

מרצה: ד"ר איתי ליפשיץ itay@clb.ac.il

מנהלות:

- זמנים – השיעור יתחיל ב-08:15 ולא ב-08:00 (אבל לא יתארך מעבר).
- בחינה וציון – 100% בחינה סופית בספרים סגורים. אין צפייה שנזכור את המקורות בע"פ, במידה ונשאל על טקסט אלא הוא יובא בפנינו.
- דרישות קדם – כן יהיה שימוש בתכנים שנלמדו בקורס 'מבוא למשפט עברי', עם זאת – המרצה לא סומך שאנחנו זוכרים את החומר, לכן אם איננו זוכרים – יש לשאול.
- שפה – כל דבר שיהיה בארמית – יתורגם, גם במבחן.
- דרך הלימוד – לימוד מונחה מקורות (המרצה יגיד לנו מאיזה דף מקורות, עפ"י הסימון במודל).
- חומרי קריאה – אין הרבה קריאה בקורס, ולכן המרצה מצפה שנקרא את החומר. הדין יתקיים בריחוף מעל חומר הקריאה מתוך הנחה שקראנו ולא נחזור עליהם בכיתה.

3	מבוא: אבני היסוד של הפשרה במשפט העברי
3	המקורות הראשוניים של המשפט העברי ביחס לפשרה
9	פשרה ופישרה
9	הצד הלשוני של הפשרה
9	פשרה כהפרדה
11	הפשרה כאיזון בין קצוות הסכסוך
11	שימוש בפשרה בהיבט משפטי – איכויות הפשרה לעומת הדין ומערכת היחסים ביניהם
13	פשרה מצווה או איסור
13	הדעה האוסרת את הפשרה
16	מעמדו של הדין ושל הדיין
16	מקומו של אלוהים במשפט
18	השלום והצדקה במשפט
18	תפיסת העולם החברתית – הדעה התומכת בעשיית פשרה
18	ערך השלום
20	ערך הצדקה
21	מדרג חשיבות הפשרה לעומת הדין במשפט לפי הרמב"ם
22	"כי המשפט לאלוהים הוא"
24	סוגי הפשרה וסדרי הדין בפשרה
24	סדרי הדין בפשרה
24	מאיה שלב כבר לא ניתן לשלוח את הצדדים לפשרה?
26	הבחנה בין שלב "יודע להיכן הדין נוטה" לבין השלב של התוספות "דקדקו היטב ולא חסר אלא לומר 'איש פלוני חייב איש פלוני זכאי'":
27	למה בכלל יש הבדל מבחינת התוספות?
28	הכרעת ההלכה במחלוקת שבין רש"י ותוספות
29	הכרעת הרוב במשפט העברי
30	דיין לא יפעיל לחץ וינסה לשכנע את הדיינים שיושבים איתו לדין בדעתו
30	יישום עקרון הכרעת הרוב בפשרה
31	גישת המשפט העברי בעניין הכרעת הרוב על פני המיעוט
32	למה בפסיקה על דרך הפשרה רעיון הרוב וביטול המיעוט לא מתאים?
32	חריגים לכלל "נגמר הדין – אין רשאי לבצוע"
32	חריג 1: ריא"ז (חריג רחב)
33	חריג 2: רבי יוסף קארו – אדם שאינו דיין
34	חריג 3: כלי השבועה
34	קושי עם חריג זה:
35	פשרה כפוויה
37	חשיבות המהלך של המשפט העברי:
38	סיכום ההבחנות בין הפשרה בה עסקנו עד כה לבין פשרה כפוויה
38	שיקול הדעת של המפשר
38	מבחינת המשפט הישראלי
39	ביקורת על פס"ד אגיאפוליס
41	מבחינת המשפט העברי
41	הסתכלות האחרת

שיעור 1 – 30/10/2019

(דף מקורות: מבוא)

מבוא: אבני היסוד של הפשרה במשפט העברי

נתחיל מהמקורות הראשוניים של המשפט העברי שמספרים לנו המוסד שנקרא 'פשרה'. בתורה המילה 'פשרה' לא מופיעה, למרות שכן יש שיחה על המשפט המהותי, דרישה לצדק וכו', זהו דבר מסקרן מאוד – הרי המושג כן קיים ביהדות, אז מהיכן צץ המושג?

מקורות אפשריים למושג 'פשרה': (סיעור מוחות)

- עלה צורך לכך בחיים ונקלט ע"י:
 - מנהג.
 - חכמים מתקנים תקנת חכמים/קהל.
- כל מי שיודע קצת משפט עברי, יודע שיש מדרשי הלכה מהם ניתן להסיק/לרמוז על המונח. כלומר, מתוך לימוד הפסוקים של מדרשי הלכה ניתן להגיע בפרשנות ל'פשרה'.
- הלכה למשה מסיני – מדובר על סוג מסוים של הלכות, בהן לא מחפשים את הקשר הפרשני לתורה כפי שנכתבה, אלא מבינים שיש מסורת שאומרת כי משה, שנתן לנו עפ"י המסורת את התורה שבכתב, הביא איתו את התושב"ע – הלכות להן אין קישוריות אפילו לתורה שבכתב. זה לא שאין קשר בין התושב"ע לתורה שבכתב, אלא שיש הלכות ספציפיות (אלו 'הלכות למשה מסיני') להן, ספציפית, אין קשר לכתוב בתורה שבכתב (דוגמה להלכה מעין זו: צבען השחור של התפילין).
- חשוב להבין שבמגוון התשובות שנתנו לעיל, יש מדרג נורמטיבי – אם הפשרה מאחד מהמקורות שאמרנו לעיל, יש משמעות למקור שלה מבחינת מדרג – האם היא מדאורייתא (מהתורה) או מדרבנן (חכמים, במעמד נמוך יותר אך עדיין מחייב):
 - מנהג – מדרבנן.
 - תקנת חכמים/קבלה – מדרבנן.
 - הלכה למשה מסיני – מדאורייתא.
 - מדרש הלכה ופרשנות – לא תמיד ברור איזה מעמד תקבל הפרשנות, האם מדאורייתא או מדרבנן.

פשרה היא הדרך הטובה ביותר לפתור סכסוכים – עלות זולה יותר לצדדים; הליך מהיר יותר וכו'. לא זו אף זו, עפ"י הסטטיסטיקה של רשות המחקר (החוקרת דברים שחשובים למשרד המשפטים לבהמ"ש העליון) – הסיכוי שתיק יגמר בפס"ד הוא פחות מ-7%. כלומר, שרובם המכריע של התיקים שנפתחים בבהמ"ש נגמרים בפשרה (אחד ההסברים לכך הוא ריבוי הזמן שתיקים מנהלים בהם).

בקורס לא נדבר על דיני נפשות – כיוון ש**אין פשרה בדיני נפשות**.

המקורות הראשוניים של המשפט העברי ביחס לפשרה

(דף מקורות: מבוא)

כאמור, אין 'פשרה' ב-5 חומשי תורה, לכן נעבור לתושב"ע ונתחיל לחפש את 'הפשרה במ"ע' **במשנה**. המשנה היא הספר שמייצג את הפעם הראשונה בו המשפט העברי 'מרשה' לעצמו להחזיק את התושב"ע בכתב (המשנה הועלתה על הכתב בשנת 220, ע"י **רבי יהודה הנשיא** ב-6 כרכים).

אם נחפש את המילה 'פשרה' במשנה, נמצא אותה פעם אחת בלבד (נגיע למשנה זו בהמשך, ניתן למצוא זאת בפרויקט השו"ת). משנה זו אינה מעניינת את המרצה, משום שהיא מצביעה על סיטואציה שפשרה מתבקשת, אך את המרצה מעניין למעשה המוסד המשפטי עצמו של ה'פשרה'.

המשנה המצוינת לעיל מדבר על מצב של '**מעגל שוטה**' – בו נדרשת פשרה, כשאין דין קנייני שאומר לחלק 1/3 כאשר יוצא מצב של-3 אנשים יש יכולת להוציא את הקרקע האחד מהשני במעגל אינסופי.

למה **רבי יהודה הנשיא**, שכן הכיר את המוסד של הפשרה, בחר להדיר את המושג והמוסד מהמשנה (הקודקס המחייב לדורות של המשפט העברי ביהדות)? תשובה אפשרית לכך היא שאנחנו מדברים על משנה שעוסקת בהסדרה של הנורמות המחייבות של הדין, לכן לא ניתן לצפות שנמצא את הפשרה שם, לא צריך לחפש את זה בספר החוקים של המשפט העברי ואין זה אומר עמוד | 3

שרבי יהודה הנשיא 'מתנכר' למוסד הזה. יתרה מכך, חיפוש המושג 'פשרה' ב**חוק בהמ"ש** (מכוחו תוקנות **תקנות סדר הדין האזרחי**) המסדיר את ההתנהלות הנורמטיבית בבהמ"ש, לא היינו מוצאים את המושג עד לשנת 1992 (**ס'79א**).

אז לא מצאנו במשנה את מה שחיפשנו, אך כן מצאנו ב**תוספתא** מאותה תקופה (המהווה תוספת למשנה). שחקני המשפט של המשנה נקראים **תנאים**, וכך גם בתוספתא. התוספתא מספרת על המקורות של המשפט העברי מהתקופה הזו.

התוספתא עליה אנחנו מדברים היא תוספתא במסכת סנהדרין. תוספתא סנהדרין היא המקבילה של המשפט העברי **לחוק בהמ"ש** ומארגנת את המערכת של בהמ"ש – הרבנים, סדרי דין וכו'.

תוספתא מסכת סנהדרין (צוקרמאנדל) פרק א

הלכה א

דיני ממונות בשלשה ר' אומר בחמשה כדי שיגמר הדין בשלשה **הביצוע** בשלשה דברי ר' מאיר וחכמי אומ' ביחיד סמיכה בשלשה וסמיכות זקנים בשלשה ר' יהודה אומ' בחמשה:

ההלכה הראשונה אומרת לנו שבית דין שדן בדיני הממונות (המקבילה למשפט האזרחי) ידונו בפני 3 דיינים. למעשה, זה ממש רע – במערכת המשפט האזרחית שלנו, ברוב הדיונים דנים בשופט אחד. אך, הסיכוי ששופט אחד יטעה לעומת ש-3 שופטים ביחד יטעו הוא גבוה יותר. יתרה מכך, בדיני נפשות במ"ע דנים ב-23.

בתוספתא זו יש **דעה חולקת** של **רבי יהודה הנשיא** (נקרא גם רבי) כי דיני ממונות יש לדון ב-5 כדי שהכרעת הרוב עצמה תהיה ב-3, שהדין ייוולד מ-3 (אלו עלויות מאוד גבוהות, ולכן מדובר ב'עולם דמיוני').

בהמשך הלכה א' בתוספתא זו אנו נתקלים במונח 'ביצוע' מתוך המילה 'לבצוע' (= לחלק), אך אין מדובר על חלוקה לשמה – **אלא מדובר על חלופה לדין!** אם סכסוך נכנס למערכת, הוא יכול להיגמר בפס"ד, אך הוא יכול להיגמר גם, בדרך אחרת, בביצוע – בפשרה, ולא נכנסים לאופן הביצוע (זה לא דווקא תהיה חלוקה).

המונח 'ביצוע' = פשרה

לדעת **רבי מאיר**, **בביצוע, כששפוטנים יושבים לעשות פשרה, מספר השופטים יהיה גם ב-3**. הביצוע הוא חלק מתפקידיו של השופט, ולכן לדעת רבי מאיר אין סיבה לוותר על מספר הדיינים – מספר הדיינים יוותר כמו בדין.

עם זאת, **חכמים חולקים וטוענים כי בביצוע ניתן להסתפק בשופט יחיד.**

ניתן לומר כי הוויכוח הזה, על מספר הדיינים בין חכמים לרבי מאיר, מעיד על כך שעפ"י **השקפת חכמים מוסד הפשרה הוא פחות** – הפשרה לא עוסק בדין, לא מכוונים ומדייקים לדין. במוסד זה השופט משמש כמעין מגשר, ולכן אין צורך ב-3 שופטים.

מכך, עולה השאלה, מדוע רבי מאיר מתעקש על 3 דיינים? (1) ניתן לומר כי מספר הדיינים לא מעיד על 'זלזול' בהליך, אלא בכלל בהוקרת כבוד בהליך, בכך שנותנים לצדדים להגיע לפתרון ביניהם. (2) אפשרות נוספת היא כי למעשה, צריך להבין כי כשהולכים לפשרה זה לא פחות – יש להיזהר מזלזול ב'הליך הלא פורמלי הזה שסוטה מספר הדיינים'. לכן, ייתכן כי רבי מאיר מבין שזה לא פחות, למרות שלכאורה השופט לא מחויב לדין המדויק, אנחנו עדיין מחויבים למשהו ולכן אנחנו עדיין רוצים ש-3 שופטים ינווטו את התהליך המורכב הזה.

נציין כי ייתכן מצב בו הצדדים יסתמכו בפשרה על דעתו ה**שרירותית** של השופט.

← **אז מה הבנו? המשפט העברי מכיר במוסד שנקרא פשרה, ומדבר על מספר הדיינים בהליך זה.**

תוספתא מסכת סנהדרין (צוקרמאנדל) פרק א

הלכה ב

טענות נפשות בעשרים ושלשה. וכשם שהדין בשלשה כך הפשרה בשלשה נגמר הדין נגמר הדין אין רשאי לבצוע...

וכשם שהדין בשלשה כך הפשרה בשלשה נגמר הדין – זו אמירה מאוד משמעותית. דין ופשרה עפ"י דעה סתמית זו (שאין זיהוי למי שאמר אותה) הם באותה מעמד (חיזוק לדעתו של רבי מאיר).

יש לשים לב כי בהלכה ב' באותה התוספתא, **המונח השתנה – מביצוע לפשרה**.

"נגמר הדין אין רשאי לבצוע" – חוזרים לאותו מונח (לבצוע).

(המשך הלכה ב)

ר' אלעזר בנו של ר' יוסי הגלילי אומ' כל המבצע הרי זה חוטא והמברך את המבצע הרי זה מנאץ לפני המקום על זה נאמר ובצוע ברכ נאץ י"י אלא יקוב הדין את ההר שכן משה היה אומ' יקוב הדין את ההר אבל אהרן היה עושה שלום בין אדם לחבירו שנ' בשלום ובמישור הלך...

עפ"י **רבי אלעזר** – כל מי שמשמש במוסד הפשרה, **חוטא** ויותר מכך, כל מי שמברך את המבצע נואץ את אלוהים. כלומר, המהלך הזה של הניסיון להכניס למערכת בתי המשפט הוא רע מאוד. אלו אמירות מאוד קשות, מהן ניתן להבין כי רבי אלעזר מתלהם ונרעש מאוד על השתתת המוסד הזה.

מאחורי **התנגדות** זו, ניתן להבין, כי רבי אלעזר רוצה שידונו עפ"י דין! לדידו, אפילו משה היה רוצה שידונו עפ"י דין, ולא נשמע ששופט יושב על כס הדין ולא ידון ויכריע על פיו.

עם זאת, רבי אלעזר מסתייג, ומוסיף כי לעם ישראל יש 2 מנהיגים – משה ואהרן, אחיו – כשאהרון היה אומר 'היה עושה שלום בין אדם לחבירו... בשלום ובמישור הלך איתי ורבים השיבו מעון' (מספר מלאכי ב', ו') – כלומר שרבי אלעזר אומר שהוא מכיר את העולם הזה בו לא הכל מנהל עפ"י דין, אך עולם זה מקומו אינו בבית הדין! יש אנשים כמו אהרון, שיודעים לעשות שלום בין אדם לחבירו, אך זהו מוסד נפרד ממוסד בתי הדין (כפי ש**ש'79ג'** מאפשר לשופט להפנות את הצדדים למוסד נפרד – פישור/גישור, בעוד השופט אינו זה שמבצע פישור זה).

תוספתא מסכת סנהדרין (צוקרמאנדל) פרק א

הלכה ג

ר' יהושע בן קרחה אומ' מצוה לבצוע שנ' אמת ומשפט ושלום שפטו בשעריכם...

כלומר, **ר' יהושע בן קרחה** מתכתב עם **ר' אלעזר** – הוא טוען כי לא רק שהפשרה/הביצוע זה לא חטא, אלא **זו מצווה**, וגם לו יש פסוקים לצטט מהם (כפי שציטט רק אלעזר מספר מלאכי ב', ו').

שיעור 2 – 06/11/2019

(דף מקורות: מבוא)

(המשך הלכה ב)

ר' אלעזר בנו של ר' יוסי הגלילי אומ' כל המבצע הרי זה חוטא והמברך את המבצע הרי זה מנאץ לפני המקום על זה נאמר ובצוע ברכ נאץ י"י אלא יקוב הדין את ההר שכן משה היה אומ' יקוב הדין את ההר אבל אהרן היה עושה שלום בין אדם לחבירו שנ' בשלום ובמישור הלך...

בתוספתא בשבוע שעבר נתקלנו במחלוקת בלתי רגילה. **מדוע?** משום שהיא **קוטבית** לחלוטין (לעניין המונחים המשפטיים הנורמטיביים בהם נעשה שימוש): **ר' אלעזר** אמר **חוטא** (יותר חמור מ"אסור"), ומנגד **ר' יהושע בן קרחה** אמר מצווה (יותר חזק מ"מותר").

בנוסף, רואים שר' אלעזר **לא מסתפק רק בשימוש עצמו במונח 'חוטא'**, אלא הוא **מוסיף ומקלל גם את מי שמשבח** את המבצע וקורא לו "מנאץ". יתרה מזאת, הוא **אף מחזק את הדעה שלו** באומרו כי לא היה בישראל דבר נפשע כזה של פשרה; משה רבנו עצמו אמר "יקוב הדין את ההר" (כלומר, אפילו משה רוצה שידונו על פי הדין, ולא ישמע דבר כזה ששופט יושב לכס השיפוט ולא ידון לפי הדין).

עם זאת, חשוב לציין שר' אלעזר לא מתנגד לרעיון הכללי של פשרה, אך מתנגד ליישום שלה בעולם המשפט.

תוספתא מסכת סנהדרין (צוקרמאנדל) פרק א

הלכה ג

ר' יהושע בן קרחה אומ' מצוה לבצוע שנ' אמת ומשפט ושלוש 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:

ר' יהושע מביא את הציטוט של הנביא זכריה: "אמת ומשפט ושלוש שפטו בשעריכם, והלא כל מקום שיש משפט אמת אין שלום וכל מקום שיש שלום אין משפט אמת" ← **שני דברים מנוגדים**.

לדעת ר' יהושע, **מה הוא הדבר המשפטי שמשלב משפט אמת ושלוש? ביצוע!**

ר' יהושע מוסיף ציטוט נוסף של דוד המלך: "ויהי דוד עושה משפט וצדקה לכל עמו". שוב יהושע גורם לנו להשתומם ואומר – הלא כל מקום שיש משפט אין צדקה, וכל מקום שיש צדקה אין משפט? ← כלומר, לדעת ר' יהושע, **מה הוא הדבר המשפטי**

שמשלב משפט וצדקה? ביצוע!

היינו, מצוות הביצוע/פשרה עומדת על 2 רגליים: (1) אמת ומשפט ושלוש; (2) עושה משפט וצדקה.

תוספתא מסכת סנהדרין (צוקרמאנדל) פרק אהלכה 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:

אנו רוצים לקוות שהשופטים שלנו טובים יותר מהטלת מטבע.

מה הבעיה בהלכה זו? הבעיה לא חוקית, אלא חברתית, כי השופט חייב אדם עני. בגלל שהאדם עני, השופט משלם מכיסו שלו. כך, הוא לא עבר על האיסור של התורה למשפט צדק והטיית הדין, ולא ריחם על העני במשפט. לאחר מכן, השופט הביא אותנו למצב אופטימלי ופתר את בעיית התשלום באמצעות צדקה. **הלכה זו תומכת בגישת ר' אלעזר.**

ניתן להגיד שהערך של משפט והערך של צדקה (רווחה), כערכים נפרדים שלא נפגשים, יכולים לבוא בהקשרים שונים (מחד גיסא, "ויקוב הדין את ההר", ומאידך גיסא העני החייב בדין). **ר' יהושע** מציע לעשות מעין חיבור ביניהם, אך אין תמיד הכרח לעשות זאת.

תוספתא מסכת סנהדרין (צוקרמאנדל) פרק אהלכה ה'

רבי [יהודה הנשיא] 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:

כלומר, עפ"י **רבי יהודה הנשיא**, בכל סיטואציה שבה השופט מחייב את החייב, ניתן לראות זאת כאילו עשה צדקה עם החייב.

מדוע צדקה? אנו מניחים שהחייב לא מנסה "לרמות", אלא באמת מאמין בסיפור שלו. כאשר הקביעה השיפוטית אומרת שהוא חייב, והוא צריך לשלם, הוא כבר לא גזלן ולא מחזיק יותר כסף שלא שייך לו. כך השופט עושה תיקון ומביא את העולם למצב הנכון שלו.

מדוע הנשיא לא הביא את הפשרה לתוך המקור שלו? כי **רבי יהודה הנשיא** תומך בגישתו של **ר' אלעזר** – הוא מפריד בין הערכים של משפט וצדקה, לא באמצעות פשרה, אלא באמצעות צדקה במשפט אמת.

במקרה דכן, הנשיא מחזיק בעמדה מסוימת, ולא מביא את העמדה המנוגדת (בניגוד למשניות אחרות שלו). מדוע? משום שהמחלוקת איננה "סתמית", והיא מחזיקה בתוכה הרבה אידיאולוגיה – כלומר, זה לא רק עניין של מותר/אסור. זו תפיסה שלמה של תפקיד בהמ"ש ומעמד הפשרה בשיטת המשפט. **ייתכן שהנשיא מעדיף כלל לא להכניס את נושא הפשרה כדי לנסות ו"להשתיק" את הפשרה** (מה שלא הצליח, ונקבע בהמשך כי ההלכה כרבי בן קרחה).

תוספתא מסכת סנהדרין (צוקרמאנדל) פרק אהלכה ו'

ר' שמעון בן מנסיא אומר פעמים יבצע אדם פעמים אל יבצע אדם כיצד שנים שבאו אצל אחד לדון עד שלא שמע את דבריהם ואם משמע את דבריהם ואינו יודע להיכן הדין נוטה רשאי שיאמר להם צאו וביצעו אבל משמע את דבריהם ויודע להיכן הדין נוטה אינו רשאי שיאמר להם צאו וביצעו...

גם במקרים בהם שמעון מצדד בפשרה, הוא **לא אומר שיש לעשות זאת**, אלא אומר שאדם "רשאי" לעשות פשרה. בנוסף, הוא משתמש במינוח "צאו וביצעו". כלומר, **השופט לא צריך לעשות את העבודה עבור הצדדים**, אלא הם אמורים לעשות זאת בעצמם, ללא התערבות של השופט.

הדוגמה הנ"ל מדברת על פרוצדורה, על השלב במשפט – ניתן להשתמש בפשרה בשלב מסוים, ובשלב אחר אסור. הוא יוצר הוראות פרוצדורליות מתי מותר ומתי אסור.

← על כן, **ר' שמעון** אומר שאחרי ששמע את הדברים ויודע להיכן הדין נוטה אסור לעשות פשרה. הוא מבסס את דברים על הפסוק שמדבר על "נטישת הדין" – כלומר, הוא תופס את הפשרה כנטישת הדין וטוען כי יש גבול לעד כמה מאפשרים לנטוש את הדין. זאת בעוד, **רק אלעזר** אמר שלעולם לא ניתן לנטוש את הדין, אלא יתרה מכך – **כל** תפקידו של שופט הוא ייקוב הדין את ההר. בניגוד לאלה, **ר' יהושע בן קרחה** אומר שלהיפך, זו מצווה לבצוע. לכן, למעשה **ר' שמעון בן מנסיא יוצר מעין אפשרות ביניים בכך שהוא מדבר על טרמינולוגיה של גבול – באומרו שיש גבול עד כמה ניתן לאפשר לדין לנטוש את הדין.**

תוספתא מסכת סנהדרין (צוקרמאנדל) פרק אהלכה ט

יהו הדיינים יודעים את מי הם דנין ולפני מי הן דנין ומי הוא דן עמהם ויהיו העדים יודעים את מי הם מעידים ולפני מי הן מעידים ועם מי הם מעידים ומי הוא עד עמהם שנ' ועמדו שני האנשים אשר להם הריב לפני י"י ואומ' אלהים נצב בעדת אל בקרב אלהים ישפוט וכן הוא אומ' ביהושפט ויאמר אל השפטים ראו מה אתם עושים כי לא לאדם תשפוטו ושמה יאמר הדין מה לי בצער הזה והלא כבר נאמר ועמכם בדבר המשפט אין לך אלא מה שעניך ראות רבן שמע' בן גמל' אומ' כשם שהדין בשלשה כך פשרה בשלשה יפה כח פשרה מכח הדין כיזה צד שנים שדנו יכולין לחזור בהם ושנים שפישרו אין יכולין לחזור בהם:

יש כאן תביעה **מהדיינים למודעות**, למצב נפשי לפיו הם נדרשים לפעול בבית הדין מתוך ידיעה ומודעות של מי הם דנים, לפני מי הם דנים ומי דן עמם.

הדרישות הראשונות הגיוניות, אבל מה זה אומר "מי דן עמהם"? אלהים.

← כלומר, **גם לעדים צריכה להיות מודעות** בפני מי הם מעידים – שנאמר "ועמדו שני האנשים אשר להם הריב לפני ה'".

בשפת התנ"ך "אלוהים" זה גם כינוי לה', וגם כינוי לשופטים, כי "אל" זה כוח. יש בהמשך אזהרה לשופטים – "לא לאדם תשפוטו כי לה'". **כיצד ניתן להגיד דבר כזה?** באופן מילולי ניתן להתפלא, הרי כיצד ניתן להגיד לשופטים שהם לא שופטים אדם? למעשה, חסרה כאן מילה – כי לא רק לאדם תשפטו, כי לה'.

← זה בא להגיד, שבניגוד למה שחשבת שאתה שופט רק אדם, אתה שופט גם את ה'. **התפיסה הדתית** אומרת כאן שבנוסף לרובד האנושי-החברתי הרגיל, בו אנשים שופטים אחרים בשל כוחם השיפוטי, יש כאן ליווי אלוהי.

על כן, **לא רק שיש הרבה אחריות ולחץ על השופטים, עתה יש מעין לחץ נוסף**. בעקבות כך, הדין אומר "מה לי בצער הזה" – כלומר, הוא שואל למה אני צריך את האחריות הזו?

המשך הפסוק אומר ש"עמכם" (ה') איתם, משום שאין לשופט אלא את מה שעניו ראות (לא מצפים ממנו ליותר ממה שהוא עושה, כל עוד הוא עושה זאת ביושר) ← יש כאן **תנועה מהפכדה להרגעה**.

האם המימד הדתי שמופיע כאן משפיע על המחלוקת בין אלעזר ליהושע? הלכה זו לא סתם "נשתלה" פה, אלא קשורה למחלוקת (נמשך לדון בה בהמשך).

תלמוד בבלי [תקופת אמוראים, שנת 220-550] מסכת סנהדרין דף ו עמוד א:

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

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 ובצועו.

"תנו רבנן: כשם שהדין בשלשה כך ביצוע בשלשה, נגמר הדין – אי אתה רשאי לבצוע..." ← יש כאן הוראה שלאחר שנגמר הדין, לא ניתן לעשות פשרה.

פירוש: באיזה אופן נדע מהו גמר הדין? רבי יהודה אמר: ברגע שבו אומרים מי חייב ומי זכאי יש גמר דין, ואז חלה הנורמה שלא ניתן לבצוע. (זה נראה לנו מעט משונה, שכן כיצד מתעורר מצב של פשרה לאחר שניתן פס"ד? אולי בגלל שיש שלב של ערעור). רב מעלה תמיהה לפיה – האמנם ההלכה כרבי יהושע? כשהיו באים לדין בפני רב הונא, תלמידו של הרב שפסק כמו בן קרחה (כלומר, הוא היה דיין) הוא היה מציע לצדדים גם דין וגם פשרה – זה מעלה בעיה, כי אז ההלכה היא לא כמו יהושע, כי אם הפשרה היא מצווה, מדוע הוא מציע לצדדים את שתי האפשרויות? התשובה היא שזו בדיוק המצווה – **המצווה של יהושע היא לא שדין לא יעשה את הדין, אלא יאפשר לצדדים את שתי האפשרויות.**

המרה סובר שאין פה "עיוות" של המשמעות, משום שיש מצווה נוספת של פשרה, חוץ מהמצווה של לשפוט משפט צדק, והדין יכול לצאת ידי חובה באמצעות פשרה.

שיעור 3 – 13/11/2019

(המשך המקור מהשיעור הקודם)

(דף מקורות: מבוא)

בשלב מאוד מוקדם של תקופת האמוראים, ברגע שנכנסים לסוגיית התלמוד הבבלי, רואים הלכה שאומרת כי ההלכה היא **כרבי יהושע בן קרחה**.

בפרקטיקה – רב הונא, תלמידו של רב (דור שני של האמוראים), היה מוציא את חלון הראווה ושאל את הצדדים האם הם רוצים דין או פשרה כשהיו באים לפניו לדין – כלומר, יש 2 מסלולים.

ההצעת ה"מוצרים על המדף" הפתיעה את התלמוד הבבלי שהרי ההלכה היא כרבי יהושע בן קרחה – חובה לעשות פשרה, זו מצווה – אז למה להציג בצורה כה פאסיבית את הפשרה. התשובה הייתה כי ככה בדיוק מקיימים את המצווה לעשות פשרה. כלומר, **המצווה לעשות פשרה לא אומרת שלא פוסקים בהתאם לדין, אלא שנוסף "מוצר" נוסף.**

לאור הדו שיח הזה (האם הוא אך מתודולוגי?) אפשר לחשוב שתפקידו המרכזי, ואולי אף תפקידו הבלעדי, של הדין הוא לעשות פשרה. עם זאת, ניכר כי זה לא היה המצב, אלא שהפשרה נוספה למסלול הדין והיו מציעים בפני הבאים לדין ושואלים איזה מסלול הם מעדיפים. כלומר, אם מישהו באמת חשב שמצווה לעשות פשרה משמעה שלפשרה יש מעמד עליון ובלעדי, הרי שזה לא נכון וזה רק נוסף, כאמור, לדין.

לאור הקריאה החדשה הזו, שמצווה לעשות פשרה זה לא מעיד על עליונות הפשרה – נקרא מחדש את הפסוק "בצדק תשפוט עמיתך". ברי כי בפסוק זה הדין מצווה לפסוק לפי הדין, אך למעשה **רבי יהושע בן קרחה** אמר שגם כשהדין יבצע (יפשר) הוא **עדיין יבצע את תפקידו – כלומר שכוונת הפסוק היא לעשות פשרה או לפסוק לפי הדין בצדק**. מנגד, **רבי אליעזר** לא מסכים עם דעה זו, כאמור, וטוען כי הדין מצווה לפסוק לפי הדין בלבד. לאחריו, **רב הונא** מבסס ומיישם את ההלכה כרבי יהושע בן קרחה.

למעשה, כשרבי יהושע בן קרחה אמר כי מצווה לבצוע – מעבר למסקנה כי פשרה נוספה לדין (**משמעות ראשונה**), ניתן להסיק כי הדין יכול אף **"כפות" על הצדדים פשרה ולדלג על השלב של ההצעה לצדדים לבחירת המסלול הרצוי בעיניהם**. הדין יעשה כן במצבים שהוא חושב שפסיקה לפי הדין לא תפתור באמת את הסכסוך, כשהצדדים יחזרו ולא יהיה "אמת למשפט שלום", ולכן במצב זה **חובה לבצוע (משמעות נוספת)**.

כיום, סעיף 79 לחוק בתי המשפט קובע כי על השופט "בית המשפט הדן בעניין אזרחי רשאי, **בהסכמת בעלי הדין...לפסוק בעניין שלפניו, כולו או מקצתו, בדרך של פשרה**". ← למעשה, **הסעיף מחייב בהסכמת הצדדים לשם ביצוע פשרה והשופט כיום לא יכול לחייב את הצדדים בפשרה כפי שקורה בהלכה זו** במשמעותה השנייה.

(דף מקורות: 1)

פשרה ופישרה

הצד הלשוני של הפשרה

ברכיהו ליפשיץ כתב כי אם רוצים להתחקות אחרי מוסד משפטי, כדאי ללכת ולהכיר את שמו ולשנו, ומהיכן צץ. השם שמייחדים למשהו הרבה פעמים מעיד על אופיו.

אם כן, כשאומרים בעברית פשרה – שומעים את השורש פ.ש.ר. ולכן נחפש את השורש בתנ"ך. מתברר שהשורש מופיע רק פעם אחרת בתנ"ך:

קהלת ח, א

מי כהחכם ומי יודע פֶּשֶׁר דבר.

ההיגיון מלמד שהפשרה נותנת לנו את פשר הדבר (כלומר, את משמעות הדבר).

פרשנות של רש"י לקהלת ח, א

רש"י (שם) ומי יודע - פשרון של דבר, כמו שמצינו בדניאל מתוך חכמתו שהיה חכם ביראת שמים נתגלו לו רזי פשרים, מי כמשה עושה פשרה בין ישראל לאביהם שבשמים.

רש"י מפרש "פשרון של דבר". נראה שאין בדבריו הרבה עזרה. עם זאת, רש"י למעשה "זורק" אותנו לשפה אחרת ואומר לנו לחפש בתנ"ך בעוד מקומות בהם מדברים בכלל בארמית.

רש"י עשה 2 דברים:

1. חיבר אותנו לכך שהפשר הוא סוד (רזי פשרים).
2. הביא ציטוט ממדרש של חז"ל כי משה רבנו הצליח לעשות פשרה בין ישראל לאביהם שבשמיים. אם רש"י בחר לעשות שימוש ולפנות למקום אחר בתנ"ך, סימן שהוא ראה קשר בין פשר הדבר בספר דניאל למושג פשרה.

← **המלצתו של רש"י לשופט שרוצה לעשות פשרה היא להיכנס לעומק הדברים ולהבין מה פשר הטענות של הצדדים ומה הם באמת רוצים.**

אבל, כשמגיעים למקורות הבאים (מקור 3, מקור 4) הם מאירים בפנינו את השורש פ.ש.ר. באור אחר, שלא מוכר לנו מהשפה שלנו, בעוד השורש פ.ש.ר. במשמעותו מקהלת מוכר לנו כיום.

פשרה כהפרדה

(מקור 3)

כהפרדה פיזית:

תוספתא ערובין ח, י

'נתלו בה קוצין ודופקנין מפשר בידו בצנעה'.

התוספתא מספרת לנו סיפור על אריג/בגד שנתלו בה קוצים (כשהלכו בשדה) ונדרש להפריד אותו מהבגד, אך לא מדובר בפעולה קלה כמו כשהקוצ נתקע. כך גם בפשרה – **הפשרה היא הפרדה (הפרדה פיזית) ומתירה את קוצי הסכסוך ואין מדובר בפעולה קלה.**

ירושלמי שבת ז ב, י ע"א

'נסתבכו בגדיו בקוצים הרי זה מפשר'.

גם בתלמוד ירושלמי ניתן לראות פרשנות דומה – פשרה כהפרדה (פיזית).

משמעות זו מתכתבת עם מובנו של השורש פ.ש.ר גם בניבים שונים של שפות שמיות, בהן מאוד מקובל שהשורש של פ.ש.ר משמעו הפרדה.

פשרה כהפרדה שאינה פיזית – הפסקה של סכסוך:

בראשית רבה כב ט

'לשני אתליטין שהיו עומדין ומתגששין לפני המלך אילו רצה המלך פישרן לא רצה לפשרן חזק אחד על חבירו והרגו'.

במדרש זה אנו רואים שימוש באותו שורש בהיבט פחות פיזי.

אילו רצה המלך היה מפשר, כלומר מפריד, את האתליטים שמתגוששים ואילו לא היה רוצה האחד היה הורג לבסוף את חברו, בעוד המלך היה מתבונן מהצד.

← יש פה **ביקורת קשה** על המלך שעומד מן הצד, ביקורת שניתן לראות גם בסיפור של קין והבל שם לא הופרד הסכסוך ביניהם והדבר נגמר במוות.

כלומר, ניתן לראות שעוברים פה **למשמעות משפטית של הפרדת סכסוך של צדדים האוחזים אחד בשני**.

ברכיהו ליפשיץ יוצא נגד ההצעה הזו של פשרה זה מלשון הפרדה כפי שעולה ממקורות אלו.

(מקור 4)

פסיקתא רבתי (איש שלום) פרשה יג

'מה עשה גירה בו הכלב שהיה עומד שם, עמד ופשרו הימנו... זכור אתה היאך פישרתי הימך את הכלב'.

במדרש זה מדובר באדם שמשמש שומר של מקשת אבטיחים, ומסתובב בלילה כדי למשור שלא יגנבו. אותו אדם שומע רשרוש ומגלה גנב – אדם שהוא מכיר. מדובר במצב מאוד מביך. השומר לא נכנס פנימה ותופס אותו על חם, כי זה יהיה מביך לשניהם – לכן, הוא שולח כלב שמאומן להתנפל על גנבים כאלה. הגנב שנתקף, צעק לעזרה ואותו שומר כעת לא נכנס כשומר/מחנך אלא נכנס כמושיע. השומר הזה **הפריד את הגנב מכלב והציל אותו – פישרו ממנו**.

כך, לאחר מכן, הייתה לו שפה משותפת עם החניך שלו – "זכור איך פישרתי אותך מהכלב" – הוא מדבר על ההצלה מכלב, והחניך מבין שהוא מחנך אותו על המקרה בו נתפס גנב.

היום כבר לא משתמשים במשמעות הזו של לפשר.

מקור בו יש שימוש משפטי בשורש של לפשר – כוחה של תשובה:

בראשית-רבה סוף פרשה כב

"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 בדיןך, אמר לו עשיתי תשובה ופישרתי, התחיל אדם מטפח על פניו כך היא כח התשובה ולא הייתי יודע, מיד עמד ואמר מזמור שיר ליום השבת טוב"

חוזרים לקין שרצח כמשהו שהמלך יכול היה להתערב ולא עשה כן. כעת אנחנו בשלב שקין נתפס.

המדרש נתפס בפסוק בו נאמר "ויצא קין וגומר" (גומר = וכו'. כלומר, ויצא קין מלפני ה') ← המשפט מושך את הדרשן להתבונן ולהבין מה המשמעות של היציאה מלפני ה'. הדרשן מנסה להבין "מהיכן יצא":

רב חננא בר יצחק אומר כי יציאתו של קין היא יציאה שמלמדת על סוף שיש בו גם שמחה. ממצב הביש שהרוצח הראשון מצא עצמו, (ונתן לחשוב שעונשו היה עונש מוות – מה שלא קרה (יכול ללמד גם על עונשו של רוצח כיום)), והעונש שקיבל הרי שיצא משהו שמח.

הדרשן מבין שלא רק שקין יצא שמח שלא הרגו אותו, אלא מעבר לזה. הדרשן זורק אותנו למקור אחר, בספר שמות "כמה דתימר יוצא לקראתך וראך ושמח בלבו" (משה התווכח עם ה' שהוא לא רוצה לבוא בפני עם ישראל, ואלוהים נתן לו את אהרון שיצא מלפניו לעזרה). בכך, הדרשן למעשה אומר כי כפי שאהרון יצא וזה שימח את משה, ניתן להבין שקין יצא בשמחה.

החכם מספר לנו שכשקין נפרד ויצא מלפני ה', הוא יכול היה לפגוש רק 2 אנשים – את ההורים שלו, אדם וחוה. אדם פגש בקין והתעניין מה נעשה בדינו. תשובתו המשמחת של קין הייתה כי עשה תשובה ופישר. הרבה פרשנים שלא מכירים את המשפט הזה חושבים שקין הגיע עם אלוהים לפרשה (מעין עסקת טיעון) אבל אנחנו יודעים שלמילה "פישרתי" יש משמעות מאוד מסוימת של הימלטות/הפרדה מהמצב בו הוא נמצא (ולא מו"מ). קין בעצם מלמד את האדם הראשון שאפשר להימלט מהדין ומהמקום בו הוא נמצא. כלומר, הדרשן אומר **שהיציאה זה היכולת לשנות את המצב מהמקום בו היית למקום חדש – הגילוי שהאדם יכול למקם את עצמו מחדש בחיים שלו והדרך לעשות כן היא באמצעות תשובה**. הדרשן למעשה אומר לנו שקין הצליח להימלט ממצב הביש ע"י תשובה וחרטה על מה שעשה – זהו כוחה של התשובה, ואולי אלוהים כיוון את קין לזה.

נדגיש כי קין אולי היה הרוצח הראשון, אך לא היה החוטא הראשון. תגובתו של אדם לכך שלמד את כוחה של תשובה – וכי יכול היה להימלט מהעונש על חטאו ולא ידע כן – הייתה שהתחיל לומר מזמור שיר ליום השבת טוב (כלומר, החל לחזור בתשובה).

המרצה אומר כי למעשה במוקד המדרש הזה לא עומד המו"מ בין קין לאלוהים – הפרשה היא אינה מו"מ/עסקת טיעון – אלא התשובה (יכולתו של אדם באמת להשתנות) המאפשרת לצאת ולהיוושע (כפי שהשומר במדרש הקודם הציל את חניכו מהכלב – פישר ממנו). **התשובה היא ההפרדה/הימלטות/הצלה שעמדו לקין, ולא עסקת טיעון עליה הסכים עם ה'.**

לסיכום – משמעויות הפרשה:

- קהלת ת, א** – מזמין אותנו לחשוב על פשרה במובן של פ.ש.ר, העמקה לתוך הסכסוך והבנתו לשם פתירתו באופן מלא ולא להישאר רק על פני שטח טענות הצדדים ובאי כוחם. ← פיענוח הסכסוך.
 - תוספתא ערויין ת, י** – מדברת על פשרה במובן של הפרדה/הימלטות ממצב של סכך או מצב ביש. ← כוח הפרשה הוא לעשות הפרדה מלאה בין הצדדים.
- המשמעויות לעיל משלימות זו את זו. (במתן דין – לא באמת מצליחים להפריד בין הצדדים, הרי הם ממשיכים להישאר מסוכסכים). **הדגש הוא על הכוח ליישב את הסכסוך ולהפריד הפרדה מלאה, ואת זה הדין לא יודע לעשות ואף לא מתיימר לעשות.**

הפשרה כאיזון בין קצוות הסכסוך

משמעות נוספת:

אפשר לחשוב על פשרה גם במובן של דבר פושר.

במקום היחיד בפירוש המשניות בו מופיעה הפרשה, **הרמב"ם** מחבר את הפרשה למובן של פושר כי זה מצב שהוא לא פה ולא שם – **הפשרה לא תביא למצב של הכל או כלום, אלא תביא לפתרון שהוא מקום באמצע, מקום "פושר"**. כך הרמב"ם הבין כי פשרה מדברת על התוצאה, בעוד שבשדיברנו על הימלטות לא דיברנו על התוצאה אלא על דרך פתרון הסכסוך ע"י הפרדה והימלטות ולא אמרנו שהפשרה נגמרת במקום שהוא לא פה ולא שם. הרמב"ם מסתכל מנקודת מבט יותר חיצונית.

3. הרמב"ם – פושר. לא פה ולא שם, אלא באמצע.

ניתן להסתכל על המשמעות של פושר בהקשר של הפרשה (כמו קרח) – כמשהו שנפרד מעצמו ונוזל. דבר שניתן לראות גם פה:

מכילתא דרבי ישמעאל בשלח פרשה ד

'כיון שחמה זורחת עליו היה פושר והולך ונחלים היו מושכין ממנו והולכין'.

את המכילתא ניתן לקשר לאמירתו של הרמב"ם – פושר כדבר שנמס ונפרד בעצמו ע"י חימום.

שימוש בפשרה בהיבט משפטי – איכויות הפרשה לעומת הדין ומערכת היחסים ביניהם

מכילתא דר' ישמעאל יתרו פרשה ב

'בין איש, זה הדין שאין בו פשרה. בין רעהו, זה הדין שיש בו פשרה ששניהם נפטרין זה מזה כרעים'.

בספר שמות, כשעם ישראל יוצא ממצרים ועושה את דרכו למעמד הגדול של הר סיני – יש באמצע פרשה משפטית שקשורה ליתרו. פרשה זו מספרת כי ישב משה לשפוט את העם. הפרשה אינה מדברת על הדין המהותי לאחר מתן תורה (פרשת

משפטית), אלא הפרשה מדברת על עצם הקמת המערכת. יתרו, כאורח, מתלווה, מתערב ומייעץ למשה בהליך השפיטה ובהקמת המערכת השופטת.

בתוך פרשייה זו כשיתרו רואה את משה שופט את העם, הוא שואל את משה מה הוא עושה – איך הוא חושב שיעבוד לו לשפוט לבד את העם. בתשובתו של משה הוא אומר: "ושפטתי בין איש ובין רעהו, והודעתי את חוקי האלוהים ואת תורתם" – משה רבנו למעשה מתאר את מה שהוא עושה במילים אלו. התיאור "ושפטתי בין איש ובין רעהו" מקבלות פרשנות במכילתא שלעיל.

הדרשן לוקח מילים אלו ומכניס לתוכן פרשנות: 'בין איש זה הדין שאין בו פשרה. בין רעהו, זה הדין שיש בו פשרה ששניהם נפטרים זה מזה כרעים'. על פני הפסק, הטקסט, בולט **שהאדם מציג את איכויות הפרשה כמשהו שיכול להביא להפרדת הצדדים האחד מהשני כרעים**. זה שהצדדים ייפרדו מהדין המשפטי ויצאו מלפני השופט יצא כל אחד לדרכו –

1. במקרה הראשון אחד יצא עם פס"ד לטובתו ואחד לא.
2. במקרה השני, של הפרשה – נוכל להביא לרעות/חברות מהמשפט. ← **הדין לא יודע, לא מנסה ולא מתיימר לעשות את זה.**

בעיני הדין, זה לא רלוונטי שהצדדים יצאו כרעים – כי ההליך שאין בו פשרה והולכים עם הדין עד הסוף אינו עסוק בכלל במערכת היחסים בין הצדדים, אלא המטרה שם היא להבין האם יש עילת תביעה משפטית; לברר את העובדות; להחיל עליהם את הדין המהותי ולבסוף להבין לאן זה לוקח אותנו בהיבט של הכרעת הדין והרמת נטל הראייה ע"י מי מהצדדים.

מנגד, כאמור, כשמדברים על פשרה – האיכות שמשיגים זה שהצדדים נפרדים זה מזה כרעים.

מה שמושך את תשומת ליבנו בדרך בה הפרשה מוצגת במקור זה הוא שהדרשן למעשה לוקח משפט אחד רציף "בין איש ובין רעהו" (משה) ומפריד אותו לאיש מצד אחד, ורעהו מצד שני – לידו יש פה 2 ישויות נפרדות לחלוטין כשמצד אחד עומד האיש לבדו, ומנגד עומדים הצדדים ביחד, כרעים – כפי שקורה בדין לעומת הפרשה.

המרצה טוען כי **יש פה נקודה נוספת – מערכת היחסים בין הדין ובין הפרשה**. זה קונפליקט שעומד רבות בפני מגשרים – מה היה אמור להיות המצב המשפטי בין הצדדים לו היו פועלים בכפוף לדין, והאם זה בכלל צריך להטריד את המגשר? האם יש בכלל יחס? כלומר, הדרשן אומר כי יש זיקה בין דין לפשרה (כדין שיש בו פשרה ודין שאין בו פשרה). הערכים שמייחדים את הפרשה (עפ"י **רבי יהושע בן קרחה**) עומדים בסדר אחר גם בדין. אכן, **לפשרה יש איכויות שאין לדין, אך היא אינה מנוכרת מהדין ועומדת בנפרד ובניגוד אליו – אלא עומדת בצילו**.

ADR – alternative dispute resolution היא תנועה שהולכת ומתעצמת בארה"ב ליישוב סכסוכים בדרכים חלופיות, כשהרדיקלים בגישה זו טוענים כי בהמ"ש זה הרע במיעוטו, ולמעשה בעולם מתוקן לא היה בכך צורך שכן היכולת ליישב סכסוכים ב-ADR עולות על בהמ"ש, שכן בהמ"ש הוא שריד מזמנים שאנשים לא ידעו ליישב את הסכסוכים ביניהם בדרכים אחרות. מנגד, המתנגדים לרדיקלים אומרים כי התקדימים של בהמ"ש מזכירים לנו את הענף שאנחנו יושבים עליו, את הערכים הראויים בבסיס התרבות – ערכים שנעזרים בהם בעת הגישור. אם כך, כך גם הפרשה – אינה עומדת בניגוד לדין, כאמור.

ספרי במדבר צה

'אמר לו אם לאו מה אתה אומר אמר לו הריני הולך ומפייסם אמר לו עד שאתה כאן אני אומר לך שאין שומעים לך כיון שהלך משה אצלם אמר להם היד ה' תקצר הן הכה צור ויזובו מים ונחלים ישטפו הגם לחם יוכל תת אם יכין שאר לעמו (תהלים עח ב) אמרו פשרה היא זו אין בו כוח לתת אלינו שאלתינו'.

ספרי בספר במדבר מספר לנו על שיחה משה בין לאלוהים – משה הולך לפייס את העם ומשתמש בכל מיני תכסיסים לשכנע אותם כי יש סיכוי. העם מבין כי משה הולך לפשרם – כלומר, הם מבינים שאין בכוחו של משה לתת להם את שהם דורשים, אלא משהו אחר.

המקור מראה את ההופעה של הפרשה כמשהו שעומד לצד הדין. אנחנו אומנם רואים את הזיקה לדין, אך רואים בדבריו של העם כשמשה בא לפייסם, שהם לא רוצים פשרה אלא את מה שהם רוצים כדי להימלט מהסיטואציה. אפשר להכניס את כל הפרשנויות שדיברנו עליהם לעיל כדי לראות את ניסיונותיו של משה להוציא את העם בדרך של פשרה.

**** נדגיש כי למוסד המשפטי הנ"ל, לפחות בתקופות מסוימות – נקרא הן פשרה והן ביצוע.**

לשיעור הבא לקרוא: ליפשיץ ברכיהו "פשרה" קובץ משפטי ארץ – דין דיין ודין (עפרה, תשס"ב) 137.

משימה: לחפש את הסיבה לכך שהוא אינו מסכים עם פרשנות המושג פשרה כהפרדה.

פְּשֵׁרָה מִצְוָה או אִיסוּר

הדעות הקיימות:

1. **ר' יהושע בן קרחה** – הוא טוען כי לא רק שהפְּשֵׁרָה/הביצוע זה לא חטא, אלא **זו מצווה לבצוע**.
2. **בעוד, רבי אלעזר** בנו של ר' יוסף הגלילי טוען כי כל מי שמשמש במוסד הפְּשֵׁרָה, **חוטא** ויותר מכך, כל מי שמברך את המבצע נואץ את אלוהים ← אסור לבצוע.

הדעה האוסרת את הפְּשֵׁרָה

נבחן את הפרשנות לדעתו של ר' אלעזר בהתבסס על התלמוד הבבלי.

התוספות והתלמוד הבבלי מתקופת הראשונים – התוספות זה אנשים רבים והתלמוד זה רש"י.

רש"י מסכת סנהדרין דף ו עמוד ב

אסור לבצוע – משבאו לדין אסור לדיינים לבצוע.

אבל אהרן אוהב שלום ורודף שלום - וכיון שהיה שומע מחלוקת ביניהם, קודם שיבואו לפניו לדין היה רודף אחריהן, ומטיל שלום ביניהן.

רש"י (תחילת האלף השני) – על המילים "אסור לבצוע" מדובר במי שבאו לדין. כלומר, האיסור לבצוע חל החל מהרגע בו הצדדים באו לדין (ממתי אסור). אנחנו עשויים לטעות ולחשוב שאסור לבצוע בכלל אך למעשה רש"י מוסיף ומבאר לנו 2 דברים:

1. **ממתי אסור לבצוע** – החל מהרגע שהצדדים באו לדין.
2. **למי אסור לבצוע** – לדיינים, כלומר – מחוץ לביה"ד מותר לעשות פְּשֵׁרָה.

אחרי שר' אליעזר סיים לאיים על כל מי שיבצע (כי אסור לדעתו), הוא מוסיף ואומר "אבל אהרן אוהב שלום ורודף שלום". כלומר, אמנם משה אמר "יקוב הדין את ההר" (יש לפעול רק לפי הדין), אך אחיו אהרן אשר היה דיין, אוהב ורודף שלום, היה שומע מחלוקת בין צדדים ורודף אחרי הצדדים לפני שהיו באים לדין על מנת לעשות שלום (לפשר) ביניהם (עבודה מחוץ להיותו דיין).

על כן, רש"י עשה פה מהלך פרשני – וכדי להתגבר על האיסור לבצוע, ומצד שני לקדם את השלום בעולם – אמר כי מותר לרדוף אחרי הצדדים לסכסוך לפני שהיו באים לפני הדיין לדין.

בתשומת לב לניסוחיו של רש"י בתוספתא – ניתן להבין כי כמו אהרן, **רש"י חושב שכמו שאפשר לסיים סכסוך בדין כך אפשר לסיימו גם בפְּשֵׁרָה**. למילה "רודף" ישנה משמעות מאוד ספציפית בכל שמדובר ברש"י שכן **הרדיפה של הצדדים לפני שיגיעו לדין היא הכרחית משום** שאם יגיעו כבר לדין לא יוכל לבצוע ביניהם יותר.

במקום להגיד "עושה שלום ביניהם" אמר רש"י "מטיל שלום ביניהם" – זוהי בחירת מילים מעניינת.

תוספות סנהדרין דף ו עמוד ב

אבל אהרן – פי' כיון שלא היה דיין ולא היה הדין בא לפניו אלא לפני משה ודאי לדידיה שרי [= בשבילו מותר].

לפי תוספות, הוא לא מקבל את הדעה של רש"י.

- **רש"י ותוספות מסכימים** על כך שאהרן היה מפשר (אוהב ורודף שלום); אסור לבצוע והאיסור הוא רק על דיינים (כלומר, שאין אצל ר' אליעזר עמדה לפיה מבררים דברים עד הסוף בביה"ד בלבד, ניתן לפשר אך לא בביה"ד).
- **רש"י ותוספות לא מסכימים** על כך שאהרן היה דיין. תוספות אומר כי אהרן בכלל לא היה דיין, ומכיוון שלא היה דיין, אישיותו אינה מזוהה עם מערכת המשפט וכל ענייני בחיים הוא עניין חברתי – להיות אוהב ורודף שלום. הדין לא היה בא לפניו. למעשה, יש לנו, לפי התוספות, 2 מערכות שונות: (1) **עולם הדיינים** – את הדיינים אליהם לא היו מגיעות פשרות שכן היו מזוהים עם מערכת המשפט; (2) **העולם שמחוץ לדיינים** – אהרן בכלל לא היה דיין ולכן יכלו לפשר לפניו. רש"י חידש לנו למעשה שאהרן היה דיין, שזה חידוש מאוד גדול.

שאלה: מה קורה אם יש לנו דיין שממש טוב בלפשר צדדים?

תשובה: לפי **התוספות**, האיסור הוא על הדיין עצמו ולא רק בעת שיושב לדין, אלא על עצם אישיותו המזוהה עם מערכת המשפט. מנגד, **רש"י** מייצר דיכטומיה בין הזמן בו הדיין יושב לדין, לבין מה שהוא עושה בזמנו ה"חופשי".

הרציונל מאחורי גישת התוספות – יש פה תפיסה של חילול הקודש. בתפקיד הדיין הדין לפי דין התורה, לפי הנורמות שקיבלנו במעמד הר סיני, הוא מייצג את תפיסת הנורמות והקדושה הללו. לא בטוח שהיינו רוצים לראות דיין שאדם אחר יכול להרשות לעצמו, על כן, בשל העובדה שהוא מייצג את הדעה המקודשת הזו של בית הדין – לא ניתן לאפשר לו לפעול בניגוד לדין, ויש אנשים אחרים שיעשו את זה.

העמדתו 2 פרשניות שבבסיסן יש לכאורה מחלוקת עובדתית בשאלה האם אהרון היה דיין או לא, אך זה לא בהכרח מעניין אותנו בהקשר הזה. מה שמעניין אותנו פה זה האם מי שהוא דיין יכול לפשר מחוץ לביה"ד כפי שרש"י טוען, או שמא אסור לו גם מחוץ לביה"ד כפי שטוענות התוספות.

תוספתא

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

תלמוד בבלי

אלא: יקוב הדין את ההר, שנאמר כי המשפט לאלוהים הוא, וכן משה היה אומר יקוב הדין את ההר

תלמוד ירושלמי

אלא יקוב הדין את ההר כשעשה משה

נעשה כעת סינופסיס (= נטילת טקסט מסוים שמפיע בכמה מקומות שונים ובוחנים את ההבדלים).

התוספתא היא הקדומה ביותר, והתלמוד הבבלי והירושלמי מתקופת האמוראים כאשר הירושלמי קדם לבבלי.

לפי **התוספתא** – תואם את עמדתו של ר' אלעזר בנו של ר' יוסף הגלילי – ייקוב הדין את ההר (משה) ← הולכים על הענפים הגבוהים. באמירה זו של משה אותה מאמצת התוספתא יש משל מסוים – אדם הולך ונתקע בהר, מה עושים? ההר למעשה מסמל מכשול והמשפט הזה אומר זה שאין ויתורים ואין פשרות צריך לנקוב את ההר הדרך הכי קשה, ובכל זאת הכי קצרה. הדין הוא הדרך הקשה, אך לא עוקפים את הבעיה – המחלוקת דורשת בירור ולא מתפשרים גם אם זה קשה.

מטרתנו לגלות מה כל כך קשה בדין (כי לנקב את ההר זה קשה)? מה האיכויות של הדין – מסתכל לבעיה בעיניים ונכנס פנימה.

תלמוד ירושלמי – אין לנו פה מסורת בלשונו של משה, אלא אמירה שהולכים כפי שעשה משה (יקוב הדין את ההר).

מנגד, **התלמוד הבבלי** מוסיף כי אכן ייקוב הדין את ההר, אך מוסיף אסמכתא "כי המשפט לאלוהים הוא" שמסבירה את דעתו של ר' אלעזר ותומכת בה. **איך אנחנו יודעים שהמשפט הזה "כי המשפט לאלוהים הוא" תומך בגישתו של ר' אלעזר?** הכוונה במשפט הזה היא **שאסור להכניס פעולות אנושיות של מו"מ והסכמות לבית המשפט ובכך לדחוק את ה' החוצה**. משה הנחה את השופטים כי ייקוב הדין את ההר, ואסור להם ללכת מחוץ לדין. מדובר על שיטת משפט שבאה מהאלוהים. משמעות הפסוק כולו שמאזכר היא **שלשופטים אסור לשקול שיקולים של חששות ופחדים שונים, אלא הם צריכים להיות יראים רק מהדין** – הם שופטים לאלוהים, אלוהים צריך להיות לנוכח עיניהם כשהם מקיימים את המשפט.

בגרסה של התלמוד הבבלי, **ר' אליעזר** מביא תימוכין נוסף – למעשה, כשאנחנו עושים את הדין אנחנו מגיעים במובן מסוים לאמת המשפטית (חקר האמת ברמת האנליזה המשפטית בהעמדת גרסת העובדות עפ"י דין הראיות) ויש כאן גם ביטוי לרצון של חקר האמת. בעשיית נורמות אחרות מהדין, לא רק שנפספס את מה שאלוהים רצה – אלא זה גם לא נותן למערכת להגיע לחקר האמת. בבירור מקרים רבים מול מערכת המשפט אנחנו מקדמים ומייצבים את הנורמות לפיהן אנחנו רוצים לחיות. בפסיקה לא על פי הדין אנחנו מכרסמים בייצוב הנורמות. אלוהים רוצה שהמשפט יוביל את הנתונים באמצעות פס"ד, הפשרה עשויה לחסל את המערכת של קידום הנורמות באמצעות מימד האלוהים.

נציין כי למילה "ייקוב" בשפת התורה יש משמעות נוספת, ולא רק כ"נקב" (חור) אלא גם "מפורש" (מהמילון – הערוך) ← כלומר, הפירוש השני הוא לפרש את ההר. הכוונה בכך היא שהתורה ניתנה בהר אך בדמותה הגולמית, אך בחיינו עלינו לפרשה, לעצבה ולהתאימה לחיינו לאורך הדורות. הדין צריך להתאים את עצמו לחיים שלנו, ובלי עשיית דין לפי הדין בביה"ד התורה

תישאר גולמית ולא מתאימה. ברגע שאומרים שנעשה פשרות בביה"ד נכרות את הענף עליו יושב ביה"ד, ימעל בתפקידו ויחלל את הקודש הזה.

← על כן, שני הפירושים של המילה ייקוב מתמקדים בזווית שונה של האיסור מבחינת ר' אליעזר: (1) תפקידו של הדיין לפתח את הדין; (2) חילול הקודש של משפט אלוהים.

לדידו של **המרצה**, אין מחלוקת בין המקורות – אלא הרחבה של האחד על השני ששופכת אור על האידיאולוגיה של ר' אליעזר. מקורות אחרים גם בתוספתא עצמה יכניסו את אלוהים לתוך הסיפור, ולכן לא ניתן לומר שרק התלמוד הבבלי וירושלמי מכניסים את אלוהים לדיון בסוגיה זו.

תוספתא, סנהדרין א, ט

יהו הדיינין יודעין את מי הם דנין ולפני מי הם דנין ומי הוא דן עמהם ויהיו העדים יודעים את מי הם מעידין ולפני מי הם מעידין ועם מי הם מעידין ומי הוא עד עמהם שנ' (דברים יט ז) ועמדו שני האנשים אשר להם הריב לפני י"י ואומ' (תהלים פב א') אלהים נצב בעדת אל בקרב אלהים ישפוט וכן הוא אומ' ביהושפט (דברי הימים ב' יט) ויאמר אל השפטים ראו מה אתם עושים כי לא לאדם תשפוטו ושמא יאמר הדיין מה לי בצער הזה והלא כבר נאמר (שם) ועמכם בדבר המשפט אין לך אלא מה שעניןך ראות.

ראינו כבר את המקור הזה כאשר דיברנו על איך התוספתא הזו משתלבת בתוך הדין בין ר' אלעזר לר' יהושע בן קורחה – כעת נעמיק בדיון.

אם היינו רוצים לחלק את הפסקה ל-3 חלקים היינו עושים זאת כך:

- חלק 1:

- דיבור עם הדיינים: יהו הדיינין יודעין את מי הם דנין ולפני מי הם דנין ומי הוא דן עמהם
- דיבור עם העדים: ויהיו העדים יודעים את מי הם מעידין ולפני מי הם מעידין ועם מי הם מעידין ומי הוא עד עמהם שנ' (דברים יט ז)...

- **חלק 2**: ועמדו שני האנשים אשר להם הריב לפני י"י ואומ' (תהלים פב א') אלהים נצב בעדת אל בקרב אלוהים ישפוט וכן הוא אומ' ביהושפט (דברי הימים ב' יט) ויאמר אל השפטים ראו מה אתם עושים כי לא לאדם תשפוטו ...

- **חלק 3**: ושמא יאמר הדיין מה לי בצער הזה והלא כבר נאמר (שם) ועמכם בדבר המשפט אין לך אלא מה שעניןך ראות.

בחלק הראשון, מדובר על 2 סוגי השחקנים חוץ מהצדדים (העדים והדיינים) אשר מקבלים אות אזהרה – תדעו מול מי אתם דנים, מי מעיד אתכם, לפני מי דנים ומה הדין ← כאשר התשובה לכך היא אלוהים. הדיין לא נמצא בסיטואציה אנושית מיוחדת בה הדיין קיבל כוח לחרוץ גורלות, אלא מדובר בהליך שמתנהל בצילו של ה'. זוהי דרישה כי יעשו עבודה "נקיה" לגילוי האמת כיוון שאם לא יעשו זאת, יהיו חייבים בפני ה'.

2 החלקים הבאים מבססים את האמור בחלק הראשון.

אנו נכנסים לעמדה דתית המערבת את ה' בסכסוך. **ר' יהושע בן קורחה** יצטרך לתת מענה באותה שפה. כיוון שאנו נמצאים בקונטקסט של התורה – אם לא יעשה זאת עמדתו של ר' אליעזר תנצח. לפי המקור, **בספר דברים ובתהילים** – ה' בין שלל תפקידיו בעולם, ניצב ביחד עם עדת אל, בקרב ה' ישפוט. אנחנו נתקלים פה במילה אלוהים בהקשר של השופטים בשר ודם – כך הם נקראים.

זהו שיתוף השם – אפשר לתת את המילה הזו להרבה דברים. יש כאן תופעה שמית של אלוהים על עבודה זרה למשל ועל השופטים. בספר תהילים נאמר שה' ניצב בעדת אל, בקרב אלוהים ישפוט. כלומר הוא נמצא שם ושופט יחד עם השופטים בשר ודם.

בנוסף, **ביהושפט** נאמר לשופטים שהם כלל לא שופטים בני אדם. זוהי אמירה קיצונית שכדי להבינה צריך להבין את סוף המשפט – כי לה'. ה' נמצא מעליהם בהליך ופסיקתם כאילו שופטת אותו. בעצם מדובר במערכת אחת בעלת שתי רמות שונות – **רמה אנושית** בה השופטים שופטים את האדם **ורמה דתית** בה השופטים משמשים כשליחים של ה'. המלך יהושפט אומר לשופטים כי עליהם להבין שסיטואציית השפיטה במערכת האנושית אינה רק את בני האדם אלא גם את ה' (שזה מוזר, אך זה מה שכתוב שם).

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 ללבבכם בכל דין ודין כאלו הקב"ה עומד לפניכם בדין.

בחלק השני ניתן להבחין כי הביאו 3 פסוקים – למה לא להביא רק פסוק 1 שכן הם אומרים למעשה את אותו הדבר? **תשובה:** כשהתלמוד דן במקורות האלה של התנאים הוא תמיד שואל את השאלה הזו שכן יש מטרה בהבאת כל הפסוקים הללו למען קידום הדיון. יש פה 3 תיאורים – את מי דנים, לפני מי דנים, מי דן איתם כשהתשובה ל-3 השאלות זה אלוהים, על כן היינו מצפים ש-3 הפסוקים האלו יענו כל אחד בנפרד על שאלות אלו – מה שעל פניו קורה.

בחלק השלישי, למה להכניס את אלוהים לתוך הסכסוך ולהגיד שהדיינים דנים גם את ה' **תשובה:** עפ"י **רש"י** ברור שדיין שפועל בעטיה הזו שמתוארת שם לא סותר את אלוהים, שכן אם היה רואה לנגד עיניו את אלוהים הוא לא היה חושב לעשות דבר כזה. כשמחייבים את הזכאי כאילו נטלו ולקחו מאלוהים הבורא, הרי שהנזק שנגרם אינו רק לפלוני ממנו לא היה צריך להוציא כסף, אלא הנזק נגרם גם לאלוהים – על הדיינים לראות כאילו אלוהים נמצא מולם בדין והם דנים אותו, עליהם לפעול במשנה זהירות! **המרצה** מוסיף כי הוא מבין מאמירתו של רש"י כי ברגע שמשבשים את האופן בו דברים היו צריכים להיות מנהלים – נוטלים מא' ונותנים לב' למרות שזה לא היה אמור לקרות – הוספת עבודה לה' עכשיו לתקן את העוול הזה.

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.

מקור זה דוקר רגעים בחיים בהם יש נוכחות מיוחדת של אלוהים במצבים מסוימים. במקור זה יש מעין סדר יורד של השראת שכינה.

איך יודעים שכשעשרה אנשים מתכנסים ומתפללים – השכינה איתם? עצם זה שיש עשרה מציב את אלוהים איתם. עם זאת כדי לעשות השראת שכינה לא צריך 10 אנשים. גם 3 אנשים שיושבים בדין – השכינה איתם. גם שיש 2 אנשים שיושבים ולומדים תורה, ה' יושב איתם.

אחרי שראינו שאפילו 2 מסוגלים לעשות השראת שכינה, בשביל מה צריך 3? הדיינים מנסים לעשות שלום בין התובע והנתבע. **זוהי התכלית שלהם בתור דיינים.**

האם עשיית שלום מצדיקה שכינה? אם הדיינים פותחים את התורה לשם עשיית שלום גם ככה יש השראת שכינה כמו 2 שלומדים תורה. החידוש הוא שכאשר 3 דיינים עוסקים בעשיית צדק, הם בעצם עובדים בשביל ה' וכיוון שזאת הממלכה שלו, השכינה נמצאת עם הדיינים גם כשלא עוסקים בתורה.

גם התלמוד הבבלי תופס בצורה רצינית וממשית את הרעיון שה' נמצא עמוק בהליך השיפוטי אפילו אם לא עוסקים בתורה.

שיעור 5 – 27/11/2019

מעמדו של הדין ושל הדיין

הדיין אומר מדוע לי לשפוט אם אומרים לי שאני שופט לא רק את האדם, אלא גם את ה' **התשובה** היא שאין לדיין אלא את שעניו רואות – אם אתה עושה את עבודתך ביושר, אין לך מה לחשוש.

ברכיהו ליפשיץ מתייחס לפשרה בעיקר במשמעות של "הסכמת הצדדים". לפיו לצדדים יש את כוח ההסכמה לא לפסוק לפי דין תורה, וכך נכנסים למסלול של הפשרה, ולא "חושפים" את הדיין לסכנה של עשיית טעות בעת פסיקת הדין.

מקומו של אלוהים במשפט

(דף מקורות: 2)

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:

משה מסביר לחותן שלו מה עלה על דעתו שהוא ישפוט את העם, כשיתרו אומר לו שצורת השפיטה שלו לא תעבוד; כאשר שני אנשים מגיעים אל משה להתדיין, בא אליו העם "לדרוש ה'". כלומר, הם רוצים לדעת מה יש לה' לומר על הסכסוך הזה, זה מה שהם רוצים לקבל וזה מה שמשה יכול לתת להם. באמצעות המשפט הזה, **משה מסביר את תורת האלוהים ואת משפטו. יתרו אומר שלמשפט לא יכול להיות רק תפקיד חברתי, וצריך היררכיה של בהמ"ש (שלום, מחוזי...) ומשה מסכים איתו.**

הרב א"י הכהן קוק, אורות, ישראל ותחייתו ג

משה רבנו ע"ה 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 ושפטי בין איש ובין רעהו והודעתי... ודרישת אלהים של המשפט נשארה סגולה ישראלית שהיא מתגלה באופי האלהי הכולל עולמי עד וזורח בארץ ישראל, בארץ חבל נחלתו במקום האורה של סגולת הקדש.

הרב קוק (ישראל ותחייתו) – למשה הייתה תפיסה של הכוח של המשפט בהלכה היהודית. משה נמצא בתקופת ההתחלה של ייסוד המשפט בישראל. משה מעלה את ערכי המשפט, ומעניק להם כוח רב כדי שיחזיקו לאורך כל הדורות ("העלה את ערכי המשפט עד סוף כל הדורות"). בסוף התוכן (התורה) צריך להמשיך ולהתברר ולהתפתח.

מניין קוק לוקח את הרעיון הזה? דרישת ה' באה יחד עם המשפט הישראלי – "כי יבא אלי העם לדרוש ה' כי יהיה להם דבר בא אלי ושפטי בין איש ובין רעהו והודעתי..." הוא ממשיך ואומר – "ודרישת ה' של המשפט נשארה סגולה ישראלית...". המשמעות היא שמשה טבע את החותם במשפט הישראלי, ומדובר בדבר שהולך ומתגלה ומתפתח. קוק מחבר את זה לתקופתו של חזרה לארץ, וטוען **שהמשפט תלוי מקום (קדושת מקום), בא"י** – "מתגלה באופי האלוהי הכולל עולמי עד וזורח בארץ ישראל". קוק מתכוון לכך **שביה"ד הגדול יושב במקום המקודש ביותר.**

אבן עזרא שמות פרק כא פסוק ו

והגישו אדניו אל האלהים - מלת אלהים, כמו מקימי משפט אלהים בארץ.

תקופת ימי הביניים – המקור הראשון בתורה בו רואים את מקומו של ה' במשפט היא כאשר מדברים על עבד שלא רוצה להשתחרר, ורוצה להישאר אצל אדונו, ואז בוצעים את אוזנו. משתמשים שם בביטוי "והגישו אדונו אל האלוהים". **אבן עזרא** בוחן את השימוש במילה "אלוהים" – **ביצד הדיינים מתהדרים בשם ה'?** הוא טוען שאלו **האנשים שמוציאים לפועל את משפטי ה' ולכן גם הם נקראים ה'.**

דברים פרק א פסוק יז

לֹא תִכְרֹוּ פְנִים בַּמִּשְׁפָּט פֶּקֶטן כְּגֹדֶל תִּשְׁמָעוֹן לֹא תִגְדֹּוּ מִפְּנֵי אִישׁ כִּי הַמִּשְׁפָּט לְאֱלֹהִים הוּא וְהַדָּבָר אֲשֶׁר יִקְשֶׁה מִכֶּם תִּקְרְבוּן אֵלַי וְשִׁמְעֵתִי:

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.

בפירוש של **הרמב"ן**, הוא טוען שהרעיון שהתורה מבטאת הוא אותו הרעיון שבדברי ה' (כי לא לאדם תשפטו, כי לה'). כלומר, ה' צריך לעשות משפט בן יצוריו – הם צריכים ליישם בחייהם את העקרונות של יושר וצדק, והרעיונות האלו קורים בחברה אנושית באמצעות הדיינים; ה' הוא זה שאחראי, והוא **שם את הדיינים במקומו כדי למלא את התפקיד** הזה, ולכן הם נקראים "אלוהים". הוא מוסיף הוא שאם הם יפחדו ויעשו חמס, הם מועלים בתפקידם **כשליחים**. הרמב"ן מסכים עם עזרא, אך עושה צעד נוסף ונותן לדיינים מעמד משפטי של שליחים.

רמב"ן שמות כא ו'

ולדעתי יאמר הכתוב והגישו אדניו אל האלהים, עד האלהים יבא דבר שניהם (להלן בב 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).

במקום אחר, הרמב"ן טוען (ביחס לספר שמות) – "עד האלוהים יבוא דבר שניהם". כאן נעשה צעד נוסף – "הוא יצדיק והוא ירשיע". הרמב"ן מייחס לה' תפקיד מכריע במשפט: "וזוהו שאמר אשר ירשיעון אלוהים, וכך אמר משה כי המשפט לאלוהים". הוא אומר שמי ששופט זה ה', והופך את הסיטואציה האנושית של הדיינים לכאורה למיותרת, כי התפקיד של ה' הוא המרכזי – ה' הוא זה ששופט, והדיינים רק נקראים "אלוהים". כדי לחזק טענה זו הוא מביא את הפסוק – "ועמדו שני האנשים אשר להם הריב לפני ה'" (ספר דברים). הרמב"ן נותן פירוש מאוד מיסטי.

השלום והצדקה במשפט

תפיסת העולם החברתית – הדעה התומכת בעשיית פשרה

ר' יהושע בן קרחה (תוספתא סנהדרין פרק א')

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.

כאשר **ר' אלעזר** מתנגד לסטייה מהדין (לפשרה), הוא אומר שמי שעושה זאת שכח את מקומו של ה' במשפט (אסור לבצוע, חוטא, מנאץ, ייקוב הדין את ההר, כי המשפט לה' הוא). ניתן להבין שחלק מגישה זו נובעת מתפיסה של חילול הקודש כי **בן קרחה** אומר שמצווה לבצוע, ומדגיש שני ערכים: (1) משפט וצדקה; (2) אמת ומשפט שלום. כלומר, הוא מוסיף לתפקיד המרכזי של הדיינים של עשיית משפט, את הערכים הללו.

המשותף לצדקה ולשלום הוא ששניהם לא באים לידי ביטוי במשפט (הם לא מחויבים בדין) – כשהדיין פוסק לפי הדין, הוא לא מתחשב ביחסים שבין הצדדים (האם הם יהיו מיוזדים/מנוכרים בתום המשפט), בין היתר משום שזה לא חלק מטענות הצדדים. חשוב להבין שהמונח "צדקה" נגזר מצדק (אך הוא לא צדק), והצדקה מבטאת ערכים צודקים ומוסריים, אך הם לא מחויבים עפ"י הדין. למשל, היינו רוצים שאדם לאדם יהיה מלאך מבחינה מוסרית-ערכית, אך אין זו חובה משפטית, ולכל היותר מדובר ב"לפנים משורת הדין".

[במאמר מוסגר – המרצה מצטין את **פס"ד בית**, בו **הש"א** אלוהן הפציר בחברה שתפצה את העיזבון לפני משורת הדין, למרות שהיא לא חייבת בדין. **שמגר** מתנגד לפנייתו של הש"א אלוהן לפני משורת הדין – תפקיד השופט הוא לשפוט ולא לחנך/להנהיג. שמגר סובר שהשופטים לא צריכים לתת את עמדותיהם המוסריות].

ערך השלום

ירושלמי תענית ד' ב', סח ע"א

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:

"על שלושה דברים העולם עומד על הדין ועל האמת והשלום". התלמוד הירושלמי אומר שאלו 3 דברים שמשלימים אחד את השני – כאשר נעשה הדין, ומייחסים לו ערך אמיתי כלשהו (למרות שקצת בעייתי להגיד שהדין משקף את האמת) אז נעשה שלום. **ר' מנא** מוסיף ואומר ששלושת הרעיונות האלו נמצאים בפסוק אחד (של בן קרחה – משפט וצדקה, אמת ומשפט שלום). מקור זה מבצר את הכוח של המשפט.

ניתן להעניק לשלום את המשמעות של "סדר ציבורי", שהיא מעבר לפתרון הסכסוך בין שני הצדדים – כאשר יש אמון במערכת, אין עשיית דין עצמית, וזה מאפשר לחברה לחיות בשלום.

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:

הביטוי של "צדקה" בא לידי ביטוי בהתחשבות בעני באמצעות מערכת הרווחה – צדקה לא חייבת להיות במובן של פשרה; כאשר עושים דין, עושים עם אדם צדקה כאשר לוקחים מאדם דבר מה, אם הוא החזיק בדבר שלא היה שלו.

(דף מקורות: 3) (ערכים נוספים שעוסקים בשלום)

מכילתא דר' ישמעאל משפטים פרשה א

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.

הערך של שלום נמצא כבר בהקמה של מערכת המשפט. ר' שמעון אומר – כאשר התורה פורסת את המצוות הראשונות, שמסדירות את הדינים שבין אדם לחברו, לדין יש משמעות של יריבות, וברגע שנפסק הדין נעשה שלום ביניהם והסכסוך מסתיים. אם מקימים מערכת שמתפקדת בצורה טובה ומסיימת סכסוכים, כל החברה תהיה בשלום.

מכילתא דרשב"י יח, כב

ר' סימאי אומר הדין לאמתו נראה כמטיל קנאה בין הבריות ואינו אלא נותן שלום ביניהן שנא' אלה הדברים אשר תעשו אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם, אין לי אלא נוטל ממון שיש לו שלום מנין שאף המתחייב ממון שגם הוא סופו שלום שנאמר וגם כל העם הזה על מקומו יבא בשלום.

הדין נראה כמטיל קנאה בין הבריות כאשר הוא פוסק, כי הוא לכאורה מעדיף צד מסוים. אך, אין כך הדבר כי למעשה הוא יוצר שלום ביניהם, ומשתמש באותו הפסוק של בן קרח (אך הפעם כדי לבסס את פסיקת הדין). **מקור זה מדגיש את ערך השלום גם בפסק הדין** שכן כל צד מבין כי חייבת להיות מערכת שמסדירה את החברה, ולכן משלים עם זה.

סנהדרין ז' ע"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 מקומו יבא בשלום.

(המקור הקיצוני עד כה, ואולי אף אוטופי).

אדם הולך ואומר אימרה עממית: "דאזיל (=הולך) מבי דינא (מבית-הדין) שקל גלימא (=ביטוי שאומר שאדם הפסיד את כל מה שהיה לו, הפשיטו אותו לחלוטין, אפילו את הגלימה לקחו. זו אמירה מאוד קיצונית) – ליזמר זמר וליזיל באורחא (=האדם הולך ברחוב ושר). **למה?** התשובה היא שהוא שמח כי נעשה שלום אמיתי, כי הרכוש לא היה שלו. הרעיון הוא שהמערכת צריכה לתפקד ולקבוע מה שייך למי, ויש להשלים עם התוצאה. על הדבר הזה אמר שמואל – כל אדם יבוא עם כך בשלום, לא רק המנצח, אלא גם הצד המפסיד, כי לכל אדם יש כרגע את מה שמגיע לו. **זהו ביטוי מאוד קיצוני של ערך השלום.**

לסיכום

בשיעור הקודם ובתחילת שיעור זה התבוננו בעמדה הרדיקלית של **ר' אלעזר** לפיה אי אפשר להכניס למשפט שום דבר חוץ מדברי אלוהים. **מנגד** הסתכלנו על הערכים של שלום וצדקה, שבשם **בן קרחה** מבקש לקדם את הפשרה בעולם המשפט. **אחרים** לא מקבלים את הערכים האלו בצורה של פשרה, ונותנים לערכים אלו פרשנויות שונות.

שיעור 6 – 04/12/2019

(דף מקורות: 3)

סיכום הדברים עד כה ...

מבחינת הסדר של הדברים התחלנו את הקורס בלראות מקורות ראשונים שהמשפט העברי מציע לנו על הפשרה. לאחר מכן עברנו לשיעור לשוני ולבסוף העמקנו חקר בדעות היסודיות:

- **רבי יהושע בן קרחה** הסובר כי זה חובה לבצוע.
- **רבי אלעזר** בו של יוסי הגלילי אסור לעשות פשרה ומי שעושה את זה חוטא.

למעשה, במלחמת הפסוקים אף אחד לא ינצח. כלומר, זה שכל אחד מהם מתבסס על פסוקים לא אומר שבכך המלחמה הזו תוכרע. ברור שמאחורי הפסוקים יש מחלוקת שיסודה בפרשנות של הפסוקים ממילא (שכן כולם מחויבים לכל הפסוקים), ובנוסף המחלוקת מתחילה בעצם תפיסת העולם אשר יכולה להיות:

- **חברתית** – כיוון שהפשרה מקדמת גם תפיסה חברתית.

- **מערכתי – תפקידה של המערכת המשפטית – רבי אלעזר** לא מזלזל בתפקיד האנושי שבהשכנת השלום בין אדם וחברו, אין לו עניין עקרוני נגד עשיית שלום בין אדם לחברו אך התפקיד אינו נתון בידיו של שופט היושב באותה עת על כס המשפט – הדבר הזה מפנה אותנו לאהרון כסמל להשכנת שלום בעם. לפיו למעשה, הפשרה לא תהיה בתוך המסלול המשפטי אלא מחוץ לבהמ"ש. לכן, צריך להקצות את הערכים שצריך לקדם מחוץ למערכת השיפוטית ככל שאין להם ביטוי ומקום במערכת עצמה (דוגמה לכך הינה הליכי מהו"ת שמסתיימים מחוץ למערכת).
- **"כי המשפט לאלוהים הוא"** – אחד הפסוקים שהיוו מנוף לרבי אלעזר היה "כי המשפט לאלוהים הוא" המדבר על כך שהמשפט נעשה תחת עינו של אלוהים. אם במלחמת הפסוקים לא מנצחים, הרי שרבי יהושע בן קרחה היה צריך להתמודד עם המשפט הזה ועם היותו של המשפט מול אלוהים.

ראינו שבן קרחה נשען על ערכים של שלום, אך האסכולה השנייה לא מתנגדת אלא מדגישה ששלום לא חייב להיות רק בין הצדדים, אלא כתפיסה כללית בחברה.

כלומר, איך שלא נהפוך את המחלוקת בהשקפת העולם הפסוקים לא ינצחו אלא רק יפורשו על פי תפיסת העולם של המפרש.

ערך הצדקה

כשאומרים **שבן קרחה** רוצה לקדם את הפשרה לצד המשפט רואים כי הוא מדבר על משפט + ערך: משפט ושלום; משפט וצדקה. על השלום דיברנו בשיעור שעבר. ניתן לראות דוגמה להתייחסות ומימוש של ערך השלום כשמסתכלים על הגישור היום המתבסס ושואף להסכמה העומדת ביסוד אותו שלום אותו אנו מחפשים.

בעת נפנה את תשומת הלב שלנו לעניין ערך הצדקה.

נדגיש כי אין מדובר על צדקה במובן של צדקה לעני. המושג של צדקה אליו התייחס רבי יהושע בן קרחה אינה מתייחסת לצדקה מהסוג הזה. למעשה, **השורש של צדקה הנובע מצדק מכוון אותנו לחשוב על ערכים שהם צודקים.**

ערך השלום אינו עוסק ממש בשאלת הצדק ובסוגיות מוסריות – אלא אך בשאלה איך מביאים את הצדדים לכדי הסכמה. לעומת זאת, **ערך הצדקה** עומד בפועל ביסוד הדין, כלומר את הצדק הדין יודע לעשות וזה מה ש**רבי אלעזר** רוצה שיקרה בעשיית הדין. לעומתו **רבי יהושע בן קרחה** מדבר על נורמה מוסרית אותה אדם יכול לחוש (כמו 'לפנים משורת הדין') ולמרות שהיא מוכרת לנו היא אינה מקבלת עיגון בדין. אמנם, יש דברים שהמוסריות שלהם שנויה מחלוקת אך עדיין יש עניינים שהמוסריות שלהם מוסכמת והדין אינו אוכף אותם. מדוע? יש כמה סיבות אפשריות לכך שיש מוסר שאינו נאכף בדין:

1. **מדובר בלקונה**, תקלה הטעונה טיעון.
2. **אדם לאדם אדם ולא מלאך** – יש דרישות מוסריות מסוימות שאנחנו לא רוצים לאכוף, להותיר זאת לאנשים להסדיר ביניהם ואין זה תפקידו של המשפט לאכוף. האדם אינו נדרש להיות מלאך לזולתו – אלא אדם וצריך לשים לב לא לכופ נורמות מוגזמות. זה משתלב עם 'לפנים משורת הדין' – נורמה לפיה אדם נוהג. החברה מחפשת את הגבול בין אדם למלאך ואת מה משאירים מחוץ לאכיפת הדין.
3. יש דברים שאם הדין יאכוף אותם אנחנו עלולים להביא לכדי **פגיעה בחירויות**. אנחנו קובעים מכנה משותף לכולם ומעבר לזה מאפשרים חירות שמאוד חשובה לנו. השיקול שעומד בבסיס ההחלטה מה נכנס למשפט ולמה לא מתבסס על הסעיף הקודם – אדם לאדם אדם ולא מלאך.
4. אנחנו **לא נחוקק בדבר"כ דברים שהם בלתי אכיפים** (כמו מחשבות). כשעצם האכיפה היא קשה לא נשקיע מאמץ בחקיקה שכן אין טעם בחוק שאינו ניתן לאכיפה. זה יגחך את הצורך והכוח שלנו בחברה לחוקק ולראות בחוק דבר רציני.
5. יש דברים **לא שפיטים**.
6. **עידוד בחירות מוסריות** – כשמדברים על פגיעה בחירות אדם עומד על זכותו של ייכנסו לחייו ויפגעו בחירותו. כשמדובר בעידוד חירות המדינה מעודדת את האדם לפתח התנהגות ובחירות מוסריות בעצמו. אנחנו רוצים לבנות אוטונומיה מוסרית לפרט כשהתשובה שלו לשאלה למה לעשות או לא לעשות משהו תהיה "כי יש שוטר מאחורי הדלת". אנחנו שואפים לעודד אדם לעשות בחירות מוסריות. ככל שמשאירים עניינים מוסריים שלא נאכפים בדין כך אנחנו מעודדים חירות מוסרית.

- **עידוד לפיתוח של תרבות** – מה שייחוצר במקום בו לא נחוקק. אנחנו רוצים שיקרה שם משהו מבחינה חברתית שתוליד את עצמה למקום מסוים מבלי לכופ את המשפט. מעין נורמה מוסרית שתתפתח מתוך החברה עצמה. המדינה אומרת במקרים כאלה שהיא לא תהיה בבואת המוסר של האדם, אלא היא מבקשת שהאדם יפתח את המוסריות מעצמו, שהוא יקבע מה מוסרי ומה לא ולא להביא את זה מתוך חשש מפני אכיפת החוק.

בספרות השו"ת ישנו סיפור על קבוצה של אנשים שנפלה בידיים של עולם תחתון ולקחו דמי כופר כדי לשחררם. אדם עשיר שיש לו כסף שילם גם בעבור העניים מבלי לבקש תמורה. אחד העניים הגיע לשוב אליו הגיעה גם קבוצת העולם התחתון. ביישוב זה היה שריף רציני. העני סיפר לשריף את הסיפור. השריף הצליח להוציא את הכסף מהעולם התחתון ונתן אותו לעני. כעת מתנהל דיון בין העני לעשיר למי מגיע הכסף. במהלך הדיון עלה הערך של **כפיות טובה** ע"י החכם שניתח את הסוגייה. הוא טען כי ברור שיש פה כפיות טובה של העני שבא ונלחם בעשיר שהציל אותו. נשאלת השאלה, האם הערך של כפיות טובה אכיף? ניתן לחשוב על עשיית עושר ולא במשפט. במערכת יחסים שמתגלגלת בפני בהמ"ש יש כל מיני כיסויים קונקרטיים אך במידה והשופט חוזה בכפיות טובה – האם אנחנו רוצים שהשופט יטיל חיוב בגין זאת על הצד השני? למעשה, באופן מובהק הערך של כפיות טובה מצוי ב"אדם לאדם אדם" – אדם כפוי טובה לא רק שאינו מלאך, אלא אינו אדם. למרות זאת, מתברר שאין במדינת ישראל חוק שאוסר כפיות טובה בעוד כולנו מסכימים שזה לא מוסרי להתנהג באופן כזה. אם כן, שיקולים מהשיקולים שצינו לעיל לא רק משאירים מחוץ למשפט את התביעה המוסרית הגבוהה יותר (המלאכית), אלא אף את הדברים שברמת המוסר הבסיסית-האנושית משיקולים שונים.

← נחזור **לרבי יהושע בן קרחה** שדרש משפט וצדקה. לתוך הצדקה אנו רואים כעת שנכנסים הדברים שלא נמצאים בדיון ואם השופט שופט לפי דין הרי שאינו יכול להכריע בעניינם (שכן קצרה ידו מלהושיע). למעשה, **בן קרחה מבקש לאפשר העלאה על השולחן עניינים מוסריים שלא מצאו מקומם במשפט.** אם השופט יצליח להביא את הצדדים לצדקה בדיון זה יהיה טוב, אך במידה ולא הרי שניתן **באמצעות הפשרה להותיר לו מקום לשיקו"ד** בעניינים המוסריים שאין להם מקום מפורש בדיון.

מדרג חשיבות הפשרה לעומת הדין במשפט לפי הרמב"ם

הקדמת הרמב"ם לפירוש המשנה, שישה סדרי משנה

... צריך להיות מהדר בכל דיניו אחר הפשרה.

ואם יוכל שלא יפסוק דין בכל ימיו, אבל שיעשה פשרה בין שני המריבים, הנה מה טוב ומה נעים. ואם אינו יכול, אז יחתוך הדין ואל יטריח, אבל ייתן זמנים ארוכים לבעל הריב, ויניחהו לבקש על נפשו כל היום, ואע"פ שירבה דברים וידבר הוללות וסכלות. ואם אי אפשר זה, לפי מה שיראה בטענותם, יגזור הדין מיד. כמו שאנו רואים רבותינו עושים, בעניין קשירת הידיים, והכאת השוט ללקות ולענוש, והפשט הבגדים, וקריעת השטרות הקיימות, כשימצאו בהם מה שיחייב לעשות זה. והרבה כמו זה, וכדומה לזו המצווה אומרים (סנהדרין ו,ב), יקוב הדין את ההר.

ועל דרך כלל צריך שיהיה השופט כרופא בקי, שכל זמן שיוכל לרפא במזונות, לא ירפא ברפואות. אבל כשרואה שהחולי חזק, ואי אפשר להתרפא במזונות, ירפא ברפואות קלות, קרובות אל טבע המזון, כגון המשקים והמרקחות המבושמות והמתוקנות. ואם יראה שהחולי יתחזק, ואלו הדברים אינם מכניעים אותו, ואינם כנגדו, יחזור לרפואותו ברפואות חזקות, וישקנו רפואה משלשלת, כגון סקמוני"א, וכדומה לו מן הרפואות המרות והרעות.

כן השופט, ישתדל לעשות פשרה, ואם אינו יכול, ישפוט בנחת, וירצה לבעל הריב בדבר רך, ואם לא יוכל, מפני אכזריות אחד מהמריבים, ושהוא רוצה להתגבר בעוול וחמס, יתחזק עליו וידוך רשעים תחתיו.

זה חיבור שהרמב"ם כתב כשפירש את המשניות. זוהי מעין הקדמה למעשה למ"ע ולתושב"ע. פה הוא מדבר על הסדר בו סידר יהודה הנשיא את 6 סדרי משנה כאשר בפרט הוא מדבר על מסכת אבות.

בחלק הראשון של הקטע הוא מדבר על כך שבמסכת אבות יש הרבה ענייני מוסר, כאשר בראש ובראשונה חשובים לשופטים שחורצים גורלות. במסגרת חשיבות העניינים המוסריים לשופטים הוא מדבר על עניין הפשרה.

המשפט "וצריך להיות מהדר בכל דיניו אחר הפשרה" – מעיד על כך שהרמב"ם מצוי באסכולה שתומכת בפשרה. כאמור, בתקופת האמוראים הוכרעה המחלוקת בעניין הפשרה והמ"ע קלט את הפשרה לתוך ביה"ד ועולם המשפט. זה לא מפריע לאהרון להמשיך לעשות שלום מחוץ לבהמ"ש, אך המ"ע שם את הפשרה על דגל ביה"ד ואמר כי ביה"ד יודע לעשות הן דין והן פשרה.

הרמב"ם מבטא את הפשרה באמירה חזקה – מי זה שופט טוב שכל ימיו עשה רק פס"ד? הוא מוסיף עד לדיון מלא בפס"ד צריך לתת לבעל דין זמן לטעון את הטענות שלו, הדין צריך לאפשר לבעל הדין לתת את דבריו בסבלנות ואם הוא רואה שאין על מה לדון כי הדברים ברורים עליו לחתוך את הדין. הרמב"ם אף מביא את זה לרמות של ענישה – הכאה, לפשוט ולענוש וכו'.

הרמב"ם, שהיה רופא, לוקח אותנו למשל מתחום הרפואה. הוא טוען שכמו שהדברים עובדים ברפואה כך הדברים צריכים לעבוד בביה"ד. כלומר, מדגיש כי הדבר הכי טוב והמרכזי ברפואה זה רפואה מונעת – ככל שנשקיע ברפואה מונעת כך נחסוך

ברפואה הקובבנציונלית כי לא יהיה בה צורך באותה מידה – **רק כשאין ברירה, ילכו לדברים החזקים והקשים** (כלומר, פשרה ואז משפט). **הרמב"ם סובר כי המדרג הזה מתאים גם לביה"ד.**

רבי יהושע בן קרחה לא הסביר יותר מידי אלא רק אמר שעלינו לעשות משפט ושלוש משפטים וצדקה. מנגד, **הרמב"ם** נימק וניסה לקדם תפיסה מסוימת – הוא אפילו לא הזכיר את הדברים הברורים שרבי יהושע בן קרחה אמר בדבריו ושעליהם הוא נשען. הרמב"ם רצה למעשה לדבר על המניע של הפשרה עוד לפני הערכים שהעלה רבי יהושע בן קרחה – ככל שיש סכסוכים שלא נפתרו מחוץ לביה"ד, על ביה"ד לתת את ידו ולסייע בפתרון תוך שאיפה להימנע מפסיקה משפטית, אלא לעשות זאת בדרך מניעית. ניתן להסתכל על דבריו ותפישתו של הרמב"ם בזוית צרה – אדם אחד וסכסוך אחד, או לחלופין בזוית רחבה – על החברה כולה. כרופא הרמב"ם רוצה למעשה לחנך את החברה לרפואה מונעת – שאנשים ידעו לפתור סכסוכים ויעשו הכל כדי לא להגיע למצב בו השופט הוא שפוסק את הדין. הרמב"ם רואה את הפשרה כמהפכה חברתית אותה רצה רבי יהושע בן קרחה לקדם – איך נכון לחברה להיות ותפקידו של החברה בקידום הפתרון מבלי צורך בהפעלת סמכותו לאכיפה שבדין. היינו – השלום והצדקה הם כלי העבודה אותם לא הזכיר הרמב"ם, אלא דיבר על השלב שקדם לכך ועל תפקידו של השופט לייסד סכסוך ולא רק ליישב את הדין (כאשר כידוע יש דעה של רבי אליעזר שמתנגדת לכך בכל תוקף). הרמב"ם לקח את הדברים לקיצוניות גבוהה באומרו שהשופט המצטיין הוא השופט שלא הפעיל מעולם את הדין למרות שיש בסמכותו לעשות כן.

"כי המשפט לאלוהים הוא"

רבי יהושע בן קרחה לא היה נשאר חייב מול הפסוק "**כי המשפט לאלוהים הוא**" בכך שאלוהים לא רק אלוהים של דין, אלא גם אלוהים של חסד ומוסר. לאלוהים יש שם נוסף: י-ה-ו-ה אשר נקרא גם מידת הרחמים. מכך, קשה לחשוב שיש רק מסלול אחד של הדין, אלא יש גם הנהגה מרוכבת יותר – מוסרית.

השקפת העולם לא עוסקת רק במה טוב לחברה מבחינת בניית המערכת המשפטית – דין או פשרה – אלא גם במערכת דתית שמביאה לידי ביטוי את עשיית הדין של אלוהים. **רק יהושע בן קרחה** תופס את העניין של ההנהגה כמו אלוהים – ב-2 ערוצים אחד של דין ואחד של רחמים, בעוד **רבי אלעזר** רק את זה בצינור אחד בלבד של דין.

כך, **הרמב"ם** למעשה אומר כי בהמ"ש מיישב סכסוכים בדרך של פשרה זו בבואה של איך אנחנו רוצים להיות ולראות את החיים – בדרך מרוכבת ומאפשרת יותר.

אם כן, ניתן לראות את בית הדין כמציע 2 מסלולים של הנהגה – דין ופשרה אשר אינם סותרים אחד את השני, אלא הולכים יד ביד ומהווים בבואה של אופן השפיטה שנעשה גם ע"י אלוהים.

שיעור 7 – 11/12/2019

(דף מקורות: 3)

הרב נפתלי צבי יהודה ברלין שו"ת משיב דבר (ירושלים, תשכ"ח) חלק ג' סימן י'

וכדאיאת 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 ב'פ' 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 ע"ז [על ידי זה] יתקיים גם הצד שלו.

זה קטע מתוך התשובה בספר שו"ת של הרב נפתלי צבי יהודה ברלין – הובאה בפניו שאלה הנוגעת ליישוב סכסוך בין קבוצות ולא בין אנשים פרטיים.

הנציב מביא לנו ציטוט מהתלמוד הירושלמי שחיבר בין חורבן בהמ"ק לרעיון הפשרה, אותו אנחנו מכירים ממקור ד בדף מקורות 3. לפי מקור זה יש קשר בין הערכים עליהם מתקיים העולם: אמת, דין ושלוש (דין נעשה אמת ← נעשה אמת ← נעשה שלום). השלום עליו מדובר הוא שלום עם פסק הדין, עם הציבור וכו'. הנציב אומר שאם יש מצב שבו הדין אינו יכול להביא לידי שלום, הלוגיקה שדין מביא לשלום קורסת. עם זאת, הוא שואל – **מה קורה במצב בו הדין לא יכול להביא לשלום? התשובה שלו היא שבמקרה כזה יש הכרח לעשות פשרה.**

הרב נפתלי צבי יהודה ברלין פוסק במקום בין יהושע בן קורחה לרבי אלעזר. הוא מוסיף שזה מה שאמרו חז"ל. מדובר על מקרים בהם גם הצדדים וגם השופטים ידעו שפסה"ד לא יפתור את המחלוקת, דבר זה יביא לחורבן החברה וזה מה שהביא לחורבן

בהמ"ק לפי חז"ל. אין מה להתהדר בדין תורה במצב כזה. לכן, **יש חובה להתפשר במצב בו הדין לא יעשה שלום**. השאלה בכלל לא אם הפשרה תעשה בתוך או מחוץ לביה"ד, אלא האם הדין יביא למחלוקת עמוקה יותר ולנזק גדול יותר.

לפי רבי נפתלי, במקרה בו הוא דן מדובר במחלוקת שבין רבים לרבים וזה מקרה קלאסי בו ביה"ד צריך לסגת ולא לפסוק לפי הדין – אם כי הוא כן יכול לשמוע את העובדות וכו', אך הוא לא יכול להכריע ביניהם וחייב לעשות פשרה.

הוא לוקח פה משנת דגל – העולם קיים על הדין, העולם והשלום – אך **בה בעת קיימים מקרים בהם אם נלך עם משנת הדגל נחריב העולם וזה למעשה החריג לכלל הזה**.

- הערה: יש דבר מאוד מעניין בעולמה של הפשרה במ"ע. אנחנו יודעים שכשיש אי הסכמה בין דיינים הולכים לפי דעת הרוב (מהתורה – אחרי רבים להטות). זהו דבר מאוד יסודי בעולמנו, וברוב תרבויות העולם. עם זאת, יש דבר מעניין המצוי אף בהלכה ולא רק במקורות הראשונים של המ"ע – במקום בו יש הרכב של ב"ד (לפחות 3, למרות שבהסכמת הצדדים ניתן גם בדין אחד) ניתן לעשות פשרה. זה מחזיר אותנו ל**ס'79א** המתיר לבהמ"ש לפסוק בהסכמת הצדדים בפשרה (כאשר בהמ"ש עשו לכלול אף שופט אחד). המ"ע אומר לנו כי כשמדובר בפשרה ההסכמה שצריכה להתקבל היא עניין צריך פה אחד ולא על פי רוב. נחזור בהמשך לשאלה למה חורגים מהכלל של ללכת על פי הרוב, אז נראה את הקשר לנציב הזה שאומר לנו כאן כי כשמדובר ברבים אין ברירה אלא לפשר בעוד במצב זה ההרכב צריך להגיע להסכמה בפה אחד כאמור. הסיבה לכך היא שאנחנו לא רוצים לעשות דין ולהביא למצב בו בפרסום פסק הדין יראו שהרוב דרס את המיעוט אלא אנחנו רוצים להראות התכנסות והסכמה בין הצדדים כדי למנוע מצב בו לא מגיעים לשלום.

(דף מקורות: 4)

חוק בתי המשפט (נוסח משולב) [תשמ"ד – 1984]

79א. פשרה (תיקון: תשנ"ב)

- (א) בית משפט הדן בעניין אזרחי רשאי, בהסכמת בעלי הדין, לפסוק בעניין שלפניו, כולו או מקצתו, בדרך של פשרה. **(להלן: פסיקה על דרך הפשרה)**
- (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. **(להלן: תיווך)**

האם טרם הסעיף, עד שנת 1992, לא עשו פשרות בבהמ"ש? המילה פשרה לא הופיעה בחקיקה הישראלית שנוגעת לחוק בהמ"ש, אך כן היו פשרות לפני כן – היו מגיעים לקדם משפט והשופט היה אומר לצדדים שהמקרה צריך להסתיים בפשרה ומוציא אותם להתפשר עד לזמן בו הגדיר השופט. ס'79א(ב) למעשה משקף את מה שהיה תמיד עד לחקיקת הסעיף.

אם כן, באופן כללי פשרה לא דרשה בהכרח חקיקה.

למה הצדדים רוצים לתת תוקף של פס"ד להסדר הפשרה אליו הגיעו? אם יש הסכם פשרה שהוא חוזה הוצל"פ לא יוכלו לפעול במקרה שיופר, בעוד בהסכם לו יש תוקף של פס"ד כן יוכלו לפעול. אמנם סיום העניין בחוזה עדיין מביא לסופיות הדין, אך יש לזה משמעות פרקטית שונה.

החידוש של הסעיף הוא ס'79א(א) לפיו השופט קנה לו סמכות לפשרה בין הצדדים. החידוש הזה למעשה העניק לשופט **תפקיד שיפוטי שמעולם לא היה לו קודם לכן**. לפני כן היו צריכים להגיע להסכם דיוני עם הצדדים והשופט כי רוצים להגיע לפשרה. אך עולה השאלה מה הגבול של ההסכמה הדיונית הזו? האם השופט יכול להגיע להסכמה עם הצדדים שלא יערערו עליו כי הפיכת פסיקתו תשפיע על קידומו? עם זאת, הסיכוי שצדדים יגיעו לפשרה לפי **ס'79א(א)** ולאחר מכן יערערו, היא לא סבירה ואינה אפשרת ממילא.

לא מיותר לומר שאם נחפש סעיף כמו **ס'79א(א)** במשפט המשווה נתקשה מאוד למצוא דבר כזה. מדובר בסמכות שיפוטית חריגה מאוד ביחס למדינות מודרניות היום.

המשפט העברי עוסק בדיוק בשאלה האם יש להעניק לשופט תפקיד שיפוטי חדש (המחלוקת בין בן קורחה לאילעזר)? המתח הזה מבטא את מה שהמחוקק הישראלי החליט להעניק לשופטים.

האם המחלוקת בין רבי יהושע בן קרחה לבין רבי אלעזר ביחס לפשרה נגעה למחלוקת בעניין תפקידו של השופט כמתווך בין הצדדים או על התפקיד השיפוטי של פסיקה על דרך הפשרה? למעשה ניתן להגיד כי המחלוקת על כל אחת מהאפשרויות או אף על שתיהן יחד.

נשאלת השאלה – מה זה ביצוע – האם זה פסיקה על דרך הפשרה או תיווך? לא נענה על כך אך נדון על הסוגייה כשם שהשניים נחלקו על תפקידו של השופט לפי **ס'79א(א)** – פסיקה על דרך הפשרה. הוא מביא את המקור של **רש"י**: לפני שהצדדים באו אל אהרן לדין, אהרן היה רודף אחריהם, והיה "מטיל" עליהם שלום. ביטוי כזה (מטיל), מחזק בעיני המרצה את הרעיון שהמחלוקת עסקה בפסיקה על דרך הפשרה משום שמדובר **במתן כוח מסוים לשופט**.

סוגי הפשרה וסדרי הדין בפשרה

סדרי הדין בפשרה

מאיזה שלב כבר לא ניתן לשלוח את הצדדים לפשרה?

איך עצבו חכמים את הפשרה בתוך ההליך השיפוטי כשעוקבים אחרי סדרי הדין?

תוספתא סנהדרין פרק א

נגמר הדין אין רשאי לבצוע

הגישה הראשונה במקור:

נגמר הדין אין רשאי לבצוע – זו גישה "סתמית", כלומר שלא ידוע מי כתב אותה, אך ניתן להבי שר' **יהושע בן קורחה** אמר משפט זה כי הוא אמר שזו מצווה לעשות פשרה אף ייתכן שיהיה מוכן לשים לה גבולות, זאת בעוד **רבי אלעזר** בכלל לא מסכים לעצם עשיית הפשרה.

נשאלת השאלה – אם נגמר הדין, הרי שיש צד שהפסיד וצד שניצח, ברי כי מאוחר כבר לבצוע ולפשר, אז למה בכלל להדגיש את זה? מדוע יש צורך לבצוע לאחר סיום הדין? המחלוקת לא בהכרח נפתרה, כי היחסים בין הצדדים עשויים להמשיך, ולא נוצר שלום בין הצדדים – זהו תפקיד הפשרה אחרי גמר דין – למנוע חזרה לביהמ"ש ולנסות ליצור שלום בין הצדדים. כך, גם הצד הזוכה יכול להסכים לפשרה אף אחרי שהוא זכה (כי הוא רוצה לחיות בשלום עם שכנו, ולא להמשיך להיגרר לבימ"ש, ולעיתים לזכות ולעיתים להפסיד. הוא יעדיף פתרון קבוע). אם כן, עולה השאלה – מדוע אסור לבצוע לאחר גמר הדין? אפשר להבין מאיפה מגיע הרעיון של הבאת פשרה לאחר פסה"ד – למשל מעצם עשיית השלום בין הצדדים, כי הערכים של הפשרה לא נעלמים לאחר פסה"ד. הרעיון במקור זה מדגיש שלאדם היה אפשרות להגיע לפשרה עד לעשיית הדין ולא עשה כן, אולי אף התנהג בכוחניות והיה בטוח שניצח, וביה"ד אוסר על ביצוע הפשרה לאחר עשיית הדין. נשאלת השאלה למה – התשובה לכך במאמר.

הגישה השנייה במקור:

ר' שמעון בן מנסיא אומר פעמים יבצע אדם פעמים אל יבצע אדם כיצד שנים שבאו אצל אחד לדון עד שלא שמע את דבריהם ואם משמע את דבריהם ואינו יודע להיכן הדין נוטה רשאי שיאמר להם צאו וביצעו אבל משמע את דבריהם ויודע להיכן הדין נוטה אינו רשאי שיאמר להם צאו וביצעו.

ר' שמעון בן מנסיא אומר שיש מקרים בהם נכון לעשות פשרה ויש מקרים שלא. למשל: יש מקרים בהם לא מוסרי אפילו לעשות פשרה ולא נרצה להתפשר על ערכים מסוימים – על זה נדבר לקראת סוף הקורס. ניתן לחשוב שלשם מכוון **ר' שמעון בן מנסיא**, עם זאת הוא מציב את גבולות הפשרה לא ממקום של מוסריות אלא ממקום של סדרי הדין.

הטרמינולוגיה כאן משתנה – **"צאו וביצעו"**, כלומר, הצדדים, ולא הדיין (בניגוד למחלוקת בין בן קורחה ואליעזר). ניתן לכאורה להסיק מכך שהפרשנות של הטקסט הינה תיווך (היינו, לפי **ס'79א(ב)**). **מנגד, המרצה** אומר שמשמעות "צא" הינה כמו "צא ולמד" – מעין תפנית, ולא דווקא פעולה אקטיבית של אותו הצד – יוצאים מהתפקיד של הדין, ועושים שינוי בחשיבה (תפנית), ועוברים למסלול של הביצוע.

סדרי הדין שהוא קובע – יש להבחין בין שלבים שונים כרונולוגיים במשפט:

1. לפני ששמע את דברי הצדדים.
2. שמע את דבריהם, אך טרם יודע להיכן הדין נוטה במקרה זה.

3. שמע את דבריהם, ויודע להיכן הדין נוטה במקרה זה (אין תשובה חד-משמעית, אך יש נטייה).

הביטוי "יודע להיכן הדין נוטה" קובע את הגבול – לפניו מותר לעשות פשרה, ואחריו אסור לעשות פשרה.

- **המרה** מוסיף שלב נוסף, רביעי, בו בפירוש יודעים מהו הדין, וכן שלב חמישי כאשר ניתן פס"ד סופי.
- יש פה עמדה חינוכית/שיווקית של **ר' שמעון בן מנסיא**: למשפט העברי יש אג'נדה שמאפשרת לסיים סכסוכים בדרך של דין, אך יש גם דרך של ביצוע/פשרה, שהיא בעלת איכויות אחרות. **ייתכן שר' שמעון בן מנסיא אף נותן לפשרה עדיפות.** הוא לכאורה לא יכול להציע פשרה עוד לפני ששמע את דברי הצדדים, אך הוא עדיין רוצה להציע זאת בדרך שיווקית תוך יידוע הציבור וחינוכו.
- **המרה** מעלה **שאלה אתית**: האם אין בעיה מצד השופט שמציע פשרה, כשהדבר נעשה לאחר שהוא יודע להיכן הדין נוטה (ולא אומר לצדדים שהוא יודע)? שכן לכאורה בשלב זה, השופט כבר אינו ניטרלי.

בהתאם לגישה הסתמית (הראשונה), מהו "גמר הדין"? מתי יודעים מתי הוא מתרחש?

סנהדרין ו' ע"ב

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

לפי **ר' יהודה**, גמר הדין הוא כאשר נקבע ש"איש פלוני אתה חייב, איש פלוני אתה זכאי". כלומר, **כאשר השופט מכריז סופית לצדדים מי מהם זכה.**

תוספות ד"ה נגמר הדין סנהדרין ו' ע"ב

נגמר הדין אי אתה רשאי לבצוע -
 כגון שכבר דקדקו בדיון 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 בדיון

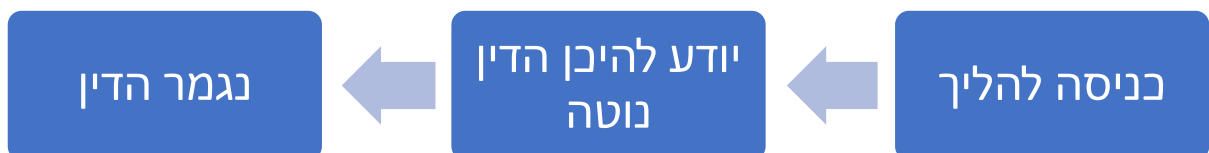
התוספות מפרשות את מועד גמר הדין באופן שונה – לפיהן, הכוונה היא רגע לפני שהשופט אמר זאת לצדדים אך ברגע שהשופט עצמו יודע את הדין.

זהו שלב אחד אחרי **ר' שמעון בן מנסיא** – **השלב הרביעי**, כאשר השופט יודע בוודאות את הדין, אבל טרם מסר אותו לצדדים. המקור ממשיך ואומר מהו הטעם לא להציע יותר פשרה בשלב זה – מהרגע שיודעים מה תהא תוצאת הדין, זו הטעיה של הצד הזוכה שמציעים לו פשרה כי אם היה יודע שהוא זכה, הוא לא היה מסכים לפשרה.

18/12/2019 – לא היה שיעור, בוטל

שיעור 8 – 25/12/2019

(דף מקורות: 4)



בנקודה בה מתחיל ההליך בביה"ד –

- **רבי אליעזר** קובע ששם כבר לא ניתן לעשות פשרה.
- **רבי שמעון בן מנסיא** קבע כי בנקודה זו, עוד לפני ששמע את הצדדים, יכול הדין להפנות את הצדדים לפשרה.
 - **קושי:** איך ניתן לשלוח את הצדדים לפשרה עוד לפני ששמעו אותם בכלל?
 - **פתרון:** ש פה הצהרה. בביה"ד שמים על המדף 2 מוצרים לשיווק: דין ופשרה, כאשר לכל אחד איכויות שונות.

בנקודה בה יודע הדיין לאן הדין נוטה –

- **רבי שמעון בן מנסיא** קובע כי ברגע שהשופט יודע לאן המקרה נוטה ומה התוצאה הצפויה (מתוקף ניסיונו וכו') לא ניתן לשלוח את הצדדים לפשרה עוד.
- **הדעה המנוגדת** קובעת שגם כשיודע השופט לאן הדין נוטה עדיין ניתן לשלוח לפשרה, ונקודה האל חזור היא **נקודת גמר הדין בה מודיעים את פסק הדין בביה"ד** (לפני שהשופט אומר "איש פלוני אתה חייב איש פלוני אתה זכאי"). נקודת גמר הדין היא נקודת האל חזור, אשר ממנה לכאורה לא ניתן לחזור אחורה.
- **רש"י** שנאמן לפשט של הדברים נאמן לדעה הנוגדת את **רבי שמעון בן מנסיא** – לפי לא ניתן לפנות לפשרה מהרגע שנגמר הדין.

סנהדרין ו' ע"ב

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

"היכי דמי גמר הדין?" – באיזה אופן מדובר? תגדיר לי מה זה גמר דין.

רש"י: ר' יהודה אמר בשם רבו כי ההגדרה של גמר דין היא "איש פלוני אתה חייב איש פלוני אתה זכאי", **כלומר גמר הדין זה המצב בו השופט הכריע ופסק.**

קטע זה זוכה לפרשנות של התלמוד הבבלי בהמשך, רש"י ותוספות מפרשים קטע זה:

תוספות ד"ה נגמר הדין 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

התוספות מפרשים: אנחנו מפרשים את המשפט "נגמר הדין אין אתה רשאי לבצוע" – הם מפרשים ש"איש פלוני אתה חייב איש פלוני אתה זכאי" הכוונה היא לא שהוא אמר אותם, אלא השופט נמצא רגע לפני שהוא אמר אותם. **ברגע שהשופט סיים את תפקידו ונגמר הדין - הוא לא יכול להציע פשרה.**

התוספות מקדימות את דבריו של רש"י בכמה רגעים – "דקדקו בדין היטב" – סיימו לדון בתיק, הם יודעים את הדין והתוצאה אך עוד לא אמרו אותו "לא חסר אלא לומר 'איש פלוני אתה זכאי איש פלוני אתה חייב'". ברגע זה **לא ניתן לפנות לפשרה החל מהנקודה בה רגע לפני שהשופט מודיע לצדדים את גזר הדין. לכן לפי התוספות שופט שהציע ביצוע בחלק הזה של הדין עשה דבר לא ראוי.**

נשאלת השאלה למה התוספות כ"כ מסתבכים בפרשנות כ"כ לא פשוטה? מדוע הם מקדימים את הפרשנות הפשוטה של רש"י – "איש פלוני אתה חייב איש פלוני אתה זכאי" טרם גמר הדין? הרי משהו חייב לגרום להם לזנוח את הפירוש הפשוט.

הרציונל של התוספות הוא שאם השופט יפנה את הצדדים לפשרה כשהוא כבר יודע שהכל כבר הסתיים – הרי שהשופט אינו ניטרלי, אלא במקום לתת את פסק הדין שמגיע לצדדים בהליך שהתנהל מתחילתו עד סופו ויודע מי ה"זוכה" מבחינתו, הוא מפנה אותם לפשרה. אדם שיודע את הדין ויודע שכבר זכה לא היה מסכים לפשרה כנראה ויש **בכך הולכת שולל, הטעיה וחוסר יושרה מצד השופט.** למעשה התוספות תוקפות את השופט על התנהגות כזו – הוא אפילו לא אומר להם שהוא נמצא בנקודה שהוא יודע להיכן הדין נוטה ולא רק.

עם זאת, אם השופט (מהמחוזי עליו דיברנו קודם) יודיע לצדדים שיש פסק הדין (מבלי לומר להם מהו) בטרם מפנה אותו לפשרה – האם עדיין יש פה חוסר יושר? לדעת **המרצה** לא. שכן הוא אומר לצדדים שפשרה כן תפתור את הסכסוך ביניהם בעוד פסק הדין לא (הם לא ילכו לדרכם בשלום), ומותר בידיהם את הבחירה. **לא ניתן להגיד שהשופט מטעה כשהוא נוהג בכזו שקיפות מול הצדדים.**

הבחנה בין שלב "יודע להיכן הדין נוטה" לבין השלב של התוספות "דקדקו היטב ולא חסר אלא לומר 'איש פלוני חייב איש פלוני זכאי'":

- **"יודע להיכן הדין נוטה"** – מכלול הטענות והראיות אליהם נחשף השופט מיציגים בפניו תמונה והוא יודע לאן הדין נוטה, אך אין זה סופי והמצב עוד עלול להשתנות.
- **"דקדקו היטב"** – השופט כבר ישב וחשב ובבר הכריע בדין, אך לא מסר אותו עדיין.

למה בכלל יש הבדל מבחינת התוספות?

בזמן של "דקדקו היטב" כבר יש זכות מוגמרת לצד הזוכה והחייב, כאשר התוספות טוענות כי הפניית הצדדים לפשרה בנקודה זו הינה הטעיה. מנגד במצב של "יודע להיכן הדין נוטה" השופט רק יודע את הכיוון המצב לא גמור והכל יכול להשתנות. **רבי שמעון בן מנסיא** טוען כי שלב "יודע להיכן הדין נוטה" הוא הקובע, בעוד התוספות קובעות שהנקודה המאוחרת יותר ("דקדקו היטב") היא הנקודה ממנה כבר לא ניתן להציע פשרה.

תוספות ד"ה נגמר הדין סנהד' ו"ב (המשך)

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

ש"ס = תלמוד; קונטרס = רש"י; י"ל = יש לומר.

[התוספות נכתבו על ידי תלמידיו וצאצאיו של רש"י].

התוספות מוסיפות ואומרות אומרות כי ברור שמבחינה טקסטואלית הפירוש של רש"י עדיף על הפירוש של התוספות. אם כן, מדוע הן אינן מסכימות איתו?

התוספות טוענות כי ישנו **קושי** בדיבור על פשרה בנקודה בה נפסק הדין – זה ברור מאיליו וזה מגוחך להגיד שאחרי שניתן פסק דין כבר לא ניתן להציע פשרות. עם זאת, ברי כי התנאים ידעו על מה הם מדברים ולא אמרו את דבריהם סתם. אז מדוע להדגיש את זה? מדוע להציע פשרה בשלב גמר הדין כזה ברור מאיליו?

הקושייה הזו כל כך גדולה שהיא גרמה לתוספות לזנוח את הפרשנות של רש"י ולהגיד ש'גמר הדין' זה שנגמר הדין בראשו של השופט והוא הכריע אך טרם העבירו לצדדים (בעוד רש"י קבע את העברת פסה"ד לצדדים כגמר הדין).

בשל חוסר הנוחות של התוספות עם שלילת דברי רש"י, הן מציעות הצעה דחוקה להבין את דבריו. נקודת המוצא של התוספות היא אדם סביר זה לא יציע פשרה לאחר שמסר את פסק הדין לצדדים לכן הם חושבים שמדובר ברגע לפני מסירת הפסק – אך זהו אינו הפירוש של רש"י. לכן, התוספות הציעו פירוש חדש ליישוב גישת רש"י - הם משערים שרש"י התכוון לפנייה לבעלי הדין בהצעת פשרה לאחר מסירת פסק הדין במקרה שבו השופט חושב שהוא עשה טעות בדין – ולכן הוא פונה לאפיק של פשרה. אך עדיין, הן מבקשות למנוע מצב כזה של הצעת פשרה לאחר גמר הדין שכן הפתרון לטעות הוא ערעור על פסה"ד.

לדעת **המרצה** – רש"י לא צריך להתקפל. הרעיון של פשרה לא נגמר אחרי פסק הדין. חיי המדף של הפשרה לא הסתיימו כי איכויות הפשרה לא נגמרות אחרי מתן פסק הדין. עם זאת כן **יש רציונאליים למנוע ביצוע לאחר מתן פסק הדין** המופיעים במאמר **(ליפשיץ, פשרה עד היכן? גבולות הדיון בפשרה)**. פתרון לכך הוא כשהשופט מודיע לצדדים כי יש פסק דין, אומר להם שפסה"ד הוא מעולה, אך הוא מזכיר להם את ערכי הפשרה והיתרונות שלה, מבהיר להם שהפשרה תביא לשלום בעוד פסק הדין לא ומציע להם בשקיפות מוחלטת ללכת לפשרה.

שולחן ערוך חושן משפט סימן יב (מאה ה-16, רבי יוסף קארו, קובר בצפת)

מצוה לומר לבעלי דינים בתחילה: 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.

ר' יוסף קארו מסכם 1000 שנות משפט עברי שקדמו לו.

בתחילה = שלב הכניסה להליך.

לפי **ר' יוסף קארו** כבר משלב הכניסה להליך צריך להבהיר לצדדים שיש 2 אופציות לפתרון הסכסוך:

1. פשרה.
2. דין.

הוא מדגיש כי על השופט יש אחריות גדולה לא להטות את הפשרה לאחד יותר מחברו, כפי שעליו להיזהר באופן דומה בעשיית הדין.

שולחן ערוך לקח את המשפט "וכל בית דין שעושה פשרה תמיד הרי זה משובח" מהיד החזקה של הרמב"ם. השולחן ערוך מדגיש שזו מצווה לעשות פשרה ויש לכך ביטוי בעמדתו בשאלה מהי נקודת גמר הדין ממנה לא ניתן עוד לעשות פשרה והחריג שהוא מציע:

נקודת גמר הדין לפי השולחן ערוך:

- למרות ששמע את דבריהם ויודע להיכן הדין נוטה, מצווה לבצוע – בכך שלל השולחן ערוך שלל את עמדת **ר' בן מנסיא**.
- החל מהנקודה בה אמר השופט 'איש פלוני אתה זכאי, איש פלוני אתה חייב' – מדובר בגמר דין ולא ניתן עוד לפנות לפשרה – **בכך קיבל השולחן ערוך את עמדת רש"י ודוחה את עמדת התוספות.**
- **שולחן ערוך מציע חריג:** ניתן לעשות פשרה בין הצדדים לאחר גמר דין עם **2 תנאים מצטברים:** (1) זה לא השופט מציע, לא דיין; (2) לא במקום המשפט אלא במקום אחר.
 - החריג צריך לעשות עבודה עם הרציונל לאיסור לעשות פשרה לאחר העברת גמר הדין לצדדים (מהמאמר).

הכרעת ההלכה במחלוקת שבין רש"י ותוספות

המחלוקת: כשפוסקים להלכה כמו הדעה שאומרת שכבר נגמר הדין אי אפשר לעשות פשרה, עלתה מחלוקת בעניין השאלה מהי נקודת גמר הדין?

רש"י – אסור להציע פשרה החל מהנקודה בה מסר הדין את הדין לצדדים.

תוספות – האיסור להציע פשרה מתחיל לפני העברת גזר הדין לצדדים, כשהוא כבר החליט מהו.

השיקולים ביניהם שונים וצריך להכריע במחלוקת הזו.

לצורך ההכרעה במחלוקת ראינו שהשולחן ערוך פסק להלכה כמו רש"י והפוסקים המאוחרים בשולחן ערוך עדיין מקיימים דיונים בעניין זה.

הש"ך לעניין זה מתייחס לדעה של ב"ח ומתייחס לשיקולי הפסיקה:

ש"ך חושן משפט סימן יב ס"ק ד

לשון ש"ך (ליטא 62-1621) לאחר שמביא את דעת הב"ח.

ואמר איש פלוני - ולא נהירא דהא מצוה לבצוע, וכן נראה עיקר כרוב הפוסקים:

(ש"ך = שבתאי כהן שכתב פרשנות לשולחן ערוך שנקרא שפתי כהן; ב"ח = בית חדש, ר' יואל סירקיס)

זו פרשנות לשולחן ערוך.

ר' יואל סירקיס בחיבורו ב"ח עמד מול הדילמה מולה עמד השולחן ערוך, כמו מי לפסוק רש"י או התוספות? הרי הוא לא מחויב לפסיקה של שולחן ערוך. הב"ח לא פסק כמו שולחן ערוך והפעיל עיקרון לפיו אם עוסקים באיסור לעשות פשרה לאחר גמר דין הרי **שאם יש ספק אין ספק** ויש להיות בצד הנכון והמחמיר **כדי להימנע מהפרת איסור**, אפילו במחיר של פספוס החלון הקטן בין "דקדקו היטב" ל"איש פלוני אתה זכאי, איש פלוני אתה חייב" לביצוע. על כן, **הב"ח קבע כמו דעת תוספות**, שכן אינו יודע מה הדין הנכון ועדיף להחמיר מאשר לעבור על איסור.

בעזרת הבנת דבריו של **ר' יואל סירקיס** נבין את דבריו של **ש"ך**:

הש"ך חולק על ר' יואל סירקיס מפני שהרי **מצווה לבצוע**. כלומר, הוא טוען שר' יואל סירקיס עושה לעצמו חיים קלים. אמנם בהחמרה בהלכות שבת לא הפסדת הרבה, אך במקרה של ביצוע הפסדת את האפשרות לעשות פשרה ויש לזה מחיר כבד – **הפסד המצווה לעשות פשרה**. יש מקרים בהם אנחנו מחפשים איזונים ולא ניתן תמיד לפנות לצד הבטוח מבלי לשלם על זה מחיר. העקרון של "אם יש ספק אין ספק" לא עושה עבודה טובה במקרה כזה ולא משתמשים בו מקום בו הוא גובה מחיר קשה כמו במקרה דנן. לכן, יש לפנות לכלל פסיקה אחר – **הכרעת הרוב**.

הש"ך שואל למה להכריע בשיטת רש"י ולא בשיטת תוספות? הוא פונה **לעקרון הכרעת הרוב**, פשוט יותר. הש"ך מצוי במאה ה-17, מרחיק מבט ומסתכל על הפוסקים לאורך הדורות ומחליט עפ"י דעת הרוב.

- **המכנה המשותף** של הש"ך והב"ח הוא ששניהם לא עושים מעשה רציני שהיינו מצפים משופט – אף אחד מהם לא באמת מכריע, אל פונים לעקרונות שמסירים את העול מכתפיהם. הם נוקטים במעין ענווה ויושרה באומרם "מי אני שאכריע במחלוקת של תוספות מול רש"י).
- **ההבדל** בין הש"ך והב"ח הוא העקרון אליו פנו.

היום נראה לנו ברור שמתנהלים עפ"י שלטון הרוב – אך לפי **המרצה** זה לא טריוויאלי. המקום בו התורה מדברת על הכרעה עפ"י הרוב זה המקום בו יושב הרב של שופטים ואומרת "אחרי רבים להטות". אחד הדברים הפחות מוכרים הוא שהעיקרון הזה נעוץ בשלב משמעותי בגיבוש דעת הרוב וזה שלב הדיון. המשנה במסכת סנהדרין אומרת שתנאי הכרחי כשיש מחלוקת עוד בטרם ספירת הקולות של המכריעים הוא שהם יישאו ויתנו בדבר. כלומר, **בטרם הכרעה עפ"י הרוב נדרש דיון בדבר וזה לא טריוויאלי**. אמנם לפי המשפט הישראלי אין דרישה כזו, אך המשפט העברי מאיין את תוקפו של פס"ד במקרה בו לא נעשה דיון בין השופטים בטרם הכרעת הרוב ביניהם.

שיעור 9 – 01/01/2019

הכרעת הרוב במשפט העברי

כשהמשפט העברי מציג את עקרון הכרעת הרוב הוא מציג מספר אפשרות הכרעה בין השופטים בהרכב:

1. 2 זכאי, 1 חייב ← זכאי.
2. 2 חייב, 1 זכאי ← חייב.
3. 1 זכאי, 1 חייב, 1 איני יודע ← אין הכרעה.
4. 2 זכאי, 1 איני יודע ← אין הכרעה.
5. 2 חייב, 1 איני יודע ← אין הכרעה.

- **הערה:** שופט שמצטרף לאחת הדעות כשה-2 האחרות חלוקות הוא למעשה זה שמכריע את הדיון בהצטרפות שלו.
- כששופט שאומר "איני יודע" אנחנו מופתעים, שהרי השופט צריך להחליט ולהכריע את הדיון. עם זאת, המשפט הישראלי אינו מכיר בהכרעה "איני יודע" של שופט. עם זאת, המשנה בן מאפשרת זאת.
- נציין כי למרות שהמ"ע מאפשר לשופט להגיד "איני יודע" זה לא אומר שנמצא את זה הרבה בספרות.
- המרצה** סובר כי יש בהיתר להגיד "איני יודע" רציונל מסוים בתורת המשחקים לפיו הדבר מחייב את השופט שפוסק להעמיק ולחקור על מנת כן לדעת, כלומר, **זה שם עליו לחץ לפסוק רק בדיעה**.

- **הפתרון באי הכרעה הוא הרחבת ההרכב** מתוך התקווה שהרכב רחב יותר תהיה הכרעה. נסביר את זה בשיעור הבא, בהקשר של הדיון בין השופטים בעת הכרעת הרוב.
- יש **ויכוח** האם השופט שאמר "איני יודע" יוצא מההרכב ומוסיף עליו, או שמוציאים אותו ומוסיפים דיינים חדשים.
- אנחנו מכירים את הרחבת ההרכב מבהמ"ש העליון (אך פחות בערכאות הנמוכות יותר).
- דיון נוסף והרחבת ההרכב זה הודאה של ההרכב בסופו של דבר כי מדובר במקרה מורכב ויש מקום להרחיב את הדיון, כלומר שהדיון לא מוצה דיו בדיון הראשון, אם כי לא ייאמר על ידם בפורש כי אינם יודעים.
- סיבה לכך שהשופט שלא ידע לא יצא מההרכב הוא שהשופט מסוגל בדיון הנוסף לשנות את דעתו, או לגבש דעה, בהתבסס על המידע החדש והשיח הנוסף בנושא וזה לא טריוויאלי.
- המשנה מוסיפה לנו מקרה מפתיע בו נדרש להרחיב את ההרכב מעבר למקרה בו נספק: 1 זכאי, 1 חייב, 1 איני יודע שם אין הכרעה. המקרים:

- 2 זכאי, 1 איני יודע ← אין הכרעה.
- 2 חייב, 1 איני יודע ← אין הכרעה.

הסיבה הפורמלית: הסיבה לכך היא שההרכב של ב"ד מממנו יכול לצאת פס"ד הוא הרכב של 3. ההרכב בו 2 מסכימים ואחד אמר "איני יודע" הוא למעשה הרכב חסר ולכן נדרש להרחיב את הדיון.

סיבה חלופית: התהליך של מימוש פס"ד הוא תהליך חסר כי לא השתתפו בתהליך 3 שופטים, במובן שאחד השופטים לא הצליח להציג עמדה לה יוכלו השופטים האחרים להתנגד או להסכים. הליך מלא הוא רק הליך בו כל השופטים גיבשו עמדה ונשאו ונתנו ביניהם, לכן לפי הגישה שגיבוש של פס"ד חייב לבוא מדיון פעיל בתוך ההרכב תוך התייחסות מלאה לכל הדעות שהוצגו במהלך הדיון בין הדיינים, ומכך אי הכרעה של שופט מעידה למעשה על הליך לא מלא ולכן נדרש להרחיב את ההרכב

(לשופטים במשפט העברי יש חובה לקיים ביניהם, אמנם אין חובה חוקית בחוק בהמ"ש הישראלי, אך המשפט העברי כן מחייב בכך באופן מפורש).

דין לא יפעיל לחץ וינסה לשכנע את הדיינים שיושבים איתו לדין בדעתו

נציין כי גם בזמן המו"מ בין הדיינים **החתם סופר** אומר כי השופט לא אמור להיות במקום של להיות אחראי לתוצאה, לכן אסור לו להיות בעמדה בה הוא מפעיל כוח כדי לשכנע את השופט האחר. הדין חייב להביא את העמדות שלו, אך גם לשקול את כל הדעות של הדיינים האחרים שהועלו בפניו, והכל בשיח תרבותי וללא הפעלת כוח. על הדין בין הדיינים להיות פורה, שכן הדין הוא הבסיס לפסק הדין, ויתרה מכך כל עקרון הרוב למעשה נשען על הדין שקדם להבעת הדעות. כלומר, לפי המשפט העברי במקום בו לא היה דין, או שהדין לא היה ממצה דיו ותורם לגיבוש הדעה בתהליך, איננו יכולים להפעיל את עקרון הרוב (כמו ב-2 המקרים המצוינים בתחילת הסעיף).

אם כן, הכרעת הדין בצורתה המלאה בפסק דין תהא בהתבסס על דין, נשאלת השאלה:

רבי יוסף קארו כתב חיבור נוסף הנקרא "בית יוסף" לפני שחיבר את "שולחן ערוך" – שם אסף את כל הסוגיות עד המאה ה-16 בה חיי. בחיבור זה נקט בעקרון ההכרעה של הכרעת הרוב. רבי יוסף קארו ז"ה 3 פוסקים: הרא"ש, הרמב"ם, והרי"ף – ובחן את ההסכמה ביניהם, כאשר יש הסכמה בין כולם או רובם הכריע לפיהם. נשאלת השאלה: מדוע רבי יוסף קארו לא מציג את דעתו ומגבש עמדה שתכריע את ההלכה? התשובות האפשריות:

- **יחידה וענווה:** אינו רואה את עצמו ראוי להכריע בין הפוסקים הגדולים ההלכו.
- **מגבלת זמן:** אילו אפילו רוצה היה לקחת את המלאכה הזו של גיבוש העמדה, המחיר היה לנשולחן ערוך. רבי יוסף קארו רואה את היכולת שלו לגבש דעה במחלוקות הללו כמשהו שהיה מפיל את הפרויקט היות וזה היה לוקח לו מן רב מאוד. לכן השתמש בכלל פסיקה קל מאוד ליישום – **הכרעת הרוב**.

מכך עולה שאלה נוספות: יישום הכרעת הרוב באופן זה אינו הכרעת הרוב כיוון ואין דיון למעשה בין הפוסקים כיוון שהפוסקים הללו לא נפגשו מעולם, הם חיו במקומות שונים ובזמנים שונים. מכך אנחנו מבינים כי באופן בו השתמש רבי יוסף קארו בעקרון הכרעת הרוב, לא ניתן לדבר על עקרון הכרעת הרוב בצורה המלאה שלו (כפי שבא לידי ביטוי בהכרעת דין בין הדיינים בהסתמך על דיון פורה ביניהם).

יישום עקרון הכרעת הרוב בפשרה

מקרה בוחן: יושבים 3 דיינים, הצדדים הסמיכו אותם לפסוק על דרך הפשרה. הדין התקדם, הציגו ראיות, הגישו סיכומים וכעת נדרש להוציא הכרעה על דרך הפשרה. יש מחלוקת בין הדיינים בהרכב מהי הפשרה הראויה. [הפסק שיצא מההרכב לא יהיה פסק דין אלא פסק של פשרה]. 2 חושבים שהתובע צריך לשלם 100 ואחד חושב שהוא צריך לשלם 50. הפשרה שתחייב את הצדדים היא הפשרה שהתגבשה בקרב שופטי הרוב, כמו שקורה ברוב בפס"ד, עם זאת, במקרה דנן אנחנו נתקלים ב**קושי**.

- **הערה:** עד כה דיברנו לכאורה על דין אחד. אמנם יש דרכים במשפט העברי להגיע לדין 1 בדיני ממונות (מתוך הסכמת הצדדים), אך המצב הבסיסי של ביה"ד במשפט העברי הוא הרכב של 3. המשפט העברי מסביר כי ב"ד לא יכול להיות של דן 1 כי רק אלוהים יכול לדון לבד, בני האדם לא רואים את עצמם כמסמכים לחרוץ גורלות. כשדיברנו על אהרון אמרנו שלמרות שאהרון היה דין וישב בהרכבים בביה"ד, הוא יכול היה לעשות שלום בין הצדדים (פשרה) רק מחוץ לביה"ד לפני שהגיעו לפניו לדין. שם למעשה הוא היה לבד, אך לא היה צורך בהרכב – כי לא היה מדובר בדין והכרעה בביה"ד, אלא בגישור במסגרת אחרת.

לעניין הקושי: התוספות אומרות כי עקרון הרוב לא חל בפשרה במקרה בו יש מחלוקת בין הפוסקים. עקרון הרוב לא משרת את המטרה לשמה התכנסנו.

זה נשמע לנו חריג, כי עקרון הכרעת הרוב מאוד מרכזי במשפט העברי.

אם כן, נשאלת השאלה: מה עושים במקרה כזה? הרי השופטים לקחו על עצמם לפסוק בין הצדדים בדרך של פשרה. אם לא מוצאים פשרה צריך להציע פתרון אחר.

רציונל אפשרי לתוספות: אנחנו רוצים שכל הליך הפשרה ילך כולו, אף במהותו, בצורה שאינה דורסנית המוכרעת בדרך של רוב נגד מיעוט, אלא בדרך אחרת. הפשרה נועדה להנציח ערכים ולמנוע דורסנות, אך הכרעת הרוב אינה מממשת שאיפה זו. למעשה, הכרעה של פשרה בין הדיינים במקרה כזה, בדרכי שלום וללא שימוש בעקרון הכרעת הרוב – אלא התפשרות של

ממש ביניהם – מבטאת למעשה את הערכים של הפשרה גם כן. הכרעה בהכרעת הרוב מעידה על צד מופסד וזה לא הרעיון של הפשרה. **אומד דעת הצדדים הוא שהפשרה תקדם את הערכים שלה רק במידה ופסק הפשרה לא יוכרע בדורסנות, אלא בצורה פנימית של שלום ופשרה גם בין הדיינים.**

דוגמה למקרה מעניין:

יעקב נאמן (היה שר המשפטים) ביקר את השאלה מי מרכיב את בהמ"ש העליון. הוא טען שמדובר בקבוצה מצומצמת של אנשים מרחביה בירושלים. לצורך הצגת הביקורת השתמש ב**פס"ד קעדאן**. הוא שאל כיצד יכול להיות שפסה"ד התקבל פה אחד, כשמדובר במקרה כל כך חלוק בשיח הישראלי. נאמן טען כי יש לך 2 תשובות: (1) ייתכן שמי קובע את הרכב השופטים קבע מראש את ההכרעה; (2) או לחילופין לא היו שופטים בביהמ"ש העליון שיכלו להגיע לדעות חלוקות במקרה זה ובכך טמונה בעיה.

אהרון ברק, נשיא בהמ"ש העליון בזמנו, טען כי הוא פנה לכלל השופטים בנפרד והביא לפשרה מסוימת שהיא פסק הדין שהתקבלה. אהרון ברק הבהיר כי היה שמח שיתכנסו לדעת אחת, וזו הייתה הדרך שלו לעשות כן. מתוך מגוון הדעות והוויכוחים שהיו בפסה"ד מצאו נוסחה שנותנת לנו עיקרון צר של פשרה, שכן אף אחד מהשופטים לא קיבלו ב-100% את מה ששאפו אליו.

עם זאת, **הדיון במקרה הזה לא היה דיון אמיתי ואין מדובר על פשרה אמיתית**, אלא הוא הפעיל מניפולציה של דיון ולא היה מו"מ אמיתי כפי שדורש המשפט העברי למעשה.

הביקורת של המרצה: מי אמר שמה שאנחנו זקוקים לו בהליך של דין זה היה לשמוע דעה אחת, ולא לשמוע את מגוון הדעות. מי שמו להחליט שנדרש פשרה בתוך השופטים? (הביקורת שלו היא לאו דווקא העובדה שלא הייתה מחלוקת בין השופטים בפסה"ד, אלא על עצם ההחלטה שלו לעשות את ששעשה).

גישת המשפט העברי בעניין הכרעת הרוב על פני המיעוט

במשפט העברי יש מונח שמדבר על מה קרה כשאמרנו שהולכים אחרי הרוב נגד המיעוט – ביטול דעת המיעוט. נציג את מה המשפט העברי חושב על כך בעזרת דילמה שעלתה במשפט הישראלי:

שר המשפטים מינה פרופסור מבר אילן (אהרון אנקר) לעמוד בראש וועדה שבחנה את הטענה לפיה יש מעט מידי זיכויים בהליכים פליליים במדינת ישראל. ועדה רצינית תבדוק את העניין מתחילת הצינור ועד סופו. ייתכן שהזכאי זוכו עוד בפרקליטות.

אחת הטענות שנטענו בפני הוועדה הייתה טענה לפיה אם רוצים להרבות זיכויים או ליצור מצב שעומדים בשיעור גבוהה יותר של זיכויים, אולי נקבע כי במשפט הפלילי במדינת ישראל יש להכריע פה אחד ולא ברוב דעות על מנת להרשיע. אנשי תורת משחקים טענו שבאופן פרקטי זה לא יעזור כי כל שופט שהופך להיות בלשון המאזניים – יכריע עם הרוב כדי לא להפיל את הדין.

הסבר נוסף לטענה זו היה עניין הספק הסביר. למעשה, אם לוקחים ברצינות את העקרון של ספק סביר לא ניתן להחזיק בעקרון של הרשעה ברוב דעות כיוון שהדעה החולקת היא הספק הסביר.

זוהי טענה מהותית ולא רק פרוצדורלית, לכן היה צורך בהסבר תורת משפטי מהותי ולא היה עוד עניין רק בשינוי אחוז ההרשעות בישראל.

העמדה הכללית של המשפט העברי היא מאוד פרו-נאשמים במשפט הפלילי. מאוד נזהרים מהרשעות. אז איך מכריעים במשפט העברי ברוב דעות?

המרצה משתמש ב**עקרון של ביטול** – הרוב למעשה מבטל את המיעוט. הטענה למעשה היא שבשלב ההכרחי בדיון (במו"מ) בין הדיינים, במסגרת הרוב שמע את דעת המיעוט חשב על זה ועדיין קיבל החלטה אחרת על פי דעת הרוב ובכך ביטל את דעת המיעוט.

שיעור 10 – 08/01/2020

(המשך שיעור...)

כאמור, **התוספות אומרות כי עקרון הרוב לא חל בפשרה רציונל אפשרי אחד** לכך הוא שהרעיון של לעשות "פה אחד" מפשר בהרכב של הדיינים בפשרה, למעשה מגשים את מה שאנחנו מייחסים לצדדים בהליך הפשרה.

רציונל נוסף אפשרי:

נחזור לדוגמה שלנו: במשפט הישראלי, בוועדת אנקר, עלתה הטענה כי כל הכרעה במשפט הפלילי ברוב דעות לא יכולה לעמוד בקנה אחד עם העיקרון הבסיסי של "מעבר לכל ספק סביר", כי בעצם העובדה שיש שופט אחד שמתנגד להרשעה הוא מהווה את הספק הסביר שהתעורר. בשל כך, הוועדה עמדה מול איום על הרשעות המשפט הפלילי עד לנקודה זו.

דבר דומה קורה במשפט העברי, שגם הוא מכריע לכאורה ברוב דעות, אפילו במשפט הפלילי ובמקרים של עונש מוות (אם כי לא בדין יחיד, וגם לא בהרכב של 3 – בשביל רוב בדיני נפשות צריך רוב מיוחס, לפחות 10-13). אז איך המשפט העברי חיי עם הקושי המתואר בעניין "הספק הסביר".

המרה מציע כי הרעיון של רוב מבוסס על רעיון שבלוע ברעיון הרוב – **רעיון הביטול** – למעשה, כשמדברים על רעיון של רוב מדברים על כך שהרוב מבטל את המיעוט.

מה משמעות הביטול בהקשר של ההרכב? הרי לא מדובר בזלזול בדעת המיעוט שנגמר בביטולו, אלא מדובר במצב בו הדיינים קיימו דיון (מו"מ) כפי שהם נדרשים במשפט העברי, כל זוויות הדיון בקיים הזה הועלו, כל הצדדים הביאו את דעתם על מנת שתישקל, וכל הדעות נשקלו על ידי כל הדיינים. [הדין הכי צעיר בהרכב יתחיל לדבר ראשון בכדי לא להביא למצב בו הוא חושש להביא את דעתו, מתבייש או מבטל את עצמו בעצמו]. במצב זה, הכוונה בביטול דעת המיעוט היא הבטחה של דעת הרוב המרשיעה/מכריעה שקלה את כל זוויות המבט שהועלו על דעת המיעוט, וההחלטה היא הרשעה על בסיס כל אלו – כלומר, אין מדובר בגישה כה דורסנית כפי שניתן לחשוב. **הביטול הוא בשקילת כל הדברים וקבלת החלטה מנוגדת** – ללא זלזול בה. אין ספק סביר כי לדעת הרוב אין ספק סביר, היות והיא שקלה את כל הזוויות הנוספות וביטלה אותן.

אם כן, הנושא של הדיון בין השופטים הוא מאוד קריטי ואם המשפט הישראלי רוצה לתלות עצמו על הקולב הזה הוא חייב לקיים דיון – ולא לפעול כפי שהם פועלים היום. על נושא הדיון לעבור רגולציה פנימית, שתביא להבנה של השופטים כי יש ערך למו"מ ביניהם.

למה בפסיקה על דרך הפשרה רעיון הרוב וביטול המיעוט לא מתאים?

כאמור, **רציונל אחד** שמנינו הוא שבפשרה אין הכרעת הרוב זה מניעת דורסנות המיעוט והגשמת רצון הצדדים, להגיע להכרעה בדרכי שלום.

אך יש רציונל נוסף. עולה השאלה למה, עיקרון ביטול דעת המיעוט לא מתאים במצב של פשרה?

כשמדובר בחשיבה משפטית נטו, תרשים הזרימה של העבודה המשפטית הוא ידוע – אנחנו מבררים את העובדות על פי דיני הראיות, ואחרי בירור העובדות יישמנו את העקרונות המשפטיים, החקיקה, הפסיקה על החקיקה וכו' – אך בפשרה אין לנו שיקולים מוגדרים, והדיינים שוקלים שיקולים שהדין בכלל לא שוקל. כל אחד מהדיינים מפרש אחרת את האיזון של שלום וצדקה, ומעריך אותם אחר – אין תורת משפט מסודרת ומובנית שאמורה להביא לתוצאה ברורה.

עקרון הביטול לא מתאים פה כי הרעיון הכללי של פשרה אינו מאפשר קיומו של עקרון זה במצב של מופשט יותר שדורש הערכה של איזונים, ולא הכרעה בהתבסס על כללים ושיקולים ברורים וחד משמעיים.

חריגים לכלל "נגמר הדין – אין רשאי לבצוע"

(דף מקורות: 5)

דנו בשאלה מהם השלבים הפרוצדורליים – עד איזה שלב ניתן להציע פשרה? אמרנו, שברגע שנגמר הדין אין רשאי לבצוע (לא ניתן להציע פשרה לצדדים), והגדרנו מהו הזמן בו "נגמר הדין".

כעת נציע **חריגים** לכך.

המשפט העברי היה בעולם של חוסר באוטונומיה שיפוטית, והיהודים רצו לסגור את הסכסוכים בתוך הקהילה כדי להימנע מפניה לשלטונות מסיבות ברורות. לכן, תרו אחר חריגים שיאפשרו לסגור את הסכסוכים בתוך הקהילה אפילו לאחר מתן פס"ד.

חריג 1: ריא"ז (חריג רחב)

פסקי ריא"ז (רבי ישעיה אחרון זקן) (מהדורת מכון התלמוד הישראלי השלם, תשנ"ד), יט (מאה 13-14, אחרי קביעת הכלל שנקבע בתלמוד הבבלי).

נגמר הדין אין רשאי לפשור אלא ייקוב הדין את ההר.

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.

"לפשוט" = הריא"ז מחליף את המילה "לבצוע" במילה לפשוט.

הריא"ז מחדש שברגע שהגענו לנקודת הזמן בה לא ניתן להציע עוד פשרה, חזרנו למעשה לנקודה של "ייקוב הדין את ההר". אנחנו למעשה בדעה של **רבי יהושע בן קרחה** שכן מתירה פשרה, אך למעשה הוא אומר שרגע שהגענו לנקודה האמורה – חזרנו לדעה של **רבי אלעזר** שמתנגד לפשרה.

"ונראה בעיני" = מקום בו אני אומר דבר חדש, בו איני נשען על משהו, אלא מוסיף דבר חדש במשפט העברי שלא נאמר על ידי אף אחד. אני הכתובת למי שמתנגד, לכן גם הדעה הזו חלשה יותר מדעותיהן של גדולים.

הריא"ז מחדש וטוען כי (במונחים של היום) לדעתו כל הדיון הסוגיה של הפשרה במ"ע, כולל המחלוקת בין רבי אליעזר ורבי יהושע בין קרחה דנה ב**ס'79א(א) לחוק בהמ"ש** אשר מדבר פסק של פשרה (בהליך אזרחי רשאי שופט, בהסכמת הצדדים לפסוק בסכסוך שבניהם על דרך הפשרה). רבי אליעזר לא התנגד לתיווך לפשרה (ס'79א(ב)) – אלא לפסק הפשרה (בו הצדדים מלכתחילה פונים לפשרה באמצעות בית הדין, ולא מגיעים בכלל לפסק דין). בשלב זה, לאחר מתן פסק הדין – לא ניתן לפנות לס'79א(א) יותר, ולהטיל על הצדדים פשרה. עם זאת, ברגע שנגמר הדין, כבר יש פסק דין, וכל אחד יודע האם זוכה או חייב – כן ניתן להציע לצדדים פשרה, בדומה ל**ס'79א(ב)** (שקובע כי 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). זאת במטרה להביא את הצדדים להסכמה מלאה ולשלום אמיתי, והכל בתנאי שהשופט לא מפעיל כוח על הצדדים במטרה לשכנעם – שכן הפשרה היא מצווה גדולה. למעשה השופט אומר לצדדים כי על אף שפסק הדין שכתב טוב מאוד, הוא לא יביא לשלום ביניהם והם יכולים לפנות לפשרה בדרך של תיווך לפשרה. בדרך תיווך לפשרה הצדדים לא מסתכנים, שכן הם כבר יודעים את פסק הדין בעוד בפסק של פשרה מדובר בהליך שיפוטי מלא והצדדים למעשה לוקחים סיכון בקיום הפשרה, שכן אולי בפס"ד אולי הצד הזוכה היה מרוויח יותר. לפי הריא"ז רבי אליעזר לא מתנגד לתיווך לפשרה, אלא לפסק פשרה בביה"ד.

חריג 2: רבי יוסף קארו – אדם שאינו דיין

בית יוסף סימן יב

מצאתי כתוב בשם ספר אגודה דאדם שאינו דיין יכול לעשות פשרה אפילו לאחר גמר דין.

רבי יוסף קארו אומר כי האיסור לעשות פשרה לאחר גמר דין מוטל על הדיין, אך בעל הדין יכול לפנות לפשרה לאחר סיום הדין.

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.

מדובר בהרחבה ויישום של החריג. הדגש במקור זה הוא שחילול פסק הדין הוא בזה שהפשרה נעשית במקום בו נעשה המשפט. כלומר, שאדם שאינו דיין יכול לפנות לפשרה כל עוד ההליך לא מתבצע במקום בו נפסק הדין מלכתחילה, כדי לא לחלל את הדין.

שיעור 11 – 15/01/2020

(דף מקורות: 5)

למרות שאנחנו עוזבים את המקורות העיקריים שאומרים האם פשרה היא איסור או מצווה, אנחנו מתמקדים בפן ההלכתי ורואים כי יש גם לה מגבלות. כפי שאמרנו ברגע שנגמר הדין כבר אי אפשר לעשות פשרה, אך יש לכך חריגים.

דיברנו על 2 חריגים בשיעור שעבר. החריג הראשון (הריא"ז) עושה מהפכה פרשנית ומחלק את כל הפשרה להבחנה בין **ס'79א(א)** ולבין **79א(ב)** בחוק הישראלי. עם זאת החריג השני הוא בתוך בקהילה היהודית, ומתמודד עם דין שנעשה שלא מוצא חן בעיני הצדדים, כאשר אלו מאיימים לפנות למקורות אחרים, לא יהודיים.

כל הנושא של הפשרה והחריגים חוסה תחת המאמר שהתבקשנו לקרוא (הדבר המרכזי במאמר זה הרציונליים שלא הרבנו לפרט אותם בכיתה).

חריג 3: כלי השבועה

במשפט העברי, חלק מהכלים שעומדים לרשות השופט זה כלי השבועה (שלא עומד לרשותנו במשפט האזרחי היום, שכן ערך השבועה אינו נתפש אותו דבר בעיני הציבור כיום).

תוספות ד"ה נגמר הדין, סנהדרין ע"ב

ומיהו כשמתחייבין שבועה זה או זה שרי למימר להו לעשות הביצוע כדי ליפטר מעונש שבועה.

פירושים: "מיהו" = אולם; "שרי" = מותר; "למימר" = לומר; "ביצוע" = פשרה; "זה או זה" = התובע או הנתבע.

כשיש התחייבות בשבועה, זה מקרה בו מותר לעשות את הביצוע ולהיפטר מעונש השבועה. כלומר, זה דרך להיפטר מפס"ד במקום בו מעורבת שבועה.

יודעים שזה **חריג** בשל האמירה "אולם". שכן הכלל הוא "נגמר הדין אין רשאי לבצוע", אך התוספות מסתייגות ואומרות: **מותר לעשות פשרה לאחר גמר הדין כדי להיפטר מעונש השבועה**.

אם כן, אנחנו מבינים כי שבועה היא דבר מאוד רציני, ונעשית על ספר תורה/קוראן/ברית חדשה.

השבועה עליה מדברים כאן היא שבועה על ספר תורה (ולא הגרסה המודפסת שיש לנו היום).

יישום המושג שבועה כחלק מפס"ד:

שולחן ערוך חושן משפט סימן פז סעיף ב

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);

פירושים: "ונקה" = חלק ממידות הרחמים. מנקים זה חזרה בתשובה.

עונש השבועה = מטילים שבועה על התובע/נתבע כדי להבין אם דבריו אמת.

בקטע זה נאמר כי אין מחילה לאדם ששיקר תחת שבועה.

בחברה שלנו יש אפשרות שאדם ישים יד על ספר התורה וישבע שקר זה בעיה של כל החברה, כי כולנו ערבים זה לזה.

אם כן, תוספות נדרכים כאשר יש חיוב שבועה, משום ששבועה היא דבר מאוד חמור, ואנחנו נרתעים מזה (כי שבועת שקר היא בעיה של כלל הציבור).

דוגמה לכך ניתן לראות בעובדה שבתקנות בתי הדין הרבניים יש אפשרות להטיל שבועה על הצדדים, אך בתי הדין לא משתמשים בזה דה-פקטו.

שורה תחתונה: התוספות אומרים כי במקרה בו הכללים מחייבים את הצדדים בשבועה של אחד הצדדים, ניתן לפדות אותה בפשרה. זה אינטרס של 2 הצדדים שלא תהיה שבועה, בגלל החומרה שבכך, ולכן מבררים איזה סכום ייתר את השבועה במקרה דנן, ויפטור מעונש השבועה. למעשה, **הרציונל של התוספות הוא לעשות פשרה כדי להימנע משבועת שווא/שקר שמטילה אחריות על כל עם ישראל.**

קושי עם חריג זה:

למרות שהרציונל של התוספות ברור, בתלמוד נאמר כי ברגע שנגמר הדין לא ניתן לעשות פשרה, והפתרון שמציעות התוספות לא מופיעות בתלמוד. מהיכן לוקחות התוספות את הסמכות לעבור על האמור על הכלל התלמודי?

פתרונות לקושי:

1. מדובר בהכרעה ערכית של תוספות תוך איזון בין כובד האיסור לעשות פשרה לאחר גמר דין, לעומת עונש השבועה.
2. לפי הריא"ז, אסור להציע פשרה אחרי גמר דין ככל שהדבר מקנה סמכות שיפוטית. במקרה דנן לא מדובר בפשרה שיפוטית לאחר פסיקת דין לפי דין תורה.
3. התוספות מדברות למעשה על מצב בו הנתבע פטור אם הוא ישבע על טענת הפטור שלו, אך איננו רוצים ששבועתו תהיה שבועת שווא, אם הדין שנפסק הוא טעות או אינו ראוי. לכן, הפשרה מהווה פידיון של השבועה, במקומה נותנים כסף. הפשרה שהתוספות מציעות, אינן ביצוע כפי שדיברנו עליו עד כה, אין זה הביצוע של בן קרחה. לכן, התוספות חושבות שניתן להציע פשרה כזו שכן היא טכנית לחלוטין, אך אין לה שום דבר עם ערכי הפשרה – שלום וצדקה – אותם ניתן לעשות לפי חכמים עד גמר דין. הפשרה במקרה דנן היא אי ביצוע פס"ד, אלא קירוב של מה שהיה צריך להיות בגמר הדין. הביצוע הוא סטייה מדין שנפסק, אך לא הפשרה עליה דיבר רבי יהושע בן קרחה.

פשרה כפויה

(דף מקורות: 7)

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:

מדובר על שימוש בפשרה במקומות בהם המשפט העברי לא מצא פתרון טוב יותר.

אמרנו בתחילת הקורס שהמילה "פשרה" מופיעה במשניות פעם אחת בלבד וזה המקור הזה.

בעבר היה ניתן להינשא ליותר מאישה אחת. כאשר אדם נישא ליותר מאישה אחת, לכל אחת מהן תהיה כתובה נפרדה.

מה שמארגן את נישואיו והתחייבויותיו של הגבר לנשותיו היא הכתובה, בנוסף ליצירת שיעבוד על יחסיו (כלומר, במצב בו אדם נפטר ואין די כסף לחלק בין 2 הנשים לפי הכתובה, הרי שהאישה הראשונה קודמת).

תיאור המקרה:

אדם היה נשוי ל-2 נשים, ומכר את השדה לאדם שלישי אחרי שנישא לאישה השנייה (2 כתובות + עסקת מכר).

- **הערה:** עסקת מכר אמנם היא מיידית, אך היא יוצרת שעבוד של המוכר לקונה (שכן העסקה לא התקיימה במסיבה כלשהי והמוכר חייב לקונה כעת כסף). שיעבוד זה הוא אחרון בסדר העדיפויות של השעבדים (האישה הראשונה קודם, אח"כ השנייה, ולבסוף הקונה).

האישה הראשונה עושה עסקה in person ולא in ren ומציעה למוכר לקנות את מקומה בתור, בתמורה לסכום מידי (אך עסקה זו אינו תקפה כלפי כולא עלמה, אלא רק במצב בו האישה הראשונה עומדת מולו). כלומר, האישה הראשונה לא יכולה להמחות את הזכות של האישה השנייה לקונה 3, אלא רק את זכותה (היא יכולה להמחות רק מה שיש לה).

האיש מת ונוצר מעגל שוטה שחוזר שוב ושוב, ללא מוצא, משום שהעסקאות יצרו מצב שבכל זמן נתון, כשאני מחזיק בנכס יש מישהו שיכול להוציא ממני.

המעגל השוטה: אם קונה 3 ייקח את מה שמגיע לו, אישה 2 תבוא לדרוש זאת במקומו, כי היא קודמת לו.

1. קונה 3 עומד במקום אישה 1 למימוש השעבוד.

2. אישה 2 עומדת לפני קונה 3.

המשנה אומרת כי הפתרון למעגל השוטה הוא לעשות פשרה בין 2 הצדדים.

עם זאת, יש כאן **בעיה פרשנית** – כאשר אומרים "ויעשו פשרה ביניהם" האם מדובר על כפיית בית הדין לעשות פשרה (כי המשפט העברי לא מוכן לאפשר מעגל שוטה כזה) או שהמשנה רק מציעה לעשות פשרה במקרה בו הצדדים לא ימצאו פשרה ביניהם?

מקרה דומה:

תוספתא בבא קמא ב' י'

היה אחד מהן טעון ואחד רכוב מעבירין את הטעון מפני הרכוב אחד טעון ואחד ריקן מעבירין את הריקן מפני הטעון ... היו שניהן טעונין שניהן רכובין שניהן ריקנין **עושין פשרה** ביניהם וכן שתי ספינות ... שתייהם פרוקות ושתייהן טעונות עושות פשרה ביניהן.

הקונפליקט: מדובר על מעבר צר בנהר שכולם משתמשים בו. כללי התור מגדירים שמי שהגיע ראשון עובר ראשון וכן הלאה.

נשאלת השאלה: מה קורה במקרה בו 2 הגיעו ביחד תור?

כללי התור קובעים: בוחנים את הסחורה של הצדדים ומתעדפים את האחד על השני על בסיס זאת (הסחורה של מי עדינה יותר ותתקלקל קודם?).

עם זאת, **עולה שאלה נוספת:** מה קורה במקרה בו 2 הצדדים הגיעו באותו זמן, לשניהם יש את אותה הסחורה בדיוק וכללי התור כבר לא מועילים?

התשובה של המקור: לעשות פשרה בין הצדדים.

איזו פשרה אפשר לעשות? הרי אחד מהם צריך לעבור ראשון.

נציע פתרונות אפשריים:

1. אחד יוותר לשני.
2. האחד משלם לשני בעבור הזכות לעבור ראשון.
- הפתרון ה-1 הוא האידיאלי.
- **קושי:** הפתרון ה-2 לא פותר את הבעיה, שכן (1) 2 הצדדים רוצים לעבור ראשונים ולפצות את השני, או (2) ייתכן אף מצב בו 2 הצדדים מציעים לשני לקנות את הזכות לעבור ראשון.
- **פתרונות לקושי:**
 - להוציא למכרז את הזכות לעבור ראשון ולפצות (BMBY – buy me buy you).
 - הגרלה בין הצדדים על הזכות לעבור ראשון.

גם כאן **עולה השאלה** – האם מדובר בכפיית פשרה על הצדדים מקום בו אין למשפט פתרון להציע לצדדים, שכן כללי התור נגמרו, או שמא מדובר בפשרה מוסכמת בין הצדדים? ויתרה מכך, מי עושה את הפשרה, הצדדים או בית הדין?

מקור זה אומר כי **במצב זה על המשפט להרכין ראשו ולאפשר לצדדים להגיע לפשרה ביניהם, בהסכמה וללא כפייה, ומבלי התערבות מערכת המשפט.**

עם זאת, מקור זה הינו מקור תנאי. כעת נביא מקור מאוחר יותר:

תלמוד בבלי, מסכת סנהדרין, דף ל"ב

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 בדשנין.

קראי; אחד לדין ואחד לפשרה. כדנתיא: 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 שתייהן קרובות, שתייהן רחוקות - **הטל פשרה** ביניהן, ומעלות שכר זו לזו.

הרקע לדיון כאן חוזר לפסוקים מהתורה המובאים בתחילת המקור.

ריש לקיש קורא בתורה ומביא 2 פסוקים:

1. בספר ויקרא פרק יט' נאמר "בצדק תשפט עמיתך".
2. בספר דברים פרק ט"ז נאמר "צדק צדק תרדף".

ריש לקיש מנסה להבין את היחס בין 2 הפסוקים.

התשובה המובאת ע"י **הרב אשי** מציעה פתרון לפיו יש לקרוא את התורה תוך הבחנה בין 2 המקרים: (1) הפסוק הראשון מדבר על דין; (2) הפסוק השני מדבר על פשרה.

ברגע שהזכרנו את המילה פשרה, התלמוד הבבלי מדגים לנו מזה פשרה (שכן אינו מדבר על הפשרה עליה מדבר רבי יהושע בן קרח). לשם כך מובא מקור תנאי הקובע כי "צדק צדק תרדף אחד לדין ואחד לפשרה" אשר מאשש את שאמר הרב אשי. המקור התנאי מדבר על מקרה דומה עליו דיברנו עם הסירות ומציע פתרון למקרה של שוויון מוחלט בין הסירות.

המקור למעשה אומר לנו כי הפתרון לקושי הוא כפי שחשבנו קודם. לביה"ד / לבעל הסמכות ההלכתית המשפטית מוסמך לכפות פשרה על הצדדים תוך כך שהאחת מפצה את השנייה.

אמנם במקורות הקודמים תהינו האם הדין העברי מאפשר חוסר יעילות או אלימות אף בין הצדדים להסדרת הבעיה, הרי שבמקור הזה המטרה היא לכפות את הפשרה ולא לעמוד מהצד ולתת להם להיתקטש ביניהם.

אכן, עד כה, היה ברור לנו שהפשרה שדיברנו עליה לא הייתה פשרה כפויה, אלא פשרה מוסכמת בין הצדדים, שכן הייתה לצדדים ברירה – למשפט היה פתרון לסיטואציה, למעט הפשרה אשר מהווה מסלול מקביל, נוסף. עם זאת, במקרה הזה אין למשפט פתרון לסיטואציה – אין מדובר על 2 מסלולים מקבילים עוד, ולכן לא מדובר על הפשרה עליה מדבר רבי יהושע בן קרח.

זה בהחלט מקרה מאוד חריג כשמשווים אותו למשפט שלנו היום, כי המשפט שלנו לא מגיע לאמירות כאלה שלמשפט אין מה לעשות – שהרי מבחינתו הכל שפיט, זאת בעוד המשפט העברי מגיע לתורת משפט אחרת בה המשפט העברי מודיע כי אין לו פתרון לפי כללי הדין. הפתרון כאן אינו נוגע עוד לאיזון הזכויות של הצדדים, אלא בא להציע פתרון מקום בו למשפט העברי אין פתרון.

חשיבות המהלך של המשפט העברי:

פס"ד כנען – אישה קנתה תמונה בשוק פשפשים בארה"ב, אך התברר כי התמונה שייכת למוזיאון ולמעשה נגנבה. נשאלה השאלה האם חלה תקנת השוק?

רואים בפסה"ד כי על אף שמדובר לכאורה בהכרעה בינארית (כן או לא), הרי שהאישה יצאה עם קופה קטנה של כספים. ביה"ד כפה את המוזיאון לשלם לאישה סכומים שלכאורה לא מגיעים לה. אם כן, הרי שבהמ"ש עשה מעין פשרה כפויה על הצדדים, למרות שבפועל אין לו באמת סמכות כזו.

המרצה חושב שזה מאוד יפה שהמשפט יודע להודות שיש לו גבול ויודע להתמודד עם זה. גם אם השיטה של המשפט העברי משאירה מקום בו היא כופה פשרות, היא מבהירה כי לשופטים יש גבול כשמדובר בהכרעת הדין, ועדיין משאירה מקום לפתרון בעזרת כלים חיצוניים לדין.

בג"ץ 2222/99 אנד'ל (אורה) גבאי נ' בית הדין הרבני הגדול ואח' פ"ד נד (5) 401 (קריאה לשיעור הזה)

נשאלת השאלה האם בהמ"ש יוצא נגד המשפט העברי? המרצה חושב שלא. בהמ"ש בחן את המשפט העברי, ואת הכלים שהוא מציע והביע ביקורת על פעולתו של ביד"ר. בהמ"ש העליון קבע כי הוא לא השתכנע כי בכלים שיש לביד"ר, הוא לא היה זקוק לפנות לכלי של פשרה כפויה, שכן יש לו כלים אחרים בהם הוא יכול היה להשתמש על אף שכלי הפשרה הכפויה כן עומד לרשותו, אך רק במקרים קיצוניים וחריגים ביותר.

תשובת הרא"ש בלל 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. ולכן נתנו חכמים רשות לדיין לפסוק לפי ראות עיניו במקום שאין הדבר יכול להתברר בראיות ובעדויות – פעמים באומד הדעת ופעמים כמו שיראה הדיין – בלא טעם ובלא ראיה ובלא אומד הדעת, ופעמים על דרך פשרה.

רבנו אשר כותב כי לביה"ד אסור להוציא את הדין חלוק – תפקידו לשים את המחלוקת מאחורי הצדדים ולמצוא פתרון, גם אם הפתרון הוא קשה. ביה"ד חייב להביא לשלום בין הצדדים תוך הכרעה בסכסוך. אם לא יכריע ביה"ד מי שיצא נשכר הוא הרמאי. לכן, לצורך כך, **חכמים נתנו לדיין כוח בשעת חירום לפסוק לפי ראות עיניו (שיקו"ד) במקום בו הדבר לא יכול להתברר בראיות ועדויות, שכן מערימים עליו קשיים**. מדובר על מקום בו היה ברור לדיין שמרמים אותו ויש פה בעל דין שלא משת"פ עם ההליך, אלא משבש ראיות ואת ההליך עצמו. לכן, במקרה כזה, **רבנו אשר**, אומר כי אל לדיין לעצום עיניו, אלא לפסוק את הדין כפי שהוא רואה לנכון – לעיתים לפי אומד דעתו, לעיתים כפי שהוא רואה לנכון לא ראיות וללא אומד דעת ולעיתים לפי פשרה כפויה.

תשובת הרא"ש הזו היא הבסיס למה שראינו בפס"ד אורה גבאי, בו אמר בהמ"ש כי לביה"ד יש סמכות לעיתים אף לכפות פשרה על הצדדים.

במשפט הישראלי **בפס"ד כנען**, קרה מקרה בו לא ברור לנו איך בהמ"ש הגיע ל"פשרה הכפויה" לכאורה אליה הגיעה, כיוון שלא ברור לנו מהיכן הסמכות לעשות כן. זאת בעוד המשפט העברי מאוד ברור ושם את הדברים מבעוד מועד על השולחן, כפתרון לשעת חירום.

סיכום ההבחנות בין הפשרה בה עסקנו עד כה לבין פשרה כפויה

ר' מאיר שמחה משך חכמה על דברים טז ב' (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 שאין דין מצוה לכולי עלמא לפשר.

3 דברים שמבחינים בין הפשרה של ר' יהושע בן קרחה לבין הפשרה הכפויה:

1. בפשרה לפי **רבי יהושע בן קרחה** יש מחלוקת תנאים האם פשרה היא מצווה או איסור, בעוד בפשרה כפויה כולם יסכימו כי זו מצווה.
2. על מי מצווה לעשות פשרה:
 - א. הפשרה לפי **רבי יהושע בן קרחה**: הדיינים מצווים להציע פשרה לצדדים.
 - ב. הפשרה הכפויה: בעלי הדין מצווים לפשר, כי אין פתרון אחר והדיינים מחויבים לכפות עליהם להתפשר.
3. הפשרה של **רבי יהושע בן קרחה** היא אלטרנטיבה לדין אפשרי, בעוד בפשרה כפויה מדובר על מצב בו אי אלטרנטיבת דין אפשרית.

שיעור 12 – 22/01/2020

(דף מקורות: 9)

שיקול הדעת של המפשר

מבחינת המשפט הישראלי

ע"א 1639/97 אגיאפוליס בע"מ ואח' נ' הקסטודיה אינטרנציונלה דה טרה סנטה פ"ד נג (1) 337 תק- על 99 (1) 723

פסה"ד ממחיש חיבור בין מה שעשינו כל הסמסטר למשפט הישראלי. הזכרנו מספר פעמים את **ס'79א לחוק בתי המשפט** אשר בנוף, הבינלאומי, בהסתכלות על משפטי העמים במדינות דומות לנו, לא נמצא סעיף דומה לזה. למעשה, התמיהה שמשדרות אותן מדינות כנראה מבטאת את הרעיון שאם השופט משתמש בכובע המשפטי שלו עליו להשתמש במשפט המדינה המחייב, ואם הוא פונה לכיוון של פשרה עליו לקבל את הסכמת הצדדים – אך, קבלת כוח שיפוטי מהצדדים כדי לסטות מהדין נראה להן מאוד מוזר.

בהיסטוריה, ניתן לראות בהצעת החוק של החקיקה של **ס'79א** כי הרעיון הגיע ממקום של הרס ופסיקת של פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (פלת"ד), משום ששם האחריות היא מוחלטת, לא נידונה והשיח הוא על גובה הנזק. ראו כי הרבה זמן שיפוטי הולך על מומחים וביורורים ולכן נולד הרעיון של לתת לשופטים יותר כוח שיפוטי להשתמש בהסכמת הצדדים. אם כן, משיקו"ד תחום שניתן לשופטים **בס'79ג**, הגיע הסעיף שנותן להם סמכות יותר רחבה לפסוק על דרך הפשרה בכל עניין שיפוטי.

בפס"ד אגיאפוליס הצד התובע, שגילה בפסה"ד שנקבע כי על דרך הפשרה לא מגיע לו דבר הופתע מאוד (מבחינת הצפייה של אדם שניגש לס'79א מתוך מחשבה שלפחות יקבל דבר מה).

השלכות:

- התוצאה של פסה"ד הייתה שעוה"ד לא מסכימים עוד לפשרה עפ"י **ס'79א**.
 - לכן, למעשה, השופטים התחילו להסביר בפירוט לעוה"ד ולצדדים את ההשלכות האפשריות של הסכמה לסעיף זה, שכן הסיכוי של ערעור על הכרעה בהתאם לסעיף זה הוא מאוד קלוש.
 - עם זאת, הצדדים יכולים להתנות הסכמה ל**ס'79א** בנימוקו של השופט את פסה"ד, על מנת שערעור בתיק יוכל להתקבל. אך, חשוב להבין כי עדיין, הסיכוי שערעור יתקבל על ס'79א משתפר רק במעט מאוד כאשר השופט ינמק את פסה"ד. למעשה, כמו שקשה לערער על פסק בורר, אפילו אם הבורר לא

פסק לפי הדין המהותי, כיוון שהבורר למעשה מקבל את הסכמת הצדדים, כך גם קשה לערער על פסק

דין שהתקבל בהסכמה לפשרה לפי ס'79א.

- במטרה לגדר את הסיכון, עוה"ד החלו מצמצמים את שיקוה"ד של השופט וקובעים טווח הסכמה לפשרה (כלומר, קובעים שהשופט לא יכול לקבוע לצד אחד 0 ולשני 100).

נדגיש כי כדאי לבקש נימוק של פסה"ד שהתקבל בפשרה מסיבות נוספות:

- שהצדדים יוכלו להשלים ולהסכים עם פסה"ד.
- הפשרה היא עדיין מסלול חדש, וכדאי שהיה נימוק גם בהיבט התקדימי.
- כשאני מפקיד אצל אדם שיקו"ד, ושיקוה"ד שלו לא עובד בהכרח לפי הדין המהותי, אלא מובנה בעולם של בוררות / פשרה, אני רוצה שהשופט ידע לנמק את ההכרעה שלו כדי להכניס לו לתודעה עבודה לפי שיקול דעת סדור וייסודי, ולמנוע מצב שהכרעתו הגיעה "מהבטן" וממקום של אינטואיציה.

פס"ד אוני אבו אותיר (ביה"ד לעבודה, הגיע לפני אגיאפוליס)

פסה"ד עסק בדיוק באותה סוגיה של ס'79א, נשאל:

1. האם פסה"ד יכול להיות בינארי (היינו – האם הפשרה יכולה להיות הכל או כלום)?
2. האם הפשרה סוטה בהכרח מהדין המהותי, או שהיא יכולה להתלכד איתו? ואם היא יכולה להתלכד איתו, הרי מה המטרה של הפשרה?

בפסה"ד ענו על השאלה הזו, בשונה מאגיאפוליס, על פי המשמעות הלשונית-מילונית למילה "פשרה".

האם ראו כי "פשרה" מגיעה מהמילה "פושר" – לא קר לא חם – כלומר, שהשופט לא יכול לפסוק כלום, כי אפס זה לא פושר, ולכן על השופט לפסוק לפחות משהו לצד "המפסיד", עליו לקבוע לפחות טווח אפשריות. פשרה זה לא מצב בו אחד יוצא מופסד לחלוטין.

בפסה"ד לא ירדו לרזולוציה של השאלה השנייה, אך לדעת **המרצה** אפשר לקחת את עניין המשמעות המילונית של "פשרה" גם לשם.

← אם כן, נפסק כי פסה"ד יכול להיות הן בינארי והן כך שאינו סוטה מהדין המהותי.

ביקורת על פס"ד אגיאפוליס

חוות הדעת העיקרית בפסה"ד ניתנה ע"י **השופט אילן**, אשר ינק בפסיקתו לא מעט מהפשרה במשפט העברי לתוך ס'79א, (כאמור, הפשרה אינה קיימת בשיטות משפט אחרות),

המרצה מבקש לבקר ולהזהיר את השופט אילן בעשותו כן:

1. **מתודולוגיה:** התוכן של הפשרה במשפט העברי נוצק מבראשית ע"י **ר' יהושע בן קרחה**, שקבע כי הפשרה באה להגשים במשפט ערכים של שלום וצדקה – פשרה ערכית. למעשה, כשהצדדים נותנים הסכמתם לביצוע (פשרה) הם מסכימים להגשמת ערכים אלו. עם זאת, כל מי שקורא את הצעת החוק של ס'79א **לחוק בתי המשפט** יבחין כי המחוקק לא הכניס והגדיר את הערכים העומדים בסיסה באופן דומה, ומעולם לא הכניס את ערכי השלום והצדקה באופן מוצהר, אלא הערך והמטרה העיקרית של הפשרה בדין הישראלי היא להשיא את **היעילות** (קיצור הליכים, חסכון בערעורים, חסכון של זמן שיפוטי וכו'). לכן, כמשווים בין המשפט עברי ולבין המשפט ישראלי בעניין הפשרה, יש לשים לב שהתוכן של הדברים שונה, ובשל כך יש להיזהר בניסיון לבצע הקבלה בין שיטות משפט אלו. כלומר, **מבחינת התוכן הפשרה של המשפט העברי אינה דומה לזו של המשפט הישראלי**.

2. **משפט משווה:** בהמ"ש העליון קבע כשנותנים לשופט אפשרות לפסוק על דרך הפשרה מקנים לו בפועל את הסמכות לפסוק "בין לדין ובין לפשרה" (ביטוי מתוך המשפט העברי). כלומר, שבאשר ס'79א קובע "... על דרך הפשרה", הרי שעל פי בהמ"ש העליון, הכוונה היא ל"בין לדין ובין לפשרה" – שני המונחים זהים וזה כולל בתוכו הכל – הן את הדין והן את הפשרה.

מה זה "בין לדין ובין לפשרה" – זה ביטוי בו לא נתקלנו כל הקורס. מדובר למעשה בפרקטיקה שהתקבלה בביה"ד הרבניים כשהייתה להם סמכות לדון בדיני ממונות לפי דין תורה הם היו מחתימים את הצדדים על שטרי בוררות שכללו ביטוי זה. משמעותו של המשפט הזה הוא שהצדדים למעשה מפקידים את גורלם בידיו של ביה"ד ושהם מסכימים לכל הכרעה שיקבל – בין אם תתקבל בדרך של דין ובין אם תתקבל בדרך של פשרה.

לביטוי זה הייתה חשיבות רבה בעיני ביה"ד הרבניים, משום שלמעשה, בהסכמתם של הצדדים לאמירה זו, ברי כי כל ערעור נועד לכישלון, מפני שניתן בדרך זו לביה"ד (וכך גם לבהמ"ש) שיקו"ד רחב. אי יכולת הערעור הינה דבר המצוי כאינטרס של ביה"ד הרבני. בחשיבות רבה זו ניתן להבחין במקרה בו אדם לא רצה ללכת בדרך של פשרה, אלא רק על פי דין תורה (לכאורה לגיטימי בהגיעו לבי"ד רבני). בתי הדין הרבניים התנגדו לבקשתו בטענה שמדובר בנוהג של מאות שנים, ואין בסמכותו של אותו אדם להרוס זאת ולהכתיב להם נוסח חדש.

המרצה מנסה להבין, **למה שבהמ"ש העליון הישראלי, שהוסמך לפי חוק לפסוק בדרך של פשרה בהסכמת הצדדים, יקרא לתוך הסעיף הזה אמירה כזו (שאינה מופיעה במפורש במשפט הישראלי, בעוד הופיעה במפורש במשפט העברי)?** בנוסף, **למה שיקבע ששני המונחים זהים כאשר הם שונים מבחינת התוכן?** כי הוא רצה להגיע לתוצאה מסוימת.

3. **ביקורת מנקודת מבט חוזית:** האם, כעו"ד, היית מייעץ ללקוח לחתום על ניסוח כזה "בין לדין בין לפשרה"? ברור שלא, שכן **מדובר פה בהיעדר מסוימות (חוסר וודאות)** – לא ברור מה המהלך שיינקט, בעוד שלכל אחד מהם נפקות אחרת. ברגע **שהשופט אילן** החליט להכניס את המשפט הזה, עליו להסביר לצדדים מתי יינקט הדין ומתי תינקט הפשרה (כלומר, להסביר ולהכניס מסוימות להסכמה).

4. **תוצאת פסה"ד:** בפסה"ד אגיאפוליס, אמר בהמ"ש מפורשות כי לא כל המקרים הדומים למקרה זה ייגמרו כך, אלא מקרה בו אחד הצדדים יוצא בידים ריקות הוא מקרה יוצא דופן. כלומר, מקרים בהם בהמ"ש יחליט על פשרה בינארית, או פשרה שלא סוטה מהדין הם מקרים חריגים. עם זאת, **בהמ"ש לא הסביר מהם הקריטריונים למקרים בהם יפסוק בדרך בינארית ויגיע לתוצאה כזו**, (בה בהמ"ש ביקש לפשר ולהגיע לתוצאה "פשוטת" אך הגיע לתוצאה קיצונית בה צד לא קיבל דבר), **ומדוע אלו הקריטריונים שקבע**. המרצה אומר שבמשפט העברי ברור שהקריטריונים הם שיקולים של שלום וצדקה, ולכן מבקש שיינתן הסבר לתוכן של הפשרה מבחינת המשפט הישראלי – שהמשפט הישראלי יסביר מה זה פשרה, מה היא באה להגשים ומה הקריטריונים לשיקול הדעת בבסיסה. [השופט נדרש לעשות זאת כדי לדעת להנחות את השופטים לעתיד לבוא, וכדי להראות לצדדים את הקריטריונים על מנת שידעו לאמוד את הסיכון שהם לוקחים על עצמם בהסכמתם לפשרה].

כיום, השופטים מבינים כי לא ניתן להגיד לצדדים להסכים **לס'79א** מבלי להבין את המשמעויות הכרוכות בו, ולכן הם מכניסים לפרוטוקול ולפסה"ד פסקה שמבהירה את המשמעות הזו (שמשנתה בין שופט לשופט). שופטים למעשה עושים את העבודה הנדרשת ככל שמדובר במסוימות הנדרשת האמורה. עם זאת, **המרצה** מדגיש כי על אף שמתודולוגיה זו פותרת את הצורך להבין את המשמעויות של פניה לדרך הפשרה, היא אינה פותרת את הבעיה של אי הגדרת קריטריונים למצבים בהם תתיכן פשרה בינארית. לטענתו, על השופטים לומר מתי זה יקרה או מהם הקריטריונים.

לעומת המשפט הישראלי, המקורות שעוסקים בפשרה בינארית במשפט העברי הגדירו **נוסחה**: כשאדם שוקל את הפשרה הוא לא בוחר רק את הדין המהותי, אלא מתחשב בשיקו"ד רחב יותר של שלום וצדקה, אך אם אדם מגיע למסקנה, לאחר שקילת כל השיקולים, כי לא מגיע לתובע כלום אז הוא לא יקבל דבר. למעשה, הגדרת נוסחה זו אומרת הרבה מאוד לתובע. באמצעותה, השופט אומר כי גם אם על פי הדין המהותי מגיע לך 0 זו לא הסיבה שקיבלת 0 בפשרה אלא מעבר לדין המהותי הרי שהשופט שקל שיקולים נוספים שאולי היו מקנים משהו, וגם לאחר שקילתם הגיע למסקנה שלא מגיע לך דבר.

עם זאת, **גם כאן זה לא מספיק** – עולה השאלה למה הגיע השופט למסקנה כזו? כאן ניתן לחשוב על **גבולות הפשרה**. אם למשל לאור כל הראיות מדובר על נוכל, מתברר שכאשר הצדדים הסכימו לפשרה מדובר על פשרה עם נוכל ואז ניתן לראות עמדה מוסרית / ערכית שאומרת שבאופן לא מוסרי הוא הגיע לאן שהגיע.

הפשרה במשפט העברי מנקודת מבט ישראלית:

למרצה הייתה הצעת מחקר אמפירי על ס'79א לחוק בהמ"ש, בה ביקש למפות אילו שופטים "אלופים" בשימוש בסעיף זה לאור כל הסיכונים, ולמפות את הסיבה לכך שהם כל כך טובים ומצליחים לשכנע את עוה"ד להסכים לפשרה.

הנחת המחקר הייתה שאם במחקר היו מגלים שופטים כאלה (שאחוז המקרים בהם סגרו סכסוכים בדרך של פשרה הוא גבוה) ברי כי מדובר בשופטים שנתפשים בעיני הכלל כשופטים הניחנים בשיקול דעת איכותי וייסודי. זאת מאחר שניתן מקום סובייקטיבי לשיקול הדעת של השופט וייתכן כי לאור המוניטין והשם של השופטים הללו שעבר מפה לאוזן, כמו גם התוצאות אליהן הם מגיעים, יותר אנשים מוכנים להפקיר את גורלם בידיהם.

המחקר עדיין ממתיך לאישור תקציבי.

מבחינת המשפט העברי

ניתן לראות כי גם במשפט העברי נתגלעה מחלוקת באשר לשיקול דעתו של המפטר, אמנם בשלבים מאוחרים יותר של ההיסטוריה. עד שלב זה לא ראינו מחלוקות בנושא מכיוונו של המשפט העברי. (מקורות מימי הביניים).

תוספות הרא"ש (סנהדרי גדולה כרך ג, הרי פישל, ירושלים, תש"ל) מד

וכיון דדינא קעבדי סגי באחד, אבל פשרה שעושין בלא דין כל אשר יושר בעיניהם צריך ג' (= 3 דיינים) והפקר ב"ד הפקר.

רבנו אשר (הרא"ש) חיי במאה ה-13 ואומר כאן כי אפילו אם נתאר לעצמנו מצבים בהם אפשר לעשות דין עם דיין אחד, למרות שהאידיאל זה 3, הרי שבפשרה בוודאי שצריך 3 דיינים כי פשרה היא מצב פרוע כיוון שהדיין מנותק מהדין ועושה כראות עיניו – **לשופטים יש שיקו"ד מאוד רחב כשמדובר בפשרה, ולכן רוצים שיהיה 3 דיינים כדי שישגחו אחד על השני ולא יעשה כל אחד לפי מה שבא לו.**

רבינו מנחם המאירי סנהדרין (מהד'סופר, מהדורה שניה, ירושלים, תשכ"ה) 14

פשרה נעשית בשנים ואפילו היתה אותה סברא רחוקה מן הדין דבריהם קיימין.

ניתן לראות כאן התייחסות לשיקוה"ד של המפטר שם אומר **רבינו מנחם המאירי** כי הפשרה היא דבר שרחוק מהדין. ביטוי זה מלמד אותנו כי **מבחינתו של רבינו מנחם המאירי אין בעיה עם פשרה שהולכת עם שיקו"ד שרחוק מהדין**. ברגע שהדיין הוסמך לפסוק בדרך הפשרה אינו יכול לדרוש פסיקה לפי הדין, למרות שהפסק יכול להיות תואם לדין, שכן אחרת היה מקיים דיון על פי הדין. בהסכמה לפשרה העניקו הצדדים למפטר סמכות לחרוג ולסטות מאוד מהדין.

למעשה, מדובר כאן **בהפך משנאמר בפס"ד אגיאפוליס** שם נקבע כי הפשרה היא בין הדין ובין הפשרה.

שאלות ותשובות ר"י באסן [תורכיה 1550-1625] סימן קו (ירושלים, תש"ל) עג

אלא ודאי אין למפטר עסק כלל עם הדין אלא לפי ראות עיניו בלבד.

רבי יהודה באסן פסק בטורקיה במאה ה-16-17.

הוא קבע כי ברגע שנכנסו לעולם של פשרה, הצדדים מסרו את גורלם לשיקול דעתו של המפטר, שכנראה הם סומכים עליו, ולמפטר הזה אין כל עסק עם הדין בכלל, אלא הוא פוסק ראות עיניו. ברגע שבחרים בפשרה, מתנתקים ממהות הדין.

המרצה מבקש לסייג ולמתן את האמור: המפטר המדובר הוא עדיין אדם בעל חשיבה משפטית, זאת בניגוד ל"זקנים" עליהם מדובר בעמים – הם חכמים זקנים אך לא דווקא משפטיים. אם כן, **יש חשיבות למיהות האדם שפונים אליו לביצוע הפשרה.**

גם פה זה **הפוך מהאמור בפס"ד אגיאפוליס**, שכן פה מדובר בפשרה "על פי ראות עיניו" בעוד באגיאפוליס הגדיר השופט אילן כי יש לפסוק על דרך הפשרה על פי "בין לדין ובין לפשרה".

הסתכלות האחרת

אם היינו נשאלים "מה לדעתנו שיקוה"ד של המפטר צריך להיות?" בשאלת מחשבה, המרצה היה מצפה שנפנה למקור הראשון עליו דיברנו של **רבי יהושע בן קרחה** ואומרים כי על המפטר לעשות משפט של **שלום וצדקה** – גם וגם. לכאורה, מי שקורא את הטקסט הזה מבין כי מדובר ברצון לעשות גם משפט וגם שלום וצדקה ולא רק צד אחד של הדברים.

אם כן, **המרצה** שואל, איך יכולים הפוסקים לעיל "לבעוט" את הדין ולעשות כריאות עיניו, בעוד שאבי הפשרה כן ביקש לשקול את כל השיקולים והנורמות של הדין יחד עם הפשרה, תוך שילוב ערכים נוספים.

← כלומר, העמדה המתנגדת לפוסקים לעיל תטען כי צריך לשקול משפט ו... – כלומר ערכים נוספים למשפט, ולא להוציא לחלוטין.

שו"ת חכמי פרובינציה חלק ב' סימן יד (רוב התשובות מיוחסות לחכמי פרובינציה מהמאה ה-13, ירושלים תשכ"ז)

ולא עלה על דעת שיתן רשות לנברר שיחייבהו בלתי שישמע טענותיו וחשבונותיו וראיותיו הראויות לקבל, ואם אמרו ז"ל [סנהדרין ו, ב] מצוה לבצע, ולא אמרו מצוה לגזול, וראוי לנברר לשמוע טענת בעלי דינין ולכוין חשבונם על פי הדין וראוי להיות הפשרה קרובה לדין כדי שיתקיים במשפט ושלום [שם] ...

הביקורות כאן למעשה אומר כי אף אחד לא העלה על דעתו שלא מקיימים את ההליך המשפטי, תוך שמיעת הראיות וכו'. כשאמרנו שיש מצווה לעשות פשרה, זה לא אומר שהדיין או הבורר יגזול מאחד הצדדים, והפשרה במ"ע חייבת להיות נעוצה עם רגל אחת במשפט, ולא לעמוד לבדה.

← כלומר, יש מחלוקת קשה במ"ע האם שיקוה"ד של המפשר צריך להיות נעוץ בדין או לא.

על המבחן ...

- החומר למבחן כולל את הנלמד בכיתה + חומרי הקריאה המעטים שניתנו במהלך הקורס:
 - ליפשיץ ברכיהו "פשרה" קובץ משפטי ארץ – דין דיין ודיין (עפרה, תשס"ב) 137.
 - ליפשיץ, פשרה עד היכן? גבולות הדיון בפשרה (לייחס תשומת לב לרציונאליים).
 - בג"צ אורה אנג'ל.
 - מאמרו של חיים שפירא - פריט 11 בחלק ח של הסיליבוס.
 - פסק הדין בעניין אגיאפוליס - פריט 11 בחלק ט של הסיליבוס.
- המקורות הנדרשים – רק מה שעברנו בכיתה.
- ברור שארמית זה לא שפה שצריך לקורס הזה, ומקורות שנכתבו בשפה הזו תורגמו בכיתה. אם במבחן יהיה מקור בארמית, הוא יובא עם תרגומו. צריך לדעת מה נאמר שם, אך התייחסות למקור תובא מתורגמת.
- אין ציפייה שנזכור שמות של חכמים, עם זאת הוא כן מצפה שנזכור את דמויות המפתח (כמו רבי יהושע בן קרחה ורבי אליעזר).
- צריך לדעת את הדעות והסברות השונות.
- אין מטיב בקורס.
- **מבנה המבחן:** חומר סגור, אך המקורות הנדרשים יובאו בגוף השאלה. משום שהשאלות, פעמים רבות, יהיו מבוססות על האמור במקורות, כדאי ללמוד בצמוד לטקסט. השאלות יכולות להיות של קייסים או הבנה, ייתכן שתהיה שאלת מחשבה (יצוין בראשה). יש מבחנים שבוצעו לאורך השנים, ניתן להסתכל עליהם. ייתכן שיהיה בחירה בין שאלות, אך אם תהיה היא תהייה מועטת. 7-8 שאלות.
- המבחן יימשך כשעתיים.
- הממוצע לא יהיה פחות מ-81 (הרף העליון של הנרמול).