

מבוא למשפט עברי- פרופ' סיני יובל:

שיעור 1: 28.10.12

הסוגיות המרכזיות שבהם נעסוק:

1. ייחודו של המשפט העברי לעומת שיטות משפט אחרות המתח בין מסורת ובין חידוש, ובין הפלורליזם ההלכתי לבין צורך בהכרעת ההלכה.
2. מעמדם של המוסדות המשפטיים ועל סמכויותיהם, סוגיות משפט ומוסר.
3. נלמד על הקשר בין המשפט העברי לבין סוגיות משפטיות: נדון על היקף תחולתו של המשפט העברי במשפט במ"י.
4. נענה גם על שאלות הקשורות בזיקה שבין שתי שיטות המשפט, בעיות מודרניות- בית המשפט צריך להכריע בנוגע לשאלות שונות בעולם המודרני.

המשפט העברי- מונחים והגדרות:

"הלכה" ו"אגדה"-

1. ההלכה- המשמעות הכללית והמקובלת היא לחלק הנורמטיבי של התושב"ע (כל ההוראות שבעולמה של היהדות).

2. הלכה מלשון "הלך".

- אגדה- החלק הלא נורמטיבי של ההלכה, דברי הבמה והמוסר יש יחסי גומלין בין האגדה לבין ההלכה.

משפט עברי- כולל רק אותם תחומים של ההלכה, שבדומה להם מקובלים להיות כלולים במערכות משפטיות אחרות הפועלות כיום.

- יש להבחין בין הוראות משפטיות להוראות דתיות- אכילה לא כשר, שמירת שבת כל אלה ועוד רבים לא נוגעים במשפט העברי כי הם עוסקים בתחום הדתי בין אדם למקום.
- בהלכה מדברים פעמים רבות במונחים של "דיני ישראל" ואילו בספרות המשפטית הנוכרית מדברים על משפט יהודי.

מדוע לנו משפט עברי?!

תשובות אפשריות-

1. מבחינה היסטורית- השאיפה לקליטתו של המשפט העברי במדינה.
- **אין אפשרות להשליט את המשפט העברי למציאות של היום כי בעבר לא היה אוטונומיה שיפוטית, אין להם התייחסות לתחומים רבים שפותחו בשנים האחרונות (למשל קניין רוחני וכו').**

2. המשפט העברי הוא כר מעולה לעיון משווה- המשפט העברי במידה רבה נותן לך מבט אחר לסוגייה, כאשר שופט עומד מול סוגיה יש לו משפט משווה, מטרתו של המשפט המשווה לפרוס יריעה רחבה של דעות בסוגיה מסוימת ולא תגר אותו. יש רבים גם מהעולם אשר

- משתמשים במשפט העברי (המשפט העברי בנוי בעיקר בחובות בשונה מהמשפט המערבי הבנוי מזכויות).- חוק "לא תעמוד על דם רעך"- לקוח מהמשפט העברי. המטרה להפרות, לראות צורת חשיבה אחרת. ביהדות יש הרבה ערכים ומצוות סוציאליות (למשל מעשר, יובל, שנת השמיטה..) אשר שונים מהמשטר הקפיטליסטי .
3. המשפט העברי הוא הזדמנות מעולה גם מבחינת חקר ההיסטוריה של המשפט.
4. הדבר מעוגן בחוק הישראלי.
5. "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית": (חוסי היסוד) : במדינת ישראל יש מתח מתמיד בין יהודי ובין ישראלי ורבים מהאוכלוסייה רוצים לקחת חלק ביצירת הזהות היהודית- הישראלית.

המשפט העברי במדינת ישראל- חוק יסודות המשפט תש"מ 1989

בית המשפט האזרחי החילוני מכריע, בית המשפט הרבני נחשב כ"בורר".

ישנם שני חוקים מרכזיים אשר משליטים במידה רבה את הקשר שבין המשפט העברי לבין האופן שבו נוהגים בתי המשפט בישראל:

1. **חוק יסודות המשפט, תש"מ מ-1980 קובע:** "ראה ביה"מש שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה דבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש יריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר, והשלום של מורשת ישראל. – ישנם שופטים שחוששים להסתמך על אותם מקורות, לכן יש האומרים שצריך שחוקים הללו יהיו כ"היוועצות" ולא כחובה.

משפט עברי הרצאה 2-

4.11.12

דפי מקורות פדיון שבויים תמורת שחרור מחבלים) יובל סיני):

- התלמוד חושש מבחינה כלכלית – להכריח את הציבור לשלם מחיר מופקע
- חשש לשלום הציבור – יצרת תמריץ שלילי אצל השובים – סיכון אחרים
- השאלה היא מה היסוד המשפטי בנוגע לפדיון – ביטחוני או כלכלי
- מקור 3-עפ"י הגמרא – חובת הבעל לשחרר את אשתו תמורת כל מחיר "אשתו כגופו".
- התלמוד שאל מהו תיקון העולם
- ביתו אינו כגופו – אין חובה לפדות אותה תמורת כל דבר.
- אדם רשאי לפדות את עצמו בכל מחיר
- מקור מספר 5: הרמב"ם עוסק בתחום הביטחוני- חשש ביטחוני.
- כאשר השבוי נמצא בסכנת חיים, בכל מחיר פודים אותו.
- מקור 7: ישנם שתי סיבות אפשריות שכך שיפדו תינוק במחיר מופקע
- סכנת נפשות(מקור 6)
- מדובר במישהו שהוא ייחודי כאשר מדובר בתינוק.
- רוב הפרשנים והפוסקים סוברים כי "פיקוח נפש" לא משנה את התמונה ולא פודים שבוי יותר מכדי דמה.
- רמב"ם- עניין שבויים אחד הדברים החשובים ביותר ביהדות -"כל המציל נפש אחד כאילו הציל עולם ומלואו". זוהי המצווה החשובה ביותר.
- הרדב"ז לנסות מצד אחד להתאים את ההלכה למקרה ומצד שני להיות ער לרצון של העם לפדות את השבוי גם במחיר מופקע. הוא טוען שיש מחיר שוק לשבויים: הפדיון צריך להיות

שווה בין יהודים ללא יהודים. אסור ליצור מחיר מיוחד ליהודים על מנת שלא יחטפו רק את היהודים. בשל המצווה של פדיון שבויים גם אדם שאין לו כסף ירצה לפדות שבוי לכן יש לשים לב לסכום של גוי ויהודי.

מסיבות מקלות: אם מדובר בחשש שאותו יהודי לא יוכל לשמור על המצוות לכן יש לפדות אותו יותר מכדי דמיו. הרדב"ז אומר שאמנם קביעת קו אדום גבוהה יותר בגלל סיבות מיוחדות: יכריחו אותו לחלל שבת ..

הרצאה 3-

11.11.12

משפט הציבורי הנוהג ע"פ המשפט העברי-

במשפט העברי ניתן לראות שהיהדות תומכת במינוי מלך, לעם יש פחות זכויות דמוקרטיות.

מעמדה ההלכתי של מצוות מינוי המלך- בין מלוכה לדמוקרטיה:

מינוי המלך- ישנה פרשה בתורה שעוסקת במינוי מלך. האם הפרשה היא מצווה או רשות?

בפסוק הראשון ניתן לראות שזהו פסוק המבטא "רשות"- אם העם מעוניין בכך אבל מצד שני ניתן לראות לכאורה שהניסוח הוא יותר מראה על ציווי "שום תשים עליך מלך".

בפרשה עצמה יש מתח, אמביוולנטיות סביב השאלה, מבחינה אחת בחירה של העם – ניתן לראות זאת בצורה אמביוולנטית לחיוב או לשלילה. יש המשך בפרשה שנוהגת להבדיל בין מלכי ישראל למלכים אחרים- לא ירבה נשים, סוסים, כסף וזהב. המלך צריך להיות צנוע, אך היה מלך אחד שטעה בפסוקים הללו והוא שלמה. מלך ישראל יש לו הצמדה- ספר תורה, כל הזמן צריך להסתובב עם ספר התורה וזאת כי שהמלך אסור לו לחשוב שהוא אל ושיהיה לו גאווה יתר על המידה, ספר התורה צריך להזכיר לו מי הוא ומה הוא. ניתן לראות שהעם התבסס על שופטים ולא רק על מלכים- דבורה, שמואל וכו'. רק אחרי מותו של שמואל העם רוצה מינוי של מלכים- המלך הראשון שהתמנה הנו שאול. כששמואל הזדקן הוא רצה שבניו ימשיכו להיות שופטים בישראל, בניו לא הלכו אחריו ולקחו שוחד- לא היו כמותו. העם טען הבה שלך לא הלך אחריך ולכן "שימה לנו מלך"- לשון ציווי.

בפסוק ו' אנו רואים תגובה שלילית של שמואל: שמואל לא אהב את הרעיון אך בנו אמר לו שאין הוא צריך להתייחס על כך כי העם לא רוצה שהבן ימלוך מבלי קשר אל שמואל.

פסוק ט' מקור 2- תמליך עליהם מלך אך תטיל בהם את משפט המלך- האם זה סמכויות ריאליות של המלך או שאלו הן סמכויות תיאורטיות אשר מאיימות על העם על מנת להניעם ממינוי מלך. העם אינו נרתע ממשפט המלך ובכל זאת מעוניינים במלך. (פסוק י"א).

שמואל א' פרק ח' מהווה התחלה של המלוכה בארץ- העם דורש מינוי מלך ומינוי שאול.

מקורות תלמודים-

מדובר על תקופה שחכמי המשנה (עד שנת 200 לספירה) בזמן בית שני. התלמוד משנת 200-500 פחות או יותר. אנו נבחין במקורות תלמודים של חז"ל המציגים עמדות שונות ביחס למקורות 1,2.

מדרש ספרי- מדרש הלכה לספר דברים שבו החכמים דורשים ודנים בפסוקים המופיעים בתורה. הפסוקים הללו מתייחסים למקור מס' 1 הענקת המינוי למלך.

טוענים שגם במקור 1 לא מתייחסים בחיוב להמלכת מלך ולכן המקור של המדרש לספר דברים דומה לכך. רבי יהודה טוען כי אפשר להגיד ש"שים תשים עלינו מלך" זה שלילי זוהי אמרה חיובית. רבי יהודה טוען שהמלכות יכולה להיות משטר אידיאלי, אך אם מקדימים את המלכות זה יכול להיווצר לדברים שלילים. צריך להיות בשלות מסוימת לעם ולאחר מכן להמליך את המלך. הוא טוען שיכול להיות שהמשטר טוב אך לדעתו הם הקדימו את המועד שלהם, השופטים היו צנועים לא השאירו שושלות בד"כ ולדעתו זהו המשטר הנכון והראוי עבורם. רבי נהוראי רואה את מינוי המלך בשלילה!

רבי נהוראי מסביר את ספר דברים ע"פ ספר שמואל – החשש הגדול שהמלך יעשה להם הכל וזה עבודה זרה, פולחן אישיות. הגישה שלו עקבית זה דבר גנאי לישראל למנות מלך ויש בזה עברה של עבודה זרה. סכנה יתרה במשטר הזה שבו אתה מיחס כוחות לאותו מלך.

גם במקור מס' 4 אנו בוחנים את הדעות השונות: רבי יוסי טוען שכל מה שנאמר על "פרשת המלך" זה מותר. רבי יהודה אומר שזה נועד להרתיע את העם- האם המלך יכול להשתמש בכל הפרשנויות שהיו בפרשת המלך..? לפי דבריו לא. רבי יהודה ממשיך בקו החיובי למלכות- אמר זה מצווה מהתורה או חלק משלושת המוות הלאומיות. חלק מהמצוות שנמנות לעם ישראל. רבי נהוראי במקור מספר 4 רואה את הפרשה בשלילה: אם מישהו מתרעם ורוצה משהו נותנים לו את הבקשה אך המניע אינו חיובי. הדרישה היא לגיטימית אך מניעה אינם טובים. מבחינים בקבוצות שונות בעם הזקנים ביקשו מלך ברמה מינימאלית שנועד לשפוט אך לא יותר מזה (חיובי) אבל העם רצו שיהיה הכל אותו דבר- מלך בתפקיד מלא: זה נועד מתוקף חיקוי של הגויים ולכן זה שלילי. רבי אליעזר ורבי יוסף אמרו אותו הדבר, הם לא רצו חיקוי עיוור מהגויים.

מקור מס' 5 תלמוד בבלי- רבי יוסי אומר שלוש מצוות נצטוו ישראל בכניסתן לארץ: להעמיד להם מלך, ולהכרית זרעו של עמלק ולבנות להם בית הבחירה. המצווה הראשונה בדבריו הינה למנות מלך שילכד ויאחד את העם-שלטון חזק. המלך יושב על כסאו של ה': אלמנט דתי למלך זוהי נקודה חשובה השונה משאר הפרשנים. בתלמוד יש דעות ומחלוקות שונות קשה להגיע לתוצאה חד משמעית כאשר קוראים את הפרשנויות .

אחד הדברים המיוחדים במשנה תורה ששונה מהשאר שהוא דן בדיונים שאינם אקטואליים. הרמבם במשנה תורה עוסק בכל מיני מצוות שלא עסקו בהם בתקופת הגלות .

הרמבם במקור מס' 6 אומר: מתייחס לרבי יהודה ורבי יוסף "שלוש מצוות נצטוו ישראל...המלכת מלך". הרמבם מתמודד עם השאלה שרבי יהודה התמודד גם כן איתה: הרמבם מסביר בצורה מקורית למה לא ראו בעין יפה את פרשת מינוי המלך . הוא לא רואה בכך שהעם רצה להיות ככל הגויים. (לא רואה בשלילה). הנושא הנוסף שלא נזכר אצלו הוא הזמן של המליכה. לפי דעתו הבעיה היא רק במניע שלהם. במקור זה מציג הרמב"ם גישה שרואה בחיוב את מינוי המלך אך המניע היה בעייתי.

במקור 7- הרמב"ם טוען שמה שהמלך גוזר עלינו לקיים. הסיבה שעל פי המשפט העברי צריך לעמוד בבקשות חוק. מה שהמלך מחוקק באותם תחומים הוא תקף. הרמב"ם פוסק כמו רבי יהודה – לא רק לאיים עליהם אלא כל מה שנאמר בפרשת מלך, מלך זוכה. דברי הרמב"ם נותן סמכות מקסימאלית למלך אך אנו צריכים לשים לב במקור מס' 8 על ביטוי נוסף במגמות של המלך: מה המטרות של המלך, מה הוא צריך לשים לנגד עיניו? הרמב"ם מציין מגמות דתיות. המטרה שלו היא מגמה דתית להגשים את אותם ערכים דתיים, למנות צדק, לשבור לזרוע רשעים ומלכות ה'. הרמב"ם לא רואה את זה בשלילה גם בתור שופט וגם בתור מלך אך המגמות שלו הן דתיות הוא צריך לשים לב לדברים לשם שמיים.

מקור 9- כתב דרשות אשר הטווה תאוריה של המשפט העברי, הציב בו במידה רבה את ה"אני מאמין" של המשטר הראוי- איך בונים את המערכת? מה הרשויות השונות? וכו'. בין השאר הוא עונה גם על השאלה כמו הרמב"ם רואה את מינוי המלך כצד חיובי אך מצד שני הוא רואה זאת כגישה שלילית ומסביר את החטא של בני ישראל.

הסנדרין ישבה בבית המקדש ב"הר הבית". הסנדרין היא השופטים- הרשות השופטת ולעומת זאת יש את המלך שיש בארמון שלו. אומר הרה"ן כי ישנה חשיבות בהפרדת הרשויות הללו. תכלית מינויים הוא כדי לשפוט את העם למשפט צדק. רשות ששופטת לבד לא יכולה לשפוט ולכן יש לה סידור מדיני- סידור של עם מדינה.

לקרוא מקור מס' 9 ולענות-

- מה חלוקת העבודה המדויקת בין המלך לשופטים?
- מה מקומו ותפקידו של המלך אצל הגויים לעומת עם ישראל? האם יש אותו תפקיד?
- מדוע נענשו בני ישראל בתקופת שמואל שביקשו מלך בתקופת הרה"ן?

תשובות:

1. חלוקת העבודה המדויקת בין המלך לשופטים היא: השופטים יתמנו לשפוט משפט צודק ואמיתי- לשפוט את העם משפט צדק ולעומת זאת המלך מתמנה לסידור ותיקון מדיני.
2. תפקידו של המלך שווה בישראל וביתר אומות שצריכים סידור מדיני.
3. בני ישראל נענשו בתקופת שמואל בשל כך ששפטו את העם משפט צדק אך תיקונם נמסר למלך ולא לשופט. יש לציין שתפקיד השופט היה לשפוט את העם משפט צדק ואם יחסר מהעזרה של אותם השופטים ישלימו המלך.

הרצאה 4:

18.11.12

מקור מס' 9: תחילה מציג את חלוקת התפקידים: הסנהדרין (השופטים) מול המלך. אין שוני בין תפקיד מלך ישראל לבין מלך אחר- תפקידם סידור מדיני. מוצג מימד דתי שהשפיטה מול התורה מתקיים. יש השלמה של המלך, כלומר המלך משלים את מה שהסנהדרין אומר. ע"פ דיני התורה קשה להרשיע עברין (שני עדים, התראה ...) קשה לעמוד בדרישות של מצוות התורה על מנת להרשיע עברין, אך החברה איננה יכולה להיות מוגנת לכן מגיע המלך- המלך משלים במידה רבה את מה שעושה הסנהדרין, המלך מעניש אותם. יש השלמה בין מה שנדרש מהסנהדרין למלך ואם חסרה הגנה לפי דיני התורה המלך יכול להשלים זאת. באותם מקרים שהיו צריכים ענישה יותר אפקטיבית המלך היה עושה זאת. המשפט שבד"כ היה מתנהל הוא ע"פ משפט התורה, יותר רחום והולך בעקרונות דתיים, אך מצד שני במקום שצריך הרתעה המלך משלים זאת. יש שיתוף בתחום השיפוט בין הסנהדרין למלך.

חטאם של ישראל בתקופת שמואל: באופן עיקרוני הבעיה הייתה הפרת האיזון. הבקשה למנות מלך זה דבר לגיטימי ואף מצווה. אך למלך יש את הסמכות שלו ואסור שהוא ישתלט על רשויות האחרות. השפיטה נעשת ע"י הסנהדרין והעם רצה שהשפיטה תעשה גם ע"י המלך. "אבל על דעתי שהם רצו שעיקר המשפט במה שבין אדם לחברו יהיה נמשך .."- הם רצו שעיקר המשפט יעשה ע"י המלך וינהל על ידו. לדעת הרה"ן מינוי מלך זה מצווה אך מצד שני החטא של העם זה שהם רצו שהמלך יתפוס את המקום של הסנהדרין- השופטים. לצד הלו שרואים בחיוב את מינוי המלך (הרמבם, הרה"ן) יש חכמים שנקטו בגישה השלילית לגבי המלוכה:

מקור מס' 10: "אברבנאל"- בפירושו לתורה סבור שמינוי המלך זה "הרע במיעוטו" אך לא הדבר הראוי ביותר. זה בכלל לא מצווה, לא חייב לשאוף אך אם אתה מעוניין בכך אתה יכול לעשות זאת אך זאת לא שיטת משטר רצויה-. אברבנאל מציג את מינוי המלך בכך שזה לא דבר טוב, עמדה עקרונית אשר אומרת אפשר למנות מלך אך זה לא הדבר הרצוי זאת לא מצווה ואף יכול להזיק. לדבריו: אם מוכרחים את המלך "תקחו" אך אני לא ממליץ על כך. מה שמחזק את דעתו של אברבנאל נעשית ע"י

פרשת שמואל. רבי נהורי- "הרי זה דבר גניי לישראל" לעומת זאת רבי יהודה " והלא מצוה מן התורה"- יש לנו מחלוקת בין החכמים. אברבנאל מבטא את עמדתו של רבי נהורי.

מקור מס' 11- ר' נפתלי צבי יהודה: חי במאה ה-19 בליטא, אחד מחובבי ציון- תמך בציונות! תלמיד ידוע שלו היה "הרב קוק- המייסד של הציונות הדתית". מצד אחד חי במקום שהמשטר אצלו מלכוני אך מנגד הוא רואה משטרים פרלמנטרים גם. הוא במידה רבה יכול להשוות בין המשטרים. לנפתלי יש פירוש גמיש: אומר זו לא מצווה למנות מלך אלא רשות. יש הבדל בין מדינה שמתנהלת ע"פ דעת המלך שלה (רוסיה) או שמתנהלת על פי דעת העם ובבחירהם (צרפת) יש עמים בהם אם לא היה מלך חזק זה כמו ספינה בלי קברניט. אי אפשר לחייב עם מסוים תמנו מלך, בשל כך שזה תלוי בהסכמת העם. יכול להיות שהם רואים מלכים מסביבם שמתנהלים יותר נכון אבל הם לא רוצים מלך. מלך לעם שלא רוצה מלך- יהיה התקוממות, התנגשויות וזה לא מסתדר. אי אפשר לצוות על מינוי מלך בעם שמעוניין בדמוקרטיה. אנו רואים שהגישה של הנציב הינה עמדה מפוקחת והגיונית המבטאת את רצונו של העם. אי אפשר לקבוע שצורת משטר אחת היא הרצויה תלוי בנסיבות שעל פיהם אתה פועל.

עמ' 5: "מלוכה כצורת שלטון בדיעבד"- מלוכה הוא דבר שבבסיסו דבר שאינו רצוי. ההיסטוריה היהודית מבטאת את הגישה הזו.

יש כאלה שרואים בצורת שלטון זו צורת שלטון אידיאלית- גדעון, שהיה גדול השופטים- רצו להקים שושלת להפוך את בית גדעון למלוכה אך הוא מסרב לכך. התפיסה אומרת "מלכות שמיים"- במידה רבה ובה יש עדיפות לריכוז כוחות שלטון רק בידי אדם אחד זה דבר מאוד מסוכן. לדבריו השם ישלוט בכם ומדי פעם יקומו שופטים לעזרתכם (מסרב למינוי מלך). זוהי השקפה שעולה מספר שופטים: העם רוצה פולחן אישיות, רוצה מלך אך לא את הקדוש ברוכו.

מרטין בובר (עיונים בספרי שופטים ושמואל)- אדם בעל השקפות ליברליות: רואים שלילה עקרונית ועדיפות למלוכה שמיים. זוהי לא גישה דומיננטית אך מבטאת את ספר שופטים.

המלך הראשון, שאול, היה משבט בנימין ולא מיהודה. ישנם גישות שונות: הרמב"ן (רבי משה בן נחמן) והרמב"ם.

רמב"ן- מציג גישה שאומרת שבמידה רבה אסור להתפשר על הציווי של התורה "לא יסור שבט מיהודה"- כלומר אומרת התורה שושלת המלוכה היא אך ורק משושלת יהודה. יתרה מכך הוא מסביר שבשל כך נענשים מלכים משבטים אחרים. מלכתחילה ניתן להם מלך לא מובחר כי המלוכה הזאת בכלל לא הייתה רצויה- המלך מונה מבנימין ולא מיהודה ולכן הוא לא המובחר ביותר. המלוכה נדונה לכישלון מלכתחילה בשל המינוי שלא משבט יהודה. הוא מחזק את עמדתו, הם לא היו צריכים להחליף את שמואל והם ביקשו בקשה שלא רצויה ולכן ניתנה להם מלוכה זמנית שלא קיימת לאורך זמן. 3-1.. ולפי דעתי היו המלכים המולכים על ישראל משאר השבטים אחרי דוד עוברים על דעת אביהם ומעבירים נחלה"- אותם מלכים שלא משבט יהודה הם עברו על האיסור של מינוי מלך משבט יהודה. עצם העובדה שהם עשו שושלות של מלכים הם עברו על הצוואה של יעקוב, אביהם הזקן, ולכן הם נענשו.

הרמב"ן בנוסף יש לו גישה שלילית לגבי החשמונאים. למרות המניע החיובי שלהם הם נענשו. הסוף של שושלת חשמונאי זה בגלל שהם חטאו בחטא לקיחת מלוכה שאינה ראויה להם- הקימו לעצמם שושלת והם היו בעצם כוהנים.

- מלוכה תמידית יכולה להיות רק במלוכה דוד ולכן כולם נענשו. זהו שלטון שאינו לגיטימי ולכן אפשר שרק משבט יהודה ימנו מלך.

לעומתו ניצב הרמב"ם: באופן עקרוני גם הוא סבור שהמלכות צריכה להיות מבית דוד. יש הפרדת רשויות מאוד ברורה שאומר: כתרי כהונה- שזכה בו אהרון, כתר מלכות- דוד, כתר תורה- דמוקרטיה. התורה היא חשובה מכולם (כיום הכהן עולה ראשון לתורה). שיטת הרמבם היא שלא תמיד עולה כהן ראשון כי הוא אומר שעל בסיס דברים שנאמרו בתלמוד: אם יש תלמיד חכם יש לו גדולה עצמית הוא קודם לכהן. (מדבר שאין לו משהו בזכות עצמו אלא משפחתו היו כהנים), יש סוג של הפרדת רשויות: כתר מלוכה, כתר כהונה וכתר תורה- כל אחד יכול ללמוד ולזכות והיא עדיפה על כולם. בתלמוד נאמר בביקורת על אחד ממלכי החשמונאים יש לך את כתר הכהונה אל תקח גם את כתר המלכות זה דבר שהוא בעייתי , ריכוז יותר מדי סמכויות בידי אדם אחד.

מקור מספר 3- ספר המצוות: מציג הרמבם עמדה חד משמעית, מלך צריך להיות מבית דוד ומזרע שלמה בלבד- שבט יהודה. אין לגיטימיות לסוג מלכות אחר.

מקור מספר 4- "הלכות מלכים": נתן עדיפות למלכות בית דוד אך הסתכל על מלכויות אחרות גם כלגיטימיות ונתן למלכים משם לגיטימציה. "נביא שהעמיד מלך משאר שבטי ישראל והיה אותו המלך הולך בדרך התורה והמצווה ונלחם מלחמות ה'.."למרות שזוהי עיקר המלכות וזה מה שצריך להיות, המלכות נעשית גם עם מי שאיננו משבט יהודה ואם המלך כשר וראוי ועושה מה שצריך לעשות זהו מלך לכל דבר.

הראוי- מלך מבית דוד זהו הרצון אך המציאות היא תמיד חזקה יותר. מלך משבט אחר הוא מלך לכל דבר עם סמכויות והכל. מלכי בית דוד הם אלו שישארו לאורך זמן. "אין מושחין מלכי ישראל בשמן משחה אלא בשמן אפרסמון .."-טקס המינוי של מלכי בית דוד הוא שונה קצת משאר המלכים (מלך אחר מושחין אותו בשמן אפרסמון). מלך על ירושלים צריך להיות מבית דוד.

מקור מס' 5: "רמב"ם, הלכות מלכים- מלך הוא לא סתם מתמנה אלא גם הסנהדרין ממנה אותו וגם הנביא. הדוגמאות שהוא הביא : מלכים שלא היו משבט דוד. אנו רואים בגישה זו שהוא תופס את אותם המלכים כלגיטימיים. זוהי ראייה נוספת המעידה על הכרה במלכים שאינם משבט יהודה.

הרמב"ם התייחס לחשמונאים בצורה שלילית- לקחו מלכות שאינה מגיעה להם.

בר כוכבא- חז"ל התייחסו אליו בצורה אמביוולנטית: חלק ראו אותו בצורה חיובית אך מנגד היו שראו אותו בצורה שלילית. .

מדברי הרמב"ם עצם החזרה של מלכות החשמונאים היא דבר חיובי מבלי קשר לאישיותם ולעבודה שלא היו מבית דוד.

הרצאה 5-

25.11.12

רמב"ם, הלכות חנוכה, פרק ג', הלכה א': בר כוכבא הוא מלך מצד אחד הוא זכה היה גיבור וזכה לניצחונות, ומצד שני היה אישיות בעייתית אשר חז"ל מבקרים זאת. אנו יודעים כי חלק גדול מהחכמים תמכו בו, סופו של בר כוכבא היה טראגי ונגמר בתבוסה. החריבו את בית המקדש בשנות ה70 ולאחר מכן העצמאות היהודית הפסיקה לחלוטין. אבל ניתן לראות כי הרמב"ם כדרכו רואה את הדברים שאופן חיובי אצל בר כוכבא עד כדי כך שבהלכות חנוכה הוא סבור במידה רבה שהיה נס ויש להודות עליו לחנוכה. (לא על פח השמן).

הרמב"ם לא הסתכל רק על האידיאל, הוא הסתכל 200 שנה חזרה מלכות לישראל וחלק גדול מהמלכים היו מושחטים וזה שורה גדולה שראוי בגינה לחגוג את חג החנוכה. יש רבים מהרבנים שתומכים בגישה חיובית\ הלכתית כלפי יום העצמאות ונסמכים על דברי הרמב"ם הללו. עצם החזרת המלכות זה דבר שראוי להודות עליו. הוא מבטא את הריאליות, לא מתעלמים ממה שאין אך מודים על מה שיש.

מקור מס' 7-8: אנו רואים שלמרות שהרמב"ם ידע שבר כוכבא הופך למלך ש"כזיב" ניתן לראות כי הרמב"ם מסתכל ומדגיש גם את הפן הייחודי במלכותו. המאורע של בר כוכבא נתפס כצרה גדולה כמו חורבן המקדש- מימד דתי. נפילה של בר כוכבא למרות הבעייתיות והדברים שהרמב"ם ידע לגבי אופיו של בר כוכבא והבעייתיות שיש לגביה בסופו של דבר הייתה עצמאות מדינית. גם במקור מס' 8 הרמב"ם מציג את תמיכתו של רבי עקיבא שתמך בבר כוכבא וראה בו מלך השיח והתברר שהוא טעה, ללא כל ספק רבי עקיבא הוא אחד הגדולים במידה רבה הוא היה אחראי כי ללא תמיכה לא יכל היה להצליח.

הם חשבו שכך היה עד שהתברר שהוא מת, יכולות להיות גם טעויות בבחירת מלכים אפילו חכם גדול כמו רבי עקיבא- הוא טעה על אף שהוא מלך גדול וחשוב והרמב"ם מכיר בלגיטימיות של המלכות. הפער בין החזון לבין המציאות הפגמטית שמלכים שונים שמלכו ואנו רואים גישה שרואה בחיוב את עצם העצמאות המלכות של ישראל.

איזה סוג של מלוכה מדובר? גם בהלכה שישנה מצווה למנות מלך אנו רוצים לנסות לברר איזה סוג של מלוכה יהיה: רודן שלא צריך הסכמה של העם, מחוקק חוקים וליטול לעצמו סמכויות או שלמעשה מדובר בסוג של מלוכה שהיא דמוקרטית.

אנו יודעים שהמלך הראשון ששמואל משך אותו הוא שאול והשני הוא דוד. כאשר שמואל משך את דוד הוא לא היה ישר מלך, שמואל לא הדיח את שאול מהמלוכה- הוא היה מלך עד יום מותו שהוא נהרג בגלבו. ששמואל מושך את דוד הוא עושה זאת בצורה מאוד אקראית. גם אחרי שהכריזו על מלכותו של דוד הוא לא היה ישר מלך על כל ישראל. הוא מלך על יהודה בחברון לקח שנים לא מועטות עד ששאר העם קיבל אותו בתור מלך עליהם. ההסטוריה הזאת למעשה גם דוד המלך הוא לא מוצלח מלמעלה אלא היה נזקק להסכמה של העם. אם העם לא היה מקבל אותו לא היה מלך. הוא לא היה מלך לגיטימי ורק אחרי שנים דיי רבות הוא הפך למלך על כל ישראל. היסוד של ההסכמה הוא מצרך למלכות. הדבר הזה בא לידי ביטוי בדי שיח לדברי חז"ל מקור מס' 1 סעיף (4): מדרש שמואל: הויכוח בין דוד לבין אנשיו לגבי הנושא של נבל הכרמלי. דוד ואנשיו סיפקו לו הגנה ולמעשה הם דרשו תמורה מנבל הכרמלי והוא זלזל בהם ולא נתן את מה שהיה מגיע לדוד ולאנשיו "והיה לנבל אישה חכמה שקרואים לה אביגיל"- היא הצילה את המצב, הביאה להם אוכל. המדרש מתאר דוד שיח: דוד הוא מורד במלכות, נבל הכרמלי לא נותן לי ולצבאי הרעב אחרי ששמרתי עליו אומרת לו אביגיל: "וכי מלך אתה?" והוא אומר כן אני קיבלתי משיכה בידי שמואל, יש לי סמכות. אביגיל הוציאה לו מהארנק מטבע והיא אמרה כולם מנהלים את המסחר לפי השלטון המוסמך וכולם משתמשים במטבעות של שאול ולכן הוא המלך. המטבע שלך- דוד לא קיים. אחד הסמכויות של מלכות ריבונית היא להטביע ולהדפיס כסף שאפשר להשתמש בו. בדבריה של אביגיל היא שכל העם לא משתמש במטבעות שלך ולכן אתה לא מלך ולכן לא מגיע לנבל הכרמלי עונש כבוד כי אתה לא מלך.

אנו למדים כאן שהמלך הוא לא מוצנח מלמעלה, העם מביע את הסכמתו ורצונו למלך ע"י השימוש במטבעות שלו. אגב לא בטוח שמבחינה היסטורית זה היה תקף. חז"ל הכניסו את הדו שיח בין אביגיל לדוד: מלך שמטבעו לא יוצא בעולם הוא אינו מלך. העם מביע אי אימון בשלטון שלו.

הרמב"ם, הלכות גזלה ואבדה: הרמב"ם בהלכות מלכים הציג את המלכות באופן יותר אידיאלי. הרמב"ם מציג את הקו האידיאלי (הקו האדום) והוא דורש 2 תנאים בסיסים לקיומה של אותה מלכות.

- שיוויון לפי חוק- שכל האזרחים יהיו שווים לפי החוק.
- מטבעו של המלך היה יוצא- כלומר שהשתמשו העם במטבעותיו בשווקים וברחובות. "דין המלך דין הוא" מה שהמלך מחוקק והחוקים הוא דין, בין שהיה מלך גוי ובין שהיה מלך ישראל אין הבדל בין סוגי המלכים. החוק הוא לגיטימי הוא לא נקרא "גזל". אם הוא מחוקק חוק ספציפי הוא יודע שהוא לוקח דווקא מהיהודים העשירים משמע מפלה בין הקבוצות זהו גזל.

המלכות של המלך מושתת על הסכמה בין העם שבאה לידי ביטוי בצורה עקיפה בעצם שימוש במטבע. מלך שלא מקבל את הסכמת העם הוא גזלן הוא רודן שאין לו בעצם סמכות. אנחנו יודעים לגבי הביטוי "המחשבה המדינית המודרנית" אנחנו יודעים שהיא התפתחה הרבה שנים אחרי הרמב"ם: שביטאו בעצם את החשיבות של ההסכמה כמרכיב בתהליך החשיבה המודרני. רובם השתמשו בתיאוריות פחותות מבחינת המחשבה הדמוקרטית משל הרמב"ם. עצם העובדה שיש הסכמה בשתיקה היא זו שמביאה את ההסכמה של העם למלכותו של המלך. אנו רואים יסוד דמוקרטי ברור של הרמב"ם במידה רבה מבטאת את המלכות של המלך- יש מלך אך הוא לך מלך רודן שלא זקוק להסכמה של העם.

הראי"ה קוק, שו"ת משפט כהן: רב קוק היה הרב הראשי הראשון של ישראל לפני קום המדינה בזמן המנדט הוא פעל. הוא תמך בציונות בכל ליבו ובנוסף הוא היה רב גדול. הוא מבטא תפיסה מעניינת במקור מס' 3 מתייחסת ליסוד הדמוקרטי: מלך היא הסכמה של העם ואם העם מחליט להעביר את הסמכויות של המלך ולהעביר אותו למשטר פרלמנטרי. הרב קוק אומר שאם אין מלך (כמו בתקופתנו) משפטי המלוכה נוגעים למצב של האומה חוזרים אל הזכויות של המשפטים לאומה בכללה. אם אין מלך מגיעים אל העם הזכויות. אותו סמכות שהיה נתון למלך העם יכול להעביר אותו לידי: שופט ביהמ"ש העליון, הממשלה, הנשיא- נבחר ציבור של העם. העם הוא אוטונומי הוא יחליט מי ינהיג אותו וכיצד. אנו רואים שבמידה רבה הוא הופך את המלכות לריבון שהוא לא המלך אלא ה עם- יש פה יסוד דמוקרטי ביסוד הרב קוק.

היבט נוסף הנוגע ליסוד הדמוקרטי " דינו של המלך הוא בעצם דין"- אנו יודעים שבעצם כל אדם שמצוי תחת מדינה או מלכות מסוימת ע"פ הלכה הוא מחויב לציית לאותם חוקים כל עוד הם לא סותרים איסורים מיוחדים לעם ישראל. למלך יש סמכות להטיל מיסים שונים, להפקיע רכוש כל עוד הוא מקיים את התנאים של הרמב"ם- כי אם הוא לא מקיים זה "גזל" אך אם הוא פעל על פי שתי הקטריונים אז מלכותו היא לגיטימית. מדוע דינו של המלך הוא דין? רש"י אומר שדינו של המלך דין בגלל שיש פה ציווי דתי- חיובי דתי להקים מע' משפטית מסודרת. יש ציווי על הדינים האוניברסלים שאין בהם הבדל שכל משטר נאור מתוקן צריך לעמוד. לדברי רש"י דינו של המלך דין היא בגלל הסמכות הדתית הוא קובע מע' משפטית. הרשב"ם טוען: "כל בני המלכות מקבלים עליהם מרצונם חוקי המלך ומשפטיו". רש"י מהגן את הדימוי של המלך בציווי דתי.

אפשר לראות ניגוד בין שני הנימוקים אך לא בהכרח אפשר לומר זאת. אפשר לומר גם שהם משלימים זה את זה. המלך מחוקק חוקים אך מצד שני התוקף של החוקים תלוי בהסכמה של העם והדברים הללו תלויים זה בזה.

מקור מס' 4 חידושי הריטב"א: כאשר המלך נוטל ידיו סמכויות שלא נתונות לו ע"פ החוקים הוא יכול על דעת עצמו לחוקק חוק חדש. כן הוא יכול לעשות זאת כל עוד הוא נבחר! במקור זה נקבע כלל: הוא מגביל את סמכות החקיקה של המלך, אם ראינו שיש מגבלות לא חמורות כל כך של המלך פה אנחנו רואים יותר לא רק בצורה עקיפה אלא לגבי החוקים מדובר בחוקים חדשים שצריכים לקבל אישור של העם. המלך יכול רק להפעיל ולפעול ע"פ חוקים ישנים שקיבלו את ההסכמה של העם אבל לחוקק חוקים חדשים שלא עברו את ההסכמה של העם אין להם תוקף. בעלי התוספות הם חכמים שפעלו בצרפת: "דינא ומלכותה" רק אם המלך מחוקק דין בהתאם לחוקי החוק הקבועים והידועים. אם המלך רוצה לעשות דין חדש זה לא דין עד שיסיכמו עליו כל אנשי מלכותו. לא נאמר שדינו של המלך דין כלומר הדגש הוא לא על המלך אלא על המלכות- העם. אנו רואים במידה רבה שמלכות מנוגדת מדמוקרטיה מדובר פה על דינו של העם, מדובר בהסכמה. המלך כבול הוא לא יכול לחוקק חוקים שלא מקובלים על העם. הוא לא יכול להגיד "אני נבחרתי בבחירות דמוקרטיות ולכן אני יכול לחוקק". אם המלך קבע חוק הוא לא היה תקף גם אם הוא הפקיע ולקח קרקעות זה נחשב כגזל. מבחינה קניינית זה גזל אם הוא לא קיבל הסכמה מאת העם אין לו תוקף. אנו רואים בצורה ברורה מהלכות של סע' 4 שגם אם ישנה מלכות הריבון שהוא העם הסכמתו נדרשת. גם החוקים הספציפיים שלו והוא זכה למלכות: דינו של המלך הוא לא דינו של כל דבר ועניין הכל תלוי בהסכמה של העם. כל פעם שהוא עושה דבר חדש הוא צריך

לקבל הסכמה של העם. העם מסכים בכך שהוא עושה משאל עם או מנבחר ציבור שהם מביעים את ההסכמה שלהם לאותם חוקים שהמלך מחוקק.

5. מגמות המלכות, כבוד המלך ומגבלותיו: מה התפקיד של המלך ובאיזה אופן הוא צריך להתנהג, איך הוא מתייחס למשרות אחרות שפועלות במגביל לו.

1. רמב"ם, הלכות מלכים פרק ד': הוא מציג את החזון "אני מאמין" שלו לגבי המלכות האידיאלית. החוקים שהמלך עושה ופועל דינו דין, המטרה שלו צריכה להיות מעלה חיובית ולפעול בצורה הטובה ביותר למען העם. יש שילוב בין מלחמה לבין משפט צריך למלא את העולם בצדק ולהרים עקרונות "לצד אותם מלכים", התפקיד שלו להיות גם מנהיג רוחני, תרבותי אלא גם "איש הספר". הרמב"ם סבר שהמלך צריך לשלב בתוכו- הוא ראה את המודל של דוד המלך גם נלחם וגם כתב את ספר התהילים. זה סוג קשה להכלה, הרמב"ם הושפע מאוד מהפילוסופיה ויכול להיות שהמלך הפילוסוף עמד לנגד עיניו. יש לו מגמה יותר רחבה הכוללת מדיניות דתית.

2. רמב"ם הלכות מלכים פרק ג': מגבלות שיש על המלך: ניתן לראות יש כאן סוג של חזון ולכבד את המלך. כל מה שהוא שמר ברזרבות בשביל צרכי ציבור זה טוב אבל לא לעצמו כמלך. המלך הוא עובד ציבור. המלך יקבל עונש, אסור לו לשתות דרך שכרות, שלא יהיה לו ארמון, יותר מדי נשים- מלך גדול נפל בזה שלמה בנו של דוד. הלב של המלך הוא הלב של כל העם, אלו הם הציוויים שיש בתורה.

3. רמב"ם, פרק ב': הרמב"ם ממשיך וכותב שיש לנהוג בכבוד כלפי המלך. יש מרחק בין הדברים שחשובים לו. המלך לא יכול לומר אני מוחל על כבודי כי הכבוד שלך מבטא את הסמל של העם ולכן אתה צריך להתנהג בצורה מכובדת. אם המלך נכנס לבית המקדש- אם הוא מזרע דוד הוא יכול לשבת אבל מלכים אחרים לא יכולים לשבת. הוא מסתפר בכל יום, מתלבש יפה, כתר על ראשו. היחס בין המלך לבין אנשים אחרים שבעלי חשיבות: נביא, כהן גדול וחכם- הנושא שמי משתחוה למי, מי קם בשביל מי. הנביא הוא כן צריך להיות כפוף למלך אך כהן גדול פחות אלא מלך עומד לפני כהן גדול. הכהן הגדול שהוא ראש המע' הדתית הוא לא משתחוה אלא המלך עומד לפניו.

מה ההבדל בין נביא לכהן גדול? מדוע הנביא משתחוה ואילו הכהן הגדול לא? הנביא זאת דמות שיש לה קשר על-טבעי הוא ממליך מלכים, הוא מסוכן ולכן מעמידים אותו במקום. הוא יכול ליעץ, נביאים יכולים לתת עצות, לחזות תוצאות של מלחמה אך לא יותר מזה. מעמידים אותו במקומו והוא נעמד מתחת למלך. לכהן הגדול אין גדולה יוצאת דופן הוא עומד בראש המע' הדתית, הוא אחראי על העבודה הפולחנית. כדי לא ליצור התנגשויות בין כתר כהונה למלכות רצוי שהכהן הגדול יתנהג בצורה שווה כלפי המלך. נאמר בהמשך שהמלך צריך לכבד את לומדי התורה, יחס של כבוד של המלך כלפי לומדי התורה המלך קם ומושיב את אותם תלמידי החכמים שמייצגים את החוכמה בעם ישראל והמלך מביע את הכפיפות שלו כלפי אותם אנשים, החוכמה קודמת למלכות שלו.

בטקסים ציבורים הוא חייב ליצור את המרחק והוא לא צריך את המחוות שהוא עושה למען הכהן הגדול, רצוי שלא יעשה זאת בפרסיה.

עמ' 9: למרות הכבוד הגדול שחולקים למלך הוא מלך לעם הוא משרת את הציבור ולא ההפך. בד"כ המלך הגיבור הוא אחד שניצח קרבות, הדמות של מנהגי ישראל הוא בד"כ רועה. גם דוד ואחרים היו רועי צאן זה מבטא את תורת הצניעות, סוג של רחמים.

הרצאה 6-**2.12.12****6. ברירת המלך- איך בוחרים מלך?**

מקור מס' 1- ירושה: השלטון כנחלה "ירושת המלכות העוברת מאב לבן".- השושלת כפי שהיא קיימת גם במוסדות מלוכה נוספים בכל העולם כך גם במלכות ישראל. חשוב לשים לב שאין הנמקות שאנו מכירים אצל חוקים אחרים בימי הביניים שדיברו על המלכות מדוע זה עובר מאב לבן – תכונות מלכותיות. תפיסה שהייתה מקובלת עוד מאריסטו- תכונות שעוברות מאב לבן. בנוסף יש יותר סיכוי ליציבות בשלטון.

במקור מס' 2 הרמב"ם מציב את המודל של הירושה- תפקידים ציבוריים שיש בישראל: דיני נחלה שבהם אנו הולכים לפי סדר הגדול לפני הקטן. "לא המלכות בלבד..."- כלומר אנו רואים שכל התפקידים הפוליטיים, מינויים הציבוריים זה גם. (סברות- מינוי ציבורי) יש מגבלה אחת משמעותית שאומר שהבן צריך להיות ראוי להמשיך את השושלת בשני מובנים: "יראה שמיים"- אדם מוסרי לא מושחת והיסוד השני " חוכמה"- כישרון לתפקיד. הקטריון היותר חשוב הוא ה"יראה" המוסריות.

האב בוחן מבין ילדיו את מי שראוי יותר לשלטון- אנו רואים זאת במאורע שלמה: דוד בחר בשלמה למרות שלא היה הבחור. הוא לא יכול סתם לבחור מבין הבנים העדיפות היא לבן הבחור אבל האישיות גם משפיעה ולכן יש אפשרות שהבן לא הבחור יבחר.

מה לא כלול בנושא משרה? **במקור 3** שו"ת הרמב"ם: נאמר שאם יש רב גדול הירושה לא עוברת מאב לבנו. לא אוזכר תפקידי משרה ספציפיים. הרמב"ם אומר שאין ירושה בתורה כלומר, "משרה תורנית" היא תלויה בעוצמה האנושית ועוצמת האל. אם אותו אדם זכה לתפקיד בשל הכישורים שלו ואין להעביר את זה לבניו. לרוב בן של רב לומד מאביו אך זה לא נותן לו את הזכות להמשיך. "טובי העיר"-המונח ההלכתי למועצת העיר. מדברים בד"כ על שבעה במועצת העיר. במונח עצמו טמון ההסבר מדוע אין ירושה. אין העברה בירושה עם מישהו שהוא מופקח על ענייני העיר.

שני התנאים ההכרחיים לכך שהמלכות עוברת ליורשים: "יראת שמיים" ו- "חוכמה". צריכים לשים לב שיש רמז לעוד סוג של קטריון "ממלא מקום אבותיות"- נכנס לנעליו. יש רמז שמדבר שלא רוצים להתפשר על הכישורים של היורש לאו דווקא על הדתיות שלו אלא לגבי הכישרון שלו כמו שהיה אביו. אנו מוצאים דבר דומה גם במשרות אחרות – "שוחט" יעביר לבנו את הירושה בתנאי שהוא ידמה לו בזריזות, בדיוק בתפקיד, בהשגחה. הבן צריך להיות ממלא מקום. הקטריון החשוב ביותר כאן הוא "יראת שמיים" במיוחד שאנו עוסקים בעניינים של משרה. אם הוא אדם מוסרי בעל "יראת שמיים" וחסר לו חוכמה ילמדו אותו בהנחה שהוא יוכל להגיע לרמה הראויה של התפקיד. יש חשיבות לחוכמה אבל היא פחותה במעמדה לתכונה הדתית "יראת שמיים".

החוכמה שמדובר עליה זאת חוכמה מעשית מקצועית, להיות אדם שעושה את העבודה באשר היא עם כישורים גבוהים. באופן עקרוני אם הוא לא מקיים את התנאי הזה אפשר לא לבחור. אם אין לו יראת שמיים לא ממנים אותו.

ההדחה מהמשרה: מה קורה אם אדם שלא עומד בתנאים שנדרשים ממנו? (גם אם כאשר מינו אותו הוא היה בסדר ולאחר מכן הוא הגיע לכישלונות). האם יש הבדל בין נושא משרה המלך, הכהן הגדול, עבודה ציבורית? האם ניתן להדיח מלך? אפשר ללמוד ממקום 1 רמז המאפשר הדחה אבל זה דבר שהוא לא מנוסח בצורה ברורה וחד משמעית- במקור 4 אנו מוצאים את הביטוי של הרמב"ם "נביא שהעמיד מלך..."- יש פה תנאי למלכות שהוא פועל לטובת העם. זה

רמז ולא דבר שהוא מאוד ישיר ועצם העובדה שהרמב"ם לא מתייחס ישירות לזה. (אם אותו אחד לא פועל לטובת העם אז מדיחים אותו- רמז).

הרמב"ם קובע מקרים שבהם שרך בעל המשרה- "מעלין ששרה..." הכלל הוא שאדם עולה מדרגה לדרגה זה דבר שהוא חשוב גם מבחינת מוטיבציה וגם אם הוא עשה את העבודה כמו שצריך. "שרך-כל מי שהפר אמונים, הוא פישל- לא פעל כפי שהיה מצופה ממנו. אם הוא שרך בתפקידו אז אפשר להוריד אותו. הוא מדבר על חטא מוסרי, הוא לא מתייחס לכישלון- הוא מתייחס לשרך.

הרמב"ם לא מתייחס בצורה ישירה למלך. מלך זה לא אדם שקל להתעסק ממנו אך בצורה מרוכזת ההלכה מתייחסת אליו. אין התייחסות ברורה לגבי מלך- אפשר להדיח אותו "שרך", יש הבדל בין הדחה זמנית בין כהן גדול שחוזר לבין דיין בבית הדין שלא חוזר. האנשים שעובדים בציבור ההדחה שלהם היא יותר ברורה "אם אתה לא מספק את העבודה לציבור – מדיחים". אך מלך לא מדיחים כל כך מהר כי זה גורם לאנרכיה.

במקור מס' 5: "הנוטע אילנות לבני המדינה..." – הרמב"ם מתייחס לכל מיני בעלי תפקידים שמספקים שירות לציבור "אדם שנוטע אילנות", אדם שפועל בגנים ובפארקים, טבח, מי שמופקד על המזון של הציבור והאוכל לא היה טוב, סופר שטעה בשטרות, מורה- לא לימד אותם כמו שצריך זה דבר שהוא מאוד חמור- אמרו חז"ל שמלמד תינוק זה דבר שאתה מלמד מישהו שיש לו דף חדש ואם אתה מכניס לו טעויות ההשלכות הם מאוד חמורות. אם המורה לימד בצורה משובשת את הילד אז השיבוש נכנס לו לתוך הראש. מה שאנו קולטים בשנים הראשונות מייצבים את העולם שלנו. – אם אותם אנשים לא קיימו את עבודתם אז מסלקים אותם- אין להם חסינות, פרוצדורות ששומרים עליהם. הם עותרים ועומדים כי העבודה שלהם נעשית בתנאי אם פישלת תסולק. יש כללים הקלים ביותר שביחס לנושא של ההדחה זה לא כמו נושא המשרה. כל דבר שתופסים על טעות שגרמה נזק לציבור אפשר להוציא אותם מתפקידם.

(הרמב"ם מסכם את ההלכה התלמודית של חז"ל, הוא מביע עמדה שמקורה במקורות התלמודים- אין דעה אישית!)

מקור 6- תיאורטי: הדחת מלך מעשית: איך מתנהגים בפועל. מה הדרך שכדאי למע' השיפוטית להתייחס למלכות: הרמב"ם אומר דברים ברורים, מלכי בית דוד אפשר אותם לשפוט, להעיד אותם אבל מלכי ישראל גזרו חכמים שלא דנים אותם ולא מעידים אותם. הרמב"ם מנמק שהוא רואה את מלכות ישראל כבעייתית יותר. מלכי ישראל פעמים רבות הם נבחרים בגלל שהם תפסו את השלטון בכוח, הם משקפים קבוצת מיעוט וכו'. מלכי בית דוד הם האידיאליים, אבל מלכות ישראל אין דנים אותם שמא תבוא מהם תקלה. מוצגות הנמקות שונות שהרמב"ם טוען כי גם אם תיאורטית יש אפשרות לשפוט אותם, יש כאן גזרה של חכמים- בואו נרסן את השפיטה כי אותם מלכים יכול להביא לאסון.

ישנה הבחנה ברורה בין מלכות דוד לישראל: מע' היחסים בין הסנהדרין למלך- המלך הוא כפוף לשלטון החוק אך מלכי ישראל יש להם חסינות אלא בשל גזרה שגזרו חכמים. למרות הסמכות התיאורטית עדיף להרסן את ההתערבות של הסנהדרין בגלל שהם אלימים- הוא יתנקם. יש התמודדות פרגמטית מול שלטון אלים שלא מכבד את השלטון החוק. ככל שיכריזו על השלטון שהוא איננו לגיטימי אז הם יהיו יותר אלימים. אם יש שושלת יציבה ועמידה אין אפשרות להוכיח כל דבר והשלטון שלו לא בסכנה. (בית דוד). הרמב"ם לא אומר שזה לגיטימי "אלימים בעלי זרוע"- המשמעות היא לא רק פיזית אלא גם שהמלכות שלהן נתפסה בכוח. "בעל זרוע"- אדם שלא קיבל את החלטת העם. לא כל מלך באופן מעשי להדיח: מלך ממלכי בית דוד, אם זה מלך שהשלטון שלו פחות מבוסס (מלכי ישראל), מלך ימי ביניים שהוא לא יכול לסמוך על משפחתו שמא ידחו אותו- אותם מלכים הם מאוד אלימים והשלטון שלהם לא לגיטימי אך באופן מעשי אין אפשרות להדיח אותם כי הם אווזים ברסן השלטון. חשוב למערכת השיפוטית לא להתנגש עם

השלטון במיוחד אם יש חשש לאלימות. ההלכה הייתה סימטרית בין שני הכיוונים מלכי בית דוד יכולים לשפוט (דוד עשה משפט צדקה, פשרה) ומצד שני הוא גם נשפט. אבל הגדולה של דוד שהוא לוקח אחריות על טעויות שלו על נפילות שלו. מלך ישראל אין אפשרות לשפוט אותו ולא לתת לו לשפוט בגלל הסכנות שעלולות להיות.

"ליבם גס בהם" - יש להם גאווה. : בנוסף הוא בעל זרוע ואלים והוא יתנקש בסנהדרין. במלך ההיסטוריה היו מלכים כאלה (ימי החשמונאי).

הרצאה 7

-16.12.12

כיצד אפשר לבסס את המשטר הדמוקרטי שקיים כיום בישראל? כיצד ניתן להכיר בו כנקודת רעות של ההלכה היהודית? אנו נבחן כיצד ע"פ ההלכה מקימים לפי המשטר שיש בממשלה לאור מודלים של משטרים הלכתיים שאנו מכירים במהלך הדורות שפעלו ע"פ ההלכה היהודית.

משטר 1- "משטר המלוכה": האם אפשר להשתית את המדינה על משטר המלך? מצד אחד יש הסוברים שכן "למה לא", סוג של הסכמה של העם וזה דבר שמתקיים גם בממשלה, כנסת. המשטר הנוסף הוא דמוקרטיה.

אנו רואים יותר בחיוב את מלכות ישראל מבטא ציונות, ריבונות, עצמאות. הקושי הבסיסי הוא שמלכות ודמוקרטיה זה לא אותו דבר - לא עובד בצורה דומה. הבעיה הנוספת שניתקל בה היא "מי צריך להיות המלך", המלך צריך להיות יהודי - האם אפשר למנות מלך שהוא לא יהודי? זה בעייתי מבחינת ההלכה. לפי המודל של המלכות זה דבר שהוא בעייתי.

מודלים אחרים שהם יותר "קרובים" למושג של דמוקרטיה אך יש להם בעיה באופן אחר:

דינא דמלכותא דינא - פירוש המילה הדין של המלכות מחייב אותך. האופן שבו ההלכה הכירה בשלטון הנוכרי של כל מלכות\ מלך שהיו שם יהודים. (למשל יהודים שחיו בוורשה חייב לציית לחוקים של המקום בשל "דינא דמלכותא דינה"). דינא דמלכותא דינא - האנשים גרים תחת מלכות מסוימת וחייבים לנהוג תחת אותם החוקים של אותה המלכות. עד היום מחוץ לישראל פועלים לפי אותו משטר. הבעיה של "זהותו של המלך" לא קיים "בדינא דמלכותא דינא" כי אין הבדל בין נוכר ליהודי - אין את בעיית הזהות.

כל שלושת המשטרים הללו לא באים להחליף את הדת, אם לא חלים על תחומים דתיים אלא

על תחומי חקיקה. אם יהיה חוק "לעבוד בשבת" אז יהודי לא יעסוק בשבת בשל האיסור על כך לפי הדת. למשל בגרמניה היה חוק שאסור לעשות "ברית מילה" אך היהודים לא התייחסו לכך ואכן עשו את הברית לילדיהם - ובמקרה זה אין דינא דמלכותא דינא. אך אם החוקים עוסקים בתחום האזרחי: מיסים, עברות אז האנשים שתחת אותה שלטון יחול עליהם.

"בדינא דמלכותא דינא" - לא חייב שזה יהיה תחת מלך, תלוי איזה משטר בוחרים. "הדין של המלכות" - המשטר שהמדינה בחרה.

מה יכולה להיות הבעיה אם נתאים את זה להקשר הישראלי(חסרון): "מידת ההזדהות עם השלטון" והמוטיבציה לקיים את חובותיו. המוטיבציה שלהם לא אותו דבר, היינו רוצים שבמדינת ישראל כל אחד יקיים את החוקים והמלכות של המשטר אלא מדינה שאתה גאה לחיות בה, יחס חיובי אל הממשלה, רוצה בהצלחתה. הפן הציוני אם יגידו לך להתגייס לצבא תעשה את זה ברצון על מנת להגן על המדינה.

תקנות הקהל: סוג המשטר העירוני - היהודי. היהודים חיו בקהילה יהודית מסוימת הם התאגדו באופן דמוקרטי לחלוטין. הכוונה ל"תקנות הקהל" - חברי הקהילה היו בוחרים בצורה דמוקרטיית

נבחר ציבור שהם היו מפקחים על חיי הקהילה: למשל לגבות מיסים, בתי ספר, מקווה ועוד. הייתה להם גם יכולת דחיקה לקבוע "תקנות" – תקנות הקהל. חקיקה שאותם טובי העיר, נבחר הציבור היו יכולים לחוקק למשל: ארנונה. סוג המשטר הזה שונה מהשניים האחרונים בכך שהוא עוסק בדמוקרטיה יהודית. הקהילה היהודית עד היום במשך מאות אלפי שנים מתנהלת בצורה דמוקרטית למהדרין: הרבה מאוד חוקים שעוסקים בבחירה, רוב באמצעות החקיקה הזאת של "תקנות הקהל". תקנות אלו הם לא נוגעים רק בעניינים הדתיים אלא בעיקר בעניינים האזרחיים. (כמו עירייה). תקנות אלה לא חייבים להיעשות רק עם אנשים דתיים- יכולים לחוקק חוקים חילוניים לחלוטין. גם הבעיה של בני מיעוטים לא קיימת שם, כי אם הציבור יחליט לבחור מישהו לא משנה אם הוא יהודי או לא כי הוא נבחר ע"י העם. מבחינת ההזדהות אין בעיה עם נבחר הציבור כי הם נבחרו ע"י העם.

הבעיות של משטר כזה מבחינת ההתאמה למדינת ישראל: מדינה מודרנית עוסקת בהחלטות יותר משמעותיות מאשר "עירייה". הבעיה שהתחושה היא "שתקנות הקהל" עסקה במיסים, בעניינים של רעש- שכנים, קניין אך מדינה מודרנית כמו ישראל עוסקת גם בשאלות אחרות יציאה למלחמה, בריתות צבאיות. תקנות אלה לא עוסקות בשאלות גדולות כמו אלה וקשה מאוד להחליט החלטות מסוג זה. קושי נוסף זה כל מיני מגבלות שמקשות על היישום במשטרים מודרניים: מגבלות שמטרתן להגן על המיעוט וגם על אינטרסים נוספים.

איך אפשר לתת תוקף לחוקים אם אנו יודעים שרוב החוקים נעשים בהרכב חסר, שאותם חברי הכנסת לא נמצאים: במשטר זה על מנת לחוקק חוק כולם צריכים להיות נוכחים. על מנת שחוק יוחלט צריכה להיות החלטה "פה אחד", אך זה דבר שהוא כמעט בלתי אפשרי במוסדות ההנהגה. בד"כ מוחלט ע"פ רוב אך משתדלים להגיע למצב של פה אחד אך לא תמיד אותה דעה נתקבל על כולם. מגבלה נוספת "הסכמה של אדם חשוב": רב העיקר יאשר את החוק בדומה למדינת ישראל שהנשיא מאשר את החוק. בעולם המודרני לא שואלים את הרב הראשי על חוקי הכנסת למשל וגם הנשיא לא תמיד יכול לבטל חוק מסוים. הפירוש לכך אומר ברגע שהצבעת ובחרת באותם האנשים זה חלק מההסכמה של התנהלות הדברים הלאה.

יתרונות למשטר: הזדהות, אין בעיה של בני מיעוטים, דמוקרטיה

חסרונות: מגבלות שכרוכות באישור של תקנות הקהל,

"תקנות הקהל" זה הכי דומה למשטר שלנו כיום במדינת ישראל.

מודל המלכות - אותן מגבלות שהבחנו ב"תקנות הקהל" אישור של אדם חשוב וכו'. זה דבר שלא נדרש ממלך. אם אנו רוצים משהו סמכותי מלך זה דבר שמתאים. גם במובן של הזדהות האזרחים עם אותו מלך. הבעיה הקשה שאנו צריכים להתמודד זה שמלך לא נבחר בבחירות ע"י העם אלא ע"י הנביא שמושך אותו. מלך נבחר ע"י נביא והסנהדרין צריך לאשר אותו. איך אנו מכירים במלכים כאלה שלא נבחרו ע"י הנביא או בית הדין: החשמונאים. הרב קוק במקור מס' 2- הוא זה שמפתח במידה הרבה ביותר את המלכות כיסוד להכרה בכל צורת שלטון שהתקבלה בעם ישראל. הוא מתחיל בשאלה איך הם באמת נלחמו אם הם לא קיימו את הקטריונים הבסיסיים של מלך. המלחמה הראשונית אין כאן שאלה כי זאת מלחמה דתית: אומרים לעבוד עבודה זרה, תעבוד לפסל זה דבר שלא יקרה כי יהודים צריכים לעמוד על דתם. המלחמות הבאות אחר כך מי נתן תוקף למלכים לצאת למלחמה? ההסכמה של האומה, העם נתן להם את ההסכמה וע"י כך הוא נתן להם את ההסכמות לצאת למלחמה. מדברי הרמב"ם עולה כדי שמלך יחשב מלך צריך נביא וסנהדרין וזה טוב שהעם יסכים שהם ימשלו עליהם אך לא היה עליהם נביא. הרב קוק אומר שיש נביא ובית הדין אנו נצטרך את שניהם על מנת למנות מלך. במקום שאין נביא מעמידים לפי בית דין הגדול- הרשות השיפוטית הסנהדרין שנותנת את ההסכמה לאותו מלך. המלכות הקלאסית צריכה שני תנאים ע"פ מלכות ובית דין החשמונאים צריכים ע"פ הסכמה של האומה ואישור של בית הדין. אך מה קורה במצב שהעם בוחר באדם שהוא לא מלך ממש? אולי נבחר בצורה דמוקרטית או כל צורה אחרת? האם כל אותם

סמכויות נתונות לו? אומר הרב קוק: מתי שאין מלך הסמכויות חוזרות לעם שהוא הריבון לפי תפיסה זו. ישנה צורה מאוד נועזת של הרב קוק שבאה מלמעלה למטה והוא רואה את זה כמשהו שבא מתוך העם. אנו יודעים שהיו הרבה שופטים ולא היו מלכים אך שלטונם היה תוקף מכוח אותו עיקרון. הם אמנם לא היו מלכים מלאים אך היו להם הסמכויות כאילו היה מלך. העם יכול להעביר את אותה הסמכות לידי אדם אחר. הרמב"ם אומר שיש בעצם סוג של שלטון שהיה קיים ביהודי בבל והם היו במקום מלך. אנו יודעים שבגלות כאשר יצאו עם ישראל לגלות והייתה קהילה יהודית גדולה בבל היהודים זכו שם לשלטון עצמי "אוטונומיה שיפוטית". מצד אחר היה מחייב החוק של מלך בבל אך היה עליהם גם שלטון פנימי, עמדו בראש הקהילות גם כן אנשים ואותו אדם היה מעיין מלך. אנו למדים מכך שיש אפשרות לתת סמכויות של מלך גם לאותם אנשים שהם לא מלכים בכל מובן המילה. (לתת להם חלק מהתפקיד). המלכות חוזרת לעם כאשר אין מלך והעם יכול לתת את אותה סמכות לנשיא, ראש ממשלה.

ישום מודרני מאוד של המשטר הרוחני שנאמר עוד בתורה ועסק לפני אלפי שנים. דברי הרב קוק הם אמנם נאמרו בצורה מחודשת לפני קום המדינה אבל מתלמידיו של הרב קוק (מקור מספר 3) והוא כתב רבות על "המלכות מדינה" כלומר, לנסות להתייחס להגדרות הלכתיות. הרב ישראלי התייחס למשהו קונקרטי בניגוד לרב קוק שלא ראה את כנסת ישראל הוא יכול לחזות. הוא מרחיב ומבסס את החידוש של הרב קוק: הרב ישראלי אומר שזה קצת נוקשה לומר כמו הרב קוק כי הם לא באמת מעורבים בתהליך בחירת המלך. זהו מודל שלא התקבל מתוך הסכמה של העם, המטרה של הסנהדרין לשמור ולבחור אדם שראוי לכך ואם העם לא מעורב בצורה ישירה אותה "וועדה" אמורה לשמור על האינטרסים של העם. הסנהדרין הוא סוג של "נציג העם". זה לא המשטר בהכרח הרצוי והראוי לכן אנו נותנים לפחות מינימום הגנה של העם ע"י הסכמה של הנביא ובית הדין שאמור להגן עליהם. אך כאשר העם בוחר את המלך אין צורך בדרכים החילופיות. הרב הישראלי נותן פתרון בכך שאי אפשר ליישם מהמשטר של המלך למשטר של ימינו כי צריך נביא וסנהדרין, אך נאמר שזהו לא תנאי הכרחי כי אם אין הסכמה של העם זה נותן לו הגנה אך אם העם בוחר וישנה הסכמה לא צריך נביא ובית דין. למשל השופט "יפתח הגלעדי" נבחר ע"י העם וזה תקף לכל דבר! לא צריכים הסכמה של עוד גופים אם ישנה הסכמה של העם. אם בחרו בראש ממשלה כזה או אחר "מינוי ממלכתי" יש לזה תוקף וסמכות. גישה זו מסתכלת בצורה חיובית על השלטון הקיים. החיסרון של משטר זה: מלכות ישראל זה משהו "גדול" מדי, כלומר קשה לומר שזה המשך דתי כמו דוד ושלמה. ולמרות זאת שנאמר שמלכות = דמוקרטיה זה לא מאוד משכנע כי האפילו הרטוריקה של "מלכות ישראל" זה לא מתאים כי הם תלויים בכל מיני אילוצים והשלטון מאוד מוגבל. אך אנו יודעים שראש ממשלה לא יכול למנות שר כזה או אחר בשל אילוצים שונים. חיסרון נוסף הוא בני מיעוטים: יש אזרחים ומדינת ישראל נותנת זכות בחירה לכל אזרחי המדינה ומלך זה דבר בעייתי לאותם מיעוטים. זהו סוג של מודל שקיים שיש בו יתרונות וחסרונות, עמדתו של יובל סיני הוא פחות מתאים למה שקורה במשטר הפרלמנטרי בישראל.

צורת המודל השני "דינא דמלכותא דינא": משטר מאוד חשוב שהתחדש בידי שמואל. (**תנאים פעלו עד שנת 200 לספירה: חכמי המשנה שפעלו בא".** וחכמי התלמוד נקראים "אמוראים" והם פעלו עד שנת 500 לספירה.)

שמואל קבע את הכלל שדין המלכות- דין. כלומר זה אומר שההכרה בפעולות שעושה המלכות נצרכת בגלל דיני קניין. מה שהמלכות של אותו מקום שאתה נמצא גוזרת זה מחייב אותך שוב זה חל רק בתחומים שלא נוגדים עניינים דתיים. אך ברוב המדינות לא נוגעים בעניינים דתיים בשל חופש הדת. השאלה האם מתאים מודל זה גם למדינת ישראל? הבעיה האפשרית שיכולה להיות אולי הכלל זה של דינא דמלכותא דינא נאמר בגלות והאם אפשר להכיל את זה גם במדינה ריבונית. האם בשלטון ריבוני במדינת ישראל אפשר להשתית על דינא דמלכותא דינא? זה קושי שמתמודדים איתו.

הרצאה 8-**23.12.12****"דינא דמלכותא דינא" - מקור 1: בבא קמא קיג ע"ב-**

מה מבדיל בין המשטר הישראלי לבין המשטר הקלאסי של דינא דמלכותא דינא? נאמר בהקשר נוכרי לאותם ישראלים שנמצאים בגולה. נקודה נוספת שאנו צריכים לבדוק האם דינא דמלכותא דינא היא מלכות שלגביו אנו יכולים להגיד את הכלל הודות דינא דמלכותא דינא? בישראל יש דמוקרטיה ישראלית.

במקור מס' 4 הוא דן בשאלה האם חל בישראל את עקרון דינא דמלכותא דינא? ישנה מחלוקת בין החכמים הראשונים ביחס לשאלה הזו ואם נסתכל **במקור מס' 2** אנו נראה דברים שמובאים בשם הרה"ן, היסוד המשפטי של דינא דמלכותא דינא לפי מקור זה היא תפסיה של בעלות. אותו אזרח מבקש לקחת חלק במדינה שהארץ שייכת למלך והוא נותן לאותם אנשים לחיות שם. התפסיה לפי הרה"ן אותו אדם הוא אורח ולכן הוא צריך לקיים את אותם חוקים.

א"י לא שייכת לנשיא לראש ממשלה כל ישראל שותפים בה, "ארץ ישראל שייכת לכולם". אגב, יכול להיות שהיא לא שייכת רק ליהודי ישראל אלא גם לאותם יהודים שנמצאים בחו"ל. דינא דמלכותא דינא הוא לא דבר אפשרי שנקיים בכנסת ישראל ובכלל במדינת ישראל. גישה זו של הרה"ן היא דעת מיעוט- היא לא בהכרח מקובלת בהלכה אלא הדעה שמקובלת היא מפי הרמב"ם שאין הבדל אם אותם אנשים נמצאים בחו"ל או בארץ. הסמכויות של המלך הן מוגבלות, המלך לפי דינא דמלכותא דינא גם כפוף לשלטון החוק, הוא לא יכול לפעול בצורה שמנוגדת לחוק. אם הוא לא התייחס לאותם דינים של החוק הוא בעצם "גזל". ישנה התניה שהחוק יהיה כללי ולא ספציפי למשל אודות אדם מסוים. למלך יש גם סמכויות למעשה להפקיע שטחים על מנת לבנות כל מיני דברים שהציבור צריך. מבחינה קניינית זה תקף אתה יכול להשתמש באותם הדברים וזה יקרא "גזל". אנו למדים מדברי הרמב"ם על כך שאין הבדל בין דינא דמלכותא דינא חל בישראל או ע"י מלך שאינו ישראלי. אין סיבה שיהיו כאן דינים נפרדים למלכות ישראל אך הרה"ן סבר אחרת. (דינא דמלכותא דינא חל לאותם אנשים שלא בארץ- בגולה).

הרב עובדיה הדאיה במקור מספר 4 : במקור זה הרב עובדיה הדאיה פוסק כמו הרמב"ם. אפילו אם לא נקבל את העמדה שכנסת ישראל יש דינא דמלכותא דינא אז מכוח תקנות הקהל (חקיקה מנציפאלית שבה טובי העיר הם מחוקקים את החוקים לבני אותה קהילה). גם אם לא נקבל שהכנסת ומדינת ישראל יש לה כוח לחקיקה אלא יש לה לכל היותר כוח של נבחר העיר שיש להישמע להם. בני המדינה יודעים על הסמכויות הרחבות שיש להם כמו לכרות בריתות, צבא דברים שבעיר לא היה הוא מעדיף את המלכות לפי דינא דמלכותא דינא בגלל שאם יש יהודי שחי בארה"ב הוא חייב לציית לאותם החוקים שהמדינה מחוקקת לו בדומה שאת החוקים של מדינת ישראל עלייך לציית. בד"כ הממשלה האזרחית במילא לא מחוקקת חוקים שנוגעים לקיום הדתי ולכן אם יהודי שחי בגולה יש לו חוק דתי כמו "אסור לאכול כשר" לא חייב לציית.

חסרון של דינא דמלכותא דינא הוא משטר שלא מעודד התנדבות, למשל גיוס לצבא במדינה.

תקנות הקהל:

משטר שבו התנהלו היהודים הרבה מאוד שנים. במקור מס' 1 נאמר על האפשרויות של בני העיר לקבוע תקנות שנוגעות לחיים של בני העיר. בני העיר יכולים לגבות כספיים לצורך אספקת צרכים ציבוריים כמו בית כנסת, ספר תורה. הם רשאים להתנות על השערים של המחירים ועל שכר הפועלים- כלומר לקבוע חוקים כמו חוקי מגן- שעות עבודה, שכר מינימום וכו'. בהמשך נאמר שהם רשאים גם לקנוס על מי שלא מקיים את אותם התקנות- ישנה סמכות של אכיפה פלילית ומנהלית. מה שחשוב לדעת ביחס לתקנות הדעת זה שהמשטר של תקנות הקהל הוא הכי טבעי להשליך עליו

את תקנות הכנסת. נאמר שמאז ומתמיד העם היה קובע את אותם נבחרים ציבור ולהם היה סמכות בעניינים המונים בעיקר. היתרון של תקנות הקהל: יש "תקנות חכמים" ו"תקנות הקהל" ישנם הרבה תקנות שחכמים תיקנו תקנות דתיות שרובנים חוקקו. ההלכה היהודית היא לא מבוססת רק על התורה שבכתב אלא גם על דברי חכמים, החכמים תיקנו תקנות שונות ואיסור איסורים שונים כמו תקנות לדיני שבת, עניינים אזרחיים. הנקודה היא שתקנות החכמים הן תקנות דתיות וזה מטרתן הן עולות בקנה אחד עם ההלכה. ישנן תקנות חכמים מודרניות למשל "חיוב מזונות ילדים" - האב מחויב למזונות לילדיו עד גיל 18. **אנו עוסקים בתקנות הקהל שהיא חקיקה חילונית שלא חייבת להיות תואמת את ההלכה.**

תקנה "מאסר בגין אי תשלום" - ישנן הרבה קהילות שרצו להשתמש באמצעי הזה אבל אנו יודעים שרבים מחכמי ההלכה אמרו שלילת חירותו של אדם בגלל דבר כזה הוא לא מוסרי והוא מנוגד למה שדוגלים. ישנן תקנות "בתקנות הקהל" שהן לא ע"פ ההלכה: 1. תקנות קלאסיות שהיו בידי הקהילות - לקבל כשירות של עדים, אם לעד יש אינטרס הוא בא להעיד על משהו שנוגע אליו העד פסול. דבר זה מעורר קושי במיוחד בקהילות קטנות. אם מישהו מבני הקהילה לא יכל להעיד בגלל שהוא נגע בדבר אזי אנו לא נצליח לאכוף את אותן התקנות. לא מדובר בדברים שנגע לעד אישית למשל רכוש פרטי אלא כחלק מבני עיר שהעניין נוגע להם כמו לאחרים ואם לא נרשה להם להעיד לא נוכל לאכוף את אותן התקנות. גם 2. לגבי דיינים, דיין לא יכול לדון בדבר שנוגע בו אישית. שאין מישהו אחר שלא נוגע בדבר והוא לא יכול לדון באותו עניין שיש לו נגיעה אכיפה אזי מקבלים את סמכותה של אותם דיינים ומאפשרים להם לפעול כדינים. 3. על מי נטל השכנוע כאשר אנו דנים בגביית מס? הרבה פעמים הציבור בא לאדם יחידי ומחייב אותו לשלם את המס לפי ההכנסה של אותו אדם, אומר אותו יחיד שעליהם להוכיח למה אני מחויב לשלם את המס הנ"ל. אולי אני שילמתי שנה שעברה על פעמים. על מי נטל השכנוע? "המוציא מחברו עליו הראיה" - מי שבא לגבות תוכיח שהוא חייב. זהו כלל יסוד בכל הדינים. גביית מיסים ציבוריים: אם היינו הולכים לפי ההלכה רשויות המס היו צריכים להוכיח והנה הקהל תיקנו שתחילה גובים ממנו ולאחר מכן עליו להוכיח שהוא צריך לשלם פחות. הקהל לא יכול להתנהל בצורה כזאת הוא תחילה צריך כסף כדי לעבור ויש פערים בין היחיד לבין הציבור. יש כלל שאומר שהיחיד יש לו אינטרס אישי בדבר הוא הרבה יותר מתאמץ להוכיח את צדקתו בשונה מהציבור. הציבור נחשבים מוחזקים בתביעות מס כלפי היחיד והיחיד יצטרף לערער על כך. אנו רואים שתקנות הקהל לא מחויבים להלכה ויכולים לקבוע תקנות שאינן תואמות את ההלכה אבל משיקולים שיכולים לבוא לטובתם של הציבור. הצורך שתקנות הקהל יואשרו בידי אדם חשוב, נאמר בתלמוד שתקנות הקהל הן תקפות אבל צריך אישור של אדם חשוב כמו רב העיר, אותו אדם חשוב בודק שלא עברו קווים אדומים כמו קיפוח של יחידים, תקנה שלא התייעצו עם אותם אנשים שהיו צריכים להתייעץ עמם. כאשר אנו מגיעים לשאלה האם ניתן להתאים את זה גם לחוקי מדינת ישראל? התשובה הראשונה היא שכן! כי החוקים של מדינת ישראל לא תואמים את ההלכה אך לא בהכרח נוגדים את ההלכה והם נקבעים בצורה דמוקרטית. אבל אנו מוצאים כמה מגבלות משמעותיות על תקנות הקהל ואם אנחנו רוצים ליישם אותם על המציאות של המשטר הישראלי אנו עלולים להיתקל בבעיה: הסכמה של אדם חשוב, אסור לפגוע פגיעה מכוונת בזכויות של קבוצה מוגדרת כלומר אסור שהתקנה תהיה רווח לאחד והפסד לאחר. יש הרבה תקנות שניתן להגיד שהם למגזר מסוים מטרתה של תקנה זו ליצור שוויון. אסור פגיעה מכוונת בזכויות של קבוצה מסוימת. והמגבלה הנוספת והיא החמורה ביותר התקנה צריכה להתקבל על דעת כל הקהל לא רק שהוא יהיה נוכח אלא הסכמה של כולם "פה אחד", אם אין הסכמה של כולם אין תוקף לאותה תקנה. אם מנסים לתקף את התקנה הזאת ואת התקנה של אדם חשוב הוא מאוד בעייתי. ישנן דעות שיש צורך בהסכמה של כולם - רבנו תם, אך זאת לא דעה רווחת על כולם. לפי מקור 2 של רבינו תם - אם היה התניה ראשונית מוחלטת שאומרת שגם על דעת רוב נקבל, אם לא הייתה אותה התניה ואחד מבני העיר מתנגד הם לא יכולים להכריח אותו לעמוד על אותה התקנה. אם הם נתנו סמכות לטובי העיר ויש להם סמכות רחבה "בעלי הבית בעיר הזאת", מבחינת דיני תקנות הקהל זה תקף כי הסמיכו אותו לפי רוב וגם היחיד צריך לציית. עמדה ששומרת יותר על היחידים אומרת זה נכון אפשר לקבוע תקנות קהל אבל תנאי יסוד שכולם יסכימו ויסמכו על כך. לצורך העניין אם חוק נקבע בלי הסכמת כולם הוא לא תקף. הרבה פעמים זה לא נעשה בהצבעה. ישנה דעה חולקת שאומרת באופן

עקרוני שהעם בחר את הקהל והוא יחליט. השאלות שעולות בפנינו האם נבחרו הציבור הם רק מבצעת ולא מחוקקת? או האם החוקים מתקיימים לפי דעת רוב או הסכמה פה אחד של כל הקהילה. רבנו תם אומר שכולם צריכים להסכים ורבינו דאייה אומר שאפשר לאכוף גם את היחיד.

מקור מספר 3 שולחן ערוך - הוא פוסק שדבר ראשון יש סמכות לטובי העיר, סמכות ביצועית לקבוע עונשים אף על פי שיש דעות חולקות, הסמכות של טובי העיר היא מאוד מצומצמת והם לא יכולים לשנות דבר אלא אם הדבר נעשה בדעת כולם. אם הם נוהגים להכריע על פי רוב ולתת לנבחרו הציבור שלהם סמכות ביצועית ולא רק חקיקתית. לפי השיטה הזאת אם אנו מסתכלים על הכנסת כאשר אדם מטיל פתק אתה מקבל גם את כללי המשחק זה המנהג לצורך העניין שלפיו נקבעת הכנסת ולכן יש לה תוקף. **במקור מס' 4** נאמר שיש תוקף לחוקי הכנסת לא רק מכוח דינא דמלכותא דינא אלא גם מתקנות הקהל. ישנה גם סמכות חקיקה וגם סמכות ביצועית, קיבלת אותו להיות הממשלה, הנבחרת (את אותה מועצת העם) כיוון שאותם נבחרים הם נבחרו ציבור ולכן ההחלטות נבחרות ברוב דעות. גם רבינו תם אולי יספיק לאותם מקרים. ברגע שאתה שם פתק לכנסת אתה לא לוקח אותו כראש עיר מצומצם אלא יש לו קבלה לסמכויות לכל דבר ותקפה וחזקה ואין פה רק כדינא דמלכותא. הרב עוזיאל אומר שהוא לא אוהב את דינא דמלכותא כי זה מתוך כפייה לעומת זאת תקנות הקהל זה דבר חיובי אתה מזדה אתה בחרת.

הרצאה 9-

30.12.12

מקור מספר 1- אהרון אוהב שלום, הוא שייך לפן היותר מגשר וסולח. לעומת זאת משה לא מתפשר על הדין.

מקור מספר 2- יש מתח בין שני המקורות הללו. הוא שואף לאחד את שלושת הערכים הללו במשפט אבל זאת משימה קשה. "על שלושה דברים העולם עומד..."

הפשרה שזה מונח מהמשפט העברי אנו מוצאים שבמקורות אחרים השתמשו במונח אחרים "לפצוע" - כמו חלה. הכוונה לעשות פשרה וכל אחד מקבל חלק על מה שמגיע לו וכאן **במקור מספר 3** אנו רואים גישות שונות האם פשרה יכולה להיעשות בביהמ"ש או שזה דבר אסור. למה שביהמ"ש לא יאפשר לעשות פשרה? מה יכולה להיות הבעייתיות? כתבו מאמר ידוע שמתנגד בצורה נחרצת על פשרה ("נגד פשרה" - מאמר שנכתב ע"י מלומד אמריקאי) והוא אמר בין השאר שהתפקיד של בית משפט הוא להנחיל נורמות חברתיות ונורמות של צדק. לפסוק לפי הדין, להכווין התנהגות, לקבוע הנחות ותקדימים, תפקידו לפרש את החוק ואם בית המשפט רק יעסוק בפשרות הוא יכבה את השריפה אבל יש הרבה דברים שאי אפשר להתפשר עליהם. אם בית המשפט לא היה עושה את מלכתו והיה מוצא את הפשרה והגישור הוא היה עושה עוול, אי צדק והיה מתפשר על דברים שלא נחוץ להתפשר בהם.

המשך מקור מספר 3- התנאים נחלקו לגבי היחס של הפשרה: רבי אליעזר הולך בגישתו של משה ורואה בפשרה חטא. רבי יהושע בן קרחה מציג עמדה נוגדת הוא רואה בפשרה כמצווה. על השופט לשאוף להשיג פשרה. למד מהפסוק **שצריך לשאוף למשפט שלום** - משפט שמכיל בתוכו שלום, נעשה בידי בית המשפט אבל המטרה להביא שלום. בכך שכל אחד מקבל משהו זה עוזר להם לעבור הלאה, לחיות אחד עם השני. ישנם חילוקי דעות בין שלילת הפשרה לבין גישה נוספת האומרת שמצווה לעשות פשרה. (צדדים יוותרו קצת על מנת שהיחסים לאחר מכן יסתדרו).

באיזה שלב ניתן להציע פשרה? השופט הוא זה שמציע את הפשרה, למה אחרי פס"ד השופט לא יכול להציע פשרה? זה גורם לבזיון של הדין, אחרי שבית המשפט אמר את דברו במידה והוא יעשה פשרה הוא יגרום לזלזול בדין. לכן ברור לנו שלא בכל שלב יוכל השופט באמת להציע פשרה השאלה

עד איזה שלב הוא יוכל להציע את הפשרה- היא שנויה במחלוקת לפי מקור 3. רבי שמעון בן מנסיא אומר שכאשר אתה יודע לאן הדין נוטה, יש כיוון מי צודק, כבר בשלב הזה אסור לו להציע פשרה רק לפני כן. אם ברור לך לאן הדין נוטה יש בזה בעיה אתה פוגע במי שזכאי לפי הדין אתה מתעלם מהדין עצמו וזה דבר שהוא בעייתי. בשלב המקדמי זה השלב הכי טוב לפשרה- גם אם הוא שומע את דבריהם ועדיין לא ברור לו לאיזה כיוון הדין נוטה. הבעיה עם הגישה הזאת שהפשרות נעשות בשלב המאוחר יותר, למשל בנזיקין רק כאשר השופט אומר שיש רשלנות, כמובן לפי גובה הנזק, רק אז מתפשרים. הרגע האל חוזר שאסור להציע בו פשרה הוא בגמר הדין. אחרי שהשופט קרא את פסק הדין מאותו הרגע הוא לא יכול להציע את הפשרה.

מקור מספר 4- שולחן ערוך, מאת רבי יוסף קרו, (התחבר במאה ה16) הוא ספר הלכה מחייב ובו יש את האופן שבו נפסקה ההלכה לפי מחלוקות שאנו מוצאים בתלמוד. במקור זה אנו רואים כמצווה שעל השופט להציג לצדדים אם הם מעוניינים בפשרה או בדין. הוא לא צריך לפעול בצורה יותר מדי אקטיבית, ישנם פוסקים כמו הרמב"ם שדעתם שהשופט צריך לשאוף שתהיה פשרה- כל מי שעושה פשרה הרי זה משובח. המשפט העברי מאז ומתמיד העדיף לישוב את הסכסוך בצורת השלום, כלומר פשרה. "וכשהם שמוזהר שלא להטות הדין..."- מה תוכנה של הפשרה? בתלמוד נאמר שאותם דיינים שחוזים את הדין ופוסקים חצי חצי הם דיינים גרועים, כי זה סתם שרירותי אין שום קשר בין הטענות של הצדדים. אם אתה הולך למסלול של הדין אסור לך להטות את הדין אותו הדבר בפשרה אסור להטות את הפשרה. פשרה זה לא משהו שמנותק לחלוטין מהדין, במשפט העברי אנו מכירים שישנן 2 טכניקות שמקובלות שמאפשרים לפסוק גם לפי הדין או לפי הפשרה, הנוסח שבהם הם נוקטים הוא 1 מ 2 יש נוסח ראשון "פשרה קרובה לדין"- הטכניקה היא כזאת בד"כ שאתה צריך לקחת בחשבון מה היה לפי הדין וכאשר אתה עושה פשרה אתה צריך לתת את החתיכה הגדולה מהעוגה לאותו אחד שמגיע לו. מי שמגיע לו לפי הדין (אם הוא הולך לפשרה קרובה לדין) הוא יקבל 2\3. היתרון של פשרה: הליך מהיר, יעיל ויש בו סוג של שלום כי גם הצד השני יקבל משהו- אמנם פחות מאשר חברו אבל זה מגיע לו לפי הדין. "בן לדין בין לפשרה"- זהו נוסח שהוא מאוד מקובל בבתי הדין הרבניים וגם במשפט הישראלי הוא יתקבל מבית משפט העליון בפס"ד "אבולפוליס". זה אומר שבעצם בית המשפט יכול לפסוק או לפי הדין המהותי או לפי הפשרה. אם יש שיקולים של מוסר, צדק מתקן- כל מיני שיקולי יושר שאומרים על פי הדין היה צריך להיות פסיקה 100% לאחד ו-0% לאחר אבל אנו רואים שאותו אדם הוא אדם מסכן. אם הדין נותן מענה טוב אז פוסקים לפי הדין. "זה לא יביא להשתקת המריבה"- זה לא ישתיק את המריבה כי העוול לא נפסק והוא ימשיך לריב. כאשר פוסקים בפשרה אפשר לקחת בחשבון גם את הדין המהותי, אפשר לחרוג מהפשרה אם הנסיבות מראות לכך. (נאמר בפס"ד א.). במשפט העברי זה מדובר כאשר אתה יודע - חותם על שטר-, אתה יודע שהוא יכול לפסוק לך בדין או בפשרה. אנחנו למדים מכך שפשרה זה לא משהו שרירותי- יש מושג של הטעיית פשרה, לא לזרוק תוצאה פשוט.

"וכל בית דין שעושה פשרה תמיד הרי זה משובח"- מעדיפים ליזום פשרות. במשפט האנגלי זה דבר שהוא בעייתי, השופט צריך להיות אובייקטיבי, נטרלי אך המשפט הישראלי השופט הוא לא נטרלי וזוהי דרך מומלצת גם במשפט הישראלי. חלק גדול מהסכסוכים נפתרים ע"י פשרה. "אם רצו בפשרה"- דבר שצריך להיעשות על ידי רצונם. עד מתי ניתן להציע פשרה? מצווה לפצוע עד גמר הדין, הוא פסק כמו חכמים במקור 3, נגמר הדין ואתה רשאי לפצוע את הפשרה.

מה ההבדל בין פשרה לגישור במשפט הישראלי? במשפט העברי אנחנו לא נמצא שנוקטים במונח אחר כלפי המגשר. ישתמשו באותו מונח "פשרה" אבל ע"י האפיון שלהם אנו נצליח להבחין בין גישור לפשרה. אם הצדדים מסכימים גם לאחר פסק הדין הוא יכול לעשות את הפשרה- גישור על סמך פסק הדין. פעמים רבות מגשרים ומגיעים לתוצאה שמצד אחד מראים מי הצודק לפי הפסק דין אבל לא להפיל את הצד השני לגמרי- להגיע לחוזה חדש שהוא טוב לשנינו. הדבר הוא אפשרי בתנאי שהוא נעשה לא ע"י שופט ומחוץ לכותלי בית המשפט- אנו קוראים לזה גישור. אם זה נעשה בביהמ"ש ע"י דין יש פה זלזול בדין, זלזול בשופט אבל אם הצדדים מודעים לפסק הדין זה לא קשור לזלזול. אם הצדדים מסכימים ומוכנים להגיע להסדר אחר אין שום בעיה עם זה- כמובן שזה נעשה בהסכמה ולא

ע"י בית המשפט עצמו אלא מגשר. לפי שולחן ערוך יש פשרה שנעשית בבית המשפט וגיטור שנעשית מחוץ לכותלי בית המשפט אך הם פועלים זה לצד זה.

מקור 5- אנו עוסקים במשהו שנעשה באמצעות "פיוסים" בצורה לא מחייבת, לא לוחצת אלא בנפש חפצה וזה דבר שהוא רצוי. גם השופט בעצמו צריך לעשות את זה ולכן פסקו שהשופט עצמו יכול לחבוש את הכובע של המגשר- אין מניעה שהשופט יעשה את זה אך בצורה לא פורמאלית וכפייתית. האופי של הדין הוא הרבה יותר גישורי אך ישנם גם שופטים, גם היום בישראל, שפועלים כמגשרים. כיום הבית הדין הארצי לעבודה פועל הכי הרבה בשיטה זו. **במקור זה מאפיינים את אהרון כאדם שאוהב שלום.**

מקור מספר 6- במקור זה מדובר על הדרך השיפוטית שבו נקט אהרון, הוא הפנים והייתה לו דרך בצורה טבעית שפועלים גם מגשרים בימינו. אהרון הגיע לכל אחד מהצדדים בצורה נפרדת והציג את העוול של כל אחד מהצדדים, הוא לא הציג את כל האמת משתמש בזוג של מניפולציה. האלמנט הראשון שמופיע אצל אהרון "ניטרליות וחוסר סמכות" הוא לא כופה שום דבר ואפילו הוא לא מנחה- שומע על ניטרליות מבלי לנקוט עמדה. הוא לא אומר איזה צד לא בסדר גם בסופו של התהליך. גישות אישיות נפרדות- הוא נפגש עם כל צד בנפרד מנסה לעמוד על שורשי הסכסוך דבר ששופט לא יכול לעשות. שופט בד"כ צריך להיפגש עם שני הצדדים יחדיו אך מגשר כן יכול לעשות זאת ופעמים רבות זה יעיל גם. הצדדים אינם בשלים להיפגש אחד עם השני, הם טעונים רגשית אחד עם השני ולכן פרט זה יכול להועיל. לפי ההלכה שופט יכול לפעול גם כמקשר, זה נראה דבר לא טבעי בתקופתנו היום. אלמנט שלישי שבא לידי ביטוי: "מניפולציה" הוא חוסר לאמת. דבר שאסור לעשות במשפט, השופט לא משתמש בדברים כאלה במשפט. מה שמעניין במדרש הזה שלמרות שאהרון משתמש באותה המניפולציה מציגים את זה כ"דין אמת" למרות שהוא לא בהכרח אמר את האמת לכל אחד מהם. גם בהלכה אמירת אמת זה דבר מאוד חשוב אבל ישנן גישות, הדבר שהכי ידוע זה הפרדוקס שמציג פילוסוף גרמני, אסור לשקר אבל אם חוסר האמת גורמת לפתרון הסכסוך משנים במעט על מנת ליצור שלום. (למשל בפיקוח נפש אפשר ל"הסתיר פרטים"). "התמקדות בתהליך ולא בתוצאה"- לא מדובר על הסכם פורמאלי שמוצאים בסוף הסכסוך. עצם התהליך הוא מה שחשוב. "מתן ביטוי לרגשות"- הוא מאפשר להם להחצין את אותם רגשות שליליים, הוא יותר מתמקד ברגשות של הצדדים. "חינוך ועיצוב- עבודה על המידות"- הוא משקיע מאמץ ומתמשך על כך שהוא גורם להמיר את המחשבות השליליות לדברים חיוביים. לרוב סכסוך נוצר כי אדם מרגיש שלא שמעו אותו, יש לו רגשות מעורבים אבל ברגע שהוא פורק את אותם המטענים בתהליך הגישור זה דבר טוב שיכול להמיר את אותם הרגשות לדברים חיוביים. "יצירת החברות"- הוא יוצר אצל כל אחד את נקודת המבט מה קורה אצל האחר- איך הוא מרגיש עכשיו. בבית המשפט כל אחד מסתכל על הצד שלו איך פגע בו. הסכסוך נוצר פעמים רבות בגלל חוסר דיבור אחד עם השני, הגישור יוצר תקשורת יותר טובה ובמילא זה דבר שהוא חשוב שלעצמו בהיקשר הזה. "חשיפה והתמקדות באינטרסים ולא בזכויות המשפטיות"- מה אתה רוצה להשיג? מה באמת מפריע לך? זה הרבה פעמים קשור בעניין של רגשות ולא בנושא של מה נוקט כל אחד מהצדדים. במקור מספר 6 אנו מוצאים אלמנטים קלאסיים לגבי גישור.

מקור 7-דווקא בתחום של דיני המשפחה אנו מוצאים חשיבות יתרה במשפט העברי לשימוש בגישור. אנחנו יודעים שיש הליכים שנקראים "שלום בית". זהו ערך חשוב מאוד. מטרת ערך זה לנסות ליישב את הסכסוך, סוג של גישור במשפחה. זה לא חייב להיעשות ע"י דיין אלא יועץ, רב הקהילה העיקר משהו ששייג את התוצאה. דבר קלאסי שמתבקש לעשות גישור- היה חשד שהילדים אינם של האב מבחינה ביולוגית. רצו להסיר את התעלומה ולעשות בדיקות והסכימו גם הבעל וגם אשתו. אך למה ההליך הזה מעורב בו היועץ המשפטי לממשלה? שהשלכות של בדיקת רקמות הן עלולות לקבוע שאותו הילד הוא "ממזר", תוצאה שהיא קשה. בתי הדין לא מסתמכים רק על בדיקת רקמות, יש להימנע מזה ככל האפשר. יועץ המשפטי התנגד לאותה בדיקה אך הם היו נחושים לעשות זאת. במקור זה השופטת אומרת שהצדדים מעוניינים לעשות את הבדיקה. הדגש הוא לא רק שלום בין אדם לחברו אלא יש חשיבות יתרה לשלום בית בין איש לאשתו. יש הרבה תקנות שמטרתן לעשות אווירה טובה בבית- למשל הדלקת נרות של נשים ביום שיש. במיוחד נאמר שיש חשדות בין בני הזוג

יש להביא את השלום בין בני הזוג. השם הנפוץ ביותר באותה התקופה הוא "אהרון" - "כמה אלפים..." הוא גרם לכך שהחשדות והסכסוכים יושבו בין בני הזוג ולכן היו קוראים לילדים אהרון. ישנה חשיבות רבה לגישור במיוחד בין בני הזוג.

הרצאה 10-

6.1.13

מקרים בהם סטייה מן הדין אינה ראויה

1. ר' יוסף אישקאפה, הלכות דיינים, יב, יד-טו: פשרה היא טובה ומשובחת אך יש מקרים בהם היא לא טובה כי היא לא מבדילה את הצדק מהרע, ולא מטיבה עם הצד הנפגע.
2. ר' מלכאל טננבוים {פולין, המאה ה-19}: אם השופט ייתן יד לפשרה במקרה של גזלנים אז הוא פועל שלא כדין, הוא חוטא ויוצר תמריץ לגזלנים לתבוע בפשרה. **מקרה ראשון מובהק מתי הפשרה איננה ראויה**- כאשר אדם מבצע מעשה גזל שלא בתום לב. זהו מבחן הפשרה ע"פ טננבוים, איננו מבחן אובייקטיבי, כאשר התביעה היא תביעת סרק, תביעה סחטנית שאפילו הצד התובע לא מאמין בצדקתו אלא רק מנסה לסחוט. כשאר מבחינה סובייקטיבית אם היינו שואלים את התובע אם הוא באמת מאמין וחושב שמגיע לו לזכות והאמת היא שלא.
3. סנהדרין ו ע"ב: אתה לא יכול לתת פשרה לאחר מתן פס"ד.
4. אור זרוע, חלק ד', פסקי סנהדרין ו ע"ב: ברגע שהשופט יודע מהו הצדק האמיתי ע"פ הראיות הוא לא יכול לעשות פשרה כי זה אי צדק, הוא מחויב לדין וברגע שהוא הגיע להכרעה ע"פ הדין ואז להציע פשרה זה גזל אפילו מצד השופט. יש החולקים על דעה זו, בטענה כי גם אם כתב השופט את פס"ד ויודע מי צודק ומי לא, ברגע שהצדדים לא יודעים את זה אזי בסדר.
5. תיק 925/לג פסקי דין רבניים, חלק י', עמ' פה: הייתה פשרה. בית הדין קיבל את עמדת האישה לחלוטין, ולא התייחס לעמדת הגבר כלל. **הרב עזרא בצרי**: לכאורה זוהי לא פשרה זוהי דין. מהותה של פשרה היא לא הבטחה שהדין יהיה שווה, כי עדיין מדובר בדין צדק, וייתכן שגם בפשרה הדין יטה כולו לצד אחד.
6. מאיר לסנהדרין ז ע"א: אף ע"פ שהפשרה נבחרת לעניין דיני ממונות. מותר שתהיה סטייה רק בדיני ממונות, אך בשאר התחומים לא, ניתן ללמוד זאת מהנאמר על אהרון "בוצע ברך נאץ השם" שבמקרה זה חשב אהרון שאם יסכים לישראל לעבודה זרה (חטא עגל הזהב) יחזרו לעבוד את השם, וזה אסור.
7. רמב"ם, הלכות חובל ומזיק ג, ו: יכול להיות שהפשרה תהיה ראויה אך אסור לביהמ"ש להציע את אותה פשרה. במקרה שמדובר על העלבה של אישיות ממלכתית (תלמיד חכם). על ביוש בפרהסיא יש לשלם קנס. והשאלה היא מהי המדיניות במקרה שכזה? ביהמ"ש יגיד שצריך לשלם, אך ראוי שמחוץ לכותלי ביהמ"ש יעשו פשרה, כי זה לא אתי שבהמ"ש יכווין לפשרה במקרה שכזה כי זה מייצר נורמה שלילית, עליו להראות שזוהי נורמה בעלת חשיבות וזה מעשה שלא יעשה.

3. פשרה בינרית במשפט הישראלי ובמשפט העברי

8. ע"א 1639/97 אגיאפוליס בע"מ נ' הקסטודיה אינטרציונלה דה טרה סנטה, פ"ד נג(1) 337, 347-346 (מפי השופט אילן):

המשפט הישראלי הלך לפי המשפט הבריטי בו השופט ניטראלי ואיננו משמש כשופט חוקר.

הנסיבות- היו שני צדדים שהסכימו ע"פ ס' 79(א') לתת לביהמ"ש לפסוק ע"פ הפשרה, והשופט פסק לחלוטין לטובת צד אחד ולא נתן דבר לצד שכנגד. הצד המפסיד ערער כי הדבר חורג מסמכות ביהמ"ש לפסוק בפשרה.

הבעיה- השופט צריך להיות ניטראלי לכן מתעוררת השאלה האם זה בסדר בכלל ששופט יציע פשרה ולא יכרע דין?

השאלה העקרונית :

א. עד כמה כאשר פוסקים בפשרה, השופט יכול לפסוק ע"פ הדין המהותי. האם מתנתק מהדין המהותי או פוסק ע"פ פשרה? מהי הזיקה בין הפשרה לבין הדין המהותי?

ב. האם בפס"ד על דרך הפשרה לא ייתכן שתתקבל התביעה כולה או שתידחה התביעה כולה?

בפס"ד זה ביהמ"ש ענה בחיוב על שתי שאלות אלו. אנחנו גם צריך להתייחס בפשרה על מה היה צריך להיות בדין המהותי, וניתן לפסוק ע"פ הדין המהותי גם בפשרה גם אם זה אומר שצד אחד יקבל הכול והשני כלום. **גם פשרה בינארית נכנסת תחת תחום השיפוט של ביהמ"ש.**

נימוקי ביהמ"ש לכך: יש לקחת בחשבון את יסודות הסכסוך, ומה אמור להיות הדין ע"פ המשפט המהותי. לא ניתן לחלק את ה"עוגה" באופן שרירותי. **לפי השופט טירקל**, הכול אפשרי גם השיקולים שבדין. השופט רשאי להפעיל שיקול דעת לפי ראות עיניו ולערבב גם מכאן וגם מכאן (גם מהדין המהותי וגם מהפשרה) בהחלטתו.

מה היחס בין הדין המהותי לפשרה בפס"ד זה? האם צריכה להיות מנותקת ואם כן ע"פ מה?

הרצאה 11-

13.1.13

האם אפשר בהליך של פשרה לפסוק 100% לצד אחד? כן זה אפשרי! פס"ד אגיאפוליס דן בסוגיה בין הפשרה לדין המהותי. המונח שמשמשים במקורות התלמודיים "משפט שלום או משפט צדקה"- אם מסתכלים על המונח הוא מורה על זיקה לפשרה. לאור המקורות הללו מסתבר, שישנה זיקה בין הפשרה לבין הדין אבל כאשר אנו בוחנים את המקורות בצורה נרחבת אנו נבחין בגישות שונות.

מה הקשר בין הפשרה לדין המהותי?

הגישה הראשונה- הפשרה הוא הליך שמנותק לחלוטין מהדין. זהו מסלול עצמאי שעובר באופן אחר ואינו מושפע, יש לו שיקולי צדק מהדין המהותי.

הגישה השנייה- הפשרה היא קרובה לדין, היא לוקחת בחשבון מה צריך להיות בדין המהותי. היא לא פוסקת באופן זהה ממה שיש בדין אך לוקחת זאת בחשבון.

הגישה השלישית- הפשרה בעצם ניתנת לפני משורת הדין- כלומר, יש סיבות פרטיקולאריות שצריך להתחשב בהם ואז אנו פוסקים "פשרה".

גישה רביעית- מוצגת לרוב אצל הרב קוק, הליך שמשולב עם הדין. כלומר, שני מסלולים שבודקים אותם יחדיו: לעיתים בחרים בפשרה ולעיתים בדין. זהו מסלול משולב "בין לדין ובין לפשרה".

הגישה הראשונה- הפשרה היא מנותקת לחלוטין מהדין, היא לא אמורה להיות דומה לו. **במקור מס' 9** נאמר- למי יש את זכות הקדימה אם יש שתי ספינות? נאמר באופן עקרוני אם ספינה אחת אין לה משא והשניה טעונה משא אז היא זאת שיש לה את זכות הקדימה (יותר כבדה וכו'). אך אם שניהם אותו דבר עם משא וכדומה אז הן עושות פשרה ביניהן, אין במקור זה שיקולים של דין מהותי שאפשר ללכת על פיהם כי שתי הספינות הן באותו מצב. צריך להכריע בסכסוך הזה ולכן עליהן לעשות פשרה. על פניו המונח פשרה, היא לא פשרה שהיא משתמשת בנימוקים של הדין המהותי זה סוג של שיקולים שהם בד"כ שונים מהדין המהותי. מקור זה עוסק במקרים קשים ולא מקרה קלאסי. **זה סוג של פשרה שמנותקת מהדין. במקור מס' 10** (מנחם המאירי) שחי במאה ה-13 הוא טוען שהפשרה לא חייבת להיות משהו שקרוב לדין או מתחשב בדין. הוא מגיע לשיקולים משלו שיכול להיות שהיא רחוקה מהדין לחלוטין- אין מטען בין הדין לבין הפשרה. **במקור מס' 11** יש גישה יותר כוללת, דן במקרים שבהם יש קושי ראייתי לביה"ד להגיע למסקנה, לצורך העניין ובמקרה זה המקרה היה שאחד מבעלי הדין שמר על זכות השתיקה- לא מסר שום גרסה ואי אפשר היה להגיע לחקר האמר בשל העובדה ששמר על זכות השתיקה- קשה לברר את הדברים משמע קושי ראייתי. זה מקרה לא שפטי שאין לו קנה מידה לשפוט אך זה לא הדרך שבה נקט הראש, הוא מציע דרך שביה"ד צריך לפסוק במקרה כזה שבא לפניו ע"י כמה אפשרויות:

הראש הציג גישה שאומרת שביה"ד חייב לפסוק במקרה כזה שבא לפניו. באו אליו שני צדדים שחולקים ביניהם ואסור לו להשאיר את הדין "פתוח"- עליו לגמור את הדין כדי להטיל שלום בעולם! להטיל שלום על מנת שלא יריבו ביניהם ולכן יש לפסוק. יש כמה אפשרויות שיש לדין לעשות הוא דן במקרים שאין הדבר יכול להתברר בראיות ובעדויות, לש' לעיתים אין קנה מידה לקבוע והש' חייב לפסוק גם במקרים שהחומר לא מלא ע"י פסיקה של פשרה ע"י שני הצדדים. האם מדובר אצל הראש פשרה שמוסכמת ע"י הצדדים? הראש עוסק בפשרה חריגה- פשרה כפויה, פשרה שביה"ד פוסק ללא הסכמה של הצדדים. אך מה שמצדיק את הפשרה הזאת היא חוסר ראיות וכי אין משהו יותר טוב לעשות- אנו לא רוצים להשאיר את הדין בלי הכרעה. התפקיד של בית המשפט לסיים את הסכסוך ולכן עדיף לעשות פשרה מאשר שיריבו ביניהם. ישנו פס"ד במשפט הישראלי שדן בסוג של פשרה כפויה שבה נקט בית הדין הרבני ואומרת השופטת שזו פשרה שאינה מוכרת במשפט הישראלי כי היא לא פשרה רגילה- פשרה רגילה צריכה הסכמה של הצדדים! יש מקרים קונקרטיים שבהם פוסקים "פשרה כפויה"- זה נדיר. **במקור מס' 12** אומר הראש דברים יותר מפורשים: הפשרה היא לא הולכת ע"פ הדין אלא אנו פוסקים כל אשר ישר הדין בעיניהם. צריך שתהיה הצדקה אך זה לא הולך לפי הדין- סוג של צדק מסוים. האם אפשר לתקוף אחרי שביה"ד פסק פשרה, מחמת טעות? או שאחד הצדדים יכול לערער? הרי אם זה מנותק מהדין, אז אין אפשרות לערער. אם השופט יכול לפסוק כל השאר הטוב בעיניו אז אין אפשרות לערער על כך. **במקור מס' 13** נאמר: אי אפשר להגיד בפשרה "אתה טעית", הטענה לא תתקבל כי "סתם פשרה אפילו רחוקה מהדין" ולכן אין אפשרות לתקוף אותו לערער. כך גם במשפט הישראלי אחרי שניתן פס"ד של פשרה קשה מאוד לתקוף אותו ולערער עליו. (השלכה של הגישה הראשונה שהפשרה מנותקת מהדין).

גישה שנייה אומרת שהפשרה צריכה להיות קרובה לדין. משמעות הדברים היא שבעצם הפשרה לוקחת שיקוף מסוים של הדין, שיקוף שהוא לא זהה לדין. האם אפשר להגיע לתוצאה של 100%? לא, היא קרובה לדין. בתוך המרווח היא מחלקת את "העוגה". יש שילוב בין משפט לבין שלום. (תהיה פשרה ויחלקו את העוגה בכך שהיא תהיה לפי הדין). חכמי פרובנץ **במקור מס' 14** כאשר מבצעים פשרה דיינים צריכים לברר מהו הדין. יש האומרים שבפשרה קרובה לדין צריך דיינים שהם בעלי כשרות משפטית- חכמים. בפשרה מנותקת מהדין לא צריך דווקא משפטן אך בקרובה לדין צריך מישהו חכם שידוע מה הפרטיקה ומה מקובל. בפשרה קרובה לדין מחלקים 2/3 ו1/3- זה הבסיס אך פעמים רבות אפשר לעבור משיקולים שונים "קצת יותר, קצת פחות". סוג כזה של פשרה קרובה לדין היא נוטה הרבה יותר בוודאות, הצדדים יודעים שיש מסגרת והם יודעים מה צריך להיות לפי הדין. הדין הוא הבסיס לגביו ולכן הוא לא יכול לעשות מה שהוא רוצה. **במקור מס' 15** נאמר " איך בעצם הפשרה צריכה להתקבל? צריכה לקחת בחשבון לפי דין תורה ולתת חלק מהעוגה למי שדין התורה נוטה אליו? יכול להיות מקרים שאי אפשר ליישם את אותו הדין אך בד"כ הפשרה צריכה להיות

קרובה לדין תורה. הפשרה צריכה להיות גם קרובה לדין. האם ניתן לערער בפשרה זו? ניתן לערער, אם הוא פסק הפוך בעוד ששורה של פס"ד באותו מקרה שצריך לזכות והוא זיכה את הצד האחר הוא יכול לערער כי היא קרובה לדין. **ככל שהפשרה קרובה לדין ניתן להביא ראיות מהדין המהותי ולכן ניתן לערער על פסיקה מוטעת.**

ישנה גישה שאומרת שהפשרה צריכה להיות זהה לחלוטין בדין, הגישה מוצגת ע"י ברכיהו ליפשיץ אשר פירסם מאמר בנושא, הוא שואל "מה בעצם הסיבה שבחרים בפשרה?" הוא טוען שהסיבה המרכזית לפשרה היא רצונו של הדיין לא להיות כפוף לדין תורה. מדובר פה לא רק על מוטיבציה של הצדדים אלא מוטיבציה של הדיין. הדיין לא רוצה להיות כפוף לדין תורה והסיבה היא דתית. דיין באופן עקרוני ניתן לתבוע אותו על טעות שהוא עשה וניתן לתבוע אותו על נזקים שנגרמו לך. המימד הדתי אומר שדיין שהיה צריך לפסוק לפי דין תורה וטעה הוא נענש- יש לו אחריות משמיים. על רקע הנקודה הזאת שזה מהווה סיכון דתי אנו מוצאים הרבה מאוד דיינים שהשתדלו להתרחק ככל האפשר מלדון דין תורה מפחד להיענש. הדרך להפטר מהעונש הוא "פשרה"- אתה דן בדרך אחרת לא במסלול של דין תורה. ברגע שאתה קיבלת הסכמה שלהם אתה לא יכול לסטות מדין התורה, אתה צריך לחתור ולפסוק לפי הדין. השופט הרוויח סוג של חסינות זה נקרא "פשרה" כי הצדדים הסכימו ולא דין תורה. הפשרה צריכה להיות זהה לדין לפי התוכן שלה. הוא עושה את זה בצורה יותר משוחררת כי הוא לא יקבל על כך עונש. הדיין יש לו מוטיבציה לפסוק בצורה שמשחררת אותו מדין תורה בשביל שהוא לא יהיה כבול לאותם דיני תורה והוא לא ייענש בגינם. (גישה שלא מהמקורות).

גישה שלישית- פשרה היא סוג של צדק אחר, "אחד לדין ואחד לפשרה". לפי הגישה הזאת לפשרה יש צדק אך צדק אחר. הדיין צריך לפסוק "אמת דין אמת אמיתו" ואז הוא שותף לקב"ה למעשה בראשית ועושה את תפקידו השיפוטי. אמנת לאמיתו זה גישה שיש הרבה דיונים על כך, אמת זה לפי הדין לאמיתו- לפני משורת הדין. אסור לפסוק תמיד לפי הדין, יש מקרים שצריך לפסוק לפני משורת הדין, יש אמירה על הדיינים שבירושלים. הם פסקו לפי דין תורה אך הם לא עשו לפני משורת הדין. לפני משורת הדין זה אומר גם אם יש לך זכויות שמגיעות לך לפי הדין מן הראוי שתוותר עליהם, למשל בפס"ד של השופט איילון היה מקרה שפסקו לפני משורת הדין היה שומר שכלי הנשק שלו הוא פגע והרג אדם מסוים. באופן עקרוני האלמנה והילדים רוצים פיצויים, הם תובעים את השומר אך האם יש לו "כיס עמוק?" לא. ולכן הם תובעים את חברת השמירה אבל באותו ביהמ"ש העליון התברר שאם אנו מסתכלים לפי דיני הנזיקין הישראלי אי אפשר לחייב את חברת השמירה- יסודות דיני הנזיקין לא היו מחייבים שחברת השמירה תשתלם את הפיצויים. אך יש לחברה זו כיס עמוק והיא יכולה לשלם לכן לפני משורת הדין אתה צריך – חברת השמירה, לפני משורת הדין לשלם פיצויים. במשפט העברי אנו מוצאים חשיבות רבה "לפנים משורת הדין"

כמה חלקים יש לשולחן ערוך? ארבעה חלקים.- אין חלק חמישי בשולחן ערוך אך הכוונה היא שהחלק החמישי הוא הגמישות של הדיין לא ללכת רק לפי הדין אלא לדעת להגמיש אותו.

הפשרה היא נותנת מידת רחמים יותר לא מיישמת את הדין הקשוח כמו שהוא. הפשרה ניתנת הרבה פעמים כי הדין הוא כללי מדי ואי אפשר להקיף את כל המקרים. הפשרה היא מביאה לתוצאה שיותר צודקת במקרה כזה. **במקור מס' 16** נאמר שהחוק לא יכול לחשוב על כל המקרים שייחסו תחתיו, תמיד יש מקרים מיוחדים (החוק כללי מדי). גם חוקי הטבע זה כך, שמש בד"כ נושאת דברים טובים אך אם האדם במדבר בלי כובע הוא יכול לסבול מזה ולכן חוקי הטבע זה לפי רוב ויכולים לפעמים לגרום לאסון טבע וכן'. אנו יודעים שהטבע נותן דברים טובים אך אנו מודעים לסטיות שהוא גורם לכן אנו ממתיקים את מרירותם של חוקי הטבע ע"י מעורבות של האדם על מנת למנוע את הנזקים. הרב קוק אומר שהמטרה של הפשרה במקרה הזה למתק את מידת המשפט. מידת המשפט הרבה פעמים היא חריפה מדי, אם אתה מיישם כל הזמן את הדין זה יכול להיגרם לעיוות של המציאות. בניגוד למשפט המערבי הכללי שבו עולם המשפט נשלט ע"י כללים משפטיים ומתי שאתה בא אתה תובע זכות משפטית, ישנם כללים משפטיים והשופט צריך ליישם את החוק כמו שהוא. אך המשפט העברי נשלט ע"י אנשים כי הדיין יכול למתק את הדין ויכול להגיע לצדק פרטיקולארי. (פשרה וכו').

הגישה הרביעית שאומרת שאנחנו בעצם פוסקים בין לדין בין לפשרה, פרקטיקה שהיא מאוד מקובלת, כיום רוב בתי הדין הרבני פוסקים בהסכמה. הנוסח של שטר הבוררות הרבה פעמים נכתב בכך שביה"ד ידון לעיתים בין בפשרה בין לדין ובין לשיקול דעת. על פניו ניתן לראות בפס"ד אגיאפוליס, בהם השתמשו בפרשנות. כאשר אנו אומרים בין לדין בין לפשרה יש לו אפשרויות רחבות והוא יכול להשתמש בהם במידת הצורך. בנסיבות המודרניות בישראל בין לדין בין לפשרה עוזר מאוד בדיני ממונות להתגבר על מגבלות של הדין. הדין העברי מקשה בהרבה תחומים, למשל בנזיקין, נזק עקיף פתור מעיקר הדין. אך רוב הנזקים הם נזק עקיף. בתי הדין הרבנים חותמים על השטר יכולים לסטות מהדין, לתת חלק מהפיצויים ולהגיד שזה פשרה, זה נותן להם אפשרות לפסוק הוצאות במקרים בהם יש בעיות ראייתיות וכו'. "בין לדין בין לפשרה"- יש גמישות. מתי אני בוחר בדין מתי בפשרה? על כך מדבר הרב קוק **במקור 17** הוא דן במקרים שבו הצדדים הסמיכו את הדיינים לפסוק בין לדין ובין לפשרה והדיינים פסקו לחלוטין לפי הדין. הרב קוק נשאל האם זה תקין? האם זה נעשה בסמכות? האם פס"ד שהוא כולו הולך ע"פ הדין והוא לא נתון לפשרה, האם זה אפשרי? הדיינים לא פסקו לפי הפשרה אלא לפי הדין. אין מקום לערער כי הם חתמו על השטר שזה גם דין וגם פשרה ולכן אין מקום לטענה, זה מאפשר לשופט לפסוק גם לפי הדין. תחילה אנו הולכים לפי הדין והפשרה באה לתקן, למתקן – המטרה של הפשרה לרכך מפנים משורת הדין על מנת שלא יגרם עוול. הרב קוק ממשיך ואומר זה נכון שהדיינים יכולים לפסוק בסופו של דבר ע"פ הדין אך הם צריכים סימולציה- לבחון, מה צריך להיות לפי הדין ומה לפי הפשרה. לשיקול את שתי האפשרויות ולבחור באפשרות העדיפה אך אם הדיינים התייחסו לסכסוך הזה כמו כל סכסוך ופסקו ע"י דרך הדין זה שהוא לא רצוי מכיוון שצריך לבדוק את הנסיבות. מקרה ראשון שמציין הרב קוק שעושים פשרה "**ספק לדין**"- ספק הוא לא דווקא עובדתי, הוא לא יודע כיצד לפסוק יש לקונה, יש תשובות לכאן ולכאן אך במקרה כזה עדיף להתרחק מהספק וללכת לפי הפשרה. החשש שאם ילך לפי הדין הוא יטעה. אפשרות נוספת אם אתה תפסוק לפי הדין, הצדדים יריבו הם לא יקבלו את זה וזה **יגרום לסכסוך**. – אם יש חשש למריבה לפסוק לי פשרה. מקרה נוסף שמוזכר שאם הדין הוא נגד **היושר השכלי**, הרבה פעמים יש מקרים קשים שמגיעים לתוצאות קשות. יש תוצאות שהן נגד "היושר השכלי"- המוסר, ולכן במקרים כאלה אסור לך ללכת לפי הדין כי הדין הולך לנגד המוסר- היושר השכלי. אסור לדין התורה שיעמדו כנגד המוסר הטבעי- דיני התורה אם הם מביאים לתוצאות שהן נגד המוסר הטבעי אז יש בהם בעיה, התורה אמורה להביא לדברים שמתיישבים עם השכל, אם מביאים בתוצאה מעוותת אז יכול להיות שזה לא יישום של דין תורה שהוא ראוי.

הרצאה 12-

20.1.13

פס"ד בג"צ ג'נימת ואח' נ' אלוף פיקוד המרכז-השופט חשין מבסס הרבה מאוד מפס"ד שלו, משלב פוסקים מן המקרא. זה מהווה חלק מהערכים היהודים של המדינה שיש להם מעמד חוקתי לפי חוקי היסוד "מדינה יהודית ודמוקרטית". חשין משלב את הערכים היהודים במדינה ולכן אין להפעיל את הענישה הקולקטיבית. הדעה שלו באותו מקרה לא התקבלה. אך יש מקרה נוסף שבג"צ כן קיבל את הדעה שלו. יש מקרים שבהם יש להשתמש בענישה קולקטיבית ויש מקרים שלא. פס"ד מושתת על ערכים יהודים, מקורות ההלכה תומכים בגישתו של חשין. ישנו פס"ד נוסף של **חשין בג"צ מוחמד אלעמרין-** שהוא קובע דברים דומים, הוא מתפייט ואומר שצריך להכניס את הרוח- הפרשן של החוק צריך להכניס את הרוח היהודית- ערכים יהודים, "אותה ינקנו מחלב אימנו"... הוא מביא מקורות נוספים מספר מלכים שלפי דעתו מציגים שיש להעניש באופן פרטני את מי שחטא. הגישה הזאת להישאר על המקורות העבריים אולי הייתה במיעוט אך במקור מס' 3 (**בג"צ כיפאת מחמד אחמד**) דעתו של חשין התקבלה. בדברי הנשיא ברק מבוססים על הערכים היהודים והדמוקרטים של מדינת ישראל. "מסקנה זו מתבקשת מערכי היהודים והדמוקרטיים". הוא מסיק את ביטול התחום שאסר מעבר ממקום למקום לקבוצה יותר רחבה, מהמורשת היהודית והדמוקרטית. כוונת המחוקק לחוקי היסוד הייתה שיעשו שימוש בערכים יהודים אבל במובן הזה צריך לשמוח שהצליחו להכניס את אותם הערכים. נשאלת השאלה: האם אכן משקפים נאמנה את המקורות היהודים במובן יותר רחב?

השופט חשין אומר להסתכל בתורת משה, יש מקורות ששוללים ענישה קולקטיבית אך הם חלקיים לא מדויקים. ישנם מקורות שמסכימים לענישה קולקטיבית, אך אנו צריכים להבחין מהם ההצדקות שניתנו, מי עושה זאת, מה הסיבות. המשפט העברי מתחיל בתורה, מקרא אך יש גם את המשנה, תלמוד. נראה כי שופט ברק מזכיר את המשפט העברי אך לא משקף באופן נאמן.

ב. מקורות ששוללים ענישה קולקטיבית-

סדום ועמורה מקור 4: **בראשית י"ח**- אנו רואים שקב"ה רוצה להעניש את העם, אברהם הטענה שלו אי אפשר להעניש קולקטיבית את כל סדום ועמורה, אולי יש צדיקים שינצלו ויצילו את סדום. ורק שהיה ברור ולא נמצא צדיק רק אז נענשו אנשי סדום ועמורה. המקור הזה טוען כי אי אפשר להעניש צדיק עם רשע.

מקור מס' 5: **"פירוש רש"ר לדברים כ"ד**- לא רק מבחינת משפט, ביהמ"ש לא יכול להטיל גזר דין על אדם שלא חטא, גם מבחינה מדינית חברתית." אין להעניש אדם על חטא קורבו".

מקור 6- אנו מוצאים ביטוי לגישה של אברהם "חלילה לך מעשו דבר זה..." : **תשובתו של מהר"ם:** היה רב מסוים שבני העיר ביזו אותו בצורה חריפה והוא נידה אותם, הטיל נידוי(חרם חברתי), בני בניהם של אותו קהל שבצורה מבישה ביזתה את אותו רב גדול שאלו אם הנידוי הזה חל גם עליהם, למרות שהם לא עשו דבר. המחבר אומר לא, העונש לא עובר עליכם. זה שאבותיכם עשו את המעשים זה לא מחייב שתקחו חלק בכך. אבל זאת בתנאי שאתם לא הולכים בדרכיהם של אותם אנשים. לא צריך להטיל את האשמה גם על בניהם אם הם לא ממשיכים באותו חטא.

מקור 7- **"הריב"ש:** יהודים שהיו ממונים, והיה פגם בייצור של המטבע. המלך התעצבן, וקבע לגרש את כל היהודים אשר במלכותו. בשביל לפייס את המלך הם נאלצו להסכים להצעה "לתת סכום כסף עצום למלך- שוחד, שלא יגרש את כל היהודים". אותו סכום כסף שהמלך לוקח זה "גזל"- כסף שאיננו חוקי. "האיש אחד יחטא ועל כל העדה תקצוף"- נאמר בחטא קורח ועדתו. – אנו רואים ביטויים נוספים לגישת היסוד שאותה ביקש לבטא השופט חשין בפס"ד וברק השתמש באחד מפס"ד שלו.

ג. מקורות מקראיים שמאפשרים ענישה קולקטיבית-

מקור 8- **ספר שמות:** נאמר בעשרת הדיברות כי יש כאן הצדקה של ענישה קולקטיבית, האבות של אבות נענשים עליהם. לכאורה הדבר עומד בסתירה ממה שקראנו עד עכשיו, שאלה זו נשאלה **בתלמוד** והופיע שם "תירוץ" אחד: לשים לב לסוף של הפסוק, "לשונאי". התלמוד אומר שמדובר בבנים שממשיכים את החשיבה של אבותיהם, הם למדו מהוריהם וממשיכים באותו הכיוון. אם בכך מדובר, בלשונו מגיע להם עונש כי הם לא חפים מפשע. החידוש הוא שלוקחים בחשבון את "זכות אבות" גם לטובה וגם לרעה. אם אתה ממשיך מעשה אבותייך בידיך עליך לשאת בעונש- "שונאי": הם עדיין שונאים. הם יענשו לא רק על העוון שלהם אלא גם על העוון של קרוביהם כי רואים אותם יחדיו. **לעומת זאת אם יש בן שלא ממשיך** בדרכו של אביו אסור להעניש אותו. זה סוג של ענישה שלילית, דתית. התירוץ השני מבחין בין ענישה **שנעשת ע"י האל** לבין ענישה שנעשת ע"י בשר ודם- אסור לבית הדין להעניש לאדם שלא חטא באופן ספציפי.

מקור 9- **"במדבר טז":** יש סוג של ענישה קולקטיבית, אבל גם כאן בידי אלוהים נעשת הענישה. המטרה הייתה שלא יהיה זכר לשושלת הזאת ובנוסף למען יראו וירעו, שלא יתנהגו כמותם. יש כאן ענישה קולקטיבית, אך לא מצאנו שבני אדם עושים אותה ומצדיקים אותה.

מקור 10- **"ויקרא כ':** פולחן אלילים שיצאו נגדה, שמעבירים ילדים מעל האש. חטא המולך נתפס כחטא חמור, אדם שמקריב את ילדו. אנו מבחינים שהקב"ה מעניש לא רק את אותו האיש אלא גם את משפחתו- שממשיכים והולכים בדרכו. יש גם כאן ענישה קולקטיבית גם משפחתו נענשת. בספרות ההלכתית מצדיקים זאת ע"י מדרש הלכה תנאי שבהם הרבנים מפרשים את פסוקי התורה מבחינה הלכתית: אמר רבי שמעון שיש תפיסה מסוימת, לא רק מי ששותף לפשע באופן ישיר אלא

גם מי שמחפה עליו- חיפוי של עבריון כאילו הוא שותף לפשע. אנו צריכים לצאת מנקודת הנחה שהם ידעו ותמכו. אם יש גורם מסוים שלא חיפה, רצה להתלונן, ביקש לעצור את העבריון אין הצדקה להעניש אותו. ההצדקה היא כלפי אותם אנשים שמחפים. צריכים לחפש מי אשם ומי לא. אין היתר לבית הדין להעניש את כל המשפחה, רק ענישה משמיים יכולה להיות. גם כאן חשין יוכל לומר שזה בידי שמיים ולא בשר ודם.

מקור 11- "בראשית ל"ד": אנו דנים במעשה שהאחים מענישים ולא הקב"ה. הבנים של יעקוב, אחותם הייתה דינה- שכם בן חמו אנס אותה ולא שיחרר אותה. שני האחים ניצלו את העובדה שבני שכם עברו ניתוח והצליחו לחלץ את דינה. יעקוב מציג את זה בצורה מבישה, אתם עושים נבלה בישראל וכד'. לפני מותם הוא אומר שמעון ולוי כלי חמאס- אלימים, דם חם יש להם. הוא גינה אותם על כך. האחים עמדו על כבוד של המשפחה "זונה תעשה את אחותנו?". אנו מוצאים כאלה שמגנים את פעולתם. למשל הרמב"ם אומר שהנחת היסוד היא שהם לא פעלו כדין, אסור לעשות ענישה קולקטיבית. איך הם הורגים את אנשי שכם? מה חטאו כל אותם אנשים? אבל אנו מוצאים שהרמב"ם מצדיקים את מעשיהם כי הייתה אשמה של בני העיר כי אותם אנשים נתנו לגיטימציה למעשה. הרמב"ם אומר כי יש נורמה בסיסית שכל העולם צריכים לעמוד בו. היהדות לא שאפה שכל העולם תהיה יהודיה אבל יש 7 מצוות בני נוח שהן מחויבות לכל העולם שכל חברה בעולם צריכה לעמוד עליה. הנורמות הם: רצח- שפיכת דמים, גילוי עריות, עבודה זרה, אסור לאכול בצורה אכזרית בהמה ולאכול אותה- תחילה שתמות ואז, גזל, ברכת השם ודינים- המצווה השביעית לפי הרמב"ם זה אומר שכל חברה אנושית צריכה להטיל מערכת שפיטה. אומר הרמב"ם כי יש הצדקה לעונש הקולקטיבי כי לא היה להם שלטון חוק ואותם אנשים ראו וידעו ולא עשו דבר. המקרה הוא אמביוולנטי אין לו גישה חד משמעית למעשים של שמעון ולוי.

באופן כולל, אי אפשר להעניש ענישה קולקטיבית- צריך לחפש אשמה לאותם אנשים ברמה כזאת או אחרת.

מקור 12- דברים: "עיר הנדחת"- אם תהיה עיר כזאת שכולם שם יקחו חלק בעבודה זרה יהיה עונש קולקטיבי(שריפה של העיר) לא הורגים מי שחף מפשע אבל פוגעים ברכוש שלו. אם יש מישהו שלא עבד עבודה זרה באותה העיר הרכוש שלו נפגע מהשריפה אך הוא לא יפגע. כלפי אותם "צדיקים" שלא עבדו עבודה זרה רכושם נפגע כי לא היית צריך לגור שם ולכן פוגעים בו בכיס. השיקול לגור שם הוא בגלל כסף כנראה ולכן הרכוש שלו יפגע וכיסו יפגע. הענישה של נכסים במסגרת עיר המטרה היא למנוע התחברות לאותה עיר אבל בהחלט יש פה סוג של ענישה קולקטיבית. **מקור מס' 13 שופטים:** דוגמה הפוכה לשמעון ולוי, מופיע ענישה קולקטיבית גם כן- "לכו והכיתם": קיבלו מכות. **מקור 14-**אנו מוצאים את פרשני המקרא מתלבטים "איך אפשר להעניש אותם? רש"י אומר שהענישה את אותם בנים כי הם ידעו ולא אמרו "אי מניעת פשע", הם יכלו למנוע את הבלאגן שהיה. הם שתקו ולא מנעו. ידיעה יכולה להיחשב תמיכה מוראלית בחוטא. מדובר באשם ברמה דיי נמוכה "אי מניעת פשע".

הרצאה 13-

3.3.13

דפים: "כיצד העדים":

עמוד 123 - גם תלמיד חכם וגם טיפש צריך התראה, כל עוד לא מתקיימים התנאים שיש גם התראה של 2 העדים הכשירים וגם שהוא מקבל על עצמו את ההתראה – אני יודע שיש כאן עבירה ולמרות זאת אני עושה את העבירה, וצריך שמיד אחרי ההתראה הוא יבצע את העבירה, זהו תנאי שכמעט בלתי אפשרי לעמוד בו, כמעט בלתי אפשרי להרשיע עבריון, בכלל נדיר למצוא 2 עדים (כי עדות נסיבתית איננה קבילה) גם שהם יתרו בו וגם שהוא יקבל ל עצמו את ההתראה ואם לא כן הוא פטור? דבר בלתי אפשרי, ולא זו בלבד זה הביא לתוצאה שאותה נראה בעמוד 127 שורה 10 אם הסנהדרין היה מבצע גזר דין מוות פעם אחת בשבע שנים, נקראת חובלנית – ידה קלה מדי על ההדק, חובלת

מהר מדי ומבצעת במהירות גזרי דין מוות, רבי אלעזר בן עזריה אומר הטבלה לא נכונה, פעם ב-70 שנה היא הייתה נקראת סנהדרין חובלנית. רבי טרפון ור' עקיבא אמרו אם היינו בסנהדרין לא היה נהרג אדם לעולם ואף פעם לא היה גזר דין מוות. רשב"ג אומר בעמדת מיעוט ירבו שופכי דמים בישראל – אתם החכמים גורמים לריבוי של מקרים כאלה, אתם לא רוצים לבצע גזר דין מוות ומה יקרה אחר כך? יהיה הרבה שופכי דמים בישראל

עמוד 128 – פרק 24 – הרמב"ם מסכם הלכה ד: הרמב"ם אומר שיש אפשרות של הוראת שעה – שבית הדין מכיר בעונשין, סמכות חריגה לבי הדין לחרוג מדיני התורה ולהעניש גם מי שלא מחוייב מלכות והריגה, כלומר יש פה תופעה עבריינית שצריך להתמודד איתה באופן אפקטיבי, דין התורה לא יכול להתמודד איתה, בית הדין יכול לעשות הוראת שעה, נניח יש מכת גניבות וזו לא עבירה שכתובה בתורה אז בית הדין יהיה רשאי להעניש בצורה יותר אפקטיבית. דוגמא: לקיים יחסי מין בפרהסיה ולרכוב על סוס בשבת. עפ"י דין התורה וההלכה, לא ניתן היה להעניש

לא חרבה ירושלים אל שחרבה על דין תורה – מביאה ביקורת למה חרבה ירושלים, הפרשנות המקובלת היא שהם היו אולי שוחים מדי, לא עשו לפני משורת הדין הלכו לפי פורמאליות. הרשב"ם פה מפרש את זה בדרך אחרת, למה באמת חרבה ירושלים?? מלחמת האחים שהייתה בא"י ערב החורבן אינו יכול אלא שלהסכים לדברי הרשב"א, כלומר חרבה בגלל שהיה בה אנרכיה וכל אחד עשה ככל העולה על רוחו, עשו את המלאכה בשביל הרומאים. התלמוד אומר שלא חרבה ירושלים אלא שדנו בה דין תורה, הכוונה היא אומר הרשב"א לא השתמשו במערכת הענישה האפקטיבית, לפי דין תורה קשה להעניש עבריינים וגם רוצחים.

יש מערכת נוספת – מערכת של המלך שיש לו סמכות ענישה והוא רשאי לשפוט את העם. אחד החטאים הגדולים ביותר הוא שרצו שהמלך יעשה הכל ולוותר על הסנהדרין אבל השיתוף של 2 המערכות האלה זה הכי אפקטיבי. יש מערכות אלטרנטיביות כלומר מערכת כפולה פלילית, דין התורה והמערכת האלטרנטיבית – בית דין שמכיר בעונשים שלא עפ"י דין תורה או המלך, מה היחס ביניהם? הר"ן – עדיף שאת עיקר העבודה והשפיטה יעשה בית הדין, זאת בעיה כי צריך הפרדת רשויות. השאלה המתבקשת היא למה צריך את דיני התורה? הרי ממילא הם לא מתקיימים, זאת מערכת תאורטית בלבד ולא מיושמת בפועל ומנסים לעקוף אותה ע"מ לתת ענישה אפקטיבית.

דין התורה אמור לסמן איזה מצפן, כיוון, מערכת אידיאלית. זה מצפן לא רק לעבריינים אלא גם לבית הדין, צריך לדעת שיש דין תורה והוא חורג, בית הדין חי בתודעה שהוא חורג ונמצא בהוראת שעה, תמיד צריך להסתכל אולי זה מקרה שבו צריכים דווקא כן ללכת לפי דין תורה, אולי צריך להזהר כי הרי ברור שהמצב האידיאלי של החברה היא לא להעניש עונש מוות, משפיע עליו במקום שהוא כן מטיל עונשי מוות בעניין של קו אדום.

האם ניתן להסתמך על הודאת נאשם? אין הוכחה נוספת ללא ראיות נוספות. בעולם המשפט זה נתפש כמלכת הראיות אך לפי ההלכה היהודית זה נקרא "אין אדם משים עצמו רשע" – כלומר אדם שאמר שאני בצעתי את העבירה, לא מקבלים את עדותו כי אין לו את הכוח לשים עצמו אשם, צריך עדות חיצונית ולא להסתמך עליו. זו הלכה שהייתה לה השפעה דרמטית גם על המשפט האמריקאי וגם על הישראלי, הרבה פעמים המשטרה מפעילה לחץ ומוציאה הודאות שלא בתום לב. גם השופטת דורנר מסתמכת על המשפט העברי. במקרים מסוימים כאשר היה חיזוק להודעה שלו הסכימו גם חכמי ההלכה להעניש עפ"י הודאת הנאשם עצמו במקרים חריגים. זה יישום למה שנאמר עד עכשיו, בדר"כ לא מסתמכים על הודאת נאשם. השורה התחתונה של דבריו היא שבכל זאת לא לבצע עונש מוות למרות שבסיום דבריו (עמוד 134) הוא מסביר בשביל מה יש את עונשי התורה, הוא סוקר את ההלכות שאנחנו ראינו ואומר ומגיע עונש מוות רק במקרים מאוד מאוד חריגים רק אם הייתה התראה ו-2 עדים וכו'...

מדובר בסוג אחד של בתי דין לענייני ממונות שאופייני לציבור הדתי לאומי, לא הרי שבתי דין של ארץ חמדה מדובר בדיינים ששרתו בצה"ל ולמדו בישיבות כי הרי בתי דין חרדיים שישנם למכביר בבני

ברק ובירושלים והדבר בא לידי ביטוי בצורה מובהקת ביחס החיובי למשפט המדינה ובאמצעות המנגנונים ההלכתיים שלמדנו עליהם (דינא מלכותא דינא, תקנות הקהל ומשפט המלך) יש לציין כי בתי דין לממונות חשוב מכמה בחינות: מדובר בשנים האחרונות האם החברה הישראלית הפכה להיות חברה רב תרבותית (יהודים ואינם יהודים וגם אם יהודים יש חרדים חילונים וכו') מודל משפטי שמקובל בחברות רב תרבותיות (קנדה) אומרת שהמשפט הפדראלי הכללי של המדינה נוגע במכנה המשותף והרחב ביותר ובמקביל נותנים לחברות והקהילות הקטנות לנהל עפ"י תרבותם וצורת המשפט המקובל עליהם – קנדה בקוויבק נמצאים צרפתים קנדיים למרות רוב האנגלים. במקביל בישראל מדברים רבות על נושא הפלורליזם המשפטי לתת לקבוצות וקהילות שונות להתנהל לפי התרבות שלהם ובהקשר הזה בתי דין לממונות תופסים מקום חשוב (מאמר של דוקטור אדם חופרי וינוגרדוב שמדבר העל התופעה הזו) התופעה של בתי דין לממונות חשובה להלכה היהודית עצמה במיוחד בדיני ממונות כי משפט שלא נידון ביום יום נהפך לאקראי ולא ניתן מענה לבעיות. למנחם אלון הייתה בעיה מסוימת בעקבות ביטול האוטונומיה השיפוטית. גם במדינת ישראל במידה הרבה הסמכות היחידה שבאמת כוללת את כל היהודים היא סמכות עפ"י בתי דין רבניים, תופעה שבה יש התייחסות של מורי הלכה הרבנים לנסיבות משתנות (חשמל בשבת) דווקא בדיני ממונות בגלל האוטונומיה השיפוטית זה התפתח בדיני משפחה ואולי מהצד השני באיסור והיתר בשבת ולכן אתגר זה הוא אתגר חשוב שניצב בעיניהם של בתי הדין בבית דין ממונות. זכויות יוצרים – תחום שבמידה רבה ההלכה בעצם אמצה ונתנה גושפנקה להססדים שנעשים בעצם במשפטי העולם (קניין רוחני וזכויות יוצרים) הרב נתנזון דיבר על זה. ישנם תחומים נוספים שהם חדשים וההלכה צריכה לגבש את דעתה לגבם. גם נושא יחס לנשים – במידה רבה צריכים להבחין בין מסורות ופקטיקות חברתיות לבין ההלכה הטהורה, ההלכה תקדים לכך שגם אישה יכולה לשרת או כדיין או כמנהיג (דבורה) גם בפסולי עדות כבר בתקופת ימי הביניים היו תקנות של אחרים שהכירו בעדותם של נשים ככזו שיש להתחשב בה וכפי שאר הרב לוי הדבר נעשה בבתי הדין. היום יש רבנים שמעודדים נשים לעסוק בדיני המשפחה ויותר נוח שאישה מייצגת אותם.

הרצאה 14-

10.3.13

הרצאת אורח:

בתי דין ממונות-

משפט עברי למעשה במסגרת חוק הבוררות-

נקודת מבט ראשונה- אזרחית- עומס בבתי משפט, עלויות.

בתהליכים הבינוניים יש קושי מאוד גדול לפנות לערכאות בינוניות. הכרעה במקום. מקבל פיתרון סביר. לצערנו בנושא של תביעות יותר משמעותיות יש קושי לקבל מענה, עומס עצום.

יהודית תורנית- מסורת המשפט העברי הלכה למעשה.

מסורת שנותנת מענה לכל דור ודור המתאים לעקרונות.

מע' בתי המשפט בישראל- עומס לא סביר- המע' מתקשה להתמודד איתם. בא לידי ביטוי בזמן עד שאתה מקבל דיון ראשון- קדם משפט- לוקח זמן.

עלויות הדיון מאוד גבוהות.

בתי הדין הרבניים- בתי דין לממונות לא חלק מאותה מערכת המשפטית של בתי הדין הרבניים.

גם בתחום האישי יש בתי דין לא יהודים, תחום המסמיך את בתי הדין הרבניים לעסוק בתחומים האלה. בעבר בתי הדין הרבניים בפועל עסקו גם בענייני ממון, אם הייתה מחלוקת משפטית עם חברים, ואם רציתי שהסכסוך ידון בהלכה העיברית, הייתי יכול לחתום על הסכם בוררות.

המצב המשפטי השתנה- בתי הדין הרבניים אין סמכות לדון בענייני ממון גם אם הצדדים מסכימים. למה? בגלל שקבע את המסגרת של הבוררות, בתי הדין הרבניים אינם עוסקים כלל בענייני ממון בין אדם לחברו.

בורר יכול להיות כל אדם שהוא כשיר משפטית. מדובר על גופים פרטיים ולא ממלכתיים.

ממונות- לא עוסקים באישות ומשפחה כי אין הסמכות. עוסקים בענייני ממון בגלל חוק הבוררות. מאפשר לכל גוף לקבוע כמכריע כסכסוך העתיד להתגלה בין הצדדים.

המדינה מעוניינת בחוק הבוררות.

כותבים פס"ד שיהיה ניתן לאכיפה בהוצאה לפועל.

יש הסכם בוררות ויש פס"ד. האם ניתן ללכת עם הפס"ד הזה להוצאה לפועל? כן ולא.

כדי שפס"ד יהיה בעל תוקף חוקי- צריך שיהיה מאושר בלי להסתכל בתוכן של הפס"ד ע"י בית המשפט המחוזי. כל עוד אין טענות לפגיעה חמורה בכללי הצדק, מאושר במחוזי. המערכת מעוניינת לקדם את הליכי הבוררות אז לא לוקח הרבה זמן כדי לאשר זאת.

למעשה, זוהי המסגרת החוקית שבתי דין לממונות עובדים.

רובד נוסף- פנים הלכתי- החוק הישראלי- החוק הישראלי בעל השפעה רבה על הכרעת הדין, היקף ההכרעה מושפע מסוג הדין ומאופיו. בתי דין שמזוהים מתוך הציבור הציוני דתי היקף ההשפעה יותר משמעותי.

למה שתיהיה השפעה? ע"פ ההלכה יש משמעות לחוק הישראלי. זו החובה ההלכתית שלנו להכיר החוק במדינת ישראל ולבחון השפעתו על הסכסוכים שלפנינו.

למשל סכסוך בין קבלן שביצע שיפוץ נרחב בפנימייה ובמסגרת הסכסוך היו טענות של דברים שלא בוצעו ומצד שני תוספות של הקבלן שכן ביצע.

איך בוחרים מה היה חייב לבצע? ע"פ חוזה ותוכניות בנייה. הקבלן טוען שהוסיף תוספות מעבר לנדרש בחוזה. כאן נזקקים לשאלה האם במסגרת החובה שלו לבנות מקלחות ושירותים האם החובה שלו לבנות במרצפות כאלה, בגלל שהתקן הישראלי מחייב, לא יוכל לטעון שזו תוספת. כולל בתוכו הסטאנדרט החייב במדינת ישראל.

יש כמה רבדים שמתוכן החוק הישראלי ישפיע על ההלכה-

1. דינא דמלכותא דינא.

2. תקנות הקהל.

3. מנהג המדינה.

מי מגיע לבית הדין ולמה?

אנשים מגוונים מגיעים אשר מגיעים עם מוטיבציות מגוונות.

למשל- אנשים שבאים מתוך מחויבות דתית, להיות כנים.

- צדדים לסכסוך קיים- בוחרים לא בזמן הסכסוך אלא הרבה לפניו למשל כשקבוצת אנשים הקימה חברה ופתחה סניף בארה"ב, אחד הצדדים ביקש כי במידה ויתגלה סכסוך שייפתר בבוררות. למה? "קיצור תהליכים"- קובעים מקום שיפוט מוקדם. הצד החזק ידרוש שתניית השיפוט יהיה בבית משפט. הצד החלש רוצה שתהיה לו נגישות גבוהה לערכאה משפטית, רוצה שיהיה מי שיגן עליו. במקרים רבים נקבע לפני הסכסוך קביעת בורר כגורם מוסכם.
- דיסקרטיות- לא רוצים שכל אחד ידע בדיוק מה קורה איתם.
- אנשים שחתמו על חוזה מכר למשל, וחלקם הם חוזים ע"פ ההלכה. הדגש העיקרי הוא שהחוזים יהיו על פי ההלכה. למשל שנקבע בחוזים- תשלום ריבית בעקבות איחור בתשלומים, זה מעורר שאלה הלכתית, הם מתמודדים עם מגוון בעיות- נושאים הלכתיים.

תביעה לשכר טרחה של עו"ד- ברצינאל שהוא בא מתוך המשפט העיברי.

זכויות יוצרים- בחור שהעלה מוצר קודש ואחד העיתונים פירסם התמונה ללא הזכרה של שם הצלם.

ישנם 2 זכויות- מוסרית וכלכלית. לא ציפה לתמורה אלא רק לאזכור שמו. בית הדין הסביר למה ההלכה מכירה בזכות המוסרית שקיימת לאותו אדם וגם החוק שקובע פיצוי ללא הוכחת נזק, פיצוי שגם אם לא יוכיח שהפסיד וזכאי לזיכוי ללא הוכחה, בית הדין נתן תוקף וחייב לפצות הצלם.

המוערבות של השופט בתהליך הדיוני- הגישה ההלכתית- נוטה לאנקוויזטורית. הישראלית נוטה לגישה האדוורסאלית.

פסקי דין מנומקים- חוק הבוררות לא מחייב את זה.

לא הרי בתי דין של ארץ חמדה גזית, מדובר על דיינים שכולם שירתו בצה"ל וישבו בישיבות של ההציונות הדתית. הדבר בא לידי ביטוי בצורה מאוד מובהקת ביחס החיובי של המשפט במדינה. הנושא של דינא דמלכותא דינא, מלכות המלך, הגישה של הרב קוק ושל ישראל שהיה המקום של ארץ ישראל, דיברנו על האמפתיה והצורה בו מסתכלים על החוק של המדינה אם כי ההלכה היא זאת שקובעת. העניין הזה של בתי דין דיני ממונות- הפכה להיות רב תרבותית- קבוצות שונות יהודים ולא יהודים חילונים דתיים וכו', הכל נמצא תחת כסות החוקתית הזו שנקרא דמוקרטיה. למשל קנדה אומרת שהמשפט הכללי הפדרלי של המדינה נוגע במכנה המשותף הרחב ביותר, ובמקביל נותנים לחברות ולקהילות הקטנות לנהל ע"פ תרבותם וע"פ צורת המשפט המקובל עליהם. במקביל גם בישראל מדברים רבות על הנושא הזה של פלורליזם משפטי- לתת לקבוצות שונות להתנהל לפי התרבות שלהם, דיני ממונות תופסים מקום מאוד חשוב. נקודה נוספת חשובה- חשובה להלכה יהודית עצמה, משפט שלא נידון בחיי היום יום נהפך לערכאי, לא מסוגל לתת מענה לשאלות הבערות, לפי מנחם אלון, הייתה בעיה מסוימת לפי הביטול האוטונומיה השיפוטית. אי מתן זכויות ליהודים לשאינם יהודים, במדינת ישראל במידה רבה הסמכות היחידה שהיא באמת הולמת את כל היהודים ויש כפייה זה הנושא של דיני משפחה. מוצאים תופעה שבעוד תחומים אחרים של הלכה ישנם נסיבות משתנות, למשל דיני שבת- איך מתייחסים לחשמל בשבת. יודעים שיש התייחסויות הלכתיות עדקניות. דווקא בדיני ממונות בעקבות העידר אוטונומיה שיפוטית פחות התקדם. האתגר הזה של יישום המשפט העיברי בפרקטיקה, נזקקים בפסקי הדין שלהם הם זקוקים לסוג של יצירתיות. זכויות יוצרים זה תחום שבמידה רבה ההלכה בעצם מצאה ונתנה גושפנקא להסדרים סביב העולם, בא לידי ביטוי בתשובה של נתנזון, שאומר שבמידה רבה באומות העולם רואים דבר מוסרי ושצריך להגן עליו בגלל שזה מאוד מוסרי וחשוב אנו בוודאי ובוודאי נגן עליו. ישנם תחומים חדשים, למשל דיני החברות- חברה בע"מ, אישות משפטית נפרדת, תחום קלאסי שבהלכה היהודית לא דיברו על חברה בע"מ, היו צריכים להתייחס לשאלות הנוגעות לחברה בע"מ. התשובה ע"פ התפיסה האזרחית- חברה היא מעין אישיות משפטית בפני עצמה, יש הפרדה. גם הנושא של יחס לנשים- במידה רבה צריכים להבחין בין מסורות ופרקטיקות חברתיות לבין ההלכה הטהורה. ההלכה מזכירה אחת ממנהיגות של מ"י כתקדים לכך שגם אישה יכולה לשרת כדין או מנהיג- דבורה הנביאה. פסולי

עדות- בתקופת ימי הביניים היו תקנות שהכירו לפחות בתחומים מסויימים בעדותם של נשים ככזו שיש להתחשב בה. ישנם גם רבנים שאולי נגיד שלא מייצגים את כל הדעות שנותנות מקום לנשים העוסקות בניה, לפסוק באותם תחומים. נושא של פרקטיקה- המעמד העכשווי של נשים, כמו שרואים בסטיסטיקה עדיין מבחינה חברתית השכר נמוך מגברים אבל מבחינת ההתקדמות והידע של נשים יכול להיות שיבואו לידי ביטוי.

הרצאה 15-

17.3.13

נושא שביעי: דחיית נפש מפני נפשו- האם עדיפים הרבים על היחיד?

אם אנחנו בוחנים מבחינה הלכתית את השאלה " האם מותר לאדם שבאים ומאיימים עליו באקדח אם לא תהרוג את חברך אנחנו נהרוג אותך, האם מותר לו להרוג את חברו כדי להציל את עצמו?" במקרה זה לא מדובר על שתיית מים אלא להרוג את האחר על מנת להציל, במקרה של שתיית המים הוא לא הורג את חברו אלא אם יש לו מימיה הוא שותה קודם. התשובה שנאמרה בתלמוד היא חד משמעית "לא!" על כל העברות שבתורה אנחנו אומרים שצריך לעבור עליהם גם אם הדבר כרוך בהצלת נפשות, כפי שיש "פיקוח נפש" בשבת. הכלל של התורה היא "וחי בהם"- ערך החיים הוא הערך העליון ביהדות. יש **שלוש עבירות שאדם איננו רשאי לעבור** על אותם עברות והוא צריך להרג: שפיכות דמים, גילוי עריות, עבודה זרה. יש מקרים חריגים שניתן להרוג – הגנה עצמית. בסיטואציה רגילה שאדם לא מסכן אותך באופן אישי, אין לו שום אשמה, הכלל הוא "אין דוחים נפש מפני נפש". בתלמוד היה מקרה של אשה מעוברת שעומדת ללדת, היא נמצאת בהריון בסיכון. השאלה העומדת חיה או חיי העובר? זה תלוי באיזה מצב של ההריון היא נמצאת, אם העובר עדיין לא נפש האמא קודמת. כל עוד העובר מסכן את האם והוא עדיין לא יצא לעולם לא מסכנים את האם. אך אם יצא ראשו של העובר הוא כבר נפש לכל דבר ובמקרה הזה אתה לא יכול לפגוע בעובר על מנת להציל את האם. אם יש מס' גורמים לעומת יחיד, למשל במבצע עמוד ענן עצם ההצבה של סוללות כיפת ברזל ליד ת"א ולא ליד ערים אחרות יש פה עדיפות ברורה של נפשות. האם ניתן לפגוע באנשים יחידים כדי להציל את הרבים?! יש לכך סוגיה. המקורות התלמודיים: **מקור מס' 1 פרק ח' משנה י"ב-** יש פה סיטואציה של אנשים שמעוניינים לאנוס מישהי ונאמר במידה ולא יתנו להם הם יאנסו את כולן. הסיטואציה לא הגיונית הרבים צריכים להקריב את עצמם לטובת היחיד. הדבר הזה נאמר לא רק במעשה אונס אלא גם במעשה רצח. **מקור מס' 2** התוצאה היא זהה למקרה קשה עוד יותר "איום ברצח". יש פה קבוצה של בני אדם גויים שהיו בתקופת הרומאים והוציאו להורג והתעללו ביהודים. נאמר יהרגו כולם במידה ולא יתנו נפש אחד בישראל. אין אפשרות להסגיר אדם אחד על מנת להציל את הרבים. אך יש לכך סייגים. הם נתנו אדם ספציפי שהוא מבוקש ובמידה ולא כולם יהרגו. **במידה ויש אדם מבוקש ספציפי ניתן להסגיר אותו** אך אם הם נותנים להם את האפשרות לבחור בין כולם אין אפשרות להסגיר. **מקור מס' 3 תלמוד ירושלמי-** מתי מותר להסגיר אדם? יש מחלוקת בין רבי שמעון בן לקיש לבין רבי יוחנן. **רבי שמעון בן לקיש** אומר שצריך שהם יבחרו אדם ספציפי והוא יהיה עבריין שחייב מיתה. לפיו, ההיתר להסגיר עבריין הוא תלוי בשני דברים האחד שבחרו אדם ספציפי והשני שהוא בר אשמה ועבר על עבירה שדינו מיתה. **רבי יוחנן** אומר דיי בתנאי אחד מספיק שאמרו אדם ספציפי בשביל להתיר ולהסגיר אותו. מבחינתנו במאזן הדמים, הם בחרו אותו ואנחנו לא אשמים בכך, זה לא בגללנו כי הוא בכל מקרה ימות. (אסור שהעם יעשה את הבחירה "דמי לא סמוק יותר משלך" אלא צריכים לבחור אדם ספציפי). הייתה סיטואציה שהיה עבריין עולא בר קושב מבוקש בידי המלכות שברח ללוד, רב העיר פייס אותו ושכנע אותו להסגיר את עצמו כדי שלא יחריבו את העיר לוד. האם הרבי פעל לפי הדין? מדובר על אדם שהיה חייב מיתה לפי הדין, יש פה ענישה קולקטיבית לכאורה על מנת להסגיר את אותו האדם. הרבי פעל לפי הדין ואף על פי כן מסופר בתלמוד שהביאו אי נחת מהמעשה של הרבי, הוא לגיטימי מבחינה הלכתית אבל מבחינה מוסרית לא חושבים שאותו הרב יעשה מעשה כזה. אליהו הנביא לא אהב את המעשה שהוא עשה ורק אחרי כמה זמן הוא חזר להתגלות אליו ושאל אותו יהושע בן לוי למה הוא לא נגלה אלי? ונאמר לו שהוא מלשין ובגללו אותו עבריין כלאו. לדבריו של הרבי, פעלתי לפי התלמוד. אליהו הנביא טוען

שהוא ציפה להתנהגות אחרת והוא לא היה צריך להסגיר אותו. הוא סבר שגם במקרה כזה מן הראוי שאדם בעל מעלה מוסרית גבוה שלא יסגיר את אותו אדם גם אם יחדו אותו לצורך העניין. **מקור מס' 4 רמב"ם הלכות יסודי התורה-** למה לאונס אין שום התר ולרצח יש התר להסגיר בנסיבות מסוימות? אין פה אשם, אין שום דבר שיכול להצדיק אונס- זוהי עבירה חמורה מאז ומתמיד בתלמוד. ולכן אין שום דבר שיתיר זאת. הרמב"ם פוסק כמו רבי שמעון בן לקיש לא ד"י בכך שיגידו אדם ספציפי אלא שאותו אדם עשה מעשה שעונשו מיתה. הרמב"ם נוקט בשיטה מאוד מחמירה רק במקרה קיצוני שבו יחדו אדם מסוים והוא חייב מיתה- עבריון שעונשו מיתה, רק אז ניתן להסגיר אותו ואם לא יהרגו כולם. נשאלת השאלה האם יש הגיון בשיטה זו? אין הגיון בשיטה זו, לא עדיף שהוא ימות לבד ולא כולם? ההלכה מנוגדת, אם הם כבר קבעו אדם למה שאנחנו נמות יחד איתו? הוא בכל מקרה ימות. (באונס אסור למסור בשום מקרה- אין לכך התר בשום מקרה!)

מקור מס' 5 כסף משנה על הרמב"ם, שם- אין שום הגיון, למה שכולם יהרגו? עדיף למסור אותו ולפחות תצילו את האחרים. הסיטואציה שאנו מדברים היא שיחדו אדם מסוים, אם לא תביאו אותו אנחנו נהרוג את כולכם. האם ניתן למסור אותו? לא, צריך שני תנאים עונש מיתה ואדם ספציפי. התשובה האפשרית שאותה הציעה פרופ' אהרון הנקר: מדובר בנסיבות של דרישה מאת טרוריסטים. דרישה שהיא שרירותית לא מדויקת, השאלה אם חברה כחברה צריכה להכנע לדרישה שהיא טרוריסטית לא מוצדקת? לא להסתכל רק על המקרה באופן מצומצם יכול להיות שלטווח הארוך יש פה טרוריסטים והם מתעללים בנו. **צריך שיהיה איתנות לחברה שאומרת שלא נכנעים לדרישה טרוריסטית שאינה נעשת ביושר ובצדק!** פעמים רבות זה יכול להיות ללא אשם, אנחנו כחברה לא צריכה לקבל דרישה שאיננה לגיטימית אנו צריכים לשמור על חוסן גם אם כולם יהרגו במצב כזה. ניתן להסגיר רק במידה ויש לו עבירה על החוק וביקשו אותו ספציפי. אותו הסבר מסביר למעשה שהמקרה של הסגרה הוא חריג, כלומר אם אנחנו נחזור לשאלה " האם מותר לפגוע ליחיד על מנת להציל את הרבים?" לפי זה לא ניתן ללמוד שהרבים עדיפים על היחיד, יש כאן שיקולים שלא להכנע לדרישה טרוריסטית וזה חוסן של חברה גם של קבוצה של יהודים שנמצאת בסכנה. אבל מה יקרה במקרה שאין דרישה טרוריסטית- עומדים על כפות המאזנים יחד מול רבים? לא בהכרח, יש נסיבות מיוחדות שמצדיקות את המגמה של ההסגרה רק בהתקיים שני התנאים, כי אסור למסור נפש אחת בישראל.

מקרים מיוחדים שנידונו בספרות ההלכה:

מקרה 7 מקרה החץ-חזון איש- מקרה שהיה בחיפה, היה נהג אוטובוס שאיבד את הבלמים והנה לפניו עוברים אנשים שאם הם לא יעצרו הוא יהרוג אותם. הוא מסית את ההגה ומבחין שיש במדרכה פחות אנשים על מנת לא לפגוע ברבים בכביש הוא הרג את אותם יחידים שהיו במדרכה. מדמה את זה לחץ ואני מציל את הקבוצה שנמצאת בכיתה ופוגע באדם אחד, במידה ולא אגע בחץ כולם ימותו. מנתח את זה חזון איש, אין בעצם לכאורה התר להסגיר. למה כאן תהיה נטייה להסית את החץ/ההגה? הוא עושה הבחנה: הוא כן מוכן לקחת בחשבון בין רבים ליחיד, אבל ההבחנה שלו היא מעניינת וברורה אנו צריכים להסתכל על טבעה של הפעולה. לא הרי מסירה של אדם כפעולה של הסתת חץ. הסתת חץ היא פעולה של הצלה של הקבוצה, הוא לא רוצה שהחץ יפול עליו אבל זה לא פעולה כמו שאדם זורק חץ כדי להרוג אדם אחר. אותו דבר גם הסתת ההגה של הנהג- **המטרה העיקרית היא להציל.** בהגדרה זה שונה מאשר פעולה של אי הצלה, יתרה מזו יש הבדל נוסף מבחינת המהירות שבה נעשת הפעולה. במקרה של ההסגרה יש זמן לחשוב ואילו ברכב זה מייד, אין יותר מדי זמן לחשוב. לפי דעתו בסיטואציה הזו הפעולה היא פעולה שבעיקרה היא הצלה ויש פה הצלה של הרבים לעומת פגיעה ביחיד, אפשר שיש למעט אבידת ישראל. (אין משהו חד משמעי).

מקור 8 התינוק בבונקר בתקופת השואה- הייתה קבוצה של יהודים שהתחבאה בבונקר והיה שם תינוק. מתי שהגרמנים עוברים התינוק בוכה כי הוא רעב, הוא מסכן את כולם בגלל זה. הם שמו עליו כרית כדי שיהיה בשקט וחנקו אותו. אחרי שהם ניצלו הם שאלו האם היה התר לעשות זאת? הרב אפרתי אומר שהיה להם התר וזה דבר שהיה אפשרי הוא עושה פה איזון מהיחיד לרבים. המקרה הזה הוא יותר קשה מהמקרה של החץ, בסופו של דבר למרות שהתינוק לא עושה זאת

ברצונו ואין לא אשמה אבל הוא מסכן אותם. יש מושג שרודף גם בלי אשמה, ברגע שהוא בוכה הוא מסכן אותם והדרך היחידה להנצל מזה היא לעשות את הפעולה הזאת. יש כאן צירוף של העובדה רבים מול יחיד, מצב של סכנה, פעולה מיידיית בלי יותר מדי חשיבה.

הרצאה 16

7.4.13

משפט ורפואה – להלכה היהודית יש הרבה יתרון והרבה פס"ד מבוססים על ההלכה היהודית, למשל קיצר החיים וקביעת רגע המוות, השתלות וכו' מבוססים על המשפט העברי. הרבה פעולות חקיקה נעשות בטיעון עם גורמי הלכה על מנת שהדברים הללו יהיו מקובלים לפחות על חלק מגדולי ההלכה.

פרשת נחמני - בני הזוג נחמני בעל ואישה לא הצליחו להביא ילדים לעולם כדרך הטבע החליטו לנסות להביא ילד ע"י הפרייה. היה מרכז בארה"ב ששמר את הבציות המופרות של בני הזוג. בנתיים הסתכסכו בני הזוג והבעל סירב והם נפרדו, הודיע שלא מעוניין בהמשך התהליך ולא רוצה שיוולד לאשתו ילד מזרעו עקב הסכסוך. גברת נחמני הגישה תביעה למחוזי לגבי נושא זה והטענה שזה הדרך היחידה שלה שנתרה להורות היתה הסכמה על כך, יש לה זכות להורות, בהימ"ש המחוזי נעתר לבקשתה. היה ערעור בעליון, חמישה שופטים, דעתו של מר נחמני – לא לאפשר המשך תהליך הפרייה חוץ גופי התקבל, אבל בסופו של דבר זה הגיע לדין נוסף בעליון, 7 שופטים ושם התהפכה הקערה על פיה. 2 שופטים שהיו בדין הראשון ובדין הנוסף הציגו עמדות מנוגדות- לעומת צבי טל שהיה דעת מיעוט. ביססו על עקרונות מהמשפט העברי חלק מהביטויים שהיו שאלה תקדימית. מה עומד לדין בשאלה זו- של המשך תהליך ההפרייה של הזוג שהסתכסכו- האם ניתן להכריח אותו להיות אב בעל כורחו? טובת הילד למשל, זכות להורות של גברת נחמני, האם יש מושג של בעלות על ביצית מופרת?

- **שופט טובה** - **תמכה בגישת של דני נחמני** היא דנה בעניין זכותו של הבעל לחזור בו והדגישה לעניין הסכמה במשפט העברי היא אחידה. סוגיה מעניינת שבא פוסקים שהיו באותו זמן אמרו דעתם והיא מסתמכת על רב שאול ישראלי שהיה אחד מגדולי הפוסקים מהדור הקודם וכתב חוות דעת על חזרה בהריון. מבחינה משפטית הרב ישראלי להחיל דיני פירוק השותפות. יש בעל ואישה שהתאגדו במטרה להביא ילד ועכשיו הבעל מעוניין לפרק את השותפות. איך עושים זאת? זו השאלה המשפטית. יש להם מטרה משותפת ויש תהליך רב שלבי למעשה, הרב ישראלי שאומר שלא ניתן למנוע מלחזור בו בהסכמתו- "מעשה שהאיש נפרד מהאישה....." הטענה המרכזית האי שיש פירוק שותפות, "אונס"- יש סיכול, שימוש בכוח שלא היו ידועות בהתחלה ולכן הדבר מאפשר לו לשנות את דעתו, הוא הסכים לשותפות מהמחשבה שבעל ואישה חיים ביחד. מה המעמד של הביצית המופרת? מה הסטטוס המשפטי? (ע"מ 2) – עם שינויי הטכנולוגיה יש השתלות והפריות איך מצליחים להקיש מקורות עבריים שלא דנו אולי באותה מציאות. זה שלב מוקדם של התפתחות של עובר. יודעים שיש נוהל איסור להפיל בנסיבות שאין מוצדקות על פי ההלכה, **צריך לזכור- מתי העובר מוגדר כאדם ומתי לא.** "מים בעלמה" אין הווצרות והתגבשות של אדם. **יש כמה נקודות חשובות- שלב מוקדם, זה לא ברחם, השאלה של מעמד של העובר אם בכלל הוא מאוד מינימלי וגם החומרה של השמדתו ספק אם היא אסורה ע"פ ההלכה.**

- **שופט צבי טל** - בעל שנפרד מאשתו והיה הסכמה והיא היתה מלאה ומוכן לתת לה מזרעו זה לא דבר טרייוואלי שההסכמה היא בטלה. השופט מפתח את הזכות להורות כזכות של האישה ע"פ המשפט העברי. יש תנאים בלתי כתובים של האישה יש זכות להורות. האישה עצם העובדה שרוצים ילד זה מצווה בעיקרה על הבעל ולא על האישה (כיון שזה כרוך בצער בהריון בייסורים והתורה לא יכולה לצוות לעשות משהו שגורם להרגשה לא טובה אבל ישירות אין לה מצווה פורמלית של פרייה ורבייה אבל יש לבעל חיוב לספק לאשתו צרכים

כמו לבוש מזונות ואונה (צרכים מיניים)), ישנם עילות שבהם כופים על הבעל לגרש את אשתו- לתת גט- אם יש מומים למשל, או אם אישה שנשואה 10 שנים ומעוניינת בילד ולא ילדה עד עכשיו. הצורך של האישה שעשר שנים איתך ולא הצליחה להיכנס להריון ועם מישהו אחר כן תצליחי- זה טענה תקפה לגרש את אשתו. המשמעות שכופים את זה כיון שלא יכול לספק לאישה את הזכות להורות שהינה לגיטימית. "הוא אשר אמרתי לעיל..."- אנלוגיה שעושה הינה בעייתית, חוסר היכולת להורות זה בגלל האישה ולא בגללו, אבל אומר כי המניעה היא לילד ממנה, והוא ידע את זה והסכים וזו זכות שלה לכן זה לא כפיית הבעל לגירושין, אלא להשתמש בתור עילה לחובה המוסרית שלו כלפיה שתהיה אמא. מתייחס גם לאסמכתא שהביאה השופטת טובה- "אין אני כדאי לחלוק על הרב"...- עמדה מעניינת למעשה שדעת השופטת שדווקא תומכת בגישתה של מר נחמני. **שופט טל מדגיש שזו סוגייה תקדימית ועל כן יש להכריע ע"י עקרונות היושר של מדינת ישראל.** השקפת היהדות להולדת ילדים (ע"מ 4). יש טענה על חזקיהו המלך- מורשת ישראל תומכת בדעה "שילדים זו שמחה וילדים זו ברכה" – השאלה עד כמה יכול עכשיו לחזור בו בהסכמתו הראשונית להביא ילד לעולם וסבר שיש לאפשר לגברת נחמני להמשיך בהפרייה חרף ההתנגדות. (דעת רוב).

שופטת טובה טוענת בפסקה האחרונה – אומרת ששופט טל טועה, גם מבחינת המשפט העברי. מצוות רבייה מוטלת על הבעל ובמקרה ואם לא זכתה אחרי 10 שנים אז יש לה את הזכות להורות, אבל מראש הוא עושה אנלוגיה על הזכות להורות וזה לא המצב כך. אך לגבי מזונות זה נאמר בהלכה. אם יש לו בעיה רפואית היעדר מסוגלות ניתן לכפות עליו גט, ובמקרים כאלו גם אם היא הסכימה בהתחלה או ידעה היא רשאית לדרוש כי אי אפשר לחיות בצורה כזו חלק מהיחסים האינטימיים. לא מצאו שזה טענה של האישה שיכולה לחייב את ההורות עצמה מקסימום יכולה לחייב את הגירושין עצמם ואי אפשר לעשות את הקפיצה שעשה שופט צבי טל.

- היכולת לדון בסוגייה זו במשפט העברי יש דעות הפוכות ששניהם נתמכות ע"י המשפט העברי. **הרב אברהם שרמן-** הציג דעה שתומכת במר נחמני, אומר בדומה לרב ישראלי שהשותפות היא שונה מהסכימו אלייה בני הזוג שנכנסו לתהליך. טענה חזקה אי אפשר לדחות אותה בקלות ההסכמה היא להקים משפחה. הוא כבר לא בעלה ולא חי איתה ועכשיו האישה תובעת שותפות אחרת שהיא לא הקמת משפחה אלא הבאת ילד בעולם- מטרה אחרת לגמרי- הבאת ילד לעולם. זה עדיין לא עובר אלא ביצית מופרת. **טענה נוספת –** אי אפשר לקבל את הטענה של האם לזכות להורות, אלא השאיפה להיות אם הוא בוודאי מודגש ביהדות אבל אין ביהדות חובה של הבעל להפוך את האישה לאם ושיהיה לה ולד, המחייב מזונות לבוש- זה החיובים שיש. **יסוד נוסף- טובת הילד.** יש בני זוג שרבים אבל מי שיפגע וישא בתוצאות זה הילד, למציאות של סכסוך חמור, יהיה בין משפחה חד הורית שהאב לא עימו.

הטענות הן כדלקמן:

- שותפות לשם הקמת משפחה.
- בעלות- עצם בעלות משותפת של שניהם על הביצית המופרת.
- אין חובה של הבעל לדאוג לזכותה טבעית של האם להורות.
- טובת הילד.

הרב שלמה דיחובסקי- תומך בעמדת האישה ומעלה **מספר טענות-**

- אין לדמות את זה לעובר הדמיון לעובר הוא בעייתי. התנגדות הבעל אינה קבילה- המוציא מחברו עליו הראיה- אם לא ברור המושג של הבעלות ויש ספק, זה אומר שלא תומך בעמדת

- האישה אלא אומר שהתחיל תהליך מסוים והוא התחיל מכאן ואילו ואי אפשר לעצור אותו הם לא בעלים.
- אין לקבל את דעת רב שרמן ואי אפשר לומר שלבעל יש זכויות מלאות בזרע היוצא ממנו. הוא מבחין בין בעלות האדם היוצא מגופו לבין היעדר כמו הפרייה של ביצית ויש לה חיים משלה, וגם מבחינת דיני העובר, האם זה אומר שמבחינה אידיאולוגית לא נוצר משהו חדש? לא! זה הגיע לשלב שאין לך בעלות עליו כי יש חיים חדשים. אם לפני ההפרייה הבעל היה אומר אני חוזר בי אז יש בעלות אבל אחרי ההפרייה הוא לא ריבון.
 - יש חובה הלכתית של בני הזוג לעשות הכל ולהביא ילדים לעולם, חופש כמו שופט צבי טל, בוודאי שהאישה שייכת לעניין ושותפים, גם העובדה שהצליח להביא ילדים עם אישה אחרת.
 - טובת הילד- זה לא חד משמעי, קובע שיש פה עובר ילד ובגלל שלא מסתדרים איבד את הזכות לחיים? לא. הוא גם אומר שבאופן עקרוני גם אם יש ילד לצורך העניין שאביו נפטר עוד לפני שהוא נולד לא נשמיד את הילד כדי שלא יוולד יתום. לא נימוק מרכזי למעשה טובת הילד.

הרצאה 17

21.4.13

עשיית דין עצמי:

האם מותר לאדם לעשות דין עצמי על מנת לממש את זכויותיו, למשל אדם לוקח את המחשב של חברו בחוזקה האם אותו אדם ששיך לו המחשב רשאי לקחת את המחשב בחוזקה?

השיקולים שמנחים כאן לטובת הפעלת עשיית דין עצמי: מימוש של זכויות בצורה שלא ללכת לביהמ"ש. יש מתח בין זכויות הפרט לבין תקנת הציבור, בזכויות הפרט לקחו את הרכוש שלי אני לא אלך לביהמ"ש מפעת זמן וכד'. לעומת זאת נימוקים נגד נוגעים לכלל: תקנת הציבור- במובן שהציבור לא יכול לאפשר להפעיל כוח על מנת לממש את הזכויות שלו. דבר נוסף, יש פגיעה בשלטון החוק- בבימה"ש מי שאמור לפתור ולהכריע בסכסוכים זה לא אנשים אלא בתי המשפט.

באופן עקרוני אדם לא יכול לפעול לפני שבעצם בית המשפט דן את דינו של אותו אדם. במקרא אנו מוצאים שאכן ביהמ"ש קובע אך בתלמוד נאמר שאין לאפשר עשיית דין עצמי אבל אם אנו בוחנים את הסוגיה במקור מס' 1 אנו נבחין שהסוגיה שנויה במחלוקת:

1. תלמוד בבלי מסכת בבא קמא כז ע"ב-כח ע"א: רבי יהודה שולל את העשייה של דין עצמי אך רבי נחמן לא שולל זאת. השאלה אדם שיש לו זכות, האם הוא יכול לעשות דין עצמי או שהוא צריך לחכות לביהמ"ש? רבי יהודה אומר שלא ונחמן אומר שכן! אנו מוצאים שהתלמוד מציג את המחלוקת שנוגעת לתחום יותר מצומצם, **גם רבי יהודה מודה שישנם מקרים שבהם ניתן לעשות דין עצמי:** כאשר ישנו הפסד כלכלי\ כלשהו וזה מתיר לו לעשות דין עצמי אפילו לשיטת רבי יהודה. כל המחלוקת שבניהם נוגעת לסיטואציה שבה אין הפסד למשל סכסוך שכנים במקרקעין- נושא של בעלות. אצל רבי נחמן הפסד זמן זה לא מצדיק דין עצמי אלא אם אין הפסד אדם לא עושה דין לעצמו, זה דבר שאתה יכול לברר ואין תכיפות שזה יעשה עכשיו. לעומת זאת רבי נחמן אמר שאדם אכן יכול לעשות דין לעצמו אם אותו חלקה היא שלו.

- במשפט הפלילי יש את ההגנה העצמית שסיטואציה דומה למקרה זה! אם לא תפעל עכשיו עלול להיות מאוחר מדי. בתחום האזרחי קשה יותר למצוא מקומות בהם יגמר הפסד שהוא ברור ולא הפסד זמן. דוגמה: סכסוך אזרחי ניתן להצדיק הפעלת כוח גם לשיטת רבי יהודה כי אילו כן יגרם הפסד – מה קורה אם אדם מרוקן את המים בתעלה של שכנו, אם השכן לא יפעל באופן מידי להשיב את המים יקרה לו הפסד "גרמה"- נזק עקיף ולא ישיר. אם אדם לוקח את המיים הנזק הישיר זה לקיחת המיים אבל הנזק העקיף שכתוצאה מכך הוא שלא יכלתי להשקות את הפרחים. אך בביהמ"ש גרמה בניזקין פטור ולכן הוא לא יקבל

פיצויים על כך! עולה מן הגמרה שישנם מצבים בהם רבי יהודה לא שולל את עשיית דין עצמי.

בן בג בג: אם אתה לא יכול למנוע וכבר מאוחר מדי את עשיית הנזק ואתה פועל לאחר מעשה בשביל לפגוע באותו אדם לא מותר לך לעשות.

מקור מס' 2 שאילתות: מי שיש לו דין עם חברו אסור לו לנהוג עימו באלימות.

הרצאה 18

28.4.13

שיקול דעת שיפוטי בקביעת ממצאים עובדיים - אומדנא

ראיה נסיבתית איננה קבילה **מקור מספר 2,3** – שני עדי ראיה כשרים על פיו מכריעים במשפט בין אם משפט אזרחי ובין אם פלילי ואם כך הדבר אז במידה רבה דיני הראיות אינן רלוונטיות בעידן המודרני שכן בעידן המודרני יש גמישות רבה יותר בקבלת ראיות ובאופן עקרוני לכל ראיה יש משקל מסויים, ביהמ"ש הוא הקובע את המשקל שלה, אין דרישה ל-2 עדין כשירים, כל סוג של עדות יש לה משקל ומשמעות.

מקור 3 – יש מקום לחופש הכרעה, ביהמ"ש הוא זה שיתרשם מהראיות ומהמהימנות, יש הרבה יותר מקום וכח לביהמ"ש בקביעת הראיות במשפט המודרני והישראלי. אם בעבר השופטים היו מנחים את המושבעים אם הראיה היא קבילה או לא, היום הגישה יותר ליברלית במובן הזה שרוב הראיות הן קבילות באופן פורמאלי וראיות להישמע בביהמ"ש, אז יש הרבה יותר מקום לשיקול דעת. לעומת זאת נסתכל על המשפט העברי כמאוד פורמאלי סטי, אין מקום לשיקול דעת יש לקבל 2 עדים ומכריעים על פיהם.

הלכה למעשה - יש פער בין הלכה עקרונית שלא מקבלת עדות נסיבתית – אומדנא – אומדן דעת עפ"י עדות שאיננה שלמה והנסיבות מביאות את ביהמ"ש שכך ארע. עדות נסיבתית איננה כשרה גם בדיני ממונות וגם בדיני נפשות אבל למעשה גם בפרקטיקה בהחלט יש מקום להסתמך גם על עדויות של פחות מ-2 עדים כשרים.

מקור מספר 15 – שלמה אמר אני יכול לדון עפ"י שיקול דעתי, חכמתי והאופן שבו אני מתרשם מהסכסוך לפני, אבל יצאה בת קול ואמרה שממילא אסור לך לפסוק עפ"י דינים שבלב

2 גישות:

גישתו של רבי אחא – גמל העוכר בין הגמלים הכוונה היא לגמל עצבני בעונת הייחום שלו, מוכן להסתמך על עדות נסיבתית, אבל אצל רוב הפוסקים הרמב"ם פוסק לפי דעת הרוב ולא לפי דעתה של רבי אחא, לא להסתמך על ראיה נסיבתית אלא 2 עדים.

במשפט הפלילי בדיני הנפשות (הריגה ורצח) אין חילוקי דעות והדעה הברורה היא שאין להסתמך על ראיה נסיבתית כלשהי – מקור מספר 5 – אפילו בסיטואציה של עדות נסיבתית שראו אדם רודף אחר חברו עם סכין ולרגע הרודף והנרדף נכנסו לאיזה חורבה, בית וראו אדם מפרפר וסכין נוטפת דם – אי אפשר להסתמך על עדות זו כי לא ראו את הדקירה. אומר הרמב"ם שהסיבה לכך הוא המדרון החלקלק, ברגע שהולכים לפי הסתברות של ספק סביר ולא ספק סביר, אפשר להרשיע כי קרוב לוודאי שהיה שם רצח, לאחר מכן לאט לאט ירשיעו גם בראיות שהן חלשות יותר וברגע שניתן הפתח הקטן לשיקול דעת, החשש הוא למדרון חלקלק ואז יהיו הרשעות שווא. אומר הרמב"ם שמכיוון שאנו עוסקים בעונש מוות – במקרה רצח, עדיף לפתור אלף חוטאים מאשר לעשות הרשעות שווא. הגישה

העקרונית היא שעדות נסיבתית איננה קבילה רק איה של 100 אחוז או 2 עדים שמעידים שכך ארע הדבר גם במשפט הפלילי וגם באזרחי.

אבל כאשר אנו בוחנים את דברים אלו במבחן המעשה זה לא כך – אנו מוצאים שלמרות ההצהרה העקרונית הזאת ישנם דרכים שאפשר להתחשב באותן עדויות ויש להן השפעה אפקטיבית

משפט המלך – יש לו סמכות חריגה שיכול להעניש גם אם לא עמדו בקריטריונים הנדרשים. מקור מספר 9.

משפט הפלילי- גם אם לא היו 2 עדים ביתה דין יכול להעניש גם ללא ראייה נסיבתית ללא דין תורה.

הרמב"ם **במקור מספר 11 –** שם את הדגש לא על הראייה ואם דעתו חזקה והוא חש בפניו שהעובדות הן כפי שהוא רואה ולא כפי שמצגים לו הוא רשאי לפסוק לפי שיקול דעתו, שם דגש על הדין.

הרצאה 19

5.5.13

שיקול דעת שיפוטי בקביעת ממצאים עובדתיים- אומדנא

שני עדים כבעלי מעמד מעין- משפטי

1. דברים יט, טו:

2. מבוא

כוחו של דיין בדין מרומה

מקורות תלמודיים

1. תלמוד בבלי שבועות ל ע"ב: (מתקופת התנאים)- מדובר בדין שידוע שהדין שלפניו מרומה (בעלי הדין או העדים טוענים טענות שיקריות), אך הוא לא יכול "לחתוך" לפי העדים כי חש ברמאות. לא יפסוק בניגוד לדין מרומה, אך מה עושה? "תלמוד לומר: מדבר שקר תרחק"- במקרה כזה, אם אתה (הדין) מבחין בדין שקר, אל תפסוק, תמנע מפסיקה. -**מייצג את הדרך הארץ ישראלית.**

2. תלמוד בבלי סנהדרין לב ע"ב: **גישה שיפוטית אקטיבית-** יש לבצע פלישה וחקירה, הדין צריך להתאמץ מעבר לרגיל כדי להגיע לאמת בדין מרומה, ולהתמודד עם הדברים ולא להתעלם ולהתרחק.

3. תלמוד ירושלמי, שם, פ"ד ה"א:(תקופת האמוראים)- עמדה דומה לעמדה במקור 1. לא פוסק ע"פ הדין, אלא יוצר פשרה. זוהי אופציה בין מה שהדין מרגיש למה שקורה בפועל. בדין מרומה אל תלך במסלול הרגיל. **גישה זו מבטאת שיפוטית פסיבית.**

לאחר תקופת ימי הביניים מוצאים מחלוקות בין החכמים ביחס להתמודדות מול דין מרומה. הפער בא לידי ביטוי ברובד ההלכה למעשה (ספרות השאלות והתשובות - הפסיקות הקונקרטיות).

- חכמי אשכנז וצרפת- גישה יותר פסיבית,
- חכמי ספרד וצפון אפריקה- גישה יותר אקטיבית.

חכמי אשכנז וצרפת בימי הביניים

4. תוספות סנהדרין, שם: מתמודדים עם הסתירה שבמקור למקור 2. בעלי התוספות מבחינים בשתי רמות של דין מרומה.

- אם מדובר בדין **שיודע** שהדין מרומה- אזי צריך להסתלק.
- אם אין ידיעה ברורה, רק **חשד** שהדין מרומה- אז עליו לחקור.

5. שו"ת מהר"ם מרוטנברג, דפוס פראג, ס' שיט (תשובת הריצב"א. מאה י"ג): הלכה למעשה, במצבים בהם נתקלו בדין מרומה "הסתלקו", כלומר **דומיננטיות לגישה הפסיבית**. סיטואציה בה אין ראיות, אדם הלך לעולמו והשאיר אחריו יתומים, האפוטרופוס דרש את עזבון הבעל בעבור הילדים, האלמנה שאלו נישואיה השניים טענה שהכסף לא להם ושייך לה כי הייתה מעורבת בעסקים והכספים הם מנישואיה הראשונים. וכספי הבעל אזלו.

- **רבי שמשון משאנץ**- זיכה את האלמנה, ע"פ עיקרון "המוציא מחברו עליו הראיה".
- **הריצב"ה**- ניכר שמדובר באדם מאוד אמיד, ולכן לא סביר להניח שלא נותר דבר מנכסיו עם מותו, ולכן הראיות מרמזות על דין מרומה. "וראוי לגזור על השכנים להגיד דבר אמת". - אם הדברים לא התבררו אז **"ראוי לדין להסתלק עד שיתבררו הדברים"**.

6. שו"ת תרומת הדשן למהר"י איסרליין, חלק ב' (פסקים וכתבים), ס' רט: **"קיים לי בגוזה"** (מכיר ברמה אינטימית וסומך על הדברים הנאמרים), מיהו הדין שבכוחו לפסוק ע"פ "קיים לי בגוזה" **דומה זה קצת לדין מרומה**- שאסור לדין לחותכו אלא להסתלק ממנו. לדיינים אין מומחיות כזו כדי לפסוק ע"פ דעתם לעד. יש פער בין העדים הפורמאליים למחשבה הסובייקטיבית של הדיין ולכן - **אין להכריע כך ויש להסתלק מהדין**.

7. שו"ת מהר"י ברונא, ס' ריג: **ממשיכה את המגמה הפסיבית של חכמי אשכנז**. מדובר על פרקטיקה של פשרה. בעלי דין הולכים לדיינים ומבקשים שיפסקו בפשרה. "ועתה רבי משה מסלק עצמו" - נבחר בתור דיין, ובחר להסתלק מהדין בנימוק שאיננו יודע דינים ואינו יודע לכתוב, והפסיקה כזאת "גדולה עליו", הסכים לפשר, אך לא להכריע בדין, ומכיוון ולא שיתפו פעולה המסוכסכים, הדין היה קשה ולכן העדיף לא לקחת והסתלק מהדין. **רבי ברונא** אישר את הסתלקות משה מהדין בנימוק שאם קיים ספק שקיימת עורמה בדבר - אזי מצווה לפרוש ממנה, ולא לפסוק בדין. אפילו שמצטט את בעלי התוספות הדין מוטה באופן ניכר לעניין הפרישה מהדין ואי התמודדות.

8. ספר מצוות גדול לר"מ מקוצי, עשה קז: **מגמה דתית**. ההסתלקות היא אופציה קיימת וממשית, הדיינים הם לא מכירים את התורה וההלכות במלואן, ולכן אין עליהן לדון דין תורה בהעדר ידע זה, וכשחשים בדין מרומה אין עליהם לפסוק דין תורה כי עשויים לטעות אז עדיף שיתרחקו.

חכמי אשכנז היו יראי הוראה, האוטונומיה השיפוטית של קהילות אשכנז בימי הביניים הייתה מאוד מוגבלת, במצב של העדר ריבונות דנו תחת שלטון נוכרי, ולכן לא תמיד למשפט העברי היה הכוח השיפוטי לפסוק בין היהודים. וקיים הבדל גדול בין האזור שתחת שלטון נוצרי (אשכנז וצרפת) שהגבילו מאוד את האוטונומיה השיפוטית של היהודים ולכן הדיינים היו כבוררים ומגשרים ולא כדיינים מלאים, שאין ביכולתם לאכוף את הדין, אז יש להסתלק ממנו אם הוא מרומה, וזה נובע גם מהעדר הסמכות ולא רק מסיבות דתיות תרבותיות.

הרצאה 20

12.5.13

מקור מספר 9 (עמ' 6) – הרמבם בהלכות סנהדרין – דברים אלו באים כהמשך לשיטתו של הרמבם שהדין צריך ללכת אחר ליבו ועפ"י זה נקבעים הממצאים העובדתיים, לאחר מגמת הנסיגה של בתי הדין שאמרו שאי אפשר לפסוק עד הסוף, אם הוא גרם לעדים לדבוק בגרסא מסויימת והטעה אותם כי הם תמימים, והוא בעצמו לא מודע להטעיה הקוגניטיבית שהוא עובר, בשלב הראשון שיש חשד של דין מרומה נדרשת להתבצע חקירה, אם הוא סבור שאין רמאות אז הוא חותך ויכול לפסוק לפי העדות

כי יתברר שזה חשש שווא, אבל יש מקרים שדרישה וחקירה מעלה את החשד שבאמת משקרים ושומרים על זכות השתיקה ותחושה שמסתירים משהו שלא נוח להם. אם הדרישה לחקירה לא הועילה ועדיין יש חשד לרמאות מה שעושים זה להסתלק – אין הבדל דרמטי בין מקור מספר 9 למקור מספר 4. דעתו של הרמב"ם נוחה מהסתלקות שמשאירה את התיק לא מוכרע? לא, מצד שני לדין אסור להתכחש למה שבליבו, אתה אל תסתלק אבל תעביר את זה למי שליבו שלם בדבר ואז הוא יוכל לפסוק. אם הדיין חש שיש דין מרומה שמים איקס על התיק הזה והם צריכים להסתלק ואף אחד לא ידון בזה לא טוב, הטור הביא את דיני הרמב"ם יש הבדל דרמטי כי הטור אומר שהקב"ה ידון בזה כי לאותו דיין אסור לדון באותו מקרה. ההבדל בין שיטת הרמב"ם לבין שיטת בעלי התוספות הוא לא הבדל גדול, שניהם אומרים שלב ראשון תחקור ואם זה לא מועיל תסתלק, ההבדל שיש הוא מה קורה אחרי ההסתלקות של אותו דיין? לפי הרמב"ם אסור להשאיר את זה בלתי מוכרע ולפי חכמי אשכנז, מסתלקים והקב"ה יעשה מה שהוא צריך לעשות.

מקור מספר 10 – יש פה נסיבות מאוד דומות למקור מספר 5, שגם שם דברנו על נסיבות של יתומים ואלמנה ויש חשש שהאלמנה מנצלת את אי הידיעה והעובדה שיש ילדים קטנים לפגוע בירושתם לעיזבון המת, חכמי אשכנז אמרו אז שראוי הדיין להסתלק מהם. הרמב"ם אומר שהאלמנה הביאה כספי נדוניה גדולים לאחת הבנות, אומר הרמב"ם אם ניתן להראות שהנדוניה באה מעיזבון המת, הרמב"ם מכניס את זה לקטוגריה של דין מרומה, וחשוב לראות איך הוא יפסוק הלכה למעשה מה זה אומר. אם ברור שזה כסף שצריך להחזיר ליתומים אז יחזירו ליתומים. אם אין עדים אובייקטיביים חציוניים שהכסף שנין נדוניה לבת ניתן מהעיזבון של המת, האלמנה תטען שזה מהכסף שלה ומכספים אחרים והאלמנה לא מודה בזה, אומר רמב"ם שזה פניו צריך לעורר חשד, כי זה לא הגיוני שכל הכסף ניתן מכספים חציוניים ולא ניתן ליתומים שום דבר, זה מצב שלא בדיוק יודעים איך לחלק את הכספים, ובת אחת מקבלת את כל הכסף. ואז אומר הרמב"ם שצריך לבדוק את העובדות ולא לתת פסיקה מהירה, להעמיק בחקירה ודרישה. יש להפעיל חירה יותר אגרסיבית ולהרבות את האיומים והלחץ הפסיכולוגי.

הרשב"א אומר **במקור מספר 11 –** בעל דין הוא מוסר את הגרסא שלו בעוד שעד מעיד מדובר בחשש רמאות לא של העדים אלא של בעל הדין, כי במשפט העברי בניגוד למשפט הישראלי, בעל דין לעולם לא מעיד ולא נקרא עד, נקרא טוען. הדיין צריך ללכת לפי הלב שלו, לפסוק לפי האמת ולא לפי הגרסא שלהם. על פניו זו תשובה מאוד אקטיביסטית הפוכה מהגישה של חכמי אשכנז, אבל צריך לשים לב שפה מדובר במקרה מאוד קונקרטי. אנחנו נמצאים בסיטואציה של העדר ראיות פוזיטיביות כי אין עדים, מילה מול מילה.

מקור מספר 12 – הרא"ש – עיקר עיוני כשהגיע מספרד היא מחכמי אשכנז אבל במידה רבה הסתגל למציאות החדשה ופסק גם מבני ספרד, עשה שינוי דרמטי בהלכה האשכנזית, הרא"ש בא וגרם לשינוי משמעותי שבמידה רבה גרם לאותה מסורת אשכנזית להעלם מהעולם ההלכה. מביא פרשנותו של המהרל מנוטרבורג, מתי שהתובע תובע ברמאות הדיין מסתלק, אבל כשהנתבע טוען ברמאות, אם תסתלק הרמאי יצא נשכר ברמאותו, זה בדיוק מה שרוצה הנתבע שלא יפסקו כנגדו, ולכן מה שעושים זה דורשים וחקרים. זה לא שהוא נגד הסתלקות אלא בעד, אבל תלוי מתי.

מקור מספר 10 – הרא"ש מוכן להתפרש על ראיות נסיבתיות אבל רק ברמה הגבוהה ביותר.

מהי עמדת המשפט העברי כלפי התיישנות? **מקור מספר 13 –** מבחינה פורמלית ההתיישנות לא מקובלת במשפט העברי, ההתיישנות לכשעצמה לא מהווה עילה לפסול את השטר, כנראה שהעלמת הראיות פה למרות שסיבתיות, לא מספיק כדי לפסול, נכון שיש פה חשש מסויים אבל מגיע לרמה של דין מרומה לא לרמה שאפשר לפסול שטר שקיים 30 שנה, זה לא שהשטר עבר למישהו אחר. שטר שהוא ישן לפי הרא"ש עלול לעורר חשד ואז נגיע לתוצאות שלא ינתן באופן מעשי להסתמך על אותו שטר. כל דבר שאי אפשר להסתמך עליו זה בעייתו כדי לפגוע בזכויות של אדם. מה שכן אם נמנעת מלהציג את השטר זה נחשב דין מרומה. באופן פורמלי מה שעושה פה הראש זה הסתלקות, האם הוא פוסק לטובת הנתבע? לא, אבל באופן מעשי זה שקול לפסיקה לטובת הנתבע, כי מה שעושה

הראש, ש זה לתת הגנה לנתבע מפני כל תביעה עתידית, אני מאבחן את זה לדין מרומה ואניומר שאסור לשום דין לדון בדין זה והוא נותן את זה לנתבע, אבל לנתבע את פס"ד לטובתו, כי תובע בכל מקום שהוא יתבע יוציא הנתבע את ההחלטה הזו של הראש ואין דין שיחליט לחלוק על הראש.

כיצד פועל הראש במקרה קשה? שהרמאות היא מצדו של הנתבע? **מקור מספר 14** – הנתבע שמר על זכות השתיקה, לא רוצה לדבר. תשובה מאוד אקטיביסטית שמבטאת תפיסה שהדין צריך לפתור כל סכסוך שעומד לפניו ולא לתת לסיטואציה שבעלי הדין באים לפניו והו משאיר אותם ללא כל מענה, זה היה מקרה קשה שגם הערכאות היהודיות וגם הנוכריות הספרדיות לא הצליחו לפתור את המקרה הזה. היו 2 שותפים שהשותפות שביניהם נפסקה והייתה התחייבות של שותף אחד לשלם את הסכום הראשוני שהכניס השותף, להחזיר לו בתום השותפות. שטר שעל פיו היה צריך שותף אחד לשלם לחברו השותף עם תום השותפות, מתברר שזה התגלגל לידי של ר' ישראל שהיה השותף שאליו הו צריכים לשלם את הכסף, והוא בעצם תובע את ר' שלמה, שעל פי השטר אתה צריך לשלם לי כך וכך כסף כי נגמרה השותפות, אמר ר' שלמה, השטר הגיע אלי ואני פרטתי שאלו אותו איך פרטתי? אמר לא מעניין אותי, אני מחזיק בשטר, נטל הראיה עליו ואני לא רוצה למסור שום דבר. ר' שלמה קיבל עצה טובה מעו"ד לשתוק – זו דוגמא למקרה קשה, איך אפשר לפסוק? נכון שיש חשד השאלה היא מה עושים איתו, גם הערכאות הנוכריות לא הצליחו לפתור את הסיפור הזה. בא המלכ"ה לרא"ש ואמר אנא תפתור את הסכסוך הזה. ר' ישראל הסתיר דבריו ונתן תשובות שגויות, הוא לא עונה על אלות ענייניות, כמה איך ומי פרט. שואל הראש מה יעשה הדין? הסתלקות לא תועיל כי גם דין אחר לא יצליח לסיים את העבודה, מדובר בסיטואציה שבה הנתבע לא אומר שום דבר. בסיטואציה הזאת צריך ללכת לפי מה שנראה לך, יש להטיל את האשם עליו כי זה אומדנא מוכחת, לא אומר לא עושה שום דבר. גישה פוזיטיבית, יש לו כנראה מה להסתיר, לא כל דין רשאי לדון באומדן מוכח אלא רק דין מומחה, אם אנחנו נותנים יותר מדיי כח לדיינים לדון לפי שיקול דעת, הראש מודע לכך שיש חידוש בכל התשובה שלו. לא סתם הוא מסתיר את הדברים אומר הראש את האני מאמין המאוד אקטיביסטי שלו שאומר שדין חייב לפסוק לפי האמת שנראית לו ולא להשאיר את הדין לא פתור. אומר הראש אני מעריך תשובה ארוכה כדי לדעת שאסור להשאיר את הדין לא חלוק ולכן הדין שלדין יש לפסוק לפי ראות עיניו. הכללים המשפטיים נתונים לפרשנויות שונות, כל שופט מסתמך על הזהות האישית שלו הרי שכל שופט יפרש אותן קצת אחרת בגלל הזהות האישית שלו ולכן בגלל שיש הרבה פרשנויות לאותו כלל, אין תוצאה נכונה אחת לכל אירוע משפטי אלא מספר תוצאות נכונות והשוני יסתמך על תוצאה של הזהות של השופט.

הרצאה 21

19.5.13

מקור מספר 14 אנחנו רואים גישה אקטיביסטית, רמאות מצדו של הנתבע, דרישות לחקירות לא הועילו משום שהוא לא גילה כלום, שמר על זכות השתיקה. בסופו של דבר פסק הרא"ש אם הוא שותק אז יש לו מה להסתיר ולכן זה **אומדנא דה מוכח**, ולכן הוא פסק כנגד הנתבע שהחזיק את השטר בידו אבל הוא לא רצה למסור כיצד הוא פרע את אותו חוב גדול. בהרבה מאוד היבטים הראש נהג באקטיביזם שיפוטי. איך נתפס שופט כאקטיביסט שיפוטי? הכל שפיט. ברק מגדיר אקטיביות שיפוטית – מידת הסטייה מתקדימים ומהמצב המשפטי שעומד לפניו, לחדש הלכות שלא עולות בקנה אחד ממה שקודם הוא אקטיביסט שיפוטי.

הרא"ש כאקטיביזם שיפוטי:

מקור מספר 1 – נכונותו של השופט לסטות מן התקדימים שהיו לפניו וכאן יש ביטוי מאוד חריף ותקדימי של הרא"ש של חכמים מדור מאוחר לאלה שקדמו להם, השאלה של הראש היא האם הראשונים. לפי דברי הראש הולכים לפי האחרונים, כיוון שהם יודעים גם את המידע הקודם וגם את הסברא שלהם אז הם הקובעים. הראש הוא הראשון מבחינה הסטורית שהתביע את הסמכות לאחרונים בימיו.

הרא"ש משתמש באומדנא דה מוכח ובדין מרומה כדי לפתור בעיות קשות.

באופן כללי סוג ההתנהלויות הללו שאדם כותב שטר, מ זה מראה על סבירות שהוא עושה הכנות ע"מ שהמושל לא יוכל לגבות ממנו.

לפי מקור מספר 14 אומר הרא"ש שהוא לא יסתלק אלא ידון גם עומד לפניו מקרה קשה, במקור זה מעבר לנושא של דין מרומה ואומדנא דה מוכח, הוא מטווה משנה אקטיבית מאוד שאומר שבמקרים קשים יש לשופט ארגז כלים הלכתי שמאפשר לו כל מיני דרכים לפסוק, כדי שיפסוק ולא ישאיר את זה לא מוכרע ושהצדדים יפעלו ללא הכרעה שיפוטית.

שודא דדייני – מנגנון שנזכר בתלמוד והראש מזכיר במקור מספר 14. ללא טעם וללא ראייה כמו לזרוק מטבע, שיעשה משהו השופט, לא החלטה רציונלית שמתבססת לא אפילו על ראיות מדרגה נמוכה.

עמוד 9 – נבחן כיצד הראש התמודד עם מוסד תלמודי שמופיע שהתנגש עם השתפיסה השיפוטית של הראש.

ההבנה הפשוטה של רוב הפוסקי – אין לשופטים על בסיס מה לשפוט את זה.

מקור מספר 4 –

פיתוח אזרחי למקורות המשפט העברי בפסיקת ביהמ"ש העליון:

מקור 2- השופט אנגלרד ביקש להישען על המשפט העברי מכח חוק יסודות המשפט, אין פתרון, יש לקונה ולכן ריך לפנות לעקרונות מורשת ישראל. פס"ד קל בניין מדבר על פיצויי קיום מ"מ שלא בתנ"ל, סעיף 12 לחוה"ח. נשאלת השאלה האם ניתן לפסוק את אותם פיצויי קיום ולכן השופט אנגלרד נזקק לעקרונות המשפט העברי, נקרא את דבריו ונראה את המקורות העבריים שעליהם מתבסס.

במקור מספר 2 עמוד 1 – ברק אומר שיש לפרש את הפרשנות לפי המצווה, פרשנות שלא דווקא הולכת בדבקות למה שכתוב בחוזה עצמו, אנחנו רוצים פה משהו דומה במידה מסויימת, גם בדיני הירושה, מפרשים את הצוואה עפ"י אומד דעתו של המצווה, יש לקיים את דברי המת, זה מרמז שזהו עקרון של מדינה יהודית עפ"י זה מנסים לדעת מה רצון המת ומצווה לקיים את דברי המת, דברים אלה לא נאמרו רק בתור סיסמא שמעגלת את חופש המצווה אלא נראה בפסיקה כיצד העקרון הזה משמש פתרון לבעיות, ישנם כל מיני סוגים של בעיות בדיני הירושה, פורמאליות, צורניות, טכניות, יש דרישה פעמים רבות לכל מיני דרישות צורניות, פורמאליות, ע"מ שהדברים יהיו ברורים וחד משמעיים, אבל ישנם מקרים שבהם ישנם צוואות שפגעו בהם פגם טכני.

הרצאה 22

26/05/13

פיתוח אזרחי למקורות המשפט העברי בפסיקת ביהמ"ש העליון

א. ההסתייגות משילובו של המשפט העברי במערכת המשפט הישראלית האזרחית מחשש ל"חילוני" של הדין הדתי היהודי.

1. י' אנגלרד, "שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלית", בתוך: **המשפט העברי ומ"י**, בעריכת י' הזק, ירושלים תשכ"ט, עמ' 117-134: אחד ממאפייני המשפט העברי הוא **ריבוי דעות**. כיצד מחליטים מהי הגישה המתאימה? ומי נותן הזכות לקחת גישה אחת ולא אחרת. גישות רבות שונות

מן ההלכה. משפט עברי לא שווה הלכה. **נעשית פגיעה בהלכה היהודית ע"י עצם השפיטה החילונית.**

השתמשו במונח "משפט עברי" כדי לבטא הקשרים מהמשט העברי למקבילות המודרניות, רק בהיבטים של אדם וחברו, ופחות דיונים בהיבטים דתיים - כי הנחת היסוד הייתה שאינה מקובלת על כלל האוכלוסייה.

אותם חוגים יחסו ל"משפט העברי" משמעות תרבותית. **"יחודו של המשפט היהודי אינו דווקא בפתרונות המוצעים על ידו, אלא בהשקפה הדתית העומדת ביסודו"** וזהו לא השימוש שעושים בו, לכן זוהי פגיעה.

מטבע הדברים במהלך השנים העוסקים העיקריים ב"משפט עברי" הינם דתיים.

הש' כהן - הדוגמא האחרונה למשפט עברי שאינו מרקע דתי.

ב. הטלת פיצוי קיום בגין ניהול מו"מ שלא בתום לב (פרשת "קל בניין")

2. ע"א 6370/00 קל בניין בע"מ נ' ע.ר.מ רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נו(3) 289 (אנגלרד):

עלתה שאלה שאין לה פתרון בהלכה הפסוקה, לכן יש לפנות ל"מורשת וערכי העם היהודי" - חובה לנהל מו"מ בתום לב. מו"מ ארוך בין שתי החברות שבסוף לא יצא לפועל, החברה שהחזרה הופר לה דורשת פיצוי קיום והסתמכות יחד. השאלה האם זכאית לפיצוי קיום?

לפי אנגלרד - במשפט העברי כלל מקח ובו שלב אל חזור - שלב "משיכת המטלטלין ע"י הקונה - כל שלב שלפניו בר חזור. [משנה, בבא מציעא, פ"ד, מ"ב] גם אם שילם כסף ועוד לא פרע סחורתו רשאי לחזור בו.

סנקציה דתית שאופיינית למשפט העברי -

הפרה בשלב הביניים ניתן לחזור בך אך בכפיפות לסנקציה מוסרית דתית (שובר את מילתך ופועל בחוסר תום לב). שולחן ערוך: הסנקציה דתית ולא משפטית - מי שפרע והפר את החובה המוסרית יבוא גמולו הרע מהשם, לא יוענש ע"י המוסד אך יאמרו זאת לכל וברבים ועונשך יהיה שיעשו לך כך, נוסף על מעמד הבושה בבית הדין כאדם שאינו עומד בדיבורו. מוטלת עליו קללה.

הפרה בשלב תחילת המו"מ - (לא עבר תשלום ולא הועבר מטלטלין) - כאשר הפרת האמון מתרחשת טרם פעולת התשלום, ההלכה קובעת סנקציה מוסרית פחות חמורה - הכרזה על הצד החוזר **כמחוסר אמנה ואין רוח חכמים נוחה הימנו. שלב בר חזור.**

הש' אנגלרד מבחין בין סוגים אחדים של סנקציות מוסריות כחלק מהבחנת השלבים בהם נמצא המו"מ:

3. אוסף פס"ד של הרבנות הראשית לא"י, עמ' סד (תיק 1/2/705):

* הגיעו להסכמות, היה חסר שלב הקניין בלבד.

* לבית הדין אין סמכות להוציא לפועל ולכפות על אדם שלא עמד בדבריו לגבות את הכספים. מותר לו רק להודיע לו כי הוא "מחוסר אמנה" ונוהג בדרך לא ראויה.

* אין כופים לפני משורת הדין (כלומר מותר רק להמליץ לשלם). - אך יש מקומות בהם כן כופים לפני משורת הדין.

4. ע"א 6370/00 קל בניין בע"מ נ' ע.ר.מ רעננה לבניה בע"מ (אנגלרד):

פסק פיצויי קיום (על אף שזה לא מקובל) ע"ב המשפט העברי- ואיך יעשה זאת?

- בשלב א'- המשפט העברי באופן עקרוני תומך בחובת תום לב רחבה. בשל העדר אפשרות הטלת סנקציה מוסרית (זהו משפט חילוני).
- בשלב ב'- יוסיף ביהמ"ש סעד מיוזמתו של כפיית הצד לקיים את הבטחתו או לשלם לצד האחר פיצויי קיום- סעד שאינו מצוי בדין הדתי הקיים.

תרגום עקרון של המשפט העברי לאזרחי, אך סטה מההלכה בתרגום זה, ובתרגום ההלכה פסק כנגדה (כאשר פסק פיצוי בשלב הביניים במו"מ- עוד לא הוחלפו כסף במטלטלין).

ג. כפייה דתית- חבישת כיפה בבית הדין הרבני

5. בג"ץ 1912/97 צבי רייש, עו"ד נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, פ"ד נב(5)650:

ביהמש רוצה לנטרל בצורה מלאכותית את המימד הדתי שבהלכה, ומפתח פיתוח חילוני אזרחי של המקורות ההלכתיים.

בעניין "חובת כיסוי ראש" בעמידה מול בית דין רבני.

הטענה העיקרית- כמו שיש חופש הדת יש **חופש מדת** וזוהי כפייה דתית בניגוד לאמונה.

הש' דורנר- לאחר עיון במקורות הלכה רבים הגיעה למקנה כי: "כיסוי ראש אינו חובה דתית אלא מנהג אשר נחשב למידת חסידותו של אדם, והוגבל לאירועים נכבדים בכלל, לרבות דיון בפני בית דין".

מהי החובה בבית הדין? **כיסוי ראש**, אזי ניתן לחבוש כובע ולא בהכרח כיפה. **כלומר, ביטול הצביון הדתי של כיסוי הראש, ויותר משמעות של כבוד** שנותנים המתדיינים לדיינים בבית הדין, ומנהג זה לא היה מקובל בכל הקהילות בעולם.

הרצאה 23-

2.6.13

פיתוח אזרחי למקורות המשפט העברי בפסיקת ביהמ"ש העליון:

מצווה לקיים דברי המת- בין המשפט העברי למשפט הישראלי:

רע"א יורשי המנוחה-ברק משייך את הנושא של מצווה לקיים את דברי המת, עקרון הנותן למצווה את החופש לקבוע את חופש צוואתו. ברק סובר את הצוואה יש לפרש פרשנות על פי עומק דעתו של המצווה. פרשנות תכליתית שלא דווקא הולכת לפי הכתוב עצמו, אנחנו רוצים פה משהו דומה גם בדיני הירושה מפרשים את הצוואה ע"פ עומק דעתו של המצווה. הדברים האלה לא נאמרו רק כסיסמה עקרונית שבעצם מעגנת את חופש המצווה אלא אנחנו נראה כיצד בפסיקה העקרון הזה משמש לפתרון לבעיות. ישנן כל מיני סוגים של בעיות: בעיות פורמאליות, צורניות, טכניות. בדיני הירושה יש פעמים רבות דרישות רבות הן מבחינה טכנית והן מבחינה פורמאלית על מנת שהדברים יהיו ברורים וודאים. ישנם מקרים שבהם ישנן צוואות שנפלו להם פגם: השאלה אם אנחנו נסתכל במשקפיים פורמאליות ונבטל את הצוואה או נקיים אותה?

אנו תחילה צריכים לחשוב "מה רצה המת"? כיצד הוא רצה לנהוג ברכושו? הדבר הזה יכול לשמש כמעין עקרון שבו לבטל פגמים טכניים. **פס"ד 3: יוסף אהרן נ' אמנון אהרוני**- יש פה מקרה שהבעיה הייתה בביטול הצוואה בעקבות החרטה של ההורים. באותו הליך נפלו פגמים הייתה הצהרה והשאלה היא האם ניתן לפנות לביהמ"ש על מנת לתקן את הפגם הזה? ביהמ"ש אישר את ביטול הצוואה למרות שנפל בה פגם טכני וגם כאן השופט ברק מסתמך שוב על נושא הזה של מצווה לקיים את דברי המת. **"ביסוד הצוואה עומד העיקרון הבסיסי של קיום דברי המת"**.. מצווה לקיים את דברי המת זה משהו שגובר על פורמאליות, תחילה ההורים רצו לתת לבן X וכעת הם רוצים לבטל את אותה הצוואה. יש פה בריחה מהתחום הצורני הפורמאלי אל מעבר הפרשנות התכליתית, אותן

דרכים שבאמצעותם ניתן להתגבר על הפורמאליסטיקה. לפי ברק עקרון זה מן הראוי לו שיחול לא רק בעריכת הצוואה אלא גם בהצהרה לבטלותה. דוגמה נוספת **במקור מס' 4 (עמ' 2)**-הן דנו במקרים הרבה יותר טכנים שנפלו פגמים בצוואה עצמה ולא בביטולה באופן עקרוני גם כאן הם מבטאים שוב ושוב את הנושא הזה של מצווה לקיים את דברי המת. חוק הירושה הוא חוק שיש לו המשפעה רבה של המשפט העברי אם כי חייבים לומר, יש פער בין ההצהרה של המחוקקים לבין ההישום. חוק הירושה נחקק בידי השופט חיים כהן שעושה שימוש רב במשפט העברי. בחוק הירושה למרות ההצהרות, עמיחי רזינר טען במאמרו שישנו פער בין ההצהרות למציאות וזה דבר מעניין לבחון גם בהקשר הזה. בחוק הירושה עצמו לא כתוב את החובה לעמוד על דברי המת אך זה מופיע בפסיקה. הרטוריקה הופכת את זה לעקרון חוקתי, אם ראינו אצל ברק שזה חלק מזכות הקניין פה גם מכניסה **השופטת ארבל** את הנושא של חלק מכבוד האדם: רצונו של האדם כבודו. יש פה מעמד על לעקרון הזה. עקרון הזה הוא מאוד מרחיק לכת צריך לעמוד על דרישות צורניות על מנת שיהיה וודאות ושיהיה ברור לחלוטין שהדבר נאמר ברצון מבלי השפעה. בפס"ד ביהמ"ש יכול להתעלם מהפגם הצורני ולכן ישנם עו"ד שלא יאהבו את הפס"ד הזה. ביהמ"ש מכיר באפשרות לבטל את הצוואה ע"י החלת הוראת סעיף 25 לחוק על פעולת הביטול בשינויים הנובעים מן העניין. במקרה הזה אין הבדל בין המשפט העברי לישראלי, אנחנו מוצאים בפס"ד דיינים ורבניים שדנו בבעיות דומות זה דבר שנעשה לא רק בידי ביהמ"ש העליון אלא אפשר למצוא גם פס"ד הרבניים ודעות של דינים. **מקור מס' 17(עמ' 3)** - "קיום צוואה לקויה" - מדובר שבבית הדין הרבני הוגשה בקשה לצוואה שלא נכתבה כדין, בצוואה צריכה להיות צורה של נוסח משפטי, סגנון מסוים של צוואה כנראה שלא יתייעצו עם עו"ד וכתבו אותה בצורה חופשית. הרב שאנן כתב על כך מאמר וגם דיינים בני זמננו הלכו על אותה הדרך. **מקור מס' 18 הרב מייזלס** - כתיבת הצוואה נעשתה בצורה מרושלת כלומר, לא יתייעצו עם גורם לא ניסחו את זה כמו שצריך. גם אם אנחנו נתגבר על הפגמים אנחנו צריכים לבדוק שאכן יש פה כוונה רצינית ועניינית. אמנם לא התקיימו דברים פורמאליים אבל הוא לומד מהנסיבות, האדם הזה הזמין עדים האדם הטריח אנשים לנסח לו צוואה ומבחינתו הוא התייחס ברצינות לצוואה ולכן ניתן לה תוקף על אף שהיא לא כתובה לפי הצורה הרצויה. **מקור מס' 19** - "כללי עריכת צוואה": המצווה יכול לחזור בו, אנחנו יודעים שגם אם הוא כתב הצהרה אבל בהתנהגות שלו הוא מוכר את כל הרכוש אז אנחנו יודעים מה היה רצונו. סוגיית יורש אחר יורש - מקור מס' 20 - מדובר כאן על דבר שהוא די נפוץ, תחילה הוא רוצה שהנכנסים יעברו לאשתו ולאחר מותה יעברו לאחייניתו. זה אפשרי לפי החוק מכוח הנושא הזה של צוואת יורש אחר יורש. הבעיה שעמדה בפני ביהמ"ש מה קורה אם היורש השני מת בנתיים הוא נפטר לפני היורש הראשון למי עוברים הנכסים? לצורך העניין הוא נתן לאישה והאחיינית מתה לאן יעברו הנכסים? **ישנם שלוש אופציות**: הנכסים יעברו ליורשים של האישה, ליורשים של האחיינית, ליורשים של המנוח. ואין לזה פתרון בחוק הישראלי ולכן נזקקו לפרשנות ומה שעושה השופט ברק מציג את התשובה לפי סעיף 42 לחוק הירושה: לפי החוק אנו רואים שהיורשים של האחיינית נשללים. **פס"ד של ברק (עמ' 4)** - לא תמיד ניתן לעשות יורש אחר יורש, הגבילו רק לשניים זאת בגלל שברגע שהעברת את הנכס הוא הבעלים ואין להחליט לו לאן הוא יעביר אותו. הפתרון לשאלה הזאת ננסה לכנס לראשו של המצווה, זה מה שהוא עושה כאן בדיני הירושה. ברק מכריע מבחינת פס"ד מי שזכאי לקבל את הירושה הם היורשים של האישה. הוא מנמק זאת בכך שהוא מנסה להגדיר מה רצה האדם שהוא מחליט להוריש את הירושה בדרך של יורש אחר יורש, היורש הראשון יכול לעשות בו כרצונו ואף להוריש ליורשיו. ההסמכתא לפתרון הזה ברק לא רק משתמש במצווה לקיים את רצון המת אלא זה גם פתרונו של המשפט העברי בדרך של "יורש אחר יורש", אם הנכס הועבר ליורש הראשון הנכסים יעברו ליורשים של אותו אדם במקרה והוא מת. **פס"ד של השופט רובינשטיין** - ישנם חוקים שהושפעו בצורה דרמטית מהמשפט העברי: חוק עשיית עושר שלא במשפט, לא תעמוד על דם רעך אך חוק הירושה מתיימר להיות אך הדברים לא כ"כ ברורים אז ישנם הסדרים מהמשפט העברי אבל הוא שונה מאוד מהמשפט העברי. ביורש אחר יורש שציון ברק זה היה זהה אך בשאר הסעיפים זה לא היה ככה. השופט מציג את המקורות בהרחבה: ברק הביא לנו את השורה התחתונה בהלכה אך מלכתחילה הייתה מחלוקת על כך בתלמוד: בית היורש השני אז יחזרו נכסים ליורשי הראשון אבל יש דעה אחרת שיחזרו ליורשי נותן (של המצווה) ויש מחלוקת הנכסים שלי שלך ואחרי מותך זה יעבור לפלוני. רבן שמואל גמליאל אומר אדוני השני כל עוד אתה לא מקבל את זה מתוך ירושה אתה לא יכול למנוע מזה שקיבל למכור או לעשות כרצונו ברכוש.

מוסיף השופט רובינשטיין זה היה רצונו של המצווה עצם זה שהוא בחר בטכניקה של היורש אחר יורש זה אומר שאתה מוציא את היורשים שלך מהתמונה. אותו בעל ציווה לאשתו ואז לאחייניתו כנראה הוא לא רצה לתת לבנים, אם האחיינית שלו נפטרה אין סיבה שזה יעבור לבניו במידה והוא לא רצה. השופט אומר שזה כוונה משוערת של המצווה וכוונה זו יש לה משקל גדול במשפט העברי. בד"כ הירושה זה הדבר הרגיל הצוואה זה החריג. הסוגיה המעניינת שדן בה השופט רובינשטיין במנגנון של יורש אחר יורש יש לנו התנגשות בין רצונו של היורש וגם שהיורש השני יעשה דברים על מנת שהוא יקבל את הצוואה ולא הראשון- מי גובר? למשל, האדם השני יגיד לראשון אל תעשה פעולות כי זה צריך לעבור אלי. נורמות שמומלצות אך לא מחייבות לחלוטין, "אף על פי שאמרנו אלא מה ששיר ראשון אסור לראשון למכור או ליתן גופו"- הוא צריך לחשוב על השני. מה קורה אם פעל בניגוד למצווה הראשון? אם הראשון מכר את הירושה האם השני יכול לגבור עליו מבחינה משפטית האם הוא יכול להוציא את הרכוש? באופן עקרוני הזכות של השני זה מה שנשאר ומה שהראשון עשה זה תקף. מצד אחד הראשון יכול לעשות ככל רצונו מבחינה משפטית פרקטית אך יש מעיין מגבלה מוסרית עליו, אומר השופט רובינשטיין שזה תקף אבל האיסור הגיע מהתלמוד הבבלי "כדי שיתקיים דעתו של הנותן", יש פה נסיון ליצור הסדר כי הבעלים של הנכס הוא הראשון אך רצונו של המת היה שגם ישאר לשני רכוש אחרת למה הוא בחר בנוסח כזה. אך הוא לא בדיוק בעלים עד הסוף כי זה יצא מרשותו אך איך מאזנים? המשפט העברי מאזן בצורה כזאת שמבחינה משפטית טהורה זה עבר לראשון ואתה רשאי לעשות כרצונך רק אחרי שהוא יהיה יורש יהיה לו זכות. אך המצווה רצונו היה שכן ישאר משהו לכן אנחנו רוצים להתחשב ברצונו של המת והגיעו להסדר שמתאים לחשיבה של המשפט העברי: מצווה זו היא גם מצווה ליורש, תקיים את רצון המת. במשפט העברי עקרון הירושה הוא לא עקרון העל וישנה תפיסה שאומרת שאולי הירושה עדיפה על הצוואה, הנכסים של אותו אדם עוברים על יורשיו ע"פ דין מתוך אמונה שזה צריך להיות לו ולמשפחתו. היורשים ע"פ דין נכנסים בצורה אוטומטית בשונה מהמשפט הישראלי שיש את עקרון ה"עזבון". ואם יש חובות הם משלמים וכד'. **ממקורות חז"ל - "מצווה לקיים דברי המת":** הכלל שמצווה לקיים את דברי המת הוא חשוב, הוא לא בהכרח כלל משפטי אלא כלל מוסרי. כל מי שקיבל את אותו רכוש חייב לקיים את דברי המת, התשובה היא לא זה כלל מוסרי שחשוב לקיים מי שמצווה לכבד אותו. יש לו מילה ועדיין גם אם הוא מת עדיין צריך להתחשב ברצונו, זה בא לידי ביטוי בעקרון יורש אחר יורש. חוק הירושה נותן הרבה מגבלות וזה מסדיר למה השתמשו בעקרון הזה והפכו אותו לעקרון על הרי יותר ממה שעשו בו שימוש במשפט העברי עצמו.