**משפט מוסלמי**

**ד"ר איאד זחאלקה**

תוכן עניינים

[5 יסודות האמונה המוסלמית – במה אדם מוסלמי צריך להאמין: 2](#_Toc128410528)

[5 מצוות האסלאם: 3](#_Toc128410529)

[חמישה יעדים- כל דין דתי נגזר מאחד מהם: 4](#_Toc128410530)

[חמשת תחומי המשפט: 5](#_Toc128410531)

[חמשת המקורות של המשפט וההלכה המוסלמית: 5](#_Toc128410532)

[בקוראן נמצאים 5 עניינים מרכזיים: 6](#_Toc128410533)

[5 תקופות במשפט המוסלמי 9](#_Toc128410534)

[**1.**תקופת החקיקה 9](#_Toc128410535)

[**2.**תקופת ייסוד ההלכה 10](#_Toc128410536)

[האסכולות של האסלאם 10](#_Toc128410537)

[**3.**תחיית מדע ההלכה 13](#_Toc128410538)

[**4.**תקופת הקיפאון ההלכתי (1258)- 15](#_Toc128410539)

[**5.**תחילת התקופה המודרנית (1700)- 17](#_Toc128410540)

[5 הזרמים: 17](#_Toc128410541)

[המדינה העות'מאנית 20](#_Toc128410542)

[התערבות ישירה- 23](#_Toc128410543)

[התערבות עקיפה- 23](#_Toc128410544)

[סמכות בינ"ל פרטית: 24](#_Toc128410545)

[סמכות עניינית 25](#_Toc128410546)

[סמכות מקומית 27](#_Toc128410547)

[ענייני נישואין- 28](#_Toc128410548)

[זכויות וחובות שנובעות מחוזה הנישואים: 31](#_Toc128410549)

[דיני ילדים: 33](#_Toc128410550)

[משמורת 35](#_Toc128410551)

[ענייני גירושין 36](#_Toc128410552)

[מבחן לדוגמה: 40](#_Toc128410553)

**דת האסלאם: 5 חמישיות-**

## 5 יסודות האמונה המוסלמית – במה אדם מוסלמי צריך להאמין:

1. **אלוהים אחד** – אין לו שם, אין לו התחלה ואין לו סוף אין לו גוף ואין לו צורה, הוא בורא יחיד של היקום. (אין צלם- אלוקים ברא את האדם בצלם הטוב ביותר ולא בצלמו). יש זרמים שונים באסלם וכל אחד מהם סובר אחרת בקשר לשאלת מיקום האלוהים. האמונה באלוהים משחררת את האדם מעבדות לבני האדם ולחומר.
2. **שליחים ונביאים –**

יש מספר בלתי ידוע של נביאים, חלקם מפורטים בקוראן וחלקם לא, אלפי הנביאים אשר להם הייתה התגלות אלוהית באמצעות שליחים והם התבקשו ע"י האלוהים לקרוא לאנשים לעבודתו. שליחים הם נביאים שבאו עם מסר דתי- דת חדשה.

לפי האמונה המוסלמית יש 5 שליחים מרכזיים:

* אברהם
* משה רבינו -היחיד שדיבר אל אלוהים ישירות, קיבל על עצמו את התורה שהייתה אור לכל האנושות.
* ישוע – שהיה גם נביא וגם שליחה, אבל אין לו מעמד אלוהי, אלא אנושי. הוא נברא ע"י אימו שנפחה בה רוחו של מלאך וכך היא נתעברה. גם הוא קיבל ספר מאת אלוהים והוא הברית החדשה. הדת המוסלמית מאמינה שישוע הוא אדם ככל בני האדם, הוא אינו אל. האסלאם לא מאמינה בשילוש הקדוש.
* דוד – גם הוא קיבל ספר מאת אלוהים, והוא הזבור (מוכר כתהילים אצל היהודים).
* מחמד – גם הוא דיבר עם אלוהים ישירות ועלה לשמיים. נביא ושליח שקיבל על עצמו את ספר הקראן, והוא בא להשלים ולעדכן את השליחויות שהגיעו לפניו.
	+ בנוסף, היו שליחים שלא קיבלו על עצמם ספר, כמו אברהם – שאמנם לא קיבל ספר, אבל כן היה אמון על הפצת התורה. אברהם בישר על אמונה באל אחד.
	+ בקראן – אלוהים נותן דרגות לשליחים ולנביאים לפי מעשי הנבואה או השליחות שלהם, אבל האסלאם מצווה על אמונה בכולם ללא הבדל בין אחד לשני, כיוון שכולם קוראים לעבודת האל היחיד ולאמונה בו, ולכן לא מדרגים ביניהם בפרקטיקה. אלוהים כן מעדיף אחד על פני השני – כן מאמינים שהשליחות של מחמד היא השליחות האחרונה אשר משלימה את הדתות הקודמות, ע"י כינון דת אחת שתפרוס רחמיה על פני כל העולם ולפיכך אין שליחים אחריו. כל שליח בא להשלים את הדת הקודמת של השליח שלפניו. לפי האסלם ישוע בא לערוך רפורמה בדת היהודית והאסלאם באה להשלים את כל הדתות, היא המעודכנת ביותר.
1. **המלאכים–** נוצרו על ידי האלוהם עושי דברו של האלוהים, הם מגשימים את מצוותיו של האלוהים. אין נביא או שליח שאלוהים התגלה לו מבלי שהדבר עבר דרך המלאכים, מלבד משה, שאליו האלוהים התגלה ישירות במעמד הר סיני. הם מופקדים על גן עדן וגיהינום. אין להם צלם אחד- הדבר תלוי במשימה שלשמה נוצרו, יש מספר אינסופי של מלאכים. הם לא יוצרו מאדמה אלא יוצרו מאור.

הדעות חלוקות ביחס להתגלות האלוהים למחמד – דעה אחת דורסת שבעליית הנביא השמיימה העליונות הייתה התגלות ישירה בפני מחמד, ויש עמדה הגורסת שמשה הוא הנביא והשליח היחידי אליו התגלה האלוהים ישירות.

1. **ספרים שהם דברי האלוהים**: התורה נקראת אור לעמים, הוא הספר שמאיר לך את הדרך אל האלוקים (שקיבל משה במעמד הר סיני), מזמורי דוד (הזבור), האוונגליון- הברית החדשה, קוראן.
2. **יום הדין** – יום בו כל היצורים החיים מתים, ואחרי מותם כולם קמים לתחייה ומגיעים להתחשבנות לפני האלוהים. האמונה המוסלמית אומרת שהמאמינים (המוסלמים), היהודים, הנוצרים והסבאים, כלומר, כל מי שמאמין באלוהים אחד וביום הדין ועושה מעשים טובים בחייו, שלא יצטער ולא יחשוש כי אלוהים יקבל אותו אליו לגן עדן ומי שלא הולך לגיהינום. החשיבות של אמונה ביום הדין נובעת מערך החיים ומהחשיבות שיש לעשיית הטוב במהלך החיים, מתוך המאונה שבסוף החיים יש התחשבנות ומחילה.

## 5 מצוות האסלאם:

1. **העדות -** יש אלוהים אחד והנביא מחמד הוא שליחו.

לא מדובר בהצהרה, אלא בעדות - כלומר, דבר שהאדם קלט אותו בחושיו, כמו היה אומר שראה בעצמו שמחמד הוא שליחו של האל. האדם צריך להאמין ברמה גבוה עד כדי האמת בכך שאלוהים אחד ומוחמד השליח- כאילו קלטנו את זה בחושים שלנו.

1. **התפילה** – צלא: קשר.

התפילה מבחינה דתית היא הקשר בין האדם לאלוהיו, אשר נוצר ע"י תנועות ומילים שהוא אומר תו"כ ביצוע התנועות.

את התפילה מבצעים 5 פעמים ביום - עם עליית השחר, בצהריים, אחה"צ, בערב ובלילה עם רדת החשיכה. כך פותחים וסוגרים את היום ע"י קשר עם האלוהים, כל יום ללא יוצא דופן. הייעוד של התפילות הרבות היא למנוע ולהרחיק את האדם מחטאים. כיצד? האדם מתחיל את היום שלו בתפילה- אין זמן לשטן להגיע ולהפריע לו. עד שהשטן מגיע- מגיעה התפילה השנייה. וכן הלאה.. כל היום צמוד לתפילות, וזה מרחיק את האדם מחטאים.

1. **הצום ברמדאן–** הצום הוא במשך חודש הרמדאן, מעליית השחר עד השקיעה, כל יום בחודש. החודש המוסלמי מבוסס על הירח (כמו לוח השנה העברי), והחודש מתחיל עם הופעת הירח ועד היעלמותו – כך יוצא או 28-30 יום. הצום מגביר יראת שמיים, האדם מתנזר מכל החומר ועולה דרגה מעל אדם רגיל והוא הופך לאדם ירא שמיים. הוא כל היום בצום למען האלוקים, וזה מה שמגביר בליבו יראת שמיים.
2. **הזכאת- צדקת חובה:** כל מוסלמי חייב לשלם בכל שנה 2.5% מכל הכספים שנצברו אצלו במשך שנה ויותר, והכסף הזה מיועד לעניים, נזקקים וזכאים. 2.5% הללו לא כוללים רכוש מניב, למשל ערך הטרקטור בו משתמשים לעבודה לא ייחשב לרכוש נצבר. את הצדקה עושים פעם בשנה, נהוג בחודש הרמדאן כדי שיהווה תזכורת לתשלום הזכאת. הזכאת נקראת כך מלשון לזכך- כלומר להפוך לטהור, לזכך את הכספים של האדם. מנקה את הכסף מעין הרע, מכסף שהגיע בצורה לא לגיטימית וכו'. כך אתה הופך את הכסף שצברת וחסכת לטהור וראוי לשימוש. כסף זך/טהור זה כסף שיש בו ברכה ואלוקים מרבה אותו.
3. **עלייה לרגל למכה– חאג'**: המוסלמי חייב לעלות לפחות פעם בחיים למכה. משמעות העלייה למכה מהווה את חידוש ברית האמונה בין האדם לאלוהיו. במכה בזמן החאג', עושים את מה שעשה אברהם אבינו עם ישמעאל – לפי אמונת המוסלמים, זו עקדת ישמעאל. לפיכך, הדרך של העלייה לרגל, היא הדרך שעשה אברהם בדרך להקרבת בנו ישמעאל. לפי האמונה, אברהם השאיר את ישמעאל והגר במקום שומם במדבר, והנס הוא נביעת המים מתחת לגופו של ישמעאל, שעד היום ממשיך לנבוע – במכה. כשעושים את העלייה לרגל עושים את הדרך שהגר עשתה 7 פעמים שעברה בין ההרים על מנת לחפש מראש ההר את מקור המים. בנוסף, יש עלייה להר ערפאה – שם לפי המסורת הכירו אדם וחווה לאחר שירדו אל האדמה. שם נפגשים המוסלמים שמבצעים את מצוות החאג'. המצווה מתרכזת בהקפת הכעבה – ביתו של האלוהים, הבית הראשון לאלוהים שהוקם על האדמה, 40 שנה לאחר התגלות האלוהים – ואחרי שהוחרב במבול, הוקם מחדש ע"י אברהם וישמעאל והאלוהים נענה לתפילתם שזה יהפוך להית התפילה לאלוהים, ואליו יבואו כל האנשים.

## חמישה יעדים- כל דין דתי נגזר מאחד מהם:

**א. שמירת הדת-** להאמין באלוקים ולשמור את הדת. בעצם האמונה באלוקים מקיימים את ייעוד הבריאה- לעבו את האלוקים. שמירת קיום המצוות.

**ב. שמירת הנפש האנושית-** האלוהים ברא את כולם ולכן נאמר כי מי שהציל נפש אחת כאילו הציל עולם ומלואו. הדת באה לשמור על החיים של בני האדם ומכאן המצוות אל תרצח וכו'. אין לפגוע ולפצוע אף אדם- לא משנה מה דתו. על-כן, ג'יהאד שפוגע באחרים לא מקיים את הייעוד של הדת.

**ג. שמירת היכולת השכלית-** להבחין בין טוב ורע- אדם בלי יכולת שכלית הוא לא שפיט, לא בעולם הזה ולא בעולם הבא. ההסבר לכך הוא שהוא לא יכול להחליט מה לעשות. לכן אלוהים אסר לעשות כל מעשה שפוגע ביכולת השכלית של האדם כמו אלכוהול, סמים וכך האדם יהיה בעל שליטה ויהיה שפיט.

**ד. שמירת הילדים-** ילדים הם ההמשך של האנושות ודת האסלאם באה לשמר את הילדים על מנת שיהיה המשכיות לעולם. זה בא לידי ביטוי ב2 מובנים: הדת רוצה שהילדים יהיו במסגרת נישואים. צריך לדעת על כל ילד מי זה ההורים שלו על מנת שלא יהיה גילוי עריות או ממזריות וכך תפגע המשך האנושיות. בנוסף זה משחית את המוסר ואת החיים התקינים. לכן חשוב לוודא שהילדים יוולדו רק במסגרת הנישואים. היבט נוסף זה לשמור על הילדים שלא יעונה להם כל רע, לדאוג לצורכיהם ולכך שהם יחיו בכבוד.

**ה. שמירת הכסף האישי**- באה לשמור את רכושו והונו של האדם על מנת למנוע גזל, שחיתות, מרמה, קיפוח וכו'. קשור לכל דיני הממון.

5 יעדים אלו מקיפים את כל תחומי החיים. יעדים אלו הם האב, האשכול של כל המשפט המוסלמי. כל אחד מהם הוא מקור לגזירת הלכות חדשות שיגשימו את אותו יעד. כמובן שיש חשיבות ברמה של היעד, כשיש התנגשות בין הדינים אז הדינים הגבוהים גוברים על הדינים הנמוכים.

## חמשת תחומי המשפט:

1. **דיני עבדאת- פולחן דתי**, נועדו להסדיר את היחס בין האדם לאלוקים. כל מה שקשור לביצוע של מצוות מתוך אמונה באלוהים.
2. **דיני מועמלאת-ממונות-** כל הדינים הקשורים למערכות הכספיות שבין אדם לאדם(חוזים, נזיקין..). דינים המקיימים את היעד של שמירת הכסף.
3. **דיני סייר-מלחמה ושלום -** משפט בינלאומי, נועדו להסדיר את היחסים שבין מדינה למדינה.
4. **דיני אחוואל שחסיה-משפחה-** נועדו להסדיר את היחס בין אדם לזוגתו, נועד להגשים את היעוד של הבאת ילדים לעולם. (באסלאם המושג בעל לא קיים).
5. **דיני עוקבאת- עונשין-** נועדו להסדיר את היחסים של האדם אל מול המדינה.

## חמשת המקורות של המשפט וההלכה המוסלמית:

1. **הקוראן –** "דברי אלוהים חיים". המקור העליון והמחייב אותו לא ניתן לסתור. דברי אלוהים, אלה המילים של האלוהים אשר הועברו אל מחמד באמצעות המלאך גבריאל. לפי האמונה המוסלמית הכללית, דברי האלוהים קיימים עוד מעת הבריאה, כלומר, עוד לפני שליחותו של הנביא מחמד, והם היו שמורים בלוח שנשמר בשמיים העליונים שלא הותר לאף מלאך לראות את הכתבים שבו. הקוראן הוא נצחי, כמו שאלוקים הוא נצחי כך מילותיו של האלוקים הם נצחיים- אין להם התחלה ואין להם סוף. כשהגיע הזמן להוריד את הקראן, אזי הוא ירד בשלמותו מהשמיים העליונים לתחתונים – בליל הגורלות, שהוא הלילה ה-27 בחודש הרמדאן. ומשם החל לרדת בחלקים למחמד, וזאת לפי ההקשר ונסיבות הצורך שבחייו, ובאופן מפוזר ולא מסודר. הקוראן ירד בפסוקים בסדר שמתאים למשברים שאיתם התמודד הנביא- כל פעם שהורדו מספר פסוקים אל הנביא, המלאך גבריאל היה מנחה אותו היכן לשים אותו בסדר הכללי של הקראן, כך שבסוף שליחותו חוזר המלאך לוודא כי הקראן מסודר כפי שנשמר במקור בלוח השמור. לאחר 23 שנים מסתיימת השליחות וזה הפסוק שמשלים את הקוראן "השלמתי לכם את הדת שלכם". המלאך גבריאל מוריד את הפסוקים מהשמיים לידי הנביא מוחמד, שמסר את הפסוק לכותבי השליחות האלוהית (נערים שידעו קרוא וכתוב, וכתבו את הפסוקים שה' הוריד).

הקוראן מסתיים בתקופה מסוימת ונשמר ע"י הצחאבה (הם אנשים שליוו את הנביא לפחות פעם אחד והם שמעו מהנביא את הפסוקים שהתגלו אליו, מבניהם יש אנשים אשר כתבו את הפסוקים שנשמעו להם – והם כותבי ההשראה האלוהית). כדי למנוע שינויים ומחלוקות לגבי מה שנכלל בו, ציווה עות'מאן הח'ליף השלישי לאסוף אליו את כל הגרסאות מכותבי הקוראן לעותק אחד, ולאחר מכן שרף את כל הגרסאות, כך שנותר נוסח אחד, אותנטי שאותו העתיקו והפיצו ברחבי העולם המוסלמי, וכך אומץ נוסח אחד. כך ווידאו אין שום שינוי, תוספת או גריעה מהקוראן.

כיום אין נוסחים שונים לקראן, אלא 7 שפות ערב ו-10 קריאות שונות של הקוראן, באופן התנועות או באופן ההגייה. מבחינת השפות כשאותן מילים נקראות באופן שונה, ולכן יש שימוש במילים שונות כדי לתאר אותו דבר.

הקוראן מורכב מ-114 סורות, כשהסורות נחלקות לאלה שירדו במדינה ולאלה שירדו במכה, כשיש מחלוקת על החלוקה הזו ע"י פרשנים – יש האומרים שהסורות שירדו במכה מהוות עדות על קבלת הדת ע"י אנשים והתרעה מפני ענישה שיקבלו אם לא יקבלו את הדת, ואילו הסורות במדינה מהוות את החוקים והדינים של האסלאם, כי מדינה הייתה מדינה שצריכה הייתה להתנהל באופן מסוים ע"י כללים. היכן שמופיע הפסוק "בשם האל הרחמן והרחום" ניתן לדעת שמתחיל פרק חדש. לכל סורה יש שם, השמות באים לייצג את התכלית, המסר המרכזי של הפרק למשל הראשון נקרא פתיח, השני- הפרק הגדול והמרכזי בקוראן שמכיל את 5 יסודות האמונה ודיני היסוד (287 פסוקים) נקרא פרק הפרה, בו מופיע סיפור על נרצח שקם לחיים אחרי שמכים אותו באברי פרה, הנמשל נועד להעביר את המסר שהאדם צריך לקיים את הדין כדי לקבל את האושר לחיים טובים- היה עליהם להביא פרה והם היו צריכים לציית ללא שאלות.

### בקוראן נמצאים 5 עניינים מרכזיים:

1. האמונה- אמונה בה' אחד, במלאכים, בשליחים, בספרים, ביום הדין (מפרט על כל התיאוריות שדיברנו לעיל).
2. דינים דתיים- דיני היתר ואיסור המרכזיים של הדת. אל תגנוב, אל תרצח, אל תנאף.. לאחר מכן נגזרו דינים נוספים.
3. סיפורי הקוראן- על סיפורי הנביאים, מדברים על איך אומות גדלות( כיצד הן יכולות לגדול אם הן כופרות באמונה בה'?). קיימים גם סיפורים עתידיים בדמות תיאוריות מדעיות שהמדע מגלה אותן עם הזמן. למשל בקוראן כתוב שהמש נעה בציר משלה (לפני כמעט 1450 שנה). הסיפורים באו כדי להמחיש לאדם את העליונות והכוח של האלוהים, את העונשים בעבר ואת העונשים העתידיים- כדי שאנשים יירתעו ולא יכפרו בה'.
4. השכר והעונש- שכר המאמין ועונש הכופר. בקוראן יש פסוקים רבים שמדברים על שכרו של המאמין ומקיים המצוות ומנגד על העונש של הכופר שפוגע באחרים ופועל נגד האלוקים. השכר הוא בכדי לעודד אנשים לאמונה ומעשים טובים והעונש (על הבחירה, הפגיעה באחרים, המעשים הרעים כנגד הדת) הוא כדי להרחיק אנשים ממעשים כאלו.
5. היחס אל הדתות האחרות- בחלק זה קיימות סורות (פרקים) ארוכות שמדברות על היחס אל היהדות, הנצרות ודתות אחרות. הקוראן מחלק את הדתות ל3 מעגלים.
* המעגל הראשון- המעגל הפנימי, המוסלמים, האמונה היא שכל המוסלמים אחים הם- היחס של המוסלמים בינם לבין עצמם הוא יחס של אחים שדואגים אחד לשני.
* המעגל השני- עמי הספר, אנשים שהדת שלהם היא דת ששלח ה' ע"י שליחים ונביאים למסור להם. היחס לעמי הספר נגזר מכך שהן דתות מונותאיסטיות ולכן הקוראן קורא לשיתוף פעולה איתם. מכאן נובעת ההכרה ביהדות ובנצרות כדתות לגיטימיות שיש לשתף איתן פעולה. יש שיח עם הדתות הללו על האמונה בה'.
* המעגל השלישי- יתר הדתות, הקוראן בוחר להציג דתות אלו כנבדלות מהדת המוסלמית. "לכם הדת שלכם ולנו הדת שלנו", אנו לא עובדים את הה' שלכם ואתם לא עובדים את שלנו. נשתף פעולה אך אין קרבה דתית. (גם הם בני אדם, אסור לפגוע בהם).

בקוראן יש דינים מפורשים, למשל – דיני נישואים וגירושין, דיני חוזים, פלילים וכו'... אבל, יש בו גם סיפורים ותיאורים של מצבים ואירועים שמהם ניתן לגזור דינים מסוימים, כאשר פרשנות הקוראן נמשכת כל הזמן וכך ניתן להמשיך ולגזור דינים כל העת.

הקוראן הוא המקור העליון, ולכן אסור לגזור דינים חדשים בניגוד למה שהקוראן פסק, כיוון שיש לו עליונות נורמטיבית מוחלטת, וגם אין מקור אחר שיכול לסתור אותו. כל דין שכתוב בקוראן מחייב עד יום הדין.

1. **הסונה/ החדית' –** הנביא מוחמד הוא השליח של אלוקים. בשליחותו כנביא, כל מעשה שהוא עשה, אמירה שהוא אמר, וכל אשרור שהוא מאשר כנביא נחשבים למקור משפטי מחייב. החדית' זה שם כולל לתיעוד של כל אימרה, התנהגות או אשרור של הנביא מחמד וזה מקור משפטי מחייב, בבחינת חקיקה של הנביא. כל מה שעשה או אמר הנביא או כל קבלת המנהגים ע"י הנביא בשתיקה – נכללים בסונה ובחדית', ואלה נחשבים לבעלי מעמד גבוה, כי האמונה המוסלמית גורסת ש"אין הנביא אומר דברי הבל, אלא אלו דברים שהנחה אותו האלוהים לעשות".

לסונה יש 3 מטרות:

1. השלמות לקוראן- לא כל דבר נמצא בקוראן, יש דברים שהדין עליהם לא נמצא בקוראן, איפה שיש חוסר הנביא משלים. למשל, הקראן קובע "התפללו במועדים" – אבל לא מציין מתי להתפלל ואיך ולכן החדית' כוללת את ההנחיות של מחמד, להתפלל באופן שבו הוא נצפה מתפלל.
2. פירוש הקוראן- הנביא הוא הראשון המוסמך לפרש את הקוראן ולהסביר את משמעות הפסוקים, מה צריך לעשות מתוקף הפסוקים הללו.
3. ליישם את הקוראן- איך ליישם את הדינים. יש כללים ביישום הקוראן, למשל: במקרה של התנגשות דינים לקבוע איזה דין ייגבר.

הסונה והחדית' גם הם לא נכתבו במהלך חייו של הנביא, כי הוא אסר על כולם לכתוב זאת, כדי לשמור על עליונות הקראן הכתוב, שלא יהיה בלבול בין דבר ה' לבין דבריו שלו. עם השנים התפתח מדע החדית' (כ150 שנה לאחר מות הנביא)– בוחן את אמיתות התוכן של החדית' ולאופן השיוך שלו אל הנביא. **מוחמד אל-בוכרי** מחליט לצאת למסע חייו לאסוף את החדית'ים של הנביא. הוא שליח מטעם עצמו, הוא מחליט לעשות מעשה היסטורי. הוא מסתובב בכל העולם המוסלמי דאז, הוא שומע כ-700 אלף חדית'ים (מעשה, אמרה, אשרור), הוא ממפה את הכל עד שנשארים לו 4,000 מרכזיים בלבד. את המיפוי הוא עושה בעזרת 2 כלים:

1. **מתן- תוכן:** אסור שיהיה חדית' שסותר בתוכנו את הקוראן וכך הוא יודע למפות אותו. למשל, אם ישנו חדית' שאומר לשתות אלכוהול לאחר קריאה בקוראן ברור כי יש לפסול אותו.
2. **אסנאד- נאמנות המוסרים:** הוא היה בודק את שרשרת המוסרים. ראשית היה שואל- ממי שמעת חדית' זה? היה בודק את התכונות של האדם- האם הוא אמין? האם הואישר? דבר שני היה בודק האם מבחינה גיאוגרפית הגיוני כי מסר לו. דבר שלישי בודקים האם מבחינת זמנים יש היגיון כי המוסר סיפר לו את החדית' למשל שלא מספר על מישהו שמת לפני שהאדם נולד וברור שלא נפגשו.

את ה4000 חדית' הוא סידר לפי נושאים. כיום, הקובץ של הבוכרי נחשב לקובץ האותנטי ביותר של אוסף החדית'ים של הנביא. עם זאת, לאחר הבוכרי הגיעו עוד 5 אנשים שעסקו באותו דבר (מיפוי, סינון החדית'ים). כל מי שעסק בסינון החדית'ים היו מוסלמים אך לא ערבים. כל אחד מה5 עסק באופן עצמאי, ללא קשר לבוכרי, במלאכת האיסוף והמיפוי. השני בחשיבות לאחר הבוכרי הוא אל-מוסלם. אם שניהם הסכימו על חדית' יש לו משקל רב מאוד, שכן כאשר הלכה רשומה בשני ספרים זה מעיד על הסכמה שהאמרה נכונה ומחייבת, לעומת מצב בו רשום רק בספר אחד וזה עשוי לעורר מחלוקת.

התקופה בה כל זה קורה היא תקופת החקיקה, בה קיבלו את 2 המקורות החשובים והעליונים שאי אפשר לסתור אותם- המקורות הטקסטואלים.

\*שריעה= מכלול הצווים והדינים המוסלמים שמקורם בקוראן או בסונה. שריעה זה חקיקה ולכן הצווים שבקוראן ובסונה של הנביא הם חקיקה דתית מוסלמית.

\*פקה- הלכה: הדינים שמקורם לא בקוראן או בסונה נקראים הלכה (פקה). כלומר פסיקה של הלכות ודינים ע"י חכמים ע"פ כלים שבשריעה.

1. **קיאס- היקש ואנלוגיה.** המקור הזה לא שייך לשריעה. לאחר מותו של הנביא, כדי להתמודד עם אתגרים חדשים, חכמים החליטו להשתמש בדינים שבקוראן ושבסונה כדי לגזור הלכות חדשות בגזירה שווה. ז"א, שאם יש דין בקוראן או בסונה ויש סוגייה חדשה שלא יודעים מה דינה, הם יחפשו בקוראן או בסונה מה נפסק ויפסקו גזירה שווה. למשל, ההלכה אוסרת על אובדן שליטה ואובדן הדעת ולכן אלכוהול אסור, לפיכך, קל וחומר שגם סמים וחשיש. מה תפקידם של חכמים (עולמא, פוקאה)? לקבוע מה רצון האלוהים בכל סוגייה חדשה. החכם לא אומר את דעתו, אלא מה רצון האלוקים. תפקיד החכמים הוא אג'תהאד (מושג למבחן)- מאמץ הלכתי לגזור הלכות חדשות. תפקיד החכמים הוא לעשות מאמץ הלכתי כדי למצוא את רצון האלוהים בכל סוגייה חדשה. השיטה הראשונה בה הכחמים נעזרים לצורך קביעת הלכות חדשות זה הקיאס (אנלוגיה, היקש).

חלק מהאסכולות מקבלות את הקיאס כדין מחייב וחלק לא רואות בו מקור נורמטיבי.

1. **המצלחה-האינטרס הציבורי** : יש דברים שלא נמצאים בקוראן/בסונה ואין להם הקבלה בהם. למשל: האם מותר למדינה לגבות מיסים? הקוראן והסונה לא מתייחסים לסוגייה זו. חכמים הסכימו שאינטרס ציבורי מחייב תלשום מיסים כדי לממן את השירותים במדינה. עצירה באדום זה מצלחה, בקוראן לא כתוב על זה, אלא החכמים גזרו הלכות חדשות (גם ללא הקבלה בקוראן) כל עוד זה מגשים את טובת הציבור. גם האינטרס הציבורי כמו גביית מיסים הוא מקור משפטי מחייב, כך למשל החיוב על הצדקה. לפיכך, מס הופך להיות דין דתי מחייב, מכוח האינטרס הציבורי. סביב מקור זה של המצלחה התפתח עולם מלא של הלכה מודרנית שעליו נרחיב בשיעורים הבאים.
2. **מנהג אנשי מדינה-** הנביא מוחמד חי תקופה משמעותית בשליחותו במדינה, ואנשים שחיו לצידו למדו ממנו ונהגו כפי שנהג. לכן, כאשר רצו לבדוק איך פועלים בסוגייה מסויימת, הם בדקו איך אנשי מדינה במנהג הזה, כי המנהג שלהם הוא מנהגו של הנביא. כל עוד המנהג לא סותר את הדת הוא מנהג משפטי.
3. **האג'מעא – הקונצנזוס**- של חכמי ההלכה. כאשר יש הסכמה גורפת של חכמי ההלכה על כלל מסוים, גם ע"י שתיקה וחוסר התנגדות, אזי הכלל הופך להיות דין ומקור משפטי מחייב. מרבית האסכולות גורסות שקונצנזוס נדרש ע"י כל חכמי ההלכה שנחשבים לברי סמכא בדין הדתי ע"י הציבור המוסלמי במשך כל הדורות. האג'מעא הם למעשה הדור השלישי- כשיש 3 דורות: הנביא🡨 הצחאבה🡨 האג'מעא.

## 5 תקופות במשפט המוסלמי

1. תקופת החקיקה **(תקופת השליחות של הנביא)-** תשריע. הנביא קיבל את השליחות בשנת 611 ומסתיימת בשנת 634 עם מותו של הנביא. רק הנביא מוסמך לפסוק בתקופה זו והיא נקראת תקופת חקיקה מכיוון שכל מה שהנביא אומר הופך להיות חוק דתי. בתקופה זו נוסד המשפט המוסלמי ע"י 2 מקורות שהם הראשיים והחשובים של המשפט המוסלמי:
2. הקוראן, דברי אלוהים. אלוהים הוא הסמכות למחוקק. המקור העליון, שאי אפשר לסתור אותו-> כמו חוקה.
3. הסונה- אורח חייו של הנביא, אמרות, מעשים, אשרורים. הנביא איננו אומר דברי הבל אלא מה שהנחה אותו השם. הסונה נחותה לעומת הקוראן. בקוראן כתוב- תתפללו בזמני התפילה. מה הם זמני התפילה? לא נכתב, אלא הנביא אמר תתפללו כמו שאתם רואים אותי מתפלל. אפשר לעשות פרשנות לחוקים, אבל לא לבטל אותם.

כל דין ופסוק שנמצא באחד ממקורות אלה הוא בבחינת חוק שאי אפשר לסתור אותו. תקופת החקיקה נותנת את התשית החקיקתית למשפט המוסלמי, והתוצר של תקופה זו זה השריעה= מכלול הציוויים והדינים שמקורם בקוראן ובחדית'.

נאסך- פסוק שבא וביטל פסוק קודם (מבטל). מנסוך- פסוק שבוטל על ידי פסוק מאוחר יותר (מבוטל).

דוגמה: פסוק 1 אמר- אל תתפללו שאתם שיכורים. פסוק 2- אלכוהול זה מעשה הסתה, תתרחקו ממנו. **המרצה וחכמי הלכה מודרניים אחרים אומרים שאין דבר כזה נאסך ומנסוך**, כל הקוראן הוא מאלוהים, ולא הגיוני שאלוהים אמר דברים סתם. יש עיקרון "המחוקק לא השחית את מילותיו בשווא", קל וחומר האל. אין נאסך ומנסוך אלא אפשר להבין כמשתלבים אחד את השני.

1. תקופת ייסוד ההלכה- תקופה שנמשכה מ624 עד 652 שבה מתחילים לייסד את ההלכה. הנביא אמנם נפטר והוא אינו יכול לפרש את הקוראן או לתת הוראות, אבל החיים ממשיכים ואיתן הבעיות. יש תקופות חדשות וסוגיות מורכבות. לאחר מות הנביא אנשים החלו לפנות אל הסחאבה (אלו שפגשו את הנביא ולו פעם אחת בחיים והאמינו בו), הם היו מאוד יראי שמים. הם החליטו לנסות לפרש את הקוראן ולנסות להבין איך הנביא היה נוהג במקרים אלו. ההלכה בתקופה זו הייתה תמיד בהסכמה של הסחאבה כאשר מטרתם ומטרת ההלכה הייתה לגלות את רצון האל, מה הוא מבקש מאתנו. המקור המשפטי עליו נסמכו זה קונצנזוס-2 הצדדים התווכחו זה עם זה, כל אחד הביא את דעתו, בסוף ניסו לפסוק לגבי הקוראן. **למשל:** מישהי ילדה אבל היא נשואה רק 6 חודשים, בעלה טוען שהיא נאפה. באים לשאול האם להאשים את האישה בניאוף או לא. החליף עומר החליט להאשים אותה בניאוף. החליף עלי בא אליו ואומר לו שהיא חפה מפשע. הוא מסביר את עצמו בכך שלפי פסוק בקוראן הנקה היא 24 חודשים, פסוק נוסף אומר שההריון וההנקה יחד 30 חודשים ואז אומר עלי אם נפרש את 2 הפסוקים ביחד ההריון אמור להיות 6 חודשים. כך אפשר לפרש שהיא חפה מהניאוף והילד הזה לגיטימי. החליף עומר מסכים איתו ועד היום להלכה תקופת ההיריון המינימלית היא 6 חודשים והייתה על כך קונצנזוס. לכן זה המקור המשפטי שמסכימים עליו בתקופה זו- שיטת ההסכמה (הקונצנזוס).

## האסכולות של האסלאם

תאבע (מי שפגש את הסחבי).

החליפים הראשידים (גדולי הסחאבי), ולדבריהם הקשיבו. היה קונצנזוס באותה תקופה, ולכן הוא הפך ליסוד שתי אסכולות. היו 4 חליפים גדולים, ואחרי שעלי החליף הרביעי מת התחילו המחלוקות.

סיפור על החליפים:

אמרנו שהנביא מוחמד היה הנביא, לאחר מותו באו 4 חליפים שהם היו נבחרים. 4 חליפים אלו עסקו בפיתוח של המשפט המוסלמי. הם אספו הלכות והייתה אחידות הלכתית במובן של המשפט. לא היה פילוג בציבור המוסלמי. לאחר מותו של מוחמד עלי טען שהוא צריך להחליף את הנביא כחליף (היה נשוי לבתו ובן דודו), כי הוא היה צמוד לנביא והנביא העריך אותו מאוד. באו הצחאבי ואמרו שאבו בקר הוא המבוגר, ולכן ימנו אותו לחליפה ואכן אבו בקר, מונה לחליף הראשון, שהיה הכי צמוד לנביא. לאחר מכן קיבל את ההנהגה להיות חליף בציווי של קודמו -עומאר, הוא בניגוד לקודמו לא בחר את המחליף אלא מינה 12 אנשים לבחור- והם בחרו בעותמאן ששמר על הקוראן. עותמאן (החליף השלישי) נרצח. לאחר מותו מונה עלי לחליף- בן דודו וחתנו של הנביא מוחמד- נשוי לביתו פטאטמה, בניו הם היורשים היחידים של הנביא ולכן טענו שהוא היחיד שהיה צריך להחליף את הנביא. משפחתו של עותמאן מתמרדת מדוע עלי לא נקם את מותו- הוא הבטיח שיעשה משפט לאחר מינויו, מכאן מתקיימת מחלוקת מי ראוי להיות יורש הנביא. אנשים פחדו מעלי, כי אם ימנו אותו לחליפה, הוא ובניו יהיו היחידים שינהיגו את האומה (בגלל הייחסו המשפחתי). שבטו של עותמאן תמכו באומיה, מייסד חליפות בני אומיה (ששלטה במזרח התיכון 150 שנה). עלי- חתנו של הנביא, מציע לבצע משפט בעניין ולכן הם מחליטים למרוד בו. מתקיימת מערכה בין הצבא של עלי (שהיה החליף הראשון) לבין השליט של איזור "אלשאם" ("לבנט" בעברית. זה האיזור של ישראל-סוריה-ידרן-לבנון). אז בשנת 657 התרחשה המערכה בין הצבא של עלי לבין הצבא של מועאליה, במקום שנקרא "ספין" (איזור בין סוריה לעיראק). מערכה זו חשובה מאוד, והיא מהווה צומת דרכים היסטורית מבחינת המשפט המוסלמי וההיסטוריה המוסלמית, עד לימינו אנו. מועיא היה פיקח. הוא אמר לשים את הקוראן על החרבות, ושהקוראן ישפוט ביניהם. זה קרה כיוון שהם הבינו שהם תכף יובסו. עלי היה סלחן מאוד, וראה את הקוראן על החרבות, והוא מסכים. כאשר הם מגיעים לבוררות כל אחד מהצדדים בוחר מטעמו בורר, ומי שיבחרו יהיה נציג. הבוררים סיכמו בינהם ששניהם ידיחו את הנציגים והעם יבחר מנהיג חדש. הנציג של עלי הדיח אותו כפי שסיכמו ואילו הבורר של מועיא מינה אותו לתפקיד. בתגובה מחנה עלי נחלק לשלושה חלקים:

1. החלק הראשון הם **תומכיו של עלי-השיעים**. הם 15%. (איראן, עיראק, אזרבייג'ן, לבנון- מיעוט שיעי גדול) מדובר בזרם שהאמין שרק עלי ראוי להיות המנהיג, שכן מדובר בנכדו של הנביא מוחמד, באבי נכדיו של הנביא. הזרם מתחיל כזרם פוליטי סביב שאלת המנהיג, ועם ההסטוריה הוא מתקבע כזרם אמוני עצמאי, הוא מפתח לעצמו עקרונות במשפט ובהלכה ותאולוגיות בדת. הזרם מאמין כי: א. המנהיגים היחידים הם עלי והשושלת שלו. ב. גם הלכה ומשפט (חדית') נקבעים רק על ידי עלי והשושלת שלו. ג. הזרם הולך ומקצין עד כדי כך שהם מאמינים באמאם- המנהיג, המדריך. האמאם הראשון הוא עלי ולאחריו בניו של עלי, בכל דור יש אמאם אחד שמודרך באופן ישיר עי האלוהים ולכן אין אפשרות שהוא יטעה. הם בעלי מעמד על. עד הדור השביעי עברה המסורת של האמאם אך בדור השביעי התעוררה מחלוקת- ישנם 2 אחים, אז איך יודעים מי מביניהם הוא האמאם? לפיכך, התפתח זרם חדש ונפרד בשם העיסמאליה(הזרם הדרושי כיום) הם מאמינים כי האמאם הוא נסתר. השושלת המשיכה במסורת הרגילה עד לאמאם ה12- אלמהדי שנעלם. מאמיניו מאמינים שהוא לא מת, אלא הוא נסתר. הם החליטו כי הוא חי לעד והוא עתיד להתגלות ממקום מסתורו כשהאלוהים ירצה. הם מאמינים כי יש אימאם מחליף עד שאלמהדי יתגלה ויחזור. לכן באיראן למשל האייתולה חאמנאי ולפניו חומייני ממלאים את מקומו של האימאם והם ההנהגה עד שהוא יבוא. כל מישהו מהשושלת של הנביא ושל עלי שם כיסוי ראש שחור, ומי ששם לבן הוא מיתר העם.

2. החלק השני טוען **שיש לקבל כל מנהיג כדי למנוע מריבות(הסונים).** הסונים הם הזרם הכי גדול באסלאם כ-85%. דעתם היא שכל אחד יכול להיות המנהיג של האומה, ללא הקשר למצבו הדתי.. העיקר שינהיג בדרכי הצדק והיושר. הסונים מקבלים את כל 6 המקורות- הקוראן, הסונה-החדית', אג'מאע- קונצנזוס, אנלוגיה, מצלחה, מנהג. החכמים נחלקו בקשר למקורות של המשפט- באיזה הם מרבים להשתמש ובאיזה הם ממעיטים. את המקורות חילקו ל2 חלקים: הקוראן הסונה והאגמאע הם מקורות טקסטואליים, כתובים שיש לשמוע ולבצע. אין תפקיד לשכל הישר, יש לעשות מה שכתוב. בשלושת המקורות האחרים- האנלוגיה, המצלחה והמנהג יש שימוש בשכל. מחלוקת זו בדבר אופי שימוש המקורות גרמה לשוני הלכתי, שוני בפסיקת חכמים, ולהתפתחותן של אסכולות. בזרם הסוני ישנן 4 אסכולות-יש אסכולה של טקסט, יש אסכולה של שכל ישר ויש אסכולה שמאזנת ביניהם. אסכולה או בערבית מד'הב (הליכה) כלומר ללכת אחרי ההולך הראשון, חכם ההלכה, המייסד; ולעשות כדבריו.

⦁האסכולה החנפית- 699-766- הראשון בין חכמי ההלכה שייסד אסכולה הוא אבו חניפה. המאפיין של האסכולה זה שיש מורה הלכה שהולכים אחריו. החנפית היא אסכולה חשובה כי היא האסכולה הקיימת בישראל. האסכולה מתבססת על השכל הישר. אבו חניפה הרבה להשתמש באנלוגיה (קיאס), כיוון שתקופתו היא עוד לפני שהסתיים איסוף החדית'ים, ולא כל החדית'ים נמצאו תחת ידיו. המקורות שהיו לרשותו זה הקוראן ומיעוט מהחדית'ים. איפה שלא היה הלכה הוא הלך וגזר הלכה חדשה שעולה בקנה אחד עם המטרות והיעדים שיש בקוראן. הוא מוסלמי לא ערבי, חי בעיראק בירת ההגות והמדע בעולם העתיק של אז. לכן זה השפיע עליו כי הוא היה חשוף לדעות, הגויות ופילוסופיות של עולמות אחרים וכך הוא התחבר לידע ולהגות האנושית והשתמש בשכל הישר לשם פסיקת הלכה.(כיום האסכולה הכי הרבה נפוצה במדינות המוסלמיות הלא ערביות- טורקיה, מלזיה וכו).

⦁ האסכולה המאלקית-715-795- המייסד של האסכולה היה מאלק. ההבדל בין אבו חניפה למאלק היה שמאלק היה מתושבי מדינה- העיר בה חי הנביא רוב תקופת שליחותו. אנשי מדינה חיו בקרבתו והתרשמו ולמדו ממנו ולכן המאפיין של האסכולה המאלקית היא שמאלק הכיר הרבה מדברי החדית'ים של הנביא ואף כתב ספר בו יש תיעוד של החדית'ים אותם הכיר ושמע. מדובר בספר ראשון עם תיעוד של החדית'ים של הנביא. המאפיין השני הוא שמאלק האמין שמנהגם של אנשי מדינה זה כמנהגו של הנביא ולכן הוא אימץ את המנהג כמקור והוא הסתמך על המנהג של אנשי מדינה כמקור לפסיקת הלכה (בתנאי שזה לא סותר את הקוראן). לכן, האסכולה הזו בניגוד לאסכולה החנפית, היא שמרנית בין אם בח'דיתים ובין אם במנהגים.

⦁ האסכולה השאפעית- 769-820- המייסד של האסכולה היה אלשאפעי. זאת האסכולה הרווחת למרות שבתי הדין שלהם אימצו את האסכולה החנפית. אסכולה זו מאוד מיוחדת מכיוון שהיא מאזנת בין הטקסט לשכל הישר. אלשאפעי נולד בעזה ועבר בהמשך חייו למכה, עיראק וכו'. הוא היה חכם נורא ובגיל 7 למד את הקוראן בעל פה. היה מתלמידיו של אבו חניפה. למד הכל. הוא בא לאזן בין הטקסט לבין השכל הישר. איך הוא עושה את זה? קבע כללים לפסיקת הלכה- "יסודות הלכה". מי יכול לפסוק הלכה, באילו תנאים, ובהסתמך על מה. האסכולה נתנה מעמד על לסונה מכיוון שהיא באה להשלים ולפרש את הקוראן. עם זאת, היא נתנה שימוש לשכל- איפה שאין דינים בטקסט אפשר לעשות שימוש בשכל הישר תוך איזון ביניהם. מדובר בתיאוריה משפטית חדשה שקובעת תיאולוגיה של פסיקה משפטית חדשה- איפה שאין דינים יש לעשות שימוש בשכל הישר. נחשבת כאסכולה מתקדמת מבחינה רעיונית והיא מאוד מקיפה. (הכי קרובים לפרגמטים).

⦁ האסכולה החנבלית- המייסד היה חנבל שמת בשנת 855. זאת אסכולה שמרנית ביותר מכיוון שהיא לוקחת רק את הקוראן והסונה כמקורות לפסיקת הלכה. יש 3 סוגים של חדית דחיח- זהו חדית אותנטי. חדית חסן-טוב- יש ספק לגבי האותנטיות שלו אבל המסר שלו טוב כי הוא מביא רעיון דתי טוב. למשל שאומרים שאם אמא של אדם מתה אז יוצאת בת קול מהשמיים שאומרת לו לעשות דברים טובים כדי לקבל רחמים כי עכשיו אמא שלו לא מתפללת עליו. חדית חלש- מידת האותנטיות שלו חלשה. האסכולה החנבלית החליטה לפצות על הנוקשות שלה (שהיא פוסקת רק ע"פ הקוראן והסונה), ועל כן מאפשרת לקבל כל חדית' גם את החלשים. בכל האסכולות האחרות קונזצוס (הסכמה של חכמי הלכה על הלכה חדשה) יכול להתקבל כפסיקה חדשה, אך אצל הדחנבלים הקונצנזוס יוכר להלכה וייחשב למקובל רק אם הוא ישן- של האנשים שחיו עם הנביא. הם האסכולה השמרנית ביותר.

היום בעולם המודרני **האסכולות מחולקות גם גיאוגרפית** לפי איזורים. החנפים מאוד נפוץ בארצות האיסלאם הלא ערביות כגון פקיסטן, תורכיה, הודו, אינדונזיה. צפון ומרכז אפריקה הם מאלקים. חנבלים נפוצים במדינות המפרץ כגון איחוד האמירויות. השאפעים נפוצים באיזור שלנו- מצרים, סוריה, ירדן, לבנון, הרשות הפלסטינית. מכיוון שהאיזור הזה מושפע מאוד מאלשפעי שגר בסוף ימיו במצרים.

חנבלים

מאלקים

חניפים

שאפעים

פרוגרסיביים

שמרנים

החלוקה הגיאוגרפית הזו מושפעת מכך שבא חכם הלכה גדול, התיישב באיזור מסויים, לימד את משנתו וכל האיזור הושפע ממנו. הם הפיצו את ההלכה באיזור הספציפי וכך החלוקה היא ע"פ ההתיישבות של החכמים. ייסוד אסכולה מתחיל בחכם ההלכה שהגה רעיון, תיאוריה משפטית מסוימת, לימד אותה לתלמידיו, הם לקחו את הידע וההלכה פיתחו ולימדו אותה לאחרים וכן הלאה (כמו פירמידה שיש קודקוד אחד שמתרחב). חכם ההלכה פעמים רבות אף לא התכוון לייצר אסכולה אלא התלמידים הם אלה שמשרישים אותה בתהליך היסטורי. באסלאם הסוני לאורך ההיסטוריה היה קונצנזוס לגבי 4 אסכולות לגיטימיות, כל מוסלמי יכול לאמץ כל אחת מ4 האסכולות וזה כדת וכדין. בעולם המודרני, ב100 השנים האחרונות ישנו תהליך של יציאה מהמחויבות לאסכולות. חכמים אומרים שהחיים מאתגרים, הרבה קשיים וכדי להתמודד איתם צריך גמישות בין האסכולות, אי אפשר להתחייב רק לאחת. כך יש זרם חזק של חכמי הלכה מודרניים שקוראים לצאת מהמחויבות לאסכולות ולבחור מכל אחת מהן את ההלכות המקילות והטובות, וכך יהיה הלכה לכל התחומים. 4 האסכולות דומות מאוד במקורות ובשיטת הפעולה הכללית, השוני הוא בשיטת ההלכה הפרטנית. מסכימים על העיקר השוני הוא בפרטי ההלכה.

 3. החלק השלישי הם אלו **שאמרו לעלי לא ללכת למשפט והתנגדו לכל מה שקרה**. הם מאשימים את עלי בכישלון של הדבר הזה ולכן מחליטים שהוא לא ראוי להמשיך בשלטון. הם הודיעו שהם יוצאים מהמחנה של עלי. זרם זה הפך לימים לזרם דתי סגפני שנקרא **ח'וארג'**. (מכנים היום כך את אנשי אל קעידה). הם אנשים סגפנים שמרנים ומאוד נוקשים בהלכה נחשבים לזרם המוסלמי הרדיקלי. כ200 שנה לאחר מכן הזרם נכחד במלחמה אך יש לו מעט שרידים (למשל השליט של עומאן הוא חוארג').

המחלוקת הפוליטית הפכה להיות מחלוקת הלכתית, מאחר וכל זרם אימץ לעצמו דעות וגישות חדשות, ודרך שיפוט שונה. מחלוקת זו נמשכת עד ימינו אלה. החוארג' המשיכו עדו 200 שנה ואז הושמדו. הסונים כיום הם 85% מהעולם המוסלמי, . גם השיעים התפצלו- לדוגמה העלאווים.

תקופה זו נקראת גם אג'תהאד- עשיית מאמץ הלכתי וגזירת הלכות חדשות.

1. תחיית מדע ההלכה**-** התחילה בשנת 652 עד שנת 1153. התקופה החשובה ביותר בהלכה המוסלמית כי הרוב המכריע של ההלכה התפתח בתקופה הזאת. מה שנכתב לאחר מכן זה בעצם למידה של מה שהיה בתקופת תחיית מדע ההלכה. התקופה הזו עיצבה את המשפט המוסלמי, היא מאוד חשובה. זאת התקופה שבה הייתה המדינה האיסלמית אימפריה גדולה, תקופת עידן הזהב של האסלם. תקופת החליפות של בני עבאס, כאשר העולם המוסלמי הגיע לשיא פוליטי, כלכלי, דתי, והעושר אפשר את התפתחות ההלכה. מהם הגורמים שאפשרו תחייה זו?
2. **איסוף החדית' של הנביא** (אמרות עשים, אישרורים על מעשים שנעשו טוב). הראשון שהחל בכך הוא אל בוכרי שמת בשנת 870. הוא אימת את ה**חדית**' ע"י בדיקת האסנאד (שלשלת המוסרים). אין אפשרות שהחדית' יהיה בניגוד לקוראן. יש מיון של החדית' לסוגים- חזקים וחלשים לפי אימותים. אל בוכרי מיין 7400 חדית'ים, ואימץ 3000. ישנם עוד 6 אוספים, כשהשני מבניהם הוא של מוסלם. איפה שאל בוכרי ומוסלם הסיכמו, יש על זה קונצנזוס. כל ספר נקרא על שם האוסף שלו. יש חומר רב שממנו אפשר לקרוא ולפסוק וכך העולם המוסלמי מועשר מאוד.
3. **מנגנוני פסיקה ומקורות חדשים: התפתחות תיאוריות משפטיות חדשות ואסכולות הלכתיות**
* קיאס- אנלוגיה והיקש רעיון של אבו חניפה, מקור להלכה. אבו חניפה היה גדול החכמים שהשתמשו בשכל הישר לקביעת הלכות. אבי אסכולת הדעתנים. אם יש דינים שכיוונו למטרה מסוימת, אנו משתמש במטרה אליה כיונו הפסוקים כדי ליצור להלכות חדשות. דוגמה: האלכוהול. אלכוהול גורם איבוד דעת, ולכן כל דבר שגורם לאיבוד דעת אסור. אסכולה זו לא דבקה בחדית' בהכרח, אלא השתמשו בשכלם ליצרו הלכות חדשות.
* תיאוריות יסודות ההלכה- תיאוריה שהגה אל שפעי, גאון הלכתי מייסד אסכולת השפעי, במקור עזתי. הוא ייסד תיאוריה משפטית גאונית, האומרת שצריך שיתקיימו יסודות מסוימים כדי לפסוק הלכה:
* ידיעת השפה הערבי על בוריה (מכיוון שכל המקורות כתובים בערבית) ,
* ידיעת הקוראן על בוריו,
* איזון בין השכל הישר למקורות, אפשר להשתמש בשכל הישר כל עוד הוא קשור בטקסט.
* מעשה אנשי מדינה- האנשים שחיו במדינה (שם חי הנביא בתקופת השליחות השניה), קיבלו על עצמם את התנהגות הנביא, ולכן המנהגים שלהם הפכו למקור הלכתי.

התקופה הזו הסתיימה ב1258- נפילת בגדאד, בירת החליפות האסלאמית, בידי המונגולים. המרצה אומר שזה לא בדיוק זמן הנפילה, אלא זה תוצאה של תהליך היסטורי.

\*בכל המקורות האלה משתמשים בשכל האנושי על מנת לפתח את ההלכה.

**בתקופת ההתעוררות ההלכתית התפתחו כמה אסכולות** (בתוך הסונים):

* **האסכולה הח'נפית** – אבו-ח'ניפה היה מעיראק. אנשי עיראק תמיד ביקשו לנהוג על פי השכל הישר, ולכן הם הרשו לעצמם לפרש על פי השכל הישר את הטקסטים (הקוראן, הסנא), לעמוד על מה שמאחורי הטקסטים כדי להגשים את יעדם. אבו חליפה היה אדם גדול מבחינת הידע הדתי, וסביבו התחילו להתקבץ אנשים רבים ותלמידים שלמדו ממנו. המאפיינים של אסכולה זה הם שכל ישר ופרשנות תכליתית. הסולטנים העות'מאנים אימצו את האסכולה החנפית. המנגנון המייצג של אסכולה זו זה הקיאס- האנלוגיה וההיקש שמייצג את השכל הישר.

(היום הכי הרבה נפוצה במדינות המוסלמיות הלא ערביות, טורקיה, מלזיה).

* **האסכולה החנבלית** – עמדה מנגד האסכולה הח'לפית. אסכולה זו אסרה על שימוש בשכל הישר, חכמי אסכולה זו דבקו בטקסטים של הקוראן ובסונה.
* **האסכולה המאלכית** – אסכולה שדומה לשמרנות, כי מאלכ רצה ללמוד מאנשי ה"מדינה", מאנשי העיר שחיו עם מוחמד, ומנהגו של הנביא נשאר אצלם. מאליכ רצה להגשים בפסיקה שלו את הערכים של אנשי מדינה. אבל הוא פחות דבק בטקסטים מאשר החנבלים. המאליכ היום נפוצים הכי הרבה בצפון אפריקה.
* **האסכולה השאפעית** – בדיוק בתווך בין שמרנות לבין השכל הישר. השאפעי הוא אבי תורת הרציונליזציה של ההלכה. אסכולה זו מחברת בין הטקסט לבין התכלית. הוא ייסד את מדע יסודות ההלכה. תיאוריה שאמרה למי מותר לפסוק הלכה ואיך. יש בה איזון בין שכל הישר לבין הטקסט. לשאפעי היו שני מערכות דין שונות, וההלכה שהוא קבע במדינה הייתה שונה מההלכה של מצרים, כי הוא הבין שחייבים להתאים את ההלכה לתרבות במדינה, למציאות בה האנשים חיו.

היום הכי נפוצים באזור סוריה, לבנון, ירדן, ישראל ומצרים.

ההבדל בין האסכולות הוא בדרך החשיבה ובדרך גזירת הנורמות המשפטיות- בפרטים (כמו ספרדים ואשכנזים, לדוגמה בדרך התפילה). דוגמה- האם מותר לתרום איבר מאדם חי לאדם חי או מאדם מת לאדם חי. לפי התיאוריה החנבלית- רק אם כתוב במפורש בקוראן ובסונה , בגלל שלא רשום שם אז לא. לפי התאוריה החנפית- הוא יחפש לפי היעדים של הדת, בגלל שהיעד הוא שמירת הנפש של אדם חי מאדם מת אז מותר. השאפעית- איזון בין השכל הישר לטקסט אבל רוב הסיכויים שכן. תלוי בנסיבות של כל מקרה ומקרה (אם לא פוגעים בחיים אז מותר). לפי המאלכית- סביר שלא, כי הם יותר דומים לשמרנים. אנו רואים איך האסכולות מתייחסות לסוגיות מודרניות לפי ההשקפות שלהן.

השוני בין ההלכות והמנהגים הוא לא במהות, אלא בפרטים הקטנים. היו אסכולות נוספות שלא שרדו.

תקופה זו נקראת גם האג'תהאד- עשיית מאמץ הלכתי וגזירת הלכות חדשות.

1. תקופת הקיפאון ההלכתי (1258)- **תקופת החיקוי-תקליד** בשנת 1258 היה אירוע חשוב מאד – נפילת בגדד ע"י המונגולים. בגדד הייתה בירת האימפריה האיסלמית. האירוע הזה הוא אירוע סמלי שמסמל תהליך מסוים. הם שרפו ספריות, עשו נזק תרבותי אדיר על מנת להחריב את האסלאם ואת תרבותה. הכובשים ניסו למוטט את דת האסלם ואת ההלכה המוסלמית. חכמי ההלכה נכנסו למגננה, המוסלמים נשלטים ע"י שלטון זר שמאיים עליהם לכן החכמים מחליטים שבכדי לשמר את הדת, השריע ואת ההלכה המוסלמית מפני כל התערבות, שינוי או שיבוש ע"י אנשים זרים יש לסגור את שערי האג'תהאד. אג'תהאד זהו מאמץ הלכתי לגזור הלכות חדשות. האירוע מסמל את הנפילה של מדינה חזקה ומפותחת, עם חכמי הלכה, פיתוח המשפט המוסלמי. מגיעים לשלב שחכמי ההלכה מתקבעים לאסכולות. מכאן והלאה, לא מתחילים לפתח מנגנונים חדשים ואסכולות חדשות, אלא מפתחים את ההלכה מתוך האסכולות עצמן. לכן אומרים שבאותה תקופה מסתיימת התקופה של תחיית ההלכה ונכנסים לתקופה של קיפאון הלכתי.

אל תקליד (העתקה) אין המצאה של הלכות חדשות אלא התבססות על הקודמים. כאן נסגרו שערי האג'תהאד- המצאת ההלכות החדשות. ההלכה פסקה מלהתפתח, האסכולות התקבעו ויצרו זרם הלכתי שונה אחד מהשני, ולכל זרם יש חכמי הלכה משלו המפתחים אותו. כל אסכולה התקבעה בפני עצמה והתפתחו כלפי פנים, ע"פ המנגנונים והמקורות של כל אסכולה ואסכולה. תקופת החיקוי מכיוון שהם מחקים את החכמים הקודמים, לא יוצאים לדרך חדשה. כלומר תקופת קיפאון כללית אבל כל אסכולה מתפתחת בפני עצמה.

אנשים שהגו תיאוריות משפטיות חדשות בתקופה הזו: חכמים גדולים שגרמו לחידוש משמעותי של ההלכה, עזרו לשמור על ההלכה מפני אובדן אפילו שמדובר בתקופת קיפאון, שיבוש, פחד וחשש.

**אל עזאלי –** פילוסוף מוסלמי שהשפיע על כל הפילוסופיה בעולם. חי תקופה ארוכה בירושלים. גדל בבית של חכמים, עד שהתחילה אצלו התהייה, חשדנות בדת. הוא התגבהגה את המצלחה= האינטרס הציבורי כמקור לפסיקה הלכה. כתב את הספר המציל מפני הטעייה- חשדנות דתית, ומה הציל אותו. בשביל המשפט המוסלמי הוא הגה רעיון מדהים- המסלחה שזה האינטרס הציבורי. משהו חדש, לא סותר את מה שקיים אבל לא כתוב בקוראן או בסונה. הוא נפטר ב1111 לספירה הנוצרית והוא נקרא המחדש בדת האסלמית. יש חדית שאומר שכל כמה שנים יש מחדש לדת האסלמית. אומרים שאל עזאלי הוא אותו מחדש של התקופה שלו. הרעיון הגדול של אל-עז'אלי הוא האינטרס - 'מצלחה', תאוריה משפטית שאומרת שיש דברים שאינם כתובים בקוראן או בהלכה אבל יש אינטרס של הציבור לגזירת דין חדש, כדי להגן על האינטרס של הציבור או של הפרט. ולכן האינטרס הוא בעצמו יכול לשמש מקור לפסיקת הלכה.

**אבן תרמיה-** ניפה את המשפט המוסלמי מהרעיונות הזרים שנכנסו אל תוך הדת, יישר את המבנה הדתי באופן לוגי והגיוני, התעמת עם החילונים, הסופים והשיעים. אבי התפיסה הסלאפית. בתקופתו האסלם היה בשפל תרבותי ומדעי שפשו בקרב המוסלמים כל מיני אמונות טפלות, עבודה זרה, חידושים בהלכה שאין להם כל בסיס הלכתי. כך היה איבוד הדת בקרב המאמינים. אבן תרמיה היה חכם הלכה וקשה עורף, הוא נלחם בכל איבוד של ההלכה והדת. הוא ביקש להחזיר את הדת לטהרתה. להחזיר עטרה ליושנה. מטרתו הייתה לנקות את הדת מכל החוליים הרעים ולהחזיר את הדת לתקופתו של הנביא ועד המאה ה-10 לספירה הנוצרית (עד תקופת תחיית מדע ההלכה). מה שבא לאחר התקופה הזו מבחינתו זה לא תקף ויש לנפות אותו. הוא שמרן ביותר אבל בזכות השמרנות הוא מנע את אובדן הדת ואת עיוות ההלכה והמשפט. הוא גם נלחם פיזית בכל האנשים שהיו נטעים זרים.

**אל שאטבי-** חי בספרד ב1500, ייסד תיאוריה שנקראת ייעדי השריעה (מקאצד השריעה), שאומרים שהדת והמשפט המוסלמי. היה חכם הלכה אנדלוסי, עיוור. הוא הגה את חמישה יעדים וכל דין דתי נגזר מאחד מהם:

**א. שמירת הדת ב. שמירת הנפש האנושית ג. שמירת היכולת השכלית להבחין בין טוב ורע ד. שמירת הילדים- עתיד ה. שמירת הכסף האישי.**

ברשימה זו יש היררכיה, שמירת הדת זה מעל הכול. הנפש עדיפה על שמירת הנכס ולכן לדוג' אדם יוציא כסף בשביל לקנות תרופה למרפא. הסיבה הראשונה לבריאה היא עבודת האלוהים. דת עולה על חיים. כל הזרמים קיבלו את התאוריה זו כתאוריה משפטית, ומשתמשים בה כמקור לגזירת נורמות חדשות. היעד השלישי הוא שמירת הילדים- ההמשך, דור העתיד. הילדים ישויכו לאימא, ולאבא רק אם הם נשואים. היעד החמישי הוא הכסף, ולכן אסור לגנוב ולרמות.

כל יעד מהווה מקור לפסיקת הלכות חדשות, גם בימינו. לדוג': האם יש אפשרות שאישה תתרום ביצית? יש כאן פגיעה ביעד הילדים, יוולדו ילדים שלא יודעים למי הם משויכים, ולכן אסור פונדאות, תרומת ביצית, זרע, הנקה וכו'.

ההכרות היעדים קרתה רק אחרי תקופה זו, כי זה היה חידוש גדול וזו הייתה תקופה של קיפאון הלכתי. כל אחד מהיעדים הוא מקור לגזירת הלכות חדשות שיגשימו את אותו יעד. ביעדים אלו משתמשים בעידן המודרני לגזירת הלכות. כלומר לפי שגוזרים הלכה יש להתחשב ביעדים ולראות אם זה מתאים אליהם.

כלומר לא לגמרי נכון להגיד שנסגרו השערים כי גם בתקופת הקיפאון ההלכתי ההלכה התפתחה בתוך האסכולות, לא היה קיפאון הלכתי ממשי. אבל זה היה רק בודדים, נועזים, יוצאי דופן שחידשו את ההלכה שיצאו מגדר האסכולות. לא כמו בתקופת הרנסנס שהיו רבים. גם בתקופת הקיפאון היו תרומות להלכה.

דווקא בתקופה זו היו הכי הרבה מתאסלמים. אז אמנם לא היה להם הרבה כח אבל היה הרבה מח. חכמה אי אפשר להביס לעומת כח שהוא דבר מתחלף.

ההכרות ביעדים קרתה רק אחרי תקופה זו, כי זה היה חידוש גדול וזו הייתה תקופה של קיפאון הלכתי.

1. תחילת התקופה המודרנית (1700)-ב1700 ומשהו היה כיבוש צרפתי במצרים ע"י נפוליאון, וזוהי נקודה המסמנת את תחילת המודרניזם במזרח התיכון. נפוליאון בא עם מדע מתקדם, כלי מלחמה, רעיונות פוליטיים חדשים וכו'. המוסלמים של המזרח התיכון מגלים פער מדעי, צבאי, מדיני, כלכלי, תרבותי ומרגישים נחיתות לעומת המערב. הם כבשו את מצרים בקלות בשל הכלים המתקדמים שהיו ברשותם. מתחילים לראות כישלון בשיטה המוסלמית הקיימת. העידן המודרני זה העידן בו האדם הפרטי מתחיל להיות אדון לעצמו. ערך האדם הפרטי עולה, יש עוצמה לאינדיבידואל. חכמי האסלאם מתחילים לחשוב מה גרם לנחיתות הזו שהם בכלל אלו שפיתחו את התיאוריות והמדע בכל תחומי הידע והם ניסו להבין איך הם חוזרים לקידמה. חכמי ההלכה מגיעים עם שיטות חדשות כדי לארגן את האסלאם מחדש ולהתמודד עם עליונות המערב על פניו. היו **5 זרמים שהתפתחו באותה תקופה**: השוני בין האסכולות הוא באיזה כלים לפסוק את ההלכה. לעומת זאת השוני בין הזרמים הוא מה מעמד הדת ואיך מתייחסים לדת. כאשר כל הזרמים הם דתיים ומחויבים לדת.

## 5 הזרמים:

1. **הסלפים** – מתחיל ב1700, הוגה הזרם הוא מוחמד אבן עבד אל־והאב. הוא היה איש דת נוקשה האמין שהדת היא העיקר, היא צריכה להיות שמרנית וצמודה לטקסט. הוא מייסד את התנועה הוהאביה (תנועה שמרנית בסעודיה). מאמץ את הגישה של אבן תרמיה- חזרה למנהגים של הקודמים, ישרי הדרך' (סלפ' = הקודם). 3 מקורות מעניינים אותם: הקוראן, השריעה והסחאבה. אסור לחדש בהלכה בכלל, כל חידוש הוא יצירה מגונה וזה מוביל לגיהנום. דת שנשמרת ולא מתחדשת. לדעתם הם הגיעו לשפל כי התרחקו מעיקרי הדת ומהדינים של השריעה. הם טוענים שהשריעה זה מה שהתפתח בדינים השרעים מתקופתו של הנביא ועד המאה ה-10, תום התקופה של תחיית מדעי המשפט. כל דבר חדש שהוסף לאחר מכן הוא לא מן הדת. **הסלפים זה זרם שמרני מבחינה דתית**. הוואהבים הם אלו שנשאו את דגל הסלאפיה, בברית עם משפחת סעוד וכך ייסדו את הממלכה הסעודית. המלכים היו מבני סעוד והדת הייתה ע"פ הזרם הוואהבים.

לזרם זה היו כמה גורמים מייסדים. אחד הוא מוחמד אבן עבד אל-ואהב, שהיה מייסד התנועה הוואהבית שיצאו מהסלאפים. הוא היה הראשון שאמר שצריך לחזור למה שהיה. היו גם חכמי הלכה במצרים, שקידמו גם גישה שמרנית. הזרם הסלאפי נמצא בכל העולם. הזרם הסלאפי הוא אמנם קיצוני מבחינת דתית משפטית, אך מתון מבחינה פוליטית. הם מתונים כי הם מפרידים בין דת ומדינה ולכן מבחינה פוליטית אין להם אג'נדה. הם לא רוצים לשלוט במדינות אלא רק באמונה הדתית. יש להם חובת ציות לשלטון- חכם אל מתגנב. גם אם זה שלטון של אנשים לא דתיים או הגונים. הסלאפים היו תומכים של כל השליטים שהתחלפו. בנוסף, דוגלים ב**נבדלות** כלומר במקומות שלא מצליחים לשלוט במרחב הציבורי הם מתבדלים ממנו- בתי ספר משלהם וכו' (בדומה לחרדים).

1. **הליברלי-אסלאמי** – אנשים מחויבים דתית, מקיימים את מצוות הדת ומבחינתם הדת היא גורם עיקרי בהוויתם. עם זאת, הם ליברלים במרחב הציבורי וחושבים שהוא צריך להיות ניטרלי, לא דתי. לדעתם יש לקיים את הדת והמצוות במרחב הפרטי, אבל לא בציבורי, שכן הוא נטרלי-אזרחי. כולם משתלבים בו וצריך להתקדם בעולם הה מבחינת המדע, החברה וכו'. כלומר- להישאר נאמנים לדת, ובמקביל לפתח את שאר תחומי החיים.זו גישה אסלאמית פתוחה שהמוטו שלה הוא הפרדה בין דת ומדינה. היו הרבה הוגים מוסלמים ליברלים, שבשנות ה-10 וה-20 של המאה הקודמת, אמרו שרק באימוץ התרבות המערבית לאסלאם, יתפתח האסלאם. צריך ללמוד את כל תחומי הידע ולאמץ את המדע כדי לפרש את הקוראן. ניתן גם לחדש הלכות חדשות. לכן הם מקלים ומגמישים מאד בהלכה הדתית, כדי לאפשר חיים נורמליים. יש קיצוניים בזרם הליברלי שאפילו מוציאים את הקוראן מהקשרו. (אלו לא אנשים כופרים, אלא אסלאמיים) הגישה זו היא של האליטות התרבותיות והמדעיות. הזרם הוא נחלתם של האינטלקטואליים ולא סחף את כל העולם, וזו הבעיה שלו, כי זו אליטה משכילה הרחוקה מהעם, ולכן מעטים דגלו בתפיסה זו. דוגמאות אנשים מזרם זה- סניורי, קאסחאמן,

\*שני הזרמים התפתחו במקביל ובעוד הזרם הסלפי התפתח בצורה נרחבת מאוד הזרם הליברלי נותר רחוק מהעם של אליטה מצומצמת בלבד.

1. **הוואסטים** – הזרם האמצעי בין הסלפי לבין הליברלי. הזרם מכיר בכך שמצד אחד יש מחויבות לדת, אך מצד שני לא ניתן להתעלם מכך שיש סוגיות מודרניות ויש צורך לתת להן מענה, לא ניתן להתבדל מהעולם. אי אפשר לכבול את ההלכה ולא לתת לה להתפתח. זרם זה **מחבר בין הלכה למציאות** וזה הזרם של האחים המוסלמים. התפתח בשנות ה-60-70 של המאה הקודמת. 'וואסט' = אמצע. למילה זו יש קונטציה חיובית מאד בקוראן. כי יש פסוק שאומר שאלוהים קבע שהמוסלמים הם אומה אמצעית. היה קל להתחבר למונח הזה. חיבור של מורשת הלכתית למציאות החיים. ההוגים של הזרם הזה אמרו שהם מקבלים כל חידוש של זרם בדת, אבל צריך לחדש בדת על-פי יסודות של ההלכה והשריעה ולא לחרוג מהן. ההלכה החדשה היא ע"פ הכללים הדתיים ולכן הזרם מייצג **שמרנות וחדשנות**. אפשר להשתמש בתאוריות שיצרו כל הדורות הקודמים וכך ליצור הלכות חדשות. זאת כיוון שבעידן המודרני יש חובה לעשות מאמץ הלכתי כדי לגזור הלכות חדשות אבל הכל נעשה ע"פ כלים ומנגנונים שקיימים בהלכה ובשריעה. הזרם הזה הוא זרם שאיננו סגור על מה שהתפתח עד תום תקופת ההלכה, אלא זרם זה אומר שהשערים של האג'תהאד (-עשיית מאמץ הלכתי לגזירת הלכות חדשות) לא נעצרו והם ממשיכים להיות פתוחים. חובה לעשות אג'תהאד אך הכול בכפוף ליסודות ההלכה. מדובר בזרם פרגמטי, שמתחשב באילוצי החיים ופוסק הלכות חדשות כדי להתאים לנסיבות החיים בעולם המודרני. זרם זה, שהוא פתוח ומקל בהלכה, הוא מבית מדרשו של תנועה פוליטית והיא תנועת האחים המוסלמים (במצרים). הם השתמשו ברעיון המצלחה- האינטרס הציבורי וביעדי השריעה כדי לפתח הלכות חדשות. הם השתמשו בתיאוריה של יעדי השריעה (שמירת השכל, הדת, הילדים, הכספים וכו') כמקור לפסיקת וגזרת הלכות חדשות. הם בעידן של היציאה מהמחויבות לאסכולות ולא היו מחויבים לאסכולה אחת ספציפית, אלא לקחו מה שהתאים להם מכל אסכולה כדי לענות על האתגרים השונים. הם אף הלכו רחוק מזה, הם השתמשו בכלים של השריעה אפילו כדי לפסוק הלכות שהן שנויות במחלוקת. אחת הגישות/הדוקטרינות של הזרם הזה היא שהוא פיתח תאוריה דתית שנקראת **ההלכה למיעוטים** המוסלמים- דוק' המכירה בקשיים שחובים המוסלמים שחיים במדינות לא מוסלמיות ולכן צריך להתחשב בנתונים אלו בפסיקת הלכה. על המוסלמי לכבד את המדינה שלו, לקבל את חוקיה ולהיות נאמן לה. אבל, בצד זה גם לשמור על הזהות הדתית המוסלמית. ההלכה שהם פסקו היא שונה מההלכה הקלאסית, כי אי אפשר להשאיר אדם מוסלמי שנמצא במדינה לא מוסלמית במצב של צרה, בגלל מצב של התנגשות/ניגוד של הדת בעניינים האלו. למשל, באסלאם אסור להלוות בריבית. אך במדינות אלו אם אין לך בית אתה לא בטוח והנפש שלך ושל משפחתך בסכנה, ואם אין לך כסף לקנות בית- מותר לך לקבל משכנתא בריבית לשם כך. בית זה הכרח והכלל "הכרח מתיר איסור". הזרמים יישמו את האסכולות בהתאם למצבים השונים ואם אחת לא תאמה, פנו לאחרת.

הזרם הוואספי שהוא זרם פרגמטי הוא מבית מדרשה של תנועה פוליטית שמרנית בשם "האחים המוסלמים". החזון של האחים המוסלמים הוא למשוך אנשים חזרה לדת ושלאט לאט תקום מדינה אסלמית שבראשה יעמדו חליפה שתשלוט לפי השריעה. הדרך להגשים רעיון זה הוא לא דרך כוח וג'יהאד אלא לאט בטבעיות, ע"י קריאה לחזרה לדת-> **דעווה.** הם פרגמטיים מבחינה דתית ויש להם אג'נדה פוליטית (בניגוד לסלפים).

\*גם חמאס הם המשך התנועה של האחים המוסלמים

2 זרמים החלו להתפתח בשנות ה90 של המאה העשרים והלאה: ניתן לראות ש2 הזרמים האחרונים הם הכלאה של הזרמים הקודמים

1. **הזרם הסלאפי ג'יהאדי-** יש לו 2 אג'נדות: אג'נדה דתית שדומה לסלאפים, לא מקבלים חידוש בהלכה, שמרנות, אין חידוש, רוצים לחזור למנהגם של הקודמים, הצמדות טקסטואלית. אג'נדה פוליטית שדומה לאחים המוסלמים- מאמינים בהקמת מדינת האסלם עם שליט שריעי. אבל, בניגוד לאחים המוסלמים שרצו את המדינה בהדרגתיות, בתהליך טבעי אבולוציוני, דרך שכנוע והתרחבות ומתן שירותים. הזרם הגי'אהדי רצו להקים את מדינת האסלם בכוח, במלחמת קודש, בג'יהאד. לא רצו תהליך איטי אלא כאן ועכשיו בכח. הם האמינו בנוקשות הלכתית ומדינית. זרם שחיבר את השמרנות הדתית של הסלאפים, עם השמרנות הפוליטית של הוואסטים (האחים המוסלמים). אלו דעא"ש, אל קעידה, טליבאן. החיבור הזה בין קיצוניות דתית לקיצוניות פוליטית הגיע מהמוג'הדין שבאפגניסטן, (אלו שנלחמו בבריה"מ בשנות ה80). האחים המוסלמים שהגיעו אליהם יצרו איתם את החיבור הזה. אחד מבכירי הסלאפים היה בן לאדן, ואחד מבכירי האחים המוסלמים היה עבדאללה עזאם (פלסטיני שגורש מירדן).
2. **הזרם האסלאמי המודרני-** זרם שלקח את הפרגמטיות של האחים המוסלמים מבחינה דתית, והפרגמטים של הסלפים מבחינה פוליטית. דומה לאורתודוכסיה מודרנית. הזם דוגל בפתיחות הלכתית ומדינית. מצד אחד זה אנשים מאמינים שרוצים לראות את הדת פעילה גם במרחב הדתי וגם במרחב הציבורי אך אלו אנשים שמכבדים את דעתם של כולם ולא כופים את דעותם עליהם. אין להם חזון של מדינת אסלם אלא הם רוצים לשלב את חייהם הדתיים בכל מקום בו הם נמצאים- לחיות חיים אסלאמים בכל מקום שיהיו בו לפי תנאי המקום. הם מחברים הלכה למציאות ולכן ההלכה היא פרגמטית וניתן לחיות אותה ולשלב אותה עם המציאות. הם שונים מהסלפים בכך שיש להם פתיחות דתית- ניתן לחדש בהלכה. הם קצת יותר פתוחים מהוסטי. הם דומים לליברלים בחדשנות הדתית אבל שונים בכך שהם רוצים להיות חלק מהמרחב הציבורי ולא לשנות אותו. הם שונים מהואסטים בכך שהם לא רוצים לשנות את המציאות אלא להשתלב בה. לא דומים בשום דבר לזרם הסלפי-ג'יאהדי.

כל הזרמים באו במטרה לגרום לחיזוק האומה האסלמית, להחזיר את הדת המוסלמית והתרבות לעליונות שהייתה להם ולאפשר חיים של דת בנסיבות השונות של המודרנה. כל זרם בדרכו, באמונתו ובגישתו הפוליטית.

מה שמעניין אותנו בקורס זה לא הפוליטיקה, אלא הרעיון הדתי-המשפטי.

# המדינה העות'מאנית

המדינה העותמאנית היא איסלמית, מקיימת משטר דתי ע"פ השריעה וההלכה המוסלמית. בשנת 1517, התואר 'חליפה' השליט המוסלמי (מבני עבאס) עובר להיות שליט על המדינה העות'מאנית. המדינה העותמאנית היא מדינה איסלאמית, המקיימת משטר דתי ע"פ השריעה להלכה המוסלמית, וכן אלה שמעכשיו מנהיגים ומובלים מבחינה דתית ומוסלמית. כחלק מהשלטון של המדינה העותמאנית הם הקימו בתי משפט על מנת לפסוק בין סכסוכים, שהבתי דין האלה נקראים בתי דין שרעיים. תפקידם היו לפסוק הלכה בין כל הדתות ובין כל הנתינים של המדינה העותמאנית. בבתי הדין השרעיים השופטים נקראים קאדים והם עומדים בראש המערכת הדתית. והם פסקו בסכסוכים ע"פ הדין השרעי וההלכה המוסלמית. כלומר, ארגנו את מערכת המשפט שלהם במסגרת הדין המוסלמי. כל נתין במדינה העותמאנית היה נתון לפסיקתו של בית הדין השרעי, ללא קשר לדתו ולאמונתו. לא היה "חוק", אם שופט רצה לפסוק בסכסוך, הוא הלך לספרות הקוראן ומשם הביא את הדין ופסק על פיו. זה יצר המון בלאגן – חוסר יציבות, התאמה, ציפייה, נורמה. לכן, המדינה העותמאנית מתחילה לגלות חולשה משפטית, ארגונית. כדי שהעותאמנים יתגברו על החולשה במשטר שלהם, הם החליטו בשנת 1850 לעשות רפרומה משפטית- "תנזימאת'" = מילה בטורקית, שמשמעותה הסדרים. מטרת הרפורמות הייתתה להפוך את המדינה לחזקה ולמובילה. מתחיל תהליך של פיזור. הם החליטו לעשות 2 דברים:

1. לא מחפשים עוד בספרים ההלכתיים ושכל אחד פוסק על פי דעתו. זה לא מאפשר מערכת משפט יציבה, הציבור לא יודע מה הדין המחייב ולא ניתן לצפות מה יקרה בהליך המשפטי. כעת הם רוצים לחוקק חוקים המבוססים על השריעה וההלכה אבל שהוא מחייב את כולם בכל עניין ועניין. יש לעשות חוק אחיד. חלק מהחוקים הם אזרחיים כמו מקרקעין, מסחר, ממונות, מג'לה (קודקס אזרחי רחב). אבל במקביל חוקקו חוקים גם לבתי הדין השרעיים כמו חוק זכויות המשפחה. הם נחקקו לאחר שקבוצת חכמי הלכה עבדו על ארגון באופן שייתן מענה משפטי חד וברור, אבל מצד שני מדובר בדינים מסורתיים. יש טענה שהפיכת דיני ההלכה לחוק גורם לחילון ומרחיק אותם מהקשרם ההלכתי. אך, איאד טוען כי הייתה חשיבות גדולה לסדר המשפטי הזה.
2. בנוסף, המחוקק מקים מערכת של בתי משפט נזמאיים (אזרחים) ונותן להם את הסכמות לפסוק בכל תחומי המשפט, למעט ענייני המעמד האישי שנשארים בסמכות הבלעדית של בתי הדין השרעיים. בניגוד למערכת השיפוט הדתית הנסמכת על הדת עם שופטים המחוייבים לדת, מדובר על שופטים אזרחיים שפוסקים לפי מחויבותם לחוק ולא לדת. יש הפרדה בין בתי המשפט האזרחיים לבין בתי המשפט השרעיים, זו מערכת משפט מקבילה.

הקמת בתי דין דתיים לעדות המוכרות (שיטת המילת) רק לענייני המעמד האישי והקדשים: יש בתי דין שרעיים שהם של המדינה בענייני המעמד האישי, אבל יש גם בתי דין העוסקים בענייני המעמד האישי וההקדשים בהתאם לעדה שלך, כמו בתי דין ליהודים. בענייני המעמד האישי השאירו את סמכותם של בתי הדין השרעיים. למה דווקא בנושא זה הסמכות נשארה? מכיוון שזה הבסיס של האמונה המוסלמית וזה העיקר, זה ההווי הדתי. שאר הדינים של ממונות וכו' זה בדין האזרחי. מכאן והלאה נתמקד בבתי הדין השרעיים.

במקביל לבתי הדין השרעיים הקימו בתי דין לדתות האחרות.

\*המשפט המוסלמי מטבעו עושה הפרדת רשויות. היחיד שאצלו הסמכויות היו ביחד היה הנביא. מאז מותו יש כבר הפרדת רשויות ולא היה חליף אחד שבידיו כל הסמכויות.

**שנת 1914:** מלחמת העולם הראשונה, מתחילה ובסופה האימפריה העתומאנית מתפרקת.

מדינת ישראל הופכת להיות תחת שלטון מנדט בריטי. הם מחוקקים מעין חוקה שתסדיר את השלטון שלהם בארץ. לחוקה זו קוראים "דבר המלך ומועצתו" בסלנג המשפטי הערבי, דבר המלך נקרא: מרסום פלסטין- כלומר, החוקה של פלשתינה.

**סעיף 46** לדבר המלך ומועצתו: **המשפט שהיה קיים בארץ עד 1914, ימשיך להיות בתוקף גם בתקופת המנדט. כלומר, מה שהיה עד כה בארץ ימשיך להיות מנדטורי וחקיקה שתהיה לאחר שנת 1914 תהיה בתוקף רק אם נחקק חוק מנדטורי שנותן לה תוקף.**

כלומר השלטון הבריטי אימץ את החיקוק, השופטים ובתי הדין העותמאנים לפני תקופת המנדט. ומה שחוקק אחרי היה צריך אישור מנדטורי שלהם. כיש רצף של מערכות המשפט המוסלמיות, אין קטיעה.

למשל, חוק זכויות המשפחה נחקק בשנת 1917, כדי להיכנס למשפט המנדטורי הוא היה צריך חוק מנדטורי שנותן תוקף לחוק הזה. ואז החוק העות'מאני רוכב על הגב של החוק הבריטי. וכך אנחנו קיבלנו את החוק המנדטורי שמבוסס על המשטר העות'מאני.

באמצעות הסימן הזה אנחנו קיבלנו את החוקים העות'מאניים שבין השאר גם רלוונטיים לבתי הדין השרעיים שפוסקים עד היום בהתבסס על חקיקה אסלמית. הפסיקה מקבלת תוקף משפטי מחייב במשפט המנדטורי: מחייב את בתי הדין השרעיים לפסוק לפי החוק הזה. כך קיבלנו את החוק המחייב שהוא חוק מוסלמי (בענייני המעמד האישי). לכן סימן 46 הוא סימן חשוב.

 עכשיו יש 3 חוקים שהם עמודי התווך של בתי הדין המנדטוריים של אז:

1. חוק לזכויות המשפחה העותמאנית דן בענייני המעמד האישי של מוסלמים בפני בתי הדיין השרעיים: למרות שהוא היה אמור להתבסס על האסכולה החלפית הוא אימץ לתוך החוק הלכות מאסכולות אחרות: מאסכולה המלכית, השאפית ועוד עניינים מסוימים כי המחוקק העות'מאני רצה לחוקק חוק מתקדם שמתיישב עם רוח הזמן של אותם ימים ומגשים את טובת הציבור ומקל על הציבור.
2. מג'לה- חוק עותמאני, הקודקס האזרחי הרחב גם בסדרי דין, מהותי ודיני ראיות.
3. חוק הפרוצדורה השרעית העותמאנית: סדרי דין בפני בית הדין השרעי.

אמרנו שהתפתחו 4 אסכולות במשפט המוסלמי. העותמאנים החליטו לאמץ את האסכולה החנפית כאסכולה המחייבת. הבחירה בה כי האסכולה הזאת הכי פתוחה, פרגמטית, מאפשרת קיום של ענייני הדת וההלכה בתקופה המודרנית. השופט חייב לפנות קודם כל ל3 עמודי התווך. אם יש לאקונה והשופט לא יודע מה לפסוק הוא חוזר לאסכולה החנפנית ופוסק על פיה. אין מצב שיש סוגיה שאין לגביה מענה משפטי כי אין פתרון בחוקים יש בספרות ההלכתית ע"פ האסכולה החנפית. המצרים הקימו ועדה של מומחים באסכולה החנפית. הועדה רשמה הצעת חוק, ראש הועדה היה נקרא קדרי פשה. גם לאחר שהועדה לא הייתה רלוונטית החליטו לאמץ את מה שהחליטו וקראו לכך קובץ הדינים השרעיים בענייני המעמד האישי של קדרי פשה (על שם ראש הועדה). הקובץ מחייב מעצם היותו ע"פ האסכולה החנפית וכעת כאשר יש לאקונה ניתן לפנות אליו. זה עניין של נוחות.

ממשיכים בהליכה ההיסטורית שלנו לשנת 1948: הקמת מדינת ישראל. ישראל מחוקקת את **פקודת סדרי שלטון ומשפט**. בסי' 11 בפקודה זו נקבע שכל המשפט שהיה קיים בארץ ערב הקמת המדינה ימשיך בתוקף.

כלומר, החוק שהיה תקף בתקופת המנדט ימשיך להיות תקף במשפט הישראלי, תקדים מחייב ימשיך לחייב גם במשפט הישראלי.

ולכן, בתי הדין השרעיים נקלטו לתוך המשפט הישראלי וכל השיטה העות'מאנית שנקלטה בשיטת המשפט המנדטורית נקלטה שוב בשיטת המשפט הישראלית.

וגם נלקט גם החוק שחל בבתי הדין שהוא החוק השרעי המוסלמי שנחקק בתקופה העות'מאנית. והם תקפים לגבי בתי הדין השרעיים ומה עוד תקף? ההוראה שמג'לה שעל בתי הדין השרעיים לקיים את האסכולה החלפית. יש קו ישר מהאימפריה העות'מאני ועד להקמת מדינת ישראל. גם דבר המלך במועצתו ממשיך להיות חלק מהמשפט הישראלי. מדינת ישראל ממשיכה לקיים את בתי הדין השרעיים. עד 1983 המג'לה הייתה תקפה ואז החליטו לבטל אותה והיא נותרה תקפה רק בבתי הדין השרעיים.

בשנת 1961 הכנסת מחוקקת את חוק הקאדים, כאשר לפני כן היא חוקקה את חוק הקאדים (אישור מינוים), כי היה שר דתות (זרח ורהפגיט) מסוים שטען שלו יש את הסכמות של הריבון למנות קאדים ואז הוא מינה 4 קאדים. כתוצאה מכך המוסלמים התרגזו ועתרו לבג"צ בטענה שזאת לא סמכותו. כדי לאפשר את המינוי שהוא עשה הכנסת חוקקה את חוק אישור המינויים. זה הוביל לחקיקת חוק חדש, חוק הקאדים שבה והסדיר את דרך מינויים של הקאדים ישראל ועל הדרך גם נתן כמה הוראות של פרוצדורה וסדרי דין של בתי הדין השרעיים כמו מקומות מושב ואיזורי שיפוט, סדרי מינהל וכו'.

חשוב לציין, **שהחוק הזה מבוסס על פסק הלכה** שנתן אחד הקאדים הבכירים באותם ימים: ופסק ההלכה זה אומר שלפי ההלכה המוסלמית, **לפי האסכולה החלפית מותר לריבון לא מוסלמי למנות קאדי למוסלמים בבית הדין השרעי.** פסק ההלכה מתיר לריבון הישראלי למנות קאדים למוסלמים. התנאי הוא שהריבון נותן לקאדי את האפשרות לשפוט את העם משפט צדק ללא כל התערבות מצדו בהליכים המשפטיים ההתערבות היא רק במינוי.

אחרי קום המדינה המחוקק הישראלי נזהר מלפגוע בסמכותם ובמעמדם של בתי הדין השרעיים ולכן לא הייתה חקיקה שנגעה ישירות בבתי הדין. המחוקק הישראלי ביקש להשפיע ולשנות את בתי הדין ב2 דרכים: התערבות ישירה ועקיפה.

התערבות ישירה- **במהלך השנים היה מהלך הדרגתי של קיצוץ הסמכות של בתי הדין השרעיים בישראל:** חקיקת חוקים שקובעים את גבולות הסמכות של בתי הדין השרעיים וגם בחקיקה המחייבת עצמה.

1. **עניני ירושה:** בשנת 1965 חוקק חוק הירושה הקובע שענייני ירושה יהיו בסמכותם של בתי האזרחיים בלבד. ובתי הדיין השרעיים יכולים לשפוט רק במקרים חריגים: כאשר כל היורשים וכל האנשים הנוגעים בדבר (כמו בעלי חוב) מסכימים לכך.
2. **ענייני מעמד אישי:** עד 2001 בית הדין השרעי היה המוסמך היחיד לדון בכך ושאב את כוחו מסימן 52 לדבר המלך במועצתו. ב2001 ס' 3(ב')(1) לחוק ביהמ"ש לענייני משפחה ביטל את הסמכות הבלעדית של בית הדין השרעי למעט נישואים וגירושין. נוצר מרוץ סמכויות כאשר הערכאה הראשונה אליה הוגשה התביעה היא שדנה בה מכוח עיקרון כיבוד הערכאות. המצב נוצר בעקבות מאבק של ארגוני הנשים. בחיי המעשה לחוק זה לא הייתה השפעה על בתי הדין השרעיים ומעטים מאוד שבכלל מכירים אותו ומשתמשים בו.

3. **חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות- חייב לפסוק לפי החוק ולא לפי הדין הדתי**. החוק קבע שענייני משמורת ואפוטרופסות ייקבעו בהתאם לפי טובת הילד בלבד ולא לפי הדין הדתי. בג"ץ קבע שאי קיום הוראות חוק המופנות לבתי הדין הדתיים משמעותו שבית הדין חרג מסמכותו- בג"ץ לב. חריגה מסמכות גוררות התערבות שיפוטית של בג"ץ.

התערבות עקיפה- מעשים שמבחינה דתית המעשה הוא כשיר אך מי שעושה מעשה זה מבחינה אזרחית עבר עבירה פלילית. למשל אדם שהתחתן עם יותר מאישה אחת עבר עבירה פלילית (נישואים ביגמיים) ויהיה צפוי ל5 שנות מאסר. מבחינה דתית נישואים אלו יהיו תקפים והמדינה לא מתערבת בכך.

גיל הנישואין- גיל הנישואין באיסלאם הוא 17 לאישה ו18 לגבר. מותר לקאדי להתיר נישואין מתחת לגיל הזה בתנאי שהנערה מעל גיל 9והנער מעל גיל 12**.** קאדי יוכל להתיר נישואין רק אם יוכח שהנער או הנערה יכולים מבחינת גופנית ונפשית להבין מה הם נישואים ובשלים להם, וכן בהסכמת האפוטרופוס.בגרות לעיתים תלוית מקום- במקומות מדבריים הבגרות המינית, התרבותית והמנהגית מהירה יותר. **גם פה זה ייחשב שהם נשואים אך עברו עבירה פלילית מבחינת החוק הישראלי.** החוק הפלילי בא להעניש אך לא לבטל.

לבתי הדין השרעיים בישראל יש סמכות **בלעדית** לדון בענייני המעמד האישי:

* מהם ענייני המעמד האישי שבסמכות בתי הדין הדתיים? ס' 51 לכתב המנדט קבע שלבתי הדין הדתיים סמכות לדון בענייני: נישואין וגיטין, מזונות, כשרות יוחסין, אפוטרופסות ומשמורת של ילדים.

סימן נוסף שהוא חשוב הוא **סימן 52:** אשר מתייחס לסמכויות של בתי הדין השרעיים. חייבים ללמוד אותו בע"פ!! הוא חשוב מאוד:

**"לבתי הדין השרעיים בישראל, סמכות בלעדית לדון בענייני המעמד האישי כהגדרתם בסעיף 7 לחוק הפרוצדורה השרעית (העות'מאנית) לגבי: מוסלמים שהם נתינים ישראליים וכן מוסלמיים הכפופים לפי חוק מדינת הלאום שלהם לסמכותם של בתי הדין השרעיים וכן בענייני הקמת ווקף וניהולו הפנימי."**

* **הבעיה: ס' 52 מתייחס לבתי הדין השרעי באופן נקודתי אשר קובע כי המוסלמים צריכים לפנות ל-ס' 7 לחוק הפרוצדורה השרעית.**
* **ס' 51 הוא סעיף כללי ואלו סעיף 52 הוא סעיף ספציפי, ולכן ס' 52 גובר על ס' 51. יש הסדר ספציפי למוסלמים.** לכן אם מדברים על מוסלמים סימן 51 לא רלוונטי.
* סימן 65- משלים את הסמכות הבינלאומית הפרטית של בתי הדין השרעיים.

**בס' 52 אומרים 3 סמכויות של בתי הדין השרעיים:** סמכות בלעדית לדון בענייני מעמד אישי של מוסלמים נתינים ישראלים כהגדרתו בסעיף 7 לחוק סדרי הדין וכן ענייני ווקף. יצירה וניהול וגם בעניינים של מוסלמים: הכפופים לפי חוק מדינת הלאום לסמכות בתי הדין השרעיים בעניינים אלו.

## סמכות בינ"ל פרטית:

מיהם האנשים שכפופים לבית הדין השרעי. כאשר אני קובע סוג מסוים של אנשים שכפופים לחוק. לדוגמה: על פי חוק העונשין החוק יכול על כל אדם שנמצא בישראל. לא משנה אם הוא אזרח ישראל או שהוא אזרח קנדה. ויש לו גם סמכות להעניש ישראלים שביצעו פעולות פליליות בחו"ל. ובנוסף יש את חוק עשיית דין בנאציים ועוזריהם שחל על לא יהודים שביעצו פשע שלא בישראל. הסכמות הבינ"ל הפרטית פירושה, לאיזה בית משפט יש את הסמכות לדון בעניינו של פלוני במקום מסוים.

התנאים לקביעת הסמכות הזאת: (כל התנאים חייבים להיות לשני הצדדים)

1. מוסלמי- שני האנשים שדנים לגביהם צריכים להיות מוסלמים. מיהו מוסלמי? לא מי שדתי ע"פ ההלכה המוסלמית אלא ע"פ הרישום הישראלי. **מי שרשום במרשם האוכלוסין הישראלי כמוסלמי** (הגדרה אזרחית ולא דתית). איך נרשמים במרשם האוכלוסין כמוסלמי?
2. מלידה- שנולד לאבא מוסלמי.
3. המרת הדת לאסלם- כל אדם בישראל יכול להמיר את דתו לדת אחרת בתנאי שהדת האחרת היא דת מוכרת בישראל. כך שאדם שרוצה להמיר את דתו לאסלם יכול ע"פ פקודת העדה הדתית (המרה). עליו ללכת לקאדי שיקבל אותו לאסלם. עם ההקלטה של הקאדי שהוא קיבל אותו לעדה המוסלמית הוא הולך למרשם האוכלוסין ושם הם רק בודקים את זהותו של האדם ולאחר מכן מנפיקים את המרת הדת לאסלם.
4. מוסלמים שהם נתינים ישראלים: יכולים להיות אזרחים של מדינת ישראל או תושבי קבע או תושבי ארעי. במזרח ירושלים יש תושבי קבע של מדינת ישראל אך הם לא אזרחים. נתין הוא מי שתושב ארעי של מדינת ישראל.
5. אם מדובר במוסלמים שלא נתינים ישראלים: הם צריכים להיות כפופים לפי חוק מדינת הלאום שלהם לסמכותם של בתי הדין השרעיים בענייני המעמד האישי. לא רק מוסלמים שהם נתינים של הארץ, אלא גם מוסלמים הכפופים לפי חוק מדינת הלאום שלהם לסמכותם של בתי הדין השרעיים בענייני המעמד האישי. בכל מקום בעולם שהחוק מסמיך בתי דין שרעיים לדון בענייני מעמד אישי של מוסלמים, גם לבתי הדין השרעיים בישראל סמכות לדון בזה. למשל: מוסלמים לבנונים, גם אם הם מוסלמים שייעים אשר מגיעים לארץ, בתי הדין השרעיים בישראל דנו בסוגיות שלהם מכיוון שהחוק בלבנון מחייב אותם לדון בענייני המעמד האישי בפני בתי השרעיים.

כתוצאה מכך, **בתי הדין השרעיים הפכו להיות חלק ממערכת המשפט המקומית וגם חלק ממערכת המשפט השרעיית העולמית**. ויש השפעה של הפסיקה של בתי הדין השרעיים בכל העולם. פס"ד של בית הדין השרעי מחייב בכל מקום ובמקום.

דוגמא- פסק דין של מוסלמי שגר באוסטרליה. הוא אומר שלבית הדין בירושלים אין סמכות לדון בעניינו כי הוא לא נתין ישראלי וגם אוסטרליה לא כפופה לדין השרעי. רואים שיש לו גם אזרחות ירדנית שהיא מדינה שכפופה לדין השרעי ולכן בית הדין בירושלים יכל לדון בעניינו.

1. סימן 65- נתין זר של מדינה שלא מקיימת בתי דין שרעיים, תקום סמכותו בהסכמתו. ההסכמה לא צריכה להיות מפורשת, היא יכולה להיות גם בהתנהגות (למשל: הגעה למשפט, שליחת תגובה, אם בא להנשא בבית הדין השרעי הסכים גם לסמכות של בית הדין השרעי לדון בגירושים)

התנאים מתקיימים או 1+2 או 1+3 או 1+4.

**חריג לסמכות בית הדין לדון: כלל המושב הלא נאות-** הפסיקה צריכה להיות אפקטיבית. למשל מגיעים 2 תיירים ממרוקו גבר ואישה מוסלמים. הם מסתכסכים ומגישים תביעה לבית הדין השרעי לגירושין. יש לבית הדין סמכות לדון בכך מכיוון ששניהם מוסלמים והם נתינים זרים שמדינת הלאום שלהם כפופה לדין השרעי. אמנם יש לבית הדין סמכות אך הוא מחליט שלא לדון בו מכיוון שהם המושב הלא נאות, כלומר לא אפקטיבי שהם ידונו בכך משום שמרכז החיים שלהם לא בישראל- הם יחזרו למרוקו, הם לא מכירים את הרקע שלהם וכו'.

## סמכות עניינית

**ס' 7 לחוק הפרוצדורה השרעית העות'מאנית: נראה שם הגדרה רחבה יותר מאשר ס' 51.**

שם נמצא כי לבתי הדין השרעיים **סמכות עניינית** לדון בענייני המעמד אישי הבאים:

בסמכות עניינים דנים באיזה תחומים מותר לבית הדין השרעי לדון.

1. **ענייני מעמד אישי:** נשתמש בהגדרה שבס' 7 כדי להכריע מהם העניינים הנכללים:
2. **ענייני נישואין:**
3. רישום נישואים.
4. אשרור נישואים (כשרות להינשא). נישואים שנעשו מחוץ לבית הדין ויש סמכות לבית הדין לאשר אותם.
5. ענייני מוהר: כמו כתובה אצל היהודים, סכום כסף או שווה כסף שהגבר מעניק לאישה לפני הנישואים בתמורה להסכמתה להתחתן עימו. מוהר הוא תוצר לוואי מחייב, בכל נישואים יש מוהר.
6. נכסים של בית הזוגיות/רכוש בית- המיטלטלין של הבית, הם רושמים את הציוד המיטלטל שהם הביאו לבית.
7. תכשיטי זהב שניתנים בגלל הנישואין.
8. **ענייני גירושין:**
9. הוכחת גירושין: גבר מוסמך לגרש את אשתו בלי הסמכה, גבר יכול ללכת להוכיח שהוא גירש את אשתו ובית המשפט מאשרר את הגירושין. גם אישה יכולה לגרש את בעלה אם חתמו על כך לפני הנישואים.
10. הפרדה וגירושין: צד אחד מבין בני הזוג פונה לבית הדין בבקשה להפריד בין בני הזוג באמצעות גירושין. בניגוד ליהודים שם הגבר חייב לתת גט לאשתו, אצל המוסלמים כל אחד משני הצדדים (גם הגבר וגם האישה) יכולים לפנות לקאדי בבקשה שיגרש בניהם. לאישה יש 10 עילות בגינן היא יכולה לבקש פירוד מהבעל ואלו לגבר יש רק עילה אחת כללית מבין העילות באמצעותה הוא יכול להיפרד מאשתו (אם הם הסתכסכו בניהם). למשל, אישה יכולה לטעון שהגבר נעלם ובגלל זה היא רוצה להיפרד, אישה יכולה לבקש פירוד על רקע נזק שהוא גרם לה. היום רוב הגירושין בישראל הם בטענה של סכסוך בין בני הזוג.
11. התרת נישואין: ביוזמת הקאדי ובסמכותו, לדוגמה, כאשר הוכח לקאדי שהגבר נשוי לאחותו. מבטלים את הנישואין בין הצדדים. כאשר הנישואין ביניהם אינם תקפים, אזי הקאדי מבטל את הנישואין בין בני הזוג. ההתרה הזאת הופכת אותם לדין של גרושים (ולא מצב של ביטול מוחלט). יש מצב אחד בהלכה המוסלמית בהם הנישואים בטלים לגמרי, כאילו לא התקיימו בכלל: כאשר אישה מוסלמית מתחתנת עם מישהו שהוא לא מוסלמי. אזי הנישואין האלו כאילו שלא התקיימו.
12. **אבהות:** לבית הדין השרעי הסכמות לקבוע אבהות. סעיף זה לדוגמה לא מופיעה בסעיף 51.
13. **משמורת:** משמורת ילדים והסדרי ראיה (ימי שהות הילדים)
14. קביעת משמורן
15. הסדרי ראיה להורה הלא משמורן
16. **אפוטרופסות:** אחראי על הניהול העניינים המשפטים של הילדים. אפוטרופסות בין על ילדים ובין על פסולי דין.
17. **מזונות:** מזונות אישה, ילדים וקרובי משפחה.
18. **ענייני ירושה וצוואות:** גם סעיף זה לא מופיע בסעיף 51.
19. **עניינים של נעדרים:** אדם שנעדר והזכויות המגיעות.
20. **יתומים**
21. **ענייני וקף (הקדש דתי):** הקמתו של הוקף וניהולו הפנימי. הקדשה של נכס מקרקעין על כל הבנוי ונטוע עליו מהאדם המקדיש לאלוהים (העברת בעלות). קובע מי יהנה מפירותיו של נכס זה, וגם קובע מי ינהל את ההקדש ואיך ממנים מנהל.

**מדובר בסמכות בלעדית! רק לבית הדין השרעי יש סמכות לדון בכך. מדובר בסמכות העניינית.** הסמכות היא סמכות ישירה.

ארגוני הנשים רצו לבטל את הסמכות הבלעדית של בתי הדין השרעיים ולתת אופציה למוסלמים בישראל להתדיין בבית משפט לענייני משפחה. בשנת 2001 הסכימו לכך והשאירו את הסמכות הבלעדית רק בענייני נישואים וגירושים. דבר זה גרם ל"מירוץ סמכויות" בין בית הדין לבין בית המשפט זה גורם ל**סמכות מקבילה** של הערכאות. על מנת שיהיה סדר, ובכדי לבטל את מירוץ הסמכויות בג"ץ קבע כללים שנקראים "כללי כיבוד הערכאות":

1. **כל הקודם זוכה-** הקודם מקבל סמכות בלעדית. כלומר כאשר האישה מגישה לבית הדין השרעי בקשה למשמורת הילדים ובן הזוג מגיש לבית המשפט למשפחה. איך נכריע איפה יידונו בתביעה? לפי איפה שהוגש קודם, ואז יקבלו סמכות בלעדית לדון בעניין זה.
2. **הסמכות הנמשכת-** בית המשפט או בית הדין שקנה סמכות לדון בעניין מסוים או זה שימשיך להיות בעל הסמכות לדון. זה חריג לכלל שכל אדם יכול לבחור לדון באיזה ערכאה שיבחר בו. על כן בג"ץ צמצם את הסמכות וקבע שהיא תתקיים רק אם הערכאה הראשונה קיימה את הכלל של "דן ופסק"- הערכאה השיפוטית הראשונה שמעה את העניין לגופו ורק אז היא פסקה. לכן אם אדם הגיש תביעה לבית הדין השרעי ולמחרת מחק אותה לא מתקיים הכלל של דן ופסק כיוון שאין פסיקה. אם 2 אנשים הגישו הסכם פשרה לבית הדין והוא חתם עליו גם לא מתקיים הכלל של דן ופסק מכיוון שבית הדין לא דן בסוגיה ולא שמע את הצדדים אלא רק חתם על ההסכם.

## סמכות מקומית

הסמכות המקומית- סעיף 9+10 לחוק סדרי הדין השרעיים. ישראל מחולקת ל9 מחוזות שיפוט שרעיים (לפי חוק הקאדים).

* איזור שיפוט של גליל עליון ובית הדין השרעי בעכו.
* מרכז הגליל ובית הדין השרעי בסכנין.
* מחוז שיפוט של מטרופולין בחיפה ובית הדין בחיפה.
* מחוז שיפוט ועדי ערה ובית הדין בבאקה אל גרביה.
* מחוז שיפוט מרכז שיש לו בית דין בטייבה.
* מחוז שיפוט תל אביב ובית הדין ביפו תל אביב.
* מחוז ירושלים ובית הדין בירושלים.
* מחוז דרום ובית הדין בבאר שבע.
* מחוז גליל תחתון ובית הדין השרעי בנצרת.

בעניין של סמכות מקומית של אותה מדינה יש סמכות אוניברסלית הקובע שהסמכות המקומית תקבע לפי מקום מושבו של הנתבע. חריג: יש סוגי עניינים שהמחוקק העניק סמכות לכל בתי הדין לדון בהם, והם ענייני מזונות וצווי ירושה. למשל במקרה שבו אישה בורחת מבעלה מבאר שבע לעכו יוכלו לדון במקרה בעכו. יש עניינים שבהם המחוקק מתחשב במקום קביעת ההסכם (לדוג' בנישואין, גירושין, ומקום בו התגלה הסכסוך- עילת הגירושין). החריגים לא מבטלים את הכלל אבל מוסיפים עליו.

ס' 10 קבע שאם בית דין קבע סמכות מקומית בעניין מסוים הוא יהיה רשאי להמשיך ולדון בכל התפתחות של סכסוך זה.

# ענייני נישואין-

ס' 3 עד 11 לחוק יסודות המשפחה העותמאני מגדירים את תנאי כשרות הנישואין.

התנאים:

1. **הצעה וקיבול-** נישואין מבוססים על הצעה וקיבול כמו חוזה רגיל. חייבת להיות הצעה וקיבול ברורים שכוונתם נישואים. כל עוד אין הצעה וקיבול אין נישואין ועד אז אקט הנישואים לא נכנס לתוקף. להצעה ולקיבול צריכים להיות 2 צדדים גבר ואישה- **אין נישואים חד מיניים באסלאם.** יש שוויון בין הגבר לאישה, אין עליונות לאחד המינים- גם האישה יכולה לתת הצעה, וגם הגבר יכול.ניתן לעשות ייפוי כוח של ההסכמה שמישהו יסכים במקומך (אבל הוא בעצם שליח שלה). למשל, האב יכול להסכים בשם ביתו לנישואין אם היא הרשתה לו, שכן מדובר בהסכמה שלה. הכל צריך להיות מרצונם הטוב והחופשי של הצדדים.

**על מנת שההצעה וקיבול יהיו תקפים צריכים להתקיים 2 תנאים :** מסוימות וגמירות דעת.

* מסוימות- הביטויים בהם משתמשים לצורך ההצעה והקיבול חייבים להיות בלשון ספציפי של שורש המילה זיווג/נישואים/חתונה. כלומר שיהיה ברור לחלוטין על מה ההצעה, שלא יינתן לפרש אותה אחרת. צריך להשתמש בביטוי זוגיות ונישואין (לא ניתן למשל להגיד "מסע החיים" כי אז לא תהיה מסוימות). מילים שהמשמעות היחידה והבלעדית שלהם הם נישואין.
* גמירות דעת-גמירות דעת שאין חזרה ממנה. חייבים להשתמש בפועל ב**לשון עבר** ולא הווה או עתיד. לשון עבר מביע משהו שנעשה ונגמר, תם ונשלם, אי אפשר לחזור מכך. למשל- "חיתנתי את עצמי אלייך" ולא "אני אתחתן איתך". ההצעה והקיבול צריכים להיות מתוך רצונם החופשי של הצדדים. לא ניתן לעשות זאת מתוך כפייה או הכרח. אחרת אין חוזה ואין נישואין. נישואין שנעשו ללא הסכמה או כפייה הם ניתנים לביטול "נפסדים", לפי רצון אחד מהצדדים.
* מתקיים במושב אחד- בין ההצעה לקיבול אסור שיהיה הפסקה, בו זמנית ובאותו מקום (אותו מושב). הסיבה לכך היא כי יכול להיות שעד שהתקיים הקיבול המציע כבר חזר בו מההצעה. אפשר להתחתן באמצעות שליח, למשל אדם שולח שליח לאשתו הוא מציע בשמו והנישואין תקפים. אפשר גם בזום.

בין הצעה לקיבול ניתן להתנות תנאים.תנאים שהם לגיטימיים מבחינה דתית- מחייבים. דוגמה לתנאי לגיטימי: אישה מתנה על בעלה שלא להתחתן עם אישה אחרת. תנאים שאינם לגיטימיים- בטלים או מבטלים את הנישואין.(דוגמה לתנאים לא לגיטימיים- לא להביא לילדים, לעסוק בזנות, לא לגור ביחד, לא לקיים יחסי אישות).

אישה שמתחתנת אסור לה לצאת מהבית אלא באישור בעלה. תנאי למזונות אישה היא שתשהה בבית לפי בקשתו ואם לא היא מורדת.אם בקיבול של האישה היא מתנה תנאים זה הופך להצעה חדשה שמצריכה קיבול חדש.

1. **הכושר להתחתן**-

גיל הנישואין- גיל הנישואין באיסלאם הוא 17 לאישה ו18 לגבר. מותר לקאדי להתיר נישואין מתחת לגיל הזה ב3 תנאים:

1. שהנערה מעל גיל 9והנער מעל גיל 12**.**
2. היתר של קאדי- הוא יוכל להתיר נישואין רק אם יוכח שהנער או הנערה יכולים מבחינת גופנית ונפשית להבין מה הם נישואים ובשלים להם. בישראל הקאדים מנועים מלתת היתר לקטינות להתחתן בגלל שחוק גיל הנישואים קבע שזו סמכות בלעדית של שופט משפחה.
3. הסכמת האפוטרופוס-בדרך כלל האבא. אם אין אבא אז זה העצבה הקרוב יותר (קרבה מצד גבר).למשל אחרי האבא נפנה לסבא, אם אין אז לאחים הבגירים, אח"כ לדודים של אבא וכו'. יש 3 סוגי קרבה במשפט המוסלמי- קרבה מצד גבר (עצבה), קרבה מצד אישה (רחמים- כמו רחם) וקרבת חיתון (נסב). במשפט המוסלמי הקרבה החשובה היא זו מהצד של הגבר. האבא הוא הקובע את המבנה המשפחתי, החמולתי. הוא קובע את הדת המוסלמית, את המזונות.

\*אם הבחורה מעל גיל 17 היא לא צריכה הסכמה של העצבה כי היא בגירה. לפי האסכולה החנפנית שמחייבת את בתי הדין השרעיים היא לא צריכה הסכמת אפוטרופוס. היא גם לא תצטרך הסכמה של קאדי.

\*בישראל אין נישואי קטינים כי רק שופט משפחה יכול לאשר לקטין או לקטינה להתחתן. הקאדי מנוע ולכן בישראל אין אפשרות לקטינים להתחתן (כי אין היתר קאדי).

\* ס' 8- סעיף שבא לפתור סכסוכים במשפחה. אם מישהי רוצה להתחתן עם מישהו והאפוטרופוס שלה מתנגד זה לא אומר שהיא לא יכולה להתחתן לצמיתות. זה רק אומר שפונים לקאדי, משתפים אותו בסכסוך ובחילוקי הדעת. הקאדי שומע את טענתו של האפוטרופוס. כאן הקאדי צריך להפעיל שיקול דעת ולהחליט האם הוא יאסור עליה להתחתן או יסכים לה להתחתן.

יכולת שכלית/בר דעת- . כל צד צריך להיות בר דעת כיוון שיש צורך בהסכמה מדעת. כל אחד מבני הזוג צריכים להבין ולהכיר את הזכויות והחובות בנישואין. מי שאינו בר דעת לא יכול לשאת בחיובים העולים מהחוזה, לכן, אם האדם לא כשיר משפטית ולא בר דעת הוא לא יוכל לשאת בהתחייבויות של הנישואין. נער בגיל 12 ונערה בת 9 נקרא "גיל ההבחנה" הם יכולים להגיד מה טוב ורע להם. אדם שדעתו עברה עליו יוכל להתחתן אם הקאדי מתיר לו/לה להתחתן אם הוא רואה בטובתם שיתחתנו. למשל, אם אדם חולה נפש והרופאים קובעים שאם יתחתן זה יסייע לו לחזור לשפיות. או למשל גבר או אישה שיש להם יצר מיני חזק וכדי למנוע מצב של אובדן שליטה של אותו היצר נותנים להם להתחתן ואז זה לטובתם. גם תסמונת דאון ואוטיסטים יכולים להינשא. הכל כמובן בכפוף לתנאים שקובע הקאדי.

דת- על פי המשפט המוסלמי אישה מוסלמית יכולה להתחתן רק עם גבר מוסלמי, כי הילד הולך אחר אביו ואם האיש לא מוסלמי גם בנו לא. אך לגבר מוסלמי מותר להינשא לאישה המאמינה בדת מונותאיסטית (נוצריה/יהודיה) האסלאם מכיר בדתות הללו כדתות אמיתיות. אם אישה התחתנה עם גבר שאינו מוסלמי נישואיה בטלים, כאין וכאפס, כאילו מעולם לא התחתנה.

אם האישה לא מוסלמית, אפשרי שאחד העדים יכול להיות בן דתה.

גם אם יש גבר ואישה שעומדים ב3 תנאי כשירות הנישואים של הגיל, היכולת השכלית והדת עדיין צריך לבדוק שאין להם **מניעות**.

**ג. כללי המניעה להתחתן:**

* *קרבת דם*- אדם לא יכול להתחתן עם אמו, סבתו, ביתו, אחותו, אחייניתו, דודותיו (אחיות מצד אבא ואמא), סבתו (וכן הלאה, למטה או למעלה). עם בנות דודות אדם יכול להתחתן. כל זה חל גם מצד האישה-לאישה אסור להתחתן עם סב, אב, אחים, אחיינים, דודים. עם הבני דודים מותר להתחתן.
* *קרבת יניקה-* כאשר הגבר והאישה ינקו מאותה אישה אסור להם להתחתן. מדובר על יניקה משביעה אפילו אם חד פעמית. התפיסה היא שיניקה משביעה גורמת לקרבה גנטית ולכן האישה המניקה יכולה להיחשב כאמו והם ייחשבו כמו אחים. איסור קרבת דם חל באותה צורה גם ביניקה: אסור להתחתן עם האם המניקה, האחיות של האם, האחייניות, הסבתא והבנות. (זה יותר מצומצם מקרבת דם כי זה בלי הדודות מצד האבא). אותו דבר כמובן גם כשמדובר באישה. מעצם זה שהוא יונק ממישהי הוא נחשב כמו קרבת דם לעניין איסורי החיתון.
* *קרבת חיתון*- יש מניעה אבסולוטית ומניעה זמנית. במניעה אבסולוטית- מצבים בהם בשום פנים ואופן אי אפשר להתחתן עם אותה אישה/גבר בגלל קרבת החיתון. למשל: לאדם נשוי/גרוש/אלמן אסור להתחתן עם האמא, הסבתא ומעלה של מי שהיה נשוי לה. בנוסף, אסור גם להתחתן עם הבנות של האישה ומטה מנישואים אחרים. מניעה זמנית- הם לא יכולים להתחתן כל עוד יש תנאי מסויים אבל כשהוא נעלם אפשר להתחתן. למשל- כל עוד הגבר נשוי אסור לו להתחתן עם אישה שהיא מנועת חיתון זמנית. כל עוד הגבר נשוי לאישה מסוימת אסור לו להתחתן עם אחיות שלה/בנות אחיות/בנות אחים/דודה/. אם הם כבר לא נשואים כן מותר לו.
* *מניעה בדין (משפטית)*- אישה לא יכולה להתחתן אם היא נשואה, נחשבת כאשת איש. גבר לא יכול להתחתן עם יותר מארבע נשים (אסור אישה חמישית). גם בשביל להתחתן עם אישה שנייה/שלישית/רביעית צריך היתר מותנה שיתאפשר בתנאים- אי אפשר ללכת להתחתן עם כל אישה. למשל- אישה בתקופת ההמתנה מגירושין או מאלמנות אסור לה להתחתן. אישה שבעלה גירש אותה 3 פעמים אסורה עליו.

בישראל ענייני הנישואין והגירושין זה הדין הדתי. הדין האזרחי לא יכול להתערב בכך. לכן, גם אם החוק מונע ביגמיה או לא יכול לבטל נישואים ביגמיים שנערכו. במשפט המוסלמי מותר לגבר להתחתן עם יותר מאישה אחת אבל ההיתר הזה הוא היתר מותנה ולא כללי. הנישואים הם לא אוטומטיים. צריך 2 תנאים לאישה שניה:

1. ריבוי נשים זה חריג, המשפט המוסלמי מאמין בביגמיה. לכן **אדם צריך סיבה** על מנת להתחתן עם אישה שנייה. למשל אם אשתו עקרה, חולה ולא יכולה לקיים יחסי אישיות, צריכה עזרה בגידול הילדים וכו'. ישנה רשימה של כל הסיבות בגינן ניתן.
2. שיהיה בעל **יכולת** להתחתן עם אישה שנייה ולנהוג בצדק בין נשים. גם יכולת כלכלית (שיכול לפרנס גם את האישה השנייה וילדיה). אדם עני לא יוכל להתחתן עם אישה שנייה. הוא צריך גם יכולת גברא- שיהיה לו יכולת לקיים יחסי אישות עם שתי הנשים. הוא צריך גם יכולת לנהוג בשוויון עם שתי הנשים.

מה קורה כשיש לאדם אישה נוספת( האסורה לפי החוק) אך מותרת בדת? בית הדין השרעי פוסק לפי הדין הדתי, החוק לא מחייב את בי"ד וענייני הנישואין נקבעים רק לפי הדין הדתי. החוק האוסר איננו מופנה לבתי הדין השרעיים ולכן אינם מחויבים אליו. בכל זאת בתי הדין מודיעים ליועמ"ש על כך שבוחר האם להגיש כתב אישום. כלומר לפי הדין הדתי נישואים ביגמיים יכולים להיות תקפים ולפי הדין האזרחי הם יעברו עבירה פלילית ויכולים להיות מואשמים בשל כך. אבל, זה לא יפגע בתוקף הנישואים שלהם.

**ד. עדים-** כדי שיהיו נישואין תקפים וכשירים צריך שיהיו שני עדים גברים מוסלמים בגירים וחופשיים (לא עבדים), או גבר ושתי נשים בגירות מוסלמיות. עדות זה להעיד על משהו שקלט באחד מחמשת חושיו. יש איסור עדות- שאדם לא יכול להעיד על מישהו מהשושלת שלו, או מהאבות שלו. בנוסף אדם לא יכול להעיד אם יש לו מניעה במקרה שיש לו אינטרס בעדות. בהקשר של עדות נישואים המשפט המוסלמי מפחית את הרמה הנדרשת לעדים ומאפשר לקרובי משפחה להיות עדים. הסיבה לכך היא שעדות הנישואים היא לא בבית משפט אלא על עצם קיום האקט. כלומר זה לא עדות על התוכן המשפטי, אלא רק עדות על זה שהטקס התקיים. לכן, לא חלים הכללים וההגבלות הרגילים של עדות. אם חסר עדים- הנישואים הללו נפסדים= ניתנים לביטול ואינם כשירים. העדים צריכים להיות עדים לאקט ההצעה והקיבול- שהתקיים הטקס, ולא על תוכנו (על התנאים). כאן קרובי משפחה יכולים לשמש עדים. צריך לתת **פומביות** לנישואים, שאנשים יידעו עליהם לא משהו בסתר או חסוי ולכן נדרש עדות.

אם כל 4 התנאים מתקיימים הנישואים כשרים. אם אחד מהתנאים לא מתקיים או שאחד התנאים היה אבל חדל להיות אז הנישואים נפסדים.

**נישואים כשרים-** מקיימים את כל תנאי כשרות הנישואים והם מקימים את כל החובות והזכויות אחד כלפי השני. חובה לגבר לשלם מוהר לאשתו בסכום שנקבע ביניהם או במוהר ראוי בסכום שננקב בחוזה הנישואים בכסף או בשווה כסף של אחיותיה. זכאית למזונות מבעלה, ילדיהם יהיו כשרים, האישה תירש את בעלה ובעלה יירש אותה.

**נישואים נפסדים-** אם אחד מהתנאים לא מתקיים מלכתחילה או חדל להתקיים בהמשך. חלק מהזכויות והחובות יהיו קיימים, אבל חלק אחר לא יהיה מחייב. בנוסף, חובה על הקאדי בבית הדין השרעי להתיר את הנישואים הנפסדים או להפריד בין בני הזוג מיד שהוא יודע על כך לפי **ס' 76+77** לחוק המשפחה

### זכויות וחובות שנובעות מחוזה הנישואים:

* מוהר **–** סכום כסף/ נכס שווה כסף שבן הזוג חייב לשלם לבת הזוג בתמורה להסכמה להתחתן עימו. משהו שהוסכם עליו בין בני הזוג. מוהר הוא לא תנאי אלא חובה שנוצרת בעקבות הנישואים גם אם לא הזכירו אותה כלל. מוהר יכול להיות כל סכום שהוא, חוץ מאפס או קרוב לאפס גם אם הסכימו על כך. ישנו סכום מינימלי שמתחתיו זה לא ייחשב מוהר, אין סכום מקסימלי. המוהר לא יכול להיות משהו שאסור לפי הדת- כמו בקבוק אלכוהול, או דיר חזירים.

אם אין מוהר/נמוך מהמינימום/ הנכס לא כשר אז האישה תהיה זכאית למוהר ראוי. מוהר ראוי זה מוהר שהאישה הספציפית צריכה לקבל מבן זוגה בעקבות ההסכמה להתחתן עימו. איך יודעים מה היא צריכה לקבל? הוא ישלם לה מוהר ראוי לפי מה שקיבלו אחיותיה או קרובות משפחתה מצד אביה. אם אין לה אחיות אז הולכים לדודות, אם אין דודות בודקים לפי הצד שלה, אם אין לה בודקים לפי נשות הכפר. היא תקבל כמוהן או יותר או פחות (אבל זה מהווה את המדד). למשל אם הייתה לה אחות גרושה, פחות יפה, לא משכילה והיא עצמה יפה, משכילה, ורווקה אז יגיע לה מוהר גדול מאחותה. אם שתיהן בעלות אותן נסיבות הם יקבלו אותו מוהר.

לפי הנורמה המוהר צריך להיות משולם מיד עם כריתת חוזה הנישואים. בפרקטיקה על מנת להקל על הנישואים מחלקים את המוהר ל-2 חלקים:

1.מוהר מידי- הסכום המיידי אותו הבעל צריך לשלם בהסכמת 2 הצדדים מיד עם כריתת הנישואים.

2. דחוי- מוהר שהצדדים מסכימים לדחות והוא מתקבל באחד משלושת המועדים: מועד שנקבע בהסכמת הצדדים, גירושין, מוות(כאשר ן הזוג מת החוב הראשון שיפרע זה המוהר, עוד לפני חלוקת העיזבון והירושה). המועד המחייב הוא המועד המוקדם ביותר.

מוהר הוא תוצאה מחייבת גם מנישואים כשרים וגם מנישואים נפסדים.

הזכות השנייה של האישה מהנישואים- הזכות למזונות:

* מזונות אישה- רק לאישה נשואה בנישואים כשרים. אישה גרושה לא מקבלת מזונות. אישה לא תקבל מזונות בנישואים נפסדים מכיוון שברגע שהפרידו ביניהם לא מגיע לה יותר. תנאי לזכאות למזונות הוא שהות האישה בבית הזוגיות (איחתבאס). האישה לא יוצאת מבית הזוגיות אלא באחד משני מקרים- אישור בני הזוג או היתר דתי. אישור בן הזוג יכול להיות באחת מ-3 דרכים:
1. **תנאי בהסכם הנישואים-** שהאישה התנתה בחוזה הנישואים שהיא יכולה לצאת למקום מסוים(לימודים/עבודה/אירועים מסויימים) והוא הסכים לתנאי. התנאי צריך להיות ספציפי למשל שהיא יכולה לצאת ללימודים אבל לא תנאי כללי שהיא יכולה לצאת לאן שהיא רוצה.
2. **אישור הסכמה בשתיקה-** אם היא כבר התחילה ללמוד והוא לא התנגד אז אם הוא נזכר מאוחר יותר הוא כבר לא יכול לסרב. אפשרות נוספת היא שאם אדם התחתן עם אישה שכבר לומדת, הוא מבין שהיא תמשיך ללמוד ואחרי שהיא תסיים את לימודיה היא תעבוד ואז כאילו הוא הסכים בשתיקה להמשך המסלול. נחשב כמי שהסכים מראש לכך שתמשיך בלימודים ובעבודה.
3. **הסכמה במנהג-** מקובל היום שנשים יוצאות לדברים נפוצים בחברה (כמו קניות בסופר, לקחת את הילדים לבית ספר) אז אין צורך להסכמה מפורשת אלא יש הסכמה שבמנהג. לעומת טיסה לחו"ל ששם תצטרך אישור.

**ניתן לקבל אישור גם ע"י היתר הלכתי-** במקרים שאישה שחשה איום על עצמה, על חייה, על כספה ונכסיה, על ילדיה, על יציאה לבית הוריה או טיפול רפואי רשאית לצאת מבית הזוגיות ועדיין נחשבת כמי שמקיימת אחיתבאס בפועל. נחשב משפטית לאיחתיבאס למרות שלא עושה זאת פיזית. למשל, במקרה של אלימות במשפחה היא תצטרך להוכיח שהיא חווה אלימות ועדיין תקיים את החיוב (נטל ההוכחה עליה).

**אם האישה לא עומדת בכך היא לא תקבל מזונות אישה.** כלומר, אישה יכולה להגיד שהיא לא רוצה היתר מהבעל או מההלכה, ולוותר על הזכות למזונות. מזונות זו זכות שנגזרת מחובת איחתיבאס.

* חובת הציות (כאשר החובה לא כוללת קיום יחסי אישות).
* חיוב תקופת המתנה במקרה של גירושין (בתנאי שהייתה התייחדות).
* איסור נישואין בגלל קרבת חיתון (אם לא הייתה התייחדות הוא יכול להתחתן עם בת אשתו לאחר גירושיה של האם).
* ירושה- מתקיימת גם אם לא הייתה התייחדות

## דיני ילדים:

* אבהות
* משמורת ילדים
* מזונות ילדים

המזונות של הילדים נגזרים מאבהות ולכן הקשר של הנושאים הללו מחייב. בלי אבהות אין משמורת ומזונות.

תנאים לאבהות:

1. **הורים נשואים-** חייבת להיות מסגרת של נישואים בין ההורים. ילדים שלא נולדו ממערכת יחסים בין בעל ואישה נשואים לא ייחוסו לאב. אין חיוב בנישואים תקפים (כשרים), גם בנישואים נפסדים עדיין הילדים ייוחסו לבעלה של האישה. לכן גם בדיקה גנטית לא עוזר, לא משנה הקשר הביולוגי, הכלל הוא כי ילד שנולד למסגרת נישואים ההנחת יסוד במשפט המוסלמי היא שהבן זוג הוא האבא והאישה היא האם..
2. **הריון- הילד נולד פחות משנה מיום הפרידה-** כלומר תקופת הריון מינימלי 6 חודשים ועד שנה.

זוג התחתן ב16.4 ונפרדו 16.10. האישה הגישה תביעת אבהות והיא טענה שהילד בנו של בעלה. הבעל אמר שאמנם הם היו נשואים אך התנאי השני לא מתקיים מאחר ואין תקופת היריון מינימלי והוא נולד פחות משישה חודשים. מאחר והיה רצון עז כן לשייך לאביו (וכן ידעו שהוא באמת אביו כי הם נישאו בנישואין פרטיים לפני), קבעו זאת לפי חודשי לבנה (הלוח השרעי המקביל ללוח העברי) ולא לפי החודשים הלועזיים וכך יצא בדיוק 6 חודשים.

* **יש אפשרות למגע פיזי בין הבעל לאישה בתקופת ההיריון**- מינימום שישה חודשים ומקסימום שנה. האב יכול לטעון שהוא לא היה נוכח ולכן לא התייחד במשך שנה עם אשתו (למשל היה בחו"ל או בכלא) ואז הטענה שלו תקפה. צריך לבדוק שיש מינימום שישה חודשים מיום ההתייחדות ומקסימום שנה מיום המגע האחרון.
* **בעיה רפואית של הבעל**- גם אם גבר אומר שהוא עקר- זו איננה ראיה לשלילת אבהות, מאחר והיו עקרים שהביאו ילדים, כמו שרה ואברהם. אברהם היה זקן מאוד ושרה עקרה ועדיים הם הביאו ילד מה שמלמד שעקרות לא מוכיחה. רק אלוהים קובע אם יש הריון לא הסטטיסטיקה. המשפט המוסלמי אומר שבדיקה גנטית איננה ראיה דתית לקבלת או שלילת אבהות. מאחר ובדיקה גנטית מבוססת סטטיסטית, היא בדיקה הסתברותית ולא ראיה חותכת. בבדיקה עושים השוואה בין הרצף הגנטי של האבא לבין הרצף הגנטי של הילד ובגלל שהמקסימום התאמה זה 97%, הראיה לא מספיק חותכת ולכן היא איננה נחשבת כראיה. היא יכולה להיות ראייה תומכת בקביעת אבהות אבל לא בשלילה.

אך יש מקרים שגברים לא יוכלו להביא ילדים בעולם- לדוגמה גברים שמוכח פיזית שאינם יכולים- "מג'בול" כמו סריסים. ראיה עובדתית וברורה שהוא אינו יכול להביא ילדים לעולם (למשל חסר איבר מין) אז נקבל את עמדתו לכך שהוא אינו האב, למרות שהיו נשואים.

**במידה שכל התנאים התקיימו, נקבעת אבהות., ואז אוטומטית הילד מקבל זכויות של מזונות מאביו.**

**מזונות ילדים:**

יש הבדל מהותי בין מזונות אישה למזונות ילדים. ילד זכאי למזונות מתוקף שרעי משפטי, האב יזון את בנו כי הוא חלק ממנו. חייב לשלם מזונות בכל מקרה. (בתנאי שההורים נשואים והילד נולד לפחות 6 חודשים אחרי). האם איננה מחוייבת במזונות בנה ורק האב מחוייב באופן מלא.

**הלכת בע"מ 919/15-** הפסיקה של בג"ץ באותו עניין הסתמכה על דיני מזונות ילדים במשפט העברי ועל סמך אותם דינים פסק בג"ץ אחריות משותפת. ואילו לפני בתי הדין השרעיים מזונות ילדים על האב ולכן הדין לא רלוונטי.

גם אם האב עני והאם עשירה האחריות מוטלת על האב והוא יישא במזונות אלא אם הוא עני מרוד באופן קבוע שדינו כדין המת. בישראל זה לא יכול לקרות מכיוון שמי שלא משתכר בישראל מקבל קצבאות מהמדינה, גם אסיר שלא יכול לעבוד מקבל קצבה ולכן לא יהיה פטור ממזונות בנו.

רשות האם להלוות על חשבון האב- אם לאב אין כסף למזונות האם יכולה להלוות על שמו והוא יצטרך להחזיר למקום בהמשך- למשל היא יכולה לקחת מביטוח לאומי והוא יהיה חב להם.

הסכום המינימלי שמספיק לחיים בכבוד. חבות המזונות כוללת:

* מדור (דיור)- יכול להיות גם שכר דירה, מתקזז עם החיוב למזונות אישה (מספיק לשלם על דירה אחת לאישה ולילדים לא צריך לכל אחד בנפרד).
* מזון
* לבוש.

ישנם עוד 2 דברים הכרחיים**: חינוך**- כל דבר שדרוש לילד להתפתחותו התקינה. **בריאות-** נפשית ופיזית.

ילד- זכאי למזונות בסכומי מינימליים מספקים בלבד. ילד אינו זכאי למזונות עושר. הילד חייב למזונות עד גיל הבגרות (18), או שעד שישתכר בעצמו. בישראל בגלל חוק חינוך חובה הבגרות נקבעה לגיל 18. אם הילד לומד באוניברסיטה, חובת המזונות נמשכת עד תום הלימודים או למידת מקצוע. בזמן ההכשרה הילד יהיה חייב במזונות. האב חייב להסכים ללימודים, ומהרגע שהסכים לא יכול לחזור בו. אם האב לא הסכים, חובה על הילד להוכיח שהלימודים המיטביים עבורו. אם הילד רשום באוניברסיטה ולא לומד בפועל אין חובה במזונותיו. החיוב הוא רק לתואר הראשון. בן שהוא מעל גיל 18 ולא הלך ללמוד אז כבר לא ישלמו לו מזונות כי הוא יכול לעבוד ולדאוג לעצמו (בשונה מהבנות).

ילדה- האב חייב במזונות ביתו עד שהיא מתחתנת ואז האחריות למזונות עובר לבן זוגה. אפשרות שניה אם היא משתכרת בפועל כלומר, אם היא מעל גיל 18 והיא בריאה ויכולה לעבוד אך בחרה שלא הוא עדיין יהיה חייב במזונותיה. האב אינו יכול להכריח את בתו להתחתן או לעבוד. אם היא עובדת ומספיקה לעצמה- הוא לא חייב למזונותיה, ומזונותיה מכספה. אם האישה מתגרשת- החיוב עובר לאב, ואם מת, לאחים. (ולכן הבנים יורשים יותר).

**טענות על מנת להיפטר ממזונות:**

1. שהוא לא האב-למשל הם לא היו נשואים, או שאין לו יכולת פיזית לקיום יחסי אישות.
2. לילד יש כסף- אם לילד יש כסף (ירושה, עבודה, מתנות, זכה בפיס וכו'), החובה נופלת מאביו וחוזרת אליו. מה שיחסר, האב ישלים. החובה היא בסכום המינימלי ומה שאף אחד אחר לא מממן. למשל, אם המדינה מממנת חינוך ורפואה האב פטור. כך גם אם לילד יש כסף והוא יכול לממן את צרכיו הבסיסיים. למשל, ילד שמקבל קצבה חודשית מביטוח לאומי על נכות שיש לו. הקצבה אמורה לממן את כל הצרכים הבסיסיים ולכן האב טוען שהוא לא צריך לשלם. האם טוענת שהקצבה מממנת את הטיפולים המיוחדים שהילד צריך. בית הדין השרעי בודק מה הצרכים הבסיסיים בגבול המינימלי. בודקים את הצרכים הרפואיים והחינוכיים שהקופה לא ממנת, מסכים את הכל **וקובעים מה סך הצרכים של אותו ילד**. בודקים כמה הקצבה שהוא מקבל מהביטוח לאומי ורואים האם חסר כסף אם כן זהו יהיה הסכום שהאב צריך לשלם במזונות.

מקרה מעניין: ילדה שנולדה עם מום וקיבלה כסף כפיצוי על הולדה בעוולה. רוב הפיצוי הנזיקי הוא על אובדן כושר השתכרות. אדם בישראל מתחיל להשתכר אחרי גיל 18 ולכן המרצה פסק שהכסף מיועד לגיל 18 והכסף עכשיו לא רלוונטי, וכאילו לא קיים. על כן, האב חייב מזונות.

**אישה זכאית למזונות מיום הגשת התביעה בלבד.**

**אישה שהקשר שלה עם בעלה הותר, עד מתי זכאית למזונות? אם הנישואים היו כשרים, עד תום תקופת ההמתנה.**

* אם יש לאישה ילדים הזכאות שלה היא למזונות ילדים ומזונות אישה.

## משמורת

אנו ניאלץ לקבוע משמורת בגירושין או בפירוד. במשמרות נקבע מי אחראי על הילד ומה הזכות של ההורה שאיננו משמורן. כללים לקביעת משמורת:

* **כלל הגיל-** בילד עד גיל 7 וילדה עד גיל 9, זכות המשמורת היא לאם. הילד בגיל זה זקוק לצרכים פיזיים רגשיים, שאישה יכולה לתת לו והאב איננו יכול לתת- למשל חום, חיבה, אהבה, יניקה וכו'. על כן, האבא איננו משמורן בגילאים הללו והאישה כן.
* **שרשרת הזכאות למשמורת-** המשמורת הולכת לאישה הקרובה ביותר ולכן בדר"כ לאמא.במידה והאימא איננה רוצה/יכולה לשמור על הילדים, המשמורת תעבור לאם האם (לסבתא). אם הסבתא מצד האם איננה יכולה לקבל את המשמורת, הוא עובר למשמורת אם האב. אם לא- עוברים לדודות, אחיות האם עדיפות על אחיות האב. האישה צריכה להיות בעלת יכולת לגדלו ולהגשים את טובת הילד. אם האישה התחתנה עם גבר זר לילדים אז האישה תאבד את הזכות למשמורת. אם יש מניעה להתחתן עם הבנות של אותה אישה הוא לא נחשב כגבר זר (למשל הדוד). עם השנים בתי הדין השרעיים התגמשו והחליטו שאם הגבר הזר לא פוגע בילדים, והוא דואג להם אז האישה לא תאבד את המשמורת שלה. עוד מקרים בהם האישה תאבד את המשמורת זה אם היא פוגעת בילדים, לא דואגת להם וכו'.

**לאחר גיל זה-** **תקופת האפוטרופסות-** מעל גיל 7 לבן ו9 לבת הילדים עוברים לאב:

**שרשרת הזכאות לאפוטרופסות-** במידה והאב לא יכול לקבל אחריות, יקבל הגבר הקרוב ביותר בשרשרת- העצבאת. אבי האבא, ולאחריו אחי הילד, ולאחריהם אחי האב (כאשר מדובר בבגירים). לביה"ד יש שיקו"ד למי להביא את הילד (בבחירה בין האחים) – "ארשד" החכם יותר והמבין יותר הוא שיקבל את הילד, בדרך כלל המבוגר יותר.

**נוצרה בעיה כשחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות הופנה ישירות לבתי הדין, וחייב לפסוק לפי החוק ולא לפי הדין הדתי**. החוק קבע שענייני משמורת ואפוטרופסות ייקבעו בהתאם לפי טובת הילד בלבד ולא לפי הדין הדתי. החוק חייב את בתי הדין בישראל לפסוק בענייני ילדים ע"פ הסדר שבחוק ולא ע"פ הדין הדתי השרעי. ענייני ילדים ובגירים שהם פסולי דין ייקבעו ע"פ טובתם וביטל את כל ההסדר שראינו לעיל. בג"ץ קבע שאי קיום הוראות חוק המופנות לבתי הדין הדתיים משמעותו שבית הדין חרג מסמכותו- בג"ץ לב. חריגה מסמכות גוררות התערבות שיפוטית של בג"ץ.

המחוקק לא קבע פרמטרים שייקבעו מהי טובת הילד- האם טובתו שיילמד מוזיקה או את הקוראן. לכן, בתי הדין השרעיים קבעו **שהחוק לא סותר את הדין הדתי**, מאחר ומאחורי הדינים הללו עומד אותו עיקרון- טובת הילד. לכן, הפסיקה היא לפי טובת הילד= הדין הדתי. החוק האזרחי לא הגדיר מהי טובת הילד. **הדין הדתי הוא חזקה הניתנת לסתירה, ומי שטוען נגד החזקה עליו נטל הראיה.** הגדרת טובת הילד לפי המונחים הדתיים הביאה עתירה לבג"ץ כי משתמשים במונח "טובת הילד" על מנת להכניס את הדין הדתי מהדלת האחורית. אך, בג"ץ אמר שהפרשנות של טובת הילד זו סמכות אינהרטית ולכן בית הדין יכול לפרש את המונח באיזו צורה שיבחר ולא מתערב בכך. היום בודקים מי יכול להבטיח לילד חיים טובים, בטוחים, ללא פגיעה בו, באמונתו. שמגשימים את טובתו ומכשירים אותו לחינוך ולאמצעים שיבטיחו לו עתיד טוב יותר.

\*היום בתי הדין השרעיים גם בגילאים הנמוכים וגם בבגירים יותר נוטים לפסוק למשמורת משותפת.

# ענייני גירושין

במשפט המוסלמי יש 3 דרכים להתגרש: **כיצד מתירים נישואין?**

1. **גירושין:** אמירת הבעל לאישה שהיא מגורשת הופכת את האישה לגרושה בגירושין חוזרים- הבעל יכול לחזור לאשתו בתקופת ההמתנה גם ללא הסכמתה. צריך להשתמש בביטוי שמשמעותו הישירה היא ג.ר.ש על מנת לקבוע שהאישה היא גרושה. במשפט המוסלמי הגירושין היא זכות של בן הזוג ולא של בת הזוג. הזכות להתגרש היא כנגד החובה שיש על הבן זוג לשלם מוהר ומזונות ולכן הדרך היחידה של גבר להיפטר ממחויבות אלו היא להתגרש. אישה גרושה לא צריכה לקבל מזונות בגלל שלא מתקיים תנאי האיחתיבאס.

כאשר בעל אמר לאשתו שהיא מגורשת מתחילת תקופת ההמתנה "עדה". האישה סופרת 3 מחזורים כדי לוודא שאין ברחמה עובר מהגבר. רק במחזור השלישי הרחם מתרוקן וניתן להגיד בוודאות כי האישה לא יכולה להיכנס מהיריון. בתקופה זו הנישואין ממשיכים להתקיים והאישה עדיין נחשבת כאשתו. בתקופה זו בן הזוג יכול להחזיר אותה לנישואין או באמירה "אני מחזיר אותך לנישואין" או בהתנהגות של זוג למשל קיום יחסי אישות, חיבוק, נשיקה. לא צריך את הסכמת האישה. אם האישה מגלה שהיא בהיריון בתקופת ההמתנה, אז תקופת ההמתנה תיארך ותסתיים לאחר הלידה.

בתום תקופת ההמתנה הגירושין הופכים לסופיים "באין". כלומר, בתום תקופת ההמתנה האישה הופכת לפנויה וכבר לא נחשבת לאשתו של הבן זוג.

**סיכום:** גירושין זה זכות שניתנת לבן הזוג בתמורה לחובת אחרות שיש לו, ולאחר שתקופת ההמתנה נגמרת הגירושין סופיים. בתקופת ההמתנה של 3 חודשים ניתן להחזיר את האישה באמירה או בהתנהגות.

**אם גירש את אשתו בפעם השלישית הגירושין הם גירושין סופיים גדולים לאלתר.** בתקופת ההמתנה השלישית של האישה, האיש לא יכול להחזירה אלא תקופת ההמתנה מתקיימת בשביל לבדוק האם היא בהריון.

יש 2 הבדלים בין הגירושין בפעם ה1 וה2 לבין הפעם ה3:

1. בפעם הראשונה והשניה הגירושין הם גירושים חוזרים שבהם הגבר יכול להשיב את אשתו ובפעם השלישית לא
2. בפעם השלישית מדובר בגירושין לאלתר

למה הגירושים השלישיים נקראים **גירושים גדולים**? בשביל להבדיל את הפעם השלישית מהפעם הראשונה והשנייה. בפעם השלישית הגבר והאישה אסורים זה על זו. למשל, עלי גירש את אשתו חפנה בפעם השלישית והגירושים הפכו לסופיים. בפעם הראשונה והשנייה הוא יכול לחזור לנישואים עימה באמצעות חתונה מחדש- חוזה נישואין חדש ומוהר חדש. אך בפעם השלישית הם לא יכולים להינשא מחדש והם אסורים זה על זה. **חריג-** אם האישה התחתנה עם גבר זר אחר, הם התייחדו ולאחר מכן התגרשה ממנו או התאלמנה, היא יכולה להינשא שוב לבעל הראשון. כדי להיחשב נשואה האישה חייבת לקיים איתו יחסי מין מלאים. גם אחרי מוות יש תקופת המתנה של 3 חודשים ועוד 40 יום (3 חודשים בשביל הספירה ועוד 40 יום בשביל האבל על בעלה).

יש פעמים שבהם הבעל אמר לאשתו שהיא מגורשת אך זה לא נחשב. למשל, בפעמים של כעס גדול מאוד, שמשבש את דעתו והוא לא מתכוון למה שהוא אומר. כלומר יש תנאי **שהבעל היה בר דעת**, הבין את ההשלכות של אמירתו והתכוון לכך.

בישראל בני זוג לא מעיזים לגרש את נשותיהם ללא הסכמה כי לפי ס' 181+182 מחוק העונשין, אסור לגרש אישה ללא הסכמתה ומי שעושה כן דינו עד 5 שנות מאסר והפרת חובה חקוקה עם חובת פיצויים של חצי מיליון שקל. הגירושים תקפים אך ניתן להרשיע את הבעל בעבירה הפלילית. לכן, בישראל או שמגרשים בהסכמה או שעוברים לאופציה השנייה של הפרדה.

אישה יכולה לגרש עצמה מבעלה אם היא התנתה את זה בחוזה הנישואין ואלו גירושין סופיים לאלתר. כל גירושים בהסכמה הם גירושיים סופיים לאלתר (לאחר תקופת המתנה של 3 חודשים).

כיוון שבישראל בני זוג לא יכולים להתגרש ללא הסכמה, הם פונים להפרדה ע"י הקאדי-

1. **הפרדה בגירושין על ידי הקאדי:** הקאדי מוסמך להפריד בין בין זוג לבת זוג בהתקיים אחת מהעילות של הדין השרעי. הפס"ד של הקאדי הוא פסק דין סופי וחלוט. ישנן 10 עילות בגינן קאדי יכול להפריד בין בני הזוג גם אם אין הסכמה מצד אחד מהם. במשפט המוסלמי אין עגונים מכיוון שהכח להפרדה נתון בידי הקאדי. לאישה יש 10 עילות בגינן היא יכולה לבקש פירוד מהבעל ואלו לגבר יש רק עילה אחת כללית מבין העילות באמצעותה הוא יכול להיפרד מאשתו (אם הם הסתכסכו בניהם).

**עילות הגירושין של האישה:**

1. אישה שבעלה נעדר ולא השאיר לה מזונות ואין ביכולתה לגבות ממנו מזונות- ס' 126 לחוק. האישה ראשית לפנות לקאדי ולבקש הפרדה בגלל ההעידרות שלו. הקאדי ממנה אנשים שיאתרו את הגבר, ואם הם לא מצליחים לאתרו הוא פוסק הפרדה בגירושין. אך אם הגבר השאיר כסף לאישה- היא מחויבת להמתין 4 שנים (כל עוד יש כסף).
2. במקרה שבן הזוג איבד את דעתו- אם "הבעל השתגע" האישה יכולה להגיש תביעת גירושין בגלל איבוד דעת. גם כאן, יחכו שנה על מנת לראות אם יש סיכוי לרפא. אם לא, אז הקאדי יפסוק להפרדה.
3. בעל שאינו יכול לקיים יחסי אישות עם אשתו- אם הבן זוג איבד את כח הגברא שלו אז האישה זכאית לפנות לקאדי לתביעה בהפרדה. אם הקאדי נוכח שיש סיכוי שהגבר יחלים מהמחלה דוחים את התיק לשנה.
4. אישה שנגרם לה נזק בנישואין - זכאית לבקש להיפרד בגירושין במקרה והוכח נזק. למשל, גבר אלים, גבר שפשוט רגל ומאיים על נכסיה, גבר שיש לו מחלה מדבקת או מחלה שפוגעת באישה.

**העילה המשותפת לגבר ולאישה:**

הפרדה בגלל סכסוך (ס' 130 לחוק)- אם בן הזוג או בת הזוג מגישים תביעה לביה"ד וטוענים שיש סכסוך ביניהם. הקאדי צריך לוודא שאכן קיים סכסוך וצריך הוכחות לכך מהצדדים. למשל תלונה במשטרה, תביעות שלהם אחד כנגד השני, אם הם לא גרים ביחד ונפרדו וכו'. קל מאוד להוכיח סכסוך כי עצם הגשת התביעה יכולה להעיד על סכסוך בין השניים. הקאדי צריך לוודא על מנת לנסות לגשר ופשר ביניהם. אם הוא לא מצליח הוא ממנה מגשרים חיצוניים שינסו לגשר ביניהם. אם גם הם לא מצליחים אז מכריזים על סכסוך קשה. לאחר מכן, הקאדי ממנה שני בוררים- אחד מטעמו של הגבר ואחד מטעמה של האישה, ושני הבוררים ינסו להשכין שלום ולפשר בין האישה לבעלה. הבוררים לא מוגבלים בדיני ראיות. אם הם נכשלים בהבאת שלום בין בני הזוג הם עוברים לשלב השני בבוראות- פסיקה. הם פוסקים: ראשית הפרדה בגירושין (סמכות זו רק בידיהם ולא בידי הקאדי). צריך ששני הבוררים יגיעו לאותה פסיקה לגבי הגירושין, אם לא הקאדי מפטר אותם מתפקידם וממנה שניים אחרים במקומם.

שנית הם צריכים לפסוק איזה אחוז מהמוהר האישה זכאית לפי ס' 130 לחוק המשפחה על פי מידת האשמה. אישה זכאית למוהר בגלל הזכות להתחתן, אם בן הזוג מגרש אותה היא זכאית לכל המוהר. אולם, בהליך ההפרדה בודקים האם האישה אשמה בגירושין, ואם כן- מפחיתים לה מהמוהר. ההפחתה תהיה לפי מידת האשמה של האישה- נניח והיא אשמה ב100%- בגדה בבעלה- אז היא לא תקבל מוהר, כי מוהר ניתן בגלל הסכמתה להתחתן, ואם היא עשתה מעשים שפוגמים בהסכמתה להתחתן אז היא לא זכאית למוהר. אם היא אשמה 50%- יתנו לה רק 50% מהמוהר. כלומר, *אם האישה אשמה-* היא מחויבת להחזיר לבעל לפי חלקה באשמה, האחוז שהיא אשמה בנישואין.

אחרי שהבוררים פסקו גירושין, הם נותנים פסק בוררות. הקאדי לא רשאי להתערב בפסק הבוררות. הקאדי יכול להתערב ולא לאשר את פסק הבוררות באחת מ3 עילות:

1. **הייתה רמאות-** למשל אם הייתה מרמה, הפרת אמונים, תחבולה, שוחד, נקמנות וכו'. אם פס"ד לא ניתן בגלל העובדות אלא בגלל טעמים חיצוניים, לא היה שיקול ענייני אלא שיקולים זרים.
2. **הבוררים פגעו בכללי הצדק הטבעי-** הליך הבוררות צריך חהיות הליך שקוף המאפשר לכל אדם לטעון את טענותיו, וגם לדעת מה הצד השני טען ולאמת אותו עם העובדות והנתונים. כלומר, הליך הבוררות צריך להיות שקוף. לדוגמה מקרה של בעל שהראה תמונות מפלילות של אשתו לבוררים. האישה התעקשה שזכותה לראות את התמונות. היא נוכחה לדעת כי צילמו אותה בעבודתה בבית אבות כאשר עמדה ומחאה כפיים במסיבה. היא הסבירה את הסיטואציה וכך קיבלה את מלוא המוהר.
3. **הנימוקים של הבוררים לפסיקה סותרים את דיני השריעה-** למשל אם הבוררים פסקו שהאישה אשמה מכיוון שלא בישלה ולא ביצעה את מטלות הבית. נימוק זה לא עולה בקנה אחד עם השריעה וניתן להתערב בפסיקה.

אם הקאדי בודק ומגלה שלא הייתה עילה להתערבות, אין לו שיקול דעת והוא חייב לאשר את פסקת הבוררים.

אם 2 הבוררים מסכימים לפסוק הפרדה וגירושין אך חלוקים בעניין חלוקת המוהר. למשל, אחד אומר שהיא לא אשמה בכלל ואחד אומר שהיא אשמה ב50 אחוז אז הקאדי יכול לבטל ולמנות 2 בוררים חדשים או למנות בורר פוסק שישמע את כל הראיות, ויקבע לפי איזה בורר ילכו או בכלל לפסוק פסיקה חדשה משלו. הקאדי בוחר את הבורר השלישי מטעמו.

1. **התרת נישואין על ידי קאדי (פסח'):** כשיש נישואים נפסדים, כלומר במקרה שאחד מתנאי הנישואים לא התקיים מלכתחילה או חדל להתקיים לאחר מכן. לדוגמה: אישה מוסלמית שהתגיירה נחשבת למורדת ואסורה לבעלה. [מלכתחילה מותר להתחתן עם אישה יהודייה אך אם הוא התחתן עם אישה מוסלמית ובמהלך הנישואים החליטה לשנות את דתה לדת אחרת אז דינה כפירה בדת] והנישואים יהיו נפסדים והתנאי של כשרות הנישואים חדל מלהתקיים. התרה זהו הליך שיכול להיות יוזמת הצדדים או יוזמת הקאדי עצמו. לקאדי אין שיקול דעת והוא חייב להתיר את הנישואין (ס' 77). בהפרדה הגירושין הם סופיים לאלתר והם נחשבים כאילו הבעל גירש.

**סיכום:**

*הגירושין* זה פרדיגמה של הגבר.

*הפרדה* זה פרדיגמה של הקאדי בתנאי שיש עילה- הגירושין יהיו סופיים לאלתר ונחשבים כאילו הבעל התגרש.

*התרה* זה הקאדי מתיר. אין גירושין מכיוון שהם לא היו נשואים מלכתחילה, לכן לא צריך לתת מוהר.

# מבחן לדוגמה:

פירוק לגורמים, זיהוי הסוגיות.

הסתמכות על סעיפי חוק המשפחה או החוק שנלמד בכיתה.

שאלה 1: מהם הגורמים אשר השפיעו על התפתחות ההלכה המוסלמית בכל התקופות השונות מאז ימי האיסלאם הראשונים ועד ימינו?

התשובה: מקורות המשפט. בכל תקופה הייתה הופעה של מקור משפטי חדש אשר גרם להתפתחות ההלכה המוסלמית.

בדור הראשון ההלכה התפתחה ע"י חקיקה של האל באמצעות הקוראן שקיבל הנביא מאת ה' באמצעות המלאך גבריאל. בנוסף לאמרות והאישוררים של הנביא (הסונה והחדית'). שהשלימו אותו.

בדור השני ההלכה התפתחה באמצעות הקונצזוס של חכמי ההלכה.

בדור השלישי היה את ההיקש והאנלוגיה, בטקסטים של הקוראן ושל הסונה כדי לגזור גזירה שווה ודינים חדשים.

בדור הרביעי יש יצירת מקור חדש והוא האינטרס הציבורי.

שאלה 2: סנא ומחמוד זוג מוסלמים מלבנון שעברו להתגורר בארץ. לאחרונה התגלע ביניהם סכסוך. מחמוד מבקש להתייעץ עמך לאן לפנות ומה סיכויי הצלחת תביעתו בעניינים אלה?

1. הכחשת אבהות לבן שנולד להם חמישה חודשים אחרי הנישואין שהיו לפני עשר שנים.

2. הכספים שצבר אחרי הנישואין.

3. ציוד הבית.

4. היפרדות מסנא.

תשובה: קודם כל מדובר בזוג מוסלמים, מלבנון. נניח שהם זוג מוסלמים שנישא כראוי. מאחר והם גרים בישראל, לבית הדין השרעי יש סמכות לדון בעניינם גם אם הם אזרחים לבנים, מתוקף הסמכות של ס' 52 לפקודת המלך במועצה, הסמכות קיימת לדון לפי הלאום (בלבנון- לפי החוק הם יכולים לפנות לבית הדין השרעי) כלומר אנו נבחן האם מדינת הלאום מאפשרת לדון לפי הדין השרעי, ואם כן, הם יכולים לפנות לבית דין שרעי בארץ גם אם הם לא אזרחים. קודם נבחן למי יש סמכות לפנות: הם לא יכולים לפנות לביהמ"ש לענייני משפחה אם הם לא אזרחים. אם הם אזרחים הם יכולים לפנות לבית המשפט לענייני משפחה ולא לבית הדין. להמליץ למי כדאי.

1. אבהות- הסמכות מקבילה. לפי הדין השרעי- הוא לא בנו. אך הבעיה היא שזה לפני עשר שנים. לפי ביהמ"ש לענייני משפחה- יגידו שהוא גידל אותו במשך עשר שנים ולפי טובת הילד יהיה קשה יותר להכחיש. לכן עדיף לגשת לבית הדין השרעי. עדיין קיימת הבעיה של הגעה באיחור- הוא היה צריך לפנות ישר.

2. כספים לאחר הנישואין- אין לבית הדין השרעי סמכות לדון בענייני רכוש.

3. ציוד הבית- רהיטים וכו'. זה מענייני נישואין ולכן יש סמכות. עדיף לפנות לבית הדין השרעי בגלל שההליכים יותר פשוטים. או הוכחת בעלות- אני קניתי וזה שלי. הציוד איננו עניין של הרכוש אלא משהו שנוצר בעקבות הנישואין ולטובתם וזה חלק מענייני הנישואים.

4. היפרדות- סמכות ייחודית לבי"ד השרעי- תביעה לסכסוך.

תמיד עדיף באופן כללי לפנות לבית הדין השרעי כי הההליכים יותר קלים.

שאלה 3: במדינת אסלאימיסטאן הנהיג עלי מהפכה צבאית והכריז כי יאמץ את האסכולה החנבלית ומקור החקיקה יהיה הקוראן והסונה והקונצנזוס. לא יאפשר איתג'יהאד (חידושים) שגוזר הלכות חדשות אלא ע"י מועצה מחוקקת שימנה מבכירי חכמי ההלכה. הבע דעתך האם בהכרזה יש סתירות פנימיות ומה יש לתקן?

תשובה: נפרק לגורמים:

1. מקור החקיקה- קוראן סונה קונצנזוס- כמעט נכון, אפשרי קונצנזוס רק של הסחאבה.

2. אסור איתג'יהאד שגוזר הלכות חדשות- נכון

3. מועצה מחוקקת מבכירי חכמי ההלכה- נכון, חכמי ההלכה יבדקו במקורות הראשונים מה התשובה.

האסכולה השמרנית ביותר, אסכולה הצמודה לטקסט ולכן המקורות הם הקוראן, הסונה, והקונצנזוס של הסחאבה בלבד. כלומר התיקון הוא שלא כל קונצנזוס. שאר התשובה נכונה.

שאלה מס' 4: פרט מה הדומה ומה השונה בין ארבע האסכולות המקובלות?

הדומה: מקורות המשפט- ארבע האסכולות הן אסכולות המאמצות את הקוראן והסונה של חכמי ההלכה המוסלמים ולא מבחינים בין מקור למקור. כולן אסכולות סוניות שמאמצות את הקוראן כמקור ראשון במעלה, והסונה כמקור שני במעלה, מקור מפרש ומשלים, שאפשר לקבל ממודיעים שונים. יש הסכמה בסוגיות העקרוניות והשוני רק בפרטי הדינים.

השונה: האסכולות שונות במקורות שאימצה כל אסכולה. החנפים אימצו את השכל הישר לפסיקת הלכה וכך גזרו את הקיאס בנוסף לקוראן, סונה וקונצנזוס. וכן השאר האסכולות... המאליכים- אימצו את מנג מדינה. השאפעים- אימצו שילבו בין הקיאס לטסטים

שאלה מס' 5: מה הם העקרונות המשפטיים עליהם התבססו על הזרמים הדתיים המודרניים?

הזרמים המודרניים הם הסלאפים הוואסטים והליברלים.

העיקרון המשפטי של הסלאפים- אימץ את העיקרון שההלכה היא זאת שהייתה בזמנו של הנביא והדורות הראשונים עד המאה ה10- הקוראן, הסונה והקונצנזוס של הסחאבה בדומה לאסכולה החנבלית. אסור לגזור הלכות חדשות, כל הלכה חדשה היא טעייה, וכל טעייה היא גיהנום. (לדוגמה אזור לעשות השתלה). מבסס הלכה על הקודמים ישרי הדרך.

העיקרון המשפטי של הוואסטים- זרם שמאמץ את כל מקורות המשפט המוסלמי- הקוראן, הסונה, היאס האיג'מה הקונצנזוס ואפילו המסלחה, כדי להגשים את יעדי השריעה וטובת המוסלמים הכללית.

העיקרון המשפטי של הליברלים- מאמצים את כל העקרונות שהזרם הוואסטי עושה. מאמינים בהפרדה בין דת ומדינה.הדת היא משהו פרטי ולא במרחב הציבורי, הדת היא משהו פרטי שאיננו כללי.

כל שאלה מקסימום עמוד אחד.