

”אחרי רבים להטות” – על הרכבים שיפוטיים ותחבולות שופטים*

מאת

רפאל יעקובי**

פעמים הרבה נדמה שמלאכת השפיטה היא מלאכה פרטית הנעשית כשכל שופט מתחבט עם עצמו ומפעיל שיקול דעת עצמאי ומנותק מהחלטותיהם של חבריו היושבים עמו בדין, אך המתחברת בסופה לשאר פסיקותיהן של שאר חברי המותב ויוצרת הרמוניה פסיקתית הבאה לידי ביטוי בדעת רוב ובדעת מיעוט. המאמר מציג התמודדות ערכית, ויש הסוברים טכנית בלבד, שאותה נאלץ השופט להביא בחשבון בבואו לפסוק דינו של אדם והיא הגעה לתוצאה בדין הרצויה בעיניו בעקבות פסיקותיהם של חבריו למותב אף במחיר של הכרעה נגד דעתו.

המאמר עובר בין פרשיות מרכזיות במשפט הישראלי המאפשרות הצצה להשקפות השונות של השופטים השונים ומגלה שקיימת קשת רחבה של דעות בסוגיה שבה האדם מן השורה היה מצפה לתמימות דעים. המאמר ממשיך בסקירת המשפט העברי תוך הבאת דעותיהם השונות של חכמי ההלכה האחרונים וחותרם את סיקורו ההלכתי מתורתם של ראשונים.

- א. מבוא
- ב. השאלה והפתרונות האפשריים
- ג. פרשת טסה ופרשות חורב ורובינשטיין
- ד. המשפט העברי
- ה. נקודת המחלוקת
- ו. בטרם חיתום – מתורתם של ראשונים
- ז. סוף דבר

* גרסה חלקית של מאמר זה פורסמה בפרשת השבוע 157 (פרשת משפטים, התשס"ד). מאמר זה כולל במתכונתו הנוכחית תוספות מרובות על אותה גרסה.
** שופט בית משפט המחוזי בירושלים.

א. מבוא

בפרשת משפטים בא הציווי "לא תהיה אחרי רבים לרעת, ולא תענה על רב לנט'ת אחרי רבים להט'ת".¹ מפסוק זה למדו חכמים הלכות אחדות,² ובהן ההלכה שבמותב שיפוטי שנחלקו בו הדעות, דעת הרוב מכרעת.³

פעמים רבות דנים בתי משפט במותב של יותר משופט אחד, והדברים אמורים בכל המערכת השיפוטית: בערכאות דיוניות ובערכאות ערעוריות.

לגבי מותב שיש בו יותר משופט אחד מתעוררות שאלות בהקשרים שונים: שאלת שיבוץ המותבים לדיונים השונים, דרך ניהול המשפט, דרך כתיבת פסק הדין ושאלת ההכרעה במותב שחבריו אינם תמימי דעים. בשיטות משפט שבהן אין חסינות לשופטים, ושופט שטעה עלול להתחייב לשלם למי שנפגע עקב טעותו, עשויה – במקרה של הרכב שנשמעו בו דעות שונות, ושהגיע לתוצאה סופית מוטעית – להתעורר השאלה על מי לשלם וכמה.

כל אחד מן העניינים הללו כבר נדון בהרחבה.⁴

- 1 שמות כג 2.
- 2 ראו תורה שלמה, שמות כג, אותיות יח-לח, ושם בהערות; יוסף פרוינד "ולא תענה על רב לנטות..." בית מקרא פה 129 (התשמ"א).
- 3 בבלי, מסכת סנהדרין ג, ע"ב; משנה תורה, סנהדרין, פרק ח, הלכה א; טור ושולחן ערוך, חושן משפט, סימן יח סעיף א.
- 4 לעניינים הראשונים ראו למשל אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 259–261 (1987); אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 200–301, ובהערות שם בעמ' 460 (2004); מיגל דויטש "מומנט ההנהגה בתפקיד השיפוטי הקולגיאלי של בית המשפט העליון" עיוני משפט טו 167 (1990); יורם שחר, רון חריס ומירון גרוס "נוהגי ההסתמכות של בית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" משפטים כז 119 (1996); יורם שחר, רון חריס ומירון גרוס "אנטומיה של שיח ומחלוקת בבית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" עיוני משפט כ 749 (1997); מירון גרוס ויורם שחר "לשאלת דרכי השיבוץ של מותבי בית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" משפטים כט 567 (1998); יורם שחר, מירון גרוס וחנן גולדשמידט "מאה התקדימים המובילים בפסיקה בית המשפט העליון – ניתוח כמותי" משפט וממשל ז 243 (2004); ש"ז פלר "דעת רוב, דעת מיעוט – מושא ודרכי גיבוש" עיוני משפט טו 31 (1990); רון שפירא "אחרי רבים להטות – סעיף 80 לחוק בתי המשפט" עיוני משפט יז 393 (1992); חיים כהן "גירוש כהלכה" משפט וממשל א 471 (1993); אייל נון "הכרעות במותב שיפוטי קולגיאלי: דין קשה ותוצאות קשות – מחוק השיפוט הצבאי לחוק בתי המשפט" משפט וצבא 14, 247 (2000); יוסי נחושתי "חילוקי הלכה במצבי אי הסכמה" הפרקליט נ 631 (2010); משה לנרתי "מגמות בפסיקתו של בית המשפט העליון" עיוני משפט ח 500, 510 (1982) (פורסם גם בספר לנרתי א 71, 83 (1995)); מנחם מאוטנר "על אי הוודאות במשפט וכמה מהשלכותיה" משפט וממשל ט 223 (2005); יהושע ויסמן "על מצוות עשה ועל מצוות לא תעשה" בכתבת פסקי דין" עלי משפט ט 307 (2011); זרח ורהפטיג "רוב ומיעוט בבית הדין" ספר היוכל מנחה לאי"ש 89 (איתמר ורהפטיג עורך, 1991); חיים דוד הלוי "חתימת פסק דין שהוכרע ברוב" תחומין יח 11 (התשנ"ח); זלמן דרוק "פסיקה כרוב דעות" תחומין יח 71 (התשנ"ח); צבי טל

במאמר זה אתמקד בעניין אחד הקשור לגיבוש הכרעת הדין: אם מותר לשופט לנקוט מהלכים טקטיים או לחבל תחבולות כדי להביא לכך שהכרעת המותב תתאים לדעתו, או תהיה קרובה לדעתו.⁵

5
 "אחרי רבים להטות" – מן ההלכה היהודית" ספר גבריאל בכך 711 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בכ עורכים, 2011); בג"ץ 737/87 עורקבי נ' בית הדין הרבני האזורי פתח-תקוה (פורסם בנבו, 27.2.1989); בג"ץ 8111/96 הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פ"ד נח(6) 481 (2004); ע"פ 1641/02 אוסלן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.10.2006); ע"פ 4138/06 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.10.2006). לעניין האפשרות להישפט לפני דין יחיד או לפני הרכב שופטים מעניין העיון במקורות הבאים: יוסף ריבלין "שיקול דעת ומשקל דעה" עיונים במשפט עברי ובהלכה – דין ודין 249 (יעקב חכה ועמחי רדזינר עורכים, 2007); בג"ץ 583/87 הלפרין נ' סגן נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים, פ"ד מא(4) 683 (1987); בג"ץ 4970/05 אפל נ' כבוד נשיאת בית משפט השלום בתל אביב (פורסם בנבו, 15.6.2005); בג"ץ 7306/06 אזולאי נ' שר המשפטים (פורסם בנבו, 1.9.2006). לעניין מותב הכולל שני שופטים ראו פסק הדין בע"מ 7593/06 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 22.10.2006), והמקורות המוזכרים שם. לעניין האחרון ראו למשל דפנה אבניאלי חסינות אישי ציבור (2001); דפנה אבניאלי "מי ישפוט את השופטים וכיצד?" הפרקליט מז 77 (2003); "טעות הדיינים" אנציקלופדיה תלמודית כרך כ תצה-תקלט; אברהם שיינפלד חוק לישראל: נזיקין 29–35, ושם בעמ' 51 הערה 35 (נחום רקובר עורך, התשנ"ב). אשר לשימוש של שופט כלפי העדים בתחבולות הכוללות אמירת שקר, לצורך חשיפת האמת, מוצאים אנו שנסתפק בכך ר' דוד שפרבר (מגדולי רבני רומניה ברור הקודם) באמרו: "ונסתפקתי אם רשאי ונכון להדיין להוציא דבר שקר מפיו בדרישה וחקירה כדי לברר האמת" (שו"ת אפרקסתא דעניא, חלק ג, יורה דעה, סימן קנד). מספר הזוהר עולה שמותר לדיין "לגנוב דעת הרמא, ולגנוב דעת שני הבעל דינים כדי להוציא הדין לאור" (שמות, יתרו, דף צג, עמוד ב, לפי תרגום הסולם). ראו גם ראובן מרגליות מרגליות הים סנהדרין לב, עמוד ב, אות ה; בני דון-יחיא "כי חכמת אלהים בקרבו לעשות משפט: משפט שלמה כדגם לחשיפת האמת העובדתית" פרשת השבוע 102 (פרשת מקץ, התשס"ג). כאן המקום להעיר כי ציון אילו מפנה בהקשר זה במאמרו "לא תעשו עול במשפט: דין מרומה, התיישנות ושיהוי" פרשת השבוע 163 (פרשת אחרי מות קדושים, התשס"ד) לשו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן פא, כמקור לאיסור העלאת טענות שווא מפי השופט לצורך חשיפת האמת. לדעתי, עיון באותה תשובה מגלה כי היא עוסקת בעניינו של בעל דין ולא של שופט, ואין זה מובן מאליו שדין זהה לשניהם בהקשר זה, ואין כאן מקום להאריך. וראו אליאב שוחטמן "מדבר שקר תרחק – השלכות דיוניות" עיונים במשפט עברי ובהלכה – דין ודין 273–304 (התשס"ז).
 לעניין השגת פשרה בדרך הכוללת שקר ראו דב ישראל פוגל "על הגישור, השלום ובית הדין" תחומין כג 456, 460 (התשס"ג), אשר מדבריו עולה כי למפשר או למגשר הדבר לגיטימי, אולם אין הדבר כן לשופט או דיין, שכן "דרך זו אינה מתאימה לרוח הנושבת בבתי הדין".
 דומה שכלל קל להסכים כי הלגיטימציה שיש לתת לתחבולות של שופט כלפי העדים ובעלי הדין רבה מזו שיש לתת לתחבולות שלו כלפי השופטים השותפים למותב, שבהן אנו עוסקים במסגרת מאמר זה.

בבעל דין הדעה הרווחת היא שגם כשמטרתו של בעל הדין היא להגיע לתוצאה שהוא יודע שהיא הנכונה, אין בכך כדי להתיר לו העלאת טענות שקריות או עשיית תחבולות הכוללות מעשים שקריים ואסורים. אך יש גם מי שמתיר מהלכים מעין אלה במידה מסוימת. ראו אלישי בן יצחק "ואת גביעי גביע הכסף תשים בפי אמתחת הקטן": בידי ראיות וראיות המושגות

כאן המקום לציין כי הרב שלמה דיכובסקי, לשעבר חבר בית הדין הרבני הגדול לערעורים בירושלים, היה שותף בזמנו להרכב אשר בו נעשה ניסיון כזה על ידי אחד מדייני ההרכב. באותה פרשה גם ניתנה לרב דיכובסקי הזדמנות להתייחס לאותו מהלך והוא הביע עמדתו בעניין.⁶

ב. השאלה והפתרונות האפשריים

התייעצות בין שופטי המותב לפני גיבוש עמדתם האישית, כולל ניסיונות שכנוע הדדיים, היא תהליך רצוי ואף מקובל.⁷ התייעצות זו נעשית בעל פה או בהעברת חוות דעת כתובות בין חברי המותב. משום כך, ומאחר שכללי הכרעת מחלוקת שיפוטית ידועים, עשוי שופט לשער מראש כיצד תשפיע עמדתו על התוצאה הסופית, ושאלה היא כיצד עליו לנהוג. א־פריורי אפשריות חמש גישות:⁸

באמצעים פסולים "פרשת השבוע 149 (פרשת מקץ, התשס"ד), ליד ציוני הערות 9–18; שוחטמן, בהערה זו לעיל, בעמ' 234–235. על תחבולות במסגרת חקירה משטרתית ראו למשל ע"פ 9613/04 בן סימון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.9.2006); ע"פ 2208/04 מדינת ישראל נ' זהראן (פורסם בנבו, 12.12.2005), ובמקורות הנזכרים במסגרתם. ראו גם יעקב שפירא "שקרים 'לבנים' ושקרים אחרים" פרשת השבוע 3 (פרשת תולדות, התשס"א); דניאל סינקלר "את זה תאכלו מכל אשר במים כל אשר לו סנפיר וקשקשת": מתודולוגיה משפטית ושימוש בטענות שקריות בפסיקת הלכה" פרשת השבוע 247 (פרשת שמיני, התשס"ו); אהרן ברק "נפתחה הדרך לנישואים אזרחיים בישראל" עורך הדין 42, 40, 68 (2007); מנחם (מריו) קליין "מתי מותר על פי המשפט העברי לשקר בהליך משפטי? – עקרונות המשפט העברי וספרות השו"תים בעניין שקר ואמת בטיעונים ובעדויות" עלון השופטים 22 (2012).

6

ראו להלן מה שמצוין בהרחבה בה"ש 32.
ראו ברק, לעיל ה"ש 5; דוד חשין "התייעצות כמותב והתייעצות שופט" עלון מערכת השיפוט 7
10, 17–20 (התשמ"ז); רע"א 5094/05 אקרמן נ' זליץ (פורסם בנבו, 22.8.2005). במשפט העברי, ההתייעצות היא בגדר חובה, ואף יש מי שסבור שאם לא התקיימה התייעצות או שהתקיימה בלא נוכחות כלל הדיינים, יש בכך כדי לשלול את תוקף פסק הדין. ראו "דיני ממונות" אנציקלופדיה תלמודית כרך ז, שלג–שלה, שמד; "דיני נפשות", שם, שנו–שס; בג"ץ 210/60 עבודי נ' שר-הדתות, פ"ד יד 2020, 2042 (1960); אליאב שוחטמן סדר הדין 361, הערה 22 (התשמ"ח); ורהפטיג, לעיל ה"ש 4, בעמ' 110–111; אברהם טננבוים "לשאלת הצדקתה של ערכאת ערעור" פרשת השבוע 132 (פרשת דברים, תשס"ג); איתי ליפשיץ "דין ודברים בקרב שופטים" שנתון המשפט העברי כו 263 (התשס"ט–התשע"א); תיק (גדול) נה/836 (לא פורסם, 16.11.1995). להתייעצות בבית דין צבאי ראו ס' 389–391 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו–1955. וראו גם ס' 392 לחוק זה.

8

השוו רמב"ם, פירוש המשנה, אבות, פרק א, משנה טז, המדבר על אסור, מרוחק, רשות, משובח, מצווה.

שתי הגישות הראשונות מנוגדות וקוטביות זו לזו: האחת – השופט חייב להביע את דעתו בלא להתחשב בתוצאה הסופית, וודאי שאסור לו להביע דעה שאינו מסכים עמה מתוך כוונה שלבסוף תקבל דעתו; השנייה – חובה על השופט לעשות הכול כדי שתקבל דעתו, גם אם הוא נאלץ לנקוט מהלכים אסטרטגיים או טקטיים, ואף תחבולות. בין שתי הגישות הללו נמצאות שלוש גישות ביניים: שיקול דעת מוחלט ופתוח לשופט לפעול כפי שהוא מוצא לנכון, או עדיפות לאחת משתי הגישות הראשונות, מבלי שהדברים מגיעים לכדי איסור או חובה.

לכאורה, במחשבה ראשונה, האפשרות שישתמש השופט בתחבולות כאלה בישבו על מדין נראית רחוקה ממה שאנו משווים בנפשנו כדרך של עשיית דין אמת לאמתו. נטיית הלב היא למנוע את המהלכים שדיברנו עליהם. אף על פי כן נראה בהמשך דברינו, כשנפנה לפרשיות מן המשפט הישראלי ולמקורות מהמשפט העברי, שהדברים אינם כה פשוטים. נפתח בהבאת דוגמאות מן המשפט הישראלי שיש בהן להעיד על האקטואליות הרבה של העניין שאנו עוסקים בו.

ג. פרשת טסה ופרשות חורב ורובינשטיין

בשנות השמונים של המאה הקודמת נדון בבית המשפט המחוזי בתל-אביב ערעור פלילי בענייני תעבורה, בפרשת טסה.⁹ לא ניכנס כאן לפרטי הדיון,¹⁰ ורק נאמר שכל שלושת חברי המותב נחלקו שם בדעותיהם, כל שופט ודעתו שלו. בדיון זה יכלו שופטי המותב להביע דעה שונה מדעתם האמתית ולהטות בדרך זו את התוצאה הסופית לכיוון שנראה נכון בעיני כל אחד מהם. אף על פי כן נמנעו שופטי המותב מלנקוט תחבולות כאלה. כך סיכם את הדברים השופט צ"מ הכהן, אשר התייחס בחוות דעתו גם למשפט העברי, בציינו:

נזוהרנו... לא "להתחכם" להטות את הדין על-פי התוצאה הסופית... הנראית לכל אחד מאתנו כדעת יחיד, והעלינו בפרוטרוט כל אחד את דעתו... היה זה מובן מאלינו... שלא עלה ולא יעלה על הדעת להטות חלילה וחס את המשפט... אם על-ידי כך שהייתי מצטרף לדעתו... ואם על-ידי כך שחברי היה מצטרף לדעתי.¹¹

9 ע"פ (מחוזי ת"א-יפו) 1419/86 טסה נ' מדינת ישראל, פ"מ תשמ"ח (1) 309 (1987).
 10 בפרשת טסה, עלו שאלות אחדות, והן נדונו אחר כך בספרות המשפטית, כולל ביקורת והצעות לשינויים. ראו למשל כמה מן המקורות שהבאנו לעיל ה"ש 4.
 11 עניין טסה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 322.

מדברי השופט הכהן עולה ששופט הנוקט מהלכים טקטיים או תחבולות מתוך כוונה לגרום שהכרעת המותב תהיה כדעתו חוטא ב"הטיית המשפט", פשוטו כמשמעו. והנה, מה שהיה ברור לשופטי פרשת טסה שאסור לעשותו נעשה בידי שופטים של בית המשפט העליון: בידי השופט טל בפרשת חורב¹² בשלהי המאה העשרים ובידי השופט טירקל בפרשת רובינשטיין¹³ בתחילת המאה העשרים ואחת. בפרשת חורב דן הרכב של שבעה שופטים. לגבי אחד העניינים המרכזיים היו שלושה שופטים בדעה אחת ושלושה שופטים בדעה שונה, ונותר לשופט טל לנקוט עמדה. אילו הסתפק בהבעת עמדתו כפי שהיא, הייתה הופכת דעתה של קבוצה אחת לדעת הרוב. תוצאה זו לא הייתה רצויה בעיני השופט טל, ועל כן הוא פעל באופן שדעת הקבוצה האחרת תהפוך לדעת הרוב ולא הסתיר את המהלך שנקט לשם כך. ואלה דבריו בהקשר זה:

אילו נשמעה דעתי היינו... ואולם לאחר שדעתי נותרה דעת יחיד שלא נתקבלה, וכדי שלא לנעול דלת במוחלט... הרי מטעמים פרגמטיים בלבד אני מצטרף לתוצאה שבפסק דינו של הנשיא.¹⁴

מהלך זה אכן הכריע את הכף באותה פרשה, ובפסקת החיתום של פסק הדין נאמר כי –

בהתחשב באמור בפסקה 10 לפסק דינו של השופט טל הננו מחליטים ברוב דעות... כי ההחלטה האופראטיבית של פסק דינו היא כמפורט בפסקה 106 לפסק דינו של הנשיא.¹⁵

המותב שדן בפרשת רובינשטיין (המשנה לנשיא ש' לוי, השופט ט' שטרסברג-כהן והשופט טירקל) דן בין היתר בערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי, והדעות בנוגע להכרעה הראויה לגביו היו חלוקות: המשנה לנשיא סבר שיש לקבל את הערעור; השופט שטרסברג-כהן סברה שיש לדחותו; השופט טירקל גרס שיש להחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי להשלמת הבירור העובדתי. וכך התבטא, בגילוי לב, על שיקוליו ועל האופן שבו פעל:

- 12 בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997).
- 13 ע"א 1540/97 הועדה המקומית לתכנון ולבניה חולון נ' אברהם רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ, פ"ד נז(3) 374 (2003) (להלן: פרשת רובינשטיין).
- 14 פרשת חורב, לעיל ה"ש 12, בעמ' 185.
- 15 שם. וראו גם מה שכתב השופט טל על התנהלותו זו בספרו האוטוביוגרפי עד בוא השמש 264–267 (2010).

הייתי מחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי... דא עקא, שחבריי אינם מסכימים לכך, ומכיוון שבענייננו "אין רוב לדעה אחת", הרי שמשמעות החלטה כזאת תהיה, הלכה למעשה, הכרעה לפי חוות דעתו של אב בית הדין... (סעיף 80(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984). תוצאה זאת, בנסיבות שלפנינו, קשה בעיניי יותר מן התוצאה שאליה הגיעה חברתי... לפיכך אני מצרף את דעתי למסקנה, כי יש להשאיר את פסק דינו של בית המשפט המחוזי על כנו.¹⁶

על פסק דין זה הוגשה עתירה לדיון נוסף,¹⁷ שביסודה עמד הנושא שאנו עוסקים בו כאן:

לטענת העותרת, היה השופט טירקל מחויב לפסוק לפי העמדה הייחודית שאותה הביע, ולא היה רשאי להצטרף – מתוך מה שהעותרת מכנה "שיקולים אסטרטגיים" – לדעתה של השופטת שטרסברג-כהן, השונה מדעתו.

השופט מצא החליט לדחות את העתירה תוך מתן גיבוי מלא לשופט טירקל והסברת התשתית הרעיונית המצדיקה את פעולתו. ואלה דבריו:

דין העתירה להידחות. סעיף 80(ב) הינו כלל הכרעה טכני. הוא מהווה "פתרון פשוט ובלתי-דמוקרטי"... בבחינת "הרע במיעוטו", שכל מטרתו למנוע מבוי סתום ומבוכה במצבים שבהם אין רוב לאף אחת מדעות שופטי ההרכב. מאופיו זה של הסעיף מתחייב, כי הפעלתו תיעשה רק כמוצא אחרון, כאשר אין שופטי ההרכב מצליחים להגיע למכנה משותף מוסכם כלשהו, אשר יאפשר הכרעת רוב מהותית ומושכלת. מכאן, שהחלטתו של שופט להצטרף לדעת חברו, שאותה הוא מוצא כקרובה ביותר לדעתו שלו – אף שהיא שונה ממנה – הינה רצויה ומבורכת. יצירה זו של "קואליציה" בין רוב שופטי ההרכב מאפשרת גיבושה של תוצאה סופית מושכלת ומכוונת, אשר איננה נגזרת מכלל טכני שרירותי. תוקפה המוסרי והחברתי של תוצאה כזו רב מזה של החלטה המבוססת על דעת יחיד. הכרעה כזו תואמת את תכליתו העיקרית של סעיף 80, הבאה לידי ביטוי בסעיף-קטן (א), שלפיו

16 פרשת רובינשטיין, לעיל ה"ש 13, בעמ' 384, ליד אותיות ד-ה.

17 דנ"א 3730/03 אברהם רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה חולון (פורסם בנבו, 29.5.2003).

"בית משפט הדין במוותב ונחלקו דעות השופטים, תכריע דעת הרוב..."
דברים אלה פשוטים הם וברורים מאליהם.¹⁸

בפסקי דין שניתנו לאחר פרשת רובינשטיין הנ"ל ניתן להיווכח כי היו שופטים שראו במה שנקבע ושנאמר שם הנחיה בעלת משמעות רבה.
בעניין אחד כתבה השופטת נאור תוך הפניה למה שנקבע שם (בערעור ובעתירה לדין נוסף):

התוצאה עלולה להיות... כפי עמדתו של... השופט... כדי להימנע מהתוצאה אליה הגיע... שהיא בעיני קשה יותר אני מצטרפת לחלק האופרטיבי של פסק דינו של השופט [השלישי] ולתוצאה אליה הגיע.¹⁹

בפרשה מהעת האחרונה פעלה השופטת חיות באופן דומה והפנתה למה שנקבע בעניין רובינשטיין וציינה כי הדבר מביא להכרעת רוב מהותית ולא טכנית. וכך אמרה:

ברי כי לא הגענו לתוצאה משותפת אחת ולו ברוב דעות. בנסיבות שנוצרו בחרתי להצטרף לתוצאה שאליה הגיע... משום שמבחינה רעיונית היא קרובה במידה לא מבוטלת למתווה המשפטי אותו אימצתי בחוות דעתי.²⁰

הנה כי כן, עינינו רואות שלעומת אלה הסבורים שנקיטת מהלכים אסטרטגיים מהסוג הנדון פסולה בתכלית הפסול, עד שניתן לכנותה בביטוי החריף מאוד "הטיית דין", יש מי שסובר שרצוי, ואולי אף חובה, לנקוט מהלכים מעין אלה.

ד. המשפט העברי

לפי הלכות המשפט העברי, עשויים השופטים לעמוד במצבים מסוימים בפני התלבטויות דומות.

18 שם, בעמ' 2.

19 בג"ץ 2651/09 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 15.6.2011).

20 ע"א 7156/10 חברת הירקון בע"מ נ' מדינת ישראל מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 11.10.2012). מעניין שמצב עניינים זהה לזה שבפרשת רובינשטיין, בכל הנוגע להתפלגות דעות השופטים, התקיים בע"א (מחוזי ת"א-יפו) 409/61 מרלה נ' טפר (לא פורסם; נדון מאוחר יותר בבית המשפט העליון בע"א 642/61 טפר נ' מרלה, פ"ד טז 1000 (1962)), שם הביע כל שופט את עמדתו שלו ללא שימוש ב"שיקולים אסטרטגיים" או בתחבולות. ראו גם יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי 519 הערה 2 (מהדורה שביעית, 1995); ורהפטיג, לעיל ה"ש 4, בעמ' 117, ושם הערה 151; רע"א 8016/05 סבא נ' מסעוד (פורסם בנבו, 13.7.2006); דנ"א 3993/07 פקיד שומה ירושלים 3 נ' איקפוד (פורסם בנבו, 14.7.2011).

הרמב"ם פוסק:

סנהדרין שפתחו כולם בדיני נפשות תחילה, ואמרו כולן: חייב, הרי זה פטור, עד שיהיו שם מקצת מזכין, שיהפכו בזכותו, וירבו המחייבין, ואחר כך ייהרג.²¹

הלכה זו עלולה להביא את השופט להביע דעה שאינה דעתו האמתית, כדי שתושג התוצאה הסופית שהוא דוגל בה. על האפשרויות בהקשר זה ועל הדרך שהשופט צריך לנקוט אומר ר' חיים בן עטר²²:

ובא הכתוב להסיר ב' מכשולין אשר יכשל בהם חכם מאמצעות דין זה. האחד, בהגיע משפט כזה ויראה חכם אחד מהשופטים שכל חבריו פתחו לחובה, והוא חושב בדעתו כי הוא [הנאשם] זכאי, ויתחכם לומר: אם אומר "זכאי", הנה הוא יצא חייב... ונמצאו דבריו עושין הפך דעתו. לזה אתחכם ואומר "חייב", שבזה תהיה סברתי מתקיימת, שיצא זכאי מטעם "פתחו כולם לחובה – פטור"... לזה בא הכתוב וציווה על זה בדיוק, לבל עשותו, ואמר: "לא תהיה אחרי רבים לרעות"... [אל] תאמר אתה כדעתם "חייב", היפך ממה שנראה לך, כדי שיצא זכאי כדעתך, אלא אמור דעתך כפי מה שידעת במשפטי התורה, ואין לך להתחכם על המשפט, כי ה' הוא אלוהים, והוא שאמר: "פתחו כולם לחובה – זכאי". לא אמר ה' שיזכה זה, אלא אם לך יראה חייב, ולא שיראה לך זכאי, שאז חייב הוא כמשפט האלוהים.

21 משנה תורה, סנהדרין, פרק ט, הלכה א, בעקבות בבלי, סנהדרין יז, ע"א. היו מי שראו בהלכה זו ביטוי מובהק לזהירות הרבה המתחייבת לפני הטלת עונש חמור, ואמרו דברי הגות מגוונים בעניין זה. עם זאת יש במקורות המשפט העברי גם דעות מנוגדות בתכלית. על כל אלה ראו מהר"ל, באר הגולה, באר השני, כו-כו; מהר"ץ חיות, הגהות על מסכת סנהדרין, שם; יעקב אבי ברוך טירקל - - - ועל דעת היחיד "מחקרי משפט יט 413, 419 (2003); "דיני נפשות" אנציקלופדיה תלמודית כרך ז, ססג, בטקסט הצמוד להערה 167; תורה תמימה, שמות כג, אות יז; מרגליות הים, לעיל ה"ש 5, סנהדרין יז, עמוד א, אות כ; שמואל ספראי "לפירושה של המימרה: סנהדרין שראו כולן לחובה פוטריין אותו" תרביץ לד 40 (התשכ"ה); א"א הלוי "פוטריין זה מהו?" תרביץ לו 90 (התשכ"ז); ורהפטיג, לעיל ה"ש 4, בעמ' 100-103; אהרן קירשנבאום "והצילו העדה – היבטים אחדים בסניגוריה הפלילית במשפט העברי" דיני ישראל כב 9, 19-20 (התשס"ג); שי עקביא וזנר "מחלוקת לשם שמים" פרשת השבוע 127 (פרשת קרח, התשס"ג).

22 אור החיים, שמות כג 2.

עוד יש מכשול שני במשפט זה באופן אחר, והוא אם ייראה בעיני חכם שהוא חייב ככל הדיינים שאמרו "חייב", ורואה שאם יאמר "חייב", הנה יוצא זכאי, היפך דבריו, שאומר "חייב". לזה יתחכם לומר "זכאי", כדי שיוטה המשפט אחרי רבים שאומרים "חייב", כפי סברתו... לזה אמר: "ולא תענה על ריב לנטות"... אלא אמור דעתך, הגם שיצא זכאי, היפך דעתך. ה' זיכהו. וטעם משפט זה, לצד כי ה' ישב במסיבת הדיינים, והוא ישפוט בפיהם, וכשיראה משפט מרומה ואין בו מציאות לזכות הזכאי, יתחכם לפתוח כולן לחובה, וצוה שיצא זכאי בזה.²³

נמצא שפשוט לו לבעל "אור החיים" שיש לנהוג כמנהג שופטי פרשת טסה, ואסור לדיין לפעול בתחבולות ולהביע דעה שונה מדעתו האמתית כדי להביא להכרעת הדין כדעתו. ודוגמה נוספת: בעניינים הנידונים בהרכב של שלושה שופטים הדין הוא שאם שניים פוטרים ואחד מחייב, הנתבע פטור, אך אם שניים פוטרים והשלישי אומר "איני יודע", מוסיפים שני שופטים ומתייעצים במותב החדש, המונה חמישה שופטים, עד שמגיעים להכרעת הדין.²⁴

ונשאלת השאלה אם שופט הסבור שהנתבע חייב ומוצא עצמו במיעוט מול שני חבריו הסבורים שהנתבע פטור, יכול לומר "איני יודע", אף שאין זה נכון, כדי לפתוח פתח להגיע לתוצאה שהוא מאמין בה באמצעות הרחבת המותב. כך נוסחה השאלה בלשונו החרפה של ר' יעקב מצוזמיר, בעל "בית יעקב":

אם רשאי המחייב לעשות תחבולה, לומר "איני יודע", כדי שיוסיפו עליהם דיינים, אי לא.²⁵

עיון במקורות המשפט העברי מגלה שהדבר שנוי במחלוקת. יש שפסקו חד-משמעית ובפסקנות:

הדין דין אמת, דאסור לדיין לשקר ולמעבד טצדקי [=לעשות תחבולות] להקים מזימות לבו, וחיובא רמיא עליה [=וחיוב מוטל עליו] לגלות דעתו באמת, וכתורה יעשה.²⁶

23 וראו גם רבי חיים אלפאנדארי "דרוש לפרשת משפטים" אש דת, "אחרי רבים להטות".
24 טור ושולחן ערוך, חושן משפט, סימן יח, סעיף א; "דיני ממונות" אנציקלופדיה תלמודית כרך ז, שלה ואילך.
25 שו"ת בית יעקב, שאלה טו.

אך יש הסבורים שמותר לשופט לנקוט תחבולות ואף לשקר כדי להגיע לתוצאה הנכונה והאמתית לדעתו. וכן כתב בעל שו"ת "שבות יעקב":

ודאי דשפיר דמי למעבד הכי, כיון דכוונתך לשם שמים, להוציא הדין לאמתו על ידי שיוסיפו דיינים, אף על גב דשקורי קא משקרת, כי ידעת הדין. מכל מקום, הא קיימא לך, מותר לשנות בדבר השלום, ודינא שלמא הוא [=והדין הוא השלום], כדכתיב: "אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם". ועל זה וכיוצא בזה אמרו: "למוד לשונך לומר: איני יודע".²⁷

נמצא מי שמצמצם את עמדתו של בעל "שבות יעקב" הזאת, ושל התומכים באותה גישה, רק למקרה הספציפי שנדון במסגרת אותה שאלה, דהיינו למקרה שבו "דייני הרוב הם בבחינת יושבי קרנות דלא גמירי ולא סבירי", שרק אז "יש לדיין המיעוט הרשות לומר איני יודע כדי להביא להרחבת הרוב בבית הדין ולחידוש הדיון".²⁸ לדבריו, באותה עמדה מחזיק גם הרב עובדיה יוסף.²⁹ אותו מחבר אינו מזכיר כלל קיומה של גישה שלפיה שופט רשאי לומר "איני יודע" ולנקוט תחבולות גם במצב עניינים "רגיל" בישוב עם שופטים למדנים ובעלי סברה שאינם נופלים ממנו.

אשר לתשובת הרב עובדיה יוסף, אכן ניתן להבין אותה באופן המצמצם הנזכר לעיל.³⁰ עם זאת, ובשונה ממה שנכתב באותו מאמר, אכן קיימות גישות שלפיהן אין לצמצם את הרשות, ואפשר שאף את החובה, לנקוט תחבולות רק להרכב שיפוטי שהרוב בו הם "יושבי קרנות" או כיוצא בהם.

כך למשל אומר במפורש בעל "פתחי תשובה", בהתייחסו לתשובתו של בעל "שבות יעקב":

והנה, מכלל דברי השבות יעקב הנזכר נראה דלאו דווקא בכהאי גוונא דנידון השאלה שהשנים שעמו המה יושבי קרנות שפיר דמי למיעבד הכי אלא

26 ברכי יוסף, חושן משפט, סימן יח, אות ג. וראה גם: שו"ת בית יעקב, שם; אלאפנדארי, לעיל ה"ש 23.

27 שו"ת שבות יעקב, חלק א, סימן קלח. והוא אומר עוד: "כל זה נראה לי פשוט". דבריו מזכירים את דברי השופט מצא שהבאנו לעיל, בטקסט הצמוד לה"ש 18, שגם לדעתו "דברים אלה פשוטים הם וברורים מאליהם".

28 ורהפטיג, לעיל ה"ש 4, בעמ' 97-100, ושם בעיקר בעמ' 99.

29 בתשובתו שבשו"ת יביע אומר, חלק שני, חושן משפט, סימן ג.

30 אם כי מסיום התשובה ניתן ללמוד על גישה מרחיבה יותר מצד הרב עובדיה יוסף. עיינו שם. ראו גם שוחטמן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 358 הערה 10.

אפילו אם השנים גמירי וסבירי כמוהו יכול לעשות כן לומר איני יודע כיון
שלדעתו ברור הדין להיפך.³¹

וכן פסק "בן איש חי", ר' יוסף חיים בן אליהו אל-חכם (בגדר, המאה הי"ט), לאחר ניתוח
מקיף וראיות מרובות, באורח מכליל וללא צמצומים והסתייגויות:
מותר לשקר כדי לברר האמת וכדי להעמיד האמת על בריו ותיקונו.³²

ה. נקודת המחלוקת

ראינו עד כה גישות אחדות בשאלה מה יעשה השופט בנסיבות שתוארו לעיל. בניסיון
להסביר את מקור המחלוקת ניתן להציע שתי דרכים:

31 פתחי תשובה, חושן משפט, סימן יח, ס"ק ד. וראו גם הפניותיו לדברי התומים ולדברי בעל
נתיבות המשפט, שאף הם סבורים כך.

32 שו"ת רב פעלים, חלק ג, חושן משפט, סימן א. מעניין כי תשובתו זו עולה בקנה אחד עם
תשובה אחרת שלו בשו"ת תורה לשמה, סימן שעא, בעניין המותר והאסור לבעל דין. וראו
לעיל במאמרו של בן יצחק, לעיל ה"ש 5.

באחד התיקים שנדונו בבית הדין הרבני הגדול (תיק (גדול) 2-12-6745 פלונים ט' (פורסם
בנבו, 27.2.2007)), שעסק בביטול גיור למפרע, דובר במקרה של דיין שגילה דעתו לחברי
ההרכב, ולאחר שנוכח לדעת שדעתו דעת מיעוט אמר "איני יודע" כדי שנשיא בית הדין יוסיף
דיינים. באותו מקרה נתבקש הרב דיכובסקי (שהיה חבר באותו הרכב) לנקוט עמדה בנוגע
לאותו מהלך, והוא מתח עליו ביקורת קשה ביותר. בסופו של דבר לא אפשר נשיא בית הדין
הגדול את תוספת הדיינים שאותו דיין חפץ בה. ראו על כך בגוף פסק הדין הנזכר לעיל וגם
אלעד סטופל "ושפטתם צדק": אי ידיעת הדין לעומת החובה לפסוק דין אמת" פרשת השבוע
353 (פרשת דברים, התשס"ט). לביקורת על מהלכים שונים בבתי הדין הרבניים בנושאי גיור
ראו בג"ץ 5079/08 פלונת נ' הדיין הרב שרמן (פורסם בנבו, 25.4.2012). וראו שם בסעיף לד
לחות דעתו של השופט רובינשטיין, אזכור מקרה אשר בו הפך בית הדין הרבני הגדול בהרכב
אשר בו ישב הרב דיכובסקי פסק דין של בית דין רבני אזורי, תוך מתיחת ביקורת על התנהלות
בית הדין האזורי.

ייתכן שיש לתת את הדעת גם לעניין הזה: בדוגמה הראשונה שהבאנו ממקורות המשפט
העברי מביע השופט דעה הפוכה לחלוטין מדעתו שלו, ובכך משיג בוודאות את התוצאה שבה
הוא דוגל. לגבי מצב עניינים זה מצאנו רק מי שהסתייג מתחבולה כזאת, ולא מצאנו מי שתומך
בה. בדוגמה השנייה השופט אינו מביע דעה הפוכה מדעתו אלא משקר באורח שונה ("איני
יודע"), ואין הוא משיג ישירות את התוצאה שבה הוא דוגל, אלא רק פותח פתח בפני
האפשרות שהיא תתקבל לבסוף. כעיקרון, גם הנוטים לשלול תחבולות וגם הנוטים לחייבן
עשויים לנקוט גישה שונה כלפי כל אחת מהדוגמאות שהובאו. לא מצאתי התייחסות ספציפית
לכך, וניתן לשער השערות שונות בהקשר זה.

הדרך האחת היא שהמחלוקת היא בעניינים שב"אתיקה שיפוטית". כלומר, יש הסבורים שדין אמת ותחבולות הם בגדר תרתי דסתרי, ולא יעלה על הדעת שיזדקק שופט לעשות תחבולות, ובמיוחד לא מהסוג שבו עסקינן, בישובו על מדין. לעומתם, המתירים, ואף ממליצים, לשופט להשתמש בתחבולות כשיש הצדקה לכך, סבורים שהתוצאה הסופית האמתית עומדת מעל לכול, והמטרה מקדשת לעתים את האמצעים, כולל תחבולות של השופט.

הדרך השנייה היא שיסוד המחלוקת בהשקפה על הרכבים שיפוטיים. ואף כאן יש שתי גישות:

לפי גישה אחת, יש להשקיף על הרכב שיפוטי כעל "תערוכת" של שלושה שופטים שהתכנסו למותב אחד. אמנם יש ביניהם שיג ושיח ומשא ומתן בדרך להכרעת הדין, והם אף מנסים לשכנע זה את זה, אלא שבכל זאת כל שופט מביע לבסוף את הדעה שגיבש, ואחראי הוא לדעתו שלו בלבד³³. לפי גישה זו, מתקיים תהליך דו-שלבי: בתחילה כל שופט מביע את דעתו הסופית מבלי "לפזול" לצדדים ומבלי לחשב חשבונות בדבר פסק הדין הסופי של המותב, אשר אינו צריך להיות מעניינו כלל,³⁴ ובשלב השני פועלים השופטים על פי "כללי הכרעה טכניים" וקובעים את דעת הרוב, וכפועל יוצא מזה את השורה התחתונה של פסק הדין.

לפי הגישה השנייה, ההרכב השיפוטי הוא כעין "תרכובת" של שלושה שופטים במותב אחד, ואינם שלושה גופים נפרדים השומרים על תכונותיהם המקוריות, אלא יחידה אחת המהווה שלם הגדול מסכום חלקיו, ויש לכל שופט אחריות למותב כולו, ולא רק לעצמו בלבד.³⁵ משום כך יש לראות בתהליך ההכרעה תהליך חד-שלבי מתמשך, שבמסגרתו כל

33 וראו גם שר"ת חוות יאיר, סימן קמז.

34 בספרו של פיטיגרילי (דינו סגרה) הניסוי של השופט פוט (ארנו בר מתרגם, 2003) מצינו דוגמה לשופט שגילה עניין רב מדי בתוצאה הסופית שההרכב שישב בו היה צפוי להגיע אליה, ולא השלים עם העובדה שנותר בדעת מיעוט, ועל כן אמר לנאשמת בתום הדין: "מאחר שהשופט היושב לימיני אינו חכם, בלשון המעטה, והשופט היושב לשמאל דומה לזה שלימיני... אני ממליץ שתגישי ערעור, כי למרבה המזל לא כל השופטים הינם כמו עמיתיי" (שם, בעמ' 9, תוך עידון הדברים לעומת תרגומם מאיטלקית במהדורת שוקן ה"ל). יצוין כי המשך השתלשלות העניינים באותה פרשה היה מעניין ומפתיע: אותה מורשעת אכן הגישה ערעור (שם, בעמ' 63); בסופו של דבר, ולאחר התפתחות מעניינת כשלעצמה, נדחה הערעור וגזר הדין נותר בעינו (שם, בעמ' 117). עם זאת לאחר כל אלה התוודתה אותה נאשמת בפני שופט המיעוט כי שופטי הרוב אכן צדקו בפסיקתם (שם, בעמ' 189-191, 199).

35 נראה שסוגיית ההרשעה בפלילים בשכנוע שמעבר לספק סביר ממחישה היטב שתי השקפות אלה. ס' 34 כב לחוק העונשין, התשל"ז-1977, קובע: "לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר". במקרים שעמד בהם אדם לדין בפני הרכב שיפוטי, ונחלקו בו הדעות אם להרשיעו או לזכותו, פסק בית המשפט העליון בישראל בעקיבות שאין לומר שהאשמה לא הוכחה "מעבר לספק סביר": "הכלל הנהוג במקומותינו הוא כי קיומה של דעת מיעוט מזכה, אין בה, כשלעצמה, כדי ליצור 'ספק סביר' ולהביא

שופט רשאי, ואף צריך, "לפזול" לצדדים כדי שיגיע כל המותב כולו לתוצאה שלדעת אותו שופט היא הנכונה והאמתית. לכן מותר, ואף רצוי, לנקוט תחבולות כדי שבסופו של תהליך יצא הדין לאמתו.

ו. בטרם חיתום – מתורתם של ראשונים

עד כה ראינו גישות שונות מתוך פסיקות ואמירות שהתייחסו במישרין לעניין שבו עסקינן. כל אשר הבאנו היה מפי חכמי הדורות המאוחרים, המסוגלים במקורות המשפט העברי כ"אחרונים". בכל עיוננו לא נמצאה לנו התייחסות מפורשת לענייננו מאת מי שנמנה

לזיכוי של הנאשם" (דנ"פ 4971/02 זגורי נ' מדינת ישראל, ס' 40 לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 21.4.2004)). ראו גם דברי השופט לוי בע"פ 334/02 סיבוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 13.1.2003); דברי השופט חשין בע"פ 6251/94 בן ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 45, 1107, 108א-ב (1995); ובע"פ 9352/99 יומטוביאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 632, 651 (2000); דברי השופט נאור בע"פ 3059/03 גלובוביץ נ' מדינת ישראל, ס' 22 לפסק הדין (פורסם בנבו, 15.12.2003). והשוו ע"פ 224/88 איזראלוב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 661, 670, 671 (1991); ע"פ 8562/99 וענונו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 766, 759 (2003). אך יש גישה אחרת, ולפיה אין לראות בכך הוכחת האשמה "מעבר לספק סביר". ראו הטענה שהועלתה בדנ"פ 6269/00 שוורץ נ' מדינת ישראל, סוף ס' 4 (פורסם בנבו, 6.9.2000); ליאון שלף ואסף פורת "הלכות בעייתיות במשפט הפלילי – דיון במספר סוגיות שהתעוררו בשנים האחרונות" המשפט ו 81 (2001); עמנואל גרוס ומיכל עורקבי "מעבר לספק סביר" קרית המשפט א 229 (2001); מיכה לינדנשטראוס על הספק הסביר – סוגיות נבחרות 113–121, והמקורות הנזכרים שם (2004); יניב ואקי ומאיה רוזנשיין "בין זיכוי 'מחמת הספק' לזיכוי 'מחמת הספק הסביר'" ספר דיוד וינר: על משפט פלילי ואתיקה 489 (דדור ארד-אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009), ראו גם ההפניות הרבות שם; דורון מנשה ואיל גרונר "הקטגוריזציה של הזיכוי: זיכוי מחמת הספק וזיכוי מוחלט – עיון מחדש" מחקרי משפט כז 7 (2011). נראה שגישת בית המשפט העליון של ישראל היא שלפני ההכרעה על כל שופט לעשות חשבון נפש לעצמו אם שוכנע מעבר לספק סביר אם לאו, ולאחר מכן יש לקיים שלב שני, טכני, מניית הדעות, ודי למשל ששניים משלושת שופטי המותב ישוכנעו מעבר לספק סביר כדי להביא להרשעה. לפי הגישה האחרת, יש לבחון אם המותב בכללותו שוכנע מעבר לספק סביר, ובדוגמה שהזכרנו, שאחד משלושת שופטי המותב לא שוכנע במידה שכזו, אי אפשר לומר שהמותב בכללותו שוכנע מעבר לספק סביר. הצעת חוק פרטית ברוח זו הונחה על שולחן הכנסת על ידי ח"כ אמנון רובינשטיין: הצעת חוק לתיקון חוק בתי המשפט [נוסח משולב] (מותב של שניים והרשעה פה אחד), התש"ס-2000, פ/1817. ראו גם בועז סנג'רו ואיתי ליפשיץ "הרשעה: רק פה אחד" עלי משפט ח 337 (2010) וכן המחלוקת בין שופטי ההרכב בע"פ 6890/04 מדינת ישראל נ' בלאוסוב (פורסם בנבו, 13.9.2005). לעניין ספק של שופט פלוני וספק של המותב ראו דברי השופט מני בע"פ 139/64 חברה לביטוח "קלדונין" נ' גבאי, פ"ד יח(3) 417, 422–423 (1964): "אני מסכים אך לא בלי היסוסים רבים, היסוסי נובעים מהספק שיש לי... מסתבר שאצל חברי לא נעור ספק כזה ולכן החלטתי בסופו של דבר להצטרף למסקנתם".

במקורות המשפט העברי עם ה"ראשונים"³⁶ עם זאת דומה שבכל זאת, גם בהקשר זה, פטור בלא כלום אי אפשר.³⁷ דומני שראוי להביא, בהמשך למה שנאמר עד כה, דברים מפירושו ה"חזקוני", לר' חזקיה בר מנוח, אשר חי בסוף תקופת בעלי התוספות, בתחילת האלף השישי בצרפת הצפונית, והיה בן דורו הצעיר של הרמב"ן. כך אומר ה"חזקוני" על הפסוק אשר ממנו יצאנו לכל מסענו:

אפילו אם אתה חריף בעיניך להראות טעם לנטות הדין, וחבריך אינן חריפין כמוך לירד לעומק הדין, הכתוב מזהירך שלא תענה אותו טעם לנטותם... אלא צריך שייגמר הדין אחר הרוב.³⁸

דבריו אלה של ה"חזקוני" טעונים ביאור.

ממבט ראשון ניתן לסבור שפרשן זה משמיענו כי בשלב ההתייעצות שבין שופטי המותב, שהוא שלב הכרחי וחיוני בדרך להכרעה,³⁹ על השופט להגביל עצמו הגבלה קיצונית בכל הנוגע לניסיונות להשפיע על יתר חברי המותב. נראה כי אין להבין את דברי ה"חזקוני" באופן האמור, שכן גישה כזו מנטרלת כמעט לחלוטין את שלב ההתייעצות והשכנוע שבין השופטים, שהוא כאמור שלב חיוני בדרך לתוצאה הסופית ומוציאה ממנו כמעט את כל התכלית והעוקץ. קשה להניח שהחזקוני הולך בעניין זה נגד הגישה המקובלת באורח כה מרחיק לכת. מתברר אפוא שכוונתו של חזקוני מצומצמת מהאפשרות הזאת ומתמצה באיסור שחל על שופט לעשות תחבולות ומניפולציות כדי להשפיע על השופטים האחרים תוך שימוש בידע העדיף שלו באופן העלול להביא אותם לומר דעה שאינה דעתם. ניתן להבין גישה זו באחת משתי האפשרויות האלה:

36 לעניין הסיווג ל"ראשונים" ו"אחרונים" ומשמעויותיו ראו מנחם אלון המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו 40-41, 236, 905 (מהדורה שלישית, התשמ"ח).

37 כבר נאמר על מקורות המשפט העברי שהם כה עשירים, עד שאין לך דבר מה שאי אפשר למצוא לו בהם אסמכתא. ראו למשל משה זילברג כך דרכו של תלמוד 157 (התשכ"ד); דברי השופט אלון בע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 224, 293 ה-1 (1985); שמואל שילה "על חוק יסודות המשפט – הערות והארות" שנתון המשפט העברי יג 366 (התשמ"ז). השו: אביגדור לבונטין "חידת שני העולמות" מחקרי משפט טז 7, 8-9 (2000); ע"א 702/87 מדינת ישראל נ' כהן, פ"ד מח(2) 705, 727 ב-ג (1994); יצחק אנגלרד פיצויים לנפגעי תאונות דרכים 49-50 (מהדורה שנייה, התש"ן).

38 חזקוני לשמות כג 2.

39 ראו המקורות לעיל בה"ש 7.

אפשרות אחת היא לראות בה נובעת מהשתייכותו של החזקוני למחנה השוללים כל תחבולות מצד שופט. אם כך הוא, משמעות דבריו היא שאחת התחבולות האסורות היא מניפולציה ברוח האמורה.

אפשרות שנייה היא שאין לראות בדברי חזקוני אלה כשלעצמם משייכים אותו למחנה השוללים. ניתן לומר שכעיקרון מתיר חזקוני תחבולות מן הסוגים שנזכרו לעיל, אך בכל זאת אמר את מה שאמר. אם כך הם פני הדברים, המשמעות היא שמותר לשופט לעשות תחבולות וטצדקאות ככל שימצא לנכון, כל אימת שהדבר נוגע לאופן שבו הוא משתמש ב"קול" ה"פרטי" שלו, כאחד משופטי המותב, אך כשמדובר בתחבולות שתכליתן "להבל" בדעת שופטי המותב האחרים – נחצה קו אדום, שהחזקוני אוסר לחצותו. אמנם ייתכן שיימצאו כאלה שיסברו שחשיפת האמת מקדשת את כל האמצעים, ועל כן אפילו מה שחזקוני אסר לגיטימי, ואפשר שאפילו רצוי, ובלבד שתצא האמת לאור.⁴⁰

ז. סוף דבר

ראינו שקיומם של הליכים משפטיים בהרכבים שיפוטיים הוא רב עניין בהקשרים שונים.⁴¹ התמקדנו בשאלה אם מותר לשופט שהוא חלק מהרכב שיפוטי לנקוט תחבולות כדי להביא לכך שפסק הדין יוכרע בסופו של עניין על פי מה שהוא רואה בו הדעה הנכונה, או קרוב לכך. נוכחנו לדעת שיש גישות אחדות בעניין זה, הן במשפט הישראלי הן במשפט העברי. ראינו גם כי הגבולות בין הגישות השונות אינם בהכרח ברורים ומוגדרים.⁴² בהמשך דברינו ניסינו להסביר בשני אופנים מהו היסוד לגישות המנוגדות בשאלה שהעלינו על הפרק. בטרם חיתום העלינו גם את השאלה אם לאותם שמתירים שימוש בתחבולות, בנסיבות מתאימות, מוגבל הדבר לשימוש של השופט ב"קול" ה"פרטי" שלו, או שמותר גם לנקוט תחבולות שתכליתן השפעה על דעתם של השופטים האחרים במותב. דעת לנכון נקל, כי מה שאמרנו כאן אינו אלא כטיפה מן הים הגדול.⁴³ ישמע חכם, ויוסף לקח.

40 ייתכן שכך יסבור ה"בן איש חי" (לעיל בעמ' 648) אשר התבטא באורח פסקני וחד-משמעי, יותר מכל האחרים. אפשר שכך סבור גם בעל "שבות יעקב" (לעיל בעמ' 647), ובמיוחד לפי הגישה המרחיבה את עמדתו, לעיל בעמ' 647-648.

41 ראו לעיל בעמ' 638.

42 ראו בין היתר לעיל ה"ש 32.

43 ניתן, לדוגמה, להרהר בשאלה אם כאשר שופט נוקט מהלך טקטי לגיטימי יהיה זה ראוי, או רצוי, שיחשוף את עצם השימוש במהלך כזה (כפי שעשו השופטים טל וטירקל בפרשות חורב רצוי, שיחשוף את עצם השימוש במהלך כזה) או שאולי עדיף שלא לתת לכך ביטוי מפורש. יש להניח ורובינשטיין, לעיל בעמ' 642-643), או שאולי עדיף שלא לתת לכך ביטוי מפורש. יש להניח כי קיימות שאלות נוספות המסתעפות מהעניינים שנדונו במאמר זה.