

דעת המיעוט בהכרעה שיפוטית במשפט העברי*

מבוא

1. כאשר יושבים דיינים לדין ודיעה אחת נותרת במיעוט, האם משמעות הדבר כי דעה זו אינה נכונה? האם משמעות הדבר כי דעה זו אינה מסתברת? האם יכול אדם לומר כי דעה מסוימת לא תתקבל רק משום שהרוב חולקים עליה?
2. בדין לכל כי בדמוקרטיה ההכרעה על פי דעת הרוב, מבוססת על ההסכמה החברתית לפעול באופן הנראה יותר נכון לדעת הרוב. ניתן גם להבין כי מכיון שצריכה להיות דרך להביא מחלוקת שיפוטית לידי הכרעה, הרי שקיימת הסכמה חברתית לאמץ כהלכה הקובעת את דעת הרוב. כך כשמדובר בהסכמה חברתית.
3. ואולם, במשפט העברי ההכרעה השיפוטית לפי רוב דעות מקורה בפסוק בפרשת משפטים "לא תהיה אחרי רבים לרעות ולא תענה על ריב לנטות אחרי רבים להטות"¹. מדובר בקביעה תורנית אשר שני פנים לה. מחד – "לא תהיה אחרי רבים לרעות", כלומר "אם ראית רשעים מטין משפט לא תאמר הואיל ורבים הם הנני נוטה אחריהם"². ההכרעה השיפוטית אינה מקובלת אם היא אינה צודקת מבחינה ערכית וזאת אף אם הרוב תומך בה, בכגון זה אין להסכמה החברתית תוקף. ומאידך גיסא "אחרי רבים להטות", הנורמה לפיה מכריעה דעת הרוב את דעת המיעוט נקבעה כנורמה מחייבת. ואף הרבה מעבר לכך. כפי שנראה להלן, מן הדין של "אחרי רבים להטות" שנאמר לגבי הכרעה שיפוטית, למדים את דיני הביטול ברוב בדיני תערוכות – קרי כאשר חפץ האסור באכילה או בהנאה, מתערבב ברוב של חפצים מותרים³. במקרה זה, מותר לאכול לדעת חלק מן הראשונים – את

* פורסם ב"סיני", כרך ק"י, אב אלול תשנ"ב.

1 שמות פרק כ"ג פסוק ב'.

2 רש"י שם.

3 ראה חולין דף כ"ח ע"ב, רש"י בדיבור המתחיל "דאוריתא": – "ומשונין ביטול טעם כשאר ביטולי דאוריתא, ברובא הוי לן לביטולי, כדכתיב "אחרי רבים להטות".

כל החתיכות, אף שברור כי אחת מהן בודאי אסורה⁴. לאמור, הכלל של ביטול המיעוט בפני הרוב, הינו ביטול גמור, כשהמיעוט נחשב כמי שאינו קיים כלל ועיקר. האם ניתן להבין כך ביחס להכרעה שיפוטית? האם ניתן לבטל את דעת המיעוט?

5. מטרת מאמרנו זה הינה להבהיר מהי עמדת המשפט העברי כלפי דעת המיעוט בהכרעה שיפוטית. במאמר זה נראה כי לדעת המיעוט קיים חלק מרכזי ומכריע בהכרעה השיפוטית כשדעת המיעוט מצטרפת כשותפה לכל דבר ועניין ליצירת פסק הדין. לעובדה זו יש חשיבות רבה לסוגיית הפורום שבו על ההכרעה השיפוטית להתקבל ולאופן גיבוש פסק הדין (להבדיל מן הפורום הנדרש בשיטות משפט שונות בעת שמיעת הדיון, ואשר אין כללים לגביו בעת קבלת ההכרעה השיפוטית). לסוגיה זו יש חשיבות רבה גם לגבי אחריות הדיינים בנזיקין במקרה של פסק דין מוטעה.

פרק א' - ביטול ברוב - אימתי

6. המשנה בדף כ"ז ע"א במסכת בבא קמא, נוקטת פעם במינוח "כד" ופעם במינוח "חבית". הטעם לשינוי הלשוני האמור, מובהר בגמרא: - "אמר רב פפא היינו כד היינו חבית, למאי נפקא מינה? למקח וממכר". כלומר, כאשר נערכה עיסקה וההתחייבות היתה למכור חבית, במקום מסויים שבו רוב הברית מכנים כד במלה כד, וחבית במלה חבית, ואולם יש מיעוט שאינו מבחין בין המונחים ומהכנה כד במלה חבית והמוכר טוען כי הינו רשאי לספק כד, שכן הוא נמנה על המיעוט שאינו מבחין בין המושגים. "מהו דתימא זיל בתר רובא, קמשמע לן - אין הולכין בממון אחר הרוב". לאמור, אין הכרח לפרש את העיסקה בהתאם לדעת הרוב, ויכול המוכר לטעון כי הינו מן המיעוט, שכן "בדיני ממונות אין הולכים אחר הרוב".

7. מסקנה זו של הגמרא קובעת למעשה כי אף שהכלל של רוב ומיעוט מועיל להכרעה שיפוטית כאשר נשוא הדיון בבית הדין הוא דיני ממונות, והפסק מוכרע לפי דעת רוב הדיינים, אין כללים אלו מועילים גם כדי להגיע

4 שולחן ערוך, יורה דעה סימן ק"ט סימן א': "חד בתרי בטיל ומותר לאכלן אדם אחד, כל אחד בפני עצמה, אבל לא יאכל שלושה יחד, ויש מי שאוסר לאכלם אדם אחד אפילו בזה אחר זה".
ועיין בביאור הגר"א שם בס"ק ו' ודעות הראשונים המובאים שם.

להכרעה פרשנית העשויה לשמש בידי התובע כדי להוציא ממון מחזקתו של הנתבע. הכיצד?⁵

8. תמיהה זו מצינו בתוספות דיבור המתחיל "קמשמע לך" במסכת בבא קמא דף כ"ז ע"ב ולהלן תשובתו, אשר נביאה כלשונה:-

"ויש לומר דהתם גבי דיינים שאני דחשיב מיעוט דידהו כמי שאינו, וליכא למימר התם, אוקי ממונא בחזקת מריה דהא בית דין מפקי מיניה. אבל גבי שאר ממון, דאיכא מיעוט וחזקה, לא אזלינן בתר רובא".

9. ביחס לתשובה זו של התוספות, מציין הרב שמעון שקופ בספרו "חדושי רבי שמעון יהודה הכהן" על מסכת בבא מציעא, בסימן ז':-

"והנה, הרבה נתקשו האחרונים ז"ל בכוונת דבריהם, עיין בקונטרס הספקות שהביא הרבה ביאורים, ולא מצאתי דבר מבואר היטב".

10. הרב שקופ, מבאר על כן את הסברו הוא לדברי התוספות הללו באופן הבא: הדין של הכרעה על פי דעת הרוב נלמד מן הפסוק "אחרי רבים להטות" המתייחס להכרעה שיפוטית.

בהכרעה שיפוטית כאשר נקבע כי יש להכריע בהתאם לדעת הרוב "נפקע מן המיעוט שם דיין לדון בפועל כסברתם". כלומר, עמדת המיעוט אינה עמדה בת השפעה על פסק הדין והיא משוללת סמכויות ביצוע.

ביטול זה ניתן ליחס גם לאיסורים, כאשר באיסורים השאלה היא כיצד יוגדר נשוא הדין כאסור או כמותר. והכלל של רוב ומיעוט קובע כי לצורך ההגדרה, משקלו של המיעוט הוא מבוטל, בכך שהוא נעדר כושר להשפיע על המיכלול.

ואולם, בדיני ממונות הכלל הוא כי הבעלות מוכרעת על פי מה שהוסכם ע"י בני אדם להחשב לבעלותו של אדם. ועל הסכמה חברתית זו - לא יכול הרוב להשפיע.⁶

5 למעשה, השאלה חריפה עוד יותר, שכן כללי ההסתברות מועילים אף להכרעה בדיני נפשות. כך למשל ההורג את אביו חייב מיתה אף שניתן להעלות ספק, מניין שאדם זה הוא אביו? שמא קיימה האם יחסים עם אחר והוא נולד מן האחר? ספק זה אינו מתעורר מחמת כללי ההסתברות, לפיהם אף אישה נשואה המקיימת יחסים עם אנשים נוספים, מלבד בעלה, הרי שבדרך כלל רוב יחסי האישות מקוימים עם הבעל וסביר להניח על כן כי הבן הוא ממנו. נמצא כי בפנינו הכרעה שהינה בת השלכות לדיני נפשות ואשר הינה מבוססת על כללי ההסתברות - קרי על "רוב". ולכאורה הדברים קל וחומר כי כלל ראייתי המועיל לדיני נפשות יועיל גם לדיני ממונות?

6 ובלשונו: "שאין הרוב מברר באמת בירור אמיתי רק שהתורה התירה ואסרה על פי דין של רוב.

... ספק ממון אינו כספק איסור. בממון תלוי בהסכמת בני אדם, וכל מה שהוסכם אצל

11. דא עקא, שהגיונם זה של הדברים היה מחייב לכאורה כי אדרבה, עניין התלוי בהסכמה חברתית (כדיני ממונות) יוכרע בודאי על פי כללי ההסתברות, המקובלים על דעת החברה. מאידך איסור אינו הופך למותר רק מכיוון שהתערב בין שתי חתיכות של דבר המותר, שאין לזהות ביניהם. ואדרבה, כללי ההסתברות, המקובלים על החברה, לא יחולו. ואולם, התוצאה היא הפוכה שבאיסורים דווקא הולכים אחר הרוב ובממונות לאו.
12. הדברים תמוהים עוד יותר בכל הנוגע להכרעה השיפוטית, אילו היה הרב שקופ בביאורו האמור מסתפק בהסבר כי מדעת המיעוט נשלל התוקף המעשי, ובכך הושווה הדין של ביטול ברוב בדיינים לדין של ביטול ברוב באיסורים, שגם שם אין למיעוט משקל סגולי להשפיע על הגדרת המכלול - ניחא. ואולם, הרב שקופ לא הסתפק בכך ולהסברו נוספו שני נדבכים.
13. הנדבך האחד, מופיע בהמשך הדברים שם, לאמור: -
 "כשאנו דנים בין הדיינים הוא מחלוקת במושכל, אם סברת המחייבים צודקת או סברת המזכים וכשהרוב מכריע כמחייבים אמרה תורה שצריך לנטות במושכל כמחייבים ונקלשת סברת המזכים על פי דרכי השכל..."
 ונשאלת מייד השאלה, האמנם ניתן לומר כי דעת המיעוט "נקלשת על פי דרכי השכל" רק בהיותה דעה של מיעוט? האמנם ניתן לומר, כי לא רק שתוקף מעשי אין לדעה זו, אלא שהיא גם פחות נכונה?
14. והנדבך השני בביאורו של הרב שקופ: -
 "דדין רוב לא שייך רק במי שהדבר מסופק אצלו. אבל לדידהו (לדעת הרוב ו.א.) שאינם מסופקים⁷, יכולים להוציא ממון, דהם כשרים לדון ועושים על פי החלט דעתם לא על פי רוב".
 משמעות הדברים הללו היא כפולה: -
 האחת - כאשר יש דעת רוב ודעת מיעוט הכרעת הדין אינה איזו מן הדעות (רוב ומיעוט) היא הנכונה יותר⁸, אלא ההכרעה היא בידי מי מן הדיינים תופקד הסמכות. לאמור, הסמכות תופקד בידי הרוב, אשר יבצע את פסק

בני אדם מאיזה טעם שיהיה, זהו הנקרא בעלים אמיתיים. ומשום הכי לא מהני רובא רק באיסור והיתר ולא לעניין ממון".

7 בהתאם לכך משאיר הרב שקופ בצריך עיון את השאלה מה הדין כאשר הדיינים מסופקים מהי ההלכה ופסיקתם מסתמכת על דעת רוב הפוסקים בנדרון. כיצד ניתן לפסוק במקרה שכזה על פי דעת רוב הפוסקים, והרי לדיינים במקרה דנא נותר עדיין ספק בעניין, וספק קות אינם מוכרעים על פי רוב?

8 הסבר זה סותר אם כן את דברי הרב שקופ, כפי שהובאו בסעיף 13 לעיל, ולא ברור האם לדעת הרב שקופ, דעת הרוב אכן נכונה יותר, או שאין כאן הכרעה בעניין זה, ולרוב רק נמסרו סמכויות הביצוע של פסק דינו.

דינו, לא מכיון שזו דעה נכונה יותר אלא מכיון שהם הרוב והסמכות בידם לבצע את אשר פסקו.

והשניה - הרוב של הדיינים משוכנע בעמדתו, ומשניתנת בידו סמכות הביצוע מבוצע פסק הדין ע"י מי שאינו זקוק לעובדת היותו רוב, כדי להיות משוכנע בצדקת פסיקתו. כלומר, דעת הרוב אינה מתערערת ולא נופל בה כל ספק כתוצאה מקיומה של דעת מיעוט.

15. ונשאלת השאלה, האמנם? האם לאור פסק דין משכנע של דעת מיעוט לא נותר כל צל של ספק בדעת פוסקי הרוב? (ספק שהרוב מחליט אמנם להכריע בניגוד לו, אך מכל מקום - ספק!). והאם משמעות המונח "אחרי רבים להטות" היא כי רק הסמכות הועברה לידי הרוב ואולם לגופו של ענין אין כל הכרעה כי הדין נוטה לצד מסויים? והאם כאשר אומר תוספות "דחשיב מיעוט דידהו כמי שאינו" אין משמעות הדבר הכרעה ערכית לפיה יש לפעול לפי דעת הרוב?

השוואה זו של ההכרעה על פי רוב דעות במסגרת פסק דין, לביטול ברוב בדיני איסורים ומאידך הקביעה כי הכרעה זו אינה מועילה לדיני ממונות, כמו גם אמירת התוספות כי דעת המיעוט נחשבת כמי שאינה, מותירה את הגיונם של דברים בסבך מסויים שיש להתירו.

פרק ב' - דעת מיעוט כדעה לגיטימית

16. הרמב"ם בפרק ב' מהלכות ממרים הלכה א' פוסק: -
"בית דין גדול שדרשו באחת מן המידות כפי מה שנראה בעיניהם הדין כך, ודנו בדין, ועמד אחריהם בית דין אחר ונראה לו טעם אחר לסתור אותו, והרי זה סותר ודן כפי מה שנראה בעיניו, שנאמר "אל השופט אשר יהיה בימים ההם" אינך חייב ללכת אלא אחר בית דין שבדורך" (ההדגשה הוספה - א.ו.).

17. נמצאת למד כי יש סמכות לבית דין לסטות מהכרעה שיפוטית קודמת, וזאת אם בפניו הנמקה השונה מן ההנמקות אשר היו בפני בית הדין הראשון שדן בעניין ("ונראה לו טעם אחר לסתור").

18. הרדב"ז בביאורו לדברי הרמב"ם הללו מציין: -
"משמע מדברי רבינו, אפילו שאין בית דין השני גדול מן הראשון בחכמה ובמניין".

מכאן כי גם בית דין, המהווה למעשה מיעוט של פוסקים, כשאנו משקיפים על הדברים מפרספקטיבה של דורות, יכול לסטות מתקדים מחייב שהתקבל על דעת הפוסקים בדורות שלפניו, אם עלה בדעת אותו בית דין טעם שלא היה בפני קודמיו.

19. ונשאלת השאלה, במה שונה עניין זה מדעתו של המיעוט במסגרת אותה הכרעה שיפוטית?

מדוע יש תוקף לדעתם של בית דין, שהינו למעשה דעת מיעוט, באשר היא עומדת בניגוד להלכת התקדים המחייב ובניגוד לדעת רוב הפוסקים שקדמו לבית הדין דנא, אשר היו גדולים מהם בחכמה ובמניין, ואילו ביחס לדעת המיעוט במסגרת אותו פורום שיפוטי עצמו אומרים אנו כי היא בטלה, ולדעת התוספות הריהי כמי שאינה, ולדברי הרב שקופ מצינו כי "נקלשה סברתה"?

ברור כי דעת המיעוט באותו פורום אינה הדעה הקובעת, אך בדברי ראשונים ואחרונים מצינו כי היא גם אינה נחשבת. ביטול זה הינו מתמיה לנוכח סמכותם של הפוסקים לפסוק לפי דעתם, אף בניגוד לדעת פוסקי דורות קודמים שאין להשתוות אליהם בחכמה.

20. שאלה זו וביתר תוקף מצינו בספר "אורים ותומים", "קיצור תוקפו כהן"¹⁰.

הצורך בבית דין הגדול בחכמה ובמניין הנדרש במשנה בפרק א' במסכת עדויות, מתייחס לדעת הרמב"ם על פי באורם של הכסף משנה והרדב"ז, רק לסמכות להתיר תקנות וגזירות, אך לא בכל הנוגע לסמכות לפסוק הלכות.

וראה גם, "משך חכמה" לר' מאיר שמחה כהן מדווינסק, ויקרא פרק כ"ו מ"ד, המבחין בין סמכויות בית דין בארץ ישראל לבין סמכויות בין דין לאחר שגלו ישראל מעל אדמתם. ר' יהונתן אייכשיץ, "אורים ותומים", חלק ראשון, "קיצור תוקפו כהן" (הערות על ספר תוקפו כהן של הש"ך) סימן קכ"ג, קכ"ד (להלן: "התומים"). הדין של "קים לי כדעת המיעוט" מובא בשם הש"ך כדלקמן: -

"היכי דמצי לטעון קים לי יכול קים לי כמיעוט פוסקים אפילו רבים חולקים וטעמא דאין הולכין בממון אחר הרוב... ונשענו על מה שכתב מהר"ק דאין לומר קים לי כיחיד במקום שחכמי ישראל חולקים עליו. משמע הא שניים שלושה סבירה להו כאחר, אף הרוב חולקים עליו מכל מקום מצי למימר קים לי... דלא כמהרשד"ם דדעתו במוחזק ועומד אפילו ביחיד לכד יכול לטעון קים לי".

בהתאם לכך מקשה התומים:-

"במה שכתב שיכול לטעון קים לי... ומה שכתב טעם משום דאין הולכין בממון אחר הרוב, צ"ע איך שייך בדיינים אין הולכים בממון אחר הרוב, אם כן הוא דתנן שנים אומרים זכאי ואחד אומר חייב - זכאי, וכן להיפוך, ואמאי הא אין הולכין בממון אחר הרוב, ועקרת מה שכתוב בתורה אחרי רבים להטות?"

התומים מיישב שאלה זו בשני אופנים:-

"התומים" מביא את דעתו של המהר"י בן לב, לפיה כאשר קיימת מחלוקת בין הפוסקים בשאלה מסוימת, יכול האדם המחזיק בממון לטעון "קים לי כדעת מיעוט הפוסקים", כלומר הנני מסתמך על דעה לגיטימית של מיעוט פוסקים, ואזי אין אפשרות לפסוק כנגדו ולהוציא ממון מידו, אף שההלכה המקובלת היא, כי אין הדין עם אותו מוחזק.

ונשאלת השאלה במה שונה דין זה של המהר"י בן לב, מן המקרה שבו רוב הדיינים פוסקים כי פלוני המוחזק בכסף ישלמו לתובע וקיימת דעת מיעוט. מדוע לא יכול הנתבע לומר, כי הינו מסתמך על דעת המיעוט של הדיין בבית הדין לפיה הצדק עימו, וממילא אין להוציא ממון מחזקתו? מדוע ניתן להסתמך על דעת מיעוט של פוסק, שפסקו ניתן בהקשר אחר במרוצת הדורות, על אף שדעה זו אינה הדעה המקובלת, כדי לטעון טענת "קים לי", אבל לא ניתן להסתמך על דעת פוסק שפסקו ניתן באותה שאלה עצמה. לכאורה, אדרבה, אם דעת המיעוט היא לגיטימית ואין לבטלה אף כשהיא אינה מקובלת על רוב הפוסקים, הרי שהדברים קל וחומר כשמדובר בפסיקה המתייחסת ממש לאותו מקרה, ואין המדובר בנתבע המקיש מפסיקה של דעה שאינה מקובלת ואשר אף ניתנה בהקשר אחר ולא תמיד זהה?

פרק ג' – הבעת דעת המיעוט במסגרת פסק הדין

21. הכרעה שיפוטית שבה הרוב מביע דעה נחרצת והמיעוט אף הוא אינו חולק אלא משאיר את העניין בצריך עיון, היא לכאורה ברורה יותר מאשר הכרעה שבה יש פסקי דין מנומקים והחלטות לכאן ולכאן של רוב ושל מיעוט.
22. ולא היא. במשנה במסכת סנהדרין בדף כ"ט ע"א מצינו:

"שניים אומרים זכאי ואחד אומר חייב – זכאי,
שניים אומרים חייב ואחד אומר זכאי – חייב.
שניים מזכים או שניים מחייבין ואחד אומר איני יודע – יוסיפו הדיינים"
(כלומר יש להוסיף דיינים לפורום השיפוט כדי שיהיו שלוש דעות נחרצות – א.ו.)

(א) הדיין שבמיעוט בטל לרוב, והרוב מוציא לפועל את פסק דינו כשם כלל בית הדין, שכן לרוב אין שום ספק בדעתם.

(ב) "... אבל הדיינים המחולקים בדין... אחד מהם טועה, ויש כאן שקר ואמת, ויתר מסתבר ריחיד טועה משנימא דרבים טועים, ואם כן דהמזכה טועה בדין איך נימא בדיני ממונות לילך בתר מיעוט וכי נלך בתר שקרא ח'..."

ומבאר רש"י שם:-

"ואף על גב דאי הוה פליג עליהו בטיל במיעוטא, כי אמר איני יודע הוי כמי שלא ישב בדין, ונמצא הדין בשניים ואנן תלתא בעינן".
(ההדגשה הוספה - ו.א.)

23. לאמור, כדי שדעת הרוב תכריע - חייבת להיות מולה דעת מיעוט ברורה. אם המיעוט אינו מביע דעה ברורה ונחרצת, הוא נחשב כמי שלא ישב בדין ונמצא הפורום השיפוטי - חסר. הדבר משול לקיום ישיבה בנוכחות שני דיינים ובהעדרו המוחלט של הדיין השלישי.

ונשאלת השאלה: מדוע? הרי ישב פורום של שלושה ושקל את העניין ולא זו בלבד ששני דיינים גיבשו דעה נחרצת, אלא שאף הדיין השלישי אינו חולק עליהם, ואם כי לא מצא לנכון להצטרף אליהם בדעה נחרצת הרי שעשה כן רק כדי להותיר את העניין בצריך עיון. האם משום כך ניתן לומר כי אין בפנינו הכרעה שיפוטית? האם צריך הכרעה בין דעות נחרצות כדי להגיע לפסק הדין?

24. מדוע כאשר נאמר "אחרי רבים להטות" מותנה הדבר בהכרעת המיעוט, ולא די בכך שהדעת הנחרצת מקובלת על רוב הדיינים? האם כדי להכריע כמו הרוב, צריך להעמיד את המיעוט בעמדת מיעוט, ואילו "מוצא של כבוד" בו המיעוט משאיר את העניין בצריך עיון אינה אפשרות כדי שניתן יהא להגיע להכרעה שיפוטית?

פרק ד' - אחריותו של המיעוט לתוצאת פסק הדין

25. בגמרא במסכת סנהדרין דף ל' ע"א מצינו מחלוקת כיצד יש לנסח את פסק הדין. לדעת רבי יוחנן נכתבת התוצאה שבה צידד הרוב, מבלי להזכיר כי הכרעה זו נפלה רק על פי דעת רוב דעות, תוך קיומה של דעת מיעוט. מאידך גיסא, לדעת ריש לקיש יש לפרט בפסק הדין "פלוני ופלוני מוכין ופלוני מחייב" כלומר יש לפרט את דעת המיעוט.

26. אחד ההסברים בגמרא, שם, למחלוקת זו היא, כי לדעת רבי יוחנן הרי שאם התברר פסק הדין כמוטעה, אזי משלמים שני דייני הרוב את מלוא סכום הנזק¹¹, בהתעלם מן העובדה כי היה קיים כאן דיין שלישי, שהרי עמדתו

11 במשפט העברי אין חסינות לדיין הטועה בדין והמטרה היא כי הדיין יראה עצמו כאילו חרב מונחת לו בין ירכותיו (סנהדרין דף ז' ע"א). כך מוצאים משנה במסכת בכורות פרק ד' משנה ד': "דן את הדין, זיכה את החייב וחייב את הזכאי, טימא את הטהור וטיהר את

היה דעת מיעוט שלא נתקבלה. לעומת זאת לדעת ריש לקיש, מוזכרת דעת המיעוט בפסק הדין, מכיון שדעת המיעוט היא חלק מן ההכרעה השיפוטית. דיין זה שהחזיק בדעת המיעוט פטור אמנם בנזיקין, שכן הוא "אנוס" (דיין זה כתב פסק דין נכון ואילו נשמעה דעתו לא היה נגרם כל נזק) ואולם הוא מהווה חלק מן ההליך השיפוטי.

שני דייני הרוב אחראים על כן רק לשני שלישים מן הנזק, ויש להם שותף נוסף בשליש מן הנזק – הלא היא דעת המיעוט (שאלמלא היה לגביה דין של "אנוס" היתה נושאת בחלקה). פסק דין הוא יצירה משותפת, אשר לדעת המיעוט יש בה חלק כלדעת הרוב.

27. נמצאת למד כי דעת המיעוט נחשבת לחלק מן ההכרעה השיפוטית לדעת ריש לקיש, ועל כן האוחז בדעת המיעוט אחראי בנזיקין והוא נחשב למעוול במשותף עם דייני הרוב, כאשר פסק הדין הוא מוטעה.

28. מסוגיא זו עולה לכאורה כי לא זו בלבד שדעת המיעוט אינה כמי שאינה קיימת, אלא שהיא חלק מן ההליך השיפוטי. סוגיא זו מובאת ע"י הרב שקופ לשם תמיכה לכאורה בדעה כי דעת המיעוט אינה נחוצה רק כדי להשלים את הפורום הנדרש וליצור הכרעה שהתקבלה לאחר היוועצות בפורום של שלושה, אלא "שגם הדיין המזכה נהפך למחייב"¹².

29. ונשאלת השאלה כיצד מתיישבת עמדה זו עם ההלכה של ביטול ברוב, הנלמדת מסוגיה זו של הכרעה שיפוטית על פי דעת הרוב? הרי מכאן עולה בבירור כי דעת המיעוט קיימת ואינה נחשבת כ"מי שאינה".

כמו כן תמוה הגיונם של דברים ומשמעותם. מה פירוש הדבר שדעת המיעוט "נהפכת לדעת הרוב"? באיזה מובן ניתן לצרף את דעת המיעוט באופן חיובי לתהליך יצירת פסק הדין?

הטמא, מה שעשה עשוי וישלם מביתו". ובהמשך המשנה מצינו אמירה של רבי טרפון, לאחר שפסק פסק דין מוטעה: "הלכה חמורך טרפון". הדיין פטור מלשלם רק אם טעה בשיקול הדעת (והדיין הוא "מומחה לרבים"), וזאת רק מכיון שבמקרה זה עמדתו אינה עמדה לא נכונה, אלא זו דעת מיעוט לא מקובלת, וכדי שלא לשלול את לגיטימיות דעת המיעוט אין לחייב דיין המחזיק בדעה כאמור בנזיקין. ואולם, עניין זה ראוי להתייחסות נפרדת.

12. חידושי רבי שמעון יהודה הכהן על מסכת בבא מציעא, סימן ז', בעמ' נ"א.

פרק ה' - הסברו של הגר"ח סולוביצ'יק

30. הרב סולוביצ'יק¹³ מבאר את דעת התוספות במסכת בבא קמא דף כ"ז ע"ב שהובאה לעיל כדלקמן:-

(א) קיימים שני סוגי ביטול ברוב,

(1) בידור המברר ומכריע את הספק

(2) "רובו ככולו" כלומר רוב שעל פיו מגדירים את המכלול¹⁴ בהתאם להגדרת הרוב.

(ב) בהכרעה השיפוטית על פי רוב באים לידי ביטוי שני סוגי הרוב הללו. רוב המברר ומכריע את הדין (כלומר; הרוב הראשון).

רוב הקובע כי כל הפורום השיפוטי הנדרש לשם הכרעה, קבע את פסק הדין מכיוון שהמכלול (ההרכב של בית הדין) מוגדר בהתאם להגדרת הרוב (כלומר; הרוב השני).

(לפי דעת הרב סולוביצ'יק לא די בפורום, שמתוכו יפסק הדין על פי רוב, אלא יש צורך בפורום שכולו יפסוק את הדין. ואולם, כאשר דעת הרוב מכריעה בעניין מסוים הרי שלפי הכלל של "רובו ככולו" ניתן להגדיר את דעת כל ההרכב כי יש לפסוק כפי שקבע הרוב.

(ג) שאלת התוספות היתה לפי דעת הרב סולוביצ'יק כדלקמן:-

אכן הדין של "רובו ככולו" - ברור בהלכות דיינים, ויש להגדיר את דעת בית הדין בהתאם לדעת רוב הדיינים של ההרכב.

ואולם, שמא נכונה היא דעת המיעוט? ואזי אף שאין למיעוט כח שיפוטי של בית דין (לנוכח הדין של "רובו ככולו") עדיין אין בכך כדי לשלול את היותה של דעת מיעוט בגדר פסיקה לגיטימית כמבואר ברמב"ם בהלכות ממרים שהובא לעיל¹⁵ ואשר ממנו עולה כי ניתן לפסוק את הדין אף כאשר הדעה המקובלת ע"י רוב הפוסקים במרוצת הדורות היא שונה?

ואם מוכרע הדין ומתברר לגופו על פי רוב, בהכרח אות הוא כי על אף קיומו של מיעוט ניתן להכריע את הדין. ואם כן מה מונע לומר כן אף

13 הרב חיים הלוי סולוביצ'יק "חידושי הגר"ח על הש"ס" (המכונה "חידושי ר' חיים בסטנסיל") על מסכת בבא קמא דף כ"ז ע"ב.

14 הכלל הידוע כ"רובו ככולו", מתבטא למשל בכך שניתן להסתפק בשחיטת רוב סימני השחיטה בבהמה כדי שהדבר ייחשב לשחיטת כל החלק הדרוש. כמו כן לפי כלל זה כאשר מתערבים איסור והיתר, אנו מגדירים את המכלול, לרבות המיעוט, בהתאם להרכבו של הרוב.

15 ראה פסיקתו של הרמב"ם בהלכות ממרים פרק ב' הלכה א', הנזכר בסעיף 16 לעיל.

לגבי פרשנות עיסקה בדיני ממונות כי הרוב יועיל לפרש נכונה את הדברים ולהוציא ממון מידי המוחזק, אף שהמיעוט לא התברר כבלתי קיים וכמבוטל?

(ד) ותשובתו של התוספות היא, לדעת הרב סולוביצ'יק, כי אין אפשרות להתייחס לדעת המיעוט כעומדת בפני עצמה, שכן משמעה של ההכרעה השיפוטית היא - לברר את עמדת בית הדין ולאחר מכן עמדה זו מוגדרת כעמדת הפורום כולו וממילא היא היחידה הקיימת. דבר זה לא ניתן לאמץ בדיני ממונות, שבהם בכל זאת קיים מיעוט של אפשרויות שהינו שונה מן הרוב.

(ה) דעת ההרכב מוגדרת לפי דעת הרוב, אך בכך לא די. הרוב הראשון נחוץ גם כן, שהרי אילו דעת המיעוט היתה נותרת בגדר אפשרות מסתברת, מניין היה לו לרוב בעצמו כי הצדק עימו? הכיצד ניגש הרוב לבצע את פסק דינו בלי לדעת הצדק עם מי?¹⁶.

(ו) אלא שהדרך היא דרך ביניים:-

מחד, דעת המיעוט היא לגיטימית ובית דין רשאי להורות בניגוד לדעת הפוסקים במרוצת הדורות אם יש לו נימוק חדש המצדיק לעשות כן; מאידך, דעת בית הדין ככזו מוגדרת אך ורק על פי דעת הרוב, ומתעלמת מדעת המיעוט.

ועל כן - ההסדר המתבקש הוא שעמדת הרוב היא עמדה מסתברת יותר, והרוב יכול לדבוק בה בלא ספק ובלא חשש ולהוציאה לפועל כעמדתו של בית הדין כולו.

31. הסבר זה של הרב סולוביצ'יק מעורר את התמיהות הבאות:

(א) אם יש לדעת המיעוט משקל, הכיצד זה גורסים אנו כי דעת המיעוט "הריהי כמי שאינה"? מדוע מהווה עמדה זו פסיקה שניתן להסתמך עליה במקרים אחרים (בטענת "קים ל") ולא ניתן לה כל משקל במקרה הנדון גופו עד כי אנו מבטלים לגמרי את משקלה? קושיית התומים לא יושבה לכאורה עפ"י הסבר זה.

(ב) אם רוב מהווה בירור של האמת - מדוע אין הדבר מועיל בדיני ממונות? (והרי שם במיוחד היה מן הראוי לאמץ זאת, שהרי בדיני ממונות הכל תלוי בהסכמה חברתית וזו בודאי קיימת מקום שהדבר מתברר עפ"י חוקי הסבירויות);

ואם הרוב אינו מהווה בירור של הדין לאמיתו - כיצד נלמד הדין של ביטול ברוב באיסורים מן הדין של "אחרי רבים להטות" וכיצד מרשים

16 עמדה זו עומדת בניגוד לדעת הרב שקופ, שהובאה בסעיפים 14 ו-15 לעיל.

לעצמם שופטי הרוב להוציא לפועל את פסק דינם בלי לחשוש לדעת המיעוט?

32. דומה כי הסברו של הרב סולוביצ'יק, החותר אחר דרך ביניים בין ביטול דעת המיעוט לחלוטין, תוך הנחה כי אין היא משפיעה על עמדת דייני הרוב שבהרכב, לבין הכרה בקיומה העצמאי, טעון ליבון והבהרה נוספים.
33. כמו כן יש לזכור כי עמדת המיעוט מהווה חלק מפסק הדין לעניין אחריות בנוזיקין, לדעת ריש לקיש, וכי עמדת המיעוט המובעת באופן נחרץ נחוצה כדי שהפסק יחשב כמי שניתן בפורום המחייב. עמדת מיעוט המשאירה את הענין בצריך עיון אינה מספקת. עובדות אלו, הטעונות הבהרה כשלעצמן, אינן מתיישבות עם הנחה לפיה "דעת המיעוט כמי שאינה".
34. ההבהרה דלקמן מיועדת על כן ליתן טעם ולפתוח פתח להבנת הסברו האמור של הרב סולוביצ'יק בסוגיה דנא.

פרק ו' – הגיונם של דברים

35. תפקידו של דין בהתאם למשפט העברי, אינו מתמצה בשקילת טיעוני הצדדים, אלא מחובתו לברר הדין לאמיתו, להעלות ולשקול כל טענה אפשרית הנוגעת לעניין. עם זאת מטבע הדברים אין פסקי הדין מביאים בחשבון את כל השיקולים האפשריים וכל הרכב של דיינים מעלה מכלול של שיקולים שאינו מכסה את כל מרחב השיקולים הקיים. ממילא, מרחב השיקולים העומד בפני בית דין אחד הן בעניין מסויים אינו בהכרח זהה למרחב השיקולים שעמד בפני בית דין אחר הן באותו עניין.
36. משום כך, כאשר בית דין דן בעניין מסויים אין הוא כפוף לפסיקה של בית דין אחר, אף אם המדובר בבית דין הגדול ממנו בחכמה ובמניין. הדעה המקובלת על הרוב ושהשתרשה בפסיקה, עדיין אינה מלמדת כי נדונו כל ההיבטים האפשריים. לכן, פוסק הרמב"ם כי רשאי בית דין לסטות מפסיקתו של בית דין שקדם לו אם מצא בית הדין "טעם אחר לסתור". לאמור, כאשר מדובר בשיקולים זהים אין לחלוק על מה שכבר נפסק. אך אם יש "טעם אחר", הרי שזכותו וחובתו של בית הדין המאוחר, לשקול שוב מחדש, לפי דעתו הוא, את הסוגיא כולה, באופן עצמאי, לנוכח מערך השיקולים החדש הקיים כעת בפניו.
37. בהתאם לכך ברורה גם דעת המהר"י בן לב, כי אדם יכול לטעון טענת "קים לי כדעת מיעוט הפוסקים", שכן אין כאן רוב ומיעוט כל עוד שהרוב והמיעוט אינם מתייחסים לאותו מערך של שיקולים, כאשר פוסקים שונים

דנו בעניין מסויים, איש איש וההיבטים שהעלה בפסיקתו הוא, הרי שהדין לאמיתו לא הוכרע. דעת המיעוט אינה פחותה מדעת הרוב רק על שום היותה דעת מיעוט, שכן הפסיקה של הפוסקים השונים אינה מושתתת על בסיס שיקולים זהים. ממילא אין לדעת כיצד היו הפוסקים האחרים (המהווים רוב) פוסקים אילו היו מתמודדים עם ההנמקות שהעלה פסקו של המיעוט.

38. לעומת זאת, המצב שונה לחלוטין כאשר מדובר ברוב ומיעוט של אותו הרכב. במקרה זה ההתייחסות היא לאותם שיקולים עצמם ולאופן עובדות במדויק. במקרה זה דעת המיעוט הובאה בפני דעת הרוב ודעת הרוב הובהרה בפני דעת המיעוט. כל דייני ההרכב שמעו את אותו מכלול של שיקולים והכריעו זה בכה וזה בכה. במקרה זה דעת הרוב היא המכרעת, ולא ניתן לטעון טענת "קיס לי". (בכך מיושבת קושיית "התומים" שהובאה לעיל וכפי שעור נפרט בהמשך הדברים).
39. דעת הרוב גוברת אם כן על דעת המיעוט רק מכיון שמדובר בפוסקים ששמעו זה את דעתו של זה והכריעו על בסיס אותן עובדות ואותה מערכת שיקולים כשהמיעוט אינו מצליח לשכנע את הרוב בנכונות הנמקותיו¹⁷.
40. בהתאם להגיון זה נפנה כעת להבנת מעמדה ומשקלה של דעת המיעוט במסגרת ההכרעה השיפוטית.

17 פרופ' א. ברק בספרו "שיקול דעת שיפוט" (פפירוס 1987-תשמ"ז) מציין בסעיף 6, במבוא לספרו:-

"תחילת התעניינותי בשיקול הדעת השיפוטית במקרים הקשים - בהיותי סטודנט למשפטים. לא פעם קראתי פסק דין, תוך שהסכמתי הן עם דעת הרוב והן עם דעת המיעוט. הדבר היה לפלא בעיניי.

כמורה למשפטים העמקתי חקור, תוך שהבחנתי בין פתרון חוקי לבין פתרון ראוי. כיועץ משפטי לממשלה ראיתי את רשויות השלטון (המחוקקת, המבצעת והשופטת) בפעולתן, ונוכחתי לדעת כי פתרון הראוי לבא מבית מדרשה של הרשות האחת לא בהכרח שיהא ראוי לבא מבית מדרשה של הרשות האחרת. הבעיות המוסריות של כל רשות ובעיית יחסי הגומלין בין הרשויות משפיעות על תכונת פתרון".

נמצאת למד כי היבטיו של כל מקרה ומקרה, משפיעים על הפתרון הראוי והנכון מבחינתו. השקפה השקפה והפסק הנוצר מחמתה. ואף כאשר מדובר בהכרעה שיפוטית ביחס לאותן עובדות, הנובעת מאותה מערכת של שיקולים, עדיין אין הכרח לקבוע כי דעת הרוב נכונה יותר מדעת המיעוט ושתייהן יכולות להתקבל על דעתנו כמסתברות באותה מידה. הנה כי כן סדנא דארעא חד הוא, אלא שבמשפט העברי דעת המיעוט שותפה לעיצוב פסק הדין והכרעת הרוב נובעת מכך שהמיעוט לא השכיל למצוא הנמקה שתשכנע את הרוב להצטרף לעמדתו, כפי שיפורט בפרק הבא.

פרק ז' – ביטול ברוב בהכרעה שיפוטית

41. בהתאם להגיון זה ניתן לומר כי כאשר קיימת פסיקת הלכה ע"י בית דין, מדובר בתהליך שבו כל דין פורש בפני חבריו את מגוון שיקוליו והנמקותיו ופסק הדין נוצר בכור ההיתוך של החשיבה המשותפת והויכוח בין הדיינים, כאשר תפקידו של כל דין בהרכב הוא כפול; ראשית, לשכנע את חבריו בצידקת פסיקתו והנמקותיו ועיגון פסיקתו במירב השיקולים שבידו להעלות, ושנית – בחינת שיקוליהם של חבריו הדיינים ופסיקתם, ושיקילה האם מן הדין כי יאמצם ואם לאו מן הראוי כי יתור אחר נימוקים שיביאו את חבריו הדיינים לשנות את דעתם.
42. במקרה שכזה כאשר קיימת דעת רוב ודעת מיעוט משמעות הדבר היא שהמיעוט העלה טענותיו והנמקותיו בפני דעת הרוב ולא השכיל למצוא הנמקות שישכנעו את הרוב לקבל את עמדתו, כפי שלא השכיל למצוא פירכות לדעת הרוב.

אכן, במקרה זה גם הרוב לא השכיל לעשות כן ביחס לדעת המיעוט ודעת המיעוט ממשיכה להחזיק בעמדתה היא, ואולם דעת הרוב עברה כור היתוך והתיישרה על דעתם של יותר דיינים ואילו דעת המיעוט פחותה הימנה בענין זה.

בנסיבות אלו תועדף דעת הרוב, אך לא על שום היותה נכונה יותר, אלא מכיון שעלה בידה להתיישר על דעת דיינים רבים יותר, במסגרת כור היתוך של הליכון, הנעשה ע"י דייני ההרכב היוצר את פסק הדין.

43. בהתאם לכך, כאשר קיים דין של ביטול ברוב הקובע כי דעת רוב ההרכב מקובלת כדעת כלל בית הדין ויש לה תוקף של פסק דין מטעם כלל ההרכב (שכן גם המיעוט מסכים כי יש להוציא פסק דין מטעם ההרכב כפי שקבע הרוב) הרי שדין זה ניתן לאמץ גם ביחס לסכסוך ממוני והכלל של "רובו ככולו" הנלמד מכאן אמור אף בפסיקת בית דין הנוגעת לידי ממונות. ואולם, השאלה היתה כי מיכון שהרוב קיבל דעה מסוימת אות הוא כי היא העמדה המסתברת יותר ואם כן שהדבר יחול אף כפרשנות חוזה בדיני ממונות, ותתקבל התוצאה העומדת במבחן ההסתברות?

תשובת התוספות לכך היא, כי בהכרעה שיפוטית אין דעת הרוב מתקבלת מכיון שהיא הדעה המסתברת יותר, אלא שזו הדעה שעברה את כור היתוך הספציפי שהושם בפניה ואילו דעת המיעוט, העשויה להיות נכונה כשלעצמה – לאו. משום כך, בהכרעה שיפוטית שבה נדרשת דעה לעבור נטל שכנוע מסויים הרי שדעת המיעוט שלא עברה זאת, אינה יכולה לבא לידי ביטוי, ובעניין זה של המשקל השיפוטי הניתן לה, "הריהי כמי

שאינה", גם אם נשוא ההתדיינות הינו דיני ממונות. ואולם, בכל הנוגע לפרשנות הסכם בדיני ממונות הרי שכל עוד אין דיני ההסתברות מוכיחים כי יש לבטל את האפשרות של מיעוט, הרי שאין הסכמה חברתית לפיה מי שחושש למיעוט או נמנה עליו, אינו מצוי במתחם הלגיטימיות.

44. נמצאת למד כי דעת המיעוט בהכרעה שיפוטית עשויה להיות נכונה לא פחות מדעת הרוב ואולם היא אינה עולה כדי פסיקה - מכיוון שלא עמדה בנטל הרובץ עליה. היא עלולה או עשויה להיות נכונה, אך המיעוט לא השכיל לנמק זאת באופן שרוב השופטים שדנו בסוגיא זו ישתכנעו בעמדתם. במקום שבו רוב ומיעוט רואים אותו מרחב של שיקולים והרוב בוחר בעמדה מסוימת והמיעוט בעמדה הפוכה, הרי שבפנינו סיטואציה שבה אין ליחס לדעת המיעוט משקל שיפוטי כלשהו, וגם לא ניתן לומר "קים לי בדעה זו" או לומר כי המיעוט יכול לפסוק לפי עמדתו כפי שבית דין יכול לחלוק על קודמיו, שכן דינים אלו נאמרו רק ביחס למגוון שיקולים שונה - שאז אין בפנינו כל דרך לומר מי מהדעות היא המכרעת. דברים אלו לא ניתן לומר בפסיקה של רוב ומיעוט היוצאת מאותן הנמקות והשואבת ממערך שיקולים אחד. (זהו הישוב לקושיית חתומים).

45. דומנו כי זוהי ההבנה בהסברו של הרב סולוביצ'יק, לפיו אין הכרעת הרוב קובעת כי דעת המיעוט אינה נכונה, ולא שיש לפעול לפי דעת הרוב בהיותה מסתברת יותר; דעת המיעוט אינה דעה מבוטלת או הנופלת בערכה הסגולי מדעת הרוב, אלא שהיא לא עמדה בנטל שהושם בפניה. משום כך אין להתחסם לדעת המיעוט כהכרעה שיפוטית כלל "והריהי כמי שאינה" לעניין זה, ואין לרוב לחשוש מהוצאת פסק דינו לפועל. זו גם האבחנה בין דעת המיעוט בפסיקה של אותו בית דין הנובעת מתוך אותו מערך שיקולים לבין פסיקות שונות של פוסקים שונים במקרים שונים ועל בסיס מרחב שיקולים לא זהה.

פרק ח' - אופן ההכרעה והאחריות בניזקין

46. מכיון שכל משמעותה של הכרעה על פי רוב היא, כי כל הדיינים שטחו את מגוון השיקולים וההנמקות זה בפני זה, ועמדה אחת זכתה לעמוד במבחן והתקבלה ע"י רוב של דיינים והאחרת לאו, ברור כי כאשר המיעוט בא ואומר "איני יודע" - אין בפנינו פורום. במקרה זה לא ניתן להגיע להכרעה שיפוטית מכיון שאין מספר נאות של דיינים המציגים כל אחד עמדה ברורה והנמקות ברורות. ובהעדרו של תהליך ברור של ליכון הדעות השונות הרי

- שאין לנו פורום להכרעה. פורום זה נחוץ לא רק באופן פורמאלי לשמיעת העובדות אלא דווקא בעת הדיון בהנמקות ובשיקולים כך שההכרעה תיפול לאחר שמספר מסויים של דיינים הביעו דעה בפני חבריהם ופרשו איש איש את השגותיו מחד ואת הנמקותיו והוכחותיו מאידך.
47. דומנו כי זו משמעות הסברו של הסמ"ע על פסיקתו של השולחן ערוך בהקשר זה. בשולחן ערוך חושן משפט סימן י"ח סעיף א' נפסקה ההלכה בעקבות הסוגיא במסכת סנהדרין בדף ל' ע"א:-
- "אחד אומר זכאי ואחד אומר חייב ואחד אומר איני יודע, ואפילו שניים אומרים זכאי או חייב ואחד אומר איני יודע יוסיפו דיינים".
- ומבאר הסמ"ע בס"ק ד' שם:-
- "יוסיפו דיינים, הטעם דאין שייך לומר דהולכין אחר הרוב אלא כשכל ה-ג' ישובו, ונתנו ונשאו בדבר, וכל אחד אומר טעם לדבריו ושניים הסכימו לדעה אחת אז בטלה דעת שלישי ברוב. מה שאין כן כשאומר איני יודע דמחשב כאילו לא ישב עימהם, ואמרין שמא אם ישב עימהן שלישי שהיה אומר דעתו היו השניים מסכימין עמו-".
- והם הם הדברים.
48. לנוכח האמור ברורה גם דעת ריש לקיש לפיה דעת המיעוט שותפה לעיצוב פסק הדין והפטור מפיצוי הניזוק בעת פסק דין מוטעה ניתן לדעת המיעוט רק על שום היותה בגדר של אנוס (אילו נשמעה דעת המיעוט היה נמע הנזק) אך מאידך מוגדרת דעת המיעוט כמעוול במשותף עם דעת הרוב ויש לה חלק ביצירת פסק הדין כך ששאר הדיינים פטורים מחלק זה של הפיצוי הנזיקי.
- דעת המיעוט אמנם לא עולה כדי הכרעה שיפוטית, שכן היא לא עמדה בכור ההיתוך של הליבון והשכנוע ע"י דייני ההרכב, ומשום כך מגדיר תוספות דעה זו "כמי שאינה", אך דווקא כאן נעוצה האחריות של דייני המיעוט. המיעוט לא השכיל להביא די הנמקות לדעתו מחד ופירכות לדעת הרוב מאידך, כדי שהדעה שבה הוא מצדד תתקבל על דעת שאר חברי בית הדין. ותפקידו של כל דין ודיין, והמיעוט בכלל זה, הוא לברר את הדין לאמיתו ולשכנע בו את חבריו כך שפסיקתו תתקבל על דעתם. המיעוט שותף אם כן לתהליך קבלת ההחלטות לא פחות מאשר הרוב (ואם כי הגיע לפסיקת הלכה נכונה - כשלעצמו, הרי שלא השכיל להביא לידי כך שגם הרוב יפסוק כך) ומכאן חלקו ביצירת פסק הדין ואחריותו בנזיקין.
49. נמצאת למד כי תהליך עיצוב ההחלטה של בית הדין הינו תהליך של ליבון וויכוח ששותפים לו הרוב והמיעוט כאחד. עובדה זו מיישבת היטב את הקושיות דלעיל ומבהירה את משמעות הביטול ברוב.

50. לעובדה זו יש גם השלכות רבות על דרך כינוסו של הפורום השיפוטי לשם קבלת החלטות ועל שיטת ההצבעה כפי שנראה מייד להלן.

פרק ט' – התכנסות הפורום ודרך ההצבעה

51. בשיטת משפט שונות מצינו הקפדה יתירה על פורום מלא בשעת שמיעת העדויות וטיעוני הצדדים. מאידך, ההכרעה השיפוטית היא אקט אינדיווידואלי וכל שופט ושופט מביע את פסיקתו, אשר הינה בת תוקף שיפוטי מחייב, אף אם לא הובאו בפניו דעות עמיתיו בטרם שסיים לגבש את עמדתו.

52. לא כך הוא במשפט העברי. הכרעה שיפוטית במשפט העברי לא תיתכן בלי דיון בין הדיונים. פסיקת הלכה של כל אחד ואחד מן הדיונים ללא ששמע קודם לכן את דעת כל חבריו אינה עומדת בדרישות הפורום הנדרש. כל הבסיס להכרעה של רוב ומיעוט נשען על העובדה שכל הדיונים יצאו מתוך מכלול עובדות והנמקות אחד כאשר לכל דיון ניתנה ההזדמנות לשכנע את חבריו, ודעה אחת עברה כור היתוך זה ובכך זכתה להיות מוגדרת כדעה שיפוטית, והאחרת לאו. בסיס זה להכרעה השיפוטית נשמט אם אין ליבון משותף המביא את הדיונים לבסיס שיקולים זהה שבמסגרתו נפסק הדין.

53. פסיקת הראשונים בענין זה היא עניפה ביותר, ואולם אנו נביא להלן רק חלק מן הדברים, כדי שלא להלאות.

בשו"ת הרשב"א חלק ב' סימן ק"ד¹⁸ נשאלה שאלה מה הדין כאשר רוב הכריעו בשאלה שבפניהם ואולם אחד מן העשרה שבידיהם הופקדה ההכרעה הסתלק ולא הכריע בעניין. האם מהווים שאר התשעה רוב? ומסקנת הרשב"א היא כי אין זה רוב שכן:-

"אין רוב בכל מקום, אלא רוב מתוך הכלל ומתוך משא ומתן. אבל רוב הנפרד מן הכלל, דנין או בוצעין לעצמן, שלא מתוך משא ומתן עם הכלל או שלא במעמדן – לא עשו ולא כלום".

54. פסקו של הרשב"א והמקור לפסק זה מובאים בשו"ת הרלב"ח בקונטרס הסמיכה שבסוף תשובותיו, כדלקמן:-

"הרי שאין הסכמת הרוב כלל כל זמן שלא היה בראשונה משא ומתן בין כולם... וכפי הנראה צריך להיות המשא ומתן פה אל פה ופנים אל פנים כמו המשא ומתן שהיה בסנהדרין גדולה וקטנה שהיה פה אל פה, ולא די

18 וראה גם שו"ת הרשב"א חלק ג' סימן ד"ש.

בזה, אלא שהיו יושבים כולם בחצי גורן עגולה לשיראו כולם זה את זה. גם מתשובת הרשב"א הנזכר בו נראה כמה שכתב או שלא במעמדו...". (ההדגשות הוספו - ו.א.)

המקור הראשוני בדבר סדרי הדין בעת ההכרעה השיפוטית הינו הנוהג ששרר בסנהדרין הגדולה שבירושלים. ובסנהדרין נהג הפורום השיפוטי להכריע את הדין לאחר ליכון הלכתי שנערך כשחברי הסנהדרין יושבים בחצי גורן עגולה, כשכל דיין רואה את פני שאר חבריו הדיינים וההכרעות נופלות לאחר שכל אחד שומע את טיעוני כולם ואת מכלול השיקולים. 55. בהתאם לכך, אם נעשה מישאל טלפוני או שמזכיר בית הדין מרכז את דעות כל הדיינים, ללא שהרוב שמע את המיעוט ולהפך, אין הדבר נעשה בהתאם לאופן שבו התקבלו ההכרעות בסנהדרין ולמעשה הרוב והמיעוט אינם פוסקים על בסיס מערך שיקולים זהה, ואזי אין בפנינו הכרעה של רוב ומיעוט. ומכיוון שהמקור לדין של ביטול ברוב בכל מקום נובע מהלכות דיינים ושם נעשו הדברים באופן האמור ונבעו מן הטעם המבואר לעיל, הרי שבכל ענין וענין, לרבות תקנות הקהל, דין הוא כי כדי שתהא הכרעה של רוב לעומת המיעוט מן ההכרח כי יערך קודם לכן דיון כשהרוב שומע את המיעוט והמיעוט שומע את הרוב, כדי שדעת הרוב תכריע את דעת המיעוט. מאידך, במישאל שנערך ע"י גורם שלישי ללא שנערך קודם לכן דיון כאמור - לא די. כך מוצאים אנו בשו"ת מהרש"ך חלק ב' סימן קט"ט¹⁹:-

"דמאי דאמרינן דמהני הסכמת הרוב להתיר נגד המיעוט המוחים, היינו דוקא שהיו כולם במעמד אחד ונשאו ונתנו בדבר... אבל בנידון דידן שלא היו הכל נקבצים במעמד אחד, רק שהשמש היה הולך לכל אחד ואחד... דמילתא דפשיטא היא שאין ראוי שתעלה ותועיל ההתרה. ומי שמעיין בתשובות הרשב"א יראה שהוא כמו שכתבתי... ויראה טעם נכון לומר כן, יען דאפשר שאם היו נקבצים יחד, אפשר שהרבה אנשים שהסכימו בהתרה היו נשמעים לטענת המוחים... אמנם בדברים הנעשים בהחבא שלא בקיבוץ כולם... לא יקרא רוב כנגד המיעוט..."²⁰ (ההדגשות הוספו - ו.א.)

19 בדומה לכך ראה בשו"ת דברי ריכות למהר"י אדריי סימן ס': שו"ת מהרימ"ט חלק א' סימן נ"ח; ספר גט פשוט למהר"מ חביב כלל א'; שו"ת תורת חסד לרב' חסדאי הכהן פרחיא סימן ל"א; שו"ת מהרש"ך חלק ב' סימן פ"ט ושו"ת מהרשד"ם חלק יורה דעה סימן קנא.

20 להשלמת התמונה בהקשר זה ראה ערעור תשכ"ח/135 חוגי הצעירים של המפד"ל ואח' נ. המפד"ל, המזרחי, הפועל המזרחי ואח', פר"ד ז' 225 פסק דינו של בית הדין הרבני הגדול (כב' הרבנים ניסים, אלישיב ובעיקר פסק דינו של הרב א. גולדשמיט).

הקפדה זו בענין הפורום ודרך ההצבעה מתיישבת היטב עם תפקידו של המיעוט בהכרעה השיפוטית כפי שהובהרה לעיל.

פרק י' – סיכום הדברים

56. בפסיקה הרבנית אין מניעה כי אדם יגרוס כדעת המיעוט שאינה הדעה המקובלת בין הפוסקים במרוצת הדורות. במקרה זה לדעת חלק מן הפוסקים אין להוציא ממון מידו (טענה זו ידועה כטענת "קים לי"). אין גם מניעה כי בית דין יסטה מפסיקת בתי דין שקדמו לו אף שהללו היו גדולים מחכמי בית הדין דנא בחכמה ובמניין, וזאת אם מערך השיקולים של בית הדין שבפנינו שונה משל קודמיו. מקום שבו הרוב והיעוט אינם מתייחסים לאותם שיקולים אין דרך להכריע ביניהם מכח רוב ומיעוט.

57. בהכרעה שיפוטית, הנלמדת מן הדרך שבה הוכרעו הדברים בסנהדרין, כל אחד מן הדיינים פורש בפני חבריו את מערכת שיקוליו, הנמקותיו מחד ופירוכותיו להנמקות רעיו מאידך, וממילא ההחלטה נופלת על בסיס אותה מערכת עובדות ושיקולים. במקרה זה הדעה שזכתה לרוב דעות אינה נכונה יותר או מסתברת יותר אלא שהיא דעה שעמדה בכור ההיתוך של הליבון ע"י דייני ההרכב שדן בעניין, ועל כן יש להגדירה כהחלטה השיפוטית של הרכב זה. דעת המיעוט לא עמדה במבחן זה במידה המספקת ועל כן אף כי יתכן שהיא נכונה ומסתברת, אין היא מוגדרת כהכרעה השיפוטית של הרכב זה, ואין אפשרות לגרוס כמותה מקום שבו מערך השיקולים זהה לזה שעמד בפני בית הדין.

58. תפקידו של המיעוט בברור פסק הדין אינו נופל מתפקידו של הרוב – ועל כן יש למיעוט אחריות ליצירת פסק הדין במקרה של טעות. כמו כן לנוכח תפקיד חיוני זה של המיעוט, מקום שבו אין בפנינו מיעוט המביע עמדה ברורה (או מכיוון שאינו נוכח או מכיוון שאין לו דעה ברורה והחלטית בעניין) אין לנו ליבון של מגוון השיקולים כהלכתו – ואף שיש רוב דעות המצדד בעמדה מסוימת, זהו רוב שנתגבש בלי לשמוע עמדה של דין נוסף, שיתכן שהיתה שונה ומשכנעת. משום כך, במקרה זה חסר הפורום הדרוש – ויש להוסיף דיינים נוספים שיביעו עמדה ברורה כדי לגבש פסיקה בפורום המתאים.

59. מכיוון שההכרעה על פי רוב דעות שאובה מן הדין של "אחר רבים להטות", שנאמר ביחס להכרעה שיפוטית, הרי שגם בהכרעות של חברי הקהילה וכיו"ב, אין דעת הרוב מכריעה אלא אם כן קדם לה דיון שבו הרוב

שומע את המיעוט ואת טיעוניו ולהפך. לפי המשפט העברי ההכרעה על פי רוב אינה נובעת מחוקי הסתברות כלשהם או מהסכמה חברתית כלשהי, אלא מן העובדה כי דעה שדנו בה מכל היבטיה והיא שהתקבלה על דעת רוב הדיינים, עומדת יותר במבחן שבו הועמדה. דעת המיעוט אינה פחות נכונה מדעת הרוב או פחות מסתברת, אך לדעת הרוב תנתן גושפנקא של דעה שעברה נטל כבר יותר שהוצב בפניה והיא תתקבל על כן כפסיקה המוסמכת שיצאה מאת בית הדין. דייני הרוב יהיו מוסמכים להוציא דעה זו לפועל, אף כשהספק שורר בליבם לנוכח קיומה של דעת מיעוט, מכיון שדעת המיעוט לא עמדה במבחן ובנטל השכנוע שבו הועמדה ועל כן אין היא מוגדרת כדעה שיפוטית ואילו דעת הרוב, עמדה בנטל האמור, ועל כן זוהי דעת ההרכב (דעה שגם המיעוט שותף בדיון שהביא לעיצובה) וככזו יש להוציאה לפועל.

60. מכיון שההליך השיפוטי הוא הליך של ליבון הדעות השונות, הרי שהפורום הנדרש נחוץ במיוחד בעת ההכרעה והשיקול. הצבעה שלא קדם לה הליך של התדיינות והיוועצות בין הדיינים השונים אינה נכללת ברציונל של ההכרעה לפי רוב ומיעוט, ויש לפוסלה. הכרעה בדרך של "מישאל טלפוני" או איסוף הדעות ע"י מזכיר בית הדין אינו נחשב להכרעה שיפוטית, אם להכרעות הדיינים לא קדמה היוועצות שבה נכחו כל דייני ההרכב.