ולישא פני עשירים הלא אין המשפט לה' "* – הקטע הזה אומר לנו שהאחריות החברתית שמוטלת על הש' לא מספיקה בכדי להסביר לבן אדם סביר למה אסור לו לזכות את אוהביו ולהטות של הדין. מפריע למרצה שהיינו יכולים לחשוב שמה זה משנה אם נטה את הדין, שהרי המשפט לה', מכיוון שהוא חושב שגם אדם שלא מתעסק עם ה' יש לו מספיק סיבות טובות ללמה לא להטות את הדין. במילים אחרות, לדעת המרצה, קשה לו לשמוע על כך כי גם אדם שלא מאמין בה' יש סיבות טובות לחשוב למה זה לא טוב להטות את הדין. אם השופט חייב את הזכאי המשמעות היא כאילו נטלת ולקחת משל בואך ודין שמים עיקלת. יש איזושהי מערכת של צדק שמיימית שהאדם מחבל בה. ברגע שהוא פוסק את הדין ומחייב את הזכאי הוא נתן משפט מעוקל, לפיכך והיה לבבכם כאילו הקב"ה עומד לפניך בדין. זה מה שלפי פירוש רש"י אומר יהושפט לשופט. כשאתם יושבים בדין תחשבו שאלוהים נמצא שם איתכם.

אחרי כל המקורות הללו שצובעים בצבעים עזים את זה שאלוהים מלווה את השופט וההשלכות של עיוות דין, אחרי כל זה הסיומת המתבקשת – ושמא יאמר הדיין מה לי בצער הזה והלא כבר נאמר (שם) ועמכם בדבר המשפט אין לך אלא מה שעיניך רואות (ממקור ד) – איזה בן אדם נורמלי היה מכניס את עצמו לתוך הליך כזה. יש פה תגובה טבעית שלא צריך את זה. בסופו של דבר אין לך אלא את מה שעיניך רואות, כלומר אם אתה אדם ישר ושופט לפי מה שעיניך רואות ובהתאם לזה אתה שופט כדין, אז גם אם הראיות לא היו טובות, עבדו עליך וכו' זה לא צריך להטריד אותך, אף אחד לא יעשה איתך חשבון על מה שעיניך רואות. מתוך מבט דתי של נוכחות האלוהים בהליך השיפוטי, ההליך הזה בסופו של דבר מתבצע ע"י אנשים ולא מלאכים וזה מתבצע כך "אין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות". רש"י נותן משמעות יותר מילולית לפיה אתם שופטים את ה' וזאת בניגוד לפרשנות לעיל, כך שאתה מקלקל את היצירה הצודקת שאלוהים מנסה לעשות. אתם שופטים את אלוהים ממש.

יש לנו שני פירושים לכך. העולה מכל האמור כאן שתוך כמה דק' שלמדנו את המקורות האחרונים, אנו מבינים שהמבט של פסק המקרא, אנחנו מדברים על הליך שיפוטי דתי ויש לזה משמעויות ואז אנחנו יכולים להבין את ר' אליעזר. איך זה נראה שאתה יושב בבי"ד של אלוהים ואתה אומר לצדדים בואו נשים את הדין בצד ונעשה פשרה, הרי זה חילול הקודש. יש משפט, המשפט לאלוהים ואתה הש' יושב בשמו של אלוהים לדון אז תעשה את התפקיד שלך. יש פה מוסד שנועד אך ורק בשביל "כי המשפט לאלוהים הוא", ברגע שאתה עושה משהו אחר אז אתה מחלל את המוסד עצמו. זו לא חייבת להיות הפרשנות היחידה. איך אפשר לומר את זה כאשר ר' יהושע בן קרחא אומר שמצווה לעשות פשרה. לכך נגיע בהמשך, קודם נבסס מה נטוע בדעה של מישהו שאומר שביה"ד זה מקום שעושים בו רק דבר אחד, וכל דבר אחר פוגע ומזלזל.

ז. **שמות פרק יח**

ויהי ממחרת וישב משה לשפט את העם …מה הדבר… מדוע…ויאמר משה לחתנו כי יבא אלי העם לדרש אלהים: (טז) כי יהיה להם דבר בא אלי ושפטתי בין איש ובין רעהו והודעתי את חקי האלהים ואת תורתיו:

הפס' הללו שנראה במקור ז' מציגים את המקום שבו צומח המשפט בישראל, בתוך הפרשה המפורסמת של מתן תורה. יתרו, חותן משה מגיע אל המדבר לפגוש את משה, זה היה אחרי שיצאנו ממצרים. במפגש הזה מספרת התורה שמשה רבנו שופט את העם ויתרו צופה בתופעה זו שמשה המנהיג של העם שופט את העם כולו ויש התערבו של יתרו שאומר למשה שזה בלתי אפשרי שאתה כשאדם יחיד תהיה הש' היחידי וכל מערכת המשפט תהיה מבוססת על אדם אחד. התשובה של משה לשאלה הרטורית או לא רטורית שיתרו שאל, משה עונה לו כי "יבוא אליי העם לדרוש אלוהים", התיאור הזה לא טריוויאלי והוא אומר שכאשר באים אליי למשפט, העם בא לדרוש אלוהים, ברגע שיש להם עניינים הם באים אליי, ושפטתי בין איש ובין רעהו והודעתי – הוא שם פוקוס שונה לגמרי מזה שאנחנו שמים על ביהמ"ש, כי אנחנו חושבים שהדבר העיקרי שקורה זה שבאו אנשים מסוכסכים עם מחלוקת ומטרת ביהמ"ש הוא ליישב את הסכסוך, מכריע בו, קובע מי הולך עם מי ובזה נגמר הסכסוך, משה מספר שהבעיה בה שני האנשים שיושבים מול הש' זה לא הדבר העיקרי, אלא הדבר העיקרי הוא שאנחנו יודעים עכשיו מה אלוהים רוצה במצב שכזה – "כי יבוא אליי העם לדרוש אלוהים", כאילו העם בא למשה מתוך מטרה לדעת מהם חוקי האלוהים בעניין זה. בעבר זה היה נראה למרצה שקשה להלום זאת במשפט המודרני שהדבר המרכזי במשפט זה בעצם מהו הדבר הנכון, מהי הנורמה הנכונה, זה בעצם המטרה העיקרית של המשפט וזה שבמקרה יש פה שני אנשים שמסוכסכים שפתרנו להם את הבעיה זה דבר צדדי. בהמשך הקורס אנחנו נקרא מאמר של חיים שפירא שהוא עושה חיבור בין מחלוקת עכשווית שפרצה אל חלל האקדמיה וארה"ב של שנות ה-90 והלאה לבין תנועת movement A.D.R התנועה הזו של דרכים אלטרנטיביות לפתרון סכסוכים ששמה לעצמה את האופן שבו החברה תפתור את הסכסוכים שלה והדרך הרדיקאלית היא בעצם לבוא ולהגיד שהדבר האחרון והכי פחות טוב בשרשרת העדיפויות שלנו זה ביהמ"ש, כיוון שלפני כן ניתן לעשות כ"כ הרבה דברים אחרים כמו גישור וכו', ואלה צריכים להיות הדרכים העדיפות לפתרון סכסוכים. זו הגישה הרדיקלית של ADR . מול גישה זו יש את אורן פיס שאמר שלא יעלה על הדעת לבוא ולהגיד שבחברה חפצת חיים שביהמ"ש זה מוצא אחרון ואילו יכולנו אז הוא לא היה. הוא מסביר את העמדה שאומרת שביהמ"ש זה הענף שממנו אנחנו שואפים את הנורמות שלנו, את הדרך הנכונה של התנהלות נורמטיבית ראויה, לולא ביהמ"ש איך היינו יכולים לעשות זאת. זה התפקיד החשוב בעיני המתנגדים, לפיו לא ניתן לשים אותו כמוצא אחרון. המחלקות הזו שבין ADR לבין מתנגדי ה-ADR זה שיקוף של מה שקראנו עכשיו. לדעת המתנגדים ל-ADR- על המשפט מושתות הנורמות של החברה. משה אומר כי המשפט מתפתח באמצעות המקרים. האופן שבו יש אנשים שתפקידם לברר את המשפט (השופטים) זו חלק מדרישת האלוהים והתפיסה החזקה של הגישה הזו מובילה אותנו להבין את שיטת ר' אליעזר- יש לנו מוסד בעל תפקיד אחד בלבד ותפקיד זה מספיק חשוב כדי שלא נערבב אותו עם מוסדות נוספים כמו פשרה. התפיסה החזקה של מתנגדי ה-ADR גישה זו יכולה להוביל אותנו לשיטה שפתחנו את השיעור, שיטת ר' אליעזר שאומרת שלמשפט יש תפקיד אחד בלבד שהוא מספיק חשוב שלא נזלזל בו עם כל מיני רעיונות חברתיים, כאילו יש משהו יותר חשוב מאשר הדין.

ככל שלא מדובר במערכת האידיאלית של דין תורה, כלומר ברגע שאין לנו סנהדרין אז קשה לחשוב שהתמונה האידיאלית שאלוהים נמצא גם כאשר אין סנהדרין, זה בעצם חלק ממערך שאנחנו היום רחוקים ממנו.

*הרב א"י הכהן קוק, אורות, ישראל ותחיתו ג*

*משה רבנו ע"ה (עליו השלום) בתפסו אתו את כח המשפט ,בתחלת יסודו באומה העלה את כל ערכי המשפט עד סוף כל הדורות לאותו תכן הא-להי שמשפטי ישראל באים אליו, ודרישת א-להים באה יחדו עם המשפט הישראלי "כי יבא אלי העם לדרש אלהים כי יהיה להם דבר בא אלי ושפטתי בין איש ובין רעהו והודעתי…ודרישת אלהים של המשפט נשארה סגלה ישראלית שהיא מתגלה באופי האלהי הכולל עולמי עד וזורח בארץ ישראל, בארץ חבל נחלתו במקום האורה של סגולת הקדש.*

פרשת המשפט של יתרו ומשה נמצאת בתווך שבתוך הסיפור של מתן תורה ומעמד הר סיני, בעצם כשאנחנו מסתכלים על סדר הפס' בספר שמות אנחנו מגלים שהיה הסיפור של יתרו עם הקמת מערכת בתי משפט, זה מה שהתורה מספרת בפרק י"ט, לאחר מכן יש את מעמד הר סיני, לאחר מכן יש את כל פרשת המשפטים שמהווה הקודקס המשפטי הראשון שלנו, ובסוף פרשת משפטים אנחנו מוצאים את עצמנו שוב בתוך מעמד הר סיני בתוך סיפור הקרבת הקורבנות ותפיסת הברית. רק בזכות הקטע של הראי"ה המרצה הבין שהתורה מערבבת לנו אחד בתוך השני את סיפור המשפטים יחד עם סיפור מעמד הר סיני. זה משפט מאוד גבוה, הוא אומר שלמשה רבנו הייתה הבנה, מעין אינטואיציה לגבי כוחו של המשפט בישראל ולכן בראשית המשפט הוא בעצם מעלה את כל ערכי המשפט, מעלה את המושג משפט עד רמת פוטנציאל שלו שהוא עתיד להגיע אליו בסוף כל הדורות. יש לו תפיסה היסטורית של התפתחות. בראיה היסטורית יש משהו שמתחיל אצל משה רבינו ויתפתח ויתפתח ויש למשה את אינטואיציה מה גודלו של הדבר הזה שנקרא משפט, מה הכוח שלו, מה האחריות שלו והוא בעצם מתוך ההבנה הזו מעלה אותו אל מקום גבוה שבסופו של דבר המשפט בישראל יגיע אליו בסוף כל הדורות. זה משפט רוחני ומאוד רחב. מאיפה הרב קוק לוקח את זה שהמשפט זה דבר שאי אפשר להמעיט בגדולו ובחשיבותו? – משה רבנו מבטא זאת ב4 מילים, ובכך הוא מבין שבמשפט יש דרישת אלוהים בניגוד לחברות אחרות שבהן זה משהו חברתי. האופי המיוחד של המשפט בישראל זה משהו מיוחד לאומה הישראלית, ואיפה מתגלה הסגולה הזו? *שהיא מתגלה באופי האלהי הכולל עולמי עד וזורח בארץ ישראל, בארץ חבל נחלתו במקום האורה של סגולת הקדש*. הסיומת הזו באה ואומרת שהמקום שבו הדבר הזה יכול לעבוד זה רק בא"י, כך שאין למשפט יכולת להתגלות אלא בא"י. יש כאן תוכן שזה התוכן של דרישת אלוהים, יש את ציר הזמן שהרב קוק לוקח אותנו לתהות על ציר הזמן ממעמד הר סיני עד סוף הדורות, ובנוסף יש למקום חשיבות גדולה כי זה יכול להתגלות רק בא"י. הוא רומז לכך שביהמ"ש העליון, הסנהדרין בתפיסת התורה נמצאים צמוד לביהמ"ק כך שזה לא מקרה שהם יושבים שם, כי ברגע שאנחנו מבינים שהמשפט הוא דרישת אלוהים אז אין מקום טוב יותר להושיב את הסנהדרין מאשר צמוד לביהמ"ק, מקום בו נעשית עבודת אלוהים, וכך גם אין צורך להזכיר לדיינים מה התפקיד שמיועד להם. גם נדבך זה דרך עיניו של הרב קוק נותנות משמעות לכך שזה לא זר מה שאמר רק אליעזר בנוגע לפשרה-אם אתה יושב בבית הדין בו משפטו של אלוהים אמור לצאת ותה רוצה להציע לצדדים פשרה ולא לדון אותם לפני הדין האלוהי-זה לא מופרך שר' אליעזר רואה בכך חילול הקוד וחילול הדים ולכן יש לו עמדה כ"כ נחרצת נגד הפשרה בבית הדין.

*ח. אבן עזרא שמות פרק כא פסוק ו*

 *וְהִגִּישׁוֹ אֲדֹנָיו אֶל הָאֱלֹהִים - מלת אלהים , כמו מקימי משפט אלהים בארץ.*

הא"ע דן בפס' שבו רוצעים את אוזנו של העבד שלא רוצה להשתחרר מהעבדות לאחר 7 שנים. א"ע אומר כאילו תיקחו את המילה אלוהים, כך שהכוונה לאנשים שיושבים בביה"ד שהם אלה ששופטים לפי הדין המהותי של תורה. זה לא שקוראים להם אלוהים באמת, אלא הם בסה"כ שופטים שהדין המהותי שהם שופטים לפיו זה דין אלוהים.

הרמב"ן הולך הרבה מעבר לתיאור טכני של אנשים ששופטים על פי משפטו של אלוהים. לפי הפירוש של הא"ע אלוהים אפילו לא צריך להיות שם, אלא יש תורה של אלוהים והש' שופטים על פי תורתו, אלוהים בשמים והש' דנים על פי משפטו. זה פירוש שהא"ע מציע.

ט. **דברים פרק א פסוק יז**

 לֹא תַכִּירוּ פָנִים בַּמִּשְׁפָּט כַּקָּטֹן כַּגָּדֹל תִּשְׁמָעוּן לֹא תָגוּרוּ מִפְּנֵי אִישׁ כִּי הַמִּשְׁפָּט לֵאלֹהִים הוּא וְהַדָּבָר אֲשֶׁר יִקְשֶׁה מִכֶּם תַּקְרִבוּן אֵלַי וּשְׁמַעְתִּיו:

**רמב"ן דברים פרק א פסוק יז**

וטעם כי המשפט לא-לקים הוא כטעם כי לא לאדם תשפטו כי לה' ועמכם בדבר משפט (דהי"ב יט ו) לומר כי לא-לקים לעשות משפט בין יצוריו כי על כן בראם להיות ביניהם יושר וצדק ולהציל גזול מיד עושקו (ונתן) [נתן] אתכם במקומו ואם תגורו ותעשו חמס הנה חטאתם לה' כי מעלתם בשליחותו.

הרמב"ן לקח את הפסוק מהתוספתא של יהושפט, הפס' הזה מכניס את אלוהים לתוך ההליך השיפוטי והרמב"ן אומר שזה המשמעות של "כי המשפט לאלוהים הוא" – כלומר שאלוהים נמצא שם בהליך השיפוטי, ואין הכוונה שרק הוא נתן את התורה וצריך ללכת על פיה. הוא מסביר את זה כי לא-לקים לעשות משפט בין יצוריו כי על כן בראם להיות ביניהם יושר וצדק ולהציל גזול מיד עושקו – אי אפשר לעלות על הדעת שאם אלוהים ברא את האנושות אין לו אחריות לאופן שבו דברים התקיימו. אלוהים צריך לעשות צדק בין היצורים, לא יכול להיות שברא אותם ועזב את הארץ שכל אחד יעשה כרצונו. יש לאלוהים 2 אפשרויות: 1. לפעול בעולם בצורה גלויה, זה בלתי אפשרי כי אז לא תהיה לנו בחירה חופשית. האופציה הזו לא קיימת. 2. "נתן אתכם במקומו" הש' במקומות של אלוהים. לפי הרמב"ן בניגוד לא"ע, כאשר אני קורא לש' אלוהים אני לא קורא להם כך רק בגלל שהם שופטים על פי משפטו של אלוהים. הרמב"ן אומר שהם נקראים כך מכיוון שיש להם שליחות, הם שליחים של אלוהים, יש לנו ש' שהם שליחיו של אלוהים, כך שהם דנים לא רק עפ"י תורתו של אלוהים, אלא יש להם ממש מעמד משפטי שמצדיק את השם הזה, הם שליחיו של אלוהים. הרמב"ן בסופו של דבר אומר שהש' נקרא אלוהים מכיוון שהוא שליחו של אלוהים, הדרך לעשות את הצדק זה באמצעות הש' שמתמנים לשפוט את העם והחברה, הם ממש שליחיו של אלוהים ולכן קוראים להם כך.

רמב"ן שמות כא ו': ולדעתי יאמר הכתוב והגישו אדניו אל האלהים, עד האלהים יבא דבר שניהם (להלן כב ח), לרמוז כי האלהים יהיה עמהם בדבר המשפט, הוא יצדיק והוא ירשיע. וזהו שאמר (שם) אשר ירשיעון אלהים, וכך אמר משה כי המשפט לאלהים הוא (דברים א יז). וכך אמר יהושפט כי לא לאדם תשפטו כי לה' ועמכם בדבר משפט (דהי"ב יט ו). וכן אמר הכתוב אלהים נצב בעדת אל בקרב אלהים ישפוט (תהלים פב א), כלומר בקרב עדת אלהים ישפוט, ***כי האלהים הוא השופט.*** וכן אמר ועמדו שני האנשים אשר להם הריב לפני ה' (דברים יט יז).

 הרמב"ן מביא מקור נוסף שבו יש ויכוח בין שני אנשים, שבמחלוקת ביניהם הם הולכים לשופטים "עד האלוהים יבוא דבר שניהם"- פה התורה רומזת שה' יהיה יחד עם הדיינים בזמן המשפט. כלומר, נראה שמדובר בשופטים שקוראים להם אלוהים ומביאים את המשפט בפני שניהם, בכדי לרמוז לנו כי האלוהים יהיה עימהם בדבר המשפט, כלומר אלוהים נמצא יחד עם הדיינים בדבר משפט. הרמב"ן מחזיק בתפיסה מיסטית שיש לשופטים האלה איזה מן סיוע משמיים, כיוון שמה שהם עושים זו עבודה משותפת עם אלוקים. הרמב"ן אומר שיש רמז לכך שעצם ההרשעה של השופטים היא הרשעה של אלוהים, הרמב"ן מצביע על הקטע שלו לעיל ואומר שגם שכתוב "שהמשפט לאלוהים הוא" הכוונה שאלוהים נמצא במשפט ובכך סוגר את ההצעה הזו עם אותו פסוק של יהושפט שמופיע לעיל. כל אלה פס' שראינו אותם במקורות חז"ל בתחילת השיעור. בקרב עדת אלהים ישפוט, ***כי האלהים הוא השופט*** יש פה מעורבות ממשית של אלוהים. הרמב"ן משלב פה מקורות רבים שבכולם בסופו של דבר הוא טוען שלא זו בלבד שהדיינים הם שליחיו של אלוהים, אלא ההליך השיפוטי מקבל השראה וסיוע משמיים ובאופן הזה הוא נעשה.

ו. **תלמוד בבלי מסכת ברכות דף ו עמוד א**

ומנין לעשרה שמתפללין ששכינה עמהם - שנאמר: אלהים נצב בעדת אל; ומנין לשלשה שיושבין בדין ששכינה עמהם - שנאמר: +תהלים פ"ב+ בקרב אלהים ישפוט; ומנין לשנים שיושבין ועוסקין בתורה ששכינה עמהם - שנאמר: +מלאכי ג'+ אז נדברו יראי ה' איש אל רעהו ויקשב ה' וגו'…וכי מאחר דאפילו תרי - תלתא מבעיא? מהו דתימא: דינא שלמא בעלמא הוא, ולא אתיא שכינה - קמשמע לן דדינא נמי היינו תורה. וכי מאחר דאפילו תלתא - עשרה מבעיא? - עשרה קדמה שכינה ואתיא, תלתא - עד דיתבי.

התלמוד הבבלי אומר שכאשר 3 יושבים בדין השכינה שורה בהם.

במקורות שעברנו עליהם הבהרנו לעצמנו מה יכולה להיות מקורה של השיטה הקיצונית הזו של שפיטת "ויקוב הדין את ההר".

**שיעור 4 – 18.04.17:**

בשיעור הקודם עסקנו בשיטה שלא מקבלת את הרעיון של פשרה בתוך המשפט העברי. יש שיטה של ר' אליעזר שאומר שאסור לעשות פשרה, ואנחנו עסקנו עד עכשיו בעיקר בדעה שלו, גילינו שהעמדה הכל כך קוטבית וכל כך חזקה שהוא מביע אותה גם במילים קשות יכולה להיות מוסברת דרך מבט מאוד מסוים על ההליך של דין במשפט העברי. בשיעור שעבר ביררנו את העמדה של ר' אליעזר שאומר שאת הדרכים האחרות, האלטרנטיביות לדין, ניתן לעשות אך ורק מחוץ למסגרת של המשפט. בתוך המשפט בפני הדיין צריך לבצע אך ורק את ההליך בו מבררים את דבר האלוקים באמצעות הדין והדיינים הם שליחים של אלוקים, ולפי גרסה אחרת: ממש אלוקים שותף בהליך הזה, ולכן אי אפשר לחלל אותו וזה כה חמור לעשות משהו אלטרנטיבי. אך חשוב לזכור שזו רק דעה אחת, והדעה החולקת, אותה הזכרנו בסוף השיעור הראשון, היא של ר' יהושע בן קרחה.

**מקור י' (דף מקורות 2):** *רבי יהושע בן קרחה אומר: מצוה לבצוע, שנאמר: (זכריה ח') אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם.*

*והלא כל מקום שיש משפט אמת - אין שלום, וכל מקום שיש שלום - אין משפט אמת. אלא איזהו משפט שיש בו שלום - הוי אומר: זה ביצוע.*

*וכן הוא אומר (שמואל ב' ח') ויהי דוד עושה משפט וצדקה לכל עמו, והלא כל מקום שיש משפט - אין צדקה, וכל מקום שיש צדקה - אין משפט, אלא איזהו משפט שיש בו צדקה - הוי אומר: זה ביצוע.*

המונח לבצוע הוא תחליפי לפשרה, מאוחר יותר השורש "בצע" ננטש ועברנו להשתמש רק במילה פשרה. ר' יהושע אומר שיש מצווה לבצוע, והוא מביא אסמכתא מספר זכריה – הוא טוען שיש במשפט בזכריה מעין סתירה פנימית של משפט אמת אל מול שלום, שאינם דרים בכפיפה אחת. הוא אומר שזהו מקור נוסף שקורא לשופטים לעשות פעולה המשלבת אמת ושלום. ר' יהושע בן קרחה מביא מקור נוסף מספר שמואל, פסוק שמתאר את עשיית המשפט של דוד המלך – בזמנים הכי טובים שלו. על פניו, נראה שר' יהושע מדבר ב-2 קולות במובן זה שהוא מביא 2 פסוקים, שבכל אחד מהם יש אותו מבנה של דרשה/לימוד של סתירה פנימית בין ערכים, אך מדובר בדרשות שונות, פעם אחת משפט ושלום, פעם שנייה משפט וצדקה. אז ככל הנראה יש לו פשרה שיכולה להיות משפט שלום ופשרה אחרת שהיא משפט וצדקה. במהלך הלימוד ננסה להעמיק יותר ולהביא דוגמאות ולהבן איזה עבודה עושים ערכים אלה של שלום ושל צדקה בפשרה במשפט העברי, חוץ מסיסמאות כאלה, שנשמעות כערכים יפים של שלום ושל צדקה, איזו עבודה עושה הדיין.

כבר עכשיו נשים לב שפשרה במ"ע כפי שר' יהושע מציגה, מאוד שונה מאיך שהיא נתפסת במשפט המודרני, הפשרה במשפט הישראלי. אם נלך להצעת חוק בתי המשפט, במקום בו הכנסת הציעה לחוקק חוק שעוסק בפשרה, נגלה שהמוטיבציה החקיקתית של הכנסת הייתה להוריד עומס, לייעל את הדיון, להפוך את המערכת ליותר זולה ונגישה, הכל סביב העניין הזה. אנחנו לא מוצאים, לפחות בהצעת החוק של הכנסת – ס' 79א לחוק בתי המשפט – החוק הזה הכניס לראשונה התייחסות מפורשת לעשיית פשרה במערכת בתי המשפט, המוטיבציה הייתה לחסוך את הצורך לקיים דיון מלא של שמיעת כל הטענות, ההוכחות, הסיכומים ופס"ד באורך מלא, וללכת למסלול שיאפשר לחסוך מהמערכת זמן, משאבים ולייעל את המערכת.

אז נקודה ראשונה שנדגיש היא שפשרה במ"ע, כפי שעולה מדברי ר' יהושע בן קרחה, היא פשרה שמבוססת על ערכים אחרים – שלום וצדקה (בשונה מהערך שלה במערכת הישראלית, ובכלל במערכת משפטית מודרנית, שהוא תועלתנות).

נקודה נוספת שחשוב להדגיש כבסיס לדיון היא ששני הערכים האלה, שבמהלך הלימוד ננסה יותר לפרט ולהעמיק בהם: **שלום** ו**צדקה**, אפשר לומר ששניהם הם ערכים שהמשותף להם הוא שאין להם מקום בהליך שמתבצע עפ"י דין. כלומר, אם בצורה הכי פשוטה הדיין, כשמדובר בסכסוכים בתוך מערכות יחסים של צדדים שיש להם מערכות יחסים ארוכות טווח (לא אדם שהזיק לשני באופן מקרי, שאין ביניהם יחס אישי), כמו עובד-מעביד, שכנים וכו' – כאשר מערכת היחסים חשובה לצדדים, אזי הפנייה לבעלי הדין מתוך דיבור על השלום, על הקשר, על היכולת להמשיך ולצאת מהסכסוך כאשר הפנים מופנות אחד לשני ולא העורף, העניין הזה הוא לגמרי חיצוני למושג של הדין. הדין לא עוסק בכלל בשאלה האם הצדדים יהיו בסופו של דבר חברים או שונאים זה לזה. גם המונח "צדקה" – אנו צריכים קודם כל להניח, גם מתוך ההקבלה של ר' יהושע בן שלום לבין צדקה, שהצדקה לכשעצמה היא לא עניין שהמשפט לוקח אותו בד"כ בחשבון. המשפט לוקח בחשבון בד"כ את מה שהדין מחייב, הצדקה בתור "צדק רך", בתור צדק שמתחשב בלפנים משורת הדין, בשיקולים שהדין לא שוקל אותם, כשר' יהושע רוצה להכניס לתוך מושג שהוא קורא לו "פשרה" את המושג "צדקה", - הוא בעצם רוצה להפנים אצל השופט ערך שבד"כ הוא מחוץ למשפט – הדין בד"כ לא מתחשב באותו ערך, כי אם זה ערך שהדין מתחשב בו בכל מקרה, אז לא צריך מוסד של פשרה. זו נקודה קשה לעיכול, כי אנו מרגישים שהרבה פעמים שופט מוביל את ההכרעה לנקודה אליה הוא רוצה להגיע, שהוא חושב שצודק ומוצא לכך תימוכין – כלומר היום אנו חושבים בצורה שונה מזו של ר' יהושע, אנו כיום חושבים ששופט מגיע לתוצאה שנראית לו צודקת, ונראה שהוא עושה הרחבות שונות של הכלים המשפטיים שהוא עובד איתם, ולא תמיד ברור איך – נראה שבמושגים של ר' יהושע, יש משפט בו הגבולות יחסית ברורים מה ניתן לעשות ומה לא, הפשרה באה לפרוס את הגבולות של המשפט ולאפשר לשופט להפנים לתוך ההליך שלפניו את השיקולים שהם בהגדה "לבר משפטיים" – חוץ משפטיים.

דוגמא: באחד השו"תים לגבי ערך של צדקה שהמשפט לא מתחשב בו – הייתה תשובה שעסקה בסיפור מפתיע – קבוצה של אנשים שהתנפלו עליהם אנשי עולם תחתון, תפסו אותם במהלך גלות, כלאו אותם, היה בתוכם 2 אנשים עשירים ו2 עניים. הם שילמו כופר, העשירים שילמו את הכופר גם עבור העניים, בלי שום הסכם והתחייבות לפיצוי, וכולם שוחררו. לימים, אחד העניים הגיע לעיר שבו היה שריף, מי שמשליט צדק ומשפט בעיר, והייתה שם אותה כנופיה, הוא הצליח לתבוע את אותו כופר, אותו עני תבע את הכופר בפני השריף והצליח להוציא את הכופר הזה מידיהם של אותה כנופיית שודדים. כאשר העשירים מגלים שהכופר נמצא אצל העני, ברור להם באופן טבעי שהוא צריך להחזיר להם, ולו את החלק ששילמו על עצמם, והעני לא מסכים, הוא אומר: אני עבדתי בשביל התביעה הזו, ולא מוכן לשלם. צף שם על פני הדיון ערך של כפיות טובה (היום היו פותרים זאת באמצעות "עשיית עושר"). בעצם יש כאן אדם כפוי טובה. האם המשפט מכיר בערך של כפיות טובה, ערך שניתן לתרגם אותו לעילת תביעה כשלעצמה. – כעילת תביעה? התשובה היא שערך של כפיות טובה הוא ערך ממדרגה ראשונה. על הסקאלה של המוסר ניתן לדבר על **לפנים משורת הדין** – אדם שבאמת לא חייב, אך אולי בכל זאת מוכן לפנים משורת הדין – זו התנהגות החסיד, הצדיק, אדם תם לב - מלאך, אותו פוסק אומר שכפיות טובה זה לא לפנים משורת הדין, אומרים לכפוי טובה: תהיה בנאדם. אותו עני ששילמו עליו כופר כדי לשחררו מאותו שבי, זה לא לפנים משורת הדין, זה ברמת המוסר הבסיסי, ואף על פי כן יש ערכים שהמשפט לא אוכף אותם (אוכפים אותם ברמה החברתית, סנקציות אחרות לטיפול בערכים אלה), וגם לא היינו רוצים שכל ערך מוסרי, גם אם הוא בסיסי, נטפל בו באמצעות המשפט כי אז כל החיים שלנו יהיו ממושפטים. במסגרת פשרה של משפט וצדקה, יתכן ור' יהושע יגיד לשופט: כיוון שהצדדים הסכימו לפשרה, והשופט מזהה צדקה מוסרית שאומרת שצריך להביא לידי ביטוי ביישוב הסכסוך את הערך של כפיות טובה, ולכמת אותו – להביא אותו לידי ביטוי ממשי במסגרת ההחלטה בפשרה.

דוגמא נוספת – ניתוח פס"ד כנען – תקנת השוק – אותה תמונה שנקנתה בשוק הפשפשים והשאלה הייתה האם הקונה קנה אותה נקייה מזכויות הבעלים הראשונים בגלל תקנת השוק או שהוא צריך להחזיר אותה למוזיאון. על פניו, כאשר אנו נכנסים לסוגיה זו אנו מבינים אחת משתיים, או שביהמ"ש יגיע לאותה תוצאה שהגב' באמת זוכה בתמונה הזו, ומתוך כך בזכות מאוד גבוהה ביחס למה ששילמה, או שהיא צריכה להחזיר את התמונה והיא מקבלת את מה שהיא שילמה – 250 ₪. מה תוצאת פסה"ד? התוצאה היא שמוציאים ממנה את התמונה והיא מקבלת עשרות אלפי שקלים. זו דוגמא יפה. אם אנו שואלים את עצמנו – באמצעות זה שהגב' השיבה את התמונה – זו הדרך להשיב את התמונה לבעליה באותו מוזיאון, וביהמ"ש מרגיש שזה לא פייר בסופו של דבר שהיא תקבל רק 250 ₪. כשאנו מחפשים את הדרך שלו לנמק איך לעשות א זה, הנימוקים שם מאוד לולייניים – מאוד חלשים, חוץ מאשר שזה נראה תוצאה מאוד ראויה והוגנת, אחרי שהם קיבלו מיליונים, שישלמו משהו. זה פס"ד מאוד חלש מבחינת הטיעונים, מצד שני, בישראל, השופט אומר לעצמו: הגעתי לתוצאה באמת צודקת, תקנת השוק לא חלה ולכן התמונה חוזרת, וכן הגב' עשתה קופה. אך ר' יהושע היה אומר: זה לא היה עובד ככה, אם עושים לפי הדין – היא מקבלת 250 ₪ וזהו, ואם אתה רוצה להביא לידי ביטוי את הצדקה שעושה הגינות, אז זה במסגרת פשרה. א"כ, האבחנה הכה ברורה בין המשפט וגבולותיו לבין מה שאתה יכול לעשות רק אם אתה מפנים ערכים מחוץ למשפט, כגון צדקה ושלום, במשפט המודרני השופט מרגיש הרבה פחות מחויב לגבולות האלה של המשפט, ומרגיש הרבה יותר חופשי להגיע לכל מיני תוצאות שרוצה להוביל אליהם, והשאלה היא רק מה הגבולות – ויש על זה ויכוח מאוד גדול בשנים האחרונות – גבולות השופט, כפיפותו למחוקק. גם במשפט היום תמיד יימצא המקום בו השופטים יגידו: עד כאן ניתן לעשות בתור שופט (ניתן לפעול למחוקק, לצדדים, אך לא ניתן לעשות כל דבר שאתה רוצה).

לאחר שהעמדנו על הרגליים את ר' יהושע בן קרחה, כעת נראה את הדיון הפנימי שיש לנו בתוך המשפט העברי לגבי הערך של שלום ושל צדקה.

ניקח מקרה מבחן – **מקור י"א** (דף מקורות 2) – מסכת תענית (ירושלמי): *"תמן תנינן רבן שמעון בן גמליאל אומר על שלשה דברי' העולם עומד על הדין ועל האמת והשלום ושלשתן דבר אחד הן נעשה הדין נעשה אמת נעשה שלום אמר רבי מנא ושלשתן בפסוק אחד אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם"* – [הרב אשר וייס - למה חכמים מציירים את העולם עומד על 3 ולא על 4? כי היתרון בכלי שעומד על 3 ולא על 4 (חוץ מזה שעל 3 הדבר לא יכול להתנדנד בשונה מעל 4), כשאנשים עוברים ליד חפץ שעומד על 4, הם אומרים: אקח אחד, יישאר 3, אז בערכים שעומדים על עקרונות, לפעמים אנו מתגמשים לגלח עיקרון אחד, ולכן חכמים אומרים שהעולם עומד על 3 דברים, ואם תיקח אחד – העולם ייפול. זו דרך להדגיש שאי אפשר לוותר או לצמצם בקיום אחד מהם]. בירושלמי: שלושת הדברים: דין, אמת ושלום, הם למעשה דבר אחד. והיחס ביניהם הוא כזה: נעשה הדין -> נעשה אמת-> נעשה שלום. ברגע שעושים את הדין, הוא מוציא אל אור עולם את האמת שאנו כה זקוקים לו כדי להיות אחוזים/שעונים על עוגן אמיתי, והדבר הזה הוא גם הבסיס לשלום בעולם. זה מפתיע, כי ר' יהושע בן קרחה אומר שכל מקום שעושים בו משפט, אז אין שלום, ולעומתו רבן שמעון אומר שכאשר נעשה הדין אז נעשה האמת ונעשה השלום. ויותר מזה – ר' מנא אומר שניתן לראות ש-3 ערכים אלה הם במשפט אחד: "אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם" – הפסוק עליו ר' יהושע ביסס את הפשרה – הוא אמר שאמת ומשפט שלום הולכים באמצעות פשרה, ורבי מנא אומר שהפסוק מלמד שאם תעשו אמת באמצעות המשפט זה יוביל לשלום. המקורות האלה יותר מידי דומים במובן זה שהם נשענים על אותו פסוק ומביאים לתוצאות אחרות. אחד אומר שלא ניתן לעשות משפט עד הסוף כי אז לא יהיה שלום, והשני אומר שבאמצעות עשיית משפט יהיה שלום. יש כאן מתח ביחס שחכמים מתייחסים לערכים אלה של משפט ושלום.

**מקור ב' (דף מקורות 3):** – על מקומו של השלום בתוך המשפט: מכילתא על ספר שמות - *וגם כל העם הזה על מקומו יבא בשלום, רבי שמעון אומר מה ראו דינין לקדום לכל מצות שבתורה, שכשהדין בין אדם לחבירו תחרות ביניהם נפסק הדין נעשה שלום ביניהם. וכן יתרו אומר אם את הדבר הזה תעשה וגו' כל העם הזה על מקומו יבוא בשלום.* (מכילתא דר' ישמעאל משפטים פרשה א) - זהו מדרש שדורש את הפסוקים. הוא דורש את הפסוק. מדובר באירוע בו יתרו מציע למשה לבנות מערכת משפטית. על איזה שלום יתרו מדבר? ר' שמעון נותן לכך פרשנות: השאלה היא שאלה של מבנה התורה. התורה בפרק י"ט בספר שמות מספרת על מתן תורה, ומייד לאחר מכן עולות שאלות משפטיות ביחסים שבין אדם לחברו. מדוע הרצף הזה? כאסר נפסק דין בשעת סכסוך בין בני אדם, נעשה שלום בין בעלי הדין. אנו רואים פה תפיסה פילוסופית שאומרת שאם אתה משתית את החיים המשפטיים על עשיית דין ואמת זה מה שיביא לשלום, ואילו ר' יהושע אומר בדיוק הפוך, הרי במקום שיש משפט – אין שלום. איך אפשר להבין את הקריאה השונה של הערך הזה של שלום בין ר' יהושע בן קרחה מצד אחד לבין ר' שמעון במכילתא לבין רבן שמעון בן גמליאל שאמר שזה דבר אחד (נעשה דין, נעשה אמת, נעשה שלום)? בעצם יכולנו לומר שייתכן שהאסכולה שאומרת שהמשפט יכול להוביל לשלום, זו האסכולה שמתנגדת לפשרה כי היא אומרת לר' יהושע: אתה אומר שכדי לעשות שלום צריך פשרה, אך אנו סבורים שזה לא נכון, כי באמצעות עשיית המשפט האמיתי, הנכון, ההגון – זה מה שעושה שלום בתוך החברה, ואין צורך בכלל בפשרה, לא כפי שאתה חושב שכדי לעשות שלום בין אנשים צריך פשרות. יכולנו להגיד שזה מה שקורה בין החכמים – יש כאן מחלוקת עמוקה ביחס ליכולת לכונן חברה שיש בה שלום: אלה סוברים שהניתן לעשות שלום על בסיס חברה צודקת בדין, ור' יהושע אומר שלא, אנשים יוצאים מבית משפט עם אפס שלום ו100% של דין וצדק. יש כאן מתח שנובע מהמחלוקת הבסיסית שברקע – האם הפשרה היא דבר חיובי שמקדם את החברה או שהיא שלילית כי הדרך לשלום היא לא באמצעות פשרה אלא באמצעות הדין. (הערה: רבן שמעון בן גמליאל, שנמצא במתרס אל מול ר' יהושע, אנו יודעים מתוך המקורות שהוא לא מתנגד לפשרה: **מקור א':** *"רבן שמע' בן גמל' אומ' כשם שהדין בשלשה כך פשרה בשלשה יפה כח פשרה מכח הדין"* – הוא לא במכנה שאומר שפשרה זה אסור ומגונה. איך ניתן להבין זאת?

* דרך אחת היא לומר שהמושג "שלום" שכל אחד משתמש בהם הם שונים: רבן שמעון לא מדבר על שלום בו בעלי הדין יוצאים מחובקים, אלא שלום שאומר: חברה מתוקנת יכולה לקיים חיים תקינים רק אם יש לה מערכת משפט שמספקת שירותים של עשיית דין ואמת וממילא החיים מתוקנים – סדר ציבורי, שלום במובן של שלום הציבור, ואז ניתן להבין שרבן שמעון אומר: אם אתה רוצה לעשות שלום בין אנשים ולקרב בין עמדותיהם, לא תעשה זאת באמצעות המשפט, הפסוק שהוא מפרש בזכריה – הוא לא מדבר על שלום בין הצדדים, אלא על שלום במובן רחב יותר של עשיית סדרים חברתיים במובן זה שצדדים שנעשה להם עוול יודעים שיכולים לפנות לביהמ"ש ולא לעשיית דין עצמית ולעולם תחתון, וזו ראייה רחבה יותר של המושג "שלום" – אין מחלוקת פילוסופית עמוקה בין הצדדים. **זה היה יכול להיות פתרון מצוין אך הוא לא נותן מענה מלא**.
* **מקור ה'** (דף מק' 3) – (סנהדרין ז' עמ' א) - *"ההוא דהוה קאמר ואזיל: דאזיל מבי דינא שקל גלימא - ליזמר זמר, וליזיל באורחא. אמר ליה שמואל לרב יהודה: קרא כתיב (שמות י"ח) וגם כל העם הזה על מקמו יבא בשלום"*– אותו אדם שהיה אומר והולך – דרך ביטוי של: "כך אומרים אנשים", מי שהולך מביה"ד, שביה"ד שקל, לקח את הגלימה ממנו- כלומר השאיר אותו בלי כלום, ואנו מקרבים את המצלמה לראות היטב את הלך הרוח של האדם יצא חסר קול מביה"ד כי פסקו נגדו, והוא שר – מזמר זמר. הדיבור הזה שמובא כאמרה עממית – אדם שקיבל פס"ד, הפסיד את כל רכושו, יוצא מביה"ד שר ומזמר, הדבר הזה – שמואל אומר לרב יהודה, שהרעיון הזה שאדם יכול לצאת מביה"ד ולשיר שיר כתוב כבר בתורה בסוף פרשת השופטים של יתרו: *"וגם כל העם הזה על מקומו יבוא בשלום"* מה זה **כל**?כולל אלה שמפסידים בדין, גם הם יבואו בשלום. יש כאן תפיסה שאומרת שאם אני נכנסתי לאותו בי"ד, אותו בי"ד שיושבים בו דיינים שהם אמנם בשר ודם, אך הם שלוחיו של אלוקים, שיש להם סייעתא דשמיא להוציא את הדין בצורה המדויקת שלו ועל ידי כך לברר את דבר האלוקים, אני יוצא ומסתכל בארנק והוא ריק לחלוטין. אך מי רוקן לי אותו? שליחיו של אלוקים. עד לפני רגע היה לי בארנק כסף שהוא לא שלי, חשבתי שהוא שלי אך היום מתברר שיצאתי מביה"ד ואני צריך להיות שמח כי אין לי כסף שהוא לא שלי, בארנק שלי. יש כאן תפיסה שעושה אותנו, את בני האדם, את כל העם הזה – אידיאליסטים בצורה כזו בה ברור לנו לחלוטין שאין דבר משמח יותר מזה שהאמת יצאה לאור גם אם היא מרה ופסה"ד החליט שלא הגיע לי שום דבר, אבל אני שלם עם עצמי ויודע שמה שצריך להיות יש לי ומה שלא אין לי. לסיכום: אם במקורות הקודמים, התכוונו לומר שיכול להיות שחכמים מדברים על רמות שונות של שלום: שלום של שלום הציבור, שלום בין אנשים, או אפילו: ברגע שנחתה הבשורה המרה של פסה"ד – אני יכול לבנות מחדש את חיי לאור זה (כפי שהצענו בנקודה הקודמת והסקנו שאין היא נותנת מענה מלא), נראה שהמקור האחרון לוקח את זה למקום עקרוני, אידיאליסטי: השלום שצומח מהדין יכול להיות הקבלה השלמה של אנשים את הדין כזה שמכוון אותם ואומר להם: זה מה שצריך להיות לך, ומה שלקחו לך לא היה אמור להיות לך .

**מקור ו' (דף מקורות 3)** - הרב נפתלי צבי יהודה ברלין שו"ת משיב דבר (ירושלים, תשכ"ח) חלק ג' סימן י'. – *"וכדאיתא בירושלמי מגילה פ"ג על הא דתנן באבות על שלשה דברים העולם קיים על הדין ועל האמת ועל השלום. נעשה דין נעשה אמת. נעשה אמת נעשה שלום. אבל אם הדין אינו יכול להביא לידי שלום. ההכרח לעשותו פשרה… והנראה דזהו מש"א חז"ל בפ' הפועלים שחרב ביהמ"ק [בית המקדש] על שהעמידו דבריהם על ד"ת [דין תורה]. היינו שלא רצו לוותר על הדין שאינו מביא לידי שלום וההכרח להתפשר. וכן הוא בכל מחלוקת שבין רבים לרבים א"א [אי אפשר] לקוות שצד אחד יכוף את הצד השני ע"פ ד"ת [על פי דין תורה] ותשקט המחלוקת. א"כ הטוב והישר לשני הצדדים שיעמידו כל צד מתוכם שני אנשים ועל הנבררים והבוררים אותם לדעת כי מחוייב לוותר מרצונו לצד שכנגדו למען אשר עי"ז [על ידי זה] יתקיים גם הצד שלו"*– מדובר במקרה בו הסכסוך הוא לא בין פרטים אלא בין ציבורים, קבוצות אנשים, ובעיניו דבר זה משליך על האופן בו צריך לגשת לפתרון של סכסוך. הוא מביא ציטוט מהירושלמי על המשנה במסכת אבות *"על שלושה דברים העולם קיים..."*, ונכנס לפעולה פרשנית של המקור. הוא אומר כך: אם הדין לא יכול להביא לידי שלום, אז ההכרח הוא לעשותו פשרה. עד עכשיו דיברנו על זה שלפי רבן שמעון, הדין הוא משהו עם הרבה יכולות – דיברנו על הרחבת המשפט, ניתן לעשות הרבה דברים עם המשפט (דין, אמת ואפילו שלום); הוא גם עושה אמת וגם יכול לעשות שלום, הנצי"ב בא ואומר: אני באמצעות המשפט הזה משרטט את גבולות הגזרה של המשפט, אם ברור לשופט שהמשפט לא יכול לעשות שלום, עליך לזנוח את המשפט. זה כמו שבוויכוחים האינסופיים בעידן הנשיא ברק האם הכל שפיט, אומר הנצי"ב לנשיא ברק: דע לך שבמקום בו אתה מול סכסוך ואתה יודע מראש שאתה כשופט לא תצליח להביא לסיום הסכסוך הזה (דוגמא: בזמנו, כביש בר אילן – הייתה מחלוקת אדירה על חילול השבת, והולכים לביהמ"ש, אומר הנציב לביהמ"ש: אתה צריך להגיד שהדבר הזה לא שפיט, כי אין סיכוי שפס"ד של העליון ישים סוף למחלוקות ולאלימות בכביש בר אילן, אם רוצים לפתור את זה יש להקים וועדה ציבורית ולפתור את הדבר הזה בדרך בה כל הצדדים יהיו שותפים), במקום בו הדין לא יכול לעשות שלום, אסור לך להשתמש בדין. אם העליון שלנו היה מאמץ את השאלה מה שפיט ומה לא באמצעות ההבנה שיש דברים שלא צריכים להיות בפני ביהמ"ש, כי הם מעוררים סערות ציבוריות שלא יירגעו באמצעות פס"ד, ולכן יש לחפש כלים אחרים לסיום הסכסוך. אומר הנצי"ב: המחשבה שהכל יכול להיפתר באמצעות משפט – זה יכול להחריב בימ"ש. באותם מקרים בהם הדין לא יכול להביא לידי שלום, הם לא ידעו להגיד: פה צריך כלים אחרים ולא דין. הוא מצפה שביהמ"ש יגיד במקרים כאלה: אני לא רוצה לדון במקרים אלה, כאשר רואה שיש צורך בעבודה הרבה יותר יסודית, ולכן יש צורך להתפשר. נקודת המוצא של הנבררים והבוררים צריכה להיות שאנו מחפשים איזושהי דרך אמצעית, כי אם אנו הולכים להכריע את המחלוקת בצורה של "הכל או כלום" – זה דבר שלא נותן קיום לאחד הצדדים. אתה מוותר על משהו מהצד שלך כדי שעל ידי זה יתקיים גם הצד שלך בעצמך.

א"כ, המחלוקת בין החכמים לגבי מיקומו של השלום במשפט היא שמצד אחד – אפשר לומר שיש דיבורים על סוגים שונים של שלום (שלום של פרטים בעלי מערכת יחסים אל מול שלום בין ציבורים), ומצד שני ראינו גם גישה אידיאליסטית – בה גם אדם שמפשיטים אותו מכל, והוא יודע שזה דין תורה אמור לחיות בשלום עם עצמו ועם חברתו כי זה דבר התורה.

לסיום – ההיפוך, האופן בו הנצי"ב בא ואומר: ככל שאתה מגדיר שהמשפט יכול לעשות שלום, באותו מקום בו הוא לא יכול, אתה צריך להגיד שאסור להשתמש במשפט ויש לפנות לכלים אחרים.

בשיעור הבא נתחיל לעסוק בצמד השני של "משפט וצדקה".

**שיעור 5 – 25.04.17:**

מה עשינו עד כה?

החל מהשיעור השני עסקנו בהבנת מחלוקת יסודית במ"ע בשאלה האם הפשרה היא מצווה, היא נורמה רצויה שיש לקדם אותה, או שהיא בגדר איסור. לאחר שראינו את הדעות השונות במחלוקת זו, כדי להבין היטב את הדעה האוסרת על הפשרה, עזבנו לרגע את הפשרה, ולפני 2 שיעורים עסקנו בהבנת מעמדו של הדין במ"ע. לאור התפיסה המאוד בהירה של דין כעניין דתי, אפילו מזווית מסוימת מקודש, הבנו טוב יותר את הדעה שאומרת שהסטייה מהדין היא אסורה ופוגעת בדין או בביה"ד. בשיעור האחרון עסקנו במקומו של השלום במשפט, משום שהשלום הוא אחד הערכים, שהדעה שאומרת שמצווה לעשות פשרה, רואה בפשרה נורמה שמקדמת את ערך השלום. במהלך השיעור הקודם ראינו שיש מקום לראות במקורות שונים שמדברים על ערך השלום כדבר חיובי לגמרי, ראינו שיש אפשרות לראות את המונח הזה כמונח שמשמש לכמה דברים שונים: שלום בין הצדדים לסכסוך / שלום לסדר חברתי גם אם בעלי הדין לא הבינו לאיזושהי הבנה או השלמה ביניהם.

כעת נראה שגם לגבי ערך הצדקה שלכאורה מי יחלוק על כך שצדקה באיזשהו מובן שניתן למונח הזה, זה משהו שקשור בצדק, משהו שהוא לא צדק מחייב, קשוח, איתו בכלל אי אפשר להתווכח; חלק ממטרות הדין זה לעשות צדק. אם ניקח את הצדקה כצדק רך יותר, שעל פניו מי יתנגד לדבר זה? נראה שר' יהושע בן קרחה שאמר שיש מצווה לבצוע, ראה במשפט וצדקה סוג של שלום שראוי קדם – לעשות משפט מצד אחד, ומצד שני להבין שהצדקה מאפשרת לתוצאת הסכסוך להיות הפנמה של ערכים/מוסר שלא צמוד לצדק של הדין – את זה ר' יהושע רוצה לקדם. הוא רוצה לקדם פשרה שעושה משפט אך מכלילה שיקולים שהדין בד"כ לא שוקל – הרחבת מסגרת שיקול הדעת אל משהו שנקרא צדקה, שכמובן צריך יותר להגדיר אותו. אילו הדעה החולקת מתנגדת לזה ואומרת שביה"ד צריך לעשות תפקידו במסגרת הדין. כעת נראה 2 מקורות שמראים לנו התמודדות של הדעה האוסרת על הפשרה עם הערך של הצדקה.

**דף מקורות מבוא:**

בשיעור הראשון דיברנו על כך שהמקורות הראשונים של הפשרה במ"ע נמצאים לא במשנה, בה בד"כ מוצאים את יסודות הדברים, אלא דווקא בתוספתא. בפרק א' אנו מוצאים את מקורות הפשרה במ"ע.

**תוספתא מסכת סנהדרין (צוקרמאנדל) פרק א:**

*הלכה ג: דבר אחר ובוצע ברך ניאץ י"י אילו אחי יוסף שהיו אומ' מה בצע כי נהרוג את אחינו ר' יהושע בן קרחה אומ' מצוה לבצוע שנ' אמת ומשפט ושלום שפטו בשעריכם והלא כל מקום שיש משפט אמת אין שלום וכל מקום שיש שלום אין משפט אמת ואיזהו משפט אמת שיש בו שלום הוי אומ' זה הביצוע וכן הוא אומר בדוד ויהי דוד עושה משפט וצדקה לכל עמו והלא כל מקום שיש משפט אין צדקה וכל מקום שיש צדקה אין משפט אלא איזהו משפט שיש בו צדקה הוי אומ' זה הביצוע:*

*הלכה ד: דן את הדין זיכה את הזכאי חייב את החייב אם חייב את העני מוציא ונותן לו משלו נמצא עושה צדקה עם זה ודן את זה:*

הלכה ד' עוקבת מיד לאחר ג' שהיא דברי ר' יהושע שמדבר על משפט ושלום-משפט וצדקה. יש כאן ניסיון של חכמים אחרים, החולקים על ר' יהושע בן קרחה, לנסות להתמודד עם האתגר שר' יהושע הציב כאשר אמר שהפסוק : ויהי דוד עושה משפט וצדקה – במקום בו התנ"ך מתאר בצורה הכי אידילית את מלכות דוד המלך, ור' יהושע אומר שהוא סבור שמה שדוד המלך עשה או כיוון לעשות זה שמערכת המשפט שלו תעשה משפט וצדקה – כלומר **פשרה** (הוא קורא לזה **ביצוע** בלשון שלו).

הלכה ד' היא הלכה חולקת – תחילה אנו נמצאים בהליך של דין מול שופט שזיכה זכאי וחייב את החייב. והוא מתאר סיטואציה מיוחדת – אם התוצאה של הדין היא שמי שיצא חייב בדין הוא עני, מה עושים אז? אומרת אותה דעה: מוציא ונותן לו משלו. מי? הדיין עצמו פותח את הארנק ואומר: אני פסקתי את הדין, ויש פה בעיה כי יש פה עני שצריך לשלם על פי הדין, לכן כעת אני יורד מכס השיפוט והופך להיות סתם אדם טוב, אני מוציא את הארנק ונותן לו משלי. התוצאה היא: נמצא עושה צדקה עם זה ודן עם זה – בעצם שופט שעושה דבר כזה, מצד אחד לא מטה את הדין בגלל שיש מולו אדם מסכן עני, וכנגדו כיס עמוק, הוא לא פוטר את העני, אלא הוא פוסק על פי הדין ומחייב את העני, אך לא משאיר אותו במצב בו יישאר בלי כלום, כי או שהוא אינו יכול לשלם מה שחייב, או שלאחר התשלום הוא ייכנס לפשיטת רגל. התוצאה היא שדיין זה עושה גם דין וגם צדקה. קשה לא לראות שהלכה ד' מתכתבת עם הלכה ג' – פונה לר' יהושע בן קרחה: אתה סבור שפירוש הפסוק על דוד היא שכאן יש הפניה של הדיין לקדם פשרה בביה"ד, ואילו אני מקדם פרשנות אחרת – הצדקה שמוזכרת ביחס לדיין זה מקרה בו העני מתחייב והדיין שילם משלו, ולכן הוא עשה משפט וצדקה.

מייד לאחר הגישה הזו שכמובן חולקת על ר' יהושע, מופיעה הלכה ה' שעושה דבר דומה אך שונה. בהלכה ד' אנו מתמודדים מול דעה סתמאית – סתם דעה שאנו לא יודעים מי בעליה, מי אמר אותה, בהלכה ה' – רבי אמר אותה (ר' יהודה הנשיא זכה לכך שכאשר אומרים "רבי" מתכוונים אליו, וכאן מובאת הלכה בשמו).

*הלכה ה: רבי אומ' דן את הדין זיכה את הזכאי חייב את החייב נמצא עושה צדקה עם החייב שמוציא גזילה מתחת ידו ודין עם הזכאי שהוא מחזיר לו את שלו:*

ההלכה מתחילה בדיוק כמו הלכה ד'. רבי לא הולך לסיטואציה צדדית בה הסיטואציה חייב דווקא את העני, אלא כל מקרה. בעיני ר' יהודה הנשיא, התיאור שנראה בעיני ר' יהושע כה מיוחד של "משפט וצדקה" – זה לא דבר יוצא דופן בכלל, כל שופט שעושה דין הוא עושה משפט וצדקה; הוא עושה צדקה עם אותו אדם שמחזיק בידיים שלו רכוש שאיננו שלו, ובזה שהוא פוסק את הדין הוא מנקה את הנתבע הזה מממון, מנכסים שאינם שלו, וזו צדקה גדולה כי עד לפני רגע אדם זה הלך לכל מקום והיה לו בכיס גחלים בוערות – רכוש שאינו שלו, ועכשיו הוא נקי וזה צדקה גדולה איתו. וכמובן שזה עושה דין עם התובע – הזכאי.

התנאים הללו – רבי יהושע בן קרחה, הדעה הסתמית, ודעתו של רבי – כולם הלכו על איזשהו ביטוי שכנראה היה מאוד חזק בתרבות, מעבר לדקלום של הפסוק, כנראה זה היה משהו חזק בתרבות שחייבים לתת לו משמעות: משט וצדקה. ר' יהושע – זו פשרה, דעה אחרת – לעזור לעני כצדקה עם העני, רבי – צדקה במובן של לנקות את האדם מרכוש שאינו שלו בדין. המאמץ שלהם לתת פרשנות אחרת, מאוד מתיישב שאותם שניים חולקים על עמדת ר' יהושע לעניין מקום הפשרה במהלך המשפט/הדין. הם לא מקבלים את הגישה של לשים את הדין בצד ולעשות דבר טוב יותר – פשרה, הם לא מקבלים זאת, אלא סבורים כמו ר' אליעזר שאמר: אסור לבצוע, ולכן המשפט והצדקה שאתה רוצה לקדם כפשרה, אנו ניתן לזה משמעות אחרת – משהו שמגיעים אליו דווקא באמצעות הדין. זה מאוד מזכיר את אותו אחד שיצא מביה"ד, לא נשאר לו כלום חוץ מהבגד שעליו, רוקנו אותו מכל וכל, והוא יוצא ושר שיר – מתוך אותה תפיסה שעכשיו הוא יודע שלפחות הוא נקי. המקור הוא להשתמש בזה לכיוון של שלום, פה רבי משתמש בביטוי הזה כביטוי של צדקה. אמרנו שזו חידה - למה הפשרה לא מופיעה במשנה; מסכת סנהדרין עוסקת הרבה בנושאים של סדרי דין, למה הפשרה לא נמצאת במשנה? יכול להיות שיש לנו כאן רמז; יש לרבי יהודה הנשיא עמדה בנוגע לפשרה – הוא מתנגד לה. ניתן לומר בצדק שזו לא סיבה, אדרבה, שיביא במשניות שלו את העמדה שמתנגדת לפשרה. אולם ייתכן ויש קשר בין העבודה שרבי לא הביא במשנה את הנושא של המשנה מתוך כך שיש לו עמדה מנוגדת לפשרה. אנו רואים שדור וחצי קדימה הפשרה מרימה כנף וממריאה, דווקא העמדה שיש לה מתנגדים בתקופת רבי, היא זו שהופכת לשולטת, ויכול להיות שרבי חש בזה ורוצה להשאירה מחוץ למשנה דווקא בגלל הדיון הסוער.

עד כה השלמנו את נקודת המבט המתהפכת לגבי משפט וצדקה - האם זה מוביל לפשרה או לדברים אחרים (ע"י המתנגדים). זה דיון מקביל למשפט ושלום (משיעור שעבר).

**סוגי הפשרה:**

עד כה לא הגדרנו בצורה מפורשת מה זה בדיוק.

כאשר אנו מתייחסים למה שראינו עד כה; יש דעה האומרת שמצווה על הדיין לעשות פשרה, ויש האומרת שאסור לדיין לעשות פשרה, על מה אנו חושבים כאשר חושבים על דיין שעושה פשרה, או על אותה דעה שאומרת לדיין שאסור לו לעשות פשרה. מהו אותו דבר שקורה/לא קורה שאליו מתייחסות דעות אלה.

סיטואציה בה צדדים מגיעים לביה"ד כל אחד טוען הכל או כלום, והם יוצאים בסופו של דבר חצי-חצי. האם זו פשרה? האם זה שר' יהושע אומר מצווה לבצוע או זה שיגיד במקרה המתואר שיחלוקו, והמתנגדים יגידו שאסור לחלק את הנכס אלא לעשות משהו אחר? אפשר לומר שייתכן והדין קובע שיש לחלק בין השניים חצי חצי ואז זה לא מורה על פשרה, אלא דווקא על דין. יש גם לבחון מה עמדת הצדדים – אם הדין כפה עליהם, האם ניתן לומר שזו פשרה? לא. האם ניתן לכפות על הצדדים פשרה בלי לקבל את הסכמתך? האם אין להם זכות לעמוד על כך שהדיין יפסוק את הדין גם אם חושב שתוצאה הרבה יותר טובה תתקבל בקונסטלציה שונה מן הדין? לכאורה הוא לא יכול לחייב את הצדדים לעשות משהו אחר מאשר הדין, ואם ה"יחלוקו" הזה – שמחלקים את החפץ, נעשה בכפייה בלי הסכמת הצדדים – לכאורה זה מאפיין חשוב נוסף להגיע למסקנה שזו לא פשרה.

מאפייני הפשרה:

* ראשית – אם מדברים על פשרה, כנראה מדברים על משהו שהוא בגדר **אלטרנטיבה לדין**; על פי דין היינו מגיעים למקום מסוים, והפשרה מציעה דבר שונה.
* בנוסף, עצם המעבר מדין לפשרה מחייב קבלת **הסכמת הצדדים**. האם ניתן לדמיין בדעתנו מצב בו כופים על הצדדים פשרה?

כשאנו שומעים מחלוקת בין דעה שאומרת שמצווה לעשות פשרה, לבין דעה האומרת שבביה"ד אסור לעשות פשרה, מהו ההליך הזה שקורה בביה"ד אותו דבר שדעה אחת אומרת שמצווה לעשותו, והשנייה אומרת שאסור?

באים 2 צדדים לביה"ד – התובע טוען טענותיו, הנתבע טוען טענותיו. בפני ביה"ד יש את הטענות של 2 הצדדים. נחליט שיש כאן קייס שאין בו שמיעת ראיות – עדים, כי אין מחלוקת עובדתית ביניהם ולכן אין צורך בשמיעת עדים, המחלוקת ביניהם היא משפטית – איך לקחת את העובדות המוסכמות ולהוציא מהם את הנורמה המחייבת. מהו, ברמה התיאורית, הדבר שנקרא **פשרה**?

* כיוון אחד – **תיווך בין הצדדים**: הדיין פונה לצדדים ושואל אותם: האם אתם רוצים שאני אציע פשרה שתסיים את הסכסוך בדרך שהיא לא על פי הדין? אם הצדדים מסכימים הוא יציע להם פשרה, במקום 100-0, זה יהיה נניח 70-30, ואולי זה יהיה משהו מורכב ומתוחכם יותר, הוא רוקח ביניהם פשרה. סיים השופט להציע להם את הפשרה, אם הם מסכימים צריך לקחת את ההסכמה הזו ולתת לה תוקף של פס"ד. כדי שיהיה לזה מעמד של פס"ד שניתן ללכת איתו להוצל"פ כמו עם פס"ד. אם הצדדים לא הסכימו, חזרנו לנק' 0 ונצטרך לפסוק את הדין. זה תיאור של שופט המנסה **לתווך בין הצדדים** ולומר להם: אני יכול אולי להביא אתכם למקום בו תהיה לכם הסכמה, והם יכולים להסכים עם הצעתו או לא.
* הדרך השנייה לתאר את הפשרה – זה לבוא ולהגיד לצדדים: אני שופט מקצועי, אני יכול כאן במקום לתת פס"ד, אך אני חושב שבמערכת היחסים ביניכם, פס"ד יגמור את הסכסוך הנוכחי, אך כיוון שאתם שכנים ואמורים להמשיך לחיות יחד, אני חושש שהדבר הזה לא יעשה סוף לסכסוכים כי זה יבוא ממקום של כפייה של פסה"ד, ולכן הוא רוצה להציע להם שהם יסכימו שהוא יפסוק ביניהם אך לא עפ"י הדין אלא על דרך הפשרה. הפסק יחייב אתכם, אך הוא לא יהיה פסק על פי הדין אלא פסק על פי הפשרה, כפי שאני חושב שיש לפסוק במסלול של משפט-צדקה/משפט-שלום. הצדדים מסכימים ומסמיכים את השופט, נותנים לו סמכות לדבר שאין לו סמכות לעשותו ללא הסכמתם – אין לו סמכות לפסוק על פי הפשרה בלא הסכמתם, אם הם מסכימים השופט צודק לסמכות לפסוק ביניהם על דרך הפשרה.

ניתן לראות את 2 סוגי הפשרה האלה בחוק הישראלי.

(דף מקורות 4) - **חוק בתי המשפט (נוסח משולב) [תשמ"ד - 1984 ]**:

*79א. פשרה (תיקון: תשנ"ב)*

*(א) בית משפט הדן בענין אזרחי רשאי, בהסכמת בעלי הדין, לפסוק בענין שלפניו,*

*כולו או מקצתו, בדרך של פשרה.*

*(ב) אין באמור בסעיף קטן (א) כדי לגרוע מסמכותו של בית המשפט להציע לבעלי*

*הדין הסדר פשרה או לתת, לבקשת בעלי הדין, תוקף של פסק דין להסדר פשרה שעשו*

*ביניהם.*

עד 1992 לא היה במדינת ישראל סעיף חוק העוסק בפשרה? לא מתקבל על הדעת שעד אז לא היו פשרות. ננסה להבין מה חידש המחוקק הישראלי שלא היה עד 1992, וקיים בישראל רק משנת 1992, במידה ואנו סבורים שהיו בישראל פשרות עוד לפני חקיקת הסעיף.

ס' 79א(א) – מתאר פסק של פשרה – יש צורך בהסכמת הצדדים, והיא לכך שהשופט יפסוק בעניין שלפניו בדרך של פשרה. ס"ק א' לא מתאר ניסיון להוביל את הצדדים להסכמה מסוימת על תוצאה מסוימת; אפשר להשתמש כאן בביטוי חתול בשק, הצדדים מסכימים לדבר שהם לא יודעים מהו, בסוף יתברר למה הם הסכימו.

ס"ק ב' – הצדדים סיכמו ביניהם פשרה ובאים לביהמ"ש לקבל תוקף של פס"ד.

אם נסכם את מה שעולה מס' 79א: עד 1992 היו המון פשרות במדינה ישראל אך הן היו אך ורק מהסוג של תיווך, או פחות מזה – שצדדים הגיעו לפשרה בעצמם והשופט לא היה שייך לגיבוש הפשרה, עד 92' הצדדים ידעו בדיוק מה פרטי הפשרה ונותר להם רק להסכים להצעת השופט. באה הכנסת ב1992 ואמרה לביהמ"ש: מהיום יהיה לכם סמכות גם לפסוק על דרך הפשרה בין הצדדים בהסכמת בעלי הדין.

השופטים הצעירים ראו בזה כלי מעולה ממדרגה ראשונה, לעומת הוותיקים שלא ידעו להתמודד איתו כל כך. יש לציין שכמעט אין מדינה בעולם שיש בה סעיף כזה.

תחילה היה לשימוש בסעיף הזה המראה מאוד יפה, לאחר מכן הוא נבלם בעקבות פסיקה ביחס לשאלות שמתעוררות בהקשר לסעיף זה.

כעת המושגים נהירים לנו יותר: תיווך לפשרה, ופסיקה על דרך הפשרה.

כאשר למדנו עד כה במ"ע, אמרנו שיש דעה האומרת שמצווה לעשות פשרה ויש האומרת שאסור לעשות פשרה, לאיזה פשרה התכוונו חכמים אלה, תנאים אלה? על איזה פשרה הם חשבו? תיווך לפשרה/פסיקה על דרך הפשרה?

בכל מקום בו נעסוק בעניין הפשרה במ"ע, תמיד נוכל לשאול האם המקור הזה מעמיד את עיקר הוויכוח בין הדעות החולקות על פסק של פשרה (שמתירה גם תיווך), או הצד השני.

דוגמא: בתוספתא עולה השאלה כמה דיינים צריכים לדון, לשבת במסגרת הדיון כשהם דנים את הדין, וכמה צריכים לשבת כאשר הם דנים על דרך הפשרה. אם היינו לוקחים את הדיון על מספר הדיינים, המותב, אז אם כל הפשרה זו הצעת תיווך, למה צריך בכלל מספר מסוים של שופטים, הרי השופט עוזב את תפקידו השיפוטי והופך להיות מציע פשרה. זו דוגמא לדיון פרשני בו ניתן לומר שאם המחלוקת הייתה על תיווך אז למה שיקבעו מספר שופטים, אולם ניתן לענות מנגד - שגם הצעת תיווך של ביהמ"ש צריכה להיות רצינית, כי הצדדים לוקחים אותה ברצינות, ולכן זה צריך לצאת מהמותב כולו ולא משופט אחד. ניתן לחשוב על תירוצים, אבל הדיון בכל שאלה שתעלה לדיון מצריך את העיסוק בשאלה הפרשנית האם אנו עוסקים בתיווך בפשרה או בפסק של פשרה.

כעת ניתן להתחיל לפסוע לדיון שלנו בשאלת הגבולות הדיוניים של הפשרה.

**הגבולות הדיוניים של הפשרה:**

חשוב להדגיש שיש לנו גם שאלת גבולות אחרת – הגבולות המהותיים של הפשרה – המקרים בהם אומרים: יש מקרים שבהם העמדה צריכה להיות שאנו לא מעוניינים שהפשרה הזו, או פשרה בכלל תפתור את הסכסוך בין הצדדים; בגבולות המהותיים אנו מחפשים עקרונות מהותיים ביחס לזכויות-חובות של צדדים, בהם לא רוצים להתפשר, אלא שהצדדים יישאו בחובות ובזכויות שלהם, ואנו לא נסייע להם להתפשר. כשעוסקים בגבולות הדיוניים – אנו בעצם שואלים האם במהלך ההליך השיפוטי ישנם מצבים, שלבים שבהם אנו אומרים: עד כאן ולא יותר? או הפוך. כלומר נקודות בהם נגיד שלא ראוי להציע פשרה, בשלב זה שלך ההליך, אלא זה יהיה ראוי בהמשך, או שכבר לא ראוי להציע פשרה.

הסיפור שנשתמש בו במהלך הלימוד שלנו בעניין זה הוא הסיפור בו שופט הגיע ללשכתו במועד בו זימן את הצדדים לשימוע של פסה"ד. היום במשפט האזרחי כמעט לא רואים את זה, פשוט שולחים להם את פסה"ד. שנים היה מאוד מקובל שפס"ד זה דבר מיוחד שלא שולחים אותו בדואר/במייל, אלא מזמנים את הצדדים. פסה"ד כתוב לפני השופט, והוא פונה לצדדים ואומר להם: עבדתי קשה מאוד על פסה"ד, שופטים הכי אוהבים לחסוך את הצורך לכתוב פס"ד, הפשרה משמשת בראש ובראשונה לחסוך את כתיבת פסה"ד, הם כל הזמן עסוקים בלנקות את השולחן ופשרה זו דרך מצוינת. במקרה בו אנו עוסקים, השופט כבר עמל, כתב, ויצר את פסה"ד, ועכשיו לא נותר אלא למסור אותו לצדדים. להפתעת עוה"ד, הוא פונה ל-2 הצדדים ואומר להם: פסה"ד כתוב, אני מציע לכם שנגנוז אותו, ולדעתי דרך טובה הרבה יותר לצדדים תהיה לסיים את הסכסוך בדרך של פשרה. מתעוררת השאלה האם בכלל ראוי ששופט בשלב כזה, בו פסה"ד כבר כתוב לפניו, יפנה לצדדים ועכשיו יציע להם שהוא יביא אותם/ינסה להביא אותם לסיום הסכסוך בדרך של פשרה. הוא יכול בשלב זה או להגיד להם להסמיך אותו לפסוק להם על דרך פשרה – את זה הוא יעשה כאשר הוא לא מרוצה מתוצאת פסה"ד, זה במקרה בו הוא יפנה לכנסת שהגיע הזמן לשנות את החוק, אפשרות אחרת – הוא יגיד לצדדים: אני אתווך ביניכם לפשרה. אותו מקרה אותו מתאר המרצה – אחד הצדדים הסכים ואמר: אם זה מה שאתה מציע, אני מסכים שתגנוז את פסה"ד, הצד השני אמר: מה שהדין – זה מה שיהיה. השופט לא הצליח לדבר אל ליבם. השופט נתן פס"ד – זה שהסכים לפשרה הוא זכה בדין, וזה שהתנגד הוא זה שהפסיד בדין.

האם זה נכון מה שעשה השופט? האם זה ראוי שהוא בא עם פסה"ד בידיו ומציע עכשיו לצדדים להתפשר. זו דוגמא לשאלה שעוסקת בשאלת הגבולות הדיוניים של הפשרה.

**שיעור 6 – 09.05.17:**

**רצוי ללמוד מסיכום נוסף!**

סיימנו שיעור שעבר בדיון על גבולות דיוניים של הפשרה. נתנו את הסיפור בו צד אחד נענה להפצרת השופט ואמר אם השופט ממליץ אני מסכים ללכת לכיוון של פשרה, וצד אחר עמד על זכותו לקבל את פסה"ד. התוצאה הייתה שדווקא זה שהסכים ללכת לפשרה הוא זה שבהחלטת השופט בפסה"ד זכה בדין והצד שסירב הפסיד בדין. מה שעניין אותנו בסיפור הזה זה האם זו דרך נכונה מבחינת השופט לבוא עם פס"ד כתוב ולהציע בכל זאת להתפשר? ניכנס בדרך המלך לסוגיה זו בדף מקורות מס' 4.

ההערה מקדימה: **השיעור נדון סביב ההבחנה שבין גבולות דיוניים לבין גבולות מהותיים**. יש סיטואציה בה יש ערכים שמתנגשים עם רעיון הפשרה ואז אנו מתנגדים באופן מהותי לפשרה, אבל הנושא שלנו לא עוסק בגבולות המהותיים, אלא בדיוניים, ואז אנו רואים בפשרה אפשרות לגיטימית, אבל השאלה שאנחנו עוסקים בה היא מאיזה שלב של הדיון ראוי שהפשרה תיכנס ויעשה בה שימוש וגבול. מדובר בהתנגדות דיונית כי היא מתייחסת לאחד השלבים של הדיון המשפטי, כמו שבאותו סיפור של הדיין שכבר כתב את פסה"ד ותואר לעיל. יש 3 שלבים שונים לדיון ואנו נעסוק כרגע בגבולות הדיוניים.

אותה דעה שעסקנו בה לא מעט שהוצגה כדעה קיצונית שאסור לבצוע ומי שבוצע הוא חוטא – דעה זו מציגה גבול דיוני ולא גבול מהו כיוון שבסופו של דבר האיסור הזה הפך להיות משהו מוסדי – לדיין אסור לבצוע בתוך בית הדין אך אם אנו פונים לדרכו של אהרון שהיה משכין שלום אין לנו בעיה לומר שיש עוד דרכים חוץ מ"יקוב הדין את ההר" כאשר זה לא נעשה בבית הדין. וזהו גבול דיוני- הדעה האוסרת של ר' אליעזר. במילים אחרות, גם הדעה של ר' אליעזר יכולה להיות כגבול דיוני, אבל זה בהליך מאוד מוקדם.

**הגבול הדיוני הראשון** – הוא ממתי ראוי שהדיין יציע פשרה לבעלי הדין. למה שיהיה גבול מקדים?, למה לא בכל שלב שהוא מבחינת הגבול התחתון של בחינת ההליך? זה שהיום אנו רואים בבתי המשפט הצעות של פשרה שהן קודם כל ניתנות בשלב שכבר יש כתבי טענות, יש מישהו והוא יכול להיות השופט עצמו שקרא את כתבי הטענות, אומנם הגרסה המלאה לא נמצאת אצל השופט, אבל לפחות טענות הצדדים הן בפני השופט. יש מחלקה לניתוב תיקים בבית המשפט ע"י משפטנים שעוסקים במיון ובוחנים לאיזה הליכים מתאימים וכו', אבל יש בשר וזה כתבי הטענות שלפנינו. ככל שהמשפט הולך ומתקדם וטענות הצדדים לא נצמדות לאמת, בוודאי שכאשר אנו נמצאים בשלבי התצהירים (עדות) והש' שומע ראיות, ככל שזה נחשף בפני הש' ההצעה של הפשרה הופכת ליותר קונקרטית ואנחנו יכולים להבין מאיזה מקום היא באה. הש' פונה לצדדים ומציע שיתפשרו. בנקודה הזו יש לנו הפתעה במ"ע ונראה זאת בשתי דעות שמתייחסות לעניין הזה.

**דף מקורות מס' 4:**

*ב.*

*נגמר הדין אין רשאי לבצוע*

*ר' שמעון בן מנסיא אומ' פעמים יבצע אדם פעמים אל יבצע אדם כיצד שנים שבאו אצל אחד לדון עד שלא שמע את דבריהם ואם מששמע את דבריהם ואינו יודע להיכן הדין נוטה רשאי שיאמר להם* ***צאו וביצעו*** *אבל מששמע את דבריהם ויודע להיכן הדין נוטה אינו רשאי שיאמר להם* ***צאו וביצעו***  *(תוספתא סנהדרין פרק א)*

בקטע הקצר הזה במקור ב' אנו רואים למעשה שההתייחסות היא לגבול סופי של הפשרה "ברגע שהדין נגמר כבר". יש הכרזה מוקדמת שאומרת שיש מקרים שכן ויש מקרים שלא לגבי הפשרה. שני אנשים שנכנסים לדיון אצל השופט ועד שלא שמע את דבריהם (שלב 1), הם באו לפניו לדין, הוא עדיין לא שמע את דברי הצדדים, הוא רשאי לומר להם צאו. יש פה הצעה שיכול להפתיע אותנו שפשרה צריכה להתייחס למשהו, אתה נוגע בנק' בסכסוך שעל בסיסן אתה בונה קונספציה של פשרה, ופה הצדדים עדיין לא פתחו את הפה. דבר דומה אנחנו רואים בדיון של התלמוד הבבלי שמתייחס דווקא לדעה "נגמר הדין אין רשאי לבצוע".

**דף מקורות מבוא:**

*תנו רבנן: כשם שהדין בשלשה כך ביצוע בשלשה, נגמר הדין - אי אתה רשאי לבצוע...*

המשפט הזה מתייחס למס' הדיין והוא אומר שכמו שהרכב של בי"ד הוא 3 דיינים, אז כך גם ביצוע פשרה בשלושה דיינים. ברגע שנגמר הדין, אז אתה כבר לא רשאי לבצוע כמו שראינו את דעה זו למעלה לפיה הגבול העליון של הפשרה זה כאשר נגזר הדין.

*היכי דמי גמר דין? אמר רב יהודה אמר רב: איש פלוני אתה חייב, איש פלוני אתה זכאי. אמר רב: הלכה כרבי יהושע בן קרחה. -* ***איני?*** *והא רב הונא תלמידיה דרב הוה, כי הוה אתו לקמיה דרב הונא, אמר להו: אי דינא בעיתו אי פשרה בעיתו. - מאי מצוה נמי דקאמר רבי יהושע בן קרחה - מצוה למימרא להו: אי דינא בעיתו, אי פשרה בעיתו. - היינו תנא קמא! - איכא בינייהו מצוה. רבי יהושע בן קרחה סבר: מצוה, תנא קמא סבר: רשות. - היינו דרבי שמעון בן מנסיא! - איכא בינייהו משתשמע דבריהן ואתה יודע להיכן הדין נוטה, אי אתה רשאי לומר להן צאו ובצעו.*

הדיון על הגבול המאוחר של הפשרה יעסיק אותנו בהמשך השיעור.

**מתי זה בעצם נקרא שנגמר הדין?**, איך זה קורה המושג גמר דין, רוצים הגדרה של גמר דין. (אם במצב שהשופט כתב את פסה"ד אך עדיין לא נתן לצדדים האם זה גמר דין או לא? נשאיר זאת כרגע כשאלה פתוחה). אמר ר' יהודה בשם רב, כאשר "איש פלוני אתה חייב, איש פלוני אתה זכאי". הוא מודיע וזו הכרזה רשמית של סיום הדין, שאדם אחד חייב ואחר זכאי ובכך נגמר הדיון. לפי התשובה הזו ברגע שיש הכרזה לא ניתן להציע פשרה, אך כל עוד לא הייתה הכרזה אז אפשר להציע פשרה. לאחר שהתלמוד מסיים את ההגדרה של גמר דין, הוא מביא לנו הלכה נוספת. עזבנו את עניין גמר הדין והלכנו לפסיקת ההלכה.

למדנו שיש שתי דעות קוטביות שאסור לעשות פשרה בדין ומאידך מצווה לעשות. בא רב ומכריע בדור הראשון של האמוראים, שהלכה כר' יהושע בן קרחא שמצווה לעשות פשרה. התלמוד קופץ ומנסה לאתגר את קביעה זו ושואל איך אתה יכול לקבל את הדעה של רב לעשות פשרה. "איני?"= האומנם, כלומר האומנם רב עושה כר' יהושע בן קרחא. שבוע שעבר ראינו מהן הדעות לצדקה, הייתה מחלוקת חזיתות, זה לא שני אנשים שחלקו, אלא היו הרבה אנשים שחלקו וכאן יש רגע של הכרעה. התלמוד קופץ ואומר האומנם. רב הונא בוודאי ידע מה הרב פסק, הנחה סמויה שרב הונא לא זו בלבד שידע מה רבו פסק, ואם אין לו סיבה טובה הוא לא יחלוק כחלק ממסורת פרשנית. רב הונא יודע מה הרב פסק והולך בדרכו של רבו. התלמוד מספר לנו סיפור, ומכאן אנחנו הולכים לתיעוד מקרה ואופן ההתנהלות חוזרת על עצמה של רב הונא שיושב בדין. כאשר היו באים לפני ר' הונא והכוונה באים לפניו לדין, הוא היה אומר לבעלי הדין אם דין אתם רוצים או פשרה אתם רוצים, במילים אחרות דין או פשרה. ר' הונא היה מציע את ההצעה הזו לפני בעלי הדין, ואם הוא פונה לבעלי הדין ואומר להם תגידו אתם רוצים דין או פשרה, האם זה עולה בקנה אחד עם הרב של ר' הונא (ר' יהושע בן קרחה) שאמר שמצווה לעשות פשרה? לא, היינו מצפים מרב הונא שינסה לעשות פשרה והוא לא עושה זאת, ההפך הוא קודם מציע את הדין ואחר כך את הפשרה ובנוסף הוא לא דוחף לפשרה, אלא אומר שיש שתי דרכים דין או פשרה. ר' יהושע בן קרחא אומר שמצווה לעשות פשרה. מה התלמוד עונה? גם ר' יהושע בן קרחא שאמר מצווה, אז מה המצווה שאמר ר' יהושע בן קרחא? המצווה היא לומר לבעלי הדין זה האם אתם רוצים דין או פשרה. מה ראינו פה? ראינו שהפרקטיקה שמצוטטת מתוך ר' הונא שהיא מעשית, היא שבעלי דין באים לפני הדין הם שומעים מהדיין הצעה ללכת בדרך של פשרה או ללכת בדרך של דין. לפי התשובה של התלמוד המצווה היא לשים את הפשרה על המדף ולא כמו שחשבנו בתחילה שהפשרה מקבלת מעמד על שבו דוחפים לפשרה יותר מאשר לדין. זו בדיוק המצווה שר' יהושע בן קרחא חידש.

הגענו לקטע הזה משום שבמשפט העברי הצעות הפשרה הן עוד לפני שהדיין שומע בכלל את הצדדים כפי שראינו לעיל, וגם פה אצל ר' הונא הם שומעים את הרעיון אם הם רוצים פשרה או דין. זה נכון שהרזולציה שהדברים מתוארים פה היא לא כזו שיש לנו הוכחה שהצעת הפשרה היא בשלב כ"כ מוקדם אצל ר' הונא, אלא באופן כללי וזה מספיק כדי לעשות את הדיון מול פסק ההלכה של ר' יהושע בן קרחא, אך אין כאן הוכחה ברורה שר' הונא היה פותח את הדיון במילים הללו. המרצה ציין שהמפרשים של התלמוד פירשו זאת כך, כך שזה הפירוש. יש פה עמדה מפתיעה שמפרשת את הקטע הזה של התלמוד שדיין עומד לפני בעלי הדין ועוד לפני שהם פתחו את הפה הוא מציע להם את ההלכה של הפשרה.

איך אנחנו הולמים את הגישה הזו שמציעה לדיינים להציע פשרה עוד לפני שהם שמעו את הצדדים?, מאיפה בא דבר כזה? יש גישה טיפולית לפיה הדיין אומר שעוד לפני שהוא שומע אותם ומניח בפניהם את שתי האפשרויות הוא מציע זאת, כי מרגע שהם יפתחו את פיהם זה ישפיע על כיוון הדין. תשובה נוספת שניתן לעלות, שההקדמה של הצעת הפשרה מעלה במידה כזו או אחרת את הסיכויים שצדדים שעדיין לא פתחו את הפה ועוד לא פתחו את המלחמה ביניהם, כך שזה יכול לעלות את הסיכויים האפשריים. התשובות הללו מנסות להבין מה הרעיון של המ"ע לשמוע הצעת פשרה של שופט עוד לפני שהוא שמע את הצדדים וקרא את כתבי הטענות שלהם. תשובה שלישית, שברור שהצעת פשרה בשלבים מאוחרים יותר היא רלוונטית ומחזיקת מים, אבל הצעת הפשרה המוקדמת היא מאוד בוסרית, עצם זה שאתה פונה לצדדים בהצעת פשרה היא בוסרית, אבל יש לה מעמד ערכי-אידיאולוגי, תדעו לכם שבאתם לביה"ד והוא בנוי על שני מסלולים, אומנם זה בי"ד בשמו אבל זה גם בית פשרה ויכול להיות שגם אסביר לכם את היתרונות והחסרונות של כל אחד מהמסלולים, אבל האמירה שלי היא ערכית ואידיאולוגית ומנותקת מהצדדים, אבל היא מאוד חשובה כי חשוב לדיין שעל המדף יהיו את שתי האופציות הללו של דין ופשרה. מאוד יכול להיות שהסנריה שמוצגת כעת כמו שר' הונא היה עושה היא בעצם רק ההקדמה ורק בשלבים מתקדמים יותר הוא יחזור ויציע פשרה יותר קונקרטית ומעשית, אבל זה עדיין נותן תפקיד להצעת הפשרה הראשונית שיש לה תפקיד משל עצמה.

**העלנו 2 תשובות מרכזיות:**

1. הצעת הפשרה היא מאוד כללית ורעיונית-אידיאולוגית שביה"ד אומר שיש פשרה.
2. להצעה המוקדמת הזו יש גם תוצאות, כי במידה והצדדים יענו יש סיכוי שהם יענו בשלב מוקדם עוד לפני שהמלחמה בביה"ד פרצה ועצם ההצעה בביה"ד תהיה שונה.

עשינו כברת דרך להבין שיטת משפט כזו שמציעה/מציינת פשרה כבר בתחילת הדיון.

**לדעת המרצה** יש במ"ע חשיבות עקרונית לתת את הסיגנל שלפשרה יש מקום חשוב לא פחות משל הדין ולכן בתחילת הדיון אתם תשמעו את זה. על כל הרעיון הזה באיזשהו מקום צריך לשלם מחיר. כלומר, במידה ואנחנו נגלה שיש מצבים שבהם יש גבולות מהותיים לפשרה, זא"מ שהדיין עומד בפני סיטואציה שבמקרה כזה לא ראוי לעשות פשרה, יש פה ערכים שאני לא מוכן לוותר עליהם ולכן לא מתאים לעשות פה פשרות. מה שיכול לקרות זה שהצדדים מאיזושהי סיבה, יכול להיות שצד אחד חלש/אנוס, נענו לפשרה, ובמהלך הדיון הדיין יגלה שבפניו עומד מקרה שלא מתאים לפשרה לפי הגבולות המהותיים. לכאורה היינו אומרים לדיין לחכות ולראות אם העניין הזה מתאים לגבולות הדיוניים של פשרה או לא, כיוון ששם אנחנו מקדימים את הצעת הפשרה לשלב כ"כ מוקדם, זה יכול להיות אפילו במחיר שזה לא מתאים פה ואז נגלה זאת בהמשך.

עד כאן נעסוק בשאלה **פשרה מאימתי**, ומכאן נעסוק בשאלה **הפשרה עד מתי**.

**דף מקורות מספר 4:**

*ב.*

*נגמר הדין אין רשאי לבצוע*

*ר' שמעון בן מנסיא אומ' פעמים יבצע אדם פעמים אל יבצע אדם כיצד שנים שבאו אצל אחד לדון עד שלא שמע את דבריהם ואם מששמע את דבריהם ואינו יודע להיכן הדין נוטה רשאי שיאמר להם* ***צאו וביצעו*** *אבל מששמע את דבריהם ויודע להיכן הדין נוטה אינו רשאי שיאמר להם* ***צאו וביצעו***  *(תוספתא סנהדרין פרק א)*

הצעת הפשרה מתחילה עוד לפני שהוא שמע את דבריהם וממשיכה עד שהוא יודע לאן הדין נוטה, אם הוא יודע לאן הדין נוטה רשאי לומר להם "צאו וביצעו".

ציר הזמן:

**הצעה מוקדמת טענות הצדדים יודע היכן הדין נוטה גמר הדין**

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_>

ברגע שהוא יודע לאן הדין נוטה אסור לו להציע פשרה.

מה ההגיון של ר' שמעון בן מנסיא לגבול הפשרה? אחד הסטודנטים הציע שברגע שדיין שומע את הטענות ואת הראיות, אנחנו לא יודעים בדיוק מתי זה קורה, אבל יש רגע שבו הוא מגבש נטייה לגבי הדין, כך שאם הוא גיבש עמדה ביחס לתוצאה הנכונה עפ"י דין אז איך אתה כלפי עצמך מוכן לנטוש את התוצאה הזו עפ"י דין ולהביא את הצדדים לתוצאה שונה מהדין, ואז אתה חוטא לאמת אפילו שלך. יש פה בעיה עקרונית. האם באמת אנו מסכימים עם טענה זו שיש פה בעיה של הדיין עם עצמו, כלפי עצמו עם תורת המשפט, שהרי יש פה אמת והיא כבר נחשפה בפניך ואתה שם את תוצאה זו בצד ועושה משהו אחר, האם באמת בתפיסה שאנחנו אוחזים בתפיסה שלא מתנגדת מכל וכל לפשרה האם אנחנו מתמודדים עם העניין הזה? המרצה אמר שזו אפשרות, אך לא אפשרות שנעדיף לפי דברי ר' שמעון בן מנסיא (רשב"מ).

הצעה נוספת לכך מופיעה במקור ג:

 *ג.*

*היכי דמי גמר דין? אמר רב יהודה אמר רב: איש פלוני אתה חייב איש פלוני אתה זכאי.*

 *(סנהדרין ו ע"ב)*

*נגמר הדין אי אתה רשאי לבצוע -*

*כגון שכבר דקדקו בדין היטב וכמו גמרו את הדין דלא מיחסר אלא איש פלוני אתה חייב.* ***דכיון דנתברר כל כך אין להטעותו לעשות פשרה שאילמלא היה יודע שנתברר דינו לזכות לא היה מתרצה לפשרה בשום ענין***

*ופירש בקונטרס שכבר אמרו איש פלוני אתה זכאי ואיש פלוני אתה חייב*

*ולשון הש"ס מוכח כן בודאי*

*אבל קשה מאי ביצוע שייך השתא אחר שנפסק הדין לגמרי*

*ובדוחק י"ל שלא יטעו אותו לומר לו יראים אנו שמא טעינו בדין*

 *(תוספות ד"ה נגמר הדין סנהד' ו ע"ב)*

*.* ***דכיון דנתברר כל כך אין להטעותו לעשות פשרה שאילמלא היה יודע שנתברר דינו לזכות לא היה מתרצה לפשרה בשום ענין*** – הדיין יודע לאן הדין נוטה, אם הצד שאמור לזכות בדין היה יודע הוא לא היה נוטה לפשרה ולא היה מסכים לפשרה בשום עניין. כתוב כאן שיש פה הטעיה בכך שדיין שנמצא בשלב מתקדם של הדיון ומציע להם פשרה, והטענה שכתובה כאן היא שיש פה איזשהו אלמנט של הטעיה בעיקר בצד של הצד שעתיד לזכות בדין כי אם הוא היה יודע את מה שאתה יודע הוא לא היה מסכים לפשרה. זאת הטענה שעולה בתוספות. הדיין יודע להיכן הדין נוטה, והוא מציע לצדדים להסכים לפשרה, דבר כזה הוא לא בסדר, מכיוון שהדרך הכי פשוטה לתקן את בעיית ההטעיה הזו היא להגיד שהוא גיבש עמדה בתיק והוא לא מעמיד פני פוקר, אלא הוא יודע לאן התיק הולך ואז כל אחד מהצדדים יודע להיכן הדין נוטה והטענה של הטעיה לכאורה מתבטלת. צריך להגיד לדיין שהוא יודע, ואם הם בוחרים בפשרה אז הם לקחו את הסיכון, אבל אתה לא הטעית אותם. מבינים מדברי רשב"מ שאם הסברה שלך היא סברה של הטעייה אז יש לכך פתרון. בכל מצב שבעל דין מסכים לפשרה הוא לוקח את האפשרות שאולי הוא יזכה בדין, אבל הוא מוכן לקנות את הסיכון כי הוא גם לא יפסיד בדין. הבעיה של הטעיה זה כאשר יש פערי מידע בין מה שהדיין יודע לבין בעלי הדין, אבל הראנו שניתן לפתור את בעיה זו. ר' יהושע בן קרחא, העמדה שלו לא מתאימה לעניין העקרוני הזה כי הוא הכריז ואמר שיש אמת בדין, אבל הערכים של שלום וצדקה יש להם מעמד כשלעצמו ולכן הוא במודע מוכן לוותר על זה.

במאמר יש הבנה נוספת של ר' שמעון בן מנסיא והוא אמר שכדאי לשים לב לזה כשנקרא את המאמר, כי יש התייחסות לדברי רשב"מ בפרשנות שונה לגמרי – יש קריאה שאומרת שרשב"מ מדבר על שני מצבים: 1. מצב שבו הדיין יודע להיכן הדין נוטה פירושו של דבר שהוא יודע להכריע במקרה הזה. 2. אינו יודע היכן הדין נוטה, כלומר מצב שבו הדיון הסתיים, אבל הוא לא יודע להיכן הדין נוטה כי המקרה מסובך, אולי מבחינה ראייתית/משפטית, והוא לא יודע להכריע בו. לפי זה רשב"מ מאוד קרוב לדעה של ר' אליעזר שאוסר לעשות פשרה עם ביה"ד. הוא מתיר רק כאשר לא שמעת אותם או כשאתה לא יודע להיכן הדין נוטה. לכן הדרך של פשרה לא מזלזלת בדין כי אין דין ברור, הוא לא יכול לעזור להם.

אם נסתכל על מסכת סנהדרין שמצידה לנו את השלב שבו ביהמ"ש מגיע לסיום הדיון בתוך ההרכב של הדיינים. בדין העברי ברירת המחדל הוא שביה"ד דן בהרכב ולא כמו במד"י שברוב הערכאות יושב שופט יחיד. במ"ע זו ברירת המחדל, אין באופן עקרוני בי"ד שדן באופן יחידי. עד כדי כך שיש את הביטוי "אין דן יחידי, אלא אחד", הרעיון הזה שאישיות יחידה שתכריע בגורלות זה קיים רק בשמיים, מה פתאום שבן אדם יכריע גורלות, צריך לאסוף הרכב שידון בזה. זו נק' המוצא. באה **המשנה במסכת סנהדרין דף כט** ואומרת לנו את העקרון של רוב, שאם שניים אומרים זכאי ואחד חייב, או ההפך, הולכים אחרי הרוב. מה קורה כאשר אחד אומר זכאי, השני חייב והשלישי אומר איני יודע. אנחנו שומעים דבר כזה ואנחנו אומרים שזה לא מתקבל על הדעת, הרי לא שמענו מאז קום המדינה שופט נמנע ואומר שהוא לא יודע. בחוויה האנושית שלנו מצב שאנחנו לא יודעים משהו הוא מצב מוכר לנו, אנו מדברים על מקרים שאנחנו כן מבינים בהם אבל בגלל שאנחנו מבינים בהם אנחנו מבינים שזה מורכב וזה מסובך להכריע. החוויה האנושית שלנו מכירה את העמדה מול מצב שבו אנו לא יודעים להכריע. המשנה מציגה את זה כאופציה אפשרית שדיין אומר איני יודע. המשנה אומרת שלא רק שאחד אמר חייב, השני זכאי והשלישי לא יודע, גם במצב שבו שניים אומרים זכאי/חייב והשלישי לא יודע גם פה אין הכרעה, למרות שהוא מיעוט. מה עושים במצב כזה? המשנה אומרת שצריך להוסיף דיינים, אנחנו מכירים את זה במשפט הישראלי בדיון הנוסף שהוא סוג של איני יודע, כאשר הם אומרים שיש מקום לדיון נוסף, ובמקרה כזה צריך להרחיב את ההרכב. מה שאנחנו צריכים לדעת מזה שהאפשרות לא לדעת קיימת במ"ע והיא לגיטימית, ודווקא בגלל שהיא לגיטימית דעת הרמב"ם שאין מענישים דיין שלא יודע כי כפי שאמרנו זה לגיטימי, ולכן בהחלט יכול להיות שבדיון נוסף הוא יגבש את העמדה שלו ועל כן אין להוציא אותו מההרכב. היו מקרים במשפט הישראלי ששופטים שינו את דעותיהם בדיון נוסף, ולכן גם דיין שאינו יודע בדיון נוסף יכול לגבש את דעתו ולומר את דבריו.

למה כאשר שניים אומרים זכאי ואחד איני יודע למה לא קיבלנו הכרעה עפ"י שניים שהרי האחד הזה הוא מיעוט? 1. אנחנו צריכים הרכב של 3 דיינים ופה אין הרכב של 3 דיינים כך שמנק' מבט של דעות אין פה 3 דיינים. 2. מעבר לתשובה הפורמאלית אנחנו רוצים פס"ד שמבוסס על 3 דעות שהתקבלו מתוך דיון של 3 שופטים, אנחנו רוצים ש-3 שופטים ישמעו אחד את השני, יהיו פתוחים לשכנע ולהשתכנע ובסופו של דבר יגבשו עמדה, כך שמי שאמר איני יודע יצר חסר מהותי כי הוא לא תרם דעה שלישית שגם השניים אחרים צריכים לשמוע אותה. הוא אומנם יצר ספק, אבל לא הצליח ליצור עמדה כך שפסה"ד יתגבש. נושא זה משתלב עם הנורמה המיוחדת שמחייבת את השופט לקיים ביניהם דיון, היא נורמה שהמ"ע מצווה על הדיינים – "נושאים ונותנים בדבר", כלומר דיון/מו"מ, וזה מאוד מהותי וברגע שזה חסר לא ניתן לקבל הכרעה, עד כדי כך שיש לנו רוב ואחד שאינו יודע אין לנו הכרעה.

מה שאמרנו עד כה מהווה קריאה נוספת של רשב"מ. הוא אומר שלפי הקריאה הזו הדיין אינו יודע לאן הדין נוטה, כלומר לא הצליח לגבש דעה ואינו יודע, אז במקרה כזה רשב"מ מאפשר להציע פשרה בין הצדדים, ואז רשב"מ מאוד קרוב לדעה של ר' אליעזר, כי אז יש לנו 2 אופציות של פשרה: 1. לפני שהם פתחו את הפה. 2. במצב שאינו יודע.

**לקרוא את המאמר ששלח במייל.**

**שיעור 7 – 16.05.17:**

הגבולות הדיוניים של הפשרה.

ציירנו ציר שמתאר את תרשים הזרימה של ההליך השיפוטי. ר' שמעון בן מנסיה (רשב"מ) דוגל בנקודה שהוא קורא לה: "יודע להיכן הדין נוטה". ראינו שאת המונח הזה ניתן לפרש ב-2 צורות שונות לחלוטין שבאחת מהן רשב"מ מאוד דומה לעמדה הקוטבית ביותר שאומר שבעצם מיקומה של הפשרה היא מחוץ לגרף הזה – שזו דעתו בעצם של ר' אליעזר בנו של ר' יוסי הגלילי שאמר: אסור לבצוע. הדעה שלו אומרת: יש מקום לפשרה אך לא בתוך ביה"ד. לפי פירוש אחד, עמדתו של רשב"מ מאוד דומה לעמדה זו. לפי הבנה אחרת של עמדתו, הוא סה"כ אומר שזה הליך מתקדם והולך, הדיין שומע את טענות הצדדים, במונחים מודרניים נאמר שיש כאן כתבי טענות, בשלב מסוים הדיין מבין לאן הדיון נוטה, ולפי ר' שמעון זה שלב בו הדיין כבר לא יציע פשרה בין הצדדים. דיברנו על 2 אפשרויות בסיסיות להסביר את דעתו: 1. יש כאן הטעיה של הצדדים. 2. יש כאן מידה של זלזול בדין – כיוון שהדין כבר מבצבץ והדיין יודע מה צריך להיות הדין לפי דין תורה, רשב"מ אומר שלשים את הדין בצד ולעשות פשרה זה זלזול בדין.

א"כ, אחד מההסברים לדעתו של רשב"מ, מדבר על מצב שזה לא שלב תהליכי, אלא שלב שהדיון הסתיים והדיין לא יודע כיצד להכריע, וכדי להבין כיצד יכול להיות דיין שלא יודע איך להכריע, עסקנו בדיין שאומר "איני יודע" – מושג שקיים רק במשפט העברי.

בחלק הראשון של השיעור נעסוק בדעה שחולקת על רשב"מ (רשב"מ), שמופיע בתוספתא כדעה סתמית שלא מופיעה תחת שם מסוים, אנו נכנה אותה: דעת תנא קמא (החכם הראשון, הדעה הראשונה).

מהי הדעה הראשונה? נגמר הדין – זו דעתו של תנא קמא. אנו נעסוק בדעה זו ביתר הרחבה. זו הדעה שנפסקה להלכה במשפט העברי (לפי פסיקת הרמב"ם והשולחן ערוך) – הגבול האחרון להצעת פשרה הוא כאשר נגמר הדין.

א"כ, הציר בנוי כך:

**ר' אליעזר:** אסור לבצוע -> כתבי טענות -> רשב"מ: אינו יודע להיכן הדין נוטה -> תנא קמא: נגמר הדין.

מה המשמעות של נקודת זמן זו בה אנו אומרים שנגמר הדין?

התלמוד שואל שאלה זו.

**מקור ג (דף מקורות 4) – סנהדרין ו ע"ב:**

*היכי דמי גמר דין* (מהו הדמיון, המצב בו מדובר כאשר אנו מדברים על המושג "גמר דין")? התשובה היא: ר' יהודה אומר את הדברים בשם רב: *אמר רב יהודה אמר רב: איש פלוני אתה חייב איש פלוני אתה זכאי* – שמענו הקלטה מביה"ד, לאחר כל הדיונים וההנמקות, בסופו של דבר יש שורה תחתונה (במשפט המודרני האזרחי זו הפסיקתא). כאשר נאמר "איש פלוני אתה זכאי איש פלוני אתה חייב" – זהו השלב של גמר הדין שעליו אומר תנא קמא שלאחריו כבר לא ניתן להציע פשרה. נראה מייד שלמרות שהדברים כ"כ מבוררים ומפורשים בתלמוד באופן כה גמור, הם עדיין מהווים מקור לדיון ומחלוקת ע"י מפרשי התלמוד מתקופת הראשונים.

**תוספות ד"ה נגמר הדין סנהד' ו ע"ב (רש"י):** *ופירש בקונטרס שכבר אמרו* (הדיינים) *איש פלוני אתה זכאי ואיש פלוני אתה חייב* (כלומר הפירוש של רש"י הוא הכי מתבקש ומשתמע מדברי התלמוד, שגמר דין פירושו של דבר הוא שהדיינים אמרו: איש פלוני אתה זכאי, איש פלוני אתה חייב. מרגע זה לא ניתן להציע פשרה בפני בעלי הדין. זהו פירושו של רש"י. זה כה משכנע עד שהתוספות, שחולקים על רש"י, אומרים שברור שמבחינה לשונית, מבחינת הקשר הדברים, זה בדיוק הפירוש – *"ולשון הש"ס מוכח כן בודאי"*, אך תוספות מתקשים בהבנה הזו.

*"אבל קשה מאי ביצוע שייך השתא אחר שנפסק הדין לגמרי"* – מה בכלל שייך לדבר על פשרה לאחר שנגמר הדין לדמרי, כשכבר אמרו את זה? מה עלה על דעתך להציע פשרה לאחר גמר דין שצריך לומר את זה שלאחר שנגמר הדין אי אפשר לבצוע?אחרי שניתן פס"ד, כיום, שופט גם אם חושב שהוא טעה הוא לא יכול לתקן את פסה"ד שלו, אז מה שייך שיפנה לצדדים ולומר להם להתפשר? תוספות אומרים שלפי פירוש רש",י תנא קמא אומרים דבר שמיותר להגיד אותו. מה יציע פשרה לאחר גמר דין? זו השאלה של תוספות על רש"י, והם עצמם מנסים ליישב את רש"י, כי כנראה גם רש"י חשב על השאלה הזו, והם אומרים: *"ובדוחק י"ל שלא יטעו אותו לומר לו יראים אנו שמא טעינו בדין"* – יש לנו הצעה דחוקה, אך לפחות להציל את הכבוד האבוד; הייתי חושב שדיין שיש לו מידה של יראת הדין באופן כללי, או במקרה ספציפי בו הוא לא בטוח שהכרעתו נכונה, במקרה כזה יש לו עניין לומר שלא נח לו שפסה"ד ישב על כתפיו, כאשר אולי יש בו טעות, אז הוא אומר: אני הייתי מציע לכם להתפשר. המוטיבציה שלו היא שקשה לו. כיום, שופט שלום כאשר נותן הכרעה תקדימית או במקרה שבעיניו קשה, הוא יגיד לעוה"ד: אני אשמח שתערערו על פסה"ד שלי, כי אני לא בטוח בו ואני אשמח שהוא יעמוד במבחן של ערעור (כמובן שזה תלוי באופי והביטחון של השופט בעצמו). לפעמים יש לשופט מוטיבציה להביא לפשרה בין הצדדים, ובא תנא קמא ואומר: זה אסור לך – אחרי שאמרת על פי דין תורה: אתה זכאי, אתה חייב, אסור לך לומר לצדדים לעשות פשרה. זו עמדתו של תנא קמא, לפי רש"י, לפי איך שתוספות מנסים לגונן עליו.

(הביטוי קונטרס זה אחד הכינויים לפירוש רש"י. התוספות מביאים בפנינו את פירוש רש"י).

תוספות: *"נגמר הדין אי אתה רשאי לבצוע - כגון שכבר דקדקו בדין היטב וכמו גמרו את הדין דלא מיחסר אלא איש פלוני אתה חייב. דכיון דנתברר כל כך אין להטעותו לעשות פשרה שאילמלא היה יודע שנתברר דינו לזכות לא היה מתרצה לפשרה בשום ענין"* - מדובר כאן לא בשלב בו כבר גמרו את הדין ואמרו: "איש פלוני..." אלא מדובר במצב מתקדם בו הדין התקדם היטב, כפסע בינם לבין הדין אך הם עדיין לא אמרו: איש פלוני אתה זכאי... תוספות צועדים צעד אחד אחורה, שנייה לפני הפירוש של רש"י, מדובר כאשר עדיין לא אמרו. לדעת תוספות, עומד כאן הדיין, לפני בעלי הדין כאשר הוא עוד לא אמר מי זכאי ומי חייב, אך הוא בוודאי יודע כבר ממש את התוצאה הסופית שעומד לפסוק, רק הוא עוד לא אמר זאת – זה השלב בו לפי התוספות אסור להציע פשרה. למה? כיוון שאנו בשלב בו כבר הדין כה מבורר, והדיין יודע כבר מי זכאי ומי חייב, אין להטעות את הזוכה בדין לעשות פשרה – איזה בן אדם היה מסכים להתפשר כאשר הוא יודע שהוא זכאי? לכן לדעת התוספות האיסור להציע פשרה מתחיל עוד קודם שאמרו "נגמר הדין" כבר קודם זה אסור כי יש כאן בעיה של הטעיה.

ננסה לחשוב על הנימוקים של הנורמה הזו; אם אנחנו תופסים את הטעם של זלזול בדין, כלומר יש כאן בי"ד שפועל עפ"י דין תורה, יש לו נורמות שנקבעו בתורה, כמו כל בימ"ש שפועל עפ"י נורמות המחוקק, והצעת הפשרה מציעה לשים את הנורמות בצד ולעשות משהו אחר, ויש כאן ביטוי של זלזול בדין. אפשר להגיד שזה לא מפריע בכלל, ואפשר לומר שבגלל זה אנו לא רוצים לראות פשרה בביה"ד. אם אנו רואים בזה זלזול ופגימה בדין, תוספות יכולים להחזיק ב-2 הדברים, לומר שיש כאן בעיה של הטעיה, מה שאמרנו לעיל, וכמובן שיש כאן גם בעיה של זלזול בדין, ברגע שהצדדים ישמעו את הדין ויעברו לפשרה, יש פה זלזול בדין. הנושא של הזלזול בדין נמצא בסוגיה, ולכן הוויכוח בין רש"י ותוספות הוא רק על ההקדמה, שתוספות אומרים שאפילו לפני שאמרו את פסק הדין יש כאן בעיה של הטעיה. לרש"י לא הפריעה הטעיה זו, מה שהפריע לו זה שברגע שיש גמר דין, לא ניתן לשים אותו בצד ולעשות דברים אחרים – שכן זה מהווה זלזול בדין.

כעת נדון באופן מעמיק יותר בהטעיה המוצגת אצל התוספות. הם טוענים טענה שהדין עומד בפני בעלי הדין ומציע להם פשרה, כאשר חושפים את המידע מתברר שכאשר הדיין הציע פשרה הוא ידע בדיוק מי הזוכה ומי המפסיד. תוספות אומרים: זו הטעיה. נאתגר את הטענה הזו ונאמר כך (מתוך דברי המהרשד"מ): ממה נפשך (כך או כך), איך שלא תסתכל על זה, הרי כל דיון משפטי, אפריורי, במחשבה ראשונית לפני שנכנסים לפרטים, אנו יודעים שמישהו כאן יזכה יותר ומישהו יזכה פחות, בסוף יהיה איזשהו פס"ד, את זה אנו יודעים מראש. כלומר כל בעל דין יודע שכאשר מציעים לו פשרה יכול להיות שאולי הוא היה זוכה בדין, ובזה שהוא מסכים לפשרה, הוא מפסיד את זה. זו הטענה שלו ביחס לפשרה. האם יעלה על הדעת שבעל דין שעשה פשרה יבוא ויטען שהוא רוצה לבטל את הפשרה, כי מתברר לו היום שהוא היה אמור לזכות בדין, ואם היה יודע זאת הוא לא היה מסכים לפשרה? אם לא, אז מה המשמעות של דברי התוספות – שדיין שיודע בדיוק מה פסה"ד, ובא לצדדים ומציע להם להסכים לפשרה, והם הסכימו, מגלגלים את זה לאחור ואומרים לו: אה ידעת שאני זוכה בדין והצעת לי פשרה, אז פשרה זו טעות? מה זה קשור, כל בעל דין יודע שאולי הוא זוכה בדין, אז איזו הטעיה יש פה? אנו צריכים לגבש עמדה מוסרית שתוספות מחזיקים בה כדי להבין את העמדה של ההטעיה. נציע הבנה להטעיה הזו, ולפני כן נציע את המושג הזה של "פשרה בטעות".

מתי וודאי נסכים שפשרה מתבטלת כאשר יש טענת טעות? באיזו סיטואציה נסכים שפשרה צריכה להתבטל בטענה זו. אפשר לומר שיש פה כמו חוזה, וזה פגם בכריתת חוזה, ונבטל את הפשרה בגלל שהפגמים נפלו.

2 דוגמאות בהן ברור שנבטל פשרה בטענת טעות:

1. **תשובות הרי"ף** – מדובר על מישהו שתבע ממון מחברו ובמסגרת בירור הסכסוך הזה ביה"ד חייב את הנתבע בשבועה. מדובר על כלי שהמשפט העברי משתמש בו, חיוב של שבועה כחלק מבירור של הקייס. אחת הדוגמאות המפורסמות – שבועת השומרים, אדם קיבל חפץ לשמור ואח"כ טוען שגנבו ממנו. הבעלים לא יודעים מה היה באמת, אם זה נגנב/קרה משהו/הוא גנב, אז מטילים עליו להישבע, ולשבועה זו יש מעמד משפטי, זה חלק מהבירור. מה יקרה אם בעל הדין לא מוכן להישבע? מה עושים? הוא משלם. אם יש לו ראיות טובות הוא לא צריך שבועה, אך במצב בו הדין מחייב שבועה ואין לו ראיות אחרות לשכנע בדבריו, העובדה שהוא לא מוכן להישבע מחייבת אותו בתשלום. נניח מקרה בו בעל הדין מעדיף לשלם על פני שבועה, ולאחר מכן מתברר שביה"ד טעה כאשר חייב את הנתבע להישבע, הייתה לו טעות בדין או בהבנתו, ומתברר שהטלת השבועה הייתה בטעות. במקרה זה, על אף שהאדם כבר שילם, הוא יכול לבטל את התשלום. זו דוגמא למקרה בו הבסיס לעסקה בה אמר שהוא מוכן לשלם העיקר לא להישבע, והוא עשה זאת כי ידע שהוא מחויב בשבועה. במקרה בו מתברר שזו הייתה טעות, זה ניתן לביטול.
2. **דוגמא נוספת לפשרה בטעות** – מה קורה אם יש דיין ששכח שיש איסור להציע פשרה לאחר גמר דין? הוא הלך והציע לצדדים פשרה למרות שידע כבר את הדין, ואסור היה לו להציע פשרה, והצדדים הסכימו. אחרי זה מתברר שזה היה הליך לא תקין כי אסור היה לו להציע פשרה לאחר גמר דין, אך הצדדים הסכימו כי חשבו שזה בסדר. עכשיו כאשר הם למדו או שמישהו אמר להם שזה היה הליך לא תקין, הם רוצים לפרק את העסקה כי זו הייתה פשרה לא תקינה, גם פה ניתן לומר: פשרה בטעות – כי הטענה של הטעות היא לא מסוג של "אילו הייתי יודע", אלא זה ביטול העסקה כי הדיין הציע פשרה לאחר גמר דין. יש פה טענת טעות שמתייחסת לעובדות, למצב המשפטי שהצדדים הסתמכו עליו.

לאחר שהצגנו 2 דוגמאות של פשרה בטעות, נחזור לשאלה: מה עומד מאחורי התפיסה של הטעיה שהתוספות דיברו עליה? איך מנקודת מבטו של בעל הדין – מה הבעיה כשאתה אומר "אילו הייתי יודע שאני זוכה"? איזו השקפה מסתתרת מאחורי דברי התוספות שיכולה להסביר מדוע מדובר פה בהטעיה של הצדדים.

נציע הצעה: יש כאן הפרת אמון כלשהי, הצדדים תמיד רוצים להאמין שהם עומדים בפני שופט שמתייחס אליהם בצורה אובייקטיבית, לא מטה את הדין/המבט שלו לטובת אחד יותר מהשני. ברגע שהאמון הזה נפרם, זה המצב בו בבתי המשפט שלנו מבקשים לפסול את השופט – זה בדיוק המצב, כאשר אנו חושבים, ומצליחים לשכנע את נשיאת ביהמ"ש העליון, ברגע שאנו מאבדים את האמון שהשופט עומד במקום ניטראלי, אובייקטיבי ושוויוני כלפי הצדדים, אנו אומרים: יש פה בעיה.

כאשר שופט מציע לצדדים הצעת פשרה, אם אנו מאמינים שהשופט עדיין מחזיק במקום הניטראלי הזה, הוא מציע ל-2 הצדדים הצעה שהיא בעצם קניה של סיכון במחיר של הסיכוי (יש לי אולי סיכוי לזכות, אך גם יש לי סיכון להפסיד) בפשרה אני ממיר סיכון בסיכוי. הצעת הפשרה מצד השופט מתפרשת ע"י כל אחד מהצדדים בצורה זו – המרת סיכון בסיכוי. במקרה עליו מדברים התוספות, השופט מצידו לא מציע עסקה כזו, הוא לוקח אדם שיודע שעומד לזכות בדין, ומציע לו פשרה, אז זה לא המרת סיכון בסיכוי מצד השופט, אלא פניה לזה שיכול לזכות בדין ולהציע לו פשרה. התשובה שאנו מציעים היא כזו: זה נכון שאם בעל הדין שם מסך בינו לבין השופט, ואומר: אני יודע מה התביעה שלי ואם היא כדאית לי או לא, ואני מסכים לפשרה – אז ידיעת הדיין לא צריכה להעלות ולהוריד, אך מנקודת מבט האמון של בעל הדין בדיין, פה יש את עניין ההטעיה, בעל הדין לא מצפה שכאשר הדיין יודע מה מצב הדין הוא יציע פשרה. לכן זה לא בסדר מנקודת המבט של בעל הדין – הייתה פה פרימה של האמון שאנו נותנים בדיין.

אם נסגור את המעגל של הדיון בדעות רש"י ותוספות, נשאל את רש"י: כשאמרת שאסור להציע פשרה לאחר גמר דין, לאחר שאמרו: "איש פלוני..." אז מה אתה אומר לגבי השלב בו לא אמרו אך יודעים את הדין? רש"י משיב: אין בעיה. איך הוא מתמודד עם בעיית ההטעיה? למה הוא לא מוטרד מהבעיה הזו?

**המרצה** מציע הצעה שתאמר גם למה רש"י לא מוטרד מבעיית ההטעיה, וגם תיישב בצורה טובה יותר את עמדת רש"י עצמו. נחזור לדעת ר' יהושע בן קרחה שאמר לנו מה המוטיבציה של הפשרה במשפט העברי: משפט שיש בו שלום, משפט שיש בו צדקה. הסברנו שבאופן פשוט מה שהוא אומר זה: ישנם ערכים שהטייטל הכללי שלהם זה שלום וצדקה, שאלו ערכים שבדין אין להם מספיק ביטוי או אין להם ביטוי בכלל. הדין לא שואל האם הצדדים יצאו מביה"ד מחובקים או לא ידברו לעולם – זו לא שאלה שהדין בודק. השאלה של השלום לא עומדת לדיון, וכן הצדקה. אם זו פשרה ערכית, אז כאשר בא הדיין ומציע לצדדים פשרה, המשמעות היא שהוא לפחות בין השאר אומר לצדדים: הפשרה שאני מציע לכם עכשיו מבקשת להפנים ערכים, שאם הייתי פוסק את הדין, ערכים אלה של שלום וצדקה לא היו שם, לפחות לא במידה מספקת. אם אנו מבינים את זה בצורה זו, מה אכפת לבעל הדין שהוא אומר: למה הצעת לי פשרה כאשר ידעת שאני זכאי? מה זה קשור? ידעתי שאתה זכאי, אך ידעתי שיש כאן משהו לא הוגן גם, ולכן הצעתי פשרה. הטענה שהמרצה רוצה לקדם היא שאם אנו מסתכלים על הפשרה הערכית, בהחלט יכולה לבוא הצעת פשרה לצדדים גם כאשר הדיין יודע מה תוצאת פסה"ד, ואין לו שום בעיה להציע להם פשרה כאשר פשרה זו מקדמת שלום וצדקה. בהבנה זו אנו מבינים למה אפשר לפי רש"י להתעלם מבעיית ההטעיה שהטרידה את התוספות. ברגע שאומרים מראש שהפשרה לא באה רק להמיר סיכון בסיכוי אלא למכור משהו נוסף, משהו שיעשה שלום בין הצדדים, שיפנים ערכים מוסריים שהדין לא עושה זאת בעצמו, אז אני נותן לך משהו גם כאשר אתה זכאי. זה לא רלוונטי שאתה הזכאי, מראש ידעתי שפסה"ד יכול להיות צודק ונכון אך הוא לא עושה שלום וצדקה. למה לא אמרתי לך שאני יודע? כי חששתי שאז לא תסכים, אך ברמה המושגית, הצעת הפשרה לא פורמת את האמון של בעלי הדין בשופט, כי השופט, גם כאשר מציע לצד זכאי פשרה, הוא מציע לו משהו שמקדם אותו בעולם המוסרי שלו או בשלום בין הצדדים.

למה השאלה שתוספות תירצו את רש"י בדוחק מיושבת ?כי תוספות שאלו מה שייך פשרה בשלב זה? תשובה: בוודאי ששייך פשרה, גם כאשר אמרתי פלוני זכאי ואלמוני חייב, עדיין, שלום לא יהיה ביניכם ומחר תבואו עם עוד סכסוך, ולכן אני מציע לעשות פשרה על אף שנגמר הדין. החידוש הוא, שלדעת תנא קמא – זה כבר לא, למרות שיש לזה מקום ברמה המוסרית, עדיין – נגמר הדין, אין רשאי לבצוע – זו דעת תנא קמא, עם כל הרצון לעשות פשרה – נגמר הדין אין רשאי לבצוע. למה? הטעם של זלזול בדין מחפש גבולות, עד כמה אתה מוכן לשים אותו בצד ולהציע פשרה, תנא קמא אומר: זה כבר לא, ברגע שיש כבר פס"ד.

**המרצה** טוען שהשלב שהסכסוך הגיע אליו בשלב גמר הדין, הוא שלב שבו ככל הנראה, הסיכויים של שלום ושל שלווה, בשלב זה, הוא כבר זניח/חלש מידי בשביל שיהיה מקום להצעת פשרה. ברמה הערכית, כאשר תנא קמא אומר שברגע שנגמר הדין, כל המאמצים לפשרה לא הצליחו עד עכשיו, לחשוב שעכשיו, אחרי שנגמר הדין לגמרי, עכשיו פתאום תעשה שלום וצדקה ותשכנע את הצדדים לכך – זה כבר מאוחר מידי, לא רק מבחינת פרוצדורה, אלא גם ברמה הערכית – זה נעלם בשלב מסוים. ברגע שמיצו את הסכסוך עד תום, מאוחר מידי להישגים ערכיים. לפיכך הפשרה נאסרת בשלב זה, בפרט אם זה נתמך ב"זלזול בדין".

מהי פסיקת ההלכה? אחד המפרשים החשובים של בעל הטורים - בית חדש (הב"ח) – הוא שואל מה עושים למעשה? יש לנו את דעת רש"י, את דעת התוספות, איך פוסקים הלכה למעשה? מה המחלוקת בין רש"י לתוספות – באיזה שלב בדיוק חל האיסור להציע פשרה. הב"ח אומר שיש לנו כלל: כאשר יש לנו ספק בשאלה של איסור, אז: יש ספק – אין ספק, הולכים על הצד הבטוח ומחמירים. הוא מסתכל במבט זה על סוגיה זו ואמר: אני רוצה להיות בטוח שאני לא עובר על האיסור להציע פשרה לאחר גמר דין, כדי להיות בצד הבטוח, אני מחמיר ואוסר על הדיינים להציע פשרה כבר מהשלב בו הם יודעים מה גמר הדין, אף אם לא אמרו אותו. הוא מסתכל על זה כעל זלזול בדין תורה, לא רוצה לזלזל בדין תורה, ולכן הולך שלב אחד מחמיר יותר, או שהוא לא רוצה להטעות את הצדדים, רוצה ללכת על בטוח.

ר' שבתאי כהן (הש"ך), בעל השפתי כהן, מביא את דעת הב"ח לגבי "יש ספק – אין ספק",ואומר הש"ך לאחר שמביא את דעת הב"ח: *"ואמר איש פלוני - ולא נהירא דהא מצוה לבצוע, וכן נראה עיקר כרוב הפוסקים"*. הרב ליכטנשטיין, אחד הדברים המפורסמים עליו הוא שבימי ספירת העומר הוא היה מתגלח לכבוד שבת, ושאלו אותו: למה הרב מקל באיסור אבלות של ספירת העומר? הוא ענה: אתה רואה אותי כמקל בעניין האבלות, אך אני מחמיר בעניין כבוד השבת. כשאדם נמצא במערכת איזונים, שואלים אותו למה הוא לא מקפיד על משהו, וכאשר יש התנגשויות בחיים בין ערכים שונים, בחירה בערך אחד נראית כהקלה בערך אחר, אך היא לא, היא תוצאת איזון בין 2 דברים, האיזון שלו היה לא להתגלח כל השבוע רק לכבוד שבת. בהקשר שלנו אומר הש"ך לב"ח – מה אתה אומר שאתה מחמיר לא לזלזל בדין ואם יש ספק-אין ספק? מול ההחמרה שלך אתה מזלזל בערכים שאומרים שיש מצווה לבצוע. הטענה של הש"ך היא שהאיזון הנכון זה דווקא להעדיף את המצווה לבצוע, דעת רש"י, ולאפשר לדיין להציע פשרה גם כאשר יודע את ההכרעה הסופית ובכך לקדם את המצווה של פשרה, למרות שזה במחיר של וויתור על עמדת תוספות. בנוסף יש לו טיעון פורמאלי, רוב הפוסקים במהלך הדורות נקטו בדעה שהוא מציע ולכן הוא פוסק כרש"י.

**מקור ד - שולחן ערוך חושן משפט יב** – *"מצוה לומר לבעלי דינים בתחלה: הדין אתם רוצים או הפשרה; אם רצו בפשרה, עושים ביניהם פשרה. וכשם שמוזהר שלא להטות הדין, כך מוזהר שלא יטה הפשרה לאחד יותר מחבירו. וכל בית דין שעושה פשרה תמיד הרי זה משובח. במה דברים אמורים, קודם גמר דין, אף על פי ששמע דבריהם ויודע להיכן הדין נוטה, מצוה לבצוע. אבל אחר שגמר הדין ואמר: איש פלוני אתה זכאי, איש פלוני אתה חייב, אינו רשאי לעשות פשרה ביניהם. אבל אחר, שאינו דיין, רשאי לעשות פשרה ביניהם שלא במושב דין הקבוע למשפט"*. השולחן ערוך מוריד את הרשב"מ, ואת התוספות. הוא פוסק במפורש, שרק לאחר שאמר:" איש פלוני...", אינו רשאי לעשות פשרה ביניהם.

בשיעור הבא נעסוק בחריגים להצעת פשרה לאחר גמר הדין.

**שיעור 8 – 23.05.17:**

עצרנו בשיקולי הפסיקה, לאחר שראינו מגוון דעות שעליהם הלבשנו מגוון טעמים (שיקול של הטעיה, שיקול של זלזול בדין). כעת נדבר על חריגים לאיסור להציע פשרה לאחר אותה נקודת זמן שקבענו שהיא המועד האחרון להצעת הפשרה.

נחדד נקודה אחת: כאשר אנו שואלים עד מתי ניתן להציע פשרה, הנושא בו עסקנו ואנו ממשיכים לעסוק בו, זה לא עוסק בשאלה באיזה שלב תתבצע פשרה בביה"ד; אנו מדברים עד מתי הדיין יכול להציע פשרה לבעלי הדין, לא המועד בו הפשרה בפועל תתבצע בביה"ד יכול להיות גם מועד מאוחר יותר. נקודת הזמן שמעסיקה אותנו היא נקודת הזמן בה הדיין פונה לצדדים ומציע להם פשרה – לסטות מדרך המלך של דיון שמוביל לפס"ד עפ"י דין תורה, אל מסלול חלופי של פשרה. זו נקודת הזמן בה עסקנו שיעור שעבר. כעת אנו נחפש את החריגים בהם נגיד: אמנם מותר להציע פשרה עד נקודה X, אך יש לזה חריגים. נאתר את החריגים האלה.

**דף מקורות מס' 5:**

**חריג 1:** מקור א' - פסקי ריא"ז (ר' ישעיהו יעקב זקן): *"נגמר הדין אין רשאי לפשור אלא ייקוב הדין את ההר"* - מקור של אחד מחכמי הראשונים. המקורות הללו עוזבים את השימוש בשורש בצע לפשרה, אלא המקורות הראשונים משתמשים במונח: לפשור. אם הגענו לגמר הדין, נסיים את הסכסוך בייקוב הדין את ההר, אין מקום לפשרה. כאן מציע הריא"ז "המצאה" (למה המרצה קורא לזה המצאה? – כי כתוב "נראה בעיניי" – במשפט העברי, הקוד הזה מבחין בצורה מובהקת בין מקום שמישהו טוען שמה שהוא אומר נאמר לפניו, לבין מקום בו הוא חושב שזו פרשנות הכרחית ולכן זה בעצם נאמר בטקסט הקדום. כאשר אומרים "נראה בעיני" הוא מבין שזה לא הכרחי וניתן לפרש אחרת. המילים "נראה בעיניי" מבחינות בין מקום שמישהו מסתמך על משהו לבין מקום שהוא חושב שזו הפרשנות ההכרחית וזה נאמר בטקסט הקדום. אם משהו אומר "נראה בעיני" זא"מ שניתן לפרש אחרת וזה לא הכרחי). *"ונראה בעיני שאין כל דברים הללו אמורין אלא כשהדיינין רוצין להטיל עליהן פשרה לפי הנראה בעיניהם ושלא מדעת בעלי דינין,* ***אבל*** *אם הם מודיעים להם טיב הפשרה ומפייסים אותם עד שהם מתרצים בדבר למחול אחד לחברו או לתת אחד לחבירו דבר ידוע אפילו אחר גמר דין ראוי לעשות כן, ובלבד שלא יהא שום צד הכרח בדבר אלא פיוסים ופיתויים וזו מצוה גדולה היא והיא הבאת שלום שבין אדם לחבירו וכך היה עניינו של אהרן שהיה אוהב שלום ורודף שלום ומפייס בעלי דינין עד שמתרצים בדבר"* – "כל הדברים הללו" – הוא מתכוון לכל הדברים שראינו עד כה, כל העמדות ביחס לפשרה, הוא מדבר על כל הסוגיה. ריא"ז מנסה להציע לנו קריאה של הנושא שאנו עוסקים בו, לקרוא את המקורות של המשפט העברי מתוך אבחנה בין 2 דברים, בין 2 סוגי פשרה. מה האבחנה שריא"ז מציע לנו בקטע הזה?

* אפשרות אחת: זו כפיית פשרה.
* אפשרות שנייה: לא יכול להיות שדיין בדין העברי, ללא הסכמה, מנחית על הצדדים החלטה שלא על פי דין תורה אלא על פי מה שנראה לו. וניתן להרחיב את זה מעבר למשפט העברי: האם יש מערכת משפט שמפקידה כח שיפוט ביד ביהמ"ש, שאומר שחוקי המדינה אומרים משהו, והוא מחליט שהוא לא רוצה ללכת בדרך זו, אלא מנחית פשרה בביה"ד?!

הטקסט הוא טקסט שמזמין דיבור על כפייה.

כשריא"ז מדגיש את המילים: הם רוצים להטיל עליהם *"... פשרה לפי הנראה בעיניהם ושלא מדעת.."* – יש רגע שבו הפשרה מונחתת על בעלי הדין כאשר הם לא שותפים ליצירת הפשרה הזו, בעשיית הפשרה הזו; קדמה לכך הצעה שהצדדים נענו אליה, מדובר על זה שלפני גמר הדין הדיין הציע להם לפשר ביניהם, הם הסכימו לכך (זה לא מופיע בציטוט) – זו דרך אחת לפרש את דבריו, והוא רצה להדגיש שיש כאן סוג של פשרה שההסדר הסופי שלה הוא תוצאה של מה שנראה לדיינים לא מדעת בעלי הדין – הם לא שותפים בעיצוב הפשרה – ואז הגענו לס' 79א – במסגרתו, אחרי שקיבלנו את הסכמת הצדדים להליך הזה, יש כאן שק"ד שיפוטי שהדיין מקבל לידיו סמכויות ובסופו של דבר הוא כופה פשרה על הצדדים. אם אנו מבינים כך את החלק הראשון של דברי ריא"ז, הרי שכל ההמשך של ריא"ז מ"אבל" – הוא מדבר על פשרה בה הדיין מתווך, מגשר, מביא את הצדדים לידי הסכמה, ואז בעצם הקטע הזה בא ואומר לנו: יש כאן 2 סוגי פשרות: 1. פסק על דרך הפשרה. 2. תיווך/גישור לפשרה. אומר לנו ריא"ז שהנורמה בה עסקנו כל שיעור שעבר, שלאחר גמר הדין אסור לעשות פשרה בין הצדדים, היא חלה על הפשרה מהסוג הראשון – על מקרה של פסק על דרך הפשרה. ואז: פסק על דרך פשרה – נגמר הדין אין רשאי, אבל תיווך לפשרה – מותר אפילו לאחר גמר דין.

2 הדרכים הן:

1. פסק על דרך הפשרה – נגמר הדין אין רשאי – מתקשר לס' 79א(א).
2. תיווך/גישור לפשרה – מותר אפילו לאחר גמר הדין – מתקשר לס' 79(ב).

(ניתן להראות ממקורות אחרים שריא"ז לא מדבר ממש על כפיית פשרה. וגם מבחינת תורת המשפט, המשמעות של כפיית פשרה, היא להגיד שאני נותן לשופט 2 אפשרויות לכפות את כוחו השיפוטי: פסיקה עפ"י הדין/אפשרות לכפות שלא עפ"י דין תורה, אלא פשרה).

כשריא"ז אומר *"כל הדברים הללו"* – הוא נותן לנו מקראה להבין את כל המקורות שלמדנו עד כה בתלמוד לגבי הפשרה; כל המקום בו נאמר ביצוע/פשרה, הכוונה היא לס' 79א – זו הקריאה שלו את הטקסט, ולכן הוא אומר שהרעיון של תיווך/גישור לפשרה, זה דבר חיצוני שעליו בכלל לא דיברו בתלמוד. המתנגד העיקרי לפשרה זה ר' אליעזר, אך אצל אהרון הוא אמר שזה טוב ומצוין. אומר ריא"ז ברגע שאנו לא עושים פשרה שיפוטית (פסק של פשרה), אפילו לר' אליעזר אין בעיה עם זה. אמנם לפי חלק מהדעות ר' אליעזר שלח אותנו לאהרון שהוא מחוץ לביה"ד, אך ריא"ז מפתח את זה לגישור ותיווך, שאומר שהסוגיה לא עוסקת בזה. הוא אומר שצריך להקפיד שהדבר הזה יהיה בלי שום הכרח. כמו שאהרון יכול לעשות את זה, ומי שהזכיר אותו זה ר' אליעזר, המתנגד הגדול לפשרה, כך גם אומר ריא"ז, כל מה שאמרנו שאסור לעשות פשרה, זה רק לגבי פסק של פשרה.

ריא"ז למעשה מציע פשרה בין 79א(א) – פסק על דרך פשרה, לבין 79א(ב) – תיווך/גישור לפשרה.

א"כ, ריא"ז מציע חריג – מותר לתווך ולגשר לפשרה אפילו לאחר גמר דין. זהו החריג הראשון.

**חריג 2:** מקור ב' – בית יוסף: *"מצאתי כתוב בשם ספר אגודה דאדם שאינו דיין יכול לעשות פשרה אפילו לאחר גמר דין"* – יש כאן מציאה שר' יוסף קארו מצא: אדם שהוא לא דיין, למרות שיש כאן מעשה שיפוטי, פסק דין גמור שנתן ביה"ד, ויכולנו לראות בזה זלזול אם בא מישהו ומציע לזרוק אותו לפח ולפנות לפשרה, אומר הבית יוסף שאם אותו אדם הוא לא דיין ולא מייצג את המוסד השיפוטי, אדם שהוא לא דיין – הוא לא רואה בזה בעיה בהצעת פשרה. נראה שמבחינתנו זה לא כזה חידוש גדול, לומר שאדם מהרחוב, שרואה ששני שכניו חוזרים מביה"ד אחד שמח ואחד עצוב והוא מציע ליישב ביניהם סכסוך, לא נראה שהיינו אומרים שזה זלזול בפסה"ד. מה שחשוב יותר בחריג הזה, זה וורסיה שונה שלו, שגם היא מופיעה בבית יוסף:

**חריג 3:** מקור ב' – *"ובתשובות הרשב"א סימן אלף קי"ג כתוב בשם רבינו האי: שאם אחר שפסקו הדין הלך החייב ונתלה בשלטון כדי שלא לפרוע עומדים אחרים ופושרים ביניהם שלא במושב דין הקבוע למשפט"* – היה סכסוך בין שני אנשים בקהילה, פנו לביה"ד, המקום הטבעי באוטונומיה הקהילתית ליישב סכסוכים. אותו אדם שיצא נפסד בדין, המכונה כאן "החייב", אותו אדם שהפך להיות החייב אומר לעצמו: אני יודע שאילו סיטואציה זו הייתה באה לפני ביהמ"ש של השלטונות, הייתי זוכה בדין, ולכן הוא עכשיו פונה לביהמ"ש של השלטון שיהפוך את הגלגל (ונתלה בשלטון) – מנסה להיחלץ מפסה"ד שחייב אותו בדין. מה הפתרון לדבר זה? עומדים אחרים ופושרים ביניהם, יש כאן איזשהו משחק, תנועה בין מצד אחד הרצון שסכסוכים בתוך הקהילה היהודית לא יגיעו לביהמ"ש, ומצד שני יש כאן את הבעיה שאסור לעשות פשרה לאחר גמר דין. לפי העיקרון שאסור לעשות פשרה לאחר גמר דין, ביה"ד היה צריך לומר: אני את שלי אמרתי ולא מתעסק עם פשרות לאחר גמר דין. אלא שהתוצאה תהיה שהחייב ילך לשלטון, הזכאי יפסיד, ומי שיותר מזה יפסיד זה הקהילה, האוטונומיה השיפוטית, הממסד, עושים צחוק מהאוטונומיה השיפוטית של הקהילה. אומר הרשב"ם שבמצב כזה מה שצריך לעשות זה ש"עומדים אחרים ופושרים" – לא הדיינים שדנו בתיק הזה, שאז יש זלזול וצחוק, אלא אחרים, אפילו דיינים, אך אחרים, ולא באולם הרגיל של ביה"ד, כי זה מחריב את הסמכות של ביה"ד, אלא בצד, בביכ"נ, בחדר צדדי; כך הסכסוך ייגמר בפשרה, ולא יעשה בלגן, וגם לא נעבור על האיסור של פשרה לאחר גמר דין.

**חריג 4:** מקור ג' – בשיעור שעבר נתנו דוגמא לפשרה בטעות, שמתבטל בגלל בעיית טעות – מצב של חיוב שבועה, מצב שבדינים של המשפט העברי יש חיוב שבועה כחלק מבירור הסכסוך, דיברנו על כך שיש מצבים בהם הפשרה שמושגת היא כדי להימנע מסיטואציה של פשרה. על אותו רעיון של שבועה/הימנעות משבועה, אומרים לנו התוספות: *"ומיהו* (=אבל/עם זאת, כלומר עם זאת שאמרנו שאסור להציע פשרה לאחר גמר דין) *כשמתחייבין שבועה זה או זה שרי* (מותר) *למימר להו לעשות הביצוע כדי ליפטר מעונש שבועה"* – אמנם, כשמתחייבים שבועה זה או זה (התובע או הנתבע), מותר לומר להם לעשות הביצוע, הפשרה, כדי להפטר מעונש שבועה. ברור שיש כאן מוטיבציה מאוד ברורה להימנע מסיטואציה בה עומד בעל דין, שם ידיו על ספר תורה ונשבע בשם האלוקים – כל הסיטואציה המאיימת הזו, יש סיטואציה גדולה להימנע ממנה, ולכן אנו אומרים שלמרות שבד"כ לאחר גמר דין אסור להציע פשרה, אבל אם מדובר בגמר דין כזה שחלק מגמר הדין היה שהנתבע אמנם פטור, אך הוא צריך להישבע שכך היה/לא היה, אם חלק מגמר הדין זה חיוב שבועה אז בעצם גמרתי את הדין וכל מה שנותר זה להישבע, אומר התוספות שלאחר גמר דין זה מותר להם לומר לעשות פשרה כדי להימנע מעונש שבועה.

מקור ד: שולחן ערוך *– "ויאיימו עליו (פי' ענין אימה) קודם שישביעוהו ואומרי לו: הוי יודע שכל העולם נזדעזע בשעה שאמר הקב"ה לא תשא (שמות כ, ז; דברים ה, יא), ובכל העבירות שבתורה נאמר ונקה וכאן נאמר לא ינקה (שמות כ, ז; דברים ה, יא); וכל העבירות שבתורה נפרעים ממנו, וכאן ממנו וממשפחתו; ולא עוד אלא שגורם ליפרע משונאיהם של ישראל, שכל ישראל ערבים זה לזה... אמר: איני נשבע, פוטרים אותו ונותן מה שטענו חבירו. אם אמר: הריני נשבע, וחבירו תובע העומדים שם אומרים זה לזה סורו נא מעל אהלי הרשעים האלה (במדבר טז, כו)"* – זו הצצה לביה"ד ברגע של חיוב שבועה. מדובר כאן בבעל דין שחייב שבועה שמאיימים עליו, שנאמר *"לא תשא את שם ה' אלוקיך לשווא"*, לוקחים את כל המקורות שמסבירים למה זה כה חמור שבועת שווא, עם זה באים לאדם שחייב שבועה, ואומרים לו שזה לא רק זה, גם אם לא אכפת לך עד כה, נפרעים משונאיהם של ישראל – וזה ביטוי בהפוך על הפוך שכוונתו אפילו לישראל עצמם. אומרים לו שאם הוא עובר עבירה כה חמורה זה יפגע בחברה כולה. הדבר הזה בה להרתיע אדם מלהישבע לשקר. היום אנו לא רואים שטקס כזה יגרום למישהו לא לשקר אם החליט לשקר. בשורה התחתונה, אם אותו בעל דין החליט שהוא לא נשבע אחרי כל האיומים האלה, פוטרים אותו מהשבועה, והוא צריך לשלם. למשל שומר שאומר שהוא שמר באופן מקסימאלי על החפץ והוא נאנס ממנו, אומרים לו להישבע, מאיימים עליו והוא לא נשבע, ולכן עליו לשלם את החפץ. אבל אם הוא אמר: הריני נשבע, אם הוא עומד על כך שישבע, אנו מסתכלים עכשיו על הצד השני שהוא למעשה זה שתובע את השבועה ממנו. אולי הצד השני יודע שאם הוא רוצה להישבע האמת איתו, ואולי הוא השקרן שגורם לו להישבע סתם. אם אנו בפס"ד שכולל בתוכו שבועה, יש מוטיבציה להביא את הצדדים לפשרה ולא לשבועה, אך הבעיה היא שאסור להביא צדדים לפשרה לאחר גמר דין, ואנו כבר לאחר גמר דין. אנו מנסים להבין מנין לתוספות הסמכות הזו לסטות מהאיסור להציע פשרה לאחר גמר דין ולומר שאם המוטיבציה היא חסכון בפשרה אז ניתן להציע פשרה לאחר גמר דין? המוטיבציה היא ברורה אך השאלה היא מנין הסמכות לומר שמה שהתלמוד אמר שאסור להציע פשרה לאחר גמר דין, נסייג את זה במקרה של חיוב שבועה.

כעת אנו מחברים את הצעת פשרה אחר גמר דין מתוך מוטיבציה לחסוך שבועה, למה שתוספות אומרים שאסור להציע פשרה ברגע שאתה כבר יודע מהו גמר הדין, לפני גמר הדין. הדיין יודע שגמר הדין הולך להיות שפלוני פטור אם הוא יישבע, ואני לא רוצה שהוא יישבע, אז אני מציע לו להתפשר. תוספות אמרו שיש פה הטעיה, אתה מטעה את בעל הדין שאתה מציע לו פשרה, הרי אם הוא היה יודע מה שאתה יודע הוא לא היה מסכים לפשרה כי הוא פטור, תוספות עונים: ההטעיה לא בסדר, אך במקום בו ע"י זה אני ארוויח את השבועה, את עונש השבועה, אני יכול להציע לו פשרה למרות שאני כבר נמצא בשלב זה.

**אפשרות אחת**: תוספות אומרים שמול החומרה של האיסור להציע פשרה לאחר גמר דין, עומד דבר שנראה לתוספות הרבה יותר חמור – שבועת שווא/שקר, אפשרות סבירה שתוספות, מתוך השיקול הזה, אומרים שהאיסור להציע פשרה לאחר גמר דין לא יכול לעמוד מול החומרה של חיוב שבועה.

**אפשרות שנייה**: ייתכן ותוספות אומרים: כל עוד אני רק אומר שהנתבע פטור מלשלם אם יישבע, כל עוד לא נשבע, ניתן לומר שעדיין לא נגמר הדין.

החריג להציע פשרה לאחר גמר דין במקום של חיוב שבועה, אומץ גם על ידי הדעה המאוחרת יותר, שהוא כבר גמר את הדין בפועל – *"אמר פלוני חייב שבועה"* – זו השיטה המאוחרת יותר שאומרת: מתי אסור להציע פשרה לאחר גמר דין? לאחר שגמר הדין כבר נאמר לצדדים. נחשוב על הסיטואציה: עומד הדיין ואומר לצדדים: אני עכשיו פוסק את הדין ואומר לכם שפלוני בעצם יצטרך לשלם אלא אם יישבע, זה פסה"ד, ולאחר שפסק את הדין מוסיף ואומר: אבל אני מציע לכם להתפשר, לפני הרעיון הזה שבמקרה של חיוב שבועה ניתן להציע פשרה לאחר גמר דין. נחשוב על הסיטואציה; תמיד אנו יכולים לומר שתוספות עשה שיקול דעת ואמר שבמקרה שיש חיוב שבועה על הפרק, זה כה חמור כך שזה דוחה את האיסור להציע פשרה לאחר גמר דין. יש אפשרות טובה יותר לנתח: אם אנו חוזרים על מה שהצענו שיעור שעבר, שהאיסור להציע פשרה לאחר גמר דין, מנק' מבט של הרציונל הערכי של הפשרה – מטרתה להוביל לערכים של שלום ושל צדקה, לנסות ליישם בסכסוך ערכים מיוחדים שלא מופנמים בדין הרגיל, ואמרנו שברגע שנגמר הדין, הסכסוך מוצה עד תומו, אז כבר אין הצדקה להציע פשרה ערכית, לאחר שנגמר הדין כי ברגע שכבר נגמר הדין, כל התחמושת של הצדדים כבר מוצתה ולכן אין טעם בשלב זה להציע פשרה – כך אמרנו שיעור שעבר. אם כך, נסב ליבנו לכך שכאשר תוספות אומרים שאפשר להציע פשרה כדי לחסוך שבועה, האם הפשרה הזו היא פשרה ערכית; כאשר אני אומר לצדדים: אני מבין את הסיטואציה, יש מצב בו הנתבע יישבע והתובע לא יקבל כלום, או לא יישבע וישלם לתובע, ואני רוצה להציע לכך אולי לראות אם אפשר לסיים את זה כפשרה, כדי לחסוך שבועה, האם זו פשרה ערכית במובן של שלום ושל צדקה? המוטיבציה של הפשרה הזו היא מאוד ברורה: אנו לא רוצים להשביע בביה"ד שלנו, אנו מפחדים משבועות ולכן אנו אומרים: אם תוותר על משהו, העיקר שלא תהיה שבועה, זה רחוק מאוד מהלך המחשבה של פשרה ערכית שאומרת בסכסוך ביניכם אמנם היה כך, אך גם השני לא היה בסדר, יש מקום ללפנים משורת הדין – כל הלך המחשבה של פשרה שמנסה לרכך את הדין היבש ולשקול שיקולים ערכיים, כל זה לא קשור לפשרה בגלל חיוב שבועה. המרצה נסה לטעון שהמילה "פשרה" מטעה אותנו כי זו לא הפשרה עליה אנו מדברים, ולכן לגבי השאלה: איך תוספות מציעים פשרה כנגד התלמוד, הוא מציע הצעה יותר יסודית מאשר סתם לשקול את החומרה של שבועה לעומת פשרה, והיא שהמונח "פשרה" מופיע פעמים בשיתוף השם, ב-2 משמעויות שונות לחלוטין: פעם אחת פשרה ערכית, תוספות התייאשו ממנה, ולכ הגיעו לגמר הדין. עכשיו יש סיפור אחר, אנו לא רוצים שבועה בביה"ד, ולכן אנו מנסים להמיר את חיוב השבועה בתשלום – כמה שווה לך כדי לא להישבע? זו לא פשרה ערכית שאותה אסור להציע לאחר גמר דין, ואת זה אנו לא עושים פה. אנו לוקחים את המסלול של דין שנגמר באמירה: פלוני חייב שבועה, ואנו ממירים את זה בתמורה לשבועה.

לסיכום הדברים: הטור, ר' יעקב בעל הטורים, שמסכם את ההלכה הזו של תוספות מעתיק את הלשון של תוספות ומוסיף על כך – מקור ה' – *"ומיהו אם יש שבועה ביניהם רשאי לעשות פשרה ביניהם אפילו לאחר גמר דין כדי להיפטר מעונש שבועה. (טור סימן יב)"* – המילים "אפילו לאחר גמר דין" הוא לא מצא בתוספות. למה? כי האיסור להציע פשרה לשיטת תוספות הוא אפילו לפני גמר דין, אלא כבר כשיודע – כבר אז אסור להציע פשרה, הטור פוסק הלכה שאפילו לאחר גמר הדין, לאחר שנגמר לגמרי ובד"כ אסור להציע פשרה, פה מותר להציע פשרה כדי להפטר מעונש השבועה. זו שיטה שלוקחת את השיטה המאוחרת יותר של גמר דין ומלבישה עליה את החריג של שבועה.

**מקור ו'** – איך למדו את החריג של הצעת פשרה לאחר חיוב שבועה לפי השיטה של שבועות, יישום של החריג במקרה של חיוב שבועה – *"אבל בא"ז פי' שגמרו את הדין ביניהם לגמרי דלא מיחסיר אלא לומר איש פלוני חייב ואיש פלוני זכאי אי אתה רשאי לבצוע ומיהו היכא דאיכא שבועה על הנתבע או על התובע אע"ג דדקדקו כל הצורך דלא מיחסרא אלא איש פלוני אתה חייב איש פלוני אתה זכאי שרי למימר להו לעשות פשרה כי היכי דלפטרו מעונש שבועה כך פירש רשב"א"* – הדיינים ביניהם כבר גמרו את הדין לגמרי, ולא חסר אלא לומר: איש פלוני חייב ואיש פלוני זכאי, הוא מדגיש הפוך מהמקור הקודם, מותר בשלב זה לעשות פשרה כדי שייפטרו מעונש השבועה. במקור ה' ראינו את הלבשת הצעת פשרה על גמר דין ממשי, במקור ו' ראינו הצעת פשרה במקום חיוב שבועה בשלב מעט קודם, כשעוד לא הודיעו מה גמר הדין.

מה עושים כאשר באים לפסוק הלכה? האם מאפשרים להציע פשרה במקום חיוב שבועה רק כל עוד הדיין יודע או גם לאחר גמר דין ממש? האם נאפשר להציע כדי לחסוך את עונש השבועה, להציע את הפשרה לאחר שנגמר הדין ממש? גם בנקודה זו אנו רואים מחלוקת בעניין:

**מקור ז'** – אנו רואים את דעתו של הב"ח: *"אבל כשכבר גמרו הדין לומר לו איש פלוני אתה חייב שבועה אינו רשאי לעשות פשרה. דכיוון דכבר גמרו הדין לפסוק שבועה אם חוזרים הדיינים ועושים פשרה נראה כאילו לא דנו דין אמת וגם בזה נכון להחמיר"* – היה גמר דין ובתוכו חיוב שבועה, במצב כזה אתה לא רשאי להציע פשרה יותר, אפילו שיש מוטיבציה לחסוך את עונש השבועה.

**מקור ח'**– הש"ך: *" ואין דבריו נכונים ע"ש, גם חומרא זו קולא הוא והעיקר כמו שכתב בטור"* – דבריו של הב"ח אינם נכונים, גם החומרה שהוא אומר שצריך להחמיר פה היא קולא, למה? כי התוצאה של זה שאתה רוצה להחמיר ולא לזלזל בדין תביא לזה שאולי תביא אנשים לידי שבועת שווא וזה דבר חמור ביותר ומה שאתה קורא לו חומרה בעצם הופך לקולא, והוא מחזיר אותנו למקור ה' שכתב הטור שכדי להימנע מעונש השבועה, נאפשר לביה"ד להציע פשרה בכל שלב שהוא יוכל לחסוך שבועה ולהמירה בהסכמה.

ניתן להסתכל על זה דרך איזון של ערכים של חומרת השבועה וזלזול בדין ואפשרות אחרת היא לומר שלחסוך את הפשרה זה לא זלזול בדין אלא פעולה טכנית להמיר שבועה חמורה באיזושהי הסכמה.

**בשיעור הבא נעסוק בפס"ד של ביד"ר שמצוין בתחילת דף מקורות מס' 5, לעבור עליו.**

**שיעור 9 – 06.06.17:**

אנו נפרדים מנושא סדרי הדין בפשרה. לסיכום, עסקנו בשאלה הראשית של ממתי מתחילת הצעת הפשרה, קיימנו דיון עד מתי ניתן להציע פשרה, כאשר ראינו כמה שיטות בסוגיה הזו, עיקר הדיון היה להבין איך ניתן להסביר כל שיטה ושיטה על פי תכליות שונות של הפשרה, כדוגמת הערכים שמנחים את הפשרה או שיקול שעסק ביראת הדין, או שיקול שעסק בהטעיה, או שיקול שעסק בזלזול בדין שמשתקף מהצעת פשרה. לאחר מכן עסקנו בחריגים, במצבים שבהם ניתן להציע פשרה לאחר גמר דין, למרות האיסור להציע פשרה ראינו שיש חריגים שעסקו במקרה של חיוב שבועה, מקרה של בעל דין שרוצה לפרוץ את גבולות האוטונומיה של הקהילה ואנו מנסים למנוע זאת באמצעות פשרה. היום נעבור לדף המקורות מס' 6 ונדון בשאלה מה קורה בביד"ר במציאות שלנו בארץ כאשר פונים אליו להתדיין בפניו. מאז פס"ד סימה אמיר, ביד"ר לא דנים בדיני ממונות לכשעצמם, רק כאשר הם כרוכים בענייני נישואין וגירושין. הדיון שלנו עוסק במצב בו ביד"ר דן בענייני ממונות. ישנם איתותים לכך שיכול להיות שביד"ר עתיד בכל זאת להרחיב את גבולות סמכותו בדומה לבתיה"ד הדתיים האחרים בישראל שדנים בדיני ממונות בהסכמה, רק לביד"ר אין סמכות לכך.

**דף מקורות מס' 6:**

**מקור א': שולחן ערוך חושן משפט סימן יב סעיף ב:** *"וכל בית דין שעושה פשרה תמיד הרי זה משובח. במה דברים אמורים, קודם גמר דין, אף על פי ששמע דבריהם ויודע להיכן הדין נוטה, מצוה לבצוע. אבל אחר שגמר הדין ואמר: איש פלוני אתה זכאי, איש פלוני אתה חייב, אינו רשאי לעשות פשרה ביניהם. אבל אחר, שאינו דיין, רשאי לעשות פשרה ביניהם שלא במושב דין הקבוע למשפט. ואם חייבו בית דין שבועה לאחד מהם, רשאי הבית דין לעשות פשרה ביניהם כדי ליפטר מעונש שבועה"* – השולחן ערוך מציג את מצב הדברים כהלכה פסוקה. תחילת הציטוט מספר לנו ששולחן ערוך פוסק כמו דעתו של ר' יהושע שאומר שמצווה לעשות פשרה. הניסוח הזה כפי שמופיע בפנינו "כל בי"ד" – זה ניסוח ששולחן ערוך העתיק מדברי הרמב"ם, שהוא משבח את הדיין שמצליח להביא את הצדדים לפשרה. ואז השולח ערוך נותן לנו סייג: כל המאמצים והשיבוחים שאנחנו משבחים את הדיין שעושה פשרה, כל זה קודם גמר הדין, אעפ"י ששמע דבריהם ויודע לאן הדין נוטה – בכך הוא שומט את דעתו של ר' שמעון בן מנסיה שאמר שברגע שאתה יודע להיכן הדין נוטה, אתה לא יכול כבר להציע את הפשרה. הוא מגדיר מה זה גמר דין "איש פלוני אתה זכאי, איש פלוני אתה חייב" – בזה השולחן ערוך פוסק במפורש כנגד תוספות, אחרי שהוריד את ר' שמעון בן מנסיה מהפרק. השולחן ערוך אומר שלאחר גמר הדין והאמירה, אז אינו רשאי לעשות פשרה ביניהם. הוא לוקח את השיטה שהיא לכאורה הפשט הפשוט של הסוגיה, וזו גם עמדתו של רש"י. גמר הדין לשיטתו זה האמירה: "איש פלוני". ממשיך השולחן ערוך ואומר: "אבל, מי שהוא לא הדיין" – מי שלא מכהן בכובע של דיין – יש כאן קרש הצלה, כאשר אתה מאוד רוצה לעשות פשרה אך יש בעיה כי נגמר הדין, יש לכך פתרון: אם מישהו שהוא לא דיין (או לא דיין בכלל, או לא דיין שישיב בתיק הזה), אם הוא לא עושה את זה במקום הקבוע למושב הדיינים (שאז זה עלול להפוך את מה שהדיינים עושים לזילות), אם אתה עושה את זה בחדר אחר, הדבר הזה גם כן אפשרי. אם נשאל עצמנו למה שנרצה את האופציה הזו למצוא חדר מילוט כזה? אנו יודעים שזו שאלה שנשאלה למעשה, מה קורה כאשר יש לנו אדם בקהילה שהוא אלים ולא מקבל על עצמו את מרות ביה"ד, רוצה ללכת לערכאות לאחר שניהל הליך שלם בפני ביה"ד, אם אנו לא רוצים שזה יקרה, יש לנו את הריאליה לחריג הזה של ה"אחר" – לסגור את התיק הזה בפשרה לאחר גמר דין. חריג נוסף לעקרון של פשרה לאחר גמר שדין: במקום בו יש במסגרת גמר הדין חיוב שבועה ואנחנו רוצים להימנע מהשבועה, להיפטר ממצב של עונש חמור על שבועה, אז יש לנו את החריג הזה שאפשר לעשות פשרה ביניהם כדי להפטר מעונש השבועה.

עד כאן סיכום של השולחן ערוך ל-2 השיעורים הקודמים (בצורת הלכה למעשה).

כעת נעלה שאלה, נציג תמונת מצב בביה"ד: ביה"ד מתכנס לדיון אחרון בתיק, בו מזמינים את הצדדים לשמוע את הפסה"ד, נניח אב ביה"ד מציג את גמר הדין, והוא אומר כך לצדדים: במסגרת כל השיקולים ששקלנו נוצר פה מצב בו הנתבע פטור מלשלם לתובע, אבל עפ"י דין תורה הוא צריך להישבע על עובדות אלו ואלו שכך הם היו, אבל ביה"ד לא רוצה להגיע למצב של שבועה, ויש בזה חומרה ועונש חמור, ומקריאים לביה"ד כמה זה חמור שבועה בשם ה', על ספר תורה, ולכן הדיינים מודיעים לצדדים שהם החליטו שהנתבע ישלם לתבוע 27% מסך התביעה, ובכך אנחנו בעצם ממירים את המצב שהיינו נמצאים בו אילו פסקנו ממש עפ"י הדין (פטור לגמרי אך צריך להישבע). בעצם מה שממירים פה זה את: כמה שווה לי השבועה, יש פה פעולה שיפוטית של הדיינים שממירים את השבועה בסכום כלשהו. מה הסקאלה, מה הסרגל לפיו מחליטים כמה שווה לי להפטר מהשבועה ולשלם. זו שאלה אחת. שאלה שנייה היא: וכי אתם החלטתם שאני אשלם במקום להישבע? אם הייתם משכנעים אותי ומסבירים לי כמה חמור בדין תורה הנושא של שבועה, והאפשרות של שבועת שווא מאוד חמורה, והייתם מסבירים לי איך ניתן להפטר ממנה, והיינו רואים יחד בכמה ממירים את זה. אך בסיפור שהצגנו הדיינים פנו לצדדים והציגו את המציאות שהם ממירים את השבועה בתשלום, מבלי להציע זאת אלא לכפות זאת על הצדדים.

**מקור ב': פד"ר ב' עמ' 297:** *"ברם ביה"ד מצווים למנוע מחיוב שבועה בכל מידת האפשרות ויש להם הרשות גם לעשות פשרה בין הצדדים כדי להיפטר מעונש שבועה כנפסק בחו"מ ס' י"ב סעי' ב וש"ך סק"ז..."* – זה חלק מתפקידי ביה"ד – למנוע חיוב שבועה, ממצב בו בעל דין נשבע, בכל מידת האפשרות. אם הם היו נעצרים בהתחלה, היינו מבינים שהם הולכים ללחוץ על בעל הדין שרוצה להישבע, אך הם ממשיכים: *"ויש להם רשות.."* – הם לקחו את המילה "הרשות לעשות פשרה" – מה שכתוב בשולחן ערוך, זה שיקוף לכך שביה"ד תופס עצמו כבעל סמכות לא להציע להתפשר כדי להימנע משבועה, אלא להנחית על הצדדים את חיוב התשלום תמורת השבועה, שזה סוג של פשרה שכל מטרתה זה להימנע מהשבועה.

**מקור ג: פד"ר ד' עמ' 320:** *"אולם בהיות שהלכה פסוקה היא בחו"מ סימן יב סע' ב דאם חייבו ביה"ד שבועה לאחד מהם רשאי בית הדין לעשות פשרה ביניהם..."* - עוד דוגמא של פס"ד רבני בו ביה"ד כופה על הצדדים את הפשרה שבאמצעותה ממיר את חיוב השבועה בתשלום של סך כלשהו, ובכך הוא מסיים את הדיון. כשיש בפני ביה"ד חיוב שבועה, הוא משתמש במנוף של הש"ע כדי לכפות על הצדדים פשרה, שמשמעותה תשלום סך כלשהו של כסף במקום שבועה.

**האם הפרשנות של ביד"ר את הש"ע, האם זו הפרשנות ההכרחית והנכונה?**

לצד האמירה הקבועה שביה"ד אומר: אני לא משביע, אלא כופה פשרה, תקנות הדיון אומרות שאם בעלי הדין מתעקשים, אז הם מנסחים שבועה ומשביעים, אך זה נשאר כאות מתה:

**מקור ד': תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים (תשנ"ג) פרק ח:** *"חוייב בעל דין להישבע, מפציר בית הדין תחילה בבעלי הדין לחזור מענין השבועה. לא חזרו בהם, מנסח בית הדין את השבועה בכתב..."* – במסגרת פס"ד חויב בעל דין להישבע. ביה"ד יש לו עניין להגיד לצדדים: בואו נראה איך חוסכים את השבועה. הצדדים לא חוזרים בהם, התובע לא מוכן לוותר, והנתבע לא מוכן לוותר. תקנות הדיון נאמנות לאפשרות שיש מצב שביה"ד משביע.

**המרצה** טוען שהפרשנות האפשרית, ואף הנכונה יותר, של מה שאמר הש"ע זה לא מה שביד"ר אומרים, הוא טוען שביד"ר לא קיבלו סמכות לכפות פשרה על הצדדים כדי להימנע משבועה.

נחזור לשולחן ערוך, *"ואם חייבו בית דין שבועה לאחד מהם, רשאי הבית דין לעשות פשרה ביניהם כדי ליפטר מעונש שבועה"* – הוא לקח את זה מהתוספות, הטייטל של הדיון אצלם היה שלאחר גמר דין אסור להציע פשרה בכלל, תוספות אמרו שזה הכלל, אך היוצא מהכלל זה גמר דין שיש בו גם חיוב פשרה, שאז כן מציעים פשרה לאחר גמר דין. בשורה התחתונה האמירה הזו: אני מציע לצדדים פשרה במקום שבועה, עיקר החידוש שלה זה שלמרות שיש כלל שאסור להציע פשרה לאחר גמר דין, השבועה זה דבר גדול ולכן כן מציעים פשרה לאחר גמר דין. אך בדברי התוספות לא כתוב שיש לי סמכות לכפות עליהם להתפשר, אלא "מותר". כל הסוגיה מבוססת על פשרה בהסכמה שניתן לעשותה עד גמר הדין, ואם יש חיוב שבועה ניתן לעשות פשרה בהסכמה גם לאחר מכן. טענת המרצה היא שהשולחן ערוך שהעתיק את המילים מתוספות הלכה למעשה, הביטוי "לעשות פשרה" זה רק תמצית של מה שבי"ד עושה בד"כ: מציע, והם מסכימים/לא מסכימים. גם אצל הש"ע כל החצי השני של הפסקה הוא בקונטקסט של אחר גמר דין.

אילו הייתה לנו תקנה שקובעת שמתאריך מסוים סוגרים את נושא השבועה ולא מתעסקים עם שבועות, ובכל מקרה של חיוב שבועה מטילים פשרה בכפיה, זה היה פתרון מצוין, לחוקק תקנה כזו ובאמצעות זה לפתור את כל הבעיות, אך אנו לא מוצאים תקנה כזו. ביד"ר נאחזים בדברי הש"ע, וזאת בוודאי לא פשרנות הכרחית לא של הש"ע, ובטח לא של המקור שלו – בעלי התוספות (למרות שלפחות זו אפשרות לפרש ככה – כפיית פשרה כדי לא להסתכן בשבועת שווא). נראה למרצה שהסיבה האמיתי שקל לבתי דין להפעיל כח כפיה על בעלי הדין זה דבר נוסף שמבחין בין ביד"ר לבין בי"ד שמתפקד בסוגיות של תקופת התנאים ולאחר מכן בתקופת התלמוד והוא שביד"ר, כמוסד הוא למעשה מוסד של בוררות; אנחנו ניגשים אליו או בהסכמת הצדדים או שהתובע פונה לבי"דר ומגיש תביעה וביד"ר מזמין את הצד השני לדיון, במקרה הטוב הצד השני יסכים להתדיין, ולפני שהם יתחילו להתדיין הם יחתמו על שטר בוררות. ואילו באופן בו הש"ע מציע את עקרונות הפשרה, הוא לא מדבר דווקא על בורר, אלא על בי"ד שיש לו סמכות לדון את הצדדים, כמו בבתי משפט, בעל הדין הנתבע חייב לבוא לדיון ואם לא, יינתן נגדו פס"ד בהעדר הגנה, כי יש לבי"ד סמכות לדון כלפיו. אם מסתכלים על בי"ד שאינו בורר, יש בעיה לכפות פשרה במקום שבועה, אלא אם כן נגיד שאנו רוצים כך לפרש את הרעיון של פשרה במקום שבועה ככפייה. בעצם, ביד"ר יושב על סמכות שנובעת מהשטר שהצדדים חתומים עליו, על זה הוא יושב, וכל מה שנותר לנו זה לבדוק מה כתוב בשטר הבוררות שהצדדים הסמיכו בו את ביה"ד, ברגע שנבדוק את זה נבין שביד"ר מרגיש מאוד נח וקל לבוא לצדדים ולהגיד להם שבמצב של חיוב שבועה הם כופים עליהם פשרה, גם אם נקבל את ההבנה של המרצה של בי"ד שהוא לא בורר, אלא פועל מכח סמכותו הטבעית של בי"ד תורה, שיש לו סמכות על הצדדים, גם אם נקבל שבי"ד כזה לא יכול לכפות פשרה במקום שבועה, ביד"ר, שהוא בורר, כן יכול לכפות פשרה במקום שבועה.

מה כתוב בשטר הבוררות של ביה"ד? כל פסה"ד שהתבקשנו לקרוא להיום עוסק בנוסח שטר הבוררות, הצדדים מסמיכים את ביה"ד לפסוק בין לדין בין לפשר (לפשרה) – זה מה שכתוב בפסה"ד, ברגע שהתייצבת והסמכת את ביד"ר לדון, פתחת להם אפשרות לפסוק או לפי הדין או לפי פשרה. ביד"ר מפעיל את הסמכות שהצדדים העניקו לו כבורר, להציע פשרה. (זו לא יכולה להיות עילה לערעור על פסה"ד). כתוב בשטר "בין לדין בין לפשרה" – מי החליט דין/פשרה ומתי? ביה"ד אומר, כאשר יש מקרה של חיוב שבועה לפני, אני משתמש בפשרה. הם עושים את זה כי יש להם בכיס שטר בוררות.

כעת נעבור לדבר על **פסה"ד הרבני** **בפד"ר יא** שעסק בשאלה הבאה: יש לנו תובע שמגיש תביעה בביד"ר, ביד"ר מזמין את הנתבע להתדיין בפניו, הנתבע הוא אדם שבאופן טבעי, לא אומר: אני לא מתדיין בביד"ר אלא בבימ"ש, אלא הוא אומר שהמקום הטבעי שלו זה ביד"ר. הוא מגיע לביד"ר, נותנים לו את שטר הבוררות, והוא לא חותם, הוא לא מוכן לחתום על מסמך בו כתוב שלביד"ר יש סמכות כפולה בין לדין בין לפשרה, ולפי הכתוב הוא עלול למצוא עצמו עם פשרה כפויה, הוא לא יוכל לטעון למה ביד"ר עשה פשרה, כי הוא חתם. הוא רוצה שיהיה כתוב שהוא מתחייב לקבל את סמכות ביד"ר כאשר הוא יפסוק עפ"י דין תורה. ניתן להבין שהנתבע סבר שהוא צריך לזכות בדין תורה והתובע צריך להפסיד, ונמאס לו עם התוצאות שבעל דין שהדין איתו צריך לשלם, הוא לא רוצה לשלם, הוא חושב שהוא זכאי ולא רוצה פשרות. כנראה הוא יודע שמביד"ר יוצאים הרבה פעמים עם פשרה, והוא רוצה לצאת עם הדין. הוא מחויב באופן מלא לדין תורה, הוא לא אומר: בבימ"ש הייתי מקבל יותר, הוא רוצה דין תורה ולא פשרה. גם אחרי שנסיים לנתח את פסה"ד, בסופו של דבר, אנו מבינים שהניסוח הפתוח "בין לדין בין לפשרה" כל משפטן יבין שאם לא תסביר לי מה אתה מחויב לדין ומתי אתה יכול לסטות לפשרה, איך אני יכול לתת לך צ'ק פתוח לעשות מה שאתה רוצה? מה עושים עם הנוסח הפתוח הזה? אם ביה"ד היה אומר: כל הסיבה שכתבנו כך זה רק למקרה של חיוב שבועה, שנוכל להמיר לפשרה, זה כל העניין – שמירת הסמכות לפשר במקרה של פשרה (לאור מה שלמדנו היום), יש סיכוי טוב שאותו נתבע בפד"ר י"א היה אומר שאם זה כל העניין הוא חותם, אם זו הפרשנות של "בין לדין בין לפשרה" – הסיכון שאני לוקח הוא מאוד ברור. כל עוד הדברים לא מפורשים, אני לא מוכן. זה הסיפור של פד"ר י"א. כשאנו ניגשים לקייס כזה, מה האופציות האפשרות שאנו רואים לנגד עינינו שביה"ד יעשה במצב כזה?

איך פותרים את הסרבנות של הנתבע לחתום על שטר הבוררות? מה אפשרויות הפעולה?

1. כיוון מחשבה אחד זה שהדיין יחליט למחוק בשטר הבוררות את המילה פשרה, ולכתוב רק דין תורה. תיווצר פרקטיקה שיש שחותמים על "בין לדין הבין לפשרה" ויש שחותמים רק על דין תורה. במצב כזה ביד"ר יהיה מנוע ומצומצם ביכולות הפעולה שלו לאור הניסוח של שטר הבוררות לדעת המרצה ולכן הוא לא אוהב את הרעיון הזה. איזה בעיות מטרידות את ביה"ד? יש לפתרון הזה מחיר מבחינת ביה"ד.
2. ביד"ר לא מוכן לשנות את כתב הבוררות, הנתבע לא יהיה מוכן לחתום, וביד"ר יגיד שהוא לא מוכן לדון בזה אם הוא לא מוכן לחתום, ואז הוא ייקרא: סרבן. כלומר, הוא חייב לחתום על שטר הבוררות הזה ואז יש דילמה אם לקרוא לו סרבן או לא.
3. קיימת אפשרות שלישית שנביא אותה בשיעור הבא.

למה לביה"ד חשוב כל כך שהצדדים יחתמו על שטר שכתוב בו "בין לדין בין לפשרה"?

**מקור ה: תלמוד ירושלמי מסכת סנהדרין פרק א דף יח טור א /מ"ג:** *"רבי יוסי בר חלפתא אתון תרין בר נש מידון קומוי אמר ליה על מנת שתדיננו דין תורה אמר לון אני איני יודע דין תורה אלא היודע מחשבות יפרע מאותן האנשים מקבלין עליכון מה דנא אמר לכון רבי עקיבה כד הוה בר נש אזל בעי מידון קומיה הוה אמר ליה הוו יודעין לפני מי אתם עומדין לפני מי שאמר והיה העולם שנאמר ועמדו שני האנשים אשר להם הריב לפני יי' ולא לפני עקיבה בן יוסף תני קודם לארבעים שנה עד שלא חרב הבית ניטלו דיני נפשות ובימי שמעון בן שטח ניטלו דיני ממונות אמ' ר"ש בן יוחי בריך רחמנא דלינא חכים מידון"* – התלמוד הירושלמי מספר לנו סיפור עם רקע היסטורי. ר' יוסי בר חלפתא הוא גיבור הסיפור. באו 2 אנשים בפני ר' יוסי בר חלפתא, רצו להתדיין בפניו. אחד הצדדים אמר לו שהוא רוצה שידון אותם בדין תורה (כמעט מה שקרה בפד"ר י"א). מה אומר להם ר' יוסי? אני איני יודע דין תורה (אחד מגדולי התנאים). הוא מוסיף ואומר: אלא היודע מחשבות (הקב"ה), שיודע לא רק מה שאנו עושים אלא גם מחשבות, הוא ייפרע מאותם אנשים. הוא מכניס כאן מסר שנראה ממנו כאילו יש כאן חוסר תום לב אצל בעלי הדין, או לפחות אצל אחד מהם. יש מקבילות במקורות לביטוי הזה, ברור שזה סיגנל שאתה בטח חושב לעשות כאן משהו, לפעול בחוסר תו"ל, ולכן שורה תחתונה אומר ר' יוסי: אתם תקבלו עליכם מה שאני אומר לכם. כלומר, אני לא מוכן שתסמיכו אותי לדון לכם דין תורה, כי את זה אני לא יודע, מה שאני מוכן זה שתקבלו את סמכותי לומר לכם לעשות מה שאגיד לכם. זה בניגוד למה שהם רצו, הם רצו שהוא יתחייב לדון דין תורה והוא אומר אחרת. הסיפור במבט ראשון מתמיה, מה פתאום ר' יוסי לא יודע דין תורה?! ומה עומד ברקע במתח של המחויבות הזו שהם רוצים לכבול אותו לדין תורה והוא לא מסכים?! בסוף הסיפור, ממשיך התלמוד הירושלמי, עובר לר' עקיבא (דור אחד לפני ר' יוסי) – כשהיה בן אנוש הולך לדון לפני ר' עקביא, היה אומר ר' עקיבא: אני רוצה להבהיר היטב את הסיטואציה כעת: אתם עומדים עכשיו לפני מי שאמר והיה העולם בראיה שטחית אתם בפני ר' עקיבא, באופן עמוק אתם בפני מי שאמר והיה העולם, זו לא המצאה שלו. לצד הסיפור של ר' יוסי שאומר שלא יודע דין תורה, הסיפור של ר' עקיבא גם מתייחס לדיבור בין הדיין לבעלי הדין, הוא אומר להם: דעו לכם שבדין התורה יש נוכחות של האלוקים ובעלי הדין צריכים לקחת את זה בחשבון כאשר הם טוענים. לאחר 2 הסיפורים האלה על ר' יוסי מצד אחד ועל ר' עקיבא מצד שני, מביא התלמוד הירושלמי מקור עצמאי שאומר: כשאנו נמצאים בתקופה של 40 שנה קודם לחורבן, עד החורבן, ניטלו דיני נפשות – המצב ההיסטורי היה כזה שניטלו דיני נפשות, לא ניתן היה לדון דיני נפשות בעניינים שקשורים לרצח, לעבירות פליליות חמורות שיכולים להוביל לעונש מוות. הדברים האלה ניטלו – כלומר ניטלה הסמכות. מי נטל את הסמכות? הרומאים ששלטו בארץ בתקופה זו, נטלו מידיו של ביה"ד לדון בדיני נפשות, ובימי ר' שמעון בר יוחאי שהיה בתקופת החורבן, ניטלו דיני ממונות – כלומר הרומאים בהתחלה לקחו את סמכות דיני הנפשות מידי ביה"ד היהודי, והשאירו להם רק דיני ממונות, ולאחר מכן, בימי ר' שמעון בר יוחאי נטלו מהם גם את דיני ממונות. ר' שמעון בר יוחאי הוא מדורו של ר' יוסי. מסיים הקטע בירושלמי ואומר: "אמר ר' שמעון בר יוחאי" – באותה תקופה ניטלו דיני ממונות, אומר ר' שמעון בר יוחאי: ב"ה שהכל מתאים, ההיסטוריה והמציאות. למה? אין אני חכם לדון- אני לא חכם שיודע לדון; אני היום אחד מגדולי החכמים בתקופה שלי, ובדיוק הרומאים לקחו את דיני הממונות, וזה טוב כי אני לא יודע לדון.

ראינו אמירות דומות של ר' יוסי ושל ר' שמעון שאומרים שהם לא יודעים לדון דין תורה, ובתקופה שלפניהם אנו רואים אמירה מסוג אחר. בשיעור הבא נסגור את המקור הזה ונלמד ממנו את ביה"ד בימינו לומר מהמקור הזה משהו על הסמכויות שלו לדין דין תורה.

**לקרוא את פס"ד פד"ר יא.**

**שיעור 10 – 13.06.17:**

נעסוק היום בפסה"ד פד"ר יא-259 פלוני-פלונית. נלמד את פסה"ד בקריאה ביקורתית ולצורך זה יש להבין מה נאמר בו.

שאלנו שאלה כללית על מה שקורה בפסה"ד, והיא מה המוטיבציה (יש יותר מאחת) של ביד"ר כאשר מאוד חשוב לו שבעלי הדין יחתמו כמקובל על שטר בוררות, כאשר בשטר הבוררות, במקום בו אנו מחפשים את התוכן של סמכות ביה"ד, גם כאן בנוסח המקובל יש נוסח שמגדיר את הבוררות והוא: בין לדין בין לפשרה. ברקע שאלה זו עומד הקייס – הנתבעת נתבעה לשלם זכויות של עובד, שהיה התובע, והיא אמרה שהיא מוכנה להתדיין בפני ביה"ד אך רק עפ"י דין תורה, ולא מוכנה להתחייב על נוסח הבוררות לפיו ידונו אותם "בין לדין בין לפשרה".

בשיעור שעבר חשפנו את אחת המוטיבציות של ביד"ר – דף מקורות מס' 6 – מהתלמוד הירושלמי – שם יש 3 סיפורים:

1. ר' יוסי בר חלפתא.
2. ר' עקיבא.
3. ר' שמעון בר יוחאי (למרות שמופיע ר' שמעון בן שטח, ובהמשך ר' שמעון בר יוחאי, הנוסחות המדויקות הסכימו שבמקום ר' שמעון בן שטח שהוא קדום בהרבה לכל התקופה הזו, צריך להיות רשב"י).

הצבנו מבחינה היסטורית את הדמויות הללו, ר' עקיבא נמצא בדור החורבן, דור אחד לפני ר' יוסי בר חלפתא ולפני רשב"י, והדבר הזה מאוד נהיר מתוך הקטע הזה משום שבאמת ר' יוסי ורשב"י מדברים בשפה דומה והיא ששניהם לא יודעים לדון, 2 מחכמי המשפט העברי לא יודעים לדון דין תורה. רשב"י אומר: בדיוק בתקופה ההיסטורית בה הרומאים נטלו סמכות מיהודים לדון ולקיים אוטונומיה משפטית, זה בדיוק מתאים לי שנולדתי באותה תקופה ואיני יודע לדון, אם הרומאים לא היו נוטלים את דין התורה, אני לא יודע מה הייתי עושה. ואילו ר' עקיבא אומר: דעו לכם שכאשר אתם באים לידון בפני, במציאות הפיזית המסתכל יראה תובע ונתבע העומדים בפני הדיין, מי שיש לו משקפיים טובות יותר יראה שבעצם בעלי הדין עומדים בפני ה' ולא לפני עקיבא בן יוסף, כלומר לא רק לפניו.

לקטע הזה של הירושלמי ניתנו יותר מפירוש אחד. נציע כך: יש איזשהו מתאם בין ההבנה של מה קורה בהיסטוריה של עמ"י או של התקופה לבין מעמדם של החכמים. ר' עקיבא נמצא בזמן שבו שר ההיסטוריה עדיין מאפשר לעמ"י לדון דין תורה והוא רואה אותו כדין תורה אידיאלי, במה? איזה אידיאליזציה אפשר לזהות אצל ר' עקיבא? זה בי"ד שמקבל ליווי צמוד של הקב"ה. ברגע שבו עמ"י נמצא בנסיגה מבחינת אוטונומיית החיים בכלל, שלטון הרומאים, ובוודאי גם כאשר מערכת המשפט מצטמצמת ויש איסור לדון, ברגע שנמצאים שם, גם הדיינים מבינים שהם חסרים את הסיעתא דשמיא, את התפיסה הדתית המטאפיזית הזאת שאלוהים איתנו, הוא שם לנו את הרומאים על הראש שרודפים אותנו, הסנהדרין כבר לא במקומה; כל הירידות האלה לא יכולות לקרות בלי שיהיה לזה השלכה על ההנהגה הרוחנית – זו מראה שחכמים שמים מול העיניים של עצמם ואומרים שאי אפשר להעלות על הדעת שהבעיות הן רק חיצוניות. לפיכך חכמים אומרים: דין תורה איני יודע, אני לא חכם כדי לדון דין תורה.

זו אמירה בירושלמי שמודגשת ע"י ניגוד בין 2 חכמים (ר' יוסי ורשב"י) לבין ר' עקיבא.

ברכיהו ליפשיץ מבסס על הקטע הזה את התפיסה הכללית שלו בה טוען שכל עניינה של הפשרה זה יראת הדין; הדיין, באשר הוא, חושש מהאפשרות שלא יכוון לאמיתה של תורה, שלא יקלע למה שהיה אמור להיות דין תורה, ולכן הוא לא מעוניין במשימה הבלתי אפשרית הזו, ולכן הפשרה מהווה איזשהו מפלט מאותה יראת הדין שאמורה לרחף מעל כל דיין במשפט העברי. ברכיהו ליפשיץ מגייס את הקטע הזה שחכמים אומרים שאינם יודעים דין תורה ואומר שזה מספר לנו את הסיפור של יראת הדין, ולכן יש את מוסד הפשרה שמאפשר לברוח מאותה מחויבות מאיימת לדין. המרצה טוען שקשה מאוד לקבל שהקטע הזה הוא קטע שהכותרת שלו היא: פשרה, שמה שהחכמים אומרים שאינם יודעים דין תורה ולכן הם עושים פשרה – המרצה טוען שזה לא כתוב, המילה פשרה לא מופיעה כאן וגם לא משהו שרומז לה. כאשר המרצה שואל עצמו מה עשה ר' יוסי שאמר שהוא לא יודע דין תורה? הוא הציע *"קבלו עליכם את מה שאפסוק לכם"* – האם מה שר' יוסי אמר להם זה פשרה? האם יש סיבה לומר שזו פשרה? הוא אומר: אני אפסוק מה שנראה לי נכון, הכי טוב שאני יודע בדין תורה, אך זה לא יהיה תחת הכותרת של דין תורה, אלא תחת הכותרת של מה שאני אגיד לכם – קבלו את סמכותי. הוא לא מוכן לקחת יומרה שהוא יודע דין תורה. אך הוא יעשה מקסימום שהוא יודע לפי דין תורה, אך לא מתוך שליחות של דין תורה אלא מתוקף סמכותו כבורר. טענה נוספת של המרצה: התלמוד הירושלמי בהמשך דבריו מתחיל בסוגיה שכותרתה: סוגיית הפשרה בתלמוד הירושלמי, כלומר אם הקטע הזה מדבר על פשרה, היינו מצפים מבחינת המבנה שהקטע הזה יהיה חלק מסוגיית הפשרה, כיוון שהוא לא שם זה מחזק את העמדה שהמרצה מציע, שאין הכרח ואין סיבה לחבר את הקטע הזה בירושלמי עם סוגיית הפשרה, ואז יש לו תפקיד אחר; לומר: ככל שאנו רחוקים מהסנהדרין, מעם יושב בארצו עם מערכת משפט, הכל לא תקין אצלנו כ"עם", אבל החכמים הם בספירה עליונה שמסוגלת לייצר אידיאליזציה של דין תורה. הקטע הזה אומר שזה לא נכון, החכמים תופסים אותם כחלק מירידת הדורות, כחלק ממהלך של גלות.

לאן חכמי המשפט העברי לקחו את הקטע הזה בירושלמי? הצענו פירוש לקטע התלמוד הירושלמי, במה הקטע הזה משפיע על המשפט העברי בדורות הבאים?

**מק' ו': טור חושן משפט סימן יב:** *"ומצוה לדיין להתחיל להם בפשרה שיאמר במה אתם רוצים יותר בפשרה או בדין: אפילו אם שמע דבריהם ויודע להיכן הדין נוטה כל זמן שלא גמר הדין לומר פלוני זכאי ופלוני חייב אבל לאחר גמר דין אינו יכול לעשות פשרה ומיהו אם יש שבועה ביניהם רשאי לעשות פשרה ביניהם אפילו לאחר גמר דין כדי ליפטר מעונש שבועה: וכל דיין שעושה פשרה תמיד הרי זה משובח ועליו נאמר אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם איזה משפט שיש בו שלום זו פשרה: וכשם שמוזהר שלא להטות דין כך מוזהר שלא יהא נוטה בפשרה לאחד יותר מחבירו: כתב בספר המצות צריכין הדיינין להתרחק בכל היכולת שלא יקבלו עליהם לדון דין תורה כי מאד נתמעטו הלבבות וגרסינן בירושלמי פ"ק דסנהדרין בימי ר"ש בן יוחאי בטלו דיני ממונות אמר ר"ש בן יוחאי לית דחכים בדין רבי יוסי בן חלפתא באו ב' אנשים לפניו אמרו לו על מנת שתדיננו דין תורה אמר להם איני יודע לדון לכם דין תורה"* -

המקור הזה נותן סיכום טוב להלכות שנפסקו ודנו בהן עד כה. כעת נדלג לשורות האחרונות: יש כאן הנחייה כללית: כשבאים לפני דיין לדון בפניו, 2 צדדים, הדיין מבחינתו צריך לעשות מאמץ בכל היכולת לא לקבל עליו לדון דין תורה. למה? מה רע בזה שידון דין תורה? הרי אנחנו רוצים שיפסקו עפ"י דין התורה..? כי אנחנו צריכים לדעת שהלבבות (מקום הבינה) נתמעטו, לכן אנחנו לא יכולים להתיימר לדון דין תורה. מניין זה? מהמקור שלמדנו, שבימי רשב"י ביטלו דיני ממונות, אמר רשב"י שאין מי שחכם לדון, וכן ר' יוסי אמר שאינו יודע לדון דין תורה. אם ר' יוסי ורשב"י, 2 החכמים האלה, נתמעט לבבותיהם מלדון דין תורה, אז מי אנחנו שנעיז לומר: אנחנו נדון דין תורה. אנו מסתכלים מלמטה למעלה על גדולי חכמים אלה וצריכים לקחת לקח שאנו בוודאי איננו יכולים לדון דין תורה, ולכן הדיין צריך בכל היכולת שלא לקבל עליו לדון דין תורה. הקטע הזה מצוטט בכל הדורות, אף בפסה"ד הנדון, דיין צריך לזכור שהוא לא מתיימר לדעת דין תורה. מה עושים עם זה? באים 2 אנשים שרוצים שתפסוק לפי דין תורה, מה עושים עם זה? כאן אנו מתחברים לפסה"ד של ביד"ר שעמד בפני השאלה הזו, כי אותה נתבעת שהייתה המשיבה בדיני עבודה מול העובד שלה שתבע אותה בדיני עבודה, היא הייתה מוכנה לדון דין תורה, אך בשום אופן לא הסכימה לפשרה. התובע גם עמד על כך שהיא תחתום על "בין לדין בין לפשרה" כי כנראה גם הוא ידע שסיכוייו בדין צרוף לקבל משהו הוא קלוש, ובמסגרת פשרות הוא יכול בכל אופן לקבל משהו. ביד"ר עומד בפני הוויכוח הזה בין בעלי הדין, וגם לביד"ר יש עמדה בעניין. כעת נקרא בקריאה ביקורתית את פס"ד רבני זה. נראה שהקטע מהירושלמי מככב שם בכל שלושת חווה"ד של הדיינים. השאלה היא רק לאן לוקחים אותו, האם כתוצאה מהירושלמי הזה ניתן להגיד לנתבעת שבספר המצוות כתוב שצריך לעשות מקסימום כדי לא לדון דין תורה, ומבחינת ביה"ד המקסימום הוא להחתים את הנתבעת על הנוסח הזה. האם ניתן לחייב את הנתבעת לחתום ואם היא לא תחתום נוכל להוציא נגדה את כתב הסירוב המפורסם? האם זו תהיה התוצאה שתתגלגל מהתלמוד הירושלמי הזה, או אפשרות אחרת היא שנגיד שהירושלמי מטיל לעשות מאמץ שבעל הדין לא יחייב אותי לדון דין תורה, אך אם עשיתי את המאמץ בכל היכולת ולא הצלחתי והוא לא מוכן כי רוצה דין תורה, אז אולי יצאתי ידי חובתי? אלו השאלות מנק' המבט של מה עושים עם הירושלמי כאשר נתבע לא מוכן להתדיין בנוסח המקובל "בין לדין בין לפשרה".

פסה"ד – נדון תחילה בחווה"ד של אב"ד (אב ביה"ד) – הרב אליעזר שפירא, ונראה מה עיקר הטענה שלו ביחס לסיטואציה שהוא עומד בפניה. נקודה ראשונה חשובה להדגיש היא שאומר לנו אב"ד שלא נעלה על דעתנו חס וחלילה שכשביה"ד אומר: תחתמו לנו "בין לדין בין לפשרה" זה רצון שלנו שנרצה לעשות מה שבא לנו, לחתוך איפשהו באמצע, לא לפה לא לשם ולתת פס"ד מבלי להתאמץ יותר מידי – חס וחלילה שזו המשמעות של הכתוב בשטר הבוררות. למה האמירה הזו חשובה? כי אנו יודעים כיום שכאשר אנו נכנסים לביהמ"ש במד"י, ולשופט יש מלא תיקים ומה שחשוב לו זה לגמור תיקים, הוא דוחף תיקים לפשרות בטכניקות שונות. דייני דחצצתא זה ביטוי גנאי לדיינים; לחצוץ, להעביר משהו רנדומאלי. אומר הרשב"ם שדובר בדייני פשרה שהם לא בקיאים בדין, וחותכים באמצע במטרה לעבור לדין הבא. הוא אומר: חס וחלילה שביד"ר מורה לעצמו היתר להשתמש בסמכות לפשר בדרך הזו של דייני דחצצתא. ממשיך הדיין שפירא ואומר שהעניין של הפשרה בשלב הבוררות זה כי אנו לא מוכנים לקחת על עצמנו את היומרה שאנו מסוגלים לדון דין תורה. האם כשיש קונפליקט בין מה שהדיין רוצה, שיהיה כתוב: בין לדין בין לפשרה, לבין נתבעת שמוכנה שיהיה רק לפי הדין, האם אתה יכול גם לכפות את הנתבעת, האם יש לך סמכות לכפות אותה לחתום על שטר הבוררות כפי שאתה רוצה? כאן אנו רואים מן תרגיל שהדיין עושה כדי להסביר לעצמו מניין הסמכות שלו לכפות את הנתבעת לחתום על שטר הבוררות, הוא אומר שיש מושג שנקרא: לפנים משורת הדין – יש מצב בו לתובע אין שום קייס, יש מצב בו יש לו קייס והוא זוכה, ויש מצב ביניים שנקרא: לפנים משורת הדין, כלומר לפי שורת הדין הוא פטור, אך לפנים משורת הדין יש מקום לחייב את הנתבע. האמירה הזו שנעה בין הקצוות של פטור/חייב היא אמירה מוסרית שאומרת שעל פי אמות המידה שנקבעו בדין אתה פטור אך אין ספק שמוסרית אתה לא בסדר, וכדי לשקף את הפן המוסרי או קובעים שלפנים משורת הדין ראוי שתשלם. כאשר יש מקרה בו נתבע פטור על פי דין, אך לפנים משורת הדין יש תביעה מוסרית כלפיו, האם יש אפשרות לאכוף עליו את הלפנים משורת הדין ולחייב אותו לשלם? זה בעייתי מאוד, עצם השאלה בעייתית, כי אם ניתן לאכוף את לפנים משורת הדין, אז זה דין; כל האבחנה בין מוסר לדין זה שמוסר לא ניתן לאכיפה, ואם ניתן לחייב, אתה הופך את המוסר לדין. בין שופטי העליון הייתה מחלוקת בין אלון לשמגר האם בכלל ראוי ששופט בישראל יפנה אל בעל דין ויפציר בו או יציע בפניו לשלם לפנים משורת הדין, כמובן שאי אפשר לכפות על דבר זה, השאלה אם ראוי להציג את זה בכלל בפני בעלי הדין. אלון ראה בזה חלק מתפקיד ביהמ"ש – לדבר על ליבו של בעל הדין ולומר לו שמן הראוי שהוא ייתן את ידו לכיסו וייתן משהו לצד השני לפנים משורת הדין. שמגר התנגד בתוקף לקביעה זו כשיטה (גם שמגר עצמו תפסו אותו שעשה את זה לעיתים). כאשר מדברים במ"ע על לפנים משורת הדין, שזה בעייתי מאוד, אנו מוצאים מחלוקת האם ניתן או לא ניתן לכפות. הגישה שאומרת שאין מקור סמכות לכפות – את זה אנו מבינים, נתמקד בשיטה האחרת שאומרת שאפשר לכפות על "לפנים משורת הדין". אם כך הפכת את זה לדין..? תשובה: זה מדבר על מצבי קיצון. למשל: השבת אבידה לאחר ייאוש, מצאתי אבידה שהמאבד התייאש, בדין אני לא חייב להשיב לו את האבידה למרות שהיא הייתה שלו, עכשיו היא שלי. כשהרמתי אותה היא הייתה בגדר הפקר, אך לפנים משורת הדין יש תביעה מוסרית שישיב את האבידה, ויש את הרציונל של השבת אבידה שאמנם לא מתקיים כי יש ייאוש. לפי שיטה אחת ניתן רק להסביר לו שזה חשוב ולא לכפות, לפי השיטה השנייה ניתן לכפות במקרי קיצון. מתי זה מקרי קיצון? כאשר למשל המאבד הוא עני והמוצא הוא עשיר – אנו מעמיקים את התביעה המוסרית, לא כל מוצא במקרה ייאוש מוטלת עליו חובה מוסרית, אך במקרה של עשיר כקורח אל מול עני מרוד – התביעה המוסרית נהיית מועצמת, ואז אותה דעה שאומרת שאי אפשר לכפות אומרת שבמקרה כזה ניתן לכפות לפנים משורת הדין. יש כאן שוב בעייתיות: יצרת הבדל בין עשיר לעני, כאשר התורה אומרת שאסור להפלות בין עשיר לעני, דין אחד לכולם. את כל זה אומר אב"ד בחווה"ד שלו והוא אומר שהוא סבור כדעתו של הב"ח שהכריע להלכה לפי הדעה שכופין לפנים משורת הדין, כאשר מדובר בעשיר שהיכולת בידו לעשות. ואז אב"ד עושה קפיצה לעניין שלנו ואמר: הנתבעת שלנו, נזכור מי היא: היא ישיבה. ישיבה זה גוף ציבורי ולא אדם פרטי, זה ציבור. כשר מדובר בגוף ציבורי, יש לנו התייחסות לגוף ציבורי כאל גוף שהוא עשיר, לא כי בדקנו את חשבון הבנק שלו, אבל באופן כללי גופים ציבוריים יש להם דרכי הישרדות שלהם, הם לא נסגרים מהר כמו שאדם פרטי פושט את הרגל. זה הרעיון ביסוד הדברים שהוא אומר שציבור לא נעשה עני.

מה התוצאה של מה שעשינו עד עכשיו? כשאנחנו אומרים לאותה ישיבה שנלך לפי דין תורה, אבל אם במהלך הדין יתברר שיש כלפייך תביעה מוסרית אפילו לא בדין לשלם פיצויים לעובד שלך, אז אנחנו רואים בך גוף שאפשר לכפות אותו והתביעה המוסרית הזו לכפות עלייך את הפשרה הזו ולשלם לתובע שלך, זה בכלל מה שאנחנו יכולים לכפות. אם אתה כ"כ בטוח בעצמך – אב ביה"ד שאתה יכול לכפות ישיבה, אז מה אכפת לך שהיא לא תחתום על שטר הבוררות?, תן לה לחתום שזה יהיה רק דין תורה, אבל אתה במסגרת דין תורה תחייב אותה לשלם.

אם אב"ד טוען שישיבה היא גוף ציבורי שהוא עשיר ועשיר ניתן לכפות, אז מה הבעיה שלו לוותר על הנוסח "בין לפשרה"? כל פסה"ד לפי שיטתו הוא טוב רק לגופים ציבוריים שאותם ניתן לכפות. אם עשית את המהלך של כפיה, אז כפה עליה לפנים משורת הדין. זו נקודה חזקה – ביה"ד אמר: אני סבור שאני יכול לכפות אותה לחתום על שטר הבוררות הרגיל, למה? כי היא ישיבה – גוף ציבורי, כמו אדם שניתן לכפות אותו לפנים משורת הדין ולכן אם יהיה צורך לפשר בין הצדדים במסגרת חובה מוסרית, ככה אני אוכל לכפות.

ממשיך אב"ד: אם היא לא מוכנה לחתום על שטר הבוררות, אז אני מוציא נגדה כתב סירוב – זה אחד השיאים. עומד כאן בעל דין ואומר שרוצה לדון לפי דין תורה ואתה אומר לו: אני חושב שאני יכול להכריח אותך, ואם לא תחתום אוציא נגדך כתב סירוב. איזו צורה יש לזה שאדם עומד לדין ורוצה לקבל דין תורה ואתה מוציא נגדו כתב סירוב כי הוא לא נשמע להוראות ביה"ד. השיא זה הפסקה האחרונה בפסה"ד, כאשר בי"ד מוציא כתב סירוב כנגד נתבע, תובע יכול לפנות לערכאות, הוא מקבל היתר כי הנתבע שלו לא מוכן, אך אומר אב"ד: אני גם לא מאפשר לתבוע ללכת לערכאות במקרה הזה. למה? אנו מאפשרים ללכת לערכאות כשהנתבע מסרב בכלל להגיע לביד"ר, אבל במקרה שלנו שהנתבע לא מסרב לבוא, אלא רק לחתום על שטר הבוררות, אז התובע, עומד מולך נתבע שמוכן לשמוע לדין תורה, אז אסור לך לפנות לערכאות. תוצאת פסה"ד היא שהתובע מול שוקת שבורה, אין לו היתר ללכת לערכאות מצד שני הוא לא יכול לקיים דיון כי הנתבעת סרבנית ולביה"ד אין מה לעשות איתה. התוצאה הזו היא קשה.

הדיין השני – הרב מילצקי: נעמוד על נקודה אחת חשובה בחווה"ד שלו: הוא אומר שיש חובה על דיינים להשתדל לעשות פשרות בין בעלי דין. בשביל האמירה הזו אנו לא צריכים אותו, אנו יודעים שנפסקה הלכה כר' יהושע שמצווה לעשות פשרה ושזה משובח. הדיין מדבר על החובה להשתדל להביא את הצדדים לפשרה, הוא חושף בפנינו משוה שבחווה"ד הקודמת לא היה. הוא מספר לנו: כאשר אני כופה על הנתבעת לחתום זה חלק מההשתדלות שלי להביא את הצדדים לפשרה. עד היום ידענו שההשתדלות זה לפייס אותם, להסביר להם, והוא אומר שחלק מההשתדלויות שהוא עושה זה להחתים אותם ובכך הוא מקדם את התפקיד שלו לרדוף אחרי הפשרה, וזה דבר חדש עבורנו שדיין חושב שבמסגרת ההשתדלויות לעשות פשרה גם כשהם לא רוצים, הוא מפעיל כח. לגישה זו צריך מקורות, הוא לא יכול להמציא עצמו ולהכריח את הצדדים לעשות פשרה. בבתי המשפט כל היום מהלכים אימים על פשרה כדי לסגור תיקים בפשרה. מה המקורות שלו לכך שניתן לכפות?

הוא אומר שיש חידושי הגהות אומר שרגילים לעשות אימה ל-2 הצדדים כדי שיתרצו בפשרה, מכאן למד הדיין שלביה"ד, כחלק מההשתדלות שלו במשימה להביא את הצדדים לפשרה, ניתן להטיל עליהם אימה ולהכריח אותם לעשות פשרה, ולכן הוא מכריח לחתום בין לדין בין לפשרה. כאן נעיר 2 הערות: 1. הערה זו דורשת עיון והיא שהמקור הזה שרגילים לעשות אימה הוא לא מקור נורמטיבי בעיני המרצה שאומר שכך צריך לעשות. בדיון על נושא אחר, על הצורך לתת תוקף לפשרה במעשה קניין, שלמעשה הקניין יש תפקיד בנתינת תוקף, כדי לתת תוקף לפשרה עושים מעשה קניין, נשאלת שאלה למה עושים קניין זה, אולי אפשר היה בלעדי? אחת התשובות היא זו, "שכיוון שמטילים אימה...." – עשיתם קניין משמע אתם עומדים מאחורי הדבר. כלומר זה לא שזה חלק מתפקיד הדיינים להטיל אימה, אלא כיוון שהתפתחה פרקטיקה זו, שהיא לאו דווקא אחד מתפקידי הדיינים, אז עושים קניין כדי שלא יוכלו לומר שאיימו עליהם. הדיין אומר בסופו של דבר שהוא אומר שלביה"ד יש עניין בנוסח הזה "בין לדין בין לפשרה", כי זה חלק מהשתדלות הדיינים להביא את הצדדים לפשרה. מצד שני, אומר הדיין, אם אותה נתבעת לא מסכימה לחתום, הוא בניגוד לאב"ד אומר שלא ניתן להוציא לה כתב סירוב, כי אין מקור סמכות לכפות עליה. ניתן לומר לה: כך אנו עובדים, רוצים לעשות פשרות, אך ברגע שהנתבעת רוצה רק דין תורה, לא ניתן לכפות אותה. בנקודה זו הוא חולק לגמרי על אב"ד ולכן לא יוציא לה כתב סירוב כי היא לא סרבנית, היא רוצה דין תורה. בסופו של דבר יש לו פטנט אחר לגמרי מחודש, הוא אומר: אני בתור דיין אסתלק מהדין אם הנתבעת לא תהיה מוכנה לעבוד איתי כמו שאני עובד ולחתום על "בין לדין בין לפשרה", ולכן אם הצדדים יחתמו ביניהם, אפילו בהסכמה, רק דין תורה, אני מסתלק מהדין כי הם לא עובדים איתי כמו שאני רוצה. גם הדבר הזה, רק לחשוב על זה ששופט במד"י מסתלק מהדיון, זה דבר שקשה להבין אותו, את התפיסה הלא ממלכתית של הדיינים ברמה זו שהוא יכול להסתלק כי לא עובדים כמו שהוא רוצה.

הדיין השלישי – הרב שמחה מירון: יחלוק על 2 חבריו לפחות בהנמקות שלהם ויציע גישה ממלכתית על האופן בו ביה"ד צריך לעבוד.

**לקרוא לשבוע הבא את הבג"ץ שמופיע בדף מקורות מס' 7 – בג"ץ 2222/99.**

**שיעור 11 – 20.06.17:**

**רצוי ללמוד מסיכום נוסף במידה ומשהו לא ברור!**

שבוע שעבר עסקנו רבות בניתוח של דעות הדיינים בפס"ד פד"ר י"א 259. היינו אמורים לסיים היום, אבל נעשה זאת רק ברבע שעה האחרונה של השיעור, ובחלק הראשון של השיעור נעסוק באחד הדברים האחרים המתעוררים בפסה"ד הזה, ולפני כל נושא ניתן כותרת.

**האם ועד כמה הדיין במ"ע אמור לפעול באופן אקטיבי להשגת פשרה בין הצדדים?**

שבוע שעבר אחד הדיינים הביא מקורות שלפי הבנתו שבפשרה במ"ע הדיין מצווה אפילו להפעיל לחצים על בעלי הדיינים, להפעיל לחץ ואימה. כשדיברנו על זה אמרנו שהקריאה הזו של המקורות לא נראית למרצה הכרחית, ולכן הוא רוצה לפנות לדף מקורות 7, שזה מקורות שעסקים בנק' הזו – באופן שבו הדיין מנסה להביא את הצדדים לידי פשרה. הנושא הזה מאוד חם וער במשפט הישראלי בהקשר של שופטים שמהלכים אימה על הצדדים.

**דף מקורות מס' 7:**

שלושת המקורות הראשונים עוסקים בסוגיה הזו. מעניין לראות את הגישות השונות והניואנסים ביניהם.

בג"ץ 2222/99 **אנז'ל (אורה) גבאי נ' בית הדין הרבני הגדול ואח'** פ"ד נד (5) 401.

1. *הסמ"ע ספר מאירת עיניים – רבי יהושע פלק כ"ץ (פולין מאה ה- 16 – 17). תלמיד מהרש"ל והרמ"א. חו"מ סימן יב ס"ק ו' "דצריך הדיין להסביר לבעלי דינים שבפשרה נוח להם ולדבר על לבם אולי יסכימו על הפשרה*". האם יש כאן אלמנט של כפייה? נראה שלא, אבל מה כן יש כאן? **אקטיביות של הדיין** שלוקח על עצמו תפקיד להסביר לבעלי הדין למה לדעתו במקרה שלהם נכון לסיים את הדיון בדרך של פשרה. הוא מנסה לדבר אל ליבם, לפנות ולעשות עבודה של יחסי אנוש בשביל שאולי יסכימו על הפשרה.
2. *הט"ז רבי דוד (בר' שמואל) הלוי, פולין מאה ה -16 17. חתנו של הב"ח, סימן יב שם:
בשם המהר"ל "נראה שאין לרדוף כל כך אחר הפשרה, רק דאמרי להו אי דינא בעיתו"
כך גם בתומים (ר' יהונתן אייבשיץ): כתב ששניהם [הדין והפשרה] שקולים לדיין, ואין אחד עדיף מחבירו ולכך אין לרדוף כל כך אחר פשרה, כפי דעת המהר"ל מפראג והוא הנכון.*

טורי זהב מביא את הדברים בשם המהר"ל (המהר"ל ידוע ומפורסם בגלל ההגות שלו, הוא לא מוכר בכתיבה ההלכתית-משפטית שלו). **המהר"ל אומר שנק' המוצא שהפשרה היא לא דבר שהדיין אמור לרדוף אחריו. את המילים "אין לרדוף אחר הפשרה" אפשר לפרש בצורה שלא להפעיל לחץ, אבל גם פחות מזה לא להיות אקטיביים**. המהר"ל כשהוא מסביר לנו שאין לרדוף אחר הפשרה ואומר "אי דינא בעיתו"- הדיין פונה לצדדים ושואל האם הם רוצים דין או פשרה, זה ציטוט מתוך התלמוד, המשמעות לפי המהר"ל שהדיין מציע בפני הצדדים דין או פשרה, אך הוא לא נותן עדיפות לפשרה על פני הדין, אבל חשוב לנו שתדעו שיש מוצר על המדף שהוא עפ"י דין ויש את הפשרה שזה שלום וצדקה, יש שני מוצרים ותדעו שאתם יכולים לבחור בין זה לבין זה, אבל הוא לא נותן עדיפות לפשרה עפ"י דין.

סיכום של שתי הגישות: הסמ"ע נותנת עדיפות לפשרה, אבל המהר"ל מפראג אומר שזה חריגה מתפקידו של הדיין וצריך להגיד לצדדים את שתי האפשרויות ולא לקדם.

1. הערות על הגישות הנ"ל:
2. למהר"ל מפראג יש נקודה לטובתו בפרשנות שהתלמוד אומר "אי דינא בעיתו", כך שאם הדיין נותן עדיפות לפשרה היינו מצווים שהוא ייתן עדיפות לפשרה והוא יכתוב את זה קודם. המרצה לא אומר שזה הכרח, אבל זה מתקבל על הדעת שכאשר מישהו מעדיף משהו הוא יציג אותו קודם, אך פה הדין מוצג ראשון.
3. בסופו של דבר אנחנו פוסקים להלכה שמצווה לבצוע, זאת הדעה של ר' יהושע בן קרחא. ברור שהסמ"ע מתלבש על המשפט הזה ואומר שיש עליך מצווה להשית פשרה. לפי ספר מאירת עיניים- יש עליך מצווה להשיג פשרה או במקום אחר נאמר כי המרבה לעשות פשרה, עושה טוב. **אם כן איך מסתדר הכתוב "מצווה לבצוע" עם דברי המהר"ל?** אלא מסביר, יש מצווה בעצם עשיית הפשרה. לפי הדעה של המהר"ל מפראג איך נסביר מצווה לבצוע?, שהרי אם אין לפשרה עדיפות על פני הדין איך יש מצווה לבצוע? המרצה מציע שהמהר"ל אומר שיש חידוש במשפט מצווה לבצוע, ואולי אפילו מהפכה. החידוש של ר' יהושע בן קרחא שמצווה לעשות פשרה היא שיש מצווה בעצם עשיית הפשרה, לולא המשפט שיש מצווה לבצוע הייתי חושב שהמצווה היחידה על הראש של הדיין זה לעשות את הדין.

ר' יהושע בן קרחה אומר שיש שתי מצוות אפשריות:

 1. לעשות את הדין, ששופטים צריכים לעשות משפט צדק וכו'.

2. אני מחדש שיש עוד מצווה, אני אומר שיש גם מצווה לעשות את הפשרה, אבל זה לא אומר שיש לה עדיפות על פני עשיית הדין, אלא יש פה שתי מצוות אפשרויות" אחת –הדין, והשנייה – זו הפשרה (ס' 79א לחוק בתי המשפט). אחד משני תפקידי השופט הוא אם כן, עשיית הפשרה.

1. הרב צבי הירש קלישר (ממבשרי הציונות) –

*הרב צבי הירש קלישר* ***מאזניים למשפט ומשנה אחרונה*** *יב, ב (ליסא, תרט"ו) מא.
 שבזמן שיש צד עשיית הישר וטוב נגד הדין תורה מצוה רבה לרדוף אחר פשרה ועל זה אמרו לא חרבה ירושלים… אבל כשאין שום צד לזכות המתחייב אף לפנים משורת הדין אז יש עול בפשרה שנזיק לזה חנם. על כן בתחלה עד שלא שמע דבריהם שיכול להיות שיהי' מן הסוג שיש עול בפשרה ע"כ יהיו שקולין כדעת מהר"ל רק שיפתח בשאלה,[[2]](#footnote-3) ואחר שמעו דבריהם ויראה הדיין שיש צד זכות לזה שמתחייב, מפאת הישר וטוב, אז יתאמץ בפשרה כסמ"ע.*

הרב צבי הירש קלישר מביא לפנינו בספר ניסוח מאוד מעניין לגבי הסוגיה שאנו עוסקים בה כעת. ברור שבמשפט הראשון הוא הולך לפי הסמ"ע – "מצוה רבה לרדוף אחר הפשרה". בעצם כשאנו מנסים להבין מה הולך כאן, הוא בא ואומר שבסיטואציות אנו יכולים לראות מצבים שבהם יש קו אדום, כלומר שאין מקום בכלל לפשרה. גם אם אנו חושבים ברמה של הדין וברמה המוסרית של לפנים משורת הדין אנו לא רואים שום צד לטובת המתחייב, במקרה כזה יש עוול לפשרה, משום שאין כאן שיקולים של שלום וצדקה שמצדיקים לסטות מהתוצאה שמתחייבת לפי כל אמת מידה. אדם כזה שעושה פשרה, עושה עוול. אבל יש מצבים שאם אני אלך לפי הדין אז אני מגיע לכך שהנתבע צריך לשלם את כל התביעה, אבל אני מוכן להתחשב ב"עשיית הישר והטוב". ישנם מקרים בהם מצווה לרדוף אחר הפשרה והיא עשיית הישר והטוב ויש בה ערך גדול. במצב כזה אני רואה ערך גדול בפשרה, עד כדי שהוא מצוטט לנו חלק ממשפט מאוד מפורסם "על זה אמרו לא חרבה ירושלים", זה לא יאומן שאתה מתאר חברה שמתנהלת עפ"י דין תורה אבל הסיבה שהיא חרבה זה דין תורה, והתשובה היא שלא עשו מלפנים משורת הדין, כלומר כל הלך החיים היה רק עפ"י המשפט ולא היה שום הלך רוח של לפנים משורת הדין, וזו הסיבה לחורבנה של ירושלים. למדנו שהמצווה להציע את הפשרה במ"ע היא מאוד מוקדמת- עוד לפני שהוא שמע את דבריהם, הוא אומר להם שניתן לעשות גם פשרה וגם דין. הרב קלישר אומר שהמ"ע כבר בתלמוד קבע באופן מפתיע שהצעת הפשרה באה בשלב מאוד מוקדם, כשהצדדים באים לביה"ד, אולי אפילו ששמע את דבריהם הוא אומר להם שניתן לעשות פשרה, אבל מי אמר לך שהמקרה הזה הוא מקרה שבכלל לא מתאים לפשרה, אז למה אתה מתלהב ומציע פשרה? ההצעה המוקדמת הזו חייבת להיות ניטראלית ושקולה, אתה לא יכול לתת לפשרה עדיפות. יוצא שאנחנו מקדימים את הצעת הפשרה כי חשוב לנו שבבתי הדין של המ"ע הפשרה תמיד תהיה שם על המדף. הדיין פותח בשאלה ותציע דין או פשרה, ולאחר ששמעת את דבריהם והתקדמנו בהליך השיפוטי והוא יודע את הטענות של כל אחד ואולי גם ראיות, אז יתאמץ בפשרה כסמ"ע. מה קלישר אומר לדעת המרצה שגם המהר"ל מפראג צודק וגם הסמ"ע, אלא שהוא משתמש בכל אחד מהם בשלב אחר של הדיון.

אז ראינו שתי דעות ודעה שעושה סינתזה מהאופן שבו הדיין צריך לנהוג בביה"ד.

**הפשרה הכפויה:**

את הדיון הזה נקשור לפסה"ד שדיברנו עליו בשיעור שעבר. אחת הטענות של הדיינים הייתה למה אנחנו מחייבים את הצדדים לחתום על שטר בוררות בין לדין לבין פשרה? הטענה היא שיש מצבים שבהם הפשרה שאנחנו רוצים להטיל היא פשרה כפויה, ולכן אנחנו צריכים שהצדדים יחתמו לנו על בין לדין בין לפשרה, בכדי שנוכל לכפות פשרה במצבים שבהם המ"ע מאפשר להחיל פשרה כפויה. העירו על הטענה הזו שהיא בעייתית, מכיוון שאם יש איזשהו מצב במ"ע שניתן לכפות פשרה על הצדדים, אז מה אכפת לנו שבשטר הבוררות יהיה כתוב רק דין, למה צריך שבשטר הבוררות יהיה כתוב בין לדין לבין פשרה, מכיוון שאם אתה תיקלע לסיטואציה שבה המ"ע מאפשר לך לכפות פשרה, אתה תוכל לעשות זאת מכח הדין. זאת הטענה שצריך היה להעלות כנגד הטענה של ביה"ד. הדיינים מבינים מה המשמעות שפסק בוררות שמגיע לביהמ"ש מחוזי, כי זה בוררות, זה לא פס"ד שהולכים איתו להוצל"פ. במקרה שבו רוצים לאשר את פסק הבוררות או בקשה לביטול פונים לביהמ"ש המחוזי. ביה"ד חושש מכך שיהיה כתוב בפסה"ד פשרה, ובשטר הבוררות יהיה כתוב רק דין, לכן ביד"ר אומר שהוא לא חייב את שטר הבוררות בין לדין ובין לפשרה, אך הוא רוצה את הכיסוי שיהיה לו במידה וזה יגיע למחוזי. זו הסנגוריה של המרצה.

1. *משנה מסכת כתובות פרק י
מי שהיה נשוי שתי נשים ומכר את שדהו וכתבה ראשונה ללוקח דין ודברים אין לי עמך השניה מוציאה מהלוקח וראשונה מן השניה והלוקח מן הראשונה וחוזרות חלילה עד שיעשו פשרה ביניהם וכן בעל חוב וכן אשה בעלת חוב:*

המילה פשרה לא מופיעה בשום מקום במשנה, למעט המשנה הזו. המשנה מספרת לנו על סיטואציה של **מעגל שוטה**. מדובר בבעל שהיה נשוי לשתי נשים, ולכל אחת מהן הוא נתן כתובה והוא שעבד את הנכסים שלו לכל אחת מהן, קודם לאישה הראשונה וקודם לשנייה. לאחר מכן הוא מוכר את השדה. המשמעות היא שאם הוא ימות ולא יהיה בעיזבון כסף, יקחו את השדה המשועבדת, כלומר בעל השדה הוא זה שיפסיד את כספו, הוא יחפש מקורות ממון אחרים ועם השדה הזה ישלמו את שתי הכתובות. הסדר לקדימות הנכסים: 1. האישה הראשונה. 2. האישה השנייה. 3. הקונה את השדה. האישה הראשונה חותמת על כתב ויתור שגם אם בעלה ימות ולא יהיה כסף לשלם את הכתובה היא לא תגבה ממנו את השדה, היא בעצם סוחרת בשעבוד שיש לה על השדה, היא מוכרת את הזכות לשעבוד הזה והיא תקבל עכשיו כסף מזומן, ברור שזה לא יהיה הכסף שלה לכתובה, אבל היא מתמחרת כמה זה שווה לה וכמה זה שווה לו. "דין ודברים אין לי עמך" - אני מוותרת על הזכויות שלי כלפיך. ברגע שהיא מכרה לו את זכות השעבוד, יצרנו את המעגל השוטה, מכיוון שברגע שהבעל מת, בעיזבון אין כסף, הראשונה לא גובה כתובה מכיוון שאין לה כסף בעיזבון והיא לא יכולה לקבל מהשדה כי היא ויתרה על זה, אבל השנייה לא חתמה על זה. אין מצב שהשנייה תקבל והראשונה לא כי היא אחריה בקדימות, כך שהשנייה לוקחת מבעל השדה ואז הראשונה לוקחת ממנה (כי היא קודמת לשנייה בכתובה), ואז בעל השדה ייקח מהראשונה כי היא חייבת לו. הכותרת של הדיון זו פשרה כפויה, איפה כתוב כאן כפויה? – איפה כתוב שאם הם עקשנים ולא מוכנים להתפשר שביה"ד יכול לכפות עליהם פשרה?, שהרי זה לא כתוב פה. זו שאלה של מדיניות שיפוטית שלביהמ"ש יש תפקיד לגרום למעגל שוטה שכזה שיפסק, או שאולי לא, כלומר שזה המצב האמיתי, כלומר שהשדה הזה יעבור מאחד לשני, זה המצב המשפטי, ואם אתם לבד לא תגיעו להבנה זו בעיה שלכם. אין לנו הכרעה ברורה שמדובר בפשרה כפויה. יש דעות חלוקות שמדברות על פרשנות המשנה.

נציג דעה מאוחרת למשנה:

1. *ר' משה מטראני [צפת, המאה ה- 16], שו"ת מבי"ט חלק ב סימן קכא (ברוקלין, תשכ"א)לג.
ומ"ש (ומה שכתב) עדיין לא מצאנו דין שיהי' הפשר' בהכרח אישתמיטתי' מה ששנינו וחוזרים חלילה עד שיעשו פשרה וכן גבי בונה כותל בחלקו ובא חברו לבנו' אצלו כתב הרמב"ם ז"ל פ"ג מהלכות שכני' ד"מגלגלין עליו דבר מועט כמו שיראה לדיינים" דהוי כעין פשרה ומעתה נראה הדין אמת כמו שכתבתי קודם.*

ר' משה מטראני עונה למכותב שאומר שאין דבר כזה פשרה בכפייה, הוא ענה שנשמט ממך מה ששנינו, כלומר נשכחה ממך המשנה לעיל למי שהיה נשוי לשתי נשים. אין דבר כזה פשרה כפויה, פרדוקס. אם מדובר בפשרה הרי שאינה יכולה להיות בכפייה. שהרי נשמט ממך מה ששנינו במשנה מפורשת? כלומר, מדבר על סיפור שתי הנשים. אין מצב של מדיניות שיפוטית שביהמ"ש לא יכול להושיע אותם במצב כזה וישאיר אותם במעגל השוטה. הוא מוצא מקור נוסף – בו מדובר על סוגיה שקשורה ליחסי שכנים, בה שכן אחד יוצר בנייה של גידור שמטיבה עם השכן שלו. הרמב"ם אומר שבסיטואציה בין ויכוח בין שכנים, בהלכות שכנים – "מגלגלין עליו דבר מועט כמו שיראה לדיינים", כלומר שזו פשרה כפויה. גם כאן הוא רואה פשרה כפויה כי זה כעין פשרה, שהרי התובע לא מקבל את כל מה שהוא רוצה ולנתבע זה לא נפתר כמו שהיה רוצה. כך שבמובן זה זו פשרה ולכן אומר ר' משה מטראני- אל תתפלא, יש במשפט העברי מצבים בהם ביהמ"ש כופה פשרה על הצדדים, כי עושים משהו באמצע כך שזה מעין פשרה. ע"כ הרב מטראני אומר שיש מצבים שבהם ביהמ"ש כופה פשרה על הצדדים. פשרה כפויה היא סיטואציה בה לא צריכים את הסכמת הצדדים כדי להגיע אליה.

1. *תוספתא בבא קמא ב' י'
היה אחד מהן טעון ואחד רכוב מעבירין את הטעון מפני הרכוב[[3]](#footnote-4) אחד טעון ואחד ריקן מעבירין את הריקן מפני הטעון … היו שניהן טעונין שניהן רכובין שניהן ריקנין עושין פשרה ביניהם וכן שתי ספינות …שתיהם פרוקות ושתיהן טעונות עושות פשרה ביניהן.*
2. *דריש לקיש רמי: כתיב +ויקרא י"ט+ בצדק תשפט עמיתך וכתיב +דברים ט"ז+ צדק צדק תרדף, הא כיצד? כאן - בדין מרומה, כאן - בדין שאין מרומה. רב אשי אמר:מתניתין כדשנין.
קראי; אחד לדין ואחד לפשרה. כדתניא: צדק צדק תרדף - אחד לדין ואחד לפשרה. כיצד? שתי ספינות עוברות בנהר ופגעו זה בזה…וכן שני גמלים שהיו עולים במעלות בית חורון ופגעו זה בזה, אם עלו שניהן - שניהן נופלין, בזה אחר זה - שניהן עולין. הא כיצד? טעונה ושאינה טעונה - תידחה שאינה טעונה מפני טעונה. קרובה ושאינה קרובה - תידחה קרובה מפני שאינה קרובה. היו שתיהן קרובות, שתיהן רחוקות - הטל פשרה ביניהן, ומעלות שכר זו לזו.*

הסבר מקור ו' – מדובר על מצב שבו גמלים הולכים במקום צר שבו יש מדרון תלול בו אין מקום לעבור לשני גמלים, כך שאחד צריך להמתין שהשני יעבור את כל הדרך ואז השני יוכל לעבור. איך מחליטים מי עובר ראשון ומי שני? התוספתא אומר שמדובר באחד שמלא במטען והשני ללא מטען/הולך בדרך למטען, כך שאחד מלא ואחד ריק אז מעבירים את הטעון מפני הרכוב, כלומר לטעון יש זכות קדימה (הערת השוליים מסבירה את העניין הזה, אך המרצה לא עבר על זה). כל המצבים הללו הם מצבים שהשכל אומר שיש מישהו שמוצדק ודחוף לתת לו על פני השני. אבל מה קורה במצבים ששניהם טעונים/שניהם רכובים?, שהרי אין את כללי התורה של טעון מול ריק? התוספתא אומרת שעושים פשרה ביניהם. מישהו צריך לוותר ועושים פשרה ביניהם. התוספתא נותנת דוגמא של שתי ספינות ששתיהן פרוקות/טעונות והן עושות פשרה ביניהן. אחת הבעיות לכך שלא ניתן לכפות פשרה זו הגרסה של התוספתא? שכתוב "עושות פשרה ביניהן", כך שהן עושות את הפשרה ביניהן ואין מישהו שכופה את זה עליהן. אין ברירה הן צריכות להסכים ביניהן. אם היה בי"ד שהיה כופה לא היה כתוב "עושות". קל לראות שהדוגמאות הללו דומות למעגל השוטה במובן הזה שאין להן פתרון**. ברגע שאין דרך לתת עדיפות לאחת על פניה השנייה עושים פשרה ביניהם. כשיש מצב שהזכויות המשפטיות המתנגשות אינן ברות הכרעה, אז נכנס המונח הזה של פשרה.**

הסבר מקור ז' – התלמוד הבבלי שמדבר על הדוגמא של הגמלים – אומר לנו שאיך נעשה את הפשרה? זה שיעבור ראשון ואין לו את הזכות לעבור ראשון יפצה את מי שנאלץ להמתין. זו דרך מעשית לבוא ולהגיד איך עושים את הפשרה. בדוגמא עם הקרקע הצענו לעשות שליש, שליש, שליש, אבל פה אי אפשר לעשות זאת. מדובר במצב שבו שניהם בדיוק אותו דבר, כך שאין שיקולים שישפיעו על עדיפות האחד על פני השני. אז מה עושים במקרה שאין אחד שמוכן לוותר לשני שיעבור ראשון, למרות שהפתרון ידוע שהראשון יפצה את השני? המרצה אומר שיש שתי הצעות לסוגיה זו: 1. **הגרלה** – דבר שהמשפט לא אוהב אותו בד"כ. הגרלה זה פתרון מאוד הוגן, אך לא אהוב. 2. הפתרון השני זה **מכרז**, כלומר מי שיציע את הסכם הגבוה ביותר יעבור ראשון, ואת המחיר שהוא הציע הוא צריך לשלם לשני.

כעת נסתכל על שני חכמי המ"ע מהדורות האחרונים: אחד מהם זה הנצי"ב והשני זה ר' מאיר שמחה. שניהם מתייחסים להשוואה בין הפשרה של מה שלמדנו עד היום (פשרה ערכית של עשיית שלום וצדקה) לבין הפשרה של היום (פשרה כפויה, לפיה אין ברירה אחרת, כי הברירה האחרת זה מעגל שוטה, או אוניות וגמלים שעומדים תקועים, כך שאין דרך אחרת לפתור את הסכסוך).

1. *נפתלי צבי יהודה ברלין (הנצי"ב מוולאזין,)* ***שו"ת משיב דבר*** *(ירושלים, תשכ"ח)* *ג' סימן י':
אם הדין אינו יכול להביא לידי שלום. ההכרח לעשותו פשרה ועל כיב"ז תניא בסנהדרין (דף ל"ג) צדק צדק תרדוף אחד לדין ואחד לפשרה כיצד שני ספינות כו'. וקשה מאי כיצד וכי לא ידענו מאי פשרה. אלא משום דלא משכחת אזהרה על הפשרן אלא באופן שכופין לעשות פשר. דאלו בכל פשרה שלא נעשה אלא ברצון בע"ד. הרי מסתמא יודעים ובטוחים בשני הפשרנים שלא יטו הפשרה לצד אחד יותר מחבירו. ואם לא חשו לכך הרי אינהו דאפסדי אנפשייהו. ולא שייך ע"ז אזהרת התורה. אלא ע"כ מיירי באופן שכופין לעשות פשרה. וא"א להעמיד על הדין. מש"ה שואל התנא כיצד כופין לעשות פשרה. ומפרש כגון שתי כו'. וע"פ עומק הדין אין לנו במה לכוף את שאינה טעונה שתלך לאיבוד. אלא עומק הדין ילכו שניהם ויהיו שניהם נטבעים או מי שיגבר ויטביע את השני והוא ינצל. אבל אין זה משפט שלום. מש"ה כופין על מדת הדין ומחויבין לעשות פשרה.*

הנצי"ב מדבר על פשרה כפויה. על סוג כזה של פשרה כתוב "צדק צדק תרדוף", אחד לדין ואחד לפשרה.

הוא רוצה ללמוד יחד איתנו את הסוגיה של הספינות ושואל, מה התלמוד שאל שרצה להבין את הסיפור של שתי הספניות, מה אנחנו לא יודעים מה זו פשרה?, מה אנחנו מנסים להבין בסוגיה הזו שאנחנו שואלים מהי פשרה? התלמוד שאל על המקרה של האוניות, כיצד עושים פשרה? הנצי"ב שואל מה הוא לא יודע איך עושים פשרה. אנחנו יודעים לעשות פשרה, אז למה הוא שואל איך עושים פשרה. הנצי"ב מברלין שואל מה הכוונה כיצד. הנצי"ב מסביר לנו שמה שמיוחד בסוגיה הזו שהתלמוד אומר "צדק צדק תרדוף", אתה מצווה לרדוף אחר הצדק בדין ובפשרה, מדובר כאן על מקרה מיוחד שבו כופין לעשות את הפשרה. זא"מ שכאן מוסווית תשומת הלב שלנו שיש שני סוגים של פשרה: 1. הכפויה. 2. שאינה כפויה. יש להניח ששופט אומר לצדדים אולי תסכימו לפשרה כזו וכזו, הצדדים שותפים לעשיית הפשרה, שם לא צריך את האיום על הש' שלא יטה את הפשרה כי הצדדים שותפים לכל ההליך הזה. מצב בו צדדים הסכימו לפשרה שהוצעה להם, יש להניח שאין לאיים על השופטים ולהזהירם לעשות צדק "צדק צדק תרדוף".

**מתי יש להזהירם?**כאשר מדובר בפשרה כפויה, כאשר נותנים לשופט את כח הכפייה לכפות את הדין, כי רק הוא יודע אם הוא עושה צדק, כאשר אתה מקבל את הכח לכפות אז נאמרת האזהרה הזו לאיים על השופט שישפוט לפי הצדק על פשרה כפויה. ברגע שהתלמוד מדבר איתנו על פשרה כפויה שהייתה מוצדקת השאלה מהי הסיטואציה שאפשר לכפות על הצדדים, שאל התנא כיצד כופין פשרה?; האוניות או הגמלים זה מצב שבו אין דין. הנצי"ב טוען שכל המקרה הזה שבו שתי אוניות באות להשתמש במעבר אין לנו כלים של דין להסדיר ביניהם את הזכויות שלהם. הנצי"ב טוען שאפילו במקרה הזה שהטעונה תעבור לפני הריקה זו הכרעה שלא עפ"י הדין, אלא לפי כללי המשפט הטבעי או הפרטי, כי אין לנו זכויות בדין שלטעונה יש זכויות על פני הריקה, גם כשאמרנו לטעונה לעבור לפני הראשונה זה סוג של פשרה כפויה, וזה לא רק במקרה שבו שתיהן זהות. עפ"י עומק הדין היינו צריכים להגיד שמצידנו ששניהם יעשו מה שהם רוצים, אבל כמובן שזו לא דרך השלום ולא ניתן להרשות אותה ולכן אנחנו כופים על הצדדים ומחייבים אותם לעשות פשרה.

**שיעור 12 – 27.06.17:**

גילינו שהמשפט העברי משתמש במונח "פשרה" ב-2 משמעויות שהן לגמרי שונות זו מזו (על אף שיש קשר מסוים ביניהן).

הנצי"ב טוען שבאותם מקרים שכבר הגדרנו אותם כמקרי "פשרה כפויה" או לפחות לא פשרה הנעשית בהסכמה במובן זה שהפשרה הערכית שדיברנו עליה במשך כל הקורס, באותם מקרים: מעגל שוטה וגמלים/אניות הנמצאים במצב מאוזן בשימוש במיצר/בדרך – בכל המקרים האלה שהפתרון צריך להיות פשרה, הנצ"יב אומר לנו שלמעשה אין לנו פתרון על פי הדין, בניגוד גמור למקרים בהם עסקנו כל הלימוד – מצב בו יש 2 דרכים: לפסוק על פי הדין/לפסוק בדרך פשרה – במקרים הללו אין לנו פתרון שהדין מציע אותו, ולכן במקרים האלה מתבקשת פשרה. הנצי"ב אמר דבר נוסף בסוף דבריו: גם במקרה בו יש אוניה אחת טעונה ואוניה אחרת ריקנית – שבמקרה זה אמרנו שנותנים עדיפות לזו שהיא טעונה, הנצי"ב אומר שגם זה בעצם פשרה ולא דין. מדוע? כי למשל כשאנו באים לסופר עם 2 עגלות; באחת מסטיק ובשנייה מלא דברים, אז השכל הישר אומר לתת קודם לעגלה עם המסטיק לעבור – גם הפתרון הזה לא נובע מהדין, זה לא מצמיח זכות שבדין, אלא זה גם סוג של פשרה. זה סיכום הדברים של מה שראינו בשיעור שעבר.

**המשך דף מקורות 7:**

מק ט' (דף מק' 7): ר' מאיר שמחה משך חכמה על דברים טז כ' (ירושלים, תשמ"ב)קיא:
*"הך פשרה הוא במקום שאין דין על זה. לכן כיון שאין על זה דין, מצוה בפשרה והמצוה על בעלי הדין שבעלי הדין מצווים לפשר. אמנם במקום שיש דין, שעל פי דין אחד זכאי ואחד חייב, רק שבאים לדין אז אין הבעלי דינין מצווין לפשר רק ברצונם תלוי… רק על הדיין… אמרו בפרק קמא דסנהדרין דמצוה לדיינים לאמר להם לפשר… ורק על פשרה במקום שיש דין , שהדיין עושה , פליגי תנאי אם רשות או מצוה אבל על בעל הדין במקום שאי דין מצוה לכולי עלמא לפשר"* – אנחנו לא אומרים ל2 בעלי מניות לעבור יחד במקום צר ולהתנגש אחד בשני, ולכן אנו אומרים שמצווה לפשור. אך על מי מוטלת המצווה להתפשר? טוען ר' מאיר שמחה שהמצווה הזו מוטלת על בעלי הדין שהם מצווים לפשר. כאן הוא אומר את הניגוד לפשרה שלמדנו בתחילת הקורס, ששם המצווה מוטלת על הדיין. כי אמנם במקום בו יש דין, שעל פי דין אחד זכאי ואחד חייב, כשבאים לדין אין בעלי הדין מצווים לפשר; כאשר יש דין והשופט מציע פשרה לצדדים, אין מצווה עליהם להסכים, המוטיבציה לדבר זה מוטלת על כתפי הדיין- מצווה לבצוע. אומר המשך חכמה שיש כאן עוד הבדל שיש לשים לב אליו; כל המחלוקת האם עניין הפשרה הוא מצווה/איסור/רשות – כל המחלוקת הזו עוסקת רק לגבי פשרה שיש בצידה דין. אבל פשרה של אניות, של מעגל שוטה, במקרה זה לא מצאנו מחלוקת על דבר זה, ובעל הדין במקום שאין דין, מצווה לכולי עלמא לפשר – אין אף דעה בין התנאים שנחלקו לגבי האם מצווה/אסור/רשות, אין דעה החולקת על כך שבמקום שאין דין יש מצוות על הצדדים לציית לפשרה.

אם חייבים לציית לפשרה הזו, אז זה בעצם דין, למה קוראים לזה בכלל פשרה?

יש 2 אפשרויות להשיב על כך:

1. בד"כ הפשרה הזו תהיה כזו המחפשת דרך מיצוע בין עמדות הצדדים, ולכן באופי שלה, בדרך הפתרון שלה היא מתנהגת בדומה לפשרה, מחפשת שכל הצדדים יבואו על סיפוקם.
2. הפתרון הזה הוא לא באמת משקף את הזכויות האמיתיות של הצדדים בדין. כאן יש סמנטיקה; למשפט העברי חשוב להבחין בין פסיקת דין שאז עושים מאמץ לתת לכל אחד מה שמגיע לו, אך בצדדים שווי זכויות, אף אחד לא באמת מקבל את מה שמגיע לו, אלא חלק מזה, ולכן זה לא נכון לקרוא לזה "דין". כשאנו משווים את הסמנטיקה הזו למשפט הישראלי; שופטים עושים הרבה פעמים דברים שהם לא ממש יודעים לנמק אותם כמו שצריך, ובכל זאת מכנים את זה "פסק דין", וכשאנו מחפשים את הנימוק, השופט לא באמת יכול לנמק את זה ולומר שאלה הזכויות של הצדדים על פי הדין.

אם כן ראינו 2 סוגי פשרה, שניהם מכונים פשרה אך הם שונים לחלוטין.

הנקודה הבאה בעקבות היכרותנו עם הפשרה הכפויה, עולה בצורה חזקה בפסה"ד בעניין של בג"ץ אנג'ל אורה גבאי. הבסיס לפשרה הכפויה הזו שבג"ץ זה עוסק בו, נמצא במקור י':

תשובת הרא"ש כלל ק"ז סעיף ו': *"כל זה סברתי והארכתי להודיע שאין כח ורשות להוציא את הדין חלוק מתחת ידו, שצריך לגמור ולהשלים את הדין כדי להטיל שלום בעולם. ולכך נתנו חכמים רשות לדיין לפסוק לפי ראות עיניו-במקום שאין הדבר יכול להתברר בראיות ובעדיויות- פעמים באומד הדעת ופעמים כמו שיראה הדיין- בלא טעם ובלא ראיה ובלא אומד הדעת, ופעמים על דרך פשרה".* הרא"ש אומר לדיין שיש לו תפקיד לסיים סכסוכים והוא לא יכול להשאיר אותם במצב של מחלוקת שהם צריכים להסתדר לבד. צריך לגמור או להשלים את הדין כדי להביא לשלום בעולם. צדדים צריכים לדעת שאין צורך ומקום לעשיית דין עצמית ולשימוש בכח כי יש בי"ד שמסיים את הסכסוך. לפיכך נתנו חכמים רשות לדיין לפסוק לפי ראות עיניו – כאן יצא המרצע מהשק; הרא"ש מלמד אותנו שבסיטואציה בה יש "קושי ראייתי" נתנו כח לדיין לפסוק לפי ראות עיניו – כלומר שקה"ד השיפוטי של הדיין מתרחב מעבר לרגיל, והוא מתאר לנו את רוחב שקה"ד. נתנו כאן לדיין את מלוא שקה"ד לסיים את הסכסוך בדרך שנראית לו, וברור שהפשרה פה היא כפויה. אז מה קורה פה? האם זה ג'ונגל? שופט עושה מה שרוצה? מדובר כאן על אדם שמשבש הליכי משפט וראיות והדיין מזהה את הקשיים הללו שמערים עליו אותו בעל דין. אם אותו בעל דין היה התובע, הדיין יכול היה לקנוס אותו ולהגיד הוא לא דן אותו כעונש, אבל כאשר מדובר בנתבע, התובע – שהוא האיש הטוב, יפסיד מכך. יש כאן הפעלת כח לשעת חירום, חכמים נתנו רשות לדיין לפסוק לפי ראות עיניו, או בדרך של פשרה. בבג"ץ אנחנו מצב בו ביד"ר האזורי והגדול משתמשים במשבצת הזו של פשרה כפויה - "במקום בו הדין איננו יכול להתברר", כדי להסביר איך הם הגיעו לתוצאה אליה הגיעו. הבג"ץ עומד בפני סוג של שוקת שבורה, כי מצד אחד ביה"ד אומר שפעל לפי הכללים שלו והוא יכול לכפות פשרה במקרים בהם הדין איננו יכול להתברר, אך אם נכנס לתוכן הפשרה, זה לא יעלה על הדעת. בג"ץ בבלי קבע את חזקת השיתוף בין בני זוג וביד"ר עומד במבחן האם מתכופף בפני בג"ץ לגבי הלכת השיתוף או שהוא מתמרד ראש בראש. אם הוא מתמרד, בג"ץ יודע לכופף את ביד"ר, אך ביד"ר לכאורה הלך חכם, הוא השתמש בכלי של פשרה כפויה, מה שיפה בבג"ץ, שהוא אומר 2 דברים:

1. דבר קשה מאוד - הוא אומר לביד"ר: לא שכנעת אותי שהיה לך קושי ראייתי מהסוג בו עושים פשרה כפויה. אם במשפט העברי יש מסגרת של פשרה כפויה אני הולך עם זה, אך תראה לי שאלו היו נסיבות המקרה.
2. נק' האמת של בג"ץ היא: אפילו נניח שהחלטת לעשות פשרה כפויה מהסיבות שלך, זה לא מצדיק את זה שלא השתמשת בהלכת השיתוף, זה כבר לא קשור לפשרה, אתה כביד"ר מצווה להלכת השיתוף, וזו הייתה צריכה לבוא לידי ביטוי גם במסגרת פשרה כפויה.

זה ההארד קור של מה שבג"ץ עושה בבג"ץ.

ר' דוד בן שלמה אבן זמרא (מצרים-צפת, מאה ה- 16) שו"ת רדב"ז חלק ד סימן נד.
*"הדיין שנסתפק לו הדין מאי תקנתיה יסתלק ממנו וידין אותו אחר או ילך אצל חכמים אחרים וישא ויתן ויתברר ספקו ואם נפל ביניהם מחלוקת ילכו אחר הרוב ואם נסתפקו כלם יראה לי שיכריחו את בעלי הדין לקבל פשרה שזהו מכלל דין תורה שנאמר ועשית הישר והטוב ואין צריך לומר בזמן שהתובע נתרצה לקבל פשרה והנתבע אינו רוצה דרגלים לדבר דאינו רוצה בפשרה כדי שישארו המעות אצלו שהרי מן הספק אוקי ממונא בחזקת מאריה".* הרדב"ז בתשובה שלו פוסק במקרה בו הדיין מסופק מה הדין שלפניו. אם בבג"ץ דובר על ספק ראייתי, בעובדות, הרי שכאן מדובר בספק משפטי – מהותי. במשפט העברי, שופט יכול לומר: איני יודע. בתשובה של הרדב"ז נראה שהוא לא רוצה ללכת בדרך זו של "איני יודע"; אולי כי היא לא פרקטית במקרה שלו, שכן אם יאמר זאת, מחליפים דיין או מוסיפים דיינים. אז אולי זה לא פרקטי במקרה שלפניו. אם כן, הרדב"ז שואל מה קורה כאשר הדיין מסתפק בדין?

1. **אם יש לך דיין שיודע יותר, מומחה יותר – אתה יכול להסתלק.** כלומר, שהדיין שמסתפק בדין יצא מהדיון ומישהו אחר ידון שיודע יותר יהיה במקומו.
2. **ילך אצל חכמים אחרים ויישא וייתן ויתברר ספקו.** השופט בביהמ"ש שיש לפניו מקרה באמת קשה, לא כי הוא לא מקצועי, אלא דווקא כי הוא מכיר את המטריה הוא מבין שזה מקרה באמת סבור, הוא מרים טלפון למומחה ממנו ומלבן איתו סוגיה מאוד מסובכת. זו שאלה אתית, האם מותר לשופט להתקשר למרצה שלו מהאוניברסיטה ולהתייעץ איתו. הקושי האמיתי הוא שאם אותו מרצה ייתן חוו"ד מסויימת והשופט יאמץ אותה, הרי שנמנעה מבעל הדין שחוה"ד ניתנה נגדו, להתמודד עם זה. אם היו מביאים את דעתו כחוו"ד מומחה היה ניתן להקשות עליו, אך אם זה מומחה טלפוני יש כאן בעיה אתית.

אם הדיין הלך לבית המדרש, פגש שם קבוצת מומחים ונוצר דיון, ובתוך הדיון נפלה מחלוקת, הוא אומר: ילכו אחר הרוב. זה בעיני המרצה חידוש מאוד גדול; מה פתאום רוב? הם הרי לא ערכאה.. זה הרכב וירטואלי, לא אמיתי, מי שם אותם הרכב שיכריעו בו על פי הרוב?!

אם הם מסופקים ולא יודעים לענות, הרדב"ז אומר שאין לו שום מקורות, בשונה מהפתרונות הקודמים, ולכן הוא אומר "נראה לי" שיכריחו את בעלי הדין לקבל פשרה. בכלל עשיית הישר והטוב בעיני הרדב"ז, זה שבמקרים סבוכים של ספק משפטי, זה לעשות פשרה בין הצדדים.

למה לא ניישם את הכלל הגדול: המוציא מחברו עליו הראייה? הרדב"ז סבור שכאשר הספק הוא משפטי זה לא מצדיק את "המוציא מחברו", במקום בו הספק הוא משפטי ולא קשור להוכחת המוציא, אז צריך לכפות פשרה על הצדדים.

ראינו כפיית פשרה במקרה של אניות או מעגל שוטה, כשאין דין. ראינו כפיית פשרה כסוג של קנס מול בעל דין המשבש הליכי משפט (רא"ש), וראינו לדעת הרדב"ז שניתן לכפות פשרה גם במקרה בו הרדב"ז מסופק ולא מצליח להכריע בספק שלו – גם אז יש מקום לכפות פשרה.

כעת נטפל בכמה שאלות שמידי פעם עלו במהלך הקורס – השאלות הקשורות לגבולות המהותיים (ולא הדיוניים) של הפשרה – **דף מקורות 8:**

האם העובדה שיש לפניי מקרה שהדין בו הוא ברור לחלוטין – כל משפטן סביר שנציג בפניו את הקייס יגיד שהדין ברור, האם זה מצב בו אין לגיטימציה להציע פשרה? האם זה עצמו, שיש כאן מצב קליר קאט, האם זה לעצמו סיבה שנאמר שאין הצדקה להתפשר במקום כזה?

מקור ג': *"הנך רואה שאפי' שהדין ברור לדיין, יכול לפשר ביניהם בלא דעתם כל עוד שלא גמר הדין"* – ברגע שהיה גמר דין לא עושים פשרה, אך כל עוד לא – הוא יכול לפשר ביניהם, אפילו כשהדין ברור לדיין – זה סימן קריאה מאוד ברור לשאלה ששאלנו. בעיני המרצה, זו תשובה שכל אחד מאיתנו היה אומר, כי אמרנו שפשרה עניינה להציע מסלול בו אנו מעוניינים להפנים אל תוך פתרון הסכסוך ערכים מוסריים של שלום, שהדין לא שוקל אותם. לכן זה שאתה אומר בצורה כה חזקה: זה מקרה פשוט, זה בכלל לא מזיז ולא משנה כלום, כי מראש אמרנו שהצעת פשרה לא מתערבת בנכונות או אי הנכונות של פס"ד במקרה כזה, אלא זה רק שוקל שיקולים נוספים לאלה הנשקלים בדין, ולכן העובדה שהדין חד וברור זה לא סיבה לומר שכאן אין מקום לפשרה.

ניתן לראות נקודות גבול קרובות לסיטואציה זו במקור ה': ר' יוסף קארו: *"שכשתהפך לזכות את מי שהוא חייב בדין אתה אומר כיוצא בדברים הללו וע"י כך נוטל קנין משניהם לעשות פשרה ביניהם כמו שיראה לך וזה גזל גמור"* – אנחנו רואים שיש פה התייחסות לפשרה בעיניי ר' יוסף קארו עד כדי שהוא מכנה את זה גזל גמור. מה הטריד אותו בכך? אם היית בא ואומר עפ"י הדין היה X אבל לפי הפשרה זה X ועוד 30%, אבל אם הנתבע לפי הדין היה צריך להיות פטור לחלוטין, אבל אתה מחייב אותו במלוא התביעה זה לא סביר לחלוטין. זה בעצם מעבר לכל גבול סביר וזה גזל גמור. הנק' הראשונה שהצבנו. הדברים של ר' יוסף קארו משכנעים, אך המרצה לא רואה בזה חידוש גדול בקטע של גזל גמור.

מקור ו' אומר דבר די דומה: *"ואין כאן מקום לפשרה כי הנתבע פטור לגמרי וכל המחזיק להוציא ממנו טועה הוא וכל המחזיק שלא להוציא ממנו שום ממון הוא הדן דין אמת ומשפט צדק"* – התשובה הזו היא מאותה תקופה של ר' יוסף קארו, ר' משה טראני מנסח את נקודת הגבול של הפשרה במקרה הזה תחת הניסוח "כי הנתבע פטור לגמרי" – יש כאן 2 אפשרויות להבין:

1. כאשר הדין ברור לחלוטין אין מקום לפשרה, ואז זה מנוגד למה שראינו במקור ג'. יש אפשרות לומר שיש כאן סתירה בין זה למקור ג', וניתן לראות בזה סוג של מחלוקת.
2. המרצה מציע אפשרות סבירה בעיניו: הדגש צריך להיות על המילה "לגמרי" – גם במסלול על דרך הפשרה אתה צריך להכריע על פי הדין, לפטור לגמרי את הנתבע. מדובר במקרה בו הנתבע פטור לגמרי. מה הכוונה? או שלא רק על פי הדין הוא פטור, שאז זה היה נקרא "פטור" ולא "לגמרי" – המשמעות היא שהלכתי לקראת התובע ובדקתי האם יש שיקולים מוסריים או אחרים שניתן במסגרתם לעשות פשרה. או לפי ר' יוסף שהוא בחן את המקרה והגיע למסקנה שהנתבע פטור לגמרי ואין סיבה לסטות מהמסקנה הזו, ולכן במצב כזה הוא סבור שכל מה שיוציאו ממנו, אפילו במסגרת פשרה, ודווקא מי שישאיר אצל הנתבע את הכל הוא העושה דין אמת ומשפט צדק. התוצאה תתלכד עם התוצאה שעל פי הדין, כי גם על פי הדין הוא פטור וגם במסגרת הפשרה. אך זה לא פסק דין אלא פסק פשרה. אם אנו מפרשים באופן זה, אנו יכולים עדיין להחזיק ב3 המצבים בהם דנו:
3. הדין הוא קליר קאט.
4. דיין שהפך את הדין וחייב את הנתבע לגמרי – זה גזל.
5. ר' יוסף טראני מציע מצב בו אני שוקל שיקולי פשרה ובמסגרתם אני מגיע למסקנה שהנתבע צריך להיות פטור לגמרי.

כעת נפנה לפס"ד אגיאפוליס (חשוב לעבור עליו לפני המבחן) – צדדים הסכימו לס' 79א, שהיה אז בשנותיו הראשונות, ולמרבה הפתעתם, אחרי שהסכימו לס' 79א, שאומר ששופט יפסוק על דרך פשרה, השופט דחה את התביעה מכל וכל. אמרו המפסידים: איך יכול להית דבר כזה? כשהסכמנו ל79א, הסכמנו לפשרה, אך ידענו שלא יכול להיות שנפסיד הכל. הוגש ערעור לעליון על השאלה העקרונית. מקור י"ג: *"(א) האם עומדת בפני ערכאה שיפוטית הדנה "בדרך של פשרה" האפשרות לפסוק גם לפי הדין המהותי, או שמא נשללת אפשרות זו מניה וביה ובכל במקרה התוצאה צריכה להיות פשרה כלשהי בין עמדות בעלי הדין? (ב) אפילו תאמר שקיימת אפשרות לפסוק על פי הדין בדרך כלל, אפשרות זאת לא קיימת כאשר התוצאה על פי הדין היא שבעל דין אחד יצא כש"מלוא תאוותו בידיו" ואילו בעל הדין שכנגד יצא ו"ידיו על ראשו". במילים אחרות, האם בפסק דין על דרך הפשרה לא ייתכן שתתקבל התביעה כולה או שתדחה התביעה כולה? ...כי על-פי הדין אין הדיינים יכולים לפסוק על דרך הפשרה אלא אם בעלי הדין הסמיכו אותם לכך במפורש. כדי להתגבר על מצב זה וכדי שהדיינים יוכלו לפסוק גם פשרה במקום שהדבר נראה צודק נהגו למסור את הסכסוך לדיינים "בין לדין ובין לפשרה". כך נמנעה האפשרות לטעון נגד בית הדין שעשה פשרה במקום לפסוק על פי הדין... נראה לי שברוח זו יש לפרש את הנוסחה "על דרך הפשרה" שבסעיף 79א' לחוק בתי המשפט. פרושו של דבר הוא כי בית משפט אשר בעלי הדין מסרו לו הכרעה בסכסוך "על דרך הפשרה", אינו חייב לפסול את הפסיקה הנראית לו צודקת בנסיבות הענין רק משום שהיא "נגועה" בחסרון שהיא חופפת את הדין המהותי".*

האם כאשר צדדים הסכימו לס' 79א, זה מאפשר עדיין את האפשרות לפסוק לפי הדין המהותי? או שמא שולל אפשרות זו? שאלה שנייה, אפילו תאמר שקיימת אפשרות לפסוק על פי דין בד"כ, אפילו תקבל את האפשרות שברמה העקרונית 79א מאפשרת לשופט להיצמד לדין המהותי, אפשרות זו לא קיימת כאשר צד אחד יוצא עם הכל והשני בלי כלום. המרכיב השני של השאלה עוסק יותר במבחן התוצאה: האם יכולה להיות תוצאה בינארית של 1-0, אחד מקבל הכל והשני מפסיד הכל. השאלה הראשונה עסקה בשאלה העקרונית האם ניתן לפסוק על פי הדין המהותי. בעקרון העמדה היא שס' 79א כולל הכל. התוצאה המיידית של פס"ד כזה מביאה לכך שצדדים מושכים ידיים מ79א, אלא אם סומכים על השופט הספציפי, אבל השלב הבא של הפרקטיקה של 79א בעקבות פס"ד זה הייתה שהצדדים למדו לעשות "min-max" – הרי יש כאן הסכם, הם ממזערים סיכונים ולכן אומרים מראש שהם מאפשרים ל79א שהשופט יוכל לפסוק בין מינימום למקסימום, הם מצמצמים את הפערים באופן בו הם ממזערים את הסיכונים מתוצאה כמו שהייתה, זו תוצאה מקובלת – להכניס את התחימה הזו. למה אנו מביאים את פס"ד הזה פה? הרי אנו עוסקים במשפט העברי ולא הישראלי..? השופט אילן, כאשר מתיישב לכתוב את חווה"ד העיקרית בפס"ד זה, הוא מפשיל שרווליו וניגש למשפט העברי, ואומר ש79א זה דבר שלא קיים בעולם חוץ מישראל, ואולי גם במדינה בקנדה, אין את זה בעקרון בעולם. המשפט העברי זו שיטת משפט בה יש את הרעיון לפסוק על דרך הפשרה. הוא עושה ניתוח של המשפט העברי ורוצה ללמוד ממנו כיצד לקבוע את גבולות הפשרה. השופט אילן עושה כאן קפיצה ומשתמש בדבר שנקרא שטר בוררות "בין לדין בין לפשרה", והוא לוקח את הפרקטיקה של השימוש בנוסח הזה – שאמרנו שזה נוסח מאוד בעייתי שיש להבין מה המשמעות שלו. הפירוש של 79א זה שהשופט יכול לעשות מה שהוא רוצה, הוא יכול לפסוק לפי הדין המהותי, יכול לסטות ממנו ולפסוק אחרת, הוא יכול לעשות מה שהוא רוצה.

חשיבה ביקורתית על מהלכו של השופט אילן:

1. יש לבחון את ההפרדה בין פשרה במשפט הישראלי לבין במשפט העברי. הפשרה במשפט הישראלי לא הזכירה ערכים כמו שבמשפט העברי. המטרה של המחוקק היא יעילות, להוריד עומס, למנוע ערעורים – אלה המטרות העיקריות של המחוקק הישראלי. אלה שיטות משפט שתופסות באופן שונה לגמרי את הפשרה. ההתעלמות מזה היא בעייתית.
2. ביד"ר אמר לצדדים: תחתמו לי כאן בין לדין בין לפשרה. הוא אמר להם: אל תחששו, אם ארצה לפשר ביניכם אני אפנה אליכם שוב ואנסה להביא אתכם לפשרה; כלומר ביד"ר במפורש לא משתמש בנוסח "בין לדין בין לפשרה" לצורך הרחבת סמכות כך שיעשה מה שבא לו. ואילו ביהמ"ש הישראלי עושה את זה ודוחף את זה לתוך המילים "הכרעה על דרך הפשרה". השופט אילן מכניס את המילים "בין לדין בין לפשרה" ללשונו של המחוקק "הכרעה על דרך הפשרה". שזה עומס גדול על מילות המחוקק.
3. יש לנו בעיה אמיתית עם התוצאה – האם אנחנו חושבים שזה לא בסדר לתת לשופט את הסמכות הרחבה הזו? התשובה תהיה באיזה סוג של מקרים ביהמ"ש הישראלי ילך עם פס"ד זה עד הסוף; האם רק במקרה מאוד קיצוני, יאמר השופט: נכון שהסמכתם אותנו לפסוק על דרך הפשרה, אך אני לא רואה שום שיקול מוצדק לסטות מהדין המהותי, למרות שהתוצאה תהיה בינארית, אבל אני פשוט לא רואה שום סיבה – פה אנחנו חוזרים למה שאמרנו במשפט העברי; כמו שהדיין אומר: הסמכתם אותי לפשר ביניכם, חיפשתי את כל השיקולים היכולים להצדיק פשרה במקרה זה ואני לא רואה כאן שום הצדקה. ראינו שכאשר הנתבע פטור לגמרי, פוטרים אותו. אם ביהמ"ש הישראלי ילך בכיוון כזה ויאמר שכאשר מסמיכים אותו ל79א הוא מוכן לשקול שיקולים נוספים מעבר לדין, אבל אם גם אחרי ששקלתי אין סיבה לסטות מהדין המהותי, אז התוצאה של פסה"ד יכולה להיות סבירה.

נראה למרצה שאת הנקודה הזו פסה"ד פספס – זה שבמקרי קיצון אתה יכול להגיע לפשרה בינארית במובן זה שזה הדין המהותי ושאתה מחייב או מזכה בצורה קוטבית – ניתן לחיות עם זה, אך חסרה האמירה שזה במקרים קיצוניים, ולא בכל מקרה. יש קושי עם זה שהם לא הגדירו בפסה"ד שזה רק במקרים קיצוניים.

**שקה"ד השיפוטי בפשרה:**

המשפט הישראלי החליט לא לגלות לנו מהו שקה"ד. במשפט העברי, כיוון שהוא בן מאות שנים, במשך הרבה שנים התגבש דיון סביב: מהו שקה"ד השיפוטי בפסיקה על דרך הפשרה.

נגדיר את 2 הכיוונים המרכזיים:

1. שקה"ד השיפוטי שלי הוא כזה: יש לפני קייס בו הצדדים הסמיכו אותי לפסוק על דרך הפשרה, אני שואל עצמי קודם כל מה הייתה צריכה להיות התוצאה על פי דין. לאחר מכן אני שוקל שיקולי פשרה שיביאו אותי לסטייה מסויימת מהתוצאה שעל פי הדין; ניואנס אחד יגיד שתמיד אקפיד שהפשרה לא תתרחק מידי מהדין (יש להגדיר מה זה "מידי", יש שהגדירו 1/3 – 30% למשל של סטייה), או שק"ד רחב יותר – אפשרות לסטות יותר מזה ובתנאי שזה לא יתהפך לגמרי, שהנתבע שהיה צריך להיות פטור לגמרי על פי דין יתחייב ב100% שזה גזל חמור.
2. הכיוון הישראלי – שק"ד רחב; כשאני במסלול של פשרה אני בכלל לא שואל עצמי מה היה צריך להיות הדין עפ"י הדין; עזבנו מסלול של דין והשאלה מה היה צריך להיות על פי דין היא לא שאלה שאני חייב לשאול. אני מפעיל שק"ד רחב שמפעיל מפשר סביר ושואל את עצמי מה צריכה להיות פשרה הוגנת במקרה שלפניי וזה לא מתחיל/נגמר בתלות ובקשר לשאלה מה הייתה צריכה להיות התוצאה על פי הדין.

2 המתווים האלה, המחלוקת הזו שייכת לתקופת האחרונים, שאז בעיקר רואים את הדיונים הללו. גם כשהולכים אחורה למקורות קדומים יותר, אפשר בהחלט לראות ביטויים שמסגירים את זה ששאלת שקה"ד הטרידה גם בשנים עברו.

**דף מקורות 9:**

מקור יג: *"…מכל מקום יש לנו לדעת היאך שורת הדין נוטה והיאך סוברים רוב הפוסקים, ולפי זה לראות אם יש עוד סברות אחרות מכריעות להוציא ממון בדרך פשרה…"* – המפשר אומר את זה; ברור שזה שייך למתווה שהולך קודם כל לבדוק את הדין ולאחר מכן לבדוק את שיקולי הפשרה – המתווה הראשון שאמרנו.

דוגמא למתווה השני – מקור ז': *"עניין הפשרה היה רגיל רבנו לבאר שהוא ג"כ פסק דין, ועי' במחבר (סי' י"ב ס"ב) שנוהג בו ג"כ איסור הטיית משפט כמו בדין גמור אלא שהוא פסק של לפנים משורת הדין המיוסד עפ"י יושר. ואין ההלכה אומרת לחלק לשנים את סכום הממון אשר עליו הם מחולקים, אלא לקבוע עפ"י רגש היושר – מי הוא הצודק בעסק הזה. ולפעמים יהיה הפסק בפשרה להיפך במאה- אחוז מהפסק אילו פסקוהו לפי הדין"* – הפשרה היא סוג של פס"ד, שנוהג בו איסור של הטיית משפט – זה לא מתיר להטות את הפשרה לנהוג בצורה לא הוגנת, אותו איסור חמור שלא להטות דין חל גם על המפשר. אלא שהוא פסק של לפנים משורת הדין המבוסס על יושר – הצדדים נתנו לי כאן לפתח את שריר היושר שלי. יש לבדוק מיהו הצודק בעסק הזה, ולפעמים יהיה הפסק בפשרה להיפך ב100% מהפסק אילו פסקוהו על פי דין. זה מנוגד לגמרי ממה שאמר ר' יוסף קארו שראה בזה גזל ברור. יש כאן מחלוקת, אחד אומר שזה גזל גמור והשני אומר שזה יכול להיות גם הפוך לגמרי מהדין. הם ככל הנראה מדברים על מתווה אחר של פשרה; ר' יוסף קארו מתחיל מהדין ואומר שניתן להתרחק, הרב סולוביצ'יק (במקור ז') לא מוטרד מהתרחקות, כי בודקים במאזני היושר מה צריכה להיות התוצאה.

זה תמצית הדברים של שקה"ד שחכמי המשפט העברי עסקו בו.

**הערות על המבחן:**

* לא צריך לדעת ארמית, בכל מקום בו יובא מקור שלמדנו עם מילים בארמית – הוא יובא מתורגם, ולא צריך לנסות לזכור את השפה.
* לא צריך לזכור בכלל את שמות החכמים. את החכמים העיקריים, הדעות העיקריות – את זה כן צריך להכיר (ר' יהושע בן קרחה), אך ר' יוסף קארו, רדב"ז וכו' – לא צריך לזכור שמות אלא רק דעות. או שהמרצה ישאל על דעה מסוימת או שאלה שהתשובה מהותית ולא צריך לזכור מי אמר מה. יש להכיר את הדעות בסוגיה הזו.
* המרצה יעלה שאלון לדוגמא – לא בטוח שלמדנו בו את כל מה שמופיע.
* שאלות של ארועונים קצרים/שאלות הבנה – יישום מחלוקת שראינו או הבנת מקרים שלמדנו.
* המבחן בחומר סגור, ולכן השאלות לא יורדות לפרטי פרטים של המקורות אלא עוסקות בנושאים המרכזיים שלמדנו.
* המרצה יעלה ריכוז של מקורות שהתבקשנו לקרוא משיעור לשיעור.
* ישנו מאמר מ2017 שנותן סיכום טוב לנושאים שעסקנו בהם, והוא ישלח לנו אותו.
* משך זמן הבחינה: שעתיים.
* יש בחירה!
* צריך לדעת את החומרים שהתבקשנו לקרוא משיעור לשיעור ואת מה שדיברנו עליהם בכיתה.
* אפשר להכנס עם סילבוס נקי לבחינה (צריך להביא את זה לבד).

בהצלחה☺

1. כאן לא הובא עיקר הנצרך לשם הדרשה וכך הוא לשון הפסוק שם "כי לא לאדם תשפוטו **כי לה'**". [↑](#footnote-ref-2)
2. במאזנים למשפט, שם, 'בתחלה מצוה לפתוח בשאלת פשרה למען השלום, שהרי בשאלה בעלמא בלי דברי פיוס וריצוי לא נגרום לעשות עול במשפט…אבל אחר שנודע לו ענין המשפט ויודע שיש בו צד עשיית הישר והטוב אז יש לעשות כסמ"ע להסביר לבע"ד ולפייסם לפשרה ובטלה מחלוקת וזה ברור'; ב**קובץ הפוסקים** עמ’ קפג הוסיף וכתב 'בפשרה שהוא נגד לפנים משורת הדין רק הפשרה הוא אודות השלום שלא להיות מחלוקת אז לוותר ולפשר רק כדי שלא יהי' מחלוקת יהיו שקולין (הפשרה והדין) ורק ישאל להם'. [↑](#footnote-ref-3)
3. ראו ליברמן שם "מפני כבוד האדם ומפני שהוא ממהר יותר".; ראו רמב"ם הלכות רוצח ושמירת נפש יג יא "מעבירין את הרוכב מפני הטעון". ובמהדורת פרנקל ספר המפתח ציין שמקורו של רמב"ם בגירסת רי"ף, וראו מפרשי התוספתא שהפנה אליהם. [↑](#footnote-ref-4)