בס"ד

**20.3.12- שיעור ראשון.**

**אי וודאות במשפט העברי**

**שופט יושב במשפט, שומע ומכריע. מה ז"א להכריע?**

השופט עושה שני דברים, בפסק דין יש שני מרכיבים: עובדתי ומשפטי. הוא צריך לקבוע מה היה ומה הדין ביחס למה שהיה. יש גם היבט של פרשנות- מה כתוב בס'? האם יש ס' או לא. יש שאלה משפטית- מה החוק אומר בנסיבות אלו. השופט צריך לקבוע עובדות ואת הדין שקורה.

מה קורה כאשר לא יודעים כיצד להכריע?

פלילי: "מעבר לכל ספק סביר". אזרחי: "המוציא מחברו עליו הראיה", "מאזן הסתברות"- אלו כללי הכרעה. למעשה, כאשר אנו נתקלים מול הכללים האלה האם במדינת ישראל יש איזושהי אפשרות שבסופו של דבר שופט יאמר שהוא לא יודע? איזה סוג של חוסר ידיעה מעורר בעיה?

שופט שאומר שהוא לא יודע בתחום העובדתי- יכול להיות ששופט יאמר שהוא לא יודע מה היה שם. יכול להיות שלעולם לא נדע. במצב כזה, בפלילי הוא זכאי מחמת הספק. באזרחי- תלוי מי הרים את נטל ההוכחה.

מה קורה כאשר השופט אומר שהוא לא יודע למה המחוקק התכוון? האם שופט יכול לומר שהוא לא יודע? במשפט הפלילי יהיה זיכוי, במשפט האזרחי- האם יש מצב ששופט בא ואומר אני לא יודע מה הדין?

במשפט העברי יש מקום לחוסר ידיעה של השופט. השאלות האלה הם לחם חוקם של פוסקי ההלכה במשפט העברי בכל תחום. האם שופט יכול לומר שהוא לא יודע כיצד לפרש את ס' 34?

במשפט הרומי השופט יכול לומר שהוא לא יודע מה החוק אומר, לא רק בספק עובדתי אלא מה באמת החוק אומר- sibi non liqueure. הוא חייב לפסוק עפ"י החוק, אבל הוא לא יודע. מה שעושים זה שממנים דיין אחר במקומו או שניים במקומו.

בהלכה- הוא יכול לומר שהוא לא יודע ואז מוסיפים דיין.

האם דיין יוכל לשקר כדי לצאת מההרכב ושימנו מישהו אחר במקומו כדי להגיע לפס"ד אמת? דיין שלא יודע צריך לומר זאת לרדת מהדוכן.

פס"ד בוסליק נ' היועמ"ש: השופט זילבר אומר תגיד שאתה לא יודע. "למד לשונך לומר "אינני יודע" אינה הוראה המכוונת אל שופט והוא חייב, בד"כ, להגיע לדעה ברורה ומוחלטת בכל שאלה משפטית המתעוררת לפניו".

משנה, פרק אבות: יש שבעה דברים בגולם ושבעה דברים בחכם. מה התרגום המדויק של גולם? מלשון גולמי, לא מעובד. משהו בהתפתחות שלו נשארת גולמית ומעוכבת. אדם שאומר על משהו שהוא לא יודע, בזמן שהוא יודע אף פעם לא ילמד. אחד שכל הזמן יודע הוא לא לומד. אדם שנמצא בעמדה שבו הוא לא יודע אז הוא מוכן ללמוד.

יש מדינות שבהן יש סנקציה נגד שופט כזה. בחומר הקריאה יש מאמר של פנחס שיפמן שכתב ספר על ספק קידושין. שיפמן מביא מהמשפט השוויצרי.

נק' המוצא היא שאין מוצא מלקבוע מה הדין אומר.

יש פסקי דין בישראל שמשאירים כל מיני שאלות משפטיות בצריך עיון. לא מצאנו שופט שיגיד אני לא יודע מה הדין אני נשאר בצריך עיון ולכן אני מפעיל את כללי ההכרעה. העניין הוא שאני לא יכול להגיע למסקנה לפי פירוש החוק משחק תפקיד בפסיקה.

**מדוע שופט חייב להכריע ולא יכול לומר "אינני יודע"?**

יכול להיות שבמשפט העברי יש לנו תפיסת אמת לפיה אנו לא יכולים להגיע לאמת "האלוקית".

**השופט עושה שני דברים:** קובע עובדות וקובע מה הדין. כל הכרעה שיפוטית היא בעצם החלה של המערכת הנורמטיבית על המערכת העובדתית הספציפית. התוצאה היא החלה של הנורמות על המקרה הקונקרטי- זו תחנה ראשונה.

תחנה שנייה- כל הכרעה יש לה מגבלות. הוא צריך לקחת בחשבון את העובדות השונות ולקבל הכרעה.

תחנה שלישית- שופט במדינת ישראל רשאי לומר שהוא לא יודע מה מערכת העובדות אך לא שהוא לא יודע את הדין. בתאוריה אפשר היה להשוות בין שני המצבים. שזוהי התחנה רביעית- כאשר שופט לא יודע להכריע בין העובדות יש לנו כללי הכרעה. בתאוריה יש כללי משפט שקבעו בעבר שגם כאשר השופט לא יודע את הדין ניתן להפעיל כללי הכרעה.

האם שופט יכול לומר אינני יודע איזה נורמה חלה? במדינת ישראל לא. במקום שאפשר היה לדמיין כזה, אפשר היה לחשוב על תגובות שונות: למשל, שהשופט ילך הביתה, מצרפים דיין נוסף, השופט אומר אינני יודע והוא מפעיל כללי הכרעה הדומים לכללי הכרעה של ספק עובדתי. אלה הם תגובות אפשריות שונות למצב שבו השופט אומר שהוא לא יודע מה הדין. במדינת ישראל לא מגיעים לשאלה איך מכריעים כי הוא לא יכול לומר זאת.

**נימוק פרקטי:** סופיות הדיון, לא ניתן להשאיר את הצדדים באוויר למשך זמן.

**נימוק אידיאולוגי:** למשל, אנו לא רוצים לגמד את השופט, אנו לא רוצים לומר שהשופט הוא רק טכנופרקט.

מבחינה פרקטית לא ניתן לאפשר לשופט להשאיר זאת באוויר. אין מצב ששופט אומר איני יודע, עפ"י הגדרה אין דבר כזה כי מה שהוא חושב זה החוק.

למה יש מצבים שבהם אין מצב שהשופט יכול ללכת הביתה?

**בישראל יש שני סוגי ספקות:**

1. **ספקות עובדתיים (נטלי ראייה):** יש כללי הכרעה, השאלה היא עד כמה הם כללי הכרעה ועד כמה זה דבר מהותי?
2. **ספקות שבדין:**

**הארט:** שיקול דעת במובן החזק. כשאני לא יודע, אני מחוקק.

**דוורקין:** שיקול דעת במובן החלש.

**במשפט העברי:** דיני ספקות. תחום שלם של הלכות. למשל, מה קורה אם יש ספק שנוגע לאיסור תורה מחמירים בו. ספק שנוגע לאיסור דרבנן מקלים בו.

יש שופט שתפקידו פחות או יותר ליישם את החוק ויש שופט שבצורה מובהקת אנו אומרים שהוא מוסמך לייצר כללים חדשים.

אצל מי סמכות השיפוט לשפוט בין שני יהודים תושבי מדינת ישראל? לבית הדין הרבני. מה קורה כאשר לא ברור אם הקידושין עצמם בתוקף? עדיין יש סמכות. אם התיק מגיע לביהמ"ש? או שהיא נשואה או לא. המבחן- האם היא יכולה להתחתן עם מישהו אחר או לא. אין מצבים של ספק נישואין.

ביה"ד הרבני- היא ספק נשואה, לא יכולה להתחתן אך היא לא תקבל מזונות כי המוציא מחברו עליו הראיה.

מה ההבדל בין אמת משפטית לאמת עובדתית?

**במשפט הישראלי יש כמה דברים שחוצצים בין השופט לבין העובדות:**

* המבנה האדברסרי. הרעיון הוא שרק מה שהצדדים יביאו זה רק מה שהשופט ידע.
* דיני הראיות. למשל, חסיונות, קבילות. יש דברים שמסתירים לשופט את הראייה והוא לא יכול לראות את העובדות הנוספות. בסופו של דבר ההכרעה של פסק הדין היא עם אמת מעוותת, בעלת מגבלות.

**השפעה של נורמות על דרך קליטת המידע במשפט העברי:**

* הטיה חזקה לטובת הנאשם: "והצילו העדה" (ראש השנה, כו, ע"א). מדובר על רצח, בגלל שיש סנקציה חמורה של מוות. המטרה היא לא להוציא גזר דין מוות.
* דיני "פסולי עדות".
* כללים פרוצדורליים נוספים: "לא תהיה שמיעה גדולה מראיה" (ראש השנה, כ"ה, ע"ב). "אין עד נעשה דיין" (בבא בתרא, קי"ד, ע"א).

מדובר על מסנני מידע.

**מה הדבר המרכזי שמגביל את הידיעה של השופט?** העובדה שהוא אנושי ושהוא לא היה שם. המגבלה הזו היא מגבלה מובנית. במשפט העברי אם הדיינים היו בזירת הרצח הם פסולים מלשפוט. מדוע? הסיבה היא שהוא כבר לא אובייקטיבי. הוא יודע את התוצאה מראש ולכן הוא לא פנוי לשמוע את מה שקורה במשפט. מדובר על רצח בלבד.

**הבדל בין ספק לספקנות.**

**ספק:** השלמת הפאזל- חסר מרכיב שניתן עקרונית להשלים אותו.

משהו בשרשרת הידיעות שלי חסר. יש חתיכה של הפאזל שחסרה. משהו פה לא ברור. אם ישלימו לי את העובדה הזו אני אדע. בביהמ"ש מדובר על ספק עובדתי. בעיקרון ספק הוא דבר שאני לא יודע ואני יכול להשלים את פיסת המידע. זה לא אומר שזה יקרה בפועל אבל תאורטית יש אפשרות כזו. מצב ענייני שניתן לדמינו אחרת.

**ספקנות:** טענה, עמדה. טענה שאומרת שניקח את כל המידע ובכל זאת זה לא אומר שאני אדע. מדובר בפקפוק בעצם היכולת לדעת. ספקנות זו טענה שלעולם יש מגבלה שחוסמת אותך מלדעת.

בני ישראל לאחר כל ההתגלות עושים עגל- אז יש להם רק בעיה של חוסר ידיעה או שהמידע הנוסף לא תורם בכלום?

מדע: יש דברים שהוא יכול להוכיח בכלים אלה או אחרים. האם אני יודע שהמצב המדעי היום הוא הטופ או שיש משהו מובנה במדע שאומר שתמיד יש כיוון שלא התייחסנו אליו?

הטענה הספקנית היא שיש משהו מוגבל ביכולת לדעת.

הספקנים הראשונים (פירונים) חיו בסביבות מאתיים לפני הספירה. הגישה הספקנית היא טענה קדומה של אלפיים שנה ומעלה.

בתור טענה עובדתית האם יש מגבלות על הידיעה של האמת?

הספקן, הסקפטי בא מלשון לראות (טלסקופ) הסקפטיקנים היו אנשים שהיו מעיינים כל הזמן, מתבוננים בכל דבר, האם זה באמת כמו שזה נראה?

**רעיון הטענה הספקנית.**

בעולמו של טרומן הוא מתוודה על האמת כי הבועה הזו מתפוצצת ואז הוא פוגש את העולם מחוץ ללוח. יש חוליית מידע שחסרה לו ואנו יכולים לספק אותה. במטריקס אתה אף פעם לא יודע אם אתה בפנים או בחוץ. אין לו וודאות, הוא לעולם לא יכול לדעת.

**שתי שאלות:**

1. איך הספקן מתמודד עם החיים?
2. העובדה ששופט מוגבל ביכולותיו- האם זה ספק או ספקנות? האם נוכל לדלות תובנות אודות ההתמודדות של ספקנים בעולם ובחיים בכלל לאולם ביהמ"ש בפרט?

**27.3.12- שיעור 2**

ספק זה משהו שאפשר להשלים אותו, תיאור מצב. ספקנות זו טענה. ספק הוא מצב שבו חסר לנו מידע.

ניתן להשלים את החסר בספק עובדתי ומשפטי יחד. כעיקרון, יש מערכות בהן אין ספק שבדין. ספקנות זו טענה שיש משהו שמגביל את היכולת שלי לדעת. ספקנות יכולה להיות גלובלית או ממוקדת. יכול להיות שאדם הוא ספקן בתחום ספציפי מאוד. יכולה להיות ספקנות לגבי המידע או לגבי דברים פילוסופיים מסוימים. ספקנות היא טענה ולא תיאור עניינים.

**אולם ביהמ"ש, כאשר השופט נתקל במצב האם כל המידע נמצא בידיו?** לא כל המידע נמצא בידיו. יש מצבים שהוא לא נכח שם. יכול להיות שגם אם הוא נכח שם הוא לא יידע. בתחום הפלילי המחשבה הפלילית לעולם לא ידועה לנו. אנו מקבלים החלטות על סמך דברים חיצוניים. יש דברים שאנחנו לעולם לא נוכל לחדור אל הממד שלהם. מה עוד מגביל אותנו מידיעה מוחלטת? הנוכחות. זה שלא היינו שם. עצם זה שאנו מסתמכים על עדים יכול להיות בעייתי- יש בעיה של אמינות, כשירות, זיכרון ופרשנות. מה עוד מגביל את היכולת של השופט לקבוע עובדות? כללים פרוצדורליים, פחד, שיטת המשפט עצמה- אדברסרית- לא כל המידע מגיע אליו, זמן וכסף- אם השופט היה צריך לעשות עבודה מחקרית ראויה לשמה בקביעת עובדות לא היינו יוצאים מזה. אין תקציב וזה משפיע גם על ממד הזמן. יש גם רצון למנוע עינוי דין- כאשר הדברים יוצאים נכונים אבל אחרי יותר מדי זמן. יש לנו מגבלות מובנות. הטענה היא שבמידה זו או אחרת המצב שבו השופט מוגבל באופן אינהרנטי בחקר האמת שלו יוצרת מצב שהוא כמעט ספקנות לגבי קביעת העובדות באולם ביהמ"ש.

**ההבדל בין ספקנות גלובלית לחלקית**

יכול להיות שאנו סבורים שהתבונה האנושית יכולה להגיע לחקר האמת בהינתן זמן, כסף וכו'. זה לא מחייב שיש לנו ידיעה טובה בכל התחומים.

יכול להיות מצב שספקות מובילות לספקנות אך זה לא בהכרח. לא כל ספקנות נגזרת מספק. ספק היא ידיעה שהיכולת שלי מוגבלת.

**ספק:** בגדול זה אם חסר לי משהו, ברגע שנמצא את מה שחסר אז נוכל לדעת. יש קבוצה של היגדים. כדי להרשיע את האיש אני צריך לדעת כל מיני דברים. אם חסרה לי פיסת מידע מאוד מרכזית, מה אני צריך לעשות כדי להשלים את הפאזל אני צריך למצוא את פיסת המידע הזו. יכול להיות שלעולם לא נמצא זאת. יש מצבים בהם אנו יודעים שלא נוכל לבדוק אותם. פיסת מידע, גם אם היא מאוד קשה להשגה תפתור את הבעיה. אם יביאו לנו את פיסת המידע אז נדע. **לעומת זאת בספקנות** הטענה היא שלא משנה כמה מידע תביא יש מגבלה עקרונית ליכולת שלך לדעת. בספק ניתן עקרונית להשלים. בספקנות הטענה היא שאין דבר כזה להשלים פיסת מידע שמשלימה את המידע. יש מגבלה שטבועה בטענת הידיעה עצמה.

ספק עקרונית ניתן להכריע ע"י היגד זה או אחר. ספקנות לא ניתן להכריע.

**מה הבעיה בספקן באופן גלובלי, שלא יכול לדעת כלום?** הוא טוען שיש לנו בעיה בכל טענת ידיעה. במידה רבה יש לו בעיה מעשית ולא טריוויאלית. הוא חייב להתמודד עם השאלה איך הוא חי. בגדול יש לו בעיה של תפעול- אין לו מושג.

**בחינת אסטרטגיות להתמודדות עם ספקנות כדי לבדוק האם הן ישימות בביהמ"ש או לא?**

1. הבעיה היא בעיה מעשית. נניח שאנו באמת לא יכולים לדעת, יש דברים מובנים שאנו לא יכולים לדעת, הפתרון הוא מעשי- אנו לא יכולים לחיות ככה ואנו יכולים לקבל איזושהי החלטה שאומרת שבסה"כ אם נחיה עד הסוף את המגבלות האלה החיים שלנו יהיו אומללים. לא פתרנו את הבעיה, אנו יודעים שיש לנו ידיעה מוגבלת אבל אנו מקבלים זאת. הגישה הפרקטית, פרגמטית, מעשית אנו לא יכולים לחיות עם ספקנות מוחלטת גלובלית אנו אומרים שאולי אנו טועים אך אין ברירה. הסיפור המפורסם של החמור של בורידן: החמור עומד בדיוק באמצע בין שתי ערימות של שחת. אין לו מושג מה לבחור ולכן הוא יישאר רעב. הכוח המעשי הוא סוג אחד, אסטרטגיה אחת של התמודדות בהם אנו לא יכולים לדעת אך אנו צריכים לפעול. אני לא יודע אך מה שדוחף אותי זה העניין המעשי. הגישה הפרקטית אומרת שהשופט שנמצא בביהמ"ש, יש לו תיקים רבים , חייב לקבל הכרעה גם במצבים של ידיעה לא מושלמת. יש דברים שלא ניתן לדעת(ספקנות) אך חייבים להוציא פס"ד. רעיון מעשי- השופט עכשיו צריך להוציא פס"ד, אין ברירה.

**השופט רוברט קיטון (שופט פרדלי):** אחת האמיתות איתם אנו צריכים להתמודד במערכת המשפט, כדי לעשות צדק, היא שאנו צריכים להיות כנים עם עצמנו ולדעת שלעולם לא נוכל לדעת את מלוא האמת לגבי מקרה מסוים. בחיי היומיום שלנו, לא רק בשיפוט, אנו מנהלים את הבורות שלנו, אנו יודעים שאין לנו את הזמן, המשאבים או היכולת לגבי עניין מסוים. אנחנו יכולים לבזבז את המשאבים המוגבלים שלנו בלראות כל פעם האם חדר המדרגות עוד קיים. זה סוג של ניהול מעשי. זה לא מעשי לחשוש. בגדול יש הנחות יסוד שאנו עושים. לא רק חוסר היכולת שלנו לחזות את העתיד, אלא מה קרה בעבר. העניין של ניהול הבורות שלנו, הכלים המשפטיים השונים שאנו קבענו ושהמשפט אימץ כדי להתמודד עם אי ידיעה- נטל ראיה. אתה באמת לא יודע, יש כללים מעשיים שהם פתרון. אין מצב של ואקום. למשל- הקצאת סיכונים אנו לא יודעים, איך נקצה את הסיכון במצב כזה? ההגדרה היא **ניהול הבורות**.

**בעת העתיקה, לפנה"ס, אחד הפילוסופים ביוון שנקרא פירו או פירון.** יש בדבריו השפעה של המזרח למרות שהוא פילוסוף יווני. העמדה שלו היא שהוא רוצה להימנע מחריצת דין וקביעת עובדות בכל תחום. אנחנו אפילו לא חורצים מידע לגבי הספקנות. היסטוריה של הפילוסופיה העתיקה. הוא משעה את הרעיון של חריצת דין כי אתה לא יודע. יש כל מיני דוגמאות על חריגה- כל הרעיון של ספקנות זה לא רק חוסר ידיעה אלא שגם לא נותנים לזה להשפיע על החיים שלנו. אמרו לו שאתה לא עקבי כי או שהכלב יתקוף אותך או שלא. הוא אומר שמאוד קשה לדחות את האנושיות. יש פחד אנושי מהכלב. במישור המעשי מאוד קשה להיות עקבי עם ספקנות גלובלי עד הסוף והתגובה נמצאת במישור המעשי. הפתרון הוא במישור המעשי. לא ברור האם כל הסיפורים הם אמיתיים או שזה ביקורת על דבריו אך כעמדה עקבית אתה חייב למצוא פתרון מעשי ואתה לא יכול להשאיר את כל הפילוסופיה הספקנית באוויר. בסופו של דבר מקבלים החלטות ביצועיות. זו התגובה הראשונה לספקנות. באולם ביהמ"ש זה מתורגם לעולם המעשי, הפרגמטי. מבחינה מעשית אנו צריכים להוציא עכשיו פס"ד.

**משמעות האסטרטגיה:** אין לי אפשרות מעשית לתפקד אם אני לא אקבל החלטות גם אם אינני יודע. אין לי ידיעה מושלמת אך אני מקבל החלטות למרות זאת. אני מודה שזו לא ידיעה אך אין לי ברירה.

**דיוויד יום:** מטיל ספקנות לגבי:

* **יכולתו של האדם לדעת ידיעה וודאית:** בעיית ההסתמכות על חשבונות מורכבים, בעיית הסתמכות על החושים- אנו קבענו מראש כלל הכרעה בגלל בעיה זו.
* **מושג הסיבתיות:** קש"ס מסיקים ולא רואים. יש בעיה עם המושג הזה. כל מה שאנו רואים זה את האירוע הראשון והשני. המושג של קש"ס הוא מסקנה. מי אמר שזה קיים.
* **בעיית האינדוקציה:** ניסיון העבר הוא לא פחות בעיה. רואים עורב שחור ועוד אחד וכן הלאה המסקנה: כל העורבים שחורים. מאיפה אנו יודעים להסיק דברים על העתיד על סמך מה שהיה בעבר? דוג: תרנגול שבכל בוקר מביאים לו מגש עם תירס. יום אחד לוקחים אותו ושוחטים אותו. לפני השחיטה הוא אומר שהוא קורבן של האינדוקציה.
* **זהות אישית ורציפותה.** פקפוק בזהות האישית. מי זה האני הזה?
* **ספקנות דתית.**

אחרי כל ההגות הזו, אדם שמפקפק בזה אומר שהוא מרגיש שהוא חייב להתנהג כמו אנשים רגילים. אחרי כל ההגות הזו הוא רוצה לזרוק את כל ספרי הפילוסופיה לאש. הוא לא פתר את הבעיה אך הוא הציע תגובה מעשי לפתרון. אחרי שהוא פקפק בכל מה שיש הוא לא חזר ואישש את הידע אלא הוא מוכן לזרוק הכול ולחיות. הוא אומר שאין לו עמדה בשום דבר אחר, הוא יודע דבר אחר והוא שהוא רוצה לחיות. הוא אומר שהוא חי- שותה יין טוב, משחק שש בש טוב, יש לו חברים טובים אבל כאשר החברים שלו הולכים הוא חוזר לפילוסופיה שלו.

**שיחות על הדת הטבעית:** כשכולם מתפזרים והולכים הביתה אז נדע אם אתה באמת ספקן. המבחן כאן הוא מבחן פרגמטי, מעשי. לא ניתן לחיות עם ספק בידע. לגבי אולם ביהמ"ש- גם אם השופט לא יודע אך יש לו מספיק כדי לפעול איתו.

ספק סביר- החלטה ערכית. אני באמת לא יודע אך אני מוכן לחיות עם אי הידיעה הזו. לא אמרנו שאנו יכולים להכריע. אלא זה כלי מעשי לדרך שבה אנו מנהלים את החברה, חיים, שכונה וכו.

1. **מודל אפיסטמי.**

**תנאי הידיעה:**

מה נקרא לדעת? אדם שמנחש הוא לא אדם שיודע.

אם אני טועה לא ניתן לקרוא לזה ידיעה.

**התנאי הראשון:** זה לא נקרא שאתה יודע אם זה לא נכון. P אמת.

**התנאי השני: אם אני לא מאמין בזה, אז גם אם זה נכון זה לא נקרא שאני יודע.** לדעת זה שאתה יודע. s מאמין ש-p.

**התנאי השלישי: ניחוש מוצלח זה כנראה גם לא נקרא לדעת.** S מוצדק באמונתו ש p.

**מה נקרא אמת?** בסופו של דבר, הדרך היחידה לדעת אם p אמת הוא לא יורדת לשאלה האם יש לי סיבה טובה לחשוב כך. אבל לעולם לא נדע את התשובה אא"כ נעבור דרך הצידוקים. המושגים צדק וצידוק הם נורא דומים ואת זה נכניס לביהמ"ש.

לעולם אנו צריכים להודות בכך שיכול להיות שאנו טועים**, הטעיות של הידיעה.** יכול להיות שאנו טועים כי בסופו של דבר אנו רק עובדים עם מה שיש לנו.

**מה נקרא צידוק?** השאלה היא לא רק של היכולת לטעות, הטעיות אלא גם **ההקשריות**, ההצדקה. אם זה ככה- פירוש הדבר הוא שהכנסנו למושג הידיעה שלנו מרכיב נורמטיבי.

יכול להיות שבגלל שהידיעה נשענת על הצידוק וההקשר נכון לדבר על הידיעה לא בתור שאלת כן או לא אלא איזו רמת ידיעה נדרשת והאם יש לנו ידיעה מספקת. מה הפתרון לספקנות לפי הגישה הראשונה? אני מודה שאני לא יודע ואני מקבל החלטה ביצועית. לפי מודל זה, אנו לא מודים שאנו לא יודעים אלא אנו שואלים לאיזה הקשר הידיעה ולאיזה רמה. יכוך להיות שידיעה מקובלת היא רמת ידיעה מספקת בהקשר מסוים.

גישה ראשונה- אתה לא יודע אך אתה צריך לנהל מדינה. גישה שניה- לצורך העניין זה ידיעה מספקת.

ספק סביר לפי מודל זה: החלטה נורמטיבית שרמה כזו של ידיעה היא רמת ידיעה מספקת כדי לשים אנשים בכלא.

אי ידיעה מובנית:

גישה ראשונה (פרגמטי): להודות שאין ידיעה ולקבל החלטה ביצועית.

גישה שניה (אפיסטמי): יכול להיות שיש לי רמת ידיעה מספקת.

אין לדבר סוף: לכן זה לא מעשי או שזה אבסורדי ולכן זה לא נקרא שבאמת יש ספק.

**17.4.12- שיעור 3**

**"אם כן אין לדבר סוף"**.

שבעה ימים לפני יום הכיפורים מפרישים כהן גדול מחליף לכהן הגדול המקורי. כמו כן, מתקינים לו אישה נוספת שמא אישתו תמות.

יש ויכוח בין רבי יהודה לחכמים איזה רשת ביטחון אנו פורשים תחת הכהן הגדול או תחת עבודת ביהמ"ק במקומו של כהן גדול או אישתו.

במשניות יש הרבה פעמים כאלו שנאמרות בלשון סתמית. בד"כ זהו ההלכה.

במשנתנו אנו לא יודעים מיהי הדעה הסתמית ודעת רבי יהודה זה הדעה החולקת. איך אנו מכנים את הדעה הראשונה במשנה? דעה רווחת או חכמים סתם. רבנן- נן= רבותינו בלשון רבים.

הדעה הראשונה- קמא.

דעת הרוב נאמרת בלשון סתמית. כלל אצבע הוא שהלכה היא כסתם משנה כי היא משקפת בד"כ את דעת הרבים.

דעת חכמים היא (אמרו לו- לשון רבים). אם כן- אין לדבר סוף.

יש שתי דרישות כדי שכהן גדול יוכל תפקד ביום הכיפורים: הוא צריך להיות טהור ונשוי. לפי חכמים יש הבדל בין שתי האופציות. חכמים אמרו שלא כל דבר יכול להשתבש- נכין רשת ביטחון לכהן הגדול אך לא לאישתו. חכמים דואגים לממלא מקום כהן גדול אך לא לממלאת מקום לאישתו. לפי ר' יהודה כן, לוקחים כל אמצעי ביטחון כדי לתפקד.

**משנה יומא א, א.**

שבעת ימים קודם יום הכיפורים מפרישין כהן גדול מביתו ללשכת פלהדרין ומתקינין לו כהן אחר תחתיו שמא יארע בו פסול. רבי יהודה אומר, אף אשה אחרת מתקינין לו שמא תמות אשתו "כפר בעדו ובעד ביתו" – ביתו זו אשתו. אמרו לו, אם כן אין לדבר סוף.

**"אם כן, אין לדבר סוף"**

באיזשהו שלב, יש לנו שרשרת אינסופית. יש עוד דברים שיכולים להשתבש לכן אין לכך סוף ולכן זה לא מעשי. גם לפי ר' יהודה יש סוף לכך- מתקינים אישה אחת ולא יותר.

איזה שאלה מתבקשת לפי עמדת חכמים? גם הם עושים הבחנה. ר' יהודה עושה הבחנה בין אישה ראשונה לממלאת מקום. הם צריכים לעשות הבחנה בין שכיחות טומאה לשכיחות של מות אישה. מות אישה קורה פעם אחת וטומאה כל הזמן. הם צריכים לתת דין וחשבון להבחנה שהם עושים בין שאלת הטומאה לשאלת המוות שמעלה ר' יהודה. גם ר' יהודה צריך לתת דין וחשבון בין המוות של האישה הראשונה לבין המוות הפוטנציאלי של האישה השנייה.

**בבלי, יומא יג, ע"א**

רבי יהודה אומר אף אשה אחרת מתקינין לו. ורבנן נמי, הא חיישי לשמא! [=והרי רבנן גם חוששים ל"שמא"!] - אמרי לך רבנן: טומאה - שכיחא, מיתה - לא שכיחא [משיבים לך רבנן: טומאה שכיחה, מוות אינו שכיח].

אמרו לו אם כן אין לדבר סוף. שפיר קא אמרי ליה לרבי יהודה! [יפה השיבו לו לרבי יהודה] - ורבי יהודה אמר לך: למיתה דחדא - חיישינן, למיתה דתרתי - לא חיישינן [=ורבי יהודה ישיב: יש מקום לחשוש למקרה אחד של מוות, לא לשנים]. ורבנן: אי איכא למיחש - אפילו למיתה דתרין חיישינן [ורבנן סבורים – אם חוששים למוות, הרי שאין זה משנה כמה מקרים של מוות]. - ורבנן, נימרו אינהו לנפשייהו! [ורבנן, ישיבו כלפי עצמם מדוע אינם חוששים ליותר ממקרה אחד של טומאה.]- אמרי לך רבנן: כהן גדול זריז הוא [ישיבו לך רבנן – כהן גדול נזהר מטומאה]. - אי זריז הוא למה מתקינין כהן אחר? [אם כן מדוע חוששים לטומאה כל עיקר?]- כיון דעבדינן ליה צרה - כל שכן דמזדרז טפי [=זהירותו נגזרת מכך שמתקינים לו מחליף].

הגמרא מנתחת את אותה משנה. אנו רוצים להתחקות אחר אופי של ההנמקה של אם כן אין לדבר סוף. הצגנו טיעון מעשי וניתן לומר שיש משהו מהותי יותר.

ניתוח התלמוד את המשנה. הגמרא עושה זום על הוויכוח של חכמים על עמדתו של ר' יהודה. הרי גם לפי רבותינו חוששים שמא הוא יטמא, מדוע הם לא חוששים שהאישה תמות? חכמים עשו הבחנה בין שאלת הטומאה לשאלת המוות. הגמרא עונה שטומאה מצויה (שכיחה) ומוות פחות מצוי (לא שכיח). יש איזשהו דיון אודות רמת השכיחות והחשש לפחות אצל חכמים. יכול להיות שהם קבעו מספר, נתנו הסתברות. חכמים הגיעו לאיזה הערכה שהסיכון במוות יותר נמוך מהסיכון לטומאה. טומאה יש כל מיני גורמים שלאדם אין שליטה עליהם, מוות הוא היוצא דופן.

**השאלה היא האם זה וויכוח הסתברותי, כלומר מה הסיכויים שהאישה תמות?**

\*יכול להיות שיש לחכמים ידיעה שיפוטית.

הגמרא מבדילה בין החשש החכמים העלו בין מותה של אישתו של כהן גדול לפי החשש של מותו של כהן גדול לפי שכיחות, הסתברות.

הגמרא הקשה היטב על רבי יהודה (שפיר קא אמרי ליה...) בנימוק שהם נתנו- אין לדבר סוף. מדובר על טענה חזקה. רבי יהודה אומר שאנו חוששים למיתה אחת ולא לשנייה, הוא מעניק סופיות כביכול. חכמים סוברים שאם יש מקום לחשוש, אז נחשוש גם לשני מקרי מוות. אם אתה חושש לאחת, תחשוש גם לשנייה.

**האם עדיין זה וויכוח הסתברותי- מה הסיכויים שהאישה תמות?**

**יש לשים לב למינוח**- אם יש מקום לחשוש אז תגיע הלאה. זה מזכיר מדרון חלקלק. חכמים כנראה הציבו גבול בין משהו שהוא סביר הסתברותית לבין משהו שלא סביר הסתברותית אך מוסכם על כולם- כל אדם יודע שמתים רק פעם אחת. כל אחד מבין שבתום המנגנון הזה קיים הבדל הסתברותי ברור. מבחינה נורמטיבית השאלה היא איפה אני שם את הגבול- האם אני מסתפק בספק הסביר או שאני לוקח רשת ביטחון גם אל תוך הספק הלא סביר? הוויכוח בין רבי יהודה לחכמים הוא לא מה מידת הסבירות אלא עד כמה אני רגיש גם לסבירות נמוכה. זו החלטה ערכית, נורמטיבית. אם ר' יהודה מכייל את החשש בצורה מאוד רגישה אז למה שנעצור כאן? השאלה הערכית עומדת למבחן, לא מה ההסתברות אלא איך להתייחס להסתברות נמוכה?

האם אם כן אין לדבר סוף מסמל קושי מעשי או נורמטיבי?

השאלה היא מה זה ספק סביר?

לדעת המרצה, הדיון איננו עובדתי (מהי ההסתברות) אלא נורמטיבי (איך להתייחס לרמת סבירות נמוכה?) אם הוויכוח היה מספרי אז איזה הגיון היה? אם הטענה היא שאם כבר עברת את הקו האדום ואתה חושש מתחת לגובה הדשא אז תלך הלאה זה אפילו לא סוג של טענה אלא של קנטור- אם אתה חושש ברמה הזו אז תמשיך הלאה.

הגמרא לא מניחה לדיון והיא ממשיכה הלאה, היא שואלת גם על ההיגיון הפנימי של חכמים כי גם הם עשו הבחנה בין טומאה למיתה, הם כן התקינו כהן גדול נוסף. מה ההסבר? קודם אמרנו שההבדל הוא הסתברות והנמקה לה. הכהן נוקט אמצעים כדי להימנע מטומאה. במידה מסוימת מדובר גם על רשלנות, הכהן הגדול זהיר בתאונות.

אולי יש הבדל בין חשש שיש לי שליטה מסוימת עליו או חשש שאין לי שליטה עליו.

הגמרא שואלת- אם הכהן הוא זריז כלומר, נזהר מטומאה אז למה מתקינים כהן אחר?

הגמרא מעניקים סיבה פנימית, הם אומרים שאם יש ממלא מקום - בעל התפקיד העיקרי יתאמץ יותר כי הוא לא רוצה שיחליפו אותו.

הוויכוח הוא לא ברמה של הסתברות או האם אני חושש לדבר רחוק אלא סיום הסוגיה היא שלפי רבי יהודה לוקחים בחשבון גם חששות רחוקים אבל גם לא רחוקים מידי. לפי חכמים לא לוקחים בחשבון חששות רחוקים. יותר מזה, יש אפשרות להסביר שכל המנגנון הזה של רשת הביטחון הוא לא רק אמצעי ביטחון אם יקרה משהו אלא כדי שלא יקרה משהו.

היה ויכוח בין חכמים לר' יהודה. חכמים לקחו בחשבון שהכהן ייטמא. ר' יהודה אומר שלוקחים בחשבון את האפשרות שהאישה תמות. יש 3 אפשרויות ניתוח שונות להבדל בין חכמים לר' יהודה ובין מקרה הטומאה למקרה המוות. אנו ראינו הבחנה הסתברותית בלבד בתחנה הראשונה. תחנה שנייה התקדמה הלאה- דעת חכמים אמרו אם אתה חושש כזה רחוק תחשוש אלה. ראינו את הוויכוח בין חכמים לר' יהודה לגבי מהי ההתייחסות הנורמטיבית שלנו לחשש רחוק. ברור לכולם שמות האישה זה חשש רחוק והם אומרים לר' יהודה שאם הוא חושש לחששות רחוקים אז שימשיך הלאה. זה לא סוגיה של קנטור אלא מגיעים למצבים אבסורדיים. לא מדובר על טיעון מעשי אלא אתה מגיע בסופו של דבר לחששות אבסורדיים. לעתים מה שאנו מפרשים כחששות, תוצאה או תגובה לאירוע לפעמים אנו צריכים להסתכל על זה קצת אחרת. מה שאתה רואה כחשש לא נועד להיות תגובה לאירוע אלא להשפיע על אותו אירוע.

משנה פסחים א, ב:

"אין חוששין שמא גררה חולדה מבית לבית וממקום למקום דאם (+שאם) כן מחצר לחצר למעיר לעיר אין לדבר סוף"

המשנה אומרת שלא חוששים שמא חולדה גררה חמץ ממקום למקום. אם בדקנו במקום אחד במהלך בדיקת החמץ אין צורך לבדוק אותו שוב כי אם כן אין לדבר סוף.

**תלמוד ירושלמי, מסכת פסחים פרק א הלכה ב:** המשנה הייתה צריכה להיכתב בסדר הפוך. ר' יוסי: גם כשזה כתוב בסדר הנוכחי אין לחשוש. המשפט המסיים: יכולין הן כל ישראל לבדוק חמצן כאחת? כדי שאני לא אחשוש שהחולדה בינתיים גררה חמץ לאחר שסיימתי לבדוק צריך שכולם יבדקו ביחד, כולם יעמדו על המשמר. זה מזכיר את הטיעון המעשי כי זה לא מעשי לחייב את כולם לבדוק באותה שעה.

המשפט הסופי הזה לכאורה נתן הנמקה מעשית לרעיון של אין לדבר סוף. ההנמקה הייתה- אין חוששים משום שאין לדבר סוף. בפרשנות של הירושלמי האין לדבר סוף מתבטא בהנמקה מעשית- אם אתה מתחיל לחשוש בצורה כזו זה לא מעשי לבדוק עד אין סוף, זה סוג של **שיקולי מדיניות.** במשפט האזרחי אנו לא מגיעים לוודאות מוחלטת כי זה לא מעשי- אם היינו עושים זאת רוב הפושעים היו מסתובבים בחוץ. זה מתקשר לדברי השופט קיטור שמדבר על ניהול הבורות שלנו.

**הבדל בין נוסח המשנה לנוסח הירושלמי:** הנוסח של המשנה- האזור הגיאוגרפי הולך ומתרחב, מהקטן לגדול (בית-מקום-חצר- עיר ואולי אפילו עד אין סוף). רבי יונה בתלמוד הירושלמי היה מצפה שהמשנה הייתה מנוסחת מהגדול לקטן (עיר-חצר-מקום-בית). ההסבר של המשנה: אנו לא חוששים מעיר לעיר, כי אם היינו חוששים מכך אז היינו חוששים גם מחצר וכן הלאה... התלמוד אומר שזה לא קורה אך לא מסביר מדוע. **לפי התלמוד אנו לא חוששים למרחוק ולכן אנו לא חוששים למקרוב.**

בעוד השאלה של ר' יונה הייתה מנוסחת על אם אתה חושש מעיר לעיר אז אתה תחשוש פנימה- אתה לא חושש מרחוק אזה אתה לא צריך לחשוש מקרוב הניסוח של ר' יוסי במשנה הוא דווקא מהפנים החוצה.

המשפט- יכולין הן כל ישראל לבדוק חמצן כאחת, את מה הוא נועד להסביר? את מבית לבית. אתה לא חושש על מבית לבית כי זה לא מעשי ולכן אתה לא יכול לחשוש מעיר לעיר. מבית לבית- אתה צריך להציב שומרים על כל בית. הטיעון של ר' יוסי לפי התיאור הזה של הטקסט הוא- אם מבית לבית אתה לא חושש אז זה הגיוני שכשאתה מרחיב את המעגל אז אתה לא חושש. אם אתה לא חושש בקטן אין לך מה לחשוש בגדול- אתה לא חושש בגדול כי לא חששת בפחות גדול וכן הלאה. למה לא חששתי בקטן? בגלל שזה לא מעשי- יכולין הן כל ישראל לבדוק חמצן כאחת? זה לא מעשי להציב שומר חמוש ליד כל פינה של הבית וליד כל דבר, זה פשוט לא מעשי. אנו מחפשים את הסיבה בהתחלה. להנמקה יש ניחוח מעשי. בשלב הזה של הטיעון אנו לא רואים משהו אחר.

הטקסט שאנו קראנו עד עכשיו הוא הטקסט שלאחר התיקונים. התיקון עצמו תלוי במי שמתקן- לפעמים אנשים מתקנים כי זה לא מסתדר להם אחרת.

אנו ננסה לראות את המהדורה בלי התיקונים ועם המחיקות. ההצעה של ר' יונה- אל תחשוש בגדול ולכן אל תחשוש בקטן. לא כתוב מדוע.

**רבי יוסה:** אם אתה חושש מבית לבית **אז** תחשוש ממקום למקום. מדובר על מדרון חלקלק שמוביל למצב אבסורדי. אם אתה חושש אפילו בבית אז מה עוצר אותך מלחשוש גם במקומות גדולים? מכיוון שאין לך שום נימוק רציונלי לעצור באיזה תחנה המשמעות היא שהגעת עד אבסורד. השאלה היא האם זה נשאר בטיעון מעשי (יכולין ישראל..) או שיש כאן חשש שהפכנו אותו למשהו אבסורדי. מדובר על טיעון נורמטיבי. כאשר אנו אומרים שאין לזה סוף- האם אין לזה סוף מעשי או שיש משהו פנימי לספק שאומר שספק ללא גבול הוא לא באמת ספק.

לספק יש שתי גבולות: מעשי ופנימי.

יש פרשנות שאומרת שיש לנו בעיה מעשית וכזו שאומרת שהשאלה הופכת להיות אבסורדית.

סוגיה של רוב וקרוב.

**24.4.12-שיעור 4**

בשיעור הבא נדבר על הסוגיה של אמת משפטית. בסילבוס יש מאמר של השופט חיים כהן, פסקי דין של אלון וחשין.

**סוגיית "רוב וקרוב" 'וליחוש לרובא דעלמא'. גבולותיו של הספק.**

דרכי התמודדות "ישירים" עם הספק:

במשפט העברי ובמשפט הישראלי הכללי. אין שופט שיודע את הכול. השופט היחידה שיודע את הכול זה אלוקים. שאר השופטים מוגבלים.

**אילו דרכים הקיימים להתמודדות עם אי וודאות עובדתית?**

* **כללי הכרעה. למשל:** חזקת החפות.
* **טביעות אצבע-** רואים אותם כסוג מסוים של הכרעה. יש כל מיני הנחות סמויות למשל הייחוד של טביעות אצבע. סוג של ראיה, אך זה נשען על סטטיסטיקה. האם יש וודאות שאין טביעות אצבע זהות בין אנשים? יש לעשות בדיקה כללית. הרעיון שטביעות אצבע הן ייחודיות נשען על עיקרון סטטיסטי. במשפט העברי יש רעיון דומה של שימוש ברוב על מנת להכריע.
* סוג מסוים של הכרעה נשען על **סטטיסטיקה- רוב.**
* **"קרוב" (סוג של בדיקה פורנסית: בדיקת הנסיבות).** למשל, שיש למישהו איזושהי זיקה לאירוע. מדובר על ראיה נסיבתית, ראיה מסוג זה מנסה להגיע לפתרון עם מה שיש.

חזקת חפות היא מה עושים כשאין לך ראיות. גם שאלה של נטל ראיה היא שאלה שמתעוררת כאשר לא יודעים מה לעשות. השאלה הנסיבתית מנסה לפתור את האירוע עצמו- בסטטיסטיקה, רוב וכו.

* חזקה (הנחות משפטיות). יש חזקה שנקראת חזקת התכיפות- אם אדם נמצא קרוב לאירוע מסוים כנראה שיש לו זירה לאירוע. כל החזקות האלה הן נק' מוצא.

**שלושת המושגים האלה הם דוגמאות לדרכים של המשפט העברי להתמודד עם מצבים של ספקות, כלים לפתור את הסוגיות עצמן.**

**כאשר יש לנו מספר כלים יש לשאול שתי שאלות:**

1. מה היחסים ביניהם. ההלכה היהודית מעדיפה את כלל הרוב על כלל הקרוב. הנחה סטטיסטית עדיפה על פני קרוב. מה קורה כאשר הסטטיסטיקה מצביעה לכיוון אחד וחזקה לכיוון אחר? המשפט העברי מעדיף את הרוב.

לפעמים נוצרות התנגשויות.

יש כללי הכרעה- התנגשות ביניהם והעדפה של המשפט העברי.

1. מתי בכלל לא נוצר ספק- מתי לא צריך כללי הכרעה, שהשאלה לא מתעוררת. יש דברים שבכלל לא מעוררים ספק. מה שמעניין אותנו זה האם אנו יכולים לעורר תובנה שבה אנו אומרים שהשאלה היא לא באמת שאלה. לא כל דבר שיש בסופו סימן שאלה הוא באמת שאלה.

התמודדות בין רוב לקרוב.

עמדה שמוצגת בתלמוד- כאשר יש עימות בין כללי הכרעה, העמדה המוצגת בתלמוד היא שהרוב גובר. יש דיון- עימות מול מקורות תנאיים. הדיון הזה יכלול גם וויכוחים אחרים בתלמוד וינסו לעשות רדקוציה לאותה שאלה של רוב וקרוב.

התבנית של הדיון התלמודי- עימות בין "רוב" ל"קרוב".

הכרעה בין כללי ההכרעה.

עמדה: רוב עדיף על קרוב.

דיון: עימות מול מקורות תנאיים.

יישוב המקורות.

דיון: בדיקת מחלוקות האמוראים עפ"י העמדה הנ"ל

הסבר עמדות של אמוראים ללא תלות בדיון הנ"ל

ממצא נגזר: גבולות הספק (מתי אין צורך להפעיל את הכלים עצמם)

אנו נצטרך לבדוק האם יש גבול מוחשי כאשר עוברים אותו השאלה הופכת להיות לא חשובה ולכן המסקנות שעולה ממנה לא רלוונטית בכלל.

רמב"ם: יש אמירה שלו שממנה עולה שהממצא שנגזר הוא שלא כל דבר באמת מעורר ספק. זו ההנחה.

**משנה מסכת מכשירין פרק ב**

**משנה ג**

[ג] ב' בריכות אחת טהורה ואחת טמאה המזיע קרוב לטמאה טמא קרוב לטהורה טהור מחצה למחצה טמא ברזל טמא שבללו עם ברזל טהור אם רוב מן הטמא טמא ואם רוב מן הטהור טהור מחצה למחצה טמא גסטריות שישראל ועכו"ם מטילין לתוכה אם רוב מן הטמא טמא ואם רוב מן הטהור טהור מחצה למחצה טמא מי שפיכות שירדו עליהן מי גשמים אם רוב מן הטמא טמא ואם רוב מן הטהור טהור מחצה למחצה טמא אימתי בזמן שקדמו מי שפיכות אבל אם קדמו מי גשמי' אפי' כל שהן למי שפיכו' טמא:

 **משנה ד**

[ד] הטורף את גגו והמכבס את כסותו וירדו עליהן גשמים אם רוב מן הטמא טמא ואם רוב מן הטהור טהור מחצה למחצה טמא ר"י אומר אם הוסיפו לנטף:

 **משנה ה**

[ה] עיר שישראל ונכרים דרים בה והיה בה מרחץ מרחצת בשבת אם רוב נכרים רוחץ מיד ואם רוב ישראל ימתין כדי שיחמו החמין מחצה למחצה ימתין כדי שיחמו החמין ר' יהודה אומר באמבטי קטנה אם יש בה רשות רוחץ בה מיד:

 **משנה ו**

[ו] מצא בה ירק נמכר אם רוב עכו"ם לוקח מיד ואם רוב ישראל ימתין כדי שיבואו ממקום קרוב מחצה למחצה ימתין כדי שיבואו ממקום קרוב ואם יש בו רשות לוקח מיד:

 **משנה ז**

[ז] מצא בה תינוק מושלך אם רוב עכו"ם עכו"ם ואם רוב ישראל ישראל מחצה למחצה ישראל רבי יהודה אומר הולכין אחר רוב המשליכין:

 **משנה ח**

[ח] מצא בה מציאה אם רוב עכו"ם אינו צריך להכריז ואם רוב ישראל צריך להכריז מחצה למחצה צריך להכריז מצא בה פת הולכין אחר רוב הנחתומין ואם היתה פת עיסה הולכים אחר רוב אוכלי פת עיסה רי"א אם היתה פת קיבר הולכין אחר רוב אוכלי פת קיבר:

 **משנה ט**

[ט] מצא בה בשר הולכין אחר רוב הטבחים אם היתה מבושל הולכים אחר רוב אוכלי בשר מבושל:

 **משנה י**

[י] המוצא פירו' בדרך אם רוב מכניסין לבתיהן פטור ולמכור בשוק חייב מחצה למחצה דמאי אוצר שישראל ועכו"ם מטילין לתוכו אם רוב עכו"ם ודאי ואם רוב ישראל דמאי מחצה למחצה ודאי דברי ר"מ וחכמים אומרים אפי' כולם עכו"ם וישראל אחד מטיל לתוכו דמאי:

 **משנה יא**

[יא] פירות שניה שרבו על של שלישית ושל שלישית על של רביעית ושל רביעית על של חמישית ושל חמישית על של ששית ושל ששית על של שביעית ושל שביעית על של מוצאי שביעית הולכין אחר הרוב מחצה למחצה להחמיר:

אסור להתרחץ במים שחוממו בשבת.

אם מוצאים בעיר מסוימת תינוק מושלך. יש הבדל איפה זה היה. אתה לא יודע אם היא יהודיה או לא. המשנה אומרת שאם רוב האנשים באותה עיר הם יהודיים אז התינוק יהודי ואם הרוב הם נוכריים אז התינוק נוכרי. אם יש חצי חצי- המשנה אומר שזה ישראל. ר' יהודה אומר שהבדיקה היא ביחס לרוב המשליכים תמיד ולא לפי רוב המתגוררים, מדובר על קבוצת התייחסות של משליכים- מי שנוהג להשליך, נשייך את התינוק אליו.

**משנה ח:** כל מה שפורש אנו מניחים שהוא פורש מהרוב- אנו מניחים שהוא יצא מהקבוצה הגדולה. אם רוב האנשים הם גויים- לא צריך להחזיר. אם רוב האנשים יהודים- יש צורך להחזיר.

**משנה ט:** אם מצאת בשר ואתה לא יודע אם זה כשר או לא אך רוב האטליזים הם כשרים- ניתן לאכול אותו ולהניח שהוא כשר.

**דברים, כ"א: פרשת עגלה ערופה.** מצאו גופה. התפיסה הבסיסית היא שכאשר אתה יודע מי הרוצח הארץ לא תכופר כי אם בדם רוצחו. יש להרוג את הרוצח אחרת הארץ תקיא את יושביה. כאשר אתה לא יודע מי הרוצח עושים את כל הטקס על עגלה ערופה. ההנחה היא שהרוצח בא מהעיר הקרובה אל החלל, גופה. מודדים מהגופה אל העיירות הקרובות. העיר שהכי קרובה לגופה היא זו שצריכה כפרה. ההנחה היא שהרוצח יצא מהעיר הקרובה.

הרכיב שלא נשקל פה הוא הרוב- לא בודקים גודל יחסי של העיר, כמה רוצחים יצאו משם ועוד. בודקים רק את הממד של המרחב הגיאוגרפי. הפרשה כאן מדברת על מרחק בלבד. זה אומר אולי שזה השיקול המרכזי.

לסיפור הקרבה יש הרבה מאוד אינטואיציה.

**המשנה בבא בתרא:** ניפול (גוזל שנפל מהקן) שנמצא בתוך 50 אמה ליד שובך- שייך לבעל השובך.

מחוץ ל 50 אמה- הגוזל הוא של המוצא.

אם הוא נמצא בין שני שובכים במרחק שווה- שני בעלי השובכים יחלוקו.

הממד שמופיע כאן הוא ממד המרחקים. זה עומד ברקע בגלל שהתלמוד לוקח את המשנה הזו כנק' מוצא.

**בבא בתרא כ"ג, ע"ב.**

עימות בין כלי הכרעה סטטיסטי- רוב לכלי הכרעה של מרחק- הולכים אחרי הרוב.

הרעיון של רוב ככלי הכרעה מופיע בתורה- אחרי רבים להטות. הראיה של מדידת מרחקים גם מופיע בתורה בפרשה של עגלה ערופה- אז למה שנגיד שיש היררכיה בין השניים? שני הדברים האלה מעוגנים בתורה עצמה. רבי חנינא אומר שקיימת היררכיה בין כללי הכרעה ושהרוב קובע.

כאשר יש סתירה בין הרוב לקרוב- יש צורך בעוד כלל כמו ספציפי גובר על כללי ומאוחר גובר על מוקדם.

הכלל הוא שהולכים אחר הרוב.

מדוע בפרשת עגלה ערופה הולכים אחר קרוב ולא הרוב?

היה צריך לסייג את המדידה של העיר הקרובה בחישוב על פי הרוב.

רבי זירא: העיר הקרובה לחלל היא זו שמביאה את העגלה, למרות שיש ערים גדולות ממנה. אם העיר הקרובה מניחים שהיא זו שצריכה כפרה.

פרשת עגלה ערופה חשפה בפנינו כלי הכרעה- קרוב. לפי האמירה הזו של ר' חנינא שרוב וקרוב הולכים אחר הרוב, מה היינו מצפה שכאשר בודקים את העיר, אם המס' הסטטיסטי היה יותר חשוב מקרבה מה היינו מצפים שיופיע בפרשה לצידו של הקרוב? היינו מצפים לשמוע בתנאי שהערים שוות אז הגישה יכולה להיות שובר שוויון, אבל אם המספרים לא שווים- אז הולכים לפי הקרבה.

הסוגיה תצביע על מקרים שבודקים קרבה, וכל פעם שעושים זאת מתעלמים מהממד של המספר והרוב. זו אינדיקציה שאומרת לכאורה שרק הקרבה רלוונטית ולא המספר.

השאלה התלמודית היא מה מבנה הסוגיה- הסוגיה אומרת שכאשר יש התנגשות בין שני ככלי הכרעה הרוב גובר. הדיון התלמודי מבוסס על זה שיש טקסטים תלמודיים שמדברים על קרבה ושלא מעלים את הדיון המספרי. הטקסטים האלה מעלים את העניין שלא נכון לומר שקרבה נחותה מהמספר. בכל הסוגיה הגמרא תנסה לנטרל את האפקט של הסטטיסטיקה כדי לדון בעניין של המרחק הגיאוגרפי.

רבי זירא: מדבר גם על נסיבות שבהן יש עיר גדולה יותר, גם במקרים אלה הולכים לדעתו לפי הקרבה. הוא אומר שכל הפרשה עוסקת במקרה שבו הערים שוות במספר. הגמרא מנטרלת את השפעות הרוב ע"י זה שהיא אומרת שמדובר על ערים שוות.

הגמרא שואלת למה אנו לא מחפשים את העיר הגדולה יותר בכל העולם? תמיד נחייב את ת"א- תמיד נלך אחר העיר הגדולה. אם מרחק הוא תמיד כפוף לשאלת גודל העיר- תמיד נרוץ לעיר הגדולה. למעשה האמירה של רבי חנינא שמרחק נחות ממספר זה מרוקן את הפרשה מתוכנה- מדידות לא קובעות אלא המספר.

הגמרא אומרת שמדובר על יושבת בין ההרים- שתי ערים מבודדות. יצרנו שטח סטרילי וקבוצת התייחסות. תחמנו את מרחב הספק בצורה פיזית- עד איפה הספק מגיע? יש שלב שבו זה לא רלוונטי- מדובר בשתי ערים שיושבות במקום מבודד.

מסקנה של התלמוד: קרבה פיזית בודקים בערים מבודדות או שוות בגודלן.

המסקנה המתבקשת מהתלמוד: בודדנו שתי ערים- אם אחת מהן גדולה זה גם לוקח. שתי ערים מבודדות שוות גודל מודדים לפי העיר הקרובה.

הרמב"ם: הרמב"ם לא בודד את הערים. יש שאלות שלא ניתנות לשאילה- שאלות של יחסים פנימיים בין שני ערים. השאלה לא מעניינת. יש שאלות מעניינות וכאלה שלא. הרמב"ם אומר שיש התנגשות השאלה היא איך להכריע ויש פה כללים סותרים. השאלה מעניינת ואנו מאמצים את הפתרון. לא חייבים כל פעם להכניס את כל מה שיש- כל מרחב העולם לתוך המשוואה. זו לא שאלה מהותית ולכן היא לא משליכה על השאלות האופרטיביות. הרמב"ם לא חושב שבדיקה ביחס לכל העולם רלוונטית ולכן הוא לא מתייחס ממנה.

**1.5.12**

בהלכה יש דרכים חזיתיות להתמודד עם מצבים של חוסר וודאות- כללי הכרעה הלכתיים. הסתמכות על רוב- מעין כלי סטטיסטי, מושג של קירבה- הקרבה משמשת כלי פורנסי, חזקה.

כללי הכרעה חייבים לדבר על מצבים של התנגשויות ביניהם.

כלל הכרעה- אתה לא יודע מה קורה במקרה רצח אז יש חזקת חפות. מה קורה אם יש חזקה שנוגדת את חזקת החפות, מה גובר? בכל מערכת כאשר יש לנו סוגים שונים של הכרעות בד"כ יש איזושהי הסדרה בצורה מודעת או לא מודעת, חקיקה, פסיקה וכו'.

**התנגשות בהלכה היהודית:**

**רוב מול קרוב:** בעיקרון הרוב גובר.

**רוב מול חזקה:** גם כאן הרוב גובר.

יש צורך בהסדרה במקרים של התנגשות ובקביעת היררכיה בין כללי הכרעה.

ראינו שתי הדגמות של הרעיון של רוב. סטטיסטיקה יותר דומה לחזקה- אנו מניחים כל מיני הנחוץ, כמו בטבע.

הסוגיה של תינוק מושלך: אם רוב התושבים בעיר נוכרים- הוא לא נרשם כיהודי. אם רוב התושבים יהודים- הוא נרשם כיהודי- זו דעתו של תנא קמא. רבי יהודה: הולכים אחרי רוב המשליכים.

הסוגיה הנוספת היא של עגלה ערופה- מציאת גופה. סיפור הרקע: מי שהעיר קרובה אליו הוא זה שצריך להביא כפרה. גם אם לא הצלחנו להעמיד את הרוצח לדין אנו מניחים שהרוצח נמצא בקרב תושבי העיר הקרובה. זו האינדקיציה שהמדידה הזו יש לה ערך של כלל הכרעה במצב של אי וודאות- לא נודע מי הכהו אבל לפחות אנו יכולים לדעת מאיפה בה הרוצח. הפקטור שלא נמצא פה הוא גודל העיר. הרעיון הוא לבודד כל כלל. הרווח המשני יתאר לא רק איזה כלל גובר אלא ידבר על מצבים שבהם אולי שאלות לא מתעוררות- האם ניתן לתחום את הספק?

הדיון לגבי העימות בין רוב לקרוב. הסוגיה התלמודית תיקח את הכלל, תעמת ביניהם ותקבע את ההיררכיה בין כלל אחד לכלל שני- עדיפות של כלל הרוב על פני כלל הקרבה אבל היא תעמת את הרעיון הזה עם כל מיני טקסטים. למשל: סיפור העגלה הערופה שמודדים אל העיר הקרובה מבלי לקחת בחשבון את הגורם של ריבוי האוכלוסין, לכאורה זה אומר שלא מעניין אותי הרוב, זה לא נכון לומר שרוב גובר על קרוב כי יש פרשה בתורה שהיא קובעת את הנושא של קרבה והיא לא מתעניינת בכלל בשאלת הרוב.

התורה הציגה לנו כלל הכרעה במצבים של אי וודאות בצורה של קרבה, היא לא לקחה בחשבון את הגודל של העיר, סימן שזה לא מעניין אותנו. כל טקסט שמציג לנו רק את הקרבה ולא את הרוב יהיה בעייתי עבורנו.

**בבא בתרא, כג, ע"ב**

יש גוזל על הרצפה אנו מחפשים את האמא, לאן נחזיר את זה? אם יש שובך אחד- נחזיר לאותו שובך. אם יש שניים- נחזיר לקרוב יותר. לא שאלנו איפה יש יותר גוזלים. זה מה שהמשנה עושה. המשנה הזו משמשת יריית פתיחה לדיון על ההתנגשות בין סוגיית רוב לעומת קרוב.

הגמרא: למרות ששני כללי ההכרעה מופיעים בתורה, שניהם דאורייתא (רוב וקרוב) הרוב עדיף. לא כתוב למה. רבי חנינא לוקח את שני כללי ההכרעה ואומר שכאשר יש התנגשות ביניהם הרוב גובר.

רבי זירא מקשה מהסיפור של עגלה ערופה כי בסיפור כתוב שמודדים אל העיר הקרובה ובכלל לא מודדים בכלל את כמות האוכלוסין- איך מסבירים זאת? זה נשמע שזה לא מעניין את התורה כי גם אם יש התנגשות הקרבה לוקחת ולכן התורה לא מציינת את הכלל של הרוב.

תשובת הגמרא: נשמעת מתחמקת אך זו ההלכה. כל הסיפור של העגלה הערופה שהתורה מדברת עליה עוסקת רק בנסיבות שבהן אנו באמת בפועל מנטרלים את הכלל שנקרא רוב. איך אנו עושים זאת? מדובר בשתי ערים שוות גודל. זה הופך את הסיפור של עגלה ערופה מאוד רחוק.

שואלת הגמרא: שאלה הגיונית עם תשובה פחות הגיונית- אם הרעיון של רוב תמיד לוקח אז אני תמיד נמצא בבעיה חמורה כאשר אני רוצה להפעיל את קרוב, הבעיה היא שתמיד יש משהו גדול יותר ואם לא- אז המקום הגדול יותר תמיד יביא את הקורבן.

תשובת הגמרא: תמיד יש עיר גדולה ובאיזושהי צורה אני חייב לתחום את השטח אליו אנו מתייחסים. מדובר רק על א"י.

כמו שנטרלנו את הרוב על ידי זה שהעמדנו את הנסיבות שמדובר על שתי ערים שוות גודל אלא מדובר על שתי ערים מבודדות שוות גודל- יושבות בין ההרים.

התלמוד מנסה לנטרל את הפקטור של הרוב.

בסיפור התלמודי יש שני שלבים:

1. מבודדים את האזור- בוחרים אזורים בהם אין נגישות כללית. 2. בודקים האם אחת מהן היא גדולה מחברתה.

אם הן שוות גודל מתחילים למדוד. מכיוון שהסוגיה ביכרה בכך את הרוב על פני הקרוב כדי להגיע לקרבה יש לנטרל את הפקטור שנקרא רוב ע"י שני השלבים שמנינו לעיל.

כאשר אנו מדברים על הפסיקה של הרמב"ם אנו מסתכלים על הדרך שבה הוא עושה קודיפיקציה לדין.

רמב"ם, רוצח ושמירת הנפש ט, ו-ז.

הרמב"ם ניטרל את הפקטור של הרוב- העיר הקרובה מביאה כאשר שמס' האנשים בה שווים למס' האנשים הרחוקים ממנה. אבל אם יש יותר אנשים בעיר הרחוקה- הם אלו שמביאים.

אע"פ שהולכין אחר הרוב מהתורה והולכים אחר הקרוב- הרוב עודף.

קרבה היא כלי פורנסי - שמברר מאיפה בא הרוצח. האם גם בנסיבות שבהן יש עיר אחרת , גדולה יותר? הגמרא אומרת שלא, מדובר על העיר הקרובה יותר.

מודדים קרבה כאשר שני הערים שוות בגודל. אם הן לא שוות בגודל- הולכים אחר הרוב. הרמב"ם פסק לפי מה שהיה בתלמוד.

הגמרא שאלה איך מסבירים את הסיפור של עגלה ערופה?

הגמרא: מודדים מהי העיר הקרובה כאשר שני הערים שוות בגודל. מנטרלים את השאלה הסטטיסטית והגודל ואומרת שמדובר בערים שוות- זו התשובה לרבי זירא.

רוב שבא מהעולם- גם כאן הגמרא אומרת שמדובר על שני ערים שיושבות במתחם מבודד בין ההרים.

רמב"ם: רוב וקרוב- רוב. עגלה ערופה- שני ערים שוות בגודלן. הרמב"ם לא כתב שמדובר על ערים מבודדות, הוא לא פסק זאת להלכה. הרעיון שהוא בעצם השאלה הזאת נלך אחר העיר הכי גדולה שיש היא לא שאלה אמיתית, יש שאלות שצריך לתרץ אותן ויש שאלות שהן לא שאלות אמיתיות. בעצם, מה עשה התלמוד כאשר הוא תיאר לנו את שתי הערים האלה כאשר הן יושבות בין הרים? הוא תיחם את זה פיזית. הרמב"ם אומר שלא צריך לתחום תיחום פיזי, לכל שאלה יש את התיחום שלה- שלב בו השאלה לא מתעוררת. הרמב"ם הפשיט את מה שהגמרא עושה בצורה מוחשית ואומר שזה תחום לבד. הסבירות מובנית בשאלה עצמה. יש מצבים שהשאלה לא מתעוררת בכלל- למשל כאשר נמצא מישהו עם תביעות אצבע זהות לאקדח שממנו נורתה הירייה. הרעיון הוא לומר שהתלמוד תחם בצורה פיזית, הרמב"ם תוחם בראש. הספקות של התלמוד והפסיקה של הרמב"ם הם באותה תבנית ולגבי השאלה- כאשר הרמב"ם מתרגם זאת למעשה הוא אומר שלכל שאלה יש תיחום משלה. המושג "אם כן אין לדבר סוף"- אם אתה פותח את הדבר לאינסוף אין לך באמת שאלה. ניסוח שאלת התלמוד- נלך אחר רוב שבא מהעולם- שאלה כזו שאומרת שנפתרת הבעיה בין שתי הערים האלו, השאלה נפתחת לאינסוף אפשרויות אך הרמב"ם מבין שהשאלה היא לא שאלת אמת, התיחום לא חייב להיות פיזי אלא שבשאלה עצמה יש הגבלה- אין דבר כזה שאלה שפתוחה לאינסוף. הוא אומר שבעצם אין באמת שאלה.

הסוגיה אומרת שיש רף מינימום לספק, לא כל משפט שיש בו מבחינה תחבירית סימן שאלה בסוף היא שאלה.

אותה תבנית מתרחשת לגבי הסוגיה של גוזלים- הגמרא אומרת שמדובר על גוזל שמדדה והוא לא מדדה יותר מ 50 אמה- מדובר על גוזל אחד. גוזל בין שני שובכות- מחזירים לשובך הכי קרוב, השאלה היא למה לא למדוד את הגודל של שני השובכים? התשובה של הגמרא היא שמדובר על שני שובכים השווים בגודלם ואז הגמרא הולכת עוד צעד הלאה- למה אנו לא אומרים שזה בא משובך אחר? הגמרא מבודדת את שני השובכים- מתארת אותם בשביל של כרמים, פסיכולוגית גם גוזל שהוא עצמאי מטייל עד לנק' שבה הוא רואה את השובך. פיזית, נטרלנו את שאלת הגודל היחסי בין השובכים- אמרנו שהם שווים בגודלם. איך אנו מנטרלים את שאר השובכים שבאים מהעולם? אנו תוחמים פיזית את ההצגה שלנו "שביל של כרמים"- זו התחימה. מדובר על שובכים בין כרמים ולכן זה לא גוזל שבא מבחוץ כי הוא לא רואה לאן הוא הולך.

מדובר על שני שובכים שווים בגודלם, הרמב"ם לא נזקק לתפאורה של השלבים מסביב. מספיק לו שיש תחום פנימי, גבול אינהרנטי לספק.

**הגמרא: נ**מצא בין שני שובכים- אין אחד גדול יותר. הגמרא אומרת שאנו לא מתחשבים בשובכים מבחוץ- מדובר בשביל של כרמים.

**הרמב"ם:** הולכים לפי הרוב למרות שהוא רחוק. ברמב"ם אין את התיחום הפיזי.

**רבי יוסף קארו**: שואל למה השמיט הרמב"ם את הרעיון של שביל בין כרמים?

דוג' לסף מסוים: הרמב"ם לא מתחשב בשאלות של התלמוד- בוא נלך אחר שאר העולם. זה אינדיקציה לכך שהוא לא רואה בהן שאלות אמת- אין להם שאלות נורמטיביות.

יש מצבים שבהם התיחום דורש שכל ישר.

**בבא בתרא כ"ד, ע"א**

חבית שצפה בנהר, יש דיני כשרות גם ביין. אסור לשתות יין של נוכרים- יין נסך. יש וויכוח בין רב לשמואל.

**רב:** אם היא נמצאת מול עיר שהרוב בה ישראל- היין מותר. אם היא נמצאת מול עיר שהרוב בה נוכרים- היין אסור.

**שמואל:** לא משנה איפה מצאת את זה, אסור לשתות את היין כי יכול להיות שזה בא ממעלה הנהר. הגמרא מנסה לומר שיכול להיות שהוויכוח לגבי הזיהוי של החבית- ההלכה הזו נגזרת מהשאלה האם הולכים אחר הרוב או אחר הקרוב. קרוב- בודקים ליד איזה עיר מצאת את החבית. אם הולכים אחר הקרוב יש לקחת בחשבון גם ערים נוספות.

אולי נאמר שהם נחלקו סביב השאלה איזה כלל גובר (רוב או קרוב) או שאנו חוששים שרוב הערים לא כשרות.

הגמרא אומרת (כולם מסכימים לעיקרון שהרוב גובר), הוא אומר שהוויכוח בין רב לשמואל עוסק בשאלה איך אנו תוחמים ספק- האם אנו יכולים להניח שהחבית נתקעה כאן בגלל עיקולי הנהר- תחימה פיזית או שאנו לא רשאים לסמוך על התיחום הזה כי יכול להיות שהמים יסחפו את החבית הלאה ואנו לא יכולים להסתמך על העיר הקרובה. הוויכוח התלמודי האם אנו מודדים מהעיר הקרובה לחבית או לא- בהתחלה הגמרא אומרת שמדובר על העדפת עקרון רוב או קרוב ואח"כ, היא אומרת שהשאלה היא מה נחשב לתיחום רלוונטי?

**הרמב"ם:** הדבר שהתבקש היה לתחום את הספק בצורה פיזית- נהר עם עיקולים או כל מיני דברים שחוסמים את הזרימה בצורה כזו שאפשר לבדוק את החבית מבלי לקחת בחשבון את כל הערים שבמעלה הנהר, זה לא מופיע ברמב"ם. הסיבה: יש דברים שלא צריך בשבילם חיץ פיזי כדי להגדיר את הספק. אנו בודקים מה הגיוני ומה לא- אם זה הגיוני שזה בא ממקום אחר ניקח זאת בחשבון ולהיפך ואז צריך רק למדוד. מה שנכנס למשוואה של הספק הוא רק מה שסביר שייכנס למשוואה זו.

בפסיקה של הרמב"ם יש מצבים שבהם הרמב"ם תחם ספקות בצורה מוחשית והרמב"ם אמר שהתיחום מיותר כי יש סוגיות שהספק מובנה ממילא. כדי לבדוק מהי העיר הקרובה יש לבודד את העיר הזו משאר הערים ע"י בניית הנסיבות בצורה כזו שהנהר מפותל ועיקוליו מבודדים את הסיבוב הספציפי ואז מודדים את החבית ובודקים מה העיר הכי קרובה.

הדעה הראשונה בהלכה והיא זו שנפסקת להלכה ואין בזה סתירה לרעיון שהרוב גובר כי לא מתחשבים ברוב בגלל העיקולים שבנהר, לא מתחשבים ברוב בכלל מבלי להגיד שום דבר על הנהר. התפקיד של העיקולים של הנהר היא לתחום פיזית. הסיבה: לכל ספק יש את התיחום שלו ללא קשר לנסיבות הגיאוגרפיות.

לא ניתן לקחת את כל הערים סביב הנהר כי מדובר על נהר מפותל.

הרמב"ם אומר שיש ללכת עם התיחום המובנה של הספק.

**8.5.12**

**אמת משפטית**

מככב בכתיבה שמתרחשת כמעט בו זנית ע"י אנשים שמשמשים יחד כשופטים בעליון.

קובץ המקורות של השופט חיים כהן- דין אמת לאמיתו וגם פס"ד של השופט אילון בפס"ד אלון שם הוא מדבר על אמת עובדתית לעומת אמת משפטית.

כאשר אנו מדברים על דיני העדות, מה התפקיד העיקרי של המושג הזה עדות, ראיות? בכל מיני הקשרים דווקא דיני הראיות שמים איזשהו פילטר חזק על היכולת שלנו לקלוט את העובדות כהוויתם.

פרי העץ המורעל, עדות מפי השמועה, חסיון, קרובי משפחה בהקשרים שונים (המשפט הישראלי קצת והמשפט העברי הרבה), מגדר ועוד.

יש דברים שבהם המשפט העברי מגביל את היכולת לקלוט עדות.

המשפט הישראלי בתביעה של התיישנות, למרות שהיא פרוצדורלית, אם אנו רוצים לדעת מה קרה שם ויש התיישנות לא ניתן לשמוע את הדברים. במשפט העברי לא קיימת התיישנות. יש אינטרסים אחרים שגוברים על הצורך לשמוע מה באמת קרה.

במשפט העברי אין (ככלל) התיישנות.

במשפט העברי אין (ככלל) סופיות הדיון.

יש מצבים בהם ניתן לשחק עם נטל הראיה. יש גמישות למרות שדיני הראיות במשפט העברי מאוד נוקשים ונטל הראיה מאוד נוקשה- המוציא מחברו עליו הראיה אך הדברים האלה הם יוצאי דופן כאשר אנו מלמדים על הכלל- יש הרבה מידע בחוץ שבסופו של דבר לא מגיע לדיין. כאשר דיין מגיע לקביעה עובדתית והוא לא יודע מה העובדות זה מעוות את התמונה. כאשר השופט לא מגיע לכלל שכנוע ברור מתוך מערך הנסיבות שהגיעו לפניו אזה אומרים לו שהוא רשאי להסתמך על עדים.

אצל הרמב"ם כל דיני הראיות בדיני ממונות הם קו הגנה שני.

אם ניקח את המודל הפורמליסטי הקלאסי של מה פירוש הדבר לקבל החלטה משפטית, מה השופט עושה באולם ביהמ"ש שבד"כ זה מוצג בסכמה: הוא לקוח את עובדות המקרה ומחיל אותם על הנורמות אז מקבלים את ההכרעה המשפטית הנכונה.

כאשר לוקחים את האירוע הספציפי ישנה שאלה של הכרעה עובדתית. האם הנסיבות עונות על הכלל המשפטי? ברגע שאנו לא רואים או מציגים את העובדות כפי שהן, מחילים נורמות על העובדות אין לנו עובדות, יש לנו אולי "עובדות" כי אין לנו גישה נקייה לעובדות עצמן.

אין לנו בדיוק עובדות גולמיות אלא עובדות שעברו עיבוד נורמטיבי זה הבסיס לרעיון של אמת משפטית. העובדות עומדות בבסיס הרעיון הזה אך לשופט אין גישה לעובדות עצמן אלא לעובדות שגם עליהן הפעלנו נורמות- לא כל עובדה תגיע. לא ניתן לחייב בן זוג להעיד נגד בן זוגו- גם אם האישה יודעת והיא היחידה שיודעת. השופט יכול להגיד שיש לו חוסר ראיות השאלה היא למה המערכת לא שואלת? יש את המידע אך לא בודקים אותו כעובדה. אנו לא רואים את העובדות, אנו רואים עובדות שמעוותים את התמונה. אנו לא יודעים מהי המערכת העובדתית כי גם בשאלה זו אנו התחלנו להפעיל נורמות. הרעיון של הבחנה ביו נורמות לעובדות דיוויד יום דיבר עליו בהקשר אחר. ההבחנה היא הבחנה ברורה שצריך תמיד לעשות או לפחות לבחון או לשאול את השאלה- אולי כל העובדות עוברות דרך מסננת ערכית שזה הנורמות.

ניתן לדבר על עובדות נטו יחד עם נורמות נטו וכך מתקבל משפטי.

בשביל לקבל עובדות ברור שיש לנו נורמות שקובעות את דרך איסוף העובדות ולכן לא נכון לדבר על עובדות גולמיות המוצגות בפני השופט. השופט גם חייב לעבור מסננת מובנית- כי הוא לא היה שם, הוא מקבל את התרגום של הראיות שמסתמך על הקליטה של העדים, השמיעה שלהם ועוד. לסמוך על עדים- המילה לסמוך על היא מילה של נורמות והערכה. אנו אומרים שיש בזה ערך בעדויות, זה מוצדק לסמוך עליהן. אפילו כלל שאומר לסמוך על האינטואיציות זה גם סוג של נורמה.

יש נורמות הקובעות את אופן אינסוף העובדות ומסננת הנותנות לנו עובדות מעובדות ולא גולמיות.

אולי זה יותר נכון לדבר על "עובדות"+ נורמות שמובילים לכלל משפטי.

כאשר אנו רוצים לצייר את העובדות ועל גבי זה לשים את הנורמות זה אף פעם לא מגיע לעובדה, בטח כאשר אנו מדברים על נורמות שמסננות את היכולת לאסוף עובדות. גם במשפט הישראלי יש רשימה של חסיונות וחסינויות שלא לדבר על ההסתמכויות על העדויות.

יש מגבלה של שיטה אדברסרית ועצם העובדה שלא דנים בכל הסוגיות אלא רק במה שמגיע לביהמ"ש, יש נטלי ראיה, חזקות, סופיות הדיון- זה לא אומר שבמסגרת הדיון נגיע לחקר האמת.

חזקה- כלי שהמשפט נותן כדי להשלים את החסר, סוג של חוליות חסרות שאנו רשאים להסתמך עליהם.

כאשר מתגלות עובדות חדשות בקונספירציה ידועה. החקר ההיסטורי שונה במהותו מהחקר על עובדות המשפט. על זה עומד השופט אלון בפס"ד אלון. מדובר על ימי ממשלת הליכוד השנייה, אחת השאלות שמטרידות את הרוויזיוניסטים זה מי רצח את ארלוזורוב? ממשלת בגין השנייה מחליטה להקים ועדת חקירה ממלכתית לחקר רצח ארלוזורוב ברצח 1933. הקמת ועדת החקירה הייתה בשנת 82'. השאלה הייתה היסטורית לחלוטין והאם יש מעשה בית דין ביחס לכך. מדובר על בג"ץ נגד ממשלת בגין, נגד ההחלטה להקים את ועדת החקירה. אלון עומד על ההבדל בין אמת עובדתית לאמת היסטורית. גם בפתיח של המאמר של חיים כהן הוא עומד על ההסתמכות של ס' 8 לחוק ועדות חקירה- כל המערך של איסוף ראיות בוועדות חקירה שונה מאיסוף הראיות בביהמ"ש. ראיות שהתקבלו בוועדות חקירה הן לא קבילות.

ס' 8 ל חוק ועדות חקירה קובע כי:

(א): ועדת החקירה אינה חייבת לנהוג לפי סדרי הדין של ביהמ"ש, היא רשאית לקבל כל ראיה שהיא בכל דרך הנראית לה מועילה ולקבוע סדרי חקירתם של עדים. והכול כשאין בחוק זה או בתקנות לפיו הוראה אחרת לעניין זה.

(ב): ועדת חקירה אינה כפופה לדני הראיות כשאין בחוק זה הוראה אחרת. בגלל החופש היחסי של איסוף העדויות, עדויות שהתקבלו במסגרת ועדת החקירה הם לא קבילות בביהמ"ש- הורדנו את ההגנות לביהמ"ש ואנו לא רוצים שהן יהיו קבילות כדי שאנשים לא יפחדו לדבר בוועדות חקירה.

השופט אלון המשפט הוא התאוריה של הדברים ויכול שהיא תהיה תואמת או לא את המציאות האמיתית שמחוץ למערכת המשפט. איסוף עובדות וקביעות עובדתיות של מערכת המשפט שונות מהמציאות העובדתית שמחוף למערכת המשפט. ניתן לקבל ממצא עובדתי א וזה לא אומר שזה מה שקיים. זה סוג של פצצה ויש וויכוח על כך בביהמ"ש עצמו.

המכנה המשותף של כל הרשימה שראינו קודם- חסיונות וכו הוא שיש עוד שיקולים. למשל, פרי העץ המורעל- אנו יודעים שיש עובדות רלוונטיות, מעניינות אך בגלל שהן הושגו בדרך לא כשרה, לא ניתן להתייחס אליהן.

אין עובדות, תמיד יש לבחון את שיקולי המדיניות. יש מצבים שבהם יכול להיות פער עם שיקולי המדיניות וללא שיקולי המדיניות.

יש לנו מגבלות של משאבים, לא רק מגבלות נורמטיביות. מגבלות נורמטיביות משאירות לנו לפעמים כלים מועטים. יש גם מגבלות של זמן וכסף- לא ניתן למשוך פס"ד (שופט שכותב שנים אח"כ זה לא רלוונטי).

הרעיון של קש"ס הוא גם כן חלקלק. יש מגבלות לחקר העובדות וזה מביא את אלון לדבר על אמת משפטית לעומת עובדתית. האמת העובדתית זה מה שיש שם אמת משפטית זו הקביעה העובדתית שאנו הגענו אליה תחת כל המגבלות. רוב מלאכת השפיטה היא הקביעה העובדתית, כאשר ביהמ"ש קובע עובדות הוא צריך לדעת שיש פער בין העובדות למה שהיה שם באמת. לא ניתן להתכחש לכך שהקביעה העובדתית היא תחת השפעה.

האמת המשפטית היא תקפה גם את מתברר שהיו בה טעויות.

**בן פורת בדעת מיעוט**, היא נגד פתיחת ההליך הזה היא אומרת שהערך העליון של הראיות ודיני הראיות הוא להגיע לחקר האמת. יש אפוא לקבל את סדרי הדין וסדרי הראיות הקיימים כאמצעי הבטוח ביותר לגילוי האמת האובייקטיבית.

אולי התפקיד העיקרי של דיני הראיות הוא לנקות את העובדות הלא רלוונטיות כדי שזה לא יטה במשפט. השאלה היא מה הערך העליון של דיני הראיות- חקר האמת או מודעות לכך שמושג האמת הוא לא בראש מעיינה של המערכת המשפטית. חלק מהסיפור הוא ההבנה של הרציונלים שעומדים בבסיס דיני הראיות. דעתו של אלון היא הרוב. יש שני מושגים של אמת- משפטית ועובדתית.

פס"ד פלוני: בהרבה מקרים בית הדין הרבניים ובתי המשפט לא מאשרים בדיקת אבהות. אנו מוכנים לחייב מישהו כספית בשקר כאשר אנו מניחים שזה הכיוון הלא נכון. זה קורה בעיקר במקרים של אישה נשואה שאז אם הילד הוא לא של בעלה הוא יהיה ממזר. מתעלמים מסיפור הממזרות משיקולי מדיניות. שם אלון מצטט את כל מה שהוא אמר בפס"ד אלון.

ד"נ ידיעות אחרונות נ' קראוס: בהלכות לשון הרע אחת ההגנות המרכזית היא אמת דיברתי. מדובר על פרסום של ידיעות נ' קראוס, התברר שהוא לא עשה את כל המיוחס. חלה עליהם ההגנה של אמת דיברתי, השאלה היא האם הם היו צריכים לפרסם הכחשה או לא? הוא תבע על כך שלא פורסמה הכחשה. חשין נזקק למושג אמת משפטית. אם אני טוען אמת דיברתי אני צריך להוכיח את האמת הזו ברמה שהיא שונה מהעובדות, יש דרישות חזקות יותר לגבי הפרסום הזה. אמת משפטית שאלון דיבר עליה היא הממצא שלך בלי משפט והממצא שלך עם משפט עשויים להיות שונים. מה שעומד למבחן במשפט דיבה איננו מה הממצא אלא מה חשב המפרסם באותו רגע- האם הוא באמת היה משוכנע שהוא דובר אמת?

אמת דיברתי- הטענה היא שלא הייתה לי כוונה להזיק. חשין אומר שלא מחפשים את האמת אלא את התודעה. מדובר על ס' הגנה בלשון הרע- חשבתי שאני מדבר אמת והיו לי כל הסיבות העולם לכך, זה מספיק כדי לא להטיל אחריות. מרכיב ההגנות של אמת דיברתי לא שואלים מה קרה, אלא מה אתה חשבת אבל הוא לא יכול להסתמך על אלון שאומר שיש הבדל בין קביעות אמת כאלה ואחרות. אולי יותר נכון לדבר על אמת עיתונאית- אנו מגינים עליה משאלות מדיניות. אם זה עומד על האתיקה המקצועית של עיתונאי זה בסדר. יש פה טעות במונחים.

האמת היא טעונת הקשר לפי חשין. האם אמת היא באמת תלוית הקשר? אמת ,איננה תלוית הקשר, היא לא משתנה ממערכת למערכת, יש משהו אחר שמשתנה לא האמת כשלעצמה אלא הקביעה שאני יודע מהי האמת- האם אני מצליח להגיע אל האמת.

כדי לדעת משהו זה חייב להיות נכון.

**תנאי הידיעה:**

P אמת

S מאמין ש p

S מוצדק באמונתו ש p.

יש כל מיני סיבות להאמין. מה שמשתנה זה העניין של הצידוק.

לומר שמשהו נכון זה בעייתי, הדרך היחידה שלנו לדעת שזה נכון הוא דרך הצידוקים.

**טעיות הידיעה:**

הגישה ל p היא דרך הצידוקים שלנו. יש לדעת שיכול להיות שאנו טועים. אנו חייבים לדעת שיש מצבים בהם אנו משוכנעים שדבר מסוים הוא נכון, מתברר שטעינו. מה שמאפשר לי לדעת דברים או להגיד שאני יודע דברים זה הצידוקים. צידוקים תלויי הקשר. כל מה שחשין דיבר עליהם על דברים שעוברים הקשר או צידוק זה לא נכון לגבי אמת, באמת יש לבדוק האם זה קרה או לא אבל אנו רוצים לפעול לפי זה ולכן אנו פועלים לפי צידוקים, הצידוקים הם שמשתנים. יש רמות שונות של צידוק לאמירה שלך. הצידוק תלוי הקשר ולכן הידיעה תלויית הקשר ולא האמת עצמה. היכולת שלך לטעון שאתה יודע את האמת תלויה בצידוקים שלך על האמת. בידיעה מדעית הצידוקים הם ברמה מסוימת. לא תמיד אנו רוצים את הידיעה המדעית, מספיקה לנו הידיעה המשפטית. הגענו לממצאים שונים- יכול להיות שממצא אחד במובהק הוא לא אמת וזה מספיק לנו. יכול להיות שהשאלה הביולוגית לגבי זהות האב לא מעניינת אותנו, שאלת המזונות היא השאלה העובדתית.

חשין טען שהאמת משתנה וזו הטעות שלו.

אלון דיבר על אמת משפטית לעומת היסטורית- יש קביעות על בסיס צידוקים שחלקם אנו יודעים שזה לא האמת ובכל זאת אנו מקבלים את ההחלטה.

לא כל אחד עם האמת שלו, יכול להיות שהאמת היא אחרת.

טענת ידיעה מדעית- מבוססת על צדיוקים מדעיים (אמות מידה של בדיקה מדעית "נכונה"/נורמות הכרתיות)

ד=ידעיה משפטית- מבוססת על צידוק משפטי (לפי אמות מידה של בדיקה עובדתית "נכונה" (נורמות הכרתיות)+ אילוצים נורמטיביים חברתיים)

**15.5.12- שיעור 5**

**חזקות**

**דוגמאות לחזקות:**

**חזקת הכוונה:** אדם הנוקט בקו התנהגות מסוים, מעשה או מחדל, בד"כ מתכוון לתוצאות שכרגיל נובעות מהתנהגות זו. אנו חייבים את החזקה הזו כי המשפט הפלילי נוקט איזושהי עמדה אלוהית שבוחן כליות ולב. חזקת הכוונה היא הבסיס של כל אותם תוחמים של המשפט בהם אנו מנסים לבסס ממד סובייקטיבי של כוונה. פס"ד דוד בן שימול נ' מ"י.

**חזקת המודעות:** חזקה כי אדם מודע לרכיבי היסוד העובדתי של העבירה שביצע.פס"ד מדינת נ' ג'מאל אבו אלהווא.

חזקה היה הנחה ראשונית אבל בראש ובראשונה היא מניחה משהו שניתן לסתירה. מדובר על חזקה הניתנת לסתירה. אנו צריכים נק' מוצא, ניתן לסתור את החזקה אבל כל עוד לא עשינו זאת הדין ממשיך להיום קיים. התפקיד של מי שהחזקה פועלת לגביו היא לסתור את החזקה- נטל הראיה מוטל עליו.

**חזקת החוקיות:** ניתן לתקוף את ההחלטה, הרישום או הפקיד אבל הנטל לעשות זאת היא על מי שטוען לאי תקינות. האזרח צריך לסתור את החזקה.

כל הדברים שנעשו, חזקה עליהם שנעשו כדת וכדין- הנחה זו חיונית להישרדות של מדינה- פס"ד צבי כץ נ' מדינת ישראל. אם אין הנחה בסיסית לעבוד איתה, זה קצת דומה לאין לדבר סוף.

**חזקה תכופה:** אורך הזמן אינו אלא חוליה אחת מכל הנסיבות שיש להביאן בחשבון. פס"ד פרוספר בן הרוש נ' מדינת ישראל. אם אתה נמצא בזירה חזקה שאתה קשור לנסיבות. יש חזקה תכופה שאם מצאו את הסחורות מספיק תכוף בצמידות לאירוע חזקה שזה קשור לאותו אירוע. יש לבדוק את הנסיבות, האם זה משכנע. יכול להיות שבנסיבות מסוימות זה הגיוני שהוא קנה סחורה גנובה- אולי המהירות בלבד לא מספיקה כדי לבסס חזקה. יכול להיות שמרכיב הזמן אם הוא משתלב עם עוד מרכיבים אז הוא מבסס את התכיפות הנדרשת.

הסייג הזה של פס"ד בבן הרוש לדעת המרצה מלמדת על הכלל כולו- אל תראו את החזקות כמקסם אוטומטי אלא כל אחד מהם פונה לשכל הישר של השופט.

רוב החזקות ניתנות לסתירה וגם בעצם הסתירה יש ממד של שכל ישר.

**חוק הצהרות מוות:** ס' 2 מדבר על הסמכויות. מדובר על זיקות לסמכות של ביהמ"ש לענייני משפחה להכריז על מישהו שהוא איננו- צריך שתהיה איזה זיקה.

ס' 3יש אפשרות לביהמ"ש לקבוע מוות עפ"י ראיה, כל ראיה. יש הגמשה של דיני הראיות. בתחומים שהם לא קשורים למעמד אישי ניתן לקבוע את מותו של האדם.

ס"ק ב' אם אין לביהמ"ש מספיק ראיות- קובעים את המוות לגבי נספה- בתום שנתיים מיום שנעלמו עקבותיו ועוד.

חזקה שאדם שבמשך 7 שנים נעלמו עקבותיו ואין סיבה מספקת להיעדרו אנו מניחים שהוא מת. למשל- אם אדם היה במגדלי התאומים ולא חזר לביתו לאחר שנתיים (הגדרה של נספה) אז מניחים שהוא מת.

האם החוק יוצר כאן חזקה? בד"כ זה מנוסח כחזקה- אנחנו מניחים שהוא מת, אבל אם הוא יגיע זה סתירת החזקה.

מה דומה חזקה זו של חוק הצהרות מוות

במשפט האמריקאי זה מנוסח כהנחה.

בד"כ זה מנוסח בצורה שבה אנו מניחים שהוא לא יחזור.

האינטואיציה היא שנורא מוזר לקבל החלטה שיפוטית שרירותית על איזשהו תאריך שאין לנו ראיות לגבי זה. זה הנחת עבודה קיימת. יש צורך בהכרעה כאן בארץ, בנסיבות של היום. הצורך נותן לנו גם כיוון חשיבה אחר.

איזה שני כיווני חשיבה ניתן להציע להבנת המושג חזקה?

1. סביר להניח. חזקה אומרת לנו משהו אודות המציאות, אנו יודעים שאם הוא לא חזר עד עכשיו אין אפשרות שהוא יחזור. סביר מאוד להניח שהוא לא יחזור יותר.
2. אם, אז... אנחנו לא יודעים אך אנו צריכים לקבל החלטות ביצועיות. זה יכול להיות כלי של ידע או שאנו לא יודעים אך צריך לעשות משהו. ממתי אנו משלמים לאישתו את דמי העיזבון למשל.

ברוב המדינות החלטה כזו מעניקה לאישה אפשרות להינשא, הדבר שונה בישראל בגלל שזה בסמכות ביד"ר.

הזמנים שבחוק מבוססים על איזשהו תובנה, החוק בסופו של דבר פונה אל הביצוע ולא כ"כ אל התובנה.

זה דומה מאוד לכיוון של מה עושים כאשר לא יודעים מה לעשות- מצב של ספק מובנה.

המקובל בספרות תורת המשפט להבחין בין חזקות שבדין לחזקות שבעובדה. חזקות שצומחות מהחקיקה וכאלה שנגזרות מניסיון החיים שלנו.

הבחנה שנייה: שיש בפסיקה היא בין חזקות שמצליחות להעביר את נטל הראייה ולבין חזקות שאינו מעבירות את נטל הראיה.

הבחנה שלישית: ביו חזקות הניתנות לסתירה לכאלה שלא. חזקת התכיפות,

פס"ד רינה מרום: מצא וחשין הם הרלוונטיים.

חזקות שבדין וחזקות שבעובדה ההבחנה היא יותר עניין היסטורי- מי כתב את זה, המחוקק או משהו שניסיון החיים מפתח או שהפסיקה מפתחת איזושהי חזקה. למשל- חזקה שמפותחת בפסיקה היא חזקת השיתוף.

האם חזקה שלא מופיעה בפירוש בחוק יכולה להעביר את נטל ההוכחה.

הסיפור הוא על איש מבוגר שהאישה רינה מרום טיפלה בו והוא ציווה לה את כל נכסיו. צוואה שנכתבה תחת השפעה לא טובה היא בטלה ויש חזקה שהיא פרי של הפסיקה שאומרת שבנסיבות כמו של רינה מרום אנו מניחים שהייתה השפעה לא טובה. מצא אומר שרק המחוקק הראשי יכול להעביר את נטל הראיה וכל השאר אין בכוחם להעביר את נטל הראיה.

מה לא יכול להיות בחקיקת משנה? קביעת זכויות מהותיות, זה חייב להיות בחקיקה ראשית.

הבחנה שלישית: חזקה שניתנת לסתירה וכזו שלא. האם זה נכון בכלל לדבר על חזקה שאינה ניתנת לסתירה?

**חזקות שלא ניתנות לסתירה- חזקה חלוטה:**

 סירוב לבדיקת שיכרות. ס' 64ד- בפקודת התעבורה. מדבר על סירוב לבדיקת שכרות. כל שוטר יכול לעצור אותך ולבקש שתערוך בדיקת שכרות. מי שמסרב לתת דגימה- נוהג ברכב או ממונה על הרכב (למעט דגימת רוק- כי זה פוגע בפרטיות) יראו אותו כמי שנהג בשכרות. הוראת החוק היא שאם סירבת יראו אותך כשיכור ואין משמעות לראיות שתביא שיראו שאתה לא שיכור.

חוק ההגבלים העסקיים בס' 2 מדבר על הסדר כובל.יראו אותו כהסדר כובל. האם באמת חזקה שאיננה ניתנת לסתירה, חזקה חלוטה היא באמת חזקה או שהיא מה שחשין מכנה בסוף פס"ד רינה מרום תחפושת של חזקה? מה אומרת ההוראה שיראו אותו כמי שעבר עבירה לפי ס' 62(3)- שהוא אכן נהג בשכרות.

יש דברים שמנוסחים כחזקה אבל בעצם הם לא חזקה- כעניין של שיקולי מדיניות.

עבירה של שכרות בנהיגה- מי שסירב להיבדק זו עבירה.

אם זה עניין של עובדות אנו יכולים להביא ראיות שיתמודדו איתן- הבאת עובדה אחרת. אם לא ניתן להתמודד עם העובדות זו פשוט דרך יפה להגיד שקבענו חוק ולא עובדות.

חוק הפרשנות- מעניק הגדרות שרלוונטיות לצורך החוק בלבד.

הסדר כובל- הביטוי יראו כאילו הוא סוג של הגדרה. הגדרת הסדר כובל היא שהגענו להסדרה לגבי המחיר וכו. אין פה חזקה שמלמדת אותי אודות משהו.

חזקה בד"כ לוקחת עובדה ועוזרת לנו להסיק אודות עובדה אחרת.

כאשר לא מדובר על עובדות שמחברות בין עובדות אולי השפה היא שפה של עובדות או המינוחים- אולי יש סיבות או מטרות. אנו רוצים להצדיק את עצמנו וכו' אבל זה רק כאילו, זה בעצם נורמה או חוק בתחפושת של עובדה.

חזקת השיתוף- בפסיקה הראשונה היו כל מיני תנאים לחזקה זו- שבני הזוג מקיימים מאמצים של חיים משותפים, מאמץ משותף וכו. כיום חזקת השיתוף גברה גם אם הם לא חייים במשותף. חזקת השיתוף הפכה להיות חקיקה שיפוטית ולא כלי עובדתי.

חזקת ידיעת הדין: באופן מסורתי חזקת ידיעת הדין הייתה חזקה שאינה ניתנת לסתירה ודי ברור שזה כך. אין הכוונה שאדם צריך לדעת את הדין אבל במילים אחרות זה לא מעניין אם אתה יודע או לא. אי ידיעת הדין לא מהווה הגנה.

כחברה החלטנו בחקיקה ראשית שלא מעניין אותנו אם ידעת או לא.

ס' 34 משהו לחוק העונשין במקרה שבו לא יכולת לדעת יש לך הגנה.

אפשר אולי לתאר את כל החזקות בצורה של חקיקה ולא בצורה של משהו שמלמד אותי משהו אודות המציאות.

פרופ' עדנה אולמן מרגלית: היא כתבה מאמר שבו היא מנתחת את המושג חזקה: "כלל החזקה מכוון כלפי מי שמצויים בתהליך של שיקול דעת מעשי שהתרתו תלויה מהותית, ביו היתר, בתשובה לשאלה העובדתית האם q הוא מצב העניינים או אין זה כך ש q...

בהינתן ש p הוא מצב עניינים, עלייך לנהוג כאילו q הוא מצב העניינים אלא אם כן או עד אשר יהיו ברשותך נימוקים (מספיקים) לפיהן אין זה כך ש q."

היא מציעה שנראה את כל החזקות כולן- אלו שניתנות לסתירה ואלו שלא, כמכוונות פעולה ולא כמכוונות תודעה. החזקה באה בהקשר של שיקול דעת מעשי- מה אנו אמורים לעשות או לבצע.

מדובר על כלל התנהגות ולא על עובדה. מה שמעניין את המחוקק זה מה אתה צריך לעשות ולא מה אתה חושב. יש לנהל את הבורות.

החזקה מכוונת להחלטה של השופט שהיא ביצועית ולא תודעתית. הדגש הוא על לנהוג כאילו. אנו לא יודעים אם הוא חי או מת. יכול להיות שהנסיבות מראות שהוא מת. קבענו כלל התנהגות ולא כלל היסטורי.

חזקה כנורמה לפי הגישה של אולמן מרגלית לא באה להגיד לי מה קרה אלא איך להתנהג.

מי מגייס את החזקה ככלי עזר? השופט, המכריע. הוא צריך לדעת איזה החלטות לקבל ולא רק מה קרה.

**רמב"ם:**

**רבי שמעון שקאפ, שערי יושר- ? :** חזקה מורה דין הנהגה ולא הוראת בירור הספקות. הרעיון שחזקה לא מכריעה את מציאות העניין, היא לא מבררת מה היה אלא התורה משתמשת בהן כנורמה להגיד איך צריך לנהוג. זה שיקול של תורת המעשה ולא של תורת ההכרה.

חזקה עובדתית ניתן להסביר אותה ככלל אצבע עובדתי או לראות זאת כדברים שלא קשורים להכרה שלנו אלא לתורת המעשה- לקטע הביצועי.

קריאה: פס"ד רינה מרום, עמוד 886 ועד הסוף.

**22.5.12- שיעור 6**

חזקה היא סוג של כלי שכשאנחנו משתמשים בו יש לנו איזשהו מידע ויש לנו גם חור במידע, אנו משתמשים בעובדה א' כדי לקפוץ למסקנות כאילו גם עובדה ב' הייתה. אם אנו מדברים למשל על היעלמותו של פלוני, אנו לא יודעים אם הוא מת אז אנו עושים קפיצה מפלוני נעלם לפלוני מת. אם אנו לא יודעים אם פלוני התכוון אנו קופצים מהנסיבות אל המסקנה.

קביעה של המחוקק- חזקת "אוחז כשורה", כאשר אדם מחזיק שטר אין לנו את כל הרקע, אם יש לך צ'ק אתה רשאי להוציא אותו כי ההנחה היא שאתה אוחז כשורה. אם יש נסיבות מחשידות אתה לא אוחז כשורה. קביעה של בתי המשפט- חזקת השיתוף.

במשפט הישראלי אנו נדבר על שתי הבחנות בין חזקות שבדין לחזקות שבעובדה.

1. חזקה שבעובדה היא סוג של ראייה נסיבתית, יש איזושהי תופעה, חסר לי מידע והתפקיד של החזקה היא סתימת חור, סוג של פקק בידע. אין לי מושג, אני רשאי להניח הנחות וזה סותם לנו חור. התפקיד של סתימת חור איננה לשנות את נטל השכנוע אלא רק לספק פקק כאשר חסר מידע.

נטל הבאת הראיה: למשל יש אדם שמואשם ברצח ברור שמי שצריך לשכנע אותנו שהוא הרוצח זה התביעה. מצאנו אקדח עם תביעות האצבע של הנאשם, אנו מניחים שהוא אשם. הנאשם צריך לסתור זאת. הנטל שהשתנה הוא של מי מביא את הראיה, מה שלא השתנה זה השאלה הבסיסית בסופו של יום אם יש תיקו הנאשם יהנה ממנו.

נטל השכנוע הוא השאלה הבסיסית מי צריך לשכנע את השופט לעשות משהו. בפלילי- התביעה ובאזרחי גם התביעה. מה שמשתנה זה האם הצלחתי להביא ראיה נגדית.

חזקה שבעובדה היא סוג של תחליף של ראיה, לא הבאתי את האקדח עצמו אבל תחליף לא רע. הבאנו עובדה שממנה ניתן להסיק עובדות. הראיה לא משנה את נטל השכנוע, היא עוד ראיה בין ראיות.

נטל השכנוע- כאשר יש תיקו מי מנצח, שאלה ערכית, חוקית.

נטל הבאת הראיות האם הבאתי ראיה טובה.

חזקות שבעובדה הן סתימת חור.

**חזקה שבעובדה מעבירה את נטל השכנוע.**

1. חזקה שבדין אומרת מה נטל הראיה, אנו מניחים לצורך העניין קביעה של דין ונטל הראיה יכול להשתנות.

**חזקה שבדין אינה מעבירה את נטל השכנוע.**

חזקות באות להשלים את החור, חזקות שבעובדה לא משנות את המשחק הבסיסי, חזקות שבדין כן.

יש הבחנה נוספת: יש חזקות שניתנות לסתירה ויש כאלה שלא. האם חזקה שבעובדה ניתנת לסתירה? חזקה שבעובדה ניתנת לסתירה עפ"י ההגדרה.

ברגע שהמחוקק מתחיל לשחק עם נטל הראיה ניתן להגיד שזה דבר קבוע, לא משהו שניתן להוכיח.

יש חזקות שבדין שקובעות גם נטלים.

**חוק אוויר נקי**

ס' 73, 74 לחוק קובעים חזקה שבדין שניתנת לסתירה. נטל הראיה הוא על הנאשם. חזקה זו ניתנת לסתירה. בגדול מילים כמו אלא אם כן, זולת, פרט ל... וכו' מעידות על האפשרות לסתירה.

**מבחן עזר איך נדע איפה נטל השכנוע- מי מפסיד בתיקו.** אם התביעה מעמידה מישהו לדין ולא מצליחה לשכנע את השופט הוא יוצא זכאי. בסעיפים לעיל הנאשם יפסיד במקרה של תיקו אא"כ יוכיח את הסיפא של הסעיפים.

**פקודת התעבורה**

סירוב לביצוע בדיקת שכרות. ס' 6ד(א)ס' 62(3) זו נהיגה בשכרות. נאמר כאן שסירוב לעבור בדיקה זו עבירה. חזקה שבדין שאי אפשר גם לצאת ממנה היא לא חזקה, היא דין. היא סוג של רטוריקה של חזקה ואולי יש פונקציה חברתית במילים האלה אבל אם אומרים שאתה לא יכול לצאת ממצב מסוים זה אומר שזה דין.

יש כאן שלוש מדרגות:

ניתן לדבר על חזקות שבעובדה (משלימות לנו מידע ולכן הן פועלות במישור של ההוכחות, ניתנות לסתירה כי תלויות בהבאת הראיה, מדובר על תחליף של עובדה). חזקות שבדין לפעמים המחוקק מאפשרות סתירה ולפעמים המחוקק לא נותן אפשרות כזו. בעצם חזקות שלא ניתנות לסתירה זה לא ממש חזקה, ההגדרה הפנימית שלה היא משהו שאתה עובד איתה בינתיים- איזה שהיא הנחה או נק' מוצא. אם ההנחה שהנחת בהתחלה היא ההנחה הבסיסית לא ניתן להפריך אותה.

חזקה שבדין היא קביעת נטל השכנוע (מי מפסיד במצב של ספק) חזקה שבעובדה היא קביעת נטל הראיה (כאילו הובאה ראיה מסוימת, אבל לא קביעה מי מפסיד).

פס"ד רינה מרום: כדי לקבוע מי מפסיד במצב של ספק, לשנות את חובות וזכויות האזרח נקבע זאת בד"כ במחוקק ראשי ולכן דעת המיעוט בפס"ד רינה מרום היא שחזקה שבדין לפי מצא זה נקבע רק אצל המחוקק, הוא זה שמופקד בדמוקרטיה על זכויות וחובות הוא קובע מי מאבד את הזכויות שלו, אם זה לא מופיע בחוק זה לא יכול להיות חזקה שבדין. דעת הרוב מצביע על תופעות דומות לאלה גם בחזקת השיתוף, אם היא התחילה את דרכה כסוג של חזקה שבעובדה עם השנים היא הפכה להיות תחליף לחוק יחסי ממון בין בני זוג לכאלה שאינם נשואים. נטל השכנוע ניתן לשחק איתו גם באמצעות הפסיקה.

חזקה שבדין דיברנו על שני סוגים של התמודדות בעיית אי הוודאות במשפט, דיברנו על פתרונות מעשיים וכאלה השייכים למה אני יודע ומה לא- מודל מעשי ומודל הכרתי. חזקה שבדין ושאינה ניתנת לסתירה זה אומר לנו משהו מעשי, זה שהמחוקק קבע זה לא אומר שאני יודע משהו אלא הוא קבע מי צריך "לעבוד" יותר. חזקה כנורמה חדשה- משמשת כפתרון לסבך מסוים. השינוי הוא בפתרון מעשי. רעיונות של חזקה שבדין ושאינה ניתנת לסתירה שייכים לעולם המעשי. החזקה שבעובדה מעניקה לנו עובדה, מדובר על כלל אצבע שעוזר לנו.

חזקה שניתנת לסתירה לגבי חוק אוויר היא פרגמטית ומעניקה מידע יחד.

פרופ' אולמן מרגלית: מנתחת את סוגי החזקה גם זו שניתנת לסתירה. היא עושה רדוקציה למישור המעשי כולו. גם מה שנראה לנו שזה שייך לעולם ההכרתי, שזה תחליף לעובדה אם המחוקק קבע זאת הוא בעצם קבע כלל התנהגות. המחוקק לא אומר לנו מה היה איך להתנהג זה שק"ד מעשי. מדובר על קביעה מראש של המחוקק או הפסיקה. לפי התפיסה שלה כל מושג החזקה שמכוון אל האדם לא פונה אל התודעה שלו כי המחוקק לא יכול להגיד לנו מה לחשוב או לראות, המחוקק בעצם פועל בעולם של העשייה והפעולה ולכן כלל החזקה מכוון כלפי מי שמצויים בתהליך של שק"ד. השופט לא יודע מה קרה אבל השאלה היא מה הוא עושה עם זה. יכול להיות שהשופט לעולם לא ידע אך אם אנו רוצים להסתמך על חזקות אנו באמת לא נדע. יש שני עובדות א' וב' אם יש לנו עובדה א' ואנו רוצים לקפוץ לעובדה ב' אנחנו לא יודעים שב' התרחש אבל אנו נוהגים כאילו זה התרחש. זו דוג' קלאסית לניהול בורות אנו לא יודעים את העובדה השנייה אבל אנו נוהגים כאילו אנו יודעים אותה.

ניתוח מודל החזקות עפ"י המודלים שציינו עכשיו. שני סוגים של קטיגוריות במשפט העברי:

1. חזקות הכללה.
* הנחות פסיכולוגיות- התנהגותיות. כל מיני הנחות שמניחים אודות המציאות והמציאות יכולה להיות פיזית או פסיכולוגית. חזקה ש"אין אדם פורע חוב תוך זמנו" ו"שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות".
* הנחות שבטבע, תשעה חודשי לידה וכד'.
1. חזקות "הקפאת מצב", שימור סטטוס (חזקה דמעיקרא או חזקת הגוף). מה שהיה ממשיך להתקיים, יש צורך בסיבה לחשוב אחרת. זה לא בהכרח מתבסס על הכרעה בטבע או בפסיכולוגיה אלא ממשיכים להתבסס על מה שהסתמכנו בעבר.
* חזקת אשת איש.

רבי יצחק מווינה, אור זרוע. בתוך הספר הזה יש תשובה של רבינו שמחה. בטרמינולוגיה של רבינו שמחה מה שמעניין אותו זה לא רק ההסבר אלא גם הרציונל. שני סוגי החזקה האלו יהיו חזקה שאינה פוסקת וחזקה פוסקת. חזקה שאינה פוסקת היא סוג של חזקת הכללה, יש חזקה לגבי המציאות כולה, יש כל מיני תובנות שלא נגזרו מהמקרה הקונקרטי אלא הן נשענות על תובנות כלליות, אוניברסליות זה לא עניין של אינרציה אלא תובנה של המציאות על עובדות החיים. חזקה פוסקת בטרמינולוגיה שלו היא מה שהיה אני מניח שהוא ממשיך להתקיים עד שהוא לא מתקיים היא יכולה להפסיק להתקיים. מתי זה מפסיק?

הרציונלים: הסיפור של התשובה הוא של אישה שהארוס שלה שלח לה מתנות סיבלונות הן סוג של מתנות בתק' האירוסין, השידוך התבטל והשאלה היא האם האישה נשואה או לא. יש איזושהי חזקהשמדברים בהמשך שהוא שלח אותם כאילו היא אשתו והחזקה הזו עומדת במקום עדים, התובנה הזו על הפסיכולוגיה האנושית מתבססת על מה שאנו יודעים אודות המציאות, היא צורה מסוימת של ניצול של הידיעות שלנו ולכן היא תחליף לעדים והיא ניתנת לסתירה- רוב בני אדם מתנהגים בצורה זו או אחרת אבל הסוג השני של חזקה שאנו מקפיאים מצב גם זה "ואנן סהדי"- אנו עדים. האור זרוע מתאר את החזקה על סמך רוב, יש לנו עדות- אנו מעידים. הוא מתאר את סוגי החזקות לפי ידיעה, זה כאילו שאני יודע- אני העד שזה קרה. זה כ"כ נדיר שאנו לא לוקחים זאת בחשבון אחרת. כל חזקה מכל סוג שהוא נשענת על מושגים הכרתיים- אנחנו יודעים, עומדים במקום עדים, מתבסס על רוב- אלה הביטויים שהוא עושה בהם שימוש. יש הסתמכות הכרתית. מדובר על שני סוגי החזקות- פוסקת ואינה פוסקת (הקפאת מצב). את הכול רבינו שמחה מסביר עפ"י עקרון הכרתי.

**דגש:** ואנן סהדי – הרציונל ההכרתי מופיע בטקס הזה רק על החזקה שאינה פוסקת ואין בטקסט רציונל לחזקה שאינה פוסקת. כל הפסקה מבחינה בין שני סוגי חזקות הרציונל של אנן סהדי מופיע רק לגבי החזקה שאומרת משהו אודות המציאות והכללים כולם על חזקה שאינה פוסקת.

**פסקה של שערי יושר:** רבי שמעון שקאפ מתייחס רק לחזקה דמעיקרא- של הקפאת מצב.

חזקה דמעיקרא היא לא מכרעת את מציאות העניין היא לא באה להגיד מה המציאות היא באה לתת פתרון מעשי- התנהגות לפי הדין הראוי להיות. רבינו שמחה תיאר את החזקה שאינה פוסקת כנשענת על ההכרה שלנו, הרי שהחזקה דמעיקרא כשהוא מתאר חזקה של הקפאת מצב הוא מתאר זאת לא בתור משהו שאני יודע אלא בתור משהו שאני נוהג בו.

האור זרוע דיבר על חזקה שאינה פוסקת. הרציונל שנתן האור זרוע לחזקה שאינה פוסקת היה הכרתי הרציונל שנתן רבי שמעון שקאפ הוא רציונל מעשי.

אולמן דיברה על חזקה שאינה פוסקת ועל זה היא נתנה את הרציונל ההכרתי.

יש לנו שני סוגי חזקות ושני הסברים. מעשי- אצל אולמן מרגלית שדיברה על חזקה שאינה פוסקת. שקאפ- דיבר על חזקה פוסקת של הקפאת מצב. אור זרוע דיבר על חזקה שאינה פוסקת של ההכללה והרציונל הוא הכרתי.

\*\*פוסקת כלומר נפסקת מתישהו.

**29.5.12- שיעור 7**

**קריאה:** ד"נ מלול (רובינשטיין).מאמר של לבנוני.

**נטל הראיה**

**ספק סביר במשפט הפלילי**

מידת הוודאות הנדרשת במשפט הפלילי היא מעבר לכל ספק סביר.

הרעיון של סבירות מצביע על המרכיב הנורמטיבי. סבירות היא לא ערך מוחלט שקיים אלא אנו צריכים לדבר על הסבירות שבו, על הממד הנורמטיבי, האם הספק הזה חוקי או לא.

הביטוי לרעיון שצריך לשכנע את השופט שהאיש הוא אשם בא לידי ביטוי בחזקת החפות- הטלת נטל השכנוע על התביעה. נק' המוצא היא שהנאשם מגיע לביהמ"ש אנו יוצאים מנק' החנה שהוא חף מפשע בשלב זה, למרות שאנו מכירים אותו. אסור להסתכל על גיליון ההרשעה של נאשם, אלא רק לפני מתן העונש, לפי החסד"פ. כאשר אנו אומרים את המילה חזקה אנו מתכוונים להחלטה ערכית או חקיקה.

דוג' אחת של סוג של חזקה שמביע במובן החזק ביותר את הרעיון שלא כל חזקה היא בעצם חזקה. חזקה- הנחה שניתן להניח אותה כנק' מוצא. חזקה שאינה ניתנת לסתירה היא לא חזקה, היא פיסת חקיקה. לא אכפת לנו מה קרה, אתה עובר עבירה נטו. חזקת החפות- קבענו חוק, לא מעניין אותנו מה אתה יודע מראש, במקרה הקונקרטי חייבים להתחיל מההתחלה. לצורך המשחק אם אנו רוצים להרשיע אותו יש להתחיל מהתחלה. צריך לשכנע אותנו שעל בסיס הראיות הנאשם אשם. חזקת החפות היא סוג של קביעה שנטל השכנוע רובץ על התביעה. מי קובע את נטל השכנוע? החוק קובע זאת. נטל השכנוע זה פיסת חקיקה נוספת- המחוקק קבע שהנטל רובץ על התביעה. למה מדינת ישראל מטילה את נטל השכנוע על התביעה? מה הרציונל בכך? למדינה יש את האמצעים להוכחה- לא לדרוס את הפרט/ לפגוע בזכויותיו. יש פה שיקול ערכי.

בוויכוח בין הארט לדבלין ביחס לשאלה האם ניתן לאכוף מוסר באמצעות חוקים הארט טוען שאנו מתמודדים עם מעשים פליליים באמצעות מעשים פליליים ולכן אנו צריכים צידוק לכך.

כדי לעבור את הרף של ספק סביר עלינו לקבוע מהו סבירות. נטל הראיה זה לא רק עניין פרוצדורלי כאשר קבענו את נטל השכנוע קבענו מה התוצאה כאשר לא הרמנו את הנטל, מי לוקח את הסיכון או מפסיד. נטל השכנוע זה בסופו של יום אם לא התרתי את הספק סביר מי מנצח ומי מפסיד. בסופו של דבר נטל השכנוע זה קיצור לאמירה בוא נגיד שלא שכנענו מי מנצח ומי מפסיד. באותה מידה שהחקיקה תטיל את נטל השכנוע אנחנו נידרש גם למושג הסבירות- מה החברה רואה כדבר סביר.

**תוספתא, סנהדרין, ח, ג**

חוקרים את העדים חקירה צולבת בדיני נפשות. כאשר באים לחקור עדים שפוטנציאלית יכולים להוציא אדם להורג, לא נשענים על ראיות נסיבתיות בכלל במשפט העברי. אין עדות (לצורך הרשעה נדרשים לפחות שני עדים) ולכן אלוהים יטפל בו, הרוצח מת ע"י הכשת נחש.

כאשר **הרמב"ם בסנהדרין כ, א** מגבש את האירוע הזה להלכה הוא קובע שבדיני עונשין יש צורך בעדות ברורה. גם אם אין לנו ספק, אנו יודעים שהוא ההורג אבל לא ראו זאת, לא ניתן להרוג את הרוצח לפי עדות זו. הפסוק בתורה מצווה את בי"ד לא להרוג אדם נקי וצדיק. ברור שזה נאמר על אדם חף מפשע. אפילו אם יודעים שהוא ההורג, אל תגזרו את דינו למוות והוא כלול בביטוי נקי וצדיק אל תהרוג. הוא נקי וצדיק במובן פרוצדורלי- לא הוכחנו. יש לו את ההגנות של המשפט הפלילי ולכן הוא הורג מבחינה מהותית אך צדיק מבחינה פרוצדורלית. יש שיקול של מדיניות שמונע את גזירת הדין למוות. לעניין המהות הוא ההורג הליכית הוא נקי וצדיק וזו ההגנה של כל חוק פלילי במדינה מערבית, לא מספיק לדעת יש לעבור את הדרך הנכונה.

**רמב"ם סנהדרין כד, א** בדיני ממונות הוא כותב שדיין בדיני ממונות יכול לקבוע לפי אומד דעתו למרות שאין שם ראיה ברורה. הדברים צריכים להיות הגיוניים לשופט וזה בסדר באזרחי אך בפלילי לא.

זה מעורר קושי בדיני ראיות- עפ"י שניים עדים, זכרים, גדולים, לא מכירים אחד את השני, לא קרובים לבעל הדין, דתיים, לא עבריינים- אין סוף דרישות פורמליות נוקשות של הדין העברי. אם כן, למה במשפט האזרחי צריך עדים? במצב שהשופט לא יודע, לא בטוח באמת אז הוא רשאי להסתמך על העדים אבל זה קו הגנה שני. בדין המקורי האזרחי מה שקובע בסדר ראשון זה שכנוע הלב ואם אין אז קו ההגנה השני זה עדים.

בנק' הזו של אומד הדעת יש שיקול מעבר- בדיני ממונות אנו הולכים על מה שהגיוני ובדיני נפשות לא.

**ספר המצוות לרמב"ם מצות לא תעשה רצ**

לחתוך גדרים הכוונה היא לסגור עניין, לקבל החלטות- לא ניתן לקבל את ההחלטה הפלילית עפ"י אומד הדעת ואפילו היה קרוב אל האמת. גם אם זה משכנע זה לא מספיק כדי להוציא אדם להורג. כאשר באים להפעיל את המערכת בשטח יש צורך בהגמשה של דיני הראיות, צריך לתת למלך סמכויות, הוראת שעה וכו. אבל הדין המופשט- מה שנאמר לעיל לגבי קבלת ההחלטה הפלילית.

הרציונל שהרמב"ם מרחיב עליו בספר המצוות אומר בפירוש מה השיקול של התורה- יש כל מיני חלופות שיכולים להיות בראש, חלק הגיוניים מאוד, חלק רחוקים וחלק יכול להיות שכן ויכול להיות שלא. למושג מה יכול להיות יש רוחב- יש מקרים שזה כמעט ברור מאליו שזה קרה ויש מקרים מאוד רחוקים והמרחב הוא גדול מאוד. הרמב"ם מדבר על המדרון החלקלק. אם יש עדים זה בסדר אך אם אין עדים אז לא. המקסימום שיכול לקרות הוא שישוחרר הרוצח ואת זה הרמב"ם מוכן לקבל. אם נפתח את הפתח לאומד הדעת אז יעידו כל אלה שיושבים בכלא ודנים במקרה שלהם שוב.

**לזכות אלף חוטאים יותר טוב ונכסף מהרוג זכאי אחד יום אחד.**

גם לסמוך על עדות של עדים זה מניח כל מיני הנחות אבל מבחינת החבל שזה משחרר לשופט יש משהו מרסן- חייבים עדות אמינה.

כדי להגיע למצב שבו לא נתקרב למדרון החלקלק הרמב"ם לוקח בחשבון שהוא משחרר רוצחים, הוא לא רוצה שהשופט יפעיל שק"ד בצורה לא נכונה ויוציא להורג אדם זכאי.

במשפט הפלילי לוקחים בחשבון אמת מידה של מדיניות חברתית, לוקחים בחשבון את הרגישות שיש להמתה של חפים מפשע, כעניין של מדיניות אנו מוכנים לחטוא לאמת כי אנו לא רוצים להרוג אדם חף מפשע.

המחוקק קובע גם את רמת השכנוע הנדרשת ואת דרך השכנוע, המחוקק גם אומר מה נקרא ספק.

למה המחוקק קבע את נטל השכנוע? כי יש פה גם שיקולי מדיניות. לפעמים שיקולי מדיניות קובעים את הגדרת האמת המשפטית ולא שיקולים של תורת ההכרה. אני יודע שהוא הרוצח אבל קבענו שזה "לא נקרא" כי יש לנו שיקולי מדיניות.

כאן עולה השאלה מה נקרא ספק סביר?

אנו רוצים לקבוע מאזן ערכי לחברה שלנו, 1 ל 10 ברור שזה מאזן שאנו לא יכולים לחיות איתו. לא מספיק לקבוע שיש ספק אלא צריך לקבוע שהוא סביר וכאן הכנסנו את הממד הנורמטיבי למושג שנראה לנו אובייקטיבי. היה ברור לנו שהשאלה עובדתית- יש ספק או אין ספק. הווסת הזה הוא עניין של סבירות חברתית, מה נקרא ספק סביר. אנו דיברנו על הקשריות של טענות.

הקביעה של המספרים (כמה רוצחים אנו מוכנים לשחרר אל מול כמה זכאים שאנו רוצים להציל) האם זה צורך מעשי או שיקול הכרתי- אחד למיליארד זה ספק אבל אם לוקחים ספק עד הסוף לא ניתן לקבוע מערכת פלילית. השאלה היא כמה אנו מוכנים לקחת בחשבון את הספק שמנקר בליבנו.

השאלה היא איפה הגבול בין ספק להפרעה וזו שאלה של הסבירות, לפעמים המחוקק קובע זאת.

ספק הכרתי- האם באמת יש לנו ספק לגבי זה, יש סף מסוים שבו באמת אין לנו ספק, זה לא סביר להגיד שיש פה ספק.

המושג ספק סביר הוא מתפתח במשפט המערבי פחות או יותר מהתק' של המצאת חבר המושבעים במאה ה 13. הרעיון של ספק סביר מתפתח עם הזמן.

המושג של ספק סביר מתפתח מכיוונים שונים והרעיונות השונים שדיברנו עליהם לגבי המושג של סבירות של ספק- מעשי או מעצם הרעיון של מה זה ספק (הכרתי) מלווים אותנו גם בהתפתחות המושג.

למה צריך את המושג ספק סביר כאשר יש חבר מושבעים? המטרה היא להדריך אותם, למה המושג של סבירות עולה כי יש צורך באמות מידה ע"מ להדריך אותם. חבר המושבעים נוצר כתוצאה מחוסר אמון במערכת. יש צורך במבחן אובייקטיבי בהיר כאשר מנחים אנשים- יש צורך בנוסחה בהירה ולא ניסוח מעורפל בהוראות לחבר המושבעים. מדובר על צורך מעשי- הקמנו מערכת ויש לתפעל אותה ולכן מנסחים כלל בהיר- ספק סביר.

המונחים שמשתמשים בהם:

אז השתמשו בכל ספק.

היום משתמשים ב reasonable doubt.

האילוץ מעשי אבל השפה היא מעולם תורת ההכרה, שכלתני. האילוץ יכול להיות מעשי אבל השפה היא הכרתית.

במקביל לרעיון של מתן כלי בידי חבר מושבעים היה עוד דחף לפתח את מושג הספק הסביר באולם ביהמ"ש. קודם כל בדת, הדת הקתולית דיברה על זה שהאפיפיור לא יכול לטעות. בשלב מסוים, במאה ה 16, כאשר הדברים האלה מתחילים להתגבש יותר, ההתנגדות של הפרוטסטנטים בסמכות האפיפיור הם אומרים שיש דבר כזה לטעות. הקתולים אמרו שהוא לא טועה כי אם יש מידה של ספק זה לא יכולה להיות אמונה אבל הפרוטסטנטים אמרו שזה לא נכון- יכול להיות שהוודאות היא לא שלה 100% אבל יש לך אמונה. אם לא תעשה את הקפיצה של האמונה לא תגיע לשום מקום. אמונה לא אומרת שיודעים הכול, יש אפשרות לטעות ובכל זאת יש מקום לאמונה.

פתאום מתחילים לקעקע את מושג הוודאות ומדברים יותר של ספק סביר- אם המדע עד אז דיבר על אמיתות שהנחיל להם אריסטו בתור בעל סמכות פתאום הוא מוכן להטיל ספקות ולבדוק דברים ולעשות רביזיה של תאוריות מדעיות ולכן גם מבחינה דתית אנו מכניסים מושגים של ספק סביר, הדרישות הם של סבירות. העמדה של הפרוטסטנטים לגבי אפשרות לטעות זה טיעון הכרתי.

התפתחות מוסד המושבעים חייב התמודדות עם תחושת האשם. ספק סביר כדי לפתור את המושבע מעוון רצח- לומר שהם היו בסדר מבחינת האמת של המשפט. התפתחות בעולם ההכרה של האדם. התחושה היא שהמושגים של הוודאות על סף העולם המודרני כן מאפשרים מושג רחב יותר של מה נקרא לדעת, זה נכון בעולם הדתי והמדעי יחד.

התפתחויות אפיסטמיות טהורות:

גישות אמפיריציסטיות של המדע אומרות שיש לבדוק, להריץ זאת במעבדה. אחרי שבדקנו מס' גדול של עורבים וכולם היו שחורים אנחנו יכולים להניח שגם העורב הבא יהיה שחור. עדיין יכול להיות שיהיה עורב לבן, אך לא ניתן לדעת זאת, זה מובנה בעולם המדעי.

ג'ון לוק: ידיעה- מבוססת על הניסיון האנושי, בעיקר באמצעות החושים, תוך בחינה של ההתאמה או אי ההתאמה ביניהם, הניח שיש דרגות שונות של ידיעה.

דיברנו לעיל על ספקנותו של דייוויד יום.

תגובה לדייוויד יום: אסכולת ה"קומון סנס" של תומס ריד. מדבר על השכל הישר. סנס- חוש, הגיוני. קומון- רווח. יש פה את המסתבר שזה נמצא יחד עם החושים וגם משהו שמשותף לכולנו- נורמות הכרתיות. יש לנו בסיס משותף שקובע נורמה לא רק בגלל אילוץ מעשי אלא יוצר את האפשרות להחליף מידע בינינו. הנורמה היא לא רק ביצועית היא גם נורמה הכרתית.

מאמר של יניב ואקי, הפרקליט מט 463 (תשס"ח) האפשרות של לעשות פתרונות ביניים כאשר לא יודעים מעסיק גם את הפליליסט.

האם אנו רשאים בדין הפלילי לשכלל את מידת הספק שלי במידת הענישה הפלילית או במידת חלוקת הנטל הכלכלי? בכלכלי התשובה בינתיים היא לא. השופטים לא אומרים שאין אפשרות אלא שהם כשופטים לא יכולים כי זה עניין של חקיקה.

שאלת קביעת הנטל במשפט פלילי וגם באזרחי - נטל השכנוע הוא בפירוש עניין של המחוקק. זה לא מובנה. יכול להיות שהמחוקק יחליט שבנסיבות מסוימות הוא על הנתבע. כאשר קבענו את הרף של ספק סביר ראינו שני הסברים למושג של סביר, שני מניעים לרעיון של סביר. ספק סביר יכול להיות ביטוי מעשי- אנו מודעים לכך שלא ניתן להגיע למאה אחוז וודאות אבל אנו מעוניינים מבחינה מעשית לא לתת לעבריינים להסתובב ברחוב ובגלל שיקולים של מדיניות אנו רוצים לאפשר לספק להיכנס למערכת, אנו רוצים לדרוש סבירות ולא מוחלטות. אפשרות שנייה היא לגבי תורת ההכרה עצמה, בשום תחום של החיים אנו לא מגיעים לוודאות מוחלטת. הידיעה שלנו היא סבירה.

יש שיקולי מדיניות שדרשו מעבר לספק סביר, גם השאלה של עד כמה ללכת היא שאלה של נורמה.

העדפה לשחרר אלף פושעים זה שיקולי מדיניות.

אזרחי- האם ניתן לדבר על דרגות ביניים?

**5.6.12- שיעור 8**

הרציונל בדיני נפשות הוא המדרון החלקלק, אפילו אם יש לך אומדן דעת ברור זה לא מספיק בגלל שיקולי מדיניות חיצוניים, אנו לא מעוניינים להגיע למצב בו הוצאנו אדם חף מפשע להורג.

**המוציא מחברו עליו הראיה. נטל השכנוע והתמודדות עם אי וודאות במשפט האזרחי.**

נטל הראיה בדיני ממונות, מה מאזן השכנוע הנדרש- מטה את הכף. הסתברות עודפת. לא מעבר לכל ספק סביר. מאזן הסתברויות. נבחן עד כמה זה נכון וכן איך מגדירים מי שמוציאים ממנו את הכסף הכלל העתיק בתלמוד הוא המוציא מחברו עליו הראיה, אתה התובע ולכן עלייך הנטל לשכנע אותי כי אתה מוציא את הכסף מהשני. אנו נראה מקרים בהם אנשים מבקשים להשאיר את הכסף אצלם ובכל זאת עליהם הראיה.

אנו נראה מקרים בהם נטל הראיה נופל על הנתבע ולא על התובע.

סדר דין מקוצר: כאשר מגישים אותו, התגובה היא בבקשת רשות להתגונן. אדם צריך בהליך מסוים, אזרחי לבקש רשות להתגונן. תבעו אותו וברירת המחדל שהוא משלם אא"כ הוא מוכיח את צדקתו אך קודם כל עליו לבקש רשות להתגונן.

פס"ד קצין התגמולים נ' פרומה הכט: המוציא מחברו עליו הראיה הינו כלל בסיסי בדין האזרחי ובאופן רגיל מוטלים על התובע בתביעה אזרחית גם נטל השכנוע וגם נטל הבאת הראיות, אא"כ נקבעת בחוק חזקה הפוכה.

על התובע, שנטל ההוכחה מוטל עליו, להוכיח את תביעתו מעבר למאזן ההסתברויות- מעבר לסבירות של 50%.

מי קובע את נטל השכנוע? המחוקק. נטל השכנוע רובץ על התובע. המשמעות היא מי מפסיד ולכן היא נגזרת מהחקיקה. נטל הראיה היא עניין טכני. כל אחד שאומר משהו צריך להביא את הראיה שהוא מתבסס עליה. בסופו של יום יש לבדוק מי הצליח לשכנע יותר. המחוקק יכול לקבוע הסדר אחר. הרעיון של נטל השכנוע הוא לא חקוק בסלע, הוא לא בהכרח זכות יסוד. אם ההליך היה הוגן השאלה מי מפסיד בסופו של דבר היא שאלה נורמטיבית שניתן לקבוע לגביה כל מיני הסדרים.

בפרומה הכט הסיפור היה על חיילת ששירתה בכור הגרעיני בדימונה. היא ישבה שם בתפקיד פקידותי וחלתה בסרטן בראש, היא תבעה פיצויים לפי חוק משרד הביטחון. המחקר אז לא היה בקיא בהשפעה של קרינה על מחלת הסרטן. ביהמ"ש אמר שהמשפחה, הטענה של קצין התגמולים הייתה שהתובעים לא הרימו את נטל השכנוע. ביהמ"ש פסק שיש אפשרות למחוקק לעשות הבחנות במקרים שונים. למשל, בפציעות להשאיר את נטל השכנוע על כתבי התובע כמו כל תביעה אחרת. במקרים של מוות הם פירשו בצורה כזו שנטל השכנוע רובץ דווקא על משרד הביטחון להראות שהפציעה לא נגרמה עקב משהו הקשור למשרד הביטחון. כאשר אנו נמצאים בעמימות יש אפשרות להעביר את נטל השכנוע. בד"כ נמצא חריגות מכלל נטל השכנוע במקרה הקלאסי במקרים של התחשבות סוציאלית. הילדה שירתה בצבא והיא נפטרה מהסרטן- המצב הזה יחד עם השיקול הסוציאלי הוא שניתן להפוך את נטל השכנוע- מי מפסיד אם זה תיקו. בסמכות המחוקק לקבוע שבמצב שחייל או חיילת מתים אם הסיבתיות עמומה, נטל השכנוע מוטל על הצבא.

פס"ד מושב מסלול נ' סולימאן. סולימאן היה חבר באגודה שיתופית בנגב. בסופו של דבר בתביעת הפירוק שהייתה של מסלול עצמו נקבע בתקנון של האגודות השיתופיות שנתן גושפנקא גם לתקנון המצוי של האגודה השיתופית של המושב שבמקרה ששי מחלוקת סביב ניהול הספרים הרישומים של האגודה השיתופית יקבעו ולא הרישומים של הבנק. אם יש וויכוח סביב ניהול החשבונות של החבר, ברירת המחדל היא לטובת המושב גם כאשר המושב הוא התובע את החבר של המושב. המשמעות היא שינוי בנטל השכנוע- כאשר המושב תובע ברירת המחדל היא שהמושב צודק. מי שרוצה להתמודד מול המושב עליו מוטל נטל הראיה.

בנאי אומר שניתן לשנות את נטל השכנוע בחקיקה, אבל רק בחקיקה ראשית. תקנון האגודה השיתופיות זה תקנת משנה. ההבדל המשמעותי ביותר בין חקיקה ראשית למשנית? זכויות היסוד , למשל זכות הקניין, גם נטל השכנוע זה סוג של זכות קניין. כאשר אנו אומרים שהנטל קובע מי מפסיד כסף, פוגעים בקניין של אותו אדם. ההסדר של פגיעה בזכויות חייב להיות בהליך של הציבור כולו. גם בהליך הפלילי מהם האמצעים שבהם משתמשת המדינה כדי ליישם את החוק הפלילי? מאסר, קנס, סטיגמה, עונש מוות. כל התוצאות האלה הן תוצאות פליליות. המדינה כאשר היא פוגעת בזכויות עושה את אותם דברים שהיא למעשה אוסרת. כאן נכנס המרכיב של הכלל, הציבור משתמש בכוחו ופוגע בזכויות כדי לשמר את זכויות האחרים. אנו מסרנו את החירויות שלנו לשלטון כדי שישמור על החירויות שלנו מפני אחרים. המושג של נטל השכנוע פוגע בזכות הקניין ולכן צריך חקיקה אבל חקיקה ראשית מכיוון שיש כאן פגיעה בזכויות. לא ניתן לפגוע בחקיקה משנית בזכויות, מדובר על מעשה שהוא אולטרה ויירס.

נטל הבאת הראיה- הוכחת עובדה או תחליף. נטל השכנוע- מה קורה במצב של תיקו, השאלה היא מי מנצח.

חוק מס ערך מוסף. ס' 132: נטל הראיה על מי שצריך לשלם מס.

83(א): אם חייבו אותי במס ואני טוען שזה לא נכון, אנשי רשות המס באים להוציא ממני את המע"מ עליי הראיה שהייתי בסדר. אלה דוגמאות שהמחוקק הראשי קובע שלמרות שהרשות מבקשת להוציא ממון מהאזרח על האזרח להביא ראיה שהוא לא חייב להביא כסף.

ס' 47א: קונה שהוא חייב במס, שרכש נכסים או שירותים לצורך עסקו או לשימוש בעסקו או לצורך פעילותו, חייב לנהוג כלהלן:

(ג) הטוען שקיים תנאי ס' זה- עליו הראיה.

נטל שכנוע בסופו של דבר נקבע בעיקרון ע"י המחוקק הראשי אבל יש שני סוגים של חריגים: 1. קצין התגמולים- חקיקה סוציאלית. יש אינטרס שנטל השכנוע לא ירבץ על הקורבן. בדיני מיסים יש גם שיקול והוא יכול להיות כפול.

שיקול ראשון הוא הנגישות לראיה. בסופו של דבר הנתבע הוא זה שמנהל את הספרים.

שיקול שני הוא שזה לא בר ביצוע.

יש סימטריה בין שני הקטגוריות בתביעה נ' קצין התגמולים כאשר החיילת מתה, ואין את מי לשאול או שיש קושי בהשגת הראיה נטל השכנוע רובץ על מי שקל יותר בצורה מובנית. המחוקק ער לכך והוא יכול להפוך את נטל השכנוע. למשל, מי ינהל את הספרים? הצרכן. יש פה סימטריה ברציונלים בין שתי הקטגוריות האלה- אנשים שמתים ותשלום מס. הרעיון של התחשבות בקושי המובנה מוצאים בפס"ד הכט ובחוקי המס.

הרעיון שזה בזבוז משאבים שלציבור לא יהיה כסף , יש פגיעה בזכות הקניין של היחיד אבל משריין את זכות הקניין של הציבור שבסופו של דבר חוזר ליחיד.

שיקול אחד הוא נגישות הראיה והשני הוא מדיניות- באותה מידה שיש לי אינטרס שהכסף יהיה בידי הציבור יש לי אינטרס לחמול על ההורים ששלחו את הילדה שלהם לצבא והיא לא חזרה. סוג אחד של רציונל עוסק בנגישות הראיה, אם אדם מת הוא לא נגיש ולכן לא נטיל עליו. סוג אחר של חשיבה עסק בשאלה החברתית- האם אתת מוכן שההורים המסכנים הם אלה שיצטרכו להוכיח וכו. דווקא בזה שוויתרנו למשפחת החיילת התובעת ולמדינה שמטילים את נטל הראיה על מי שמסוגל להביא את הראיה זה סימטרי כי זה עוסק בנגישות הראיות וגם לגבי האינטרס החברתי יש סימטריה.

פס"ד גיורא ארד: הכלל המוציא מחברו עליו הראיה, לא צריך לתפוס אותו מילולית יותר מידי. יש מצבים בהם אנו רוצים להתגונן ועדיין עלינו הראיה. המבחן הוא לא המבחן הפורמלי , קרי אין לראות אותו ככלל ברזל, כי קיימים חריגים, לדוגמא בחוקי מיסוי או סוציאליים, שם המושג של המוציא מחברו שונה לחלוטין. הביטוי הוא מטעה אם אנו לוקחים את כלל המקרים כי יש מקרים בהם נטל השכנוע רובץ על הנתבע. המבחן הוא לא ההוצאה הכספית הפיזית אלא מי מבקש סעד- עליו השכנוע מכיוון שכך קבע המחוקק. המבחן הוא לא מי מבקש להוציא כסף אלא מי מבקש לשנות מהמצב הנורמלי של הדברים. המצב הטבעי של הדברים הוא שמי שתובע הוא זה שצריך להוכיח.

המשמעות של הרעיון של שינוי מצב- שמי שמבקש לשנות מצב הוא סוג של הגדרה שקרובה יותר לרעיון של שינוי תודעתי, הכרתי.

אנחנו כ"כ רגילים למציאות מסוימת, אנו קוראים תגר על איך שאנו רואים את המציאות, על מה שאנו יודעים. מי שצריך לשכנע זה מי שטוען בניגוד למוסכמה. ניתן לתאר גם את נטל השכנוע לא רק כעניין של מי יותר נגיש או שיקולי מדיניות אלא ברגע שאנו מדברים על מה ברירת המחדל ומה אנו משנים ממנה זה הרבה יותר דומה למודל הידיעה- מה שנדמה לך שאתה יודע, אני אומר לך שלא.

קומון סנס- זה לא רק מה מסתבר, זה הדברים שאנו חולקים את החושים בהם עם חברנו. יש כמה דברים מאוד משותפים בראיה שלנו, קומון סנס כאשר מפעילים אותו בנושא של נטל השכנוע מדבר על מצג מתמשך.

סיכום ביניים:

הרעיון של המוציא מחברו עליו הראיה אפשר לראות את זה בכמה ואריאציות- ניתן לראות זאת כהסדר פרגמטי, אם לא נשתמש בכלל שמטיל את הנטל- כל פעם שמישהו רואה נכס שמוצא חן בעיניו והנתבע כל הזמן צריך להוכיח את הבעלות שלו אז זה יוביל למצב של בלגן.

אם אנו רוצים שהמדינה תפעיל כלים כדי לפגוע בזכות של מישהו יש להביא הנמקה לכך. התערבות שיפוטית דורשת הנמקה.

אנשי הריאליזם המשפטי יגידו שכלל זה יישמר את מעמדות העשירים- אם אתה צריך להרים את נטל התביעה כדי לקבל כסף בחזרה מהבנק, אז אנו לא מעדיפים רק את עקרונות הפרוצדורה אלא גם מחזקים את מי שיש לו כסף.

אם השיקול הראשון הוא פרגמטי, הרעיון שנותנים לדברים להתנהל כפי שהם מבלי שנשנה, כשם שאנו מוכיחים כל מיני דברים אודות המציאות והדברים האלה מעצבים את איך שאנו רואים את העולם וככאלה אנו מכבדים אותם.

הגמרא אומרת שהבעיה היא שלא תמיד מקרים אלה עובדים, יש מצבים בהם בצורה מובהקת אין לי עדיפות על פני אחר. במאמר של ג'ון (או לבנוני- תהיה שאלה במבחן מאחד מהמאמרים האלו) יש מצבים בהם בצורה מובהקת אין לנו מושג מי צודק, אם אני אומר שהמחשב שלי ניתן לומר שנטל השכנוע עולה בקנה אחד עם המציאות. באיזשהו מקום עשינו סדר בתודעה שלנו אך מה קורה במצבים של סיבתיות עמומה. אין לנו גישה, הדברים התרחשו מאחורי הפרגוד ואין נגישות לדבר עצמו. מדובר על אירועים אובייקטיביים.

**בבא קמא מו, ע"ב**

מאיפה אנו לומדים את הכלל שנטל השכנוע רובץ על התובע- רב שמואל אומר מי בעל דברים יגש אליהם- נאמר בהקשר של מתן תורה שמשמה צריך לגשת את ההתגלות ולהביא את התורה לבני ישראל. הפסוק הזה לא עוסק בתביעה אזרחית וודאי. יגש- יגיש ניתן להגיש דברים כמו ראיה. משה עולה להר סיני לקחת את התורה- מכיוון שמשה היה בעמדה שיפוטית והוא נעדר 40 יום, התורה אומרת שלמי שיש סכסוך ייגש למחליפים שלו כי הוא לא יהיה. חז"ל פירשו לא רק לגשת אלא גם להגיש ראיה. הגמרא אומרת שלא צריך פסוק לרעיון של המוציא מחברו כי זה אינטואיטיבי. מי שכואב לו הוא זה שצריך לגשת לרופא כדי לדאוג לצרכיו. נטל השכנוע נתפס כאקסיומטי. לשם מה הפס' נדרש?

נזקקין לתובע תחילה- בסדר הבאת הראיות התובע הוא הראשון למעט חריגים.

שו"ע חושן משפט סימן ד.

 השולחן ערוך מביא חריג חשוב לנטל השכנוע. הוא אומר שמדובר על משפט פרטי- יחיד נ' יחיד. אבל יחיד נ' רבים אם יש חילוקי דעות הקהל נקראו מוחזקים. נטל השכנוע שרובץ על התובע חל לגבי משפט פרטי כאשר מדובר על משפט ציבורי הציבור נקראים מוחזקים- מי שמחזיק. מי שבאים להוציא ממנו. זון קביעה נורמטיבית הציבור באה להוציא כסף מהאזרחי והציבור נקרא מוחזק מהתביעה. זה דרך אחרת לומר על מי מטילים את נטל השכנוע. מוחזק זה חזקה שנגזרת מקביעת המחוקק איזה אינטרס מוגן ע"י נטל השכנוע.

במיסים הנטל רובץ על האזרח. ציבור זה כמו המדינה.

מה קורה במצבים בהם העמימות מובנית?

במצבים בהם העמימות היא מובנית מה הפתרון? כל הרציונלים שדיברנו עליהם יש להם גם בעיה נוספת, כאשר דיברנו על מאזן ההסתברות, כאשר הוא מאוד קרוב יש תחושה שמשהו פה לא הוגן. 51 נגד 49 מי שמנצח זה מי שהרים את הנטל. העובדה שהיה קרב הוגן לא באה לידי ביטוי, הכף מוטית על אחוז קטן מאוד. קביעת מערכת של הכול או לא כלום זה לא הוגן. יכול להיות במשהו שהוא מובנה בכל הכרעה, אבל כאשר זה ממש מתקרב א"א להצדיק את התחושה שאם הלכת על הכיוון של הכול או לא כלום, בסופו של דבר זה בסדר.

כאשר מבחינת הצדק הקונקרטי של המקרה שני הצדדים הם אותו דבר, האם זה מצדיק מי יזכה בתביעה? יש פה תחושה לא נוחה.

הסוגיה הזו קיימת במשנה, בבא קמא ה, א.

שור שנוגח משלם חצי נזק והתקרה של התשלום היא עד גובה השווי של הנוגע- משלם מגופו. זה כאילו שהשור שנגח משועבד לפירעון הנזק. אם הפרה הפילה את העובר לפני הנגיחה אז בעל השור לא חייב על העובר, אם היא הפילה כתוצאה מהנגיחה אז הוא חייב לשלם על העובר ואנו פשוט לא יודעים.

אם אין לתובע דרך להוכיח מתי קרתה ההפלה? לפי הכלל הרגיל, הנתבע לא משלם. במשנה כתוב שהוא משלם חצי נזק לולד- שור תם. על העובר הוא משלם חצי מהחצי. הגמרא אומרת שזה דברי סומכוס. הוא אומר שממון המוטל בספק חולקין. לא ממון שאני תובע אבל ממון שהוא מוטל בספק. מצב כזה שהפרה מונחת והעובר ואין לנו מושג מה קרה הוא לקח בחשבון את העובדה שחולקין. חכמים אומרים שכלל גדול בדין זה המוציא בחברו עליו הראיה. יש וויכוח בין הדעה הרווחת בחז"ל לבין סומכוס.

דברי הרי"ף בבא מציעא- מדבר על סדרה של מקרים שיש לגביהם תיקו – ההלכה היא שממון המוטל בספק. הרעיון של המוציא מחברו למרות שהוא רווח הוא לא כלל ההכרעה היחיד שיש. כאשר השופט רובינשטיין מבקש לשכלל את העמימות של הקש"ס ולהגיע לתוצאה שהיא לא הכל או לא כלום הוא מגייס לעזרתו את סומכוס, רמב"ם, רי"ף וכו.

**12.6.12**

"יחלוקו"

מלכים א ג, ט"ז-כ"ח – משפט שלמה

האישה באה למלך וטוענת שהאישה השנייה החליפה תינוקות.

מי מהשתיים צריכה להוכיח? התובעת היא זו שרוצה להוציא את הילד מהשנייה והיא זו שצריכה להוכיח. היא אומרת שהתינוק שלה הגיע לאישה השנייה. הנתבעת אומרת שהבן שלה הוא זה שחי, הילד שהיא מחזיקה בו, החי הוא שלה. המלך משקף את האמירות האלה, הסימטריה כאן יכול להיות שהיא מעידה מי אומרת מה.

המלך משקף את הטענות עצמן.

המשפט "ותאמר האישה אשר בנה החי" יש לו שתי אפשרויות פרשניות- זה יכול להיות מבט מבחוץ, מבט האמת. האישה האמתית אומרת אל תגזורו. יכול להיות שהתורה האמתית התנגדה אבל ניתן להבין זאת גם בצורה אחרת. אמרנו בקטע הקודם שיש שתי נשים שונות- אחת אומרת שהילד החי שהיא מחזיקה הוא בנה. יש אישה אחרת שהילד המת שהיא מחזיקה היא אומרת שהוא הבן של האישה הראשונה.

בנה החי- יכול להיות שהיא החזיקה את הבן החי כאשר היא באה אל המלך. בנה החי- יכול להיות שהאישה שבאופן אמיתי הבן החי שייך לה.

בני החי זה כותרת שאומרת אישה אחת בלבד, והיא האישה הנתבעת, היא זו שמחזיקה את התינוק. התנ"ך אכן מבדיל בין השניים.

אותה אישה שהתנ"ך ציטט אותה כבן החי היא גם זו שאומרת תנו לה את הבן החי ואת המת אל תמיתו אותו.

שלמה מבדיל בין זו שאומרת זה בני החי ובנך המת לבין וזאת אומרת לא כי בנך המת ובני החי.

אותה אחת שאמרה בנה החי, היא הנתבעת היא מוותרת על הילד לטובת האישה השנייה. זה מחזק את ההבנה שהתינוק אצלה כי היא הנתבעת. אותה אישה שאמרה בני החי, היא זו שעדיין מוחזקת והיא זו שמוותרת על החזקה כי היא ריחמה על האישה השנייה.

האם התביעה הייתה אמת או שקר? ברור שלנתבעת יש תינוק ביד, האם היא השיגה את התינוק במרמה או שהיא מחזיקה את התינוק בדין והשנייה שמספרת את כל הסיפור הזה היא שקרנית. ברור שהנתבעת היא זו שהולכת הביתה עד הילד כי היא האם האמיתית והעלילה הייתה עלילת שווא. לפי הקריאה שהביטוי אשר בנה החי מתייחס לא רק למבט על אלא גם לטענות עצמן יוצא שבסופו של דבר הנתבעת הולכת הביתה עם הילד. אם יש התייחסות לטענה אז יוצא שבסופו של דבר הנתבעת זו שאומרת בנה החי חוזרת עם התינוק בסופו של דבר. האם האמיתית מוותרת אבל היא המוחזקת.

יש שלוש אפשרויות להבנת הפרשה:

1. אין מושג אם התובעת או הנתבעת הלכה הביתה עם הילד. אנו לא יודעים מי צדק אנו רק יודעים שהאם האמיתית זכתה.
2. התובעת צדקה שבאמת אי שם באמצע הלילה השנייה דרסה את התינוק, החליפה תינוקות והמסכנה מגיעה לבית הדין ונעשה לה צדק במשפט שלמה. אין לכך עיגון בפסוקים.
3. אנו יודעים מי האם האמיתית, שהיא הנתבעת. היא האישה שאמרה בני החי ואותה אישה היא זו שקופצת ואומרת לא להרוג את הילד והכתוב מעיד עליה שהיא האם האמיתית. כל הסיפור המפורט הוא שקר. היא אימו- כלומר הנתבעת. כאשר אנו אומרים תנו לה את הילוד החי, אנו מבינים זאת שהתינוק נמצא אצל הנתבעת.

יש לנו תחושה שאולי למרות כללי הראיות של המוציא מחברו הצודקת הצליחה להתגבר על ההליכים הפרוצדורליים אבל השאלה הבסיסית היא למה שלמה מציע יחלוקו? חלוקה כאשר מדובר על ייצור חי זה לא פתרון אמת.

כדי שזה יעבוד זה חייב לשכנע, כדי שהמבחן יהיה פסיכולוגי אמיתי חייבים לחשוב שהמלך מסוגל לעשות זאת. בפעם הראשונה הקהל היה חייב לחשוב שזה מה שהשופט יעשה כי אם זה לא היה יצור חי היינו מצפים בנסיבות כאלה לראות שהפתרון יהיה של חלוקה, האם אלו הנסיבות שמצדיקות פתרונות של יחלוקו כדי שהיא תהיה משכנעת. אם זה הצגה זה חייב להיות מספיק משכנע ולכן צריך להגיד שזה מקרה קלאסי בו מלך משתמש בסמכותו לחלוק.

מה עומד בסופו של דבר בבסיס ההכרעה של שלמה המלך כי יכולה להיות פרשנות אחרת לפיה שמואל לא ידע מי האם האמתית.

בבא קמא מו, ע"ב.

"מי בעל דברים יגש אליהם" פירוש הדבר לפי הגמרא הוא שבעל הדברים הוא זה שניגש עם הראיות והוא מתחיל להוציא את ההוכחות. הגמרא אומרת שלא צריך להגיד זאת, זה הגיוני. רב אשי: אין צורך פסוק כדי לומר שנטל השכנוע רובץ על התובע. מי שכואב לו הוא זה שפונה לרופא. המשמעות היא שהרעיון שנטל השכנוע רובץ על התובע הוא אקסיומטי. הגמרא אומרת שזה הגיוני. נטל הבאת הראיות נלמד מפס'. נטל השכנוע זה מובן מאליו שמי שכואב לו הוא זה שמטפל בפצע.

משנה, בבא מציעא ח

משנה ד

המחליף פרה בחמור והפרה ילדה- השאלה היא האם העגל החדש גם עבר בעלים או לא? הפתרון הוא של חלוקה.

משנה ה

יש מחלוקת לגבי פרשנות חוזה, אם הוא מוכר את הזיתים שלו לא לפרי והם עשו פירות- הפירות הם של בעל הזיתים.

רמב"ם, מכירה כ

הלכה י וי"א.

אפילו אם מוכר הפרה או השפחה אומר שהוא לא יודע, הלוקח עליו הראיה. אגם הכוונה היא לשטחים גדולים ופתוחים ואף אחד לא מחזיק בפועל את הפרה. למרות זאת זה בחזקת המוכר עד שהלוקח יביא ראיה. כאשר הטענה היא וודאית, הסיפור מספיק משכנע אותנו כדי שמי שרוצה לסתור אותו חייב להביא ראיה, כאשר אף אחד לא יודע ולא יכול לדעת כלל ההכרעה הוא חלוקה.

ביהדות יש דבר כזה חלוקה. ביהמ"ש בד"נ של עדןם מלול לא מקבל זאת ברוב דעות. יש מצבים בהם כן עושים חלוקה. זו דוג' קלאסית לכך שיש ביהדות חלוקה, נצטרך לנסות לבדוק מה גבולות הגזרה של הפתרון הזה. אבל זה אומר לנו משהו נוסף שיכול להיות רלוונטי לסיפור התינוק ושתי האימהות עם הילד. יכול להיות שלהיות מוחזק- מי שנטל השכנוע פועל לטובתו לא חופפת את מי שמחזיק פיזית את הילד או הנכס, יכול להיות שזה לא מעניין אותנו.

בשני המצבים הפרה נמצאת במרעה, הלכה יא- יחלוקו. הלכה י- הלוקח צריך להביא ראיה. פיזית אין הבדל בין הלכה י לי"א ההבדל הוא בסיפור. אם המוכר אומר שהוא לא יודע מה קרה- מחלקים אם המוכר אומר שהוא יודע יש לשכנע שהסיפור שלו לא נכון.

כאשר אני שלחתי את הפרה למערה היא עדיין ברשותי כי היא יצאה ממני. הדבר נמצא ברשותי למרות שזה לא בחצרות שלי בהגדרה המשפטית אבל זה חזקה שלי במובן הזה שהסיפור הקודם ממשיך ללוות אותנו, לא החזקה הפיזית אלא החזקה של האינרציה של הסיפור הקודם זה נמצא במרעה אבל זה יצא ממני. דבר שהוא אובייקטיבית לא ברשותי, שניתן לנטרל לגמרי זיקה קודמת אז הפתרון הוא יחלוקו.

רמ"ב שאלה ופקדון ח, ה

אדם שגנב לפי התורה משלם קנס- כפל. אדם ששומר ונשבע לשקר ובסוף הדבר אצלו הוא משלם כפל. יש הגמרא מביאה קונסטרוקציות בהן הגמרא מתבלטת מה ההלכה והיא משאירה את השאלה פתוחה. היא אומרת תיקו במובן שהשאלה לא סגורה והיא תעמוד. במצב הזה אומר הרמב"ם שהם חולקים.

 המושג של ממון המוטל בספק חולקים לא הייתה דעת כולם, היא הובאה בשם סומכוס. אנחנו הנגדנו את הכלל של המוציא מחברו עליו הראיה לכלל שממון המוטל בספק חולקים, הבאנו זאת כשתי דעות מנוגדות. למרות שהכלל הוא באמת המוציא מחברו עליו הראיה הרעיון הזה שממון המוטל בספק חולקים לא נעלם. האם המשמעות היא שכשראינו את הכלל המוציא מחברו עליו הראיה, האם הכוונה שבאמת דחינו את סומכוס מכל וכל? הפתרון של חלוקה לא נעלם מהאופק גם אם פוסקים שבד"כ המוציא מחברו עליו הראיה.

גישה אחת תאמר יכולה להגיד שדברי סומכוס באמת נדחתה מההלכה. אבל יש גם גישה שבאה ואומרת שסומכוס צודק ותמיד משתמשים בפתרון של חלוקה בממון המוטל בספק. הגישה השנייה באה ואומרת שסומכוס רלוונטי, לפעמים פוסקים כמוהו ולפעמים לא. לפעמים הוויכוח לא היה קוטבי בקיומם של שני כללי הכרעה אלא איפה עובר הגבול בין שני כללי ההכרעה האלה. הפתרון של חלוקה גם הוא פתרון נורמטיבי, נכון וקיים בנסיבות מסוימות.

גם הרמב"ם מודה שיש נסיבות שבהן לא ניתן יהיה להפעיל את הכלל של המוציא מחברו עליו הראיה, יש פגם מהותי ברעיון של הסתמכות על החזקה והפתרון הנכון יהיה חלוקה.

מאפיינים אפשריים:

הבחנה בין ספק שבדין לספק שבעובדה. ספק שבעובדה אנו לא יודעים מתי הפרה ילדה את העגל אבל גם בהלכה יש שאלות בהם ההלכה לא הוכרעה.

הבדל בין ספק שבדין לספק שבעובדה לפי קטגוריות שאמרנו עד עכשיו. ניסינו להסביר קשר עפ"י שני תיאורים. למשל, מוציאים פתרונות מעשיים כי אין ברירה, חייבים להתמודד עם הספק.

חלק גדול מהרעיון של המוציא מחברו ניתן לראותו כפתרון חברתי או כזה שמכבד את העולם כפי שאנו חושבים שהוא נראה. הפתרון של חלוקה לא באמת משקף את העולם כפי שאנו חושבים שהוא נראה, ברור שזה פתרון מעשי.

מתי הגיוני שנראה פתרונות פרגמטיים של חלוקה? כאשר יש עמימות שאומרת שהסיפור לא רלוונטי. אם היה ספק שבדין, האם החוק מקנה בעלות על מחשבים או לא

שאלה עובדתית שמתעוררת וכל מיני חזקות שעוזרות לנו להגיד שכך אנו רואים את המציאות אבל אם הספק לא עובדתי האם החוק מאפשר קניין פרטי במחשבים למשל. הסיפור של איך העולם נראה הוא לא רלוונטי כי הספק הוא במישור אחר לגמרי. אם השאלה היא בחברה, בהקשר החברתי אז ניתן לומר שהמחשב הוא שלו אבל אם השאלה היא בדין כל הסיפור לא רלוונטי כי הספק הוא לא של מי זה אלא מה החוק אומר. ספק ראשון חשוב הוא בין ספקות שבדין לספקות בעובדה. יש עמדות מתק' הגאונים שסבורה שהכלל המוציא מחברו תקף לגבי ספקות בעובדה אבל לגבי ספקות שבדין זה לא עוזר לנו שאתה מחזיק פיזית עד עכשיו, כל התלבטות בדין הממון הפתרון הנכון הוא חלוקה שוויונית כי ההחזקה בחפץ לא רלוונטית. השאלה היא לא מה העובדות אלא מה הדין לכן כל הסיפור של מי שמחזיק הוא לא רלוונטי בכלל.

הרעיון הזה של בואו נמשיך את תמונת המצב קורס בשני מצבים:

1. כאשר השאלה היא בדין.
2. כאשר זה ספק עובדתי מוחלט ואין סיפור.

למשל, מחליפים פרה בחמור והוא נמצא במקום ניטרלי, אין סיפור שממשיך או סיפור בכלל המצב הוא ניטרלי ולכן הפתרון הוא יחלוקו. יחלוקו לא שייך למודל ההכרתי, הוא סוג של מוצא פרקטי. ברור שזה לא של שניהם. אין ברירה אלא יחלוקו. אנו לא נשענים על המודל ההכרתי במקומות האלה שהוא קורס ולא רלוונטי.

במצבים בהם אין מוחזק, אין מצב קודם. השאלה היא האם המכר חל עליו או לא.

רובינשטיין במלול- כל רעיון החלוקה זה לא סתם רעיון פרגמטי אלא נשען על יסודות של פשרה. בתור פתרון של פשרה פונים לחלוקה.

בבא מציעא ב, ע"א

שניים אוחזים בטלית התלמוד מתבלט מה השורש של חלוקה. שניהם מוחזקים, אין עדיפות. כולם מוחזקים. זה נכון, הצלחנו לחשוף במשפט שלמה מי המוחזקת אבל התנ"ך בהתחלה מצהיר שאין גבר בבית ורק שתיהן בבית בלילה. מדובר על מצב שווה כוח ולכן יכול להיות ששלמה סובר כי מי שמחזיק פיזית בילד זה לא רלוונטי. אין שימור של מצב קודם מבחינת שלמה המלך, המצב מספיק מנטרל אחד את השני כדי שנוכל לומר שאין פה מוחזק, לא ניתן להשתמש במצב הרגיל של נטל הראיה, אין כאן תמונה שניתן לשמר אותה ולכן הולכים לפתרון של יחלוקו. אין פה באמת מישהי שאנו יודעים שזה שלה. כדי שהתפאורה תהיה משכנעת, יש לבדוק מדוע לא השתמשו בכלל הבסיסי של המוציא מחברו עליו הראיה? כי נדמה שנוצרה במעבדה תנאים שזה לא רלוונטי מי מחזיק פיזית, יש כשל במצב ההכרתי, אין לנו מושג. זה שהיא מחזיקה בפועל בילד יכול להיות לא רלוונטי.

בסופו של דבר הפתרון הוא יחלוקו כי שלמה המלך מביון שיש מצב של ספק עובדתי מוחלט, זה שמישהי מחזיקה בילד לא רלוונטי.

אפשרות אחת היא שהוא מצליח לשכנע ברעיון שלו- האישה האמתית היא זו שקופצת.

אפשרות אחרת- ניתן להגיד שכל הטענה הייתה בכלל טובת הילד. לשלמה אין מושג מי האם, אישה שמוותרת היא זו שמגיע לה לקבל את הילד. אישה שמוכנה שהילד יחתוך אנו לא רוצים להפקיד בידיה את הילד גם אם הוא שלה. יש פה שיקולי מדיניות חיצוניים. שלמה לא מוכן לקבל את החזקה הפיזית כמשהו שמטה את הכף כאשר מדובר בנסיבות שמחקות ספק עובדתי מוחלט.

כדי לבסס את הרעיון של ספק עובדתי מוחלט ראינו את המקורות בהם התלמוד מדבר על יחלוקו. נטל השכנוע- מסתכלים על איך המצב ממשיך אבל יחלוקו רלוונטי למצבים של ספק עובדתי מוחלט כאשר התאוריה של המשכת המציאות נכשלת.

**19.6.12**

הגרלה נראית לנו כאנטיתזה להכרעה שיפוטית. התמודדות פרגמטית נראית לנו יותר טובה מאשר התמודדות אפיסטמית (המבוססת על ההכרה).

במבט ראשון הגרלה נראית לנו הבחירה האולטימטיבית כדי לברוח מהכרעה.

**הגרלה כהכרעה שיפוטית או מנהלית**

דעת הפסיקה:

ברק: אין הרשות הציבורית ראשית לבחור בין האופציות הסבירות בדרך של הטלת מטבע, או בכל דרך אחרת שאין בה משום קידום מטרות החקיקה.

בפס"ד של השופטת אלישבע ברק שם היה סיפור של פיטורי עובדים והדרך שנראתה טובה יותר למפעל הייתה לפטור ע"י הגרלה, רצון לשוויון עד הסוף.

מה מציק לנו בפיטורין על דרך ההגרלה? נגד הגרלה- אין התייחסות לצרכים האישיים של העובד. בעד הגרלה- אובייקטיבי, לא תלוי בשיקולים חיצוניים,

ברור לנו שכאשר אנו מחליטים עפ"י הגרלה אין הנמקות, לא יורדים לפרטים של האדם.

שיקולים בעד הגרלה : בפס"ד סולפרד נ' עמישי נאמר כי אין לראות בהטלת מטבע כנוגד את תקנת הציבור.

שיקולים נגד הגרלה : בפס"ד פלא דור (א) יש ציפייה לקבלת החלטות באופן רציונלי.

(ב) עלולה להיות פגיעה באמון הציבור.

עם זאת יש חוקים שנשענים על רעיון של הגרלה:

חוק הירושה- ס' 116. יש נכסים שיש לחלקם עפ"י הגרלה.

בהמשך נעשה הבחנה בין שני סוגי הגרלה:

מקרה אחד – של ירושה.

מקרה שני – חוק הבחירות לכנסת, ס' 81 (חלוקת מנדטים): כאשר יש שתי רשימות או יותר בעלי מודדי רשימה שווים( דהיינו רשימות שזכו באותו מספר של קולות), תכריע הגרלה שתערוך הועדה המרכזית, איזו מהן תזכה במנדט נוסף.

**מתי המשפט הישראלי יסלוד משימוש בהגרלה?**

איפה שאנו מצפים לנימוק רציונלי.

יש שני סוגים של החלטות:

1. עוסקים בחלוקת משאבים, יש לי מס' מוגבל של נכסים. זה יכול לעבוד בכיוון ההפוך- נכס שלילי- חלוקת סיכון, על מי מטילים את הסיכון.

הגרלה היא עיוורת, לא לוקחת בחשבון שום שיקול ולכן היא עוסקת בהחלטה פרוצדורלית טהורה.

במקום שיש חלוקת משאבים אנו יותר נוטים לקבל את הפתרון של הגרלה כפתרון דווקא בגלל שהוא נקי ואין בו רציונל.

נראה יותר שימוש בהגרלה בחלוקת משאבים למשל- מנדטים, חוק הירושה וכו.

1. תחליף לשיקול דעת. לא ניתן להיפתר מאחריות של שק"ד ע"י העברה לתחום שהוא רנדומלי לחלוטין. בסוג החלטות כזה לא נוטים לקבל הגרלה.

הבחנה כזו נראית לנו במבט ראשון כהבחנה מסתברת. אנו לא סולחים כאשר בסופו של דבר מה שאנו מצפים ממנו לשק"ד לא מקבל זאת.

חלוקה שוויונית של סיכון

בסופו של דבר נטל השכנוע זה סוג של הטלת הסיכון על מי שאנו לא יודעים בסופו של יום מי צודק ומי לא. ניתן היה לחשוב על מערכת בה השאלה מי מפסיד לא ידועה מראש וזה בעייתי לקבוע מראש מי צודק ומי לא. יכול להיות שהיה מקום לומר שנטל השכנוע זה סוג של סיכון שאנו לא יודעים ואנו לא מסוגלים לדעת, ניתן לומר שאת הסיכון הזה נחלק בצורה שיוונית בין תובעים לנתבעים ואולי היה צריך להטיל את נטל השכנוע בסופו של דבר על מי שההגרלה מוצאת לנכון כי זה סוג של סיכון. ההגרלה אולי לא כ"כ נוראית, ניתן להגיד שהיא נוראית כי זה במקום לברר, אבל אם ההגרלה היא אחרי שביררת, על מי נטיל את הנטל הזה ? יש כאלה שכותבים בספרות שדווקא את השאלה של התיקו, הנכס השלילי הזה שמי מפסיד בתיקון שלא ניתן לברר אולי שם היה נכון להטיל את הסיכון לא בצורה גורפת מראש אלא לקבוע מנגנון של הגרלה עיוורת.

אם הגענו למסקנה שזה תיקו והחלטנו מראש מי מפסיד במצב של תיקו, שזה התובע למה שהוא יהיה זה שיפסיד מראש?

אנו קובעים מראש מי מפסיד בתיקו, אולי נוכל לקבוע זאת אחרי שביררנו.

אולי את השאלה מי מפסיד בתיקו יש לבזר על בעלי הדין ולקבוע בהגרלה מי מפסיד ומתי.

זה דרך אחרת של יחלוקו כי במקום לחלק את הכסף אנו מחלקים את הסיכון.

**הבחנה בין חלוקת משאבים לשיקול דעת**

במדבר, כו נב-נו

חלוקת הנחלות המקורית עם הכניסה לארץ נעשתה בסופו של דבר ע"י הגרלה "אך בגורל יחלק את הארץ..."

יהושוע יג, ב-ז

למרות שבסוף ימיו לש יהושע לא הספיקו לכבוש את הכל- "הפלה (גורל) לישראל בנחלה כאשר ציוויתיך"

דוג' לכאורה לחלוקת משאבים.

בבא בתרא, קו ע"ב

הגמרא מנסה ללמוד מסיפור חלוקת הנחלות עם כניסתן של בנ"י לא"י מנסה לראות מודל לחלוקת ירושה בין אחים עפ"י הגרלה.

ההגרלה יוצרת מציאות משפטית, פעולה קניינית החורגת מדרכי הקניין הקלאסיים.

טעם ההגרלה:

ר' אלעזר: בכניסת בנ"י לא"י הם חילקו את הנחלה בגורל, גם כאן נעשה זאת. הגמרא דוחה את זה ואומרת שזה לא מודל טוב.

דוג' מחלוקת א"י שנעשתה במשכן עם האורים ותומים לא דומה לחלוקת ירושה בין אחים. הגמרא מקבלת את ההבחנה והיא אומרת שחלוקת הגרלה בין יורשים מושתתת על הגרלה.

גמרי ומקנו להדדי- גומרים בדעתם ומקנים אחד לשני. יש פה נסיבות של הקנייה הדדית והסכמה להגרלה.

אם היינו מבדילים בין הממד ההכרתי לפרגמטי, ההגרלה מספקת ממד פרגמטי- אין לנו תשובה אחת נכונה, אין ברירה ולכן אנו מקבלים זאת.

בגדול ההגרלה מושתתת על ההסכמה וחוק הירושה לא.

חלוקת הארץ לא נתפסת רק כפתרון פרקטי, משהו אחר מסתתר בחלוקת הארץ. אם שבט דן ירש את גוש דן בתחילה יש השגחה אלוקית שמשתקפת באורים ותומים ובקלפי שבמגרש וזה לא דומה לחלוקת ירושה בין שני אחים.

האם זה נכון לומר בכל ההגרלות או רק כאשר מדובר על אורים ותומים?

יש מקרה מובהק לכאורה ששימוש בהגרלה במקדש, השאלה היא איך לפרש זאת- האם כאין מוצא אבל המקדש דווקא לעשות הגרלה ביום הכי קדוש ובמקום הכי קדוש כדי לראות איזה שעיר הוא לעזאזל ואיזה לא , לא נראית כהחלטה מעשית שאין ברירה ולכן עושים הגרלה.

ויקרא טז, ה-י

נראה קצת מוזר שביום הכיפורים ההחלטה תהיה רק על בסיס הגרלה.

הגורל של המן- כאשר הוא מפיל פור האם הוא רצה להביע אדישות מוחלטת?

יש שתי גישות עקרוניות להבנת סיפור הגורל של המן:

1. פחות מקובלת. יש כנראה רגליים לדבר שהמן משתייך לכת מכשפים שמאמינה באמונות תפלות של המזרח הקדום, יכול להיות שהוא רוצה לדעת מתי להרוג את היהודים וההגרלה לא תשקף את רצון האל כי הוא לא מאמין באל אחד אלא את כוחות הרשע. גישת ההשגחה, לא אלוקים הוא המשגיח אלא כוחות הרשע.
2. ניתן לראות את הגישה של המן כמבטאת רעיון שלהרוג את היהודים זה סוג של משאב, יש כפירה בהשגחה עצמה. זו הגישה המקובלת, מדובר על ההיפך הגמור של ההשגחה- אין דין ואין דיין והוא רוצה לבטא את הבוז שלו ליהודים דווקא ע"י שימוש בגורל. תפיסה שהעולם מתנהל בצורה אקראית ללא השגחה בכלל. גם בתככים פוליטיים אקראיים, ללא שום איזכור שם שמיים בהגרלה.

לאחר שעשינו את ההבחנה בין חלוקת משאבים לשימוש בשיקול דעת נדבר על פרשת עכן.

יהושע, ז י-י"ח.

כובשים את יריחו ומוכרז חרם על השלל, מישהו לוקח מהשלל ובסופו של דבר בנ"י נוחלים מפלה אדירה במלחמת העי.

מתואר תהליך של הגרלה.

האם הפרשה הזו שומרת על ההבחנה שעשינו בין חלוקת משאבים לבין שיקול דעת?

ההגרלה כאן מתוארת קודם כל ככלי לברר מי הפושע ולא רק לחלק איזשהו משאב.

לא סומכים רק על ההגרלה, יש גם הודאה וסיוע של ממש. עכן אומר שהרכוש שנגנב הוא באוהל וזה אכן שם. זה לא רק הגרלה והודאה יש פה סיוע של ממש. לגמרא יש בעיה עם ההגרלה הזו, כי כאשר עושים הגרלה בקבוצה סגורה ברור שזה ייפול על מישהו ואין לך ערובה שזה ייפול על הבנאדם הנכון.

סנהדרין מג, ע"ב

יהושוע שאל את ה' מי חטא וה' אומר לו שהוא לא מלשן ושיעשה הגרלה.

ההגרלה של א"י יש בה את ההשגחה לעומת סתם חלוקת משאבים. זה כאן יש פה חריג- אם היינו הולכים להמשגה המשפטית הרגילה ניתן לומר שזה לא שימוש נכון בהגרלה. יהושוע אומר שהוא יודע אך הוא לא מחפש את ההבחנה המשפטית.

מה לוקח את ההגרלה מהקטגוריה של שק"ד ושם אותה בקטגוריה אחרת? ההשגחה האלוקית. ולכן אומר יהושוע ההגרלה כאן והגרלה שנראית לעיניים בלתי מזויניות כחלוקת משאבים בלבד זה קטגוריה שלישית. חלוקת הארץ היא לא חלוקת משאבים וההגרלה של עכן זה לא שק"ד. בחלוקת משאבים משתמשים בהגרלה ללא אורים ותומים

יש כאן קטגוריה שלישית- ביטוי להשגחה אלוקית.

שמואל א יד, לו-מה

פורצת מלחמת עצמאות. בתק' של שאול המלך לא היה שלטון עצמאי בישראל, היה אסור להם להחזיק כלי נשק באופן פרטני. שאול הטיל חרם לא לאכול ויונתן שלא שמע זאת אכל. העונש על אכילה היה מוות. לא ידעו מי עבר על השבועה ולכן עשו הגרלה.

כל הלוחמים מצד אחד, שאול ויונתן מצד שני. כאן משתמשים בגורל ככלי לברר. אבל יש יוצא דופן- מעמד של כהן ואורים ותומים- וישאל שאול באלוקים. יש כלי מקדש ושימוש באורים ותומים.

אין כאן חלוקת משאבים, בירור- יש כאן שימוש בהשגחה וזה אולי קטגוריה שלישית נפרדת. זה דומה למקרה של עכן.

ספר חסידים תרעט שהוא ספר מיסטי של כיתות אשכנז הראשונים.

אם אנשים עוברים בים, יש סופה וסערה ושאר הספינות עוברות בסדר חוץ מאחת, מפילים גורל ומי שעולה בו הוא זה שזורקים אותו לים. לא מדובר על קונטקסט של מקדש, כהן וכו.

תשא: בפסקה אחרת אומרים שלא רשאים להפיל גורלות כאשר יש רוח סערה במעבר של ספינה. הסיבה היא שני המקרים נראים לכאורה סותרים, במקרה בו אין רשאים להפיל, סתם יש רוח סערה בים ואין משהו שמצביע על השגחה אלוקית מיוחדת. במקרה הראשון כל הספינות עוברות בשלום חוץ מאחת. בסיפור של ספר חסידים חיפשו

תהליך הגרלה- עושים הגרלה 3 פעמים וזה יוצא על אותו אדם. יש פה 3 קטגוריות: חלוקת משאבים נטו, בירור אמת ששם אנו לא רוצים להשתמש בהגרלה כתחליף ושלישית שהתייחסה במקרא לנסיבות של המשכן שהתורה אמרה שלא ניתן ללמוד מהם לחלוקת משאבים. בסיפור של עכן יהושע מקשר בין חלוקת המשאבים לעומת השימוש הלא נכון בהגרלה. ספר החסידים עושה הבחנה בין מקרה של סתם סערה והגרלה יוצאת דופן.

שו"ת חוות יאיר, ר' יאיר בכרך. יש סיפור שעושים הגרלה מי זוכה באיזה גביע כסף. עושים מס' טעויות בהגרלה. הטענה שלו היא שאם ההגרלה לא שיווניות היא לא יכולה לשמש ביטוי להשגחה ובכל הגרלה יש ביטוי להשגחה. בגלל שההגרלה לא הייתה שוויונית לא יכלה להיות שם השגחה אז גם התשובה האחרת היא לא שוויונית. אם זה לא שוויוני לא ניתן להגיד שיש בזה השגחה.

יש בסילבוס סיפור באנגלית על הגרלה- צריך לקרוא אותו

הגרלה למטרות רשע לא יכולה להיות כלי להשגחה אלוקית.

בהתחלה הצגנו את ההגרלה כללי ביצועי, פרגמטי טהור- אין לנו ברירה אנו רוצים זאת בחלוקת משאבים בהם המשפט לא אומר לי כלום. המשפט מעדיף אולי הגורל במצבים בהם אנו לא מחפשים את העיוורון. הגרלה שמעורבת בה השגחה היא כלי הכרתי- מה אלוקים אומר במקרה זה.

חוות יאיר- כל הגרלה שוויונית יש בה ממד של השגחה.

הרבה פעמים הביטויים של אי וודאות הם לא ספק, אלא כך אנו מנהלים את התודעה שלנו.