

חילוץ הלכה במצבי אי-הסכמה

יוסי נחושתן*

- א. מבוא
- ב. הנמקת המיעוט כחלק מהלכת פסק הדין – אימתי?
- ג. חילוץ הלכה במצבי אי-הסכמה: שלוש דרכים חלופיות
- ד. חילוץ הלכה במצבי אי-הסכמה: פרשת כהנא ופרשת אלבה
- ה. סיכום

א. מבוא

חיבור זה מנתח באופן ביקורתי כמה דרכים אפשריות לחילוץ הלכה במצבי אי-הסכמה במותבים רחבים. לצורך הדיון בחיבור זה, מצבי אי-הסכמה הם מצבים שבהם דעות השופטים נחלקות לדעות רוב ולדעות מיעוט – ובתוכן – לדעות יחיד. הדיון נועד למלא חסר הקיים בעניין זה הן בכתיבה האקדמית והן בכתיבה השיפוטית. החסר מתבטא בהיעדר מודעות לקיומן של דרכים חליפיות לחילוץ הלכה במצבי אי-הסכמה וממילא בהיעדר דיון בהן.

החיבור יתמקד בפסקי דין הניתנים על ידי מותבים רחבים, של חמישה שופטים ויותר, ושיש בהם דעות רוב ודעות מיעוט. באופן טבעי, השלכות הדיון חשובות במיוחד כשמדובר בפסקי דין של ערכאות עליונות וכשחלה דוקטרינת התקדים המחייב. במשפט הישראלי פסקי דין הניתנים על ידי מותבים רחבים הם מיעוט מבוטל מסך פסקי הדין הנפסקים בבית המשפט העליון. עם זאת, בעשורים האחרונים חלק לא מבוטל מפסקי הדין החשובים שניתנו על ידי בית המשפט העליון נפסקו על ידי מותבים רחבים. מחוץ לישראל, ערכאות עליונות רבות פוסקות במותבים של חמישה שופטים לפחות. למותר לציין שהדיון להלן הוא תאורטי ואוניברסלי באופיו ואינו מוגבל למשפט הישראלי.

עורכי דין ומשפטנים נדרשים תדירות לחלץ הלכה מפסק דין, קרי לאתר את "טעם ההחלטה". ניסוח מדויק של הלכה שיפוטית הוא אחד מכלי העבודה העיקריים והבסיסיים של המשפטן. במקביל לחשיבותה של מיומנות מעשית זו, נדמה

* דוקטור למשפטים, מרצה בבית הספר למשפטים, המסלול האקדמי המכללה למינהל. אני מודה לד"ר שמוליק בכר על הערותיו המועילות, ולעו"ד ליאור פורקוש ולמר ארתור בלאייר על עזרה במחקר.

שהתפיסה המקובלת היא שהמחקר האקדמי בתחום ממוקד זה מוצה זה מכבר. בהתאם, נדמה שישנה הסכמה רחבה בקרב משפטנים באשר לדרך המקובלת לזיהוי הלכה שיפוטית ולניסוחה. הסכמה זו קיימת בעיקר בנוגע ל"מקרים הקלים", היינו בנוגע לאותם מקרים שבהם החלטה שיפוטית ניתנת פה אחד. באותם מקרים ישנה הסכמה שהלכת פסק הדין מורכבת מתוצאת פסק הדין ומההנמקה לתוצאה זו.¹ במקביל, תיתכנה מחלוקות בנוגע לזיהוי ההנמקה המדויקת שהובילה לתוצאה. רוב המחלוקות נסבות סביב השאלות הבאות: האם הנימוקים לתוצאת פסק הדין הם נימוקים מספיקים או הכרחיים להגעה לאותה תוצאה במקרה עתידי; כיצד מבחינים בין אמירות שהן חלק מההלכה לבין אמרות אגב; וכן, מהי רמת ההפשטה הנכונה של הנימוקים לתוצאה.²

הכתיבה האקדמית בנושא חילוץ הלכה דנה בשאלות אלה והשיבה עליהן באופנים שונים. לא אדון בשאלות אלה כאן. תחת זאת אתמקד במקרה המיוחד של חילוץ הלכה מפסק דין הניתן על ידי מותב רחב ושיש בו דעות מיעוט ודעות רוב. במסגרת מקרה זה, השאלה העיקרית שתידון היא, האם יש להתחשב בדעת המיעוט בעת קביעת ההלכה של פסק הדין, ואם כן – באיזה אופן. דיון בשאלה זו כמעט שאינו קיים בספרות האקדמית ובפסיקה.³ בדיון הקיים נדמה שהעמדה המקובלת היא שאין להתחשב בדעת המיעוט בעת קביעת ההלכה של פסק הדין, וכי לכל היותר ניתן להיעזר בדעת המיעוט על מנת להבין את ההלכה, כפי שמשקפת רק מתוך דעת

¹ מרים בן-פורת "Ratio Decidendi" **הד המשפט** 24, 28 (1956): "כוח התקדים מוקנה אך ורק לשיקולים שהוליו אל ההחלטה שהחליט בית המשפט הלכה למעשה. במילים אחרות, לאותם שיקולים שהיוו את נימוקיו של בית המשפט – פה אחד או ברוב דעות – בבוא אל התוצאה הסופית אליה הגיע".

² לדיון בשאלות אלה ראו: גד טדסקי "מימרת אגב – 'הלכה פסוקה'?" **הפרקליט** כ 99 (1964); נפתלי ליפשיץ "תקדים מאי" **ספר זוסמן – לזכרו של יואל הכהן זוסמן נשיא בית המשפט העליון** 95 (אהרן ברק, יצחק זמיר, חיים כהן, נפתלי ליפשיץ וגבריאלה שלו עורכים, 1984); אהרן ברק **שיקול דעת שיפוטית** 116–118 (1987); יצחק אנגלרד **מבוא לתורת המשפט** 126–139 (1990); איתן מגן "תקדים מחייב – קשיי יישומו במישור האנכי" **הפרקליט** מג 324 (1997); חיים כהן "אוביטר ז"ל והגינות לאי"ט" **משפטים** לא 415 (2001). ראו גם: ARTHUR L. GOODHART, *ESSAYS IN JURISPRUDENCE AND THE COMMON LAW*, Ch. 1 (1931); Arthur L. Goodhart, *The Ratio Decidendi of a Case*, 22 MOD. L. REV. 453 (1959); Julius Stone, *The Ratio of the Ratio Decidendi*, 22 MOD. L. REV. 597 (1959) (מבקר את עמדת JOSEPH RAZ, *THE AUTHORITY OF LAW: ESSAYS ON LAW AND MORALITY* (Goodhart 180–209 (1979); Kent Greenawalt, *Reflections on Holding and Dictum*, 39 J. LEGAL EDU. 431 (1989); RUPERT CROSS & J.W. HARRIS, *PRECEDENT IN ENGLISH LAW*, Ch. 2 (4th ed. 1991).

³ לדיון קצר וחלקי בחלק מההבטים של שאלה זו, ללא מתן תשובה מלאה להם, ראו: GLANVILLE WILLIAMS, *LEARNING THE LAW* 109–110 (12th ed. A.T.H. Smith ed., CROSS & HARRIS; 2002), שם, בעמ' 91–93.

הרוב, באופן מדויק יותר.⁴ יש המרחיקים לכת וטוענים כי דעת המיעוט היא לעולם אמרת אגב.⁵ המצדדים בשתי עמדות אלה רואים בהן נגזרת הכרחית של ניסוח הלכת פסק הדין כ"הנמקה לתוצאה". היינו, מכיוון שדעת המיעוט אינה שותפה לתוצאה, היא אינה יכולה לקחת חלק בניסוח ההלכה.

סבורני כי עמדות אלה שגויות. במקרים מסוימים, שיפורטו להלן, ההנמקה של דעת המיעוט היא חלק הכרחי מהלכת פסק הדין. התעלמות ממנה עשויה להוביל לניסוח שגוי של ההלכה, להתעלמות מקיומה של הלכה נוספת בפסק הדין או למסקנה מוטעית שלפיה אין הלכה העולה מפסק הדין. העמדה המחייבת התעלמות מוחלטת מדעת המיעוט אינה מבחינה בין שני סוגים של אי-הסכמה בין שופטים: הסוג האחד, עניינו אי-הסכמה משפטית; הסוג השני, עניינו אי-הסכמה עובדתית. עניין זה יידון בפרק שלהלן. לאחר מכן, ועל בסיס המסקנה שבמקרים מסוימים דעת המיעוט חשובה לצורך ניסוח ההלכה, יתוארו שלוש דרכים שונות לחילוץ הלכה מפסק דין במצבי אי-הסכמה. בעניין אותן דרכים ייטען כי (א) הדרך הראשונה, המסתפקת בהסכמה של רוב מקרב השופטים המחזיקים בדעת הרוב, שגויה; (ב) הדרך השנייה, הדורשת הסכמה של רוב מקרב השופטים המחזיקים בדעת הרוב, שהם גם רוב מתוך ההרכב, נכונה תמיד; (ג) במקרים שבהם אין הלכה לפי הדרך השנייה, ניתן, בכפוף לכמה סייגים, לפנות לדרך השלישית שלפיה הלכה יכולה להימצא גם על ידי מציאת הסכמה בין שופטי הרוב לבין שופטי המיעוט.

ב. הנמקת המיעוט כחלק מהלכת פסק הדין – אימתי?

כאמור, לפי הגישה המקובלת, ניתן לחלץ הלכה כאשר כל שופטי ההרכב או רובם הגיעו לאותה תוצאה מאותם נימוקים (שהרי הלכה מורכבת מהתוצאה ומהנימוקים לה). גישה זו מתעלמת לחלוטין מההנמקות של דעת המיעוט. זו התעלמות מוטעית שאינה מבחינה בין שני מצבים אפשריים. במצב האחד ישנה מחלוקת עובדתית בין דעת הרוב לבין דעת המיעוט. במצב השני ישנה מחלוקת מהותית-משפטית בין דעת הרוב לבין דעת המיעוט. כדי להבהיר עניין זה נידרש לדוגמה הפשוטה הבאה.⁶ הניחו שהשאלה המשפטית העולה בפסק הדין הנה: "מתי בני זוג ייחשבו כידועים בציבור". לצורך הדוגמה נניח שישנם שני תנאים אפשריים שניתן לדרוש את קיומם: (א) קיום יחסי אישות; (ב) ניהול משק בית משותף במשך חצי שנה. בתשובה לתביעה של בני זוג להכרה בהם כידועים בציבור, שלוש השופטים

⁴ Cross & Harris, שם, בעמ' 85.

⁵ ראו במקורות המובאים אצל כהן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 423, הערה 38.

⁶ בכל הדוגמאות להלן יונח שבית המשפט שבו מדובר הוא בית המשפט העליון, וכי חלה הלכת התקדים המחייב.

במותב קובעים כלהלן:

- שופט 1: מדובר בידועים בציבור בשל קיום יחסי אישות.
 שופט 2: מדובר בידועים בציבור בשל ניהול משק בית משותף.
 שופט 3: אין מדובר בידועים בציבור משום שלא הוכח קיום יחסי אישות.
 לצורך הדוגמה נניח שאין מחלוקת בין שופט 3 לבין שופט 1 בנוגע לפרשנות המונח "יחסי אישות".

דעותיהם של שופט 1 ושופט 2 הן דעת הרוב בעניין זה. אין ביניהם זהות בהנמקה. טרם הדיון במעמד של דעת המיעוט, נקדים ונאמר שללא קשר לדעת המיעוט, ועל אף המחלוקת בין שופטי הרוב, עולה הלכה מפסק הדין. ההלכה היא שבני זוג המקיימים יחסי אישות ובנוסף מנהלים משק בית משותף בהכרח נחשבים כידועים בציבור. זוהי "הלכה משתמעת". היא אינה מפורשת, שכן אף אחד מהשופטים לא ניסח אותה ככזו. היא משתמעת מהנמקות השופטים שכן ברור לכאורה שבמקרה עתידי שני שופטי הרוב, ולמעשה שלושת השופטים, יפסקו שמדובר בידועים בציבור אם מתקיימים שני התנאים הללו. משכך, שופטים בערכאות תחתונות צריכים לראות את עצמם מחויבים להלכה זו. המחלוקת בין שני שופטי הרוב היא רק בעניין השאלה אם אחד מהתנאים הללו הוא תנאי מספיק.

אבל, אם נתחשב בדעת המיעוט לצורך ניסוח ההלכה, ניוכח שההלכה שתוארה לעיל אינה ההלכה היחידה האפשרית. הלכה נוספת שתחייב את הערכאות התחתונות היא שבכל מקרה שבו יוכח קיום יחסי אישות, ייחשבו בני הזוג כידועים בציבור. להלכה זו לא שותפים שופטי הרוב, אלא אחד משופטי הרוב (שופט 1) ושופט המיעוט (שופט 3). המחלוקת ביניהם היא עובדתית-ראייתית גרידא. שופט הרוב השתכנע שמתקיימים יחסי אישות, ואילו שופט המיעוט לא השתכנע בכך. אין ביניהם מחלוקת מהותית-משפטית. שניהם מסכימים שדי בהוכחת קיום יחסי אישות כדי שבני זוג ייחשבו כידועים בציבור. העובדה שכל אחד מהם הגיע למסקנה שונה במישור העובדתי אינה רלוונטית לניסוח ההלכה. בהתאם, העובדה ששופט 3 הוא שופט המיעוט בעניין זה אין בה די כדי להתעלם מהנמקתו לצורך ניסוח ההלכה. תהא זו טעות לסווג את עמדתו כולה כאמרת אגב רק משום שלא השתכנע שהנתון העובדתי שלדעתו צריך להתקיים – לא התקיים. לסיכום עניין זה, במקרה שבו המחלוקת בין שופטי הרוב לבין שופטי המיעוט אינה מחלוקת מהותית-משפטית בנוגע לשאלה "מה צריך להתקיים", אלא מחלוקת עובדתית בלבד בנוגע לשאלה "האם מה שצריך להתקיים אכן מתקיים", יש להתחשב בהנמקת דעת המיעוט בקביעת הלכת פסק הדין. מכאן עולה שהגדרת "הלכה" כ"הנמקת התוצאה" או כ"תוצאת פסק הדין בנוסף לטעמים שהובילו לתוצאה", אינה מדויקת. כפי שהראתה הדוגמה שלעיל, ישנם מקרים שבהם ההיגיון מחייב להתעלם מהשוני בתוצאה ולנסח את ההלכה רק על פי הטעם המשפטי המנוסח כתשובה לשאלה המשפטית. במקרה זה השאלה המשפטית הנה: "מה צריך להתקיים כדי שבני זוג ייחשבו כידועים

בציבור". התשובה לשאלה זו, והיא הלכת פסק הדין, היא שדי בכך שבני הזוג יקיימו יחסי אישות.

הדברים שונים במקרה שבו המחלוקת בין שופטי הרוב לבין שופטי המיעוט היא מחלוקת מהותית-משפטית. טלו למשל את מצב הדברים הבא, הנסמך על הדוגמה שלעיל:

שופט 1: מדובר בידועים בציבור משום שבני הזוג מנהלים משק בית משותף במשך חצי שנה. השופט מסיק זאת מתוך העובדה שבני הזוג חולקים מגורים משותפים ומנהלים חשבון בנק משותף.

שופט 2: מדובר בידועים בציבור בשל קיום יחסי אישות.

שופט 3: אין מדובר בידועים בציבור, משום שאינם מנהלים משק בית משותף. השופט מסיק זאת מתוך היעדר שיתוף בהוצאות המחיה.

לכאורה, שופט 1, כחלק משופטי הרוב, ושופט 3, כשופט המיעוט, מסכימים כי די בכך שבני זוג ינהלו משק בית משותף כדי לראותם כידועים בציבור. עם זאת, ברור לעין שהשופטים חלוקים בעניין התנאים שצריכים להתקיים על מנת שאכן יתקיים משק בית משותף. למעשה, הם אינם מסכימים על משמעות המונח "משק בית משותף". המחלוקת הזו היא מחלוקת מהותית-משפטית ולא עובדתית גרידא. במקרה זה, לא ניתן לנסח הלכה שלפיה בני זוג ייחשבו כידועים בציבור אם הם מנהלים משק בית משותף. ועדיין, מכיוון שהתנאים הנדרשים על ידי שופט 1 ושופט 3 אינם סותרים זה את זה או מוציאים זה את זה, בכל זאת ניתן לקבוע שצירוף אחד משופטי הרוב (שופט 1) ושופט המיעוט (שופט 3) מוביל להלכה משתמעת שלפיה בני זוג ייחשבו כידועים בציבור אם מתקיימים כל התנאים שהציבו שני השופטים לקיומו של משק בית משותף.

משכך, הטענה שבעת חילוץ הלכה מפסק דין יש להתעלם לחלוטין מדעת המיעוט, אינה משכנעת. הדוגמאות הפשוטות שלעיל מבהירות את חוסר ההיגיון המשפטי הטמון בתפיסה זו. הדוגמאות שלעיל עסקו במותב של שלושה שופטים. אולם הצורך להתחשב בדעת המיעוט בעת קביעת הלכת פסק הדין הוא בעל חשיבות יתרה במקרים שבהם פסק הדין ניתן על ידי מותב רחב שיש בו דעת רוב ודעת מיעוט. מקרים אלה מעלים בעיות מיוחדות, שיידונו להלן.

ג. חילוץ הלכה במצבי אי-הסכמה: שלוש דרכים חלופיות

ישנן שלוש דרכים שונות לחילוץ הלכה מפסקי דין הניתנים על ידי מותבים רחבים ושיש בהם דעות רוב ודעות מיעוט.

הדרך האחת, שתיקרא להלן "דרך פורמלית צרה", מסתפקת בזהות בהנמקה בקרב רוב השופטים מתוך דעת הרוב. כך, למשל, אם במותב של שבעה שופטים ישנם חמישה שופטי רוב, תימצא הלכה אם נמצא זהות בהנמקה אצל שלושה שופטים

לפחות מבין שופטי הרוב. זו דרך פורמלית נוכח ההבחנה הפורמלית-צורנית בין דעת הרוב לבין דעת המיעוט. זו דרך צרה משום נקודת המבט הצרה שלה: רק דעת הרוב מובאת בחשבון, במובן זה שהרוב הנדרש להלכה מסוימת הוא רוב של שופטים מבין דעת הרוב ולא מבין ההרכב. היתרון של דרך זו הוא שהיא מקלה את מציאת ההלכה ומצמצמת את מספר המקרים שבהם נאלץ לקבוע שלא ניתן לחלץ הלכה מפסק דין. החיסרון הברור של דרך זו הוא שההלכה המחולצת מפסק הדין עשויה להיקבע על דעתם של מיעוט מספרי משופטי ההרכב. ראוי לפקפק בלגיטימיות של הלכה שרק מיעוט משופטי ההרכב מסכים לה.

הדרך השנייה, שתקרא להלן "דרך פורמלית רחבה", דורשת זהות בהנמקה בקרב רוב השופטים מתוך דעת הרוב, שהם גם רוב השופטים מבין ההרכב כולו. כך, למשל, אם במותב של שבעה שופטים ישנם חמישה שופטי רוב, תימצא הלכה רק אם תימצא זהות בהנמקה אצל ארבעה שופטים לפחות מבין שופטי הרוב. זו דרך רחבה משום נקודת המבט הרחבה שלה: היא אינה מסתפקת בדעת הרוב ודורשת רוב להלכה מבין שופטי ההרכב. שופטי המיעוט עדיין אינם מובאים בחשבון לצורך ניסוח ההלכה. בכל זאת, עצם קיומם (ביחד עם דעות היחיד מתוך דעת הרוב) מציב מכשול מספרי שיש להתגבר עליו, לא רק לשם קביעת תוצאת פסק הדין, אלא גם לשם מציאת הלכת פסק הדין. היתרון של דרך זו, בניגוד לדרך הפורמלית-צרה, הוא שלא ניתן לפקפק בלגיטימיות של הלכה שנפסקה על דעת רוב מספרי מקרב כל שופטי ההרכב, שבנוסף אף הגיעו לאותה תוצאה. החיסרון של דרך זו, אם אכן מדובר בחיסרון, הוא שיישומה ירבה את המקרים שבהם נאלץ לקבוע שלא ניתן לחלץ הלכה מפסק הדין. אין זה חיסרון בהכרח, אם עניינית אין זה לגיטימי לאמץ את הדרך הפורמלית-צרה לחילוף הלכה.

הדרך השלישית, שתקרא להלן "דרך מהותית", דורשת זהות בהנמקה בקרב רוב שופטי ההרכב כולו, ללא קשר להיותם חלק מדעת הרוב או מדעת המיעוט. דרך זו מאתרת זהות בהנמקה ללא קשר לתוצאה. היתרונות של דרך זו הם שניים: ראשית, מספר המקרים שבהם לא תימצא הלכה לפי דרך זו הוא בהכרח קטן ממספר המקרים שבהם לא תימצא הלכה לפי הדרך הפורמלית-רחבה (אך לא בהכרח גדול מהמספר לפי הדרך הפורמלית-צרה). שנית, קשה לפקפק בלגיטימיות של הלכה שנפסקה על דעת רוב מספרי של שופטי ההרכב, הגם שלא הגיעו לאותה תוצאה. זאת, בתנאי שהמחלוקת בעניין התוצאה משקפת מחלוקת עובדתית-ראייתית, שהיא חיצונית לטעמים העומדים ביסוד ההלכה המשפטית. דרך זו אינה חסרת פגמים, כפי שיפורט בהמשך.

אילו מבין שלוש הדרכים יש לאמץ? נדמה שיש לדחות את הדרך הפורמלית-צרה לחילוף הלכה. כפי שצוין לעיל, ראוי לפקפק בלגיטימיות של הלכה שרק מיעוט משופטי ההרכב כולו מסכים לה. עקרון הכרעת הרוב מסדיר לא רק את ההליך הפוליטי לקבלת החלטות, אלא גם את ההליך השיפוטי לקבלת החלטות. מקובל על

הכול שתוצאת פסק הדין מוכרעת לפי דעת רוב השופטים מבין ההרכב כולו.⁷ זו גם הסיבה שמותבים רחבים מורכבים ממספר אי-זוגי של שופטים.⁸ אין כל סיבה להגביל את עקרון הכרעת הרוב בהליך השיפוטי רק לתוצאת פסק הדין. עקרון הכרעת הרוב צריך לחול גם על הנמקת פסק הדין. הלכת פסק הדין צריכה להיות זו המקובלת, במפורש או במשתמע, על דעת רוב שופטי ההרכב כולו ולא רק על דעת רוב שופטי דעת הרוב. משכך, הדרך הפורמלית-צרה אינה דרך קבילה למציאת הלכה. בניגוד לדרך הפורמלית-צרה, הלגיטימיות של הדרך הפורמלית-רחבה אינה ניתנת לערעור. אין חולק שהלכה המשותפת לרוב השופטים מבין דעת הרוב, שהם גם רוב משופטי ההרכב כולו, היא הלכה תקפה ומחייבת. במקרים שבהם לא תימצא הסכמה כזו מוצע לבחון גם אם ניתן לחלץ הלכה לפי הדרך המהותית. מכיוון שגם לפי דרך זו ההלכה תהא משותפת לרוב שופטי ההרכב, ניתן לראות בה הלכה תקפה ומחייבת. כפי שיפורט להלן, יישום הדרך המהותית אינו נקי מבעיות אך מודעות לקיומן תוביל למזעורן.

יישום שלוש הדרכים לחילוץ הלכה ייעשה בתחילה באמצעות דוגמה פיקטיבית ופשוטה. לאחר מכן, יובאו שתי דוגמאות מפסקי דין שנפסקו על ידי בית המשפט העליון בישראל. הניחו שבפני בית המשפט עולה השאלה המשפטית הבאה: מה צריך להתקיים על מנת שפלוגי יחויב בתשלום פיצוי לאלמוני. מותב של שבעה שופטים נחלק בדרך הבאה:

שני שופטים בדעת מיעוט: צריך להתקיים X והוא לא מתקיים.

שני שופטים מדעת הרוב: צריך להתקיים X והוא מתקיים.

שלושה שופטים מדעת הרוב: צריך להתקיים Y והוא מתקיים.

X ו-Y הם התשובות המשפטיות לשאלה המשפטית, והשוני ביניהם מבטא מחלוקת משפטית-מהותית בקרב חמשת שופטי הרוב. עם זאת, נניח שהמחלוקת בין שני שופטי המיעוט לבין שני שופטי הרוב (הדורשים כולם את קיומו של X) היא מחלוקת עובדתית ולא מהותית-משפטית. כלומר אין מחלוקת בין השופטים באשר לשאלה מהו בדיוק X. המחלוקת היחידה היא באשר לשאלה העובדתית-ראייתית: האם X אכן מתקיים. מהי הלכת פסק הדין לפי כל אחת מהגישות שתוארו לעיל? לפי הגישה הפורמלית-צרה, המסתפקת ברוב של שופטים מתוך דעת הרוב, על מנת שפלוגי יחויב בתשלום פיצוי לאלמוני צריך להתקיים Y, ודי בכך שמתקיים Y. לפי הגישה הפורמלית-רחבה, הדורשת רוב של שופטים מתוך דעת הרוב, שהם גם רוב מההרכב כולו, ההלכה היחידה האפשרית היא שאם מתקיים X+Y פלוגי חייב לפצות את

⁷ כפוף למקרים חריגים, כמו זה המתואר בס' 80 (ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, שבו נקבע כי "באין רוב לדעה אחת בענין אזרחי, תכריע דעת אב-בית-הדין".

⁸ ישנם מקרים חריגים שבהם מותבים רחבים יושבים בהרכב זוגי. במקרה כזה עלול להיווצר קושי כשרעות השופטים חצויות בנוגע לתוצאת פסק הדין. למקרה כזה ראו: Cross & Harris, לעיל ה"ש 2, בעמ' 86-90.

אלמוני (זו "הלכה משתמעת" שמסכימים לה כל השופטים). לפי הגישה המהותית, הדורשת זהות בהנמקה אצל רוב השופטים מתוך ההרכב כולו, כולל דעת המיעוט, על מנת שפלוני יחויב בתשלום פיצוי לאלמוני צריך להתקיים X, ודי בכך שמתקיים X. דוגמה זו מבחירה את החשיבות של הדיון בדרכים השונות לחילוף הלכה ואת הצורך בהחלטה עקרונית בדבר הדרך הראויה. זאת, כיוון שייטכנו מקרים, כבדוגמה זו, שבהם כל אחת משלוש הדרכים למציאת הלכה תוביל להלכה או למסקנה שונה לחלוטין. שתי דוגמאות מפסיקת בית המשפט העליון יבהירו נקודה זו.

ד. חילוף הלכה במצבי אי-הסכמה: פרשת כהנא ופרשת אלבה

הדוגמה הראשונה הנה פרשת כהנא.⁹ במהלך מסע בחירות לכנסת השלוש-עשרה הפיץ בנימין כהנא כרוז שבו נאמר, בין השאר: "להפציץ את אום אל פאחם [...] על כל פיגוע בישראל – להפציץ כפר ערבי – קן רוצחים במדינת ישראל". נגד כהנא הוגש כתב אישום בגין מעשי המרדה לפי סעיף 133 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ובגין החזקת פרסומי המרדה לפי סעיף 134(ג) לחוק העונשין. סעיף 133 לחוק העונשין קובע כי: "העושה מעשה לשם המרדה, או מנסה, מכין עצמו או קושר קשר עם חברו לעשות מעשה כאמור, דינו – מאסר חמש שנים". סעיף 136(4) לחוק העונשין קובע כי: "להמריד הוא אחת מאלה [...] לעורר מדנים ואיבה בין חלקים שונים של האוכלוסייה".

בבית משפט השלום זוכה כהנא משתי העברות. ערעור המדינה על פסק הדין התקבל פה אחד בבית המשפט המחוזי. הערעור של כהנא על ההרשעה התקבל בבית המשפט העליון ברוב של שני שופטים (השופטים גולדברג וברק) מול אחד (השופט מצא). בדיון הנוסף הושבה ההרשעה על כנה ברוב של חמישה שופטים (השופטים אור, מצא, קדמי, דורנר וש' לוי) מול שניים (השופטים ברק וטירקל).

בפסק הדין נידונו שתי שאלות משפטיות. האחת, מהו הערך המוגן באמצעות האיסור של מעשה המרדה. השנייה, האם יש להוכיח שהמעשה שנעשה לשם המרדה עשוי להוביל בהסתברות כזו או אחרת להמרדה. בנוגע לשאלה הראשונה קבעו חמשת שופטי הרוב כי הערך המוגן הוא הלכידות החברתית.¹⁰ שני שופטי המיעוט קבעו כי הערך המוגן הוא סדרי הממשל והמשפט.¹¹ בנוגע לשאלה השנייה, הדברים הסתבכו מעט. השופטים בדיון הנוסף נדרשו לשאלה בדבר הצורך ביישום מבחן הסתברותי בנוגע לעברה בדבר מעשי המרדה. במילים אחרות, השופטים נדרשו להכריע אם די בעשיית "מעשה לשם המרדה" כדי שתגובש העברה הפלילית, או אם

⁹ דנ"פ 1789/98 מדינת ישראל נ' כהנא, פ"ד נד(5) 145 (2000) (להלן: פרשת כהנא).

¹⁰ שם, בעמ' 165-166.

¹¹ שם, בעמ' 181-182.

יש צורך בהסתברות כזו או אחרת שהמעשה שנעשה לשם המרדה אכן ימריד, היינו יעורר "מדנים ואיבה בין חלקים שונים של האוכלוסייה". דעות השופטים נחלקו בעניין זה.

שלושה שופטים (השופט אור כאחד משופטי הרוב והשופטים ברק וטירקל כשופטי המיעוט) סברו כי יש מקום להחיל מבחן הסתברותי. השופט אור קבע שיש ליישם את מבחן "הוודאות הקרובה" שלפיו יש צורך בוודאות קרובה שה"מעשה לשם המרדה" אכן יוביל להמרדה. לדידו של השופט אור, המבחן מתקיים. ודאות קרובה אכן קיימת.¹² השופטים ברק וטירקל קבעו שיש ליישם את מבחן "האפשרות הסבירה והממשית", מבחן המחמיר עם חופש הביטוי. עם זאת, הם סברו כי מבחן זה אינו מתקיים באותו עניין. מקל וחומר לא מתקיים גם מבחן הוודאות הקרובה. לדידם, הסיכון שמעשיו ופרסומיו של כהנא אכן יובילו להמרדה הוא סיכון רחוק ולא ממש.¹³ שלושה שופטים (השופטים מצא, קדמי ודורנר – כולם שופטי הרוב) סברו שאין כלל צורך בנוסחת הסתברות. לפי גישתם, די בתוכן ממריד לפי אופיו, בפוטנציאל המרדה, ללא צורך לבחון אם הפרסום או המעשה אכן יוביל להתעוררות "מדנים ואיבה בין חלקים שונים של האוכלוסייה".¹⁴

השופט השביעי, השופט שלמה לוין, הסכים לתוצאת פסק הדין של השופט אור (שכאמור דרש נוסחת הסתברות של ודאות קרובה), אך באורח לא מוסבר בחר שלא להכריע בשאלת נחיצותה וזהותה של נוסחת ההסתברות הנדרשת במקרה שלפנינו, אף על פי שזו הייתה אחת השאלות שבגינן התקיים הדיון הנוסף בבית המשפט העליון.¹⁵

הטבלה הבאה מסכמת את עמדות השופטים בשתי הסוגיות.

¹² שם, בעמ' 171–176.

¹³ שם, בעמ' 181–183 (השופט ברק), 192 (השופט טירקל). יש לציין כי השופט ברק הוסיף כי מכיוון שרוב שופטי ההרכב הרחיבו את תחולת עברת ההמרדה כך שהערך המוגן על ידה אינו רק סדרי השלטון והממשל, אלא גם הלכידות החברתית, נוסחת ההסתברות צריכה להיות "ודאות קרובה".

¹⁴ שם, בעמ' 192 (השופט מצא), 183–185 (השופט קדמי), 187–190 (השופט דורנר).

¹⁵ שם, בעמ' 183: "אני מסכים לפסק-דינו של חברי הנכבד השופט אור. לאור הנמקתו איני רואה צורך לחוות את דעתי אם סעיף 133 לחוק העונשין, כולל בחובו יסוד הסתברותי, ואם כן מהי מידת ההסתברות הנדרשת".

הצורך בנוסחת הסתברות		מהו הערך המוגן		השופטים
אין צורך	יש צורך	ממשל ומשפט	לכידות חברתית	
	1 (ודאות קרובה)		1	אור
1			1	מצא
1			1	קדמי
1			1	דורנר
			1	ש' לוי
	1 (אפשרות סבירה) ¹⁶	1		ברק (מיעוט)
	1 (אפשרות סבירה)	1		טירקל (מיעוט)

מהי הלכת פסק הדין? ברור שלפי כל הגישות לחילוף הלכה, הערך המוגן על ידי איסור מעשה ההמרדה הוא הלכידות החברתית. אך האם יש לקרוא נוסחת הסתברות אל תוך עברת ההמרדה בחוק העונשין? לפי הדרך הפורמלית-צרה לחילוף הלכה – אין צורך בנוסחת הסתברות. הלכה זו נקבעה על ידי שלושה מבין חמשת שופטי הרוב. לפי הדרך הפורמלית-רחבה לחילוף הלכה – אין הלכה מחייבת, שכן שלושה מבין שופטי הרוב אינם מגבשים רוב מבין ההרכב כולו. לפי הדרך המהותית – אין הלכה מחייבת, שכן אף עמדה לא זכתה לרוב מקרב שופטי ההרכב כולו.

כיצד קראה הפסיקה המאוחרת את הלכת **כהנא**? אין פסקי דין רבים העוסקים בעברת ההמרדה. סיבה אחת לכך היא הוספת סעיף 2ד144 לחוק העונשין. הסעיף הוסף בשנת תשס"ב ועניינו הסתה לאלימות או לטרור. סעיף זה מפחית את השימוש בסעיף 133 לחוק העונשין (מעשי המרדה) נשוא פרשת **כהנא**, ולפיכך ממזער את הבעיה של היעדר הלכה בפרשת **כהנא**. סיבה שנייה היא המדיניות של רשויות התביעה למעט בהגשת כתבי אישום במקרים מסוג זה. בכל זאת, מפסקי הדין המעטים העוסקים בעברת ההמרדה עולה כי הלכת **כהנא** הובנה באופן מוטעה. במובן מסוים, טעויות אלה, כפי שתוארנה מיד, אינן קשורות רק לנושא חיבור זה ולהבחנה בין שלוש הדרכים לחילוף הלכה. מדובר בטעויות בסיסיות יותר ביישום המיומנות המשפטית של חילוף הלכה.

בעניין **פאוצי**,¹⁷ הן המדינה-מאשימה והן השופט טעו בזיהוי הלכת **כהנא**.

¹⁶ בכפוף להערה של השופט ברק שלפיה אם הערך המוגן הוא אכן הלכידות החברתית, נוסחת ההסתברות צריכה להיות זו הדורשת "ודאות קרובה". ראו לעיל ה"ש 13.

¹⁷ ת"פ (שלום חי') 1232/06 **מדינת ישראל נ' פאוצי**, תק-של 4(08) 21657 (2008) (להלן: עניין **פאוצי**). לנסיבות המקרה ראו בפס' 1 לפסק הדין: "בעובדות כתב האישום נטען, כי בתאריך 4.8.05 בשעות אחר הצהריים, בשכונת הדרוזים בשרפעים, ירה עדן נתן זאדה למוות בנהג אוטובוס אגד קו 165 וכן בשלושה מנוסעי האוטובוס, ופצע נוסעים נוספים. סמוך לאחר מכן

המדינה טענה כי "תוכן הכרזות, מקום הדבקתן ועיתוי ההדבקה מעידים באופן חד משמעי על כך, שהדבר עלול לעורר מדנים ואיבה בין ערבים ויהודים, וזאת ברמת הסתברות של וודאות קרובה"¹⁸. המדינה הסתמכה בטענתה על הלכת **כהנא**. בית המשפט, למען הסר ספק, קבע כי "בית המשפט העליון, בפרשת **כהנא**, אימץ בדעת רוב את המבחן המחמיר של "ודאות קרובה" ודחה את המבחן המקל של "אפשרות סבירה או ממשית"¹⁹. בית המשפט מצא שוודאות קרובה אינה קיימת וזיכה את הנאשמים. כלל לא ברור כיצד הגיעו המאשימה ובית המשפט למסקנה המוטעית שלפיה דעת הרוב בפרשת **כהנא** אימצה את מבחן הוודאות הקרובה. כפי שתואר לעיל, בפרשת **כהנא** רק שלושה שופטים מתוך הרכב של שבעה קראו נוסחת הסתברות אל תוך עברת ההמרדה (שניים מהם היו שופטי המיעוט). שלושה מבין חמשת שופטי הרוב דחו את הצורך בנוסחת הסתברות כלשהי. אף לא דרך אחת מהדרכים האפשריות לחילוץ הלכה (פורמלית-צרה, פורמלית-רחבה או מהותית) אינה מובילה למסקנה המוטעית של המדינה ושל בית המשפט בעניין **פאוצי**. למעשה, כלל לא ברור מפסק הדין בעניין **פאוצי** כיצד הגיעו המדינה ובית המשפט למסקנה בלתי אפשרית זו, היינו לא ברור מהי הדרך העקרונית לחילוץ הלכה, לגישתם.

בעניין **פולק**,²⁰ נקבע בטעות כי "בדין הנוסף שהתקיים בפרשת **כהנא**, הצטרפו השופטים קדמי ודורנר [לשופט מצא] לגישה השוללת קיומו של מבחן הסתברות בעבירות המרדה, ואילו השופטים אור, לוין וטירקל הצטרפו לגישה הנשיא, כי סעיף

הותקף עדן נתן זאדה בידי חלק מההמון שהתקבץ במקום וכך נגרם מותו. בעקבות הנ"ל, ובתאריך 4.9.05 סמוך לשעה 04:30 הגיעו הנאשמים לשפרעם במכונית נהוגה ע"י נאשם 1, כשברשותם דלי דבק ומספר רב של כרזות, עליהם הופיעה תמונתו של עדן נתן זאדה מחזיק בספרו של הרב מאיר כהנא, וכן מגן דוד שצלעותיו רובים, ספר תורה וכיתוב של הפסוק "ישמח צדיק כי חזה נקם, פעמיו ירחץ בדם הרשע" וכיתוב נוסף. הנאשמים הדביקו חלק מהכרזות שהיו ברשותם, על עמודי הגשר בכניסה המערבית לשפרעם, בתחנת אוטובוס הסמוכה לצומת הכניסה, ולאורך הכביש".

¹⁸ שם, פס' 5 לפסק הדין. ראו גם: שם, פס' 29 לפסק הדין.

¹⁹ שם, פס' 27 לפסק הדין.

²⁰ ת"פ (שלום י"ם) 1281/01 **מדינת ישראל נ' פולק**, תק-של (2)07 (9199) (2007). (להלן: עניין **פולק**). לנסיבות המקרה ראו פסקה 2 לפסק הדין: "במהלך הראיון התבקשה תגובת הנאשם לפרסומים אודות ההסכם המתגבש ב"קמפ דייוויד", ובמסגרת זו צוטט הנאשם כאומר את הדברים הבאים: 'אנחנו נילחם בכל הכלים האפשריים בידינו, ויש מציאות שאם מישוהו בא מולי באלימות אני אבוא מולו באלימות, אני לא פראייר, את הלחי השניה לא אני ולא החברים שלי נתנו (צריך להיות "יתנו"). הוא לא אח שלי, הוא לא חבר שלי, הוא לא משפחה שלי, הוא אויב שלי. ראש ממשלה שיעז לשלוח חיילים עם נשק כנגד יהודים, ראש הממשלה הזה דמו בראשו. זה הכל וזה בצורה פשוטה. פשוט, מי שיעז לשלוח חייל עם נשק כלפי יהודים זה יהיה הסוף שלו. תאמין לי, אני לא הרגתי את רבין ולא אף אחד מהחברים שלי הרג את רבין. מי שהרג את רבין זה רבין. קם אחד האנשים שכאב לו ועשה את זה. אותו הדבר עם ברק'".

פרסום המרדה כולל בתוכו מבחן הסתברותי²¹. כאמור לעיל, השופט ש' לוי, אף שהסכים לפסק הדין של השופט אור, ולתוצאה שאליה הגיע, בחר במפורש שלא להביע עמדה בנוגע לצורך בנוסחת הסתברות. טעות זו של בית המשפט בעניין פולק, הובילה אותו לקרוא נוסחת הסתברות אל תוך עברת ההמרדה²². גם כאן, כמו בעניין פאוצי, נמצא שאין כל הסתברות שדברי ההמרדה יובילו לתוצאה אסורה, והנאשם זוכה²³. טעות זהה ניתן למצוא גם בעניין פדרמן²⁴, שם קבע בית המשפט בהתייחסו להלכת כהנא כי "בדיון הנוסף קבעה דעת הרוב (של השופטים ברק, אור, לוי וטירקל) כי הסעיף של פרסום המרדה כולל בתוכו מבחן הסתברותי"²⁵.

שתי עובדות מעניינות עולות מפסקי הדין בעניין פולק ובעניין פדרמן. האחת, בתי המשפט כשלו בהבנה של הלכת כהנא, בכך שפירשו את עמדת השופט ש' לוי כתומכת בצורך בקריאת נוסחת הסתברות אל תוך עברת ההמרדה. השנייה, בהינתן טעות זו בהבנת פסק הדין של השופט ש' לוי, אימצו שני פסקי הדין למעשה את הדרך המהותית לחילוץ הלכת. בשני המקרים צירף בית המשפט את שני שופטי המיעוט (השופטים ברק וטירקל) לשניים מבין חמשת שופטי הרוב (השופטים אור וש' לוי) כדי ליצור רוב של ארבעה מבין שבעת שופטי ההרכב התומך בקריאת נוסחת הסתברות לתוך עברת ההמרדה. כאמור, במקרים מסוימים זו דרך אפשרית לחילוץ הלכת, אך היא אינה מובנת מאליה והיא אינה נטולת פגמים. בית המשפט נדרש לנמק מדוע הוא בחר בדרך זו ומדוע ראוי ליישמה בנסיבות המקרה. ליתר דיוק, בית המשפט היה צריך להידרש לשאלות: האם ניתן לפצל את השאלות המשפטיות שעלו בפרשת כהנא – שכזכור, נגעו בשאלת הערך המוגן על ידי עברת ההמרדה ובשאלת

²¹ שם, פס' 28.

²² שם, פס' 30. המסקנה של בית המשפט הייתה כי "נדרש כי בכוחו של המסר המובע בדברים שהתפרסמו יהיה לגרום לשנאה עזה לשלטון או להביא לאי-נאמנות שביטוייה במעשים [...] וכל זאת – במידה שיש בה כדי לסכן באופן ממשי את סדרי השלטון והמשפט ובכך לערער באופן ממשי את יציבות המשטר או הממשל; או שיהא בכוחו של המסר המובע בפרסום להסית חלק ניכר מיושבי הארץ לפעול בדרכים אסורות על מנת לשנות דבר שיסודו בדין, וכל זאת – באופן שיהיה בו כדי לערער באופן ממשי את יציבות השלטון".

²³ שם, פס' 32 לפסק הדין: "בחנתי את דברי הנאשם שפורסמו על פי לשונם ותוכנם, על פי הקשרם ובהתאם לנסיבות בהן נאמרו ובאתי לכלל מסקנה, שהדברים שפרסם הנאשם אינם טומנים בחובם פוטנציאל ממשי להמרד, וכי לא היה בכוחם לגרום – ברמת הסתברות של קרבה לוודאות או ברמת הסתברות של אפשרות סבירה או ממשית – לערעור אושיות המשטר וסדרי השלטון. ובמלים אחרות: סברתי, כי דברי הנאשם ששובצו בכתבה אינם עולים כדי פרסום המרדה".

²⁴ ת"פ (שלום י-ם) 1831/06 מדינת ישראל נ' פדרמן, תק-של 5030 (2)09 (2009) (להלן: עניין פדרמן). לנסיבות המקרה ראו בפס' 1 לפסק הדין, שם מפורטת שורה ארוכה של התבטאויות שהיוו את העילה להגשת כתב אישום בנוגע לעברות של הסתה לגזענות, הסתה לאלמות והמרדה.

²⁵ שם, פס' 29 לפסק הדין.

נחיצותה של נוסחת הסתברות – והאם ראוי למצוא רוב מבין שופטי ההרכב כולו, כולל שופטי המיעוט, בנוגע לכל שאלה בנפרד. עניין זה יובהר להלן אגב הדיון בפרשת אלבה.²⁶

פרשת כהנא ופסקי הדין שבאו בעקבותיה שימשו דוגמה ראשונה לצורך בהכרת הדרכים השונות לחלוץ הלכה. הדוגמה השנייה והמורכבת יותר, עניינה פרשת אלבה. באמצע שנת 1994, כחודשיים לאחר הטבח במערת המכפלה, הופץ בקרב תלמידיו של הרב עדו אלבה, בכולל במערת המכפלה, תדפיס של חיבור על הנושא "בירור הלכות הריגת גוי". זו גם הייתה כותרת החיבור. בכותרת משנה נאמר כי החיבור "נכתב אחרי בירור ההלכות עם אחד מגדולי הפוסקים שבדור, להצדקת מסקנותיו ההלכתיות". בכותרת נוספת נאמר כי "אין כאן פסיקת הלכה, אלא העלאת הדברים לעיון ולהעמקה בלבד לפני תלמידי חכמים". לגופם של דברים, מחבר החיבור ביקש למצוא היתר הלכתי להריגת גויים. מבין המסקנות ההלכתיות שאליהן הגיע המחבר, שתיים מהמרכזיות הן כי האיסורים של "לא תרצח" ו"שופך דם האדם" אינם נוגעים ליהודי שהורג מי שאינו יהודי, וכי במלחמה מצווה להרוג כל גוי מהעם שנלחמים עמו, כולל נשים וילדים. הרב אלבה הורשע, בין השאר, בעברה של פרסום הסתה לגזענות, לפי סעיף 144ב(א) לחוק העונשין. הערעור על ההרשעה נדחה ברוב של חמישה שופטים (השופטים ברק, כץ, גולדברג, מצא ודורנר) מול שניים (השופטים טל וטירקל).

סעיף 144ב(א) לחוק העונשין קובע כי: "המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות, דינו – מאסר חמש שנים". על רקע סעיף זה עלו בערעור כמה שאלות משפטיות. לצורך הדיון נתמקד בשתיים מהן. השאלה הראשונה הנה מהו "פרסום דבר" לעניין סעיף 144ב(א) לחוק העונשין: האם כל "דבר" שהוא או רק "דבר" בעל תוכן גזעני. היינו, האם הביטוי האסור יכול להיות כל ביטוי שהוא ובלבד שפורסם מתוך מטרה להסית לגזענות או שעליו להיות ביטוי בעל תוכן גזעני שפורסם מתוך מטרה להסית לגזענות. השאלה השנייה הנה האם סעיף 144ב(א) לחוק העונשין דורש נוסחת הסתברות כלשהי, ואם כן – מהי. היינו, האם יש להוכיח שישנה הסתברות כזו או אחרת שה"דבר" שפורסם מתוך מטרה להסית לגזענות אכן ישיג את מטרתו או שדי בפרסום הדבר מתוך מטרה להסית. על רקע שתי שאלות אלה ניתן למצוא בפרשת אלבה שלוש גישות עיקריות:²⁷

²⁶ ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221 (1996) (להלן: פרשת אלבה). לדיון מפורט בפסק הדין ראו: מרדכי קרמניצר "פרשת אלבה: 'בירור הלכות הסתה לגזענות'" משפטים ל 105 (1999).

²⁷ החלוקה לגישות אלה אינה חד-משמעית ולו רק משום חוסר בהירויות בפסקי הדין של חלק מהשופטים. כך, למשל, לא לגמרי ברור אם השופטת דורנר דורשת ביטוי בעל תוכן גזעני או שלגישתה די בפרסום שהוא ניטראלי לכאורה (ראו גם אצל קרמניצר, שם, בעמ' 116). עם זאת, נדמה שגישות אלה משקפות היטב ובמדויק ככל שניתן את עמדות השופטים בפסק הדין.

לפי הגישה האחת, סעיף 144ב(א) לחוק העונשין אוסר על ביטוי גזעני, שפורסם על מנת להסית לגזענות, ובתנאי שישנה "ודאות קרובה" או "הסתברות קרובה לוודאות" שהפרסום אכן יסית לגזענות או יביא לגילויי גזענות ולפגיעה בשלום הציבור. בגישה זו החזיקו השופט ברק (כאחד משופטי הרוב) והשופטים טל וטירקל (שני שופטי המיעוט).

לפי הגישה השנייה, הסעיף אוסר על ביטוי גזעני שפורסם על מנת להסית לגזענות, ללא צורך בנוסחת הסתברות כלשהי. זו גישתו של השופט גולדברג (אחד משופטי הרוב).

לפי הגישה השלישית, הסעיף אוסר על כל ביטוי שהוא, ובלבד שפורסם על מנת להסית לגזענות, ללא צורך בנוסחת הסתברות כלשהי. זו גישתם של השופטים כך, מצא ודורנר – כולם חלק משופטי הרוב.

הטבלה הבאה מסכמת את עמדות השופטים בשתי הסוגיות.

הצורך בנוסחת הסתברות		מהו הביטוי האסור		השופטים
אין צורך	יש צורך	רק ביטוי גזעני	כל ביטוי שהוא	
	1 (ודאות קרובה)	1		ברק
1		1		גולדברג
1			1	כך
1			1	מצא
1			1	דורנר
	1 (ודאות קרובה)	1		טל (מיעוט)
	1 (ודאות קרובה)	1		טירקל (מיעוט)

מהי הלכת פסק דין? לפי הגישה הפורמלית-צרה, ההלכה היא שהסעיף אוסר על כל ביטוי שהוא, ובלבד שפורסם על מנת להסית לגזענות, ללא צורך בנוסחת הסתברות כלשהי. הלכה זו משותפת לשלושה מבין חמשת שופטי הרוב (השופטים כך, מצא ודורנר), כלומר לרוב השופטים מתוך דעת הרוב. לפי הגישה הפורמלית-רחבה, אין כאן הלכה מחייבת, שכן אין רוב מתוך דעת הרוב, שהוא גם רוב מבין שופטי ההרכב כולו, המחזיק באותה עמדה. גם לפי הגישה המהותית, המאתרת הסכמות בקרב ההרכב כולו, אין כאן הלכה מחייבת, שכן אף עמדה לא זכתה לתמיכה של ארבעה שופטים לפחות.

הניתוח שלעיל התבסס על ההנחה שיש להתייחס לתשובות השופטים לשתי השאלות המשפטיות השונות כאל תשובות בלתי ניתנות להפרדה. זו אינה הנחה מובנת מאליה. לצורך הדוגמה הנדונה כאן, הלכת אלבה מורכבת משתי תשובות

לשתי שאלות משפטיות שונות. עניינה של האחת הוא פרשנות המילה "דבר" (האם כל "דבר" או רק "דבר" בעל תוכן גזעני). עניינה של השנייה הוא הצורך בנוסחת הסתברות. השאלה היא האם לצורך ניסוח ההלכה יש להתייחס לתשובת כל שופט לשתי השאלות הללו כאל תשובה אחת, בלתי ניתנת להפרדה, או שמא יש לבחון את תשובות השופטים לכל אחת מהשאלות הללו בנפרד – ורק אז לחבר את התשובות להלכה אחת מחייבת.

אם ניישם את הגישה המהותית לחילוץ הלכה, המאותרת הסכמות מהותיות-משפטיות בין כל חברי ההרכב תוך התעלמות מהחלוקה בין דעת רוב לבין דעת מיעוט, ואם נפריד בין שתי השאלות המשפטיות העולות בפסק הדין, הרי שהלכת **אלבה** תיקרא כך: העברה בחוק העונשין אוסרת על ביטוי בעל תוכן גזעני, שפורסם על מנת להסית לגזענות, ללא צורך בנוסחת הסתברות. ארבעה שופטים מתוך השבעה (השופטים ברק, גולדברג, טל וטירקל) דורשים שהדבר שפורסם יהיה בעל תוכן גזעני דווקא. ארבעה שופטים מתוך השבעה (השופטים גולדברג, בן, מצא ודורנר) אינם קוראים אל תוך החוק נוסחת הסתברות. פיצול שתי השאלות המשפטיות, מציאת רוב לתשובה לכל אחת מהן בנפרד ואיחוד שתי התשובות מוביל להלכה זו.

אם כך, מהי הלכת פסק הדין? התייחסות לתשובות השופטים לשאלות המשפטיות כתשובות בלתי ניתנות להפרדה הובילה למסקנה שלפי הגישה הפורמלית-רחבה, כמו גם לפי הגישה המהותית, אין הלכה בפסק הדין. לפי הגישה הפורמלית-צרה ישנה הלכה, שלפיה החוק אוסר לפרסם "דבר" בעל כל תוכן שהוא, ובלבד שפורסם על מנת להסית לגזענות, ללא צורך בנוסחת הסתברות כלשהי. אבל רק שלושה שופטים מבין שבעת שופטי ההרכב מחזיקים בעמדה זו (השופטים בן, מצא ודורנר). כפי שצוין לעיל, ראוי לפקפק בלגיטימיות של הלכה שרק מיעוט משופטי ההרכב שותף לה. התייחסות לתשובות השופטים לשאלות המשפטיות כתשובות ניתנות להפרדה הובילה למסקנה שלפי הגישה המהותית, ההלכה הנה שהעברה בחוק העונשין אוסרת רק פרסום "דבר" בעל תוכן גזעני, שפורסם מתוך מטרה להסית לגזענות, ללא צורך בנוסחת הסתברות. אלא מאי? מבין שבעת שופטי המותב, רק השופט גולדברג החזיק בעמדה זו. אף אחד מששת השופטים האחרים אינו מסכים להלכה זו, לא במפורש ולא במשתמע. נדמה שאין זה מובן מאליו לקבוע שהלכת פסק הדין היא זו שרק שופט אחד מתוך שבעה מצדד בה.²⁸

עניין זה מעלה שאלה עקרונית: האם נכון מבחינה משפטית לבחון בנפרד את תשובות השופטים לכל אחת מהשאלות המשפטיות העולות בפסק הדין ולאחר מכן

²⁸ מובן שארבעה מתוך חמשת שופטי הרוב, שהם גם רוב מבין ההרכב כולו, מסכימים שהעברה בחוק העונשין אוסרת פרסום "דבר" בעל תוכן גזעני, שפורסם על מנת להסית לגזענות, ללא צורך בנוסחת הסתברות (השופטים גולדברג, בן, מצא ודורנר). אולם שלושה מהם (השופטים בן, מצא וגולדברג) אינם סבורים שהעברה בחוק העונשין אוסרת רק על פרסום "דבר" בעל תוכן גזעני, שפורסם על מנת להסית לגזענות, ללא צורך בנוסחת הסתברות.

לחבר את התשובות להלכה אחת מחייבת. נדמה שבמקרים מסוימים התשובה לכך היא שלילית. הנימוקים לכך הם שניים. הנימוק האחד, עניינו "מבחן התוצאה". השני, עניינו "מבחן כוונת המנמק". לפי מבחן התוצאה, הרי אם הדרך המוצעת לחילוץ הלכה מובילה לתוצאה בלתי מתקבלת על הדעת שלפיה הלכת פסק הדין היא זו שרק מיעוט מבין שופטי ההרכב מחזיק בה, הרי דרך זו אינה דרך ראויה לחילוץ הלכה. לפי "מבחן כוונת המנמק", בהחלט ייתכן שהשופט שענה על שתי שאלות משפטיות שונות בפסק דינו קישר, במפורש או במשתמע, בין שתי התשובות לשאלות וראה בהן מקשה אחת בלתי ניתנת להפרדה. ייתכן שתשובה אחת תלויה בתשובה האחרת או שבחירה בשתי התשובות האלה דווקא ורק בשתייהן יחדיו משקפת בעיני השופט את האיזון הראוי במקרה המסוים.

דוגמה טובה לכך ניתן למצוא בפרשת **כהנא** שתוארה לעיל. השופט ברק, בפסק דינו בדיון הנוסף, קבע כי הערך המוגן על ידי עברת ההמרדה הוא הערך של סדרי הממשל והמשפט.²⁹ נוסף על כך, קבע השופט ברק כי יש לקרוא אל תוך סעיף ההמרדה בחוק העונשין נוסחת הסתברות של "אפשרות סבירה". עם זאת, משנוכח השופט ברק כי רוב שופטי ההרכב סבור כי הערך המוגן על ידי עברת ההמרדה הוא לא רק סדרי הממשל והמשפט, אלא גם הערך של לכידות חברתית, הוא טרח להוסיף כי בהנחה שאכן הלכידות החברתית היא הערך המוגן, נוסחת ההסתברות הראויה היא לא רק "אפשרות סבירה", אלא "ודאות קרובה".³⁰ אכן, לפי השופט ברק, התשובות לשאלות השונות שעלו בדיון הנוסף תלויות זו בזו. ערנות שיפוטית של השופט ברק במקרה זה הבהירה נקודה זו לקוראי פסק הדין. במקרה אחר הדברים לא ייאמרו מפורשות, ועל הקורא הזהיר מוטלת המשימה לבחון עד כמה ניתן לפצל את הלכת פסק הדין לכמה שאלות – למצוא רוב לכל שאלה בנפרד – ולאחד את התשובות להלכה כוללת.

כדי להבהיר עניין זה ניתן להשתמש בוואריאציה פשוטה על פרשת **אלבה**. הניחו שמבין הרכב של שבעה שופטים, שלושת שופטי המיעוט קובעים כי החוק אוסר פרסום כל "דבר" שפורסם על מנת להסית לגזענות, ובתנאי שישנה "ודאות קרובה" או "הסתברות קרובה לוודאות" שהפרסום אכן יסית לגזענות. שופט אחד מבין שופטי הרוב קובע שהחוק אוסר פרסום כל "דבר", שפורסם על מנת להסית לגזענות אך ללא צורך בנוסחת הסתברות כלשהי. שלושת שופטי הרוב הנותרים קובעים שהחוק אוסר פרסום דבר בעל תוכן גזעני, שפורסם על מנת להסית לגזענות, אך ללא צורך בנוסחת הסתברות כלשהי. גם כאן הטבלה הבאה עשויה לעזור:

29 לעיל ה"ש 11.

30 לעיל ה"ש 13.

הצורך בנוסחת הסתברות		מהו הביטוי האסור		השופטים
אין צורך	יש צורך	רק ביטוי גזעני	כל ביטוי שהוא	
	3 (ודאות קרובה)		3	3 שופטי מיעוט
1			1	1 שופט רוב
		3		3 שופטי רוב

פיצול שתי השאלות, מציאת רוב לתשובה לכל אחת מהן וחיבור התשובות להלכה מחייבת יובילו כולם למסקנה שההלכה היא שיש צורך בפרסום "דבר" כלשהו (לפי שלושת שופטי המיעוט ואחד משופטי הרוב) ושאינן צורך בנוסחת הסתברות (לפי ארבעת שופטי הרוב). הכללת שופטי המיעוט בקביעת ההלכה במקרה זה עשויה להיות מוטעית, שכן בהחלט ייתכן ששופטי המיעוט הסכימו שיש צורך בפרסום "דבר" כלשהו ולא "דבר" בעל תוכן גזעני דווקא, רק בתנאי שתיקרא אל תוך העברה הפלילית נוסחת הסתברות. בעיניהם, זהו האיזון הראוי בין חופש הביטוי לבין הערכים המוגנים על ידי העברה הפלילית. הפרדת תשובותיהם לשאלות המשפטיות אינה משקפת את דעתם המלאה והאמיתית בעניין זה ואינה יכולה לשמש דרך ראויה לחילוץ הלכה.

שאלה מעניינת בהקשר זה הנה כיצד הערכאות התחתונות – ובית המשפט העליון עצמו – ניסחו את הלכת **אלבה** בפסיקה מאוחרת. סקירת הפסיקה לאחר פרשת **אלבה** מלמדת על נטייה ברורה של בית המשפט לקרוא את הלכת **אלבה** כך: האיסור להסית לגזענות אוסר על פרסום דבר בעל תוכן גזעני מובהק, אם פורסם על מנת להסית לגזענות, ואין צורך ביישום נוסחת הסתברות או באפשרות התרחשותה של תוצאה כלשהי.³¹ זהו למעשה יישום של הדרך המהותית לחילוץ הלכה, וכפי

³¹ מסקירה של עשרה פסקי דין שנפסקו בשנים האחרונות ולאחר פסק הדין בפרשת **אלבה** (לעיל ה"ש 26) עולה כי בנוגע לשאלה "האם האיסור להסית לגזענות חל על פרסום כל דבר או רק על דבר בעל תוכן גזעני", בשישה פסקי דין נקבע כי האיסור חל רק על דבר בעל תוכן גזעני. ארבעה פסקי דין לא עסקו במפורש בשאלה, אך הביטוי שנדון שם היה בעל תוכן גזעני מובהק. בנוגע לשאלה "האם האיסור להסית לגזענות דורש יישום נוסחת הסתברות כלשהי", בחמישה פסקי דין לא הייתה התייחסות מפורשת לשאלה זו, אך בפועל לא יושמה נוסחת הסתברות, בארבעה נקבע מפורשות כי אין צורך בנוסחה כזו ובאחד התשובה שניתנה לא לגמרי ברורה. ראו: ת"פ (שלום י"ם) 3709/02 **מדינת ישראל נ' כהן**, תק"ש של (2)04 (2004) 7457; ת"פ (שלום כ"ס) 2110/03 **מדינת ישראל נ' פנירי**, תק"ש של (1)05 (2005) 826; ע"פ (מחוזי ת"א) 71624/05 **פנירי נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 9.8.2007); ת"פ (שלום י"ם) 4066/07 **מדינת ישראל נ' אופן**, תק"ש של (1)09 (2009) 17591; ת"פ (שלום כ"ס) 3154/05 **מדינת ישראל נ' חנוך**, תק"ש של (3)06 (2006) 17610; ת"פ (שלום י"ם) 4437/06 **מדינת ישראל נ' פדרמן**, תק"ש של (2)08 (2008) 16160; ת"פ (שלום י"ם) 1122/05 **מדינת ישראל נ' בלומברג**, תק"ש של (2)06 (2007) 4507; ת"פ (שלום י"ם) 5120/05 **מדינת ישראל נ' עבדי**, תק"ש של (3)07 (2007) 24499; ע"פ (2006)

שנאמר לעיל, מבין שבעת השופטים בפרשת **אלבה**, השופט גולדברג הוא היחיד שניסח את הלכת פסק הדין באופן שתואר לעיל (השופטים ברק, טל וטירקל דרשו קריאת נוסחת הסתברות אל תוך החוק, ואילו השופטים בך, מצא ודורנר הסתפקו בפרסום דבר כלשהו ולא דבר בעל תוכן גזעני דווקא).

אם ישנה הלכה שניתן לחלץ מפרשת **אלבה**, זו אכן ההלכה. עם זאת, יש להיות מודעים לכך שהלכה זו נוסחה לאחר פירוק השאלות המשפטיות השונות שעלו בפסק הדין – ומציאת רוב מבין כלל שופטי ההרכב לכל שאלה בנפרד. זו אינה הדרך היחידה לחלץ הלכה, והיא אינה מובנת מאליה. בפרשת **אלבה**, הלכה זו היא באופן מובהק פשרה בין שלושה שופטים שקבעו הגנה רחבה על חופש הביטוי (בדרישה לפרסום דבר גזעני דווקא ובדרישה לנוסחת הסתברות) לבין שלושה שופטים שקבעו הגנה צרה (בדרישה לפרסום כל דבר ובויתור על נוסחת הסתברות). עדיין מתעורר קושי מהעובדה שהלכת פשרה זו הייתה מקובלת רק על שופט אחד מתוך שבעה שישבו באותו מותב. במקרים אחרים, כמו במקרה שתואר לעיל כוואריאציה על פרשת **אלבה**, יהיה זה מוטעה לחלוטין מבחינה משפטית לבחון בנפרד את תשובות השופטים לכל אחת מהשאלות המשפטיות העולות בפסק הדין ולאחר מכן לחבר את התשובות להלכה אחת מחייבת.

ה. סיכום

בחיבור זה נטען כי ישנן שלוש דרכים עיקריות לחלץ הלכה מפסק דין שניתן על ידי מותב של יותר משלושה שופטים. הדרך האחת כונתה "דרך פורמלית צרה", שלפיה נדרשת זהות בהנמקה בקרב רוב השופטים מתוך דעת הרוב. זו דרך בעייתית, משום שההלכה המחולצת לפיה עשויה להיות משותפת למיעוט משופטי ההרכב כולו. הדרך השנייה, שכונתה "דרך פורמלית רחבה", דורשת זהות בהנמקה בקרב רוב השופטים מתוך דעת הרוב, שהם גם רוב השופטים מבין ההרכב כולו. לא ניתן לפקפק בלגיטימיות של דרך זו, גם אם יישומה ירבה את המקרים שבהם נאלץ לקבוע שלא ניתן לחלץ הלכה מפסק הדין. הדרך השלישית, שכונתה "דרך מהותית", דורשת זהות בהנמקה בקרב רוב שופטי ההרכב כולו, ללא קשר להיותם חלק מדעת הרוב או מדעת המיעוט. דרך זו מאתרת זהות בהנמקה ללא קשר לתוצאה. ככלל, קשה לפקפק בלגיטימיות של הלכה שנפסקה על דעת רוב מספרי של שופטי ההרכב, הגם שלא הגיעו לאותה תוצאה. עם זאת, יישום דרך זו במקרים היפותטיים וכן בפסיקה של בית המשפט העליון הראה כי יש ליישם דרך זו באופן מושכל תוך מודעות לקיומם של מקרים שבהם יישומה יהיה מוטעה מבחינה משפטית.

(מחוזי י"ם) 2065/08 בן-גביר נ' מדינת ישראל, תק"מ 08 (3) 15781 (2008); רע"פ 9066/08 בן-גביר נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 7.12.2008).

לפיכך, בעת חילוץ הלכה מפסקי דין הניתנים במותבים רחבים, מוצע ליישם תחילה את הדרך הפורמלית-רחבה לחילוץ הלכה. במקרים שבהם לא תימצא הלכה על פי דרך זו, מוצע לבחון גם אם ניתן לחלץ הלכה לפי הדרך המהותית. יש לשים לב כי אם ישנה הלכה לפי הדרך הפורמלית-רחבה, זו ההלכה היחידה האפשרית. כעניין שבעובדה, לא ניתן למצוא הלכה אחרת במקרה זה לפי הדרך המהותית. אם רוב השופטים מבין דעת הרוב, שהם גם רוב השופטים מההרכב כולו, הגיעו לאותה תוצאה מאותה הנמקה, ההתחשבות בדעת המיעוט אינה מעלה ואינה מורידה. לפיכך לא יכולה להיות סתירה בין הלכה המתקבלת לפי הדרך הפורמלית-רחבה לבין הלכה המתקבלת לפי הדרך המהותית. קיום הלכה לפי הדרך הפורמלית-רחבה בהכרח מאיין את האפשרות למציאת הלכה אחרת לפי הדרך המהותית. החשיבות של הדרך המהותית למציאת הלכה עולה במקרים שבהם אין הלכה לפי הדרך הפורמלית-רחבה. במקרים אלה, ואם הפנייה לדרך המהותית אפשרית בנסיבות המקרה, יהיה ניתן לחלץ הלכה מפסק הדין ולהימנע מקביעה שלפיה לא עולה הלכה מפסק הדין.

המודעות לצורך בפנייה לדעת המיעוט במסגרת ניסוח הלכת פסק הדין (לא רק בנוגע למותבים רחבים, אלא גם בנוגע למותבים של שלושה), המודעות לקיומן של הדרכים השונות לחילוץ הלכה והמודעות למשמעות של הבחירה בכל אחת מהן – עשויות להפחית את המקרים שבהם נטעה בניסוח הלכה שיפוטית, טעות שכמוה טעות בהבנת החוק.