פרק 1 מבוא: אבני היסוד של הפשרה במשפט העברי ... - 1 -

המקורות הראשוניים של המשפט העברי ביחס לפשרה ... - 1 -

מחלוקת: מעמד הפשרה ... - 1 -

דעתו של רבי אלעזר על הפשרה ... - 1 -

דעתו של רבי יהושע בן קרחה על הפשרה ... - 1 -

יישוב / איזון בין הדעות ... - 2 -

גבולות הפשרה ביחס לדין ... - 2 -

פרק 2 פשרה ופישרה ... - 3 -

הצד הלשוני של הפשרה ... - 3 -

פשרה = פענוח הסכסוך ... - 3 -

פשרה = הפרדה בין הצדדים לסכסוך ... - 4 -

פשרה = איזון בין קצוות הסכסוך ... - 4 -

הפשרה במובן המשפטי – איכויות הפשרה לעומת הדין ומערכת היחסים ביניהם ... - 4 -

פרק 3 פשרה מצווה או איסור ... - 5 -

הדעה האוסרת פשרה (רבי אלעזר) ... - 5 -

פרק 4 מעמדו של הדין ושל הדיין ... - 6 -

מקומו של אלוהים במשפט ... - 6 -

פרק 5 השלום והצדקה במשפט ... - 7 -

הדעה התומכת בפשרה (רבי יהושע בן קרחה) ... - 7 -

ערך השלום ... - 7 -

ערך הצדקה ... - 7 -

מדרג חשיבות הפשרה לעומת הדין ... - 8 -

התמודדות מול הפסוק "כי המשפט לאלוהים הוא" ... - 8 -

עמדת ביניים ... - 8 -

פרק 6 סוגי הפשרה וסוגי הדין בפשרה ... - 8 -

סדרי הדין בפשרה ... - 9 -

מאיזה שלב כבר לא ניתן שלוח את הצדדים לפשרה? (הגבול הדיוני של הפשרה) ... - 9 -

מהו גמר הדין? מחלוקת: ... - 11 -

הכרעת ההלכה במחלוקת בין רש"י לתוספות ... - 11 -

הכרעת הרוב במשפט העברי ... - 11 -

יישום עקרון הכרעת הרוב בפשרה ... - 12 -

גישת המשפט העברי ביחס להכרעת הרוב על פני המיעוט ... - 12 -

למה בפסיקה על דרך הפשרה רעיון הרוב וביטול המיעוט לא מתאים? ... - 12 -

חריגים לכלל "נגמר הדין אין רשאי לבצוע" ... - 12 -

חריג 1: הריא"ז (חריג רחב) ... - 12 -

חריג 2: רבי יוסף קארו – אדם שאינו דיין ... - 12 -

חריג 3: כלי השבועה ... - 13 -

פרק 7 פשרה כפויה ... - 13 -

חשיבות המהלך ... - 13 -

סיכום ההבחנות בין הפשרה בהסכמה לבין הפשרה הכפויה ... - 14 -

פרק 8 שיקול הדעת של המפשר ... - 14 -

השלכות פסה"ד אגיאפוליס ... - 14 -

ביקורת על פס"ד אגיאפוליס ... - 15 -

שיקול הדעת של המפשר במשפט העברי ... - 15 -

פרק 1 מבוא: אבני היסוד של הפשרה במשפט העברי

פשרה היא הדרך הטובה ביותר לפתור סכסוכים: עלות זולה יותר לצדדים; הליך מהיר יותר וכו'.

למעשה, **רוב התיקים** נגמרים בפשרה ולא בפס"ד.

חשוב: אין פשרה בדיני נפשות!

המקורות הראשוניים של המשפט העברי ביחס לפשרה

- ישנה חשיבות נורמטיבית למקורה של הפשרה ביהדות – האם היא מדאורייתא (מהתורה) או מדרבנן.
- המושג "פשרה" **אינו מופיע בתורה כלל**. עם זאת, הוא **מופיע פעם אחת במשנה** (= התושב"ע; הועלתה על הכתב ע"י **רבי יהודה הנשיא**).
  - מיקום הופעתה זה אינו רלוונטי, שכן אותנו מעניין **המוסד המשפטי עצמו**, בעוד במשנה זו מתוארת סיטואציה בה הפשרה נדרשת ליישובה (סיטואציה של מעגל שוטה).
  - **שאלה:** המשנה היא הקודקס המחייב לדורות של המ"ע והיהדות, אז למה רבי יהודה הנשיא בחר לא לכלול אותה בה? **למעשה, זה לא אומר שהוא מתנגד למוסד הזה:**
    (1) המשנה עוסקת בהסדרה של הנורמות המחייבות של הדין, וכן לא ניתן לצפות שהפשרה, שאינה מחייבת לכאורה, תימצא שם;
    (2) המושג הזה לא הופיע גם בחוק בהמ"ש עד לשנת 92' (חקיקת **ס'79א**);
- נעבור לבחון את **תוספתא מסכת סנהדרין פרק א' (הלכה א)** מאותה תקופה של המשנה האמורה (מסכת סנהדרין מקבילה לחוק בהמ"ש). בתוספתא זו אנחנו נתקלים במונח **"ביצוע"**. לכאורה מדובר על חלוקה, אך בפועל מדובר על **חלופה לדין** (במקום שיגמר בפס"ד, **כלומר פשרה**). לא נאמר מה יהיה אופן הביצוע (אין הכרח לחלוקה). עפ"י התוספתא ישנה **מחלוקת**:
  - **חכמים** טוענים כי בביצוע ניתן להסתפק **בשופט 1 בלבד**.
    - **ניתן ללמוד מכך:** בעיניהם מעמדו של מוסד הפשרה פחות בעיניהם; הפשרה לא עוסקת בדין ולא מכוונת אליו, אלא השופט פועל כמעין מגשר ולכן אין צורך ב-3 דיינים.
  - **רבי מאיר** טוען שכששופטים יושבים לעשות פשרה **מספר השופטים יהיה 3**, שכן הביצוע הוא חלק מתפקידי השופט ואין סיבה לשנות את מספר הדיינים מזה הקבוע לדין.
    - **למה מתעקש על 3?** **(1)** מספר הדיינים לא מעיד על זלזול בהליך, אלא על הוקרת כבוד בכך שנותנים לצדדים להגיע לפתרון ביניהם. **(2)** רוצה להימנע מזלזול הציבור בהליך הפשרה בשל מספר הדיינים הפחות, שכן משמעות ההליך אינה פחותה וכן מחייבת (גם אם לא לדין הפורמלי), ולכן מבקש כי ישבו 3 דיינים שינווטו את התהליך המורכב הזה. **(3)** ייתכן מצב בו הצדדים יסתמכו על דעתו השרירותית של השופט, וריבוי השופטים יכול לסייע באיזון דעותיהם (אובייקטיביות).

← ← **שורה תחתונה:** המ"ע מכיר במוסד הפשרה ומדבר על מספר הדיינים בהליך (מחלוקת: 1 או 3).

- **תוספתא מסכת סנהדרין פרק א' (הלכה ב')**: **דעה סתמית (חיזוק דעתו של רבי מאיר)** – דין ופשרה הם באותו מעמד.
  - בהלכה זו המונח משתנה מביצוע לפשרה כשמדובר על מספר הדיינים בהליך, וחוזר למילה ביצוע כשמדובר במועד בו אינו ניתן "לבצוע" עוד.

מחלוקת: מעמד הפשרה

דעתו של רבי אלעזר על הפשרה

תוספתא מסכת סנהדרין פרק א' (הלכה ב')

רבי אלעזר מתנגד למוסד הפשרה וגורס כי כל מי שמשתמש במוסד הפשרה חוטא וכל מי שמברך את המבצע נואץ את אלוהים.

מסתייג: לעם ישראל היו 2 מנהיגים:

- **גישתו של משה רבינו**: "ייקוב הדין את ההר" ← משנקבעו חוקים והלכות יש לקיימן.
- **גישתו של אהרון**: "עושה שלום בין אדם לחברו" ← השכין שלום בין הבריות. העדיף את הפשרה כשמתאפשר בהתאם למכלול הנסיבות.

← **שורה תחתונה:** רבי אלעזר מתנגד למוסד הפשרה בחלק ממערכת המשפט. לדידו מקומה של הפשרה אינה בבית הדין (כדעת משה), בבית הדין צריך לדון לפי הדין, ומחוצה לו ישנם מוסדות נפרדים מבתי הדין (אהרון; בדומה לס'79(ג) שמאפשר לבהמ"ש להפנות את הצדדים להליכי יישוב סכסוכים מחוץ לו).

דעתו של רבי יהושע בן קרחה על הפשרה

תוספתא מסכת סנהדרין פרק א' (הלכה ג')

רבי יהושע בן קרחה הפשרה היא איננה חטא, להפך – מדובר במצווה.
מצדיק את דעתו בכך הביצוע (= הפשרה) מגשים את הערכים אליהם הצטווינו של (1) אמת, משפט ושלום (**הנביא זכריה**); (2) שלום וצדקה (**דוד המלך**).

יישוב / איזון בין הדעות

תוספתא מסכת סנהדרין פרק א' (הלכה ד')

מציגה לנו דעה שתומכת בדעתו של **רבי אלעזר** **ומבהירה לנו כי הערכים של הדין והצדקה לא נפגשים**. לכן, מקום בו חייב שופט את העני – ייתן לו מכיסו, על מנת לא לעבור על האיסור של הטיית, ולקיים את המצווה של הצדקה.

רבי יהושע בן קרחה למעשה מציע **גישה שמחברת בין השניים**.

תוספתא מסכת סנהדרין פרק א' (הלכה ה')

לפי **רבי יהודה הנשיא** ניתן לראות כל סיטואציה בה השופט חייב את החייב כצדקה איתו.

- למה צדקה? השופט עושה תיקון ומביא את העולם למצב הנכון שלו בכך שמונע מהחייב להמשיך להיות "גזלן" שמחזיק בכסף לא לו.
- למה לא הכניס את הפשרה למקור הזה? תומך בגישתו של **רבי אלעזר** ומפריד בין הערכים של משפט וצדקה – לגישתו הצדקה תיעשה באמצעות משפט אמת. **המחלוקת אינה סתמית – אלא טומנת בתוכה אידיאולוגיה, שאיננה רק עניין של מותר / אסור, אלא מדובר בתפיסה שלמה של תפקיד בהמ"ש ומעמד הפשרה בשיטת המשפט – אותה אולי מנסה להשתיק**.

גבולות הפשרה ביחס לדין

תוספתא מסכת סנהדרין פרק א' (הלכה ו')

רבי שמעון בן מנסיא גורס כי ישנו מתחם גבול ל"נטישת הדין" ע"י הפשרה. אם אחרי שהשופט שמע את הצדדים:

- אינו יודע לאן הדין נוטה ← **רשאי** להורות לצדדים על ביצוע, אך אין זו חובה לעשות פשרה.
  בנוסף, השופט לא עושה את עבודת הביצוע עבור הצדדים, אלא הם עושים אותה בעבור עצמם ללא התערבותו.
- יודע לאן הדין נוטה ← **אסור** לעשות עוד פשרה, שכן **מדובר בנטישת הדין**.

תוספתא מסכת סנהדרין פרק א' (הלכה ט')

מוצבת דרישה **למודעות וידיעה** בפני **(1)** הדיינים – את מי הם דנים, לפני מי הם דנים ומי דן עמם; **(2)** העדים – את מי הם מעידים, לפני מי הם מעידים, עם מי הם מעידים ומי מעיד עמם.

- מי דן / מעיד עמם? אלוהים.
- הכוונה להבהיר לדיין ולעד כי בניגוד למה שהם עשויים לחשוב, לפי **התפיסה הדתית** בנוסף לרובד האנושי-חברתי הרגיל שקיים וניצב מולם במשפט ומכוחו הם שופטים אחרים בבוחם השיפוטי, ברי כי ישנו גם את ליוויו של אלוהים.
  - **רציונל:** אין ציפייה מהם ליותר ממה שהם עושים, כל עוד זה נעשה ביושר, הרי יש להם רק מה" שעיניהם רואות."

תלמוד בבלי (תקופת אמוראים, שנת 220-550) מסכת סנהדרין דף ו' עמוד א'

כיצד נדע מתי נגמר הדין? **רב יהודה** גורס כי מדובר בשלב בו אומרים מי חייב ומי זכאי ← אז, לא ניתן לבצוע עוד.

עם זאת, התלמוד הבבלי קבע כי **ההלכה רבי יהושע בן קרחה** – אבל, איך יכול להיות שתהיה פשרה אחרי גמר הדין?

- במקום זה מובא לנו סיפור על תלמידו של רב יהודה, **רב הונא** (אמורא) – שם נאמר כי כששניים הוא באים לפניו לדין, הוא היה מציע להם את 2 ה"מוצרים" שברשותו לבחירתם: האם לדון לפי הדין או לדון לפי הפשרה? אך, אם ההלכה כרבי יהושע בן קרחה (מצווה לבצוע) מדוע הוא מעניק להם את זכות הבחירה ולא ישר מפשר?
  - התלמוד מסביר שכשנאמר שהלכה כרבי יהושע בן קרחה, הכוונה אינה לקדם רק פשרות ולא להכריע כלל על פי הדין, אלא הכוונה היא להציע לצדדים את שתי האפשרויות / הכלים שיש לדיין.
  - **דעת המרצה:** איננו מעוותים בכך את דבריו של רבי יהושע בן קרחה. למעשה, מה שהוא ביקש להגיד היה שהפשרה היא מצווה, אך אינה באה במקום הדין, אלא במקביל אליו כמצווה נוספת. הדיין יכול לצאת ידי חובת תפקידו בפועלו ב-2 הדרכים. מעמדה של הפשרה אינו עליון ובלעדי על פני הדין.
- **משמעות נוספת** לציווי לעשות פשרה (מעבר להוספתה כמסלול מקביל לדין) היא ההסקה כי הדיין יכול לכפות על הצדדים פשרה ולדלג על השלב של ההצעה כלפיהם באיזה מסלול לבחור.
  - מתי? **מחויב** לכך במצבים בהם הוא חושב שהכרעה באמצעות הדין לא תפתור הלכה למעשה את הסכסוך, ולא יהיה באמת אמת למשפט שלום. [מנגד, כיום, **ס'79א לחוק בתי המשפט** מאפשר פסיקה בדרך של פשרה רק בהסכמת הצדדים והשופט לא יכול לחייב את הצדדים לכך]

הגישות השונות	**רבי אלעזר** – **כל המבצע חוטא וכל המברך את המבצע נואץ את אלוהים**	**רבי יהושע בן קרחה** – **מצווה לבצוע**
גישות תומכות	"...נמצא עושה צדקה עם זה ודן את זה" הערכים של הדין והצדקה לא נפגשים	**דוד המלך** – "עושה משפט וצדקה לכל עמו"
	רבי יהודה הנשיא – "חייב את החייב נמצא עושה צדקה עם החייב...ודין עם הזכאי..." הצדקה תעשה באמצעות משפט אמת	**הנביא זכריה** – "אמת ומשפט ושלום שפטו בשעריכם"
גישת ביניים	**רבי שמעון בן מנסיא** – שמע את הצדדים – יש גבולות: - אינו יודע לאן הדין נוטה ← רשאי להורות לצדדים על ביצוע, אך זו לא חובה. הצדדים עושים את עבודת הביצוע עבור עצמם, ללא התערבות השופט. - יודע לאן הדין נוטה ← אסור לבצוע, שכן מדובר בנטישת הדין.	
	רב יהודה – מבהיר כי הפשרה היא מצווה נוספת לדין, ולא באה במקומו, אלא במקביל אליו. לכן, לאחר גמר הדין (כשאמורים מי חייב ומי זכאי) לא ניתן עוד לבצוע.	
נוכחות אלוהים בדין	מעבר לרוב האנושי-חברתי, אלוהים מלווה את הדיינים והעדים במשפט.	
ההלכה: כרבי יהושע בן קרחה		

פרק 2 פשרה ופישרה

סיכום מאמר: ב' ליפשיץ "פשרה" קובץ משפטי ארץ – דין דיין ודיון (עפרה, תשס"ב) 137

משמעות לשונית

"פשרה" כמונח וכמוסד משפטי מעלה קושי בהבנת מהותו, תנאי הפעלתו ויחסו כלפי הדין.

פשרה כהסכם בין בעלי הדין

משמעות הפשרה כהסכמה תואם יותר את מה שהמונחים "פשרה" ו"ביצוע" מסמלים. ההסכמה היא על תוצאות הפשרה, השונה מזו אליה היה מגיע הדיין באמצעות הדין. המתנגדים לפשרה יטענו שמדובר בזלזול בדין.

- רבי אלעזר (והמתנגדים) – מחשיב מאוד את הדין ולכן גורס כי יש לדון רק על פיו.
- רבי יהושע בן קרחה – אינו מבקש לפגוע בדין בהאדרת הפשרה כמצווה, אלא מהחשבתו את הדין, חושש הוא מפני חומרת עונשו של הטועה בו. כאשר בסיס הסמכות הוא הצדדים ולא החיוב בדין, טעות לא תפגע בדין ולא תגרור תוצאות קשות.

הפשרה – משפט

מן המקורות התלמודיים מתקבל הרושם שבפשרה התוצאה אינה שרירותית, וגם היא בגדר משפט. לשם כך יש לדעת את הדין ועד כמה לסטות ממנו. אם כן, ההסכמה אינה לתוצאה, אלא הסכמה להתדיין שלא מכוח דין תורה אלא מכוח הסכמת הצדדים במסלול של הדין שמחוץ לדין. הליך הפשרה הוא אנושי ואילו הליך הדין הוא אלוהי. משום שגם הפשרה דין, על הדיינים לדקדק עד כמה שניתן כשהמעבר בין המסלולים השונים אפשרי בכל שלב בדיון, בעוד יש מחלוקת בין תנאים עד לאיזה שלב ניתן להציע לעבור למסלול פשרה. תכליתם של 2 סוגי הדינים (תורה ופשרה) היא לעשות שלום.

יחס התלמוד הבבלי לפשרה

ניכר כי הפירוש של פשרה כהסכמה נכון לגבי המקורות התנאיים, התלמוד הבבלי והתלמוד הירושלמי. עם זאת, ישנה התערבות מסוימת של תפיסה זו בבבלי. ייתכן שהדבר נובע מכך שהתלמוד הבבלי תופס את המוסדות השיפוטיים כמוסדות קבועים, ואין הם יכולים להיות תלויים ברצונם של הצדדים. מכך, בבבל לא נטו לא לקבל את הפשרה כמוסד משפטי מקביל מתחרה לדין תורה, אפילו אם הוא נעשה בבתי הדין הקבועים. לכן, ניסו להחיל על הפשרה את הדין הפרטי ולדרוש קניין כדי שתהיה בה תוקף (בעוד בירושלמי קניין לא מוזכר כלל). הפשרה נתונה ב-2 מעגלים המשיקים לדין תורה אך מצויים מחוצה לו: **(1)** מעגל עשיית השלום; **(2)** יראת הדין (מחשש לטעות מעדיפים שלא לדון על פיו בכל האפשר).

הצד הלשוני של הפשרה

פשרה = פענוח הסכסוך

ברכיהו ליפשיץ – אם רוצים להתחקות אחר מוסד משפטי יש להכיר את שמו, לשונו ומהיכן מקורו.

"פשרה" ← פ.ש.ר.

השורש פ.ש.ר בתנ"ך מופיע רק פעם אחת ב**קהלת ח', א'** ממנו אנו למדים כי הפשרה נותנת את משמעות (= פשר) הדבר.
רש"י (שם) מפרש **"פשרון של דבר": (1)** פשר = סוד (לומד מספר דניאל); **(2)** משה עשה פשרה בין ישראל לאביהם שבשמיים (חז"ל). נראה כי **רש"י** מצא קשר בין המילים "פשר" ל"פשרה".
מכך: פשרה = פיענוח הסכסוך.
← רש"י ממליץ לשופט שרוצה לעשות פשרה להיכנס לעומק הדברים ולהבין את <u>פשר</u> הטענות של הצדדים ומה הם באמת רוצים.

<u>פשרה = הפרדה בין הצדדים לסכסוך</u>

מדובר על <u>דרך פתרון</u> הסכסוך.

<u>הפרדה פיזית:</u>

- **תוספתא ערובין, ח',י'** (משל בד וקוצים) הפשרה היא פעולת הפרדה פיזית לא קלה שמתירה את הסכסוך.
- פרשנות דומה: **ירושלמי שבת ז' ב', י' ע"א**.

פרשנות זו מתכתבת עם מובנו של השורש פ.ש.ר גם בניבים שונים של שפות שמיות.

<u>פשרה כהפרדה שאינה פיזית:</u>

<u>הפסקה של סכסוך:</u>
בראשית רבה סוף פרשה כב' (ביקורת על המלך שלא מפריד את האתלטים המתעמתים) עוברים למשמעות משפטית של הפרדת סכסוך של צדדים האוחזים אחד בשני.
- **ברכיהו ליפשיץ** מתנגד לפרשנות זו.

<u>פשרה כהצלה:</u>
פסיקתא רבתי (איש שלום) פרשה יג' (גנב וכלב) העדיף את דרך החינוך על פני זו המביישת והציל אותו מהכלב שתקף אותו. כך יוכל להשתמש במקרה לחנך את תלמידו באמצעות שפה משותפת, בלי להזכיר את המאורע במפורש.
- היום לא משתמשים במשמעות זו.

<u>פשרה כתשובה (כוחה של תשובה):</u>
בראשית רבה כב' ט' **רב חננא בר יצחק** מפרש את האמור לגבי קין שיצא שמח מלפני אלוהים תוך הסקה מהאמור לגבי משה שאהרון יצא לפניו ועל השמחה הרבה שחווה. אם כן, הרי שקין שמח.
- <u>על מה שמח</u>? לא קיבל עונש מוות על הרצח שביצע.
- במילה "ויצא" הכוונה ליציאה מטפורית, בה אדם משנה את מצבו, ניצל, משתנה ויכול למקם את עצמו מחדש בחייו.
  - <u>איך</u>? קין שפגש באביו בדרכו לימד את אביו כיצד. אלוהים לא גזר דין מוות על קין משום <u>שעשה תשובה ופישר</u> (כוחה של התשובה).
    - <u>מה הכוונה בפישר</u>? אין ההכוונה כי עשה מו"מ / הסדר טיעון עם אלוהים על העונש, אלא במובן של הימלטות/הפרדה מהמקום בו היה באמצעות תשובה, המכילה בתוכה מימד של <u>חרטה ועזיבת החטא</u>.
      - <u>תגובת אדם</u> (החוטא הראשון) – הבין שיכול היה להימלט מהעונש ואם היה יודע, יכול היה לחזור לגן עדן.

← **שורה תחתונה:** משמעויות הפשרה [**(1)** פענוח הסכסוך; **(2)** הפרדה בין הצדדים לסכסוך] משלימות זו את זו. הכוח הגדול של הפשרה, לעומת הדין, הוא שהיא יכולה להביא להפרדה מלאה בין הצדדים ולהתיר את הסכסוך לחלוטין.

<u>פשרה = איזון בין קצוות הסכסוך</u>

עפ"י **הרמב"ם** משמעות נוספת לפשרה (שלישית) היא במובן של "דבר פושר" – שאינו פה ואינו שם. הפשרה, במובן <u>תוצאת הסכסוך</u>, לא תביא למצב של הכל או כלום, כמו הדין, אלא למקום שהוא באמצע (היינו – פושר).
מכילתא דרבי ישמעאל בשלח פרשה ד' ניתן לקשר את האמירה המובאת לדבריו של הרמב"ם בכך שפושר הוא דבר שנמס ונפרד באמצעות חימום.

<u>הפשרה במובן המשפטי – איכויות הפשרה לעומת הדין ומערכת היחסים ביניהם</u>

מכילתא דרבי ישמעאל יתרו פרשה ב' (ספר שמות, יתרו מייעץ למשה בהקמת מערכת המשפט) משה אומר שהוא שופט "בין איש ובין רעהו", המכילתא מנסה לפרש אמירה זו. עפ"י הגישה המוצגת, לפשרה יש איכויות שלא ניתן למצוא בדין כאשר הפשרה יכולה להביא להפרדת הצדדים וסיום הסכסוך ביניהם כשהם רעים האחד של השני, בעוד הדין נותן פסק לטובת האחד ולרעת השני ולא מתיימר לעסוק במערכת היחסים בין הצדדים ולהקפיד להביא לסיום ההליך ברעות ביניהם.
← **שורה תחתונה:** בדין – <u>האיש עומד לבדו</u>, בפשרה – <u>הצדדים עומדים יחדיו, כרעים</u>.

המרצה: במכילתא זו יש נקודה נוספת המציגה מערכת יחסים בין הדין לפשרה – האם צריך להטריד את המפשר מה הייתה התוצאה עפ"י הדין, לו היו פונים אליו? הדרשן אומר כי אכן יש זיקה בין 2 המערכות, הפשרה אינה מנותקת מהדין אלא עומדת בצלו. הערכים שמייחדים את הפשרה (**רבי יהושע בן קרחה** – משפט, צדקה, אמת ושלום) באים לידי ביטוי גם בדין, אך בסדר אחר.

- **ADR כיום** – הרדיקלים טוענים כי זו צריכה להיות שיטת הדין היחידה, מפני שהיכולת ליישב סכסוכים ב-ADR עולה על יכולותיו של בהמ"ש, שכן בהמ"ש הוא שריד מימים בהם אנשים לא ידעו ליישב את הסכסוכים ביניהם בדרכים אחרות. המתנגדים לרדיקלים ישנה חשיבות לתקדימים שיוצאים תחת בהמ"ש אשר מהווים תזכורת לערכינו החברתיים, בהם נעזרים גם ב-ADR שגם הוא לא עומד בניגוד לדין.

ספרי במדבר צה' (שיחה בין משה לאלוהים, משה הולך לפשר את העם שכן אין בכוחו לתת להם את מבוקשם וברצונו לרצות את 2 הצדדים – אלוהים והעם). המקור מראה את הפשרה כמשהו שעומד לצד הדין, אך שהעם אינו מעוניין בה. הפשרה מוצגת כאן במשמעות מודרנית.

פרק 3 פשרה מצווה או איסור

תזכורת: (1) **רבי יהושע בן קרחה** – מצווה לבצוע; (2) **רבי אלעזר** – כל הבוצע חוטא, וכל המברך בוצע נואץ את אלוהים.

הדעה האוסרת פשרה (רבי אלעזר)

רש"י מסכת סנהדרין דף ו' עמוד ב' מבהיר כי מותר לבצוע, אך יש לכך גבולות:

1. **באיזה שלב אסור לבצוע** – מותר לבצוע עד לשלב בו באו הצדדים לדין, מנקודה זו ואילך אסור עוד לבצוע;
2. **למי אסור לבצוע** – לדיינים. מחוץ לביה"ד מותר לעשות פשרה.

רש"י מפרש במדרש זה את דבריו של **רבי אליעזר**, אשר מדגיש בין היתר את היותו של אהרון אוהב ורודף שלום. למעשה, בתשומת לב לדבריו של רש"י ניתן להבין כי רש"י חושב כמו אהרון, כי ניתן לסיים סכסוכים גם מחוץ לדין, ע"י פשרה, אך הרדיפה אחריהם לעשיית השלום תעשה בטרם ניגשו לדין על מנת ליישבו, אחרת זה כבר יהיה מאוחר מידי.

תוספות סנהדרין דף ו' עמוד ב'

(1) מתקבלת **דעתו של רש"י** - אהרון היה מפשר; אסור לבצוע בביה"ד בעוד מחוצה לו מותר, האיסור לבצוע מוטל רק על הדיינים.

(2) **נדחית דעתו של רש"י** – נדחית דעתו של רש"י כי אהרון היה דיין (חידושו של רש"י). למעשה, משום שאהרון לא היה דיין, אישיותו אינה מזוהה עם מערכת המשפט, וכל עניינו ברדיפת השלום הייתה חברתית. יש 2 עולמות נפרדים:

א. **עולם דיינים** – לא מגיעות אליהם פשרות, משום שהם מזוהים עם מערכת המשפט. אין דיכוטומיה, האיסור לפשר נעוץ באישיותו של הדיין, ולא בעתים בהם יושב לדין.

ב. **עולם שמחוץ לדיינים** – אליהם יכולות להגיע פשרות, שכן אינם חלק ממערכת המשפט (כמו אהרון).

- **רציונל התוספות:** הדיין מייצג את הנורמות שקיבלנו במעמד הר סיני. בעשותו דין, מחוץ לביה"ד ושלא על פיו, יש משום חילול הקודש, שכן הוא מייצג את הדעת המקודשת ולא ניתן לאפשר לו לפעול בניגוד לו, יש אחרים שיעשו כן.

← שורה תחתונה - **מחלוקת:** **רש"י** – דיינים יכולים לפשר מחוץ לביה"ד; **תוספות** – לדיינים אסור לפשר מחוץ לביה"ד.

סינופסיס: **תוספתא** ← **תלמוד ירושלמי** ← **תלמוד בבלי**

תוספתא תואם את עמדתו של **רבי אליעזר** ← לא עוקפים את הבעיה, אלא מתמודדים איתה, גם אם זה קשה. יש ללכת לפי הדין. זו גם הדרך הכי קצרה.

תלמוד ירושלמי תומך מנמק את עמדתו של **רבי אלעזר**. אסור להכניס פעולות אנושיות של מו"מ והסכמות לבהמ"ש, ובכך לדחוק את אלוהים החוצה. אסור לשופטים ללכת מחוץ לדין, שכן שיטת המשפט מקורה באלוהים. החששות היחידות שצריכות להיות משפטים הן מהדין עצמו, ואלוהים צריך להיות לנגד עיניהם בפסיקותיהם.

תלמוד בבלי בעשיית נורמות אחרות מחוץ לדין, נפספס את מה שאלוהים רצה, אך גם לא נגיע לחקר האמת. בבירור נורמות מול מערכת משפט האלוהים מתייצבות ומתקדמות הנורמות לפיהן אנו מבקשים לחיות, כחברה. בפסיקה שלא עפ"י הדין , אלא באמצעות פשרה, יש כרסום בכך.

- "ייקוב הדין את ההר" – ישנה פרשנות נוספת למילה "ייקוב" (לא רק במשמעותה כחור), אלא כ"מפורש". כלומר, יש לפרש את ההר (ההר = המשפט). הכוונה שהתורה ניתנה בסיני בדמותה גולמית, ובמהלך החיים יש לפרשה, לעצבה ולהתאימה לחיינו לאורך הדורות. בעשיית פשרות בביה"ד, נכרת הענף עליו יושב הדין (הפרשנות).

← **שורה תחתונה:** 2 הפירושים למילה ייקוב מתמקדים בזווית שונה של האיסור לעשות פשרה **(1)** תפקידו של הדיין לפתח את הדין; **(2)** חילול קודש משפט האלוהים.

דעת המרצה: אין מחלוקת בין המקורות הללו, אלא הרחבה של האחד את השני ושפיכת אור על האידיאולוגיה של רבי אלעזר.

תוספתא, סנהדרין א', ט' ניתן לחלק מקור זה ל-3 חלקים: (1) נותן אות אזהרה לדיינים ולעדים לדעת מול מי הם דנים/מעידים, את מי הם דנים/עבור מי מעידים, מי דן/מעיד איתם ומה הדין (אלוהים). **הסיטואציה של הדין אינה אנושית והכוח הנתון לדיינים מקורו באלוהים, לכן עליהם לעשות עבודה נקייה לגילוי האמת, אחרת יהיו חייבים בפני אלוהים**; **(2)+(3)** מבסס את האמור בחלק הראשון.

← בכך נכנסה העמדה הדתית, המערבת אף אלוהים בסכסוך ובישובו.

במקור זה ישנה התייחסות לשופטים באמצעות המילה 'אלוהים'. למעשה נאמר לשופטים כי הם בגלל לא שופטים בני אדם, אלא הם כפופים לעינו הבוחנת של אלוהים.

← מדובר במערכת אחת בעלת שתי רמות שונות: **(1) רמה אנושית** – השופטים שופטים את בני האדם; **(2) רמת דתית** – השופטים משתמשים כשליחים של אלוהים.

רש"י דברי הימים ב' פרק יט' פסוק ו' מקבלים תשובה לשאלות את מי דנים, לפני מי דנים ומי דן עמם – אלוהים.

- למה להגיד שהדיינים דנים גם את אלוהים? לפי **רש"י** כשהדיין ישים לנגד את עיניו את הצדדים כאילו הוא שופט את אלוהים, הוא ינקוט במשנה זהירות כלפיהם.
  - **דעת המרצה:** למעשה, ברגע שהדיינים משבשים את האופן בו דברים היו צריכים להיות מנוהלים, ועושים טעויות, מוסיפים עבודה לאלוהים שצריך לתקן את זה.

← הטקסטים מובילים אותנו לכך שהדין במשפט העברי הוא דתי, ואלוהים נוכח בסיטואציות מסוימות.

תלמוד בבלי מסכת ברכות דף ו', עמוד א' מקור זה מפרט סדר יורד של כמות אנשים במצבים מסוימים בהם יש נוכחות מיוחדת של אלוהים. נשאלת השאלה, אם ב-2 שלומדים תורה יש שכינה, אז למה צריך לדון ב-3? תכליתם של הדיינים בסכסוך הוא לעשות שלום, ואם הם פותחים את התורה, בעשייתם בן ממילא תהא שכינה איתם, בדיוק כמו שיש ב-2. תשובה כשהדיינים יושבים בשלושה ועוסקים בעשיית צדק, הם למעשה עובדים עבור אלוהים, בממלכתו, שם השכינה נמצאת גם אם הם לא עוסקים בתורה.

← **שורה תחתונה:** המקורות תופסים בצורה עמוקה את נוכחותו, תפקידו ומשמעותו של אלוהים בהליך המשפטי.

פרק 4 מעמדו של הדין ושל הדיין

דילמה: הדיין חושש מכך שנאמר לו כי הוא אינו שופט רק את הצדדים אלא גם את אלוהים.

- **התשובה:** אין לו מה לחשוש כל עוד הוא עושה משפט יושר.
- **ברכיהו ליפשיץ** מתייחס לפשרה במשמעותה כ"הסכמה" של הצדדים לדון שלא על פי דין תורה, ובכך למעשה מאיינים את הסכנה של עשיית טעות בפסיקת הדין.

מקומו של אלוהים במשפט

שמות פרק יח' משה מסביר ליתרו איך הוא שופט את העם, משה פורס בפני הצדדים את משפט האלוהים ותורותיו, כי זה מה שהם מבקשים, ולא רק לפתור את הבעיה החברתית. אך יתרו אומר לו כי השיטה הזו לא תעבוד, כי הוא לא יכול להיות השופט היחיד ששופט את העם, לדעת יתרו יש ליצור היררכיה במערכת המשפט. משה מסכים איתו.

הרב א"י הכהן קוק, אורות, ישראל ותחיתו **הרב קוק** מפרש את המקור הקודם. משה נמצא בתחילת תקופת ייסוד המשפט ביהודות. כבר אז טבע את חותמו במשפט העברי – העלה את ערכי המשפט, והעניק להם כוח רב כדי שיחזיקו לאורך הדורות הבאים, שכן על התוכן המשפטי להמשיך להתפתח ולהתעדכן לאורך הדורות. בנוסף, מוסיף כי אמנם המקרה המדובר התרחש ביציאת מצרים, אך המשפט תלוי בקדושת המקום – לכן, שביה"ד הגדול יישב במקום המקודש ביותר.

אבן עזרא שמות פרק כא' פסוק ו' המקום הראשון בתורה בו רואים את מקומו של אלוהים במשפט הוא כמדובר בעבד שלא רצה להשתחרר מאדונו. שם השופטים מכונים אלוהים, מפני שהם מוציאים את משפטו לפועל.

דברים פרק א' פסוק יז'; רמב"ן דברים פרק א' פסוק יז' בפירושו **הרמב"ן** נטען כי היצורים שברא אלוהים צריכים לאמץ בחייהם את הערכים של יושר וצדק, והדיינים קיבלו תפקידם כדי את מקום האלוהים זאת. הוא מוסיף כי אם לא ימלאו את תפקידם, הרי שהם חוטאים לאלוהים.

← **שורה תחתונה:** הרמב"ן מרחיב את דבריו של אבן עזרא ומוסיף כי הדיינים לא רק אמונים על יישום התורה, אלא אף יש להם מעמד של שליחי אלוהים.

רמב"ן שמות כא' ו' הרמב"ן מוסיף ומייחס לאלוהים התפקיד של המכריע במשפט, של השופט. הוא מחזק טענה זו בפסוק האחרון שהביא. לכאורה, מתייתר בכך תפקידם האנושי של הדיינים.

פרק 5 השלום והצדקה במשפט

הדעה התומכת בפשרה (רבי יהושע בן קרחה)

תוספתא סנהדרין פרק א' ההצדקה של **רבי אלעזר** להתנגדותו לפשרה היא כי מדובר בשכחת מקומו של אלוהים במשפט וחילול הקודש. מנגד, **רבי יהושע בן קרחה** טוען כי זה מצווה לבצוע ומדגיש 2 ערכים המהווים לדידו חלק אינטגרלי מתפקיד הדיינים: **(1)** משפט וצדקה; **(2)** אמת ומשפט שלום.

- המשותף לערכי השלום והצדקה: אינם באים לידי ביטוי בדין בהכרח, כאשר יחסי הצדדים אינם מהווים קריטריון לדיין.

ערך השלום

← ערך השלום עוסק בשאלה: איך מביאים את הצדדים לכדי הסכמה?

ירושלמי תענית ד' ב', סח ע"א שמעון בן גמליאל טוען כי הדין עומד על 3 ערכים שמשלימים האחד את השני: הדין, האמת והשלום. כאשר עושים משפט אמת, הרי שנעשה שלום אם מייחסים לו ערך. **ר' מנא** מוסיף ואומר כי ניתן למצוא את 3 ערכים אלו בפסוק אחד: "אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם" (זכריה ח').

- **המרצה:** לערך השלום, במובן זה, ניתן להעניק את המשמעות של "הסדר הציבורי" שחורגת מגבולות ההליך הספציפי, שכן כשיש אמון במערכת, אנשים לא עושים משפט לעצמם, והחברה יכולה להמשיך לחיות בשלום.

תוספתא סנהדרין פרק א' הביטוי של ערך הצדקה בא לידי ביטוי בהתחשבות בעני באמצעות מערכת הרווחה. הצדקה לא חייבת להיות במובן של פשרה, אלא אף במובן שמונעים מאדם להיות גזלן.

מכילתא דרבי ישמעאל משפטים פרשה א' רבי שמעון אומר כי אם מקימים מערכת משפטית שמתפקדת כראוי, ומסיימת סכסוכים, כל החברה תהיה בשלום. ערך השלום מצוי כבר בשלבי הקמת מערכת המשפט.

מכילתא דרשב"י יח', כב' (משתמש בפסוק בו משתמש **רבי יהושע בן קרחה**) המקור מדגיש את ערך השלום בפסה"ד. הדיין נראה כמטיל קנאה הצדדים, משום שלכאורה מעדיף את האחד על פני השני, אך למעשה הם מבינים את חשיבות המערכת המשפטית בחברה, והדיין יוצר שלום ביניהם.

תלמוד בבלי, סנהדרין ז' ע"א ביטוי קיצוני לערך השלום: אדם יצא מביה"ד שמח בעוד שנותר ללא כלום. הוא שמח משום שנעשה שלום אמיתי, כי הרכוש לא היה שלו – הוא השלים עם התוצאה. **שמואל** אומר כי המפסיד והזוכה יוצאים מהדין בשלום, משום שהם יודעים כי כל אחד קיבל את שמגיע לו.

← שורה התחתונה: ערכי השלום והצדקה, אשר בשמם מבקש **רבי יהושע בן קרחה** לקדם את מוסד הפשרה, מקבלים משמעויות שונות אצל פרשנים שונים.

ערך הצדקה

המחלוקת בין **רבי אלעזר** ל**רבי יהושע בן קרחה** טמונה אף בתפיסת עולם שונה במספר היבטים: **(1) חברתית** – תפקידה של הפשרה בהיבט החברתי; **(2) מערכתי** – תפקידה של המערכת המשפטית; **(3) מקומו של אלוהים** במשפט.

לא מדובר על צדקה כצדקה לעני, אלא על ערכים שהם צודקים.

ערך הצדקה עומד ביסוד הדין. כלומר, ערך זה יודע לעשות את מה ש**רבי אלעזר** רוצה שיקרה בעשיית הדין. עם זאת, **רבי יהושע בן קרחה** מכוון דווקא לנורמה מוסרית שלא מקבלת בדין זה עיגון, אפילו אם תהיה מוסכמת על הכל.

- למה המוסר לא נאכף בדין? מספר אפשרויות: לקונה; אדם לאדם ולא מלאך (גבול לדרישת המוסריות בגבולות הדין); חשש מפגיעה בחירויות; לא מחוקקים דברים בלתי אכיפים (למשל: מחשבות); יש דברים שאינם שפיטים; על מנת לייצר תפיסה מוסרית טבעית באנשים; פיתוח תרבותי;

← שורה תחתונה: רבי יהושע בן קרחה מבקש להעלות ולהכניס לדין את העניינים המוסריים שלא מצאו מקומם במסגרתו באמצעות מתן שיקו"ד לשופט בדרך הפשרה.

(הופיע קודם, אך מופיע שנית לפי הסילבוס, אבל לא במחברת)

תוספתא מסכת סנהדרין פרק א' (הלכה ד') מציגה לנו דעה שתומכת בדעתו של **רבי אלעזר** **ומבהירה לנו כי הערכים של הדין והצדקה לא נפגשים**. לכן, מקום בו חייב שופט את העני – ייתן לו מכיסו, על מנת לא לעבור על האיסור של הטייה, ולקיים את המצווה של הצדקה. **רבי יהושע בן קרחה** למעשה מציע **גישה שמחברת בין השניים**.

תוספתא מסכת סנהדרין פרק א' (הלכה ה') לפי **רבי יהודה הנשיא** ניתן לראות כל סיטואציה בה השופט חייב את החייב בצדקה איתו.

- <u>למה צדקה</u>? השופט עושה תיקון ומביא את העולם למצב הנכון שלו בכך שמונע מהחייב להמשיך להיות "גזלן" שמחזיק בכסף לא לו.
- <u>למה לא הכניס את הפשרה למקור הזה</u>? תומך בגישתו של **רבי אלעזר** ומפריד בין הערכים של משפט וצדקה – לגישתו הצדקה תיעשה באמצעות משפט אמת. **המחלוקת אינה סתמית – אלא טומנת בתוכה אידיאולוגיה, שאיננה רק עניין של מותר / אסור, אלא מדובר בתפיסה שלמה של תפקיד בהמ"ש ומעמד הפשרה בשיטת המשפט – אותה אולי מנסה להשתיק**.

<u>מדרג חשיבות הפשרה לעומת הדין</u>

בימי האמוראים **הוכרעה המחלוקת** בעניין הפשרה, והמשפט העברי קלט לתוכו את הפשרה, בביה"ד ומחוצה לו.

הקדמת הרמב"ם לפירוש המשנה **הרמב"ם** למעשה תומך בפשרה. לטענתו:

- צריך לתת לבעל הדין הזדמנות לטעון את טענותיו בפני השופט, כשזה צריך להקשיב לדבריו בסבלנות. <u>אבל</u>, אם יודע לאן הדין נוטה, עליו להכריעו מיד.
- בדין, כמו ברפואה, צריך להשקיע ב"רפואה מונעת" שתאפשר חיסכון משאבים – אז יפנו אליו רק כשאין ברירה, במצבים הקשים ביותר.

← **שורה תחתונה:** לפי ה**רמב"ם** המדרג הוא פשרה > דין.

ניתן לומר כי יש **מחלוקת** בין ה**רמב"ם** ל**רבי יהושע בן קרחה**:

- **הרמב"ם** – השקפת עולמו היא חברתית-חינוכית התוהה כיצד נכון לנהוג בחברה בריאה. לגישתו, הפשרה היא ברירת המחדל במסגרתה צריך לפעול השופט, תוך שימוש בכלים שלום וצדקה, ולא רק לפסוק לפי הדין. הרמב"ם רוצה למעשה לחנך את החברה לעשות הכל כדי לא להגיע לדין ולפתור סכסוכים מבלי להיזקק לעזרתו של בהמ"ש.
- **רבי יהושע בן קרחה** – הפשרה והמשפט חיים זה לצד זה, כשהפשרה מהווה כלי נוסף בארגז כליו של השופט ומבכרת ומגשימה היא ערכים של שלום וצדקה.

<u>התמודדות מול הפסוק "כי המשפט לאלוהים הוא"</u>

- **הרמב"ם** – אנחנו, כחברה, רוצים לחיות בדרך מרוכבת ומאפשרת – אם ביה"ד יאפשר פשרה, ואף יבכר אותה, הרי שהדבר יגשים שאיפה זו.
- **רבי יהושע בן קרחה** – אלוהים לא רק של הדין, אלא גם של חסד ומוסר. לכן, קשה לחשוב שיש רק מסלול אחד של הדין, ללא מסלול מרוכב יותר. הוא לא חושב רק על הטוב החברתי, אלא גם על ביטוי עשיית דין האלוהים.
- **רבי אלעזר** – כל עשיית דין שחורגת מדין האלוהים מהווה חטא וחילול הקודש, ברי כי לדין ישנו מסלול אחד בלעדי.

<u>עמדת ביניים</u>

הרב נפתלי צבי יהודה ברלין שו"ת משיב דבר (ירושלים, תשכ"ח) חלק ג' סימן י' (ישוב בין קבוצות, לא בין פרטים) לפי המקור יש קשר בין הערכים עליהם מתקיים העולם: אמת, שלום ודין. הנציב טוען כי ברגע שהדין אינו יכול להביא לידי שלום (עם פסה"ד), הרי שכל הלוגיקה הזו קורסת. תשובתו של **הרב נפתלי צבי יהודה ברלין** היא כי בנקודה בה הדין לא יביא לשלום, חייב לעשות פשרה.

הוא מוסיף, כי עשיית דין במקום בו היא לא תביא לכדי פתרון המחלוקת הרי שזה יביא לחורבן החברה (כמו בבהמ"ק). אז אין מה להתהדר בדין תורה. מבחינתו, אין בכלל שאלה האם הפשרה תעשה מחוץ או בתוך בית הדין, אלא האם עבודה לפי הדין תעמיק את המחלוקת בין הצדדים ותעצים את הנזק.

← מקרה קלאסי בו על הדין לסגת בפני הפשרה: מחלוקת שבין רבים לרבים (הדיין עדיין יכול לשמוע את העובדות).

<u>פרק 6 סוגי הפשרה וסוגי הדין בפשרה</u>

חוק בתי המשפט (נוסח משולב) תשמ"ד-1984 סעיף 79א – פשרה (תיקון: תשנ"ב)

- **ס'79א(א)** מתיר לבהמ"ש לפסוק, <u>בהסכמת הצדדים</u>, על <u>פסיקה על דרך הפשרה</u>.
  - **פסק של פשרה** = הדיין שקל ודן בזכויות והחובות של הצדדים ופסק פס"ד שמהווה פשרה.
- **ס'79א(ב)** מדבר על <u>תיווך</u> (בהמ"ש יכול להציע לבעלי הדין הסדר פשרה או לתת תוקף פס"ד להסדר פשרה שעשו ביניהם).

- **תיווך לפשרה** = הסכמה מלאה של הצדדים תוך תיווך בהמ"ש;

גם לפני חוק זה, על אף שהמילה פשרה לא הופיעה בחקיקה, בהמ"ש היו עושים פשרות – **ס'79א(ב)** נותן תוקף לנוהג שנהג. למה הצדדים רוצים לתת תוקף של פס"ד להסדר פשרה? שניהם מביאים לסופיות הדיון, אך ניתן לאכוף פס"ד באמצעות הוצל"פ, בעוד חוזה לא.

החידוש של הסעיף: הענקת סמכות לפסוק על דרך הפשרה. (זו סמכות שיפוטית מאוחר חריגה ביחס למדינות אחרות בעולם).

הענקת סמכות זו מסמנת כמעין **הכרעה במחלוקת** בין **רבי אלעזר** ל**רבי יהושע בן קרחה**.

האם המחלוקת בין השניים הייתה בעניין סמכותו של השופט כמתווך או כפוסק על דרך הפשרה? ניתן לומר שעל שתיהן ביחד ולחוד. **המרצה:** רש"י משתמש בביטוי "מטיל" שלום ביחס לאהרון שהיה רודף אחרי הצדדים בטרם הגיעו לדין, ביטוי זה מחזק את הרעיון שהמחלוקת עסקה בפסיקה על דרך הפשרה משום שמדובר במתן כוח מסוים לשופט.

סדרי הדין בפשרה

מאיזה שלב כבר לא ניתן שלוח את הצדדים לפשרה? (הגבול הדיוני של הפשרה)

א' ליפשיץ, פשרה עד היכן? גבולות הדיון בפשרה

לפשרה 2 סוגים של גבולות: **(1) מהותי –** האם הפשרה ראויה בהתאם לנסיבות המקרה; **(2) דיוני** – כיצד תושג הפשרה.

פשרה שסותרת את הגבולות הדיוניים תהיה אסור בבהמ"ש, אך רצויה מחוצה לו.

ממתי פשרה?

- **רש"י ורבי אליעזר** – מתנגדים לפשרה מהרגע שהצדדים בא לדין.
- **ר' שמעון בין מנסיא** – הדיין נדרש לשמוע קודם את הצדדים ורק במידה ולא ידוע לו לאן הדין נוטה במקרה זה.
- **רב הונא** – צריך להציע לצדדים פשרה מהרגע הראשון של המשפט.
- **רמב"ם** – הפשרה היא ברירת המחדל ואיתה צריך להתחיל את הדיון.

יתרונות הצעת הפשרה בתחילת הדיון: (1) כללית ותפתור את הסכסוך מהר; (2) ניתוב לפשרה מלכתחילה מאפשר שקילתה לאורך כל הדרך; (3) יש דיינים שיש להם יראת כבוד לעשות דין תורה ולכן יעדיפו פשרה.

עד מתי פשרה?

א. אינו יודע להיכן הדין נוטה:

כשהדיין שמע את הצדדים, והדיין יודע כבר לאן הדין נוטה, הוא אינו יכול לעשות עוד פשרה.

יש שטוענים שמותר לעשות פשרה בשלב הזה כל עוד הדיין שקוף לצדדים, אך לא מודיע להם את הפסק.

יש חלופות לדין: הסתלקות (רק אם לא שמע הדיין את הצדדים); פשרה (כשהדיין נתקל במבוי סתום ולא יודע מה להחליט).

למה לא לעשות פשרה אחרי שיודעים את הדין?

- חשש מפגיעה בדין הדתי שנטנש – המשפט לאלוהים הוא. הדבר עשוי להוות זלזול בדין תורה.
- חשש להטעיה – הדיין לא יכול להציע פשרה כשהוא יודע מי זוכה ומי חייב, ולגרום להפרת האיזון.

ב. נגמר הדין אין רשאי לבצוע:

- **מחלוקת** מתי נגמר הדין? **(1)** כשהדיין אומר לצדדים מי חייב ומי זכאי **או** **(2) תוספות** כשהדיין יודע מי זכאי ומי חייב, אך לא אמר להם עדיין **או** **(3) הש"ך** לא מספיק שהדיין הגריז את הדין, אלא יש צורך גם בקיומו.

  מדוע לאסור פשרה אחרי גמר הדין?
  - שיקולים פרוצדורליים – פקיעת סמכות ביה"ד – המסלול נגמר ולכן אין יותר תוקף משפטי-דיוני להצעת הפשרה.
  - זילות הדין – הדין אינו לרוח הצדדים, ולכן בוחרים לשנותו. גם אם הדיין יודיע להם את הפסק עצמו, עדיין עשוי להיחשב כזלזול בדין.
  - לא מתקיימת מהות הפשרה כשיש דין כי אין ויתורים הדדיים.
  - הטעיית בעלי הדין – לגרום לזכאי לחשוב שיצא חייב, ולכן יהיה זה לטובתו להתפשר.
- פשרה בטעות: לא ניתן לטעון כי הפשרה נעשתה בטעות אם אחד הצדדים יגלה שהיה יוצא זכאי. ניתן לטעון לטעות רק כאשר נפלה טעות בעובדות על בסיסן נקבעה הפשרה.

ב**תוספות** נטען כי יש להבחין בין פשרה שנפסקה:

(1) כשהיה ידוע לדיין מה הדין – הפשרה מגיעה מ-2 הצדדים.

(2) וכשלא היה ידוע לו – הדיין יודע את הדין, ולכן הפשרה מהווה ויתור או מחילה.

לכן, טענת הטעייה תתקבל רק במצב ה-(2), מפני שהחלטתם של הצדדים התקבלה על בסיס מידע עובדתי חסר.

- פשרה לאחר גמר דין בדיעבד: לפי **רבי עקיבא** פשרה כזו בטלה מפני שנעשתה בחוסר סמכות.

ג. החריגים לאיסור:

- תיווך לפשרה:

(1) דעה 1: האיסור נוגע הן למתן פס"ד של פשרה לאחר גמר דין, והן לגבי דרישה מהם להתפשר לאחר שהדיין יודע את הדין.

(2) דעה 2: **ריא"ז** מותר תיווך לפשרה לאחר פס"ד כי הוא אינו עוד בכובע שיפוטי, לכן אין זלזול בדין ובסדריו.

- אחר שאינו דיין:

בית יוסף: אסור לעשות פשרה לאחר דין בבותליו ע"י דיין או דיינים מאותה מערכת משפט, גם אם הוא לא דן במקרה הספציפי. מותר לצדדים להתפשר באמצעות אדם שאינו דיין, שכן אינו כפוף לסדריו. הסיכוי שיתפשרו ויגעו לדרך השלום גדול יותר אם ידעו כבר את הדין, משום שכך ידעו להתפשר מחלקם, בנוסף הם יודעים שאם לא יתפשו אימת הדין מרחפת מעליהם.

- פשרה במקום חיוב שבועה:

עונש השבועה הוא חמור ביותר וכדי להתחמק ממנו ניתן להציע פשרה, משום שסביר להניח שהצדדים היו מתרצים ואין מדובר בהטעיה או זלזול בדין. לפי רבי **יוסף קארו** ניתן לכפות פשרה במקום שבועה. מנגד, יש שטוענים שביה"ד צריך לחייב שבועה ורק אז הצדדים יכולים לחזור ולבקש פשרה בהסכמה.

ד. גבולות הצעת הפשרה למעשה:

- גישתו של **רבי יהושע בן קרחה** – נקבעה להלכה: מותר להציע פשרה לצדדים עד לשלב גמר הדין.
- בניגוד להגדרת **רבי שמעון בן מנסיא**, שחשש מזלזול בדין והטעיית בעלי הדין וכן סבר כי הפשרה אינה מהווה תחליף לדין, אלא השתקתו ונטישת הדיין את תפקידו – ביה"ד משמש ליישוב סכסוכים.
- האם מותר להציע פשרה אחרי קבלת הדין? **רוב** – כן, רש"י אומר שמותר לעשות פשרה תוך שימוש בשלום וצדקה; **מיעוט – לא**, **התוספות** מחמירות ואוסרות. יש הטוענים כי יש להחמיר לפי גישת התוספות, מפני שאין פסיקה מוחלטת.

הצעת פשרה או שידול לפשרה?

רבי יהושע בן קרחה – השילוש בין משפט ושלום הוא פשרה, לכן מותר לשדל לפשרה ("מצווה לבצוע").

תלמוד בבלי – המשפט והפשרה בעלי אותו מעמד, כלומר שהפשרה היא רשות ולא מצווה או חיוב. צריך להציע את שניהם.

רמב"ם – פשרה מעל הדין. הדיין מצווה להציע פשרה בתחילת המשפט, והצדדים יכולים להחליט אם לעשות פשרה או לא. הדיין יתאמץ כדי להביא לפשרה.

הטור – מציע לצדדים שבאו לדון לפניו פשרה או דין, וכך מוכיח את עדיפותה של הפשרה.

המהר"ל מפראג – הפשרה שווה לדין ויש להראות פנים ניטרליות לצדדים שמגיעים לדון כדי לא להשפיע על הצדדים.

הרב קלישר – פשרה צריכה לכלול מוסר ויושר, לא רק שלום והשקטת מריבה. הפשרה צריכה לבוא ממקום של שלום וצדקה מבלי שתושג ע"י לחץ וכפיה, לכן הדיין צריך לשים לב כמה הוא מתאמץ ביחס לצדדים ולעובדות המקרה. על הדיין לשמוע ראשית את הצדדים, אחרת לא יכול לשכנעם לפנות לפשרה או האם זה באמת לטובתם, אלא רק להציע.

ביה"ד בתוניס – נהוג לשדל כל צד בנפרד לפשרה, לדבר אל ליבו ולהסביר לו למה הפשרה תטיב עימו.

תוספתא סנהדרין א' – "נגמר הדין אין רשאי לבצוע". המקור מכיל 2 גישות:

גישה 1: רבי יהושע בן קרחה קובע פה את גבולותיה של הפשרה (**רבי אלעזר** התנגד אליה מלכתחילה).

- למה שיהיה צורך בביצוע אחרי גמר הדין, הרי הוא כבר נפסק? המחלוקת לא בהכרח נפתרת בדין, לא בהכרח נוצר שלום בין הצדדים, בעוד יחסיהם ממשיכים להתקיים. הפשרה אחרי גמר הדין עשויה לסייע בלמנוע חזרתם לבהמ"ש, שכן ערכיה לא מתאיינים לאחר גמר הדין. מהמאמר:

    - שיקולים פרוצדורליים – פקיעת סמכות ביה"ד – המסלול נגמר ולכן אין יותר תוקף משפטי-דיוני להצעת הפשרה.
    - זילות הדין – הדין אינו לרוח הצדדים, ולכן בוחרים לשנותו. גם אם הדיין יודיע להם את הפסק עצמו, עדיין עשוי להיחשב כזלזול בדין.
    - לא מתקיימת מהות הפשרה כשיש דין כי אין ויתורים הדדיים (אין שלום אמיתי).
    - הטעיית בעלי הדין – לגרום לזכאי לחשוב שיצא חייב, ולכן יהיה זה לטובתו להתפשר.

גישה 2: רבי שמעון בן מנסיא טוען כי יש מקרים בהם נכון לעשות פשרה, בעוד באחרים לא. גבולות הפשרה שהוא מציב אינן ממקום של מוסריות אלא של סדרי דין.

- הצדדים יוצאים להתפשר ביניהם, העבודה לא נעשית ע"י הדיין.
    - **המרצה**: ניתן לחשוב שמדובר פה בתיווך לפשרה, אך המשמעות של המילה "צא" יכולה להיות גם כתפנית, מעין פעולה אקטיבית – למשל: יציאה מחסות הדין תוך שינוי במחשבה ומעבר למסלול הביצוע.
- יש להבחין בין שלבי המשפט השונים:
    - לפני ששמעת את דברי הצדדים;

- שמע את דבריהם, אך טרם יודע להיכן הדין נוטה במקרה הזה;
- שמע את דבריהם, ויודע לאן הדין נוטה במקרה זה (לא מדובר בתשובה חד משמעית עדיין).

השלב האחרון, ממנו עוד לא ניתן לעשות פשרה – הוא השלב האחרון.

המרצה: ישנם עוד 2 שלבים: (4) יודעים מה הדין בפירוש; (5) ניתן פס"ד סופי. לדידו, יש קושי אתי, בהצעת פרשה לצדדים לאחר הדיין עוד אינו ניטרלי כיוון שכבר יודע לאן הדין נוטה.

רבי שמעון בן מנסיא לכאורה אומר כי אינו יכול להציע פשרה לצדדים בטרם שמע הדיין את דבריהם, אך הוא מנסה לשווק את הפשרה בדרך נוספת, ואולי אף עדיפה, לסיום סכסוכים.

מהו גמר הדין? מחלוקת:

- **סנהדרין ו', ע"ב** **רש"י** מביא את עמדתו של **רבי יהודה** לפיה גמר הדין הוא כשהשופט מכריז סופית לצדדים מי זכה.
- **תוספות ד"ה נגמר הדין סנהדרין ו' ע"ב** **רבי שמעון בן מנסיא** גמר הדין הוא כשהשופט סיים את תפקידו. כלומר, לאחר ששופט סיים לדקדק בחוק, וברגע שהשופט **הכריע** מבחינתו **ולפני** שהשופט מכריז לצדדים מי הזוכה.
  - **רציונל:** בזמן של "דקדוק היטב" כבר יש זכות מוגמרת לאחד הצדדים. להציע פשרה בשלב זה יהווה חוסר יושרה של השופט והטעיה של הצד הזוכה, אשר לו ידע שזכה לא היה מסכים לפשרה.
- **דעת המרצה:** אם השופט יודיע לצדדים כי יש פס"ד לגביהם כבר, אך כי הוא מניח שפשרה תביא לשלום ביניהם בעוד פסה"ד לא, אין הדבר מהווה חוסר יושר של השופט. בכך הוא נוהג בשקיפות מול הצדדים.
- התוספות "מעיזות" לחלוק על רש"י מפני שישנו קושי בדבריו – מדוע שיאמר את הברור מאיליו. מכך סברו התוספות כי רש"י התכוון למצב בו השופט פונה לצדדים בהצעה לפשרה מתוך חשש שמא טעה בדין. אך התוספות מבקשות למנוע מצב כזה שכן הפתרון לטעות הוא ערעור על פסה"ד.
  - **דעת המרצה:** רעיון הפשרה לא נגמר משנפסק הדין שכן האיכויות והיתרונות שלה לא נעלמות משנפסק הדין. רציונלים למניעת ביצוע לאחר מתן פסה"ד – במאמר לעיל. פתרון לכך בעיניו הוא הבהרה לצדדים, בעת מתן פסה"ד את איכויות הפשרה שתביא לשלום ביניהם, בעוד פסה"ד לא והצעה <u>שקופה לחלוטין</u> שיפנו לפשרה.

שולחן ערוך חושן משפט סימן י"ב **רבי יוסף קארו** דוחה את רבי שמעון בין מנסיא ואת התוספות. הוא גורס כי כבר <u>משלב הכניסה להליך</u> יש ליידע את הצדדים על 2 המסלולים האפשריים עבורם לפתרון הסכסוך: **(1)** פשרה; **(2)** דין ומזכיר כי <u>זו מצווה לעשות פשרה</u>. לאחר מכן, הוא מדגיש כי על השופט ישנה <u>אחריות גדולה שלא להטות את הפשרה</u> לאחד הצדדים, בדיוק כמו כשעושה הוא דין. לגישתו, <u>נקודת גמר הדין</u> רלוונטית לדיין בלבד, אשר הכל ממנה לא יכול הוא עוד לעשות פשרה (בשלב בו הכריז לצדדים מי זכה ומי הפסיד), **אך ניתן לעשות פשרה בין הצדדים לאחר גמר הדין ב-2 תנאים מצטברים: (1) לא השופט הציע את הפשרה; (2) הפשרה תעשה לא במקום המשפט.** [התמודדות מול הרציונלים במאמר]

<u>הכרעת ההלכה במחלוקת בין רש"י לתוספות</u>

<u>שני הפוסקים הבאים לא עשו מאמץ אמיתי ונסמכו על דעות שקדמו להם</u>:

הב"ח נקט בגישה של התוספות – מתוך הרציונל של **"אם יש ספק אין ספק"** וכדאי להימנע מהפרת האיסור, גם אם יש בכך עלות.

מנגד, **הש"ך** **חולק** עליו מפני שזו מצווה לבצוע. החמרה בתחום כזה כרוכה בעלות גבוהה של הפסד קיום המצווה. אין להשתמש ברציונל של "אם יש ספק אין ספק" כשהוא גובה מחיר כבד, אלא יש לפנות לעקרון של **"הכרעת הרוב"** בהתבסס על הפוסקים לאורך הדורות.

- **המרצה:** הפניה לעיקרון הכרעת הרוב אינו טריוויאלי בתקופה זו וכדי שהכרעה תתקבל על פיו נדרש קיומו של דיון ומו"מ בין היושבים לדין.

<u>הכרעת הרוב במשפט העברי</u>

הכרעת הרוב במשפט העברי:

(1) 2 זכאי, 1 חייב ← זכאי.
(2) 1 זכאי, 2 חייב ← חייב.
(3) 1 זכאי, 1 חייב, 1 אינו יודע ← אין הכרעה.
(4) 2 זכאי, 1 אינו יודע ← אין הכרעה.
(5) 2 חייב, 1 אינו יודע ← אין הכרעה.

- הפתרון במצב בו לא הוכרע הוא הרחבת המותב (ישנה **מחלוקת** בשאלה אם השופט שלא הכריע יוצא מהמותב או לא).
  - משמעות של הרחבת ההרכב היא הודאה כי מדובר במקרה מורכב שדורש דיון רחב ומעמיק.
  - סיבה ללא להוציא את השופט שלא הכריע היא כי הכף נטויה לגביו, ודעתו עשויה להשתנות.
- <u>2 המקרים האחרונים נראים לנו מוזר, הכי לכאורה יש הכרעה של הרוב בעניין, אז מדוע לקבוע שאין הכרעה</u>? סיבה:

- ההרכב של ביה"ד ממנו יכולה לצאת הכרעה היא 3 שופטים. כשאחד אינו יודע הרי שחסר שופט.
- התהליך של הדיון בפסה"ד חסר משום שאחד השופטים לא הצליח להציג בכלל דעה שהאחרים יוכלו להתנגד / להסכים איתה. כלומר שזה לא עומד בדרישות עקרון הכרעת הרוב.

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

לפי החתם סופר לדיין אסור להפעיל לחץ במו"מ על השופטים האחרים. על הדיון בין הדיינים להיות פורה ובמקום בו לא היה דיון, או שהדיון לא היה ממצה דיו ותרם לגיבוש דעה אמיתית, לא ניתן להפעיל את עקרון הכרעת הרוב.

שימוש בעיקרון

רבי יוסף קארו עשה שימוש בעקרון בספרו "בית יוסף" שם בחן את דעתם של 3 פוסקים: הרא"ש, הרמב"ם והרי"ף. למה לא גיבש דעה משל עצמו? **(1)** יושר וענווה; **(2)** מגבלת זמן.

- **קושי:** אין הכרעת רוב במקרה כזה כי אין דיון בין הפוסקים.

יישום עקרון הכרעת הרוב בפשרה

תוספות: עקרון הכרעת הרוב לא יכול להוות כלי בפשרה במקרה בו יש מחלוקת בין הפוסקים, משום שהדבר חוטא למטרה של הפשרה (דורסנות הרוב את המיעוט). ובמקרה כזה צריך למצוא פתרון אחר.

- **רציונל**: הליך הפשרה לא יכול להיות דורסני כמו שקורה ברוב שדורס את המיעוט, הרי הפשרה נועדה להנציח ערכים שעומדים בניגוד לכך. הדרך היחידה במקרה כזה היא אם הדיינים יתפשרו בשלום ביניהם, ויגשימו בכך את ערכיה.
- אך, כאמור, אין להפעיל כוח ומניפולציות על השופטים האחרים כדי להגיע לתוצאה בפה אחד, כיוון שגם כך יפגעו ערכי הפשרה.

גישת המשפט העברי ביחס להכרעת הרוב על פני המיעוט

למעשה, כשהולכים אחרי דעת הרוב מבטלים בכך את דעת המיעוט.

המרצה: הרעיון של הרוב מבחינת המשפט העברי, מבוסס על **רעיון הביטול**. בשלב הדיון (מו"מ) בין הדיינים, הם שמעו את דעת המיעוט, חשבו עליה ועדיין קיבלו החלטה אחרת – בכך ביטלו את דעת המיעוט. אין פה אלמנט של זלזול בדעה זו. בביטול דעת המיעוט ישנה הבטחה של דעת הרוב כי שקלה את כל הכיוונים האפשריים בטרם הכריעה.

← **שורה תחתונה:** בשל כך הדיון בין השופטים קריטי בעודם מכריעים בדעת רוב.

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

(1) מניעת דורסנות הרוב את המיעוט (כאמור).

(2) בפשרה, בניגוד לדין, אין עקרונות מוגדרים והדיינים שוקלים שיקולים שהדין בכלל לא שוקל. לכן עיקרון הביטול לא מתאים פה, שכן נדרשים שיקולים וערכים יותר אמורפיים.

חריגים לכלל "נגמר הדין אין רשאי לבצוע"

המשפט העברי היה בעולם של חוסר באוטונומיה שיפוטית, היהודים רצו לסגור את הסכסוכים בתוך הקהילה כדי להימנע מפניה לשלטונות. לכן, הוגדרו חריגים שאפשרו לסגור את הסכסובים בקהילה גם אחרי מתן פס"ד.

חריג 1: הריא"ז (חריג רחב)

פסקי ריא"ז (מהדורת מכון התלמוד הישראלי השלם, התשנ"ד) יט הריא"ז מחדש שברגע שהגענו לנקודת הזמן בה לא ניתן לעשות עוד פשרה (**רבי יהושע בן קרחה**), ברי כי חזרנו לנקודה בה "הדין ייקוב את ההר" (**רבי אלעזר**). לגישתו של הריא"ז, כל **המחלוקת** בין השניים התבססה על **ס'79א(א) לחוק בתי המשפט** העוסק ב<u>פסק דין של פשרה</u>, בעוד אין ביניהם אי הסכמה או התנגדות בעניין **ס'79א(ב) לחוק בתי המשפט** העוסק ב<u>תיווך לפשרה</u>.

למעשה, לא ניתן <u>לעשות</u> פשרה אחרי גמר הדין בין הצדדים אם הדבר נבע מהדיינים עצמם (**ס'79א(א)**), אך כן ניתן <u>להציע</u> להם פשרה לפי **ס'79א(ב)** אחרי גמר הדין לאחר שהסביר השופט לצדדים את יתרונותיה של הפשרה וללא הפעלת כוח מצד בהמ"ש על הצדדים, זאת במטרה להביאם לשלום והסכמה מלאים ואמיתיים.

בדרך של תיווך לפשרה, אין סיכון לכאורה מבחינת הצדדים שכן הם כבר יודעים את פסק הדין, בעוד בהליך של פסק פשרה כן יש סיכון.

חריג 2: רבי יוסף קארו – אדם שאינו דיין

החריג מתמודד עם אי הסכמת הצדדים עם פסה"ד שקיבלו, ורצונם לפנות לערכאות של גוים.

ר' יוסף קארו בית יוסף סימן י"ב לגישת **רבי יוסף קארו** האיסור לעשות פשרה לאחר גמר הדין מוטל על הדיינים בלבד, ולא על הפרטים. כלומר, בעלי הדין יכולים לפנות לפשרה לאחר גמר הדין.

בתשובות הרשב"א סימן אלף ק"ג חילול פסה"ד הוא בזה שהפשרה נעשית במקום בו נעשה המשפט ← אדם שאינו דיין יכול לפנות לפשרה על עוד ההליך לא מתבצע במקום בו נפסק הדין.

חריג 3: כלי השבועה

שבועה היא כלי מאוד חזק במשפט העברי.

תוספות ד"ה נגמר הדין, סנהדרין ע"ב כשיש התחייבות בשבועה, מותר לעשות פשרה אחרי גמר הדין כדי להתחמק מהעונש.

יישום המושג שבועה בחלק מפס"ד:

שולחן ערוך חושן משפט סימן פז' סעיף ב' ככלל, אין מחילה לאדם ששיקר תחת שבועה, משום שכל ישראל ערבים זה לזה – מסיבה זו עולה האמור בתוספות.

קושי עם החריג: הפתרון שמציעות התוספות לא מופיע בתלמוד, הרי אסור לעשות פשרה כשנגמר הדין.

פתרונות לקושי: **(1) הכרעה ערכית** של התוספות המאזנת בין כובד האיסור לפשר לבין עונש השבועה; **(2) לא מדובר בפשרה שיפוטית** לאחר גמר הדין (תואם את דברי **הריא"ז**); **(3)** לא מדובר על ביצוע כמו שדיברנו עליו עד כה, אין בה כלום מערכי הפשרה, אלא **מדובר באי ביצוע הפס"ד, אך בקירוב למה שהיה אמור להיות.**

פרק 7 פשרה כפויה

הפשרה עליה דיברנו עד כה לא הייתה פשרה כפויה, אלא הייתה פשרה בהסכמה ולצדדים הייתה ברירה אחרת (הדין).

משנה מסכת כתובות פרק י' (חלוקת כתובה בה נוצר מעגל שוטה); **תוספתא בבא קמא ב' י'** (מעבר אניות) ← מדובר על שימוש בפשרה כפויה במקומות בהם המשפט העברי לא מצא פתרון טוב יותר.

תלמוד בבלי, מסכת סנהדרין ל"ב ע"ב לא מדובר בפשרה עליה מדבר **רבי יהושע בן קרחה**, שכן אין מדובר על פשרה בהסכמה, ולדין אין פתרון אחד. לכן, הפתרון שמציע התלמוד הוא למעשה **כפיית פשרה** על 2 הצדדים לסכסוך, כשהאחת מפצה את השנייה. אין פה עוד עניין לאיזון זכויות הצדדים, אלא לעצם הגעה לפתרון כלשהו אותו הדין לא יכול לתת.

חשיבות המהלך

המרצה חושב שזה יפה שהדין העברי יודע להודות בגבולותיו, ועדיין מציע כלים להתמודדות עם גבולות אלה.

בג"צ 2222/99 אנז'ל (אורה) גבאי נ' ביה"ד הרבני הגדול ואח' פ"ד נד(5) 401

רקע: הדיינים לא רצו להחיל את הלכת השיתוף על מקרה מסוים, ולכן השתמשו בסמכותם לכפות פשרה כדי לקבוע הסדר אחר ו"לעקוף" את הלכת בבלי. כדי שביד"ר יוכל לכפות פשרה על שטר הבוררות צריך להיות כתוב "בין לדין ובין לפשרה". האישה התנגדה לכך מכל וכל.

השאלה המשפטית: אם לביד"ר יש יכולת לכפות פשרה, מדוע הוא זקוק להסכמת הצדדים?

טענות ביד"ר יש תביעה מוסרית מביד"ר לפעול לפנים משורת הדין ולקבל את הסכמת הצדדים, אך יש לו סמכות כפייה.

קושי: ברגע שמחייבים אדם בדבר, אין טעם בבקשת הסכמתו "לפנים משורת הדין".

תירוץ: ביה"ד מבקש לפעול כמחנך באמצעות הכפייה.

בפסה"ד מופיעה **תשובת הרא"ש**: מרחיב את מוסד הפשרה הכפויה גם על מצבים בהם נראה לו שאחד הצדדים מעוות את הדין ומעלים ראיות. זאת במטרה להשליט שלום בעולם (שלום כסדר ציבורי). [זו לא הפשרה עליה מדובר לעיל, כי יש פתרון אחר לביה"ד בדין.

דיון והכרעה: השופטים העבירו ביקורת על ביד"ר מתוך המשפט העברי.

פרוקצ'יה – לא מקבל את התוצאה. אומרת שגם אם ביד"ר עושה פשרה בכפייה בין בני זוג, יש חובה לדיין כשופט בישראל להחיל את חזקת השיתוף ועל פי זאת לחלק את הזכויות ביניהם בפשרה.

אנגלרד – מעודן יותר. טוען כי פשרה כפויה לא מאפשר לביה"ד לעשות כל העולה על רוחו, אלא מוגבלת לנסיבות קונקרטיות. הוא לא רואה נסיבות שמצדיקות פשרה כפויה במקרה זה, שכן אין ביטוי למצוקת השופט. כלי הפשרה עומד לרשותו של ביד"ר רק במקרים חריגים.

המרצה: בהמ"ש לא יצא נגד המשפט העברי, אלא בחן אותו ואת הכלים שהוא מציע והביע ביקורת על פעולותיו של ביד"ר.

תשובת הרא"ש כלל ק"ז סעיף ו' רבנו אשר טוען כי לביה"ד אסור להוציא את הדין חלוק מתחת לידיו, הוא מחויב להביא לשלום בין הצדדים תוך הכרעה בסכסוך, אחר מי שיצא נשכר הוא הרמאי. לכן, **חכמים נתנו לדיין את הכוח בשעת חירום לפסוק לפי ראות עיניו (=שיקו"ד) במקום בו הדבר לא יכול להתברר בראיות ועדויות, שכן מערימים עליו קשיים**. במקרים כאלה הדיין מחויב לפסוק את הדין, זאת גם אם ההכרעה לא תתבסס על ראיות או אומד דעת ואף אם יש צורך בפשרה כפויה.

← **שורה תחתונה:** במקרה בו ברור לדיין שאחד הצדדים לסכסוך משבש את ההליך ולא משתף פעולה, ברי כי יש לדיין הסמכות להחליט על פי שיקול דעתו בעניין, אך זהו אישור המיועד רק למצב חירום כשהדיין יכול לעשות שימוש אף בכלי של פשרה כפויה.

סיכום ההבחנות בין הפשרה בהסכמה לבין הפשרה הכפויה

ר' מאיר שמחה משך חכמה על דברים טז' כ' (ירושלים תשמ"ב)קיא

(1) בפשרה בהסכמה יש **מחלוקת** תנאים האם הפשרה היא מצווה או איסור; בפשרה הכפויה כולם יסכימו כי זו מצווה.

(2) בפשרה בהסכמה הדיינים מצווים להציע פשרה לצדדים; בפשרה כפויה בעלי הדין מצווים לפשר ביניהם והדיינים מחויבים לכפות את הפשרה.

(3) הפשרה בהסכמה היא אלטרנטיבה לדין אפשרי; בפשרה הכפויה אין אלטרנטיבה אחרת אפשרית בדין.

פרק 8 שיקול הדעת של המפשר

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

רקע: במסגרת דיון בסכסוך הגיעו הצדדים להסדר, לפיו נמסרו להכרעת בהמ"ש "על דרך הפשרה", כאמור ב**ס'79א(א) לחוק בתי המשפט**, 2 מהמחלוקות ביניהם. בהמ"ש הכריע בסכסוך לפי הדין המהותי ומצא כי המשיבה לא חבה פיצוי כלל למערערים.

שאלה משפטית: האם בהליך לפי **ס'79א(א) לחוק בתי המשפט** רשאי בית המשפט לפסוק לפי הדין, גם אם משמעות הדבר תוצאה בינארית?

דיון והכרעה: השופט אילון

- הסכמת בעלי הדין לפי **ס'79א לחוק** אין בה כדי לשלול מהם את הזכות לשוב ולפנות לערכאת הערעור כדי להעלות בפניה את השגותיהם בעניין תוצאותיה של הפשרה. עם זרת, עילות ההתערבות בפס"ד שניתן על דרך הפשרה מצומצמות יותר מאשר במקרה של ערעור רגיל. בהמ"ש ייטה להתערב בפס"ד של פשרה אך ורק במקרים של חריגה קיצונית ביותר מגבולות הסבירות במסקנות או בקביעת הסכומים שנפסקו.
- פשרה יכולה להיות מבוססת על כללי הצדק הטבעי (שיקולי מוסר ועקרונות חירות, צדק, יושר ושלום) וגם יכולה לחפוף במלואה לדין המהותי הנוהג.
- פשרה מכאנית המבוססת תמיד על חלוקת נושא התביעה בין בעלי הדין היא פסולה, משום שהיא שרירותית ובלתי סבירה, ומשום שאינה מביאה בחשבון את כל יסודות הסכסוך שבין בעלי הדין. צדדים המפקידים את ענייניהם בידי בהמ"ש על מנת שיפסוק בהם על דרך הפשרה מבקשים לקצר את משך ההתדיינות ביניהם ומשום כך גם לא נקבעו סדרי דין ודיני ראיות להליך הפשרה (בניגוד להליך הפישור והבוררות). לפיכך, גם התדיינות שאינה מצריכה ניהול מסכת שלמה של הוכחות והבאת ראיות, ואפילו כל כולה על פי הדין המהותי, הינה בגדרה של פסיקה בדרך של פשרה.
- בהמ"ש אשר בעלי הדין מסרו לו את ההכרעה בסכסוך "על דרך הפשרה" אינו חייב לפסול את הפסיקה הנראית לו צודקת בנסיבות העניין רק משום שהיא "נגועה" בחיסרון שהיא חופפת את הדין המהותי. עם זאת, ברור כי בעלי הדין יכולים למקד את העניינים שבהם מבקשים הם את הכרעתו של בהמ"ש על דרך הפשרה, ע"י אמירה מפורשת בהסכם הפשרה ובכך למנוע פסיקה שעפ"י הדין המהותי. אולם, משלא עשו כן, ומסרו את כל העניין להכרעתו של בהמ"ש, יכול הוא לפסוק עפ"י שיקול דעתו בין לדין ובין לפשרה.

למדינות העולם הסדר הפשרה בחוק נראה מאוד מוזר – קבלת כוח שיפוטי מהצדדים כדי לסטות מהדין זה חריג.
הרעיון של הסעיף נולד ממקום של צורך לתת יותר כוח שיפוטי לשופטים ע"מ שלא יצטרכו להיוועץ במומחים ויהיה יותר מקום לשיקו"ד.

בפס"ד אגיאפוליס הצד שניגש ל**ס'79א** חשב שלא יצא בידיים ריקות לגמרי, אך גילה שלא כך הדבר.

השלכות פסה"ד אגיאפוליס

(1) עוה"ד הפסיקו להסכים להסדרי פשרה לפי **ס'79א**, לכן שופטים החלו להסביר לצדדים את ההשלכות והגובלות המדויקים של הסעיף (הכרעה לפי הדין המהותי אפשרית; קושי בערעור וכו'). **עם זאת**, הצדדים יכולים להתנות על הסעיף בנימוק של השופט בפסה"ד על מנת להקל יכולתם לערער;

(2) במטרה לגדר את הסיכון, עוה"ד החלו לצמצם את שיקו"ד שניתן לשופטים ולהגדיר להם טווחים מקובלים להסכם הפשרה.

למה צריך נימוק של פסה"ד בפשרה? **(1)** כדי שהצדדים יוכלו להשלים עם התוצאה; **(2)** היבט תקדימי; **(3)** להכניס לתודעה של השופט את הצורך במהלך מחשבתי סדור בעודו בדרך להכרעה שלא עפ"י דין מוגדר וברור.

פס"ד אוני אבו אותיו (לפני אגיאפוליס)

שאלה משפטית: (1) האם פס"ד יכול להיות בינארי?; **(2)** האם הפשרה סוטה בהכרח מהדין המהותי, או שהיא יכולה להתלכד איתו? ואם כן, מה המטרה של הפשרה?

בשונה מאגיאפוליס, פסה"ד התייחס למשמעות הלשונית-מילונית של "פשרה". פשרה מגיעה מהמילה "פושר", כלומר שהשופט לא יכול לפסוק בלום לאחד והכל לאחר, אלא עליו לתת ולו משהו לצד המפסיד, כך שלא יצא בידיים ריקות.

המרצה: לא ניתנה תשובה מעמיקה לשאלה השנייה, אך אפשר לקחת את ההסקה הזו גם לשם.

← **שורה תחתונה:** פס"ד של פשרה יכול להיות בינארי, ולא מחייב בהכרח סטייה מהדין המהותי.

ביקורת על פס"ד אגיאפוליס

(1) מתודולוגיה – על אף שנשאבה מהדין העברי, אשר מבקש להגשים באמצעות הפשרה ערכים של צדקה ושלום, ברי כי הפשרה בדין הישראלי נועדה להשיא את היעילות שבדין (קיצור הליכים; חסכון בזמן שיפוטי וכו'). לכן, על השופטים להיזהר כשהם משווים ומקבילים בין הפשרה ב-2 שיטות המשפט הללו, שכן תוכן הדברים שונה.

(2) משפט משווה – עפ"י בהמ"ש העליון ס'79א מקנה לשופט סמכות לפסוק הן לפי הדין המהותי והן לפי הפשרה. משמעותו של המשפט "בין דין ובין פשרה" היא כי הצדדים מפקידים את גורלם בידי בהמ"ש ומסכימים לכל הכרעה שתצא תחת ידו, ללא קשר לאופן קבלתה. **המרצה** תוהה למה בהמ"ש העליון שהוסמך עפ"י להכריע בדרך של פשרה בהסכמת הצדדים יעשה שימוש במשפט הזה, ולמה שיקבע שמדובר בהיינו הך אם הם כה שונים מבחינת התוכן?

(3) נקודת מבט חודית – שימוש ב"בין לדין ובין לפשרה" הוא משפט נעדר מסוימות, ועוה"ד לא יכול לייעץ ללקוחו לחתום עליו.

(4) תוצאת פסה"ד – בהמ"ש הבהיר כי מקרה בו אחד הצדדים יוצא בידיים ריקות מהפשרה הוא נדיר ביותר, אך בהמ"ש לא הסביר מהם הקריטריונים למקרים בהם כן יפסוק בדרך כה בינארית ומדוע. [במ"ע ברור שהקריטריונים הם שלום וצדקה] נדרש לעשות כן כדי להנחות את השופטים הבאים וכדי שהצדדים ידעו להעריך את הסיכון שעומד לפניהם.

- בניגוד למשפט הישראלי, המשפט העברי הגדיר קריטריונים למתי הדין בפשרה יהיה בינארי. הפשרה במשפט העברי בוחנת הן את תוצאות הדין המהותי והן את הערכים שעומדים בבסיס מוסד הפשרה (שלום וצדקה). לכן, אם מישהו יצא בידיים ריקות בפשרה מהמשפט העברי, ברור לכל כי הדבר לא נבע רק מהדין המהותי.

שיקול הדעת של המפשר במשפט העברי

ניתן לראות כי גם במשפט העברי נתגלעה **מחלוקת** בעניין.

תוספות הרא"ש (סנהדרי גדולה כרך ג', הרי פישל, ירושלים, תש"ל) מד רבנו אשר מדגיש כי בפשרה אין סיכוי לקביעת פס"ד ללא 3 דיינים היושבים לדין, שכן בפשרה יש לשופטים שיקו"ד רחב ונדרש כי כל דיין ישגיח על משנהו, שלא יפעל כאוות נפשו.

רבינו מנחם המאירי סנהדרין (המד'סופר, מהדורה שניה, ירושלים, תשכ"ה) 14 רבנו מנחם המאירי קובע כי הפשרה היא דבר שרחוק מהדין, לכן אין בעיה עם פשרה בה שיקו"ד היה רחוק מהדין. הדיין הוסמך לחרוג מהדין, לכן לא ניתן לדרוש שהפסק יוותר בגבולותיו.

שאלות ותשובות ר"י באסן [תורכיה 1550-1650] סימן קו (ירושלים, תש"ל) עג רבי יהודה באסן קובע כי ברגע שנכנסו לעולם של פשרה, הדיין מתנתק ממהות הדין ופוסק כראות עיניו. לשם כך הוסמך ע"י הצדדים לסכסוך.

- **המרצה:** מסייג. המפשר עדיין בעל חשיבה משפטית, ויש חשיבות למיהות האדם שפונים אליו לביצוע הפשרה.

<u>הסתכלות אחרת</u>: איך יכולים הפוסקים "לבעוט" בערכי השלום, הצדקה **והמשפט** העומדים בבסיס הפשרה כשאבי הפשרה ביקש לשקול בתוכה גם את ערכי ונורמות הדין?

שו"ת חכמי פרובינציה חלק ב' סימן יד (רוב התשובות מיוחסות לחכמי פרובינציה מהמאה ה-13, ירושלים תשכ"ז) אף אחד לא העלה על דעתו שלא מקיימים הליך משפטי (ראיות וכו'). בציווי לעשות פשרה אין הכוונה בגזל אחד מבעלי הדין, שכן הפשרה במשפט העברי נעוצה גם במשפט.

← **שורה תחתונה:** יש מחלוקת קשה במשפט העברי האם שיקול דעתו של המפשר צריך להיות נעוץ בדין.

ח' שפירא, המחלוקת על הפשרה ומטרות ההליך השיפוטי

בתלמוד מתועדות מחלוקות שונות בין התנאים לעניין שאלת לגיטימיות הפשרה ובפרט על הליך ביצוע. מדובר במחלוקת עקרונית שמתייחסת לערכים ולעקרונות שעומדים בבסיסו של ההליך השיפוטי: אמת – שלום – צדקה.

על מנת להבין את המחלוקת יש להבין, ראשית, על איזו פשרה מדובר? האם על כל פשרה / מקרה ספציפי? וכן להבין מהי גישתו של כל צד בסכסוך. **שפירא** טוען, שטרם הגענו לניתוח מספק של מוסד הפשרה, הספרות התלמודית אינה מאופיינת בכתיבה תיאורטית ושיטתית אלא בניתוח קצר ותמציתי של העובדות, טעמיו של כל צד מנוסחים בצורת "קודים" הדורשים הסבר והרחבה.

<u>א. מושג הפשרה</u> – פשרה מוגדרת כהליך, בין 2 צדדים או יותר, בו הם מגיעים להסכמה הכוללת ויתורים הדדים לשם סיום / פתרון הסכסוך. היא <u>מורכבת מ-2 יסודות עתיקים</u>:

1. התהליך מבוסס על הסכמה, הצדדים נכנסו להליך מרצון;

2. תוצאת ההליך הינה פתרון של "אמצע הדרך".

- יש לציין, כי היעדר הסכמה להליך או לפתרון, ויתור חד צדדי או כפייה אינם "פשרה".

<u>הליך הפשרה יכול להיעשות בדרכים שונות:</u>

(1) **מו"מ** – באופן ישיר בין הצדדים, כך שישנה זיקה ישירה בין הסכמת הצדדים לתוצאה הסופית.

(2) **תיווך** – צדדים המתקשים להגיע בעצמם לפשרה, יכולים להיעזר בצד ג' / מתווך בניהול מו"מ. המתווך יכול להציע הצעה, הצעתו אינה מחייבת וזכותם של הצדדים לקבל / לדחות את הצעתו עדיין נשמרת.

(3) **בוררות** – צדדים שאינם מצליחים להגיע להסכמה לבדם או ע"י מתווך יכולים לפנות בהסכמה לבורר, הבורר ינהל את מו"מ אשר בסופו תינתן הצעה שתחייב את הצדדים. הצעתו אומנם מחייבת אך לא תמיד מצליחים להגיע אליה. ויש לחדד שהסכמת הצדדים היא בכניסה להליך ולקבלת ההחלטה, הצדדים לא חייבים לחבב את ההחלטה הניתנת על ידי הבורר אך כן חייבים לבצע אותה.

הליך הפשרה, על כל צורותיו לעיל, יכול להתנהל ביוזמת הצדדים ללא התערבות של בהמ"ש ואף יכול להתנהל לאחר עתירה לבהמ"ש, כאשר הלה מפנה אותם לפגישת מהו"ת / גישור ובכך מעורבותו גדולה יותר והוא אף יכול לתת להסכם הפשרה תוקף של פס"ד.

הליכי הפשרה שמנוהלים מחוץ לבהמ"ש הם הסכמים פרטיים ולרוב אינם מעוררים מחלוקת. שאלת מעורבות בהמ"ש היא יותר בעייתית משום שהיא מטשטשת את הגבול בין הכרעה עפ"י דין להכרעה עפ"י רצון הצדדים ולפיכך, שיטות משפט רבות לא התירו את ה"פשרה" וגם כאשר הותרה, מידת ההתערבות של ביה"ד השתנתה בין שיטה לשיטה, לדוגמה:

<u>במשפט הרומי</u> – דיין לא יכול היה לאשר פשרה אלא לשפוט ע"פ דין, במידה והצדדים רצו להגיע לפשרה, היה עליהם למשוך את התביעה. עלתה פה שאלה ללא מענה ברור- האם ביה"ד יכול להשעות את הדיון בעת שהצדדים ינסו להגיע לפשרה כאשר בכך הוא בעצם "מעודד" פשרה?!

<u>בשיטות נוספות</u> – הכירו ב"עידוד" הליכי פשרה אך ביה"ד לא יכול היה לתת להם תוקף של פס"ד.

<u>ב. פשרה במקורות התנאים</u> – התנאים הכירו בצורות שונות של פשרה כאשר נערכה הבחנה בין "פשרה" ל"ביצוע".

- **התלמוד הבבלי והירושלמי** לא הבחינו בין "פשרה" ל"ביצוע" והמחלוקת לגביהם הייתה אותה מחלוקת, עדיין נשאלה השאלה איזו סוג של "פשרה" היא "ביצוע"? האם הכוונה להסכם פשרה באופן כללי או למתן תוקף של פס"ד? אין לאמור תשובה ברורה.
- **גולאק** טען ש"ביצוע" הוא הליך בו השופט מעביר את הסכסוך לבוררות, הוא טען שהמחלוקת היא לעניין השאלה האם זה לגיטימי? המקורות לא נותנים תשובה ברורה.
- **בועז כהן** ראה בפשרה הליך של בוררות.
- **ברכיהו ליפשיץ** הציע פירוש מקורי, על פיה פשרה היא הליך שיפוטי בו הצדדים מסכימים להתדיין בפני ביה"ד בדיון רגיל ע"פ דין, וההבחנה מול דיון רגיל היא מקור הסמכות: (א) פשרה שהיא הליך רגיל כאשר מקור הסכמות הוא הדין "אופי אלוהי"; (ב) פשרה בה מקור הסכמות היא הסכמת הצדדים "אופי אנושי".
- **א"א ליפשיץ** לא הבחין בין "פשרה" ל"ביצוע" וראה בשניהם הליך במסגרת ביה"ד.

בכל אופן, במקורות התנאים נראית הבחנה בין פשרה לביצוע, הם מופיעים בהקשרים שונים והיחס אליהם שונה. פשרה לרוב מקובלת ואילו ביצוע שנוי במחלוקת.

<u>ב.1. פשרה כהסכם בין בעלי דין</u> – במשנה ובתוספתא הפשרה מוזכרת ככלי לפתרון בעיות כאשר הדין עצמו אינו מציע פתרון / כאשר זכויות הצדדים שקולות / כאשר ישנו קושי ראייתי.

<u>דוגמה 1 ממשנה כתובות</u>: כאשר אדם היה נשוי ל-2 נשים ומכר את שדהו, אשר היה משועבד לאישה ה-1, האישה ה-1 ויתרה על זכותה למען הקונה, ואז תבוא האישה ה-2 ותדרוש את זכותה, היא גוברת על הקונה ותקבל את השדה. אך אז, תגיע האישה ה-1 ותדרוש את השדה שהרי היא גוברת עליה ואליה יגיע שוב הקונה, שהרי ויתרה על זכותה למענו יש פה מעין מעגל שאינו נגמר, הדין אינו מעלה פתרון ומציע לצדדים (לא לביה"ד) להגיע לפשרה ביניהם.

<u>דוגמה 2 מתוספת בבא קמא</u>: כאשר 2 חמורים / ספינות מעוניינים לחצות מעבר, מי קודם? כאשר אחד טעון והשני ריק אז הטעון קודם, אך מה קורה כאשר שניהם ריקים / טעונים? מי קודם? הדין לא נותן מענה ומפנה את הצדדים להליך פשרה.

<u>ב.2. פשרה בדין / תיווך</u> – המונח פשרה מתפרש גם כהסדר שהושג אגב הדיון. מצוין במקורות שמשה שפט גם עפ"י דין וגם בדרך הפשרה, ובכן כי שני ההליכים הינם הליכים שיפוטיים. הפשרה לא מוזכרת כהסכם פרטי אלא כהסכם במסגרת ביה"ד, היא לא מוגבלת למקרים בהם הדין לא נותן לדיין פתרון אלא נועדה לסיים כל סכסוך באשר הוא.

בדברי התנאים עולה מחלוקת בין **ר' יהושע לר' אלעזר** לעניין פרוש השם "אלוהים", **ר' יהושע** טען שהצדיקים יראים מביה"ד ולכן הם מגיעים לפשרה ואילו **ר' אלעזר** טען שהדיינים הם החוששים מה' ולכן עורכים פשרות, עשיית פשרה גורמת לכך שהדיינים לא צריכים לפסוק. ניכר כי **ר' יהושע ור' שמעון**, בניהם, מעריכים את הפשרה אך מנתחים את הפסוק בצורה שונה.

במקור נוסף, נראה **שר' אלעזר**, בצורה פרשנית, מסיק פשרה מהכתוב ואילו **ר' יהושע** אינו מסתייג ממנה רק שלא דורש אותה מהכתוב.

ב.3. בוררות – הליך יזום של פשרה, מצב בו הצדדים מראש בוחרים באדם / הרכב שיכריע עבורם בסכסוך ועל דרך הפשרה!

התנאים חלוקים בשאלת ההרכב:

- דעה א' טוענת שההרכב יהיה של 3 דיינים, ממש כמו דיון רגיל בביה"ד.
- דעה ב', של **רבן שמעון בן גמליאל**, טוענת שהדין הוא ב-3 ואילו הפשרה היא ב-2.
- דעה ג' טוענת שפשרה יכולה להיעשות ע"י דיין אחד.
  - אדגיש, כי המחלוקת היא לעניין פשרה מחוץ לביה"ד, כאשר הדיון מתנהל בביה"ד הוא מתנהל ב-3.
  - אדגיש, כי ההחלטה של הבורר אינה תיווך אלא פסיקה של ממש, רק בדרך הפשרה.

ב.4. ביצוע – מונח המופיע בצורות שונות ותמיד מופנה כלפי הדיין ופעולתו, הרי הדיין הוא המבצע (מהמילה בציעה) והרי שמדובר בהכרעה שיפוטית של הדין.

- בביצוע הכוונה היא בציעה, חלוקה לזה ולזה, ולא מצב בו צד אחד מכריע.
- אין אזכור במקורות לכך שהדיין פונה לצדדים ומבקש את הסכמתם, לפיכך, ניכר כי הביצוע אינו תלוי בהסכמת הצדדים. בחלק מהמקורות מופיעים מקרים בהם נאמר שזוהי מצווה לבצוע ולכן מתבקש שאין מקום לבקש את הסכמת הצדדים.
- הדיין חייב לבצוע על "משפט שלום".

קיימים פה 2 מצבים:

א. מצב בו הדיין לא יכול להגיע לפתרון אחר והביצוע נעשה בלית ברירה.
ב. מצב בו קיים פתרון חלופי ואז עולה השאלה האם מותר לדיין לבצוע?

ג.המחלוקת על הפשרה (ביצוע) – הדיון נעשה במחלוקת התנאים הלקוחה **מתוספת סנהדרין א' ומופיעה בשני התלמודים.**

השאלה המרכזית היא האם הדיין רשאי לבצוע, קרי לפסוק על דרך הפשרה?

עולות לעניין זה 3 דעות שונות:

דעה א' – ר אליעזר, בנו של יוסף הגלילי טוען כי "המבצע הרי זה חוטא" משום שהוא אינו ממלא את חובתו עפ"י דין, וכן מי שמשבח את הדיין שמבצע באותה עת מגנה את החוק! (הדיין לא משתמש בחוק אלא בפשרה). בניגוד לדעה זו מוצבת דמותו של **אהרון** שהיה "עושה שלום בין אדם לחברו" – מחד יכול להיות שדברים אלו מובאים לשם ניגוד אך מאידך, יש הטוענים כי **ר' אליעזר** אינו מתנגד לפשרה מכל וכל, הוא מקבל את הפשרה שעשה **אהרון** בין איש לרעהו מחוץ לביה"ד ואף רואה בה מצווה אך מתנגד לזו שעשה **משה** בביה"ד. סברה נוספת היא **שר' אליעזר** לא מתנגד לפשרה בהסכמת הצדדים (הסכם פרטי) אלא מתנגד לפסיקה של פשרה, דהיינו מקבל את הפשרה ודוחה "ביצוע" עפ"י דין.

דעה ב' – ר' יהושע בן קרחה טוען "מצווה לבצוע", לדעתו במשפט אמת אין שלום וערך השלום עדיף על ערך האמת, בפסיקה על דרך הפשרה יש מעין מתן "צדקה" לחייב, הליך הביצוע משקף חמלה על החייב.

במקורות, עלה תיאור של מקרה (ללא אזכור שם) בו החייב היה אדם עני והדיין לאחר פסיקתו, נתן לו צדקה ממנו. עפ"י טענה זו יש להפריד בין הדין לצדקה, הפסיקה צריכה להיקבע עפ"י דין וכאשר החייב עני, ביה"ד יפסוק לו צדקה מסוימת ללא קשר לסכסוך.

דעה ג' – ר' שמעון בן מנסיא טוען שהדיין "רשאי לבצוע", הביצוע הוא רשות, נראה כי הוא אינו מתייחס לשאלת הלגיטימיות של הביצוע אלא לשאלת הפרוצדורה – היינו באיזה שלב ניתן לבצוע? הוא טוען שהדיין יכול לבצוע כל עוד לא שמע את טענות הצדדים וטרם גיבש עמדה בסכסוך, לאחר שכן גיבש עמדה עליו לפסוק עפ"י דין ולא על דרך הפשרה. **ר' שמעון** טוען שהביצוע הוא __**נטישה של הדין**__ ואחריו מגיע **ר' לקיש** ומסביר את הרעיון – על פיו בעלי הדין צריכים לקבל את עצמם את הדיין והדיין צריך לקבל אותם (במציאות דיין לא יכול לדחות מבקשים), טרם התחלת הדיון והעלאת הטענות, רשאי הדיין לסרב לדיון, אך לאחר ששמע את טענות הצדדים חלה עליו אזהרת "תגורו מפני איש" = אזהרה המחייבת אותו לפעול בהגינות לכל אחד מהצדדים.

__**עיקרון ההגינות**__ – קרון הקובע שכאשר צדדים מגיעים לדיון בבהמ"ש, הם מצויים תחת מסך הבערות לתוצאותיו, רק לאחר ניתוחי עלות תועלת הם יוכלו לומר כי הינם מסכימים לפשרה בתיק, לאחר ניתוח כל הסיכונים והסיכויים. לפיכך, כאשר הדיין פוסק בפשרה הוא למעשה, פועל בשמם ובמקומם של הצדדים ועליו לערוך את אותו תחשיב עבורם בהתאם לנסיבות של כל צד / להיכנס לנעליו. כאשר הדיין עורך פשרה טרם הכרת טענות הצדדים זה תקין אך לאחר שכבר גיבש עמדה, יהיה לו קשה לערוך פשרה הוגנת.

__הרעיון הזה מחדד את האבחנה בין **ר' שמעון לר' יהושע בן קרחה**__: **ר' יהושע** טוען שהביצוע מבוסס על שלום וצדק ולכן מדובר במצווה ואילו **ר' שמעון** טוען שהוא מבוסס על האינטרסים של הצדדים ולכן הוא רשות.

הפסוק "**<u>לא תגורו מפני איש</u>**" קיבל מס' פרשנויות – **ר' לקיש** טען שהאזהרה חלה על הדיין שלא יפחד מהמתדיינים שלו, **ר' יהושע** טען שהיא חלה על בעלי הדין שלא לפחד מהדיין. לסיכום, נראה שהדרשה של **ר' יהושע** חולקת על הדרשה של **ר' לקיש** אשר עולה בקנה אחד עם זו של **ר' שמעון**.
בהמשך מובא הציטוט "**<u>המשפט לה' הוא</u>**" שמתפתח את הרעיון של נוכחות האל בדין.
<u>נוכחות האל בדין</u> – הלכה פותחת בסדרת הודעות לדיינים ולעדים ומציירת את תפקידו רב הפנים של האל בדין. מלבד תפקיד כאל, בפניו מתנהל הדיון / בהשגחתו, הוא משמש כדיין ואפילו כנידון. המצב הזה מעורר פליאה הרי "היכול אדם לידון את בוראו?".
נראה שהפרת הסדר מחייבת את ה' להשיבו חזרה על כנו, לתקן את מה שקלקלו השופטים וכאשר שופט מעוות את הדין, על ה' לתקן את המעוות. בנוסף, כאשר ה' שותף להכרעת הדין, הוא נושא באחריות לתוצאה.
בהמשך ההלכה, מובאים פסוקים המבססים את הרעיון דנן, ואחריהם מגיע מהלך של <u>איזון</u>, תפיסת ההליך השיפוטי כהליך בו האל לוקח חלק, מטילה אחריות כבדה על הדיינים והיא אף יכולה להביא אותם להימנע מלשבת בדיון. הדברים המובאים פה, עוברים משלב האמת והצדקה <u>לשלב מטאפיזי בו הדיין לא ממלא רק תפקידים חברתיים אלא מייצג את האל!</u>

<u>ד. המחלוקת על מטרות ההליך השיפוטי - היבטים יוריספרודנטיים:</u>

בשאלת הפשרה, עמדות התנאים ברורות – **ר' אלעזר** סבור שעל הדיין להיצמד לדין, הוא מקשר זאת לשאלה של אמת. **ר' יהושע** סבור שביה"ד מחויב לקדם ערכים של שלום וצדק ולבכרם על ערכים של דין ואמת. **ר' שמעון** נוקט בגישת ביניים לפיה, הדיין לא מחויב לערכים חיצוניים אלא לפתרון הסכסוך גרידא, הוא פועל עפ"י שיקו"ד ומחויב להגינות בלבד.

<u>צדק או שלום:</u> 2 ערכים אלו מייצגים צדדים של הליך שיפוטי. **שפירא** נסמך על **<u>תנועת ה-ADR</u>** שמעוניינת לפתור סכסוכים ע"י גישור ופשרה, השפעתה הגיעה למדינות רבות לרבות ארה"ב וישראל.
תחילה, מניעה העיקרי, היה יעילות מול העומס הקיים בבהמ"ש, אך עם הזמן התפתחו בה מטרות של שלום והסכמה, התמודדות רגשית ואישית עם ההליך השיפוטי ועוד.

מתנגד מובהק לתנועה הינו **<u>אואן פיס במאמרו "נגד הפשרה</u>**" – כאשר טיעונו המרכזי מתייחס להעדפת ערך השלום על פני הצדק, והוא מציע 2 תפיסות חלופיות:

א. פשרה שמטרתה יישוב סכסוכים, הליך פרטי בו הצדדים מעבירים את הסכסוך לצד ג' שיכריע עבורם. במשך הזמן, המדינה לקחה את עצמה את התפקיד ע"י הקמת מערכת בהמ"ש כאשר המטרה של יישוב הסכסוכים נשמרת. במצב כזה ברור שיישוב הסכסוך בהסכמה עדיף על יישובו בפני אדם זר.
ב. תפיסה שונה, בה המדינה מכשירה שופטים לשם עשיית צדק ולא רק לשם יישוב הסכסוך. במסגרת הרדיפה אחרי הצדק, בהמ"ש קובעים מהו האידיאל להתנהגות ראויה וזאת ע"י פרשנות של החוקה והחוקים.

- ההבדל בין המחוקק לבהמ"ש, הוא שבהמ"ש מיישם את הלכת המחוקק / החוקים בהתאם למקרים המגיעים לפתחו, הוא לא קובע את החוקים מראש.
- לטענת **פיס**, כאשר סכסוכים ידונו בצורה פרטית, נמנעת מבהמ"ש היכולת להתמודד עם המציאות, לפרש חוקים לנסות לקבוע נורמות חדשות. בהמ"ש בדרך הפשרה אינו יכול לעצב את חיי החברה.

<u>ביסודה של המחלוקת התלמודית, ניצבים 2 דגמים אלה של ההליך השיפוטי:</u>

א. **ר' אלעזר** – לטענתו הדיין מחויב לעשיית צדק ולא רק לפתרון סכסוכים ולכן עליו להחיל את הדין, אין מקום לפשרה משום שאין בה חתירה לצדק.
ב. **ר' יהושע בן קרחה** – לטענתו הפשרה היא מצווה כי הוא רואה ביישוב הסכסוך את ליבו של ההליך השיפוטי. לפיכך, הדין הינו רק ברירת מחדל ואינו גובר על פתרונות אחרים. הוא טוען כי תמיד עדיף פתרון המקדם שלום ולא עוינות בין הצדדים.

ר' שמעון – גם כן סבור שמטרת ההליך, הינה יישוב סכסוכים וכי עדיף לקדם שלום בין צדדים בדרך הפשרה, אך הוא אינו אומר זאת באופן מוחלט, כל מקרה ידון לגופו ובהתאם לשיקו"ד של הדיין.

<u>צדק מתקן וצדק מחלק:</u>

הצדקה הינה מחד, שקול חשוב שלרוב מוביל לפשרה, ומאידך, יש שיטענו שיש להפריד בין דין לצדקה ועל השופט לפסוק בהתאם לדין (גם כאשר החייב עני..).

כמו כן נטען שעשיית דין המחייב את החייב לשלם, הינה צדקה במיטבה. הצדקה חשובה מאוד במסגרת החוץ-משפטית אך בתוך ההליך אין לה מקום.

הוויכוח בין התנאים דן בשאלה, אילו מושגי צדק רלוונטיים לתחום המשפט (**שפירא** מתייחס **לאריסטו**):

- **צדק מחלק** – קרי חלוקת משאבים בין אלו שיש להם לאלו שאין להם, הרעיון תלוי במעמדו של הפרט ובמידת תרומתו לכלל.
- **צדק מתקן** – מתקן "עיוותים" בין אדם לחברו, הצדק הוא השוויון והעוול הוא חוסר השוויון, בעת שאדם פגע בחברו והסב לו נזק, יהיה עליו להשיב את המצב לקדמותו. כאשר ההתייחסות הינה לנזק ולא למעמדו של הניזוק. צדק מתקן בוחן: (א) האם נעשה נזק?; (ב) האם באופן חוקי או לאו? במידה והתשובה לשאלות אלו חיובית, המזיק יפצה את הניזוק. עיקרון הצדק המתקן פועל בדיני נזיקין, חוזים (משפט פרטי) וע"פ אריסטו גם במשפט פלילי.

בדברי התנאים נשאלת השאלה: אלו שקולי צדק צריכים לעמוד בפני בהמ"ש? עמדתו של **רבי** משקפת את הצדק המתקן בהיות הפסיקה עפ"י דין ללא התייחסות למצבו / מעמדו של החייב. **ר' יהושע בן קרחה**, מחזיק בתפיסה בה, במסגרת הדיון, השופט יפעל עפ"י דין ללא התייחסויות נוספות – קרי צדק מתקן. ואילו, בעת עשיית פשרה, יפעל עפ"י הצדק החלוקתי.