בס"ד

24.10.12

**השופט וההליך השיפוטי במשפט העברי.**

המוקד הוא על השופט שצריך להגיע להחלטה ויישוב הסכסוך שבין בעלי הדין. אנו נשאל מהם הדרכים בהם השופט מגיע לכדי החלטה סופית, מהם הכלים הנתונים לו על מנת להגיע לאותה החלטה. נבחן את מעורבותו של השופט ביחס להליכים שונים.

גם כאשר אנו מדברים על הליך של העלאת טענות משפטיות, עד כמה השופט מעורב באותו הליך.

בנוסף, נבחן גם את הנושא של יישוב סכסוכים בדרכים אלטרנטיביות- אלו דרכים מלבד הרגילה יש לשופט על מנת לפתור את הבעיה שלפניו.

סקירה של בתי הדין השונים.

בתורה עצמה ישנו פער בין אידיאל לבין המציאות. כלומר, יש פער בין מה שרוצים ואיך מדמים את מערכת המשפט לבין האופן שבו היא מתפקדת בפועל.

גם בתורה עצמה יש לנו ביטויים לכך. הדבר מתחיל בפרשת יתרו. יתרו מלמד את משה כיצד להקים מערכת משפטית. מדובר על מערכת היררכית המבוססת על דרגות שונות של שופטים, יש דרישה לנקיות כפיים וחוכמה יתירה. לא בטוח שהצליחו לעמוד בכל הדרישות של אנשי חיל ויראי אלוקים.

בפסוקים קיימים פער בין החזון אותו מתווה לבין אופן היישום של משה.

**שמות י"ח פס' כ"ד:** האופן בו ביצע משה את הדברים. מצוין שהוא ויתר על חלק מהדרישות.

יתרו דיבר על הדבר הגדול אשר הביאו אלייך ומשה דיבר על הדבר הקשה.

גדול זה עניין כמותי. סכום התביעה הוא פונקציה של רמת השופטים הנדרשת.

**רב יצחק מוולוזין:** מבחין בין קשה לדבר שאולי פשוט כלומר לא סכום התביעה מבחינה כמותית אלא האם ישנה שאלה תקדימית שמצריכה עיון וזאת לעומת שאלות פשוטות שעדיין עוסקות בסכומים גדולים (בהלכה דין פרוטה כדין מאה).

בפסוקים מוצאים עוד בעלי תפקידים- שופטים ושוטרים.

ההבדל בין תפקידם של השוטרים בתורה ובחז"ל לבין תפקידם במדינה מודרנית: במדינה מודרנית לשוטרים יש תפקיד של אכיפה וחקירה. הליך פלילי מתחיל ע"י הגשת תלונה במשטרה שהיא רשות חוקרת ומבצעת יחד. באופן עקרוני השוטרים היו זרוע ביצועית בלבד, גם ביצוע פסקי הדין של השוטרים וגם הם היו ממונים על הסדר באופן כללי.

תופעה אחרת מעניינת היא המס' העצום של שופטים לפי מקורות חז"ל והתורה. גם לאור דבריו של יתרו מדובר על יחס יוצא מהכלל כי על כל עשרה אנשים יש שופט.

משנה בסנהדרין: גם חז"ל התייחסו ברצינות לנושא של שרי עשרות והיחס בין מס' האוכלוסייה למס' השופטים.

**מה זה אומר על המערכת השיפוטית, מדוע צריכים כל כך הרבה שופטים, מס' השופטים יחסית לאוכלוסייה הוא עצום ואנו שואלים למה זה קורה?**

**הרב שמשון רפאל הירש** שואל את השאלה הזו בפרשת יתרו.יש לתת את הדעת לכך שתפקידם של השופטים לא היה מצומצם לשפיטה ופסיקה בביהמ"ש אלא הם היו מנהיגי הציבור והקהילה. השופט עוסק גם בהוראה, באו אליו בכל מיני שאלות. לשופט היה תפקיד הרבה יותר רחב כמנהיג דתי מאשר השופט המודרני. השוטר לעומת זאת, או כל תפקיד אחר לא היה קיים מלבד השופט. אם היום מלאכת עשיית הדין מבוצעת גם על ידי שופטים ופרקליטים אנחנו יודעים שבמקורות התורה וחז"ל השופט היה אינקוויזיטורי, הוא בעצמו בדק וחקר ותישאל את העדים שבאו בפניו, הוא עשה את החקירות הראשוניות.

בפרשת נוח ולך לך הקב"ה אומר לאברהם שהוא רוצה לראות באמת מה נעשה בעיר, האם היא ראויה לאותו עונש. חז"ל אומרים שמכאן הם לומדים שהשופט צריך לרדת לשטח ולראות את הדברים בעצמו, בפועל. אם התפקידים היותר רחבים של השופט, שמעורב בכל השלבים אפילו הראשוניים ביותר, וזה מסביר מדוע ישנו צורך במספר גדול של שופטים. גם בעצם הצבת החזון יש אמירה מסוימת. השופט לא עוסק רק בהליכים שיפוטיים צרים.

**דברים א:**ההבדל הבולט בין תיאור הקמת המערכת המשפטית בספר שמות לבין המקור הנ"ל? השאלה היא איך ממונים השופטים וזהו מתח שקיים, לא אומרים בהכרח באיזה דרך זה התבצע. יכול להיות שבשתי הדרכים. יש פה תיאורים שונים, בעוד יתרו מדבר על מערכת היררכית הממונה מלמעלה וכך גם משמע שמשה ביצע לפי המתואר בפסוקים. לעומת זאת בדברים אנו רואים שבאופן מעשי משה אולי רק אישרר את המינוי אבל הוא נעשה מלמטה. העם הביאו את השופטים הרלוונטיים, הם בחרו את השופטים ומשה אישר את הבחירה. ניתן לומר שדברים זה פירוט של שמות ופשוט מדובר על איך הדברים נעשו בפועל.

דעת ההלכה לא הייתה נוחה ממינוי שופטים שבאים מלמעלה ודובר על בתי דין עממיים, קהילתיים וייצוגיים. מדובר גם על הבחנה בין שופטים שונים- כל שבט יבחר נציג שלו. היה סוג של משטר פדרלי. משה הוא בראש ולכל שבט היה את בית הדין שלו, ולו זו בלבד אלא שהייתה ייצוגיות.

השופטים הם ייצוגיים, נבחרו ע"י אותו שבט. הם ידועים לאותם שבטים אבל אז צריך לשפוט צדק בין איש לאחיו, לא להפלות למרות שהם נבחרו ע"י אותם שבטים. הזיקה לשבט לא צריכה לגרום למשוא פנים.

**בתי הדין בתקופת חז"ל, בימי בית שני ותק' המשנה.**

ישנו הבדל בין שופטים שיש לנו בהרכבים שונים. הדבר נאמר במשנה **סנהדרין א, ו** הייתה סנהדרין גדולה שישבה בירושלים, בלשכת הגזית וסנהדרין קטנה.

יש הבחנה בין שלושה סוגים של בתי דין: אזרחי רגיל- 3 דיינים נפשות- 23 דיינים וסנהדרין גדולה- 71 דיינים. תפקיד הסנהדרין- לא מדובר בערכאת ערעור. היא לא דנה כערכאה ראשונה או ערכאת ערעור למעט חריגים- אם זה הליך שנוגע למלך, מישהו רם מעלה מפאת חשיבותו דנים בסנהדרין. התפקיד המרכזי הוא קביעת הלכות, ניתן לומר שזה סוג של בית מחוקקים, ביהמ"ש לחוקה הקובע את ההלכות.

**תוספתא ז, א:** היה מנגנון להכרעה בין המחלוקות. בי"ד לא עוסק רק ביישוב סכסוך אלא גם בשאלה הלכתית פשוטה. אם לבי"ד יש מסורת אז פוסקים אם לא, הולכים לבי"ד שנמצא בהר הבית.

"מופלא שבהם": פרופ' אשר גוליק אולי אחד הדיינים שיש לו תפקיד של מקשר בין סנהדרין הגדולה לאותו בי"ד קטן. בי"ד בעל המעלה הגדולה ביותר זה הסנהדרין הגדולה.

המספר הגדול כשלעצמו מעיד על כך שלא מדובר על סכסוך משפטי פשוט, ההכרעה היא על פי רוב. ר' יוסי אומר שאנו צריכים להצטער על היעדר הסנהדרין בגלל קיומן של מחלוקות.

ערכאת ערעור לא הייתה קיימת במובן הקלאסי שלה.

**משנה סנהדרין ד, ד:** בסנהדרין תלמידי החכמים יושבים בחצי גורן. יש פה מושג של תלמידים שיושבים בביהמ"ש. התלמידים נראים כעתודת השופטים, כל אחד יודע את מקומו. אם מישהו מתמנה מקרב התלמידים אז ממלאים את מקומו.

**משנה סנהדרין ה, ד:** מדובר על הליך פלילי. התלמיד טוען טענת זכות, שמים אותו כחלק מההרכב. לא רק שהם היו מעלים טענות אלא ברגע שהם מעלים טענת זכות בהליך פלילי, טענת סנגוריה. במשפט העברי במיוחד בדיני נפשות המגמה היא ככל האפשר שלא להגיע למצב של ביצוע גזר דין. השופט עצמו מצווה על סנגוריה ולכן ישנם כללים הנותנים עדיפות להעלאת טענת זכות. אם אחד התלמידים מעלה טענת זכות הוא מצטרף לשופטים באותה סוגיה.

**תלמוד בבלי שבועות ל"א ע"א:** ציווים שנוגעים לתלמידים שיושבים לפני רבותיהם, ההקשר הוא לא פלילי. התלמיד מצווה להעמיד את הדיין על טענתו. אם יש טענת זכות לטובת אחד מבעלי הדין הוא צריך להעלות אותה, התלמיד לא פאסיבי. גם תיאורים שיש לפחות לחלק ממשפטי הסנהדרין הם סוג של משפט פומבי בו התלמידים משתתפים.

תק' חז"ל, בתי הדין הם בעצם הישיבות. פרופ' ישעיהו גפני עמד על התופעה הזו וגם אחרים. פעמים רבות יש פה תיאור של רב ותלמידיו ואז באים בפניהם בעלי דין, יש דין ודברים בין הרב לתלמידיו. התלמידים הם חלק מהתהליך של הפסיקה וגם המיקום של בי"ד לא היה ביהמ"ש חיצוני. בד"כ אותם רבנים וראשי ישיבות היו באים אליהם בצורה פחות פורמלית והם היו פוסקים. יש תיאורים מתק' הגאונים לגבי אופן הסידור של הישיבות- מוסדות שמרניים, ששימרו את מה שהיה בעבר. סוג של ישיבה גדולה עם גאון ורב.

יש פה פומביות במידה רבה.

לאחר החורבן במידה רבה כל המוסדות הללו מאבדים את מקומם. 40 שנה לפני חורבן בית שני הסמכות לדון בדיני נפשות בטלה. הסנהדרין עברה מלשכת הגזית ליבנה ואח"כ למקומות נוספים. בימי אדריאנוס גם האפשרות לסמיכת שופטים בוטלה. הסמיכה היא הרשאה לדון ואפשר לעשות זאת רק בצורה מדויקת ופורמלית. אם ההסמכה בוטלה, ההרשאה לדון מצומצמת- גם דיון בדיני ממונות וגם ביטול הסמיכה.

הסמיכה לדון- הרשאה לדון בתחומים רחבים, משפטיים מעבר לדיני ממונות. נוגע בעיקר לדיני קנסות, בהם אדם משלם מעבר לנזק הריאלי שהוא גרם. ביטול הסמיכה בדור אחד ביטל את רצף הסמיכה. עצם ביטול הסמיכה פגע בצורה אנושה במערכת בתי הדין.

**מה קרה בדור שלאחר החורבן?**

**בי"ד של בוררים**- זבל"א. הרעיון הוא יישוב סכסוכים בדרך אלטרנטיבית, הסכמה של הדיינים. בעקבות ביטול האוטונומיה השיפוטית ע"י הרומאים זו הייתה הדרך היחידה להמשך השפיטה בישראל לאחר החורבן. בוררות זה סוג של בי"ד פרטי דומיננטי ואולי יחיד שיכול לדון כי בי"ד הרגיל בוטל. מדובר על בי"ד קלאסי.

**בי"ד של שלושה.** מוותרים על רמת המומחיות של השופטים, ב"די של הדיוטות של אלו שלא בקיאים בהלכה, אחד מהם צריך להיות כזה שלמד ויודע את הדינים.

**ערכאות בסוריה** של יהודים שדנו לא עפ"י דין תורה והם הותרו רק בשל העובדה שאין בי"ד טוב מזה וכדי למנוע הליכה לערכאות של גויים. זה מעלה את השאלה מה דינו של בי"ד שדן לא לפי דין תורה.

**מוסד שלא תפס תאוצה- יחיד מומחה. דיין יחיד שהוא מומחה, רב העיר.** האפשרות שלו לדון לא התקבלה בגלל עיקרון העל של המשפט העברי לפיו לא רוצים שופט אחד כי הוא יכול לטעות. רק הקב"ה שופט לבד ותמיד שהוא מבצע משהו מדובר בלשון רבים, כדי ללמד על ענווה של הקב"ה, שאפילו הוא מתייעץ לא רק עם מלאכי השרת אלא גם עם אנשים למשל עם אברהם לפני השמת סדום ועמורה.

**ערכאת יחיד אסורה במשפט העברי.** אפילו בוררות גורמת הרבה מאוד בעיות. באופן בסיסי צריך שלושה דיינים ולכן מוסד של דן יחיד לא התקבל בסופו של דבר. אולי בגלל העובדה שיש להעדיף שלושה ואולי בגלל שלא ברורה מידת המומחיות של השופט.

ישנה התפשרות כדי לאפשר קיומה של קהילה יהודית ומניעת אנרכיה.

**בתי הדין לאחר חתימת התלמוד.**

היו בתי דין מיוחדים, אופן התארגנות של בתי דין מסוימים באירופה- ועד 4 הארצות וכו.

**שאלת קיומה של ערכאת ערעור.**

לא הייתה קיימת כנראה במשפט העברי הקלאסי.

**תלמוד בבלי לא ע"ב:** מקום הוועד- לא ברור מהו המקום הזה.

באופן עקרוני העמדה הבסיסית של המשפט העברי היא שאין ערכאת ערעור, בי"ד הוא זה שמגיע להכרעה. בי"ד לא יכול לבדוק אחר בי"ד חברו- מי אתה שתגיד שאותו דיין טועה? מדובר על דעות שונות בלבד.

ההנחה לגבי דבר שבעובדה היא שאם מישהו קבע משהו אנו סומכים עליו, אנו לא בטוחים שאדם אחר, אפילו חכם ממנו, יגיע לתוצאה אחרת. יכול להיות שמעין תפיסה כזו קיימת בהלכה.

במשפט העברי הקלאסי אין ערכאת ערעור אבל גם אין מעשה בית דין.

**מעשה בית דין:** בי"ד שטעה לא יכול לתקן את טעותו. במשפט הישראלי ניתן לתקן רק טעות טכנית ולא מהותית. יש כאן איזון מסוים כי תמיד ניתן לבוא עם עדים אחרים או שהשופט יכול לשנות את החלטתו.

במידה רבה במקום שאין מעשה בית דין הצורך בערכאת ערעור היא פחותה כי תמיד אותו בי"ד יכול לתקן את הטעויות. כך מתקבל איזון לגבי החסר של ערכאת הערעור, כי הדיין יכול לשנות את פסק דינו.

בהלכה אין תקדים מחייב. הסנהדרין הם המחוקקים, ברגע שזה נהפך לחקיקה היא מחייבת. אבל החלטה שיפוטית של ביהמ"ש בסכסוך דומה לא מחייב אחרים.

השאלה האם להקים בי"ד של ערעורים שיושב מעל בי"ד הרבני האזורי עלתה בישראל. הרב עוזיאל מנסה לבסס את הדברים על אדני ההלכה. הוא מנסה לבסס על אותם הרכבים שפעלו לאחר חתימת התלמוד את העמדה שלו.

פרופ' עמיחי רדזינר הראה שיש כאן גורמים פוליטיים שהשפיעו על החלטת הרב עוזיאל להקים ערכאת ערעור. הוא היה כפוף להוראה של השלטונות המנדטוריים שחייבו הקמת ערכאת ערעור. כדי לקבל את הגושפנקה מהשלטונות הבריטיים לייסוד מערכת בתי הדין הרבני הוקם בי"ד הגדול שמשמש כערכאת ערעור. רוב הרבנים עד היום לא מקבלים זאת.

נושא הסמיכה. ישנה בעיה עקרונית שבאופן עקרוני השופטים צריכים כדי שתהיה להם סמכות מלאה בכל נושאי השיפוט הם צריכים להיות סמוכים לכך. **רמב"ם, הלכות סנהדרין פרק ד.** יש פה שרשרת, ברגע שהיא נפסקת אז לא ניתן לסמוך.

כיצד הסמיכה נעשית באופן טכני? לא מדובר על סמיכת ידיים פיזית אלא שמעניקים לו את התואר רבי. כדי לקבל הרשאה לדון גם דיני קנסות יש צורך בסמוך רק מפי סמוך וזה בלתי אפשרי בימינו.

הסמיכה נפסקה מכיוון שהרומאים גזרו שמי שמסמיך, מת. היו מקומות בהם העונש על כך היה קולקטיבי. זה גרם להפסקת הסמיכה באופן מעשי והדבר גרם לבעיה פרקטית. במאה ה 16 בצפת זה היה תק' תור הזהב של צפת, האר"י הקדוש ורבי יוסף קארו נמצאים שם. מגיעים אנוסים מספרד, שנאלצו לעבוד עבודה זרה ולעשות עבירות והם רוצים לחזור בתשובה ומבקשים מהרבנים דרך לחזור למוטב ולקהילה. ישנן עבירות המחייבות מלקות. אם בי"ד מוסמך לא מלקה, זה לא נקרא מלקות. כלומר, כדי לבצע את העונש של המלקות חייבים שיהיה בי"ד. אותם אנוסים רצו לקבל את המלקות ובכך לחזור לקהילה. שאלה זו עוררה פולמוס עצום על האפשרות לחדש את הסמיכה לאור העובדה שהיא הופסקה בתק' מסוימת.

ניסיון לפתרון המצוקה היה ע"י ניסיון לחדש את הסמיכה. מדובר על חידוש של הרמב"ם. מהר"י בי רב חידש את הסמיכה, הוא חידש שלושה מהתלמידים שלו, אחד מהם הוא ר' יוסף קארו. חידש את שושלת הרבנים שנקראים סמוכים ודיינים.

הם עשו זאת בהסתמך על דברים שכתב הרמב"ם בפירושו לתורה.

**פירוש המשנה למסכת סנהדרין פרק א, משנה ג:** אם ישנה הסכמה וחכמים ותלמידים החליטו רק בא"י שאדם מסוים יעמוד בראש הישיבה אז מאותו רגע הוא נהפך לסמוך ובאמצעות זו הוא מחדש את שרשרת הסמיכה. ההסכמה של החכמים והתלמידים להעמיד אותו בראש היא זו שהופכת אותו לסמוך. הרמב"ם אומר שלא ניתן לחדש את הסנהדרין ללא האופציה של סמיכה כי כל מי שמתמנה לסנהדרין צריך להיות סמוך.

הוא לא מוכן לקבל תפיסה שתהיה פה הלכה מחודשת, בה המשיח יפעל שלא על פי סדרי ההלכה. לא ניתן לחדש. לפי ההלכה חייב להיות פתרון למצב שאין סמוכין. הנושא של משיחיות זה לא משהו שיוצא מגדרי הטבע. לא מדובר על שינוי מסדרו של עולם, הדברים צריכים להיות מעוגנים וברורים עפ"י ההלכה. מדובר על חידוש עצום של הרמב"ם, אין מקור תלמודי, הסנהדרין יחזור בעתיד, ההלכה מכירה באפשרות של הקמת סנהדרין בדרך הדמוקרטית.

מהרי בי רב אמר שהוא יושב בא"י, חכמים הסמיכו אותו לראש הישיבה, והוא סומך את תלמידיו. הדבר עורר פולמוס גדול בקרב חכמים אחרים, בעיקר חכמי ירושלים זה נקרא פולמוס הסמיכה. הדבר מופיע בשו"ת של רבי לוי בן חביב, שטען שלמעשה אין אפשרות לחדש את הסמיכה ובאופן ספציפי הפעולה של מהרי בי רב חסרת תוקף. נאמר שאין תוקף למעשיו גם בהנחה שניתן לחדש את הסמיכה כי הוא קודם עשה את המעשה ואח"כ ביקש את אישור חכמי ירושלים.

מה הבעיה מבחינה הלכתית?

פירוש המשניות של הרמב"ם זה ספר הלכתי אך לא ספר ההלכה המרכזי שלו. הספר המרכזי הוא משנה תורה. השאלה היא מה גרם מבחינה פורמלית לפקפוק בעצם האפשרות להסתמכות על דברי הרמב"ם?

רמב"ם הלכות סנהדרין פרק ', הלכה י"א: מספיק סומך אחד כדי ליצור קאדר של דיינים סמוכים.

הרמב"ם אומר נראים לי הדברים שאם הסכימו כל החכמים שבא"י למנות דיינים ולסמוך אותם, סומכים והם יכולים לדון בדיני קנסות וכו. הוא מעלה את החידוש הזה שלו גם בספר ההלכה הזה. אבל פה, בצורה לא שגרתית למשנה תורה מקשה על עצמו.

הוא מקשה שאלה היסטורית, אמרנו שחכמים הגיעו למצב של כמעט הרוגי מלכות כדי להמשיך את הסמיכה, אם היה ניתן להסמיך זאת בצורה פשוטה כפי שהרמב"ם מתאר, מדוע חכמים סיכנו את חייהם על מנת לא להפסיק את הסמיכה וראו בזה עניין גדול לא להפסיק את השרשרת?

הרמב"ם עונה ואומר שיש פה בעיה טכנית אבל מהותית. זה נכון שניתן לחדש את הסמיכה תיאורטית אך יש צורך בהסכמה של כולם. הוא מעלה קושי- איך ניתן להסכים על רב אחד? הרמב"ם אומר שהוא מכיר את הפרקטיקה לפיה הם לא רצו לחדש את הסמיכה כי זו אפשרות שקשה לקיימה מבחינה פרקטית ולכן סמוך מפי סמוך עדיף וזה מה שהוביל אותם להתאמץ מאוד לא לבטל את הסמיכה.

והדבר צריך הכרע- כלומר, יש להשאירו בצריך עיון.

יש הבדל בין המהר"ל בך- לפיו כל אפשרות חידוש הסמיכה נשאר בצריך עיון. פרשנות המתנגדים באותו פולמוס. כלומר, אין להסתמך על כך הלכה למעשה.

אפשרות שניה- שהדבר צריך עיון מופנה לסיפא, לפירוש של הרמב"ם לפיו חכמים התאמצו לשמור על הסמיכה רק בגלל שישראל מפוזרים. כך הסביר המהר"י בי רב בפולמוס.

בכל מקרה, יש היסוס בדברי הרמב"ם.

יש צורך בסמיכה, התקדים של הרמב"ם לפיו ניתן לחדש את הסמיכה נתון לפולמוס.

דיין סמוך צריך לדין הפלילי, דיני הנזיקין שחלק משמעותי ממנו נחשבים דיני קנסות ולכן יש יכולת מוגבלת לפסוק את מלוא הפיצויים.

**הממד הדתי בשפיטה- כוחו של דיין ויראת ההוראה.**

מה הלך החשיבה שהולך מאחורי אותו דיין, מה בינו לבין שופט רגיל הנמצא בערכאה אזרחית?

הממד הדתי משפיע על השפיטה ונמצא בתודעתו של הדיין ועל חלק מהדרכים בהם הוא שופט.

כאן יש לערוך הבדלה בין שיטות משפט מערביות לבין המשפט העברי לגבי פעולתו של השופט.

משפט מודרני- השופט חייב להכריע בכל עניין, ללא קשר למצפון שלו. באופן עקרוני במסגרת התפקיד של השופט החילוני הוא לא יכול להגיד שיש לו ספק. היו שיטות משפט בהן זו כן הייתה אפשרות מסוימת, למשל במשפט הרומי אבל זה מצומצם יותר מאשר המשפט העברי.

לעומת זאת במשפט העברי אין חובה עקרונית להגיע להכרעה כללית ומוחלטת כפי שמקובל במשפט המודרני והרבה מאוד מחכמי ההלכה פעמים רבות צמצמו את סמכות ההכרעה הנתונה בידם הסיבה הייתה הרבה פעמים החשש מהגעה לפסיקה מוטעית, פחד להורות כי חוששים מטעות. זה קשור לתופעה מאוד רחבה של ספק הלכתי.

במשפט הישראלי לא ידעו איך להתמודד עם התופעה של ספק קידושין ולכן הם קבעו שאם היא נחשבת אשת איש אז היא כך לכל דבר ועניין.

משנה בסנהדרין: הדיין יכול לומר איני יודע. יש דרך להתגברות על כך- הוספת דיינים וכו. זה דבר אפשרי מבחינת הדין וזה חלק בלתי נפרד מהממד הדתי של העניין שלשופט יש מחויבות דתית ואם הוא לא בטוח אז עדיף שלא יפסוק מאשר שיפסוק דבר מוטעה.

השאלה היא מהי השפעה של הממד הדתי, המודעות שלפסיקתו של הדיין יש משמעות ואחריות דתית. לפי המשפט העברי השופט יכול להיות אחראי על סוגים שונים של טעויות באופן עקרוני. יש לו גם אחריות נזיקית. בעל דין שנפגע כתוצאה מפסיקה מוטעית של השופט רשאי לתבוע אותו באופן עקרוני.

אותנו מעניין יותר האחריות הדתית, ההשפעה של העובדה שהוא שופט במערכת דתית על העובדה שאם הוא טועה יש לו אחריות ועונש עלול להיות מוטל עליו כתוצאה מאותה טעות.

הטענה המרכזית היא שיש שתי גישות. הממד הדתי יכול להשפיע בשני כיוונים. שני הכיוונים האלה באים לידי ביטוי אצל חכמי א"י מצד אחד ואצל חכמי בבל מצד שני.

יש צד אחד פאסיבי- אם אתה לא בטוח אל תפסוק כי אתה עלול להיענש. מרתיע מפסיקה וגורם לפאסיביות.

ויש צד אחר, אקטיבי. הממד הדתי הוא מנוף לפעילות אקטיבית, אל תהיה ראש קטן. יש פה עוול שנעשה, אתה שליח של הקב"ה ולכן עלייך לעשות צדק במשפט.

ישנו מתח בין הצד האקטיבי לפאסיבי. שתי המגמות האלה קיימות בספרות חז"ל.

בא"י החל מתק' התנאים וגם האמוראים הכיוון הראשון של יראת הוראה והימנעות מפסיקה הוא הדומיננטי. לעומת זאת בבבל יש מודעות לעונש אך זה לא גרם להימנעות מפסיקה והיעדרה אלא זה עודד למציאת דרכים יצירתיות לעשיית צדק.

**יראת ההוראה כגורם דומיננטי בא"י בתק' התנאית והאמוראית**

ממד דתי המוביל לפחד מהכרעה ושפיטה.

תלמוד ירושלמי, סנהדרין פ"א ה"א: באו שני אנשים לדון לפני רבי יוסי בר חלפתא. הם ביקשו ממנו לדון דין תורה. הוא אמר שהוא לא יודע לדון דין תורה. רבי יוסי מסרב לדון דין תורה, הוא אומר שהקב"ה יעניש את מי שצריך והוא פותח בפניהם דרך אחרת והיא של בוררות, מעין פשרה. המוטיבציה של רבי יוסי בר חלפתא לדון בפשרה או בוררות, המוטיבציה היא הטלת אחריות על הצדדים. הוא חשש מטעות. הוא אומר שהוא לא יודע לדון דין תורה, זה לא נכון אלא הוא לא רצה לדון כך. הוא רצה לדון במסלול ההסכמה של הצדדים, שפוטרת אותו מטעות. המוטיבציה לפסוק על דרך הבוררות באה מהדיין, שמגנה עליו מפני עונש במקרה של טעות.

בי"ד רבני- דנים בדיני ממונות שם מכוח שטר בוררות. שטרי בוררות מעניקים סמכות לדון לפי דין, פשרה או שק"ד.

אחד מהמתדיינים רצה שידונו אצלו רק עפ"י דין תורה. בי"ד הרבני הוציא נגדו כתב סירוב, בי"ד מפחד מלדון רק עפ"י דין תורה. יש לכך צדדים חיוביים- מאפשר לו להיות גמיש יותר ולפסוק בדרכים שאולי עפ"י דין תורה קשה לפסוק על פיהם אבל ברור שהממד הדתי מאוד משמעותי.

יש פה מקור שאומר שאין רצון לדון דין תורה, על הצדדים לקבל הסכמה קודם.

אנו מדברים על מצב של חורבן המערכת המשפטית, אין אפשרות לדון דיני ממונות. ר' שמעון בר יוחאי אמר שזה דבר טוב שהוא לא צריך לדון ממונות. הוא אומר שאין לו את האחריות הדתית על טעויות שנגרמו כתוצאה מהמשפט.

ישנו ביטוי מאוד מפורסם שאמר רבי יוחנן שחי בדור ראשון של האמוראים בא"י. הוא אומר- לא חרבה ירושלים אלא שדנו בה דין תורה. הפרשנות הפשוטה של הדברים האלו, התלמוד הבבלי לא הביא זאת, דיינים שטועים גורמים לחורבן הבית כפשוטו.

אם לא היו דין תורה לא הייתה נגרמת כל הקטסטרופה. הם טעו וגרמו בכך לחורבן הבית.

התלמוד הבבלי לא מבין את דברי ר' יוחנן, הם לא דגלו באותה עמדה, הם טוענים שזה דבר טוב לדון דברי תורה. התלמוד הבבלי אומר שהבעיה היא שדנו רק דין תורה ולא עשו לפנים משורת הדין.

יש יסוד להניח שר' יוחנן אמר שזה טוב שלא צריכים לדון אחרי חורבן הבית כי לא צריך לדון דין תורה ולטעות ולגרום לאותם אסונות.

הם חיים בתודעה של חשש לדון דין תורה וזה נמצא גם אצל האמוראים בא"י. גם כאן אנו מוצאים את ממד ההוראה כמאוד דומיננטי, שפחות דומיננטי מאצל אמוראי בבל.

תלמוד בבלי, סנהדרין ז-ח (אמוראי א"י): פסיקה לא לפי האמת גורמת לסילוק שכינה וההיפך.

דיין שטועה חייב במוות.

דיין שמגיע לביהמ"ש צריך להרגיש שישנה חרב המונחת בין ירכותיו- כל תזוזה לא נכונה משפיעה. חיים בתודעה של פחד. זה לא הפרשנות הפשוטה של המימרה הזו, אבל היא אופיינת לרב שלמה דיכובסקי הוא אומר שדיין צריך להראות את עצמו כך- כדי לפסוק דין אמת יש לקחת סיכונים. כמובן שאלו דברי הפרזה. אבל הדברים כפשוטם אמורים לשתק את הדיין ולהפחידו.

ישנה דרישה לא מתפשרת על וודאות, רק אם ברור לך לחלוטין אז תפסוק. יש צורך בוודאות של מאה אחוז. כאשר הדיין מרגיש שהדין מרומה, הוא צריך להסתלק מהעניין. יש אחריות דתית, אם אתה בספק עלייך לפסוק לחומרה. זה שונה מאוד מצורת חשיבה חילונית.

אם ברור לך הדבר כאחותך- תגיד אותו. אותו עניין של וודאות כתנאי הכרחי.

מימרה מס' 6- היינו מצפים שיש אחריות לאדם, אז אולי הפתרון הוא הרחבת הדיינים. במימרה זו נאמר שזה לא יעזור, גם אם יבואו עשרה דיינים הם לא יתחמקו מעונשה של הטייה.

השופטים הם הרשעים שנוטלים ממון שלא כדין, הם מטריחים את הקב"ה לעשות צדק מתקן.

הממד הדתי משתק, אין לומר דברים בהם לא בטוחים. תודעה היא משפיעה. מי שיש לו תודעה של פחד וחומרה הדבר משפיע על פסיקתו.

**חכמי בבל**

גישה המנסה לנטרל את הממד הדתי מהשפעות על עשיית הצדק ואף רואה ממד זה כדבר חיובי- מכוון למנוע מעשי פשע.

אמוראי בבל – רב הונא היה דן בהרכב של עשרה כדי שיגיע אלינו רק שבב מהקורה.

ר' יהושוע בן לוי- לא ניתן להתחמק מהעונש גם אם ירחיבו את ההרכב.

רב הונא- הפתרון הוא הגדלת ההרכב ואז כל אחד יישא בחלק קטן מהעונש ולכן שווה לפסוק.

המוטיבציה של רב הונא היא לאפשר את ההרחבה וכך יהיה פיזור העונש. עצם ההרכב הגדול עוזר לכך גם שהסיכויים שהם יטעו יהיו יותר קטנים.

לא מדובר רק על יראת העונש, ובלבד שהיא לא משתקת את המערכת.

התודעה של רב הונא באה לידי ביטוי מטאפורי שמתאר כיצד הוא יוצא לבית הדין.

רב הונא כאשר הוא היה יוצא לדין הוא היה אומר לבני משפחתו להוציא מקל ורצועה, זה דיין אקטיבי, הוא בא לפעול. שופר- כדי לנדות. סנדל- בשביל חליצה. הוא בא לעבודה עם כל ארסנל הכלים השיפוטיים שהוא רוצה להשתמש בהם.

רב הונא היה אחד הדיינים האקטיביסטיים ביותר- תלמוד בבלי סנהדרין נ"ח עב: ההלכה פסלה מכל וכל אפשרות של עונשי גוף אלא פיצויים נזיקיים.

רב הונא- מי שהיכה את סביבתו, יש לקצוץ את ידיו. רב הונא מודע לאחריות בדין ודווקא בשל כך הוא מעוניין לפסוק, לשבור את זרועם של הרשעים ולפעול. יראת ההוראה לא משתקת את פעילותו.

פעילות אקטיבית מאוד אופיינית לאמוראי בבל.

תלמוד בבלי שבת י ע"א: רב חסדא ורבה בר רב הונא היו יושבים בדין כל היום, נחלש ליבם- הם היו שחוקים מעבודת השחיקה. רש"י אומר שהם לא סעדו כל היום.

נאמר על משה, שאם הוא דן כל היום וכל הלילה מתי נשאר לו זמן לתורה? אלא שאומרים לדיינים שהם עושים דבר נפלא, הם שותפים לקב"ה במעשה בראשית, משלימים את מעשה הבריאה ועושים פעולה מאוד חשובה.

טור,חו"מ, סימן א: בפתיחה לחלק של חושן משפט הוא פותח במימרה הזו כי הוא מבין שהיא מאוד חשובה ומעניקה המון כוח לדיינים. יש כאן השלמה של רצונו של הקב"ה. תודעה דתית שגורמת למעשיו של רב הונא- פעילות יותר אקטיבית וחיובית.

31.10.12

כיצד הממד הדתי משפיע על השפיטה בספרות חז"ל. דיברנו על שני צדדים בהם הממד הדתי משפיע. מצד אחד יראת הוראה, פחד מפני עונש שמימי בעקבות יישום לא נכון של הדין. פחד זה משתק, גורם לדיין לחשוש מלקחת אחריות. בא לידי ביטוי ברצונם לדון עפ"י פשרה ולא עפ"י דין התורה. ישנן גישות המדגישות את הפן שאומר שהדיין חשוף בכל מקרה לעונשים ולכן הוא צריך להיזהר. ה

צד השני הוא העובדה שיש כאן מעשה דתי, מעשה הדיין מבטאים עשייה דתית עם השלכות כלפי שמים, יש לזה ממד חיובי בו השופט מודע לכוחו וחובתו לדון ולפסוק, להיות ידו הארוכה של הקב"ה. ראינו את המימרה המפורסמת בלתמוד הבבלי, מקור 6 שאמורה לתת תמריץ לדיינים הנשחקים מדיינות, שותפות למעשה בראשית. יש למימרה זו משמעות רבה מבחינה מעשית.

מקור מס' 7, הטור פתח את דבריו בחושן משפט, הדיין משלים את כוונת הבריאה ע"י כך שהוא משליט סדר וצדק, מעניש את הרשעים וכו.

רב הונא יוצא לעבודה עם כלי העבודה שלו ומבצע ענישה חריגה מאוד של קציצת הידיים.

אין לו לדיין אלא מה שעיניו ראות. ביטוי שהתפרש והשתמע באופן שונה בשני המרכזים הגדולים בתק' חז"ל.

מקור 8- אתם לא נמצאים לבד. אנו נמצאים באווירה הא"י. זה מקור אופייני המדבר על שיתוף הקב"ה במעשה הדיינים. יש משמעות לשפיטה, אתם שופטים לא רק לאדם אלא גם לה'.

התגובה המתבקשת של הדיין- אם זה כך, למה אני צריך את זה? אנו מדברים על הימצאותו של הקב"ה ויכולתו להיפרע מהדיין במקרה של טעות.

התוספתא משיבה על כך- אין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות. התוספתא מביאה זו כמענה לחששו של הדיין שלא רוצה לדון. זו טענת פטור, יש פה סייג לאחריות הפלילית יש לך אחריות פלילית, עונש בידי שמיים על טעויות. יש סייג לכך אם לא הטית את הדין ופעלת עפ"י מצפונך ומיטב הבנתך.

אין ברירה, אנו צריכים שמישהו ישפוט, אין מישהו יותר טוב ממך.

אין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות נאמר בהקשר מאוד ספציפי במקורו הישראלי, תשובה שאמורה להפיג את חששו של הדיין מעונש שמימי.

בד"כ בספרות המאוחרת יותר משתמשים בביטוי הזה בהקשר של הענקת עצמאות וכוח לדיין, אתה תפסוק בהתאם לראות עינייך.

דוג' מקור מס' 10- הכל לפי ראות עיני הדיין, לשופט יש עצמאות לפסוק בהתאם לראות עיניו גם אם יש כאן סטייה מתקדימים. כך השתמשו באותה מימרה בתלמוד הבבלי.

מקור 9 עוסק בשאלה האם יש תקדים מחייב במשפט העברי? אתם אחרי זמן מסוים תיראו פס"ד מסוים ולא תראו בו קושי, אל תקרעו אותו עד שתבואו לפניי ונדבר על זה. נדון בזה. יכול להיות שאני אצליח לשכנע אתכם או שאתם תשכנעו אותי שאני טועה.

האם אנו מחויבים ללכת אחרי פסקי דין שנתן רבם, רבא לאחר מותו, למרות שהם סוברים שהוא טועה? רבא אומר להם שלא, אל תקרעו אותו אך גם אל תלמדו ממנו. המסורת ההלכתית הציבה גם עמדות מיעוט.

הסיפא- אל תלמדו מפסיקתי. מדוע? אין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות. המשמעות- יש לו עצמאות. תפסקו בהתאם להבנה שלכם.

 מקור 10, ביטוי של הכלי יקר: אנו מרחיבים את מרחב שק"ד שלו. הדיין כבול להלכה אבל לא לתקדימים במקרים דומים. יש דרכים לעקיפת ההלכה שבמידה רבה הדיין יכול להגיע לתוצאה צודקת ונכונה בעיניו.

חכמי א"י מדברים על יראת הוראה, מפחיתים את כוחו של הדיין. למצער, לא תיענש אם תיפול לתוך הסייג- אם עשית ככל יכולתך. לעומת זאת רבא רואה את הביטוי כהוראה חיובית לדיין שהוא צריך להיות עצמאי והכול לפי ראות עיניו.

גם חכמי בבל היו מודעים לאחריות של הדיין ואפילו לאחריות הדתית שלו, הם ניסו שהדבר לא יגרום לשיתוק- הרחבת ההרכב כדי שכל אחד ייקח אחריות וכו.

ההבדלים שאנו מדברים עליהם לא באים לידי ביטוי רק בתודעה הדתית. זה בא לידי ביטוי באופן מעשי גם בפרקטיקה השיפוטית. מי שמדגיש את יראת ההוראה הוא יותר שמרן בפסיקתו לעומת זאת הפוסקים הרבנים הבבליים הם הרבה יותר אקטיביים, לא נמנעים מלפסוק במקרים קשים או לסטות מהדין.

**כוחו של דיין בדין מרומה**

הבדלים בין הדיינים בבבל ובא"י באופן מעשי

**דין מרומה**- מקרה בו הדיין מרגיש או חושש שמה שמציגים בפניו העדים או טוענים בפניו בעלי הדין זה לא כפי שזה נראה באמת. מדובר על חשש סובייקטיבי של הדיין. העדות קבילה מבחינה פורמלית אך למרות זאת הוא חש שיש פער בין העדים ודיני הראיות לבין התחושה הסובייקטיבית של הדיין.

יש גישות שונות בין בבל לא"י.

מקורות 1 ו 3 הם א"י.

הברייתא אומרת שכאשר הדיין יודע בדין שהוא מרומה הוא צריך להתרחק, להימנע מלפסוק.

מקור מס' 3: מסופר כאן מה עושים במקרה שיש דין מרומה ומה עושים במקום שאין דין מרומה.

הכוונה- אם אתה רואה שהדין יוצא לאמיתו, הוא רואה שהכול ברור ואין חשש לרמאות הוא ממשיך במסלול הרגיל של הדיינות. אם לאו- יש חשש לרמאות אז "צדקהו"- שתי אפשרויות להסבר המילה, ברור שזה לא המסלול הרגיל בכל מקרה. א. להסתלק, לפטור את הדין ולא להמשיך לדון בו. ב. פשרה.

בא"י הם שאפו לעבר הפשרה.

מהצירוף של המקורות עולה שהמגמה בא"י היא לא להתמודד עם הרמאות, אלא להסתלק או ללכת למסלול אלטרנטיבי של פשרה.

רב פפא מציע לדרוש ולחקור במקרה של דין מרומה.

במקרה רגיל בדיני ממונות בד"כ לא במצעים חקיקה מדוקדקת של העדים. זה תקנת חכמים אבל אם הדיין מרגיש שיש רמאות אז הוא חייב לעשות חקירה מדוקדקת כדי לבחון את הדברים ולא להשאיר אותם פתוחים.

רב פפא- אם הדין מרומה חוקרים מנסים לברר את המרמה. ביטוי ראשון, מעשי. פועל יוצא של הבדלים בין תרבות של א"י ובבל. בא"י רק אם הדין ברור לחלוטין אז הדיין אומר אותו. לא פוסקים את הדין במקרה של דין מרומה. לעומת זאת, חכמי בבל דורשים וחוקרים על מנת לברר את הדברים.

רב חסדא, רב פפא ורבא הם מאותו בית מדרש.

מסופר על אדם אלים מרי בר איסק, בא אליו אדם מעיר אחרת והוא אמר מזל טוב, יש לך אח. מרי בר איסק אמר שהוא לא מכיר אותו, לא רוצה לתת לו חלק בירושה. חוסר ההיכרות זה לא מספיק לצורך קיום דיני הירושה. מבחינת כללי הראיות נטל ההוכחה הוא על האח שהגיע מחו"ל, המוציא מחברו עליו הראיה. האח אמר שיש לו עדים שיכולים להעיד אבל הם מפחדים ממרי כי הוא בריון. רב חסדא הפך את נטל ההוכחה והעביר אותו למרי בר איסק, הוא התעצבן בגלל הפיכת נטל ההוכחה. רב חסדא אמר שכך הוא דן לו ולכל חבריו האלימים. הפיכת הנטל בגלל האלימות.

זה כמעט המקור היחיד להיפוך הנטל. זה תקדים בו הפוסקים משתמשים כאשר הם רוצים לעשות משהו חריג.

יש אקטיביזם שיפוטי אצל חכמי בבל.

רבא, תלמידו של רב חסדא, רבא היה נשוי לבת של רב חסדא.

היה כאן סיטואציה שאחת מבעלות הדין הייתה מחויבת שבועה במשפטו של רבא. שבועה במשפט העברי היא חלק מכללי נטל הראיה. יש שתי כללים של שבועות- נשבע שלא היה כך ואח"כ יש לך פטור ושבועה שהתובע נשבע שכך היה. פעמים רבות השבועה באה כאמצעי מברר לטענה עצמה.

יכול להיות שאם היא הייתה נשבעת, מסתבר שהיא הייתה זוכה בדין. אשתו של רבא יודעת שהיא חשודה על השבועה.

העדות לא קבילה משום בחינה שהיא, ולמרות זאת רבא הסתמך על דבריה והיפך את נטל הראיה, הוא עשה דבר דרמטי. אין ראיה נסיבתית, יש עד אחר שהוא קרוב לדיין וזאת אישה.

הדבר הזה עורר קשיים אצל התלמידים שלו, רב פפא ורב אדא בר מתנא. הביאו שטר אחד לרבא הדיין,בדיוק מקרה זהה מבחינת הרציונל שלו למקרה שאשתו של רבא באה ואמרה שהיא יודעת שאותה אישה חשודה. רבא אומר אתה לא יודע שנדרשים שני עדים לפחות.

רבא אמר שמדובר על עד אחד שאומר שהשטר פרוע וזה לא מספיק, צריך שני עדים. הוא אומר בזלזול רב פפא הוא רב גדול, ועליו הוא לא סמך למרות שאתמול הוא סמך על בת רב חסדא. הוא אמר שהוא מכיר את בת רב חסדא, לא מדובר על עד חיצוני. הוא יודע מתי היא אומרת משהו שהיא בטוחה בו לעומת משהו שהיא רק שמעה. לעומת זאת אותך אני פחות מכיר ובמילא לא ניתן להסתמך עליו כי הוא כמו עד. יש כאן הכנסת ממד סובייקטיבי.

לא מדובר על ראיה, זה כאילו אתה בעצמך ידעת את הדברים.

רב פפא אמר עכשיו שרבא חידש לו שאפשר להסתמך על אדם מסוים כאשר ליבו של הדיין משוכנע שלאדם מסוים יש קירבה אליו וניתן לסמוך עליו. רב פפא אומר שלא ניתן להסתמך על עדות שלו כאשר הוא אומר שהשטר פרוע אבל אם הבן של רב פפא יבוא אליו ולהגיד לו שהשטר פרוע, הוא יכול להסתמך על כך. מדובר על יישום התקדים במקרה דומה.

אם הבן שלו, שזה מישהו שהוא מכיר ויש לו קירבה גדולה אליו אומר זאת, אז ניתן לסמוך עליו.

אנו רואים תפיסה של רב חסדא, רבא ורב פפא הדיין צריך לסטות ורשאי לסטות מדיני הראיות הרגילים על מנת להגיע לאמת באותם מקרים.

פרופ' בן מנחם מראה שבאופן עקרוני בעוד שבא"י הדיינים נוטים לא לסטות מהדין, ללכת לפי הפרקטיקה המשפטית המקובלת, חכמי בבל בצורה מאוד ברורה כדי להביא צדק פרטיקולרי בתחום הנידון סוטים מהדין.

חכמי בבל משתמשים בעקרונות המאפשרים להם לסטות מהדין ולהביא לצדק במקרה הייחודי.

איך ניתן להסביר את התופעה הזו? הוא מציע שהדבר קשור לעובדה שבא"י בתק' חז"ל היו קבוצות של אנשים שיצאו נגד היהדות וממילא כל פסיקה של חכמים שמראה שניתן לסטות מהדין הייתה במידה רבה משחקת לידיהם של אותם מינים ולעומת זאת בבבל לא היה את זה.

לדעת המרצה יש מקום להניח לקשר בין הדברים, מדובר על תופעה רחבה יותר.

שתי סיבות-

אוטונומיה שיפוטית רחבה הייתה בבבל בעוד שבא"י הרומאים ביטלו את האוטונומיה השיפוטית. העניינים המשפטיים בבבל התנהלו עפ"י דין תורה, הייתה להם אוטונומיה. זה משפיע מבחינת התודעה והפרקטיקה יחד. כאשר יש לך אחריות משפטית לשפוט את מה שקורה בקהילה, יש לה סמכות אז אתה משתמש בה, מה שאין כן במדינת ישראל בה השימוש בהלכה היה ברמה לימודית בלבד.

הבדל בממד הדתי של השפיטה. הקשר בין הדברים מאוד ברור. במקום בו אין אוטונומיה משפטית מתפתחת תודעה דתית פסימית.

שלוש תופעות

סטייה מהפרקטיקה השיפוטית- התופעה עליה מדבר פרופ' בן מנחם. בבבל סוטים ובא"י לא.

היקף האוטונומיה השיפוטית. בבל- רחבה. א"י- מוגבלת.

הממד הדתי. א"י פאסיבי ובבל מודגשת, לא מאפשרים לממד הדתי לשתק את השיפוט.

שלושת התופעות קשורות זו בזו לדעת המרצה. קל להבין שבמקום בו אין אוטונומיה שיפוטית אז התודעה הדתית לפיה הדיין אחראי לפסיקתו והיא משפיעה על חורבן. במקום כזה יהססו לסטות מדין תורה. בבבל, יש את הצד השני של המטבע, יש להם את האפשרות לפעול. תודעתם היא יציאה לעבודה ושותפות לקב"ה במעשה בראשית.

איך ניתן להבין את השיטה הארץ ישראלית, איך אפשר לנהל מערכת משפט, אפילו מבחינה תיאורטית כי הפרקטיקה לא אפשרה להם לדון בצורה רחבה, איך אפשר להצדיק מודל המעניק לדיינים מרחב מאוד מצומצם ומוגבל ומרתיע אותם מלעשות את תפקידם?

הנושא של שיתוף בי"ד של מעלה חייב להילקח בחשבון. במידה רבה יש בהשקפה של יראת הדין גם את הראייה שהאל הוא בתמונה והוא צד לשפיטה. זה נמצא כל הזמן ברקע שלהם. הם לא רואים רק את עצמם. מצד אחד, יש להם אחריות נוראה במקרה של טעות כי הם פוגעים בשכינה, חרבה ירושלים. מצד שני יש ערכאות כפולות ויש יחסי גומלין ביניהם, הם פועלים זה לצד זה.

בהקשרים אלו העובדה שיש ערכאה נוספת זה עומד אצלם בתודעה. הדיין לא יכול לפסוק את אותו הדבר, גם אם הם לא עשו פעולה מסוימת יש דיני שמיים.

גרמא בנזיקין- על היזק שהוא לא ישיר. הרבה נזקים נקראים גרמא ובי"ד של מטה לא רשאים לחייב עליהם אבל הם חייבים בדיני שמיים.

אם אנו מסתכלים רק על פן אחד של הממד הדתי אז זו מערכת שהיא לחלוטין לא הגיוני גם לשיטתם אבל אם יש פן נוסף, יש בי"ד למעלה שמשלים ופועל אז ממילא יש הגיון, לפחות מבחינה דתית, לאותה מערכת. יש פה מין תאוריה יותר שלמה ביחס לפעילות שגם אם בי"ד של מטה לא עושה את המלאכה יש מישהו שמשלים את הדברים.

**שיקול דעת שיפוטי בקביעת ממצאים עובדתיים- אומדנא**

השאלה היא מי קובע בעצם את הממצא העובדתי? יש כמה הנחות ביחס לדיני הראיות הקלאסיים של המשפט העברי, העדים מופקדים על קביעת הממצאים העובדתיים. שני העדים הכשרים זו הראייה המושלמת עפ"י דין תורה, מלכת הראיות, הראיה המוכיחה ביותר לפי דיני המשפט העברי וזה אומר עוד שני דברים נוספים-

כל מה שפחות משני עדים עפ"י המערכת המקובלת של המשפט העברי, לא קביל. ראיה נסיבתית, אומדנא- לא קבילה. רק שני עדים. ביטוי לכך עולה מהמבוא להצעת חוק הראיות. דיני הראיות במשפט העברי לא יכולים להיות מיושמים במשפט הישראלי. צמצמו מאוד את הראיות, יש רק שני עדים והם היחידים שניתן לחתוך על פיהם. לכן במידה רבה המשפט העברי לא יכול לשמש לפי התפיסה המקובלת כמקור השראה לדיני הראיות המודרניים.

ס' 53 לפקודת הראיות- ביהמ"ש מחליט על ערכה של עדות בע"פ. לשופטים יש שק"ד נרחב ביחס לעדויות. מעבר מכללי משקל לקבילות- לכל ראיה יש משקל הנקבעת לפי השופט. במשפט העברי העדים קובעים את הראיות, לשופט אין מקום לשק"ד ואין אפשרות לקבל שום דבר שהוא פחות משני עדים כשרים.. זו הגישה המקובלת.

מחקרים שעסקו בדיני העדות.

חיים חפץ. עומד על כך שיש דינים מאוד מיוחדים הנוגעים לדיני העדות במשפט העברי המדברים במידה רבה על קב' של עדים הנתפסת כמין כת ויש כל מיני דינים שקשה מאוד להבין אותם בעיניים מודרניות.

למשל, תרי כמאה. אם יש שני עדים שאומרים משהו ולעומת זאת 100 עדים אומרים את ההיפך ההבדל הכמותי לא נותן עדיפות. לא משנה מס' העדים הכל אותו דבר מבחינה עקרונית, שני העדים נחשבים כמאה.

אם אחד מהעדים נמצא קרוב או פסול מתוך קב' של עדים, בטלה כל העדות.

לעדים יש גוף עצמאי, דימוי לשיטת המושבעים. כשם ששם יש הבחנה בין השופט לחבר המושבעים שהם בסופו של דבר קובעים את הדין למרות הנחיות השופטים אז ככה העדים הם כמו חבר מושבעים.

פרופ' אטינגר על הראיות. רואה בעדים כבעלי מעמד מעין שיפוטי. הרכב של שופטים לעניין קביעת ממצאים עובדתיים וזה מסביר מדוע יש לנו הרבה הלכות הנוגעות להרכביות שלא אותם עדים, ברגע שיש כת של עדים אז יש הלכות דומות לכת של דיינים. יש מין כת שהיא המוסכמת עפ"י ההלכה, זה הגוף המעין שיפוטי המוסמך לקבוע את הממצא העובדתי. הוא מציע לראות את הדברים כפשטם. יש לנו גוף עצמאי שיפוטי האחראי על קביעת הממצאים העובדתיים. ממילא, אין לשופטים כוח לקביעת ממצא עובדתי, אין להם כוח, התורה קבעה שיש שני עדים כשרים ועל פיהם צריך ללכת. כדי להסתמך על עדות נסיבתית, השופט הוא זה שמסתמך עליהם. מי שמוסמך לקבוע את העדות הם העדים, בעלי המעמד המעין שיפוטי.

הגישה המקובלת היא על פי שניים עדים יקום דבר, העדים מופקדים על קביעת ממצאים עובדתיים.

שאלת האומדנא, האם ניתן להסתמך עליה.

אומדנא נסיבתית- צירוף של דברים המראים ברמה נסיבתית גבוהה שקרה דבר מסוים. השאלה היא האם ניתן להסתמך על אומדנא בהקשר של דיני נפשות וממונות?

התשובה היא לא. האגדה שמופיעה במסכת סנהדרין דיני נפשות שבו שמעון בו שטח לא ראה את הדקירה אלא את החבר מפרפר וגוסס למוות בעוד הדוקר מחזיק סכין בידיו ונקבע שלא ניתן להסתמך על אותה ראיה כי זו לא עדות ישירה.

דבר זה נפסק להלכה, בדיני נפשות, מקור 5: אין אומד הדעת, שני עדים, ראיה ברורה (שם קוד ברמב"ם, שני עדים כשרים).,כמובן שהדבר הזה מעורר קושי, ראיה נסיבתית בראיה מסוימת יקבלו וברמה נמוכה יותר לא, ואיזה ראיה נסיבתית יותר ברורה ניתן לקבל יותר מראיה של הדוקר עם הסכין ביד? אבל זו לא ראיה ישירה.

באופן תאורטי אין ראיה נסיבתית, אומד הדעת קבילה בדיני נפשות. זה מוסבר אצל הרמב"ם, ספר מצוות, מקור מס' 6. אפילו אומדנא ברמה הגבוהה ביותר לא ניתן להסתמך עליה.

מרחב ההסתברות הוא מאוד רחב. הרמב"ם חושש למדרון החלקלק, ברגע שתתיר עדות נסיבתית ברמה כלשהי אז יתחיל מדרון חלקלק ולכן עדיף לאסוף את כל הראיות הנסיבתיות.

בוודאי שמדיניות שכזו תגרום לכך שיהיה קשה עד כמעט בלתי אפשרי להרשיע את העבריין, עדיף שיצאו אלף חוטאים לחופשי מאשר שאדם אחד ייהרג.

לכאורה אנו רואים בדיני נפשות שמבחינה קטגורית שום עדות נסיבתית לא מתקיימת.

ברייתא, מסכת בבא בתרא מראה דעת מיעוט המאפשרת להסתמך על ראיות נסיבתיות. מקור מס' 4: דעת חכמים היא שאם יש לך סיטואציה של שני שוורים הנמצאים בכלוב אחד ויודעים שיש שור מועד, עצבני ונוגח זה לא מספיק.

רבי אחא- גמל הנמצא בעונת הייחום ואז הוא עצבני ואז רואים גמל הרוג בצידו וידוע שהוא הרג אותו. לפי רבי אחא אנו רואים שניתן להסתמך על כך, מדובר על אומדנא ברמה גבוהה, מציאות בה העדות הנסיבתית היא ברמה גבוהה.

אמנם דעת חכמים אינה מקבלת עדות נסיבתית בדיני ממונות אבל יש דעת מיעוט המוכנה להתחשב בראיה נסיבתית בדיני ממונות.

ההלכה: מקור מס' 7, רמב"ם. הלכות נזקי ממון- הרמב"ם פוסק שאין אפשרות להסתמך על ראיה נסיבתית.

אצל הרמב"ם אין הבדל בין דיני ממונות לנפשות, לא ניתן להסתמך על אומדנא.

יש מקרים בהם אנו רואים שבאופן אישי הסתמכו על ראיות נסיבתיות ובמידה רבה מה שראינו כהלכה כללית לא היה נכון כאשר פסקנו בדיני ממונות או נפשות. הגישה שאומרת שעל פי שניים עדים יקום דבר זו גישה שלא בהכרח נכונה לפי כל הדעות. השופט אחראי לקביעת העובדות.

בדיני נפשות ובדין הפלילי יש פער בין ההלכה התיאורטית למעשית. ביטוי של פרופ' קרישנבאום ביחס להפללה עצמית- אין אדם משים עצמו רשע. הודאה לא קבילה עפ"י ההלכה. פרופ' קירשנבאום מראה שיש פער בין ההלכה לבין מה שקורה בפועל, יש נסיבות בהן נותנים משקל להודאה. תופעה דומה מתרחשת ביחס לראיה הנסיבתית.

בדין הפלילי הדרך הרגילה שבה חורגים מדיני התורה, בדין הפלילי יש את דין התורה אבל יש סמכות לבי"ד לחרוג מכך, מדובר על הוראת שעה שיכולה להימשך המון שנים. הלכה למעשה, בספרות השו"ת רואים שהשתמשו בסמכות זו כמעט בכל פסקי הדין כי זו הדרך הפיקטיבית בה השתמשו.

יש גם מקום לשק"ד לדיין. ניתן להעניש גם בהסתמך על פגם

מקור 8- מדובר על עונשים בהם אין עונש מוות לפי דין תורה ובכל זאת הענישו אותו. הייתה ענישה תוך מעבר על דיני הפרוצדורה.

מקור 9- כל ההורג נפשות שלא בראיה ברורה יש למלך רשות להורגו. אם דיברנו על סמכות בי"ד להלקות לא לפי דין תורה, אנו רואים שלמלך יש סמכות להעניש לא בראיה ברורה. ניתן להעניש רוצח שיש פגם בראיות הפורמליות שלו. תנאי סף למשפט הפלילי זה ההתראה.

זה פועל יוצא מעמידה על קוצו של יוד מהתנאים הנדרשים עפ"י התורה. ניתן להעניש שלא עפ"י דין תורה או ראיה ברורה. זה סוג של הוראת שעה, משהו יותר חריג.

באשר לדיני הממונות לכאורה גם כן יש לקבל את פסיקת חכמים שלא ניתן להוציא ממון עפ"י שני עדים לא על פי ראיה נסיבתית אפילו ברמה הגבוהה ביותר אבל באופן מעשי הסתמכו בתק' הבתר תלמודית על ראיות נסיבתיות, לפחות חלק מהפוסקים.

ההוגים הרלוונטיים הם הרא"ש והשני ...

שניהם יכירו בראיות נסיבתיות ויתנו משקל גם לשופט.

מקור מס' 10, הרא"ש עוסק בשאלה מאוד ברורה שאין בה ראיות ישירות אלא רק נסיבתיות. לוי ושמעון הם שותפים שהיו להם חובות, לוי פרע את החובות לבד. שמעון ברח מפני הנושים והיה אפשר לגבות רק מלוי. לוי רוצה לתבוע את בני שמעון, השותף שלו, לשלם לפי חלקם.

ללוי היה שטר שיפוי שהוא יקבל את החלק של שמעון בחובות, אותו הוא שילם.

שטר החוב באמצעותו לוי רוצה שבני שמעון יפרעו לו את אשר הוא שילם נעלם. יש פה שמועה שזה אבד, וחיפשו וזה הגיע לאדם מסוים.

האנשים שמצאו את השטר ניסו למכור אותו ללוי, כי ברגע שיש לו את השטר הוא לא צריך לפרוע את החובות.

בני שמעון אומרים שיכול להיות שהשטר הגיע לידיהם כי הם פרעו את החוב של השותפים.

העובדות מבחינת דיני הראיות הן די ברורות. רוצים לגבות חובות מבני שמעון, בין אם זה ראובן הנושה או לוי ששילם חלק מהחובות אבל בני שמעון מחזיקים בידיהים את השטר, שנחשב כשני עדים במשפט העברי, זו ראיה אולטימטיבית אבל מצד שני יש פה שילוב של ראיות נסיבתיות- הם ברחו, לא היה להם כסף, כל מיני נסיבות המראות שמסתבר שהם לא פרעו את החוב אלא שזה התגלגל לידיהם באיזה דרך.

יש התנגשות בין ההלכה בסיסית לפיה יש צורך בשני עדים לבין הראיות הנסיבתיות הקיימות.

תשובתו של הרא"ש דומה במידה רבה לפס"ד מודרני. אבל השאלה איך הוא יכול לפסוק בהסתמך על ראיות נסיבתיות?

הוא מביא שני סיפורים על פיהם ניתן לומר שאפשר להסתמך על ראיות נסיבתיות.

רבי בנא מדובר על אדם ששומע את אישתו אומרת לביתה מדוע את מסתירה

אישה מתוודה בפני ביתה על בגידה באביה, כך שרק בן אחד הוא של אותו אבא. כאשר אותו אדם שומע זאת הוא אומר שהוא נותן את כל נכסיו לבן היחיד שלו. הבנים רבו על הירושה, רבי בנא אמר להם להכות את הקבר של אביהם עד שתתקבל התשובה, הבן היחיד שלא הלך קיבל את הנכסים. יש פה פסיקה עפ"י אומדנא, ראיה נסיבתית שמי שהוא הבן האמיתי של האבא לא צריך לבזות אותו.

יש פרשנים המסבירים שיש להניח שהאב רוצה לתת את הירושה למי ששומר על כבודו בצורה הכי יפה, לא בגלל שהוא הבן הביולוגי ולכן לא מדובר בהכרח על ראיה נסיבתית. הוא אומר שישנם מקורות נוספים בהם אנו רואים שחכמי התלמוד מוכנים ללכת אחרי אומדנא ברמה גבוהה. הוא אומר שהוא מוכן להסתמך על ראיה נסיבתית ברמה גבוהה.

ניתן להסביר את אותם מקרים בכך שלא מדובר על ממצא עובדתי אלא מה הייתה כוונת המצווה.

הוא מביא את הדוג' של גמל העוכר בין הגמלים (שנמצא בייחום). במקור מס' 4 ראינו שיש דעה שבמקרה כזה של וודאות רבי אחא היה מוכן להוציא המון ושבעל הגמל העוכר ישלם את הנזק. פה אנו רואים שהרא"ש מוכן לקבל את התקדים הזה ופוסק כרבי אחא. מדובר על ביטוי לאומדנא ברמה גבוהה שניתן להסתמך עליה.

משפט שלמה- הסתמכות על מבחן לקביעת מי האם הביולוגי, הוא רואה לכך תקדים קדמון לגישתו. המטרה שלנו היא להסתמך על אותם אומדנות כדי להגיע לתוצאה צודקת. הנסיבות מראות שאין לחשוש שבני שמעון באמת פרעו, האישה ביקשה להאריך את זמן הפרעון עד שתתרפא ולא ניתן להניח שהם פרעו בזמן זה.

הרא"ש- פוסק ממש כמו שהיה פוסק שופט שהיה מקבל ראיה נסיבתית היום, מנתח את הראיות הניצבות לפניו ומקבל החלטה שלא מבוססת על שני עדים שלא צריכים להסתמך על החזקת השטר בידי שמעון.

דוג' לכך שהלכה למעשה בספרות השו"ת ניתן להסתמך על ראיות נסיבתיות מכוח פסיקה של הרא"ש שאומדנא מועילה בדיני ממונות. הוא פוסק בין השאר כרבי אחא.

ישנה שיטה נוספת בקרב הראשונים, מרחיקת לכת עוד יותר. הרמב"ם לא יכול ללכת בדרך שבה הלך הרא"ש. דברי הרמב"ם במקור מס' 7 מפורשים, הוא לא פסק כמו רבי אחא. הוא לא מוכן להתפשר על ראיה ברורה.

מקור מס' 11- הדיין קובע את הממצאים העובדתיים לפי מה שדעתו נוטה אליהם שהוא אמת. הרמב"ם במידה רבה נותן דגש הרבה יותר גדול ליכולתו של הדיין בקביעת הממצאים העובדתיים.

הוא מביא שלוש דוגמאות:

דוג' ראשונה אדם החשוד על השבועה שהדיין מסתמך על דעתו של אדם החשוב לו.

מקור מס' 12, רבא שהסתמך על בת רב חסדא, אבל שם זה היה משהו חריג ומקומי. הרמב"ם גוזר מכמה מקורות בתלמוד אמירה יותר כללית ורחבה.

דוג' שניה-אם הבן שלי יבוא ויאמר שהשטר שלי פרוע אני מוכן להסתמך על דעתו.

שתי הדוגמאות האלה נוגע להסתמכות על עד שהוא לא כשר וסומכים עליו, קים לי וגבר.

דוג' שלישית כאשר אדם טוען שיש לו פיקדון אצל אדם, שיש לו סימן ייחודי, אם הדיין יודע שבמקרה הזה לא ראו שאותו אדם שמת מסתובב עם אותם דברים ולאור הנסיבות אנו יודעים שזה לא החפץ של המת אז מוציאים אותו מהיורשים. מה שעומד כאן זה רמת הראיה.

הרמב"ם אומר שהדיין יכול להסתמך על דעתו במקרה הזה, גם אם הוא סומך על עד מסוים גם על סמך ראיות נסיבתיות, הוא פוסק לפי דין אמת.

קריאה שמרנית- אין בהלכה הזו יותר מהדוג' אותן הרמב"ם הביא. יותר מכך, לפי אותה קריאה אין לומר שהרמב"ם עשה משהו רדיקלי המבקש לחתור תחת מוסד העדים ולומר שהדיין קובע את הראיות אלא שיש כאן מקרים חריגים.

בעל נתיבות המשפט- לא ניתן להוציא ממון על סמך אותו אומדן למעט אותן דוגמאות.

לדעת המרצה, יש לקרוא את הרמב"ם בקריאה יותר רדיקלית.

הכלל המנחה- הרמב"ם מביא תקדימים הנמצאים בתלמוד ואז מביא את הכלל המנחה בעניין. למי מסורה קביעת העניינים העובדתיים?

הדבר מסור לליבו של הדיין. יש פה לשיטת הרמב"ם גישה החותרת תחת הגישה המקובלת לפיה עפ"י שניים עדים יקום דבר. המילה שחוזרת אצלו הרבה היא ליבו.

הוא מכוון גם לגמרא, מסכת ראש השנה. יש פה עימות בין הדרך של שלמה ואמרו לו שעפ"י שניים יקום דבר. הרמב"ם כן אומר שהדיין הולך לפי תחושת הלב והוא מדגיש גם שזה הכלל.

הדוג' השלישית מוציאים ליורשים את החפץ שהדיין קובע על סמך הראיות שהוא שייך לתובע.

ראינו מצד אחד שהרמב"ם לא מסתמך על ראיות נסיבתיות והוא פוסק שלא ניתן לפסוק על פיהם ואילו כאן הדיין יכול לעשות זאת.

שיחטת הרמב"ם יש להבחין בין דיני הראיות להלכות הדיינים.

הרמב"ם הציג מודל אחר מאשר הרא"ש לדעת המרצה. ראינו שהרמב"ם לא מוכן להסתמך על ראיות כראיות גם אם הן מוכחות או ראיות נסיבתיות ברמה גבוהה.

הרמב"ם אומר שלגבי הדיינים יש הלכה שאומרת במקור 12, הוא מכניס את מילת הקוד בליבו. כלומר, חלק מהאופן שבו השופט פוסק מתבסס על ליבו. לב אצל הרמב"ם זה דבר מאוד שכלי. גם על זה מדבר הרמב"ם בהלכות סנהדרין- והדבר חזק בליבו. כלומר הדגש הוא על ליבו הסובייקטיבי של הדיין ולא על העדים עצמם.

התפיסה התורת משפטית של הרמב"ם- גישתו מתאימה אולי לדברי פרופ' בן מנחם לגבי דבריו על מקורות המשפט העברי.

הרמב"ם שואל את שאלת השאלות, אם הדיין צריך לפסוק לפי מה שליבו אומר אז מדוע התורה קבעה שיש צורך בשני עדים?

כאשר הרמב"ם שואל שאלות על עמדתו, זה אומר שיש כאן בה ערעור מסוים. הרמב"ם שואל איך הוא מסתדר עם כל המערכת הפורמלית הזו?

הרמב"ם אומר שיש שני מסלולים-

אחד שהדיין יודע מה היה ואז זה דרך המלך, הוא לא כבול לדיני הראיות.

התורה אמרה שניתן להסתמך על שני עדים גם אם אתה לא יודע מה קרה.

רמב"ם, דרך המלך- הדבר מסור לליבו של הדיין, כך הוא צריך לדון בדיני ממונות.

במקרים בהם לא ברור לו, כאשר הדיין לא הגיע לרמת משוכנעות גבוהה, הרמב"ם אומר לו תסתמך על שני עדים כי התורה אמרה לך שבד"כ שני עדים לא משקרים, ניתן להסתמך עליהם גם אם לא ברור לך אם הם דוברי אמת או לא. אבל מה יקרה לדעת הרמב"ם אם דעתו של הדיין מורה כנגד אותם שני עדים?

הרמב"ם אומר שאם ליבך חזק, אתה הולך איתו אפילו כנגד שני עדים, הם ברמת וודאות פחותה יותר. אנו רואים שבמידה רבה דיני הראיות נשלטות ע"י שופטים וזה מתאים לתזה של פרופ' בן מנחם, הוא אומר שהמשפט העברי נשלט בידי דני אדם ולא בידי כללים. בניגוד לעקרון שלטון החוק, כפיפות הדיין לדינים הכתובים, המשפט העברי נותן את השליטה לדיינים, הם אלו שצריכים לקבוע את הדין.

מקור מס' 13- גורלו של בעלי הדין נמסר בידי אנשים.

לקביעת הממצאים העובדתיים, שזה הקשר מאוד משמעותי, הרמב"ם בהחלט מציג גישה שבעצם דיני הראיות או קביעת הממצאים הראייתים נקבעים על סמך הדיין עצמו וליבו.

לדעת הרמב"ם יש שני מסלולים. ליבו של הדיין ודיני הראיות הרגילים שהם משניים, כאשר הדיין לא מסוגל ללכת עפ"י ליבו.

כל פרק כ"ד עוסק בסמכות הדיין להגיע לפי סוג של צדק ולא לפי הכללים.

מקור מס' 14- הרמב"ם מבחין בין שני המסלולים. הבחנה בין מצב שיש ידיעה של הדיין לבין ..

אצל היורשים יש חפץ ובא תובע שאומר שהחפץ שלו שהוא הפקיד אותו אצל אבא שלהם שמת, אם הדיין מסתמך על ראיות נסיבתיות ויודע שכך קרה הוא רשאי להסתמך על ראיות אלה ולהוציא מהם את החפץ.

אומד דעתו- קביל אצל הדיין בלבד, הוא רשאי לסמוך על אומד דעתו. אבל אצל העדים, כאשר עוסקים בדיני הראיות יש לנו ראיה ברורה לכן העדים לא יכולים לומר שזה באמת היה שלו וניתן לפסוק על סמך זה.

העדים יכולים להגיד מה שהם ראו, רק הדיין יכול להסתמך על אומדנא ורק בתורת משוכנעות עצמית. ברור שהדברים האלה משלימים, בלי זה לא ניתן להסתמך על המקורות.

אם מסתמכים על דיני הראיות- יש צורך בשני עדים, ראיה ברורה ולא ניתן להסתמך על פחות מזה. אבל אם אתה מגיע לרמה של משוכנעות עצמית אז אתה יכול להסתמך על זה. במידה והדיין לא מגיע לרמה של משוכנעות עצמית כזו, הוא הולך לפי דיני הראיות.

גישת הרמב"ם חותרת תחת מוסד העדים בצורה מאוד ברורה ומפתיעה. דומה לגישה ששמה פחות דגש על קבילות אלא על התרשמות השופט מהעדים, לרמב"ם יש יותר משמעות למשקל.

7.11.12

את הראיות הנסיבתיות אנו מוצאים שבפרקטיקה מקבלים אם באמצעות התיאוריה של הרא"ש לפיה ראיה נסיבתית היא קבילה והתאוריה השנייה של הרמב"ם, עמ' 8 מקור מס' 11.

הממצאים העובדתיים בדיני ממונות נקבעים עפ"י הדיין. הרמב"ם העניק משקל רחב לשק"ד השיפוטי והדבר איננו עומד בסתירה לכך שמבחינת דיני הראיות הרמב"ם לא מסתמך על ראיה הפחותה משני עדים. ההבדל הוא שישנם שני מסלולים- כאשר הדיין פועל לפי ליבו והמשוכנעות שלו גבוהה לגבי מה שאירע, זה לא נקרא ראיה אלא זה חלק מדיני פסיקת הדיינים שהדיין צריך לפסוק לפי ליבו לעומת זאת כאשר הדיין צריך להתבסס על ראיות, על מקור חיצוני פה הרמב"ם לא מתפשר על פחות מראיה ברורה שזה אומר שני עדים.

הרמב"ם שואל מדוע צריכים שני עדים אם הכול נקבע בסופו של דבר עפ"י הדיין? יש מסלול נוסף הפועל במקרה שבו הדיין לא יודע מה דין האמת אז הדיין רשאי להסתמך על שני העדים גם אם הוא לא בטוח אם הם דוברים אמת או שקר. מדובר על מסלול נוסף.

מהקריאה הרדילקית, במקרה בו יש התנגשות בין ליבו של הדיין לדברי העדים, הדיין קובע.

אם הדיין יודע מה אירע, העדים לא רלוונטיים, הוא יכול לפסוק שלא על פיהם. הרמב"ם מבטא במידה רבה את הגישה החותרת תחת העדים כמוסד שיפוטי לקביעת הראיות והוא מבטא בידה רבה את האופן שבו קביעת הדין נעשית עפ"י הדיינים, החוק נשלט בידיהם ולא מדובר על שלטון החוק, התפיסה אותה מדגיש פרופ' בן מנחם אולי לא מדויקת לגבי המשפט העברי בכללותו אבל בהקשר של הרמב"ם יש לה מקום.

מס' 12- הוא שם את הדגש על ליבו של הדיין, הדינים שבלב לפיהם הדיין צריך לפסוק.

יש לפסוק לפי חוכמתו של הדיין. בת הקול מבטאת את התפיסה היותר מקובלת, מסורתית. פסיקה עפ"י שני עדים, אובייקטיבית.

דין מרומה

עמ' 12 מקור 9. מה קורה כאשר דיין חש שהדין שלפניו מרומה? דיין שחושד, שרואה שהעדות אולי באופן פורמלי כשרה אך הוא חש שיש פה רמאות אז הוא לא יכול להיות פורמליסט שנשען על הדברים, אלא הוא צריך להמשיך ולחקור אותם. יש פה המון מילות לב. ההלכה הזו היא בדיוק ההלכה הבאה בפרק כ"ד הלכות סנהדרין לאחר ההלכות בהם הוא אמר שהדברים מסורים לדיין.

אם הדיין בסופו של דבר עדיין חש בליבו שהדין מרומה, הרמב"ם אומר שהוא צריך להסתלק מהדין.

גרסת הטור-"ידוננו מלכו של עולם". גרסת הרמב"ם- "ידוננו מי שליבו שלם בדבר"- השאלה היא האם מדובר על הסתלקות טוטאלית, אף אחד לא מסתלק מהדין.

לפי הרמב"ם מעבירים את זה למישהו אחר, כי הדברים תלויים בלב. ליבך לא שלם בדבר, אל תפסוק, תעביר את זה הלאה. מי שליבו שלם בדבר שיפסוק. הדגש הסובייקטיבי על ליבו של הדיין נכון גם בדין מרומה. לא מדובר על איזה ראיה.

מדובר על דיני ליבו של דיין, פסיקת הדיינים שמטיבם הם סובייקטיביים, לך אסור לפסוק לפי הלב שלך, תעביר למישהו אחר.

אם הדיין לא חש בליבו שזו הפסיקה, אסור לו לפסוק.

**עמ' 8 מקור 11.הלכה ב.** הרמב"ם אומר שכל מה שלמדנו עד עכשיו זה ההלכה העקרונית אבל ישנה תקנה שיש לנו עדות לגביה בספרות הגאונים שבתי הדין קיבלו על עצמם לא לעשות שימוש בסמכות הזאת. במישור הפרקטי בתי הדין מרסנים את עצמה, זה לא אומר שההלכה הזו בטלה. מדוע? כי הכל סובייקטיבי. מבחינה תאורטית זה מסוכן לתת את הכלי הזה לשופטים כי אנו חוששים מחוסר יציבות, בגלל החשש מהמדרון החלקלק וכו (שהרמב"ם משתמש בו במקרה של פסילה מעיקר הדין בעדות נסיבתית) לכן עדיף שהדיינים לא ישתמשו בסמכות הזאת אלא יסתמכו על דיני הראיות.

הרמב"ם מוסיף עוד דבר שנוגע לפרקטיקה, הרמב"ם אומר שהשופט ינסה בדרכים עקיפות, אם נראה לו שיש רמאות אז שישהה את הדין, ינסה להביא את הצדדים להגיע לפשרה, ניסיון לגרום לדיין ללכת לפי ליבו, מבלי לפסוק ישירות רק על דעתו הסובייקטיבית כי אסור לו לאור תקנת הגאונים. לאחר הריסון הזה שהרמב"ם נסוג מפני התאוריה המלאה שלו, מגיעה ההלכה של הדין המרומה. לאחר שבתי הדין קיבלו על עצמם לא לפסוק סתם על סמך ליבם- נושא ונותן, פשרה ומסתלק מהדין. אם הוא מגיע בסופו של דבר לשוקת שבורה, לא מצליח לבטל את הרמאות הוא מסתלק אבל מעניק זאת לדיין אחר שיודע את העבודה.

פסיקה ממשית רק על סמך דעה סובייקטיבית היא מאוד בעייתית מבחינה פרקטית אצל הרמב"ם.

הרא"ש לא שם דגש על השק"ד של הדיין אלא הוא אמר שיש ראיות מוכחות שניתן להתבסס עליהם. הרמב"ם נתקל בקשיים לעומת הראש כי ברגע שהכול מושתת על ליבו של הדיין זה מסוכן ולכן הוא מסייג את הדברים.

כיצד עמדתו של הרמב"ם היא חלק מתפיסתו הפילוסופית?

הרמב"ם בצורה סיסטמתית חשדן מאוד כלפי שני עדים, הוא חותר במידה רבה תחת ההסתמכות על העדים כחלק אמינה לגילוי האמת וזה חלק מהתפיסה המדעית, מטה-הלכתית שלו.

**עמ' 9 מקור 16.** מצוות השמיעה לנביא. הרמב"ם נהיה מאוד פורמליסט, אנחנו נצטווינו על זה למרות שזה מאוד בעייתי.

למשה יש יתרון מהותי על פני שאר הנביאים, הוא דיבר עם הקב"ה פנים מול פנים. הוא מדגיש שתמיד האנלוגיה שלו לעדים

עדיף היה אם השופט היה פוסק עפ"י דעתו ולא עפ"י שני עדים.

למה הוא ראה בשני עדים כמקור מאוד מפוקפק לגילוי האמת?

תפיסת ההכרה של הרמב"ם, המדעית שלו

תורת ההכרה בהסתמכות על עדים הוא דבר הפחות מדרכים אחרות להגעה לדרכי העדים ולכן הוא שם את שני העדים וההסתמכות עליהם כמשהו בצד וכדרך לא מהימנה ולכן הוא מעדיף בסופו של דבר קביעה שכלית של הדיין ולא הסתמכות על הדיינים.

מקורות 16 ו 17 מציגים את התפיסה הרואה בשני עדים דבר שיש לפקפק אימננטית במהימנותם.

מקורות הידע הטובים האנושיים באמצעותם ניתן לאמת דברים שונים, מקור מס' 18:

השכל האנושי. יש לך ראיה ברורה מדעתו של אדם ?!

הראיה החושית.

מסורת. דבר שיקבל אותו האדם מהנביאים והצדיקים.

הרמב"ם לא מזכיר פה עדים למרות שזה לכאורה

הרמב"ם אומר שזה שלושת הדרכים ותו לא.

ברור שבתפיסה שלו העדים הם מאוד בעייתים.

מקור מס' 19- אנו רואים כיצד הוא מעמת בין הסיפור שמספרים העדים לדיינים לבין מה שאנו רואים בראיה החושית.

העדים הם אלו שמבצעים את גזר הדין בעונש הסקילה. מה שקולטים בחושים זה אחד משלושת הדרכים שבאמצעותם מן הראוי לשעות שימוש כאשר פוסקים. העדים ראו את המקרה בחושים שלהם.

עדיף שאתה בכלל לא תבצע את גזר הדין, העדים ברמת הכרה יותר גבוהה כי הם ראו זאת בעיניים ולכן עדיף שהם יבצעו את גזר הדין, השופט לעומת זאת רק שמע את הסיפור.

אפשר היה להציע שהסיבה לביצוע גזר הדין ע"י העדים זה סוג של הרתעה עבורם. עד שלא בטוח במאה אחוז יחשוש מלהעיד כי אח"כ הוא זה שיצטרך לבצע את גזר הדין.

הרמב"ם ממש מכניס זאת לתוך הרובריקות של תורת ההכרה.

התפיסה האריסטוטלית, הרמב"ם מאוד הושפע ממנה. המעלה האנושית לפי התפיסה הזו זה בעצם השכל. היסוד השכלי בנפשנו. הרמב"ם פירש את צלם אלוקים באדם במקור 20 בתור השכל שלו. זה הממד האלוקי הנמצא בשכלו של האדם, השכל הזה הוא לא דבר עצמאי, אלא משהו שיש לו משמעות דתית.

מקור מס' 21: השגה שכלית לפי דעתו זה משהו רוחני לחלוטין. השכל הוא במקום הראשון, ההכרה החושית זה המקום השני והמסורת זה הכלי השלישי. העדים הם בקטגוריה אחרת. היתרון של השכל הוא שאין שום דבר חומרי המפעיל אותם, יש קשר בין האדם לקב"ה. השכל הוא מעין שכל אנושי, אלוקי.

השכל זה הדבר איתו דבקים בקב"ה. לדברים אלה יש משמעות. הרמב"ם הביע את אמונו ויכולתו של השכל האנושי להגיע לאמת.

הרמב"ם פותח את הלכות ע"ז בתיאור של אברהם אבינו, איך הוא הגיע בשכלו לאמונות אלה. מדברי הרמב"ם אמונת אברהם זה תהליך הכרתי, פילוסופי של אדם בשל, בן 40. חז"ל אומרים שאברהם הגיע להכרה זו בגילאים הרבה יותר נמוכים.

הרמב"ם מאמין גדול בשכל האדם, הוא רואה בזה חלק אלוקי מאוד משמעותי.

לדעת המרצה יש קשר בין הדברים. זה נותן ממד נוסף לאמון שלו בשכלו של הדיין וביכולתו להגיע לאמת.

הוא סומך על השכל של הדיין לא רק בגלל תפיסה פילוסופית אלא בגלל תפיסה דתית.

בסוף החטיבה של פרק כ"ד, סיום החטיבה של שק"ד בדיני ממונות הרמב"ם אומר שהמשפט לאלוקים הוא. למה הוא מכניס את אלוקים לתמונה? אצל הרמב"ם הביטוי הזה מחזק, הוא גם סומך על השכל אבל יש פה גם שותף שנמצא יחד עם השופט ומסייע לך להגיע לאמת.

מקור 22 מדרש תהילים מבטא בצורה ברורה את התפיסה של המשפט לאלוקים הוא, האלוקים הוא שותף לפס"ד של הדיין ומסייע לו להגיע לאמת. יש פה קריצה לממד הדתי עליו הוא מדבר.

פרק כ"ג עוסק בממד הדתי. הוא מסיים את החטיבה באמצע פרק כ"ד באומרו "כי המשפט לאלוקים הוא". הרמב"ם מבטא את העובדה שהדיינים לא לבד, גם אלוקים נמצא איתם. מקור מס' 23- האל מסייע לדיינים להגיע לאמת.

המשפט לאלוקים הוא משלים את התמונה והאמון הרב שהוא נותן לליבו של הדיין. אם הוא לא היה חושב כך, לא בטוח שהוא היה מתייחס באותה רמה של ביטחון לפסיקה של הרמב"ם.

ישנו כלל האומר כל עדות שניתן להזימה אינה עדות. אם ישנם עדים שלא מוסרים פרטים חשובים הנוגעים לזמן ומקום של מאורע מסוים אז עדותם איננה קבילה בכלל. מדוע? עדות שאתה לא יכול להזים אותה, הזמה- עפ"י המשפט העברי כאשר יש שני עדים שאומרים משהו ושני עדים אחרים לא מכחישים את גופה של העדות אלא את גופם של העדים, אומרים שהעדים לא היו שם.

אם העדים הראשונים לא מספקים את נסיבות הזמן והמקום הם לא מאפשרים לעדים אחרים להזים אותם.

**מקור מס' 24:** אם העדים לא יודעים את נסיבות הזמן והמקום עדותם בטלה ואילו אם הם לא יודעים פרטים אחרים, עדותם קיימת.

7 חקירות: שאלות הנוגעות לזמן והמקום. הוא לא מסתפק בסתם אמירה פורמליסטית שזו לא עדות אלא הוא אומר שזו עדות שקר, כאשר הוא הסתיר את נסיבות הזמן והמקום כדי לא לאפשר שיזימו אותו. בהקשר הספציפי עליו מדבר הרמב"ם, בהקשר של מהימנות עדים יש דמיון רב. יש תפיסה כלכלית של דיני הראיות שצריכים לעודד היגדים ברמת מהימנות גבוהה באמצעות הכללים המשפטיים וזה מה שאומר הרמב"ם, ע"י פסילת עדות שחסרים בה הזמן והמקום אנו מקבלים רק עדות שרמת המהימנות גבוהה.

עדות החסרה פרטים מסוימים, שרמת מהימנותה מאוד בעייתית.

בדיקות- שאלות אחרות מעבר לזמן והמקום.

**מקור מס' 25:** תפיסתו של הרמב"ם החותרת תחת העדים. עדות אישה עגונה, מקלים מאוד בעדויות על מנת להתיר אישה עגונה. יש כאלה הטוענים שההקלה נובעת מרחמים על האישה אבל הרמב"ם מסביר זאת מבחינת הטיב של הראיות והעובדה שאנו לא צריכים שני עדים.

בד"כ מחמירים בדבר שהוא ערווה ופה אנו מקלים בדברים שמחמירים בהם בד"כ. תצהיר למשל הוא לא כשר בהלכה.

איך אפשר להסתמך על אותם ראיות שלא קבילות בהליכים אחרים?

דרישה וחקירה- כלי באמצעותם השופטים מבררים את מהימנות הראיה.

הרמב"ם אומר שאנו צריכים עדים רק במקום בו אין לנו דרך יותר טובה לעמוד על בוריו של דבר. עדים זה לא הכלי היחיד באמצעותו ניתן להגיע לאמת.

הטעם המשפטי שמציג הרמב"ם הוא זה שמעניין, מה שחשוב הוא ההסבר הבסיסי שנאמר באמצע, אנו לא צריכים את העדים אלא רק בתחומים בהם אין דרך אחרת לעמוד באמיתות הדבר, אלא רק בעדים.

אבל כאשר יש לנו דרכים אחרות, לא צריך שני עדים, כי מדובר על דבר העשוי להתגלות בצורה מאוד ברורה.

כאשר מעידים על מישהו שמת- זה דבר שקל מאוד לסתור אותו ולכן הסיכוי שהעד ישקר הוא נמוך.

הרמב"ם מדגיש שני דברים: 1. טיב הראיה- לא צריך שני עדים כי זה דבר שקל לבררם. 2. יש דברים שזה כמו דיני נפשות. יש הבדל בין דיני נפשות וממונות לדיני אשת איש. בדיני ממונות ונפשות לפי הסברה אנו חייבים בי"ד, הוא חלק מהתהליך. בלי בי"ד לא נוצר גזר דין, הוא חלק מהיצירה השיפוטית. לעומת זאת, דיני אשת איש קשורים לדיני איסור והיתר. בדינים אלו, האדם סומך על עצמו, גם אם הולכים לרב זה רק כדי להגיד לו האם הדבר מותר או אסור. יש גישה שאומרת שהתרת אישה עגונה זה איסור והיתר, לא צריך לשם כך פעולה שיפוטית ולכן הגמרא אומרת שלא צריך בי"ד, כמו שאדם ידייק לפני שיאכל דבר אסור, גם האישה תדייק, מטילים עליה את האחריות ולכן לא צריך בי"ד ומקלים עליה. איסור והיתר זה לא תחום משפטי רגיל ולכן באותם תחומים לא צריך עדים ובי"ד.

הרמב"ם אומר שעדים זה לא הדרך היחידה על פיה קובעים את דיני הראיות, מדובר רק על מקרה בו אין לנו דרך אחרת להגיע לחקר האמת. תפיסה המגמדת את החשיבות של העדות.

כוחו של דיין בדין מרומה.

השאלה היא כיצד צריך הדיין להתנהג כאשר הוא חש שהדין שלפניו הוא מרומה, שני העדים מוסרים את אותה גרסה, הכחשה מסוימת בין העדים שלא מהווים סתירה בגינה ניתן לבטל את העדות. כל מיני מקרים בהם העדות מבחינה פורמלית היא קבילה אך הדיין חש שיש פה רמאות.

**מגמות שונות בהתמודדות הדיין עם דין מרומה.**

מגמה אקטיבית- הדיין מתמודד עם הדין המרומה ואפילו פוסק בניגוד לדין המרומה.

מגמה פאסיבית- הדיין מסתלק או לא פוסק בהתאם למצפונו.

מדובר במידה רבה בתחושה סובייקטיבית של הדיין שלא בהכרח נגלית לעיני כל. לדיין יש תחושה חזקה שפני הדברים אינם כפי שהם נראים.

**מקור 1 עמ' 11:** מקור זה לא אומר מה עושים. מדובר על דיין שיודע שהדין מרומה, מדובר על תחושה סובייקטיבית, לא מפורש מה זה דין מרומה. ניתן לחשוב על סיטואציות רבות.

הגדרה של פרופ' שוחט: לא מדובר על משהו שנכנס לקטגוריה ברורה, זה משמש כעקרון על במידה רבה בו ניתן להשתמש במקרים מאוד בעייתים.

במקרה זה ברור שהוא לא פוסק לפי העדים, מה שהוא כן עושה זה מתרחק- "מדבר שקר תרחק".

**מקור 2:** יש פה נימה דומה שלא ללכת במסלול הרגיל של הדין כאשר הדין מרומה- אלא צריך להסתלק או לפנות לפשרה.הדבר הזה עולה בקנה אחד עם המגמה הארץ ישראלית של יראת ההוראה.הדיין חושש לפסוק בגלל הטעות, הרמאות שיש כאן וגם נימת ההסתלקות והפאסיביות לא זרה לתפיסה הארץ ישראלית.

דבריו של רב פפא, האמורא הבבלי שהציג כהמשך ישיר לדרכו של רבא גישה יותר אקטיבית שלא נמנעת מהתמודדות כתוצאה יראת ההוראה, דברים נאמרו בפרשות של מקורות תנאיים סותרים ביחס לחקירת עדים בדיני ממונות.

מקור אחד תנאי אומר מפורשות שלעניין קיום הפרוצדורה של דרישה וחקירה אין הבדל בין דיני ממונות לנפשות לעומת זאת יש מקורות שאומרים שבדיני ממונות אין צורך לערוך דרישה וחקירה לעומת דיני נפשות.

לא צריך דרישה וחקירה על מנת להקל בדיני הממונות על אותם מלווים שרוצים לקבל בחזרה את כספם. אם נדרוש מהם לבוא לביהמ"ש, להביא עדים ולחקור אותם וכו יש חשש שהם יימנעו מלהלוות לנזקקים. לכן בשל תקנות הלווים אנו מקלים על הפרוצדורה בדיני ממונות כדי להקל את המערכת ולאפשר את המסחר.

ההנחה של הגמרא היא שבדיני ממונות, לאחר אותה תקנה, לא צריכים לבצע דרישה וחקירה. ביהמ"ש לא חוקר יותר מידי באריכות והרחבה את המלווים על מנת לאפשר גבייה מהירה של השטר כי מלכתחילה אנשים לא ירצו להלוות.

רב פפא – הסברו להבדל בין המקורות, מדוע במקרים מסוימים בדיני ממונות צריכים דרישה וחקירה ומתי לא זה דבר שתלוי במקרה. כאשר אין משהו חשוד האמור לעורר את חשש הדיין- לא צריך דרישה וחקירה. אם הדיין חש שיש לפניו דין מרומה אז הוא עושה דרישה וחקירה. לא משאירים את הדין המרומה ללא התמודדות של בי"ד, אלא להיפך- חוקרים אותו.

זה בניגוד לתלמוד הירושלמי שאמר ההיפך- רק אם הדין אמת חוקרים, אם הדין מרומה לא חוקרים. תפיסתו של רב פפא הפוכה במקור 3.

גם כן יש קשר לתודעה הדתית של לא לברוח אלא להתמודד. מקורות אלו הם די צנועים אבל בתק' הבתר תלמודית חכמי אשכנז וצרפת עסקו ביחס בין המקורות האלו והשתמשו בדין בצורה מעניינית. הם התמודדו עם השאלה מה עושים עם דין מרומה לאור העובדה שמדובר על מקורות סותרים.

מקור מס' 1 אומר להסתלק ואילו 2 אומר לדרוש ולחקור- איך המקורות מסתדרים אלו עם אלו? אנו נמצא הבדל משמעותי בין חכמי אשכנז לספרד שלא יבוא לידי ביטוי ברובד של ההלכה התיאורטית.

ישנם דברים שנאמרו כהלכה כללית, תיאורטית והלכה למעשה זה כיצד פעלו במקרה קונקרטי. רואים זאת בספרות השו"ת. פה אנו נראה הבדל בין חכמי אשכנז לספרד.

אשכנז- נטו בצורה מובהקת להסתלק, פאסיביות שיפוטית מובהקת.

חכמי ספרד וצפון אפריקה- נטו להתמודד.

חכמי אשכנז הם יותר יראי הוראה.

ברמת ההלכה הכללית, התאורטית אין הבדל דרמטי ביניהם. שניהם אומרים תיאורטית שיש מקרים בהם מסתלקים ובהם לא.

אצל אשכנז דין מרומה זה שם קוד למצב בו הדיין יכול להסתלק בלי לשאול יותר מידי שאלות.

מקור מס' 4. דברי התוספות זה הלכה. פרשנות של בעלי התוספות למקורות השונים. הם דנים בסתירה בין התלמודים במקור מס' 1 למקור מס' 2. מה עושים בדין מרומה?

הם מבחינים בין רמת הוודאות, דנים ברמת החשש של הדיין שיש בפניו דין מרומה, לפי המתווה שהם מציעים כאשר הדיין חושש שיש דין מרומה הוא דורש וחוקר. הוא מסתלק רק כאשר הוא יודע בוודאות שהדין מרומה. כלומר, לפיהם שתי הפתרונות אפשריים, השאלה היא באיזה מצב.

כאשר אנו בוחנים הלכה למעשה כיצד אותם דיינים פסקו במקרה של דין מרומה-

**מקור מס' 5, שו"ת מהר"ם מרוטנבורג.** יש פה שאלה שנשאלו שני האחים. יש פה תביעה, אדם נפטר ויש דין ודברים לגבי הירושה בין היתומים לאלמנה. האפוטרופוס של היתומים דואג לאינטרס שלהם, האלמנה הייתה פעילה מבחינה עסקית, זה אלמנט שיכול להעיד שחלק מהכספים שלה, היא הייתה בעניינים.

האלמנה אומרת שכל הכספים האלה הם שלה, כל הכספים של אבא שלהם נגמר.

ר' שמשון משאנץ זיכה את האלמנה בנימוק ש"המוציא מחברו עליו הראיה". אבל הריצב"א, אחיו נוגע יותר לנסיבות הקונקרטיות של המקרה ונכנס לדין של האלמנה. מבין הנסיבות עולה שאותו נפטר היה אדם עשיר- היו אנשים שחייבים לו, חותמות כתובים על שמו וכו. יש ראיות שלפחות חלק מהרכוש שייכים לנפטר.

לעניינו הוא אומר שאם הנסיבות מעוררות חשש, יש קול שיוצא אצל השכנים, אין פה ראיה אולטימטיבית להוציא ממנה אך זה נכנס לקטגוריה של דין מרומה כי יש יסוד להניח שפני הדברים שונים ובמקרה זה יש להסתלק.

הדבר שמתבקש הוא שקודם היה צריך לחקור. אצל חכמי אשכנז נפוץ יותר דין הסתלקות עד שיתבררו הדברים מאליהם, הביקורת על זה היא שהדיינים צריכים לברר בעצמם.

הלכה למעשה בפרקטיקה- דין מרומה שווה הסתלקות.

**מקור מס' 6:** בעל תרומת הדשן. מי הוא זה שיכול לפסוק בזמננו להוציא דברים מחזקתם, לדיינים אין את הכתפיים הרחבות המצריכות לפסוק דין כזה. דין מרומה – אסור לדיין לחתכו אלא להסתלק ממנו. זה מה שעושים בדין מרומה.

התופעה של דיינים שנשמטים מלדון זו הייתה תופעה מאוד אופיינית, חכמי אשכנז בצרפת בימי הביניים שאפו להסתלק. הוא מציין שהיו קהילות שנאלצו להכריז חרם כדי להכריח את הדיינים שלא להסתלק. מדובר על סנקציה חברתית דתית כנגד אותם דיינים שנשמטו מלדון.

בתק' המהר"ם הטילו חרם אך הערך שלו לא היה רב. בגלל שיש להם את המסורת והאפשרות להתחמק מלדון אין ערך מעשי לחרם כי אם הדיין מרגיש שבפניו דין מרומה אז יש לו לגיטימציה הלכתית מלהסתלק , הפרשנות שלהם לזה שמדובר על דין מרומה איפשרה להם להסתלק.

החרם לא בא לעקור את הפריבילגיה שניתנה לדיין לקבוע שמדובר על דין מרומה. החרם אמר לדיין שלא להשתמט מלדון. הדיין אמר שמדובר על דין מרומה וכך הוא השתמט מהחרם.

**שו"ת מהר"י ברונא:** באו שני בעלי דין שהראו שטר בוררות בו הם מרשים לדיינים ששמם בו נקוב שידונו בפניהם לדין ופשרה. אחד מהדיינים לא רוצה לדון במקרה זה. שאל מהר"י ברונא מדוע הוא מסלק את עצמו? הדיין אומר שבכלל לא מתאים לו הדבר הזה, הוא לא יודע לכתוב, הוא נציג ציבור. הוא חשב שהוא יצליח לפשר ביניהם אך זה לא הולך, הם לא משתפים פעולה ולכן הוא רוצה להסתלק ר' משה אבל הוא מחפש עילה, גושפנקה הלכתית להסתלק, המהר"י ברונא מוצא. הנימוק המרכזי עליו הוא מבסס את הדברים הוא דין מרומה. אם יש עורמה בדבר הוא מכניס זאת לרובריקה של דין מרומה. המרצה אומר שיש כאן עניין מלאכותי. הנק' המרכזית היא לא שיש פה רמאות. המהר"י ברונא אומר שיש עורמה בדבר, ממילא זה דין מרומה ולכן מצווה לפרוש ממנו.

הוא כן מציין את הפירוש של דברי התוספות שראינו במקור מס' 4. אם יש ספק- דרישה וחקירה או הסתלקות. בדברי התוספות לא כתוב להסתלק אלא דרישה וחקירה. לפי ההלכה הפרשנית תמיד יש לך את האופציה לפרוש. הוא לא אמר לר' משה שיחקור וינסה לברר מה קורה כאשר הוא מזהה משהו לא נכון. אנו רואים פה כיצד הלכה למעשה בספרות השו"ת זה מעניין לראות מה הפסיקה הלכה למעשה.

כנגד העמדה האשכנזית להסתלק מהדין המרומה הלכה למעשה, אצל חכמי ספרד הראשונים בימי הביניים אנו נמצא גישה הפוכה.

הלכה למעשה יש חוסר הכרה באפשרות של הסתלקות אלא הם רצו להתמודד עם הדין המרומה בדרכים שונות.

מקור מס' 9: הרמב"ם. מדובר על הלכה. שלב ראשון- עושים דרישה וחקירה. זה לא שונה דרמטית ממה שראינו אצל בעלי התוספות. נראה לו שהדין פה עדיין מרומה. כלומר, הוא גם אומר שיש שני שלבים להתמודד עם דין מרומה. שלב ראשון- דרישה וחקירה. אם ברור לך לפי ההקשר שיש פה דין מרומה אז מסתלקים. אבל גם שהרמב"ם מדבר על הסתלקות, זה שונה מההסתלקות עליה דיברו חכמי אשכנז, הוא אומר שאם אתה מסתלק אתה מעביר למישהו אחר בשאיפה שליבו יהיה שלם עם הדין. הרמב"ם לא נחה דעתו מהאפשרות של הסתלקות, הוא מדגיש שיש להעביר זאת לאדם אחר, שיקבע את הדין ושליבו שלם בדבר. בכל מקרה, בהלכה התיאורטית הוא מאפשר את ההסתלקות.

מקור מס' 10: הרמב"ם, הלכה למעשה. שאלה הנוגעת לעיזבון ולדין הדברים בין האלמנה ליתומים לגבי טיב העיזבון- למי עובר הכסף. הריצב"א פסק כדין מרומה עד שיתבררו הדברים. הרמב"ם אומר שאם העובדות הם יותר ברורות אז תפסוק, אבל אם לא מתאמת אבל יש עדיין את החשש של דין מרומה, הדיין צריך להעמיק בחקירה ודרישה ולא לחדול עד שהאמת תצא.

במקרה של דין מרומה הדיין צריך לדקדק, להעמיק בדרישה וחקירה ולבצע חקירה ממוקדת בתחום בו נראה לו שישנה רמאות ע"י איום וחרם לא לחדול עד אשר האמת תצא לאור.

הרמב"ם לא נותן אפשרות אחרת מלבד הוצאת הדין לאמיתו.

יש סתירה בין משנה תורה לבין הפסיקה שלו הלכה למעשה, באחרונה הוא לא מאפשר בכלל לחשוב על רעיון של הסתלקות. ברור שלא נחה דעתו מהסתלקות. כנראה שהרמב"ם עושה זאת כדי לא להעניק לדיין את האופציה הזו, ברגע שנותנים לדיין את האפשרות להסתלק כמעט ברור שהדיין אכן יעשה זאת.

הרמב"ם לא נותן אופציה של להסתלק אך גם לא את האופציה של ללכת עד הסוף ולפסוק לפי האמת.

מקור מס' 11: הרשב"א. במשפט העברי יש טוען ונטען ויש דיני עדות. בעל דין הוא טוען ועד הוא מעיד. יש טענה של הנתבע שהרשב"א חשד שהוא מרמה ונותן דין שקר. לפי הרשב"א הוא חותך עפ"י האמת. הוא מזכיר את דין מרומה.

פה אנו רואים חכם ספרדי, אקטיביסטי, אסור לחתוך על פי העדים, חותכים עפ"י האמת. לכאורה יש אפשרות בדין מרומה לחתוך עפ"י האמת. האם ניתן ללמוד מכאן שבאופן עקרוני תמיד ניתן ללכת עפ"י הלב ולחתוך עפ"י האמת?

הוא אומר שאנו עוסקים בטענות ובהיעדר עדויות ברורות. לא ניתן ללמוד מכאן שגם למשל, כמו שראינו אצל הרמב"ם, יש פה טענות של בעלי הדין ולמרות שאין כאן ראיות צריך לדון את הדיין לאמיתו. בי"ד אולי בניגוד לגישה אדברסרית קלאסית הולך לפי דיני הראיות. לא בטוח שאפשר ללמוד מכאן שגם במקום שיש עדים שהרשב"א היה אומר שניתן היה לחתוך לפי האמת. אם אנו מסתכלים בזהירות על העובדות שעליהם הוא מדבר קשה ללמוד מכאן על תקדים ברור גם במצב שבו יש עדים שברור שהם משקרים.

התפיסה והאופן שבו הוא רואה דין מרומה זה שהדיין לא הולך לפי הטענות שעומדות לפניו אלא לפי האמת.

מעבר לשורשים הבבליים והזיקה שבין בבל לספרד וצפון אפריקה מצד אחד לבין הזיקה שבין א"י לאשכנז מהצד השני, זה לא הגורם הדומיננטי. יש לדבר על גורמי רקע החשובים לענייננו וזה היקף האוטונומיה השיפוטית בספרד ואשכנז השונים.

בימי הביניים הייתה תופעה חשובה, חכמי ספרד נהנו עד המאה ה 14 מאוטונומיה שיפוטית רחבה ביותר. בספרד היו בתי דין קבועים, לא היו בתי דין של בוררים, פרטיים שהוקמו אד הוק לפתרון סכסוך מסוים אלא מוסדות שיפוטיים בעלי כוח כפייה. זה נכון גם לתק' הגאונים שחיו בבבל והמשיכו את המסורת. עד המאה ה 14 זה תחת שלטון המוסלמים. זה מסביר את המגמה הספרדית. כאשר יש לך סמכות אז אתה יכול להשתמש בה, כאשר יש לך רמאות יש לך גם דרכים להתמודד עם זה ואת הכוח הזה.

לעומת זאת באשכנז לא רק שהייתה מגמה של יראת הוראה ושאיפה להסתלק מהדין וחשש לדון דיני הוראה בדיני ממונות,

 אוטונומיה שיפוטית הייתה מאוד מוגבלת באשכנז ובד"כ דנו בבתי דין של בוררים. התשובה של מהר"י ברונא עסקה בשני דיינים "חובבים". אם לא משתפים פעולה אין יכולת אפקטיבית להתמודד עם אותה רמאות. הבוררות הייתה הרבה יותר דומיינטית באשכנז, זו הדרך הרגילה בה דנו בדיני ממונות. זה כנראה לא רק הבדלי גישה במנטליות אלא יש כאן גורמי רקע סביבתיים הנמצאים ברקע ועוזרים למגמה מסוימת להתפתח.

יש יחסי גומלין בין הכנסת לביהמ"ש- האחרון חזק כאשר הראשונה חלשה ולהיפך.

כלומר, הגורמים הסביבתיים משפיעים על ההבדלים.

14.11.12

היום נתמקד ברא"ש, המיוחד בו הוא שהוא זכה להיות מנהיג של שני המרכזים החשובים בימי הביניים. ראשיתו באשכנז ולאחר שהוא לא רצה לסיים את חייו בכלא, הוא ברח מאשכנז והתקבל כרב הראשי בספרד ולכן יש פה רב שהיה מנהיג חשוב בשני המרכזים.

עמדתו של הרא"ש כלפי סוגיית דין מרומה.

חכמי ימי הביניים הציגו ביניהם עמדות שונות במיוחד בפרקטיקה. חכמי אשכנז הקלאסיים נמנעו מלפסוק בדין מרומה ולעומת זאת חכמי ספרד נטו יותר לאקטיביות שיפוטית למרות שגם אצלם לא הייתה פסיקה מפורשת של השופט בהתאם למצפונו כאשר בפניהם דין מרומה.

מי ששינה את המסורת האשכנזית הוא הרא"ש. גם הוא פוסק כשיטה של אחד מאחרוני בעלי התוספות, המהר"ם מרוטנבורג.

**עמ' 13 מקור 12:** מסכת סנהדרין. מדובר על הרובד של הלכה. דן בסתירה הקיימת בין שני המקורות התלמודיים בתחילת הסוגיה של הדין המרומה. מסכת שבועות- מדבר שקר תרחק. לעומת דבריו של רב פפא שאמר דווקא לדרוש ולחקור. הפרשנות המקובלת של בעלי התוספות היא כאשר יש חשש דין מרומה יש לבצע חקירה אבל כאשר יש דין מרומה מסתלקים.

המהר"ם מרוטנבורג עושה הבחנה שיש לה הגיון רב מבחינה משפטית. הוא מבחין בין רמאות מצידו של התובע לרמאות מצידו של התובע.

מצד התובע- הדיין מסתלק, אין מה לדון בתביעתו. אמנם ההסתלקות הזו בעייתית כי התובע יכול לתבוע במקום אחר. הבעיה הקשה יותר היא כאשר הרמאות היא מצד הנתבע, במקרה זה יש לחקור ולדרוש כמצוותו של רב פפא במסכת סנהדרין. כאן הוא לא מציין מה עושים אם הדרישה והחקירה לא מועילה.

הרא"ש מביא את דברי המהר"ם מרוטנבורג. אבל כאשר הוא נשאל בשו"ת, הוא מבסס את דבריו של המבנה ש המהר"ם מרוטנבורג אבל הפרקטיקה תהיה יותר לכיוון האקטיבי.

**מקור מס' 13:** עוסקת כאשר הרמאות היא מצידו של התובע, לכאורה יש להסתלק. הוא נגע בשאלה מעניינת הקשורה לשאלה של התיישנות. נציגי הקהל חתמו על שטר שחייבים לראובן שכנראה עשה עבודה ציבורית. מכל השבעה שחתמו רק אחד נשאר חי ודווקא הוא לא ניגש אליו לפרוע את השטר אלא ליורשים של האחרים. זו הייתה התחייבות לעבודה ציבורית והקהל היו חייבים לשלם את אותו חוב.

יש פה כל מיני נסיבות שהיה פירעון, למה הוא המתין לקבלת השטר כ"כ הרבה זמן וכו.

המצב הכלכלי שלו היה גרוע אבל למרות זאת הוא לא מיהר לדרוש את חובו. כאשר לא דורשים לפרוע את החוב זה מעורר חשד. על פני השטר הוא תקף ואין התיישנות במשפט העברי על שטר ישן, עדיין אפשר לגבות.

הרא"ש כן מתווה דרך צדדית להתמודד עם בעיית ההתיישנות לפי דין מרומה.

העיקרון של דין מרומה שימש אצל הרא"ש עקרון על באמצעותם הוא התמודד עם בעיות שונות והוא מתווה את המדיניות המשפטית הכוללת שלו להתמודדות עם שטרים ישנים בכלל.

הוא אומר שאם נראה לדיין שהשטר הזה מרומה, אז הוא צריך להסתלק.

רואים פה עוד ממד שנמצא אצלו- שלב ראשון בדין מרומה הוא תמיד דרישה וחקירה (במקור הקודם לא דובר על כך, פה מדובר על רמאות מצד התובע).

"אומדנא דמוכח"- הרא"ש מוכן לקבל ראיות נסיבתיות ברמה גבוהה.

הרא"ש אומר שאם יש שטרות ישנים לא ניתן לפסול אותם באופן קטגורי, התוצאה שקולה לפסיקה לטובת הנתבע. הוא עושה זאת ע"י קביעת מעשה בית דין- הוא נותן לנתבע שטר שמשריין אותו ושומר עליו מפני תביעות עתידיות.

הרא"ש לא סטה באופן פורמלי מהמהר"ם מרוטנבורג או המסורת של אשכנז, למעשה הוא הוסיף נדבך מאוד מחוכם בפרקטיקה, הוא אומר שזה שקול לפסיקה מלאה לטובת הנתבע. הוא לא היה יכול לפסוק לטובת הנתבע אבל הוא יכול להפוך את ההסתלקות לטובת הנתבע ע"י נתינת מעשה בי"ד המשריין אותו מתביעות עתידיות.

**מקור מס' 14:** מבטאת את הגישה מרחיקת לכת של הרא"ש. מדובר על שאלה שהטרידה את רשויות המשפט בקסטיליה בימיו. היו שתי שותפים שפשטו את הרגל והיה ביניהם הסכם שכאשר אצל אחד השותפים היה שטר השותפות בו נכתבה ההשקעה הראשונית שלו ואת חובתו של השותף האחר להחזיר לו את ההשקעה הראשונית עם ביטול השותפות. שטר השותפות הזה משמש כשטר חוב של ר' שלמה כנגד ר' ישראל עם ביטול השותפות. מסתבר שכתב השותפות נגנב והגיע בסופו של דבר לר' ישראל שטען שהוא פרע את החוב והעובדה היא שהשטר נמצא אצלו. עכשיו ר' שלמה חייב לבדוק מה קורה. מדובר על רמאות מצד הנתבע שהן נדרשו לדרוש ולחקור. ר' ישראל שתק, הוא אמר שיש לו את השטר, הוא פרע אותו וכו. הבעיה הייתה שהוא שמר על זכות השתיקה ובתי הדין היהודיים לא הצליחו לפתור את המקרה הזה. באותה תשובה מסופר שהוא עבר לבתי הדין של הגויים אך גם שם הוא שמר על זכות השתיקה. המלכה של קסטיליה באה והניחה לפתחו של הרא"ש את פסק הדין הקשה הזה שלא הצליחו לפתור אותו בצורה מספקת לא בתי הדין היהודיים ולא הנוכרים.

ההנחה שיש פה דין מרומה היא הנחה ברורה. המתווה של המהר"ם מרוטנבורג מאפשר לו לדרוש ולחקור אך לא יותר מכך.

ר' ישראל הסתיר דברים ולא ענה לעניין פן ייתפס בשקר. הוא לא מוכן לקבל את האפשרות של זיכוי או הסתלקות כי זה מנוגד לחשיבתו של הדיין שיש פה דין מרומה. אם הדיין יסתלק ואף אחד לא ירצה לדון אז ר' ישראל ירוויח מכך.

הוא רוצה לומר שאין לדיין אלא מה שעיניו רואות אבל הוא אומר שדיין יכול לדון באומדנא דמוכח כזה- אומדנא ברמה גבוהה. הוא שותק במידה רבה כדי לא לאפשר לבי"ד לגלות את האמת. עצם השתיקה והרצון לא לספק תשובות מפורטות גם נכנסות לדין מרומה.

כאשר לא מספקים גרסה זה דבר שעלול לעורר חשש והוא פוסק כנגד אותו בעל דין. פה מדובר בסטייה מהמתווה של המהר"ם מרוטנבורג שאפשר רק לדרוש ולחקור במצב של רמאות מצד הנתבע.

הרא"ש מזכיר כאן וקובע הלכה מאוד מרחיקת לכת של אפשרות של הדיין לפסוק במקרים בהם יש קושי ראייתי, יש לו כלים שונים בהם הוא יכול להשתמש ע"מ לפטור את המקרים האלו. הרא"ש מצדיק שימוש בכל כלי משפטי ובלבד שהוא לא יסתלק מהדין. תפיסה מאוד אקטיביסטית.

יש כאן סטייה רבה מהמסורת האשכנזית- התקוממות נ' האפשרות של הסתלקות. הרא"ש באופן עקרוני נ' הסתלקות. המשפט אמור להביא שלום חברתי בעולם, אמירה התומכת בשלטון החוק, מדגיש שחכמים נתנו לדיין רשות לפסוק לפי עיניו במקום בו אין ראיות.

די בכך שהוא אומר שיש כלים שונים באמצעותם הדיין צריך לפסוק את הדין במקרים בהם יש קושי ראייתי ובלבד שהוא אכן יפסוק את הדין.

עמדתו של הרא"ש היא פסיקה של הדיין לפי אומד דעתו. עמדה מרחיקת לכת ביחס לכל המקורות שראינו לפני כן ביחס לדין מרומה.

הרא"ש מעדיף לא להיכנע לספק אלא להגיע להכרעה אמיצה שיכולה להיות לא נכונה. יש פה סטייה מהעמדה המתונה יותר שהוצגה ע"י המהר"ם מרוטנבורג- דרישה וחקירה לא מועילה ולכן הוא פוסק כנגד הנתבע.

ניסיון להבין את המדיניות השיפוטית של הרא"ש. הרא"ש לא מדבר במאבק בין הרשות השופטת למבצעת, זה לא סוג האקטיביזם השיפוטי עליו אנו מדברים כי לא מדובר על ביהמ"ש מוסמך.

**הגדרות לאקטיביזם שיפוטי:**

מוכנות להכריע בדין העומד בפניו. מה ששואלים אותך אתה מוכן, לא מתחמק אלא אומר את שלך. יצחק זמיר.

אהרון ברק. סטייה מהדין הקיים.

שימוש בכוח היוצר של ביהמ"ש. שלמה לוין.

אם נסתכל בזהירות בפסקים שונים של הרא"ש, הוא עונה במידה רבה על אקטיביזם שיפוטי.

סטייה מהמסורת ההלכתית- אקטיביזם לפי הגישה של ברק. מחקרים שעשו על השינוי שחל בפסיקתו של הרא"ש כאשר הוא עבר לספרד. בחנו עד כמה הרא"ש עצמו היה מוכן לסטות ממסורת אשכנז ולאמץ את מסורת ספרד. מאוד מעניין לראות מתי הרא"ש מאפשר לחכמי ספרד ללכת לפי המסורת שלהם ומתי הוא מנסה לחנכם לשנות את המסורת שלהם.

יש דמיון מסוים למשפט הבינלאומי הפרטי- ארצות שונות ומנהגים שונים, הכרה של הרא"ש בפלורליזם משפטי.

יכולת הסטייה מקודמיו.

עמוד 14, מקור מס' 1: נוגעים לשאלה הנודעת האם מותר לפוסקים האחרונים לחלוק על דברי הגאונים. האם לראשונים שפעלו פחות או יותר מהמאה ה 11 רשאים לחלוק על גאוני בבל? האם יש כאן תקופה חדשה וניתן לקבל את מה שהגאונים פסקו או הם לא פחותים במעלתם מהגאונים. הרמב"ם- אין לו בעיה לחלוק על הגאונים. הרמב"ם תפס את עצמו במידה רבה כחותם תק' הגאונים.

מבחינתו קו הגבול עובר מהתקופה שלאחר התלמוד, מתק זו כולם שווים. דברים שאינם מבוארים בתלמוד ויש מחלוקת בין הראשונים לאחרונים אין עדיפות לראשונים. הוא נותן סיבה רציונלית להעדיף את האחרונים והיא שהם חשופים לכל המידע, יודעים הן את עמדתם של הקודמים והן את העמדה המחודשת, הם יכולים לשקול בצורה מאוד טובה את הכול ולהכריע.

הלכתא כבתראי- הלכה כאחרונים. כלל זה נאמר גם בתלמוד בהקשרים מסוימים. פרופ' תא שמע- במידה רבה בבניו של הרא"ש בא לידי ביטוי הכלל הזה. הכלל הזה במידה רבה היה יותר דומיננטי באשכנז.

ברור שיש פה נדבך מאוד מרכזי ביצירת כלל הפסיקה האשכנזי של "הלכתא כבתראי" שמבטא אקטיביזם במובן של יכולת לחלוק על הקדמונים והמסורת הקדומה. הוא היה במידה רבה הראשון שניסח זאת בצורה מרחיקת לכת כפי שאמר תא שמע.

הרא"ש היה "נאה דורש וגם נאה מקיים" ולא זו בלבד שהוא מוכן לתמוך מבחינה רטורית בסטייה מדברי רבותיו אלא הוא עשה זאת גם בפועל.

עוד נק' אופיינית במשנתו כאקטיביסט זה השימוש שלו בעקרונות על הלכתיים, דבר שלא כ"כ אופייני אצל חכמי ההלכה בכלל ובימי הביניים בפרט. חכמי ההלכה בד"כ מפחדים מעקרונות על המשמשים פתרון במקרים רבים, לא כך הרא"ש.

הוא משתמש בשתי עקרונות כאשר הוא צריך להכריע בשאלות עובדתיות: 1. אומדנא דמוכח. 2. דין מרומה. במידה רבה הוא משלב בין שניהם.

מי שפיתח את הנושא במידה רבה ביותר זה הרא"ש שהיה מוכן לא לדון במקרה כזה או אחר אלא השתמש באומדנא דמוכח ככלל בו משתמש הדיין במקרים של קשיים עובדתיים. הרא"ש יצר במידה רבה תורה רחבה של דין מרומה ואומדנא הרחבה יותר מאיך שהיא מופיעה בתלמוד.

מקור מס' 2: כיצד אומדנא דמוכח מופעל אצל הרא"ש כאשר ישנן בעיות משפטיות. כאן מדובר על הברחה של שטרות. שטר הוא חוזה למראית עין. מדובר על חייבים שכותבים שטרות פיקטיביים שלא משקפים באמת את המציאות כמו שהיא שהם מעבירים את הנכסים לאחרים כדי שהנושים לא יפרעו מהם. איך מתמודדים עם ההברחות כאשר פורמלית השטר תקף אך בפועל אנו רואים שמישהו ממשיך לגור באותו נכס למרות שהוא לא הבעלים מבחינה פורמלית. הרא"ש מתמודד בצורה כוללת עם כל הבעיות האלו.

הוא מודע לחשיבות ולתפקיד של פוסק במקרה הזה.

אדם הבריח את נכסיו מהנושה ואין לנושה מאיפה לפרוע. חוזה למראית עין- משהו פיקטיבי. הוא מתנהג כמנהג בעלים בנכסים למרות שפורמלית הם לא שייכים לו.

הוא לא מוצא מקור או תקדים שאומר שכל השטרות האלה בטלים אבל הוא רואה שיש מוטיבציה של חכמים לביטול מחשבות שהן לא תמות לב. הליכה לפי תכלית החקיקה וייצור מדיניות כוללת הפוסלת לחלוטין שטרות המבריחים נכסים מהנושים. זה אומדנא דמוכח והוא פוסק פה על פיו. אנו רואים כיצד הוא עושה שימוש בעקרון העל של אומדנא דמוכח כדי לפתור בעיה קשה.

בד"כ זו לא הדרך הרגילה בה הולכים חכמי הלכה. רוב הפוסקים לא מוכנים לקבל אומדנא דמוכח. הרא"ש פיתח זאת במידה רבה, הוא מודה שזה לא מפורש בתלמוד אלא עולה מהמוטיבציה שלהם- הוא משתמש בכוח יותר של הפוסק והוא מפתח אותו וכן הוא משתמש בזה כעיקרון כולל- התווית מדיניות משפטית כוללת באמצעות עקרון על.

**מקור מס' 3:** הוא משתמש בדין מרומה בתור מעין ביקורת על הדיינים שחרדת הדין הביאה בליבם מורך. רטוריקה אקטיביסטית, יציאה נגד מורך לב ויראת הוראה.

הרא"ש התווה כאן מדיניות משפטית כוללת שאומרת שכאשר ישנן בעיות ראיתיות, קשה לברר מה האמת אסור לדיין להסתלק אלא הוא צריך לפסוק בכל מחיר- הוא יכול להשתמש בשני מנגנונים שונים.

שודא דדייני. לדוג, שני שטרות היוצאים באותו יום- אדם מכר נכס לשני אנשים ביחד. השאלה למי שייך הנכס הזה? שני השטרות תקפים. לדעת אחד האמוראים הפתרון הוא שודא דדייני. שתי אפשרויות להסבר אצל ראשוני אשכנז:

רש"י ורשב"ם: כאשר לא ניתן לברר עפ"י ראיות בדרגה גבוהה אנו מסתפקים בראיות בעלות משקל נמוך יותר. למשל- אומרים פה שהוא אהב יותר את האחד מאשר את השני.

רבינו תם. פסיקה שרירותית לחלוטין, בלא תם ובלא ראיה. מבחינה לשונית זה זריקה, הדיינים זורקים ופוסקים כמו זריקת מטבע. בהעדר ראיות מדרגה גבוהה אנו עובדים עם מה שיש.

הרא"ש פסק לפי גישתו של רבינו תם. הרא"ש בהתאם לגישתו מסביר פסיקה לפי שודא דדייני. יש פה תפיסה מאוד אקטיביסטית, זה הגיע לידך והתפקיד שלך הוא להכריע, אפילו אם זה בלא תם וראיה. זה ההסבר של הרא"ש. דווקא האבסורדיות של הדין הזה מחזקת את העמדה העקרונית של הרא"ש לפיה אסור לדיין להוציא את הדין חלוט מידו. זה עדיף כי התפקיד של הדיין הוא להביא שלום לעולם ולכן הוא פוסק מה שהוא רוצה, בכל דרך, העיקר שלא להשאיר זאת פתוח.

פשרה. הרא"ש מאפשר לפסוק גם בדרך זו. מה מוזר בשימוש שהרא"ש עושה בפשרה? לכאורה מדובר על הליך ליישוב סכסוכים בדרכים אלטרנטיביות. פשרה במשפט העברי תלויה בהסכמה של הצדדים כי זה דין השונה מהדין הרגיל. הרא"ש מחדש כאן סוג של פשרה מאוד ייחודית- פסיקה על דרך הפשרה, פסיקה כפויה. בפני ביהמ"ש העליון, בבג"ץ 2222/99- אנג'ל גבאי נ' ביד"ר הגדול בנו בדיוק בפשרה הכפויה הזו. ההצדקה בפשרה כזו היא צורך בהכרעה, עדיף שבי"ד יפסוק לפחות חלק, זה עדיף מאשר שבי"ד לא יפסוק בכלל, זה סוג של "יחלוקו" אבל הרא"ש לא נוקט במילה זו אלא בפשרה.

לדיין יש כוח לעשות פשרה כפויה וזה חריג לפשרות הרגילות כאשר נמצאים במצב ישנו דבר שלא יכול להתברר.

בבג"ץ הנ"ל היה מקרה שבו היה סכסוך בין בני זוג, סכסוך רכושי שהגיע לביד"ר הגדול והוא חילק את הנכסים עפ"י עקרונות ההלכה והתעלם מהלכת בבלי, לא פסק לפי הלכת השיתוף. ביד"ר פסק פשרה. הוא אמר שזה פס"ד של פשרה והסוגיה שעמדה לפתחו של בג"ץ היא האם העובדה שיש פה הליך פשרה מאפשרת לביד"ר לסטות מהלכת השיתוף?

פרוקצ'יה מנתחת את הפשרה הישראלית, ס' 79(א) לחוק בתי המשפט. היא אומרת שגם במשפט העברי הפשרה תלויה בהסכמה של הצדדים בדומה לפשרה של ס' 79(א) אבל יש פה סוג מיוחד של פשרה. כאשר אין ראיות, לפי הלכת הרא"ש, הולכים לפי הפשרה. מדובר על פשרה בשיתוף ה', יש פה פסק של פשרה כפויה וממילא היא מגיעה למסקנה שמכיוון שבי"ד פסק זאת ביוזמתו ללא הסכמת הצדדים הוא כפוף להלכת בבלי.

אנגלרד: ביטל את פס"ד של ביד"ר בדרך אחרת. הוא אומר שגם לאור המתווה של הרא"ש ועקרונות המשפט העברי ביד"ר לא יכל לפסוק כמו שהוא פסק כי לא מצוין שהייתה פה בעיה ראייתית כלשהי ולכן אין פה הרשאה גם עפ"י עקרונות המשפט העברי לפסוק לפי פשרה כפויה.

ברור שביד"ר עשה סוג של תרגיל משפטי ע"מ לעקוף את הלכת בבלי. ביד"ר האזורי לא השתמש במילה פשרה וביד"ר הגדול פתאום קורא לזה ככה. ברור שמה שעומד ברקע זה ניסיון לשריין את הפשרה הזו.

הרא"ש קורא לזה פשרה אך זו לא הפשרה הרגילה שאנו מכירים.

יש לנו שלושה דרכים שהרא"ש מתווה כאן, בהם הוא משתמש במקרים עם קושי ראייתי- אומדנא דמוכח (בא יחד עם דין מרומה) והשניים לעיל.

כיצד הרא"ש מתמודד עם התנגשות בין העמדה המאוד אקטיביסטית שלו שלא מאפשרת הסתלקות ופסיקה בכל מחיר לבין סוגיה הלכתית מפורשת המדבר במפורש על הסתלקות. הכוונה היא "לכל דאלים גבר". למשל- מסופר על אוניה שעגנה בנמל ושני אנשים בעצם מתדיינים ביניהם, זה אומר שלי האוניה וזה אומר שלי האוניה. אחד הפתרונות בסוג כזה של סכסוך הוא כל דאלים גבר, כלומר- החזק שורד. זה לא פסיקה של בי"ד, אלא הוא משאיר זאת לצדדים ומי שחזק יותר שורד. זוהי עמדה שהרא"ש מתנגד אליה ומאוד יפה לראות כיצד הוא מפרש את אותה סוגיה היוצאת נגד התפיסה האקטיביסטית שלו, בה בי"ד מסתלק כאשר אין ראיות.

מקור מס' 4, סוף עמוד 15: במצב בו אין אף אחד מוחזק לא ניתן להגיד שהמחזיק ייקח. אין שום יסוד לבי"ד לחלק את הבעלות באותו חפץ שהם חולקים לגביו ולכן הפתרון הוא להסתלק. תגבר ידו- הרא"ש מפרש בכוח או בראיות שיזכה וסומכים על מי שהדין קרוב אליו להביא ראיות. מדובר לא רק על כוח אלא גם על סוג של ראיות. זה עניין של אלימות. הוא נותן כל מיני הסברים לפסיקה של "כל דאלים גבר" בצורה רציונלית. זה סוג של פסיקה שיש בה צדק טבעי. הוא מנסה איכשהו להסביר את הגישה הזו כי היא מאוד בעייתית לפי שיטתו. סומכים על מי שהדין קרוב אליו, מי שצודק יוכל להביא יותר ראיות וחוש הצדק ייתן לו כוח.

כל דאלים גבר- בכוח ואלימות יחד. מדובר על מבחן צדק טבעי, מי שהתאמץ וזה הגיע לידיו הוא כנראה צודק. כל מיני הסברים שמטרתם להצדיק את התוצאה.

מקור מס' 5: השלכה מעשית לפרשנות של הרא"ש לעומת הפרשנות המקובלת באה לידי ביטוי בשאלה האם כל דאלים גבר זה רק פעם אחת או זה כמה פעמים שאנו רוצים. הגישה המקובלת היא שכל דאלים גבר, מכיוון שזה לא פסיקה של בי"ד אלא הסתלקות זה אומר מצב של אנרכיה- היום זה אחד, מחר זה אחר. לבי"ד אין שום יסוד למנוע משהו ממישהו אחד כי בכך הוא נוקט עמדה מסוימת.

לא מדובר על שום שייכות של שני הצדדים האלה. מדובר על מצב שבו אין ראיות, בי"ד לכאורה לא מפסיק את מעגל האלימות כי עצם ההפסקה זו כבר אמירה מסוימת.

הרא"ש נוקט גישה אחרת- הוא אומר שיש פה סוג של פסיקה שנעשית מחוץ לכתלי ביהמ"ש עי הצדדים וזה סוג של צדק טבעי, הוא לא אוהב סוג של פסיקה כזו ולכן הוא מצמצם אותה למינימום כדי שהיא לא תיצור אנרכיה. אפילו אם אחד הצדדים פתאום חזק יותר, בי"ד מתערב כי לא יעלה על הדעת שנאפשר אנרכיה. הרא"ש סובר שחייבים לפסוק בכל מחיר, חכמים פסקו כל דאלים גבר- זה סוג של פסיקה. אם הרא"ש מוכן לקבל זריקת מטבע או פשרה אז הוא מוכן לקבל גם זאת, זה סוג של פסיקה אך מפעילים בצורה מצומצמת- רק פעם אחת ולא יותר כי אז החשש של שלום הציבור יבוא לידי ביטוי.

הוא מפרש בצורה מאוד מגמתית את הדין של "כל דאלים גבר".

הרא"ש מבטא פה תפיסה מאוד אקטיביסטית.

ממה נובעת הגישה של הרא"ש, אם זה לא סתם מעבר ואימוץ של הפרקטיקות הספרדיות?

אפשרות אחת קשורה לתנאים הסביבתיים בהם פעל הרא"ש בספרד, הוא לא אימץ פרקטיקה ספרדית.

הרא"ש כתב שו"ת לא כ"כ גדול ומתברר ש 80% מחומר השו"תים שלו עניינם בתחום המשפט העברי (כפי שמראה אלון), המשפט העברי ה"כבד"- ציבורי. דברים רחבים ולא שאלות פשוטות והשפעתו של הרא"ש היא עצומה. למה? זה מעיד על כך שבזה הוא עסק. מדובר על ספרד, תק' בה הוא הרב הראשי, האוטונומיה השיפוטית הייתה מאוד רחבה. אנו נמצאים במצב שאנו עוברים ממקום של אוטונומיה שיפוטית מאוד מוגבלת, היכולת והצורך לפסוק לא כ"כ גדולים למקום שבו יש לו סמכות. קהילות אשכנזיות מאוד קטנות ואוטונומיות. הרא"ש מהר מאוד התרגל למציאות הזו והיה לו אופי בסיסי שאיפשר זאת, היה לו חוש צדק מפותח והוא הבין שיש לו את הסמכות והוא צריך להשתמש בה.

יצחק בר בספרו על היהודים בספרד כותב שהרא"ש השיב תשובות שסגנונן דומה להחלטות היוצאות מהמוסד הפוליטי העליון בארץ. נרמז כאן על שינוי שעבר הרא"ש- תשובותיו של הרא"ש קיבלו גוון סמכותי ולא רחוק הדבר שזה עומד ביסוד הגישה של הרא"ש, הוא מודע לנסיבות המאפשרות לו לעשות אותם דברים וכך הוא סוטה ממסורת שהייתה יותר מצומצמת ופאסיבית.

צורך ויכולת לפסוק בעניינים רחבים של המשפט העברי.

אפשרות שנייה, קשורה לנסיבות של אותה תשובה אקטיביסטית מקודם. זוהי גישה עקרונית של הרא"ש, אך יש תשובה אחת שהיא קיצונית ביותר והזכרנו בתחילת הדרך את הנסיבות המיוחדות שלה.

איזה תשובה היא הבסיסית בה הרא"ש דיבר על אפשרויות להכרעה- נאמרה בנסיבות מיוחדות, מקרה קשה שהונח אליו ע"י המלכה ע"מ שהוא יפתור אותו. הרקע הזה לא מקרי, לא בטוח שהוא היה כותב תשובה כ"כ מרחיקת לכת בנסיבות אחרות. יכול להיות שהוא רצה לבסס את האוטונומיה של היהודים. אם הוא היה אומר שאין לו תשובה, הוא היה מפקפק במשפט העברי. יש לזכור את הנסיבות המיוחדות של התשובה הזו, בניסוח מאוד חריף ומרחיק לכת יש לחכות להזדמנות כדי לכתוב זאת.

**מחלוקות במציאות**

האם יכולה להיות מחלוקת במציאות? זה המשך ישיר לנושאים הקודמים, שק"ד שיפוטי בקביעת ממצאים עובדתיים- איך השופט קובע מהם הממצאים העובדתיים. אנו רוצים לדון בשאלה איך פוסקי ההלכה מסתכלים על המציאות?

נדון בשאלה תורת משפט קלאסית הנוגעת לאמת אחת, שתי אמיתות וכו. האם ישנה תשובה משפטית אחת לשאלה משפטית שעולה?

דבורקין סבור שיש תשובה אחת. דעות שונות לא סותרות את התזה שלו כי אולי הם לא יודעים, אולי שופט על טבעי היה מגיע לכלל תשובה משפטית אחת. אין מקום דעת לשק"ד שיפוטי לפי גישה זו.

לעומתו הארט ואחרים אוחזים שבהחלט יכולות להיות תשובות משפטיות שונות לשאלות משפטיות העומדות על הפרק, אין שום סיבה להניח שיש תשובה אחת.

כנראה שהגישה הרווחת היא זו של הארט.

לכאורה כל מה שדיברנו נוגע למחלוקות בשאלות משפטיות- האם יכולות להיות תשובות משפטיות לשאלה עובדתית או מציאותית (במציאות). מחלוקת במציאות זה המונח ההלכתי. המונח המשפטי- האם יכולות להיות חילוקי דעות בנוגע לשאלות שבעובדה?

כאשר אנו עוסקים בדבר שבעובדה, יש אמת אחרת, גם הארט יסכים עם זה. או שזה נכון או שלא, לא יכול להיות ששני דברים סותרים נכונים בקשר לעובדות.

האינטואיציה שלנו שאומרת שה לא רציונלי שיש כמה תשובות לשאלה עובדתית מתחזקת לאור העובדה שאנו מוצאים בהקשרים שונים הבחנה בין דבר שבעובדה לבין דבר שבמשפט. למשל- ניתן לערער רק על דבר שבמשפט ולא על דבר שבעובדה. בנוסף, מושבעים מופקדים על דבר שבעובדה.

הרציונל: לא מדובר על שאלה משפטית שצריך לה ידע יותר מדי, ביהמ"ש גבוה יותר לא יותר חכם בקביעת העובדות. אם זה שאלה משפטית הוא קובע את המשפט בצורה אחרת. האינטאוציה שלנו לפיה דבר שבעובדה הוא אניברסלי, שצריך להגיע בו למסקנה ברורה לבין דבר שבמשפט שדורש מומחיות זה דבר מובן.

לפי קלזן, המשפט עוסק בנורמות, מה אתה צריך לעשות, הוא לא עוסק בעובדות על פניו. יש לו דרך בה הוא מתרגם את העובדות לשפה משפטית ואז הוא מחיל עליו את הנורמות.

עובדות לכאורה זה דבר שהוא מחוץ לעולם המשפטי הרגיל והפשוט וזה אולי מחזק את האינטואיציה שלנו.

השאלה- האם יכולה להיות מחלוקת משפטית הנוגעת למציאות ואם כן, ממה היא נובעת? מה מבטא אותה ואיך ניתן להסביר אותה?

בהקשר ההלכתי-"אלו ואלו דברי אלוקים חיים" יש מקום לפלורליזם משפטי. הנטייה היא כלפי פלורליזם הלכתי בהקשר המשפטי.

האם במציאות יכול להיות שחכמי התלמוד יאמרו דברים שונים ביחס למציאות? האם זה דבר אפשרי? היגד משפטי שונה ביחס למציאות? האם השופטים יכולים להגיד באמת שני היגדים שונים ביחס למציאות ושניהם יהיו נכונים? לכאורה זה דבר הנוגד את המציאות ולכן הגישה רווחת בקרב הפוסקים האחרונים היא שלא יכולה להיות מחלוקת במציאות, תפיסה המנוסחת במקור מס' 1- שדי חמד: המציאות היא אחת והיא אובייקטיבית, זו הגישה המקובלת.

4 מודלים:

מוניסטית- יש אמת אחת ואין בלתה.

גישה פלורליסטית. אלו ואלו דברי אלוקים חיים גם במציאות.

פוסט מודרנית. אין אמת אחת, האמת היא סובייקטיבית.

גישה דואליסטית. יש שני מישורים- אמת עובדתית ואמת משפטית. יכול להיות שבמישור המציאות יש אמת אחת אך כשזה מתורגם משפטית יש אמת אחרת.

**הגישה המוניסטית.**

מחלוקת במציאות לא אפשרית. למה? ניתן למצוא שתי גישות/הסברים המופיעים במקורות:

מחלוקת של חכמים, קשורים להפרשת תרומה לסוג מסוים של פרי, מחלוקת שנראית על פניה עובדתית, ממה הפרי מורכב. התלמוד הירושלמי מעיר- הוא לא מוכן לקבל הנמקה כזו, להסביר שחכמים נחלקו האם תורמים או לא מסוג מסוים של פרי על יסוד המרכיב הבוטני של הפרי זה דבר שניתן לברר ע"י פנייה למומחה. מדובר על דבר מציאותי הניתן לבדיקה.

חולין, מקור מס' 3: שאלה של מחלוקת לגבי טעם מסוים בעניינים של איסור והיתר. ניתן לתת למישהו לטעום, שיחליט מה הטעם. זה משהו חושי שניתן לברר אותו.

הר"ן, חולין: אם זה דבר שניתן לעמוד עליו, תלך לברר. אם קשה לך- תפנה למומחה.

רש"י, מקור מס' 5: לא הנק' שזה דבר שניתן לעמוד עליו, אולי יש הבדל אחר. מדובר על סוג הנמקה שונה. דן בצורה עמוקה בהיווצרות המחלוקת- איך נוצרות שתי דעות בקרב חכמי התלמוד, הוא מבחין בין מחלוקת שנוגעת לסברה משפטית לבין מחלוקת שנוגעת למציאות. כאשר כל אמורא נותן טעם אחר זהו דבר אפשרי אבל אם שני אמוראים לא נחלקו בסברה אלא למשל מה אומר חכם שלישי "לימא כתנאי" זה דבר בו לא ניתן לקבל את שתי האפשרויות, אחת מהן היא שקר או שהוא אמר דבר אחר לחלוטין. כאשר יש שני היגדים סותרים, לא יכול להיות ששניהם אמת.

שתי אפשרויות להסבר המחלוקת- כל אחד מהאמוראים אומר את הסברה שלו או

מחלוקת בסברה עקרונית או מה סבר אותו אמורא קודם. כעניין כללי אנו לא מקבלים את האפשרות ששני אמוראים חולקים פה מה אמר אמורא שלישי אנו מעדיפים את הפרשנות שהם נחלקו מחלוקת עקרונית בסברה. מדובר על עמדה פרשנית להבנת מחלוקת בתלמוד. עדיף להסביר שיש ממחלוקת עקרונית הנוגעת לשאלה בסברה ולא מחלוקת בשאלה העקרונית מה סבר אותו אמורא.

כאשר שניים חולקים מה אמר אמורא אחד, אחד מהם משקר, או שהוא אמר את זה או שהוא אמר את זה. לא יכולה להיות מחלוקת במציאות כי אחד מהם משקר.

על פניו זה משהו יותר בסיסי- או אמת או שקר. לא יכול להיות ששני נאמרו ע"י אותו אחד. אבל, כאשר חולקים שני אמוראים בדין בשאלה משפטית מחלוקת בהלכה או באיסור והיתר, כל אחד אמר כך נראה לי טעמו של דבר- אין כאן שקר. למה? כל אחד אמר את הסברה שלו, זה לא עניין של אמת ושקר. אחד הביא טעם להיתר ואחד הביא טעם לאיסור, אחד מקיש מעניין לעניין בצורה כזו והאחר בצורה אחרת וזה "אלו ואלו דברי אלוקים חיים". בעולם תיאורטי, אם הולכים לפי כללי פרשנות הגיוניים אין שום סיבה לומר שאתה יותר צודק מאחר. לעתים שייך טעם אחד ולעתים טעם אחר. כלומר, הנסיבות יכולות לשנות ושינוי הנסיבות יכול לשנות את התוצאה במידה רבה. יש כאלה שאומרים שזה משהו הקבוע במציאות עצמה. הרבה פעמים הבעיה היא איך לתרגם מצב מסוים לדין.

רש"י מבחין ביו מחלוקת הנוגעת למציאות- שני אמוראים חלוקים בשאלה מה אמר פלוני ואז אחד מהם משקר.

החלק השני הוא מחלוקת בסברה- ההנמקה שלו מעניינת. הוא אומר בעניין זה "אלו ואלו דברי אלוקים חיים".

בעניינים עובדתיים או שאחד אומר אמת או שהשני אומר אמת.

משקר- יכול להיות שהוא עושה זאת בתו"ל.

לקרוא את הגישה המוניסטית.

21.11.12

האם יכולה להיות מחלוקת במציאות?

הגישה המוניסטית- לא יכולה להיות מחלוקת במציאות, המציאות צריכה להיות ברורה ואחידה. בתלמוד או בין השופטים העובדות הן ברורות, אין מחלוקת לגביהן במציאות.

הסבר ראשון לפיו יש אמת עובדתית אחת. מקור מס' 2, 3, 4: חכמים חולקים בדברים שאין בהם אמת אחת, אבל אם אפשר לברר פיזית מה אירע זה לא עניין למחלוקת הלכתית.

רש"י מבחין בין מחלוקת בסברה, ששני חכמים חולקים על דבר בסברה שזה אפשרי- אלו ואלו דברי אלוקים חיים לעומת מחלוקת בעובדה ששני חכמים חולקים מה אמר פלוני, נאמר שבמקרה כזה אחד מהם משקר אבל אם המחלוקת היא בסברה אז אין אחד שמשקר.

העמקה בגישה המוניסטית.

שדה חמד: לא יכולה להיות מחלוקת במציאות. כיצד הם מתמודדים עם אותם מקומות בהם ניתן לראות מחלוקת במציאות?

מתודולוגיות מוניסטיות אופייניות- דרכים באמצעותם הם מציגים מחלוקת במציאות מבלי לסתור את הגישה המוניסטית.

באופן עקרוני ישנם חילוקי דעות בין החכמים או השופטים ביחס למציאות בגלל הקושי בחיפוש אחר האמת, יש אמת אחת אך קשה לברר אותה וזה קיים בהרבה מאוד תחומים. אם היה "שופט על" כמו שדבורקין מדבר עליו הוא היה יכול לדעת בוודאות מה קרה. יש לנו קושי בגילוי האמת עד הסוף, זה דבר אופייני מאוד גם בעניינים עובדתיים. קשה לברר מהי הגרסה הנכונה. יש גישה בתורת המשפט שהיא מאוד ספקנית לגבי היכולת של המשפט לגלות את האמת.

ג'רום פרנק- גישה סקפטית לגבי האפשרות לגלות את האמת והאם המשפט הוא באמת תהליך המביא לידי גילוי האמת, הוא מאוד סקפטי וטוען שהרבה מאוד דברים משפיעים על התוצאה ולמשפט יש קשיים אימננטיים המביאים לקושי בחשיפת האמת. דרך מאוד אופיינית להסבר מחלוקות והיא לא מהווה סתירה לגישה מוניסטית.

דבורקין- עצם העובדה שיש חילוקי דעות בין השופטים לא אומרת שיש יותר מתשובה אחת, יכול להיות שהם לא יודעים מהי התשובה הנכונה.

גם כאשר אנו מגיעים למשפט העברי זו נק' שאנו צריכים לעמוד עליה.

 **מקור מס' 7:**  אם זה דבר שאפשר לברר אותו, לא שייך כאן מחלוקת. אבל בדבר שאי אפשר לברר- שייך מחלוקת. דבר שאפשר לברר אותו בקלות זה לא מסתבר ולא יכולה להיות מחלוקת אבל בדבר שיש בו קושי במציאות יכולה להיות מחלוקת.

גם מדברי הרב אבא שאול במקור מס' 6 אנו יכולים ללמוד שגם מה שאמר רש"י במקור 5 , רש"י אמר שבד"כ כאשר ישנה מחלוקת בין חכמים היא אפשרית כאשר מדובר על סברה והיא לא אפשרית בקשר לחכם פלוני.

מגמה פרשנית- אם יש לך מחלוקת בין חכמים וניתן להסביר אותה בשתי אפשרויות כמחלוקת בסברה או סתם מחלוקת עדיף להסביר אותה כמחלוקת בסברה ולא במציאות. גם אצל אבא שאול אנו רואים מגמה פרשנית זו, מעדיפים לצמצם ככל האפשר את האפשרות שמדברת על כך שמדובר על מחלוקת במציאות. לא מדובר על קביעה קטגורית שלעולם לא תתכן מחלוקת במציאות אלא על מדיניות פרשנית, כיצד לפרש מחלוקת בין חכמים.

מקור מס' 6 מציג עקרונות של פרשנות. מבין דבריו של אבא שאול רואים עניין של מגמה פרשנית- אם יש מחלוקת נחפש בכיוון העקרוני כי פחות סביר שהמחלוקת היא סתם לגבי המציאות. אנו נעדיף לומר שהמחלוקת היא בנוגע לעניין יסודי ולא ביחס למציאות.

דיני טריפה- בהמה שיש לה מום מסוים, אם היא לא יכולה לחיות יותר מ 12 חודשים היא מוגדרת כטריפה. חכמים נחלקו האם בהמה שכרתו את רגלה נחשבת כטריפה או לא? לכאורה זו מחלוקת במציאות- נברר אם היא יכולה לחיות 12 חודשים או לא.

הרב עוזיאל אומר שזה לא בגדר מחלוקת במציאות, הוא אומר שקשה לקבוע בוודאות מה גרם למות הבהמה לפני 12 חודש או להאריך את חייה מעל 12 חודש. זה יכול להיות תלוי בדברים אחרים שלא קשורים דווקא למום- גנטיקה, מחלות נוספות ועוד. הרבה מאוד נסיבות משפיעות על חיים ומוות וממילא הדבר מצדיק ומאפשר שחכמים יחלקו לגבי השאלה האם היא טריפה או לא. קשה לברר מה באמת גרם לאותה מיתה, קשה לברר את אותה מציאות ולכן זה לא מחלוקת במציאות.

עצם העובדה שנחלקו חכמים אין בה משום סתירה לגישה המוניסטית. אם הם יכלו לברר אז הייתה אמת אחת.

לגבי שאלה היסטורית- יש הרבה מאוד מחלוקות בתלמוד כיצד היה בנוי במשכן, מה הרוחב. גם לגבי דברים שאירעו בעבר אנו מוצאים שנחלקו חכמים- מה היו המידות במשכן, איך תקעו בשופר וכל מיני שאלות הנוגעות למציאות כפי שהיא הייתה בעבר. מחלוקות אלו לא מהווים קושי לגישה המוניסטית- קשה לברר מה היה לאחר הרבה שנים, יש קושי של זיכרון ותנאים שונים ולכן היה לנו קשה לברר בוודאות מהי המציאות הריאלית לפני שנים. היום קשה לנו לברר בגלל הזמן והגלויות מה הייתה התרועה למשל.

מקור מס' 8, הרב צבי יהודה קוק: מתרגם לשפה מודרנית את העיקרון שאמרנו עכשיו, הגישה לפיה הייתה אמת היסטורית מציאותית אחת, אולם קשה לבררה היום. אם המחלוקת נוגעת לדברים הקשורים לזמן עבר- זה לא מחלוקת הקשורה למציאות. לא ניתן לברר זאת עכשיו או שגם אם יש מסורות זה עבר גלגולים שונים ומשהו השתבש בדרך. כלומר, אנו רואים כאן בעצם סוג נוסף של שימוש באותה מתודולוגיה של קושי לברר מהי האמת בגלל מרחק הזמן ולכן יכולות להיווצר מחלוקות כי אנו מצויים שנים רבות לאחר מכן אך אין בכך מחלוקת לגישה המוניסטית שאם יכלו לברר היו עושים זאת.

מצוות שופר- לפי דין תורה צריך 9 תקיעות. היום תוקעים 100 תקיעות. איך הגענו לזה? בגלל ספקות. תקיעה כולם יודעים איך לעשות אך תרועה לא יודעים מה זה בדיוק. לא יודעים מה כוונתה של התרועה שבתורה ולכן כדי לצאת ידי כל הספקות, תוקעים כפי שזה עכשיו.

איך נוצר הספק הזה? הגאונים אומרים שהיה מחלוקת כזו מראשית הדברים, מההתחלה היו קהילות שתקעו תרועה בצורות שונות עד שרבי אבהו איחד את זה לצורת תרועה אחת.

הפרשנות של הרמב"ם- **מקור 9:** היום אנו לא יודעים איך לתקוע ולכן אנו עושים את כל הווריאציה של התקיעות. בימי משה רבנו תקעו תרועה בצורה מסוימת, היום הספקות נוצרו בגלל אורך השנים ורוב הגלות. היו תק' של גזירות שמד ולכן לא ברור לנו מהי התרועה האותנטית וכך נוצרו המנהגים השונים שלא סותרים את ההנחה המוניסטית. אנו רואים פה יישום במה שדיברו עליו הרב צבי יהודה ובן חביב וזה דבר מעשי כאשר אנו מנסים להתחקות אחרי מהי התרועה זה מאוד מעשי ויש לנו ספקות שנוצרו כי קשה לנו לברר מה הייתה התרועה האמיתית, ההיסטורית לאורך זמן. אם היינו יכולים לברר אז הייתה אמת אחת לצורך העניין.

כל הדוגמאות האלה מראות את הקושי בבירור המציאות.

המתודולוגיה השנייה אומרת שנוצרות מחלוקות בגלל הקושי ליצור הבחנה ברורה בין משפט לעובדה. במילים אחרות, מדובר בעצם לא במחלוקת במציאות אלא בהערכת המציאות (מקור מס' 10). זה דבר מאוד דומיננטי בפרשנויות במיוחד של אחרונים לגבי המציאות- השאלה היא איך מעריכים את המציאות וזה כבר עניין משפטי שיכולים להיות לגביו הרבה הבדלים.

הרבה פעמים אנו יודעים שיש קשר גורדי בין העובדה לבין המשפט כי אנו עוסקים פה לא בעובדה כמדענים אלא בתיאור העובדה כמשפטנים. בתיאור עובדה כזו אנו כבר מערבים משהו מהערכה, סברה, דבר שהוא לא עובדתי בלבד- איך אנו מיישמים את החוק על העובדה. עובדה זה דבר שהוא לא 100% נכון ולכן נוצרות מחלוקות. בגלל שאין פה עניין עובדתי בלבד אלא איך להעריך אותו או מה המשמעות המשפטית של הדברים ממילא יכולות להיווצר מחלוקות.

דוג' מהמשפט המקובל: יכולה להעמיד את התאוריה של דבורקין בקושי, הוא מבחין בין שק"ד במובן החלש לזה במובן החזק.

בארה"ב ב 1979 היה משפט בארה"ב, היה שופט פדרלי בדטרויט. הייתה שם עתירה של 11 ילדים שחורים שהלכו ולמדו באיזה ביה"ס והם תבעו את רשויות החינוך, הם אמרו שמגיע להם חינוך בשפה שלהם. השאלה המשפטית שעמדה היא האם זה שפה אחרת המצדיקה לימוד בשפה שלהם או שזה רק ניב? לכאורה זו שאלה עובדתית רגילה, השאלה אם זה שפה נפרדת או לא?

יכול להיות שהעובדות הן די ברורות. ההערכה היא שהם לא חלקו ביחס למציאות, אלא לגבי שאלת הגבול בין שפה אחרת לניב. ההערכה היא שאין קריטריון בלשני אחיד כי זה עניין של איפה לשים את הגבול וברור שיש אמירה חברתית מאחורי זה, זה תלוי בהרבה מאוד דברים ויכול להיות שתהיה תשובה שונה במקומות שונים ולכן יכולות להיווצר מחלוקות.

אם היה פה שופט הרקולס לפי דבורקין- האם הוא היה מגיע לתשובה אחת? כנראה שלא.

בתלמוד יש דברים דומים לזה. **מקור מס' 10:** זה לא שאלה תיאורטית בלבד אלא זה שאלה משפטית. כדי לקבוע שזה שפה נוספת יש לכך השלכות רבות ויש צורך במשאבים.

מקור מס' 11: הערכה סופית גם שהיא נוגעת למציאות מסוימת יכולה להיות בה מובנים שונים. באמת החשבונית וההנדסית יש גישה מוניסטית- פתרון אחד. לגבי המציאות הממשית גם כן יש רק מציאות ממשית אחת אבל איך להעריך אותה מבחינה הלכתית זה עניין שתלוי בשכל וסברה וממילא אנו נכנסים למחלוקת בסברה רגילה ואז "אלה ואלה דברי אלוקים חיים". עצם ההערכה יכולה לגרום למחלוקות.

חכמי ההלכה לא חולקים על עצם המציאות עצמה אלא על ההערכה המשפטית שלה- תרגום המציאות לכלים משפטיים וכאן יכולה להיות מחלוקת.

הרבה מאוד פרשנים מעדיפים דווקא שימוש במתודולוגיה השנייה- הסבר מחלוקות על יסוד עקרוני, משפטי. תיאורטית יכולנו להסביר את קיומה של המחלוקת גם לפי המתודולוגיה הראשונה אך יש העדפה לשנייה- מחלוקת לא בגלל הקושי לגלות את האמת אלא המחלוקת היא בנוגע להערכת המציאות עצמה.

**מקור מס' 12:** א' הלווה לב' הלוואה עד סוף השנה וא' אמר שהוא פרע כבר. יש מחלוקת בין האמוראים האם א' נאמן בטענה הזו? ריש לקיש- הקובע זמן לחברו והחייב אומר שהוא פרע בתוך הזמן הטענה לא סבירה אא"כ יש לו ראיה. טענה זו לא נחשבת אמינה, אדם סביר יחכה עד הרגע האחרון לפרעון. לעומת זאת, אבאי ורבא אמרו שניהם שאדם יכול להיות שהוא פורע תוך זמנו ולעתים יהיה לו כסף מזדמן והוא אומר שהוא יילך לפרוע את חובו. הוא אומר שזו טענה אמינה. יש אנשים שמזדמן להם כסף והם רוצים לפרוע את החוב לפני הזמן ובלבד שלא להישאר חייבים. בתלמוד עצמו זה נראה מחלוקת במציאות לגבי דרך ההתנהגות של בני אדם- האם רובם מעדיפים לחכות עד הסוף או שהם אומרים שזה לא התנהגות חריגה, יש לא מעט בני אדם הפורעים תוך זמנם. השאלה היא הסתברותית, כמה אנשים פורעים בתוך הזמן או לא. שאלה לכאורה מציאותית, אך האחרונים לא מוכנים לקבל את האפשרות שנחלקו בשאלה מציאותית.

מקור מס' 13: לא יכול להיות שהם חלקו סתם האם אדם פורע תוך זמנו או לא, את זה יש לבדוק מבחינה סטטיסטית. גם חכם אחר הוא אומר יש לעיין במחלוקת הזו, שהרי לכאורה זו מחלוקת במציאות שאפשר לבדוק האם אדם פורע בתוך זמנו או לא. לא נוח להם להסביר את המחלוקת הזו כנוגעת למציאות. רבים מהאחרונים מפרשים אותה כך שיש מחלוקת לגבי הערכת המציאות ולא לגבי המציאות עצמה, הם אומרים שיכול להיות ששניהם הסתמכו על אותו סוקר וגילו שהרוב לא פורעים תוך הזמן, עכשיו הם צריכים לבדוק האם זה מספיק כדי לקבל את הטענה או לא, יכול להיות שאנו רוצים מובהקות יותר גדולה. אין מחלוקת לגבי המציאות עצמה אלא מה זה אומר לנו מבחינה משפטית- האם הוא נאמן בטענה זו או לא? דוג' קלאסית לאופן ההתמודדות עם מחלוקת שיכולה להיראות כמחלוקת הנוגעת למציאות עצמה וההסבר היא שזה מדובר על מחלוקת בנוגע להערכת המציאות.

ניתן היה להסביר את המחלוקת הזו כמו במתודולוגיה הראשונה, ניתן להגיד שהמחלוקת הזו נוצרה בגלל המתודולוגיה הראשונה- קשה לקבוע קביעה כזו ולברר את המציאות, מדע הסטטיסטיקה הוא לא מדע מדויק ויש ממצאים סותרים ושונים. יכולנו להסביר שהמחלוקת הזו נוצרה כתוצאה מהמתודולוגיה הראשונה, אז גם בירור מבחינה עובדתית זה דבר קשה, אך הם העדיפו ללכת בגישה שאין מחלוקת לגבי העובדה. השאלה איך להעריך את הממצא הסטטיסטי לגבי הרוב זו שאלה משפטית. זה כמו השיקולים במשפט פלילי בו אנו רוצים מעל ספק סביר. יכול להיות שגם חכמים ירצו סטנדרט הוכחה מסוים בגלל שיקולים שונים.

האחרונים מעדיפים להשתמש בד"כ במתודולוגיה השנייה ולא הראשונה.

השאלה היא מה הנתון אומר מבחינת דיני הראיות המשפטיים?

מתודולוגיה שמאוד מקובלת בקרב הפרשנים האחרונים היא לומר שלא מדובר על מחלוקת במציאות עצמה אלא להערכה משפטית של המציאות.

**מקור מס' 17:** מחלוקת הדומה במידה רבה לזו הנוגעת לאדם הפורע תוך זמנו. נוגעת לתשלום חצי נזק שמשלם בעל שור תם. עפ"י דין תורה אם שור תם נוגח אז בעליו משלם חצי נזק, אם הוא מועד בעליו משלם נזק שלם. חכמי התלמוד חלקו בשאלה מה טיבו המשפטי של תשלום חצי הנזק- האם מדובר על ממון (תשלום נזיקי, מעיקר הדין) או שמדובר בקנס שמטילים על בעל השור למרות שהוא לא אשם באותו אירוע?

יסוד המחלוקת לפי הגמרא הוא מה גדרו של סתם שור מבחינה מציאותית, האם רוב השוורים נוגחים או לא? וממילא השאלה האם שור צריך שמירה מיוחדת או לא. אם ההנחה שרוב השוורים נוגחים, שיש לצפות את האפשרות ששוורים נוגחים אז ממילא הבעלים צריך לשמור עליו. טיב התשלום ממילא הוא נזק. מעיקר הדין היית צריך לשלם נזק שלם רק התורה ריחמה עלייך והורידו לך חצי נזק, אבל זה תשלום נזיקי ממוני. לעומת זאת הגישה השנייה מוסברת בתלמוד בהנחה מציאותית הפוכה- רוב השוורים אינם נגחנים. ממילא אותו שור לא היה צריך שמירה מיוחדת, אז למה הבעלים חייב חצי נזק? כקנס, לעשות לו תמריץ כדי שישמור גם על התנהגויות לא כ"כ צפויות. ישנה שאלה של דיני הנזיקין- איך נגדיר חצי נזק? אבל מה שמעניין אותנו זה הבסיס העובדתי- האם רוב השוורים נוגחים או לא?

התמודדות האחרונים עם שאלה זו-

מקור מס' 18: מחנה אפרים הקשה- איך תיתכן מחלוקת במציאות? נבדוק אם רוב השוורים נגחנים או לא? המינוח הוא תמיד אותו דבר, ההנחה היא שלא יכולה להיות מחלוקת במציאות שיכולה להתברר. בעל מחנה אפרים מסביר שאין מחלוקת לגבי הנתונים הסטטיסטיים אלא לגבי מה המשמעות המשפטית של אותם נתונים. רוב השוורים אינם בחזקת שמורים כי רוב השוורים אינם נגחנים אך כיוון

שניהם מודים שרוב השוורים לא נוגחים, יש מיעוט והם מסכימים לגביו (שתי הדעות בתלמוד, יש מחלוקת לגבי המציאות). התירוץ- הם לא חולקים לגבי הנתונים הסטטיסטיים, השאלה היא אם מדובר על מיעוט מובהק שצריך היה לצפות אותו ולכן זה מוגדר כהתנהגות בגינה יש לפצות או בעל השיטה השנייה אומר שאותו מיעוט הוא לא מספיק מובהק כדי לחשב התנהגות שצריך לצפות אותה.

למרות שהמיעוט כן נוגח, מדובר על מיעוט מצוי- אחוז ניכר.

זו שאלה משפטית.

גם כאן ההנחה היא שלא מדובר במחלוקת במציאות אלא בהערכת המציאות. גם כאן יכולנו להגיד שיש קושי לברר מבחינה סטטיסטית את ההתנהגות של השוורים ולומר שמדובר על דבר שקשה לצפותו.

אותנו מעניין על בסיס מה הם יחלוקו וזה עניין של מדיניות משפטית.

דוג' שנייה לדרך התמודדות קלאסית ונאמר שזה מחלוקת בהערכת המציאות.

מקור מס' 14- אדם לקח נחש ארסי לידו ותקע אותו בגופו של חברו והחבר ניזק כתוצאה מנשיכת הנחש. השאלה היא מי חייב בו- האדם שלקח את הנחש או הנחש עצמו?

ר' יהודה מחייב את המשיך ולעומת זאת חכמים פותרים אותו. המחלוקת ביניהם בגמרא מוסברת לכאורה בשאלה ביולוגית מציאותית- איך עובד מנגנון הוצאת הארס ע"י הנחש? ר' יהודה: ארס הנחש עומד בהיכון בין השניים ומדובר על פעולה אינסטינקטיבית לא רצונית, זה לא משהו שניתן למנעו, ברגע שיש מגע בין השיניים לבשר יוצא הארס ולכן המשיב חייב כי זה כמו שהוא לקח סכין ותקע בגוף של חברו. חכמים לעומת זאת סוברים שהארס מבחינת המנגנון של הנחש נמצא במקום אחר בגוף ולא בין שיניו וממילא הנחש הוא זה שהוציא אותו וזה לא היה אינסטינקטיבי. המחלוקת שלהם היא ביולוגית. אבל אפילו מחלוקת כזו, בניגוד לשתי האחרות המדברות על עניין סטטיסטי בו אנו מבינים את המוטיבציה, פה הם לא ידעו במאה אחוז איך עובד המנגנון של הארס וזה דבר שקשה לבררו מטבע הדברים אבל גם כאן בדומה למגמה המוניסטית הזו הם נמנעים מלהסביר שמדובר כאן במחלוקת שנוגעת למציאות ואפילו כזו שנוגעת למציאות מדעית אלא היא נוגעת במחלוקת להערכת המציאות, השאלה איך לפרש את הדברים.

**מקור מס' 15:** בעל תפארת ישראל. הוא קבע במפורש שזה לא מחלוקת במציאות. מבחינה עובדתית כך עובד המנגנון של הנחש. איך נוצרת המחלוקת? השאלה היא לא נוגעת למנגנון עצמו, איך זה עובד אלא למשהו אינסטינקטיבי לגמרי, איזה משהו שהוא עושה מבחינה מנטלית שגורם להוצאת הארס. הם מעבירים את זה מהמנגנון הביולוגי עצמו ליסוד הנפשי של הנחש ולפי אותם הסברים אין פה שאלה לגבי המכניקה של הארס או הפן הביולוגי, אנטומי. השאלה היא במידה רבה איך להעריך את המציאות. יש פה שאלה של כוונה וזה עניין שנוגע לתחום המשפטי, איך להעריך מציאות כי כוונה זה דבר שהוא לא תמיד במציאות אלא המשפט קובע אותו על יסוד המציאות. אנו רואים עד כמה נרתעים הפרשנים מסתם להסביר.

כאן יותר סביר להניח שהמחלוקת נוגעת למציאות שלא ניתן לברר אותה, זה לא הערכה משפטית של המציאות. השאלה היא איך אנו מפרשים זאת מבחינת המנגנון המכני של הדברים אך הם בורחים מהשדה המציאותי אל הערכת הכוונה.

השאלה היא האם העובדה שיש השתתפות פיזיולוגית של הוצאת הארס יש בה כדי לייחס לו כוונה, או שהוא לא יכול להתנגד וזה עניין של אונס?

החכמים, בעיקר האחרונים- מאה 18 והלאה, הם בורחים מכל מתודולוגיה אחרת מלבד המתודולוגיה של הערכת המציאות המשפטית. הם לא רוצים שהמחלוקת תיגע במציאות.

קודם כל יש לומר שהאחרונים במיוחד במאות אלו התאפיינו בשאיפה למציאת קונספטואליזציה. רבים כתבו על הלמדנות הישיבתית. מה מיוחד בצורת הלמדנות הזו? מדובר על שיטה אקדמית יותר ואנליטית. הרעיון אומר שבאופן עקרוני זה סוג של אקדמיה שנמצאת בישיבה, הם לא פסקו הלכה למעשה אלא רצו ללמוד את העיקרון. מה שיותר מאתגר זה עיסוק במשפטיזציה. הם עסקו בעניינים עקרוניים של משפט וכו. זו נטייה כללית הקיימת בתק' זו עד היום. לא מעניין אותם המציאות הרבה פעמים.

בנוסף יש פה מידה רבה תגובת נגד להשכלה, או לשילוב בין תורה ומדע. למרות שהיהדות הרבנית לא הייתה מעוניינת בסתירות בין מדע לתורה אבל בתק' ההשכלה פעמים רבות לגבי כל מיני הנחות שאנו מכירים של חכמים בתלמוד התברר שהם לא תואמים את המציאות בימיהם. לא רצו להפוך את החכמים לכאלה שלא יודעים דברים פשוטים בתחומי המדע. חכמים לא באמת ידעו ולכן סביר יותר להניח שלא מדובר על מחלוקת הנוגעת למציאות עצמה אלא השאלה יותר נוגעת להערכה משפטית של עובדות והרבה פעמים יש פער בין המדע למשפט.

שתי סיבות אלו יכולות להסביר את הנטייה המאוד מובהקת דווקא לנטייה הקונספטואלית. זה דבר שמאוד מאפיין את האחרונים בתק' זו.

**מתודולוגיות נוספות:**

1. נוגעת בקושי בקביעת חזקות. התלמוד מלא בחזקות- "אין אדם פורע תוך זמנו", "חזקת שימור". תחום זה למרות שהוא מבוסס על עובדות זה מסוג הדברים שמטבע הדברים יהיו לגביו מחלוקות. יש גם שיקולי מדיניות בקביעת החזקות האלו וישנם קשיים בקביעת חזקות.

שדה חמד, מקור מס' 19: ניסיון לברר מה קורה מבחינה סטטיסטית, בגלל שזה קשור להתנהגות, זה דבר שקשה לברר אותו. השאלה היא פעמים רבות איך אתה מפלח- איזה קב' בודקים? ההתרשמות של כל אחד היא שונה ונובעת מהמקורות עליהם הוא הסתמך.

אנו מדברים על תחום של חזקה משפטית שיש בהן מחלוקות לא רק בגלל הקושי לברר אלא יש גם שיקולים נוספים. החזקה המשפטית יש לגביה מחלוקות בגלל כל מיני סיבות- קושי לברר, עצם קביעת חזקה משפטית תלויה בשיקולים לבר משפטיים- שיקולי מדיניות שלא נוגעים למציאות עצמה.

בירור מנהג רוב העולם הוא דבר שקשה במציאות, זה דומה לסטטיסטיקה.

1. מחלוקות בעניינים שבעובדה שנוצרים בגלל הבדלי מקום, זמן או אנשים שונים. הבדלים בנסיבות נוצרים בגלל שאנו מדברים על זמנים שונים, אנשים שונים או מקומות שונים.

זמנים ומקומות שונים- עולה השאלה האם המטבעות של א"י טובים יותר ממטבעות של ארץ אחרת? יש תלמוד בין הבבלי לירושלמי, לאיזה מטבעות יש ערך גדול יותר? היו זמנים שהיו מטבעות יותר טובים בארץ אחת. כדי לקבוע האם המטבע חזק או לא יש לנו גרף. יכול להיות שבזמן מסוים היה ביקוש דווקא לאותם סוגים של מטבעות ובזמן אחר לסוג אחר.

יש מחלוקת לגבי מה אמר חכם פלוני. רש"י אומר שהיא לא אפשרית- אחד משקר ואחד לא. מה ההסבר? שינה את דעתו אם יש סתירה לגבי חכם מסוים, כך הוא חשב שהיה צעיר וכך הוא חושב עכשיו. יכול להיות ששני הדברים נכונים כי הוא שינה את דעתו.

מחלוקת- האם דייסה ופטריות הם מאכלים שהיו רגילים לעלות על שולחנם של מלכים? מסוג השאלות שיש להן השלכות משפטיות. כל אחד מהפוסקים מדבר לפי מקומו ושעתו.

בהקשר זה נכנסת הדוקטרינה של השתנות הטבעים- אנו אומרים שהיה שינוי בטבע בין מה שאמרו לפני 100 שנה לבין המציאות היום. זה דבר מאוד קלאסי לגבי שיעורים בהלכה. הזיתים של פעם היו שונים בגודל וגם גודל של אמות וטפח היו שונים מיום ליום.

זו דוקטרינה שמשתמשים בה כדי להיחלץ מכל מיני קביעות לא נוחות מבחינת חז"ל. דוגמאות:

* למשל, אנחנו יודעים שבתק' חז"ל תינוק שנולד בחודש השמיני הוגדר "מת", הוא בחזקת נפל. המשמעות היא הלכתית נוראית- לא מצילים אותו, לא מחללים שבת על מנת להצילו. פוסקי דורנו באו ויחד עם השתנות הטבעים הם אמרו שלא ניתן להגיד כזה דבר ולכן הם אמרו שהיום אין מקום לאותה קביעה הלכתית שנאמרה בתק' המשנה והתלמוד. ההלכה משתנית כי היא צריכה להתאים לטבע. הרמב"ם פיתח את זה מאוד כי הוא היה רופא, הוא אומר לא לדעת בכל הרפואות שבתלמוד כי הידע אז היה מאוד דל.

זה נותן לחכמים יכולת להתאים את ההלכה למציאות , לשנות את ההלכה בהתאם למציאות המשתנה.

* איך יכול להיות הבדל בין אנשים שונים? שו"ת צמח צדק- הרעיון הוא שיכול להיות שיש הבדל בין אנשים שונים. יש מחלוקת בין הפוסקים לגבי שאלה הנוגעת לשחיטה. כדי שסכין תהיה כשרה היא צריכה להיות חלקה לחלוטין, אם יש בה פגימה קלה הכשרות של הסכין נפגמת. איך בודקים? השוחטים מעבירים על האצבע שלהם, אם הם מרגישים את הפגימה אז הסכין פסולה. לכאורה המחלוקת של חכמים הנוגעת לזה היא מחלוקת במציאות. דעה אחת- הורגש פגימה קלה ואילו לפי דעה אחרת נראה כי אין כאן פגימה. מחלוקת בשאלה האם די בהעברת סכין באצבעו על השוחט כדי להכשיר את הסכין או לא? האם אנשים מרגישים את הפגימה או לא? לכאורה זה מחלוקת במציאות. אחד החכמים אומר בואו נבדוק מה השופטים אומרים על בסיס הניסיון שלהם. הנושא של תחושות כיום הוא משהו סובייקטיבי, יכול להיות שאדם מסוים ירגיש את הפגימה ואדם אחר לא ולכן המחלוקת נוגעת לעובדה שאנו מדברים על אנשים שונים. זה סוג של דוג' נוספת להתמודדות עם מה שנחזה להיות במציאות ע"י אמירה שיש כאן אנשים שונים.

28.11.12

האפשרות להתייחס למחלוקת שנוגעת למציאות עובדתית נתונה, השאלה היא האם גם כאן חלה התזה של התשובה האחת ויחידה של דבורקין.

הגישה המוניסטית אוחזת בתפיסה העקרונית שבמציאות עצמה יש אמת אחת ויחידה.

לפעמים קשה לגלות מהי אותה מציאות אבל אם ניתן היה לגלותה זה היה מסיר את המחלוקת. הרבה פעמים המחלוקת נוגעת להערכה של המציאות. כמו כן, המחלוקת היא לפעמים ביחס לתרגום המשפטי של מציאות עובדתית לגביה אין מחלוקת.

**הגישה הפלורליסטית.**

עמוד 3, אנו רואים כמה ביטויים של חכמים.

**מקור 1:** למרות שקשה לנו להבין זאת, אנו מוצאים מקומות שנראים ממש כמחלוקת במציאות. אמנם זה דבר המקובל על מרבית האחרונים שלא יכול להיות שנחלקו החכמים לגבי המציאות, אבל זהו לא כלל מוחלט לגמרי.

**מקור 3:** הוא יודע שחלק מהמחלוקות ניתן להסיר בצורה כזו או אחרת לפי הטכניקות עליהן דיברנו לפני כן אבל קשה להתעלם מהרושם שבאמת יכולה להיות מחלוקת במציאות ממש, מדובר על גישה פלורליסטית- אין תשובה אחת, יכולות להיות תשובות שונות.

בפילוסופיה הכללית אנו מוצאים גישות בקרב אנשי תורת המשפט יש תנועה שנקראת paraconsistent logic- מדברת על מעבר לעקביות. הגישה היא שיכולות להיות תופעות בטבע, שני מצגים שסותרים מבחינה עובדתית אך הם נכונים. יש פה סתירות שלא יכולות לדור בכפיפה אחת אך למרות זאת שתיהן נכונות.

הדוג' המפורסמת ביותר נוגעת לתיאוריית הקוונטים, בעיקר של נילס בור. בתורת הקוונטים יש כמה אלמנטים המרכיבים בתוכם דבר והיפוכו- יש את הניסוי הנוגע להסתכלות באור ובתנאים מסוימים אם מסתכלים על זה במעבדה בצורה אחת רואים זאת כגל ובצורה אחרת רואים זאת כחלקיק. הנחת היסוד היא שלא ניתן לראות את שתי הצורות האלה. יש עוד אלמנטים בתורת הקוונטים שהם כנראה כוללים דבר והיפוכו, לפחות מבחינה פיזיקלית.

**מקור 4:** מי אמר שהקונסיסטנטי זו באמת הגישה הרציונלית, דווקא הגישה שאומרת שיש דברים מעבר לקונסיסטנטי היא הרבה יותר הגיונית.

קשה לנו להבין איך דבר והיפוכו הם שניהם דברים שנראים לנו אמתיים. אבל יש דעות מודרניות, ככל שהמדע מתפתח שלפיהן גישות אלו תופסות תאוצה.

**האם גם כאשר אנו עוסקים בתיאורים שונים של המציאות, האם קיימת גישה שאומרת שיש שני תיאורים סותרים ובכל זאת שניהם נכונים?**

**האם אפשר למצוא גישה כזו גם במקורות ההלכה?**

**יש שלושה מודלים של גישה פלורליסטית:**

1. **גישה פלורליסטית ריאליסטית.** במציאות עצמה ממש יש מחלוקת, יש שני תיאורים סותרים זה לעומת זה לגבי מציאות נתונה ושניהם נכונים. זו הגישה הפלורליסטית החזקה ביותר, היא מהווה אתגר לכל האוחז בגישה מוניסטית.יש תיאורים סותרים אבל הם מתאחדים, אנו לא יודעים איך- פלורליזם במובן החזק.
2. **מודל פלורליסטי אנתרופולוגי.** לא בהכרח שבמציאות עצמה יש פלורליזם- שתי תופעות או שתי תיאורים סותרים לגבי המציאות אלא מקור השוני הוא באדם, מנק' הראות של האדם בהכרח נוצרים תיאורים שונים של המציאות אך במציאות עצמה לא בהכרח קיימים שני התיאורים האלו.זה קשור בכך שלבני אדם יש תפיסות שונות ודרכים אחרות לתאר דברים.
3. **מודל קומפלומנטרי.** הפתרון של בור לגבי התופעה הפיזיקלית- סתירה בין חלקיק לגל, הוא אומר ששניהם יכולים לפעול זה לצד זה. יש סתירות אבל ניתן לחיות זה לצד זה.

**אנגלרד** בישראל הוא זה שטוען ביחס למטרות דיני הנזיקין שבמקום ללכת עפ"י מטרה אחת, הוא מגיש גישה קומפלומנטרית שאומרת שניתן לשלב את המטרות האלה יחדיו. התאוריה הזו כתאוריה משפטית היא דבר שמשתמשים בו.

האם קיימת **גישה פלורליסטית ריאלית** בהלכה שאומרת לצורך העניין אלו ואלו דברי אלוקים חיים לא רק בהקשר של מחלוקת בהלכה (מחלוקת בית שמאי ובית הלל) אלא מחלוקת עובדתית? על פניו, לפי רש"י, אין דבר כזה.

**מקור מס' 5:** המקור השני בתלמוד בו משתמשים בביטוי אלו ואלו דברי אלוקים חיים. מדובר על שאלה עובדתית היסטורית. דנים בגורם לכעס של הבעל של פילגש בגבעה?אחד אומר שהוא מצא זבוב במרק והשני אומר שהוא מצא שיער במרק וזה גרם לכעס שלו. מחלוקת של בי"ד של מטה עומדת גם בבי"ד של מעלה. ר' אביתר שואל את אליהו- האם הקב"ה לא ידע מה גרם לכעס של האדון של פילגש בגבעה? יש שיקוף להתייחסות של הקב"ה לנושא של פילגש בגבעה. אליהו הנביא אומר שהקב"ה לומד את שתי הדעות האלו ורואה את שתיהן כנכונות. אביתר שואל האם יכול להיות שהקב"ה לא יכול להכריע בשאלה כזו פשוטה? התשובה היא אלו ואלו דברי אלוקים חיים, אותו ביטוי שנאמר בהקשר של מחלוקת עובדתית של בית שמאי ובית הלל. מבחינת הקב"ה שני הדברים הם אמת- גם מה שאמר ר' יונתן וגם מה שאמר ר' אביתר. מבחינה עובדתית היה גם זבוב וגם שערה. בהתחלה היה זבוב ואז שערה. לא רק ששניהם היו אלא ידוע ששניהם גרמו לכעס של אותו אדם. יכול להיות שאחרים ראו את התוצאה הסופית אחרי שהוא ראה את השערה הוא הקפיד אז הם חשבו שזה בגלל השערה אבל הוא גם כעס לפני כן כתוצאה מהזבוב. ברור שיש כאן אמירה שאומרת שאלו ואלו דברי אלוקים חיים שזו אמירה פלורליסטית אבל כאן זה נאמר בהקשר עובדתי קלאסי, מה גרם לאותו כעס.

מדובר על מחלוקת. יכול להיות שיש פה תהליך מצטבר, אולם השאלה היא מה גרם לכעס. תוספות אומר שלא זו בלבד שהיה גם זבוב וגם שערה אבל מסתבר שהוא גם כעס בגלל שניהם- השאלה היא מה הגורם הסופי לכעס.

יש פה דבר והיפוכו- המסקנה של התלמוד היא פרדוכסלית, מי בעצם צדק? ר' יונתן אז איך הם אומרים אלו ואלו..? למרות ששניהם צודקים, אחד יותר צודק. השאלה היא מה היה מבחינה עובדתית? נאמר ששתי הגישות נכונות אבל ר' יונתן הוא זה שצודק יותר.

גם הפרשנים מתייחסים מאוד ברצינות לפרשיה הזו. שניהם צודקים אבל יכול להיות שהתשובה הנכונה יותר היא של ר' יונתן.

יש שתי דרכים להתמודדות עם הסיפור הזה.

1. ר' למפל. הוא אומר שיש פה בעצם אולי הם נחלקו מה היה הגורם הדומיננטי יותר, הוא עושה הקבלה לגנטיקה ששם יש דומיננטי ורצסיבי. השאלה היא מה גרם יותר לכעס? לפי התאוריה שלו אחד מהם בוודאי טועה, מי שאומר שהגורם הדומיננטי הוא הזבוב הוא טועה כי הגורם הדומיננטי הוא השערה. בפשטות הסוגיה אין אמירה מוניסטית- על פניו שניהם צודקים, אלו ואלו, יש אמת אצל כל אחד משניהם.
2. ניתוח של סיבתיות. ספר מאוד חשוב של הארט ואונרה המדבר על סיבתיות. בגדול הטענה היא שסיבתיות למרות שהיא נוגעת לעובדה זה דבר שהוא לא חף מתיאורים או הערכות שונות לגבי הגורמים, זה לא דבר שהוא מדע מדויק. המחלוקת היא לא לגבי העובדות עצמן אלא איך לפרש את העובדה מיהו הגורם. הארט ואונרה התמודדו עם הצגה של הסיבתיות בהקשר המשפטי וההיסטורי לעומת סיבתיות במדעי הטבע. הם התמודדו עם השאלה איך אנו מבדילים בין נסיבות ותנאים סביבתיים לבין גורמים? יש לנו מאורע מסוים שנוצר על רקע הרבה מאוד דברים. אנו צריכים מתוך אותן נסיבות לקבוע מה נחשב הגורם לתוצאה ומה נחשב גורם רקע וגורם סביבתי כי יש הרבה דברים שיכולים להשפיע בצורה זו או אחרת על תוצאה מסוימת. הם קובעים שתי קריטריונים: 1. דבר שיוצא מגדר הנורמה. משהו שהוא שונה מההתנהגות הרגילה, זה מבדיל בין דבר שהוא רקע סביבתי סיבתי בלבד לבין דבר שהוא הגורם היותר ישיר. 2. שיתוף של גורם אנושי בין באמצעות פעולה ובין באמצעות מחדל- עירוב של גורם אנושי בין פעולה או מחדל שהוא עשה. לאור הנתונים של הסוגיה יהיה לנו קשה לקבוע מי צודק- ר' אביתר או ר' יונתן כי יש פה גם דבר לא כ"כ נורמלי למצוא זבוב או שערה וגם יש פה מחדל. גם הקריטריון של שיתוף גורם אנושי באמצעות מחדל הוא רלוונטי. יש לנו שני אלמנטים שלפי הארט היו מוגדרים כגורמים. במובן הזה זה לא עושה את העבודה. יש ביקורת על הארט ואונרה בכך שהם קובעים קריטריונים שלמעשה לא אומרים דבר ופעמים רבות זה תלוי בשיפוט והערכה מה נורמלי ומה לא. עצם העובדה שהקריטריונים לא מספקים את הסחורה זה דוג' שמופיעה במאמר ביקורת כנגד הארט והיא נוגעת לשאלה שנחלקו בה גדולי ההיסטוריונים לגבי מי אשם בפרוץ מלחמת העולם השנייה? יש שתי תיאוריות היסטוריות. מחלוקת בין שני היסטוריוניים אנגליים טיילור ורופר. טיילור אמר שבעצם לא הגרמנים כי עצם העובדה שמי שהוא חזק משתמש בכוח שלו זה הנורמלי. זה שהיטלר אמור להשתמש באגרסיביות זה הנורמלי. מה שלא נורמלי זה שאחרים ריסנו אותו. רופר אומר שהיטלר אשם, מידת האגרסיביות של היטלר הייתה לא נורמלית. שניהם היסטוריוניים, אובייקטיביים. איך הם הגיעו למסקנות שונות? זה מראה שגם לקבוע מה נורמלי ומה לא זה תלוי באדם וגם ישנה שאלה מהי התק' לאורה אנו מסתכלים? לאורך זמן ארוך אולי טיילור צודק , הוא הסתכל על סטנדרט ארוך ומנק' מבט שכזו לא ניתן להסתכל על האגרסיביות של גרמניה כמשהו לא נורמלי. לעומת זאת רופר מסתכל על סטנדרט קרוב יותר שבהן השתרה ההתנהגות הבינלאומית והנורמות הבינלאומית ועל פיו בעצם הוא אמר שאדרבא, אם מסתכלים על הסטנדרט הזה ההתנהגות הלא נורמלית היא של היטלר. זה מלמד שקשה מאוד לקבוע מה נורמלי ומה לא.

השאלה היא עד כמה אנו הולכים אחורנית? יכול להיות שר' יונתן הסתכל על סטנדרט קצר יותר- מה קרה זמן קצר לפני הכעס שלו, השערה זה הדבר האחרון ולכן הוא כעס ואילו יכול להיות שר' אביתר הסתכל רחוק יותר- לפני כמה זמן הוא מצא זבוב. אז המחלוקת ביניהם יכולה להיות בגלל הסתכלות על סטנדרטים שונים. זה מראה שהרבה פעמים קשה לקבוע את הסיבתיות בגלל סטנדרטים שונים והאופן בו אנו מסתכלים על המציאות. זה אולי מסביר למה נאמר אלו ואלו.

אך איך אפשר להבין את הסיפא של מה שנאמר בידי הקב"ה, אם אלו ואלו למה לומר שדווקא גישתו של ר' יונתן יותר צודקת? איך אפשר להסביר את שני הדברים האלו יחד?

בעקבות הארט ואונרה אנו נדבר על הבחנה בין שני סוגים של סיבתיות.

סיבתיות תיאורית, הסברית וסיבתיות משפטית יחוסית- לייחס למישהו אשמה.

סיבתיות תיאורית- לתאר מה אירע וסיבתיות לעניין קביעה מי אשם. המטרות של שתי סוגי הסיבתיות האלו הן שונות. יכול להיות, שמבחינה תיאורית באמת שניהם נכונים, אין גם גורם יותר דומיננטי- שניהם השפיעו ויש להם השפעה מצטברת. שניהם תרמו אולי במידה שווה לתוצאה הסופית אבל כאשר אנו מדברים על סיבתיות על מנת לייחס למישהו אשמה או לייחס לגורם מסוים את התוצאה אז כאן צריכים לעשות החלטה מסוימת. הדברים הם מורכבים אבל לעניינו חשוב דבר אחד, הם מלמדים שסיבתיות זה לא דבר הנוגע לעובדות בלבד ואין לו צורות הסתכלות שונות המשפיעות לגביהן. יש כל מיני סוגים של סיבתיות. מדובר על הרבה מאוד גורמים שיוצרים תיאורים שונים של סיבתיות. אלו ואלו נאמר בהקשר התיאורי, שני הגורמים ביחד יצרו את הכעס אבל יכול להיות שבסופו של דבר מכיוון שהוא מצא זבוב ולא הקפיד- זה לא מסיפק הכעיס אותו אבל אחרי שהוא מצא שערה הוא הקפיד ממילא גם על מה שהיה לפני כן, הוא הגיע לשיא הכעס שלו אז את הסיבתיות היחוסית אנו מייחסים לראשון.

לפי ההסבר שאנו מציעים בעצם שני הגורמים היו דומיננטיים, שווים ההיגד של אלו ואלו מצד אחד ומצד שני יש פה ייחוס דווקא לגורם האחרון של השערה ההיגד הזה הוא לא סותר כי כל הנושא של סיבתיות נתון לנק' הסתכלות למטרות שונות. אם אנו מתסכלים בהקשר התיאורי, הסברי בלבד אז באמת אלו ואלו כי בשניהם הייתה מעורבות של יד אנושית במחדל, השאלה היא רק באיזה יחס אנו מסתכלים ומצד שני כאשר אנו רוצים לדעת לאיזה מהו הגורם שאליו אנו מייחסים את התוצאה הוא הגורם האחרון.

ניתן להציע גורמים אחרים אבל ברור שללא קשר לשתי ההצעות, אין לראות בסוגיה זו כתומכת בגישה פלורליסטית ריאלית ביחס למציאות עצמה כי בסופו של דבר אנו אומרים שהדבר נובע מכך שמדובר פה שישנו גורם נוסף שאליו אנו מייחסים את התוצאה. אין פה מחלוקת לגבי המציאות אלא לגבי הסיבתיות.

המרצה לא מצליח למצוא בסוגיות תלמודיות גישה שאומרת שיש במציאות שתי תופעות סותרות ששתיהן מתקיימות. המודל הזה לא קיים בתלמוד.

זה לא מודל ריאלי, הוא לא נוגע למציאות עצמה.

**המודל האנתרופולוגי.**

**מקור מס' 6:** ישנה הבחנה בין שתי תופעות סותרות במציאות עצמה או שהתיאורים הסותרים הם בתאוריה, במתבונן. השאלה שלנו האם המחלוקת נוצרה בגלל הממד האנושי.

זה דבר מאוד מעניין שיש תאוריות סותרות לגבי המדע עצמו. אחד נוגע למציאות עצמה- במציאות עצמה יש דבר והיפוכו וזה רק שיקוף של המציאות עצמה. לעומת זאת העולם עצמו אין פה סתירות או דבר והיפוכו. התאוריה היא דרך לתאר את המציאות וממילא כלי הביטוי שלנו עלולים להביא לתיאורים שונים. השאלה היא האם ישנם סוג של מחלוקות בתלמוד שבאמת מביעות תפיסה של מודל פלורליסטי אנתרופולוגי, כאן אנו מוצאים סוגיות שערות להבחנה בין פלורליזם במישור הריאלי ופלורליזם במישור האנושי האנתרופולוגי והרבה סוגיות מודעות לכך שבגלל שהחושים של בני האדם שונים ממילא זה כמעט הכרחי שהתיאורים שלהם לגבי המציאות הם שונים.

שני אנשים רואים דברים שונים וזה לא נובע מעירוב של עובדה ומשפט אלא בגלל שהמציאות תלויה בעיני המתבונן.

אין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות. איפה זה נאמר עוד בתלמוד? מקור מס' 11 לגבי כתמים של נידה. יכול להיות שחכם מסתכל על כתם מסוים והוא מחליט שהכתם הזה הוא טהור ולעומת זאת חכם אחר יסבור שזה טמא. הכלל הוא אין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות במובן הפיזי ביותר. השאלה היא באיזה צבע מה שהוא רואה. שתי הקביעות גם יחד נתפסות בעינינו אמת כי אנו מסתכלים על ראות עיניו של הדיין עצמו.

דוג' לכך שבתלמוד אנו מוצאים מחלוקות עקרוניות והפרשנים חלוקים האם מדובר על מחלוקת בנוגע למציאות עצמה או מחלוקת הנוגעת להסתכלות שונה של אנשים.

מקור 7- ישנו כלל מאוד מעניין. מחלוקת האם אפשר לצמצם או לא? ישנם שני תאומים שנולדו בזמן זהה או שני אובייקטים שנוצרו בגודל זהה, האם הם באמת נולדו באותו זמן או באמת באותו גודל או לא? למשל, תאומים שיצאו שני הראשים כאחד, האם זה דבר שבמציאות עצמה? יכול להיות ששני הראשים יוצאים ממש באותה שנייה או לא? ישנה מחלוקת עקרונית שנאמרה במקור מס' 8. יש שאלה הלכתית הנוגעת לרחל שלא בכרה וילדה בבת אחת שני זכרים ויצאו שני ראשים כאחד, השאלה היא מה עושים מבחינת דיני בכורה? ר' יוסי אומר ששניהם ניתנים לכהן, שניהם בכורים ממש. לעומת זאת חכמים אומרים שאחד לו ואחד לכהן- אחד יוצא ראשון והשני יצא לאחר מכן. חכמים אומרים שלא יכול להיות ששניהם יצאו בבת אחת בדיוק באותו זמן אלא ברור שאחד מהם יצא קודם אלא שאנו לא יודעים מי מהם, אחד אנו נותנים מספק לכהן ואת השני לא. זה מחלוקת שנוגעת לשאלה האם ניתן לצמצם (שניהם נולדו בו זמנית) או שא"א לצמצם? מחלוקת הנוגעת להרבה מאוד השלכות. צמצום הכוונה ממש בו זמנית, האם ישנה זהות מוחלטת או לא.

הכול אפשרי פה, יכול להיות שהם נחלקו במציאות עצמה או איך זה נראה בעינינו באופן עקרוני.

במקור מס' 7 אנו רואים הסבר מה זה הכלל התלמודי המקובל על רוב החכמים- לא ניתן לצמצם. שני אובייקטים הנולדים בו זמנית לא ניתן להגיד שהם התהוו באותו זמן ממש. יש פרשנים שאומרים שלא ניתן לומר זאת במציאות- בוודאי אחד מהם קדם לשני (זוהי פרשנות ריאלית, רש"י ורמב"ם). יש פרשנים שאומרים שיכול להיות שהם התהוו באותו זמן בדיוק או בזמן אחר- פרשנות אנתרופולוגית. יש פה נתון של מחלוקת שנוגעת לשאלה האם ניתן לצמצם או לא ואפשר להסביר אותה בשתי דרכים- ריאלית (נוגעת למציאות) או אנתרופולוגית (נוגעת לעיני המתבונן). פרשנות אחת לא עדיפה על השנייה, הסוגיה שותקת וניתן לפרשה לפי שתי המודלים אבל חשוב לשים לב שזה נק' מבט שונה על המחלוקת.

חכמים סוברים שלא ניתן לצמצם, לא יכול להיות שנולדו בו זמנית שני תאומים ולעומת זאת ר' יוסי אומר שאפשר לצמצם. הפרשנים נחלקו כיצד להסביר את המחלוקת. אפשרות ראשונה שהמחלוקת נוגעת לממד הריאלי- האם במציאות עצמה יכול להיות ששניהם נולדו בו זמנית או אפשרות שניה שנוגעת למישור האנתרופולוגי, שניהם מודים לגבי התיאור המציאותי אולם המחלוקת נוגעת לאופן שבו רואים את זה בני האדם.

**מקור מס' 9:** לפי ההסבר הזה במישור הריאלי אין מחלוקת בין חכמים לר' יוסי הנוגעת למציאות. כלומר, מבחינה מציאותית ריאלית לא יכול להיות ששניהם נולדו יחדיו. הוא אומר שהתורה לא ניתנה למלאכי השרת. כלומר, התורה היא לא מסתכלת בהכרח על המציאות אלא על איך הדברים נראים בעיני בני האדם ולכן למרות שבני האדם טועים פה, זה נראה אשליה אנחנו מחשיבים זאת כאילו בעצם אפשר לצמצם- אנו מסתכלים על נק' הראות של בני האדם וזה מודל אנתרופולוגי. חכמים סוברים שזה לא משנה שזה מה שהאדם רואה, הוא יודע שזאת אשליה, בשכל שלו הוא יודע שזה לא הגיוני אלא מישהו קדם למישהו. הם חולקים במישור של בני האדם- עד כמה אנו מתחשבים בראיה הסובייקטיבית שלהם- כן או לא.

הכלל הזה לא ניתנה תורה למלאכי השרת הוא חשוב ביותר מבחינה הלכתית.

**מקור 10:** ההלכה מתייחסת לנק' הראות האנושית של האדם הרגיל. התורה מסתכלת על ראות בני האדם ועל פיה נקבעים דברים, היא אנתרופולוגית. זו סוגיה מעניינת הניתנת לפרשנויות שונות וכל אחד יכול לפרשה כראות עיניו.

ניתן להסתכל על שתי התפיסות האלו, המרצה נוטה יותר לתפיסה האנתרופולוגית.

יש הרבה אפשרויות להסביר את המחלוקת הזו ובפרשנויות השונות אנו רואים שיקוף של פרשנות הנוגעת למציאות עצמה או לרובד שלה כפי שהיא נראית בעיני המתבונן.

הביטוי שמבטא בצורה הברורה ביותר תפיסה אנתרופולוגית הוא אין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות, זה ברור למודל אנתרופולוגי פלורליסטי. מדובר על שאלה הנוגעת לראיה של צבעים. שני אנשים שרואים בצורה סבירה אחד אומר שזה טמא ואחד טהור. מבחינת ההלכה שתי הקביעות נכונות ושניהם צודקים. אנו עוסקים פה בהסתכלות הלכתית על המציאות. ממה נובעת המחלוקת בין שני הרבנים, איך היא נוצרה? יש שתי אפשרויות ומחלוקת ביניהם.

1. הדגש הוא על עיניו של הדיין, העיניים שלי זה לא העיניים שלך. הנושא של ראיית צבעים זה נושא שקשה להגיד שהוא אובייקטיבי לחלוטין, הוא תלוי בהרבה מאוד גורמים. במובן הזה יש תמיכה לגישה שהעיניים של כל אחד הן שונות, גם אם לא נקבל את ההנחה שיש פה עיוור צבעים. יכול להיות שאחד רואה כאן משהו אחד והשני משהו אחר והדבר נובע מהעיניים השונות. פלורליזם הנוגע לנק' הראות האנתרופולוגית של כל אחד.
2. יכול להיות ששניהם רואים בדיוק אותו דבר ולמרות זאת אחד יגדיר זאת כאדום והשני ככתום. השאלה היא איך אנו קובעים את הגבול בין הצבעים השונים וזה דבר שאין לו תשובה אובייקטיבית בטבע עצמו. יש פה רצף אותו אחד יגדיר ככתום והשני כצהוב. מדובר על דברים מדעיים. יש טבלאות הנוגעות להבדל בין הצבעים השונים והם קובעים את ההבדל לאורך שני פרמטרים- גל ותדירות. לצורך העניין יכול להיות ששני הרבנים ומדדו צבע ברמה של 630 ננומטר ובכל זאת אחד יגיד שזה אדום והשני יגיד שזה כתום. הנושא של צבעים, גם אם הראיה סובייקטיבית, קביעת הגבול הוא חוץ מדעי- אין משהו במציאות עצמה שקובע.

הנפקות בין שני ההסברים האלו היא לפי הראשון חכם על יוכל לקבוע בצורה ברורה מה באמת נראה פה אבל לפי ההסבר השני יכול להיות שגם אם היו שני חכמי על כל אחד מהם יקבע אחרת, אין שום קנה מידה לקבוע בצורה ברורה את הגבול בין התחומים השונים, זה דבר חוץ מדעי.

טימותי וויליאמסון מדבר על הבדל במקרי גבול, רזה או לא. במקרי גבול יש חוסר ידע שהוא בלתי ניתן להשגה על מנת לקבוע את מקרי הגבול.

אנו מכירים הרבה סוגיות בתלמוד הנוגעות לשאלת הגבול בין תחומים שונים, לא רק בנושא של צבעים.

בין השמשות הוא דוג' קלאסית לדברים שנובעים מכך שקשה לקבוע בצורה ברורה את נק' המעבר בין יום ולילה, בני האדם לא יכולים לקבוע זאת. בין השמשות זה ספק ארבע אפשרויות לפי חכמים. מבחינת תחומים, אנו בד"כ מסתכלים על שקיעת החמה ועד צאת הכוכבים זה זמן בין השמשות ויש לזה נפקויות הלכתיות. יש רמה מסוימת של איסורים שכן עושים בבין השמשות.

איך נובע ספק כזה מבחינה הלכתית? יש ארבעה אפשרויות:

* מוגדר כיום.
* מוגדר כלילה.
* מוגדר כספק יום וספק לילה.
* מוגדר כגם יום וגם לילה בו זמנית.

זו תופעה שהיא לא חד משמעית מבחינה מדעית. כנראה שאין במציאות עצמה משהו המחייב הגדרה מסוימת.

יש לנו תחומים שהם אנתרופולוגיים מבחינה אינהרנטית כי אין לנו שום אפשרות לקבוע מהו קו הגבול.

את התופעה של המחלוקת סביב בין השמשות אפשר להסביר לפי מודל אנתרופולוגי, הנושא של קביעת נק' המעבר בין יום ולילה זו נק' שאין לה תשובה חד משמעית, דבר התלוי בהגדרה בעיני המתבונן. זו שאלה לא כ"כ פשוטה של מהם הגבולות. אבל בנושא של בין השמשות אותנו מעניין הדעה שמוכנה להכיר באפשרות שמדובר על יום ולילה בו זמנית, דבר הנראה לכאורה דבר והיפוכו. לא יכול להיות שזה יום ולילה ביחד.

**המודל הקומפלמנטרי.**

התאוריה הקומפלמנטרית כפי שהיא מיוחסת ע"י נילס בור בהקשר של התאוריה הפיזיקלית של גל וחלקיק, היא אומרת שהדברים משלימים זה את זה למרות שהם נראים סותרים. יש פה תיאור מסוים של הדברים.

נאמר פה שיש כדי שתאוריה תהיה קומפלמנטרית היא צריכה לעמוד בתנאים הנוספים:

1. התאוריה כוללת שני תיאורים לפחות של הנושא העובדתי עליו התאוריה דנה.
2. אנחנו דנים באותו מישור.
3. אף אחד מהם לבד לא מתאר באופן מושלם את התופעה בכללותה. צריך צירוף של שניהם ע"מ להגיע לתופעה.
4. עצם הצירוף של שניהם יחדיו יוצר סתירה לוגית.

תאוריה זו הושאלה להרבה תחומים.

בתיאור של חכמים לבין השמשות הם אומרים אותו דבר. אנו מתייחסים לאפשרות של בו זמנית. יש כאן בעצם תאוריה קומלפמנטרית. ההנחה היא שלא יכול להיות שזה יהיה אור וחושך ביחד. מבחינת המודל, זה מה שיש לנו לצורך העניין.

מבחינה תאולוגית, בר הפלוגתא הגדול של בור היה איינשטיין, הוא לא יכל לקבל את התאוריה הקומפלנטרית של בור. הטענה היא שזה נבע מהתפיסה הדתית של איינשטיין, הייתה לו תפיסה יהודית יותר- הרמונית אחדותית. היהדות היא הרמונית. לפי התפיסה של איינשטיין יש פה משהו תאולוגי בעייתי ואילו בור הושפע מתפיסה בודהיסטית.

השאלה היא איזה תיאור אנו מעדיפים- קומפלמנטרי או אחדותי.

מעניין למצוא שלפחות בהקשר ההלכתי אין בעיה וניתן למצוא דוגמאות נוספות בהן אנו רואים שימוש בתפיסה הקומפלמנטרית שמוכנים לקבל את הבו זמניות (אבי שגיא, אלו ואלו).

תורת אחדות ההפכים באה לתאר גם את המציאות עצמה. זה דבר שקיים בצורה בולטת אצל המהר"ל מפראג ואצל ר' צדוק הכהן מלובלין. יש לנו ניגודים והפכים שאיכשהו מתאחדים זה לצד זה מבלי להתבטל. המהר"ל מדבר על ארבעת היסודות למשל והוא אומר שלמרות שזה נראה כניגודים בפועל הם כן מתקיימים ביחד. אצל הרב קוק אחדות ההפכים נהפכה לגישה מאוד מעניינת שיש לגבי התיאור שלה מחלוקת בין חוקרי הרב קוק.

הסינתזה אצל הגל זה משהו חדש לגמרי, זה לא כולל בצורה מורכבת את התזה ואנטי תזה.

הרב קוק דיבר על תפיסה שלא מבטלת את ההפכים אלא מאחדת אותם אצל האל מבלי לאבד את הייחודיות שלהם (אביעד רוזנק).

יש ביטויים פחות חזקים לתפיסה קומפלמנטרית למשל אצל הרב דסלר, הוא מדבר על אלו ואלו- הפרספקטיבה של כל אחד שמסתכל רק על צד אחד ושני ההיבטים יחד מהווים את השלם. הוא עושה זאת תוך הסתכלות על דף נייר. אחד יתאר את דף הנייר מהצד הצר שלו והשני מהצד הרחב. יש פה תיאור חלקי של כל אחד ואחד ולמעשה מדובר על תאוריה קומפלמנטרית.

השאלה ממה נובעים שני התיאורים לגבי המציאות. אמרנו שיש שלושה מודלים. הראילסיטי הכי בעייתי כי הוא מכיר בכך שבמציאות עצמה יש דבר והיפוכו ושניהם נכונים לצורך העניין. לגבי המודל הזה אין ראיה חד משמעית שהתלמוד אחז בגישה כזו. אפילו המקור בגיטין הוא מאוד מורכב כי הוא אומר אח"כ דבר והיפוכו והוא כנראה נוגע להגדרה של הסיבתיות שיש בה משהו מעבר למציאות עצמה וכך ניתן להסביר איך שניהם צודקים.

באשר לגישה הפלורליסטית האנתרופולוגית יש לה יותר תמיכה בהלכה, התפיסה של אין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות מוכנה להכיר בכך שמה שאנו מסתכלים ואותנו מעניין באיך המתבונן רואה זאת- האם מדובר על חוסר יכולת לקבוע גבול בין שני צבעים.

בין השמשות יכול להתפרש לפי המודל האנתרופולוגי בשל הקושי לקבוע מתי בדיוק עובר הקו בין יום ולילה או אור וחושך לצורך העניין, זה דבר שנוגע לקושי ההגדרה של הזמן המעורפל. הקושי לקבוע את נק' הגבול יכול להיות לא רק מבחינת אחוז החושך והאור אלא מנק הזמן- אם אנו עוצרים בנק' זמן מסוימת השאלה היא האם זה שייך למה שהיה לפני או אחרי. בבין השמשות ניתן לראות שתי נק' גבול- אור/חושך וגם מבחינת הזמנים.

המודל השלישי עשוי להפתיע אנשים שחושבים שהיהדות דוגלת רק בגישה אחדותית. ניתן לתאר את הגישה הקומפלמנטרית לפי הגישה של נוזיק כתפיסה פלורליסטית במובן החלש. בין השמשות מבחינה קלאסית יכול להיראות כתופעה שהדעות השונות של חז"ל יכולה לקבל פשר לפי התאוריה הזו. ישנן גם תפיסות פילוסופיות המדברות על אחדות ההפכים, אצל הרב קוק זה דבר שהוא מסביר באמצעותו הרבה מאוד תופעות- איך כל מיני דברים שנראים סותרים מתאחדים אצל האל אבל מבלי לאבד את זהותם או האופי שלהם. מדובר על תורה פילוסופית יותר שעושה שימוש בפרשנות קומפלמנטרית.

התפיסות הפוסט מודרנית והדואליסטית הן תפיסות חדשות יחסית. לקרוא את מקור מס' 2.

גישה דואליסטית מבחינה בין המשפט לבין האמת העובדתית. לכאורה, אמת משפטית ואמת עובדתית לא אמורים לשקף זה את זה.

הגישה הדואליסטית אומרת שלא זו בלבד שיש אמת הלכתית לאמת משפטית אלא שחכם יכול ליצור מציאות אלטרנטיבית ולהשפיע על המציאות.

5.12.12

המודל השלישי- מודל שבמידה רבה מאפיין חלק מהרבנים הפועלים במקביל לתק' הפוסט מודרנית שאנו מצויים בקרבה. הגישה הפוסט מודרנית אומרת במידה רבה שאין אמת אוניברסלית אחת. האמת שלי היא האמת וכפי שאני רואה את הדברים זו האמת, ייאוש מהיכולת לקבוע אמת אובייקטיבית יחידה. השאלה היא האם אפשר למצוא תפיסות דומות במקורות המשפט העברי.

בספרות ההלכה הקלאסית קשה למצוא גישות עד כדי כך קיצוניות. ספרות ההלכה בד"כ היא מאוד רציונלית אבל בכל אופן אנו מוצאים ביטויים כאלה ואחרים אצל חכמים שפעלו במאה האחרונה. זו מגמה האופיינית ל 100 שנה האחרונות.

**הרב יעקב קנייבסקי, בעל הקהילות יעקב.** הנושא של מחלוקת במציאות זה נושא שמאוד מטריד במאה 19 ו 20 וחכמים נשאלים לגבי השאלה הזו. הוא לא דוגל בגישה פוסט מודרנית מלאה אבל יש היבטים של תפיסה לפיה האמת שלי היא גם אמת, האמת שלך היא לא בהכרח האמת היחידה. גם האמת שלי יכולה להיות אמת.

מקור 1- הוא נשאל ע"י הלומדים על מחלוקת במציאות- יש מחלוקות בפרקטיקה, דברים שנוגעים למציאות עצמה כפי שהיא הייתה. השאלה היא איך אנו יכולים לחלוק- יש לברר מה קרה שם באופן מעשי והתשובה אליה נגיע היא הנכונה. הרב קנייבסקי מציג עמדה יחסית מתונה, הוא אומר שבאופן מקרי דעה אחת היא זו שעל פיה נהגו בביהמ"ק אלא נהגו בשני אופנים אבל הוא אומר שדעה אחת היא זו שעל פיה נהגו בדיור כפי שדעה של חכם אחד, אם היא מבוססת על כללים שהתורה נדרשת בהם, אין הוכחה נגד דבריו. גם אם הייתה מציאות אחרת, פוטנציאלית היא הייתה יכולה להיות אחרת. הוא אומר שבביהמ"ק פסקו לפי דעה מסוימת אבל גם הדעה השנייה נכונה, אין עדיפות של אמת אחת על פני אחרת.

הרב יצחק הוטנר, מקור 2- נשאל על השאלה התיאולוגית, מציאותית איך ניתן להסביר את הנושא של מחלוקת במציאות? ההסבר שלו מציג בצורה יותר מלאה גישה מעין פוסט מודרנית. יש מחלוקת מה היה הגודל של קרשי המשכן- זו מחלוקת שנוגעת למציאות או שזה צודק או שהשני צודק.

יש פה הבחנה בין אדם רגיל לבין

אם אדם מסוים קובע ואומר שקרשי המשכן שונה מהמציאות כפי שהיא הייתה אז הוא טועה.

הוא אומר שכשם שיש גניזה פיזית של המשכן יש גם גניזה בדעת. יכול להיות מצב בו אנו לא נהיה מסוגלים לגלות את האמת, גם אם נתאמץ ממש. אין אמת אוניברסלית- יש גניזה ודעת.

יש פה מין ביטוי כזה, קצת דבר והיפוכו. הוא אומר שיש לכל מציאות את האמת שלה וממילא גם חכם הלכה כאשר הוא רואה מציאות מסוימת זה גם סוג של אמת, מציאות. יש פה שילוב בין גישה שאומרת שיש גניזה בכוח הדעת- אין אמת אוניברסלית יש דבר שנסתר ואין אפשרות לדעת אותו. מצד שני יש לכל אחד את האמת שלו.

יש לו איזה מין סתירה פנימית כי בהתחלה הוא אומר שאם אדם מסוים שהוא לא חכם הלכה יאמר משהו שהוא מנוגד למציאות כפי שהיא אז הוא טועה לעומת זאת כאשר הוא מגיע לחכם הלכה הוא אומר שהאמת פה היא נעדרת, אם הוא מגיע לזה לפי ההלכה בכוח הדעת שלו אז לכל מציאות יש את האמת שלה. למה אצל חכם ההלכה זה לא גנוז? יש פה סתירה.

מצד אחד הוא מבחין בין חכם הלכה לאדם רגיל ומצד שני כאשר הוא מגיע לחכם הלכה הוא אומר שיש גניזה בדעת, האמת נעדרת ובלתי ניתנת לגילוי.

הוא לא אומר שאם חכם מסוים מתאר משהו בניגוד למה שהיה במציאות זה בעצם בדיעבד משנה את המציאות כפי שהיה אז. זה מין תפיסה כזו שהתוצאה של הפרשנות של החכם שקולה כאילו כך היה במציאות. הוא יוצר מין אבחנה אצל החכמים יש אלו ואלו גם ביחס למחלוקת הנוגעת למציאות עצמה כי יש פה חלק נסתר שהם באמצעות דרשותיהם יכולים לומר דברים שונים.

אותו לא מעניינת המציאות.

הרעיון של גניזה בדעת מאוד מזכיר תפיסה פוסט מודרנית.

בעקבות הסיפא של הרב הוטנר שמבטאים הבדל בין חכם היסטוריון או במדע לבין חכם ההלכה שלגבי האחרון לא חייב להיות מתאם בין מה שהוא קובע לבין המציאות.

**גישה דואליסטית**

מבחינה בין אמת משפטית לעובדתית.

גישה כזו התחילה אצל דיוויד יום שחשיבה משפטית מבחינה בין תחום המציאות הפיזית לבין התחוםפשל החוק והדין הנורמטיבי. מקובלת התפיסה שבתחום המשפטי יש את ...

המדע עוסק ביש במצוי והמשפט עוסק בראוי וממילא איש המדע והמשפטן יכולים להסתכל באופן שונה על אותה מערכת עובדות ולתת לאותה מערכת עובדות פירוש שונה.

מכאן אנו מגיעים לתאוריה העיקרית של קלזן שהמשפט והתאוריה המשפטית הטהורות הן לא תאוריות רגילות כמו מדעי הטבע אלא יש פה תאוריה נורמטיבית, זה מייחד את המשפט לעומת מדעי הטבע. זה דבר שמאפיין גם פוזיטיביסטים אחרים. יכול להיות שהמדע מתעניין בסוג מסוים של סיבתיות והמשפט במי לייחס את האשמה.

ההבחנה הזו עומדת בלב השיטה האדברסרית חלק מתפיסת האמת שמתגלית בשיטה זו, היא לא אמורה לשקף אמת עובדתית אלא משפטית כפי שמתורגם עפ"י כללי הראיות והדרך בה השופט משקף את המציאות.

כמובן שגם בהלכה ניתן לדבר על עצם ההבחנה בין האמת העובדתית להלכתית דתית. גם במקורות קדומים עצם הגישה הדואליסטית זה דבר שמאפיין חלקים גדולים בהלכה. למשל- נושא קידוש החודש.

מקור מס' 1- רבן גמליאל קידש את החודש בזמן אבל לא כל החכמים שקידוש החודש היה נכון, רבן גמליאל שלח לר' יהודה שיבוא אליו ביום הכיפורים ביום בו נראה לו שהוא חל לפי ספירת החודש שלו. הוא רצה לראות האם הוא מקבל את קביעתו של ראש הסנהדרין. ר' עקיבא מצא אותו מצר. ר' עקיבא נותן לו תשובה פורמלית- כתוב אלו מועדי ה'. כלומר קביעת החודש נעשית בידי בית הדין. בסופו של דבר רק יהודה קיבל עליו את הדין.

מקור מס' 2- הרמב"ם מסביר את היסוד שעומד מאחורי הדברים האלו. הרעיון של הגניזה בדעת אחר מאשר כאן. כאן הגישה הדואליסטית מאוד פשוטה. זו גישה פוזיטיבית.

דיני טרפות הרמב"ם מונה את מס' הטרפות שאמרו חכמים והוא אומר שלמרות שאם נמצא שחלק מהטרפות הן לא באמת טרפות מבחינה מציאותית זה לא משנה, אנו נלך לפי מה שקבעו חכמים. חכמים קבעו מס' טרפות, יכול להיות שזה תואם את המדע אך זה לא משנה. אנו הולכים לפי הקביעה המשפטית מה זה טריפה ולא לפי הקביעה המציאותית.

מקור מס' 4- תורת חיים. הרב חיים מבריסק דן בשאלה כאשר הסוגיה התלמודית מנסה לבחון מה היחס הגאומטרי בין היקף המעגל לקוטר, הגמרא עצמה לומדת זאת מפסוקים. עולה הטענה מדוע מביאים ראיות מהפסוקים , אלא יש לשאול אדם שמבין בזה ולהסתכל על המציאות. אם אנו רוצים לברר דבר הנוגע למציאות לומדים זאת דרך התורה שהיא משקפת את האמת, זה סוג של אמת תורנית המכריעה ולא אמת עובדתית.

רבים שעסקו בגישה של ר' חיים מבריסק אפיינו אותו כפוזיטיביסט.

מעבר לדמיון בין הגישה הפוזיטיביסטת לגישתו של חיים מבריסק ואנשי הישיבות הלטאיות במאה ה 19 ו 20 יש תוספת שלא קיימת פה.

אנו יכולים להגיד שאין הבדל בין הרמב"ם במקור מס' 2 לתורת חייפ במקור 4 אבל יש חשיבה האופיינית לחכמי ליטא במאה ה 19 ו 20 שרואה את המשפט כעובדה. ההלכה יכולה ליצור מציאות וזו גישה מיסטית, אונטולוגית. חכמים יוצרים מצאיות אלטרנטיבית.

יש סיפור מאוד ידוע שמבטא את הלך החשיבה של ר' חיים. בשבת מכינים תה בכוס שלישית, מסופר שבנו של ר' חיים מבריסק נשפך עליו תה מכוס שלישית, הוא צעק כי כאב לו. ר' חיים נתן לו סתירה ואמר שאם חכמים קבעו שזה לא מבשל אז לא צריך להיות כואב לו.

חכמים יצרו מציאות של המשפט כעובדה, האמת המשפטית לא יוצרת מציאות אחרת.

זו גישה לא פוזיטיביסטית, היא שונה מהגישה הפוזיטיביסטית הרגילה כי הם יצרו פער בין המציאות למשפט אבל ישנם גישות אחרות שרואות את החיבור שבין המשפט למציאות האונטולוגית בצורה מורכבת יותר. ישנם כיווני חשיבה על פיהם

יש סוג של חזרה לחוקי הטבע, יש חוקים משפטיים הנתפסים כסוג של חוקי טבע, הפוזיטיביסטים יצאו כנגד גישה זו אבל אנו מוצאים מופעים של החשיבה האונטולוגית הזו גם אצל משפטנים מודרניים.

אנו מדברים על גישה אונטולוגית מיסטית שאומרת שחכם ההלכה לא זו בלבד שהוא יכול לקבוע משהו מנוגד על המציאות אלא שהגישה שלו משפיעה על המציאות, המשפט כעובדה. גישתה יכולה ליצור אמת עובדתית. המשפט כעובדה. זה בניגוד לגישה הפוזיטיביסטית. במאה ה 19 20 יש לנו מודל מחודש שהוא סוטה מהגישה הפוזיטיביסטית כי היא מפרידה בין האמת המשפטית לעובדתית . הם מתחילים בגישה פוזיטיביסטית אבל אז הם עושים שינוי מפתיע.

חוקי המשפט הם סוג של משפט טבע, הם משקפים את המציאות כפי שהיא. לדבר הזה יש משמעות רבה מבחינה אונטולוגית.

מקור מס' 3- כיצד לבאר את מחלוקת התנאים מהו זמן מעשר בהמה. הגמרא אומרת שזה תלוי בשאלה מתי הבהמות יולדות, שאלה עובדתית פשוטה. השאלה היא איך הם חולקים לגבי המציאות שיבררו מתי הבהמות יולדות ולפי זה יכריעו. המציאות נקבעת אך ורק על פי התורה. הוא מתחיל בגישה פוזיטיביסטית, המציאות לא מעניינת אותנו אלא איך תוכרע ההלכה.

התאולוגיה שעומדת מאחורי זה- ישנם כל מיני מדרשים שאומרים שהתורה קדמה לבריאת העולם. יש פה מין תפיסה שהמציאות הולכת אחר התורה. התורה מפעילה את המציאות, יש לה השפעה לגבי המציאות. היא קדמה לעולם בזמן ולכן היא יכולה גם להוביל למציאות.

הגישה הפוזיטיביסטית היא שלא מעניין אותנו האמת העובדתית אלא ההלכתית.

לאחר מכן הם אומרים שברגע שקבעו החכמים קביעה מסוימת זה משפיע על המציאות, זו מציאות חדשה.

יש פה מהלך שלם לפיו כל המציאות נקבעת עפ"י התורה.

מדוע הגישה הזו התפתחה בתק' ההיא?

כי התשובה הייתה מספיק טובה פוזיטיביסטית, מדוע נזקקנו לתוספת שחכמי ההלכה יוצרים מציאות אלטרנטיבית?

הגישה הבריסקאית נוצרה כתשובה פנימית של היהדות האורתודוכסית להשכלה. ההשכלה הטענות החזקות שלהם היו שחכמים אומרים שטויות, אנו יודעים דברים על המדע ודבריהם של חכמים לא משקפים את המציאות. יש פה אידיאולוגיה אפולוגטית.

הם נזקקו לכך כי היה להם קשה מאוד להתמודד עם התחושה של סתירה בין הדת למדע ולכן הם מגיעים לתאוריות מאוד נוקשות, שלא מסבירות מבחינה מושגית אבל מה שמשותף להם זה שחכמים לא טועים.

לפי הגישה האונטולוגית חכמים גם כן יוצרים מציאות והיא נקבעת רק לפי התורה.

דווקא המוזרות והשונות של שני המודלים האחרים והעובדה שהם מופיעים במאה חמישים שנה אחרונות אצל ראשי ישיבות מסוימים מוביל למסקנה שזו הדרך בה הם ניסו להתמודד עם ההשכלה.

ברור שישנם עובדתית מחלוקות הנוגעות למציאות בתלמוד והשאלה היא איך מסבירים אותם, זו שאלה תלוית הקשר, כלומר תלוי את מי שואלים.

חשוב מאוד להבחין בין ארבעת המודלים עליהם דיברנו.

בגישה הדואליסטית יש מודלי משנה- רגילה ומיסטית.

גם בפלורליסטית היו מודלי משנה.

אם אנו שואלים מי צודק, הגישה המוניסטית בוודאי משקפת את המיינסטרים ולפיה לא יכולה להיות מחלוקת אמיתית הנוגע למציאות ממש אלא מחלוקות כאלו, הן כאלו מסיבות שונות- קשה לברר מה האמת, מדברים על זמנים ונושאים שונים והניסיון להעריך את המציאות.

הבחנה בין עניין בעובדה לעניין במשפט זה דבר שנועד לכישלון ופעמים רבות המחלוקות נוגעות להערכה ההלכתית ביחס למציאות.

הגישה האנתרופולוגית היא גישה פלורליסטית משמעותית שאומרת שבמידה רבה הכול תלוי בעיני המתבונן וגם יש תחומים בהם המדע עצמו לא מכריע כמו למשל נושא של צבעים ובין השמשות.

סיבתיות עמומה

פסיקת פיצויים חלקיים במקרה של סיבתיות עמומה.

ד"נ מלול- יכול להמחיש לנו את הבעיה. הייתה שאלה של רשלנות רפואית בלידה של פגה, תינוקת שנולדה בביה"ח כרמל והייתה נכה בשיעור של 100%. האם הייתה בשבוע ה 29 להריונה, משקל העובר היה קטן. בכל מקרה הלידה הייתה אמורה להיות לידת פג. לאם הייתה ירידת מים מוקדמת, הוחלט לעשות קיסרי והבעיה היא שזה לקח הרבה זמן לאחר הדימום המאסיבי- 45 דקות. התובעים טענו כי עצם ההחלטה לבצע את הניתוח בשלב מאוד מאוחר מהווה רשלנות רפואית. היו שלושה גורמים לתוצאה- שניהם מהם לא עוולתיים והם הפגות והנכות, נסיבות אובייקטיביות וגורם שלישי עוולתי והוא האיחור בניתוח. יש פה מישהו שהתרשל בשאלה זו. זו סוגיה קלאסית של עוולה בלתי מוגמרת, ברור שהייתה התרשלות של ביה"ח אך חסר לנו קש"ס. הקש"ס עמום זה יכול להיות כתוצאה מהרשלנות, הדימום, שניהם וכו. ולא ברור איל זה השפיע.

במחויז פסקו 40% נזק לפי ההערכה שלהם, הם עשו אומדנא – 60% הם ייחסו לגורמים הלא עוולתיים ו 40% לגורמים העוולתיים.

זה הגיע לד"נ, מה היה החידוש הגדול? הקביעה עפ"י אומדנא. בד"כ קובעים עפ"י מאזן הסתברויות, אם לא הוכחת מעל 50% שהרשלנות של ביה"ח היא זו שגרמה לנזק אז לכאורה לפי התפיסה הקלאסית היה צריך להיות מצב שהתובעים יצאו ללא שום פיצוי כי הסיבתיות עמומה והאחוז המיוחס לרשלנות של ביה"ח הוא פחות מ 50%. דבר זה מעורר תחושה לא נוחה של אי צדק, הרתעת חסר בגין הרשלנות של ביה"ח, אין פיזור נזק, צדק חלוקתי וכו. ולכן הם ניסו ללכת בדרך אחרת- קביעת פיצוי חלקי עפ"י הסתברות אבל בד"נ זה התהפך שוב.

בד"נ לא ברור מה היה פס"ד הסופי. כמובן שביטלו באופן עקרוני את האפשרות לפסוק פיצוי עפ"י הסתברות למעט מקרים של הטיה נשנית.

השאלה מאוד מאתגרת, על פניו ניתן לנקוט בארבעה מודלים שונים להתמודדות עם השאלה הזו, וכל אחד מהם מצוי במקורות המשפט העברי.

**מודל ראשון-** לא נותנים פיצוי במקרה של סיבתיות עמומה, דביקה בעיקרון המסורתי של "הכול או כלום". מעל 50% הוא מקבל את כל הפיצויים.

**מודל שני-** מתן פיצוי מלא גם אם הסיבתיות פחותה ממאזן הסתברויות כי היה כאן מעשה התרשלות שרוצים להרתיע לגביו, נגרם נזק וכו.

**מודל שלישי-** העברת נטל השכנוע. הדבר מדבר בעד עצמו, נזק ראייתי. מעבירים את הנטל לנתבע שיוכיח שההתרשלות שלו היא לא זו שגרמה לנזק. בד"כ יגרום לנתבע להפסיד.

**מודל רביעי-** נותן פיצויים חלקיים, עפ"י הסתברות. הייתה הסתברות של 20% שהגורם הזה גרם לנזק וזה השיעור שאתה תשלם. מתאם בין הגורם שהביא להגברת הסיכון לבין הפיצוי שניתן בפועל.

במקורות אנו רואים שזה דבר שנחלקו בו חכמים ותנאים.

חכמים וסומכוס הציגו שתי גישות עקרוניות.

חכמים יציגו גישה של הכול או לא כלום, כל עוד לא הוכחת בצורה משכנעת שההתרשלות גרמה לנזק אין פיצויים. לעומת זאת סומכוס מכיר באפשרות של פיצויים חלקיים- יחלוקו לגבי ממון המוטל בספק.

מקור מס' 1 – שור שנגח את הפרה שהייתה מעוברת ועוברה נמצא בצידה. אנו באים מיד אחרי מעשה הנגיחה ורואים ולד מת לצד הפרה, יש פה סיבתיות עמומה. ברור שהיה פה מעשה של נגיחה, לגבי הפרה אין שאלה. השאלה האם הולד הזה מת כתוצאה מהנגיחה או מוות טבעי? יש פה מקרה שמבחינה מושגית הוא אותו דבר, עוולה בלתי מוגמרת שהשאלה היא הסיבתיות. מדובר על שור תם שמשלם חצי נזק.

לענייננו לא ידעו האם הנזק מנגרם כתוצאה מגורם לא עוולתי טבעי, או מהעוולה. התוצאה- משלם חצי נזק לפרה כי זה המקסימום ששור תם משלם. לולד משלמים חצי מחצי כלומר- רבע.

אם הסה"כ היה יכול להגיע לחצי נזק לגבי העובר הוא משלם פיצויים חלקיים בגלל הסיבתיות העמומה.

שור תם זה שור שעדיין לא נגח וכנתון הוא משלם חצי נזק. לענייננו, הוא משלם על הפרה שלגביה אין בעיה של סיבתיות 100%- חצי נזק. ולולד- רבע.

הגישה מתייחסת למצב של סיבתיות עמומה, יש נגיחה, עובר מת ונזק משלמים פיצויים חלקיים.

בתלמוד הבבלי נאמר שהמשנה הזו מבטאת את דעתו של סומכוס כלומר, סומכוס הוא זה שסובר באופן עקרוני שממון המוטל בספק יחלוקו. זה נאמר בהרבה משניות והקשרים. אם יש לך ספק הנוגע לסיבתיות, לא רק בנזיקין אלא גם במכר- אם מכר בהמה והיא ילדה, השאלה היא האם היא ילדה לפני או אחרי המכירה. חכמים חולקים עליו- כלל גדול בדין הוא המוציא מחברו עליו הראיה. הם לא מקבלים את המשנה או ההלכה הזו. לדעתם יש לשלם אפס לבעל השור על הולד כי הנטל הוא על בעל העובר- המוציא מחברו עליו הראיה, כל עוד הוא לא מוכיח במאזן ההסתברויות שההתרשלות גרמה לנזק אז לא מקבלים כלום.

מסתבר שדווקא דעתו של סומכוס היא הדומיננטית. אם כי ישנם משניות אבל הן מועטות הרבה יותר שמנוסחות לפי הגישה של חכמים. אך גם אם בתק' התנאים הדעה של סומכוס הייתה הדומיננטית יותר, בתלמוד עצמו קיבלו את עמדתם של חכמים כדעת הרוב לפיה המוציא מחברו עליו הראיה.

מקור מס' 2: כל עוד התובע לא מביא ראיה ששורו הוזק ע"י השור של הנתבע הוא לא מקבל פיצוי.

מדובר על מצב שבו שור הזיק לשור אחר אך יש כאן בעיה עם הסיבתיות- לא ברור מי גרם לנזק השור או סלע, לכאורה הציפייה הייתה שהפתרון יהיה יחלוקו כי מדובר על ממון המוטל בספק אך הדעה המובאת כאן היא שהמוציא מחברו עליו הראיה.

המוציא מחברו עליו הראיה, המודל של חכמים, כל עוד לא הוכח מעל 50% אז לא מקבלים שום פיצויים, גם אם הייתה התרשלות או נזק. זה גישה של הכול או לא כלום. זה מסוג הדברים שהגמרא אומרת למה נקרא סברה, זה דבר שלא צריך להיות מבוסס על הפסוקים אלא יש לו הגיון. אם יש לך טענות, אז אתה צריך להוכיח זאת. במשפט הישראלי יש לנו גם סוג של כלל כזה למרות שהדברים שונים מאוד במשפט הישראלי והעברי.

זה מאוד רציונלי הכלל הזה, יש פה שמירה על בטחון משפטי ויציבות. יש גם יסוד להניח שמבחינה כלכלית ניתן להצדיק את הכלל הזה, גם מבחינה הסתברותית פשוטה יש פה גם הגיון.

עפ"י רוב המצב במציאות הוא המצב שצריך להיות עפ"י הדין.

פרופ' אלבר- אם אתה רוצה להוכיח משהו בניגוד לחזקה מסוימת, אתה צריך להוכיח. כל עוד לא הוכח אחרת מבחינה הסתברותית הדברים כפי שהם ממשיכים לעבוד הלאה. יש פה הגיון רב אבל יש בגישה הזו יש בעיות קשות מבחינה פרקטית בגלל שאנו רוצים לדעת מה לגבי תיקון הנזק- יש פה ניזוק שאין לו מאיפה לגבות, במיוחד בהתייחסות לפיזור נזק, מה לגבי הרתעה- הרי הייתה פה התרשלות ברורה.

מדוע היו מוכנים לקבל את ההטיה הנשנית? אם ביה"ח עושה את ההתרשלות הזו מס' פעמים אז ברור שאותה התרשלות אכן גרמה לנזק.

זה מודל ראשון.

מקור מס' 2- מודל של מתן פיצוי מלא, הוא פחות סביר ואומר שאם יש הסתברות ממשית אפילו אם היא פחותה מ 50% ייתנו פיצוי, אפילו מלא. מדובר על מודל בעייתי מאוד שאומר שניתן הכל. יש פה בעיה של הרתעת יתר ובעיות נוספות אבל זה גם מודל שתמיד דנים בו בספרות כאחד מהאופציות, הוא יכול גם לתת הצדקה מבחינה הרתעתית, על עצם ההתרשלות יש לשלם נזק. זו צורת חשיבה שדומה לדיני העונשין אנו מענישים על התנהגות, התרשלות ואשם ופחות מעניין אותנו אם ההתרשלות גרמה לנזק. אנו מענישים על ההתנהגות. זהו המודל הכי בעייתי.

למודל זה יש מקבילות במשפט העברי אם כי זה מודל בעייתי גם במשפט העברי, זה לא מודל דומיננטי. הכול או לא כלום או פיצוי חלקי זה המודלים היותר דומיננטיים.

הגברת סיכון- כאשר אנו מדברים על פיצויים חלקיים. עצם העובדה שחשפתי אותך לסיכון מסוים, הגברתי לך את הסיכון לחלות במחלה מסוימת וזה כשלעצמו מחייב קבלת פיצויים.

יש הכרה בעילת הגברת סיכון כמחייבת פיצוי, ופה מדובר על פיצוי חלקי.

שתי סוגיות הנוגעות למקרים של הגברת סיכון:

מקור מס' 4- המשנה דנה באדם שהתרשל בשמירת בהמה וכתוצאה מכך היא יצאה למקום פתוח ליד הנהר לאגם ושם היא מתה כדרכה, לא מצאו שהיא נפגעה ממשהו. השאלה היא האם ניתן לחייב את השומר שהתרשל בשמירה בתשלום פיצויים?

לדעת אביי, יש לשלם פיצוי מלא ואילו לדעת רבא הוא פטור. יסוד המחלוקת בין שני האמוראים? אביי- ניתן אולי לומר שאוויר האגם הוא זה שהרג את הבהמה. לעומת זאת, רבא סבור כי השומר פטור. מדוע? שכן בעצם מלאך המוות פגע בבהמה, זה היה זמנה למות. אנו לא יודעים כתוצאה ממה היא מתה, במקרה זה היה באגם. ממילא אין קש"ס. לדעת רבא באופן עקרוני השומר פטור כי לא הוכחנו קש"ס. יסוד המחלוקת ביניהם היא לא מחלוקת במציאות, אלא יש כאן מחלוקת משפטית עקרונית והם מציגים שתי גישות קלאסיות ביחס להגברת סיכון. רבא נוקט במודל של הכול או לא כלום- כל עוד לא הוכחת שההתרשלות גרמה למוות אתה לא צריך לשלם פיצויים. לעומת זאת אביי דיבר על המודל השני, אנו לא יודעים מה גרם למוות אך זה כשלעצמו מצדיק תשלום מלא.

ברור שיש מחלוקת עקרונית בין שניהם אם במקרה בו ברור שיש גורם מסוים שהוא לא בהכרח דומיננטי אך אפשרי שגרם למיתה האם אנו הולכים בשיטה המחייבת פיצויים מלאים או בכזו הלא מחייבת פיצויים במקרה הזה.

שיטתו של רבא ברורה פה, העוולה לא מוגברת ואין קש"ס מוכח. הגישה של הכול או לא כלום.

אביי סבור לעומת זאת כי קשה לבטל לחלוטין את האפשרות שהבהמה מתה כתוצאה מההתרשלות.

ההגיון שעומד מאחורי דבריו- כיוון שהשומר התרשל במחדלו הוא חשף את הפרה לסיכונים מסוימים ולכן ניתן לחייבו את נגרם איזה נזק שניתן לומר שיש לגביו קש"ס.

ההנמקה שמעניינת אותנו ומציגה את המודל השני היא שיש פה התמקדות בהתנהגות, חשפת אותו לסיכונים שונים, די בכך שהסיכון הזה אפשרי לעניין המיתה, אפילו אם החשש רחוק מבחינה הסתברותית אנו יכולים לחייב אותך לפצות פיצויים מלאים.

עצם הנטייה של דיני הנזיקין העבריים לקרבה לדיני העונשין לא צריכה להפתיע אותנו, החלוקה היחסית מודרנית ביניהם זה לא החלוקה הקלאסית במשפט העברי, שם יש חלוקה בין דיני נפשות לממונות אך יש גם חלוקה בין דיני נזיקין לדיני קנסות.

מקור מס' 5 הוא יותר חד משמעי בכיוון אליו אנו חותרים- פיצוי מלא בגלל עצם הגברת הסיכון. אדם ששכר חמור, תנאי השכירות היו להוליך אותו בהר והוא הוליך אותו בבקעה, גם אם הוא הלך אותו מרחק, אבל הוא מת, השוכר חייב. תנאים סביבתיים של מישור והר הם לא אותו דבר, הוא צריך לשלם פיצוי מהר אפילו אם הוא לא הוליך אותו מרחק יותר רחוק מתנאי השכירות.

לפי הסבר אחד יש לחייבו בגלל שהוא מת מחמת אוויר, עצם שינוי מזג האוויר הוא זה שגרם למוות, הוא הגביר את הסיכון למות.

לפי הסבר אחר מדובר על כך שהבהמה מתה מחמת עייפות.

הסבר שלישי- הכשת נחש והנחשים יותר שכיחים במקום אחד מאשר אחר.

המשותף- חיובו של מוליך הבהמה הוא בשל העובדה שהוא הגדיל את הסיכויים שהבהמה תמות את תינזק. עצם השינוי הגביר את הסיכון ובסופו של דבר בגלל שהיא מתה משלמים תשלום מלא.

הסבר של הפרת חוזה- יש כאן מעין ענישה, שכל המעביר על דעת של בעל הבית נקרא גזלן, הפרת את תנאי החוזה ועל עצם זה קונסים אותך ומחייבים אותך למרות שלפי הסבר זה אין קש"ס ביחס למוות.

לפי שלושת ההסברים הראשונים זה קשור לגורם מסוים נסיבתי שמבחינה הסתברותית הוא לא דומיננטי.

הסבר רביעי- לא מדובר על מטרה רגילה של דיני הנזיקין אלא קנס על הפרת תנאי החוזה ופעולה בניגוד לדעתו של בעל הבית, כפי שראינו אצל אביי.

מקורות אלה צריך להתייחס אליהם בזהירות, לא ברור מדוע מחייבים בפיצוי מלא. דבר שני צריך לשים לב שמשניות אלו עוסקות בדיני שומרים וזה נמצא במסכת בבא מציעא, דיני הנזיקין הקלאסיים נמצאים בבבא קמא. השומר חייב בין השאר על ההתרשלות, זה סוג של דיני נזיקין אבל יש גם משהו מובחן אצל שומר וזה אולי הפן החוזי- שומר בניגוד למזיק יש לו יחסים בינו לבין מי שהפקיד אצלו (השוכר לעומת המשכיר וכו). יש חוזה ואסור לו להפר אותו.

שני המקורות הללו לפי חלק מהדעות מציגים הכרה באפשרות של פיצוי מלא גם כאשר הסיבתיות היא קלושה אבל זה דבר שלא ברור מה הטעם לכך. בכל מקרה- גם לפי המשפט העברי מודל זה לא דומיננטי, זה לא מודל שהפוסקים מחשיבים אותו בד"כ. הם דנים בעיקר בהכול או לא כלום או פיצויים חלקיים של סומכוס. זה לא מודל שהם מזכירים, קשה לנו לקבל אפשרות של תשלום מלא במקרה של סיבתיות קלושה.

**העברת נטל השכנוע לנתבע**

במקרים של סיבתיות עמומה , נעביר את הנטל לנתבע. המשמעות היא שאתה התרשלת, הנזק אירע, תוכיח שזה לא נגרם כתוצאה מההתרשלות שלך. אנו מכירים גישה זו במקרים של נזק ראייתי.

השלכה אחת ראייתית של נזק ראייתי- העברת נטל השכנוע ושזה מקים עילה לפיצויים. במשפט הישראלי התקבל רק העברת הנטל.

הדבר מדבר בעד עצמו- אם יש לנו עובד שיש לו תאונת עבודה, הוא עובד במכונה מסוימת ויש לו חתך והוא אומר שהנזק נגרם כתוצאה מהמכונה שיש בה סכינים והוא תובע פיצויים מהמעביד, ההסתברות הגבוהה היא שזה נגרם כתוצאה מהמכונה ולכן הנטל עובר למעביד. במקרה זה לנתבע. זה גם דרך להתמודד עם הסוגיה של סיבתיות עמומה, אתה התרשלת הנזק נגרם תוכיח שההתרשלות שלך היא לא זו שגרמה לנזק.

שיטה זו היא גם בעייתית במובן זה שבאופן מעשי במקרים בהם עובר הנטל יש פה הרתעת יתר וכו. זו גישה שמשתמשים בה במקרים מסוימים.

מקור מס' 7- מקרים של סיבתיות עמומה. בעל קצות החושן. הייתה התרשלות

כל עוד אנו יכולים למצוא קש"ס מסוים בין ההתרשלות לנזק הוא חייב, אתה חייב כל עוד אתה מוכיח שלא ההתרשלות שלך גרמה לנזק, זה עניין של מדיניות משפטית.

זה נאמר גם אצל החזון אי"ש.

דוג' נוספת שהיא פחות קשורה לדיני הנזיקין אבל זה דוג' יפה לדוקטרינת הנזק הראייתי, מקור מס' 6. מרי בר איסק- התמודדות קלאסית להעברת הנטל.

מקור מס' 6- תביעת גירושין הגיש בעל נ' אישתו מחמת מחלת האישה, בי"ד פסק שלמרות שהנטל להוכחה הוא על הבעל אך מכיוון שהמחלה נמצאת אצל האישה ויש לבדוק אותה והיא מנעה מהרופאים להעיד על מחלתה , הנטל הוא על האישה.

התובע לא יכול להוכיח שמתקיימת אותה עילה ולכן מעבירים את נטל השכנוע לגבי האישה. ההנחה היא שהיא חולה, כל עוד לא הוכח אחרת.

19.12.12

פסיקת פיצויים חלקיים במקרים של סיבתיות עמומה.

יש מודלים שונים להתמודדות עם הבעיה הזו, ארבעה מודלים. דיברנו על המודל המסורתי- הכל או לא כלום, המוציא מחברו עליו הראיה.

מודל קיצוני לכיוון השני נותן פיצוי מלא על עצם מעשה ההתרשלות.

במשפט העברי יש טשטוש בין דיני הנזיקין לדין הפלילי, יכול להיות שבעצם ההתנהגות הרשלנית יש אשם עליו ניתן להטיל קנס, מדובר על פיצוי עונשי ולא נזיקי במלוא מובן המילה.

מודל נוסף הוא העברת נטל השכנוע במקרה בו ברור שהייתה התרשלות ויש נזק, אז מעבירים את נטל השכנוע.

פיצוי חלקי- סומכוס אמר יחלוקו בממון המוטל בספק. לדוג' יש דמיון מסוים לשור שבעט בפרה ונמצא עוברה בצידה. סומכוס פסק שבמקרה כזה יחלוקו, יש כאן חריגה מהמודל המסורתי של הכול או לא כלום.

\*\*כנראה שבמשפט העברי המודל הדומיננטי היה של סומכוס.

נשאלת השאלה מה היחס בין שיטתו של סומכוס, יחלוקו לבין השיטה שבה אחדים מהשופטים בבתי המשפט רצו לפסוק פיצויים חלקיים במקרה של סיבתיות עמומה.

בעקבות, בין השאר, חוות דעת שיובל סיני הגיש לביהמ"ש אחד מהשופטים בפס"ד מלול (נאור ורובינשטיין) ביקשו להיסמך על שיטתו של סומכוס.

בסופו של דבר על אף הדמיון מבחינת התוצאה הסופית, פיצוי חלקי יש שוני רב בהנמקה שעומדת ביסוד השיטה של סומכוס לעומת שיטת שופטי העליון בפס"ד מלול.

מה עומד ביסוד פסיקת השופטים בפס"ד מלול?

הם מדברים על פיצויים יחסיים עפ"י הסתברות. במקרים של סיבתיות עמומה אנו אומרים שעצם הגברת הסיכוןאו פגיעה בסיכוי מקנה פיצוי.

כלומר, אם עפ"י אומדנא קובעים ש 20% שהגורם העוולתי של אי ביצוע ניתוח קיסרי הגביר את הסיכון לתוצאה הסופית זה כלשעצמו הוא יסוד מספיק כדי לחייב בנזיקין, מדובר פה בפיצויים עפ"י הסתברות שבמידה רבה ניתנת עפ"י אומדנא.

האם היסוד של דברי סומכוס הוא בהכרח פיצויים עפ"י הסתברות, יחסיים?

הוא מגדיר את שיטתו יחלוקו, מעולם סומכוס לא פסק שונה מנק' האיזון של חצי-חצי. הוא תמיד מדבר על חצי-חצי בממון המוטל בספק.

אמנם אנו מניחים שבמקרה של שור שנגח בפרה, גם אם היו פוסקים לפי מודל ההסתברות אז היו מגיעים לאותה תוצאה של חצי חצי אבל זה לא אומר שבמקרים אחרים היו מגיעים לתוצאות אחרות.

הנושא של יחלוקו זה דבר הנובע מיסוד משפטי אחר, לא שאנו מחשבים מה ההסתברות ועל פיה אנו גוזרים את הפיצויים החלקיים.

מתבקש לנסות לקפוץ לשור תם שנוגח, שם מדובר על חצי נזק. מה עומד ביסוד הפסיקה של המשפט העברי שבשור תם משלמים רק חצי?

הגמרא מתלבטת האם זה מתייחס להיבטים פליליים או נזיקיים. ישנם כאלו המסבירים זאת כסוג של צדק מחלק, הקצאת סיכונים או חילוק העלויות. מדובר על תפיסה כלכלית. האשם לא חזק ולכן אין פה 100%, אנו מחלקים זאת בין המזיק לניזוק, שניהם צריכים להיות חלק מהסיפור.

שור תם יש פה היבט של הקצאת סיכונים, חלוקת העלויות, סוג של צדק חלוקתי. זו האפשרות להסביר אולי את הגישה של סומכוס. אבל השיטה שלו לא נאמרה רק בדיני הנזיקין, עקרונית היא בכל תחומי המשפט האזרחי. יש פה תפיסה עקרונית וזה לא קשור לכל מיני סיכונים ועלויות של נזקים. נראה שההסבר הזה אולי נכון ומקומי לשור תם אבל על היחלוקו נראה שיש פה משהו הרבה יותר נרחב והגיוני.

מה יכול לעמוד מאחורי יסוד כזה? מלבד הדוקטרינה של צדק חלוקתי ופיזור הנזק.

זה דומה לפסיקה של פשרה, הרציונל שלה בין השאר הוא לעשות משפט של צדקה ושלום. אולי כל אחד יקבל משהו, לא את הכול אלא משהו וגם מבחינת בית הדין במקרה זה שהוא פוסק, זה לא שהוא לא יטעה אבל הטעות שלא תהיה פחותה.

מה ייחודי בדיני הפשרה? הם מצריכים את הסכמת הצדדים- יישוב סכסוכים בדרכים חלופיות. אבל כאן לא מדובר לדעת סומכוס שהשופט שואל את הצדדים האם הם מעוניינים בפשרה אלא הוא פוסק להם את זה.

צריך לשים לב שמדובר פה בפשרה כפויה. ראינו זאת אצל הרא"ש בתשובתו שהוא מדבר על מקרים בהם הדיין נמצא במבוי סתום מבחינה ראייתית, הוא הביא שורה ארוכה של דרכים לפיהם ניתן לפסוק. במקרה בו השופט אינו יודע הדברים אינם עשויים להתברר ולכן הוא פוסק פשרה.

למה תמכו בחצי? מעתה, מה הוא הטעם של יחלוקו? בוודאי לא פיצויים חלקיים עפ"י הסתברות. יש תפיסה רחבה יותר שיש ספק לבי"ד.

נראה, ומי שמרמז לזה הוא רבי שמעון שקאפ, הוא העלה את הדמיון בין שיטתו של סומכוס למושג הפשרה ע"י בי"ד, זה לא הפשרה הרגילה אלא זו שנעשית מצידו של בית הדין במצב בו הדברים לא יכולים להתברר ויש לעשות משהו.

ניתן בהחלט לומר שהמשפט העברי חרג מהכול או לא כלום אבל בהקשר זה השופטת נאור אמרה שניתן ללמוד מכך בסיס לפיצוי עפ"י הסתברות זה דבר לא נכון כי יש הבדל מבחינת הרציונל.

השופט רובינשטיין אמר דברים יותר מדויקים לגבי מה ניתן ומה לא מדבריו של סומכוס.

בד"נ עצמו הגישה הזו של פיצויים עפ"י הסתברות נדחתה. מדובר על גישה בעייתית למעט העניין של הטיה נשנית. יש פה תוצאות דומות אך היסוד העומד בבסיסן הוא כנראה שונה לחלוטין.

סומכוס בהחלט מכיר בפיצויים חלקיים אבל זה לא פיצויים לפי הסתברות.

עמוד 4, אפשרות פסיקת פיצויים חלקיים לפי המשפט העברי. למרות שלכאורה הדיון שלנו בדברי סומכוס הוא אקדמי בלבד, כי ההלכה היא לפי חכמים.

במידה רבה בפרשנות של הראשונים והפוסקים חלה מגמה לצמצם את הפער בין סומכוס לחכמים ולומר במידה רבה שהמחלוקת ביניהם מצומצמת אם בכלל. ישנם מקרים מסוימים בהם נכיר באפשרות של פיצויים חלקיים ונסטה מהכלל. אנו רוצים לבחון את הפרשנות שניתנה לדברי סומכוס ואח"כ סטייה מהתפיסה של הכול או לא כלום.

סומכוס- אנו רוצים לראות שלא בכל ספק יפסוק סומכוס יחלוקו.

שור שהיה רודף אחר שור אחר, הראשונים פירשו שגם שיטת סוכמוס. אם אנו מקבלים את השיטה של ממון המוטל בספק בצורה קיצונית אז כל עוד אין הוכחה אולטימטיבית של הנתבע הפתרון הוא יחלוקו.

המכנה המשותף הוא כאשר לכל אחד מהצדדים יש זיקה או שייכות לממון המוטל בספק, שייכות ממונית (דררא דממונא), גם אם לא היו טענות של הצדדים עצם המקרה מעורר ספק אימננטי, ללא קשר לטענות הצדדים מה באמת אירע כאן.

מקור 9- פרופ' אלבק מגדיר את שיטתו של סומכוס. גם סומכוס יודה שבד"כ נק' המוצא זה המוציא מחברו עליו הראיה. אבל, כאשר ברור שהספק לעולם לא יהיה ניתן להתברר אז ראוי לדעת סומכוס לחלק את הממון. יש פה מגמה של הכחשה וצמצום האפשרות בהם אנו פוסקים יחלוקו, רק במקום בו יש ספק אימננטי שלא יכול לעולם להתברר וטענות הצדדים שוות.

בעל תפארת ישראל, מקור מס' 10- הוא למד מהמקרה של שור שנגח את הפרה ונמצא עוברה בצידה.

לפי ההעמדה הזו, לא מדובר על מצב שבו באים 10 דק' לאחר הנגיחה ואז העובר מת כי יכולים להיות גורמים נוספים רלוונטיים. אלא ברור לנו שהייתה נגיחה ושמיד אחריה העובר יצא והוא יצא מת וממילא זה מגביר את ההסתברות, לא נוקבים במספר אבל צריכה להיות הסתברות סבירה שהוא מת מהנגיחה. צמצום האפשרויות להכנסת גורמים נוספים שגרמו למוות.

ממקור זה עולה שמבחינת המדיניות של העמדת דברי סומכוס לא כל ממון המוטל בספק יחלוקו אלא מדובר על ספק משמעותי, מסתבר שהוא לא נמוך בצורה קיצונית כי במקרה של ספק נמוך במקרה קיצונית לא יפסקו יחלוקו.

המאירי אומר מפורשות במקור מס' 11 שסומכוס דורש רצפה מסוימת של ספק. הוא דורש תנאי נוסף- שחזקה טענתו של התוחבע וחלשה טענתו של הנתבע. צריך הסתברות ברמה גבוהה כמו שור הרודף אחר חבריו. אמנם חכמים פסקו המוציא מחברו עליו הראיה וסומכוס יחלוקו, גם אם לא ראית בוודאות את הנזק נגרם יש קשר זמני, פיזי גדול בין המזיק לניזק ולכן ברור שצריך מדד מסוים, לא יודעים איפה התקרה שלו, אבל עצם צמצום האפשרות של קביעתו של סומכוס מחזקת את הטענה שהפער בין חכמים לסומכוס לא כזה גדול.

רק כאשר יש ספק באמתלה חזקה והדוגמאות רואים שבאמת השור רדף אחר חברו, קרבה גם פיזית וגם מבחינת זמן. מדובר על תנאי הכרחי כדי לפסוק יחלוקו.

שלושה תנאים שעולים מדברי המפרשים, מצמצמים את דברי סומכוס:

1. הספק לא נובע מטענות הצדדים, אלא במציאות עצמה.
2. הספק לא יכול להתברר.
3. זה בעצם הטענה של התובע, הסיכוי שמעשה ההתרשלות גם לנזק הוא סיכוי ממשי, יש פה הסתברות שלא ניתן להתעלם ממנה.

**שיטתם של חכמים**

כמותם נפסקה ההלכה. גם כאן בקרב פוסקי ההלכה, למרות דבקות עקרונית בדברי חכמים, הם מוכנים להכיר במקרים מסוימים גם באפשרות לפסוק לפי סומכוס וזה במידה רבה מין קביעה שישנם מקרים בהם אנו מוכנים לפסוק פיצויים חלקיים ולא לפי המודל הרגיל של הכול או לא כלום.

שיקולי מדיניות, הלכה למעשה זה לראות איך שני המודלים של חכמים וסומכוס התפרשו בפרקטיקה. אנו רואים שיש מגמה פרשנית מובהקת של הפוסקים לקרב ביניהם.

רמב"ם, מקור מס' 12: מדובר על מקרה הפוך- בהמה מעוברת שנגחה, השאלה היא האם העובר שותף לנגיחה וגם ממנו צריך לקחת תשלום או לא.

הרמב"ם פוסק המוציא מחברו עליו הראיה. גם במקור מס' 13 המשנה הנוספת שהבאנו, פוסק הרמב"ם שור שהיה רודף אחר שור אחר והשור הוזק, המוציא מחברו עליו הראיה. יש חילופי דברים בין הנתבע לתובע.

מקור מס' 14: ספק בהקשר של המכר, השאלה היא למי שייך הוולד? גם אם למוכר יש ספק מתי נולדה הבהמה. הרמב"ם פוסק שהמוציא מחברו עליו הראיה, מדובר על ספק מתי נולדה הבהמה, כל עוד הלוקח לא יביא ראיה שהיא נולדה לאחר זמן הקניין אז הוא לא זכאי לקבל את הוולד.

מקור מס' 15: כאשר המוכר והלקוח לא יודעים, הפסיקה היא יחלוקו. הפרה עומדת באגם, ברשות הרבים, זה לא שייך לאף אחד.

מה שחשוב לעניינו זה הטענות. במקור מס' 14 המוכר אומר איני יודע ואילו הלוקח אומר שזה שלו. במקור מס' 15 שניהם לא יודעים.

מדוע הרמב"ם פוסק יחלוקו? מה השתנה בין המקרים? לכאורה זה המקרה בו צריך לעשות קל וחומר- אם במקרה הראשון המוציא מחברו עליו הראיה אז גם במקרה השני.

מבחינת העובדות אותו ספק קיים, ההבדל בין הרישא והסיפא זה מבחינת טענת הצדדים ולא מבחינת הנסיבות העובדתיות.

מה שאנו רואים פה, איך שלא יהיה זה שהרמב"ם מוכן להכיר בנסיבות מסוימות בפסיקה של יחלוקו אך הנסיבות האלה לא שונות עובדתית.

השאלה על מי נטל הראיה בדיני הראיות המודרניים היא שאלה גדולה, ישנן גישות שאומרות שמי שיש להם את הנגישות הטובה ביותר לראיה עליו צריך להטיל את הנטל. הרעיון הוא יעילות, מטילים על מי שקל יותר או זול יותר להוכיח. אם הוא טוען אז מן הסתם יש לו יסוד להתבסס עליו ולכן יותר קל לו להוכיח את הדברים ולכן אנו מטילים עליו את הנטל. לכן במקור 14 אנו מטילים את הנטל על הקונה אבל אם שניהם לא יודעים וזה לא נמצא במוחזקות של אף אחד מהם, יש פה ספק עובדתי אז על סמך הנגישות לראיה אנו לא נטיל את הנטל על צד אחד כי שניהם לא יודעים ולכן במקרה זה אנו עושים יחלוקו.

מקור מס' 16, ערוך השולחן: מי שטוען צריך להוכיח את הדברים. במקרה זה אין מוחזקות פיזית, אין אפשרות להביא ראיה ומבחינה עובדתית הספק חזק מאוד ולכן גם במקרה זה יפסקו יחלוקו.

הרמב"ם באותה הלכה מפרט שזה תלוי בטענות. יש מקרים בהם אנו פוסקים תמיד המוציא מחברו עליו הראיה אבל יש מקרים בהם שניהם לא יודעים ושניהם לא מוחזקים ויש ספק עובדתי חכמים מוכנים להכיר באפשרות של פסיקה של יחלוקו.

מקרה בדיני הנזיקין, מקור מס 17: משא עודף שהונח על בהמה. אנו לא מסתכלים על השאר ששמו את המשאות שלהם, כי מדובר על בהמת משא והוא שם את המשקל העודף, במקרה בו היא יכלה ללכת עם שאר המשא (חוץ ממה שהוא שם), אך הרמב"ם אומר שאם לא יודעים האם הבהמה יכלה ללכת לבד גם עם ארבע חבילות או לא, אנו לא יכולים לברר את המבחן הקודם ולא ידוע אם היא יכלה ללכת או לא אז כולם משלמים שווה בשווה. זה סוג של 50-50, מחלקים כל אחד לפי חלקו.

אם אנו יודעים שהיא הייתה יכולה ללכת עם 4 משאות והחמישי הוא זה שהכריע את הכף, זה ששם את המשא החמישי משלם.

בעל קצות החושן למד מהסיפא- אם לא ידוע פוסקים שווה בשווה שלא תמיד פוסקים לפי המוציא מחברו, יש פה עיגון של פוסק חשוב שגם אומר שצריכים לקבוע מדיניות. אנו רואים פה תפיסה הלכה למעשה של אחד מהפוסקים החשובים, יש גם אמירה שגם אם פוסקים המוציא מחברו עליו הראיה יש פה מקרה שמצדיקה פסיקה של יחלוקו.

מה ההבדל בין המקרים האלה לאחרים? מדוע הרמב"ם חורג מהכלל של המוציא מחברו עליו הראיה?

בעל קצות החושן לומד מכאן במקור מס' 17 שלא תמיד חל הכלל של המוציא מחברו ולעתים פוסקים גם בספק שווה בשווה. מהם שיקולי המדיניות של הרמב"ם?

אנו מוצאים גם אצל רש"י פסיקה כדעת סומכוס למרות שנראה שהוא יודע ופוסק המוציא מחברו. גם בעלי התוספות אומרים את התזה הזו בהקשרים נוספים.

מקור מס' 18: שני פועלים שחרשו יחד במקום של סלעים ונשברה המחרשה, אחד מוביל את הפרה והשני מחזיק את המחרשה. לא ברור מי גרם לנזק- מי שלא כיוון כראוי או שזה שחרש בפועל במחרשה. רש"י אמר ששניהם משלמים, רש"י אומר שהדבר מוטל בספק ולכן שניהם משלמים. רש"י מכוון לפסיקה של סומכוס שבממון מוטל בספק אנו פוסקים יחלוקו. מדובר על דוג' נוספת, גם היא נזיקית שבהם אנו חולקים בסיבתיות עמומה. מה ההבדל בין זה לבין שני השוורים שרודפים אחרי השור השלישי וברור שאחד מהם גרם לנזק ואז שניהם פטורים? מה מיוחד במקרה זה?

יש פה הבדל בזהות המזיק, נזקי ממון לבין נזקי אדם.

ניתן לחשוב על הבחנות שונות אך לאור המתווה של בעל קצות החושן אנו צריכים למצוא משהו של מדיניות משפטית. מדוע כאן פוסקים המוציא מחברו עליו הראיה ובשני המקרים האלה רמב"ם ורש"י פוסקים יחלוקו? ניתן לומר שחכמים תיקנו ויש לשאוף למצוא שיקולי מדיניות.

מקור מס' 19: הרב זלמן נחמיה גולדברג והוא בהערות על הספר שהוא כתב על הרב שיינפלד מציע שתי הבחנות מסתברות בין שני המקרים אבל זה דוג' של ניסיון להתוות מדיניות משפטית.

הבחנה אחת במקור מס' 18 מדובר על שני פועלים שבוודאי עסקו במה שגרם לנזק אלא שיש ספק מי גרם שינזק. ההבחנה של הרב גולדברג, ניתן להבין אותה בכל מיני מובנים. במקור 18 היה מגע בין הפעולה שלהם לפעולה של הבהמה, השאלה האם הנזק נגרם כתוצאה מהפעולה שלהם או לא וזו השאלה שעומדת לנגד עינינו. יש פה מין קבוצה שכולה שותפה, כולם העמיסו על הבהמה ועשו חלק מהפעולה.

מקורות 17 ו 18 מה שמיוחד בהם זה שכל הגורמים המעורבים הלכו לעשות פעולה מסוימת שכתוצאה ממנה נגרם הנזק ובפיזית הם עשו פעולה בסופו של דבר הובילה לנזק לעומת זאת השוורים, מי שלא נגח רק רדף אחרי הבהמה ולא נגע. כל עוד לא ראו ששניהם בפועל נוגחים, לא ניתן לחייבו בנזק.

 מישהו עשה את הפעולה שיש לה קשר פיזי לנזק ואם יש שניים אז אנו מחלקים ביניהם. השאלה היא עד כמה אנו יכולים לבודד את אלו שבפועל התעסקו בעניין.

הרב גולדברג מעלה הבחנה נוספת, בין אדם המזיק לשור המזיק. זו הבחנה יסודית ביותר בדיני הנזיקין של המשפט העברי. הרמב"ם הבחין בין הלכות נזקי ממון לחובל ומזיק וגם תחילת מסכת בבא קמא מסתכלת על הזהות של המעוולים. לשיטת הרמב"ם אדם הוא מזיק גם אם הוא אנוס- מדובר על אחריות מוחלטת.

היקף התשלומים, אדם שהזיק לחברו משלם חוץ מנזק (הרכיב הבסיסי) גם תוספות- בושת (סוג של נזק נפשי), שבת(אובדן השתכרות), ריפוי.

מדוע לא חייבים אותו דבר אם השור שלנו נגח? ההסבר המקובל הוא שבאמת באדם שהוא חובל זה דומה יותר לתחום הפלילי. כלומר, אם מסתכלים בספר הנזיקין של הרמב"ם הוא מתחיל מנזקי ממון ומסיים בהלכות רוצח. היסוד של האשם של האדם הוא יותר גדול אם הנזק נגרם כתוצאה מפעולה שאני עשיתי בגוף שלי לבין נזק הרבה יותר עקיף- לא שמרתי על בהמה שלי כמו שצריך לכן הכלל הוא שהיקף הפיצויים הרבה יותר רחב. חלק ניכר מזה נקרא קנס- פיצויים עונשיים שמשיתים על החובל. ההבחנה בין אדם המזיק לשור המזיק זו הבחנה יסודית והיא יכולה להצדיק מדיניות מחמירה יותר במקרה שהאדם גרם לנזק.

פה אנו מדברים על בהמות. מקור 17 ו 18 מדברים על בני אדם.

יש הבדל בין פעולה אותה עושה האדם עצמו לעומת פעולה שנגרמה ע"י הממון שלו, שהוא לא שמר עליו.

מה היה קורה לדעת חכמים במקרה של עדן מלול?

לפי ההבחנה השנייה, התשובה היא יחלוקו. מדובר על רשלנות רפואית, אתה יודע שהכול תלוי בידייך והרשלנות הרפואית גרמה לנזק. התקנה של חכמים היא כדי לפצות ולהרתיע. מדובר על אותם שיקולים גם בפסיקת פיצויים חלקיים. יש פה גם עניין של הטיה נשנית.

הנק' היא לא נגיעה פיזית אלא הזיקה למעשה, זה לא נאמר ע"י הרב גולדברג. הרופאים הם יותר דומים לאנשים שהעמיסו חבילות ולא ברור מה גרם לנזק. אנו רואים עולם הפוך. יכול להיות שאפילו לשיטת חכמים במקרה כמו מלול יכול להיות שהיינו פוסקים פיצויים חלקיים.

הבחנה ראשונה מבחינה ואומרת שגם חכמים פוסקים המוציא מחברו אבל במקום בו אין מגע פיזי וזה לא חלק מקב' שמטפלת ופועלת את הפעולה שבסופו של דבר גרמה לנזק. אם נסתכל בצורה כזו אז כשם שחכמים לפי הגישה הזו חייבו את אותן אנשים שהיו שותפים בהעמסת המשא על הבהמה וגם לגבי הפועלים יש להניח שגם ביה"ח, לא מדובר על סתם שור שרודף אלא הם ביצעו את הניתוח הקיסרי, קיבלו את המטופלת ולא ביצעו מיד. פיזית הם היו חלק ממעשה הלידה וליוו אותה. יכול להיות שחכמים היו מודים במקרה זה הטלת פיצויים חלקיים בגלל שהמגע שלהם, הקרבה והפעולה היא יותר בעלת זיקה.

אנו מסתכלים על שיקולי מדיניות וכיצד המחלוקת התפרשה. אנו רואים במשפט העברי שאין פה שיטה של הכול או לא כלום או יחלוקו בכל מצב, השיטה הנכונה היא פסיקת יחלוקו גם במקרים מסוימים. יכול להיות שגם במקרים של הטיה נשנית.

צריכים לדעת שישנה הבחנה עצומה בין דיני הנזיקין לבין דיני הנזיקין במשפט העברי והיא נובעת מקיומו של ביטוח, יש כיס עמוק וממילא הרבה פעמים נמצא הבדלים בין המשפט העברי לישראלי בגלל היקף האחריות, סוג אבות הנזיקין וכו. המשפט הישראלי נוטה יותר לתת פיצוי מאשר המשפט העברי. הסיבה הקלאסית היא אי קיומו של ביטוח ולכן מי ששילם היה המזיק.

**יישוב סכסוכים בדרכים חלופיות.**

תנועת adr התפתחה בשנות ה 70 ומעלה בארה"ב.

דרכים ליישוב סכסוכים, סעיפים 79א,ב וג לחוק בתי המשפט- גישור, בוררות ופשרה (בהתאמה לסעיפים).

המטרות שעמדו לנגד התומכים בנושא של א.ד.ר:

1. שיקולי יעילות. המטרה היא להפחית עומסים, להוציא החוצה את הסכסוך. בוררות נעשית ע"י בורר חיצוני, פרטי. זה סוג של טיעון תועלתני. סנדר אמר שמעשית, מערכת המשפט קורסת.
2. צדק אחר. יתרונות אחרים שאנו משיגים בא.ד.ר שאנו לא משיגים בהליך השיפוטי הרגיל- הבניה של שיפור הקומוניקציה בין הצדדים, יש גישה טיפולית טרנספורמטיבית שאומרת שהמטרה שלנו היא לא ליישב את הסכסוך אלא להחצין את הרגשות וכו. מדובר על שיח אחר מזה שאנו מכירים בביהמ"ש- מעצים ומאפשר לנהל שיח למרות פערי הכוחות וכו.

גם בהליכי גישור ניתן להשיג פתרונות אחרים. אנו יודעים למשל שהסעדים שניתנים ע"י ביהמ"ש הם מוגבלים. מקרה קלאסי של הפרת חוזה ניתן לקבל אכיפה או סוגים שונים של פיצויים. הרבה פעמים זה לא יועיל כי יש פה חוזה למשל שלא שיקף את האינטרסים באמת של הצדדים ואת היכולות הכלכליות שלהם והרבה יותר יעיל יהיה לנסות ולחשוב למה החוזה הזה הופר. מגשר מקצועי יכול לעשות דבר יותר טוב והוא ניסוח חוזה עבודה חדש.

יש לנו את העניין של תכלית תועלתנית ויש סוג של צדק אחר, נשגב מטרות שמוגשמות במיוחד באותם הליכים.

מאפיין קלאסי נוסף נוגע לשאלה האם מדובר על הליכים שנעשים מחוץ לכותלי המשפט ובצילו, כלומר הם לא באים לכבוש את היכל המשפט אלא להיות אלטרנטיבות, דרך נוספת לצד הדרך של המשפט שאנו עושים מחוץ לכותליו ורואה בזה אלטרנטיבה מסוימת, זו גישה אולי יותר מקובלת באופן מסורתי. מדברים על אותו סדרן שמטרתו היא לכוון לדלתות השונות את הסכסוך מעין המינ"ת- מחלקה לניתוב תיקים, מי מתאים לאיזה הליך, זה החזון אבל במידה רבה מה שקרה הוא שכוח המשיכה של הא.ד.ר הוא כ"כ חזר שהוא נכנס לביהמ"ש, ביהמ"ש הכניס לתוכו מאפיינים של אדר, מצאנו ביהמ"ש מפשר, כזה שפועל כמעין מגשר ואנו מוצאים סוג של בוררויות חובה.

לצד כל המגמות האלו היו התנגדויות רחבות.

טענות כנגד הא.ד.ר:

1. חותר תחת האמת.
2. אורן פיס שכתב את המאמר נגד ההסכם או הפשרה. הוא אומר דבר ראשון שיש לבדוק מהו תפקידו של ביהמ"ש, מה אנו מצפים מערכאה שיפוטית, אנו מצפים מהם להשליט ערכי צדק, לכוון נורמות התנהגות ולקבוע תקדימים, יש גם חקיקה שיפוטית. הוא אומר שא.ד.ר זה דבר גרוע מאוד, אנו לא נפסוק לפי האמת והצדק. הוא מביא דוג' של פס"ד בראון, יש דברים שלא מתפשרים עליהם. יש פה אמירה שהתפקיד של ביהמ"ש הוא לכוון התנהגות. סכסוך צריך להתברר לאור נורמות של צדק, הכוונת התנהגות וקביעת תקדימים. אפילו אם זה נעשה בחוץ זה גרוע זה צריך להיעשות בביהמ"ש כי יש לנו פערי כוחות בין הצדדים והמגשר או הבורר אין לו שום יכולת באמת לבוא לטובת החלש בריבו. זו טענה מאוד חזקה דווקא מכיוונים פמיניסטים. הגישור מבטא שיח יותר נשי.

נק נוספת שמעלה פיס זה הנושא של הסמכות- מי מופיע בהליך, יש סכסוכים בהם יש הרבה מאוד גורמים רלוונטיים ואיך מנהלים הליכים מחוץ לכותלי ביהמ"ש מבלי שכל הצדדים באמת מיוצגים.

1. ביקורת של ג'ודית רזניק. היא כבר פועלת בעידן שבו המאבק בין פיס לא.ד.ר כבר הוכרע, הא.ד.ר ניצח והיא יוצאת כנגד ההפנמה של א.ד.ר לתוך בתי המשפט והיא מדברת על סוג של דלת מסתובבת, מצד אחד מוציאים את זה החוצה להליך אלטרנטיבי או שביהמ"ש עצמו פועל כמגשר, בארה"ב יש ישיבה שמטרתה היא להביא את הצדדים לידי פשרה ע"י ביהמ"ש. יש פה בעיה גם מנק' הראות של אנשי הא.ד.ר עצמו כי הדרך שבה ביהמ"ש פועל היא שונה. ההסכמה של הצדדים הם המעצבים את ההליכים האלטרנטיביים האלו וכמובן שיש הבדל בין ההליכים השונים. הכוח שלהם לעיצוב הוא רב ביותר בגישור כי המגשר הוא לא סמכות הכרעה. בפשרה יש סוגים שונים. פשרה שרק מגיעה לביהמ"ש לאישור זה פחות מעניין אותנו. יש עוד שתי דרכים- מסמיכים את ביהמ"ש לדון בשיטה של פשרה או שביהמ"ש מצידו מעלה הצעות פשרה שונות. כאן המשקל הוא רב יותר. הצדדים צריכים להסכים על הסכם הפשרה. בוררות – ההסכמה שלהם פחותה יותר, הם רק מסכימים על ההליך ועל הבורר. ביהמ"ש פועל בדרכים שהם נוגדות את הא.ד.ר, פשרה צריכה להיעשות בנפש חפצה, שיטה טיפולית וכו. כאשר זה נעשה אצל השופט זה לא כך כי אין מספיק זמן וכו, ככה ביהמ"ש מתנהל.

26.12.12

בעוד שבמשפט הכללי הדרכים הללו נתפסות כדרכים אלטרנטיביות, דרכים העוקפות את ההליך המשפטי הרגיל, הליכים שנעשים מחוץ לכותלי המשפט או לצידו, הרי שבמשפט העברי אנו מוצאים שהליכים אלו נמצאים במיינסטרים, בעשייה השיפוטית הרגילה והדומיננטית.

בוררות- זבל"א- זה בורר לו אחד וזה בורר לו אחד. מוסד שנזכר לראשונה במשנה במסכת סנהדרין.

מקור 1: הרכב הדיינים נבחר כדלהלן: כל אחד מהצדדים בוחר לו דיין שבו הוא מעוניין והדיין השלישי הוא ניטרלי. יש חילוקי דעות לגבי האופן שבו נבחר הדיין השלישי. ר' מאיר אומר ששני בעלי הדין בוחרים אותו וחכמים אומרים שהדיינים עצמם בוחרים אותו.

סוג של בוררות המורכבת משלושה דיינים.

**השאלה היא איזה דימוי יש לנו לבוררות זבל"א?**

מקור 2:הוא שם תוויות על בוררות זבל"א כמשהו גלותי, שלא צריך לשאוף אליו. אנו שואפים לעצמאות מדינית ולכן לא צריכים לאמץ מוסד שיפוטי שהיה בעבר.

זה דימוי אופייני לבוררות זבל"א.

הם מתבססים על דברים של רבנים וחוקרים מהמשפט העברי. מה שמשותף לכולם זו השקפה דתית לאומית שרואה חיוב את תקומת ישראל בעצמו, את התנועה הציונית ושם לו למטרה להשתית את המשפט במדינה על משפטי התורה. זה דבר שיהיה משותף לכל מי שנביא את עמדותיו.

קשר בין אידיאולוגיה ציונית דתית לעמדה שהם מציגים.

נציג במיוחד את דברי הרב עוזיה והרב הרצוג.

מקור 3: הרב עוזיאל. תשובה שנחקרה בהקשרים אחרים, בהקשר של בית הדין לערעורים. זו התשובה בה הרב עוזיאל מבקש לייסד את התשתית ההלכתית להקמת בתי הדין הממלכתיים בישראל. אגב הדברים האלו אנו מוצאים התייחסות שלו גם לנושא של בוררות זבל"א.

נתון נוסף כדי לדעת מה אירע בתק' האלו, בתק' המנדטורית ביישוב היהודי בא"י הייתה תק' של בתי משפט שלום עבריים, בתי משפט אוטונומיים שפעלו בתק' הגידול של היישוב היהודי בא"י, החל מ1910. עיקר פעילותם הייתה מאז כניסתה לתוקף של פקודת הבוררות המנדטורית ב 1926. ביהמ"ש השלום העברי, היו שם שופטים לא מקצועיים, הדיוטות, הם רצו לקשר את פסקי הדין שלהם על המקורות העבריים אך זה לא נעשה בצורה הדוקה. מדובר פה על קישור לתרבות העברית אך אנשים אלו לא ידעו דת ודין.

האויב הגדול שלהם היו בתי הדין הרבניים ואנשי ההלכה. הם ראו במוסד זה מוסד מאוד בעייתי, הוא נוטל את ההגמוניה ביישוב היהודי ומתיימר להיות עם זיקה כלשהי למסורת היהודית אך לא פועל לפי ההלכה. לאנשים באותה תק' הייתה משימה גדולה והיא שמערכת המשפט שתוקם בישראל תהיה מושתת על משפט המדינה.

הוא אומר במפורש שיש פה בתי משפט שלום ללא דיינים מומחים, לכל סכסוך נכנס דיין אד הוק ויש פה העתקה של בתי משפט שלום הנמצאים בעולם. ברור שהרמזים שלו מאוד עבים כלפי ביהמ"ש השלום העברי.

הביקורת המרכזית של הרבנים כלפי אותם בתי משפט שלום עבריים- שמי שמאייש את אותם בתי דין זה אנשים לא ראויים שגם אם יש להם רצון טוב לא מסוגלים לפסוק לפי ההלכה.

הוא אומר שיש לבחור בי"ד של מומחים, בי"ד ראוי ולא סתם.

הרב עוזיאל אומר שמותר לך ללכת לבי"ד של הדיוטות רק במקום בו אין בי"ד קבוע של מומחים, אין דין תורה. אבל הוא אומר שבמקום בו יש בי"ד קבוע הדן עפ"י דין תורה יש איסור ללכת לבי"ד של בוררים.

אין הלכה כזו בשולחן ערוך אלא מדובר על עניין של מדיניות. הרב עוזיאל ידע זאת אך בשל מטרות מסוימות הוא מציג את בי"ד של בוררים בצורה מאוד מגמתית כבי"ד הסוטה מהדרך.

הוא אומר שאנו רואים לנגד עינינו בי"ד קבוע ומומחה. מילת המפתח היא שלום- מרמז להשקפה הזו של בתי משפט השלום.

לעשות את ביהמ"ש השלום כערכאה הקבועה, זה לא מתאים לביהמ"ש של תורת ישראל הדורשת מהשופטים לשפוט משפט צדק.

גם הרב עוזיאל וגם הרב הרצוג שאפו שכאשר אתה מגיע לבי"ד גם בענייני בוררות זה יהיה פס"ד לכל דבר.

הליכה לבי"ד רבני זה בתורה של בי"ד קבוע בענייני משפחה.

עמדתו של הרב עוזיאל- במקום בו יש בי"ד קבוע יש איסור ללכת לבי"ד של בוררים, אין איסור מפורש כזה, זה נובע מתוך מגמה מסוימת של הרב עוזיאל ויש לו אידיאולוגיה מסוימת.

המניע האידיאולוגי מורכב משני חלקים: המשימה הראשית היא להשתית את משפט המדינה המתהווה על משפט התורה. יש שתי מכשולים- א. בתי המשפט השלום. ב. אם יכניסו את בתי הדין הרבניים למשהו הסכמי של בוררות אז אנו שומטים את הקרקע מתחת למטרה של השתתת המשפט על מקורות המשפט העברי.

אצל הרב הרצוג זה הרבה יותר בולט, כל הכתיבה המשפטית שלו הייתה ליצור תנאים הלכתיים שיאפשרו למערכת המשפטית בישראל להיות מושתתת על משפט המדינה.

הרב הרצוג- במאמר יש סקירה שלו על בתי הדין שהיו בישראל בראשית תקומת המדינה. בסקירה זו חסרה בוררות זבל"א. הוא היה מראשי הנלחמים על הקמת מערכת בתי משפט ממלכתית על יסוד התורה. הוא סוקר את כל בתי הדין אבל בי"ד של בוררים נשמט מזה.

כאשר הוא דן בבי"ד של שלושה בדיני ממונות הוא מדגיש שהיו מוסדות כאלה קבועים בכל מקום. יש לו מטרה, בסוף ההרצאה הוא מדבר כבר מיד אחרי קום המדינה על התקווה שלו שנכזבה.

בתי הדין הרבניים של ממונות כן פעלו מכוח חוק הבוררות. ענייני נישואין וגירושין לא. זה מאוד ציער את הרב הרצוג. הוא מציג במקומות אחרים עמדה מקסימלית לא לוותר- חובתנו לדרוש משפט המדינה. הוא אומר שכל הליך אלטרנטיבי יגרום בהכרח להשמיט את הקרקע מתוך המטרה להשתית את בתי המשפט במדינה היהודית על משפטי התורה.

הרב הרצוג עומד על הדרישה להצהיר שהוא לא משלים עם המצב הקיים. הוא במפורש מציג דרישה לחקיקת חוק שגם בעניינים ממוניים יהיה כוח שיפוט מלא לבתי דין דתיים במידה ושני הצדדים מסכימים לכך.

הוא יוצא כנגד ההסדר ולא מוכן לקבל מצב שלאותם בתי דין יהיה מעמד של בתי דין של בוררים בלבד. אנו רואים מפורשות שהשאיפה לא לוותר על החלום של המשפט העברי היא זו שעומדת לעיני הרב הרצוג. בשלב זה יש לו עדיין תקוות שזה יישאר.

אפילו בשאלה ניטרלית לכאורה לגבי בוררות ניתן לראות איך הציונות הדתית השפיעה כל היחס כלפיה.

בי"ד של בוררות הוא לא המוסד הממלכתי הרגיל והוא גם מכניס אפשרות שמשפט התורה יהיה הליך אלטרנטיבי.

ההלכה הכירה בבוררות, השאלה היא האם זה מוסד גלותי אולם לא הייתה ברירה להכיר בו או שזו דרך המלך הרצויה בה דנו מאז ומתמיד בדיני ממונות?

פרופ' שמחה אסף כתב ספר שנקרא "בתי הדין לאחר חתימת התלמוד", הוא פותח את ספרו בביקורת על בתי משפט השלום העבריים שדומים במתכונתם לבתי הדין של בוררים.

אנו מוצאים ביקורת רבתי על הבוררות, גם אצל זרח ורהפטיג. במחקר שלו הוא מדבר על העדיפות העקרונית של בתי הדין הפוסקים את הדין לעומת בוררות שלא פוסקת את הדין אלא פשרה. כלומר הוא מזהה את ההבדל בין בתי הדין הקבועים לעומת בתי המשפט של בוררים גם לפי הדין המהותי בהם הם משתמשים. הוא אומר שבוררות ופשרה זה דבר שמצוי אצל שאר העמים, זה מוסד פרה היסטורי שהיה קיים לפני הקמת המדינה.

בתי הדין של בוררות נוצרו בלית ברירה בתק' מאוחרת. מוסד הבוררות בא למלא את החסר במקום בו אין בי"ד קבוע.

מי שהשתית במידה רבה את התזה המחקרית ביחס לבוררות שהוא מוסד שהוקם בדיעבד הוא פרופ' אשר גולאק.

מקור 4: איך הוא מתאר את היווצרות מוסד הבוררות? הוא עומד על כך שבמשנה בסנהדרין היא למעשה מדברת על התק' של ר' מאיר ולאחר מכן- התק' התנאית המאוחרת. העילה להופעת בוררות זבל"א לתוך העולם ההלכתי התלמודי היא ביטול האוטונומיה השיפוטית ע"י הרומאים. לא זו בלבד אלא שבי"ד של בוררים במתכונתו הוא ייבוא של מוסד רומאי, היסודות של בי"ד של בוררים שהוקם בתק' המשפט הרומאי הוקם בהתאם למשפט רומא ולא על יסוד משפט עברי.

יש רק שינוי אחד בבי"ד של בוררים לעומת זה הרומי והוא מס' הדיינים אבל כל השאר דומה. יש פה אמנם תמיכה מסוימת לכך שהנושא של ביטול האוטונומיה השיפוטית גרמה להתפשטות הבוררות והיא העובדה שבי,ד של בוררים לא הוכר בבבל אלא בא"י. בתלמוד הבבלי באופן עקרוני שעוסק במשנה ממקור 1 , בסוגיה הבבלית לא ידעו כיצד מרכיבים את בי"ד של זבל"א, הוא לא יודע על טיבו ואיך הוא מתנהל עד שמביאים מסורת ארצישראלית- מקור 5. ראיה לכך שהפרקטיקה של בוררות הייתה מקובלת יותר בא"י ולא בבבל. וזה נוגע למשנה במסכת בבא מציעא שנוקטת במונח שטר בירורין. השאלה היא מה זה אותו שטר? כאן אנו מוצאים שלמעשה בתלמוד הירושלמי ובמסורת הארצישראלית קישרו את שטר הבוררים לבוררות זבל"א.

מקור 8:בבבל מתרגמים זאת לשטרי טענות, כתבי טענות.

בא"י תרגמו את זה לבוררות זבל"א, השטר באמצעותו בוחרים מי הבורר. את הפרקטיקה של בוררות הכירו רק בא"י.

בא"י שלא הייתה אוטונומיה שיפוטית, כאשר הרומאים ביטלו אותה הדרך היחידה לדון הייתה רק עפ"י בוררות. בבבל, בתק' המקבילה הייתה אוטונומיה שיפוטית ובבבל הם לא הכירו זאת ולכן הם שואלים מה זה בוררות זבל"א. עד כאן זה השלמה לתזה ההיסטורית שלהם והיא מחזקת את העמדה שבוררות מופיעה רק במקום בו אין אוטונומיה שיפוטית.

ישנם חוקרים אחרים שלא מקבלים את התזה הזו. למשל פרופ' גדליה אלון. הוא בעצם אומר שניצני מוסד הבוררות הופיעו כבר בימי רבן גמליאל. ביטול הסמיכה גרמה להתפתחות של בתי דין של רבנים.

ביטול האוטונומיה השיפוטית העצימה את המוסדות האלו.

פרפו' מרדכי סבתו אומר שהבוררות היא קדומה לרבי מאיר, דבר המוציא את העוקץ במידה רבה מהטענה של גולאק.

אין חולק שביטול האוטונומיה השיפוטית מחזק את הבוררות.

גם הזיהוי הברור לאחר שדיברנו על כך שיש פה בעצם זיהוי לפי גולק, ורהפטיג ואסף בין הבוררות העברית לרומאית. ורהפטיג אמר שהמטרה של הבוררות העברית היא לעשות פשרה. הדבר הזה לא עולה בקנה אחד מהמקורות.

מקור 5: איך בא"י ראו את מוסד הבוררות? יש פה ביטוי שאומרים בתלמוד הבבלי. יוצא הדין לאמיתו- בוודאי זה לא פשרה.

האם בוררות נתפס ממקור זה כלא רצוי, בדיעבד או להיפך? כאן מדובר על זה שזה בית הדין לאמיתו וזו הדרך הטובה ביותר לגלות את האמת.

מסכת סנהדרין מתחילה בפרק ראשון בקביעת בתי הדין. ההבנה הפשוטה של המשנה היא שדרך המלך הרגילה לדון בדיני ממונות היא באמצעות בוררות זבל"א. המשנה לא רואה זאת כהליך אלטרנטיבי אלא זה בי"ד של שלושה עליה מדברת המשנה. אותו בי"ד מוסבר במשנה אחרת ע"י בוררות זבל"א, ככה דנו דיני ממונות.

לפי הדימוי הזה זה בי"ד הפורמלי, הוא לא מיועד לעשיית פשרה. אנו נראה שבי"ד לא מיועד לפשרה אלא גם לעשיית דין. זה ההרכב הטוב שדנים בו שלושה ע"מ להגיע לאמת.

מקור 13: מדברי הטור עולה שבוררות אינה מיועדת לפשרה בעיקר. מדבריו אנו רואים שבי"ד של בוררים זה בשביל דין ולא פשרה. אם הם לא מסכימים לפני איזה שלושה ידונו, יש לנו מתכונת איך לבחור. אם הם מסכימים ניתן ללכת לפי ההסכמה שלהם.

בי"ד הקלאסי של דיני ממונות בא"י היה בי"ד של בוררים וזה לא הליך אלטרנטיבי.

**למה יוצא הדין לאמיתו דווקא בבי"ד של זבל"א?**

מקור 6: רש"י אומר שהיתרון הוא אמון הצדדים. אתה בחרת וממילא אם יפסקו נגדך אתה לא תרגיש שקיפחו אותך.

אבל לדעת המרצה קשה לקבל את הרישא של רש"י כי הביטוי יוצא הדין לאמיתו לא כ"כ קשור לנושא ההסכמה אא,כ הדגש הוא על יוצא, הוא מתקבל ע"י בעלי הדין כאילו הוא דין אמת. רש"י לא מסביר למה זו הדרך הטובה ביותר לחסוך את האמת.

מקור 7: ר' זירא אומר שהדיין שבררת הוא מעין דיין פרטי, הוא מרדף אחר זכותך.

נשאלת השאלה מה היחס בין דבריו במקור 5 למקור זה? הם נאמרים בנוסח שונה.

אברהם וייס- אומרים שזה שתי מסורות הסותרות זו את זו ואין פה דברים זהים, יש פה מסורות שונות.

ניתן לראות את הדברים כמשלימים זה את זה, במקור מס' 5 נאמר

יש פה הרכב מאוד מיוחד שנהנה מכל העולמות, מהיתרונות של שיטה אדברסרית ואינקוויזיטורית יחד.

אנשי השיטה האדברסרית אומרת שלוקחים שני אנשים שעושים כל שביכולתם כדי להגן על הלקוחות שלהם ולהפריך את הגרסה השנייה, הם חייבים רק ללקוח שלהם.

אנשי השיטה האינקוויזיטורית אומרים שהשופט האובייקטיבי הוא עדיף.

אנו מכניסים את היסוד האדברסרי ביסוד של השופטים, בתוכם יש לנו דיין שמייצג את מי שבחר בו, נעשה פה איזון ע"י הדיין השלישי.

מקור 9: הרמב"ם מסביר את דברי חכמים לפיו הדיינים הם אלו שבוחרים את הדיין השלישי. יש פה הרכב מאוד מאוזן. יש מאזן אימה בין הצדדים וכל אחד בוחר את זה שמרדף אחר זכותו והדיין השלישי הוא מכריע, אין לו שום נטייה לאחד משום בעלי הדין כי אף אחד לא בחר אותו.

הדיין השלישי לא חייב כלום לצדדים וכך יגיע הדין לאמיתו, יציפו בבית הדין את כל הטענות האפשריות וההכרעה תהיה אובייקטיבית לחלוטין והרכב זה יהיה הדרך הנכונה להגיע לאמת ולכן דברי ר' זירא משלימים זה את זה- כל אחד מרדף אחר זכותו של כל צד ויש דיין אחד אובייקטיבי וזה מוביל ליציאת הדין לאמיתו.

מדרש שמואל הציג עמדה שמסתייגת מכך שכל אחד מהדיינים שנבחר ע" בעלי הדין מזדהה לחלוטין עם זה שבחר בו ומתייחס לדברים כאילו הם נוגעים אליו.

מקור 1: ישנה מחלוקת נוספת בין ר' מאיר לחכמים, הנוגעת לשאלה איזה זכות וטו אם בכלל יש לכל אחד מבעלי הדין על זהותו של דיין שהצד השני בחר בו- האם אני יכול לבחור כל דיין?

לפי ר' מאיר יש זכות ווטו לכל אחד, צריך להגיע לאיזה איזון בין הצדדים. אם מדובר במישהו שיש לו מהיסוד עמדה לטובת צד אחד אז הצד השני יפסול אותו. לפי ר' מאיר תמיד יש זכות ווטו. לעומת זאת, אומרים מתי זה פוסל דיינו של זה? בזמן שהוא מביא ראיה. כלומר, לדעת חכמים אין לך זכות ווטו מלאה או בלתי מוגבלת אלא זה תלוי מי הדיין.

אם יש לך עילה לפסול את אותו דיין אתה יכול לפסול את הדיין שבחר חברך וכן להיפך אך אם יש כאן דיינים שהם מומחים אז לא ניתן לפסלם. לפי שיטת חכמים יוצרים תמריץ לבחור בדיינים מומחים כי הם משוריינים מפני זכות ווטו.

אתה יכול לבחור את מי שאתה רוצה אבל אתה חשוף לפסילה של הצד השני.

בית הדין של בוררים לא רק יהיה מאוזן אלא גם מורכב מדיינים מומחים. אנו מניחים שהם לא יבחרו מישהו שהוא לא מומחה.

ישנם פרשנים שפוסקים שדיינים בבוררות צריכים להיות מומחים.

ממקור זה אנו למדים שני דברים:

1. כללי המשחק ברורים ויש להם זכות ווטו, שנועדה ליצור שוויון.
2. הרבה פעמים בעצם יש פה תמריץ לבחור דווקא דיינים מומחים בתור דיינים. לפי חכמים יש אופי של בי"ד ממש לבי"ד של בוררים, יש דיינים מומחים והדיין השלישי הוא אובייקטיבי לחלוטין וזה בוודאי מחזק את האופי של ההליך הרגיל של גילוי האמת.

אם כבר אנחנו יודעים שיש לנו פה יסוד אדברסרי שנתפס כחיובי בידי ההלכה ומאפשר לכל דיין שנבחר להפך בזכותו אולי מכך יש ללמוד על גישה הרואה בחיוב את עצם העמדה האדברסרית, לכל אחד יהיה את הנציג שלו וע"י כך יווצר איזון. ההנחה היא שבמשפט העברי הקלאסי לא היה עניין של עו"ד, והשאלה היא מה ההבדל? אם יש לנו בוררות זבל"א אז שיהיו עורכי דין.

בשאלה זו נשאל בעל שו"ת שואל ונשאל במקור מס' 12.

מה ההבדל בין בוררות זבל"א לבין שני צדדים שבוחרים להם עורכי דין? מדוע ההלכה לא רואה לחיוב את האפשרות של מינוי עורך דין אבל כן את האפשרות של מינוי בוררים?

מקור 12: הוא שואל לגבי מורשים, האם ניתן לאפשר להם לפעול במסגרת בתי הדין או שזה דבר לא טוב כי הם טוענים את כל הטענות האפשריות לטובת מי שבחר בהם ויש להם הטיה קוגניטיבית. האם ניתן למנות שני עורכי דין שישמשו כנציגים של הצדדים?

הוא אומר שזה בדיוק אותו דבר כמו בוררות זבל"א, לפי דברי המור"ם שמאמץ את דברי ר' זירא- כל אחד יכול לטעון לזכותו אז לכאורה אין הבדל בין הצדדים.

אך הוא אומר שיש להבחין בין בוררות זבל"א שבה מובטח שוויון אמיתי לעומת קיומם של עורכי דין. הוא אומר שבבחירת עורכי דין כמעט בלתי אפשרי להבטיח שוויון כי מי שיש לו את האמצעים הוא בעל היכולת להשיג עו"ד טוב. זו אחד הביקורות שנאמרו כנגד השיטה האדברסרית, תאורטית שני הצדדים שווים אך בפועל כמעט תמיד אין שוויון ויש פערים ביכולת הכלכלית של בעלי הדין.

כאשר אנו עוסקים בבוררים באופן עקרוני זה לא קשור ליכולת של בעלי הדין. באופן עקרוני כל אחד בוחר בדיין שהוא חושב שטוב לשפוט בעניין זה ויש שוויון מובנה במיוחד לאור העובדה שלכל אחד יש זכות ווטו על הדיין. לא תמיד יהיה שוויון אבל מטבע הדברים זה מערכת הרבה יותר שוויונית ביחס בין הדיינים לעומת המצב של בחירת עו"ד שאותו כל אחד בוחר לפי היכולת הכלכלית שלו.

עד כאן הצגת הבוררות כאידיאלית, כזו המכוונת להוצאת הדין לאמיתו.

אנו דיברנו בעיקר על מקורות תלמודיים. לגבי התק' הבתר תלמודית,

מקור 14: במקומות בהם יש בתי דין קבועים אין בוררות. בספרד יהיו בתי דין קבועים ואילו באשכנז בתי דין של בוררים. זה גם מה שאומר שמחה אסף. בספרד כנראה לא היה בכלל בי"ד של זבל"א.

זה מחזק את התזה לפיו במקום בו יש בי"ד קבוע זה לא מופיע. אבל הדיכוטומיה ההיסטורית שאותה הוא מציג אין לה על מה להישען וגם במקומות שהיו בתי דין קבועים היה בהחלט בתי דין של זבל"א.

גם אצל הגאונים בבבל הייתה פרקטיקה של בוררות זבל"א למרות האוטונומיה השיפוטית. אותו דבר לגבי ספרד, אנחנו לא מוצאים שיש הבחנה כ"כ חדה בין ספרי שו"ת הספרדים ולאחריו. יתרה מזאת, גם בתק' יותר מאוחרות אנו מוצאים בי"ד של זבל"א. גם בגרמניה למרות שהיה בי"ד קבוע אנו מוצאים בי"ד של בוררות וגם בפולין.

מקור 15: בעל שבות יעקב. הוא מעיד כאן שאין לתזה של ר' שמחה על מה לסמוך. גם במקומות שהיו בתי דין קבועים העדיפו בי"ד של זבל"א.

הם רוצים לעבור לבי"ד קבוע ואומרים שניתן לעשות זאת. טובי העיר יכולים לשנות את שיטת המשפט אם זה רצון של כל העם או מרביתו. אולם אין לשנות מהמנהג המקובל. אין להעלות את כל הסכסוכים המשפטיים בפני בי"ד של בוררים.

הוא אומר שזה מנהג וותיק ושהם נוהגים עפ"י המנהג הרצוי לכתחילה, כך אנו רוצים לנהל מערכת שיפוטית. זו הדרך הטובה ולמה להתחיל איתה בדרך הכי פחות טובה.

הוא אומר שיש פה גם עדיפות. לכאורה אנו חושבים שלבי"ד קבוע יש ועדה למינוי שופטים וגם אז טענו אותם טענות שממנים דיינים הקרובים למנהיגי העיר, סוג של "הון ושלטון". אם כבר להפריט את הבחירה הזו או לפחות להפוך אותה לשוויונית. הוא ממשיך ואומר שמזה הטעם ראינו בהרבה קהילות שלמרות שיש בתי דין קבועים בסכסוכים גדולים הם מעדיפים בוררות כי זו הדרך הטובה ביותר בה יוצא הדין לאמיתו.

הוא אומר שהדרך הראויה והטובה ביותר היא הפעלה עפ"י בי"ד של רבנים, אין קשר להעדר אוטונומיה או לא. אנו רואים שהתזה של רבי שמחה שהיא מאוד מגמתית מלכתחילה לא עולה בקנה אחד עם המקורות, בתי דין של זבל"א היו רצויים וקיימים.

אנו נראה שהיחס כלפי בוררות בתק' יותר מאוחרת משתנה, היא הרבה יותר חיובית, הם לא טוענים שמדובר פה על משהו גלותי.

הראייה שיש פה ממד יותר אידאולוגי היא שכשאנו מסתכלים על רבנים בתק' מאוחרת יותר אנו רואים יחס חיובי יותר, זו הדרך בה דנים בדיני ממונות, זו הפרקטיקה לפיה פונים, חותמים על שטר בוררות.

מאמר של הרב חיים דוד הלוי. הוא מדבר על עדיפות של הבוררות על פני בי"ד הקבוע בעיר. הוא אומר שלא זו בלבד שזו הדרך ממנה יצא הדין לאמיתו, לא כל אחד רוצה לעבור את הדרך בביהמ"ש. הוא מצטט בהרחבה את תשובת שו"ת מלמד. דברים הפוכים ששמענו מרבנים ציוניים בתק' קום המדינה.

הרב יועזר אריאל: הצורך בשטר הבוררות הוא לא רק צורך של המדינה, גם לפי ההלכה יש תחומים בהם לא ניתן לדון ללא שטר בוררות.

הוא אומר שגם מבחינה הלכתית עדיף שיעבדו לפי בוררות. זה קשור לנושא הפשרה. ללכת ולחתום על שטר בוררות זה דבר שמאפשר לפסוק בצורה יותר פשוטה. זה דבר שעושים לא רק בגלל שהמדינה מכריחה. מבחינה הלכתית זה פותר עוד הרבה בעיות וזה מאפשר לדיינים לפתור בעיות שהם אולי לא יכלו לפתור בצורה אחרת.

בספרו על דיני בוררות הוא התייחס לחשיבות של בוררות דווקא בתק' זו- למרות שזה נוצר כי אין ביכולתנו לפסוק כיום לפי דין תורה יש בזה חשיבות רבה ויתרונות רבים וזה הליך ראוי וטוב.

שיאה של המגמה שרואה בחיוב בוררות היא "ארץ חמדה" בין השאר. בשנים האחרונות חלה פריחה של בתי דין לענייני ממונות הפועלים במסגרות רבות.

זו תופעה בה פועלים לפי חוק הבוררות. במנטליות הציונית דתית יותר ויותר פונים לבתי הדין האלה.

מאמר של אדם חופרי שמדבר על פלורליזם משפטי ועל תופעת התפשטות בתי הדין לממונות. הוא רואה את התופעה הזו בחיוב, הוא אדם לא דתי ומסתכל על זה בהקשר של פלורליזם משפטי, לאפשר מגוון של אפשרויות ליישוב הסכסוך, כל קהילה עפ"י אמונתה.

יש מגמה של התפכחות מסוימת מהשאיפה להשתית את המשפט העברי על משפט המדינה, אולי זה מגמה של אכזבה מסוימת.

תופעה נוספת שצריך לעמוד עליה, יש חזית אחרת, נוספת במובן של בתי הדין הממלכתיים.

הרב שרמן מבטא את השתלטות ההגמוניה של החרדים על בתי הדין.

על רקע שתי התופעות של התפכחות ואכזבה מהמערכת האזרחית ומהצד השני התפכחות מהאלטרנטיבה הממלכתית הדיינים בעקבות השתלטות החרדים. הדבר גרם לריחוק בין רבים מהציונות הדתית מבתי המשפט ובתי הדין הממלכתיים ולכן יש פריחה לבתי דין לממונות.

כתב בוררות מאפשר להגיע לתוצאות מאוד טובות ולעקוף כל מיני חסמים של ההלכה.

פס"ד סימה אמיר: אין סמכות לבתי הדין הממלכתיים לדון כבוררים.

ישנה הצעה של מס' אנשים לפיה פסקי הדין שניתנים בבוררות יהיו פסקי דין לכל דבר ולא יצטרכו לפנות לביהמ"ש לאישור.

הצד האידיאולוגי משפיע על הנסיבות, ההתייחסות לבוררות משתנה.

2.1.13

אנו רוצים לבחון מגמה או מתח שקיים ביחס לבוררות זבל"א בין גישה שמרחיקה אותה מדרך המשפט המקובלת- הבוורים בבורות זבל"א לא מןחיבים לאותם נורמות שמחויבים דיינים קבועים בבי"ד קבוע לעומת גישתם של הפוסקים שביקשו להטיל תורת דיינים גם על דיינים שבוררים בבוררות זבל"א, להטיל עליהם נורמות או לפחות כאלו הקרובות ככל האפשר. כמוןבן מתח זה משליך על אופיו של בי"ד של בוררים. השאלה היא עד כמה הדיין שנבחר בבוררות זבל"א יכול לשמש כפרקליטן של זה שבחר בו?

יש כאלה המתקוממים שכנגד הפרקטיקה שאותו דיין שנבחר משמש כפרקליט שלו.

מקור 10: אנו רואים מתח בין נורמות המוטלות בביהמ"ש לבין כאלו הקשורות לבוררות זבל"א.

מדרש שמואל יוצא חוצץ כנגד הפרקטיקה בבוררות זבל"א המנוגדת לכאורה לפרקטיקה של דיינים לפיה אל תעש עצמך כעורכי הדיינין, ולצורך להיות אובייקטיבים.

ביטוי למתח בין נורמה קבועה לדיינים קבועים לעומת הפרקטיקה של בוררות זבל"א והניסיון להטיל את אותה נורמה על הדיינים של בוררות זבל"א.

מקור 11: הרא"ש יוצא חוצץ כנגד פרשנות אפשרית של הבוררות זבל"א כמאפשרת לבחור בורר שיעשה ככל שביכולתו לסייע למי שבחר בו והוא מבקש להתוות את הקו המפריד בין הזדהות חיובית של דיין במי שבחר בו לבין הטיית דין שהיא פעילות אסורה כאשר מדובר בדיין שנבחר.

טועין בדברי רש"י במקור מס' 6. הוא מעיד על פרקטיקה שבוחרים בעל תחבולות, עו"ד מפולפל שיטען את כל הטענות האפשריות לטובת מי שבחר בו ויש להם גושפנקא בדברי רש"י (באופן יותר מדויק מדובר על דברי ר' זירא). הוא מדבר על מה שחושבים בעלי הדין, בעל הדין חושב שהוא בחר כי הוא מבחין בין איך שבעלי הדין חושבים לבין מה שהדיין עושה בפועל. לדיין עצמו אסור להתנהג כנציג של אותם בעלי דין, למרות שבעלי הדין חושבים שזה כן יהיה כך. חשוב שהדיין יעלה את הטענות עפ"י דין אך לא את מה שלא נראה לו דין גמור.

אסור לו לשכנע את השופטים האחרים בצדקת טענה שהוא בעצמו לא משוכנע בה. כלומר, הרא"ש שואף להטיל על הדיין שנבחר ע,י בוררות זבל"א נורמות עפ"י הדין. אם כך מה היתרון הגדול בבוררות זבל"א? הרא"ש מטיל בו חבל דק. הזדהות מוקדמת ואפילו אמפתיה- יש פה צד חיובי שהוא באמת יחפש משהו לטובתו והוא יציף את כל הטענות הנכונות לטובת צד אחד וכנ"ל לגבי הצד השלישי והדיין עצמו מכריע. ההיכרות המוקדמת יוצרת אצלו אווירה נוחה לחפש טענות לטובת בעל הדין. יש פה מעין דמיון בצורת הבחירה של מושבעים בארה"ב, מישהו שמכיר ובא מאותה קב'. הרא"ש אומר שהוא רוצה ליהנות מההכרה המוקדמת שלהם ואולי האמפתיה כדי שהוא יחפש טענות לטובת אותו בעל דין. זה קו שהרא"ש מנסה להתוות אותו השאלה בפרקטיקה היא איך לשמור ולהישמר מזה זו שאלה קשה.

ראינו פה היבט ראשון של המתח הזה הקיים בין דיין שנבחר בבוררות זבל"א לבין הנורמות המצויות אצל דיינים קיימים.

יש מתח כלפי שניים או שלושה היבטים נוספים:

1. שכר. מי משלם ואיך לדיינים הבוררים, אנו רוצים שהם ישמרו על ניטרליות ככל האפשר ולא רק יחשבו על טענות לטובת מי שבחר בהם. יש להסדיר את נושא השכר שלהם. כמה אפשרויות:
* כל אחד משלם לשופט לפי הצלחה, אפשרות כבדה מכיוון שברור שהדיין הכי מוטה.
* כל אחד משלם לשופט אך לא פר תוצאה. יש מידה מסוימת של הטיה כי הוא מקבל את הכסף ממי שבחר בו. זה דומה לעניין של עד מומחה.
* לנתק כל זיקה כספית ישירה בין בעלי הדין לבין הבוררות. ליצור מין קופה שישלמו בה אגרה ואותה קופה תעביר את הכספים לאותם בוררים לפי תעריף קבוע.

אותה התבלטות קיימת סביב הצעת חוק בוררות חובה.

1. האפשרות שהשופט יבחר להיפגש בנפרד עם בעל הדין שבחר בו לצורך מסירת גרסה וכו. ככל שנרצה להטיל נורמות של תורת דיינים נאסור זאת.

ככל שמכניסים את הדיין יותר לדרך השיפוטית הרגילה מטבע הדברים יש לענות על נורמות יותר נוקשות וכו. אולם אם הופכים אותו לנורמה אלטרנטיבית ניתן להקל יותר.

מקור 16: בעל ערוך השולחן. אומר שיש להטיל על הדיינים את אותם נורמות בהם הדיינים מצווים. אם אנו עושים זאת אז מעיקר הדין לבורר אסור להיפגש בצורה עצמאית עם מי שבחר בו ללא נוכחות של הצד שכנגד.

ערוך השולחן מנסה למצוא גושפנקא למנהג. הוא אומר שניתן למצוא לא בדיעבד צידוקים. כללי המשחק ידועים, יש איזון בין שני הצדדים מכיוון ששניהם עושים זאת.

הוא נותן צידוק- הם נהגו אז אפשר לומר שכללי המשחק ידועים להם, הם יודעים שזה חלק מכללי המשחק ולכן הדבר אפשרי.

ערוך השולחן שהוא מקל כאן, המגמה שלו היא לאפשר גמישות מסוימת אצל הבוררים, הוא בוחר באופציה השנייה לגבי שכר הטרחה, הוא אוסר את האופציה הראשונה שישלמו לדיין פר תוצאה כי זה סוג של שוחד. הוא לא דורש ניתוק מוחלט בין הצדדים לדיינים אך הוא דורש שישלמו להם סכום שלא קשור לתוצאה.

מקור 17: לעומתו שו"ת פנים מאירות אנו רואים עמידה חריפה ביותר על הפרקטיקה ביחס לבוררות ועמידה על המשמר להטיל נורמות של דיינים רגילים על הדיינים שנבחרו. הוא מעיד על פגישות הדרכה נפרדות. בעל הדין נותן לו שכר ומתנה קבלת בונוס בתוצאה של הבוררות. הוא מעיד על פרקטיקה הזו. מדובר על שכ"ט מסוג ראשון- יש בונוס שהוא שכר מיוחד שניתן אם הוא יזכה.

בוררות זבל"א שואפת לתורת דיינים, יש אפשרות ל]סול דיינים אא"כ זה דיינים מומחים שהם משוריינים מפני פסילה. מכאן הוא לומד שאנו צריכים להחיל את תורת הדיינים על דיינים בבוררות. הוא מביא את דברי רש"י והרא"ש ומדבריו של האחרון הוא לומד לא להתייחס בשוויון נפש לכל מיני פרקטיקות לפיהם הדיין מרגיש חופשי לפסוק לטובת הצד שבחר בו.

הוא למד מדברי הרא"ש שאסור להטות משפט, ממנו הוא משליך גם לענייננו.

אם הדיין מקבל סכום כסף גדול יותר במקרה של זכיה זה מביא להטיה קוגניטיבית שאפילו הדיין עצמו לא יכול להימלט ממנה, הדיין חש שהוא פוסק לפי האמת אך גם משוחד.

הוא גם מדבר על הנושא של הפגישות הנפרדות המוקדמות בין בעלי הדין לדיין אותו הם בחרו, אסור על פי דין להקדים טענותיו למרות שזה תלוי בהסכמה של האחר. דעתו לא נוחה מזה בכלל.

ביחס לפגישות נפרדות עולה מדבריו שהדבר אסור לחלוטין בניגוד לערוך השולחן שהיה יותר ליברל והיה מוכן לקבל את הפגישות הנפרדות בדיעבד ולא מעיקר הדין כי כך נוהגים. לדעתו יש לשרש את המנהג הזה.

החשש בפגישה מוקדמת היא יצירת דעה קדומה אצל הבורר, יהיה לו קשה להשתחרר מהאופן בו בעל הדין מספר את העובדות ויהיה לו קשה להשתחרר מאותם דברים.

אחרי שראינו שהוא לא מוכן לאפשר פגישות נפרדות והוא לא מאפשר לשלם שכר עם תוספת בונוס פר תוצאה כי זה שוחד.

הוא מדבר על האופציה השלישית, לנתק לחלוטין אפשרות של קבלת תשלום מבעל הדין. הוא אומר שהכי טוב לנתק לחלוטין ולעשות קריטריונים למקרים בהם פונים לבוררות זבל"א.

משלמים עפ"י קריטריונים מסוימים וזה הכיוון גם בהצעת חוק בוררות- ניסיון לוותר על הטיה.

הוא מטיל חרם, סנקציה חברתית, למי שמקבל ונותן מעבר למה שנדרש- חוץ ממה שקצבו הקהל.

יש תמריץ לבחור דיינים כשרים ומומחים אך זה לא הכרחי.

פעם ראשונה שיש קשר בין בעל הדין לזה שבחר בו זה מתי שמעלים טענות.

אם הוא רואה משהו אמיתי לטובת מי שבחר בו אז זה משפיע על הצדק.

אנו רואים בצורה מאוד ברורה את המתח בין הדיינים הקבועים והנורמות המוטלות עליהם לבין הדיינים הבוררים והניסיון לגשר על זה. רואים את הפער בין ערוך השולחן לבעל הפנים המאירות.

התייחסות המשפט הישראלי לבוררות זבל"א, מדובר על פרקטיקה מקובלת מאוד.

מקור 18: בשטר בוררות בוחרים שני בוררים ואם יש מחלוקת (עוברים שבועיים ולא יצא פסק) השטר בטל אא"כ לוקחים בורר שלישי.

**שתי אפשרויות בהם מתפקד הבורר השלישי:**

1. נהפך לבורר מכריע, מחליף את שני הבוררים שלא הצליחו להגיע להכרעה . הם יוצאים מהתמונה והוא מכריע.
2. שני הדיינים הראשונים לא יוצאים מהתמונה אלא מצטרפים לדיין השלישי ואז זה בעצם כמו בוררות זבל"א.

הועלתה טענה של ניגוד עניינים. אחד הבוררים שימש כעו"ד של אחד מבעלי הדין לפני כן. הטענה היא לניגוד עניינים כאשר הוא פעל כבורר, הוא פעל לטובת זה שבחר בו. השאלה היא האם יש לנו בעיה עם זה בבוררות זבל"א?

שופטי העליון נחלקו ביניהם.

זוסמן וחיים כהן טוענים שאין בעיה עקרונית שאותו דיין שנבחר באמת לא יהיה אובייקטיבי, יפעל לטובת זה שבחר בו. השופט זוסמן אומר שאין הבדל בין מצב שבו השופט השלישי הוא מכריע- שניהם יוצאים מהתמונה ופג כוחם לבין מצב שבו הם נשארים בתמונה כי זכות ההכרעה היא לשלישי בשני המקרים.

כלומר, אין שום בעיה בהרכב של שלושה דיינים ששניהם יפעלו כפרקליטי אלה שבחר בהם.

השופט לנדוי לא מוכן לקבל את האפשרות שבאמת שני הדיינים האלו יפעלו ממש כפרקליטי זה שבחר בהם. זה דומה לגישתו של הרא"ש, מטבע הדברים שהדיין נבחר מתוך אהדה מסוימת של זה שבחר בו אבל הוא חייב להיות אובייקטיבי כאשר הוא פוסק.

לפי הגרסה של ר' זירא מכיוון שכללי המשחק ברורים ושני הצדדים בוחרים את מי שהם רוצים, אין עם זה בעיה.

נוסחה שיותר קרובה לדברי ר' זירא.

המתח בין השופט לנדוי וכהן הוא אותו מתח שאנו רואים במקורות. הפנים מאירות הרא"ש ומדרש שמואל מביעים עמדה מאוד עקרונית, בפרקטיקה המנהג לא היה ככה כי זה מדרון חלקלק, זה בילט אין שלא השתמשו בבוררות זבל"א במנהג דיינים.

הגישה של השופט חיים כהן מייצגת את המנהג והפרקטיקה ואלו דעות שהשלימו איתם בדיעבד וזה לעומת הדעות של זוסמן ולנדוי.

מקור 19: פרופ' סמדר אוטולנגי. יוצאת כנגד חיים כהן שמדבר על המנהג לבחור אדם קרוב כבורר. היא אומרת שניתן למנות קרוב אבל אחרי שהוא התמנה הוא צריך להיות אובייקטיבי לחלוטין. היא מדברת על האופן שבו ביהמ"ש רואה את בוררות זבל"א, כמובן בעקבות המשפט העברי.

היא לא מוכנה לקבל את האפשרות שבורר שנמצא בהרכב הדיינים שומר על הזיקה שלו והאהדה לצד שבחר בו. היא חושבת שיש להטיל חובת נאמנות של הדיינים הבוררים כלפי שתי הצדדים.

התשובה לה- אנו משתדלים להטיל נורמות של דיינים אך היתרון הוא בבורר השלישי האובייקטיבי ואולי עצם העובדה שיש קרבה וזיקה בין השופטים הבוררים לאלו שבחרו בהם דווקא מעצים את ההליך האדברסרי.

 היא מתנגדת לחוסר אובייקטיביות.

הבוררות של המשפט העברי דומה יותר לוועדה פריטטית- יש נציג של שני הצדדים והם מנסים ליישב את ההדורים ביניהם בעוד שבוררות זבל"א ישראלית היא בוררות לכל דבר ועניין.

בוררות לפי המשפט העברי שונה מזו של המשפט הישראלי וממילא אין להיזקק למשפט העברי. היא בוודאי מבטאת את האמיתה בה פתחנו את פרשת הבוררות שרואה בה דרך אלטרנטיבית ליישוב סכסוכים בה מגיעים לפשרה והישג מוסכם אך זה לא המשמעות הרגילה של בוררות זבל"א במשפט העברי אלא שם מדובר על דרך להגיע לאמת ואת זה ראינו מפורשות בדברי הטור.

 ועדה פריטטית זה בבואה של הצדדים עם נציג של כל צד ושופט, זה סוג של גישור ופשרה.

האופן הרגיל בו פונים לבוררות זבל"א היא כדי לפסוק לפי הדין ולכן מה שסמדר אומרת זה לא מדויק ונכון. אבל גם במשפט העברי עצמו זה תלוי מה יהיה מנגנון ההכרעה בבוררות זבל"א, בד"כ זה עפ"י רוב וממילא זה יהיה מכוון להכרעה חדה- לכאן או לכאן.

יכולה להיות בוררות זבל"א בדרך של פשרה אך הרגילה היא הכרעה עפ"י רוב והדיין השלישי מכריע בין הגרסאות.

אורי שטרוזמן תמך בגישתו של חיים כהן ביחס לבוררות זבל"א. ההלכה של פס"ד במקור 18 לא השתנתה וממילא יש עידון גם במשפט הישראלי לתפיסה מסוימת הקיימת במשפט העברי לגבי בוררות זבל"א.

פשרה.

אנו זוכרים את המתח הקיים בין הדין המהותי לבין הפשרה.

מקור 1: הבדל בין משה ואהרון. משה הלך לפי הדין, אהרון לעומת זאת היה אוהב שלום.

מקור 2: השאיפה של רבן גמליאל. יש פה שילוב של אמת, משפט ושלום למרות שיש מתח בין הדין לבין השלום ובטח בין האמת לשלום אבל יש שאיפה לכלול את הערכים האלה יחדיו באותה מערכת.

תוספתא בסנהדרין: מחלקת תנאים קוטבית ביחס לגישה לפשרה.

מאמר מוסגר על המונחים:

פשרה וביצוע. בד"כ מקובל להגיד שאין הבדל דרמטי בין שני המונחים.

מקור 3: אנו רואים פה גישה של רבי אליעזר שמתאימה לגישתו של פיס, הוא עקרונית נגד הפשרה. פשרה זו לא דרך שצריכים לנהוג בה בביהמ"ש. אדרבא, מי שעושה פשרה הוא חוטא. הדרך הראויה היא של הדין- יקוב הדין את ההר. לאהרון הייתה דרך אחרת אך היא לא זו שראויה בביהמ"ש.

נשאלת השאלה מה באה התוספת בדברי ר' אליעזר (מדובר על המשפט השני).

שתי פרשנויות-

1. המטרה היא תיאור עובדה.
2. הוא גם נותן מקום לדרכו של אהרון אבל מחוץ לביהמ"ש אולי. גישה שנותנת מקום לגישור ופשרה אבל לא בביהמ"ש.

ר' יהושע בן קרחה: מציג את העמדה המצדדת בגישור.

דברי רבן גמליאל היה ניסיון להגדיל את המעגל ולהכניס ערכים.

צריכים לשאוף לסוג משפט אחר , משפט שיש בו שלום. מה זה אומר? ביצוע שזה בעצם פשרה. אנו צריכים לשאוף למשפט שמוביל לשלום.

אנו רואים שגם דוד שאף

הביצוע והפשרה מופיעים כמשפט שלום ומשפט צדקה. בכל מקרה ברור שר' יהושע בן קרחה מציג פה עמדה חיובית ביחס לפשרה.

את משפט השלום הזה עושים בתוך ביהמ"ש, כלומר זה המשפט אליו צריכים לשאוף. זה דרך המלך.

אנו רואים פער בין גישתו של רבי אליעזר לבין גישתו של רבי קרחה.

אנו נבחן שלושה אלמנטים בכל מיני פרשנויות.

האם יש זהות בין המונחים פשרה וביצוע.

האם צריכים הסכמה של הצדדים בשביל להגיע לתוצאה של פשרה או ביצוע.

נוגע לתוכן הפשרה- מה תוכנה, האם זה משהו אחר מאשר הדין המהותי, תוצאה אחרת או שזה כן הדין המהותי והפשרה שואפת גם לדין המהותי אבל שונה בגלל אחד מהאלמנטים האחרים.

העמדה המסורתית כלפי ביצוע ופשרה.

מאפיינים של פשרה וביצוע:

1. לפי העמדה הזו ביצוע ופשרה זה באמת אותו דבר.
2. כדי לבצוע או לפשר צריך הסכמה של בעלי הדין. תנאי הכרחי.
3. כאשר עושים פשרה לא פוסקים עפ"י הדין.

איפה נזכר האלמנט ההסכמי?

זה נזכר מפורשות במקור מס' 4, האמוראים מכריעים במחלוקת הקוטבית בין ר' אליעזר לר' קורחה.

רב הונא הדיין הציע בפניהם שני מסלולים זה לצד זה- דין או פשרה. פשרה זו אופציה שנמצאת לצד הדין אבל שמים ראשונה את הדין.

ברור שהתלמוד הבבלי זיהה בין ביצוע לפשרה.

איך מתרץ התלמוד את הפער בין האמירה של ר' יהושע בן קרחה לבין האמירה של רב הונא?

גם ר' יהושע לא התכוון שמצווה לאכוף את הפשרה אלא לומר להם האם הם מעוניינים בדין או פשרה. התירוץ הוא שלא כופים פשרה אלא מציעים להם ללכת בשני מסלולים.

הפרשנות נותן פרשנות מצמצמת אולי למה שניתן להגיד לפי ר' יהושע בן קרחה.

המצווה היא להציע, לפי ר' יהושוע לא כופים את הפשרה. מכאן עולה שצריכים הסכמה.

הפרשנות של חיים שפירא- זה הפרשנות של התלמוד. אם נסתכל על המקורות התנאים אז דבר ראשון הם נקטו בפשרה ולא הזכירו בדבריהם את הצורך להסכמת הצדדים ולכן התזה שלו היא שבמקורות התנאיים ביצוע משמעו פשרה כפויה, בי"ד לא מקבל את הסכמת הצדדים אלא כופה סוג של פשרה. ביצוע למעשה במובנו התנאי שלא כמו המובן של התלמוד הבבלי זה באמת פשרה כפויה. הוא מנסה למנות זו גם ממקור תנאי נוסף.

לפי הפרשנות של ר' קרחה מצווה לבצוע.

האלמנט הכפייתי עולה ממקור 5 לא מדובר על אופציה- אתה חייב לבצוע. ויש גם אלמנט כפייתי של חובה לבצוע.

בשלב בו אתה לא יודע מה לפסוק, אתה נמצא במצוקה אז אתה כופה פשרה, זה דומה לרא"ש- מצבים בהם אתה כופה פשרה.

תוכנה של הפשרה הכפויה שיש בה ביצוע- זה צדק מחלק לעומת צדק מתקן. כלומר יש הבדל מבחינת תוכן הביצוע לעומת תוכן הדין.

משפט שלום או צדקה, לפי גישתו של חיים שפירא המחלוקת בין ר' אליעזר לר' קרחה זה איזה סוג של צדק מעדיפים. הראשון מעדיף צדק מתקן והשני מחלק.

האלמנט של הסכמה נזכר מפורשות רק בתלמוד ולא זו בלבד אלא יש מקורות בהם נאמר שאם שמעת את הדין אתה חייב לבצוע.

העובדה שמדובר על פשרה כפויה זה דבר שאין לו ראיה חיובית, חזקה מהמקורות. כנגד הביטוי לפיו את חייב לבצוע אפשר להביא במקור מס' 3 ביטוי מקביל- צאו ובצעו. זה מראה לכאורה שזה תלוי בצדדים, אין ביטוי מפורש שמדבר על כפייה של פשרה.

 ב ADR תנאי הכרחי לכך הוא הסכמה.

הביטוי של צאו ובצעו יכול להצביע גם על חובה לבצוע.

התלמוד הבבלי לא בהכרח שינה מהמשמעות העיקרית של ר' יהושע בן קרחה, לא שההבדל בין כפייה להסכמה אלא יכול להיות הסכמי בשתי דרכים:

1. מסלול הסכמי בו הדרך המועדפת היא הפשרה, החתירה היא לכיוון הזה. בתלמוד הבבלי חלה נסיגה אבל זה לא הכרח להבין שעצם ההסכמיות זה חידוש של הבבלי כי אחרת א"א להבין את דברי ר' יהושע בן קרחה. יתרה מזאת, הוא מתאר את דרך הפסיקה שלנו ככזו שיש בה היבט של שלום. על פשרה כפויה להגיד שיש בה אלמנט של שלום זה נראה מרחיק לכת.

פרשנות שלישית של ברכיהו ליפשיץ:

הוא הולך בדרך של הפרשנות המסורתית, אין הבדל בין ביצוע לפשרה. פשרה צריכה הסכמה של הצדדים.

הוא חולק על האלמנט השלישי. לדעתו תוכנה של הפשרה זהה לדין.

מקור 7: יש פה הסכמה ללכת למסלול שונה שהוא לא שונה מבחינת הדין, אז מה הרווחנו בפשרה? הפשרה מיועדת לפי דעתו אך ורק לאלמנט אחד- יראת ההוראה, העונש לה צפויים הדיינים כאשר הם פוסקים לפי דין תורה. יראת ההוראה מנח ה את הדיינים לפחד ולדון לפי דין תורה ולחתור להסכמה. במצב כזה הם לא יחטאו אם הם יגיעו לתוצאה לא נכונה. לא מדובר פה בדין אחר מבחינת התוכן של הדין, יכול להיות שהתוצאה זהה לדין תורה אבל השאלה היא מכוח מה הוא פוסק- החובה ליישם דין תורה או הסכמת הצדדים. גם הוא בעמדה של פיס, הוא נגד פסיקה על סמך קריטריונים אחרים מחוץ לדין.

המוטיבציה העיקרית והיחידה לפשרה היא לקבל את הסכמת הצדדים כדי לא להגיע למסלול בו ניתן לקבל עונש אם לא פוסקים נכון. לדיינים יש מוטיבציה לפשרה בתלמוד הירושלמי גם על הרקע הזה שעליו הוא מדבר.

ממקור 3 עולה מפורשות שהמסלול של פשרה או ביצוע שונה מהותית מבחינת תוכנו לעומת הדין.

יש הבחנה מבחינת התוכן של פס"ד שבו אין הבדל- התוכן צריך להיות אותו דבר.

במסלול של הפשרה האלמנט המרכזי הוא הסכמת הצדדים וממילא אתה משוריין מפני החשש שהפסיקה תוכל להביא לך עונש.

הוא נבדל רק ביחס לאלמנט השלישי. לדעת יובל סיני הדעה הרווחת היא זו המסורתית.

ישנה מחלוקת נוספת בין התנאים והיא נוגעת לגבולות הדיוניים של הפשרה- השאלה באיזה שלב רשאי השופט להציע פשרה, האם בשלב מקדמי או אפילו בשלב מאוחר יותר?

היה מקרה שבו שופט כתב פס"ד וכאשר הוא בא להקריא זאת בפני הצדדים הוא אומר לצדדים שפס"ד לא טוב להם.

מבחינה סטטיסטית הפשרה היא דווקא אפקטיבית יותר בשלבים מאוחרים יותר. למשל בנזיקין כאשר ביהמ"ש מגיע למסקנה שיש חבות ועכשיו יש לקבוע את גודל הנזק.

לפי המקורות שראינו עד עכשיו מדובר על פשרה בהתחלה, מקור 4- בתחילת הדין רב הונא אומר להם שיש שני מסלולים, של דין ופשרה ויש לבחור מה שאנו רוצים. הרבה פעמים פשרה בתחילת הדיון היא לא כ"כ אפקטיבית. הרבה פעמים כדי להציע פשרה שופט צריך שתהיה לו אחיזה. בכל אופן השלב הרצוי הוא החל מהשלב הראשוני ביותר.

איתי ליפשיץ אומר שיש כאן אמירה חינוכית של המערכת השיפוטית שאומרת שבמקביל למסלול של הדין יש מסלול של פשרה, של משפט שלום אותו צריך לקחת בחשבון.

השאלה עד מתי ניתן להציע פשרה?

בכך נחלקו התנאים.

מקור מס' 6: שתי דעות-

1. קובע גבול- יש שלב ממנו ואילך לא ניתן להציע פשרה. כל עוד אתה לא גיבשת דעה ראשונית, אתה לא יודע להיכן הדין נוטה, אתה רשאי להציע פשרה. לאחר שגיבשת דעה ראשונית ואתה יודע להיכן הדין נוטה, אתה לא רשאי להציע פשרה. למה לקבוע את הגבול שם?

איתי ליפשיץ מעלה את הנושא של זלזול בדין, עדיין קיים מתח כל הזמן בין דין תורה לבין הפשרה. אנו כן מוכנים שתתפשר אבל כל עוד זה לא בא על חשבון דין התורה. ברגע שאתה יודע להיכן הדין נוטה אז תמצה את דין התורה.

במקור מס' 5 מדובר על אלמנט מסוים שלשופט מותר להסתלק מהדיון אם יש בעל דין אלים כל עוד לא מתגלה הדין, אבל אם הוא התגלה יש לאפשר לו להתגלות. באותו מובן ניתן להסביר את דברי ר' שמעון כאשר נתגלה הדין אז יהיה זלזול בו אם נפנה לפשרה (הסבר של איתי ליפשיץ).

1. חכמים. מציעים פשרה עד גמר הדין. כאשר הוא נגמר אתה לא רשאי לבצוע. השאלה היא מה זה נגמר הדין? הפרשנות הפשוטה היא לאור הגמרא במקור 8- מדובר על פס"ד שקוראים אותו בפועל, זו הפרשנות המקובלת של רש"י שרואים אותה בגמרא. התוספות מפרשים את גמר הדין בתור הרגע שהשופט כתב את פס"ד גם אם הוא לא הקריא אותה. יש דעה שלישית לגמר הדין, מרחיקה יותר והיא הוצאה לפועל של פס"ד (סמ"ג).

לפי הדעה של סמ"ג, שגזר הדין זה הביצוע, מה שמיוחד בביצוע הוא שזה הרגע האחרון. כל עוד השופט נמצא בעניינים ולא סיים את עבודתו ניתן להציע פשרה.

אחרי שהדברים נאמרו באולם המשפט ואח"כ אתה מציע פשרה אתה עושה דבר והיפוכו.

דעתם של בעלי התוספות מקדימה את שלב האל חזור לשלב כתיבת פס"ד.

מקור 9 מה שמפריע פה הוא העניין של הטעיה, פשרה היא הסכמית, יש פה חוזה שמלווה בהטעיה.

הבעיה היא שאתה מטעה את הצדדים וזה עוול. אותו אחד שזוכה בפס"ד לא היה מסכים להתפשר כאשר הוא יודע שהוא זוכה.

הבעיה היא הטעיה, כל עוד הוא לא אמר להם, אבל אם הוא אמר להם שיש פה פס"ד, הוא כתוב וזה לא טוב להם אז זה כן יהיה בסדר אבל בד"כ השופט לא חושף לצדדים את הדברים האלה.

בכל מקרה הבעיה היא הטעיה של הצדדים ולא הנושא של זלזול בדין.

יש עוד נדבך שצריך להוסיף- להזכיר למרצה !

16.1.13

הזמן הקלאסי להצעת הפשרה הוא תחילת הדיון.

עמוד 9- עד כמה השופט מעורב בהצעת הפשרה?

אנו יודעים כי בשיטה האנגלו אמריקאית קלאסית השופט צריך להיות אובייקטיבי ולא ליזום פשרות משלו. לא להיות אקטיבי כי כך הוא מאבד את הנייטרליות שלו בהיותו מעורב יתר על המידה.

עד כמה השופט מעורב בהצעת הפשרה במשפט העברי?

מקור 15: בתלמוד נאמר שמצווה להציע פשרה. כלומר השופט מציג לפני הצדדים שני מסלולים. אבל אין זה אומר שהוא צריך להציע פשרה.

אנו מוצאים בקרב הראשונים מחלוקת עקרונית סביב השאלה עד כמה שופט צריך לחתור לפשרה. יש כאלו שבוסרים שהשופט הוא נייטרלי אבל ישנם כאלו כמו הטור והרמב"ם שלפיהם השופט צריך להעדיף את הפשרה ולחתור אליה.

מקור 15: הוא לא הולך לפי סדר הדברים בתלמוד, קודם פשרה ואח"כ דין. כלומר, יש עדיפות לפשרה.

מקור 16: הרמב"ם אמנם מתחיל בציטוט של מה שנאמר בגמרא, מבחינה אופרטיבית בהתחלה הוא אומר האם להתחיל בדין או פשרה אך יש עדיפות לסיום הסכסוך בפשרה.

מקור 17: ההקשר של המקור הוא כל מיני חובות שמוטלות על הדיינים מכוח המשנה באבות, חובות אתיות, דיוניות. לענייננו מה שחשוב הוא שצריך לחתור שכל מקרה יסתיים בפשרה. גישה שאומרת שהשופט לא ניטרלי, הוא צריך לחתור לפשרה בכל כוחו.

נראה שהשולחן ערוך עצמו מעתיק את דברי הרמב"ם.

אנו רואים שאת הפשרה במשפט העברי לא זו בלבד שרואים אותה כדרך לגיטימית בה ביהמ"ש פועל אלא זו דרל המלך השופט עצמו צריך לחתור אליה.

גם אלו שחולקים יגידו ששתיהן (דין ופשרה) דרכים שיפוטיות כשרות וכמובן שיש להשיג את הסכמת הצדדים ולא ניתן לכפות עליהם.

מקור מס' 21: אנו רואים דבר חשוב, יש מושג של הטיית פשרה, פשרה זה לא משהו שרירותי, השופט לא סתם מחלק את העוגהץ יש מדרש במדרש רבא שמגנה את הדיינים שעושים חצי חצי ופוסקים באופן שרירותי. הוא מדבר על האיסור להטוץ פשרה, יש קריטריונים לפשרה. זו סוגיה מעניינת עד כמה הפשרה צריכה להתאים לדין אך ברור על פניו שזה לא הליך חוץ שיפוטי שאין בו קריטריונים או מושג של הטיית דין. זה סוג של הליך שיש בו מושג של הטיית דין למרות שאנו לא יודעים מה זה אומר, השו"ע לא אומר על מה מדובר.

לא מטים את הפשרה- ישנם טכניקות שונות של פשרה, אחת מקובלת נקראת פשרה הקרובה לדין, מקובלת גם היום בבבתי דין רבניים ואומרת שכאשר אתה עושה פשרה אתה מחלק את העוגה אבל צריך לקחת בחשבון מה היה צריך להיות הדין לפי הדין המהותי. היה סכסכוך בין רחל ולאה לעניין הדודאים ולפי הדין הם מגיעים ללאה, עושים פשרה ביניהן כי לא רוצים שהם ירביו ומחלקים את הדודאים, לאה תקבל חלק גדול יותר כי עפ,י הדין המהותי היא הזוכה.

בד"כ בפשרה הקרובה לדין יש שיעורים, מי שהיה צריך לזכות יקבל חלק גדול יותר מחברו. פשרה צריכה לקחת בחשבון בצורה כזו או אחרת את הדין המהותי.

יש שאלה עד כמה הפשרה צריכה לקחת בחשבון את הדין- האם היא צריכה להיות שונה, או זהה לו? יש כל מיני מודלים אותם נראה בהמשך.

**מקור 15 בעמוד 15:** האם הפשרה היא מנותקת מדין תורה ומטרתה היא רק להביא שלום או לא? הנחת היסוד היא שיש להתקרב לדין תורה כי בד"כ מתכוונים שזה לא הולך 100% לפי דין תורה אלא שמי שמקבל את החלק הגדול יותר הוא זה שהיה צריך לזכות לפי דין תורה- זו פשרה שהיא קרובה לדין.

נק' המוצא היא שהפשרה צריכה להיות קרובה לדין.

**עמוד 10 מקור 21:** השולחן ערוך. מדבר על המושג שאסור להטות את הפשרה.

מה לגבי מגשר? במשפט העברי אומרים זאת בהקשר של פשרה.

גם במשפט הישראלי קראו לזה בעבר גישור לעומת פשרה.

מה ההבדל בין גישור לעומת פשרה במושגים של 79א ו79ג.

המגשר נעדר סמכות הכרעה.

פשרה ב79א נעשית בידי ביהמ"ש, ביהמ"ש פוסק פשרה. ההסכמה של הצדדים מתייחסת להליך ולא לפס"ד. ברגע שהשופט הכריע זה פס"ד לכל דבר.

פגישת מהו"ת- חצי פגישת חובה.

מגשר הוא אדם ניטרלי, נעדר סמכות. תפקידו הוא לעזור לצדדים להגיע להסדר בעצמם. אין להכרעה תוקף של פס"ד למרות שניתן להגיש זאת לאישור ביהמ"ש והענקת תוקף של פס"ד.

האם במשפט העברי נמצא ביטוי לסוג כזה של פעולה? כן, אבל לא ישתמשו במונח של גישור.

רואים זאת בשו"ע בשלוש השורות האחרונות, מי שמוגבל בהצעת הפשרה עד פס"ד זה רק השופט. אבל אדם אחר שאיננו שופט רשאי להציע פשרה מחוץ לכותלי ביהמ"ש. זה ממש גישור.

יש שני תנאים מצטברים: 1. אדם שאינו דיין. 2. מחוץ לכותלי ביהמ"ש.

ברור שהנק' היא שצריכים ליצור סוג של הפרדה, יישוב סכסוכים בדרך אלטרנטיבית. אחרי שניתן פס"ד השופט לא יכול להציע הסדר אחר. אבל אדם אחר מחוץ לכותלי ביהמ"ש יכול להציע הסדר אחר, אין כאן זילות של ביהמ"ש.

מי ילך להסדר של גישור או פשרה לאחר שניתן פס"ד?

פה רואים את הגישור כמשהו שנעשה מחוץ לכותלי ביהמ"ש. גם כאשר מדברים על יישוב סכסוכים אי די אר, יש גם גישור שנעשה בתוך כותלי ביהמ"ש.

דוג' קלאסית במשפט הישראלי- אין מגשר חיצוני אלא מישהו הפועל בתוך מערכת המשפט שהוא לא שופט. בתוך ביהמ"ש יש את המסלול של גישור, יחידת הסיוע של ביהמ"ש לענייני משפחה יכולה לפעול גם בתורת גישור. גם פגישות מהו"ת נעשית במסגרת בתי המשפט אבל זה לא גישור מלא.

השאלה היא האם יש מושג של גישור שנעשה בתוך ביהמ"ש ע"י השופט עצמו? לפי השו"ע התשובה היא שלילית.

**מקור 22: שלטי גיבורים.** כלומר, לפיו ההבדל בין המסלול של הדין לזה של הפשרה הוא לאו דווקא שהדין נעשה בביהמ"ש והגישור מחוצה לו אלא אותו שופט יכול להיות בשני הכובעים. אם השופט הוציא פס"ד, אז הוא לא יכול לשנותו אולם אם הוא מנסה לגרום לצדדים להגיע לפשרה עוד לפני מתן פס"ד כאן הוא פועל כמגשר. אין מניעה שזה יעשה בביהמ"ש עצמו כי הכובע הוא שונה, השופט לא פועל כשופט אלא כמגשר.

באופן עקרוני במשפט העברי לפי הגישה הזו אין שום בעיה שהדיין יחבוש את כובעו של אהרון- אוהב שלום ורודף שלום.

אהרון הוא גדול המגשרים.

הדגמה של דרכו של אהרון, שהוא רודף שלום וזה תכונה קלאסית של מגשר.

**מקור מס' 23:** איזה מאפיינים מפורטים כאן, איזה אלמנטים גישוריים? מניפולציות, פגישות נפרדות, משקיע זמן,

ניטרליות, חוסר סמכות של המגשר, הוא לא כופה פתרון ולא נוקט עמדה שיפוטית, לא מנחה את הצדדים. מגשר הוא לא נוקט עמדות אלא עוזר לצדדים להגיע בעצם להסדר. הוא גם לא מנחה אותם כ"כ להסדר, אלא הם מגיעים לזה בעצמם.

פגישות אישיות נפרדות- הוא נפגש איתם לבד.

מניפולציה, הוא חוטא לאמת.

מה שמעניין הוא שנאמר שהוא דן דין אמת לאמיתו, אך זה לא מסתדר עם העובדה שהוא עושה פה מניפולציות.

חשיפה והתמקדות באינטרס, מאוד אופייני לגישור במובן הפרקטי. הוא חושף את אותו אינטרס, אותו רגש שלילי שעומד ביסוד המריבה.

לא מסיימים בהכרעה כמו במערכת השיפוטית, אלא התהליך יותר חשוב. המודל הטרנספורמטיבי שהוא יותר דומיננטי ביחס לגישור, ההליך הטיפולי בעצם חשוב פה.

אהרון גם נותן מתן ביטוי לרגשות, הוא מתמקד פחות בעובדות שמהוות חלק קטן בתמונה ומתמקד יותר ברגשות.

עבודה על המידות- ארהון ממיר את הרגשות השליליים ברגשות חיוביים, פועל כפסיכולוג במידה רבה.

יצירת קומיניקציה, חברות. הוא נותן יד לכל אחד מהצדדים לנסות להבין מה חושב הצד השני על הסכסוך, זה גורם להבניה של כישורים חברתיים. יותר חשוב לדעת למה נוצר הסכסך כאשר ההנחה היא שהגישור שמשפר קומיניקציה ממילא מיישב את הסכסוך. מאפיין את הגשיור הטרנספורמטיבי.

הכרה והעצמה- נוצר את הצדדים תהליך של גדילה, זה מסתיים בצורה מאוד מרגשת.

**מקור 24, עמוד 11:** אנו רואים בפס"ד את החשיבות המיוחדת של הבאת שלום דווקא בין איש לאישתו המושג של שלום בית שהוא מאוד משמעותי במשפט העברי. יש הקפדה מיוחדת דווקא להבאת שלום בין איש לאישתו בהליכים של גישור.

עמוד 12:

ראינו שזו מצווה להציע פשרה, אמנם זה תלוי ברצון הצדדים אבל בית הדין, לפחות לפי הגישות הדומיננטיות, השופטים צריכים להעדיף את הפשרה.

האם פשרה זה בכל מחיר? האם זו הדרך בה אנו צריכים לבחור כשופטים?

להשלים

הרב בצרי אומר שאנו מוצאים במסגרת הליך של פשרה לפסוק מאה אחוז על פי הדין.

סטייה מהדין אל עבר הפשרה אינה ראויה.

המאירי, מקור 6: למרות שהפשרה נבחנת לעניין דיני ממונות, לעניין מיסוי אין הדבר כך. ישנן נורמות קוגנטיות, שלא מתפשרים עליהם. הוא אומר שניתן להתנות ולהתפשר בדיני ממונות אך לא בדיני איסור. המאירי אומר שבעניינים של איסור, נורמות קוגנטיות שלא ניתן להתנות עליהן לא מתפשרים.

דברים ממוניים, דיספוזיטיביים ניתן להתפשר לגביהם.

מקור 7: דוג' למקרים בהם הפשרה ראויה אומנם אך ביהמ"ש לא יכול להציע אותה. מדובר על מקרים בהם אדם מבייש תלמיד חכם ולפי ההלכה יש קנס, פגיעה בנושא משרה או העלבת עובד ציבור.

האם בית הדין מציע את הפשרה? האם היא ראויה? הרמב"ם מציג גישה מעניינת. הוא אומר שזה מסוג הדברים שטוב שיתפשרו אבל תלמיד החכם יכול להיות שהוא ימחול ולא יתבע. אם הצדדים מגיעים בפני עצמם לפשרה זה דבר טוב אבל הדיינים לא יכולים להציע פשרה.

תפיסה מורכבת לפיה השופט לא יכול להציע את הפשרה. ביהמ"ש במקרה זה צריך לתת ביטוי לנורמה של כיבוד נושא משרה, או מי שראוי לכבוד התורה וכו. אם אותו בעל משרה מוחל על כבודו זה מצוין אבל ביהמ"ש מיוזמתו לא מציע פשרה.

האם ניתן במסגרת של הליך פשרה להכיר במושג הפשרה הבינארית שאחד הצדדים יקבל את כל התביעה והצד שכנגד לא יקבל שום דבר.

פס"ד אגיאפוליס: ביהמ"ש פסק לחלוטין לטובת אחד הצדדים. הצד השני עתר ואמר שהוא ציפה לפשרה והוא לא קיבל דבר, הוא יצא בלי שהוא קיבל שום דבר, האם זה פשרה או שהיא חייבת לחלק את העוגה בצורה כזו או אחרת?

בפס"ד מופיעות השאלות העקרוניות.

אם חשבנו ששרה זה משהו נפרד, הכוללת שיקולים אחרים אז התשובה היא לא. באופן עקרוני הכול נתון לשופט לפסוק לפי הדין המהותי או הפשרה.

אפשרות הערעור על פשרה במשפט הישראלי היא מאוד מצומצמת מטבע הדברים. אם השופט ייקח את כל השיקולים אז מבחינה מהותית אין על מה לערער. הכול אפשרי לצורך העניין.

על פניו חייבים לקחת בחשבון את נסיבות פס"ד, לא ניתן לחלק 50, 50.

פשרה- המשך

דיברנו בשיעור הקודם על התפיסות השונות שנוגעות לפירוש של הפשרה התנאית והמשכנו עם השיטה המקובלת לפיו פשרה זה סוג של משפט שלום שנעשה בידי בימ"ש. מטרתו להשכין שלום בין הצדדים. דיברנו על מתי אפשר להציע פשרה. הזמן הקלאסי זה בתחילת הדיון כשהדיין שואל את הצדדים אם הם מעוניינים בפשרה או בדין. דיברנו על המחלוקת עד מתי אפשר להציע- הזמן האל חזור זה גמר הדין.

ע"מ 9- עד כמה השופט מעורב בהצעת הפשרה?

אנו יודעים שבשיטה אנגלו אמריקאית קלאסית השפוט צריך להיות אובייקטיבי ולא ליזום פשרות משלו. לא להיות אקטיבי כי כך הוא מאבד את הנטרליות שלו בהיותו מעורב יתר על המידה.

עד כמה השופט מעורב בהצעת הפשרה במשפט העברי?

מקור 15- בתלמוד נאמר שמצווה להציע פשרה. כלומר השופט מציג לפני הצדדים שני מסלולים. אבל אין זה אומר שהוא צריך ליזום פשרה.

אנו מוצאים בקרב הראשונים מחלוקת עקרונית סביב השאלה עד כמה השופט צריך לחתור לשפרה. יש כאלו שסוברים שהשופט הוא נטרלי. אבל ישנם כאלו כמו הטור והרמב"ם שלפיהם השופט צריך להעדיף את הפשרה ולחתור אליה.

מקור 17 רמב"ם- הוא לא הולך לפי סדר הדברים שבתלמוד- קודם פשרה ואח"כ דין. כלומר יש עדיפות לפשרה. אם לא הולך בפשרה הולכים לפי הדין.

מקור 16- הרמב"ם פה מעתיק את לשון הגמרא- קודם דין ואז פשרה. אבל בהמשך הוא אומר שבית דין שעושה פשרה- הרי זה משובח. כלומר יש עדיפות לסיים את הסכסוך בפשרה.

זו גישה שונה מזו המקובלת על פוסקים אחרים. זו גישה שאומרת שהשופט אינו נטרלי אלא צריך לחתור לפשרה.

נדמה שהשולחן ערוך מעתיק את לשון הרמב"ם ומאמץ את גישתו:

מקור 21- יש להעדיף למעשה את הפשרה.

אנו רואים שהפשרה במשפט העברי -לא רק שזו דרך לגיטימית שבו בימ"ש פועל אלא זו דרך המלך. גם אלו שחולקים יגידו שאלה שתי דרכים שיפוטיות כשרות- דין או פשרה, אבל אסור לכפות על הצדדים.

מקור 21- אנו רואים דבר חשוב- יש מושג של הטיית פשרה. פשרה זה לא משהו שרירותי. יש מדרש במדרש רבא בו מגנים את השופטים שפוסקים באופן שרירותי- חצי חצי. יש קריטריונים לפשרה. זה לא הליך חוץ שיפוטי שאין בו קריטריונים אלא יש בזה עניין של הטית הדין.

ישנם טכניקות שונות של פשרה. טכניקה מאוד מקובלת זו טכניקה שנקראת "פשרה הקרובה לדין". זו טכניקה שמקובלת גם היום. היא אומרת שכשאתה עושה פשרה אתה אמנם מחלק את העוגה אבל צריך לקחת בחשבון מה היה צריך להיות הדין לפי הדין המהותי. למשל אם יש סכסוך בין רחל ולאה על הדודאים ולפי הדין הדודאים מגיעים ללאה ולא לרחל אך עושים פשרה ביניהם- מחלקים את הדודאים אבל לאה תקבל חלק גדול יותר כי על פי הדין המהותי היא הייתה צריכה לזכות.

בד"כ בפשרה קרובה לדין יש גם שיעורים. מי שהיה צריך לזכות בדין יקבל 2/3 והשני יקבל 1/3- זו ברירת המחדל.

כלומר צריך לקחת בחשבון בצורה כזו או אחרת את הדין המהותי.

יש שאלה- עד כמה הפשרה צריכה לקחת בחשבון את הדין- האם היא צריכה להיות שונה או זהה לדין? יש כל מיני מודלים שנראה בהמשך.

דוגמא:

מקור 15 בע"מ 15- האם הפשרה היא מנותקת מדין תורה ומטרתה היא רק להביא שלום? הנחת היסוד היא שצריך להתקרב לדין תורה- בד"כ הכוונה שזה לא מאה אחוז לפי דין תורה אלא הכוונה היא שמי שמקבל את החלק הגדול ביותר בעוגה הוא זה שהיה צריך לזכות לפי דין תורה- זו פשרה שהיא קרובה לדין.

ע"מ 10 מקור 21- ראינו ששו"ע מדבר על מושג שאסור להטות את הפשרה.

עד מתי מציעים פשרה? עד גמר הדין. אחרי שהוא גמר את הדין אסור לו לעשות פשרה.

במשפט הישראלי ההבדל בין גישור לפשרה- המגשר הוא לא שופט אלא הוא נעדר סמכות הכרעה. פשרה נעשית לפי בימ"ש. בימ"ש פוסק פשרה. ההסכמה של הצדדים זה להיכנס להליך, ברגע שהוא הכריע זה פ"ד לכל דבר. כשהולכים לגישור- זה לא שופט אלא זו דרך אלטרנטיבית. המגשר הוא נטרלי, תפקידו הוא רק לעזור לצדדים להגיע להסדר בעצמם. אין להכרעה תוקף של פ"ד אלא הולכים לבימ"ש ובימ"ש יכול לתת לו תוקף של פ"ד.

האם במשפט העברי נמצא ביטוי לסוג כזה של פעולה? כן אבל לא ישתמשו במונח של גישור.

רואים זאת בשולחן ערוך בשלוש השורות האחרונות- מי שמוגבל בהצעת הפשרה עד פסק הדין זה רק השופט. אבל אדם אחר שאיננו שופט רשאי להציע פשרה בתנאי שזה מחוץ לכותלי בית המשפט. כלומר יש שני תנאים מצטברים: אדם שאינו דיין ומחוץ לכותלי בימ"ש.

אדם שאיננו דיין ונמצא מחוץ לכותלי בימ"ש הוא לא מזלזל פה בדין תורה.

פה רואים את הגישור בתור משהו שהוא מחוץ לכותלי בימ"ש. כאשר מדברים על יישוב סכסוכים יש גם גישור שנעשה בתוך כותלי בימ"ש.

השאלה היא האם יש גישור שנעשה בתוך בימ"ש ע"י השופט עצמו? לפי השו"ע התשובה היא שלילית אבל לפי שלטי גיבורים התשובה שונה:

מקור 22- ההבדל בין המסלול של הדין למסלול של פשרה זה לא שהפשרה נעשה מחוץ לכותלי בימ"ש והדין בבימ"ש אלא שאותו שופט יכול לחבוש את שני הכובעים. אם הוא הוציא פ"ד הוא לא יכול לשנותו אבל אם מנסה לגרום לצדדים להגיע לפשרה עוד לפני מתן פסק הדין כאן הוא פועל כמגשר. אין מניעה שזה ייעשה בבימ"ש עצמו כי הכובע הוא שונה. השופט לא פועל כשופט אלא כמגשר.

במשפט העברי לפי הגישה הזאת אין שום בעיה שהדיין ילבש את כובעו של אהרון- אוהב שלום ורודף שלום.

הדוגמא של אהרון זה דוגמא קלאסית למגשר.

מקור 23- מאפיינים מובהקים שיש רק למגשר ולא לשופט:

- ניטרליות, חוסר סמכות של המגשר- הוא לא כופה פתרון אלא שומר על ניטרליות בלי לנקוט עמדה שיפוטית. הוא גם לא מנחה את הצדדים להסדר אלא הם מגיעים לזה לבד.

- פגישות אישיות נפרדות- הוא נפגש עם כל צד בנפרד.

- מניפולציה- אהרון חותר לאמת, דבר שלא ייעשה במשפט. זה מן שקר לבן , הוא ומר לכל אחד מהצדדים שהשני מצטער על כל מה שקרה.

נאמר על אהרון "דין אמת לאמיתו" למרות שהוא עושה מניפולציות.

- חשיפה והתמקדות באינטרסים- זה מאוד אופייני לגישור במובן הפרקטי. הוא חושף את אותו אינטרס, אותו רגש שלילי שעומד ביסוד המריבה.

- לא מסיימים בהכרעה כמו במערכת השיפוטית אלא יותר חשוב התהליך, המודל הטרנספורמטיבי שהוא יותר דומיננטי ביחס לגישור. ההליך הטיפולי הוא בעצם החשוב פה.

- אהרון גם נותן מתן ביטוי לרגשות, הוא מתמקד פחות בעובדות שמהוות חלק קטן בתמונה ומתמקד יותר ברגשות.

- עבודה על המידות- אהרון ממיר את הרגשות השליליים ברגשות חיוביים. הוא פועל כפסיכולוג במידה רבה.

- יצירת קומוניקציה, חברות- הוא נותן יד לכל אחד מהצדדים לנסות להבין מה חושב הצד השני על הסכסוך, זה גורם להבניה של קישורים חברתיים. יותר חשוב לדעת למה נוצר הסכסוך כאשר ההנחה היא שהגישור שמשפר קומוניקציה ממילא מיישב את הסכסוך.

- הכרה והעצמה- נוצר את הצדדים תהליך של גדילה. זה מסתיים בצורה מאוד מרגשת.

מקור 24- רואים בפ"ד את החשיבות המיוחדת בהבאת שלום בין איש לאשתו. זה המושג של שלום בית. הוא מאוד משמעותי במשפט העברי. יש הקפדה מיוחדת דווקא להבאת שלום בין איש לאישתו זה דבר מרכזי במיוחד בגישור.

ע"מ 12- מקרים בהם סטיה מן הדין אינה ראויה

ראינו שזו מצווה להציע פשרה , אמנם זה תלוי ברצון הצדדים אבל בית הדין , לפחות לפי הגישות הדומיננטיות, השופטים צריכים להעדיף את הפשרה.

האם פשרה זה בכל מחיר? האם זו הדרך שאנו צריכים לבחור כשופטים?

לפי פיס- השופט צריך לקבוע נורמות, לכוון התנהגות, הוא לא יכול לעשות את מלאכתו קל.

יש אומרים שבמידה רבה ההליכים של ADR גורמת לכך שהשופטים מתעצלים מלפסוק את הדין, גורמים לזילות. ישנם מקרים שעל פניו הפשרה אינה ראויה. כאן נזכיר כמה סוגים של מקרים בהם הפשרה איננה ראויה:

מה קורה כאשר אחד הצדדים איננו תם לב? הוא גזלן או רמאי וכד'. הוא מנצל את העובדה שבימ"ש חותר לפשרה בכל מאודו ובמקרה הזה הפשרה איננה ראויה כי יש פה אדם שלא מגיע לו שיהנה מהפשרה. הוא משתמש בכלי הפשרה כדי לגזול מהאחר.

במקורות 1ו- 2 מנסים להציב גבולות. השאלה היא איך מציבים את הגבולות.

מקור 2- רבי מלכיאל טננבוים- הוא מציג את הבעיה וקובע מבחן יחסית סביר מתי באמת הפשרה ראויה ומתי היא כן ראויה כשיש אנשים שאינם תמי לב.

הוא אומר שהגישה הדומיננטית של הרמב"ם היא לחתור לפשרה. לפי דעתו של רבי מלכיאל השופט חייב לספוק את דין ולהוציא את הגזל מיד הגזלן ולבוא לטובת העשוק.

המבחן שהוא מציע הוא סובייקטיבי- מנסים לבדוק האם יש פה תו"ל. אם באמת האדם בא ותובע בתו"ל. יש דברים שהם לא חד משמעיים בהם הפשרה היא ראויה אבל מי שעושה פשרה במקרים ברורים כשצד אחד הוא גזלן- הוא מטה משפט. במקרים אלה הפשרה זה ניאוץ וזה לא ראוי.

יש להבחין בין מקרים בהם ברור שהוא גזלן . הפשרה לא מהווה תמריץ, אסור שהחוטא יצא נשכר. אין שום סיבה להגן על גזלנים ולתת להם פרס. לכן יש פה פשרה שאיננה ראויה.

מקרה נוסף בו אנו מוצאים כאלו שסוברים שהפשרה אינה ראויה:

מקור 4- דברי אור זרוע- לפי רש"י לשופט מותר להציע פשרה עד הקראת פסק הדין. לפי אור זרוע לא ברור למה לשופט מותר להציע פשרה עד שהוא מקריא את פסק הדין. הוא מסכים עם בעלי התוספות אמרו ששלב האל חזור זה לא הקראת פסק הדין אלא כשהשופט הגיע לכתיבת פסק הדין. כלומר לפני שהוא מקריא. לפי אור זרוע והתוספות אסור במקרה כזה להציע פשרה כי השופט כבר בחן את הסוגיה והגיע למסקנה שצד אחד צודק. להציע במקרה זה פשרה זה גזל- יש צד שמגיע לו פסק דין לטובתו. אם עכשיו השופט יציע פשרה הוא בעצם גוזל אותו.

הדעה הזאת לא התקבלה. הדעה של רש"י התקבלה- מותר להציע פשרה עד שמקריאים את פסק הדין.

מקור 5- עוד מקרה שהסטייה איננה ראויה- זה מצב שבו השופט היה צריך לפסוק פשרה בין שני הצדדים והוא הגיע למסקנה שהפתרון הכי צודק ונכון זה ללכת לפי הדין. האם מותר לו אז לסטות אל הפשרה או לא?

היה פה הליך של פשרה בבית דין ובמסגרת הפשרה הדיינים קיבלו את הצעת האישה מבלי לקבל את הצעת האיש כלל- זה נקרא פשרה בינארית. הרב בצרי אומר שגם במסגרת הליך של פשרה צריך לבדוק מי צודק. כשהזכויות מאוד ברורות עדיין צריך לפסוק לפי הדין. כלומר גם בתוך פשרה יכול להיות שהשופט יפסוק 100% לפי הדין המהותי ולא יסטה לפשרה. כלומר למרות שרק צד אחד זוכה- זה עדיין במסגרת הפשרה.

גם במסגרת הליך של פשרה ישנם מקרים שפוסקים רק לפי דין ולא לפי פשרה.

מקור 6- ישנם נורמות קוגנטיות שלא מתפשרים עליהם – הוא מבחין ביו דיני ממונות לבין איסור. אי אפשר להתנות על דיני איסור ואי אפשר להתפשר. בדיני ממונות אפשר להתנות ואפשר להתפשר. בנורמות שאי אפשר להתנות עליהן- גם אי אפשר להתפשר.

בדברים ממוניים דיספוזיטיביים ניתן להתפשר.

מקור 7- מקרים בהם אדם מבייש תלמיד חכם- לפי ההלכה יש קנס כספי, נזיקי, פיצויים קבועים שצריך לשלם. הרמב"ם מציג גישה מעניינת- זה מסוג הדברים שטוב שיתפשרו בהם- אם הצדדים מגיעים לפשרה בפני עצמם זה דבר טוב אבל לדיינים אסור להציע פשרה או להתפשר. הפשרה היא רצויה אבל השופט לא יכול להציע אותה. למה? בימ"ש במקרה הזה צריך לתת ביטוי לנורמה של כיבוד נושא משרה. אם אותו בעל משרה מוחל על כבודו זה מצויין אבל בימ"ש עצמו מיוזמתו לא מציע פשרה.

עד כמה הפשרה תלויה בדין? עד כמה תוכן הפשרה יש לו זיקה לדין המהותי? האם הוא יכול להיות זהה לחלוטין לדין המהותי? האם ניתן במסגרת תהליך פשרה להכיר בפשרה בינארית- שצד אחד יקבל את כל התביעה והצד השני לא יקבל דבר?

מקור 8 – פ"ד אגיאפוליס- בימ"ש פסק לטובת אחד מהצדדים ולא נתן דבר לשני. הצד השני ערער לבימ"ש ואמר שהוא ציפה לפשרה והוא לא קיבל דבר. האם זה בכלל פשרה או שפשרה חייבת לחלק את העוגה? השאלה העקרונית מתחלקת לשניים:

א. האם עומדת בפני ערכאה שיפוטית השנה בדרך של פשרה האפשרות לפסוק גם לפי הדין המהותי או שמא נשללת אפשרות זו ובכל מקרה התוצאה צריכה להיות פשרה כלשהי בין עמדות בעלי הדין?

ב. גם אם קיימת אפשרות כזאת, האם בפסק הדין על דרך שפרה לא ייתכן שתתקבל התביעה כולה או שתידחה התביעה כולה?

בימ"ש ענה בחיוב על שתי השאלות.

באופן עקרוני הפשרה יכולה לקחת בחשבון מה שצריך להיות לפי הדין המהותי ומכירים בפשרה בינארית. כלומר התוצאה שהגיע אליה בימ"ש המחוזי לפיו צד אחת מקבל 100% היא בסדר. באופן עקרוני בימ"ש אומר שהפשרה זה לא דבר נפרד.

ע"מ 15- השופט טירקל אומר שאין גבול, הכל נתון לשופט לפסוק בין לפי הדין המהותי ובין לפי הפשרה. השופט יכול לבחור. הכל אפשרי והרשות נתונה.

אפשרות הערעור על פשרה במשפט הישראלי היא מאוד מצומצמת מטבע הדברים ווודאי שאם מבחינת השופט הכל אפשרי אין כמעט על מה לערער.

התשובה של בימ"ש:

טיעון א: על פניו חייבים לקחת בחשבון את נסיבות פסק הדין, אי אפשר לחלק 50 50. הטיעון הזה הוא פחות בעייתי. הפשרה זה לא משהו מנותק לגמרי, צריך לקחת בחשבון את הדין.

אבל זה בעייתי להגיד שאפשר לפסוק 100% לטובת מישהו אחד. אדם נכנס להליך של פשרה והוא מצפה לקבל משהו והנה הוא קיבל פסק דין רגיל על פי הדין. האם באמת אפשר לקרוא לזה פשרה?

כנגד הטיעון הזה מתמודד טיעון ב':

בימ"ש אומר שלפשרה יש שני פנים- הפן המהותי, התוכן, והפן הפרוצדוראלי. בימ"ש אומר שאפשר לוותר על הפן הפרוצדוראלי. המטרה של הפשרה היא תועלתנית ואפשר שכל כולה תהיה לפי הדין המהותי.

אתם הלכתם לפשרה כדי לקצר ולא לקבל פרוצדורות לכן אל תבואו בטענות שבימ"ש פסק 100% לפי הדין המהותי.

הובאה ביקורת על פסק הדין הזה, בפרקטיקה זה מאוד מפחיד את בעלי הדין- אתה בא לפסק דין על דרך הפשרה ובימ"ש יכול לעשות מה שהוא רוצה.

רובינשטיין אומר שאם אתה מפחד לקבל פסק דין 100% לטובת אחד, אתה צריך להתנות, לקבוע תנאים לבימ"ש. אבל בפרקטיקה זה לא ישים כי בעלי הדין לא יקבעו לשופט תנאים.

מעבר למישור הפרקטי, המישור המושגי הוא בעייתי- אם נסתכל על ציפיות הצדדים, הם מוכנים ללכת לפשרה ולוותר על הפרוצדורות ועל הראיות. אבל אם הם היו יודעים שהצד השני יכול לקבל 100% הם לא היו מוותרים על הפרוצדורות. יש לו זכות להליך הוגן ואם הוא היה יודע שזה מה שיקרה הוא לא היה מוותר על זה.

בנוסף, מה שהכי בעייתי מבחינת המרצה זה שיש פה מתח מובנה בין העובדה שפשרה זה משהו אלטרנטיבי לבין העובדה שסה נעשה בידי שופט. לכן את המתח הזה רואים בפסק הדין. אם ההליך הזה היה מחוץ לכותלי בימ"ש לא הייתה בעיה. אבל פה יש שופט שבאים לפסוק לפניו והשיקולים שהוא שם לנגד עיניו זה הדין המהותי, הוא לא יכול להתעלם מזה ומצד שני אומרים לו לעשות פשרה לכן נוצר פה מתח.

הבעיה המרכזית היא שפסק הדין לא מסדיר את הגבולות. אתה לא יודע מה אתה תקבל וזה פוגם בהליך הזה.

הישענות על המשפט העברי

בימ"ש העליון למד כאן מהמשפט העברי. בפ"ד מנסים ללמוד את הנוסחה של הפרשנות של ס' 79א מדברי הרב קוק: כדי לפסוק בדרך של פשרה צריך את הסכמת הצדדים

השאלה שמעניינת אותנו היא מה קורה אם בית הדין פסק רק לפי הדין? הייתה שם טענה דומה לטענה בפסק הדין שבימ"ש פסקו רק לפי הדין למרות שזה הליך של פשרה. הרב קוק אומר שבשלב הראשון הבודקים מה צריך להיות הדין, אם הדין הוא מתאים למקרה הזה, פוסקים לפי הדין אבל אם הדין הוא נוקשה יותר מדיי וכבד מדיי אז אתה בעצם סוטה לפשרה.

בימ"ש למד מהרב קוק שיש לפרש את סעיף 79א כך שאפשר לפסוק לפי הדין ואפשר לפסוק לפי הפשרה.

הרב בצרי נתן את אותו מבנה שהציג הרב קוק- אפשר לפסוק או לפי הדין או לפי הפשרה אבל בתוך הפשרה עצמה . כלומר גם בפשרה רגילה צריך לקחת בחשבון מהו הדין ולעיתים נפסוק לפי הדין ולא נסטה לפשרה.

הבעיה בפ"ד- בית המשפט היה צריך להסתמך על הרב בצרי ולא על הרב קוק כי הרב קוק לא דיבר על הליך של פשרה אלא על "בין הדין ובין פשרה"- שתי אופציות. לעומת זאת הרב בצרי דיבר על הליך של פשרה לכן זה יותר מתאים לפסק הדין.

תוכן הפשרה ויחסה לדין המהותי

אנו רוצים לבחון את השאלה שהתעוררה בפ"ד- מה הזיקה בין הפשרה לדין המהותי? ראינו שניתנה הגדרה מאוד רחבה ע"י הרב טירקל- כל האופציות אפשריות.

כאן אנו מוצאים ביחס לשאלה הזאת מודלים שונים:

1. ישנה גישה שאומרת שהפשרה היא רחוקה מהדין, אין לה זיקה לדין, יש לה שיקולים אחרים. גישה כזו טומנת בחובה שגם הפשרה שמגיעה לתוצאה רחוקה מאוד מן הדין תהיה לגיטימית- אי אפשר יהיה לטעון שהייתה טעות של בימ"ש כי בימ"ש לא חייב לקחת בחשבון את הדין המהותי.

מקור 10 לא צריך להיות זיקה בין הפשרה לדין

מקור 12- את הפשרה עושים בלא דין, כל אשר ישר בעיניהם.

השלכה המעשית היא שאין טעות. כי אם הוא לא חייב לקחת בחשבון את הדין המהותי והוא יכול לפסוק לפי שיקולים שלו אז אין טעות.

מקור 13- אי אפשר להגיד לשופט שבמקרים דומים הדין הוא X והוא פסק משהו אחר לחלוטין לכן הוא טעה כי הפשרה יכולה להיות רחוקה מהדין, הדיין פוסק לפי ראות עיניו.

כלומר לפי הגישה הזאת לא חייב להיות מתאם בין הפשרה לדין.

מקור 9- אם ספינה אחת פרוקה והשניה טעונה- הטעונה קודמת, אבל אם שתיהן פרוקות או שתיהן טעונות- עושים פשרה לפי איך שרוצים. אין פה זיקה לדין.

מקור 11- הרא"ש גם מדבר על מקרה שאי אפשר לברר ואין לשופט לפי מה לפסוק מבחינה ראייתית- אחת הדרכים שעל פיהם הוא פוסק זה פשרה, גם פה הפשרה זה לא לפי הדין.

שני המקורות האלה הם יותר בעייתיים כי הם מדברים על נסיבות מיוחדות.

2. גישה יותר דומיננטית- הפשרה צריכה להיות קרובה אל הדין, כלומר יש זיקה בין הפשרה לדין, לא זהה בהכרח אבל צריך לקחת בחשבון מה צריך להיות על פי הדין.

מקור 14- כשמבצעים פשרה צריך לדעת לאין הדין נוטה ומה סוברים שאר הפוסקים.

מקור 15- בפשרה צריך לקחת בחשבון מה אומר הדין. יש מתאם, אמנם לא זהה אבל הפשרה קרובה לדין.

יש בטכניקה הזאת יתרונות גדולים: נפקות משמעותית תהיה יכולת לערער. אפשר לטעון שיש טעות כי הפשרה צריכה להיות קרובה לדין. בנוסף יש פה וודאות.

זה הרבה יותר מתאים לסוג פשרה שנעשית בבית משפט כי שופט לא יכול להתעלם לגמרי מן הדין.

3. "בין לדין בין לפשרה"- למודל הזה יש הרבה ווריאציות. הוא הנפוץ ביותר. המגמה של הגישות הדומיננטיות זה שהפשרה צריכה להיות בזיקה כלשהי אל הדין. יש טכניקה שאומרת שהפשרה קרובה אל הדין אבל לא זהה לדין, לכן היא ל מתאימה לפ"ד אגיאפוליס- זה המודל השני. עכשיו אנו מגיעים לטכניקה השניה- בין לדין בין לפשרה. זו טכניקה פרקטית ברוב שטרי הבוררות כשפונים לבית הדין לממונות. יש פה סדר קדימיות מסויים, ההנחה היא שצריך להתחיל עם הדין, זו נקודת המוצא. צריך לבדוק האם יש נסיבות שבהן נסטה מן הדין אל הפשרה. למשל בדיני יושר יש לנו את הדין ויש לפנים משורת הדין- יש מקרים קונקרטיים שבהם נפעל לפנים משורת הדין.

מקור 16- הרב קוק אומר שדין לא יכול להיות צודק בכל מקרה פרטיקולרי. אי אפשר לתת את הדין הנכון בכל מקרה ומקרה. יש מקרים שמידת המשפט היא חריפה לאיזה צד והתוצאה היא קשה מדיי. למרות שככה היה צריך להיות לפי הדין, לפי המוסר זה חריף מידיי ואז אנו נכנסים לפשרה. כלומר הדין הוא כללי והפשרה באה במידה רבה לתקן את הדין במקרה הקונקרטי כאשר הדין חריף.

מקור 17- זו התשובה שעליה סמך בימ"ש העליון בפ"ד אגיאפוליס.

מה שמפריע לבעלי הדין בפ"ד זה לא רק שפסקו לפי הדין ולא לפי הפשרה אלא גם שבימ"ש לא שקל בכלל את הפשרה. הרב קוק מתווה את הדרך באיך לפסוק בין לדין ובין הפשרה.

מבחינה פורמאלית הרב קוק אומר שהשאלה היא לא שאלה כי כשהולכים לפי המודל של בין לדין ובין לפשרה, לא יכולה להיות טענה על זה שבימ"ש פסק לפי הדין. אבל אפשר לבוא בטענה נגד השיקולים של בית המשפט.

"בין לדין בין לפשרה"- הוא לא ניטרלי ביחס לשתי האופציות אלא יש לו העדפה לדין. ברירת המחדל זה הדין- קודם כל תבדוק מה צריך להיות הדין ורק כשהדין הוא כבד יותר מדיי ונוקשה יותר מדיי במקרה פרטיקולרי, אז סוטים לפשרה.

קודם כל הדיינים צריכים לשקול את זה, הם צריכים לקחת בחשבון מה צריך להיות לפי הדין והאם יש מקום לפשרה. אמנם יש עדיפות לדין אבל עדיין צריך לבחון אם יש נסיבות מיוחדות שמצדיקות סטייה לפשרה. בימ"ש חייב לבדוק זאת. אם הם לא עשו זאת זה פסול אבל לא בגלל שהם פסקו לפי הדין אלא בגלל שהם לא שקלו את הפשרה כי כשפועלים לפי "בין דין ובין פשרה" חייבים לבחון את הפשרה.

מתי נוטים מן הדין אל הפשרה? הרב קוק משתדל לקבוע קריטריונים לכך:

1. כשיש ספק בדין, ספק משפטי (ולא עובדתי), לאקונה או תשובות סותרות. במקרה כזה צריך להתרחק מהספק ועדיף ללכת לפשרה.

2. כשפסק הדין יצור סכסוכים. יכול להיות שאתה תפסוק את הדין אבל זה לא ישקיט את המריבה. כלומר זה בגלל שנעשה עוול לצד אחד אלא בגלל שזה לא ישקיט את המריבה. צריך פ"ד שלא רק יכריז על האמת אלא גם שיתקבל ע"י הצדדים. כלומר השופט לא צריך רק להכריע את הסכסוך אלא ניהול נכון של הסכסוך.

3. כשפסק הדין סותר את היושר ואת השכל הישר. אסור שהדין יהיה נגד היושר השכלי. הרב קוק מתייחס לדברי חז"ל "צדק צדק תרדוף בין לדין בין לפשרה" – זה מן יושר שכלי שהוא שונה מן הדין. הפשרה בעצם כלי שמגשר על הפער בין היושר השכלי לבין הדין.

הרב קוק אומר שגם דין וגם פשרה אפשריים. אמנם הדין קודם אבל ברגע שפועלים לפי "בין הדין ובין לפשרה" חייבים לבדוק את האפשרות של הפשרה. בימ"ש צריך לבחון את הקריטריונים האלה, הוא צריך לשקול אם התקיימו פה המקרים בהם סוטים לפשרה אם הוא לא שוקל זאת זה בעייתי.

מבחן: שלוש שאלות, אחת היא על חומר הקריאה. שאלה כללית אינפורמטיבית.

שתי שאלות נוספות הנגזרות מאופי הבחינה. מבחן בחומר סגור. אין צורך בזכירת שמות ותאריכים.

שאלה אחת נוגעת למקור ספציפי ולכן יש לעבור במקביל על דפי המקורות כאשר אנו לומדים.

שאלת על הנוגעת למגמות ואפיון של נושא מסוים באופן עקרוני, השוואה בינה לבין המשפט הישראלי וכו.

דוג, האם פשרה זה הליך ליישוב סכסוכים מחוץ לכותלי ביהמ"ש או לא?