

בקשת רשות ערעור – הלכה ואין מורין כן *

מאת

נועם סולברג

א. מבואן ב. בר"ע נדונה פורמלית כבקשה, אך מהותית כערעור
גופני ג. העדר נימוק לדחיית בר"ע או קבלתה, ושיטת הסינון ד.
הסבר אפשרי ה. סוף דבר.

א. מבוא

הלכת חניון חיפה¹ מהווה פסק-דין המנחה לעניין בקשת רשות ערעור. מ"מ הנשיא (כתוארו אז) שמגר סומך את ידיו על דברי זקן השופטים של ארצות-הברית W.H. Taft:

No litigant is entitled to more than two chances, namely to the original trial and to a review and the intermediate courts of review are provided for that purpose².

הגחת-היסוד היא, שכל עניין המובא לפני בית-משפט יידון בדרך-כלל לפני שתי ערכאות.

...תמצית השפיטה היא בהכרעה. לציבור בכלל ולמתדיינים בפרט יש ענין בסיומה של ההתדיינות ע"י ההכרעה בה. כל הסדר חקיקתי ממוסד אינו אלא פשרה בין הרצוי והאופטימלי מבחינת הראות הסובייקטיבית של צד פלוני לבין בר הביצוע מבחינה אובייקטיבית: תולדתה של הפשרה היא בעיצובה של השיטה הנ"ל בידי המחוקק, לפיה בא ההליך השיפוטי בדרך כלל למיצויו ע"י הדיון בו בשתי ערכאות³.

* הדברים מבוססים על עבודה שנמסרה לפרופ' א' הרבון במסגרת הקורס "דיון פלילי". תודתי הנאמנה לו, כמו-כן נתונה תודתי לגב' שרית כהן ולעורכי משפטים על הערותיהם המועילות.

- 1 ר"ע 103/82, חניון חיפה בע"מ נ' מצא אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו (3) 123.
- 2 עדות בפני הוועדה לענייני חקיקה של בית-הנבחרים (Judiciary Committee), כמצוטט ב-"2 H. R. 10479, 67th Congress 2nd Session (מתוך ההחלטה בעניין חניון חיפה [לעיל], הערה 1], 125).
- 3 שם, עמ' 126.

יתר על כן:

עשיית הצדק אף איננה מחייבת ברור כה מקיף של כל ענין.⁴

עם זאת, פתח המחוקק "פתח מותחם וצר לערעור על פסק דינו של ביהמ"ש המחוזי שישב בערכאת ערעור"⁵. הנשיא שמגר החל בעניין חנין חיפה בהתוויית הדרך להבהרת הקריטריונים שבהם עניין צריך לעמוד כדי שיוכת להידון בערכאה שלישית. החל — קבענו — כי כדבריו לא ניתן להגדיר מראש ובאופן ממצה את כל סוגי המקרים שבהם תוענק רשות לערער. תמציתה של הלכת חנין חיפה היא, כי אמת-המידה שעל-פיה יוכרע בבקשה היא חשיבותו הציבורית והמשפטית של הנרשא הנדון, גיבוש ההלכה, איחודה והבהרתה. ואמת-המידה אינה אם על בית-המשפט שדן בבר"ע מקובלת התוצאה שאליה הגיעה הערכאה הקודמת.

בית-המשפט העליון חזר ומאשר את הלכת חנין חיפה⁶, אך למעשה היישום בפסיקת הנשיא שמגר ומ"מ הנשיא מ' בן-פורת (שמונתה לצורך זה על-ידי הנשיא, כמצוות סעיף 41(ב) לחוק) לא בהכרח תואם את ההלכה שנקבעה. להלן נחלק את דברינו לשניים: ראשית, נצביע על סטיות אחדות שלצורך הבהרתן יהיה עלינו לבחון כמה דוגמאות עובדתיות. שנית, נבחן את הלכת הבר"ע ומקומה באופן הרצוי על-פי אופי החוק היום. קישורם של שני חלקי הרשימה יהווה, כמדומה, פרספקטיבה נאותה להסקת מסקנות:

ב. בר"ע נדונה פורמלית כבקשה, אך מהותית כערעור גופו

המבקש ר"ע בעניין מזרחי⁷ הורשע במותה של נהגת-רכב ובפציעת נוסעי רכבה. הדבר קרה בתאונת-דרכים שבמהלכה עלה המבקש על אי-תנועה שחצה כביש ופגע ברכב שבא ממול. לטענת המבקש, יש במעשי המנוחה רשלנות-רבת, שכן היא יכולה לעצור או להפנות רכבה כשראתה את רכבו בא מולה ובכך למנוע את התאונה. הנשיא שמגר מגדיר טענה זו כגובלת בעזות-מצח: "אין בטענה זו מאומה", ומפרט ארבעה נימוקים:

ראשית, בהליך הפלילי נבחנת התנהגותו של הנאשם ולענין אחריותו הפלילית אין משמעות לרשלנות תורמת. שנית, מול רשלנות כגון זו של המבקש לא ניתן היה לראותו פטור מאחריות עקב כך שקרבן העבירה לא הצליח להמלט בעוד מועד. שלישית, לאור אופי המעשה גם אין ממש בטענה, כי נותק הקשר הסיבתי. רביעית, ובכך העיקר — אין לגלות בנסיבות מקרה זה חוסר זהירות כלשהו בהתנהגות המנוחה...⁸

4 שם, עמ' 125.

5 שם. הכוונה לסעיף 41(ב) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984 (להלן: החוק). בדברינו להלן לא נדון בערעור ברשות על החלטה אחרת של בית-משפט מחוזי בעניין אזרחי — נושא שלא נדון בעניין חנין חיפה.

6 ראה לאחרונה ר"ע 97/87 ענתבי ואח' נ' בקר, פ"ד מא(2) 697, 700 ועוד לרוב.

7 ר"ע 226/86 יוסף מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(2) 305.

8 שם, עמ' 306.

ארבעה נימוקים הביא הנשיא שמגר לדחיית הבר"ע. טענתי היא, שאין בנימוקים אלה כדי מתן הסבר לדחיית בר"ע, כי אם לדחיית הערעור גופו. פורמלית, אין הנשיא שמגר דן בבקשה לר"ע כבערעור גופו, אך מהותית כך הוא נוהג. אין דוגמא זו אלא אחת מתוך הרוב הגדול של בקשות ר"ע המתפרסמות שנדונות למעשה כערעור אף שלא נקבע בהן שהערעור נדחה, כי אם הבר"ע נדחת. בבר"ע היינו מצפים למצוא בהחלטת בית-המשפט דיון והכרעה בשאלת כובד-משקלו הציבורי של העניין הנדון, חשיבותו לגיבוש ההלכה ואיחודה, חשיבותו הקונסטיטוציונית של העניין וכיו"ב. בנימוקים העולים מהלכת חניון חיפה. רק לאחר שהעניין הנדון עבר את המשוכה הגבוהה הנ"ל, הגיעה שעתם של הנימוקים שלגופו של עניין, כך שארבעת הנימוקים בעניין מזרחי הנ"ל הובאו טרם זמנם ושלא לצורך.⁹ כל עוד לא נחרץ גורלו של העניין להידון בערכאה נוספת אין מקום להיכנס לעובי הקורה. המציאות היא, שרוב בר"ע אמנם נדחות¹⁰ וכך בית-המשפט העליון נשאר נאמן לקביעתו שהפתח יחא צר ומותחם, אך דחיית הבקשות לא מתבססת על נימוקים שנקבעו כרלבנטיים לגבי בר"ע, כי אם נימוקים שלגופו של עניין.

דוגמא נוספת¹¹: בית-המשפט השלום זיכה את המבקש בשל כך שהתובע לא התייצב למשפט. בית-המשפט המחוזי קיבל את ערעור המדינה וביטל את הניכוי. מכאן הבקשה לר"ע. הנשיא שמגר דן בניגוד האינטרסים שבמקרה זה: מחד גיסא, האינטרס הציבורי שהמשפט הפלילי שהוגש יתברר ושהנאשם לא יזוכה בגלל אי-התייצבותו של התובע. מאידך גיסא, שלא יבוזבו זמנו של בית-המשפט לריק ושלא ייגרם עינוי-דין לנאשם: "הכרעה בין שני אינטרסים אלה תהא מושפעת בהכרח מנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, מטיב העבירה ומחומרתה". ובשולי דבריו הנשיא מוסיף: "לא הסתבר לי גם במה חשיבותו הכללית של העניין שלפנינו כאמור בבר"ע 103/82 (הלכת חניון חיפה – תוספת שלי, נ' 8) שיהיה בו כדי להצדיק הבאתו לפני ערכאה ערעור נוספת ברשות"¹². ואנו נקשה, ממה נפשך: אם חשיבות העניין אינה עולה כדי הצדקת הבאתו לפני ערכאת-ערעור נוספת, הרי שזהו הנימוק היחיד והמיוחד לדחיית הבר"ע וכל הדיון לגבי שני האינטרסים המתנגשים אינו עניין לבר"ע!¹³ אבל אם דיון כזה טמונה בו חשיבות, הרי שיש לקבל את הבר"ע, לדון במסגרת הערעור בניגוד האינטרסים האמור

9 אין בשום אופן כוונה להטיל ספק בחשיבות דברי אגב, אך לאלו יש לתפור את המקום הראוי להם. וראה להלן טקסט מעל להערה 31. נוסף על כך, הנמקה לגופו של עניין עשויה להועיל לסיפוק תחושותיו של בעל-הדין – אולי יותר מאשר דחייה טכנית-פורמלית של הבר"ע. אך אף-על-פי-כן הפרופורציה חייבת להישמר בין ההלכה הנובעת מההחלטה לבין הערות-אגב; שאם לא כן – בקשת רשות ערעור תדמה יותר ויותר לערעור עצמו, וזה אינו ייעודו של תהליך.

10 שיעור בקשות ר"ע המתקבלות עומד על כ-15%. בתחום האזרחי נתקבלו בשנת 1985 88 בר"ע ונדחתו 496. בשנת 1986 נתקבלו 93 לעומת 508 בר"ע שנדחו: פטסיסיקה משפטית (ירושלים, 1985, 1986).

11 ר"ע 779/85 וזאן נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(1) 27.

12 שם, עמ' 28.

13 בכפיפות לאמור לעיל, הערה 9. כאמור, מגמת ההנמקה שלגופו של עניין מאפיינת את רוב ההחלטות לגבי בר"ע. בעבר (מיד לאחר שניתנה ההחלטה בעניין חניון חיפה) נוספה הנמקה פרוצדורלית בשולי הדברים כדלעיל, ובעת האחרונה – אף זאת כמעט שלא.

ובמידת הצורך לדחות את הערעור! כפרעל יוצא מבחינתו המהותית של העניין הנדון, נכשל בית-המשפט העליון שוב ושוב בלאו שקבע לעצמו: הנשיא שמגר דן בבר"ע בסגנון הנ"ל, שנראה כדיון בערעור גופו ובסוף דבריו: "לאור האמור לעיל, איני סבור, כי יש לגלות משגה כלשהו בהכרעותיהן של הערכאות שקדמו לנו והייתי דוחה את הבקשה"¹⁴.

לא נחטא לאמת, אם נסיק מכך שהנימוק לדחיית הבר"ע נעוץ באי-קיומו של משגה בהכרעותיהן של הערכאות הקודמות. האם זהו נימוק לדחיית בר"ע? והרי מפיו של הנשיא אנו חיים, וכה אמר הנשיא בעניין חניון חיפה: "אמת המידה על פיה יוכרע בבקשה, אינה אם אכן מקובלת על ביהמ"ש שדן בבקשת הרשות לערער, התוצאה אליה הגיעה הערכאה הקודמת"¹⁵. שוב ושוב הנשיא ומ"מ הנשיא, בבוחנם את הבר"ע, ניגשים לבחון את החלטת הערכאות הקודמות¹⁶: "כפי שאמר בצדק שופט ביהמ"ש קמא... גם בשאר טעמיו צדק השופט המלומד. הבקשה נדחית"¹⁷. והדברים עומדים בסתירה ברורה להלכה ש"אין אני עוסק בשאלה אם צדק בית-המשפט המחוזי אם לאו"¹⁸.

ג. העדר נימוק לדחיית בר"ע או קבלתה, ושיטת הסינון

הנשיא שמגר אומר בעניין חניון חיפה: "מתבקשת קביעתן של אמות מידה שפוטיות כדי שתעלה מתוכן מגמה אשר פישרה נהיר לפונים אל הערכאה המוסמכת לכך — מראש ולא לאחר מעשה בבקשם רשות לערער"¹⁹. כסבורים היינו שמעתה יוחל בהתוויית דרך זו, בקביעתן של אמות-מידה שיפוטיות, ולא היא. הנשיא שמגר, הדוחה את הרוב המוחלט של הבקשות לר"ע, עושה זאת כפי שהוצג לעיל מנימוקים לגופו של עניין. מ"מ הנשיא, מ' בן-פורת, בעת שנעתרה לבר"ע, פסחה על הנמקה לעצם קבלת הבקשה ויצאה ידי חובתה במשפט המקדים את החלטתה לגבי עצם הערעור: "בתוקף סמכותי לפי תקנה 410 לתקנות סדר הדין האזרחי התשמ"ד—1984 החלטתי לדון בבקשה לערעור כבערעור"²⁰. אך האם אכן יצאו ידי חובתם? ²¹ תקנה 192

14 ר"ע 30/86 פ.א.ב. שריתים בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(1) 249, 252.

15 (לעיל, הערה 1), 127.

16 ראה, למשל, ר"ע 517/85 תמ"י לוי'ס נ' קסירר דיאמונדס נ.ו. תאגיד בלגי, פ"ד לט(4) 167;

ר"ע 42/86 אי גוון פז ואח' נ' אי גרינבלט ואח', פ"ד מ(1) 284; ר"ע 675/85 מדינת ישראל

נ' דוד סרופי, פ"ד לט(4) 519, ועד לרוב. וחשוב להדגיש: המגמה השלטת של חקירה

ודרישה בהחלטות הערכאות הקודמות אינה עומדת בהכרח בסתירה להלכת חניון חיפה,

אלא שהנטייה לראות בה כשלעצמה מבחן למתן ר"ע היא שסותרת את הלכת חניון חיפה.

17 ר"ע 330/85 מנחם אלבו ואח' נ' רבינטקס תעשיית בע"מ ואח', פ"ד לט(2) 556, 558.

18 ר"ע 648/78 (לא פורסם) מפי השופט זוסמן. אושר לאחרונה על-ידי הנשיא שמגר בר"ע

97/87 (לעיל, הערה 6), 700.

19 (לעיל, הערה 1), 126.

20 למשל: ר"ע 694/86 ת' הרשקוביץ ואח' נ' ש' הרשקוביץ, פ"ד מא(3) 337; ר"ע 695/85

עזובן יצחק הדסאי מורטנפלד ז"ל נ' בן יאיר השרון בע"מ ואח', פ"ד מ(1) 337.

21 אכן, בוודאי הסמכות לדון בבר"ע כבערעור קיימת, אלא שאין בכך כדי לפתור מחובת

לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984, קובעת את תוכן פסק-הדין על-פי סדר הדין האזרחי. אין הוראה מקבילה בפלילים, אך "הטעם הטוב נותן שגם בפלילים יערוך בית-המשפט את הכרעת הדין לפי הסדר הבא: הרצאה תמציתית של הענין, מימצאי ביהמ"ש לגבי העובדות המהותיות, השאלות שעמדו להכרעה וגימוקה"²². החוק לענין החלטה בבר"ע לכאורה לא דורש נימוק, אלא דן רק ב"ניתנה רשות"²³, אבל כשהמדובר בסוגיא כסוגייתנו, שמטבעה אי-אפשר לקבוע לה מראש מסגרת נוקשה, הרי שהבהרתה ולו חלקית וקביעת מתחם משוער, דורשת את נימוקי בית-המשפט לקבלת הבר"ע או לדחייתה. וזוהי סוגיא המשתייכת לענף המשפטי שבו אי-אפשר לקבוע מראש את תחום השתרעותו אלא הוא מתפתח ממקרה למקרה באמצעות הפסיקה המעצבת את היקפו. אבל המציאות היא, ששיקולי השופט הדן בבר"ע נשארים כמוסים עמו, ולא נהיר לנו פשר המגמה שעליה דובר בענין חניון חיפה: "בבואו לשקול את השאלה אם להעניק רשות לערער, נוקט בית-המשפט בהכרח שיטת סינון"²⁴. סינון אכן קיים אך שיטה לא מצינו: כך, למשל²⁵, בחווה שנערך בין רוכשי דירה ובין חברתו "שיכון עובדים" התחייבו הרוכשים לשלם את מחיר הדירה ונוסף על-כך – ריבית והפרשי הצמדה. הרוכשים איחרו בביצוע שלושה תשלומים. שנתיים לאחר-מכן דרשה "שיכון עובדים" ריבית והפרשי הצמדה, בהתבסס על חישובים שלפיהם פרעו הרוכשים בעבר לא את

ההנמקה לגבי עצם מתן הרשות לערער; ואף אין לערבב בין התחומין: שלא ייווצר הרושם כי כלה ונחרצה לקבל את הערעור ואזי גדווגה הבקשה מלכתחילה כערעור. זאת ועוד אחרת: יש לתת את הדעת לכך, שההלטה בענין רשות ערעור ניתנת בדרך-כלל על-ידי דן יחיד, וההלטה לדון בענין כבערעור גופו דורשת גם התייחסות לשאלה אם הענין הגדון ראוי להידון בפני דן יחיד או מותב של שלושה. התייחסות מסוימת לענין זה באספקט הדיון האזרחי ראה בר"ע 271/82 נ' נויסקיביץ נ' עיזבון המנוח א' נויסקיביץ ואח', פ"ד לו(1) 106: "במסגרת ערעור זה הועלתה השאלה מה הם סדרי הדיון כאשר מוענקת רשות ערעור, והערעור נשמע לפני דן יחיד, כאמור בסעיף ד(3) לחוק בתי-המשפט תשי"ז–1959 (היום סעיף 26(3) לחוק). כדי להסיר ספק מובהר בזה, כי כל עוד לא נקבעו סדרי דיון מיוחדים חלות גם על נסיבות כגון אלה הוראותיהן של תקנות 375 או 378 לתקנות סדר הדין האזרחי (היום תקנות 410, 412, 416) לפי הענין, כאילו היה מדובר בערעור שיידון לפני מותב של שלושה" (התוספות בסוגריים שלי – נ"ס).

22 שלגי, כהן, סדר הדין הפלילי 217; ראה סעיף 182 לחוק סדר הדין הפלילי, התשמ"ב–1982, שניתן למצוא בו מקבילות לתקנה 192 הנ"ל; ולגבי סעיף זה ראה המר' 532/73 מופקוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 344, 345–346 מפ"י השופט זוסמן: "חוששני ששופט השלום טעה בסוברו, כי הוא יצא ידי חובת הסעיף 164 הנ"ל (היום סעיף 182 – תוספת שלי – נ"ס)" והראיה: ממצאו של בית-המשפט המחוזי בפסק-דינו, כי השופט "כמעט ונמנע ממתן נימוקים" להרשעה. בנסיבות אלה לא הייתי מוצא פגם בכך אילו בית-המשפט המחוזי ביטל את פסק-הדין והחזיר את הענין לשופט השלום כדי שיערוך את פסק דינו כראוי".

23 סעיף 41(ב) לחוק. וראה דברי מ' לנדוי "הלכה ושקול דעת בעשיית משפט" משפטים א 292, 303: "שיפוט על-פי שיקול-דעת אסור לו שיהפך לשיפוט שרירותי, כדי למנוע סכנה זאת אין אמצעי בדוק יותר מאשר הנמקה מלאה של פסק-הדין. הנמקה מלאה מחנכת את השופט למחשבה ברורה ולהעלאת נימוקיו – כולל תחושתו האינטואיטיבית שעליה דיבר פאונד – מעל לסף תודעתו, אל אור-היום על-מנת שיעמדו למבחן הביקורת של דרגת הערעור של אנשי המקצוע ושל הציבור כולו".

24 הלכת חניון חיפה (לעיל, הערה 1), 128.

25 ר"ע 387/85 א' בן-שמוק ואח' נ' שיכון עובדים בע"מ, פ"ד מ(1) 281.

קרו מחיר הדירה, אלא הפרש הצמדה וריבית תחילה, ורק העודף נזקף על חשבון הקרן. כך נוצר פיגור בתשלום הקרן הנושא – לטענת "שיכון עובדים" – הפרשי הצמדה וריבית עד לסילוק החוב בפועל. הדיון בסוגיא זו יורד לפרטיו של החוזה המסוים בין בעלי-הדין. לא ניכרת משמעות ציבורית, כללית, או קושי בהלכה חדשה או סממן אחר כלשהו, החורג מתחום פרשנותו הספציפית של החוזה בין בעלי-הדין. סתם בית-המשפט ולא פירש מדוע שפר גורלם של אלה ובקשתם נתקבלה. וכן אדם הורשע²⁶ בזמנו בבנייה ללא היתר כדין לפי סעיף 210 לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה–1965, לא שעה לצו-הריסה והורשע באי-קיום צו בית-המשפט. עקב כך נגזר עליו מאסה על-תנאי. האיש עמד במריו ולא קיים את צו-ההריסה, הורשע שוב על-פי סעיף 210 הנ"ל, והופעל נגדו העונש של מאסר על-תנאי. ערעורו לבית-המשפט המחוזי נדחה. אדם זה, שלגביו התבטא השופט ד' לוין, כי "תמוה וממש לא מובן כיצד ציפה שיינתן לו סעד"²⁷, זכה ברשות לערער לבית-המשפט העליון. ולעומת אלה לא שפר גורלו של המבקש בעניין שנער²⁸, שביקש ר"ע בעקבות מאסר שהוטל עליו לאחר שהורשע בגרימת מוות והצביע בבר"ע על נסיבות אישיות שלטענתו כבדות-משקל במידה שתצדיק דיון מחודש בעונש שנגזר עליו. כמו-כן עניינו הפלילי של רוקינשטיין²⁹, שנשפט בהיעדרו לאחר שנשתכח ממנו בתוס' לב מועד המשפט, ואף הוא לא זכה ברשות לערער. אין הנ"ל אלא דוגמאות ספורות בלבד, אבל גם כשהעמקנו חקור בבר"ע, שנדדנו ופורסמו בשלוש השנים האחרונות, סינן מצאנו, אך במאמצינו לאתר שיטה העלינו חרס בדינו.

ד. הסבר אפשרי

(א) ישנו בוודאי הסבר לפגמים שצוינו לעיל. הסבר – נדגיש – אך לא צידוק, שכן שופט נועד לעשיית צדק. בבוא עניין לפניו, השופט בוחן אותו במשקפי האמת והצדק, עט על פרטי העניין כדי לאתר את הליקוי שגרם לאי-צדק, אם ישנו כזה. השופט מנסה "להתעלות" מעל לגימוקי פרוצדורה שבסדר-הדין אלי גימוק שבמהות. נוצר הרושם, שהשופט חש כי אין הוא עושה את מלאכתו נאמנה אם לא ייכנס לעובי הקורה באופן שיבוא לידי תשובה ניצחת לבעל-הדין; ותשובה ניצחת מעין זו – לוחש לו לשופט

26 ר"ע 23/83 פוך נ' מדינת ישראל, פ"ד לח (1) 533.

27 שם, עמ' 535. וראה ר"ע 530/82 קטר חברה למסחר בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לח (2) 337: המבקשים הורשעו בבית-משפט השלום בעבירות על פקודת המכס (ג"ח), חוק מס קניה (סחורות ושרותים), תשי"ב–1952, וחוק מס ערך מוסף, תשל"ו–1975. זאת, בעקבות הצהרתם ברשומונים של משלוחים שייבאו כי המוצר המיוצא הינו מילויים לעטים, ביודעם, בעקבות דיון קודם עם שלטונות המכס, כי אלה מסווגים את הטובין כעטים החייבים בשיעור מכס גבוה יותר ממילויים לעטים ובתשלום מס-קנייה. מה זכה עניין זה, שעל פניו השיבות הכללית מעבר לבעלי-הדין הספציפיים היא אפסית, לחדור לפתח הצר והמותחם המיועד לבר"ע? הנמקה היתה מאירה את עניינו.

28 ר"ע 40/86 שנער נ' מדינת ישראל, פ"ד מ (1) 237.

29 ר"ע 418/85 רוקינשטיין נ' מדינת ישראל, פ"ד לט (3) 279.

חוש-הצדק שלו – יכולה להיות רק תשובה ממין הטענה³⁰. ואם הטענה הנטענת היא לגופו של עניין, קצרה הדרך לדון בבקשה לר"ע כבערעור אף בלא להצהיר על כך במפורש. ובכל אופן השופטים, בדונם בבר"ע, חשים שאין להם במסגרת הבר"ע להפליג למרחקים ולכן אנו מוצאים על-פירוב החלטות קצרות; וכך נוצרה לה דרך של פשרה, שאמנם מתקיים דיון לגופו של עניין, אך הוא תמציתי וקצר. כגישה, ייתכן שיתרונות לה, אבל לא זו הלכת חניון חיפה. גם לא באנו לפקפק בחשיבותם של אמרות-אגב בפסיקה, אבל יש להעניק את המשקל הראוי למרכיבי השונים של ההחלטה, היינו: לא שהטפל יהפוך לעיקר והעיקר יהא לטפל; לא שבשולי הדברים ייאמר כבדרך-אגב: "לא הסתבר לי גם במה חשיבותו הכללית של הענין שלפנינו כאמור בר"ע 103/82 שיהיה בו כדי להצדיק הבאתו לפני ערכאת ערעור נוספת ברשות"³¹. זהו הנימוק בה"א הידיעה לדחיית הבר"ע. אין להצניעו, אלא הוא העיקר. ומרגע שנפסקה הלכה באשר לקריטריונים לקבלת ר"ע, היא עומדת בפני עצמה בלא צורך להכביר בנימוקים שלגופו של ערעור.

(ב) שתיים הנה האפשרויות באשר להלכת הבר"ע: הראשונה – לאמץ את הלכת חניון חיפה כפי שהותוותה על-ידי הנשיא שמגר; אר-א, אימץ זה עליו להיעשות ללא כחל ושרק. המצב הנוכחי הוא בלתי-אפשרי בהיות בית-המשפט העליון קובע את הלכת חניון חיפה כפסקי-הדין המנחה, ועם זאת סוטה מעקרונותיו. השנייה – לסטות מהלכת חניון חיפה אם תימצא הצדקה לכך, כפי שננסה לבחון להלן תוך שנבדוק באיזו מידה מגשים הליך הבר"ע את ייעודו ומהו תחום התפרשותו.

הקריטריונים שהלכת חניון חיפה מונה, דומים, ומטבע הדברים לא במפתיע, לקריטר-יונים שמנה המחוקק כעילות לקיומו של דיון נוסף³²: חשיבות ההלכה, קושי, חידוש וסתיירה. סעיף 41(ב) לחוק הדן במתן רשות לערער מגלה פחות נדיבות מבחינת ההנחיה ומסתפק בקביעה סתמית: "...אם ניתנה רשות...", בעוד לגבי דיון נוסף (להלן: ד"נ) ראה המחוקק לצורך להתוות את התנאים לקיומו, הרי שלגבי בר"ע שמא מעצם שתיקתו של המחוקק נלמד שהתכוון להעניק שיקול-דעת רחב יותר. אם כך, מה הועילה הלכת חניון חיפה בקביעתה – בדרך פסיקתית קריטריונים הדומים לאלו של ד"נ? ניתן להתגבר על קושי זה: במסגרת שיקול-הדעת שהעניק המחוקק בעניין זה לנשיא (או "שופט אחר של בית-המשפט העליון שנשיאו קבע לכך") מצוי מגוון של אפשרויות לתחילת הפתח הצר לבר"ע, לרבות קריטריונים אלה הדומים לקריטר-

30 רק לעתים נדירות אנו מוצאים נזיפה מסוג זה: המ' 863/78 לוי נ' רחמים ואח'; דרעי נ' רחמים ואח', פ"ד לג(3) 168: "הפרקליטים המלומדים שהתייצבו בשם המבקשים טענו לפני את טענותיהם בהרחבה, כאילו היה לפני ערעור על פס"ד של ביהמ"ש המתוון ולא הוא. פעמים רבות אמרנו שכדי לזכות בהגשת ערעור שני לבימ"ש זה... דרוש שייראה, כי עולה מפסק דין שאלה בעלת חשיבות עקרונית...". והו חריג לכלל. על-פירוב, הבר"ע המתפרסמות הפרקליטים לוכדים את בית-המשפט ברשתם בהעלאת טענות שלגופו של עניין ובכך פוסחים על הבדיקה ההכרחית (על-פי הלכת חניון חיפה) בדבר חשיבות העניין הנדון לצורך הכרעה בשלב מקדמי אם תינתן רשות ערעור, אם לאו.

31 ר"ע 739/85 חזן נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(1) 27, 28. על היחס הראוי בין עיקר לטפל ראה ר"ע 325/85 יהודיוב נ' "מגדל בנין", חברה לביטוח בע"מ, פ"ד לט(2) 755. וכמו-כן אין להתעלם מהיתרון שבסיפוק תחושותיו של בעל-הדין כאמור בהערה 9.

32 העיקרון הכללי מוסדר בסעיף 18 לחוק יסוד: השפיטה. הפרטים מוסדרים בסעיף 30 לחוק.

יונים של ד"ג. יתר על כן: הנשיא ברצותו נאריך וברצותו מקצר פתח זה, וקריטריונים שנקבעו לשעתם בהלכת הניזון חיפה, אם ימצא הנשיא כבלתי-ראויים – בידו לתקן זאת, כך שיכול שעת אחת יהיו הקריטריונים זהים לאלו של ד"ג ויכול שבעת אחרת ישתנו.³³ הצד השווה בין בר"ע לד"ג הוא היותם דרכי פעולה אפשריות של מתדיינים לדיון נוסף בעניינים שמוצו כבר בשתי ערכאות. "השאלה אם יש לראות בדיון הנוסף סוג של ערעור הינה במידה רבה שאלה סמנטית והיא תלויה בהגדרת המונח 'ערעור' שהפרשן משווה לנגד עיניו".³⁴ ד"ר ש' לוי נוסה לדעה, "שבהתקנה את סעיף 8 האמור לא התכוונה הכנסת להקים בית משפט נוסף לערעורים",³⁵ ולהוכחת דבריו המחבר מציג הבדלים בין במהות ובין בכמות בין ד"ג ובין בר"ע. בית-המשפט העליון רשאי להחליט על קיום ד"ג אף מיוזמתו-שלו, כשלא נתבקש לכך. התחרושה היא, שד"ג מהותו כלית יותר, הוא צופה אל פני המערכת כולה ומגלה חוסר-עניין במתדיינים הספציפיים.

כובד-משקלו של הד"ג נובע מכך שהוא מתקיים בהרכב חמישה או יותר משופטי בית-המשפט העליון לגבי עניין שפסק בו בית-המשפט העליון בשלושה. עובדה זו מוכיחה לכאורה, שעל הקריטריונים לבר"ע להיות פחות קשיחים מהקריטריונים לד"ג, ובכל-אופן לא יותר קשיחים. אמנם המחוקק לא הנחה לגבי הקריטריונים למתן ר"ע, אבל המשקל המיוחד שהמחוקק מייחס לד"ג³⁶ הוא היותו שבר"ע נמצאת בדרגה נמוכה יותר בהיררכיה. עדיין לא נובע שבהכרח אסור שהקריטריונים לבר"ע יידמו לקריטריונים לד"ג, כיוון שעניין זה מסור לשיקול-דעתו של בית-המשפט כפי שייראה מעת לעת, אך נראה שאי-אפשר לקבל גישה שתאפשר החמרת הקריטריונים לבר"ע יותר מאשר לד"ג. היוצא מכאן, שהלכת הניזון חיפה, המתווה קריטריונים הדומים לאלה של ד"ג, מהווה סמן קיצוני המאפשר התפתחות רק בכיוון של הרחבת הפתח או שינוי לאפיק אחר, אך אינה מאפשרת הקשחה מעבר לקריטריונים המותווים לד"ג. מסקנה זו דוחקת בנו לנסות ולתהות לאיזה כיוון אפשר להרחיב את הבר"ע. כיוון שאם נדחקנו אל הקיר (הקיר בדמות הקריטריונים לד"ג), הרי שנישאר שם או שנצמד לכיוון השני. בהחלטות

33 עדיין קשה: אדם שערעורו הראשון, בזכות, נשמע בבית-המשפט המחוזי, זכאי לבקש ר"ע. אדם שערעורו הראשון, בזכות, נשמע בבית-המשפט העליון, לא זכאי לבקש ר"ע, כי אם זכאי לעתור לד"ג. כפי שראינו לעיל, הלכת הניזון חיפה קבעה את הקריטריונים לבר"ע כמו הקריטריונים לד"ג, אך כפי שהראינו זו קביעה היכולה להשתנות מעת לעת: ספק אם יש הצדקה לשוני בסיכוי להגיע לדיון שלישי בדרך של בר"ע לבין הסיכוי להגיע לדיון שלישי בדרך של ד"ג.

הצדקה מסוימת ניתן למצוא בכך שמתן ר"ע, וכתוצאה מכך קיום דיון שלישי, מביא את העניין לראשונה אל הערכאה השיפוטית הגבוהה ביותר, בעוד שלגבי ד"ג כבר נדון העניין בשלושה בבית-המשפט העליון. אך דומה שהצידוק העיקרי הוא במהותם השונה של הבר"ע והד"ג – כפי שחסבר להלן (ראה, למשל, ד"ג 27/86 אנג'ל נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(4) 25 – נדחה עתירתו לדיון נוסף בעניין שפסק בו בית-המשפט העליון בשלושה, בשבתו כערכאת-ערעור בזכות על פסק-דין של בית-משפט מחוזי. במצב דברים זה אין החוק מאפשר כלל ערעור נוסף ברשות, וכל אשר לאל-ידו של אנג'ל הוא לעתור לד"ג).

34 ש' לוי, מהותו של ערעור (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, ירושלים, 1967), 23.

35 שם, עמ' 23–24.

36 ראה גם ד"ג 4/57 ברלינרבלאי נ' שריהביסחוק, פ"ד יב 25.

רבות³⁷ של בית-המשפט המתייחסות לקביעת הקריטריונים באשר לד"ג ולבר"ע, עולים שני סוגים עיקריים של מרכיבים: האחד – על צד החיוב, והאחר – על צד השלילה. על צד החיוב: קיומה של בעיה משפטית מיוחדת, הלכה חדשה, אחדות ההלכה, חשיבות עניינית וציבורית³⁸ וכו'. על צד השלילה: "אמת המידה אינה, אם אכן מקובלת על ביהמ"ש הדן בבקשת הרשות לערער, התוצאה אליה הגיעה הערכאה הקודמת"³⁹. לדעתי, בנקודה זו נעוץ פתח לשים חץ בין הקריטריונים של ד"ג שיישאר בבדידותו הוזהרת מבחינת הקושי הרב לבוא בשעריו⁴⁰, בעוד הקלה יחסית תהיה לבר"ע שמיקומה בהיררכיה נמוך בדרגה מד"ג⁴¹. יודגש: קביעה זו אינה הכרחית, אך אפשרית, אולי אף ראויה. אפשרית – מבחינת לשון החוק והגיונו הפנימי, היינו: לשון החוק שהקנתה שיקול-דעת למתן ר"ע וקבעה קריטריונים מוגדרים יותר לד"ג. והגיונו הפנימי של החוק שכאמור לעיל, מעניק כובד משקל יחסי רב יותר לד"ג מאשר לערעור ברשות. אך כל זאת לא בהכרח, כיוון שנתן המחוקק מרחב של שיקול-דעת וייתכן שזמן מסוים יהיה טוב להקלה ועת אחרת להקשחה.

עם זאת, להלן ננסה להראות שהלכת חניון חיפה נראית כמצמצמת את החוק מעבר לכוונת מחוקקו. יתר על כן: טענתנו – גישה שתרחיב עוד במעט ובאופן ספציפי את שעריו של בית-המשפט העליון למבקשים ר"ע – תשרת נאמנה את המערכת המשפטית ואת הנזקים לשירותיה.

מטרתנו לאתר סקטור מסוים: סוג המקרים שלא שפר גורלם ולא זכו ברשות ערעור מתמת שחשיבות עניינם לא הצדיקה את הבאתו בפני ערכאת-ערעור נוספת, ובכל-זאת בעניינם התוצאות המשפטיות לאחר פסיקת הערכאה השנייה אינן צודקות. המישור התיאורטי חזק מהמישור המעשי כיוון שגם בעבור עת ארוכה לא נדע את האמת לאמתה, והאם המקרים המתיימרים להיכלל, בסקטור זה אכן כלולים בו. אבל קיומו של סקטור זה אינו בלתי-מתקבל על הדעת והפתרון המוצע אינו מהפכני יתר על המידה ועשוי להתבצע ביעילות באמצעות מכשיר הבר"ע: ברי כי בנותנו שיקול-דעת למתן רשות ערעור התכוון המחוקק לקנה-מידה נוקשה יותר מאשר הערעור שבוכות, ובוודאי ישנה מגמת סינון⁴². עם זאת, מוצע להרחיב את הקריטריונים לבר"ע באופן

37 ד"ג 6/82 ינאי נ' ראש ההוצ"ל ואח', פ"ד לו(3) 99; ד"ג 30/85 פלתיים ואח' נ' פלוגי, פ"ד לט(4) 665 ועוד.

38 וראה עד כמה עקיבה גישה זו של בית-המשפט, שאף הסכמת היועץ המשפטי לא היה בה כדי להצדיק – לדעת בית-המשפט – מתן ר"ע, כיוון ששאלת החוק שעמדה על הפרק לא היתה מספיק נכבדה: המ' 573/74 דשנים אורגניים חברה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(1) 396.

39 הלכת חניון חיפה (לעיל, הערה 1), 127.

40 ונתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה יוכיחו: בשנת 1986 התקבלה בקשה אחת לד"ג מתוך 26 שנתבקשו. ומעניינת גם גישת הציבור המרבה בבקשות לר"ע ובכך מגלה את דעתו שסיכוי לערעור ברשות גדול מאשר הסיכוי לד"ג. והמציאות אכן זו (והרי הקריטריונים דומים ?): הוגשו 747 בר"ע ב-1985. כ-15% נתקבלו. ראה כפימפיקה משפטית (ירושלים, 1985, 1986) לוח 2+17.

41 טיבה של הקלה יחסית זו יובהר להלן.

42 נטיית בית-המשפט לפרש גם את פרטי הפרוצדורה המשמשים להפעלת הבר"ע באופן קפדני יותר מאשר הפעלת הזכות לערער. כך, למשל, נקבע שאין סמכות לבית-המשפט

שתהיה נכונות מסוימת לבחון את החלטות הערכאות הקודמות כשלעצמו. כדי למנוע מבול של בר"ע לא מוצדקות וכדי למנוע מצב שבית-המשפט יאלץ לדון בעניין לגופו (שזה בוודאי סיכול מטרתו של המחוקק בהסדירו את בקשת הרשות לערער), הצעתי להעמיס נטל הוכחה כבד בדבר טעות בפסיקת הערכאה הקודמת על המבקש ר"ע: טענת המבקש ר"ע חייבת להיות מבוססת על פגם גלוי על פני הפסק, לא תועיל טענת טעות בפסק-דין אם לשם הוכחתה יהא צורך לדון בעניין כבערעור עצמו. לא אכחד כי ישנם קשיים בגישה זו: (א) גבול דק בין סוגי טעות העשויות להצדיק מתן ר"ע או לא; (ב) לאחר שהוגשה בר"ע יש גבול דק בין כניסה לדיון בערעור גופו מצד בית-המשפט לבין דיון בבקשה לערעור. הקשיים הם יישומיים, אבל ההצעה בעינה עומדת: ראשית — באשר לחוסר-הוודאות, אין לי אלא להיתלות בנשיא שמגר עצמו בהלכת חניון חיפה⁴³, שהיה מודע לכך כי התוויה מותלטת של קריטריונים למתן ר"ע היא בלתי-אפשרית במבט אל העתיד, וסוגיא זו יש לה להתפתח ממקרה למקרה בדרך של פסיקה. ההחלטות שתתקבלנה הן אלו שתבהרנה את הטעון הבהרה ונדע לחזות במידה מסוימת של סבירות אם הטעות שאנו טוענים לה היא מסוג הטעויות שיצדיקו מתן ר"ע. במסגרת שיקול-הדעת של בית-המשפט אין לפסול שיקולים שעל-אף קיומם של טעות, אין בכך משום עיוות דין ושאר שיקולים שיתוו מתחם מסוים של טעויות שבגינן בית-המשפט מוכן להעניק ר"ע⁴⁴. אך זאת יש להדגיש: על רשות הערעור להינתן במשורה, שהרי מדובר בדיון שלישי, והסיכוי לטעות עד כה הוא קלוש. אך המידה לא תיקבע באופן ערטיילאי, אלא תוך שימת לב אל המקרים שלהם נועדה: ראשית, חידושי הלכה — עניינים חשובים כאמור בהלכת חניון חיפה. נוסף על כך, תיקון אי-אלו מתי-מעט מקרים של טעויות בערכאות קודמות. אין בכך כדי לפגוע בכבודן של הערכאות הקודמות⁴⁵, כיוון שחוקה עליהן שעושות מלאכתן נאמנה, ואזי לא יצליח המבקש להצביע על טעות. אבל אם הרים המבקש את גטל ההוכחה הכבד, היש משהו הרואה בהתנגדות למתן ר"ע משום מדיניות ראויה? ומדוע הלכת חניון חיפה קובעת קטיגורית מראש, שטעות בפסיקת הערכאה הקודמת לא תשמש כשלעצמה עילה למתן ר"ע?

לדעתנו, אין זו רק מדיניות משפטית רצויה, אלא זוהי כוונתו המשתמעת של החוק. וגוכיה דברינו דווקא מתוך דברים שנאמרו על-ידי בית-המשפט העליון בעתירות לד"ג: "הדיון הנוסף אינו ערעור נוסף מבחינת מגמתו העקרית, כי במרכזו אינה עומדת השאלה אם ביהמ"ש נהג כהלכה, אלא נבחנת תהליכה המשפטית בתור שכזאת"⁴⁶.

להאריך מעדים להגשת הבר"ע, מה שאין כן לגבי ערעור שבזכות: המ"ר 246/81 מדינת ישראל נ' פלון מרכיז בע"מ ואח', פ"ד לה (3) 138.

43 (לעיל, הערה 1), 128.

44 ראה, למשל, ר"ע 556/85 דיב נ' מדינת ישראל, פ"ד לט (4) 83.

45 מגמת בית-המשפט שלא להעניק, בדרך-כלל, רשות ערעור בעילה של הקלה או התמרה בעונש נראית — לעניות דעתנו — מוצדקת, ואין השינוי המוצע סותר מגמה זו העולה מן הפסיקה: ר"ע 152/84 מדינת ישראל נ' קריף, פ"ד לה (1) 839; ר"ע 67/85 בלס נ' מדינת ישראל, פ"ד לט (1) 109.

46 ד"ג 6/82 (לעיל, הערה 37), 101. ושם בהמשך הדברים: "אמנם נדרשים 2 תנאים מצטברים — ראשית חשיבותה, קשיותה וחידושה של ההלכה וכן מרכיב נוסף והוא כי נשיא ביהמ"ש

אכן ד"ב אינו כזה, אך מהאמור עולה שהערעור שברשות הוא כן "ערעור נוסף מבחינת מגמתו העקרית". ונציין, שלד"ג הוסדר סעיף מיוחד, בעוד אשר הערעור שברשות מהווה חלק מהסעיף הדין בערעור שבזכות, ועל-אף מגמת הסיגון אנו למדים על הזיקה הקיימת בין שני סוגי הערעור – זיקה שלטענתנו משמעותה כי הערעור שברשות נועד גם לפתור את בעיותיהם הספציפיות של בעלי-הדין, אף אם עניינם אינו רם-מעלה. לסוג העניינים רמי-המעלה יועד הד"ג המהווה כלי לשימוש של בית-המשפט העליון, בעוד שהערעור שברשות כל-כולו ביוזמת בעלי-הדין. ואם יצר המחוקק כלי זה, אדרבא: נעמידו לשימוש בעלי-הדין ולא נשלול (אם כי נעמים גטל כבוד) היוקקות לאינטרסים של מתדיינים ספציפיים. וכאמור לעיל, בית-המשפט העליון, בשבתו לדון בעתירה לד"ג, מחזק את מסקנתנו: "כל שעולה מטענות אלה הוא כי כלל אין מדובר על הלכה משפטית חדשה וקשה אלא על מחלוקת סביב לשאלה אם אכן נגרם עוות דין בנסיבות הקונקרטיות שלפנינו אם לאו: היינו, מה שמבוקש למעשה ע"י העותר הוא כי ההכרעות שבערעור יבחנו מחדש, וכי יקויים ערעור נוסף כפשוטו, אשר במסגרתו ייבחן מחדש אם אכן נגרם לעותר עוות דין כטענתו אם לאו, כסברת ביהמ"ש שלערעור. דא עקא, לא למטרה זו מקוימת הסמכות לפי סעיף 30 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב) התשמ"ד–1984. הוראת החוק האמורה באה לאפשר דיון בהלכה משפטית חדשה או קשה או בהלכה כאמור המעוררת מחלוקת, הכל כאמור בסעיף 30 ולא להוסיף ערכאה שיפוטית נוספת בה שבים דנים מחדש בטעמי הערעור..."⁴⁷. דומה שהדברים מדברים בעד עצמם ובעד הבהרת ייעודו של הערעור שברשות.

ה. סוף דבר

הנה כי כן, לעיל, בעת שסקרנו את יישום הלכת הנדון חיפה בפסיקה, הצבענו על נטיית השופטים הדנים בבר"ע לבדוק את החלטות הערכאות הקודמות – נטייה שכמעט שנאמר כי היא אינה נטיית לחוש הצדק של השופט, אך אף-על-פי-כן קבעה הלכת חניון חיפה מפורשות נגד אפשרות זו. ייתכן שמתגבר לו החשש, כי הכרזה קבל עם ועולם שטעות בפסק-דין הערכאה הקודמת עשויה להוות עילה למתן רשות ערעור

העליון או שופט אחר או שופטים שקבע לכך בדעה, כי יש מקום לדיון נוסף, כאמור". וכן עולה גם מד"ג 4/60 ברקוביץ נ' היהמ"ש, פ"ד יד 1386, 1388. וזו עוד הוכחה שכלי זה – הד"ג – נועד לשמש כלי בידי בית-המשפט, ואף כי החוק לא שולל יוזמה של בעל-דין לעתור לד"ג, וזו ש"הדיון הנוסף אינו פועל יוצא אוטומטי של חשיבותה של הבעיה המשפטית, תירושה או קשיותה" (שם). ולאחרונה הוזכרו בהסכמת הדברים הנ"ל: ד"ג 14/87 איגוד העיתונאים הישראלי נ' שר החינוך והתרבות ואח', פ"ד מא (4) 602, 604. 47 ד"ג 27/86 (לעיל, הערה 33), 28; וראה ד"ג 20/85 בחרי ואח' נ' פרלון ואח', פ"ד לט (4) 463, 465: "הדיון הנוסף אינו בגדר ערעור נוסף, ולא די בקיומן של השנות על תוצאות ההתדיינות כדי להצדיק דיון נוסף"; ד"ג 21/85 א' בוקובסקי נ' ח' בוקובסקי ואח', פ"ד לט (4) 139, 140: "העובדה שדעתו של בעל דין אינה נחתה מן הדרך שבה הוסקו המסקנות או שהוא מבקש להתווכח איתן או אף להפריכן, אין בה, כשלעצמה, כדי להצדיק דיון נוסף שהרי אין המדובר בערעור נוסף...".

ותביא להצפה שבית-המשפט לא יוכל לעמוד בה⁴⁸. מוצע שלא לדכא את חוש הצדק של השופט. מאידך גיסא, מתוך הנחה שמיעוט זעום ביותר של עניינים הגיעו בהם לתוצאות שאינן צודקות לאחר שתי ערכאות, מוצדק — לדעתי — להיעתר לבר"ע אם היא מצביעה על פגם גלוי על פני הפסק. אם יישמר בית-המשפט שלא להיסתף אחרי טיעוני הצדדים ולא להיכנס לדיון בגופו של עניין, הרי שבכך יאותת למנסים לבוא בשעריו מה כובד הנטל הרובץ עליהם בבואם לבקש ר"ע. הצעה זו מקבלת חיזוק ויתר תוקף דווקא מיישום הלכת הניחוי חיפה בפסיקה, הסוטה מהעקרונות שנקבעו שם. "התפתות" השופטים (אם כי לעתים נדירות) להתיר ר"ע כשנתגלה פגם בערכאה קודמת, ואף בדיקה לשמה של פסיקת הערכאה הקודמת (אף אם לא הביאה למתן ר"ע) — זהו הכיוון שיש מקום לאמצו. חייבת להיות שיטה. סיגון כשלעצמו אינו שיטה. השיטה צריכה להיות מגומקת ולא נסתרת מעין כול. קיצורו של דבר:

(א) הכרה בטעות בפסק-דין כעילה למתן ר"ע בכפיפות להעמסת נטל כבד על המבקש.

(ב) הימנעות מדיון בערעור לגופו טרם מיצוי הדיון באשר לבר"ע.

(ג) הנמקת קבלת ר"ע או דחייתה לשם הבהרת הקריטריונים.

שלושת הנ"ל אין בהם מהפכה. לעניות דעתי, יש בהם פתרון ההולם את לשון החוק, הגיונו הפנימי ומדיניות משפטית ראויה: לשון החוק — המעניקה שיקול-דעת למתן ר"ע; הגיונו הפנימי — ביחסו לד"ב ולערעור שבזכות; ומדיניות משפטית ראויה — לצמצום הסיכוי לאי-צדק.

48 על הלגיטימיות המוטלת בספק של שיקול ההצפה ראה א' ברק, שיקול דעת שפומי (תל-אביב, 1987) 256 (ושם, הערה 98) ועמ' 488. ובכל אופן לא נראה שמימוש ההצעה יתא בו כדי להחריף את בעיית העומס העצום בבתי-המשפט, להיפך: נראה שבטווח הארוך יצומצמו הבקשות לר"ע. עמידה איתנה של בית-המשפט על קריטריונים מנומקים ונהירים תמנע מלכתחילה הגשות בר"ע שאינן עונות על הקריטריונים, כיון שבעלי-הדין ישכילו לדעת שאין סיכוי שבקשתם תחקבל.