

טובים השנים מן האחד? – על סמכות ומניעות ועל אופני עבודת ההרכב

מאת

איתי ליפשיץ*

טובים השנים מן האחד...

כי אם יפלו

האחד יקים את חברו

ואילו האחד שיפול

ואין שני להקימו

(קהלת ד, ט–י)

המאמר דן בשאלה שעמדה בפני בית המשפט העליון בבג"ץ 1555/05 יחזקאל לוי נ' בית הדין הרבני האזורי.¹ השאלה שעמדה במוקד הדיון היא הלגיטימיות של דיון בפני הרכב חסר של שני דיינים. חוק הדיינים מתיר במקרים מסוימים דיון בפני הרכב חסר של דין יחיד. אחד המקרים הוא כשניתנה לכך הסכמת הצדדים, אולם בתי הדין נהגו לדון

* המרכז האקדמי למשפט ולעסקים. אני מודה ליצחק ברנד, ליואב המר, לאבישלו וסטרייך, לשמעון יעקבי, לרחל לוברמן, לברכיהו ליפשיץ, לשחר ליפשיץ, ליובל סיני, לבועז סנג'רו, לגדעון ספיר, לעידו פורת, לרינת קיטאי סנג'רו, לעמיחי רדזינר, למרדכי שוורץ, לפנחס שיפמן, לבועז שנוור ולמשתתפי הסמינר המחלקתי במרכז האקדמי למשפט ולעסקים על הערות והארות מועילות. תודה מיוחדת לעורכי כתב העת "משפטים" ולחברי המערכת, שבניגוד לאמור להלן בטקסט הצמוד לה"ש 207, עצתם הטובה עמדה לי ותרמה מאוד לכתיבת המאמר שבפניכם.

1 בעקבות בג"ץ 1555/05 לוי נ' בית הדין הרבני האזורי מחוז תל-אביב (פורסם בנבו, 16.7.2009) (להלן: עניין יחזקאל לוי או "פסק הדין"). פסק הדין פורסם לראשונה כ"פלוני נ' בית הדין וכו'" ובשל מדיניות לא ברורה של חשיפת שמות בעלי הדין זהו שמו הנוכחי. ראו לעניין זה תומר מוסקוביץ "ההגנה על הפרטיות בפרסומי בתי המשפט – האם ראוי לפרסם שמות בפסקי-דין משפטים יח 431 (1988).

אציין כאן לשתי החלטות שניתנו בסמוך לפני ירידתו של המאמר לדפוס ואשר יש להן נגיעה לכמה עניינים שנדונים במאמר זה. האחת, ועדת החוקה חוק ומשפט החליטה לא להעלות לקריאה שלישית את הסעיף בהצעת חוק הדיינים (מס' 24), התשס"ח–2008, ה"ח הממשלה 506 שנועד לאפשר לבית הדין לדון בהסכמת הצדדים בהרכב של שני דיינים. לפיכך חלקים מהביקורת שלהלן מתייחסים אף להחלטה זו. השניה, ברע"א 4198/10 איבגי נ' גבאי (פורסם בנבו, 25.12.2012) נקבע, בניגוד ובהתעלם מעניין יחזקאל לוי, כי טענת בטלות בגין חוסר סמכות כפופה לעקרונות כלליים של מניעות ותום לב. פסיקה זו תומכת בעמדה שאציע להלן.

בהסכמת הצדדים גם בהרכב חסר של שני דיינים. בפסק דין זה נפסלה פרקטיקה דיונית זו שנהגה בבתי הדין הרבניים במשך שנים רבות בשל דעת הרוב בג"ץ שביטלה פסקי דין של בתי הדין הרבניים וקבעה כי הרכב חסר של שני דיינים בהסכמת הצדדים הוא חסר סמכות.

המאמר בוחן מדוע לדעת בג"ץ בנוגע למספר הדיינים שבהרכב אין אומרים "טובים השנים מן האחד". הסוגיה נבחנת באמצעות מחקר השוואתי בין המשפט הישראלי והמשפט העברי ותוך שימוש בכלים מדידים מתחום הניתוח ההסתברותי. הפרק הראשון מוקדש לבחינה ביקורתית של פסק הדין. הפרק השני דן בפן הנורמטיבי ויעסוק בשאלה – האומנם טובים השניים מן האחד? הפרק השלישי משווה את עמדת המשפט העברי למשפט הישראלי, ובפרק הרביעי מוצגת הצעה פוזיטיבית באשר למסקנות המחקר ולהשלכותיהן הן על פעולת בתי הדין בעקבות פסיקת בג"ץ והן על הצעת חוק לתיקון חוק הדיינים. שאלה מרכזית שאותה מנסה המאמר לפתור היא מדוע סדרי דין שאינם נושאים מטען ערכי ואינם עוסקים בהיקף הסמכויות של בתי הדין (נושאי המחלוקת השכיחים) נתונים כאן במחלוקת עקרונית בין שופטים ודיינים. התשובה נעוצה, לדעת המחבר, בנקודות מוצא הפוכות של שיטות המשפט. במשפט הישראלי דן יחיד הוא בררת המחלוקת הנוהגת ברוב המכריע של הערכאות הדיוניות. לעומת זאת במשפט העברי בררת המחלוקת היא ערכאה דיונית במותב של שלושה דיינים. מכאן מתפתח השוני בגישות הדיוניות שבהן עוסק המאמר.

תוך כדי העיון בנושאים הנזכרים נדונות גם שאלות כלליות ועקרוניות, כגון מהם סדרי הדיון והדינמיקה הראויים בקרב שופטי ההרכב, מתי ראוי לשופט להסתפק באמירת "אני מסכימה לדעת חברתי" ומתי לא, אם כשביט המשפט העליון סוטה מתקדימו, על פי סמכותו, עליו לציין זאת, ומה מעמדה של דעת רוב המותרת בלא מענה פרוכט ואף טענות עובדתיות שעלו בחוות הדעת של שופטת מיעוט.

מבוא. א. המישור הביקורתי: פסיקת בג"ץ בפרשת יחזקאל לוי. 1. השתק ומניעות; 2. פרשנות חוק הדיינים – האם טובים השניים מן האחד?; 3. דינמיקה בהרכב של שלושה; ב. המישור הנורמטיבי: האם טובים השניים מהאחד? 1. טובים השניים; 2. דינמיקה של הרכב; ג. נקודות מוצא הפוכות: המשפט הישראלי לעומת המשפט העברי. 1. נקודת המוצא במשפט הישראלי; 2. נקודת המוצא במשפט העברי; ד. המישור הפוזיטיבי: אין דין יחיד אלא אחד. 1. הבעיה: פגיעה בתכלית התיקון לחוק; 2. הצעת פתרון; אחרית דבר ופשרו.

מבוא

מעשה שהיה כך היה. פלונית ומר יחזקאל לוי הם זוג נשוי ולהם שתי בנות. בשנת 2001 הגישה פלונית תביעת גירושין שנדונה בפני הרכב חסר של שני דיינים ונדחתה. בשנים 2003–2004 נתבררה תביעת גירושין נוספת של האישה בפני אותו הרכב חסר של שני דיינים בבית הדין האזורי בתל אביב. בתביעה השנייה טען הבעל טענה דיונית מקדמית

נגד קיום הדיון בהרכב חסר, ואף ניתנה החלטה שאפשרה לשני הצדדים להגיש בכתב את טיעוניהם באשר לטענה מקדמית זו. בהחלטת בית הדין צוין שהצדדים קיבלו עליהם את הרכבו החסר של בית הדין. בתום הדיון בתיק נתן ההרכב החסר פסק דין הקובע כי על בני הזוג להתגרש.

הבעל ערער על פסק הדין לבית הדין הגדול לערעורים בטענה כי פסק הדין נגוע בחוסר סמכות הואיל וניתן בהרכב חסר. משדחה בית הדין הגדול את ערעורו עתר הבעל בשנת 2005 לבג"ץ.

עיקר טענות העותר בפני בג"ץ היו כי הן הדיון והן פסק הדין נגועים בחוסר סמכות, שכן על בית הדין לשבת בהרכב של שלושה דיינים. לטענתו, פגם זה אינו ניתן לריפוי אף נוכח הסכמת הצדדים.²

המשיבה טענה שעל בג"ץ לדחות את העתירה משום שהעותר אינו בא בניקיון כפיים, כיוון שקיבל ללא כל טענות ומענות את ההחלטות הראשונות של המותב החסר כל עוד היו נוחות לו. לגופו של עניין טענה המשיבה כי משניתנה הסכמת הצדדים לדיון בפני הרכב חסר אין פגם בדבר. עוד טענה כי לאחר תיקון מספר 11 לחוק הדיינים, התשט"ו–1955³ (להלן: חוק הדיינים), אשר הסמיך את בית הדין לדון בהסכמת הצדדים בהרכב של דיון אחד, הרי שמקל וחומר יוכל בית הדין לדון בהרכב של שני דיינים בהסכמת הצדדים.

בחלוף כארבע שנים, ב-16.7.2009, קיבל בג"ץ את העתירה ברוב של שתי שופטות, השופטות אילה פרוקצ'יה ודבורה ברלינר, וביטל את פסקי הדין של בתי הדין הרבניים, האזורי והגדול, בניגוד לעמדת המיעוט של השופטת (כתוארה אז) מרים נאור. בעקבות זאת בחלוף כארבע שנים מפסק הדין שקבע כי פלונית זכאית לגט, היא הופנתה שוב לבית הדין הרבני האזורי לשוב ולדון מתחילה בתביעת הגירושין בהרכב חוקי.

עניין מיוחד לנו בפסק דין זה של שופטות בג"ץ דווקא משום שהמחלוקת העולה מבין שורותיו עוסקת בסדרי הדין שהם מטבעם נטולי אידאולוגיות, להבדיל משאלות שעוסקות בדין המהותי. אני מבקש לנצל הזדמנות זו כדי לעיין בסוגיה הדיונית ולנסות להבין מה עומד ביסוד המחלוקת בין בג"ץ לבין בית הדין במקרה שלפנינו. בניגוד לפסקי דין מפורסמים פסק דין זה אינו עוסק בהיקף הסמכויות של בית הדין למול בתי המשפט לענייני משפחה. היקף סמכות בית הדין כשלעצמו אינו עומד כאן על הפרק – בניגוד לפסק הדין מפי השופטת פרוקצ'יה בעניין אמיר⁴ – שכן על סמכות בית הדין לדון בתביעת גירושין אין חולק. גם שאלות יסוד ערכיות כגון אלו שהעמידו למבחן בית

2 לטענות נוספות, דיוניות ואחרות, ראו עניין יחזקאל לוי, לעיל ה"ש 1, פס' 10 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

3 חוק הדיינים (תיקון מס' 11), התשמ"ט–1989, ס"ח 69.

4 בג"ץ 8638/03 אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד סא(1) 259 (2006). וראו ברכיהו ליפשיץ "גן התענועים של 'ענייני נישואין וגירושין' משפחה במשפט ב 107 (2008).

המשפט את הערכים שעל פיהם פועל בית הדין אינן עומדות כאן על הפרק.⁵ לכן יש לצפות שבבירור השאלות מהו הרכב ראוי, ואם הרכב של שני שופטים הוא פגום, יועלו אותם שיקולים, בעד ונגד, בשיטות משפט שונות, שהרי המטרה המשותפת לכל שיטות המשפט בבחירת הרכב שופטים ראוי היא להבטיח שההרכב יניב פסק דין צודק שיורד לחקר האמת. לפיכך חשוב לחקור ולהבין מהי הסיבה ששופטי בג"ץ ודייני בית הדין הגיעו לתוצאות חולקות וקוטביות.⁶

מתוך השאלות שמעורר פסק הדין אני מבקש להשקיף על שני עולמות: עולמם של שופטי בית המשפט העליון מחד גיסא ועולמם של דייני בית הדין הרבני מאידך גיסא. עולמו של בית המשפט: דעת בג"ץ היא כי דיון בהרכב של שני דיינים הוא חריגה מסמכותו הפונקציונלית של בית הדין. נקבע כי בית הדין דן בחוסר סמכות, שאותה אין בכוחה של הסכמת בעלי הדין לרפא. הלכה זו נקבעה בעבר בכמה וכמה פסקי דין שבהם קבע בג"ץ כי הרכב חסר הוא חסר סמכות פונקציונלית ופעולותיו בטלות, ומבחינה זו אין בה לכאורה כל חידוש.⁷ החידוש בפסיקת בג"ץ בפסק הדין שלפנינו נוגע לשתי סוגיות: א. פרשנות חוק הדיינים והתקנות שבאו בעקבותיו: כאמור, תיקון מספר 11 לחוק הדיינים הסמיך את בית הדין לדון בהסכמת הצדדים בהרכב של דיון אחד, וכך גם התקנות שבאו בעקבותיו.⁸ לדעת שופטי בג"ץ, אין בהסמכה זו כדי להתיר דיון בפני שני דיינים, אף לא בהסכמת הצדדים. בית המשפט אינו מסתפק בפרשנות פורמלית של חוק הדיינים שמסקנתה כי הרכב שני דיינים אינו חוקי, והוא מוסיף וקובע שמסקנתו הפרשנית ראויה גם מבחינה נורמטיבית. יש לציין כי בית המשפט יורד לעומקה של הסוגיה, אך אינו נזקק כלל לבחינתה מנקודת מבטו של המשפט העברי שעליו אמון בית הדין.⁹ ב. השתק ומניעות: בנקודה זו נחלקו שופטות הרוב על שופטת המיעוט. שופטת המיעוט סברה שאף אם אין בהסכמת הצדדים כשלעצמה כדי ליצור סמכות יש מאין לדון בשני דיינים, הבעל שהסכים בתחילה לדיון בהרכב חסר מנוע מלהעלות טענת חוסר סמכות בשלב זה. שופטות הרוב, לעומתה, סברו כי פסק הדין של בית הדין הרבני הוא חסר תוקף, ואין בכוחה של מניעות לרפאו.

5 כגון בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221 (1994).

6 לדיון במעמדו של הרכב חסר של שני שופטים במשפט האמריקאי ראו Samuel P. Jordan, *Irregular Panels*, 60 ALA. L. REV. 547 (2009). אמנם בניגוד לנידון שלנו, שבו שני דיינים דנים במקום דיון אחד, ג'ורדן עוסק בבעייתיות של שני דיינים ובעדיפות של שלושה בדגש על תפקידה של ערכאת הערעור.

7 ראו אליאב שוחטמן "דיון בהרכב חסר ופסיקה לקויה בשאלת טובת הילד בבית הדין הרבני – עילה להתערבות בג"צ?" משפטים טו 287 (1985) (להלן: שוחטמן "דיון בהרכב חסר").

8 כך נקבע בתק' 1(3) לתקנות הדיינים (עניינים שניתן לדון בהם בדיין אחד), התש"ן-1990: "עניין שבעלי הדין הסכימו עליו שיידון בדיין אחד – (א) עניין שבעלי הדין הסכימו עליו שיידון בדיין אחד, ובית הדין אישר שהעניין ראוי, לפי דין תורה, להיות נדון בדיין אחד".

9 ראו להלן בפרק א.2(ג) "הנחת יסוד לפרשנות חוק הדיינים".

עולמו של בית הדין: כאמור, תיקון מס' 11 מאפשר לבית הדין לדון בהרכב חסר של דיין אחד בהסכמת הצדדים. לפיכך דיון בהרכב של שני דיינים בהסכמת הצדדים אומר דרשני. מדוע בהיעדר האפשרות לדון בהרכב מלא ידון בית הדין בהרכב של שני דיינים בעוד החוק מאפשר לו לדון בהרכב של דיין אחד? האם דיון כזה מבטא העדפה של בית הדין או של הצדדים? והאם אפשר להצביע על עקרונות מן המשפט העברי שיש בהם כדי להנהיר את הפרקטיקה הזו של הדיינים? שאלות אלו מתעוררות למקרא פסק הדין, אך אף אחת משופטות בג"ץ לא התייחסה אליהן כלל בפסק דינה. להלן אבחן את הסוגיות המתעוררות בפסק הדין של בג"ץ על פי ההלכה היהודית שעליה אמון בית הדין הרבני. בסופו של המאמר אציע השלכות אפשריות של פסק הדין דנן על אופן התנהלות בתי הדין בעתיד.

מלבד ההכרעה בדבר המשפט המצוי נודעת לשאלות הנזכרות חשיבות גם בנוגע למשפט הרצוי. שאלות אלה רלוונטיות לא רק לבחינת פסק הדין ולפרשנותו הראויה של חוק הדיינים אלא גם לגיבוש עמדה באשר להצעת חוק הדיינים (מס' 24), התשס"ח–2008¹⁰, המבקשת לקבוע בחוק כי בית הדין רשאי לדון, בהסכמת הצדדים, במותב חסר של פחות משלושה דיינים, דהיינו גם בשני דיינים.

ראוי להתייחס גם למציאות שברקע פסק הדין, אשר בגינה נאלץ בית הדין לדון במותב חסר של שני דיינים עקב היעדרו של דיין מדייני ההרכב. מציאות זו אינה רצויה. פעמים היא נובעת מסיבות שאינן תלויות בבית הדין, כגון דיין שפרש לגמלאות ולא מונה דיין חדש להרכב, ופעמים מסיבות אישיות של הדיין הנעדר.¹¹ אכן, באחד מפסקי הדין של בית המשפט העליון נרמז שתופעת הדיון בהרכב חסר היא בלתי נסבלת, אך לא פורש שם אם הכוונה היא להפנות אצבע מאשימה כלפי הדיינים או כלפי הגורמים האחראים למצבת הדיינים החסרה.¹² אין חולק שעל הגורמים הרלוונטיים לעשות הכול כדי לשים קץ לתופעת הדיון בהרכב חסר (אם מסיבות אישיות של דיין פלוני¹³ ואם בשל מצבה חסרה של דיינים בבית הדין). מכל מקום, מאמר זה, כמו גם פסק הדין, דן בהכרעת בית דין רבני שניתנה בהרכב חסר של שני דיינים מבלי להתייחס לנסיבות שהביאו לכך.

10 לעיל ה"ש 1.

11 ראו שוחטמן "דיון בהרכב חסר", לעיל ה"ש 7, בעמ' 294, ה"ש 21: "לפחות בחלק גדול מהמקרים המדובר בבעיה מתמשכת הנובעת מאי-מילוי תקנים חסרים [...] אין לדבר איפוא – לפחות בחלק מהמקרים, אם לא ברובם – על מתן הכשר לסדר ציבורי בלתי-תקין מצד בית-הדין הרבני, אלא על מציאת פתרון הנובע מכורח המציאות". מובן שאין בדבריי במאמר זה ליתן הכשר לזלזול, אם קיים, במקרים פרטיים.

12 בע"מ 7593/06 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 22.10.2006), פסק דינו של השופט רובינשטיין; תופעה זו בבתי דין דתיים אינה מנת חלקם של בתי הדין הרבניים בלבד. אגב הכנת מחקר זה התקשר המחבר למזכירות בית הדין הדרוזי ובית הדין לערעורים בעכו, ובשיחה עם המזכיר התברר שבשנת 2011 לא היה להרכב בית דין זה אפילו הרכב אחד היושב בהרכב מלא.

13 ראו עוד בעניין זה גם להלן בסוף ה"ש 184.

פסק הדין של שופטות הרוב בבג"ץ מעורר את שאלת הדינמיקה בקרב הדיינים חברי הרכב בית הדין הדן במותב חסר של שני דיינים. שאלה זו היא אחת מכלל השאלות הקשורות באופן עבודתם של שופטים הדנים בהרכב. אדון בסוגיה זו וכד בבר אבחן גם את שאלת הדינמיקה שבין שלוש השופטות שישבו בהרכב (מלא) בבג"ץ מושא דיונו. בחינת הדינמיקה בין שופטות בהרכב ובדיקה של אופן עבודת ההרכבים כפי שבא לידי ביטוי בפסק הדין שלפנינו, הן הזדמנות טובה לעורר למחשבה כללית יותר על נושא חשוב זה ועל מרכזיותו בהכרעת הדין ובחריצת גורלם של מתדיינים.¹⁴

עם חתימת המבוא ברצוני לציין בהערת הבהרה מה אין למצוא במאמר. בכל הקשור לפסק הדין יחזקאל לוי אני דן אך ורק בפסק הדין ובמה שנאמר בו. איני דן בהסבר אפשרי נוסף למגמתו של פסק הדין ולפיו פסק הדין משתלב במערכה כוללת של בג"ץ נגד בתי הדין הרבניים, וזאת למטרות שימור וביצור מעמדו ועליונותו של בג"ץ וקבלת בית הדין הרבני את מרותו. להפך, אני מניח שבשאלות "ניטרליות", שאינן טעונות מבחינה ערכית או מבחינת היקף הסמכויות, שופטות בג"ץ רואות אך את טובת העניין שעומד לפניו. ואולם, אם הסבר אפשרי זה נכון הוא, הרי שהנושאים המתלבנים במאמר מדגימים היטב את שלימדונו חכמים – שה"אהבה" מקלקלת את השורה.¹⁵

אפתח את הדיון בבחינה ביקורתית של פסק הדין הן באשר לדוקטרינת ההשתק וההמניעות, הן באשר לפרשנות החוק והן בדינמיקה שבין חברות ההרכב. בחלק השני של המאמר אערוך דיון נורמטיבי בשאלת היתרונות והחסרונות של הרכב זוגי ובהכרעה הראויה בה. החלק השלישי יעסוק בבחינה השוואתית של שיטת המשפט העברי ושיטת המשפט הישראלי ביחסן לסוגיית ההרכבים. בחלקו האחרון של המאמר אעסוק במשפט הפוזיטיבי ובשאלות שעמן יתמודדו בתי הדין הרבניים לאור פסיקת בג"ץ.

א. המישור הביקורתי: פסיקת בג"ץ בפרשת יחזקאל לוי

כאמור, השאלה שעומדת לפנינו היא חוקיות הרכב הדיינים החסר בבית הדין. הבסיס הנורמטיבי המייחד את המקרה שלפנינו נטוע בסעיפים 8(ה) ו-8(ה)(3) לחוק הדיינים, התשט"ו-1955, שבהם קבע המחוקק את הדרישות להרכב הדיינים, ובין היתר כי בית הדין ידון בשלושה, וכי דיין אחד מוסמך לדון בהסכמת הצדדים. מכאן, לדעת שופטות הרוב, שעל פי החוק הרכב של שני דיינים אינו מוסמך לדון אף בהסכמת הצדדים, ועל כן נגוע בחריגה מסמכותו הפונקציונלית של בית הדין.

14 ראו איתי ליפשיץ "דין ודברים בקרב שופטים" שנתון המשפט העברי כו 263 (2012).

15 בראשית רבה, וירא נה (מהדורת וילנא): "אר"ש [אמר רבי שמעון] בר יוחאי אהבה מקלקלת את השורה ושנאה מקלקלת את השורה".

השופטת פרוקצ'יה פסלה את האפשרות שהסכמת הצדדים תכשיר את ההרכב החסר משום ש"במסגרת עקרון החוקיות, אין נפקות להסכמת הצדדים בעניין הנוגע לסמכות פונקציונלית של ערכאה שיפוטית".¹⁶ מכאן פנתה השופטת לבחון שתי אפשרויות נוספות להכשרת הרכב חסר של שני דיינים: האחת דוקטרינת ההשתק והמניעות, והשנייה – פרשנות החוק.¹⁷ להלן אבחן את שתי הסוגיות ואציע מסקנות שונות מאלו שדעת הרוב הגיעה אליהן.

1. השתק ומניעות

האישה העלתה בפני בג"ץ טענת מניעות שהסכמה על העובדה שהבעל הסיר את התנגדותו ואף הסכים לדיון בפני שני דיינים. השופטת פרוקצ'יה, בדעת הרוב, קובעת בפסק דינה כי אין בכוחה של דוקטרינת ההשתק והמניעות להקנות תוקף לפסק דין שניתן בהרכב חסר. להלן אדון בדוקטרינת ההשתק והמניעות ובשימוש שנעשה בה בפסיקת בתי המשפט בהקשרים דומים. בפרק זה אתמקד בשאלה אם דעת הרוב בבג"ץ בעניין השתק ומניעות עומדת במבחן הביקורת, ואם היא תואמת את פסיקת בית המשפט העליון.¹⁸

דוקטרינת ההשתק השיפוטי מסתעפת מדיני ההשתק הכלליים.¹⁹ בנדון דנן ביקורת בג"ץ על בתי הדין הדתיים מוסדרת בחוק-יסוד: השפיטה בשני הסעיפים 15(ג) ו-15(ד)(4). מכאן שאת סוגיית ההשתק השיפוטי הנוגע לביקורת של בג"ץ על סמכות בית הדין יש לבחון תחילה מתוך לשון החוק. בסעיף 15(ג) נקבע כי בג"ץ "ידון בענינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק". עניינו של סעיף 15(ד)(4) הוא בביקורת בג"ץ על סמכות בית הדין, ונקבע בו כי בשבתו כבית משפט גבוה לצדק מוסמך בג"ץ:

(4) לתת צווים לבתי דין דתיים לדון בעניין פלוני לפי סמכותם או להימנע מלדון או מלהוסיף ולדון בעניין פלוני שלא לפי סמכותם; ובלבד שלא ייזקק בית המשפט לבקשה לפי פסקה זו אם המבקש לא עורר את שאלת הסמכות בהזדמנות הראשונה שהיתה לו; ואם לא היתה לו הזדמנות

16 עניין יחזקאל לוי, לעיל ה"ש 1, פס' 35 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

17 אפשר היה לצפות שמבחינה אנליטית יקדים הדיון בפרשנות החוק את הדיון בטענת המניעות משום שדחיית העתירה בנושא פרשנות החוק הייתה מייתרת את הדיון בשאלת המניעות. אולם למעשה סדר הניתוח בפסק הדין היה הפוך מכך, ועל כן ניצמד גם אנו לסדר זה.

18 יצוין כי השופטת נאור עסקה בסוגיה זו, אך אני מבקש להציג יריעה רחבה יותר של הדיון. ראו עניין יחזקאל לוי, לעיל ה"ש 1, פס' 8–12 לפסק דינה.

19 ראו רע"א 3640/03 דקל נ' דקל (פורסם בנבו, 16.12.2007); וליתר דיוק ראו שם, פס' 18 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, על היחס שבין תורת ההשתק השיפוטי לתורת ההשתק הכללית.

סבירה לעורר שאלת הסמכות עד שניתנה החלטה על ידי בית הדין הדתי, רשאי בית המשפט לבטל דיון שנתקיים או החלטה שניתנה על ידי בית הדין הדתי ללא סמכות.

"סייג ההזדמנות הראשונה", המבוסס על רעיון המניעות, קבוע בסעיף 15(ד)(4) ואינו קיים בסעיף 15(ג). לכן במסורת הפסיקה של בג"ץ היו שני סעיפים אלו צינורות נפרדים לביקורת על בתי הדין. לפיכך גם כשהעתירה נגד בית הדין עסקה בשאלת הסמכות, במקום שבו פנה העותר לסעד מן הצדק הוא זכה לסעד בלא שנבדק "סייג ההזדמנות הראשונה".²⁰ לעומת זאת כאשר העתירה עסקה בשאלת הסמכות ולא ביקשה סעד למען הצדק, היה אפשר לצפות כי בכל אותם מקרים שבהם בעל דין איננו עומד ב"סייג ההזדמנות הראשונה" על פי סעיף 15(ד)(4), לא ייעתר בית המשפט להפעיל את שבט ביקורתו על סמכות בית הדין מכוח רעיון המניעות.²¹ מפתיע לגלות כי דעת הרוב בבג"ץ יחזקאל לוי לכאורה מתעלמת, תרתי משמע, מלשון החוק. מבחינת המהות, דעת הרוב מתעלמת מהוראות החוק בהושטת סעד לבעל אף על פי שלא עמד ב"סייג ההזדמנות הראשונה".²² כמו כן דעת הרוב מתעלמת מעצם קיומו של סעיף 15(ד)(4) ואף אינה מאזכרת אותו כלל.

התעלמות מלשונו המפורשת של סעיף 15(ד)(4) לחוק היסוד ופרשנות מרחיבה של היקף הביקורת של בג"ץ על בתי הדין אינה חדשה ומבטאת מגמה קיימת בפסיקת בג"ץ, למשל בבג"ץ 6103/93 סימה לוי נ' בית הדין הגדול בירושלים, שעליו נסמכת דעת

20 כך פירש השופט משה זילברג את הסעיף בגלגולו הקודם בחוק בתי המשפט, התשי"ז-1957 כשנדרש לחקיקה זו עוד טרם הייתה בעניינה פסיקה. ראו משה זילברג המעמד האישי בישראל 434 (מהדורה רביעית, 1965); ראו בהרחבה פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך א 117-118 (מהדורה שנייה, 1995).

21 דוגמה לשימוש בטענת המניעות גם נגד טענת חוסר סמכות היא התפתחות הפסיקה סביב חוסר הסמכות של בית הדין הרבני לדון כשלא כל הצדדים חברים רשומים בפנקסי כנסת ישראל (עד לשנת 1953). בעלי דין ניצלו לרעה כלל זה, ובשלב כלשהו ש"התאים" להם שלפו את טענת חוסר הסמכות בכוונה לבטל את ההליכים שהתנהלו קודם לכן בהסכמתם במשך שנים. ראו בג"ץ 293/52 עמיצור נ' יו"ר ההוצ"ל, פ"ד ז 98 (1953). ראו גם זילברג, לעיל ה"ש 20, בעמ' 62-76. ברצותו להחזיק בחבל משני קצותיו מבחין זילברג בין הסכמה למניעות. אמנם "שום כמות של הסכמה" לא תוכל להעניק סמכות לבית דין שאינו מוסמך, אך מכוח מניעות אפשר למנוע הוכחת עובדות השוללות את סמכות בית הדין.

22 לפסיקה המדגימה יישום הסעיף על ידי בית המשפט ככתבו וכלשונו ראו למשל בג"ץ 387/85 שרעבי נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד מ(2) 813 (1986); בג"ץ 8754/00 רון נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נו(2) 625, 643 (2002); בג"ץ 334/96 אליהו נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב, פ"ד נג(2) 153, 166 (1999); בג"ץ 8806/06 פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי ירושלים (פורסם בנבו, 13.11.2006).

הרוב של השופטת פרוקצ'יה בענייננו (בג"ץ יחזקאל לוי).²³ העתירה שם נסבה על השאלה אם לבית הדין הרבני סמכות לדון בתביעה לאכיפת הסכם שיפוי שנכלל בהסכם גירושין. בסופו של דבר קבע בג"ץ כי הסכם שיפוי כמוהו ככל חוזה, וכי אין בעניינו סמכות נמשכת. לפיכך נקבע כי הסמכות נתונה לבית המשפט האזרחי ולא לבית הדין. הואיל והעותרת בבג"ץ סימה לוי לא עוררה את טענת חוסר הסמכות בהזדמנות הראשונה התעוררה שאלת המניעות לפי סעיף 15(ד)(4) לחוק-יסוד: השפיטה. סעיף זה הוא כאמור הצינור שדרכו מעביר בג"ץ את סמכות בית הדין תחת שבט ביקורתו.²⁴ היות שהאישה העלתה את טענת חוסר סמכותו של בית הדין לדון בהסכם השיפוי לראשונה בפני בג"ץ, היה על השופט חשין להימנע לכאורה מלדון בסמכות בית הדין. השופט חשין מסביר כי הרציונל של הסייג שבסעיף 15(ד)(4) הוא עקרון המניעות, אך הוא קובע כי נתקיימו בעניין שבפניו שני יסודות המאפשרים את התערבות בג"ץ:

א. טיבה של ההתנגדות: נקבע כי העותרת סימה לוי לא נתנה את הסכמתה לסמכות בית הדין לאורך כל שלבי ההתדיינות. אמנם היא לא העלתה את טענת חוסר הסמכות לדון בהסכם השיפוי אך היא התנגדה לסמכותו של בית הדין בטענה אחרת של "מעשה בית דין", טענה שבסופו של דבר נדחתה אף בבג"ץ. על כל פנים העותרת לא הסכימה להתדיינות בפני בית הדין בנושא השיפוי. כך סיכם השופט חשין נקודה זו:

אין מעמדה של האישה כמעמד של מתדיינים במקומות אחרים, שלא התנגדו לסמכותו של בית הדין הרבני, ורק לאחר התדיינות וחיוכם בדין, אמרו הם לתקוף את סמכותו [...] הגורמים המעמידים מחסומי השתק ומניעות נעדרים אפוא בענייננו.²⁵

נמצא כי סימה לוי התנגדה לסמכות בית הדין מטעם אחר שנדחה, אך מכל מקום התנגדה ולא נתנה הסכמתה להתדיין בפני בית הדין. לפיכך מסיק חשין כי היא אינה מנועה מלקבל סעד מבג"ץ.²⁶

ב. טיבו של חוסר הסמכות: השופט חשין חוזר למושכלות היסוד של הסמכות העניינית ומדגיש כי השתק ומניעות כמוהם כהסכמה, ואילו הסכמה עצמה אין בכוחה ליצור סמכות. מתי אפוא ידון בג"ץ בטענת חוסר הסמכות ומתי יימנע מכך על פי הוראת חוק היסוד? השופט חשין מבחין בין פגם בסמכות לבין חוסר סמכות, שהוא מכנה "חוסר סמכות עקרוני":

23 בג"ץ 6103/93 לוי נ' בית הדין הגדול בירושלים, פ"ד מח(4) 591 (1994) (להלן: עניין סימה לוי).

פסק הדין נכתב בידי השופט חשין וניתן פה אחד (השופטים חשין, מצא וקדמי).

24 שם. השופט חשין (כתוארו אז) מפנה לסעיף זה, ואף שהוא מצטט את הרישה של הסעיף, יש להניח שכוונתו הייתה לסיפה, שהיא הרלוונטית לנושא שבו הוא דן.

25 שם, פס' 34 לפסק דינו של השופט חשין.

26 שם.

במקום שבו נושא ההתדיינות אינו מצוי בסמכותו של גוף שיפוט פלוני, כל הסכמה שבעולם אין בכוחה להעניק לאותו גוף סמכות שהחוק אינו מעניק לו [...] הוראת חוק זו לא נועדה לא מעיקרה ולא בכלל – להקנות לבית-דין רבני סמכות עניינית במקום שסמכות זו – על דרך העיקרון – אינה קיימת ואינה מתקיימת בחוק שיפוט בתי הדין. בהוראתו זו שהורה אותנו, לא בא החוק אלא לאגד ולמסד הלכות שנשתרשו קודם לו בהלכה, ואשר לפיהן מנוע בעל דין מכפור בסמכות בית הדין הרבני בנסיבות מסוימות, ובלבד שבית הדין קנה סמכות עקרונית (*ratione materiae*) לדון בעניין שבו מדובר.²⁷

כך בעניין סימה לוי ההתדיינות בענייני הממון שאינם נמשכים מענייני הגירושין כגון הסכם השיפוי, אינה – באופן עקרוני – בסמכות בית הדין הרבני. הסמכות לדון בתניית השיפוי היא של בית המשפט האזרחי ואינה נתונה לבית הדין כלל ועיקר. לסיכומו של עניין זה, ההבחנה שעושה חשין בין שני סוגים של חוסר סמכות מרחיבה את סמכות הביקורת של בג"ץ על בית הדין ומביאה אתה פירוש חדש לסעיף 15(ד)(4) לחוק-יסוד: השפיטה. "סייג ההזדמנות הראשונה" שנקבע בסעיף זה לא יחול עוד בעניינים שבהם חוסר הסמכות הוא עקרוני, כלומר בעניינים שבהם לא הייתה למחוקק כוונה להסמיך את בית הדין כלל ועיקר. לעומת זאת כשחוסר הסמכות אינו עקרוני, יחול "סייג ההזדמנות הראשונה", ובג"ץ יתערב רק אם טענת חוסר הסמכות הועלתה בהזדמנות הראשונה. בבסיס ההבחנה עומדת ההשקפה שלא ייתכן שהסכמה או מניעות "תכשיר" חוסר סמכות עקרוני. עם זאת השופט חשין לא נזקק להגדרה מדויקת של חוסר סמכות עקרוני – אילו מקרים יבואו בגדרו ואילו לא.²⁸ הקושי בהבחנה המוצעת על ידי השופט חשין בולט לעין, כיוון שמחד גיסא הטענה ש"כל הסכמה שבעולם אין בכוחה להעניק לאותו גוף סמכות שהחוק אינו מעניק לו"²⁹ תקפה גם כשהפגם בסמכות אינו עולה כדי חוסר סמכות עקרוני. מאידך גיסא אם הימנעות בג"ץ מלבטל החלטה שניתנה בחוסר סמכות מכוח השתק ומניעות אינה בבחינת הענקת סמכות לגוף בלתי מוסמך אלא מחסום דיוני בלבד, הרי שמחסום דיוני

27 שם, פס' 33–36 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין. ובפס' 36 ובהמשכה: "אכן, לתחולתה של הוראת המניעות שבסעיף 15(ד)(4) לחוק-יסוד: השפיטה, תנאי מוקדם והכרחי הוא שבית הדין הרבני מחזיק בסמכות עקרונית על-פי חוק, ובהתקיים תנאי זה ניתן להשתיק בעל דין מטעון כי לא הסכים לסמכות". ראו שם, הפניות לדוגמאות מן הפסיקה לתחולתה של הוראת המניעות.

28 טלו למשל את עניין עמיצור, לעיל ה"ש 21. השופט זילברג דן בהיעדר סמכות של בית הרבני לדון את מי שאינו חבר רשום בכנסת ישראל. בית המשפט השתיק בעל דין שבתחילה התדיין בפני בית הדין ולאחר מכן טען לחוסר סמכות משום שאינו חבר רשום בכנסת ישראל. האם חוסר הסמכות המדובר אינו חוסר סמכות עקרוני?

29 דברי השופט חשין בעניין סימה לוי, לעיל ה"ש 23.

כזה אפשר להקים בין שמדובר בפגם בסמכות ובין שמדובר בחוסר סמכות עקרוני. לכן נראה לי שבמקרים שבהם חוסר הסמכות גלוי וידוע מבחינה עובדתית (כמו במקרה של אכיפת הסכם שיפוי על ידי בית הדין), הדבר שקורה "באמת" הוא שבג"ץ שוקל זה מול זה את עקרון חוקיות ההרכב מצד אחד ואת עקרון המניעות מצד אחר. לדעת חשין, במקרה של חוסר סמכות עקרוני גובר העיקרון הראשון, ובמקרה של פגם בסמכות גובר העיקרון השני.

יודגש שאף על פי שלדעת השופט חשין אין בכוחה של מניעות ליצור סמכות, מבחינת המשפט הדיוני אפשר לכאורה לקרוא את "סייג ההזדמנות הראשונה" שבסעיף 15(ד)(4) לחוק היסוד כהוראה יוצרת סמכות. אמנם הסמכות הפונקציונלית של בית הדין הוסדרה בחוק הדיינים, ולכן כאשר הוא חורג מסמכותו החוקית מעשהו מחוסר תוקף. עם זאת לפי "סייג ההזדמנות הראשונה", שנקבע בסעיף 15(ד)(4), כאשר העותר מבקש הסעד השתהה מהעלות את טענת חוסר הסמכות (כל עוד היה הדבר נוח לו), לא יתערב בית המשפט גם אם הטענה לגופה צודקת.³⁰ כלומר, אף אם אין בכוחה של מניעות ושל הסכמת הצדדים כשלעצמן "לרפא" חוסר סמכות עקרוני, אפשר היה לומר כי בכוחו של חוק, ובפרט חוק יסוד, ליצור סמכות על סמך הרציונל של הסכמה ומניעות. החוק ודאי לא התכוון להקנות לבית הדין סמכות במקרה שהסכמת הצדדים ניתנה לשם חריגה מסמכות. אך מקום שבו הצדדים סברו בתום לב שיש לבית הדין סמכות, בהחלט ייתכן שהחוק התכוון, מטעמי יעילות, לחסום העלאה עתידית של טענת חוסר סמכות שלא נטענה בהזדמנות הראשונה. דוגמה לדבר – סעיף 79(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984, שכותרתו "סעד בשל חוסר סמכות", קובע כי בית משפט שאליו הועבר עניין בשל חוסר סמכות "לא יעבירו עוד". דהיינו, הדיון יתקיים בפני בית המשפט הנעבר אף על פי שהוא חסר סמכות לפי כללי הסמכות הרגילים. בכך מעניק המחוקק סמכות יש מאין לבית משפט שאינו מוסמך לפי הכללים הרגילים, והסדר זה נוהג בין שכבר ניתן פסק הדין ובין שהדיון בתיק טרם החל. הוראת החוק "לא יעבירו עוד" אינה מבחינה בין פגם בסמכות לבין חוסר סמכות עקרוני.

אלא שהפרשנות שהצעתי להוראת סעיף 15(ד)(4) לחוק היסוד נדחתה בבג"ץ סימה לוי³¹ וחזרה ונדחתה בבג"ץ אמיר.³² שם נקבע כי "גישה זו אינה מתיישבת, ביסודה, עם עקרון החוקיות המחייב את ערכאות השיפוט [...] היא אינה עולה בקנה אחד עם נקודת המוצא לפיה סמכויות שיפוט ענייניות ניתנות לערכאת שיפוט בהסדר פוזיטיבי, ואין להסיק על קיומן בדרך פרשנות עקיפה של הוראות חוק שעניינן השתק או מניעות [...]

30 ראו לעיל ה"ש 22.

31 עניין סימה לוי, לעיל ה"ש 23, פס' 36 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין.

32 עניין אמיר, לעיל ה"ש 4, פס' 19 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

ולא ניתן להוסיף עליהן [על סמכויות השיפוט – א"ל] בדרך פרשנות עקיפה של הוראות חוק שתכליתן אינה הקניית סמכות".³³

מכל מקום, נמצאנו למדים כי אמנם בית המשפט העליון הרחיב את היקף ביקורתו על סמכות בית הדין הרבני, אך כאשר דן בג"ץ בטענת חוסר סמכות "שאינה עקרונית", כלשון חשין, הוא יישם את הלכת המניעות לפי האמור בסעיף 15(ד)(4) לחוק היסוד. יש בנמצא דוגמאות למכביר שבהן בית המשפט העליון אכן נמנע מלדון בטענת חוסר סמכות בשל טענת מניעות כאשר מדובר בחוסר סמכות שאינה עקרונית. נציג שתי דוגמאות קרובות למקרה שהוא מושא דיונו – טענת חוסר סמכות בשל דיון בהרכב חסר.

בבג"ץ 8872/06 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול (השופטים פרוקצ'יה, רובינשטיין וד' חשין)³⁴ עסקה העתירה בלב לבנה של הסמכות הרבנית וביקשה לבטל גט שכבר ניתן, בטענה שהיה גט מעושה. כמו כן נטענו גם טענות דיוניות, שלפי אחת מהן בית הדין קיים חלק מן הדיונים, ובהם סידור הגט, בהרכב חסר של שני דיינים. הטענה בדבר הרכב חסר נדחתה בשל טענת מניעות משנקבע כי הדיון בהרכב חסר נעשה בהסכמת הצדדים, וכי הדבר משתקף גם מפרוטוקול הדיון.

בפסיקה מוקדמת במעט, בבע"מ 7593/06 פלונית נ' פלוני³⁵ (השופט רובינשטיין), נקבע כי דיון בהרכב חסר של שני דיינים – ולו בהסכמת הצדדים – הוא בעייתי. בית המשפט אף הפציר בבתי הדין ליתן דעתם על בעיה זו, ויפה שעה אחת קודם. אולם המסקנה האופרטיבית של פסק הדין היא כי בעיית ההרכב החסר איננה מתעוררת באותו מקרה מן הטעם של השתק וחוסר תום לב. וכך נאמר שם:

אין זו פעם ראשונה בה יארע, כי אדם נותן הסכמתו בהליך, אך משלא נחה דעתו מהחלטה שיפוטית מבקש הוא להיסוג. המבקשת נתנה את הסכמתה לדיון בפני הרכב השניים, ולאחר שנתינה הכרעה שלא נשאה חן בעיניה בחרה לכפור בסמכותו [...] בנסיבות אלה סבורני כי המשיבה מושתקת מלהעלות טענות כלפי סמכות בית הדין. לא למותר לציין כי

33 ראו שם, שעמדתה מכוונת לדחות את גישתו של פרופ' שוחטמן במאמרו, אליאב שוחטמן "סמכות השיפוט של בתי הדין הרבניים שלא בענייני המעמד האישי" בר-אילן: ספר השנה של אוניברסיטת בר-אילן, מדעי היהדות ומדעי הרוח כח-כט 437, 449 ואילך (אליעזר דון יחיא, אלה בלפר ומשה חלמיש עורכים, התשס"א). אך ראו אליאב שוחטמן סדר הדין בבית הדין הרבני: לאור מקורות המשפט העברי, תקנות הדיון ופסיקת בתי הדין הרבניים בישראל כרך ג 1483, ה"ש 90 (2011) (להלן: שוחטמן סדר הדין בבית הדין הרבני) שם הוא טוען כי העמדה שיוחסה לו על ידי השופטת איננה תואמת כלל את דעתו; ראו גם בג"ץ 6334/96 אליהו נ' בית-הדין הרבני האזורי בתל אביב, פ"ד נג(2) 153 (1999).

34 בג"ץ 8872/06 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול (פורסם בנבו, 20.12.2006), ניתן פה אחד.

35 בע"מ 7593/06 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 22.10.2006).

בעקבות ההחלטה למשוך את הערעור משמעות קבלת הבקשה היא יצירת מצב בו שתי הערכאות ממשיכות לדון בסוגיה.

בית המשפט העליון חזר והסתמך על הלכה זו גם בבג"ץ 3213/07 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול (השופטים פרוקצ'יה, רובינשטיין ופוגלמן)³⁶ בדחותו פה אחד עתירה נגד בית הדין בטענת היעדר סמכות לדון בתביעה בענייני רכוש לאחר שהצדדים כבר התגרשו. בית המשפט קבע:

אכן, בפרשת סימה אמיר נקבע כי ככלל אין בית הדין מוסמך לדון בתביעות שעניינן הפרה מאוחרת, או פרשנות, של הסכם גירושין בענייני רכוש. ברם, במקרה שלפנינו טענה זו לא הועלתה בפני בתי הדין בשתי הערכאות. בנסיבות אלה, קשה להלום מצב בו השלימה העותרת עם פסק דינו של בית הדין האזורי שאימץ את עמדתה – אך משהתקבל ערעור המשיב, מעוררת היא טענת חוסר סמכות.³⁷

בענייננו, עניין יחזקאל לוי, שבו עמדה בפני בג"ץ שאלת סמכות בית הדין הרבני בדונן בהרכב של שני דיינים, השופטת פרוקצ'יה מתעלמת מפסיקות אלו ומבססת את חוות דעתה על פסק הדין בעניין סימה לוי ואף מצטטת מתוך פסק הדין: "אם הסכמה מפורשת אין בה כדי להעניק סמכות – ונזכור שסמכות היא אבן-הראשה – הסכמה מכללא והשתק ומניעות לא כל שכן שאין בכוחם להעניק סמכות. השתק ומניעות וויתור עשויים לשמש תחליף להסכמה, אך אין בכוחם לכסות על חוסר סמכות",³⁸ אך היא מתעלמת מההבחנה שביסוד פסק הדין, שהיא החידוש העיקרי שבו, שהרי השופט חשין העמיד את דבריו, שם, דווקא "במקום שבו נושא ההתדיינות אינו מצוי בסמכותו של גוף שיפוט פלוני". כוונת הדברים הייתה דווקא ל"חוסר סמכות עקרונית", ואילו בפרשת יחזקאל לוי שנדונה בפני השופטת פרוקצ'יה שאלת הסמכות העניינית (ה"עקרונית" כלשונו של חשין) לא הייתה שנויה במחלוקת כלל. כזכור, נושא ההתדיינות היה תביעת גירושין שמצויה בסמכותו הבלעדית של בית הדין הרבני.

שני היסודות שהונחו כתשתית לפסק הדין בבג"ץ סימה לוי אינם מתקיימים בענייננו. ראשית, העותר במקרה שלנו הסכים מפורשות לסמכות בית הדין ונכנס בגדרם של המתדיינים שאליהם התייחס השופט חשין, מתדיינים "שלא התנגדו לסמכותו של בית הדין הרבני, ורק לאחר התדיינות וחיוכם בדין, אמרו הם לתקוף את סמכותו".³⁹ שנית, בענייננו מדובר בענייני גירושין שבהם ברי כי בית הדין הרבני מחזיק ב"סמכות

36 בג"ץ 3213/07 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול (פורסם בנבו, 6.2.2008). ניתן פה אחד.

37 שם, פס' 1 לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

38 עניין יחזקאל לוי, לעיל ה"ש 1, פס' 38 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

39 עניין סימה לוי, לעיל ה"ש 23, פס' 31 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין.

עקרונית", כלשון חשין, על פי חוק. שאלת הסמכות התעוררה רק באשר לאופן שבו ידון בית הדין, אך לא התעוררה כל שאלה באשר ל"סמכותו העקרונית", כפי שהגדירה השופט חשין.⁴⁰

למעשה, השופטת פרוקצ'יה הרחיבה את היקף הביקורת של בג"ץ על סמכות בית הדין הרבני אף מעבר להרחבה שיסד חשין בבג"ץ סימה לוי. השופט חשין קבע כי סייג המניעות לא יחול אלא במקרה של חוסר סמכות עקרוני, ואילו השופטת פרוקצ'יה הרחיבה לכת ויישמה כלל זה גם במקרה של חוסר סמכות שאינו עקרוני, ובכך כמעט רוקנה מתוכן את "סייג ההזדמנות הראשונה" שבסעיף 15(ד)(4) לחוק היסוד. קביעת הלכה חדשה והרחבת סמכות כזו טעונות ביסוס והצדקה שנעדרים מפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה ומחייבות בחינת ההבדלים שבין המקרה שלנו (יחזקאל לוי) לעניין סימה לוי, שעליו התבססה.⁴¹

זאת ועוד, היה מקום כי השופטת פרוקצ'יה תציין מפורשות שפסק דינה סוטה מפסקי דין שניתנו לאחרונה בדבר הרכב חסר, שבאחד מהם ישבה השופטת פרוקצ'יה עצמה.⁴² אמנם אפשר שהשופטת פרוקצ'יה חולקת על פסיקות קודמות של בית המשפט העליון, וכידוע בית המשפט העליון אינו מחויב לתקדימיו,⁴³ אולם ראוי, וכך מקובל, שכאשר בית המשפט העליון סוטה מתקדימיו או מרחיבם, ובפרט כאשר השופט שכותב את פסק

40 נוסף על כך, בעניין יחזקאל לוי הוקדש דיון נרחב לעצם שאלת חוסר הסמכות. אפשר שהיה על עובדה זו כשלעצמה להשפיע על מדיניות ההתערבות של בג"ץ. כוונתי לרמזו לנושא רחב יותר והוא שימוש בהשתק ומניעות לשם תחולה פרוספקטיבית (והימנעות מתחולה רטרואקטיבית) של הלכה חדשה תוצרת הפסיקה. בהשוואת המשפט המהותי למשפט הדיוני ידועה ומקובלת ההבחנה שבין תחולת נורמה חדשה מהותית לעומת תחולת נורמה חדשה דיונית. ראו, למשל, מרים בן פורת "מבחנים לסיווג ההוראה בדין כמהותית או דיונית" הפרקליט לח 5 (1988). המקרה שלנו מחדד ומעורר את השאלה אם אכן ראוי תחולה רטרואקטיבית גורפת כשמדובר בנורמה דיונית, שכן במקרים רבים תחולה כזו פוגעת בזכותם של מתדיינים שהסתמכו על הדין הקיים ופעלו לפיו.

41 אין בציטוט כשלעצמו של פסקאות מתוך דברי בג"ץ בעניין סימה לוי כדי לתמוך את פסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. ייתכן שהשופטת פרוקצ'יה סבורה שיש לדמות את בעיית הסמכות של הרכב שני דיינים בהסכמה לעניין סימה לוי באופן הזה: כשם שלא הוענקה לבית הדין סמכות לדון בהסכם שיפוי, כך גם לא הוענקה לו סמכות לדון בשניים כלל ועיקר. כאמור, הבנה כזו טעונה ביסוס והצדקה והיא בוודאי אינה מובנת מאליה. אכן, גם בעניין אמיר השופטת פרוקצ'יה נסמכת על עניין סימה לוי ומסיקה כי עקרון המניעות שנקבע בס' 15(ד)(4) לחוק-יסוד: השפיטה יחול רק במקרה של סמכות מקבילה: "המניעות האמורה נשענת על ההנחה כי העניין הנדון בפני בית הדין הוא מסוג העניינים המצויים בסמכות מקבילה של הערכאה האזרחית ובית הדין" (ההדגשה הוספה – א"ל); ראו עניין אמיר, לעיל ה"ש 4, פס' 19 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. לא כך נקבע בעניין סימה לוי, ונקל לראות מדוגמאות הפסיקה שהביא השופט חשין כי תחולת הסעיף רחבה יותר.

42 ראו בג"ץ 8872/06, לעיל ה"ש 34. כאמור, גם בעניין אחר הייתה השופטת פרוקצ'יה אחת משופטי ההרכב שהחליט פה אחד. ראו בג"ץ 3213/07, לעיל ה"ש 36.

43 כמפורש בס' 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה.

הדין סותר לכאורה פסקי דין קודמים שלו עצמו, ייעשה הדבר תוך ציון התקדימים ומתן הנמקה מבוססת, דבר שלא נעשה בפסק הדין שלפנינו.

ביסוס פסק הדין של השופטת פרוקצ'יה על עניין סימה לוי מעורר קושי נוסף. אדרבה, במקום להסתמך על בג"ץ סימה לוי גישה קוהרנטית למעמד הסמכות העניינית במשפט הישראלי הייתה צריכה להוביל לבחינה מחדש של פסק דין זה. לא מן הנמנע שאילו עניין סימה לוי, שעובדותיו שונות כאמור מהעניין שלפנינו, היה נידון היום – תוצאת פסק הדין הייתה הפוכה, וטענת המניעות הייתה מתקבלת. כלומר, היה ראוי לבדוק אם הקביעה שלפיה אין בכוחה של מניעות ליצור סמכות עודנה תקפה, ואם הבחנתו של השופט חשין בין פגם בסמכות לבין חוסר סמכות עקרוני עדיין עומדת במבחן פסיקת בית המשפט העליון בסוגיית הסמכות העניינית.

על פי עקרון החוקיות, סמכות עניינית שמכוחה פועלת כל ערכאה שיפוטית חייבת לנבוע מהחוק. מכאן שלא ייתכן שסמכות עניינית תיווצר מכוח הסכמת הצדדים, ולכן גם טענת המניעות אינה יכולה ליצור סמכות עניינית יש מאין (להבדיל מסמכות מקומית, למשל). עקרון החוקיות נתפס כעיקרון מוחלט שאין בכוחם של שיקולים כלשהם להכריעו, והוא שעמד ביסוד פסק הדין בבג"ץ סימה לוי וחזר והודגש אף בעניינו (בג"ץ יחזקאל לוי).

נבחן אפוא כיצד נהג בית המשפט העליון בחמש-עשרה השנים שחלפו מאז בג"ץ סימה לוי בסוגיית הסמכות העניינית בבתי המשפט האזרחיים. עקרון החוקיות קובע שאין בכוחה של הסכמת הצדדים ליצור סמכות עניינית, ומכאן נובעת ההלכה שאפשר להעלות טענת חוסר סמכות עניינית בכל שלב משלבי הדיון, כולל בשלב הערעור ואף בדרגת ערעור שנייה.⁴⁴ הלכה זו שנהגה מקדמת דנא השתנתה, והשופטת פרוקצ'יה עצמה פירטה במקום אחר את התמורות שחלו בה:

לאחרונה, מתחזקת המגמה השיפוטית שלא להיזקק לטענת העדר סמכות עניינית של הערכאה הדנה, כאשר זו מועלית באיחור [...] היענות לטענת העדר סמכות עניינית רק בסוף ההליך השיפוטי או אף לאחר השלמתו פירושה היענות לניהול הליכי סרק הפוגעים לא רק בבעל הדין שכנגד אלא בציבור המתדיינים כולו. משמעותה גם מתן כח תמרון דיוני לבעל דין לקחת חלק בדיון תוך צפייה לדרך התקדמותו ולעיתים עד לסיומו, ולבחון את תוצאותיו ובהתאם לכך להחליט אם לשלוף מאמתחתו בשלב

44 ראו יואל זוסמן סדר הדין האזרחי פס' 637 (מהדורה שביעית, שלמה לויין עורך, 1995) ובמקורות שצוינו שם, בה"ש 241 וכן בפס' 650, ה"ש 295. ראו דברים ברוח זו גם בעניין סימה לוי, לעיל ה"ש 23, פס' 32 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין וההפניות שם.

מאוחר טענת העדר סמכות עניינית, שאם תתקבל, תביא לביטול ההליך, ולאובדן משאבים פרטיים וציבוריים שהושקעו בניהולו.⁴⁵

נקודת המפנה הייתה בפסק דינו של השופט אור בפרשת דור אנרגיה, שבו נקבע כי "ככל שמדובר במערכת בתי המשפט הרגילים, רצוי לקבוע כלל, שלאחר שבית-משפט דן בעניין ונתן פסקו, שוב לא תוכל לצוף ולעלות שאלת הסמכות העניינית בכל שלב נוסף של הדיון".⁴⁶ אמנם בפרשת דור אנרגיה הדברים נאמרו כהערת אגב, אך בעקבותיה כאמור הלכו פסקי דין רבים שאימצו את הדברים הלכה למעשה וללא עוררין.⁴⁷ כך קבעה השופטת פרוקצ'יה בעניין חיים נ' חיים: "גישה זו איננה מצטמצמת לשיקולים מעשיים של יעילות המערכת הדיונית בלבד, אלא שורשיה נובעים מתפיסה רחבה יותר של מניעות שיסודה בחובת תום-לב ומניעת שימוש לרעה בהליכי בית-המשפט על-ידי צד המפסיד במשפט, המעלה לראשונה בערעור טענת היעדר סמכות עניינית של הערכאה הדיונית".⁴⁸

פסקי דין אלו עסקו במקרים שבתי משפט שלום דנו בעניינים שבסמכות בית המשפט המחוזי, וכן במקרים שחוסר הסמכות היה של בית המשפט המחוזי, שדן בעניין שהוא בסמכותו הייחודית של בית המשפט לענייני משפחה.

המסקנה העולה ממגמת הפסיקה החדשה היא שהמעמד המיוחד שהקנה השופט חשין לסמכות העניינית, שאותה הגדיר "עקרונית", ירד מגדולתו. מהפסיקה החדשה עולה שגם כאשר מונח בפני בית המשפט מצב של חוסר סמכות עקרוני, מוכן הוא ליישם את דוקטרינת המניעות נגד טענת חוסר הסמכות. האם נובע מהפסיקה החדשה שנסדק גם עקרון החוקיות שלפיו מניעות אינה יוצרת סמכות? לכאורה, מחד גיסא אפשר לומר כי גם כאשר בית המשפט אינו נזקק לטענת חוסר הסמכות העניינית מחמת מניעות, אין הוא רואה בכך משום יצירת סמכות. כלומר, קבלת טענת המניעות מציבה מחסום דיוני בלבד

45 ראו עניין דקל, לעיל ה"ש 19, פס' 18 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. וראו פסקי הדין הרבים שצינו להדגמת שינוי המגמה. קשה להתעלם ממידת ההתאמה של הדברים שנאמרו שם גם למקרה של עניין יחזקאל לוי.

46 ראו ע"א 1049/94 דור אנרגיה (1988) בע"מ נ' חמדן, פ"ד (5) 820, פס' 7 לפסק דינו של השופט אור (1997). ראו גם ע"א 99/1662 חיים נ' חיים, פ"ד נו(6) 295, פס' 9 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2002); סטיבן גולדשטיין וערן טאוביג "הפחתה במעמד שאלת הסמכות בבית-המשפט הכלליים" עלי משפט ג 279 (2003).

47 ראו רע"א 10889/07 קנאזע נ' הנזירות הפרנסיסקניות של הלב הטהור של מריה (פורסם בנבו, 4.5.2008), שם מסתפק השופט דנציגר בשאלה אם יש למנוע העלאת טענת חוסר סמכות אף אם הועלתה בשלב מוקדם משלב הערעור כגון בשלב הסיכומים ובטרם ניתן פסק הדין של הערכאה הדיונית.

48 עניין חיים, לעיל ה"ש 46, פס' 9 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; רע"א 11183/02 כלפה נ' זהבי, פ"ד נח(3) 49 (2004) מפי השופט טירקל. ראו גם בע"מ 7593/06, לעיל ה"ש 12, פס' ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין; רע"א 3121/08 נדב נ' עובדיה (פורסם בנבו, 25.8.2008).

בפני טענת חוסר הסמכות.⁴⁹ מאידך גיסא יש לשאול מהי המשמעות האמתית של הצבת מחסום דיוני בפני המערער על החלטה שניתנה בחוסר סמכות עניינית, ולכן לכאורה אינה חוקית, כאשר בהצבת מחסום זה מוענק להחלטה במשתמע תוקף מלא לכל דבר ועניין. האם הצבת המחסום הדיוני אינה יוצרת יש מאין סמכות עניינית שאינה מעוגנת בחוק? לדעתי התשובה ברורה. מבחינה מהותית קבלת טענת המניעות על ידי בית המשפט פירושה העדפת ערך כלשהו על פני עקרון החוקיות שממנו צומחת הסמכות העניינית,⁵⁰ ומכאן שעקרון החוקיות, שלפיו החלטה חוקית רק כאשר ניתנה בידי ערכאה בעלת סמכות עניינית, אינו מוחלט, ואפשר לסטות ממנו בשמם של שיקולים וערכים שונים. בית המשפט מאזן בין חשיבותה של הסמכות העניינית ובין שיקולים כגון עינוי דין והעומס הרובץ על בתי המשפט, כמו גם שימוש לרעה בהליכי משפט. כידוע, בית המשפט של המאה העשרים ואחת נוטה שלא לקדש את הפורמליזם ותחת זאת הוא מעדיף להכריע בין הערכים שעומדים על כפות המאזניים בעניין שלפניו.⁵¹ סיכומם של דברים, דיני הסמכות העניינית כיום שונים מאלו שנהגו בעת שהשופט חשין אמר את דברו בבג"ץ סימה לוי. הדעת נותנת כי לאור פסיקת העשור האחרון הייתה אף פסיקת השופט חשין משתנה, או לכל הפחות נזקקת לתימוכין ולהצדקות חדשות.

האם היו שופטות בג"ץ יחזקאל לוי יכולות להגיע לתוצאה של ביטול פסק דינו של בית הדין הרבני על בסיס סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, העוסק במתן סעד למען הצדק ואשר אינו כפוף ל"סייג ההזדמנות הראשונה" שבסעיף 15(ד)(4)? לדעתי, אי אפשר היה לפנות לסעיף 15(ג), שכן לא נטען בעתירה כי פסק הדין של הרכב חסר של

49 כך הגדירה השופטת פרוקצ'יה במקום אחר: "דוקטרינת ההשתק השיפוטי מהווה אחת השלוחות של דיני ההשתק המסורתיים. היא מציבה מחסום דיוני בפני בעל דין מלטעון טענה דיונית". ראו עניין דקל, לעיל ה"ש 19, פס' 18 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. ראו גם שיפמן, לעיל ה"ש 20, בעמ' 117–118.

50 מעוררי תמהתי כיצד מניעות תוכל לשמש תריס בפני חוסר סמכות עניינית בערכאה הדיונית. הכלל הוא שהחובה לעורר את שאלת חוסר הסמכות העניינית מוטלת על בית המשפט אף אם הצדדים לא עשו זאת (ראו זוסמן, לעיל ה"ש 44, בפס' 637). אם כן, מה תועיל הימנעות מלדון בטענת חוסר סמכות שמעלה בעל דין (באיחור)? הרי כעת השופט הדין יודע בעצמו שהוא חסר את הסמכות העניינית ולכן עליו לעורר את השאלה בעצמו ולמעשה לחדול מלדון. על כרחנו נאמר כי ההשתק והמניעות יוצרים את סמכותה של הערכאה הדיונית יש מאין?!

אכן, כשטענת חוסר הסמכות מועלית בפני ערכאת הערעור לאחר שכבר נפסק הדין (בחוסר סמכות), ההימנעות מלדון בטענת חוסר סמכות תותר על כנו את פסק הדין שכבר ניתן. ערכאת הערעור עצמה אינה מנועה מלדון בערעור, שכן טענת חוסר הסמכות אינה מופנית כלפיה.

51 על מגמה כללית זו כתבו רבות, ובהקשר לסדר הדין האזרחי ראו דודי שוורץ סדר דין אזרחי – חידושים, תהליכים ומגמות 48 (התשס"ז). באופן מיוחד ביחס לדיני הסמכות ראו גולדשטיין וטאוסיג, לעיל ה"ש 46.

שני הדיינים היה טעון התערבות למען הצדק. כל שנטען הוא שפסק הדין ניתן בהרכב חסר.⁵²

מהאמור עד כה עולה שדעת הרוב לא יכלה להסתמך על בג"ץ סימה לוי בדחותה את טענת המניעות, משתי סיבות: ראשית, נסיבות העניין בבג"ץ סימה לוי אינן דומות לנסיבות העניין בפסק הדין שלפנינו. שנית, ההלכה שנקבעה בבג"ץ סימה לוי שונתה בפסיקות מאוחרות שנקבע בהן כי הסכמה מקימה השתק גם באשר לסמכות. כאמור לעיל, לחלק מפסיקות אלו הייתה שותפה גם השופטת פרוקצ'יה.

2. פרשנות חוק הדיינים – האם טובים השניים מן האחד?

(א) השאלה הפרשנית

דיון בהרכב חסר של שני דיינים בהסכמת הצדדים מעורר את שאלת הפרשנות לסעיף 8(ה)(3) לחוק הדיינים, וכן שאלה עקרונית בדבר עדיפותו הנורמטיבית של הרכב זוגי על פני הרכב יחיד, שבה אדון בחלקו השני של המאמר. השאלה הפרשנית היא אם קביעת המחוקק שלפיה מוסמך בית הדין הרבני לנהל את דיוניו ולקבל את הכרעותיו בעניינים מסוימים בפני דיון אחד בהסכמת הצדדים (תיקון מס' 11), חלה אף על הסכמת הצדדים להתדיין בפני הרכב של שני דיינים. כפי שנראה, פסק דינה של השופטת פרוקצ'יה כמעט שלא עסק בשאלה זו אלא התמקד בשתי שאלות אחרות שנוסחו בפתחה של ההכרעה:⁵³

האחת – האם מוסמך בית הדין הרבני לנהל את דיוניו ולקבל את הכרעותיו בהרכב של שני דיינים?

השנייה – האם הסכמת בעלי הדין, במפורש או על דרך ההתנהגות, עשויה לרפא פגם של הרכב שיפוטי חסר?

לכאורה שתי השאלות שקולות לשאלה שהוצעה למעלה, וההפרש ביניהן נראה סמנטי, אך בחינת הדיון שבא בפסק הדין בעקבות שתי שאלות אלה מלמדת כי פסק הדין עסק אך ורק בביסוס שתי מסקנות:

(א) בית הדין אינו מוסמך לדון בשניים;

(ב) בית הדין אינו קונה סמכות מכוח הסכמת הצדדים במקום שהמחוקק לא הסמיכו. דהיינו, הואיל והחוק מחייב דיון בפני שלושה דיינים (או דיון אחד, בהסכמת הצדדים), אין בהסכמת הצדדים כדי לרפא את הפגם של הרכב חסר של שניים שאינו הרכב חוקי. ואולם, לפי האמור בפסק הדין עצמו, המשיבה וכן היועץ המשפטי לבתי

52 אשר ליחס שבין שני הסעיפים ראו גם מאמרו של מנשה שאוה "האם סטייה או התעלמות של בית דין דתי מהוראת חוק חילונית, המופנית אליו במיוחד, כמוה כ'חריגה מסמכות'?" הפרקליט כח 299 (1973).

53 עניין יחזקאל לוי, לעיל ה"ש 1, פס' 15 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

הדין הרבניים לא טענו כי הסכמת הצדדים כשלעצמה מרפאה פגם של הרכב חסר שאינו חוקי. טענתם הייתה כי החוק עצמו, לאחר תיקון מס' 11 לחוק הדינים, מתפרש כמאפשר דיון בפני שני דיינים בהסכמת הצדדים.⁵⁴ במילים אחרות, השאלה הפרשנית שעולה מטענתם אינה עוסקת בכשרותו של הרכב חסר אלא של הרכב יתר.

מתוך חמישים ושש הפסקאות בפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה עשרים ותשע הוקדשו לביסוס תשובה שלילית לשתי השאלות הנזכרות אף על פי שכאמור אלו לא היו שנויות במחלוקת כלל ועיקר.⁵⁵ פסקה אחת בלבד מתוך פסק דינה של השופטת עסקה בשאלה הפרשנית שהיא לדעתי השאלה החשובה שבה היה על בית המשפט לדון. לשאלה זו מקדישות שופטות בית המשפט העליון תשומת לב מוגבלת יחסית. כך השופטת פרוקצ'יה, כך גם השופטת נאור, שכתבה את דעת המיעוט והסכימה עם השופטת פרוקצ'יה לעניין הפרשנות, אף היא ללא נימוקים, וכך גם בפסק דין נוסף של השופט רובינשטיין שעסק באותו נושא ושעליו סומכת השופטת נאור את ידיה.⁵⁶

השופטת פרוקצ'יה מעלה אפשרות פרשנית שלפיה "התוקף שניתן בחוק הדינים להסכמת בעלי הדין לצורך קיום דיון בהרכב דיון אחד מכשיר מאליו ומכללא הסכמה דומה להרכב של שני דיינים, בבחינת 'טובים השנים מן האחד'".⁵⁷ אך היא דוחה אותה באמרה: "לתפיסה זו לפיה המעט כולל את המרובה בענין מניינו של מותב שופטים בערכאה שיפוטית אין יסוד בפרשנותו של החוק, בין על-פי מילותיו, ובין על-פי תכליתו. תפיסה זו אינה מתיישבת עם עקרון החוקיות, ועם מקומה של סוגיית ההרכב כענין היורד למהות הסמכות הפונקציונלית של מוסדות השיפוט".⁵⁸ בקביעה סתמית וגורפת זו באשר לפרשנות החוק נמנעה השופטת מלבחון את לשון החוק ואת תכליתו, ובכך הניחה לנו מקום להתגדר בו.

(ב) לשון החוק

אין בפסק הדין כל הנמקה מדוע מבחינה מילולית ותכליתית "דין אחד", כלשון החוק, אינו יכול להתפרש כהוראת מינימום, ואף שניים בכלל. אפשר שהשופטת פרוקצ'יה ביקשה לקבוע שלפי עקרון החוקיות על המחוקק לקבוע את גבולות הסמכות במפורש, ואין להסיק סמכות פונקציונלית על דרך הפרשנות. ואולם, קשה לקבל טיעון זה. בבש"א

54 שם, פס' 11–12 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

55 ראו יהושע ויסמן "על 'מצוות עשה' ועל 'מצוות לא תעשה' בכתיבת פסקי דין" עלי משפט ט 307, 320–321, 325 (2011).

56 בע"מ 7593/06, לעיל ה"ש 12. אולם השופט רובינשטיין דחה את בקשת הערעור שעמדה בפניו בקבלו טענה של מניעות, והתייחסותו לשאלה הפרשנית נאמרה שם דרך אגב בלבד. ראו להלן (בטקסט הצמוד לה"ש 152) התייחסות לפסק דינו של השופט רובינשטיין לגופו.

57 עניין יחזקאל לוי, לעיל ה"ש 1, פס' 39 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

58 שם.

1481/96 נחמני נ' נחמני⁵⁹ למשל דן בית המשפט בשאלת הסמכות לקיים דיון נוסף. השאלה הפרשנית שנדונה שם הייתה אם יש סמכות להורות על דיון נוסף לאחר שהדיון הראשוני התקיים בהרכב מורחב של חמישה שופטים. סעיף 18 לחוק-יסוד: השפיטה הוא מקור הסמכות לקיים דיון נוסף בעניין שפסק בו בית המשפט העליון בשלושה שופטים. נשאלה השאלה אם שלושה דווקא או אף חמישה בכלל. דעת הרוב הייתה שיש לפרש את לשון "שלושה" כהוראת מינימום ולא כשוללת דיון נוסף לאחר דיון בחמישה שופטים, והם מבססים מסקנה זו לאור עקרונות הפרשנות המילולית והתכליתית של החוק. נמצאנו למדים שלפחות לדעת הרוב בעניין נחמני אפשר להסיק סמכות פונקציונלית על דרך הפרשנות, ואין בפרשנות הרואה במספר השופטים הנקוב בחוק הוראת מינימום משום סתירה לעקרון החוקיות.⁶⁰ לפיכך אפשר היה לצפות שאם סבורה השופטת פרוקצ'יה אחרת, ראוי היה שתנמק את דעתה.

(ג) הנחת יסוד לפרשנות חוק הדיינים

למרבה הפליאה, פסקי הדין של בג"ץ שעסקו בשאלת מספר הדיינים לא טרחו לנסות ולפרש את חוק הדיינים באופן המתיישב עם המשפט העברי.⁶¹ לכן כדי למלא את החלל שהותירו פסקי הדין, ולמען שלמות הדיון בפרשנות חוק הדיינים, אציע כאן הנחת יסוד פרשנית.

על פי הנחת היסוד הפרשנית שאני מציע, חוק הדיינים נועד להניח בין היתר את הבסיס הנורמטיבי שיאפשר לבית דין בישראל לדון על פי דין התורה. מהנחת היסוד הזו נובע שהמחוקק הישראלי מודע לכך שבית דין רבני דן על פי דין התורה ועל פי סדרי דין תורה כשם שבית הדין השרעי דן על פי השריעה וכיוצא בזה, והחוק נועד לאפשר לבית הדין הדתי לדון על פי החוק הדתי. מכאן נובעת גם הנחה (הניתנת לסתירה) שחוק הדיינים, כמו יתר דברי חקיקה שנועדו לבתי דין דתיים, צריך להתפרש ככל האפשר על פי עקרונות המשפט שעל פיו דן אותו בית דין דתי.⁶² הנחת יסוד זו חלה כמובן גם על

59 בש"א 1481/96 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(5) 598 (1996).

60 אמנם אין להסיק מדעת הרוב בעניין נחמני אלא את המסקנה האמורה שאפשר להסיק סמכות פונקציונלית על דרך הפרשנות. אך אין לגזור מדעת הרוב שם את הפרשנות שאני מציע לחוק הדיינים לעניין הרכב זוגי, שכן בעניין נחמני לא דנו באפשרות של הרכב זוגי.

61 היה אפשר לטעון כי מכיוון שמדובר בחוק אזורי העוסק בסמכויות שיפוט עליו להתפרש לאור תורת הפרשנות האזורית בלבד (למשל, לאור הלכת בבלי אשר הכפיפה את בתי הדין לפרשנות האזורית). ואולם, כפי שיבואר להלן, גם אם נקבל טענה זו, כשמדובר בחוק הדיינים, על הפרשנות האזורית לבחון את עמדת המשפט העברי.

62 ראו למשל לעניין המונח "תביעת גירושין" בג"ץ 566/81 עמרני נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד לז(2) 1, פס' 8 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) אלון (1982): "אמת המידה לקביעה, מה כלול ומה אינו כלול במונח זה, צריכה שתהא על-פי הדין וסדרי הדין של אותה מערכת שיפוטית, שלה מסר המחוקק את סמכות השיפוט בעיני גירושין". אמנם "תביעת גירושין" הוא מונח העוסק בגדרי

פרשנות החוק הניתנת מפי שופטי בג"ץ, שאף היא צריכה להיות מכוונת לתכלית זו. בפרט אמורים הדברים כשמדובר בפירוש חקיקה העוסקת בסדרי הדין לאור העיקרון המקובל בשיטות משפט רבות שלפיו בעניין שבסדר הדין קובע דין הפורום.⁶³ הוא הדין בנדון דנן, חוק שנועד לקבוע סדרי דין בשביל פורום שיש לו סדרי דין משלו יתפרש ככל האפשר על פי הוראות סדרי דין הפורום.⁶⁴

בפסק דינו מתייחס בג"ץ למתח הקיים בחקיקה הדיונית בין הערך של קיום הליך שיפוטי בהרכב מלא לבין האילוצים הדיוניים המחייבים פתרונות מעשיים. כמו כן מתייחס פסק הדין לאיזונים השונים שנוצרו בחקיקה כתוצאה ממתח זה.⁶⁵ אלא שההשוואה לאיזונים השונים שבחקיקה הישראלית מבליטה דווקא את ייחודיותו של חוק הדיינים כהסדר יוצא דופן שאין כדוגמתו.⁶⁶

בדרך כלל אין בחקיקה האזרחית והפלילית בישראל התניית הכשרתו של הרכב חסר בהסכמת הצדדים. המחוקק הישראלי נוטה לקבוע את כללי הסמכות הפונקציונלית ואיננו נוטה להאצילם לבעלי הדין. מכאן שההסדר שנקבע בחוק הדיינים הוא הסדר חריג בנוף הישראלי, ולפיו כשירותו של הרכב חסר מותנה בהסכמת בעלי הדין. הורתו ולידתו של הסדר זה – במשפט העברי.⁶⁷ בתלמוד הבבלי מובאת דעה שלפיה שני דיינים שדנו "אין דיניהם דין" (כלומר אין תוקף לפסק דינם), ומקל וחומר שדיין יחיד אין דינו דין. על

הסמכות הייחודית הנתונה בידי בית הדין ואילו המונח "דיין אחד" אינו כלול בסמכות ייחודית זו, אך לדעתי אם גרדי הסמכות המהותית והיקפה מתפרשים על פי המשפט העברי, כל שכן שלצורך פרשנות סדרי הדין של בית הדין יש לבחון את עמדת המשפט העברי.

63 לפי כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי (rules of conflict of laws), וכדוגמת כללי ההכרה בצוואה שנערכה בטריטוריה אחרת. ראו למשל רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, פס' 27 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין (1999); George Panagopoulos, *Substance and Procedure in Private International Law*, 1 J. PRIV. INT'L L. 69, 73 (2005).

64 עיקרון זה, המפנה את הפרשן להיזקק למטריה שבתחום החוק המונח על "שולחן המפרשים", מתרחב אל מעבר לעניינים שבסדר דין. ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 310 (1993): "טיב הדבר" המוסדר כמצביע על תכלית החקיקה.

65 ראו עניין יחזקאל לוי, לעיל ה"ש 1, פס' 32 ו-42 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. "מהלכי חקיקה בסוגיית הרכבים בערכאות שיפוט".

66 בחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 נקבע אילו עניינים יידונו בפני שלושה ואילו בפני שופט אחד. אך משנקבע שעניין מסוים יידון בפני שופט אחד, אין כל צורך בהסכמת הצדדים. ההסדר שנקבע על פי ההלכה בחוק הדיינים הוא כמין יצור כלאיים בין בית משפט מוסמך על פי חוק לבין בוררות המבוססת על הסכמת הצדדים. כשמדובר בדיני ממונות, הרכב של פחות משלושה דיינים אינו בגדר בית דין כלל. אך הואיל ומדובר בממון, כשם שהצדדים יכולים לחייב עצמם בממון או למחול עליו, כך הם מקבלים על עצמם, כהתחייבות חוזית, לנהוג על פי הוראת ההרכב החסר. בעניינים מסוימים לא תועיל על פי ההלכה הסכמת הצדדים להרכב חסר. ראו תקנות הדיינים (עניינים שניתן לדון בהם בדיין אחד), לעיל ה"ש 8.

67 כמו גם הכלל עצמו שלפיו ידון בית הדין בשלושה, ראו להלן ה"ש 75.

כך מקשה האמורא רבי אבא ממקור אחר שממנו עולה שאחד כשר לדון, ותירוץ התלמוד על קושיה זו הוא שאכן דייין אחד כשר לדון אם בעלי הדין קיבלו על עצמם לדון בפני דייין אחד.⁶⁸ מכאן פסק רבי יוסף קארו בשולחן ערוך: "פחות משלשה, אין דיניהם דין, אפילו לא טעו, אלא א"כ [אם כן – א.ל.] קבלום בעלי דינים או שהוא מומחה לרבים".⁶⁹ מלשון השולחן ערוך עולה ש"פחות משלושה" שבעלי הדין הסכימו להתדיין בפניהם דינם דין בין בדיין אחד ובין בשניים.

דברי השופטת פרוקצ'יה – "תפיסה זו [של הרכב זוגי] אינה מתיישבת [...] עם מקומה של סוגיית ההרכב כענין היורד למהות הסמכות הפונקציונלית של מוסדות השיפוט"⁷⁰ – מתעלמים ממהותה המיוחדת ויוצאת הדופן של הסמכות הפונקציונלית הנדונה כאן כסמכות הנובעת מהסכמת הצדדים ותלויה בה. הסדר פונקציונלי זה איננו נובע מהמשפט הישראלי אלא מהמשפט העברי שעליו אמון בית הדין בהסכמת המחוקק הישראלי, ומכאן שהגזרה השווה שביקשה השופטת פרוקצ'יה לגזור בינו לבין סמכותם הפונקציונלית של מוסדות השיפוט האחרים שגויה. הנחת היסוד הפרשנית היא שיש לפרש את ההסדר המתייחס למותב חסר זה, *in pari materiai*, וככל האפשר בהתחשב בכללי הדיון הנוהגים במשפט העברי ועל פיהם. להלן, בפרק השלישי, אשלים חסר זה שבפסק הדין ואציג את עמדת המשפט העברי בסוגיית ההרכב החסר.

(ד) תכלית החוק

סעיף 8(ה)(3) לחוק הדיינים מורה:

בית דין רבני אזורי ידון בשלושה; ואולם בענין מן הענינים הבאים, שקבע השר בתקנות בהסכמת נשיא בית-הדין הרבני הגדול ובאישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, הוא ידון בדיין אחד, אם לא הורה נשיא בית הדין הרבני הגדול הוראה אחרת לענין מסויים: [...]

(3) כל ענין שבעלי הדין הסכימו עליו שיידון בדיין אחד;⁷¹

להבנת תכלית חוק זה חשוב להקדים תיאור קצר של השתלשלות הדיון בפני הרכב חסר בבתי הדין הרבניים. קיום דיונים בהרכב חסר בהסכמת הצדדים מעוגן במקורות הקלאסיים של המשפט העברי וההלכה היהודית.⁷² עד לשנת תשט"ו פעלו בתי הדין על פי ההלכה היהודית ודנו בהרכב מלא של שלושה דיינים או בהרכב חסר בהסכמת

68 בבלי, סנהדרין ו, ע"א.

69 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן ג סעיף ב.

70 עניין יחזקאל לוי, לעיל ה"ש 1, פס' 39 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

71 חוק הדיינים (תיקון מס' 11), לעיל ה"ש 3. ראו גם תקנות הדיינים (עניינים שניתן לדון בהם בדיין אחד), לעיל ה"ש 8.

72 טיעון זה יוכח להלן בתת פרק ג.2.

הצדדים, בעוד חוקי מדינת ישראל לא התייחסו כלל להרכבם של בתי הדין. הדעת נותנת שהמדינה "סמכה" על בתי הדין שיפעלו על פי סדרי הדין שמתווה להם המשפט העברי. הכנסת הסדירה לראשונה את הרכב בית הדין בתיקון לחוק הדיינים משנת תשכ"ו, ובו נקבע, בסעיף 8(ה) לחוק כי "בית דין רבני אזורי ידון בשלושה".⁷³ אך גם לאחר תיקון זה נמשכה פרקטיקת הדיון בהרכב חסר, בהסכמת הצדדים. הערעור הראשון על נוהג זה הוגש לאחר כשבע-עשרה שנים, ונדון בפסיקת בג"ץ בעניין ביארס, שביטלה פסק דין של בית הדין הרבני שדן במותב של שני דיינים בהסכמת הצדדים.⁷⁴ נקל לשער את הקושי שפסיקה זו הסבה לתפקודה של מערכת בתי הדין, כיוון שפסק דין זה קבע שבית הדין מוסמך לדון בשלושה דיינים בלבד.

חשוב לזכור כי הוראת החוק המצריכה הרכב של שלושה דיינים מקורה במשפט העברי והיא אינה דרישה מקורית של המחוקק הישראלי.⁷⁵ כמעט כל הדיונים בבתי המשפט בישראל נערכים בפני דן יחיד,⁷⁶ לרבות בנושאים הדומים לאלה שבית הדין הרבני היה מושיב לכתחילה שלושה דיינים. מכאן שלמחוקק הישראלי אין התנגדות עקרונית לדיון בפני פחות משלושה דיינים, בפרט כשהדבר מותר בנסיבות מסוימות גם על פי המשפט העברי, חוסך בזמן שיפוטי ותורם לייעול מערכת בתי הדין ולשיפור בתפקודה. אלא שלשון החוק חייבה הרכב של שלושה דיינים, מה שאילץ את בג"ץ (בעניין ביארס) לבטל פסק דין שניתן בפני הרכב חסר. בעקבות בג"ץ ביארס תוקן החוק, ובתיקון מס' 11 לחוק הדיינים (מיום 20.7.1989) נקבעו המקרים שבהם ידון בית הדין בדיין אחד. תכלית התיקון, כפי שפורטה בדברי ההסבר להצעת החוק, לייעל את ההליכים בבתי הדין הרבניים ולסלול נתיב לדיון בהרכב חסר במסגרת המותרת על פי ההלכה היהודית.⁷⁷ המשותף לנוסחי חוק הדיינים קודם לתיקון מס' 11 ולאחריו הוא

73 ס' 2 לחוק הדיינים (תיקון מס' 3), התשכ"ו-1966, ס"ח 18.

74 בג"ץ 7/83 ביארס נ' בית הדין הרבני האזורי חיפה, פ"ד לח(1) 673 (1984), וראו הדיון הנרחב אצל שוחטמן "דיון בהרכב חסר", לעיל ה"ש 7, בעמ' 294.

75 "הקביעה בחוק שבית הדין יושב בהרכב של שלושה, נובעת מן ההיבט ההלכתי, שכן מצד המחוקק לא היתה שום מניעה לקבוע שבית דין יושב בפחות משלושה" שוחטמן סדר הדין בבית הדין הרבני, לעיל ה"ש 33, כרך ב בעמ' 56, ופסקי הדין שאליהם הפנה בה"ש 124-125. האמור כאן הוא בניגוד גמור לעמדה העולה מפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה – כביכול המחוקק הישראלי הוא שהגה את הרעיון של מותב שלושה בענייני גירושין: "מחלוקות בענייני גירושין הן מהעניינים הגורליים והכאובים ביותר בחיי אדם. אין זה מקרה כי הכרעה בהם ניתנה בחוק למותב שלושה של בית הדין הרבני" ראו עניין יחזקאל לוי, לעיל ה"ש 1, פס' 51 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

76 למעט מקרים כגון ערעור ופשעים חמורים.

77 ראו דברי הסבר להצעת החוק: "בשל מחסור בדיינים, נאלץ בית הדין, לעתים, לשבת בהרכב חסר באותם עניינים אשר דין תורה מתיר זאת, וכאשר הצדדים הסכימו לכך. ואולם בית המשפט העליון קבע כי נוכח הוראת החוק הקיימת אין תוקף להחלטה של בית הדין בהרכב חסר, אף כשהצדדים הסכימו לו. מוצע להסמיך את בית הדין הרבני האזורי לדון בדיין אחד בעניינים המנויים בהצעה [...]

ששניהם נחקקו על ידי הכנסת על סמך עקרונות ההלכה היהודית. הן בחוק המקורי והן בתיקון לא ביטא המחוקק הישראלי עמדה משלו ולא התכוון לכפות על בתי הדין הרבניים סדרי דין זרים להלכה. תיקון מס' 11 לא משקף שינוי בעמדה זו של המחוקק אלא מסיר הגבלה דיונית שנבעה מניסוח לקוי של החוק המקורי.

בעקבות תיקון החוק חזרו בתי הדין לדון בהרכב חסר בהסכמת הצדדים, ובמקרים רבים גם בהרכב של שני דיינים. חלפו להן עוד כחמש-עשרה שנים, ושוב צצה ועלתה בפני בית המשפט סוגיית חוקיות ההרכב החסר. הפעם מתבקש בית המשפט להכריע בשאלה אם בתיקון מס' 11 ביקש המחוקק לאפשר דיון בפני דיין אחד אך לשלול את הנוהג הרווח בבתי הדין שנים רבות לדון בשניים בהסכמת הצדדים. להלן נבחן אם פירוש כזה עולה בקנה אחד עם תכלית החוק.

היעדר כלל הכרעה ל"בית דין שקול"

טענה שעלתה הן בדעת הרוב ובעיקר בדעת המיעוט נגד הפרשנות המאפשרת דיון במותב זוגי היא שדיון בפני "בית דין שקול"⁷⁸ פגום עקב היעדר כלל הכרעה במקרה של מחלוקת, כלומר העובדה שהחוק לא קבע כלל הכרעה למצב של מחלוקת בין דייני מותב זוגי מלמדת שהמחוקק לא ראה לנגד עיניו אפשרות כזו.⁷⁹

טענה זו מובנת אילו חלה הוראת החוק שבה עסקינן על כלל בתי המשפט בישראל. אכן, שומה על מחוקק להסדיר כללי הכרעה במקרים שבהם הכרעה על פי רוב דעות אינה אפשרית מסיבה כלשהי.⁸⁰ ואמנם, בחקיקה הישראלית נקבעו כללי הכרעה למקרים

הצעה זו נועדה לייעל את ההליכים בבתי הדין הרבניים האזוריים; ראו דברי ההסבר להצעת חוק הדיינים (תיקון מס' 11), התשמ"ח-1988, ה"ח 268. יש לזכור כי תיקון החקיקה בא בעקבות פסק הדין בעניין ביארס שעסק בהרכב חסר של שני דיינים.

78 זהו מטבע הלשון של חכמי המשפט העברי בקשר לבית דין המונה מספר דיינים זוגי. ראו להלן (בטקסט הצמוד לה"ש 152 ואילך).

79 ראו עניין יחזקאל לוי, לעיל ה"ש 1, פס' 33 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה ופס' 1 לפסק דינה של השופטת נאור.

80 למשל, חוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב-1992. ס' 16(א) מאפשר לקיים דיון בהסכמת הצדדים בהיעדר חבר מותב אחד (מותב חסר). ס' 16(ב) קובע כי "החלטה במותב חסר שנחלקו בו הדעות תתקבל על פי דעתו של יושב ראש המותב". הסדר דומה נקבע בס' 17 באשר למותב קטוע כאשר נבצר מחבר מותב לסיים את הדיון; בס' 2 להצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 46), התשס"ח-2007, ה"ח 212, הוצע כי בית המשפט המחוזי יוכל לדון במקרים מסוימים במותב של שני שופטים כשהמטרה היא לאזן בין היתרונות שבשמיעת משפטים על ידי יותר משופט אחד ובין הצורך בהתייעלות. בהצעה נקבעו כללי הכרעה לדיינים המתנהלים בהרכב זוגי כדוגמת צירוף שופט שלישי על פי שיקול דעתו של מי מחברי ההרכב; בחוק הקאדים, התשכ"א-1961 נקבע בס' 46(א): "בית הדין השרעי לערעורים ידון בשלושה, ואולם אם מספר הקאדים המכהנים בו פחת משלושה או שנבצר מאחד מהם לשבת בדין, רשאי בית הדין לערעורים לדון בשניים". בסעיף קטן (ב) נקבע:

כאלה.⁸¹ שונים הם פני הדברים בחקיקה המסדירה את מעמדם של בתי דין דתיים וסמכויותיהם, כיוון שכלל סדרי הדין שלהם, שלא הוסדרו בחקיקה הישראלית, נובעים מהחוק הדתי שעליו הם אמונים ושעל פיו עליהם לדון ולפסוק.⁸² המחוקק הישראלי נמנע בדרך כלל מלהתערב באופן פרטני בסדרי הדין של בתי הדין הללו.⁸³ למשל, בחוק בתי הדין הדתיים הדרוזיים, התשכ"ג–1962 בסעיף 8(ב) נקבע: "בית הדין לערעורים ידון בשלושה, אולם אם מספר הקאדים מד'הב המכהנים בו פחת משלושה או שנבצר מאחד מהם למלא תפקידו, רשאי בית הדין לערעורים לדון בשנים".⁸⁴ בית דין זה אינו רשאי לדון בהרכב חסר של דיין אחד אלא בשני דינים,⁸⁵ אך לענייננו חשובה יותר העובדה שהמחוקק לא קבע כלל הכרעה למקרה של מחלוקת בין שני הקאדים במותב, מה שלא מנע ממנו להתיר דיון בשניים מלכתחילה.

בנדון דנן מדובר במותב של בתי דין רבניים הדנים על פי המשפט העברי, שבו נקבעו במפורש כללי הכרעה למקרים כגון דא. למשל, בניגוד לשופט בית משפט ישראלי, על פי ההלכה דיין רשאי להכריז בפסק דינו "איני יודע".⁸⁶ כלומר, הדיין רואה צדדים לכאן ולכאן ואינו יודע כיצד להכריע. החוק הישראלי אינו אוסר על דיין לומר "איני יודע". אם כן, מה יעשה על פי החוק במקרה שבו אחד משלושה דינים ההרכב אמר "איני יודע"? שאלה זו מתעוררת הן לפי חוק המדינה והן לפי ההלכה, בין ששני הדינים האחרים נחלקו ובין שפסקו פה אחד.⁸⁷ החוק הישראלי לא התייחס למקרה זה וממילא לא קבע לו

"באין רוב לדעה אחת – תכריע דעתו של נשיא בית הדין השרעי לערעורים ואם הוא אינו יושב בדין באותו הרכב, תכריע דעתו של הוטיק שבקאדים ובין בעלי ותק שווה – הקשיש שבהם". ראו גם יצחק זמיר "הרכב חסר בבתי דין מינהליים" משפטים ד' 585 (1972), "הוראות חוק המאפשרות דיון בהרכב חסר", שם, בעמ' 588.

81 ס' 80 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב]. סעיף זה קובע הסדר שונה למשפט הפלילי ולמשפט האזרחי; הסדר דומה נקבע גם בחוק בתי דין מינהליים, ראו לעיל ה"ש 80. כך גם בהצעת חוק בתי המשפט שביקשה לאפשר ערעור בפני שני שופטים נקבעו דרכי הכרעה במחלוקת בין שני השופטים. ראו להלן ה"ש 112.

82 בחוק בתי הדין הדתיים הדרוזיים, התשכ"ג–1962 לא צוין במפורש שההכרעות בבית הדין מתקבלות על פי רוב דעות. כפי שנראה בסמוך, המחוקק הותיר ללא מנגנון הכרעה מותב זוגי של בתי הדין הדתיים הדרוזיים.

83 גם בג"ץ נמנע ככל האפשר מלהתערב בסדרי הדין של בתי הדין הדתיים של העדות השונות. ראו למשל מקרה הדומה לעניין יחזקאל לוי, בג"ץ 3238/06 סלימאן נ' הארכיבישוף בולוס סייאח (פורסם בנבו, 23.2.2009), שבו נעזר בג"ץ בדוקטרינת ההשתק ונמנע מלהתערב בשאלת סמכותו של בית הדין לערעורים של העדה המרונית.

84 ס' 8(ב) לחוק בתי הדין הדתיים הדרוזיים.

85 ראו ס' 8(א) לחוק בתי הדין הדתיים הדרוזיים הדין בבית הדין של ערכאה ראשונה, המאפשר לבית הדין לדון בדיין אחד אם נבצר מאחד או משניים מהם למלא תפקידם.

86 כך נפסק להלכה בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן יח.

87 ראו שם.

כלל הכרעה, והמסקנה הטבעית הנובעת מכך היא שגם על פי חוק המדינה במקרים כאלה יש להכריע על פי כללי הפסיקה שנקבעו בדין הדתי,⁸⁸ כגון הוספת דיינים להרכב.⁸⁹ דוגמה זו ממחישה שיש סדרי הדין הנוהגים בבתי הדין הרבניים על פי ההלכה מקרינים על כללי הסמכות הפונקציונלית של בית הדין ומשלימים את האמור בחוק המדינה. כך נקבע בתקנה ד(1) לתקנות הדיון בבתי-הדין הרבניים בישראל, התשנ"ג: "בית-דין יושב בהרכב של שלושה דיינים, להוציא מקרים שבהם רשאי בית-הדין לדון, מבחינת ההלכה, בפחות משלושה".⁹⁰ בשונה מהאמור בחוק הדיינים, בתקנות הדיון לא נאמר "דיין אחד", אך גם בתקנות אלו אין כל התייחסות למקרה שבו נחלקו הדעות. בדומה למקרה שבו דיין אומר "איני יודע" כך גם בדיון שנערך בהסכמה בפני שני דיינים, אם נחלקו הדעות יש לפנות לכללי ההכרעה של המשפט העברי במקרים כאלה.⁹¹ אם כך, אף על פי שאין לבעיית "בית דין שקול" פתרון בחוק הישראלי, יש לה פתרון במשפט העברי על פי ההלכה היהודית.

המסקנה המתבקשת בסיומו של פרק זה היא כי מלאכת הפרשנות של חוק הדיינים שלה נדרשו שופטות בג"ץ בפסק דינן לא הושלמה. אלו הם העניינים שבחינתם נדרשה לפרשנות החוק: העמדת השאלה הפרשנית על מכוונה, בחינת לשון החוק, הנחת היסוד הראויה לפרשנות חוק הדיינים, תכלית החוק ובחינת כלל ההכרעה במקרה של בית דין שקול. לאור נושאים אלו שבהם דנתי בפרק זה אין מנוס מן הקביעה כי הפרשנות שאותה שלל פסק הדין ושאותה נקטו בתי הדין ואף בתי משפט בחמש-עשרה השנים שקדמו לפסק הדין של שופטות בג"ץ היא אפשרית ואף מסתברת. נדבך נוסף של פרשנות החוק היא השאלה הנורמטיבית העקרונית – האם אכן דיון בפני דיין יחיד עדיף על פני דיון בפני שני דיינים? בשאלה זו אדון בפרק הבא, בנפרד מנסיבותיו הקונקריות של פסק הדין. טרם סיומו של הדיון הביקורתי אבקש לבחון את פסק הדין באותה מטבע שבה בחנה השופטת פרוקצ'יה את אופן פעולתו של הרכב של שני דיינים.

88 ראו שם. למקרים נוספים ראו Itay Lipschutz & Mordechai E. Schwarz, *Aggregation of Estimates in the Absence of a Majority*, JEWISH L. ANN. (forthcoming).

89 דעות הפוסקים נחלקו באשר לאופן הוספת הדיינים במקרה זה. ראו Itay Lipschutz, *The Status of the Undecided Rabbinical Judge*, JEWISH L. ASS'N STUD. (forthcoming).

90 לעניין המעמד החוקי של תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בעיני בית המשפט ראו עניין יחזקאל לוי, לעיל ה"ש 1, פס' 27 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; לעניין המעמד ההלכתי של תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים ראו שוחטמן סדר הדין בבית הדין הרבני, לעיל ה"ש 33, כרך ב בעמ' 16–17. ראו גם עמיחי רדזינר "ראשיתן של תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים: תקנות תש"ג" דיני ישראל כה 185 (התשס"ח).

91 על הפרטים הדיוניים של המשך הדיון בהרכב מורחב של שלושה דיינים יש ללמוד מתק' עא לתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים, שכותרתה "משפט שהועבר מהרכב אחר ושינוי בהרכב". דרך המייתרת הוספת דיין שלישי היא דרך של פשרה. ראו אליאב שוחטמן סדר הדין בבית הדין הרבני, לעיל ה"ש 33, כרך ב בעמ' 142 ובמקורות שצינו שם.

3. דינמיקה בהרכב של שלושה

השופטת פרוקצ'יה התייחסה לבעיית הדינמיקה של הדיון בהרכב זוגי בקצירת האומר. שאלת הדינמיקה קשורה באופן עבודתם של שופטים הדנים בהרכב ובדרך קבלת ההחלטה, והיא כרוכה באופי השיח, במרחב ההיוועצות, וביכולת ההיזון ההדדי בין חברי ההרכב. אף שהדברים לא נתבארו בדבריה, נראה שלדעת פרוקצ'יה הדינמיקה בהרכב זוגי פגומה.⁹² ברם פסק הדין שבו עסקינו, בג"ץ יחזקאל לוי, מגלה היבטים בעייתיים מאוד בדינמיקה של שלוש השופטות שדנו בתיק זה בהרכב מלא.

לית מאן דפליג שהרכב מלא עדיף על הרכב חסר. בדרך כלל (ובוודאי בשאלות בינאריות) שאלת כלל ההכרעה אינה מתעוררת כלל בהרכב מלא. כמו כן בהרכב מלא קטן החשש לטשטוש מלאכותי של מחלוקות בין השופטים ממניעים אסטרטגיים זרים.⁹³ דא עקא, שגם הרכב מלא אינו חסין מפני סכנת דינמיקה שלילית, כגון "בעיית הרוכב החופשי", שכמו שיתבאר להלן, מחריפה דווקא כאשר בעיית כלל ההכרעה אינה קיימת.⁹⁴ בנידון דידן, "בעיית הרוכב החופשי" נובעת מהעובדה שכל שופט יודע שגם אם לא ישקיע בתיק זה את המאמץ הראוי, מכל מקום הכרעה תהיה אם פה אחד ואם ברוב דעות. אם חששה השופטת פרוקצ'יה לטשטוש מחלוקות מלאכותי בהרכב של שניים, בהרכב של שלושה מתעוררת סכנת רכיבה חופשית העלולה להוביל לתוצאה שאיננה בעייתית פחות, כפי שממחיש פסק הדין שלפנינו.

פסק הדין כולל שתי חוות דעת מפורטות מאוד של הרוב והמיעוט המעוררות תמיהות בקשר לדינמיקה ולדרך שבה נתקבלה הכרעת בג"ץ. נבחן אם הפגם שיוחס להרכב חסר בשל היעדר "שותפות שלושה דיניים בחשיבה ובשיקול הדעת בנושא מהותי זה של המעמד האישי" לא התקיים בהרכב מלא למרות ה"תוצאות הירות הגורל של הליך גירושין [ה]מחייבות בהקשר הענייני עמידה קפדנית על דרישת מותב תלתא".⁹⁵

דעת המיעוט של השופטת נאור מתייחסת בפרוטרוט לקביעות העובדתיות בדעת הרוב ומפריכה אותן לכאורה אחת לאחת. קשה להגזים בחשיבות היבט זה של פסק הדין, הנובעת מההבדל המהותי בין מחלוקת משפטית למחלוקת עובדתית. מחלוקת בשאלה משפטית עלולה להיות חמקמקה ומסובכת, ובמקרים רבים קשה למצותה במסגרת המצומצמת של פסק דין, שאחרי ככלות הכול אינו מתיימר להיות מאמר אקדמי הבוחן את הסוגיה המשפטית מכל צדדיה. לא כן הדבר בקשר למסכת העובדות בתיק. כאשר מתעוררת מחלוקת עובדתית, בין שהמחלוקת נטושה בין בעלי הדין ובין שנטושה בין השופטים עצמם, שומה על בית המשפט להיכנס בעובי הקורה ולברר את המחלוקת

92 ראו עניין יחזקאל לוי, לעיל ה"ש 1, פס' 33, 39 ו-51 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

93 "הסתבכות" ההליך עקב מחלוקת עלול לתמרץ את הדיינים לשקול גם שיקולים אסטרטגיים ולהגיע להסכמה מלאכותית כדי להימנע מהמחיר הכרוך במחלוקת והוספת דיין שלישי.

94 ראו להלן בטקסט הצמוד לה"ש 127.

95 עניין יחזקאל לוי, לעיל ה"ש 1, פס' 51 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

העובדתית עד תום. מכאן שכאשר שופטי המיעוט מאתגרים את הקביעות העובדתיות של שופטי הרוב, אך טבעי הוא לצפות שדעת הרוב תכלול תשובות מפורטות להשגות העובדתיות של שופטי המיעוט. פסק הדין שלפנינו לכאורה איננו ממלא אחר ציפיות אלה.

דעת המיעוט בבג"ץ יחזקאל לוי מאתגרת את דעת הרוב משני כיוונים: א. קביעות עובדתיות הסותרות את אלה שעליהן התבססה דעת הרוב; ב. הפרכת התיאור העובדתי של התפתחות הפסיקה, שעליו מסתמכת דעת הרוב. נפרט:

א. שיקול הדעת של דעת הרוב, אם להפעיל את דוקטרינת הבטלות היחסית, מבוסס על הקביעה העובדתית הזאת:

ענין לנו באינטרס מערכתי-ציבורי-כללי, רב-היקף ורב-משקל, המחייב התמודדות עם תופעת הרכבים חסרים בבתי הדין, החוזרת על עצמה חדשות לבקרים, בלא שלקחי המקרים הקודמים נלמדים ומיושמים.⁹⁶

כנגד קביעה עובדתית זו העמידה דעת המיעוט סקירה כרונולוגית של מועדי "המקרים הקודמים" וההזדמנויות שהיו לבתי הדין ליישם:

חלק מהמקרים המוזכרים על ידי חברתי עניינם דיונים שנערכו בבתי הדין הרבניים לפני התקנות האמורות. במקרים אחרים המובאים על ידה לא נטען שהייתה הסכמה מפורשת של הצדדים לדיון בהרכב חסר ולא נדונו סעיף 8(ה)(3) הנזכר והתקנות [...] לאחר תיקון החוק ופרסום התקנות גישת בתי הדין הרבניים כפי שנטען אף לפנינו הייתה שניתן לקיים בהסכמה דיון אף בשניים מקל וחומר מכך שניתן לנהל דיון בהסכמה בדין אחד ומאחר ש"טובים השניים מהאחד". גישה זו אף "אושרה" בפסיקה של בתי המשפט בערכאות הדיוניות [...] בעניין פלונית נדונה לראשונה, בבית משפט זה השאלה [...] השופט רובינשטיין הוסיף כי "המזכירות תביא החלטה זו לידיעת היועץ המשפטי לבתי הדין הרבניים" [...] על כן לא ניתן לדעתי לומר כי בתי הדין הרבניים אינם מיישמים את לקחי המקרים הקודמים [ההדגשה הוספה – א"ל]. כך ניתן יהיה לומר רק אם יסתבר בעתיד שלקחי ההחלטות בעניין פלונית ובג"ץ 8872/06 הנ"ל לא יושמו ולא נלמדו [...] בשם לב גם לכך שבענייננו אין מדובר בדיונים שנערכו לאחר החלטתו האמורה של השופט רובינשטיין בעניין פלונית הרי שטרם הגיעה העת לכך בהליך שלפנינו.⁹⁷

96 שם, פס' 54 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

97 שם, פס' 14–17 לפסק דינה של השופטת נאור.

אפשר היה לצפות שהשופטת פרוקצ'יה, שהפליגה בחשיבות "הדינמיקה הבסיסית של דרך קבלת ההחלטה" ובחשיבותם של "אופי השיח, מרחב ההיוועצות, ויכולת ההיזון ההדדי בין חברי ההרכב השלם" בהשוואה "לזה המתקיים בהרכב המקוטע",⁹⁸ תהיה לא רק נאה דורשת אלא גם נאה מקיימת, ותתייחס לתמיהותיה של השופטת נאור אחת לאחת. ולא היא. חוות דעת הרוב שכתבה השופטת פרוקצ'יה מתעלמת לחלוטין מכל הפרכות העובדתיות שהעלתה חוות דעת המיעוט. האם השופטת פרוקצ'יה השיבה להשגות השופטת נאור במהלך דיון שנערך בעל פה? אין לנו כל אסמכתה לכך, והשאלה עומדת בעינה – האם הנמקת הרוב חסרה בפסק הדין בלבד או שמא חסרה היא?

ב. דעת הרוב ביססה את דחיית טענות ההשתק והמניעות בנסיבות של חוסר סמכות על פסק דין יחיד בעניין סימה לוי (לעיל התייחסנו לאסמכתה זו ולטיבה).⁹⁹ דעת המיעוט הציגה לעומת דעת הרוב פסקי דין רבים אשר רוח אחרת עמם ואשר ניתנו בחלוף השנים.¹⁰⁰ בין פסקי דין אלו מצויים גם פסקי דין שעליהם חתומה השופטת פרוקצ'יה שכתבה את דעת הרוב שלפנינו. הציפייה היא כי דינמיקה ראויה תביא את דעת הרוב להתייחס לעמדת המיעוט, אך גם במקרה זה היא לא הניבה התייחסות לטענות כבדות המשקל הללו של שופטת המיעוט בחוות דעת הרוב.

אל יעלה על הדעת שהציפייה לדיון מעמיק ולסיעור מוחות מפרה בין שופטי הרכב אינה רלוונטית לבית המשפט העליון, שהרי דברי השופטת פרוקצ'יה ביסוד הרציונל של הדרישה למותב של שלושה אינם מוגבלים לערכאה מסוימת. דברי השופטת פרוקצ'יה שלפיהם "אין דומה הליך הכרעה בשלושה, להליך הכרעה בשניים מבחינת הדינמיקה הבסיסית של דרך קבלת ההחלטה, ואין דומה אופי השיח, מרחב ההיוועצות, ויכולת ההיזון ההדדי בין חברי ההרכב השלם לזה המתקיים בהרכב מקוטע",¹⁰¹ נכונים בכל דיון ובכל ערכאה. דברים ברוח זו אמר גם השופט אור: "תנאי מוקדם להתרחשות דינמיקה זו בין חברי המותב הוא פתיחות מחשבתית מצדם והיותם נכונים להשתכנע מדברי האחר. הווה אומר, על-מנת שהליך השכנוע הדדי יהיה אפקטיבי, חברי המותב אמורים להיכנס אליו כאשר הם פתוחים להשתכנעות ולשינוי".¹⁰²

אמנם בית המשפט העליון אינו כפוף לתקדימיו, אפילו כאשר התקדים נקבע בידי השופט שבמועד מאוחר יותר מבקש לסטות ממנו. אך האם ראוי לו לשופט לסטות מתקדימים חדשים של בית המשפט העליון במסווה של המשכיות כביכול של מסורת

98 ע"מ 9345/05 מדינת ישראל נ' חסון, פס' 17 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 13.11.2007).

99 לעיל בפרק א.1 שבו עסקנו ב"השתק ומניעות".

100 עניין יחזקאל לוי, לעיל ה"ש 1, פס' 9 לפסק דינה של השופטת נאור.

101 עניין חסון, לעיל ה"ש 98, פס' 17 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

102 בג"ץ 4057/00 ישקר בע"מ נ' ביה"ד הארצי לעבודה, פ"ד נה(3) 734, פס' 16 לפסק דינו של השופט אור (2001).

הפסיקה מימים ימימה, כפי שעושה דעת הרוב שלפנינו? לדעתי, אם ראו שופטות הרוב לנכון לחלוק על שופטת המיעוט ועל התקדימים התומכים בחוות דעת המיעוט, שומה היה עליהן לציין זאת במפורש, ולו כדי להבהיר שבפסק דין הן סוטות ממסורת הפסיקה של השנים האחרונות. ראוי ששופט החולק על תקדים יציג את הפסיקה שממנה הוא סוטה.

גם אם אפשר למצוא הסברים מסוימים לתמיהות שהעלינו עד כה, דברי השופטת פרוקצ'יה בשבח הדינמיקה של הרכב מלא מתמיהים בייחוד משום שפסק דין זה הוכרע בידי "לשון המאזניים", השופטת ברלינר, שחוות דעתה מסתכמת במילים: "אני מסכימה" (לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).¹⁰³ האם כחלק מהחובה הכללית לנמק פסק דין אין מוטלת חובה על בעלת לשון המאזניים לנמק את העדפתה? חוות דעת לקונית כזו של השופטת המכריעה בפסק דין שבו שופטת אחת מעלה פרכות עובדתיות קשות נגד חוות דעתה של השופטת האחרת מבלי שאלה זוכות לתשובה, בעייתית ביותר לדעתי ומותירה את פסק הדין חסר. לאחרונה כתב יהושע ויסמן: "שופט עשוי לצאת ידי חובת ההנמקה על ידי הצטרפות לחוות דעתם המנומקת של חבריו להרכב, אולם אין הדבר כן כאשר האמירה 'אני מסכים' באה בעקבות הנמקות מנוגדות של חבריו למוטב (שהגיעו לאותה מסקנה)".¹⁰⁴ נדמה כי במקרה שלפנינו, שבו השופטות הגיעו למסקנות נוגדות, הדברים נכונים ביתר שאת. דעתי היא כי ראוי שהמחוקק ייתן דעתו על הנוהג הנפסד של שופטים לפטור עצמם מהצורך לנמק את הכרעתם באמירה לקונית "אני מסכים", ויחייב את השופטים ליתן פסק דין מנומק במקרים שבהם התגלעה מחלוקת בין השופטים והשגות השופטת האחת לא זכו להתייחסות בחוות הדעת האחרת.

בואו חשבון. אילו היה בג"ץ דן מלכתחילה בתיק זה בהרכב חסר של שתי שופטות (כותבת דעת הרוב וכותבת דעת המיעוט), הייתה המחלוקת ביניהן שקולה, ונשיא בית המשפט העליון היה מצרף שופט שלישי שיכריע בין השניים. חזקה על שופט שלישי המצטרף לדיון בשלב שבו נתגלעה המחלוקת השקולה, שילמד את שתי חוות הדעת לעומקן ואף יבקש לקיים דיון, ויכוח וסיעור מוחות בין שלושת שופטי ההרכב, שרק לאחריו יכתוב את פסק דינו המכריע (או אולי פסק דין שלישי) ובו יפרט כדבעי כיצד הוכרעה המחלוקת. אף על פי שתיק זה נדון מתחילתו בבג"ץ בפני הרכב מלא של שלוש שופטות, ההכרעה בו התבססה על "אני מסכימה" של שופטת לשון מאזניים, שסתמה ולא פירשה למה בדיוק הסכימה.

103 ייתכן שבתאריך שבו ניתן פסק הדין כבר הייתה השופטת ברלינר שוב בבית המשפט המחוזי בתל-אביב.

104 ויסמן, לעיל ה"ש 55, בעמ' 324–325. ביקורתו נוגעת בעיקר לכתיבת פסק הדין, ואילו דבריי כאן עוסקים במהות ולא בצורה. אך גם ויסמן מתייחס כאמור להיבטים של עבודת הצוות של ההרכב כגון פערים בדרכי ההנמקה: "עבודת צוות ראויה עשויה לצמצם תופעה זו. על כל פנים, אין זה סביר שלא תהיה במקרים כאלה התייחסות הדדית בין כותבי חוות הדעת השונות"; שם, בעמ' 324.

במישור הביקורתי שבו עסק חלקו הראשון של המאמר כללתי התייחסות לעמדת דעת הרוב הן בסוגיית ההשתק והמניעות והן בסוגיית פרשנות חוק הדיינים. שתי הסוגיות בלתי תלויות זו בזו והמשותף היחיד הוא שבשתיהן החזיקה דעת הרוב באותה מגמה שהובילה לביטול פסקי הדין הרבניים. כאמור במבוא למאמר, בחרתי שלא לדון במגמת פסק הדין אלא בבחינת הסוגיות המשפטיות שבו. מן המישור הביקורתי הצמוד לפסק הדין נפנה כעת לדיון הנורמטיבי בדין הראוי.

ב. המישור הנורמטיבי: האם טובים השנים מהאחד?

1. טובים השנים

הבה נבחן את החלופות בהיעדר אפשרות לדיון בהרכב מלא. שתי אפשרויות לפנינו: האחת, שלדעת שופטות בג"ץ היא האפשרות היחידה, לדון בהסכמת הצדדים בפני דיין אחד. האחרת – לדון בהסכמת הצדדים בפני שני דיינים. שופטות בג"ץ קובעות שהרכב זוגי לוקה בחסרונות, ולמקרא פסק הדין עולה הרושם שאין בהרכב זוגי אלא חסרונות בלבד, ומכאן שכאשר אי אפשר לדון בשלושה דיינים, אין לבית הדין בררה אלא להושיב דיין יחיד.

לכאורה, סוגיית יתרונותיו של הרכב זוגי וחסרונותיו איננה אמורה לעורר מחלוקת עקרונית בין שופטים לדיינים או בין ערכי המשפט הישראלי הליברלי לבין ערכי משפט התורה, להבדיל מפרשיות ידועות אחרות, כגון פרשת בבלי.¹⁰⁵ אף אין מדובר כאן בשאלה פוליטית או במחלוקת על היקף סמכויות בתי הדין, כבפרשת אמיר.¹⁰⁶ לכן יש עניין מיוחד להבין מה ראו דיינים לדון בהרכב זוגי במשך שנים רבות.

התשובה לתמיהה זו ברורה, ונזכרת בפסק הדין בציטוט מדברי קהלת בן דוד: "טובים השנים מן האחד אשר יש להם שכר טוב בעמלם".¹⁰⁷ השופטת פרוקצ'יה מזכירה את דברי החכמה של קהלת, ותוך כדי דיבור שוללת את השימוש בהם, באמרה: "לתפיסה זו לפיה המעט כולל את המרובה בענין מניינו של מותב שופטים בערכאה שיפוטית אין יסוד בפרשנותו של החוק, בין על-פי מילותיו, ובין על-פי תכליתו".¹⁰⁸ אך אם תכלית החוק היא לאפשר הרכב חסר, האם רחוק הוא לומר שתכלית החוק לאפשר דיון בהרכב החסר המיטבי?

105 עניין בבלי, לעיל ה"ש 5.

106 עניין אמיר, לעיל ה"ש 4.

107 קהלת ד 9.

108 עניין יחזקאל לוי, לעיל ה"ש 1, פס' 39 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. נראה שנפלה כאן טעות סופר והכוונה היא שהמעט כלול במרובה.

ההבנה שהחלתו של הכלל "טובים השניים מן האחד" על המקרה דנן משמעה ש"המעט כולל את המרובה",¹⁰⁹ מניחה הנחה פשטנית שאם אחד כשיר לדון, גם השניים כשירים לכך מקל וחומר. כביכול, יתרון השניים על האחד אינו אלא עניין כמותי בלבד. הבנה זו מתעלמת מכך ש"כשם שאין פרצופיהן דומין זה לזה כך אין דעתן דומה זה לזה",¹¹⁰ ולכן עצם ישיבתם של שני דיינים יחדיו יוצרת דיון שיש בו הפריה הדדית. כל אחד מהדיינים נדרש לנמק את דעתו ולהגן עליה מפני השגותיו של חברו. לעתים קרובות יתברר לו שחברו מעלה בפניו טענות שלא עלו כלל על דעתו. נמצא שהישיבה בחברותא עשויה למנוע טעויות שאין מי שיציל דן יחיד מפניהן, כלשון המשך הפסוקים שלא צוטט בפסק הדין: "כִּי אִם יָפְלוּ הָאֲחָד יָקִים אֶת חֲבֵרוֹ וְאֵילוּ הָאֲחָד שִׁפּוֹל וְאֵין שְׁנֵי לְהִקְיָמוֹ".¹¹¹ יתר על כן, פסק הדין שיצא מתחת ידי שני הדיינים אינו מבטא בהכרח את עמדות הפתיחה שלהם אלא עמדה סינתטית שנוצרה במהלך סיעור המוחות, הוויכוח וההפריה ההדדית. זאת ועוד, יתרון אפשרי נוסף שיש לשניים על פני האחד הוא בכך שאפשר שמידת האמון של בעלי הדין בפסק דין שניתן על ידי שני דיינים תהיה גדולה יותר, והדבר יתבטא במספר פחות של פניות לערכאת הערעור.

בהצעת חוק ממשלתית שזים שר המשפטים לשעבר פרופ' דניאל פרידמן¹¹² כדי לייעל את מערכת בתי המשפט הכורעת תחת העומס האדיר המוטל עליה, הוצע לאפשר חיסכון בתקני שופטים בכך שחלק מן הערעורים האזרחיים בבתי המשפט המחוזיים יישמעו בפני שני שופטים בלבד.¹¹³ הצעת החוק קבעה כללים להכרעה במקרים שבהם תתגלע מחלוקת בין שני השופטים.¹¹⁴ אמנם יש לציין כי שלא כמו בנידון שלנו,

109 שם.

110 ירושלמי, ברכות ט, א (יג ע"ג).

111 קהלת ד 10, מפרשי המקרא (כגון רש"י ואבן עזרא) פירשו "וְאֵילוּ" מלשון אוי לו, והדבר הולם את השופט הדין יחידי וטועה. אמנם במשפט הישראלי פתוחה בפני הצדדים הדרך של ערעור, אך המשפט העברי לא ראה בכך פתרון לכתחילה לטעויות בערכאה הדיונית. זאת ועוד, אפשר לטעון כי בשיטת הדיון האדוורסרית הנוהגת בערכאות של מדינת ישראל עבודת עורכי הדין עשויה לתרום להפחתת טעויות של דן יחיד. לעומת זאת בבתי הדין הרבניים שיטת הדיון מצמצמת את מידת ההשפעה של עורכי הדין. ראו שוחטמן סדר הדין בבית הדין הרבני, לעיל ה"ש 33, כך ב בעמ' 167–170 וכן יובל סיני השופט וההליך השיפוטי במשפט העברי 31–71 (2010). מנגד עבודת עורכי דין, שלעתים רואים עצמם מחויבים לטובת הלקוח יותר מאשר לצדק, עלולה להוביל לתוצאה הפוכה.

112 הצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 46), התשס"ח–2007, ה"ח הממשלה 211, 212. חלקים מהצעת החוק התקבלו בחוק בתי המשפט (תיקון מס' 52), התשס"ח–2008, ס"ח 668, אך החלק המובא כאן לא התקבל.

113 בהצעה פורטו המקרים שבהם לדעת מנסחיה אפשר להסתפק בהרכב של שני שופטים.

114 ראו לעיל ה"ש 80.

השופטים בערעור אינם שומעים עדויות, ולכן קל יותר להוסיף שופט שלישי במקרה הצורך.

לכאורה, אליבא דדעת הרוב בבג"ץ יחזקאל לוי, אין להרכב זוגי אלא חסרונות בלבד, ואם מטרת הצעת החוק היא לייעל את המערכת, מה ראה משרד המשפטים להציע להסמך מותב זוגי לדון בערעורים מסוימים במקום להסמך שופט יחיד? נראה שהתשובה ברורה: אין דין שניים כדין אחד. הצעת החוק ביקשה לאזן בין יתרונות החברות לבין האילוצים התקציביים של המערכת. ברור שמומחי משרד המשפטים שניסחו את הצעת החוק הזו סבורים כי אכן "טובים השנים מן האחד", ולכן הציעו שבלית ברירה יידונו ערעורים מסוימים במותב זוגי, אך נמנעו מלהציע לשמוע ערעורים בפני דן יחיד.¹¹⁵ מעניין לציין כי מתוך בחינת כרכי ה-PLR ודומיהם אפשר להיווכח כי במשך תקופה ישב הבג"ץ המנדטורי בהרכב של שני שופטים.¹¹⁶

כתרגיל אציע לקורא את השאלה הזאת: "נניח לצורך הדיון שהצדק עמך. ענייך נדון בבית המשפט, ובידך לקבוע אם יידון בפני שני שופטים או בפני שופט יחיד. במה

115 בשיחה טלפונית עם פרופ' פרידמן התברר לי כי בניגוד למה שנראה, הצעת החוק שלו בעניין ערעור בפני שני שופטים לא נכשלה לחלוטין. אמנם בחוק שאישרה הכנסת אין אפשרות לקיים ערעור בפני הרכב של שני שופטים, אך זאת בשל התנגדות בוועדת החוקה, חוק ומשפט לאשר הרכב של שניים. תחת זאת הוסכם שערעורים מסוימים שעל פי הצעת החוק היו אמורים להתקיים בפני שני שופטים, יתקיימו בפני שופט אחד. לדירי של פרופ' פרידמן בחוק שעבר לבסוף ה"חסכון" בזמן שיפוט גדול מזה שהוצע בהצעת החוק. במקום שידונו שני שופטים ידון שופט אחד בלבד. תוצאה זו לא עלתה על דעתו שעה שהציע את החוק, בעיקר בשל היתרון שהוא ייחס לשניים על פני האחד. ראו הדיון בפרוטוקול ישיבה מס' 598 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 61 (7.7.2008): "אדוני השר, ביקשת שניים וקיבלת אחד".

הרעיון שבבסיס הצעת החוק היה איוון אשר מצד אחד ישמר את היתרון שיש להרכב שבפניו מתברר הערעור על פני השופט שדן בערכאה הדיונית, ומצד אחר ייעל את המערכת ויחסוך זמן שיפוטי בכך שהדיון לא יתקיים בפני הרכב של שלושה. בשל הסירוב לדיון בפני שני שופטים הפשרה שהושגה בחוק אינה מאוזנת, והיא מבכרת את ההתייעלות על פני איכותו של ההרכב. ומכל מקום, ההיקף המצומצם שבו מתקיימים ערעורים בפני דן יחיד מלמד שגם הדרג הפוליטי הבין שאי אפשר לקיים ערעור בפני אחד באותו היקף שהוצע בהצעה לקיים ערעורים בפני שניים. אמנם בדיון בוועדה הוזכר גם הכלל במשפט העברי שלפיו "אין בית דין שקול". על כך ראו להלן בטקסט הצמוד לה"ש 151.

116 אני מודה לאייל כתבן על הפניית תשומת לבי לעובדה זו. עמיחי רדזינר הראני כי בית הדין הגדול לערעורים ישב אף הוא בתקופת המנדט בהרכב חסר. ראו עמיחי רדזינר "הרב עוזיאל, רבנות תל-אביב-יפו ובית הדין הגדול לערעורים: מחזה בארבע מערכות" מחקרי משפט כא 129, 194–198 (2004). ראו שם בעמ' 195, הבג"ץ המנדטורי בהרכב שני שופטים ביטל את פסק הדין של בית הדין הגדול לערעורים שדן בהרכב חסר ובסמוך מביא רדזינר בגוף הטקסט שהשופט פרומקין מכיר את החריג של הרכב חסר בהסכמת הצדדים ומציין כי הצדדים שם לא קיבלו את ההרכב החסר. אף שהרב עוזיאל ראוי לתואר "מומחה לרבים" שמותר לו לדון יחיד, בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן ג סעיף ג נקבע כי "מצות חכמים שיושיב עמו אחרים".

תבחר?" אף שאין בידי ממצאים אמפיריים,¹¹⁷ הרוב המכריע של הנשאלים שפנית אליהם ענו תשובה ברוח זו: "אם אני מצפה שבית המשפט יחשוף את האמת ויכוון לצדק אעדיף שני שופטים על פני אחד". אני מניח שהעדפת הרוב את ההרכב הזוגי נשענת על האינטואיציה שאפילו דיין מנוסה מועד לטעות, וככל שגדל הרכב הדיינים, כן קטנה ההסתברות לטעות. המקרה היחיד שבו אין תועלת בהוספת דיין הוא כאשר ההסתברות שהדיין היחיד יטעה היא אפס. אלא שאין דיין אנושי המקיים תנאי זה, ולכן אמרו חז"ל: "אל תהי דין יחידי שאין דין יחידי אלא אחד".¹¹⁸ בעניין זה נרחיב להלן בפרק השלישי, שבו נסקור את עמדת המשפט העברי בסוגיה.¹¹⁹

בהנחה שלבעיה המונחת בפני בית הדין יש פתרון "נכון", במקרים שבהם הדיינים חלוקים זה על זה אין מנוס מהמסקנה שלפחות אחד מדייני ההרכב "טועה".¹²⁰ העדפת דיין אחד מלכתחילה על פני שניים מכורח היעדר כלל הכרעה למקרה של מחלוקת (אפילו היה ממש בטענה זו), מנוגדת לשכל הישר ולשיקולי הסתברות בסיסיים, ולמעשה מגדילה את ההסתברות לטעות שיפוטית.¹²¹ אינטואיטיבית, הגדלת מספר השופטים מעלה את ההסתברות לקבלת החלטה שיפוטית "נכונה". אינטואיציה זו אף קיבלה ביסוס

117 אני מקווה שחוקרים ממדעי החברה ירימו את הכפפה ויחקרו את העדפותיהם של בעלי דין במתודולוגיות מדעיות תקפות.

118 משנה, אבות ד, י (מהדורת קאפח); הוראה זו נזכרה במסכת אבות שבעיקרה עוסקת בענייני מוסר והנהגה ולא בקביעת ההלכה, וכן כתב רמב"ם בפירושו הרמב"ם למשנה, אבות ד, י, ד"ה "התורה": "וזהוירו מזה כאן בדרך המוסר, לא על דרך האסור", וכן משמע מלשונו במשנה תורה, סנהדרין, פרק ב, הלכה יא: "ואף על פי שהוא מותר – מצות חכמים [...]". וכך דעת תוספות, סנהדרין ה, ע"א, ד"ה "כגון אנא": "והא דתנן במסכת אבות אל תהי דין יחידי שאין דין יחידי אלא אחד הקב"ה עצה טובה קמ"ל שלא יטעה". ולפי דבריהם הסבירו, שם, שר' חייא הביא עצמו כדוגמא למי שמוסמך לדון יחידי אך לא עשה כך בפועל. ולחילופין, שר' חייא היה רגיל בדינין ואין לחוש שמא יטעה.

119 ראו להלן פרק ד, "המישור הפוזיטיבי – אין דין יחידי אלא אחד"; התייחסות נרחבת למימרא זו ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 14. ביטוי לגישה זו מצאנו בפסקי הרי"ד לרבנו ישעיה דטראני הזקן ז"ל, סנהדרין מב, ע"א ד"ה "כמה מוסיפין" (מהדורת מכון התלמוד הישראלי, עמ' קלו): "דאחד לא מקרי דיין בשום מקום כי אם שנים, שחוקרין זה את זה והדיבור היוצא מביניהן הוי דסמכא", כלומר דווקא על דיבור היוצא מבין שניים אפשר לסמוך.

120 הנחה זו מתבקשת בפרט כשמדובר בהכרעות בינריות. אך גם בהכרעות שאינן בינריות יש ללמוד מן הדרישה הבסיסית של המשפט העברי להרכב מלא של בית דין המונה לפחות שלושה דיינים על שאיפתו להגדלת ההסתברות להוצאת הדין לאמתו. תפיסה זו באשר לקיומו של "דין אמת לאמתו" מושרשת במקורות המשפט העברי ושנויה במחלוקת בין רונלד דוורקין לבין הארט ואחרים. אך הניתוח ההסתברותי הבסיסי שאני מציג כאן אינו תלוי במחלוקת זו, ואפשר להציגו בשינויים מתאימים גם על פי הגישה החולקת.

121 הבחירה מראש בדיין אחד בעייתית דווקא במקרים הנדירים שבהם הייתה מתעוררת מחלוקת בין הדיינים, שכן בחירה זו היא בהסתברות של 50% בחירה בדעה "שגויה", כלומר בדעה שהייתה נדחית על ידי הרוב בהרכב של שלושה.

מדעי בדמות "משפט המושבעים של קונדורסה"¹²² יתרה מזו, על פי משפט קונדורסה, הכרעה שמתקבלת בהרכב דיינים ברוב פשוט סיכוייה להיות "נכונה" גדולים מאלה של החלטה המתקבלת על ידי דן יחיד, גם אם היחיד עולה בכישוריו על כל אחד מחברי ההרכב. זאת כמובן בהנחה שההסתברות שכל אחד מדייני ההרכב יגיע להחלטה ה"נכונה" גדולה מ- $\frac{1}{2}$. אמנם משפט קונדורסה מבוסס על ההנחה שההרכב מכיל מספר אי-זוגי של חברים והחלטה מתקבלת ברוב. בהרכב זוגי עלולה להתעורר בעיית כלל הכרעה, כפי שציננה השופטת פרוקצ'יה, במקרים שבהם נוצר תיקו. אולם היות שכאמור לעיל על פי המשפט העברי במקרים כאלה מוסיפים דין, בעיית כלל ההכרעה אינה רלוונטית.

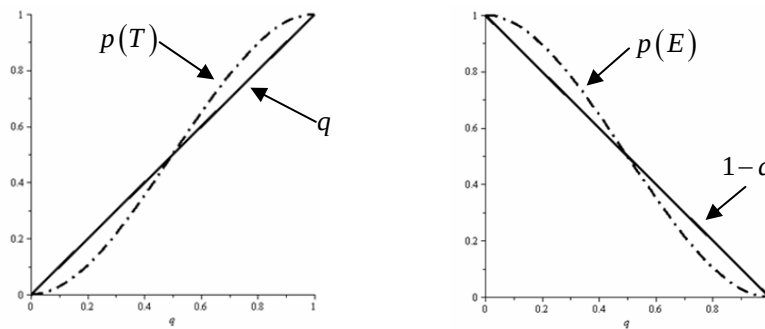
אין ספק שמלכתחילה על פי המשפט העברי ראוי להושיב שלושה דיינים בכל דיון. דיון במותב חסר הוא תמיד בדיעבד ומכורח נסיבות. כדי להיווכח שאמנם בנסיבות כאלה עדיין עדיף מלכתחילה להושיב מותב זוגי ולא דן יחיד, נשווה את ההסתברות להכרעה "נכונה" על פי הנוהג של בתי הדין טרום בג"ץ יחזקאל לוי להסתברות להכרעה נכונה לפי פסיקת בג"ץ להושבת דין יחיד במקרים שבהם אי אפשר להושיב שלושה. נניח לשם פשטות שכישורי הדיינים זהים, וכל אחד מהם מגיע להחלטה "נכונה" בהסתברות $p(\text{true})=q$, וטועה בהסתברות $p(\text{error})=(1-q)$. ההסתברות שמותב זוגי יפסוק נכון היא כמובן $p(\text{true}, \text{true})=q^2$, וההסתברות שמותב זוגי יטעה היא $p(\text{error}, \text{error})=(1-q)^2$. לכאורה, היות ש- $q < 1$ לכן $q^2 < q$, ההסתברות לתוצאה נכונה במותב זוגי קטנה מההסתברות לפסק דין נכון בדין יחיד. האם אפשר להסיק מכך שעדיף להושיב דין יחיד מאשר זוג דיינים? כפי שנראה מיד, התשובה שלילית, וההפך הוא הנכון. ההעדפה המוטעית של דין יחיד נובעת מהתעלמות מהעובדה שמרחב המאורעות כולל גם מקרים של תיקו במותב הזוגי. ההסתברות לכך היא $p(D)=p(\text{true}, \text{error})+p(\text{error}, \text{true})=2q(1-q)$. כאמור לעיל, במקרה של תיקו מוסיפים דין. מכאן שההסתברות שפסק הדין הסופי שיתקבל במותב זוגי הוא פסק דין "נכון" היא $p(T)=p(\text{true}, \text{true})+p(D)q=q^2+2q^2(1-q)$. כלומר, ההסתברות מורכבת מההסתברות שהמותב הזוגי יפסוק נכונה (q^2) בצירוף ההסתברות שתתגלע מחלוקת (כי אחד מהדיינים טועה) ואז יצטרף דין שלישי ויצטרף לדעתו של הדיין שפסקתו היא ה"נכונה". מכאן שמותב זוגי המוסיף דין במקרים של מחלוקת עדיף ממש על פני דן יחיד אם $p(T) > q$, כלומר אם $q^2 + 2q^2(1-q) > q$. קל לראות שתנאי זה מתקיים אם ורק אם $\frac{1}{2} < q < 1$. כלומר, בהנחה שכישוריו של כל דין מבטיחים שההסתברות שפסקתו "נכונה" גדולה (ולו במעט) מהסיכוי לקבלת פסק דין

122 Condorcet Jury Theorem, המתמטיקאי והפילוסוף הצרפתי קונדורסה (Condorcet, 1785). להרחבה בעניין זה ראו Adrian Vermeule, *Many Minds Arguments in Legal Theory*, 1 J. LEGAL ANALYSIS 1 (2009) וכן המאמרים הרבים העוסקים במשפט המושבעים של קונדורסה שציננו בחלקו הראשון של המאמר שם, בעמ' 17–5, ובה"ש 16–5.

נכון בהטלת מטבע הוגנת, מותב זוגי שיוסיף דיין במקרים של מחלוקת עדיף על פני דיין יחיד.

לחלופין אפשר להגיע למסקנה זו מפתרון הבעיה הדואלית. ההסתברות לפסק דין מוטעה במוותב זוגי המוסיף דיין במקרים של מחלוקת היא $p(E) = p(\text{error, error}) + p(D)(1-q) = (1-q)^2 + 2q(1-q)^2$. ומכאן שזוג דיינים המוסיף דיין בעת הצורך מועד פחות לטעות מדיין יחיד אם $p(E) < (1-q)$, כלומר אם $(1-q)^2 + 2q(1-q)^2 < (1-q)$. שוב, קל לראות שתנאי זה מתקיים אם ורק אם $\frac{1}{2} < q < 1$. דהיינו, במקרה זה מותב זוגי המוסיף דיין במקרים של מחלוקת עדיף על פני דיין יחיד.¹²³

הדיאגרמה השמאלית באיור דלהלן מתארת את הפונקציות $p(T)$ ו- q . כלומר, את ההסתברות להחלטה נכונה במוותב זוגי המוסיף דיין בעת מחלוקת אל מול ההסתברות להחלטה נכונה בדין יחיד. כפי שאפשר לראות, הגרף המתאר את $p(T)$ גבוה מהגרף המתאר את q לכל $\frac{1}{2} < q < 1$. הדיאגרמה הימנית מראה את תמונת הראי (הבעיה הדואלית).



שמה יטען הטוען שהניתוח ההסתברותי מראה שרק במיעוטא דמיעוטא של המקרים יהיו חילוקי דעות במוותב זוגי, ואילו ברובא דרובא של המקרים תהיה הסכמה, ולכן אין כל עדיפות לשניים על פני אחד, שהרי גם היחיד היה מגיע לאותה מסקנה שיפוטית

¹²³ הניתוח דלעיל התבסס על ההנחה שכישורי כל הדיינים זהים. במציאות כישורי הדיינים הטרוגניים (כלומר, ההסתברות של דיין i להגיע לחקר האמת היא p_i ו- $p_i \neq p_j, \forall i \neq j$). כמו כן התפלגות הכישורים בין הדיינים בדרך כלל אינה ידועה. הדבר היחיד שאפשר להניח במידה סבירה של ודאות הוא ש- $\frac{1}{2} < p_i < 1, \forall i$. (כלומר, יש לקוות שגם דיין פחות כישוריות עדיף מהטלת מטבע). מתברר שמסקנות הניתוח דלעיל תקפות גם במקרה זה. להוכחת טענה זו ראו Ruth Ben-Yashar & Jacob Paroush, A Non-Asymptotic Condorcet Jury Theorem, 71 SOC. CHOICE & WELFARE 189, 189–199 (2000).

שאליה הגיעו שניים. טענה זו מתעלמת מהאפשרות שההסכמה בין שני הדיינים היא פרי של דיון והחלפת דעות. לעתים אפילו הערה קלה מדיין אחד לחברו היא שתיקנה טעות גדולה על פני הפסק. כאשר דיין דן לבדו אין מי שיבקר אותו בזמן אמת. זהו הרציונל לחובה שנקבעה במשפט העברי לקיום דיון וסיעור מוחות בין דייני בית הדין לשם גיבוש פסק הדין.¹²⁴

הנוהג של הושבת מותב זוגי עלול לעורר קושי במקרה של מחלוקת, משום שאחרי הוספת הדיין השלישי יהיה על ההרכב המורחב לחזור על חלק מהדיון, והדבר יאריך את ההליך ויכביד הן על בעלי הדין והן על המערכת. אך האם חשש זה מצדיק שלילה גורפת של דיון בפני הרכב זוגי בהסכמה? משקלו של השיקול המערכתי תלוי בשכיחות המקרים שבהם מתגלעת מחלוקת בין הדיינים. ככל ששיעור המחלוקת נמוך יחסית, קטן משקלו של השיקול המערכתי. אולם יש לבחון הסוגיה המערכתית במבט רחב יותר ולהביא בחשבון גם את מחיר הסרבול הכרוך בהוספת דיין שלישי וחזרה על חלק מהדיון בפניו לעומת העלות האלטרנטיבית של הגבלת המותב החסר מלכתחילה לדיין יחיד, על פי פסיקת בג"ץ, כלומר הגדלת ההסתברות לפסקי דין שגויים כמוסבר לעיל. מבחינת בעלי הדין הסכמתם לדון בפני שניים מבטאת גם קבלה של הסיכון ל"הסתבכות" ההליך עקב מחלוקת, הוספת דיין שלישי וחזרה על חלק מהדיון. אכן, מסיבה זו ראוי לדעתי שבית הדין יסביר לצדדים את מלוא המשמעויות של הסכמתם לדון בפני שניים.

יש להעיר כי הניתוח ההסתברותי דלעיל התבסס על הנחה שהדיינים אינם שוקלים שיקולים זרים, כלומר התנהגותם "כנה" (sincere), בלשון אנשי תורת המשחקים. אולם החשש מפני "הסתבכות" ההליך עקב מחלוקת עלול לתמרץ את הדיינים לשקול גם שיקולים אסטרטגיים ולהגיע להסכמה מלאכותית כדי להימנע מהמחיר הכרוך במחלוקת והוספת דיין שלישי.¹²⁵ בעניין זה אעסוק כעת בדיון על "דינמיקה של הרכב".

2. דינמיקה של הרכב

משפט המושבעים של קונדורסה, שהוזכר לעיל, מתעלם מהדינמיקה שעשויה להתפתח בין שופטי הרכב. התעלמות זו מתבטאת בהנחה שהחלטה נכונה של שופט i והחלטה נכונה של שופט j הן "מאורעות זרים", ולכן ההסתברות ששני שופטים יגיעו להחלטה נכונה היא $p(\text{true}, \text{true})=q^2$. אולם כאשר דעתו של שופט נתונה להשפעה בעקבות דיון, החלפת דעות וסיעור מוחות בין חברי ההרכב, כגון כאשר שופט פלוני "מעדכן" את אמונתו על סמך פרופיל הדעות של חבריו (למשל, על פי נוסחת ההסתברות המותנה של

124 ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 14.

125 המלאכותיות בהסכמה היא בכך שלפחות אחד משני הדיינים חותם על פסק דין שאינו משקף את דעתו האמתית.

בייס), יש להביא "עדכונים" אלה בחשבון, ומכאן שבמקרים אלה יש להתאים את משפט המושבעים של קונדורסה.¹²⁶

"עדכון אמונות" הוא סוג אחד של דינמיקה. דהיינו, כל שופט לומד את חוות דעתם של חבריו ומעריך מחדש את עמדתו. הפריה הדדית וסיעור מוחות כזה הם הדינמיקה הרצויה שבגינה נהוג להניח שעדיף הרכב גדול. אלא שקיימת סכנה להתפתחות דינמיקות מסוגים שאינם רצויים. דוגמה אחת היא הדינמיקה המאופיינת ב"בעיית הנוסע החופשי" (free rider). דהיינו, שופט המניח שממילא לדעתו לא תהיה השפעה מכרעת על הפסיקה, ולכן איננו טורח להתעמק בחומר הראיות, בדין ובחוות הדעת של חבריו. דינמיקה שלילית אחרת נובעת מדומיננטיות של אחד השופטים בהרכב, עד ששופטים אחרים עלולים לבטל את דעתם מפניו שלא בצדק.¹²⁷ בבג"ץ יחזקאל לוי רומזת השופטת פרוקצ'יה לשאלת הדינמיקה של הדיינים בהרכב זוגי, אולם כפי שראינו לעיל, פסק הדין חושף עצמו גם להיבטים מעניינים בדינמיקה של שלוש שופטות בהרכב מלא.¹²⁸ השופטת פרוקצ'יה פטרה עצמה מלדון בגישה התומכת בהרכב של שני דיינים ובהשלכותיה לעומקם של דברים, באמרה: "יש להניח כי סוגיות מהותיות אלה הנוגעות להיקף המותב המוסמך לדון במחלוקת שיפוטית מסוימת תתבררנה בשעתן ובמקומן".¹²⁹ אילו היה בג"ץ מסתפק בטיעונים הפורמליסטיים שנדונו לעיל¹³⁰ וקובע שדי בהם כדי לייתר פרשנות תכליתית, ניחא. ברם משנחת בג"ץ לפרשנות תכליתית של החוק, נראה ששעתן ומקומן של סוגיות מהותיות אלה הוא באותו פסק דין, שהרי לצורך פרשנות תכליתית של חוק אין מנוס מלבחון לעומקן את התוצאות של כל פרשנות ואת השלכותיה. אף על פי שהשופטת פרוקצ'יה פוסלת מכול וכול את האפשרות לפרש את

126 ראו למשל Philip J. Boland, *Majority Systems and the Condorcet Jury Theorem*, 38 THE STATISTICIAN 181, 181–189 (1989); Philip J. Boland, Frank Proschan & Y. L. Tong, *Modelling Dependence in Simple and Indirect Majority Systems*, 26 J. APPLIED PROBABILITY 81, 81–88 (1989).

127 נגד דינמיקה כזו נקבע במשפט העברי הכלל "מתחילין מן הצד". ראו להלן, בטקסט הצמוד לה"ש 141. כלומר, את הדיון בין השופטים לא יפתח בכיר השופטים. ראו גם ליפשיץ, לעיל ה"ש 14. בספרות המשפטית עסקו בחסרונות של קבלת החלטות אגב דיון. ראו Cass R. Sunstein, *Group Judgments: Statistical Means, Deliberation, and Information Markets*, 80 N.Y.U. L. REV. 962 (2005); Harry T. Edwards, *The Effects of Collegiality on Judicial Decision Making*, 151 U. PA. L. REV. 1639, 1645 (2003); Cass R. Sunstein & Reid Hastie, *Four Failures of Deliberating Groups* (John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 401, Univ. of Chicago, 2008), available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1121400; Menachem Mautner, *Luck in the Courts*, 9 THEORETICAL INQUIRIES L. 217, 228 (2007).

128 לעיל בפרק א.3 "דינמיקה בהרכב של שלושה".

129 עניין יחזקאל לוי, לעיל ה"ש 1, פס' 33 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

130 ראו לעיל פרק א.2, הדיון על פרשנות החוק.

חוק הדיינים כמאפשר דיון בשני דיינים בהסכמת הצדדים, היא מצביעה על שוני בין הרכב זוגי להרכב בלתי זוגי וקובעת שהוא "איננו מצטמצם להבדל מספרי של השופטים או הדיינים היושבים לדין, אלא הוא טעון שאלות היורדות לעומק הדינמיקה בקבלת הכרעות שיפוטיות. שאלות אלה מורכבות הן, ואינן מסתכמות במענה לצרכים מעשיים והגברת היעילות של מערכת השיפוט בלבד".¹³¹

ניסוח הדברים עמום, ואיני בטוח שירדתי לסוף דעתה. אף על פי כן מדבריה משתמע לכאורה כי לא די בדאגה ליעילות המערכת כדי להתיר דיונים בהרכבים חסרים, אלא יש לתת את הדעת על האופן שבו מתקבלות ההכרעות בהרכב זוגי ו"לעומק הדינמיקה בקבלת הכרעות שיפוטיות". נראה שבדברים אלו רומזת היא לפסק דינה בעניין חסון, המצוטט בהמשך דבריה, שעסק אף הוא בבחיית הדינמיקה:

אין דומה הליך הכרעה בשלושה להליך הכרעה בשניים מבחינת הדינמיקה הבסיסית של דרך קבלת ההחלטה, ואין דומה אופי השיח, מרחב ההיוועצות, ויכולת ההיזון ההדדי בין חברי ההרכב השלם, לזה המתקיים בהרכב מקוטע.¹³²

אלא שאין הנדון דומה לראיה. פסק הדין בעניין חסון דן בהחלטה שניתנה בהרכב שני דיינים במקום שהחוק קובע מפורשות דיון בשלושה. פסק הדין בבג"ץ יחזקאל לוי דן בהחלטה שניתנה בהרכב של שני דיינים במקום שעל פי החוק היה אפשר לדון בו בדיין יחיד. הווה אומר, לא הרכב חסר לפנינו אלא הרכב יתר.¹³³ בעניין חסון לא קבע בג"ץ שאין אומרים טובים השניים מן האחד, אלא שטובים השלושה מן השניים אף אם השניים מכריעים פה אחד. מובן שלית מאן דפליג ששלושה עדיפים על שניים, אלא שהיא הנותנת – נימוקיה של השופטת פרוקצ'יה לעניין טובים השלושה מן השניים יפים גם לעניין טובים השניים מן האחד.

משנת הדינמיקה מוסברת במקום נוסף שבו מסבירה השופטת פרוקצ'יה את התנגדותה להרכב זוגי:

מתכונת זו [מספר אי-זוגי של שופטים – א"ל] מאפשרת מיזוג בין צרכים מעשיים של מערכת המשפט עם מתן מענה לצרכי הדינמיקה הטבעית בקבלת הכרעות שיפוטיות.¹³⁴

גם פסקה זו עמומה, אך ייתכן שכוונת השופטת פרוקצ'יה לומר שבהרכב אי-זוגי יכול כל שופט לשקול שיקולים ענייניים כשהוא משוחרר מהתמריץ להתחשב בשיקולים

131 עניין יחזקאל לוי, לעיל ה"ש 1, פס' 39 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (ההדגשה הוספה – א"ל).

132 עניין חסון, לעיל ה"ש 98, פס' 17 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

133 עמדתי על כך גם לעיל, בפרק א.2(א) – "השאלה הפרשנית".

134 עניין יחזקאל לוי, לעיל ה"ש 1, פס' 33 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

אסטרטגיים כגון רצון להימנע מתיקו. לעומת זאת בעיית חוסר ההכרעה הפוטנציאלית אינהרנטית להרכב זוגי, ואפשר שהיא תתמרץ את הדיינים לוותר על חירות המחשבה שלהם כדי להתכנס להסכמה מלאכותית פה אחד.

יש ממש בטיעון זה. הוא מחייב אזהרה עצמית של הדיינים לבל יהינו לסטות מעמדתם העצמאית, וייתכן שאף בכך אין די. להלן נראה כי המשפט העברי אוסר על דיין לבטל דעתו מפני דעת חברו מסיבות מעין אלה. אלא שכנגד טיעון זה יש להביא בחשבון את האלטרנטיבות. במצב הנתון אפשר לקיים דיון בשני דיינים, בדיין אחד או לדחות את הדיון למועד אחר עד שיהיה אפשר לצרף דיין שלישי. סביר להניח, בשל העומס הרב על מערכת בתי הדין הרבניים, שדחיית הדיון תהיה לפרק זמן ניכר, ויש לזכור שתכלית התיקון לחוק הדיינים שהתיר דיון אפילו בדיין אחד הייתה לחסוך את הצורך בדחיית דיונים במצבים כאלה.

את החשש שדיינים ייטו לטשטש מחלוקות כדי להימנע מתיקו בהרכב שקול יש להעריך על פי ההסתברות למימוש, בפרט נוכח תכלית התיקון לחוק שנועדה לשפר את היעילות של בתי הדין, כאמור לעיל. מן המפורסמות הוא שבכל הערכאות, הן בבתי המשפט והן בבתי הדין הרבניים, רובם המכריע של פסקי הדין ניתנים ממילא פה אחד.¹³⁵ נוסף על ההסתברות למחלוקת בין דייני המותב הזוגי, יש לשאול מהי ההסתברות שבמקרה כזה דיין יתעלם מהאזהרה העצמית ויבטל את דעתו בפני חברו, ואף אם יקרו כל המאורעות הלא רצויים הללו, מהי ההסתברות שבסופו של יום ייתן המותב הזוגי פסק דין שגוי.

לאחר שהחשש מפני דינמיקה של טשטוש מחלוקות קיבל את משקלו הראוי, יש להעמידו כנגד החששות העולים מהגבלת דיון בהרכב חסר לדיין יחיד גם כאשר אפשר לקיים את הדיון בשניים. כלומר, האם בגין מיעוט המקרים שבהם בהרכב של שני דיינים עלולה להתפתח דינמיקה שאינה רצויה, ראוי להפסיד את יתרון השניים על פני האחד? לדברי השופטת, דיון בהרכב זוגי מעורר דאגה באשר לאופי השיח וטיב ההתייעצות וההיזון ההדדי בין חברי ההרכב. אך אם כל אלה נפגמים לדעתה בהרכב זוגי, ברי שאלה אינם קיימים כלל בדיין אחד. שהרי הדין יחיד אין לו אלא דעתו בלבד, ואין לו האפשרות

¹³⁵ לתופעה זו יש כנראה שתי סיבות: האחת, רוב התיקים הנדונים בערכאות אינם בגדר "המקרים הקשים". השנייה, העומס הרובץ על כתפי השופטים אינו מאפשר לכל אחד מחברי ההרכב להתמסר לבחינת כל תיק על כל היבטיו, ולכן נוצרה דינמיקה של שופט אחד הכותב את פסק הדין ושניים עונים אחריו. על קיומה של דינמיקה כזו אפשר ללמוד מהעובדה שתופעת חוות דעת יחידה המלווה בשני "אני מסכים" רווחת מאוד אפילו בתיקי רצח ופשעים חמורים אחרים. קבעתי זאת כעובדה מן המפורסמות, בין היתר על סמך מאמרם של יורם שחר, מירון גרוס ורון חריס "אנטומיה של שיח ומחלוקת בבית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" עיוני משפט כ 749, 755–756 (1997). מתוך מאגר שבו נכללו תיקים שנדונו בבית המשפט העליון ושפורסמו בפד"י, משקל התיקים שבו נחלקו שופטי המותב היה 5.8%. האומדן של שיעור פסקי המחלוקת בכלל פסיקתו של בית המשפט העליון (הכולל פסקי דין שלא פורסמו) קטן לדעתם מ-1%.

להעשיר עצמו במידע או בזווית ראייה שונה. יפים לענייננו דברי השופט אור שצוטטו
אף בעניין חסון:

תהליך קבלת ההחלטות במושב הוא תהליך דינמי, האמור להעשיר את
חברי המושב, הדדית במידע, בהתרשמויות ובזוויות ראייה שונות על של
העניין הנדון בפניהם [...] ¹³⁶

לעומת המשפט הישראלי שאין בו התייחסות לנושא זה, המשפט העברי קובע איסור
חמור על דיין לבטל דעתו מפני דעת חברו מחד גיסא, וחובת משא ומתן (דיון) בין דיני
ההרכב מאידך גיסא. שני אלה אינם קיימים בחוק הישראלי, הגם ששופטי ישראל נוהגים
לדון ביניהם ולהיוועץ זה בזה. ¹³⁷ כך מנסח הרמב"ם את האיסור על דיין לבטל דעתו
מפני דעת חברו:

אחד מן הדיינים בדיני נפשות שהיה מן המזכין או מן המחייבין לא מפני
שאמר דבר הנראה לו בדעתו, אלא נטה אחר דברי חברו, הרי זה עובר
בלא תעשה, ועל זה נאמר "לא תענה על ריב לנטות", מפי השמועה אמרו,
שלא תאמר בשעת מנין דיי שאתה כשיש פלוני אלא אמור מה
שבפניך. ¹³⁸

הדיין מחויב לומר ללא מורא את הנראה לו על פי דעתו, וחל עליו איסור חמור לנטות
אחרי דברי חברו. אמנם דברי הרמב"ם הללו מוסבים על דיון בדיני נפשות, אך מפרשי
הרמב"ם שהציעו הבחנות שונות בין דיני נפשות לדיני ממונות הסכימו שנטייה אחר
דברי דיין אחר פסולה ואסורה גם בדיני ממונות. כך למשל אומר בעל ערוך השולחן:

והנה זה וודאי דכשאנו שומע ומבין טעם חברו אלא שאומר אני מסכים
כפי שאומר פלוני גם בדיני ממונות אסור דאנו דיין כלל בזה אלא דה"פ
[שכך פירשו – א.ל.] דבדיני ממונות כששומע טעמי חברו וישר בעיניו
אינו מחויב לחקור בעצמו עומקו של דין. ¹³⁹

אין ספק כי יושרת דיין בהרכב נבחנת בכל פעם שבה עליו ליתן פסק דין תוך כדי עמידה
על דעתו ללא מורא ובלא משוא פנים, בפרט כאשר הוא נמצא בעמדת מיעוט, בבחינת
"לא תהדר פני גדול", אם גדול בכוח ובממון ואם גדול בתורה. בהרכב זוגי תיתכן,
כמצוין לעיל, דינמיקה בעייתית גם שלא במודע. נראה שיש לקדם פני סכנה זו בשתיים:

136 עניין ישקר בע"מ, לעיל ה"ש 102, פס' 16 לפסק דינו של השופט אור. דבריו הובאו גם בעניין חסון,
לעיל ה"ש 98, פס' 17 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

137 ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 14.

138 משנה תורה, סנהדרין, פרק י, הלכה א (מהדורת שילת).

139 ר' יחיאל מיכל עפשטיין, ערוך השולחן, חושן משפט, סימן יח, סעיף ט.

ראשית, חובה על דיינים בהרכב זוגי להזהיר עצמם מפני אפשרות כזו. הדרך השנייה, ואולי אף היעילה יותר, מתוארת באחד מפסקי הדין של בית הדין הרבני הגדול:¹⁴⁰

הנוהג בבית הדין כי הדיינים כותבים כל אחד בנפרד את פסק דינו, ורק לאחר מכן נושאים ונותנים יחדיו. אין טעם לשאת בטרם חווה כ"א נכל אחד – א.ל] את דעתו לאחר עיון בתיק. פרי הנשיאה והנתינה הוא פסק הדין הסופי המבוסס על פסקי הדין הנפרדים של כ"א מן הדיינים.

נוהל כזה מחייב כל אחד משני הדיינים לגבש בכתב את דעתו בטרם יישאו וייתנו ביניהם, ויש בכך כדי לסייע לדינמיקה הראויה ביניהם. הרציונל של נוהל זה הוא נטרול החשש להשפעה לא ראויה, כדוגמת השפעת דיין דומיננטי על דעת דיין זוטרי, ולרציונל זה יש מקור כבר במשנה הקובעת שבדיני נפשות "מתחילין מן הצד".¹⁴¹ יש לצפות שדייני הרכב זוגי שיימצאו במחלוקת יקיימו משא ומתן ויקדישו לדיון זמן ארוך מן הרגיל. בהרכב מלא מחלוקת תוכרע על פי רוב דעות, ואילו בהרכב זוגי ינסו הדיינים לשכנע זה את זה, אך אסור למי מהם לוותר על דעתו ולהסכים לפסק דין שאינו שלם אתו רק כדי להימנע ממחלוקת.¹⁴²

פרק זה עסק בבחינת המישור הנורמטיבי – הטובים השניים מן האחד אם לאו. המסקנה העולה היא כי למרות החסרונות של ההרכב הזוגי, כאשר החלופות האפשריות העומדות בפנינו הן אחד או שניים, יש להעדיף את חלופת ההרכב הזוגי. ביססתי מסקנה זו בעיקר על כלים מדידים של הסתברות וכן על המשקל שיש לייחס לכוחו של דיין נוסף בהצלת היחיד מפני טעות שכל אחד מאתנו מועד לה מעצם היותו בן אנוש. לכן נראה לי שאם בשיטת משפט אין מתקיימים דיונים בין הדיינים ולחלופין כשהדיונים אינם

140 הנשיא הרב אליהו בקשי דורון בערעור (גדול) נה/836 פלונת נ' פלוני (לא פורסם, 16.11.1995) www.daat.ac.il/daat/psk/psk.asp?id=271.

141 משנה, סנהדרין ד, ב.

142 אך ראו האמור לעיל בה"ש 91; כאמור, אף על פי שבגדון דנן הצדדים נתנו הסכמתם למותב זוגי, השופטת פרוקצ'יה חוששת ל"דינמיקה אסורה". יש להצביע על כך ש"דינמיקה אסורה" מסוג זה נוהגת בבית המשפט העליון, אף ללא הסכמת הצדדים, במקרים שבהם יש לנשיא בית המשפט העליון (או לשופט אחר כראש ההרכב) עניין מיוחד שפסק הדין יינתן פה אחד. במקרים כגון אלו נוצרת דינמיקה של התדיינות שתכליתה התפשרות והתכנסות של דעות חלוקות לכדי הסכמה פה אחד. התוצאה היא שפסק הדין אינו משקף דעתו "האמתית" של מי מהשופטים שחתום עליו אלא פשרה שהגיעו אליה. עדות על מהלך דברים כזה שמענו מפי כבוד הנשיא ברק בכינוס על מבנהו והתנהלותו המוסדית של בית המשפט העליון שהתקיים באוניברסיטת בר-אילן (אדר, תשס"א), שבו תיאר כיצד זה שפסק הדין הידוע בעניין קעדאן (בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל פ"ד נד(1) 258 (2000)), העוסק בנושא טעון כל כך ניתן פה אחד. הנשיא תיאר את תהליך היווצרותו של קול אחד שיצא מבית המשפט העליון בדמות פסק הדין בעניין קעדאן כתוצר של מאמצים מרובים שהושקעו בקרב חברי המותב כדי להביא ל"פה אחד" המיוחל.

מיטיבים את ההכרעה השיפוטית, עלולים יתרונות ההרכב הזוגי לקטון. מכאן שפרשנות חוק הדינים שלפיה "דיין אחד" הוא רף מינימלי איננה רק אפשרית על פי לשון החוק, כפי שטענתי בפרק הקודם, אלא גם ראויה יותר, שכן היא מבטיחה סיכוי גבוה יותר לקבלת פסקי דין שאינם שגויים.

ג. נקודות מוצא הפוכות: המשפט הישראלי לעומת המשפט העברי¹⁴³

בפרק הראשון שבו עסקתי בפרשנות חוק הדינים הצעתי הנחת יסוד ולפיה יש לפרש את החוק בהתחשב בעמדת הדין העברי. אך בטרם אפנה למקורות המשפט העברי ולהבנתו אבקש לבחון בקצירת האומר את מאפייני החקיקה הישראלית באשר להרכבי שופטים בבית המשפט.

1. נקודת המוצא במשפט הישראלי

לבד ממספר קטן של מקרים הרוב המכריע של הדיונים בבית המשפט הישראלי מתקיים בפני שופט דן יחיד ובפרט כשמדובר בעניינים אזרחיים. אם לדבר בהכללה, הרי שדן יחיד הוא בגדר ברירת המחדל בבית משפט השלום.¹⁴⁴ גם בבית המשפט המחוזי מתקיים הדיון בדרך כלל בפני שופט אחד, למעט בפשעים חמורים ולמעט בשבתו כבית משפט לערעורים.¹⁴⁵ ככלל אפשר ללמוד הן מחוק יסוד: השפיטה והן מהחיקוק העיקרי המסדיר את ההרכבים בבתי המשפט, הלא הוא חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984, כי החקיקה הישראלית מקצה את גודלו של ההרכב לפי חשיבות העניין הנדון.¹⁴⁶ כך נקבעו עניינים שבהם ידונו שלושה שופטים, ולכך ניתנה הסמכות לנשיאת בתי המשפט לקבוע כי עניין מסוים ידון בשלושה שופטים ולא באחד.¹⁴⁷ אין בידי נתונים אמפיריים, אך לכל הפחות אפשר לומר כי רוב מכריע של פסקי הדין במדינת ישראל ניתנים "פה אחד" בדן יחיד.

מאפיין נוסף של קביעת הרכב בית המשפט הוא היעדר הסדרה המבססת את גודלו של ההרכב על הסכמת הצדדים. משמעות הדבר היא שאין תוקף להסכמת הצדדים לקיים

143 לפריסה רחבה של סוגיית ההרכב החסר במשפט העברי זכינו לאחרונה בפרק הראשון של ספרו הפנומנלי של אליאב שוחטמן סדר הדין בבית הדין הרבני, לעיל ה"ש 33, כך ב בעמ' 56.

144 ראו ס' 47 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב].

145 ראו שם, ס' 37. אמנם ס' 37(ב) על תיקוניו הרבים הרחיב את המקרים שבהם בית המשפט המחוזי דן בשופט אחד, לרבות בשבתו כערכאת ערעור.

146 שם, ס' 26, 37 ו-47.

147 שם, ס' 37(א), 37(ב) וכן ס' 47.

את הדיון בפני הרכב רחב או בהרכב מצומצם מן המתחייב בחוק.¹⁴⁸ במקרה הראשון הסכמת הצדדים תנגוש במשאבי המערכת השיפוטית, ובמקרה השני תהיה בגדר התנאה אסורה על השקפת המחוקק באשר לחשיבות העניין ולצורך בהרכב רחב.¹⁴⁹ נראה ששלילת תוקפה של התנאה כאמור מחזקת את עקרון החוקיות, שלפיו בית המשפט שואב את כוחו וסמכותו מן המחוקק. עיקרון זה מתעמעם שעה שאנו מכירים בכוחה של הסכמת הצדדים לקבוע את מספר השופטים.

לסיכום, לא למותר לציין כי ככלל החקיקה הישראלית אינה מכירה בהרכב זוגי ובפרט לא בהרכב של שני שופטים.¹⁵⁰ להלן אטען כי ייתכן שמאפיינים אלו של החקיקה הישראלית השפיעו על פסיקת בג"ץ באשר לחוק הדיינים.

2. נקודת המוצא במשפט העברי

כעת אבקש לבחון את נוהג הדיינים לדון בהרכב זוגי בהסכמת הצדדים על פי המשפט העברי וכן להפריך את הביקורת המרומזת שנשמעה בבג"ץ שלפיה ייתכן שהדיינים עצמם טועים בהבנת המשפט העברי. פסק הדין של השופט רובינשטיין בעניין פלונית¹⁵¹ עסק אף הוא בהרכב שני דיינים בבית הדין הרבני. בקשת הערעור שם נדחתה מחמת השתק, ובית המשפט לא היה זקוק להתייחס לגופו של עניין. אף על פי כן התייחס השופט רובינשטיין גם לעמדת המשפט העברי בשאלת ההרכב הזוגי, ואלו דבריו:

לא למותר לציין כי גם במשפט העברי "אין בית דין שקול" (ראו בין היתר בבלי יבמות, קא א'), וכן "אף על פי שאין בית דין פחות משלשה מותר לאחד לדון מן התורה שנאמר בצדק תשפוט עמיתך ומדברי סופרים עד שיהיו שלשה, ושנים שדנו אין דיניהן דין" (רמב"ם סנהדרין, ב, י; ההדגשה הוספה – א"ר). כמובן שאין בכך הבעת עמדה ביחס לתקפות ההלכתית של החלטות ההרכב, אך רוח הדברים מדברת בעדה.¹⁵²

לאחר הערת אזהרה מפני קביעה באשר לתוקף ההלכתי של החלטת שני דיינים הפנה השופט רובינשטיין לשני כללי היסוד שלדעתו מבטאים את רוח המשפט העברי: (א) אין בית דין שקול; (ב) שניים שדנו אין דיניהן דין. אמנם קביעה אין כאן, אך הצבת סימני שאלה גדולים על פועלם של הדיינים מנקודת מבטו של המשפט העברי יש. בעקבותיו

148 בעניין זה הרחיבה גם דעת הרוב. ראו לעיל בטקסט הצמוד לה"ש 53.

149 חריג לכלל זה אפשר למצוא בחוק-יסוד: השפיטה, ס' 12(ב), שבו שופט המואשם בפלילים זוכה "לפנים משורת האזרח הרגיל" להרכב של שלושה, אך בהסכמתו אפשר לדונו בדרך הרגילה.

150 אך ראו לעיל בצמוד לה"ש 112.

151 בע"מ 7593/06, לעיל ה"ש 12, פס' ח(1) לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

152 שם.

הלכה השופטת נאור בהסתמכה על דבריו, וקבעה: "נראה שגם הדין העברי אינו תומך בהכרעה של שניים כפי שמציין השופט רובינשטיין".¹⁵³

אכן שני כללים אלו לקוחים מן המשפט העברי ונפסקו להלכה. אך לדעתי הם אינם רלוונטיים כלל לנידון שלנו. השולחן ערוך, חושן משפט, סימן ג, סעיף ב (שכותרתו "בכמה דיינים דנים"), פוסק: "פחות משלשה, אין דיניהם דין, אפילו לא טעו, אלא א"כ [אם כן – א"ל] קבלום בעלי דינים [ההדגשה הוספה – א"ל]".¹⁵⁴ דהיינו, דין שנערך בפחות משלושה דין הוא אם קדמה לכך הסכמת בעלי הדין. הן בפסק הדין בעניין פלונית (בע"מ 7593/06) והן בבג"ץ יחזקאל לוי מדובר במקרה שבו הצדדים הסכימו שעניינם יידון בפני שני דיינים. אף אם כדברי השופט רובינשטיין שניים שדנו אין דיניהם דין (והרי הדבר נתון במחלוקת הפוסקים), ההסדר שנקבע בחוק הדיינים מבוסס על המשפט העברי ופסיקת השולחן ערוך, המתירים דיון בהרכב חסר בהסכמת הצדדים. המחלוקת שמצינו בתלמוד ובפוסקים בשאלת "שניים שדנו" אם דינם דין אך נקראו "בית דין חצוף" או שאין דינם דין (כפי שציטט השופט רובינשטיין מפי הרמב"ם), נוגעת רק לשניים שדנו בכפייה.¹⁵⁵ אך שניים שדנו בהסכמת בעלי הדין "לא היה קורא אותם בית דין חצוף".¹⁵⁶ אפילו לפי הדעה החולקת ש"שניים שדנו אין דיניהם דין", מדובר בשניים שדנו בכפייה, אך אם ניתנה הסכמת הצדדים גם לדעה זו, דינם דין, ואין בכך סתירה ל"אין בית דין שקול" ול"שנים שדנו אין דיניהם דין".¹⁵⁷ נמצא שכאשר בתי הדין דנים

153 עניין יחזקאל לוי, לעיל ה"ש 1, פס' 1 לפסק דינה של השופטת נאור. אמנם בידי השופט רובינשטיין לפרש את דברי הרמב"ם כפשוטם ולהסיק כי שניים שדנו אין דינם דין ואף לא בהסכמת הצדדים, אך כפי שאבאר בסמוך, לא מצאתי מי מהפרשנים או הפוסקים שהבין כמותו את דברי הרמב"ם.

154 וראו בבית יוסף, חושן משפט, סימן ג, אות ב, שביסס הלכה זו על גדולי הראשונים, הרי"ף והרא"ש. ובעניין זה פסק הרמב"ם כרי"ף ששניים שדנו אין דיניהם דין. וראו שם שהרי"ף פסק מפורשות שכשבעלי הדין קיבלו עליהם את השניים – דינם דין. ואין כאן המקום להרחיב בזיקה שבין הרי"ף והרמב"ם.

155 בבלי, סנהדרין ו, ע"א "הכא במאי עסקינן – דקיבלוהו עלייהו".

156 ספר מצוות גדול עשין, סימן צו. וכתב שם "וכבר ביארנו שאין הלכה כשמואל אלא כרבי יוחנן שחולק עליו בירושלמי וצריך שלשה". אך, כפי שעולה מן האמור לעיל, גם לרבי יוחנן, בהסכמת הצדדים שניים שדנו דינם דין.

157 הבסיס לכך הם דברי הרמב"ם במשנה תורה, סנהדרין, פרק ז, הלכה ב: "מי שקבל עליו קרוב או פסול בין להיותו דין בין להיותו עד עליו, אפילו קבל אחד מן הפסולים בעבירה כשני עדים כשרים להעיד עליו, או כשלשה בית דין מומחין לדון לו, בין שקבל על עצמו לאבד זכותיו ולמחול מה שהיה טוען על פיהן, בין שקבל שיתן כל מה שיטעון עליו חברו בעדות זו הפסול או בדינו, אם קנו מידו על זה, אינו יכול לחזור בו [...] ומכאן שבכוחה של הסכמה בדיני ממונות אף להכשיר פסולים ובכלל זה גם את הסכמת הצדדים לידון בפני שניים.

בשני דיינים בהסכמת הצדדים אין בכך סתירה הכרחית להוראות המשפט העברי ככתבו וכרוחו.¹⁵⁸

חשוב להצביע על פרקטיקה דיונית שנהגה בבתי דין דורות רבים ועל פיה דנו בשני דיינים ודיין שלישי צורף רק כאשר התגלעה מחלוקת בין השניים. פרקטיקה זו התפתחה ממוסד הבוררות זבל"א (זה בורר לו אחד) המבוסס על שני נבררים (בלשון הפוסקים "בוררים") שנבררים, כל אחד מהם, על ידי אחד מהצדדים. שני הנבררים בוררים נברר שלישי.¹⁵⁹ אולם ר' משה איסרליש (רמ"א) פוסק בסימן העוסק בבית דין של בוררים: "ואם השנים הבוררים יכולים להשוות עצמן, יש אומרים דאין צריכין לבורר שלישי (מהרי"ו סי' י"א)."¹⁶⁰ על פי פסיקה זו די בשני דיינים "נבררים" הפוסקים פה אחד, ובמקרה זה אין צורך בדיין "נברר" שלישי. מקור דברי הרמ"א הוא בתשובת רבי יעקב וייל (המאה החמש-עשרה) סימן יא, המתבססת על סוגיית התלמוד (בבלי, עבודה זרה עב, ע"א). הסוגיה דנה בשני בעלי דין המסכימים שהדין ביניהם ייקבע על פי מה שיאמרו שלושה ("כדאמרי תלתא" בניגוד ל"כדשיימי תלתא"). פירוש, משמעות ההסכם היא שהכרעה תקפה תתקבל רק אם השלושה יסכימו לה פה אחד. מכאן למד רבי יעקב וייל מקל וחומר שאם בררו להם שניים, גילו דעתם שכוונתם לקבל את הכרעת השניים אם ישו דבריהם וממילא אין צורך בנברר שלישי.¹⁶¹ הלכה זו הובאה גם בחיבורו של

158 ראו הרב בן ציון מאיר חי עזיאל, משפטי עזיאל, חלק ז, סימן צ (מהדורת הועד להוצאת כתבי הרב עזיאל, מהדורה שניה, עמ' תלה) – פסק דין של בית הדין הגדול, ערעור על בית הדין בתל-אביב שדן בשני דיינים: "פחות משלושה אין דיניהם דין, אלא אם כן קבלום עליהם". אמנם הרב עזיאל מפציר בבתי הדין לדון בהרכב מלא ואף להימנע מחילופי גברי במהלך המשפט, אך לדינא הוא דוחה את הערעור.

159 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן יג.

160 הרמ"א, שולחן ערוך, חושן משפט, סימן יג סעיף א.

161 תשובת ר' יעקב וייל (מהרי"ו) כתובה בקיצור רב וקשה להבנה. יש לשאול כיצד אפשר לדמות את ההלכה שהובאה ברמ"א לדברי הבבלי (במסכת עבודה זרה) שממנה נלמדה הלכה זו. שהרי בסוגיית הבבלי (עבודה זרה) הפורום המכריע היה ידוע מראש (שלושה), ומה שלא היה ידוע הוא אופן ההכרעה אם על פי דעת הרוב או רק בהחלטה פה אחד. ההלכה שנקבעה בסוגיית עבודה זרה היא שיש להבחין אם נוסח ההסכמה היה "כפי שיאמרו" או "כפי שישומרו". בנדון שלנו פסקו של מהרי"ו קובע מהו אומד דעת הצדדים באשר לעצם קביעת הפורום – אם שניים בלבד או שיש לצרף דיין שלישי. אם הצדדים סברו, כפי שעולה מסוגיית זבל"א, ששני הבוררים שנבררו על ידי כל אחד מהם יבררו דיין שלישי, הרי שכוונתם לא קוימה אף אם השניים שנבררו הגיעו להסכמה ביניהם. כעין זה הקשה מחבר הספר טורי זהב על שולחן ערוך סימן יג, וראו להלן בה"ש הבאה.

אפשר לפרש את כוונת מהרי"ו שבבוררות זבל"א נקודת המוצא היא שכל אחד מהבוררים אמור להביא לדיון את צדדי הזכות של מי שברר אותו. לכן כל אחד מבעלי הדין סומך על דעתו של הבורר שנברר על ידו ואם שני הבוררים מסכימים, אין צורך בדיין נוסף. אמנם היגיון זה שהצעת עומד בפני עצמו ואינו ניוקק לסוגיית עבודה זרה שממנה למד מהרי"ו וייל את פסקו. לכן נראה לי שמהרי"ו למד את דינו מהמקרה (המובא בסוגיית עבודה זרה, שם) שבררו ארבעה בוררים. במקרה כזה נפסק שם,

הרמ"א דרכי משה, שבו הוסיף "וכן נוהגין לפעמים".¹⁶² הגיון הדברים מוסבר בספר מאירת עיניים (סמ"ע) שהואיל ובעלי הדין בררו להם שני נבררים וקיבלו על עצמם את פסיקתם אם יסכימו ביניהם פה אחד, אין צורך בצירוף נברר שלישי.¹⁶³ דברי הסמ"ע מבהירים מדוע בעלי דין יקבלו על עצמם הסדר דיוני כזה ומדוע התפשט הנוהג בקהילות רבות. כפי שנראה, נוהג זה התקבל גם כאשר מינוי שני הנבררים לא התנהל בדרך של זה בורר לו אחד וזה בורר לו אחד (זבל"א). אמנם כל המקורות שלהלן עוסקים בדיינים שנבררו, ואילו בית הדין הרבני מוסמך לכפות את כוח שיפוטו על הצדדים. אולם כשבית הדין נאלץ, על פי החוק, לקבל את הסכמת הצדדים לדון בהרכב חסר, הריהו דן, כבורר, מכוח הסכמת הצדדים.

הכרעת שני נבררים נהגה כבר בתקופת מהר"ם מרוטנברג, כפי שמעידה תשובתו בעניין הסכם בוררות "אודות ראובן ושמעון שבררו שני פשרנים על עסק ריבם ועוד בררו אחד להכריע [בין] הפשרנים אם יצטרך", ומכאן שאם השניים יסכימו אין צורך בדין המכריע.¹⁶⁴

נוהג זה מופיע גם בתשובת רבי יוסף קולון (מהרי"ק), שגזר על בעל ואישה לברור שני דיינים, "ועל פי הדיינים הנזכר יהיה כל ריב וכל נגע אשר בין רבי ישראל הנז' ואשתו... ואם לא יוכלו הדיינים להשוות דעתם יבררו השני דיינים להם שלישי".¹⁶⁵ במאה השש-עשרה אנו מוצאים בספרי שאלות ותשובות רבים עדות על הרכב שני דיינים בקהילות מאזורים שונים, לפי הנוהג שצוין בדברי הרמ"א לעיל. כך בשו"ת בנימין זאב, "ואם ישוה דעת שני בוררים ע"פ דין תורתנו או פשר קרוב לדין מוטב ואם לאו יבררו הם

בלי תלות בנוסח ההסכמה, שכוונת בעלי הדין מתפרשת כהסכמה להכרעה פה אחד של כל הארבעה. מכאן למד מהרי"ו שכשם שכבררו ארבעה כל שכן שכבררו שניים ודאי שכוונתם להכרעה פה אחד על פי שני הבוררים. אם כך, המקור למספר הדיינים הנצרך לזבל"א אינו מסוגיית עבודה זרה אלא מסברה. לאחר שהסקנו שהצדדים התכוונו לדון בפני שניים ברור שכוונתם הייתה להכרעת שניים פה אחד. בסוף דבריו, שם, מעודד ר' יעקב וייל את שני הדיינים להצליח במשימתם ולהגיע להכרעה פה אחד כדי שלא לפגוע במי מבעלי הדין; לדיון נוסף בדברי מהר"י וייל ראו ר' אהרן בן ששון (המאה השש-עשרה-שבע-עשרה, סלוניקי), שו"ת תורת אמת, סימן לא (מהדורת זכרון אהרן, עמ' קעו).

¹⁶² דרכי משה, חושן משפט, סימן יג; אך ראו ר' יהונתן איבשיץ, אורים ותומים, תומים, סימן יג, סעיף א, שחלק על דברי הרמ"א וביאר באופן שונה את דברי ר' יעקב וייל; לדעה הדוחה את דברי ספר אורים ותומים ראו ר' מיכאל פראשוין בעין משפט, עמ' 25.

¹⁶³ בביתוס הלכה זו על קבלת הצדדים חולק הסמ"ע (חושן משפט, סימן יג, סעיף ח) על ה"עיר שושן" שהסביר שכיוון ששניים הגיעו להסכמה הם בגדר רוב, והשלישי, בין שיסכים אתם ובין שיחלוק עליהם, לא ישנה את התוצאה, ולכן אין טעם לצרפו. לדעת הסמ"ע נימוק זה שגוי כיוון שכוחם של שניים מתוך שלושה כ"רוב" הוא דווקא מתוך משא ומתן עם השלישי ולא כשהדיון מסתיים בכך ששני הבוררים הגיעו להסכמה והשלישי לא נכח כלל.

¹⁶⁴ שו"ת מהר"ם מרוטנברג, חלק ד (דפוס פראג), סימן תתקעה.

¹⁶⁵ ר' יוסף קולון (המאה החמש-עשרה, איטליה), שו"ת מהרי"ק, סימן נז.

עוד דיין שלישי¹⁶⁶. רבי משה טראני מתייחס למקרה שבו "בררו שני דיינים לדון כל התביעות שביניהם", וברומה לכך בשו"ת דברי ריבות "בררו שני דיינים חכמים ונבונים לדיינים על כל הפרשיהם בקנין גמור"¹⁶⁸. רבי מרדכי הלוי, שחי במאה השבע-עשרה בקהיר, נשאל על אופן ההכרעה בין שני דיינים שנחלקו ביניהם וענה "והלך אחד מבעלי הריב לעיר אחרת והביא סברת מורה הוראה שהורה והכריע כאחד מהשנים שנחלקו"¹⁶⁹. מעניינים במיוחד דברי רבי יום טוב צהלון, המתייחס בתשובותיו לנוהג זה ומציין שברירת שני הדיינים הוא נוהג התואם את "משפט המדינה"¹⁷⁰. די בדוגמאות אלה כדי להעיד שנוהג זה מעוגן במסורת השיפוטית של המשפט העברי, אם כי היקף השיפוט בפני שני דיינים והמניע לנוהג זה טעונים מחקר נפרד.

נמצאנו למדים כי בניגוד לרושם העולה מקריאת פסקי הדין של בג"ץ, הדיינים שדנו בשניים בשום פנים לא טעו "בדבר משנה", וודאי שלא עברו על הלכות מפורשות. מהמקורות שהובאו לעיל נראה בעליל שהנוהג שהיה מקובל בבתי הדין בישראל נכון על פי ההלכה, והוא אף מעוגן ומושרש במנהג שהיה מקובל מאות בשנים. ממקורות המשפט העברי שהבאנו עולה כי אין כל מניעה שהצדדים יסכימו ששני דיינים ידונו אותם. הכללים "אין בית דין שקול" ו"שנים שדנו אין דיניהם דין" פוסלים רק בית דין זוגי הכופה עצמו על בעלי הדין. כוחם של שניים שהגיעו להסכמה "פה אחד" משכנע במיוחד כשמדובר בבוררות זבל"א, שבה כל אחד מהנבררים אמון על הצגת התמונה המשפטית של בעל הדין שבררו. אולם חלק מהמקורות מכירים גם בתוקפה של הכרעת שניים שנבררו כגוף שיפוטי אחד כמו שני דיינים בבית הדין הרבני.

166 ר' בנימין בן מתתיה (המאה השש-עשרה, יוון ואיטליה), שו"ת בנימין זאב, סימן תכ.

167 ר' משה טראני (המאה השש-עשרה, טורקיה וצפת), שו"ת מבי"ט, חלק ג, סימן כה.

168 ר' יצחק אדרבי (המאה השש-עשרה, טורקיה), שו"ת דברי ריבות, סימן תה; שם, סימן שסה; ראו גם ר' יום טוב צהלון (המאה השש-עשרה-שבע-עשרה, צפת), שו"ת מהריט"ץ החדשות, סימן קכח "וכדי להשקיט ריב ומדון מביניהם שמו שני דיינים". ראו גם מהר"י בן לב (המאה השש-עשרה, יוון וטורקיה) שו"ת מהר"י בן לב, חלק ב, סימן כט.

169 ר' מרדכי הלוי (המאה השבע-עשרה, קהיר), שו"ת דרכי נועם, חלק חושן משפט, סימן לד: "שאלה שני דיינים שנחלקו בדין שבא לפנייהם זה פוטר וזה מחייב ונתעכב הדין והלך אחד מבעלי הריב לעיר אחרת והביא סברת מורה הוראה שהורה והכריע כאחד מהשנים שנחלקו" ראו שם, בסמך לג שאלה שהופנתה אל המשיב כמכריע בין שני חכמים.

170 ר' יום טוב צהלון (המאה השש-עשרה-שבע-עשרה, צפת), שו"ת מהריט"ץ החדשות, סימן רא. הדבר עדיין טעון בירור, אך נראה לי שאין מדובר על משפט המדינה בערכאותיה אלא על הנוהג באותה קהילה; ראו גם שו"ת תורת אמת, לעיל ה"ש 161; ר' יחזקאל לנדא (המאה השמונה-עשרה, פראג), שו"ת נודע ביהודה מהדורה קמא, חושן משפט, סימן ג.

ד. המישור הפוזיטיבי: אין דן יחידי אלא אחד

היועץ המשפטי להנהלת בתי הדין מסר לי כי בעקבות פסיקת הבג"ץ הנחה את בתי הדין הרבניים להימנע מלישב בהרכב של שני דיינים אף אם ניתנה לכך הסכמת הצדדים.¹⁷¹ סביר להניח שבתי הדין ימלאו אחר הנחיה זו, שהרי אף אם בתי הדין אינם רואים עצמם כפופים למרותו של בג"ץ, הרי שעל פי ההלכה הסכמת בעלי הדין למותב זוגי אינה תקפה אם אפשר להניח שלא הייתה ניתנת אילו ידעו שבג"ץ יפסול את המותב הזוגי.

מן הסתם, בשל פסיקת בג"ץ יימצאו הרכבים חסרים שיחליטו בהסכמת הצדדים איזה משני הדיינים ידון בתיק כדן יחיד ואיזה דיין ישוחרר מההרכב. תוצאה זו עשויה לייעל את המערכת ולהפחית מהעומס המוטל עליה, בתקווה שהדיין ה"משוחרר" יתפנה באותו זמן לדון בתיקים אחרים. אלא שתוצאה זו אינה מובטחת, כיון שייתכן, כפי שיוסבר להלן, שיהיו דיינים שיסרבו לדון בהיותם דן יחיד אפילו בהסכמת הצדדים.

ר' ישמעאל בנו של ר' יוסי אומר: "אל תהי דן יחידי שאין דן יחידי אלא אחד".¹⁷² מימרה זו שהובאה במסכת אבות אינה קביעה הלכתית, כפי שמסכת אבות בדרך כלל אינה קובצת הלכות אלא אוסף מימרות תנאים בענייני מוסר, הנהגה טובה ותיקון העולם.¹⁷³ כך כתב הרמב"ם בפירוש המשניות, שם: "וזהוהירו מזה כאן בדרך המוסר, לא על דרך האסור",¹⁷⁴ וכן פסק הרמב"ם: "ואע"פ שהוא מותר [לדון יחידי – א"ל] מצות חכמים הוא שמושיב עמו אחרים שהרי אמרו אל תהי דן יחידי שאין דן יחידי אלא

171 כדוגמה לפסק דין המתחשב בפסיקת בג"ץ יחזקאל לוי ראו תיק (אזורי ת"א) 372213/1 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 1.12.2010). ראו גם דברי היועץ המשפטי לבתי הדין בכנס הדיינים: "במקרים שבהם אפשר על פי החוק או התקנות לקיים דיון בדיין אחד, אין לקיים את הדיון כאשר במושב בית הדין יושבים שני דיינים. הדיין היושב בדיון, הוא לבדו זה שצריך לשמוע ולהחליט בענין שנדון בפניו. לאור האמור, הנחיתי את מזכירות בתי הדין שלא להפיק עבור בעלי הדין, בשום צורה ובשום אופן החלטה החתומה על ידי שני דיינים בלבד" (הרב שמעון יעקבי "עדכוני פסיקה" כנסי הדיינים – התש"ע, התשע"א 177, 183 (הרבנים אברהם צבי שיינפלד, שמעון יעקבי ורפי רכס עורכים, 2012). אני מודה לעמיחי רדזינר על ההפניות.

172 משנה אבות ד, י (מהדורת קאפח) וראו להלן שאפילו ה"אחד", אף שבוודאי רשאי לדון יחידי, נמנע מכך; המשכה של המשנה, שם: "ואל תאמר קבלו דעתי שהן רשאים ולא אתה". משקבע רבי ישמעאל שאין לדון יחידי אלא בהרכב, הוא מנחה את היושבים בהרכב, ובפרט את המומחה, שייזהרו מפני השפעה וכפיית דעה על חברי ההרכב האחרים. במסגרת החובה לקיים משא ומתן בין חברי ההרכב מתחייבים כללים באשר לדינמיקה של הדיון. כל אחד מהדיינים "נותן" לחבריו את דעתו, אך כל דיין אחראי בעצמו "לשאת" (לקבל ולאמץ) את דעתו של האחר רק אם שוכנע בה; ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 14.

173 לא במקרה מיוחסת לאותו חכם במשנה קודמת (אבות ד, ט) מימרה המיטיבה לשקף את היחס הראוי מצד הדיין להוראת דין: "רבי ישמעאל בנו אומר החושך עצמו מן הדין פורק ממנו איבה וגזל ושבועת שוא והגס לבו בהוראה שוטה רשע וגס רוח".

174 פירוש הרמב"ם למשנה, אבות ד, י, ד"ה "התורה" (מהדורת קאפח עמ' רצא).

אחד.¹⁷⁵ כך כתבו גם התוספות: "והא דתנן במסכת אבות אל תהי דן יחידי שאין דן יחידי אלא אחד הקב"ה עצה טובה קמ"ל [משמיענו – א"ל] שלא יטעה".¹⁷⁶ על פי הדברים האלה הסבירו התוספות את דברי ר' חייא, שהעיד על עצמו כמי שראוי לדון יחידי אך לא עשה כך בפועל.¹⁷⁷ הסבר נוסף לדברי ר' חייא המובא בתוספות הוא שר' חייא היה רגיל בדינין ואין לחוש שמא יטעה. אם הגנאי בדן יחידי נובע מחשש שאם הדן יחידי יטעה לא יהיה מי שיעמידנו על טעותו, ניחא.¹⁷⁸ אך אם הדן יחיד מגונה משום שהוא כמחציף פנים "שהגיס דעתו לדון יחידי דין תורה",¹⁷⁹ אזי גם לדין מומחה כר' חייא אין היתר לדון יחידי, כיוון שבעשותו כן משווה הוא את עצמו לבוראו "הדן יחידי לבאי עולם".¹⁸⁰

האם הוראה מוסרית-מסורתית זו – אל תהי דן יחידי – חלה גם כאשר בעלי הדין הסכימו וקיבלו על עצמם דיין יחידי, כפי שנקבע בסעיף 8(ה)(3) לחוק הדיינים? נחלקו חכמים בדבר:¹⁸¹ לדעת ר' עובדיה מברטנורא, ההוראה לא לדון יחידי תקפה "דוקא כשלא קבלוהו בעלי הדין עליהם לדין, אבל קבלוהו בעלי הדין עליהם, דן יחידי ואפילו מדרך חסידות".¹⁸² נראה שלדעתו הגנאי בדן יחידי קשור לחשש לטעות, ולכן אם קיבלוהו הצדדים עליהם, סברו וקיבלו את פסיקתו גם אם תהיה מוטעית. חלק עליו בעל התוספות יום-טוב:

ולא ידעתי טעמו דהא מ"מ [מכל מקום – א"ל] מוטב שיחתך הדין ברבים
[...] אבל לשון הטור ח"מ [חושן משפט – א"ל] ריש סי' י' כי ברוב משא
ומתן ירד לעומקו ע"כ [עד כאן – א"ל], וסתם משא ומתן לא עם עצמו
אלא עם זולתו ואין נראה לחלק לענין זה בין הדיוטות למומחה.¹⁸³

לדעתו של בעל התוספות יום-טוב, הערך המוסף של דיון בהרכב על פני דן יחידי קיים גם כאשר הצדדים קיבלו עליהם דן יחיד. עצם החשיפה לדעות נוספות והוויכוח עם בעלי דעה שונה מועילים כדי לרדת לעומקו של הדין. בעל תוי"ט אינו מתייחס לעזות הפנים של דן יחיד, אף כי טעם זה רלוונטי לכאורה יותר מטעמו, שהרי גם אם רשאים בעלי הדין

175 משנה תורה, סנהדרין, פרק ב, הלכה יא.

176 תוספות, סנהדרין ה, ע"א, ד"ה "כגון אנא".

177 בבלי, סנהדרין ה, ע"א.

178 תוספות, סנהדרין ה, ע"א, ד"ה "כגון אנא".

179 ירושלמי סנהדרין א, א (יח ע"א).

180 מתוך הפיוט "וכל מאמינים" הנאמר בחזרת הש"ץ לימים נוראים.

181 ראו ביתר הרחבה אצל שוחטמן סדר הדין בבית הדין הרבני, לעיל ה"ש 33, כרך ב בעמ' 49.

182 פירוש המשנה לר' עובדיה מברטנורה, אבות ד, ח, ד"ה "אל תהי דן יחידי".

183 ר' יום-טוב ליפמן הלך בתוספות יום-טוב, משנה אבות ד, ח, ד"ה "אל תהי דן יחידי"; ראו שם, שהוסיף טעם נוסף לחשיבות הדיון בהרכב של שלושה כדי שבעלי הדין לא יוכלו לדעת מיהו המחייב. ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 14.

למחול זה לזה ולקבל על עצמם פסיקה מוטעית, על כבוד המקום מי הסמיכם לוותר?¹⁸⁴ לכן נפסק להלכה שמומחה לרבים רשאי לדון יחידי, אך מצוות חכמים שיושיב אחרים עמו. דין זה נאמר אף באשר למומחה לרבים שיכול לכפות את בעלי הדין לדון לפניו, ואף עליו ציוו חכמים שלא ידון יחידי.¹⁸⁵ אף שהמחלוקת בעניין היתר דן יחיד בהסכמת הצדדים נטושה בין הפוסקים עד לדורות האחרונים,¹⁸⁶ נראה שהעיקרון שאינו שנוי במחלוקת הוא שככל שהיושבים בדין מרובים, כן ייטב, כיוון שריבוי דיינים ממצה טוב יותר את עומק הדין ומגדיל את הסיכוי להוצאת דין לאמתו.¹⁸⁷ לא נחלקו אלא בנסיבות שבהן ראוי לו לדיין להימנע מלדון יחידי.¹⁸⁸

184 ראו ר' משה פיינשטיין בשו"ת אגרות משה, יורה דעה חלק ג, סימן קמב. לדעתו נחלקו בדבר רמב"ם ורש"י מחד גיסא ותוספות וספר המצוות מאידך גיסא. לדעת הראשונים האיסור לדון יחידי נובע מחשש לכבוד שמים ואף אם אין חשש טעות. ואילו לדעת האחרונים האיסור הוא משום חשש טעות בלבד. הנפקות שמציע הרב פיינשטיין היא במקרה שבו אין חשש טעות כגון מומחה לדון. לפי דברינו תהיה נפקות גם כאשר הצדדים הסכימו לדון בפני דיין יחיד. מתשובתו, שם, עולה חיסרון נוסף להרכב החסר – הממד הדתי של "השראת השכינה מצד המשפט" המתקיימת רק בדיון בפני שלושה. ממד זה מטיל אחריות כבדה על דיין שבהיעדרותו מההרכב גורם למיעוט השכינה בישראל.

185 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן ג, סעיף ג; ראו לשון הטור בארבעה טורים, חושן משפט, סימן ג, סעיף ג, שכתב "מושיב אחר עמו" ולא כתב "אחרים". וראו לעניין זה פירוש הפרישה, שם.

186 נראה כי אחד מיסודות המחלוקת נטוע בהבנת התלמוד הירושלמי, סנהדרין א, ג, (יח, ע"א), המספר על רבי אבהו שהיה דן יחידי ושאלוהו תלמידיו כיצד מתיישב הדבר עם ההוראה "אל תהא דן יחידי". השיבם, הואיל והצדדים באים לדון לפניו אף שיודעים שהוא דן יחידי הרי הם מקבלים אותו עליהם. ומכאן שכשהצדדים מסכימים מותר לדון אפילו יחידי. מחלוקת האחרונים היא אם לרבי אבהו בלבד מותר לדון יחידי משום שהיה מומחה לרבים או שמא כל יחיד שקבלוהו הצדדים יכול לדון יחידי; ראו הלכה פסוקה, חושן משפט, כרך ב, עמ' לח–לט, ה"ש 108–125 (מכון הרי פישל לדרישת התלמוד ומשפט התורה, התשמ"ז).

187 ראו דברי רמב"ן, דברים א 12, ד"ה "וטעם טרחכם ומשאכם וריבכם", שהובאו להלכה בדברי הפוסקים (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן ג, סעיף ג): "שבכך נצטוינו, שנאמר (דברים טז, כ) צדק צדק תרדוף, הלך אחר ב"ד יפה (סנהדרין לב ע"ב), ורובי חכמים ב"ד יפה הוא".

188 ראו ר' יחיאל מיכל עפשטיין, ערוך השולחן, חושן משפט, סימן ג, סעיף ו אשר מביא את דעת הש"ך, ולפיה אם הדיין אינו מפרש שאינו יודע לדון דין תורה, לא יוכל לדון יחידי אף אם הצדדים קיבלוהו על עצמם. ערוך השולחן חולק על כך: "ולא ראיתי נוהגין כן ובכל הערים הקטנות שאין שם רק רב יחידי דן בעצמו ואינו מתנה כלל וצ"ל [נצריך לומר – א"ל] דכיון דהכל יודעים שהוא יחידי לכתחלה כוונתם כן כשבאין לפניו שידין כפי שכלו והבנתו ומוסכמים הם אף אם לא ירד לעומק הדין וממילא הוה כקבלוהו בין לדין בין לטעות". דעה זו ניתנת ליישום בבתי הדין אם הדבר יוסבר לבעלי הדין בעת שמסכימים שידונם דיין אחד.

1. הבעיה: פגיעה בתכלית התיקון לחוק

כאמור, יש להניח שדייני בתי הדין ימלאו אחר הנחיית היועץ המשפטי של הנהלת בתי הדין ויימנעו מלדון בהרכבים זוגיים. אולם בשל דברי הגנאי של חז"ל והפוסקים כלפי דין יחידי יש לצפות שיהיו דיינים שיימנעו מלהציג בפני הצדדים את האפשרות שמציע סעיף 8(ה)(3) לחוק הדיינים, בפרט בתיקים סבוכים שבהם הדיין חושש מהאחריות הרבה המוטלת עליו. מכאן שפסיקת בג"ץ צפויה לסכל למעשה את תכלית תיקון מס' 11 לחוק שהוליד את סעיף 8(ה)(3). כמוסבר לעיל, נוסחו המקורי של החוק קבע שבית דין ידון בשלושה דיינים. התיקון לחוק ביקש להכשיר הרכבים חסרים כדי להפחית את העומס המוטל על בתי הדין. פסילת הרכבים זוגיים מחד גיסא ורתיעתם של דיינים מלדון יחידי מאידך גיסא מרוקנות את התיקון לחוק מתוכן. בעקבות פסיקת בג"ץ גם בעלי דין שהיו מעדיפים שעניינם יידון בפני הרכב זוגי ייאלצו להמתין חודשים, ואולי אף יותר, עד שיתפנה הרכב של שלושה דיינים לדון בעניינם.

2. הצעת פתרון

אני מבקש להציע פתרון לסבך המשפטי שנוצר בעקבות פסיקת בג"ץ, שיאפשר בכל זאת דיון בהרכבים זוגיים. במסכת סנהדרין מסופר על רב הונא שכאשר באו לפניו לדין היה מכנס ומביא עשרה חכמים מבית המדרש.¹⁸⁹ במקבילה שבמסכת הוריות נאמר שכשרב הונא יצא לבית הדין הביא עשרה תנאים מבית המדרש לפניו. בשתי המקבילות מסביר רב הונא את מנהגו ואומר "כי היכי דלימטיין שיבא מכשורא [כך שיבוא לנו נסר מן הקורה – א"ל]"¹⁹⁰.

רש"י פירש שכוונת רב הונא במשל הקורה והנסר "שאם נטעה – ישתלש [יתחלק – א"ל] העונש בין כולנו ויקלו מעלי".¹⁹¹ לפי פירושו של רש"י, רב הונא ביקש להקל מעליו את עונשו אם יטעה בדין. לעומת פירוש רש"י, מדברי המאירי והרמב"ם משמע שהמניע העיקרי של רב הונא היה הגדלת הסיכוי לדון דין אמת ולא הפחד מפני עונש.¹⁹² כך לשון הרמב"ם:

189 בבלי, סנהדרין ז, ע"ב; בלשון התלמוד "רבנן מבי רב". אשר לרב הונא הביטוי בי רב התפרש בכמה מקומות כבית מדרשו של רב. ראו בבלי, שבת סו, ע"ב ורש"י, שבת סו, ע"ב, ד"ה "דרב הונא מבי רב". אך "בי רב" סתם הוא בית המדרש, ראו בבלי, עירובין עג, ע"א ורש"י, עירובין עג, ע"א, ד"ה "בבי רב". ויש שהוא מקום שמקרין התינוקות, ראו בבלי, עירובין יח, ע"ב ורש"י, עירובין יח, ע"ב, ד"ה "בי רב".

190 בבלי, סנהדרין ז, ע"ב; בבלי, הוריות ג, ע"ב.

191 רש"י, סנהדרין ז, ע"ב, ד"ה "דנמטיין שיבא מכשורא".

192 ר' מנחם המאירי, בית הבחירה, הוריות ג, ע"ב, ד"ה "כבר ידעת": "מגדולי החכמים כשהיה דין בא לפניו היה מכנס הרבה מן היודעים עד שמתוך כלם יצא הדין לאמתו ואף באיסור והתרואו לעשות כן כדי שיתרחק מן המכשולות שרוב דעות מגלים את הצפונות ועצים קטנים מדליקים את

אף על פי שבית דין של שלשה בית דין שלם הוא כל זמן שהם רבים הרי זה משובח, ומוטב שייחתך הדין באחד עשר יתר מעשרה. וצריכין שיהיו היושבין כולן שם בבית דין תלמידי חכמים וראויין.¹⁹³

ריבוי הדיינים היושבים בבית הדין משובח, משום שטוב "חיתוך הדין" באחד-עשר מ"חיתוך דין" בעשרה. יצוין שבדוגמה שהביא הרמב"ם הוספת דין אחד מהווה תוספת של 10% בלבד על ההרכב הקיים, ואף על פי כן מדגיש הרמב"ם את התועלת שבדבר. דבר הלמד מעניינו הוא שבנידון דידן, שבו הוספת דין אחד מהווה תוספת של 100% להרכב הקיים, התועלת כפולה ומכופלת.¹⁹⁴

בשתי הסוגיות המקבילות (סנהדרין והוריות), שבהן סופר מנהגו של רב הונא להוסיף לדיון ולהרבות מיושבי בית המדרש, הוקדמו לדברי רב הונא דברי רבי יהושע בן לוי (ריב"ל): "עשרה שיושבין בדין – קולר תלוי בצואר כולן",¹⁹⁵ כלומר כל הדיינים היושבים בדין נושאים באחריות קולקטיבית ואישית כאחד. שואל התלמוד: "פשיטא!" (פשוט הדבר ואין צורך לאמרו), ומתוך התלמוד: "לא צריכא אלא לתלמיד היושב לפני רבו" (צריך להשמיענו שאחריות מוטלת אף על תלמיד היושב לפני רבו). כלומר, ריב"ל מטיל את האחריות לא על הדיינים בלבד שהכריעו את הדין ופסקוהו, אלא גם על התלמידים שנכחו בדיון.¹⁹⁶ אם כך, אפשר שגם הסיפור על רב הונא, שבא בשתי הסוגיות המקבילות מיד אחרי מימרת ריב"ל, הובא באותו הקשר.¹⁹⁷ דהיינו, רב הונא לא הגדיל בהכרח את מותב הדיינים אלא את הסך של מספר הדעות הכולל גם את דעות

הגדולים [ההדגשה הוספה – א"ל]. וכעין זה ראו גם בבית הבחירה למאירי, סנהדרין ז, ע"ב, ד"ה "צריך להזהר"; ראו חידושי אגדות למהרש"א, סנהדרין ז, ע"ב: "לענין משא אמרו כי קורה גדולה שאי אפשר לאדם אחד לישא אותו ביחיד על כתיפו [...] והוא פירוש הכתוב עד"מ [על דרך משל – א"ל] ונשאו אתך במשא העם הזה ולא תשא אתה לבדך (במדבר יא, יז)". פירושיהם של רש"י ושל המאירי והרמב"ם אינם בהכרח סותרים, אך ודאי שהם מדגישים היבטים שונים. ראו גם Yuval Sinai, *The Religious Perspective of the Judge's Role in Talmudic Law*, 25 J. L. & RELIG. (להלן: Sinai, *The Religious Perspective*: 357, 366 (2009)).

193 משנה תורה, סנהדרין, פרק ב, הלכה יג (מהדורת שילת). ראו להלן ה"ש 196 ו-198 מדוע נקט הרמב"ם דוגמה קשה של בית דין שקול של עשרה דיינים.

194 טיעון המבוסס על היגיון זה ראו אצל זמיר, לעיל ה"ש 80, בעמ' 599. אמנם שם מוביל הטיעון לביסוס הבנת הפגם שבהרכב שיפוטי חסר, אך הוא טוב באותה מידה כדי להסביר את יתרונם של שניים על פני האחד.

195 בבלי, סנהדרין ז, ע"ב.

196 לפי הסבר זה נקל להבין כיצד דיבר ריב"ל על עשרה שיושבין בדין ומדוע נקט מספר זוגי של דיינים (והרי "אין בית דין שקול"?!). אך אם מדובר על דיינים ותלמידים היושבים בדין, אין מניעה שמספרם הכולל ימנה עשרה, ואילו מספר הדיינים יהיה נוטה.

197 לגישה פרשנית שונה ראו Sinai, *The Religious Perspective*, לעיל ה"ש 192, בעמ' 365–366.

התלמידים, ובכך העצים את סיעור המוחות בעשרה חכמים נוספים.¹⁹⁸ מכל האמור אני למד שהושבת תלמיד לצד הדיין המסייע על ידו במשא ומתן מוציאתו מגדר דין יחידי. הבנה זו של מנהג רב הונא נתמכת על ידי הלכה בהלכות דיינים: "אין לדיין להניח לתלמיד בור לישב לפניו שלא ישא ויתן עמו ויטהו מדרך האמת מתוך בורתו".¹⁹⁹ התלמידים היושבים לפני הדיין אינם קהל פסיכי אלא נושאים ונותנים עמו בדין, אף כי אינם בעלי זכות הצבעה.

הושבת תלמידים ("מתמחים" בלשון ימינו) לפני דין יחיד ועידודם להשתתף בדין באופן אקטיבי נזכרה אפילו באשר לדיין האחד היחיד והמיוחד. כך נאמר בהמשך סוגיית הירושלמי שנזכרה לעיל:²⁰⁰

א"ר [אמר רבי – א"ל] יהודה בן פזי אף הקב"ה אין דין יחידי שנאמר, וכל צבא השמי' עומדי' [השמים עומדים] עליו מימינו ומשמאלו [דבה"י ב' יח.]. אילו מטין לכף זכות ואילו מטין לכף חובה. אע"פ [אף על פי] שאין דין יחידי, חותם יחידי שנאמר, אבל אגיד לך את הרשום בכתב אמת [דניאל י', כא]. אמר ר' יוחנן לעולם אין הקב"ה עושה בעולמו דבר עד שנמלך בבית דין שלמעלה מה טעם ואמת הדבר וצבא גדול [שם י', א] אימתי חותמו של הקב"ה אמת בשעה שנמלך בבית דין שלמעלה. א"ר [אמר רבי] לעזר כל מקום שנאמר אֶל־קִים הוא ובית דינו.

198 הבנה זו עולה מכל הגרסאות שבדקתי, למעט גרסה אחת, ולפיהן רב הונא צירף אליו תלמידים או חכמים אך לא דיינים. מגרסה אחת (דפוס וילנא, בסוגיית הוריות) עולה שרב הונא הושיב את החכמים כתלמידים "לפניו" ולא "עמו". אמנם ספק הדבר בעיניי, אך ייתכן שכך יש להבין אף את דברי הרמב"ם. הביטוי שנקט הרמב"ם (לעיל ה"ש 193) – "מוטב יחתך הדין באחד עשר" – אינו מלמד שישבו בדין אחד עשרה דיינים, שכן "חיתוך הדין" בלשון הרמב"ם במקומות אחרים הוא השלב שבו כל דיין מדייני ההרכב מגבש את עמדתו. לכן גם אם היו בבית הדין שלושה דיינים ועוד שמונה תלמידים, נכון לומר שהדין נחתך באחד-עשר. מכאן יובן מדוע נקט הרמב"ם את הדוגמה שבה ישבו עשרה אף שזהו מספר זוגי, משום שעשרה הוא המספר הכולל את בית הדין ואת שאר החכמים שנכחו בדיון. לפי הסבר זה, דברי הרמב"ם שבסוף ההלכה: "וצריכין שיהיו היושבים כולם שם בבית דין תלמידי חכמים וראויין" הם בגדר דרישה מינימלית מתלמידים היושבים בבית הדין, שכן את הדרישה לכשרותו של הדיין בבית הדין כבר כתב הרמב"ם בראש הפרק. כשם שהסוגיה עצמה אינה חד-משמעית וניתנת להתפרש הן כהרחבת בית הדין והן כהוספת חכמים שאינם בגדר דיינים, כך לשון הרמב"ם ניתנת להתפרש לשתי פנים.

199 ארבעה טורים, חושן משפט, סימן ט. ראו בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן ט, סעיף ו, שהשמיט את המילים "מתוך בורתו". מקור דין זה בבבלי, שבועות ל', ע"ב, והוא מבוסס על דרשת הפסוק "מדבר שקר תרחק" (שמות כג 7). על הקשר שבין מקום מושבו של בית הדין ובין התלמידים ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 14, בעמ' 296–300.

200 ירושלמי, סנהדרין א, ג, (יח, ע"א).

אין לנו הבנה בדין של מעלה, אך אם אפילו הקב"ה נמנע מלדון יחיד, קל וחומר הוא שראוי לבית דין של מטה לנהוג בענווה ולהימנע מכך. אלא שאף על פי ש"צבא השמים" אינם שותפים עם הקב"ה ב"חיתום הדין", השתתפותם בדין די בה כדי לקבוע ש"אף הקב"ה אין דן יחיד". כך גם באשר לנידון שלנו. ייתכן שבמקרים שבהם יסכימו הצדדים להתדיין בפני דן יחיד, אם ישבו בפועל שני דיינים – האחד שעליו הסכימו הצדדים ודיין נוסף שלא יתפקד כדיין אלא כנושא ונותן עם הדיין – די יהיה בכך כדי להוציא את הדיין מגדר דן יחיד.²⁰¹ הדיין הנוסף לא יהיה בעל זכות הצבעה, ובמקרים שיחלוק על הדיין לא תיחשב זו מחלוקת בבית דין שקול.²⁰² תפקיד הדיין הנוסף יהיה כאמור לשאת ולתת עם הדיין, לאתגר אותו ובמידת הצורך להצילו מן הטעות, וכך יצא הדין לאמתו. אמנם פסק הדין יהיה חתום בידי דין אחד, אך פרקטיקה זאת כאמור תוציא את הדיין האחד מגדר "דן יחיד". הצעה זו פותרת גם את הבעיה שהטרידה את בג"ץ בדבר כלל הכרעה במקרים של בית דין שקול.

באופן עומדת הצעת החוק שעליה התבשרנו בפסק הדין עצמו:

ראוי לציין, כי במרץ 2008 פורסמה הצעת חוק הדיינים (מס' 24), התשס"ח-2008 המציעה שינויים בסעיף 8(ה) ו-1(ה) לחוק הדיינים (הצ"ח הממשלה 377, התשס"ח, עמ' 506). במקום סעיף 8(ה) ו-1(ה) לחוק הקיים, מוצע להסמיך את השר, בשיתוף גורמים נוספים, לקבוע בתקנות הוראות לענין מספר הדיינים שידונו בבית הדין האזורי בסוגים שונים של עניינים. כן מוצע באותו הקשר להגדיר "הרכב" – כ"הרכב של שני דיינים או יותר" (סעיף 1 להצעה). הצעת החוק אינה מתמודדת ואינה מנתחת בדברי ההסבר את משמעות האפשרות כי ייקבע מותב שניים בבית הדין הרבני, על מלוא מורכבותה.²⁰³

כשם שתיקון מספר 11 בא בעקבות פסיקת בג"ץ בעניין ביארס (ואפשר דיון בהרכב חסר),²⁰⁴ הצעת החוק הנוכחית מבקשת לסתום את הפרצה שהותירה לשון החוק הנוכחי ואפשרה לבג"ץ לקבוע כי לא טובים השניים מן האחד. השופטת פרוקצ'יה לא הסבירה, לא כאן ולא במקום אחר בפסק הדין, מהי "מלא מורכבותה" של "האפשרות כי ייקבע

201 וכך אכן נוסח הטור בארבעה טורים, חושן משפט, סימן ג, סעיף ג "מושיב אחר" בלשון יחיד.
202 כך נפסק לאחרונה בבית המשפט המחוזי בירושלים, ו"ע (מחוזי י-ם) 19356-03-12 פרנקל נ' מנהל מיסוי מקרקעין ירושלים (פורסם בנבו, 11.7.2012), "ביושבי בדיון המקדמי הייתי מוסמך לאשר לבדי את הסכם הפרשה [...] העובדה שחבר וועדה נוסף נכח בדיון וחתם על ההחלטה לא גרעה מסמכותי כדן יחיד בקדם הערר". באותה החלטה נדחתה גם הטענה של הרכב חסר מחמת השתק ומניעות.

203 עניין יחזקאל לוי, לעיל ה"ש 1, פס' 42 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

204 לעיל ה"ש 74.

מותב שניים בבית הדין הרבני". הקושי היחיד שציננה הוא שבחוק הנוכחי אין מענה לבעיית "בית דין שקול"²⁰⁵ גם הצעת חוק הדיינים (מס' 24), התשס"ח–2008 אינה מתייחסת לבעיה זו, וטוב שכך. חוק הדיינים אינו אלא התשתית הפורמלית לסמכותו הפונקציונלית של בית הדין לדון, אך סדרי הדין ופרטיהם נובעים מהדין הנוהג בבית הדין, הלא הוא המשפט העברי על פי ההלכה היהודית. כפי שכבר הצענו למעלה, בהלכה היהודית יש פתרון למצב של מחלוקת שקולה, ונראה שהפתרון ההלכתי עדיף ועקרוני על פני פתרון שרירותי מסוג זה שקבע המחוקק הישראלי בחוק בתי המשפט – למסור את ההכרעה לידי אב בית הדין.²⁰⁶

אחרית דבר ופשרו

הסוגיה העקרונית שעמדה במוקד מאמר זה ונדונה בבג"ץ יחזקאל לוי היא שאלת הדיון בהרכב זוגי בבית הדין הרבני. אף על פי שסוגיית סמכותו הפונקציונלית של הרכב ועדיפותו של הרכב זוגי על פני דן יחיד היא לכאורה שאלה טכנית נטולת נופך ערכי, הניתוח דליל מצביע על פער עמוק בין גישתם של שופטים לשאלה זו לגישתם של דיינים ומגלה ששני עולמות נבדלים לפנינו. ניסיתי להבין מהו פשר הפער האמור. הנחת היסוד של המשפט העברי היא שלעולם דן יחיד אינו רצוי, ולעתים אף פסול, ובררת המחדל של המשפט העברי היא דיון בפני הרכב של שלושה דיינים לפחות. לעומתו, המשפט הישראלי מכשיר לכתחילה ערכאה דיונית של דן יחיד כבררת מחדל. מהקייטוב כבררות המחדל שבשתי שיטות המשפט נובע שהמחלוקת בין שופטים לדיינים איננה טכנית בלבד. שופטות בג"ץ, שהתחנכו בבית המדרש של המשפט הישראלי, אינן רואות כל פגם בדין יחיד, ולכן אינן רואות בהרכב זוגי אלא חסרונות בלבד בעוד שיתרונותיו, כפי שפורטו במאמר, נעלמו מעיניהן. לעומתן, דייני בתי הדין הרבניים, שגדלו על ברכי המסורת היהודית והמשפט העברי, דנים לכתחילה במושב של שלושה דיינים, אך בלית בררה מעדיפים מותב זוגי על פני דן יחיד כדי לנצל את היתרונות של מותב זוגי, כפי שפורטו בהרחבה לעיל.

בהתייחסו לכתיבת פסקי דין כתב יהושע ויסמן: "לשופט לא עומדות עצתם הטובה של עורך ושל חברי מערכת, העשויים לתרום לשיפור הכתוב. האחריות לאיכות 'המוצר' נופלת כל כולה על השופט הכותב את פסק הדין. במצב זה גדלה החשיבות של עבודת צוות כאשר בית המשפט יושב בהרכב של מספר שופטים".²⁰⁷ כך באשר להיבט הצורני

205 ראו לעיל בפרק א.2(ד) – "היעדר כלל הכרעה ל'בית דין שקול'".

206 ראו לעיל ה"ש 81, וכן ס' 16(ב) לחוק בתי דין מינהליים – "החלטה במושב חסר שנחלקו בו הדעות תתקבל על פי דעתו של יושב ראש המותב".

207 ויסמן, לעיל ה"ש 55, בעמ' 325.

של כתיבת פסק הדין, שבה עסק ויסמן במאמרו, ועל אחת כמה וכמה באשר למהותו של הפסק, שבו עסק מאמר זה. האפשרות של הרכב זוגי למנוע טעויות ולסער מוחות כדי להביא לפסק דין מיטבי היא שמובילה למסקנה כי טובים השניים מן האחד.

בחלק הראשון של המאמר הצבעתי על הספקות הרבים שמעורר פסק הדין של בג"ץ. בחנתי בחינה ביקורתית הן את הנימוקים לדחיית טענת המניעות והן את הפרשנות התכליתית של חוק הדיינים, שאלו ואלו מוקשים, ולדעתי אף שגויים. בניגוד לדברי הרוב בפסק הדין שלפנינו, מגמתו של בית המשפט העליון בשנים האחרונות היא להפעיל את דוקטרינת ההשתק והמניעות נגד טענת היעדר סמכות. כמו כן לשון החוק ותכליתו אינן תומכות במסקנת דעת הרוב בבג"ץ. כפי שהסברתי לעיל, חוק הדיינים שונה במהותו מחוקים מסמיכים אחרים, בהיותו מסמיך בתי דין לדון על פי מערכת נורמות וסדרי דין אוטונומיים לבית הדין, המושתתים על המשפט העברי וההלכה היהודית. לכן הנחת היסוד לפרשנות חוק הדיינים היא שהחוק נועד לאפשר לבתי הדין לתפקד על פי ההלכה במסגרת החוק, ומכאן שהן החוק והן פרשנותו צריכים להתחשב ברציונל החקיקתי, ולכל הפחות לבחון אותו, וכפועל יוצא גם את עמדת המשפט העברי. אלא שבפסק הדין שלפנינו לא נעשה כל ניסיון להתחקות על עמדת המשפט העברי בסוגיה הנדונה. לדעתי, פרשנות ראויה לחוק הדיינים מאפשרת לבתי הדין לדון בהרכב זוגי בהסכמת הצדדים, ואת בעיית המחלוקת השקולה (אם תתעורר) יש לתת לבתי הדין לפתור על פי עקרונות המשפט העברי.

בחלק השני הראיתי שבמישור הנורמטיבי, המובחן מנסיבות פסק הדין, הניתוח ההסתברותי וכן בחינת הדינמיקה שבהרכבים מובילים אף הם למסקנה שטובים השניים מן האחד מבחינה נורמטיבית, ומכאן שראוי לתמוך בהצעת החוק המגדירה "הרכב כ"הרכב של שני דיינים או יותר". מסקנה זו תומכת גם בפרשנות חוק הדיינים שלפיה "דיין אחד" יתפרש כהוראת מינימום.

בחלק השלישי חשפתי את נקודות המוצא השונות של שיטת המשפט הישראלי מחד גיסא, ושל שיטת המשפט העברי מאידך גיסא. במשפט הישראלי דן יחיד הוא בררת המחדל הנוהגת ברוב המכריע של הערכאות הדיוניות. לעומת זאת במשפט העברי בררת המחדל היא ערכאה דיונית במותב של שלושה דיינים. סקירת מקורות המשפט העברי מלמדת כי הפרקטיקה הנהוגה מימים ימימה בבתי הדין – לדון במותב זוגי בהסכמת הצדדים – נשענת על מסורת עתיקת יומין המעוגנת בהלכה ובמשפט העברי.

בחלק האחרון הערכתי כי בעקבות פסיקת בג"ץ יימנעו בתי הדין מלדון במותב זוגי, והימנעות זו תציב בפניהם דילמה נוכח הנחיית חז"ל "אל תהי דין יחידי". הפתרון שהצעתי הוא שלצד הדיין היחיד ישב דיין נוסף – הראשון דן בתיק וכותב את פסק הדין לבדו, והשני מסייע בידו, נושא ונותן עמו ובשעת הצורך מצילו מן הטעות. נראה לי שפתרון זה ראוי הן על פי ההלכה והן על פי הפרשנות שניתנה בידי שופטות הרוב לנוסחו הנוכחי של חוק הדיינים. ברקע הנושא המרכזי של מאמרי מהדהדות שאלות

שעשויות למצוא את פתרוןן באמצעות הסדרה ראויה של עבודת שופטים היושבים בהרכב.

סוף טוב, הכול טוב?

פסק הדין שנדון במאמר זה מגולל את סיפורה של אישה שזכתה ב־13.6.2004 בפסק דין שקבע כי עליה ועל אישה להתגרש. ב־28.11.2004 קיבל פסק הדין את אישורו של בית הדין הגדול לערעורים לאחר שדחה את ערעורו של האיש, אלא שכעבור כחמש שנים, ביום 16.7.2009, קבע בית המשפט הגבוה לצדק של מדינת ישראל, ברוב דעות, כי נוכח הפגם הדינוני שנפל בסמכות בית הדין פסקי הדין הללו בטלים וכי האשה צריכה לשוב לבית הדין לדיון מחדש בתביעתה לגירושין.

"הַנְּסִתָּוֹת לֵה' אֶל־קִינוֹ" (דברים כט 28). במקרה זה הוקדמה רפואת האישה למכתה. שופטות בג"ץ נמנעו מלהוציא צו ביניים נגד בית הדין, מה שאפשר להליכים להימשך בד בבד עם הדיון בבג"ץ. בעת שבג"ץ פסק את פסוקו, כעבור כחמש שנים, כבר הייתה האישה מגורשת ב"מזל טוב",²⁰⁸ ופסק הדין שהיה למושא מאמר זה לא היה עוד רלוונטי לאישה הגרושה.²⁰⁹

208 עובדה זו נודעה למחבר בשיחה טלפונית עם עורכת הדין שייצגה את האישה בפני בג"ץ. נראה ששופטות בג"ץ, שטרחו לכתוב פסק דין על פני שלושים וארבעה עמודים ובמסגרתו אף הבעת השתתפות של שופטות הרוב בצערה של האישה המסכנה, לא היו מודעות לכך שבינתיים יצאה האישה לחופשי.

209 כמי שעוסק בחקר סדרי דין ובהוראתם אני מודע למידת העומס הרב הרובץ על בתי המשפט. לכן אני מוטרד משעות השיפוט היקרות שהוקדשו לכתיבת פסק הדין. יש מקום ליתן את הדעת על מקרים כגון אלו ואחרים שבהם עלול בית המשפט לבזבז זמן שיפוטי יקר לחינם. בדעבד מתברר ששופטות הרוב השיגו את המבוקש ביחס לבית הדין וזאת מבלי לגרום נזק בפועל לאישה – נזק שגמרו בדעתן שהוא מוצדק בנסיבות שבהן ראוי להעמיד את בתי הדין על מקומם.