בס"ד

**הפשרה במשפט העברי / ד"ר איתי ליפשיץ**

טכני:

* 8:15 תחילת שיעור.
* מבחן 100%.
* ציון מיטיב על השתתפות פעילה (לקרוא חומר, להשתתף וכו') – אין בדיקת נוכחות.

פשרה, ראשית נלך בדרכו של פרופ' ברכיהו ליפשיץ וננסה להתחקות אחר פירוש המושג "פשרה".

1. [**קהלת ח, א**](http://hl2.biu.ac.il/upload/141262/Media/מקורות%20משפט%20עברי/קהלת%20פרק%20ח.doc)**–** מי כהחכם ומי יודע פֵשֶר דבר – משמעות, תוכן.
2. **רש"יקהלתפרקחפסוקא**–מיכהחכם - מיבעולםחשובכאדםחכם:ומייודעפשרדבר - פשרוןשלדבר, כמושמצינובדניאלמתוךחכמתושהיהחכםביראתשמיםנתגלולורזיפשרין, מיכמשהעושהפשריםביןישראללאביהםשבשמים– משמעות, פתרון וכן קשר.
3. **תוספתאמסכתעירובין (ליברמן) פרקחהלכהי**–נתלובהקוציןודופקניןמפשרבידובצנעהובלבדשלאיקרעושלבהמהדורסברגליו.**תלמודירושלמימסכתשבתפרקזדףיטורא/ה"ב**–נסתבכובגדיובקוציםהריזהמפשרןבמקוםצינעה– הפרדה.

**בראשיתרבה (וילנא) פרשהכב -** לב' אתליטיןשהיועומדיןומתגוששיםלפניהמלךאילורצההמלךפירשןולארצההמלךלפרשן, נתחזקאחדעלחבירווהרגו, והיהמצווחואמרמאןיבעידיניקדםמלכאכךקולדמיאחיךצועקיםאלימןהאדמה– הפרדה, מילוט/הצלה.

**פסיקתארבתי (איששלום) פיסקאיג - מניאפרים**–א"ראחאלאחדשנכנסבלילהלגנובענביםמןהכרם, והיההשומראוהבו, כיוןשצפהאותוהשומרראהשאוהבוהיה, מהעשהגירהבוהכלבשהיהעומדשם, עמדופשרוהימנו, וכשהיההשומרמבקשלהזכירלאותואוהבושבאלגנובענבים, היהאומרלו, זכוראתההיאךפישרתיהימךאתהכלב, כךהיהצריךלומרזכרומהעשיתםברפידים, מהוזכור [וגו'], משמיעםמןהצד, אמרהקב"האףעלפישהכעסתם (אותו) [אותי] ובאהרשעלהתגרות (לכם) [בכם] אלאעלילשרשביצתומןהעולםמניאפריםשרשםבעמלק– הפרדה.

1. **בראשיתרבה (וילנא) פרשהכב**–ויצאקיןמלפניה', מהיכןיצא... רביחמאבשםרביחנינאבררבייצחקאמריצאשמח, היךמהדאתאמר (שמותד) הנההואיוצאלקראתךוגו', פגעבואדםהראשוןא"למהנעשהבדינך, א"לעשיתיתשובהונתפשרתי, התחילאדה"ר =אדםהראשון= מטפחעלפניו, אמרכךהיאכחהשלתשובהואנילאהייתייודעמידעמדאדה"רואמר (תהליםצב) מזמורשירליוםהשבתוגו'–מילוט/הצלה.
2. [**ספר בן סירא השלם**](http://sifria.lnx.biu.ac.il/F/?&func=item-global&doc_library=BAR01&doc_number=000211319&year=&volume=&sub_library=&local_base=lawdb)לח יד 11 – אשר יצלח (ימנה) לו פשרה ורפאות למען יחיה.

הפרשה הראשונה שעוסקת בכינון מערכת המשפט בישראל היא פרשת יתרו. כשיתרו שואל את משה מה הוא עושה כל היום, עונה משה: "ושפטתי בין איש ובין רעהו".

**במכילתא דר' ישמעאל יתרו פרשה ב':** "בין איש, זה הדין שאין בו פשרה. בין רעהו, זה הדין שיש בו פשרה ששניהם נפטרין זה מזה כרעים".

לא מוזכר פה דין וחוסר-דין, אלא דין שיש בו פשרה ושאין בו פשרה.

**כתובות י' משנה ו':**

**מי שהיה נשוי שתי נשים ומכר את שדהו וכתבה ראשונה ללוקח דין ודברים אין לי עמך, השניה מוציאה מהלוקח והראשונה מן השניה והלוקח מן הראשונה, וחוזרות חלילה עד שיעשו פשרה ביניהם. וכן בעל חוב וכן אשה בעלת חוב.**

בעל נשא שתי נשים. אם אין לבעל מספיק כסף/נכסים כדי לשלם את הכתובה לשתי נשותיו, האישה הראשונה קודמת והשניה תקבל מהנותר.

במקרה הנדון, הבעל הוא בעל חוב (מלווה), שערך חוזה עם האישה הראשונה לפיו אם יש חיוב הבעל קודם לאישה בגביית החוב. הבעיה – האישה השניה קודמת לבעל – כי איתה הוא לא ערך שום חוזה, מאידך – האישה הראשונה, כאמור, קודמת לשניה. מה עושים?

חולקים ביניהם בדרך הפשרה.

הביטוי "דין שיש בו פשרה" מובן עכשיו מעט יותר. הפשרה מובנת בדין עצמו. אין סוף למשפט ללא פשרה. להבדיל מכך, פשרה שהיא לא "דין שיש בו פשרה" – היא וויתור על זכויות כדי לחסוך בזמן/התדיינויות וכו'. כאן הפשרה היא הדין עצמו, אין פה וויתור על זכות. הקדימה בזכות לגבות מהכסף שמונח באמצע המעגל – שווה בין כולם – ולכן חולקים, בפשרה שהיא חלק מן הדין.

**ביצוע**

**תוספתא סנהדרין פרק א':**

הלכה ב' -

**... ר' אליעזרבנושלר' יוסיהגליליאומ' כלהמבצע***( = עורך פשרה)***הריזהחוטאוהמברךאתהמבצעהריזהמנאץלפניהמקום.עלזהנאמר"ובוצעברךנאץי"י"***(אמירה קשה – הדיין מוצג פה כגזלן, הגוזל את מי שאמור לזכות בדין, שכן נותן לו פחות ממה שמגיע לו)*, **אלאיקובהדיןאתההרשכןמשההיהאומ' יקובהדיןאתההראבלאהרןהיהעושהשלוםביןאדםלחבירושנ' בשלוםובמישורהלךוגו'...**

הלכהג' -

**... ר' יהושעבןקרחהאומ' מצוהלבצועשנ' אמתומשפטושלוםשפטובשעריכםוהלאכלמקוםשישמשפטאמתאיןשלוםוכלמקוםשיששלוםאיןמשפטאמתואיזהומשפטאמתשישבושלוםהויאומ' זההביצועוכןהואאומרבדודויהידודעושהמשפטוצדקהלכלעמווהלאכלמקוםשישמשפטאיןצדקהוכלמקוםשישצדקהאיןמשפטאלאאיזהומשפטשישבוצדקההויאומ' זההביצוע:**

ר' אליעזר טוען שפשרה זה ממש חטא וניאוץ השם חלילה – ואין כאן משפט. לעומתו ר' יהושע טוען שמצווה "לבצוע" – לפשר – וזהו גם משפט וגם שלום. והלכה כר' יהושע...

לשיטת ר' אליעזר –מהו החטא?

אפשרות א': מעילה בתפקיד כדיין שאמון על מציאת האמת והדין.

אפשרות ב': כפיית פשרה על הצדדים.

ר' יהושע לא מדבר על פשרה המנותקת מהמשפט –

1. "אמת ומשפט ושלום".
2. ההליך מתבצע בתוךביהמ"ש.

***לקרוא מאמר של ברכיהו ליפשיץ.***

**דעת ר' יהושע בן קרחה - "מצווה לבצוע"**

לנוכח סתירות בין מושגים בשני מקורות תנ"כיים שונים: אמת-שלום / משפט-צדקה מציג ר"י בן קרחה תפישה הרואה בשילוב ערכים חוץ-משפטיים (צדקה ושלום) עם ההליך השיפוטי עקרון יסוד במשפט העברי. לשיטתו, שילוב הערכים - משפט וצדקה, אמת ושלום מחייבים את הדיין לערוך פשרה. מעיון בפסוק: "ויהי דוד עושה משפט וצדקה לכל עמו" ניתן להבין בנקל את הייחודיות שראה ר"י בן קרחה בפשרה, שכן פסוק זה דן בימי הזהר של מלכות דוד.

מנגד, ניתן לקבול על גישתו זו תוך פירוש שונה של הפסוקים. אין כוונת הפסוקים ללמדנו שיש לעשות משפט שיש בו פשרה, אלא להפריד בין עשיית המשפט והצדק לבין הנהגת השלום והצדקה . כך למשל, אין לראות בפסוק "ויהי דוד עושה משפט וצדקה" ביטוי לכך שהיה דוד עורך פשרות בין צדדים, אלא לנוהגו של דד לפסוק לפי המשפט, ובמידה והחייב היה אדם נזקק - היה דוד עצמו (כאב טיפוס לדיינים באשר הם) מוציא מכיסו ומפצהו על האובדן. משמע, המשפט - כלשעצמו בתורת "יקוב הדין את ההר", והצדקה - כאקט נפרד, שאינה משולבת במשפט.

למעשה, גישה זו מוצעת אף בדבריו של רבי עצמו. משמע, רבי סבר כר' אליעזר ולא כר"י בן קרחה, ועל כן יש מקום להבין מדוע לא ציין הוא את המחלוקת במשנה, אלא הותירה לתוספתא.

**"אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם"**

פס' נוסף בו נעזר ר"י בן קרחה לביסוס עמדתו הוא הפס' מזכריה המנוי בכותרת. לפיו, יש סתירה בין שני המושגים: "אמת ומשפט שלום", סתירה המחייבת את הפשרה.

המכילתא דר"י על דברי יתרו: "ויכלת עמד וגם כל העם הזה על מקומו יבוא בשלום" מביאה את דברי ר' שמעון לפיהם התורה הקדימה את הדינים למצוות משום שהמשפט מביא לשלום בין אדם לחברו. משמע, כי ערך השלום מושג באמצעות ההסדרה המשפטית. דברי ר"ש במכילתא נוגדים את דברי ר"י בן קרחה שגרס, כי כל מקום שיש בו משפט אמת אין בו שלום וכל מקום בו יש שלום אין בו משפט אמת.

מקור נוסף הסותר את הגישה של ר"י בן קרחה מובא במכילתא דרשב"י בשם ר' סימאי, הגורס על צירוף הפסוקים "אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם" ו"כל העם הזה על מקומו יבוא בשלום", כי המשפט כשלעצמו עושה שלום בין אדם לחברו.

ניתן להסביר את המתח שבין גישות התנאים בהבנת שני מושגים של שלום, כעולה מדברי רשב"ג (התומך בשיטת ר"י בן קרחה, שכן "יפה כח פשרה מכח הדין"): שלום בין יריבים, מחד ושלום כסדר חברתי, מאידך.

כאמור מעלה, ר"י בן קרחה מציג את הפשרה כמודל אידיאלי תוך הסתמכותו על שתי סתירות בפסוקים: "אמת וצדקה" מחד, "אמת ושלום" מאידך. נראה, כי הקבלת המונחים שלום וצדקה מחייבת בחינתם:

1. **צדקה** - נראה להבחין בין "צדק" ל"צדקה", בכך שצדקה מבטאת עקרון של לפנים משורת הדין. אם כי, ניתן לאפיין צדקה בדרך נוספת המבטאת נורמות מוסר בסיסיות, כך למשל התנהגות וולונטרית ראויה כהשבת טובה תחת טובה וערכים נוספים המבטאים התנהגות ראוייה שאין מקום לכפותם באמצעות החוק.

**שלום** - בשונה מן הצדקה המבטאת ערכים אובייקטיביים, השלום מבטא ערכים סובייקטיביים. זו היא ההבחנה המהותית בין "שלום" ו"צדקה". ניתן להבחין בין שני מובנים של שלום: שלום כהסדרה פרטית בין צדדים לסכסוך, או שלום כהבאת רווחה ציבורית בעצם החלת עקרונות שיפוטיים מעין אלה.

הנצי"בבשו"ת משיב דבר גורס, כי דבר המשנה:"על 3 דברים העולם עומד - על הדין, האמת והשלום" מחייב, כי מקום בו הדין והאמת אינם מביאים לשלום - יש מקום לסטות מהם ולנקוט בדרך הפשרה - כדי להביא לשלום. כחיזוק לדבריו מציין הוא את דברי הגמ': "חרב ביהמ'ק על שהעמידו דבריהם על דין תורה". לנוכח זאת, הורה הוא, כי בכל עת בה דיין ניגש לפסיקת דין עליו לוודא, כי בדין שייפסק יהא כדי להשכין שלום. בייחוד, מיישם הנצי"ב את דבריו כשהסכסוך איננו בין פרטים אלא במחלוקת ציבורית עסקינן. לשיטתו, כשהמחלוקת איננה פרטית אלא ציבורית - יש לתור לפשרה מתחילת ההליך. למעשה, הנצי"ב רואה את השלום כערך ציבורי - ולא כהשכנת שלום בין פרטים קונקרטיים שביניהם סכסוך.

בחינת ס' 79א לחוק ביהמש מעלה הבחנה בין:

ס"ק א - ביטוי לפשרה על דרך הפסיקה. רעיון זה אינו מבטא נאמנה את ערך השלום בפשרה. פסיקה על דרך הפשרה הינה ביטוי לצדקה (שכן, סוטה היא מן ה"צדק"), אם כי אין הכרח שפסיקה זו תביא לשלום.

ס"ק ב - ביטוי לפשרה בדרך של תיווך בין הצדדים, שכן ביהמש מאשר הסכם ואינו חותר לפשרה. רעיון זה מבטא את ערך השלום הבא לידי ביטוי בפשרה.

**כ"ה ניסן התשע"ב, 17/4/12**

**דעת ר' אליעזר בנו של ר' יוסי הגלילי**

ר' אליעזר טוען שאסור לבצוע, אך מזכיר את אהרון הכהן שהיה רודף שלום, משמע פשרה.

כיצד הדברים מסתדרים עם דעתו?

סנהדרין ו:

ר"א בנו של רבי יוסי הגלילי אומר אסור לבצוע וכל הבוצע ה"ז חוטא וכל המברך את הבוצע הרי זה מנאץ ועל זה נאמר ([תהלים י, ג](http://he.wikisource.org/wiki/%D7%A7%D7%98%D7%92%D7%95%D7%A8%D7%99%D7%94:%D7%AA%D7%94%D7%9C%D7%99%D7%9D_%D7%99_%D7%92)) בוצע ברך נאץ ה' אלא יקוב הדין את ההר שנאמר ([דברים א, יז](http://he.wikisource.org/wiki/%D7%A7%D7%98%D7%92%D7%95%D7%A8%D7%99%D7%94:%D7%93%D7%91%D7%A8%D7%99%D7%9D_%D7%90_%D7%99%D7%96)) כי המשפט לאלהים הוא וכן משה היה אומר יקוב הדין את ההר אבל אהרן אוהב שלום ורודף שלום ומשים שלום בין אדם לחבירו שנאמר ([מלאכי ב, ו](http://he.wikisource.org/wiki/%D7%A7%D7%98%D7%92%D7%95%D7%A8%D7%99%D7%94:%D7%9E%D7%9C%D7%90%D7%9B%D7%99_%D7%91_%D7%95)) תורת אמת היתהבפיהו ועולה לא נמצא בשפתיו בשלום ובמישור הלך אתי ורבים השיב מעון.

רש"י על אתר

**אסור לבצוע** - משבאו לדין אסור לדיינים לבצוע.

**אבל אהרן אוהב שלום ורודף שלום** - וכיון שהיה שומע מחלוקת ביניהם קודם שיבואו לפניו לדין היה רודף אחריהן ומטיל שלום ביניהן.

לפי רש"י בבארו את דברי ר' אליעזר, רק בתוך כותלי ביה"ד (עניין ג"ג) אסור לעשות פשרה.

תוספות

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

לפי התוס', מלבד העניין הג"ג, יש עניין מהותי: אם אתה לא דיין – מותר לך לעשות פשרה. משמע כנראה שאם אתה דיין – אסור לך.

העולה מאלה הוא שאין ביהדות התנגדות עקרונית לפשרה, אלא כשזה בתוך המערכת המשפטית.

**"אלא יקוב הדין את ההר"**

התוספתא– שכן משה היה אומר יקוב הדין את ההר.

בבלי– אלא יקוב הדין את ההר, שנאמר: "כי המשפט לאלוקים הוא", וכן משה היה אומר יקוב הדין את ההר.

ירושלמי– אלא יקוב הדין את ההר, כשעשה משה.

הבבלי עושה משהו חריג מהשאר ומגייס אליו פסוק מהתורה – "כי המשפט לאלוקים הוא" – וכך "מוכיח" שחייבים ללכת לפי הדין.

תוספתא פרק א' הלכה ט

"יהוהדייניןיודעיןאתמיהםדניןולפנימיהןדניןומיהואדןעמהםויהיוהעדיםיודעיםאתמיהםמעידיןולפנימיהןמעידיןועםמיהםמעידיןומיהואעדעמהםשנ' ועמדושניהאנשיםאשרלהםהריבלפניי"יואומ' אלהיםנצבבעדתאלבקרבאלהיםישפוטוכןהואאומ' ביהושפטויאמראלהשפטיםראומהאתםעושיםכילאלאדםתשפוטוושמאיאמרהדייןמהליבצערהזהוהלאכברנאמרועמכםבדברהמשפטאיןלךאלאמהשעיניךרואותרבןשמע' בןגמל' אומ' כשםשהדיןבשלשהכךפשרהבשלשהיפהכחפשרהמכחהדיןכיזהצדשניםשדנויכוליןלחזורבהםושניםשפישרואיןיכוליןלחזורבהם":

התבנית כי לא... כי... משמעה לרוב: כי לא רק... אלא גם... ובמקרה שלנו:

כי לא רק לאדם תשפוטו אלא גם לה' (זה המשך הפסוק – "כי לה' "). המרצה מסביר שלאדם ולה' משמעם את. דיינים, כאשר אתם שופטים, אינכם שופטים רק את האדם, אלא גם את ה'. רש"י על הפסוק המובא בתוספתא אומר-

**רש"ידבריהימיםבפרקיטפסוקו**

(ו)כילאלאדםתשפטו - פתרוןאלתחשבובלבבכםלומרמהלנואםאנומטיםאתהדיןלזכותאתאוהבינולהטותדיןדליםולישאפניעשיריםהלאאיןהמשפטלה' לכךנאמרלה' שלוהואאםחייבתאתהזכאיכאלונטלתולקחתמשלבוראךודיןשמיםעקלתלתתמשפטמעוקללפיכךתראומהשתעשווהיהלבבכםבכלדיןודיןכאלוהקב"העומדלנפכיםבדיןוזהוועמכםבדברמשפטובסנהדריןמפורשמהאתםעושיםכילאלאדםתשפטוכילה' ושמאיאמרהדייןמהליולצערהזהת"לועמכםבדברמשפטכלומרמוטלעליכםלעשותואיןלולדייןלעשותאלאמהשעיניורואות:

הכוונה היא, שהקב"ה שם את הדין בכפיך – והדרך בה תשפוט והתוצאה אליה תגיע – משליכה לכאורה ישירות על אלוקים והאמת שלו. כמו-כן, אנשים שיודעים מה קרה ורואים את הדין שאתה עושה – מייחסים את הדין הזה לקב"ה ולכן גם טעות שלך מיוחסת לדין האלוקי חלילה.

ואם הדיין יצטער ויחשוש שלא יכוון לאמת האלוקית – הרי אין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות וע"פ זה מבקשים ממנו לשפוט, לא דורשים ממנו דבר מה שלא אפשרי ע"י בן אנוש.

**תלמודבבלימסכתברכותדףועמודא**

ומניןלעשרהשמתפלליןששכינהעמהם - שנאמר: אלהיםנצבבעדתאל; ומניןלשלשהשיושביןבדיןששכינהעמהם - שנאמר: +תהליםפ"ב+ בקרבאלהיםישפוט; ומניןלשניםשיושביןועוסקיןבתורהששכינהעמהם - שנאמר: +מלאכיג'+ אזנדברויראיה' אישאלרעהוויקשבה' וגו'... וכימאחרדאפילותרי - תלתאמבעיא? מהודתימא: דינאשלמאבעלמאהוא, ולאאתיאשכינה - קמשמעלןדדינאנמיהיינותורה. וכימאחרדאפילותלתא - עשרהמבעיא? - עשרהקדמהשכינהואתיא, תלתא - עדדיתבי.

משמע שבמשפט יש שני רבדים: האחד הוא המשפט עצמו, הכרעת הדין בין הצדדים, והשני הוא עצם שפיטת הדיינים ע"פ דין תורה. יש כאן גם יישוב סכסוך רגיל אבל גם איזשהו דבר נוסף, רובד נוסף, של הכנסת פן אלוקי לדין. אותו פן אלוקי הוא אולי הגורם לכך שא' אליעזר בנו של ר' יוסי הגלילי מתנגד כל-כך לפשרה בדין.

**שמותפרקיח**

(יג) וַיְהִימִמָּחֳרָתוַיֵּשֶׁבמֹשֶׁהלִשְׁפֹּטאֶתהָעָםוַיַּעֲמֹדהָעָםעַלמֹשֶׁהמִןהַבֹּקֶרעַדהָעָרֶב:

(יד) וַיַּרְאחֹתֵןמֹשֶׁהאֵתכָּלאֲשֶׁרהוּאעֹשֶׂהלָעָםוַיֹּאמֶרמָההַדָּבָרהַזֶּהאֲשֶׁראַתָּהעֹשֶׂהלָעָםמַדּוּעַאַתָּהיוֹשֵׁבלְבַדֶּךָוְכָלהָעָםנִצָּבעָלֶיךָמִןבֹּקֶרעַדעָרֶב:

(טו) וַיֹּאמֶרמֹשֶׁהלְחֹתְנוֹכִּייָבֹאאֵלַיהָעָםלִדְרֹשׁאֱלֹהִים:

(טז) כִּייִהְיֶהלָהֶםדָּבָרבָּאאֵלַיוְשָׁפַטְתִּיבֵּיןאִישׁוּבֵיןרֵעֵהוּוְהוֹדַעְתִּיאֶתחֻקֵּיהָאֱלֹהִיםוְאֶתתּוֹרֹתָיו:

לאלוקים יש מקום מרכזי במשפט, חלק מהותי מהמשפט הוא "לדרוש אלוקים" והודעת חוקיו ותורותיו.

**אבןעזראשמותפרקכאפסוקו**

והגישו. מלתאלהים, כמומקימימשפטאלהיםבארץ.

הדיינים, בשיטת המשפט בה הם פועלים, מייצגים את חוקי האלוקים בארץ.

**רמב"ןדבריםפרקאפסוקיז**

וטעםכיהמשפטלאלהיםהוא - כטעםכילאלאדםתשפטוכילה' ועמכםבדברמשפט (דהי"ביטו). לומרכילאלהיםלעשותמשפטביןיצוריו, כיעלכןבראםלהיותביניהםיושרוצדק, ולהצילגזולמידעושקו (ונתן) [נתן] אתכםבמקומו, ואםתגורוותעשוחמסהנהחטאתםלה' כימעלתםבשליחותו:

הרמב"ן מגדיל לעשות וקובע שהדיינים הם "במקום" ה' בארץ, הם שליחיו עלי אדמות בעשיית הצדק – שזוהי תכלית הבריאה.

**רמב"ןשמותפרקכאפסוקו**

והגישואדניואלהאלהים - לב"ד, צריךשימלךבמוכריושמכרוהולו (מכילתא). ואמרר"אכינקראוהשופטיםאלהיםבעבורשהםמקיימימשפטיהאלהיםבארץ. ולדעתייאמרהכתובוהגישואדניואלהאלהים, עדהאלהיםיבאדברשניהם (להלןכבח), לרמוזכיהאלהיםיהיהעמהםבדברהמשפט, הואיצדיקוהואירשיע. וזהושאמר (שם) אשרירשיעוןאלהים, וכךאמרמשהכיהמשפטלאלהיםהוא (דבריםאיז). וכךאמריהושפטכילאלאדםתשפטוכילה' ועמכםבדברמשפט (דהי"ביטו). וכןאמרהכתובאלהיםנצבבעדתאלבקרבאלהיםישפוט (תהליםפבא), כלומרבקרבעדתאלהיםישפוט, כיהאלהיםהואהשופט. וכןאמרועמדושניהאנשיםאשרלהםהריבלפניה' (דבריםיטיז).

הרמב"ן בפירוש זה מוסיף עוד יותר וטוען שאלוקים נמצא במשפט ממש (עם השופט או אפילו במקומו – שופט בעצמו).

**הרב קוק, אורות, ישראל ותחייתו, ג'**

משה רבנו ע"ה, בתפסו אתו את כח המשפט, בתחלת יסודו באומה, העלה את כל ערכי המשפט עד סוף כל הדורות לאותו התכן האלהי שמשפטי ישראל באים אליו, ודרישת אלהים באה יחדו עם המשפט הישראלי. "כי יבא אלי העם לדרש אלהים, כי יהיה להם דבר בא אלי ושפטתי בין איש ובין רעהו. והודעתי את חקי האלהים ואת תורותיו". ודרישת אלהים של המשפט נשארה סגולה ישראלית, שהיא מתגלה באופי האלהי הכולל עולמי עד וזורח בארץ ישראל, בארץ חבל נחלתו, מקום האורה של סגולת הקדש.

הרב קוק מדגיש את הפן האלוקי של המשפט, את העלאת ערכי המשפט בישראל עד לתוכן אלוקי ודרישת אלוקים.זוהי סגולה ישראלית שמתגלה באופי האלוקי הזורח בארץ-ישראל.

**ב' אייר התשע"ב, 24/4/12**

הארה חשובה: דעת המיעוט, על-אף שלא נפסקה להלכה, הינה חשובה, משום שראשית – היא מגדירה את דעת הרוב ושנית – יתכן ובעתיד היחס אליה ישתנה והיא אף תיפסק להלכה. חשוב לפיכך ללמוד את העיקרון שעולה מדעת המיעוט, לא רק כמחלוקת בעבר הרחוק אלא כדעה בעלת משמעות כיום.

[ירושלמי תענית ד' ב', סח ע"א](http://hl2.biu.ac.il/upload/141262/Media/מקורות%20משפט%20עברי/ירושלמי%20תענית%20ד%20ב.doc)

תמןתנינןרבןשמעוןבןגמליאלאומרעלשלשהדברי' העולםעומדעלהדיןועלהאמתוהשלוםושלשתןדבראחדהןנעשההדיןנעשהאמתנעשהשלוםאמררבימנאושלשתןבפסוקאחדאמתומשפטשלוםשפטובשעריכם.

לא קשה לשים לב שרשב"ג מביא את אותו הפסוק שמביא ר' יהושע בן קורחה כדי להוכיח את דבריו, אלא שר' יהושע משתמש בפסוק כדי לטעון שכשיש משפט – אין שלום (ומתוך כך הוא טוען שהשילוב הנכון הוא פשרה), בעוד רשב"ג משתמש בו כדי לטעון שאין כלל סתירה ביניהם – על שלושת הדברים הללו עומד העולם ואין התנגשות בין דין, אמת ושלום.

ליפשיץ טוען שהשלום אליו מתכוון רשב"ג הוא לא השלום אליו מתכוון ר' יהושע. רשב"ג מדבר על שלום כסדר חברתי – ברור שהצדדים לא משלימים ומבחינה זו אין השלום והאמת והדין מסתדרים – אלא שהוא מדבר על סדר חברתי שהמשפט כן מביא אליו וודאי שמסתדר איתו. לעומתו, ר' יהושע מדבר על שלום כפשוטו, השלמה בין הצדדים – ולכן לדעתו האמת והשלום מסתדרים רק בפשרה.

תוספתא סנהדרין הלכה ד

דן את הדין זיכה את הזכאי חייב את החייב. אם חייב את העני מוציא ונותן לו משלו, נמצא עושה צדקה עם זה ודן את זה.

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

במקורות אלה יש תשובה כנגד ר' יהושע בן קורחה, משום שר' יהושע מנסה לומר שכשהפסוק אומר שדוד עושה "משפט וצדקה" מסתדר רק בדרך של פשרה, אחרת צדקה ומשפט לא מסתדרים, שכן משפט זה דין לאמיתו ללא תזוזות לצדדים, בעוד צדקה זה חסד.

לעומתו, אומר התוספתא שלעיל טוענת שניתן למצות את הדין כפי שהדין מחייב – מבלי צורך להיזקק לפשרה (אלא דנים דין אמת ולבסוף נותנים לעני "צדקה"). בנוסף, רבי מגדיל ואומר שהצדקה היא דווקא עם החייב – שהדיין שפוסק כנגדו מוציא אותו מגדר גזלן – וזוהי הצדקה שבפסוק של דוד – והנה הדין והצדקה כן מסתדרים – ללא פשרה.

מכילתא דר' ישמעאל משפטים פרשה א'

"וגם כל העם הזה על מקומו יבוא בשלום", רבישמעוןבןיוחיאומר, מהראודיניןלקדוםלכלמצותשבתורה, שכשהדיןביןאדםלחבירותחרותביניהם, נתפסקלהםהדיןנעשהשלוםביניהם; וכןיתרואומרלמשה(שמותיחכג)אםאתהדברהזהתעשהוגו'.

דעה זו לכאורה סותרת את דעת ר' יהושע, שכן לפיה הדין הוא הוא השלום.

מכילתא דרשב"ייחכג

ר' סימאי אומר הדן את הדין לאמתו נראה כמטיל קנאה בין הבריות ואינו אלא נותן שלום ביניהן שנ' אלה הדברים אשר תעשו וגו' אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם.

אין לי אלא נוטל ממון שיש לו שלום, מנין שאף המתחייב ממון שגם הוא סופו שלום שנ' וגם כל העם הזה על מקומו יבא בשלום.

מדברים אלה של ר' סימאי עולה כי דווקא הדין עצמו עושה שלום בין הצדדים, גם כלפי אלה שמפסידים בו.

סנהדרין ז ע"א

ההואדהוהקאמרואזיל: דאזילמבידינאשקלגלימא - ליזמרזמר, וליזילבאורחא. אמרליהשמואללרביהודה: קראכתיב(שמותי"ח)וגםכלהעםהזהעלמקמויבאבשלום.

ברור שיש בדברים אלה סוג של אידיאליזציה של המציאות, או תיאור של חברה החיה במציאות מאוד עליונה.

לסיכום: ר' יהושע מנסה לטעון שהיכן שיש משפט – אין צדקה ולהיפך. המשפט והצדקה לא הולכים יחד. לכן הוא "חייב" לומר שהמשפט והצדקה כשהם יחד – מתהווים לצורת פשרה. לעומתו המקורות שראינו רוצים לטעון שהמשפט והצדקה דווקא מסתדרים יחד ויש בהם כדי ליצור מציאות אידילית שבה גם הדין עצמו (ללא "ביצוע") מהווה שלום בין הבריות וצדקה כלפיהן.

חידוד: ר' יהושע בנה את שיטתו על שני מקורות –

* משפט ושלום = פשרה.
* משפט וצדקה = פשרה.

בדר"כ השאלה האם הצדדים ייצאו מחובקים מביהמ"ש כלל לא מעניינות את המערכת המשפטית. מערכת היחסים בין הצדדים היא חיצונית למערכת המשפטית. האתגר של הניסיון לשלב בין משפט לשלום הוא מורכב מאוד. זוהי טענת ר' אליעזר – ברגע שנכניס למערכת ערכים חוץ-משפטיים (עם כל חשיבותם מחוץ למשפט) – זה כבר לא יהיה משפט, אלא בתחום המוסרי. זה לא שהן מהוות דרישה ל"מלאכיוּת", אלא דרישה להתנהג כ"בנאדם" (זה לא דרישה להתנהגות לפנים משורת הדין אלא להתנהג כבנאדם מוסרי וטוב) – אך כל עוד הן לא הוכנסו למשפט – הן נורמות בתחום המוסר בלבד.

מאז שנת התשנ"ב, עם חקיקת חוק בתי המשפט (סע' 79 א'), ביהמ"ש קיבל סמכות לקבל מהצדדים מנדט לתת פסק-דין להבדיל ממה שהיה בכוחו עד אז – תיווך בין הצדדים ללא תוקף מחייב של פס"ד. על איזה מהסוגים דיבר ר' יהושע בן קורחה?

ההבחנה בין שלום לצדקה: משפט ושלום מהווה תיווך והשגת פשרה בין הצדדים, לעומת זאת, סע' 79 א' המעניק כח לביהמ"ש לפסוק על דרך הפשרה (ע"י הסכמת הצדדים לכך), קרוב יותר למשפט וצדקה, שכן ביהמ"ש מן הסתן ישקול שיקולים מוסריים וכו' – אך זה לא משפט ושלום שכן אין הכרח שהצדדים יצאו בשלום , במובנו הפשוט, מהמשפט.

**ט' אייר התשע"ב, 5/1/12**

לסיכום:

תיווך לפשרה נ' פסק של פשרה

שלוםצדקה

סע' 79א לחוק ביהמ"ש:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **79א.** | **(א)** | בית משפט הדן בענין אזרחי רשאי, בהסכמת בעלי הדין, לפסוק בענין שלפניו, כולו או מקצתו, בדרך של פשרה. |
| **(ב)** | אין באמור בסעיף קטן (א) כדי לגרוע מסמכותו של בית המשפט להציע לבעלי הדין הסדר פשרה או לתת, לבקשת בעלי הדין, תוקף של פסק דין להסדר פשרה שעשו ביניהם. |

עד לתיקון סע' קטן א', שופט היה יכול רק להציע הסדר פשרה או לתת תוקף להסדר שהוצע בין הצדדים. למשל, שופט יכול היה לומר לצדדים – אני עכשיו כאילו לא בגדר שופט – לכו תגיעו להסכמה (או שאני אציע לכם אותה) – ואז אתן לה תוקף של פס"ד.

מאז שנת התשנ"ב, יש בסמכותו של שופט לתת פסק בדרך של פשרה (אם הצדדים יסכימו להסמיך אותו לכך לפני מתן הפסק) – והפסק יחייב את הצדדים.

בבג"צ סימה אמיר נקבע שבד"ר לא מוסמך לדון בענייני ממונות (אזרחיים). עד אז דן בד"ר בעניינים אלה כבורר בהסכמת הצדדים. בג"צ קובע שמאחר ואיש מעולם לא הסמיך את בד"ר לעניינים אלה – הוא עושה שימוש בתפקיד שניתן לו לצורך אחר. זה דומה לעניין הפשרה – מי הסמיך את ביהמ"ש לדון בדרך של פשרה? זה לא החוק לפיו הוסמך לדון – גם אם הצדדים מסכימים לכך!

**פס"ד ביאזי נ' לוי**– צדדים הסכימו שתוצאות של בדיקת פוליגרף תהיינה תקפות להכרעה בעניין אזרחי שביניהם. מה היה שם? מעבר לפוליגרף היו ראיות נוספות הסותרות את הבדיקה! שופטי הרוב קבעו שמכבדים את הסכמת הצדדים ומכפיפים את עצמם להסכמה זו.

שאלה חשובה שמתעוררת בעקבות דברים אלה: האם כשר' יהושע בן קורחה טוען ש"מצווה לבצוע", הוא מתכוון לס"ק א' או ב' – האם המצווה היא לפסוק בדרך של פשרה ע"י הסכמת הצדדים (ס"ק א', "צדקה") או לגרום לצדדים להגיע לפשרה או לתת חותמת לפשרה שהשיגו לבד (ס"ק ב', "שלום")?

מההתנגדות של ר' אליעזר לפשרה והפסוקים שהוא מתבסס עליהם, ניתן לומר שהוא מתנגד דווקא לפסק של פשרה – ואם כן יתכן שזו ראיה לכך שר' יהושע מתכוון לכך שזו מצווה לפסוק בדרך של פשרה.

**הגבולות הדיוניים של הפשרה במשפט העברי**

נגמר הדין אין רשאי לבצע... ר' שמעון בן מנסיא אומר פעמים יבצע אדם פעמים אל יבצע כיצד שנים שבאו אצל אחד לדין עד שלא שמע דבריהן או מששמע דבריהן ואין יודע להיכן הדין הוא נוטה אתה רשאי שיאמר להן צאו ובצעו אבל מששמע דבריהם ויודע להיכן הדין הוא נוטה אין רשאי שיאמר להן צאו ובצעו.

שתי אפשרויות לפרש את דברי התוספתא:

1. כאשר מתחוור לדיין עצמו בהכרתו מה הדין – אינו יכול לבצוע.
2. כאשר נגמרה הפרוצדורה המשפטית והוא יכול להכריע – אינו יכול לבצוע.

הארה: במשפט הישראלי השופט חייב להכריע. אין כזה דבר "איני יודע". לעומת זאת, במשפט העברי מוסיפים דיינים, יוצרים הרכב רחב יותר ומחליטים יחד.

דעתו של ר' שמעון בן מנסיא אמנם לא נפסקה להלכה, אך ההתבוננות בה חשובה. אנו יודעים שדעתו של ר' אליעזר לגבי פשרה היא שרק לפני תחילת ההליך הפשרה מותרת. לפי ההסבר השני שהבאנו לדבריו של ר' שמעון, הוא לא חולק בהרבה על ר' אליעזר אלא רק בשתי נקודות:

* 1. אפשר להציע לצדדים פשרה לאחר שההליך כבר החל אך עוד לא נגמר הדין.
  2. אפשר להציע לצדדים פשרה לאחר שההליך הסתיים והדיין לא יודע להכריע.

לעומת זאת, לפי ההסבר הראשון שהבאנו בדברי ר' שמעון, רק עד שהדיין יודע בשכלו והכרתו מה הדין – ניתן לבצוע, אך משיודע – גם אם לא נגמר הדין – לא יכול לבצוע (וגם כמובן אם ההליך הסתיים והדיין לא יודע).

סנהדרין ו:

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

משמע – גמר הדין זו ההכרזה של הדיין על פסק הדין. האם ראוי לאחר השלב הזה להציע לצדדים להגיע לפשרה?

***לקרוא מאמר בנושא הגבולות הדיוניים של הפשרה ליפשיץ***

**ט"ז אייר התשע"ב, 8/5/12**

**הגבול הדיוני –ממתי ועד מתי שופט יכול להציע פשרה?**

לשאלה זו משמעות רבה מעבר להשלכה דיונית גרידא. ההחלטה מתי להציע פשרה עשויה להשפיע על הצדדים, על עשיית צדק ועל החלטותיהם אפילו קודם המשפט. למשל, אם שופט יציע פשרה לפני ששומע את טענות הצדדים, זה עלול לגרום לאנשים שגרום עוולות ולסמוך על כך ש"מקסימום נגיע לפשרה אבל בכל מקרה אצא מרווח".

ביהמ"ש צריך לאזן בין השדר החשוב שמעביר לצדדים לפיו פשרה רצויה לפניו, אך במקום בו פשרה תגרור אי-צדק – הוא לא יאפשר אותה.

הגמרא בסנהדרין ו:מביאה סתירה בין רב לרב הונא–

אמר רב הלכה כרבי יהושע בן קרחה איני והא רב הונא תלמידיה דרבהוה כי הוה אתו לקמיהדרבהונא (תלמידו של רב) אמר להו אי דינאבעיתו אי פשרה בעיתו(=נעשה כרצונכם – דין או פשרה).

לפי חיים שפירא, זו הוכחה לכך שרב סובר שמצווה לבצוע משמע מצווה לכפות על הצדדים פשרה (כי אחרת לא הייתה סתירה בין רב לרב הונא). המשך הגמרא היא התירוץ לסתירה זו, והוא שרב התכוון ש"מצוה למימרא להו אי דינאבעיתו אי פשרה" – המצווה היא להציע פשרה. חיים שפירא נתלה בעצם העובדה שהתלמוד העלה את השאלה, משמע שזו כוונתו המקורית של ר' יהושע בן קורחה ובעצם טוען שרב לא באמת כיוון לדעתו. פירוש האמוראים שונה מכוונת התנאים.

אפשרות אחרת היא שיש מצווה נוספת מעבר לעשיית דין שהיא המצווה המפורסמת – והיא פשרה. זו דעת רב הונא– מה שתרצו זה טוב. חיים שפירא מתנגד להסבר זה כי טוען שהמצווה היא לכפות – בלי לאפשר עשיית דין ומכאן משמע שלדעתו ר' יהושע סובר שהמצוות סותרות. יש עדיפות לפשרה. האפשרות האחרת להסביר היא, כאמור, שיש שתי מצוות ששתיהן אפשריות וזהו אכן תירוץ הגמרא לסתירה שבין רב לתלמידו (שמן הסתם הלך בדרכו) רב הונא– ש"מצווה" משמעה מצווה להציע.

כעת ניכנס לעובי הקורה באותה "הצעת פשרה". ליפשיץ סובר שרב הונא היה מציע פשרה עוד לפני שמיעת הטיעונים – "כשבאו" כפשוטו. הוא מתרשם שזו גם דעת רוב המפרשים.

תוספות (ורש"י בפנים), סנהדרין:

**נגמר** הדין אי אתה רשאי לבצוע. כגון שכבר דקדקו בדין היטב וכמו גמרו את הדין דלא מיחסר אלא איש פלוני אתה חייב דכיוןדנתברר כל כך אין להטעותו לעשות פשרה שאילמלא היה יודע שנתברר דינו לזכות לא היה מתרצה לפשרה בשום ענין ופירש בקונטרס שכבר אמרו איש פלוני אתה זכאי ואיש פלוני אתה חייב ולשון הש"ס מוכח כן בודאי אבל קשה מאי ביצוע שייך השתא אחר שנפסק הדין לגמרי ובדוחק יש לומר שלא יטעו אותו לומר לו יראים אנו שמא טעינו בדין.

לדעת התוס' לא ניתן לעשות פשרה כשהדיין כבר יודע מה הדין – רק שעוד לא אמר לצדדים מי זכאי ומי חייב. מדוע? כי זוהי הטעיה של הזכאי, שכן אם היה יודע שנתברר דינו להיות זכאי – ודאי שלא היה מוכן לכך. לדעת רש"י, כל עוד הדיין לא אמר לצדדים מה הדין אליו הגיע – ניתן להציע להם פשרה.

אבל מדוע לדעת התוס' ברגע שהשופט יודע מה הדין הוא כבר לא יכול להציע פשרה? הרי במילא גם אם היה מציע את זה לפני שהיה יודע מה הדין – אחד מהצדדים (מבלי לדעת על כך) מוותר על האפשרות שלו לזכות, כי בכל מקרה אחד מהם היה זוכה. אולי יש פה פגיעה במערכת האמון שבין הצדדים לשופט, עצם העמדת פני פוקר והטעיה של מי שראוי לזכות ע"פ דין – יש בה פגיעה ביושרה ובאמון של השופט אל מול הצדדים.

לדעת רש"י האיסור על הצעת הפשרה מאוחרת מכוון לזמן בו הדיין כבר הכריז על מי זכאי ומי חייב. ומדוע שיעשה זאת? כי יתכן מצב בו הוא חושש שאולי טעה בדין ואז יציע לצדדים פשרה. אז, אומרת הגמרא, אסור לו לעשות פשרה. ליפשיץ מציע אפשרות בה המקרה בו יתכן מצב שדיין מציע פשרה גם אחרי גמר הדין לפי רש"י (הכרזה על הזכאי והחייב כבר נעשתה). הצעתו היא שהדיין מציע פשרה משום שאומר לצדדים שעם פסק הדין הנוכחי – שלום לא יהיה ביניהם. ערכי השלום והצדקה יעלמומביניכם. הגמרא אוסרת זאת כי גבול בו ערכי השלום והצדקה לא ייכנסו למערכת. מדוע? כי גם דעת ר' יהושע שסובר שמצווה לבצוע, מכירה בכך שיש מחיר לפשרה. לפיכך הגמרא מציבה לכך גבול שעד אליו בעשיית פשרה "גדול החיובי על השלילי", אך ממנו והלאה (מהכרזת הדין והלאה) – כנראה שבדר"כ גם ככה לא יהיה צדקה ושלום – ובמקרים כאלה אנו מפסידים גם את מה שבדר"כ מפסידים בפשרה וגם את הדין המהותי. משמע – כשסיכויים להשגת שלום וצדקה בין כה כבר נמוכים מאוד (אחרי הכרזת הדין) – אזי באופן גורף לא נתיר פשרה, גם עבור אותם מקרים בהם אולי כן ניתן יהיה להשיג שלום, משום שהסיכון לא שווה את זה. רוב הסיכויים שלא נשיג שלום -–ואז לא משתלם לנו לוותר על ערכי הדין החותך עבור פשרה שמטרתה היא השגת שלום.

ליפשיץ מציע שני רציונאלים לאי-מתן האפשרות להציע פשרה בשלב גמר הדין:

1. זלזול בדין.
2. גבול דיוני – עד כאן ותו לא.

**15/5/12**

שולחן ערוך חושן משפט סימן יב

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

השו"ע מנטרל את ר' שמעון בן מנסיא שאמר שברגע שהדיין יודע לאן הדין נוטה – לא יכול לבצוע וחייב לחרוץ דין.

השו"ע כמובן הולך עם רש"י.

הב"ח פוסק כדעה המחמירה יותר של התוס'. סוג של "אם יש ספק אין ספק". אנחנו יודעים שיש נקודה שבה כבר לא ניתן לבצוע אך לא בטוחים מהי – בואו נהיה בטוחים שאנחנו לא בוצעים כשיש איסור לעשות זאת. הב"ח מדבר במושגים של אסור ומותר.

ש"ך (ליטא 1621-62) חושן משפט סימן יבס"ק ד, לאחר שמביא את דעת הב"ח– חולק עליו:

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

הש"ך בעצם אומר פה לב"ח – הרי יש מצוה לבצוע, אז במצב של ספק תרחיב את המצוה ואל תצמצם אותה בגלל חשש איסור. החומרה בהכרח פוגעת בערך של המצוה. הש"ך לא רוצה להקל באיסור פשרה אחרי הזמן, אלא להחמיר במצוות הפשרה וחשיבותה!

עניין רוב הפוסקים: הבעיה בבחירת הרוב של הש"ך, או הרוב של שו"ע (הרוב מבין הרמב"ם, הרי"ףוהרא"ש), היא שזה "רוב וירטואלי" – הם לא ניהלו דיון זה עם זה! לדיינים בביה"ד יש חובה לקיים דיון, לא משנה עם כולם מסכימים וכו', כדי שהדעה של כל אחד תהיה כמה שיותר מבוררת ושלמה. יש גם צד שני – בדין הפלילי יש גם חובה לתת לקטן לפתוח, כדי שהדיון לא ישפיע לרעה ולקיבוע דעת הקטן מבלי יכולת מחשבה עצמאית. בעצם כשלא הייתה התדיינות – עיקרון הכרעת הרוב – כוחו נפגם מאוד.

ולענייננו –כשהש"ך קובע ש"רוב הפוסקים" סוברים שיש לבצוע גם לאחר אמירת פסק הדין, הוא מפספס את עניין הרוב. העובדה שהרוב הכריעו כאן בשיטתו – אין בה כדי להקים את התוקף המלא של הכרעה נכונה לפי רוב.

הש"ך שואל במקום אחר – מה קורה כאשר יש רוב שמצביע בעד אותה תוצאה, אך הרוב עצמו חלוק על הנימוקים בפסה"ד? הבעיה היא שאין כאן בעצם נימוק שאפשר להתבסס עליו ושלצורך העניין יהווה "תקדים מחייב" ושמבחינת הנימוקים – אין כאן רוב. למשל יש שלושה שופטים ששניים מהם סוברים למשל "זכאי", אך כל אחד מהסוברים ש"זכאי" מנמק זאת אחרת- והשלישי לא מסכים לאף אחד מהנימוקים. זה נקרא "רוב מנימוקים שונים".

ניקח לדוגמה חילול שבת מהתורה, או בעיית כשרות שאיסורה מהתורה. על אותו איסור תורה יש מחלוקת. הרוב אומר שצריך להקל במקום זה – מנימוקים שונים, אך המיעוט אומר שצריך להחמיר. הש"ך אומר שבמקרה מסויים לא יהיה ניתן לפסוק לפי רוב כזה. מתי? כאשר יש לרוב זה עוד מגרעה – שהוא "רוב וירטואלי" – שלא נערכו דיונים בין הפוסקים אלה שאנו אספנו דעות מתקופות שונות.

יוצא מכאן שגם הש"ך מבין את הבעייתיות והפגם שיש בהחלטה לפי "רוב וירטואלי".

איך ניתן לעשות פשרה כפויה?

פסקיריא"ז (מהדורתמכוןהתלמודהישראליהשלם, תשנ"ד)יט

ונראה בעיני שאין כל דברים הללו אמורין אלא כשהדייניןרוצין להטיל עליהן פשרה לפי הנראה בעיניהם ושלא מדעת בעלי דינין, אבל אם הם מודיעים להם טיב הפשרה ומפייסים אותם עד שהם מתרצים בדבר למחול אחד לחברו או לתת אחד לחבירו דבר ידוע אפילו אחר גמר דין ראוי לעשות כן, ובלבד שלא יהא שום צד הכרח בדבר אלא פיוסים ופיתויים וזו מצוה גדולה היא והיא הבאת שלום שבין אדם לחבירו וכך היה עניינו של אהרן שהיה אוהב שלום ורודף שלום ומפייס בעלי דינין עד שמתרצים בדבר.

מדברי הריא"ז נשמע שברגע שהצדדים נותנים מנדט לשופט – הפשרה נעשית לפי ראות עיניו של הדיין. לדעת הריא"ז עם פשרה מוסכמת אין בכלל בעיה. כל הבעיה היא כשהדיינים אומרים לצדדים שיתנו להם סמכות לפסוק פשרה **לאחר גמר הדין**. לפני גמר הדין, לשיטתו אין בעיה עם עצם העובדה שהדיינים הם המעצבים את הפשרה. זה מקביל לסע' 79 (א) –**לפסוק** על דרך הפשרה ולא רק **לתווך** כמו בסע' 79 (ב). משמע שלדעת הריא"ז מושג הפשרה עליו מתקיים הדיון היא פשרה בעיצוב הדיינים, בהסכמת הצדדים, בדומה לסע' 79 (א).

***לקרוא מאמר של חיים שפירא***

**א' סיוון התשע"ב, 22/5/12**

לדעת הריא"ז אין בעיה **לתווך** לפשרה גם לאחר גמר הדין! זו טענה רדיקאלית. כל הדיון הוא על פשרה שנעשית בכפייה – והיא זו שאסורה לאחר גמר הדין. בסוף דבריו הריא"ז עושה מהלך מעניין: הוא לוקח את דמותו של אהרון הכהן, שתוארה כדבר מותר דווקא ע"י הדעה האוסרת פשרה (אסור לבצוע אבל לנהוג כאהרון מותר) – והוא מסביר אותה כך שאהרון היה מתווך לפשרה בכל מצב, גם לאחר גמר הדין. לעיל הבאנו שתי דעות בהסברת מעשיו של אהרון (ומדוע הם מותרים):

1. אהרון עשה פשרה מחוץ לביה"ד.
2. אהרון לא היה דיין.

הריא"ז לוקח את זה לכיוון חדש ואחר לגמרי: אהרון לא עשה מה שעשה מחוץ לביה"ד וכן עשה זאת כדיין – אלא שהוא לא בצע בכפייה אלא תיווך לפשרה. זה לדעתו מותר אפילו לפי הדעה שאוסרת לבצוע. לפיכך, לדידו לא יתכן שדווקא הדעה המתירה לבצוע ואוסרת אחר גמר הדין – תחמיר יותר מהדעה האוסרת לבצוע לגמרי, לכן כשהמתירה אומרת שאסור לבצוע לאחר גמר הדין – ודאי שלא מדובר בתיווך, שהרי זה (לשיטתו) מותר גם לפי הדעה המחמירה – והוא מוכיח את דבריו מזה שהדעה המחמירה אישרה לנהוג כאהרון הכהן (שלשיטת הריא"ז היה מתווך גם לאחר גמ"ד).

לחיים שפירא (לקרוא מאמר)דעה רדיקאלית. הוא טוען שהמצווה לבצוע אין הכוונה בה תיווך וגם לא פסק – אלא כפייה לפשרה. חיים שפירא מביא גם את הריא"ז והוא מסביר שיש לקרוא את המשפט הראשון בריא"ז באותו אופן, שמדובר בכפיית פשרה – זה מה שאסור – וממנו יקפוץ לתיווך. משמע שלדעתו הריא"ז טוען שמה שאסור אחר גמ"ד זה כפייה – ומה שמותר (כמו אהרון) זה תיווך. ליפשיץ טוען כמובן שזה לא נכון אלא שהריא"ז מתכוון שמה שאסור זה פס"ד לאחר גמ"ד– ומה שמותר זה תיווך.

בפס"ד בנק המזרחי נ' ויקטוריה אפללו קרה הדבר הבא: הבנק תבע מאפללו 50,000 ₪ שהיא במינוס עליהם. השלום קבע 40,000 בלבד. מדוע? כי ויקטוריה טוענת שהמנהל הטעה אותו באומרו שא"א להפסיד בקרנות נאמנות. מה שמעניין הוא שהבנק לא קיבל את הטענה – אך פסק ש**לפנים משורת הדין** על הבנק לשלם. זה וויכוח בין אלון שטוען שהשופט יכול להציע (בטח לא לכפות) לשמגר שטוען שלא (לפחות לא כשיטה אלא במקרים חריגים). עוה"ד מערער למחוזי ושם נקבע כמו בשלום בנימוק מרתק:

"לעיתים נוטה בית המשפט במקרים מיוחדים לסטות מהפורמליזם המשפטי ולפסוק על הבסיס של **"לפנים משורת הדין"**, כפי שאירע במקרה זה. בנסיבות מיוחדות שנפרשו בפני השופטת המלומדת ניתן להבין ללבה ולהימנע מהתערבות בשיקוליה. לא בכדי הדבר הראשון שמבקש שלמה המלך מאלוהיו כשהוא מתבשר שעליו למלא תפקיד של שופט ולשפוט את העם הוא "ונתת לעבדך **לב שומע**, לשפוט את עמך, להבין בין טוב לרע, כי מי יוכל לשפוט את עמך הכבד הזה" (מלכים א' ג,ט). ואם מוצא שופט לנכון לפעול לפי תחושת **הלב**, מה לנו כי נתערב בכך?".

יש כאן פסק דרך הפשרה. מה בדיוק רצה ללמד כאן?

**חריגים לקביעה לפיה אסור לעשות פשרה לאחר גמר דין:**

ביתיוסףסימןיב

1. מצאתיכתובבשםספראגודה**דאדםשאינודיין**יכוללעשותפשרהאפילולאחרגמרדין.

ובתשובותהרשב"אסימןאלףקי"גכתובבשםרבינוהאי:

שאםאחרשפסקוהדיןהלךהחייב**ונתלהבשלטון**(מאיים שילך לדון אצל הגויים – חשש מערכתי) כדישלאלפרועעומדיםאחריםופושריםביניהםשלאבמושבדיןהקבועלמשפט.

במקרה כזה לביה"ד ולקהילה יש אינטרס לדחוף לפשרה, כדי שהמוסד העברי לא ייפגע, אך לביה"ד אסור. במקרה כזה מותר **לאחרים** לתווך בדרך הפשרה.

תוספות סנהדרין ו ע"ב, ד"ה נגמר הדין

1. (למרות שאחרי גמה"ד אסור לבצוע...) ומיהו כשמתחייבין שבועה זה או זה שרי למימר להו לעשות הביצוע כדי ליפטר מעונש שבועה.

במקרה בו אחד הצדדים מחוייב בשבועה (למשל שומר שטוען שהאבדה אבדה שלא באשמתו אלא באונס) מותר להציע לצדדים פשרה. מדוע? יחסה של התורה (עשרת הדיברות!) ושל חז"ל לשבועת שקר היא חמורה ביותר.

גם היחס למי שדורש שחברו יישבע חמור:

שולחן ערוך חושן משפט סימן פז סעיף כ

ויאיימו עליו (פי' ענין אימה) קודם שישביעוהו ואומרי לו: הוי יודע שכל העולם נזדעזע בשעה שאמר הקב"ה לא תשא (שמות כ, ז; דברים ה, יא), ובכל העבירות שבתורה נאמר ונקה וכאן נאמר לא ינקה (שמות כ, ז; דברים ה, יא); וכל העבירות שבתורה נפרעים ממנו, וכאן ממנו וממשפחתו; ולא עוד אלא שגורם ליפרע משונאיהם של ישראל, שכל ישראל ערבים זה לזה... אמר: איני נשבע, פוטרים אותו ונותן מה שטענו חבירו. אם אמר: הריני נשבע, וחבירו תובע העומדים שם אומרים זה לזה סורו נא מעל אהלי**הרשעים האלה** (במדבר טז, כו);

זה מאוד מעניין – התורה יוצרת מוסד של שבועה כדי לברר את האמת, אך אנו רואים שיחסם של חז"ל לשבועה היא מאוד מאוד לנסות למנוע את השבועה. זה מתבטא גם בעניינינו שכשמתחייבים שבוע – מותר לומר לצדדים לפשור (ומשמע שזה אחר גמה"ד שאחד הצדדים כבר התחייב להישבע).

יש לשים לב כי כשהתוס' אומרים לעשות פשרה כדי לחסוך את השבועה, הם אומרים זאת בלי להיכנס לבעיה שאחרי גמה"ד אסור לעשות פשרה. מדוע? משום שמוסד הפשרה הזה הוא לא ניסיון לפשר ולעשות שלום בין הצדדים (פירוש א' לפשרה) אלא ניסיון להגיע למשהו באמצע מסיבה אחרת– ללא קשר לעשיית שלום ולניסיון "להחליף" את הדין הקיים (פירוש ב' לפשרה). אין כאן ערעור על הדין כמו באפשרות הראשונה אלא הדין נגמר, אנו מקבלים אותו כנכון וטוב, אך חשוב לנו להימנע משבועה ורק בגלל זה אנו מנסים לפשור.

**כך נפסק בשולחן ערוך חושן משפט סימן יב סעיף ב:**

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

בתי הדין הרבניים פירשו הלכה זו כך:

פד"ר ב' עמ' 297

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

פד"ר ד' עמ' 320

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

ליפשיץ מערער על פסקי דין של בתי הדין הרבניים.

ראשית, בתקנות ביה"ד נאמר כך:

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

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

משמע שאין לכפות פשרה ואם הצדדים רוצים הם יכולים להישבע.

בנוסף, מלשון השו"ע נשמע יותר שמדובר בתיווך לפשרה או מתן פסק פשרה בהסכמת הצדדים

ואם חייבו בית דין שבועה לאחד מהם, **רשאי הבית דין לעשות פשרה ביניהם**...

במקרה של בתי הדין הרבניים ניתן לטעון כי מאחר והסמכות שלהם מקורה בשטר הבוררות עליו חתמו הצדדים קודם לכן, יש בסמכותם לכפות פשרה גם לאחר גמ"ד במקרה של חיוב שבועה. ליפשיץ מציע שזה מה שמקנה לבד"ר את הסמכות לכפות פשרה.

**ח' סיוון התשע"ב, 29/5/12**

בשיעור הקודם דנו בחריגים לאפשרות להציע פשרה לאחר גמר הדין. דיברנו על חיוב שבועה וראינו שבי"ד הרבניים שנמנעים מלהשביע את בעלי הדין ומשתמשים בפשרה כתחליף לשבועה.

היום נדון בסוגיה שמחזירה אותנו למקורות שעסקנו בהם בתחילת הקורס, בהם ראינו שהמשפט העברי פוסק כל הזמן בהשוואה בין הפשרה לדין. ראינו שבמשפט העברי ביה"ד פונה לצדדים ומציע להם דין או פשרה –ויותר מכך –ראינו שמבחינה ספרותית העיסוק בפשרה מתייחס לפשרה לפי מספר הדיינים בדין – כמו שבדין יש שלושה דיינים כך גם בפשרה יהיו שלושה דיינים, אולם היו שחלקו לכך.

**בפשרה- "עד שיאמרו כולם דבר אחד" (הראשונים)**

הסוגיה שנדבר עליה פורצת בתקופת הראשונים. במקום שבו הם משווים בין דין לפשרה, אומרים הראשונים שגם אם הולכים על ההיקש ממערכת הדין היבש למערכת הפשרה ואומרים שאם דין צריך להיות בשלושה אז גם פשרה צריכה להיות בשלושה – עדיין כאשר עוסקים בהכרעת הדין, בפשרה הולכים לפי כל הדיינים בדין (ולא מספיק רוב). כלומר: התורה אומרת "אחרי רבים להטות". הראשונים אומרים שכאשר מדובר בפשרה, לא הולכים לפי רוב דעות. הראשונים טוענים שבהליך של פשרה ההלכה צריכה להיות- "עד שיאמרו כולם דבר אחד". כלומר: פה אחד. בניגוד לדין שאפשר ללכת לפי הרוב, בפשרה צריך ללכת פה אחד. הרעיון הזה לא מופיע בתלמוד – להיפך. בתלמוד נעשה היקש בין פשרה לדין והראשונים אומרים שההיקש של התלמוד נעשה לגבי מספר הדיינים אך לא בעניין ההכרעה.

**הרעיונות שעומדים בבסיס הדרישה שבפרשה "עד שיאמרו כולם דבר אחד":**

מה יכולה להיות מוטיבציה למשפטנים לומר שגם אם בדין הולכים לפי רוב דעות, בפשרה לא נעשה זאת?

במסכת עבודה זרה התלמוד מציג עקרון שנוהג בשמאים (אלה ששמים, מעריכים דברים): יש מוכר וקונה, שהגיעו למפגש רצונות בעסקת מכר אך לא הגיעו למחיר מוסכם. הפתרון שלהם היה לפנות לשמאים. מה שהשמאים יגידו יחייב אותם בעיסקה.

התלמוד מציג אופציות שונות של ניסוח ההסכם הדיוני ביניהם, לגבי קביעת המחיר על-ידי השמאים:

* אם המחיר היה "כדשיימי בי תלתא" (=כפי שישומו שלושה) ההלכה היא שאפילו תרי מיגותלתא (=גם אם יהיו לנו 2 מתוך ה- 3 – השומה תיקבע לפי רוב דעות). לעומת זאת:
* אם יאמרו "כדאמריתלתא" (=כפי שיאמרו שלושה שמאים) – ההלכה היא עד שיאמרו שלושתם אותו דבר פה אחד.

דעת רש"י

מה שעושים הדיינים כשמפרשים את ההסכם בין הצדדים זה **אומדן של דעת הצדדים** לפי נוסח ההסכם. יש הסכם שהשמאים יעריכו את שווי הנכס שבעסקה, לכן רש"י אומר שהביטוי "כדשיימיתלתא" הוא מהמונח שומה והמונח "בי" (=בי"ד) מחבר אותנו לרעיון של שומת בי"ד ולכן הכוונה היא לפסיקה כמו בי"ד – שם מספיק רוב. לעומת זאת בדרך השניה, השמיטו את הביטויים הללו ונאמר רק "כדאמריתלתא", כלומר הדרישה היא לשלושה פה אחד.

הפירוש נסמך על כוונת הצדדים כפי שהם ניסחו את ההסכם ביניהם.

בעיה: התוספות הם שאמרו שבפשרה אנו זקוקים לפה אחד והם אלה שהפנו אותנו למקור זה – אך לא ברור איך הסוגיה הזו יכולה להוות מקור לכך שנדרש בפשרה פה אחד?

הסוגיה מעלה בבירור שכוונת הצדדים היא הקובעת ואילו אצלנו מדובר באנשים שבאים לבי"ד ובי"ד שואל האם רוצים פשרה או דין והם בוחרים פשרה (בלי לומר שום נוסח שיכול להעיד על כוונתם לכמות דיינים מסויימת) – ואז בסוף אומרים להם שכאשר הסכימו לפשרה כוונתם בעצם הייתה שאם תהיה מחלוקת בין הדיינים – יהיה צורך שיגיעו להכרעה פה אחד. כיצד זה ייתכן?

בסוגיית השמאים מדובר בנושא חוזי ובפשרה לא מדובר בנושא חוזי אלא בהליך דיוני שלא נקבע ע"י הצדדים כלל (להבדיל מחוזה). כיצד פותרים זאת? מדוע ערכו התוס' השוואה זו?

* 1. **מוטיב ערכי**- אם ההגדרה של מונח הפשרה היא כמו במשפט הישראלי – יעילות, אז זה לא מסביר את ההשוואה בין הסוגיות של השמאים והפשרה, שכן דווקא הכרעה של רוב היא יעילה יותר. לעומת זאת, אם מונח הפשרה הוא שלום אז אנו לא רוצים שיהיה כיפוף של הרוב את המיעוט, כי אז זה יהיה סוג של כפייה. הצדדים אומרים שהגיעו לבי"ד משום שלא הצליחו להסתדר לבד, אם הלכו לפשרה זה סוג של בקשת עזרה של הצדדים לעשות את מה שלא הצליחו הצדדים לעשות לבד. לכן אם ההכרעה תהיה רק ברוב (ולא "פה אחד") זה אומר שגם הם לא הצליחו לעשות זאת, להביא שלום.
  2. **רוב המבטל מיעוט**- בשפה של הדין יש מימדים אובייקטיבים. כשהרוב והמיעוט מתווכחים אפשר לראות על מה בדיוק הם מתווכחים. אצל השמאים לא ברור האם יש להם את הכלים האובייקטיבים הללו – בדומה לפשרה. בעסקה אם אין "פה אחד" אז לא תהיה עסקה, אך בפשרה זה בעייתי. השימוש של רוב מול מיעוט בדין הוא שהרוב מבטל את המיעוט. הקביעה של הרוב כביכול אומרת שהמיעוט טועה. בפשרה המונחים הללו לא יכולים להתקיים, כיוון שבפשרה שיקול הדעת הוא רחב מאוד. בפשרה לא משתמשים במושגי דין מוגדרים אלא יש עניין של שק"ד ואינטואיציה – וזה יותר דומה לשמאות.

כאשר שני אנשים חלוקים ביניהם בשאלה כלשהי והם מסכימים ששמאים שישומו את עניינם (ערך הנכס או משהו כזה), לשונם היא הקובעת מהו הרוב הנדרש לצורך הכרעה.

**כדשיימיבתלתא(כפי שישומו שלושה)- אפילו תרי מגו תלתא (אפילו כשרק כשני דיינים מתוך השלושה פסקו בדעה אחת – הולכים לפיהם),  
כדאמריבתלתא(כפי שיאמרו שלושה)- עד דאמריבתלתא (עד שיאמרו שלושתם אותו דבר).**

**הפרשנות כאן, בסוגיית השמאים, היא מילולית. החכמים קובעים שמילים מסויימת כו**ונתם דבר אחד ומילים אחרות הכוונה שמאחוריהם אחרת.

לעומת זאת, בסוגיית הפשרה, אנו מפרשים את דעת הצדדים לא מתוך המילים שאמרו, אלא מתוך אומד דעתם הסבירה של הצדדים בשאלה – כיצד ניראה לכם שתוכרע פשרה? אנו מציעים להם רק "פשרה". רוצים? הדיינים יקבעו כיצד לדעתם יש לקבוע את הפשרה לפי אומד דעת הצדדים, איך שניראה להם שהצדדים עצמם היו חושבים לעשות פשרה.

השימוש ברוב בביה"ד, משמעו שהרוב מבטל את המיעוט. הרוב טוען שהמיעוט טועה. בהליך של פשרה, מושגי הצודק וטועה כלל לא שייכים. שיקול הדעת הוא רחב וממש לא מוגדר, כך שלא ניתן לומר שדיין המיעוט "טועה". הוא פשוט משתמש בקריטריונים אחרים, אך לא בהכרח שגויים. אומדן הדעת שלו לגבי מה יעשה שלום בין הצדדים הוא אחר.

ישנה סוגי בבבא קמא, שם שמואל אומר: "אין הולכין בממון אחר הרוב". בדין האזרחי המשקל של רוב אינו משכנע מספיק. זו אמירה תמוהה – הרי בדר"כבממונא אנו פוסקים ע"פ הרוב. אלא שיש לראות את הקשר דבריו של שמואל. שמואל מדבר על רוב במציאות ולא רוב של דיינים. למשל, כשאנו רוצים לפרש חוזה בין צדדים, ניתן לומר שרוב העסקאות שנעשו באותה העיר בה נערך החוזה (מה שמקובל) הן עסקאות מסוג מסויים ולכן יש לפרש את החוזה לפי זה. על זה אומר שמואל – לא. לא הולכים אחר רוב שכזה, רוב במציאות החוזים בעיר, כדי לפרש את החוזה. זה לא מספיק כדי להוציא ממון מיד הנתבע.

לעומת זאת, בכמות הדיינים רוב כן תופס. מדוע? כי בכמות הדיינים – הרוב מבטל את המיעוט. דעת הרוב היא המדברת ואומרת לרוב – שיקול הדעת שלך לא נכון. לעומת זאת, ברוב שבמציאות זו לא אמירה נכונה. רוב המקרים אינו מבטל את המיעוט. באופן דומה, רוב הדיינים בפשרה לא יכול לבטל את מיעוטם, שכן קביעת הרוב אינה תוספת בגלל שהיא נכונה יותר, שכן השיקולים הם מאוד רחבים ולא פורמאליים. זה יכול להיות הסבר נוסף לעובדה בה במנגנון הפשרה אנו לא רואים את הרוב כפי שאנו רואים אותו בדין הרגיל.

באופן דומה, באמירת הצדדים "כדשיימי בי תלתא– יש כנראה הסכמה **מעשית** לסמוך על דעת שניים מהדיינים, למרות ההבנה שכשמדובר בשומת דעת הצדדים, כדי להגיע לקביעה כמעט בטוחה, יש לדרוש הכרעה פה אחד ולא מספיק רוב.

בית הדין שיושב כמוסד פשרה הסוטה מן הדין, מקבל את כוחו מתוך הסכמת הצדדים. ישנם ראשונים על סוגיית הפשרה, שבעיניהם זה לא מספיק. העובדה שצריך שלושה דיינים כדי לקבוע פשרה, אפילו לדעת מי שסובר שדין יכול להיות תקף בדיין אחד, נובעת מכך שיש פה סטייה מן הדין. הסכמת הצדדים אינה מספיקה כדי לסטות מן הדין. יש כאן צורך בחיזוק היציבות והניסיון להגיע למשהו אמיתי וצודק – וזה מתקיים על-ידי הקביעה כי יש חובה לקבוע פשרה רק על-ידי שלושה דיינים. על זה אנו נוסיף ונאמר שאם רוצים ש"ד יציב – יש צורך בשלושה פה אחד (את זה הראשונים הללו לא אמרו).

כעת ננסה לעשות מהפך מחשבתי.

התורה אמרה "אחרי רבים להטות", אך אנו משתמשים בכך רק איפה שתורה אמרה זאת. ליפשיץ רוצה לטעון שהנחת המוצא היא לא רוב אלא "פה אחד". זו ברירת המחדל. התוספות אומרים שכדי ללכת בדרך של רוב צריך אחת משתיים:

1. מקום בו התורה אמרה זאת במפורש (רק להקשר בו נאמרה האמירה "אחרי רבים להטות").
2. הסכמת הצדדים.

ונבהיר: בדמוקרטיה המודרנית שלנו, הכרעות הרות גורל של חיי מדינה מוכרעות ברוב. ניתן לחשוב שזה הדבר הנורמאלי. אך אולי ברירת המחדל הייתה צריכה להיות פה אחד. כמובן שזה רק תיאורטית כי מעשית אי אפשר לקבוע כך כלום, הסכמנו ללכת בדרך של רוב. אך זו תוצאה של הסכמה בלבד. זו אגב דעת רבנו תם. הרוב לא יכול לכפות את המיעוט בענייני הקהילה. מדוע? כי כדי לקבוע שמנהלים את הכל ע"פ רוב – יש צורך לפחות פעם אחת בהכרעה פה אחד – כך שכולם יסכימו שמסכימים להכריע בכל ההחלטות ע"פ רוב.

ונחזור לסוגייתנו: בסוגיית השמאים אליה הראשונים הפנו אותנו, כל ההליכה אחר הרוב מבוססת על ההסכמה של הצדדים להכריע ע"פ הרוב.

הערוך השולחן אומר שרחוק הדבר שהדיינים יגיעו לפה אחד. לכן, מראש כדאי להגיע להסכמה שהולכים אחר רוב דעות.

לפיכך, ההבנה של תוספות שקבעו שיש לחכות להכרעה פה אחד – בעייתית. מה הסיכוי שכל הדיינים תמיד יגיעו להכרעה פה אחד? איך פותרים את הבעיה המעשית? כנראה שהבנת התוספות באמירה "עד שיאמרו כולם פה אחד" היא שהדיינים לא ייצאו מלשכתם עד שיגיעו למעין פשרה ביניהם ויאמרו דבר אחד. הם צריכים לדון וללבן וכו' – אך בסוף אנו רוצים הכרעה אחת.

ערוך השולחן וודאי לא סבר שזו משמעות ה"פה אחד" אלא דרישה לפה אחד ממש ולכן לדידו עדיף מראש לקבוע שהולכים אחר הרוב.

בפס"ד של ביהמ"ש בישראל שניתנים "פה אחד" זה פה אחד מלאכתי. למשל לגבי פס"ד קעדן, הנשיא ברק אמר בכנס בבר-אילן שזה לא מקרה שזה היה פה אחד. הוא דאג לכך. הוא אמר במפורש שהוא עבר בין לשכות השופטים והגיע איתם למעין פשרה שבה ניתן לומר שכאילו השאלה הוכרע "פה אחד". בדין זה מעלה שאלה גדולה של "מי שמכם" לעשות פשרה שכזו? אנו רוצים דין אמת. לעומת זאת, בפשרה ניתן להבין זאת יותר.

**י"ד סיוון התשע"ב, 5/6/12**

**פשרה כפויה**

אם נאסוף את הידיעות שאגרנו עד כה במהלך הקורס אודות הפשרה, נגלה שמושג הפשרה כפי שהוא מוצג במקורות שראינו – בעצם סותר את כל הרעיון של פשרה (זאת בהסתייגות מחיים שפירא שלשיטתו רעיון הפשרה עצמו הוא לכתחילה כפייה של פשרה על הצדדים). מדוע? מפני שאנו מוצאים שבמקורות המשפט העברי המונח פשרה מוזכר גם בהליך כפוי.

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

אדם שהיה נשוי לאישה אחת – היא הראשונה בזכויותיו שכן התחייב לה בכתובה. אח"כ נשא עוד אישה וגם לה נתן שטר כתובה ואח"כ מכר את שדהו. כמו בכל שעבוד יש סדרי קדימה וזה לפי סדר הזמנים. הראשונה דורשת את השדה ומוציאה אותה מיד השניה– כי היא קדמה לה. הלוקח מוציא מידיה של הראשונה – כי בעלה מכר לו והיא כתבה לו שדין ודברים אין לה עימו– היא מוחלת לו על הזכות העודפת שיש לה כלפיו (כנראה שקיבלה עבור זה שכר כלשהו). השניה מוציאה מיד הלוקח – שכן היא לא וויתרה לו על זכותה הקודמת.

יש כאן מעגל שוטה שלא יכול להסתיים ללא פשרה. הפשרה מחוייבת לצורך הכרעה. אם אנו רוצים לאפיין את הפשרה שהמשנה מדברת עליה, אנו מדברים על שני אפיונים מרכזיים:

1. לכאורה בי"ד לא קשור לכאן – הצדדים צריכים לעשות את הפשרה.
2. עד עכשיו הפשרה באה כאלטרנטיבה לדין, שערכים של שלום שולטים בה. במקרה שלנו אין כאן אלטרנטיבה למשהו אחר, כי אין אפשרות לקיים הליך של דין. הפשרה היא הפתרון היחיד מהסבך שאנו נמצאים בו, כאשר שהדין אינו יודע לתת לו פתרון.

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

לדעת המבי"ט, משנתנו לעיל מוכיחה שיש מצב בו הפשרה היא מוכרחת. הוא טוען ש"הכרח" זה, משמעו שיש לביה"ד זכות לכפות פשרה. הוא מביא עוד ראיה מהלכה בה הרמב"ם פוסק שביה"ד יכול "לגלגל דבר מועט" על אחד הצדדים, ללא הסכמת הצדדים, רק ע"פ ש"ד הדיינים, שזה כעין פשרה.

לדעת ליפשיץ יש כאן הצהרה של ביה"ד שבעצם אומר לצדדים: דעו שבמקרה זה אין דין שאפשר להכריע על פיו ולכן אני מכריע ע"פ שיקול דעתי במעין פשרה.

תוספתא בבא קמא ב' י'  
היה אחד מהן טעון ואחד רכוב מעבירין את הטעון מפני הרכוב[[1]](#footnote-2) אחד טעון ואחד ריקן מעבירין את הריקן מפני הטעון … היו שניהן טעונין שניהן רכובין שניהן ריקניןעושין פשרה ביניהם וכן שתי ספינות …שתיהם פרוקות ושתיהן טעונות עושות פשרה ביניהן.

התוספתא מתארת מצב שבו גמלים עוברים בשביל צר וארוך, כאשר ברור שכשמישהו מתחיל לצעוד בו – אף אחד לא יוכל ללכת בכיוון ההפוך עד שיסיים אותו.

אם אחד הגמלים טעון סחורה והשני רוכב על הגמל –מעבירין את הטעון מפני הרכוב. אם היה אחד ריק ואחד טעון – מעבירים את הריק מפני הטעון. אך מה אם שניהם אותו דבר (ריק/רכוב/טעון)? עושים פשרה! אולם בתוספתא לא מוזכר שניתן לכפות את הפשרה על הצדדים.

סנהדרין לג

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

ריש לקיש משווה בין שני פסוקים: אחד אומר בצדק תשפוט – נשמע כמו דין יבש. צדק צדק תרדוף – נשמע כמו שאיפה גדולה להשיג הסכמה ופשרה. איך זה מסתדר? כאן בדין מרומה וכאן לא. לעומת זאת, רב אשי מסביר שאחד לדין ואחד לפשרה (פסוק אחד לדין ופסוק שני לפשרה או המילה צדק הראשונה בפסוק לדין והשניה לפשרה...).

כיצד?

אם יש אחת שטעונה/קרובה – הן קודמות. אם לא והן זהות – "הטל פשרה ביניהן" – אחת תעבור ראשונה והאחרת תפצה אותה. אך עדיין – מי תעבור ומי תשלם? אולי עושים מכרז בו מי שמוכנה לשלם יותר – תעבור ותשלם. אפשרות אחרת היא ע"י הגרלה.

נפתלי צבי יהודה ברלין (הנצי"במוולאזין, מאה ה- 19 ) **שו"ת משיב דבר** (ירושלים, תשכ"ח)חלק ג' סימן י'  
אם הדין אינו יכול להביא לידי שלום, ההכרח לעשותו פשרה ועל כיב"ז תניא בסנהדרין (דף ל"ג) צדק צדק תרדוף אחד לדין ואחד לפשרה כיצד שני ספינות כו'. וקשה מאי כיצד וכי לא ידענו מאי פשרה. אלא משום דלא משכחת אזהרה על הפשרן אלא באופן שכופין לעשות פשר. דאלו בכל פשרה שלא נעשה אלא ברצון בע"ד, הרי מסתמא יודעים ובטוחים בשני הפשרנים שלא יטו הפשרה לצד אחד יותר מחבירו. ואם לא חשו לכך הרי אינהודאפסדיאנפשייהו. ולא שייך ע"ז אזהרת התורה. אלא ע"כ מיירי באופן שכופין לעשות פשרה. וא"א להעמיד על הדין. מש"ה שואל התנא כיצד כופין לעשות פשרה. ומפרש כגון שתי כו'. וע"פ עומק הדין אין לנו במה לכוף את **שאינה טעונה** שתלך לאיבוד. אלא עומק הדין ילכו שניהם ויהיו שניהם נטבעים או מי שיגבר ויטביע את השני והוא ינצל. אבל אין זה משפט שלום. מש"ה כופין על מדת הדין ומחויבין לעשות פשרה.

הנצי"במתייחס למקרה בו יש סכסוך בין קבוצות, ואם ננסה לערוך בירור לפי הדין, אין סיכוי שיהיה שלום בין הצדדים הללו. למשל, הוויכוח על כביש בר-אילן. האם הוא צריך להתבצע בביהמ"ש והוא יקבע מה זכותו של ציבור חילוני לנסוע בכביש בתוך שכונה חרדית – אך בכך למנוע את האפשרות שישרור שלום בין הצדדים.

הנצי"ב שואל – האם לא ידענו מזו פשרה שהגמרא מסבירה לנו איך עושים זאת? אלא כשהתורה דיברה על פשרה (צדק צדק תרדוף) – היא התכוונה לכפיית פשרה! שהרי כששני צדדים מתפשרים – זה על אחריותם וככה"נ הם ישימו לב שאין אחד מרוויח יותר מחברו. לעומת זאת, השאלה של הגמרא היא – מתי יכול בי"ד לכפות פשרה על הצדדים? באיזה מקרים? על זה עונה הגמרא "כמו שתי אניות ...' ". הנצי"ב מדבר על שתי אוניות שאחת טעונה ואחת לא ובכל זאת טוען שאין כאן דין! יסודות דיני הקניין לא מכירים בהבדל בין טעונה לריקנית! לא רק המקרה בו שתיהן זהות מצריך פשרה אלא גם במקרה שאחת לכאורה עדיפה – ע"פ עומק הדין – אין לנו במה לכוף את שאינה טעונה כדי שתוותר! גם זו פשרה כפויה... מדוע שם נדרשת כפיית פשרה? משום שללא כפייה כזו – לא יהיה שלום בין הצדדים, אוניה אחת תטביע את חברתה וכו' אבל משפט שלום לא יהיה שם. לכן כופים על מידת הדין ומחוייבים לעשות פשרה.

טענת הנצי"ב: הרגע שדין אינו מוביל לשלם – אין אפשרות להשתמש בדין הזה. לכן, לא מאפשרים לאוניות להשתמש בזכויותיהן הבסיסיות ולהטביע זו את זו או לעמוד שם לעולם – אלא כופים עליהן להתפשר.

במקור אחר אומר הנצי"ב:

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

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

***לקרוא פס"ד אגיאפוליס***

**כ"ב סיוון התשע"ב, 12/6/12 – תודה ללירון מזרחי**

המאפיין המרכזי של פשרה כפויה הוא שלא מדובר על העדפת פשרה על פני הדין, בניגוד לביצוע שעוסק במודל של שני מסלולים חלופיים:דין או פשרה. בפשרה כפויה ראינו מקרים בהם הדין משתהה מול סיטואציה שהוא לא יודע למצוא לה פתרון (אוניות) ולכן ההצעה היא לכפות פשרה על הצדדים.

היינו צריכים לומר שהפתרונות הם בעצם שימוש בדין – ובכלל לא פשרה. למשל במקרה של האוניות,שאוניה אחת תעבור ותשלם לאוניההשניה - ואז נשאל מי תעבור ראשונה? הפתרון היה מכרז. במבט משפטי של היום היינו צריכים לומר שזה הדין, יש בעיה והפתרון הוא הדין. אז השימוש במונח פשרה בהקשר הזה הוא שימוש מושאל(כל אחד מרוויח משהו או מפסיד), למרות שבפועל הדין הוא הגעה להסדר שמהותו פשרה. הנקודה היא שנראה מתוך המקורות שלמשפט העברי חשוב להבחין בין מצב שבו פתרון הסכסוך הוא עפ"י העקרונות של הדין המהותי לבין מצב שהדין לא פותר את העניין ואנו עוברים למעין הגיון וע"י כך פותרים את הסכסוך, זה לא דין אלא פשרה כפויה.

**רבי מאיר שמחה-**רבי מאיר הוא דמות מאוד בולטת בחשיבה המקורית שלו.

עושה הבחנה בין פשרה לפשרה כפויה:

**על מי המצווה:** "הך פשרה במקום שאין דין על זה (=הפשרה היא במקום שאין דין על זה) ולכן כשאין על זה דין - מצווה בפשרה(=במובן של ציווי, חובה לפשר)... שבעלי הדין מצווים לפשר".

כלומר, החובה לעשות פשרה היא על בעלי הדין. רבי מאיר אומר שבעלי הדין נמצאים בסכסוך שאין לו פתרון לפי הדין ולכן אין ברירה אלא להתפשר, לכן או שהם יעשו זאת בעצמם ואם לא יעשו זאת בעצמם נכפה עליהם את הפשרה. כופים עליהם את מה שהם עצמם היו אמורים לעשות בעצמם.

"אמנם במקום שיש דין שעפ"י דין אחד זכאי ואחד חייב רק כשבאים לדין, אז אין הבעלי דינים מצווים לפשר, רק ברצונם תלוי הדבר.רק על הדיין מוטלת המצווה לומר להם האם הם רוצים דין או פשרה".

כלומר, במקרה הזה (כשיש תשובה בדין המהותי) בעלי הדין לא מצווים לעשות פשרה ביניהם, הם יכולים להישפט עפ"י הדין, אך הדיין מצווה להציע פשרה.

**מחלוקת במה הפשרה**: הנקודה האחרונה איתה הוא מסיים היא הנקודה של מחלוקת התנאים(מצווה לפשר/אסור לפשר/צריך להציע). ר' מאיר אומר שהמחלוקת של התנאים לא מתייחסת למקרה של פשרה כפויה.

**לשיטת ר' מאיר, בפשרה כפויה אין דין ולכן אין זילות בדין לעומת פשרה רגילה שהיא אלטרנטיבה לדין ושם הדיון על הפשרה רלוונטי.**

**שו"ת הרא"ש**

עומד דיין ובפניו בעלי דין והוא רואה שהנתבע לא משתף פעולה עם ההליך השיפוטי של הדין, הנתבע הוא לא קאופרטיבי, הוא מעלים ראיות וכו'. הדיין מרגיש שהנתבע לא מאפשר לברר את הסכסוך. במצב זה הדיין יכול היה לומר לעצמו שהוא פוסק לפי מה שלפניו אבל הוא יודע שאם יפסוק כך התמונה תהיה מעוותת (דין מרומה). במצב דברים כזה, אם הרמאי הוא התובע אז קל יותר לטפל בזה, הדיין יסתלק מהדין– והתובע הוא שייפגע וזו בעיה שלו. אולם כשהרמאי הוא הנתבע ואז התובע יפסיד אז הפתרון של להסתלק מהדין יפגע בתובע. הרא"ש מייצר כלים שיפוטיים לדיין במקרים כאלו. הרא"ש פותר: "כל זה סברתי והערכתי שאין כח או רשות להוציא את הדין חלוק ידו".

כלומר, **האופציה להסתלק מההליך אסורה**,**על הדייןלפסוק לפי ראות עיניו**. במקום שאין הדבר יכול להתברר בראיות ובעדויות, פעמים יפסוק באומד הדעת, פעמים כמו שיראה לו ללא טעם ובלא ראיה - ופעמים על דרך הפשרה".

הרא"ש נותן כח בלתי מוגבל לדיין- ניתן להשוות זאת לתורת המשפט המודרנית "סמכות טבועה" (=מדובר על סדרי דין כשברור שצריך לעשות פעולה מסוימת אך לא מוצאים את התקנות/חוק שאומרים שיש לעשות זאת ולכן אומרים שיש סמכות טבועה לעשות זאת). שימוש מופרז בכח הזה דורס את הריסון שאנו דורשים מביהמ"ש.

ביהמ"ש צריך לרסן עצמו ולא להפעיל את הסמכות בצורה פרועה.

**הרא"ש מעמיד את הכח לכפות פשרה במקום שאין הדין יכול להתברר (לעומת מצב בו הדין עצמו אומר תיקו – אין משמעות מכריעה לדין, כפי שראינו לעיל עם הספינות).**

**בג"צ אנג'ל גבאי**

בד"ר אומר שהוא ביצע פשרה כפויה ושיש מושג כזה במקום שהדין אינו יכול להתברר. בג"צ אמר שהוא לא רואה מה הקשר בין הדוקטרינה של פשרה כפויה במצב שהדין לא יכול להתברר לבין הפסק שלהם. במקרה שלהם היה דין וכל העובדות יכולות היו להתברר ולכן המשפט העברי לא הופעל בצורה נכונה.

**שאילתות רבי אחאי גאון**

אחד החששותשיש לשופטמפני פשרה כפויה, היא שבמקום להעמיק ולבדוק את הדין עד הסוף הוא פשוט יחתוך באמצע. השאילתות אומר "גדול מכולם מי שמטיל שלום על ישראל" כלומר הדין הגדול מכולם הוא מי שיכול להטיל שלום בין הצדדים. "ואם לא אזיל ויליף (=אם לא הולך ולומד) עליו הכתוב אומר רשע כגבה אפו בל ידרוש". הקישור בין הגדול מכולם לבין מי שלא לומד והוא רשע זה בדיוק החשש. כלומר, אנו מצפים מדיין אחד משניים: א. שיעשה דין כמו שצריך (לשם כך צריך ללמוד טוב). ב. שיצליח להביא את הצדדים לשלום באמצעות פשרה(הכוונה לפשרה רגילה).

**רבי דוד בן שלמה אבן זמרה**

**מה קורה כשיש לדיין ספק אמיתי?** "כנסתפק לו הדין"...

אפשרויות:

1. **"הסתלק ממנו וידין אותו אחר"-** הדיין יאמר שהוא לא יודע לפסוק את הדין ויבוא דיין אחר לפסוק אותו. האפשרות העקרונית של דיין לומר איני יודע היא אפשרות מקובלת וידועה.
2. **"ילך אצל חכמים אחרים וישאויתן ויתברר ספקו"-** דיין שלא מתבייש לפנות לחבריו הבכירים יותר ולהתייעץ איתם לגבי פסק הדין שלפניו, זו גם אפשרות לגיטימית.

\*במשפט העברי, כאשר בא לפני דיין מקרה שיש בו פן תקדימיוהוא נדרש לחדש תקדים –אם יש בעיר שלו חכם שהוא גדול ממנו אז הוא מצווה לפנות לאותו חכם ולהציג בפניו את החידוש ולשמוע את דעתו. אם הוא לא עושה זאת הוא זוכה למילות גנאי.

ג. **"אם נפלה בעיניהם מחלוקת ילכו לרוב"-** אם הייתה מחלוקת בין החכמים יפסוק לפי הרוב.

כאשר נאמר לדיין להתייעץ עם משפטן אחר, ברור שהאחריות לפסיקה נופלת על הדיין שפסק ולא על החכם הבכיר.

מה קורה אם הרוב גיבש דעה שונה מהדיין עצמו שאמור לחתום על פסק הדין? אין תשובה על זה, המרצה היה מסתלק מהדין במקרה זה.

1. **מה קורה אם הסוגייה כל כך מסובכת עד שכולם חלוקים?** "יראה לי שיכריחו את בעלי הדין לקבל פשרה 'ועשית הישר והטוב' "- **זו פשרה כפויה חדשה שנובעת מאי ידיעת הדין.** בישראל אסור לשופטים לומר "איני יודע" ולפעמים שופטים אומרים לעו"ד לערער על הפסק שלהם כי הם לא בטוחים בפסק. בנוסף בישראל לפעמים הספק עצמו אומר שאין לקבל את התביעה. גם הרדב"ז יכול היה לפסוק כך, לפי מאזן ההסתבריות, אך הוא לא עושה זאת, אלא הוא אומר שיכריחו את בעלי הדין לקבל פשרה. הרדב"ז אומר שברמה העקרונית יש דין אך הוא לא הצליח לברר אותו ולכן יישום הרעיון של מאזן ההסתברויות אינו הוגן. במצב זה הוא אומר שיש לקבל פשרה כפויה.

סיכומון: **בכל המקומות יש פשרה כפויה משום שאין דין– אולם הסיבה בגינה אין דין משתנה**.

הדוגמאות של שבוע שעבר הם שאין דין כי המצב בין הצדדים הוא שוויוני.

ברא"ש לא היה דין כי היה בעל דין שמחבל בהליך.

ובדוגמא של הרדב"ז אין דין כי לדיינים יש ספק.

**הגבולות המהותיים של הפשרה**

האם העובדה שיש דין ברור - אומרת שלא נעשה פשרה?

רבי שמואל- "הנך רואה שאפי' שהדין ברור לדיין, יכול לפשר ביניהם בלא דעתם כל עוד לא גמר הדין".

**יש אפשרויות:**

1. אפילו שלדיין ברור הדין - אפשר לפשר.
2. "שלא דעתם"- ברור מתוך ההקשר שלא מדובר על כפייה של פשרה אלא מדובר על 79א, מקבל מהצדדים הסכמה לפשר ביניהם, והוא עושה זאת למרות שהוא יודע בבירור מהו הדין שבפניו.

מדוע לעשות פשרה כאשר ידוע הדין?

1. **יעילות**- לחסוך את המימון של המשפט וכתיבת פסק הדין. עד היום לא ראינו במקורות המשפט העברי שהפשרה באה כדי לקדם יעילות.
2. **ערכים של שלום וצדקה**- הפשרה מטרתה להפנים ערכים שהדין לא לוקח בחשבון, כמו ערך השלום והצדקה ולכן אין מקום לומר שבמקום שהדין הוא חד וברור אין מקום לעשות פשרה.

האם זה סביר שהפשרה תוביל לתוצאה שהיא הפוכה לגמרי מפסק הדין שהיה מתקבל?

לדעת המרצה זה כבר קו אדום, אנו נאבד את המשמעות של הפשרה.

שו"ע

"כשתיהפך לזכות את מי שהוא זכאי בדין כיוצא בדברים הללו וע"י כך נותן לשניהם לעשות פשרה ביניהם כמו שיראה לך וזה גזל גמור". כלומר: כשמביאים את הצדדים לפשרה שנראית לדיין נכונה והיא הפוכה לגמרי ומזכה את זה שחייב בדין לגמרי אזי מדובר ב**גזל גמור**.

**19/6/12**

**בד"ר י"א, עמ' 259**

בד"ר שדן בעניינים אזרחיים, נתפש בעיני המדינה כבורר (בשונה מהפשרה שאנו דיברנו עליה שהיא בי"ד ממש שמפשר). זה היה לפני בג"צ אמיר שאסר על בד"ר לדון בעניינים אזרחיים. באותו פס"ד, אחד הצדדים סירב לחתום על שטר הבוררות בו נאמר שבד"ר מוסמך לפסוק "הן לדין הן לפשרה". הוא רוצה דין תורה ולא פשרה. אחד הדיינים אומר לו שהוא יוציא נגדו כתב סירוב! (מה שהיו מוציאים בהיסטוריה היהודית-קהילתית למי שמסרב לדון דין תורה, אבל הוא מוכן פשוט לא רוצה לפשר...). הדיין השני טוען שזכותו להסתלק מן הדין. הרב שמחה מרון, הדיין השלישי, כותב את דעתו ארוכות תוך ביקורת על חבריו – מגיע מישהו לדון דין תורה ואתם מסתלקים/מוציאים כתב סירוב! הרי גם רבא אמר לבעלי הדין שלפניו: "אי דינאבעיתו אי פשראבעיתו".

בתקופה שלאחר חורבן בית שני, תנאים מאוד חשובים כמו רשב"י ור' יוסי, אומרים אמירות כמו "אני לא יודע לדון דין תורה", או "ברוך ה' שהרומאים אוסרים עלינו לדון כי אני לא תלמיד חכם".

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

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

**טור חושן משפט סימן יב**

כתב בספר המצות צריכיןהדיינין להתרחק בכל היכולת שלא יקבלו עליהם לדון דין תורה כי מאד נתמעטו הלבבות וגרסינן בירושלמי פ"קדסנהדרין בימי ר"ש בן יוחאי בטלו דיני ממונות אמר ר"ש בן יוחאי לית דחכים בדין רבי יוסי בן חלפתא באו ב' אנשים לפניו אמרו לו על מנת שתדיננו דין תורה אמר להם איני יודע לדון לכם דין תורה.

האמנם הם לא ידעו לדון דין תורה?

כנראה המסר הוא שכשאין לנו את המציאות האידיאלית של סמכות שיפוטית עצמאית של עם היושב בארצו ואין ביהמ"ק, אין בי"ד הגדול וכו', אז גם הכח שלנו לדון ולכוון לאמיתה של תורה – נפגם.

בדורות מאוחרים יותר, הפוסקים אומרים שדיין צריך לעשות כל מה שיכול כדי שלא לדון דין תורה. המקור הוא דבריהם של גדולי התנאים שלעיל. המשמעות המעשית היא גם סמלית: אנו לא יכולים להתחייב שנוכל לכוון לאמיתה של תורה – אך אנו דנים כמיטב יכולתנו. ובחזרה לפסה"ד – הבעיה של הדיינים המסרבים/מסתלקים, היא שאותו היתר של הצדדים שהדיינים יפשרו– חשוב כדי להוציא אותם נקיים אם לא יכוונו לאמיתו של הדין. לכן הם כל כך לא רצו למחוק את השורה הזו משטר הבוררות. הם חוששים מטעות – יראת הדין. במאמר של ברכיהו ליפשיץ אחת הסיבות לפשרה היא יראת הדין מתוך יראת אלוקים.

למה הנוסח הזה כל כך נצרך?

הרב שמחה מרון, הדיין השלישי, אומר כי יש מקרים בהם ביה"ד חייב לפסוק בפשרה – ובשביל מקרים אלה נועד הנוסח – ולא בשביל הסרת היד של חבריו. למשל, במקום בו הדין לא יכול להתברר, או במקרה של חיוב שבועה.

ליפשיץ מקשה: הרי לא צריך לחתום על זה מראש – כי הסמכות ע"פ הדין היא לפשר במקרים אלה! ליפשיץ סובר שהעניין הוא פוליטי: אם לאחר הפסק אחד הצדדים יערער – יהיה צורך לאשר את הפסק בביהמ"ש המחוזי. להתחיל להסביר לשופט מחוזי שבמשפט העברי יש מקרים בהם פשרה מותרת מהדין וכו' – לא רצוי. עדיף להתנות זאת כבר בשטר הבוררות.

**בג"צ גבאי**

בד"ר כפה פשרה בעניין נכסים משותפים, במקום בו לא היה ניתן לדון דין תורה (פשרה כפויה מותרת מן הדין במקרה כזה). העניין הגיע לבג"צ שם אמרו השופטים:

פרוקצ'יה: מוכנה לקבל שבמשפט העברי יש קונספט של פשרה כפויה, אך בין אם ניראה את ההליך הזה של פשרה כפויה כנורמה דיונית בין אם ניראה אותו כנורמה מהותית, הדבר לא יכול לעמוד מול הלכת השיתוף שהוחלה בבג"צ בבלי על בד"ר. התוכן של הפשרה שקבעתם, שבה יש קביעה מהותית, לא יכול לעמוד מול האיסור על תוכן כזה שנקבע בבבלי.

אנגלרד: קובע שבד"ר ניסה להלביש בלבוש פשרה מותרת את ההסדר שנקבע בביה"ד האזורי – אך לא על זה דיבר הרא"ש. זו לא פרשנות נכונה של מה שבד"ר האזורי עשה. בד"ר האזורי קבע הסדר שיתוף (לא אמר שזו פשרה – אלא דין) – ובד"ר הגדול קובע שהאזורי יכל לעשות זאת משום ע"י פשרה כפויה שמותרת במקרה זה. אנגלרד טוען שזו לא פשרה כפויה מותרת – לא על זה הרא"ש דיבר.

**פס"ד אגיאפוליס**

צדדים לדין הסכימו לפשרה בדרך 79 (א) לחוק ביהמ"ש. הם מקבלים את פסה"ד של המחוזי ואז מתברר להם שבפשרה הם עלולים להפסיד את כל מה שהם תבעו (במיוחד הצד המפסיד הופתע...).

בפס"ד של ביה"ד הארצי לעבודה –**פס"ד עוני אבו טיר,** פונה ביה"ד למילון ובודק מהי פשרה: שם הוא מוצא את הפירוש של ויתור מסויים וקבלה מסויימת– לא הפסד של הכל. הפשרה עוברת איפשהו בין עמדות הצדדים. אך בפס"ד אגיאפוליס אומר ביהמ"ש שהפשרה לא מחייבת לפסוק באמצע – ההסכמה לפשרה מאפשרת הפסד של הכל.

ליפשיץ מקשה: ביהמ"ש לא נותן שום קריטריונים מתי ניתן להגיע ל"פשרה בינארית" שכזו – בהם אחד מרוויח ואחד מפסיד, לגמרי.

בפס"ד אחר שמאוזכר באגיאפוליס, דיבר ביהמ"ש על אפשרות הפסיקה הקיצונית הזו – ואמר שרק במקרים חריגים מאוד זה יכול לקרות. אך ביהמ"ש לא מגדיר כללים בעניין. ליפשיץ טוען שביהמ"ש לא נותן קריטריונים כדי שלא יגיעו אליו ערעורים והסקות על ביהמ"ש בפסיקת פשרות – הקלפים נשארים מוסתרים וביהמ"ש יכול לקבוע מה שרוצה בכל מקרה מבלי שיצטרך לעמוד בקריטריונים שנקבעו מראש.

יש לזה גם מחיר, אם זה יימשך כך – אנשים לא יסכימו לחתום על 79 (א). אולי אפילו יעשו חלוקה – איזה שופט פוסק פשרות הוגנות ואיזה בינאריות.

השופט אילןבאגיאפוליס:

* האם פשרה בינארית גם היא פשרה תיקרא? השוואה פשוטה בין שיטות המשפט העברית והישראלית, אמורה להדליק נורת אזהרה: כשאנו רואים את האופן בו מתפקדת הפשרה במשפט הישראלי – ובאופן ספציפי את סע' 79 (א) – יש כאן מטרה מאוד ברורה של יעילות. ביהמ"ש מפעילים מכבש לחצים על הצדדים לסיים את התיק בפשרה. סע' 79 (א) בא לקדם את קיצור ההליכים. להימנע מראיות, פרוצדורה מסובכת וכו'. זה הדגל שמתנוסס מעל הפשרה במשפט הישראלי.

במשפט העברי לעומת זאת, לא נתקלנו כלל בהיבט היעילות. הפשרה היא ערכית – משפט ושלום, משפט וצדקה וכו'. זה הדגל שעומד מעל הפשרה במשפט העברי.

לפיכך, יש לקחת הבדלים אלה בחשבון כשעורכים השוואה בין הפשרות בשתי השיטות.

* במשפט העברי, הנוסח המקובל הוא "הן לדין הן לפשרה". זה מאפשר מחד לפשר ומאידך לעשות דין. משמע ששם וודאי שניתן לקבל תוצאה בינארית. אם במשפט העברי זה עובד טוב, אז גם במשפט הישראלי זה יכול לעבוד טוב. אם ייפסק משהו בינארי – מה לכם להלין הרי זה דין. אם ייפסק משהו באמצע – נאמר שהפסק ניתן בפשרה. השופט אילןבעצם מפרש את סע' 79 (א) כמו שטר הבוררות של המשפט העברי: "הן לדין הן לפשרה". אמנם בחתימה של הצדדים על 79 (א) אין נוסח כזה – אך כך הוא מפרש את ההיתר לפשור– הן לדין הן לפשרה.

במשפט העברי, ליפשיץ טוען שפשרה בינארית אפשרית (ואף נצרכת) במקרים בהם יש להציב גבול לפשרה.

רבי מלכיאל צבי טננבאום, **שו"ת דברי מלכיאל**, חלק ב' סימן קלג (ירושלים, תשס"א) צ

דהנה ידוע דרך הדיינים שמצדדים תמיד לפשר בכל דבר אשר יבוא לפניהם. והנה כשיבוא אחד לפני ב"ד ויתבע את אחד שגנב אצלו או גזלו בפרהסיא והדבר ידוע שאמת אתו, ורוצה שישיב לו את גזילתו. והדיין יאמר לעשות פשרה ביניהם הלא כל השומע יצחק לו באמרו כי לא די שאין קונסין אותו בעד גניבתו ועל שציער את חבירו עוד רוצה הדיין שישאר מן הגזילה תחת ידו ויהא חוטא נשכר. ופשרה שייכת רק היכא שכל אחד מהם חושב שהצדק אתו ואינו רוצה כלל לגזול את חבירו בזה יש מקום לפשר ביניהם… וזהו שאמר ר"מ דהאדדרשינן מקרא דבוצע ברך שאסור לעשות פשרה קאי על פשרה כעין של יהודה (=במקום להרוג את יוסף – נמכור אותו) ועל פשרה כזו בודאי נקרא מנאץ… הוא הדין במי שעושה פשרה בין גזלן גמור לנגדו הרי זה מורה שגזילה אינו עול גדול בעיני הפשרן אחרי שנותן במקצת צדק לפעלו ועל ידי זה הוא מנאץ ומרבה גזלנים.

מדובר בנקודות קיצון, בהם ביה"ד יאמר, בסוף הליך הפשרה, שהפשרה מסתיימת באופן בינארי ובתוצאה שכולה נוטה לטובת אחד הצדדים – שכן אחרת יווצר פה ניאוץ ולעג חלילה. הפשרה הבינארית הזו בעצם מובילה אל הדין.

משמע שבתוצאה כן אפשר להגיע, כמו באגיאפוליס, לתוצאה בינארית.

מאמרים:

* ברכיהו ליפשיץ.
* איתי ליפשיץ על הגבולות הדיוניים.
* חיים שפירא.

פס"ד:

* אגיאפוליס.
* בד"ר י"א.
* גבאי.

בחירה בין השאלות.

1. ראו ליברמן שם "מפני כבוד האדם ומפני שהוא ממהר יותר".; ראו רמב"ם הלכות רוצח ושמירת נפש יג יא "מעבירין את הרוכב מפני הטעון". ובמהדורת פרנקל ספר המפתח ציין שמקורו של רמב"ם בגירסתרי"ף, וראו מפרשי התוספתא שהפנה אליהם. [↑](#footnote-ref-2)