

הרכב חסר בבתי דין מינהליים

מאת

פרופסור יצחק זמיר

מבוא

בתי הדין המינהליים מתרבים והולכים וממלאים את הארץ¹. כבר מצויים עמנו בין מאה וחמישים למאתיים סוגים של בתי דין, ומהם יש סוגים שהעמידו בתי דין רבים². למעשה אין לך כמעט חיקוק חדש, המעניק לרשות מינהלית סמכות שיש בה כדי לפגוע או להיטיב עם האזרח, שאינו מקים בית דין לביקורת ההחלטות של אותה רשות. לעתים נדמה שהמחוקק החליט פעם, זמן קצר לאחר הקמת המדינה, כי ראוי להקים בתי דין מינהליים, והם הוקמו, מוקמים ויוקמו, פשוט משום שהמחוקק, כמו שוליות הקוסם, שכח את הסיסמה אשר יש בה כדי לסכור את השטפון.

הדעת נותנת שהמחוקק לא היה מתחיל ללכת בדרך זאת לולא ראה בה יתרונות רבים. אכן, ודאי שיש לבתי הדין המינהליים יתרונות מסויימים על פני בתי המשפט. אם אמנם יתרונות אלה עולים בסך הכל על החסרונות, שאלה היא שלא נבדקה כראוי, ואין לה תשובה מוסמכת. מכל מקום ברור שבתי הדין אינם מעשה מושלם. סימנים המעידים על ליקויים בפעולתם צצו ונתגלו בהקשרים שונים. אך בדרך כלל לא ניתנה לדבר תשומת לב מספקת. בתי הדין המינהליים, להבדיל מבתי המשפט, היו שרויים בצל, ללא פטרון. המחוקק, לאחר שהקים אותם, כאילו יצא ידי חובתו. ואילו המינהל הציבורי ראה בהם מעין בן-חורג, שסופח למשפחה שלא לטובתה, לא התייחס אליהם בכבוד, ואף הוניה אותם.

ההזנחה השפיעה, בין היתר, על מהירות ההתדיינות בבתי הדין. הצורך בהתדיינות מתירה מוצג כרגיל כאחד הגורמים המרכזיים להקמתם של בתי הדין. בתי המשפט, כידוע, עמוסים לעיפה, ולא פעם הם נאלצים להתקדם בעצלתיים. ואילו בבתי הדין, אפשר להגות, שונה המצב. כאן מוקם בית דין אחד ומיוחד להתדיינות בסוג אחד

1 רק במקרים מעטים הם קרויים עליידי המחוקק בשם המפורש של בית דין, כמו למשל בית הדין לענייני מים לפי חוק המים, תשי"ט-1959, או בית הדין למס עסקים לפי פקודת הרשויות המקומיות (מס עסקים), 1945. בדרך כלל הם קרויים בשם ועדת ערר או ועדת ערעור. לעתים הם קרויים בשמות אחרים, כגון, ועדת שירות עבודה לפי חוק שירות עבודה בשעת חירום, תשכ"ז-1967. לכל אלה, דהיינו גופים שנתמנו עליידי רשויות מינהליות לתפקידי שפיטה, אנו קוראים בשם בתי דין מינהליים. השווה ע"א 44/72 ש"ב מ"ב ג. פריבר, כ"ז פד"י (1), 617, 618-619; ע"א 605/71 קוראד נ. סקיד, כ"ז פד"י (2), 207, 212. כך, למשל, ועדות ערר לפי חוק שירותי הסעד, תשי"ח-1958: מאלה הוקמו כמאה ושלושים בכל רחבי הארץ. ראה רשימה ותיאור קצר של חלק ניכר מבתי הדין המינהליים אצל דב לוין, טריבונלים שיפוטיים במדינת ישראל (תל-אביב, תשכ"ט).

ומיוחד של עניינים, כגון, ועדת ערר המוקמת לדון בעררים לפי חוק מס רכוש וקרן פיצויים, תשכ"א-1961. נמצא, כי עומס ההתדיינות עם המינהל הציבורי מתחלק על פני בתי דין רבים, והנטל הרובץ על כל אחד מהם אינו כבד ביותר. הוסף לכך את המומחיות המיוחדת של בית הדין בנושאים בהם הוא דן, ולזה צרף את השחרור מסדרי הדין ומדיני הראיות הנוהגים בבתי המשפט, ובעל כרחך תגיע למסקנה שבית הדין הטיפוסי צריך לפעול כמו שעון ממהר. ואמנם, נכון שהרבה בתי דין מנצלים את היתרונות הטבעיים שלהם, פועלים ביעילות ובמהירות, ומצדיקים, לפחות מבחינה זאת, את התקוות שנחלו בהם. אך, לעומת זאת, מצויים בתי דין רבים הפועלים בכבדות ובאיטיות, אפילו בהשוואה לבתי המשפט.³ סיבות אחדות למצב זה, ומשקלן שונה ממקרה למקרה: לפעמים נגרמת סחבת בשל כך שאין לבית הדין מזכירות או אפילו מזכיר ראוי לשמו; יתכן גם שיטת-הראש של בית הדין אינו מתייחס לתפקידו במידת האחריות הראויה; לעתים קרובות קשה למצוא מועד לשיבה שיהיה נוח לכל חברי בית הדין; ויש שהדיון מתמשך יתר על המידה משום שבית הדין מוצא עצמו בהרכב חסר או בהרכב קטוע והוא נאלץ לעצור ולהמתין להשלמת ההרכב. בסיבה אחרונה זאת מבקש אני לדון כאן.

בית הדין הטיפוסי מורכב, על-פי מצוות המהוקק, משלושה חברים.⁴ כך, לדוגמא, אומר חוק מס רכוש וקרן פיצויים, תשכ"א-1961, בסעיף 29(א): "שר המשפטים ימנה לצורך סעיף 27 [הקובע זכות לערור על הודעת תשלום לפי חוק זה] ועדות-ערר של שלושה חברים כל אחת, ובהם אחד שהוא רשום בפנקס עורכי הדין ואחד שהוא בעל נסיון בעסקי מקרקעין...". במקרה זה, כמו ברוב המקרים, אין השר יכול למנות בוועדת הערר אלא שלושה חברים. אין הוא מוסמך, לפי לשון החוק, למנות מספר גדול יותר של חברים, מהם יבחר, לפי הצורך והאפשרות, מותב של שלושה לשיבה במועד מסוים. שלושת החברים מתמנים בדרך כלל, אפילו כאשר החוק אינו דורש זאת במפורש, בידי הכשרה מיוחדת או נסיון מיוחד שרכשו בתחום בו

3 והנה דוגמאות אחדות. "עד להיכנס חוק בית הדין לעבודה לחוקפו, נשמעו ערעורי גמלאות של עובדי המדינה בפני ועדת ערעורים שליד בית המשפט המחוזי. הדיון שם ארך זמן רב, עד לשנתיים": שר העבודה יוסף אלמוגי, דברי הכנסת, תשל"א, כרך 60, עמ' 2418. מבקר המדינה התייחס לעררים, הנדונים עליי ועדת ערר שהוקמה על-פי תקנות התעבורה, תשכ"א-1961, על סירוב של רופא מוסמך לתת אישור רפואי הנדרש לשם קבלת רישיון נהיגה, ואמר, כי "הטיפול בעררים... נמשך זמן רב: בין חודשיים לבין שנה ויותר": דו"ח שנתי 21 י"ל מבקר המדינה (1971), עמ' 270. בע"א 681/66 מנשה נ. המועצה המקומית קריית חרדישת, כ"א פד"י (1), 477, 479, העיר השופט לגדוי בקשר לחיובו של אדם לשלם ארנונת רכוש לרשות מקומית: "השופט [בבית המשפט המחוזי] מתח ביקורת חריפה על ועדת הערר המשהה עד היום הזה את ההכרעה בערר שהוגש לה על-ידי המערער עוד ביולי 1964 [כלומר, כשלוש שנים לפני שניתן פסק דין זה]. אכן, סחבת כזאת פוגעת קשות באזרח החייב להקדים ולשלם את הארנונה לפי השומה המקורית".

4 אם נוציא מכלל חשבון רשויות מינהליות רגילות שהוענקו להן סמכויות שפיטחיות, מורכבים כשלושה רבעים מכלל בתי הדין משלושה חברים כל אחד. לעתים מוקם בית דין של אחד, כמו פקדי השכירות לפי חוק הגנת הדייר (שכירות-משנה, אירוח וחילופים), תשי"א-1950, סעיף 15. ולעתים מוקם בית דין המורכב ממספר גדול יותר של חברים, כגון, ועדת ערר לפי חוק המועצה לענף הלול (ייצור ושיווק), תשכ"ד-1964, סעיף 33, המורכבת מחמישה חברים.

פועל בית הדין. עלי-פי רוב, גם לאחר המינוי הם ממשיכים בעסקיהם כרגיל, ושם נשאר מרכז הכובד של פעילותם, ואילו בית הדין אינו נחשב בעיניהם אלא כעיסוק צדדי. במצב כזה, העדיפות בהקצאת הזמן ניתנת על ידיהם, לעתים קרובות, לעסק או למקצוע, ולא לבית הדין. הדבר משתקף היטב בפעילות השוטפת של בית הדין. לא זו בלבד שפעמים רבות מתגלה קושי ממשי בתיאום מועד לישיבה, אלא גם כשנקבע סוף סוף המועד קורה שאחד החברים מודיע, לפעמים ברגע האחרון ממש, כי לצער לא יוכל להשתתף בישיבה בגלל ענין חשוב ובלתי-צפוי, או שאחד החברים נעדר מן הישיבה אפילו בלי להודיע על כך מראש, ובית הדין מוצא עצמו בהרכב חסר.⁴⁴

אכן, בעיה זאת קיימת גם בבתי המשפט הכלליים, אך בבתי הדין המינהליים היא חמורה הרבה יותר. ראשית, בבתי המשפט הכלליים רוב העניינים נדונים על-ידי

44 ראה, לדוגמא, לגבי ועדות ערעור לפי חוק מס קניה (סחורות ושירותים), תשי"ב-1952. עליהן נאמר בד"ח שנת 14 של מבקר המדינה (1964), עמ' 84-85: "ביקורת שנערכה במאי 1963 ביחידת מס קניה בתל-אביב העלתה פיגור רב בערעורים... סיבתו העיקרית של הפיגור נעוצה בקשיים לזמן חברי הוועדות לישיבות עקב התעסקותם המרובה". המצב לא השתפר באופן מהותי מאז, ועדיין אחת הסיבות העיקריות לפיגור היא הקושי לזמן את חברי הוועדות. ראה ד"ח שנת 22 של מבקר המדינה (1972), עמ' 223. והנה דוגמא נוספת. בעבודה סמינריונית שנכתבה על-ידי גב' אורה דביר, במסגרת לימודיה לקבלת תואר מוסמך במשפטים של האוניברסיטה העברית, על ועדות ערר לפי חוק שירות התעסוקה, תשי"ט-1959, היא כותבת על יסוד ראיונות עם אנשים העוסקים בנושא זה: "לעומת יושבי-ראש הוועדות [שהם עובדי מדינה, בעלי רשיון לעריכת דין, שכל תפקידם לשבת ראש בוועדות אלה, הפוזרות ברחבי הארץ], ממלאים חברי הוועדות האחרים תפקידים שונים במשק, מי כעובד ומי כמעביד. כמוכן קיימת התנגשות בין עבודתם הרגילה לבין תפקידם בוועדה, והאת מאחר שהוועדה מתכנסת בשעות העבודה, דהיינו בין 8.00-16.00, כיוון שאלו שעות עבודתו של יושב-הראש, ומאידך חברי הוועדות האחרים עובדים בשעות אלו, וכמוכן השתתפותם בוועדה מפריעה את עבודתם הרגילה. מה עוד, שחברי הוועדה אינם מקבלים כל תשלום או כל פיצוי אחר עבור השתתפותם בוועדה. משום כך קורה לעתים קרובות שאחד ואפילו שניים מחברי הוועדה אינם מופיעים. דבר זה משבש עד מאוד את סדר עבודת הוועדה, בעיקר משום שאין בחוק או בתקנות היתר לדון בהרכב חסר. במקרה כזה נאלץ יושב הראש להגיע למקום בו מתכנסת הוועדה, ושם, לאחר שהמתדיינים הגיעו, מתברר כי אחד או שניים מחברי הוועדה לא הגיעו. במקרה כזה אין ברירה, כי אם לדחות את מועד הישיבה לתאריך אחר, כאחר שאין אפשרות לדון בהרכב חסר. לעתים, מאחר שדחיית הישיבה תגרום לטורח רב הן למתדיין, הן לאיש לשכת העבודה, והן ליושבי-ראש הוועדה, כאשר הוועדה מתכנסת שלא במקום עבודתו של יושב הראש, מציע יושב הראש לקיים את הישיבה בהרכב חסר. במקרים אלה הוא מסביר לאיש הלשכה ולעורך כי מטעמי יעילות כדאי לקיים את הישיבה ולתת החלטה, מאחר ומבחינה מעשית אין בד"כ הבדל בין תוכן החלטה המתקבלת בהרכב מלא לבין מקרה שאחד מחברי הוועדה נעדר. במשך 12 השנים האחרונות נתקבלו באיזור חיפה והצפון כל ההחלטות פה אחד, פרט ל-4 החלטות. מאחר שכך, דגה הוועדה בהרכב חסר כאשר המתדיינים מסכימים לכך. מאידך כאשר לא קיימת הסכמה נדחה מועד הישיבה לתאריך אחר. אולם, גם במקרים שקיימת הסכמה של המתדיינים לדיון בהרכב חסר, הסכמה זו אינה מחייבת אותם. ולעתים, לאחר שנתקבלה החלטה לרעת אחד המתדיינים, הוא פנה לערכאת הערר, שביטלה את ההחלטה אך ורק מהנימוק שהוועדה דגה בהרכב חסר, מבלי להיכנס לבעיות לגופו של עניין".

דן יחד, ואילו בבתי הדין המינהליים כמעט כל העניינים נדונים על ידי הרכב של שלושה. שנית, יקרה לפעמים שבית משפט הדן בשלושה ימצא עצמו בהרכב חסר משום שאחד השופטים בהרכב חלה לפתע, אך אין השופטים בבתי המשפט נעדרים משיבות בשל עיסוקים חשובים אחרים שנקרו על דרכם. ושלישית, בבית המשפט, אם חלה שופט, או יצא להופעה, או נפטר חלילה, אין בכך כדי לשתק את פעולתו של בית המשפט, שכן במקרה כזה יכול בדרך כלל נשיא בית המשפט למלא את המקום באמצעות שופט אחר של אותו בית משפט, ואילו בבית דין מינהלי אין עלי-פי רוב יותר חברים מן הנדרש להרכבת מותב אחד, ולכן העדרו של אחד החברים עלול לשתק את בית הדין.

ראיה לכך שאמנם יש כאן מכשול ממשי לפעולה תקינה של בתי הדין, ניתן למצוא בעצם העובדה שהמחוקק ראה צורך לקבוע בחוקים אחדים הוראות מיוחדות, המאפשרות לבית הדין לדון גם בהרכב חסר. נפנה עכשיו ונבדוק הוראות אלו, ולאחר מכן נעבור ונבדוק אותם מקרים שלא הוסדרו על ידי הוראות מסוג זה.

הוראות חוק המאפשרות דיון בהרכב חסר

כאמור, לעתים המחוקק, כאשר הוא מסדיר הקמתו של בית דין, ער לשיבושים העלולים להיגרם כתוצאה מהעדרו של אחד מחברי בית הדין, והוא מוסיף וקובע כי בית הדין יהיה מוסמך לדון ולהחליט גם בהרכב חסר⁵. והנה דוגמאות אחדות. חוק בית הדין לעבודה, תשכ"ט-1969, סעיף 22, אומר: "(א) נציג ציבור שהוזמן ולא בא, רשאי אב בית הדין, אם לדעתו לא היתה סיבה סבירה להעדרו, לקיים את הדיון ללא השתתפותו, ובלבד שבבית דין הדן בשלושה או בחמישה יהיה תמיד נוכח נציג ציבור אחד לפחות, ובבית דין הדן בשבעה – שני נציגי ציבור לפחות. (ב) נשאר המותב במספר זוגי והיו הדעות שקולות, תכריע דעתו של אב בית הדין". חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, קובע בסעיפים 166 ו-167, כי וועדת ערר למיתקנים בטחוניים תורכב בדרך כלל מחמישה חברים, ובמקרים מסויימים משלושה חברים בלבד, ומוסיף ואומר בסעיף 169: "המנין החוקי בשיבות ועדת הערר למיתקנים בטחוניים הוא שלושה חברים, ובהרכב של שלושה – שני חברים". פקודת העיריות (נוסח חדש) קבעה בשעתו, בסעיף 281, כי וועדת שומה תורכב משלושה חברים; בא החוק לתיקון פקודת העיריות (מס' 8) (ביטול ארגונת רכוש), תשכ"ח-1968, ואמר בסעיף 20: "החלטת ועדת שומה שליד עיריה או מועצה מקומית לא תיפסל בשל כך בלבד שנתקבלה בישיבה שבה נוכחו שניים בלבד

5 הוראות מסוג זה רגילות למדי בחוקים המקימים רשויות מינהליות (להבדיל מבתי דין) המורכבות ממספר חברים גדול. כך, לדוגמא, אומר חוק רשות השידור, תשכ"ה-1965, בסעיף 12(ב): "ששה עשר חברי המליאה, כשביניהם היושבי-ראש או משנהו, יהיו מנין חוקי בישיבות המליאה; לא היה מנין חוקי בישיבת המליאה, יכנס היושבי-ראש את המליאה לישיבה שניה תוך עשרה ימים מן התאריך שנקבע לישיבה הקודמת; ישיבה זאת תהיה כדיון בכל מספר של נוכחים". ומוסיף ואומר סעיף 22 של אותו חוק: "קיום המליאה או הוועד המנהל, סמכויותיהם ותוקף פעולותיהם לא יפגעו מחמת שנתפנה מקומו של חבר בהם, או מחמת ליקוי במינויו או בהמשך כהונתו".

מחברי הוועדה". ולבסוף, פקודת הרשויות המקומיות (מס עסקים), 1945, מסדירה הקמת בית דין למס עסקים אשר יורכב משלושה חברים, וקובעת בסעיף 33(5) כי "כל הבקשות שהובאו לפני בית דין למס עסקים לפי הוראות פקודה זו, יוכרע בהן ברוב דעות חברי בית הדין: בתנאי שבית הדין למס עסקים יחשב למורכב כראוי אם, בשעת שמיעת כל בקשה בכל ישיבה שלו, נוכחים היושב ראש וחבר אחד אחר שלו, ואילו במקרה של חילוקי דעות בין היושב ראש והחבר האחר האמור, יישמע הענין מחדש בפני בית הדין כשהוא מורכב משלושה חברים כאמור לעיל". סעיפים דומים מצויים בחקיקים נוספים.⁶

בענין זה, כמו בעניינים רבים אחרים המתייחסים לבתי הדין המינהליים, נראה כי המחוקק אינו פועל על-פי שיטה, אלא על-פי שיקולים המיוחדים לכל חוק וחוק, או באופן מקרי לגמרי. ראשית דבר, קשה למצוא מכנה משותף שיחבר את החוקים בהם נקבעה הוראה המאפשרת דיון בהרכב חסר, ויבדיל אותם מן החוקים בהם לא נקבעה הוראה כזאת. לעתים ניתן, אמנם, להסביר את ההחלטה לכלול הוראה כזאת בחוק מסויים במהות הנושא הנדון בבית הדין,⁷ או בניסיון שלילי שנרכש בהפעלת בית הדין, לפני שניתן היתר לקיים בו דיון בהרכב חסר,⁸ או בשיקולים ענייניים אחרים. אך הרבה פעמים החיפוש אחר הסבר מסתיים בתמיהה. הנה, לדוגמא, חוק הרשויות המקומיות (היטל סעד ונופש), תשי"ט-1959, קובע כי בוועדת ערר, הדגה בעררים על תביעות להשלום היטל סעד ונופש, שני חברי הוועדה, מתוך שלושה, יהיו מנין חוקי (סעיף 10); ואילו חוק הרשויות המקומיות (ביוב), תשכ"ב-1962, אינו כולל הוראה כזאת, או הוראה דומה, לגבי וועדות הערר המוסמכות

6 ראה חוק המועצה לענף הלול (ייצור ושיווק), תשכ"ד-1964, סעיף 33; חוק לפיקוח על יצוא של בעלי-חיים ושל תוצרת מן החי, תשי"ז-1957, סעיף 8; חוק המועצה לייצור ולשיווק של ירקות, תשי"ט-1959, סעיף 26; חוק ההתישבות החקלאית (סיווגים לשמוש בקרקע חקלאית ובמים), תשכ"ז-1967, סעיף 5; תקנות השבחת יצור חקלאי (בעלי חיים) (בקר לחלב), תשי"ז-1957, תק' 2; תקנות השבחת יצור חקלאי (בעלי חיים) (עזי בית), תשי"ז-1957, תק' 2; חוק הרשויות המקומיות (היטל סעד ונופש), תשי"ט-1959, סעיף 10; תקנות שירותי הסעד (סדרי הנהל בוועדות ערר), תשכ"ו-1965, תק' 9; חוק ישוב סכסוכי עבודה, תשי"ז-1957, סעיף 26; חוק שירות עבודה בשעת חירום, תשכ"ז-1967, סעיף 28.

7 אפשר שהחוק יקבע כי ועדת ערר חשב בשלושה, ואילו מתקין תקנות, כשהוא קובע סדרי נוהל לוועדה זאת, יאמר במפורש או ברמז כי הוועדה רשאית לדון גם בהרכב חסר. ראה, לדוגמא, תקנות שירותי הסעד (סדרי הנהל בוועדות ערר), תשכ"ו-1965, תק' 9. ספק רב אם הוראה כזאת מצוייה בתחום הסמכות להתקין תקנות סדר דין. השווה בג"צ 112/61 מלמד נ. הרצוג נ. המשפחה לפי חוק נכי רדיפות הנאצים, ט"ו פד"י, 1830, 1834. ראה גם לגבי האפשרות לדון בהרכב חסר בבית דין משמעתי לפי חוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961, להלן הערה 47.

8 כן, לדוגמא, מסדיר חוק שירות עבודה בשעת חירום, תשכ"ז-1967, הקמת ועדות שירות עבודה, שכל אחת מהן תהיה מורכבת משופט שימנה שר המשפטים ושני חברים נוספים שימנה שר העבודה, אך סעיף 28(ג) של החוק אומר: "הוועדה תפעל בכל מספר חברים נוכחים, ובלבד שהיושב ראש יהיה נוכח". כאן, מסתבר, הצורך המיוחד בפעולה מהירה ביותר בשעת חירום קשה, הוא המצדיק הוראה המאפשרת דיון בהרכב חסר.

9 ראה, לדוגמא, לגבי ההוראה המאפשרת לבית הדין המשמעתי לפי חוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961, לדון בהרכב חסר, להלן, החומר המתייחס להערות 43 ו-47.

לדון בעררים על דרישות לתשלום היטל ביזב. וכי יש הסבר סביר להבדל זה בין שני חוקים אלה?

נוסף לכך, קשה למצוא שיטה, אפילו באותם חוקים בהם נקבעה הוראה המחירה דיון בהרכב חסר. באשר ללשון בה נקט המחוקק: פעם הוא נוקב מספר מסויים שיהווה מניין חוקי; פעם הוא מוסיף וקובע, כי לא יהיה מניין חוקי ללא נוכחות יושבי-הראש; פעם הוא מתיר דיון בהעדרו של חבר בית-הדין רק אם נתקיים תנאי מסויים; ופעם הוא מציג תנאי אחר. ההבדלים אינם לשוניים גרידא, אלא הם מהותיים, ועשויה להיות להם נפקות מעשית. כך, למשל, חוק בית הדין לעבודה גותן דעתו לסיבת ההעדרות, להבדיל מחוקים אחרים שאינם מתייחסים כלל לענין זה.¹⁰ וגם כאן סביר יותר, ברוב המקרים, לייחס את ההבדלים ליד המקרה מאשר להסביר אותם בשיקולים ענייניים.

כנגד ההבדלים התמוהים בין ההוראות המתירות דיון בהרכב חסר עומדות בעינת אחדות המשותפות לכל ההוראות האלו. וזו הבעיה הראשונה: האם ההוראות מתייחסות רק למקרה בו בית הדין קיים בהרכב מלא אך אחד החברים נעדר מן הישיבה, למשל מחמת מחלה, או אולי הן מתייחסות גם למקרה בו נתפנה מקום של אחד החברים, כגון שנפטר או התפטר? אפשר, כמובן, שלשון החוק תיתן תשובה מפורשת לשאלה זאת, אך הדבר נדיר.¹¹ בדרך כלל צריכה התשובה להינתן על דרך הפרשנות. מסתבר כי הפרשנות הפשוטה תומכת, על-פי רוב, במסקנה שהמחוקק לא נתכוון לאפשר דיון בהרכב חסר אלא במקום שבית הדין עדיין קיים בהרכב מלא. כך, לדוגמא, סעיף 22 של חוק בית הדין לעבודה¹² מדבר על נציג ציבור שהוזמן ולא בא בלא סיבה סבירה להעדרו: משמע, פלוני שהוזמן, עדיין הוא נציג ציבור בבית הדין. כך גם לגבי סעיף 33(5) של פקודת הרשויות המקומיות (מס עסקים), 1945,¹³ האומר כי אם דן בית הדין בשניים, והתעוררו חילוקי דעות ביניהם, יישמע הענין מחדש בפני בית הדין כשהוא מורכב משלושה חברים: מסתבר, אם כן, שבית הדין קיים עדיין בהרכבו המלא. יתירה מזאת, בסעיפים אלה, ובאחרים כמותם, מדבר המחוקק על "בית הדין" או על "ועדת הערר", שניתנת להם רשות לדון בהרכב חסר, ואפשר לומר, כי כאשר נתפנה מקום בבית הדין או בוועדת הערר, ומספר החברים פחת מן הקבוע בחוק, שוב אין לך "בית דין" או "ועדת ערר". למה הדבר דומה? למקרה בו מלכתחילה נתמנו לבית הדין רק שני חברים, ולא שלושה כפי שדורש החוק, שבמקרה כזה נאמר שבית הדין טרם הוקם ועדיין אינו

10 ראה נוסח הסעיפים המצוטטים לעיל בעמ' 588-589.

11 יתכן שכך המצב, לדוגמא, לגבי ועדת ערר למיתקנים בטחוניים המוקמת לפי חוק התכנון והבנייה, תשכ"ה-1965. סעיף 41 של חוק זה קובע: "שום פעולה של מוסד תכנון לא תיפסל מחמת זה בלבד שבזמן עשייתה היה מקומו של חבר במוסד פנוי מכל סיבה שהיא". לפי ההגדרה שבסעיף 1 לחוק זה אפשר שוועדת ערר למיתקנים בטחוניים היא "מוסד תכנון". אך אין זה נקי מספק. הספק נובע, בין היתר, מכך שהמחוקק לא הסתפק בסעיף 42 לאותו חוק, הקובע מניין חוקי של מחצית החברים לכל מוסד תכנון, וראה צורך לקבוע בסעיף 169 לחוק הוראה מיוחדת בדבר המניין החוקי בישיבות ועדת הערר למתקנים בטחוניים. ראה לעיל עמ' 588.

12 ראה נוסח הסעיף לעיל בעמ' 588.

13 ראה נוסח הסעיף לעיל בעמ' 589.

קיים. מטעמים אלה נוטה הדעת לומר כי המחוקק, שעה שהתיר לבית הדין לדון בהרכב חסר, לא נתכוון אלא לבית דין הקיים בהרכב מלא, ולא לבית דין קטוע. ואפשר להוסיף ולומר כי לא רק מבחינה לשונית אלא גם מבחינה עניינית יש מקום להבחין בין השניים. נראה שהמחוקק התיר במקרים מסויימים דיון בהרכב חסר, אף שרצוי כמובן כי כל בית דין ידון תמיד בהרכב מלא, כפתרון לבעיית ההעדרויות: העדרויות תכופות, פעם של חבר זה ופעם של חבר אחר של בית הדין, לעתים בשל סיבה טובה ולעיתים ללא כל סיבה סבירה, גורמות לשיבושים קשים, וכיוון שאי אפשר למנוע אותן, ראוי המחוקק לנכון לצמצם את הפגיעה באמצעות הוראה המתירה דיון בהרכב חסר. אך הבעיה שונה מבחינות אחדות כאשר בית הדין אינו יכול לדון בהרכב מלא משום שאחד החברים נפטר או התפטר: ראשית, תופעה זאת אינה שכיחה, ולכן גם אינה מכבידה, כמו התופעה של העדרות; שנית, בכל מקרה כזה ניתן להתגבר על הקושי על-ידי מינוי חבר חדש; ושלישית, אם יאפשר לבית הדין להמשיך ולפעול גם ללא מינוי חבר חדש, יש לחשוש שמא יידחה המינוי לתקופה ממושכת, ובינתיים ישב בית הדין דרך קבע בהרכב מקוטע, וכמובן שאין הדבר רצוי. מכל הטעמים האלה נראה כי הוראות חוק המאפשרות דיון בהרכב חסר ראוי לפרש ולומר, בדרך כלל, שהן מוגבלות לאותם מקרים בהם בית הדין קיים בהרכב מלא¹⁴. אם כן, עדיין קיימת ועומדת במקרים אלה השאלה: האם יש תוקף להחלטה של בית דין שנתפנה בו מקום של אחד החברים והוא דן, בנסיבות אלו, בהרכב חסר? על כך לחלוץ. בעיה שניה מתייחסת לאותם מקרים בהם הדיון בענין מסויים אינו מסתיים בשיבה אחת: חבר של בית הדין שנעדר מאותה ישיבה, האם הוא רשאי להופיע ולהשתתף בהמשך הדיון, ואולי הוא רשאי אפילו להשתתף במתן ההחלטה בלבד אף שנעדר מכל הישיבות בהן דן בית הדין באותו ענין?

לגבי בית הדין לעבודה נאמר במקרה אחד על ידי נשיא בית הדין הארצי, השופט בר-ניב, כך: "למותר לציין שקיום הדיון בישיבה מיום 22.3.1971 ללא השתתפות אחד מנציגי הציבור, אינו גורר אחריו גם המשך הדיון בהעדר אותו נציג ציבור"¹⁵. נשיא בית הדין, כיוון שראה את הדבר כמובן מאליו, לא טרח להסביר את דבריו. אך אפשר לתמוך בהם ולומר, כי הם מתיישבים עם נוסח סעיף 22 של חוק בית הדין לעבודה¹⁶: כי מבחינה מעשית השתתפותו של נציג ציבור עשויה להעלות תרומה לאיכות הדיונים וההחלטה גם אם אין היא רצופה ומלאה; וכי בדרך כלל השתתפות כזאת לא תגרום לנזק או עוול, במיוחד כאשר בית הדין מקבל החלטתו פה אחד, כפי שאכן קורה על-פי רוב. אולם שיקולים אלה אינם מציגים אלא צד אחד של התמונה. מן הצד השני ניצבים שיקולים המובילים למסקנה שונה.

14 אכן, כך פירש בית המשפט העליון את סעיף 20 של החוק לתיקון פקודת העיריות (מס' 8) (ביטול ארגונת רכוש), תשכ"ח-1968 (לעיל בעמ' 588). בע"א 12/68 קירית ראשון-לציון נ. ויזלר, כ"ב פד"י (2), 256, 259, אמר השופט ויתקון: "אין ספק שאילו התפטר אותו חבר, שלא היה נוכח בישיבות הוועדה, לא היה מקום להחיל על 'ועדה מקוטעת' כזאת את ההוראה שבסעיף 20". וראה עמדה דומה של המשפט העברי שבאה לידי ביטוי בערעור תשכ"ח/135, חוגי הצעירים של המפד"ל ואח' נ. המפד"ל המזרחי הפועל-המזרחי ואח', ז' פסקי דין של בתי הדין הרבניים, 225, 252-254.

15 דיון לא-20/9 אלוים (ישראל) בע"מ נ. ביבאם, ב' פד"ע, 232, 233.

16 ראה נוסח הסעיף לעיל בעמ' 588.

אכן, במקרה אחד הגיע בית המשפט העליון למסקנה הפוכה. ומעשה שהיה כך היה.¹⁷ עורך דין פלוני הואשם (לפני שנתקבל חוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961) בפני המועצה המשפטית בהתנהגות שאינה לפי כבוד המקצוע. המועצה, בהתאם לתקנות המועצה המשפטית, תשי"ג-1953, מינתה וועדת חקירה מורכבת משלושה חברים לחקור בהאשמה. תקנה 51(ב) לאותן תקנות קבעה כי "שנים מחברי הוועדה, ובתוכם יושב-ראש הוועדה, יהיו מגין חוקי בישיבותיה". הלכה למעשה, כשנתקיימה החקירה השתתפו בה רק שניים מחברי הוועדה, וביניהם יושב-הראש, ורק לקראת סיומה של הישיבה הופיע החבר השלישי. בסופו של דבר החליטה הוועדה, פה אחד, כי עורך דין פלוני אכן אשם בהתנהגות שאינה הולמת את המקצוע. מליאת המועצה המשפטית אישרה את מסקנות הוועדה והטילה על עורך דין פלוני עונש. מכאן הערעור לבית המשפט העליון. אחת הטענות המרכזיות בערעור היתה שעובדה זאת, דהיינו, הצטרפות החבר השלישי לישיבת הוועדה זמן מועט בלבד לפני סיומה, פוסלת את החלטת הוועדה. טענה זאת נתקבלה על ידי בית המשפט. תקנה 51(ב), פסק בית המשפט, מתייחסת רק למקרה בו מתחילת הדיונים ועד סופם נוכחים בישיבת הוועדה שניים מחברי הוועדה: "הם מתחילים והם גומרים".¹⁸ אך כאן, כפי שאמר מ"מ הנשיא חשין, החבר השלישי "לא שמע מפי המערער את טענות הגנתו, הוא לא ראה את התנהגותו בעמדו לדין, הוא לא האזין לתשובותיו וזמן הנמנע היה כי התרשם התרשמות בלתי אמצעית מדברי המערער ומהסבריו. במסיבות אלה, לפלא הוא הדבר כיצד יכול היה חבר ועדה זה לומר כפי שנאמר בהחלטת הוועדה – כי תשובותיו (של המערער) לחברי הוועדה נראו כמתחמקות ולא משכנעות ביותר".¹⁹ משום כך, פסק ואמר, "גוהל כזה הוא, לדעתי, עיוות-דין כלפי עורך-הדין, והוא פוסל את הדיונים ללא תקנה".²⁰ השופט לגדוי, שהצטרף לדברים אלה, הוסיף: "יתכן כי רחוקה היא האפשרות שמהוו היה משתנה לטובת המערער, אילו השתתף חבר הוועדה השלישי בישיבת הוועדה מתחילתה. אבל חשש כלשהו לעיוות הדין ישנו כאן, ודי בכך כדי לפסול את דיוני הוועדה ואת החלטת המועצה שהיתה מבוססת עליהם. הדיון באשמת התנהגות בלתי הולמת את המקצוע הוא כעין פלילי, ותוצאותיו עלולות להכתיים את שמו של עורך-הדין לא פחות מהרשעה פלילית. משום כך זכותו היא שינהגו אתו בסדרי הדיון באותה זהירות הנהוגה במשפט פלילי".²¹ גם השופט ויתקון היה בדעה "שאינן להצדיק את הדבר שקרה פה", וכי "אין הוועדה יכולה לשנות את הרכבה תוך מהלך ישיבתה או ישיבותיה עד למתן החלטתה"; אך סבר, בדעת מיעוט, כי בכל זאת אין לפסול את החלטת המועצה, שכן בנסיבות המקרה לא גרם הפגם לעיוות-דין.²²

17 עמ"מ 1/54 ע"ד פלוני נ. יו"ר חברי המועצה המשפטית, ח' פד"י, 1209.

18 שם, בעמ' 1217.

19 שם.

20 שם.

21 שם.

22 שם, בעמ' 1214, 1215. אכן, הלכה פסוקה היא שלא כל פגם בהרכב, ואפילו במינוי, פוסל את ההחלטה מיסודה, שכן בית המשפט עדיין רשאי לשאול עצמו אם הפגם יורד לשורש הסמכות או אם יש בו כדי לגרום עיוות דין או עוול. ראה, לדוגמא, ע.ש. ת"א 219/66 אייל

לכאורה אין זה מן הנמנע ליישב בין פסק דין זה של בית המשפט העליון לבין דבריו של נשיא בית הדין לעבודה (לעיל). אפשר לטעון, כי הדברים של בית המשפט העליון מוגבלים למקרים בהם ההתדיינות נושאת אופי מעין-פלילי או, באופן מקיף יותר, למקרים בהם קיימת מחלוקת עובדתית, מושמעות עדויות, ויש חשיבות להתרשמות בלתי-אמצעית מן העדים. אך לזאת ניתן להשיב שאין כל סימן לכך שנשיא בית הדין לעבודה אכן התכוון להגביל דבריו למקרים בהם אין מחלוקת עובדתית. להיפך, שיתופם של נציגי ציבור בבית הדין לעבודה נועד בעיקר למקרים בהם קיימת מחלוקת עובדתית, ולכן סביר להניח, כי נשיא בית הדין לעבודה נתכוון בדבריו גם למקרים כאלה.

אולם, מעבר לשאלה אם ניתן ליישב את הדברים שנאמרו בבית המשפט העליון עם אלה שנאמרו בבית הדין לעבודה, חשובה העובדה שבעניין זה יש קיום לדעות נוגדות, ועדיין לא הוכרע ביניהן באמצעות הלכה בעלת תחולה כללית. כיוון שכך, מתעוררת השאלה: איזו דעה עדיפה?

אפשר לומר, כי התשובה תלויה בכל מקרה ומקרה בנוסח של הוראת החוק המאפשרת באותו מקרה דיון בהרכב חסר. אך דומה שאף אחד מן הנוסחים המצויים אינו מלמד דבר או חצי-דבר על כוונת המחוקק בעניין זה. יתירה מזאת, דומה שאין זה ראוי להיתלות בגוונים של נוסח כדי למצוא בהם רמז לכוונה משוערת של המחוקק, ולהגיע בדרך זאת, בעקבות הבדלים דקים בנוסח, לתוצאות שונות בחוקים שונים. ההבדלים בין הנושאים המוסדרים על-ידי החוקים השונים אינם מצדיקים תשובות שונות לשאלה אם בית דין שהחל לדון בהרכב חסר חייב להמשיך ולסיים את הדיון בהרכב חסר. בשאלה זו ראוי, כמדומה, לקבוע הלכה בעלת תחולה כללית. מהי, אם כן, ההלכה הרצויה?²³

אם צריך היה להכריע בין הדעה האומרת שחבר בית דין אשר געדר משיבה אחת שוב אינו רשאי להשתתף בישיבות אחרות בהן נדון אותו עניין, לבין הדעה הגורסת להיפך, דומה כי הכף היתה נוטה לצד הדעה הראשונה. נכון, אמנם, כי גם אם יורשה לחבר בית דין, שנעדר משיבה אחת, להשתתף בישיבה שניה ובמתן ההחלטה, עדיין אין, בדרך כלל, אלא חשש מועט לעיוות דין או לשינוי התוצאה. אף-על-פי-כן, אפשר לומר, כי מספיק חשש כלשהו שהחלטת בית הדין

ג. המועצה המקומית חור השרון, ג"ה פס' (מ), 146. כאן נתברר עניינה של ועדת שומה שדנה בהרכב של ארבעה, ולא בהרכב של שלושה כפי שנקבע בצו שהקים אותה. בית המשפט המחוזי תל אביב, כי פגם זה לא גרם עוול ולא השפיע על ההחלטה של ועדת השומה, ולכן לא היה בו כדי לפסול החלטה זאת.

23 בעקבות פסק דין זה הלך בית המשפט העליון בפסק דין נוסף: עמ"מ 2/54 ע"ד פלוני נ. יו"ר וחברי המועצה המשפטית, ט' פד"י, 281. בית המשפט לא אמר שכך הדין בכל מקרה בו המחוקק קובע מניין חוקי. השופט ברנזון אמר: "באופן רגיל כאשר נקבע מניין חוקי לגוף סטטוטורי הכוונה היא שישתתף בכל ישיבה מספר חברים שאינם נופל מהמניין החוקי, אך אין צורך ברציפות השתתפותם של אותם החברים בכל הישיבות שבהן מתחיל ונמשך הדיון עד גמירת בענין מסוים" (שם, בעמ' 297). אך כאן, הוסיף השופט, שאני: "שונה המצב בוועדת חקירה שבה המתחיל בהעדרות אומרים לו 'גמור' (שם). ניתן לומר כי הדברים הם בבחינת קל וחומר לגבי בית דין.

24 לא מצאתי הלכה בעניין זה במשפט האנגלי או במשפט ארה"ב.

היתה משתנה, לו השתתף אותו חבר בדיון מראשיתו, כדי לפסול את ההחלטה.²⁵ כלשון האימרה הידועה, לא די שייעשה צדק אלא צריך גם שייראה כי נעשה צדק. והנה, מבחינתו של המתדיין הרגיל, תדמיתו של הצדק עלולה להיפגם כאשר בהכרעה משתתף חבר בית דין שנעדר מחלק מן הישיבה או הישיבות בהן נדון עניינו. לכן, אם ייקבע כהלכה כללית שבמקרה כזה חייב בית הדין להמשיך ולדון בהרכב חסר, יהיה בכך, מצד אחד, כדי לשרת את תדמית הצדק, ואילו מן הצד השני לא יהיה בכך, בדרך כלל, אלא גזק מועט ליעילות ולרמה של ההתדיינות.

אולם, הלכה כזאת נראית קיצונית וגוקשה יתר על המידה, ובנסיבות מסוימות אף בלתי-סבירה או בלתי-צודקת, ולכן קשה להשלים עמה. האם, למשל, יהיה זה צודק או גבון להחיל הלכה זאת על דיון שכל כולו עוסק בשאלות משפטיות, כגון דיון ערעורי, ואין בו מקום לשאלה של התרשמות בלתי אמצעית מעדים? והאם צודק יהיה להחיל אותה במקרה של דיון שנתמשך על פני ישיבות רבות ובכולן השתתפו כל חברי בית הדין באופן סדיר, עד אשר בישיבה אחת, לקראת סוף ההתדיינות, נעדר אחד החברים, או אולי רק אחד ונעדר מחלק מן הישיבה? וזאת לדעת, שלעיתים עצמו וגסיונו של אותו חבר עשויים להיות בעלי ערך רב בהמשך הדיון וגיבוש ההחלטה על-ידי בית הדין.

משום כך, עדיף לדעתי למצוא דרך-ביניים שתאפשר בכל מקרה לשקול את הנסיבות המיוחדות, ובעיקר את מידת החשש לעיוות דין, ובהתאם לכך לפסוק אם אמנם חבר בית הדין שנעדר מישיבה אחת או מישיבות אחדות רשאי להשתתף בישיבה מאוחרת יותר בה נדון אותו ענין. דרך זאת מזכירה את הדרך בה בחרה ההלכה בסוגיה של משוא-פנים. כידוע, אחד מכללי הצדק הטבעי קובע, כי מי שממלא תפקיד שפיטתי או מעין-שפיטתי, והוא קרוב לאחד מבעלי הדין או לנושא הגדון בבית הדין, עשוי להיפסל בשל משוא-פנים. נגיעה כספית כלשהי בנושא ההתדיינות, תהא זו אף נגיעה קטנה, די בה כדי לפסול, שכן במסיבות אלה מניחה ההלכה שקיים משוא-פנים. אך לא כן לגבי נגיעה אחרת. כפי שנאמר על-ידי מ"מ הגשיא חשין, בהסתמכו על ההלכה האנגלית, בפסק הדין המנחה בסוגיה זאת: "אין אדם נפסל על יסוד 'נגיעה' (מחוץ לנגיעה כספית או חפצית) בנושא-הדיונים, אלא אם כן מראים על אפשרות ממשית ('a real likelihood') של משוא-פנים, או דעה משוחדת. חשד בלבד אינו די".²⁶ והשאלה אם אמנם קיימת אפשרות ממשית של משוא-פנים, ולא חשד בלבד, תוכרע בהתחשב בנסיבות של כל מקרה על-פי קנה המידה של האדם הסביר.²⁷

השיקולים המדריכים בסוגיה של משוא-פנים דומים לשיקולים המרכזיים בסוגיה שלפנינו, הווי אומר, מצד אחד הרצון למנוע עיוות דין או רושם רציני של עיוות דין, ומן הצד השני הרצון למנוע פסילה או שיבוש של ההתדיינות בגלל טענה פורמלית או חשש בלתי-סביר לעיוות דין. ניתן, משום כך, לקבוע הלכה בסוגיה שלפנינו על דרך ההיקש להלכה בסוגיה של משוא-פנים. בהתאם אפשר לומר,

25 ברוח דבריו של השופט לגדוי בעמ"מ 1/54 ע"ד פלוני נ. יו"ר וחברי המועצה המשפטית, ח' פד"י, 1209, 1217. ראה דברים אלה לעיל בעמ' 592.

26 בג"צ 174/54 שימל נ. רשות ממשכת לצורך הסדר תפיסת מקרקעים, ט' פד"י, 459, 462.

27 שם, בעמ' 463.

כי חבר בית דין שנעדר משיבה בה נדון עניין מסוים יהיה פסול להשתתף בישיבה מאוחרת יותר בה נדון אותו עניין, אם קיימת אפשרות ממשית, על-פי קנה המידה של האדם הסביר, שהעדרות תשפיע על ההחלטה של בית הדין.

לענין זה יכול בית המשפט להתחשב בגורמים אחדים. אחד הגורמים המכריעים יהיה, כמובן, משך ההעדרות: העדרות מחלק של ישיבה אחת, כגון בשל איחור לישיבה, אינה דומה להעדרות משיבות אחדות של בית הדין. גם הנושא שנדון על-ידי בית הדין אותו זמן יהיה בעל חשיבות: למשל, אם הדיון הוקדש, במשך העדרותו של אחד החברים, לעניינים שבסדר דין או לטיעון בשאלות משפטיות, והטיעון נרשם בפרטיכל של בית הדין, יוכל החבר שנעדר להשלים את החסר ללא הפסד של ממש; לעומת זאת, אם אותו זמן נערכה הקירטו של עד ראשי, יש מקום לחשוש שההעדרות תשפיע על ההחלטה של בית הדין; אם כן, גם במקרה כזה, ניתן אולי לתקן את נזק ההעדרות על-ידי חזרה על אותה חקירה. כמו כן, לעתים תהיה משמעות לשאלה מי החבר שנעדר: אפשר, לפחות בנסיבות מסוימות, שדינו של יושב-ראש בית הדין לא יהיה, בהקשר זה, כדינו של חבר אחר; או שלהעדרותו של חבר שנתמנה לבית הדין בשל כשירות מיוחדת בעניינים הנדונים על-ידי בית הדין, כגון רופא או חקלאי, יהיה משקל רב יותר מאשר להעדרותו של חבר ללא כשירות כזאת; או שיהיה טעם לשאול, בבית דין שיושבים בו נציגי ציבור, אם החבר שנעדר נמנה או אינו נמנה על אותו ציבור שבעל הדין נמנה עליו. ונוסף לכל אלה, עשויה להיות חשיבות רבה, לעניין הנפקות המשפטית של ההעדרות, לעמדתם של בעלי הדין במהלך ההתדיינות. כאן צריך לתזור ולהזכיר, כי עצם האפשרות שחבר בית דין אשר נעדר משיבה אחת יהיה פסול להשתתף בישיבה אחרת בה נדון אותו עניין, וכן האפשרות שהמשך ההשתתפות של חבר כזה תגרום לפסילת ההתדיינות כולה, מתבססת בעיקר על החשש שההעדרות תשפיע על ההחלטה של בית הדין ותעוות דינו של אחד מבעלי הדין. לכן יש טעם לומר, כי אם בעל הדין הסכים שחבר בית הדין אשר נעדר משיבה יוכל להשתתף בישיבה שלאחר מכן, שוב אין הצדקה לשמוע מפיו של אותו בעל דין, לאחר שניתנה החלטה על-ידי בית הדין, טענה שיש לפסול את ההתדיינות בשל אותה העדרות. אפשר אולי להרחיק לכת ולומר, כי צד להתדיינות, הרואה כי חבר בית דין שנעדר משיבה אחת מתכוון להשתתף בישיבה אחרת בה נמשך הדיון באותו נושא, צריך לקום באותו מעמד ולהשמיע התנגדותו להשתתפות זאת, אם אמנם הוא מתנגד לכך בשל חשש לעיוות דין. ואם לא עשה כן, ניתן יהיה לראותו, בדרך כלל, כאילו הסכים להמשיך ההשתתפות של אותו חבר, ולא יורשה לו לעורר התנגדותו לראשונה לאחר מתן ההחלטה על-ידי בית הדין.²⁸

הלכה כזאת, התולה את הנפקות המשפטית של ההעדרות באפשרות הממשית של עיוות דין לפי הנסיבות של כל מקרה, חסרה את החדות והבהירות של כל אחת

28 הלכה דומה חלה לענין טענת משוא פנים. ראה, לדוגמא, בג"צ 305/51 פד"י ג. רשות מוכמנת להפסית מקרקעים, ו' פד"י, 33. כנגד זאת, גם אם הובעה התנגדות בפני בית הדין, ברור שאין בית הדין חייב לקבלה, אלא עדיין הוא חייב לשקול בעצמו ולהחליט אם אמנם קיימת אפשרות ממשית של עיוות דין. השווה, לענין טענת משוא פנים, בג"צ 332/61 איזנר נ. פינקלשטיין, ט"ז פד"י, 1841.

מן העמדות הקיצוניות, כלומר, מצד אחד העמדה הגורסת, כי העדרות משיבה אחת מונעת בהכרח השתתפות בישיבות נוספות, ומן הצד השני העמדה האומרת, כי בשום מקרה לא תמנע ההעדרות את המשך ההשתתפות בישיבות של בית הדין. אכן, חוסר הבהירות של ההלכה המוצעת יש בו חיסרון, כיוון שבמקרי גבול אין ההלכה מאפשרת לצדדים להתדיינות, או לחברי בית הדין, לקבוע בוודאות אם אמנם קיים הפסול, שכן הדבר תלוי בהערכת הנסיבות על ידי האדם הסביר, כלומר, על-ידי שופטי בית המשפט העליון, אם וכאשר העניין יגיע אליהם. אך כנגד חיסרון זה, הקיים גם בהלכה בדבר משוא-פנים, יש להלכה כזאת, כמו להלכה בדבר משוא פנים, יתרון גדול, שהיא גמישה, גותנת משקל ראוי הן ליעילות הדיון והן לדרישת הצדק, ועשויה למנוע תוצאות בלתי-סבירות. על-פי הלכה זאת אפשר לקבל גם את הדברים שנאמרו בנושא זה על-ידי בית המשפט העליון וגם את אלה שנאמרו על-ידי נשיא בית הדין הארצי לעבודה, שכן הדברים השונים נאמרו בנסיבות שונות לגמרי.²⁹

כל זאת, כאמור, באותם מקרים בהם המחוקק קבע הוראה המתירה לבית הדין לפעול בהרכב חסר. אך רק במיעוט המקרים קבע המחוקק הוראה כזאת, כנראה משום שלא נתן דעתו לבעיה, ולכן גם לא טרח להמציא לה פתרון. מה, אם כך, הדין במקרה הרגיל, כלומר, כאשר אין הוראה של המחוקק המסדירה דיון בהרכב חסר?

סעיף 37 לפקודת הפרשנות (נוסח חדש)

בדרך כלל, באותם מקרים בהם אין המחוקק אומר דבר בענין המניין החוקי, חל סעיף 37 לפקודת הפרשנות (נוסח חדש), הקובע כך: "כל דבר שעשייתו מוטלת על מספר בני אדם שהם יותר משניים — עשייתו כשרה אם נעשה בידי רובם; והוא כשאין הוראה מפורשת אחרת". סעיף זה, המגלם כלל עתיק יומין של המשפט המקובל³⁰, קובע שני דברים בנשימה אחת: ראשית, שיש צורך שרוב החברים בגוף

²⁹ ראה לעיל בעמ' 591. בעצם, יתכן שגם אם היינו מקבלים את פסק הדין של בית המשפט העליון בעמ"מ 1/54 (ש"ב), כמייצג הלכה כללית, היינו מגיעים ברוב המקרים לתוצאה וזה לזו שהיתה מתקבלת על-ידי החלת ההלכה המוצעת כאן. כאמור, בית המשפט הגבוה לצדק נמנע, בדרך כלל, לפסול החלטות של רשויות מינהליות, ובכלל זה של בתי דין מינהליים, כאשר ההחלטה, אפילו היא פגומה, לא גרמה עוול. ראה לעיל הערה 22. לכן סביר להניח שגם אם היתה נקבעת הלכה כללית האוסרת על מי שנעדר מחלק מן הדיון להשתתף בהמשכו, הרי לו היה ברור במקרה מסוים, כי ההעדרות מן הדיון לא היה בה כדי לעוות דין, לא היה בג"צ מוכן לבטל את החלטת בית הדין. אכן, בדרך זאת הלך השופט ויתקון בעמ"מ 1/54 (ראה לעיל בעמ' 592). נמצא, כי גם על-פי הלכה כזאת השאלה המכרעת תהיה, בסופו של דבר, אם ההעדרות כן הישיבה עשויה היתה, בנסיבות המקרה, לגרום עוול. אם כך, אפשר לחשוב כי אין הבדל ממשי, מבחינה מעשית, בין שתי ההלכות. אך לא כך הוא: נראה כי להלכה המוצעת לעיל יש יתרונות חשובים אחדים. עיקר יתרונה בכך שהוא מציג את השאלה המכרעת באופן גלוי וישיר, ולא בעקיפין דרך שיקול הדעת של בג"צ, ובוהה היא מכוונת את המחשבה אל השיקולים הנכונים. בהתאם, גדלים הסיכויים שחבר בית דין שנעדר או איחר לישיבה לא יפסול עצמו, ולא יפסל על-ידי אחד הצדדים, מהשתתפות בהמשך הדיון, אלא כאשר יש טעם מיוחד לפסילה כזאת.

³⁰ בג"צ 7/55 ינאי' נ. אור, ט' פד"י, 1252, 1257.

ישתתפו בעשייה; ושנית, שדי בכך שרוב חברי הגוף השתתפו בעשייה. משמע, אם נעדר מיעוט מן הישיבה, עדיין הרוב כשר ורשאי לפעול בשם הגוף כולו.³¹ סעיף 37, לפי לשונו, עשוי וצריך לחול גם על בתי הדין למיניהם: הוא מדבר על "כל דבר"; אין הוא מוציא מתחומו, לא במפורש ולא ברמז, בתי דין או גופים אחרים בעלי תפקידים שפיטתיים; והוא פוטר מתחולתו רק מקרים בהם קיימת "הוראה מפורשת אחרת".³²

אף על פי כן נוטה דעת השופטים לומר, כי סעיף 37 אינו חל על בתי הדין למיניהם. בפסק דין אחד, שעסק בוועדה שנתמנתה על ידי המועצה המשפטית לחקור בהתנהגותו של עורך דין, אמר השופט ברנזון: "כלל גדול הוא, כי בית-משפט יכול לפעול רק במלוא ההרכב שנקבע לו בחוק. וההוראה שבסעיף 37 לפקודת הפרשנות, כי 'כל דבר שעשייתו מוטלת על מספר בני אדם כהם יותר משניים, עשייתו כשרה אם נעשה בידי רובם, אינה משפיעה על הכלל הזה. סעיף זה מתייחס לדעתי רק לגופים מינהליים ואין להחיל את הוראותיו לגבי אלה הממלאים תפקיד שיפוטי".³³ בפסק דין אחר, בו נידונה בין היתר השאלה אם וועדת הבחירות למועצת הרבנות הראשית מוסמכת לדון בהרכב חסר, אמר השופט חיים כהן כך: "אילו הייתי גורס שיש כאן וועדה מעין-שיפוטית, הייתי פוסק אף אני שאין רוב אלא כשכל החברים נוכחים ומשתתפים בדיון".³⁴ ושוב, במשפט אחר, נידונה השאלה אם וועדת שומה, המתמנית לפי פקודת העיריות לצורך קביעת ארנונת רכוש, רשאית לדון ולהחליט בהרכב של שניים מתוך שלושת חברים: בבית המשפט המחוזי נפסק, כי "וועדה כזאת הינה וועדה הממלאה תפקיד שיפוטי, והרי לכל הדעות העדרו של חבר אחד מחברי וועדה שיפוטית מבטל את דיוניה"; ובערעור אמר השופט ויתקון, בשם בית המשפט העליון, כי גם דעתו נוטה לכך "שוועדת שומה וועדה בת אופי שיפוטי היא ושאין בסמכותה להחליט אלא בהרכבה המלא".³⁵

31 אין פירוש הדבר שכל החלטה צריכה תמיכה של רוב חברי הגוף. די בכך שרוב החברים נוכח בישיבה, ולקבלת ההחלטה יספיק אם יתמכו בה רוב החברים הנוכחים בישיבה, אפילו הם מיעוט מכלל החברים של אותו גוף. כזה הוא הכלל של המשפט המקובל. ראה: *The Mayor etc. of the Staple of England v. Governor Company of Bank of Federal Trade Commission v. Flotill*, *England* (1888), 21 Q.B.D. 160, 165 וכן *Products* (1967), 389 U.S. 179, 19 L Ed. 2nd 398.

32 השווה בג"צ 7/55 ינוביץ נ. אור, ט' פד"י 1252, 1255. בעטים מאוד הם הסעיפים של פקודת הפרשנות בהם נאמר, כי יחולו בכל מקרה להוציא מקרה בו קיימת הוראה מפורשת אחרת (סעיפים 33 ו-42, וסעיף 27 שבוטל על-ידי חוק יסוד: הממשלה). רוב הסעיפים של פקודת הפרשנות חלים, כפי שנאמר בהם במפורש, "אם אין כוונה אחרת משתמעת".

33 עמ"מ 2/54 ע"ד פלוני נ. יו"ר חברי המועצה המשפטית, ט' פד"י, 281, 298. מכך הסיק השופט ברנזון, כי ועדת החקירה הממלאה, לדבריו, תפקיד שיפוטי מובהק, חייבת היתה לפעול בהרכב מלא, אילו לא תקנה 51(ב) לתקנות המועצה המשפטית, תשי"ג-1953, שהסמיכה את הוועדה לפעול בהרכב חסר. ומכאן אנוחנו יכולים להסיק, כבחינת קל וחומר, לגבי בתי דין.

34 בג"צ 210/60 הרב סולימאן עבדי נ. שר הדתות, י"ד פד"י, 2020, 2042. דברים אלה נאמרו, כפי שעולה בבירור מן ההקשר, תוך התייחסות לבשמעות של סעיף 37 לפקודת הפרשנות.

35 ע"א 12/68 עיריית ראשון לציון נ. יזר, כ"ב פד"י, 256, 258, 259. דברים אלה נאמרו אגב אורחא, כיוון שהערעור הוכרע על יסוד הוראת חוק, שנתקבלה לאחר שניתן פסק הדין בבית המשפט המחוזי, לפיה "החלטת ועדת שומה שליד עירייה או מועצה מקומית לא תיפסל

כל הדברים האלה נאמרו אגב־אורחא, ועדיין אין בהם כדי קביעת הלכה. אולם נראה, כי הם מבטאים עמדה שקולה; לא נמצא שופט שהביע דעה הפוכה; ולכן ניתן לצפות שכך תיפסק ההלכה. אכן, נראה כי בענין זה אין מקום להבחנה בין בתי משפט לבין בתי דין: מה בית משפט אינו רשאי לדון בהרכב חסר, אם אין חוק המתיר זאת במפורש, כך אף בית דין. השופט היום כהן הסביר טעמו של דבר, אגב התייחסות להלכות של המשפט העברי, וכך אמר: "אין חילוקי דעות בין הפוסקים שבפעולת שיפוט אין הולכים אחר רוב הדיינים או הבוררים אלא אם כולם ישבו בדין: אפילו נסתלק אחד מעשרה או אחד ממאה, נתפרדה החבילה, שאין הולכין אחר הרוב אלא כשרבו המזכין על המחייבין או המחייבין על המזכין, מתוך משא-ומתן של כולם, אבל כשהמיעוט איגנו—לא. אומרים שאילו היה שם אותו האחד, שמא היה מראה טעם להיפך כל מה שהסכימו הרוב, וידו הרוב בכך...".³⁶ יתירה מזאת, ניתן לומר שאם כך הדבר בבית משפט, קל וחומר בבית דין מינהלי, שבבית דין כזה, בדרך כלל אין החברים עשויים במתכונת אחת, אלא לעתים קרובות נדרשת מכל אחד מהם כשירות מיוחדת ושונה משל היתר, ולפעמים חברים שונים של בית דין אחד מייצגים, מבחינה מסוימת, קבוצות שיש להן אינטרסים נוגדים. הגיוון המאפיין את הרכב בית הדין מוסיף טעם לדרישה שבית הדין לא ידון אלא בהרכב מלא.³⁷ וניתן למנות טעמים נוספים לתמיכה בהבחנה בין בתי דין לבין גופים אחרים. בגוף שיש בו הרבה חברים אי אפשר יהיה לפעול באורח סדיר אם לא יתכן דיון בהרכב חסר, שכן גדולים הסיכויים שבכל ישיבה יעדר אחד החברים, מסיבה זו או אחרת; אך בבית דין, שבדרך כלל יושבים בו רק שלושה חברים, אף כי צריך לצפות להעדרות מקרית שתשבש את הדיונים, אין לומר שבית הדין לא יוכל לפעול אלא אם ינתן לו לדון בהרכב חסר. כמו כן, בגופים מינהליים אין, בדרך כלל, חשיבות רבה למספר המדויק של חברי הגוף; ואילו לגבי בתי דין נודעת משמעות מיוחדת, כמעט מיסטית, למספר שלושה.³⁸

בשל כך בלבד שנתקבלה בישיבה שבה נוכחו שניים בלבד מחברי הוועדה". פסק הדין אינו מאזכר את סעיף 37 של פקודת הפרשנות (נוסח חדש).

36 ראה גם, באותה רוח, ע"א 132/68 פ"י ג. עיריית חיפה, כ"ב פד"י, 261, 265; ע"א 162/49 פרייז ג. סוכריה, ב' פס' (מ), 74; ע.ש. ת"א 172/67 קליין ג. ועדת השימושה ואח', ג"ט פס' (מ), 284, 286.

37 בג"צ 210/60 הרב פולימאן עבודי ג. שר הדתות, י"ד פד"י, 2020, 2042. על עמדת המשפט העברי בשאלה זאת ראה עוד בערעור תשכ"ח/135 חוגי הצעירים של המפד"ל ואח' ג. המפד"ל המזרחי הפועל-המזרחי ואח', ז' פסקי דין של בתי הדין הרבניים, 221. וראה גם אנציקלופדיה תלמודית, "בית דין", כרך ג', עמ' ק"ב בעמ' קנ"ו-קנ"ז. הטעם שהובא בבג"צ 210/60 (לעיל), כשהוא לעצמו, נראה רופף, שכן יש לו אחיזה גם ברשויות מינהליות רגילות, כגון, מועצת עירייה או המועצת לייצור ושיווק של ירקות, שבהן ודאי אפשר לקבל החלטה בהרכב חסר, אם מכוח הוראת חוק מיוחדת ואם מכוח סעיף 37 של פקודת הפרשנות.

38 ראה ע.ש. ת"א 172/67 קליין ג. ועדת השימושה ואח', ג"ט פס' (מ), 284, 286. והשווה, לענין השיקולים המיוחדים לגבי ועדה הטרונגנית, בג"צ 210/60 הרב פולימאן עבודי ג. שר הדתות, י"ד פד"י, 2020, 2026, 2038, וד"ב 21/60 הרב פולימאן עבודי ג. שר הדתות, י"ד פד"י, 2073, 2075.

39 הכלל הרחב במשפט העברי, המסתמך על פסוקים במקרא, אומר שבדיני ממונות צריכים בית דין של שלושה. בשולחן ערוך, הושן משפט, סימן ג' סעיף ב', נאמר לענין זה: "פחות משלושה אין דיניהם דין". ואפילו החולקים ואומרים כי דיניהם דין, קוראים לבית דין שדן

נוסף לכך, בגוף קטן כמו בית דין גודע לכל חבר משקל גדול יותר מאשר בגוף רב-חברים שהרי, על-פי רוב, הסיכויים של חבר בודד להשפיע על ההחלטה עומדים ביחס הפוך לגודל הגוף, ומשום כך יש לחשוש, במיוחד בבית דין, שהעדרותו של חבר מן הישיבה תשפיע על התוצאה. ועוד זאת, שבבתי דין, להבדיל מגופים מינהליים רגילים, הדיון מתקיים לעתים קרובות בפומבי, ומכל מקום בפני האדם הנוגע בדבר, והעדרו של אחד משלושת החברים ממש צורב את העין. קיצורו של דבר, דומה כי טעמים מעשיים, יחד עם התדמית הנדרשת לעשיית צדק, מתחברים למסקנה שבית דין צריך לדון ולהחליט בהרכב מלא, אם לא נאמר אחרת על-ידי המחוקק.⁴⁰ ואם דן בהרכב חסר, בלי שהמחוקק הסמך אותו לכך, תחלטתו פגומה.⁴¹

אמנם, עדיין אין בכך כדי לומר באופן מוחלט שאין בית דין רשאי לדון בהרכב חסר אם החוק המקים אותו אינו מתיר זאת בלשון מפורשת. שהרי אפשר לפרש את החוק ולומר, על סמך רמז או דרש, כי הוא משמיע כוונה להתיר דיון בהרכב חסר. אכן, פירוש כזה אינו בלתי-אפשרי. אך נראה כי בדרך כלל יהיה זה קשה, וגם בלתי-רצוי, לקבלו. ראשית, הלשון הרגילה של המחוקק במקרים אלה, כלומר, ששר פלוני ימנה בית דין של שלושה או שבת הדין ידון בשלושה, דוחה פירוש המתיר לבית הדין לדון בשניים. שנית, פירוש כזה היה מיתר את רוב הוראות החוק האומרות בלשון מפורשת כי בית דין זה או אחר רשאי לדון בהרכב חסר. שלישית, בתי המשפט צריכים, ואף רגילים, לנהוג זהירות מיוחדת בהוראות החוק המסדירות את ההקמה וההרכב של רשויות שונות, שכן זהו המסד של שלטון החוק, ששום סמכות לא תופעל

בשניים בשם בית דין חצוף. ראה אנציקלופדיה תלמודית, "בית דין", כרך ג', עמ' ק"ג, בעמ' קנ"ה, קנ"ו.

40 ומכאן מתבקש, כמסקנה נוספת, שסעיף 37 לפקודת הפרשנות (נוסח חדש), המתיר פעולה בהרכב חסר, אינו חל כלל על בתי דין. אפשר לומר זאת גם כך: סעיף 37 של פקודת הפרשנות מגלם, כאמור, כלל פרשנות של המשפט המקובל, וכלל זה אינו חל על גופים מינהליים בעלי הפקידים שפיתחיים או, לפחות, על בתי דין מינהליים. השווה Amnon Rubinstein, *Jurisdiction and Illegality* (Oxford 1965), pp. 201-202. אולם ראה דעה אחרת של בית המשפט העליון של ארה"ב: *Federal Trade Commission v. Flotill*, 389 U.S. 179, 19 L. Ed. 2nd 398 (1967).

41 שאלה היא אם במקרה כזה הפגם יורד לשורש הסמכות ועושה את ההחלטה בטילה מעיקרא (void) או אולי הוא עושה אותה בטילה בלבד (voidable). יתכן שהתשובה לשאלה זאת אינה אחת וגורפת, אלא היא תלויה בנסיבות העניין ובחומרת הפגם. כך, למשל, אפשר לומר, כי העדרות קצרה של אחד החברים, אף אם הפגום בהחלטת בית הדין, לא תבטל אותה מעיקרא. וכנגד זה, אם נמשך הדיון כולו, מראשיתו ועד סופו, בהרכב חסר, תהיה ההתדיינות בטלה לחלוטין. אולם, אפילו אם ההחלטה בטלה ולא כל שכן אם היא בטילה בלבד, אין בג"צ חייב להצהיר על כך, לבקשתו של מי שרואה עצמו נפגע על-ידי ההחלטה. שהרי שיקול דעת יש לבג"צ, והוא רשאי להימנע מלהושיט סעד לעותר, אפילו כאשר ההחלטה המבוקרת ניתנה ללא סמכות. ראה לעיל הערה 29. והשווה בג"צ 86/58 בוגנים נ. הרמטכ"ל, י"ב פד"י, 1653, 1660. בהתאם, בג"צ רשאי לבדוק אם העובדה שנערך דיון בהרכב חסר עלולה היתה, בנסיבות המיוחדות של המקרה, לגרום עוול לעותר. בקשר לכך עשוי בג"צ לייחס חשיבות למשך ההעדרות, לשאלה אם העותר הסכים במפורש או בשתיקה לקיום הדיון בהרכב חסר, ולגורמים נוספים. השווה הנאמר לעיל בעמ' 595. וראה גם *Osojnak v. South African Railways and Harbours*, 1955 (4) S.A. 429 (S.A.), cited in Amnon Rubinstein, *Jurisdiction and Illegality* (Oxford 1965), p. 202.

אלא על-ידי רשות שהוקמה והוסמכה לכך כדון, ויש סכנה רבה בגישה מתירנית כלפי הוראות כאלה. ורביעית, אפילו היה בית המשפט מוכן במקרה מסויים לפרש הוראה האומרת כי בית דין ידון בשלושה כאלו נאמר בה שהוא רשאי לדון גם בשניים, עדיין לא תסתיים בכך מלאכתו של בית המשפט, שכן הוא עשוי למצוא עצמו ניצב בפני שאלות נוספות, כגון, האם מותר לדון בשניים ללא תנאי או סייג, ואפילו כאשר השלישי הודיע שהוא חולה ומבקש לדחות את הדיון? היש הכרח כי יושב-הראש יהיה נוכח בדיון? מה הדין אם נחלקו השניים בדעותיהם? והאם רשאי בית הדין לדון גם כאשר נעדרים שניים משלושת חבריו? מתן תשובות לשאלות אלו, ואחרות כמותן, אינה מלאכה ראויה לבית המשפט, אלא היא צריכה להיעשות על-ידי המחוקק.

כיוון שכך, מתעוררת השאלה אם אמנם רצוי שהמחוקק יורה במפורש, בדרך כלל או לגבי כל בית דין בנפרד, על אפשרות של קיום דיון בהרכב חסר. שאלה זאת העסיקה את בית המשפט העליון בפסק דין אחד⁴¹. באותו פסק דין עמדה במרכז הדיון תקנה 51(ב) לתקנות המועצה המשפטית, תשי"ג-1953, אשר קבעה, כי בוועדה המוקמת על-ידי המועצה, לחקירת התנהגותו של עורך-דין, שניים מתוך שלושת חברי הוועדה, ובתוכם היושב-ראש, יהיו מניין חוקי. על תקנה זאת נאמר בפסק הדין: "מפליא הדבר שמצאו לנכון להכניס את תקנה 51(ב) הנ"ל, שהיא בלתי רגילה ויוצאת דופן לגבי בית-משפט [לתוך הקנות המועצה המשפטית המסדירות פעולתה של וועדת חקירה הממלאת תפקיד שיפוטי מובהק]"⁴². אמנם, פליאה זאת יש לה תשובה: "יתכן כי נסיון העבר הוכיח את הצורך בהוראה כזאת, שמטרתה להחיש את עבודת הוועדה ולהקל עליה. וועדה חייבת לגמור את עבודתה תוך שלושה חדשים מיום מינויה, ויותר קל להשיג זאת ע"י השתתפותם של שנים מחברי הוועדה בישיבותיה, מאשר כשדרושה השתתפותם של כל השלושה"⁴³. אולם התקנה הפכה לתקלה, לדעת השופטים, שכן היא נתנה, כביכול, היתר וצידוק לחברי הוועדה להעדר מדיוניה. ומשום כך הביעו השופטים דעתם שכדאי אולי לשנות את התקנה ולחייב דיון בוועדת החקירה בהרכב מלא⁴⁴.

שאלה היא אם אמנם ניתן לייחס את ההעדרות, ולו רק במידה חלקית, להוראה המאפשרת דיון בהרכב חסר. והרי תקנה 51(ב) לתקנות המועצה המשפטית הותקנה כנראה, כפי שנאמר באותו פסק דין⁴⁵, על יסוד נסיון העבר, כדי למנוע שיבושים הנובעים מן החובה לקיים דיון בהרכב מלא. האם סביר להניח, אם כך, שההעדרות תיפסקנה או תפחתנה אם תשונה התקנה וישוב אי אפשר יהיה לקיים דיון בהרכב חסר? ההתפתחות בענין זה מאלפת. כידוע, חוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961, הפקיד את הסמכות לחקור ולפסוק בעניין התנהגות פסולה של עורכי דין בידי בתי דין משמעתיים. סעיף 18 של חוק זה קבע כי "כל בית-דין משמעת ידון בשלושה". לשון זאת מוגעת, כמדומה, דיון בהרכב של שניים. אך הסדר נאה זה אינו עונה על

41 עמ"מ 2/54 ע"ר פלתי נ. יר"ר והכרי המועצה המשפטית, ט' פד"י, 281.

42 שם, בעמ' 298, מפי השופט ברנזון.

43 שם, בעמ' 297, מפי השופט ברנזון.

44 שם, הנשיא אולשן בעמ' 289, השופט ברנזון בעמ' 298, והשופט זוסמן שהצטרף להערות

אלה בעמ' 300.

45 לעיל הערה 43.

הקשיים העלולים להתעורר, במיוחד לאור הנסיון בעבר, כתוצאה מהעדרות חברים משיבות של בית הדין. משום כך, מיד כשהותקנו סדרי הדין לבתי הדין המשמעתיים, נקבעה בהם הוראה שניסתה לגשר בין מצוות המחוקק לבין תחושת המציאות. וכך נאמר בה: "נבצר מאחד מחברי בית הדין לסיים את הדיון, ייקבע חבר אחר במקומו; על קביעת החבר האחר יחולו הוראות סעיפים 14 עד 17 ובית הדין בהרכבו החדש רשאי להמשיך בדיון מהשלב שאליו הגיע לפני שינוי ההרכב"⁴⁶. הוראה זאת, מצד אחד שומרת על מצוות המחוקק לדון בשלושה, אבל מן הצד השני היא מרחיקה לכת, באשר היא מרשה לבית הדין, לאחר השלמת הרכבו, להמשיך בדיון כאילו לא נשתנה ההרכב. אך מסתבר שאפילו הוראה זאת לא היה בה כדי לענות על הקשיים הנוצרים כתוצאה מהעדרות חברים משיבות בית הדין. לפני זמן קצר בוטלה ההוראה והוחלפה באחרת האומרת כך: "נבצר מחבר בית הדין להשתתף בדיון, יתקיים הדיון בפני שני חברי בית הדין הנותרים; סעיף זה יחול גם אם התחיל הדיון בפני שלושה ונבצר מאחד החברים להמשיך בו"⁴⁷. בכך נסגר המעגל: שוב מתירות התקנות, כפי שבשעתו התירה תקנה 51(ב) לתקנות המועצה המשפטית, דיון בהרכב חסר. מסתבר, איפוא, כי העצה שניתנה על ידי בית המשפט העליון, במגמה להמעיט את מכת ההעדרויות, לא הועילה.

נראה שתופעת ההעדרות יש לה שורשים עמוקים, כאילו היתה תופעת-לוואי טבעית לעצם מינויים של אנשים מן הציבור כחברים בבתי דין. עד כי אין לצפות מהוראת חוק כלשהי שתצליח לעקור אותה מן השורש או, אפילו, לקצץ בה במידה ממשית⁴⁸. אם כך, ואם אין נכונות להשלים עמה כפי שהיא, נותרות שתי תגובות חלופיות. האחת – להשתחרר מן ההדיוטות, הרי אומר, לקבוע שבית הדין יהיה מורכב משופט מקצועי בלבד⁴⁹, או להעביר את סמכויותיו של בית הדין לבית המשפט או לרשות אחרת⁵⁰.

46 כללי לשכת עורכי הדין (סדרי הדין בבתי הדין המשמעתיים), תשכ"ב-1962, תק' 76, ק"ת תשכ"ב, 1311, עמ' 1932.

47 כללי לשכת עורכי הדין (כללים בדבר סדרי הדין בבתי הדין המשמעתיים) (תיקון), תשכ"ט-1969, ק"ת תשכ"ט, 2331, עמ' 674. יש מקום לטענה, כי אין תוקף להוראה זאת, באשר היא עומדת בניגוד לסעיף 18 של חוק לשכת עורכי הדין (לעיל), הדורש דיון בשלושה.

48 ניסיון בלתי-שגרתי נעשה בחוק למניעת הפקעת שיערים וספרות (שיפוט), תשי"א-1951, חוק זה קבע (בסעיף 3), כי בית דין למניעת הפקעת שיערים וספרות יהיה מורכב מאב בית דין ושני נציגי ציבור, והוסיף (בסעיף 10) כי "נציג ציבור שהוזמן למושב של בית דין, והוא נעדר מן המושב ללא סיבה מספקת, דינו – קנס עד מאה לירות". הוראה זאת מזכירה את הדין המחייב, באנגליה, השתתפות בחבר מושבעים. אך דומה שהקרקע בישראל אינה נוטה לקליטתה של הוראה כזו. בעיני האדם הרגיל, העדרות משיבה לא תיראה כעבירה פלילית, וכל זמן שאין (ומסתבר שאף לא תהיה) חובה חוקית לכהן כחבר בית דין, אין כמו הוראה כזאת העלולה להרתיע אנשים מלקבל על עצמם מינוי כחבר בבית דין. אכן, העובדה, שהמחוקק לא חזר על הוראה זאת בחוקים אחרים, מדברת בעד עצמה.

49 כפי שנעשה לאהרונה לגבי בתי הדין לשכירות: חוק הגנת הדייר (הוראות שונות) (מס' 2), תשל"א-1971, סעיף 29. חוק זה קובע, כי בית הדין לשכירות, אשר עד אז היה מורכב משופט ושני נציגי ציבור, יהיה מורכב משופט בית משפט שלום כדן יחיד, ושופט זה רשאי להעזר במומחים.

50 כך, לדוגמא, החוק לתיקון פקודת העיריות (מס' 5), תשכ"ז-1967, סעיף 8, החליף את ועדת השומה לענין ארגונות במנהל שומה, שהינו פקיד עירייה המתמנה לתפקיד זה על-ידי מועצת העירייה.

אפשר אפילו לומר כי בית דין ימספרו פחת מן המספר שנקבע בחוק שוב אינו בית דין, בדומה לבית דין אשר מלכתחילה הוקם במספר חסר, כגון שמינו לו שני חברים, אף שהחוק קובע כי בית הדין יהיה של שלושה. מכאן מתבקשת המסקנה שבית דין אשר הרכבו נקטע, שוב אינו יכול להתכנס ולדון עד אשר יושלם הרכבו, ואם נקטע ההרכב בעת הדיון בענין מסוים אי-אפשר יהיה להשלים את הדיון באותו ענין בפני ההרכב הקטוע^{61, 62}.

תוצאה זאת, עלולת, כמובן, לגרום תקלות, אך ניתן להקטין את נוקת. ניתן לעשות זאת, ראשית, לגבי יכולתו של בית הדין להתכנס ולדון בעניינים חדשים, להבדיל מעניינים שכבר החל לדון בהם לפני שהרכבו נקטע. הדרך מוכרת למחוקק, והוא הלך בה, לדוגמא, בחוק בית הדין לעבודה, תשכ"ט-1969. בחוק זה נמנע המחוקק מקביעת מספר החברים בבית הדין, והסתפק בתיאור הדרך למינוי שופטים ונציגי ציבור לבית הדין ובציון מספר החברים במושב של בית הדין. לשון אחרת, המחוקק איפשר למנות מספר גדול של חברים לבית הדין, מהם יבהרו המותבים לתקופות מסוימות או לעניינים מסוימים, לפי הצרכים והאפשרויות⁶³. במצב כזה, אם למשל נפטר או התפטר חבר בית דין שכבר שובץ במושב כלשהו של בית הדין, אך מותב זה טרם החל לדון בענין מסוים, מיד אפשר להעביר אותו עניין למושב אחר או להשלים את המותב שנקטע על-ידי החלטת השופט הראשי של אותו בית דין או אדם אחר שהוסמך בחוק לקבוע את מותב בית הדין. כך נזהגים בבתי המשפט הכלליים וכך, כמדומה, ראוי לנהוג גם בבתי הדין המינהליים. דא עקא,

של המפר"ל ואח' נ. המפר"ל המזרחי הפועל-המזרחי ואח', ו' פסקי דין של בתי הדין הרבניים, 225, ובמיוחד 252-254.

61 האפשרות לפרש תוראת חוק המקימה בית דין של שלושה, או קובעת, כי בית דין ידון בשלושה, כאילו היא מתירה לבית הדין לדון גם כשהרכבו נקטע, אינה אפשרות סבירה. כבר נאמר שבדרך כלל אין זה סביר או רצוי לפרש תוראה כזאת כמתירה דיון בהרכב חסר אפילו מקום שבית הדין קיים בהרכב מלא. ראה לעיל עמ' 599. קל וחומר בהרכב קטוע.

62 הדעת נוטה לומר, כי משנקטע ההרכב ניטלה הסמכות מבית הדין, ואם פעל בית הדין בהרכב קטוע תהיה החלטתו, בדרך כלל, בטילה מעיקרא. יחד עם זאת, יתכן שאם בגסיבות המקרה אין חשש סביר לעיוות דין, ימנע בג"צ, בתוקף סיקול הדעת המוקנה לו, מלהצהיר על בטלות ההחלטה של בית הדין. ראה לעיל הערה 40. קיימת אולי גם אפשרות שבג"צ יאמר, כי בית דין קטוע שהמשיך לפעול יחשב, אם נתקיימו תנאים מסוימים, כבית דין דהיפקטו, ובדרך זאת יכשיר את החלטות בית הדין. השווה בג"צ 19/56 ברחובין נ. מנהל בית-הסוהר המרכזי, י' פד"י, 617.

63 סעיפים 4, 10, 18, 20. מבחינה זאת דומה חוק בית הדין לעבודה, תשכ"ט-1969, לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957. חוק בתי המשפט אינו קובע את מספר השופטים בבית המשפט המחוזי, לדוגמא, אלא רק את מספר השופטים בהרכב. ראה סעיפים 13(א) ו-15 של חוק זה. והוא הדין לגבי בית משפט שלום ובית המשפט העליון. ואמנם בבתי הדין לעבודה נתמנה מספר גדול, באופן יחסי, של חברים. מספר השופטים של בתי הדין האזוריים לעבודה נקבע בצו על-ידי שר המשפטים, ולאחר זמן, ככתבברר כי יש צורך בשופטים נוספים, התאצו שהגדיל את המספר. ראה צו בית הדין לעבודה (מספר השופטים בבתי הדין האזוריים), תשכ"ט-1969 (ק"ת תשכ"ט, 2449, עמ' 2200); צו בית הדין לעבודה (מספר השופטים בבתי הדין האזוריים) (תיקון), תש"ל-1970 (ק"ת תש"ל, 2609, עמ' 2214). מספר גדול באופן יחסי של אנשים נתמנו כנציגי ציבור בבתי הדין לעבודה: 28 נציגי ציבור בבית הדין הארצי ו-128 נציגי ציבור בארבעת בתי הדין האזוריים. ראה ילקוט הפרסומים, תש"ל, 1556, עמ' 66.

שרק במקרים מעטים באופן יחסי נקט המחוקק שיטה זאת⁶³. בדרך כלל קובע המחוקק מספר נוקשה של חברים בבית הדין, הוזהר עם מספר החברים הנדרש להרכבת מותב אחד⁶⁴. במקרים אלה, אם נתפנה מקומו של אחד החברים, אין כנראה מנוס מן המסקנה, כי בית הדין ישאר משותק עד אשר יתמנה בית דין חדש או, לפחות, חבר חדש לבית הדין⁶⁵. וכיוון שמינוי החברים נעשה בדרך כלל על-ידי שר, והשרים טרודים בעניינים רבים, עלול המינוי החדש להסתהות תקופה ניכרת, וכל אותו זמן לא ניתן יהיה לכנס את בית הדין⁶⁶. מטעם זה, ומטעמים נוספים, עדיפה השיטה המאפשרת למנות לבית הדין מספר חברים גדול יותר מן המספר הנדרש להרכבת מותב, וחבל שהמחוקק אינו נוקט בה מעשה שיגרה⁶⁷. אך גם לפי השיטה המקובלת על המחוקק אפשר לצמצם את הנזק העלול להיגרם עם קטיעת בית הדין על-ידי מינוי בתי דין מקבילים אחדים. לעתים קובע המחוקק

63 נוסף לבית הדין לעבודה, הלך המחוקק בדרך זאת לגבי בית הדין המוקם לפי חוק המים, תשי"ט-1959, סעיף 141; ועדת ערר לענין קנסות לפי חוק המועצה לייצור ולשיווק של ירקות, תשי"ט-1959, סעיף 43ד; ועדת ערר לענין קנסות לפי חוק המועצה לענף הלול (ייצור ושיווק), תשכ"ד-1964, סעיף 63; וגם בית הדין המשמעתי לפי חוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961, סעיפים 14, 15, 18 (וראה גם כללי לשכת עורכי הדין (מספר חברי בתי הדין המשמעתיים), תשכ"ב-1962, ק"ת תשכ"ב, 1275, בעמ' 1409, ק"ת תשכ"ו, 1990, בעמ' 1310).

64 ראה, לדוגמא, לגבי ועדת ערר לפי חוק מס רכוש וקרן פיצויים, תשכ"א-1961, לעיל בעמ' 586. נראה, כי הוראה האומרת שרשות פלונית תמנה ועדת ערר של שלושה, אינה מצדיקה פירוש המאפשר לאותה רשות למנות מספר גדול יותר של חברים מהם יבחר לכל ענין מותב של שלושה. אך למעשה ממנים לעתים מספר גדול יותר מזה שנקבע בחוק. ראה, לדוגמא, לעיל הערה 22. ראה גם ד"ח שנת 19 של מבקר המדינה (1969), בעמ' 700, המציין, כי עירייה מינתה לבית דין למס עסקים שבעה חברים ולא שלושה כפי שנדרש בפקודה.

65 אפשר להטיל ספק אם במקרה הרגיל, כאשר החוק קובע, כי שר פלוני ימנה ועדת ערר של שלושה, רשאי השר למנות חבר אחד להשלמת ההרכב של ועדה קטועה. בבג"צ 33/55 מני נ. יו"ר ועדת ערעור להסדר תפיסת מקרקעים ואח"י, ט' פד"י, 1490, 1491, אמר בית המשפט העליון: "מתוך נוסחו של החוק [סעיף 16 של החוק להסדר תפיסת מקרקעים בשעת חירום, תשי"ז-1949] יוצא לדעתנו ברורות, כי סמכותו של השר היא למנות ועדה, ולא חברי-ועדות בודדים, אשר יצטרפו לאחר מכן, עקב הרכבה על-ידי מישור אחר, לוועדות שלמות". וראה גם בג"צ 62/57 היימן נ. יו"ר ועדת ערר לפי חוק מילואות חובה, תשי"ג-1953, ואח"י, א"א פד"י, 1018. ובכל זאת נראה, כי השר רשאי למנות חבר אחד על מנת שישלים הרכב קטוע של ועדה מסויימת. מינוי כזה דומה, מכל הבחינות החשובות, למינוי מחדש של כל חברי אותה ועדה. מכל מקום, הטעם שניתן להחליטה בבג"צ 33/55 (לעיל), שהשר צריך לתת דעתו להתאמתם של חברי הוועדה זה לזה, אינו מונע מינוי כזה. הלכת למעשה מינוי של חבר אחד להשלמת הרכב שנקטע הינו דבר רגיל.

66 נראה, כי סעיף 31 של חוק יסוד: הממשלה, מסמך את השר לאצול את סמכות המינוי לאחר. אך, למעשה, אצילה של סמכויות כאלו אינה מקובלת, ונראה שגם אינה רצויה.

67 יתרונות נוספים של השיטה: ראשית, היא מאפשרת לגוון את ההרכב של בית הדין לפי הענין הנדון; ושנית, היא מסייעת לזירוז ההתדיינות, שכן במספר גדול של חברים קל יותר לזמן מותב למועד שיציע יושב הראש, ומחלה או חופשה של אחד החברים אינה חייבת לגרום לדחיית כינוסו של בית הדין.

במפורש, בלשון רבים, כי ניהן למנות בתי דין של שלושה כל אחד.⁶⁸ אך גם כאשר המחוקק נוקט לשון יחיד ואומר, כי שר פלוני ימנה ועדת ערר של שלושה, עדיין ניתן, בדרך כלל, למנות ועדות ערר אחדות של שלושה כל אחת.⁶⁹ ואם אכן תתמנה שתי ועדות, או יותר, ואחת מהן תשותק בשל קטיעת הרכבה, ניתן יהיה להפעיל במקומה ועדה אחת כדי שאפשר יהיה לקבל ולשמוע עררים חדשים בלי צורך להמתין להשלמת ההרכב על-ידי מינוי חדש.

בעיה שונה מתעוררת כאשר הרכב של בית דין נקטע במהלך הדיון בעניין מסויים. במקרה כזה, כמובן, בית הדין אינו רשאי להמשיך ולסיים את הדיון באותו ענין בהרכב חסר. אולם, אם נתמנה חבר חדש להשלמת ההרכב, האם חבר זה, בהצטרפו להרכב, מאפשר המשיך הדיון באותו עניין מן השלב אליו הגיע בית הדין קודם שנקטע ההרכב? התשובה, כנראה, שלילית. מן הבחינה המשפטית ניתן לומר, כי בית הדין חלל להתקיים שעה שנקטע הרכבו, וכשהושלם ההרכב הוקם להלכה בית דין חדש, וברור, כי בית דין חדש אינו רשאי לדון בענין שבית דין אחר החל לדון בו. מסתבר מכאן, כי ענין שנדון בפני בית דין, ונקטע הרכבו של בית הדין במהלך הדיון, צריך להיות נדון מלכתחילה בפני הרכב חדש. מצב כזה, ניתן להניח, לא יקרה אלא לעתים רחוקות. ואף אז, אם הדיון לא התמשך כבר זמן רב, לא יהיה בכך מכוס תקלה גדולה לבעלי הדין. אך לעתים, במיוחד בדיון ממושך ומסובך שהתקרב לסיומו, תהיה התוצאה קשה ובלתי-רצויה ביותר. כדי למנוע תוצאה כזאת אפשר לקבוע הסדרים מיוחדים בחוק.

ראשית דבר, ניתן להורות בחוק, כי חבר בית דין, שהתפטר או תמה תקופת כהונתו, ימשיך ויסיים את הדיון בתיקים שכבר החל לדון בהם. הוראות כאלו מצויות כיום רק בחוקים מעטים.⁷⁰ ראוי, כמדומה, לקבוע הוראה כזאת בכל חוק המסדיר הקמתו של בית דין או, וזה נראה מעשי יותר, בחוק מרכזי שיקבע את סדרי הפעולה של בתי הדין בדרך כלל.

גם לגבי מקרים אחרים, בהם נבצר מחבר בית הדין לסיים את הדיון, כגון שנפטר, ניתן להציע פתרון. אפשרות אחת היא למנות לחברי בית הדין סגנים או חברים חלופים. כיום אין אלא חוקים ספורים הקובעים הסדר כזה.⁷¹ אפשר, כמובן, להרבות

68 ראה, לדוגמא, לגבי ועדות ערר לפי חוק מס רכוש וקרן פיצויים, תשכ"א-1961, לעיל בעמ' 586.

69 סעיף 2 של פקודת הפרשנות (נוסח חדש): "כל האמור בחיקוק בלשון יחיד, אף הרבים במשמע...".

70 ראה, לדוגמא, חוק בית הדין לעבודה, תשכ"ט-1969, סעיף 14: "נציג ציבור שהתחיל בדיון יסיימו גם אם תמה תקופת כהונתו, זולת אם הועבר מהפקידו כאמור בסעיף 15; וחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961, סעיף 17: "... חבר בית דין שהחל לדון בענין פלוני תוך תקופת כהונתו, רשאי לסיימו גם לאחר שתמה תקופתו זו".

71 לדוגמא, חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח-1958, קובע (סעיף 17), כי שר המשפטים ימנה ועדות עררים וכל ועדה תהיה של שלושה, ומוסיף (סעיף 17(2)) כי "שר המשפטים רשאי למנות חברים חלופים לוועדה"; והחוק לטיפול בתולי נפש, תשט"ז-1955, אומר (סעיף 12(ג)): "שר הבריאות ימנה סגן לכל חבר הוועדה הפסיכיאטרית; כשירותו של סגן ככשירותו של חבר". האם במקום שאין הוראה כזאת ניתן למנות ממלא מקום לחבר בית הדין מכוח סעיף 23 לפקודת הפרשנות (נוסח חדש) המתיר לממשלה (או לשר) למנות ממלאי מקום

בהוראות חוק מעין אלו, ואולי אף לקבוע הוראת חוק לגבי כלל בתי הדין לעניין הסמכות למנות סגנים או חברים חלופים. אולם, הסדר זה, לפחות כפי שהוא קיים, לוקה מבחינת הבהירות והפשטות, ועדיין אי-אפשר לומר אם הוא מוצלח ויעיל.⁷² כיוון שכך, ועד שבאים לקבוע סגנים או חברים חלופים לכל החברים בבתי הדין, נשאלת השאלה אם אין זה עדיף לקבוע בחוק בלשון מפורשת, כי אם נבצר מחבר בית דין לסיים דיון, אפשר יהיה למנות במקומו חבר חדש או חבר אחר של בית הדין, ובית הדין יוכל אז להמשיך ולסיים את הדיון בהרכב החדש?

הוראות מסוג זה חלות על ההתדיינות בבתי המשפט הכלליים. חוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965, קובע בסעיף 204 ("המשך משפט בפני שופט אחד"): "נבצר משופט מסיבה כל שהיא לסיים משפט, בין שהתחיל בגביית ראיות ובין שטרם התחיל בה, רשאי שופט אחר להמשיך במשפט מן השלב אליו הגיע קודמו, ורשאי הוא, לאחר שנתן הודמנות לבעלי הדין להשמיע טענותיהם לעניין, לנהוג בראיות שנגבו על ידי קודמו כאילו גבה אותן בעצמו או לחזור ולגבותן, כולן או מקצתן"; וסעיף 205 ("שינוי בהרכב חבר שופטים") קובע: "הורכב בית המשפט משלושה שופטים או יותר ונבצר מאחד מהם מסיבה כל שהיא לסיים את המשפט או הערעור, ונקבע שופט אחר במקומו, רשאי בית המשפט בהרכבו לנהוג כאמור בסעיף 204".⁷⁴ הוראה דומה מצויה גם בתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג-1963, תקנה 191 ("רציפות בדיון"): "נמנע משופט, מכל סיבה שהיא, לסיים את הדיון, רשאי שופט אחר לנהוג בעדות שנרשמה לפי התקנות כאילו הוא עצמו שמע או רשם את העדות, ורשאי הוא להמשיך מן השלב שבו הפסיק קודמו".⁷⁵ הסדרים מעין אלה

לעובדי ציבור בדרך כלל? בבג"צ 210/60 הרב פולימאן עובדי נ. שר הדתות, י"ד פד"י, 2020, הביע השופט חיים כהן את דעתו, באמרת-אגב, שסעיף זה אינו חל כלל מקום שהחוק מעניק סמכות לגוף או לוועדה, ולא לעובד ציבור באופן אישי. אפשר להעלות טעמים נוספים כדי לחמוך באותה דעה.

72 בין היתר, אין זה ברור מה ההבדל בין סגן לבין חבר חלוף (יתכן ש"חבר חלוף" אינו אלא "חליף". לפירוש הביטוי "חליף" ראה מאיר שלי, "מן המילון המשפטי", הפרקליט, כרך כ"ב, עמ' 397, 399, וכן ע"א 242/66 יעקובסון נ. אופקר גז, כ"א פד"י (1), 85, 97). כמו כן, שאלה היא מי מוסמך לקבוע, ובאילו נסיבות, אם סגן או חבר חלוף יפעל במקומו של חבר בית הדין; לא ברור מה הסמכויות של סגן או חבר חלוף; וספק אם בכלל סגן או חבר חלוף מוסמך להצטרף למותב קיים ולהמשיך בדיון במקומו של חבר שנבצר ממנו לסיים את הדיון.

73 מינוי חבר אחר (להבדיל מחבר חדש) אפשרי, כמובן, רק מקום שלבית הדין נתמנו יותר חברים מן הנדרש להרכבת מותב אחד. על כך ראה לעיל עמ' 604.

74 הוראה דומה היתה קיימת קודם לכן, לגבי משפטים פליליים בבתי משפט שלום, בתקנות הפרוצדורה בבתי משפט השלום, 1940, חלק כ"ו (משפטים פליליים), תקנה 279. אך תקנה זאת, להבדיל מן ההוראות שבחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965, הקנתה לנאשם זכות לדרוש, כי השופט השני יומין שוב ויגבה מחדש עדותם של עדים שכבר הופיעו בפני השופט הראשון. בפקודת הפרוצדורה הפלילית (שפיטה על פי כתב אישום), לא היתה הוראה דומה לגבי משפטים פליליים בבתי המשפט המחוזיים.

75 תקנה זאת באה, ללא שינוי ממשי, במקום תקנה 147 של תקנות הפרוצדורה בבתי משפט שלום, 1940, ותקנה 197 של תקנות הפרוצדורה האזרחית, 1938. לפירושה של תקנה 191 ראה ע"א 519/64 בורנשטיין נ. קורתי והרשקוביץ, י"ט פד"י (2), 135; ע"א 402/69 שמואלי נ. שמואלי, כ"ג פד"י (2), 450; ע"א 534/69 שרעני נ. אלוז, כ"ד פד"י (1), 145. תקנה 191

חלים גם על ערכאות שפיטחיות אחרות, כגון, בתי דין צבאיים⁷⁶ ובירות⁷⁷. אמנם אין זה דבר של מה בכך לאפשר לשופט-חליף לפסוק על יסוד עדויות שנגבו, כולן או חלקן, על ידי קודמו, בין אם מדובר בדין יחיד ובין באחד מתוך הרכב של שלושה: השופט החליף אינו פוסק על יסוד התרשמות בלתי-אמצעית מן העדים והצדק עלול להיפגע או, לפחות, תדמית הצדק עלולה להתעוות. אולם, מן הצד השני, קיימים שיקולים כבדים התומכים בהסדר של מינוי שופט-חליף שיהיה מוסמך להמשיך בדיון מן השלב שאליו הגיע קודמו. ראשית, לעתים אין בכלל מחלוקת עובדתית בפני בית המשפט, במיוחד כאשר בית המשפט יושב כערכאת ערעור, ובמקרה כזה אין יתרון רב לשופט המקורי על פני שופט-חליף. במקרים אחרים, בהם נגבו עדויות, אפשר שיהיה זה קשה מאוד, אם לא בלתי-אפשרי, ואולי אף יקר מאוד, לגבות מחדש עדותם של עדים מסויימים. ונוסף לכך, כאשר המשפט נחמשך כבר זמן רב לפני שנקטע הרכבו של בית המשפט, אפשר

חלה, לכאורה, רק מקום שמשפט התנהל בפני שופט אחד. "בית משפט המורכב מיותר מאשר שופט אחד, אין תקנה 191 חלה על הדיון לפניו, אלא אם נבצר מכל השופטים לסיים את מלאכתם; מניעה לגבי אחד מהם בלבד מחייבת שמיעת העדויות מחדש לפני ההרכב החדש": ד"ר יואל זוסמן, סדרי הדין האזרחי, מהדורה 3, עמ' 377. האסמכתאות עליהן מתבסס ד"ר זוסמן בדבריהם אלה הן ע"א 16/44, 11 פל"ר 262, וע"א 52+55/58, פס' (מ), כ"ה, 93. בע"א 16/44 אף ניתן הטעם לפירוש מצומצם זה: אם ניתנו אפשרות להחליף במהלכו של משפט שופט אחד מתוך ההרכב, קיימת סכנה שהשופט החדש יושפע, ולו רק באורח תת-הכרת, מהתרשמותם של יתר השופטים שהשתתפו בדיון מתחילתו. טעם זה, עם כל הכבוד, חשוף לביקורת. שהרי אפשר לסעון היפוכו של דבר: אם ניתן להחליף שופט יחיד, החי מפי הרשימות של השופט הקודם, קל וחומר כשמדובר בשופט אחד מתוך הרכב, שאז רוב השופטים בהרכב שמעו את העדים והשופט החדש יכול להסתייע בהתרשמותם. וכמוכח, מכל הבהירות האחרות והתיכונות בתקנה 191 – הצורך לקיים רציפות בדיון ולמנוע בזבוז זמנם של השופטים, הצדדים והעדים – אין כל יסוד לצמצם את תחולת התקנה למקרה שבו יושב שופט כדן יחיד. ואילו מבחינת הלשון של תקנה 191, נכון שהיא תואמת יותר דיון בפני שופט יחיד, אך נראה, כי ניתן לפרשה כמתייחסת גם למקרה שבו נמנע משופט אחד מתוך הרכב של שופטים אחדים לסיים את הדיון. ודומה שזהו הפירוש הרצוי. קשה להבין מדוע אפשר יהיה למנות שופט חליף בהרכב הדין בענין פלילי, לפי סעיף 205 של חוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965, ואי אפשר יהיה למנות שופט חליף בהרכב הדין בענין אזרחי. הדעת נותנת שאם במשפט פלילי אפשרי הרבר, קל וחומר במשפט אזרחי, ראוי להדגיש כי בית המשפט העליון בישראל טרם פסק הלכה בשאלה אם תקנה 191 מאפשרת גם מינוי שופט חליף בהרכב, ויחכן שכאשר תועלה השאלה בפניו יאמץ פירוש רחב המאפשר זאת. ואם בכל זאת יתקבל הפירוש המצמצם, ראוי יהיה, כמדומה, להתקין תקנה חדשה שתקבע הסדר דומה לגבי דיון בפני הרכב. באנגליה המצב בנושא זה אינו כל כך ברור: נראה כי ניתן להחליף שופט יחיד אם דן ללא מושבעים ובנסיבות מסויימות אף אם דן עם חבר מושבעים. ראה: R.S.C., Order 4, rule 8(2); *The Annual Practice* 1970, p. 25; *The County Court Practice* 1971, pp. 106-107; Halsbury, *Laws of England*, 3rd ed., vol. 9, p. 356. כמו כן נראה, כי ניתן להחליף שופט אחד מתוך הרכב. החלפה כזאת אושרה לפחות בשני מקרים: *Re British Reinforced Concrete Engineering Co. Ltd.'s Application*, (1929) 45 T.L.R. 186; *The Forest Lake* [1968], p. 270.

76 חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, סעיף 458.

77 חוק הבירות, תשכ"ה-1968, סעיף 12(א) וסעיף ז' לתוספת.

שתהיה זו פגיעה קשה ביותר כלפי אחד הצדדים, ואולי אף כלפי שניהם, אם המשפט יתנהל שוב מראשיתו.

במאזן השיקולים נראה, כי באותם מקרים בהם נבצר משופט לסיים את הדיון בענין מסוים, ראוי, בדרך כלל, כי הענין יועבר וידון מתחילתו בפני שופט חדש או הרכב חדש, לפי העניין. גם כאשר חוק או תקנות מאפשרים מינוי שופט-חליף והמשך הדיון מן השלב אליו הגיע השופט הקודם, אין זה רצוי לעשות שימוש באפשרות זאת מעשה שיגרה, אלא בכל מקרה יש לשקול אם הנסיבות המיוחדות מצדיקות המשך הדיון בפני שופט-חליף.⁷⁸ יחד עם זאת, בשל השיקולים הנזכרים, צריך שבכל מקרה תהיה אפשרות, שתופעל רק אם הנסיבות מצדיקות זאת, למנות שופט-חליף ולהמשיך בדיון מן השלב אליו הגיע קודמו. כאמור, המחוקק הכיר בצורך זה וקבע הוראות המסדירות אפשרות זאת בבתי המשפט הכלליים ובערכאות שפיטניות אחרות.

האם יש, אם כך, טעם מיוחד נגד קביעת אפשרות כזאת גם בבתי הדין המינהליים? דומה שהתשובה שלילית. מצד אחד, תדמית הצדק בבתי הדין המינהליים אינה חשובה יותר מאשר בבתי המשפט הכלליים, במיוחד כשאלה דנים בעניינים פליליים. ומן הצד השני, המהירות והוולות של ההתדיינות בבתי הדין המינהליים חשובים יותר, כפי שמקובל לומר, מאשר בבתי המשפט הכלליים. אפשר להוסיף ולבדוק אם מבחינות אחרות יש מקום להבחנה, בעניין זה, בין בתי המשפט הכלליים לבין בתי הדין המינהליים, כגון, מבחינת ההרכב, שבבתי הדין יושבים בדרך כלל גם מומחים או נציגי ציבור. אך נראה כי גם בחינה זאת, ובחינות אחרות, אינן מובילות למסקנה שהדין הטוב לבתי המשפט אינו יפה לבתי הדין. ניתן, אם כן, לסכם ולומר, כי רצוי שגם בבתי הדין, כמו בבתי המשפט, יתן המחוקק היתר למנות חליף לחבר שנבצר ממנו לסיים את הדיון. ולתוכן ההיתר, ניתן לומר כי מה שנראה הולם את הדיון הפלילי בבתי המשפט⁷⁹ עשוי, באופן כללי, להיות הולם גם את בתי הדין.

78 בע"א 52+55/58 פרידמן ואח' נ. קובון מזרחי, כ"ה פ"מ, 93, גדרש בית המשפט המחוזי לפרש את תקנה 12 לתקנות הגנת הדייר (סדרי הדין בבתי הדין לשכירות), תשי"ד-1954, האומרת: "נבצר מחבר בית הדין לסיים את בירורם של תובענה או הליך, רשאי חבר אחר של בית הדין להמשיך בבירור במקומו מהשלב שאליו הגיע הבירור, ורואים את הראיות שנגבו בפני החבר הקודם כאילו נגבו בפני הבא במקומו". בית המשפט אמר (בעמ' 97): "אנו ערים לרצינות הצעד שבעצם החלטתו של שופט. נסיבות אלה דורשות... להקנות לכתוב בתקנה 12 הנ"ל פירוש דווקני ומצמצם ככל האפשר, ולהימנע עד גבול האפשר מהרחבת הפירוש של המילים הכלולות שם". על יסוד עמדה זאת קבע בית המשפט, שאם נפטר אחד מחברי בית הדין לאחר שהוגשו הטיכומים בכתב במשפט, הרי זה לאחר שנסתיים כבר בירור התובענה, ולכן אין תחולה לתקנה 12, וצריך לשמוע שוב את כל המשפט מתחילתו בפני הרכב חדש. עם כל הכבוד נראה, כי בית המשפט, אף אם צדק בגישה זוהירה כלפי האפשרות של החלפת שופט, צימצם יתר על המידה את התחולה של תקנה 12. דומה שעשה זאת, לפחות במידת מה, בהשפעת ההלכה האנגלית, שאותו זמן התייחסה בצרות עין לאפשרות של חילופי שופטים במהלך ההתדיינות. להלכה האנגלית היום ראה לעיל הערה 75.

79 ראה סעיפים 204 ו-205 של חוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965, לעיל בעמ' 607.

ובכל זאת, רק במקרים ספורים קבע המחוקק היתר כזה⁸⁰. דומה שאין ליחס זאת לכוונה מכוונת של המחוקק, כלומר, לכוונה לשלול אפשרות של מינוי חליף בכל יתר המקרים, אלא בעיקר לעובדה שבדרך כלל מסתפק המחוקק, כשהוא מקים בית דין מינהלי, בהוראות מעטות בלבד, המסדירות את העניינים ההכרחיים להקמה והפעלה תקינה של בית הדין. משום כך אין זה מעשי לדרוש ולצפות שהמחוקק יסדיר עניין זה של מינוי חליפים בכל חוק המקים בית דין. אף אין זה מעשי לצפות שמחוקק-המשנה יסדיר ענין זה בתקנות סדר דין. בדרך כלל, התקנות הקובעות את סדרי הדין בבתי הדין אינן ארוכות ומפורטות, אלא הן כוללות רק הוראות מעטות בעניינים חשובים אחדים, ובמקרים רבים באופן יחסי לא הותקנו כלל תקנות סדר דין. נראה לכן, כי העניין קורא להסדר בחיקוק מרכזי אשר יחול באופן כללי על בתי הדין המינהליים. אכן, ענין זה של מינוי חליפים לחברים בבתי הדין הינו דוגמא אחת, עליה ניתן להוסיף את עניין האפשרות לדון בהרכב חסר או ההיתר לחבר שתמה תקופת כהונתו להמשיך ולסיים את הדיון בתיקים שכבר החל לדון בהם, ועוד דוגמאות אחרות, לצורך בחיקוק שיקבע סדרי דין בבתי הדין המינהליים בדרך כלל.

80 לגבי בית דין לשכירות: תקנה 12 של תקנות הגנת הדייר (סדרי הדין בבתי הדין לשכירות), תשי"ד-1954 (ראה לעיל הערה 78); לגבי בתי דין למניעת הפקעת שערים וספסרות: תקנה 1 של תקנות מניעת הפקעת שערים וספסרות (החשת הדיון), תשי"ז-1950; לגבי בית דין לביטוח לאומי: תקנה 26 של תקנות הביטוח הלאומי (סדרי הדין בפני בית הדין לביטוח לאומי), תשי"ז-1956 (כידוע, סמכותו של בית הדין לביטוח לאומי הועברה לידי בית הדין לעבודה, אך, למרבה הפלא, אין בחוק בית הדין לעבודה, תשכ"ט-1969, או בתקנות סדר הדין שהותקנו על פיו, הוראה מקבילה לתקנה 26 דלעיל).