**מחברת מקוצרת- הפשרה במשפט העברי**

**מבוא- אבני היסוד של הפשרה במשפט העברי**

* מהי פשרה? הליך שנגמר ע"י הסכמת הצדדים וחוסך את ההתדיינות המשפטית.
* מיהם הנהנים מהפשרה? א. מערכת המשפט (זמן שיפוטי ומשאבים) ב. כלל הציבור (הליכים מהירים יותר) ג. הצדדים (זמן ומשאבים נחסכים- אף אחד לא יוצא קירח).

**האם הפשרה במשפט העברי ניתנה מדאורייתא (תורה) או מדרבנן (חכמים)?**

לשאלה זו אין הכרעה חד משמעית, נבחן אותה ע"פ פרויקט השאלות והתשובות (השו"ת). הוא בנוי מקבצים של המשנה שהיא קובץ של נורמות התורה שניתנו בע"פ גם מהתורה וגם מדרבנן. היא אוגדה על ידי **רבי יהודה הנשיא**. לא ניתן לדעת באופן חד משמעי האם הלכה שם היא מדרבנן או מדאורייתא. על כל פנים, הפשרה מוזכרת במשנה רק פעם אחת. מדוע? מחבר המשנה לא תמך בהסדר הפשרה ורצה להביע התנגדות לכך, וכן ייתכן כי בשל המחלוקות בעניין הפשרה בחר שלא להכניסה.

התוספתא היא אחותה של המשנה, היא מפרשת את המשנה ומבארת אותה. היא הגיעה אחריה מבחינת ציר הזמן ההיסטורי וכן היא אמצעי פרשנות של המשנה. התוספתא היא המקור המכונן במשפט העברי לנושא הפשרה.

1. **פשרה ופישרה (הצד הלשוני של הפשרה)**

לגישתו של **ברכיהו ליפשיץ**, אם רוצים להתחקות אחר מוסד משפטי, יש להכיר את שמו, לשונו ומקורו. נבדוק מתי מופיע השורש פ.ש.ר בתנ"ך:

1. משמעות ראשונה- **מהות הדבר, פשרה עם אלוהים**

מקור 1: קהלת ח, א- מי כהחכם ומי יודע פֵשֶר דבר.

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

ההגיון מלמד שהפשרה נותנת לנו את פשר הדבר, את המשמעות שלו. **רש"י** מפרש את הפסוק כפשרון של דבר, דבר הרומז על הפשר כסוד ("רזי פשרים"), וכן מזכיר כי בעבר משה רבנו הצליח לעשות פשרה בין עם ישראל לבין אלוהים. המלצתו של רש"י לשופט שרוצה לבצע פשרה היא להיכנס לעומק הדברים, להבין מה פשר טענותיהם ומהו הרצון המזוקק שלהם.

1. משמעות שניה- **הפרדה פיזית והצלה**

מקור 2: תוספתא ערובין ח, י- 'נתלו בה קוצין ודופקנין מפשר בידו בצנעה'.

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

מקורות אלה מראים כי הפשרה יכולה לבטא הפרדה פיזית בין קוצים לבין בד שסבוכים זה בזה. ההפרדה ביניהם היא לא קלה, וכך גם הפשרה בעולם המשפטי, אינה קלה.

מקור 3: בראשית רבה כב ט- 'לשני אתליטין שהיו עומדין ומתגששין לפני המלך אילו רצה המלך פישרן לא רצה לפשרן חזק אחד על חבירו והרגו'.

במדרש זה מדובר בפשרה בהיבט פיזי-ערכי. אם המלך היה רוצה לפשר ולהפריד בין האתלטים שמתגוששים הוא היה עושה זאת. ואם לא היה רוצה לפשר ביניהם האתלט האחד היה הורג את חברו בעוד במלך היה מתבונן מהצד. זוהי ביקורת נוקבת על המלך שבוחר לא לפשר ולתת לאחד מהצדדים למות או להפסיד (כמו בסיפור קין והבל).

* **ברכיהו ליפשיץ** מתנגד לפרשנות זו של פשרה מלשון הפרדה, הוא רואה בפשרה כחלופה לדין, הפשרה צריכה לבשל משהו אחר מעבר להפרדה. לדעתו המשמעות של פשרה קרובה יותר ל**הסכמה** (מי ידון, מה מקור הדין-אנושי, מהי התוצאה)

1. משמעות שלישית- **מפשיר, מאזן, משנה מצב צבירה**

**הרמב"ם** מחבר את הפשרה למצב פושר כי היא לא מביאה למצב של הכל או כלום, אלא תלך בדרך האמצע. הפשרה שמה דגש על התוצאה על פני הדרך. כמו במקור הבא, ניתן להסתכל על הפשרה כמו קרח, כמשהו שנפרד מעצמו ונוזל. המים בנחלים היו נמסים ונפרדים בעצמם ע"י חום השמש.

מקור 6: מכילתא דרבי ישמעאל בשלח פרשה ד- 'כיון שחמה זורחת עליו היה פושר והולך ונחלים היו מושכין ממנו והולכין'.

**שימוש בפשרה בהיבט משפטי-**

מקור 9: מכילתא דר' ישמעאל יתרו פרשה ב- 'בין איש, זה הדין שאין בו פשרה. בין רעהו, זה הדין שיש בו פשרה ששניהם נפטרין זה מזה כרעים'.

המאפיין של פשרה בניגוד לדין, במקרה של יישוב סכסוך תהיה **רעות בין הצדדים** בעוד שהדין מבטיח הכרעה בלבד. רעות הצדדים בפשרה כביטוי לכינון המשפט בישראל.

בעניין מערכת היחסים בין הצדדים לסכסוך: כשעם ישראל יוצא ממצרים למעמד הר סיני, מתגלעת מחלוקת בעניין יתרו. משה ישב לשפוט את העם ויתרו כיועץ, מתערב ומייעץ למשה בהליך השיפוט ובהקמת המערכת השופטת. יתרו שואל את משה כיצד יתכן שהוא כבן אדם יחיד ישפוט את כל העם. משה משיב לו כי הוא שופט בין איש לבין רעהו והוא מבטא את חוקי האלוהים ואת תורתו. במדרש, מתאר הדרשן את דבריו של משה באופן אחר לפיו האדם מציג את איכויות הפשרה כמשהו שיכול להפריד את הצדדים האחד מהשני כרעים. בעוד שהליך משפטי מוציא את אחד מהצדדים מרוצה ואת הצד השני מתוסכל, הפשרה תוכל להביא לתוצאה של רעות וחברות בין הצדדים. חשוב לציין כי אין ההליך המשפטי מתיימר להוציא את הצדדים כרעים, הוא דואג לבצע משפט תוך בירור דקדקני של העובדות בהתאם לחוק.

בעניין מערכת היחסים בין הדין לבין הפשרה: לפי המדרש, יש זיקה בין הדין לבין הפשרה, יש דינים ומצבים בהם ניתן לפשר וכאלו בהם לא ניתן. לפי **רבי יהושע בן קורחה**, הערכים שמייחדים את הפשרה עומדים בסדר אחר בדין. לפשרה יש איכויות שאין לדין אך היא אינה מנוכרת וסותרת אותו, אלא עומדת בצילו כהליך נפרד. **המרצה** ציין כי בתנועת הADR המבקשת ליישב סכסוכים בדרכים אלטרנטיבות, ישנן שתי תפיסות מנוגדות בעניין מערכת היחסים בין הדין לבין הפשרה. האחת רואה את השיפוט כבסיס ליצירת הגישור על כל גווניו, והשנייה רואה את השיפוט כמיותר.

מקור 10: ספרי במדבר -'אמר לו אם לאו מה אתה אומר אמר לו הריני הולך **ומפייסם** אמר לו עד שאתה כאן אני אומר לך שאין שומעים לך כיון שהלך משה אצלם אמר להם היד ה' תקצר הן הכה צור ויזובו מים ונחלים ישטופו הגם לחם יוכל תת אם יכין שאר לעמו (תהלים עח כ) אמרו פשרה היא זו אין בו כוח לתת אלינו שאלתינו'.

**פשרה=תירוץ**. הפשרה מבטאת כאן תירוץ, העם טוען שמשה מציע פשרה כדי לסובב אותם ורוצה רק להימלט. מדובר בשיחה בין משה לאלוהים בה משה מבקש לפייס את העם (שרוצה בשר ומקבל לחם) והוא משתמש בתכסיסים מגוונים כדי לשכנע אותם בצדקתו. העם מבין כי משה הולך לפשרם- שמשה לא יכול לספק להם את כל מה שהם רוצים אלא לתת להם משהו אחר. במקור זה ניתן לראות כיצד הפשרה עומדת לצד הדין ואינה סותרת אותו.

**מספר הדיינים שישבו לדין:**

מקור 11: תוספתא מסכת סנהדרין, הלכה א: דיני ממונות בשלשה ר' אומר בחמשה כדי שיגמר הדין בשלשה ה**ביצוע** בשלשה דברי ר' מאיר וחכמ' אומ' ביחיד סמיכה בשלשה וסמיכות זקנים בשלשה ר' יהודה אומ' בחמשה:

-מהו מספר השופטים שצריכים לדון בפסיקה בביהמ"ש?

**לפי התוספתא**- 3 דיינים (כמו ביה"ד לדיני ממונות) כדי שיקטן הסיכוי לטעות. (בדיני נפשות דנים 23 דיינים).

**לפי רבי יהודה הנשיא** 5 דיינים (כדי שהדין ייוולד מתוך הסכמה של 3 דיינים לפחות). לא ריאלי.

-מה מספר השופטים שצריכים לדון בפשרה בביהמ"ש (פשרה כחלופה לדין)?

**לפי רבי מאיר**- 3 דיינים (הביצוע היא אחת מתפקידיו החשובים של השופט). מחזק טענתו : "כשם כשהדין בשלושה כך הפשרה בשלושה". פסיקה לא מזוהה (סתמית) בעלת מעמד זהה בדין/בפשרה.

**לפי דעה חולקת** (אנונימית)- דיין 1 (מוסד הפשרה פחות מהמשפט ולכן אין צורך במספר גדול).

**לפי רבי יהודה הנשיא-** 5 דיינים (אותו טיעון)

**הנציב** אומר לנו כי כשמדובר בפשרה ההסכמה שצריכה להתקבל היא עניין צריך **פה אחד** ולא על פי רוב. בניגוד לכלל הידוע "אחרי רבים להטות" שנפוץ ברוב בתי הדין בעולם. אנחנו לא רוצים לעשות דין ולהביא למצב בו בפרסום פסק הדין יראו שהרוב דרס את המיעוט אלא אנחנו רוצים להראות התכנסות והסכמה בין הצדדים כדי למנוע מצב בו לא מגיעים לשלום.

**\*מהו בכל זאת ערכה של דעת המיעוט?** ייתכן כי ביום מן הימים יתהפכו הדעות ודעת המיעוט תהפוך לרוב, דעת המיעוט יכולה **להציב גבולות** לדעת הרוב (כמו השימוש בגישתו של ר' אליעזר בעניין הפשרה כיום, שלמרות שלא התקבלה כהלכה משמשת את הדיינים לבחון את גבולותיה הדיוניים של הפשרה מאותו חשש לפגוע בצו האלוקי).

**יחס המשפט העברי לפשרה**

מקור 11: תוספתא מסכת סנהדרין, הלכה ב: ר' אלעזר בנו של ר' יוסי הגלילי אומ' כל המבצע הרי זה חוטא והמברך את המבצע הרי זה מנאץ לפני המקום על זה נאמר ובוצע ברך נאץ י"י אלא יקוב הדין את ההר שכן משה היה אומ' יקוב הדין את ההר אבל אהרן היה עושה שלום בין אדם לחבירו שנ' בשלום ובמישור הלך...

**רבי אלעזר (בנו של רבי יוסי הגלילי):** **אסור לבצוע!** מתנגד לביצוע הפשרה, כל מי שמבצע (מחלק) ועושה פשרה הוא חוטא! יותר מזה, כל מי שתומך/מעודד/מברך את הפשרה הוא מכעיס את אלוהים. הוא רוצה שידונו ע"פ דין בתוך ביהמ"ש ולא ע"פ פשרה, לגישתו גם **משה** היה רוצה שידונו כך ("**ייקוב את ההר**"- הדרך לנהל משפט היא ע"פ הדין, לעקוף את ההר/לפרש את הדין). מסייג מעט את דבריו- יש דרך נוספת לפתור סכסוכים חוץ מע"פ הדין למשל **אהרון** היה משכין שלום בין אדם לחברו, אך הוא לא היה עושה זאת בתוך בית המשפט. ר' אליעזר מציג **עמדה דיונית** כי הוא בעד פשרות באופן כללי. התנגדותו נובעת מזה שמע' המשפט צריכה להישלט **רק ע"י עיקרון הצדק.** הפשרה מייתרת את מע' המשפט ופוגעת ביסוד השלה (כריתת הענף עליו אנו יושבים). הדין מתבסס על צדק, אם נפנה לפשרה נבטל את מקומו הנשגב של ערך זה ונעדיף שיקולים אחרים.

מקור 11: תוספתא מסכת סנהדרין (צוקרמאנדל) פרק א- הלכה ג- ר' יהושע בן קרחה אומ' מצוה לבצוע שנ' אמת ומשפט ושלום שפטו בשעריכם... וכן הוא אומר בדוד ויהי דוד עושה משפט וצדקה לכל עמו והלא כל מקום שיש משפט אין צדקה וכל מקום שיש צדקה אין משפט אלא איזהו משפט שיש בו צדקה הוי אומ' זה הביצוע:

**רבי יהושע בן קורחה: מצווה לבצוע!** הפשרה שנעשית בהסכמה יוצרת נאמנות בין הצדדים ובין מע' המשפט, הפשרה מאפשרת חיסכון במשאבים.

ערכים שמשרתת הפשרה:

(1) משפט ושלום (ע"פ זכריה)- רק הביצוע מאפשר זאת, לעומת משפט בו אין שלום.

(2) משפט וצדקה (ע"פ שמואל)- דוד המלך היה עושה צדקה ומשפט לעמו, הצדקה הייתה צעד נוסף "לפנים משורת הדין" שהרחיב את שק"ד של הדיין והכניס מוסר- קרוב לפשרה.

מקור 11: תוספתא מסכת סנהדרין (צוקרמאנדל) פרק א- הלכה ד- דן את הדין זיכה את הזכאי חייב את החייב אם חייב את העני מוציא ונותן לו משלו נמצא עושה צדקה עם זה ודן את זה:

**רבי יהודה הנשיא** – **אסור לבצוע!** שימוש בדין במשפט מאפשר גם לעשות צדקה, אין צורך בפשרה. דוגמה 1: גזלן שחויב להחזיר את הכסף שלא לו. דוגמה 2: במידה והדיין חייב את העני להחזיר תשלום ואין לו כסף, הדיין ישלם במקומו. תומך בגישת **רבי אלעזר** והיא ההפרדה בין המשפט לבין הצדקה והפשרה.

מקור 11: תוספתא מסכת סנהדרין (צוקרמאנדל) פרק א- הלכה ו' -ר' שמעון בן מנסיא אומ' פעמים יבצע אדם פעמים אל יבצע אדם כיצד שנים שבאו אצל אחד לדון עד שלא שמע את דבריהם ואם מששמע את דבריהם ואינו יודע להיכן הדין נוטה רשאי שיאמר להם צאו וביצעו אבל מששמע את דבריהם ויודע להיכן הדין נוטה אינו רשאי שיאמר להם צאו וביצעו...

**רבי שמעון בן מנסיא**- **אפשרות ביניים**. אדם רשאי לעשות פשרה, הוא לא מחייב לעשות כן. יש גבול- מתי מותר לפשר ומתי אסור. מבחינה פרוצדורלית: בשלב הראשון בו התגלעה מחלוקת בין הצדדים, הם יכולים לפשר בינם לבין עצמם. אך לאחר ששופט שומע את הדברים ויודע לאן נוטה הדין, אסור לו לעשות פשרה, הוא תופס את הליך זה כ"נטישת הדין". יש בכך ניגודיות מסוימת לתפיסה של **רבי אלעזר** לפיה לשופט אסור לעולם לנטוש את הדין וכן ניגוד לתפיסה של **רבי יהושע בן קורחה** לפיו זו מצווה לבצוע.

מקור 11: תוספתא מסכת סנהדרין (צוקרמאנדל) פרק א- הלכה ט- יהו הדיינין יודעין את מי הם דנין ולפני מי הן דנין ומי הוא דן עמהם ויהיו העדים יודעים את מי הם מעידין ולפני מי הן מעידין ועם מי הם מעידין ומי הוא עד עמהם שנ' ועמדו שני האנשים אשר להם הריב לפני י"י ואומ' אלהים נצב בעדת אל בקרב אלהים ישפוט וכן הוא אומ' ביהושפט ויאמר אל השפטים ראו מה אתם עושים כי לא לאדם תשפוטו ושמא יאמר הדיין מה לי בצער הזה והלא כבר נאמר ועמכם בדבר המשפט אין לך אלא מה שעיניך רואות רבן שמע' בן גמל' אומ' כשם שהדין בשלשה כך פשרה בשלשה יפה כח פשרה מכח הדין כיזה צד שנים שדנו יכולין לחזור בהם ושנים שפישרו אין יכולין לחזור בהם:

**תוספתא** -מודעות הדיינים **למצב הנפשי** בו הם צריכים להגיע לביה"ד. עליהם לדעת מי הם דנים, לפני מי הם דנים ומי דן עמם. מי דן עמם? אלוהים, הוא מינה אותם, הם דנים לא רק את האדם אלא גם את האל. הדיין לא צריך להיות לחוץ ולהביע צער בגלל האחריות הגבוהה- אין דרישה ממנו לראות יותר ממה שעיניו רואות.

מקור 12: ב' ליפשיץ, "פשרה" קובץ משפטי ארץ – דין דיין ודיון (עפרה, תשפס"ב) 13:

**ברכיהו ליפשיץ**-

1. מצד אחד הוא רואה בפשרה **כחלופה לדין**, אך מצד שני טוען כי היא **שונה ממנו** ומרחיבה את סל הפעולות שלו.
2. הוא אינו מסתפק **בפירוש בדבר הפרדה**- לדידו גם הדין מגיע לתוצאה זו. הפשרה צריכה לבשר משהו אחר מעבר להפרדה.
3. המשמעות של **הסכמה** תואמת יותר את מונח הפשרה כיוון שהיא מבטאת את הסכמת הצדדים. זהו החידוש של הפשרה, כיוון שגם הדין יוצר הפרדה. על מה מסכימים?
   1. **הסכמה לסמכות שתדון:** בוחרים את האישיות שתדון אותנו. כמו בוררות.
   2. **מקור הדין- אנושי**: הדיין ידון לא מתוך הדין האלוקי, אלא האנושי.
   3. **אותה תוצאה:** התוצאה תהיה אותה תוצאה. זה עולה בצורה ברורה במאמר, הוא מבין שאין הכרח שהתוצאה תהיה שונה בדין ובפשרה. ההבדל הוא מקור הדין והסמכות, בעיניו, וזה חידוש.
4. מדגיש שתי סיבות מרכזיות בגינן המשפט העברי זקוק לפשרה:

**\* המוטיבציה-** הדיינים צריכים לחשוש **מיראת הדין** ובגינה להעדיף את החלופה שהיא הפסיקה על דרך הפשרה.

**\* נראות הפשרה-** הליך הפשרה נחזה להראות כמו הליך משפטי רגיל כלפי חוץ, כתב הבוררות יהיה הדבר היחיד שישתנה והחתימה עליו לא דורשת הרבה. היתרונות שהדיינים יקבלו מפסיקה על דרך הפשרה הם גדולים שכן הסיכון לטעות הוא חמור במקום זה. הוא מחבר בין התפיסות הקוטביות לפיהן- מצווה לעשות פשרה מול אסור לעשות פשרה מתחברות סביב רעיון זה.

1. מהות הפשרה היא **מעבר מהמסלול האלוקי למסלול האנושי**, המשפט ע"פ הדין הוא תהליך אלוקי – מסלול הפשרה הוא מסלול אנושי של שפיטה אנושית של הדין. פסק של פשרה מהווה מעבר בין המסלולים. הצעה אחרת שראינו, היא הצעה שהפשרה הינה מסלול של שפיטה שמאפשר הכנסת ערכים נוספים אל תוך הדין, שיתחשבו בהם במתן הפסיקה. הערכים המרכזיים שדיברו עליהם הם ערכים של שלום וצדקה, שע"פ חלק מהשיטות הם חיצוניים לדין.

**לדעת המרצה-**

1. **איכויות אחרות** **של הפרדה:** לא גרוע להגדיר פשרה כהפרדה כאשר מבינים שהיא מספקת איכויות אחרות של הפרדהכשהדין לא מספק (מסכים עם ברכיהו ליפשיץ).
2. **במסגרת הדין:** פשרה היא לא רק מוסד שהוא חלופה לדין אלא היא פעולה שהדיין נוקט בה במסגרת פס"ד.
3. **פועלת במכוון להפרדה:** הפשרה כחלופה לדין, **פועלת באופן מכוון בניסיון להפריד בין הצדדים**. הדין פועל עפ"י כללים משפטיים שהתוצאה היא הפרדה, לכן לדיין יש יותר שק"ד בפשרה.
4. **יישוב הסכסוך בפשרה:** הדין לא מיישב תמיד את הסכסוך- לעיתים צד אחד מרגיש שהשני לקח חלק ממנו. פשרה טובה מפרידה בין הצדדים על בסיס הבנת הסכסוך והאינטרסים של הצדדים.
5. **פשרה- מצווה או איסור?**

הבחנו בין דעותיהם המנוגדות של **רבי קורחה ורבי אלעזר**, נקבע כי ההלכה היא כי מצווה לבצוע. אך מהו הגבול בין האיסור לבצוע לבין מסורת אהרון (לבצוע ולפשר)?

נציג שני נימוקים דיוניים:

1. **רש"י-** **מיקום ההליך מחוץ לביהמ"ש**. המצווה לבצוע מתייחסת רק לפשרה מחוץ לביהמ"ש. ברגע שנכנסת לתוך ביה"ד יש איסור חמור לבצוע, לכן ניתן להצדיק את גישתו המחמירה של רבי אלעזר. ברמה התיאורטית, לגישתו יכול שופט לערוך פשרה בין צדדים, רק מחוץ ביהמ"ש ולא בכובעו כשופט (מצדיק את זה באמצעות אהרן שהיה דיין).
2. **תוספות-** **זהות המפשר- לא דיין.** משה מייצג את עולם המשפט כדיין ולכן ר' אלעזר צודק ואומר שלדיין אסור לבצוע. בניגוד לרש"י, התוספות קובעות כי אהרון הוא אינו שופט ולכן מותר לו לבצוע. אין הבחנה בין דיין רגיל ל**דיין מומחה** בביצוע פשרות מתוך תפיסה המבקשת להימנע מחילול הקודש בו הדיין המומחה יפסוק בניגוד לדין בו הוא מומחה.

מקור 1: רש"י מסכת סנהדרין דף ו עמוד ב -אסור לבצוע – משבאו לדין אסור לדיינים לבצוע. אבל אהרן אוהב שלום ורודף שלום - וכיון שהיה שומע מחלוקת ביניהם, קודם שיבואו לפניו לדין היה רודף אחריהן, ומטיל שלום ביניהן.

מקור 2: תוספות סנהדרין דף ו עמוד ב - אבל אהרן – פי' כיון שלא היה דיין ולא היה הדין בא לפניו אלא לפני משה ודאי לדידיה שרי [= בשבילו מותר].

🡨 מה עומד מאחורי העמדה הנחרצת שמערכת המשפט תייצג את הצדק (המשפט לה')?

מקור 3: תוספתא סנהדרין פרק א- אלא יקוב הדין את ההר שכן משה היה אומ' יקוב הדין את ההר

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

תלמוד ירושלמי- אלא יקוב הדין את ההר כשעשה משה.

(נקב= חור, נקב= פירוש.) להיכנס דרך ההר, לפרש את ההר (להתאים את התורה לחיינו).

**טיעון של ר' אלעזר**: "ייקוב הדין את ההר"- מייחס את הטיעון למשה, כלומר טענה זו אומרת **שביה"ד העברי פועל כמערכת דתית – המשפט לאלוהים**. כל המקורות הנ"ל מדגישים את שתי הנחות היסוד לפיהן (1) תפקיד הדיין לפתח את הדין (2) חילול הקודש של משפט ה'. פשרה=חילול הקודש וסטייה מדרך ה'.

* **ע"פ התוספתא**- הדיינים צריכים לדעת את מי הם דנים ולפני מי הם דנים. ממקדם את האל בתוך ההליך המשפטי יחד עם הדיינים. כשהעד/השופט רוצה לסטות מהדין עליו לזכור כי יש נוכחות אלוהית ממנה צריך להישמר.
* **ע"פ התלמוד הירושלמי**- אין מסורת בלשונו של משה, אלא אמירה לפיה נלך ע"פ דרכו של משה.
* **ע"פ התלמוד הבבלי**, אסור להכניס פעולות אנושיות של מו"מ והסכמות לביהמ"ש ובכך לדחוק את ה' החוצה. לדיינים אסור לשקול אף שיקול שונה מן הדין (האלוהי).

ההר כמשל: צריך לטפס על ההר עד שנגיע לתשובה המדויקת ביותר (לנקוב-חור) אפשר להקיף את ההר ולפרש את הדין עד שיתאים (לנקוב- לפרש).

1. **מעמדו של הדין והדיין**

מקומו של ה' במשפט-

מקור 2: **אבן עזרא** שמות פרק כא פסוק ו- והגישו אדניו אל **האלהים** - מלת אלהים, כמו מקימי משפט אלהים בארץ.

* **אבן עזרא- היבט טכני, שפיטה ע"י דין ה'.** המקור הראשון בתורה בו רואים בפירוש את מקומו של ה' במשפט הוא כאשר מדברים על עבד שלא רוצה להשתחרר ורוצה להישאר אצל אדונו ואז מרצעים את אוזנו (מדובר על תקופת ימי הביניים בה הדבר היה נהוג). משתמשים בביטוי "והגישו אדוניו אל האלוהים"). אבן עזרא בוחן את השימוש במילה ה' ומגיע למסקנה כי השימוש בה מותר מכיוון שהדיינים מוציאים את משפט ה' לפועל ועל כן הם נקראים לפעמים אלוהים. משמעות המילה "אלוהים" כאן היא "דיינים"- מקימי משפט ה' בארץ. לדעת **המרצה**- אבן עזרא מבקש להרחיק את קדושת השם מקדושת הדיינים כדי שלא נחשוב שהם אלים.

מקור 5: רמב"ן שמות כא ו' - ולדעתי יאמר הכתוב והגישו **אדניו אל האלהים**, עד האלהים יבא דבר שניהם (להלן כב ח), לרמוז כי האלהים יהיה עמהם בדבר המשפט, **הוא יצדיק והוא ירשיע**. וזהו שאמר (שם) אשר ירשיעון אלהים, וכך אמר משה כי המשפט לאלהים הוא (דברים א יז). וכך אמר יהושפט כי לא לאדם תשפטו כי לה' ועמכם בדבר משפט (דהי"ב יט ו). וכן אמר הכתוב אלהים נצב בעדת אל בקרב אלהים ישפוט (תהלים פב א), כלומר בקרב עדת אלהים ישפוט, כי האלהים הוא השופט. וכן אמר ועמדו שני האנשים אשר להם הריב לפני ה' (דברים יט יז).

* **הרמב"ן- סעייתא דישמעייא-** ה' נוכח באופן מיסטי במשפט ולדיינים יש סיוע מידי שמיים. בספר שמות, **הרמב"ן** טוען כי נעשה צעד נוסף להדגשת השפעתו של ה' בתוך המשפט. הוא יצדיק והוא ירשיע. הוא מייחס לה' תפקיד מכריע שבסופו של דבר שופט ומייתר את תפקידם של הדיינים. ה' הוא זה ששופט והדיינים רק נקראים ה'. כדי לחזק זאת הוא מביא את הפסוק בו עמדו שני אנשים שרבו לפני ה'- פירוש מיסטי.

\*מקורות אלו מחזקים את קדושת הדין ודעתו של ר' אליעזר "ייקוב הדין את ההר" - שלא ללכת לפשרה. לא ניתן לשים בצד את הדין המקודש. ידוע כבר שדעה זו לא נתקבלה להלכה, אלא דעתו של רבי קורחה- מצווה לעשות פשרה.

1. **השלום במשפט**
2. שלום אידאלי- אדם שמיצו איתו את הדין יוצא שמח גם אם חייבו אותו כיוון שזהו רצון ה'
3. שלום כסדר חברתי- המשפט יוצר סדר בחברה ומטיל סנקציות על הנוהגים באורח פסול
4. שלום בין חברים- מסדיר את היחסים שבין אדם לחברו (הפשרה- ריב"ק)

מובאים תימוכין לדעתו של **ר' יהושע בן קורחה** שהתקבלה להלכה. שני פסוקים מהתנ"ך (שמואל וזכריה) מעלים בעיה טקסטואלית שניתנת לפתרון רק על ידי הפשרה. ערכי השלום והצדקה הם חוץ משפטיים.

מקור 2: מכילתא דר' ישמעאל משפטים פרשה א -וגם כל העם הזה על מקומו יבא בשלום, רבי שמעון אומר מה ראו דינין לקדום לכל מצות שבתורה, שכשהדין בין אדם לחבירו תחרות ביניהם נפסק הדין נעשה שלום ביניהם. וכן יתרו אומר אם את הדבר הזה תעשה וגו' כל העם הזה על מקומו יבוא בשלום.

**קורחה** טוען כי **עשיית שלום מחייבת סטייה מהדין ונעשית על ידי הפשרה** (מערכת משפט יעילה וטובה מקדמת שלום), זאת בניגוד לפוסקים המוקדמים לו שסברו כי עשיית הדין יוצרת שלום וכי הסכסוך בין הצדדים שמגיע לסיומו מביא שלום. ניתן ליישב את המחלוקת על ידי הצעת מגוון פירושים למילה "שלום".

מקור 3: מכילתא דרשב"י יח, כב- ר' סימאי אומר הדן את הדין לאמתו נראה כמטיל קנאה בין הבריות ואינו אלא נותן שלום ביניהן שנא' אלה הדברים אשר תעשו אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם, אין לי אלא נוטל ממון שיש לו שלום מנין שאף המתחייב ממון שגם הוא סופו שלום שנאמר וגם כל העם הזה על מקומו יבא בשלום.

דוגמה לפירוש אחד של המילה שלום: הדיין נראה כמטיל קנאה בין הבריות כי כאשר הוא פוסק, הוא לכאורה מעדיף צד מסוים. אך, אין כך הדבר כי למעשה הוא יוצר שלום ביניהם, ומשתמש באותו הפסוק של **רבי יהושע בן קרחה**. מקור זה מדגיש את ערך השלום גם בפסק הדין שכן כל צד מבין כי חייבת להיות מערכת שמסדירה את החברה, ולכן משלים עם זה.

מקור 4: ירושלמי תענית ד' ב', סח ע"א- תמן תנינן רבן שמעון בן גמליאל אומר על שלשה דברי' העולם עומד על הדין ועל האמת והשלום ושלשתן דבר אחד הן נעשה הדין נעשה אמת נעשה שלום אמר רבי מנא ושלשתן בפסוק אחד אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם.

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

1. **סוגי הפשרה וסדרי הדין בפשרה**

מקור 1: חוק בתי המשפט (נוסח משולב) [תשמ"ד – 1984]

79א. פשרה (תיקון: תשנ"ב)

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

(ב) אין באמור בסעיף קטן (א) כדי לגרוע מסמכותו של בית המשפט להציע לבעלי הדין הסדר פשרה או לתת, לבקשת בעלי הדין, תוקף של פסק דין להסדר פשרה שעשו ביניהם. (להלן: תיווך)

**מאפייני הפשרה לפי החוק:**1. אלטרנטיבה לדין, מסלול שונה. 2. יש צורך בהסכמת הצדדים.

**מהם סוגי הפשרה?**

החוק הישראלי – סע' 79א' לחוק בתי המשפט נותן 2 מסלולי פשרה:

1. **ס' 79א'-** **פסק בדרך הפשרה**. הסכמה לפשרה לפי חוק בתי משפט ס' 79א שהצדדים מסכימים שהשופט יפסוק ביניהם בדרך הפשרה. אין לצדדים מושג מה יהיה כתוב בפסק הזה אך הם נכנסו מרצון להליך בו הם מוותרים על המוכרות של הדין הישראלי. זוהי מעין בוררות. ההסכמה היא על *ההליך*. סעיף זה מתיישב יותר עם צדקה מאשר עם שלום, כאשר יקבלו הצדדים את הפסק, לא בטוח שיהיה ביניהם שלום.
2. **ס' 79ב'-** **תיווך לפשרה בין הצדדים**- פונים לשופט שישמש כמתווך לצד השני עד שנגיע להסכמה. זהו מעין גישור. פה ההסכמה היא על *התוצאה*. ניתן לומר שסעיף זה מתיישב יותר עם ערך השלום.

\* היו פשרות גם לפני החיקוק- הן נעשו בהליך קדם המשפט.

\* למה הצדדים רוצים לתת תוקף של פס"ד להסדר הפשרה אליו הגיעו? אם למשל יש הסכם פשרה שהוא חוזה הוצל"פ, במידה ולא יקבל משנה תוקף מביהמ"ש הצדדים לא יוכלו לחייב זה את זה להוציאו לפועל.

\* מבחינה היסטורית, הצעת חוק ס' 79א הגיעה על רקע פסיקת פיצוים לנפגעי תאונות דרכים במסגרתם האחריות היא מוחלטת ויש להכריע בעניין גובה הנזק. הוחלט להגדיל את סמכות השופטים להשתמש בהסכמת הצדדים כדי להגיע לפשרה סבירה לטעמם.

\* החידוש המרכזי של סעיף 79א(א) הוא סמכות השופט לערוך פשרה בין הצדדים- גם ביחס למשפט המשווה, מדובר בסמכות שיפוטית חריגה מאוד ביחס למדינות מודרניות היום.

\* האם ביצוע ע"פ המשפט העברי מבטא פסיקה על דרך הפשרה או תיווך? **המרצה** מתבסס על פירוש **רש"י** כדי לחזק את העמדה לפיה מדובר בפסיקה על דרך הפשרה (לפי ס' 79א(א)) כיוון שמצוין: לפני שהצדדים באו אל אהרון לדין, אהרון היה רודף אחריהם, והיה "**מטיל**" עליהם שלום. ביטוי זה (מטיל), מחזק בעיני המרצה את הרעיון שהמחלוקת עסקה בפסיקה על דרך הפשרה משום שמדובר במתן כוח מסוים לשופט.

סדרי הדין בפשרה

**בקצרה:**

עד מתי ניתן יהיה להציע פשרה?

1. **עד לגמר דין-** אם נגמר הדין- אין לבצע פשרה. דעתו של **תנא קמא** (לא מזוהה).

נשאלת השאלה- מהו גמר דין?

1. **רש"י-** הכרזה, כאשר הושמע פסק הדין לצדדים ונאמר "איש פלוני אתה זכאי איש פלוני אתה חייב" **(+רבי יוסף קארו, המרצה)**
2. **התוספות-** שניה לפני ההכרזה והשמעת פסק הדין- הכוונה היא לשלב שבו הדיין כבר יודע את הדין, בסיום הדיון. (דקדקו)
3. **כבר כשהדיין יודע לאן הדין נוטה-** אסור לו להציע פשרה, לפני שהחליט על פס"ק בראשו, דעתו של **ר' שמעון בן מנסיה**-רשב"ם.
4. **לאחר גמר דין-** חריג 1: מחוץ לביהמ"ש ע"י אדם שאינו שופט **(רבי יוסף קארו)**

חריג 2: מותר לערוך פשרה על דרך התיווך בלבד **(הריא"ז)**

**רציונלים:** הטעיה, סמכות, זלזול בדין, תכלית ערכית.

ועכשיו בהרחבה..

מקור 2: תוספתא סנהדרין פרק א- נגמר הדין אין רשאי לבצוע

1. **הגישה הראשונה: אם נגמר המשפט וניתן הדין אסור לערוך פשרה**

גישה זו היא "סתמית" (לא מזוהה), עם זאת, ניתן להבין כי כאשר **רבי יהושע בן קורחה** אמר אותה, הוא יצא מנקודת הנחה כי על אף שזוהי מצווה לערוך פשרה, יש להציב גבולות כדי לשמור על מסגרת שימוש נכונה בה. אסור לערוך פשרה לאחר שנפסק הדין.

מדוע יש צורך לבצוע לאחר סיום הדין?לעתים המחלוקת לא בהכרח נפתרת, כי היחסים בין הצדדים עשויים להמשיך, ולא נוצר שלום בין הצדדים (למשל שכנים). באופן תיאורטי, הפשרה יכולה למנוע את חזרת הצדדים לביהמ"ש לאחר מתן פסק הדין (ערכאת ערעור וכו').

**ערכי הפשרה** לא נעלמים ברגע שהסתיים הדין, הרעיון במקור זה מדגיש שלאדם היה אפשרות להגיע לפשרה עד לעשיית הדין ולא עשה כן, אולי אף התנהג בכוחניות והיה בטוח שינצח, וביה"ד אוסר על ביצוע הפשרה לאחר עשיית הדין ולא מאפשר לו להחזיר את הגלגל לאחור.

🡨 מהו "גמר הדין"? מתי יודעים מתי הוא מתרחש?

מקור 3: סנהדרין ו' ע"ב- היכי דמי גמר דין? אמר רב יהודה אמר רב: איש פלוני אתה חייב איש פלוני אתה זכאי.

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

מקור 4: תוספות ד"ה נגמר הדין סנהד' ו ע"ב- נגמר הדין אי אתה רשאי לבצוע - כגון שכבר דקדקו בדין היטב וכמו גמרו את הדין דלא מיחסר אלא איש פלוני אתה חייב. דכיון דנתברר כל כך אין להטעותו לעשות פשרה שאילמלא היה יודע שנתברר דינו לזכות לא היה מתרצה לפשרה בשום ענין

1. **הגישה השנייה: מותר לפשר עד שהדיין יודע לאן הדין נוטה**

אם השופט הודיע לצדדים שקבע פסק דין מבלי להגיד להם את תוכנו, האם מותר לו לפשר ביניהם?

לדעת **המרצה** כן. מאחר שהשופט משקף לצדדים שהפשרה תוכל לפתור ביניהם את הסכסוך בעוד פסק הדין לא (הם לא ילכו לדרכם בשלום), ומותיר בידיהם את הבחירה. לא ניתן להגיד שהשופט מטעה כשהוא נוהג בכזו שקיפות מול הצדדים.

לדעת **התוספות** לא. הכוונה היא לא לאחר שהדיין כבר קבע את הפסק, אלא כשהוא נמצא רגע לפני שהוא אמר אותם– "דקדקו בדין היטב". ברגע שהשופט סיים את תפקידו ונגמר הדין - הוא לא יכול להציע פשרה. למה התוספות כ"כ מסתבכים בפרשנות כ"כ פשוטה? מדוע הם מקדימים את הפרשנות הפשוטה של **רש"י**? הרציונל של התוספות הוא שאם השופט יפנה את הצדדים לפשרה כשהוא כבר יודע שהכל כבר הסתיים – הרי שהשופט אינו ניטרלי, אלא במקום לתת את פסק הדין שמגיע לצדדים בהליך שהתנהל מתחילתו עד סופו ויודע מי ה"זוכה" מבחינתו, הוא מפנה אותם לפשרה. אדם שיודע את הדין ויודע שכבר זכה לא היה מסכים לפשרה כנראה ויש בכך הולכת שולל, הטעיה וחוסר יושרה מצד השופט.

**סיכום הרציונלים של התוספות: זלזול של הדיין בדין, שיקול של הטעיה, סמכות הדיין, חוסר ערכיות.**

הבחנה מילולית:

* **"יודע להיכן הדין נוטה"** – מכלול הטענות והראיות אליהם נחשף השופט מיציגים בפניו תמונה והוא יודע לאן הדין נוטה, אך אין זה סופי והמצב עוד עלול להשתנות. השופט רק יודע את הכיוון המצב לא גמור והכל יכול להשתנות. **רבי שמעון בן מנסיא** טוען כי שלב "יודע להיכן הדין מוטה" הוא הקובע.
* **"דקדקו היטב"** – השופט כבר ישב וחשב וכבר הכריע בדין, אך לא מסר אותו עדיין. כבר יש זכות מוגמרת לצד הזוכה והחייב, כאשר **התוספות** טוענות כי הפניית הצדדים לפשרה בנקודה זו הינה הטעיה. מנגד במצב של "יודע להיכן הדין נוטה" .

מקור 4: תוספות ד"ה נגמר הדין סנהד' ו ע"ב (המשך)- ופירש בקונטרס(רש"י) שכבר אמרו איש פלוני אתה זכאי ואיש פלוני אתה חייב ולשון הש"ס (תלמוד) מוכח כן בודאי ,אבל קשה מאי ביצוע שייך השתא אחר שנפסק הדין לגמרי ,ובדוחק יש לומר שלא יטעו אותו לומר לו יראים אנו שמא טעינו בדין

**התוספות** מוסיפות ואומרות כי ברור שמבחינה טקסטואלית הפירוש של רש"י עדיף על הפירוש של התוספות. אם כן, מדוע הן אינן מסכימות איתו? הקושייה הזו כל כך גדולה שהיא גרמה לתוספות לזנוח את הפרשנות של רש"י ולהגיד ש'גמר הדין' זה שנגמר הדין בראשו של השופט והוא הכריע אך טרם העבירו לצדדים (בעוד רש"י קבע את העברת פסה"ד לצדדים כגמר הדין).

בשל **חוסר הנוחות** של התוספות עם שלילת דברי רש"י, הן מציעות **הצעה דחוקה להבין את דבריו**. הם משערים שרש"י התכוון לפנייה לבעלי הדין בהצעת פשרה לאחר מסירת פסק הדין **במקרה שבו השופט חושב שהוא עשה טעות בדין –** ולכן הוא פונה לאפיק של פשרה. אך עדיין, הן מבקשות למנוע מצב כזה של הצעת פשרה לאחר גמר הדין שכן הפתרון לטעות הוא ערעור על פסה"ד.

**לדעת המרצה** – רש"י לא צריך להתקפל. הרעיון של פשרה לא נגמר אחרי פסק הדין. חיי המדף של הפשרה לא הסתיימו כי איכויות הפשרה לא נגמרות אחרי מתן פסק הדין. עם זאת כן יש רציונליים למנוע ביצוע לאחר מתן פסק הדין המופיעים במאמר (ליפשיץ, פשרה עד היכן? גבולות הדיון בפשרה- מקור 14). פתרון לכך הוא כשהשופט מודיע לצדדים כי יש פסק דין, אומר להם שפסה"ד הוא מעולה, אך הוא מזכיר להם את ערכי הפשרה והיתרונות שלה, מבהיר להם שהפשרה תביא לשלום בעוד פסק הדין לא ומציע להם בשקיפות מוחלטת ללכת לפשרה.

**השולחן ערוך-רבי יוסף קארו** תומך בדעה של רש"י, לפיה ניתן להציע פשרה מרגע גמר דין ממש:

מקור 5: שולחן ערוך חושן משפט סימן יב- מצוה לומר לבעלי דינים בתחילה: הדין אתם רוצים או הפשרה; אם רצו בפשרה, עושים ביניהם פשרה. וכשם שמוזהר שלא להטות הדין, כך מוזהר שלא יטה הפשרה לאחד יותר מחבירו. וכל בית דין שעושה פשרה תמיד הרי זה משובח. במה דברים אמורים, קודם גמר דין, אף על פי ששמע דבריהם ויודע להיכן הדין נוטה, מצוה לבצוע. אבל אחר שגמר הדין ואמר: איש פלוני אתה זכאי, איש פלוני אתה חייב, אינו רשאי לעשות פשרה ביניהם. אבל אחר, שאינו דיין, רשאי לעשות פשרה ביניהם שלא במושב דין הקבוע למשפט.

כבר משלב הכניסה ("בתחילה") להליך **צריך להבהיר לצדדים שיש 2 אופציות** לפתרון הסכסוך: פשרה או דין. הוא מדגיש כי על השופט יש אחריות גדולה לא להטות את הפשרה לאחד יותר מחברו, כפי שעליו להיזהר באופן דומה בעשיית הדין.

רבי יוסף קארו מצטט את **הרמב"ם** "וכל בית דין שעושה פשרה תמיד הרי זה משובח" מספרו "היד החזקה" ובכך מדגיש שזו מצווה לעשות פשרה ויש לכך ביטוי בדיוק שאלת גמר הדין.

לפי **רבי יוסף קארו**, נקודת גמר הדין היא:

* למרות ששמע את דבריהם ויודע להיכן הדין נוטה, מצווה לבצוע – בכך שלל השולחן הערוך שלל את עמדת **רבי שמעון בן מנסיא** ותמך בעמדת רבי **יהושע בן קרחה.**

גמירת הדין הוא רגע הכרזת הדיין – בכך קיבל השולחן ערוך את עמדת **רש"י** הדווקנית ודוחה את עמדת **התוספות.**

* אסורה פשרה לאחר גמר הדין – אימוץ העמדה האנונימית **בתוספתא.**
* **רבי יוסף קארו מציע חריג ראשון:** ניתן לעשות פשרה בין הצדדים לאחר גמר דין עם 2 תנאים מצטברים: (1) זה לא השופט מציע, לא דיין; (2) לא במקום המשפט אלא במקום אחר. חריג זה מיישם את הרציונליים מאחורי הפשרה כפי שהם מופיעים במאמרו של **ברכיהו ליפשיץ.**

מקור 7: פסקי ריא"ז (רבי ישעיה אחרון זקן) (מהדורת מכון התלמוד הישראלי השלם,תשנ"ד), יט (מאה 13-14, אחרי קביעת הכלל שנקבע בתלמוד הבבלי). נגמר הדין אין רשאי לפשור אלא ייקוב הדין את ההר. ונראה בעיני שאין כל דברים הללו אמורין אלא כשהדיינין רוצין להטיל עליהן פשרה לפי הנראה בעיניהם ושלא מדעת בעלי דינין, אבל אם הם מודיעים להם טיב הפשרה ומפייסים אותם עד שהם מתרצים בדבר למחול אחד לחברו או לתת אחד לחבירו דבר ידוע אפילו אחר גמר דין ראוי לעשות כן, ובלבד שלא יהא שום צד הכרח בדבר אלא פיוסים ופיתויים וזו מצוה גדולה היא והיא הבאת שלום שבין אדם לחבירו וכך היה עניינו של אהרן שהיה אוהב שלום ורודף שלום ומפייס בעלי דינין עד שמתרצים בדבר.

* **הריא"ז (רבי ישעיה אחרון זקן) מציע חריג שני:**  ניתן לעשות פשרה בין הצדדים לאחר גמר דין אם מדובר בפשרה על דרך של תיווך ולא בדרך של פסק. במושגים שלנו הוא מבחין בין ס' 79א(א) בו הדיין מקבל סמכות לפסוק על דרך הפשרה והיא אסורה לאחר גמר דין, לס' 79א(ב) בו הדיין לא מקבל סמכות לפסוק על דרך הפשרה אלא רק מתווך בין הצדדים ומקרבם להסכמות.

הוא קובע לראשונה ("ונראה בעיני") כי המחלוקת בין **רבי אליעזר ורבי יהושע בן קורחה** רלוונטית אך ורק לפסיקה על דרך הפשרה ואינה מתעסקת כלל בתיווך. הוא מחדש וטוען כי מהרגע שהגענו לנקודת זמן בה לא ניתן עוד להציע פשרה, חזרנו למעשה לנקודת ההתחלה של "ייקוב הדין את ההר". ולכן אם ישנו פסק דין (גמר דין) שניתן לצדדים, כל אחד יודע האם הוא זכה או שחיוב, ניתן לפתוח דף חדש ולהציע לצדדים פשרה על דרך התיווך.

\*ניתן לראות דימיון לס' 79א(ב) שקובע כי אין בסמכותו של סעיף קטן (א) כדי לגרוע מסמכותו של ביהמ"ש לתת תוקף להסדר פשרה שעשו ביניהם. כדי להביא את הצדדים להסכמה מלאה ולשלום אמיתי, כל זמן בו השופט לא מפעיל עליהם כוח כדי לשכנעם להסכים.

מקור 14- איתי ליפשיץ, פשרה עד היכן? גבולות הדיון בפשרה

מהם הרציונלים להצבת גבול לדיון בפשרה?

* **חוסר סמכות** – כאשר אתה פוסק את הדין כשופט, בזאת מסתיימת סמכותך עפ"י חוק ומעמדך נעלם. כל מה שיאמר השופט כעת יוותר מחוץ לפרוטוקול. לכן אין לו סמכות לפסוק פשרה.
* **זלזול בדין תורה** – בבימ"ש לא ניתן לפסוק פשרה לאחר שנפסק הדין. כי זה זלזול בדין גם כלפי המוסד עצמו. (ייתור עצמי). תואם לגישתם של רבי אליעזר ורבי בן קורחה שהסכימו כי פסיקה ע"פ שק"ד בתוך ביהמ"ש לאחר שניתן פס"ד יהא זלזול בדין תורה.
* **שיקול ההטעיה**- באופן מובנה כל פשרה מכילה בחובה טעות של אחד הצדדים. אולם בהצעת השופט לפשרה כאשר הוא יודע מהי התוצאה המשפטית, יש משום הטעייה שפוגעת באמון הצדדים במע' השיפוטית. נטרול ההטעיה- כאשר השופט אומר לצדדים שבידו התוצאה ויודע לאן הדין נוטה, הוא איננו מטעה אותם אלא יש שקיפות ולכן עפ"י **התוספות** זה מותר- נטרול אלמנט ההטעיה.
* **התכלית הערכית של הפשרה-** (טענת **המרצה**) הפשרה מקדמת את ערכי השלום והצדקה. מנגד, ניתן לומר שבנקודת זמן מסוימת, לאחר שנשמעו הטענות וההוכחות ממילא לא ניתן להשיג עוד ערכים של צדקה ושלום, זה מאוחר מדי ברמה הערכית, לכן נקבל אולי את הדעה לפיה לא ניתן להציע פשרה בתוך כותלי ביהמ"ש.

שאלה זו הייתה קריטית כיוון שבמשפט העברי היה חוסר באוטונומיה שיפוטית, והיהודים רצו לסגור את הסכסוכים בתוך הקהילה כדי להימנע מפניה לשלטונות מסיבות ברורות. לכן, תרו אחר חריגים שיאפשרו לסגור את הסכסוכים בתוך הקהילה אפילו לאחר מתן פס"ד.

1. **הפשרה ויראת הדין**

**מדוע כן להציע פשרה אחרי גמר הדין? בשל יראת הדין (החשש מלטעות) והחשש מהשפעת השינויים על יכולת הדיינים לפסוק ע"פ דין תורה (המצב האידאלי).**

במסכת סנהדרין מסופר על תקופה בה השלטון הרומאי בארץ נטל את סמכות בתי הדין היהודים לדון בדיני נפשות. מאוחר יותר גם נטלו את הסמכות לדון בדיני ממונות. תגובת רבי שמעון בר יוחאי (שהדבר קרה בתקופתו) הייתה כי הוא עצמו אינו מספיק חכם לדון (מצטט את דבריו הרב יוסי בר חלפתא). מדוע? החכמים מבינים כי האירועים ההיסטוריים המשמעותיים שאירעו משפיעים על היכולת שלהם לכוון לדין תורה. דברים אלו של התלמוד הירושלמי מובאים אחר כך בפירושו של הטור ומוסברים לעומקם. החכמים יוצאים מנקודת הנחה שבזמן שדנים את הדין אלוהים ניצב במעמד הדין. על כן, עליהם לפעול ביראת קודש ויראת דין משמעותית.

מקור 4: תלמוד ירושלמי מסכת סנהדרין פרק א דף יח טור א /מ"ג- רבי יוסי בר חלפתא אתון תרין בר נש מידון קומוי אמר ליה על מנת שתדיננו דין תורה אמר לון אני **איני יודע דין תורה** אלא היודע מחשבות יפרע מאותן האנשים מקבלין עליכון מה דנא אמר לכון רבי עקיבה כד הוה בר נש אזל בעי מידון קומיה הוה אמר ליה הוו **יודעין לפני מי אתם עומדין** לפני מי שאמר והיה העולם שנאמר ועמדו שני האנשים אשר להם הריב לפני יי' ולא לפני עקיבה בן יוסף תני קודם לארבעים שנה עד שלא חרב הבית ניטלו דיני נפשות ובימי שמעון בן שטח **ניטלו דיני ממונות** אמ' ר"ש בן יוחי בריך רחמנא דלינא חכים מידון

מסקנות אלה שנגזרו מהתלמוד הירושלמי מופיעות מאוחר יותר בחיבורים של **הטור** וכן בכתביו של **ברכיהו ליפשיץ**. **המרצה** מחדד כי יראת הדין לא עוסקת בפשרה בלבד (כאמצעי לחמוק מקביעות חד משמעיות ע"פ דין תורה), אלא מתייחס לתפיסה לפיה ברגע **שהמצב האידאלי איננו עוד, כוחם של החכמים לכוון לדין תורה ולדייק אותו נחלש.**

מקור 5: טור חושן משפט סימן יב -ומצוה לדיין להתחיל להם בפשרה שיאמר במה אתם רוצים יותר בפשרה או בדין: אפילו אם שמע דבריהם ויודע להיכן הדין נוטה כל זמן שלא גמר הדין לומר פלוני זכאי ופלוני חייב אבל לאחר גמר דין אינו יכול לעשות פשרה ומיהו אם יש שבועה ביניהם רשאי לעשות פשרה ביניהם אפילו לאחר גמר דין כדי **ליפטר מעונש שבועה**: וכל דיין שעושה פשרה תמיד הרי זה משובח ועליו נאמר אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם איזה משפט שיש בו שלום זו פשרה: וכשם שמוזהר שלא להטות דין כך מוזהר שלא יהא נוטה בפשרה לאחד יותר מחבירו: כתב בספר המצות צריכין הדיינין להתרחק בכל היכולת **שלא יקבלו עליהם לדון דין תורה** כי מאד נתמעטו הלבבות וגרסינן בירושלמי פ"ק דסנהדרין בימי ר"ש בן יוחאי בטלו דיני ממונות אמר ר"ש בן יוחאי לית דחכים בדין רבי יוסי בן חלפתא באו ב' אנשים לפניו אמרו לו על מנת שתדיננו דין תורה אמר להם איני יודע לדון לכם דין תורה

בחיבורו של ה**טור** הוא כותב שהדיינים צריכים להתרחק ככל שניתן מלפסוק על דין תורה, הוא מצטט בדבריו את **התלמוד הירושלמי**. לדבריו יש משמעות מרחיקת לכת על הפשרה, מדוע? בעבר (תקופת התנאים) גדולי הפוסקים אמרו כי הם לא יכולים לדון ע"פ דין תורה (מחשש שיטעו- שינוי סמנטי). לכן היה דרוש שינוי גם בתקופה המאוחרת יותר. התפתח נוהג לפיו כאשר בעלי דין היו באים לדון בפני ביה"ד היה עליהם לחתום על **שטר בוררות** בו הצדדים מקבלים את סמכות ביה"ד להכריע על דרך הפשרה ולעולם לא רק על פי דין התורה. המונח "פשרה" מופיע כאן במשמעות שונה מזו שאנחנו מכירים, משמעותה הנוכחית היא שאם הדיינים חלילה פספסו עניין מסוים ע"פ דין התורה, זה בסדר כיוון שהצדדים הסכימו שהם ידונו גם על דרך הפשרה (כסת"ח). בנוסף, **לא ניתן לערער** על פסק דין שניתן על דרך הפשרה, דבר שהיה חשוב בזמנו לבתי הדין כדי ליצור סופיות לדיון ולפתור סכסוכים בתוך הקהילות השונות באופן חד משמעי. **המרצה** מתנגד ליישום הרחב של פסק הבוררות היום וטוען כי המנהג השתרש בתקופה בה לא הייתה לנו גישה לערכאות יהודיות בכירות, הוא נועד למנוע הליכה לערכאות של גוים. ניתן לפסוק ע"פ דין תורה למרות החשש כיום.

ישנם סוגים שונים של שטרות בוררות, נוסח השטר עליו אנחנו מדברים נקרא "**בין לדין ובין לפשרה**", אליו מתייחס השופט אילן בפס"ד אגיאפוליס כאשר משווה את המשפט העברי למשפט הישראלי ומראה כיצד סירוב ביה"ד לדון על דרך התורה בלבד מצביע על "צניעות" מסוימת והיעדר יומרה לדעת את כל התורה, אך מנגד מרחיב את סמכויותיו באופן משמעותי כדי שלא ניתן יהיה לערער על פסק הדין.

עפ"י **ברכיהו ליפשיץ** כל עניין הפשרה הוא ביטוי של אינטרס הדיינים שמפחדים מעול הדין.

**ז. הצעת הפשרה**

עד כמה מצפים מהדיין שיקדם את עניין הפשרה כאשר יש בי"ד מוסמך?

מקור 1: הסמ"ע ספר מאירת עיניים חו"מ סימן יב ס"ק ו'-

**הסמ"ע-** מציג **עמדה ראשונה** לפיה לפשרה תפקיד אקטיבי לו יש לתת עדיפות: הדיין מחויב לא סתם להזכיר את אופציית הפשרה לצדדים, אלא מחויב הוא לשווק את הפשרה ולהסביר את עדיפותה על הדין. אלא שיש להיזהר מהפעלת לחצים על הצדדים, ושתהיה הסכמה. גישה המשקפת איזון בין קידום הפשרה לבין שמירה על ההסכמה החופשית של הצדדים (עדיפות הפשרה על הדין). גישה זו אומרת ש"המצווה לבצוע" באה לתת עדיפות לפשרה על פני הדין.

מקור 2- הט"ז רבי דוד (בר' שמואל) הלוי, סימן יב שם-

**הט"ז (בשם המהר"ל)**- מציג **עמדה שנייה** פסיבית לפיה אין לרדוף אחרי פשרה: הדיין רק צריך להזכיר את האופציה של הפשרה ותו לא-"אין דינא בעיתו אי פשרה בעיתו". אם הצדדים מסרבים אז הוא לא חייב לשכנעם. כלומר המצווה לבצוע באה לתת לפשרה מעמד נורמטיבי שווה לדין.

התלמוד מחזק את עמדתו של הט"ז כיוון שמציג את הדין ראשון ולא את הפשרה.

איך עמדתו של **רבי קורחה** לפיה יש מצווה לבצוע מסתדרת עם דברי הט"ז שאומר שיש לנהוג בפסיביות? לדעת ה**מרצה**, החידוש של **קורחה** הוא שיש מצווה בעצם עשיית הפשרה ולכן גם אם היא נעשית בפסיביות היא מתקבלת. לפי **קורחה** יש שתי מצוות אפשריות: לעשות את הדין (משפט צדק) ולבצע פשרה (ללא עדיפות של הפשרה על פני עשיית הדין), הן עומדות זו לצד זו.

**ח. פשרה כפויה**

בקצרה: במשפט העברי יש 2 מקרים בהם יש פשרה כפויה:

1. **מקרה המעגל השוטה-(לפי המשנה)**
2. **מאבק זכויות על טובין ציבוריים-(לפי התוספתא)**

הפשרה שאנו מכירים עד היום היוותה **אלטרנטיבה לדין** כאשר הצדדים מעוניינים בכך **בהסכמה**. כאן יש מצב שבו יש **כפיית פשרה**.

**אם חייבים לציית לפשרה הזו, אז זה בעצם דין, למה קוראים לזה בכלל פשרה? (א. ליפשיץ)**

1. באופי, **בדרך הפתרון שלה היא מתנהגת בדומה לפשרה**, מחפשת שכל הצדדים **יבואו על סיפוקם**.
2. הפתרון הזה הוא **לא באמת משקף את הזכויות האמיתיות של הצדדים בדין**. כשאף אחד לא מקבל מה שבאמת מגיע לו - זה **לא נכון לקרוא לזה "דין".**

**דעות פוסקים בעניין הפשרה הכפויה:**

**מדרג:** חייבים לכפות**>** ר' שמחה (מצווה לכפות)> ר' אלעזר (תקנ"צ) >הרדב"ז (תלוי מי במצוקה)>הנצי"ב (להזהיר)> ר' אשי (מוצא אחרון) **>**משנה זהירות

* **רבי אלעזר:** לא יתנגד לפשרה הכפויה כי היא כורח למציאות ("תקנת הציבור")
* **הנצי"ב:** על השופט להזהיר את הצדדים כאשר מדובר בפשרה כפויה, פשרה כפויה היא לא דין**,** במקום בו הדין נכשל- חייבים לאפשר פשרה (כפויה).
* **הרב אשי:** יש להבחין בין מסלול הדין למסלול הפשרה. האפשרות לכפות את הפשרה היא מוצא אחרון.
* **ר' מאיר שמחה:** פשרה כפויה מגיעה כאשר יש לאקונה, היא אינה דין. פשרה כפויה היא מצווה רק כאשר אין פתרון משפטי. "מצווה לבצוע" חלה על הדיין כאקט חינוכי ולא על הצדדים.
* **הרא"ש:** כאשר ישנה שאלה משפטית קשה הטעונה הכרעה, ניתן לאפשר פשרה כפויה(לא נוציא דין חלוק, הרמאי לא יצא נשכר)
* **הרדב"ז:** כאשר הדיינים במצוקה- ניתן להוסיף עוד דיינים/להקים שאילתא, כאשר הדין במצוקה- ניתן לאפשר פשרה כפויה כחלק מעקרון ועשית הישר והטוב.

כשאין דין🡨פשרה כפויה, מצווה על בעלי הדין להתפשר.

כשיש דין🡨 אין מצווה על בעלי הדין להתפשר- רק על הדיין להציע את הפשרה.

**דיין שאינו יודע עוד-** הרחבה של פשרה כפויה. כאשר הדיין יודע + אין פתרון מהדין ("מעגל שוטה") ואז כופים פשרה. כאשר הדיין לא יודע + יש פתרון בדין אבל הוא נשגב מבינתם של הדיינים נוסיף דיין/שאילתא (חריג: **הרא"ש** מתיר פשרה כפויה במצבים קשים בהם לא ניתן להגיע להכרעה).

**דעת המשפט הישראלי בעניין הפשרה הכפויה:**

* **בג"צ אנז'ל:** פשרה כפויה היא מוצא אחרון, אם יש דין חובה על השופט לפסוק על פיו. פשרה כפויה לא מאפשרת לשופט לעשות ככל שעולה על רוחו.

ועכשיו בהרחבה:

מקור 1: משנה מסכת כתובות פרק י- מי שהיה נשוי שתי נשים ומכר את שדהו וכתבה ראשונה ללוקח דין ודברים אין לי עמך השניה מוציאה מהלוקח וראשונה מן השניה והלוקח מן הראשונה וחוזרות חלילה עד שיעשו פשרה ביניהם וכן בעל חוב וכן אשה בעלת חוב:

רקע: בעבר היה ניתן להינשא ליותר מאישה אחת, כאשר אדם נישא ליותר מאישה אחת, לכל אחת מהן תהיה כתובה נפרדת (המארגנת את נישואיו והתחייבויותיו הכספיות של הגבר לאישה).

המקור מדבר על אדם שהיה נשוי לשתי נשים, ומכר את השדה לאדם שלישי אחרי שנישא לאישה השנייה (2 כתובות + עסקת מכר) כך שמבחינת הזכויות הקנייניות הסדר הוא כזה: האישה הראשונה קודם, אח"כ השנייה, ולבסוף הקונה. האישה הראשונה עושה עסקה ומציעה למוכר לקנות את מקומה בתור, בתמורה לסכום מיידי (אך עסקה זו אינו תקפה באופן בלתי מוגבל, אלא רק במצב בו האישה הראשונה עומדת מולו). כלומר, האישה הראשונה לא יכולה להמחות את הזכות של האישה השנייה לקונה 3, אלא רק את זכויותיה בשדה. האיש מת ונוצר מעגל שוטה שחוזר שוב ושוב, ללא מוצא, משום שהעסקאות יצרו מצב שבכל זמן נתון, כשאני מחזיק בנכס יש מישהו שיכול להוציא ממני.

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

המשנה אומרת כי הפתרון למעגל השוטה הוא לעשות **פשרה** בין שני הצדדים. עם זאת, יש כאן בעיה פרשנית – כאשר אומרים "ויעשו פשרה ביניהם" האם מדובר על כפיית בית הדין לעשות פשרה כדי להמנע ממעגל השוטה או שהמשנה מאפשרתלצדדים לבחור בהליך פשרה אם הם לא יצליחו להסדיר את העניין ביניהם?

מקור 3: תוספתא בבא קמא ב' י'- היה אחד מהן טעון ואחד רכוב מעבירין את הטעון מפני הרכוב אחד טעון ואחד ריקן מעבירין את הריקן מפני הטעון … היו שניהן טעונין שניהן רכובין שניהן ריקנין עושין פשרה ביניהם וכן שתי ספינות …שתיהם פרוקות ושתיהן טעונות עושות פשרה ביניהן.

הביקורת של **המרצה**: מקרה השדה הוא מקרה שאין אפשרות לפסוק עפ"י הדין ומחויבים לפסוק עפ"י פשרה משמע שזה בעצם דין אז למה לא לקרוא לזה דין? יש כאן אתיקה משפטית של המשפט העברי שרוצה לשמור על ההבחנה בין 2 המושגים: דין ופשרה כפויה.

הקונפליקט: מדובר על מעבר צר בנהר שכולם משתמשים בו. כללי התור מגדירים שמי שהגיע ראשון עובר ראשון וכן הלאה. מה קורה במקרה בו 2 הגיעו ביחד לתור? החוק קובע כי בוחנים למי יש סחורה שעתידה להתקלקל קודם ונותנים לו לעבור. ומה אם לשני הרכבים שהגיעו יחד יש את אותה הסחורה? המקור קובע כי יש לבצע פשרה בין הצדדים (אחד יוותר לשני או שהאחד ישלם לשני).

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

גם כאן עולה אותה השאלה – האם מדובר בכפיית פשרה על הצדדים מקום בו אין למשפט פתרון להציע לצדדים, שכן כללי התור נגמרו, או שמא מדובר בפשרה מוסכמת בין הצדדים? ויתרה מכך, מי עושה את הפשרה, הצדדים או בית הדין? **מקור זה אומר כי במצב זה על המשפט להרכין ראשו ולאפשר לצדדים להגיע לפשרה ביניהם, בהסכמה וללא כפייה, ומבלי התערבות מערכת המשפט.**

עם זאת, מקור זה הינו מקור תנאי (מוקדם), לכן נבדוק את השאלה במקור מאוחר יותר:

תלמוד בבלי, מסכת סנהדרין, דף ל"ב- דריש לקיש רמי: כתיב +ויקרא י"ט+ בצדק תשפט עמיתך וכתיב +דברים ט"ז+ צדק צדק תרדף, הא כיצד? כאן - בדין מרומה, כאן - בדין שאין מרומה. רב אשי אמר:מתניתין כדשנין. קראי; אחד לדין ואחד לפשרה. כדתניא: צדק צדק תרדף - אחד לדין ואחד לפשרה. כיצד? שתי ספינות עוברות בנהר ופגעו זה בזה…וכן שני גמלים שהיו עולים במעלות בית חורון ופגעו זה בזה, אם עלו שניהן - שניהן נופלין, בזה אחר זה - שניהן עולין. הא כיצד? טעונה ושאינה טעונה - תידחה שאינה טעונה מפני טעונה. קרובה ושאינה קרובה - תידחה קרובה מפני שאינה קרובה. היו שתיהן קרובות, שתיהן רחוקות - הטל פשרה ביניהן, ומעלות שכר זו לזו.

**ריש לקיש** קורא בתורה ומביא 2 פסוקים: בספר ויקרא פרק יט' נאמר "בצדק תשפט עמיתך", בספר דברים פרק ט"ז נאמר "צדק צדק תרדף". הוא מנסה להבין את היחס בין 2 הפסוקים.

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

המקור למעשה אומר לנו כי הפתרון לקושי הוא כפי שחשבנו קודם. לביה"ד / לבעל הסמכות ההלכתית המשפטית **מוסמך לכפות פשרה** על הצדדים תוך כך שהאחת מפצה את השנייה (כדי שהצדדים לא יצטרכו לריב ביניהם). במקרים בהם אין למשפט פתרון לסיטואציה – הפשרה הכפויה משמשת מפלט אחרון. לא מדובר על 2 מסלולים מקבילים עוד, ולכן לא מדובר על הפשרה עליה מדבר **רבי יהושע בן קרחה.** הפשרה הכפויה הינה חריגה ביחס לדין הישראלי כיום, כיוון שהכל שפיט ואין מצבים בהם לא ניתן להכריע.

**הרב משה מטראני** מספר כי עדיין לא מצאו דין בו ייכפו פשרה, הוא לא שמע על חיה מוזרה שכזו, הוא מכיר פשרה שהיא רק בהסכמה. בן שיחו של הרב עונה לו כי הוא ראה במשנה כי קיימת פשרה כפויה ותהה כיצד זה יתאפשר. שניהם צודקים, כיצד? הרב צודק כי כתוב "עד שנעשה פשרה" ולא כתוב בפירוש "פשרה כפויה". ומנגד בן שיחו צודק כיוון שברור שהמשמעות היא שיש מצבים בהם חייבים לכפות פשרה (כמו במעגל שוטים).

מקור 4- סנהדרין ל ע"ב.- אמרו בפרק קמא דסנהדרין דמצוה לדיינים לאמר להם לפשר.. ההכרח לעשותו פשרה ועל כיב"ז תניא בסנהדרין (דף ל"ג) צדק צדק תרדוף אחד לדין ואחד לפשרה כיצד שני ספינות כו

מקור 2: ר' משה מטראני [צפת, המאה ה- 16], שו"ת מבי"ט חלק ב סימן קכא (ברוקלין, תשכ"א)לג. ומ"ש (ומה שכתב) "עדיין לא מצאנו דין שיהי' הפשר' בהכרח" אישתמיטתי' "מה ששנינו וחוזרים חלילה עד שיעשו פשרה" וכן גבי בונה כותל בחלקו ובא חברו לבנו' אצלו כתב הרמב"ם ז"ל פ"ג מהלכות שכני' ד"מגלגלין עליו דבר מועט כמו שיראה לדיינים" דהוי כעין פשרה ומעתה נראה הדין אמת כמו שכתבתי קודם.

הסנהדרין התייחסו לעניין הפשרה ופירשו כי לעתים עריכת פשרה כפויה היא מצווה עבור הדיינים במצבים מסוימים (תלוי בנסיבות המקרה).

מקור 5: הרב נפתלי צבי יהודה ברלין שו"ת משיב דבר (ירושלים, תשכ"ח) חלק ג' סימן י' -וכדאיתא בירושלמי מגילה פ"ג על הא דתנן באבות על שלשה דברים העולם קיים על הדין ועל האמת ועל השלום. נעשה דין נעשה אמת. נעשה אמת נעשה שלום. אבל אם הדין אינו יכול להביא לידי שלום. ההכרח לעשותו פשרה… והנראה דזהו מש"א חז"ל בפ' הפועלים שחרב ביהמ"ק [בית המקדש] על שהעמידו דבריהם על ד"ת [דין תורה]. היינו שלא רצו לוותר על הדין שאינו מביא לידי שלום וההכרח להתפשר. וכן הוא בכל מחלוקת שבין רבים לרבים א"א [אי אפשר] לקוות שצד אחד יכוף את הצד השני ע"פ ד"ת [על פי דין תורה] ותשקט המחלוקת. א"כ הטוב והישר לשני הצדדים שיעמידו כל צד מתוכם שני אנשים ועל הנבררים והבוררים אותם לדעת כי מחוייב לוותר מרצונו לצד שכנגדו למען אשר עי"ז [על ידי זה] יתקיים גם הצד שלו.

הובאה בפני **הרב נפתלי צבי יהודה ברלין** (הנצי"ב) שאלה הנוגעת ליישוב סכסוך בין קבוצות ולא בין אנשים פרטיים. לפי מקור זה יש קשר בין הערכים עליהם מתקיים העולם: אמת, דין ושלום (דין נעשה אמת 🡨 נעשה אמת 🡨 נעשה שלום). הנציב אומר שאם יש מצב שבו הדין אינו יכול להביא לידי שלום, הלוגיקה שדין מביא לשלום קורסת. מה קורה במצב בו הדין לא יכול להביא לשלום? התשובה שלו היא שבמקרה כזה יש **הכרח לעשות פשרה**.

גישתו נמצאת בין **יהושע בן קורחה** **לרבי אלעזר**. מדובר על מקרים בהם גם הצדדים וגם השופטים ידעו שפסה"ד לא יפתור את המחלוקת, דבר זה יביא לחורבן החברה וזה מה שהביא לחורבן בהמ"ק לפי חז"ל, אין מה להתהדר בדין תורה במצב כזה. לכן, יש חובה להתפשר במצב בו הדין לא יעשה שלום. **השאלה בכלל לא אם הפשרה תעשה בתוך או מחוץ לביה"ד, אלא האם הדין יביא למחלוקת עמוקה יותר ולנזק גדול יותר.**

המ"ע אומר לנו כי כשמדובר בפשרה ההסכמה שצריכה להתקבל היא עניין צריך **פה אחד** ולא על פי רוב (בניגוד לכלל הידוע "אחרי רבים להטות" שנפוץ ברוב בתי הדין בעולם). הנציב טוען כי יש מצבים כמו בסכסוכים בין רבים בהם אין ברירה אלא לפשר. אנחנו לא רוצים לעשות דין ולהביא למצב בו בפרסום פסק הדין יראו שהרוב דרס את המיעוט אלא אנחנו רוצים להראות התכנסות והסכמה בין הצדדים כדי למנוע מצב בו לא מגיעים לשלום.

מקור 6: ר' מאיר שמחה משך חכמה על דברים טז כ' (ירושלים, תשמ"ב) קיא- הך פשרה הוא במקום שאין דין על זה. לכן כיון שאין על זה דין, מצוה בפשרה והמצוה על בעלי הדין שבעלי הדין מצווים לפשר. אמנם במקום שיש דין, שעל פי דין אחד זכאי ואחד חייב, רק שבאים לדין אז אין הבעלי דינין מצווין לפשר רק ברצונם תלוי… רק על הדיין… אמרו בפרק קמא דסנהדרין דמצוה לדיינים לאמר להם לפשר… ורק על פשרה במקום שיש דין , שהדיין עושה , פליגי תנאי אם רשות או מצוה אבל על בעל הדין במקום שאי דין מצוה לכולי עלמא לפשר.

ישנם שלושה דברים שמבחינים בין הפשרה **של ר' יהושע בן קרחה** לבין **הפשרה הכפויה**:

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

מקור 10 :בג"ץ 2222/99 אנז'ל (אורה) גבאי נ' בית הדין הרבני הגדול ואח' פ"ד נד (5) 401.

ביד"ר הגדול מפרש את פסק דינו של ביה"ד האזורי ככפייה של פשרה. **הרא"ש** מרחיב את מוסד הפשרה הכפויה ומיישם את זה על מקרים שיש בהם דין אך לא ניתן לברר את הדין עד הסוף (חשש מרמאות). נשאלת השאלה האם בהמ"ש יוצא נגד המשפט העברי?

**המרצה** חושב שלא. בהמ"ש בחן את המשפט העברי, ואת הכלים שהוא מציע והביע ביקורת על פעולתו של ביד"ר.

**בהמ"ש העליון** קבע כי הוא לא השתכנע כי בכלים שיש לביד"ר, הוא לא היה זקוק לפנות לכלי של פשרה כפויה, שכן יש לו כלים אחרים בהם הוא יכול היה להשתמש על אף שכלי הפשרה הכפויה כן עומד לרשותו, אך רק במקרים קיצוניים וחריגים ביותר. **פרוקצ'יה-** לא מקבלת את התוצאה. אומרת שגם אם ביד"ר עושה פשרה בכפייה בין בני הזוג, יש חובה לדיין כשופט בישראל להחיל את חזקת השיתוף- לא לסתור את הדין המהותי. מבטלת את פסק דינו של ביד"ר. **אנגלרד-** יותר מעודן, פשרה כפויה איננה מנטרה לעשות ככל העולה על רוחך אלא פשרה כפויה היא צורך של הנסיבות ועל ביד"ר להראות לבג"צ שהנסיבות הזקיקו אותך כדיין, לפשרה כפויה. אנגלרד לא רואה בנסיבות המקרה ככאלה שמצדיקות פשרה כפויה, אין כאן ביטוי למצוקות השופט. אנגלרד בניתוח שלו בעצם שם עצמו כערכאת ערעור על הדין המהותי (על ביד"ר הגדול) ולא הולך בכיוון ההתנגשות דת-מדינה שהולכת בה פרוקצ'יה.

מקור 7: תשובת הרא"ש כלל ק"ז סעיף ו'

כל זה סברתי והארכתי להודיע שאין כח ורשות להוציא את הדין חלוק מתחת ידו, שצריך לגמור ולהשלים את הדין כדי להטיל שלום בעולם. ולכך נתנו חכמים רשות לדיין לפסוק לפי ראות עיניו-במקום שאין הדבר יכול להתברר בראיות ובעדיויות- פעמים באומד הדעת ופעמים כמו שיראה הדיין- בלא טעם ובלא ראיה ובלא אומד הדעת, ופעמים על דרך פשרה.

**רבנו אשר** כותב כי לביה"ד אסור להוציא את הדין חלוק – תפקידו לשים את המחלוקות מאחורי הצדדים ולמצוא פתרון, גם אם הפתרון הוא קשה. ביה"ד חייב להביא לשלום בין הצדדים תוך הכרעה בסכסוך. אם לא יכריע ביה"ד מי שיצא נשכר הוא הרמאי. לכן, לצורך כך, חכמים נתנו לדיין כוח בשעת חירום לפסוק לפי ראות עיניו (שק"ד) במקום בו הדבר לא יכול להתברר בראיות ועדויות, שכן מערימים עליו קשיים. במצב כזה הדיין יוכל לפסוק לעיתים לפי אומד דעתו, לעיתים כפי שהוא רואה לנכון לא ראיות וללא אומד דעת ולעיתים לפי **פשרה כפויה.**

**הרדב"ז** מספק נקודת מבט נוספת על פשרה כפויה הנוגעת ל**מצבים קשים שבהם לדיין עצמו קשה להכריע**- דיין שנסתפק לו הדין, ולא יודע איך להכריע את הדין. הדיין במשפט העברי באופן עקרוני, יכול להגיד שאינו יודע, אך זהו לא פתרון טוב.

מקור 9: ר' דוד בן שלמה אבן זמרא (מצרים-צפת, מאה ה- 16) שו"ת רדב"ז חלק ד סימן נד.-הדיין שנסתפק לו הדין מאי תקנתיה יסתלק ממנו וידין אותו אחר או ילך אצל חכמים אחרים וישא ויתן ויתברר ספקו ואם נפל ביניהם מחלוקת ילכו אחר הרוב ואם נסתפקו כלם **יראה לי שיכריחו** את בעלי הדין לקבל פשרה שזהו מכלל דין תורה שנאמר **ועשית הישר והטוב** ואין צריך לומר בזמן שהתובע נתרצה לקבל פשרה והנתבע אינו רוצה דרגלים לדבר דאינו רוצה בפשרה כדי שישארו המעות אצלו שהרי מן הספק אוקי ממונא בחזקת מאריה.

* אם הדיין חסר אונים - אם כבר השתמש בכל כלי המשפט, בזמן, שמיעת ראיות וכו', ועדיין לא מצליח לפסוק, במצב שהוא יושב עם עוד דיינים הפתרון הוא להוסיף עוד דיינים להרכב או שאילתא.
* אם הדין חסר אונים- ואם יסתפקו כולם ולא הצלחנו להגיע להכרעה- יכריחו את בעלי הדין לקבל פשרה. זאת בדומה למקרה ובו היינו שווי זכויות/במקרה שהיה מעגל שוטה (ניתן לכפות פשרה והצדדים חייבים לשתף פעולה עם הכפייה). כך נגיד גם במקרה **שהדין לא שותק אבל הוא מסובך**. כשם שהשופט חסר אונים הוא יטען לכפות על הצדדים לקבל את הפשרה. מדובר בחלק מעשיית הפשרה והטוב. הוא מרחיב את דבריו **של ר' שמחה**.

מקור 11: סיכום מאמר חיים שפירא- המחלוקת על הפשרה ומטרות ההליך השיפוטי:

לפשרה יש שני יסודות עיקריים: ההסכמה בין הצדדים; פתרון הסכסוך תוך וויתורים הדדיים.

כאשר אנו מסתכלים על המקורות אנחנו רואים שני מונחים שונים: "פשרה" ו"ביצוע", שרוב החוקרים ראו אותם כמונחים זהים, אך שפירא לא מסכים עם ההנחה זו וחושב שהם שונים אחד מהשני:

* **פשרה:**

1. הסכם בין בעלי הדין- כאשר מדובר בסכסוך שאין לו פתרון על פי הדין- ההלכה מציעה פתרון של פשרה שתושג באמצעות משא ומתן בין הצדדים. אם כן המושג 'פשרה' מציין אפוא הסכם פרטי בין הצדדים שבית הדין אינו מעורב בו. למשל, המקרה שהכתובה משועבדת ואז 'חוזר חלילה', או המקרה של המעבר הצר עם הסחורה. – מזכיר פשרה כפויה
2. תיווך- אינה מוגבלת למקרים שבהם אין פתרון בדין, אלא לכל סכסוך. פשרה זו מדברת על הסדר שהושג במהלך דיון בין הצדדים בית הדין, שבו מביא הדיין את הצדדים להסכמה ביניהם וזאת מבלי לפסוק. – מזכיר 79א(ב)
3. בוררות- הצדדים בוחרים מראש גורם שלישי שיכריע בסכסוך על דרך הפשרה. במקורות התנאים יש מחלוקת לגבי ההרכב הנדרש בהליך זה: "כשם שהדין בשלושה כך הפשרה בשלושה". לפי דעה זו, אין הבדל בין הליך של פשרה להליך שיפוטי רגיל. יש דעה אחרת שאומרת שפשרה זה "בשניים". במקורות אלה מדובר בהליך שיפוטי שנועד מלכתחילה לפסוק על דרך הפשרה. אין מדובר כאן בפסיקת פשרה במהלך הדיון המשפטי הרגיל, שכן במקרה כזה לא הייתה מתעוררת בעיית ההרכב.- בוררות

* **ביצוע:**

**ביצוע היא פשרה כפויה שהדיין כופה על הצדדים** (ללא צורך בהסכמתם). מצווה (לכפות) ביצוע. לפי דעת האמוראים "אי דינא בעיתו אי פשרה בעיתו" אומר שהכוונה במצווה לבצוע היא המצווה להציע פשרה. הדין והפשרה שניהם מצוות ואת שניהם מציעים. הדיין הוא המבצע. עניין זה מרמז על כך שאין מדובר בהסכם פשרה בין בעלי הדין אלא בהכרעה שיפוטית של הדיין. שפירא מקשר את זה ל'בציעת הפת', שלפי זה העניין הוא פסיקה שמעניקה חלק לזה וגם לזה. מדובר בפסיקה שמחלקת את הזכויות בין הצדדים ואינה מכריעה באופן חד-צדדי לזכותו של האחד או של חברו. " יש לציין שבשום מקום לא נזכר שהדיין פונה לצדדים לקבל את הסכמתם להליך זה, ולכן נראה שהליך ה"ביצוע" אינו כרוך בהסכמת הצדדים. רק כדי ליישב את הוראתו של רב עם המנהג של **רב הונא**, פירשה הגמרא ש"מצווה לבצוע" פירושה מצווה לשאול את הצדדים האם הם רוצים בביצוע.- ס' 79א(ב). אין שלום וצדקה כאשר מדובר בביצוע כיוון שהוא נכפה על הצדדים.

המחלוקת בין **ר' יהושע בן קורחה ורבי אלעזר** סובבת סביב הביצוע. האם רשאי הדיין "לבצוע" כלומר לפסוק על דרך פשרה? בשאלה זו הובאו שלוש דעות:

הדעה הראשונה היא דעתו של **ר' אליעזר בנו של ר' יוסי הגלילי** "אסור לבצוע"; משום שאינו ממלא את חובתו לדון על פי הדין. מבסס את דעתו על משה. הדעה השניה המנוגדת באופן קוטבי היא דעתו של **ר' יהושע בן קרחה** ולפיה "מצווה לבצוע"; לפי ר' יהושע הערך של "שלום" עדיף על פני הערך של "אמת". ואילו הדעה השלישית היא דעתו של **ר' שמעון בן מנסיא**, ולפיה הדיין "רשאי לבצוע", כלומר הביצוע הוא בגדר רשות. מתייחס יותר לפרוצדורה- ממתי אסור לבצוע.

שפירא מחדד את ההבדל בין **הגישות השונות** ומדגיש את **הערכים** עליהם מבוסס הביצוע, שבסופו של דבר גורמים ליחס אחר של שניהם לביצוע התהליך.

לשיטת **ר' יהושע בן קרחה** הביצוע מבוסס על ערכים של "שלום "וצדקה" ולכן הוא בגדר "מצווה", לגישתו אין להגביל את עשיית הביצוע לשלב מוגדר.

לעומת זאת, לשיטת **ר' שמעון בן מנסיא** הביצוע אינו מבוסס על ערכים אלא אינטרסים של הצדדים, ולכן הוא רשות (שכן אם צד היה יודע שהוא עתיד לזכות הוא לא היה מסכים לפשרה). לגישתו הדיין רשאי לבצוע על עוד לא גיבש עמדה, שכן רק אז הוא יכול לפעול בהגינות למען האינטרסים של הצדדים.

שפירא סובר כי הטעמים "בעד" ו"נגד" ביצוע, צדק מזה ושלום מזה, משקפים שתי תפיסות יסוד של ההליך השיפוטי:

תנועת הADR- תנועה שהטיפה למעבר של מערכת המשפט למודל של ריבוי דרכים לפתרון סכסוכים ובעיקר לפתרונות של פשרה וגישור.

תפיסתו של FISS- שפירא מציין את פיס שהתנגד לתנועה הזו וסבר שבתי משפט, מלבד יישוב הסכסוכים, צריכים לעשות גם צדק, ועליהם לקבוע לחברה את הכללים להתנהגות ראויה, והם צריכים לפרש את החוקה והחוקים. בפשרה – אין את זה.

נראה שזוהי התפיסה של התפיסה של **ר' אלעזר** לפיה ההליך השיפוטי לא נועד רק לפתור את הסכסוך אלא לעשות צדק. ופן בלעדי לחוק, שלפי המשך הדיון מתקשר גם למושג של אמת, בהתאם לכך תפקידו של השופט הוא להחיל את הדין. מנקודת מבט זו, אין מקום להליך של פשרה, שכן הליך זה אינו חותר לעשיית צדק. לעומת זאת, לפי תפיסתו של **ר' יהושע בן קרחה** הרואה בפשרה מצווה, ההליך השיפוטי לא נועד לעשות צדק כי אם ליישב את הסכסוך בין הצדדים. אם זו המטרה, אין לדין מעמד עדיף על פני פתרונות אחרים. **ר' שמעון בן מנסיא**, סבור גם הוא שמטרת ההליך השיפוטי ליישב סכסוכים, ולכן גם הוא אינו מטיל חובה על הדיין לפסוק תמיד לפי שורת הדין. ואולם מצד שני הוא אינו מטיל עליו חובה לפסוק תמיד על דרך הפשרה. הוא אינו סבור שבכל מקרה עדיף הפתרון של שלום. לעתים עדיפה הכרעה שתעשה צדק עם אחד הצדדים. הבחירה באיזה פתרון לבחור בכל מקרה ובכל סכסוך מסורה לשיקול דעתו של הדיין .

היבט נוסף הוא **צדק מתקן** – משל החבל. מתקן עיוותים שחלו בעסקי אדם עם חברו. לפי **ר' אליעזר** על השופט לפסוק לפי הדין בלבד ועליו להתעלם ממעמדו ומצרכיו של בעל הדין. השאלות שעל השופט לבחון הם האם פעל הנתבע כהלכה והאם גרם נזק לתובע. עליו להתעלם מהשאלה האם מטעמים אחרים מגיע לנתבע משהו.

**צדק מחלק-** העיקרון שעל פיו מחלקים את הדברים הללו הוא מה שאדם "ראוי לו". עניין זה גופו תלוי בתרומתו של אדם לכלל ובמעמדו. למשל, במסגרת שותפות, הצדק המחלק קובע למה אדם זכאי לפי תרומתו לשותפות. תפיסתו של **ר' יהושע בן קרחה**, על השופט לשלב שיקולים של צדק חלוקתי במסגרת הדין. השאלה האם החייב בדין עני רלבנטית לתוצאת פסק הדין ואל לשופט להתעלם ממנה.

**ט. גבולות הפשרה**

בקצרה:

גבולות הפשרה על פי המשפט העברי-

**­**-הכרעה על דרך הפשרה במ"ע לא תוכרע על פי הרוב. אם תהיה מחלוקת בין הדיינים הם יתפשרו ביניהם ויתגמשו על הפתרון המוצע (**מהרשד"ם**)

-גם במקום בו הדין ברור ניתן להציע פתרון על דרך הפשרה (**מהרשד"ם**), אך לא כניסיון לרמות את המערכת ולהוביל בכוונה לתוצאה הפוכה (**יוסף קארו)** דעה נגדית: במקום בו הדין ברור לדיין אין לבצע פשרה (**שו"ת אבני**)

-אם אדם פטור בדין, לא ניתן לחייבו בפשרה (**יוסף מטראני-המבי"ט**)

-אין לבצע תרמית במסגרת טענות הצדדים כדי להוביל לתוצאה מכוונת ואסורה (הן בדין והן בפשרה), אם צד עשה זאת הוא לא יקבל כלום בפשרה (**איסרליין**-תרומות הדשן).

גבולות הפשרה על פי המשפט הישראלי-

**פס"ד אגיאפוליס**- בית המשפט שבעלי הדין מסרו לו את ההכרעה במחלוקת שביניהם "על דרך הפשרה", כאמור בסעיף 79א הנ"ל, רשאי לפסוק במקום שהדבר נראה לו צודק לפי הדין. פשרה יכולה להיות חופפת לדין המהותי. ניתן לערער על פסק שניתן בפשרה אך לא מומלץ בשל שיקולי מדיניות שונים.

ובהרחבה:

גבולות הפשרה משתנים אך הינם משמעותיים מאוד. המרצה מספר על פס"ד של ביה"ד במסגרתו הגיע אדם ליישוב סכסוך בעזרת בוררות, אך הוא סירב לחתום על מסמך לפיו יוכל ביה"ד לפסוק על דרך הפשרה כיוון שרצה שההחלטה תתקבל רק ע"פ דין תורה. הדיינים לא יכלו לדין בעניינו בשל כך.

**מהם גבולות הפשרה מבחינת המשפט הישראלי?**

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

המערערת אגיאפוליס חתמה הסכם אופציה עם המשיבה קסטודיה, שהיא הבעלים של מקרקעין מסוימים בירושלים. הצדדים חתמו על הסכם חכירה המשלב אופציות שונות וסיכמו על דרך מסוימת להעברת הכספים. בפועל שני הצדדים לא קיימו את ההסכם כלשונו והגיעו לפתחו של ביהמ"ש. במהלך ההליך הצדדים הסכימו לפנות ל**ס' 79א(א)**, ולבקש פס"ד על דרך הפשרה. אך להפתעתו של התובע בימ"ש פסק כך שהתוצאה הייתה 0 ₪. הוא קרא לכך **פס"ד בינארי**, או הכל או כלום. צד אחד זכה וצד אחר הפסיד.

🡨 האם בית המשפט שבעלי הדין מסרו לו את ההכרעה במחלוקת שביניהם "על דרך הפשרה", כאמור בסעיף 79א הנ"ל, רשאי לפסוק, במקום שהדבר נראה לו צודק, לפי הדין?

**אילן-** מבסס את מרבית פסק דינו על האמרה "בין לדין ובין לפשרה" (מתוך המשפט העברי). משמעותו של המשפט הזה הוא שהצדדים למעשה מפקידים את גורלם בידיו של ביה"ד ושהם מסכימים לכל הכרעה שיקבל – בין אם תתקבל בדרך של דין ובין אם תתקבל בדרך של פשרה.

**טירקל-** מבחין בין שק"ד של שופט דין לבין שק"ד של שופט בפשרה, לטעמו המחוקק לא יצק תוכן מספק לסעיף ולא קבע מה נכנס/נשאר מחוץ לשיקולים שצריכים לעמוד לנגד עייני השופט בבואו לפסוק בסכסוך על דרך הפשרה (מדובר בשיקולים אחרים שאינם מן הדין). לכן לטעמו לא צריך לכלול גם שיקולים נוספים. ביקורת על דבריו של טירקל: בפסיקה על דרך הפשרה חייב המחוקק לשקול שיקולים נוספים שאינם מן הדין, אחרת התוצאה תהיה שהוא פסק על פי הדין.

**ברק**: "פשיטא...שההתחשבות בדין היא אפשרית, אך האם זו הייתה השאלה?". לגישתו ברור שהשופט יתחשב בדין גם בבואו לפסוק על דרך הפשרה וגם בשיקולים נוספים.

לסיכום- בימ"ש טוען שפשרה יכולה להיות חופפת לדין המהותי.

🡨 האם ניתן לערער על פס"ד שניתן על דרך הפשרה? אין חקיקה שאוסרת ערעור על פס"ד לפי **79א.** זכות הערעור היא זכות אפילו חוקתית. אנחנו מחויבים בדבר חקיקה שיסדיר זאת. בימ"ש אם כך מלמד אותנו שלא כדאי לערער על 79א, מפני שאין כ"כ סיכוי. מדוע? (1) משיקולי מדיניות- ההליך נועד בכדי לסיים את הסכסוך. (2) חוסר יכולת לערער על שק"ד של ביהמ"ש- ערעור משמעותו סתירת שיקול הדעת הטבעי של השופט שבהגדרה לא יכול לטעות (3) סיכוי גבוה להפסד כספי רב.

השלכות פסק הדין: עורכי דין רבים לא הסכימו עוד לפסיקה על דרך הפשרה מחשש לשרירותיות בתוצאות. השופטים נדרשו להסביר בצורה מפורטת יותר על ההליך ועל השלכותיו האפשריות טרם קיבלו את הסכמת הצדדים. הצדדים יכולים להתנות את הסכמתם להליך בכך שהם יוכלו להגיש ערעור בגינו. נקבע טווח הסכמה לפשרה (אי אפשרות לפסק דין בינארי).

ביקורת:

1. מתודולוגיה ערכית- האזכור של המשפט העברי לא נכון בהיבט ההכרעה ע"פ הפשרה כיוון שהוא לא מונע מאותם ערכים. למשל, במ"ע ישנה פרוצדורה ייחודית להכרעה על דרך הפשרה שמדובר בביה"ד מומחה. באופן תיאורטי, גם בהכרעה על דרך הפשרה במשפט העברי ניתן להכריע באופן בינארי אך הדרך להגעה לשם והשיקולים שנשקלים הם שונים. **מבחינת התוכן הפשרה של המשפט העברי אינה דומה לזו של המשפט הישראלי.**
2. משפט משווה**:** בהמ"ש העליון קבע כשנותנים לשופט אפשרות לפסוק על דרך הפשרה מקנים לו בפועל את הסמכות לפסוק "בין לדין ובין לפשרה" (ביטוי מתוך המשפט העברי). כלומר, שכאשר **ס'79א** קובע "... על דרך הפשרה", הרי שעל פי בהמ"ש העליון, הכוונה היא ל"בין לדין ובין לפשרה" – שני המונחים זהים וזה כולל בתוכו הכל – הן את הדין והן את הפשרה. **משמעותו של המשפט הזה הוא שהצדדים למעשה מפקידים את גורלם בידיו של ביה"ד ושהם מסכימים לכל הכרעה שיקבל – בין אם תתקבל בדרך של דין ובין אם תתקבל בדרך של פשרה.** המרצה מבקר את הכנסת הביטוי פנימה בעודו משולל תוכן רק כדי לתמוך בדעת השופט.
3. ביקורת מנקודת מבט חוזית: האם, כעו"ד, היית מייעץ ללקוח לחתום על ניסוח כזה "בין לדין בין לפשרה"? ברור שלא, שכן **מדובר פה בהיעדר מסוימות (חוסר וודאות)** – לא ברור מה המהלך שיינקט, בעוד שלכל אחד מהם נפקות אחרת. ברגע **שהשופט אילן** החליט להכניס את המשפט הזה, עליו להסביר לצדדים מתי יינקט הדין ומתי תינקט הפשרה (כלומר, להסביר ולהכניס מסוימות להסכמה).

**מהם גבולות הפשרה מבחינת המשפט העברי?**

במסלול הפשרה בניגוד למסלול הדין במ"ע, **לא הולכים לפי הרוב**. ההכרעה ע"פ הפשרה היא כה חשובה ומרובת שיקולים וערכים שונים, כך שלא ניתן להכריע שהרוב יבטל את המיעוט. ניתן לפתור את הבעיה ע"י **התפשרות והתגמשות בפתרונות** שמוצאים הדיינים להסדרת הסכסוך, למשל בשינוי הסכומים.

* בהכרעה ע"פ הדין- אם שני דיינים נחלקו בדעותיהם והדיין השלישי לא יודע- נוסיף דיין נוסף כדי לקבל החלטה. אם שני דיינים הסכימו בדעותיהם והדיין השלישי לא יודע- עדיין נצטרף להוסיף עוד דיין כי לא ניתן להסתפק בהכרעה על פי שניים. נשאיר את הדיין שלא ידע, יהיה סיעור מוחין ואז יחליטו יחד.
* הכרעה במחלוקת בין פוסקים שלא נוכחים בפועל היא אינה מובנת מאליה- כי מדובר ברוב לא מוחשי, הם לא יושבים באותו מקום ולא מתייעצים או מתנגדים זה לזה. כמו שלא ניתן לפסוק כשיש פחות משלושה דיינים בדיון שנוכחים יחד (השולחן ערוך פסק כך).

**מהרשד"ם-** גם במקום בו הדין הוא לגמרי ברור, עדיין אפשר למצוא פתרון מדויק יותר על דרך הפשרה. העובדה שהדין ברור לא סותרת את היכולת לערוך פשרה (כל זמן בו לא הגיעו הצדדים לגמר דין). למשל האם במידה והגיע מקרה בו ברור כי מבחינת הדין צד אחד בוודאות מפסיד, נאפשר לו לבקש הכרעה על דרך הפשרה? או שנעדיף לסרב לקבל את תיקו כדי למנוע את העומס על המערכת?

מקור 3: רבי שמואל די מדינה [שאלוניקי המאה ה- 16] שו"ת מהרשד"ם חלק חו"מ סימן קטז.

הנך רואה שאפי' שהדין ברור לדיין, יכול לפשר ביניהם בלא דעתם כל עוד שלא גמר הדין".

מקור 8: רבי ישראל איסרליין שו"ת תרומת הדשן(תל-אביב תשל"ד) חלק א סימן שו.

ראובן תובעין אותו בממון שהוא מוחזק בו, ורצונו לחפש צדדין ותואנות נגד התובעים להשמט בהן בכל טצדקי, כדי שיתרצו לעשות עמו פשרה ויקחו ממנו איזה סך וימחלו לו על השאר, שרי למעבד הכי או לאו?

"יראה פשיטא ופשיטא דלא שרי כה"ג, וחלילה לירא שמים שיצדד למצוא היתר לעשות כזה ויוצא בזה".

תרומת הדשן- מדובר במקרה בו אדם מעלה מניפולציה בכתב ההגנה שלו וזורע בתוכו מידע שלא אמור להיות שם כדי לתמרן את הצד השני ולשכנע אותו שיתפשר איתו. היום מדובר בתהליך שכיח שנועד למשוך זמן ולגרום לשופט להכריע בתיק על דרך הפשרה. מנקודת מבט מוסרית, אסור לצדדים לנהוג כך. מדובר במקרים שלצד מסוים שלא מגיע לו כלום, מתדיין כדי להתיש את הצד השני כדי שיסכים לפשרה. במקרה כזה, לא ניתן לו כלום גם במסגרת פשרה.

מקור 6: רבי משה בן יוסף טראני [צפת, מאה ה- 16] שו"ת מבי"ט חלק ב סימן קעג.

"ואין כאן מקום לפשרה כי הנתבע פטור לגמרי וכל המחזיק להוציא ממנו טועה הוא וכל המחזיק שלא להוציא ממנו שום ממון הוא הדן דין אמת ומשפט צדק".

רבי יוסף טראני (המבי"ט)**: הוא אומר שאם היינו פוסקים לפי הדין, התוצאה הייתה שהנתבע היה פטור לגמרי. בגלל זה אין מקום לפשרה? כלומר, כאשר הדין ברור שהנתבע פטור > אין לפסוק בדרך של פשרה באופן שיוציא אותו חייב. יש לכך 2 פרשנויות: מצד אחד, יש כאן הסכמה עם עמדתו של יוסף קארו; מצד שני, יש כאן יישום של עמדת** המהרשד"ם ויוסף קארו**, מכיוון שמותר לדון בפשרה גם כשהדין ידוע, אך אסור במסגרת זו לחייב את הזכאי. יש כאן הגבלה מבחינת התוכן בלבד.**

מקור 5: רבי יוסף קארו שו"ת אבקת רוכל (ירושלים, תש"ך) סימן יט. "לכשתהפך לזכות את מי שהוא חייב בדין אתה אומר כיוצא בדברים הללו וע"י כך נוטל קנין משניהם לעשות פשרה ביניהם כמו שיראה לך וזה גזל גמור".

רבי יוסף קארו **מספר על מקרה לפיו זה שעשה את הפשרה זיכה את מי שהיה חייב ע"פ הדין זה גזל גמור. לפי הדין א' זכאי וב' חייב והפשרה הביאה לתוצאה הפוכה לגמרי, זה בוודאי גבול מהותי שאי אפשר לאפשר אותו. המצב בו התוצאה לפי הפשרה הופכת על פיה את התוצאה שהייתה אמורה להיות לפי הדין, רבי יוסף קארו שזו נקודת גבול שלא ניתן להסכים בדרך של פשרה.**

**סוגי הגבולות שדיברנו עד כה עוסקים או בערכים שמתנגשים עם הפשרה או לפי יוסף קארו שלא יכול להיות שהפשרה תהיה הפוכה מן הדין.**

מקור 7: רבי שאול ישועה אביטבול שו"ת אבני שיש חלק א' (ירושלים, תר"צ) סימן כה. ורואה אני שהרב נר"ו לא חתם על מה שכתב, נראה דרפיא בידיה… והתימא על חכמי פאס ... שכתבו הלכה מבוררת ולבסוף כתבו לעשות פשרה ומה מקום לפשרה במקום שהדין ברור? אינו אלא גזלנותא… ואין כאן מקום לשום פשרה מאחר שדינו ברור".

שו"ת אבני שיש: **לדעתו אין שום מקום לפשרה לאחר שהדין ברור לדיין. בשני המקורות רואים נקודת גבול שלא מובנית לנו. האם העובדה שלדיין מתברר לחלוטין הדין זו סיבה לא לעשות פשרה? הרי למדנו שכל עוד לא נגמר הדין אפשר להציע עדיין פשרה. איך יכול להיות שהם חולקים על משהו שנפסק בשו"ע, ברמב"ם וכו'? תשובה אחת: ההתנגדות העזה לפשרה במקום שהדין ברור צריכה לנבוע מנסיבות מיוחדות של המקרה הזה שבהן אין שום סיבה (לא בשם שלום ולא בשם צדקה) לסטות מהדין וסטייה כזו נוגדת ערכים אחרים (בדומה להצעות לעיל). תשובה נוספת: באופן מערכתי, ברגע שמזהים שבתי הדין דנים בצורה קבועה ע"פ שטר בוררות שאומר שהם יכולים לפסוק בין דין ובין פשרה, אנו מזהים התנגדות לפשרות לפחות במקרים שבהם אין שום סיבה לפסוק את הדין. שהרי, דיינים לא רצו לקחת על עצמם את היומרה לדון דין תורה אבל אם גם במקרים הפשוטים דיינים עושים פשרות כאילו שהם לא רואים שהמקרה ברור לפי הדין זה לא יעלה על הדעת.**

י. שיקול הדעת של המפשר

-בהתחלה בוחנים האם רשאי המפשר במסגרת שיקול דעתו להציע פשרה כשיש דין ברור? נפסק שכן.

-אחר כך בוחנים האם במסגרת שיקול דעתו רשאי הדיין להתחיל מנקודת מוצא של הדין המהותי?

1. שיקול דעת עצמאי לגמרי שאינו עומד בקורלציה לדין, כלומר המפשר עושה פשרה לפי שיקול דעת מוחלט משלו בלי קשר לדין. כאן אין התחשבות באמת (הדין) ויש התחשבות בעיקר בשלום (פשרה) ובפיוס בין הצדדים.

2. המפשר צריך קודם כל לבחון את המקרה ולשקול מה היה צריך לפסוק לפי הדין, ורק אחר כך להתחשב בשיקולים נוספים של שלום וצדקה. כאן אי אפשר לומר שלא מתחשבים באמת של הדין.

במשפט הישראלי: שק"ד הוא בין דין לבין פשרה, בהתבסס על הדין תוך הפעלת שק"ד (השופט אילן, פס"ד אגיאפוליס)

במשפט העברי:

יש מנעד : הכי הרבה שק"ד > הרב שכטר, הרב יהודה (מרצה-תלוי אישיות)> הרא"ש (3)> אנאליק (שקיפות)- משה (יישום בפועל)> דין מוחלט

* למפשר יש שיקול דעת רחב, אין קשר בין הדין לבין פסיקתו (**הרב יהודה**)- יש קשר בין מידת שק"ד של המפשר לבין זהותו (**המרצה**).
* **שהשופט יבחן מי ראוי וצודק שיזכה, לפשרה משקל שווה לפסק גם אם הוא ניתן רק ע"פ שק"ד (**הרב שכטר**)**
* בפסיקה על דרך הפשרה, למפשר יש שיקול דעת עצום, לכן חשוב שיהיו תמיד 3 שופטים (**הרא"ש**).
* הדיין צריך להציג בפני הצדדים את שתי האופציות (שק"ד מלא/בהתאמה לדין) והם צריכים להחליט/להיות מיודעים (**הרב דובער אנאליק**)
* הצדדים יוצאים מנקודת הנחה כי אופן הפסיקה שהחליט עליה הדיין לאחר שהציג אותה בפניהם, תהיה זו שבפועל תשמש אותו להכרעת הדין (**הרב משה**)

**מקור 2 - הרב שמעון דובער אנאליק [פולין, המאה ה- 19] אורח משפט (ניו יארק, תשמ"ו)90- יש לחקור בפשרה אם צריך לעשות הפשרה לפי הדין תורה ולמי שנוטה הדין תורה יותר, או יכול לעשות פשרה לפי דעתו שרואה שיתקיים הפשר ויהי' שלום ביניהם. אם נימא שצריך שיהא הפשרה כעין דין אז צריך לראות מתחלה היכן הדין נוטה ואם יכול לעשות פשרה כפי דעתו א"צ לראות מתחלה להיכן הדין נוטה**.

הרב דובער אנאליק **בוחן את יחס ביה"ד לפשרה- בהנחה כי הצדדים הסכימו לערוך פשרה, יש שתי אפשרויות: א. לבדוק מהו הדין וכך לדעת האם הפשרה שהוחלטה קרובה אליו. ב. לא לבחון את הדין כיוון שהדבר הכי חשוב הוא שיהיה שלום בין הצדדים ולכן כל זמן שהם הגיעו להסכמה הדין לא מעניין.**

**ההחלטה באיזו גישה לנקוט תלויה בהכרעת הצדדים, לאחר שהסכימו לפסיקה על דרך הפשרה הם צריכים לשאול/לקבל מידע כיצד הדיין מבצע את הפשרה. אם הוא נצמד לדין- אפשרות א', אם הוא מחליט רק ע"פ שק"ד- אפשרות ב. זהו כמו הסכם חוזי בין הצדדים לדיין.**

**מקור 3- תוספות הרא"ש (סנהדרי גדולה כרך ג, הרי פישל, ירושלים, תש"ל) מד.- "...אבל פשרה שעושין בלא דין, כל אשר יישר בעינים צריך ג' דיינים והפקר בית דין הפקר".**

**לפי** רבנו אשר (הרא"ש), **אפילו אם נתאר לעצמו מצבים בהם ניתן לעשות דין עם דיין אחד, על אף שהאידיאל זה שלושה דיינים – הרי שבפשרה בוודאי ובוודאי שצריך שלושה דיינים. זאת, משום שהפשרה היא מצב בו הדיין מנותק מהדין ועושה כראות עיניו. לשופטים יש שק"ד רחב מאוד בפשרה. משום כך יש חשיבות ל-3 דיינים שיבקרו וישגיחו זה על זה ולא יפעלו ללא השגחה.**

**מקור 5- שאלות ותשובות ר"י באסן [תורכיה 1550-1625] סימן קו (ירושלים, תש"ל) עג.- אלא ודאי אין למפשר עסק כלל עם הדין אלא לפי ראות עיניו בלבד.**

ר' יהודה באסן **קבע כי רגע שנכנסים לעולם של פשרה, הצדדים מוסרים את גורלם לשיקול דעתו של המפשר, שעליו הם סומכים. למפשר אין כל עסק עם הדין, אלא הוא פוסק כראות עיניו. אם בוחרים במסלול הפשרה – מתנתקים ממהות הדין.**

המרצה **מסתייג – המפשר אצל ר' יהודה הוא בעל חשיבות משפטית, זאת בניגוד ל"זקני שבט" שאינם בהכרח משפטנים. לכן, יש חשיבות למהות האדם שפונים אליו לביצוע הפשרה.**

**\*קביעה זו הפוכה מהאמור בפס"ד אגיאפוליס, שכן פה מדובר בפשרה "על פי ריאות עיניו" בעוד באגיאפוליס הגדיר** השופט אילן **כי יש לפסוק על דרך הפשרה על פי "בין לדין ובין לפשרה".**

מאיר שמחה- **בבואם של הצדדים לקבל הכרעה על דרך הפשרה, הם סומכים על השכל הישר של הדיין לפיו הדרך בה יגיד שהוא מחליט לפסוק היא הדרך שהוא בפועל יפסוק את הפשרה על פיה ותחייב אותם.**

**מקור 7- הרב צבי שכטר נפש הרב (ירושלים, תשנ"ד) רסז.- עניין הפשרה היה רגיל רבנו לבאר שהוא ג"כ פסק דין, ועי' במחבר (סי' י"ב ס"ב) שנוהג בו ג"כ איסור הטיית משפט כמו בדין גמור אלא שהוא פסק של לפנים משורת הדין המיוסד עפ"י יושר. ואין ההלכה אומרת לחלק לשנים את סכום הממון אשר עליו הם מחולקים, אלא לקבוע עפ"י רגש היושר – מי הוא הצודק בעסק הזה. ולפעמים יהיה הפסק בפשרה להיפך במאה- אחוז מהפסק אילו פסקוהו לפי הדין.**

**מקור 6- חידושי ר' מאיר שמחה, חלק ב' סנהדרין ז' ע"א (ירושלים, תשכ"ז)רמ"א.- מתרצים (בעלי הדין) בלב שלם ורוח נוחה שלא לסמוך על הדין שמא טועה הדיין רק לעשות כפי היושר בעיני אדם.**

הרב צבי שכטר**: גם כשנותנים פשרה ומוסכם שיינתן פסק דין של פשרה, זהו פסק דין המחייב את הצדדים. השולחן ערוך קבע שפסק הדין מחייב כמו פסק דין של בית משפט, אולם הוא לא הולך לפי הדין, אלא "לפנים משורת הדין", לפי היושר.**

**לעשות פשרה איננה ללכת לפי דרך האמצע – אלא לפעול לפי היושר. שהשופט יבחן מי ראוי וצודק שיזכה. לעיתים פסק הפשרה יהיה הפוך ב180 מעלות מהפסק אילו פסקו לפי הדין.**