**אי וודאות**

**ספקות במשפט**

החיים מלאי אי וודאות. המשפט מתמודד עם אי הודאות הזו.

**שתי אסטרטגיות של התמודדות עם אי הוודאות:**

**נטל ראייה –**בפלילי – "מעבר לכל ספק סביר. בכל תחום זה דרישה שונה. גם בשיטות משפט שונות הדרישה היא לא אותה דרישה.
אזרחי – "המוציא מחברו עליו הראיה".
"מאזן הסתברויות".
המכנה המשותף בין ההחלטה שבמשפט הפלילי נלך על רף של מעל לכל ספק סביר וההחלטה שבאזרחי הולכים לפי מאזן הסתברויות היא החלטה שווה – כלומר הבעייה היא אותה בעייה – **מה עושים כשלא יודעים מה לעשות, ואיך אני מגיב לחוסר הידיעה – בכל תחום אנו מגיבים בצורה שונה (פלילי/אזרחי).**

האם בכלל שופט יכול לומר – "אני לא יודע". – **מאמרו של מאוטנר – "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים" –** בשיטה פורמלסיטית יש תשובה אחת נכונה לכל שאלה משפטית. אבל גם אצל דבורקין שהוא לא פורמליסט יש תשובה אחת נכונה לכל שאלה.

**המשפט הרומי –** שופט יכל היה לומר – איני יודע לפסוק את הדין, אבל היו מחליפים את הדיין.
**מדוע בחברה שלנו אנו לא סובלניים כלפיי הרעיון ששופט יאמר אני לא יודע מה לעשות?**אני בחברה משלם מיסים – יש לי בעייה – ואני רוצה לקבל מענה! זה נובע מהברית הבסיסית הקיימת בין האזרח למדינה. אני מוסר את החירויות הבסיסיות שלי ואני מצפה שתחילו עליי את החוק. אם אתה אומר אני לא יודע ואתה מייצג את המדינה יש פה בעייה. בתור שופט אתה חייב לספק שירות ושופט שאומר שהוא לא יודע זה סוג של הפרת חוזה. **הפתרון במשפט הרומי הוא להעביר שופט. גם במשפט העברי זה היה ככה.** המדינה פה בעצם לא מפרה חוזה כי היא נותנת שופט מחליף שיתן לך פתרון.

**במשפט הישראלי –** פס"ד 238/53 בוסליק נ' היועמ"ש – "למד לשונך לומר איני יודע אינה הוראה המכוונת אל שופט והוא חייב בדרך כלל להגיע לדעה ברורה ומוחלטת בכל שאלה משפטית המתעוררת לפניו.

**לדעת זילברג –** השופט חייב לדעת את התשובה. הוא לא יכול לומר שאין לו הכרעה. גם אם יש מחלוקת שופט חייב להכריע במחלוקת ולתת תשובה סופית. אין פה גם הסדר שאומר שאם שופט לא יודע אז יחליפו אותו! ההסדר הרומי לא קיים במשפט הישראלי.

יש שיטות משפט **ששיפמן** מביא במאמרו – בהן קיימת סנקציה נגד שופט שאינו מכריע. זו עבירה פלילית לשופט לומר איני יודע.

**בהלכה –** בתורה – משה אומר – "כל הדבר הקשה יביאון אליי".

**משנה סנהדרין ג**

"נושאין ונותנים בדבר, שניים אומרים זכאי ואחד אומר חייב זכאי. שניים אומרים חייב ואחד אומר זכאי חייב. אחד אומר זכאי ואחד אומר חייב ואפילו שניים מזכין או שניים מחייבין ואחד אומר איני יודע – **יוסיפו דיין."**

פירוש המשנה לרמב"ם – כל הזמן מדבר על כך שמוסיפים דיינים. **ולא יחדלו מעשות כן עד שיהא שם מספר אומר סברא ומספר יותר ממנו אומר בהפך אותה הסברא –** מוסיפים את הדיינים עד 71 דיינים – זה ביה"ד הגדול בירושלים! זה הגבול כמה יכולים להוסיף דיינים כדי שתהיה הכרעה!
**הרעיון כאן הוא שמוסיפים כל פעם שני דיינים עד 71.** יש פה בעייה מובנית כי כל פעם מוסיפים שניים לאותו דיין. למרות שיכול להיווצר מצב שבו יהיה מספר דיינים זוגי – **המטרה היא לנסות לשכנע את אותו הדיין הראשון – ליצור דיון יותר עשיר! במשפט העברי אם אתה לא יודע – עוזרים לך ומעשירים את דעתך בניגוד למשפט הרומי!** אתה אחראי לתוצאה של נתינת פסק דין ועוזרים לך ומעשירים את הדעה שלך.

**יש הבחנה בין שני סוגי ספקות:**

כשמדברים על ויכוח בביה"ד – כלומר אחד יודע ואחד לא – יש פה ויכוח על הנורמות- למדים זאת מהמילה סברא! מדובר פה על שאלה של חשיבה – של נורמות ולא לגבי העובדות.

**יש שני סוגים של ספקות:**

* **ספקות עובדתיים –** אינני יודע מי רצח. בספר מתח טוב לא יודעים את העובדות מי רצח. בד"כ מתמודדים עם הספק הזה באמצעות בירור עובדתי – אם מביאים עדויות/ראיות. זה התהליך בתוך אולם המשפט.
**א. נטל ראייה הוא סוג של הכרעה בספק עובדתי! כלומר אם אחרי כל הראיות אני לא עומד בנטל הראיה – אני אזכה.
ב. גם חזקות –** סוג של הכרעה בספק עובדתי. ש לנו חזקות במשפט – אנו מניחים לפי מעשה מסויים את הכוונה של האדם. מניחים שאם אדם מכוון אקדח יש לו כוונה פלילית.
אלו דרכים להתמודד עם ספקות עובדתיים.
* **ספק שבדין-** איך מלבנים ספק שבדין? כשיש שאלה פרשנית מסויימת – צורת ההתמודדות שלי בספק שבדין – אנו משתמשים בהיגיון שלנו!
**א. היקש –** סוג של פתרון לספק בדין.
**ב. שיקול דעת -** דבורקין והארט מדברים על שיקול הדעת של השופט – במובן הצר או הרחב.

בהלכה היהודית יש תחום שלם של התמודדות עם אי ודאות. יש מערכת שלמה של **דיני ספקות.** חלק מהכלים הללו משמשים אותנו מידי יום ביומו, ולא רק בהלכה. אנו כל הזמן מפעילים כלים להתמודדות עם ספקות שבעובדה ובדין.

**בספק העובדתי -** כשבסופו של דבר מביאים ראייה – ומבקשים ללבן ראיה והשופט מקבל חוות דעת ותסקירים והוא צריך לקבל החלטה מסויימת – **הרי הוא לא באמת יודע מה היה שם. בגלל השיטה האדברסרית שלנו – מניחים בצורה מובנית כי לא הכל מציגים! לא הכל אומרים לשופט.
גם מבחינת דיני הראיות –** יש כל מיני דברים שמונעים את גילוי האמת! למשל חסיונות, ראיות לא קבילות. עו"ד למשל יודע דברים שקרו – ויכול ללבן את האמת אבל לא יאמר בגלל חיסיון.

כלומר – כל המודל התמים הזה של שופט שמגיע לחקר האמת אחרי שמיעת הצדדים – **זה לא נכון כי יש מסננת נורמטיבית – השופט לא נגיש באמת למה שהיה. הוא לעולם עובר דרך מסננת נורמטיבית – של החלטה ערכית של החברה –** החברה מחליטה למשל שהיא לא רוצה שהבעל יעיד נגד אישתו – ואז אם הם ביצעו למשל עבירה יחד הם לא יעידו אחד נגד השני.

**במשפט העברי –**

* **הטייה לטובת הנאשם**- במקרים של עונש מוות יש הטייה חזקה מאוד לטובת הסנגוריה!
* **דיני "פסולי עדות" –** לא רק עניין של בעל ואישה – אלא אם יש כל מיני רחוקי משפחה יהיו פסולי עדות לפי ההלכה.
* **כללים פרוצדורליים נוספים.**

**השופט רואה עובדות דרך מסננת נורמטיבית – כלומר דרך המצב החוקי – איך שהחוק קבע זאת.**

**יש הבחנה חשובה בין ספק לספקנות**

* **ספק – מצב עובדתי** מסויים שחסרה בו יחידה מסויימת – כמו פאזל – חסר לי משהו בעובדות. אני לא יודע מה חסר לי. עקרונית ניתן להשלים את החלק החסר בפאזל. יכול להיות שהילדה שנחטפה לא תחזור יותר אבל אם היא תבוא ניתן יהיה להשלים את הפאזל. זהו מצב שבעיקרון ניתן להשלים את החסר כי הוא נובע מחוסר מסויים שאם יתגלה ניתן יהיה להשלים!
* **ספקנות –** **היא טענה** – פקפוק בעצם היכולת לדעת. הספקן טוען שיש בעייה מובנית בידיעה שלי. יכול להיות שאני יודע ויכול להיות שלא. ספקנות יכולה להיות גם גישה לחיים או יכולה להיות בתחום מסויים – למשל ספקנות דתית. יכולה להיות ספקנות מדעית – למשל מה שהמדע היה משוכנע בו בזמן ניוטון עכשיו לא נכון ואז אני ספקן מדעית. למשל אני אדם מאוד רציונאלי ודווקא בגלל זה אני מבין כי בתחום מסויים יש לנו בעיות ידיעה מובנות. אני מבין כי הידיעה שלי מוגבלת בנושא מסויים.

**כיצד נבחין בין ספק לספקנות: צריך לבדוק – אם היינו מוסיפים עובדה מסויימת או ראייה מסויימת האם היינו מקבלים תשובה? למשל במשפט אולמרט – העד מת – אם הוא היה חי היינו מגלים את התשובה – כלומר מדובר על ספק! כלומר האם איכשהו אפשר היה לגלות את האמת (לא משנה שכעת אין לנו ראיות). לעומת זאת, ספקנות – יש לנו את כל העובדות! כעת נבדוק – האם עם כל העובדות אתה באמת יודע את התשובה?!**

דוג': **מה קורה באולם ביהמ"ש ספק או ספקנות?**
בגלל שראינו שכל עובדה בביהמ"ש עטופה בנורמות, ובגלל שהשופט תמיד תלוי במישהו כדי לדעת עובדות וראיות (עו"ד) – **השופט תמיד יהיה ספקן . לעולם שופט נשען על דברים ולכן תמיד יהיה ספקן – הידיעה שלו מוגבלת ולעולם הוא לא ידע את הכל!** אבל אחרי שהוא מבין כי אף פעם לא יבין את הכל הוא אומר שאין מה לעשות והוא חייב לפסוק! כי אין לו ברירה והוא יהיה חייב להכריע במקרה שלפניו.
יש בעייה מובנית באמירה של שופט שאומר – "כך היה". כי הרי הוא לא באמת יודע! **זה לא נכון לומר כי שופט יודע עובדות! כי אולי לא הביאו לו את כל הפרטים.**

**שתי גישות להתמודדות עם ספקנות:**

* **גישה מעשית/פונקציונאלית –** כלומר השופט לא יודע הכל והוא חייב לפסוק ולעבוד עם מה שיש לו מבחינה ביצועית – והוא אומר אני מעדיף לשלוח את האדם הזה לכלא למרות שאני לא **יודע** אם זה קרה או לא כדי למנוע פשע במקרה שהוא באמת עשה זאת.
**כלומר לך תנהל מדינה אם כל הזמן השופטים לא בטוחים ולא יודעים! מבחינה ביצועית חייבים לפעול.** כלומר אני לא יודע אבל יש לי **אילוץ מעשי** לשפוט ולהכריע ואי אפשר לנהל אחרת מדינה! חייבת להיות מידה מסויימת של צדק גם אם נטעה בהחלטות. ("ניהול הבורות" כדברי קיטון)
* **גישה הכרתית - אמנם יש פרצה מסויימת בידע שלנו אבל בצורה אנושית ניתן לומר שאני יודע.** יש דברים בחיים שאנו מניחים שהם נכונים למרות שלא ניתן להוכיח הכל. וזה נקרא אנושית לדעת. יש לנו גישה לPכאמת דרך צידוקים, אך ייתכן וזו תתגלה כטעות.

דוג': תלמיד אומר למורה שחייזרים לקחו לו את שיעורי הבית.

**לפי הגישה המעשית** – המורה מבינה כי היא לא יודעת אם זה באמת קרה ואולי התלמיד זכאי אבל אי אפשר לנהל אחרת כיתה ולכן אני אכריח את התלמיד הזכאי לעשות שוב ש.ב
**לפי הגישה ההכרתית** – אנו יוצאים מנקודת הנחה שהמורה יודעת – כי ככה האנושות יודעת שאין חייזרים.

**10.3.13**

**נחזור על ההבחנה בין ספק לספקנות:**

**ספק:** כאשר בגדול ניתן לפתור את הפאזל. **ספק זה מצב**
**ספקנות:** כאשר יש פקפוק בעצם היכולת שניתן לדעת. זה משהו יותר מכרסם. יכול להיות שלא ניתן לדעת. **ספקנות זו טענה שיש פה משהו מהותי שלעולם לא נדע אם אנו יודעים או לא.**

**תיאור של דקארט** – מופע של הספקנות המודרנית - נקראת ספקנות קאטזיאנית – "אני חושב משמע אני קיים" – הוא אמר את זה בהקשר שהוא ישב ליד האח והוא לא ידע אם מדובר על חלום או מציאות ואז הוא אומר שאם הוא חושב אז קורה פה משהו- כלומר זה מציאות.

**נבדוק האם ביהמ"ש נתון בספק או בספקנות:**

* **השופט קיטון –** בגלל שיש שני צדדים בכל משפט – השופט אף פעם לא יודע את האמת לאמיתה כי לא תמיד הצדדים מביאים את כל הראיות ואת כל האמת. והשופט לעיתים יודע שמשהו פה לא מסתדר והוא חייב לשפוט לפי המידע שיש. למשל אם יש שתיקה של הנאשם וחיזוק – הוא לא אומר כלום – אז אנו יודעים שאנו לא יודעים משהו!
ראינו שיש שתי גישות להתמודדות עם ספק/ספקנות – מעשית והכרתית.
גם לפי קיטון – למשל לפי הגישה המעשית – למרות שהשופט לא יודע הכל הוא חייב לפסוק כי כך הוא חייב לנהל מדינה.
כשרוצים לעשות צדק – אנו מנסים **לנהל את הבורות שלנו –** כלומר בצורה מובנית אנו יודעים שאנו ספקנים. השאלה היא איך אנו מנהלים את אי הודאות שלנו. הצדק הוא לא מושג אפלטוני – זה אומר להיות מודעים לכך שאנו לא יודעים ולנהל את זה בצורה הכי טובה והכי הוגנת שיש. ולקחת בחשבון שיש סיכונים לדבר הזה – שאולי נרשיע מישהו בטעות למרות שהוא זכאי! הדברים שעוזרים לנו להתמודד – זה נטלי שכנוע, חזקות, ואמות מידה שונות לנטל הראייה.
**לפי גישה זו – אנו יודעים שאנו לא יודעים והכלים של המשפט נועדו להתמודד עם הקביעה הזו שלעולם לא נדע. יש פה פרמטר ספקני – כי לא היינו שם ולא ניתן להגיע למקום האירוע במפרע ולא ניתן להסתמך על עדויות במאה אחוז אבל המשפט מפתח בצורה מעשית כלים נורמטיביים לאותו מצב – כדי שנוכל לנהל את הבורות – למשל אם הספק גדול מאוד אני אזכה וכו'.**
* **דיוגנס –** מספר על אדם בשם **פירו** – הספקנים של התקופה ההלניסטית ראו בו דמות אב.
הטענה שלו היא **שאנו לא יכולים לשפוט בצורה מוחלטת לפי ראות העיניים שלנו אלא כדאי לנו להשעות את השיפוט שלנו.** אך במישור המעשי הוא אומר שלא ניתן לחיות ככה בצורה ספקנית קיצונית. זו הספקנות הקיצונית ביותר.
**בריס –** הספקנות הפירונית שהיא הכי קיצונית מולידה בצורה אוטומטית את הגישה המעשית כי לא ניתן לחיות ככה בצורה שלא יודעים כלום וחייבים גישה מעשית שתפתור את זה. כך הוא אומר גם על המשפט.
* **דיוויד יום –** מדבר על ספקנות בכל מיני תחומים. מסביר כי יכולות להיות טעויות בכל מיני תחומים –

**-** טעויות בחשבון- למרות שזה אמור להיות מדע מדוייק.
**-** טעויות בחושים – החושים מטעים אותנו לעיתים.
**-** מושג הסיבתיות – הקטע של סיבתיות שאנו באים ואומרים שאם קרה X אז יקרה Y. אבל הבעייה היא שאנו לא יכולים לראות סיבתיות – הרי אנו קובעים סיבתיות כי זה קרה כבר פעם ואנו מצפים שזה יקרה שוב. אבל אולי זה לא יקרה. ולכן גם סיבתיות יכולה להיות מטעה.
**-** ספקנות דתית – יכול להיות שאני מאמין ופתאום אפסיק להאמין.
**ספקנות לפי גישה זו לא חייבת להיות בכל התחומים! היא יכולה להיות לתחום מסויים.**הוא אומר שלא ניתן לחיות את כל הפילוסופיה הזו ואת כל הספקנות הזו. הפילוסופיה נמאסת בשלב מסויים.

**-** בעיית האינדוקציה – אני מסיק שכל העורבים שחורים, החניתי את האוטו במקום מסוים והיה שם למחרת וכך המון פעמים, אך ייתכן ומחר לא יהיה שם. חריג לאינדוקציה; מה שהיה הוא שיהיה?? מאיפה אתה יכול להסיק מה יהיה בעתיד על פי מה שהיה בעבר. המסלול ייתכן שישתנה.

**בכל הקטעים אנו רואים – שיש אי וודאות אבל אי אפשר לחיות ככה בכל הדיכאון הזה! כולם אומרים את זה. ספקנות אי אפשר לפתור – אבל אפשר לנסות לחיות איתה..**

**תנאי הידיעה הקלאסיים – זו טענה שנייה –** אני יודע שיש מגבלה על תנאי הידיעה שלי אבל אני יכול לבסס את הידיעה שלי ברמות שונות במקרים שונים.

**הפילוסופיה ביססה את הידיעה בשלוש רמות:**

* התנאי הראשון לידיעה הוא שמשהו יהיה אמת! זה חייב להיות נכון כדי שאני אוכל לדעת – למשל אם אני אומרת שהמספרים של הלוטו יהיו XY. קודם כל נראה שזה באמת נכון. אם זה לא נכון אז אני לא יודעת. P אמת.
* התנאי השני הוא אני מאמין שכך וכך. S מאמין P.
* שהדבר יהיה מוצדק. – כדי לומר את זה אני חייב להבין שאני יכול לטעות! כי אין לי גישה ישירה למידע הזה אז אני חייב להודות שיש סיכוי שאני טועה. המושג של צידוק הוא נורמטיבי.

יתכן ולא נכון לדבר על ידיעה (יודע/לא יודע) אלא, איזו רמת ידיעה נדרשת לעניינו, והאם יש לנו ידיעה מספקת. S מוצק באמונתו ש p .

**17.3.13 "אם כן אין לדבר סוף"**

**"אם כן אין לדבר סוף" -** זהו מונח שחוזר על עצמו במ"ע – יש כמה דרכים לפרש את המושג:

* במבט ראשון זה מזכיר לנו את המושג "זה ייגמר בדמעות..". זוהי הגישה המעשית – תפסיקו עכשיו כי אם לא, זה ייגמר בדמעות.
* היום נציג בשיעור אפשרות אחרת קצת – הרעיון שאם אתה שואל שאלה שהיא אינסופית, בעצם לא שאלת שאלה שיש לה משמעות 🡨 אם לא תחמת בצורה רציונאלית את השאלה שלך, למעשה אמרת משפט חסר תוכן, ריק מתוכן. אסור לנו להתבלבל בין סקרנות אינסופית לבין שאלה שיש לה באמת משמעות ויש לבטים לגביה.

אנחנו נציג היום שתי סוגיות עיקריות: (במודל יש עוד דוגמאות שלא יוסיפו לנו הרבה אבל עדיין טוב לקרוא אותן – הוא יכול להציג את הדוגמאות האלו במבחן ולבקש לנתח את הטקסטים הללו)

משנה יומא א, א – מסכת שעוסקת ביוהכ"פ:

"*שבעת ימים קודם יוהכ"פ מפרישין כהן גדול מביתו ללשכת פלהדרין ומתקינין לו כהן אחר תחתיו שמא יארע בו פסול.* רוצים למנות סגן\מחליף לכהן הגדול למקרה שיהיה בו פסול (טומאה שתפסול אותו מלעבוד באותו יום) ביום הכיפורים.

*רבי יהודה אומר, אף אישה אחרת מתקינין לו שמא תמות אשתו "וכפר בעדו ובעד ביתו" – ביתו זו אישתו.* לוקחים אישה ומייעדים לכהן גדול למקרה שאישתו תמות – כהן גדול רווק לא יכול לעבוד בבימ"ש, הוא חייב להיות נשוי! באותה מידה שאנחנו מפחדים שמשהו יקרה לו אנחנו מפחדים שיקרה משהו לאישתו.

***אמרו לו, אם כן אין לדבר סוף***" חז"ל אמרו שאין לדבר סוף 🡨 האם זה כמו שאמרנו "זה ייגמר בבכי" או שיש פה משהו עקרוני יותר? אנחנו נרפק את הסוגיה הזו לשלושה שלבים ואח"כ נסכם את זה – האם יש לביטוי זה חשש מעשי או שיש פה ביטוי אחר לספק? הרי אין לדבר הזה סוף – האישה המחליפה יכולה למות, האישה של הכהן המחליפה יכולה למות, הכהן המחליף יכול למות🡨 אין לזה סוף! אפשר להעלות עוד ועוד אפשרויות של דברים שיכולים לקרות. הבעיה היא לא רק טכנית ומעשית אלא הבעיה היא שזה נראה לא אינטיאטוטיבי לקחת בחשבון חשש כל כך רחוק – **זה לא ספק אמיתי כשהחשש הוא כל כך רחוק – הקטע הוא לתפוס באיזו נק' זה מתחיל להיות אבסורדי** – באיזה נק' הספק הוא באמת ספק או ובאיזו נקודה זה כבר מוגזם? יש פה שתי סוגיות:

1. הבדל בין אישה לבין כהן – בחלק הראשון של המשנה היה ברור שממנים ממלא מקום לכהן גדול אבל לאישתו לא – צריך לשים חייץ בין הפסקה הראשונה לבין הפסקה השנייה – את מינוי המחליף לוקחים בחשבון אבל את מינוי האישה המחליפה לא לוקחים בחשבון וחכמים לא נותנים את זה כי "אין לזה סוף".
2. יש פה הבדל לא רק בין האישה לבין הכהן המחליף אלא יש פה הבדל בין העילות השונות – טומאה זה דברשמתחדש כל הזמן – יש יותר סיכוי שהכהן ייטמא מאשר שהוא ימות. טומאה היא עניין יותר שכיח.

אלה בדיוק הנקודות שהסוגיה התלמודית מפתחת 🡨 זה לא שנוי במחלוקת שכהן גדול צריך מחליף, אבל זה כן שנוי במחלוקת אם ממנים מחליפה לאישתו משום ש"אין לדבר סוף".

יומא יג, ע"א

" *רבי יהודה אומר אף אישה אחרת מתקינים לו. ורבנן נמ י הוא חיישי לשמא* (הרי גם רבנן חוששים שמא יטמא).

*אמרי לך רבנן: טומאה שכיחא, מיתה לא שכיחא.* (ישיבו לך רבנן, טומאה מצויה ומוות אינו מצוי)"

החכמים לא ניגשו עם גישה שמניחה ששום דבר לא יקרה ביום הכיפורים אלא הם חוששים ל"שמא", אולי יקרה משהו לכהן ולכן ממנים לכהן הגדול מחליף, אך מדוע הם לא חוששים שהאישה תמות ולא מתקינים ממלאת מקום? הרבנים משיבים שטומאה היא דבר שכיחה אך מוות הוא דבר שכיח פחות.

**האם זה וויכוח הסתברותי**? המרצה אומר שיש פה משהו אחר שהוא לא רק הסתברותי, יכול להיות שאפשר להציג את זה לא רק בצורה מספרית הסתברותית אלא יש פה דיון מופשט ועקרוני יותר שאפשר להציג.

 **סיכום החלק הראשון של הדיון –** גם לפי רבי יהודה וגם לפי רבנן לוקחים בחשבון מחליף לכהן הגדול אבל החכמים אומרים שלא צריך למנות אישה כי מוות זה לא שכיח.

* *"אמרו לו אם כן אין לדבר סוף. שפיר קא אמרי ליה לרבי יהודה* (היטב הקשו על דברי רבי יהודה)

*רבי יהודה אמר לך: למיתה דחדא חיישינן, למיתה דתרתי לא חיישינן"* ( רבי יהודה ישיב – למיתה אחת נחשוש, לשתי מיתות לא נחשוש – לא יכול להיות שנחשוב על מיתה פעם אחר פעם ברצף).

האם זה רק עניין מספרי שזה מוזר לקחת בחשבון כמה מיתות ברצף או שיש פה גם עניין עקרוני? רבי יהודה מנסה לתחום את הספק – באיזשהו מקום, אפילו בצורה של היגיון בריא, יש לו רציונאל – הוא מחפש גבול שעד אליו זה יכול להיות ומעבר אליו זה מוגזם וברגע שיש לי את הגבול הזה אי אפשר להגיד "אין לדבר סוף", יש לו סוף לספק הזה- הסוף הזה מגיע כשהשאלות והחששות הופכים להיות לא הגיוניים! זה נראה להם לא הגיוני ולא סביר למנות יותר מאישה אחת מחליפה כי זה רחוק.

* "ורבנן*: אי איכא למיחש – אפילו למיתה דתרין חיישינן"* (רבנן סבורים, שאם יש מקום לשש, אזי נחשוש גם לשני מקרי מוות) 🡨 רבנינו אומרים שאם חוששים בכלל לסוגיה הזאת של מיתה אז נחשוש ליותר ממוות אחד משום שזה לא דבר שיש לנו שליטה עליו – הם לא מוצאים את הגבול בין אישה אחת שתמות לשתי נשים שימותו. **המרצה טוען** שכולם מסכימים שספק אין סופי הוא לא ספק, עובדה היא שהגמרא אומרת בהתחלה שכולם מסיכמים לרעיון "אם כן אי לדבר הסוף", **השאלה היא מה תוחם את הספק – מה הופך את הספק מלהיות שאלה אינסופית לדבר שניתן לתחום אותו?**

אצל רבי יהודה מיתה אחת זה הגיוני ושתי מיתות זה לא הגיוני – הרף שלו זה מיתה אחת, משם ואילך זה כבר לא הגיוני.

לעומת זאת, החכמים מחפשים משהו מהותי, רציונאלי – ומנסים להבין מה ההבדל בין אחד לשתיים, איפה נמצא את הדבר התוחם הזה?

* *" ורבנן נימרו אינו לנפשייהו!"* (ישאלו גם על עצמם שאלה זו. אם כן אין לדבר סוף, שהרי מתקינין כהן אחר כמ"מ הכהן הגדול)🡨 הם מבדילים בין עילת הטומאה לבין עילת המוות. אז למה הם לא ממנים ממלא מקום לממלא מקום שמא גם הוא יטמא? התשובה של התלמוד:
* *"אמרי לך רבנן:כהן גדול זריז הוא"* (זהיר מטומאה) 🡨 יש משהו מובנה ברעיון של טומאה שאומר לי שאפשר לעצור את התהליך הזה בשרשרת של הספקות? כן!!! הכהן הגדול הוא זהיר מטומאה. יש מידה של שליטה לאדם על טומאה – גם אם זו טומאה שיוצאת מגופו 🡨 לשליטה על טומאה יש היגיון להגיד שההסתברות היא נמוכה יחסית. הכהן הגדול בגלל המחיר הגבוה של הטומאה שעלולה לצאת מגופו, הוא זהיר יותר ולכן אפשר לסמוך על כך שהחשש הוא קטן יותר ותחום יותר. יש משהו מובנה בספק עצמו שזה רציואנלי לעצור במחליף אחד ואין צורך במחליף למחליף וכן הלאה. יכול להיות שזה לא הרמטי ואחרי שהוא נזהר מטומאה הוא בכל זאת נטמא – אבל עצם העובדה שהוא היה זהיר ויש הקפדה על הטהרה שלו, יש **בקרה** על הטומאה שלו – זה מספיק כדי לעצור את הספק – יש לנו שליטה על הספק הזה.
* אם הוא זריז אז למה מתקינין כהן אחר? *"כיון דעבדינן ליה צרה כל שכן שמזדרז טפי"* - אדם שיש לו סגן שנושף בעורפו אז הוא מתנהג אחרת, הוא יודע שיש לו מחליף והוא לא רוצה שיחליפו אותו הוא רוצה להישאר בתפקיד ולכן הוא . יישאר בתפקיד. זוהי תובנה פסיכולוגית של חז"ל.

**טבלת סיכום:**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | רבי יהודה | חכמים |
| מינוי כהן גדול אחר | כן, שמא ייטמא | כן, שמא ייטמא. ולא רק זו, אלא תיתכן תובנה פסיכולוגית- ייתכן ורשת הביטחון אינה נועדה רק לביטחון אלא גם כזרז למנוע פסלות כהן. |
| מינוי שני כהנים- יש וויכוח עקרוני בין רבי יהודה לחכמים – לפי רבי יהודה לא נותנים בגלל שזה חשש רחוק; לפי חכמים לא נותנים בגלל סיבה רציונאלית – כהן זהיר | לא, חשש רחוק – אין לדבר סוף 🡨 ספק על גבי ספק הופך את זה לרחוק מידי. | לא, לא בגלל ספק על גבי ספק אלא הם חיפשו משהו בהיגיון של הספק, משהו מהותי בסיפור של הספק עצמו. **מפני שיש טעם רציונאלי להגביל את הספק – בגלל שהכהן זהיר.**כתגובה לכך- שואלים אם הוא זהיר אז למה בכלל יש צורך במ"מ?תשובה- תובנה פסיכו': זרז למנוע פסלות כהן.  |
| אישה אחרת | כן, שמא תמות. | לא, מוות הוא חשש רחוק – אין לדבר סוף, אל תתחיל עם זה משום שאין לנו שליטה על המוות. |
| מינוי שתי נשים | לא, חשש רחוק. | לא – הרי לא מאשרים אפילו אישה אחת.  |

הדעה של חכמים נותנת לנו איזשהו מושג על הנורמטיביות של מושג הספק – עושים החלטה ערכית, עם תחימה הגיונית ורציונאלית. אין הבחנה רציונאלית בין אישה אחת או שתיים אלא בין טומאה למוות 🡨 מלכתחילה הם לא נותנים אפילו אישה אחת כי אין סיבה הגיונית לעשות זאת – אם אתה נותן אישה אחת אז אתה צריך לתת אינסוף נשים משום שאין שליטה על המוות!

משנה פסחים א,ב

*"אין חוששין שמא גררה חולדה מבית לבית וממקום למקום דאם (*שאם*) כן מחצר לחצר ומעיר לעיר אין לדבר סוף*" 🡸 המשנה אומרת, תירגע! לא צריך לחשוש שאת החמץ שזרקת החולדה גררה והעבירה למקום אחר בבית שלך, כי אחרת אין לדבר סוף 🡨 אפשר להבין את המושג של אין לדבר סוף במקרה הזה כסוג של **החלטה ביצועית!** אתה לא יכול כל היום להתעסק עם זה, זה לא פרקטי ולא מעשי לבדוק לאן החולדות בורחות ומה הן לוקחות איתן.

נציג עכשיו מקור מהתלמוד הירושלמי מסכת פסחים פרק א' הלכה ב':

 *השאלה של רבי יונה: "אמר רבי יונה הכין צורכה מתני מעיר לעיר ומחצר לחצר ממקום למקום ומבית לבית אם חושש את מעיר לעיר את חושש מחצר לחצר אם חושש את מחצר לחצר חושש את ממקום למקום אם חושש את ממקום למקום את חושש מבית לבית*" הטקסט בתלמוד הירושלמי הוא קצת משובש. רבי יונה אומר שכך צריכה משנה להיראות, ורבי יוסי אומר שזה לא נכון. רבי יונה אומר שהיה צריך לכתוב הפוך- (מהגדול לקטן) מעיר לעיר> מחצר לחצר> ממקום למקום> מבית לבית 🡨 סדר המקומות במשנה לא היה צריך להתרחב מהפינות לערים אלא סדר מתכנס – ההסבר שלו הוא – אם אתה חושש מעיר לעיר, אז תחשוש מחצר לחצר, ממקום למקום ובטח שמבית לבית. הנוסח של המשנה מתחיל מבית לבית ומתרחב הלאה, ורבי יונה לעבוד בצורה אחרת – להתחיל בעיר ולסיים בבית. מאמין שהחשש צריך להתכנס.

התשובה של רבי יוסי:" *אמר רבי יוסי אפילו כמתניא אתיא היא אין חוששין שמא גררה חולדה מבית לבית וממקום למקום אם כן מחצר לחצר ומעיר לעיר אין לדבר סוף שאם מבית לבית אי אתה חושש לא כל שכן ממקום למקום אם ממקום למקום אי את חושש לא כל שכן מחצר לחצר אם חחצר לחצר אי את חושש לא כל שכן מעיר לעיר* ***יכולין הן כל ישראל לבדוק חמיצן כאחת?"***

התשובה של רבי יוסי היא בכיוון ההפוך – בעוד רבי יונה אומר שאם אתה חושש מעיר לעיר אז אתה צריך לחשוש בצורה מתכנסת; התשובה של רבי יוסי היא – אם אתה לא חושש זה מתרחב, אם אתה לא חושש מבית לבית בטוח שלא תחשוש ממקום למקום ובוודאי לא תחשוש מחצר לחצר וכל שכן לא תחשוש מעיר לעיר.

המרצה לא מבין כל כך על מה הוויכוח – הוא חושב שהרעיון שמציע לנו ר' יוסי הוא רעיון במישור המעשי, הפרגמטי – **הוא לא חושש מלכתחילה משום שהנימוק הבסיסי הוא שזה לא מעשי** – "*יכולים הם כל ישראל לבדוק חמיצן כאחת*?" זה לא מעשי לטאטא את כל המדינה מחמץ! זה לא מעשי להציב שומרים מפני החולדות ולכן זה לא מעשי גם להרחיב את החשש. הפתרון של רבי יוסי הוא שאני לא חושש מלכתחילה מבית לבית וקל וחומר לא חושש ככל שזה הולך ומתרחב משום שזה לא מעשי ופרקטי 🡨 **זהו שיקול מעשי!**

לתלמוד הירושלמי יש עושר טקסטואלי – דווקא זה שהוא היה משובש אנחנו צריכים להיזהר עם הטקסט – הטקסט שאנחנו רואים זה טקסט אחרי התיקונים-תוספות ומחיקות מהטקסט המקורי, שהמדע כבר שיפר ותיקן אותו לפי כתבי יד שונים שנמצאו. הטקסט המקורי:

" *אם מעיר לעיר אין את חושש לא כל שכן מחצר לח ר אין את חושש. לא כל שכן ממקום למקום. אם ממקום למקום אין את חושש לא כל שכן מבית לבית* ( לא חוששים מבית לבית משום שאין חוששים אפילו מעיר לעיר) 🡨 ר' יוסי אומר שאנחנו לא מדברים על הפוטנציאל של הנזק **אלא על השיקול הנורמטיבי** – "אין לדבר סוף" 🡨 זה נורא דומה לרעיון של הכהן הגדול – ספק שאין מה שיעצור אותו הופך להיות ספק לכל העולם כולו, מתרוקן מתוכן והופך להיות ספק אבסורדי שמרוקן מתוכן. המרצה חושב שהרעיון של הגמרא לא היה להראות שזה לא מעשי אלא באיזשהו שלב, פירוש הדבר שלא שאלת שאלה אמיתית משום שאתה לא יכול הפוך – אם תתחיל לחשוש בבית אז אין לדבר סוף! אם זו תוצאה אבסורדית שאתה לא יכול לעצור אותה לתחום אותה ולעוצר אותה. והרעיון של "יכולין הן כל ישראל לבדוק חמיצן כאחת" זה לא רק בגלל שזה לא מעשי אלא בגלל שזה אבסורדי.

|  |  |
| --- | --- |
| אחרי ההגהה | לפני ההגהה- מקורי |
| **אם** אתה **לא** חושש מבית לבית | **אילו** היית **כן** חושש מבית לבית |
| אז **בוודאי** אתה **לא** חושש:ממקום למקוםמחצר לחצרמעיר לעיר | **אז** היית **צריך לחשוש גם:**ממקום למקוםמחצר לחצרמעיר לעיר |
| הרציונאל נוגע לקביעה הראשונה – לא מעשי לחשוש | וזה לא הגיוני – חשש כזה היה אבסורדי. |
| כאן קיבלתי החלטה לא לחשוש ועם זה אני הולך הלאה. (ההחלטה התקבלה- כי זה לא מעשי לחשוש) | זה לא שקיבלתי החלטה לא לחשוש אלא אני שואל האם לחשוש או לא לחשוש– אם אני אקבל החלטה כזו אז לאן אני אגיע? אני מבין שאם אני אחליט כן לחשוש, זה יהיה אבסורדי ושאני לא אגמור עם זה! |

**ההבדל בין הטקסט המתוקן לבין הטקסט המקורי** הוא לא רק ויזואלי אלא תפיסתי של השקפת עולם 🡨 בטקסט המקורי בעצם התלמוד ביטא את האבסורד שיש בספקות שלא נגמרים; בטקסט המתוקן לא הבינו את זה כך אלא הבינו את זה כבעיה מעשית-טכנית ולכן שיפצו את הטקסט שמוביל למסקנה הזו כדי שזה יבטא את הקושי המעשי. המרצה חושב שבטקסט המקורי מבטאים לא רק את הרעיון המעשי אלא את האבסורד שיש בספק שלא נגמר.

רמב"ם גירושין, ז', כד

יש תנאים סמויים בגט - למשל הגט צריך להיכתב בכוונה דתית לשם האיש והאישה 🡨 אתה לא רואה ביטוי לזה בתוך המסמך – אז למה בכ"ז אתה לא חושש? כי אין לך ברירה.

7.4.13

**גבולותיו של הספק**

**סוגיית "רוב וקרוב": וליחוש לרובא דעלמא**

נדון היום בגבולות הספק.

נתנו לספק שתי מסגרות תאורטיות. אמרנו שצריך לבדוק מבחינה מעשית את גבולות הספק, ודיברנו על תיחום רציונלי של הספק. לא כל סימן שאלה בסוף משפט באמת מעורר שאלה ולא הופך את זה באמת לספק.

זה הניתוח שנלווה לסוגייה נוספת שקשורה **לדרכי ההתמודדות הישירים שלנו עם הספק:**

במשפט העברי נראה בעיקר שלושה כלים שונים שהם יהיו דרכי התמודדות ישירות עם הספק.

למשל נטל ראייה זו דרך עקיפה להתמודד עם הספק – כי זה אומר שאנו לא יודעים מי באמת עשה את העבירה ואז אנו מנסים להתמודד עם זה בעזרת נטל ראייה – כאילו מה עושים כשלא יודעים את האמת.

אבל יש לנו כל מיני דרכים שמנסות להתמודד עם הספק - למשל דגימות ד.נ.א – אנו הרי גם אחרי הדגימות לא בטוחים שהוא עשה את זה אבל מבחינה סטטיסטית הסיכוי הוא מאוד מאוד נמוך.

הדרכים בהלכה להתמודדות עם הספק:

* **רוב – זו שאלה סטטיסטית –** גם דנא זו שאלה של רוב – כלומר אנו אומרים שלרוב אין סיכוי שלשניים יש דנא שווה. זה כלי שבא להתמודד עם הספק עצמו ולא רק להגיד מה עושים כשלא יודעים מה לעשות.
**זו בדיוק ההבחנה בין שני סוגי התמודדות עם ספק – כלי של למשל המוציא מחברו עליו הראייה זה כלי שאומר לנו מה עושים כשלא יודעים, אבל רוב זה כלי שמתמודד עם הספק עצמו ומנסה לפתור אותו.**רוב הוא ניסיון לפתור בעייה מסויימת.
* **"קרבה" –** קרוב – התלמוד מציע לנו דרך להתמודד עם הספק בצורה ישירה. זה סוג של בדיקה פורנזית, בדיקת הנסיבות- למשל אם מישהו בין הגופיות שלו נמצא האקדח כנראה שהוא קשור לזה. ראייה נסיבתית מנסה לפתור את הסוגייה בהסתמך על המידע שיש.
 **דוגמא: פרשת עגלה ערופה –** אם מוצאים גופה בשדה למשל בודקים לאיזו עיר זה יותר קרוב כדי לדעת בערך את מי להאשים.
* **חזקה –** מדובר על הנחות משפטיות. (דוגמא: חזקת התכיפות, חזקת החפות)

היחסים הפנימיים בין הכלים הללו לא כל כך חדים. כלומר העניין של הקרוב הוא סוג של חזקה מסויימת.

**במשפט העברי – רוב >קרוב, רוב >חזקה. (**אם למשל יש סתירה בין סטטיסטיקה מסויימת לבין קרבה גאוגרפית, הסטטיסטיקה תגבר.).

מהלך השיעור יהיה לקרא טקסטים משפטיים של חז"ל ששמבססים את הרעיון של סטטיסטיקה בתלמוד.
אח"כ נראה סוגייה תלמודית שמראה את העימות בין רוב לבין סוגייה גאוגרפית.
אח"כ נראה איזה שאלות באמת מעניינות ואילו שאלות אנו שואלים סתם למרות שזה לא מעניין ואז נבין מהם גבולות הספק.

**כללי הכרעה של "רוב"**

**משנה מכשירין פרק ב'-
משנייה ה' –** אסור להרתיח מים בשבת. ואסור לכן ללכת לבית מרחץ ציבורי בשבת אם חיממו את זה בשביל יהודים. אם חיממו את זה בשביל גויים מותר.
**מה קורה אם אני לא יודע אם חיממו את זה לגויים או ליהודים?**הפתרון של התלמוד הוא שאם אוכלוסיית העיר היא רוב של גויים – אז מותר להתקלח כי כנראה חיממו את המים לא בשביל היהודים. ואם הרוב הוא של יהודים אסור להתקלח כי כנראה חיממו ליהודים. **יש פה כלי של רוב.**

**משנייה ו' –** אדם הולך לחנות במוצ"ש- איך הוא יודע אם חיללו שבת כדי להביא לו פירות טריים. אם יש רוב של נוכרים בעיר כנראה הביאו את ההספקה לנוכרים ואז מותר לקנות ואם רוב של יהודים צריך לחכות כמה שעות.

**משנייה ז' –** אם מוצאים תינוק מושלך ברחוב. איך יודעים אם הוא יהודי? אם רוב העיר הם נוכרים התינוק כנראה יהיה נוכרי. אם רוב העיר הם יהודים כנראה התינוק יהודי. אם יש מחצה למחצה תושבים בעיר – התינוק ייחשב יהודי.
***רבי יהודה* –** אומר שלא בודקים את רוב התושבים אלא את רוב המשליכין – בודקים מי רוב האוכלוסיה שבד"כ משליכה ילדים ולפי זה מכריעים. למשל אם בורשה בשואה היהודים היו משליכים תינוקות כדי שיינצלו אם נמצא תינוק ברחוב כנראה שרוב הסיכויים שיהיה יהודי.

**משנייה ט' –** למשל אדם הולך בקניון ויש שם 4 גלידריות כשרות ואחת לא. הוא מצא גלידה על הספסל. האם מותר לו לאכול?
כנראה שכן כי יש רוב גלידריות כשרות.
במשנייה מדובר על בשר.

**כלל ההכרעה של "קרוב"
דברים כ"א**אם אדם מוצא בחוץ גופה מסויימת. **לא נודע מי הכהו –** מדובר פה על נסיבות של ספק. והיה צריך למדוד את מיקום הגופה למיקום העיר הקרובה למקום. העיר הקרובה צריכה לעשות איזשהו הליך של כפרה. אנו מניחים לפי זה כי הרוצח שבא מהעיר הזו.

**מה קורה אם יש התנגשות בין רוב לקרוב?**

העמדה של התלמוד היא שהרוב גובר על הקרוב.

**בבא בתרא כג**

**אמר רבי חנינא –** רוב וקרוב הולכים אחר הרוב. למרות שרוב מופיע בתורה וקרוב מופיע בתורה יש בכל זאת עדיפות של האחד על פני השני.

**רמבם –** מתרגם את הסוגיה של רבי חנינא – הרוב עדיף על הקרוב.

אנו בודקים את דעתו של רבי חנינא – כשהוא קבע שרוב עדיף על קרוב – למה הוא קבע כך? מה עם סיפור עגלה ערופה? איך הוא לא התייחס אליו? יש פה בעייתיות – כי התורה העדיפה בפרשת עגלה ערופה את עיקרון הקרוב ורבי חנינא מעדיף את הרוב. ואומר כי עיקרון הרוב הוא מהתורה – ועיקרון הקרוב הוא זה שמהתורה.

**רבי זירא –** עונה על דעתו של רבי חנינא ואומר שבפרשת עגלה ערופה אומרים שהולכים לפי המרחק ולא לפי גודל העיר. ואומר שבפרשה בתורה כתוב שהולכים לפי המרחק גם אם יש עיר גדולה יותר מבחינת נפשות!

**התלמוד עונה לרבי זירא –** אומרים לו שבפרשת עגלה ערופה דובר על שתי ערים זהות בגודלן ושבגלל זה מעדיפים את הקרוב כי ניטרלו את עניין הגודל של העיר.

**עונים לתלמוד-** למה החלטתם למדוד דווקא את שני היישובים שקרובים לאירוע? למה לא בודקים את כל הערים הכי גדולות בעולם?? למה לבדוק את הערים הקרובות דווקא? הרי רבי חנינא אמר לבדוק את הרוב ולא את הקרוב

**התשובה של התלמוד –** בפרשת עגלה ערופה היה מדובר על שתי ערים מאוד מאוד מבודדות ולכן לא פנו לעיר הכי גדולה בעולם! (זו המצאה של התלמוד!)

**סיכום ההלכה – רמבם –** כדי להחיל את הסיפור שמודדים את העיר הקרובה שמביאה את הכפרה צריך שיתקיים שוויון בגודל בין הערים (**הרמבם משמיט את עניין הבידוד של הערים שצויין בתלמוד).
רבי יוסף קארו –** תמה למה הרמבם השמיט את הפרט הזה.

**ניתן לומר שהרמבם השמיט את העניין של הבידוד של הערים כי זו לא באמת שאלה רלוונטית!** כלומר גם אם שתי הערים שוות בגודלן אך לא מבודדות, לא ניתן הרי להתחיל לחשוב שאולי באו אנשים ממקסיקו סיטי ורצחו מישהו ליד קיבוץ צאלים. זו הרי לא באמת שאלה אלא סתם התפלפלות. ולכן לא מעניין אותנו שהערים מבודדות כי זה לא גורם בכלל.

**מה שהתלמוד עשה זה להציב תיחום פיזי שמגדיר את גבולות הספק – גבול הספק הוא מבחינה גאוגרפית בפרשת עגלה ערופה בין שתי הערים הללו – והתלמוד המחיש את הבידוד של הערים בצורה פיזית והגדיר את הבידוד בין הערים והרמבם פשוט עשה זאת מבחינה מחשבתית.**

**בבא בתרא, כ"ג, ע"ב – תלמוד**אפרוח נפל מהקן. רוצים לראות למי שייך הגוזל? לפי רבי חנינא צריך להחזיר את הגוזל לשובך הגדול יותר.
התשובה במשנה היא להחזיר לשובך הקרוב יותר – רואים שהולכים לפי הקרוב.
לכאורה תשובת התלמוד אמורה הייתה לומר שאלו שני שובכים שווים בגודלם והם מנותקים מהעולם כדי שיוכלו להסביר את תשובת המשנה.

תשובת התלמוד הייתה שרוב העולם יודע שאפרוח בין הכרמים לא יגיע רחוק.

**הרמב"ם –** כשמסביר את הסוגייה הזו משמיט את כל העניין של הכרמים. הוא עושה אותו דבר כמו בסוגייה הקודמת. הוא אומר שאם יש שוויון בין השובכים, הולכים לפי הקרוב. את כל הסיפור של הכרמים שהתלמוד עושה בצורה פיזית הרמבם עושה בצורה מחשבתית.

**כסף משנה –** מפרש את העניין של נלך אחר רוב העולם – ואומר שזו לא באמת שאלת אמת ולכן הוא מצדיק את הרמבם שהתעלם מהעניין הזה.! כי זה לא באמת שאלה אלא משהו פיקטיבי שהתלמוד בנה כדי להסביר טוב יותר את הדעה שלו.

**ראינו בשיעור שהתלמוד כדי להסביר את הדעה של רבי חנינא לאור הסיפור של עגלה ערופה ושל האפרוח, המציאו נסיבות מאוד מאוד מיוחדות כדי להסביר את הדעה שלהם. הרמבם ביטל את הסיפור שלהם כי הוא אמר שזו לא שאלת אמת בכלל. הרמבם הבין שאם מדברים על רוב העולם זה לפתוח את השאלה לכל מיני כיוונים אינסופיים וזה מרוקן את השאלה מתוכן ולכן גם מה שהתלמוד עשה זה לא רק מיותר אלא זה יכול גם להזיק. למשל שאלה שהתשובה אליה היא כל הזמן שהרוצחים הם מת"א היא לא שאלה הגיונית.**

14.4.13

**אמת משפטית**

אמת משפטית זו הבחנה בין אמת משפטית לעובדתית. זה פיצול שעסק בו השופט אלון בהרחבה בסדרה של פסקי דין במיוחד בפס"ד אלון – בג"צ כנגד הקמת ועדת חקירה סביב הנושא של ארלוזורוב.

**מבנה השיעור –** נעסוק בהבחנה בין אמת משפטית לעובדתית. בחצי השני נראה איך חשין לא הבין זאת נכון, בחלק השלישי נראה שכל ההבחנה מלכתחילה היא לא נכונה.

**לקרא מאמר של חיים כהן**

המודל הפשטני ביותר של הכרעה שיפוטית - נורמות שמחילים על עובדות נותנים כלל משפטי.
**עובדות+נורמות=כלל משפטי.**

**למשל:** חוזה נכרת בהצעה וקיבול, יוסי הציע לדוד למכור את האוטו – נכרת ביניהם חוזה.

**יש לנו בעייה- מי אמר מה העובדות?**

זה לא נכון לומר שיש עולם עובדתי ועולם נורמטיבי – כי מה שמעורב במושג עובדה זה נורמות. הנורמות הן קובעות את העובדות כי הן קובעות את ההתנהגות – למשל אדם יכול לומר – אני רצחתי? אני רק הזזתי את היד על ההדק.

הבעייה הכי חזקה היא שאנו לא היינו שם כדי לדעת את העובדות כי לא היינו שם אלא אנו סומכים על עדות של מישהו – ולסמוך על עדות של מישהו זו נורמה. לא מדובר כאן בעובדות גולמיות, כי כל העובדות הגולמיות מגיעות במארז נורמטיבי מסויים. **תמיד יש לנו מסננת שדרכה אנו רואים את העובדות.**

**כדי שתהיה לנו נגישות לעובדות מסויימות אנו צריכים לעבור דרך מסננת של נורמות – למשל פירות העץ המורעל – כלומר לא נדע את העובדות כי יש לנו נורמות שמונעות זאת.**

יש כל מיני מסננות נורמטיביות שמגבילות את מאגר הידע שלנו. אנו לא אומרים – תביא את כל מה שיש ואנו נחליט – המחוקק עוצר אותנו לפני כן ואומר שיש דברים שלא נכנסים למשפט מסיבות כאלה או אחרות.

**כלים לחקר האמת: (לכל אחד יש בעייה שמונעת מאיתנו לגלות את האמת העובדתית).**

* **עדות** – אולי זו עדות שקר? אולי יש לעד הטיות סובייקטיביות? (יכול להיות שהעד דובר אמת אך רואה את המציאות בצורה אחרת).
* **חסינויות-** למשל יש למישהו חסינות כי האדם דיפלומט ולא ניתן לדרוש ממנו עדות או להעמיד אותו לדין.
* **חסיונות –** למשל חסיון עו"ד לקוח, חסיון בטחוני
* **ראיות נסיבתיות –** מפעילות איזשהו קישור לוגי. למשל אנו משוכנעים שהוא היה בדירה כי יש צירופי מקרים- למשל במקרה הייתי בבנין בזמן הרצח, במקרה לא עניתי לטלפון ב5 דקות של הרצח, במקרה ראו אותי יוצאת מהבניין 5 דק אחרי הרצח.
אנו עושים פה קפיצות לוגיות – זה מסתדר לנו עם הרצח אבל אנו לא יודעים שום דבר על מי באמת רצח. אבל לא מדובר פה על עובדות גולמיות – אנו מפעילים את הלוגיקה שלנו על הליך הסקה המסקנות.
* **חזקות –** אנו משלימים הנחה לוגית מסויימת ופועלים לפי זה. חזקה למשל היא שאם אדם בורח מזירת גניבה וברשותו יש סחורה שהיא כמו הגנובה – אנו מניחים שהוא גנב ועל סמך זה מרשיעים. למשל חזקת כוונה – למשל אם מישהו יורה במישהו יש חזקה שהוא התכוון שהוא ימות. אבל הרי ברור שאנו לא יודעים את הכוונה.
* **שיטה אדברסרית –** העובדות הן רק מה שהצדדים הביאו לביהמ"ש. לעיתים הצדדים לא רוצים להציג את הדברים הכי חשובים.
* **נטלי ראייה –** במצב של ספק – זה פועל לטובת הנתבע/הנאשם. אם למשל מישהו לא הצליח להרים את הנטל במשפט פלילי זה לא אומר שהוא לא רצח – כלומר אנחנו לא יודעים האם או ג'יי סימפסון רצח – למרות שהוא זוכה. במשפט האזרחי הוא הפסיד ושילם פיצוי. אנו לא יודעים מה באמת קרה במקרה שלו.
* **סופיות הדיון –** למשל משפט ברנס. עד שביהמ"ש הסכים לפתוח את התיק מחדש הנשמה של ברנס יצאה. ברנס רצה שיגלו את האמת.

**במשפט העברי יש תופעה דומה בסיפור הזה –**

* הטייה לטובת הנאשם: במקרה של רצח יש הוראה מיוחדת שהשופטים צריכים להיות מוטים לטובת הנאשם. אם כל ה23 החליטו שהאדם רצח ומגיע לו מוות הוא אוטומטית יוצא זכאי. כלומר אם אף אחד לא ראה שהוא יכול להיות זכאי סימן ששהם לא בדקו מספיק טוב.
* איסור דיין שהוא עד לשפוט: גם אם אדם רוצח בפני ביה"ד אסור להם לשפוט אותו כי הם לא כשירים לשפוט אותו כי הם לא יוכלו לראות צד טוב בו,וצריך הרכב חדש וגם שם צריך לפחות דעת מיעוט של מישהו אחד.
* פסולי עדות במשפט העברי:כיום אנו הולכים בדיני ראיות ממקום של קבילות למקום של משקל – כלומר העיקרון הוא שהשופט ישמע הכל ויחליט. ובמשפט העברי יש עדויות שפסולות מראש – כלומר קרובי משפחה לא יוכלו להעיד- לא משנה מה יש להם להגיד. גם אנשים שהם לא דתיים הם פסולי עדות. גם מובטלים כרוניים הם פסולי עדות. **וגם פה לא מגיעים לאמת העובדתית.**

**כלומר ראינו כי לא ניתן להגיע לעובדות הגולמיות כי הוספנו לשם הרבה נורמות – גם המושג עצמו עובדה הוא מושג שהוגדר נורמטיבית.**

**יש כמה דוג' מהמשפט העברי שהאמת העובדתית מאוד חשובה:**

* **התיישנות –** לא מעניין אותנו אם גנבת או לא כי עברה תקופת ההתיישנות.
**במשפט העברי כמעט לא מקבלים טענות התיישנות. יש חריגים לכך:** אלמנות שדרושות כתובה אחרי 25 שנים – התיישן, או התיישנות במקרקעין שיוצרת חזקת בעלות.
* **אין כככל במשפט העברי את כלל סופיות הדיון/השתק עילה.**
יש אפשרות להביא ראיות חדשות גם לאחר תום המשפט אם לא היו בהישג ידו של בעל הדין.
* **אפשרות לסטות מדיני הראיות –** למשל כשיש נסיבות מיוחדות בהן נהפוך את נטל הראייה. (גם במשפט הישראלי יש אופציות כאלה).

**סיכום: התמונה הנאיבית של עובדות/נורמות ותוצאה משפטית היא קצת נאיבית, כי אנו רואים שעובדות זה בעייתי, וגם יש הרבה כללים נורמטיביים שחוסמים בפנינו את מה שהיה שם באמת. במשפט העברי לעומת הישראלי יש נוקשות/הקלה מסויימת בנורמות כדי להגיע לאמת האמיתית (שלושת הקריטריונים מעלה).**

**השופט אילון בפס"ד אלון –** הנסיבות היו שאנשים בני הזרם הרוויזיוניסטי רצחו את ארלוזורוב שהיה מתנועת העבודה. בגין אמר שהוא יקים ועדת חקירה לבדוק מי באמת רצח את ארלוזורוב. דני אלון הגיש בג"צ ואמר שביהמ"ש כבר קבע שמי שחשדו בו זוכה.

**אילון:** צריך לעשות הבחנה בין **ועדת חקירה להליך משפטי.** הוא אומר שועדת חקירה לא כפופה לשיטה אדברסרית, היא פועלת בשיטה אינקויזיטורית. זה לא רק מה שהצדדים בוחרים להביא כמו במשפט. כלומר הוא אומר שבמשפט אנו רואים את האמת המשפטית בעוד שבועדת חקירה אנו מנסים למצוא את האמת העובדית. ועדות חקירה לא חייבות לנהוג לפי סדרי דין ולא כפופה לדיני ראיות. וזה פותח אפשרות רחבה יותר לגילוי האמת העובדתית (האמת ההיסטורית).

**אלון קובע הבחנה בין אמת משפטית לאמת עובדתית! –** זו בעצם ההבחנה בין ההכרעות המשפטיות לבין המציאות האמיתית שמחוץ לביהמ"ש. **אמת משפטית** זה הממצאים שנקבעו בביהמ"ש אחרי עיבוד ה"עובדות" דרך כל המסננות של הנורמות, **ואמת עובדתית** זה מה שקרה באמת.

**בן פורת –** מסבירה שכל הכלים של הנורמות נועדו בסופו של דבר להגיע לאמת העובדתית! היא הייתה במיעוט.

**פס"ד ידיעות אחרונות נ' קראוס -**דובר על לשון הרע. יש הגנה של אמת דיברתי. מקומון של ידיעות אחרונות פרסם ידיעות מאוד קשות על קראוס. התגלה שזה בטעות והם לא פרסמו הכחשה. הידיעון הסתמך על מידע כוזב. קראוס תבע את ידיעות אחרונות – ידיעות אחרונות גם בד"נ ניצחו בטענת "אמת דיברתי" **כי באותה עת מה שהם פרסמו היה אמת!!!
חשין במיעוט –** לא מקבל את העניין הזה. הוא אומר שההגנה של אמת דיברתי תלויה ברמת הפגיעה בשם הטוב. אם הפגיעה בשם טוב היא נמוכה צריך להוכיח אמת דיברתי בצורה חלשה ולפהך.
**הבעייה אצל חשין –** דיברנו על הנורמות שמפריעות לנו לקבל את העובדות האמיתיות וקראנו לזה אמת משפטית. הגנת "אמת דיברתי" - אומרת לנו בעצם **חשבתי בתום לב שזו האמת והיה לי בסיס לחשוב כך.** מדובר פה על הגנה ולא על ממצא – זה יותר דומה ליסוד נפשי – אני באמת ובתמים חשבתי שמדובר על אמת. האם אח"כ אחרי שהתגלו העובדות, אפשר לתבוע ממני לתת את כל התמונה זו שאלה אחרת.
**לא מדובר פה בכלל על אמת משפטית ועובדתית! אנו מדברים על יסוד נפשי. ההגנה הזו זה לא אמת משפטית! כלומר חשין קורא להגנה שקיבל הנתבע אמת משפטית והיא שונה מהאמת העובדתית – וזה שימוש לא נכון שלו במושג אמת משפטית ואמת עובדתית.**

**מה שאלון וחיים כהן וכולם אמרו שממצא שיפוטי אף פעם לא יקבע עובדות נקיות!**

**אמת משפטית –** אני בתור שופט קובע ממצא שהוא רווי נורמות וזה לא בדיוק מה שקרה.
מה שקרה בקראוס – הגנת אמת דיברתי – זה לא ממצא שביהמ"ש קבע שלפיו קובעים משהו, אלא הם קבעו שבשעתו, קראוס חשב בצורה כזו שמקנה לו את ההגנה של אמת דיברתי. הם קבעו כי היסוד הנפשי הוא כך כך – כלומר לא קבעתי ממצא בנוגע לעובדות אלא קבעתי מה חשבתי על העובדות!

21.4.13

**המשך אמת משפטית**

הנושא של אמת משפטית דומה לנושא של אמת לשעתה שנדון בדיון הנוסף של אילנה דיין נ' ר.

ראינו שיש נורמות +עובדות שיוצרות לנו כלל משפטי. ראינו שיעור קודם כי אין דבר כזה עובדות גולמיות כי העובדות כבר כרוכות בתוך נורמות.

למשל אם מישהו רצח – יכולה להיות חברה שבה לחיצה על ההדק והריגה לא ייחשבו לרצח כי הוא רק לחץ על ההדק – זה עניין נורמטיבי.

**פס"ד דניאל אלון –** השופט אלון מכניס הבחנה בין **אמת היסטורית לאמת עובדתית.**

מסביר את העניין שועדת חקירה זה לא משפט ושם לא מדובר על הליך אדברסרי ואין צורך להשתמש בדיני הראיות. שם מנסים לברר את האמת העובדתית (ההיסטורית). הוא מסביר שגם אם במשפט נקבע ממצא עובדתי זה לא אומר שזה מה שקרה באמת.

יש פה בעצם הבדל בין שני עולמות. יש אמת במערכת המשפטית ויש אמת אמיתית איפשהו שם.

למשל: ביהמ"ש העליון לא נותן בדיקות אבהות שיכולות לגלות את האמת העובדתית בגלל המחיר שזה יגבה- כי אם יגלו שהילד ממזר זה לא משהו שאנו רוצים ואז במודע ביהמ"ש נמנע מלגלות את האמת.

**פס"ד קראוס –** מישהו במשטרה כל שבוע סיפרו עליו בידיעות אחרונות דברים שקריים. ואח"כ כשזה התגלה כשקר הם טענו לאמת דיברתי.
**חשין -** נקבעה הלכה של **אמת לשעתה!**

חוק איסור לשון הרע נותן הגנה של אמת דיברתי – ביהמ"ש אומר שהאמת הזו היא אמת משפטית ולא עובדתית – כלומר אמת לשעתה היא האמת המשפטית – מה שקרה באמת לא מעניין אותנו לצורך ההגנה.

**לדעת בריס – זו טעות להשתמש במונח אמת משפטית כי זו אמת לשעתה!**

זו טעות כי לא קבענו ממצא מסויים שאומר שבשעתו הדבר הזה היה אמת- אנו קבענו פה בעצם **שהוא האמין בתום לב שזו הייתה האמת.** כלומר מה שאומרים פה הוא שמה שאתה חשבת בתום לב זה מספיק כדי שלא יתבעו אותך כדי לשמור על חופש העיתונות.

חשין מצטט את שמגר – הרבה פעמים השופט נתקל בבעייתיות בפורמליזם – זה נוגד לו את הצדק ואז הוא מנסה לחפש משהו שיעזור לו לעשות מהלך אנטיפורמליסטי כדי להגיע לצדק. ואז הוא אומר שהוא מנסה לחפש את האמת שעושה צדק מכל האמיתות. הוא מנסה לנסח את זה טוב – אבל מה שהוא מנסה לומר זה שלפעמים האמת יוצרת חוסר צדק.

**בפס"ד אילנה דיין גרוניס מסביר את ההבדל בין *האמת לשעתה* לבין *האמת לאמיתה* –**

הוא מסביר כי בחוק לשון הרע אין דרישה להוכיח יסוד נפשי של המוציא לשון הרע. גרוניס מסביר כי המונח אמת לשעתה הוא תרגיל פרשני כדי להכניס מהדלת האחורית את היסוד הנפשי של הנתבע כדי להגן עליו.

**גרוניס אומר שלכאורה הגנת אמת דיברתי אמורה להיות מה שקרה באמת אבל מטעמים של פרשנות –** גישה זו נדחתה בפס"ד קראוס. והוא מאשר את ההלכה של אמת לשעתה.
**מה שפשוט קרה בפס"ד קראוס – לא רצו להרשיע אותו כי הוא לא התכוון – "התכוון" המשמעות היא יסוד נפשי – כאילו אני לא אשם כי אין לי יסוד נפשי. אבל הבעייה היא שבחוק לשון הרע אין דרישה ליסוד נפשי – אז הפכו את המילה "אמת" שמופיעה בחוק לאמת לשעתה במקום לאמת האמיתית של מה שקרה.** אבל זה לא נקרא אמת משפטית- כי אמת משפטית מתייחסת לממצא שמוצא ביהמ"ש על בסיס מערכת נורמות – אבל בפס"ד קראוס לא בדקו שום דבר. ולא קבעו כלום. מה שהם ניסו לעשות זה להכניס יסוד נפשי שלא מופיע בחוק ופשוט קראו לו אמת משפטית בצורה לא נכונה. הבעייה של חוק לשון הרע היא שהוא חוק של אחריות מוחלטת – אם אמרת לשון הרע אתה תשלם.
**- אמת משפטית –**ממצא עובדתי שעבר דרך המסננת של נורמות בביהמש

פס"ד קראוס רק מראה לנו שהמונח אמת משפטית הוא שטויות – זה ביטוי שהומצא ע"י ביהמ"ש כדי להגיע לתוצאה צודקת.

**חשין – "אין אמת אחת, האמת היא תלויית הקשר" –** ננסה לנפץ את העניין הזה. לפי בריס אין דבר כזה כמה אמיתות! יש אמת אחת.

בספרות הקלאסית מדברים על שלושה תנאי ידיעה:

* P אמת – אינך יכול לדעת משהו שהוא לא נכון! אתה יכול לחשוב שאתה יודע משהו אבל ברגע שהוא מתברר כלא נכון אתה תדע שזה לא נכון.
**הבעייה היא – שאין לנו גישה לP** – אנחנו לא באמת יודעים משהו – העולם שלנו בנוי על צידוקים! אנו רואים שהשמש זורחת במזרח ושוקעת במערב אז מניחים שזה ככה – כי זה צידוק. **כלומר האמת היא לא תלוית הקשר אלא הצידוקים הם תלויי הקשר.
למשל אם יש טענת ידיעה מדעית –** משהו שחקרו ובדקו. זו טענה שמבוססת על סמך צידוקים מדעיים והם תלויי הקשר – כי במאה ה13 זה היה בסדר והיום זה כבר לא נכון. אנו בודקים מה ההקשר שלנו.
**טענת ידיעה משפטית –** זו טענה שמבוססת על צידוק משפטי – לפי בדיקה משפטית של עובדות במסננת של נורמות תלויות הקשר.
**כלומר צידוק יכול להיות הקשרי, ידיעה יכולה להיות הקשרית אבל האמת היא תהיה אחת!**
* S מאמין שP – ידיעה זה משהו שאתה צריך להאמין בו. אתה לא יכול לזרוק סתם משפטים שבטעות יהיו נכונים כי זו לא נחשבת ידיעה.
* S מוצדק באמונתו שP – ניחוש מוצלח זה לא ידיעה! זה צריך להיות משהו מוצדק.

 "הצדקה" היא נורמטיבית.

היכולת לטעון שאני יודע אמת- תלויה בצידוקים שלי לטעון זאת!

**יש אמת אחת! הצידוק בלבד הוא תלוי הקשר – ולא האמת עצמה. לא יתכן לומר שיש שתי אמיתות עובדתיות!** אם אנחנו בוחרים לצעוד במערכת צידוקים נורמטיביים מסויימת – אנחנו מכירים בכך שה"אמת" שאליה נגיע תנבע מאותה מערכת נורמטיבית ותהיה קשורה בה. על כן, הידיעה תלויית הקשר ולא האמת עצמה!

חזקות

דוגמאות לחזקות:

* + **'חזקת הכוונה'**: "אדם הנוקט קו התנהגות מסוים, מעשה או מחדל, מתכוון בדרך כלל לתוצאות שכרגיל נובעות מהתנהגות זו" (ע"פ 410/85 דוד בן שימול נ' מדינת ישראל) – המשפט הפלילי כמו נוקט עמדה אלוהית – בוחן כליות ולב.
	+ **'חזקת המודעות'**: "חזקה כי אדם מודע לרכיבי היסוד העובדתי של העבירה שביצע" (ע"פ 4351/00 מדינת ישראל נ' גאמל אבו אלהווא). לדוגמא: חזקה שאני יודע שאם יריתי באקדח, האקדח היה טעון.
	+ **'חזקת החוקיות'**: "כל הדברים שנעשו, חזקה עליהם שנעשו כדת וכדין (ע"פ 515/75 צבי כץ נ' מדינת ישראל) – ניתן לתקוף את הרישום, את הפקיד, את ההחלטה שהתקבלה, אך הנטל מוטל על מי שטוען זאת.
	+ **'חזקה תכופה'**: "אורך הזמן אינו אלא חוליה אחת מכל הנסיבות שיש להביאן בחשבון" (ע"פ 391/70 פרוספר בן הרוש נ' מדינת ישראל). לדוגמא: אם אדם נמצא בזירה, חזקה שהשתתף בעבירה. יש איזו חזקה שאם מצאו לדוגמא חפצים גנובים אצל אדם בסמוך לאירוע הגניבה, אזי כנראה שהוא הגנב. בית המשפט מסייג קצת את החזקה הזאת ולא מפעילה בקרוב. צריך לבדוק את הנסיבות. כך בנסיבות מסוימות, לדוגמא ביום של שוק, ייתכן שהמהירות שבה עברו החפצים הגנובים והגיעו לאדם אצלו מצאנו את החפצים, אינה מחשידה ולא צריכה להוביל לחזקה תכופה שהוא הגנב. במילים אחרות, חזקה תכופה היא מרכיב אחד בתוך כל המרכיבים.
	+ **חוק הצהרת מוות** – לבית המשפט יש סמכות לקבוע מוות של אדם "על סמך כל ראייה שהובאה בפניו". יש כאן הגמשה די רחבה של דיני הראיות. אם שנתיים לא שמענו מנספה – ניתן לקבוע מותו מיום שנעלמו עקבותיו. לגבי נעדר – בתום שבע שנים מהיום שבו נעלמו עקבותיו. לגבי אדם שנספה בשנות קיומה של השואה – מהיום שנעלמו עקבותיו. **"חזקת מוות"**: חזקה שאותו נספה / נעדר מת, כל עוד לא צץ. אנחנו מניחים שאדם נעדר / נספה לא יחזור. זו הנחה שניתנת לסתירה.

**מהי חזקה?** יש לי עובדה שאני יודע, אחרת שאני לא יכול להוכיח ואני עושה קפיצה בין עובדה אחת לשניה.:

**עובדה א --> עובדה ב**

הצורך בהחלטה שיפוטית הוא בגלל ההכרח. לדוגמא: צורך בהוצאת צו ירושה. הצורך נותן לנו כיוון לחשיבה אחרת.

אין לראות את החזקות כמופעלות בצורה אוטומטית. השופט מפעיל שיקול דעת.

**מה משותף לחזקות?**

* + החזקות נוגעות לעובדות. האם התכוון או לא - זו עובדה. זה נוח שאנחנו מניחים מה הוא חושב או מתכוון כי אין לנו דרך לדעת. אנחנו מסתפקים במשהו שקל לדעת כדי לגלות או להניח על מה שקשה לדעת. גם כוונה היא עובדה שיש להוכיח.
	+ אם אני מוכיח שבאמת לא הייתי מודע - החזקה מתבטלת. חזקה שניתנת לסתירה.

חזקה היא למעשה הנחה ראשונית, אך חזקה ניתנת לסתירה. אנחנו צריכים איזושהי נקודת מוצא, שכל עוד לא סתרנו אותה, היא תהיה הדין שממשיך לשרור. מי שצריך להתאמץ כדי לסתור את החזקה הוא מי שהחזקה פועלת כנגדו. נטל הראיה פועל לטובת החזקה. אדם יכול לסתור את החזקה שהתכוון לתוצאות, אבל הנטל לעשות זאת מוטל עליו.

שני הסברים למושג חזקה:

* + **סביר להניח** – חזקה מדברת בשפה של ידע, לפי **המודל ההכרתי** ואומרת מה אנחנו יודעים אודות העולם. לדוגמא: אנחנו יודעים שאם אדם לא חזר מהטיטניק, הוא כנראה לא יחזור.
	+ **אינני יודע, אבל צריך לקבל החלטה ביצועית** – לדוגמא: אין לי מושג אם האדם נספה, אבל אנחנו צריכים לדעת ממתי לשלם לאשתו את דמי העיזבון. זה דומה לספק מובנה עליו דיברנו בתחילת הקורס. לפי **המודל הפרגמטי**.

חזקות במשפט הישראלי

* הבחנה א':
* **חזקות שבדין** – חזקות שצומחות מהחקיקה

חזקות המעבירות את נטל השכנוע

* **חזקות שבעובדה** – חזקות שנגזרות מניסיון החיים (כמו חזקת השיתוף

חזקות שלא מעבירות את נטל השכנוע.רשאי השופט לראות עובדה כקיימת אף בלא הבאת ראיות להוכחתה כל עוד אין בחומר הראיות כדי לשלול את אותה העובדה קנת וקנת)

* הבחנה ב':
* **חזקות המעבירות את נטל הראייה** (חזקת החוקיות)
* **חזקות שאינן מעבירות את נטל הראייה** (אולי תכיפות לבד אינה מצליחה להעביר את נטל הראייה- ויש דרישה לראיות נוספות). בפס"ד רינה מרום, היה ויכוח האם חזקה שלא מופיעה אצל המחוקק בפירוש יכולה להעביר את נטל הראיה. לפי השופט מצא, בדעת מיעוט, רק המחוקק הראשי יכול להעביר את נטל הראייה. אולם דעת הרוב קבעה כי הלכה פסוקה יכולה להעביר את נטל הראייה. (חזקה חלוטה)
* הבחנה ג':
* **חזקות הניתנות לסתיר**ה- לדוגמא: חשבנו שאדם נספה אבל אז מגלים שהוא לא, חזקת התכיפות.
* **חזקות שאינן ניתנות לסתירה**- האם זה בכלל נכון לדבר על חזקה שאינה ניתנת לסתירה? לדוגמא: סעיף 64 לפקודת התעבורה – סירוב לבדיקת שכרות: "סירב נוהג ברכב לתת דגימה לפי דרישת שוטר...יראו אותו כמי שעבר עבירה". כלומר, גם אם הנוהג יוכיח שלא היה שיכור, זה לא יהווה לו הגנה. חזקה שאינה ניתנת לסתירה נקראת חזקה חלוטה. בפס"ד רינה מרום, השופט חשין קורא לחזקה חלוטה "חזקה בתחפושת"(כי היא בעצם הדין, הנורמה). היא אומנם מנוסחת כחזקה, אבל בפועל היא איננה חזקה. גם חזקת ידיעת הדין היא באופן מסורתי חזקה שאינה ניתנת לסתירה, לפיה אנו מניחים שהאדם ידע את הדין.

**אם כך, במשפט הישראלי יש 2 הבחנות בסיסיות**:

* + **הבחנה א'**: בין חזקות שבדין לחזקות שבעובדה – חזקות שבדין הן חזקות שמעבירות את נטל השכנוע. חזקה שבעובדה אינה מעבירה את נטל השכנוע אלא היא משמשת כראייה בעצמה. היא עוד ראייה בין ראיות.חזקה שבעובדה היא מעין ראיה נסיבתית ש"סותמת חור" במידע. מה ההבדל בין נטל השכנוע לנטל הבאת הראייה? נטל השכנוע קבוע מראש, בעוד נטל הבאת הראיה יכול להשתנות כל פעם לאורך המשפט. לדוגמא: אדם מואשם ברצח. נטל הבאת הראיה מוטל על התביעה. אם היא מביאה אקדח עם טביעות אצבעות של הנאשם, נטל הבאת הראיה עובר לנאשם. אם הוא מוכיח שלא היה בזירה, נטל הבאת הראיה עובר חזרה לתביעה.
* **הבחנה ב'** (בתוך החזקות שבדין): יש חזקות שניתנות לסתירה ויש חזקות שאינן ניתנות לסתירה. חזקה שבעובדה על פי הגדרה ניתנת לסתירה. לדוגמא: התביעה מביאה ראייה של טביעות אצבע והנאשם סותר את החזקה ע"י הוכחות שטביעות האצבע אינן מהימנות.

חזקות בתורת המשפט

* + **עדנה אולמן מרגלית**: "בהינתן ש-P הוא מצב העניינים, עליך (=על נמען הכלל) לנהוג כאילו Q הוא מצב העניינים, אלא אם כן או עד אשר יהיו ברשותך נימוקים (מספיקים) לפיהם אין זה כך". לפי מרגלית, **חזקה לא באה להגיד מה קרה אלא להגיד איך להתנהג**.

חזקות במשפט העברי

* + התורה משתמשת בחזקה כנורמה איך צריך להתנהג. זה שיקול פרקטי של תורת המעשה.

חזקות שניתנות לסתירה

**חוק אוויר נקי, סעיף 73**: "נעשה מעשה או מחדל... רואים את המחזיק במקרקעין כאילו עשה את המעשה, זולת אם הוכיח כי...." – יש פה העברה של נטל הראייה על הנאשם וזו חזקה שבדין שניתנת לסתירה**.** מי שמפסיד כשיש "תיקו" או בהעדר הוכחה הוא זה שעליו הוטל נטל השכנוע.

חזקות שאינן ניתנות לסתירה

**פקודת התעבורה סעיף 6ד** **– סירוב לבדיקת שכרות**: מי שסירב לבדיקה ייראו אותו כמי שעבר עבירה של נהיגה בשכרות. אם סירבת – אתה מואשם בעבירה, גם אם יכולת להוכיח שלא היית שיכור. חזקה שבדין, שאי-אפשר לצאת ממנה, היא אינה חזקה. היא דין. היא אולי רטוריקה של חזקה אבל בפועל זה דין. למעשה מה שיוצא מכך זה שאנחנו מאשימים את האדם על עצם זה שהוא מסרב לתת מידע. הוא מקבל עונש על עצם סירוב הנשיפה כיון שגם אם הוא יכול להוכיח בוודאות מלאה - זה לא תופס

**הסדר כובל: "יראו הסדר כובל כ..."** ההגדרה שלהסדר כובל זה שתי חנויות שלא התחשבו בתחרות. "יראו כ" זו לא רק שפה של חזקות אלא הגדרה של נורמות בדברים שאינם ניתנים לסתירה!

**חזקות שבעובדה תמיד ניתנות לסתירה:** הן משלימות לנו מידע, ולכן הן פועלות במישור של הוכחות (ניתנות לסתירה אם מביאים ראייה סותרת).

**חזקה שאינה ניתנת לסתירה:** למעשה המחוקק לא מעוניין במה שאנו יודעים אלא מה שאנו עושים.

(הבחנה א לא חשובה- להתמקד ב-ב)

סוגי התמודדות עם בעיות אי-וודאות:

* + **פתרונות מעשיים, פרגמטיים** – בחזקה שבדין ובחזקות שאינן ניתנות לסתירה, אין כדי לומר דבר על הידע שלנו, אלא רק לקבוע מי צריך להוכיח במשפט – חזקה ככלל פעולה.
	+ **פתרונות הקשורים להכרה** – בחזקה שבעובדה ובחזקות שבדין שניתנות לסתירה יש התייחסות למודל ההכרתי – מה אנחנו יודעים / מניחים אודות העובדות.

**סיכום ביניים:**

 **חזקות שלא ניתנות לסתירה** הן סוג של נורמה והן למעשה התנהלות מעשית. המחוקק לא מתעניין אם אני יודע את החוק או לא. זו נורמה מעשית.עדנה אולמן מרגלית אומרת שהנחת החזקה לא אומרת לי איך אני אמור לחשוב על עובדה- אם היא הייתה או לא אלא נותנת לי פתרון מעשי- ביצועי. איך אני מנהל את הבורות שלי כדברי השופט קיטון. זה כלי פרקטי.

**חזקות שניתנות לסתירה** אפשר להסביר ב-2 צורות- חזקה שבעובדה, שהיא בעצם כמו ראייה שניתן לסתור, וכן- חזקה שבדין שניתנת לסתירה, מעבירה את נטל הראיה לנאשם- כמו בחוק אויר נקי.

חזקות במשפט העברי

יש 2 קטגוריות כלליות של מושג החזקה:

* **חזקות הכללה** – חזקות שמניחות לגבי המציאות – מציאות פיזית או פסיכולוגית.
	+ - הנחות שבטבע – חזקה לגבי מציאות פיזית.
			* למשל: תשעה חודשי לידה וכד'.
		- הנחות פסיכולוגיות התנהגותיות:
			* "אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות" – זוג שהיה נשוי וחזר להיות ביחד ולקיים יחסי אישות אנו מניחים שהם חזרו להיות נשואים.
			* "אין אדם פורע (חובו) תוך זמנו" – חזקה למשל שסטודנט לא גומר את העבודה הסמינריונית בשבוע הראשון.
* **חזקות 'הקפאת מצב', שימור סטאטוס "חזקה מדעיקרא"")** – הנחה שכיוון ומשהו היה, הוא ממשיך להתקיים. לדוגמא: אם אתמול ראיתי אישה נשואה ואני רואה אותה היום אני רשאי להניח גם היום היא נשואה)
	+ - "חזקת אשת איש" – בנישואין ובגירושין חייבים שיהיו עדים. תפקיד העדים הוא להודיע שיש פה שינוי סטאטוס, כדי שכולם ידעו שהאישה שינתה את הסטאטוס שלה.

**"חזקה שאינה פוסקת"**

זו חזקת **הכללה**. יש תובנה לגבי המציאות כולה, אנו עושים הכללות שלא נגזרו מהמקרה הקונקרטי אלא החזקות האלה נשענות על תובנות כלליות אוניברסאליות. לכן הן אינן פוסקות. זה לא עניין של הקפאת מצב, אלא שזו תובנה על המציאות. התובנה הזו מתבססת על מה שאנו יודעים אודות המציאות. חזקה שאינה פוסקת עומדת במקום עדים, כלומר היא באה במקום הצורך בעדים. **רבינו שמחה (בספר האור זרוע)** משתמש ברציונל ההכרתי שאני יודע את המציאות ולכן אין צורך בעדים ("ואנן סהדי" = ואנחנו עדים). זו חזקה שבאה מכוח הרוב – הסתמכות על סטטיסטיקה. לדוגמא: אני יודע שסטודנט לא יכין עבודה בשבוע הראשון בגלל שהרוב לא עושים את זה.

**"חזקה פוסקת"**

זו חזקה של **הקפאת מצב**. מה שהיה – אני מניח שממשיך להתקיים עד שהוא כבר לא מתקיים. לדוגמא: אם הבעל מת אז אנו יודעים שהאישה כבר לא נשואה. עולה שאלה לדוגמא לגבי רון ארד – מתי הכרזנו שרון ארד מת? זה חשוב לשאלה האם אשתו תוכל להתחתן שוב. **רבי שמעון יהודה שקאפ** מתאר חזקה של הקפאת מצב לא בתור משהו שאני יודע אלא בתור משהו שאני נוהג בו. רבי שמעון יהודה שקאפ הוא משתמש ברציונל מעשי.

לסיכום

* + **רציונאל מעשי** – את הרעיון המעשי אנו מוצאים אצל שני הוגים:
		- עדנה מרגלית – דיברה על חזקת הכללה. אם שבע שנים נעדר אדם, נראה אותו כמת.
		- רבי שמעון יהודה שקאפ – דיבר על חזקת הקפאת מצב. העניק רציונאל מעשי – שנוכל להמשיך לחיות. לדוגמא: כדי שאשתו של רון ארד תוכל להמשיך לחיות, להתחתן מחדש ושילדיה החדשים לא יהיו ממזרים.
	+ **רציונאל הכרתי** – אור זרוע דיבר על חזקת הכללה ונתן לכך רציונאל הכרתי.

5.5.13

**פיקציה –** משהו שבעולם האמיתי הוא לא אמיתי. למשל אישיות משפטית נפרדת בעולם המשפטי זו אמת אבל בעולם האמיתי זו פיקציה כי החברה לא באמת עשתה משהו. כשאנו מרימים מסך לבעל המניות אנו בעצם חוזרים לאמת האמיתית בעולם ולא לאמת המשפטית.
גם למשל החזקה קונסטרוקטיבית – זו לא באמת החזקה בעולם האמיתי אבל בעולם המשפטי זו אמת משפטית.
כמו כן למשל בחוק החוזים – קבלה בדואר רשום זו חזקה שקיבלת- אבל זה לא באמת אומר שקיבלת את המכתב.

**ניתן לראות פיקציה משפטית כאמת מוסווית –** זה כמו אמת משפטית – אנו כחברה מקבלים החלטה שאנו מאמינים לפיקציה לצרכים מסויימים כמו שאנו מקבלים את האמת המשפטית לצרכים מסויימים למרות שאנו יודעים שזה לא בטוח נכון.

**הפיקציה היא למעשה לא דיבור על אמת ושקר אלא על פעולות שניתן לעשות או לא**. למשל אישיות משפטית נפרדת – זה מונח שהגדרנו – חברה בע"מ – אבל בעצם זה פעולה שבעלי מניות יכולים לעשות בלי שיתבעו אותם. זה לא אמת ושקר. אנו לא מתארים פה עובדות אלא מגדירים את הפעולות שמותר למותר לגוף מסויים לבצע כפי שהגדרנו לו. זו החלטה חברתית שלנו.

שפה שמתארת את הדברים בעולם לפעמים היא לא רוצה לתאר דברים בעולם אלא להגדיר את הפעולות שהחברה נתנה לגופים מסויימים בתנאים מסויימים לעשות – אנחנו לא רוצים בעזרת המונח חברה בע"מ להגדיר באמת מה זו אישיות משפטית נפרדת- אלא לומר שאי אפשר לתבוע את בעלי מניות. **בעצם פיקציה היא החלטה איך לנהוג!**

**במקום לדבר על מה יש – כשמסתכלים על זה לעומק ניתן לתרגם את כל האמירות המשפטיות שהן פיקציה לכללי התנהגות- לנורמות – מה אני אמור לעשות.**

**דבר דומה לזה קורה בחזקות**

חזקות הן סוג של מסקנה שניתן להסיק מאיזושהי מערכת של עובדות. אנו מניחים עובדות שלא בטוח נכונות. למשל חזקת השיתוף – אנו מניחים שאם בני זוג חיו 40 שנה יחד הם התכוונו לשתף את הרכוש. זה לא בטוח.

**אולמן מרגלית במאמרה –** אומרת שניתן להסתכל על חזקה כמשהו שאומר לנו מה לעשות ולא משהו שמתאר לנו הנחה מסויימת על בסיס עובדות, בדיוק כמו פיקציה. **כלומר אם X הוא מצב העניינים ננהג כאילו Y הוא מצב העניינים –** כלומר אם אני רואה אותו עם תיק עם חפצים שעכשיו נגנבו, ננהג כאילו תפסנו אותו גונב אותם כי יש את חזקת התכיפות.

**מה אני עושה כשיש לי תיק אצל אדם שאני לא בטוח שהוא גנב אבל יש לו תיק מלא בחפצים הגנובים?** אני מעמיד אותו לדין על גניבה ואלה יהיו הראיות כי ככה אנחנו החלטנו כחברה שנעשה עם אנשים שנמצא אצלם תיק עם חפצים גנובים – כי אנו מניחים שהוא גנב. **זו נקראת חזקה שניתנת לסתירה.**

**יש חזקות שאינן ניתנות לסתירה –** וזה תואם יותר את תפיסתה של אולמן מרגלית כי ברור שזה אומר לנו איך לפעול. למשל החזקה שאם סירבת לנשוף בינשוף נראה אותך שיכור ונעמיד אותך לדין. כלומר לא מעניין אותנו אם היית שיכור – החזקה הזו אומרת לי איך לפעול – אנו נעמיד אותך לדין על שכרות למרות שאנו לא בטוחים שהיית שיכור כי לא הסכמת לנשוף וזו החלטה חברתית שלנו.

אולמן אומרת כי ניתן לומר על חזקות ש:

**עובדה א'** מובילה **לעובדה ב'.**

**אבל צריך להגיד על חזקות:**

**עובדה א'** מובילה **לפעולה ב' (פעולה זו מאפיינת בד"כ מצבים של עובדה ב'!! –** כלומר נעמיד אותו לדין על גניבה למרות שמצאנו רק תיק עם חפצים. בד"כ מעמידים לדין על גניבה אם רואים שמישהו גנב).

יש חזקות שהן קביעות של המחוקק – למשל חזקת המוות – אם מישהו נעדר 7 שנים, ניתן לחלק את רכושו כי יש חזקה שהוא מת.

יש חזקות שהן קביעה של בתי המשפט – למשל חזקת השיתוף.

**שני סוגים של חזקות:**

* **חזקה שלא ניתנת לסתירה –** כלומר לא ממש מעניינות אותי העובדות. יותר מעניינת אותי הקביעה החברתית. זו בעצם נורמה חברתית בתחפושת של חזקה.
**ניתן לראות חזקה כזו כמודל פרגמטי לפתרון אי וודאות (**למדנו בתחילת הקורס) – מה עושים כשיש אי וודאות? כלומר מה עושים במקרה שמישהו מסרב לנשוף בינשוף? מעמידים אותו לדין על שכרות.
**ברור לנו כי אין מדובר על מודל הכרתי (**מודל נוסף להתמודדות עם אי וודאות) – כי לא מעניין אותנו מה אנחנו יכולים לדעת על האדם – כי לא אכפת לנו מהעובדות אלא מהפעולה שנבצע.
* **חזקות הניתנות לסתירה –** החידוש של אולמן מרגלית היא שגם החזקות הללו הן נורמה בתחפושת – הוראות איך לפעול.
**ניתן לראות חזקה זו גם כמודל פרגמטי.
אולי ניתן לראות זאת גם כמודל הכרתי –** בתור משהו שאומר לנו משהו על המציאות עצמה.

**נבדוק את החזקות במשפט העברי**

**שני סוגים עיקריים של חזקות**

* **חזקות הכללה**
* **יש הנחות שבטבע** – למשל מניחים בהלכה כי אישה יולדת אחרי 9 חודשים (יש נשים שיולדות אחרי 7 חודשים, יש כאלה שיולדות אחרי 10 חודשים אבל ההנחה היא שיולדים אחרי 9 חודשים).
* **הנחות פסיכולוגיות התנהגותיות**:
* "אין אדם פורע חובו תוך זמנו" – יוצאים מנק הנחה כי אנשים בד"כ מבקשים הארכה בהלוואה.
* "אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות" - יוצאים מנק' הנחה כי אנשים לא הולכים לזונות. כלומר ההנחה היא שאנשים שוכבים אחד עם השני כדי למסד קשר ולא סתם בשביל הנאה.
* **חזקות הקפאת מצב (חזקה דמעיקרא)-** אלו חזקות של שימור סטטוס.
* **חזקת חיים-**למשל אנו מניחים שאם מישהו היה חי כשהוא נחטף ולא היה שינוי נסיבות אז המצב ממשיך והוא עדיין חי.
* **חזקת אשת איש –** אם היא הייתה אישתו היום, ואתמול ולא היה שינוי נסיבות כנראה שהיא עדיין אישתו.

**נבדוק את החזקות בהלכה וננסה לראות לאיזה מודל הן מתאימות? (**הכרתי או פרגמטי)

**אור הזרוע(רבנו שמחה) –** בודק האם מתנה לאישה לפני הנישואין היא חזקה על היחסים המשפטיים של קידושין שמחייבים גט?

**תוך כדי הדיון הוא נכנס להסבר של מה זו חזקה?**

* **חזקה פוסקת** (ניתן להפסיק אותה)- אם מדברים על משהו שממשיך, ביום אחד יכול להיות שהוא ייפסק. למשל חזקת החיים – אם אני יוצא מהחדר לחמש דקות אני מניח שכולם יישארו בחיים, אבל אם אני אצא ל80 שנה כנראה שלא. **לכן חזקה פוסקת היא חזקה שאומרת שאנו מניחים שהדברים יישארו כמו שהשארנו אותם.**
* **חזקה שאינה פוסקת – אומרת משהו על האנושות, אומרת משהו על טבע האדם.** כלומר מדובר על דברים שתמיד יהיו נכונים – כמו שנשים תמיד יולדות אחרי 9 חודשים. או שאנשים בד"כ מבקשים הארכה לחוב שלהם. חזקת המוות היא חזקה שאינה פוסקת. כי היא לא עוסקת בסטטוס קבוע. **זו חזקה שעושה הכללה – הכוח שלה נשאר מאיזושהי תובנה על המציאות –** לפי האור זרוע – **החזקה הזו עומדת במקום עדים.

החזקה הזו אומרת לנו משהו על המציאות, זו לא רק הוראה לפעול! זה המודל ההכרתי ולא המודל הפרגטי – כלומר אותן חזקות שאולמן מרגלית אמרה שהן בסיס לפעולה, אור זרוע מגדיר אותן כמסבירות משהו על המציאות.**

**הרב שקופ**לדעתו הקפאת מצב לא נובעת ממשהו שאתה יודע. אלא זה סוג של קיצור דרך ביצועי. הוא לא מבדיל בין סוגי חזקות שונים.

**להשלים**

**סיווג חזקות:**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **מודל מעשי** | **מודל הכרתי** |
| **אולמן מרגלית** | חזקות שאינן ניתנות לסתירה/ניתנות לסתירה- לשיטתה שתי החזקות מנחות אותנו כיצד לנהוג. |  |
| **רבנו שקאפ** | חזקות מדעיקרא (הקפאת מצב, שימוש סטאטוס) וטוען כי זה כלל התנהגות-מעשי. |  |
| **רבנו שמחה (אור זרוע)** |  | **חזקות שניתנות לסתירה/אולי גם חזקות מדעיקרא?** – לגבי חזקות מדעיקרא רבנו שמחה לא אמר שהוא יודע – אולי הוא עשה הבחנה בין חזקות שאינן פוסקות שם אנו יודעים על המציאות לבין חזקות מדעיקרא שם לא בטוח שאנו יודעים ולכן זה לא בטוח מודל הכרתי. חזקת ההכללה- היא כמו עדים, אומרת משהו על המציאות. |

**12.5.13**

**המשך חזקות:**

אמרנו **שחזקות שאינן ניתנות לסתירה הן** בעצם תחפושת. זה פשוט לא מעניין אותנו מה קרה. מדובר על נורמה- לא מעניין אותנו העובדות אלא החלטנו מה עושים במקרה מסויים.

**לגבי חזקות שניתנות לסתירה** – ראינו **שפרופ' מרגלית** אמרה כי גם חזקה כזו היא סוג של נורמה ודרך פעולה – כלומר מה לעשות כשאין לנו עובדה. זה מזכיר לנו את השופט קיטון שאומר שאנו צריכים לנהל את הבורות שלנו- כלומר מה עושים כשלא יודעים את העובדות.

כלומר אומרים לנו איך להתנהג כשאנו לא יודעים.

**לפי מרגלית** – אין הבדל בין שני סוגי החזקות- בשתיהן אומרים לי מה לעשות כשאני לא יודע מה לעשות.

ראינו כי יש חזקות הכללה וחזקות הקפאת מצב – **אור הזרוע** קרא לחזקות הקפאת מצב- חזקה פוסקת – כלומר המצב נשאר עד שמפסיקה באיזשהו שלב.

כלומר החזקה הזו תפסיק מתישהו – אבל חזקות הכללה לא ייפסקו לעולם – כלומר אף פעם לא נפסיק לומר כי אישה יולדת אחרי 9 חודשים.

**אור הזרוע** מסביר את חזקת ההכללה- ואומר כי זה כמו עדים, זה אומר לנו משהו על המציאות. זה מזכיר את המודל ההכרתי. זה לא רק איך לנהוג כמו שאמרה מרגלית אלא זה מידע שאנו מקבלים.

**רבנו שקאפ-** מדבר על חזקה **מדעיקרא – חזקה של מצב נמשך –** הוא אומר כי הכלל הזה מדבר על כלל התנהגות ולא מה הכלל הזה אומר על המציאות.

**האור זרוע לא דיבר על חזקה שאינה פוסקת , ושקאפ לא דיבר על חזקה מכלילה אלא רק על**

**סטאטוס . כל אחד דיבר על משהו אחר.**

**כל הדיון הזה לעיל מדבר רק על חזקות שניתנות לסתירה –**

**כלומר אולמן מרגלית** אומרת כי החזקות האלה אומרות לנו איך לפעול ולא אומרות כלום על המציאות. (למשל שלושת הנשים מקליבלנד נחשבו מתות אבל הן לא מתו – פשוט קבעו לנו מה עושים כשחושבים שהיא מתה – **זו גישה מעשית – מה עושים כשלא יודעים מה קרה.)**

**גישה שנייה – זו הגישה ההכרתית – כלומר אנו לא יודעים מה קרה אבל מניחים שהיא מתה.** אם בסוף מתברר שטעינו והיא חיה אז אין בעייה- מודים שטעינו, פשוט נכון לזמנו היה הגיוני שחשבנו שהיא מתה.

**בריס –** מושג החזקה שימושי לנו בכל חיינו והוא לא מסכים עם מרגלית שאומרת שזה רק מעשי, אלא צורות החשיבה שלנו בנויות על חזקות.

**חזקות במשפט העברי**

**רמב"ם יסודי התורה ז'**

הרמבם מתייחס לנבואה – מתייחס לצורך במצווה להאמין לנביא. הבעייה להאמין לנביא היא כי אין הוכחה שהוא חלם את זה. אין דרך להכנס לראש שלו ולדעת איך הוא הרגיש בחלום והאם זה נכון. הנבואה היא שיח אישי ולא ניתן לשתף אותו עם אף אחד. זה דומה לחוויה של ביהמ"ש- רק אני וחברה שלי ראינו את הרצח ואני לא מצליח לשכנע את ביהמ"ש שראיתי את הרצח וזה כמו החוויה של הנביא שמנסה לשכנע את כולם שהנבואה נכונה ולא מאמינים לו.

**הקושי הזה לחלוק את החוויה האישית הפרטית עם הזולת הוא קושי שמשותף לנביא ולעד והרמבם מתגבר על שתי הבעיות באמצעות מושג החזקה.**

הרמבם מסביר שהנביא הוא אדם מיוחד ולכן התורה אומרת לנו "לשמוע ממנו שנאמר אליו תשמעון" – **מדובר כאן על חזקה מעשית** – כלומר אנו לא בטוחים שזה נביא אבל התורה אומרת לנו לשמוע בקולו. כלומר אנו לא בטוחים אם זה נביא אבל הוא לבוש כמו נביא, ומתנהג כמו נביא, אבל אני לא יודע אם הוא באמת נביא אבל אמרו לי להקשיב לו כי אם אני כל הזמן אחשוב אם זה נביא או לא – לא יהיה מוסד כזה נביאות.

הרמבם ממשיך להסביר – את הדין היהודי חותכים על פי שני עדים (מספיקים שני עדים), ואומר הרמבם כי יכול להיות ששני העדים משקרים, אבל השופט הרי לא היה שם אז צריך להאמין לעדים. הרמבם אומר שאנו מאמינים לשני עדים כשרים למרות שאין לנו מושג אם הם דוברי אמת כי לא היינו שם. אנחנו חייבים לסמוך עליהם בצורה כלשהי. אין אפשרות להתחמק מהסתמכות על העדים.

החלק הראשון של הטקסט מדבר על נבואה – האם לסמוך על נביא או לא – זה אותו רעיון- כמו שאנו חייבים לסמוך על עדים כך חייבים לסמוך על הנבואה. אמנם הסיפור של העדים הוא יומיומי והגיוני יותר, אבל אין מה לעשות כי הנביא הוא אדם מיוחד ולכן גם כאן נאמין.

בשני המקרים הרמבם מדבר על חזקה.

שני המקרים הללו מדברים על **חזקה פוסקת. ניתן לומר מצד אחד כי מדובר על משמעות מעשית לחזקות האלה –** כלומר אנו לא יודעים אם הנביא או העדים דוברי אמת אבל נקשיב להם בכל זאת. יכול להיות שאלו עדי שקר או נביא שקר – אבל התורה מצווה במודע – התורה יודעת שאנו מוגבלים ביכולת שלנו לבחון את העדים ואת הנביא אבל בכל זאת תשמעו להם.אנו מניחים את הכשרות של האדם – זו הנחה שניתנת לסתירה.

**ניתן לפרש את הטקסט בצורה אחרת –** נפרש את הביטוי של הרמבם " נסתרות לה' אלוהינו והנגלות לנו ולבנינו" – **אצל הרמבם הגבול של הספק עובר בין הנגלות לבין הנסתרות.** יש נסתרות – יש דברים שרק אלוהים יודע. ויש דברים שהם נגלות – זה דברים שאנו לכאורה יודעים (מניחים) – אנו מניחים כל החיים דברים וזה לדעת הרמבם מספיק – כלומר לא צריך לדעת הכל – גם אם אתה מניח כל החיים משהו ואולי יש סיכוי קלוש שזה לא נכון, זה לא משנה מבחינת הרמבם – כי בעזרת הכלים שיש לי זה מספיק.
למשל אם אני יושב בכיתה ומניחה כי התקרה לא תיפול עליי זה מספיק מבחינת הרמבם כדי לומר שאני יודעת. יכול להיות כמובן סיכוי שהתקרה תיפול אבל אני מניח שזה בסדר. וכך גם לגבי הנביא ולגבי העדים – **זו בעצם השיטה ההכרתית, ונותן לנו מידע על המציאות ולא דרך פעולה כמו הפרשנות הקודמת של הטקסט.**

**רמבם מלכים יא**

בטקסט זה הרמבם מסביר כי אם מגיע מישהו משושלת בית דוד ויגיד לכולם שהוא המשיח חזקה עליו שהוא המשיח. אם הוא יצליח לבצע הכל אז בודאי שהוא המשיח. ואם לא הצליח אז הוא סתם מישהו מבית דוד ולא המשיח.

 **הסבר כללי:** יש חזקות שניתנות לסתירה – סוג אחד הוא חזקה מכלילה – זו חזקה שאנו מסתמכים על הכללות מסויימות במציאות ומניחים משהו. יכול להיות במקרה הספציפי שלנו זה לא יהיה נכון וזה חריג (כך ניתן לסתור את החזקה הניתנת לסתירה). למשל אנו מניחים כי אם מישהו נעדר 10 שנים כנראה שהוא מת. אם הוא חי – זה הסתירה של החזקה הניתנת לסתירה. העיקר שיהיה לנו מידע על המציאות הכללית.

 חזקה שמשמרת סטאטוס –מה שהיה – נשאר עד שלא נוגעים בו. למשל אם יש אישה נשואה. אתמול היא הייתה נשואה והיום היא הייתה נשואה אז מניחים שהיא נשואה כל עוד אין משהו שישנה את זה.

כאן הרמבם לא מדבר על חזקה פוסקת –זה לא שהיה סטאטוס של משיח ואז הוא פוסק. זו גם לא חזקה מכלילה- כי זה לא משהו שמתרחש הרבה וניתן לסיק ידיעה לגביו.

זו פועל כמו הכללה גם בלי להכליל – **הרעיון כאן הוא כן בעולם ההכרתי ולא בעולם הביצוע בלבד.**

**יש פה הבחנה בין המילה חזקה לבין המילה ודאות.** אם הוא מתנהג כמו משיח – אז אנו מניחים שהוא משיח . אם הוא יבצע את המוטל עליו – זה בודאות המשיח, ואם לא יצליח – אז יודעים שזה לא משיח.

**שלב הביניים הזה אומר לנו שאנו יכולים להסתפק במציאות כפי שאנו רואים אותה.**

**אנו יודעים בינתיים שזה המשיח, ואת הודאות אנו נקבל אם יבצע את מה שהוא צריך.**

**הרמב"ם לאורך כל הדרך מעוניין לשים סוף לספקות לא הגיוניים שיוצרים אבסורד, ומציע פה גישה הכרתית שמשלימה עם העבודה שאין בידנו כל המידע ובכל זאת, מה שיש בידנו כנראה מספיק כדי להתקדם הלאה.**

 **דוגל בשיטה-** when I see a bird that quacks like a duck, walks like a duck...

**19.5.13**

**נטלי ראייה**

הרעיון של נטל ראייה בדיני ראיות הוא ספק סביר.

**ס' 34 כב לחוק העונשין** –
(א) לא יישא אדם באחריות לעבירה פלילית אם הוכחה מעבר לספק סביר.
(ב) התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית והספק לא הוסר יחול הסייג.

כל התוספת של הספק הסביר היא תוספת מאוחרת לחוק, אבל גם לפני החוק היה מובן מאליו שלא ניתן להרשיע אם מידת ההוכחה היא לא מעבר לספק סביר.

**הספק הסביר במשפט הפלילי**

אנו חושבים מה אומר המונח "סביר"? האם אנו חושבים שצריך רף גבוה יותר בתיק רצח מאשר בתיקים אזרחיים כי זה יותר חשוב?

**חזקת החפות –** זה לא רק הטלת נטל השכנוע על כתפי התביעה, זו קביעה של זכויות. זו קביעה של המשפט המהותי. כי המחוקק בא ואומר – בהיעדר הוכחה – אם נשאר מצב לא מוכח – יש לנאשם זכות לחפות. זה לא רק פרוצדורה מי מוכיח אלא מה התוצאה המהותית – מה קורה אם לא מוכיחים.

**יש עבירות בהן משנים את נטל ההוכחה –** ואז משנים בעצם את הזכויות של הנאשם – כי הכל נקבע ע"י המחוקק – כלומר הוא קבע שבמקרים מסויימים למישהו תהיה זכות לחפות ובמקרים מסויימים לא. כמובן מכך נגזר כי שינוי נטל שכנוע יכול להיות רק בחקיקה ראשית ולא בחקיקת משנה.

**הרציונל לקביעת נטל ראייה כמו שהוא קיים היום:**

* **מעשי בלבד –** לא נוח לנו לזרוק מישהו סתם כך לכלא
* **שיקול חברתי**
* **ערכי**

**יכול להיות שאנו אומרים שזה לא מעשי לבדוק ב100% כל טענה לפני ששולחים מישהו לכלא, ויכול להיות כמו שראינו אצל הרמב"ם שז פשוט לא הגיוני לבדוק הכל ב100%. כלומר גם 98% מספיק לנו כדי לדעת כי התובנה האנושית לא רוצה לקפוץ מעל הטבור.**

**נדגים:**

* **אם אין צידוק אובייקטיבי למסקנה המרשיעה** – למשל אנו יודעים כי דמניוק היה השומר בסוביבור אבל לא הצלחנו לשכנע אובייקטיבית שהתעודה שמוכיחה זו לא מזוייפת
* **אם קיים ספק סובייקטיבי במסקנה המרשיעה** – אם יש צידוק אובייקטיבי למסקנה שלי והשתכנעתי בלב סובייקטיבית שקרה משהו – זה נקרא שאני יודע.

במשפט העברי

**אנו מדברים על מקרים בהם יש גזר דין מוות**

**הרמב"ם, הלכת סנהדרין –** צריך לשמוע את טענות בעלי הדין ולחזור על העמדות של הצדדים. לאחר מכן הדיין צריך לצדק את הדין בליבו ואז לפסוק. כלומר המקרה חייב לעבור דרך האישיות של השופט. כלומר אנו רוצים שהשופט יאמין! כדי שיוכל לפסוק.

**הרמב"ם**השופט אמור לעבור הליך פנימי שהוא יהיה בטוח גם לגבי המצב העובדתי וגם לגבי הדין החל. אם יש סוגיה שבה השופט לא בטוח מה הדין אז הוא חייב לבדוק ולהיות משוכנע כי זה אחד מסימני ההיכר שזה כך. אנו מדברים פה על שכנוע פנימי של הדיין – כלומר לא רק מה אומרים הנתונים החיצוניים אלא מה אומרים הנתונים הפנימיים של השופט.

**זה נשען קצת על המודל ההכרתי – כי אנו מדברים על האמונה של השופט.**

**הרמב"ם – דגש על התודעה הסובייקטיבית של השופט**

אם היה ליבו של השופט נקפו שיש בדין רמאות, או שלא השתכנע מהעדים באופן סובייקטיבי למרות שאין משהו אובייקטיבי שמבסס את חשדו. או שיכול להיות שבעל הדין רימה את העדים שלו, אסור לו לפסוק.

**אנו רואים כי התנאי ההכרחי של הרמבם כדי שהשופט יפסוק הוא השכנוע הפנימי של הדיין. זה חלק מהידיעה לדעתו. הרמבם מבסס את השפיטה על מושג הידיעה! כי אם לא – זה לא היה מעניין אותו מה חושב ומרגיש השופט אלא היה מסתמך רק על ראיות.**

**הידיעה היא תנאי הכרחי – אך האם היא תנאי מספיק?**

אם למשל השופט השתכנע אבל יש איזו בעייה פרוצדורלית. האם הוא יכול להרשיע?

**יש להבחין בין דיני ממונות לבין דיני נפשות.**

**דיני נפשות**

מקרה בו ראינו מישהו עם חרב רודף אחרי מישהו, לא ראינו את הרצח אבל אחרי שניה ראינו את הבחור עם החרב נוטפת דם ואת השני מת.

האם ניתן להרשיע? החליטו במקרה הזה לזכות את הבחור.

**האם ראיות נסיבתיות, בלי שני עדים וכו', מספיקים לדיני ממונות?**

**לפי הרמבם –** השופט השתכנע, גם אם אין צידוק אובייקטיבי כלומר אין לי ראייה ברורה – זה מספיק כדי לפסוק **בדיני ממונות** לטובת מישהו. הדיין יכול לקחת בחשבון גם ראיות לא ברורות, גם דברים מאוד קלושים.

**בדיני נפשות** – לא מספיק תחושתו של השופט! צריך ראיות חזקות שיבססו את תחושתו של השופט. וגם לא מספיקות ראיות נסיבתיות! גם אם הן ממש משכנעות!

**ספר המצוות של הרמבם**

"ולזכות אלף חוטאים יותר טוב ונכסף מהרוג זכאי אחד יום אחד".

"כמו שיהיה אדם ירדפהו שונאו להרגו ולהינצל ממנו ייכנס בבית אחד וייכנס הרודף ההוא אחריו ונכנס אחריו ונמצא הנרדף הרוג והוא מפרפר ושונאו שהיה רודפו עומד עליו והסכין בידו ושניהם מנטפים דם (הסכין והגופה)..." – גם אם רואים מישהו עם סכין מדממת מעל הגופה, משיקולי מדיניות אנחנו לא רוצים להוציא אדם זכאי להורג.

הרציונאל של הרמב"ם אומר מה השיקול של תורה בעניין זה. התורה חששה מ"מדרון חלקלק". ברגע שיחתכו קצת ויגמישו מעט את האפשרויות להפליל אדם, לא יהיה לזה סוף – "עד שיחתכו הגדרים וימיתו האנשים פעמים במעט אומד לפי דמיון הדיין ומחשבתו. ולכן סגר יתעלה (ה') את הפתח הזה ואמר שלא ייחתך גדר העונש אלא כשיהיו העדים מעידים שהם ידעו בוודאי שזה עשה את המעשה ההוא באמת בלא ספק ובלא דמיון בכלל. וכאשר לא נחתוך הגדרים בדמיון החזק מאוד הנה תכלית מה שיהיה שנפטור החוטא וכאשר חתכנו הגדרים בדמיון ובאומד הנה פעמים נהרוג נקי יום אחד. ולזכות אלף חוטאים יותר טוב ונכסף מהרוג זכאי אחד יום אחד" – ההעדפה היא לזכות אלף פושעים מאשר לשחרר אדם אחד חף מפשע.

לכאורה המודל של ראיות נסיבתיות שמספיקות לדיני ממונות ותחושת הבטן של השופט היו אמורים להספיק גם לצורך דיני הנפשות, אבל אז בא הרמבם ואמר כי לא. בגלל המודל המעשי אנו מבינים שלא ניתן לפעול כך ולהכניס סתם אנשים לכלא ולכן קבע כי אסור להרשיע בגלל ראיות נסיבתיות בלבד ושכנוע פנימי בלבד.

26.5.13

**נטל ראייה בהליך אזרחי**

**"המוציא מחברו עליו הראייה" –** לכאורה הכל פשוט.

נבדוק את הרציונל של הכלל הזה, האם באמת הוא תמיד נכון, ונדבר על המצבים העמומים יותר.

הכלל – מי שתובע – עליו הנטל לשכנע את השופט שהוא צודק. באופן רגיל מוטלים על התובע גם נטל הבאת הראיות וגם נטל השכנוע אלא אם נקבעת בחוק הבחנה.

יש הבדל בין שני הנטלים.

על התובע הנטל הוא להוכיח מעבר למאזן ההסתברויות – מעבר ל50%.

המשפט העברי דורש ראייה חזקה יותר מ50% בדיני ממונות.

המשפט הישראלי מקבל גם ראיות נסיבתיות.

גם בחוקים סוציאלים – גם אם המקרה נועד לעשות טוב לאנשים חלשים עדיין לא ויתרנו על נטל הראייה והשכנוע.

**פס"ד גיורא ארד -** הביטוי המוציא מחברו מטעה – המוציא מחברו חל גם אם לא מבקשים ממישהו לשנות את מצבו ולהביא לך כסף, אלא גם אם אנו רוצים להשאיר את המצב על כנו או לתת פס"ד הצהרתי על משהו.

אתה מבקש פס"ד הצהרתי שמקפיא את המצב הקיים זה גם מוציא מחברו.

התובנה הזו חשובה מאוד.

**הסברים לכלל שמטיל את נטל הראייה על התובע גם כשלא מבקש להוציא פיזית מהנתבע אלא רק להשאיר מצב קיים?**

* כשאתה מבקש משהו מהמערכת, אתה צריך לשלם אגרה ולהצדיק את העובדה שהמערכת תפעל.
* **נטל שכנוע –** נגזר מן הדין המהותי – מי מפסיד כאשר כפות המאזניים מאוזנות.
* **נטל הבאת ראייה-** כלל פרוצדוראלי – אין עובדה אלא אם הוכחה. על מי הנטל להוכיח עובדה בשלב מסויים במשפט.
נטל ראייה עובר מצד לצד במהלך המשפט, נטל שכנוע נשאר יציב. בתחילת המשפט שני הנטלים רובצים על אותו אדם.

נטל השכנוע מדבר על דין מהותי! וזכויות נגזרות מכך – ומי שקובע את הזכויות הללו זה המחוקק- בחקיקה ראשית. יכול להיות שהמחוקק יקבע כי הנתבע ישכנע שהוא לא עשה.

למשל בדיני מיסים- אתה צריך לשכנע שניהלת את הספרים כדין.

**פס"ד פרומה הכט –** הייתה חיילת בשירות קבע בכמ"ג.(כור בדימונה). היא פיתחה גידול בראש ומתה מסרטן. בשנת 1985 הקשר בין סרטן לקרינה לא היה מובהק. ביהמ"ש פסק שיש לפטור את הכור כי הייתה בעייה בקש"ס.

**בפס"ד הדין הבחינו בין תביעות נזיקין לבין תביעות מוות.** אם תובעים את הצבא בתביעה נזיקין – הנטל הוא על התובע. אבל אם יש תביעות בגין מוות – הנטל על הצבא להוכיח כי אין קש"ס.

נטל שנכוע ייקבע בחקיקה ראשית לעומת נטל הבאת הראיות שמגיע בחקיקת משנה כי נטל שכנוע קובע זכויות מהותיות והן חייבות להיות בחקיקה ראשית.

בד"כ המוציא מחברו עליו הראייה אבל ראינו כי זה לא תמיד יהיה מוציא-

 לפעמים זה במקרים של השארת המצב על כנו, כאשר רוצים פס"ד הצהרתי.

לפעמים כמו בחוק מס הכנסה זה גם הנותן לחברו עליו הראייה. כי המדינה מוציאה מהאזרח והוא צריך להוכיח ששילם מס

**בבא קמא מו, ע"ב**

המוציא מחברו עליו הראיה- "מי בעל דברים יגש אליהם" (שמות כד), עליו יהיה להגיש את התובענה.

רב אשי טוען כי אין צורך בפסוק סברא, זה הגיוני, בלתי נמנע. כשכואב לי, אני ניגש לרופא בכדי לטפל בכך, כך אותו דבר בראיות. זה אקסיומתי, מובן מאליו.

**שו"ע חו"מ (רמא) [=שולחן ערוך, חושן השפט סימן ד, בהגהות הרמ"א]**

כשהציבור בא להוציא מיסים מהיחיד, גם בחקיקה הישראלית וגם במשפט העברי, נטל הראייה עובד הפוך.הציבור נקרא "מוחזק" כלומר, מי שנטל הראייה לטובתו. זה נקרא להפוך את הנטל לא במובן שבו הופכים את נטל הראיה בשאלת הבאת הראיות. כפי שהמחוקק קבע כי על התובע רובץ נטל הראיה כך הוא יכול לטעון כי בתחום אחר זה לא חל.

**האם הרציונלים מתמודדים גם עם אי-וודאות מובנית?**

**** נזק-ואין עדים/ אין ראיות- יש מצבים שלא ניתן לדעת בהם.

**** עמימות מידת האשמה- לא יודעים את מידת האשם התורם, מה היה המצב התודעתי של האדם, מידת ההתרשלות, הרי לא קיים פה דבר אובייקטיבי בצורה מוחלטת.

**** עמימות בקביעת הקשר הסיבתי.

**** בדיקות"אילו"- במצבים כאלו לא ניתן לדעת לעולם, כי הם מעולם לא קרו (לדוגמא,דיון נוסף מלול).

**** ספק פרשנות של צוואה/ חוזה (חיובים שלובים, סיכול)

**** ספקות שבדין- למשל, גיור לחומרא- לא יודעים האם אדם הוא יהודי או לא ולכן עושים לו גיור לחומרא.

אלו הן ספקות שכאשר מסתכלים עליהם במציאות לא **ניתן למצוא נקודת אחיזה**. אז למה להמשיך עם הרעיון של נטל השכנוע של התובע? באותה מידה שהתובע צודק, הנתבע צודק גם הוא.

אם הרעיון של נטל השכנוע הוא סוג של תפיסה ליברלית, של לא להתערב במצב זכויות עד שצד לא יוכיח- זה פתרון פרקטי, למנוע כאוס. גם במצבים שאני לא יודע ולא יכול לדעת, לא מתעסקים בזה. אך אם מדמים את נטל הראייה כמשהו שמדמה את התודעה האנושית.

אז האם הרציונאלים מתמודדים גם עם אי-וודאות מובנית?

**** סדר חברתי- הסדר פרגמאטי, אם אדם יצטרך להתגונן כדי לשמור על רכושו, התוצאה תהיה כאוס.

**** אי התערבות (על חשבון צדק?)

**** הטיה לטובת הנתבע (גם במקרים של ספק מובנה, ספק מוחלט? מהי ההצדקה להניח שנתבע צודק).

**בפס"ד כהן נ' קופ"ח כללית**- "חוסר הידע ואי-הבהירות באשר לגורמים למחלה ולתהליך התהוותה, גומות עוול לתובע.."

למה נוקטים בגישה של הכול או כלום במצבים בהם אין אפשרות לדעת את האמת?

**פס"ד דעקה**- לא היה ניתן לדעת מה התרחש, ישנם טיעונים היפותטיים למה יכול היה להיות, אולם לא ניתן לדעת.

כריכוך לגישת "מאזן הסתברויות" הוצעה **גישת הסיבתיות העמומה.**

**פס"ד מלול**- את החלתה של הדוקטרינה זו התנו בשני מבחנים:

א. על אי הוודאות להיות מובנית

ב. מדובר בשחקנים חוזרים (גורמים בעלי משקל מתאים בנסיבות העניין).

דיון נוסף מלול- היה חוסר נכונות להחיל את כלל הסיבתיות העמומה במקרים של אי-וודאות מובנית, וזאת בטוענה כי יש לעשות זאת בחקיקה ראשית. בריס מבקר זאת,זו לא הפעם הראשונה ולא האחרונה שביהמ"ש פועל באמצעות חקיקה שיפוטית, ואף הכלל של נטל הראיה על התובע הוא הלכה משפטית.

יש גישה שגם במשפט הפלילי אפשר להחיל את כלל היחסיות, יניב ואקי "סבירותו של ספק: עיונים בדין הפוזיטיבי והצעה לקרת מודל נורמטיבי חדש".

**קושי בהתמודדות עם אי-וודאות מובנית ועם שיטת "הכל או כלום" הץעורר במשפט העיברי:**

**משנה בבא קמא ה, א**

"שור שנגח את הפרה ונמצא עוברה בצדה ואין ידוע"- שור נגח בפרה והפרה הפילה, לא ניתן לדעת אם זה כתוצאה מהנגיחה או לא. הכלל הוא ששור "תם" (ללא עבר פלילי) משלם חצי נזק. בנוגע לעובר, לא ניתן לדעת אם היה מקום לשלם על הנזק או לא, במקום לשלם חצי נזק הוא משלם חצי של החצי, כלומר רבע מהנזק לעובר. הפתרון שהוצע בעצם לא לפטור לגמרי את השור, וגם לפצות במלוא הנזק את הפרה- בעצם זה פיזור שוויוני של הסיכון. מדוע רק 50% הנחה? כי אנחנו לא יודעים. את המצב המובנה הזה בו לא ניתן לדעת, עושים הנחה ומשקללים את ההסתברות בצורה כספית מחייבים חצי נזק.

**התלמוד מפתח את זה, בבא קמא מו, ע"א**

זו דברי סומכוס דאמר 'ממון המוטל בספק חולקין'. את הנזק , את הסיכון מחלקים בצורה שיוויונית בין התובע לנתבע, כמובן במצבים שלא ניתן לדעת. השאלה האם הדברים הללו התקבלו להלכה או לא?

קיימות שלוש גישות בקשר לסברה זו:

1. לא, הלכה זו לא התקבלה. רוב החכמים סבורים כי "המוציא מחברו עליו הראיה".

2. ההלכה היא כמו סומכוס- הנורמה הקובעת היא הנורמה שאומרת שכאשר יש ספק מובנה- חולקין.

3. גישת ביניים- "והלכה כמותו במקרים מסוימים" הרעיון שממון המוטל בספק חולקין הוא רעיון נכון, אם יש וויכוח בין סומכוס לחכמים זה מתי מפעילים את העיקרון הזה,איפה עומד הגבול?. כאשר מדובר בספק שלא ניתן לקבל תשובה עליו, ספק עובדתי מוחלט-בו אין "מוחזק" (כסף שלא נמצא אצל אף אחד מהצדדים) יכול להיות שיוחלט לחלוק את הכסף.

רובינשטיין מציג **בפס"ד מלול** את רעיון הפשרה- שופט מוסמך כרעיון של פשרה להשתמש בכלל "אם יש ספק- חולקין".

רובינשטיין בפס"ד מלול מגייס לעזרתו את המשפט העיברי ומציג את רעיון "פיצוי לפי הסתברות"

נטל השכנוע הוא אקסיומטי מצד אחד, אינו עובר מצד לצד במהלך המשפט.אולם החברה יכולה לקבל בהחלטה נורמטיבית כי יש להתנהל בצורה אחרת, כמו במס הכנסה.יש מצבים במשפט העברי שמוכנים לקחת ספקות מוחלטים (אין עדיפות של אחד על פני השני), לומר כי אין זה רלוונטי ושיש לפזר את הסיכון בצורה שיוויונית "ממון המוטל בספק- חולקין". במקום להטיל את כל התיק על התובע.

**משפט שלמה**

כדי שהאימא האמיתית תקפוץ, היא חייבת להשתכנע כי חלוקת הילד באמת הולכת לקרות. אם לא היה מדובר בילד, מה היה הדין? זהו מקרה קלאסי של חלוקה. המלך מייחס חשיבות לשאלת מי מבין האימהות תבעה לחזקה על הילד. שתי הנשים זונות ולא נמצא גבר בבית שידרוש לילד או יוכל להעיד, רק שתיהן בבית ולכן הספק הוא מוחלט. המלך אומר "ויחלוקו" מכיוון וזהו **ספק מוחלט**. למרות שהאחת מחזיקה והאחרת לא מחזיקה- במצב של ספק מוחלט אין זה רלוונטי מי מחזיק את הילד, במצב כזה שלא ניתן לדעת, זוהי מילה נגד מילה- זה שאחת מחזיקה את הילד זה לא רלוונטי. הוא מפעיל את העקרונות של ממון המוטל בספק, למרות שמדובר בילד חי. מושג של ספק לא נפתר אם הנסיבות המוחלטות לא מאפשרות את זה.

יש לשים לב:

**** אחת האמהות מחזיקה בתינוק

**** "אין איש עמנו בבית"- אין אפשרות אובייקטיבית לברר את הנושא ולכן ההחזקה של אחת האימהות לא רלוונטית. אובייקטיבית הספק הוא חזק ולא ניתן לפתור את הסוגיה הזו.

כדי שהתרגיל הזה יעבוד, על שלמה לשכנע ישכנע כי תכף הולך לחצות את הילד עם החרב, עליו לסדר תפאורה שהיא מושלמת: שתי נשים, אחת מחזיקה בתינוק והאחרת לא. מילה של אחת כנגד מילה של השנייה.

שלמה מסמן כאן את הנשים לפי מי אומרת מה, הוא חוזר על דבריהן ומוכן ללכת על דין יחלוקו כחלק מהתפאורה, למרות שאימא אחת מחזיקה את התינוק, כי מדובר פה בנסיבות שמעוררות ספק מוחלט. בסופו של דבר מי שמנצחת היא זו שהחזיקה בתינוק, אבל לא בגלל עניין נטל הראיה.

**משנה, בבא מציעא ח**: "המחליף פרה בחמור וילדה וכן המוכר שפחתו וילדה זה אומר עד שלא מכרתי וזה אומר משלקחתי יחלוקו" – שני אנשים עושים עסק להחלפת פרה וחמור, ובזמן הזה הפרה ילדה:

1. אם הם לא יודעים אם הלידה קרתה לפני המכר או לא – חולקים הם ביניהם (ולא הולכים לפי שיטת "הכל או לא כלום"). אין וודאות לגבי זמן הלידה- "מוחזק" אין הכוונה לפיזית.

2.אם המוכר משכנע שהוא יודע מתי הפרה ילדה וכי ההולדה הייתה לפני המכירה, היא תהיה בחזקת המוכר עד שיביא הקונה ראייה. זה מספיק כדי להעביר את נטל השכנוע לקונה.

בשני המקרים הפרה נמצאת פיזית במרעה. ההבדל הוא בוודאות. הכוונה במילה "מוחזק" אינה להחזקה פיזית.

כלל המוציא מחברו עליו הראיה הוא הכלל הבסיסי, אבל יש לו חריגים שבהם נשתמש בכלל החלוקה "ויחלוקו" כמוצא פרקטי-מעשי:

\*ספקות שבדין – יש להבחין בין ספקות שבעובדה לספיקות שבדין. יש הסבורים כי הכלל של המוציא מחברו עליו הראיה תקף רק כאשר מדובר בספקות שבעובדה, אך אינו תקף לגבי ספקות שבדין. במקרים כאלה, הפיתרון הנכון הוא חלוקה שוויונית. עצם ההחזקה הפיזית אינה רלוונטית.

\*ספק עובדתי "מוחלט" – בו אין "מוחזק" – אין באמת מישהו שמחזיק בממון. לדוגמא: הפרה נמצאת באחו ושני אנשים רבים עליה. במצב כזה, הפיתרון של חלוקה הוא פיתרון של פשרה. במשפט שלמה גם נעשה שימוש בפיתרון של חלוקה, שכן האישה אומנם החזיקה פיזית את התינוק, אבל לא באמת "החזיקה" בו. גם בפס"ד מלול היה ספק עובדתי מוחלט. במקרים כאלו, יש כשל במודל ההכרתי, ולכן משתמשים ברעיון החלוקה.

\*רעיון של פשרה – "במקום שלא ניתן לפסוק דין אמת אמרה תורה לעשות פשרה ולכן חולקים" – הישענות על יסודות של פשרה ולא חלוקת אמת.

בריס מציע שמנגנון החלוקה מופעל כאשר **כל המנגנון ההכרתי של האדם אינו רלוונטי. הכוונה לספק שבדין** – אז הכרת האדם אינה רלוונטית. אי אפשר לדעת. של מי התיק הזה? כנראה של שמוליק, כי הוא הולך איתו כבר שנה. אז גם אם אני טוען שהוא שלי – לא חולקים, כי יש להכרת האדם, חזקות וכו' - משמעות. אך אם השאלה היא שאלה שבדין – מה החוק אומר – יש עניין לחלוק.

כאשר יש ספק שבדין – לא עוזר לנו שמישהו מחזיק בתיק כבר שנה – אנחנו לא יודעים מה הדין ולכן חייבים לחלוק!

רובינשטיין ממשיך:

ספק עובדתי "מוחלט" – בו אין "מוחזק". גם כאן יש עניין "לחלוק", כי הספק שבעובדה כל-כך חזק. אין אפשרות "להמשיך את הסיפור הקודם", מי שאצלו זה היה למשל – הוא הבעלים אלא אם נוכיח אחרת. אין מה להמשיך כי הספק מוחלט.

9.6.13

**השימוש בהגרלה ככללי הכרעה.**

פעם זה היה נשמע אבסורד, בשנים האחרונות נכתבו 4 ספרים על כך וזה נשמע יותר הגיוני.

**בעד שימוש בהגרלה:**

* שוויון – אין אפשרות להשפיע. זה מהלך עיוור.
* פתרון פרקטי
* צדק פרוצדורלי

**נגד**

* ההליך הוא אטום לתחושות. ראינו כי אין אפשרות להשפיע על ההליך באמצעות טיעונים.
* יכול להיות שהתוצאה לא תהיה צודקת ולא ניתן להשפיע על התוצאה.

**תפקידי ההגרלה**

* תחליף לשיקול דעת.
* חלוקת משאבים

ראינו כי הגרלה לצורך חלוקת משאבים זה משהו שאנו נוטים לקבל לעומת תחליף לשיקו"ד. אבל זה דווקא יכול להיות טוב כי יכולים להיות מקרים בהם אנו בטוחים שנזכה אבל משהו ימנע מהשופט לפסוק לטובתנו. אז אולי דווקא טוב שתהיה הגרלה שתחלק בצורה שוויונית את הסיכון שאנו לוקחים בתביעות.

**הגרלה במקרא**

**במדבר –** כשבני ישראל הגיעו לישראל, חילקו בינהם את המשאב של הקרקעות באמצעות גורל – הגרלה.

**בבא בתרא**

בגמרא, העברת נכסים דורשת אקט רשמי של מעשה קניין. **רבי יוסי** קובע כי אקט של הגרלה הוא אקט פורמלי של מעשה קניין ויש לה תוקף קנייני. אם זכית בהגרלה, זה שלך מבחינה קניינית.
הגמרא שאלה למה הוא קבע כך – והתשובה היא בגלל מה שקרה במקרא. אם כך חילקו את הנחלות כך גם מחלקים היום את האדמות. מדובר כאן על ירושה בין אחים.

**הגמרא מסתייגת מכך – היא אומרת כי אין צורך לקחת את חלוקת הנחלות במקרא כאבטיפוס לחלוקה בימינו. שם זה עבד אחרת.** שם זה היה אקט דתי – שם אלוהים היה אחראי על החלוקה של הנחלות, וזה התקיים במקדש ולכן זה לא הרציונל של תקופת התלמוד.

**כאן הם בעד הגרלה אבל מכוח הסכמת שני הצדדים שזה נראה להם שוויוני ומסכימים להגרלה.**

**למה הם זנחו את האופציה שבה ההגרלה היא החלטת השם?**

בתקופת המקרא כשחילקו את הנחלות זו לא הייתה הגרלה רגילה, כי היה שם משהו ערכי. היה את הרצון של אלוהים לחלוקה של השטחים. זו התשובה הנכונה לדעת אלוהים. **התלמוד אומר שצריך להזהר מהגרלות שנראות כמו חלוקת משאבים רגילה אבל הן בעצם הכרעות שיפוטיות. למשל כמו שקרה במקרא – שם זו הייתה הכרעה שיפוטית של הקב"ה. אבל ביום יום זה לא לגיטימי.**

**ויקרא**

פרשת שיער לעזאזל. היו לוקחים שני כבשים ואחד מהם נבחר בהגרלה ונזרק מצוק כדי לכפר על החטאים. מי שנזרק נבחר בהגרלה. לכאורה בוחרים את הכבש בצורה אקראית אבל זו מן הכרעה שיפוטית של הקב"ה.

16.16.13

**המבחן**

המבחן הוא 100%. החומר עם ספרים פתוחים.

הוא רוצה לבדוק מושגי יסוד. (???). אין הרבה משקל למושגים.

צריך לדעת את החומר העיקרי של הקורס.

רוצה לבדוק את היכולת להשתמש במה שלמדנו. מתי אני יכול להשתמש בכלים מסויימים – יהיו טקסטים שלמדנו, טקסט שלא למדנו ונצטך ליישם. צריך יהיה לדעת את הנושאים המרכזיים בכל טקסט לפי מה שלמדנו.

**נחדד את ההבדל בין ספר לספקנות.**

* ספק זה כשאנו לא יודעים – אבל קיימת אפשרות עקרונית לברר – מגולם בצורת סימן שאלה. יש לנו חתיכה שחסרה ויכולה לפתור את הבעייה.
* ספקנות זו טנעה שלא קיימת אפשרות להגיע לוודאות – מגולם ע"י סימן קריאה. זה אומר שהידיעה האנושית מוגבלת ויכולה להיות אפשרות שגם לא תדע את התשובה גם אם יהיו לך את כל חלקי הפאזל.

**באולם ביהמ"ש: אנו קרובים יותר למצב של הספקן לעומת המצב של הספק.!!!**

באולם ביהמ"ש אני מוגבל בכמה פרמטרים שמובילים אותי למצב של ספקנות בד"כ.

* לא הייתי באירוע
* אני מקבל מידע ע"י צינורות שעברו אצל גורמים אנושיים ולכן זה לא מקור ראשון.
* יש כל מיני מגבלות נורמטיביות- קבילות, חסיונות (דיברנו על כל הנושאים הללו בנושא של אמת משפטית). זה יוצר מגבלות על היכולת שלנו באמת לדעת.
* עצם המבנה האדברסרי מצמצם את כמות המידע שזורם לשופט.

ראינו את ההבדל בין וועדת חקירת לבין משפט – בועדה יש אמת היסטורית לעומת המשפט שיש בו אמת משפטית.

**ראינו כי המושג אמת משפטית הוא מופרך.** אמת היא דבר אחד. אבל ראינו כי קשה לנו מבחינה מילולית לומר את העובדות ולכן אולי אנו אומרים כי זה הכי טוב שאנו יכולים להגיע אליו – ואז זו האמת המשפטית – כלומר בחוסר ברירה אנו זורקים אדם חף מפשע לכלא אבל קוראים לזה אמת משפטית.

אולם ביהמ"ש דומה לספקנות כאמור. ולפי זה ראינו שתי גישות:

* **פרגמטית –** אנו יודעים כי אנו לא יודעים אבל זה לא יכול לשתק אותנו מבחינה מעשית. אין לנו ברירה ואנו חייבים לפעול בצורה מסויימת ולכן אנו פועלים בחוסר ידיעה כי אין אופציה אחרת וחייבים להחליט דברים גם אם אין את כל המידע.
**השופט קיטון –** אמר שאנו מנסים לנהל את הבורות שלנו. אנו מודים כי אנו בורים בסוגיות מסויימות אבל אנו מנסים לנהל את הבורות שלנו כי אין ברירה. (דומה לביטוי של הרמבם שעדיף 1000 רוצחים בחוץ).
* **הגישה השנייה (גישה אפיסטמית) – הדרך של המשפט להתמודד עם אי ודאות, בנויה על פי אותם יסודות שגם ההכרה המעשית מתמודדת איתם כשאנו לא יודעים –** כלומר המשפט מחקה את הראש שלנו כשהוא לא יודע דברים. כלומר כשאנו לא יודעים משהו, יש לנו אופציה לומר, "אני לא יודע ויכול להיות שעכשיו תבלע אותי האדמה". אבל יותר סביר להניח שזה לא יקרה. אמנם אנו לא בטוחים ב100% שלא תבלע אותי האדמה – **זה נחשב ידיעה – כשבני אדם מוחזקים כיודעים – זה אומר שהוא יודע ב99% וזה מספיק (כך אמר גם הרמבם).**

**הצבענו על שלושה יסודות לידיעה:**

* צידוק.
* לעולם אין לי גישה אל האמת עצמה, אלא רק דרך הצידוקים שלי
* גם אם יתברר שאני טועה, היה לי צידוק טוב ויכולתי לטעון לידיעה.

כלומר כל מה שאתה יודע זה כי יש לך צידוק טוב. אתה יודע כי יש לך צידוקים מסויימים. הצידוקים שאתה מביא, זה הדרישות שאני אדרוש ממך וזה יהיה תלוי הקשר. למשל במבחן אני אדרוש צידוק חלש יותר מעבודת דוקטור, ובעבודת דוקטור יהיה חלש יותר ממשפט רצח. אבל הכל נשאר בגדר צידוקים. בצידוק ניתן לטעות (זה הגורם השלישי), ולא בעייה לומר כי אני טעיתי כי היה לי צידוק טוב.

**גבולות הספק**

**סוגיית רוב וקרוב**

התלמוד דיבר על חיץ פיזי מבחינת גודל ערים רחוקות מאוד מכל שאר הערים.

הרמבם – התעלם מהחיץ הפיזי – אומר כי לא כל שאלה יוצרת ספק. אומר כי לא צריך ללכת לערים שמאוד רחוקות כי זה לא סביר שזה יקרה. יכול להיות שמדובר על הערים שמעבר להרי החושך, אבל כדי לומר שאנו יודעים, אין צורך ללכת כל כך רחוק.

הרמבם אומר כי אם היינו בודקים כל דבר כל כך קטן – לא יהיה לדבר סוף.

במשפט הפלילי – יש גילום לרעיון של הרמבם – **מדובר על הספק הסביר –** כלומר לא כל שטות צריך יהיה לשלול. צריך שיהיה ספק סביר. (הגיוני).

ניתן היה לבחון את העניין לפי המבחן המעשי, אבל לפי בריס – זה פשוט המבחן השני- כלומר אנו מבינים כי סביר להניח שהעניין הזה לא היה ולא צריך להכנס לפינות קטנות – ואז זה אומר המבחן ההכרתי (הדעה של הרמבם – שאומרת, זה מספיק כדי לדעת).

**חזקות**

הרעיון של חזקה- ראינו שתי גישות.

* **ניתן לראות את החזקה כפתרון מעשי**, כנורמה מעשית – **פרופ' אולמן מרגלית –** היא דיברה על חזקות משפטיות. למשל אדם שנעדר 7 שנים אחרי פיגוע. אנו לא יודעים אם הוא מת או לא. אבל יש לו צורך לחלק את הרכוש שלו, אז הפתרון המעשי הוא לחלק את הירושה. לדעתה, הנורמה היא מכוונת מעשה – כלומר אם יש לנו חזקה מסויימת היא אומרת לנו מה לעשות – למשל אם הוא לא חזר אחרי 7 שנים אז ניתן לחלק את הרכוש שלו. **גישה זו גם אצל רבי שמעון שקופ.**
* גישה שניה אומרת כי **החזקה היא הנחת עבודה אודות המציאות –** כלומר יש לנו דברים מסויימים שאנו מניחים כלפיי העולם. כי אין מה לעשות. אנו מניחים שזה נכון כדי שנוכל לחיות וכי זה נחשב שאנו יודעים למרות שאולי זה לא נכון.

ראינו הבחנה בין חזקה פוסקת לבין לא פוסקת, וניתנת לסתירה לבין לא ניתנת לסץתירה. ראינו כי חזקה שאינה ניתנת לסתירה היא בעצם נורמה שקבענו.

**טקסט**

גט - לגט יש כל מיני דרישות. למשל איך כותבים את הגט. אבל יש גם דרישות שלא תמיד נחזות על פני השטח. הגט חייב להיות מכוון לשני בני הזוג הספציפים.

הרמבם עוסק במקרה בו האישה הביאה את הגט לביה"ד כשהיא השליחה של בעלה שהביאה לעצמה את הגט.

**הרמבם -** אומר שאם בעלה נתן לה גט אנו מניחים כי כל הדרישות שמקיימות גט התקיימו. כלומר יש כל מיני דרישות לגט – שהאישה למשל לא בגדה, אז אנו לא יודעים אם היא בגדה או לא. אבל אם יש לה את מסמך הגט והיא רוצה להתחתן שוב. **אנו מניחים כי היא בחזקת מגורשת.** אנו לא נתחיל לבדוק שוב האם הגט כשר והאם התקיימו כל הדרישות לגט. **אם הגט חתום כמו שצריך ונראה בסדר, אנו נסמוך עליו ולא נתחיל לבדוק את כל הפרמטרים ויכול להיות שכל הגט הזה מזוייף.**

**נדגיש את הנימוק של הרמבם ואת השימוש של במונח חזקה:**

הנימוק של הרמבם הוא כי לא ניתן לחשוש כל הזמן כי לא נצא מזה. ואם היינו חוששים כל הזמן לא הייתה אפשרות לתת גיטין.

הרעיון ההכרתי היה – אם זה נראה כמו גט, זה גט. אלא אם כן יתברר אחרת. הרמבם לא עושה את ההבחנה בין כל החזקות כפי שראינו (פוסקת, לא פוסקת וכו') – **הוא פשוט אומר – קבל את המציאות הנורמלית כפי שהיא נחזית. כמו בעניין הערים – לא כל דבר מעורר ספק. אדם רשאי להניח הנחות. כלומר אם אתה רואה גט – אז קבל זאת כך עד שלא יוכיחו לך אחרת. כי זה אומר שאתה יודע אלא אם באמת מישהו יוכיח לך אחרת. זה רעיון החזקה אצל הרמבם – קבל את זה לפי הצידוק הנורמלי שיש לך. אם יש לך צידוק כי זה נראה כמו גט נורמלי, ויש פה את כל המרכיבים שנראים כמו גט נורמלי – אין לך סיפוק לפקפק בזה! למה שתפקפק בזה?? כל עוד לא הוכיחו לך אחרת.
כלומר הרמבם אומר כי ההבחנה של חזקה פוסקת/לא פוסקת לא רלוונטית פה!! אצלו מדובר על עניין הכרתי – יש גבול לספק.**

**הכלי המשפטי שמבטא את גבולות הספק בצורה בהירה ביותר הוא רעיון החזקה!! זה רעיון שמגלם את ההנחות שלנו אודות המציאות – אנו רשאים להניח הנחות לגבי העולם, יכול להיות שזה לא יקרה, אבל זה בסדר.**

יש פה משהו מוזר – כי גט זה דיני איסור – והיינו מצפים שדווקא באיסורים לא נסתמך על חזקות שהן לא בטוחות במיליון אחוז! ודווקא פה הרמבם אומר כי ניתן להסתמך על חזקות כי אנו לא פוגעים בזולת כמו בדיני ממונות. ודווקא בדיני ממונות אולי נצטרך לבדוק טוב יותר כי אנו לא רוצים לפגוע במישהו אחר שניקח לו כסף שלא בצדק.

**חזקה פוסקת –** חזקה שאומרת, אתמול היא הייתה אישה נשואה אז אני מניח שהיום היא גם נשואה. אתמול האוטו היה במוסך, אז אני מניח שגם היום בבוקר הוא שם.

לגבי הגט – אני לא ידעתי אתמול את מעמדו של הגט כי היום פגשתי את הגט לראשונה. זה המפגש הראשון שלי עם המסמך הזה.

**חזקה שאינה פוסקת –** זו הכלל אודות המציאות. למשל כל הנשים יולדות אחרי 9 חודשים. כאן זה לא מבוסס על הנחה כללית אודות המציאות, אני פשוט אומר כי אני לא אפקפק בגט הזה כי הוא נראה לי טוב.

ראינו את הסיפור של המשיח – אם הוא מנבא משהו וזה מתקיים אז חזקה עליו שהוא המשיח. מצד אחד ניתן לומר כי אולי זה חזקה בלתי פוסקת כי אם יש מלא אנשים כאלה שמנבאים וזה מתקיים אז הם משיחים.

**השיטה של הרמבם להסביר את כל העניין הזה של החזקות היא טובה יותר מאשר חזקה בלתי פוסקת – כי הוא אומר שגם אם זה לא קורה כל יום ואין מיליון אנשים כאלה שמנבאים מלא דברים, נוכל לומר שחזקה על האדם הזה שניבא משהו שהתגשם שהוא משיח! כל עוד לא הוכיחו לנו אחרת – זה שוב ביטוי של הרמבם לרעיון ההכרתי.** כלומר אין פה את רעיון ההכללה כמו בחזקה בלתי פוסקת, זה יכול להיות מקרה אחד בהיסטוריה אבל עדיין לפי הרמבם ניתן להניח כי מדובר על המשיח כי הוא מדבר כמו משיח, מנבא כמו משיח ומתנהג כמוהו. ואם מישהו הוכיח לך אחרת – אז אין בעייה, היו לך צידוקים מספיק טובים וטעית – (רעיון הTEIYUT).

**את המקרה של הגט יותר קל להסביר לפי חזקה בלתי פוסקת – כי זה לא מקרה נדיר כמו עם המשיח, אלא זה משהו שקורה כל יום. אבל שוב - ההסבר של הרמבם הוא טוב יותר מאשר חזקה בלתי פוסקת. הוא מדבר על המודל ההכרתי. יש פה יחס בין המודל ההכרתי לבין עניין הטעיות.**

**הרעיון של הרמבם הוא נקבל את הדברים כפי שהם נחזים.**

ניתן להשתמש בזה לא רק בחזקות. אלא גם בנטל הראיה במשפט האזרחי. מי שיש לו כסף במשפט העברי נקרא מוחזק. אם אתה רוצה להוציא ממנו את הכסף, אתה צריך להביא ראייה מסויימת. מוחזק זה מי שמחזיק את הכסף. ראינו לפחות במקרה אחד – למשל מיסים – אדם יכול להיות מוחזק גם אם הכסף נמצא אצל מישהו אחר. זה שאתה מחזיק את הכסף, זה לא אומר כי אתה לא חייב.

ראינו במשפט שלמה – למרות שאישה אחת החזיקה את התינוק, בהצגה של שלמה המלך, הוא היה מוכן לחלוק (כמובן שם זה לא היה רלוונטי). שלמה המלך אומר כי זה לא נקרא להיות מוחזק כי מדובר על שתי נשים זונות, וזה קרה בלילה – **ואז למרות שאת מחזיקה את התינוק, זה לא אומר שאת מוחזקת.** כאן אנו צריכים לבדוק את מי אנו מחזיקים בתור בעלים של משהו בראש שלנו, במחשבה.

בדרך כלל – מי שמחזיק במשהו פיזית כנראה שהוא יהיה מוחזק. אבל לא תמיד זה כך. כך למשל זה במיסים או במשפט שלמה.

מי מחזיק את הממון היא לא שאלה של מי מחזיק פיזית בממון אלא מי נראה כבעלים. הכוח המשכנע של חזקת ממון הוא לא רק כי מדובר על סטאטוס קוו, אלא **כי זה נראה לי הגיוני שזה המחשב של הספריה כי יש עליו מדבקה של הספריה, ואם אתה רוצה לשכנע אותי שלא, תביא לי ראיות – זה מאוד דומה למה שהרמבם אמר.** זה לא עניין של – כדי להזיז את המערכת המשפטית צריך להביא ראיות. אלא כדי שאתה תשנה את המחשבה שלי על המציאות ותשנה את דעתי אתה צריך להוכיח לי.

**דיברנו על פתרונות חלופיים**

**הגרלה ו"יחלוקו".**

חלוקה זה בוודאי פתרון מעשי. אבל יש מצבים בהם לא יעזור לי לחלוק. כי אני לא יודע באמת. כשהרעיון ההכרתי נתקע בכשל – אני פשוט לא יודע של מי התינוק. ואחת מהן היא בטוח האם. ואז הפתרון של החלוקה לא יעזור לנו ואז נעבור לפתרון מעשי יותר.

הרעיון הוא- בוודאי שהמשפט נזקק לפתרונות מעשיים. הפתרון המעשי יכול להיות בולט על רקע זה שהפתרון ההכרתי לא יכול לפתור את הבעייה כי הוא נתקע במחסום.

**ראינו את זה גם לגבי הגרלה –** המשפט לא רוצה הגרלה בתור תחליף לשיקול דעת רציונלי. אבל הוא כן רוצה הגרלה במקום חלוקת משאבים.

בתורה- יש הגרלות שדווקא נועדו להיות כלי הכרתי – כדי לדעת את רצון השם. למשל חלוקת הנחלות. זו לא סתם הגרלה, אלא זה היה הכרתי כדי לדעת את רצון השם. ראינו כי עם הזמן החילו את הרעיון של הגרלה גם לא רק על שאלות של מקדש או של רצון השם. אלא עם שאלות של חול – כמו ספינה (??), גביע בפורים(??). **צריך גם לראות את הסרט של ג'קסון.**

לא מספיק לראות בהגרלה האם יש צדק פרוצדורלי אלא בשביל מה??

**סיכום**

יש פה שאלות שהן חורגות ממשפטים. אנו חיים בעולם שבו אנו בתור בני אדם מוגבלים וצריך להודות בה. ניתן להתמודד עם המוגבלות ברובד המעשי, אך ניתן להתמודד עם המגבלות הללו ברובד ההכרתי – אנו מוגבלים וזה בסדר, זה מה שעושה אותנו בני אדם. זו היכולת להודות בטעות. כל אלה הם מרכיבים של האישיות שלנו. היכולת הזו מאפשרת לנו לבוא ולומר שאולי ניתן ללמוד משהו על המציאות. הסרט מראה כי כל מה שאנו יודעים או לא יודעים תריך להיות כפוף לערכים – כלומר לא רק לצדק פרוצדורלי אלא גם לערכים של מהות.