**משפט מוסלמי**

**מבוא**

מהו האסלאם?

**א. חמשת יסודות האמונה המוסלמית – במה מאמינים המוסלמים?**

1. אל אחד – אל אחד ויחיד שהוא הנצח. אין לו גבולות- הוא לא מוגבל לא בזמן לא במקום, הוא כל יכול. אי אפשר לקלוט אותו בחושים האנושיים שלנו. הוא זה שקובע כל דבר שקורה ביקום. האמונה באל משחררת את האדם מעבדות (מעבדות לאדם ומעבדות לחומר) כי האדם המאמין מאמין שחייו תלויים באל אחד ולא בחומר או באדם אחר.

2. מלאכים - המלאכים הם יצורים שהאל יצר כדי לקיים את רצונו וציוויו. המלאכים הם חוליית הקשר בין האדם לאל. לכל מלאך יש משימה (גיהינום, גן עדן וכו') והם אלא שעושים את דברו של האל כדי לשרת אותו. האמונה במלאכים היא חשובה כי היא נגזרת מהאמונה באל.

3.הנביאים והשליחים –

נביאים: זה מי שהאל הטיל עליהם משימה להחזיר אנשים לדת, לקיים את מצוות הדת, להאמין באל ולא לכפור בו.

שליחים: הם נביאים שבאו עם דת חדשה, מסר דתי חדש. השליחים קיבלו שליחות מהאל לעביר את הדת הלאה. לכן השליחים הם אברהם, משה, ישוע הנוצרי, מוחמד ודוד.

למשל באמונה המוסלמית ישוע בא לעשות רפורמה בדת היהודית, והאסלאם בא להשלים את כל הדלתות. לכן האסלאם היא הדת המעודכנת ביותר.

4.ספרים שהם דברי האל – יש ארבעה ספרים שהאל הוריד לאדם: התורה שהוריד משה במעמד הר סיני, הברית החדשה של ישוע, המזמורים של דוד, הקוראן. המוסלמים מאמינים שמשה קיבל את התורה מהאל במעמד הר סיני, אבל הם לא בהכרח מאמינים שזו אותה תורה שיש ליהודים כיום.

5.יום הדין – המוסלמים מאמינים שיום אחד יבוא וכל הבריות ימותו, ואח"כ יבואו בחשבון כל מעשיהם שעשו בחיים – מי שמעשיו הרעים גוברים על מעשיו הטובים ילך לגן עדן וההפך. החשיבות של אמונה ביום הדין נובעת מערך החיים ומהחשיבות שיש לעשות הטוב במהלך החיים, מתוך מחשבה שבסוף החיים יש התחשבנות ומחילה. החיים הם זמניים והם כמבחן לקראת חיי נצח.

3 תנאים לכניסה לגן עדן : אמונה באסלאם/ביהדות/ בנצרות(כלומר אמונה באל אחד), עשיית מעשים טובים, אמונה ביום הדין.

**ב. חמשת מצוות היסוד (מימוש האמונה) -** כל מוסלמי חייב לקיים מצוות אלו. כל מצווה חייבת להגשים יעד.

1. העדות שאלוהים אחד ומוחמד שליחו – זוהי מצוות היסוד הראשונה (שער הכניסה לדת האסלאם- הדבר הראשון שאדם צריך לעשות כדי להתאסלם). מדוע עדות ולא הצהרה? עדות בפן המשפטי מוכיחה על דבר שהאדם הכיר בו בעזרת אחד מחמשת החושים שלו. האדם מעיד על זה כאילו הוא שמע וראה את זה בעצמו. האמונה צריכה להיות כה חזקה כאילו האדם חש דברים אלו בגופו כעד ולא סתם כהצהרה.

2. תפילה – כל מוסלמי חייב להתפלל 5 פעמים ביום. למה 5 פעמים? התפילה נועדה למנוע חטאים, הוא קם בבוקר ומתפלל וכך מתנקה, חוזר חלילה בצהריים ובערב. לאורך כל היום האדם צמוד לתפילות וכך התפילות מרחיקות את האדם מחטאים.

3. צום הרמאדן – חובה לצום חודש שלם מעליית השחר ועד רדת החמה למען הגברת יראת האל – כך מתנזרים מכל תאוות הנפש. זוהי עליית מדרגה רוחנית, התקרבות לאל.

4. זכאת= צדקת חובה - כל אדם חייב, אחת לשנה, לשלם 2.5% מסך כל הכספים שצבר ושמר במשך יותר משנה. זכאת מלשון זך= לטהר את הכסף שלך, צדקת החובה מטהרת את הכסף מעין הרע, מכסף שהגיע בצורה לא לגיטימית, מנקה את הכסף מכל רבב שדבק בו.

זכאת מחייב מסכום של 15,000 ₪ ומעלה, והזכאת יינתן לאוכלוסייה החלשה, העניים כדי לסייע להם.

5. העלייה לרגל למכה (חג') – כל מוסלמי חייב לפחות פעם אחת בחייו לעלות לרגל למכה. בעלייה לרגל האדם קושר את גורלו לאל. העלייה למכה זוהי ההליכה שעשה אברהם אבינו כשהיה נכון לעקוד את בנו ישמעאל כדי לענות על הציווי האלוקי. מי שלא יכול מבחינה פוליטית/ כלכלית – לא צריך.

**ג. חמשת יעדי הדת – מקאצד אל שריעה**

1. שמירת הדת, עבודת אלוהים – אלוהים ברא את האדם בכדי לעבוד אותו, זהו היעד שגובר על כל יעד אחר. קיום הדת, קיום מצוות הדת, עבודת אלוהים זה היעד הראשון של הדת.

2. שמירת הנפש האנושית – שמירת הנפש של כל אדם ללא כל הבדל. אלוהים ברא את בני האדם ללא תשומת לב להבדלים ביניהם. דת האסלאם מאמינה בשמירת החיים. לכן קיימים מצוות כמו אל תרצח, אל תאיים וכו'.

3. שמירת היכולת השכלית – אדם בלי יכולת שכלית הוא לא שפיט (לא בביהמ"ש של העולם הזה ולא של העולם הבא). מכאן שאסור לשתות אלכוהול/ ליטול סמים שכן אסור לפגוע ביכולת השכלית של האדם (כדי שיוכל להיות שפיט).

4. שמירת הצאצאים (הילדים)- שני מובנים ליעד הזה:

א. לשמור על הילדים: לגדל ולחנך אותם, לשמור עליהם בדרך הטובה ביותר. מצווה חשובה שכן הילדים הם העתיד של האנושות.

ב. שמירה על היוולדות ילדים במסגרת משפחה לגיטימית: שמירה על כך שאישה תביא ילדים רק מבעלה זאת כדי למנוע גילוי עריות. שייוולדו ילדים כשרים מאם ידועה ומאב ידוע ללא גילוי עריות, שכן גילוי עריות יגרום להיכחדות האוכלוסייה בשל הפגמים התורשתיים.

5. שמירת הכסף – שמירת הכסף של אדם, שאף אחד לא ירמה, יעקוץ, יגנוב מאף אחד.

**ד. תחומי המשפט**

1. דיני עבאדאת = פולחן דתי – כל מערכות הדינים שבין האדם לאלוהים. כל הטקסים/הדברים שעוזרים לבני האדם להתקרב לאל.

2. דיני מעאמלאת = דיני ממונות - דינים שבין אדם לאדם. דינים שקשורים למערכות כלכליות שבין אדם לאדם לדוג' חוזים.

3. דיני סיר = דיני מלחמה ושלום (משפט בינלאומי) – דינים שבין מדינה למדינה.

4. דיני אחוול מוסיה = דיני משפחה – דינים שבין אדם לזוגתו, דינים של המערכת המשפחתית שמטרתה להביא ילדים לעולם. (נתמקד בדיני משפחה שכן בשאר התחומים אין סמכות לדון במשפט הישראלי)

5. דיני עוקובאת = דיני עונשין ( בעיקר עונשין אך גם משפט חוקתי )– דינים בין האדם לשלטון.

**ה. מקורות המשפט**

\*מקור ראשון: קוראן - המקור העליון, המחייב, שלא ניתן לסתור אותו/ לעקוף אותו. הקוראן הוא דברי האל שהוריד אל הנביא מוחמד באמצעות המלאך גבריאל. # הרכב הקוראן: הקוראן מחולק ל114 פרקים (פרק = סורא) כלומר 114 סורות. איך יודעים שהסתיים פרק והתחיל פרק חדש? ע"י הפסוק בשל האל הרחמן והרחום. לכל סורה יש את השם שלה שמייצג את הרעיון המרכזי שלה. כך לדוג' - הפרק הראשון בקוראן הוא הפתיח ולכן נקרא "פתיחא". הפרק השני הוא הפרק הגדול והמרכזי ביותר בקוראן שבו יש את כל 5 יסודות האמונה, 5 מצוות היסוד, המסר הדתי של דת האסלאם נקרא "הפרה". מדוע סורה כל כך חשובה נקראת דווקא פרה? כדי להבין שכשאלוהים מצווה משהו אנחנו צריכים לבצע בלי לשאול שאלות. הפרקים שירדו למוחמד במכה ירדו עם אזהרה מפני הסוף והבטחה לאלה שיאמינו שהולכים לגן עדן. הפרקים שירדו למוחמד במדינה הם פירוט של הדינים והחיובים שהמוסלמים צריכים לעשות ותאולוגיה.

אי אפשר לסתור את הכתוב בקוראן אך אפשר לפרשן אותו בעזרת יסודות הקוראן:

**יסודות הקוראן:**

1.יסודות האמונה: הקוראן מסביר על יסודות האמונה בדת האסלאם (אמונה באל אחד, בשליחים ובנביאים, בספרים, ביום הדין, מלאכים).

2. דינים דתיים: מהם הדינים של המשפט המוסלמי. מגדיר מה מותר ומה אסור. לדוג' אל תרצח, אל תנאף.

3. סיפורי הנביאים והעמים הקדומים: סיפורים הנביאים הם הרוח של האמונה הדתית. הסיפורים מגיעים להמחיש את הכול של האל, הגדולה שלו. זאת כדי שאנשים יירתעו ויחזרו לאמונה בדת.

4. השכר והעונש: מהו שכרו של מי שמאמין ומקיים את כל מצוות הדת, מהו העונש של הכופרים, על הכפירה שלהם, על הפגיעה באחרים, על מעשים שהם נגד האל והדת. יש פסוקים רבים שמעודדים את בני האדם להאמין ולקיים את המצוות ומתארים את השכר והעונש גם בחיים האלה וגם בחיים האחרים.

5. היחס אל הדתות: יש סורות (=פרקים) שלמות שמתארים את היחס לדתות – ליהודים, לנוצרים ולמוסלמים. הקוראן מחלק את האנשים ל-3 : הקטגוריה הפנימית הם המוסלמים, הקטגוריה אחרי זה הם עמי הספר והקטגוריה השלישית הם יתר הדתות. רואים ביהדות ובנצרות כדתות לגיטימיות שכן הן מונותאיסטיות (אמונה באל אחד).

איך קיבלנו את הקוראן של היום? המלאך הוריד לנביא את הפסוק. הנביא מסר אותו לנערים (כותבי השליחות) שידעו קרוא וכתוב שהיו לצידו, והיה מצווה עליהם לכתוב אותם ובאיזה סדר זה צריך להיות. לאחר הסיום, לכל אחד מהם היה את הקוראן כתוב. הנביא מת ולאחר מכן החליפה השלישי של המדינה המוסלמית, עות'מאן, ראה שהעם גדל ונהייתה אימפריה ענקית, חשש שיהיה זיופים בקוראן, פרשנויות שונות וכו'. הוא הזמין את כל הקבצים של כותבי הקוראן, השווה ביניהם, ראה שכולם אותו דבר, העתיק אותם לכרך אחד, שרף את שאר הכרכים, ואותו העתיקו לספרים אחרים והפיצו אותם ברחבי המדינה האיסלאמית. כך וידאו שלא היה שום זיוף ושום הוספה או גריעה בקוראן. הוא קיים כפי שהתקבל בידי הנביא. הקוראן שלנו היום הוא אותו קוראן שעות'מאן העתיק והפיץ ברחבי המדינה. למה הקוראן הוא מקור עליון? כי הוא דברי האל ולא ניתן להתכחש או לא להישמע לדברי האל. לכן כל דין שנכתב בקוראן הוא מחייב עד יום הדין.

מקור שני: הסונה - והחדית': הנביא מוחמד הוא השליח של האל, ולכן כל מעשה שהוא עשה, כל אמירה שהוא אמר, כל אישרור שאשרר נחשבים למקור משפטי מחייב. חדית' זה שם נרדף לכל האמירות, המעשים והאישרורים של הנביא. נהוג לקרוא לכך גם בשם סונה שכן הסונה זה מעין ספר פירושים של החדית'.

**מטרות הסונה הן:** לפרש את הקוראן כדי שיהיה נגיש ומובן **,** להשלים את הדינים בקוראן לגבי מידע שאיננו ברור או שלא היה קיים בזמנו, וליישם את הדינים **.**

בזמן השליחות הנביא אסר לכתוב את החדית' שלו כי הוא רצה לשמור על ייחוד ואותנטיות הקוראן, לא רצה שיערבבו בין הקוראן לחדית'. 150 שנה לאחר מותו התפתח מדע חדש בהלכה המוסלמית- מדע הייחוס (השכבות)- הוא מבוסס על אנשים ששמעו חדית' בתקופות היסטוריות שונות כך שיש סמיכות ביניהם. היו מספר נביאים שאספו את החדית' (כל אחד פעל בנפרד). המוכר מבניהם נקרא אבו חרי- הוא מחליט לצאת למסע חייו , הסתובב בכל העולם המוסלמי של אז כדי לאסוף את החדית'. מלאכת האיסוף הייתה קשה מאוד כי יש בעיות של אמינות בייחוס לנביא ובתוכן ("מתן") של החדית'.

כדי לבדוק את אמינות הייחוס לנביא בודקים:

1. השושלת של המוסרים – אסכאד. מיהו המוסר.

2. יכולת של מפגש פיזי בין האנשים בשושלת (סמיכות גיאוגרפית) - הוא בדק האם כל המוסרים מוכרים כאנשים אמינים וצדיקים (שלא הוכח שהם עברו עבירה) ולכן התפתח מדע שכבות האנשים.

3. האם קיים וסמיכות זמנים בין המוסר למקבל.

# הנביאים המעיטו לבדוק את התוכן. כל עוד החדית' לא סותר את הקוראן, אין בעיה.

**חלקי החדית':**

1. חדית' נכון ומוסכם- נאסף על ידי שלושת החשובים.

2. חדית' חלש (צעיף)- יש שושלת אך יש בעיה באחד המוסרים. יש סימן שאלה בנוגע לייחוס- המקור של החד'ית.

3. חדית טוב (חסן)- התוכן והמסר טוב ונכון אך הייחוס שלו מוטל בספק.

החדית' הוא ברמה השנייה אחרי הקוראן והוא מעל כל מה שבא אחריו. הקוראן והחדית' הם שני המקורות העליונים ויש לגביהם הסכמה. המחלוקת בין פסקי ההלכה היא בין המקורות הבאים אחרי החדית'. איסוף החדית' של הנביא (אמרות, מעשים, אשרורי מעשים שנעשו טוב). הראשון שהחל בכך הוא אל בוכרי שמת בשנת 870. הוא אימת את החדית' ע"י בדיקת האסנאד (שלשלת המוסרים). אין אפשרות שהחדית' יהיה בניגוד לקוראן. אל בוכרי מיין 7400 חדית'ים, ואימץ 3000. ישנם עוד 6 אוספים, שהשני היה מוסלם. איפה שאל בוכרי ומוסלם הסיכמו, יש קונצנזוס. כל ספר נקרא על שם האוסף שלו. אל בוכרי מיין 700,00 חדית'ים, ואימץ 4000 , הוא נחשב המקור האותנטי ביותר. ישנם עוד 5 אוספים שסיננו בלי קשר לבוכרי, שהשני היה מוסלם. איפה שאל בוכרי ומוסלם הסיכמו, יש קונצנזוס. כל ספר נקרא על שם האוסף שלו. **עד כאן עסקנו בשריעה - שריעה זה מכלול הציווים והדינים שמקורם בקוראן ובסונה. (הקוראן והסונה נקראים גם שריעה).**

מקור שלישי : קיאס = אנלוגיה/ היקש (כלי למצוא מקור משפטי) :הלכה (פקה ) - כלל הציווים והדינים שנגזרו ע"י חכמים. סוגיות חדשות שהתעוררו ולא ידעו מה הדין שלהם. חכמים ניסו למצוא מקבילה שריעה, ראו מה הייתה הפסיקה שם ופסקו פס"ד דומה בגזירה שווה= הלכה.

מהו תפקידם של חכמים (= עולמא פוקהא)? תפקידם לקבוע מה האל רצה שנעשה במקרה הזה. ע"פ האג'תהאד (= מאמץ הלכתי לגזור הלכות חדשות) תפקידם של החכמים לעשות מאמץ הלכתי כדי למצוא את רצון האל בכל סוגייה חדשה שנמצאת לפתחנו. עושים מאמץ הלכתי לגזור הלכות חדשות, כי העולם משתנה וצריך להתאים את ההלכה לכל דור ודור. המטרה היא לגלות את רצון ה' בכל עניין ועניין. הם נסמכו בפעולותיהם על היקש= אנלוגיה. היקש ממקרה שיש לו דין במקורות הטקסטואליים למקרה הנוכחי שאין לו דין במקורות הטקסטואליים. לדוגמא- בדין המוסלמי אלכוהול אסור כי הוא גורם לאיבוד הדעת. לכן ע"פ ההיקש- סמים אסורים כי גם הם גורמים לאיבוד הדעת.

מקור רביעי: מצלחה = אינטרס הציבור ( כלי למצוא מקור משפטי) :האינטרס של המוסלמים הוא גם מקור לפסיקת הלכה. בעניינים חדשים שלא ניתן לקבל עליהם הלכה ע"פ ההיקש, נגלה את הדין ע"פ בדיקה של מה היא טובת המוסלמים באותו עניין. זו גזירת דין חדש מחייב שמגשים את טובת הציבור. למשל האם יש חובה דתית לשלם מסים? כן, כך משיגים כסף לחיים הציבוריים ומגשימים את אינטרס הציבור. אסור שאינטרס הציבור יסתור או יהיה במקום דין שמעליו, זה יקבע את הדין רק אם אין התייחסות במקור גבוהים ממנו.

מקור חמישי: מנהג אנשי מדינה: הנביא מוחמד חי במדינה , אנשים שחיו לצידו במדינה נהגו כמנהגו, למדו ממנו, עשו כפי שעשה, נהגו כפי שנהג ולכן המנהג שלהם הוא מנהגו של הנביא ולכן כשרצו לשאול על שאלה מסוימת בדקו איך אנשי מדינה נהגו בנושא זה כי מנהגם זה מנהגו של הנביא. מקור זה נותן לגיטימציה למנהג כמקור משפטי – היום כל עוד המנהג לא סותר את הדת הוא מקור משפטי.

מקור שישי: אג'מאע = קונצנזוס קונצנזוס הוא הסכמה של חכמי ההלכה בדור מסוים על הלכה חדשה. יש אסכולות שמקבלות קונצנזוס של חכמי הלכה בכל דור ודור, ויש אסכולות שמקבלות אך ורק קונצנזוס של הקודמים שחיו בזמן הנביא. לדוג' השמרנים כמו חנבל ( האסכולה החנבלית שהיא הכי שמרנית) רוצים קונצנזוס שהיה רק בזמן הנביא.

**אותם 5 מקורות התפתחו לאסכולות שונות - איך התפתחו האסכולות? למה**?

האסלאם מתחיל עם השליחות של הנביא מוחמד . הנביא מוחמד לא תבע מי ינהיג אחריו את העם המוסלמי, הוא שתק. איפה שהנביא שתק זה אומר שכל הדרכים לגיטימיות. כשהנביא נפטר החברים של הנביא התווכחו מי מהם ינהיג – הוחלט כי אבו בקר (הוא הראשון מהשליחים של מוחמד) ינהיג את האומה אחרי מוחמד. לפני שאבו בקר נפטר הוא ציווה שיחליף אותו העומאר. עומאר בחר 12 אנשים והטיל עליהם את המשימה לבחור מי יחליף אותו - החליטו שעותמאן יחליף. עותמאן נרצח ואחריו הייתה הסכמה בין כל המוסלמים שעלי יחליף אותו (עלי – שם חשוב של הדת המוסלמית). עלי הוא בן דודו של הנביא, ונשוי לבת של הנביא – פאטמה. כלומר בניו של עלי הם הנכדים היחידים של הנביא מוחמד. משפחתו של עותמאן (בני אומייה) קוראים תיגר על עלי – טוענים כי עלי לא נקם את מותו של עותמאן שנרצח ואנו רוצים שתנקום, עלי אומר שאחרי שהוא יקבל את השלטון הוא יעשה להם משפט (אם יצאו אשמים נרצח אותם ). משפחתו של עותמאן לא מסכימים להחלטה של עלי ומתפתח סכסוך פוליטי. הסכסוך מגיע לשאלה – מי ראוי להמשיך את הנביא מוחמד? מדובר בסכסוך חשוב ובעקבות כך המוסלמים מתחלקים ל:סונים, שיעים והיוצאים מהמחנה. שנת 657 לספירה הנוצרית בספין (עיראק)- חלה מלחמה בין הצבא של עלי לבין הצבא של מועאויה (בני אומייה) השליט של אלשאם = לבנט (האיזור שלנו). מדובר במערכה חשובה בהיסטוריה המוסלמית. במערכה עלי (מורד בשלטון) כמעט מנצח את מועאויה (השליט). מועאויה ידוע כאינטליגנט, חכם בצורה בלתי רגילה, לצידו עמד איש שידוע כבעל חוכמה גדולה. אנשי מועאויה עושים תחבולה: שמים את הקוראן על החרבות ואומרים לעלי שהם רוצים בוררות על הקוראן (שכן הם מובסים ועלי עוד רגע מנצח אותם) כלומר הקוראן ישפוט (ידוע שעלי אדם דתי). בסוף הצדדים הולכים לבוררות – כל אחד (עלי ומעואיה) בוחרים בוררים מטעמו, הבוררים מסכימים שכל אחד יודח מהשלטון והעם הוא שיבחר את השולט (החליפה). בפועל, הבורר של עלי מדיח את עלי מהשלטון, והבורר מטעם מועאויה משליט את מועאויה לשלטון ( במקום להדיח אותו כפי שהסכימו בבוררות). בעקבות הבוררות - הצבא של עלי ( צבא העם) התחלק ל-3 חלקים, מדובר בפילוג הגדול ביותר באסלאם עד ימינו אלה:

(1) התומכים של עלי – שיעה: קבוצה זו כונתה לימים שיעים, דתיים מאוד, נוקשים בדתם ויישום ההלכה, סגפנים.

(2) מי שינהיג מקובל (מי שיהיה יהיה) – סונה

(3) נגד המצב, יוצאים מהמחנה של עלי ומאשימים את עלי באחריות לכישלון הזה ולכן הוא לא ראוי להמשיך בשלטון – ח'וארג': מוסלמים רדיקליים, קיצוניים בעמדותיהם, קיצוניים בפסיקות ובהלכה. כ-200 שנה לאחר המלחמה הקבוצה הזאת חוסלה וחדלה מלהתקיים.

**זרם השיעה:**

הזרם מתחיל כזרם פוליטי ( מי יהיה המנהיג), אך לאורך ההיסטוריה הזרם מתקבע כזרם פוליטי, הלכתי, אמוני עצמאי. כלומר מפתח לעצמו עקרונות בהלכה ובמשפט, וגם תיאולוגיות בדת. עיקרי הזרם הם: (1) ההנהגה יכולה להיות אך ורק מעלי ומהשושלת שלו (כזכור, הנכדים של הנביא מוחמד הם הילדים של עלי). (2) הלכה ומשפט מקבלים אך ורק מעלי והשושלת שלו. כלומר, אין אפשרות לקבל חדית'ים מאנשים שהם לא מהמשפחה זו (פסיקה רק מאנשי עלי).

זה מקצין עד כדי כך שהם מאמינים באמאם. אמונה זו מתפתחת לאמונה באמאם = מדריך, מנהיג, מלמד. לטענתם האמאם הראשון הוא עלי ולאחריו הבנים של עלי והנכדים, והנינים של עלי בשרשרת. בכל דור יש רק אמאם אחד.

תכונות האמאם: הוא מודרך ע"י האל. הוא לעולם לא יטעה, לעולם לא יפסוק הלכה לא נכונה, תמיד יאמר אמת. שכן כל מה שאומר, יפסוק, יקבע הוא בהדרכה אלוהית. האמאם השביעי: באמאם השביעי יש קצר שכן נולדו 2 בנים ונהיה קונפליקט מיהו האמאם. הזרם השיעי מתפצל יש חלק שמאמינים שהאמאם השביעי הוא ישמעאיל והתפתח זרם ישמעאליה שמאמין בנסתר, מאמינים שהאמאם הוא נסתר ( זה הזרם של הדרוזים). האמאם ה-12: נקרא אלמהדי. האמאם ה-12 נעלם והשיעים מאמינים שהוא לא מת אלא הוא נסתר, הוא קיים כל הדורות רק לא יודעים איפה הוא, וביום מן הימים הוא יחזור להנהיג את האומה המוסלמית השיעית ויקיים סדר ושלום בכל העולם. ??? לכן לדוג' המנהיג של איראן הוא הנשיא העליון חמינאי, כלומר הוא האמאם ה-12 , כלומר הם מקיימים את ההלכה עד שהאמאם ה12 יגיע. השושלת של עלי קיימת עד היום, הם נקראים אשראף = בעלי הכבוד. כדי להבדיל אותם מיתר האנשים כל מי שהוא מהשושלת של הנביא, של עלי הוא שם כיסוי ראש בצבע שחור. אצל השיעים מי ששם כיפה/ כובע בצבע לבן הוא מיתר העם.

**הזרם הסוני = מרכזי (בישראל יש רק סונים)**

הזרם הכי גדול באסאלם כיום, כמעט 75% מהעולם המוסלמי ( השיעים הם כמעט 15%). מעכשיו במהלך הקורס נדבר רק על הזרם הסוני שכן (1) הזרם הגדול ביותר (2) כל המוסלמים בישראל הם סונים.

על הסונים מקובל 5 המקורות של האסלאם לפסיקה והלכה: (1) הקוראן (2) הסונה= החדית' (3) אג'מאע= קונצנזוס (4) אנלוגיה (5) מצ'לחה (6) מנהג.

חכמי ההלכה נחלקו בקשר למקורות של המשפט ובאיזה מקור הם מרבים להשתמש ובאיזה מקור הם ממעיטים להשתמש בפסיקת ההלכה. המחלוקת הזאת בדבר אופן השימוש במקורות המשפט גרם לשוני הלכתי, שוני בפסיקות של חכמים ולהתפתחותן של אסכולות שונות.

# אסכולות התפתחו ע"י כך שחכם הלכה החליט לפסוק הלכה בעיקר על בסיס הקוראן והסונה בלבד. אחר השתמש ביתר, אחר השתמש באנלוגיה יותר וכו'. השוני בשימוש מקורות ההלכה גרמו לגישות שונות בפסיקה שהתפתחו לאסכולות.

# בזרם הסוני יש 4 אסכולות.

**האסכולות מתחלקות ל-2 חלקים:**

(1) הקוראן הסונה והאג'מעא(= קונצנזוס): מדובר במקורות כתובים, טקסטואליים. החכם קרא ויישם, אין מקום לשכל האנושי. אסכולות של טקסט.

(2) אנלוגיה, מצלחה, מנהג : חכמים מפעילים את השכל הישר האנושי. אסכולות של שכל ישר.

קיימת אסכולה שמאזנת בין השניים. אסכולה בערבית נקראת מד'הב (שורש ה.ל.כ). לכל אסכולה יש הולך ראשון, מייסד, חכם הלכה שאנשים הלכו אחריו. מה שמאפיין אסכולה הוא שיש מורה הלכה שסומכים עליו והולכים אחריו.

**אסכולה 1: הראשון בין חכמי ההלכה שייסד אסכולה הוא : אבו ח'ניפה.**

שנת 699-766 מייסד אבו ח'ניפה – האסכולה הח'נפית. זוהי האסכולה המחייבת בישראל, בתי הדין המוסלמיים בישראל פוסקים לפיה. המאפיין של האסכולה הח'נפית הוא שהיא אסכולה של דעת – מתבססת על השכל הישר. אבו חנ'יפה הרבה להשתמש באנלוגיה – כיוון שבתקופתו החלו לאסוף את החדיתים, לא היו בידו כל החדיתים, היה בידיו את הקוראן והוא השתמש בו כמטרות שיש להשלים בחיים האלה. לכן איפה שלא היה הלכה הוא הלך וגזר הלכה חדשה שעולה בקנה אחד עם היעדים והמטרות של הדינים שיש בקוראן. לכן הוא הפעיל את השכל הישר והוא נקרא אבו חנ'יפה החכם של אסכולת הדעת (מרבה בשימוש בשכל הישר לגזירת הלכות). אבו ח'ניפה הוא מוסלמי אך לא ערבי, הוא חי בעיראק שהייתה בירת ההגות והמדע בעולם העתיק של אז – היו שם פילוסופים, חכמים, אנשי הגות . זה השפיע על אבו ח'ניפה שכן היה חשוף לפילוסופיות של עולמות שונים וכך התחבר לידע האנושי וההגות האנושית וכך השתמש בשכל הישר לפסיקת הלכות.

**אסכולה 2: האסכולה המאלקית** שנת 715-795 מייסד מאלק האסכולה המאלקיתההבדל בין מאלק לאבו חנ'יפה – מאלק היה תושב ב"מדינה", שם היה חי הנביא. אנשי מדינה אלו אנשים שחיו בקרבת הנביא, למדו ממנו התרשמו ממנו. מאלק הכיר הרבה חליפים של הנביא וכתב ספר שם רשם הרבה חדיתים שהוא קרא ושמע ולכן בספר זה יש המון תיעודים של חדיתים של הנביא. המאפיין הראשון: מאלק ידע יותר חדיתים מאבו חניפה המאפיין השני: מאלק האמין שמנהגם של אנשי מדינה הוא מנהגם של הנביא. לכן השתמש מאלק בנוהג של אנשי מדינה כדי לפסוק הלכה. מאלק הסתמך על המנהג של אנשי מדינה.מדובר באסכולה שמרנית ששמרה על החדיתים של הנביא, ושמרה על המנהגים של אנשי מדינה שקיימו את המנהג של הנביא. אסכולה זו אישרה את הפרקטיקה של מקומות כהלכה בתנאי שהמנהג לא סותר את הקוראן.

**אסכולה 3: אסכולה האשאפעית** שנת 769-820 מייסד אלשאפעי האסכולה האשאפעית. המוסלמים בישראל בחיים הפרטיים שלהם מקיימים את האסכולה האשאפעית שכן זוהי האסכולה הרווחת בלבנט (באיזור ישראל). לעומת זאת בתי הדין המוסלמיים בישראל אימצו את האסכולה הח'נפית.מדובר באסכולה אשר מבוססת על האיזון בין הטקסט לבין השכל הישר.מייסד אלשאפעי: נולד בעזה, עבר למכה, עבר למדינה ואח"כ לעיראק ובסוף שב למצרים ומת במצרים.היה אינטלגנט, בגיל 7 למד את הקוראן בע"פ, בגיל 10 למד את האסכולה של מאלק בע"פ, אח"כ למד את האסכולה של אבו ח'ניפה. לכן הוא בא לאזן בין הטקסט לשכל הישר. כיצד? הוא קבע כללים לפסיקת הלכה = יסודות ההלכה. כלומר כשרוצים לפסוק הלכה הוא קבע תנאים: מי יכול לפסוק, איך הוא פוסק, על סמך מה הוא פוסק הלכה. האסכולה הזו נתנה מעמד על לסונה= החדית' שכן היא מגיעה לפרש, להשלים את הקוראן. אך האסכולה גם אפשר שימוש באנלוגיה, בשכל הישר, איפה שאין דינים קיימים. אלשעאפי יצר תיאוריה משפטית חדשה אשר קובעת מתודולוגיה של פסיקת הלכה (פעם ראשון שמישהו עשה זאת). קבע תנאים, קבע איזון בין הכתוב לשכל הישר. האסכולה שלו נחשבת למתקדמת מבחינה רעיונית כי היא רחבה ומקיפה.

**אסכולה 4: אסכולה החנבלית** מייסד חנבל, מת בשנת 855 האסכולה החנביתמדובר באסכולה שמרנית ביותר – לוקחת רק את הקוראן והסונה כמקורות לפסיקת הלכה. כדי לכפר על השמרנות של האסכולה הזו שפוסקת רק על בסיס מקורות טקסט (הקוראן והסונה) האסכולה התירה שימוש גם בחדית חלש וגם בחדית חסן. ## 3 סוגי של חדית':

(1) חדית צחיח: אם יקבע שהחדית אותנטית אז היא חדית צחיח

(2) חדית חסן (=טוב): חדית שיש ספק בקשר לאותנטיות שלו אך המסר שלו טוב, המסר מביא רעיון דתי טוב.

(3) חדית חלש: מידת האותנטיות שלו חלשה.

סקאלה של קונצנזוס

שמרנים -------------------------------------- פתוח (פרגמני)

חנבלית מאלק שאפעים חנפית

כיום, האסכולות מחולקות לפי איזורים גיאוגרפים:

-האסכולה החנפית: נפוצה בארצות האסלאם הלא ערביות. כמו: פקיסטן, מרכז אסיה, אפגניסטן, הודו, אינדונזיה, טורקיה.

-האסכולה המאלקית: צפון ומרכז אפריקה.

-האסכולה החנבלית: מדינות המפרץ : קטאר, בחריין.

-האסכולה השאפעית: באיזור שלנו, מצרים והלבנט (סוריה, ירדן, ישראל, לבנון). הושפעו המון משאפעי שבסוף חייו התגורר במצרים ומת שם.

**איך התפתחו האסכולות?**

יש חכם הלכה אחד אשר הגה רעיון, תיאוריה משפטית ולימד אותה לתלמידיו. תלמידיו לקחו את הידע, ההלכה של המורה שלהם פיתחו אותה, לימדו אותה לאחרים. האחרים גם כן לימדו והפיצו. בתהליך היסטורי תלמידיו של החכם פיתחו והפיצו את האסכולה (אם נשאל את חכם ההלכה הוא לא יגיד שהוא תכנן לפתח אסכולה). באסלאם הסוני לאורך ההיסטוריה היה קונצנזוס על 4 האסכולות האלו כאסכולות לגיטימיות. כל מוסלמי יכול לאמץ כל אחת מ-4 האסכולות האלה והוא הולך כדת וכדין. כל אסכולה היא לגיטימית ומקובלת בעולם המוסלמי, אסכולה לא פוגעת בלגיטימיות של האחרת. בעולם המודרני חל תהליך של יציאה ממחויבות לאסכולות- כלומר באים חכמים שטוענים כי אין דבר כזה להיות מחויב לאסכולה אחת שכן החיים מאתגרים, יש המון קשיים ומוסלמים נדרשים לשלב בין האסכולות כדי להתמודד עם קשיים אלה. לכן יש זרם חזק של חכמי הלכה שקוראים לצאת מהמחויבות לאסכולה ולהכשיר את 4 האסכולות ולבחור מכל אחד מהם את ההלכה המתאימה אשר מגשימה את הדת ומקלה על הציבור. האסכולות: מסכימים על העיקר, אך השוני הוא בפרטים של ההלכה.

**התפתחות המשפט המוסלמי**

1.התקופה הראשונה: תקופת השליחות של הנביא – חקיקת המשפט המוסלמי

הנביא קיבל את השליחות מהאל בשנת 611 לספירה הנוצרית, בתקופה שלו נוסד המשפט המוסלמי ע"י שני מקורות שהם שני המקורות הראשיים והחשובים של המשפט המוסלמי: (1) הקוראן – הקוראן החיל דינים, מה מותר מה אסור והדינים מתקבלים דרך הקוראן ולכן המשפט המוסלמי מתחיל להיווסד ע"י הקוראן. (2) החדית' – הסונה. הנביא עצמו מודרך ע"י האל. התקופה הזאת נמשכת עד 624 שזה שנת הפטירה של הנביא. התקופה הזו נקראת גם תקופת החקיקה (תשריע) כי בתקופה זו חוקקו את הדינים – הנביא באמצעות הקוראן שהכיל את הדינים, והנביא היה מודרך ע"י האל. כל מה שרשום בקוראן הוא בבחינת חוק שלא ניתן לסתור עליו. התקופה הזאת נותנת את התשתית החקיקתית למשפט המוסלמי. התוצר של התקופה הזו – הקוראן והחדית' הם נקראים שריעה. בתקופה הזו כשהייתה שאלה היו הולכים לנביא דבריו הם בבחינת חוק . רק הנביא מוסמך לפסוק. המשפט המוסלמי מורכב משני חלקים: שריעה והלכה: שריעה זה מכלול הציווים והדינים שמקורם בקוראן או בחדית' (בסונה). לעומת השריעה יש הלכה (=פקה) – פסיקה של הלכות ודינים ע"י חכמים ע"פ כלים שבשריעה והמקור שלהם הוא השריעה.

2.התקופה השנייה: תקופת ייסוד ההלכה

בתקופה הזו מתחילים לייסד את ההלכה. בתקופה הזו הנביא מת. למה צריך לייסד את ההלכה? אחרי מות הנביא החיים ממשיכים, הבעיות ממשיכות לקרות, אתגרים, עולות סוגיות מורכבות. ואז הצ'אחבה (=מי שפגש את הנביא ולו פעם אחת בחייו והאמין בו נקרא צ'חאבי – אדם כזה קיבל מטען רוחני, יש לו מעמד גבוה שכן התרשם מהנביא ישירות, למד ממנו) אחרי מות הנביא היו כ"כ יהירים שלא העזו להתחיל לחשוב ולתת תשובות בעצמם. הם החלו לפרש את הקוראן ולחשוב מה הנביא היה עושה במקרים כאלה וניסו להבין מכך איך הנביא היה קובע במקרה כזה.

לדוג': מגיעה מישהי עם ילד שנולד אחרי 6 חודשים מהנישואין, בעלה טוען שהיא נאפה כי לא יכול להיות שהיא הביאה ילד אחרי 6 חודשים. רצו לבדוק האם להרשיעה בניאוף או לא. החליפה עומר קבע כי 6 חודשים זה לא גיל שמביאים בו ילדים ולכן האישה הזו נאפה. החליפה עלי קובע כי היא חפה מפשע הניאוף, עומר שואל איך זה הגיוני, עלי חוזר לקוראן ואומר לו שבקוראן כתוב שההנקה היא 24 חודשים ויש פסוק אחר שאומר ההיריון וההנקה 30 חודשים – עלי אומר אם אנו מפרשים את שני הפסוקים ואם מנקים את שניהם זה יוצא 6 חודשים ולכן האישה חפה מניאוף הילד לגיטימי. עומר מודה שהוא טעה. הסכימו על הלכה שאומרת כי תקופת ההריון המינימאלית היא 6 חודשים. ( עלי ביצע פרשנות של שני פסוקים בקוראן ויצר הלכה ע"י הסכמתו של עומר). בתקופה הזו פסקו הלכה באמצעות קונצנזוס – שזה מהווה הסכמה של הצ'אחבה. התקופה הזו נמשכת ממות הנביא 624 עד 652. התקופה הזו כ"כ חשובה שהיא בעצם עיצבה את המשפט המוסלמי. משפיעה על המוסלמים עד ליום זה.

3.התקופה השלישית: תקופת תחיית מדע ההלכה

שנת 652-1153 - התקופה החשובה ביותר בהלכה המוסלמית, שכן הרוב המכריע של ההלכה התפתח בתקופה הזאת. זאת התקופה שבה הייתה המדינה האסלאמית אימפריה גדולה ששלטה בכל העולם העתיק, יש לה כוח פוליטי כלכלי מדעי, יש הלכים, יש ממצאים. מדובר בתקופת עידן הזהב של האסלאם. בתקופה הזאת מתפתחת ההלכה בצורה ענקית, איך? (א)מתחיל ונגמר איסוף החדית' בכרכים. לכן עצם איסוף כל החדית'ים בכרכים כתובים זה נותן לכל חכם הלכה חומר רב שהוא יכול ללמוד ולפסוק לפיו הלכה. זה מאפשר לחכמים לפסוק הלכה בכמויות אדירות שכן יש הרבה חכמים שלומדים כי יש הרבה עושר ומשאבים, כולם לומדים את הקוראן והחדית' שנמצא עכשיו בכרכים כתובים ויש להם חומר רב ללמוד ולפסוק. לכן זה מעשיר את עולם ההלכה המוסלמי. (ב)מנגנוני פסיקה ומקורות חדשים – מתחילים להתפתח מנגנונים לפסיקה ומקורות חדשים כמו קיאס (אנלוגיה), מנהג אנשי מדינה וכו'. פיתוח של מנגנונים אלו מייצרים עושר הלכתי. (ג)אסכולות – בתקופה זו מתחילים להתפתח 4 האסכולות. לכל אסכולה יש תלמידים שלומדים אותה, מלמדים אותה ומפיצים אותה.

4.התקופה הרביעית: תקופת החיקוי (תקלד) / תקופת הקיפאון ההלכתי

בשנת 1153 נכבשה בגדד שהייתה בירת האימפריה האסלאמית ע"י המנגולים. המנגולים הרסו את בגדד, שרפו את כל הספרים, עשו נזק תרבותי אדיר בכדי לנסות להחריב את האסלאם , את המורשת ואת התרבות האסלאמית. התחילו כיבושים שכבשו את ארצות האסלאם לנסות למוטט את דת האסלאם ואת ההלכה המוסלמית וכל מה שקשור במדע ובידע על האסלאם. ואז חכמי ההלכה נכנסו למגננה כי הם אמרו שהם עכשיו בתקופה שהמוסלמים נשלטים ע"י שלטון זר לא מוסלמי שמאיים עליהם וכדי לשמר את הדת את השריעה ואת ההלכה המוסלמית מפני כל התערבות או שינוי או שיבוש ע"י אנשים זרים שיכנסו להלכה וישבשו אותה הם יסגרו את שערי האיג'דיהאד (=איג'דיהאד זה מאמץ הלכתי לגזור הלכות חדשות). כלומר החכמים מתכנסים להלכה שהייתה קיימת עד אז, לא מפתחים את ההלכה, לא מביאים מקורות והלכות חדשות אלא רק מתקבעים במה שיש. לכן זה נקרא תקופת הקיפאון ההלכתי. החכמים התחילו להתכנס בתוך ההלכות – למעשה כל אסכולה מתחילה להתפתח עם עצמה – לכל אסכולה יש תלמידים שמפתחים את האסכולה. התקופה הזו הייתה תקופה מצוינת של התפתחות האסכולות מבפנים, לא ע"י מקורות / מנגנונים חדשים אלא ע"פ מקורות/מנגנונים של כל אסכולה. לכן התקופה הזאת נקראת גם תקופת החיקוי – שכן חכמים מתחילים לחקות את החכמים שלפניהם, הולכים אחריהם ולא יוצאים לדרך אחרת. התקופה הזו נמשכת מ1153 עד העידן המודרני (בכוונה אין שנה). בתקופה הזו היו חכמים גדולים שהביעו רעיונות חדשים, הלכות חדשות, שגרמו לחידוש משמעותי של הלכה, לשמירה על הדת מפני אובדן. למרות שזו תקופת קיפאון, כיבוש, פחד וחשש.

דוגמאות של חכמים שהביעו רעיון / תפיסה דתית חדשה שהביאה לחידוש משמעותי בדת ובהלכה:

**-אל גזאלי:** פילוסוף מוסלמי שהשפיע על כל הפילוסופיות המערביות, כולם למדו אותו שכן הוא ייסד את הפילוסופיה המוסלמית. חי תקופה ארוכה בירושלים. גדל בבית של חכמים, התחילה אצלו תהייה וחשדנות בדת, ואז הוא התגבר על כך וכתב ספר שנקרא 'המציל מפני התהייה'. בשביל המשפט המוסלמי הוא הגה רעיון מדהים שהיווה את מקור המצ'לחה = האינטרס הציבורי כמקור משפטי. אומר כי ניתן לגזור הלכה חדשה שמגשימה את האינטרס הציבורי, ובתנאי שהיא לא סותרת את הקוראן ואת הסונה ואין בנושא זה התייחסות בקוראן ובסונה (כלומר נושא חדש). נפטר ב1111 לספירה הנוצרית, נקרא המחדש בדת האסלאם שכן הוא העביר את הדת לעידן החדש שהיה אחרי רנסנס(=פיתוח ענקי בהלכה). יש חדית' של הנביא שאומר כי כל מאה שנים יגיע חדית' שיחדש את הדת (= יפתח רעיונות חדשים מתוך הדת ויתאים אותה לנסיבות החיים ).

**-אל שאטבי**: נפטר בשנת 1500 לספירה הנוצרית. אל שטאבי היה חכם הלכה עיוור והוא הגה את הרעיון של יעדי השריעה. התיאוריה המשפטית שלו השפיעה המון על ההלכה אז והיא היום התיאוריה המשפטית המרכזית שמשתמשים בה בעידן המודרני לגזירת הלכות. כלומר גוזרים הלכה חדשה אם היא עולה בקנה אחד עם אחד היעדים של השריעה.

-**אבן תימיה:** נפטר ב1600 לספירה הנוצרית. בתקופה המאוחרת של ימי הביניים הייתה בורות גדולה, היה שפל מדעי הלכתי, פשטו בקרב המוסלמים אמונות תפלות, עבודה זרה, חידושי הלכה ללא כל בסיס הלכתי, עיוות בדת, תהייה של המאמינים. אבן תימיה שהיה חכם הלכה נועז וקשה עורף ונלחם בכל העיוות של ההלכה והדת וביקש להחזיר את הדת לטהרתה. ואז הוא הגה את הרעיון של מנהג הקודמים הישירים שאומר כי אנו נחזיר את הדת, ההלכה, המשפט למה שהיה בתקופתם של המאמינים הקודמים ישרי הדרך. כלומר אבן תימיה מבקש לנקות מהדת את כל העיוותים שנכנסו בתקופת הקיפאון והלאה ולהחזיר את הדת לטהרתה כפי שהתעצבה בתקופת הנביא עד המאה העשירית (עד תקופת תחיית מדע ההלכה). אבן תימיה היה חכם הלכה שמרן, אך בזכות השמרנות הוא מנע את אובדן הדת. התפיסה שלו משפיעה עד הימים האלה. במחשבה לאחור לא נכון לומר שנסגרו שערי האיג'דיהאד שכן היו חכמים רבים שהציעו הברקות וגישות שונות. אך הקונספט של סגירת שערי איג'דיהאד הוא קונספט חדש שבא לייצר את זה שרק נועזים ויוצאי דפן יוכלו לחדש את ההלכה בימים אלה. בתקופה הזו למרות שהמוסלמים הובסו, ובמזרח המונגולים השתלטו על האימפריה המוסלמית, הייתה הכי הרבה כניסה לאסלאם – המון עמים התאסלמו. כל מרכז אסיה, רוסיה, סין, הודו ודרום מזרח אסיה (מלזיה, אינדונזיה) התאסלמו בתקופה זו ע"י המסדרים הסופים. למסדרים אלו היה תפקיד גדול בהתאסלמות של עמים רבים דווקא בתקופת החולשה וההבסה של המוסלמים.

5. התקופה החמישית: העידן המודרני

מתי מתחיל העידן המודרני? יש כמה גרסאות. התיאוריה הרווחת שהוא מתחיל בכיבוש נפוליאון את מצרים (שנת 1798 בערך) שכן זו הפעם הראשונה שהעולם המוסלמי נחשף לקדמה התרבותית, המדעית, הצבאית, הכלכלית, המדינית של המערב. המערב שהיה בימי הביניים חלש מלא בבורות ורשע, התקדם מאז ומגיע הצבא של נפוליאון עם מדענים רבים, אנשי ידע, מדע וכלכלה ובקלות כובשים את מצרים. העידן המודרני זה תקופה בה מתחיל הפרט להיות אדון לעצמו. ערך האדם כאדם הוא החשוב ביותר. אנשים מתחילים להבין את עוצמת האדם. ואז מתחילים המוסלמים לחשוב מה גרם להם לשקוע בבורות, מה הוביל אותם לנחיתות תרבותית צבאית מדעית כלכלית מפני המערב. איך המערב יותר מתקדם מאיתם כאשר המוסלמים הם שיצרו ופיתחו את המדע והתיאוריות בכל תחומי הידע. איך המוסלמים חוזרים לקדמת הטכנולוגיה המדע התרבות והנאורות?

כאן מתחיל העידן המודרני. בעידן הזה נחלקים המוסלמים ל- 5 זרמים, זרמים אלה באים לענות על השאלות איך מחזירים עטרה ליושנה? מה צריך לעשות כדי לייצר אומה אסלאמית מתקדמת?

א. הזרם הסלפי: מאמץ את הגישה של אבן תימיה, חזרה למנהגם של הקודמים ישרי הדרך.

ב. הזרם האסלמי-ליברלי: גישה אסלאמית פתוחה שהמוטו שלה הוא הפרדה בין דת למדינה.

ג. הזרם הווסטי: ווסט= אמצע. הזרם האמצעי בין הסלפי לליברלי שמחבר בין ההלכה למציאות. הזרם של האחים המוסלמים.

ד. הזרם הג'יהאדי-סלפי: זרם שמאמין בנוקשות הלכתית ומדינית.

ה. הזרם המודרני: פתיחות הלכתית ומדינית.

שוני בין האסכולות ובין הזרמים

• השוני בין האסכולות: הוא השוני בגישה המשפטית – איך לפסוק הלכה?

• השוני בין הזרמים : הוא מה מעמד הדת ואיך מתייחסים לדת כאשר כל הזרמים הם זרמים דתיים.

המחלוקת בין הזרמים היא מה מעמד הדת.

**פירוט על הזרמים**

הזרם הסלפי - ההוגה הראשון המודרני של הזרם המודרני הוא מוחמד בן עבדאלוהאב– מייסד התנועה הוהאבית : היה איש דת נוקשה הוא אדם שקובע כי הדת נדרשת להיות דווקנית, שמרנית, הצמודה לטקסט.

מוחמד אל ווהאב שחי בחצי האי ערב אמר שאיבדנו את המובילות האנושית בגלל שסטינו מהדת. לכן עלינו לחזור להלכה הדתית שהתפתחה עד תום תקופת תחיית מדע ההלכה (עד סוף התקופה השלישית), כי אז חיו הנביא והסח'אבה והגאונים שלמדו מהם. זוהי הדת האותנטית ואנו צריכים לחיות לפיה. לפיכך, הם לא מקבלים חידושים בהלכה (כי אם אתה מחדש אתה גורם לתהייה, תהייה מובילה לאובדן, ואובדן מוביל לגיהינום). נקראו גם הסלפים- הקודמים, ישרי הדרך. הסלפים מבחינה דתית הם זרם שמרני אדוק (ולא קיצוני, כי קיצוני יוצא מגדר הנורמה, ואדוק זה מי שנמצא בקצה האסכולה ולא יוצא ממנה כמו הקיצוני) אך מתון מבחינה פוליטית כי הם חושבים שאסור לצאת נגד השלטון גם אם הוא לא דתי אך הגון (עקרון כיבוד הריבון- כלל ברזל). לכן, הם אנשים פרגמטיים ויכולים לחיות תחת כל ריבון (אך לא תחת ריבון שנלחם בדת). הם אלו שנשאו את דגל הסלאפיה, בברית עם משפחת סעוד וכך ייסדו את הממלכה הסעודית. יש להם חוק שאסור להתנגד- חכם אל מתגנב. מנהיגם הרוחני היה אבן תימיה. הם לא פוסלים קידמה, אבל הם פוסלים כל נורמת התנהגות שמנוגדת לדת ולא נקבעה אצל חכמי הלכה גדולים/ בקוראן. הסלפים תמכו בשלטון מובראק, כשהאחים המוסלמים שלטו הם תמכו בהם, כשהצבא עשה מהפיכה ותפס את השלטון הסלפים תמכו בו – כלומר הסלפים תומכים בשלטון, אסור למרוד בשלטון שכן חשוב להם הדת. הסלפים דוגלים בסודילזציה = נבדלות. כלומר, במקומות שלא מצליחים לשלוט במרחב הציבורי הם נפרדים לגמרי – לכן הם עושים בתי ספר משלהם לדוג' ( דומה לחרדים). הסלפים לא מאמינים שיש לחדש את ההלכה.

הזרם האסלמי – ליברלי: אנשים מחויבים דתית, מקיימים את מצוות הדת, שומרים על הדת, מבחינתם הדת היא גורם עיקרי בחייהם אבל הם ליברליים במרחב הציבורי. מאמינים שהמרחב הציבורי צריך להיות ניטרלי ולא ציבורי. כלומר נקיים את הדת במרחב הפרטי, נאמין, נעשה את כל המצוות אך המרחב הציבורי הוא ניטרלי אזרחי בו כולם משתלבים ופועלים כדי להתקדם כחברה משכילה במדע, בתרבות וכו'. שמרנים מבחינה דתית שמקיימים את הדת על כל צוויה אבל במרחב הפרטי ולא הציבורי.

הזרם הווסטי : נקרא בעברית הזרם האמצעי – באמצע בין הסלפי לליברלי. הזרם אומר – מצד אחד אנו מחויבים לדת מצד שני יש אתגרים מודרניים, בעיות חדשות שאנו מתמודדים איתם ולא ניתן לכבול את ההלכה ולא לגרום לה להתפתח, לא ניתן לא לחדש את ההלכה. יש סוגיות מודרניות כלכליות , חברתיות, פוליטיות שנדרש לתת עליהם מענה. לא ניתן להתבדל מהעולם. מאמינים שיש לחבר בין ההלכה למציאות – שמרנות וחדשנות – מאמינים שיש לקיים את ההלכה לפי ישרים קודמי הדרך אך גם יש לחדש ובגדול. החידוש יתבצע מהשריעה ובאמצעות הכלים של השריעה בלבד. מדובר בזרם פרגמטי שמתחשב בנתוני החיים, מתחשב באילוצי החיים. פוסק הלכות חדשות כדי להתאים לנסיבות החיים המודרניים אך הכל נעשה ע"י כלים ומנגנונים שמצויים בשריעה ובהלכה עצמן (לא יוצאי מגדרי השריעה).

אחת הגישות/ הדוקטרינות של הזרם הווסטי היא ההלכה למעוטים המוסלמים – המעוטים המוסלמים שחיים במדינות לא מוסלמיות מתמודדים עם בעיות קשות בגלל הסביבה הלא מוסלמית ולכן יש להתחשב בנתונים של הסביבה הזאת בפסיקת ההלכה. ההלכה שהם פסקו שונה מההלכה הקלאסית ושונה ממה שעוסקים במדינות מוסלמיות עכשוויות . למה? כי הם טוענים שלא ניתן להשאיר מוסלמי שחי במדינה לא מוסלמית במצב של צרה בגלל ההתנגשות בין הדת לבין תנאי החיים. לדוג': בקוראן כתוב שאסור להשתמש בריבית, ומי שמשתמש בריבית דינו כדין מי שהכריז מלחמה על הנביא ושליחו. כלומר מדובר באיסור מאוד חמור.

עלתה שאלה לזרם הווסטי: אדם מוסלמי שחי בצרפת ורוצה לקנות דירה בצרפת כדי לשכן את אשתו וילדיו ואין לו כסף. הדרך היחידה זה הלוואה בריבית. האם מותר לו לקבל משכנתא כדי לקנות בית שיהווה מקום מוגן? הווסטי פסקו שניתן שכן בית במדינה מוסלמית מהווה צורך אך זה לא הכרח, ניתן להמשיך לחיות לדוג' בבית ההורים. לעומת זאת, במדינה לא מוסלמית אם אין לך בית אתה לא בטוח על נפשך ולא על נפשם של אישתך וילדיך. הדרך היחידה להיות בטוח זה לקנות בית ואם אין לך כסף לקנות בית מותר לך לקבל משכנתא בריבית כדי לקנות בית. הבית במדינה זרה מהווה הכרח – והכרח מתיר איסור. הזרם הווסטי, שהוא זרם פרגמטי שמבקש לחבר הלכה למציאות ,מקורו בתנועה פוליטית שמרנית שנקראת 'תנועת האחים המוסלמים'. חזון האחים מוסלמים זה לגרור אנשים חזרה לדת כדי שבאופן טבעי ובמהלך היסטורי תקום מדינה אסלאמית שבראשה יעמוד ח'ליפה אך לא בכוח לא בטרור ולא בכפייה אלא בתהליך טבעי של התקרבות לדת. המתדולוגיה של הזרם הווסטי החלה להתפתח ב1960 – אחד האנשים שהובילו את הזרם הווסטי נקרא קרדאווי.

הזרם הג'יהאדי – סלפי: זרם בעל שתי אג'נדות: (1) דתית – בתפיסות הדתיות שלו הוא סלפי. שמרן מבחינה דתית, רוצה לחזור למנהגי הקודמים ישרי הדרך, דווקנות, טקסטואליות דתית ללא חידוש. (2) פוליטית – ג'יהאדי שכן אימץ את הרעיון של האחים המוסלמים של הקמת מדינת האסלאם. אך בניגוד לאחים המוסלמים שרצו את המדינה בהדרגתיות, בהליך טבעי אבולוציוני בדרך של התרחבות ע"י מתן שירותים , תהליך הדרגתי של התרחבות הדת. הזרם הזה רוצה להקים את המדינה בג'יהאד , בכוח וכאן ועכשיו – במדינה הזו ישלוט האסלאם ובראשה יעמוד החליפה. לחימה כדי להקים את מדינת האסלאם. # יש הבדל בין מדינה מוסלמית למדינה אסלאמית – מדינה אסלאמית היא כזו שמבוססת על האסלאם, כל המבנה המשפטי, השלטוני, התנהלות, חוקה, מנהיג יהיו רק על פי חוקי האסלאם.

הזרם המודרני: מצד אחד דתיים מאמינים, שרוצים לקיים את מצוות הדת, רוצים לראות את הדת פעילה גם במרחב הפרטי וגם במרחב הציבורי. אבל, מכבדים את דעת אחרים, לא כופים את עצמם על אחרים, ללא חזון להקמת מדינת אסלאם אלא בעלי חזון לחיות חיים אסלאמיים בכל מקום שהם יהיו על פי תנאי המקום. זרם פרגמטי : מבחינתם ניתן לחדש הלכה, לחבר את ההלכה למציאות. השוני מהזרם הווסטי – הזרם המודרני ללא אג'נדה פוליטית של מדינה אסלאמית, אלא הם רוצים לחיות חיי דת ללא חזון כלשהו, אלא לחיות את האסלאם באיזה מדינה שהם נמצאים. אלו הם 5 הזרמים שקיימים כיום בעולם המודרני.

**בתי הדין השרעיים**

בשנת 1517 התואר חליפה (מנהיג מדינת האסלאם) עובר לסולטן העותמאני. כלומר, מ1517 והלאה החליפה המוסלמי עובר אל הסולטנים של המדינה העותמאנית ששלטה בין היתר גם על ישראל. השליטים העותמאנים למעשה היו החליפים.. כחלק מהמדינה העותמאנית הם הקימו בתי משפט לפתור סכסוכים בין הנתינים- נקראו בתי דין שרעיים. תפקידם של בתי הדין היה לפסוק בכל הסכסוכים, בין כל הנתינים, ללא קשר לדת או ללאום. וגם בין הנתינים לבין המדינה. השופט בבית הדין השרעי נקרא קאדי (=שופט).

בתי הדין השרעיים פסקו בסכסוכים על פי הדינים של השריעה וההלכה המוסלמית. לא היה חוק, לכן אם שופט רצה לפסוק בסכסוך עליו היה לחזור לספרות/ קוראן / לספרות ההלכתית. הבעיה הקשה במערכת המשפט הנ"ל שהיא לא יציבה ובלתי נצפית. גורר לחוסר יציבות שלטונית. לכן המדינה העותמאנית מתחילה לגלות חולשה משפטית, ארגונית, שלטונית. ואז כדי שהעותמאנים יתגברו על החולשה במשטר שלהם הם צריכים לבצע רפורמה משמעותית שתיגע בכל יסודות השלטון, המשפט והמנהג. לכן ב-1850 מתחילה רפורמה עמוקה בכל סדרי השלטון והמשפט באימפריה העותמאנית שנקראת 'תנזימאת' (=הסדרים). מה שנעסוק בקורס זה הרפורמה המשפטית.

הרפורמה המשפטית כללה:

(1) לא עוד חזרה לספרות הלכתית כדי לחפש את הדין אלא יש לחוקק חוקים שנגזרים מהשריעה ומההלכה (חוקים דתיים מוסלמים שמבוססים על הדינים השרעיים). אלו נחקקו לאחר שקבוצה של חכמי הלכה עבדו על ארגון החוקים באופן שיתן מענה משפטי חד וברור.

(2) הקמת מערכת משפט מקבילה לבתי הדין השרעים שנקראו מערכת משפט ניזאמית שהייתה מערכת משפט אזרחית שבסמכותה לפסוק על כל התחומים האזרחיים למעט נושאי מעמד אישי. כלומר הגבילו את הכוח של בית הדין השרעי רק לנושאי מעמד אישי.

במקביל לבתי הדין השרעים , העותמאנים הקימו גם בתי דין לכל הדתות השונות: בית דין יהודי / נוצרי. בסמכותם לדון במעמד אישי בהתאם לכל דת. ההבדל: בית הדין השרעי התבססו על הדת, השופטים היו אנשי דת שפסקו ע"פ הדת, ואילו מערכת המשפט הניזאמית שפטו ע"פ כללים אזרחיים.

**בתי הדין השרעיים שנקלטו לתוך המשפט הישראלי:**

המחוקק המנדטורי חוקק חוקה שיקבעו את הסדרי המשפט המנדטוריים (= דבר המלך במועצה). דבר המלך קבע את ערכאות השיפוט והפכו להיות חוק במדינה.

•סימן 51 – הגדרת ענייני מעמד אישי שבסמכות בתי הדין הדתיים.

•סימן 52 – הגדרת ענייני מעמד אישי שבסמכות בתי הדין השרעיים. סימן 52 גובר על 51 שכן הוא ספציפי וספציפי גובר על כללי.

•סימן 65 – סמכות בינלאומית פרטית לבתי הדין השרעיים. הסימן משלים את הסמכות הבינלאומית הפרטית של בתי הדין השרעיים.

סימן 52 מאוד חשוב: לבתי הדין השרעיים סמכות בלעדית לדון בענייני מעמד אישי של מוסלמים , נתינים ישראליים, כהגדרתה בס' 7 לחוק סדרי הדין השרעיים וכן ענייני וקף, יצירה וניהול וגם בענייניו של מוסלמים הכפופים לפי חוק מדינת הלאום לסמכות בתי דין שרעיים בעניינים אלה.

מעניינים אלה עולה 2 מישורים: (1) סמכות בינלאומית פרטית – האם לערכאה השיפוטית הספציפית יש סמכות לדון בעניינו של X שממדינה Y.

תנאים:

תנאי חובה - מוסלמי: לפי מי שרשום במרשם האוכלוסין הישראלי. ניתן לרשום במרשם האוכלוסין אם נולד לאמא מוסלמית או המיר את דתו. בתי הדין השרעיים לא יכולים לדון בעניינים של לא יהודים. נתינים ישראלים : תושב ארעי, תושב קבע, אזרח. או נתין זר שכפוף לפי חוק מדינת הלאום לסמכות בתי דין שרעיים.

כלומר אם יש אדם מוסלמי שכפוף לסמכות בתי דין שרעיים לפי האזרחות שלו – יוכל להתדיין בבתי הדין השרעיים. לדוג' ירדן, לבנון. מוסלמי לפי נתין זר – הוא מי שהצהיר על עצמו כמוסלמי. או - סימן 65: נתין זר שמדינה שלא מקיימת בתי דין שרעיים תהיה סמכות בהסכמתו.

לדוג' – אם יש לנו אזרח ארה"ב שנשוי לירושלמית, בית הדין מקבל סמכות כי היא מוסלמת, תושבת קבע. לגבי האזרח: מוסלמי, לא תושב/אזרח ישראלי, לא נתין זר שכפוף לבתי דין שרעיים -> אם הוא מסכים אז לפי ס' 65 ניתן להתדיין בנושא שלו בבתי הדין השרעיים.

הורחב בפסיקה של בתי הדין השרעיים: ניתן להסכים במפורש או בהתנהגות. בג"ץ צמצם והכריע שנדרש הסכמה מפורשת.

(2) סמכות עיונית – האם הנושא של התביעה הספציפית הוא בסמכות בתי הדין השרעיים. סימן 52 מגדיר את הסמכות העיונית של בתי הדין השרעיים – ענייני מעמד אישי כהגדרתם בס' 7 לחוק סדרי הדין השרעיים וכן ענייני וקף.

•לפי ס' 7 לחוק סדרי הדין השרעיים: ענייני מעמד אישי כוללים:

(1) ענייני נישואין: יכול להיות רישום נישואין (מוסלמי שמתחתן בישראל רושם את הנישואין שלו בבית דין שרעי), אישור נישואין (נישואים שנעשו מחוץ לבית הדין, לבית הדין יש סמכות לאשר אותם ולתת להם תוקף),

-אשרור נישואין: נישואין שנערכו בבית דין שרעי זר(לדוג' אדם התחתן בבית דין שרעי במרוקו), לבתי הדין בישראל יש סמכות לאשרר אותם ולקבוע שהם תקפים ומחייבים בישראל.

-ענייני מוהר: סכום כסף/שווי כסף שמסכימים בני הזוג שבן הזוג ישלם לבת הזוגה בתמורה לכך שהיא הסכימה להתחתן עמו.

מוהר הוא תוצר לוואי מחייב – בכל נישואין יש מוהר.

-יחסים של בית הזוגיות: קניות לבית הזוגיות – מוצרים חשמלים, ריהוט (=מטלטלין שבתוך הבית) נחשב תחת ענייני נישואין כי קונים זה למען ובגלל הנישואין.

-תכשיטי זהב שניתנים בגלל הנישואין

(2) ענייני גירושין:

-גירושין

-הפרדה

-התרת נישואין : הקאדי עצמו מכריז על הנישואין נפסדים אם לא מתקיים אחד מתנאי הכשירות של הנישואין. הוא מפריד בין הצדדים ומתיר את קשר הנישואין שבניהם. הזוג לא נחשב גרוש אלא רווקים (כי הנישואים מלכתחילה לא היו תקפים).

(3) אבהות

(4) אפוטרופסות – בין על ילדים ובין על פסולי דין.

(5) משמורת ילדים והסדרי ראייה (= ימי שהות הילדים)

(6) מזונות: 3 סוגי מזונות: א. מזונות אישה ב. מזונות ילדים ג. מזונות קרובי משפחה

(7) ענייני ירושה וצוואות

(8) ענייני נעדרים

(9) יתומים

•בנוסף, יש גם בסמכותם ענייני וקף – הקדש דתי מוסלמי. וקף זה הקדשה של נכס מקרקעין על כל הבנוי ונטועה עליו.

שני דברים נכללים תחת סמכות וקף : (1) יצירה של וקף – הקמה של הקדש דתי מוסלמי (2) ניהול פנימי של וקף.

בשונה מבתי הדין הרבניים, לבתי הדין השרעיים יש יכולת לדון בכל הנושאים הללו – כלומר מי שמעוניין יכול להגיש תביעה בנושאים הנ"ל, ללא הסכמת הנתבע. ללא צורך בכריכה. סימן 52 קבע שלבתי הדין השרעיים יש סמכות בלעדית לדון בעניינים אלה לפי מוסלמים שנקבעים ע"פ סמכות בינלאומית פרטית. ארגוני הנשים טענו להענקת אופציה לנשים מוסלמיות להתדיין גם בבית משפט לענייני משפחה. רצו בעצם לבטל את הסמכות הבלעדית של בתי הדין השרעיים ולאפשר למוסלמים להתדיין בבתי משפט אזרחיים. הממשלה בשנת 2001 הסכימה עם ארגוני הנשים והכנסת אישרה תיקון לחוק בית המשפט לענייני משפחה שקבע כי מוסלמים בישראל יכולים להתדיין בענייני מעמד אישי למעט ענייני נישואין וגירושין גם בבית משפט למשפחה. ענייני נישואין וגירושין עדיין בסמכות בלעדית של בתי הדין השרעיים.

ביטול הסמכות הבלעדית יצרה סוגייה משפטית ענפה : סוגיית מירוץ הסמכויות. שכן למעט ענייני נישואין וגירושין יש סמכות מקבילה של בתי המשפט למשפחה ובתי הדין לשרעיים.

כלל ראשון: כל הקודם זוכה. הקודם מקבל סמכות בלעדית. מי שמגיש קודם יקבל את סמכות הערכאה שיתדיינו בה.

כלל שני: הסמכות הנמשכת. ביהמ"ש/ בית הדין שקנה סמכות לדון בעניין מסוים הוא זה שימשיך להיות בעל הסמכות הנמשכת לדון באותו עניין לבדו (לדוג' אם מתעוררת מחלוקת נוספת בין הזוג באותו עניין הוא יקבל את הסמכון לדון גם בזה).

האם סמכות נמשכת היא חריג לכלל חופש הגישה לערכאות? לכן בג"ץ צמצם את כלל הסמכות הנמשכת וקבע שהיא תתקיים רק אם הערכאה הראשונה קיימה את הכלל של "דן ופסק". דן = הערכאה השיפוטית הראשונה קיימה דיון לגופו של עניין(שמע עדויות, ראיות, תצהירים וכו'). רק לאחר ששמעה את הדיון היא פסקה = נתנה פסק דין. לכן אם אדם הגיש תביעה לשרעי ולמחרת מחק אותה – הכלל של דן ופסק לא התקיים .

החריג ל ? – כלל המושב הלא נאות: אמנם יש לי סמכות של בינלאומית פרטית אך אני לא המושב הנאות לדון בעניין . אני לא הערכאה הנכונה לדון בזה. מה זה אומר לא מושב נאות? אני לא המוסד האפקטיבי לדון בעניין. אמנם יש לי סמכות לדון אך אני לא אפקטיבי (אני = בית הדין).

**הסמכויות**

ישנם שלושה תחומים של סמכות –

(1) סמכות בינ"ל – חריג: מושב הלא נאות, כאשר מושבו של הנתבע איננו ישראל ומידת הקשרים שלו עם ישראל חלשה ועל כן בית הדין לא ידון בתובענה.

(2) הסמכות העניינית – מה שנקבע בס' 52 ושם נקבע שענייני נישואין, גירושין, מזונות, משמורת ואפוטרופסות ידונו בבית הדין השרעי. החריג: המחוקק חוק שביהמ"ש יוכל לדון בענייני משפחה של מוסלמים שאינם נישואין וגירושין. לענייני גירושין ונישואין סמכות ייחודית לבית הדין השרעי. בעניינים אחרים יש סמכות מקבילה גם לביהמ"ש וקובעים מי ידון ע"פ מירוץ הסמכויות. סמכות נמשכת – נקבע ע"פ מבחן דן ופסק. בית הדין דן בצורה עניינית בתובענה ופסק בה לגופו של עניין, אם כן – יש סמכות נמשכת. אם דן ולא פסק, או פסק ולא דן. אין בבית הדין השרעי כריכה. יש לו סמכות ישירה לכל אחד ואחד מהעניינים ללא קשר להסכמת הצדדים או לכריכה.

(3) סמכות מקומית – איזה בית דין שרעי ידון. נקבע על פי מקום מושבו של הנתבע.

בעניינים של רכוש – עניינים של יחסי ממון בין בני הזוג בית הדין השרעי לא מוסמך לדון למעט נכסים או עניינים ממוניים שהם קשורים או מהווים חלק בלתי נפרד מענייני נישואין וגירושין.

הסמכות המקומית : מעוגן בס' 9+10 לחוק סדרי הדין השרעי (לא בסימן 52).

למה יש סמכות מקומית? כי ישראל מחולקת ל-9 אזורי שיפוט: (1) גליל עליון - בית הדין השרעי בעכו (2) מרכז הגליל – בית הדין השרעי בסכנין (3) מטרופולין חיפה – בית דין שרעי בחיפה (4) ואדי ערה – בית דין שרעי בבאקה אל גרבייה (5) מרכז – בית דין שרעי בטייבה (6) תל אביב – בית דין שרעי ביפו (7) ירושלים – בית דין בירושלים (8) מחוז דרום – בית דין בבאר שבע (9) גליל תחתון – בית דין בנצרת.

איפה אפשר להגיש תביעה? בעניין של סמכות מקומית בין בתי דין שרעיים של אותה מדינה יש כלל אוניברסלי – סמכות הדיון תקבע ע"פ המיקום של הנתבע. הנתבע (מקום מושבו) הוא שקובע את אזור השיפוט את הסמכות המקומית, למה? כדי לא לאפשר לתובעים לטרלל, לעייף נתבעים.

לכלל של סמכות מקומית יש חריג: יש סוגי עניינים שהמחוקק העניק סמכות לכל בתי הדין לדון בהם כדי להקל על האנשים, והם: ענייני מזונות, מתן צו ירושה. יש עניינים שהמחוקק התחשב במקום העריכה של ההסכם: במיוחד בענייני נישואין וגירושין (בנישואין אפשר לתבוע גם במקום מושבו של הנתבע וגם במקום עריכת הנישואין).

החריגים לא מבטלים את הכלל – אפשר לתבוע גם במקום מושבו של הנתבע וגם באופציות של החריג. כך נוצר מצב של כמה מקומות שרשאים לתבוע בהם (נתבע וגם למשל מקום עריכת הנישואין) – לכן ס' 10 קבע כי איפה שהוגשה התביעה יהיה לבית הדין סמכות מקומית נמשכת.

**הדינים המהותיים בבתי הדין השרעיים בעניינים שבסמכותם**

הדבר הראשון שבסמכות בתי הדין השרעיים: ענייני נישואין. ## חוק זכויות המשפחה העותמאני – החוק צריך להיות צמוד אלינו במהלך כל הקורס.

**הצעה וקיבול**

ס' 3-11 בחוק זכויות המשפחה העותמאני מגדירים את תנאי כשירות הנישואין: נישואין במשפט המוסלמי נכרתים בהצעה וקיבול. הצעה של גבר/ אישה לבן המין השני לנישואין. כל עוד אין הצעה וקיבול – אין נישואין! כשגבר רוצה להתחתן עם אישה ואומר לה "אני רוצה להתחתן איתך" – זה בגדר אירוסין, אין לזה תוקף משפטי. תוקף משפטי יינתן רק לאחר שיש גם קיבול – רכיבים מצטברים של הצעה וקיבול יצרו תוקף משפטי של נישואין.

שני תנאים להצעה וקיבול: (1) מסוימות (2) גמירות דעת (3) מושב אחד.

(1) מסוימות- מסוימות שאתה נוקט ספציפית בלשון ספציפית של שורש המילה זיווג, נישואין, חתונה. כלומר ביטויים מפורשים שהמשמעות היחידה שלהם (ולא בעל מס' פרשנויות) זה זיווג או נישואין או חתונה. כלומר מסוימות בביטויים שמשתמשים בהם לצורך ההצעה והקיבול.

(2) גמירות דעת – גמירות דעת שאין חזרה ממנה, לכן חובה להשתמש בפועל בלשון עבר (למה לשון עבר לא בלשון הווה? כי לשון עבר מעיד על דבר שתם ונשלם).

ההצעה והקיבול צריכים להיות בלשון עבר!! כדי להביע את רצונם החופשי של הצדדים להינשא – זה מה שמעיד על גמירות דעת.

## במשפט המוסלמי נישואין נכרתים בע"פ – הצעה וקיבול. לא צריך קאדי או אנשי דת וכו'.

(3) מתקיים במושב אחד: כלומר ההצעה והקיבול נדרשים להתקיים בו זמנית במושב אחד.

לדוג' אם הם התחתנו בזום כל אחד במדינה אחרת זה תקף כי הם מזהים אחד את השנייה וזה באותו הזמן.

ניתן להציע נישואין בעזרת שליח – נישואין אלה תקפים. אם לדוג' בן זוג שולח שלי להציע נישואין לבת זוג, והיא מקבלת מול השליח – זה בסדר כי זה במושב אחד. בנוסף, ניתן להתחתן באמצעות מיופה כוח.

**א. תנאי כשירות**

כדי שיהיה הצעה וקיבול נדרש שני צדדים – גבר ואישה. נדרש להתקיים גם תנאי הכשירות בכל אחד מהם – הגבר והאישה צריכים להיות כשירים להתחתן. מהם תנאי הכשירות לנישואין? תנאים מצטברים

(1) גיל: 18 לגבר, 17 לאישה.

גיל המינימום לגבר הוא 12, גיל המינימום לאישה הוא 9. אם נערים מעל גיל המינימום ומתחת לגיל הנישואין רוצים להתחתן יש עוד תנאים:

- הסכמת האפוטרופוס: הסכמה רלוונטית רק אם הנערה מתחת לגיל 17. אפוטרופוס הוא בד"כ האבא, אם אין אבא אז העצבה הקרוב ביותר (עצבה = קרבה מצד הגבר).

הערה חשובה: יש 3 סוגי קרבה במשפט המוסלמי: קרבה מצד גבר=עצבה, קרבה מצד אישה=רחמים, קרבת חיתון=נסב. במשפט המוסלמי הקרבה הרלוונטית והקובעת היא הקרבה מצד גבר. למה? כי המבנה החמולתי, המשפחתי מבוסס ע"פ הקרבה לגבר. האבא הכי קרוב , אח"כ הסבא וכו'. - היתר של קאדי: רלוונטי רק לנערים מתחת לגיל הכשירות לנישואין. גם אם הנערה מעל גיל 9, וגם אם האפוטרופוס שלה מסכים לחתן אותה, עדיין התנאי של גיל לא מושלם: חסר היתר של קאדי. מה שיקול הדעת של הקאדי במקרה זה? כשירות גופנית ונפשית. האם הנערה כשירה גופנית ונפשית להתחתן או שלא.

חידוד: נערה מעל גיל 17, נער מעל גיל 18 לא צריכה הסכמה של אפוטרופוס כדי להתחתן – כי היא בגירה, ובגירה ע"פ האסכולה הח'נפית שמחייבת את בתי הדין השרעיים יכולה לחתן את עצמה ללא הסכמת האפוטרופוס. חידוד: נערה מעל גיל 17, נער מעל גיל 18 לא צריכים הסכמה של קאדי להינשא.

**(2) דת**: בעיקרון הכלל הוא שמוסלמי יכול להתחתן עם מוסלמית ולהפך. אבל יש חריג- גבר מוסלמי יכול להינשא לאישה שמאמינה באל אחד, באחת מהדתות המונותאיסטיות- עמי הספר (יהודים ונוצרים) לעומת האישה שיכולה להינשא רק למוסלמי, כי במשפט המוסלמי הילדים יורשים את הדת של האב. במשפט הישראלי יש שלושה סוגי ילדים: 1. ילדים בני דת אחת, 2. ילדים כפולי דת- אם הילד הוא בן לאב מוסלמי כך שהוא נחשב על פי האסלאם למוסלמי אך אימו יהודייה ואז הוא נחשב לפי היהדות ליהודי. 3. חסרי דת- למשל אם האב יהודי והאם מוסלמית ואז אף דת לא לוקחת חסות. הגבר והאישה חייבים להיות מוסלמים, אבל הקוראן מתיר לגבר מוסלמי להתחתן עם אישה יהודייה/ נוצרית וזאת מתוך כבוד לדתות של היהדות והנצרות והכרה בהן כדתות אלוהיות שמאמינות באלוהים אחד. לאישה מותר להתחתן רק עם גבר מוסלמי, לעומת זאת לגבר מוסלמי מותר לשאת אישה מוסלמית, יהודיה או נוצריה. לכן, אם אישה מתחתנת עם גבר לא מוסלמי הנישואים בטלים, לא תקפים מעולם.

**(3) כשירות מנטלית**: על אדם שרוצה להתחתן שתהיה לו יכולת שכלית כדי שהוא יוכל להביע גמירות דעת בחוזה הנישואין ולקבל על עצמו את החובות והזכויות הנובעות מכך. חריג- אלא אם הקאדי אישר לו להתחתן. הקאדי יכול לאשר לחולה נפש להתחתן למשל אם הוא קיבל חוות דעת רפואיות שהנישואים יכולים לעזור למצבו והנישואים הם לטובתם.

**מניעה להתחתן : 4 סוגים**

(1) קרבת דם: לגבר אסור להתחתן עם אמא שלו או עם אם אימו או אביו, עם בנותיו או בנות ילדיו, עם אחיותיו, בנות אחיותיו ובנות אחיו (אחייניות), דודות גם אסורות. בנות דודות מותר. למעשה כל המעגל האישי של הנשים שקרוב לגבר בקרבה ישישה אסורות עליו מלבד בנות דודות. כך גם הפוך במקרה של אישה.

(2) קרבת יניקה: בגישה המוסלמית בעל שיונק מאישה ונהיה שבע, זה משנה לו משהו בDNA ונוצר קרבה גנטית. הגבר והאישה ממנה ינק הופכים לאסורים לחיתון, וכן הוא מנוע להתחתן עם כל הקרובים של האישה.

(3) קרבת חיתון: קרבה שנוצרת בגלל נישואין וגם היא מטילה הגבלות- כל הנשים שקשורות לאישה שהגבר התחתן איתה אסורות עליו באיסור זמני- אימה, סבתה, בנותיה ונכדותיה הן תחת איסור מוחלט אך, אחותה, דודתה, בת אחותה ובת אחיה הן באיסור זמני- אסורות עליו כל עוד הם נשואים, כשהנישואים מפסיקים הקשר מתנתק. באיסור מוחלט נמצאות גם אשת האב, אשת הבן ואשת הנכד. שלושת האיסורים האלו שומרים על המשפחה. כך אדם לא יחפוץ באישה שקשורה אליו איכשהו בקשר משפחתי, כי הוא יודע שהיא אסורה לו. האיסורים האלו נועדו לשמור על מערכת היחסים נקייה בתוך המשפחה וגיבוש משפחתי. אצל נשים, יש איסור אבסולוטי להתחתן עם אביה של בן זוגה, או בניו. בני דודים ואחים מותרים כל עוד בן הזוג נפטר.

(4) מניעה בדין: לאישה אסור להתחתן עם כל אדם שהוא אם היא נשואה. לגבר מותר להתחתן עד 4 נשים.

בישראל ענייני נישואין וגירושין נקבעים ע"י הדין הדתי – המשפט האזרחי לא מתערב, רק הדין הדתי קובע תוקף של נישואין וגירושין. גם אם החוק אוסר ביגמיה, הוא לא יכול לבטל נישואין שהתרחשו כבר.

4\* סוגי מניעות: (1) אישה שבעלה גירש אותה 3 פעמים הוא מנוע משפטית מלהתחתן איתה (2) איסור על אישה נשואה (3)איסור על נישואים לאישה חמישית (4) אישה בתקופת ההמתנה מנישואין או אלמנות.

**ג. נוסח ועדים**

לאחר שוידאו שכל צד כשיר להתחתן ואין מניעה להם להתחתן, איך מתחתנים?

•עריכת נוסח חוזה הנישואין:

(1) מסוימות: לנקוט במילים שהמשמעות היחידה והישירה שלהם היא נישואין (לדוג' השאתי אותך לאישתי, חיתנתי אותך).

(2) גמירות דעת: יש להשתמש בפועל עבר, כי פועל עבר מעיד על פעולה שהסתיימה.

•עדים: חייבים להיות גברים מוסלמים בגירים ובעלי יכולת וכשירות שכלית. 2 עדים מוסלמים גברים או גבר ושתי נשים. אם האישה הנישאת היא לא מוסלמית אפשר עד אחד מוסלמי ואחד בדת אחרת – לדוג' גבר מוסלמי ואישה יהודיה אפשר שאחד העדים יהיה יהודי. קרובי משפחה מהשושלת (אב או ילדים) לא יכולים להיות עדים לנישואין. אדם בעל אינטרס בנישואין גם לא יוכל להיות עד.

מתי כן קרובי משפחה יכולים להעיד? עדים בדרך כלל במשפט המוסלמי זה מישהו שמעיד על משהו ששמע או קלט בחמשת חושיו ויש כללים של איסור עדות שאדם לא יעיד לטובת מישהו מהשושלת שלו או מהאבות שלו. העד גם צריך להיות בר דעת ובגיר. וגם אדם לא יכול להעיד מסיבות אחרות של מניעה אם יש לו אינטרס בעדות. בנישואין המשפט המוסלמי מפחית את הרמה הנדרשת לעדים ומאפשר לבני משפחה הקרובים להיות עדים לנישואין מאחר ולא מדובר בעדות בבית משפט אלא בעדות על קיום הטקס. לא חלים עליה כללים של העדות הרגילה.קטין לא יכול להעיד בנישואין – צריך להיות אדם בגיר, מוסלמי, בר דעת.

**אם כלל התנאים התקיימו (תנאי כשירות, אין מניעת חיתון, נוסח ועדים) הנישואין כשרים ובעלי תוקף.** אם התנאים לא מתקיימים(מצטברים), או אחד מהתנאים היו קיימים ואז חדלו מלהתקיים – הנישואים נפסדים. כלומר נישואים שע"פ ס' 76+77 לחוק זכויות המשפחה הם נישואים שחובה על הקאדי להתיר אותם ולהפריד בין בני הזוג לאלתר.

**הזכויות והחובות שנובעים מהנישואין**

מוהר: סכום כסף, או נכס שהוא שווה כסף שבן הזוג חייב לשלם לבת הזוג בתמורה להסכמתה להתחתן עמו, בהסכמה.

התנאים בנישואין נכנסים תחת ההצעה והקיבול – הגבר מציע והאישה מסכימה ויכולת לתת תנאים. אם האישה מקבלת בתנאים זה הפך להצעה חדשה והגבר צריך לקבל. מוהר הוא לא תנאי, אלא הוא חובה שנוצרת בעקבות הנישואין והיא מחייבת גם אם הזוג הסכים לגביה וגם אם לא הזכיר אותה כלל.

כסף: מוהר יכול להיות כל סכום שהוא אך לא יכול להיות אפס או קרוב לאפס, יש סכום מינימלי שממנו ומטה זה לא נחשב מוהר וממנו ומעלה עד אין סוף. הסכום המינימלי זה 1,500 ₪. (יש תקרת מינימום אך אין תקרת מקסימום).

שווה כסף: מוהר בשווה כסף נדרש להיות כשר מבחינה דתית: אסור שיהיה נכס שהוא לא כשיר מבחינה דתית – לדוג' מוהר של 10 חזירים, חזיר לא כשר מבחינת הדת המוסלמית.

אם לא נכתב סכום, או נכתב סכום מתחת למינימום או נכתב שווה כסף לא כשר מבחינה דתית – המוהר נפסל. כלומר הוא לא לגיטימי. לכן ב-3 המקרים האלה האישה תהיה זכאית למוהר ראוי.

מוהר ראוי – מוהר שהאישה הספציפית ראויה לקבל מבן זוגה בעקבות הסכמתה להתחתן עמו. איך נקבע מה היא ראויה לקבל? הולכים לחוזה הנישואין של הנשים הקרובות ביותר לה מצד אביה (כי הקרבה המחייבת מבחינה שרעית היא קרבה מצד אבא). נשים כמו אחיותיה, אם אין אחיות -> אחיות האבא -> בנות הדודים שלה -> נשות הכפר. כך אנו מגלים מה הנשים הקרובות לה קיבלו ואז האישה תקבל כמוהן – או יותר או פחות (צריך לבחון ע"פ נסיבות של הנשים הקרובות. שכן, המוהר מתאים עצמו ספציפית לאישה). בדר"כ הנורמה היא שהמוהר משולם מיד עם כריתת חוזה הנישואין –

בפרקטיקת החיים כדי להקל בנישואין אז התחילו לחלק את המוהר לשני חלקים:

(1) מוהר מיידי: סכום שהבעל חייב לשלם בהסכמת שני הצדדים מיד עם קליטת הנישואים

(2) מוהר דחוי: מוהר ששני הצדדים מסכימים לדחות את תשלומו לאחד מ-3 מועדים:

• מועד שנקבע בהסכמה

• בעת הגירושין

• מוות בן הזוג

איזה מועד יחייב? מה שיגיע קודם, לדוג' אם הזוג הסכים שהמוהר הדחוי ישולם ב31.12.23 ובן הזוג מת ב1.1.23 אז המוהר ישולם מתי שבן הזוג מת. אם לא הסכימו על מועד חיוב של מוהר דחוי – יהיה או גירושין או מוות, הקרוב מבניהם. ## גם בנישואים נפסדים האישה זכאית למוהר.

**מזונות אישה**

מזונות אישה ניתנות אך ורק לאישה נשואה, אישה גרושה לא מקבלת מזונות.

מזונות אישה יינתנו אך ורק כאשר הנישואים תקפה(לא תקבל בנישואים נפסדים – שכן ברגע שייוודע על נישואים נפסדים, הקאדי מיידית מתיר את הנישואין).

תנאי לזכאות למזונות אישה: שהות האישה בבית הזוגיות (אחתבאס). כלומר, האישה לא יוצאת מבית הזוגיות אלא באחד משני מקרים: **אישור בן הזוג או היתר דתי.**

-אישור בן הזוג יכול להתקיים באחד משלושה דרכים: (1) תנאי בהסכם הנישואים (2) אישור בהסכמה בשתיקה: לדוג' האישה התחילה ללמוד, והבעל שתק. אחרי זמן מה הבעל מתנגד ללימודים, האישה תטען שהוא שתק ולכן הסכים בשתיקה. או לדוג' הבעל הסכים להתחתן אישה שהולכת ללמוד, רואים אותו כהסכים בשתיקה לכך שגם תלך לעבוד אחרי סיום הלימודים. (3) הסכמה בשל מנהג: לדוג' מקובל היום שנשים יוצאות לקנות אוכל, זה מקובל ולכן זה לא נחשב לפגיעה בשהות בבית הזוגיות.

-היתר דתי:

-איום על פגיעה בה (פיזית או נפשית): מקרים בהם אישה שחשה איום על עצמה, על חייה, על כספה, על ילדיה, רשאית לצאת מבית הזוגיות ועדיין תחשב כמי שמקיימת אחתבאס בפועל ( כלומר לא שוהה פיזית בבית הזוגיות אך זה נחשב שכן). לדוג' גבר מרביץ לאשתו, היא יכולה לצאת מבית הזוגיות ועדיין יחשב שהיא שוהה בבית הזוגיות. נטל ההוכחה על האישה.

-איום על ילדיה

- איום על כספה ונכסיה

-יציאה לבית הוריה או לטיפול רפואי: אישה זכאית ע"פ ההלכה לבקר את הוריה לפחות פעם בשבוע, גם אם בן זוגה לא מאפשר לה. יש חובה דתית לשמור על קשר עם ההורים. לכן זכותה לצאת לבקר את הוריה לזמן סביר(לא שבוע לינה אצל ההורים).

**נניח ואישה לא מקיימת שהות (אחתבאס) דינה הוא לא לקבל מזונות אישה. המשמעות היא שאישה יכולה לוותר על המזונות ולכן לא להיות כפופה לתנאים. כלומר, מזונות זו זכות שנגזרת מחובת האחתבאס.**

**אבהות**

בית הדין השרעי מוסמך לדון בענייני אבהות ובענייני מזונות ילדים.

יש שני תנאים מצטברים לאבהות:

(1) נישואין בין האב לאם. אם אין נישואים אין אבהות. גם אם האב והאם יגידו שזה הבן שלהם והם חיים ביחד זה לא יעזור. מדובר באבהות ביולוגית שהמשפט המוסלמי לא מכיר בה. מה שחשוב הוא המשפט והמשפט קובע כי חייבת להיות מסגרת של נישואין, אפילו אם הם נפסדים. העיקר שתהיה מסגרת של נישואין. בדיקה גנטית גם לא תעזור במקרה זה. הכלל הוא שגבר שנולד למסגרת נישואין המשפט המוסלמי קובע שהבעל הוא האבא והאישה הוא האם.

(2) חייבת להיות תקופת הריון מינימלי של שישה חודשים (מתאריך הנישואים) או הריון מקסימלי של שנה (לאחר הגירושין). המשפט המוסלמי נותן את התקופה הזו משום שאין עובר שמושלם לפני שישה חודשים ואין עובר שיכול להישאר בבטן יותר משנה. (1) היעדר מפגש - יש טענה נוספת בה אבות יכולים לטעון שהם לא היו בארץ או בכלא ועל כן עברה יותר משנה שבה התייחד עם אשתו. אם אישה נפגשה עם בעלה ועברו שישה חודשים מינימום מיום שהתייחדו הגיוני שיגיע הילד. אך אם עברה יותר משנה מאז שהתייחדו לא יכול להיות שהילד הזה שלו. לכן הכלל פועל גם פועל על זוגות נשואים ובודקים אותו ע"פ המפגש האחרון. (2) היעדר יכולת להכניס להריון - בן זוג אשר יש לו בעיית עקרות או כל בעיה רפואית אחרת המונעת ממנו לקיים יחסי אישות. רק אלוהים קובע אם יש הריון או לא, אין התייחסות לבחינה ביולוגית. כמו שאברהם אבינו ושרה אמנו למרות שהייתה עקרה הביאו ילד כך גם אדם עקר יביא ילד. לכן אב עקר לא יכול לבקש בדיקה גנטית ביולוגית, מדובר בבדיקה הסתברותית ולא מדעית. במשפט המוסלמי ראייה חייבת להיות חותכת ועל כן ראייה הסתברותית לא תקפה ולא מהווה כראיה. (3) חריג - במקרים בהם אב טוען כי אין לו איבר מין מדובר בראייה חותכת ועובדתית ובמקרה זה כן מקבלים את הטענה שלו לחשד אבהות.

חובות האב כלפי בנו:

מזונות - לאחר הכרת האבהות הזכות הראשונה לה זכאי הילד היא מזונות מאביו – אוכל, לבוש, דיור, רפואה וחינוך. לגבי רפואה וחינוך האב חייב רק אם המדינה לא מספקת. האב מחויב במזונות בנו בסכום המינימלי שמספיק לחיות חיים בכבוד. על כן – מזונות מספקים. כשהילד נולד האב מחויב אוטומטית והחיוב הוא על האב לבדו באופן מלא ,האם אינה מחויבת במזונות בנה. במקרה של משמורת משותפת האם והאב כן יישאו באחריות משותפת במזונות. בפס"ד 919/15 נקבע כי במידה והמשמורת משותפת גם המזונות יהיו משותפים. בעקבות כך בבית הדין השרעי דנו בבקשה למזונות משותפים לילד בין האב לאם. הבקשה לא התקבלה, פסיקתו של בג"צ איננה חלה על בתי הדין השרעים והיא רלוונטית רק ליהודים. האב חייב גם במידה והוא עני. אלא אם הוא עני מרוד באופן קבוע שדינו כדין מת. אך בישראל דבר זה לא יכול לקרות. גם אדם שלא משתכר ואין לו כסף יכול לקבל כסף מקצבאות ולשלם בו מזונות. אם לאב אין יכולת לשלם אז האם יכולה להלוות על חשבונו בבנק או בפועל או בביטוח לאומי.

מעבר לטענת חוסר אבהות בה אב לא חייב מזונות לילדו יש טענה נוספת לאי תשלום מזונות. הטענה השנייה היא שלילד יש כסף (ירושה, הגרלות וכו'). חובת האב לשלם מזונות היא בסכום המינימלי ורק מה שאף אדם אחר לא יכול לממן. כמו שרפואה וחינוך ממומנים ע"י המדינה כך גם אם לילד יש כסף המזונות יהיו ממומנים מכספו האישי. לא מעניין את בית הדין מאיפה הגיע הכסף. מעניין אותו רק שיושלמו הצרכים המינימליים, ושיש לו כסף.

**משמורת ואפוטרופסות**

(1) עולה השאלה מי אחראי לשמור על הילדים שנולדו. המשפט המוסלמי קובע שמשמורת היא עד גיל 7 לבן זכר ו9 לבת נקבה.

(2) המשמורת תהיה תמיד של האישה הקרובה ביותר. האם היא המשמורנית של ילדיה ואין מישהו זכאי למשמורת אם היא בעלת דעת ויכולת לגדל את ילדיה. השנייה אחריה במידה והאם לא יכולה זו הסבתא מצד אמא. אחריה הסבתא מצד אבא. אחריה אחות האם. אחריה אחות האב. ילד זקוק לאישה שתטפל בצרכים הרגשיים שלו מלבד לצרכים הפיזיים. הגבר לא יכול לדאוג לצרכים הרגשיים של הילד כמו שאישה יכולה. בערבית מונח האפוטרופסות רחב והוא נקרא 'ולאיה'. הבעיה היא שיש נשים שמאבדות אחד או יותר מהתנאים למשמורת. לדוג': האם עוסקת במקצוע לא נאה, כמו זנות. אם האם איננה או מאבדת אחד או יותר מתנאים למשמורת, הילד עובר לאישה הקרובה ביותר לילד, שהיא הסבתא מצד אמא (האמא של האמא). אם היא איננה, הילד עובר לסבתא רבה מצד האם, אם היא גם איננה, עוברים לסבתא מצד האב. זה עובד לפי "שכבות", כשההעדפה היא לצד האם. אם אין סבתות, נבדוק את האחיות הבגירות ואז נעבור לדודות (נעדיף אחות של אמא ולא אחות של אבא). אם אין נשים שיטפלו בו, הילד עובר לאבא. היחידה שמכריחים אותה לגדל את הילד זו האמא. אם האמא מתחתנת עם גבר זר לילד, היא מאבדת את הזכות על הילד כי אין לה פניות לילד. הילד עובר אוטומטית לאישה הבאה (גם אם האב נפטר, כי האב אינו פונקציה בגיל המשמורת).

"גבר זר" = אדם שאיננו קרוב משפחה לילד בקרבת איסור חיתון. לדוג': האם מתחתנת עם האח של הבעל שנפטר, אחי האב איננו זר לילד כי הוא קרוב משפחה, אם מדובר בבת, אסור לו להתחתן איתה, היא אסורה עליו, והוא איננו זר לה. אישה שמתחתנת עם גבר זר (שאין מניעה בינו לבין הבנות שלה) מאבדת את זכותה למשמורת. לסיכום: אם האישה מאבדת את הזכות למשמורת, כי לא מתקיים אחד התנאים/האם התחתנה עם גבר זר, הילד עובר לאיזה הבאה. אחרי גיל 7 לבן ו-9 לבת מסתיימת תקופת המשמורת, והם עוברים לאב. אם האב איננו, מחפשים את הגבר הקרוב ביותר לילד מצד אביו. (כמו שחיפשנו עם האישה, רק שצד האב קודם). "עצ'באת" – הגבר הקרוב ביותר מצד האבא. טובתו של ילד – טובת הילד זה עקרון משפטי חלול.

**גירושין**

במשפט המוסלמי יש שלוש דרכים להתגרש ולהיפרד:

1.גירושין – סמכות של בן הזוג לגרש את אשתו בכדי לסיים את הנישואין.

2.הפרדה – נעשית ע"י הקאדי של בית הידן השרעי שהוא מוסמך להפריד בין בין זוג ובת זוג בגירושין בהתקיים אחת מהעילות שבין השרעי.

3.התרה של הנישואין ע"י הקאדי בהתקיים העילות לכך.

1.גירושין: כאשר בן הזוג אומר לבת הזוג את מתגרשת. צריך להשתמש בביטוי שיש בו את האותיות ג.ר.ש במשפט המוסלמי הגירושין הם זכות של בן הזוג ולא של בת הזוג. מי שיכול להתגרש זה רק בן הזוג. המשפט המוסלמי מקיים שוויון מלא בין נשים לגברים אז איך זה ייתכן שיש לגברים זכות עודפת? משום שהזכות לגרש היא תואמת לזכות שיש עליו לשלם מוהר ומזונות, ועל כן הדרך היחידה לגבר לשלם תשלום של מזונות היא לגרש את האישה. בעל שאומר לאשתו שהיא מגורשת היא נכנסת לתקופה שנקראת תקופת המתנה – "עדה". האישה סופרת שלושה מחזורים. למה? כדי לוודא שאין ברחם שלה משהו ששייך לבעלה והיא לא יכולה להרות ממנו. בתום תקופת ההמתנה הגירושין הופכים לסופיים והאישה הופכת לפנויה (באין). גם אם אדם מגרש את אשתו היא עדיין נחשבת אשתו כל תקופת ההמתנה, רק כאשר העדה מסתיימת הגירושין הופכים לסופיים. לכן, בתקופת ההמתנה הבעל גם יכול להחזיר אותה לתוך הנישואין:(א)באמירה ב. בהתנהגות – קיום יחסי אישות וכו'. הבעל מחזיר אותה לנישואין גם אם היא לא מסכימה. גם במצב בו אישה מגורשת בהריון מבעלה תקופת ההמתנה תחשב עד הלידה. בן זוג יכול לגרש את אשתו שלוש פעמים. בפעם השלישית הגירושין הופכים סופיים לאלתר והבן זוג לא יכול להחזיר את האישה לנישואין. יש שני הבדלים בין הגירושין בפעם הראשונה והשנייה לבין הגירושין בפעם השלישית: בפעם הראשונה והשנייה הגירושין הם גירושין חוזרים בהן ניתן להחזיר את האישה לנישואין וגם הגירושין אינם סופיים הם הופכים לסופיים רק בתקופת ההמתנה. לעומת זאת אם גבר מגרש את אשתו בפעם השלישית הגירושין הם סופיים וגדולים ואין חזרה והיא הופכת לאישה פנויה. למה גדולים? כדי להבדיל אותם בין הפעם הראשונה והשנייה. למה להבדיל? כי בפעם השלישית בני הזוג אסורים זה לזו. גירושין בפעם הראשונה והשנייה הם סופיים קטנים וניתן להתחתן שוב ע"י מוהר חדש וע"י חוזה נישואין חדש. אך בפעם השלישית אדם לא יכול לחזור באמצעות חתונה מחדש ומוהר חדש ע"י חוזה נישואין חדש. אלא אם תתחתן עם גבר זה אחר והגבר הזר הזה יתייחד עימה וימות או יגרש אותה, אז מותר לה להתחתן עימו משום שעברה מערכת נישואין אחרים. יש פעמים שאדם אומר לאשתו שהיא מגורשת אך הגירושין לא תופסים. במקרה שאדם נמצא בכעס בו הוא לא מבין מה הוא עושה וכל אמירה שהוא אומר הוא לא מתכוון אליו והכעס משבש אותו -הגירושין לא תקפים. אישה יכולה להתגרש מבעלה בתנאי שהיא התנתה זאת בחוזה הנישואין ואלו גירושין סופיים לאלתר משום שהם בהסכמה. ישנה תקופת המתנה אבל רק לבירור הריון ולא ע"מ אפשרות חזרה. אם שני בני הזוג הסכימו להתגרש הגירושין הם סופיים.

2.הפרדה: אם הגירושין לא בהסכמה הדרך שהוסכמה בישראל היא בהפרדה ע"י הקאדי. ישנן עשר עילות בהן הקאדי יכול להשתמש ע"מ להפריד ללא הסכמה. 10 מתוך העילות הן לטובת האישה בעוד יש אחת משותפת לגבר ולאישה. אישה יכולה לבקש להפריד בהתקיים אחת מאלו:

1.היעדרות: אישה שבעלה נעדר והיא לא יכולה לממש נגדו פס"ד מזונות רשאית לבקש הפרדה בשל היעדרותו. הקאדי שולח שני אנשים שימצאו אותו. אם לא מוצאים מפרידים בהם.

2.כאשר בן הזוג מאבד את דעתו: על הקאדי לוודא שאותם אדם איבד את דעתו וייתן לו חופשה להחלים ולהתרפא ע"מ שדעתו תחזור אליו. ואם עוברת שנה והמצב לא השתנה הקאדי מפריד בינו לבין אשתו.

3.אין אונות: אם הגבר מאבד את כוח הגברא שלו ולא יכול לקיים יחסי אישות עם אשתו היא יכולה לבקש הפרדה מהקאדי. הקאדי ייתן שנה הארכה לבן הזוג להחזיר את אונו. במידה ולא מצליח מפריד בין בני הזוג.

4.אם נגרם לאישה נזק בשל הנישואין: כל דבר שגורם לאישה נזק כמו גבר אלים שמתעלל באישה, גבר שפושט רגל ומאיים על נכסיה, גבר שחולה במחל המדבקת ועלול לסכן אותה וכו.

5. העילה המשותפת, עילת הסכסוך: מדובר בעילה העיקרית שבה נעשה שימוש. אם בן הזוג או בת הזוג מגישים תביעה לבית הדין בטענה לסכסוך בין השניים, הקאדי קודם כל מוודא שאכן קיים סכסוך ע"י שכנוע הצדדים (ללא צורך בראיות) לדוג: תלונה במשטרה, צווי הגנה וכו.. או במצב שהם נפרדו והם גרים בבתים נפרדים. הקאדי ינסה לגשר בין הצדדים למרות הסכסוך, אם הוא לא מצליח הוא ממנה מגשרים מחוץ לבית הדין. ואם הם לא מצליחים או שמדובר בסכסוך קשה הקאדי כותב פס"ד ביניים שמכריז על סכסוך בין בני הזוג. השלב הבא הקאדי מחליט למנות שני בוררים, בורר מטעם האישה ובורר מטעם הגבר. שני הבוררים שווים במעמד ובסמכויות ובזכויות. חובתם הראשונה היא להביא לשלום הבית. כאשר הם נכשלים בהבאת השלום בין בני הזוג הם עוברים לשלב השלישי בהליך – פסיקה. עליהם לפסוק שני דברים: (א) גירושין ע"י הפרדה. הבוררים הם אלו שמוסמכים לפסוק הפרדה לא הקאדי. על שניהם לפסוק במצטבר אותו דבר. במידה ולא מצליחים הקאדי קובע. (ב) איזה אחוז מהמוהר האישה זכאית לקבל. (ס' 130 לחוק המשפחה) בהליך הפרדה יש לבדוק האם האישה אשמה בהפרדה בגירושין, ובודקים בכמה אחוזים היא אשמה – האם בגדה בו או עשתה מעשים שפוגעים בזוגיות. אם היא אשמה ב100% היא לא תקבל מוהר. אם היא אשמה 50% ייתנו לה רק 50% מהמוהר וימנעו ממנה את ה50% הנותרים. אחרי שהם מסיימים את הליך הבוררות הם כותבים פסק בוררות שמוגש לקאדי. לקאדי אסור להתערב בפסק הבוררות משום שהוא הליך עצמאי ונפרד והנחת היסוד היא שהבוררים עושים עבודתם נאמנה ויש להם סמכות מוחלטת ע"פ מיטב הבנתם ושיפוטם בהליך. הקאדי יכול להתערב ולא לאשר את פסק הבוררות באחת משלוש עילות: (1) רמאות – שוחד מאחד הצדדים או הטיה לטובת אחד הצדדים (2) פגיעה בכללי הצדק הטבעי – יש לאפשר לכל אדם לטעון את טענותיו וזכותו של אדם לעמת את הצד השני עם הראיות. הליך הבוררות צריך להיות שקוף שכל אחד מהצדדים יודע באופן מלא איזה ראיות וטיעונים הוגשו לבוררים. (3) האסמכתאות של הפסיקה סותרות את הדין השרעי – הנימוקים לפסיקת הבוררים לא עולים בקנה אחד עם דיני השריעה. אם הקאדי בודק שאין אף אחת מהעילות הללו ומגיע למסקנה כי התנהל הליך הוגן אין לו שיקול דעת והוא חייב לאשר את פסק הדין. אם שני הבוררים מסכימים לפסוק הפרדה בגירושין אך חלוקים בעניין של הזכויות יש שני אופציות – (א) לפטר אותם ולמנות שני בוררים חדשים (ב) ימנה בורר פוסק שיקבע בין הבוררים. במידה ונפסק גירושין אלו גירושין סופיים לאלתר ונחשבים כאילו איבד גירושין פעם אחת.

3.התרת נישואין: כשהנישואין נפסדים ואחד מתנאי כשירות הנישואין לא מתקיימים או שהתקיימו ובהמשך חדלו מלהתקיים. בהתרה הנישואין לא היו נחשבים מלכתחילה ועל כן אין פה גירושין ולגבר יש עוד שלוש פעמים להתגרש אם ירצה.

ההבדל בין השלושה: גירושין זו זכות של הגבר, הפרדה זו זכות של האישה, בהתרת נישואין זה יכול להיות גם ע"י מישהו מבחוץ שיגיד.