**הפשרה במשפט העברי**

**ד"ר איתי ליפשיץ**

**מחברת מצטברת וערוכה- דור טרייניק**

**תשע"ח-2018**

סימונים:

מקורות חוקים מהדין הישראלי פוסקים ומלומדים

[הפשרה במשפט העברי 1](#_Toc517032072)

[טענות נגד סטיה מהדין 4](#_Toc517032073)

[טענות בעד הסטייה מן הדין 7](#_Toc517032074)

[הפשרה במשפט העברי מול ס' 79א לחוק בתי המשפט 8](#_Toc517032075)

[סדרי הדין בפשרה 10](#_Toc517032076)

[הפשרה והדין 11](#_Toc517032077)

[פד"ר יא 13](#_Toc517032078)

שיעור 1

דיני המשפחה וסד"א קשורים לעניין הפשרה. דני המשפחה מבוססים על הסכמה- כשיש עניין לפרק את מערכת היחסים להסכמה יש ערך רב. סד"א מלווה את הסכסוך מהרגע הראשון. גם אם הצדדים יגיעו למסקנה שניתן לסיים את הסכסוך הם ירצו שלפשרה יהיה תוקף של פס"ד. אנו רוצים שהפשרה תתורגם לסעד ממשי. במצב של סכסוך יודעים הצדדים כי ניתן לפתור אותו בפס"ד שיכריע את המחלוקת או בהסכמה בצורת פשרה בכל שלב בהליך.

בדין הישראלי יש משקל חשוב לפשרה. אחוז קטן מאוד מהסכסוכים מגיע לכדי פס"ד. הצדדים מדברים אחד עם השני ולבסוף מגיעים למסקנה שלא כדאי להגיע לבהמ"ש. מה גם שגם אם סכסוך הגיע לבית המשפט אחוז הסכסוכים שיגמרו בפסק דין ממשי הוא קטן. הפשרה חובקת את עולם המשפט באופן שמשאיר לדין נתח מצומצם בעולם המעשה.

מתי ניתן להניח שהדין המהותי יאפשר פשרה?

* + נשאל עד כמה הדין ברור ועד כמה המקרה שלפנינו קל. ככל שהמקרה נראה יותר פשוט כך סביר להניח שהצדדים לא יפנו לפשרה. עו"ד התובע יטען שיש ללכת עד הסוף ולקבל את כל מה שמגיע לתובע.
	+ רוב הסעיפים בכתב ההגנה מכחישים את הנאמר בתביעה.
	+ כל אחד מהצדדים רוצה להרוויח משהו אחר מהסכסוך ומתייעץ עם עו"ד על מנת להבין מה הסיכוי שלו לקבל את מבוקשו. הפשרה תתכנס בין התוחלת של שני המקרים- לפי הסיכוי להצליח בדין המהותי מחליטים האם כדאי להתפשר.

הפשרה במשפט העברי

למונח "פשרה" משמעויות שונות:

* + פושר- כשעושים פשרה מקבלים תוצאה פושרת. תשובה זו נמצאת אצל הרמב"ם בפירוש למשנה. הרעיון הוא פתרון לא חם ולא קר- משהו באמצע.
	+ פשר- המילה פשר מופיעה בספר קהלת שם נאמר "מי כחכם יודע פשר דבר". כדי להבין דבר צריך לרדת לעומקו. אם רוצים לפשר בין הצדדים חייבים להבין את האינטרסים של הצדדים.

במסכת בבא בתרא יש כינוי גנאי לדייני פשרה שאינם בקיאים בדין- דייני דחצצתא. אלו דיינים שחותכים קצת פה וקצת שם.

* + הסכמה- לפי ברכיהו לפשיץ משמעות המונח הוא הסכמה. כשעוזבים את עולם הדין ועוברים לפשרה עוברים מעולם של כפיה לעולם של הסכמה. ההסכמה היא על הדרך ולא על התוצאה.
	+ הפרדה- תוספתא ערובין ח, י: 'נתלו בה קוצין ודופקנין מפשר בידו בצנעה'.

ירושלמי שבת ז ב, י ע"א: 'נסתבכו בגדיו בקוצים הרי זה מפשרן'.

מפשר בידו בצנעה, לפשר קוצים מהבגד.

בראשית רבה כב ט: 'לשני אתליטין שהיו עומדין ומתגששין לפני המלך אילו רצה המלך פישרן לא רצה לפשרן חזק אחד על חבירו והרגו'.

מדרש אגדה לספר בראשית: קין רוצח את הבל כיוון שה' לא הפריד בניהם.

* 1. הצלה- פסיקתא רבתי (איש שלום) פרשה יג: 'מה עשה גירה בו הכלב שהיה עומד שם, עמד ופשרו הימנו… זכור אתה היאך פישרתי הימך את הכלב'. שומר הפרדס שמע גנב וגירה את כלבו לתקוף. לאחר מכן ראה שזהו אדם שהוא מכיר ולכן פישר ממנו את הכלב. המונח "עמד ופשר" יכול להיות הצלה ולא רק הפרדה פיזית.

שיעור 2 + 3

ע"פ רוח הדברים בכיתה, במצב בו צד אחד דורש 100 וצד שני דורש 0, הסיכוי שאכן הסכסוך יגמור ב0 או 100 אפסי.

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

מסופר על ר' חננא שסיפר כי קין יצא לאחר המשפט מול ה' שמח. כשאדם שאל אותו מה היה במשפט אמר שעשה תשובה ופישר. לדעת ברכיהו ליפשיץ, **פירוש המילה פישור היא הסכמה** והמשמעות היא שקין הגיע להסכמה עם ה' על הסכסוך ולכן הוא שמח. השאלה מכאן היא מה התוצאה ועל מה הייתה הפשרה. לדעת איתי ליפשיץ (המרצה) **המשמעות המרכזית היא דווקא להפריד או להציל**. הפישור מפריד בין הצדדים המסוכסכים. עם זאת לדעת ברכיהו את הפעולה הזאת יכול לעשות גם הדיין ולכן לא יכול להיות שהמילה פשרה מבטאת הפרדה. המיוחד בפשרה שאין אותו בדין הוא הסכמה. לדעת איתי, המילה פשרה אמנם מבטאת הפרדה אך רמת ההפרדה בפן המשפטי שונה מהפרדה רגילה. פשרה מבטאת כוח הפרדה איכותי בין צדדים. ניתן לראות זאת באופן ברור בשותפויות- בסכסוך שיגמר בפשרה- לשותפות יש סיכוי טוב יותר להמשיך מאשר בסכסוך שנגמר בפס"ד. בשונה מפס"ד, הפרדה מכוח פשרה מחייבת הסכמה.

בסופו של דבר הוויכוח בין המרצה לברכיהו הוא לשוני בנוגע למרכז הכובד של הפשרה. לפי המרצה ההסכמה נוגעת לתוצאה באיזשהו אופן בעוד ברכיהו ליפשיץ אומר שההסכמה לא קשורה לתוצאה אלא לדרך. אי לכך, לדעת ברכיהו התוצאה של פשרה ושל פס"ד תהיה אותו דבר ב100% וזאת עקב יראת הדין. לדעתו, במשפט העברי יש פחד מובנה עצום מפני הסיטואציה של לעמוד בפני הדיין, הדין וה'. מטרת ההסכמה היא לבטל את אותה יראת דין. בפס"ד, הדיין שואב את כוחו מה' בעוד בהסכמה הש' שואב את כוחו מהצדדים. אי לכך הדמות שמושפעת בעיקר מעניין ההסכמה הוא הדיין.

לסיכום- עמדתו של ברכיהו אומרת שהפניה לפשרה לא משנה לבעלי הדין. מטרתה פתיחת פתח למסלול המקביל לדין אשר חוסך מפני הדיין את היראה ופחד שמא הדיין יטעה בדין תורה. המילה פשרה באה מהמילה הסכמה של הצדדים להליך.

לעמדתו של איתי ענה ברכיהו כי במאמר נוסף כתב שהוא מתרה מפני האנכרוניזם (תופעה ישנה ואינה רלוונטית) אשר קורת ללומדים הסבורים שהמונחים שלום וצדקה הם ערכים. שלום וצדקה בימינו אינם אלה אשר היו בדברי חכמי התוספתא (חכמי המשנה- תנאים) אשר חיו בין השנים 30- ל220. **לדעת ברכיהו המונחים שלום וצדקה אלה מונחים המציינים הסכם בלבד**. ברכיהו מפנה לדבריו של הקיסר הרומי הונוריוס שאסר על שיפוט יהודי אך התיר קיום קומפרמיוסו- פשרה. אי לכך נלקחה מהיהודים הסמכות לפנות לבית המשפט ולהזמין את הנתבע לדין בכפיה והיה צורך בהסכמת הצדדים לשם פתרון הסכסוך בפני דיין יהודי בהליך בוררות. בבוררות מסכימים הצדדים בשאלה מי ידון ובפשרה הנושא המרכזי הוא התוצאה. בקומפרומיסו בחרו הצדדים דיין שישפוט לפי הדין. במקום שדין התורה יהיה דין הסמכות, הסמכות הינה מתוקף הסכמת הצדדים עקב שלילת סמכות הדיינים. ליראת הדין יש מקום מכריע בקיום מוסד הפשרה. המוטיבציה לקיום המוסד מצד הונוריוס הייתה נטילת כוח שלטוני בצורת סמכות שיפוט בעוד בעולם המשפט העברי המוטיבציה ביראת הדין. בנוסף, טוען ברכיהו כי במשפט הרומי היה אסור לדיינים לשפוט שלא על פי דין. הצדדים יכולים להסכים בניהם שלא על פי דין אך לדיין אסור לפעול כך.

לדעת איתי לא צריך לחפש שבר בהיסטוריה שהוביל לפשרה אלא שהייתה סטייה מהדין מאז ומעולם. **לדעתו, פשרה נועדה להפריד בין שני צדים מסוכסכים**. יש כאן שני פירושים שונים למונח הפשרה.

במקור המכונן לפשרה במשפט העברי לא מופיע המילה פשרה אלא ביצוע. גם המילה ביצוע וגם המילה פשרה עוסקים בהפרדה. לדעת ברכיהו ביצוע, פשרה, שלום וצדק עוסקים בהסכם.

ברכיהו אומר: "יש כאן תורת משפט שונה ודרכי מחקר שונות והנושא מפרנס כל כך הרבה מאמרים ומצער אותי, כמובן, שממשיכים להפטיר כאשתקד רק משום שכך מקובל. אבל זו כנראה דרכו של עולם" ברכיהו אומר שמדובר בעולמות שונים. לדעת ברכיהו **השופט הוא שופט ולא יכול לסטות מהדין**. לא מפריע לברכיהו האפשרות שהשופט ייתן פשרה אך לדעתו זוהי לא עבודה שיפוטית. עבודה שיפוטית תעשה לעולם על פי הדין. בנוסף, טוען ברכיהו כי יש דרכי מחקר שונות כאשר הוא הולך ללשון ולהיסטוריה ומגיע למקום בו המשפט העברי כונן את הליך הפשרה.

ס' 79א לחוק בתי המשפט, שכותרתו פשרה, תוקן לחוק ב1992. הס' מאפשר לשופט לפסוק בעניין שלפניו בדרך של פשרה. כאשר השופט פוסק בדרך של פשרה בדרך כלל הוא לא מנמק את ההכרעה כך שלא ניתן לערער עליה. עם זאת פסק של פשרה מאפשר צמצום זמן הליך שיפוטי, יכולת להרוויח משהו במצב של הפסד וודאי, צמצום זמן הדיון של הצדדים והוצאות המשפט שלהם. לפי עמדתו של ברכיהו, לא ייתכן שס' כזה יהיה חלק משיטת המשפט.

**המקור החשוב ביותר בקורס:**

תוספתא סנהדרין [כ"י וינה] פרק א: ר' אליעזר בנו של ר' יוסי הגלילי או' כל המבצע הרי זה חוטא המברך את המבצע הרי זה מנאץ לפני המקום, שנ' ובוצע ברך נאץ י"י, אלא יקוב הדין את ההר, שכן משה אמ' יקוב הדין את ההר. אבל אהרן הוא עושה שלום בין אדם לחבירו שנ' בשלום ובמישור הלך אתי וגו'… רבי יהושע בן קרחה או' מצוה לבצוע, שנ' (זכריה ח') אמת ומשפט ושלום שפטו בשעריכם. והלא כל מקום שיש משפט אמת - אין שלום, וכל מקום שיש שלום - אין משפט אמת. אלא אי זהו משפט שיש בו שלום - הוי או' זה ביצוע. וכן הוא אומ' (שמואל ב' ח') ויהי דוד עושה משפט וצדקה לכל עמו, והלא כל מקום שיש משפט - אין צדקה, וכל מקום שיש צדקה - אין משפט, אלא אי זהו משפט שיש בו צדקה - הוי או': זה ביצוע.

ממקור זה למדים מר' אליעזר שאין לעשות פשרה ועל הדיין לקבוע לפי דין. ר' יהושוע בן קורחה טוען אחרת. לדעתו ביצוע נעשה במקום בו יש גם משפט וגם שלום.

שיעור 4

ברכיהו מדבר על כך שלמוסד הפשרה יש שם נוסף בתוספתא- ביצוע. לדעתו, השם ממחיש את פעולת המוסד. עם זאת ככל שמתקדמים בזמן, השם ביצוע הולך ונעלם ונשאר רק השם פשרה.

בטקסט מדובר במחלוקת בו צד אחד אומר שאסור לעשות פשרה וצד שני אומר שמותר (הדמויות הן מתקופת האמוראים). עם זאת, המחלוקת בטקסט שונה כיוון שלא נאמר שרק אסור לבצוע אלא שביצוע הוא חטא. בענייני ממונות, כפי שעוסק הטקסט, לא כל דבר אסור הוא חטא במובן הפלילי. מעבר לכך, אומר ר' אליעזר שגם מי שמברך (תומך) את המבצע- חוטא. ר' אליעזר מביא פסוק על פיו מי שמברך על ביצוע (גניבה) חוטא מול ה'. **עמדתו של ר' אליעזר היא כי "יקוב הדין את ההר" - יש ללכת בדרכו של משה ולהקשיב לדיינים שנבחרו.** עם זאת, הוא לא אומר שכל סכסוך צריך להיגמר בפס"ד והוא מודע לדרך של יישוב סכסוכים בדרכי שלום. ראיה לכך הוא אהרון אשר היה עושה שלום בין אדם לחברו. אהרון הוא סמל לאדם אוהב שלום ואוהב בריות אשר פועל כדי לקרב אותם. עם זאת, לדעת ר' אליעזר אפילו אהרון "בשלום ובמישור הלך איתי ור' משיב מעוון"- באמצעות דרך השלום השיב אהרון אנשים מדרכם הרעה אך אסור לדיין לעשות זאת.

ר' יהושוע חולק על ייחודיות תפקידו של הש' כמי שחייב לתת פסק דין וטו לא. לדעתו, זוהי מצווה לעשות פשרה וזהו כלי שנוסף לש' פרט למתן פס"ד. העובדה שר' יהושוע רואה זאת כמצווה אומרת שלדעתו זו לא אופציה ב' אלא כלי משמעותי בידי הש'. ר' יהושוע מביא 2 פסוקים בעלי מבנה דומה בהם יש לכאורה סתירה פנימית- או שיש מלחמה או שיש שלום. לפי הציטוט שניתן מספר זכריה מצד אחד על הש' לשפוט אמת ומצד שני שלום. **בעיני ר' יהושע פשרה היא בעצם משפט שיש בו שלום.** בראש ובראשונה מטרת הפשרה היא לא לתת פסק דין. בכך יש שילוב בין ערכים מכוננים במשפט העברי (כמו הרצון לברר את האמת ולעשות צדק) ולא לוותר על הרצון והצורך לעשות שלום. מצד שני לא מדובר על שלום נטו אשר מעוותת לגמרי את הצדק והאמת. לפי הציטוט מספר שמואל ב'- דוד עשה **משפט וצדקה** לכל עמו. ישנה סתירה פנימית כיוון שמשפט לא יכול להיות צדקה וצדקה לא יכולה להיות משפט. בעיני ר' יהושוע ישנו רצון לקחת את ערכי המשפט ובצע "צדק רך" אשר מתחשב בשיקולים מחוץ למשפט כמו מוסר או לפנים משורת הדין. דוגמה לכך היא השבת אבדה- אם אדם איבד חפץ ו"התייאש" מהחפץ (האדם מתנתק מהיחס הקנייני של החפץ) החפץ הופך לכזה שאין לו בעלים (בדומה להפקר). אם אדם אחר מוצא את החפץ ויודע של מי הוא שייך, הוא לא חייב להחזיר את החפץ כיוון שהחפץ חסר בעלים. עם זאת, לפנים משורת הדין, מצפים מאותו אדם להחזיר את הכסף במעין תביעה מוסרית. דוגמה נוספת היא פניה לאדם ודרישה ממנו לנהוג באופן מסוים לא כדי שיהיה צדיק או כי הדין מחייב אותו אלא רק כדי להיות בן אדם טוב. כך לדוגמה הרצון שאדם לא ינהג בכפיות טובה.

הביצוע של ר' יהושוע עומד בעצם על שני ביצועים- משפט ושלום ומשפט וצדקה. אי לכך הפשרה ממוענת או למשפט ושלום או למשפט וצדקה.

א. 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.

ב. תוספות סנהדרין דף ו עמוד ב

 אבל אהרן - פי' כיון שלא היה דיין ולא היה הדין בא לפניו אלא לפני משה ודאי לדידיה שרי.

רש"י מפרש את דעתו של ר' אליעזר כך שהאיסור על הדיין לבצוע חל לאחר ששמע את הצדדים. אהרון, שאהב ורדף שלום, היה דיין שהיה עושה שלום לפני שבאו אליו לדין.

אפשר לומר שר' אליעזר ראה איזושהי קדושה בנורמה ועל כן, מי שבוצע ופוגע בנורמה הטהורה שמכתיבה איך להתנהג, חוטא. עשיית פשרה בעולם המשפט מחללת את קדושת הנורמה ועל כן בבית המשפט יקוב הדין את ההר- אסור לעשות קיצורי דרך (לדין יש יכולת לפרש את התורה). פירוש נוסף לדעתו של ר' אליעזר אומר שלדיין יש תפקיד היסטורי- ממקרה למקרה מתפתח המשפט. הגישה האידיאליסטית המודרנית מאמינה כי יש להפנות את הצדדים כמה שיותר לפשרה וכמה שפחות לבית משפט. עם זאת עולה טענה נגדית שאומרת שבהמ"ש יוצר את הקרקע עליה אנו יכולים להחזיק חיים מוצקים ולדעת מה מותר ומה אסור.

לגישת בעלי התוספות יש הפרדה מלאה בין עולם המגשרים לשופטים. שופט לעולם לא יוכל לעשות גישור ויסמל אך ורק את הדין. מי שיכול לעשות שלום בין אנשים מוזמן לעשות פשרה ואהרון כלל לא היה דיין.

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

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

ירושלמי- אלא יקוב הדין את ההר כשעשה משה

טקסט זה ממחיש את הבדלים בין התוספתא לבבלי ולירושלמי. לפי הבבלי, בין המשפטים, נוסף כי המשפט לאלוהים. אי לכך, ולאור הבבלי, אסור להכניס פעולות אנושיות של מו"מ והסכמות לבית המשפט ובכך לדחוק את ה' החוצה. משה הנחה את השופטים כי יקוב הדין את ההר. אסור להם ללכת מחוץ לדין.

שיעור 5

טענות נגד סטיה מהדין

תוספתא, סנהדרין א, ט.

יהו הדיינין יודעין את מי הם דנין ולפני מי הן דנין ומי הוא דן עמהם ויהיו העדים יודעים את מי הם מעידין ולפני מי הן מעידין ועם מי הם מעידין ומי הוא עד עמהם שנ' (דברים יט יז) ועמדו שני האנשים אשר להם הריב לפני י"י ואומ' (תהלים פב א') אלהים נצב בעדת אל בקרב אלהים ישפוט וכן הוא אומ' ביהושפט (דבה"י ב' יט) ויאמר אל השפטים ראו מה אתם עושים כי לא לאדם תשפוטו[[1]](file:///E%3A/%D7%9C%D7%99%D7%9E%D7%95%D7%93%D7%99%D7%9D/%D7%A9%D7%A0%D7%94%20%D7%91/%D7%A4%D7%A9%D7%A8%D7%94%20%D7%91%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%98%20%D7%94%D7%A2%D7%91%D7%A8%D7%99/%D7%93%D7%A3%20%D7%9E%D7%A7%D7%95%D7%A8%D7%95%D7%AA%202%20%D7%91%D7%9C%D7%91%D7%93%20%281%29.doc%22%20%5Cl%20%22_ftn1) ושמא יאמר הדיין מה לי בצער הזה והלא כבר נאמר (שם) ועמכם בדבר המשפט אין לך אלא מה שעיניך רואות

[[1]](file:///E%3A/%D7%9C%D7%99%D7%9E%D7%95%D7%93%D7%99%D7%9D/%D7%A9%D7%A0%D7%94%20%D7%91/%D7%A4%D7%A9%D7%A8%D7%94%20%D7%91%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%98%20%D7%94%D7%A2%D7%91%D7%A8%D7%99/%D7%93%D7%A3%20%D7%9E%D7%A7%D7%95%D7%A8%D7%95%D7%AA%202%20%D7%91%D7%9C%D7%91%D7%93%20%281%29.doc#_ftnref1) כאן לא הובא עיקר הנצרך לשם הדרשה וכך הוא לשון הפסוק שם "כי לא לאדם תשפוטו **כי לה'**".

מקור זה מראה הוראה נורמטיבית ומביא פסוקים כסימוכין להוראה. התוספתא אומרת כי **הדיינים** צריכים לדעת את מי הם דנים, לפני מי הם דנים ומי הוא דן עמהם. לאחר מכן התוספתא פונה **לעדים**- על העדים לדעת למי הם מעידים, לפני מי הם מעידים, עם מי הם מעידים ומי הוא עד עמהם. גם לדיינים וגם לעדים יש שותף סמוי לאורך כל ההליך. זוהי דרישה כי יעשו עבודה "נקיה" לגילוי האמת כיוון שאם לא יעשו זאת, יהיו חייבים בפני ה'.

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 התפקידיו בעולם, ניצב ביחד עם עדת אל, בקרב ה' ישפוט. אנחנו נתקלים פה במילה אלוקים בהקשר של השופטים בשר ודם- כך הם נקראים.

זהו שיתוף השם- אפשר לתת את המילה הזו להרבה דברים. יש כאן תופעה שמית של אלוקים על עבודה זרה למשל ועל השופטים. בספר תהילים נאמר שה' ניצב בעדת אל, בקרב אלוקים 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'.

רש"י דברי הימים ב פרק יט פסוק ו:

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

רש"י רואה את האמור כחידה וטוען כי דיין שלוקח מהזכאי, לוקח מהבורא וגורם להאשמה של ה' בצרות. לכן, על הדיין לראות כאילו ה' בעצמו עומד לדין מול הדיין. לכל המערכת המשפטית תכלית אלוהית ו"עיקול המשפט"- מצב בו לוקחים מהזכאי, יצור בעיות מול ה'.

**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.

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.

**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 יושב לבדו לשפוט עם שלם. יתרו שואל את משה מדוע הוא יושב לבדו. משה עונה לו שהעם בא אליו ודרש ממנו אלוהים. כשיהיה לבני ישראל בעיה ישפוט לפי תורת אלוהים. הדבר לא עונה לשאלת יתרו. יתרו מנסה לשאול איך הוא, כשופט בודד יכול לענות לצרכי כל העם. משה אומר שכשבאים אליו לפתור סכסוכים, באים אליו כדי לקבל את דעתו של ה'. הנורמה האלוהית חשובה יותר מהפתרון המעשי בסוף הסכסוך. התפקיד המרכזי של משה הוא לא לפתור סכסוכים אלא לדרוש את הנורמה האלוהית הרצויה.

**הרב א"י הכהן קוק, אורות, ישראל ותחיתו 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 ושפטתי בין איש ובין רעהו והודעתי…ודרישת אלהים של המשפט נשארה סגלה ישראלית שהיא מתגלה באופי האלהי הכולל עולמי עד וזורח בארץ ישראל, בארץ חבל נחלתו במקום האורה של סגולת הקדש.

הרב קוק אומר על כך כי משה רבנו הבין מה כוחו של המשפט בישראל. זהו תחילת המשפט בישראל וברגע זה העלה את ערכי המשפט עד סוף כל הדורות. משה העלה את המשפט לתוכן האלוהי שימשיך ויתפתח בעתיד. המשפט יתפתח ויזרח בארץ ישראל במקום האורה- מקום יושבו של הסנהדרין ובית המשפט. משה מסביר ליתרו שבניגוד לכל העמים שבאים לראש השבט לפתור את הסכסוך, בני ישראל יבואו לדרוש את ה'. באמצעות המשפט ייתן משה את תורת אלוהים. כך לדוג' אם יבואו שניים למשה ואחד יתבע את עינו של השני תחת חוק עין תחת עין, יסביר משה שלא מדובר בעין אמתית אלא בפיצוי ממוני.

שיעור 6

הרעיון שמגלה הרב קוק נמצא במבנה ספר שמות. פרשת משפטים בספר ממוקמת בין פרשת יתרו לפרשת תרומה- בין מעמד הר סיני לכריתת הברית עם ה'. באמצע הסיפור נמצאת פרשת משפטים. כלומר, אותם נורמות שבאופן בסיסי מהוות בסיס לישוב הסכסוכים נמצאות באמצע מעמד הר סיני.

ח. אבן עזרא שמות פרק כא פסוק ו

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

ט. **דברים פרק א פסוק יז**

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

רמב"ן דברים פרק א פסוק יז

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

פעמים רבות מקבלים הדיינים את שמו של ה'. אבן עזרא אמר **שהדיינים הם מפעילי ומקימי משפט ה'** בארץ וזה מספיק כדי להבין למה **ניתן לקרוא להם ה'**. הרמב"ן אומר כי הרעיון באמרה שהמשפט לה' תלוי בפסוק אחר- דברי הימים יט ו. הרמב"ן טוען שיש **יחסי שליחות** בין ה' לדיינים ואומר שאם דיין יפעל בניגוד לדעתו מטעמים חיצוניים, יחטא הדיין מול ה'. **אבן עזרא נותן לדיין יד חופשית בעוד הרמב"ן רואה את הדיין כשליח של ה'.**

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

בהמשך, אומר הרמב"ן דברים חמורים יותר. לדעתו השימוש של השם ה' כאן הוא רמז לכך שה' יהיה עם הדיינים בזמן המשפט. **הרמב"ן מנסה להראות שלה' יש שותפות בדין**. בטקסט זה מעורבות ה' בדין חזקה יותר ממה שאמר הקטע הקודם וכמובן שיותר חזקה ממה שהציע אבן עזרא.

טענות בעד הסטייה מן הדין

למרות כל האמור, אומר ר' יהושוע בן קורחה כי מצווה לבצוע. הוא לא מוכן לקבל את הטענה שחרדת הקודש אוסרת קיום פשרה. ר' יהושוע לא מתמודד עם השאלה התיאולוגית. הוא טוען שבתפילות שחרית מנחה וערבית נאמר שה' אוהב צדקה ומשפט שניתן לפרש כפשרה. ר' יהושוע מציג שני מושגים המופיעים בתורה- משפט וצדקה ומשפט שלום ומפרש גם אותם כפשרה.

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[[1]](file:///E%3A/%D7%9C%D7%99%D7%9E%D7%95%D7%93%D7%99%D7%9D/%D7%A9%D7%A0%D7%94%20%D7%91/%D7%A4%D7%A9%D7%A8%D7%94%20%D7%91%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%98%20%D7%94%D7%A2%D7%91%D7%A8%D7%99/%D7%93%D7%A3%20%D7%9E%D7%A7%D7%95%D7%A8%D7%95%D7%AA%202%20%D7%91%D7%9C%D7%91%D7%93%20%281%29.doc#_ftn1)

[[1]](file:///E%3A/%D7%9C%D7%99%D7%9E%D7%95%D7%93%D7%99%D7%9D/%D7%A9%D7%A0%D7%94%20%D7%91/%D7%A4%D7%A9%D7%A8%D7%94%20%D7%91%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%98%20%D7%94%D7%A2%D7%91%D7%A8%D7%99/%D7%93%D7%A3%20%D7%9E%D7%A7%D7%95%D7%A8%D7%95%D7%AA%202%20%D7%91%D7%9C%D7%91%D7%93%20%281%29.doc#_ftnref1) ירושלמי תענית ד' ב', סח ע"א. ראו גם מסכת דרך ארץ פרק שלום הלכה ב; במקבילות אחרות מיוחסת דרשת הפסוק לרשב"ג, כך בתחומא פרשת שופטים טו; כך בפסיקתא דרב כהנא (מנדלבוים) פרשה יט.

שמעון בן גמליאל אומר שהעולם עומד על 3 דברים- דין, אמת ושלום שלושתם דבר אחד. אם נעשה דין כמו שצריך נעשתה אמת ובכך נעשה שלום. נוסיף לכך כי רבי מנא שהפסוק עליו ביססו את התמיכה בפשרה, למעשה מדבר על דין ולא על פשרה.

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:

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

(מתוך תוספתת המחלוקת בין ר' יהושוע ור' אליעזר)

במקור זה ניתן לראות התמודדות של חכם אנונימי עם הביטויים ומשפט וצדקה. יש הצעה לדיין עצמו לעשות דין אך אם המפסיד הוא עני, השופט ייתן לו משלו. ר' (רבי יהודה הנשיא) מציע פרשנות אחרת- לדעתו בכל עשיית דין ומשפט יש צדקה כיוון שבכך שהדיין נותן את הדין, הוא מוציא מאדם כסף שאצלו בגזל. אין צורך להגיע לפשרה.

במחלוקת בין ר' יהושוע לר' אליעזר יש טענות לשני הצדדים לפי הכתובים. מחלוקת זו לא רק על דעתם של הצדדים אלא גם על איך ירצה ה' לראות את בהמ"ש.

ישנן פרשנויות שהתווכחו עם ר' יהושוע ויגידו שמשפט שלום יכול להיות אפילו שלום בין הצדדים עצמם.

וגם כל העם הזה על מקומו יבא בשלום, רבי שמעון אומר מה ראו דינין לקדום לכל מצות שבתורה, שכשהדין בין אדם לחבירו תחרות ביניהם נפסק הדין נעשה שלום ביניהם. וכן יתרו אומר אם את הדבר הזה תעשה וגו' כל העם הזה על מקומו יבוא בשלום. (מכילתא דר' ישמעאל משפטים פרשה א)

מקור זה מתייחס לר' שמעון בר יוחאי ואומר שכאשר יש סכסוך בין אדם לחברו, יש תחרות בניהם. ברגע שנפסק הדין נעשה שלום בניהם. **לדין יש כוח בסופיות הדין**. אם תקום מערכת משפט יעילה וכל בני האדם יקבלו עליהם את מערכת הנורמות ופסקי הדין ניתן יהיה ליצור שלום כללי.

ר' סימאי אומר הדן את 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. (מכילתא דרשב"י יח, כב)

לפי מקור זה, **מה שחשוב הוא הקיום חברה בה יש מערכת משפט**. ניתן לראות במשפט השלום כמצב בו צד אחד זוכה והולך עם הכסף שזכה בו הביתה והשני נותר ללא כלום. עם זאת, הצד המפסיד מקבל את ההפסד כיוון שחברתית עדיף לו שתהיה מערכת משפט.

ההוא דהוה קאמר ואזיל: דאזיל מבי דינא שקל גלימא - ליזמר זמר, וליזיל באורחא. אמר ליה שמואל לרב יהודה: קרא כתיב (שמות י"ח) וגם כל העם הזה על מקמו יבא בשלום. (סנהדרין ז' ע"א)

מקור זה מספר על אדם שאנחנו רואים אותו אומר והולך (יש לו מעין מנטרה). אותו אדם שהולך מבית הדין, שקל- לקח, גלימא- הבגד שלו הגלימה שלו. מדובר בבן אדם שלא השאירו לו כלום. זה מתואר בצורה קיצונית כיוון שזהו ביטוי ציורי. ולמרות זאת, אותו אדם יוצא מבית הדין בשמחה ובשיר. היכולת שלו להיות שמח למרות שאין לו בארנק כסף מבוססת על כך שהכסף שהיה לו היה גזל, כסף שהוא לא אמור להחזיק בו. אפילו להפוך את זה לשיר. ברור שזה קריקטורה. היא מבטאת אמת עמוקה, של האמונה בביה"ד, בנורמות שלו, ובכך שאם זה היה צריך להיות אצלי זה היה אצלי. שמואל אומר לרב יהודה כי הרעיון הזה כבר נמצא בתורה. בפסוק בספר שמות פרק יח- וגם כל העם הזה יבוא על מקומו בשלום. כולם יבואו בשלום. לכולם יהיה שלום. משום שהם ידעו שמה שלא צריך להיות להם לא יהיה להם.

וכדאיתא בירושלמי מגילה פ"ג על הא דתנן באבות על שלשה דברים העולם קיים על הדין ועל האמת ועל השלום. נעשה דין נעשה אמת. נעשה אמת נעשה שלום. אבל אם הדין אינו יכול להביא לידי שלום. ההכרח לעשותו פשרה… והנראה דזהו מש"א חז"ל בפ' הפועלים שחרב ביהמ"ק [בית המקדש] על שהעמידו דבריהם על ד"ת [דין תורה]. היינו שלא רצו לוותר על הדין שאינו מביא לידי שלום וההכרח להתפשר. וכן הוא בכל מחלוקת שבין רבים לרבים א"א [אי אפשר] לקוות שצד אחד יכוף את הצד השני ע"פ ד"ת [על פי דין תורה] ותשקט המחלוקת. א"כ הטוב והישר לשני הצדדים שיעמידו כל צד מתוכם שני אנשים ועל הנבררים והבוררים אותם לדעת כי מחוייב לוותר מרצונו לצד שכנגדו למען אשר עי"ז [על ידי זה] יתקיים גם הצד שלו.

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

הרב נפתלי צבי יהודה ברלין מכוונה הנציב מוולוז'ין, כתב ספרים חשובים, נחשב לבעל חשיבה מקורית ועצמאית. מקור זה מציג סכסוך שהגיע אל שולחנו של הנציב. הסכסוך היה בין קהלים- שתי קבוצות. אומר הנציב את מה שכתוב במסכת אבות, על מה קיים העולם- על דין אמת ושלום. נעשה הדין נעשה אמת, נעשה אמת נעשה שלום. המשנה הזו שהבאנו בתחילת הנושא (שמעון בן גמליאל שטען שהדין מביא שלום) אמרה הדין הוא פתרון להכל כי הוא מסוגל גם לעשות שלום במובן חברתי. הנציב מציע הצעה מרחיקת לכת הוא רוצה להציע את הקריטריון הזה כקריטריון מקביל לשימוש בדין. הוא רוצה להציע קריטריון המסרטט את גבולות המשפט. **הוא אומר לא רק שלא הכל שפיט, אלא אני יכול להשתמש במשנה הזאת וללמוד בדיוק את מה שפיט ומה לא. אם ברור לי שאם אני אפסוק את הדין התוצאה תהיה שהמלחמות לא רק לא יגמרו אלא גם יתגברו, במקרה זה אסור לי לעשות את הדין, כי הדין שלי לא מסוגל לעשות שלום**. ההכרח הוא לעשות פשרה. היא כבר לא תגיע ממקום של בחירה. אומר הנציב- לדעתי זה מה שאמרו בפרק הפועלים במסכת בבא מציעא, חרב ביהמ"ק על שהעמידו הכל על דין תורה. על אותם מקרים שהיה ברור ששלום לא יהיה פה ויש הכרח להתפשר, הלכו לפי ייקוב הדין את ההר. אם המחלוקת היא בין רבים לרבים זה בדיוק המקום בו חייבים לסיים את זה בפשרה. צריך לדעת מראש, את המקרה זה חייבים להוביל ע"י ויתורים וכך יתקיימו שני הצדדים. מכאן עולה המסקנה שלא הכל שפיט.

שיעור 7

הפשרה במשפט העברי מול ס' 79א לחוק בתי המשפט

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

79א. פשרה (תיקון: תשנ"ב)

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

כולו או מקצתו, בדרך של פשרה.

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

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

ביניהם.

ס' 79א לחוק בתי המשפט אומר כי לבהמ"ש סמכות לבצע פשרה. ס' ב' אומר כי בהמ"ש יכול לתת תוקף של פס"ד להסדר פשרה בין הצדדים. ס' א' מהווה החידוש שנוצר בשנת 92 בה נחקק התיקון וס' ב' מציג את הגישה לפני התיקון- שם, תפקידו של השופט כנציג המערכת הוא לבדוק שהפשרה שהוסכמה ע"י הצדדים אכן מסכמת את הסכסוך.

ע"פ המרצה (לאור בדיקת שדה שעשה בהתמחות(?!)), לאחר שיצא הס', שופטים ותיקים אמרו שהם מדירים את רגליהם מהס' היות והם לא מבינים את המשמעות של פסיקה על דרך הפשרה כיוון שהמחוקק לא הסביר על מה מדובר. הש' הזוטרים תמכו בס' כיוון שבאמצעות הס' יוכלו להוריד את העומס באמצעות הפחתת זמן הדיון. הש' הזוטרים אמרו שמבחינתם פסיקה על דרך הפשרה היא פתרון הסכסוך באמצעות חשיבה רציונלית על עובדות המקרה. הש' טענו שלעולם לא יטעו כיוון שהצדדים הסכימו להליך הפשרה ועל כן בהגדרה אי אפשר לטעות. עם זאת, בשונה מפשרה רגילה בה הצדדים מחליטים יחד מה יהיה ויודעים מה התוצאה, בפסיקה על דרך הפשרה מועברת הסמכות לשופט והכל יכול לקרות.

ניתן לטעון ששיפוט על דרך הפשרה יכול להיעשות במספר צורות:

1. הערכת סיכויים וסיכונים- הש' מעריך את הסיכוי של כל צד להצליח וכך שם את החלוקה בפשרה.
2. מה שנראה לשופט פשרה הוגנת.

מבחינת המשפט העברי, ניתן לשאול האם המחלוקת בין התנאים עסקה בפשרה של ס' 79א(א) או 79א(ב)?

נדגים:

ר' יהושוע אומר שמצווה לבצוע ור' אליעזר אומר שאסור. נגיד שהמחלוקת הינה סביב ס' 79א(א)- ר' יהושוע יגיד שגם הליך שיפוטי אשר מהווה פשרה הינו מצווה. מנגד, ר' אליעזר יגיד שמדובר בחילול הקודש לפי מה שלמדנו בשיעורים הקודמים. בתוך היכל המשפט אסור לסטות מהתורה.

קטע מתוך אותה תוספתא של ר' אליעזר ור' יהושוע:

נגמר הדין אין רשאי לבצוע

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

דעה אנונימית אומר שבשלב בו הדין נגמר אסור לבצוע. כלומר, **כל עוד אין פס"ד ניתן לעשות פשרה**. מנגד, ר' יהושוע יגיד על המשפט שגם לפשרה יש גבולות ור' אליעזר יגיד כי יש איסור מוחלט להכניס את הפשרה לאולם המשפט, על אחת וכמה כאשר נפסק הדין.

ר' שמעון בן מנסיא אומר שלפעמים נעשה פשרה ולפעמים לא. לדעתו, **אם הדיין לא שמע את דברי המתדיינים, יוכל להגיד להם לעשות פשרה. מלאחר ששמע את דבריהם, וידע לאן הולך הדין, אסור לו להמליץ על פשרה**. נקודת הזמן העיקרית היא הנקודה בה ידע הדיין לאן נוטה הדין. הדבר יכול לקרות מיד אחרי ששמע את דעת הצדדים ויכול שלא לקרות עד סוף ההליך.

מדוע ר' שמעון אומר צאו ובצעו ולא ממשיך בקו של ביצוע? אפשרות אחת היא שהכוונה לצאת ממסלול הדין והכוונה היא רק לס' 79א(ב) (הדיין יעשה פשרה בין הצדדים). אפשרות שניה היא יציאה של השופט מהליך הדיון או יציאה פיזית מכותלי בית הדין לפי גישתו של ר' אליעזר.

מהו הביטוי "נגמר הדין" אליו מתכוון האנונימי?

1. הש' יודע מה הפתרון.
2. ניתן פסק דין.
3. פסק הדין הומצא לצדדים.

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

 (סנהדרין ו ע"ב)

נגמר הדין אי אתה רשאי לבצוע -

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

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

ולשון הש"ס מוכח כן בודאי

אבל קשה מאי ביצוע שייך השתא אחר שנפסק הדין לגמרי

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

 (תוספות ד"ה נגמר הדין סנהד' ו ע"ב)

התלמוד מנסה לפרש לנו את הביטוי נגמר הדין. לפי ר' יהודה הדין נגמר רק **כאשר הש' ממציא את פסק הדין לצדדים** ואומר לאחד שהוא זכאי ולשני שהוא חייב. בדרך זו הולך גם רש"י. לפי התוספות- כתוב בקונטרס (רישומיו של רש"י) כי **גמר הדין הוא הודעה לצדדים**. התוספות מתקשים עם הפירוש וההיגיון המשפטי כיוון שמוזר להם שבכלל נתנו את האופציה לבצע פשרה לאחר מתן פסק הדין. למה שחכם יטריח עצמו להגיד את זה? בחלק הראשון של הפסקה מצעים התוספתות את הפירוש שלהם- **בשלב שבו הדיין שמע את הטענות ויודע לאן הדין נוטה**, וכבר בדק את הדין וכמעט גמר את הדין, וכל מה שנשאר זה להגיד לצדדים את התוצאה הסופית, **זה השלב שאסור להציע בו פשרה**. התוספתות הולכים צעד קטן אחורה מרש"י. זאת מכיוון שאם ההליך השיפוטי נגמר מבחינת הדיין, אין להטעות את הזוכה לעשות פשרה. אם הזוכה היה יודע שזכה- לא היה רוצה פשרה בשום צורה. כשאנונימוס אמר שאין אפשרות לעשות פשרה בגמר הדין הוא לא מתכוון לאפשר את הטעיית הזוכה.

\*לקרוא את המאמר- הגבולות הדיוניים של הפשרה

שיעור 8

סדרי הדין בפשרה

אם עד כה עסקנו בשאלות מהותיות בעד ונגד פשרה, כעת אנו מדברים על סדרי הדין של הפשרה בתוך ההליך השיפוטי. **ההליך הדיוני** מדבר על איך הדברים נעשים בעוד **ההליך המהותי** מדבר על למה הדברים נעשים. כל השלבים עליהם דיברנו שיעור קודם הם שלבים דיוניים- שלב הטענות, הרגע בו הדיין יודע להיכן הדין נוטה, הרגע בו הדיין יודע את הדין והרגע בו אומר הדיין מי זכאי ומי חייב.

בעלי התוספות נוגדים את דעתו של רש"י וטוענים כי גם אם הדיין מפחד שטעה בדין אחרי שנתן את פסק הדין, אסור לו להציע פשרה. הצורה שבית הדין יצטייר בעיני הצדדים לאחר שיקבלו את פסק הדין וישלחו אותם להתפשר מחשש לטעות- תיצור זלזול בדין. ערך הזלזול בדין מכריע את הערכים שיכולים להתממש מפשרה בין הצדדים.

לדעת בעלי התוספות, אם הדיין מציע פשרה הוא בעצם מטעה את אחד הצדדים שהיה יכול לזכות ולא היה מסכים לפשרה אילו הדיין היה עושה את עבודתו. את עמדתם אפשר להעלות בכל שלב שלפני מתן פסק הדין ולא רק לפני המצאת גזר הדין לצדדים. מנגד, בפשרה אדם מבצע שיקולי סיכוי וסיכון ועל כן, הסכמה לפשרה בשלב אי הוודאות לא מקנה לאדם רווח או גוזל ממנו דבר מה כיוון שהכל פתוח- מעין עסקה לפתרון הסכסוך. עם זאת, כאשר הדיין סיים את תפקידו ויש פסק דין מדובר בהטעיה.

מצוה לומר לבעלי דינים בתחלה: הדין אתם רוצים או הפשרה; אם רצו בפשרה, עושים ביניהם פשרה. וכשם שמוזהר שלא להטות הדין, כך מוזהר שלא יטה הפשרה לאחד יותר מחבירו. וכל בית דין שעושה פשרה תמיד הרי זה משובח. במה דברים אמורים, קודם גמר דין, אף על פי ששמע דבריהם ויודע להיכן הדין נוטה, מצוה לבצוע. אבל אחר שגמר הדין ואמר: איש פלוני אתה זכאי, איש פלוני אתה חייב, אינו רשאי לעשות פשרה ביניהם. אבל אחר, שאינו דיין, רשאי לעשות פשרה ביניהם שלא במושב דין הקבוע למשפט.

שולחן ערוך חושן משפט סימן יב

בשולחן ערוך נאמר שמצווה לשאול את בעלי הדין אם ירצו דין או פשרה. מצווה זו נעשית בתחילת ההליך. לא היינו מצפים משופט היום שהצדדים יבואו לפניו לפני שהוגשו כתבי הטענות. לפי שולחן ערוך, עוד לפני שלב זה, לפני שהשופט יודע מה הם טענות הצדדים, עליו להציע פשרה. על משמעות הביטוי "עושים בניהם פשרה" אפשר להסתכל בשני אופנים שונים- דרך ס' 79(א) ודרך ס' 79(ב). לדעתו, אפילו כשהדיין ידע לאן הדין נוטה- מותר לו להציע פשרה. מעבר לכך, גם כאשר הדיין גמר את הדין ואמר מי חייב ומי זכאי, מותר לו לעשות פשרה. שולחן ערוך הולך עם דעתו של רש"י ולא בעלי התוספות.

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

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

(ש"ך חושן משפט סימן יב ס"ק ד)

דעתו התמציתית של ר' שבתאי הכהן באה כתגובה לר' יוסף סירקיס שכתב חיבור פרשני על הלכות הפרשנות השם "בית חדש" (ב"ח). הב"ח לא מחויב לשולחן ערוך וכותב את פרשנויותיו לפי ר' יעקוב בעל הטור. לדעתו, שיטתו של רש"י מרוויחה עוד פשרות ושיטתם של התוספות מרוויחה את מניעת ההטעיה. הב"ח אומר שיש להחמיר כתוספות. מדוע לא אמר שהוא מחמיר כמו רש"י? יש ביטוי נורמטיבי שאומר שאסור לעשות פשרה כאשר נגמר הדין. השאלה היא מהי הנקודה בה נגמר הדין? כדי להיות בטוח שלא עוברים על האיסור- לוקחים את נקודת המבט המחמירה מנקודת האיסור ולהבטיח שלא יעברו עליו.

לדעת שבתאי הכהן, אין סיבה להעדיף את רש"י או את בעלי התוספות. לדעתו, המצווה לבצוע חשובה ולכן יש ללכת לפי הרוב. כיוון שרוב הפוסקים הלכו לפי שיטתו של רש"י, יש ללכת לפיו. מול עמידה בצד הבטוח של לא לעבור על האיסור יש בעיה שלא מקיימים את המצווה.

שיעור 9

הפשרה והדין

כאשר דיון עולה לפסים הלכתיים, אנו נמצאים בשלב בו דרושה הכרעה. במסכת סנהדרין, העלים ר' יהודה הנשיא את המחלוקת על הפשרה.

"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"

(סנהדרין ו' ב')

כלומר- הפשרה ניצחה ומצווה לבצוע. ההלכה ממשיכה ואומרת- רב הונא היה תלמידו של ר' יהודה. כשבעלי הדין היו באים לפני בית הדין של ר' הונא היה אומר להם שיכלו להחליט אם ירצו לפתור את הסכסוך בדין או בפשרה.

האם כשרבי יהושוע בן קורחה אמר שמצווה לבצוע התכוון שזאת מצווה גדולה יותר מעשיית דין או שמספיק להציע מצווה כדי לעמוד במצווה. במצב זה מדובר בשתי מצוות- עשיית דין ופשרה ולא מצב בו מעשה אחד עולה על השני. המצווה היא מתן פתח לפשרה להיכנס לדין.

מצוה לומר לבעלי דינים בתחלה: הדין אתם רוצים או הפשרה; אם רצו בפשרה, עושים ביניהם פשרה. וכשם שמוזהר שלא להטות הדין, כך מוזהר שלא יטה הפשרה לאחד יותר מחבירו. וכל בית דין שעושה פשרה תמיד הרי זה משובח. במה דברים אמורים, קודם גמר דין, אף על פי ששמע דבריהם ויודע להיכן הדין נוטה, מצוה לבצוע. אבל אחר שגמר הדין ואמר: איש פלוני אתה זכאי, איש פלוני אתה חייב, אינו רשאי לעשות פשרה ביניהם. אבל אחר, שאינו דיין, רשאי לעשות פשרה ביניהם שלא במושב דין הקבוע למשפט.

(שולחן ערוך חושן משפט סימן יב)

לפי שולחן ערוך, המצווה היא לומר לבעלי הדין שניתן לעשות פשרה ולבצוע ואם לא ירצו יש לפנות לדין.

הסמ"ע ספר מאירת עיניים – רבי יהושע פלק כ"ץ (פולין מאה ה- 16 – 17). תלמיד מהרש"ל והרמ"א. חו"מ סימן יב ס"ק ו'
"דצריך הדיין להסביר לבעלי דינים שבפשרה נוח להם ולדבר על לבם אולי יסכימו על הפשרה".

על הדיין להסביר לבעלי הדין ולשכנע אותם שפשרה טובה בשבילם. על הדיין לדבר אל ליבם ולהסביר להם שפשרה טובה עדיפה על פס"ד טוב.

הט"ז רבי דוד (בר' שמואל) הלוי, פולין מאה ה -16 17. חתנו של הב"ח, סימן יב שם:
בשם המהר"ל "נראה שאין לרדוף כל כך אחר הפשרה, רק דאמרי להו אי דינא בעיתו"
כך גם בתומים (ר' יהונתן אייבשיץ): כתב ששניהם [הדין והפשרה] שקולים לדיין, ואין אחד עדיף מחבירו ולכך אין לרדוף כל כך אחר פשרה, כפי דעת המהר"ל מפראג והוא הנכון.

לדעת המהר"ל, הדין הוא דבר מקודש ויש לשמור על איזון בין מתן פשרה למתן פסקי דין.

הרב צבי הירש קלישר **מאזניים למשפט ומשנה אחרונה** יב, ב (ליסא, תרט"ו) מא.
 שבזמן שיש צד עשיית הישר וטוב נגד הדין תורה מצוה רבה לרדוף אחר פשרה ועל זה אמרו לא חרבה ירושלים… אבל כשאין שום צד לזכות המתחייב אף לפנים משורת הדין אז יש עול בפשרה שנזיק לזה חנם. על כן בתחלה עד שלא שמע דבריהם שיכול להיות שיהי' מן הסוג שיש עול בפשרה ע"כ יהיו שקולין כדעת מהר"ל רק שיפתח בשאלה,[***[1]***](file:///C%3A/Users/Dor/Downloads/%D7%93%D7%A3%20%D7%9E%D7%A7%D7%95%D7%A8%D7%95%D7%AA%207.doc#_ftn1) ואחר שמעו דבריהם ויראה הדיין שיש צד זכות לזה שמתחייב, מפאת הישר וטוב, אז יתאמץ בפשרה כסמ"ע.

[[1]](file:///C%3A/Users/Dor/Downloads/%D7%93%D7%A3%20%D7%9E%D7%A7%D7%95%D7%A8%D7%95%D7%AA%207.doc#_ftnref1) במאזנים למשפט, שם, 'בתחלה מצוה לפתוח בשאלת פשרה למען השלום, שהרי בשאלה בעלמא בלי דברי פיוס וריצוי לא נגרום לעשות עול במשפט…אבל אחר שנודע לו ענין המשפט ויודע שיש בו צד עשיית הישר והטוב אז יש לעשות כסמ"ע להסביר לבע"ד ולפייסם לפשרה ובטלה מחלוקת וזה ברור'; ב**קובץ הפוסקים** עמ’ קפג הוסיף וכתב 'בפשרה שהוא נגד לפנים משורת הדין רק הפשרה הוא אודות השלום שלא להיות מחלוקת אז לוותר ולפשר רק כדי שלא יהי' מחלוקת יהיו שקולין (הפשרה והדין) ורק ישאל להם'.

בחיבור מאזניים למשפט אומר הרב צבי הירש קלישר- כאשר הדיין מנתח סכסוך ושוקל האם יש מקום לדין או לפשרה, וצצות תביעות מוסריות שלא ניתן לאכוף על פי הדין ויש סיבה נוספת לעשיית פשרה, על הדיין לדחוף את הצדדים לעשות פשרה. חברה שעובדת רק לפי הדין היא חברה שאינה חפצת חיים והביאה את חורבן בית המקדש.

שיעור 10

מקרה עדכני כמקרה בוחן- המרצה הציג את הוויכוח שהיה בין חב"דניק שהניח תפילין לאישה בשדה התעופה. האישה ביקשה שיעשו זאת במקום אחר בעוד החבדניק טען שזאת זכותו. הוויכוח התגלגל לפסים אלימים מילולית ופורסם ברשתות החברתיות.

במשפט העברי אנו מדברים על קונפליקטים אותם בית הדין יכול לפתור באמצעות פסק דין. "כי המשפט לאלוקים הוא"- השופטים מונחים ע"י ה' ועושים את הדין ללא בעיה. לפי ההלכה מצווה לבצוע- אכן ניתן לעשות דין אך אם יהיה רצון ניתן לעשות גם פשרה. אין התנתקות מערכי הדין עצמו אך העיקר הוא לעשות **משפט ושלום** או **משפט וצדקה**.

איזה תוצרים אנו יכולים להציע במסגרת הפשרה בין הפרופסורית לחבדניק במקרה מעלה?

פשרה של שלום- לא יונחו תפילין במרחב הציבורי אך יועברו שיעורים בצד. שני הצדדים יוצאים מרוצים.

פשרה של צדקה- אי אפשר לדבר על פשרה וצדקה בלי לדעת מה הדין. **צדקה היא לפנים משורת הדין** ולשם כך יש לדעת מה הדין. שופט שרוצה לעשות פשרה של משפט וצדקה שואל את עצמו מה היה צריך להיות לפי הדין והאם בסך כל ההתנהגויות יש משהו שלפי הדין בסדר אך לא לפנים משורת הדין. אחד הצדדים לא יהיה מרוצה אך הפשרה (שתהיה לפנים משורת הדין) תהיה טובה יותר לחברה.

\*לשיעור הבא לקרוא את פס"ד פד"ר יא עמ' 259. עד סוף השבוע לשלוח למרצה 2 שאלות במייל על פסק הדין lipschitsfamily@gmail.com.

שיעור 11

(השלמה מהמחברות של יאיר אוליאל וירדן גוייכמן)

לרבי יהושוע בן קורחה 2 מודלים:

1. משפט ושלום- אנו רוצים ששני הצדדים יהיו מרוצים למרות שלא כל אחד קיבל את מה שהוא רצה.
2. משפט וצדקה- פשרה שתכניס לתוך יישוב הסכסוך אלמנט לפנים משורת הדין. במקרה החבדניק והאישה שדיברנו עליו בשיעור הקודם- אם החבדניק היה רואה ברגשות הציבור כדבר מה שיש להתחשב בו, היה מפסיק את הנחת התפילין עד אשר הייתה האישה עולה לטיסה וזאת למרות שהדין עמו. קשה לדבר על פשרה במובן של משפט וצדקה מבלי לדעת מה היה אמור להיות הדין. אנו מכניסים שיקולים של מוסר שהדין לא שוקל. כך למשל המשפט לא אוכף חוק שאוסר כפיות טובה אך אנו נאכוף את הדין דרך סנקציות חברתיות.

פד"ר יא

מושגים חשובים:

1. זבל"א- זה בורר לו אחד. משפט המתאר את מוסד הבוררות במובנה של השאלה מי הוא הבורר. כל אחד מבעלי הדין בוחר לו בורר אחד ובורר שלישי נבחר ע"י שניהם יחד. התלמוד מדבר על זבל"א כדבר מיוחד מכיוון שכל אחד מהצדדים יודע שבהרכב השופטים יש לו נציג שהוא בחר. לתוצר של בוררות יש איכות מיוחדת:

א. ציות- קיום פס"ד לא מחייב שאדם יבצע את התוצאה דבר שבפני עצמו לא צודק. ברגע שהצדדים בחרו להם בורר הסיכוי שיקיימו את תוצאת הבוררות גדל.

ב. צדק- יש ייצוג של 2 עמדות. כל צד יודע הכי טוב לייצג את העמדה שלו (גישה אדברסרית). בזבל"א יש אדברסריות אבל יש גם את הבורר השלישי שמכריע (גישה אינקוויזיטורית).

1. שטר בוררין- כאשר אדם הולך לבית הדין לדיני ממונות הוא חותם על הסכם בוררות. בחוק הבוררות בישראל יש ברירת מחדל הכתובה בחוק- מה מותר ומה אסור במקרה שהצדדים לא התנו על ברירת החדל.

פד"ר יא מתייחס כולו לשטר הבוררות שבית הדין הרבני השתמש בו. מה אנו מצפים מהבורר? לפי מה יפסוק? מה נראה כסובייקטיבי וצודק? בפד"ר יא היינו מצפים שיבקשו מבית הדין לדון לפי דין תורה אך הדבר לא נכתב. בפד"ר נכתב "בין לדין ובין לפשר"- מונח לא ברור. כשבאו לרב הונא הוא היה שואל את הצדדים אם הם רוצים דין או פשרה. בית הדין הרבני מבקש לחתום על "בין לדין ובין לפשר" והצדדים מסרבים.

לבית הדין יש פחד לדון על פי דין תורה. ברכיהו ליפשיץ טוען שכל המוטיבציה של הפשרה צצה מכך שדיינים מפחדים לפסוק את הדין ומהתוצאה של טעות.

1. יראת הדין- ביה"ד מביא מקור קדום מאוד לרעיון שראוי לו לשופט לפחד, לחשוש מלפסוק את הדין. המקור הזה נמצא בתלמוד הירושלמי. התלמוד מספר על רצף מקרים שאירעו בתקופת חורבן ביהמ"ק השני, שהרומאים יושבים בארץ והגוף השיפוטי הגדול ביותר (סנהדרין) נמצא במצב של ירידה. מסופר שבאו לפני ר' שמעון בר יוחאי (רשב"י) וביקשו ממנו לדון את הדין והוא עונה- דין תורה איני יודע. בתקופתו של רשב"י הרומאים נטלו את האוטונומיה לדון בדיני ממונות שהייתה בידי היהודים לפני תקופתו. התגובה של רשב"י לכך מעניינת והוא אומר שברוך ה' שסוגרים עכשיו את בית הדין כי הוא לא חכם לדון. הוא טוען שבתור חכם שאמור לדון הוא לא מספיק חכם לכך.

איתי מציע שחכמי המשפט העברי מבינים שהחורבן של ביהמ"ק מצד אחד, ושל הישוב היהודי בא"י מצד שני (ובכלל היכולת לקיים חיים יהודים), לא באים בלי ירידת הדורות- בלי לשלם מחיר ביכולת להגיד אני דיין בישראל. רשב"י לא יכול לומר שהוא יודע לדון דין תורה, כי הוא יודע שיותר אין לו את ההשראה הרוחנית לדון דין תורה.

ר' יוסי (מגדולי התנאים כמו רשב"י) גם טוען שהוא לא יודע דין תורה, אבל באותו קטע ר' עקיבא (שחי דור אחד לפניהם) לא אומר שהוא לא יודע לדון דין תורה, והוא אומר שהם לא עומדים לפני ר' עקיבא אלא אלוקים הוא שדן אותם. זה מדגים את התפר עד מתי התקופה בה חכמי ישראל ראו את עצמם ראויים לדון דין תורה לתקופה שאחרי ר' עקיבא. בתקופת התנאים של המשנה יש כאלה שאומרים שהם לא יודעים לדון דין תורה. לאור זאת, בפד"ר יא יושב דיין שלא יעיז להגיד שהוא יודע לדין תורה. אם רשב"י אמר שהוא לא יודע לדון תורה, אז פה, על אחת כמה וכמה, הדיינים לא יגידו שהם מסוגלים לדון דין תורה. הם לא מוכנים לקחת את הסיכון לכך.

שיעור 12

א. **שולחן ערוך חושן משפט סימן יב סעיף ב:**

וכל בית דין שעושה פשרה תמיד הרי זה משובח. במה דברים אמורים, קודם גמר דין, אף על פי ששמע דבריהם ויודע להיכן הדין נוטה, מצוה לבצוע. אבל אחר שגמר הדין ואמר: איש פלוני אתה זכאי, איש פלוני אתה חייב, אינו רשאי לעשות פשרה ביניהם. אבל אחר, שאינו דיין, רשאי לעשות פשרה ביניהם שלא במושב דין הקבוע למשפט. ואם חייבו בית דין שבועה לאחד מהם, רשאי הבית דין לעשות פשרה ביניהם כדי ליפטר מעונש שבועה.

ע"פ שולחן ערוך, **הדיינים לא יעשו פשרה לאחר פסיקת הדין**. דבר זה שווה ערך לזלזול בדין. עם זאת, **אדם אחר שהוא לא דיין יכול לעשות זאת גם אחרי פסק הדין**. אם בסופו של דבר בחיוב הדין קיים גם חיוב שבועה- יכול בית הדין לעשות (להציע) פשרה לשם פטירת החייב מהשבועה. במצב בו צד צריך להישבע- יכול להיות מצב בו צד אחד כופה את השני להישבע. זהו מצב פסול מבחינה מיסטית אותו מנסה בהמ"ש למנוע. יש פחד גדול משבועה כיוון שהיא שבועה בשם ה' ושבועת שווא היא דבר חמור ביותר. בתקנות הדיון של בתי הדין הרבניים בישראל ישנו פרק העוסק בשבועה ואומר כי בתי הדין לא ישביעו.

**ההסכמה בין הצדדים לגבי הפשרה מדברת על ההליך**- הצדדים מסכימים שאם תהיה חובת שבועה יעשו פשרה ואם לא ילכו לפי הדין. כדי למנוע ויכוחים, בית הדין מחייב את הצדדים לחתום על שטר הבוררין "בין לדין ובין לפשר" כדי שביום מתן הדין יהיו הצדדים כפופים לדעת בהמ"ש כדי למנוע פשרה.

ב. פד"ר ב' עמ' 297.

ברם ביה"ד מצווים למנוע מחיוב שבועה בכל מידת האפשרות ויש להם הרשות גם לעשות פשרה בין הצדדים כדי להיפטר מעונש שבועה כנפסק בחו"מ ס' י"ב סעי' ב וש"ך סק"ז...

ג. פד"ר ד' עמ' 320

אולם בהיות שהלכה פסוקה היא בחו"מ סימן יב סע' ב דאם חייבו ביה"ד שבועה לאחד מהם רשאי בית הדין לעשות פשרה ביניהם...

ד. תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים (תשנ"ג) פרק ח:

חוייב בעל דין להישבע, מפציר בית הדין תחילה בבעלי הדין לחזור מענין השבועה. לא חזרו בהם, מנסח בית הדין את השבועה בכתב...".

מקורות ב', ג', ד' מראים את האופי בו מתייחס בית הדין לפשרה. מקור ב' וג' אומרים שניתן גם לכפות את הפשרה על הצדדים כדי למנוע שבועה. במקור ד' נאמר שתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים אומרים שבהמ"ש יכול לכתוב שבועה בעצמו. עם זאת, בפועל, בית הדין ימנע מלעשות זאת.

ה. **תלמוד ירושלמי מסכת סנהדרין פרק א דף יח טור א /מ"ג**

 רבי יוסי בר חלפתא אתון תרין בר נש מידון קומוי אמר ליה על מנת שתדיננו דין תורה אמר לון אני איני יודע דין תורה אלא היודע מחשבות יפרע מאותן האנשים מקבלין עליכון מה דנא אמר לכון רבי עקיבה כד הוה בר נש אזל בעי מידון קומיה הוה אמר ליה הוו יודעין לפני מי אתם עומדין לפני מי שאמר והיה העולם שנאמר ועמדו שני האנשים אשר להם הריב לפני יי' ולא לפני עקיבה בן יוסף תני קודם לארבעים שנה עד שלא חרב הבית ניטלו דיני נפשות ובימי שמעון בן שטח ניטלו דיני ממונות אמ' ר"ש בן יוחי בריך רחמנא דלינא חכים מידון

זהו המקור המשמעותי ביותר המסמל את פחד הדיינים משבועה. על מקור זה מסתמך ברכיהו ליפשיץ במאמרו.

ו. **טור חושן משפט סימן יב**

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

בחושן המשפט מצוטט מספר המצוות בו נכתב כי **הדיינים צריכים להתרחק ככל הניתן מדין תורה**. הכוונה היא שהדיינים לא יכולים לקלוע לדעתו המדויקת של ה' ששופט את הצדדים זאת כיוון שהתמעטו הלבבות שיכולות לשפוט לפי דין תורה לאחר היציאה לגלות. ביכולת הדיין לנסות ולעשות דין כפי שעשו גדולי החכמים באמצעות דין התורה. **הדיין ישתדל לעשות את המיטב והצדדים יסכימו לקבל את החלטתו**. גם כאשר חותמים הצדדים על שטר בוררות בו נאמר שהדיון יהיה לפי דין- הכוונה היא שהדיין ישתדל לעשות את המרב ולא יקבע לפי יכולתם של גדולים. בית הדין יכל לעקוף את הבעיה שצצה בפד"ר יא אם בית הדין היה מסביר לצדדים שהוא לא יכול להרשות לעצמו להתיימר ולהתחייב לעשות דין תורה שרק ה' יכול לגרום לדיין להגיע אליו.

ישנה סיטואציה נוספת בה בית הדין רוצה שיהיה לו המנדט לפשרה. מדובר בסיטואציה בה **בית הדין רואה חובה מוסרית** לאחד הצדדים לפעול בצורה מסוימת ויעשה זאת לפנים משורת הדין. כך לדוג', אם צוללן מוצא טבעת ששווה מיליונים בקרקעית הנהר, הוא יכול להניח שמי שהטבעת שייכת לה התייאשה ממנה והטבעת מהווה רכוש של אף אחד. אם יימצא בעל הטבעת והצוללן יתעקש לעמוד על כך שהטבעת שייכת לו, בית הדין יכפה את הצוללן לתת משהו לאישה כך שתקבל פיצוי גם אם קטן.

חיוב אחד הצדדים לפעול לפנים משורת הדין יותר מספר בעיות- אם בית הדין מחזיק בעמדה שהוא לא יכול לכפות לפנים משורת הדין- הוא לא צריך את החתימה על שטר הבוררות כי הוא לא כופה אלא מחנך/ מפציר וכל צד יעשה מה שנראה לו. אם בית הדין כן כופה- הוא לא צריך את הסכמת הצדדים לכך. עניין הכפייה יוצר בעיה כיוון שהפכנו נורמה מוסרית לדין מחייב. זה דבר חמור מאוד כיוון שאם נהפוך נורמות מוסריות לנורמות בדין אנו נאבד את המשמעות של נורמה מוסרית.

כאשר מחפשים במשפט העברי את זרם הפוסקים שבוחרים לכפות פעולות לפנים משורת הדין הם אומרים שיש לכפות זאת כאשר **החובה המוסרית זועקת לשמיים ולא תמיד**. כך לדוג' אם הצוללן מהדוגמה מעלה אדם מאוד עשיר והאישה עניה החובה המוסרית גדלה. עניין זה ממתיק מעט את הגלולה. עם זאת, הדבר יוצר בעיה מוסרית אחרת הנוגדת קביעה מהתורה לפיה הדיין צריך להתייחס לעשיר ולעני בשוויון. התשובה לבעיה זו קשה- כאשר פוסקים לפי הדין- הדין זהה. ברגע שמדובר בפסק לפנים משורת הדין (פאזה מוסרית וקיצונית)- ניתן לקחת את ההבדלים בין הצדדים בחשבון.